هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان او ما سرقك فانا له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك اهل هذه الدار فانا له ضامن فهو باطل حتى يسمي انسانا بعينه وفي الخلاصة رجل قال للمودع اذا اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح بخلاف ان اكلك سبع انتهى وفي الفصول العمادية جهالة المكفول عنه في الكفالة المضافة كما في قوله ان غصبك انسان شيئا فانا كفيل مانعة جواز الكفالة وجهالة المكفول عنه في الكفالة المرسلة غير مانعة هكذا ذكره في الاصل وذكر شيخ الاسلام في الجامع في كتاب الصلح من قال لغيره اسلك هذا الطريق فان اخذ مالك فانا ضامن فسلكه فاخذ ماله كان الضمان صحيحا والمضمون عنه مجهول ومع هذا جوز الضمان وفي تهذيب القلانسي واحد كفالة شرح الطحاوي لو قال ما ذاب لك على الناس او لاحد من الناس عليك فعلي لا يصح لجهالة المضمون له وكذلك لو قال ما ذاب للناس او ان استهلك مالك احد فانا ضامن لا يصح كذا ذكره في الجامع في الفتاوى وفي العدة لو قال ان غصب فلان مالك او واحد من هؤلاء القوم فانا ضامن لك صح ولو قال ان غصبك انسان شيئا فانا ضامن لا يصح ولو قال ان اكلك سبع او اتلف مالك سبع فانا ضامن لا يصح انتهى وفي السراجية قال لصنيعه وهو يخاف على دابته من الذئب ان اكل الذئب حمارك فانا ضامن فاكله الذئب لم يضمن رجل باع من رجل شيئا بتعريف رجل وسلم العين وغاب المشتري لا يجب على المعرف شيء هكذا ذكره وهو الصحيح وهو رواية الاصل وذكر في فتاوى مشايخ سمرقند ان الضمان على المعرف والصحيح ظاهر الرواية وتمام المسألة في الفتاوى الصغرى كذا في جواهر الفتاوى او ما ذاب للناس او لاحد منهم فعلي هذا مثال الجهالة المكفول له وهي تمنع صحة الكفالة كما جزم به منلا خسرو في مختصره وعزاه في شرحه الى العمادية وبه صرح في البحر الرائق ولا تصح الكفالة بنفس حد وقصاص لان شرطها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل وهذان ليسا كذلك وانما قال بنفس حد وقصاص احترازا عن الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص فانها تجوز صرح به في البناية واشار اليه في الهداية ذكره في البحر ثم قال وقد مثاله لا يجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة ولا تصح ايضا بحمل دابة معينة مستاجرة له وخدمة عبد معين مستاجر لها اي للخدمة للعجز عن التسليم لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان يحمله على دابة نفسه ومبيع ومرهون وامانة اي لا تصح الكفالة بذلك اما الكفالة بالمبيع فلان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن انما تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لان من شرطها ان يكون المكفول مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع

بدله والمبيع قبل القبض ليس بمضمون على البائع حتى لو هلك لا يجب عليه شيء وانما ينفسخ به البيع والمرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وليس بواجب على الاصيل اطلقه فشمل ما اذا كان ضمن الرهن عن المرتهن للراهن او عكسه كذا في جامع الفصولين واما الامانة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستاجر في يد المستاجر فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل وهي غير مضمونة على الاصيل وقالوا رد الوديعة ليس بواجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها صحيحة قيد بالكفالة بالعين لان الكفالة بتسليمها امانة او مضمونة صحيحة وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاث الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا احضاره اليها ونحن نعني بالرد ما هو اعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة كذا في فتح القدير وصح اي التكفيل يعني الكفالة لو كان المكفول به ثمنا اي ثمن مبيع لانه دين صحيح على المشتري وكذا اذا كان مغصوبا لانه مضمون بعينه فان كان عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها وقيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته وفي السراج الوهاج ولو ادعى على رجل غصب الف درهم وهو في بيته او في منزله او ادعى شيئا يكون دينا من مكيل او موزون فضمن له رجل ما ادعى كان على الضامن ان يأتي بذلك الشيء بعينه فان لم يأت بذلك الشيء لم يضمن حتى يستحقه المدعي على المدعى عليه وان ادعى الفا مستهلكة او كذا مستهلكا فقيمته رجل لغرضنا من بين ينصرف الى القيمة وان لم يقم المدعي بينة لان العين ما دامت باقية فالضمان فصار ضمانه دلالة على الاعتراف بالضمان انتهى وكذا اذا كان مقبوضا على سوم الشراء اي على طلبه بعد تسمية الثمن لانه مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل ويستثنى من الثمن ما اشترى به صبي محجور عليه وكفل به رجل او كفل بالدرك قبل قبض الصبي الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بما ليس بمضمون على الاصيل وان كفل بالدرك قبل قبض الصبي

Copyright © King Saud University