

قوله: «فصل: وتصح الكفالة الكفالة هي العقد الثالث من عقود التوثقة ؛ لأن عقود التوثقة رهن وضمان وكفالة. والكفالة التزام جائز التصرف إحضار بدن من عليه الحق، وإن شئت فقل : إحضار من يصح ضمانه؛ حتى تدخل الأعيان المضمونة كالعواري على القول بأنها مضمونة بكل حال، وبهذا التعريف نعرف الفرق بينها وبين الضمان، فالضمان أن يلتزم إحضار الدين، فإذا أحضر الكافل المكفول وسلمه لصاحب الحق برئ منه، وهذا فرق واضح وحينئذ تكون الكفالة أدنى توثقة من الضمان؛ لأن الضمان يضمن الدين، فإذا أحضره برئ منه، ولكن لو كان العرف عند الناس أن الكفالة بمعنى الضمان فهل يحمل المعنى على العرف أو على الشرع؟ الجواب على العرف ؛ لأن هذه معاملات يجري الناس فيها على أعرافهم، فعندنا الآن عرف متبع، يريدون بذلك أن يضمن ما عليه من الدين. إن أضاف إليها كفالة غُرم صار ضامناً، وإن أطلق فهي كفالة بدن، فيعمل بالعُرف سواء في هذا أو هذا . وقوله : وتصح الكفالة المؤلف – رحمه الله - تكلم على الكفالة وعلى الضمان، فيما سبق من حيث الحكم الوضعي، هل هما صحيحان أو غير صحيحين، لكن لم يتكلم عنهما من حيث الحكم التكليفي . فما حكم الضمان، وما حكم الكفالة؟ سبق أن قلنا في الضمان: إنه سنة للضامن؛ لما فيه من مساعدة أخيه وتفريج كربته وغير ذلك، ولكننا قيدنا ذلك بما إذا كان الضامن قادراً على الوفاء، أما إذا كان فقيراً ثم بعد أن يحل الأجل يطالب وليس عنده شيء، فهذا خطأ وليس بمستحب؛ بل هو في أقل الأحوال أن يكون مكروهاً؛ فالكفالة من حيث هي سنة للكفيل وهذا بشرط أن يعلم أنه قادر على إحضار بدن المكفول، فإن عرف من نفسه أنه غير قادر فلا ينبغي أن يكفل أحداً ؛ ولهذا نجد الآن أناساً كثيرين يأتون وهم يشكون ديوناً عظيمة عليهم، والإنسان إذا عرف أن مكفوله متساهل ومتلاعب فلا يكفله . فنقول : احرص على ألا تكفل ؛ الحاضر خاصة لا أحد يوثق به إلا من شاء الله . وقد سبق لنا التفصيل في مسألة الضمان أنه إذا كان عليه ضرر، فإنه لا ينبغي للضامن أن يُقدم ويضمن . قوله: «بكل عين مضمونة هل الأعيان التي تضمن هي التي تكفل؟ الجواب : لا ، وإنما الذي يكفل بدن من عنده عين مضمونة، ولهذا تعتبر عبارة المؤلف – رحمه الله – قاصرة، أي : أنه اختصر اختصاراً مُخْلاً ؛ لأن الذي يقرأ هذه العبارة يفهم بأن الذي تكفل هي العين، بل الذي يكفل هو الشخص الذي عنده العين . يصح كفالة بدن من هي عنده . والعين المضمونة هي التي تضمن بكل حال سواء بتفريط أو بغير تفريط . مثاله : المسروق عند السارق عين مضمونة، والمغصوب عند الغاصب عين مضمونة، المبيع بكيل أو وزن أو ما أشبه ذلك قبل قبضه هذا – أيضاً – من الأعيان المضمونة على البائع، فكل عين تضمن بكل حال فإنها تصح الكفالة ببدن من هي عنده . أما بالنسبة للعارية فعلى ما جرى عليه المؤلف فهي عين مضمونة تصح كفالة من هي عنده، وأما على القول الصحيح فليست من الأعيان المضمونة؛ نظرنا هل يضمن أو لا يضمن؟ قوله: «وببدن من عليه دين لأن الحقوق الواجبة للغير إما أعيان – واشترط المؤلف أن تكون مضمونة – ، فقله: «وببدن من عليه دين أي : تصح الكفالة ببدن من عليه الدين، كرجل في ذمته لشخص ألف ريال، وأمسك به وقال : أوفني ولكنه ليس معه شيء، فقال: سوف أرفعك إلى الجهات المسؤولة، لأنه لو قال : أنا أكفل الدين صار ضامناً، قال : أنا أكفل الرجل يعني إحضاره، ولا فرق في الدين بين أن يكون عن قرض، أو عن قيمة متلف أو قيمة مبيع، فتجوز الكفالة ببدن من عليه دين. قوله: «لا حد» أي : لا ببدن من عليه حد. مثاله : رجل سارق أمسكته الجهات المسؤولة لتقطع يده، فقال : نروني أذهب إلى أهلي، وأخبرهم بأني مستحق لقطع اليد فقالت الجهات المسؤولة : لا نتركك، فقال السارق لي من يكفلني وهو فلان، يكفلني إلى أن أرجع فتقدم رجل وقال: أنا أكفله فلا يصح أن يكفله؛ فأبي كفاً في الكفالة؟ فلا فائدة في الواقع، أما لو كان عليه مال وجاء وقت الإحضار ولم يحضره أخذنا المال منه . وقد يقول قائل : بل هناك فائدة؛ فهو – مثلاً – أمير قومه، وتَعَذَّر إحضاره أمر طارئ، وإلا فالأصل أن هذا الكفيل قادر على إحضاره، وبناءً على هذا يمكن أن يفرق بين شخص له القدرة التامة على إحضار بدن من عليه حد، فالأول قد يقال: بصحة كفالته، والثاني : لا تصح بلا شك. والمشهور من المذهب – الذي مشى عليه المؤلف – أنه لا تصح كفالة مَنْ عليه حَدٌّ بأي حال من الأحوال؛ والعلة في ذلك ما ذكرنا وهي تعذر الاستيفاء من الكفيل لو تعذر الاستيفاء من المكفول . قوله: «ولا قصاص أي : من عليه قصاص، أي: أن يكون قاتلاً وطالب أولياء المقتول بقتله وثبت ذلك، فقال : نروني أذهب إلى أهلي، فقل له : من يكفلك؟ قال: يكفلني فلان، لأنه لو تعذر حضور هذا الذي وجب عليه القصاص لم يتمكن من استيفائه من الكفيل، لأنه إذا تعذر القصاص رجعنا إلى الدية، والدية يمكن أن يقوم بها الكفيل، ولهذا من صحح الكفالة في الحد فيمن يستطيع إحضار المكفول، فإنه يصح الكفالة فيمن عليه قصاص من باب أولى؛ وذلك لأنه إذا تعذر القصاص لعدم حضور المكفول فإنه يمكن أن يعاد إلى الدية . والمذهب أنه لا تصح كفالة بدن من عليه قصاص؛ ووجه ذلك أنه لو تعذر حضور المكفول لم يتمكن من استيفاء القصاص من الكفيل، فتكون الكفالة لا فائدة منها . فالقاعدة في هذا تؤخذ من التعليل أن كل شخص لا يمكن الاستيفاء منه لو غيب المكفول فإنه لا يصح أن يكفل) . مثال آخر : امرأة أمسكت بزوجها ولها ضرة، أو أربع

ليال والآن لا بد من المحاكمة، فقام رجل فقال : أنا أكفل الرجل أن يحضر إليك، فالقاعدة أنه متى تعذر الاستيفاء من الكفيل فإن الكفالة لا تصح؛ وأحكام الله لا تؤخذ باللعب واللغو الذي لا فائدة منه . قوله: «ويعتبر رضا الكفيل لا مكفول به» وهذا معلوم؛ لأنه سوف يلتزم بحق وإذا لم يرض بذلك فإنه لا يلزم به، والمكفول له لا تمكن له الكفالة إلا بطلب منه، وقال المكفول له : لا حاجة في أن تكفل فلاناً أنا أعرفه، لأن المكفول له يجوز له إسقاط الكفالة بعد ثبوتها، فعدم قبولها من أول الأمر من باب أولى . وقوله: «لا مكفول به المكفول به في الواقع هو الدين أو الحق والعبارة السليمة: لا مكفول يعني لا يعتبر رضا المكفول، فلو قال إنسان لشخص : أنا أكفل فلاناً، فقال المكفول : أنت تكفلني؟! أنا أوثق منك عند الناس وأوفى منك، أنت تكفلني من أنت؟! فهنا يقول: أنا لا أَرْضِي أن تكفلني، فهل يعتبر؟ الجواب: لا يعتبر؛ وحقاً للكفيل فهما صاحبا الحق، لكن كما سبق في الضمان إذا كان يترتب على هذا سوء السمعة بالنسبة للمكفول، فإنه لا يجوز أن يتقدم أحد في كفالته؛ وقد قال النبي ﷺ : لا ضرر ولا ضرار (1) . قوله: «فإن مات» الضمير يعود على المكفول، أي: إن مات برئ الكفيل حتى من الدين؛ لأنه لما مات المكفول فلا يمكن إحضاره، فإن طالب من له الحق بإحضاره، قال له الكفيل : تعال وأوقفه عند المقبرة، وقال له : خذ حقك منه !! وهذا لا يمكن ولو قيل هذا القول له لقال : إنها سخرية بي، فيقال: إذا مات المكفول برئ الكفيل، وهذا من الفروق بين الكفالة والضمان فالضمان إذا مات المضمون لم يبرأ الضامن، أما الكفالة فإذا مات المكفول برئ الكفيل . قوله: «أو تلفت العين بفعل الله تعالى وهذا يعود على ما إذا كفله بعين مضمونة فتلفت العين بفعل الله، مثل أن يأتي سيل عظيم يجترف هذه العين، فهذه تلفت بفعل الله لا بتعد ولا تفريط فبرأ الكفيل، وعلم من قول المؤلف : بفعل الله أنها لو تلفت بفعل آدمي فإن الكفيل لا يبرأ؛ لأن الكفيل في هذه الحال يمكنه مطالبة المتلف فيقول للمتلف : أحضر بدل ما أتلقت، لكن إذا كانت العين تلفت بفعل الله فإنه يبرأ ولا ضمان عليه . قوله: «أو سلم نفسه برئ الكفيل» «سلم» الفاعل هو المكفول، سلم نفسه وجاء في الوقت المحدد فإنه يبرأ الكفيل، وهذا واضح إذا سلمه عند حلول الأجل. مثاله : الدين يحل في أول يوم من رمضان، فجاء هذا الرجل أول يوم من رمضان وسلم نفسه لصاحب الحق، فإنه يبرأ الكفيل، سواء قدر على الاستيفاء منه أم لم يقدر؛ لأنه إنما التزم بإحضار بدنه وقد حضر . فإن سلم نفسه قبل حلول الأجل فهل يبرأ؟ فيه تفصيل، إن سلم نفسه قبل حلول الأجل وليس ثمة يد ظالمة تحول بينه وبين استيفاء حقه فلا بأس وإلا فلا ؛ لأنه لو سلم نفسه قبل أن يحل الدين، ربما يكون هذا حيلة ليبرأ الكفيل، ثم بعد ذلك يهرب لكن إذا لم يكن هناك يد حائلة ظالمة تمنع من استيفاء الحق، فلا بأس بأن قال : أنا الآن أسلم نفسي وأعطيك الحق الآن. وإن أبرئ المكفول برئ الكفيل، كما ذكرنا في الضمان إذا برئ المضمون عنه برئ الضامن؛ لأن القاعدة أنه إذا برئ الأصل برئ الفرع، وإن أبرئ الكفيل لم يبرأ المكفول، لأنه لا يبرأ الأصل ببراءة الفرع .