

بسم الله الرحمن الرحيم
(كتاب الكفالة)

الكفالة: هي الضم لغة، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ ثم قيل: هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح.

كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالباً يكون تحققها في الوجود عقيب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم، فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعدها أوردتها في التعليم بعدها، ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه، ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده. ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيًا مؤنة ما أهمهما وقَرَ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتنَّ الله تعالى بها حيث قال: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] في قراءة التشديد^(١) يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يتوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاحت لها ذلك، وسمي نبياً بذئ الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم. وسبب وجودها تضيق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقريباً إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهيمه ما أهمه. وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفاً. ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٢) رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعارضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة: هي الضم. قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ أي ضمها إلى نفسه، وقرىء بتشديد الفاء ونصب زكريا: أي جعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها (وفي الشريعة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل

كتاب الكفالة

قال الإمام السرخسي في مسوطه في باب القاضي في الكفالة من كتاب الكفالة: لو كتب القاضي بكتاب في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كتابه أنه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بغير أمره، وهذا لأنه لما كفل عنه بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه ألزم باختياره، فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى.

(١) قوله: قراءة التشديد. يعني قوله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ بتشديد الفاء وهي قراءة حفص وهي الشائعة في هذه الأيام. وقرأ غيره بتخفيف الفاء: ﴿وكفلها﴾.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ١٢٦٥ و٢١٢٠ وابن ماجه ٢٣٩٨ و٢٤٠٥ والطيالسي ١١٢٨ وأحمد ٥/٢٦٧ والبيهقي ٦/٨٨ والبخاري ٢١٦٢ والطبراني ٧١١٥ و٧٦٢١ كلهم من حديث أبي أمامة العارفة مؤداة والمنحة مردودة والذين مقضي الزعيم غارم. هذا السياق لأبي داود، وأحمد وغيرهما.

قال الترمذي: حسن غريب. وقد روي من وجه آخر. قلت: وإسناده حسن هو من رواية إسماعيل بن عباس وروايته عن الشاميين يحتج بها وشيخه شرحبيل بن مسلم شامي فالحديث حسن لأنه في شرحبيل لبناء، لكن توبع، فقد أخرجه الطبراني ٧٦٤٧ من طريق خراش و٧٦٤٨ من طريق أبي عامر الهوزي كلاهما من حديث أبي أمامة.

وأخرجه أحمد ٥/٢٩٣ عن سعيد المقبري عن سمع النبي ﷺ وجهالة الضحايي لا تضر. ورجال أحمد ثقات كلهم. فالحديث بمجموع طرقه يرتقى إلى درجة الحسن الصحيح.

والإجماع. وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع، فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب، ولا تصح من المريض إلا من الثلث، وفي الدين أن يكون صحيحاً؛ فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس ديناً صحيحاً إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة، بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم، وأما مفهومها لغة فقال المصنف: الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى. قال في المغرب: تركيبه دال على الضم والتضمين، ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه، وكفل الشيطان مركبه. وأما في الشرع فما أشار إليه من قوله (ثم قيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل في الدين، قال: والأول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية؛ فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل، ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين. قال في المبسوط: وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب. فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق بمرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر، ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئاً يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح. والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، إنما يمنع في عين ثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين، ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنما جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي إلى ذلك. ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه. ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل، وبقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع ببعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها. وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار، والأعيان المضمونة بغيرها وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين، ولو هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها. وأما الأعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها، بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالدبعية ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً. وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية، ولم يجعل أبو يوسف

في الدين، والأول أصح) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة نفسها كما سيجيء ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين، وعورض بما إذا وهب رب الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قيل الكفالة لأن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز. وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح

قال: (الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول

في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي. واختلفوا على قول أبي يوسف؛ فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً وللطالب حق الرد. وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل، وأما حكمها فنُبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا، وفي رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعذر ذلك. وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور: ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة، وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه. احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: «أنه ﷺ حضر جنازة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال علي رضي الله عنه: أنا لهما ضامن، فقام ﷺ ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال: جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة؟ فقال للناس كافة»^(١) فدل أن المضمون عنه بريء من الضمان، وللعامة قوله ﷺ: «نفس

التصرف وجعلناه في حكم دينين، وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين. قال: (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال. فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها إحضار المكفول به. وقال الشافعي: لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه لأنه رقباني مثله لا يتقادر له ليسلمه، ولأنه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً. أما إذا كان بغير أمره فظاهر، وأما إذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من المكفول عنه، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله ﷺ «الزعيم غارم») أي الكفيل ضامن. ووجه الاستدلال أنه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيهما. لا يقال: هو مشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل. والكفيل بالنفس لا يعرم شيئاً لأن

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٧٨/٣ والبيهقي ٧٣/٦ كلاهما من حديث عطية العوفي عن أبي سعيد به سكت عليه الدارقطني!

وقال البيهقي: الحديث يدور على عبيد الله بن الوليد الرصافي، وهو ضعيف جداً.

وقد روي عن علي من وجه آخر بإسناد ضعيف ثم أسنده البيهقي عن طريق عطاء بن عجلان، وأعله به حيث قال: ابن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح أ هـ.

وأما ابن حجر فذكره في التلخيص ٤٧/٣ وقال: رواه الدارقطني، والبيهقي بأسانيد ضعيفة.

قلت: لم يرو إلا من وجهين. الأول مداره على الرصافي وهو وإه بكرة كما قال البيهقي، وذكره الذهبي في الميزان ونقل عن النسائي، وعلي الفلاس: أنه متروك. ثم ذكر له منكري.

وله علة ثانية وهي ضعف شيخه عطية العوفي كما في الميزان وأنه كان يتشيع. والحديث في فضل آل البيت فاشتد ضعفاً فهذه علة ثلاث لحديث أبي سعيد.

وأما حديث علي، فضعفه البيهقي، وأعله بعطاء بن عجلان. وأنه ضعيف. قلت: وقد ترأف البيهقي بحال ابن عجلان هذا وإلا فالصواب أنه متهم بالكذب.

جاء في الميزان ما ملخصه: قال عنه يحيى: ليس بشيء كذاب وقال الفلاس: كذاب، وقال البخاري: منكر الحديث أ هـ. فالحديث باطل هو من مصنع الرافضة والصحيح كون الضامن إنما هو أبو قتادة. فقد أخرج البخاري ٢٢٧٩ و ٢٢٩٥ وأحمد ٤/ ٤٧. ٥٠. والبيهقي ٧٢/٦ كلهم من حديث سلمة بن الأكوع قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأتني بجنازة فقالوا: هل عليها فقال: صل عليها دين... وآخره: فقال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله ﷺ وعلي دينه، فصلى عليه.

وكون الكفيل إنما هو أبو قتادة ورد في أحاديث أخرى: فقد أخرجه الترمذي ١٠٦٩ والنسائي ٦٥/٤ والدارمي ٢٦٣/٢ وابن ماجه ٢٤٠٧ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وأحمد ٥/ ٣١١. ٢٩٧ وابن حبان ٣٠٥٨ و ٣٠٥٩ و ٣٠٦٠ من طرق كلهم من حديث أبي قتادة ورجال أصحاب السنن صحيح على شرطهما. وقد قال الترمذي: حسن صحيح. وقد أصاب. وورد من حديث جابر. أخرجه أبو داود ٣٣٤٣ والنسائي ٤/ ٦٥. ٦٦ وعبد الرزاق ١٥٢٥٧ وابن حبان ٣٠٦٤ والبيهقي ٧٥/٦ كلهم من حديث جابر ورجال إسناد ثقافت كلهم رجال البخاري ومسلم. فهذه الروايات متفقة على كون الضامن إنما هو أبو قتادة وأما كونه علياً فمركب ومزيف.

به) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز لأنه كفر بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به،

المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه^(١) وقوله في خبر أبي قتادة: «الآن بردت جلده»^(٢) وصلاته ﷺ على المضمون عنه لأنه بالضمان صار وفاء، وإنما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء، وقوله: «فك الله رهانك»^(٣) لأنه كان بحال لا يصلح عليه، فلما ضمن عنه فكه عن ذلك. ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد، فإن الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان عليّ إذ يدل على أن الضمان تم بذلك قوله: (قال) أي القُدوري (الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا. واستدل لقوله المضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء، وهذا لأنه حرّ لا يتقاد له ولا ولاية له عليه خصوصاً إذا كفل بغير أمره، وكذا بأمره لأن أمره بكفاله لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بيد الشاهدين (و) استدلال للمذهب بما أخرجه من قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٤) باعتبار عمومه. وقوله: (بتوعيه) أي نوعي عقد الكفالة، واعتراض بأنه مخصص بالزعيم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم، والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال. وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره، والغرام اللازم ذكره في المجمع، والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار، وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله (والحاجة إليه ماسة، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرايط، وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لأن الظاهر أنه يتقاد إذا كان بأمره، وإن كان بلا أمره يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم. وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يضح دليلاً. ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنياً على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل. وروي: «أنه ﷺ كفل رجلاً في تهمة»^(٥) وكان بين عليّ وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس عليّ رضي الله عنه. واعتراض بالمناقضة في الحدود والقصاص فإن الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وإن كان تسليم النفس واجباً كتسليمها

الغرم ينبيء عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم الكفيل الإحضار وهو يتضرر به (ولأنه يقدر على

(١) صحيح. أخرجه الترمذي ١٠٧٩ وابن ماجه ٢٤١٣ والدارمي ٢٦٢/٢ والطبراني ٢٣٩٠ وأحمد ٤٠٤/٢ / ٤٧٥ وابن حبان ٣٠٦١ والبيهقي ٧٦ والبيهقي ٢١٤٧ كلهم من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وحسنه الترمذي والبيهقي، وهو قوي رجال كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.

وأخرجه الترمذي ١٠٧٨ والحاكم ٢٧.٢٦ / ٢ والبيهقي ٧٦/٦ وأحمد ٥٠٨/٢ من رواية أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً. وصححه الحاكم على شرطهما وأقره الذهبي وهو كما قال.

(٢) حسن. أخرجه البيهقي ٧٥/٦ وأحمد ٣٣٠/٣ والدارقطني ٧٩/٣ كلهم من حديث جابر في خبر ضمان أبي قتادة عن الميت وآخره: الآن بُردت عليه جلده أه وأما: جلده. فلم أره في كتب الحديث ولعله تحريف. وإسناده حسن فيه: عبد الله بن محمد بن عقيل. قال في التقريب: صدوق في حديثه لين.

(٣) باطل. هو بعض حديث أبي سعيد المتقدم قبل حديثين.

(٤) تقدم في أول هذا الكتاب. أي: كتاب الكفالة. وإسناده قوي.

(٥) ضعيف: أخرجه البيهقي ٧٧/٦ من حديث أبي هريرة قال: إن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة. وقال مرة أخرى: أخذ من متهم كفيلاً تثنياً. وقال البيهقي: فيه إبراهيم بن خيثم ضعيف.

وقال الذهبي في الميزان: قال الجوزجاني عنه: كان غير مقنع اختلط بآخره. وقال النسائي: متروك. ومنبسطه في الميزان فقال: إبراهيم بن خيثم.

تنبه: فتنبه ومع ضعف الرواية: أن النبي ﷺ ليس هو الذي كفه وإنما طلب كفيلاً.

بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «زعيم غارم» وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه، وقد أمكن تحقق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه.

للجواب. والجواب منع عدم صحتها مطلقاً بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس. ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها. وأما حدّ الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي، فإن الحدود يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما. وأما الجبر على إعطاء الكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلأن الكفالة لا تفيد لأن الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء إما أن يجيب ويحضر أو لا؛ ففي الأول لا حاجة إلى الكفالة، وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه قوله: (وتعتقد إذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الألفاظ التي تثبت بها الكفالة، وهي صريح وكناية، فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلني والي ولك عندي هذا الرجل وعلني أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أودعه إلي، وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به، يقال حميل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع. وروي في الفائق «الحميل ضامن»^(١) وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل، ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع، وهذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مرّ مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفاً ولغة ومجازاً كهو رأس وتحرير ربة وتقدم في الطلاق، ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه. قال البلخي رحمه الله: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن. والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك، بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويتأني في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) إذا أضاف إلى جزء شائع منه ككفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق

تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه. وتقريره أنا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه (إذ لا قدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فإن قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي، على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلاً له قوله: (والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدليل وذلك لأن معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه المانع متف لما ذكرنا، والحاجة وهي إحياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز إلا تعتاً وعناداً. قال: (وتعتقد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها، وهي في ذلك على قسمين: قسم يعبر به عن البدن حقيق كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه، وقسم يعبر عنه عرفاً كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته. فإن كلاً منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف، وكذا إذ عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكن ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة إضافته إليه، بخلاف ما إذا قال

قوله: (مبني على علم جواز الكفالة) أقول: فيه أن البناء على ذلك ممنوع، فإن الخصم أثبتة بالقياس على الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفاً.

قوله: (وكذا إذا عبر الخ) أقول: في صحة عطفه تأمل قال المصنف: لأنه لا يعبر بهما عن البدن) أقول: حقيقة ولا عرفاً فلا يرد النقص بمثل قوله تعالى: ﴿تبت يدا أبي لهب﴾.

(١) غريب بهذا اللفظ. والحميل، والكفيل، والزعيم، والقبيل. كلها بمعنى واحد.

قال: (وتعتقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو بربقته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا بيده وبرجفه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مرّ في الطلاق، وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنته) لأنه تصريح بموجبه (أو قال) هو (عليّ) لأنه صيغة الالتزام (أو قال إليّ) لأنه في معنى عليّ في هذا المقام، قال عليه الصلاة والسلام (ومن ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيلاً فإليّ) (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه. والقبيل هو الكفيل، ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة.

الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها) ووجه ضمنته (بأنه تصريح بموجبه) لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام وإليّ في معناه قال ﷺ «من ترك كلاً»^(١) أي يتيماً (فإليّ) لأن العطف يقتضي المغايرة.

وقوله: (وقد روينا فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٢). في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا»^(٣) وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقداد بن معد يكرب قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كلاً فإليّ، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»^(٤) ورواه ابن حبان في

تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما، وكذا تعتقد إذا قال ضمنته لأنه صريح بموجب عقد الكفالة، وكذا إذا قال عليّ لأنه صيغة الالتزام، وكذا إذا قال إليّ لأنه في معنى عليّ، في هذا المقام قال

(١) يأتي بعد حديث واحد.

(٢) تقدم قبل قليل وذلك في أول الباب وإسناده قوي.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٨ و ٥٣٧١ و ٦٧٦٣ ومسلم ١٦١٩ من وجوه عدة وأبو داود ٢٩٥٥ والدارمي ٢٦٦٣/٢ والنسائي ٦٦٦/٤ والترمذي ١٠٧٠ وابن ماجه ٢٤١٥ والطيبالي ٣٣٣٨ وأحمد ٢٩٠/٢ و٤٥٣.٤٥٦ وعبد الرزاق ١٥٢٦١ وابن حبان ٣٠٦٣ والبيهقي ٦/٣٥١-٢٠١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة روهه بالفاظ متقاربة. وأحد ألفاظه: كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ إذا مات وعليه دين سأل: هل له وفاق؟ فإذا قيل: نعم. صلى عليه وإذا قيل: كلاً. قال: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح. قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالا فللوارث. هذا اللفظ للبخاري ومسلم في رواية لهما.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٩٩ و ٢٩٠٠ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٥١٠/٨ وابن ماجه ٢٦٣٤ و ٢٧٣٨ وسعيد بن منصور ١٧٢ وابن أبي شيبة ٢٦٤/١١ وأحمد ٤/١٣٣ والطحاوي في المشكل ٥/٤ والمعاني ٤/٣٩٨ والدارقطني ٤/٨٥ وابن حبان ٦٠٣٥ والحاكم ٤/٣٤٤ والبيهقي ٦/٢١٤ والبلغوي ٢٢٢٩ وابن الجارود ٩٦٥ كلهم من حديث المقدم به ومداره على علي بن أبي طلحة عن راشد بن سعد وقال الحاكم: صحيح على شرطهما! ورده الذهبي بقوله: علي بن أبي طلحة قال أحمد: له أشياء منكرات ولم يخرج له البخاري. قلت: ومع ذلك فعلي بن أبي طلحة من رجال مسلم وهو صدوق وقد توبع فقد أخرجه الطحاوي في المعاني ٤/٣٩٧.٣٩٨ عن يزيد العقيلي عن راشد بن سعد به. لكن يزيد هذا وإياه كما في التقريب.

وأخرجه أبو داود ٢٩٠١ والبيهقي ٦/٢١٤ من طريق يزيد بن حجر عن صالح بن يحيى بن المقدم عن أبيه عن جده. ويزيد مجهول. وصالح مستور وأبوه يحيى بن المقدم ليس الحديث قاله الحافظ في التقريب. وأخرجه ابن حبان ٦٠٣٦ من وجه آخر عن راشد بن سعد عن عبد الرحمن بن عائد عن المقدم به. وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر راشد بن سعد عن أبي عامر الهوزني عن المقدم بن معدي كرب، وسمعه من عبد الرحمن بن عائد عن المقدم. فالطريقان جميعاً محفوظان.

ومال أيضاً الطحاوي في المشكل ٤/٧ إلى تقوية الحديث وأما البيهقي: فأعله به الاضطراب، وتعبه ابن الترمذاني بأن ابن حبان صححه. وجاء في الملل ٢/٥٠ لابن أبي حاتم قال: قال أبو زرعة: حديث المقدم حسن. وورد نحوه من حديث أبي عبيدة بن الجراح.

أخرجه الترمذي ٢١٠٣ وابن ماجه ٢٧٣٧ والطحاوي ٤/٣٩٧ وابن الجارود ٩٦٤ وابن أبي شيبة ١١/٢٦٣ وأحمد ١/٤٦.٢٨ والدارقطني ٤/٨٤.٨٥ وابن حبان ٦٠٣٧ والبيهقي ٦/٢١٤ من طرق كلهم من حديث أبي أمامة أسعد بن سهل بن حنيف عن أبي عبيدة. فهذا شاهد لحديث المقدم. وإسناده حسن، وقد حسنه الترمذي.

قال: (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه، ولكن لا يحبس أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى. ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت ولم يحضره يحبس حتى يتحقق امتناعه عن إيفاء الحق.

صحيحه. وفي لفظ لأبي داود: «وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً أو ضيعة فإلي»^(١) (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لأنه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوفقك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله، ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ. والوجه أن يلزمه لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب. وعن نصير قال: سأل ابن محمد ابن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم. قال الفقيه أبو الليث في النوازل: هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد، وفي خزاعة الواقعات وبه يفتى: أي بظاهر الرواية، لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. وفي فتاوى النسفي: لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام. وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله منجزاً فلو معلقاً يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأننا أؤدي، نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال إن دخلت الدار فأننا أحج يلزمه الحج قوله: (فإن شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) وهذا إذا لم يظهر عجزه عن إحضاره فيه، فإن ظهر لا يحبس إذ لا فائدة في حبسه، كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل، فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها، فإن لم يحضره ظهرت ممانعة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين، وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلزمه ولا يمنعه من أشغاله، ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل؛ فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم

﴿مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا أَوْ عِيَالاً فَإِلَيَّ﴾ والكل: اليتيم، والعيال: من يعول: أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال، وكذا إذا قال أنا زعيم به لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا فيه أو قبيل لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لأنه التزم المعرفة دون المطالبة. وذكر في المنتقى أنه إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف، وعلى هذا معاملة الناس. قال: (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه، فإن أحضره برئت ذمته، وإن لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعى) فإذا علم ذلك وامتنع، فإما أن يكون لعجز أو مع قدرة، فإن كان الثاني حبسه الحاكم، وإن كان الأول فإما أن يعلم مكانه أولاً، فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق، وإن كان الثاني فالطالب إما أن يوافق على ذلك أو لا، فإن

قال المصنف: (فإن شرط في الكفالة، إلى قوله. في ذلك الوقت) أقول: لا قبله كما في الدين المؤجل، فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع.

(١) هذا اللفظ لأبي داود في رواية، ولابن حبان في روايته الثانية، وهو من حديث المقدم.

قال: (وكذا إذا ارتدّ والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر، ولو سلمه قبل ذلك برىء لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل.

قال: (وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة.

قال: (وإذا كفّل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء) لحصول المقصود، وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار لا على الإحضار فكان التقييد مفيداً (وإن سلمه في برية لم يبرأ) لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفّل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه. وعندهما لا يبرأ لأنه قد

المطالبة. وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدّق في دعوى ما يسقطها، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه. وفي بعض النسخ قوله: (وكذا إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب) يعني يمهل الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادة، فإن لم يكن لا يؤخذ الكفيل للعجز عنه واللاحق، وإن كان موتاً فهو حكمي في ماله ليعطي الأقرب إليه، أما حقوق العباد فثابتة على حالها، ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة. للشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان: أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها، والثاني يسقط إلحاقاً بالغبية المنقطعة قوله: (وإذا أحضره وسلمه إليه في مكان يقدر المكفول له على أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر) من الأمصار (برىء الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لأنه ما التزم التسليم) بالكفالة (إلا مرة) وقد حصلت. ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر وهو المصر الذي كفّل فيه. وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم، ووضعها هنا أنسب. وجه قوله إنه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته، وهذا لا يكون ظاهراً إلا في مصره لأن شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الأمصار، ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به، وقولهما أوجه. وفي الفتاوى: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فإن الكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برىء، وإن سلم إلى المدعي لا، وهذا إذا لم يصف الكفالة إلى المدعي، فإن أضاف بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس، أما إن عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه في السوق برىء لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة. وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إيصاله إلى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لا يقدر أن لا يفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيداً. وقد روي عن أبي يوسف نصاً وقال: لأن الناس لا يعينونه للإحضار. قيل ويجب أن يفتى بهذا. ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولى غيره فدفعه عند الثاني جاز، ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقاً (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير

كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال، وإن كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر شاهد له، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة إياه. وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة. قال: (وإذا أحضره

قوله: (وقال بعضهم لا يلتفت إلى قول الكفيل) أقول: وعمل القضاة اليوم على هذا.

تكون شهوده فيما عينه. ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه. قال: (وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وما له لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال. ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت.

الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى: رجل كفل بنفسه محبوس ينبغي للقاضي أن يخرج حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن، ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه. وفي العيون: لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد: لا يبرأ لأنه في السجن؛ ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ، ولو خلى عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس، إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع، وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ. ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إليّ فدفعه وهو في الحبس قال محمد: برىء بتسليمه إليه وهو في حبسه. ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب. ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالتك كان جائزاً أيضاً وبرىء الكفيل. وفي الواقعات: رجل كفل بنفسه رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره قوله: (وإذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل) يعني يبرأ (لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب) الذي هو إحضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي، فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الأصيل: أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة، ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ولا ترجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته إليه. وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضاً. أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود على قدرته، والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك قوله: (ومن كفل بنفسه آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا برىء فدفعه إليه فهو برىء لأنه) أي دفع المطلوب هو (موجب

وسلمه في مكان الخ) إذ أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل لأن المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي، فإذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرىء الكفيل لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحد وقد حصل ذلك بما قلنا، وإن كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة. وقال شمس الأئمة السرخسي: المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عاداتهم في ذلك الوقت. أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الإحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد، وإن سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود. والجواب أن شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه، فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققاً من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ، وهذا لأن المعبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي إما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلاً وقد حصل. وقيل هذا اختلاف عصر وأوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصلاح والقضاء لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل

قال: (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء) لأنه موجب التصرف فثبت بدون التنصيص عليه، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين، ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع، وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه.

التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فثبت عنده من غير أن يشترط، والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة، فإذا وجد وجدت وقد وجد، إذ قد فرض الدفع فثبتت من غير حاجة إلى اشتراطها.

وقوله: (كما في قضاء الدين) يعني إذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برىء، وإن لم يقبضه كالمغاصب إذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فها هنا أولى، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا للدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفي حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار قوله: (ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي إليك من كفالة فلان (صح) عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك. قال شمس الأئمة: لا نعلم فيه خلافاً. قال المصنف (لأنه) أي المكفول (مطالب بالخصومة) وفي بعض النسخ مطالب بالحضور: يعني إذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطاً ذلك عن نفسه إذا طالبه بمعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالمحيل إذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا إذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعني إذا قال سلمت إليك نفسه عن الكفيل، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل، ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك إلا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ، بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا

مصر منقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصير أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فقيّد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. ولو سلمه في السجن، فإن كان الحابس هو الطالب برىء، وإن كان غيره لم يبرأ لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه. وذكر في الواقعات: رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره، ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه حال ما كفل قادر على الإتيان به. قال: (وإذا مات المكفول به برىء الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس بقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقطاً لها، أما إذا مات المكفول به فلأن الكفيل عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل، وأما إذا مات الكفيل فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة. فإن قيل: فليؤد الدين من ماله. أجاب بأن ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب وهو إحضار المكفول به وتسليمه إلى المكفول له لا أصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال، ولا نيابة لأنه لا ينوب عن النفس، بخلاف الكفيل بالمال فإن الكفالة لا تبطل بموته لأن ماله يصلح نائباً، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة. وإذا مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل إن كان له وصي، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت. قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالإضافة ولم يقل فإذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه برىء لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخير وهو الموجب، ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثوث الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف، وكحل الاستمتاع فإنه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات. وقال في النهاية: لأنه موجب التصرف: أي لأن دفع المكفول به إلى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها قوله: (فتعارض الموهومان) أقول: فيه بحث، لأن الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض.

قال: (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة، وهذا التعليق صحيح، فإذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق. وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيع. ولنا أنه يشبه

يبرأ قوله: (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن) للألف (لأن الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافقة، وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان: أما الأول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لأنه) أي لأن تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبهه البيع) فكما يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعثت كذا بمائة فقبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك. هذا (ولنا أنه) أي عقد الكفالة (يشبه البيع) في الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع في الابتداء بـ (التزام) المال؛ فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه، وبالنظر إلى الثاني فقط يجوز مطلقاً، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً فعملنا بالشبهين (قلنا إن كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أي تعارفوا تعليقها به (صح عملاً بشبه النذر) وإن كان بغير متعارف كدخول الدار (وهو بوجوب الربح ونحوه لا يجوز عملاً بشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسألة وهي الألف اتفاقاً في التصوير، فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت

صريحاً، وليس بشيء لأن الكلام في أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إنما أورد هذا النفي الاشتباه لأن تسليم النفس محتاج إليه وقتاً بعد وقت حتى يصل إليه حقه، فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل، ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار إذا وجد التسليم، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لأن الكفيل يبرأ نفسه بإيفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه، فلو توقف لربما امتنع عن ذلك إبقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الإمكان، ولو سلم الأصيل نفسه عن كفالاته: أي كفالة الكفيل وقال دفعت إليك نفسي من كفالة فلان برىء الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لأن المكفول به مطالب بالخصومة، وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل إذا طوّل به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم، لكن إذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لأن تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين: من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فلم يصح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ، وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لأنه مطالب بالخصومة: أي لأن المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه إلى الطالب متبرعاً فيه نظر، لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل لبرأ به لأن ثمة جهة أخرى كما بينا، ولأنه يستلزم أن يبرأ الكفيل وإن لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما، وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه.

قال: (وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا الخ) رجل قال إن لم أواف بفلان إلى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال وإفاه: أي آتاه من الوفاء، وقيد بقوله لما عليه، وهو مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافقة على قول محمد خلافاً لهما، وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لأنه إذا قال فعلي مالك وعليه ولم يسم الكمية جاز لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع، ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت، وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع أنها لم تعلم هل تبلغ النفس

قوله: (فيه نظر لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول: فيه تأمل، ثم إن الضمير في قوله فيه نظر راجع إلى «ما» في قوله فما ذكر في النهاية.

البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام. فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه. ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف.

لك بمالك عليه صح، ومهما ثبت بالبيئة أنه عليه لزمه. وأما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فإنما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق. وأما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس أولاً ثم الكفالة بالمال ثانياً معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لأن موجب تلك تسليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما مسقطاً للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً، وليس في اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البديل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه، على أي إن لم أواف به إلى كذا كنت كفيلاً بما عليه بدل نفسه، ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبتت الكفالتان. ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى كذا فهو كفيلاً بكل مال عليه ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال دفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ، ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيفاً فيسلمه إليه، وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيفاً عن الغائب ويرد عليه. قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا، وإنما روي في بعض الروايات عن أبي يوسف. ولو فعله القاضي فهو حسن، ذكره في الخلاصة، وفيها كفيل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول. وهنا ثلاث مسائل: إحداهما أن يكون الطالب والمطلوب واحداً أو اثنين، وإن كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه، ولو كفل بنفسه إلى غد فإن لم يواف به غدا في المجلس مثلاً فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم تواف غداً لتقبضه مني فأنا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصدق واحد منهما، فلو أقام المطلوب بيته على الموافقة بريء من الكفالتين، وكلما كفل على أنه إن لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا

أو لا. ثم الحكم في هذه المسألة شيان: أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله. والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط. والدليل على الأول قوله لأن الكفالة بالمال: يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافقة، وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط، وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة صحيح لأنه شرط متعارف، وسنذكر أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح، فإذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال. وعلى الثاني قوله لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه، وتقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا تبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت. وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما، ولأن كلاً منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يقضي إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع. وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلاً عن الكفالة بالنفس، ووجوب البديل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة. وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبأن اجتماعهما صحيح والوفاء بهما إذ ذاك واجب، بخلاف خصال الكفار على الصحيح. وقال الشافعي: هذه الكفالة: أي المعلقة بالشرط لا تصح لأنه أي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الأصيل إذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر في البيع لا يجوز فكذا هاهنا. والجواب أنا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن

(قال المصنف: ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر (الخ) أقول: تعليق النذر بالشرط صحيح. قال في البدائع: إذا قال إن كلمت فلاناً فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها انتهى.

قال: (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة.

يصدق، ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة قوله: (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المال إذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت. أجب بالفرق بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه، بخلاف الانساخ بالموت إنما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديها إلى الكفالة بالمال. وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق إبراءه بعدم الموافاة. فخرج عن الظاهر احتياطاً لإيجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضيخان؛ فيثبت الفرق بين مسألة الجامع والقُدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف. والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة إذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان، وإنما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل، بخلاف موت المكفول عنه لأنه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه، وإلا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه، إذ قد عرف أن المدار وجود الشرط، ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه، هذا إذا مات المكفول به، فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال ديناً في تركته إذا مضى الوقت؟ قال ظهير الدين: في الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال: إن وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال، وإن أوى القبول يجبر عليه لأن لهم حقاً في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله: (ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة: في رجل لزم رجلاً وادعى عليه مائة دينار فيبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غداً فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غداً، قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد: إن ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه. وأراد

الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال. سلمناه، ولكن أشبه البيع مطلقاً أو من وجه، والأول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لأنه يشبه البيع من وجه كما مر، ويشبه النذر من حيث الالتزام، فشبه البيع يقتضي أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها، وشبه النذر يقتضي جواز ذلك وإعمال الشبهين أولى، قلنا: لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملاً بهما، والتعليق بعدم الموافاة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس. قال: (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة، وهذه مسألة الجامع الصغير، فهي وإن وافقت مسألة القُدوري المذكورة في أن كلاً منهما وجب عليه المال بعدم الموافاة بالشرط لكنه عدمها هاهنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بياناً لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره، وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة، ولهذا إذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت إذا سقطت الأولى بالإبراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه، لأن الأولى سقطت بالموت لما تقدم أن الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به وإلا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيداً للغير مقصوداً بالذات وذلك خلف باطل. وأجاب الإمام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة

قال: (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: إن لم بينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علق مالا مطلقاً بخطر؛ ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه، بخلاف ما إذا بين. ولهما أن المال ذكر معرّفًا فينصرف إلى ما عليه، والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية.

بالوجهين ما إذا بينها: أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل. والأفيد أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة عنها أولاً، وما إذا لم يدع شيئاً حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل. لمحمد وجهان: أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافقة إذا لم ينسب المائة إلى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك، وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدي، وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس. الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعى به (من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنه بناء عليه) وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية، وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين. قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرّفًا فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى) قبل الحضور إلى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعليّ مائة دينار، وكذا ذكر غير واحد، وكذا في المبسوط، فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي سيدعيها حكامنا بأن الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر. وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور

من كل وجه، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة، لأن المستحق به تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق، هذا ما ذكره، ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصوداً لأن المؤكد لم يسقط بالنسبة إليه فهو تأكيد كما كان. فإن قيل: إذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع. قلنا: الالتزام منه غير مدفوع، وقد التزم حيث يتقن باحتمال الموت ولم يستثن. فإن قيل: ترك الاستثناء ظناً منه أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها. قلنا: دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه في إن لم يواف فلا يفيد في إضرار غيره. قال: (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم بينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. وقال محمد: إن لم بينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة، وذلك لوجهين: أحدهما أن الكفيل علق في كفالته مالا مطلقاً عن النسبة حيث لم ينسبه إلى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافقة بالمدعى عليه غداً، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليرتك المدعى عليه في الحال، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي، وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال وبه صرح المصنف. والثاني أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبنني عليها، وهذا

قال: (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه: لا يجبر عليها عنده، وقالوا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير. بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «لا كفالة في حد من غير فصل» ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرى بالشبهات

الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت أنه إنما كفل بالألف المدعى به. وفي الخلاصة قال: إذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يوفأ به غداً فعليه ألف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يوفأ به وفلان يقول لا شيء علي والطالب يدعي ألفاً والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه، وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده. ويستفاد بها أن الألف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصيل، وسنذكر ما يظهر فيها قوله: (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على إعطاء الكفيل (عنده، وقالوا: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لأنه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد، ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته إلا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطي كفيلاً (بخلاف الحدود الخالصة حقاً لله) كحد الزنا والشرب. لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الأصيل وبعد إقامة البيئة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره. وأورد عليه: ينبغي أن لا يحبس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر. أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لإثبات الحد بل لتهمة الإغارة والفساد تعزيراً، وإذا لم يكفل به ماذا يصنع؟ قال: يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس، فإن أحضر البيئة فيها

منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى. ولهما أن المال ذكره معرفة لأنه قال: فعلي المائة فيصرف إلى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى. وهذه النكته في مقابلة النكته الأولى لمحمد، وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية. وتقريره أن المال إذا لم يكن معلوماً لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالإجمال في دعاوى غير مجلس القضاء دفماً لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكانه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة، وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعاً، ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة. قال: (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طالب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعي المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإستناد الجواز إلى الكفالة مجاز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لأنه خالص حق العبد: أي لأن المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب، وليس تفسير الجبر هاهنا الحبس بل الأمر بالملزمة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول، بخلاف الحدود الخالصة

قوله: (وفي القصاص لأنه خالص حق العبد) أقول: معطوف على قوله يجبر في حد القذف.

فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع) لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم.
قال: (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) لأن الحبس للتهمة هاهنا، والتهمة تثبت بأحد شرطي الشهادة: إما العدد أو العدالة، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا

وإلا خلى سبيله. وروي عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجته، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه (ولأبي حنيفة قوله ﷺ: «لا كفالة في حده»^(١)) رواه البيهقي وقال: تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواه ابن عدي. في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به. قال: مجهول لا أعلم روي عنه غير بقية، كما يروى عن سائر المجهولين (ولأن مبنى الكل) يعني الحدود الخالصة حقاً لله تعالى والتي فيها حق العبد كالتقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرى بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه. هذا (ولو سمحت نفسه) أي نفس المطلوب (بإعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حذ القذف والتقصاص (جاز لأنه أمكن ترتيب موجه عليه) وهو تسليم النفس (لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة حقاً لله لأن تسليم النفس واجب فيها، لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب، ولأنه معارض بوجوب الدرء (ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي المجهول (لأن الحبس هنا للتهمة) لا لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شرطي الشهادة، إما العدد أو العدالة) فإذا وقعت التهمة حبس بالنص، وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن

الله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل إقامة البينة أو بعدها. أما قبل إقامتها فلأن أحداً لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل؛ وبعد إقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل (ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله، قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ. ذكره الخصاص في أدب القاضي عن شريح. وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي: روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ (ولأن مبنى الحدود والتقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل) فإن قيل: حبس بإقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل. أجيب بأن الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرى بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) فإنه محض حق العبد يسقط بإسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في الأموال (ولو سمحت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في التقصاص (وحد القذف صح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الإمام المحجوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين. قال: (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه، وفي بعض النسخ فيهما: أي في حذ القذف والتقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو

(١) منكر. أخرجه البيهقي ٧٧/٦ وابن عدي في الكامل ٢٢/٥ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وقال البيهقي: تفرد به بقية بن الوليد عن عمر الكلاعي. والكلاعي من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة. وقال ابن عدي: لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكرة، وغير محفوظة.
وذكره الزيلعي في نصب الراية ٥٩/٤ وذكر كلامهما ووافقهما. فالحديث ولو كان شيخ بقية معروف لكان خيراً ضعيفاً لكونه مدلساً وقد رواه عنقة، فكيف وشيخ بقية مجهول، وصاحب مناكير.

يثبت إلا بحجة كاملة. وذكر في كتاب أدب القاضي أن علي قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة.

رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة^(١)، وقدما تخريجه والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها. أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل، والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص. وفي الصحاح والمغرب: التهمة بالتحريك، وأصل الثاني فيه واو من وهمت الشيء أهمه وهماً من باب ضرب: أي وقع في خلدي، والوهم ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلاناً بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله أو تهمت كما في اتكلت أصله أو اتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الانتعال. قال المصنف (وذكر في أدب القاضي أن علي قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) إذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما. ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على كفيل، وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفيل، ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص قوله: (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلزم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه، والخراج يمكن استيفاءه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به. وظهر بما قرناه أن قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر، فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن. وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصلوات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة، لكن لما كان ملزوماً للوآزم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران، بخلاف دين الزكاة فإنه وإن كان مطالب من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين، لأن حاصله إيجاب تملك طائفة من المال شكراً لله على نعمة الغني، ولذا لا يؤخذ من تركته جبراً للورثة عندنا، ولم يخلص كونه له مطالب

شاهد عدل يعرفه، أي يعرف الحاكم كونه عدلاً لأن الحبس هانها للتهمة: أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعي لأنه يحتاج إلى حجة كاملة، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة، لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها. وقد روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة. وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء لا يحبس فسه إلا بحجة كاملة، وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فإن أقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل

قوله: (قيل هذا إلى قوله مرفوعاً) أقول: القائل هو الإفتائي، وقال في شرحه: ولنا في دفعه نظر قوله: (بخلاف الحقوق لأنها لا تندرى بالشبهات) أقول: تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل قوله: (أي لتهمة الفساد لا لإثبات المدعي) أقول: الأظهر لا لثبوت. قوله: (ينافي الدرء) لا نسلم ذلك، وإنما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل، وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدهه كذلك، وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتغاله على ما لا يخفى فليتأمل قوله: (ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء) أقول: فحيث يكون الاتهام أكثر فليتأمل.

(١) تقدم في الحدود أخرجه أبو داود ٣٦٣٠ والحاكم ١٠٢/٤ وأحمد ٢/٥ والبيهقي ٥٣/٦ من حديث بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده صححه الحاكم، وأقره الذهبي والصواب أنه حسن كما هو المعروف في سلسلة بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. وهو معاوية بن حيدة.

قال: (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما.

من العباد عن شبهة عدم ذلك، فإن المالك للعين يتحقق مطالباً من جهة العباد حقيقة، بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالباً للمالك، فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير، ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك، بخلاف سائر الديون فإنها مملوكات قوله: (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لأن موجبه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق.

ثم إذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالإجماع، بخلاف الكفالة بالمال إن كفلوا معاً طوّل كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل. مثلاً: كفل ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلاثها، ولو كفلوا بها على التعاقب طوّل كل واحد بالألف، وأيهم قضى سقطت عن الباقي قوله: (وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب: الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو إنما قال فالكفالة بالنفس الخ، والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم. وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر: لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في

ثبوت المدعي بالحجة ينافي الدرء بالشبهات، والدرء ثابت بقوله ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات» وبالإجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه، فإذا وجه أحد شطري الشهادة ولم يحبس الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدلته، والإيفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعي عليه بالفساد دفعاً للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبي ﷺ في ذلك وقع تعليماً للجواز حيث لم يكن النبي ﷺ ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء، والله أعلم بالصواب. وذكر في كتاب أدب القاضي: لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغني عن الحبس. وقيل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين: في رواية يحبس ولا يكفل، وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما، وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة. قال: (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورد هذه المسألة هاهنا دفعاً لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك، ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلزم من عليه لأحله فصحت الكفالة عنه، وإنما قيل مطلقاً يعني في الحياة والممات احترازاً عن الزكاة فإنها يطالب بها، أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام، وأما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الإمام، والكفالة بها لا تجوز لأنها غير مطالب بها بعد الموت، وما كان الرهن توثيقاً كالكفالة استطرد بذكوره في باب الكفالة، فقوله: (لأنه دين مطالب به) إشارة إلى صحة الكفالة، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة، والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لأجله فيه. وقوله: (ممكن الاستيفاء) إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقاً بجانب الاستيفاء فيرتب موجب

قوله: (وقيل معنى كلامه) أقول: القائل هو الكاكي قوله: (أورد هذه المسألة هاهنا الخ) أقول: أنت خبير بأنه لا يدل على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس، وهل المهم بيانه إلا ذلك، ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والأمر من (قال المصنف: فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول: قال الإفتائي: الضمير في عليه راجع إلى الخراج، وفي فيهما راجع إلى الكفالة انتهى. والأظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج قوله: (قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش) أقول: القائل هو الإفتائي.

قال: (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان) لأن موجه التزام المطالبة هي متعددة والمقصود التوثق، وبالتالي يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع) لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار، وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراده أن لا يكون بدل

ذلك، وبدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلياً، فكان مبناهما التوسع فتحملت فيها الجهالة. ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع، وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك إجماع) وضمن الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله، وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك، وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار فيمكن أن يدعي أن حمل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجة) أي خطأ، فإن العمد على تقدير السراية يجب القصاص إذا كانت بألة جارحة ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فإنها إن سرت إلى النفس وجب دية النفس وإلا فأرش الشجة ومع ذلك صح، وقدما أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العبد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده، وكذا يحترز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة، لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا. والدرك التبعة وفيه فتح الرأى وسكونها (ثم المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم. وعن مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذرت مطالبة الأصيل (وله مطالبتهما) جميعاً لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها فتجري حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعني الغاصب وغاصب الغاصب إذا قضى القاضي عليه بذلك ليس

العقد في الرهن والكفالة عليه. قيل في كلام المصنف لَفَ ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك. قال: (ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة: أي أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه، ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه إلى إلزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالتالي يزداد التوثق، وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجوداً والمانع منتفياً، فالقول بامتناعه قول بلا دليل، وإذا صحت الثانية لم يبرأ الأول لأنها صححتاها ليزداد التوثق، فلو برى الأول ما زاد إلا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل. وقال ابن أبي ليلى: يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجباً على الأول كان واجباً في موضعين وهو بناء على أصله أن الكفيل إذا كفل بالدين برىء المطلوب فكذلك هاهنا. والجواب أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويفضي إلى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل، ثم إذا أسلم أحد الكفيلين نفس الأصيل إلى الطالب برىء دون صاحبه. قال: (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال، وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف،

قوله: (الرجوعه إلى إلزام من له الطلب الخ) أقول: فيه تأمل.

الكتابة، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة حينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكنه التملك من الثاني، أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التملك فوضح الفرق.

قال: (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلياً أو ما ذاب لك عليه فعلياً أو ما غصبك فعلياً. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع، أو

له أن يضمن الآخر (لأن اختياره) تضمين (أحدهما) أي إن قضى القاضي عليه (يتضمن التملك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة، بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء قوله: (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلياً وما ذاب لك عليه، أي ما وجب وثبت فعلياً من ذوب الشحم، لأن المعنى إن بايعته فعلى درك ذلك البيع. وإن ذاب لك عليه شيء فعلياً، وكذا ما غصبك فعلياً، وإذا صحت فعلياً ما يجب بالمبايعه الأولى، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعه الثانية، ذكره في المجرى عن أبي حنيفة نصاً. وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعه: يلزمه كله، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعه صح، حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلاناً ليصير المكفول عنه معلوماً فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الإضافة. ولو قال ما بايعت من الناس فعلياً ضمناه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به فإنها حينئذ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً و جهالة المكفول به لا تمنعها مطلقاً و جهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع. مثال ذلك لو قال: ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو علي لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، وكذا لو قال ما ذاب لأحد عليك فهو علي لا تصح لجهالة المكفول له. ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلياً جاز لانفائهما، ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة، كأنه قال: ما يجب لك على واحد من الناس فعلياً، وفيه لا تصح لجهالة

أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع: يعني من الضمان بعد أن كان ديناً صحيحاً، لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة. وقوله: (وعلى الكفاك بالدرك) بفتح الراء وهكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً كالشمن في البيع. وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول، وصار الكفالة بعمال مجهول كالكفالة بشجة أي شجة كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار. وإنما قيل خطأ لأنها إذا كانت عمداً وقد سرت وكانت الشجة بألة جارحة فإنها توجب القصاص والكفالة به لا تصح. ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج إلى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح، إذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه. وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به. قال: (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الأصل: أي الدين ويسمى الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعاً،

قوله: (ولما مر ذلك) أقول: فيه بحث قوله: (وقيل لأن المولى الخ) أقول: فيه شيء، ويندفع بقولنا قياساً تأمل.

لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا

المكفول عنه. ومن بايع فلاناً اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لأنه ضمن الواحد من الناس، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين، وحينئذ يجب كون أهل الدار في المسألة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين وإلا فلا فرق. ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له. ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أن مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقين فرق بين المكفول له. وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له. وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والإضافة حيث يصح في التنجيز دون الإضافة. أما الأول فما ذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق. وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الإرسال والتعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تملك في حق الطالب. وإنما جَوِّز استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً فإذا كان مجهولاً يبقى على القياس. وحاصل هذا أن المبطل هو الإضافة لا جهالة المكفول عنه. إذا عرف هذا جئنا إلى مسألة الكتاب، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة، وكذا قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا. والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مسألة واحدة ستأتي. وعامة المشايخ قالوا: الاستدلال به صحيح، فإن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له؛ فقد اشتملت على أمرين: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة. وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال عليّ هما عليّ، فصلى عليه الصلاة والسلام عليه^(١) فدل على جواز الأمرين. ثم قام

وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتباراً للمعنى، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة، فعلى هذا أن يطالبهما جميعاً جملة ومتعاقباً، بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين: أي الغاصب وغاصب الغاصب، فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك إذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التملك من الثاني. أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التملك. قال: (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الفسخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم، مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل أن يقول: إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو إذا حلّ مالك عليه ولم يوفّ به فعلي. ولا يجوز بشرط

(١) تقدم مستوفياً في أول الباب بعد حديث واحد.

جعل واحد منهما أجلاً، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق. (فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت

الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يتم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك. ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً، وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور: أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (بأن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل. الثاني (أن يكون شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه. الثالث (أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء مثل إن غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً. ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمن مالك على فلان إن توى وإن حل مالك عليه ولم يوافك به. وفي الخلاصة نقلاً عن الأصل قال للمودع إن أتلف المودع وديعتك، أو جحدك فأنا ضامن لك صح، وكذا إذا قال إن قتلك ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح، بخلاف إن أكلك سبيع ونحوه مما ليس ملائماً كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً) يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح، إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الأجل، بخلاف ما لو علقها بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فإن الكفالة باطلة أصلاً. ولو جعل الأجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل. فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصح حالة

مجرد عن الملاءمة كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وقيد بكون زيد مكفولاً عنه لأنه إذا كان أجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح. واستدل بقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ فإن منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك، وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قال بعض الشافعية إن هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة، فهو كقول من أبق عبده من* جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره وهما قد التزم عن نفسه. والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة. والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادي للغير: إن الملك يقول: لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة. وعن الثانية بأن في الآية أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر. فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له، فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً؟ فالجواب أن الأولى متصوص على جوازها لأنه قال تعالى: ﴿حمل بعير﴾ وهو غير معلوم لأنه يختلف باختلاف

قال المصنف: (وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه) أقول: أي في معنى الذي ذكرناه، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف: (فإما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول: ولا يصح الكفالة أيضاً هنا كما ذكره الشارحون قوله: (وجهالة المكفول له البيع) أقول: كما إذا قيل من غصبته أنت وقتله فأنا كفيل له عنك قوله: (وهذا هو الموعود) أقول: الإشارة إلى كون الكفالة بيعاً في حق الطالب، فإنه إذا كانت الكفالة تملكياً في حقه وإضافة التملك إلى المستقبل لا تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل قال المصنف: (وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً) أقول: أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام قال المصنف: (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول: أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازاً: أي بأجل متعارف.

بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما

ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق) يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة، وإنما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل. هذا وظاهر شرح الإقناني المشي على ظاهر اللفظ، فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به، ومثل بقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق. وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة انتهى. وهذا يفيد أنها تبطل بالشرط الفاسدة إن كانت في صلبها قوله: (فإن قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل، وهذا على اختلاف الألفاظ التي تقع بها الكفالة، فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شيء إلا أن تقوم البينة بمقدار ألف أو غيرها (لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق بها ما عليه) فوجب عليه (ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينه (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه، ويصدق المكفول عنه (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو عليّ أو ما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل وقد حصل بإقراره، بخلاف الكفالة بما لك عليه فإنها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب، والوجوب يثبت بإقراره، بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم إلا أن يقضي القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالاً واجباً عليه لا مالاً يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه، فإن قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه؛ ولو قامت بينة

البعير فلم تمنع مطلقاً، والثانية إنما تمنع لأجل الإضافة للجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل بابي القياس جوازها على ما يأتي، وإنما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول منه معلوماً فالمجهول باق على أصل القياس، والثالثة إنما تمنع مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلاً وإذا كان بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب، وفي حق المطلوب بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق، وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله: (وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلاً) أي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما أجلاً للكفالة وفي كلامه نظر من أوجه: الأول أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن الكفالة لا تجوز. الثاني أن قوله وكذا إذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل، ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذا لم يذكر ثالثاً. والأول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة. والثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة، ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كفي المعلقة ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع، إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه، وقد تقدم في الصرف ما يقاربه إن

قوله: (فاعل يصح هو التعليق) أقول: يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراداً به التأجيل على طريقة الاستخدام.

يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها.

أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك، ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل. وفي الخلاصة: رجل قال ما أقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم في تركه الضامن، وكذا ضمان الدرك. وفيها: رجل قال لآخر بايع فلاناً فما بايعته من شيء فهو علي صح، فإن قال الطالب بعته متاعاً بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحساناً بلا بينة، ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما، ولو قال إن لم يعطك فلان مالك عليه فأننا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضامن أيضاً، ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال اذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز، فإن قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل، ولو قال إن تقاضيت فلاناً مالك عليه ولم يعطك فأننا لمالك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضامن، ولو قال إن عجز غريمك عن الأداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس إن حبسه ولم يؤد لزم الكفيل. وفي فتاوى النسفي: رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة. وفي مجموع النوازل: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق فاخفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون الذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص، فلو أخذ الوالي منهم شيئاً فلهم الرجوع، قال: هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجبابة، وعلى قول عامة المشايخ لا يصح، ولو كفل بما له على أن يعطيه من ودیعة المكفول عنه التي عنده جاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه، فإن هلكت برىء الكفيل والقول قول الكفيل أنها هلكت، فلو غضبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برىء الكفيل والحوالة على هذا؛ ولو ضمن بألف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار قوله: (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما رويناه) وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن (ولأنه) أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب) لأن ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لأنه) أي الرجوع (عند أمره) وعند أمره يكون (قد رضي به، فإن كفل بأمره رجوع بما أدى لأنه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين: أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر، فلو كان صبياً أو محجوراً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره ويرجع الكفيل عليه

كان على ذكر منك. وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل، وتقديره: وكما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً. وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله: (ويجب المال حالاً) وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجال الفاسدة كالطلاق والعناق، ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما (فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولو عين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك إذا ثبت بالبينة فصح الضامن به (وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة) وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقر بشيء مجهول، وإنما كان

قال المصنف: (لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما إذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحساناً. والقياس لا يلزمه شيء لما بينا. وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يتأتى بأي طريق كان في مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهماً فلا يصدق ما لم يقم البينة اهـ. وفيه بحث.

قال: (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره (وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرع بأدائه، وقوله رجع بما أدى

لصحة أمره بسبب الإذن. ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه، فلو قال اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في إشارات الأسرار: إذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا إذا كان خليطاً أو شريكاً. وقال أبو يوسف: يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه، وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضاً منه، ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لنا الأمر لأنه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الأمر وعدمه سواء. أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع، والخليط هو الذي يعتاد الرجل مدينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه، وأورد مطالبة بالفرق بين الأمر في الكفالة وبين ما إذا قال أذ عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الأمر ما لم يشترط الضمان فيقول على أي ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به. وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الأمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضياً عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكاً للأمر، إلا أن الملك للأمر إنما ثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وقفه، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل وهو الدين السابق له، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلا القرض. وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد، من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط. والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني، وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب؛ ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض. وقوله: (وإن كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد، وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في

مع يمينه لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصماً فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال، وإليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها) كالمريض إذا أقر في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرما ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض. قال: (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز، لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره، ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير، وذلك تصرف في حق نفسه، وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره، وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة، والمطلوب إن تضرر فإنما يتضرر بالرجوع عليه، وذلك لا

قال المصنف: (لأنه قضى دينه بأمره) أقول: المراد أمره المعهود قوله: (لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل، فإنه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد ما عتق، ثم قوله لأن المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ قوله: (لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول: جواب لقوله ولا بما إذا قال لغيره الخ. قوله: (كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول: فيه شيء، فإنه لا دين على الكفيل في الأصح.

معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل.

استيفاء المال من الأصيل. وقلنا: تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فإنما معناه التشبيه: أي هو كالمملك، وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكماً للكفالة كما يجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه، وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره (لأنه متبرع) ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع. وقوله: (رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه) فإنما (يرجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفاً: فأدى عنها جياداً فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جياداً فأدى عنها زيوفاً وتجاوز الطالب بها فيرجع بالجياد، بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى، فلو كان الدين جياداً فأدى زيوفاً يرجع بالزيوف، ولو كان زيوفاً فأدى جياداً رجع بالزيوف أيضاً لأن رجوعه بحكم الأمر، ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفاً تحت الأمر. أما الكفيل فإنما يرجع بحكم الكفالة، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالتطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإن ماله عينه، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فإنه يملكه ويطلب به المكفول بعينه. فإن قيل: ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار، وبهذه المسألة استدلت من قال إن الكفالة ضم في الدين. أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحساناً، وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل. والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء، وإنما اخترنا هذه العبارة لأن قبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب إذ صار ملكاً له شرعاً جبراً من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه. والأوجه إما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصيل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين، أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحاً للتصرف، وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله، بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة والإبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد. وقوله: (وكما إذا ملك المحتال عليه الدين) بالأداء إلى المحتال بأن أحال المديون رجلاً على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فإنه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى، حتى لو أدى عروضاً أو دراهم عن الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل، وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال.

يكون إلا عند الأمر، فما لم يأمر لم يتضرر، وإن أمر فقد رضي، والضرر المرضي غير ضائر فتبين أن الكفالة بنوعها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب. ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره، ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه، ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صيباً محجوراً عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى لا يرجع على الصبي أصلاً ولا على العبد ما دام رقيقاً، لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك، ولا بما إذا قال لغيره أذني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الأمر على أي ضامن، لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم، وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع. وقال مالك: الكفيل إذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره، لأن الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل. والجواب أن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وإذا كفل بأمره فبنفس الكفالة؛ كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل

قال: (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية.

وقوله: (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء) فإنما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريباً (وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف (لأنه إسقاط) أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وقوله: (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة، فكذلك إذا صالح على خمسمائة عن الألف لا يرجع إلا بخمسمائة؛ أو المعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتباراً للبعض بالكل قوله: (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، لأنه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على المكفول بالثمن (قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية) فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فإن لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلزم المكفول عنه) إذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه) خلافاً

على الأصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه، وهذا لا يكون عند كفاله بغير أمره قوله: (رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول: منها الأداء إلى صاحب الدين، ومنها هبته إياه، ومنها إرثه له، ومنها صلحه إياه على جنس آخر. فأما الفصل الأول فعلى نوعين: أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن. والثاني أن يقول أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفاً بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك، وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى. قال المصنف: (لأنه ملك الدين بالأداء فتزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته، وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصيل بما ضمن، وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فإن يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن هبة الدين للكفيل تملك الدين من غير من عليه الدين إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين. والثاني أن الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد: أعني ما أدى وما ضمن. والجواب عن الأول بوجهين: أحدهما أن تملك الدين من غير من عليه الدين يصح استحساناً إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه، وهذا لأن ذلك إنما لا يصح لأنه تملك ما لا يقدر على تسليمه. وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه إياه، وحيث يكون تملك الدين ممن عليه الدين وهو جائز. والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة، وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وهابنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمکن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما، وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له في أن الإبراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به، فإن الإبراء إسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنثه بوجود المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد، والهبة لما كانت تملكاً اقتضت ملكاً مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة إلى نقل الدين ليصح التملك والتملك يرتد بالرد، فكما لو وهب الدين من الأصيل صح الرد فكذا من الكفيل.

وعن الثاني بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك، بخلاف ما ضمن فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك

قوله: (فلا بد من اعتبارهما) أقول: فيه تأمل.

قال: (فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل) لأن براءة الأصيل توجب

للسافعي في الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. وقلنا: ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذي أدخله في ذلك فعلية خلاصه وإلا فيعامله بمثل ما عامله به قوله: (وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برىء الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل) بالإجماع (لأن الدين عليه) أي على الأصيل (في الصحيح) خلافاً لمن ذكر أن الدين في ذمة الكفيل كذا قيل. وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل إن الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس إلا في ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصيل. ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول، ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله. واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا؟ فبعضهم يعود وبعضهم لا، بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا قريباً، ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصديق عليه بعد موته؛ فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة، فإن قبلوا صح، وإن ردوا ارتد، وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء (وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لأن عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه (وكذا إذا أخرج عن الأصيل فهو) تأخير عن كفيله، ولو أخرج عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل: الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الأصيل يرتدان كلاهما. والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم، وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تملك مال لما

الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب قوله: (بما ذكرنا في الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى قوله: (بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل. تقريره: الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الأمر شيء حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما، فلو أدى الزبوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها، وعلى هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح، وأما إذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين: أحدهما أن يصلحه على أقل من الدين كما إذا صالح عن الألف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما يذكره. والثاني أن يصلحه على جنس لآخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي. قال: (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لأن الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الأداء فانتهى الموجب، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما: أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية، ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة. قال: (فإن لوزم بالمال الخ) إذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعلية خلاصه، وكذا إذا حبسه كان له أن يحبسه إذا كانت الكفالة بأمره. وقال الشافعي رحمه الله: ليس له ذلك لأنه لا يتعلق له حق على الأصيل قبل الأداء. وقلنا هو مورط فعلية الخلاص، فإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برىء الكفيل لأنه أبرأ الأصيل، وإبراء الأصيل يستلزم إبراء الكفيل لأن المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالإبراء فلم تبق المطالبة على

براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح (وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه) لأنه تبع، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل) لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلاً فيه، أما هاهنا فيخلافه.

ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كإسقاط الخيار، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة، وليس بإسقاط؛ ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض، فإذا عرف هذا فما لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حال يطالبان به للحال، وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلاً إلى شهر) مثلاً (فإنه يتأجل عن الأصيل) إلى شهر (لأنه) أي المكفول له (لا حق له حال الكفالة إلا في الدين) فليس إذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الأجل) الذي يشترطه الكفيل (داخلاً فيه) فبالضرورة يتأجل عن الأصيل (أما هاهنا) وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فيخلافه) لأنها تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله: (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة) إن شرط براءتهما جميعاً عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئاً جميعاً، وإن شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة، بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف، وإن لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الألف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب (برئاً جميعاً) عن خمسمائة (لأنه) أي الكفيل (أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو) أي الدين (على الأصيل) فيبرأ الأصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على

الأصيل وهو ظاهر، ولا على الكفيل لأن الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه إلا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها. وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجود أصل الدين في ذمة الكفيل أيضاً على ما تقدم. ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الأصيل لا توجب براءة الكفيل، فإن ذلك بالإجماع، ويعمل بأن الكفالة لا تكون إلا فيما هو مضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عن الأصيل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضاً لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا. فإن قيل: قولهم براءة الأصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة فإن براءة الأصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل. قلنا: لا نقض في ذلك، فإن قلنا إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم تقل بأن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه (وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصيل) لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز؛ ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل (وإن أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله، وإن أخر عن كفيله لا يكون تأخيراً عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت) لإسقاط المطالبة إلى غاية (فيعتبر بالإبراء المؤبد) ورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل؛ ألا ترى أن الكفيل لو رد الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة، ولو رد الإبراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالاً. والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه وإلا لا يبقى الاعتبار. نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكره أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد المطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد قوله: (بخلاف ما إذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل. تقريره لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون

قال: (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصل بالخمسمائة التي أوفاهها ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لأنه) أي الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أي الدين (فيرجع بجميع الألف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لأنه أوفى هذا القدر، ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لأن الخمسمائة لا تجعل عوضاً عن الألف لما فيه من الربا، ولا يمكن تملكها من الكفيل لأن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحاً للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التملك، وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا، بل هو إسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصل فتسقط عنهما، ثم يرجع الكفيل على الأصل بخمسمائة إذا كان كفل بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصل) لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة، وجعل في النهاية صورة هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصل بمائة ورجع الطالب على الأصل بتسعمائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة قوله: (ومن قال لكفيل ضمن له مالاً) بأمر المكفول عنه (قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاه الغاية، والتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين. وهذا معنى الإقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل، كأنه قال دفعت إلي فلا يرجع على واحد منهما، ويرجع الكفيل على الأصل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا. وهنا ثلاثة مسائل: إحداها هذه، والثانية

تأخيراً عن الأصل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصل. ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين، لأن المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره، وإذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصل تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً (أما هاهنا أي فيما إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين) قال (فإن صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه: هو أن يشترط براءتهما جميعاً، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترط شيء من ذلك. ففي الأول والثاني برئاً جميعاً، وفي الثالث برىء الكفيل عن خمسمائة لا غير والألف بحاله على الأصل والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصل وإن شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الأصل ويرجع الكفيل على الأصل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره. وفي الرابع وهو مسألة الكتاب. فإن قال الكفيل للطالب صلحتك عن الألف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئاً جميعاً عن خمسمائة لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الأصل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصل بما أدى لأنه أوفى هذا القدر بأمره، وإن قال صلحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخاً للكفالة لا إسقاطاً لأصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصل ويرجع الكفيل على الأصل بما أدى

قوله: (إن كان الصلح والكفالة بأمره) أقول: لوجوب كون الصلح بأمره تأمل.

قال: (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتدأها من المطلوب وانتهأها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فيكون هذا إقراراً بالأداء فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن

قال أبرأتك من المال ليس إقراراً بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به، والثالثة برئت من المال ولم يقل إلي فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إلي. وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتاً للأدنى وهو براءة الكفيل إذ في الزائد عليه شك فلا يثبت. وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برىء الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعاً كقوله برئت إلي بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء. وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلي لأنه إقرار ببراءة ابتدأها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب. وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل، وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين. واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأتني المدعي من الدعوى التي يدعي علي، ومنهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأتني من هذا المال الذي ادعاه، ومنهم من قال لا يكون إقراراً لأن الدعوى تكون بحق وبياطل. ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لأن

ومصالحته إياه، بخلاف الجنس تمليك لأصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الألف. واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز. وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلاً من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الأصيل لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، بخلاف ما إذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلاً عن الألف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الأصيل والبراءة مشروطة له، وبرأته توجب براءة الكفيل فيبرءان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كفل بأمره كما ذكرنا. قال: (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر هاهنا ثلاث مسائر تتعلق بالإبراء: إحداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهأها إلى الطالب، والثانية أن يذكر ابتدأها من الطالب، والثالثة بالعكس. فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت إلي من المال، وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التي يكون ابتدأها من المطلوب: أي الكفيل وانتهأها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلي المال أو قبضته منك وهو إقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل. والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون إقراراً بالإيفاء وهاتان بالاتفاق. والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه. قال محمد رحمه الله: هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء والثانية أدناها فنثبت قوله: (ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلاً آخر، وتوجيهه أن يقال تيقناً بحصول البراءة بأي الأمرين كان وشككتنا في الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع الكفيل، وإن كانت بالإبراء لم يرجع فلا يرجع بالشك. وقال أبو يوسف: هو مثل أن يقول برئت إلي لأنه أقر ببراءة ابتدأها من المطلوب، فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً وهو فيما نحن فيه الإيفاء لأنه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع؛ فأما البراءة بالإبراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة. وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله في هذه المسألة، وكان المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى.

قال المصنف: (لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره) أقول: الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة، والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي.

إقراراً بالإيفاء. ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك. وقال أبو يوسف رحمه الله: هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب وإليه الإيفاء دون الإبراء. وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المفضل.

لفظة الحل تستعمل في البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض. قالوا في شروح الجامع الصغير: هذا إذا كان الطالب غائباً، فأما إذا كان حاضراً يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المفضل في البيان، والمراد من المفضل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل المجاز وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله برئت إليّ معنى لأنني أبرأتك لا حقيقة المفضل: يعني يرجع إليه إذا كان حاضراً لإزالة الاحتمالات، خصوصاً إن كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً، منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء قوله: (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكّل بما إذا قال الكفيل بالمال على أي إن وافيت به غداً فأنا بريء من المال فوافاه به بريء من المال لأن هذا شرط ملائم، على أنه لا ورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا الفرع شاهد إحداهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لأن المنع لمعنى التملك وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب، أما الكفيل فالتحقق عليه المطالبة (فكان) إيراؤه (إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الأصل) لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تملك المال. وقوله: (كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به) كنفس (الحدود و) نفس (القصاص) إذ لا يقتل الكفيل بدلاً عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم قوله: (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافاً للشافعي) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصل أو غير مضمونة، فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر، والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين فالثلاثة الأول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناء على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء. وقالوا: رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها، بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها، وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل، فإن هلك فعليه بدله لأن هذا القدر لا يجب على الأصل، بل لو هلك المبيع إنما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره، والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل، وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا، ومتى هلك فلا شيء على الكفيل، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها، ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء،

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المفضل، وأما إذا كان غائباً فالاستدلال على الوجوه المذكورة. واعتراض بوجهين: أحدهما هو أن المفضل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان المفضل، وقد ظهر مما ذكر أن العمل به ممكن. والثاني أن حكم المفضل التوقف قبل البيان، وهاهنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الأول والثاني بالإثبات والنفي فكيف يكون محلاً مع انتفاء لازمه. وأجيب بأن قوله برئت إليّ وإن كان بمنزلة الصريح في حق إيفاء للكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إليّ لأنني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال. وما ذكروه في تعليل الأوجه الثلاثة استدلالاً لا صريحاً في الإيفاء وغير الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحاً في دلالة على المراد، وكونه غير صريح في الإيفاء والإبراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المفضل، والرجوع إلى بيان الطالب صريحاً وقت

قال: (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات. ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل.

وما ذكر شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل، فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وكذا في المبسوط، ونص القدوري أنها بتسليم المبيع جائزة، ونص في التحفة على جميع ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة. والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاثة الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الأمانات، إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب، فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردّها إليه فنقول: فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد إحضاره إليها، ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا، ومن حمل المردود إليه. قال في الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها، ويجب على الكفيل ما يجب على الأصيل وهو دفع العين، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل. وفي المبسوط: ادعى عبداً في يد رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عبده يقضي القاضي بقيمته على المطلوب، وإن شاء على الكفيل لأن بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوباً والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين، كما أن الواجب على الأصيل كذلك، والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل: أعني الغاصب، فإن أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل. وفي المبسوط: كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شيء لأن عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتهن، ولا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك بالكفالة، ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمانة والدين ألف مثلاً ضمن الكفيل مائة لأنه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الأصيل، ولو استعار الراهن المرهون من

حضوره ليكون العمل به عملاً بدليل لا شبهة فيه، وهذا تطويل لا طائل تحته إن كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي، وإن كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه إبهام فالخطب إذاً يهون هوناً. قال: (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة لا يجوز لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض. ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال فوفاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوّز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به، والمسألة في الإيضاح، ويروى أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالردّ بخلاف إبراء الأصيل والإسقاط المحض يصح تعليقه. وقيل في وجه اختلاف الروايتين إن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعاً للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غد ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس، كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل، فأما إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسألة المنقولة من الإيضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل؛ ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عجل خمسمائة على أي أبرأتك من الباقي كان صحيحاً، وإن علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله. قال: (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطاً لما لا تصح الكفالة به. ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو حرّ الرقبة ليس بمتنفذ لا محالة لكنه لا يصح شرعاً، وعبر عنه بعدم

قوله: (فإن كان الأول) أقول: ويجوز أن يعكس فيتبين بطلان الأول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس، بل هذا أظهر.

قال: (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحودود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة.

قال: (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره

المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضاً، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب، ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضوعين، وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل؛ ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لأن الأجارة تنفسخ به وخرج الأصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين، وإنما وجب رد الأجرة والكفيل ما كفل الأجر قوله: (ومن استأجر دابة للحمل، فإن كانت بعينها) أي أجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لأنه عاجز عن الفعل) الواجب على الأصيل وهو حمله على هذه الدابة لأنه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وإن كانت بغير عينها جازت لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (ووازنه من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من أنه عاجز عنه إذ لا يملك العبد، أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف، ولو هلك لا شيء على الكفيل. وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة إذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل، فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الأصيل فلا تصح، بخلاف ما إذا كانت غير معينة لأن الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى. واعترض الأصحاب بأن الواجب إن كان ليس إلا تسليم الدابة المعينة بسبب أن تحميله الذي هو فعله غير معقود عليه، وإنما المعقود عليه حمل الدابة

الإمكان مبالغة في نفي الصحة، فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر. إذ الوجوب عليه، إما أن يكون أصالة والفرض خلافه، أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات. قالوا: لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعودون إلى الجناية وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد الموت أصلاً لا محالة. والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في المسلمات وهو غير مسموع. قال: (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون، وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. واعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة، وإلى ما هو مضمون. ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والرهون، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً

قوله: (فقد لا يحصل المقصود) أقول: تأمل فإن عدم الحصول نادر لا يضرنا قوله: (وما لم تجب قيمته عند الهلاك) أقول: الموصول عبارة من الأعيان المضمونة.

كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة. ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً.

قال: (ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لأنه عاجز عنه (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة) لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا.

فكذلك إجارة حمله على دابة إلى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي دابة كانت إذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق، فينبغي أن لا تجوز الكفالة فيه أيضاً لأن الحمل أيضاً غير واجب على الأصيل بعين ما في التي قبلها. والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة، ولم يمنع منه كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل، وإن كان التحميل يبغي أن لا تصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصيل. والحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب، وما ذكرنا من الحمل عليها، ففي معينة لا يقدر على الإذن في تحميلها إذ ليست له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير معينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها قوله: (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كقالة الأصيل عن أبي يوسف (الإجازة) بل إنه نافذ إن كان المكفول له غائباً وهو الأظهر عنه. والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً) وجه رواية النفاذ (أنه التزم فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئاً لأنه مختار في المطالبة لا

بالغير، وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري إن هلك المبيع فعليّ بدله لأنه غير مضمون بغيره وهو الثمن، ولا بالمرهون لأنه مضمون بالدين، ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لأنها أمانة، وتجوز في المبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغضوب. ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر، ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان، وأن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناء على أصلنا إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضموناً على الأصيل لا محالة، والأمانات ليست كذلك، والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن، والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد، ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفياً لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثاني: أعني الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة، فما كان مضموناً بغيره كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، والمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز. وذكر في الذخيرة أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين، ولعل محمله اختلاف الروايتين، فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل

قوله: (فإن الواجب فيها عدم المنع النخ) أقول: هو أيضاً يعد تسليمياً فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا قوله: (قبل وهذا ليس بصواب) أقول: القائل هو الكاكي.

قوله: (وما ذكرنا في الإيضاح) أقول: قوله وما ذكرنا مبتدأ خبره يجيء بعد سطرين وهو قوله غير دافع النخ قوله: (لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة النخ) أقول: لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور إما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتأمل.

قال: (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله قولاً آخراً: يجوز إذا بلغه أجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه. ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح. ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح

ملزوم، فإن رأى مطالبته طالبه وإلا لا. وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو أن شرط العقد يتوقف حتى إذا عقد فضولي لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقداً تاماً بأن خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف إلا أن خاطبه فضولي آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام (ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس) وهذا يقتضي أنه لو تم عقداً بقبول فضولي آخر توقف، وقد صرح بذلك عندهما. قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ قوله في وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح، بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضراً فتنفذ، أو يقبل عنه فضولي آخر إن كان غائباً فتتوقف إلى إجازته أو رده، وقوله: (إلا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس، فإن هذه المسألة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحساناً للغرماء مطالبته. وذكر للاستحسان وجهين: أحدهما أن قوله تكفل عني وصية: أي فيه معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك، وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة، وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم إذا قالوا تكفلنا بها، فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكفلوا. ثانيهما ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حق

لأن العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لأن عين الرهن إن كان بمقدار الدين أو زائداً عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها. وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم، ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه، كما لا تجوز بعينها. وإن كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الأجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فإن هلكت فليس على الكفيل شيء لأن الإجازة انفسخت وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر والكفيل ما كفل به، وترك المصنف رحمه الله ذكر المستأجر كما ترك ذكر الوديعة إشارة إلى عدم جوازه، وأظنه تابع شمس الأئمة السرخسي في ذلك فإنه قال: الكفالة بتسليم العارية باطلة، قيل وهذا ليس بصواب، فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وفيه نظر لأن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاخترها قوله: (لأنه التزم فعلاً واجباً) دليل لما ذكره، وفيه إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله: (ومن استأجر دابة للحمل) علم أن من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفاً، وإن استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل

قوله: (لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعد) أقول: أي من محمد فلا يرد شيء تأمل قوله: (فالموجود في بعضها الخ) أقول: فيه بحث قوله: (في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول: فينبغي أن يطرح لفظ النسخ من البين والأمر حين قوله: (ومنع كونه التزاماً فقط) أقول: مستنداً بأنه عقد التبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول قوله: (وبأن الإقرار الخ) أقول: في العطف تأمل.

إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفرغاً لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه، وإنما يصح بهذا اللفظ، ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه.

الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار، فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته، وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه. فإن قيل: غاية الأمر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكفل، ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه، كالباع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الأمر قبلت. أجاب المصنف بقوله (إنما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتيج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة، فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالأمر بالنكاح) فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتك انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي

على دابة نفسه، وإن استأجرها معينة لأن الدابة معينة ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالأعيان مطلقاً كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله، واستدل به على عدم جوازها في الأعيان مطلقاً، وما ذكر في الإيضاح جواباً للشافعي رحمه الله، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فصح التزامة، لأن ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع، لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضاً (وكذا) (إذا استأجر عبداً بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به. قال: (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أولاً، وقال آخر: تجوز إذا أجاز حين بلغه، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة، قيل: أي نسخ كفالة المسوط. وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المسوط لم تتعدد وإنما هي نسخة واحدة، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر، وذكر في الإيضاح. وقال أبو يوسف: يجوز، ثم قال: وذكر قوله في الأصل في موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المسوط، وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الإجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر، وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاماً فقط، وبأن الإقرار إخبار عن واجب سابق والإخبار

قوله: (وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول: الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني، ولا أدري كيف يذهب إلى ما ذكره. وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى قوله: (فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب دينه لا في الحياة ولا بعد موته الخ) أقول: بخلاف الوارث إذا كان فإنه مطالب بعد موت المكفول عنه لا لتناقل ما يملكه إليه وتعلق حق الطالب بتركته. الحاصل أن الوارث إذا كان مطالباً بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس إليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به، وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة، بخلاف الأجنبي لأنه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلاً، فما لم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافتراقاً. ولقائل أن يقول: إذا كان الوارث مطالباً بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته، فإذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الأجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل.

قال: (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب، ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة، ولو تبرع به إنسان يصح، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال. وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة

والصحيح سواء، ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب، منهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه، وما في المسبوط من قوله وهذا من المريض صحيح وإن لم يبين الدين ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه، والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنى على غير الوجه الأرجح وهو أنها كفالة، ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة،

يتم بالمخبر والنذر من العبادات، ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به. وله في وجه رواية التوقف على الإجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو أن يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد، ومنع عدم الضرر بجواز رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل عن حق الطالب، كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة إذا صحت برى الأصيل وفي ذلك ضرر على الطالب. ولهما أن في عقد الكفالة معنى التمليك لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول، والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس، وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شرطه. قال: (إلا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فكانه قال: لا يصح ذلك عندهما إلا في مسألة واحدة استحساناً. والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذا المريض. وللإستحسان وجهان: أحدهما أن يقال إذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ: إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحاً لمعنى الوصية، وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطاً. قيل في كلام المصنف تسامح لأنه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه، لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض. وقد ذكر في المسبوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال: لأن ذلك وصية في الحقيقة، ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى وإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر، وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة. والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه: أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي. فإن قيل: قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط هاهنا. أجاب المصنف بقوله: (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقق الكفالة لا المساومة نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت، وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للإستثناء، وتمثيله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسألة. قال: (ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ الخ) إذا قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ؛ فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له، فكذا المريض. ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الإستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها. قال: (وإذا مات الرجل وعليه ديون الخ) إذا مات المديون مفلساً ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه إنسان وارثاً كان أو أجنبياً

ولهذا يوصف بالوجوب. لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلقه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة، والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان به كفيلاً أو له مال فخلقه أو الإفضاء إلى الأداء باق.

وجاهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة، وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولاً حكماً لهذا الاعتبار قوله: (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً) بل مات مفلساً (فتكفل رجل للفرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لأنه كفل بدين ثابت) لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(١) ولما روي: «أنه ﷺ أتى بجنائز أنصاري فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقام أبو قتادة وقال: هما عليّ فصلى ﷺ عليه»^(٢) فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة، ولأنه كفل بدين ثابت (لأنه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك، ويدل على بقاءه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به إنسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه، وأنه لو كان به كفيلاً قبل موته بقيت الكفالة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقاً، والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذها فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين (كذلك، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب) والموصوف بالأحكام الأفعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلقه) هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الإضافة: أي التبرع بالدين وهو الحق فإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له، والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له، ولو كان به كفيلاً لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته، بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت المملوء.

لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: هي صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة. ولهما أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل، وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة. وإنما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديناً صحيحاً هو المفروض، وثبوته إما أن يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة. لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة، وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضاً لأنه وجب لحق الطالب بلا خلاف، وما وجب لا ينتفي إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله، فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل، ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان صح، ولو برىء المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع، وإذا كان به كفيلاً أو له مال فإن الدين باق بالاتفاق، فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت، ومما يدل على ذلك أن المشتري لو مات مفلساً قبل أداء الثمن لم يبطل العقد؛ ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلساً لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن، ولما لم يبطل هاهنا علم أن الدين باق عليه في أحكام الدنيا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائها فانتهى الدين ضرورة، ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب، يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فإن قلت: لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للامور به، وإن قلت فقد يقال المال واجب وأجاب المصنف بقوله: (لكنه) أي

(١) تقدم في أول الباب وإسناده جيد.

(٢) تقدم أيضاً في أول الباب مستوفياً رواه الجماعة.

قال: (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة

وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح أنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من إنشائها والإخبار بها على حد سواء، ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع، ويحتمل الوعد بها وإن كان مرجوحاً، وامتناعه ﷺ من الصلاة عليه^(١) ليظهر طريق إيفائهما لا بقيد طريق الكفالة، فلما ظهر بوعدهما أو بالإقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه. ونوقض إثبات سقوط الدين بمسائل: أحدها لو مات المشتري مفلساً قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع، ولو سقط الثمن بطل، ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا يبطل الدين. ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلساً ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة. ثالثها لو كان بالدين رهن عليه بعد موته مفلساً وبقاء الرهن إنما يكون بقاء الدين، ولأن تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة، كالعبد المحجور إذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت. أجيّب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا، وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقتدر بقدر الضرورة. وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد. وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن. وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وإن كان لا يطالب به قوله: (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الألف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطي الكفيل الألف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعي. وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده ما لم يقض الأصيل، ونحن نبين أنه يملكه وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل

الدين (في الحكم مال) لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتملك طائفة من المال، فوصف المال بالوجوب لأن الأداء الموصوف به يؤول إليه في المال فكان وصفاً مجازياً. فإن قلت: العجز بنفسه وبخلقه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح، وإن تعذر المطالبة في حالة الرق. قلنا: غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلاً للوجوب عليها، وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط، وسيذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادتها فيما هو نظيره فيما سيأتي قوله: (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا

قوله: (والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول: فيه شيء قوله: (فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول: من أنه صفة إضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم، هذا ما ذكره في التقرير قبيل صفة الحسن للمأمور به ففي كلامه مساهلة قوله: (ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ) أقول: أنت خبير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصده كذلك، فإن قوله وجب لحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الثبوت فليتأمل قوله: (وسيدكر السند بقوله الخ) أقول: ذلك القول دليل السند كما لا يخفى.

(١) مراده حديث من تحمل أبو قتادة الوفاء عنه تقدم في أول الباب.

في يده (وإن ربح الكفيل فيه فهو لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا أنه أخرجت

على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه، وهذا الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) إلحاقاً بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعاً ما بقي هذا الاحتمال (و) الوجه الثاني (أنه) أي القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب

ولو تبرع به إنسان صح يعني أن التبرع لا يعتمد قيام الدين، فإن من قال لفلان علي ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أداءه وإن لم يوجد الدين أصلاً، ولأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقياً في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير، وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلساً لبقائه في حق البائع، فإن السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره، بخلاف الفلوس إذا كسدت فإن الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله: (وإذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو له مال. ويبيانه أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل أو له مال، فإن انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق قوله: (أو الإفضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين للإفضاء (إلى الأداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لف وتشر، وتقديره فخلفه وهو الوكيل أو الإفضاء إلى ما يفضي إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة، إما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الأداء، وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله:

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأي مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لأن رجاء الأداء منهما باق، فإن الخلف ما به يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين، وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالأولى. فإن قيل: إن استدلت الخصم بإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم» فإنه لا يفصل بين الحي والميت، وبما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجناتة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام: فهل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليه وقال: صلوا على صاحبكم، فقام عليّ أو أبو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما عليّ يا رسول الله، فصلى رسول الله ﷺ، ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فإماذ يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك؟ فالجواب أن قوله: «الزعيم غارم» يدل على أن الكفيل يغرم ما كفل به، والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أو لا، وأما حديث الأنصاري فإنه يحتمل أن يكون ذلك من عليّ أو أبي قتادة إقراراً بكفالة سابقة، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ولا عزم لحكاية الحال. ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع ونحن نقول بجوازها بدليل ما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام» كان يقول لعليّ ما فعل الديناران؟ حتى قال يوماً قضيتهما فقال: «الآن بردت عليه جلده» ولم يجبره على الأداء، ولو كان كفالة لأجبره على ذلك. والحق أن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم إليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم. قال: (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه ففضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال، فلا يخلو إما أن يكون قضاؤه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك

قوله: (فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» الخ) أقول: لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل قوله: (ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول: في الملازمة كلام، فإن الإيجاب موقوف على طلب الدائن حقه قوله: (والحق، إلى قوله: لعدم ما يضم إليه) أقول: لعلمهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الأصول لا أنها تخرب قال المصنف: (فليس له أن يرجع فيها) أقول: الضمير المؤنث في فيها راجع إلى الألف على تأويل الدراهم قوله: (لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز) أقول: قال الإقناني: وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقاً للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شيء.

المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح، فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبيته فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة بكرّ حنطة فقبضها الكفيل فباعها وبيع فيها فالربح له في الحكم) لما بينا أنه ملكه (قال: وأحب إليّ أن يرده على الذي قبضه الكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: (لأنه ملكه حين قبضه. أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل، وإنما حكمتنا بثبوت ملكه إذا قضى الأصيل بنفسه (لأنه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الأصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (إلا) أي لكن (أخرت المطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل) ما للكفيل على الأصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن الكفيل حق المطالبة متأخراً أنه (لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الأصيل بعد ذلك إذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الأصيل رهناً به قبل أدائه (فكذا إذا قبضه يملكه) يعني إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه، وإذا ملكه كان الربح له (إلا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة

حقه فخذها قبل أن تؤدي قبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب، فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها: أي في الألف المدفوع، وأنه باعتبار الدرهم، لأنه تعلق به حق القابض وهو الكفيل عل احتمال قبضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقياً لثلاث يكون سعيماً في نقض ما أوجبه، وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي لأنه ليس له أن يستردها لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول، فما دام الاحتمال باقياً ليس له الرجوع، ولأن الكفيل ملكه بالتقضى على ما نذكره، وإن كان الثاني فليس له أن يسترده أيضاً لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض في يده أمانة، فإن تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وبيع فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لأنه ملكه حين قبضه، والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة. وإنما قلنا إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل، فإن كان الأول فظاهر لأنه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلاً، وإن كان الثاني فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل. قال في النهاية: وذلك لأن الكفالة توجب دينين: ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز، حتى لو أداء الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل. وقال: كذا ذكره الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي، وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً، والمسائل المستشهد بها، ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فإنه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الأصيل من المطالبة، إلا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء، فنزل ما وجب للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل، ولهذا: أي لكونه نازلاً منزلة لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح، وكذا إذا أخذ رهناً أو وهبه منه، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه، ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله: أي الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة، وفيه من التمثل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله

قوله: (والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول: إذا لم يكن مانع كما في مسألة الكر قوله: (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول: كما في شرح الإقتاني.

ومحمد رحمهما الله: هو له ولا يردده على الذي قضاه وهو رواية عنه، وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية، ويردّه عليه في رواية لأن الخبث لحقه، وهذا أصح لكنه استجاب لا جبر لأن الحق له.

(بنيته) عما قريب (فلا يعمل مع الملك فيمن لا يتعين) وهو الألف التي قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه قوله: (ولو كانت الكفالة بكَرْ حنطة) فدفعه الأصيل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالربح له) أي الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أي ملك الكر، وإنما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض قال: (وأحب إلي أن يردده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه، وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة، فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالوا: هو له لا يردده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به) وهي رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصيل الخ (فيسلم له. ولأبي حنيفة أنه تمكن الخبث مع الملك، إما) لقصور ملكه بسبب أن الأصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضي) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لأنه) إنما (رضي به) أي بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به) والوجه أن يعطف بالواو فإنهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت، وهو قصور الملك بسبب ثبوت

من المطالبة من أن المطالبة لا تستلزم الملك كالركيل بالخصومة أو القبض فإن له المطالبة ولا يملك ما قبض. ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لأنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات: دين ومطالبة حاليين للطالب على الأصيل، ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، ودين ومطالبة للكفيل على الأصيل، إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلاً، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم. فإن قيل: فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل؟ قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلاً ملكه، فكذا هنا، هذا ما سنح لي، والله أعلم بالصواب إلا أن فيه: أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين؛ وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلاً في قولهم جميعاً. وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ربح من أصل خبيث، وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح فإنه على الاختلاف. قال: (ولو كانت الكفالة بكَرْ حنطة الخ) ما مر كان في حكم الربح فيما لا يتعين، أما إذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الأصيل قبل أن يؤدي إلى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا أنه ملكه. قال أبو حنيفة: وأحب إلي أن يردده على الذي قضاه: يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم، وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي رواية كتاب البيوع عنه: الربح له لا يتصدق به ولا يردده على الأصيل، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله. وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به. وجه رواية كتاب البيوع وفي دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه، ومن ربح في ملكه يسلم له الربح. ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لأحد الوجهين: إما لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضي الكر بنفسه، وإن كان كذلك كان الربح حاصلًا في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر، ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث. وإما لأنه رضي به أن يكون المدفوع ملكاً

قال: (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة؛ سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن ميرة الإقراض مطاوعة لمذموم الخلل. ثم قيل: هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لهجالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة عليه لأنه العاقد.

تلك الخبثية وعدم رضا الأصيل بملك الكفيل بما دفعه إليه إلا على ذلك التقدير وهو متنف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكثر لا فيما لا يتعين كالألف مثلاً (فيكون سبيله التصديق في رواية، ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لأن الخبث لحق الأصيل) لا لحق الشرع فيرده إليه ليصل إلى حقه (لأن الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقيراً كان أو غنياً، وفيه روايتان، والأوجه طيبه له وإن كان غنياً لما ذكرنا من أن الحق له (إلا أنه استحباب لا جبر) لأن الملك للكفيل. واعلم أنه تكرر في هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولاً أحب إليّ أن يرده ولا يجب في الحكم: أي في القضاء. وثانياً لكنه استحباب لا جبر: يعني لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز أن يكون واجباً فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه، والعبارة المنقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان. قال: ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكاً فاسداً من وجه. فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد، وإنما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه، فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجه صحيحاً من وجه، ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكياً أو موزوناً ملكاً فاسداً وبيع فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه، كالفاسد إذا أجز المغمصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المغمصوب منه، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه، ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الرد على الأصيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو

للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الأصيل بنفسه لم يكن راضياً به فتمكن فيه الخبث، وهذا الخبث: أي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام، وتقديره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع، فهذا الخبث يعمل في الكثر لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصديق فيتصدق به. ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه: أي لحق الذي قضاه، فإذا رد إليه وصل الحق إلى مستحقه، وهذا أصح لأن الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر؛ فإذا ردّ عليه فإن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه روايتان. قال الإمام فخر الإسلام: والأشبه أن يطيب له لأنه إنما ردّ عليه باعتبار أنه حقه، هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل، وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب. قال: (ومن كفل عن رجل بألف الخ) إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنساناً بطريق العينة، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى

قوله: (وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أنول: يعني ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له.

قال: (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته) لأن المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظه القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله:

التصدق به، غير أنه ترجح الردّ، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وبيع صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وبيع فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خيبت ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلاً بحديث «الخراج بالضمان»^(١) قوله: (ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أي فأمر الكفيل (الأصيل أن يتعين عليه حريراً) أي أن يشتري له حريراً بطريق العينة وهو أن يشتري له حريراً بثمان هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما وسطا الثاني تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عيناً تساوي عشرة مثلاً في السوق بائني عشر فيفعل فيبيع البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا، إذ ليس المراد من قوله تعين عليّ حرير اذهب فاستقرض فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشترياً لنفسه والمالك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعليّ، وضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد، حتى لو قال بايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعليّ أو قال لمشتري العبد إن أبق عبيدك هذا فعليّ لا يصح (وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى عليّ منصرف إلى الثمن، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة، كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها، ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو

عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل، وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم، وكأنّ الكره حصل من المجموع، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً إلى قوله عليّ فإنه كلمة ضمان لكنه فاسد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه، كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على أن كل وضعية وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك فإنه غير صحيح، وأما وكالة فاسدة نظراً إلى قوله تعين: يعني اشتر لي حريراً بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني، وفسادها باعتبار أن الحرير غير متعين: أي غير معلوم المقدار والثمن كذلك. فإن قيل: الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولاً؟ أجاب بقوله الجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل في الثمن، وإذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح: أي الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد. ومن الناس من صورّ للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب فائني عشر من المستقرض ثم إن

قوله: (وعند أبي يوسف يطيب) أقول: مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي من أنه إذا دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فلطلب التفصيل ثمة إلا أن يكون عن أبي يوسف فيه روايتان.

(١) إسناده جيد تقدم مستوفياً.

أطال الله بقاءك، فالدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح. (ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي على الكفيل خاصة) وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق، بخلاف ما تقدم. وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع

قدر ما يقع به الإيفاء كان الحاصل اشترى حريراً يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيلاً فاسداً إلا ضماناً باطلاً (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة) التي يخسرهما (عليه لأنه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلاً خمسة عشر ثم يبيعه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه إلا عشرة وثبت له خمسة عشر. ومنها أن يبيع متاعه بالفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه الفين عند الحلول. قالوا: وهذا البيع مكروه لقله ﷺ: «إذا تبايعتم بالعين وتبعتم أذنان البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم»^(١) والمراد باتباع أذنان البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتآلف النفس الجبن. وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره. وقال محمد رحمه الله: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال: «إذا تبايعتم بالعين وتبعتم أذنان البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم»^(٢) أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية: «سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم»^(٣) وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. ثم ذموا البياعات الكائنات الآن

المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه إلى المقرض فتندفع حاجته، وإنما توسطاً بثالث احترازاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ بذلك فقال: «إذا تبايعتم بالعين وتبعتم أذنان البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم» وقيل: إياك والعينة فإنها لعينة. قال: (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل: أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لأن قبولها يعتمد صحة الدعوى، ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضي به على الأصيل لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فإن معنى ذاب تقرر والتقرر إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما، وإما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك فهو وإن كان ضعيفاً لأن إرادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لئلا تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لإطلاقها وتفيد المكفول به، حتى قيل إذا ادعى على الكفيل أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ، والشارحون ذهبوا في تحليل هذه المسألة إلى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي ألفاً يصح أن يكون قبل

قوله: (وهو مذموم الخ) أقول: لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضاً.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٤٦٢ وابن عدي ٣٦١/٥ وأبو نعيم في الحلية ٢٠٩/٥ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً: إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذنان البقر ورضيتم بالزرع وتركتم انجهد سخط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم.

وفيه عطاء الخراساني غير قوي. وعنه إسحاق بن أسيد جازئ الحديث كما في الميزان. وله طريق آخر أخرجه أحمد ٢٨/٢ ورجاله ثقات. والعينة: أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن نقد أقل من الأول اه قاله الرافعي.

(٢) هو المتقدم.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد.

ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالآخر ثبت أمره. وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام

أشد من بيع العينة، حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة بيلخ للتجار: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بيعاتكم، وهو صحيح، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقرّ الحال فيها على وزنها مطروقة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسداً، ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته، ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج الدافع إن فعلت صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر فمكروه، وإلا فلا كراهة إلا خلاف الأولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتره المديون ويبيعه في السوق بعشرة حالة، ولا بأس في هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة قوله: (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضي هذه البينة ولا يقضي بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم، إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضي بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك، وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي إذ لا ينتصب خصماً (وهذا في لفظة القضاء ظاهر، وكذا في الأخرى) وهي لفظة ذاب (لأن معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة، حتى لو ادعى أنني قدمت الغائب إلى قاضي كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لي عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلاً، وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره، إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة. وقدما من مسائل الذوب ونحوه عند مسألة تعليق الكفالة بالشرط، ولو ضمن ثمن ما باعه أو دابنه أو أقرضه فغاب المطلوب فيرهن الطالب على الكفيل أنه كفل به وقد دابنه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف، لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصماً عنه فيقع القضاء عليهما قوله: (ومن أقام البينة) صورتها في الجامع. وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله: إذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر

عقد الكفالة ويعد فلا يدخل تحت الكفالة بالشك، وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلاً كما ترى، والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه، أو مال يقضى به ومع غيبة الأصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة، ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعاً، وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهاهنا يحتاج إلى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين: أحدهما أن البينة قبلت هاهنا دون ما تقدم، لأن المكفول به هاهنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضياً به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة، بخلاف ما تقدم كما مر.

قوله: (لعدم مطابقتها للخب) أقول: فيه شيء.

الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر. وقال زفر رحمه الله: لا

المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فإنني أقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب، فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم عن الغائب انتهى. يعني لا يقع القضاء على الأصيل، وإنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصاً لا أن في المسألة اختلافاً (وإنما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لأن المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضاً فصحت فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيداً بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى للمدعي ولا البينة (وإنما اختلف) القضاء (بالأمر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الأمر فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال لأنه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر فلا يرجع (لأنهما) أي الكفالة بالأمر وبغير الأمر (يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضي له بالأخر) وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضياً عليه (وإذا قضى بها) أي بالبينة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن إقرار الأصيل بالمال) إذ لا يأمل غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف بأن عليه للمقضى له ديناً (فيصير مقضياً عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فإنها (لا تمس جانبه) أي جانب الأصيل (لأن صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (إنما

ومن الفرق بينهما أن هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه: أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال، وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت إليه. والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع أن القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره. ووجه ذلك ما ذكره بقوله لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء، وكل ما كان كذلك فهما غيران لا محالة، وإذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي؛ ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً وهو الملك، فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضى بالكفالة بالأمر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه، وإذا ادعاه بغير أمره فإنها لا تمس جانب الغائب، إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل لأنه: أي الشأن أن همة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل، حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل

قوله: (فهو وإن كان ضعيفاً الخ) أقول: لا يخفى عليك أن حكمه بالضعف لا يوافق المسألة الآتية بعد سطرين، لعل تصديرها بصيغة التمرير إشارة إلى ذلك قوله: (فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول: لو صح هذا لم يتم الجواب في المسألة التي مرت آنفاً لمكان الشك قوله: (وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول: وليس فيه ما يبأي عنه قوله: (أو مال يقضي به) أقول: ولم يدعه أيضاً كما لا يخفى قوله: (ومع غيبة الأصيل لا يصح) أقول: وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضاً كما لا يخفى قوله: (لكونه) قضاء على الغائب الخ) أقول: قال المحشي الشهير بيمينق باشا فيه: إن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسئلة. قال في الفصول العمادية: إذا ادعى رجل أنه كفيل من فلان بما يدوب له عليه فأقر المدعي عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضي به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره انتهى. ونحن نقول: يمكن أن يجاب عنه بأن يقال: إن الكفيل ويكون هناك خصماً، بخلاف ما نحن فيه. ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال: لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضياً به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلاً فلا يكون خصماً، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا وأحمد، ويصح عند الشافعي ومالك، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا يرى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بمال الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ.

يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه .
قال: (ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل الإقرار بملك البائع .

تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل) إذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله: لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الأصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في إنكاره الدين على الأصيل (مكذباً شرعاً) بقيام البيعة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالأمر، وهذا كمن اشترى عبداً واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبيعة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معترفاً بأن البائع ظلم . واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبداً فباعه فرد عليه ببيع بالبيعة بعد إنكاره العيب؛ فعند محمد لا يرد على بائعه خلافاً لأبي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبيعة . أوجب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطاً للرد على الثاني . وفي الجامع الكبير جعل المسألة على أربعة أوجه فقال: إما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان، أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم، وكل وجه على وجهين: إما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً . والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً

وجب المال عليه، وإن لم يجب على الأصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل إلى الأصيل . والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر، وأقام على ذلك بيعة أن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فإنه يقضي بها على الكفيل والأصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره . ووجه أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر إلا بإثبات ما يدعي على الغائب، والكفالة إذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل لأنه معلوم ومعروف بذاته، وإذا كانت بمجهول لا تصح ما لم يكن على الأصيل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف، والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبت المدعي، وسيأتي تمام ذلك قوله: (وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقاً آخر بين ما إذا أقم البيعة على الكفالة بأمر وبين ما إذا أقم عليها بغيره، فإن الثابت بالبيعة كالثابت عياناً، ولو ثبتت الكفالة بالأمر عياناً رجح الكفيل بما أدى على الأصيل فكذا إذا ثبتت بالبيعة . وقال زفر: لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره . وقلنا: لما قضى القاضي عليه صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه؛ كمن اشترى شيئاً وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبيعة لا يبطل حقه في الرجوع بالبيعة على البائع بالثمن لأن الشرع كذبه في زعمه . ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبداً فباعه ورد عليه ببيع بالبيعة بعد ما أنكر العيب به ثم أراد أن يرد على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه . وأوجب بأنه إنما لم يكن له أن يرد على بائعه لأن قوله لا عيب فيه نفي للعب في الحال والماضي والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا . قال: (ومن باع داراً وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر، والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم: أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة في البيع أو لا، فإن كان الأول وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكافة فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد، فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته

قال: (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه) لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما

لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب. قال مشايخنا: وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال، وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد بتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل، وكذا الحوالة على هذه الوجوه، وكذا كل من ادعى حقاً لا يثبت على المدعى عليه إلا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصماً عن الغائب؛ كمن كذب رجلاً فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبداً لفلان وأنه أعتقه قضى بعقده على فلان لأنه ادعى حقاً وهو الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصماً عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه، وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك إن أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب، وهذا كله استحسان استحسنته علماءنا صيانة للحقوق قوله: (ومن باع داراً فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقات المبيع، وقوله تسليم: أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع، فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه، إذ لو صحت رجوع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد. وأيضاً (فالكفالة إن كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسمى في نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفيعته لو كان الكفيل شفيعاً (وإن لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطاً فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه إلا بالكفالة) تسكيناً لقلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الإقرار بملك البائع) وإلا كان تغريباً فلا يصح دعواه إياه أصلاً بعد ذلك هذا إذا

وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً بطلت شفيعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فإنها صحيحة وإن كان طلبها سعيًا في نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والإقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض، وإن كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً لقلبه فصار كأنه قال اشتر هذا الدار ولا تبال فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن، وذلك إقرار بملك البائع، ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك، وإنما قال فنزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى. قال: (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري عليه التزوير والتبديل، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليماً وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا، فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا، فإن ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضاً لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره، فالشهادة على أنه باع لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك لما تقدم. قال مشايخنا: ما ذكر أن الشهادة على البيع لا تكون تسليماً محمول على ما إذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه، مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك، وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهددي، وأما إذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه، وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ.

قوله: (وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول: فيه تأمل.

تقدم، قالوا: إذا كتب في الصكِّ باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

كفل، فأما إذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته إن كان رسم مكتوباً على الصك وفي الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه بيعاً باتاً نافذاً ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها، وإن لم يفد ذلك مثل أن يكتب في الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقرّ بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها، فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة، وقوله: (وختم) هو أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع نقش خاتمه كي لا يطرقه التبديل، وليس هذا في زماننا.

فصل في الضمان

قال: (ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه، ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم

فصل في الضمان

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك قوله: (ومن باع لرجل ثوباً) اللام في لرجل لام الملك: أي باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لأن الكفالة) وهي الضمان (التزام المطالبة والمطالبة إليهما) أي إلى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامناً لنفسه) فيصير مطالباً مطالباً، وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بز، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حث، بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير لا ترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامناً لنفسه (ولأن المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضموناً عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أي لا يصح الضمان أيضاً فيما (إذا باع رجلان عبداً) مثلاً بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقاً (يصير ضامناً لنفسه) لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق نصيب أحدهما فلآخر أن يشاركه فيه، فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له، فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقداره ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب

فصل في الضمان

(ومن باع لرجل ثوباً الخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد، ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ. واعلم أن كل من رجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به؛ فمن وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئاً وضمن لرب المال لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما: أي إلى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأمانة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه؛ ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كانا حائناً، وكذا المضارب، وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتباري لا يظهر عند الخصومة، ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر، فلو صح ضمانهما لكانا ضامينين فما فرضناه أميناً لم يكن أميناً، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييراً لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوية، وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً. فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك. ولقائل أن يقول: الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمن، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رفقاً للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة. والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة لثلاث تخلف المعلول عن علته، وبطلانها حينئذ إنما يكون ضرورة صحة الكفالة، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يطل به أصلها، بخلاف مسألة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للأول. وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه

فصل في الضمان

الشرع فيردّ عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما حصته من الثمن) لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك، بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة؛ ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل.

شريكه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لأنه في الذمة لا يقبل القسمة لأنها إفراز، ولا يمكن إلا في عين خارجية، والدين وصف اعتباري. ويرد عليه اختيار الثاني ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه؛ فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له. قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا: ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح، لكن بعد ما صار الوجه مردداً بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الأول بما ذكر للنظر أن يختار الثاني ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا، إلا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها، أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعاً ويحكم بأنه المراد. وقوله: (بخلاف ما إذا باع صفقتين) يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حده، وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعاً معاً وسمياً لكل نصيب ثمناً ثم ضمن أحدهما صح الضمان (لأنه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك، ولذا لو قبل المشتري في نصيب أحدهما فيما إذا باعاً معاً دون الآخر صح، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص. ولا يخفى أن هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبي حنيفة وإلا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع. قال

حصته من الثمن لم يصح، لأنه إن صح، فإن كان بحصته من الثمن شائعاً صار ضامناً لنفسه وقد تقدم فساد، وإن صح في نصيبه مفرزاً أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه، وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز، وذلك إما أن يكون حساً أو بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور. وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليقه لأن ما يستحق بنصيب أحدهما فللاخر أن يشاركه فيه إذا كان مالاً بدليل أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك، فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء، فهذا معنى قول مشايخنا إن في تجويز هذا الضمان ابتداءً إبطاله انتهاءً فقلنا ببطلانه ابتداءً، ولا معنى لما قيل في تعليقه هذه المسائل لو صحا لضمان إما أن يضح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه، لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. وقوله ولا وجه إلى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه، ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره، وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع، بل هو من حيث إنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه. وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً. يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلاً له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض أفرادها لا تعلق له بالباقي من

قوله: (كان للآخر ولاية المشاركة) أقول: غير مسلم، قال صاحب الهداية في فصل في الدين المشترك من كتاب الصلح: ولا سبيل للشريك على الثوب لأنه ملكه بعقده قوله: (ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول: الظاهر أن يقال فيما يؤديه قوله: (لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه) أقول: تعليق لقوله ولا معنى لما قيل الخ قوله: (وليس فيه معنى القسمة) أقول: أجاب عنه الشارح في كتاب الصلح بأن القسمة في صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجع قوله: (نقله صاحب النهاية) أقول: نقله من الفوائد الظهيرية قوله: (يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول: قال بعض الفضلاء: هذا غير مطابق للواقع، فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان للآخر حق المشاركة، ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو

قال: (ومن ضمن عن آخر خواجه ونوابه وقسمته فهو جائز. أما الخراج فقد ذكرناه وهو) يخالف الزكاة.

الإمام قاضيهان: ولو تبرع يعني الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازاً من الكفالة، ألا ترى أنه يجوز التبرع ببذل الكتابة ولا تجوز الكفالة به قوله: (ومن ضمن عن آخر خواجه ونوابه وقسمته فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل) هو تملك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أثلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك بل إيجاب إخراج مال ابتداء بدلاً عن مال نفسه فليس بدين حقيقي، ولو وجبت في نصاب مستهلك وإنما لها شبه الدين في بعض الأحكام على ما قدمناه، بخلاف الخراج لأنه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة، وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجاً موظفاً لا خراج

الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل، وقوله لا معنى لهذا أيضاً لانعقاد الإجماع الخ. يجب عنه بأنه إنما تلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للأخر أن يشاركه، بخلاف ما إذا باعاً صفتين بأن سمي كل واحد منهما ثمناً لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتناع نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمة لأنها تكون باتحاد الصفقة والقرض خلافه. واستوضح بقوله ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر. وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن كان قبل الكل، ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك. قال: (ومن ضمن عن آخر خواجه ونوابه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنواب والقسمة جائز. أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج. قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض لأنه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة، وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة. وذكر المصنف رحمه الله فرقاً آخر بقوله وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل، إذ الواجب فيها تملك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء، والمال آتته ولهذا لا تؤدي بعد موته إلا بالوصية، وأما النواب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق، والأول ككروي الأنهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال يوظف مالا على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجب الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين. والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالقيجر ففيه اختلاف المشايخ. قال بعضهم: لا يصح الضمان بها لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ولا شيء عليه هاهنا شرعاً، وقال بعضهم: يصح وممن يميل إليه الإمام البيزودي يريد فخر الإسلام رحمه الله، لأن صدر الإسلام ممن مال إلى عدم صحتها. قال فخر الإسلام: وأما النواب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها.

كان واقفاً على الشركة كما كان له ذلك، وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه، وسيجيء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره. والأولى أن يقال: إن البيع أمر حكمي، وبإضافة البيع إلى نصيبه مشاعاً لا يلزم محذور، بخلاف إضافة الكفالة فإن اعتبار الشيوخ فيه يؤدي إلى أن يصير ضماناً لنفسه من وجه وهو غير مشروع، فوضح الفرق واندفع الإشكال، ثم في صورة البيع إذا اعتبرنا إضافته إلى نصيبه شائعاً بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة، ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافته إلى حق صاحبة من وجه بناء على الشيوخ، فإن الملك للعاقد وإن أضاف إلى تعد غيره على ما عرف، وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجيء انتهى. ونحن نقول قوله وإن كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضاً بل ذلك فيما إذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله وسيجيء: يعني في الصلح في الدين المشترك، ثم قوله فوضح الفرق واندفع الإشكال كلام خال عن الفائدة، إذ ليس في كلامه ما يدفع الإشكال.

لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدي بعد موته من تركته إلا بوصية. وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله، ومن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوي، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصّة. منها الرواية بأو، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية،

مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فإنه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك) للعامّة (وأجرة الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الأسارى) إذا لم يكن في بيت المال شيء (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة وليّ الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شيء فيه (وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم. فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها، فقيل: تصح إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور، وينبغي أن كل من قال إن الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هاهنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقاً (ومن يميل إلى الصحة الإمام البزدوي) يريد فخر الإسلام، أما أخوه صدر الإسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصّة منها) إذا قسمها الإمام، ولا حاجة إلى كون الرواية قسم بلا هاء، لأن قسمة في القرآن بمعنى قسم، قال تعالى: ﴿ونبتهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] إذ لا معنى لضمّان حقيقة القسمة بالمعنى المصدرية، لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبية والمراد بالنوائب) ما هو (منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما

والعبرة في الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً وإن كان من جهة الذي يأخذ باطلاً، ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحساناً بمنزلة ثمن المبيع. قال شمس الأئمة: هذا إذا أمره به لا عن إكراه، أما إذا كان مكرهاً في الأمر فلا يعتبر أمره في الرجوع. وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿ونبتهم أن الماء قسمة بينهم﴾ والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. وقال بعضهم: معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. وقال بعضهم: هي النوائب بعينها، وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها: أي من النوائب: يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فيجب أداءه فكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع. قيل: ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى: ﴿من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال﴾ فأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصّة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصّة منها فهو محل أو، وأما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر. وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية، والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب. قيل: ومن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام، والحكم ما بيناه: يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق، واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق. قال: (ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر الخ) ومن قال لآخر لك عليّ

قوله: (وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول: يعني بفساد الاعتبار وفيه شيء.

والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه. (ومن قال لآخر لك عليّ مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة، فالقول قول المدعي، ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن). ووجه الفرق أن المقر أقرّ بالدين. ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار، أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل، والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الأول بالثاني والفرق قد أوضحناه.

والخلاف في الأخرى، ثم من أصحابنا من قال: الأفضل للإنسان أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان في ذلك الزمان لأنه إعادة على الجائحة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلماً، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له، وإن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب. وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من أن الكفالة فيما كان بحق جائز ويغير حق فيها خلاف قوله: (ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مسألتين: إحداهما من أقرّ بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له، وأنكر الأجل القول للمقر له، ولو أقرّ بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الأجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافاً للشافعي حيث ألحق الأول بالثاني فجعل القول في المسألتين للمقرّ. ولأبي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالأول فجعل القول فيهما للمقر له، وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك، وهو أن الشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب. وجه قول الشافعي رحمه الله إن الدين نوعان: حال ومؤجل. فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاقرار بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل. وجه قول أبي يوسف إنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق إلا بحجة كما في الأول وصار الأجل كالخيار فيما لو أقرّ بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في إنكاره الخيار. وجه المذهب أن المقرّ بالدين أقرّ بما هو سبب المطالبة في الحال، إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلاً عن قرض أو إلتاف أو بيع ونحوه، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا ببديل في الحال، فكان الحلول الأصيل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً معارض لا نوعاً (ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفي الكفالة ما أقرّ بالدين) على

مائة إلى شهر فقال المقرّ له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة؛ وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقرّ له هي حالة فالقول قول الضامن. وروي عن أبي يوسف إبراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقرّ له. وقال الشافعي: القول فيهما للمقرّ. له أن الدين نوعان: حال ومؤجل فإذا أقرّ بالمؤجل فقد أقرّ بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة. وأجيب بفساد الاعتبار لأن الأجل في الدين عارض كما سيأتي. ولأبي يوسف أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجة اعتباراً بالإقرار بالدين. وأجيب بما أجيب به الشافعي. ووجه الفرق بينهما أن المقرّ أقرّ بالدين مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره، والأول مقبول والثاني يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. وفي الكفالة ما أقرّ بالدين لأنه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم، وإنما أقرّ بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما. ولقائل أن يقول: هب أنه لا دين عليه فيقرّ به أليس أنه قد أقرّ بالمطالبة فللخصم أن يقول: أقرّ بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه إلى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق، وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال: الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه الكفيل، لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى.

والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقتناعاً جديلاً لدفع الخصم في المجلس، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل. والثاني موجود فيما نحن فيه

قال: (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع) لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل. وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل

ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك، فإنما أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر، بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فإنها ضعيفة لقلّة وجودها فتركت منزلة العدم، وهذا مخلص ممن ادعى مالاً وهو مؤجل في الواقع. فإن اعترف به مؤجلاً لا يصدق، وإن أنكر يكون كاذباً وخاف إن اعترف به كذلك لا يصدق في الأجل، فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل، فإن قال مؤجل حصل المقصود، وإن قال معجل فينكر وهو صادق. وفي العيون: من عليه دين مؤجل إذا حلف ما له اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس إن كان لا يقصد به إتواء حقه قوله: (ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول: يعني لم يطالبه قوله: (حتى يقضي له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع قوله: (لا ينتقض البيع) أي لا يفسخ (على ظاهر الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الأمالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن لأن الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل. وجه الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع بالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود إلى ملك المشتري، حتى لو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه، وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وإذا لم يجب الثمن على الأصيل لا يجب على الكفيل، بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لأن البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقاً مبطلاً للملك رأساً، وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحلته للملك باقية واحتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ. وصحح في فصول الاستروثني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، والرجوع بالقضاء يكون فسحاً. ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة

فلا مناقضة قوله: (ولأن الأجل في الديون عارض) هو الفرق الثاني، ومعناه على أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه، وما يثبت له بدونه كان ذاتياً له وهو حسن، لأننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً والأجل في الديون بهذه المثابة لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلاً من غير شرط إذا كان مؤجلاً على الأصيل فكان الأجل ذاتياً لبعض الكفالة منوعاً له كالناطق الممنوع لبعض الحيوان. وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في إظهار المآخذ. وإذا كان الأجل في الديون عارضاً لا يثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار، وإذا كان في الكفالة ذاتياً كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله. ووقع في المتن والشافعي ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني، والعكس هو المشهور من مذهبهما. فمن الشارحين من حمّله على الروايتين عن كل واحد منهما، ومنهم من حمّله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر قوله: (ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه

قوله: (والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول الخ) أقول: وعندني أن الفرق الأول أيضاً صحيح لا يرد عليه ما أورده، فإن المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك، والمقر بالكفالة لم يقر بشيء في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل، وهذا كلام إجمالي كتبه تذكرة.

الزيادات في ترتيب الأصل. (ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً، ولو ضمن

الغليظة ودعوى الوقف في الأرض المشتراة، أو أنها كانت مسجداً، ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشيء من جهته مستحقاً عليهم، حتى أنه لو أقام واحد منهم البيئة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بيئته، ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه، وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة. قوله: (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الأصل) يريد ترتيب محمد فإنه بدأ بباب المأذون، واحترز بالأصل عن ترتيبها الكائن الآن فإنه ترتيب أبي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هي عليه الآن، وإنما سماه محمد بالزيادات لأن أصول أبويه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلاً ثم يزيد عليه تفرعاً تمييزاً له قوله: (ومن اشترى عبداً وضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة) المراد فإنها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي: هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه، وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى، وتقال لنفس العقد لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد، والعهد والعقد واحد، وتقال على حقوق العقد لأنها ثمراته وعلى خيار الشرط، وهي في الحديث «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه قد بيناه، وإذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فإنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً) فلا تعذر. وذكر بعض المشايخ أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) إن قدر عليه (أو تسليم قيمته) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد: يعني فيكون صحيحاً لأن ضمان الدرك عندهما صحيحاً للكلام، فتمت الألفاظ ثلاثة: ضمان الدرك جائز بالاتفاق، وضمن العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر

فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن، لأن احتمال الإجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن، لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه، فلو كان الثمن عبداً فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعاقته وإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الأصيل، وإذا لم يجب على الأصيل لم يجب على الكفيل، وإنما قال على ظاهر الرواية احترازاً عما قال أبو يوسف في الأمالي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع، لأن الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته، وكذلك يجب على الكفيل. فإن قيل: فإذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق؟ وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحللة فيرجع المشتري على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل، أراد بترتيب الأصل ترتيب محمد، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب تبركاً بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى وبين أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلاً، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكر هاهنا ثلاث مسائل: الأولى ضمان العهدة وقال إنه باطل ولم يحك خلافاً. والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق. والثالثة ضمان الخلاص. وقد اختلفوا فيه فأما بطلان الأولى فلأن هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها

الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح.

الرواية، وضمنان الخلاص مختلف في ظاهر الرواية. وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو ردّ الثمن. وإن لم يذكر ردّ الثمن يفسد لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع. وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمنان الخلاص مطلقاً، أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على إرادته فيجوز بالإجماع.

فإنها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه، وما ليس بمضمون على الأصيل لا تصح الكفالة به، وقد تقع على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد، وقد تقع على حقوق العقد لأنها من ثمرات العقد، وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق، وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام» أي خيار الشرط فيه، ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهماً تعذر العمل به. وأما جواز الثاني: أي ضمان الدرك فإن العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيناً له فوجب العمل به. وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال: هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة: أي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لأنه إن ظهر مستحقاً فربما لا يساعده المستحق، أو حرراً فلا يقدر مطلقاً، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل، وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحاً للضمنان وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عنه وضمنان الدرك صحيح. وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال، ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن، فهذا يشير إلى أن بطلان الضمان إنما كان بالخلاص منفرداً، أما إذا انضم إليه ردّ الثمن فهو جائز. قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازاً شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة، هذا ما يدل عليه كلام المصنف. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاص أن تفسير الخلاص والدرك والعهددة واحد عند أبي يوسف ومحمد، وهو تفسير الدرك، وهذا يدل على أن الخلاف في العهددة أيضاً ثابت. وذكر في الفوائد الظهيرية: وأما ضمنان العهددة فقد ذكر هنا: أي في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً. وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمنان العهددة ضمان الدرك، وهو خلاف ما ذكره المصنف فكأنه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف، والله أعلم بالصواب.

قوله: (ووجب للمشتري الخ) أقول: فيه شيء إلا أن يكون وجب بمعنى ثبت.

باب كفالة الرجلين

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد

باب كفالة الرجلين

لما نُزِّلَ هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه قوله: (وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معاً عبداً بألف) أو افتراضاً معاً (وكفل كل منهما عن صاحبه فما آداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد) وجهين: أحدهما (أن كلاً منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصل (و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الأزل وضعف الثاني (لأن الأول دين) عليه. (والثاني مطالبة) بلا دين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدي عن الأقوى تقدماً له على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة. لا يقال: إن هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدي. بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما. لأننا نقول: الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإنه الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة، ألا ترى أن المريض إذا اشترى في مرض موته شيئاً كان من جميع المال، ولو كفل كان من الثلث. وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز، ولو كفل وعليه دين لا يجوز. وأما كونه يصرف بنيته. قلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد، حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه ببيع وعين صح إذ في الجنسين يعتبر تعيينه لأنه حينئذ مفيد. ثانيهما (أنه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلساحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدي (لأن آداه نائيه) يعني كفيله بأمره (كآدائه بنفسه)، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبعاً فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع. قال: (وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه الخ) إذا اشترى الرجلان عبداً بألف فالثمن دين عليهما لا محالة، فإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيلاً، وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلاً فما أدى إلى تمام النصف كان عما عليه بحق الأصالة صرفاً إلى أقوى ما عليه؛ كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس، وما عليه بحق الأصالة أقوى لأنه دين، وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لا بتناؤها على الدين، فإن المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه، بل يترجع الدين عليها وينصرف المصروف إليه إلى تمام النصف، وفي الزيادة عليه لا معارضة إن لم يكن عليه فيها بحق الأصالة شيء فانتهى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين، وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه قوله: (ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال: لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع

باب كفالة الرجلين

قوله: (وفي المصنف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحاً لا لانتفائه) أقول: ضمير انتفاؤها راجع إلى المعارضة، وضمير لا لانتفائه راجع إلى أحدهما قوله: (مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول: قوله وهو راجع إلى محال قال المصنف: (لأن آداه نائيه كآدائه فيؤدي إلى الدور) أقول: في الملازمة ما لا يخفى قوله: (لأن آداه نائيه كآدائه) إن أريد كآدائه عن نفسه بحق الأصالة أو ما يعمه فمسلّم ولا يفيد، وإن أريد كآدائه بحق الكفالة فممنوع، وكيف يكون آداه كفيله عنه كآدائه عن كفيله فليتنامل.

منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة، لأن الأول دين والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة، ولأنه لو

بنائه، لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه، وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه. بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها، لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة، وإنما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدي إلى الدور) وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع، إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع، وقد علمت أنه امتنع للدور. واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدي ليس متوقفاً على رجوع صاحبه، بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه، فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره، وكذا الأول فاللزام في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه. والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدي عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدي عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدي لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدي عنه يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى إلى الطالب، وهو نقيض ما يقطع به من الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر، هذا مجازفة عظيمة قوله: (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء آذاه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً أو كثيراً. ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر إلى أنها مع الدين أولاً (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (وإذا عرف هذا فما آذاه أحدهما وقع شائماً عنهما إذ الكل كفالة) وما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء)

عليه. وقوله: (لأن أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة. وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسى كان لي أن أجعل المؤدي عنك، فإن رجعت عليّ وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذي أديته عني فهو أدائي في التقدير، فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقرير أدائي كذلك، والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى إليّ الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة إلا النصف فيقيد الرجوع (وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الأصيل كذلك، فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل، وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسألة في الصحيح (وكل شيء آذاه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان المؤدي أو كثيراً) لأن ما أدى أحدهما وقع شائماً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف ما تقدم فإن الأصالة في النصف راجحة بعد صورة

وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور (وإذا كفل رجلان عن رجل يمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجح على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً) ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه. وإذا عرف هذا فما أداء أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض

للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو المؤدي (بنصف ما أدى فتقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب، بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه في العلة، فإن أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على النصف، وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى، ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدي عنه اعتبار نفسه أدى ما أداءه عنه المؤدي، واحتسابه به عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع عليّ به بسبب أنك أدبته عني هو كأدائي بنفسي فكأنني أنا الذي أدبته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به، ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الأول (ثم يرجعان) يعني الكفيلين المتكافلين (على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، وإن شاء رجح الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداءه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع، لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله) قوله: (وإذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في) كتاب (الشركة) من أن شركة المفاوضة تتعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المديونين بدين واحد، والله الموفق قوله: (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلاً كاتبكما على ألف إلى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه. ووجهه أن هذا المقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحساناً) خلافاً للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط، ولأنه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل، وأيضاً شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل، والكتابة تبطل بالشروط

المعارضة بينها وبين الكفالة، وإذا وقع شائعاً رجح على شريكه بنصفه. ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة، بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالاته عن شريكه، وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم، وإنما قال في الصحيح ليتأتى الفروع المبينة على ذلك فإنه قال: (ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلاً عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما، وقال: (وإن شاء) يعني من أدى منهما شيئاً (رجح بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. وقال: (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل ولهذا نأخذ به وهو ظاهر. قال: (وإذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين الخ) إذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلصاحبه أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع ذلك، فإن أدى أحدهما شيئاً لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لأنها تتعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة، وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق، فإذا طلبوا أحدهما وأخذوا

قال المصنف: (وبالكل عن الشريك) أقول: فيه بحث قال المصنف: (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول: قبل ورقتين في تعليقه قوله ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان.

على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء، وقد حصل برجع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجع الآخر عليه، بخلاف ما تقدم، ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائيه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال: (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب) براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به.

قال: (وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين.

قال: (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء آداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه أن هذا العقد جائز استحساناً، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب

الفاصلة. وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه، وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقاً بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقاً بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصلة لا الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى أن ما آداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤدي شيئاً) حتى أن المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبريء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة

الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين. قال: (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبكما على ألف (إلى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه) صح ذلك استحساناً والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة تبدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلاً. أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة تبدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً صحيحاً وبدل الكتابة ليس كذلك. ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه: أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بألف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب، وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها، وأما إذا اختلفت الكتابتان فإن عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق، وإذا عرف ذلك عرف استوائهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة: أعني الكفالة فكان كل البديل مضموناً على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البديل، فما آداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء لانقض المساواة، ولو لم يؤدي شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبريء المعتق عن النصف لأنه ما رضي بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتياطاً لتصحيح الضمان فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعها. وإذا أعتق استغنى عنه وانفتى لضرورة فاعتبر مقابل برقبتهما ولهذا ينتصف. وعروض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي إلى النصف لثلا يلزم الدور كما مر. وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على

قال المصنف: (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول: ليس هذا موضع مال.

الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة. قال: (ولو لم يؤدي شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبريء عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما. وإنما جعل على كل واحد منهما احتياطاً لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً وبرقيتهما فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة، وإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم.

مقابل بعتهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتياطاً لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع إلى العتق (فإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقيتهما فوجب أن يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء، المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة) وأورد عليه أنه يستلزم كون الرقيق ضامناً لبذل الكتابة وهو لا يجوز. أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح (فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى، وإن أخذ الآخر به لم يرجع) على الذي عتق (لأنه) ربما (أدى عن نفسه).

المولى، لأن المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برىء بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ويعتقا جميعاً فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدي عنهما جميعاً، وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء، وأما المعتق بالكفالة، وأما صاحبه بالأصالة: قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة بيد الكتابة وهي باطلة. وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت، فإن أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عن نفسه.

قوله: (أي بأداء كل واحد منهما) أقول: الأولى أن يطرح كلمة كل فإنهما يعتقان بأداء واحد منهما.

باب كفالة العبد وعنه

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسرتة، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا أدى رجع

باب كفالة العبد وعنه

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق قوله: (ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفاً بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقرّ باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه، وكذا إذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معيناً معلوماً فإنه يؤخذ به في الحال، فإذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلاً (و) هذا هو المراد بقوله: (لم يذكر حلولاً ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الأجل، وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لهجاءة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً (و) إنما (لا يطالب به لعسرتة، إذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي بتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الأصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الأصيل لا يلزمه، وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة، بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى، فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعين لعسرتة وعدم رضا المولى، بل الوجه نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره: أعني تصرف القرض والبائع للعبد ولم يرض بإيداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة، وعدم نفاذ قول العبد في حق

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحر، إما لشرفه وإما لأن الأصل في بني آدم هو الحرية، ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث، ولكن اعتبر كون الواو للمجمع المطلق وفيه ما فيه. قال: (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالاً. وجواب المسألة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير، وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال إلى عبارته في الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل، فإن العبد إذا استهلك المال عيناً يؤخذ به في الحال. قال فخر الإسلام: مراده إذا أقرّ بالاستهلاك وكذبه المولى. وقال بعضهم: مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالا فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الإعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فلا يحتاج إلى شيء لتناولها ما إذا أقرّ العبد باستهلاكه للحال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطىء امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان فاستهلكه فإنه لا يؤاخذ بذلك كله للحال، أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس، وأما كونها حالاً فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة، لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه، وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح، ويؤخذ به الكفيل حالاً وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فإنها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وإن كان في حق الأصيل متأخراً إلى الميسرة. فإن قيل: إذا لم يؤخذ من

باب كفالة العبد وعنه

قوله: (ولكن اعتبر كون الواو للمجمع المطلق) أقول: وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب قوله: (وفيها ما فيه) أقول: فإن عادة المصنفين ذكر الإجمال على وفق التفصيل وفيه منع قوله: (إلى عبارته في الكتاب) أقول: قوله إلى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد.

على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل) لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حراً.

المولى إذا كان يكذبه، بخلاف الاستهلاك المعاین فإنه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعاً لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب وإلا تباع رقبته فيه إلا أن يفديه المولى، هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر) صحيح، ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاین ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه قوله: (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل لبراءة الأصيل) وهو ظاهر، لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً أو عبداً، وإنما فرضها في العبد ليرتب عليها مسألة دعوى الرقبة وهي قوله: (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى رد رقبة العبد (على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك، وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغضوب حيث يؤخذ برد عينه، فإن عجز بقيمته. فحاصله أنه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى، بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد، وكذا عن الحر فمات الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعاً، بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه قوله: (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشيء (و) نقل (عن زفر رحمه الله) في شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الأول) يعني ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالاته عن سيده) وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لا تصح مطلقاً لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبوع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون، غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة إذا كفل لغير السيد بإذن السيد، فإذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره إياه بالكفالة، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق في ماليته فيعمل إذنه له في أن يكفل عنه.

العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل. أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر: يعني أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر: أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً، وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ثم إذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه مقامه. قال: (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فإنه يموت يبرأ الكفيل لبراءة الأصيل كما لو كان حراً، وذكر هذه تمهيداً للتي بعدها وليبيان الفرق بينهما (فإن ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل، وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل، بخلاف الأول: أي الضمان الأول لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله، وإنما قيده بإقامة البينة اجتراراً عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل. قال: (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ) إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أو لا، فإن كان الأول لم تصح كفالاته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى، وإن كان الثاني صحت إن كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين، وإذا كفل المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديوناً كان العبد أو غير مديون، فإذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه. وقال زفر:

قال: (فإذا ادعى ربة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل. بخلاف الأول.

وفي بعض النسخ الهداية: ومعنى المسألة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا. أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا. فإن قيل: دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضي من ماليته وهي ملك المولى فأبي فائدة في هذه الكفالة؟ أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولاً معه ليقتضي من جميع أمواله، بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه لبيع، وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال) بالعتق فإن الأداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا إن واحداً منهما لا يستوجب ديناً على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره) فبلغه قوله: (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لأن معنى الأمر وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل أن ما يقع^(١) لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء، وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً إلا أن يكون العبد مديوناً فحينئذ يثبت له الدين على السيد، وإذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة، وقد طوبل بالفرق بين هذه وبين الرهن إذا عتق العبد الرهن وهو معسر فإن العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على يده فلم لا يرجع هنا؟ أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحرثتهما إذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى، أما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه قوله: (ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حرّ تكفل به أو عبداً) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لأنه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وذلك يقضي نفي الدين للسيد على عبده، وإن ثبت فإنما على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشرف الشارع إليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن إثباته) أي إثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو

يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا: هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال، وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل بشيء لذلك. ونوقض بأن الرهن إذا عتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه. وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرت الحرّ يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه، ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبداً، وإنما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة، أما في بدل الكتابة فلأنه دين غير مستقرّ لثبوته مع المنافي وهو الرق فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقرّ: أي ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاها ديناً مستقراً لأنها لتوثيق المطالبة، وإذا كان غير مستقرّ جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة، بل قد تكون هزواً ولعباً قوله: (ولأنه) دليل آخر على عدم استقراره، فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وقوله: (ولا يمكن إثباته)

(١) قوله: (أن ما يقع) في نسخة العلامة البحراري: أن ما لا يقع، وكتب عليها بالهامش: أصل النسخ بحذف لا النافية، فليتاامل مع ما يأتي اهـ.

قال: (وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر: يرجع، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالاته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالاته عن العبد فتصح على كل حال. له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال. ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازته (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به أو عبد) لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد، وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده.

كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقاً) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكينه من إسقاطه على الأصل لم يتحد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله كالمكاتب عنده) للعلة الأولى، لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده. وقسمها دون العلة الثانية إذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه، وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مديون عندهما، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجازة. وأما العبد التاجر إذا أدان مولاه ديناً، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً، وإن كان عليه دين صححت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لا تصح، وإن كان صححت.

دليل آخر على المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببذل الكتابة، وتقريره أن الكفالة إن صححت به فلا يخلو إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل إلى كل واحد منهما. أما الأول فظاهر لأن الأصل بتعجيز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك. وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونقياً للزيادة على الملتزم؛ ألا ترى أن الدين لو كان على الأصل موجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة، ولو كان جيداً أو زيفاً على الأصل كان على الكفيل كذلك، والمطلق غير متحد مع المقيد، فلو ألزمناه مطلقاً لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز، وأما في غير بدل الكتابة فلائذ إذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائها عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً (وبدل السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي) لما أن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرهما. وعلى قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحزّ المديون، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

قوله: (وإنما قال بمال الكتابة الخ) أقول: فيه رد لصاحب النهاية حيث قال: بالتخصيص بمال الكتابة غير مفيد، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، ذكره في المبسوط انتهى. إلا أن في تحليل مال الكتابة لما سوى يدل الكتابة تاملأ قوله: (أما في بدل الكتابة، إلى قوله وتقريره أن الكفالة إن صححت الخ) أقول: وتقريره الأول عندي أن مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص، وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص، فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة. وتقرير الثاني أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به، لأنه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصل، والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل. ثم أقول: قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث، إذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره، بل الظاهر أن قوله ولأنه دليل آخر على المدعي، وقوله ولا يمكن إثباته تميم الدليل، والله الهادي إلى مستقيم السبيل قوله: (أما الأول فظاهر) أقول: فيه تأمل قوله: (وأما غير بدل الكتابة فلائذ إذا عجز الخ) أقول: معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلائذ دين غير مستقر.