على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضي له عليه اما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان
معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ وان كان ماضيا يراد به المستقبل
كقولهم اطال الله بقاءك وادام عزك فلما كان كذلك قلنا ان الكفيل كفل بمال يجب على الغايب بعد عقد
الكفالة لا قبله ودعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك لم تتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل
يحتمل انه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة فتفسدت الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو اقام
البينة انه وجب له على الغايب الف درهم بعد عقد الكفالة تقبل بينته كذا قالوا في شروح الجامع الصغير
وبا في الكلام مر عند قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط **قوله** ومن اقام البينة ان له على فلان كذا
وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي
على الكفيل خاصة وصورة المسئلة في الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل
بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل
له بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغايب فان كانت الكفالة بغير
امر الغايب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغايب الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة
اختلاف لانه لم يرد عن ابي حنيفة خلاف هذا وقال شمس الائمة السرخسي وانما خص قولهما بالذكر لانه لم
يحفظ عن ابي حنيفة ايضا وانما قبلت البينة هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لان ثمة المكفول به مال
مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم تتعرض لذلك
فتفسدت الدعوى فلم تقبل وهنا المكفول به مال مطلق لانه قال وان هذا كفيل عنه بامره ودعوى
المدعي المال مطلقة ايضا فصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى وفايدة القضاء
على الكفيل وعلى المكفول عنه انه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى اقامة البينة عليه لانه لما اثبت الكفالة
على الحاضر بامر الغايب وقضى القاضي بذلك ثبت امر الغايب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين
وانتصب الحاضر خصما عن الغايب بخلاف ما اذا اقام البينة على انه كفل بغير امر الغايب ثبت الدين
على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغايب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغايب لم يتعد القضاء اليه
كذا قال الامام الزاهد العتابي وقال فخر الدين قاضي خان الفرق بين الكفالة بامر المكفول عنه وبين
الكفالة بغير امره ان الكفالة بامر معاوضة في الثاني والكفالة بغير امر تبرع محض فكان بينهما
مغايرة فاذا ادعى الكفالة بامر لا يمكن القضاء بالكفالة الا بهذه الصفة ومن ضرورة القضاء بامر القضاء
على الغايب لان امره اقرار بالمال فاما اذا ادعى الكفالة بغير امر لم يكن من ضرورة القضاء بها القضاء
على الغايب ولان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا ذلك كان الجواب ما ذكرنا في صورة
الكفالة بالامر اذا ادى الكفيل يرجع بما ادى على الاصيل عندنا وقال زفر لا يرجع لان الكفيل
لما انكر الكفالة صار ذكر منه اقرارا بان الاصيل لم يامره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مواخذ
بزعمه فلا رجوع اذن قلنا لما قضى القاضي بالكفالة بامر بالبينة كما صار الكفيل مكذبا شرعا
فيما زعم فبطل زعمه فثبت له الرجوع كمن اشترى شيئا من انسان واقر ان البايع باع بملك نفسه
ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن على البايع لانه بطل زعمه **قوله**
وانما تقبل اي اقامة البينة حتى تقضي بالمال على الكفيل **قوله** بخلاف ما تقدم اي بخلاف المسئلة المتقدمة

حيث لا تقبل بينة المدعي على الكفيل **قوله** لانهما يتغايران اي لان الكفالة بامره والكفالة بغير امره يتغايران لان الاول
تبرع ابتداء معاوضة انتهاء والثانية تبرع محض ابتداء وانتهاء **قوله** ثبت امره اي امر المكفول عنه **قوله**
وهو يتضمن الاقرار بالمال لانه لا يامر الكفيل ان يودي عنه الا اذا كان مقرا بالمال **قوله** جانبه اي جانب المكفول عنه
قوله لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل والضمير في لانه ضمير الشان والقصة اي لان الشان تعتمد صحة
الكفالة وجود الدين في اعتقاد الكفيل وهو حاصل فتصح ولكن لا يتعدى القضاء بالكفالة الى المكفول عنه لانه
لما لم تكن بامره لم تمس جانبه قال في الجمهرة الزعم والزعم لغتان فصيحتان قال عنترة زعما لعمر ابيك
ليس بمزعم واكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا وكذلك ما جاء
في الزعم في القران وفي فصيح الشعر قال الشاعر زعمت سخينة ان ستغلب ربها وليغلبن مغالب
الغلاب قوله اليه اي الى المكفول عنه **قوله** ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما ادركه
من درك ثم جاء الكفيل يدعيها قال كفالته تسليم للبيع فان شهد على البيع وختم لم يكن شهادته
وختمه تسليما للبيع الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وهذا كله من الخواص اعلم ان ضمان الدرك
عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فاذا كفل رجل للمشتري بدرك المبيع كان عقد الكفالة
تسليما للمبيع حتى اذا كفل الكفيل بالدرك وادعى المبيع لا تسمع دعواه لانه لو صح دعواه واخذ
المبيع كان للمشتري ان يرجع عليه بحكم الضمان فلا يفيد ولانه لو كانت الكفالة مشروطة بان باع بشرط الكفالة
كان تمام البيع متعلقا بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد فلو صح دعواه بعد ذلك يكون ساعيا
في نقض ما تم من جهته فلا يجوز ذلك ولهذا بطل شفعته لو كان شفيعا وهذا الوجه يوجب ان لا يكون
تسليما اذ لم يكن ضمان الدرك مشروطا في البيع والوجه الثاني ان المراد من هذا الضمان ترغيب المشتري
في البيع لانه ربما لا يرغب في الشرا اذا لم يضمن بالدرك احد فيكون المراد منه ترغيبا وتاكيدا للعقد
فكانه قال اشتر هذا فان العقد جايز والمبيع في ملك البايع فان لحقك درك فانا ضامن فاذا كان
كذلك كان الكفيل مقرا بملك البايع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض وهذا الوجه يوجب التسوية بينهما
اذا كان الضمان مشروطا في البيع او لم يكن مشروطا وجواب الجامع الصغير مطلق واما اذا شهد
وختم فذلك ليس بتسليم حتى يصح دعواه بعد ذلك وتقبل شهادته لغيره ايضا لان نفس كتابة
الشهادة لا يكون اقرارا منه بان المبيع ملك البايع لانه قد يبيع ملك غيره كما يبيع ملك نفسه
فكانت الشهادة على البيع صورة لا معنى فان بيع مال الغير بلا اذنه بيع صورة لا معنى
والشهادة على البيع صورة لا تدل على صحته ونفاذه لان الاقرار بملك البايع لم يوجد بخلاف
المسئلة المتقدمة فان الضمان بالدرك اقرار من الكفيل بملك البايع قال الصدر الشهيد وغيره
في شروح الجامع الصغير قال مشايخنا ان ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بان كتب
في الصك باع وهو يملكه ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه يبطل دعواه الا ان يكون كتب الشهادة على
اقرارهما بذلك كله فحينئذ يبطل دعواه بان يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وتقابضا واقر البايع
انه باع ملك نفسه وذكر ظهير الدين في فوايد تفسير الختم فقال ذكر الشيخ الامام شمس الايمة الحلوائي
ان الشاهد كان اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه
حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل وهذا كان في عرف زمانهم وهذا العرف لم يبق في زماننا **قوله**

Copyright © King Saud University