

درر الحكام شرح مجلة الأحكام

@ 684 أَمْ مَا إِذَا عَجَزَ الْكَفِيلُ عَنْ إِحْضَارِ الْمُكَفُولِ بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ آنِفًا بِأَنْ حُبِسَ أَوْ مَرَضَ أَوْ اخْتَفَى الْمُكَفُولُ عَنْهُ بِحَيْثُ لَا يُمكنُ إِيْلَاهُتِدَاءُ إِلَيْهِ فَلَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مَالِيٌّ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ عَدَمُ التَّسْلِيمِ مَعَ الْإِقْتِدَارِ ، وَبِمَا أَنْ الْكَفِيلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ غَيْرُ مُقْتَدِرٍ عَلَى التَّسْلِيمِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ الْكَفِيلُ عَنْ إِحْضَارِ الْمُكَفُولِ عَنْهُ بِأَنْ مَاتَ أَوْ حُبِسَ يَلْزَمُهُ أَدَاءُ دَيْنِهِ كَمَا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْهِنْدِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ بَطَلَتِ الْكَفَالَةُ بِالنِّفْسِ لِمُوتِ الْكَفُولِ عَنْهُ أَيْ سَقَطَتْ عَنْ الْكَفِيلِ فَلَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ بِالنِّفْسِ بِهَا ، وَمَوْتَ الْمُطْلُوبِ وَإِنْ أَبْطَلَتِ الْكَفَالَةُ بِالنِّفْسِ فَإِنَّ مَا هُوَ فِي حَقِّ تَسْلِيمِهِ إِلَى الطَّالِبِ لَا فِي حَقِّ الْمَالِ (رَدُّ الْمُحْتَارِ) . وَقَيِّدَ صَاحِبُ فَتْحِ الْقَدِيرِ وَفَاةَ الْمُكَفُولِ عَنْهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بَعْدَ الْوَقْتِ الَّذِي شَرَطَ فِيهِ التَّسْلِيمَ وَبِهَذَا يَنْزُولُ إِشْكَالُ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ أَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ هُوَ عَدَمُ الْمُؤَافَاةِ مَعَ الْقُدْرَةِ وَلَا شَكَّ أَنََّّهُ لَا قُدْرَةَ عَلَى الْمُؤَافَاةِ بِالْمُطْلُوبِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَإِذَا قَيِّدَ الْمَوْتَ بِمَا بَعْدَ الْغَدِ يَكُونُ قَدْرٌ وَجَدَ شَرْطَ الضَّمَانِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ عَدَمُ الْمُؤَافَاةِ بِهِ غَدًا (رَدُّ الْمُحْتَارِ) . لَكِنْ قَدْ جَاءَ فِي الْهِنْدِيَّةِ فِي الْفَصْلِ الْخَامِسِ مِنَ الْكَفَالَةِ : وَإِذَا كَفَلَ بِنَفْسِ فُلَانٍ قَائِلًا : إِنَّنِي إِنْ لَمْ أُوفَ بِهِ غَدًا فَالْمَالُ الَّذِي عَلَيْهِ لِلطَّالِبِ فَهُوَ عَلَيَّ . فَمَاتَ الْمُكَفُولُ بِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْغَدِ ثُمَّ مَضَى الْغَدُ يَصِيرُ كَفِيلًا بِالْمَالِ . فَيَدِينُ مَا جَاءَ فِي الْهِنْدِيَّةِ وَمَا جَاءَ فِي فَتْحِ الْقَدِيرِ مُبَايِنَةً . وَكَذَلِكَ جَاءَ فِي الْمَجَلَّةِ (أَنْ يُحْضَرَهُ فِي الْوَقْتِ الْفُلَانِي) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَفَلَ الْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِ الْمُكَفُولِ عَنْهُ فِي أَيْ وَقْتٍ يَطْلُبُهُ الْمُكَفُولُ لَهُ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ فِي الْوَقْتِ الْمَذْكُورِ فَعَلَيْهِ دَيْنُهُ فَإِذَا طَلَبَهُ الْمُكَفُولُ لَهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ فَلَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ أَدَاءُ دَيْنِهِ ؛

لَا زَمَّ لِمَّا كَانَتْ الْمُطَالَبَةُ لَا تَصِحُّ بِعَدِّ الْمَوْتِ إِذْ لَا
يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ الَّذِي يُوجِبُ الْمَالَ فَلِذَلِكَ لَا يَلْزَمُهُ (رَدُّ
الْمُحْتَارِ ، وَالْمُهَنْدِسَةُ فِي الْفَصْلِ الْخَامِسِ) . لَوْ أُبْرَأَ
الْمَكْفُولُ لَهُ الْكَفِيلَ بِعَدِّ أَنْ كَفَلَ كَفَالَةً حَسَبَ هَذِهِ الْفَقْرَةِ
مِنْ هَذِهِ الْمَادَّةِ مِنْ الْكَفَالَةِ النَّفْسِيَّةِ وَلَمْ يُحْضِرْ الْكَفِيلُ
الْمَكْفُولَ عَنْهُ فَلَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ مَالِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ لِمَّا
كَانَ شَرْطُ الضَّمَانِ بَقَاءَ الْكَفَالَةِ النَّفْسِيَّةِ فَقَدْ زَالَ
بِإِبْرَاءِ وَطُولِ بِإِلْفَرَقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَوْتِ الْمُطْلُوبِ
فَإِنْ نَهَا بِالْمَوْتِ زَالَتْ أَيْضًا وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْإِبْرَاءَ وَضَعُ
لِفَسْخِ الْكَفَالَةِ فَتُفْسَخُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَالْإِنْفِسَاخُ بِالْمَوْتِ
إِنَّمَا هُوَ لِضَرُورَةِ الْعَجْزِ عَنِ التَّسْلِيمِ الْمُقَيَّدِ فَيَقْتَضِرُ إِذْ
لَا ضَرُورَةَ إِلَى تَعَدِّيهِ إِلَى الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ كَذَا فِي الْفَتْحِ ،
نَهَرُ (رَدُّ الْمُحْتَارِ) ، وَقَالَتْ الْمَجْلِسَةُ (فَإِذَا لَمْ يُحْضِرْهُ)
؛ لِأَنَّ لَوْ كَفَلَ بِأَدَاءِ دَيْنِهِ عَلَى أَنْ يُحْضِرَ فُلَانًا فِي الْوَقْتِ
الْفُلَانِيَّ فَلَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ ضَمَانٌ وَإِنْ أَحْضَرَهُ فِي ذَلِكَ
الْوَقْتِ لِبُطْءِ التَّعَلُّيقِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ هُنَا إِذَا شَرَطَ عَلَى
الْمَكْفُولِ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ خَيْرًا وَيَتَصَدَّقَ بِهِ لِلزُّومِ مَالَهُ
فَذَلِكَ شَرْطٌ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلَا يَجُوزُ التَّعَلُّيقُ عَلَيْهِ (رَدُّ
الْمُحْتَارِ) . وَلَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ فِي الْكَفَالَةِ كَمَا وَضَحَ آنِفًا
ضَمَانٌ إِذَا أَحْضَرَهُ فِي الْوَقْتِ الْمُعَيَّنِ . أَمَّا إِذَا لَمْ يُحْضِرْهُ
فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْمَالِ ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الطَّرَفَانِ الْمَكْفُولُ لَهُ
وَالْكَفِيلُ فِي إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ وَتَسْلِيمِهِ وَأَثْبِتَ الْكَفِيلُ
إِحْضَارَهُ وَتَسْلِيمَهُ فَبِهَا وَنِعْمَتٌ وَإِلَّا فَالْقَوْلُ بِرَأْيِ يَمِينٍ
لِلْمَكْفُولِ لَهُ وَيَلْزَمُ الْكَفِيلَ ضَمَانُ الْمَالِ . قَالَ فِي التَّنْوِيرِ
وَشَرْحَهُ فَالْقَوْلُ لِلطَّلَّابِ ؛ لِأَنَّهُ مُذَكِّرُهَا (أَيُّ الْمَوَافَاةِ)
وَلِكَوْنِ الْأَمْرِ عَلَى مَا كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَلَا يَمِينٌ عَلَى وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلاًَّ مِنْهُمَا مُدَّعٍ فَالْكَفِيلُ يَدَّعِي الْإِبْرَاءَ
وَالطَّلَّابُ الْوُجُوبَ وَلَا يَمِينٌ عَلَى الْمُدَّعِي عِنْدَنَا (رَدُّ
الْمُحْتَارِ) .