لئن ثمة قاضٍ لا يبرأ في قولهم ولو شرط ان يدفع عند الامير فدفع اليه عند القاضي او على ذلك الوالي وولي
عينه فدفعه اليه عند الثاني جاز الى هنا لفظ الخلاصة وجه قول ابي يوسف ومحمد ان المقصود وهو الاحضار
بتسليم النفس في غير البلد الذي شرط التسليم فيه لانه ربما يكون شهوده في الموضع الذي عينه
ويتعسر عليه اقامة البينة في بلد آخر ووجه قول ابي حنيفة ان الغرض من تسليم النفس في البلد
الذي عينه المحاكمة عند القاضي والمحاكمة يتحقق عند كل قاضٍ فصار التسليم في البلدين سواء كما في
غاية ما في الباب انه عاجز عن اقامة البينة في بلد آخر فذلك عجز منه ولكن التسليم الذي هو سبب الوصول
الى حقه قد حصل فيبرأ الكفيل قوله ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر
على المحاكمة فيه ذكر هذا ايضا تفريعا على ما تقدم ونقل في الفتاوى الصغرى عن كفالة العيون اذا ضمن
الآخر بنفسه فحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد
لا يبرأ لانه في السجن وان كان انما ضمنه بنفسه وهو في السجن فدفعه اليه في السجن يبرأ وان
كان ضمنه في السجن ثم خلي عنه ثم حبس ثانيا فدفعه اليه فان كان الحبس الذي في امر من امور
التجارة او نحوها فله ان يدفع اليه في الحبس وان كان في شيء آخر من امور السلطان لا يبرأ ونقل
في خلاصة الفتاوى عن المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل
الى المكفول له ثم يعيده الى السجن وقال في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر
ان يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفله وهو مطلق ثم حبس حبس
الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على اتيانه قوله واذا مات المكفول به برئ الكفيل
بالنفس عن الكفالة لانه عجز عن احضاره اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الكفيل بالنفس
اذا مات او مات المكفول به برئ عن الكفالة وذلك لانه اذا مات المكفول به تعذر تسليمه ولان الكفيل
ما تحمل الا احضار النفس وقد سقط الحضور عن الاصيل لان براءة الاصيل من الحق المضمون
واذا مات الكفيل سقطت الكفالة ايضا لعدم قدرته على التسليم ولا يقال يؤدي ماله المكفول به
من تركة الكفيل لانه ما التزم باداء المال وانما التزم تسليم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا
الواجب بخلاف الكفيل بالمال اذا مات حيث يؤدي المال من تركته لحصول المقصود بالمال لان المال
يصلح وفاء للمال فيقوم المال مقام الكفيل فلا يبطل الكفالة فيرجع ورثة الكفيل على المكفول عنه
بعد اداء المال اذا كانت الكفالة بامره كما في حياة الكفيل اذا ادى الدين بنفسه ولو مات المكفول
له لا يسقط الكفالة لان موت من له الحق لا يسقط الحق ثم الوصي يطالب الكفيل ان كان لقيامه
مقام المكفول له وان لم يكن الوصي فالمطالبة للوارث وهذا المعنى قوله قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل
اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء او قال في الجامع الصغير وذلك لان موجب الكفالة
بالنفس البراءة عند التسليم وقد وجد التسليم وموجبات الاشياء تثبت بلا تصريح ولا تتوقف
على وجود الشرط كالغاصب اذا رد المغصوب الى المغصوب منه يبرأ بمجرد التسليم مع انه جانٍ
وهنا اولى لانه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف
وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه وكذلك في سائر الموجبات قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا
بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل

ولكن

ولكن يقال له الكفيل قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم قوله ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا على ما تقدم ولم يذكرها في البداية قال في الشامل
في قسم المبسوط دفع المكفول به نفسه الى الطالب من كفالة فلان يبرأ الكفيل لانه سلم حقه ولو كان وكيل
الكفيل او رسوله لو سلم جاز لانهما بمنزلته ولو لم يقل من كفالته لا يبرأ لانه يجب عليه تسليم نفسه فيكون
عن نفسه الى هنا لفظ الشامل قوله لانه مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور وقوله مطالب
صح بفتح اللام سماعا يعني ان المكفول به مطالب بالحضور اذا طولب الكفيل باحضاره لان الكفيل يطالبه
بالحضور حينئذ فاذا كان المكفول به مطالبا من جهة الكفيل كان للمكفول ان يدفع ذلك عن نفسه وقد دفع
حيث قال دفعت نفسي عن كفالة فلان فصح تسليمه نفسه عن كفالة الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل عن
كفالة فلان حيث لا يبرأ الكفيل لان تسليم النفس واجب على المكفول به فيقع التسليم عن نفسه
ما لم يصرح بقول عن كفالة فلان قوله لقيام كل منهما مقامه اي لقيام وكيل الكفيل ورسوله مقام الكفيل قوله
قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت
لزمه ضمان المال اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس وهذا مذهبنا
وقال الشافعي الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد مر بيانها عند قوله الكفالة ضربان
واما الكفالة بالمال فانها لم تصح ايضا لان تعليقها تعليق سبب وجوب المال بالشرط فلا يصح كالبيع وكما لو قال
لك علي مائة درهم ان دخلت الدار ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والزعيم
الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجيء بالصاع فعلم ان تعليق الكفالة بالشرط
وهو المجيء بالصاع فعلم ان تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا تلزمنا اذا قصها
الله من غير انكار ولان الكفالة بالمال لها شبهان شبه بالنذر من حيث انها التزام ابتداء
فيصح تعليقها من هذا الوجه وشبه بالبيع من حيث انها معاوضة انتهاء حيث يرجع الكفيل
بما ادى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فلا يصح تعليقها توفيرا من الجانبين حظهما فقلنا
يصح تعليقها بشرط متعارف ولا يصح تعليقها بشرط غير متعارف وتعليق الكفالة بالمال بشرط
عدم الموافاة بالنفس متعارف بين الناس لانها لتأكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة
بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فتصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزمه
المال فاذا ادى المال لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانه اذا ادى المال برئ عن احد الضمانين
ولا يلزم من براءة احد الضمانين البراءة عن الضمان الآخر فيلزمه احضاره لعدم المنافاة بين الضمانين
لان الضمانين للتوثق فيجوز ان يدعي عليه دينا آخر فلا جرم وجب الاحضار وقوله ان لم
يواف به اي ان لم يأت به من الموافاة يقال وافاه اذا اتاه قوله فهو ضامن لما عليه انما
قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يواف به الى وقت كذا فعليه كذا لا يصح الكفالة عند محمد
سيجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى قوله وهو الف ليس فيه كبير فائدة لانه اذا لم يسم قدر
المكفول به جازت الكفالة بان قال الكفيل اذا لم اواف به الى وقت كذا فعلي ما لك عليه
وهذا لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كضمان الدرك لان بناءها على التوسع وكما
الضمان بالشجة فانه يصح مع انه مجهول لا يعلم انها تسري الى النفس ام لا قوله لا تصح هذه
الكفالة اي الكفالة بالمال وانما قيد بقوله هذه لان الكفالة بالنفس لا تصح عند الشافعي

Copyright © King Saud University