فيها فلا ينفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالغصوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها **مسئلة** ولا تصح
ببدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقا لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لادمي كحد القذف والقصاص وهو قول
اكثر العلما منهم شريح والحسن واسحق وابو عبيد وابو ثور واصحاب الراي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود
الادمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق او حد لانه حق لادمي فصحت
الكفالة به كسائر حقوق الادميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا كفالة في حد
ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الاسقاط والدرء بالشبهات
فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلا تصح الكفالة
بمن هو عليه كحد الزنا **فصل** ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من اجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا يجوز
الكفالة به كدين الكتابة **مسئلة** ولا تصح بغير معين كاحد هذين لانه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه
مسئلة وان كفل بجزء شايع من انسان او عضو او كفل بانسان على انه ان جاء به والا فهو كفيل باخر او ضامن ما عليه صح
في احد الوجهين ه فاما اذا قال انا كفيل بفلان او بنفسه او ببدنه او بوجهه كان كفيلا به فان كفل براسه او كبده او جزء
لا تبقى الحياة بدونه او بجزء شايع منه كثلثه او ربعه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله وقال القاضي
لا تصح الكفالة ببعض البدن لان ما لا يسري اذا خص به عضو لم يصح كالبيع والاجارة فان كفل بعضو تبقى الحياة بعد
زواله كاليد والرجل ففيه وجهان احدهما تصح الكفالة اختاره ابو الخطاب وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه
لا يمكنه احضار هذه الاعضا على صفتها الا باحضار البدن كله اشبه الكفالة بوجهه وراسه ولانه حكم يتعلق بالجملة
فيثبت حكما اذا اضيف الى البعض كالطلاق والعتاق والثاني لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها
فصل اذا تكفل بانسان على انه ان جاء به والا فهو كفيل باخر او ضامن ما عليه لم يصح عند القاضي فيهما لان الاول
موقت والثاني معلق على شرط وقال ابو الخطاب يصح فيهما لانه ضمان او كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان العهدة
فان قال ان جيت به في وقت كذا والا فانا كفيل ببدن فلان او فانا ضامن لك المال الذي على فلان او قال اذا جاء زيد
فانا ضامن لك ما عليه واذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان او قال انا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو
مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به كمجي المطر ولانه اثبات حق لادمي
معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة وقال الشريف ابو جعفر وابو الخطاب يصح وهو قول ابي حنيفة وابي
يوسف لانه اضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب ان يصح كضمان الدرك والاول اقيس **فصل** وان قال كفلت ببدن
فلان على ان يبرا فلان الكفيل او على ان تبريه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطا لا يلزم الوفا به فيكون فاسدا وتفسد به
الكفالة ويحتمل ان يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه فعلى هذا لا يلزم الكفالة الا ان يبري المكفول له
الكفيل الاول لانه انما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه وان قال كفلت لك هذا الغريم على ان تبريني
من الكفالة بفلان او ضمنت لك هذا الدين بشرط ان تبريني من ضمان الدين الاخر او على ان تبريني من الكفالة بفلان
خرج فيه الوجهان اصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع اخر وكذلك لو شرط
في الكفالة والضمان ان يتكفل المكفول له او المكفول به باخر او يضمن دينا عليه او يبيعه شيئا عينه او يوجره داره
لم يصح لما ذكرنا **مسئلة** الا برضى الكفيل وفي رضى المكفول به وجهان ه يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا
يلزمه الحق ابتدا الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة و
لانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فاما رضى المكفول به ففيه وجهان احدهما لا يعتبر
كالضمان والثاني يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه
ولانه يجعل لنفسه حقا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو الزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن
يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه **مسئلة** ومتى احضره وسلمه بري الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه

ضرر

ضرر ه وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان اطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا
اطلق اقتضى الحلول كالثمن والضمان فاذا تكفل حالا كان له مطالبته باحضاره فان احضره وهناك يد حايلة ظالمة
لم يبرا منه ولم يلزم المكفول له تسليمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حايلة لزمه قبوله فان قبله بري من الكفالة
وقال ابن ابي موسى لا يبرا حتى يقول قد بريت اليك منه او قد سلمته اليك او قد اخرجت نفسي من كفالته والصحيح الاول
لانه عقد على عمل فبري منه بالعمل المعقود عليه كالاجارة فان امتنع من تسليمه بري لانه احضر ما يجب تسليمه عند
غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبري منه كالمسلم فيه وقال بعض اصحابنا اذا امتنع من تسلمه اشهد
على امتناعه رجلين وبري لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبري منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان
لم يجد حاكما اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله والاول اصح فان مع وجود صاحب الحق
لا يلزمه دفعه الى نايبه كحاكم او غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزمه احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل
فاحضره وسلمه بري ه فان احضره قبل الاجل ولا ضرر في تسلمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغريم غايبة
او لم يكن يوم مجلس الحاكم او الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه او قد وعده بالانظار في تلك المدة لم يلزمه قبوله
كمن سلم المسلم فيه قبل محله او في غير مكانه **مسئلة** وان مات المكفول به او تلفت العين بفعل الله او سلم نفسه بري الكفيل
اذا مات المكفول به بري الكفيل وسقطت الكفالة وبه قال شريح والشعبي وحماد بن ابي سليمان وابو حنيفة والشافعي
ويحتمل ان لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا
تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب ولنا
ان الحضور سقط عن المكفول به فبري الكفيل كما لو بري من الدين ولان ما التزمه من اجله سقط عن الاصل فبري الفرع
كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين او ابري منه وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه علق
به المال فاستوفي منه وكذلك الحكم ان تلفت العين المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بري الكفيل
لانه اتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبري ذمته كما لو قضى الدين **فصل** اذا قال الكفيل قد بري
المكفول به من الدين وسقطت الكفالة او قال لم يكن عليه دين حين كفلته فانكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة
الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل ان لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل انه تكفل بمن لا دين عليه
لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول اولى لان ما ادعاه محتمل
فصل واذا قال المكفول له للكفيل ابراتك من الكفالة بري لانه حقه فسقط باسقاطه كالدين وان قال قد بريت
الي منه او قد رددته الي بري ايضا لانه معترف بوفا الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له بريت من
الدين الذي كفلت به والاول اصح لانه يمكن براته بدون قبض الحق بابرا المستحق او موت المكفول به فاما ان قال المكفول
به ابراتك عما لي قبلك من الحق او بريت من الدين الذي قبلك فانه يبرا من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي
العموم وفي كل ما قبله وان قال بريت من الدين الذي كفل به فلان بري وبري كفيله **مسئلة** وان تعذر احضاره
مع بقائه لزم الكفيل الدين او عوض العين متى تعذر احضار المكفول به مع حياته او امتنع من احضاره لزمه ما عليه
وقال اكثرهم لا غرم عليه ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم ولانها احد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم
كالكفالة بالمال **مسئلة** وان غاب امهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ما عليه اذا غاب المكفول
به او ارتد ولحق بدار الحرب لم يوخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه واعادته وقال ابن شبرمة يحبس في
الحال لان الحق قد توجه عليه ولنا ان الحق يعتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالا كالدين فاذا مضت
مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره او كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره او امتنع من احضاره مع امكانه اخذ بما عليه

Copyright © King Saud University