

العنوان:	رجوع الكفيل على الأصيل : دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الأردني
المصدر:	مجلة المنارة للبحوث والدراسات
الناشر:	جامعة آل البيت - عمادة البحث العلمي
المؤلف الرئيسي:	العمرى، محمد علي محمد علي
المجلد/العدد:	مج20, ع2
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2014
الشهر:	ربيع الأول
الصفحات:	9 - 38
رقم MD:	749641
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo, EcoLink, HumanIndex, EduSearch, AraBase
مواضيع:	الكفيل
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/749641">http://search.mandumah.com/Record/749641</a>

## رجوع الكفيل على الأصيل "دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الأردني"

تاريخ تسلم البحث: ٢٠١٢/١١/١٤ م تاريخ قبوله للنشر: ٢٠١٣/٥/٢٩ م

محمد علي محمد العمري \*

### ملخص

رجوع الكفيل على الأصيل من الأمور المهمة التي تثير النزاع والخلاف بين الأصلاء وكفلائهم، ومآل هذا الخلاف إذا لم يحسم بطريقة سليمة إغلاق باب الكفالة تفادياً لهذه الإشكالات، وقد جاء هذا البحث ليعالج هذه المسألة حيث بين التكليف الفقهي للكفالة في ضوء الحالات التي تعترها باعتبار الإذن والأمر بها من عدمه، وأثر ذلك على الشروط الواجب مراعاتها بتسوية رجوع للكفيل الموفي على الأصيل، كما بين مقدار ما يرجع به الكفيل على الأصيل سواء تم الأداء من جنس الدين أم من غير جنسه، كما بين متى يرجع، مع الإشارة في ذلك كله إلى ما نص عليه القانون المدني الأردني.

### "The Returning of the Guarantor to the Principal Party"

#### Abstract

The returning of the Guarantor to the principal party is one of the important issues that need to be addressed carefully especially in regard to the relationship of both parties and the doctrinal nature of the warranty contract. Therefore, this study juridically examines such issues in comparison to the Jordanian Civil Law. It also aims at exploring the cases under which the Guarantor may return to the principal and what are the conditions that should be fulfilled in these cases, and whether or not the payment in this regard should be from the same kind of debt. It expresses when it should be returned in reference to the specific articles of the Jordanian Civil Law.

#### المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى من سار على نهجه إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن موضوع الكفالة من المواضيع الهامة والملحة التي تكاد حاجات الناس ومعاملاتهم لا تفك

\* أستاذ مساعد كلية الشريعة، جامعة آل البيت..

عنها، وبخاصة بعد قيام البنوك وشركات توظيف الأموال الإسلامية، وانتشارها في المجتمعات الإسلامية المعاصرة، وإقبال الناس على التعامل معها أخذاً وإعطاء.

وبالرغم من كثرة ما كتب حول الكفالة قديماً وحديثاً؛ ابتداءً من تحديد مفهومها وبيان أركانها وشروطها وانتهاءً بتطبيقاتها المعاصرة، إلا أن مسألة رجوع الكفيل على الأصيل تعد من أهم مسائل هذا الباب؛ ولأن الكفالة تدرج تحت عقود التبرعات (الشيباني، ١٣٠٤هـ، السنهوري، ٢٠٠٤) التي تبغى تحقيق حاجات الناس، وتؤدي إلى التعاون والتراحم فيما بينهم لقيامها على أساس المواساة بين أفراد الأمة (الغنيمي، بدون تاريخ، ابن عاشور، ٢٠٠١). ولأن من مقاصد أحكام التبرعات - كما يقول ابن عاشور - بالإضافة إلى تكثيرها في واقع المجتمع لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وأن تكون التبرعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، فإن من أهم مقاصدها الا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير (ابن عاشور، ٢٠٠١)، فلما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية، وكان لصاحب الدين المكفول له أن يستوثق لدينه (المرغيناني، بدون تاريخ) وأن يطالب الكفيل بحقه بالإضافة إلى الأصيل، سعت الشريعة الغراء من خلال مدوناتاها الفقهية، وما انبثق عنها من مواد قانونية إلى حماية حقوق الكفيل المالية، حرصاً منها على إرساء قواعد البر والتعاون بين أبناء المجتمع وتيسير معاملات أبنائه والتوسع فيها بلا خوف ولا وجل. وقد حاولت في هذا البحث إبراز أهم ملامح هذه الحماية والأمور المتعلقة بها.

### إشكالية البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

١. ما هو التكيف الفقهي للكفالة؟ وما أثره في مسألة رجوع الكفيل على الأصيل؟
٢. ما هي شروط رجوع الكفيل على الأصيل؟
٣. ما هي الحالات التي تعترى الكفالة وتؤثر في رجوع الكفيل على الأصيل؟
٤. بم يرجع الكفيل على الأصيل؟

### حدود المشكلة:

ليس من هدف هذا البحث دراسة كل ما يتعلق بعقد الكفالة؛ فهذا فضلاً عن أنه أشبع بحثاً من قبل الباحثين والدارسين؛ فإن المقام لا يتسع لذكره هنا، وإنما سنتقصر مهمته على تحديد المقصود بمسألة رجوع الكفيل على الأصيل في الأموال، وتكييفها من الناحية الفقهية، وبيان الشروط والمحددات القانونية التي تسوّغ عملية رجوع الكفيل على الأصيل، وبما يرجع عليه.

### فرضية البحث:

ينطلق هذا البحث من فرضية محددة وهي: أنه يوجد في الفقه الإسلامي جملة من الأحكام تعنى بحماية حقوق الكفلاء تجاه مكفولهم، وهو يسعى إلى إثبات صدق هذه الفرضية أو خطئها.

### الدراسات السابقة:

لم أجد في حدود بحثي واطلاعي من تناول هذا الموضوع على نحو مستقل وعالجه بشكل شمولي متكامل، بل تم عرضه في ثنايا الحديث عن أحكام الكفالة وآثارها على سبيل التبعية، فضلاً عن عدم ولوج باب المقارنة مع المواد القانونية النازمة لهذه المسألة وسبر الآثار المترتبة على حماية حقوق الكفلاء.

## المبحث الأول التكليف الفقهي للكفالة

اختلفت أنظار الفقهاء في تكليفهم للكفالة وما يترتب على ذلك من آثار حقوقية تجاه أطرافها، فجاءت على قولين:

**الاتجاه الأول:** ويمثله الظاهرية (ابن حزم، ١٩٩٧) ومن وافقهم كابن شبرمة، وابن أبي ليلى وأبي ثور (الطبري، بدون تاريخ، ابن قدامة، ١٩٩٧)، بالإضافة للشيعية الإمامية (الطي، بدون تاريخ): إذ يرون أن عقد الكفالة ينقل الحق من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل؛ فتبرأ ذمة المكفول عنه وتنشغل ذمة الكفيل بالدين.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمكفول له الرجوع على المكفول عنه ومطالبته بالدين بأي حال ولا على ورثته سواء استوفى دينه من الكفيل أم لا، وإنما يطالب الكفيل به وحده. واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما يأتي:

١. من السنة: فقد استدلوا بحديث أبي قتادة الذي يرويه جابر رضي الله عن بقوله: ((تُؤْفَى رَجُلٌ فَعَسْتَنَاهُ وَحَطَّنَاهُ وَكَفَّنَاهُ، ثُمَّ أَتَيْنَا بِهِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْنَا: تُصَلِّيْ عَلَيْهِ، فَخَطَا خُطْوَةً ثُمَّ قَالَ: أَعَلَيْهِ نَيْنٌ؟ قُلْنَا: دِينَارَانِ، فَانصَرَفَ فَتَحَمَلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ، فَأَتَيْنَاهُ فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: الدِّينَارَانِ عَلَيَّ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قَدْ أَوْفَى اللَّهُ حَقَّ الْغَرِيمِ وَبَرِيءٌ مِنْهُ الْمَيْتُ، قَالَ: نَعَمْ، فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟ قَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أُمْسٌ، قَالَ: فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ، فَقَالَ: قَدْ قَضَيْتُهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الآنَ بَرَكْتَ عَلَيْهِ جِذْدَةً))<sup>(١)</sup>.

وجه الدلالة: أن قوله صلى الله عليه وسلم: ((قَدْ أَوْفَى اللَّهُ حَقَّ الْغَرِيمِ وَبَرَّئَ مِنْهُ الْمَيْتُ، قَالَ: نَعَمْ، فَصَلَّى عَلَيْهِ))، نصّ في أن الكفالة إنما تنفيذ نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، وهذا يعني أن الدين بالضمان يسقط جملة، لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة الكفيل -أبي قتادة- لما كانت الحال إلا واحدة، والواقع غير ذلك؛ فامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة قبل الضمان حال، وصلاته بعد الضمان حال أخرى، وفي هذا دليل على أن الحال الثانية غير الأولى، وأن الدين سقط بضمان الضامن، وأن الحديث نصّ على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: ((حق الغريم عليك وبرئ منها الميت)) فقال الضامن: نعم.

أما قوله صلى الله عليه وسلم: ((الآن بردت عليه جلده)) بعد أن وفى أبو قتادة الدينارين، فقد ذهب الظاهرية إلى أنها زيادة تبريد دخلت عليه حين القضاء عنه وإن كان لم يكن قبل ذلك في حر. (ابن حزم، ١٩٩٧).

٢. المعقول: فقالوا أنه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الأصل منه، إذ لو كان غير ذلك لكان للمكفول له أن يأخذ حقه مرتين فيحصل له العدد مضاعفا (ابن حزم، ١٩٩٧)، ولأن ما ثبت في محل فما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة، وإذا ثبت في محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شاغلاً لمجلس<sup>(١)</sup>، وقد ثبت الدين في ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الأصل منه (السرخسي، ٢٠٠١).

وتكليف هذا الفريق للكفالة من حيث أنها نقل الدين من ذمة إلى أخرى هو تكليف لها بالحوالة من حيث الأثر المترتب عليها، وهو ما نصّ عليه ابن حزم بقوله: (الكفالة والحوالة سواء) (ابن حزم، ١٩٩٧)، ولكن ذلك لا يلغي الفرق بينها وبين الحوالة عند الظاهرية، والفرق بينهما هو:

١- أن الحوالة هي: نقل الدين من ذمة إلى أخرى مشغولة بمثله<sup>(٢)</sup>، أما في الكفالة فلا يشترط فيه وجود دين شاغل لذمة الكفيل.

٢- أن المحال في الحوالة ملزم بالحوالة ومجبر عليها إذا ما أحيل على ماله<sup>(٤)</sup>، أما في الكفالة فلا تكون إلا برضا الكفيل وإرادته.

٣- أن الحوالة لا تصح في دين البيع خاصة<sup>(٥)</sup>، والكفالة تجوز في كل الديون مهما كان سببها. الاتجاه الثاني: ويمثله جمهور الفقهاء من الحنفية (الموصلي، ٢٠٠٥)، والمالكية (القرافي، ١٩٩٤)، والشافعية (الماوردي، ١٩٩٤)، والحنابلة (ابن قدامة، ١٩٩٤) حيث يرون أن ذمة المدين تبقى

مشغولة بالدين إلى أن يؤدي إلى المكفول له، ومنهم من يرى أن ذمة الكفيل تشغل به أيضاً فيكون الدين شاغلاً للذمتين معاً، ومنهم من قال: أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين، وإنما بالمطالبة به. وقد استدلوا لقولهم بما يأتي:

١. من السنة: إشارة إلى حديث أبي قتادة السابق حيث قالوا إن مراجعة الرسول صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة وسؤاله عن الدينارين، وقوله صلى الله عليه وسلم بعد تيقنه أن أبا قتادة قد وفى الدين عن الميت ((الآن بَرَكْتُ عَلَيْهِ جِلْدَةً))، أن هذا يدل على عدم براءة ذمة المدين قبل وفاء الدين من الكفيل، ويؤكد على عدم نقل الدين بموجب الكفالة من ذمته إلى ذمة الكفيل، بل يؤكد على ثبوت الدين في ذمة الطرفين، ومطالبة الدائن لكل منهما. وأما قوله صلى الله عليه وسلم قبل وفاء أبي قتادة الدين ((قَدْ أَوْفَى اللَّهُ حَقَّ الْغَرِيمِ وَبَرَّئَ مِنْهُ الْمَيْتَ)) إنما يحمل على أن هذا الدين قد صار بموجب الكفالة كأنه قد وفى وبرئ المدين من رجوعك عليه لأن ضمانه كان بغير إذنه. (الماوردي، ١٩٩٤).

المعقول: انبثق استدلالهم بالمعقول من معنى الكفالة لأنها تنبئ عن الضم، وهي ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل، أو في حق أصل الدين، والبراءة تنافي الضم، ولأنها لو كانت مبرئة لكانت حوالة و هما متغايران؛ إذ أن تغاير الأسماء دليل تغاير المعاني (الكاساني، ١٩٨٢). ويقول السرخسي في هذا الصدد ما نصّه: (ولكننا نقول كل واحد من العقدين اختص باسم، واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان كاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه بالقبض في المجلس .... فكذا هنا معنى الكفالة الضم فيقتضي أن يكون موجب هذا العقد ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى وذلك لا يكون مع براءة ذمة الأصيل (ومعنى الحوالة) التحويل ونلك لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل) (السرخسي، ٢٠٠١م، ج ١٩ ص ١٦٢).

#### المناقشة:

بالنظر في واقع النقولات التي أوردها الفقهاء وحججهم التي استندوا عليها في فهم حديث أبي قتادة يتضح أن رأي جمهور الفقهاء هو المذهب الذي يقوم عليه الاستدلال، وينبغي أن يصار إليه؛ ذلك أن امتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة على الميت إنما يفهم منه حض الناس على المبادرة بقضاء الدين عن المعسر، وليكف المعسرون عن المدائنة بحسب الإمكان (القرافي، ١٩٩٤). وأما صلاته صلى الله عليه وسلم عليه بعد الكفالة إنما يحمل على أن الميت بالضمان

صار كمن ترك وفاءً لدينه (الموردى، ١٩٩٤)، ولا يفهم منه تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم بعد وفاء أبي قتادة للدين: ((الآن بَرَكْتَ عَلَيْهِ جِلْدَةً)). يقول الإمام النووي: (فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان) (النووي، بدون تاريخ، ج ٤ ص ٢٤).

وفي معرض ردهم على قول الفريق الأول أن الدين الواحد لا يحل في محلين، أجابوا أن الضمان إنما هو مجرد توثيق للحق كالرهن (البابرتي، بدون تاريخ)، ولا يثبت به في الأصل ملك جديد كسائر التملكيات (الرافعي، ١٩٩٧)، وإن أدى إلى ذلك انتهاء (السرطان، ٢٠٠٧)، وكما هو مقرر فقهاً أن الدين الواحد: (يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق، كتعلق دين الرهن به وبذمة الرهن) (ابن قامة، ١٩٩٧).

كما أن الكفيل بتعهده الوفاء بما التزم به من دين تجاه المكفول له قد جعل ذمته مشغولة بهذا الدين مع بقاء ذمة المكفول عنه مشغولة به أيضاً<sup>(٦)</sup>. صحيح أنه من المقرر عقلاً أن الشيء الواحد لا يثبت في محلين في آن واحد، إلا أن قاعدة التقديرات<sup>(٧)</sup> قد أسعفت الحنفية في ذلك؛ لأن الدين ليس شيئاً مادياً حقيقياً، وإنما هو أمر حكمي، لذا كان من الممكن عدّه ثابتاً في محلين تصحيحاً للتصرف.

هذا وقد فرّق القانون المدني الأردني بين الكفالة والحوالة، واعتبرهما أمرين متغايرين مفهوماً وأحكاماً.

أما من حيث المفهوم؛ فقد عرّف الكفالة في المادة (٩٥٠) بأنها: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام<sup>(٨)</sup>.

وعرّف الحوالة في المادة (٩٩٣) بأنها: نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

فالكفالة ضم الذمة إلى الذمة وليست نقلاً للدين، بل إن القانون اعتبر الكفالة التي يشترط فيها براءة الأصيل حوالة، وبالعكس؛ فقد نصّت المادة (٩٥٨) منه على ما يأتي: "الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة".

وهو ما نصّت عليه المادة (١٠٦٥) من قانون المعاملات الإماراتي.

وهو ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (٦٤٨): "لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى الحوالة".

أما من حيث الأحكام فقد فرّق بينهما القانون في كثير من الأمور ومن أهمها:

١. يكتفى بانعقاد الكفالة الإيجاب من الكفيل وحده، وللمكفول له ردها<sup>(٩)</sup> (المادة ٩٥١)، أما الحوالة فهي عقد لا بد فيها من رضا الأطراف جميعها (المادة ٩٩٦).
٢. إذا كانت الحوالة مقيدة<sup>(١٠)</sup> يشترط فيها أن يكون المحيل مديناً للمحال له (المادة ٩٩٧)، ولا يشترط ذلك في الكفالة.
٣. الكفالة لا يبرأ معها الأصيل من الدين (المادة ٩٦٧)، أما في الحوالة فهي ميرئة للأصيل (المادة ١٠٠٣).

## المبحث الثاني

### الحالات التي تعترى الكفالة

اتفقت كلمة علماء الفقه (السرخسي، ٢٠٠١، القرافي، ١٩٩٤، النووي، بدون تاريخ) والقانون (السنهوري، ٢٠٠٤، أبو ستيت بدون تاريخ، الناهي، ١٩٨٤)، على أن الكفالة في الأصل عقد تبرعي بالنسبة إلى الكفيل؛ فهو يتبرع عادة بكفالته للدين وليس من موجب ابتداءً يلزمه بالقيام بهذا التصرف فلا تصح ممن ليس أهلاً للتبرع وقد نصّت المادة<sup>(١١)</sup> (٩٥٢) من القانون المدني الأردني على ذلك بقولها: "يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع".

إلا أن الكفالة تعترىها حالتين في النظر الفقهي الذي يلحظ العلاقة القائمة بين الكفيل الموفي والأصيل المدين<sup>(١٢)</sup> تبعاً لإذن المكفول عنه وأمره بها من عدمه، وما يستتبع ذلك من أثر في رجوع الكفيل الموفي على المدين.

الحالة الأولى: وهي عندما يلتزم الكفيل الضمان بغير إذن المكفول عنه، وعندما يؤدي الدين بغير أمره؛ ففي هذه الحالة تكفّف الكفالة أنها تبرع محض من جانب الكفيل للمكفول عنه؛ وذلك لأن الكفيل قد تطوع بالضمان وبالآداء، فيكون حاله كحال المتصدق.

وفي هذه الحال لا رجوع للكفيل على الأصيل عند جمهور الفقهاء من الحنفية (الغنيمي، بدون تاريخ)، والمالكية في رأي (الدسوقي، بدون تاريخ) والشافعية<sup>(١٣)</sup> (الرافعي، ١٩٩٧)، والحنابلة (ابن قدامة، ١٩٩٧).

وقد أُلحِق الحنابلة بهذه الحالة ما إذا كان الكفيل ناوياً عدم الرجوع على المكفول عنه فيعد متبرعاً أيضاً وإن كان قد التزم بالضمان وبالآداء بأمر من المكفول عنه.

يقول ابن قدامة: (إن قضى الدين متبرعاً به، غير ناو للرجوع به، فلا يرجع بشيء؛ لأنه

تطوّع بذلك، أشبه الصدقة. وسواء ضمن بأمره أم بغير أمره (ابن قدامة، ١٩٩٧، ج٧ ص ٨٩). واحتج أصحاب هذا الرأي بحديث أبي قتادة السالف الذكر، ووجه الدلالة أن صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بعد ضمان أبي قتادة على الميت دليل على عدم حقه في الرجوع، إذ لو كان له الرجوع لما صلى عليه لبقاء الدين في ذمته، ولقوله صلى الله عليه وسلم بعد وفاء أبي قتادة الدين: ((الآن بردت عليه جلده)). (الرافعي، ١٩٩٧).

وخالف في ذلك المالكية في المشهور من مذهبهم (الدسوقي، بدون تاريخ) حيث يرون أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال عند عدم التصريح؛ فكما يلزمه الرجوع بالتصريح، فكذلك يلزمه إذا دل عليه لسان الحال، وفي هذا الصدد يقول الحطّاب ما نصّه: (إذا أدى رجل عن رجل ديناً، ثم قام الدافع بطلب المال، وقال المدفوع عنه: إنما دفعت عني على وجه المعروف احتساباً. فالقول قول الدافع؛ لأن الأصل عدم خروجه عن ملكه إلا على الوجه الذي قصده، إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع)، (الحطّاب، بدون تاريخ، ج٧ ص ٣٣).

ويتضح من كلامه أنه يحق للكفيل الرجوع على الأصيل مطلقاً سواء أكانت الكفالة بإذنه أم بغير إذنه؛ ولذلك قلنا أن الكفالة عندهم فرض مطلقاً (ابن رشد، ١٩٨٨).

وفي رواية للحنابلة أنهم يرون الرجوع إذا كان معتقداً للرجوع عند ضمانه وأدائه بصرف النظر عن الأمر بذلك أو عدمه (ابن قدامة، ١٩٩٧). فالإذن بالكفالة وعدمها سيان عند هذا الفريق من الفقهاء، والمعول عليه عندهم هو نية الكفيل التي قامت بنفسه عند التزامه الكفالة، فإن نوى التبرع بذلك انصرفت الكفالة إلى معنى التبرع وإلا فلا تعد تبرعاً، وإنما تأخذ معنى القرض ويرجع الكفيل على الأصيل بما آداه عنه في هذه الحالة، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أولاً: لأن الكفيل قام بوفاء ما كان واجباً على المكفول عنه؛ فكان من ضمان من هو عليه،

كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه (ابن قدامة، ١٩٩٧، ج٧ ص ٩٠).

ثانياً: أن الدائن باستيفائه الدين من الكفيل يصير كالمملك لذلك المال منه، وكأنه أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل (السرخسي، ٢٠٠١).

ثالثاً: أن صلته صلى الله عليه وسلم على الميت بعد ضمان أبي قتادة دليل على عدم الرجوع، لا لأن الكفيل لا يحق له الرجوع عند عدم الإذن بل لأن أبا قتادة قد تبرع بالقضاء والضمان قاصداً إبراء نمة الميت من دينه، لعلمه أنه لم يترك وفاءً، والمتبرع لا يرجع بشيء مما تبرع به، وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع.

والراجع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول لما يأتي:

أولاً: لأن استدلالهم بالحديث سالم من المعارضة، إذ لو جاز لأبي قتادة الرجوع على الميت لما برئت نيمته من الدين، ولما صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم؛ فصلاته عليه السلام دلالة على براءة نمة الميت من الدين تجاه الكافة، وإلا لو كان الأمر بخلاف ذلك لكان فعل أبي قتادة أمراً شكلياً، غاية ما فيه أن الدائن قد تغير.

ثانياً: أن المكفول عنه قد لا يقبل بهذه الكفالة، لأن الدائنين مختلفون في المطالبة بالدين سماحة وملاحة، فإذا كان المدين راضياً بالدائن لسماحة خلقه وسلاسة طبعه فقد لا يرضى بأن يكون مديناً لكفيل ذي طبع عسير. فضلاً عن أنه قد يكون غرض الكفيل من الكفالة إلحاق ضرر بالمكفول عنه، إما بسوء طلبه، وإما بحبسه وفي هذه الحالة لا يلزم الأصيل بأداء ما أودي عنه عند القائلين بجواز الرجوع (الغرياني، ٢٠١٠).

ثالثاً: أن قياس الفريق الآخر أداء المتبرع الدين عن المكفول عنه على أداء الحاكم الدين عن المدين عند امتناعه قياس مع الفارق، لأن الحاكم له ولاية عامة على الكافة (حيدر، ١٩٩١)، أما المتبرع فليس له ولاية على غيره.

رابعاً: أن قولهم أن أبا قتادة قد تبرع بالقضاء والضمان، فهذا لا دليل عليه، كما أننا لا نرى فرقاً بين متبرع متصدق ومتبرع محتسب بالرجوع.

وخلاصة الأمر أن الكفالة إذا كانت بغير طلب من المكفول عنه فإن الكفيل يُعد متبرعاً، والمتبرع لا يرجع بما تبرع به.

وكذلك إذا عجل أداء الدين المؤجل يُعد متبرعاً بالتعجيل، ولا يجوز الرجوع إلا عند حلول الأجل، يقول ابن قدامة:

(فإن قضاء قبل الأجل - أي الدين - كان متبرعاً بتعجيل القضاء... فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل) (ابن قدامة، ١٩٩٧).

وهو ما نصّت عليه المادة (٩٧٩) من القانون المدني الأردني بقولها:

١- "ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها"

٢- "ليس للكفيل - أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل".

وهو ما يشير إلى أن القانون المدني الأردني قد عد الكفالة حالة عدم الأمر بها من جانب الأصيل تبرعاً، ورتب على ذلك أن أداء الكفيل الموفي لدين الأصيل تبرعاً من الكفيل للأصيل.

الحالة الثانية: أن تكون عقد قرض: وذلك عندما يلتزم الكفيل الضمان بإذن المكفول عنه ويؤديه بإذنه أيضاً، لأن الإذن والأمر بالضمان والأداء يخرجها عن معنى التبرع وهذا رأي عامة أهل الفقه من الحنفية (العيني، ١٩٩٠)، والمالكية (الحطاب، بدون تاريخ)، والحنابلة (الجماعلي، بدون تاريخ) والشافعية (الرافعي، ١٩٩٧)، والزيدية في رأي (الشوكاني، بدون تاريخ)، والجعفرية (الكركي، بدون تاريخ).

وللشافعية رأيان فيما لو ضمن بأمره وأدى بغير أمره، أحدهما: لا يرجع، لأن الأمر يحتمل أن يراد به الحث على التطوع، ويحتمل أيضاً أن يراد به الرجوع والأخذ بأحد الاحتمالين هو ترجيح بلا مرجح، والرأي الآخر وهو الذي عليه أكثر الشافعية أنه يرجع لأن الأداء مستحق بالضمان المأمور به (الماوردي، ١٩٩٤، قليوبي وعميرة، ١٩٥٦).

وخالف في ذلك الظاهرية ومن وافقهم كابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي ثور، وأبي سليمان فقالوا إن الكفيل لا يرجع بما أدى سواء كانت كفالته بأمر من المكفول عنه أو بغير أمره، وذلك تخريجاً على تكليفهم للكفالة في أنها تنقل الحق من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل<sup>(١٤)</sup> (ابن حزم، ١٩٩٧)؛ وقد نصّ ابن حزم على ذلك بقوله: ( فمن الباطل المتيقن والظلم الواضح أن يطالب الضامن من أجل أدائه حقاً لزمه وصار عليه واستقر في ذمته من لاحق قبله له ولا للذي أداه عنه ) (ابن حزم، ١٩٩٧، ج ٨، ص ١١٦).

إلا أنهم قالوا بجواز رجوع الكفيل على الأصيل في حالة واحدة وهي: إذا خرجت الكفالة عن مضمونها إلى معنى القرض وصور ذلك ابن حزم بقوله: ( أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا عليّ، فإذا أديت عني ما لهذا عني فهو دين لك علي. فهنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح). (ابن حزم، ١٩٩٧، ج ٨، ص ١١١). وقد أخذ القانون المدني الأردني برأي الجمهور؛ فقد نصّت الفقرة واحد من المادة (٩٧٩) على أنه: " ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها".

وهو ما أكدته القاعدة العامة في المادة (٣٠٩) من هذا القانون التي تنصّ على: "من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته به سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط". (السرْحان، ٢٠٠٧).

### المبحث الثالث

## شروط رجوع الكفيل على الأصيل

يشترط لرجوع الكفيل على الأصيل مجموعة من الشروط هي:

- ١- أن تكون الكفالة بأمر صريح من المكفول عنه للكفيل.  
فإذا كفل واحد غيره بلا أمره كان متبرعاً والمتبرع لا يرجع بما تبرع به (ابن عابدين، ١٩٩٢، العمراني، ٢٠٠٠، ابن المرتضى، بدون تاريخ).  
ولأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدون، ويؤكد الكاساني على هذا بقوله: ( لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض، وهو طلب القرض من الكفيل). (الكاساني، ٢٠٠٣، ج٧، ص٤٠٥)، فلو كفل بغير أمره لا يرجع عنه عند عامة الفقهاء خلافاً للمالكية في المشهور من مذهبهم، وبعض الحنابلة في رأي فذهبوا إلى أن للكفيل الرجوع على الأصيل مطلقاً سواء أكانت الكفالة بإذنه أم بغير إذنه<sup>(١٥)</sup>  
وذهب الزيدية في رأي إلى أنه إذا كان بين الكفيل والأصيل معاملة متكررة أو قرابة يجوز للكفيل الرجوع استحساناً ولا يعتبر متبرعاً (ابن المرتضى، بدون تاريخ).  
أما القانون المدني الأردني فقد اشترط لرجوع الكفيل على الأصيل أن تكون الكفالة بطلب المدين أو على الأقل موافقته، كما نصت على ذلك المادة (٩٧٩) منه.  
كما اعتبر المشرع الأردني أن طلب المدين الكفالة من الكفيل وأمره بها قد يستخلص من الظروف المحيطة بالمعاملة، حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية: " أن توقيع شخص على الكمبيالة بصفته مديناً وتوقيع شخص آخر عليها بصفته كفيلاً قرينة على أن المدين أحضر الكمبيالة إلى الكفيل وطلب منه أن يوقع عليها بهذه الصفة، ولا يقبل قول المدين بأنه لم يطلب من الكفيل أن يكفله وأنه لا يحق للكفيل الرجوع عليه". (السرْحان، ٢٠٠٧).  
٢- أن تكون الكفالة بإذن صحيح وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين، ويملك أن يوفي دينه بنفسه ( الكاساني، ٢٠٠٣، داماد، بدون تاريخ).  
ولا يشترط لصحة الكفالة ونفاذها أن يكون المكفول عنه بالغاً عاقلاً فتصح كفالة دين الصغير والمجنون، وهذا ما نصت عليه المادة (٦٢٩) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي".  
والعلة في ذلك أن الكفالة لا ضرر فيها على الصغير والمجنون، وإنما يكون الضرر على الكفيل؛

لأنه إذا أدى أحد ما على صبي من الدين بمقتضى كفالته إياه عد متبرعاً به وذلك مما يعود بالنفع على الصبي، وإذا أدى الكفيل ما على هؤلاء من الدين فليس له الرجوع عليهم وسواء في ذلك أكانت الكفالة بأمرهم أم بدون ذلك؛ فعدم الرجوع مع الأمر لأن إقرار الصبي والمجنون ليس بصحيح<sup>(١٦)</sup>، فيكون الأمر الصادر منهم في الكفالة ليس صحيحاً أيضاً، أما عدم الرجوع مع عدم الأمر بالكفالة؛ لأن الكفالة بدون الأمر تبرع.

فلا يعتبر إذن الصبي المحجور عن التصرفات في الكفالة؛ لأن العلاقة في الكفالة علاقة استقراض، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (العيني، ١٩٩٠، السمرقندي، ١٩٩٤، الماوردي، ١٩٩٤، الرافعي، ١٩٩٧).

فلو أذن الصغير لغيره بأن يكفله، فأدى الكفيل الدين عن الصغير يكون قد أداءه بدون إذن أو طلب معتبر شرعاً، فيكون متبرعاً بأدائه ولا يرجع على المكفول عنه.

ولم يشترط القانون المدني الأردني أهلية المكفول عنه فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي، وهذا أمر طبيعي يتفق مع القواعد العامة؛ لأن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن دون حاجة إلى رضا المكفول عنه<sup>(١٧)</sup>، وعلة ذلك أن قضاء دين الغير دون إذنه جائز فكفالته أولى بالجواز (السرْحان، ٢٠٠٧).

إلا أن ذلك لا يعني بحال حق الكفيل بجواز الرجوع على الأصيل في مثل هذه الحالة؛ ذلك أنه يعتبر تصرفات غير المميز ومن هو في حكمه باطلة؛ وبالتالي لا اعتبار لإنهم في الكفالة<sup>(١٨)</sup>.

٣- إضافة الضمان إلى الأصيل بأن يقول للكفيل : اضمن عني، فلو قال: اضمن كذا ولم يضيف الضمان إلى نفسه لا يرجع، لأنه إذا لم يضيف إليه لا تقع الكفالة إقراضاً فلا يرجع عليه وعندها يعد متبرعاً؛ لأن الكفالة بالنسبة للمكفول عنه استقراض وبالنسبة للكفيل بعد الأداء إقراض للمكفول عنه ووكالة عنه في الأداء إلى المكفول له؛ فهو تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال فيرجع عليه بما أقرضه. (الكاساني، ١٩٨٢ العيني، ١٩٩٠، العمراني، ٢٠٠٠).

كما أن قوله اضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع ويحتمل غيره، ولا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص؛ فإذا كانت الذمة بريئة بتعيين فلا تتشغل بأمر مشكوك فيه، أما إن قال له اضمن عني فقد ارتفع الشك وثبت اليقين، عندها يرجع عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف الذي يرى أنه يرجع في الحالتين اعتباراً بدلالة الحال. (العيني، ٢٠٠٠).

والواقع أنه كما يحق للكفيل الرجوع على الأصيل بموجب قوله اضمن عني، إلا أن العبرة بدلالة الحال؛ فيحق له الرجوع بما يقوم مقامها؛ أي بما يدل على أن الأمر إنما قصد به استقراض المدين من الكفيل، دون أن يحتمل معنى التبرع (داماد، بدون تاريخ).

٤- أداء المال إلى الطالب حقيقةً وما في معناه<sup>(١٩)</sup>، حتى وإن كانت الكفالة بأمر المدين.

لأنه قبل الأداء مقرض للذمة (السرخسي، ٢٠٠١)، ولأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتملك، وهذا متوقف على الأداء ولم يوجد، قال الكاساني: (وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره؛ لأن الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه في الأداء إلى الطالب، وفي حق الطالب تملك ما في ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه). (الكاساني، ١٩٨٢، ج٧، ص٤٠٥).

وهذه قاعدة عامة عند جميع الفقهاء فلا يملك الكفيل الرجوع على الأصيل قبل الأداء؛ لأن معنى الإقراض والتملك لا يتحقق إلا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله. (الكرابيسي، ١٩٨٢، المرادوي، ١٩٩٨، الجماعلي، ١٩٩٤).

ويدخل في موضوع الأداء ما في معناه، فلو وهب المكفول له الدين للكفيل يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الهبة هنا في معنى الأداء؛ لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء، وإذا وهب الدين من الأصيل برئ الكفيل لأن هذا وأداء المال سواء؛ لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمته كما إذا أدى.

وإذا كان الحنفية يقولون بعدم جواز هبة الدين لغير المدين، فكيف ذهبوا إلى جواز هبة الدين للكفيل مع أنهم يقولون بعدم ثبوت الدين في ذمته، إذ أن الثابت في حقه عندهم هو المطالبة فقط؟ قلنا سابقاً عند حديثنا عن التكيف الفقهي الكفالة أن الحنفية يرون أن الكفالة يتحقق مقصدها بثبوت حق مطالبة الدائن للكفيل، ولا ضرورة للقول بثبوت الدين في ذمة الكفيل؛ لذلك قالوا بعدم انشغال الذمتين بالدين الواحد.

أما في حالة هبة الدين للكفيل، فقد ذهبوا إلى القول بثبوت الدين في الذمتين معاً، فتكون هبة الدين قد حصلت لمن هو عليه فتصح، وذلك كله من أجل تصحيح تصرف الواهب والنأي به عن البطلان (البابرتي، بدون تاريخ).

وقد ذهب القانون المدني الأردني إلى أن الكفيل لا يرجع على الأصيل إلا إذا أدى الدين عن الكفيل ولا يرجع قبل ذلك فقد نصت الفقرة واحد من المادة (٩٧٩) على ما يأتي: "ليس للكفيل أن

يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها".  
٥- أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله (الكاساني، ١٩٨٢)؛ فإن كان للأصيل دين على الكفيل فلا رجوع له عليه؛ لأن الكفيل بأدائه للدين عن الأصيل أصبح دائماً له، وقد كان الكفيل قبل الأداء مديناً بمثل دينه، فقد استوى الدينان فتجري بينهما المقاصة<sup>(٢٠)</sup>، إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً<sup>(٢١)</sup>، فإن كان ما أداه الكفيل أكثر من الدين رجع بالزائد فقط.

٦- أن ينوي الرجوع عند الأداء، فأما إذا قضى الدين متبرعاً به، غير ناوٍ للرجوع به فلا رجوع له؛ لأنه يتطوع بذلك فأشبهه الصدقة سواء ضمن بأمره أم بغير أمره. (ابن قدامة، ١٩٩٧).  
ولسنا مع هذا الشرط؛ إذ يكفي أن يكون الأداء بأمر المكفول عنه لجواز الرجوع؛ لأن أداء الدين بعد الأمر قرينة على إرادة الرجوع.

٧- أن لا يشترط في الكفالة براءة الأصيل إذ لو اشترط ذلك لانقلبت الكفالة إلى حوالة؛ ويشترط فيها عندئذ رضا المحال والمحال عليه (علي حيدر، ١٩٩١)؛ لأن الكفالة هي ضم نمة إلى نمة في الدين وعلى قول في المطالبة، فلو اشترط البراءة برئ الأصيل وطولب الكفيل وحده بالدين وهذا معنى الحوالة؛ لأنها نقل للدين من نمة إلى أخرى فتبرأ أحدهما في حين تبقى الأخرى مشغولة به.  
يقول السرخسي: (وإذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على إبراء الذي عليه الأصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء؛ لأنهما أتيا بمعنى الحوالة، وإن لم يصرحا بلفظها، والألفاظ قوالب المعاني. والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة، كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشيء بألف درهم فيكون بيعاً، وإن لم يصرح بلفظ البيع. والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث إن كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء؛ كانت الكفالة فإذا شرط في الكفالة أن يكون الأصيل بريئاً؛ كانت الحوالة) (السرخسي، ٢٠٠١، ج ٢٠ ص ٤٦).

وذهب الشافعية في الأصح إلى أن الكفالة لا تصح بهذا الشرط؛ لأنه مناف لمقتضى الكفالة. (الشريبي، ١٤١٥هـ).

وهو ما نصت عليه المجلة في المادة (٦٤٨) والتي جاء فيها: "لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى حوالة".

ونصّ عليه القانون المدني الأردني في المادة (٩٨٥) والتي جاء فيها: "الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة".

## المبحث الرابع حالات رجوع الكفيل على الأصيل

إن الناظر في كلام الفقهاء في باب الكفالة يجد أنهم قد نصّوا على حالات تعتري الكفالة وتؤثر في رجوع الكفيل على الأصيل، أول تلك الحالات وأهمها إذن الأصيل بالكفالة وعدمه، وكذلك تأثير الوفاة في الرجوع، وحالة الصلح والإبراء والشركة في الكفالة، وسنتناول هذه الحالات بالتفصيل على النحو الآتي:

### الحالة الأولى: إذن الأصيل بالضمان والأداء:

لم يتفق الفقهاء فيما بينهم في بيان أثر الإذن بالضمان والقضاء على رجوع الكفيل الموفي على الأصيل بل تعددت مساربهم وتنوعت طرقهم في ذلك. فذهب جمهور الفقهاء إلى أن للكفيل الرجوع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره وإن كفل بغير أمره لا يرجع عليه لأنه متبرع بالأداء. وخالفهم في ذلك المالكية في المشهور من مذهبهم الذين قالوا برجوع الكفيل على الأصيل بصرف النظر عن الأمر بالكفالة أو عدمه اعتباراً بدلالة الحال. إلا أن الظاهرية ومن وافقهم يرون عدم الرجوع مطلقاً وهذا نابع من تكييفهم للكفالة. وهو ما تمت الإشارة إليه سابقاً عند الحديث عن الحالات التي تعتري الكفالة. وقد منح القانون المدني الأردني حق الرجوع للكفيل الموفي على الأصيل حالة كون الأصيل أمره بها، أو بموافقة الأصيل على الأداء، فقد نصّت الفقرة واحد من المادة (٩٧٩) على ما يأتي: "ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها".

### الحالة الثانية: أثر الوفاة في رجوع الكفيل على الأصيل:

اختلف العلماء في مسألة أثر الوفاة في حلول الدين على الميث سواء أكان الميث هو الكفيل أم الأصيل، وبناء على القول بحلول الدين، فإذا حلّ الدين على أحدهما لم يحلّ على الآخر وبقي الآخر على أجله؛ لأن الدين لا يحلّ على شخص بموت غيره. (ابن قدامة، ١٩٩٧، الشربيني، ١٤١٥).

ونتناول في الحالات الآتية موت كل من الكفيل و الأصيل والمكفول له على التعاقب:

#### أولاً: موت الكفيل:

إذا مات الكفيل حل بموته الدين عليه فقط فللمكفول له أخذه من وارث الكفيل ولا رجوع للوارث على الأصيل إن كانت الكفالة بالأمر حتى يحل الأجل. (الحصكفي، ١٩٩٢).  
فإن مات الكفيل قبل الأجل؛ فهو عليه حال يؤخذ من تركته؛ لأنه بالموت استغنى عن الأجل ولأنه لا يتصور بقاء الأجل بعد موته؛ لأن يد وارثه لا تنبسط في التركة لقيام الدين، وربما يهلك قبل حلول الأجل والأجل كان لمنفعة من عليه الدين فإذا أدى إلى الضرر سقط (السرخسي، ٢٠٠١).  
ولا رجوع لورثة الكفيل على الأصيل حتى يحل الأجل؛ وهو قول الجمهور (السرخسي، ٢٠٠١، ابن قدامة، ١٩٩٧)؛ لأن الأجل باق في حق الأصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشيء فذلك ورثة الكفيل.

قال العيني: (وحي عن زفر أن لهم مطالبته؛ لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته. قلنا: أنه دين مؤجل، فلا يجوز قبل الأجل) (العيني، ١٩٩٠، ج ٧، ص ٥٤٦).  
وأجيب عنه بأنه إنما أدخله في المؤجل، وحلول الأجل كان بسبب من جهة الكفيل، فيكون كما لو قضى الدين قبل الأجل (ابن قدامة، ١٩٩٧).

#### ثانياً: موت الأصيل.

إذا مات الأصيل قبل الأجل حل عليه الأجل؛ لاستغنائه عن الأجل ولم يحل على الكفيل لبقاء حاجته إلى الأجل وليس من ضرورة حلوله على الأصيل سقوط الأجل في حق الكفيل (السرخسي، ٢٠٠١).

فإن قضى الكفيل الدين قبل الأجل، كان متبرعاً بتعجيل القضاء.

وقد ذهب القانسون المدني الأردني في المادة (٩٧٣) إلى أنه: "إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات؛ فالأجل يحل في حق المتوفي منهما ويبقى الآخر على أجله.

وهذا إذا لم يكن الدين موثقاً توثيقاً عينياً<sup>(٣٢)</sup>، فقد نصت المادة (٤٠٦): "الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن وبحل بموت المدين إلا إذا كان موثقاً توثيقاً عينياً، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة (البهوتي، ١٩٩٣).

ثالثاً: موت المكفول له.

إذا مات المكفول له فحق المطالبة قائم فيمن يقوم مقام الميت؛ كالوصي، أو الوارث؛ فتتم مطالبة الكفيل بالكفالة ولا يبرأ منها (العيني، ١٩٩٠، الهيثمي، ١٩٨٣)، فيرجع على الأصيل إذا ما كان قد أمره بها.

أما إذا مات المكفول له وورثه الكفيل فإنه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب (السمرقندي، ١٩٩٤).

وإن مات المكفول له والمكفول عنه وارثه برئ الكفيل؛ لأن المطلوب وهو الأصيل ملك ما في ذمته فيبرأ وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل (نظام، ١٩٩١). وقد ذهبت مجلة الأحكام العدلية في المادة (٦٦٧) إلى أنه: "لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة، وإن كان للدائن ورث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط، ولا يبرأ من حصة الدائن الآخر".

الحالة الثالثة: إبراء الأصيل أو الكفيل:

إذا أبرأ الدائن الكفيل برأ الكفيل وحده دون الأصيل (حيدر، ١٩٩١)؛ لأن الدين في ذمة الأصيل، ولأن الكفيل وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين فلا تبرأ ذمة الأصيل (ابن قدامة، ١٩٩٧)، ولا رجوع للكفيل في هذه الحالة على الأصيل بشيء؛ لأنه لم يؤد شيئاً (الشربيني، ١٤١٥، البهوتي، ١٩٩٣).

أما لو وهب الدائن الدين للكفيل فله الرجوع على الأصيل إن كانت بأمره وإلا فلا رجوع (ابن نجيم، ١٩٩٧، العيني، ١٩٩٠).

والإبراء له ثلاث صور:

١. أن يقول الطالب للكفيل برئت إلي من المال رجع على المطلوب؛ لأن البراءة التي ابتدأها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء فيرجع عليه كإقراره بالقبض منه أو بالنقد منه أو الدفع إليه واستيفاد منه براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل (ابن نجيم، ١٩٩٧).

٢. أن يقول أبرأتك فهو إبراء لا إقرار منه بالقبض من الكفيل حتى لا يكون للكفيل أن يرجع بالمال على الأصيل.

٣. وإن قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل إلي فهو إبراء عند محمد، وعند أبي يوسف هو إقرار بالقبض وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف في المسألة (نظام، ١٩٩١، ابن نجيم، ١٩٩٧، الموصلي، ٢٠٠٥).

والفرق بين إبراء الكفيل وهبة الدين له: أن إبراء الدائن للكفيل لا يحتاج إلى قبول من الكفيل، ولا يرتد بالرد؛ لأنه إسقاط محض، وله أن يرجع على الأصيل قبل به الأصيل أم لم يقبل (السرخسي، ٢٠٠١، العيني، ١٩٩٠).

أما في الهبة فلا بد من قبول الكفيل فإذا لم يقبل ليس له أن يرجع على الأصيل. وقد ذهب القانون المدني الأردني إلى أن الكفيل يخرج من الكفالة بإبراء أي من الأصيل أو الكفيل، فقد نصت المادة (٩٨٧) على ما يأتي: "تنتهي الكفالة بأداء الدين أو تسليم المكفول به وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين".

#### الحالة الرابعة: لو صالح الطالب الكفيل:

إذا صالح<sup>(٣٣)</sup> الكفيل الدائن على بعض الدين برئ هو والأصيل؛ لأنه لما أضاف الصلح إلى الدين وهو على الأصيل برئ الأصيل فيبرأ الكفيل (الموصلي، ٢٠٠٥، ابن المرتضى، بدون تاريخ). وهو ما نصت عليه المادة (٦٦٨) من مجلة الأحكام العدلية: "لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن إن اشترطت براءتهما أو براءة الأصيل فقط أو لم يشترط شيء". فإذا كان الصلح عن المضمون بما هو من جنسه، كأن صالحه عن الألف بنصتها؛ فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الكفيل يرجع على الأصيل بمثل ما أدى لا بما كفل (العيني، ١٩٩٠، الجبرمي، ١٩٩٥)؛ إذ يكتف الصلح هنا يعني الإسقاط عن بعض الدين وليس مبادلة، إذ لو جعل مبادلة لكان ربا لاتحاد الجنس، فصار كما إذا أبرأ الكفيل، والكفيل لا يملك المكفول به بالإبراء، فلا يحل محل المكفول له بالدين كله؛ فلا يرجع إلا بما أدى (العيني، ١٩٩٠، السرخسي، ٢٠٠١). وقد ذهب القانون المدني الأردني في المادة رقم (٩٨٢) إلى "أنه إذا صالح الدائن على مقدار من الدين فإنه يرجع بما أداء صلحاً لا بجميع الدين".

ولو صالح الكفيل الطالب بخلاف جنس الدين فقد اختلفت أقطار الفقهاء في مقدار ما يرجع به على الكفيل على الأصيل على اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** ويمثله الحنفية (السرخسي، ٢٠٠١) والشافعية في مقابلة الأصح (قليوبي وعميرة، ١٩٩٥)، حيث ذهبوا إلى أن الكفيل يرجع على الأصيل بكل الدين، ويكتف الصلح هنا بمعنى المعاوضة، فيصبح الكفيل كأنه تملك الدين بالأداء، وينزل منزلة الطالب فيرجع بما تمت الكفالة به، وشبهة الربا غير واردة لاختلاف الجنس.

**الاتجاه الثاني:** ويمثله المالكية (الخطّاب، بدون تاريخ)، والشافعية في الأصح (الرملي، ١٩٨٤)، وقالوا إن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بالأقل من الأمرين الدين، وقيمة ما صالح به.

### الحالة الخامسة : رجوع الكفيل على شريكه بالكفالة:

لو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهناك ثلاث حالات لذلك (الكاساني، ١٩٨٢):

الأولى: أن يكون قد كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر فلا يرجع على شريكه.

الثانية: أن يكون قد كفل أحدهم عن صاحبه بما عليه ولم يكفل الآخر فله أن يرجع عن أي من الأصيل أو شريكه في الكفالة لأن القول قوله عن أيهما أدى فله المطالبة من وجهين : من جهة كفالة نفسه عن الأصيل ومن جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر.

الثالثة: لم يكفل أحدهما عن صاحبه أصلاً وهذا لا يرجع بشيء لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل لأنه كفيل عنه بأمره.

### المبحث الخامس

### ما يرجع به الكفيل على الأصيل

القاعدة العامة في ذلك: ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه (الميرغنياني، بدون تاريخ، السمرقندي، ١٩٩٤، القرافي، ١٩٩٤).

فإذا وفى الكفيل الدين عن الأصيل وثبت له حق الرجوع عليه فإن هذا الوفاء تعثره حالتان: الأولى: أن يكون الأداء من جنس الدين؛ ففي هذه الحالة يرجع الكفيل على الأصيل بمثل ما أدى؛ فإن أدى أكثر من الدين فإنه لا يرجع إلا بقدر التزام المدين المكفول عنه فقط (السرحان، ٢٠٠٧)<sup>(٢٤)</sup>، وإن أدى مثل الدين رجع بمثله، وإن أدى أقل منه رجع بما أدى أيضاً، لأن الكفيل، يمتلك الدين بذلك الوفاء، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه. وإذا أدى أقل من الدين، فإنما يمتلك بقدر ما أدى، تجنباً للرتب بسبب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (الكاساني، ١٩٨٢)، والمالكية (عليش، ١٩٨٩، الحطاب، بدون تاريخ)، والشافعية (الرملي، ١٩٨٤)، والحنابلة (المعني، ١٩٩٧).

الثانية: أن يكون الأداء من غير جنس الدين، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية (الخطّاب، بدون تاريخ)، والشافعية في الأصح (الماوردي، ١٩٩٤)، والحنابلة (المغني، ١٩٩٧) إلى أن الكفيل يرجع على المكفول بالأقلّ من الدين وقيمة ما أدى، لأنّه إن كان الأقلّ الدين فالزائد لم يكن واجباً، فهو مبرّرٌ بأدائه.

وإن كان المقضيّ أقلّ، فإنّما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء. وخالف في ذلك الحنفية (العيني، ١٩٩٠، العبادي، ١٣٢٢)، والشافعية في مقابل الأصح (الرملي، ١٩٨٤) فقالوا إن الكفيل يرجع على المدين بما ضمن؛ لأنّه تملك الدين بالأداء، فيرجع بما تمت الكفالة عليه، أي يرجع بالدين كله، لأنّه حصل له البراءة منه بما فعل، والمسامحة جرت معه وشبهة الرّبا غير واردة لاختلاف الجنس.

وبرأي الحنفية أخذ القانون المدني الأردني فقد نصّت المادة (٩٨٢) على أنه: "إذا أدى الكفيل عوضاً عن الدين شيئاً آخر فإنه يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه". ونصّ القانون على أن الكفيل يرجع على الأصيل بملحقات الدين ومصروفات المطالب وبما أداه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة؛ "فقد نصّت المادة (٩٦٠) على ما يأتي: "تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة ما لم يتفق على غير ذلك".

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن هذا النصّ مستند إلى ما ورد في رد المحتار حيث جاء فيه: "من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع... وهذا يقتضي أن للكفيل أن يرجع بما دفعه عن المكفول عنه فيشمل المصروفات التي يتحملها ما لم يصرّح في الاتفاق بينهما على غير ذلك".

ونصّت عليه المادة (٩٨٥): "للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة".

ويرى الباحث أن مثل هذا النصّ يمكن تخريجه على الأمور الآتية:  
نصّ المادة (٦٤١) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها: "من كان كفيلاً ببرد المال المغصوب أو المستعار وتسليمهما إذا سلمهما إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما".

وكذلك هنا يمكن للكفيل أن يرجع بما تحمّله من نفقات لرد العين إلى صاحبه، وملحقات هذا الدين، ومصروفات المطالبة، وما أداه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة.

تنصّ القاعدة الفقهية على أن "الغرم بالغنم"<sup>(٢٥)</sup>، فلما كانت الكفالة لمصلحة المكفول له، كانت نفقاتها ومصروفات المطالبة عليه<sup>(٢٦)</sup>.

وتنصّ القاعدة الفقهية على أن "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٢٧)</sup> وأن "الضرر يزال"<sup>(٢٨)</sup> والكفيل متضرر بتحمل هذه النفقات والمصروفات، وهو ليس متبرعاً بها؛ لذلك فالعدالة تقتضي عدم الإضرار به، ووجوب رفع الضرر عنه، خاصة وأنه محسن بفعله، وقد قال تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ ((الرحمن: ٦٠)).

هذا وقد نصّ قانون المعاملات المالية الإماراتي على أنه لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته، فقد نصّت المادة (١٠٩٨): "لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته فإن أخذ عوضاً عنها وجب عليه رده لصاحبه وتسقط عنه الكفالة إن أخذه من الدائن أو من المدين أو من أجنبي يعلم من الدائن فإن أخذه بدون علم منه لزمته الكفالة مع رد العوض". ولا يوجد لهذا النصّ نظير في القانون المدني الأردني، وحذا لو تم النصّ عليه؛ لأنه معتبر شرعاً حيث أشار إليه العديد من الفقهاء ومن ذلك ما ذكره صاحب مجمع الضمانات، حيث يقول: "ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة؛ فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة، فالكفالة باطلة" (البغدادى، بدون تاريخ).

## النتائج والتوصيات:

### أ- النتائج:

توصل البحث إلى عدد من النتائج هي:

١. التكيف الفقهي للكفالة أنها عقد تبرع، ويترتب على ذلك أنه يشترط فيها شروط التبرع ابتداء فلا تصح ممن ليس أهلاً للتبرع.
٢. القاعدة العامة في رجوع الكفيل على الأصيل أن الكفيل لا يرجع بما أداه عن المكفول عنه إلا إذا كان الأداء بإذن منه، وإلا كان متبرعاً.
٣. ليس للكفيل الرجوع على الأصيل إلا بعد أداء الدين للدائن.
٤. إذا كان أداء الكفيل للدين من جنسه يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى من دين لا بما كفل، وإذا كان الأداء من غير جنسه فيرجع عليه بما كفل.
٥. إذا أدى الكفيل الدين عن المدين فليس له الرجوع على الأصيل قبل حلول أجل الدين.

الهوامش:

(١) انظر: ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، ٢٠٠١ م، ط١، مؤسسة الرسالة، ج ٢٢، ص ٤٠٦، النيسابوري، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري، (ت ٤٠٥هـ)، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ١٩٩٠م، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢، ص ٦٦، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي في التلخيص: صحيح. الطيالسي، أبو داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسي البصري (ت ٢٠٤هـ)، مسند أبي داود الطيالسي، تحقيق: الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، ١٩٩٩ م، ط١، دار هجر، مصر، ج ٣، ص ٢٥٣. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، السنن الصغير للبيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ١٩٨٩م، ط١، منشورات: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ج ٢، ص ٣٠٥. لألباني، محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الترغيب والترهيب، ط٥، مكتبة المعارف، الرياض، ج ٥، ص ٨٧، وقال الألباني: رواه احمد بلسناد حسن، والحاكم، والدارقطني، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ورواه أبو داود، وابن حبان في صحيحه باختصار، وقال الحافظ المنزري: صحيح.

(٢) هكذا وردت في الأصل ولعل الصحيح مجلسين حتى يستقيم الكلام.

(٣) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت ٤٥٦هـ) المحلى بالآثار، ١٩٩٧م-١٤١٨هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج ٨، ص ٢٥٠. إذ إن الحوالة لا تجوز عنده إلا على مأل إشارة إلى حديث أبي هريرة ؓ الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلْمٌ وَإِذَا اتَّبَعْتَ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ». البخاري، محمد ابن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، (ت ٢٥٦هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، المسمى: صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ١٤٢٢هـ، ط١، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ج ٣، ص ٩٤. النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، (ت ٢٦١هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (د.ت)، (د.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٣، ص ١١٩٧. الحلبي، أبو القاسم جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلبي، (ت ٦٧٦هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، (د.ت)، (د.ط)، دار مكتبة الحياة، بيروت، ج ٢، ص ١٣٢. العاملي، زين الدين بن علي الجبعي العاملي، الملقب: بالشهيد الثاني، (٩١١-٩٦٦هـ)، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، تحقيق: مؤسسة

- المعارف الإسلامية، ١٤١٤هـ، ط ١ منشورات: مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، إيران، ج ٤، ص ١٨٢.
- نفس المؤلف، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ١٣٧٨هـ، (د.ط)، ج ١، ص ١٤٩.
- (٤) يقول ابن حزم: ففرض على الذي أحيل أن يستحيل عليه، ويجبر على ذلك، ويبرأ المحيل مما كان عليه. ابن حزم، المحلى بالآثار، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٥٠.
- (٥) يقول ابن حزم: أن كل من له عند آخر حق من غير البيع لكن من ضمان غصب أو تعد بوجه ما، أو من سلم فيه، أو من قرض، أو من صلح، أو إجارة، أو صداق، أو من كتابة، أو من ضمان، فأحاله به على من له عنده حق من غير البيع، لكن بأحد هذه الوجوه المذكورة. ابن حزم، المحلى بالآثار، مصدر سابق، ج ٨، ص ٢٥٠.
- (٦) وليس مجرد المطالبة كما ذهب إليه الفريق الآخر من الحنفية، مع أنه لا يوجد هنالك أثر عملي يترتب على هذا الخلاف بينهما، وإنما يعود لجعل التعريف جامعاً لكل أقسام الكفالة. إذ من المعلوم أن ضمان النفس لا تتشغل فيه ذمة الكفيل، وإنما يطالب بإحضار المكفول عنه بذاته. العيني، محمود ابن أحمد، الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، البناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٩٠م، ج ٧، ص ٥٣٧. النووي، يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج ١٣، ص ١٤٧. وهو ما يؤكد الزرقاء بقوله: (إن الكفالة بالنفس ليس لها من نتيجة مالية)، الزرقاء، مصطفى أحمد، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دار الفكر، (د.ط)، ١٩٦٨م، ج ١، ص ٥٤٣.
- (٧) التقدير: هو إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود. ابن عبدالسلام، عز الدين عبدالعزيز بن عبد السلام السلمي (١٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: نزيه كمال حماد، وعثمان جمعة ضميرية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ط ١، دار القلم، دمشق، ج ٢، ص ٢٠٥.
- الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي، (ت ٧٩٤هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير: عبد القادر عبدالله العاني، مراجعة: د. عمر سليمان الأشقر، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، دار الصفوة، الغردقة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ١، ص ١٢٧، ٣١١.
- (٨) استقى المشرع الأردني هذا التعريف من المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي، والذي أخذه بدوره من مجلة الأحكام العدلية التي اعتمدت فيه على الفقه الحنفي. وقد انتقد هذا التعريف من وجهة نظر فقهاء القانون الوضعي أنه غير مانع إذ يدخل الكفالة مع غيرها من النظم القانونية؛ كالضامن الذي يقتضي ضم ذمة كل مدين متضامن إلى ذمم المدينين الآخرين في المطالبة بتنفيذ الالتزام، ويرى هؤلاء أنه يجب أن يتضمن التعريف ما يشير إلى تمييز الكفالة عن غيرها بأن تعهد الكفيل بوفاء التزام المدين يكون إذا لم يقم به المدين نفسه، أي أن الكفيل إنما يلتزم بصفة احتياطية، وبالتالي لا يمكن مطالبة بالدين قبل مطالبة المدين الأصلي به، ولعل السبب في اختيار القانون

المدني الأردني لهذا التعريف هو تبنيه لرأي الأحناف الذي يجيز للمكفول له مطالبة كل من المدين والكفيل أو مطالبتهما معاً، فضلاً أن صيغة التضامن لم ينص عليها استقلالاً في الفقه الإسلامي . السرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، ط ١، ٢٠٠٧م، ص ١٨١، ص ١٨٩، ص ٢١٠. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د.ط)، ٢٠٠٤م، ج ١٠، ص ٨١، ص ٩٥.

(٩) يقول الدكتور عدنان سرحان منتقداً هذا الرأي ما نصه "والحقيقة أن هذا الحكم قد خالف به المشرع الأردني ما سبق أن أخذ به في النظرية العامة للحقوق الشخصية؛ فالعقد كمصدر من مصادر الالتزام أو الحق الشخصي في القانون المدني الأردني لا بد لانتقاده من تبادل الإيجاب والقبول من طرفيه، والكفالة كعقد من العقود المسماة التي نظمها القانون المدني تنطبق عليه الأحكام الخاصة بها إضافة إلى الأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد... لذلك فإن الاكتفاء بإيجاب الكفيل وحده لانتقاده الكفالة من شأنه أن يخلق تعارضاً غير قابل للحل إلا بتدخل تشريعي بين الأحكام الخاصة بعقد الكفالة والأحكام العامة لنظرية العقد في القانون المدني الأردني" السرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني العقود المسماة، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(١٠) فرق القانون المدني الأردني بين الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة، فقد نصت المادة (٩٩٥) على ما يأتي:

١. تكون الحوالة مقيدة أو مطلقة .
  ٢. فالحوالة المقيدة هي التي تقيد بأدائها من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين التي في يده أمانة أو مضمونة.
  ٣. والحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بشيء من ذلك ولو كان موجوداً .
- (١١) وهو ما ذهب إليه قانون المعاملات المالية الإماراتي في المادة (١٠٥٨).

(١٢) إلا أن فقهاء القانون ينظرون للكفالة من زاوية أخرى وهي علاقة الكفيل بالمكفول له لا بالمكفول عنه، وبهذا فهم يعتبرون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له، لأنه أخذ كفالة مقابل إعطاء الدين، أما بالنسبة للكفيل فهي تبرع إذا لم يأخذ أجراً على كفالته؛ إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ، أما إذا أخذ أجراً على كفالته فينقلب العقد معاوضة بحقه أيضاً. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٣٥-١٣٦، النامي، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت، مطبعة البيت العربي، عمان، (د.ط)، ١٩٨٤م، ص ٣٨، السرحان، عدنان إبراهيم، العقود المسماة، ص ١٨٣.

(١٣) فرق فقهاء الشافعية بين الإنذن بالضمان والإنذن بالأداء وذكروا لذلك أربع حالات:

١- أن يكون الضمان بالإنذن والأداء بالإنذن فيرجع سواء شرط الرجوع أم لا.

- ٢- أن يكون الضمان والأداء بلا إذن فلا رجوع له.
- ٣- أن يكون الضمان بغير إذن والأداء بإذن فلا رجوع في الأصح؛ فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع ففيه احتمالان: أحدهما يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان، والثاني لا يرجع لأن الأداء مستحق بالضمان والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق .
- ٤- أن يكون الضمان بالإنن والأداء بغير إذن وفي المذهب ثلاثة أقوال : أحدهم وهو الرجاء في المذهب أنه يرجع والثاني لا يرجع، والثالث إن أدى من غير مطالبة أو بمطالبة ولكن أمكن استئذان الأصيل لم يرجع وإلا فيرجع.الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، (ت.٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٤، ج٦، ص٤٣٧-٤٣٨.
- (١٤) وقد تمت الإشارة سابقاً إلى أن رأي جمهور الفقهاء هو الرجاء في هذه المسألة، وبالتالي ما يترتب عليه من آثار.
- (١٥) وقد نصّ دسوقي على ذلك بقوله: (أو بغير إذنه) هذا هو نصّ المدونة وغيرها وقال المتطي وابن فئوم إن بعض العلماء ذهب إلى أنه يشترط في حمالة ما على المدين أن تكون بإذنه وإلا لم يلزمه أن يدفع للحميل ما دفعه عنه ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين بأن يكتبوا تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا. الدسوقي، محمد بن عرفة الدسوقي، (ت.١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (د.ت)، (د.ط)، دار الفكر، ج٣، ص٣٣٤. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إبريس بن عبد الرحمن البهنسي المعروف بالقرافي، (ت.٦٨٤هـ)، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، ١٩٩٤م، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج٩، ص٢٠٣. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن رشد الشهير بابن رشد الحفيد، (ت.٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ١٩٨٢م، ط٦، دار المعرفة، ج١، ص٢٩٨.
- (١٦) فقد نصّت المادة (1573) من المجلة: يشترط أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلذلك لا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعنوه والمعنوهة ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم. ولكن الصغير المميز المأثور هو في حكم البالغ في الخصومات التي تصح مأذونيته فيها.
- (١٧) إلا أن شراح القانون نصوا على أن انعقاد الكفالة مشروط بعدم معارضة المدين. السرحان، عدنان إبراهيم، العقود المسماة، ص٢٣١.
- (١٨) وهو ما نصت عليه المادة (١١٧)، والمادة (١١٨) من القانون المدني الأردني.
- (١٩) وهذا بخلاف الوكيل بالشراء أن له ولاية مطالبة الموكل بالتمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه؛ لأن هناك الثمن يقابل المبيع و الملك في المبيع لما وقع للموكل فيكون الثمن عليه فكان له أن يطالبه به، وهنا المطالبة بسبب القرض أو التملك و لم يوجد هنا. الكاساني، علاء الدين أبو

- بكر بن مسعود الكاساني، (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٩٨٢، ط٢، دار الكتاب العربي، ج٦، ص ١١.
- (٢٠) المقاصة: سقوط أحد الدينين بمثله جنساً وصفة، ونصت المادة (٣٤٣) من القانون المدني الأردني: المقاصة إفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه .
- (٢١) أي تجري بينهما المقاصة الجبرية: وهو ما نصت المادة (٣٤٥) من القانون المدني الأردني: يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وأن يتماثل الدينان جنساً ووصفا واستحقاقاً وقوة وضعفاً وألا يضر إجراؤها بحقوق الغير.
- (٢٢) كالتوثيق بالرهن.
- (٢٣) عرفت مجلة الأحكام العدلية الصلح في المادة (١٥٣١) بقولها: هو عقد يرفع النزاع بالتراضي، وعرفه القانون المدني الأردني في المادة (٦٤٧) بأنه: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي.
- (٢٤) فإذا ما أخطأ الكفيل بالوفاء بأكثر مما هو مستحق على المدين، فإنه يحق له الرجوع على الدائن بدعوى الإثراء دون سبب. السرحان، عدنان إبراهيم، العقود المسماة، ص ٢٣٣-٢٣٣.
- (٢٥) المادة (٨٧) من مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٣٥) من القانون المدني الأردني.
- (٢٦) ومن عناصر الرجوع أيضاً التعويض عن الأضرار التي أصابت الكفيل نتيجة اضطراره للوفاء بالدين؛ وذلك إذا امتنع المدين عن الوفاء بسوء نية مع قدرته على ذلك، كما لو اضطر الكفيل إلى بيع أمواله بثمن بخس. السرحان، عدنان إبراهيم، العقود المسماة، ص ٢٣٣، هامش ٢.
- (٢٧) المادة (١٩) من مجلة الأحكام العدلية، المادة (٦٢) من القانون المدني الأردني.
- (٢٨) المادة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.

### المراجع:

- إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، ط٢، المكتبة العلمية، طهران، ج٢، ص ٧٩٣، باب الكاف.
- الألوسي، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني (ت ١٢٧٠هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥ هـ، ج٧، ص ٢٥.
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (د.د.ط)، (د.ت)، ج٧، ص ١٨٠.
- البغدادي، غانم بن محمد، (ت ١٠٣٠هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ص ٢٦٦، ص ٢٨٢.
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ج٣، ص ٣٦٧.

- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، (ت ٢٧٩هـ)، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمود شاکر، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم ١٢٦٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٣، ص ٥٦٥. قال الترمذي: حديث حسن غريب وصححه الألباني.
- ابن جزى، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ)، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: عبد الله الخالدي، ط ١، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، ١٤١٦هـ، ج ١، ص ١٥٠.
- الجماعيلي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت ٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج ٥، ص ٨٨.
- الخطّاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج ٥، ص ١٠٣. دار عالم الكتب، ج ٧، ص ٣٣.
- حيدر، علي، (ت ١٣٥٣ هـ)، درر الحکام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجليل، ط ١، ١٩٩١م، ج ١، ص ٨٠١، ٨٣٦، ج ٤، ص ٦٩٧.
- الخرشي، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت ١١٠١هـ) شرح مختصر خليل للخرشي، (د.ط) دار الفكر للطباعة، بيروت، (د.ت) ج ١، ص ١٨٥.
- داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، (ت ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، (د.ط)، (د.ت)، ج ٢، ص ١٣٣.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧م، ج ٥، ص ١٧٤.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، أبو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ط ٦، ١٩٨٢م، ص ٢٩٥.
- الرملي، محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج ٤، ص ٤٦٢.
- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، (ت ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القلموس، اعتنى به: عبد المنعم ابراهيم، وكريم سيد محمود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م، ج ٣٠، ص ١٨٨.
- الزليعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ج ٤، ص ١٦٤.
- أبو ستنت، حشمت، شرح القانون المدني، ط ٢، د.ت، ص ٦٣.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٥٤٨٣هـ)، المبسوط، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م، ج ١٩، ص ١٩٤-٢١١، ج ٢٠، ص ٣-٥٠.

السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ج ١٠، ص ٢١.

السيوطي، مصطفى، مطالب أولي النهى، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م، ج ٣، ص ٣١٣.  
الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، الإفتاع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، (د.ط) دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ج ٢، ص ٣١٢.

الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ج ٣، ص ٢٠١.  
شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، حاشية القليوبي على شرح المنهاج، مطبوع مع حاشية عميرة، مطبعة بابي الحلبي وأولاده، ط ٣، ١٩٥٦م، ج ٣، ص ٣٢٣.  
الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، (ت ١٢٥٠هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط ١، (د.ت)، ج ١، ص ٧٩٩.

الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت-لبنان، (دون طبعة)، ١٩٩١م-١٤١١هـ، ج ٣، ص ٢٦٢.

الصاوي، أحمد بن محمد المالكي (ت ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، على الشرح الصغير لسبيدي أحمد الدردير، ضبطه: محمد عبد السلام هارون، ط ١، دار الكتب العلمية ١٩٩٥م، ج ٣، ص ٢٧٢.  
ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٥، ص ٣٣٣، البحر الزخار، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ، ج ٦، ص ٧٩.

ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي، ط ٢، دار الفرائس، الأردن، ٢٠٠١م، ص ٤٨٧-٤٩٣.

العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي، (ت ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، ط ١، المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ، ج ١، ص ٣١٥.

الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دار ومكتبة بن حمودة، دار ومكتبة الشعب، زليتن، ليبيا، ط ٤، ٢٠١٠م، ج ٤، ص ١٠٥.

الغنيمي، عبد الغني المشقي الحنفي، اللباب شرح الكتاب، على المختصر المشهور بالكتاب، للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القنوري، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج ٢، ص ١٥٦.

ابن فارس، أحمد بن زكريا معجم مقاييس اللغة، (د.ط)، دار الجيل، بيروت - لبنان، ١٩٩٩م، ج ١، ص ١٨٧، باب الكاف والفاء وما يثلاثهما.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج ٥، ص ٧٠.

- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج ٢، ص ١٢٩.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، شمس الدين (ت ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط ٢، ١٩٦٤م، ج ٩، ص ٢٣١.
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ط ٢، ١٩٨٢، ج ٦، ص ١٠.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، (ت ٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، (ت تحقيق محمود حسن، دار الفكر، طبعة جديدة، ١٩٩٤م، ج ٢، ص ٥٩٠.
- الركري، جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٣٠. المرادوي، علي بن سليمان، الإنباف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون طبعة)، ج ٥، ص ١٨٩.
- ابن المرتضي أحمد بن يحيى (ت ٥٨٤هـ)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، وبهامشه: جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، لمحمد بن يحيى الصعدي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ط ١، ١٩٤٧-١٩٤٩م، ج ٥، ص ٧٧. ج ٦، ص ٧٧.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، اعتنى بتصحيحه: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج ٣، ص ٩٠.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، ط ١، دار صادر، بيروت - لبنان ١٩٥٦م، ج ١، ص ٥٨٨ مادة (كفل).
- المواق، محمد بن يوسف العبدي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ج ٧، ص ٤٢.
- الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٣، ٢٠٠٥م، ج ٢، ص ١٧٨.
- الناهي، صلاح الدين عبداللطيف، الوجيز، مطبعة البيت العربي، (د.ط)، ١٩٨٤م، ص ٣٧.
- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، (ت بعد ١١٣٨هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٩٩٧م، ج ٦، ص ٣٤١-٤٠٩.

النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر، ج ١٤، ص ٢٤. جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن الجوزي، (ت ٥٩٧هـ)، التحقيق في أحاديث الخلاف، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ، ج ٢، ص ٢٠٥.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، (ت ٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (د.ط)، ١٩٨٣م، ج ٥، ص ٢٦٦.