درر الحكام
شرح مجلة الأحكام

الجزء الثالث

تأليف

علي حيدر

الرئيس الاول لمحكمة التمييز وامين الفتيا ووزير العدلية سابقاً في الدولة العثمانية
ومدرس مجلة الاحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالاستانة

تعريب

المحامي

فهمي الحسيني

صاحب مجلة « الحقوق »

طبع ونشر على نفقة المعرب

اعادة الطبع والنقل محفوظة للمعرب

مطبعة الحقوق بباريس

سنة ١٣٤٥ - ١٩٢٦ م

obeikandl.com

obeikandl.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ذي الانعام وعلى رسوله وآله واصحابه الكرام افضل الصلاة والسلام ماتعاقبت الازمان والايام

الكتاب الثالث

في الكفالة ويحتوي على مقدمة وثلاثة ابواب

مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة واجماع الامة .

فقد جاء في القرآن الكريم (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وجاء في السنة (الزعيم غارم) اي الكفيل ضامن (فتح القدير) (انظر المادة ٦٤٣) .

للكفالة عدة محاسن جليلة .

كازالة خوف الدائن وآلامه من ضياع ماله وخوف المدين على نفسه فعليه فالكفيل بذلك يد على الدائن والمدين معاً والكفالة من هذه الجهة تعد من الافعال العالية حتى . امتن الله تعالى بها حيث قال « وكفلها زكريا » في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها و يقوم بها بان اتاح لها ذلك وسمي نبياً بذي الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك اراد قتلهم (الشبلي) .

ومع ذلك فالامتناع عن الكفالة اقرب للحيطة والحذر لانه جاء في التوراة (الزعامة اولها ملامة واوسطها ندامة وآخرها غرامة) . و بعبارة اخرى ان الكفيل يكون معرضاً للوم الناس وقد يلوم نفسه بنفسه على مجازفته بالكفالة و بما انه يكون مطالباً بحسب الكفالة بتأدية دين غيره قد يندم لتطويحه ماله في سبيل غيره وقد يلحقه ضرر بضمانه المال الذي تعهد به ونصب وتعب في السعي وراء الحصول على الشخص المكفول . لان الغرم لزوم الضرر ومنه قو تعالى ان عذابها كان غراماً (رد المحتار) .

المقدمـــة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

الكفالة لغة بمعنى الضم والعلاوة وعليه فنقلها الى معنى المادة الا تية من قبيل نقل العام الى الخـاص قال الله تعالى (وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام انا وكافل اليتيم كهـاتين اي ضام اليتيم الي نفسه (رد المحتار في اول الكفالة) .

خـــلاصة الباب الاول

قد ادرجنا هنا خلاصة المسائل الى الباب الثاني

تعريف الكفالة : — ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بشيء وترد على هذا التعريف الاعتراضات الآتية

١ — اذا كفل احد نفس صبي بلا امر كان الكفيل مطالباً والاصيل غير مطالب

٢ — اذا كفل احد دينا على آخر وانكر المدين الدين وحلف اليمين طولب الكفيل بالدين دون الاصيل .

جواب الاول — التعريف بالاخص

جواب الثاني — يكفي زعم الكفاله لثبوت المطالبة .

يثبت حق المطالبة في ذمة الكفيل بالكـفالة بالعين او بالنفس ولا يكون ديناً لان في هذه الاحوال لا يوجد دين اساساً . وفي الكفالة بالدين على قول لا يثبت في ذمة الكفيل غير حق المطالبة وليس الدين لانه:

اولا — يحصل توثيق الحق بثبوت حق المطالبة في الكـفيل ولا حاجه الى ثبوت الدين

ثانياً — بما ان الدين يبقى في ذمة الاصيل بعد الكـفالة فاثبات الدين في ذمةالكفيل قلب للحقيقة ولكن يعترض على هذا السبب الثاني بان للمغصوب منه حق المطالبة بالمال المغصوب من الغاصباو غاصب الغاصب فيمكن تطبيق مسألة الكفالة على هذه المسألة الشرعية . ويجاب على ذلك بانه هناك فرق بين هاتين المسألتين بأنه للدائن حق مطالبة الاصيل او مطالبة الـكفيل اما المغصوب منه فليس له الا ان يطالب واحدا من الغاصب او غاصب الغاصب فقط بالمال المغصوب وليس له اذا طالب احدهما بـه ان يطالب الآخر .

ثالثاً — واذا ثبت دينان تستحيل المطالبة باحدهما دون الآخر .

شروط الكفالة

في الكفيل والمكفول عنه والمكفول له والمكفول به

١ — الكفيل

- يشترط كونه عاقلاً بالغاً
- يشترط كونه راضياً
- يشترط الا يكون مريضاً مرض الموت
- يشترط ان يكون غير المكفول له

انظر المادة ٦٢٨

٢ — المكفول عنه

١ يشترط ان يكون معلوم الهوية اي شخصه
٢ وكونه عاقلا بالغاً ليس بشرط
٣ وكونه معلوم الاسم ليس بشرط
٤ واذا كان مفلساً وكان حياً تصح الكفالة بالانفاق واذا توفي فليست صحيحة على رأي الامام الاعظم اما الامامان فقد ذهبا الى صحتها

٣ — المكفول به

١ يشترط في الكفالة بالنفس العلم بالشخص والمكان (١)
٢ وفي الكفالة بالمال ان يكون مضموناً على الاصيل بنفسه .
٣ والمعلومية في الكفالة بالمال ليست بشرط
٤ يشترط العلم بالمكفول به هل النفس او المال
٥ يشترط ان يكون المكفول به معلوماً

﴿ المادة ٦١٢ ﴾ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شي يعني ان يضم احد ذمة آخر ويلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك .

الكفالة في اصطلاح الفقهاء ضم الكفيل ذمته الى ذمة الاصيل او بعبارة اخرى الى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به

وجاء في المجلة (شيء) ليشمل ذلك الكفالة بالعين والكفالة بالدين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم . اذا ان ذلك الشيء اما ان يكون مالا كالعين والدين كما هو في الكفالة بالمال واما ان يكون نفساً كما هو الحال في الكفالة بالنفس واما ان يكون تسليما كما هو في الكفالة بالتسليم (الدر المختار ، ورد المحتار) ويقصد من الذمتين المذكورتين في التعريف الذات .

وقد اشارت المجلة بقولها (يعني ان يضم احد الخ) الى ان المقصود بالذمة هو الذات (رد المحتار) .

---

(١) مستثنى يكون المكفول به مجهولا في شركة المفاوضة وتكون الكفالة جائزة

قد مر تعريف الذمة وايضاحها في شرح المادة (٨) ٠

اي ان يضم احد ذمته الى ذمة آخر في حق مطالبة شيء وان يلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك الشخص و يتعهد بها ٠

تقسيمات الكفالة — تقسم الكفالة على اوجه ثلاثة :

التقسيم الاول — تقسم الكفالة كما يفهم من المواد (٦١٣ و ٦١٤ و ٦١٥) الى ثلاثة اقسام باعتبار المكفول به ٠ اولها الكفالة بالمال ، ثانيها الكفالة بالنفس ، ثالثها الكفالة بالتسليم ٠ وتقسم الكفالة بالمال الى قسمين ، بالنسبة الى كون المال عيناً او ديناً و بذلك تبلغ انواع الكفالة الاربعه

النوع الاول — الكفالة بالمال العين ٠ كالكفالة بالمال المغصوب مثلا : لو غصب احد شاة من آخر و كفل شخص ذلك بعين الشاة وهي موجوده بيده صح و يكون ذلك الكفيل قد ضم ذاته الي ذات الغاصب في المطالبة بتلك الشاة وعلى ذلك يكون للمغصوب منه حق مطالبة ايهما شاء بتلك الشاة الغاصب او كفيله ٠

النوع الثاني — الكفالة بالمال الدين ككفالة احد آخر بدين الف غرش عليه ٠

النوع الثالث — الكفالة بالنفس وذلك ان يكون لاحد عند آخر حق وطلب و يكفل اخر نفس ذلك الرجل المطالب ٠ وفي مثل هذه الكفالة النفسية يوجد ضم ذمة الي ذمة في المطالبة بشيء ايضاً ،وعلى ذلك يكون لذلك الطالب حق المطالبة بحقه و باحضار خصمه الى مجلس القاضي فيحق له ان يطلب من الكفيل ان يحضر ذلك الشخص الى مجلس القاضي وعليه فالشيء الذي يطالب به الكفيل والاصيل في الكفالة النفسية شيء واحد اى نفس المكفول به ٠

النوع الرابع — الكفالة بالتسليم وهي ان يشتري شخص من آخر مالاً و يكفل البائع ثالث على تسليم المبيع الي المشتري ٠ولما كانت الكفالة بالمال تشمل النوع الاول والثاني فكان من الصواب عدهما قسماً واحداً واعتبار الكفالة في التقسيم الاول ثلاثة اقسام فلذلك سنجعل الكفالة بهذا الوجه ثلاثة اقسام ٠

التقسيم الثاني : للكفالة تقسيم آخر وهو المذكور في المادة (٦١٧) ان هذا التقسيم باعتبار نفس العقد والكفالة بهذا الاعتبار تقسم الى اربعة اقسام الكفالة المنجزه ، الكفاله المعلقة ، الكفالة المضافة ، الكفالة المشروطة ٠ (انظر المادة ٦١٧) وشرحها وشرح عنوان الفصل الاول من الباب الثاني ٠

اما الاقسام الثلاثة باعتبار المكفول به فلا تتداخل ببعضها و كذلك الاقسام الثلاثة من اربعة الاقسام باعتبار العقد لايتداخل بعضها ببعض اما الاقسام الثلاثة الاولى فتتداخل وتجتمع بالاقسام الثانية

التقسيم الثالث — يفهم من احكام المادة (٦٢٥ و ٦٢٦) من المجلة ان الكفالة تقسم باعتبار القيد والوصف الى اربعة اقسام : الكفالة المطلقة ،الكفالة الموقتة، الكفالة المعجلة ، الكفالة المؤجلة ٠ وسيأتي في هذا الكتاب بعد تفصيل هذه الاقسام المذكورة مع بيان احكامها متناً وشرحاً ٠

« اسئلة واجوبة »

قد عرفت الكفالة في التنوير على هذا الوجه والمجلة اخذت عنه ٠ الا ان هذا التعريف غير جامع

لافراده وبيان ذلك :

اولا — قد بين في شرح المادة (٦٢٩) انه اذا كفل شخص نفس صبي بدون امر ولي الصبي فالكفيل يكون مطالباً دون الصبي ولا يلزم الولي احضار الصبي فلذلك لا يكون في هذه الكفالة ترتب الشيء المترتب على المكفول ولا تدخل الكفالة النفسية التي من هذا القبيل في هذا التعريف لانه في هذه الكفالة قد اصبح الكفيل مطالباً مع ان الاصيل لم يكن مطالباً بشيء .

ثانياً — اذا قال شخص انني اكفل فلاناً بالدين المطلوب منه لفلان وانكر الاصيل دينه ولم يستطع الدائن اثبات الدين فيكون الكفيل مطالباً مع ان الاصيل لا يطالب بشيء . فبذلك تخرج الكفالة التي هي من هذا القبيل من التعريف المذكور (انظر المادة ٨١) .

ويجاب على السؤال الثاني انه في ثبوت المطالبة بحق الاصيل لا يشترط فيها وجودها في نفس الامر ويكفي في ذلك ثبوت المطالبة بزعم الكفيل .

تفصيل الاختلاف — في الكفالة بالدين شيئان احدهما الدين وثانيهما حق المطالبة بالدين من المدين والضم على الاطلاق يكون احياناً في المطالبة فقط وليس في الدين واليك بعض ذلك :

اولا — كالوكيل بقبض الدين والموكل فالدين للموكل يثبت له الدين كما تثبت له المطالبة اما الوكيل فلا يكون له غير المطالبة ولا يثبت له الدين مثلا لو وكل احد رجلا بقبض دين له على آخر فيكون قد ضم الوكيل المذكور الى موكله ولكن ذلك الضم ينحصر في حق المطالبة فقط .

ثانياً — يكون الوكيل بالشراء مطالباً بثمن المبيع فقط . مع ان ذلك الثمن المذكور ثابت في ذمة الموكل ودين عليه حتى ان البائع لو ابرأ الموكل من الثمن المذكور صح ابراؤه وعليه ففي هذه المسألة ايضاً يكون ضم الوكيل للموكل ضماً في المطالبة وليس في الدين . وبما ان الموكل بمقتضى المادة (١٤٦١) ليس مطالباً بثمن المبيع تجاه البائع فكيف يجوز ضم الوكيل بالشراء اليه فالموكل ليس مطالباً بذلك قضاء وانما هو مطالب به ديانة .

ثالثاً — الولي والوصي والناظر مطالبون بالاشياء التي يلزم دفعها واداؤها مع انه لا يثبت في ذمتهم شيء . مثلا لو اتلف صبي مال آخر ولزمه الضمان بمقتضى المادة (٩١٦) فيطالب وليه او وصيه باداء ضمانه من مال الصبي . فذلك انما ثبت في ذمة الصبي ولم يثبت شيء في ذمة وليه او وصيه . ومن المتفق عليه ان الشيء الثابت في الكفالة بالنفس وفي الكفالة بالاعيان المطالبة فقط . لان فيهما لا يثبت في ذمة الاصيل دين ولا يثبت في ذمته غير المطالبة كما انه من الظاهر ان الكفيل لا يثبت في ذمته دين .

لكن مما لا ريب فيه في الكفالة بالدين ان الشيء الثابت في ذمة الاصيل الدين وحق المطالبة معاً اما الكفيل فهل يكون الشيء الثابت في ذمته حق المطالبة ام حق المطالبة مع الدين ؟ وقد اختلف في ذلك وقد قال بعض العلماء ان الشيء الثابت في ذمة الكفيل هو حق المطالبة فقط وليس الدين

وقد بين صاحب الهداية وابن الهمام من كبار العلماء ان هذا القول هو الاصح . ودليل العلماء الذين رأوا هذا الرأي هو :

اولا : ان التوثق الذي يوجب الكفالة يحصل بثبوت حق المطالبة في ذمة الكفيل ولا حاجة الى ثبوت الدين في ذمته كما مر معنا في مثال الولي وامثاله .

فما دام الكفيل مطالباً بدون ثبوت الدين في ذمته فلا يستلزم الحكم بثبوت الدين في ذمته قال في رد المحتار عن الفتح لان اعتبار الدين في ذمتين وان امكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب هنا لان التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة

ثانياً — ان الدين يبقى في ذمة الاصيل بعد الكفالة كما كان قبلها وعلى ذلك فلا يمكن ان يتصور ثبوت الدين في ذمة الكفيل لانه يكون الدين على هذه الصورة دينين وذلك قلب للحقيقة . وعليه حيث لم يكن ثمة ضرورة لا يرى هذا الرأي .

وفي المسائل الآتية قد وجدت ضرورة لاعتبار الدين الواحد دينين فلذلك قد حكم بثبوت الدين في ذمة الكفيل :

المسألة الاولى — اذا وهب الدائن اي المكفول له او تصدق بالمكفول به على الكفيل وقبل ذلك منه كان ذلك صحيحاً كما جاء في شرح المادة (٦٦٠) .

المسألة الثانية — اذا اشترى المكفول له من الكفيل مالا في مقابل دين صح ذلك واصبح الكفيل بريئاً من الكفالة . ففي هاتين المسألتين ضرورة لثبوت الدين في ذمة الكفيل والا لكان ذلك تمليك الدين لغير المدين وهذا باطل مثلا لو اشترى شخص مالا من آخر في مقابل عشرة دنانير مطلوبة له من آخر فلا يصح البيع فعليه يجب في هاتين المسألتين لضرورة تصحيح التصرف القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل وجعل الدين الواحد في حكم الدينين . اما في الامور السائرة فيما انه لا يوجد ضرورة فلا يجوز جعل الدين الواحد دينين (انظر المادة ٢٢)

اذا قيل انه يثبت في الكفالة دينان احدهما في ذمة الاصيل والثاني في ذمة الكفيل يكون غير معقول . لانه اذا جوز عدم استيفاء الدين من الآخر بعد استيفاءه من احدهما يكون ذلك بمثابة ان يكون لشخص في ذمة زيد عشرة دنانير وفي ذمة عمرو عشرة دنانير اخرى وهذا مستحيل فلا يجوز استيفاء الدين من عمرو بعد ان استوفي من زيد .

وقال بعض العلماء بأن ما يثبت في ذمة الكفيل هو ما يثبت في ذمة الاصيل وهو الدين وحق المطالبة الا ان الدين لا يسقط عن ذمة الاصيل وقد قال الامام الشافعي والامام مالك رحمهما الله بذلك كما ان الامام احمد بن حنبل رحمه الله تعالى على رواية قد ذهب الى الوجه المشروح .

وادلة العلماء الذين ذهبوا الى القول الثاني هي كما يأتي :

اولا — يطالب الكفيل بالدين كالاصيل . والمطالبة بما انها فرع للدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ومن المحال المطالبة بدين اذا لم يكن ثمة دين ولذلك يلزم ان يثبت الدين في ذمة الكفيل (الزيلعي) .

وقد اجاب العلماء القائلون بالقول الاول على هذا الدليل بار بعة اوجه :

الوجه الاول : والواقع انه وان كان لا تتصور المطالبة بدين اذا لم يكن الدين موجوداً والدين لا يلزم في كل حال من يطالب به الا ترى ان الوكيل بالشراء مطالب بثمن المبيع وهو ثابت في ذمة موكله ودين عليه . حتى ان البائع لو ابرأ الموكل من الثمن المذكور صح ابراؤه .

الوجه الثاني — وقد تنفصل المطالبة في حق الدائن عن اصل الدين فيكون للدائن المطالبة بدين لم

يكن مطلوبا له وذلك كمطالبة الوكيل بالبيع المشترى بثمن المبيع والثمن المذكور ليس حقاً للوكيل بل مال الموكل . ففي هذه المسألة قد انفصلت المطالبة عن اصل الدين وتوجهت المطالبه على الكفيل لكفالته مع ثبوت اصل الدين في ذمة المدين .

الوجه الثالث — والمطالبة كما تنفصل عن اصل الدين بتاجيله تنفصل في الكفالة عنه ايضاً كما لو بقي لاحد في ذمة آخر مائه جنيه من ثمن مبيع مثلا واجله الى سنة سقطت المطالبة مدة سنة مع بقاء الدين في ذمة المدين في تلك السنة وعلى ذلك فقد انفصلت المطالبة في هذه المسألة عن الدين فيمكن انفصالها كذلك عنه في الكفالة .

الوجه الرابع — ونسبة المطالبة للدين كنسبة ملك التصرف الى ملك العين . وكما يجوز انفصال ملك التصرف في حق الراهن عن ملك العين «اي ان الراهن في الوقت الذي يكون مالكاً لعين المرهون فلا يقتدر على التصرف فيه» يجوز انفصال التزام المطالبة في الكفالة عن اصل الدين (الكفاية شرح الهداية) .

ثانياً — اذا وهب الدائن الدين الى الكفيل صح واذا كانت الكفالة كفالة بالامر فللكفيل حق الرجوع على الاصيل . والحال انه اذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل كان ذلك مؤدياً الى هبة الدين من غير المدين وتمليكه اياه وهذا ليس بصحيح (الزيلعي) .

لانه كما مر آنفاً لا يجوز تمليك الدين لغير المدين ما لم يهبه الى آخر و يسلطه على قبضه و يقبضه ذلك الشخص (انظر المادة ٨٤٨) .

ثالثاً — واشتراء الدائن شيئاً من الكفيل ، في مقابل دينه صحيح والحال ان ذلك الشراء لا يكون صحيحاً اذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل لانه لا يصح ان يشتري احد له دين على آخر شيئاً من ثالث في مقابل ذلك الدين كما مر معنا آنفاً وقد مر الجواب على هذين الدليلين الاول والثاني آنفا

رابعاً — اذا قيل ان ما يثبت في ذمة الكفيل المطالبة وليس الدين فكان يلزم بطلان الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بالمال لوفاته كما في الكفالة بالنفس ايضاً . (انظر المادة ٦٦٦) والحال ان وفاة الكفيل بالمال لا توجب بطلان الكفالة و يستوفى المال المكفول به من تركته (انظر المادة ٦٧٠) و يورد العلماء القائلون بالقول الاول على هذا الجواب الآتي : ما يثبت في الكفالة بالدين في ذمة الكفيل المطالبة بالدين . وتتعلق هذه المطالبة بتركة الكفيل عند وفاته ولا تبطل الكفالة المالية بوفاة الكفيل لامكان المطالبة من التركة . اما في الكفالة بالنفس فيما ان ما يثبت في ذمة الكفيل هو المطالبة بالنفس فلا يمكن المطالبة ، بالنفس المكفول بها لوفاة المكفول عنه كما لا يمكن المطالبة باخذ بدل ذلك من التركة .

خامساً — يصح بمقتضى المادة (٦٢٦) ان يكون للكفيل كفيل واذا أدى ذلك الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الاول بما دفع اذا كانت كفالته بامره وليس له الرجوع على الاصيل . واذا لم يكن الدين ثابتا في ذمة الكفيل الاول فكان يلزم الا يكون للكفيل الثاني حق بالرجوع عليه . لان الرجوع امر متفرع عن ايفاء الدين وقد ذكر ذلك في المادة (١٥٠٦) . (فالحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز ان يعتبر الشيء الواحد في ذمتين « الفتح في اول الكفالة » .

ولكن القائلين بالقول الثاني من العلماء قد اعترضوا عليه بالجواب الآتي : اذا ثبت الدين في ذمة الكفيل ايضاً او بعبارة اذا كان دين الدائن الذي على الاصيل عشرة جنيهات وثبت في ذمة الكفيل عشرة جنيهات اخرى فيصبح دين الدائن عشرين جنيها بعد ان كان عشرة ووجب استيفاء الدين مضاعفاً . والحال انه لا يمكن استيفاء الدين الواحد مرتين (انظر المادة ١٦٥) و يقال جواباً على ذلك انه وان كان استيفاء الدين الواحد من اثنين من كل واحد على حدة بتمامه غير جائز بمقتضى المادة (١٦٥١) فثبوت الدين في ذمة اثنين جائز على انه اذا اداه احدهما سقط عن الآخر و برئت ذمته ولا يكون ذلك موجباً لمضاعفة الدين للدائن (الزيلعي) . وامثال ذلك في الشرع الشريف كثير كالغاصب وغاصب الغاصب فكل منهما كما هو مذكور في المادة (٩١٠) ضامن البدل المغصوب وذلك البدل ثابت في ذمة كل منهما ولكن ليس للمغصوب منه استيفاء غير بدل واحد لان حقه بدل واحد فقط . مثلا لو غصب احد مالا من آخر وغصب آخر منه ذلك المال ايضاً فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني . واذا ضمنه الغاصب الاول فلا يكون الغاصب الثاني بريئاً اما اذا ضمن الثاني اصبح الاول بريئاً ، الشلبي .

لكن هناك فرق بين الاصيل والكفيل بالنسبة الى الغاصب وغاصب الغاصب فللدائن بمقتضى المادة (٦٤٤) ان شاء طالب الاصيل وحده بالدين وان شاء طالب الكفيل وحده وان شاء طالب الاصيل بمقدار والكفيل بمقدار وله في ذلك حق . اما المغصوب منه فاذا اختار تضمين واحد من الغاصب او غاصب الغاصب اصبح الثاني بريئاً على رأي الامام الاعظم والامام محمد رحمهما الله تعالى اي انه اذا اختار تضمين الغاصب فليس له تضمين غاصب الغاصب لانه باختيار احدهما اوجب ذلك تمليكه المغصوب (رد المحتار في اول الكفالة وفتح) .

و يفهم من ظاهر تعريف المجلة اختيارها في هذا القول الاول لانها قد عرفته (في مطالبة شيء الخ) (و يلتزم المطالبة التي لزمت في حق ذلك ... الخ) وقد قال الزيلعي مرجحاً القول الاول ايضاً . والاول اصح لانه يستحيل ان يجب ديناً ولا يستوفي الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء يطالب بالدين هو على الموكل وصحة الهبة والشراء بجعل الدين الواحد في حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله اي قبل الهبة والشراء وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما غير معين ولذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الآخر لتضمنه التمليك انتهى (ابو السعود في الكفالة) . وقال صاحب البحر الرائق في بيانه عن عدم ذكر العلماء شيئاً في ثمرة الاختلاف المذكور . اذا حلف الكفيل ان ليس عليه دين لم يحنث في يمينه على القول الاول و يحنث فيه على القول الثاني .

مقايسة التعريفات — قد عرفت المجلة الكفالة ب « ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء » . لكن قد عرفها بعض العلماء بـ (ضم ذمة الى ذمة في مطالبة دين) و يفهم من ذلك (ان يضم احد ذاته الى ذات غيره و يلتزم ايضاً المطالبة بالدين التي لزمت في حق ذلك الشخص وهذا التعريف خاص بالكفالة بالدين اما تعريف المجلة فيما انه يشمل الكفالة بالعين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فهو مرجح على ذلك التعريف الثاني (الدر المختار ورد المختار) .

فالاحكام التي يستدل عليها من التعريف والتي تستخرج من تعريف الكفالة :

ان ما يستنبط من عبارة (و يلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك) في التعريف انه اذا كفل احد آخر بدين فلا يستلزم ذلك براءة الاصيل من الدين كما في الحوالة (انظر المادة ٦٩٠) وذلك ما لم يشترط براءة الاصيل من الدين (انظر المادة ٦٤٨) .

المسائل الشرعية المتفرعة عن عبارة (و يلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت .. الخ) — و يفهم من قول المجلة هـذا (و يلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك) اذا التزم الكفيل ما ليس لازماً في حق المكفول فليست كفالته صحيحة و يتفرع عن ذلك المسائل الآتية :

المسألة الاولى — اذا قال احد لآخر (اذا هدمت دارك فانا ضامنها) فلا حكم لذلك فاذا هدمت الدار فكما لا يحكم القاضي باجبار الاصيل على الضمان فلا ضمان على الكفيل ايضاً .

المسألة الثانية — لو اشترى الوكيل بالشراء مالاً مضيفاً العقد لنفسه ثم بعد ذلك طالب البائع الموكل بالثمن فكفله له آخر اي جعل الموكل مكفولا عنه فلا تصح هذه الكفالة . (الانقروي في الفصل الثاني من الكفالة) لان الوكيل بناء على الفقرة الثالثة من المادة (١٤٦١) مطالب بثمن المبيع وليس الموكل فعليه يكون الكفيل قد كفل في هذه المسألة الموكل في مبلغ لا يلزم في حقه

المسألة الثالثة — لو قال احد لمسافر خائف على الدابة ان تعطب او من الذئاب (اذا اكلت الذئاب الدابة او عطبت اضمنها) لا حكم لذلك ولا يضمن الاصيل كما لا يضمن الكفيل . لان اصله غير مضمون لحديث (جرح العجماء جبار (در المختار ورد المحتار) (انظر المادة ٩٤) .

المسألة الرابعة — لو قال احد لآخر (استأجر رحى فلان وكل ضرر ينشأ من ذلك عليّ) فلا يصح ذلك واذا حصل لذلك الرجل ضرر بسبب استئجار الرحى فلا يلزم الكفيل شيء (رد المحتار) لان الضرر الذي يأتيه ذلك الشخص ليس مضموناً عليه فيكون الكفيل قد كفل ذلك الشخص بما لا يلزم في حقه .

المسألة الخامسة — لو تعهد احد لاحد ان يدفع له كذا قرشاً اذا حرقت داره فليس ذلك صحيحاً

المسألة السادسة — اذا اشترى الصبي المحجور عليه مالا من احد و كفله آخر بالثمن فكما لا ينفذ البيع بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٩٦٧) لا يلزم الصبي الثمن ولا يكون مضموناً عليه فلا يلزم الكفيل اي ان الكفالة هذه ليست صحيحة (رد المحتار)

المسألة السابعة — لا تجوز الكفالة بثمن المال الذي بيع بيعاً فاسداً مثلا لو باع احد مالا لاجل مؤجل مجهول جهالة فاحشة و كفل احد ثمن المبيع فالكفالة المذكورة غير صحيحة لان الاصل في البيع الفاسد انما يضمن بمقتضى المادة (٣٧٦) عين المبيع او بدله وليس ثمن المبيع لازماً (الخيرية في آخر الكفالة) . و بذلك يكون الكفيل قد كفل مالا يلزم في حق الاصيل .

المسألة الثامنة — لو قال احد لآخر (بع من هذا الصبي المحجور عليه مالا وانا ضامن له) و باع ذلك الشخص المال من الصبي وسلمه اليه والصبي استهلكه فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الانقروي في الكفالة في الفصل الثاني) .

ولا يقال ان الصبي المحجور عليه يؤاخذ باستهلاك ذلك في هذه المسألة بالنظر الى ماجاء في المادة (٩٦٠)

بمؤاخذته بافعاله كما سيتضح ذلك من شرح المادة المذكورة ٠

المسألة التاسعة — لو اقرض احد الصبي المحجور عليه مبلغاً و بعد ذلك كفله آخر بذلك المبلغ لا تكون الكفالة صحيحة (الانقروي) لان المستقرض يلزم ان يكون عاقلا مميزاً و بما ان استقراض الصبي بذلك غير صحيح ولا يلزمه المبلغ الذي استقرضه كانت كفالة الكفيل لشيء لم يكن مضموناً ٠

الا انه اذا قال احد لآخر (اقرض هذا الصبي كذا قرشاً ليصرفها على نفسه وانا به كفيل) اي انه اذا كفل احد الصبي المحجور عليه بمبلغ و بعد ذلك سلم اليه كانت الكفالة صحيحة ٠ (الانقروي والهندية في مسائل شتى من الكفالة) وفي هذا يكون الكفيل هو المستقرض والصبي وكيل الكفيل بقبض القرض لامره بتسليمه اليه ٠ والفرق ظاهر في هاتين المسألتين : ففي المسألة الاولى ضمن الكفيل ما ليس بمضمون وفي المسألة الثانية يعد الكفيل مستقرضاً وانه امر بتسليم القرض الى الصبي ٠

المسألة العاشرة — لو باع الصبي المحجور عليه مالا من آخر و بعد ان قبض الثمن كفله احد بالدرك فلا تصح الكفالة (انظر المادة ٦١٤) اما اذا كفل الصبي بالدرك قبل ان يقبض الثمن صحت الكفالة (الهندية في المحل المزبور) ٠

﴿ المادة ٦١٣ ﴾ الكفالة بالنفس هي الكفالة التي يكفل فيها شخص

اي ان الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم ٠ (عبد الحليم) كأن يكفل احد آخر على ان يسلمه في اليوم الفلاني (انظر المادة ٦٤٢) ٠

و يفهم من هذه المادة ايضاً ان الكفالة بالنفس جائزة ايضاً وهذا هو مذهب الائمة الحنفية ، ودليل الائمة المشار اليهم في جواز ذلك الحديث الشريف (الزعيم غارم) وهذا الحديث الشريف دليل على مشروعية الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ايضاً ٠

سؤال اول — بما انه ليس في الكفالة بالنفس غرم اي ضمان فلا يتناولها الحديث المذكور ٠

الجواب — الغرم عبارة عن الضرر اللازم ٠ و يلزم الضرر في الكفالة بالنفس ايضاً لكون الكفيل مجبراً على تسليم نفس المكفول به (الزيلعي) والكفالة بالنفس عبارة عن احضار المكفول عنه الذي هو مضمون به ٠

سؤال ثان — لا يكون الكفيل بالنفس مقتدراً على تسليم المكفول عنه لانه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به ٠ و بذلك يكون الكفيل بالنفس كافلا شيئاً غير مقتدر على تسليمه وعلى ذلك ألا يكون من اللازم عدم جواز الكفالة النفسية

الجواب — للكفيل ان يرشد الطالب الى مكان المكفول به لتسليمه و يتركهما وشأنهما كما انه له ان يستعين لتسليمه باعوان القاضي (الهداية) ٠

السؤال الثالث — بما الكفالة بالنفس هي عين الكفالة بالتسليم وليست الكفالة بالنفس شيئاً مستقلا عن الكفالة بالتسليم المذكورة في المادة (٦١٥) أفليس من اللازم عدم اعتبار الواحدة مستقلة عن الاخرى ؟

الجواب — ان احكام هاتين الكفالتين مختلفة عن بعضها كل الاختلاف ٠ وقد ذكرت احكام

الكفالة بالنفس في المادة (٦٤٢) وكذلك التي تبدأ بالمادة (٦٦٣) واحكام الكفالة بالتسليم قد ذكرت في المادة (٦٣١) .

﴿ المادة ٦١٤ ﴾ الكفالة بالمال هي الكفالة باداء مال .

ككفالة احد مالا مغصوبا او دينا صحيحا .

الكفالة بالمال قسمان :

اولها — الكفالة بالاعيان ثانيها — الكفالة بالديون (الزيلعي) وبعبارة اخرى تكون الكفالة بالمال صحيحة في الاعيان وفي الديون ايضاً لان المال هنا اعم من المال الحقيقي والمال حكما ومآلا كما وضح ذلك في شرح المادة (٦١٢) .

المال الحقيقي — كعين المال المغصوب . والمال حكما ومآلا عبارة عن الدين . لان الدين قبل القبض وصف شرعي وعليه فالدين اذا لم يكن مالا فيما انه يكون بعد القبض عيناً ينتفع بها ومالا قابلا التصرف فيه فقد اعتبر مالا بالنظر الى العاقبة . وعلى ذلك فاذا وجدت هاتان الصفتان في الدين صحت هبته الى المدين وليس في ذلك القبول شرطاً . وهذا الحكم اي عدم شرط القبول في الهبة المذكورة مبني على ان الدين وصف شرعي وهبته من قبيل اسقاطه و بالاسقاط تتم .

وان يكن برده يكون مردوداً وهذا الحكم اي كونه يصير مردوداً برده مبني على ان الدين عين مال مآلا وهذه الهبة تمليك والتمليك يرد برد المتملك

قيل ان الدين ليس مالا حقيقيا . وعلى ذلك فلو حلف الرجل الذي ليس له مال من الاعيان وله دين على الناس انه ليس له مال فلا يحنث (البحر قبيل الحدود ، ورد المحتار في الشركة) .

والكفالة بالاعيان ايضاً قسمان :

اولهما : الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها كالكفالة بالمال المغصوب والكفالة ببدل الصلح عن دم العمد

ثانيهما : الكفالة بالاعيان غير المضمونة بنفسها وهذه نوعان :

النوع الاول — ما ليس تسليمه واجباً اي الامانات التي لا يلزم واضع اليد اعادتها الى اصحابها كالودائع واموال المضاربة ، واموال الشركة .

النوع الثاني : الامانات التي تسليمها واجب كالعارية والمأجور .

وهذه المسائل تراها مفصلة في المادة ٦٣١ وشرحها (الزيلعي ، الانقروي في الفصل الثاني ، رد المحتار)

﴿ المادة ٦١٥ ﴾ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم المال

وذلك كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض ، والمرهون ، والمأجور وسائر الامانات كما هو مذكور في المادة (٦٣١)

والكفالة بالتسليم تصح بالاعيان ايضاً (الزيلعي) وستأتي التفصيلات في ذلك في شرح المادة (٦٣١)

يوجد فرق بين الكفالة بالتسليم و بين الكفالة بالعين المضمونة من حيث الماهية ومن حيث الحكم :

وذلك ان الكفالة بالعين كما يفهم من المادة (٦١٤ و٦١٥) عبارة عن الكفالة باداء ثمن العين والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين . وهذا الفرق من حيث الماهية .

و يفهم من المادة (٦٣١) ان الكفيل مجبور في الكفالة بالعين على تسليمها عيناً الى صاحبها اذا كانت موجودة و بدلها اذا استهلكت والكفيل لا يخلص بتلف العين اما في الكفالة بالتسليم يكون مطالباً اذا كانت العين باقية واذا تلفت سقطت عنه المطالبة وهذا الفرق من حيث الحكم

﴿ المادة ٦١٦ ﴾ الكفالة بالدرك هي الكفالة باداء ثمن المبيع وتسليمه او بنفس البائع ان استحق المبيع

الكفالة بالدرك — هذا لفظ مركب و بما انه قد مر في اول المقدمة معنى الكفالة اللغوي والشرعي فسنذكر هنا معنى لفظ الدرك اللغوى . والدرك بفتحتين اسم من ادركت الرجل اي لحقته . وقد جاء في الحديث الشريف (اعوذ بالله من درك الشقاء) اي من لحاق الشقاء وسكون الراء لغة . وفي اصطلاح الفقهاء هي الكفالة (١) باداء ثمن المبيع الى المشتري وتسلمه اليه ان استحق وضبط من يده (٢) او بنفس البائع اي كفالة بنفس البائع ان استحق المبيع وضبط من يد المشتري . وكان الواجب ان تحذف عبارة (وتسليمه) لان قسم الكفالة بالدرك هذا كفالة بالمال والكفالة بالمال كما عرفت في المادة (٦١٤) هي الكفالة بتسليم مال .

و يفهم من هذا التعريف ان الكفالة بالدرك قسمان: اولهما ، تتحقق ضمن الكفالة بالمال وثانيهما تتحقق ضمن الكفالة بالنفس . لذلك لم تعد الكفالة بالنفس في التقسيم الوارد في شرح المادة (٦١٢) قسما منفرداً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

ولكن بما ان للكفالة بالدرك بعض احكام شرعت خاصة ستأتي في المادة (٦٣٨) فقد وسمت باسم مستقل وعرفت على حدة .

الاستحقاق ، هو ظهور حق للغير في مال وهو قسمان:

القسم الاول ، هو ما يبطل ملكية كل احد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً او مسجداً . وذلك كما لو ادعى متول لوقف ان المبيع الذي في يد المشتري وقف واثبت مدعاه وحكم له بوقفية ذلك المبيع فيبطل هذا الاستحقاق الملكية في ذلك المبيع و بعد ذلك فلا تبقى صلاحية لاحد في تملك ذلك المال .

القسم الثاني . ما ينقل الملكية من واحد الى آخر كأن يشتري احد مالاً فيظهر انه ملك لآخر فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشترى الى ذلك الآخر (رد المحتار في بات الاستحقاق وفي الكفالة) وللمشتري في قسمي الاستحقاق مراجعة بائعه في ثمن المبيع .

واحكام الاستحقاق تجدها مفصلة في الكتب الفقهية تحت عنوان (باب الاستحقاق) .

وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشتري في مراجعه البائع في ثمن المبيع .

و تشمل هذه المادة وتقسم الاستحقاق بقسميه كما يفهم من شرح المادة (٦٣٨)

وليس قوله في المتن التركي (نقوده) وقد جاءت في المتن العربي «الثمن» بتعبير اريد به الاحتراز

بل استعملها مكان ثمن المبيع او بدله والحكم واحد سواء أكان الثمن نقوداً او غير نقود . و بعبارة اخرى اذا كان ثمن المبيع غير النقود و كفل احد ذلك الثمن فهذه الكفالة كفالة بالدرك ايضاً ،وقوله في المتن (النقود) مبني على ثمن المبيع لأنه يكون في الغالب نقوداً .

﴿المادة ٦١٧﴾ الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة الى زمان مستقبل .

وكما يقال للكفالة المعلقة بشرط ملائم (كفالة معلقة)

يقال ايضاً للكفالة المضافة الى زمن مستقبل «كفالة مضافة»(ردالمحتار الهندية في الباب الثاني في الفصل الاول)انظر المادة (٦٣٦) .

وقد وضح لفظ(معلق) في المادة (٨٢)

مثال للكفالة المنجزة :وذلك كقول احد انا كفيل فلان عن دينه الذي على فلان او اكفل تسليمه المال الفلاني او تسليمه نفس فلان كما ذكر في شرح المادة (٦٣٥) .

مثال للكفالة المعلقة :ان مثال الكفالة المعلقة مسطور في المادة (٦٢٣) كما انه يوجد في المادة (٦٣٦) مثال للكفالة المعلقة والمضافة ايضاً .

وتقسم الكفالة باعتبار نفس العقد كما ذكر في شرح المادة (٦١٢ الى كفالة منجزة ،و كفالة معلقة، و كفالة مضافة .

و يفهم من هذه الايضاحات انه يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم واضافتها الى زمن مستقبل .

﴿المادة ٦١٨﴾ الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الآخر و يقال لذلك الآخر الاصيل والمكفول عنه .

اى ان الكفيل هو الذي ضم ذمته الى ذمة الآخر اي الذي تعهد بما تعهد به الآخر اى المكفول به ويكون مطالباً به ايضاً و يقال لذلك الآخر الاصيل والمكفول عنه ايضاً .(الدرر)

ولكن في الكفالة بالدين فرق بين تعهد الكفيل و تعهد الاصيل لان ما يتعهد به الكفيل مجرد المطالبة فقط ،وما يتعهد به الاصيل المطالبة مع الدين .

وان كان هذا التعريف شاملا الكفيل و كفيل الكفيل وهلم جرا .

فلا يشمل الكفالة بالنفس بلا امر وكذلك لا تشمل كفالة الدين الذي ليس بثابت في ذمة الاصيل ولم يتحقق الا بجود اقرار الكفيل .وقد وضحت هاتان المسألتان في شرح المادة (٦١٢)

﴿المادة ٦١٩﴾ المكفول له هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة .

المكفول له بعبارة اخرى من تعود عليه منفعة الكفالة هو الطالب اى طالب الحق والدائن في خصوص الكفالة و يقال للمكفول له (طالب) ايضاً انظر المادة (٦٦٤)(والتنوير ،والدر المختار ،ورد المحتار في اول الكفالة . »

والمكفول له= وهو الذي يستفيد من الكفالة= يشترط ان يكون معلوماً كما جاء في شرح المادة(٦٣٠) .

. بقوله في هذه المادة (هو الطالب في خصوص الكفالة) فقد عرف المكفول له في انواع الكفالة الثلاثة تعريفاً عاماً اما عطف لفظ (دائن) الى لفظ طالب فمن قبيل عطف الخاص على العام والتعريف الذي يحصل من المعطوف هو (ان المكفول له هو الدائن في خصوص الكفالة) ، انما يعرف المكفول له في الكفالة بالدين .

وقد عرفت بعض الكتب الفقهية المكفول له انه المدعي اي الطالب والبعض الآخر قد عرفه انه الدائن . فالتعريف الاول ما وللمعرف وجامع لافراده وان كان الثاني اخص منه . وقد جمعت المجلة بين هذين التعريفين وليس من سبب لهذا الجمع ولا فائدة منه .

﴿ المادة ٦٢٠ ﴾ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بادائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء

المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بتسليمه كما في الكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم . وادائه كما في الكفالة بالمال اى كالكفالة بالعين وبالدين (التنوير ، والدر المختار) .

وعلى ذلك فذلك الشيء يدعي في الكفالة بالنفس مكفولا به ومكفولا عنه ايضاً لكن في الكفالة بالمال فالمكفول به والمكفول عنه كل منهما منفصل عن الآخر فالمكفول به هو المال والمكفول عنه الذي يطلب منه الحق اى المطلوب .

والمكفول به في القسم الاول من كفالة الدرك ثمن المبيع وفي القسم الثاني البائع والمكفول هو المشتري والمكفول عنه هو البائع ايضاً .

وهذا التعريف يعم او يشمل المكفول به في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم لان الشيء الذي يتعهد بتسليمه في الكفالة المذكورة العين .

الباب الاول

في عقد الكفالة ويحتوى على فصلين

الفصل الاول

في ركن الكفالة اي في المواد التي في ركن الكفالة

ركن الكفالة عبارة عن ايجاب الكفيل انظر المادة الآتية والمادة (١٤٩) مجمع الانهر

ركن الكفالة الايجاب فقط اما الركن في بعض العقود كالبيع والاجارة فهو عبارة عن الايجاب والقبول، والفرق بينهما و بين الكفالة ظاهر لان كلا من الطرفين في البيع متعهد تجاه الآخر اي ان البائع يتعهد ويلتزم تسليم المبيع الى المشتري والمشتري يتعهد و يلتزم تسليم الثمن الى البائع والتعهد في الكفالة انما يكون من الكفيل .

سبب الكفالة . تكثير محل المطالبة للمكفول له وتسهيل وصوله الى حقه وطلب الكفيل لتأمين ذلك الحق هو السبب في الكفالة .

﴿ المادة ٦٢١ ﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل وحده ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل احد في غياب المكفول له بدين له على احد ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها .

تنعقد الكفالة على رأي الامام ابي يوسف وتنفذ بايجاب الكفيل وحده وتنعقد بالاتفاق بايجاب المكفول له وقبول الكفيل وتنفذ (الانقروى) .

والغرض من القبول قبول المكفول له اما قبول المكفول عنه فليس له حكم اي ان وجوده كعدمه اي ان هذا ايضاً من قبيل الكفالة التي تنعقد بايجاب الكفيل فقط .

مسائل تتفرع عن انعقاد الكفالة بايجاب الكفيل:

المسألة الاولى : بما ان الكفالة النفسية والكفالة المالية تنعقد بايجاب الكفيل فقط فليس من حاجة الى شيء آخر كقبول المكفول له الايجاب في مجلس الايجاب او قبول اجنبي من طرف المكفول له ذلك الايجاب .

المسألة الثانية :والكفالة في غياب المكفول له صحيحة ايضاً.

المسألة الثالثه :بما ان الكفالة تنفذ بايجاب الكفيل فلا تكون الكفالة موقوفة على اجازة المكفول له او المكفول عنه الغائب ورضاه .(الدر المختار ورد المحتار ،والهندية في الكفالة في الباب الاول).

وليس للكفيل كما جاء في المادة (٦٤٠)ان يخرج نفسه من الكفالة بعد

ولكن ان شاء المكفول له رد الكفالة فله ذلك كما انه للمكفول له ابراء الكفيل كما سيأتي في المادة (٦٦٠)ولا تنعقد الكفالة برد الايجاب مطلقاً اما الكفالة التي تنعقد بالايرا فتسقط .وما لم يرد المكفول له ايجاب الكفالة تبقى صحيحة نافذة ولا يستطيع الكفيل اخراج نفسه منها انظر المادة(٦٤٠).

المسألة الرابعة :وعلى هذااي اذا لم يرد المكفول له الكفالةو بقيت، لو كفل احد في غياب المكفول له مثلاً بدين له على احد ومات المكفول له قبل ان يصل اليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها.

المسألة الخامسة —اذا كفل احد للصبي المأذون آخر بدين له عليه فالكفالةصحيحة كما انه لو كفل احد للصبي المحجور عليه آخر بطلبة له عليه تنعقد الكفالة وتنفذ وان لم يكن اهلاً لتقبل العقد بمقتضى المادة (٩٦٠) لعدم لزوم القبول في الكفالة (رد المحتار) كما سيجيء في شرح المادة (٦٢٩).

اختلاف المجتهدين في ركن الكفالة :

قال الطرفان اي الامام الاعظم والامام محمد بلزوم الايجاب والقبول بين كل من المكفول له والكفيل ولا تنعقد الكفالة بايجاب الكفيل فقط اما الامام ابو يوسف والائمة الثلاثة اي الامام الشافعي والامام مالك ،والامام احمد بن حنبل فقد ذهبوا الى انه لالزوم للقبول في انعقاد الكفالة وانها تنعقد بايجاب الكفيل فقط .

ولكن لمذهب الامام ابي يوسف روايتان :

الرواية الاولى — هي ان الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل فقط ولكنها تكون موقوفة على قبول المكفول له وعلى ذلك فلو توفي المكفول قبل قبول الكفالة بطلت الكفالة .

الرواية الثانية — هي ان الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل فقط وتنفذ ايضاً ولا تكون موقوفة على قبول المكفول له وانما يكون للمكفول له حق الرد وعليه لو توفي المكفول له ولم يرد الكفالة فلا يطرأ خلل على صحتها .

واليك ثمرة الخلاف لهاتين الروايتين :

اذا توفي المكفول له قبل القبول بطلت الكفالة على الرواية الاولى ولا يكون الكفيل مطالباً بمقتضى الكفالة، اما على الرواية الثانية فلا تبطل الكفالة و يكون الكفيل مطالباً ومؤاخذاً (الشبلي) وعلى ذلك فقول المجلة (تنعقد الكفالة بايجاب الكفيل فقط)تكون قد اختارت مذهب ابي يوسف في هذه المسألة وقولها (وتنفذ) قد اختارت الرواية الثانية لمذهب الامام المشار اليه وعليه فقد اصبح من الثابت ان هذه المادة قد تأسست على مذهب الامام ابي يوسف رحمه الله تعالى (الهندية ، الكفالة في الباب الاول ورد المحتار) .

﴿ المادة ٦٢٢ ﴾ ايجاب الكفيل اي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة مثلا لو قال كفلت او انا كفيل او ضامن تنعقد الكفالة

ايجاب الكفيل هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام انظر المادة (٣٦ و ٣٧) كقولك الكفالة او الضمان او الزعامة عليّ او كقولك انا قبيل ، وحميل بمعنى كفيل وليّ ولك عندي هذا الرجل او عليّ ان اوافيك به او عليّ ان القاك به اودعه اليّ وغير ذلك (التنوير ورد المحتار ، والشلبي) .

هذه المادة توافق المادتين (١٦٨ و ٤٣٤) مثلا لو قال احد كفلت نفس هذا الرجل او دينه او انا كفيل او ضامن او انا زعيم او انا التزم دين فلان او فليكن هذا الرجل وهذا الدين عليّ تنعقد الكفالة

وحذف المكفول به في المثال وقوله (انا كفيل) على وجه الاطلاق يراد به التعميم اي انه اشارة الى ان هذه الالفاظ تستعمل في الكفالة النفسية كما تستعمل في الكفالة المالية .

فاذا ثبت ان هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال يعني اذا قال ضمنت زيداً او انا كفيل به او هو عليّ او اليّ يكون كفالة نفس واذا قال ضمنت لك مالك عليه من المال او انا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعاً (رد المحتار في الكفالة) .

كذلك تنعقد الكفالة فيما لو سلم الكفيل بالنفس المكفول به الى طالبه وقال للمكفول له بعد ذلك (اترك المكفول به فاني باق على كفالتي) .

وكذلك اذا قال احد لآخر اذا توفي فلان ولم يدفع اليك ما عليه من الدين ادفعه اليك . جاز وتنعقد هذه الكفالة المالية معلقة .

كما ان الكفالة تنعقد بقول «انا اكفل فلانا او نفسه او ان فلاناً عليّ»

تصح الكفالة بالنفس باضافتها الى احد الاعضاء التي يعبر بها عن الكل كالبدن ، والعنق ، والجسد ، والرأس ، والروح وتنعقد على الكل لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزء بان يكون بعضها كفيلا وبعضها غير كفيل (الشلبي) فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها (رد المحتار) . (انظر المادة ٦٤) (الانقروي في الفصل الاول من الكفالة والدر المختار ، ورد المحتار) .

اما اذا اضيفت الكفالة الى الاعضاء التي لا يعبر بها عن جميع البدن كقولك اكفل يد فلان او رجله فلا تصح (الهداية والخيرية) .

والكفالة كما ذكر آنفاً تنعقد ولو اضيفت الى جزء شائع من المكفول عنه كنصفه وربعه اما اذا اضاف الكفيل الكفالة ونسبها الى جزئه الشائع كما اذا قال الكفيل نصفي بكفالتك او ثلثي فلا تصح .

اذا استعملت كلمة (عندي) في الدين كان ذلك كفالة مثلا لو طالب احد مدينه بالدين الذي له عليه فقال له آخر لا تطالبه بالدين فدينك عندي فيكون ذلك الرجل كفل ذلك الدين فلو قال (انا كفيل بتسليمك الشخص الفلاني واذا لم اسلمك اياه فعندي مالك عليه من الدين) انعقدت كفالة نفسية منجزة ، وكفالة مالية معلقة (التنقيح في اول الكفالة)

فهل تعد كلمة « ديني» من الفاظ الكفالة ام لا مثلا لو قال ان الالف قرش التي هي دين على

عمرو لزيد هي ديني فهل يعد ذلك الرجل بقوله هذا كفيلا بالمبلغ ؟ لايوجد في الكتب المعتبرة المشهورة صراحة في هذا الشأن وانما جاء في مجلة (عاكف زادة) ما يأتي :

(كذلك ان تعبير ديني هي من اقوى ادوات الالتزام في مقام الكفالة حسب العرف الجاري في ديارنا فلذلك اذا قيل في معرض الكفالة عبارة ديني او خذ مني او اعطيك فهي من الفاظ الكفالة الظاهرة و يجب الا يغفل عن قولنا معرض الكفالة . ومقام الكفالة هو كسوآل المدين لآخر قائلا له اتكفلني او آمره لاخر بقوله اكفلني او كقوله مثلا ان هذا كفيلي (الخلاصة) ان قول الشخص في مثل هذا المقام ان الدين ديني هو بمعنى بلى قد كفلتك وانني اصبحت مدينا بكفالتي لك وفي الالتزام يجري حكم الصريح والعرف ولكن قول (ديني) في هذا المقام مجردا ليس بكفالة اه كذلك قد ورد في مبحث الكفالة من كتاب درر الصكوك من انه سئلت دائرة الفتوى العليا عن هل تعد عبارة (ديني) من الفاظ الكفالة فأجابت على ذلك شفاها بأنه اذا قال شخص ان المبلغ المذكور هو ديني تعد هذه العبارة من الفاظ الكفالة . الا ان هذه المسألة تحتاج الى نقل صريح

اما الالفاظ التي لا تدل في العرف والعادة على التعهد والالتزام فلا تنعقد الكفالة المالية والنفسية بها ما لم تكن معلقة بالشرط (انظر مادتي ٨٤ و ٦٣٦) رد المحتار) .

مثلا لو قال اعطيك او ادفع او اسلمك او آخذ لك او اطلب لك او خذ مني او اعرف مني مالك بذمة فلان او قال بالفارسية :

انجه ترايز فلانست من بدهم جواب مال تو برمن او جواب كويم ياخود هرجه ترابروى آيد برمن التي هي عبارة عن القول المجرد وكقوله اكرتن فلا نراني توانم كردن جواب اين مال برمن وامثال ذلك من الالفاظ التي لا تدل على الكفالة فلا تنعقد بها الكفالة (علي افندي وانقروي في الكفالة وشبلي)

كذلك لو باع احد ماله من آخر وسلمه اليه وسأل شخصاً (هل تعرف هذا الشخص) فقال المسؤول (نعم اعرفه رجلاً طيباً) فلا يكون ذلك الشخص بمجرد قوله هذا كفيلاً بالمال .

كذلك لو قال احد لآخر بع مالك الفلاني من هذا الرجل و باع ذلك الرجل ماله منه فلا يكون كفيلا بثمن المبيع (علي افندي) .

كذلك لو قال احد لآخر كن كفيلا بديني الذي على فلان وقال ذلك الشخص اذا كفلتك فماذا يجري عليّ فلا يكون بذلك كفيلاً .

وقول المادة الالفاظ ليس احترازاً عن الكتابة اللفظية وعلى ذلك فالكفالة تنعقد بكتابة الاخرس (انظر المادة ٧٠ وشرحها) . مثلاً لو كتب اخرس انه كفيل بنفس فلان او بماله صحت كفالته كذلك لو كفل احد بمال الاخرس او نفسه وقبل الاخرس ذلك كتابة صح «مسائل شتى في الكفالة من الدر المختار والهندية) كما انه تكون صحيحة ايضاً اذا لم يقبل بها ولم يردها (انظر المادة ٦٢١) .

كون الكفالة النفسية ادنى من المالية : الكفالة النفسية ادنى من الكفالة المالية . وعلى ذلك فهل قال احد على الاطلاق ان (انا كفيل لفلان) يحمل على الكفالة النفسية و بعبارة اخرى يحمل على انه قال انا كفيل بنفس فلان وتنعقد الكفالة على انها نفسية ما لم توجد قرينة تدل على انها كفالة بالمال واذا وجدت قرينة كانت كفالة بالمال (رد المحتار في الكفالة ، والشلبي) .

وبناء على ذلك ايضاً لو اجتمعت بينة الكفالة بالمال مع بينة الكفالة بالنفس رجحت بينة الكفالة بالمال (انظر المادة ١٧٦٢) (البهجة).

اما اذا كفل مصرحاً انني كفيل بدين فلان تنعقد الكفالة مالية ولا يقال هنا (بما ان الكفالة نفسية فيجب ان تنعقد نفسية) (رد المحتار).

﴿المادة ٦٢٣﴾ تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضاً انظر المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا اعطيكه تكون كفالة فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه يطالب الكفيل.

تكون الكفالة بالوعد المعلق ايضاً اي الوعد الذي يكتسب صورة التعليق. اما اذا كان الوعد غير معلق فلا تكون صحيحة (رد المحتار) انظر المادة (٨٤) وشرحها.

مسائل تتفرع عن هذا. مثلاً لو قال احد ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا اعطيكه، تنعقد الكفالة مالية فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه اياه ذلك الرجل او توفي قبل اعطائه اياه لزم المال الكفيل في تلك الساعة في الحال ويطالب به.

وعليه فان الكفالة لا تنعقد باللفظ الذي هو عبارة عن وعد مجرد كما جاء في المادة السابقة وتنعقد باللفظ المذكور اذا اكتسب صورة التعليق لأنه كما جاء في شرح المادة (٨٤) ان الوعد اذا اكتسب صورة التعليق ظهر فيه معنى الالتزام والتعهد.

جاء (فلو طالب ولم يعطه) اما ما جاء في شرح المادة (٨٢) اذا لم يثبت الشرط فتنعدم الكفالة المعلقة عليه انظر المادة (٦٣٦)

ثانياً: لو قال احد لآخر اذا لم يعطك مدينك زيد ما عليه من الدين الى الوقت الفلاني فانا اعطيكه فاذا مضت المدة المضروبة ولم يعطه المدين دينه كان الكفيل مطالباً به كما لو قال احد بع الشيء الفلاني من فلان واذا لم يعطك الثمن فانا اعطيكه انعقدت الكفالة واذا طالب البائع المشتري بالثمن بعد البيع ولم يعطه اياه يثبت له حق مطالبة الكفيل:

ثالثاً: لو قال احد لآخر اذا لم اسلمك مدينك غداً اعطيك مالك عليه من الدين فاذا جاء الغد ولم يسلمه مدينه لزمه بناء على ذلك الوعد المعلق اداء ذلك الدين. ولا ريب ان هذه المادة في الكفالة المعلقة الواردة في المادة (٦٣٦) وتفيد المعنى الذي تفيده تلك فلذلك تعد هذه المادة مكررة نظراً للمادة (٦٣٦).

اما اذا كان الوعد معلقاً فلا تعد الكفالة صحيحة لأن ذلك لا يدل على التعهد والالتزام عرفاً وعادة وهو مجرد وعد والوعد المجرد لا يلزم القيام به (الهندية في الكفالة في الباب الثاني في الفصل الاول انظر المادة (٦٢٢).

رابعاً: كذلك لو امر احد ان يدفع اليه ماله من الدين على فلان من ماله ووعد ذلك الرجل بالدفع فلا يجبر على القيام بتأدية الدين اذا لم يؤده. (الهندية في شتى الكفالة) انظر المادة (١٥١١).

﴿المادة ٦٢٤﴾ لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى الوقت الفلاني تنعقد منجزة

حال كونها كفالة موقتة .

لو قال احد انا كفيل بفلان او بما عليه من الدين من هذا اليوم او هذه الساعة الى الوقت الفلاني ففي الصورة الاولى من هذه المسألة تنعقد كفالة نفسية وفي الصورة الثانية تنعقد كفالة منجزه حال كونها كفالة موقتة و يستفاد من هذا الشرح كما ان الكفالة الموقتة تكون كفالة مالية تكون ايضاً كفالة نفسية وتكون كذلك كفالة بالتسليم.

تفصيلات في الكفالة الموقتة :وتفصيل هذه المادة كما يأتي:

لالفاظ الكفالة اربع صور :

الصورة الاولى: ان يذكر معنى (من)و«الى»اي ان يعين المبدأ والمنتهي كما في هذه المادة وفي هذه الصورة تكون الكفالة موقتة والذي ذكر في الجملة هو هذا كقولك انا كفيل من اليوم الى الشهر.

الصوره الثانية :عدم ذكر واحد منهما اي ألاّ تذكر (الى)و«من» او معناهما بعبارة اخرى ألاّ يذكر لا المبدأ ولا المنتهي كقولك كفلته شهرا او ثلاثة ايام وفي هذه الصورة الثانية تكون الكفالة موقتة كما في الصورة الاولى و يجري حكمها على ما جاء في المادة (٦٣٩) ولكن قد ذكر بعض العلماء ان الكفالة في الصورة الثانية ليست موقتة وانما هي كفالة ابديه وهذه الصورة الثانية لم تذكر في المجلة

الصورة الثالثة: ان تذكر (الى)او معناها اي المنتهي ولا تذكر«من»وذلك كان تقول كفلته الى شهر وفي هذه الصورة الثالثة ليست الكفالة موقتة بل موجلة

والكفيل انما يطالب بالكفالة بعد شهر من وقت العقد ولا يطالب قبل ذلك وانما يطالب بعد مرور الشهر ولا تبرأ ذمته من الكفالة بمرور ذلك الوقت لان التوقيت في هذه الصورة اي ذكر المدة لتأخير المطالبة وليس لتوقيت الكفالة ولقد افتى على هذا الوجه في البهجة الا اذا اشترط الكفيل براءته من الكفالة بعد مرور المدة المذكورة اي كأن يقول احد اي اكفل بفلان او بما له ثلاثة ايام وبعد ذلك فانا بريء من الكفالة فلا يكون كفيلاً ،بعد مرور الثلاثه ايام وهذه في الجملة لان تكون الكفالة غير لازمة الكفيل

لان الكفيل بقوله (الى)فكما انه لا يكون كفيلاً في بحر الثلاثة ايام لا يكون كفيلاً بعد مرور الثلاثة ايام باشتراطه البراءة من الكفالة بعد الثلاثة ايام «الانقروي الهندية ،رد المحتار ،والشرنبلالي» .

ثم لكن قال صاحب ردالمحتار لاختيار صورة الكفالة الموقتة في جميع الصور الثلاث المذكورة قلت وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول ابي يوسف والحسن لان الناس اليوم لا يقصدون بذلك الاتوقيت الكفالة بالمدة وانه لا كفالة بعدها وقد تقدم ان مبنى الفاظ الكفالة على العرف والعادة ثم رايت في الذخيرة قال وكان القاضي الامام الاجل ابو علي النسفي يقول قول ابي يوسف اشبه بعرف الناس اذا كفلوا الى مدة يفهمون بضرب المدة انهم يطالبون في المدة لا بعدها انتهي.

الصورة الرابعة :ان يذكر (من)اي المبدأ ولا يذكر المنتهى وفي هذه الصوره احتمالان :

الاحتمال الاول ،كون المبدأ من اليوم كقولك انا كفيل من اليوم ،هذه الكفالة منجزة

الاحتمال الثاني : كون المبدأ من زمن مستقبل كقولك انا كفيل من الشهر الآتي وهذه الكفالة مضافة

وهاته الكفالات ليست موقتة .

الخلاصة — ان الكفالة في الصورة الاولى موقتة كما هو مصرح في المجلة وفي الصورة الثالثة ليست موقتة كما افتى بذلك مشايخ الاسلام اما الرابعة فهي غير موقته بلا ريب و بقيت الصورة الثانية موضعاً للأختلاف .

﴿ المادة ٦٢٥ ﴾ كما تنعقد الكفالة مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول انا كفيل على ان يكون الايفاء في الحال او في الوقت الفلاني .

كما تنعقد الكفالة مطلقة بدون ذكر شرط التأجيل او التقسيط او التعجيل — و يقال لها ايضاً (كفالة مرسلة) — تنعقد الكفالة بقيد التعجيل او التأجيل الى مدة معينة بأن يقول انا كفيل على ان يكون الايفاء اي — الاداء والتسليم — في الحال او في الوقت الفلاني . (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني في الكفالة) . يفسر قوله (في الحال) بالتعجيل (وفي الوقت الفلاني) بالتأجيل .

و تشترط في الكفالة الموجلة ان يكون الاجل معلوماً و بعبارة اخرى يشترط في الاجل ليكون معتبراً ألاَّ يكون مجهولا جهالة فاحشة وقد اشارت المجلة بقولها (الى الوقت الفلاني) الى ذلك . فعليه اذا اجلت كفالة الى اجل مجهول جهالة فاحشة كان الاجل باطلاً وانعقدت الكفالة مطلقة اي ان تلك الكفالة تعتبر (مرسلة) كما لو لم يذكر لها اجل كالتأجيل الى ان يهب الهواء او لتساقط الامطار .

اما الجهل اليسير بالاجل فلا يكون مانعاً من صحة التأجيل فعلى ذلك فتأجيل الكفالة الى وقت الحصاد او صوم النصاري صحيح . (رد المحتار ، الهندية) و يحل الاجل في اول وقت الحصاد مثلا .

واليك توضيح الجهالة اليسيرة في الاجل والجهالة الفاحشة فيما يلي :

اذا لم يكن الاجل المجهول في الكفالة من الآجال المتعارفة ينظر فان كان لا يتصور حصوله في الحال فهو جائز كزمان قص الغنم وزمان العنب ، وزمن البيدر . وان كان يؤمل حلوله في الحال فليس جائزاً كهبوب الريح وسقوط الامطار وقد جاء في شرح المادة (٢٤٨ (ايضاح في هذا الخصوص)

وقد جاء حكم الكفالة المطلقة في المادة (٦٥٢) وحكم الكفالة المقيدة في مادتي (٦٥٣ و ٦٥٤) .

قال في الهندية و يجوز تأجيل الكفالة الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة وجميع الآجال في ذلك على السواء ، فعلى مايثبت الاجل ، ان كان من الاجال المتعارفة يثبت سواءاً كان اجلاً يتوهم حلوله للحال اولا يتوهم كما لو كفل بنفس رجل الى ان يقدم المكفول له من سفره وان لم يكن من الاجال المتعارفة ان لم يتوهم حلوله في الحال اصلا كما لو كفل الى الغطاس او الى النيروز او الى الحصاد او الى الدباس جاز و يثبت الاجل وان كان يتوهم حلوله في الحال لا يثبت الاجل كما لو كفل بنفس فلان الى ان تهب الريح او الى ان تمطر السماء انتهى .

﴿ المادة ٦٢٦ ﴾ تصح الكفالة عن الكفيل .

(رد المحتار) وحكم كفيل الكفيل هذا كحكم الكفيل .

وسواء اكانت الكفالة مالية كأن يكفل شخص دين آخر ثم يكفل شخص آخر ذلك الكفيل عما يطلب بذمته بحسب كفالته وقد بينت هذه المادة صحة كفالة الكفيل كما ان المادة (٦٤٥)

والفقرة الثالثه من المادة (٦٤٧) قد بينت حكم الكفالة التي تقع على هذا الوجه (رد محتار وخيرية)

او كانت الكفالة نفسية : لو جاء رجل بعد ان كفل احد نفس آخر و كفل نفس المكفول على ان يسلمه في الوقت الفلاني واذا لم يسلمه في الوقت المضروب يدفع ما عليه من الدين صحت الكفالتان الاولى كفالة نفسية منجزة والثانية كفالة مالية معلقة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) .

ولو كانت الكفالة كفالة بالتسليم

فكما ان عبارة المجلة (تصح الكفالة عن الكفيل) تشمل كفالة الكفيل فانها تشمل كفيل كفيل الكفيل وهلم جرا .

فاذا كان الكفيل الاول كفيلاً بالمال جاز ان يكون الكفيل الثاني كفيلا بالمطالبة التي تلزم ذمة الاول كما يجوز ان يكون الكفيل الثاني كفيلا بنفس الاول الذى هو كفيل بالمال . اما اذا كان الكفيل الاول كفيلا بالنفس فالكفيل الثاني يكون كفيلا بنفس الكفيل الاول .

﴿ المادة ٦٢٧ ﴾ يجوز تعدد الكفلاء .

يجوز تعدد الكفلاء والمكفول لهم كاثنين او ثلاثة او اربعة او اكثر لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة و يحتمل الاستحقاق المذكور التعدد . مثلا فكما يصح ان تكون المطالبة بما على زيد من الدين من زيد وعمرو يصح ان تكون منهما ومن بكر و بشر ايضاً . فعلى ذلك لو كفل احد آخر بشيء و بعد ذلك كفل آخر ذلك الشيء نفسه فلا يخلص الكفيل الاول من الكفالة سواء اكانت الكفالة كفالة بالمال ام كفالة بالنفس ام كفالة بالتسليم وتجري في هذه الصورة احكام المادة (٦٤٧) مجمع الانهر . فعليه لو اخذ احد على نفس آخر كفيلا و بعد ذلك كفل له آخر نفس الرجل المكفول ايضاً صح ذلك وكان كل من الكفيلين منفرداً عن الآخر (الهداية) .

ويجوز تعدد المكفول له ايضاً كما قلنا فكما ان لرجل ان يكفل رجلا واحداً فله ان يكفل اثنين او ثلاثة او اكثر كما انه تجوز الكفالة بعدة ديون ايضاً .

بين هذه المادة والمادة السابقة : فموضوع هذه تعدد الكفلاء للمكفول عنه راساً . اما المادة السابقة وان كان فيها تعدد كفلاء الا ان كفلاء المكفول عنه لم يتعددوا رأساً

الفصل الثاني

في بيان مسائل شروط الكفالة

وهذه الشروط يتحري عليها وجوداً وعدماً في اربعة اشياء

الاول ،في الكفيل وهذه هي كما ستجيء في المادة الآتية:

اولاً : كون الكفيل عاقلاً بالغاً، ثانياً، كون الكفيل راضياً، ثالثاً، كون الكفيل غير المكفول له رابعاً، كون الكفيل غير مريض مرض الموت.

الثاني ،المكفول عنه .وهو كما جاء في المادة (٦٢٩)والمادة (٦٣٣) اولاً ، كون المكفول عنه معلوماً، ثانياً ، كون المكفول به معلوماً هل هو النفس او المال، ثالثاً، عدم لزوم كون المكفول عنه عاقلاً بالغاً.

الثالث المكفول به .وهي كما جاء في مادتي (٦٣٠)و(٦٣١) ،اولاً : كون المكفول به معلوماً شخصاً ومكاناً اذا كان نفساً. ثانياً ،عدم لزوم العلم بالمكفول به اذا كان مالاً، ثالثاً ، كون المكفول به مضموناً على الاصيل. اذا كان مالا .رابعاً، كون المكفول به المقرر التسليم والاستحصال عليه من الكفيل ممكناً.

الرابع ،المكفول له ،هو العلم بالمكفول له كما ذكر في شرح المادة (٦٢٩).

﴿ المادة ٦٢٨ ﴾ يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤاخذون اقر بعد البلوغ بهذه الكفالة.

يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل اهلاً للتبرع بان كان عاقلاً بالغاً

فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه بناء على انه يشترط في الكفيل ان يكون عاقلاً ولا تصح كفالة الصبي المأذون او غير المأذون بناء على انه يشترط في الكفيل ان يكون بالغاً وسواء في ذلك كفالة الدين وكفالة النفس وكفالة التسليم .ولا تنعقد هذه الكفالة ، بعبارة اخرى ان هذه الكفالة باطلة ولا يكون موقوفة على اجازة الولي او اجازة الصبي بعد البلوغ او اجازة المجنون او المعتوه بعد الافاقة لعدم الاهلية فلا يحتمل النفاذ(الشبلي).

انظر المادة (٩٦٦)والفقرة الثانيه من المادة (٩٢٧)

لأن الكفالة تبرع والصبي ليس اهلا لذلك واذا كانت الكفالة بالامر فهي تبرع بلا ريب اما الكفالة بالامر فهي تضر بالصبي ايضاً لانه من المحتمل ان لا يأخذ من الآمر ما اعطاه الى الطالب

واذا كفل صبي او مجنون كفالة بالنفس او بالمال او بالتسليم لا يؤاخذ بهذه الكفالة وان اقر بها بعد البلوغ او الافاقة لانها كفالة باطلة بوقوعها في حال الصغر او الجنون .ومالم يجددها بعد البلوغ او بعد الافاقة لا اعتبار لها .(الحموي).

مستثني — ولكن تصح كفالة الصبي في المسألة الآتية:

لو استقرض ولي الصبي او وصيه مالا للانفاق على الصبي وكسوته واما اشبه ذلك من اللوازم الضرورية او لاشتراء شيء له وامر الصبي بكفالته بالقرض اي بالمال الذي استدانه لاجله وكفله الصبي بذلك طولب الصبي بالكفالة (الهندية في الباب الاول من الكفالة ،الانقروي).

لان مثل هذا الدين يرجع الى مال الصبي ولو لم يكفل به وبما ان هذه الكفالة انما هي عباره عن تاكيد للمطالبة الثابتة قبلا فلا تعد تبرعاً.

اما اذا كفل الصبي نفس وليه فلا تصح كفالته لانه بما ان الصبي لا يلزمه قبل الكفالة تسليم نفس المكفول به فتعد مثل هذه الكفالة تبرعاً . والصبي ليس بأهل للتبرع (الدر المختار ،ورد المحتار).

وعلى ذلك فلو اختلف الكفيل والطالب وقال الكفيل انني كفلت في صغري وقال الطالب انك كفلت حال بلوغك فالقول للكفيل ويحتاج الطالب الى اقامة البينة انظر المادة (٧٧).

كذلك لو قال الكفيل انني كفلت وانا مجنون وقال الطالب انك كفلت وانت عاقل فالقول للكفيل اذا كان معروفاً انه كان مجنوناً اما اذا لم يكن معروفاً كذلك فالقول للطالب «الهندية في الباب الاول من الكفالة ،والانقروي».

واذا كان الكفيل اهلاً للكفالة فيشترط في صحة الكفالة رضاء الكفيل . وعلى ذلك فاذا كفل كفالة بمال او كفالة بنفس او كفالة بتسليم لا تعتبر اذا كانت واقعة باكراه معتبر انظر المادة(١٠٠٦)«المجموعة الجديدة بزيادة».

مثلاً لو اكره احد آخر على ان يكفل عنه بدين لغريمه وكفل ذلك مكرهاً فلا يؤاخذ بالكفالته هذه ولا يطالب (التنقيح).

كفالة المريض :يشترط ايضاً الا يكون الكفيل مريضاً مرض الموت انظر المادة ٥(١٦٠)لان المريض مرض الموت ليس مقتدراً على التبرع باكثر من ثلث ماله(الزيلعي).

وكفالة المريض اما ان تكون عن اجنبي واحكامها مفصلة فيما يأتي :ان كفالة المريض الماليه عن اجنبي تعتبر الى ثلث ماله وما لم تجز ورثته الزيادة عن الثلث فلا تعتبر وتكون باطلة فيما يزيد عن الثلث كذلك لو كفل المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون بدين على آخر فليس لكفالته حكم.

كذلك اذا لم يكن على المريض دين حين الكفالة ولكن لو استغرقت بعد ذلك تركته بدين لاجنبي واقر له المريض فلا يبقى حكم للكفالة ايضاً وللمقر له ان يضبط كل التركة في مقابل دينه ويستوفيه .واذا لم تكن التركه مستغرقة ليستوفي الدائن المكفول به من ثلث مال الكفيل اذا كان الثلث يكفي لايفائه واذا لم تكن كافيا فيستوفي الثلث مهما كان .الا اذا كان المريض قد اقر في مرضه انه كفل ذلك الدين للاجنبي في حال صحته فحينئذ يوءخذ الدين من جميع ماله كما هو مبين في المادة(١٦٠٥)(رد المحتار في الكفالة ،والهندية).

او تكون كفالته لوارث،وهذه الصورة ستأتي في المادة(١٦٠٥).

وانما اذا علقت الكفالة على شرط في حال الصحة ووجد الشرط بعد المرض ولزم المريض الضمان بناء على المادة (٨٢)فتكون هذه الكفالة في حكم الكفالة في حال الصحة مثلا لو قال احد في حال الصحة كل ما يقر به فلان لفلان فهو علي ومرض بعد ذلك مرض الموت او توفي واقر ذلك الشخص بالف قرش

للمكفول له لزمت الالف قرش من جميع مال المتوفي وليست هذه الكفالة في حكم الكفالة في مرض الموت . ويخاصم المكفول له غرماء الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة وهامش الانقروي) . اما الكفالة النفسية فليست بمال .

فعليه لو ابرأ احد وهو مريض مرض الموت وارثه من كفالة بالنفس يكون صحيحاً فلو ابرأ اجنبياً من ذلك صح ولا تعتبر من ثلث ماله .

كذلك لو ابرأ المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون آخر من الكفالة صح ، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث) . اما ابراء المريض احداً من الكفالة المالية وتركته مستغرقة بالديون فلا يصح (انظر المادة ١٥٨١) .

﴿ المادة ٦٢٩ ﴾ لا يشترط كون المكفول عنه عاقلا وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي

اي انه لا يشترط كون المكفول عنه او المكفول له عاقلا وبالغاً في انعقاد الكفالة ونفاذها لانه ليس في هذه الكفالة ما يضر بالمكفول عنه مطلقاً وانما يكون الضرر على الكفيل لانه اذا ادى احد ما على صبي من الدين بمقتضى كفالته اياه عد متبرعاً به وذلك مما يعود بالنفع على الصبي . فعليه وكما تصح كفالته بنفس العاقل البالغ او ماله وتكون نافذة تصح كفالته بنفس المجنون او الصبي المأذون او دينه وتكون كفالته نافذة و يطالب الكفيل بالمكفول به . واذا ادى الكفيل ما على هؤلاء من الدين فليس له الرجوع عليهم وسواء في ذلك أكانت الكفالة بامرهم او بدون ذلك فعدم الرجوع مع الامر هو لان اقرار الصبي والمجنون ليس بصحيح بمقتضى حكم المادة (١٥٧٣) فيكون الامر الصادر منهم منهم في الكفالة ليس صحيحاً ايضاً اما عدم الرجوع مع عدم الامر بالكفالة لان الكفالة بدون الامر تبرع (انظر المادة ٦٥٧) وشرحها . حتى لو طلب احد شيئاً من صبي او مجنون وكفل آخر المجنون او الصبي بنفسه او بدينه بدون اذن الولي او الوصي صحت كفالته واذا اراد الكفيل تسليم الصبي في الكفالة بالنفس الى المكفول له وكانت الكفالة بامر الوصي او الولي او بامر الصبي وهو مأذون فله احضار الصبي المكفول عنه جبراً و يسلمه الى المكفول له والا فليس له ان يجبر الصبي على الحضور وتسليمه المكفول له . (الهندية في الباب الاول من الكفالة)

وذلك كما مر في شرح المادة (٦١٢)

كذلك اذا كفل احد نفس صبي على ان يسلمه في الوقت الفلاني واذا لم يسلمه في الوقت المضروب عليه تسليم ما عليه من الدين جازت كفالته . واذا لم يسلم الصبي ضمن الكفيل ما يحكم على وليه او وصيه . وليس للكفيل الرجوع على الصبي فيما يضمنه بسبب ذلك . ما لم تكن الكفالة بامر الولي او الوصي او الصبي المأذون بالتجارة كما ستفصل ذلك المادة (٦٥٧) « رد المحتار والنتيجة » .

وقوله في هذه المادة (المكفول عنه) ليس احترازاً عن المكفول له فكما انه لا يشترط في المكفول عنه ان يكون عاقلا بالغاً فليس البلوغ والعقل شرطاً في صحة الكفالة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى .

لأن الكفالة بناء على ما جاء في المادة (٦٢١) تنعقد بايجاب الكفيل فقط ولا يلزم قبول المكفول له او قبول احد من طرفه الكفالة وعليه فليس من فائدة لتحري كونه عاقلاً بالغاً . وعليه لو كفل احد لصبي محجور ماله من الدين على شخص فكفالته صحيحة ، (رد المحتار) .

لكن يشترط كون المكفول عنه معلوماً كما سيوضح في شرح المادة الآتية

حتى انه لو قال احد لآخر (انني كفيل بكل مالك على الناس من الدين او انني كفيل بكل ما يخرج لك على كل احد من الدين) تصح كفالته كذلك لو قال لجماعة (انني اكفل لكم او لغيركم اثمان كل مال يباع من فلان) فكفالته في قوله (اكفل لكم ..) للمخاطبين صحيحة ولغيرهم غير صحيحة كما سيأتي في شرح المادة الآتية (الهندية) .

وكذلك يشترط في صحة الكفالة العلم بالمكفول به هل هو نفس او مال فعليه لو قال احدانا كفيل او ضامن ولم يقل بفلان او بماله فلا تصح الكفالة ما لم توجد قرينة تدل على المكفول به منهما .

كذلك فكما تنعقد الكفالة نفسية لو قال احد لآخر اكفل لي هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته تنعقد الكفالة مالية لو قال اكفل لي ديني الذي على هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته (رد المحتار) « انظر المادة ٦٦ » متناً وشرحاً .

﴿ المادة ٦٣٠ ﴾ ان كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً وان كان مالاً لا يشترط ان يكون معلوماً فلو قال انا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً

يشترط في صحة الكفالة ان كان المكفول به نفساً ان يكون معلوماً شخصاً ومكاناً وبعبارة اخرى ألا يكون شخصه مجهولا جهالة فاحشة .

العلم بشخصه : اذا كان شخص المكفول به معلوماً صحت الكفالة فلو قال احد انني كفيل بنفس فلان صحت كفالته واذا لم يكن شخصه معلوماً فلا تصح الكفالة فلو قال احد لآخر انا كفيل من يغتصب منك مالا او من يبيعه منك اومن يتبايع معك فهذه الكفالة النفسية غير صحيحة . قيل في الشرح (كون شخصه معلوماً) لانه ليس من اللازم ان يكون اسمه معلوماً فعليه لو قال انني كفيل بنفس رجل لا اعرفه ولكن اذا رأيته عرفته) فاقراره هذا جائز واذا سلم اليه اي رجل وحلف على انه ليس الذي قال عنه المدعي برء من الكفالة لان الجهل بالمقر به لا يمنع بمقتضى المادة (١٥٧٩) من صحة الاقرار . (الدر المختار) وقد اشير اثناء الشرح الى انه يراد بقوله معلوماً الاحتراز من الجهالة الفاحشة اي ان الجهالة اليسيرة بالمكفول به في الكفالة النفسية لا تكون مانعاً من صحة الكفالة فعليه لو قال احد انا كفيل بالشخص الفلاني او بنفس الرجل الفلاني) صح و يعود الى الكفيل بيان المكفول به الشخص الفلاني او الرجل الفلاني ومن يسلمه الى المكفول له منهما برىء الكفيل قال، في رد المحتار لو قال انا كفيل لفلان او فلان كان جائزاً يدفع ايهما شاء فيبرأ عن الكفالة انتهى .

العلم بمكان المكفول به : يشترط في المكفول به اذا كان نفساً ان يكون مكانه معلوماً فعليه اذا كان احد غائباً فلا تصح الكفالة بنفسه (رد المحتار ، ومجمع الانهر ، والبزازية) واذا كان المكفول به مالاً

فليس كونه معلوماً وكون الدعوى صحيحة بشرط في صحة الكفالة لان الكفالة مبنية على التوسع وقد وقع الاجماع على صحة الكفالة بالدرك لهذا السبب . والحال انه في الكفالة بالدرك لا يكون المقدار الذي يضبط بالاستحقاق من المبيع معلوماً . ومع جهالة المكفول به على هذه الصورة تصح الكفالة المالية سواء أكانت تلك الجهالة فاحشة ام يسيرة . « التنوير وشرحه ، وحاشيته » .

مسائل تتفرع عن الكفالة بالمجهول :

المسألة الاولى ، فكما تصح الكفالة بدين معلوم تصح ايضاً لو قال انا كفيل بدين فلان على فلان وان لم يكن مقداره معلوماً . وفي هذه الحال على الكفيل تعيين الدين المطلوب من المكفول عنه للمكفول له انظر المادة (١٥٧٩) و يضمن الكفيل ما يقر به و يعينه وان كان زائداً عما يقر به الاصيل انظر المادة (٨١) .

واذا ادعى المكفول له باكثر مما اقر به الكفيل واثبت مدعاه بالبينة ضمن الكفيل ذلك ايضاً لانه قد كفل بما يتبين على الاصيل مضموناً انظر مادتي (٧٥ و٧٦) . وان لم يثبت المكفول له الزيادة فليس قوله المجرد بناء على هذه المادة حجة على الاصيل وبذلك لا تكون حجة على الكفيل ايضاً وللكفيل (بناء على ذلك) القول مع اليمين على انه لا يعلم ان المكفول به زائد عما اقر به . لانه اذا كان ما التزم به الكفيل مالاً فيجب تصديقه في المقدار الذي التزم به مع اليمين . لانه منكر للزيادة . والقول مع اليمين للمنكر انظر المادة (١٧٤٨) . واذا اقر الاصيل بكذا قرشاً او نكل عن اليمين فهذا الاقرار او النكول قاصر على نفس الاصيل ولا تأثير له على الكفيل . لان الاقرار انما يكون حجة على المقر وليس بحجة على سواه لان الانسان باقراره بشيء يكون مقراً بالنسبة الى نفسه ومدعياً بالنسبة الى غيره ولا يثبت صدق المدعي الا بحجة « واقعات المفتين » .

المسألة الثانية ، واذا قال احد لآخر انني كفلت بعض مالك على فلان من الدين صح و يلزم على الكفيل تعيين مقدار ذلك البعض انظر المادة (١٥٧٩) رد المحتار في الكفالة .

المسألة الثالثة : وفقرة « و كذا لو قال انا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين ... الخ » الواردة في المادة (٦٣٦) من جملة مسائل المكفول به المجهول وفي الكفالة التي تقع على ما جاء في الفقرة المذكورة من المادة (٦٣٦) يطالب الكفيل بما يقر به الاصيل . قال عبد الحليم لو كفل بما ذاب لك عليه فعلي ان ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل ووجب وقد وجب باقراره بخلاف قوله كفلت بما لك عليه فان الكفالة بالدين القائم في الحال كما في المقدسي .

كذلك لو كفل احد باجرة فقال الكفيل بعد ذلك ان الاجرة مائة قرش وقال المستأجر انها خمسون قرشاً فالقول للمستأجر مع اليمين على انها لم تكن اكثر من خمسين قرشاً لأن المستأجر منكر الزيادة و يطالب الكفيل بمائة قرش حسب اقراره (انظر المادة ١٥٨٧) .

واذا كانت تلك الكفالة بامر المستأجر فللكفيل الرجوع عليه بخمسين قرشاً انظر المادة (٧٨) واذا اقام البينة رجحت بينة الآجر انظر المادة (٧٦٢) .

اما اذا اقام الطالب البينة على مقدار الاجرة فله ان يأخذ من الكفيل والمستأجر ما يزيد « الهندية وفي الباب الرابع والعشرين من كتاب «الاجارة» .

صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الكفاله :فعليه لو ادعى احد بمال على آخر ولم يبين مقدار ذلك المال او لم يبين صفته مع بيان المقدار وكانت الدعوي بمقتضي الماده (١٦٢٦)غير صحيحة فقال له شخص «اترك ذلك الشخص وانا كفيل به،فاذا لم اسلمه اليك غداً فليكن ما تدعيه قبله عليّ»فهذه الكفالة المالية المعلقة صحيحة فاذا لم يسلمه اليه لزم الكفيل ضمان المال المدعي به بعد الثبوت .واذا حصل اختلاف في صفة المال فالقول للمكفول له .(التنوير ،والمنح).

وبعد ايضاح هذه المادة على الصورة المتقدمة فلنذكر المسائل التي اشير الى تعريبها في المجلة :

جاء في المجلة (على فلان)لأن معلومية المكفول عنه شرط في صحة الكفالة (التنوير).

فعليه لو قال احد لآخر انني اكفل كل مال سيغصبه منك الناس او يستقرضونه فلا تصح كفالته .كذلك لو قال احد لزيد «انني اكفل كل دين يظهر لك على الناس فليست هذه الكفالة صحيحة .لكن تستثنى المسألة الاولى من شرح المادة (٦٥٨)من ذلك .

لكن الكفالة بالترديد في الكفالة المنجزة صحيحة .ويقول الفقهاء عن الترديد المذكور تخييراً لأن الكفيل يكون مخيراً كما سيأتي: .قال في الدرر لاتصح ايضاً بجهالة المكفول عنه في تعيين واضافة لا تخيير ككفلت بمالك على فلان او فلان فتصح انتهي .

وعليه لو قال احد لآخر«انني كفيل بالشخص الفلاني او بمالك على الرجل الفلاني من الدين»فالكفالة صحيحة و يكون الكفيل مخيراً في تعيين واحد منهما و بعبارة اخرى اذا ادي الكفيل واحداً من الشيئين برىء من الكفالة والحكم على هذا المنوال ايضاً في الكفالة بالنفس وقد بين ذلك في شرح الفقرة الاولى من هذه المادة .(الدر المختار ورد المحتار ،والهندية في الباب الاول من الكفالة).

لكن تخيير المكفول له مانع لصحة الكفالة كما سيذكر :

كذلك لو قال احد انني اكفل نفس فلان او بالالف قرش التي على فلان جاز وعلى الكفيل ان يعين احدهما و يوفيه واذا اوفي احدهما برىء من الثاني (رد المحتار).

جاء في المجلة «بدين فلان»لان معلومية المكفول له شرط في صحة الكفالة المنجزة،والمعلقة والمضافة وجهالة المكفول له مانعة من صحتها سواء أكان المكفول له واحداً ام متعددا (رد المحتار). وعلى ذلك فاذا كان المكفول له معلوماً كانت الكفالة صحيحة سواء أكان المكفول له واحداً ام متعدداً .

وعليه لو قال احد مخاطباً عشرين شخصاً معلومين (انا كفيل بثمن ما ستبيعونه من فلان وتسلمونه اليه) صحت كفالته (الهندية في الباب الاول).

اما اذا كان المكفول له مجهولاً فليست الكفالة صحيحة .

وعليه لو قال احد لآخر «انني اكفل بما تغصبه من اي احد او بما يحكم به عليك لاي انسان او بما يظهر عليك من الحقوق لاي شخص)او لو قال «انني اكفل اليوم لمن يبيع شيئاً لفلان ثمن مبيعه) فليست هذه الكفالة المالية صحيحة «التنوير ،الدر المختار،الهندية».

كذلك لو تعاطى احد الدلالة فقال آخر انني اكفل ما يقع من هذا الشخص من الضرر ولم يكن المكفول له معلوماً فليست هذه الكفالة صحيحة .(علي افندي فيما يصح من الكفالة)

كذلك لو كفل احد لآخر دينه الذي على شخص وظهر ان ذلك الدين ليس لذلك الشخص

المكفول له فلا تكون الكفالة صحيحة «التنقيح».

كذلك لو قال احد «انني كفيل بدين ذلك الرجل على هذا الشخص او انني كفيل بمطلوب ذلك الرجل على هذا الشخص» فلا تصح الكفالة (الهندية في الباب الاول)

كذلك لو قال احد «انني اكفل لكل من يبيع من فلان هذا اليوم شيئاً بثمنه فلو باع منه بعض الناس شيئاً فلا يلزم ذلك الرجل شيء (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

كذلك لو قال احد مخاطباً ثلاثة اشخاص (انني اكفل لكم ولغيركم ثمن ما تبيعونه من فلان) فتكون الكفالة صحيحة بالنسبة الى الاشخاص الثلاثة المعلومين وغير صحيحة بالنسبة الى غيرهم (الهندية).

مستثنى وتستثنى من مسألة جهالة المكفول له مانعة من صحة الكفالة) (المسألة الآتية)

وهي ليست جهالة المكفول له (في الكفالة التي ضمن شركة المفاوضة) مانعة لصحتها (رد المحتار) انظر المواد (٥٤ و١٣٣٤ و١٣٥٦) في المتفاوضات

فاذا افترقا فلا أصحاب الديون ان يأخذوا ايها شاؤا بجميع الدين ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف فيرجع بالزيادة (الهندية في الباب الرابع)

وجاء في المجلة (بدين فلان على فلان الخ) اشارة الى انه يجب ان يكون الكفيل غير المكفول له لأنه لا يصح ان يكون الانسان كفيلاً لنفسه.

وعلى ذلك فلو كفل الوكيل بالبيع المشتري بثمن المبيع لموكله فلا تكون كفالته صحيحة سواء اكان ذلك بعد قبض الوكيل الثمن المذكور او قبله لان حق قبض ثمن المبيع بناء على المادة (١٤٦١) عائد الى الوكيل اصالة فان كفل الثمن قبل القبض كان ذلك منه لنفسه وليست هذه الكفالة جائزة. (لأن حق القبض له بالاصالة ولذا لا يبطل بموت الموكل و بعزله وجاز ان يكون الموكل وكيلاً عنه في القبض وللوكيل عزله (رد المحتار).

حتى ان الكفيل لو اعطى الثمن الى البائع بناءً على هذه الكفالة فله ان يرجع عليه به او يسترده ولكن اذا لم يكن اعطاه بناء على هذه الكفالة بل اعطاه متبرعاً صح (الانقروي في الفصل الثاني من الكفالة)

على ان الرسول بالبيع اذا كفل بثمن المبيع صح اما بعد القبض فبما ان الثمن يكون في يده امانة بناء على المادة السابقة فلا تصح.

كذلك لا تصح كفالة الوصي او الناظر المشتري للصغير بثمن المال الذي باعه (الدر المختار).

مثلاً لو اعطى احد آخر نقوداً من مال الصغير الذي له الوصاية عليه و كفل عنه بالمال للصبي فلا تصح كفالته (النتيجة).

وعلى ذلك فلو كفل احد الوصيين بالآخر فلا تصح كفالته. مالم يكفل الاوصياء المتوفى لوارث له كبير فتصح الكفالة وفي هذا الدين يخرج الاوصياء منه فلا يكون لهم و يعين الحاكم وصياً جديداً لاستيفائه من الوصي الكفيل.

كذلك لو اودع احد عند آخر امانة و كفل المودع بتسليم الامانة اليه فلا تصح، نعم وان كانت الكفالة بتسليم الامانة جائزة فليس ذلك الا عند ما تقع من غير المودع. قال في (رد المحتار) الثمن بعد القبض امانة عند الوكيل غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا بعد وايضاً كفالته

لما قبضه كفالة الكفيل عن نفسه واما صحة الكفالة بتسليم الامانة فذاك في كفالة من ليست الامانة عنده انتهى بتغيير ما قال في ادب الاوصياء ولو كان للميت دين على رجل فضمنه احد الوصيين لصاحبه او للصغير لم يجز ولو ضمناه للوارث الكبير جاز وخرج عن الوصاية في ذلك الدين فليس لهما مقاضاته فينصب القاضي وصياً آخر فيطلبه و يقبضه انتهى بتغيير ما.

وكذلك لا تصح كفالة المضارب لرب المال بالمال اي انه لو باع المضارب مال المضاربة من آخر و كفل لرب المال بعد ثمنه فلا تصح كفالته (مجمع الانهر)

وقيل في هذه المسألة (الوكيل بالبيع ..) لان كفالة الوكيل بقبض الثمن بذلك الثمن صحيحة (الدر المختار ،ورد المحتار وعبد الحليم).

كذلك لو كان لشخص مع آخر دين مشترك عند آخر ولو كان ناشئاً عن أرث وكان الدين صحيحاً فلا تصح كفالة ذلك الشخص على المطلوب المذكور حتى انه لو دفع لشريكه طلبته المكفول بها بناء على الكفالة فله استردادها دفعه اليه لانه اذا دفع احد مالا يجب عليه اداؤه الى آخر فله استرداده كما جاء في شرح المادة (٩٧). والسبب في عدم صحة هذه الكفالة ايضاً هو وقوع الكفالة اما على النصف المعين الذي يصيب المكفول له وذلك يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا كما جاء في المادة (١١٢٣) ليس بجائز «لأن القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين اذ الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً والدين حكمي (رد المحتار) او تكون واقعة على نصف شائع وحينئذ يكون للكفيل بناء على المادة «١١٠١» ان يأخذ نصف المقبوض لنفسه و بذلك يكون كفيلاً لنفسه ايضاً وهذا غير جائز.

وان لم تكن كفالة الشريك في الدين المشترك صحيحة فاذا كفل اجنبي لاحد الشريكين بدينه فما يؤديه الكفيل لاحدهما يكون مشتركاً بينهما كما اذا اداه الاصيل انظر المادة (١١٠١) (رد المحتار).

اما اذا لم يكن الدين مشتركاً صحت الكفالة كما اذا باع اثنان مالا صفقتين من آخر و كفل احدهما للآخر بدينه، والخلاصة ، ان كل كفالة تتضمن كفالة الكفيل نفسه ليست صحيحة (رد المحتار والمنديه).

﴿ المادة ٦٣١ ﴾ يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل يعني ان ايفاءه يلزم الاصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على ايفائه عيناً او بدلا و كذلك تصح الكفالة بالمال المقبول على سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه واما الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لان البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل انما يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه و كذلك

لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الاصيل لكن لو قال انا كفيل ان اضاع المكفول عنه هذه الاشياء واستهلكها، وتصح الكفالة بتسليم المبيع وبتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكون مجبوراً على تسليمها الا انه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء .

اي انه يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل اي ان يكون ايفاؤه عينا او بدلا لازماً على الاصيل سواء أكان المكفول به دينا أو عيناً مضمونة بنفسها ، (رد المحتار) .

والمال في هذه المادة يشمل العين والدين . والواقع ان الدين وان كان امراً حكمياً ولا يمكن ادخاره لعدم وجوده وليس هو بناء على المعنى الوارد في المادة (١٢٦) مالا في الحال إلا هو مال حكماً بالنظر الى عاقبة القبض . لان الدين يصبح عينا ينتفع به عند قبضه في الزمن الآتي (البحر في شرح قول الكنز وعن الميت المفلس) .

و يستفاد من هذه العبارة حكمان :

الحكم الاول — اذا لم يكن المكفول به مضموناً فلا تصح الكفالة . لان ما لا يجب ايفاؤه على الاصيل و يكون مضموناً عليه فلا يجب ضمانه على الكفيل . لذلك لا تصح الكفالة بما لا يلزم الاصيل اداؤه كالرشوة ، والقمار والجيفه وثمن الرجل الحر . لان هذه ليست مضمونة على الاصيل فلا يلزمه ايفاؤها .

وعليه لو ادعى الكفيل بعد ان كفل بدين احد على آخر ان كفالته ليست صحيحة لان ذلك الدين رشوة او قمار ، او جيفة او ثمن آدمي حر) على المكفول له واقر المكفول له بذلك وصدقه فيخرج الحاكم الكفيل من الكفالة لبطلان الكفالة . لكن لو حضر بعد ذلك الاصيل والمكفول عنه واقرا بان المبلغ المذكور ثمن لمبيع او قرض وصدق المكفول له هذا الاقرار ايضاً لزم ذلك المبلغ الاصيل بموجب اقراره انظر المادة (٨٧) (الهندية في الباب الثالث من الكفالة) .

هذا و يتفرع من هذا الحكم الاول فقرة (واما الكفالة بعين المبيع قبل القبض . . الخ) وفقرة (وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار . .)

الحكم الثاني — اذا كان المكفول به مضموناً صحت الكفالة . فتصح الكفالة بثمن المبيع اي ثمن المال الذي بيع بيعاً صحيحاً و بدل الاجارة المعجل او المؤجل سواء أكان عيناً او ديناً وكذلك بالمهر و بدل الطلاق في الطلاق على مال والمسلم فيه وسائر الديون الصحيحة القائمة كالخراج المعين والضرائب في احوال استثنائية ايضاً . الا انه اذا كان المشتري صبياً محجوراً فكفالته بثمن المال الذي اشتراه وان كان صحيحاً فلا يلزم الكفيل شيء من ذلك تبعاً للاصيل لكن لو باع الصبي المحجور مالاً من آخر وكفل له احد كفالة درك فاذا كانت الكفالة بعد القبض فلا تصح وان كانت قبل ذلك صحت (انظر شرح المادة ٦١٢) . « البحر » .

وقد قيد (ثمن المبيع) هنا بثمن المال الذي يباع بيعاً صحيحاً لأنه اذا ظهر فساد البيع ظهر فساد الكفالة بناء على المادة (٥٢) ولا يلزم الكفيل اعطاء البائع الثمن الا اذا لم يكن سلمه اياه . فضلا عن ان الثمن المسمى لا يلزم الاصيل في البيع الفاسد كما جاء في المادة (٣٧١) حتى يلزم الكفيل . وان اعطي الكفيل الثمن وكانت الكفاله بالامر فله اخذه ان شاء من البائع وان شاء من المشتري (الخيرية) لأنه من الاصول المقررة اذا اعطي احد آخر شيئاً ظاناً انه يلزمه وظهر له بعد ذلك انه غير واجب عليه فله الرجوع على ذلك الرجل بما اعطاه اي انه له صلاحية استرداد ما اعطى ذلك الشخص (التنقيح) . فاذا اخذ ذلك من المشتري فله اخذه من البائع واما اذا اعطي المشتري الثمن الكفيل ففي هذه الصورة يرجع المشتري على البائع واذا كانت الكفالة بلا امر اخذ الكفيل ما اعطى من البائع فقط لانه ادى الكفالة فاسدة على انه اذا وقع اولا البيع صحيحاً و بعد ان كفل بالثمن احد الحق المتبايعان به شرطاً فاسداً فللكفيل الرجوع على المشتري بثمن المبيع بعد ادائه الى البائع وذلك اذا كانت الكفالة بامره (الكفوى فيما نقع به البراءة مالاً) .

وقد قيدت الديون في متن المجلة بالديون (الصحيحة) لانه لا تجوز الكفالة بالديون غير الصحيحة كما اذا اقر صغير غير مميز بدين كذا قرشاً لشخص و كفله به احد فكما ان ذلك الاقرار بناء على المادة (١٥٧٤) غير صحيح فالكفالة ايضاً غير صحيحة (البهجة) .

مستثنى — على انه وان كان ما يقرر و يقدر بحكم الحاكم ولا تمكن استدانته او النفقة المقررة التي تقرر وتقدر برضاء الزوج والزوجه وتسقط بالطلاق او الوفاة وليست ديوناً صحيحة تصح الكفالة بها استحساناً (الدر المختار ، والاشباه) وتصح الكفالة ايضاً بالنفقة المستقبلة كقول الرجل لأمراة الغير كفلت لك بالنفقة ابداً ما دامت الزوجية (الدر المختار ورد المحتار ملخصاً) . (الديون) جمع دين

(الدين الصحيح) هو مالا يسقط بغير الاداء او الابراء حقيقة او حكماً . كالقرض ، وثمن المبيع ، و بدل الاجارة والمسلم فيه ، وقيمة المغصوب ، والمال المحال به ، ومهر المثل (والمهر المسمى ، و بدل المخالعه) والنفقة التي تستقرض بامر الحاكم على ان يرجع بها على من عليه النفقة . (الدر المختار ورد المحتار ، والنتيجة ، والانقروي)

والابراء الحقيقي : مذكور في المادة (١٥٣٦) من المجلة . الابراء حكماً هو اذا طاوعت الزوجة قبل الدخول ابن زوجها سقط عنه دين المهر . لان تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط مهرها فكأنها ابرأته منه (الدر المختار ، ورد المحتار)

كذلك اذا ادى المستأجر الاجرة قبل استيفاء المنفعة . وأخذ على المستأجر كفيلا بضمان الاجرة فيما اذا لم تستوف المنفعة بسبب من الاسباب . تصح الكفالة (انقروي في الفصل الثاني)

ويرد على هذا التعريف للدين الصحيح السوآلان الآتيان

السؤال الاول : — بما ان ثمن المبيع يسقط برد المبيع الى البائع بضبطه بالاستحقاق او بخيار العيب او خيار الشرط او خيار الرؤية كما هو مذكور في المادة (٦٧١) . فليس ذلك بدين صحيح .

جواب — فسقوط الثمن على الوجه المشروح ناشيء عن عروض اسباب تبطل وتفسخ حكم العقد بلزوم المشتري الثمن واظهار الثمن غير ملزم بالعقد . والا فلا يسقط الثمن بوجه اخر دون عروض

سبب مسقط لقضاء العقد والثمن و يفسخ حكم العقد . (رد المحتار)

السؤال الثاني — بما ان المحال به يسقط ايضاً بغير الاداء والايراء فقد خرج بذلك من تعريف الدين الصحيح المذكور وعليه فيلزم ان تكون الكفالة به غير صحيحة والحال ان الكفالة به صحيحة فما الوجه في ذلك .

الجواب — بما ان وفاة المحال عليه قبل القضاء والايراء امر بعيد ونادر وقوعه فلذلك لا يعتبر (انظر المادة ٢٠) « عبد الحليم في الكفالة) .

والدين الغير صحيح هو ما يسقط بدون اداء او ابراء . كالنفقة المقررة ودين الزكاة فكما تسقط النفقة المذكورة بالاداء والايراء تسقط بالطلاق او بموت احد الزوجين و يسقط دين الزكاة ايضاً بوفاة المدين او هلاك المال وانما جوزت الكفالة في النفقة المقررة استحساناً كما مر بيانه .

لكن لو قدر الحاكم النفقة واذن الزوجة بالاستدانة واستدانت فتكون هذه النفقة التي استدانتها الزوجة ديناً صحيحاً على الزوج ولا يسقط عنه بغير الاداء او الابراء .

كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب والمال الذي اقرض اقراضاً فاسداً والاعيان الاخرى السائرة المضمونة بنفسها وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على ايفائه عيناً ان كانت موجودة او بدلا وان استهلكت او هلكت قبل الكفالة او بعدها و بعبارة اخرى اذا كانت من المثليات عليه مثلها وان كانت من القيميات فعليه قيمتها للمكفول له . (الانقروي في الفصل الثاني والدر المختار ورد المحتار في اول الكفالة) . و يلزم بحسب ما جاء في مادتي (٨٩٠ و ٨٩١) على الاصيل ضمان ايفاء المال المغصوب والقرض الفاسد على هذا الوجه .

مثلا لو كفل احد بشاة غصبها احد من آخر وذبحها تصح الكفالة على رأي ابي يوسف و يضمن الكفيل قيمتها يوم غصبها من مكانها . والا فلا يضمن الشاة لان حق المغصوب منه انما يتعلق بعد هلاك المغصوب في عين المغصوب وليس في بدله اما رأي الامام الاعظم رحمه الله تعالى ان الكفالة بشاة تستهلك على هذه الصورة غير جائزة لانه يرى ان حق المغصوب منه بعد هلاك المغصوب منه يتعلق ببدله وليس بعينه وعلى ذلك فكفالة تلك الشاة على تلك الحالة كفالة بما لا يلزم على الاصيل اداؤه فلذلك فالكفالة المذكورة غير صحيحة (الهندية في شتى الكفالة) .

مثلا اذا تلف المال المغصوب بعد كفالته ولزمت قيمته واختلف الكفيل والمكفول له في مقدارها فان اقام المكفول له البينة فبها والا فالقول للكفيل (انظر المادة ٧٦) .

واذا اقر الغاصب بزيادة فيجب ان يؤاخذ بها لكن ذلك الاقرار لا يسري على الكفيل المذكور (انظر المادة ٧٨) وقد مر معنا في شرح المادة الآنفة ما يؤيد ذلك .

اما اذا حكم على الاصيل بالزياده بعد استحلافه على القيمة المذكورة ونكوله عن اليمين ينظر فاذا كان اقرار الاصيل ودعواه ان قيمة المال المغصوب خمسمائة قرش وادعى المغصوب منه بانها الف ونكل الاصيل عن اليمين لدى استحلافه لزم الاصيل الف والكفيل كما هو اقرار الاصيل خمسمائة .

واذا ادعى المغصوب منه ان قيمة المغصوب الف وسكت الاصيل ولدى استحلافه نكل عن اليمين فكما تلزم الاصيل الالف تلزم الكفيل ايضاً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمي ثمنه ويجبر الكفيل على ايفائه كما ذكر في الفقرة الآنفة لدى المطالبة عيناً او بدلاً (مجمع الانهر) ويكون مضموناً على الاصيل كما ذكر في الفقرة الاولى من المادة (٢٩٨) .

وقوله في المجلة (ان كان قد سمي ثمنه) قيد احترازي لانه اذا لم يسم ثمنا فلا يكون مضموناً على الاصيل كما هو معين في الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) وبما انه داخل في الفقرة (ولا تصح كفالة المرهون ... الخ) من هذه فلا تصح فيها الكفالة .

كذلك المال الذي يباع بيعاً فاسداً يكون مضموناً بنفسه على الاصيل ويلزم ايفاؤه عيناً او بدلاً كما هو مذكور في المادة (٣٢١) . فالكفالة به ايضاً صحيحة (الملتقى ، مجمع الانهر) .

واما الكفالة بعين المبيع اي ماليته قبل القبض فلا تصح لان البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع كما هو مبين في المادة (٢٩٣) شرحاً ومتناً لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل انما يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه (عزمي زاده) .

المبيع قبل القبض مضمون بغيره اي بثمن المبيع ويكون بعده مضموناً بنفسه لانه اذا كان مضموناً بنفسه ايضاً لزم ان يجتمع ضمانان لشيء واحد يخالف بعضهما بعضاً في ذمة واحدة وهذا ليس بجائز وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمال المستعار والمأجور ومال المضاربة ، ومال الشركة ، والوديعة ، والمال المستأجر فيه وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الاصيل بنفسها وان اكتسبت الامانات المذكورة بعد الكفالة صفة المضمونية فلا تنقلب الكفالة الى الصحة .

مثلا لو كفل احد بالوديعة ذلك واكتسبت الوديعة باستهلاك الوديع اياها بعد ذلك صفة المضمونية على الوديع فلا تنقلب الكفالة السابقة الى الصحة ولا يلزم الكفيل ضمان . (الانقروي في الفصل الثاني من الكفالة)

والكفالة بالمستأجر فيه غير جائزة كما مر . مثلا لو اعطى احد ثوباً الى الخياط على ان يخيطه وكفل احد بذلك الثوب فعلى رأي الامام الاعظم رحمه الله لا تصح كفالته . لان المستأجر فيه امانة في يد الاجير اما هذه الكفالة على رأي الامامين رحمهما الله فهي صحيحة لان المستأجر فيه في يد الاجير على رأيهما مضمون (الانقروي في المحل المزبور) (انظر شرح المادة ٦٠٧) .

وقول المجلة (لكونها غير مضمونة على الاصيل) يراد به كما اشير في الشرح ألاّ تكون مضمونة بنفسها . لان الاعيان تنقسم باعتبار انها مضمونة اوغير مضمونة الى ثلاثة اقسام :

القسم الاول — ما تكون مضمونة بنفسها على الاصيل بالقيمة والبدل كالمال المغصوب والمبيع الذي يقبض بطريق سوم الشراء ويسمي ثمنه او بالبيع الفاسد وما يشبه ذلك من الاعيان التي يلزم بدلها عند الهلاك ، ويلزم بمقتضى المادة (٨٩١) الغاصب ضمان بدل المال المغصوب عند التلف كما صار تقريره آنفاً (البحر ، ورد المحتار) .

القسم الثاني — ما كانت مضمونة على الاصيل بغيرها وبعبارة اخرى مالا يلزم تأدية بدلها عند الهلاك بل يلزم شيء آخر كالمرهون والمبيع قبل القبض . مثلا لو تلف المرهون في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم المرتهن تأدية بدله ويسقط الدين الذي في مقابله كما ذكر مجملا في شرح المادة (٤٠١)

وكما سيذكر مفصلا في كتاب الرهن . وعليه فبما ان المرهون ليس مضموناً بنفسه وواجباً فلا يجب ضمانه على الكفيل . وقد اطلقه هنا فشمل ما اذا ضمن الرهن على المرتهن للراهن او عكسه (البحر) وذلك كمال الشركة ، ومال المضاربة ، والعارية ، والمأجور في يد المستأجر ، والمال الذي يقبض بطريق سوم النظر ، المال الذي يقبض بطريق سوم الشراء ولم يسم له ثمن . فلا يجب في هذه على الكفيل ضمان لانها ليست مضمونة على الاصيل (البحر) وهنا يفهم مما تقدم من التفصيلات ان المرهون مضمون على الاصيل ولكن ليس بنفسه اي بيدله بل بغيره اي بالدين الذي يقابله .

لكن الكفالة فيها تكون مضافة الى سبب الضمان او معلقة ولكن لو قال الكفيل انا كفيل لو اضاع المكفول عنه او استهلكه اي (المرهون والمستعار والمأجور والامانات السائرة) صحت هذه الكفالة معلقة كما سيوضح في شرح المادة (٦٣٦) . لانه لو استهلك الامين الامانة او تلفت بصنعه تكون مضمونة عليه بمقتضى المادة (٧٨٧) وبذلك يمكن ان يجب الضمان على الكفيل . تصح الكفالة قبل القبض بتسلم المبيع الى المشتري و بتسليم هؤلاء اي المرهون الى الراهن والمستعار الى المعير ، والمأجور الى الآجر والامانات السائرة الى اصحابها كفالة بالتسليم (انظر المادة ٦٤١) . وعند مطالبة المكفول له لو لم يكن لذوي اليد حق حبسها من جهة يكون الكفيل مجبراً على تسليمها .

فعليه كما يلزم رد المستعار على ما جاء في مادتي (٨٢٥ و ٨٣٠) وتسليمه الى اصحابه يلزم رد المرهون كذلك بعد تخليصه على وجه شرعي الى صاحبه وتسليمه اليه كما تقتضي تسليم الوديعة على ما جاء في المادة (٧٩٤) ايضاً وتسليم المأجور على ما جاء في مادتي (٥٩٣ و ٥٩٤) . (البحر) .

وليست الكفالة بالتسليم مختصة بهؤلاء . وتصح في الاعيان المضمونة بنفسها ايضاً مثلا لو غصب احد مالا لآخر وكفل احد بأخذ المال المغصوب من الغاصب وتسليمه الى المغصوب منه صحت الكفالة ويجبر الكفيل على تسليم المال الى المغصوب منه على ما جاء في المادة (٨٩٠) . ولو رد رجع عليه باجر مثل عمله اذا الكفيل يامر يرجع بما ضمن وشمل عمله اجر عمله ولو اخذ به وكيلا لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل ، (تعليقات ابن عابدين على البحر) .

وجاء في المجلة (لو لم يكن لهم حق حبسها) لانه لو لم يؤد ثمن المبيع مثلا للبائع بناء على المادة (٢٧٨) حبس المبيع كما انه للمرتهن امساك المرهون بناء على المادة (٧٢٩) اذا لم يؤد الدين فكما انه لا يلزم الاصيل تسليمهما قبل اداء الثمن والدين فلا يلزم الكفيل ذلك كما انه اذا كان للمستأجر بناء على الفقرة الخامسة من المادة (٥٩٠) حق حبس المأجور فلا يطالب الكفيل بتسليمه حينئذ .

الا انه كما كان في الكفالة بالنفس على ما هو مبين في المادة (٦٦٦) يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات اي المبيع والمرهون والمستعار والامانات السائرة قبل القبض انفسخت هذه الكفالة بالتسليم ولا يلزم الكفيل شيء .

مثلا لو تلف المبيع او المرهون او المأجور قبل القبض فلا يترتب على الكفيل شيء اصلا اي انه لو اشترى احد مالا من آخر ولدى اعطائه الثمن ولما يقبض المبيع وكفل له شخص بتسليمه المبيع المذكور وتلف المبيع في يد البائع فلا تلزم الكفيل قيمة المبيع ولا يلزمه اعادة الثمن المقبوض الى المشتري لأنه ليس للكفيل كفالة بهؤلاء اما لزوم البائع رد الثمن فقد صرحت به هذه المادة .

لو رهن احد مالا في مقابل دينه عند آخر وسلمه اياه و بعد ان اوفي دينه والمرهون لم يزل في يد المرتهن كفل تسليم ذلك الرهن وتلف الرهن بعد ذلك قبل التسليم فلا يلزم الكفيل شيء .. غير انه يلزم المرتهن كما سيبين في شرح كتاب الرهن —رد ما قبض من الدين الى الراهن لسقوط الدين الذي في مقابل الرهن (التاتارخانية في الفصل الواحد والعشرين)

كذلك لو كفل احد بالاجرة وكانت عينا وتلفت تلك الاجرة بعد ذلك قبل التسليم في يد المستأجر برىء الكفيل من الكفالة . اما المستأجر فيلزمه اجر المثل ، (الهنديه في الباب الرابع والعشرين من الاجارة) .

وفي فقرة (الا انه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به) استطرادو بمان المقصود بالذات هي مسألة (كذلك لو تلفت هذه المذكورات ... الخ) فلا تعد الفقرة الثانية من المادة (٦٦٦) مستدركة .

فائدة : لو كفل احد بثمر النخيل وهو اخضر وحكم على الاصيل بقيمة الثمر بمرور زمن الثمر الاخضر فتبقى كفالة الكفيل على الثمر الاخضر ايضاً ولا تتحول الى القيمة لانه لا يوجدسبب يوجب تحويلها الى القيمة .

واذا اخذت القيمةمن الاصيل برأت ذمة الكفيل ومتى ادي الكفيل الثمر الاخضر فله الرجوع على الاصيل هذا اذا كانت الكفالة بامر الاصيل (الهندية في مسائل شتى من الكفالة)

لا حقة —في شروط اخري تتعلق بالمكفول به.

يشترط في الكفالة كون المكفول به مقدور التسليم والاستحصال عليه من الكفيل ممكناً . فعدم جواز الكفالة بالقصاص مبني على ذلك (مجمع الانهر)انظر المادة الآتية:

كذلك لا تصح الكفالة بنفس الميت او الغائب الذي لا يعرف له محل (البزازية)انظر شرح المادة (٦٣٠).

كذلك ضمان الخلاص باطل ايضاً .اذا كفل احد بخلاص المبيع من المستحق اذا ظهر وتسليمه الى المشتري فلا تصح الكفالة لان المستحق اذا لم يجز البيع فلا يقتدر الكفيل على القيام بكفالته اما اذا كفل برد ثمن المبيع . اذا لم يمكن تخليصه من المستحق فتصح الكفالة «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

كذلك لا تصح الكفالة بحمل دابة معينه استكريت للتحميل .مثلاً لو استكرى احد دابة معينةمن آخر ليحمل عليها حملاً معلوماً الى المحل الفلاني و كفل احد بنقل ذلك الحمل على تلك الدابة فلا تصح كفالته لأن المعقود عليه حمل الدابه المعينة التي هي ملك للغير .وعليه فكان الكفيل يكون عاجزاً عن تسليمها فلو سلم دابة اخري من عنده ونقلت الحمل فلا يكون لها اجرة لانها لم تكن معقوداً عليها اما اذا لم تكن الدابة المأجورة معينة فالكفالة صحيحةو ينقل الكفيل الحمل على دابته لان مطلق الحمل المكلف به المؤجر مما يقتدر عليه الكفيل انظر المادة (٥٤١)واذا نقل الكفيل الحمل وكان كفيلا بالامر يرجع على المكاري باجر المثل يوم الضمان اي يوم نقل الحمل.

كذلك لو كفل احد ببيع مال المدين الفلاني واداء الدين من ثمنه فالكفالة صحيحة ولا يطالب

الكـفيل . والحـكم في الحوالة على هذا الوجه ايضاً انظر شرح المادة (٦٩٦)(علي افندي في الكـفالة)

كذلك لو تعهد الاجير بشيء كالبناء مثلاً واعطي كـفيلاً بنفس العمل الى المستأجر وكانت المقاولة مطلقة على ما جاء في المادة (٥٧٢) صحت الكـفالة .

واذا اوفى الكفيل المكـفول به على هذه الصورة اخذ اجر المثل من المكـفول عنه بالغاً ما بلغ اذا كانت الكـفالة بامره . اما اذا اشترط ان العمل المؤجر بنفسه فلا تجوز الكـفالة بنفس العمل على هذه الصورة . ومع ذلك فتجوز الكـفالة بنفس المؤجر (رد المحتار والهنديـة - في الباب الرابع والعشرين من الاجارة)

﴿ المادة ٦٣٢ ﴾ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ولكن تصح الكفالة بالارش والديه اللذين يلزمان الجارح والقاتل

لا تجوز النيابة في العقوبات ولا تجرى فيها «الدر المنتقي» اي انه لا يجوز انزال العقاب باحد نيابة عن غيره لان الغرض من العقوبة الزجر فاذا صح انزال العقوبة بالمنوب عنه فلا يحصل الزجر المطلوب للفاعل (الكـفالة) .

وقد اورد صاحب العناية على هذا الدليل التشكيك الآتي: ان المقصود من الزجر اما زجر الجاني وهذا قائم على فكرة مجازاة الجاني حتى ينزجر فلا يعود الى مثلها . وهذا الغرض يتوفر في غير القصاص لكن لا يكون حصول هذا الغرض قطعياً اذ في بعض الاحيان لا يحصل فكثيراً ما نشاهد الجناة المنهمكين يعاودون الجنايات المرة بعد المرة وهم يشاهدون من يعاقبون على فعلهم هذا . اما في القصاص فيما انه لا يتصور معاودة الجاني الجرم بعد نزول العقاب به فلذلك لا يتصور حصول زجر الجاني بعقاب غيره كما مر .

واما ان يكون الغرض منه زجر غير الجاني وهذا ايضاً يحصل باقامة العقوبة على غير الجاني ايضاً فعليه يجب ان لا يستدل على عدم جواز النيابة في العقوبة بالادلة التي مر ذكرها بل يستدل عليها بالاجماع لانه لم يقل احد من العلماء بجواز العقوبة نيابة ولم يخالف احدهم القول بعدم جريان النيابة في العقوبات فيما ان هذا التشكيك تشكيك بالمسلمات فليس مسموعاً . انتهى

غير ان تشكيك صاحب العناية هذا موضع للسؤال : لان اقامة العقوبة على نائب الجاني يستلزم انفتاح باب الجنايات والجرائم على مصراعيه اذ ان الاغنياء اذا جنوا جناية او اوقعوا جرماً . اتخذوا لهم من الفقراء نواباً يحملون دونهم جزاء ما جنوا وبذلك لا يبقى اثر لاقامة الحدود في الجنايات اما معاودة المنهمكين الجرم بعد انزال العقوبة بهم فهذا شيء نادر الوقوع ولذلك لا تكون هذه المعاودة سببا صالحا للاجتهاد بتجويز معاقبة نائب المجرم اذ انه اذا عاود المجرم وارتكب جرمه يمنع من ارتكابه بزيادة العقوبة به على ان ضرر معاودة المجرم الى جرمه اقل من ضرر انفتاح باب الجنايات

فعليه لا تصح الكـفالة بنفس القصاص والقود وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية لانه لا يمكن شرعاً استيفاؤها من الكفيل وقد بين في شرح المادة السابقة انه يشترط في المكفول به ان يكون مقدور التسليم .

ولكن تصح الكفالة بنفس الشخص الظنين في المجازاة التي للعباد فيها حق على انها كفالة نفسيه وبالارش (١) والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل خطأ على انها كفالة مالية (التنوير والدر المختار)

كذلك لو قتل احد آخر قتلا موجباً قصاص القتل وتصالح القاتل مع ورثة المقتول عن القصاص بكذا قرشاً وكفل احد ببدل الصلح صحت كفالته (النتيجة)

﴿ المادة ٦٣٣ ﴾ لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً .

لا يشترط في صحة الكفالة المالية يسار المكفول عنه فعليه كما تصح الكفالة بدين عن غير المفلس تصح الكفالة بدين عن المفلس ايضاً سواء أكان الكفيل وارثاً للاصيل او اجنبياً .

والمفلس هنا هو من ليس له مال في مقابل دينه ولا كفيل باداء ذلك الدين او رهن في مقابله . وليس المعنى المذكور في المادة (٩٩٩) مقصوداً هنا (رد المحتار)

وليكن معلوماً ان للمفلس اعتبارين:

الاعتبار الاول — كون المفلس في قيد الحياة وكفالة المفلس الذي يكون في قيد الحياة صحيحة بالاتفاق . لان الدين يتعلق بذمة المدين الحي وعلى ذلك يبقى الدين في ذمته وان افلس، مثلا لو طرأ على احد افلاس وليس له مال مطلقاً وكفل احد بالدين الذي عليه صحت الكفالة واصبح الكفيل مطالباً ولو لم يكفله احد في حال يساره لم يكن له رهن .

الاعتبار الثاني — كون المفلس قد توفي لو توفي احد مديناولم يترك مالاولا كفيلا بدينه ولا رهنا عليه وكفل احد بعد وفاته بما عليه من الدين فقد اختلف الائمة في جواز هذه الكفالة وعدمه . فالكفالة هذه غير جائزة عند ابي حنيفة وباطلة . لأن المفلس اذا لم يترك مالا او رهنا او كفيلا فيكون الكفيل قد كفل بدين ساقط بضرورة احكام الدنيا والكفالة بدين ساقط لا تجوز والواقع انه وان جاز ان يتبرع احد بوفاء دين من يتوفى مفلساً على هذه الصورة فجواز تبرع كهذا محمول على كون الدين باقياً في ذمة الدائن (مجمع الانهر) وقد افتى مشائخ الاسلام بقول الامام الاعظم رحمه الله (علي افندي) واذا ظهر مقدار من المال للمفلس فتكون الكفالة صحيحة في ذلك المقدار وتكون غير صحيحة في ماعداه . الا اذا كان الدين لا حقاً بعد موت المفلس فتصح الكفالة به مثلا لو حفر الميت المفلس في حال حياته بئراً في الطريق العام بلا امر ولي الامر وتلف شيء بسبب ذلك لزمه الضمان . لان الدين يثبت مستنداً على حفر البئر اي من وقت السبب وكانت ذمة المفلس في الوقت المذكور موجودة (الدر المختار)

المستند يثبت اولا في الحال ثم يستند فوجب القول بصحة الضمان لعدم المانع (عبد الحليم) وقيد بالكفالة بعد موته لانه لو كفل في حياته ثم مات مفلساً لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلساً لا يبطل الرهن لان سقوط الدين عنه في احكام الدنيا في حقه للضرورة فتقدر بقدرها فابقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة (البحر)

اما الامامان رحمهما الله تعالى فقد ذهبا الى انه تصح كفالة المفلس الميت لما روي ان رسول الله

---

(١) الارش ، يطلق على دية العضو اما الدية بكسر الدال وفتح الياء وتخفيفها المال الذي هو بدل النفس وبدل جرح الاعضاء بما هو دون النفس وعلى ذلك فهنا يوجد عطف العام على الخاص

صلي الله تعالى عليه وسلم اتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة وقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة فقال هما علي يا رسول الله فصلى عليه ولأنه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يطالب به في احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح ولذا يبقى اذا كان به كفيل (البحر) .

والواقع انه كان القول المفتى به في الميت المفلس الى ان نشرت المجلة قول الامام الاعظم رحمه الله تعالى . ولكن قد يقال ان المجلة قد اختارت في هذه المادة قول الامامين لقولها بصحة الكفالة بالمفلس مطلقاً بدون تقيد بالحي او الميت .

الباب الثاني

في بيان احكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول

وقد ذكرت فيما يلي خلاصة مسائل هذا الباب المهمة

خلاصة الباب الثاني

احكام الكفالة

١

١— حكم الكفالة مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول به.

٢—ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها وترتب الدين في ذمة المدين اذا لم يكن مخيراً خيار شرط او خيار رهن

٣—المكفول به مضمون وللمكفول له ان شاء مطالبة الكفيل وان شاء مطالبة الاصيل. الا في المسألتين الآتيتين:

(١)اذا اشترط في الكفالة براءة الاصيل فليس للمكفول له مراجعته

٣)اذا اقر الكفيل بالدين وانكره الاصيل وحلف فلا يطالب الاصيل بل يطالب الكفيل لانه قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل

٤—الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.

٥—الكفيل الذي يؤدي الدين له ان يراجع الاصيل اذا كانت كفالته بالامر.

٢

الكفالة المطلقة —يجب الدين على الكفيل بالكيفية والصفة التي يجب بها على الاصيل لأن الفرع تابع للاصل

الكفالة المقيدة —يعتبر فيها القيد والفرع يتبع الاصل في الوصف. واذا اختلف في القيد فالقول مع اليمين للكفيل

الكفالة المعلقه—اذا تحقق الشرط الملائم المعلق عليه في الكفالة المعلقة طولب الكفيل والا فلا. راجع خلاصة الباب الاول.

والكفالة المعلقة على شرط غير ملائم باطله لأن الكفالة ابتداء كالنذر وانتهاء كالبيع.

ولاقتضاء مشابهتها النذر تعليقها باي نوع للشرط واقتضاء مشابهتها البيع عدم جواز تعليقها بشرط فقد نظر الفقهاء اليها من كلتا الجهتين فقالوا مشابهتها البيع بعدم جواز تعليقها بشرط غير ملائم ومشابهتها النذر بتعليقها بشرط ملائم.

و يلزم لتحقق الشرط تحقق القيد والوصف.

الكفالة المضافة — لا يطالب الكفيل في الكفالة المضافة الى زمن مستقبل مالم يحل الزمن المضاف اليه.

الكفالة المشروطة — (١) الكفالة بالشرط الصحيح (٢) الكفالة بالشرط الفاسد. وادخال الشرط الفاسد في الكفالة لا يبطلها.

الكفالة النفسية = عبارة عن احضار المكفول به

الكفالة الموقتة = لا يكون الكفيل مسئولا الا في مدة الكفالة.

الكفالة بالدرك = لا يؤاخذ الكفيل ما لم يثبت المستحق ان المبيع له ويحكم بلزوم البائع الثمن الى المشتري.

الكفالة المالية — اذا كفل مديانان مشتركان في دين بعضهما بعضاً طولب كل منهما بجميع الدين وترجح في تأدية الديون المتساوية سبباً وصفة جهة الاصالة على جهة الكفالة وفي تأدية غير المتساوية يقبل قول المؤدي.

اذا تكفل المستودع بتأدية الدين المودع صح ويجبر على ادائه.

الكفالة بالتسليم = القول في كيفية تسليم المكفول به للمكفول له مع اليمين للورثة ويجب على الورثة عند وفاة الكفيل تسليم المكفول به.

الكفالة المؤجلة اذا ادى الكفيل الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الاصيل عند انتهاء الاجل.

ولكن اليك بعض المستثنيات:

١ = اذا ابرأ الكفيل قبل اداء الدين الاصيل من الدين ووهبه اياه فليس له حق الرجوع عليه بعد.

٢ — اذا ابرأ الطالب الكفيل براءة اسقاط لا براءة استيفاء فليس للكفيل حق الرجوع على الاصيل.

٣ = اذا انكر الطالب تأدية الكفيل الدين واداه اياه مرة ثانية بعد حلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على الاصيل بهذه التأدية الثانية.

٤ = اذا ادعي الكفيل بتأدية الدين الى الطالب وصدقه المكفول عنه وانكر الطالب واستوفاه من المكفول عنه بحلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه.

الكفالة المعجلة — تثبت بها المطالبة في الحال.

الفصل الاول

في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة والكفالة المشروطة بالشرط الصحيح والكفالة المشروطة بالشرط الفاسد .

ليكون معلوماً ان الكفالة قد تكون مشروطة ايضاً لأن الكفالة التي تقع على شرط معارف صحيحة والشرط معتبر . ولم تبحث المجلة في هذه الكفالة مثلاً لو قال احد لآخر «انني اضمن دينك الذي لك على فلان بشرط ان احولك به على الشخص الفلاني» صحت الكفالة فتجوز الكفالة فيما لو حول الكفيل ذلك الدائن على ذلك الرجل الذي شرط الحوالة عليه وقبل المحول عليه ذلك حتى انه . يكون الكفيل مطالباً ولو لم يقبل ذلك الرجل الحوالة كما يطالب بها لو توفى الرجل ولم يمكن اجراء الحوالة . اما اذا لم يقبل المكفول له الحوالة يبرىء الكفيل من الضمان «الدر المختار ، وزد المحتار ، قبيل القضاء والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من البيوع» .

وفي الحوالة بهذا الشرط جهتان تقتضيان التأمل .

اولهما ، قبول المكفول له الحوالة . ويعتبر هذا الشرط لأنه قابل التنفيذ .

ثانيهما ، قبول الرجل الذي سيحال عليه . فهذا الشرط الذي يصير ايراده بين الكفيل والدائن ليس قابلاً التنفيذ لأنه شرط فوق استطاعة كل من الدائن والكفيل فعليه يكون الشرط لغواً والكفالة صحيحة .

والكفالة التي تقع على شرط غير متعارف تكون صحيحة والشرط باطل و بعبارة اخرى ادخال شرط فاسد في الكفالة لا يخل بها انظر شرح المادة (٨٢) الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة .

مثلاً لو كفل احد بدين فلان على فلان بشرط ان يكفل به فلان وفلان ايضاً صحت كفالته اي انه ذلك الشخص لا يكون مخيراً في ترك الكفالة اذا امتنع فلان وفلان المذكوران عن الكفالة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس والبزازية في البيع بشرط) ولما كان اجراء هذا الشرط والقيام به ليس في استطاعة الكفيل الاول والمكفول له اصبح لا حكم له .

المادة ٦٣٤ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل .

لان ، المطالبة هي الاثر الذي يترتب على الكفالة والحكم بمعنى الاثر المترتب .

اي ان حكم الكفالة ان يكون للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل سواء أكان للمكفول له مطالبة المكفول به من الاصيل او لم يكن او كانت الكفالة منجزة او معلقة او مضافة او كان المكفول به نفساً كما في الكفالة بالنفس او كان مال عين مضموناً بعينه او مال دين كما في الكفالة بالمال او تسليماً كما في الكفالة بالتسليم (التنوير ، الدر المختار ، رد المحتار) .

ونظراً لانه يحتاج في ترتب الكفالة المنجزة والكفالة المعلقة او المضافة الى تفصيل فقد افرد لكل منهما مادة من المواد الآتية و يطالب المكفول له الكفيل وفي الكفالة المعجلة او المنجزة حالاً وفي المؤجلة عند حلول الاجل ،في الكفالة المعلقة عند تحقق الشرط وفي المضافة عند حلول الزمن الذي اضيفت اليه حق المطالبة—يستفاد من ورودها مطلقة انه اذا طالب صاحب الدين احداً من الاصيل والكفيل به لا يبرأ الاخر ما لم يستوف الدين حقيقة فعليه فكما ان للمكفول له بعد مطالبة الاصيل بالدين ان يطالب به الكفيل ولا يسقط حقه في مطالبة الكفيل اذا طالب الاصيل، ولا يقال انه لا حق له في مطالبة الكفيل لمطالبة الاصيل اولاً (رد المحتار)وذلك بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب.

﴿ المادة ٦٣٥ ﴾يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الاصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلاً فلو قال احد انا كفيل عن دين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل في الحال ان كان معجلاً وعند ختام مدته ان كان مؤجلاً

اي يجب الدين على الكفيل في الكفالة المنجزة كما ذكر في المادة (٦٥٢) اذا كانت مطلقة اي كفالة مرسلة بالصفة التي تجب على الاصيل اي يطالب الكفيل بالمكفول به في الكفالة المنجزة حالاً ان كان الدين معجلاً في حق الاصيل ،عند ختام المدة عند انتهاء الأجل ان كان مؤجلاً (الانقروي في مسائل شتى من الكفالة).

واذا كان مقدار منه معجلاً ومقدار منه مؤجلاً في حق الاصيل طولب الكفيل حالا بالمقدار المعجل وعند انتهاء الاجل بالمقدار المؤجل لان ذمة الكفيل تابعة لذمة المكفول عنه. ويتبع التابع في الوجود لشيء ذلك الشيء في الحكم كما ذكر في المادة (٤٧) من المجلة .ويطالب الاصيل ايضاً على ذلك الوجه كما بين في المادة (٦٤٤)اما اذا كانت الكفالة المذكورة مقيدة فسيأتي حكمها في المادة (٦٤٣).

مثلاً لو قال احد انا كفيل عن دين فلان اي لو كفل على هذه الصورة كفالة مطلقة اي مرسلة فللدائن ان يطالب الكفيل وكذا الاصيل في الحال ان كان الدين معجلاً في حق الاصيل وعند ختام الاجل ان كان مؤجلاً .

وقيد (المنجزة)في المجلة ليس احترازيا .لانه يجرى حكم هذه المادة في الكفالة المعلقة او المضافة عند كسب الكفالة المعلقة بتحقق الشرط والكفالة المضافة بحلول الزمن المضاف اليه حال الكفالة المنجزة كما سيأتي في المادة الآتية .وعدم ذكر المجلة ذلك على حدة مبني على دخوله في هذه المادة لان الكفالة المعلقه مثلاً اذا تحقق الشرط تصبح منجزة .و بما ان مفهوم هذه المادة والمادة (٦٥٢)واحد فلا فرق بينهما ور بما كانت المادة (٦٥٦) اشمل من هذه لعدم قيدها بالمنجزة.

﴿ المادة ٦٣٦ ﴾اما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط او مضافة الى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط و يحل الزمان مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فانا كفيل بأدائه تنعقد الكفالة مشروطة و يكون الكفيل مطالباً ان لم يعطه فلان المذكور

ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل وكذا لو قال ان سرق فلان مالك فانا ضامن تصح الكفالة فاذا اثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل وكذا لو كفل على انه متى طالبه المكفول له فله مهلة كذا يوماً فمن وقت مطالبة المكفول له تعطى مهلة للكفيل الى مضي تلك الايام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل في اي وقت شاء وليس للكفيل ان يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً وكذا لو قال انا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين او بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً او بما يغصبه منك فلان او بثمن ما تبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا عند تحقق هذه الاحوال اي عند ثبوت الدين والاقراض وتحقق الغصب و بيع المال وتسليمه وكذا لو قال انا كفيل بنفس فلان على ان احضره في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل ذلك اليوم .

اما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط متعارف وملائم للكفالة او مضافة الي زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل مالم يتحقق الشرط المعلق عليه او يحل الزمن المستقبل المضاف اليه .

فاذا تحقق الشرط وحل الزمن المستقبل يطالب الكفيل على ما جاء في المادة السابقة . كما قد بين في المادة (٦٥١) . انظر المادة (٨٢) وشرحها .

وفي هذه المادة صراحة وضمناً اربعة احكام:

الحكم الاول — لا يطالب الكفيل في الكفالة المنعقدة والمعلقة على شرط اذا لم يتحقق الشرط و يستفاد هذا الحكم من هذه المادة ومن المادة «٦٥١» صراحة . لأن الفقرة الثانية من المادة المذكورة تقول (لا يترتب شيء ...) .

الحكم الثاني — يطالب الكفيل في الكفالة المنعقدة والمعلقة على شرط اذا تحقق ذلك الشرط . و يستفاد هذا الحكم من هذه المادة ضمناً ومن المادة (٦٥١) صراحة .

الحكم الرابع — اذا حل الزمان المستقبل الذي انعقدت الكفالة مضافة اليه طولب الكفيل بالكفالة .

وسيشار في الامثلة الآتية الى الحكم الذي تتفرع عنه هذه الاحكام الاربعة فيشار الى ما يتفرع منها عن الحكم الاول برقم (١) والى ما يتفرع منها عن الحكم الثاني برقم (٢) .

(١) مثلاً لو كفل احد بنفس آخر وبدينه اذا غاب فلا يلزم الكفيل بمقتضى هذه الكفالة دينه وهو حاضر اي اذا لم يغب . (علي افندي في تعليق الكفالة بالشرط) .

(١) لو قال احد لآخر (ان فلاناً قد كفل لي عن فلان بما لي عليه من الدين فاكفل به ايضاً) وقال ذلك الرجل ان كفل فلان فانا اكفل ايضاً فلا يكون ذلك الرجل بالقول كفيلاً اما اذا كفل الرجل بالدين فتصح الكفالة بناء على المادة (٦٢٤) على هذا الوجه (علي افندي) .

(١) لو قال احد لآخر اذا اتاك فلان واقرلك بدين فانا كفيل به وجاء ذلك ولم يقر بدين فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الفيضية في الكفالة)

كذلك اذا لم يقر ذلك الشخص بالدين ولكن الدائن اثبت دينه بشهود او نكول المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه فلا يلزم ذلك الشخص شيء ايضاً كما هو الظاهر .

والمقصود بالشرط كما هو مذكور في شرح المادة ايضاً هو الشرط الملائم . والشرط الملائم هو ما وافق الكفالة و ينحصر في ثلاثة انواع:

النوع الاول ،الشرط الذي يكون سبباً في لزوم الاصيل ايفاء المكفول به . ففي كفالة الامانات ، الكفالة بالاستهلاك والانكار وفي كفاله الوديعة ووفاة الوديع مجهلاً الوديعة وفي كفاله ثمن المبيع حين عقد البيع وفي الكفالة بالمال وغصب المال وفي الكفالة بالمبيع وضبطه بالاستحقاق وفي الكفالة بالدين المؤجل والتعليق على حلول الاجل .

مثلا لو قال احد لآخر اذا استهلك الوديع وديعتك او انكرها او توفي مجهلاً اياها فانا كفيل بتلك الوديعة او قال اذا بعت الشيء الفلاني فانا كفيل بثمنه او اذا غصب فلان مالك فانا ضامن به او قال اذا ضبط المبيع من يدك بالاستحقاق فانا كفيل به او انا كفيل بثمن المبيع او اذا حل اجل دينك على فلان فانا كفيل به لان استهلاك او انكار الامانة و كذا وفاة الوديع مجهلا يسبب لزوم الضمان (الانقروى في الفصل السابع (انظر المادتين (٧٨٧ و ٨٠١) .

كذلك السبب في لزوم الثمن وعقد البيع بمقتضى المادة (٣٦٩) ولزوم الضمان هو بالغصب بمقتضي مادتي (٨٩٠ و ٨٩١) ولزوم رد البائع الثمن الى المشترى عند ضبط المبيع منه بالاستحقاق هو بالضبط (رد المحتار)

والسبب في لزوم الاصيل اداء المكفول به في فقرة (وكذا لو قال انا سرق فلان مالك . . .) هو الشرط .

النوع الثاني ،هو الشرط الذي يوجب بسهولة اخذ المكفول به من المكفول عنه في حق الكفيل لتعليق الكفالة على مجيء المكفول عنه او المضارب او الوديع او الغاصب من مكان آخر لأن ذلك سبب موصل لاستيفاء المكفول به منه (رد المحتار) اي ان الكفيل في هذه الحال يأخذ المكفول به من المكفول عنه او من المضارب او من الوديع ويعطيه الى المكفول له .

كأن يقول احد لآخر اذا حضر مدينك او مضارب ذلك المدين او وديعه او غاصبه فانا كفيل بدينك لأنه متى حضر مضارب المكفول عنه من غيبته أمكنه اخذ المكفول به منه وتسليمه الى المكفول له اي اذا حضر مضارب المكفول عنه من مكان آخر امكن الكفيل ان يأخذ ما بيده من مال المضاربة للمكفول عنه و بذلك يسهل عليه اعطاء المكفول به الى المكفول له على الوجه المشروح . ويفهم من هذا ان قولهم وحضور فلان يكون في الجملة لازماً ومسيلة للاداء لكن لا يلزم ان يكون ذلك الشخص اصيلاً على انه اذا كان اجنبياً من كل وجه وعلقت الكفالة على قدومه فليست صحيحة (رد المحتار ومثله في الفصل الرابع من الانقروي) كما سيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة

النوع الثالث ،الشرط الذي يوجب تعذر استيفاء المكفول به و يجعله متعسراً وامثله ذلك كثيرة كتعليق الكفالة على غياب المدين — اي على ذهابه الى مكان آخر — او على وفاته مفلساً او على عدم ادائه الدين او على عجزه عن ايفاء الدين (رد المحتار)

كما لو قال احد لآخر (اذا غاب مدينك قبل اداء الدين او اذا مات فانا كفيل به او قال احد

لآخر « اذا تلف دينك الذى على فلان فانا ضامن »

كذلك لو قال اذا اصبح مدينك عاجزاً عن اداء الدين فليكن الدين عليّ صح .

و يتحقق عجز المدين بحبسه مدة لاستيفاء الدين اذ يمكن ان يقال (لو كان المدين قادراً على تأدية الدين ما كان يتحمل حبس هذه المدة ولكان ادى الدين) . وحينئذ يلزم ضمان الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) .

ومثال المجلة الاول المشار اليه برقم (٢) الآتي شرحاً هو من النوع الثالث . وتعليق الكفالة على شرط من هذه الانواع الثلاثة صحيح ومتى وقع الشرط المعلق عليه طولب الكفيل اما قبل ذلك فلا :

(٢) مثلا لو قال احد لآخر اذا لم يعطك فلان مطلوبك لدى المطالبة فانا كفيل بادائه تنعقد الكفالة مشروطة معلقة و يكون الكفيل مطالباً ان لم يعطه فلان المذكور اي اذا قال لا اعطي او قال اعطي ومضت مدة دون ان يعطي وهو يماطل طولب الكفيل به و بعبارة اخرى يثبت للمكفول له حق مطالبة الكفيل بالدين كما ان له بمقتضى المادة (٦٤٤) حق مطالبة الاصيل به ايضاً .

(١) ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الاصيل اي انه اذا لم يطالب الاصيل و يتحقق من عدم اعطائه المعلق عليه تكون الكفالة معدومة . حتى انه اذا توفي الاصيل قبل الطلب تبطل الكفالة لعدم امكان تحقق المعلق عليه (رد المحتار في الكفالة)

(٢) كذلك لو قال احد لآخر انا كفيل اليوم بثمن كل ما تبيعه من فلان و باع ذلك الشخص منه ما لين لزمه اداء ثمن المالين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)

كذلك لو قال احد (لو اقر فلان بدين لفلان فانا ضامن) و بعد ذلك لو اقر ذلك الرجل لذلك الشخص بالف قرش طولب الكفيل بها ولا حاجة في اثبات هذا الدين الى امر آخر وسواء اكان الاقرار في حياة الكفيل او بعد مماته واذا كان بعد وفاته يستوفي المقر به من تركته

(١) اما اذا اقيمت البينة على ان الاقرار حصل قبل الكفالة فلا يلزم الكفيل شيء كما لو ادعى ذلك الشخص على ذلك الرجل بمبلغ وانكره ذلك الشخص لدى استحلافه اليمين نكل عنها ومع انه لا يعد ذلك النكول اقراراً لا يطالب الكفيل ايضاً بالمبلغ لان النكول عند الامام بذل (الانقروي في الفصل الاول ، والبزازية ، والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)

(٢) كذلك لو كفل احد قائلا اكفل نفس فلان على ان اسلمه اليوم واذا لم اسلمه فما يقر به عليّ واقر ذلك الشخص المكفول عنه بالف قرش ديناً كان الكفيل مطالباً بما اقر . الا انه اذا لم يقر الاصيل في صورة الاضافة الى الاقرار واثبت الدائن الدين بالبينة فهل يلزم الكفيل شيء ما؟ لا يلزمه شيء كما هو الظاهر .

اما لو كفل احد نفساً آخر على ان يسلمه لاحد الناس غداً وان لم يسلمه في الغد فما يدعى به الطالب عليه وفي الغد لم يسلمه اليه وادعى الطالب بالف قرش مثلا وانكر معها الكفيل مع اقرار ذلك الرجل بها فالقول للكفيل على عدم العلم مع اليمين . (البزازية ، والهندية)

اذا نكل الكفيل عن اليمين فيلزمه الضمان واذا اقام الطالب البينة على الدين لزم الكفيل الضمان ايضاً .

الفرق بين التعليق بالاقرار والتعليق بالدعوى :

بما ان الكفالة في مسألة الاقرار مضافة من كل وجه الى سبب وجوب المال جاز هذا التعليق بناء على التعامل، اما الكفالة في مسألة الدعوى فهي مضافة من وجه الى سبب الوجوب فالدعوى وان كانت سبباً للوجوب في حق المدعى فهي ليست كذلك في حق المدعى عليه . ومن جهة اخرى لا يوجد تعامل باضافة الكفالة الى سبب الوجوب (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)

(٢) كذلك لو قال احد لآخر (اذا توفي مدينك قبل اداء الدين او اذا حل اجل الدين ولم يعطكه فانا كفيل بالمبلغ المذكور) جاز . وكذلك لو ادى الكفيل دين الاصيل بعد وفاته او بعد حلول اجل الدين جاز ايضاً

(٢) كذلك تجوز الكفالة الثانية فيما لو كفل احد آخر على ان يسلمه واذا لم يسلمه يكون كفيلا بنفس فلان وكان للمكفول له دين على ذلك الشخص . (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) فعلى ذلك اذا لم يسلم ذلك الرجل انعقدت تلك الكفالة ولزمه تسليم المكفول به الثاني الى الطالب عند الطلب .

(٢) كذلك لو قال احد لآخر اذا سرق فلان مالك او اتلف فلان وديعتك فانا ضامن انعقدت الكفالة معلقة على الشرط صحيحة ومتى ثبتت سرقة ذلك الرجل او اتلافه الوديعة طولب الكفيل بالمال المسروق او الوديعة المتلفة . فان كان ذلك المال موجوداً لزم رده الى صاحبه عيناً وان كان مستهلكاً لزمه رد بدله الى صاحبه كذلك يلزم رد بدل الوديعة المستهلكة وثبت السرقة باقرار الكفيل كما انها تثبت بالبينة التي يقيمها المكفول له . لكن اذا ثبتت باقرار الكفيل فلا يوآخذ بذلك غير الكفيل فقط ولا يسري هذا الاقرار الى الاصيل اما اذا اثبتها صاحبها بالبينة يسري ايضاً في حق الاصيل (انظر المادة (٧٨) .

(٢) كذلك لو قال احد لآخر انا كفيل بثمن المال الذي تبيعه من فلان و بعد ذلك باع ذلك الشخص من ذلك الرجل اولا نصف بغل ثم بعد ذلك باع منه النصف الآخر يطالب الكفيل بثمن النصف الاول فقط ولا يطالب بثمن النصف الثاني ، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لانه لا يوجد في هذه الكفالة عبارة تدل على الايجاب مكرراً .

(٢) كذلك لو كفل احد بنفس احد واذا غاب يكون كفيلا بدينه انعقد الكفالة مالية حتى انه لو حضر الرجل بعد ذلك وسلمه الكفيل الى المكفول له لزم الكفيل ضمان الدين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لان الكفالة انعقدت مالية والخلاص منها بناء على المادتين (٦٥٩ و ٦٦٠) يكون بالاداء او الابراء وليس للكفيل بناء على المادة (٦٤٠) ان يخرج نفسه منها .

(٢) كذلك لو قال احد لآخر (اذا بعت من فلان مالاً فعلي ثمنه) يطالب الكفيل بثمن اول مال يبيعه من ذاك الرجل اما ما يبيعه من ذلك الرجل بعد ذلك اي في المرة الثانية فلا يطالب بثمنه . ما لم يقل الكفيل (كلما بايعت فلاناً فعلي) او ما اشبه ذلك ففي هذه الحال يطالب الكفيل بثمن ما يبيعه المكفول له من ذلك الرجل في المرة الثانية والثالثة والرابعة وهلم جرا لان لفظ (كلما) يفيد التكرار وقد اختلف العلماء في كلمة (ما بايعت فلانا فعلي) فمعظمهم يقولون بانها مثل (كلما) و بعضهم يقولون بانها

ليست كذلك

(٣) وكذا لو كفل احد بالمال او بالنفس او بالتسليم على انه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة كذا يوماً . اي ان تشرط المدة المذكورة في عقد الكفالة فمن وقت مطالبة المكفول له بالمكفول به تعطى مهلة للكفيل الى مضي تلك الايام و بعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في اي وقت شاء وعلى الكفيل ان يسلمه له وليس للكفيل ان يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً . مثلا لو كفل احد بالف قرش مطلوبة من آخر على انه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة شهر فمن وقت مطالبة المكفول له بالمكفول به يعطى مهلة للكفيل الى مضي شهر و بعد مضي الشهر يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في اي وقت شاء وليس للكفيل بعد ذلك ان يطلب ثانياً مهلة شهر

لكن اذا وقعت الكفالة بلفظ (كفلته بكذا على انه كلما طلبته مني فلي اجل شهر) مما يوجب تكرار المطالبة والمهلة ينظر : فاذا كانت الكفالة مالية يجبر الكفيل بعد مرور الشهر على تسليم المال المكفول به و يبرأ بهذا التسليم بناء على المادة (٦٥٩) . ولا يطالب به بعد . لأن الحق الواحد لا يستوفي مرتين (انظر المادة ١٦٥١) ولا يبقى شيء للمطالبة مرة ثانية . اما اذا كانت الكفالة نفسية فالكفيل مجبر ايضاً على تسليم المكفول به بعد مرور الشهر المذكور لكن لا يبرأ الكفيل من هذه الكفالة لان لفظ (كلما) اي القول الذي يستلزم التكرار في كل وقت مما يجعل الطلب الاول بعد التسليم لا حكم له . ولا يلزم التسليم ما لم يقع الطلب مكرراً بعد التسليم المذكور وللكفيل اذا وقعت المطالبة تكرارا ان يطالب بكذا اياماً مهلة اعتباراً من تلك المطالبة . و بعد مرور هذه المهلة فللمكفول المطالبة بالمكفول به في اي وقت اراد . وقد تكرر هذه المطالبات و يلزم التسليم والمهلة مراراً على الوجه المشروح . ما لم يقل الكفيل لدى التسليم مرة واحدة «انني بريء من تكرار التسليم في الآتي» وعلى ذلك فبما ان الكفيل يبرأ بالتسليم الاول لا يجبر على التسليم تكراراً بمطالبته ثانية (البزازية انظر فقرة ولكن ..الخ)من مادة (٦٤٠).

قيل اذا (شرطت المهلة المذكورة في عقد الاجارة) لانه بعد ان تقع الكفالة على انها في الحال قابل المكفول له الكفيل قائلاً « كلما طالبك فلك مهلة شهر»فهذا كلام باطل وللمكفول له مطالبته في اي وقت اراد «البزازية في نوع اذا كان المكفول له غائباً».

(٤)وكذا لو قال احد لآخر انا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين او بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً او بما يغصبه منك فلان او بثمن ما تبيعه لفلان تصح الكفالة مضافةولا يطالب الكفيل بالمكفول الا عند تحقق هذه الاحوال اي عند ثبوت الدين والاقراض باقرار الاصيل او بالبينة وتحقق الغصب و بيع المال وتسليمه.

وفي آخر المادة الآتية في هذه المسألة بعض الايضاحات:

وعلى ذلك يطالب الكفيل بعد ان يكفل بالمبايعة بثمن جميع المال الذي باعه منه الطالب . من اي جنس كان المال ومهما كان الثمن الذي بيع به وللطالب في حال انكار الكفيل والاصيل البيع والتسليم ان يثبته ان شاء في مواجهة الاصيل او في مواجهة الكفيل . و يلزم الثمن الاثنين ايا واجه منهما حين الاثبات (عبد الحليم) كما سيوضح ذلك في المادة (١٨٣٠).

وجاء في المجلة (انا كفيل بثمن ماتبيعه من فلان الخ) لان ضمان الخسران باطل . مثلاً لو قال احد لآخر خذ واعط مع فلان اي تبايع معه فانا ضامن لكل خسارة تلحقك فلا يصح الضمان (رد المحتار) لان هذه الخسارة ليست بمضمونة على الاصيل .

(٣) كذا لو قال احد لآخر انا كفيل بثمن الفرس التي ستبيعها من فلان ثم باع ذلك الرجل من ذلك الشخص حنطة فلا يلزم الكفيل شيء

(٣) كذلك لو قال احد لآخر ان القرض الذي ستعطيه لفلان عليّ واشتري ذلك الشخص من المكفول له مالاً فلا يطالب الكفيل بثمن المال . (الهندية في الباب الثاني من الفصل الخامس) .

(٣) كذا لو قال انا كفيل بنفس فلان على ان احضره في اليوم الفلاني لتعقد الكفالة مضافة ولا يطالب الكفيل باحضار المكفول له قبل ذلك اليوم (مجمع الانهر) .

وقد قيد الشرط في اثناء الشرح بالمتعارف والملائم للكفالة لانه لا يصح تعليق الكفالة على شرط ليس بمتعارف ولا ملائم للكفالة سواء اكانت الكفالة نفسيه او مالية او تسليمية ، او بعبارة اخرى لا حكم لذلك التعليق وان وقع الشرط فلا يلزم الكفيل المكفول به وسبب ذلك : مشابهة الكفالة النذر ابتداً والبيع انتهاء فمع ان مشابهتها للنذر توجب جواز تعليقها على كل نوع من انواع الشرط فمشابهتها للبيع تقتضي عدم جواز التعليق على شرط ما . ولذلك فقد عمل الفقهاء بالمشابهتين معاً فقالوا بعدم جواز تعليقها على الشرط غير الملائم لمشابهتها البيع و بجواز تعليقها على الشرط الملائم لمشابهتها النذر .

مثلاً لو قال احد اذا هبت الريح او تساقطت الامطار او قدم فلان الاجنبي فانا كفيل بما على فلان من الدين فلو هبت الريح مثلاً فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وتبطل الكفالة في هذه الصورة على ان الكثير من الكتب الفقهية يقول بلزوم الضمان في الحال في الصور المذكورة بدون حاجة الى انتظار وجود الشرط لان التعليق فيها باطل والكفالة صحيحة . لكن اصحاب التبيين ، والبحر ، والنهر ، والملتقى ، قالوا ببطلان الكفالة في الصور المذكورة وقد وجد في المبسوط والخانية محرراً ومسطوراً على الوجه المحرر المذكور وعلى ذلك فقد شرحت هذه المادة على ما جاء في الخانية .

لو كفل احد بالمبايعة على ما مر معنا في هذه المادة وقال له المكفول له بعد الكفالة هذه اعطني كذا قرشاً لاني بعت المال الفلاني من ذلك الرجل اي المكفول عنه وصدقه الاصيل والكفيل منكر ينظر فاذا كان المال المدعى بيعه موجوداً في يد المشتري او البائع . يطالب الكفيل بثمن المبيع ولا يلتفت الى انكاره لانهما يخبر ان بالشيء الذي يمكنهما انشاؤه وكل من اخبر بشيء يمكنه انشاؤه في الحال يقبل كلامه . اما اذا لم يكن ذلك المال موجوداً في يد المشتري او البائع فلا يطالب الكفيل بالثمن ما لم يقم الطالب بينة على بيعه . (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)

وعلى ذلك فلو ادعى الطالب انه باعه بالف قرش وصدقه الاصيل وقال الكفيل انك بعته بخمسمائه فلا يقبل ذلك ويطالب الكفيل بالف ايضاً (الهندية في المحل المزبور) .

لاحقة — في بعض مسائل الكفالة :

المسألة الاولى — لو قال احد لآخر (بع هذا البغل من فلان بالف قرش وانا ضامن ثمنه) وباعه الرجل بعد ذلك من الشخص المذكور بالفين يطالب الكفيل بالف قرش فقط . لان ذكر بعض ما

يتجزأ ليس كذكر كله . واذا باعه ذلك البغل كله اونصفه بخمسمائة قرش طولب بخمسمائة قرش فقط « الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس » .

كذلك لو ادعى احد على اخر قائلا انك غصبت بغلي وكفل بنفس المدعى عليه احد فقال ذلك الشخص للكفيل « اذا لم ترد لي بغلي غداً فهو طيلك بار بمائة قرش » وقال له « لا بل علي بمائتي قرش » وسكت المكفول له فاذا لم يرد الكفيل البغل في اليوم المعين لزمه مائتا قرش « الهندية » « انظر المادة ٦٧ »

المسألة الثانية — لو ادعى المكفول له « والاصيل غائب » على الكفيل بتعليق الكفالة بشرط كهذا وبوجود الشرط المذكور فدعواه صحيحة . اما لو ادعى بتعليق الكفالة على شرط كهذا ولم يدع بوجوده فلا تسمع هذه الدعوى في غياب الاصيل « نقول النتيجة » .

﴿ المادة ٦٣٧ ﴾ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً مثلا لو قال انا كفيل باداء اي شيء يحكم به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم الكفيل اداؤه ما لم يلحقه حكم الحاكم .

يلزم لانعقاد الكفالة عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً اي اذا كان الشرط الذي علقت عليه الكفالة موصوفاً بوصف او مقيداً بقيد فيتم تحقق الشرط المذكور و يثبت بتحقق ذلك الوصف او القيد . ولا يكفي تحقق الشرط مجرداً عن ذلك الوصف والقيد لانعقاد الكفالة مثلا لو قال احد لآخر انا كفيل باداء اي شيء يحكم لك به على فلان واقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم على الكفيل اداؤها لانه لم يتحقق الوصف بذلك الاقرار وهو قوله « اي شيء يحكم به » ما لم يلحق الاقرار حكم الحاكم . حتى انه لو كان الاصيل غائباً وقال الدائن ان لي عليه كذا قرشاً وكفل به الكفيل على الوجه المشروح واقام الدائن دعواه بمواجهة الكفيل واثبتها فلا يقبل ذلك منه . لان الدين المكفول به لما كان موصوفاً بالحكم به على الاصيل ولم يحكم به على الاصيل بعد فالدعوى والاثبات يلزمان الكفيل ديناً مجرداً عن ذلك الوصف والكفيل لم يكفل بدين كهذا مطلقاً فتكون الدعوى بذلك واقعة على كفالة غير لازمة « الهندية »

اما اذا كان الاصيل غائباً وقال الدائن « انني قد ادعيت بعد الكفالة بدين كذا قرشاً على الاصيل واثبت دعواي واستحصلت حكماً بذلك » وادعى على الكفيل كما مر واثبت يقبل منه و يحكم على الكفيل بالمبلغ المذكور سواء أكانت الكفالة بأمر الاصيل الغائب او لم تكن بامره لان الدين في هذه الصورة قد حكم به سابقاً و بذلك قد تحقق الوصف الذي وصف به « الهنديه قبيل الباب الرابع من الكفالة » .

لكن اذا لم تكن الكفالة مقيدة بوصف او قيد كهذا وغاب الاصيل تسمع بينة الدائن في مواجهة الكفيل . مثلا لو ادعى الدائن قائلا ان لي على فلان الغائب ديناً كذا قرشاً وفلان الحاضر في المجلس هو كفيل به تسمع دعواه و بينته، ولو اثبت الدائن وقوع كفالة الكفيل الحاضر بامر الغائب حكم الحاكم على الكفيل الحاضر وعلى الاصيل الغائب ايضاً . واذا ادعى الدائن على الاثنين ايضاً وحضر الغائب فللكفيل الرجوع بدون اعادة البينة (الهندية في المحل المزبور) . لان البينة حجة متعدية

وستوضح هذه المادة زيادة عما مر في شرح المادة (١٨٣٠) وبما ان قوله (اي شيء يحكم به الخ) صيغة استقبال فلو حكم على ذلك الشخص قبل الكفالة بدين للدائن المذكور فلا تشمل الكفالة ذلك الدين

ولا تتعلق .

لكن اذا لم يقل (اي شيء يحكم به)وقال انا كفيل باداء اى شيء يثبت او يلزم او يجب واقر ذلك الشخص بالف قرش ديناً لزم الكفيل اداؤها وان لم يلحق اقراره حكم حاكم (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وفي هذه الحال لو قال المكفول له ان مطلوبه الف قرش فلا يطالب الكفيل بالزيادة عما اقر به الاصيل كما انه يطالب بما اقر به الاصيل فيما لو انكر ان لذلك الشخص ديناً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وسيأتي في باب الكفالة بدين قائم في الحال كقوله كفلت بما لك عليه فلا يلزم ما اقر به الاصيل وفرق بين هذا و بين الكفالة بدين يجب كقوله ما ثبت لك عليه او لزم فيلزم مني ما اقر به كما في فتح القدير(والبحر الرائق في النفقة).

الخلاصة ،يختلف ثبوت المكفول به في حق الكفيل باختلاف صور الكفالة:

اولا ،يطالب الكفيل بالمكفول به لو قال انا كفيل بالدين الذي سيثبت لك على فلان او بما يثبت او بما يجب او بما يلزم سواء أثبت الدين باقرار المدين او بالبينة او بالنكول عن اليمين.

ثانياً لو قال انا كفيل بما يقر به فلان يطالب الكفيل بكل ما يقر به المدين بالغاً ما بلغ وليس له ان يقول انا غير قابل اما اذا لم يقر ونكل عن اليمين فلا يلزمه شيء.

ثالثاً لو قال انا كفيل بما تدعيه على فلان والطالب ادعى عليه بمبلغ معين فلا يلزم الكفيل شيء بمجرد قوله هذا انظر شرح المادة (٦٣٦).

رابعاً ،لوقال احد لآخر انا كفيل بدينك الذي على فلان او بمالك الذي على فلان واثبت الدائن الدين بالبينة لزم الكفيل الضمان . والا فلا يلزم الكفيل ضمان بمجرد اقرار الاصيل انظر شرح المادة(٦٣٧).

مثال ثان على هذه المادة —لوقال احد انا كفيل باداء ما يحكم به الحاكم الفلاني على فلان و بعد ذلك لو حكم عليه حاكم آخر فلا يلزم الكفيل شيء.

مثال ثالث — لو قال اذا حكم الحاكم الحنفي بشيء على فلان فانا كفيل بادائه وحكم عليه حاكم شافعي فلا يلزم الكفيل شيء اما لو قال لو حكم حاكم البلد الفلاني بدين لفلان على فلان فانا كفيل بادائه لزمه الضمان اذا حكم عليه حاكم آخر «الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس»والفرق ظاهر بين هاتين المسألتين لأن احكام المسائل تختلف باختلاف المذهب من حنفي الى شافعي .ولا يوجد فرق بين حكم حاكمين ينتسبان الي مذهب واحد.

﴿المادة ٦٣٨﴾لا يؤاخذ الكفيل بالدرك اذا ظهر مستحق ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن.

يعني لا يؤاخذ الوكيل بالدرك ما لم يدعي على المشتري بالمبيع ويثبت المدعي مدعاه ويحلف اليمين

حسب حكم المادة (١٧٤٦) ويحكم بأن المبيع المذكور ملك المدعي ويدعي المشتري بعد الحكم على البائع بطلب ثمن المبيع لسبب ضبط المبيع من يده بالاستحقاق ويحكم على البائع برد الثمن للمشتري فبعد ذلك كله يؤاخذ الكفيل بالدرك بالمكفول به لان البيع لا ينقض بمجرد الادعاء باستحقاق المبيع ولذلك لا يجب على البائع اعادة الثمن (الهداية) لانه يجوز للمستحق ان يجيز البيع بعد الحكم وقبل الفسخ سواء أكانت اجازته قبل قبض المبيع او بعد قبضه ٠ ويفهم ان المبيع المذكور قابل للاجازة من المادة (٣٧٨)٠

والقاعدة في هذا الباب هي : يؤاخذ الاصيل اى البائع بثمن المبيع المكفول به عند فسخ البيع وابطاله في الكفالة بالدرك كما يؤاخذ الكفيل به اما قبل فسخ البيع وابطاله فلا يؤاخذ الكفيل٠

و بعد معرفة هذه القاعدة فلنبادر الي التفصيلات الآتية : فهنا دعو يان وحكمان:

الدعوى الاولى والحكم الاول : دعوى الاستحقاق والحكم بالاستحقاق، وقد اشارت المجلة الى ذلك بقولها (اذا ظهر مستحق)٠

مثلاً كما لو باع احد مالاً من آخر على انه ملكه وسلمه اليه فقام آخر وادعى ان ذلك المال ملكه واثبت ملكيته على الاصول وحلف اليمين على ما جاء في المادة (١٨٤٦) وحكم الحاكم بملكية ذلك الشخص للمال المذكور فيقال لهذا الحكم (الحكم بالاستحقاق)٠

الا انه لا يفسخ عقد البيع الذي بين هذين الشخصين بهذا الحكم او بمجرد قبض المستحق المبيع من المشتري بعد الحكم المذكور ٠ بل يبقى موقوفاً على اجازة الشخص المستحق انظر المادة (٣٦٨) وبعد ذلك لو اجاز المستحق البيع نفذ وعلى ذلك فكما لا يلزم البائع رد ثمن المبيع الى المشترى بهذا الحكم فلا يلزم الكفيل ايضاً (مجمع الانهر)٠

الدعوي الثانية والحكم الثاني : دعوى الرجوع بثمن المبيع على البائع بعد الحكم الاول والحكم بالرجوع المذكور وقد اشارت المجلة الى ذلك بقولها (ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن)٠

مثلاً يدعي المشتري على البائع «برد ثمن المبيع الذي اعطاه الى البائع والذي ضبط من يده بالاستحقاق والحكم وسيحصل برد البائع ثمن المبيع المذكور اليه وبذلك ينفسخ عقد البيع الذي وقع بين البائع والمشتري و يطالب البائع برد ثمن المبيع الى المشتري لان البيع قد اصبح بناء على المادة (٥١) غير قابل لاجازة المستحق كما يطالب الكفيل برد الثمن المذكور لسراية هذا الحكم اليه وحينئذ للمشتري بناء على صلاحيته الواردة في المادة (٦٤٤) ان شاء اخذه من البائع وان شاء اخذه من الكفيل٠

و يستفاد من القاعدة التي مر ذكرها ايضاً انه اذا فسخ المستحق البيع صراحة بعد اقامة الدعوى الاولى والحكم بموجبها انفسخ البيع بناء على المادة (٣٧٨)٠ وبما انه حينئذ يلزم البائع رد ثمن المبيع الى المشتري واعادته اليه بدون حاجة الي الدعوى الثانية والحكم الثاني يؤاخذ الكفيل ايضاً بالثمن المذكور بدون حاجة اليهما اي بدون حاجة الى الدعوى الثانية والحكم الثاني ٠٠ من هنا يفهم ان قوله «بعد المحاكمة» ليس بقيد احترازي «رد المحتار في باب الاستحقاق والكفالة»٠

والمقصود بالاستحقاق في هذه المادة ، القسم الثاني اي الاستحقاق الذي ينقل الملكية ٠ اما في الاستحقاق الذي يبطل الملكية يطالب الكفيل بثمن المبيع بدون حاجة الى محاكمة ثانية (رد المحتار في

الكفالة) وهذان الاستحقاقان قد مر ايضاحهما في شرح المادة (٦١٦)

مثلا لو ظهر شخص وادعى ان العرصة التي باعها احد من آخر على انها ملكه هي من مستغلات الوقف الذي هو متول عليه واثبت ادعاءه فحكم له بذلك يؤاخذ الكفيل في الحال بثمن المبيع لان هذا البيع ليس قابلا للاجازة .

وعليه لو وضعت هذه المادة على الصورة الآتية لشملت جميع الصور التي مر بيانها في الشرح ولا يؤاخذ الكفيل بالدرك اذا ظهر مستحق للمبيع ما لم ينفسخ البيع لان الانفساخ يكون احياناً برد الثمن واحياناً بالحكم بالوقفية او بفسخ المستحق البيع بعد الدعوى الاولى والحكم الاول فقط .

لكن لا يطالب الكفيل بالدرك بالمكفول به اذا فسخ البيع بخيار الرؤية ، او خيار العيب وقول المجلة (اذا ظهر مستحق) احتراز عنها (رد المحتار في الكفالة) . لان الثمن في كفالة الكفيل مقيد بضبط المبيع بالاستحقاق

وليكن معلوماً ان الكفيل بالدرك يضمن المكفول به فقط ولا يضمن مع المكفول به الضرر المبين في المادة (٦٥٨)(رد المحتار) لانه ليس للكفيل كفالة بذلك .

استطراد — في كون الكفالة بالدرك مانعة لدعوى التملك والشفعة والاجارة .

ان الشخص الكفيل بالدرك بكفالته يكون قد صدق على ملكية البائع للمبيع لانها ان كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكانه هو الموجب له وان لم تكن مشروطة فالمراد بها احكام المبيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الاقرار بالملك فكأنه قال اشتريها فانها ملك البائع فان استحقت فانا ضامن ثمنها (رد المحتار) . وعليه فليس للكفيل بعد ذلك ان يدعي انه له (انظر المادة ١٦٤٨) .

كذلك لو كان الكفيل المذكور شفيعاً فليس له بعد ذلك ان يطلب المبيع المذكور بالشفعة وكذلك الحكم في الاجارة وليس له ان يطلبه بالشفعة لانه قد رضي بشراء المشتري (رد المحتار)

﴿ المادة ٦٣٩ ﴾ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة الا في مدة الكفالة مثلا لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة

اما بعد مرور مدة الكفالة فلا يطالب بالمكفول به اذا لم يكن استوفي منه في اثنائها لان الكفيل يبرأ من الكفالة بمرور مدتها .

مثلا لو قال احد انا كفيل بدين فلان او بنفسه من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل بمقتضى هذه الكفالة بالمكفول به الا في ظرف هذا الشهر و بعد مروره يبرأ من الكفالة . واذا طولب الكفيل في ظرف هذا الشهر بالمكفول به وانقضى الشهر ولم يمكن اخذه منه فلا يطالب به بعد ذلك . حتى ان المكفول له في هذه الحال لو طالب الكفيل لمدة شهر في اثناء الشهر بالمكفول به فارجأه مغفلا اياماً اخر ومر الشهر فليس للمكفول له مطالبة الكفيل بالمبلغ بعد مرور الشهر بمجرد قوله انه اغفلني اغفالا لان الكفيل يخلص من الكفاله بمرور مدتها . (علي افندي) . وبما ان بعض التفصيلات في هذا الباب قد مر

في شرح المادة (٦٢٤) فراجعه هناك .

على ان الكفيل لو طالب في مدة الشهر بالمكفول به ورفع المكفول له الدعوى مطالباً بالمكفول به واخذ حكماً لكن مر الشهر قبل ان ينفذ ذلك الحكم فهل يخلص الكفيل من المطالبة ام لا ؟ وهل يلزمه اعطاء المبلغ المذكور لاستقراره في ذمته بحكم الحاكم ؟! الظاهر انه يقتضي اعطاؤه ولكن يجب ان يحكم في هذه المسألة بعد الاستحصال على نقل .

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل (انني كفلت الى شهر مؤجل على ان اكون بريئاً بعده وقد برئت من المطالبة بمرور الشهر) وقال المكفول له (انك كفلت الى شهر مؤجل ولم تشترط ان تكون بريئاً بعد مروره) فالقول للمكفول له ولا يقبل قول الكفيل على انه شرط ان لا يطالبه بعد شهر (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) . اما اذا اقام الطرفان البينة رجحت بينة الكفيل ، (علي افندي في ترجيح البينات) .

﴿ المادة ٦٤٠ ﴾ ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة فكما انه ليس لمن كفل احدا عن نفسه او دينه منجزاً ان يخرج نفسه من الكفالة كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فانا ضامن له فليس له الرجوع عن الكفالة لانه وان كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة واما لو قال ما تبيعه لفلان فثمنه علي اوقال انا كفيل بثمن المال الذي تبيعه لفلان يضمن للمكفول له ثمن المال الذى يبيعه المكفول له لفلان المذكور الا ان له ان يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بان يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع الى ذلك الرجل مالا فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك فلا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع

اي انه ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ، نفاذا على ما جاء في المادة (٦٢١) ما لم يكن مخيراً في ذلك سواء أكان كفيلا بالنفس او بالمال او بالتسليم ولو في حضور المكفول له والمكفول عنه . وان فعل بقي بعد اخراج نفسه كفيلا كما في الاول . (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) . لان الكفالة من العقود اللازمة طرف الكفيل . وعليه فليس للكفيل ان يفسخها بنفسه (انظر شرح المادة ١١٤) .

قيل في المجلة (ليس للكفيل ان يخرج نفسه) لانه للمكفول له ان يخرجه منها كما ان لوارث المكفول له اخراجه ايضاً (نقول على افندى عن العمادية في السابع) (انظر المادة ٦٦٠) . وقد ضم على ذلك في الشرح كلمة (غير مخير) لان للكفيل اذا كان مخيراً ان يخرج نفسه من الكفالة .

وخياره نوعان :

النوع الاول : خيار الشرط . لو كفل احد بمال او نفس او تسليم مخيراً كذا اياماً صحت الكفالة على ان للكفيل ان يخرج نفسه في مدة الخيار من الكفالة وهذا من قبيل ما جاء في شرح المادة (٣٠) وعليه لو قال احد انني كفلت بدين فلان على فلان على اني مخير كذا يوماً وصدقه المكفول له على ذلك ثبت له الخيار والا فلا يصدق الكفيل بالخيار بدون بينة (الهندية قبيل الباب الثالث من الكفالة ، لان قول الكفيل اقرار في حق الكفالة والمرء مؤاخذ باقراره اما قوله في الخيار فادعاء ولا يثبت شيء بمجرد الادعاء .

النوع الثاني ، خيار الرهن . لو كفل احد عن آخر بشيء على ان يعطيه رهناً وشرط ذلك على المكفول له صح وتلزم الكفالة الكفيل اذا اعطاه المكفول عنه الرهن . اما اذا لم يعطه الرهن فالكفيل مخير ان شاء اجاز الكفالة وان شاء فسخها . اما اذا شرط هذا الشرط على المكفول عنه فلا حكم له في حق المكفول له وليس للكفيل ان يفسخ الكفالة بداعي عدم اعطاء المكفول عنه الرهن اليه . مثلاً لو قال احد لآخر انا كفيل بدينك عن فلان على ان يرهن عندي هذا المال صحت الكفالة فاذا لم يعطه ذلك الشخص ذلك المال رهناً فالكفيل مخير ان شاء فسخ الكفالة وان شاء ابقاها .—

كذلك لو قال احد لآخر انني اكفل بدينك على فلان على ان يرهن المال الفلاني عندي واذ لم يرهنه عندي فانا بريء من الكفالة صحت الكفالة هذا اذا رهن ذلك المال واذا لم يرهن المكفول عنه ذلك المال عنده اصبح بريئاً من الكفالة .

اما لو قال احد لآخر انا كفيل بما عليك من الدين لفلان على ان ترهن هذا المال عندي فتبقى كفالته . ولو لم يعطه ذلك الشخص الرهن ولا يكون مخيراً في فسخها (الهندية في الباب الخامس من الكفالة)

ولكن للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة . اما بعد ترتب الدين في ذمة المدين فليس له اخراج نفسه منها .

(١) مثلا فكما انه ليس لمن كفل احداً عن نفسه او دينه منجزاً ان يخرج نفسه من الكفالة (٢) كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فانا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة لانه اذا قال انا ضامن بما يثبت لك على فلان من الدين وان كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة . ويجب ان يكون الدين الثابت في ذمة المدين ديناً مترتباً في ذمته قبل الكفالة . وهاتان المسألتان مثال للفقرة الاولى من هذه المادة .

اما لو قال احد لآخر في الكفالة المعلقة اذا بعت من فلان شيئاً فانا كفيل به) او قال له في الكفالة المضافة « انا كفيل بثمن ما ستبيعه من فلان) يضمن للمكفول له بعد البيع ثمن المال الذي باعه المكفول له من فلان المذكور .

وهذه الفقرة لم تكن مقصودة بالذات لانه قد جاء في المادة (٦٣٦) ما هو بمعناها وانما جاءت توطئة للفقرة التي تليها .

لكن كما انه ليس للمكفول له ان يطلب الكفيل ثمن مال قبل ان يبيعه من ذلك الشخص المكفول عنه فللكفيل قبل البيع ايضاً ان يخرج نفسه من الكفالة بدون امر المكفول له . لان الكفالة تلزم بعد المبايعة وتتوجه المطالبة على الكفيل بعد ذلك ولا يطالب الكفيل قبل ذلك بشيء ولا يلزم شيء ذمته .

والسبب في وجوب الدين على الكفيل بعد المبايعة ان الدائن او الطالب يمكنه ان يقول انني بعت

مالي من الاصيل لاني كنت على ثقة من اخذي ثمن المبيع من الكفيل، والرجوع بعد البيع تغرير بالدائن اما الرجوع قبل البيع فنظراً لكونه عبارة عن نهي عن المبايعة وليس فيه من تغرير للمشتري فهو صحيح ومعتبر (رد المحتار) . لكن عليه ان يعلم الطالب باخراجه نفسه من الكفالة لئلا يبقى مغروراً بكفالته .

والاعلام لكون على الوجه الآتي : وذلك كأن يقول الكفيل للمكفول له رجعت عن الكفالة فلا تبع الى ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع . والفرق ان الاولى « اي ما بايعت فلاناً فعليّ » مبنية على الامر وهذا الامر غير لازم وفي الثانية « وهي التي اشرنا اليها بهذه الارقام ١ و٢» مبنية على ما هو لازم (رد المحتار » .

كذلك لو استأجر احد مالاً على ما جاء في المادة «٤٩٤» وكفل احد ببدل الاجارة فللكفيل الرجوع عن الكفالة في اول الشهر . لان العقد في اجارة كهذه يتجدد و يتجدد بذلك سبب الاجرة فللكفيل حق الرجوع عن الكفالة المستقبلة «الهندية» .

و يجب ألاّ يستدل باتيان المجلة قول الكفيل (رجعت عن الكفالة)وقوله (لاتبع ذلك المال من فلان) معاً على لزومها في اخراج الكفيل نفسه من الكفالة . لانه كما يحصل اخراجه نفسه من الكفالة بقوله اني رجعت عن الكفالة ؟فقط يحصل ايضاً بنهيه المكفول له قائلاً «لاتبع ذلك المال من فلان» (الهندية في الخامس من الباب الثاني)وقد اشير الى ذلك اثناء الشرح لكن على الكفيل في الرجوع عن كفالة كهذه ان يعلم المكفول له رجوعه عن الكفالة .ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقتها كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان يرجع في رأس الشهر والفرق ان السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الاجر في الاجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله ان يرجع في الكفالة المستقبلة(الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

﴿ المادة ٦٤١ ﴾ من كان كفيلا برد المال المغصوب او المستعار وتسليمهما فاذا سلمهما الى صاحبهما يرجع باجرة نقلهما على الغاصب والمستعير اي يأخذها منهما

اي يجبر الكفيل على تسليم المال المغصوب الى المغصوب منه والمستعار الى المعير .

و كما انه يجبر الاصيل بمقتضى المادتين (٨٩٠ و ٨٣٠) على رد المال المذكور على ان تكون مصاريف نقله وموٴونة رده عليه كذلك يجبر الكفيل على رده بمقتضى المادة (٦٣١).

واذا سلمهما الكفيل الى صاحبهما يرجع باجرة نقلهما باجر مثل العمال على الغاصب والمستعير اي يأخذها منهما (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)

واجرة النقل المقصودة في الاجرة المثلية للعمال كما اشير الى ذلك في الشرح . وليس صرفياته . فكما يكون اجر المثل معادلا للصرفيات قد يزيد او ينقص عنها . هذا وان ذكر في هذه المادة رجوع الكفيل على المكفول عنه اي الغاصب والمستعير باجرة النقل مطلقاً فحق الرجوع على الغاصب والمستعير انما هو في حال وقوع الكفالة بامرهما .

فظهر انه يشترط في مسألة الرجوع ان تكون الكفالة بالأمر كما جاء في شرح المادة (٦٣١) وها هي عبارة ابن عابدين محشي البحر (ولو رد رجع عليه باجر مثل عمله اذ الكفيل بامر يرجع) وكما جاء في لاحقة المادة المذكورة قوله (اذا كانت الدابة المأجورة غير معينة فيشترط في امر الرجوع فيها ان يكون الكفيل في حملها بالامر) وكذلك ما جاء في شرح المادة (٦٥٧) يدل على ان الرجوع في الكفالة بالمال منحصر في صوره وقوع الكفالة بالامر .

وحكم هذه المادة استحساني .

وقوله في هذه المادة (الشخص الذي يكفل) احترازا عن الوكيل لان المستعير والغاصب لو وكلا شخصاً برد المستعار او المغصوب الى دار صاحبه او الى مكان الاعارة او الغصب صح . لكن الوكيل لا يجبر على النقل (الهندية) لان الوكالة لما كانت ليست من العقود اللازمة فللوكيل ان يمتنع عن القيام بصرفيات الوكالة ويخرج نفسه منها .

وكما تجوز الكفالة بالتسليم في المغصوب والمستعار تجوز كما ذكر في الماده (٦٣١) في المبيع قبل القبض والمرهون ، والماجور وفي الامانات السائرة .

ولكن بما ان صرفيات النقل في المأجور والوديعة وما اشبه ذلك من الامانات ليست عائدة على المستأجر والمستودع اي واضع اليد بل على المؤجر والمودع فلو كفل احد بامر المستأجر بتسليم المأجور فتسليمه يكون عبارة عن اخلاء المأجور كالاصيل ولا حاجة هنا الى صرفيات للنقل .

اما الكفيل بالتسليم فبما تعود صرفيات النقل على واضع اليد فيما عدا المغصوب والمستعار من الاعيان هو كفيل بالامر ، فله ان يرجع على المكفول عنه بصرفيات النقل بعد تسليمه الاعيان المذكورة الى المكفول له . اذ الكفالة بأمر الاصيل كما قلنا .

الفصل الثاني

في بيان حكم الكفالة بالنفس

﴿ المادة ٦٤٢ ﴾ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به اي لا في وقت كان قد شرط تسليم المكفول به فيلزم احضاره على الكفيل يطلب المكفول له في ذلك الوقت فان احضره فبها والا يجبر على احضاره .

اي يلزم على الكفيل احضار المكفول به في الوقت الذي شرط لتسليم المكفول به او في الوقت الذي يطلبه المكفول له بعد ذلك في الحال ولا حق له في طلب مهله وذلك فيما اذا كان محل المكفول به معلوماً و يلزمه تسليمه في المكان المبين في المادة (٦٦٣) . وهذا اللزوم مستند على قصد قيام الكفيل باداء ما التزم به (بمقتضى الكفالة . لكن للكفيل كما هو مبين في المادة (٦٦٥) ان يسلم المكفول به قبل ذلك الوقت فعليه اذا لم يعين وقت للتسليم ان يحضر المكفول به في الوقت الذي يطلب المكفول له احضاره فيه .

فان احضره فبها اي يكتفي بها و يكون قد حصل المقصود واذا لم يحضره فيجبر الكفيل على احضاره و يحبس . لانه يكون قد امتنع عن اداء حق لازم عليه . وان كانت الجهة التي قصدها المكفول عنه معلومة يعطى الحاكم مهلة للكفيل سواء أكانت الجهة بعيدة ام قريبة بحيث يمكنه ان يذهب اليها و يجيء والمكفول له حينئذ ان يأخذ على الكفيل كفيلا لئلا يختفي فاذا احضر الكفيل المكفول عنه في نهاية تلك المهلة فبها والا يحبس و يجبر على احضاره .

كذلك يحبس الكفيل ويجبر على احضار المكفول عنه فيما لو امتنع عن الذهاب المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه . ولو كان ذلك المحل بعيداً او بلدا اجنبياً . مثلا لو فر المكفول عنه الى بلد اجنبي والتحق بها يطالب الكفيل باحضاره فيما لو كان بين دولته والدولة التي فر الى بلادها معاهدة على تسليم امثال هؤلاء الفارين من احداهما الى تلك الدولة وكان بين الدولتين صلح وسلام .

اما اذا وجد في طريق المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه عذر مانع من المرور فيه فلا يجبر الكفيل على الذهاب اليه . واذا لم يكن محل المكفول عنه معلوماً وتصادق الكفيل والمكفول على ذلك تتأخر مطالبة الكفيل الى ان يعرف محل المكفول عنه . اما اذا اختلف الطرفان في معلومية المحل فقال الكفيل لا اعلم محل المكفول عنه وادعى المكفول له انه يعلم فتقبل البينة ممن يقيمها منهما . واذا اقام الاثنان البينة رجحت بينة المكفول له . واذا لم يستطع احدهما اقامة البينة فاذا كان يوجد مكان يقصده المكفول عنه عادة لقضاء حوائجه كالتجارة فالقول للمكفول له . ويلزم على الكفيل ان يذهب الى ذلك المكان للتفتيش عليه واذا لم يوجد محل كهذا يقصده المكفول عنه فالقول للكفيل مع اليمين على انه لا يعلم محل المكفول عنه (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثاني من الكفالة والتنوير ، ورد المحتار) .

للكفيل ان يجبر المكفول عنه بالتسليم الى المكفول له والحضور، اي انه على المكفول عنه ان يصدع لتكليف الكفيل اياه بالتسليم واذا لم يصدع لتكليفه ولم يقتدر الكفيل على التسليم يراجع الحاكم فيعينه باعوانه وذلك اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه والافيرشد المكفول له الى مكان المكفول عنه ويخلي بينهما (الفتح ، الهندية) .

و يفهم من اطلاق حكم هذه المادة ان الكفالة بنفس احد ليس المكفول له قبله شيء صحيح وليس لذلك الشخص ان يمتنع عن تسليمه فيما لو بين المكفول له بعدذلك انه ليس له عليه شيء والواقع انه وان عد اجبار الكفيل بتسليم المكفول به الى المكفول له وهو ليس له عليه حق يستحقه عبثاً فالكفالة الواقعة على زعم الطالب انما تكون لحق يلزم الاصيل اداؤه .

والحكم في الكفالة المالية على هذا المنوال ايضاً وها هو : لو قال احد انا كفيل بدين فلان الذي في ذمة فلان ، انكر ذلك دينه ولم يثبته عليه ذلك الشخص وحلف اليمين على انه ليس عليه دين لفلان يطالب الكفيل بالدين لزعمه وجود ذلك الدين . لان ثبوت الفرع مع عدم ثبوت الاصل وارد (الهندية بايضاح) .

و يكون الكفيل مجبراً على تسليم المكفول عنه كما ذكر في هذه المادة بطلب الطالب . على انه للكفيل حق بالتسليم بدون طلب ايضاً . وسيبين الفرق بين هذين التسليمين في المادة (٦٦٤)

الفصل الثالث

في بيان احكام الكفالة بالمال

يستدل من هذا العنوان ان المواد المندرجة في هذا الفصل مختصة بالكفالة بالمال . ما عدا المادة (٦٤٣) الآتية فان حكمها يمكن ان يشمل الكفالة بانواعها الاربعة . والمجلة وان بحثت عن احكام الكفالة بالنفس والكفالة بالمال . الا انها لم تضع باباً خاصاً لاحكام الكفالة بالتسليم . اذ بعض احكام هذه الكفالة قد مر في المادة (٦٤١) و بعضها سيأتي في المادة التالية .

﴿ المادة ٦٤٣ ﴾ الكفيل ضامن .

هذه المادة ترجمة الحديث الشريف (الزعيم غارم) كما بين في صدر الكتاب .

اي على الكفيل ان يؤدي المكفول به عند المطالبة به سواء أكان المكفول به ديناً كثمن المبيع ام عيناً مضمونة بنفسها كالمال المقبوض بطريق سوم الشراء وقد سمي ثمنه والمبيع الفاسد والمغصوب (رد المحتار) او نفساً كما في الكفالة بالنفس . وهل في الكفالة بالنفس غرم وضمان؟! وهذا السؤال قد مر جوابه في شرح المادة (٦١٣) .

و يستفاد من هذه الايضاحات ان حكم هذه المادة يشمل الكفالة بانواعها الاربعة

وستفصل كيفية ضمان الكفيل في المادة الآتية والمادة (٦٤٥) التي بعدها .

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل بعد ان كفل بدين احد ان الكفالة غير صحيحة بناء على المادة (٦٣١) لان المكفول به مال رشوة او قمار واقر المكفول له بذلك فلا يلزم الكفيل شيء . اما اذا انكر فكما انه لا يقبل من الكفيل اقامة الشهود على ان ذلك الدين رشوة او قمار او ان المكفول له اقر في غير مجلس الحاكم انه مال رشوة او قمار فليس له ان يطلب تحليف المكفول له على ذلك (الهندية في الباب الثالث من الكفالة والانقروي في الفصل السابع) لان كفالة الكفيل بدين اقرار منه بصحة ذلك الدين وادعاؤه بعد ذلك هذا الادعاء غير مسموع لأنه تناقض .

كذلك لو ادعى احد بعد ان كفل بثمن مبيع ان البيع وقع فاسداً وان ثمن المبيع بناء على ذلك لا يلزم المشتري فلا يسمع ادعاؤه . (على افندي في الدعوى في الكفالة وما يناسبها) (انظر المادة ١٠٠)

وكما تشمل عبارة (الكفيل ضامن) الكفيل تشمل كفيل الكفيل و كفيل كفيل الكفيل ايضاً، وعلى ذلك فلم يجعل لكفيل الكفيل مادة خاصة .

واليك فيما يلي بعض الايضاحات في بيان محل ضمان المكفول به لانه لم يأت لها ذكر في المتن :

يلزم تسليم المكفول به الذي يحتاج الى حمل ومؤنة في المحل الذي شرط تسليمه فيه (انظر المادة (٨٣) اما ما لا يحتاج الى حمل ومؤنة فللطالب ان يأخذه في اي محل اراد، مثلا لو كفل احد بألف قرش

على ان يدفع نصفها في استانبول والنصف الآخر في ازمير فللطالب ان شاء اخذ الالف كلها في استانبول او في ازمير او في مكان آخر (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) .

واذا لم يبين مكان التسليم في الاشياء التي تحتاج الى حمل ومؤونة فاين يصير تسليمها ؟

قد مر نظيران لهذا في المجلة . فجاء في المادة (٢٨٥) يسلم المبيع في البيع بعقد مطلق في مكان المبيع وجاء في المادة (٤٦٥) وان لم يبين مكان التسلم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم في المحل الذى هو فيه وان كان عملا ففي محل عمل الاجير وان كان منقولا ففي مكان لزوم الاجرة . فهل نقاس هاتان المسألتان على ذلك ؟ ويقال يلزم الكفيل التسليم في المكان الذي وقعت الكفالة فيه او التسليم في المكان الذي يلزم التسليم فيه بمقتضى العقد . ؟

﴿ المادة ٦٤٤ ﴾ الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الاصيل بالدين وان شاء طالب الكفيل ومطالبة احدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر وبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الآخر ويطالبهما معاً .

وان كان للكفيل كفيل فله ان شاء مطالبته وبما انه قد مر في المادة السابقة (للمكفول له حق في مطالبة الكفيل)فذكر ذلك هنا انما هو توطئة لما سيأتي بعد من المسائل .) لان مفهوم الكفالة عبارة عن ضم ذمة الي ذمة . وهذا يوجب قيام الذمة الاولى وليس براءتها (الدرر) ويستثنى من خيار الطالب مسألتان فلا يطالب فيهما غير الكفيل :

المسألة الاولى — اذا وقعت الكفالة بشرط براءة الاصيل . (انظر المادة ٦٤٨) .

المسألة الثانية — لو قال احد انا كفيل بالعشر جنيهات التي لزيد على عمرو وانكر زيد هذا الدين ولم يثبت عليه وحلف اليمين في هذه المسألة ايضاً يطالب الكفيل بالدين فقط ولا يلزم الاصيل شيء (انظر المادة ٨١) .

وحكم هذه المادة اي تخيير الطالب في المطالبة وان شمل الكفالة بانواعها الاربعة فقد اختص بقول المجلة (ان شاء طالب الاصيل بالدين) بالكفالة بالمال .

وبمجرد مطالبته احدهما بالدين اي اذا طالبه ولم يفه حقه لا يسقط حق مطالبته الآخر حتى لو اخذ منه مقداراً من الدين فله ان يطالب الآخر بالباقي . وله قبل الاستيفاء ان يطالبهما معاً بجميعه كما له ان يطالب به كلاً منهما وبعبارة اخرى للطالب ان يطالب كلا من الاصيل والكفيل وكفيل الكفيل بجميع المكفول به كما ان له ان يطالبهم به معاً . لأن الكفالة هي ضم وليست بتمليك . لكن اذا استوفى الطالب مطلوبه من الاصيل فليس له ان يطالب به بعد ذلك الكفيل او كفيل الكفيل كما انه اذا استوفاه من الكفيل او من كفيل الكفيل فليس له ان يطالب به الاصيل او الكفيل الآخر .

كذلك لو كان المكفول به الف قرش واستوفى المكفول له من الاصيل اربعمائة فقط فليس له استيفاء اكثر من ستمائة من الكفيل او كفيل الكفيل كما انه لو استوفى الاربعمائة قرش من الكفيل او كفيل الكفيل . فليس له ان يستوفي من الاصيل او الكفيل الآخر اكثر من ستمائة قرش . (رد المحتار) كما قد بين في المادة (٦٥٩) . (انظر المادة ١٦٥١) وعليه فلو قال الكفيل عند مطالبة المكفول

له بالدين (انك قد استوفيت المبلغ المذكور بعد ان صرت كفيلا من الاصيل وقد اقررت على اخذك اياه) ورفع دعوى عليه واثبت اقراره بالبينة فاذا دفع المكفول له هذه الدعوى فيكون قد خلص منها.

كذلك لو ادعي الدائن على مدينه بكذا قرشاً فدفع المدين دعواه بقوله (قد اخذت هذا من كفيلي فلان بحكم الكفالة) واثبت دفعه فالدائن يندفع عن الدعوى المذكورة (المجموعة الجديدة). (انظر المادة ١٦٣٢) .

واذا طالب الطالب الكفيل بالمكفول به وكان كفيلا بالامر فللكفيل ان يطلب الى الاصيل ان يوفي الطالب دينه و يطلب تخليصه من الطالب ما لم تكن للاصيل في ذمة الكفيل ما هو من جنس المكفول به فحينئذ ليس للكفيل ذلك بل يقع التقاص

لاحقة :تحتوي على مبحثين.

المبحث الاول—في الادعاء على الكفيل بالمكفول به والاصيل غائب.

١— اذا ادعى الطالب بالمكفول به قائلاً «ان هذا الشخص كفيل بديني على فلان بأمره» واثبت هذا الدين وهذه الكفالة بالامر فالحاكم يحكم بالمبلغ المدعى به على الكفيل الحاضر وعلى الاصيل الغائب معاً . وعلى ذلك فللكفيل بناء على الصلاحية المخولة له بمقتضي المادة (٦٥٧) ان يرجع بعد تأدية المبلغ المذكور الى الطالب على المكفول عنه بدون حاجة الى اعادة البينه. لان الاصيل الغائب قد حكم عليه ضمنا

اما اذا لم تكن الكفالة بامر المكفول عنه وادعى بالكفالة مع الدين واثبتهما فلا يحكم الا على الكفيل ولا يحكم على الغائب (التنوير ،والدر المختار ورد المحتار).

المبحث الثاني —في اختلاف المكفول له، والكفيل ،والمكفول عنه في المكفول به.

٢— لو ادعى المكفول له بعد ان كفل له احد دينه ان الدين عشرون جنيهاً واقر المكفول عنه انه مائة ريال والكفيل بانه خمسون كيلة حنطة فيحلف الكفيل والمكفول عنه بطلب المكفول له فان حلفا اليمين برئا مما يدعي به المكفول له واذا حلف احدهما ونكل الثاني فالدين يلزم الناكل والذي حلف يبرأ منه . (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

﴿المادة ٦٤٥﴾ لو كفل احد المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل[1] بالمال حسب كفالته فالدائن ان يطالب من شاء منهما.

وهذه الكفالة صحيحة كما مر في المادة (٦٢٦) وللدائن ايضاً على ما جاء في المادة (٦٤٤) ان يطالب الاصيل كذلك له ان يطالبهما معاً . وعليه فالدائن مخير ،فان شاء طالب الاصيل وان اراد طالب الكفيل الاول ،وان شاء طالب كفيل الكفيل او الكفيل الثالث.

واذا طالب احدهم فلا يسقط حقه في مطالبة الآخرين لكن اذا اداه احدهم بريء الآخرون

(١) صرح في شرح المادة (٦١٢) ان المجلة قد اختارت القول بعدم لزوم الدين في ذمة الكفيل بل المطالبة فقط . فهذا التعبير مخالف لما جاء في المادة المذكورة . وعليه كان يجب ان يقال (المطالبة التي لزمت) وعليه صار هذا الشرح

مثلا لو ادى الكفيل جميع الدين برىء كفيل الكفيل كما انه اذا اداه كفيل الكفيل يبرأ الكفيل انظر المادة (١٦٥١).

واذا اوفى كفيل الكفيل الدائن المال المكفول به فله الرجوع على الكفيل الاول اذا كانت كفالته بامره وليس له الرجوع على الاصيل مباشرة وعلى هذا التقدير فلو ادى الكفيل الاول الدين الى الكفيل فللكفيل الاول الرجوع به على الاصيل . وذلك اذا كانت كفالته بامره . اما اذا كانت بلا امر فليس لاحدهما حق الرجوع . مثلاً لو كانت كفالة كفيل الكفيل بامر الكفيل الاول وكفالة الكفيل الاول بلا امر الاصيل وادى كفيل الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الاول وليس لهذا الرجوع على الاصيل انظر المادة (٦٧٥) شرحاً ومتناً (رد المحتار في تعريف الكفالة).

﴿المادة ٦٤٦﴾ عليهما دين مشترك من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين.

اى يجوز للاثنين اللذين عليهما دين من جهة واحدة او اكثر ان يكفل كل عن صاحبه اي يكفل كل المطالبة التي تلزم ذمة الآخر وعليه يطالب كل منهما بمجموع الدين النصف بالاصالة والنصف بالكفالة . مثلا لو كان اثنان عليهما دين مشترك وكفل كل عن صاحبه بالمطالبة بالدين طولب كل منهما بمجموع الدين نصفه اصالة والنصف الثاني بمقتضى الكفالة .

اما اذا كفل بعض الشركاء البعض الآخر فقط فالبعض الذي يكفل يطالب بمجموع الدين ولا يطالب البعض الآخر باكثر من حصته من الدين كما لو لم يكن احد من الشركاء كفيلا بدين عن الآخر يطالب كل بما عليه من الدين ولا يطالب باكثر مما عليه (البهجة) .

مثلا لو استقرض اثنان من احد الف قرش يطالب كل منهما بخمسمائة قرش .

كذلك لو باع احد مالا من اثنين على ما جاء في المادة (١١١٣) طالب كلا منهما بحصته من الدين على حدة ولا يطالب احد المشتريين بدين الآخر ما لم يكن قد كفل به عنه

وقوله في هذه المادة (دين مشترك) لا يقصد به المعنى الوارد في المادة (١٠٩١) والمواد التالية لها ولا يقصد بقولها (من جهة واحدة) كما تبين بعد بداهة في الشرح (كونه بسبب واحد) .

وكذا لو آجر احد بمقتضى المادة (٤٣٢) مالا من اثنين بعقد واحد بمائتي قرش يطالب كل منهما بمائة قرش اما اذا كفل المستأجران بعضهما بعضاً بالاجرة يطالب كل منهما بمائتي قرش نصفها بالاصالة والنصف الآخر بالكفالة اما لو كفل احد المستأجرين الآخر يطالب المستأجر الكفيل بالمائتي قرش النصف بالاصالة والنصف بالكفالة اما الثاني الذي لم يكن كفيلا فلا يطالب الا بحصته المائة قرش .

ولو اشترى اثنان بغلا من شخص بثلاثمائة قرش على ان يكون ثلثه لاحدهما وثلثاه للآخر وأصبحا بذلك مدينين لذلك الشخص وكفل احدهما عن الآخر بما عليه يطالب كل منهما بثلاثمائة قرش فيطالب صاحب الثلث بالثلث بالاصالة وبالثلثين بالكفالة وبطالب صاحب الثلثين بالثلثين بالاصالة وبالثلث بالكفالة اما لو كفل صاحب الثلث عن صاحب الثلثين فقط طولب صاحب الثلث بجميع الدين

بالثلث بالاصالة و بالثلثين بالكفالة اما صاحب الثلثين فلا يطالب الا بمايفي قرش حصته من الدين .

لو ادى احد المدينين حسب هذه المادة بعد ان كفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين فهل يحسب من الدين الذي يلزمه بالاصالة او مما يلزمه بالكفالة، ففي التفصيلات الآتية البيان .

ترجع جهة الاصالة على جهة الكفالة في تأدية الديون التي تتساوى صفة وسبباً اي انه اذا أدى احد المدينين الشريكين في دين حسب هذه المادة و كفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين يساوي ما عليه او ينقص يحسب من دينه لاصالته وليس له ان يقول انه دفعه عن الثاني وان فعل فلا يصح ادعاؤه ولا يكون له حق بالرجوع على الآخر . (لانه لو رجع بنصفه لادى الى الدور لأنه لو جعل شيئاً من المؤدى عن صاحبه فاصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئاً من المؤدي عني ورجعت عليّ بذلك فلي ان اجعل المؤدى عنك كما لو اديت بنفسي فيفضي الى الدور وليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع في المؤدى اليه (رد المحتار في كفالة الرجلين) .

اما اذا ادى زيادة عما عليه من الدين فله الرجوع بالزيادة على الآخر فقط اذا كانت الكفالة باجرة

مثلا لو كفل ثلاثة شركاء متساوون في دين ثلاثمائة قرش بعضهم بعضاً و بعد ذلك لو دفع احدهما الى الدائن تسعين او مائة قرش فبما انها تحسب من دينه فليس له الرجوع بثلثي التسعين قرشاً او المائة على الآخرين بدعوى انه دفعها عنهما كما انه ليس له ان يرجع بالتسعين او المائة كلها عليهما او على احدهما بدعوى انه دفعها عنهما او عنه .

اما لو دفع الى الدائن مائة وخمسين قرشاً فتحسب المائة عن الدين الذي عليه والخمسون مما على شريكه وله ان يرجع عليهما بها اذا كانت كفالته بامرهما ، (الهندية في الباب الرابع من الكفالة) . (انظر المادة ٦٥٧) متناً وشرحاً .

كذلك لو كان على رجلين دين على كل منهما النصف وقد كفل كل منهما الآخر بالنصف الثاني على ما سيجيء في المادة (٦٤٧) فالحكم في ذلك على المنوال المشروح ايضاً واذا لم يؤد زيادة عن نصيبه من الدين فليس له الرجوع على الآخر (رد المحتار في كفالة الرجلين) .

وكذا لو كان لدين كفيلان و كفل كل منهما بعد ذلك الآخر فالحكم على المنوال المحرر ايضاً . لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع كما في البحر من المحل المزبور

كذلك لدائن شريكي مفاوضة لدى افتراقهما ان يستوفي جميع الدين من ايهما شاء . واذا ادى احد الشريكين نصف الدين او اقل من النصف فليس له الرجوع على الشريك بنصف ما ادى اما اذا ادى اكثر من النصف فله الرجوع عليه بالزيادة . لانه اصيل في النصف وكفيل في الآخر فما ادى يصرف الى ما عليه بحق الاصالة وان زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع (رد المحتار في كفالة الرجلين) .

ورد في هذه المسألة قوله (ان يكون مساويا صفة) لان الديون اذا كانت مختلفة اي اذا كان دين احدهما مؤجلاً ودين الآخر معجلاً وعين الدين المعطى بقوله عن الشريك صح .

مثلا لو كان على اثنين دين مائتا قرش نصفه على احدهما معجلا والنصف الآخر مؤجلا لشهر وكفل

احدهما الآخر واعطى المدين الذي اجل دينه المائة قرش التي على شريكه قائلا لشريكه (اعطيتها بمقتضى كفالتي عنك) فله ان يرجع عليه بالمائة قرش . وذلك اذا كانت الكفالة بامره .

اما لو اعطى المدين الذي عليه الدين معجلا مائة قرش وقال (انني اعطيتها عن شريكي بمقتضى كفالتي عنه) واراد الرجوع عليه فليس له ذلك الا بعد حلول الاجل . لان الكفيل اذا عجل ديناً مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول (رد المحتار في الكفالة) . (انظر شرح المادة ٦٥٧)

كذلك لو اجل الدائن دين احد الشريكين دون الآخر في دين بعد ان كفل احد الآخر وادى الشخص الذي اجل دينه مقداراً من الدين قبل حلول اجل دينه و بين انه عن رفيقه قبل كلامه .

وجاء في هذه المسألة ايضاً (ان يكونا متساويين سبباً) لانه اذا كان سبب دين احدهما مختلفاً عن دين سبب الآخر كما لو كان دين احدهما قرضاً ودين الثاني ثمن مبيع فاعطاء احدهما شيئاً عن شريكه بالتعيين صح . لان النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو (رد المحتار) .

مثلا لو كان على اثنين دين مائتا قرش وكان الدين على احدهما قرضاً وعلى الثاني ثمن مبيع و بعد ان كفل احدهما الآخر اعطى الذي دينه قرضاً مائة قرش عن شريكه قائلا له (اعطيتها عنك حسب كفالتي) فله الرجوع عن شريكه المدين بثمن المبيع . اي انه يأخذ منه مائة قرش وذلك اذا كانت الكفالة بامره .

كذلك لو كفل احد الشريكين بما في ذمة الآخر ولم يكفل الثاني بما في ذمته وادى الكفيل مقداراً من الدين و بين انه عن شريكه قبل . (الهندية في الباب الرابع من الكفالة)

كذلك لو اقر شخصان (بأن لفلان علينا دين على ان له الخيار في اخذه من ايننا شاء) فهذا الاقرار في حكم ان يكفل كل منهما الآخر . (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة) .

﴿ المادة ٦٤٧ ﴾ لو كان لدين كفلاء متعددون فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين . مثلا لو كفل احد آخر بالف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما واما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالالف .

اي انه يصح بمقتضى المادة (٦٢٢) تعدد الكفلاء و يطالب كل منهم بمجموع الدين اذا كفل كل على حدة واذا ابرأ الكفيل بعض الكفلاء من الدين فله ان يطالب كلاً من الباقين بمجموعه .

وفي هذه الحال للدائن ان شاء ان يطالب الاصيل بمجموع الدين وان شاء ان يطالب كفيلا واحداً وان شاء ان يطالب الكفلاء والاصيل معا كلا بمقدار من الدين ، واذا كان الكفلاء المتعددون اثنين

يطالب كل منهما بمجموع الدين او يطالب الاصيل بمجموع الدين . ويبرأ الجميع مما يؤديه احد الكفلاء كثيراً كان او قليلاً وليس للمؤدي هذا ان يقول لغيره من الكفلاء (اعطوني حصتكم لانكم انتم كفلاء ايضاً) ما لم يكونوا كفلاء لبعض بالامر وحينئذ فللمعطي الخيار ان شاء راجع الكفلاء الباقين بحصصهم مما يدفعه قليلا كان او كثيراً . لكون الكل كفلاء هنا (الدر المختار) وبعد ذلك لهم ان يراجعوا الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه (البحر ، رد المحتار) وان شاء راجع الاصيل لكونه كفل بالكل بأمره (الدر المختار) .

واذا تصالح احد الكفلاء مع المكفول له او باع من المكفول له مالا في مقابل المكفول به يكون الحكم على هذا المنوال ايضاً . (البزازية في نوع آخر) . اذا كان المكفول به غائباً .

وقول المادة (على حدة) احتراز من كفالة الكفيلين بمجموع الدين معاً ولا فرق في الصورة المذكورة اذا كفل الكفلاء بمجموع الدين متعاقبين او في وقت معاً في الحكم اما اذا كفل الكفلاء بمجموع الدين معاً ينقسم الدين المكفول به على تعداد رؤوسهم و يطالب كل منهم بحصته من الدين وفي هذه الحال اذا كان الكفلاء الذين يكفلون معاً اثنين يطالب كل منهما بنصف الدين واذا كانوا اربعة يطالب كل منهم بربع الدين ولا يطالب باكثر من ذلك والذي يؤدي حصته يبرأ (رد المحتار في كفالة الرجلين) . واذا كانت كفالة من يؤدي ما عليه بامر الاصيل فله الرجوع عليه . وقوله هنا (معاً) اي ان يكفل كل بمقدار من الدين والكفالة التي تقع بهذه الصورة اي اذا كفل كل من الكفلاء بمقدار من الدين يقسم المكفول به على عدد الكفلاء مثلا اذا قال ثلاثة نكفل بهذا الدين يقسم ذلك الدين على عددهم فيطالب كل منهم بثلثه .

وفي بعض المسائل قد يجتمع حكم الفقرة الاولى والثانية من هذه المادة مثلاً لو كفل ثلاثة اشخاص بالف وخمسمائة بعقد واحد معاً ثم جاء اثنان وكفل كل منهما الالف وخمسمائة قرش على حدة صح . ففي هذه الصورة يطالب كل من الثلاثة الاشخاص الاول بثلث الالف والخمسمائة و يطالب كل من الاثنين الاخرين بمجموع الدين ولا ينقسم المكفول به خمسة اقسام على عدد الثلاثة الكفلاء الاولين والاثنين الآخرين .

لكن لو كانوا كفلاء على هذه الصورة معاً وكفل كل منهم المطالبة بالمبلغ الذي لزم في ذمة الآخر صح انظر المادة (٦٤٥) وعلى هذه الحال كما في الصورة الاولى يطالب كل منهم بمجموع الدين . وفي هذه الصورة لا يقسم الدين على عدد الكفلاء . لانه اذا كان الكفلاء على هذا التقدير اثنين يؤاخذ كل واحد منهما بالنصف بكفالته عن الاصيل وبالنصف الآخر بكفالة عن الكفيل .

مثلا للكفيل ان يرجع على الاصيل رأساً في المثال السابق بدون مراجعة الكفيل الثاني .

كذلك لو كفل احد بدين الف قرش على آخر فجاء آخر ثم آخر وكفلا بالمبلغ المذكور فللدائن ان يطالب احد هؤلاء الكفلاء الثلاثة بالمبلغ المذكور .

واذا ادى احد هؤلاء الثلاثة مجموع الدين او بعضه فليس له ان يطلب من الاثنين الآخرين ثلثي ما دفع الى الطالب و يقول لهما (اعطياني ثلثي مادفعت لانكما ايضاً كفيلان) ما لم يكن هؤلاء الثلاثة قد كفل بعضهم بعضاً على ما جاء في المادة (٦٤٥) وفي هذه الحال لذلك الشخص ان يرجع على ذينك

الاثنين بثلثي ما دفعه الى الطالب . واذا وجد ذلك الشخص احد الكفيلين الآخرين ولم يجد الآخر فلهذا يرجع على ذلك الكفيل الموجود بنصف ما دفع ومن ثم للاثنين معاً ان يرجعا على الشخص الثالث بثلث الدين اي لكل منهما ان يرجع عليه بسدسه (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة والتنقيح)

ولهؤلاء بعد ذلك ان يرجعوا على الاصيل اذا كانت كفالتهم بأمره .

اما اذا كفل ذانك الكفيلان الالف قرش معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور (رد المحتار في اوائل الكفالة)

جاء اذا كفل ذانك الاثنان معاً)فلو جاء بعد ان كفل ذانك الاثنان معاً ثلاثة وكفلوا بعقد على حدة الشيء نفسه فكما يطالب كل من الاثنين بنصف الدين يطالب كل من الثلاثة بثلث الالف قرش ولا يقال بما ان الكفلاء اصبحوا خمسة فيلزم ان يقسم الدين على عددهم .

ما لم يكن كل من هذين الكفيلين كفيلاً للآخر فتلزم كلاً المطالبة بالمبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى تلك الحال يطالب كل منهما بالالف وايهما دفعه يبرأ الثاني ولا يطالب الثاني مرة اخرى لانه كما جاء في المادة (١٦٥١) لا يستوفي الحق الواحد من اثنين كل منهما على حدة

المادة ٦٤٨ — « لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب الى الحوالة »

و يصبح الاصيل بريئاً من المكفول به وليس للطالب مطالبة سوى الكفيل — المحال عليه — . كذلك لا يطالب في الحوالة كما هو مبين في المادة (٧٩٠) الاصيل — المحيل مع الكفيل — المحال عليه — انظر المادة (٣)

كنا ذكرنا في المادة (٦٢١) ان الكفالة تنعقد وتنفذ بايجاب الكفيل فقط . ولكن الكفالة هنا بما انها حوالة فيشترط فيها قبول الطالب والدائن لانه يلزم في الحوالة كما جاء في المادة (٦٨٠) شرحاً ومتناً قبول الطالب والمحال له .

وهذه المادة وان كانت مسألة راجعة الى الحوالة و يجب ان تأتي في كتاب الحوالة ولكن بما انها والمادة الآتية توأمان يأتيان في الكتب الفقهية في مكان واحد والمادة الآتية من مسائل الكفالة فرأت المجلة ايراد هذه المادة في كتاب الكفالة مع ان كتاب الحوالة هو المكان اللائق بها .

المادة — ٦٤٩ — « الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة فلو قال احد المدينين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً فاحاله المدين على هذا الوجه فللطالب ان يأخذ طلبه ممن شاء . »

هذا العقد عقد كفالة مجازاً والمحال عليه هو الكفيل .

سؤال — بما ان الكفالة تشعر ببقاء الدين في ذمة المدين بعكس الحوالة فهي تنبيء عن زوال الدين من ذمة المديون وفي ذلك مافيه من المباينة بينهما أو ليس من اللازم ألا يستعمل لفظ الكفالة في معنى الحوالة . وقد مر في شرح المادة (١٩١) ان الاقالة لا تنعقد بلفظ البيع لعدم احتمال استعمال البيع بمعنى الاقالة مجازاً لان البيع والاقالة ضدان كل منهما يباين الآخر .

الجواب — لما كانت الكفالة والحوالة قد شرعتا للاستيثاق اي لتامين الدين وتوثيق المطلوب فهما متفقتان في الغرض والقصد اي فليكن وجه الاستعارة فيهما قصد توثيق الدين ، (شرح الهداية لولانا الله دادا الهندي ، ومثله في العناية) .

فلو قال احد للمدين احل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط ان تكون انت ضامناً ايضاً فأحاله المدين على هذا الوجه وقبل المحال عليه الحوالة فللطالب ان يأخذ طلبه ممن شاء .

وكما ان للطالب ان يأخذ مطلوبه من المحال عليه بحسب كفالته يأخذ المدين المحيل لسبب كونه اصيلا (انظر المادة ٦٤٤) والا فيجري في هذه الحوالة حكم المادة (٦٩٠) اي عدم صيرورة المحيل بريئاً من الدين .

وفي الكفالة في هذه المادة ايجاب وقبول

لكن بما انه قد ذكر في المادة (٦٢١) ان الكفالة تنعقد وتنفذ بدون القبول وهذه المعاملة معدودة من الكفالة فتنعقد الكفالة بها وتنفذ بالايجاب فقط مثلا لو قال احد (قبلت الحوالة بعشر جنيهات ديناً علي لعمرو على ان يكون عمرو ضامناً) تنعقد الكفالة وتنفذ .

وقد ذكر هنا ان الحوالة التي تقع حسب هذه المادة تكون كفالة ولكن من منهما الكفيل والاصيل ؟ فهذا لم يبين هنا . وقد ذكر في احدى شروح الهداية ان الكفيل في الحوالة التي تقع على هذا الوجه هو المحال عليه والاصيل هو المحيل (المكفول عنه) وعبارة العيني (كما ان الحوالة — وهي نقل دين من ذمة الى ذمة بشرط ان لا يبرأ بها اي بالحوالة المحيل وهو المدين — كفالة فحينئذ للطالب ان يطالب الكفيل او المحيل لأنها كفالة فيتخير في طلب ايهما شاء وهو معنى قوله ولو طالب الخ) وقد قبلت دار الفتوى هذا الوجه . وذلك كما بين في شرح المادة (٣) .

والواقع انه اذا لم ينتقل الدين الذي في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه يستلزم ان تكون كفالة المحيل بذلك الدين وان يكون الدين ثابتاً في ذمة آخر وهذا ليس له معنى وفائدة معالفا اي بما انه لا يحصل هنا ضم ذمة فلا يمكن اعتبار المحيل كفيلا والمحال عليه اصيلاً . وفي هذه الحال من الضروري هنا ان نقول ان الكفيل هو المحال عليه .

لكن اذا قيل ان الكفيل هو المحيل اعتبر في ذلك عقدان اي ان الحوالة تنعقد بقول (احلتك على فلان) و بذلك ينتقل الدين الى المحال عليه و بقوله « على اني ضامن » يصبح المحيل كفيلاً واذ لا يكون المحيل بذلك كفل دين نفسه . بيد انه لاجل انتقال الدين على المحال عليه يلزم في ذلك قبول المحال عليه فلا تكون هذه المادة متفرعة على قاعدة (الاعتبار للمعاني . لا للالفاظ والمباني) والحال قد وردت هذه المادة في كتاب الكفالة الواردة في البحر على كونها متفرعة عن القاعدة المذكورة . وعبارة العيني هي : قوله الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اعتباراً للمعنى فيهما مجازاً لا للفظ واذا صارت حوالة تجري فيها احكامها وكذا في عكسه تجري احكام الكفالة » انتهى .

لكن قد جاء في البحر في كتاب الحوالة « قوله بريء المحيل بالقبول من الدين غير شامل لما اذا كان المحيل كفيلا » وهذه العبارة تشعر ان الكفيل هو المحيل . الا انه قد جاء في كتاب الحوالة في البحر

عبارة قوله « برىء المحيل بالقبول من الدين » غير شامل لما اذا كان المحيل كفيلا وهذه العبارة تفيد بأن الكفيل هو المحيل الا ان (معنى هذه العباره الواردة في البحر هو ان تعقد الحوالة بلا شرط فتبرأ ذمة المحيل حسب المادة (٩٦٠) ثم يكفل المحيل ذلك الدين . فعلى هذا التقرير وان برئت ذمة المحيل من الحوالة التي وقعت قبلا الا انه اصبح مؤاخذا بكفالته التي وقعت بعد ذلك .

وبما انه يمكن حمل العبارات التي تشير الى ان الكفيل هو المحيل على معان اخرى فيلزم اعتبار الكفيل هو المحال عليه كما ذكر قبلا وقد قبلته دار الفتوى العليا كما مر بيانه سابقاً .

﴿ المادة ٦٥٠ ﴾ لو كفل احد بدين احد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً

تكون الكفالة بايفاء دين من مال معين على اربع صور . الصورة الاولى ان يعطى من مال الامانة الذي في يد الكفيل بسبب انه لو كفل احد بدين احد بامره على ان يؤديه من المال المودع عنده كالامانة تجوز هذه استحساناً و يجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال .

قالت المجلة (من ذلك المال) لانه اذا كفل بعشرين جنيهاً ديناً على ان يؤديها من خمسة عشر جنيهاً التي في يده امانة يجبر على اداء الخمسة عشر جنيها اما الخمسة جنيهات الباقية فبما انه لم يبق في يده شيء من الوديعة والكفالة مقيدة بان تؤدي منها فلا يجبر على ادائها . كذلك اذا لم يوف في الحوالة المقيدة بالدين ذلك الدين المحال به فليس المحال له ان يطلب من المحال عليه الباقي ، (الذخيرة) .

وهل المقصود من الامانة الامانة التي من جنس الدين ؟ ام انه اعم من ذلك ولا فرق في ان يكون من جنس الدين او من جنس آخر ؟ و بعبارة أخرى اذا كانت الامانة عشر جنيهات كالدين فالكفيل مجبر على اعطاء العشر جنيهات . اما اذا كان الدين عشر جنيهات والامانة فرساً و كفل بالدين على ان يؤدي من الامانة المذكورة فعلى الكفيل ان يبيع الامانة و يوفي الدين من بدلها ولكن هل والحالة هذه يجبر على تحمل مشقة البيع ومؤونته

قد جاء في شرح المادة (٧٦١) ان العدل الذي وكل ببيع المرهون لا يجبر على البيع اذا كان الراهن حاضراً لكن يستفاد ان هذه الوديعة مقيدة بأن تكون من جنس الدين اما اذا كانت من غير جنس الدين فالحكم في ذلك محتاج للتحري اي ان هذه المسألة تحتاج الى الحل

واذا تلف ذلك المال عند ذلك الشخص اي عند الكفيل فلا يلزمه شيء بناء على المادة (٧٧٧) . (رد المحتار) والقول في تلفه للكفيل (انظر المادة ١٧٧٤)

فالمجلة لا تقصد بقولها (اذا تلف) الاحتراز عن شيء آخر فاذا غصبه صاحبه او اجنبي من الوديع واتلفه اصبح الوديع اى الكفيل بريئاً من الكفالة ولا يلزمه بعد ذلك ضمان .

لكن لو رد ذلك الشخص المال المودع بعد الكفالة على الوجه المشروح الى صاحبه لم يسترده منه او اخذه صاحبه باذنه يكون ضامناً و يؤاخذ بكفالته والمقصود بالرد هنا ان يعطى برضاء الكفيل . اما اذا اخذه الاصيل جبراً فليس الكفيل بمسؤول كما ذكرنا آنفاً .

وقد قيدت هذه الكفالة اثناء الشرح بقصد كونها وقعت بامر صاحب الوديعة لانه لا يستطيع في الكفالة بدون امر ان يؤدي الدين من تلك الوديعة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٦٣).

ومن الظاهر ان الكفالة بلا امر على ان يعطي الدين من الوديعة على الوجه المشروح غير صحيح. انظر الصورة الثانية الآتية.

وجاء في المجلة (يكون ضامناً). فهل يكون ضامناً بالمكفول به اي يلزمه ايفاؤه من ماله. يكون ضامناً بدل الوديعة. وسيأتي نظير ذلك في المادة (٧٥٤) اي انه ليس من العدل ان يعطى الرهن للراهن او المرتهن بدون رضا الآخر وان اعطاه وتلف قبل استرداده ضمن بدل المرهون وليس الدين. وفي هذه الصورة اذا كان بدل الوديعة مساوياً للدين او اقل منه يلزم اداء بدلها تاماً وعندما يكون بدلها اقل لا يؤاخذ الكفيل بالزيادة من الدين عن البدل واذا كان البدل اكثر من الدين ضمن مقدار الدين اما الزيادة فيكون قد ردها الى صاحبها.

الصورة الثانية، الكفالة على ان يوفي الدين من مال الاصيل. يعني اذا لم يكن في يد الذي سيصير كفيلا مال كذا وديعة وكفل على ان يؤدي الدين من مال الاصيل ببيعه او على ان يؤدي من مال الاصيل لا يصح لانه ليس للكفيل صلاحية وحق في بيع مال المكفول عنه حتى يقتدر على ذلك. واذا وقعت كفالة على هذه الصورة فيا انها تكون قد عقدت على وجه لا يكون الكفيل معه مقتدراً على التنفيذ فلا حكم لها. مثلا لو قال احد للمكفول له «من ضمان كردم وبذير يتم له باغ ويرا قروشم ان مال بتودم» او قال بذير فتيم كه اين مال از كه وي بدهم» تجوز الكفالة (الانقروي في الفصل الاول من الكفالة)

الصورة الثالثة، أضافة الكفيل الكفالة الى ماله. مثلا لو اضاف الكفالة الى ماله كان يكفل احد بدين اخر على ان يوفي هذا الذي من ثمن داره هذه فاذا لم يبع الدار المذكورة او احترقت قبل بيعها فلا يلزم الكفيل ضمان واذا لم يبعها من نفسه لا يجبر على ذلك ولو فرض ان الدار بيعت بخمسمائة قرش لانها لا تساوي اكثر من هذه القيمة والمكفول به الف قرش فلا يلزم الكفيل ضمان غير مقدار ثمن المبيع.

كذلك لو كفل بدين فلان على ان يؤديه من ثمن فرسه وتلف الفرس قبل البيع فلا يلزم الكفيل شيء.

واذا لم يبع الكفيل الفرس بنقود بل ابدلها ببغل كذلك لا يلزمه ضمان. اي لا يجبر على بيع ذلك البغل بنقود لاداء الدين الا انه ان باع اخيراً ذلك البغل بنقد فيؤمر بتأدية الدين لكن لو كفل احد بدين على ان يؤديه من ثمن بغله ولم يشر اليه اي اذا لم يكن له بغل صحت الكفالة ولزم الضمان.

اما لو كفل بدين على ان يؤديه من ثمن ماله هذا عند بيعه صحت الكفالة ويجبر عند بيع ذلك المال باداء ذلك الدين. لان الكفيل في هذه المسألة قد تعهد ببيع ماله.

وهذه المسألة غير المسألة السابقة.

الصورة الرابعة، ان يكفل الكفيل على ان يؤدي الدين من مال اجنبي.

اى اذا اضاف الكفيل كفالته الى مال اجنبي فلا تصح هذه الكفالة. مثلا لو كفل احد بدين

على احد على ان يؤدي ذلك من ثمن هذا البغل وليس البغل مالا لذلك الشخص فلا تصح الكفالة. (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني والبزازية في الثاني في المعلقة).

﴿المادة ٦٥١﴾ لو كفل احد بنفس شخص على ان يحضره في الوقت الفلاني وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه اداء دينه فاذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه اداء ذلك الدين واذا توفي الكفيل فان سلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين اوسلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة فلا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال وان لم تسلم الورثة المكفول به اوهو لم يسلم نفسه يلزم اداء المال من تركة الكفيل ولو مات المكفول له طالب ورثته ولو احضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب راجع الكفيل الحاكم على ان ينصب وكيلاً عوضاً عنه و يسلمه

تصح الكفالة النفسية المضافة والكفالة بالمال المعلقة على شرط متعارف، فلو فرضنا ان المكفول عنه في الكفالة النفسية المضافة زيد والمكفول له بكر وكذلك في الكفالة المعلقة بشرط متعارف المكفول عنه زيد والمكفول له بكر فلو احضر الكفيل زيدا في الوقت المعين وسلمه الى بكر فلا يلزمه شيء مالي لانه كما بين في شرح المادة (٨٢) ان الشرط هو في هذه المسألة عدم التسليم — اذا لم يثبت فلا يثبت ما علق عليه وهو في المسألة المذكورة الكفالة بالدين اي لا تثبت الكفالة بالدين اي يكون الشرط معدوما

وقد اشير بقول المجلة «اداء دينه» الى مسألتين

المسألة الاولى: قد بني عدم تعيين المقدار في قوله (اداء دينه) على الفقرة الثانية من المادة (٦٣٠). وعلى هذا التقدير لو ثبت الشرط وثبتت كفالة الكفيل لزم الكفيل كل ما يقر به ذلك الشخص من المال او يثبت عليه بشهادة الشهود.

واذا اختلف المكفول له والكفيل فالقول للكفيل لانه ينكر الزيادة انظر المادة (٧٦) (الهندية في الفصل الخامس).

المسألة الثانية: ان تعبير (لاداء دينه) احترازي لان الكفيل اذا لم يتعهد بتأدية دين المكفول عنه ولم يحضره في ذلك الوقت المعين وانما تعهد الكفيل باعطاء المكفول له رشوة (اي تعويض) وهذا لا يصح (عبد الحليم في الكفالة).

فاذا لم يحضره ولم يتسلمه في الوقت المعين المذكور بدون سبب مشروع كان يمرض الكفيل او يحبس او يختفي المكفول عنه فلم يعلم مقره وما اشبه ذلك من الاسباب المشروعة التي تجعله عاجزاً عن احضاره وتسليمه في الوقت المعين لزمه اداء ذلك الدين بناء على المادة (٦٣٦).

ولا يخلص الكفيل بمجرد تأديته الدين هكذا من الكفالة النفسية المضافة و يكون مطالباً بالكفالة بالنفس ايضاً (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة) لما بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال من المنافاة لان كليتهما للتوثق فلعل للمكفول له طلبة اخرى على المكفول عنه غير ذلك المال المكفول به كفالة معلقة «الدر المختار ورد المحتار».

اما اذا عجز الكفيل عن احضار المكفول به على الوجه المذكور آنفاً بان حبس او مرض او اختفى المكفول عنه بحيث لا يمكن الاهتداء اليه فلا يترتب عليه شيء مالي. لان شرط الضمان عدم التسليم مع الاقتدار وبما ان الكفيل في هذه الصورة غير مقتدر على التسليم فلا ضمان عليه.

غير انه اذا عجز الكفيل عن احضار المكفول عنه بان مات او حبس يلزمه اداء دينه كما هو مذكور في الهنديه لانه وان بطلت الكفالة بالنفس لوفاة المكفول عنه اي سقطت عن الكفيل فلا تبطل الكفالة بالمال بها، وموت المطلوب وان ابطل الكفالة بالنفس فانما هو في حق تسليمه الى الطالب لا في حق المال (رد المختار).

وقيد صاحب فتح القدير وفاة المكفول عنه في هذه الصورة بعد الوقت الذي شرط فيه التسليم. وبهذا يزول اشكال المسألة وهو ان شرط الضمان هو عدم الموافاة مع القدرة ولا شك انه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته فاذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لان فرض المسألة عدم الموافاة به غداً (رد المحتار)

لكن قد جاء في الهندية في الفصل الخامس من الكفالة واذا كفل بنفس فلان فقال انا ان لم اوافك به غداً فالمال الذي عليه للطالب فهو علي فمات المكفول به قبل مضي الغد ثم مضى الغد يصير كفيلا بالمال.

فبين ما جاء في الهندية وما جاء في فتح القدير مباينة.

وكذلك جاء في المجلة (ان يحضره في الوقت الفلاني) لانه اذا كفل الكفيل بتسليم المكفول عنه في اي وقت يطلبه المكفول له ولم يسلمه في الوقت المذكور فعليه دينه فاذا طلبه المكفول له بعد وفاته فلا يلزم الكفيل اداء دينه. لانه لما كانت المطالبة لا تصح بعد الموت اذ لا يتحقق العجز الذي يوجب المال فلذلك لا يلزمه (رد المحتار، والهندية في الفصل الخامس).

لو ابرأ المكفول له الكفيل بعد ان كفل كفالة حسب هذه الفقرة من هذه المادة من الكفالة النفسية ولم يحضر الكفيل المكفول عنه فلا يترتب عليه شيء مالي لانه لما كان شرط الضمان بقاء الكفالة النفسية فقد زال بالابراء (وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب فانها بالموت زالت ايضاً واجيب بان الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه والانفساخ بالموت انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديه الى الكفالة بالمال كذا في الفتح)، نهر (رد المحتار).

وقالت المجلة (فاذا لم يحضره) لان لو كفل باداء دينه على ان يحضر فلاناً في الوقت الفلاني فلا يلزم الكفيل ضمان وان احضره في ذلك الوقت لبطلان التعليق لان الكفيل هنا اذا شرط على المكفول له ان يعمل خيراً و يتصدق به فلزومه ماله فذلك شرط غير متعارف ولا يجوز التعليق عليه (رد المحتار).

ولا يلزم الكفيل في الكفالة كما وضح آنفاً ضمان اذا احضره في الوقت المعين. اما اذا لم يحضره فيلزمه ضمان المال واذا اختلف الطرفان المكفول له والكفيل في احضار المكفول به وتسليمه واثبت الكفيل احضاره وتسليمه فيها ونعمت والا فالقول بلا يمين للمكفول له. يلزم الكفيل ضمان المال. قال في التنوير وشرحه فالقول للطالب لانه منكرها اي الموافاة» ولكون الامر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع فالكفيل يدعي البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا (رد المحتار).

واذا توفي الكفيل قبل الوقت المعين وسلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين بناء على مطالبتهم باحضاره وتسليمه او سلم المكفول به نفسه قبل صدور الوقت المعين من جهة الكفالة مصرحاً بذلك . فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وان لم يقبل المكفول له ، لانه كما جاء في شرح المادة (٨٢) قبل ثبوت الشرط ينعدم الشيء المعلق عليه

لانه اذا ثبت ذلك الشيء قبل وجود الشرط لزم وجود المشروط بدون الشرط

واذا لم تسلم الورثة المكفول به نفسه او لم يسلم المكفول به الى ذلك الوقت المعين من جهة الكفالة ومر الوقت المذكور يلزم اداء المال من تركة الكفيل لان الشرط المعلق عليه في الكفالة اذا تحقق طولب الكفيل به بناء على الحكم الثاني من الاحكام الاربعة المحررة في شرح المادة (٦٣٦)

واذا توفي المكفول له فلوارثه ان يطالب باحضار المكفول به في الوقت المعين على الوجه المذكور واذا لم يحضره فله ان يطالب بالمال .

قد ذكر في المجلة المسائل المتعلقة بوفاة الكفيل والمكفول له وفيما يلي بيان في كيفية الحكم اذا توفي المكفول عنه :

اذا توفي المكفول عنه بعد الوقت الذي شرط تسليمه فيه بطلت الكفالة النفسية اما الكفالة المالية فتبقى ، واذا توفي قبل ذلك لزمت الكفالة المالية ايضاً كما ذكر في الهندية .

اما بالنظر الى قول صاحب الفتح فتبطل الكفالة هذه ايضاً وقد ذكر نقولا في ذلك

ولو احضر الكفيل المكفول به في الوقت المعين واختفى المكفول له او تغيب اي اذا اختفى كي لا تسلم اليه نفس المكفول به وانعقد الكفالة بالمال فيراجع الكفيل الحاكم على ان ينصب وكيلا عوضاً عنه ويسلمه . الحاكم ينصب وكيلا عنه ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول به الى ذلك الوكيل ، (الدر المختار ، ورد المختار) .

وهذا الوكيل احد الوكلاء الذين ينصبهم الحاكم عن الغائبين وسيأتي الباقي في شرح المادة (١٨٣٠) في كتاب القضاء .

كذلك اذا كفل احد آخر على انه اذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب تسليمه منه فعليه دينه فاذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب منه تسليمه فيه فلا يلزمه الدين .

(اذا اراد التسليم) معناها التثبت بالاحضار والتسليم حسب بيان شيخ الاسلام (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) . والا فليس في الامكان التسليم في الوقت الذي يريده .

صور ثلاث للكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة .

في هذا الباب ثلاث صور :

الاولى — ان يكون الطالب والمطلوب — المكفول له والمكفول عنه — في الكفالة النفسيه المضافة والكفالة المالية المعلقه= واحداً كما مر معنا في شرح هذه المادة و بعبارة اخرى ان يكون المكفول له والمكفول عنه في الكفالة النفسية هما نفسيهما في الكفالة المالية المعلقة كما جاء في المجلة . لان بكرا المكفول له في المتن المذكور مكفول له في الكفالة النفسية والكفالة المالية معاً كما ان زيداً مكفول عنه في الاثنين معاً ايضاً .

فالكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة على هذه صحيحتان .

وبما ان تفصيل ذلك وايضاحه قد مر ذكره في متن هذه المادة وشرحها فلا لزوم الى اعادته هنا .

الثانية — ان يصدد المطلوب — المكفول عنه — في هاتين الكفالتين والمكفول له واحد فيهما . وهذه الصورة صحيحة عند الامامين كما هو مذكور في البزازية وعند الامام ابي يوسف على قول فقط (رد المحتار) . وهذه الصورة لم تأت عليها المجلة .

مثلا — لو كفل احد بنفس عمرو على ان يسلمه غداً الى زيد واذا لم يسلمه يكون كفيلا بدين زيد الذي على بكر وكان عمرو اجنبياً عن بكر بالكلية اي ان الكفالة صحيحة ولو لم يتعلق الدين المكفول به بوجه كأن يكون مشتركاً او يكفل الشركاء بعضهم بعضاً . حتى انه لا يلزم ضمان المال المكفول به اذا سلمه في الوقت المعين ، (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) وفي هذه الصورة المكفول له في الكفالة النفسية والمالية (زيد) والمكفول عنه في الكفالة النفسية (عمرو) وفي الكفالة المالية (بكر)

الثالثة — تعدد الطالب (المكفول له) في الكفالتين . وهذه الصورة ليست صحيحة سواء كان المكفول عنه في الكفالتين واحداً او متعدداً فتبطل الكفالة في الصورتين ايضاً : مثلا لو كفل احد بنفس آخر على ان يسلمه الى احد واذا لم يسلمه اليه يكون كفيلا بمطلوب الشخص الفلاني على ذلك الشخص فلا تكون الكفالة المالية صحيحة لان ذلك تعليق على شرط غير متعارف .

كذا لو كفل شخص بنفس آخر على ان يسلمه غداً الى فلان واذا لم يسلمه يكون كفيلا بدين فلان على فلان فالكفالة الثانية — الكفالة المالية — ليست صحيحة . (انظر شرح المادة ٦٣٦) « البزازية والهندية »

اما لو كفل احد بنفس مدين ولدى مطالبة المكفول له ذلك الشخص بالمدين كفل آخر نفس ذلك الشخص على ان يحضره ويسلمه في الوقت الفلاني الى المكفول له واذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين المدين المذكور كان صحيحاً . وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به احد كذا في (كافي الحاكم) (رد المحتار) .

مسألة اولى — لو كفل احد نفس آخر على ان يحضره في الوقت الفلاني واذا لم يحضره يكون كفيلاً باعطاء المكفول له مائة قرش (اي انه لم يقل انا كفيل بدين المكفول له على المكفول به) ولم يحضره في الوقت المعين ينظر : فاذا اقر الكفيل بان الدين الذي للمكفول له على الاصيل مائة قرش طولب الكفيل بها واذا ادعى الكفيل وانه ليس للمكفول له على الاصيل دين ما وبما ان كفالته على تلك الصورة اقرار معلق للمكفول له الطالب وهو غير صحيح بناء على ما جاء في شرح المادة (٨٢) فالقول للطالب على ان له مائة قرش على الاصيل وان الكفيل قد كفلها كفالة معلقة على الموافاة . اما على رأي الامام الاعظم والامام ابي يوسف رحمهما الله تعالى فيلزم الكفيل ضمان المبلغ المذكور اما لو كفل احد نفس آخر على ان يحضره في الوقت الفلاني وتعهد باعطاء المكفول له مائة قرش على انها ليست من الدين اذا لم يحضره فقد اختلف العلماء في ذلك :

فقد ذهب بعضهم الى انه لا يلزم الكفيل شيء وبعضهم حمل ذلك على دين آخر للمكفول له على المدين وكذلك قالوا باقتضاء اعطاء المائة قرش اذا لم يحضره في الوقت المعين (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) .

مسألة ثانية — اذا ادعى احد على آخر بحق ولم يبين ذلك الحق فتقدم اليه شخص قائلا (اترك هذا الرجل وانا كفيل بنفسه واذا لم احضر غداً اكون كفيلا بحقك المذكور) فاذا لم يسلمه الكفيل في الغد لزم الكفيل ضمان ذلك الحق . والقول للمكفول له في بيان ما هو الحق . لانه يدعي الصحة والكفيل يدعى الفساد (وفي النهاية) فاذا بين المدعى ذلك عند القاضي ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً و يكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة (رد المحتار) .

كذا لو ادعي احد على آخر بعشر جنيهات ولم يبين وصفها انها جنيهات عثمانية او افرنسية فتقدم شخص قائلا (اترك هذا الرجل وانا كفيل بنفسه واذا لم احضره غداً فعلي العشر جنيهات فاذا لم يسلمه لزم الكفيل ضمان العشر جنيهات والقول للمكفول له في بيان وصفها .

كذلك اذا قال عندما اراد ان يكفل بنفس احد (انا كفيل بنفس فلان واذا لم اسلمه غداً فانا كفيل بالشيء الذي للطالب) فاذا لم يسلمه في اليوم المذكور لزمه ضمان المال . وفي هذه الصورة لو قال الكفيل للطالب ليس لك على فلان دين فالقول على عدم العلم مع اليمين للكفيل .

كذا اذا اختلف الكفيل والمكفول عنه فقال الكفيل ان الدين الذي للطالب عليك مائة قرش وقال المكفول عنه ان ماعليّ من الدين للطالب مائتا قرش يكون اقرار المكفول عنه قاصراً على نفسه ولا يؤاخذ الكفيل بأكثر من مائة قرش الا ببينة ما لم يقل (اذا لم اسلمه غداً فانا ضامن بما يقر به المكفول عنه) وحينئذ يضمن الكفيل ما يقر به المكفول عنه . ولو قال فعليه ما يدعي الطالب وادعي الفاً واقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على عدم علمه (رد المحتار) .

مسألة ثالثة — لو كفل احد بنفس آخر على ان يسلمه في اليوم الفلاني في الوقت الفلاني في المسجد الفلاني الى الشخص الفلاني واذا لم يسلمه كفل بماله وشرط البراءة من الكفالة اذا احضره الى المحل المذكور ولم يجد الرجل المعين للتسليم ووجد في الوقت المعين في ذلك المحل ولم يجد ذلك الشخص اي الطالب فان كان غائباً واشهد على ذلك بريء الكفيل من الكفالة المالية والنفسية واذا كان الكفيل كفيلا بكفالة نفسية فقط فالحكم على هذا المنوال ايضاً . (الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة)

﴿ المادة ٦٥٢ ﴾ ان كان الدين معجلاً على الاصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل ايضاً يثبت معجلا وان كان مؤجلا على الاصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت مؤجلا

اي ان الدين في الكفالة المطلقة وهي التي تقع بدون ذكر شرط التأجيل او التقسيط و يقال لها ايضاً الكفالة المرسلة — يجب في حق الكفيل كما يجب في حق الاصيل فان كان الدين معجلا على الاصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت معجلا وان كان مؤجلا على الاصيل ففي حق الكفيل ايضاً يثبت مؤجلا وان كان مقسطاً على الاصيل ففي حق الكفيل يثبت مقسطاً وفي هذا قد تبع الفرع الاصل . (الانقروي في مسائل شتى من الكفالة) . وقد مرت هذه المسألة في المادة (٦٣٥)

مثال للمعجلة ، لو كفل احد بما في ذمة آخر معجلا كفالة مطلقة لزم الكفيل اداء ذلك المال في الحال .

مثال للمؤجلة، لو كفل شخص بالف قرش في ذمة احد الناس من ثمن البيع كفالة مطلقة مؤجلة لسنة فكما انه ليس للمكفول له ان يطالب الاصيل بالمبلغ المذكور فليس له ان يطالب الكفيل به ايضاً (البهجة)

مثال للمقسطة، لو كفل احد بدين على آخر كفالة مطلقة والدين مؤجل ومقسط على عشرة اشهر على ان يدفع منه في كل شهر عشرة قروش فكما انه لا يحق لذلك الشخص ان يطالب الاصيل بالمبلغ المذكور كله قبل حلول الاجل للاقساط فليس له ان يطالب بها الكفيل (النتيجة)

وقيد المطلقة هنا احتراز عن المقيدة وسيأتي في المادة الآتية حكم الكفالة المقيدة .

﴿ المادة ٦٥٣ ﴾ يطالب الكفيل في الكفاله المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل او التأجيل .

والتقسيط ايضاً . لانه يراعي الشرط بموجب المادة (٨٣) بقدر الامكان . ويكون التأجيل الى الوفاة ايضاً مثلا لو قال احد (انا كفيل بالدين الذي على فلان على ان لا اوديه في حياتي) صح . ويستوفي بعد وفاة الكفيل من تركته اما لو قال انني كفيل بالالف قرش التي على فلان دين على ان لا ادفعها كانت الكفالة باطلة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) .

و يستفاد من ذكر مطالبة الكفيل كفالة مطلقة انه تجوز كفالة الدين الحال مؤجلة ايضاً ، (الهنديه في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة)

للكفالة المقيدة التي تقع معجلة او مؤجلة تسع صور : لان الدين اما ان يكون حالا او مؤجلا او مقسطاً والكفالة اما ان تكون حالية او مؤجلة او مقسطة فيحصل من ذلك تسع مسائل :

١ — الكفالة الحالية بدين حالي
٢ — الكفالة المؤجلة بدين حالي
٣ — الكفالة بدين حالي مقسطة
٤ — الكفالة المؤجلة بدين مؤجل
٥ — الكفالة الحالية بدين مؤجل
٦ — الكفالة المقسطة بدين مؤجل
٧ — الكفالة المقسطة بدين مقسط
٨ — الكفالة الحالية بدين مقسط
٩ — الكفالة المؤجلة بدين مقسط

وكلها صحيحة .

وانما يلزم في شرح المادة الآتية ان ينظر في المسألة الثانية . فاذا كان الكفيل كفيلا كفالة معجلة او كفيلا كفالة مؤجلة او مقسطة يطالب الكفيل بالكفالة المعجلة حالا و بالكفالة المؤجلة عند حلول الاجل و بالكفالة المقسطة عند حلول اجل القسط .

مثلا لو كفل احد بدين معجل كفالة مؤجلة فالدائن مخير . ان شاء طالب الاصيل به حالا وان شاء طالب الكفيل به عند حلول الاجل .

كذلك على الدائن ايضاً الانتظار الى حلول اجل القسم المؤجل وحينئذ فأن شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ·

(الاختلاف في الصفة والقيد — اذا اختلف الكفيل والطالب فقال الطالب انك كفلت في الحال) وقال الكفيل (انني كفلت بالدين مؤجلا الى شهر وعلى ذلك فليس لك حق المطالبة قبل حلول الاجل) فالقول مع اليمين للكفيل لان الكفيل منكر المطالبة في الحال (رد المحتار)

اما الحكم في الاقرار فليس كذلك فلو اقر احد بأن علي لفلان الف قرش مؤجلة الى شهر و بعد ذلك لو اقر المقر له بأن المبلغ المذكور معجل فالقول للمقر له · والفرق هو ان المقر بعد ان يقر بالدين يدعى بتأخير المطالبة شهراً لنفسه اما الدائن بما انه منكر تأخير المطالبة فالقول للمنكر والبينة على المدعي اي المقر (انظر المادة ٧٦) · اما في المسأله المذكورة فلم يقر الكفيل بالدين لان الدين ليس على الكفيل على قول بعض الفقهاء والذي يثبت في حقه انما هو مجرد المطالبة · فاذا ادعى الطالب حق المطالبة في الحال وانكر الكفيل ذلك فالقول للكفيل والبينة على الطالب · وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب او بالدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر (رد المحتار) ·

﴿ المادة ٦٥٤ ﴾ كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي اجل بها الدين كذلك تصح مؤجلة بمدة ازيد من تلك المدة ايضاً او اقل منها ·

ولا يطالب الكفيل قبل حلول الاجل وقد بين في شرح المادة الآنفة انه تصح كفالة الدين الحالي كفالة مؤجلة ·

مثلا كما تصح كفالة الدين المؤجل الى شهر كفالة مؤجلة تصح كفالته كفالة مؤجلة الى خمسة عشر يوماً فقط · ولا يطالب الكفيل بالدين قبل حلول الاجل المسمى ، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) ·

عودة الاجل بعد السقوط في حق الكفيل — لو باع الكفيل مالا للاصيل وسلمه الى الطالب قبل حلول الاجل و بعد تأدية المكفول به على هذا الوجه ضبط المال المذكور بالاستحقاق او رد بخيار العيب بحكم الحاكم عاد الاجل · اي ان الكفيل يطالب بالمكفول به عند تمام الاجل · اما اذا اقال المكفول له البيع او رد المبيع بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا يعود الاجل و يطالب الكفيل في الحال (انظر شرح المادة (١٩٦) ولو لم يبعه مالا ولكن قضاها وعجلها فوجدها ستوقة فردها كان المال على الكفيل الى اجله وكذلك لو وجدها زيوفا او مبهرجة وردها بقضاء او بغير قضاء (الهنديه في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) ·

«سقوط الاجل بوفاة الاصيل او الكفيل او بوفاتهما»

قلنا ان الكفيل لا يطالب قبل حلول الاجل · لكن يسقط الاجل في حق الكفيل بوفاته · و يستوفي المكفول به حالاً من تركته · اما الاجل فلا يسقط في حق الاصيل بوفاة الكفيل ·

وعليه اذا ادى الورثة المكفول به من التركة كان لهم الرجوع على الاصيل لكون الكفالة بالامر

فلهم الرجوع عليه عند تمام الاجل . وليس لهم قبل ذلك .

كذلك لو ادى الكفيل في حياته الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الاصيل عند تمام الاجل فيما لو كان له ذلك فان كانت الكفالة بامره وليس له الرجوع قبل ذلك .

كذلك اذا توفي الاصيل بطل الاجل في حقه وحل الدين . اما الاجل فلا يبطل في حق الكفيل لوفاة الاصيل حتى لو اراد المكفول له تضمين الكفيل فهو مخير بين الانتظار الى حلول الاجل او طلبه من التركة فيؤدي اليه حالا

واذا توفي الاصيل والكفيل كلاهما فالاجل يبطل في حقهما فان شاء الطالب استوفى الدين من تركة الاصيل حالا وان شاء من تركة الكفيل ، لأن الدين يثبت في ذمتهما بعد الوفاة كما هو ثابت قبل ذلك . (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة والدر المختار ورد المحتار) .

مسألة اولى — لو كان لأحد على آخر دين معجل كأن يكون ثمن مبيع واجل على ان يكفل به فلان . يصح التأجيل اذا كانت كفالة فلان مقبولة سواء اكان ذلك الشخص حاضراً او غائباً اما اذا كانت غير مقبولة فلا يصح التأجيل . (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

مسألة ثانية — لو كفل احد بدين معجل غير القرض كفالة مؤجلة الى مدة معلومة فيؤجل الدين في حق الاصيل والكفيل ايضاً ، (وان اتفقا اي الشاهدان في الزمان والمكان واختلفا في الاجل وكانت الدعوى في الكفالة بالمال فقال احدهما كفيل به الى شهر وقال الآخر الى شهرين فان كان المدعي يدعي اقرب الاجلين فالقاضي . يقبل شهادتهما وان كان يدعي ابعد الاجلين لا يقبل شهادتهما (الهندية في المحل المزبور) .

لان التأجيل في حق الكفيل يستلزم التأجيل في حق الاصيل ايضاً . لكن اذا شرط الطالب وقت الكفالة التأجيل للكفيل فقط او اضاف التأجيل الى نفس الكفيل فلا يؤجل الدين في حق الاصيل . اما اذا كفل قرضا كفالة مؤجلة ثبت التأجيل في حق الكفيل دون الاصيل ، (الدر المختار ورد المحتار)

ولو قال الكفيل اجلني واضاف الاجل الى نفسه على ما مر ذكره ثبت الاجل في حق الكفيل فقط واذا قال للطالب اجل الدين ولم يضف الاجل الى نفسه وقبل الطالب ثبت التأجيل في حق الاصيل والكفيل معاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) .

مسألة ثالثة — لو ادعى احد على آخر (انه كفيل بالف قرش على فلان من جهة القرض كفالة حالية » وانكر الكفيل الكفالة مطلقاً او اقر بالكفالة وادعى التأجيل وشهد بعض الشهود بانها مؤجلة الى سنة والبعض الآخر شهد انها حالية تثبت الكفالة معجلة في الصورتين (الهندية في الباب الثالث من الكفالة)

﴿ المادة ٦٥٥ ﴾ لو اجل الدائن دينه في حق الاصيل يكون مؤجلا في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضاً . والتأجيل في حق الكفيل الاول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضاً ، واما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الاصيل

اي لو اجل الدائن دينه في حق الاصيل وكان الكفيل مطالباً بالدين معجلا كأن كفله كفالة مطلقة يكون مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضا لان الفرع يتبع الاصل .

وعليه ليس للدائن ان يطالب الاصيل والكفيل بالمبلغ المذكور قبل حلول الاجل . اما اذا رد الاصيل التأجيل فلا يبقى له حكم ويطالب الكفيل والاصيل حالا به (الدر المختار ، ورد المحتار) .

واذا وجد كفيل للكفيل يكون التأجيل في حق الكفيل الاول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضاً لأن الكفيل بالنسبة الى الثاني كالأصيل وكفيل الكفيل كالكفيل عن المكفول عنه مباشرة

والمقصود من الكفيل الاول هنا كما بيناه شرحاً هو الكفيل الاول الذي يكفل حسب المادة (٦٢٦) اما اذا كفل عمرو بدين بعد ان كفله به زيد على ما جاء في المادة (٦٢٧) فلا يؤجل الدين في حق عمرو اذا اجله الدائن في حق زيد كما لو ابرأ الدائن زيداً من الكفالة فلا يستلزم ذلك ابراؤه عمراً من الكفالة ايضاً . والابراء الموقت اي التأجيل في هذه المسألة كالابراء المؤبد .

اما لو اجله الدائن في حق الكفيل الاول او الثاني وقبل الكفيل صح ولكن تاجيله في حق الكفيل ليس بتأجيل في حق الاصيل لان الاصل لا يتبع الفرع

وعليه فللطالب ان شاء ان يطالب بالدين الاصيل حالا وان شاء ان يطالب الكفيل بعد حلول الاجل وعلى هذا فلو ادى الكفيل الدين قبل حلول الاجل فليس له الرجوع على الاصيل قبل حلوله اما اذا رد الكفيل التأجيل فيرد ويطالب بالمكفول ، حالا (رد المحتار) لكن تأجيل الدين الذي يقع في حق الكفيل على هذه الصورة لا يعتبر في حق الاصيل انما هو فيما لو اجل الطالب الدين عن الكفيل بعدان كفل به كفالة حالية اما لو كفل بدين قرضاً كفالة مؤجلة فيكون ذلك الدين مؤجلا في حق الاصيل والكفيل كليهما معاً

مسالة اولى — اذا اجل الكفيل المكفول عنه صح ذلك بينهما وليس بصحيح في حق المكفول له ولا يكون المكفول له قد اجل دينه . اما لو اجل المكفول له المدين صح ذلك في حق المدين والكفيل كليهما كما هو مبين في المجلة (الهندية في اواخر الباب الثاني من الكفالة)

مسألة ثانية — اذا اجتمعت آجال انقضت في مدة واحدة مثلا لو اجل احد الاصيل والكفيل سنة بعد ان اجلهما شهرا كان الشهر داخلا في السنة وينتهي الاجل الاول والثاني في وقت واحد . ولا يعد كل منهما على حدة ويكون الاجل سنة وشهراً . (الهنديه في المحل المزبور) .

﴿ المادة ٦٥٦ ﴾ المدين مؤجلا لو اراد الذهاب الى ديار اخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلا يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل

وله ان يطلب رهناً ايضاً . واذا لم يعط المدين كفيلا او رهناً فالحاكم يمنعه عن السفر . والحكم على هذا المنوال فيما لو كان المدين حالا . ولا يقال للدائن عليك ان تذهب الى حيث يذهب المدين وتطالبه بالدين عند حلول الاجل . لأنه لو كان الدائن مجبراً على ذلك كان له طلب نفقات السفر فضلا عن الدين (رد المحتار ، وواقعات المفتين) .

وكما انه لا يجبر على اعطاء عدة كفلاء فاذا لم يكن يريد السفر فلا يجبر على اعطاء كفيل واحد ،

(التنقيح ، الانقروي)

كذلك اذا اراد الاصيل الذهاب الى ديار اخرى فللكفيل ان يمنعه عن السفر بقوله (ادّ الدين الي او الى الطالب او خلصني من الكفالة بابراء المكفول له اياي منها) وذلك اذا وقعت الكفالة بامر الاصيل اما اذا لم تكن بامره فليس له منعه لان الذي يكفل بدون امر يكون متبرعاً وليس له من حق في مطالبة الاصيل . حتى انه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه (الدر المختار ، ورد المحتار في آخر الكفالة)

كذلك للكفيل بالنفس ان يمنع الاصيل عن السفر بقوله (سلم نفسك الى الطالب وخلصني من الكفالة) وذلك اذا كانت الكفالة بامر الاصيل والا فليس له ذلك .

﴿ المادة ٦٥٧ ﴾ لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وادى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الاصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى به واما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين مثلا لو كفل بدراهم جياد فاداها زيوفا رجع على الاصيل بدراهم جياد وبالعكس لو كفل بزيوف وادي جياد رجع على الاصيل بزيوف لا بجياد وكذا لو كفل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الاصيل بالدراهم التي كفلها واما لو كفل بالف قرش وادى خمسمائة صلحاً رجع على الاصيل بخمسمائة

لو قال احد لآخر اكفلني او اضمني عن دبني الذي لفلان فقد امره بكفالته عن دينه فبعد ان كفله وادى ذلك الدين عنه فله الرجوع على الاصيل و يلزم ان تكون الكفالة واقعة بامر الاصيل حتى يمكن الكفيل الرجوع عليه بما اداه . وقد اختلف في صورة الامر الذي يوجب الرجوع فالكفالة التي تقع بقول المدين لآخر (اكفلني عن ديني الذي لفلان بشرط ان يكون ما تضمنه علي) تكون موجبة للرجوع في حق الطرفين . اما لو قال اضمن ديني الذي لفلان وكفل بناء على هذا الامر فلا يوجب ذلك الامر الرجوع للمشار اليهما . لانه يحتمل ان يكون الغرض من هذا الامر الرجوع او طلب التبرع فلا يلزم الامر المال ما لم يكن خليط المأمور .

لكن على رأي الامام الثاني لو قال اضمن ديني الذي لفلان فذلك يوجب الرجوع وان لم يقل (عني) واجمعوا على ان المأمور لو كان خليطاً رجع وهو الذي في عياله من ولد او والد او زوجة او اجير الشريك شركة عنان قال في الاصيل والخليط ايضاً الذي يأخذ منه و يعطيه و يداينه و يضع عنده المال والظاهر ان الكل يعطي لهم حكم الخليط وتمامه فيه انتهى (رد المحتار بتغيير ما) وظاهر عبارة المجلة يوافق ما ذهب اليه الامام المشار اليه و يستفاد مسألتان بقول المجلة اذا ادى .

المسألة الاولى — لو ادى الكفيل الدين بعد ان اداه الاصيل وهو غير عالم بتأديته فله استرداد مبلغه من الدائن (انظر المادة ٩٧) وليس له الرجوع على الاصيل به وان كانت كفالته بامره

كذلك الحكم فيمن يؤدي الدين متبرعاً لانه في هذه الصورة لا يكون مؤدياً الدين لان الاصيل

اداه من قبل (رد المحتار ، والانقروي ؛ وعلي افندي) .

المسألة الثانية — ليس للكفيل ان يطالب الدين من الاصيل وهو لم يؤده وان كان كفيلا بالامر . لان الكفيل يملك دين المكفول له على ان الاصيل بعد اداءه وليس قبل ذلك ولكن لو اعطى الاصيل الدين الى الكفيل قبل ان يؤديه على ان اؤديه الى الاصيل فليس له استرداده ولو لم يؤده الكفيل الى الطالب بعد (رد المحتار) لان القاعدة الفقهية هي لو اعطى احد شيئاً لغرض صحيح فليس له استرداد ذلك منه مابقي ذلك الغرض . ولما كان الغرض في هذه المسألة تأدية الدين . فقد تعلق بحق الكفيل الذي قبض الدراهم وما بقي ذلك الغرض فلا تسترد الدراهم ما لم يؤد الاصيل بعد ذلك الدين فله استردادها في هذه الحال وكذا اذا اجل الطالب الدين على الاصيل فله استردادها ايضاً (رد المحتار) .

اما اذا لم يكن الكفيل كفيلا بامر الاصيل فنهي الاصيل عن اعطاء المكفول به من المال الذي اعطاه اياه معتبر . اما اذا لم يعط الاصيل ذلك بقصد اعطائه الى الطالب واعطاه على سبيل الامانة فله استرداده وليس للكفيل ان يمتنع عن اعادته . بقوله اعطيته الى الطالب بمقتضى كفالتي عنك . (الانقروي في مسائل شتى من الكفالة ، والدر المختار ، ورد المحتار) . بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدي ملكاً للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه (التنقيح في الكفالة) .

وحق الكفيل بالامر بعد التأدية هو الرجوع على الاصيل بناء على هذه المادة ولا دخل له بالرهن مثلا لو ادى الكفيل بدين ذي رهن ذلك الدين واسترد من الدائن الرهن فليس له ان يمسكه عنده كرهن (الانقروي في المحل المزبور) .

كذا لا دخل لمن يكفل بثمن المبيع بعد تأديته اياه في المبيع الذي في يده للبائع ولم يسلم الى المشتري بعد اي انه ليس له ان يأخذ المبيع و يوقفه في يده استناداً على المادة (٢٧٨) لاستيفاء الثمن (التنقيح)

يفهم من عبارة المجلة (اكفلني عن ديني) انه يشترط في رجوع الكفيل على المكفول عنه ان تقع الكفالة بامر المكفول عنه .

والامر اما ان يكون حقيقياً او حكمياً .

الامر الحقيقي : هو كقول المدين لاحد اكفلني عن ديني الذي لفلان كما جاء في المجلة .

ولتوضح الامر الحكمي بامثلة ثلاثة .

المثال الاول — ككفالة الاب بمهر زوجة ابنه الصغير . مثلا لو استوفى المهر المذكور بعد وفاة الاب من تركته فللورثة الاخرين مراجعة حصة الابن المذكور من التركة لان الاب بعد بكفالة ابنه الصغير على الوجه المذكور كفيلا بالامر لولايته عليه . (فان ادى بنفسه فان اشهد رجع والا فلا (رد المحتار) . اما كفالة الابن الكبير بدون امر فتعد تبرعاً . (علي افندي)

وفي الكفالة بالامر هذه للكفيل ان يراجع الاصيل بعد اداء الدين كما ذهب اليه الامام ابو يوسف وقبلت به المجلة آنفاً ولو لم يشترط رجوع الكفيل بعد ذلك على الاصيل ولم يشترط ضمان الاصيل بالمكفول به اذا اداه الكفيل . واذا انكر المكفول عنه الامر فللكفيل اثبات ذلك (البزازية الشرنبلالي) (انظر

المادة ٧٦) .

مثلاً لو كفل احد ببدل الاجارة بامر المستأجر كما هو مبين في المادة (٦٧٢) و بعد ان ادى البدل الى الآجر فلذلك الشخص الرجوع على المستأجر . وقوله (دبني يدل على ان الكفيل بالامر متى ادى ما يجب على الاصيل كان له الرجوع عليه وليس له الرجوع قبل ذلك . مثلا لو كفل ببدل الاجارة وقبل ان تلزم المستاجر الاجرة ادى الكفيل بدل الاجارة فليس له الرجوع على الاصيل في الحال . (رد المحتار في الكفالة) وستوضح هذة المسالة في الآتي .

والواقع ان الكفالة بلا امر وان كانت صحيحة فهي تبرع فليس للكفيل بعد اداء الدين الرجوع على الاصيل (الدرر) .

مثلا لو كفل احد بدين احد بلا امر المدين و بعد ان قبل الطالب اي الدائن الكفاله عنه بها عند سماعه بوقوعها ادى الكفيل الدين فليس له الرجوع على المكفول عنه .

لان الكفالة الواقعة بما انها انعقدت على صورة لا توجب الرجوع بايجاب الكفيل وقول المكفول له فلا تنقلب الى حالة توجب الرجوع بعد (الدر المختار ،ورد اعتار قبيل الحوالة و في موضع آخر من الكفالة) .

لكن هذا الفرق يكون بالنسبه الى الطرفين لانهما يريان ان الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل وقبول المكفول له . اما الامام الثاني فيما انه يرى ان الكفالة تنعقد بمجرد ايجاب الكفيل فليس من تفريق في هذا الوجه انظر شرح المادة (١٦٢١ اي انه له حق في الرجوع في هذه المسألة كما ذهب اليه الامام الثاني .

المثال الثاني — لو انكر الكفيل الكفالة واثبت المكفول له انه كفيل بامر المكفول عنه فحكم عليه فادى الدين فله الرجوع على المكفول عنه . لانه وان كان في طلب الرجوع بعد انكار الكفيل الكفالة بالامر تناقض فقد عفي عن هذا التناقض بناء على المادة ١٦٥٤)(رد المحتار)

الا انه اذا كذب الكفيل الشهود وانكر كفالته بالامر بعد الحكم ايضاً فليس له الرجوع على الاصيل بعد لان هذا الانكار يعد ابراء (البهجة في فصل الدعوى في الكفالة وما يناسبها) .

قد بين في المجلة ان الذي يأمر بالكفالة هو المدين لان الكفالة التي تقع بامر اجنبي فهي كالكفالة التي تقع بلا امر .

مثلاً لو قال احد لآخر اكفل عن فلان دينه الذي لفلان و كفل الرجل عنه بالدين ،ادي المكفول به فليس له الرجوع على الآمر (رد المحتار) .

كذا لو وكل احد آخر بان يعطي فلاناً كفيلاً بنفسه و بما يحكم عليه به و بعد ان اعطى ذلك الشخص كفيلاً عن المدين على الوجه المذكور حكم عليه بكذا قرشاً يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور مع ذلك الرجل وليس للكفيل ان يؤاخذ الوكيل بشيء . لان الوكيل ههنا بمنزلة الرسول لانه لم يوجد منه ايجاب العقد ولا قبوله وانما وجد منه مجرد الامر بالكفالة عن المطلوب والآمر بالعقد لا يؤاخذ بحقوق العقد «الهنديه في مسائل شتى من الكفالة» .

وامر الصبي المحجور لاحكم له وليس موجباً للرجوع .

وعليه لو امر صبي محجور احداً قائلاً «اكفل ديني الذي لفلان» وقبل الرجل واوفى الدين فليس له الرجوع على الصبي المحجور الآمر.

اما امر الصبي المأذون فهو كأمر البالغ معتبر وموجب للرجوع (الهندية في الباب الاول من الكفالة) وامر الوصي ايضاً موجب للرجوع.

مثلاً لو امر الوصي احداً بان يكفل دين المتوفي وكفله واداه حسب الكفالة فللكفيل الرجوع على تركة الميت وليس على مال الآمر (آداب الاوصياء).

المثال الثالث — لو ضمن الوصي دين المتوفي تراجع تركته ،(الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع).

والكفالة بالامر تكون موجبة للرجوع اذا كان الدين لازماً اصالة او كفاله مطلقاً

مثلاً لو امر الاصيل احداً بكفالة الكفيل بالمال الذي لزمت المطالبة بالمبلغ ذمتهو بعد ان كفل هذا استوفي الطالب دينه من الكفيل الثاني فللكفيل هذا الرجوع على الاصيل،(الهندية في الباب الثاني في الرابع من الكفالة).

اذا ادى الكفيل المكفول به المؤجل الى المكفول له حالاً فليس له الرجوع على الاصيل قبل حلول الاجل.

كذلك لو كفل احد باجرة واعطى الكفيل الاجرة الى الآجر قبل ان يلزم المستأجر ايفاؤها فليس له الرجوع على الاصيل الا عند لزومها اياه ووجوب ادائها عليه (انظر المواد ٤٦٧ ، و ٤٦٨ و ٤٦٩ و ٤٧٠) وليس له الرجوع قبل ذلك ، (الانقروي في الفصل الثاني من الكفالة) :

اذا نقل الكفيل بالحمل الحمل الى المحل المشروط وكانت الكفالة بالامر فله الرجوع على الاصيل .

مثلا لو كفل احد الآخر الذي استؤجر منه داية غير معينة لنقل كذا الى المحل الفلاني ونقل الكفيل الحمل المذكور الى ذلك المحل فله الرجوع على الآجر بأجر المثل يوم النقل وذلك اذا كانت الكفالة بالامر .

والحكم في كفالة الخياطة على هذا الوجه ايضاً ، (الهندية في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكفالة (انظر شرح المادة ٦٣١) .

بعض مسائل في عدم حق الرجوع للكفيل بالامر : ليس للكفيل بالامر الرجوع على الاصيل في المسائل الآتية :

اولاً — لو ابرأ الكفيل قبل ان يؤدي الدين عنه حسب الكفالة بالدين المذكور او وهبه اليه فليس له حق في الرجوع بعد ذلك حتى ان الكفيل لو ادى الدين بعد ذلك الى الطالب فليس له الرجوع على الاصيل ، (الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة)

والخلاصة — هي ان ابراء الكفيل الاصيل صحيح ولو لم يكن الكفيل قد ادى الدين الى الطالب بعد مثلا لو ابرأ احد آخر ابراء عاماً بعد ان كفل عنه بدين لاحد الناس قائلاً لا حق لي على فلان مطلقاً و بعد ذلك اداه الى الطالب فليس له الرجوع على الاصيل لانه وجب على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه لأنه اخر المطالبه الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء صح (النتيجه ، والهداية)

ثانياً — لو ابرأ الطالب الكفيل بالامر ابراء اسقاط فليس للكفيل المذكور الرجوع على الاصيل · براءة الاسقاط ، كقوله للكفيل ابرأتك او ليكن المكفول به لك حلالاً وما شابه ذلك من الالفاظ واذا ابرأ الطالب الكفيل على هذا الوجه ابراء اسقاط فللطالب ان يستوفي دينه من الاصيل لانه لا يسقط عنه بذلك الابراء · (رد المحتار) ·

اما اذا ابرأه ابراء استيفاء وكانت الكفالة بالامر رجع الكفيل على الاصيل ·

براءة الاستيفاء ، كقوله اخذت منك المال المكفول به او بما انك قد اديت الدين فذمتك بريئة وما شأنه ذلك من الالفاظ ·

اذا وقع شك في البراءة هل وقعت بابراء إسقاط او بابراء استيفاء يسئل الطالب (اي المبرىء) ايهما اراد و يقبل جوابه في ذلك (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث ، ورد المحتار) ·

ثالثاً — اذا انكر الدائن استيفاء الدين وكان الكفيل بالامر ان اوفاه اياه في حضور الاصيل وحلف اليمين واستوفاه من الكفيل مرة اخرى فليس للكفيل الرجوع على الاصيل لتأديته الدين مرة ثانية ·

اما لو كان الامر بالعكس وادى الاصيل الدين في حضور الكفيل بالامر وانكر الدائن استيفاءه الدين وحلف اليمين واستوفي الدين مرة ثانية من الكفيل فللكفيل الرجوع على الاصيل بهذا الاداء الثاني ، (الانقروي ، الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع)

رابعاً — اذا ادعى الكفيل بالامر اداء الدين وصدقه المكفول عنه واستوفى الطالب الدين مرة ثانية من المكفول عنه بعد انكاره اخذه و حلفه اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه · الا انه اذا اقام الكفيل البينة على ادائه الدين قبلت منه واذا كان الطالب غائباً فتقام هذه البينة في مواجهة الاصيل وفي هذا الحال يرجع الكفيل على الاصيل (انظر المادة ٧٦) ، ولو ان الآمر قال للمأمور ان لفلان عليّ الفاً فبعه فرسك بها كان هذا جائزاً فان باعه الفرس بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعني الا اني لم اقبض الفرس حتى هلك في يده وقال الآمر والبائع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فاذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب انفساخ العقد من الاصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال ان يرجع على غريمه وهو الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر وان صدقه اما لو جحد الآمر قبض الطالب فاقام المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب قبلت بينته و يكون هذا قضاء على الغائب (الهندية قبيل الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة)

ولو اراد الرجوع على الاصيل وكان المؤدي هو الشيء الذي كفل به رجوع عليه بالمؤدي واذا كان المؤدي غير ما كفل به رجوع عليه بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي اي انه لو اعطى الكفيل الى المكفول له شيئاً غير الشيء الذي كفل به فليس للكفيل الرجوع على الاصيل به لان رجوع الكفيل بحكم الكفالة و بما انه يكون الكفيل بحكم الكفالة ما لكاً للدين بعد ادائه فيكون كالكفيل الاصلي فكما للدائن الاصلي ان يأخذ دينه فللكفيل ايضاً اخذه · فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل فانه يملكه و يطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع ان هبة الدين لا تصح الا ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار لان الواهب اذا اذن للموهوب له بقبض الدين جاز استحساناً وبمابعقد الكفالة

سلطه على قبضه عند الاداء وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء (رد المحتار) .

و يستثنى من هذا الحكم المسألة الآتية : اذا كفل احد بالمسلم فيه القيمي و بعد ان اوفاه الى المكفول له وكان له الرجوع فله الرجوع بقيمة المسلم فيه ، (الهنديه في الباب الثاني في الفصل الرابع من الكفالة)

واما لو صالح الدائن على مقدار من الدين كأن كان الدين الف مجيدي . صالح عن ثمانمائة يرجع ببدل الصلح فقط لان ذمة المدين قد برأت بذلك الصلح من الباقي وسقط عنه كما سيجيء في المادة (١٥٥٢) . لانه لما ادى بدل الصلح حسب الكفالة ملك ذلك المقدار اي بدل الصلح في ذمة المكفول عنه فقط كما بين آنفاً . وليس له الرجوع بما سقط كما سيوضح قريباً .

واذا اعطى مالاً من جنس آخر بدلاً عن بدل الصلح المذكور يرجع ايضاً ببدل الصلح وليس بجنس ذلك المال المعطى او بقيمته . لان اعطاء مال من جنس غير جنس بدل الصلح معاوضة بين الكفيل والدائن لا دخل للمكفول عنه فيها . وربح وخسارة تلك المعاوضة على من يتولاها والشخص الثالث الذي هو المدين لا ينتفع من هذه المعاوضة ولا يلحقه ضرر وليس له الرجوع بمجموع الدين لانه لما كان الصلح على مقدار من الدين يتضمن الابراء من الباقي واسقاطه فلا يملك الكفيل الباقي (رد المحتار) والحال ان حق رجوع الكفيل ناشيء بما يملك في ذمة الاصيل من الدين اما اذا لم يقع الصلح على مقدار من الدين بل وقع على جنس آخر كأن تصالح على دين مائة مجيدي بعشر ذهبات رجع بمجموع الدين وهذه المسألة داخلة في الفقرة الاولى والثانية وتستفاد هذه المسألة منهما .

كذلك للكفيل بالامر ان يرجع بمجموع الدين اذا تصالح على مقدار من الدين على ان يهبه الدائن الباقي . كما سيأتي بيانه في شرح المادة (٦٦٧) .

مثلاً لو كفل احد بامر المدين بدراهم جياد وادى المكفول به بدراهم جياد رجع بدراهم جياد كما انه يرجع بدراهم جياد ايضاً اذا ادى زيوفاً وليس بزيوف و بالعكس لو كفل شخص بالمدين بزيوف وادى المكفول به زيوفا رجع عليه زيوف كما لو ادى جياداً لا يرجع عليه الا بزيوف وليس بجياد .

وهذان المثالان امثلة على الفقرة الاولى من هذه المادة .

كذلك لو كفل شخص بامر المدين بكذا دراهم فصالح على عروض كالمكيلات او الموزونات من المثليات وكالحيوانات والعقارات والامتعة من القيميات وما شابه ذلك من الاشياء المعلومة رجع على الاصيل بالدراهم التي كفلها . وليس ببدل الاشياء المؤداة لان الصلح لما كان في هذه الصورة مبادلة و يعود ما ينشأ عن هذه المبادلة من ربح او خسارة على الكفيل . الدائن اللذين اجريا المبادلة و بهذه المبادلة يملك الكفيل ما في ذمة الاصيل من دين فله الرجوع عليه بجميع الدين .

وهذا المثال فكما انه مثال للفقرة الاولى من هذه المادة على حده فهو مثال للفقرة (اذا لم يقع الصلح على مقدار منه) الواردة في الشرح .

اما لو كفل شخص بامر المدين الف قرش وادى خمسمائة قرش صلحاً ، فله احد خمسمائة قرش صلحاً وليس جميع الالف قرش . وهذا المثال مثال لفقرة (واما لو صالح الدائن على مقدار من الدين ...)

مسألة اولى — لو طلب احد من آخر الف قرش وكفل . شخص آخر هذا المبلغ بالامر و بعد ان

اداه وتصادق الدائن والمدين على انه ليس للدائن على المدين دين مطلقاً يرد ذلك الشخص المبلغ الذي اخذه من الكفيل الى المدين وهو يرده الى الكفيل « الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع »

مسألة ثانية — لو كفل احد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بامره و بعد ان اداه الى البائع حسب الكفالة وقبض المشتري المبيع ضبط ذلك المبيع من المشتري بالاستحقاق والكفيل غائب ينتظر فاذا رجع الكفيل بالثمن على المشتري فالمشتري ايضاً يرجع على البائع واذا كان لم يرجع بعد فلا يرجع المشتري على البائع ما لم يحضر الكفيل واذا حضر الكفيل فيكون مخيراً فان شاء اخذ ما اعطاه من البائع وان شاء ضمن المشتري لانه لم يبق للبائع عند المشتري دين واذا اختار تضمين احدهما فليس له العدول الى الآخر (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع) .

المسألة الثالثة - لو كفل احد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بامره و بعد ان اداه حسب الكفالة الى البائع تلف المبيع في يد البائع قبل القبض رجع المشتري بالثمن على البائع سواء أرجع الكفيل على المشتري او لم يرجع .

اما اذا لم يتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بل رده المشتري بعيب قديم فيه بقضاء او بغير قضاء الى البائع او كان الرد بخيار الشرط او خيار الرؤية فللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن ، ولا سبيل للكفيل عليه (الهندية في المحل المزبور) .

مسألة رابعة — اذا ادى الكفيل بالامر الدين وكان له الرجوع على الاصيل فلو اراد الاصيل الادعاء على الكفيل والطالب غائب ببطلان الكفالة لان الدين رشوة او قمار او جيفة واقامة البينة فلا تقبل منه و يؤمر الاصيل بتأدية المكفول به الى الكفيل و بعد تأديته اياه . فاذا حضر المكفول له واقر بأنه رشوة او ما اشبه ذلك اي اقر بانه دين غير صحيح برىء الاصيل والكفيل معاً ، (الهندية في الباب الثالث من الكفالة) .

. مسألة خامسة — يجوز كما هو مبين في المادة (٧١٩) اعطاء المكفول عنه الكفيل رهناً واذا تلف الرهن المذكور في يد الكفيل وكان مساوياً لما سيرجع به على المكفول عنه عد الكفيل مستوفياً حقه ، « الهندية في مسائل شتى من الكفالة » .

مسألة سادسة — لو كفل احد ديناً ذا رهن بامر المدين و بعد ان اداه اذا سقط الدين بتلف الرهن المذكور في يد الدائن رجع الكفيل على الاصيل وهذا يسترد ما اعطى من الدائن كذلك لو سقط الثمن بتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بعد ان كفله شخص بامر المشتري واداه الى البائع فللكفيل الرجوع على المشتري وهذا يرجع على البائع بالثمن الذي اعطاه الى الكفيل « الهندية في مسائل شتى »

مسألة سابعة — لو كفل احد بدين احد على آخر و بعد ذلك اخذ الدائن مقابل الدين المذكور اولا رهنا من الاصيل او الكفيل ثم اخذ آخر من الثاني وتلف هذا الرهن الثاني في يد المرتهن سقط من الدين نصفه اذا كانت قيمته تفي بالدين « الهندية في المحل المزبور » .

﴿ المادة ٦٥٨ ﴾ لو غر احد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره مثلا لو اشترى اخذ عرصة و بنى عليها ثم استحقت اخذ المشتري من البائع ثمن الارض مع قيمة البناء حين

التسليم كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعة فانى اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي ٠

لو غر احد آخر في ضمن عقد المعاوضة وهو كالبيع الصحيح والفاسد والاجارة والقسمة وما اشبه ذلك من العقود يضمن ضرره ٠

وتستثنى الشفعة من عقد المعاوضة وبعبارة اخري لا يوجب التغرير في الشفعة ضمان لأنه لما كان المشتري مجبراً على تسليم المشفوع للشفيع و يأخذه الشفيع جبراً فلا يكون المشتري قد غره مثلاً لو ضبطت عرصة بالاستحقاق بعد ان اخذها احد بالشفعة من المشتري وانشأ فيها ابنية فلا يأخذ ذلك الشخص قيمة البناء من المشتري ، (ابو السعود في الشفعة) ٠

مثال من البيع — مثلا لو اشترى احد عرصة من آخر ظاناً انها ملكه و بعد ان بني عليها ظهر للعرصة المذكورة مستحق فضبطها بعد الاثبات والحكم والحلف اخذ المشتري من البائع ولو كان البائع وصي اليتيم ثمن الارض اي الثمن الذي اعطاه للبائع مع قيمة البناء حين تسليمه الى البائع (التنقيح في الاستحقاق) واذا كان البائع وصي اليتيم لزمت قيمة البناء من مال اليتيم ٠

وفي هذا المثال بيان للرجوع بشيئين :

اولهما — الرجوع بالقيمة والمقصود من ذلك بدل المبيع كما هو موضح في الشرح اي الثمن الذي اعطاه المشتري الى بائعه والسبب في حق الرجوع هذا هو :

اذا ضبط المبيع بالاستحقاق وذلك اكبر العيوب في المبيع والبيع المطلق كما جاء في المادة (٣٣٦) يقتضي سلامة من العيوب فللمشتري ان يضمن البائع بدل المبيع على الوجه المذكور ، (رد المحتار في المرابحة والتولية) ٠

ثانيهما — الرجوع بقيمة البناء حين تسليمه واليك فيما يلي ايضاح ذلك : بعض احكام مستنبطة من مثال المجلة هذا شرحاً ومتناً وما يتفرع عنه :

الحكم الاول — يلزم ان يسلم البناء قائماً الى البائع حتي تؤخذ قيمته منه على ما يفهم من عبارة (قيمته من التسليم) الواردة في المجلة ٠ واذا سلمه المشتري الى البائع اخذ انقاضه لنفسه بعد هدمه حتى انه اذا لم يسلم البناء الى البائع فليس للمشتري ان يطالب البائع بقيمته ٠ (رد المحتار في المرابحة والتولية) مثلا لو اشترى احد عرصة و بعد ان بني فيها بناء ضبط آخر العرصة بالاستحقاق فاذا احترق البناء قبل تسليمه للبائع فليس للمشتري اخذ قيمته من البائع ٠

كذلك اذا اجبر المشتري على قلع البناء والبائع غائب وقلعه وسلم العرصة للمستحق فاذا حضر البائع فللمشتري الرجوع عليه بثمن المبيع فقط دون قيمة البناء ٠ كذا لو اجبر المشتري على هدم البناء على الوجه المحرر آنفاً و بعد ان هدم بعضه حضر البائع وسلم هذا القسم القائم للبائع واخذ قيمته منه ٠ والبائع يهدم ذلك القسم و يأخذ انقاضه لنفسه لكن للمشتري اذا شاء ان يهدم البناء و يأخذ انقاضه وفي هذه الحال ليس له الرجوع على البائع بقيمة البناء (الواقعات) ٠ و يفهم من هذا ان قاعدة اخذ المشتري قيمة

البناء من البائع باعادته اليه وضعت لنفع المشتري وفائدته . ولا يستفيد البائع من ذلك شيئاً . وعليه اذا لم يرض المشتري باعادة البناء فليس للبائع ان يقول لا بد ان آخذه على كل حال . وعلى ذلك فلو قال المشتري والبائع غائب فليبق البناء بدون هدم الى ان يحضر البائع الغائب واسلمه اياه قائماً لآخذ منه قيمته فلا يلتفت الى قول المشتري كما ذهب اليه الامام الاعظم « الواقعات » .

وهذه الايضاحات على رأي الامام الاعظم والامام ابي يوسف رحمهما الله تعالى . اما الامام محمد رحمه الله تعالى فيرى اذا كان البائع غائباً ان تقدر قيمة البناء قائماً بواسطة امينه ثم يهدم البناء وتحفظ انقاضه الى ان يحضر البائع وعلى ذلك فللمشتري اذا هدم البناء وحفظ انقاضه وسلمها الى البائع ان يضمنه قيمته مبنياً ، اما اذا لم يسلمه الانقاض فليس له الرجوع عليه بالضرر ، (الواقعات) . (وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية انه لا يرجع عليه الا اذا سلمه البناء قائماً فهدمه البائع ثم قال والاول اقرب الى النظر انه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ثم سلم نقضه الى البائع رد المحتار في الاستحقاق بتغيير ما) .

الخلاصة — اذا ضبطت العرصة بالاستحقاق بعد ان انشأ فيها المشتري بناء او غرس فيها اشجاراً فما يحق للمشتري الرجوع به على البائع هو قيمة ما يمكن نقضه من البناء وقلعه من الشجر وتسليمه الى البائع وعلى ذلك فلا يرجع بالكلس والطين ومصرفيات حفر البئر وتنظيف القنوات وما اشبه ذلك ، (الدر المختار ،ورد المحتار)

الحكم الثاني — قد ذكر في المثال و بعدا ان يبني فيها بناء والمقصود من ذلك ان يبنيه من ماله وعلى ذلك فلو بنى بالانقاض الموجودة في العرصة بناء فليس له ان يرجع على البائع بقيمة البناء كما انه ليس له الرجوع بما اعطى من الاجرة اليومية للنجارين وانفق على ذلك البناء من النفقات (رد المحتار)

الحكم الثالث — والغرض من عبارة (اذا ظهر لها مستحق وضبطها) كما اشير اليه في الشرح ظهور مستحق للعرصة ولم يظهر مستحق للبناء . اما اذا ظهر مستحق للبناء ايضاً وضبط البناء ايضاً فليس له الرجوع حينئذ على البائع بثمن البناء ايضاً (مثلا لو ادعى المستحق ان العرصة له كما ادعى ان البناء بناء المشتري بامره ومن ماله واثبت دعواه وضبط العرصة والبناء معاً فللمشتري الرجوع على البائع بثمن المبيع فقط وليس بقيمة البناء

الحكم الرابع — والغرض من قيمة البناء كما ذكر شرحاً قيمته مبنياً وليس مقلوعاً . قال في رد المحتار في باب الاستحقاق اي يقوم مبنياً فيرجع بقيمته لا مقلوعاً والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي فلا يرجع بما انفق من طين ونحوه كما يعلم مما يأتي انتهى .

الحكم الخامس — وذكر البناء في المثال ليس باحتراز عن الشجر . فالحكم في الشجر على هذا المنوال المشروح ايضاً . مثلا لو ظهر مستحق للعرصة بعد ان غرسها المشتري شجراً وضبطها يسلم المشتري الشجر قائماً الى البائع و يستلم ثمنه وهو كذلك .

لكن لو غاب البائع ولم يمكن تسليمه الشجر قائماً باجبار المستحق المشترى على قلعه فليس له مراجعة البائع الا بثمن المبيع فقط وليس بقيمة الشجر قائماً . واذا كان قلع الشجر مضراً بالارض فالمستحق مخير ان شاء قلع الشجر وضمن البائع نقصانها وان شاء دفع قيمة الشجر مقلوعاً وتملكه قائماً . وفي هذه الصورة

ليس له طلب نقصان الارض واذا حضر البائع رجع عليه بثمن المبيع فقط وليس له الرجوع عليه بقيمة الاشجار او بنقصان الارض الذي ضمنه (واقعات) .

الحكم السادس — يستفاد من قول المجلة (اذا ضبطت العرصة انه لو اشترى احد رحىً وبعد ان استعملها مدة ظهر مستحق لها وضبطها فليس للمستحق على ما مر الا اخذ الرحى وليس له اخذ غلة المدة التي انتفع بها ، (لانه ليس من اجزاء المبيع بل من كسبه وفعله واقعات فى الاستحقاق) .

الحكم السابع — للمشتري الرجوع على البائع على الوجه المشروح كما هو مذكور في مثال المجلة . ثم فهل للبائع الرجوع على بائعه؟ للبائع على رأى الامام الاعظم رحمه الله الرجوع على بائعه بثمن العرصة فقط دون قيمة البناء . اما الأمامان فيريان ان له الرجوع بثمن العرصة وقيمة البناء ايضاً (رد المحتار فيما ذكر آنفاً) .

الحكم الثامن — جاء في المجلة (قيمته حين التسليم) وعلى ذلك لو سكن المشتري البناء المذكور بعد انشائه مدة وهدمت بعد جهاته فحصل نقصان في قيمته اعطي البائع قيمته حين التسليم . لا قيمته عند الانشاء . ولوازدادت قيمته اخيراً لزمت قيمته عندالتسليم ايضاً (رد المحتارفي المحل المذكور)

الحكم التاسع — لو اختلف البائع والمشتري فقال البائع كنت بعته العرصة مع بنائها فلذلك ليس له حق الرجوع بقيمة البناء على حدة وقال المشتري انا بنيته وعليه لي حق الرجوع به فالقول للبائع لانه منكر لحق الرجوع (رد المحتار) .

(سئل فيما اذا كان لزيد دار جارية في ملكه فاجرها من عمرو مدة معلومة باجرة معلومة واذن له بصرف بعض الاجرة في ترميم الدار المزبورة وقبض منه الباقي وصرف عمرو ما اذن له بصرفه وسكن الدار ومات زيد في اثناء المدة عن ورثة وتركة وله عتيق اثبت بالوجه الشرعي ان زيداً كان وهبه الدار قبل ايجار زيد لها من عمرو وقبل ان اذن له في صرف بعض الاجرة كما ذكر و يريد عمرو الرجوع في التركة المزبورة بالباقي له في مصرفه ومما قبضه منه زيد بعد ثبوت كل ذلك بالوجه الشرعي فهل له ذلك الجواب نعم . . . اقول يخالف هذا ما مر في اواخر كتاب الوقف عن فتاوى الصدر الشهيد عند الكلام على استدانة الناظر من ان المؤجر اذا ظهر انه لاولاية له في الوقف كان المستأجر متطوعاً فيما انفقه باذن المؤجر فتأمل (التنقيح في الكفالة) .

مثال ثان للبيع — كذلك لو قال احد لاهل السوق هذا الصغير ولدى يبعوه بضاعة فاني اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولدغيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي لان الاذن الواقع قبل البيع يكون موجوداً ايضاحين عقد البيع . (انظر مادتي ٥ و ١٠) .

و يستفاد من هذا المثال انه يوجد للضمان في هذا الباب شرطان :

اولهما — اضافة الغار الولد الصغير الى نفسه كقوله (ابني) .

ثانيهما — كونه قد امر اهل السوق ببايعته (رد المحتار في المرابحة) .

المثال الاول من الاجارة — لو آجر احد دابة من آخر على انها ملكه و بعد ان تلفت الدابة في يد المستأجر ظهر لها مستحق واخذ قيمتها من المستأجر الذي هو بمنزلة غاصب الغاصب فللمستأجر الرجوع على ذلك الشخص ببدل الضمان (الحموي في الكفالة والحوالة)

المثال الثاني من الاجارة — لو استأجر احد حائطاً من آخر على ان يفتح فيها بابا و بعد ان فتح الباب ظهر انها لآخر ضمن ذلك الشخص اي المستأجر الحائط على الوجه المذكور في المادة(٩١٨)واله الرجوع ببدل الضمان على المؤجر

مثال ثالث من الاجارة — لو قال صاحب الطاحونة لمن احضر اليه حنطة ليطحنها ضعها في الدلو وهو يعلم ان الدلو فيه خرق ولم يخبر صاحب الحنطة بذلك والرجل وضع الحنطة في الدلو فانتثرت في الماء ضمن صاحب الطاحونة بدل الحنطة .

اما لو غر احد آخر في ضمن عقد الهبة او الصدقة وما شابه ذلك من عقود التبرع فلا يضمن ضرره لانه لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع (ابو السعود في الهبة) . كما سيوضح فيما هو آت .

حكم مستنبط من هذه المادة :

جاء في هذه المادة عقد المعاوضة و يقابله عقد التبرع . وعقد التبرع قسمان :

القسم الاول — هو ما يعود نفعه الى القابض كالهبة ، والصدقة ، والعارية . فلو غر احد آخر في هذا القسم من عقد التبرع فلا يضمن الضرر لانه لا يستحق في عقود التبرع وصف السلامة (ابو السعود في الهبة) ولو تلف المال الموهوب في يد الموهوب له بعد قبضه اياه فظهر بعد ذلك مستحق للموهوب وضمنه للموهوب له فليس له الرجوع على الواهب ، (الهداية ، والكنز في الهبة) ما لم يكن الواهب قد ضمن له سلامة الموهوب . كما سيأتي موضحاً في شرح المادة (٨٦١) .

كذلك لو اعار احد ماله لآخر و بعد ان تلف في يد المعار اليه استحقه مستحق وضمنه المعار اليه فليس له الرجوع على المعير بالشيء الذي ضمنه ، (الاشباه في الكفالة والحوالة) . (وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به يسبب الغرور وهو بغره احد لان المغير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل الزيلعي في العارية)

القسم الثاني — عقد التبرع الذي يعود نفعه الى الدافع كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة . اذا غر احد آخر في هذا القسم من عقود التبرع ضمن ضرره ايضاً . وعلى ذلك فقوله عقد معاوضة في المجلة ليس احترازياً بالنظر الى هذا . مثلا لو اودع احد مالاً عند آخر على انه ملكه فظهر له مستحق بعد ان تلف في يد المستودع وضمنه المستحق بدل الوديعة لكون الوديع بمنزلة غاصب الغاصب فللمستودع الرجوع بما ضمنه على المودع ايضاً (لانه غره بقوله ان الوديعة ملكي « حموي في الحيل المزبور »

مثال من القسمة — قد جاء في رد المحتار ان التغرير في القسمة موجب للرجوع واعلم اولاً ان القسمة قضاء لا تجري فيما كان مختلف الجنس كعدة قصور وحوانيت ومزارع ولنفرض عرصتين مشتركتين بين اثنين قسمتا بينهما بالرضاء فاخذ عمرو احداهما واخذ الاخرى زيد ومن ثم بنى زيد في حصته بناء فظهر بعد ذلك مستحق لعرصة زيد وضبطها فلزيد ان يسلم نصف البناء الى شريكه عمرو و يضمنه قيمته قائماً عند تسليمه .

اما اذا كانت الاموال متحدة الجنس كعرصة واحدة او قصر واحد او حانوت واحد او مزرعة واحدة وجرت القسمة فيها قضاء بمقتضى المادة « ١١٣٣ » فالتغرير في هذه القسمة لا يوجب الضمان . مثلاً اذا كانت عرصة واحدة مشتركة بين زيد وعمرو و بعد ان بنى زيد في حصته بعد القسمة بناء

ظهر مستحق لحصته واخذها فليس لزيد ان يضمن عمرا نصف البناء بتسليمه اياه ، « رد المحتار في القسمة ونقول البهجة قبيل السلم » .

والفرق بين القسمتين عدم جواز الجبر في الاولى وجوازه في الثانية .

وضمان الغار صفة السلامة موجب للرجوع . مثلا لو قال احد لآخر « اذهب من الطريق الفلاني فالطريق امان . واذا كان مخوفاً وسلب مالك فانا ضامن به» فاذا سلب مال ذلك الشخص بمروره من ذلك الطريق ضمنه الضامن (انظر المادة ٨٢)

ولا يشترط في ضمان الغرور على هذا الوجه ان يكون المكفول عنه معلوماً اما اذا لم يضمن الغار صفة السلامة فلا رجوع مثلا لو قال احد لآخر (اذهب من الطريق الفلاني فالطريق امان) ولم يعقب ذلك قوله (فانا ضامن مالك اذا اخذ) فاذا سلك الرجل ذلك الطريق وسلب ماله فلا يلزم الضامن ضمان حتى انه لو دفع الى المسلوب بدل ماله يزعم انه يلزمه الضمان فله استرداد ما اعطى ، « الدر المختار ، ورد المحتار في الكفالة) .

الباب الثالث

(في البراءة من الكفالة و يحتوي على ثلاثة فصول)

وستدرج خلاصة مسائل هذا الباب المبهمة فيما يلي

خلاصة الباب الثالث

البراءة من الكفالة

يبرأ الكفيل من الكفالة في المسائل الآتية:

١ — اذا سلم الاصيل او الكفيل للمكفول له المكفول به

٢ — اذا ابرا المكفول له الكفيل او اقر بانه لا حق له عنده.

لكن لا تستلزم براءة الكفيل براءة الاصيل ، بخلاف براءة الاصيل فانها تستلزم براءة الكفيل لانه اذا سقط الاصل سقط الفرع.

٣ — البراءة من الكفالة بالنفس:

اولاً ، تكون بابراءة المكفول له الكفيل.

ثانياً ، بتسليم المكفول به الى الطالب ، ومكان التسليم اذا كان معيناً فيها والا ففي المكان الذي تمكن المخاصمة فيه.

ثالثاً ، بوفاة المكفول به او الكفيل . ولا تبطل الكفالة بوفاة المكفول له او بتسليم احد الورثة او الاوصياء المكفول به فلا يسقط حق مطالبة الآخرين

٤ — البراءة من الكفالة بالمال:

اولاً ، تكون بوفاة الدائن منحصراً ارثه في المدين.

ثانياً ، بوفاة الدائن منحصراً ارثه في الكفيل.

ثالثاً ، باحالة الكفيل المكفول له على آخر وقبول كل من المكفول له والمحال عليه تلك الاحالة .

رابعاً ، يبرأ الكفيل من الكفالة الحالية فيما لو كفل بثمن المبيع وفسخ البيع او ضبط بالاستحقاق او استرد البائع بخيار العيب . لانه تبين ان العقد الواقع غير ملزم بالثمن.

خامساً ، يخلص الشخص من الكفالة فيما لو كفل بدل عقد الاجارة في مدة معينة وانتهت تلك المدة .

يستثنى من ذلك حالتان (١) اذا ادى الكفيل الدين (ب) او احال المكفول له على آخر فالاصيل يبرأ من الدين في هاتين الحالتين ببراءة الكفيل.

(٢) يستثنى ما لو حلف الاصيل انه ليس عليه دين فيطالب الكفيل دونه.

(٣) وقيد الاحالة هنا ليس احترازياً . لانه اولاً لو تبرع احد بالمكفول به وطالب احالته عليه يبرأ كل من الاصيل والكفيل . ثانياً لو احال الاصيل المكفول له على آخر يبرأ كل من الاصيل والكفيل معاً.

الفصل الاول

في بيان بعض الضوابط العمومية

يبحث في هذا الفصل في البراآت التي تقع في كل انواع الكفالات كما في البراءة من الكفالة بالنفس والكفالة بالمال وفي الفصول الآتية يبحث عن البراءة من كل كفالة على حدة . ولذلك فقد جاء في عنوان هذا الفصل (الضوابط العمومية).

﴿ المادة ٦٥٩ ﴾ لو سلم المكفول به من طرف الاصيل او الكفيل الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة .

سواء أكان المسلم النفس ام المال وسواء أكان المسلم الاصيل ام الكفيل ام كفيل الكفيل . (التنوير ، والدر المختار) لان الحق الواحد كما هو مذكور في المادة «١٦٥١» لا يستوفى من اثنين كل على حدة بتمامه

وبما ان هذه المادة مجملة للغاية ومحتاجة الى بعض التفصيلات فلنبادر الى الايضاحات الآتية :

ان المكفول به على ثلاثة اقسام نفس ومال وتسليم ، يقسم كل بحسب ايفائه وتسليمه من الاصيل او الكفيل الى قسمين واذا ضربت هذه التقسيمات بعضها ببعض يظهر ستة احكام :

الحكم الاول ، اذا سلم الاصيل المكفول به النفس اي اذا سلم الاصيل نفسه للمكفول له يبرىء الكفيل من الكفالة النفسية .

وذلك فيما لو بين حين تسليمه نفسه انه يسلمها بكفالته اياه او بمقتضى كفالته واذا تعدد الكفيل بالنفس فعليه ان يذكر انه سلم نفسه لكفالتهم . لان المراد بالكفالة التسليم على هذا الوجه . ومتى وقع التسليم المذكور انتهت الكفالة والا فلا يبرأ كما يستخرج لزوم هذا القيد من فقرة (او سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة) من المادة (٦٥١) . حتى انه لو قابل المكفول به المكفول له بنفسه و بقي الاثنان معا من الصباح الى المساء ولم يبين المكفول به انه حضر اليه لتسليم نفسه من جهة الكفالة او بحكم الكفالة فلا يبرأ الكفيل من الكفالة و براءة الكفيل من الكفالة النفسية على هذه الصورة انما تكون اذا وقعت بامر المكفول به اما اذا وقعت الكفالة بالنفس بدون امر المكفول به فلا يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم المكفول به نفسه الى المكفول له لانه لا يلزمه تسليم نفسه الى المكفول له وليس بمطالب بذلك (النهر ، ورد المحتار) .

ولا يجبر الكفيل في الكفالة النفسية التي بلا امر كهذه على تسليم المكفول به للمكفول له كما قداشير الي ذلك في شرح المادة (٦٤٢) واذا صادف التسليم محلاً محاذياً فلا يلزم تسليمه وعليه فلا يأثم بعدم التمكين منه وله ان يهرب بخلاف ما اذا كان بامره وكذا قولهم له منعه من السفر اذا كانت بامره افاده في (البحر ، رد المحتار) .

الحكم الثاني ،اذا سلم الكفيل بالنفس المكفول به الى المكفول له برئ من الكفالة النفسية . وقد جاء هذا الحكم مجملاً لاننا لم نر حاجة الى ذكره هنا بالتفصيل مع انه سيأتي موضحاً في مادتي (٦٦٣ و٦٦٥).

الحكم الثالث —اذا اوفى الاصيل المكفول له المال المكفول به برئ كما يبرأ الكفيل ولا يأخذ المال المكفول به مرة اخرى من الكفيل . كما سيأتي في شرح المادة (٦٣٤)،(الدر المختار،ورد المحتار).

ايفاء الاصيل يكون بثلاث صور باعطائه الدين نقداً و بيعه منه مالاً في مقابل الدين وتحويل المكفول له آخر على الاصيل حوالة مقيدة:

مثال للبيع ،اذا باع الاصيل من المكفول له مالا في مقابل دينه يبرأ الكفيل من الكفالة المالية كما يبرأ الاصيل من الدين . كما اذا باع الاصيل مالاً من جنس الدين من المكفول له ووقع التقاص يبرأ الكفيل من الكفالة كما يبرأ الاصيل من الدين .(علي افندي).

لكن اذا باع الاصيل مالا من المكفول له في مقابل دينه وضبط ذلك المال من يد المكفول له بالاستحقاق اورده المكفول له الى الاصيل بخيار العيب بحكم الحاكم رجعت كفالة الكفيل المالية و يطالب الكفيل بالدين اما لورد المبيع باقالة البيع او بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا تعود كفالة الكفيل ،الانقروي في الفصل السادس ،والهندية قبيل الباب الثالث،والفيضية فيما تقع به البراءة مآلا انظر شرح المادة ١٩٦).

والحكم في البيع بالوفاء على هذا المنوال ايضاً . و بعبارة اخرى اذا فسخ البيع بالوفاء فلا تعود الكفالة وقد جاء في الفيضية(لو كفل بكر ما لزيد على عمرو من الدين و بعد ان باع عمرو حانوتاله من زيد في مقابل الدين المذكور بيعاً وفائياً وسلمه له وفسخ زيد وعمرو العقد واسترجع عمرو الحانوت فليس لزيد ان يأخذ شيئاً من بكر.

مثال الحوالة اذا حول المكفول له دائنه على الاصيل حوالة مقيدة يخلص الاصيل من مطالبة المكفول له كما يبرأ الكفيل من الكفالة بالكلية كما هو مبين في المادة (٦٩٠ اوليس للمحال ان يؤاخذ الكفيل ،(الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

لكن لا يبرأ الكفيل في المسألة الآتية ببراءة الاصيل ، واذا كفل احد آخر قائلاً انني كفيل بالف قرش دين على فلان لفلان واقام الاصيل بينة على انه قداو في ذلك الدين قبل الكفالة يبرأ الاصيل دون الكفيل واذا اثبت انه اوفاه له بعد الكفالة يبرأ الاثنان كلاهما .(لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل و بالاثبات تبين ان لا دين على الاصيل والكفيل عومل باقراره و بالبينة على الاداء قبل الكفالة علم ان ما كفل به الكفيل غير هذا الدين رد المحتار).

واذا ادى الاصيل المكفول به المال بمقتضى الحكم الثالث هذا يبرأ الكفيل منه كما يبرأ الاصيل . لكن اذا كان لدين احد كفيلان كل منهما كفيل بنصفه وادى الاصيل نصف دينه يحسب عن كفالة الكفيل الذي ادى الاصيل النصف من جهة كفالته « لأنه جعل فعله لاحد ما يحتمله فيقع عنه و يصدقه فيه»

اما اذا لم يعين المكفول له احدهما فيحسب ما اداه من جهة كفالة الاثنين معاً .الا انه يندفع الترجيح بلا مرجح ،وسواء في ذلك اكانت كفالتهما في عقد واحد ام لا وسواء كان سبب الدين

واحداً او متعدداً

وكذا لو كان الكفيل واحداً و كفل نصف الدين فقط وادى الاصيل مقداراً من الدين و بين ان ما اداه من جهة كفالة الكفيل يقبل كلامه و يحسب من هذه الجهة ،(الهندية في الباب الرابع من الكفالة، والانقروي في مسائل شتى من الكفالة).

اما اذا كان شخص مديناً بدين الف قرش نصفه معجل والنصف الآخر مؤجل و كفل كلا منهما شخص على حدة ودفع الاصيل خمسمائة قرش حالاً الى المكفول له من الدين يحسب من جهة الدين المعجل وان لم ينه بشيء يدل على ذلك عند التأدية .

اما اذا قال الاصيل انه اداها عن جهة الكفالة المؤجلة فيقبل كلامه (الهندية في الباب الرابع من الكفالة).

الحكم الرابع ،اذا اوفى الكفيل الى المكفول له المال اي المكفول به بنقدا وبيعه منه مالاً او بحوالة مقيدة برىء الكفيل من الكفالة .

حتى انه اذا ادعى احد ان له في ذمة آخر كذا غرشاً ديناً فقال المدين انك قد استوفيت الدين المذكور من فلان لانه كفيل بهذا الدين واثبت مدعاه هذا فيكون قد دفع دعوى ذلك الشخص (المجموعة الجديدة).

مثال للاداء بيعاً،اذا اشترى المكفول له في مقابل دينه من الكفيل مالاً صح ذلك وبرىء الكفيل من الكفالة المالية ،(رد المحتار).

الحكم الخامس ،اذا اوفى الاصيل المكفول به الذي هو عبارة عن التسليم برىء الكفيل كما يبرىء الاصيل .

مثلاً لو كفل احد لآخر بتسليم الوديعة المودعة عند آخر و بعد ذلك لو سلمها المستودع بنفسه يبرأ ذلك الشخص من الكفالة .

الحكم السادس ،اذا اوفى الكفيل التسليم المكفول به برىء الاصيل كما برىء الكفيل انظر المادة (٦٤١)وشرحها .

كذلك لو وهب الطالب الكفيل او المكفول عنه الدين او توفي الطالب وانحصر ارثه في الكفيل او المكفول عنه لان الميراث كالمال في الابراء .وذلك كما سيأتي في المادة (٦٦٧)وشرحها في المسألة الاولى من شرح المادة المذكورة (البزازية).

المادة ٦٦٠ لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل

وليس للمكفول له بعد ذلك مطالبته وندامة المكفول له بعد ئذ لا تجديه نفعاً ،وسواء اكانت الكفالة نفسية او مالية او تسليميه انظر المادة (١٥٦١ الهنديه ،وعلى افندى).

والابراء المراد هنا هو ابراء الاسقاط وليس ابراء الاستيفاء لان ابراء الاستيفاء عبارة عن بيان استيفاء المكفول له من الكفيل .وهذا داخل في المادة (٦٥٩).

يعني اذا ادى الكفيل المكفول به الى الدائن بريء الكفيل براءة استيفاء وعلى ذلك فيقسم الابراء الى قسمين كما هو مذكور في المادة (١٥٣٦).

ولا يرد الابراء وان رده الكفيل انظر المادة (١٥٦٨). لان الابراء في حق الكفيل اسقاط محض لاتمليك . لأن ما يثبت في ذمة الكفيل انما هي المطالبة ولا يمكن رد الاسقاط المحض على هذا الوجه (رد المحتار).

وينقسم الابراء الى ثلاثة اقسام كما هو موضح في شرح المادة (١٥٦٨) من المجلة

القسم الاول — لا يتوقف على القبول كما لا يرد بالرد . والابراء في هذه المادة من هذا القبيل.

القسم الثاني — لا يتوقف على القبول ولكنه يرد بالرد كالابراء من الدين لان الدين ليس بمال بالنظر اليه في الزمن الحالي وانما هو وصف شرعي و يتم ابراؤه بهذا الاعتبار بابراء المبريء اي المسقط ولا حاجة فيه الى القبول . وذلك هو السبب في عدم توقف الابراء على القبول . والدين باعتبار عاقبة القبض مال وهو يتضمن بهذا الاعتبار تمليكه للمدين.

وكما ترد عقود التمليك كالبيع والهبة يرد الايجاب فيها فيرد الابراء بالرد ايضاً وقد نشأ عن هذا الترداد الابراء برده .

القسم الثالث — يتوقف على القبول وهذا القسم ابراء يوجب انفساخ العقد ايضاً كالابراء من البدل الصرف ورأس مال السلم . والعقد حق للطرفين وعليه لا ينفسخ العقد بفسخ احد الطرفين اياه اي بالابراء منه — ولذلك يتوقف هذا القسم من الابراء على القبول ومن ثم كان الابراء لا يتم بالايجاب وحده بل يظل موقوفاً على اقتران الايجاب بالقبول واذا رد الايجاب من الطرف الثاني ارتد .

واذا ابريء الكفيل ابرىء على هذا الوجه اي ابراء اسقاط وكان المكفول به ديناً فليس له الرجوع على الاصيل ولو كانت الكفالة بالامر . لان الاصيل لا يستفيد شيئاً بهذا الابراء ولا يبرأ من الدين كما سيأتي بيانه في المادة الآتية ،(رد المحتار). اما اذا ابرىء ابراء استيفاء وكانت الكفالة بالامر فللكفيل الرجوع على الاصيل .

لكن اذا وهب المكفول له الدين المكفول به او تصدق عليه به توقف ذلك على قبول الكفيل. واذا قبل الكفيل بريء من الكفالة ايضاً .

فاذا كانت الكفالة بالامر رجع على الاصيل والا فلا .

وقد تبين هنا اختلاف حكم الهبة والصدقة للكفيل . اما حكم الهبة والصدقة للاصيل لا يختلف بالابراء كما سيأتي في شرح المادة (٦٦٢)(النزهة على الاشباه).

ونستثني من حكم هذه المادة مسألتان:

الاولى — لو كفل احد نفس آخر و بعد ذلك قال المكفول له ليس لي حق على المكفول به استحقه فلا يبرأ الكفيل بذلك من الكفالة النفسية ما لم يقل المكفول له «ليس لي حق استحقه على المكفول به مباشرة او ولاية او وكالة او وصاية مطلقاً فيبرأ الكفيل حينئذ من الكفالة «البزازية في اول الكفالة».

المسألة الثانية — لو كفل احد نقوداً موقوفة و بعد ان اخرج المتولي الكفيل من الكفاله ينظر

فاذا كان المتولي هو الذى اخذ الكفيل لنفسه فابراؤه الكفيل او اخراجه اياه صحيح في حق الطرفين و يكون المتولي ضامناً مال الوقف اما اذا كان الذي اخذ الكفيل متول غيره بعد ان خرج الاول من التولية او توفي ونصب هذا بعده مؤخراً فاخراجه الكفيل من الكفالة ليس بصحيح (على افندي قبيل نوع آخر في الكفالة الموقتة).

لاحقة — في تعليق البراءة من الكفالة بشرط :

اختلف العلماء في تعليق البراءة من الكفالة بالمال بشرط هل هو صحيح ام لا . فقال بعض الفقهاء بصحته على الاطلاق ، وقال اخرون بعدم صحته مطلقاً وقال فريق بصحته اذا كان الشرط ملائماً وعدم صحته اذا كان غير ملائم انظر شرح المادة (٨٢).

فاذا قيل (اذا جاء الغد)او(اذا دخل فلان داره)فالتعليق باطل على القول الثالث اما اذا قيل (اذا اعطيتني ثمانمائة قرش سلفاً من الالف قرش)التي عليك ديناً او اذا اعطيتني من الالف قرش المكفول بها مؤجلة ثمانمائة سلفاً ابرؤك بالباقي صح هذا التعليق ،(الدر المختار والملتقى وشرحهما)اما تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه، ففي وجه تصح البراءة ، يبطل الشرط كما اذا ابرأ الطالب الكفيل على ان يعطيه الكفيل عشرة دراهم وفى وجه يصحان كما اذا كان كفيلاً بالمال ايضاً وشرط الطالب عليه ان يدفع المال و يبرؤه من الكفالة بالنفس وفي وجه يبطلان كما اذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس ان يدفع اليه المال و يرجع على المطلوب (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦١﴾ لا تلزم براءة الاصيل ببراءة الكفيل

اي اذا ابرأ المكفول له الكفيل من الكفالة او من الحق الذي في ذمته ابراء اسقاط فلا يبرأ الاصيل بذلك سواء اكان اصيلاً من كل وجه او من وجه . وانما يبرأ الكفيل فقط و يطالب الاصيل بدينه . لان الاصل لايسقط بسقوط الفرع . اذ الاصل لا يتبع الفرع . وتتفرع الفقرة الثانية من المادة (٦٦٨) من هذه المادة

مثال للاصيل من كل وجه — لو كفل شخص لآخر الدين الذي له على احد الناس و بعد ئذ ابرأ المكفول له الكفيل من المبلغ المكفول به بريء الكفيل فقط واستوفي المكفول له المبلغ من المكفول عنه الى الاصيل (البهجه ورد المحتار).

مستثنى :بما ان الكفيل يبرأ من الكفالة بتأدية الدين المكفول به الى المكفول له او باحالة المكفول له آخر على الكفيل بالدين المذكور وتلزم هنا براءة الاصيل ببراءته كما هو مبين في مادتي (٤٤ و ٦٥٩) وشرحهما ومادة (٦٦٩) فبراءة الكفيل على هذين الوجهين مستثناة من هذه المادة (رد المحتار) و بعبارة اخرى انه تلزم براءة الاصيل ببراءة الكفيل بهذين الطريقين

مثال للاصيل من وجه — لو كفل عدة اشخاص كل على حدة دينا و بعد ان كفل بعضهم بما في ذمة البعض الآخر ابرأ الطالب واحداً من الكفلاء بقي حقه في الرجوع بجميع الدين على باقي الكفلاء ولا يبرأ الكفلاء الاخرون بهذه الابراء لان الكفيل الذى ابرىء بمانه في حكم الاصيل الذى لم يبرأ فحكم هذه المادة يجري ايضاً في هذه المسألة (رد المحتار)

﴿ المادة ٦٦٢ ﴾ براءة الاصيل توجب براءة الكفيل

اي انه اذا برىء الاصيل من المكفول به بتأديته الدين في الكفالة بالمال او ابرا المكفول له اياه من الدين المكفول به او ببيان المكفول له انه ليس له حق على الاصيل مطلقاً او بجهته اياه من الاصيل وفي الكفالة بالنفس بتسليم المكفول به نفسه . من جهه الكفالة الى المكفول له يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة وكذلك اذا تعدد الكفلاء سواء أوقعت كفالتهم بعقد واحد ام بعدة عقود لان سقوط الاصل يستلزم سقوط فرعه * انظر المادة ٥٠ » الهداية وفتاوي ابن نجيم . ومادتي « ٦٦٦ و ٦٦٧ » والفقرة الاولى من المادة « ٦٦٨ » متفرعة عن هذه المادة

حتى انه لو كفل احد لآخر ديناً له على احد الناس فقال الاصيل للمكفول له (قد كفل فلان ما علي لك من الدين فابرئني منه وخلصني على ان تستوفيه منه) . وابرأ ذلك الشخص الاصيل من الدين برىء الكفيل ايضا . لان براءة الاصيل تلزم ببراءة الكفيل . وهذه حيلة يلزم على كل احد ان يكون عالماً بها للمحافظه على حقوقه (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

لكن براءة الكفيل بابراء الطالب الاصيل من الدين او بهبته له هي في الكفالة المالية (اشباه) وليس في الكفالة النفسية . لانه للطالب بعد ان يقر بان ليس له عند المكفول به حق . فله ان يطلب احضاره لحق له من جهة الولاية (رد المحتار ومثله في الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث من الكفالة)

ما لم يقل المكفول له مبرأ اياه (ليس لي على الاصيل حق استحقه لا لنفسي ولا من جهة موكلي ولا من جهة الوقف الذي انا متول عليه واليتيم الذي انا وصيه و بالابراء على هذه الصورة يبرأ الكفيل من الكفالة النفسية كما يبرأ الاصيل (انظر المادة ٦٦٠) .

ولتوضيح هذه المادة بمثالين :

اولاً — لو كفل احد لآخر الف قرش ديناً له على شخص و بعد ذلك ادى المدين المبلغ المذكور للدائن فكما يبرأ المدين من الدين يبرأ الكفيل ايضاً كما سيأتي بيانه في مادتي (٦٥٩ و ٦٦٣) .

ثانياً — واذا ابرأ الدائن المدين من دينه برىء الكفيل منه كما برىء المدين الاصيل .

وتستثنى من حكم هذه المادة المسائل الآتية :

المسألة الاولى — اذا حلف الاصيل على انه ليس عليه دين او كان عليه دين واقام البينة على انه اوفاه قبل الكفالة فبراءة الاصيل من الدين لا توجب براءة الكفيل منه (انظر شرح المادة ٦٥٩) مثلاً لو قال احد بلا امر (انا كفيل لفلان بالف قرش له على فلان) و بعدئذ اذا ادعى ذلك الشخص الدائن — بذلك على المدين فبين المدين انه ليس لذلك الشخص عليه دين مطلقاً وحلف ذلك الشخص اليمين لدي عجز المدعي عن الاثبات برىء ذلك الشخص من الالف قرش . لكن الكفيل يؤاخذ باقراره السابق و يطالب بموجبه . لأن الحلف يفيد براءة الحالف حسب (رد المحتار) .

جاء قوله (بلا امر) . لأنه لو قال احد لآخر اكفل الف قرش على لفلان ، يكون قد اقر بالدين ولا يعتبر ولا يسمع قوله بعد ليس على دين او انني اديت ذلك الدين قبل الكفالة (رد المحتار)

المسألة الثانية — اذا ادعي المدين في المثال السابق انه كان مديناً للمكفول له بالف قرش ولكنه

أوفاه اياه قبل كفالة ذلك الشخص واثبت مدعاه برئ الاصيل دون الكفيل لانه اقر بهذه الكفالة ان الالف على الاصيل (رد المحتار) .

وجاء (قبل الكفالة) لانه اذا اقام البينة على انه اوفاه بعد الكفالة برئ الاصيل والكفيل معاً ، (رد المحتار) (انظر المادة ٨٧) .

المسألة الثالثة — ان لزوم براءة الكفيل ببراءة الاصيل فيما اذا لم يكفل الكفيل (بشرط براءة الاصيل) اما اذا كفل بذلك الشرط فلا يبرأ الكفيل ببراءة الاصيل لان هذه الكفالة حوالة . (انظر المادة ٦٤٨) (رد المحتار) .

قد ذكر في هذه المادة ان الكفيل يبرأ من الكفالة بابراء الاصيل من الدين او هبته له كما يبرأ الاصيل لكن هذا الحكم انما يجري فيما اذا لم يرد الاصيل ذلك الابراء او الهبة . ووفاة الاصيل قبل الرد في حكم القبول . اما اذا رد الاصيل الهبة فترد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ الاصيل من الدين . كما انه لو رد الاصيل الابراء يرد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ من الدين . لكن قد اختلف الفقهاء في ان الكفيل هل يبرأ من الكفالة بذلك اولا يبرأ فبعضهم قال ببراءة الكفيل ولا تأثير لرد الاصيل الابراء على الكفيل و بعضهم ذهب الى عدم براءته كالاصيل (الانقروي في الفصل السادس ومجمع الانهر ورد المحتار) .

وقد اكتفى في موضع المجتهد في المسائل فخر الملة والدين قاضيخان بذكر القول الاول فقط

وليعلم ان الطالب اذا ابرأ الاصيل بعد وفاته من الدين او وهبه له فعلى رأي الامام الثاني (ابي يوسف) يعود حق القبول والرد للابراء والهبة الى ورثة الاصيل وعلى رأي الامام الثالث « الامام محمد » ان الابراء والهبة ينفذان وليس للورثة حق القبول او الرد فيهما (رد المحتار) .

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

مجمل هذا الفصل — تحصل البراءة من الكفالة بالنفس بثلاثة اشياء :

اولها — ابراء المكفول له الكفيل — المادة (٤٦٠) .

ثانيها — تسليم المكفول به للطالب — المادة الآتية والمادة (٦٥٩) .

ثالثها — وفاة المكفول به او وفاة الكفيل — المادة (٦٦٦) ، الهندية في الباب الثاني .

﴿ المادة ٦٦٣ ﴾ لو سلم الكفيل المكفول به في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر او القصبة الى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء أقبل المكفول له او لم يقبل ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة اخرى ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ

(١) لو سلم الكفيل او كفيل الكفيل (٢) او وكيل الكفيل (٣) او رسول الكفيل المكفول به دفعة واحدة في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر او القصبة الى المكفول له يبرأ من الكفيل سواء أكان المحل هو الذي وقع فيه عقد الكفالة ام لا وسواء أقال عند تسليمه المكفول به (انني برىء من الكفالة لانني قد سلمت المكفول به ام لا)

اولا — يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة ما لم يوجد في الكفالة الفاظ توجب اعادة لفظ التسليم كما مر ايضاحه في المثال الثالث من المادة (٦٣٦) .

تسليم المكفول به — يكون باحضاره الى المكفول له بحيث لا يوجد مانع من قبضه اياه مع قوله له (ان شئت فاقبضه او ان اردت فخذه) .

و يستفاد من ذكر هذه الفقرة مقابلا للفقرة الآتية بان الكفالة المقصودة في هذه الفقرة هي الكفالة الواقعة على وجه الاطلاق اي التي لم يشرط فيها التسليم في محل معين

وقد اختلف في الكفالة التي على هذه الصورة فقال الامام الاعظم رحمه الله تعالى ان التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ليس بشرط و يجوز التسليم في مدينة اخرى تمكن المخاصمة فيها اما الامامان رحمهما الله تعالى فقد اشترطا التسليم في المصر الذى وقعت فيه الكفالة و ينهم من اطلاق المجلة قبولها قول الامام الاعظم « رد المحتار »

وقد جاء في المجلة « في محل تمكن فيه المخاصمة » لان الكفيل لا يبرأ من الكفالة فيما لو سلم المكفول به في محل لا تمكن المخاصمة فيه كالقرية والمفازة والقفر وما شابه ذلك من المحال التي لا يوجد فيها حاكم واذا وقع التسليم على ما جاء في هذه المادة برىء الكفيل من الكفالة ولو لم يقبل المكفول له بذلك .

لان المكفول له اذا لم يقبل يعد قابضاً حكماً وذلك كما اذا رد الغاصب عين المغصوب الى المغصوب منه والمدين الدين الى دائنه ولم يقبلا فيعد ان قابضين حكماً . لكن اذا شرط التسليم في بلدة معينة لزم بموجب المادة « ٨٢ » في تلك البلدة ولا يبرأ الكفيل بتسليمه في بلدة غيرها فيها حاكم مثلها فلو شرط التسليم في القدس مثلا فلا يبرأ الكفيل بالتسليم في غزه « الهداية ومجمع الانهر »

اما لو وقعت الكفالة في مصر ولم يشترط التسليم فيه او في غيره لزم التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة كما ذهب اليه الامامان آنفاً ولا يعتبر التسليم في مصر آخر « رد المحتار، الهندية » اما عند الامام الاعظم فيعتبر التسليم في غيره ايضاً كما قلنا وقد قبلت المجلة كما ذكرنا قول الامام الاعظم باتيانها على الفقرة المذكورة آنفاً مطلقة . وقولهما اوجه كما في الفتح وقيل انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان و بيانه في الزيلعي ورد المحتار .

ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم في البلدة الفلانية لزم تسليمه في المجلس المذكور ولا يبرأ من الكفالة بتسليمه في احدى ازقة تلك المدينة او في سوقها لان هذا الشرط مفيد بسبب اغلبية الفسق في الناس اذ قلما من يجد منهم من نفسه زاجراً يزجره عن اتيان ما يجرؤ به المدين من الامتناع عن حضور مجلس الحاكم « رد المحتار » .

لكن اذا شرط التسليم في مجلس الحاكم وسلمه الى الحاكم المومى اليه وهو محبوس في حبس ضابط تلك البلدة وآمرها برىء الكفيل من الكفالة سواء أكان حبس المكفول به بسبب المكفول له ام لا . كذلك يبرأ لو سلمه في حضور الضابط . او لو اشترط التسليم في حضور الوالي سلم في حضور الحاكم او لو شرط تسليمه في حضور الحاكم وسلمه في حضور الوالي برىء

اما لو سلمه وهو في حبس حاكم بلدة اخرى فلا يصح (الدر المختار) .

كذلك لو شرط تسليمه في حضور الحاكم الفلاني وفصل ذلك الحاكم بعدئذ عن وظيفته وسلمه في حضور خلفه برىء « الهندية »

كذلك لو شرط التسليم في حضور الوالي الفلاني وسلمه بسبب انفصاله عن الولاية الى خلفه برىء الكفيل من الكفالة . « البزازية في الثالث »

وفي المسلم اي الذي يسلم المكفول عنه الى المكفول له خمس احتمالات :

«١» الكفيل «٢» وكيل الكفيل «٣» رسول الكفيل «٤» رسول الكفيل المرسل الى جهة اخرى «٥» الاجنبي وفيما يلي توضيح هذه الاحتمالات .

تسليم الوكيل : ان لفظ الكفيل في هذه المادة لم يقصد به الاحتراز لانه لو سلم وكيل الكفيل المكفول به مع بيان كونه بحكم كفالة موكله او جهتها برىء الكفيل من الكفالة اما اذا سلمه ولم يبين تسليمه على هذا الوجه فلا يبرأ « التنوير وشروحه » .

وعلى ذلك فلو تعدد الكفلاء لزم الوكيل ان يبين عن اي واحد من الكفلاء اراد وان لم يفعل فلا يبرأ الكفيل من الكفالة « الهندية في الثالث »

تسليم الرسول . يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم الرسول « الذي ارسل الى المكفول له » بالمكفول به بحكم الكفالة او من جهة الكفيل (بان يدفع الكفيل المطارب الى رجل يسلمه الى الطالب على

وجه الرسالة فيقول الرجل ان الكفيل ارسل معي هذا لاسلمه اليك رد المختار) اما اذا لم يبين الرسول في هذه المسألة ان تسليمه بحكم الكفالة فيجرى الحكم في ذلك على ما جاء في فقرة لو سلم الكفيل .. الخ) ايضاً .

تسليم الرسول المرسل لغير المكفول به وتسليم الاجنبي :

لا يبرأ الكفيل من الكفالة لو سلم رسوله المرسل منطرفه لغير تسليم المكفول به او اجنبي ولو قالا بحكم الكفالة ما لم يقبل المكفول له . والسكوت هنا لا يعد قبولا (رد المختار ، ومجمع الانهر) (انظر المادة ٦٧) .

مسألة اولى — لو وكل احد آخر لاخذ كفيل بنفس مدينه واخذ الوكيل الكفيل على هذا الوجه ينظر فاذا اضاف الكفالة لنفسه فللوكيل الحق في مطالبة الكفيل بالمكفول به حتى ان الكفيل في هذه الحال لو سلم المكفول به للوكيل يبرأ . واذا اضافها الى موكله فحق المطالبة للموكل . ولو سلم الكفيل في هذه الصورة المكفول به الى الوكيل لا يبرأ . لكن في الصورتين لو سلمه الى الموكل يبرأ (الهندية في المحل المذكور) .

مسألة ثانية — اذا تعدد الكفلاء بنفس احد ينظر فان كان كل منهم قد كفل بمفرده فلا يبرأ جميعهم بتسليم احدهم المكفول به اما اذا كانوا كفلاء معاً فيبرأون «الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث»

مسألة ثالثة — اذا اوفى الكفيل بالنفس الطالب دين المكفول به على ان يبرئه من الكفالة صحت البراءة وجازت وبريء الكفيل من الكفالة بالنفس (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث)

اما لو ادى الشخص المكفول به الى المكفول له طلبته فلا يبرأ الكفيل بالنفس من الكفالة وذلك اذا كان للمكفول له شيء آخر يدعيه على المكفول به (الهندية في المحل المذكور) كما مر في شرح المادة (٦٦٢) .

لكن لو صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال بشرط ان يبرأ من الكفالة النفسية صح الصلح و بريء الكفيل من الكفالة وان لم يلزم المال ايضاً (الهندية في المحل المزبور) .

لاحقة — في اخذ الحاكم في اثناء الدعوي كفيلاً بالنفس على المدعى عليه» اذا اخذ الحاكم كفيلاً بنفس على المدعى عليه سواء اكان ذلك بطلب المدعي او بدون طلبه وسلم الكفيل المدعى عليه للحاكم او لرسوله بريء من الكفالة اما لو سلمه للمدعي فلا يبرأ ما لم يكن قد اضاف الحاكم الكفالة الى المدعي فيبرأ الكفيل حينئذ بتسليمه للمدعي ولا يبرأ اذا سلمه الى الحاكم انظر المسألة الاولى .

* ٦٦٤ * يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب واما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة .

اي سواء اقال سلمته بحكم الكفالة ام لم يقل . لان موجب الكفالة ومقتضاها قد حصلا و يبرأ بالتسليم مرة واحدة ولا يطالب بالتسليم مرة اخرى الا اذا وجد في الكفالة عبارة تقتضي تكرار التسليم انظر شرح المادة (٦٣٦) .

اما لو سلم المكفول به بدون طلب الطالب ولم يقل سلمته بحكم الكفالة او سلمته من جهتها فلا يبرأ

الكفيل من الكفالة (الدر المختار). لانه يحتمل وقوع التسليم لجهة اخرى .

﴿ المادة ٦٦٥ ﴾ لو كفل على ان يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وان لم يقبل المكفول له .

اي انه لو سلمه قبل اليوم المعين على ما جاء في المادة (٦٦٣) بريء ولا يطالب مرة اخرى لان الاجل حق للكفيل فله ان يسقط الاجل بالتسليم قبل حلوله كذلك يجبر الدائن على قبض الدين اذا اداه اليه المدين قبل حلول الاجل (رد المحتار).

والحكم في الكفالة التي تقع بقوله «اي كفيل بنفس فلان لمده شهر» اي انه لو سلم الكفيل المكفول به قبل انتهاء الشهر الى المكفول له بريء الكفيل من الكفالة وان لم يقبل المكفول له بالاستلام.

كذلك يكون الحكم على هذا المنوال فيما لو كفل احد بنفس آخر على ان يسلمه عند طلب الطالب وسلمه، قبل ذلك لان حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت في الحال (الانقروي في الفصل الخامس).

﴿ المادة ٦٦٦ ﴾ لو مات المكفول به فكما يبرأ الكفيل يبرأ كفيل الكفيل كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه.

لانه اذا توفي المكفول به امتنع على الكفيل احضاره وكان عجزه عن ذلك عجزاً مستمراً اما الكفالة فلا تبطل لعدم اقتدار الكفيل على احضار المكفول به لعدم معرفته محله . بل يجب ايقاف المطالبه الى ان يقف على مكانه.

اما حق المكفول له فلا يسقط بوفاة المكفول به وحقه ان يستوفي مطلوبه من تركة المتوفي .

كذلك اذا توفي الكفيل بالنفس فكما يبرأ هو من الكفاله بسقوط الاقتدار على تسليم المكفول به كذلك يبرأ وارثه مع كفيله ان كان له كفيل (الدر المختار ، ورد المحتار) ولا يلزم شيء من تركة الكفيل المذكور لانه لما كان المكفول به نفساً فلا يجوز اعطاؤه مالاً بدلاً من النفس (الدرر) لكن لاتبطل الكفالة بالمال بوفاة الكفيل ، تراجع تركته كما هو مصرح في المادة (٦٧٩) (رد المحتار)

اما لو توفي المكفول له فلا يبرأ الكفيل من الكفالة ولوصي الميت او وارثه ان يطالب باحضاره على الوجه المشروح . وعلى هذا التقدير لو سلم الكفيل المكفول به الى احد الورثة او احد الاوصياء فللباقين حق المطالبة ولهم ان يطالبوا بتسليم المكفول به لهم على حدة لأنه وان ضح ان يكون احد الورثة على ماجاء في مادة (١٦٤٢) خصماً في الدعاوي التي للمتوفي والدعاوي التي عليه فلذلك الوارث قبض حصته فقط وليس له قبض حصته غيره من الورثة لذلك اذا سلم المكفول به لاحد الورثة فلا يسقط حق تسلم الآخرين (رد المحتار) .

كذلك لو كفل احد بنفس آخر بشخصين وسلم ذلك الشخص المكفول به لاحدهما برىء من الكفالة تجاه ذلك الشخص فقط اما الشخص الثاني فله ان يطالب الكفيل باحضار المكفول به على حدة (الانقروي قبل الفصل السابع) .

الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

﴿المادة ٦٦٧﴾ لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة وان كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر .

اي يبرأ الكفيل من الكفالة المالية لو توفي الدائن وانحصر ارثه الشرعي في مدينه ولا يوجد من له دين على الميت كما يرىء المدين من الدين انظر المادة (٦٦٢).

حتى انه لو توفي المدين بعد مفلساً فليس لغرماء الدائن مؤاخذة الكفيل لان المدين لما اصبح مالكاً لما في ذمة الدائن يرىء من الدين و براءه الاصيل موجبة براءة الكفيل (البهجة فيما نقع به البراءة وفيما لا نقع) .

وان كان للدائن وارث آخر غير المدين هذا يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط كما يبرأ هو منها ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر .

مثلاً لو كفل احد لآخر ماله من الدين على ابنه وتوفي ذلك الشخص وانحصرت تركته في ابنه يرىء الكفيل من الكفالة كما يرىء الابن من الدين .

اما اذا كان للميت ابن ثان فيبرأ الكفيل من نصف الدين كما يرىء الابن منه وللابن الثاني طلب النصف الآخر من الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

كذلك لو كفل احد لامرأة مهرها البالغ قدره الف قرش وتوفيت عن زوجها واخ يرىء الكفيل من حصته الزوج وضمن حصة الأخ فقط .

جاء في المجلة (اذا كان المدين وارثاً) وفيما يلي سنوضح مسألة صيرورة الكفيل وارثاً : **اذا توفي الدائن وانحصر ارثه في الكفيل يرىء الكفيل على كل حال** انظر البحث في الكفالة في الدين المشترك في شرح المادة (٦٤٦) وعلى ذلك فلو كانت الكفالة بدون امر الاصيل يرىء الاصيل ايضاً . لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته ولو ملك الكفيل المال في حال الحياة بالقضاء او بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وان كانت بغير امره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث)

اما اذا كانت الكفالة بامر الاصيل فلا يبرأ فيكون مديناً للكفيل و يبقى الدين في ذمته وللكفيل الرجوع عليه به .

كذلك لو وهب المكفول له الدين الى الكفيل اذا كان غنياً او تصدق عليه به اذا كان فقيراً وقبل

الكفيل الهبة او الصدقة صحت و برىء الكفيل من الكفالة وللكفيل الرجوع بالدين المذكور على الاصيل وذلك اذا كانت الكفالة بامره (رد المحتار في تعريف الكفالة وفي موضعين آخرين من الكفالة) .

حتى انه لو كفل احد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري و بعدئذ وهب البائع الثمن المذكور الى الكفيل و بعد ان قبضه الكفيل من المشتري رد المشتري المبيع بعيب قديم الى البائع فللمشتري استرداد ثمن المبيع من البائع ولا دخل للبائع ولا للمشتري في الثمن الذي قبضه الكفيل مطلقاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع) وعقد الكفالة في حكم التسليط على القبض المبين في المادة (٨٤٨) رد المحتار

﴿ المادة ٦٦٨ ﴾ لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن ان اشترطت براءتهما او براءة الاصيل فقط او لم يشترط شيء وان اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط ويكون الطالب مخيراً ان شاء اخذ مجموع دينه من الاصيل وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل .

لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين فلا يخلو من اربع صور اما ان يشترط براءتهما اي براءة الاصيل والكفيل او براءة الاصيل فقط اولا يشترط شيئاً مطلقاً ففي صورتين من هذه الثلاث يبرأ الاصيل والكفيل معاً مما زاد على بدل الصلح من الدين وليس لاحدهما بعد الرجوع عن الصلح (انظر المادة ١٥٥٢) . لان المصالح سواء أكان الكفيل او الاصيل لو اضاف الصلح الى مجموع الدين وذلك الدين هو الواجب على الاصيل تجب براءته فيما عدا بدل الصلح و براءة الاصيل توجب براءة الكفيل (الدرر) .

واذا صالح الاصيل الدائن على مقدار من الدين على هذا الوجه برىء الكفيل عن غير بدل الصلح ولا يبرأ عن الكل و يكون الطالب حينئذ مخيراً فان شاء طالب الاصيل به وان شاء طالب الكفيل واذا استوفى ذلك البدل من ايهما برىء الاثنان معاً بمقتضى المادة (٦٥٩) والبراءة عن بدل الصلح تكون بالتأدية والبراءة عن باقي الدين تكون بالصلح .

اما الصورة الرابعة فهي ان اشترطت براءة الكفيل فقط فيما ان هذا الصلح عبارة عن فسخ الكفالة عن قسم من الدين برىء الكفيل فقط عما فصل عن بدل الصلح بمقتضى المادة (٦٦١) بعقد الصلح . و بما انه لا يبرأ الاصيل في هذه الحال فالطالب مخير بين ان يطالب الاصيل بمجموع الدين او يطالب الكفيل ببدل الصلح و يرجع على الاصيل بالباقي . وهذه الصورة الرابعة هي فسخ للكفالة عن قسم من الدين وليست باسقاط دين الاصيل وليس الغرض من هذه الصورة اخذ الدائن بدل الصلح في مقابل ابراء الكفيل من الكفالة وانما هو ان يحسب ما يؤخذ من الكفيل مما هو على الاصيل على ان يستوفي الباقي من الاصيل . واذا استوفى الدائن مجموع الدين من الاصيل فلا يأخذ شيئاً بعد من الكفيل لانه يكون قد اخذ زيادة عما يستحقه عليه .

واذا ابرأ الكفيل الدائن في هذه الصورة الرابعة بدل الصلح اصبح الكفيل بريئاً من كل الدين عن بدل الصلح بوفائه وعن الباقي بعقد الصلح . لان الصلح عن بعض الدين هو عبارة عن الابراء ببعض الحق

واخذ البعض الآخر وعلى ذلك فلو اخذ الطالب بعض حقه ،ابراً عن البعض الآخر سقطت مطالبة الكفيل البتة ، و براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل (رد المحتار) .

واذا ادى الكفيل بدل الصلح في هذه الصور الاربع وكانت الكفالة بامر المكفول عنه فللكفيل الرجوع عليه به والا فليس له ذلك ، (رد المحتار ،ومجمع الانهر ،وعلي افندي (انظر المادة ٦٥٧) وشرحها جاء في المجلة (على مقدار من الدين ...) لانه لو صالح الكفيل على جنس آخر فحكمه كما مر في المادة (٦٥٧) فلو كان الدين مائة مجيدي ولم يصالح الاصيل الدائن على خمسين مجيدياً بل صالحه على جنس آخر برىء الكفيل من الكفالة ، (الانقروي في الفصل السادس) لان الاصيل حينئذ بمصالحته الدائن على جنس آخر يكون قد باع منه المال المصالح عليه بما في ذمته له من الدين واعطاه اياه . و ابراً الكفيل ببراءة الاصيل كما قد جاء بيانه في الحكم الثالث من شرح المادة (٦٥٩) واشير اليه

والصلح في المجلة خاص بالصلح على المال المكفول به . ولكن لو صالح الكفيل بالمال الدائن على بدل معلوم على ان يبرأ عن المطالبة بالدين التي توجبها الكفالة برىء الكفيل فقط اما الاصيل فلا لان الابراء عن الكفالة في هذه الصورة عبارة عن فسخ الكفالة فقط وليس باسقاط الاصيل الدين . و يفهم من ظاهر هذا القول ان بدل الصلح لازم ايضاً . والحال انه لو صالح الكفيل بكفالة نفسية المكفول له على مقدار من المال على ان يبرأ عن موجب الكفالة تسقط الكفالة بالنفس على القول المفتى به لان بدل الصلح الوارد في متن المجلة هو للابراء من المال الباقي من المكفول به

واما بدل الصلح الوارد في الشرح هو للابراء من الكفالة (الدر المختار ورد المحتار)

﴿ المادة ٦٦٩ ﴾ لو احال الكفيل المكفول له على احد وقبل المكفول له والمحال عليه ابرأ الكفيل والمكفول عنه ايضاً .

وقد مر في شرح المادة (٦٦٠) مسائل هبة الدائن الدين للكفيل او تصدقه به عليه . و براءة الاصيل ايضاً عن الدين من ذلك القبيل لان الدين على الاصيل ،اما الحوالة فبما انها تقع على اصل الدين فتتضمن براءة الاثنين (رد المحتار في الكفالة) « انظر مادتي ٦٨٩ و ٦٩ » .

مثلاً لو كفل شخص ما عن آخر ثمن المبيع واحال الكفيل المذكور المكفول له على آخر بالمبلغ المذكور وقبل المحال والمحال عليه الحوالة فكما يبرأ الكفيل يبرأ المكفول عنه ايضاً وليس للبائع بعد ذلك ان يطالب المدين بالثمن المذكور (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث في الكفالة وقبيل كتاب القاضي)

اما لو اشترط الكفيل في هذه الحال براءة نفسه فانما يبرأ هو فقط دون الاصيل فالمكفول له في هذه الحال ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب المحال عليه . وما لم يتلف المحال به عند المحال عليه فليس للطالب مطالبة الكفيل بعدئذ . (الهندية في الحوالة)

واذا برىء الكفيل مع الاصيل بالاحالة على ما جاء في هذه المادة وتوفي المحال عليه مفلساً ولم يتمكن استيفاء المحال به فيعود الدين على الاصيل و بذلك ترجع كفالة الكفيل ايضاً وحينئذ للطالب ان يطالب الاصيل بدينه او يطالب الكفيل (الهندية في الباب الثاني من الحوالة)

وقول المجلة (لو احال الكفيل .. الخ) ليس بقيد احترازي لانه :

اولاً ، لو قبل احد الحوالة على نفسه بالمال المكفول به تبرعاً برىء الاصيل والكفيل عنه معاً . اما لو قبل الحوالة على ان يبرأ الكفيل فقط يبرأ الكفيل حينئذ فقط دون الاصيل «الهندية في المحل المزبور) .

ثانياً ، لو احال الاصيل المكفول له على احد برىء الاصيل والكفيل انظر المادة (٦٩٠) .

كذلك لو كان المحال عليه تجاه المكفول له هو الاصيل بريء الكفيل ايضاً . مثلاً لو احال الطالب دائنه على الاصيل — المدين — حوالة مقيدة برىء الكفيل من الكفالة عن دين المحيل والمحال له مطالبة الاصيل فقط لان الاصيل يكون محالاً عليه . وليس له ان يطالب الكفيل لان الكفيل لم يكفل له .

مثلاً لو احال احد دائنه على مدينه بالمبلغ الذي كفله آخر حوالة مقيدة وقبل المحال له والمحال عليه الحوالة برىء الكفيل من الكفالة براءة موقته . حتى انه ليس للشخص المحال له ان يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور بناء على الكفالة السابقة (التنقيح قبيل القضاء) . كذلك يبرأ الاصيل على هذا التقدير من مطالبته ايضاً . انظر المادة (٦٩٢) .

اما لو احال الطالب على الكفيل حوالة مقيدة بريء الكفيل بمقتضى المادة (٦٩٢) من مطالبة الطالب وانتقل حق مطالبته الى المحال له . وللطالب ان يطالب المكفول عنه وللكفيل ان يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة . (الهندية في الباب الثاني من الحوالة) .

كذلك لو كان على اثنين الف قرش دين مشترك مكفول به واحال احد المدينين الدائن على آخر بالدين برىء المحيل من دينه اصالة كما يبرأ الكفيل عما يصيبه من الدين اي عن دين المحيل فقط . اما الذي لم يحل وان بريء من الكفالة فلا يبريء من الاصالة ولذلك فالمكفول له مخير ان شاء اخذ الالف من المحال عليه وان شاء اخذ منه خمسمائة قرش فقط واخذ الباقي ممن لم يحل . وليس له ان يطالب هذا باكثر من خمسمائة ، (الهنديه في الباب الثاني من الحوالة) .

﴿ المادة ٦٧٠ ﴾ لو مات الكفيل يالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته .

و يبرأ الكفيل بالمال من الكفالة بموته فيكون مطالباً بالمال المكفول به من تركته ان كانت له تركة لأن الكفالة المالية لا تبطل كالنفسية بوفاء الكفيل لأن وفاء حكم الكفالة بعد وفاة الكفيل ممكن وعلى ذلك فلو استوفى الدائن دينه من تركة الكفيل فلورثة الكفيل الرجوع بعد ئذ على المكفول عنه به اذا كانت الكفالة بالامر اما اذا لم توجد تركة للكفيل فلا تجبر الورثة على اداء الدين من ما لهم . (الهندية في الباب الاول من الكفالة) . لانه لا يجبر احد على اداء دين آخر ما لم يوجد سبب شرعي كالكفالة والحوالة .

مثلاً ليس لاحد ان يطالب وارث المتوفي بتادية ماله على المتوفي من الدين من ما له بمجرد كونه وارثاً اذا لم يقبض شيئاً من تركة الميت .

واذا كفل احد بما على آخر من الدين المؤجل بامره و بطل الاجل في حق الكفيل بوفاته واستوفي المكفول به من تركته فليس للورثة الرجوع على الاصيل به قبل حلول الاجل (رد المحتار

في الكفالة ·

وبما ان القسم الاول في الكفالة بالدرك كفالة بالمال فيجري فيها حكم هذه المادة ايضاً · (الهندية في مسائل شتى)

اذا توفي الكفيل ولتركته غريم فان شاء الطالب دخل في التركة غرامة و يستوفي المقدار الباقي من الاصيل او من تركته اذا كان متوضياً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس)·

﴿المادة ٦٧١﴾ الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع او استحق المبيع او رد بعيب يبرأ من الكفالة ·

اي اولا اذا انفسخ او اقيل ثانياً اذا ضبط المبيع بالاستحقاق ثالثاً ،اذا رد المبيع بخيار الرؤية ،رابعاً، اذا رد بخيار الشرط خامساً ،اذا رد بخيار العيب ،سادساً ،اذا رد بظهور فساد في البيع ·

فبما ان الثمن في هذه الصور الست في العقد قد تحقق انه غير ملزم فيكون قد بريء الكفيل من الكفالة ·وليس للبائع بعد ان يطلب ثمن المبيع من الاصيل او من الكفيل ·ولا فرق بين ان يكون الرد بخيار العيب بحكم الحاكم او بلا حكم الحاكم

ثانياً لو احال البائع دائنه على ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري على الوجه المذكور في المادة(٦٩٣) و بعدان كفل للمحال بالثمن المذكور وضبط المبيع بالاستحقاق بريء الكفيل من الكفالة ايضاً·

اما اذا لم يضبط المبيع بالاستحقاق في هذه الصورة الثامنة ورد بخيار العيب،او خيار الشرط او خيار الرؤية او تلف المبيع قبل التسليم فلا يبرأ الكفيل من الكفالة·

قال في ردالمحتار في موضع «وقالوا لو استحق المبيع بريء الكفيل بالثمن . ولو كانت الكفالة لغريم البائع»،ولورد عليه بعيب بقضاء او بغيره او بخيار رؤية او شرط بريء الكفيل الا ان تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد بعيب ونحوه وجد المسقط بعد ما تعلق الغريم به فلا يسري عليه وقال في موضع آخر لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يد المشتري او رده بعيب ولو بلا قضاء او باقالة او بخيار رؤية او بفساد البيع بريء الكفيل وكذا لو بطل المهر او بعضه عن الزوج بوجه بريء مما بطل عن الزوج او ضمن المشتري الثمن لتبرع البائع فاستحق المبيع من يد المشتري بطلت الكفالة ايضاً وكذلك الحوالة اما لو رده المشتري بعيب او بلا قضاء لم يبرأ الكفيل و يرجع به على البايع وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم او ضمن الزوج من المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله او من قبلها لم يبطل الضمان انتهى·

﴿المادة ٦٧٢﴾ لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة و كفل احد بدل الاجارة التي سميت تنتهي كفالته عند القضاء مدة الاجارة فان انعقدت اجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد·

اذا كفل احد دينا لازما بسبب عقد وفسخ العقد بعد ئذ او انفسخ وجدد العقد بعد ئذ فلا يطالب الكفيل الاول بالدين اللازم بسبب هذا العقد الجديد ·و يتفرع عن هذا مسائل عديدة:

اولا — لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة ببدل معلوم و كفل احد ببدل الاجارة التي سميت صحت الكفالة سواء اكانت الاجرة معجلة ام مؤجلة وطولب الكفيل بالبدل المذكور . لان الاجرة تكون صحيحة بناء على المادة (٤٦٦) وان كانت لا تجب بالعقد المطلق فاذا وجد السبب الذي يستلزم الاجرة باوقفت الكفالة تكون صحيحة . لكن تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الاجارة وقت ان يفسخ الطرفان الاجارة او يتقايلاها فان انعقدت بتسمية بدل معلوم اجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال فلا تكون شاملة لهذا العقد الذي وقع موخراً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة)

ولا شبهة في ان الكفيل يطالب ببدل الاجارة التي وقعت مؤخراً اذا كفل بها .

ثانياً — لو كفل شخص بقرض في ذمة احد لآخر و بعد ان ادي المدين دينه الى الدائن استقرض منه مبلغاً آخر فلا يطالب الكفيل بالقرض الثاني بناء على انه كفيل للقرض الاول (الفيضية)

ثالثاً — اذا عقدت الاجارة على الوجه الوارد في المادة (٤٩٢) بين اثنين واعطى المستأجر كفيلا ببدل الاجارة لزم الكفيل بدل اجارة المدة التي تلزم المستأجر و بعبارة اخرى يلزم الكفيل اجرة الشهور الآتية بانعقاد الاجارة فيها (ولو الجبية) .

لكن للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة في غرة الشهر . لانه لما كان سبب الاجرة في اجارة كهذه يتجدد بتجدد العقد في كل شهر فللكفيل الرجوع عن الكفالة المستقبلة ، (الهندية في مسائل شتى من الكفالة) .

واذا اخرج الكفيل نفسه على الوجه المذكور فلا يلزمه بدل الاجارة الذي يحدث فيما بعد .

اما اذا توفي الكفيل في الاجارة التي تقع على هذا الوجه فلا تبطل الكفالة . حتى انه اذا توفى ولم يخرج نفسه من الكفالة على تلك الصورة و بقي المستأجر ساكناً بعد ذلك مدة يستوفي من تركة الكفيل ما يلزم المستأجر من بدل الاجارة «وليس للكفيل بالاجران ياخذ من المستأجر قبل ان يؤدي الاجرة فاذا ادى الكفيل كان له ان يرجع بذلك على المستأجر ان كانت الكفالة بامره (الهندية في المحل المزبور) .

رابعاً : لو استوفى الدائن مقداراً من دينه المؤجل بعد ان كفل له به كفيل وعند حلول الاجل جدد الدائن على القسم الباقي مع ضم الربح في سند جديد فلا يطالب الكفيل السابق بالدين الثاني لان العقد الاول انفسخ بفسخ القرض وتجديد العقد (التنقيح في الكفالة)

اما على تقدير ان القرض الاول لا يفسخ واكتفى بتجديد السند فظاهر عبارة الحامدية ان الدين يتغير بتجديد السند وعلى ذلك فتكون المداينة الاولى منفسخه فيبرأ الكفيل من الكفالة .

لكن صاحب التنقيح لم يقبل القول بانفساخ المداينة الاولى بتجديد السند و يقول ببقاء كفالة الكفيل كالاول والظاهر هو هذا . لان تجديد السند ليس تجديداً للمداينة بل توثيق لها

تاريخ الارادة السنية فى ١٨ محرم سنة ١٢٧٧

و بلطفه وكرمه تعالى يليها الحوالة .

درر الحكام شرح مجلة الاحكام

ظهر الجزء الاول والثاني من هذا الكتاب النفيس والسفر الجليل تأليف العالم الكبير علي حيدر افندى تعريب صاحب هذه المجلة بعبارة متينة الاول منهما يحتوى على شرح القواعد الكلية وكتاب البيوع والثاني على شرح الاجارة .مطبوعين طبعاً متقناً على ورق جيد من القطع الكبير بحرف دقيق .

وقد خفضنا رغبة في تعميم فوائد هذا المؤلف ثمن الجزء الاول الى اربعين غرشاً بدلاً من خمسين وجعلنا ثمن الجزء الثاني خمسة وعشرين غرشاً مصرياً يضاف لكل منهما اجرة البريد .و يباع في ادارة مجلة الحقوق في يافا ومكتب المحامي فهمي بك الحسيني بغزه وفي مكتبه في نابلس ومن الوكلاء المدرجة اسماؤهم ادناه

في دمشق :داود صدقي افندى الماردبني صاحب مكتبة الاعتماد

في حلب :جورجي افندي سنداس صاحب المكتبة السورية

في اللاذقية :الاستاذ حنا افندي مدني بمدرسة الاميركان

في حمص :عبد السلام افندي السباعى بحمص صندوق البريد ٤٩

في دوما :مخائيل افندي خير

في عين فيت وما جاورها :محمد افندي الحسين

في بطرام الكورة لبنان: نقولا افندي الخورى مخائيل مالك

في زحلة :يوسف افندي سابا

في قضاء البترون وما جاورها: الاستاذ رشيد افندي الطرابلسي

في البصرة وما جاورها من البلاد العراقية: حسين حسن افندي عبد الصمد

في بغداد :محمد سعيد افندى معتمد الصحف والمجلات العربية

الوكيل العام المتجول :صالح افندي الحسيني