واما الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده شيء وانما وجب
مخالفا للقياس لصحة الكتابة نظرًا للعبد حتى يصل الى العتق ثم المكفول به نوعان الديون والاعيان
والكفالة بالدين جايزة بلا خلاف وصاحب الدين مخير بين مطالبة الاصيل والكفيل ولا توجب براءة الاصيل
خلافا لابن ابى ليلى وذلك فاسد لانه حينئذ تصير الكفالة كالحوالة والكفالة بالاعيان ثلاثة انواع احدها
الكفالة بعين هو امانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا تصح اصلا والثاني
الكفالة بعين هو امانة لكنه واجب التسليم كالعارية والمستاجر في يد المستاجر وكذا العين المضمون
بغيره وهو ما لا يجب عند هلاكه مثله ولا قيمته ان لم يكن له مثل كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن
وكالرهن يضمن والجواب في الكل واحد وهو انه يصح الكفالة بتسليم العين فمتى هلك لا يجب على الكفيل
قيمة العين والثالث العين المضمون بنفسه وهو ما يجب عند هلاكه مثله ان كان له مثل او قيمته
ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا يصح الكفالة ويجب عليه تسليم
العين ما دام قايما واذا هلك يجب عليه تسليم قيمته متى ثبت الغصب بالبينة او بالاقرار ثم الكفالة بالنفس
بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني فانه مضمون بالتسلم فانه يجب عليه تسليم النفس والاحضار الى باب القاضي
حتى يقيم الخصم البينة يصح الكفالة به عندنا خلافا للشافعي ولكن لو هلك الكفيل لا شيء عليه من المال المدعى
به ولا يوخذ من تركته كذا في تحفة الفقهاء والباقي يعلم ثمة وركن الكفالة ايجاب الكفيل وقبول المكفول
له خلافا لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل بما على الاصيل وعند الشافعي حكمها
وجوب الدين على الكفيل والفاظ الكفالة مثل قوله انا ضامن ما عليه او كفيل بذلك او قبيل او زعيم
او هو علي او الي او هو لك عندي او هو لك قبلي واذا اتى وقال لفلان عندي كذا يكون اقرارا بالوديعة
وهنا حمل على الضمان لان قوله عندي يحتمل هو في يدي ويحتمل في ذمتي فيتبع على الادنى وهو الوديعة
واما الدين فلا يكون في اليد بل في الذمة فحمل على الوجوب كذا في التحفة والاصل في صحة الكفالة قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم اي انا احمل البعير كفيل اؤديه الى من جاء به واراد وسق بعير
من طعام جعلا لمن حصله كذا في الكشاف وقوله تعالى سلهم ايهم بذلك زعيم وقوله عليه السلام
الزعيم غارم ثم لا بد هنا من معرفة اربعة اشياء المكفول له وهو الداين والمكفول عنه وهو المديون
والمكفول به وهو المال او النفس والكفيل وهو الذي وجب عليه المطالبة بما على الاصيل قوله
قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار
المكفول به اي قال القدوري في مختصره قال علماؤنا الكفالة بنفس من عليه الدين وبالاعيان المضمونة
نحو المغصوب والمستعار تصح وقال الشافعي لا تصح في النفس قولا واحدا وله في العين قولان
كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقد جعل عدم صحة الكفالة بالنفس عند الشافعي
قولا واحدا كما ترى وفيه نظر لانه قال في شرح الاقطع جواز الكفالة بالنفس خلاف احد قولي الشافعي وهو
الصحيح لانه اثبت في وجيزهم صحة كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم على الاظهر لانه
حق كالدين ولا يشترط كونه مالا وجه احد قولي الشافعي انه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه لا ولاية له على نفسه
لا سيما اذا كانت الكفالة بلا امر المكفول عنه والمال ليس كذلك لانه يقدر على تسليمه من مال نفسه
وكذا لا يقدر على تسليم النفس اذا كانت الكفالة بلا امر لان امره لا يثبت له ولاية على نفسه وجه قول
اصحابنا رضي الله عنهم قوله عليه السلام الزعيم غارم قال في الفايق والكشاف الزعيم الكفيل ويدل

الحديث

٧٦

الحديث بعمومه على صحة نوعي الكفالة من النفس والمال ولا نسلم انه لا يقدر على تسليمه بل تسليمه مقدور
بان يدري مكانه الطالب او يستعين باعوان القاضي ولان الحضور حق واجب على الاصيل فيصح الكفالة
به كساير الحقوق ولا يقال لو صحت هذه الكفالة لم يبرا الكفيل بلا اداء ولا ابراء فاذا مات المكفول عنه
يسقط الكفالة نعلم ان الكفالة ليست بصحيحة لانا نقول بالموت يسقط الحضور عن الاصيل وسقوط الحق
عنه يوجب سقوطه عن الكفيل ولا يقال التمسك بالحديث لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزعيم غارما
والزعيم بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم في اللغة ما يلزم اداؤه والغرام اللازم كذا في المجمل والكفيل بالنفس
يلزمه الاحضار وقد قال بعض مشايخنا وجد ركن الكفالة وامكن تحقيق معنى الكفالة وقد وجد المعنى الداعي
الى تصحيحه فوجب القول بصحته قياسا على الكفالة بالدين اما ركن الكفالة فانه يتحقق بالفاظ الكفالة
كقوله ضمنت او كفلت ونحو ذلك مع وجود الايجاب والقبول وقد حصل ذلك واما معنى الكفالة
فقد وجد ايضا لانه هو الضم لغة كما مر قبل هذا وبهذا العقد حصل ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل
في ايجاب ما كان واجبا على الاصيل واما المعنى الداعي الى تصحيح الكفالة فحاجة المكفول له لانه ربما
يعجز عن استيفاء حقه عن الاصيل بغيبته او بامتناعه عن القضاء فيحتاج الى الكفيل حتى لو عجز
عن الاستيفاء عن الاصيل يستوفي من الكفيل وهذا المعنى موجود في الكفالة بالنفس لانه ربما يعجز
عن الوصول الى حقه الا بالكفالة فصحت الكفالة دفعا للحاجة فان قلت يرد عليكم الاحكام منها ان
الكفالة بنفس من عليه القصاص والحدود لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا حقا للعبد ومنها
ان الكفالة بنفس الشاهد لا تصح وان كان تسليم النفس لاداء الشهادة واجبا عليه كتسليم النفس للجواب
هنا قلت لا نسلم ان الكفالة بنفس من عليه الحد لا تصح بل تصح لانه نص في اول كتاب الكفالة
من مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس
وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص
عند ابي حنيفة لا يجبر وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف
والسرقة جازت الكفالة بالنفس لان هذه الحقوق من حقوق العباد من وجه او من كل الوجوه ولا يجوز
بنفس الحد لانه لا يمكنه من عند نفسه الى هنا لفظ الشامل وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
ثم ان جوزنا معه في حد الزنا والشرب فنقول انما لم يصح لا لانه حق الشرع بل لانه امر يحتال لدرئه
والكفالة للاستيثاق والاحتيال للاستيفاء فلا تليق به واما الكفالة بنفس الشاهد فانما لم يصح
لانها ليست بمفيدة لان الشاهد عند مطالبة المدعي اياه لاداء الشهادة اما ان يحضر او لا ففي الاول
لا حاجة الى الكفيل وفي الثاني يلزم فسقه لامتناعه عن الواجب وهو اداء الشهادة فبعد الفسق
لا تقبل شهادته بخلاف ما نحن فيه لانه اذا احضره الكفيل اذا امتنع المكفول عنه عن الحضور تقع
الكفالة مفيدة قوله بنوعيه الضمير راجع الى الكفالة على تاويل عقد الكفالة قوله بطريقه
اي بطريق التسليم قوله يخلي الكفيل بينه وبينه اي فيخلي الكفيل بين الطالب وبين المكفول به
قوله والحاجة ماسة اليه اي منجرة الى عقد الكفالة وقد مر وجه الحاجة قوله وهو الضم في المطالبة
لانه اي في معنى الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة الثابتة للمكفول له في الاصيل
قوله وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه او بنصفه او بثلثه قال صاحب الهداية وكذا ببدنه وبوجهه وذلك لان هذه الاشياء

Copyright © King Saud University