بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما لا يصح الطلاق والعتاق من غير قبول الصلح واذا كان بمنزلة البيع
في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة في البيع بخلاف جانب المطلق فان جهالته لا تمنع كما
ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا
كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلها اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه الثلاث قوله
لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على
قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل وهو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة اذ لم يذكر ثالث
والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك بقوله بعده الا انه نص الكفالة
الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها
بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام
نفي جواز الكفالة المعلقة بها والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفاء
الاجل لان الاجل المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية ما لم يوجد الشرط في موضعه والاصل عارض بعد العقد فلا يلزم من التعليل
انتفاء موصوفه وقد تقدم في البيوع ما يفيد بان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الجعل وتقديره
لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة **قوله** ويجب المال
وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها باجل متعارف لم تبطل بالاجل الفاسد كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال
كل واحد منهما **قال** فان تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين
وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فيتحقق الضمان به وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به
ينكر الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول
قوله فيما كان هو ضامنا فيه والتنوين مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر الزيادة
فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه
كما يجوز اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرمائه دين الصحة حيث يقدمون على المقر له في ماله
قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني
امره سواء في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم والحاجة لا يفصل بين كونها بامر او بغيره
الكفالة التزام ان يطالبها على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير الملتزم
ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون
الا عند الامر فالزام لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي
المانع وكل ما هو كذا فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين
غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على
الاصيل وعلى العبد ما دام رقيقا لان بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكر لم يكن كذلك ولهذا اذا قال لغيره ادّ عني زكاة مالي او
اطعم عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الذي

المتعجب وما ذكر

المتعجب وما ذكر لم يلتبس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداءه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل
اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل
والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره ينعقد الكفالة فكما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على
الاصيل ولكنه يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره **قوله** رجع بما ادى اعلم ان الكفيل بامر المكفول به لا يخلو
اما ان ادى الى صاحب الدين او وهبه اياه او ورثه منه او صالحه اياه على جنس آخر فلما الفصل الاول فعلى نوعين
احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما اذا ادى زيوفا بدل ما ضمن
الجياد ويجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته واما الفصل الثاني فعلى فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة
المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملك ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه
ملك الدين فيرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير
من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا يتعدد وهو
ما ضمن فاما في الاداء فتحقق ما ضمن فيتعدد الدين ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما لا يتعدد الرجوع به فيما يتعدد اعني ما ادى وما ضمن
والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه
وهذا لان ذلك انما لم يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اوصى بالكفالة ووكله بالقبض
فقبضه ثم وهبه اياه فيكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا
لم يكن هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للتمليك
وضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره ويمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة
الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته للكفيل فان الابراء لا يرتد بالرد
والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفي مؤنته وجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت
تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد
بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح وارتد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التبيين بما هو في زعم الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود
في الجميع فاذا نزل منزلته والطالب له ان يطالب بما ضمن فكذا من نزل منزلته وبنا ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون
الطالب على رجل بالدين وادى المحتال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحتال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب **قوله** بما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به حوالة كفالة المنتهى **قوله** بخلاف المامور بقضاء الدين جواب عن
قول زفر الكفيل لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه فلا فرق بينه وبين المامور بقضاء الدين والمامور يرجع بما ادى فكذا
الكفيل ووجهه ان يقال المامور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى
ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتباره فلو ادى زيوفا عن الجياد ويجوز له ذلك
رجع بها دون الجياد لان اداء المامور بل لو لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها قوله
قوله رجع بما ادى يطلب فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين

King Saud University
Copyright King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)