

الكتاب: المبسوط

المؤلف: السرخسي

الجزء: ٢٠

الوفاء: ٤٨٣

المجموعة: فقه المذهب الحنفي

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع:

المطبعة:

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات: قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(الجزء العشرون من)
كتاب
المبسوط لشمس الدين
السرخسي
وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي
(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان
دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم
(باب الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة)

قال رحمه الله وان ادعى رجل قبل رجل دعوى وأخذ منه كفيلا بنفسه ووكيلا بالخصومة

ضامنا لما ثبت عليه فهو جائز لان مقصود صاحب الحق التوثق بحقه وتمام التوثق يكون بهذا

لان المكفول بنفسه ربما لا يأتي بالكفيل ويخفى شخصه فيتعذر على الطالب اثبات حقه ولا

يتوصل إلى حبس الكفيل وإن كان وكيلا في خصومته يمكن من اثبات حقه بالبينة وبعد

الاثبات ليس له أن يطالب الوكيل بأداء المال وربما لا يظفر الوكيل بالأصيل فإذا كان ضامنا

لما ذاب عليه توصل إلى استيفاء حقه منه فعرفنا ان تمام التوثق بها يحصل فلهذا جوزناه وعلى قول الشافعي رحمه الله هذا الضمان لا يجوز (وأصل المسألة) ان الكفالة بالمال مضافا إلى

سبب وجوبه يجوز عندنا نحو أن يقول ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما بعت به فلانا فهو

على وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنه التزم المال بالعقد فلا يحتمل الإضافة كالالتزام بالشراء

ولان الإضافة إلى وقت في معنى التعليق بالشرط والتزام المال بالكفالة لا يحتمل التعليق بالشرط حتى لو علق بدخول الدار وكلام زيد لم يصح فكذلك إذا اضافه إلى وقت * توضيحه

ان عندكم لو أضاف الكفالة إلى موت المطلوب كان صحيحا ولو أضافها إلى موت غيره لم يصح

ولا فرق بين الموتين فان كل واحد منهما كائن غير موجود وفي الحال ثم جهالة المكفول

عنه تمنع صحة الكفالة بهذه الصفة بأن يقول ما بايعت به أحدا من الناس فكذلك جهالة المكفول

به تمنع صحته بالأولى لان الملتزم بالعقد هو المكفول به * وحثنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير

وأنا به زعيم فهذا المنادى أضاف الالتزام بالكفالة إلى سبب وجوب المال وهو المجرى بصواع

الملك وإنما نادى بأمر يوسف عليه السلام وما أخبر به الله تعالى عن شريعة من قبلنا

فهو ثابت
في شريعتنا حتى يقوم دليل النسخ غير أن الشافعي رحمه الله يقول هنا بيان العمالة لمن
يأتي به
وعندي من أبق عبده فخطب جماعة وقال من جاء به منكم فله عشرة كان هذا
صحيحا ولكنا

نقول استدلالنا بزعمنا المنادى بقوله وانا به زعيم ولا حاجة هنا إلى معرفة طريق
وجوب
ذلك المال فان العمالة تجب على من وقع له العمل فأما الوجوب على الكفيل فبسبب
الكفالة
الا إنه يقول لم يكن هذا كفالة على الحقيقة فان المكفول له مجهول وجهالة المكفول
له تمنع
صحة الكفالة والكلام فيه من حيث المعنى إذ التزام المال بالكفالة نظير التزام المال
بالاقرار
من حيث إنه التزام لا يقابله إلزام على من يلتزم له وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار
فكذلك
فيما التزمه بالكفالة وجواز الكفالة في الأصل لحاجة الناس والحاجة ماسة إلى إضافة
الكفالة
إلى سبب وجوب المال ولهذا جوز العلماء رحمهم الله الكفالة بالدرك وهو مضاف
إلى سبب
الوجوب بالاستحقاق فبه يتبين ان مثل هذه الجهالة لكونها لا تفضي إلى المنازعة لا
تمنع صحة
الكفالة ولا يجوز أن تمنع صحتها لمعنى الخطر فإنه موجود في كل كفالة إذ لا يدري
أن الطالب
يطالب الكفيل أو الأصيل فاما الفرق بين الموتين فهو أن موت المطلوب يجوز أن
يكون سببا
لتوجه المطالبة بالمال عليه بأن يكون وارثه فلهذا تصح إضافة الكفالة إليه وكذلك
التعليق
بكلام زيد ودخول الدار فإنه ليس بسبب لوجوب المال بحال فتمحض ذلك تعليقا
بالشرط
ولا يكون التزاما فاما هاهنا فإنه أضاف الالتزام إلى ما هو سبب لوجوب المال وهو
المبايعة
والذوب فيكون التزاما صحيحا فان وافى به ودفعه إليه فهو برئ من ذلك لوجود
الموافاة به كما
التزمه وإن لم يفعل فللتطالب أن يأخذه بالكفالة ويخاصمه في دعواه قبل المكفول به
والكفيل
ضامن له لتحقق الذوب بقضاء القاضي وقد كان ملتزما لما يذوب له عليه والذوب
عبارة عن
تحقق الوجوب وان قال إن لم أوافك به غدا فانا وكيل في خصومته ضامن لما ذاب

عليه
فرضي بذلك المطلوب فهو جائز وإنما شرط رضاه في الوكالة بالخصومة دون الكفالة
بالنفس
والمال لان الوكيل بالخصومة نائب عنه وربما يتضرر هو به فلا ينفرد به الوكيل بدون
رضا
الموكل فأما الكفالة فالتزام للطالب ولا يتضرر به المكفول عنه فلا يعتبر رضاه بذلك
وكذلك
لو قال متى دعوتني به فلم أوافك به فأنا وكيل في خصومته ضامن ما ذاب لك عليه لان
كلمة
متى للوقت فمعناه إن لم أوافك به في الوقت الذي تطلب مني وهذا الوقت وإن كان
مجهولاً
ولكن لا تمكن بسبب جهالته منازعة ولو كفل به علي انه إن لم يواف به غدا ففلان
يعنى
رجلاً آخر وكيل في خصومته فما قضى به عليه فأنا ضامن له فرضي بذلك المطلوب
فهو جائز
إذ لا فرق أن يكون الوكيل والضامن للمال هو الكفيل بالنفس وبين أن يكون غيره إذا
وجد

منه القبول لذلك وقد بينا انه لو كانت اضافته لذلك كله إلى نفسه كان صحيحا
فكذلك إذا
أضاف كل عقد من هذا إلى شخص معلوم وقبلوا ذلك ورضى به المطلوب كان
صحيحا ولو
قدم الوكالة فقال هو وكيل في خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك على أو لما
قضى
لك به على أو لما لزمني لك أو بما لحقني فان وافاني به غدا حتى أدفعه إليك فهو برئ
من
ذلك فهذا جائز لأنه وان أخرج التزام المال بالكفالة كان محمولا على معنى التقديم فإذا
قدمه
فأولى أن يصح وهذه كلها وثائق لحق واحد فلا فرق في صحتها بين تقديم التعيين
وتأخير
التعيين لان المقصود لا يختلف بذلك ولو كفل بنفسه إلى أجل فإن لم يواف به فيه فهو
وكيل
في الخصومة التي بينهما ضامن لما ذاب عليه ولم يشهد المطلوب على ذلك فالكفالة
بالنفس
والمال جائزة والوكالة والكفالة باطلة لأنه أنابه ولا يقدر الانسان على أن يجعل نفسه
نائبا
عن غيره في خصومته من غير رضاه فإذا لم يرض المطلوب بوكالته بطلت الوكالة ولا
تبطل
ببطلانها الكفالة بالمال والنفس لان جوازهما لا يتعلق بصحة الوكالة فإنهما صحيحان
وإن لم يذكر
الوكالة أصلا ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فهو وكيل في خصومته
فرضي به
المطلوب فلم يواف به الغد فهو وكيل بالخصومة لان الوكالة اطلاق تحتل التعليق
بخطر
عدم الموافاة فان قضى عليه بشئ لم يلزم الكفيل منه شئ لأنه ما التزم شيئا من المال
وبالكفالة
بالنفس لا يصير ملتزما للمال ولكن الطالب يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس حتى يدفعه
إليه
لأنه التزم تسليم النفس إليه فلا يبرأ بثبوت المال عليه ما لم يسلمه فان ثبوت المال عليه
لا يغنيه عن
نفسه بل يحوجه إلى ذلك ليستوفي حقه منه فكان الكفيل مطالبا به فان قضى الكفيل

الطالب
حقه كان متبرعا بذلك كسائر الأجانب لأنه غير ملتزم للمال وبأدائه لا يستفيد البراءة
من
الكفالة بالنفس لجواز أن يكون بين الطالب والمطلوب خصوصية أخرى فلهذا كان
متبرعا في
أداء المال ان شاء الطالب قبل ذلك منه وان شاء أبي وطالبه بتسليم النفس إليه كما
التزمه وإن كان
كفيلا بالمال أجبرت الطالب على قبضه منه على معنى انه إذا وضع المال بين يديه يصير
الطالب قابضا له لأنه يبرئ ذمته بالأداء ولمن عليه الحق ذلك والأول متبرع لا تبرأ ذمته
عن شيء بما يؤديه ولو قضاة الكفيل المال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس كان جائزا
لأنه
متبرع في قضاء المال وقد قبله الطالب ثم أبرأه الطالب عن الكفالة بالنفس وذلك حقه
وكذلك
لو قضاة بعضه على أن يبرئه عن الكفالة بالنفس وهذا لان الطالب ليس يملك ما يقبضه
منه

بإزاء الإبراء عن الكفالة بالنفس إنما يملك ذلك بدلا عن أصل حقه على المطلوب كما يملكه من جهة متبرع آخر ثم هو مسقط لحقه في الكفالة بالنفس من غير عوض فيكون صحيحا فاما إذا أبراه عن الكفالة بالنفس بمال يشترطه عليه بمقابلة البراءة فلا يجب ذلك المال ولو أداه كان له أن يرجع فيه لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا تؤول إلى المال بحال وهو مجرد حتى لا يوصف بأنه ملكه والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل فإنه اعتياض عن ملك (ألا ترى) أن ملك النكاح لا يثبت الا بالمال فيجوز الاعتياض عن ازالته بالمال أيضا بخلاف حق الكفالة بالنفس فإنه لا يثبت ابتداء بمال قط حتى لو أخذ منه مالا ليكفل به بنفس فلأن لا يصح فكذلك لا يصح التزام المال عوضا عن الإبراء بالكفالة بالنفس وفي حصول البراءة روايتان في كتاب الشفعة يشير إلى أنه يبرأ وجعل هذا كحق الشفعة إذا سلمه بمال يصح التسليم ولا يجب المال والمعنى أنه اسقاط محض واشترط العوض بمقابلته فاسد ولكن الاسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد لأنه لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يكون الشرط الفاسد مبطلا له وفي موضع آخر يقول لا يبرأ عن الكفالة بالنفس بخلاف الشفعة لان الكفالة بالنفس حق قوى لا يسقط بعد ثبوته إلا باسقاط تام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضا به ولهذا لا يسقط بالسكوت وإنما يتم رضاه بسقوطه إذا وجب له المال فإذا لم يجب لا يكون راضيا به فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الاسقاط وتام الرضا به (ألا ترى) أن بالسكوت عن الطلب بعد العلم به يسقط وحقته ان الوجوب لم يكن لعقده وإنما كان شرعا لدفع ضرر مخصوص عنه وهو ضرر سوء المجاورة وقد صار راضيا بهذا الضرر وان سلمه بمال

فاما وجوب تسليم النفس بالكفالة فكان بقبوله العقد فلا بد من اسقاط يكون منه وهو
إذا
أسقطه بمال فإنما يحول حقه إلى المال فلا يسقط أصلا وهذا التحويل لم يصح فبقيت
الكفالة
بالنفس على حالها ولو قضاها المال على أن يرجع به على المطلوب وقبضه منه على
ذلك فهذا لا
يجوز لان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض والمبادلة بالدين من غير من
عليه
الدين لا تصح بخلاف الأول لأنه اسقاط المال عن المطلوب وليس بتمليك من المتبرع
لقضائه
بعوض وهنا نص على التمليك منه حتى شرط له الرجوع على المطلوب وهذا بخلاف
الكفيل
بالمال أيضا فإنه متبرع ملتزم للمال لان بعقد الكفالة يجب المال في ذمته على أحد
الطرفين
وعلى الطريق الآخر عند قضاء الدين ليرجع به ولهذا لو وهب هناك المال من الكفيل
لرجع

به على الأصيل ولو وهب المال هنا من الكفيل بالنفس لا يصح إلا أن يسلطه على قبضه
فحينئذ
يكون نائباً عنه في قبضه استحساناً قال فان أبرأه عن الكفالة على هذا كان للكفيل أن
يرجع
بما قضاه عليه لأنه قبضه منه بحكم تمليك فاسد ويرجع الطالب عليه بالكفالة بالنفس
في أصح
الروايتين ولو كفل نفسه إلى أجل مسمى فإن لم يوافق به فهو ضامن لما ذاب عليه
وكيل في
خصومته فليس للطالب ان يأخذه بالكفالة بالنفس قبل الاجل ولا أن يخاصمه قبل
الاجل
لان اشتراط المدة لتوسعة الامر على نفسه فلا يتضييق الامر عليه الا بمضي المدة
كاشتراط
المطلوب الاجل لنفسه في الدين والوكالة في الخصومة وضمنان المال عليه بناء على
عدم موافاة
مستحقة وذلك لا يكون الا بعد الاجل فلهذا لا يطالبه بشئ من ذلك قبل مضي الاجل
وعلى
هذا الكفالة بالنفس بغير وكالة فان المعنى يجمع الكل ولو كفل بنفس رجل وجعل
المكفول به
وكيلاً في خصومته ضامناً لما ذاب عليه ثم مات الكفيل وله مال فلا خصومة بين
الطالب وورثته
ولكنه يخاصم المكفول به لان الوكالة تبطل بالموت فان الموكل إنما رضى برأيه في
الخصومة
فلا يقوم رأى وارثه في ذلك مقام رأيه والكفالة بالمال باقية بعد موته ولكن ما لم
يتحقق الذوب
على المطلوب لا يكون هو ضامناً للمال والذوب إنما يتحقق عند خصومة الطالب
وإثبات حقه
عليه بالحجة فلهذا خاصم المكفول به وما قضى له به عليه ضرب به مع غرماء الكفيل
في ماله لان
الذوب قد تحقق فالوجوب بالكفالة يستند إلى أصل السبب لان اللزوم تعلق به نفسه
وقد
كان أصل السبب في صحته فلهذا المعنى الواجب من جملة دين الصحة يضرب به مع
غرماء الصحة
وكذلك لو مات المكفول به أيضاً فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له بالمال كان

له أن
يتبع ميراث أيهما شاء لان الذوب قد تحقق فيضرب في ميراثه بجميع ماله وفي ميراث
الآخر
بما يبقى له لأنه وصل إليه بعض حقه حين ضرب مع غرماء الأول فلا يضرب مع غرماء
الآخر الا بما بقي له والله أعلم فإن لم يكن على واحد منهما سوى هذا الدين فالجواب
واضح
وإن كان على كل واحد منهما دين آخر يضرب مع غرماء أيهما شاء أولاً بجميع دينه
وفي الكتاب
أبهم فقال إن بدأ فضرب مع غرماء الكفيل رجع على ورثة الكفيل بما أدوا في مال
المكفول عنه
فضربوا به مع غرمائه لان كفالته عنه كانت بأمره وما يستوفى من تركته بعد وفاته
بمنزلة
ما يؤديه في حياته ويرجع به ورثته في تركة المكفول عنه وان بدأ فضرب مع غرماء
المكفول
عنه لم يرجع ورثة المكفول عنه في تركة الكفيل بشئ لان أصل الحق كان على
مورثهم وكان

الطالب يرجع بما بقي من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل في تركة الكفيل لأنه لا يبرأ الكفيل الا من القدر الذي وصل إلى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع الجواب في الكتاب على هذا وهو مبهم في أصل الوضع قاصر في البيان فحينئذ لا يتم بيان المسألة بما ذكر وليس في الكتاب مسألة أشكل من هذه المسألة من الحسابات وغيرها فالوجه أن نصور المسألة ليتبين موضع الاشكال فنقول دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فان بدأ بتركة الكفيل ضرب بالعشرة في تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل إلى الطالب خمسة يأتي في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقي من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا إلى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل لأنه تركة الكفيل وقد بقي من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذي ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثالث الذي يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الأولى وان استأنفوا القسمة على هذا الذي ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون إليه في تركة المكفول عنه فتنتقض القسمة أيضا ولا يزال يدور هكذا إلى ما لا يتناهى وإذا بدأ بالرجوع في تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فإنه يضرب بما بقي من دينه وذلك خمسة في تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقسمان العشرة أثلاثا فيتبين ان ورثة الكفيل أدوا إلى الطالب ثلاثة وثلاثا ويرجعون به في تركة المكفول عنه وتبين بطلان القسمة الأولى وكذلك أن استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكما وصل

إليهم
شئ يأخذ الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه
إلى
ملا يتناهى فهذا بيان مواضع اشكال المسألة وكان أبو بكر القمي رحمه الله من
متقدمي
علمائنا رحمهم الله من الحساب يقول هذه المسألة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن
الحسن
رحمه الله كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلاً فلهذا ترك
بيان هذه المسألة
ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع إلى معرفة القدر الذي يرجع به ورثة الكفيل في تركة
المكفول عنه ليضم ذلك إلى ما يضرب به الطالب في تركة المكفول عنه غريمه والعلم
بمفردات

الجبر لا يهدى إلى ذلك فاما أبو الحسن الأهوازي من حساب أصحابنا رحمهم الله
فكأن يقول إنما
تعذر تخريج هذه المسألة لما وقع فيها من جذر الأصم وكانت عائشة رضي الله عنها
تقول
سبحان من لا يعلم الجذر الأصم الا هو وقيل الجذر الأصم مغلق ضل مفتاحه فلا يعرفه
أحد
من العباد بطريق التحقيق وبرهن بمقالته بمسألة مجتذرة من هذا الجنس وحققها
وخرجها
وسئل القاضي أبو عاصم الجنوبي في زمانه وكان مقدا في الحساب ان يخرج هذه
المسألة
فتكلف لذلك مدة وخرجها بالتقريب دون التحقيق (والحاصل) ان من تكلف لذلك من
أصحابنا رحمهم الله تعذر عليه تخريج المسألة بالتحقيق أصلا وكل ما ذكره عندي
في تصنيف
ولكن لم يكن معي شيء من كتبي ولم يجد به خاطري الآن فان تيسر وصولي إلى كتبي
أو
جاد به خاطري أي وقت أتيت منه بقدر الممكن إن شاء الله تعالى ثم نعيد المسألة في
آخر
الكتاب بعينها ومن أراد من أصحابنا رحمهم الله التخلص من هذه الخصومة يقول
الطالب إذا
اختار الرجوع على أحدهما ثم ضرب ببقية دينه في تركة الآخر فما سلم لورثة الكفيل
لا يرجع
فيه الطالب بشيء لأنه بدل ما وصل إلى الطالب ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد
ولكن يكون ذلك سالما لغريم الكفيل غير أن هذا من حيث المعنى بعيد فان ما
يأخذون مال
الكفيل فكيف يسلم ذلك لاحد غريمه دون الآخر ولو كفل بنفس رجل إلى آخر
الشهر
فإن لم يواف به فهو وكيل في خصومة ما بينهما ولم يبين أي خصومة هي والكفالة
بالنفس جائزة
ولا يكون وكيفا في الخصومة لأنه إذا لم يبين انه في أي خصومة وكيله فالوكيل عاجز
عن
تحصيل مقصود الموكل لان ما وكله به مجهول جهالة متفاحشة ولم يفوض الامر إلى
رأيه على

العموم ولكن فساد الوكالة بالخصومة لا يوجب فساد الكفالة بالنفس لان أحد
الحكمين
منفصل عن الآخر فالمفسد في أحدهما لا يتعدى إلى الآخر وكفالة الصبي التاجر باذن
أبيه
أو بغير إذنه بنفس أو مال باطلة لأنه تبرع ولا يملكه الصبي بغير إذن أبيه ولا باذنه
كالهبة
وهذا لان عقل الصبي إنما يعتبر شرعا فيما ينفعه والتبرع ليس من جنس ما ينفعه عاجلا
واذن
الأب له لا يصح فيما لا يملك الأب مباشرته كالطلاق ونحوه ولان الكفالة اقراض
للذمة
بالتزام الحق فيها فكان كاقراض المال فلا يملكه الصغير باذن أبيه ولا بغير إذنه والمعتوه
والمبرسم
الذي يهذى في ذلك كالصبي وكذلك رجل عليه مال ادخل ابنا له غير بالغ معه في
الكفالة
أو بنفسه فهو باطل لأنه لما كأن لا يملك الكفالة عن الغير باذن الأب فلأن لا يملك
عن الأب

كان ذلك بطريق الأولى لأنه في حق نفسه متهم بما لا يتهم به في حق غيره ولو أقر بعد بلوغه
انه كفّل بنفس أو مال وهو صبي كان باطلا لان الثابت بالاقرار بعد البلوغ كالثابت
معاينة
ولو عايناه كفّل في صباه لم ينفذ ذلك بعد بلوغه ولأنه أضاف الاقرار إلى حال معهودة
تنافى
تلك الحال الكفالة فكان منكرًا للكفالة في الحقيقة لا مقرا بها ولهذا لو ادعى الطالب
انه كفّل
به بعد بلوغه فالقول قول الصبي مع يمينه ولو أقر أنه كفّل به وهو مغمى عليه فان عرف
ذلك
منه فالقول قوله في ذلك لإضافته الكفالة إلى معهود ينافي كفالاته وإن لم يعرف ذلك
منه فهو
مأخوذ به لإقراره بالالتزام ولو استدان وصي اليتيم دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم فضمنه
أو ضمنه بنفسه فضمن الدين جائز وضمن النفس باطل لان حاصل الدين على الصبي
(ألا ترى)
أن الوصي يؤديه من ماله ولو أداه من مال نفسه رجع به عليه فهو بهذا الضمان يلتزم ما
عليه
بخلاف الكفالة بالنفس فإنه يلتزم بها ما ليس عليه * توضيحه انه لو أمر الصبي بأن
يستدين ففعله
جاز وكان مطالبًا بالمال فكذلك إذا استدان بنفسه وأمره حتى ضمن المال ولا يملك
مثله في
الكفالة بالنفس بأمره وكذلك الأب إذا استدان على الابن دينا في بعض ما لا بد منه
وأمره
بالكفالة جاز لان تصرف الأب عليه انفذ من تصرف الوصي وان أمره أن يكفل بنفسه
لم
يجز والتاجر وغير التاجر في ذلك سواء لان الكفالة ليست من عقود التجارة ولا تجوز
الكفالة
لصبي لا يعقل ولا لمجنون ولا لمغمى عليه وفي رواية حماد رحمه الله ان الكفالة
لهؤلاء
جائزة في قول أبي يوسف رحمه الله واصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا أن عند أبي
يوسف
رحمه الله الكفيل ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وإن لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي
حنيفة رحمه

الله ما لم يقبل قابل وقبول الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطل وتجاوز الكفالة للصبي
التاجر
لأنه من أهل القبول وهذا تبرع عليه لا منه أو بمنزلة الاقراض له وذلك صحيح إذا قبله
ولو
كفل رجل بنفس رجل على أنه يوافي به إلى أجل مسمى فإن لم يواف به إلى ذلك
الأجل فهو
ضامن لما ذاب عليه فلو مضى الأجل قبل أن يوافيه به فهو ضامن لما ذاب عليه لوجود
شرطه
ولكن الذوب إنما يتحقق بقضاء القاضي وإنما يلزم الكفيل المال إذا قضى به على
المكفول عنه
لأنه ضمن مالا بصفة وليس الكفيل بخصم عنه في إقامة البينة عليه بالمال لان المال ما
لم يصير
مقضيا به على الأصيل لا يلزم الكفيل منه شيء وما لم يصير كفيلا به لا يكون خصما فيه
وان
مات الطالب أو المطلوب قام وارثه أو وصيه في ذلك مقامه وكذلك لو كفل بنفسه
على أنه

ضامن لما قضى عليه أو لما قضى عليه قاضي أهل الكوفة فقضى بذلك غير قاضي أهل الكوفة
فهو لازم للكفيل لأنه إنما يراعى من الشروط ما يكون مفيدا والتقييد بصفة أن يكون المال مقضيا به على الأصل مفيد فأما التقييد بكون القاضي به قاضي أهل الكوفة فغير مفيد لان المقصود القضاء لا عين القاضي وفي القضاء قاضي الكوفة وغير قاضي الكوفة سواء ولو كفل بنفس رجل على أنه ضامن لما قضى به على المكفول به وهو ميت والمكفول وارثه فهو جائز مستقيم لان المكفول به بعد موت أبيه مطالب بقضاء دينه من تركة أبيه فهو في الحكم كالذي عليه وكذلك وصى الميت يكفل نفس رجل على أنه ضامن لما قضى به على الميت فهو جائز لأنه مطلوب بذلك الدين يقضيه من تركة الميت وكذلك الوصي يأخذ من غريم الميت كفيلا بنفسه ضامنا لما قضى به عليه لأنه في ذلك قائم مقام الوصي وكذلك الأب يأخذ من غريم ولده الصغير لأنه قائم في ذلك مقام ولده ان لو كان بالغا ولو أن رجلا أخذ غريما بمال لأخيه أو لبعض أهله من غير وكالة من صاحب المال وأخذ كفيلا منه بنفسه ضامنا لما ذاب عليه فرضى بذلك مدعى المال كان جائزا لان قبول هذا كان موقوفا على إجازة الطالب فإذا أجاز له جاز ولو فسخ الكفيل الكفالة قبل أن يرضى صاحب المال فهو منها برئ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الكفالة عندهما لا تلزم الكفيل الا برضا الطالب وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا عن غريمه بنفسه ضامنا لما قضى به عليه كان جائزا لان التوكيل صحيح بما يملك الموكل مباشرته بنفسه فان كفل الكفيل للموكل فدفعه إليه برئ من الكفالة بنفسه وليس للموكل أن يطالبه بشيء لأنه

أتى بما التزمه وهو التسليم إلى الوكيل لان الوكيل بإضافة العقد إلى نفسه جعل نفسه
مباشرا
العقد واليه الاستيفاء والمطالبة وان كفل به للموكل لم يبرأ بدفعه إلى الوكيل لأنه جعل
نفسه
رسولا ولان الكفيل التزم التسليم إلى الموكل فلا يبرأ بالتسليم إلى غيره وان دفعه إلى
الموكل
برئ في الوجهين لان في الفصل الأول الوكيل وإن كان هو المباشر للعقد فإنما يطالب
بموجبها
لمنفعة الموكل فإذا حصل المقصود بالتسليم إلى الموكل برئ الكفيل ولو وكل رجل
رجلا بان
يعطى فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامنا لما ذاب على الموكل فأعطى الوكيل كفيلا
بذلك فقضى
على الموكل بمال للطالب فإنه يأخذ الكفيل بحكم ضمانه وليس للكفيل أن يأخذ
الوكيل بذلك
لأنه كان رسولا من الموكل إليه فلا عهدة عليه إلا أن يكون ضمن له شيئا فحينئذ
يؤخذ بضمان

(ألا ترى) لو أن رجلا أمر رجلا أن يضمن رجلا بنفسه وان يضمن ما ذاب عليه لم يكن على الأمر شيء ولا على المكفول به لان الأمر أشار عليه بالكفالة من غيره ولم يلتزم له شيئا ولا

عهدة على المشير والمكفول عنه لأنه لم يأمره بالكفالة منه فلا يرجع عليه أيضا وفي الباب الأول

يرجع على المكفول به بما أدى من المال لان أمره وكيهه بالكفالة عنه ككفالاته بنفسه والكفيل

بالأمر إذا طوب طالب ولو لوزم لازم وإذا حبس حبس وإذا أدى رجع ونعني بقولنا يطالبه أن يقول اقض حق المطلوب لا تخلص من هذه العهدة ولا يطالبه بأن يدفع إليه شيئا

لأنه ما لم يؤد عنه لا يثبت له حق الرجوع فإنه بمنزلة المقرض وبالقرض لا يطالبه بأداء المال

وإنما يطالبه بأداء المال بعد اقراض المال منه وذلك أنما يكون عند أدائه فلهذا لا يرجع عليه

بالمال ما لم يؤد عنه والله أعلم
(باب الكفالة عن الصبيان والمماليك)

(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير إذن أبيه فالكفالة لازمة للكفيل يؤخذ بهذا لان تسليم النفس للجواب مستحق على الصبي حتى يحضر

إن كان مأذونا أو يحضر وليه إن لم يكن مأذونا ليقوم وليه في ذلك مقامه فلما التزم الكفيل

تسليم ما هو مستحق للتسليم عليه وهو مما تجرى في النيابة صح التزامه فان طلب الكفيل

أن يحضر معه الصبي ليسلمه إلى خصمه لم يؤخذ الصبي به وإن كان الصبي طلب ذلك إليه لان

قول الصبي ليس بملزم إياه شيئا إلا أن يكون تاجرا مأذونا له فحينئذ قوله ملزم فيؤمر بالحضور

معه لأنه أدخله في هذه العهدة فعليه أن يخلصه بالحضور معه ليسلمه إلى خصمه وكذلك

إن كان غير تاجر فادعى عليه مالا فطلب أبوه إلى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزا ويؤخذ به الكفيل وللکفيل أن يأخذ الغلام به لان الأب قوله ملزم علي ولده فيما ينفعه وهذا من جملة ما ينفع الصبي فكان قول الأب فيه ملزما إياه فلهذا يؤمر بالحضور معه

فان

تغيب فله أن يأخذ الأب حتى يحضره فيدفعه إليه أو يخلصه من ذلك لان أمر الأب في هذا لما جاز على الولد صار الولد مطلوباً به وكل حق كان الولد مطلوباً به فأبوه مأمور بايفائه

ذلك الحق من ملك الولد كما إذا ثبت عليه دين بالبينة فلهذا يؤمر الأب باحضار الصبي والوصي في هذا بمنزلة الأب لان فيه منفعة للصبي ولو أمره بأن يكفل بنفس غلام ليس هو

وصيه أخذ الكفيل بتسليمه لأنه قد التزمه ولا يؤمر الصبي بالحضور معه لأنه ليس للآمر عليه

قول ملزم وليس للكفيل أن يأخذ الأمر بشئ لأنه أشار عليه بالكفالة ولم يلتزم له بشئ والمعتوه في ذلك بمنزلة الصبي لأن ولاية الوصي على المعتوه تثبت كما تثبت على الصبي ولو

كفل بنفس صبي على أن يوافي به غدا فإن لم يواف به غدا فعليه ما ذاب عليه فالكفالة بالنفس

جائزة وكذلك بالمال إن لم يواف به غدا لوجود شرطه ثم الذوب على الصبي إنما يتحقق بقضاء

القاضي بالمال على أبيه أو وصيه أو قيم نصبه القاضي له فإذا وجد ذلك لزم الكفيل ولم يرجع

به على الصبي إلا أن يكون أمره بالضمان أو الوصي لأنه بمنزلة الاقراض والاقراض من الصبي المحجور لا يلزمه به شئ إلا أن يكون بأمر وليه فحينئذ يكون المال لازما عليه وأمر وليه

بذلك كأمره بعد بلوغه وكفالة العبد التاجر أو غير التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير إذنه

باطلة لان الكفالة تبرع وهو منفك الحجر عنه في التجارات دون التبرعات فلا تصح منه

الكفالة بالنفس والمال عن المولى بغير إذنه كما لا يصح عن سائر الأجانب وإنما يعنى بهذا

انه لا يطلب به في حال رقه فأما بعد العتق فهو مأخوذ بذلك لأنه مخاطب من أهل الالتزام

في حق نفسه وان كفل بنفسه باذنه فهو جائز لان المانع من صحة التزامه في الحال حق

مولاه دون حق غيره من غرمائه فان الكفالة بالنفس لا تلاقي حق محل الغرماء فلهذا نفذ منه

بإذن المولى سواء كفل عن المولى أو عن الأجنبي وهذا لان أكثر ما يجب بهذه الكفالة

حبسه إن لم يحضر نفس المطلوب وذلك يوقع الحيلولة بين المولى وبين خدمته فلهذا جاز بإذن المولى

وان كفل عنه بالمال باذنه وليس عليه دين فهو جائز لان الحق في ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله مشغولا بالدين بأن يرهنه أو يقر بالدين وكذلك إذا أذن له حتى كفل عنه فان

أداه بعد العتق لم يرجع على سيده وعن زفر رحمه الله انه يرجع عليه لأنه قضى دينه من خالص ملكه بأمره فيرجع عليه كما لو أمره بالأداء بعد العتق ولكننا نقول إن الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة له شيئاً على المولى فان العبد لا يستوجب ديناً على مولاه فلهذا لا يرجع عليه إذا أداه بعد العتق وهذا لما بينا أن الكفالة توجب للطالب على الكفيل حقاً وللکفيل على الأصيل الا ان ما يجب للكفيل على الأصيل مؤجل إلى وقت أدائه ولهذا لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل أدائه عنه كان صحيحاً ولا يرجع إذا أدى بعد ذلك فتبين بهذا ان المعبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن العبد ممن يستوجب شيئاً على مولاه وإن كان عليه دين يستغرق

قيمته لم يلزمه الكفالة في حال رقه لان المولى في ماليته كأجنبي آخر (ألا ترى) أنه لا يملك

شغله بالدين بالاقرار عليه ولا بالرهن فكذلك باذنه بالكفالة عنه ولكن الالتزام منه

صحيح

في حق نفسه حتى إذا عتق كان مطالباً به وان مات السيد وترك مالا وأعتق العبد عند موته

فان غرماء العبد يستسعون في قيمته ولا شئ لغرماء السيد من هذه القيمة لأن هذه القيمة

بدل مالية العبد وغرماء العبد حقهم أسبق تعلقاً بماليته من حق غرماء السيد (ألا ترى) انه لو لم يعتقه حتى مات لكان يباع العبد ويصرف ثمنه إلى غرمائه دون غرماء السيد فكذلك

حكم هذه السعاية ولكن غرماء السيد يبيعون مال السيد وان شاء غرماء العبد تبعوا مال السيد

بقيمة العبد أيضاً لأنه صار مستهلكاً محل حقهم بعتق العبد فوجب لهم قيمة العبد دينا في تركته

بعد موته ثم إن عند أبي حنيفة رحمه الله لا تنفذ الكفالة ما لم يفرغ من السعاية لان المستسعى

في بعض قيمته عنده كالمكاتب وكفالة المكاتب لم تصح وعندهما متى عتق نفذت الكفالة لأنه

عندهما حر عليه دين والمكفول له ان شاء اتبع مال السيد لان أصل دينه عليه وان شاء اتبع

العبد لصحة كفالته بعد عتقه غير أنه لا يشارك غرماءه في تلك القيمة لأنها بدل ماليته ولم

يثبت له مزاحمة مع غرماء العبد في ماليته فكذلك في بدل المالية فإن كان مكان العبد أم ولد

فعتقت فان صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها بماليته إذ لا مالية فيها ولكن الديون تتقرر

في ذمتها بعد العتق فتؤمر بقضاء ذلك كله والمكفول له أخذها والمدبرة بمنزلة العبد في ذلك

لقيام المالية فيها ولا يرجع واحد منهم على السيد بشئ مما يؤدي عنه من الكفالة لأنهم كانوا

مملوكين له عند الكفالة والمملوك لا يستوجب الدين على مالكة فان في المدبرة ينبغي أن يثبت

لغرمائها حق الرجوع في تركة المولى بقيمتها بخلاف العبد لان المولى باعتاق المدبرة لم يصير مستهلكا من حق الغرماء شيئا إذ لم يكن لهم حق بيع الرقبة في الدين وإنما كان حقهم في الكسب وذلك حاصل لهم قلنا هو كذلك ومراد محمد رحمه الله من هذا اللفظ المساواة في ايجاب السعاية في القيمة على المدبرة والعبد دون الولد على أن المالية كانت قائمة في المدبرة حتى لو غصبها غاصب ضمن قيمة ماليتها وكان ذلك لغرمائها فلهذا يجب عليها السعاية في قيمتها لغرمائها كالعبد وكذلك إذا كان المال على السيد من كفالة فأدى عنه العبد كأدائه بنفسه فيستوجب الرجوع به على الأصيل وذكر عن شريح رحمه الله قال لا كفالة للعبد ومعناه انه ليس له حق ولاية الكفالة بالنفس والمال لأنه تبرع بالتزام وهو محجور عنه لحق مولاه

وكفالة المدبر والعبد وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير إذنه باطلة حتى يعتقوا
فإذا
عتقوا لزمهم لان المانع حق مولاه وإذا أذن له سيده فيها جازت إن لم يكن عليه دين
ويباع
العبد في الكفالة بالدين وإن كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة وأما أم الولد
والمدبر
فإنهما يستسعيان في الدين لان رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من
كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعائتهما ثم بدين الكفالة إذا كان اذن المولى
وإذا
كفل العبد باذن سيده بنفس رجل ثم أعتقه سيده لم يضمن شيئاً وأوخذ العبد بالكفالة
لأنه
بالاعتاق لم يضع على المكفول له شئ فان حقه في مطالبة العبد بتسليم نفس المكفول
به ذلك
بعد العتق وقبله سواء وإنما أبطل المولى المالية بالعتق ولا تعلق للكفالة بالنفس بالمالية
وان
كانت الكفالة بمال ضمن السيد الأقل من قيمته ومن الدين لان حق المكفول له تعلق
بماليته
فان الدين لا يجب على العبد الا شاغلا لماليته وقد ظهر الوجوب في حق المولى باذنه
له في
الكفالة فإذا أتلفه بالاعتاق صار ضامنا ذلك للطالب والغريم بالخيار ان شاء اتبع العبد
بالمال
لكفالاته وان شاء اتبع السيد لاتلافه مالية الرقبة فان تبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول
به إن كان كفل بأمره وان اتبع السيد كان للسيد أيضا أن يتبع المكفول به إن كان
المكفول به طلب من السيد أن يأمر عبده وإن لم يكن طلب من السيد ولا من العبد
لم يرجع عليه بشئ لأنهما تبرعا بالتزام والأداء عنه وإذا كانت قيمة العبد التاجر ألفي
درهم
وعليه دين ألف درهم فأمره مولاه فكفل بألف درهم ثم استدان العبد بعد ذلك ألف
درهم
ثم باعه القاضي في الدين بألف درهم فان ثمنه يضرب فيه الغرماء الأولون والآخرون
بدينهم
كله ويضرب فيه أصحاب الكفالة بألف درهم مقدار الفارغ من قيمته عن الدين يوم
كفل
لان التزامه المال بالكفالة بإذن المولى إنما يصح بقدر الفارغ والفارغ يومئذ كان ألف

درهم
(ألا ترى) أن المولى لو أقر عليه بالدين لم يصح الا بقدر الفارغ من ماليته فكذلك إذا
أذن
له حتى كفل فاستدانته ملزمة إياه من غير أن يشترط فيه فراغ المالية فثبت عليه جميع
ما
استدانته فلهذا ضرب كل غريم من غرمائه بجميع دينه ولا يضرب المكفول له الا بألف
درهم وإذا كفل العبد وهو صبي بغير إذن سيده بنفس أو مال ثم عتق لم يلزمه من ذلك
شئ لأنه غير مخاطب والتزامه في حق نفسه غير صحيح (ألا ترى) انه لو كفل بعد ما
عتق
وهو صبي لم يلزمه بذلك شئ فكذلك قبله وإن كان كفل باذن سيده فهو جائز عليه في

الرق وبعد العتق لما بينا أن اذن السيد في الكفالة بمنزلة اقراره عليه بالدين وذلك صحيح
عليه في الرق وبعد العتق فكذلك هذا وهذا لان للمولى قولاً ملزماً على عبده وقوله على عبده ألزم من قول الأب على ولده ثم كل دين وجب على الولد باعتبار اذن والده كديون
التجارة يكون الوالد مؤاخذاً به بعد البلوغ فكذلك ما يجب على العبد باذن السيد يكون
مؤاخذاً به بعد العتق وان كفل باذن سيده بدين يستغرق قيمته ثم كفل بدين آخر يستغرق
قيمه باذنه أيضاً لم يجز الدين الثاني لان شرط صحة هذا الالتزام فراغ المالية فما لم يقض
بالأول لا يصير هذا الشرط موجوداً فلا يثبت الثاني وهو بمنزلة ما لو أقر السيد عليه بدين
مستغرق قيمته ثم بدين آخر وكذلك أن كان الدين الأول من تجارته وان عتق قبل أن يقضي
دينه لزمه الثاني لان المانع كان اشتغال المالية بحق الأول وقد زال ذلك المعنى ببطان
المالية بالعتق
فاستوت الديون عليه بعد العتق وإن كان مولى العبد صبياً فاذن هو أو أبوه أو وصيه للعبد
في الكفالة لم يجز أما الصبي فلانه لا يملك مباشرة الكفالة فكذلك لا يأذن فيه لعهده وليس
للأب ولاية الكفالة على الصبي ولا في ماله (ألا ترى) انهم لو أذنوا للصبي حتى كفل لم يصح
فكذلك إذا أذنوا فيه لعبد الصبي وكذلك أن كان مولاه عبداً تاجراً لأنه لا يملك الكفالة بنفسه
فلا يصح اذنه بذلك لعهده فان أذن المولى لعبد عبده في الكفالة بنفسه أو مال فإن كان على العبد
الأول دين مستغرق لم يجز لأنه من كسبه كسائر الأجانب في حق التصرف ما لم يفرغ من
دينه وإن لم يكن على واحد منهما دين جاز لان الثاني خالص ملكه كالأول فكما تصح الكفالة من الأول باذن مولاه فكذلك من الثاني وان أمر السيد عبده ان يكفل بثلاثة
آلاف درهم عن رجل وكفل بها ثم استدان ثلاثة آلاف درهم وباعه القاضي بألفين فإنه يضرب

فيها أصحاب الكفالة بدينهم كله وأصحاب الدين بجميع دينهم لان الكفالة من العبد
حصلت
في حال فراغه من الدين فنفذت في الكل ثم اشتغاله بدين الكفالة لا يمنع وجوب الدين
عليه
بالاستدانة فيثبت الدينان فيضرب كل واحد من الغريمين في ثمنه بجميع دينه وهو كما
لو أقر
المولى عليه بثلاثة آلاف درهم ثم استدان العبد مثل ذلك وإذا كفل العبد وهو يساوى
ألف
درهم باذن سيده بألف درهم ولا دين عليه ثم كفل بألف أخرى باذنه أيضا لم تجز
الكفالة
الثانية لان بالكفالة الأولى اشتغلت جميع مالية العبد بحق المكفول له وشرط صحة
الكفالة
فراغ المالية فإذا لم يوجد ذلك عند الكفالة الثانية لم يصح كما لو أقر المولى عليه بدين
بقدر

قيمته ثم بدين آخر فان زادت قيمته حتى بلغت ألف درهم ثم كفل بألف أخرى بإذن مولاه

فهو جائز لان شرط صحة الكفالة الثالثة قد وجد وهو فراغ المالية عندها بقدرها فان قيل

إذا زادت قيمته لماذا لم تشتغل هذه الزيادة بالكفالة الثانية حتى لا تصح الكفالة الثالثة قلنا لان

شرط صحة العقد إنما تعتبر عند وجود العقد لأنه يتعذر اعتبار ما بعده فان القيمة تزداد تارة

وتتقص أخرى فلهذا صححنا باعتبار هذه الزيادة الكفالة الثالثة دون الثانية فان باعه القاضي

بألفي درهم فإنها تقسم بين المكفول له الأول والمكفول له الآخر نصفين لصحة هاتين الكفالتين ولا شيء للأوسط لأنه كفل له وليس في قيمته فضل فلم تصح الكفالة له ولا مزاحمة بين الصحيح والفساد وكذلك لو باعه بألف وخمسمائة أو بألف درهم لان الكفالتين

يعنى الأولى والثانية استوتا في الصحة والمقدار فما يحصل من ثمن العبد قل أو كثر فهو بينهما

نصفان حتى يستوفيا حقهما فان فضل شيء بان باعه بألفين وخمسمائة أو بثلاثة آلاف فالفضل

لثانية لان هذا الفضل حق المولى والمولى قد رضى بصرفه إلى الكفالة الثانية حين أمره ان

يكفل بها (ألا ترى) ان العبد المديون لو كفل بإذن مولاه ثم سقطت ديونه بالأداء يصرف

كسبه ورقبته إلى دين المكفول له فكذلك هنا وإذا قال الرجل لرجل ما ذاب لك على فلان فهو

على ورضى بذلك الطالب فقال المطلوب لك على ألف درهم وقال الطالب لي عليك ألفان وقال

الكفيل مالك على شيء فالقول قول المطلوب لان الطالب يدعى عليه الزيادة وهو منكر ثم

ما أقر به المطلوب يكون لازما على الكفيل لان القاضي يقضى عليه باقراره فيتحقق الذوب

في هذا القدر بقضاء القاضي كما يتحقق ان لو قامت البينة فيكون ذلك لازما على الكفيل

فان قيل في هذا إلزام المال على الكفيل بقول المطلوب وقوله ليس حجة عليه قلنا ليس

كذلك
بل فيه ايجاب المال عليه بكفالاته لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد
يحصل
عليه باقراره فقد صار ملتزما ذلك بكفالاته وكذلك لو قال ما أقر لك به فلان من شيء
فهو على
وما صار لك عليه فهو على وهذا كله استحسان وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء
إذا
أنكر الوجوب على المطلوب ما لم يقم البينة بذلك لما بينا ان الاقرار حجة في حق
المقر خاصة
فالثابت باقرار المطلوب ثابت في حقه دون غيره ولكننا نترك هذا القياس للتنصيص من
الكفيل في الكفالة على ما يقر به المطلوب أو على ما يذوب عليه مطلقا من غير تقييد
الذوب
بشيء وكذلك لو قال ما قضى لك عليه فهو على إلا أن هنا لا يلزم الكفيل حتى يقضى
على المطلوب

باقراره لأنه كفل بمال مقضى به فما لم يصر المال مقضيا به على المطلوب لا يتقرر الوصف الذي قيد الكفالة به ولو قال مالك عليه فهو على لم يلزم الكفيل شيء باقرار المكفول عنه لأنه كفل بما هو واجب عليه وقت الكفالة وما بعد ذلك ثبت الوجوب عليه ولم يبين في حق الكفيل أنه صار واجبا وقت الكفالة لان الاقرار اخبار في حق المقر ولكن في حق الغير يجعل كالانشاء بمنزلة اقرار المريض في حق غرماء الصحة بخلاف ما سبق فان هناك إنما كفل بما يقر به في المستقبل أو بما يلزمه في المستقبل أو بما يقضى عليه به في المستقبل وذلك يثبت باقراره حتى لو قال ما كان أقر به لك فلان أمس فهو على فقال المطلوب قد أقررت له أمس بألف درهم ووجد ذلك الكفيل فلا شيء عليه لأنه كفل بمال سبق الاقرار به من المطلوب على الكفالة ولا يتبين ذلك باقراره بعد الكفالة في حق الكفيل لأنه متهم في ذلك فلا يجب على الكفيل الا ان يقيم البينة على اقراره بذلك أمس فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال ما أقر لك به من شيء فهو على فقامت عليه البينة انه قد أقر قبل الكفالة بألف درهم لم تلزم الكفيل الا ان يقر بها بعد الكفالة لان هذا اللفظ إنما يدخل فيه اقرار يكون منه في المستقبل لا ما كان منه في الماضي وكأنه أورد هذا الفصل لايضاح الفرق الأول وما قضى به القاضي بنكوله عن اليمين لم يلزم الكفيل لأنه إنما كفل بما يقر به والنكول بدل عند أبي حنيفة رحمه الله وليس باقرار وعندهما هو قائم مقام الاقرار لضرورة فصل الخصومة وذلك في حق الخصمين دون الكفيل فإذا لم يكن بمنزلة الاقرار في حق الكفيل لا يلزمه شيء وإذا ادعى رجل قبل عبد دعوى فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لأنه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه وهذا الفصل في الكفالة بالنفس أقرب إلى الجواز من غيره لان له ولاية على عبده بسبب ملكه فيقدر على تسليمه وكذلك

كفالة

المولى عن العبد بالمال جائزة لان العبد يصح أن يكون مطلوباً بالمال فلو كفله عنه
أحسبني صح
فكذلك مولاه * فان قيل دين العبد مستحق القضاء من ماليته وهو ملك مولاه فأبي فائدة
في هذه الكفالة * قلنا الفائدة شغل ذمة المولى اما بالمطالبة أو بأصل الدين واستحقاق
قضائه من
سائر أمواله وهذا إذا لم يكن ثابتاً قبل الكفالة وإذا أدى المال لا يرجع به على عبده وان
أداه
بعد عتقه لم يستوجب المولى عليه شيئاً فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً وقد بينا
أنه متى
لم يجب عند الكفالة للكفيل على المكفول عنه لا يجب بعد ذلك وان أحال العبد
غريماً له على
مولاه بدينه على أن يبرأ العبد فمات المولى ولا مال له الا العبد وعلى العبد دين كثير
فللمحتال

له أن يرجع على العبد لان مالية العبد مستحقة بديونه وقد مات المولى ولا مال له الا العبد
مفلسا ومن أصلنا ان الحوالة تبطل بموت المحتال عليه مفلسا على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى
وإذا بطلت الحوالة بعود دين المحتال له إلى العبد فيضرب بدينه في مالية العبد مع غرمائه وان
كفل المولى عن عبده بدين ثم أبرأ صاحب الدين المولى الكفيل كان فسخا للكفالة وذلك
لا يسقط الدين عن الأصيل (ألا ترى) ان قبل الكفالة كان المال واجبا على الأصيل فكذلك بعد انفساخ الكفالة يبقى المال على الأصيل وهذا بخلاف الهبة من الكفيل لان الهبة
تمليك فلا يمكن تصحيحه الا بتحويل الدين إلى ذمة الكفيل فلهذا يسقط عن الأصيل فاما
الابراء فاسقاط محض واسقاط المطالبة دون أصل الدين صحيح فكان ابراء الكفيل اسقاطا
للمطالبة عنه فيبقى المال على الأصيل بحاله وان أبرأ العبد برئا جميعا لان ابراء الأصيل اسقاط
لأصل الدين وذلك يوجب براءة الكفيل ضرورة فان كفل المولى بنفس عبده وضمن ما ذاب
عليه وغاب العبد تاجرا فان المولى يؤخذ بنفسه لكفالاته ولا يكون خصما فيما على العبد حتى
يحضر العبد فيخاصم فإذا قضى عليه لزم المولى لأنه إنما ضمن ما يذوب على العبد بل ولا يتحقق
الوجوب على العبد ما لم يقض عليه القاضي بحضرته وما لم يثبت ضمان المالك لا يكون هو
خصما فيه وقد سبق نظيره في الحر فكذلك في العبد سواء كان عليه دين أو لم يكن لان
المولى ليس بخصم فيما على عبده بدون الضمان وإذا كان لرجل على عبد تاجر ألف درهم ولآخر
على ذلك الرجل ألف درهم فأحاله بذلك على العبد أو ضمنه العبد له بأمره فهو جائز لأنه لا يلتزم
بهذه الحوالة والضمان شيئا لم يكن عليه إنما يلتزم ما هو عليه فلا يتحقق معنى التبرع في هذا

الالتزام وكذلك وصى الصبي لو استدان مالا وأنفقه عليه ثم أمر الصبي بأن يضمن هذا المال
جاز لأنه ليس بالزام للمال بل فيه التزام لما عليه كذا هنا وفي الحقيقة هذا أمر من غريم
العبد
للعبد بأن يدفع ماله عليه إلى غريمه أو يوكل غريمه في أن يقبض من العبد ماله عليه
وكما يملك أن
يطالب بنفسه يملك أن يوكل غيره (ألا ترى) أن المال لو كان عينا في يد العبد للأمر
فأمره
أن يدفعه إلى مديونه صح فكذلك إذا كان ديناً في ذمته ولو كفل رجل بنفس عبد
محجور
عليه بأمره فان الكفيل يؤخذ بالكفالة لان العبد مخاطب وتسليم النفس عليه لجواب
الخصم
مستحق وإنما تأخر ذلك عنه لحق المولى فتصح الكفالة بذلك عنه كالمال فان العبد
المحجور لو
أقر لإنسان بمال ثم كفل به عنه انسان صح وليس لهذا الكفيل أن يتبع العبد بذلك حتى

يعتق كما أن الطالب لا يطالبه بذلك حتى يعتق فإذا أعتق اتبعه بكفالته حتى يبرئه منها لأنه أمره

بهذه الكفالة وأمره في حق نفسه صحيح فكان مطالباً به بعد العتق ولو كان على المكاتب مال

لرجل فكفل به عنه لاخر كان جائزاً بخلاف كفالة المكاتب بالنفس أو بالمال فان ذلك تبرع

واصطناع معروف وهذا ليس بتبرع وإنما هو التزام مال أصله عليه ولا فرق في حقه بين أن يدفعه إلى الأول أو إلى الثاني فلهذا صحت الكفالة وان أمر المكاتب عبده أن يكفل بمال على المكاتب فهو جائز لان المكاتب ملتزم فصار هذا الدين من كسبه وعبده كسبه

فليس في هذه الكفالة الا استحقاق ما هو مستحق بخلاف ما إذا أمره أن يكفل عن غيره فان

ذلك التزام بطريق التبرع فيما ليس عليه ولا يملك المكاتب مباشرته بنفسه فكذلك لا يملك أن

يأمر عبده به ولو أن رجلاً طلب من مكاتب أو عبد تاجر أن يشتري له متاعاً بمال مسمى ولم

يدفع إليه شيئاً فاشترى العبد كان شراؤه في القياس لنفسه دون الأمر لأنه ملتزم المال في ذمته

بعوض يحصل للأمر فيكون هذا بمنزلة الكفالة (ألا ترى) انه لو أمره بالشراء له بالنسيئة لم يصح فكذلك بالنقد وفي الاستحسان هذا جائز لأنه من صنع التجار وهو محتال إليه فان

من لا يعين غيره لا يعان ثم المشتري محبوس في يده حتى يستوفى الثمن من الأمر بخلاف

الكفالة والشراء بالنسيئة وقد بينا هذا في كتاب الوكالة وذكر عن إبراهيم رحمه الله قال لا يجوز كفالة الرجل عن المكاتب بالمكاتب لمولاه وبه نأخذ لان المكاتب عبد والمولى

لا يستوجب على عبده ديناً ولان ما للمكاتب على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه بتلك الصفة

على الكفيل لان المكاتب يتمكن من أن يسقط عن نفسه المال بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته

في ذمة الوكيل الكفيل بهذه الصفة ولو أثبتناه في ذمة الكفيل لأثبتنا أكثر مما هو واجب في ذمة

الأصيل وذلك لا يجوز وكذلك لو كان للمولى عليه دين سوى مال الكتابة وكفل به

رجل
لم يجز للمعنيين اللذين ذكرناهما فان المكاتب إذا عجز نفسه فكما يسقط عنه بدل
الكتابة
فكذلك تسقط سائر ديون المولى وكذلك لو كان له مكاتبان كل واحد منهما مكاتب
على حدة
فكفل أحدهما بمال على صاحبه للمولى من الكتابة أو الدين لم يجز لأنه كفالة
لمكاتب ولا
كفالة للمولى عن المكاتب وذلك غير صحيح من الحر فلأن لا يصح من المكاتب كان
أولى
ولو كان بينهما مكتابة واحدة وجعل نجومها واحدة فإذا أديا عتقا وان عجزا ردا كان
ذلك
جائزا استحسانا وفي القياس هذا لا يجوز لأنه كفالة لمكاتب ولأنه كفالة ببدل الكتابة

ولكنه استحسن فقال المولى جعلهما في هذا الحكم كشخص واحد فكأنه الزم جميع المال كل واحد منهما ثم علق عتق صاحبه بأدائه وله هذه الولاية ولهذا كان له أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الكتابة إلا أنه في حق ما بينهما إذا أدى أحدهما جميع البدل رجوع على صاحبه بنصفه فاما في حق المولى فالمال عليهما كشيء واحد حتى أنه لو أدى أحدهما نصيبه من البدل لا يعتق لان المولى ما رضى بعتقهما ولا عتق أحدهما حتى يصل إليه جميع البدل وإذا دان المولى أحدهما ديناً بعد المكاتبه فكفل الآخر لم يجز لأنه لم يكن على هذا الآخر من الدين شيء ولا تعلق عتقه بأدائه فكان هذا التزاماً منه بطريق التبرع ثم هو التزام الدين عن المكاتب لمولاه وذلك باطل بخلاف الأول فان عتقه تعلق بأداء ذلك المال فيجوز أن يكون هو ملتزماً بأداءه ولو كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبه أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لان أصل ذلك المال واجب على الكفيل فهذا في الحقيقة أمر له منه بدفع ما عليه إلى مولاه أو توكيل لمولاه أن يقبض دينه من غريمه وذلك مستقيم ولو كان للمولى دين على ابن المكاتب أو على رحم محرم منه أو على عبد له فكفل به لم يجز لان من دخل في كتابته فهو مكاتب لمولاه وكفالة الرجل على المكاتب لمولاه باطلة ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد للمكاتب والدين الذي للمولى على عبد المكاتب بمنزلة الدين له على المكاتب لان كل واحد منهما يسقط بعجز المكاتب فكما لا تجوز الكفالة للمولى بماله على مكاتبه فكذلك بماله على عبد مكاتبه وان كفل به المكاتب عن عبده أو أم ولده جاز لان كسبهما ورقبتهما كذلك (ألا ترى) انه إذا أدى بدل الكتابة يتقرر ملكه فيهما فكان الواجب على ملكه بمنزلة

الواجب عليه وتبين بهذا انه بهذه الكفالة ليس بملتزم ما ليس عليه بطريق التبرع وان
كفل به
عن ابنه أو عن أحد أبويه لم يجز أما إذا كان حرا فغير مشكل وكذلك أن كان داخلا
في كتابته
لان من دخل في كتابته فهو بمنزلة المكاتب لمولاه (ألا ترى) ان بأدائه يعتق كما يعتق
المكاتب وإن كان في الحال لا تصح منه الكفالة والتبرعات كما لا تصح من المكاتب
فكفالة
أحد المكاتبين عن الآخر باطلة وإن كان المولى واحدا وإذا مات مولى المكاتب وكفل
رجل
بماله عليه من الكتابة أو غيرها للورثة لم يجز لأنهم قائمون مقام المورث فكما لا تصح
كفالة
هذا الرجل للمورث عنه في حياته فكذلك لو ارثه بعد وفاته * فان قيل الوارث لا يملك
رقية
المكاتب فلماذا لا تصح الكفالة * قلنا هو بمنزلة المالك على معنى انه إذا عجز كان
مملوكا له مع

أن المانع من الكفالة ضعف ذلك الدين في حق الأصيل حتى أنه يسقط عنه إذا عجز نفسه
وفي هذا لا فرق بين المولى وبين وارثه بعد موته ولو كان للمكاتب دين على بعض الورثة وكفل به رجل أو كفل بنفس المطلوب كان جائزا لان الأصيل مطلوب بهذا المال مطلقا فتصح كفالة الكفيل به (ألا ترى) أن المال لو كان للمكاتب على مولاه لم يكن من جنس الكتابة وكفل به رجلا للمكاتب عن المولى صح فكذلك وارثه بعد موته وإذا أدان العبد التاجر لمولاه ديننا ولا دين عليه وأخذ منه كفيلا بذلك فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب الدين على مولاه إذا لم يكن عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما في ذمته سقط ذلك عنه وإن كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا في ذمة المولى كما يتحقق واجبا في ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة به عنه والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال لأنه إذا لم يكن على العبد دين فخصومته مع المولى لا تلزم المولى تسليم النفس إليه للجواب فلا تصح الكفالة بتسليم نفسه أيضا وإذا كان عليه دين فإنه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح إزامه بالكفالة أيضا وكذلك أخذ هذا الكفيل بنفس مولاه في خصومة شيء يدعيه قبله وكيفا في خصومته فهو جائز إذا كان عليه دين لان الجواب لما كان مستحقا على المولى صح توكيه به وإن لم يكن عليه دين فهو باطل لان الجواب غير مستحق له على المولى فكذلك على وكيه لان العبد إذا لم يكن عليه دين فحقه لمولاه ويكون هذا بمنزلة التوكيل من المولى عبده في أن يخاصم نفسه وذلك باطل وكذلك لو كفل الوكيل بنفس المولى وضمن ما عليه وهو مائة درهم فهو على التقسيم الذي قلنا فان مات المولى وعلى العبد

دين فللعبد أن يستوفى المال من الكفيل لصحة الكفالة ويرجع به الكفيل في تركة المولى لأنه كفل عنه بأمره وأدى وكذلك لو كان المولى صبيا وقد أذن أبوه أو وصيه لعبدته في التجارة فاستهلك الصبي شيئا لعبدته وعليه دين فضمن ذلك واجب عليه كما لو استهلكه على غريم العبد فإذا أخذ منه كفيلا بالمال برضا الأب أو الوصي كان ذلك جائزا لأنه دين مستحق عليه يؤمر الأب والوصي بقضائه من ماله فتصح كفالة الكفيل به وإذا كان بأمر الأب أو الوصي رجع الكفيل عليه إذا أداه وإذا كفل الكفيل للعبد بمال عن مولاه وعلى العبد دين فأدى العبد دينه برئ الكفيل من الكفالة لان صحة هذه الكفالة باعتبار الدين على العبد حتى إذا لم يكن عليه دين لا تصح الكفالة فإذا سقط الدين فقد انعدم المعنى الذي

به كانت الكفالة وان عتق قبل أن يؤدي دينه ثم أداه من مال اكتسبه بعد العتق أخذ الكفيل بالمال لان الأصل أن العبد المديون إذا أدى دينه بعد العتق من مال اكتسبه بعد العتق لا يكون متبرعا بالأداء ولكن يرجع بالمؤدى فيما اكتسبه قبل العتق وما اكتسبه قبل العتق هو الدين الذي له على مولاه فإذا لم يسقط ذلك الدين عن المولى بقي الكفيل على

كفالته وان أداه من مال كان له في الرق برئ الكفيل من الكفالة لأنه لا يستوجب الرجوع بالمؤدى في كسبه فصار ما في ذمة المولى حقا له فبالخلوص يسقط عنه وبراءة الأصيل

توجب براءة الكفيل وكذلك هذا الحرف فيما إذا أدى دينه في حال الرق فان ما في ذمة المولى

يخلص له ويسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل وكفالة الرجل للمكاتب بنفس مولاه أو بدين له عليه جائزة لان المولى في كسب مكاتبه أنفذ منه في كسب عبده المديون وقد بينا صحة كفالة العبد عن مولاه إذا كان مديونا فللمكاتب أولى وكذلك لو كفل بنفسه

وضمن ما ذاب عليه أو جعله كفيلا بنفسه وكيلا في خصومته وهذا بخلاف كفالة المولى عن

المكاتب لان دين المولى على مكاتبه لا يقوى حتى يملك المكاتب اسقاطه بالتعجيز فاما دين

المكاتب على مولاه فقوى فان المولى لا يملك اسقاطه الا بالأداء فلهذا صحت الكفالة به وكذلك

لو كفل عن المولى بدين لابن المكاتب أو أبعد من ذلك وابن المكاتب بمنزلة المكاتب لان

من دخل في كتابته فهو مكاتب للمولى والمستسعى في بعض قيمته بعد ما عتق بعضه بمنزلة

المكاتب وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه * فان

قيل المعنى الذي لأجله لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى لأنه ضعيف يملك

المكاتب اسقاطه بالتعجيز وهذا لا يوجد في السعاية فإنه لا يملك اسقاطه بالتعجيز إذ ليس له

ان يعجز نفسه فينبغي ان تصح الكفالة * قلنا بل المعنى أن المكاتب عبد ولا يقوى دين المولى

في ذمته لأنه ليس للعبد ذمة قوية في حق مولاه وهذا موجود هنا فالمستسعى عنده

بمنزلة
المكاتب لان الرق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يعتق نصيبه ما لم يؤد حق
السعاية
وكذلك العتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فلزمته السعاية فهذه السعاية بمنزلة
بدل
الكتابة على معنى أنه لا يعتق الا بأدائها فلا تصح الكفالة بها عند المولى وهذا بخلاف
ما إذا
أعتق عبده على مال فكفل كفيل للمولى بذلك المال صحت الكفالة لأنه عتق هناك
بنفس
القبول فكان المال ديناً قويا في ذمته كسائر الديون والمستسعى لا يعتق الا بالأداء فلا
يكون

المال لازما في ذمته بصفة القوة وهذا لان العتق في الأصل صلة وكل مال يحصل بأدائه العتق أو يتم بأدائه العتق يكون في معنى الصلة فلا تصح الكفالة به فاما الواجب بعد تمام

العتق فليس فيه معنى الصلة فتصح الكفالة به وإذا كان العبد التاجر بين رجلين فأدانه أحدهما

دينا وأخذ منه كفيلا به أو بنفسه فهو جائز غير أنه لا يلزم الكفيل الا نصف المال لأنه إنما

يجب على الكفيل بالكفالة ما هو واجب على الأصيل وهو العبد نصف المال لان حصة المولى

المدينة لا تجب عليه فان المولى لا يستوجب الدين على عبده وإنما ثبت بحصة نصيب الآخر

وذلك نصف المال فوجب على الكفيل ذلك أيضا وكذلك لو كان العبد هو الذي أدان أحد

مولييه وأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالمال فهو جائز يؤخذ إن كان على العبد دين لان جميع الدين

هنا ثابت للعبد على المولى الذي له النصف لأنه غير مملوك والنصف الآخر لقيام الدين عليه

وإن لم يكن عليه دين ثبت نصف الدين عليه وهو نصيب المولى الآخر فاما نصيبه من كسب العبد في خالص حقه فتصح الكفالة عنه للعبد بالنصف هنا دون النصف الآخر وكذلك شريك المولى شركة مفاوضة لو أدان العبد دينا فأخذ منه كفيلا بنفسه أو بالدين فهو

جائز غير أنه يبطل من حصة المولى من الدين نصفها بقدر ملكه وما سقط عن الأصيل سقط

عن الكفيل بقدره ولو كان للمولى شريك شركة عنان فأدان العبد وأخذ منه كفيلا بنفسه أو

بالدين فهو جائز لان شريكي العنان فيما ليس من شركتهما كسائر الأجانب فكان جميع دينه

مستحقا على العبد فتصح الكفالة ولو أن الموليين جميعا أدانا العبد دينا واحدا بعقد واحد وفي

صفقة واحدة فأخذنا منه كفيلا بالمال أو بنفسه فهو جائز غير أنه يبطل منه مقدار حصته لأنه

لا يستوجب الدين على ملكه وبقدر ما يبطل عن الأصيل يبطل عن الكفيل ولو أن العبد أدان مولييه دينا وأخذ منهما كفيلا به فهو جائز غير أنه يبطل من كل واحد منهما

نصف
الدين لان نصف كسب العبد خالص كل واحد منهما إذا لم يكن على العبد دين ولو
كان
للعبد دين على رجل فكفل به أحد موليه أو كفل بنفسه فهو جائز يؤخذ به كله إن
كان
عليه دين لان كسبه حق غرمائه فالموليان منه كسائر الأجانب وإن لم يكن عليه دين
أخذ
بنصفه لان نصف كسبه للمولى الذي كفل ولا يجب له بالكفالة على نفسه فلهذا كان
له عليه
الكفالة بقدر نصيب شريكه وان كفل له الموليان جميعا بمال وكل واحد منهما كفيل
ضامن
عن صاحبه فإن كان على العبد دين فهو جائز لأنه ان كفل به أحدهما جاز فكذلك إذا
كفلا

به لأنهما كسائر الأجناب في كسبه وأيهما أدى إليه المال رجع على صاحبه بنصفه
ليستويا في
غرم الكفالة كما استويا في أصل الكفالة وإن لم يكن عليه دين بطل عنهما نصف هذا
الدين
لان كل واحد منهما مالك لنصف كسبه ولا يملك لنفسه بنفسه فلهذا بطل عنهما
نصف هذا
الدين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا من قبل صاحبه لان كل واحد منهما إنما
يضمن
بأصل الكفالة صاحبه فلا يجوز ان يصير صاحبه كفيلا عنه بذلك إذ يكون كفيلا بنفسه
وذلك باطل ولو كفل ما جازت فيه كفالة المسلم عن المسلم والذمي عن الذمي جاز
لان الكفالة
من المعاملات وأهل الذمة يستوون مع المسلمين في المعاملات ولو كفل الذمي عن
الذمي للذمي
بالخمر من قرض أو غصب أو استهلاك صحت الكفالة لان الخمر مال متقوم عندهم
فان أسلم
الطالب سقطت الخمر عن الأصيل والكفيل جميعا لا إلى بدل لأنه لا يستوجب الخمر
ولا
قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد فكذلك لا يبقى ما كان واجبا له ويجعل باسلامه له
كمبرئ
الأصيل والكفيل جميعا وان أسلم المطلوب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي
يوسف
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب على المطلوب قيمة الخمر ويبقى الكفيل
على كفالته وهي
رواية زفر رحمه الله وخالفه أبو حنيفة رحمه الله لان اسلام المطلوب لا يمنع وجوب
قيمة الخمر
عليه للذمي ابتداء (ألا ترى) انه لو استهلك المسلم خمر ذمي أو استقرض من ذمي
خمرًا فأتلفها
كانت مضمونة عليه بالقيمة فكذلك تبقى القيمة على المسلم للذمي وقد جعلنا الطالب
باسلامه
كالمبرئ والمطلوب لا يمكن ان يجعل باسلامه كالمبرئ لأنه لا يرى نفسه وإن لم
يبرأ الأصيل
لا يبرأ الكفيل فيكون للطالب الخيار ان شاء رجع على الأصيل بقيمة الخمر وان شاء
رجع

على الكفيل بالخمير ثم الكفيل يرجع على الأصيل بقيمة الخمر إن كان كفيل بأمره
ووجه قول
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان الخمر التي هي بدل القرض إذا سقطت
بالاسلام تسقط
لا إلى بدل كما إذا سقطت باسلام الطالب وكان المعنى فيه أن الطالب لو استوفى
القيمة لكان
به مملكا من المطلوب الخمر التي في ذمته ولا يجوز تملك الخمر من المسلم ببذل
فتسقط أصلا
لان حق اسقاط البذل متى كان متعلقا بشرط تملك المبدل فإذا امتنع ذلك يسقط أصلا
كمن
هشم قلب فضة لإنسان فلصاحب القلب ان يضمه قيمته من خلاف جنسه بشرط ان
يملكه
المهشوم فإذا امتنع من ذلك لا يرجع عليه بشئ بخلاف ما إذا كان المطلوب مسلما
وقت
الاستقراض والاستهلاك فان أصل الخمر هناك لا تجب في ذمته ابتداء وإنما تجب
القيمة ولا

يشترط لوجوب القيمة ملك ما يقابله كمن غصب مدبراً أو أتلفه يضمن قيمته من غير أن يملك المدبر به فإذا سقطت عندهما الخمر عن المطلوب لا إلى بدل برئ الكفيل لان ابراء الأصيل

يوجب براءة الكفيل ولو أسلم الكفيل خاصة سقطت الخمر عن الكفيل لا إلى بدل في قول

أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ولكن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل وكانت الخمر للطالب على المطلوب على حالها وعند محمد رحمه الله الطالب بالخيار ان شاء رجع

على الكفيل بقيمة الخمر لأنه مطلوب وان شاء رجع على الأصيل بالخمر فان أخذ من الكفيل

قيمة الخمر لم يرجع الكفيل على الأصيل بشئ لأنه مطالب في حق الأصيل واسلام الطالب

يسقط الخمر لا إلى بدل وان أسلموا جميعاً يسقط الخمر لا إلى بدل لان في اسلامهم اسلام

الطالب وزيادة وكذلك أن أسلم الطالب والكفيل أو الطالب والأصيل فان أسلم الكفيل والأصيل سقطت الخمر لا إلى بدل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويتحول إلى القيمة

عند محمد رحمه الله فإذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الأصيل لأنه طالب في حقه

ولو كانت الخمر من ثمن بيع والمسألة بحالها فان أسلم الطالب أو المطلوب سقطت الخمر لا إلى

بدل بالاتفاق لانفساخ البيع بينهما باسلام أحدهما قبل قبض الخمر وان أسلم الكفيل خاصة

فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا إلى بدل من الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحول إلى القيمة لان ما في ذمة الكفيل بمنزلة القرض ولو

كانت الخمر سلماً والمسألة بحالها فان أسلم الطالب والمطلوب سقطت لا إلى بدل لانفساخ

العقد بينهما وان أسلم الكفيل يبقى العقد بين رب السلم والمسلم إليه ولكن يبرأ الكفيل بالاتفاق لأنه لا يجوز ان يتحول حق رب السلم إلى القيمة دينا في ذمته فان الاستبدال بالمسلم

فيه قبل القبض لا يجوز ولو كانت الخمر صداقا والمسألة بحالها فنقول أما بيان قول
أبي حنيفة
رحمه الله فالصداق اما أن يكون خمرا أو خنزيرا بعينه أو بغير عينه فإن كان بعينه وقد
كفل
به كفيل فهو صحيح لان الصداق مضمون بنفسه في يد الزوج والكفالة بالأعيان
المضمونة
بنفسها صحيحة كالمغضوب وسواء أسلم الزوج والمرأة أو أحدهما أو أسلموا جميعا
فبقي حقها
في العين كما بيناه في كتاب النكاح فيكون لها أن تأخذ العين من الزوج وإن شاءت
طالبت
الكفيل بالتسليم لان لزوج لما بقي بالتسليم بعد اسلامه يبقى الكفيل مطالبا به أيضا وإن
كان
بغير عينه فإن كان خمرا وأسلمت المرأة فحقها في ذمة الزوج في قيمة الخمر ويبرأ
الكفيل من

الكفالة لأنها طالبتة وما في ذمة الكفيل بمنزلة بدل القرض فإنه غير واجب بالنكاح بل إنما وجب بالكفالة فيسقط باسلام الطالب لا إلى بدل فأما في ذمة الزوج فصدّاق واسلامها

يحول الحق إلى قيمة الخمر في صدّاق بغير عينه عند أبي حنيفة رحمه الله وان أسلم الزوج

فحقها عليه في قيمة الخمر وإن شاءت طالبت الكفيل بالخمر لان الأصيل ما برئ باسلامه بل تحوّل

إلى القيمة في حقه لتعذر تسليم عين الخمر عليه ولم يتعذر ذلك على الكفيل فان استوفت الخمر

من الكفيل لم يكن للكفيل ان يرجع على الزوج بشئ لأنه بمنزلة المقرض من الأصيل وعند

أبي حنيفة رحمه الله اسلام المستقرض يسقط الخمر لا إلى بدل وان أسلم الكفيل فإنها ترجع على

الزوج بالخمر وقد برئ الكفيل لان ما في ذمته بمنزلة القرض واسلام المطلوب عنده يسقط

الخمر لا إلى بدل وإن كان خنزيرا بغير عينه فان أسلمت المرأة فلها مهر مثلها على الزوج ولا شئ

على الكفيل من ذلك لان الخنزير قد سقط ومهر المثل دين حادث على الزوج والكفيل لم

يكفل به وان أسلم الزوج فكذلك الجواب لان الزوج قد برئ عن الخنزير أصلا فيبرأ الكفيل ببراءته ومهر المثل دين حادث على الزوج فليس على الكفيل منه شئ وان أسلم الكفيل سقط عنه الخنزير لا إلى بدل ولها على الزوج الخنزير أو قيمته على حاله فاما على قول

أبي يوسف رحمه الله فالجواب في الفصول كلها كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله في الخنزير

بعينه وعلى قول محمد رحمه الله الجواب في الفصول كلها كجواب أبي حنيفة رحمه الله في الخمر

بغير عينها الا في فصلين (أحدهما) فيما إذا أسلم الزوج وأدى الكفيل عين الخمر فعند محمد

رحمه الله يرجع الكفيل على لزوج بقيمة الخمر لأنه مطلوب في حقه واسلام المطلوب عند

محمد رحمه الله يسقط الخمر إلى القيمة (والثاني) فيما إذا أسلم الكفيل عند محمد رحمه الله فلها

الخيار ان شاءت رجعت على الزوج بالخمير وإن شاءت على الكفيل بقيمة الخمر لان الكفيل مطلوب في حقها واسلام المطلوب عنده يسقط الخمر إلى القيمة ولو كفل الذمي بالخمر عن الذمي لمسلم فهو باطل لان المسلم لا يستوجب الخمر دينا على أحد ولا يكون له الخمر أيضا عينا مضمونة على أحد فلا تصح الكفالة بها له وكذلك أن كفل عن مسلم لذمي بخمر لان الخمر لا يكون دينا في ذمة المسلم لاحد والكفالة بما ليس بواجب في ذمة الأصيل باطلة وكذلك لو كفل مسلم لذمي عن ذمي بخمر فهو باطل لان المسلم لا يلتزم الخمر بشئ من العقود لاحد فكذلك بالكفالة لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وكفالة الذمي بالخمر للعبد التاجر الذمي

والمكاتب الذمي جائزة وإن كان مولاها مسلما لأنهما يتصرفان لأنفسهما والمعتبر في التصرف

في الخمر في حقهما دينهما لا دين مولاها فإن كانا ذميين جازت الكفالة لهما بالخمر كما لو كانا

حربيين وإذا كاتب الذمي عبيدين له ذميين على خمر مسماة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر

فأسلم أحدهما صارت كلها قيمة لأن جواز العقد كان باعتبار انهما في هذا العقد كشخص

واحد ولولا ذلك لم يصح لاعتبار معنى الكفالة فإذا كانا كشخص واحد يجعل اسلام أحدهما

في حكم التحول من الخمر إلى القيمة كاسلامهما* توضيحه انه لا يعتق واحد منهما الا إذا

أدى جميع البدل إلى المولى ولو تحول نصيب المسلم منهما إلى القيمة وبقي نصيب النصراني منهما

خمرا لتمييز ما على أحدهما مما على الآخر فيعتق أحدهما بأداء ما عليه وذلك خلاف شرط المولى

فاما ان يبقى الكل خمرا أو يتحول قيمة وابقاؤه خمرا بعد اسلام أحدهما لا يصح فيتحول

الكل إلى القيمة وكذلك إذا كان عبد واحد مكاتب لزميين على خمر فأسلم أحدهما لما بينا انه

لا يتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر وقد صح تحول نصيب المسلم منهما إلى القيمة فيتحول

نصيب الآخر أيضا ضرورة ولو كاتب النصراني عبدا مسلما وعبدا نصرانيا على خمر وكل

واحد منهما كفيل عن صاحبه لم يجز لأنهما كشخص واحد في هذا العقد وقد بطل نصيب

المسلم فكذلك النصراني إذ لو جوزنا العقد في نصيب النصراني لا يبقى جعل المسلم كفيلا به

والمولى ما رضى الا بذلك ولو غصب ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا فكفل به عنه مسلم لم

يجز ان كانا قائمين لان المسلم كما لا يلتزم الخمر والخنزير في ذمته دينا بالعقد فكذلك لا يلتزم

تسليم عيني الخمر والخنزير بالعقد وان كانا قد هلكا قبل الكفالة صارت الكفالة بما

عليه من
ضمان الخنزير ولم يجز في الخمر لان الخمر مضمونة على الغاصب بالمثل فالكفيل
المسلم إنما يلتزم
الخمر في ذمته بالكفالة وذلك لا يجوز فاما الخنزير فمضمون بالقيمة والقيمة دراهم
فصح التزام
ذلك بالكفالة ولو كان الغاصب مسلما جازت كفالته عنه في الخمر أيضا بعد هلاكها
لان
خمر الذمي مضمونة على المسلم بالقيمة كالخنزير والقيمة دراهم فإذا كانت الكفالة
تكون بالقيمة
بعد هلاكها فهذا مسلم التزم دراهم هي دين على الأصيل بالكفالة وذلك صحيح
(باب الكفالة بالمال)
(قال رحمه الله) وفيه حديث أبي أمامة رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم والمنحة نوع
من العارية ولكن فيها معنى العطية فان من أعار غيره شاة أو ناقة ليشرب لبنها يسمى ذلك
منحة ولهذا قلنا إن من منح غيره شيئاً يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدار والدابة والثوب
يكون عارية ولا يكون منحة وان منحه شيئاً لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة
لا عارية والإعارة في مثله تكون قرضاً وفيه دليل ان رد العارية على المستعير ورد المنحة على
الممنوح له لان منفعة النقل حصلت له وقضاء الدين يستحق على المدين بقوله والدين مقضى
ومقصوده آخر الحديث وهو قوله والزعيم غارم معناه الكفيل ضامن أي ضامن لما التزمه
من مال أو تسليم نفس على معنى انه مطالب به وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل
فقال له رجل إذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو على أو قال إن حل فهو على
فهو جائز على ما قال لان حلول المال على الأصيل سبب لتوجه المطالبة عليه والكفالة التزام
المطالبة فيجوز اضافتها إلى وقت توجد المطالبة به على الأصيل وتعليقها به وكذلك لو قال إن
مات فلان قبل أن يوفك مالك فهو على لان موت المدين سبب لحلول الاجل وتوجه المطالبة
بقضاء الدين فيجوز تعليق الكفالة به بخلاف ما إذا علقه بموت رجل آخر وإذا ادعى الكفيل
بعد موته أو بعد حلول المال ان المطلوب قد كان قضاة قبل ذلك لم يصدق لان السبب
الموجب لتوجه المطالبة على الكفيل قد تقرر وقد يدعى مانعاً ما لم يظهر وهو قضاء المطلوب
حقه ولو ادعى المطلوب ذلك بنفسه لم يصدق الا بحجة فكذلك إذا ادعاه الكفيل ولو كان
حالا فقال إن لم يعطك فلان مالك فهو على فتقاضى الطالب المطلوب فلم يعطه ساعة

تقاضاه

فهو لازم الكفيل لان الشرط امتناع المطلوب من الاعطاء وإنما يتحقق بعد ذلك

التقاضي

فكما تقاضاه وامتنع من الأداء فقد وجد شرط وجوب المال على الكفيل ولان مقصود الكفيل من هذا دفع مؤنة كثرة التقاضي عن الطالب فإنه يتأدى بذلك وإنما يحصل ذلك إذا صار الكفيل ملتزماً عند امتناع المطلوب بعد التقاضي وذكر عن شريح رحمه الله أنه

قضى

بكفالة وقال إن الكفيل غارم وفيه دليل جواز الكفالة مطلقاً لكن لا يكون مستحق

التسليم

حتى يتحقق ان الكفيل غارم له وإذا كفّل الرجل عن رجل بمال فللطالب ان يأخذ به

أيهما

شاء وبمطالبة أحدهما لا يسقط حقه في مطالبة الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب

الغاصب

وقد بينا نوع فرق بينهما ونوع آخر وهو أن هناك الحق قبل أحدهما فيعين من عليه

الحق

باختياره وهنا أصل الدين بعد الكفالة على الأصيل كما كان قبله (ألا ترى) انه يكتب
في
الصكوك لفلان على فلان كذا وفلان به كفيل وموجب الكفالة زيادة الحق للطالب في
المطالبة وإنما يتحقق ذلك إذا توجهت المطالبة له عليهما فلا تكون مطالبة أحدهما
مسقطه حقه في
مطالبته الآخر فإذا أخذ الكفيل به كان للكفيل ان يأخذ المكفول به فيعامله بحسب ما
يعامل وليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه لأنه قبل الأداء مقرض للذمة فلا
يرجع بالمال حتى يؤديه فحينئذ يصير به متملكا ما في ذمة الأصيل ولكن ان قضاه
الأصيل
فهو جائز لان أصل الوجوب ثبت للكفيل على الأصيل وإن كان حق الاستيفاء متأخرا
إلى
أدائه وتعجل الدين المؤجل صحيح فإذا قبضه الكفيل وتصرف فيه كان ما ربح حلالا له
لأنه
ملك المقبوض ملكا صحيحا فالربح الحاصل لديه يكون له ولو هلك منه كان ضامنا
لأنه قبضه
على وجه اقتضاء الدين الذي له على الأصيل وعلى وجه الاقتضاء يكون مضمونا على
المقتضى ولو
اقتضاه الطالب من الذي عليه وهو الأصيل فله أن يرجع على الكفيل بما أعطاه لأنه إنما
أعطاه
ذلك ليسلم له به ما في ذمته بان يؤديه الكفيل عنه فإذا لم يسلم له كان له أن يرجع
عليه بما أعطاه
ولو لم يكن دفعه إلى الكفيل في الابتداء على طريق القضاء ولكن قال أنت رسولي بها
إلى
فلان الطالب فهلك من الكفيل كان مؤتمنا في ذلك لأنه استعمله حين بعث بالمال على
يده إلى
الطالب ولو استعمل في ذلك غيره كان أمينا فيه فكذلك إذا استعمل الكفيل حتى إذا
أداه
المطلوب إلى الطالب بعد ذلك لا يرجع على الكفيل بشئ وان أدى الكفيل إلى الطالب
رجع
به على الأصيل فهلاك الأمانة في يده كهلاكها في يد صاحبها ولو لم يهلك منه ولكنه
عمل به
وربح أو وضع كانت الوضعية عليه لأنه مخالف بما صنع والربح له يتصدق به في قول
أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له بمنزلة المودع إذا
تصرف في الوديعة
وربح ولو كان الدين طعاما فأرسل به الأصيل مع الكفيل إلى الطالب فتصرف فيه
الكفيل
فربح فهذا والأول سواء ولو أعطاه الطعام اقتضاء عما كفل به فباعه وربح فيه فإن أبا
حنيفة
رحمه الله يقول الربح له ولو تصدق به كان أحب إلى وعلى قول أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله
يطيب له الربح فالحاصل أن الكفيل ان قضى الطالب طعامه فالربح يطيب له لأنه
استربح
على ملك صحيح له وان قضى المطلوب طعامه حتى رجع على الكفيل بالطعام الذي
أعطاه فالربح
يطيب للكفيل في رواية كتاب البيوع لان أصل ملكه كان صحيحا فبأن وجب عليه
الرد بعد

ذلك لا يمكن خبث في الربح وفي الجامع الصغير يقول يرد الأصل والربح على الأصيل
عند
أبي حنيفة رحمه الله لأنه إنما رضى بتسليمه إليه بشرط ولم يسلم له ذلك الشرط ولكن
مراده
ان يفتى برد الربح عليه من غير أن يجبر عليه في الحكم وهنا قال يتصدق بالربح لأنه
يمكن فيه
نوع خبث حين كان قبضه بشرط ولم يسلم ذلك الشرط للمعطي فيؤمر بالتصدق به
على
سبيل الفتوى بخلاف ما تقدم من الدراهم فإنها لا تتعين في العقد فلم يكن ربحه
حاصلاً على عين
المال المقبوض فاما الطعام يتعين فإنما ربح على غير المقبوض فيتمكن فيه الخبث من
هذا الوجه
وإذا قال الرجل للرجل اكفل عني لفلان بكذا وكذا فهذا اقرار منه بالمال ان كفل به أو
لم
يكفل لأنه أمره بالكفالة عنه ولا تكون الا بعد وجوب المال على الأصيل فان الكفيل
اما
ان يلتزم المطالبة بما هو واجب على الأصيل أو يقرض ذمته على أن يثبت فيها ما هو
واجب في
ذمة الأصيل فيقتضى أمره بذلك الاقرار وجوب المال عليه والثابت بمقتضى النص
كالثابت
بالنص فكأنه قال لفلان على ألف درهم فاكفل بها عني وإذا كان لرجل على رجل ألف
درهم
إلى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسمه في الكفالة إلى أجل فالكفيل بها ضامن للأصيل
وإن لم
يسمه لأنه يلتزم المطالبة التي هي على الأصيل والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد
حلول الأجل
فكذلك على الكفيل أو يلتزم في ذمته ما هو ثابت في ذمة الأصيل والثابت في ذمة
الأصيل مؤجل إلى سنة فكذلك لو كان في ذمة الأصيل زيوف تثبت في ذمة الكفيل
بتلك الصفة وهذا بخلاف الشفيع إذا أخذ الدار بالشفعة والتمن مؤجل على المشتري لا
يثبت
الاجل في حق الشفيع لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وهو سبب مبتدأ لوجوب الثمن
به على الشفيع فلا يثبت الاجل فيه الا بالشرط فأما الكفالة فليست بسبب لوجوب
المال

بها ابتداء ولكنها التزام لما هو ثابت فلا يثبت الا بتلك الصفة فان مات الكفيل قبل
الاجل
فهو عليه حال يؤخذ من تركته لأنه بالموت استغنى عن الاجل ولأنه يتصور لبقاء
الاجل
بعد موته لان يد وارثه لا تنبسط في التركة لقيام الدين وربما يهلك قبل حلول الأجل
والأجل
كان لمنفعة من عليه الدين فإذا أدى إلى الضرر سقط ولكن لا يرجع ورثته على الذي
عليه
الأصيل حتى يحل الاجل لان الاجل باق في حق الأصيل لبقاء حاجته حتى لا يطالبه
الطالب بشئ فكذلك ورثة الكفيل ولو مات الأصيل قبل الاجل حلت عليه لاستغنائه عن
الاجل ولم يحل على الكفيل لبقاء حاجته إلى الاجل وليس من ضرورة حلوله على
الأصيل

سقوط الاجل في حق الكفيل (ألا ترى) انه لو كان أصل المال حالا ثم أجل الكفيل
فيما
عليه صح وبقي المال على الأصيل حالا والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ولو
كان
لرجل على رجل ألف درهم حالة فكفل بها رجل إلى سنة فهو جائز إلى ذلك الاجل
وهذا
تأخير عن الذي عليه الأصيل قال (ألا ترى) انه لو كان عليه ذكر حق بألف درهم وفلان
كفيل
بها إلى سنة كانت عليهما جميعا إلى سنة وعن زفر رحمه الله ان المال على الأصيل
حال لأنه أجل
الكفيل خاصة والتأجيل اسقاط للمطالبة إلى غاية فإذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة
الأصيل
فالتأجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال حالا على الأصيل لكننا نقول إنما أجل
الطالب
هنا أصل الدين لان الهاء في قوله فكفل بها إلى سنة كناية عن أصل المال وإضافة
التأجيل
إلى أصل المال يثبت الاجل في حق الأصيل والكفيل جميعا حتى لو أجل الكفيل بما
التزم
بالكفالة يبقى المال حالا على الأصيل وهكذا يقول في الابراء إذا اضافه إلى أصل المال
يكون
ابراء لهما وإذا اضافه إلى الكفيل خاصة يكون موجبا براءة الأصيل وإذا كفل له بألف
درهم
لفلان على أن يعطيها إياه من وديعة لفلان عنده فهو جائز لأنه قبل الالتزام بمحل
مخصوص
وهو ان يؤديه بما في يده وذلك صحيح في الكفالة والحوالة جميعا فان هلكت الوديعة
فلا ضمان
على الكفيل لانعدام الجناية ولا فرق في حقه بين التزام أداء الوديعة إلى صاحبها أو
غيره صاحبها
بأمر صاحبها فإذا لم يضمن الوديعة فقد فات المحل الذي التزم فيه التسليم للطالب وقد
بيننا
ان فوات المحل مبطل للكفالة ولو كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة وعلى رب
الوديعة
ألف درهم دين وطلب من الذي عنده الوديعة التزام أداء ذمته بمحل مخصوص وهو

تقييد
مفيد في حقه حتى لا يكون ضامنا في ذمته شيئا بعد هلاك ذلك المال ثم ليس لصاحب
الوديعة
أن يأخذها من الكفيل لا عن حق الغريم وقد تعلق بها ولأنه التزم أداء دينه منها بأمره
ولا يتمكن من ذلك الا بعد كونها في يده فإذا هلكت برئ الكفيل منها لما بينا والقول
قوله في أنها هلكت لأنه بقي أمينا في العين بعد هذه الكفالة كما كان قبلها فيكون
مقبول القول
في هلاكها وان اغتصبها إياه رب الوديعة أو اغتصبها إياه انسان آخر فاستهلكها برئ
الكفيل
لما بينا ان وجوب الأداء عليه كان مقصورا على العين ما بقيت في يده فإنه ما التزم في
ذمته
شيئا فإذا لم تبق العين في يده لا يكون ضامنا شيئا وكذلك لو ضمن له ألف درهم على
أن
يعطيها إياه من ثمن هذه الدار فلم يبيعها لم يكن عليه ضمان لأنه التزم الأداء من محل
مخصوص

وهو ثمن الدار ولا يحصل ثمن الدار في يده ما لم يبيع الدار وهو لم يلتزم بيعها على ذلك فلهذا
لا يطالب بشيء ما لم يبيع الدار ويقبض الثمن ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له
جعلا فالجعل باطل هكذا روى عن إبراهيم رحمه الله وهذا لأنه رشوة والرشوة حرام فان
الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز ان يجب عليه عوض بمقابلته ولكن
الضمان جائز إذا لم يشترط الجعل فيه وإن كان الجعل مشروطا فيه فالضمان باطل أيضا لان
الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون الا برضاه (ألا ترى) انه لو كان مكرها على الكفالة لم يلزمه
شئ فإذا شرط الجعل في الكفالة فهو ما رضى بالالتزام إذا لم يسلم الجعل وإذا لم يشترطه في
الكفالة فهو راض بالالتزام مطلقا فيلزمه وكفالة المرتد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله
بنفس كانت أو بمال كسائر تصرفاته وكفالة المرتدة جائزة وان ماتت على الردة كسائر
تصرفاتها فإنها لا تقبل بخلاف الرجل وهذا فرق ظاهر في السير فان لحقت بدار الحرب وسببت
بطلت الكفالة بالنفس دون المال لأنها لما لحقت وسببت فكأنها ماتت (ألا ترى) ان مالها
لورثتها وموت الكفيل يبطل الكفالة بالنفس دون المال وفي الكتاب قال هي بمنزلة أمة كفلت
بنفس لان الكفالة بالنفس لما كانت لا تتحول إلى المال وقد صارت هذه أمة بالاسترقاق
فكأنها كفلت ابتداء وهي أمة فلا تطالب بذلك لحق مولاهما وأما الكفالة بالمال فقد تحولت
إلى ما خلفت من المال فكان وارثها مطالبا بقضاء ذلك ولكن التعليل الأول أصح لما ذكر بعد
هذا قال وان أعتقت يوما من الدهر لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال وقد أبطل السبي
كل كفالة وكل حق قبلها ولو كان هذا بمنزلة ابتداء الكفالة منها وهي أمة كانت تؤخذ بذلك بعد

العتق فعرفنا انه لما تبدلت نفسها بالرق كان ذلك بمنزلة موتها على ما قيل الحرية حياة
والرقية
تلف فبطلت الكفالة بالنفس أصلا وتحول المال إلى مال فلا يعود شئ من ذلك إليها
بعد العتق
ولو كفل مسلم بنفس مرتد في دين عليه فلحق بدار الحرب أو ارتد بعد الكفالة ولحق
كان
الكفيل على كفالته وقد بينا هذا الفصل بفروعه في أول الكتاب فإن كانت امرأة فسببت
بطلت الكفالة عنها بالنفس دون المال لأنها حين سببت فقد سقطت عنها المطالبة
بالحضور
فيسقط عن الكفيل ما التزم من الاحضار * توضيحه انها لما تبدلت نفسها بالاسترقاق
فكأنها
ماتت وموت المكفول عنه بنفسه يبطل الكفالة ولكن الكفيل مأخوذ بقضاء ذلك الدين
فإذا
أداه رجع به فيما تركت في دار الاسلام لأنه دين مؤجل كان له عليها بمنزلة سائر
ديونها فان

لم يكن شئ تركت وأدى الكفيل ذلك ثم إن عتقت يوما لم يتبعها من ذلك بشئ لان
السبي
أبطل عنها كل دين فان نفس المسي تبديل بالاسترقاق من صفة المالكية إلى المملوكية
والدين
لا يجب على المملوك الا شاغلا لماليتته وهذا الدين حين وجب لم يكن شاغلا لشئ
سوى الذمة
وقد تعذر ابقاؤه بتلك الصفة فلهذا سقط عنها وكذلك الذمي والذمية إذا انقضى العهد
ولحقا
بالدار وقد كفل رجل عنهما بنفس أو مال فان الكفيل يؤخذ بذلك فان ماتا أو سبيا
بطلت
الكفالة بالنفس دون المال فان أداه ثم عتقا لم يرجع عليهما به لما بينا في المرتدة ولا
تجوز كفالة
المرتد عن الذمي بالخمير والخنزير لان حكم الاسلام باق في حق المرتد فإنه مجبر
على العود
إلى الاسلام غير مقرر على ما اعتقده فكما لا تجوز كفالة المرتد بالخمير فكذلك كفالة
المرتد
وعلى هذا لو استهلك المرتد خمير الذمي كان عليه قيمتها كما لو استهلكها مسلم فان
كفل بها عنه
مسلم جاز لان القيمة الواجبة عليه دراهم أو دنانير ولو كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال
ثم لحق
المرتد بدار الحرب كان ورثته على حقه من الكفالة لأنهم يخلفونه في حقوقه بعد
لحاقه كما
يخلفونه في أملاكه فان رجع ثانيا كان له ان يأخذ الكفيل بالنفس والمال لان ما كان
قائما
من حقوقه يعود إليه إذا رجع ثانيا بمنزلة ما هو قائم من أملاكه وإن كان ورثته قد
استوفوا
بقضاء القاضي فالكفيل من ذلك برئ بمنزلة ما هلك من ماله وهذا لان الأداء إلى وارثه
بقضاء القاضي بمنزلة الأداء إليه فيبرأ الكفيل به وكفالة المستأمن والكفالة له بمال أو
نفس
جائزة لأنه من المعاملات وإنما دخل دارنا بأمان ليعاملنا ففي المعاملات يستوى بنا فان
لحق
بداره ثم خرج مستأمنا فالكفالة بحالها لأنه باللحاق صار من أهل دار الحرب حقيقة
بعد أن

كان من أهلها حكما فهو قياس ما بينا في المرتد وان أسر بطلت الكفالة فيما له لان
نفسه
قد تبدلت بالأسر وذلك مبطل لحقوقه ولم يخلفه ورثته في ذلك بخلاف المرتدة على
ما بينا
فاما فيما عليه فتبطل الكفالة بالنفس لتبدل نفسه بالأسر كما في المرتدة وبالمال كذلك
هنا لان
في المرتدة المال يتحول إلى ما خلفت وليس هنا محل هو خلف عنه فلهذا بطلت
الكفالة
بالمال أيضا ومكاتب الحربي إذا كان مستأمنا في دار الاسلام وعبده بمنزلة عبيد أهل
الذمة
ومكاتبهم في جميع ذلك لان في المعاملات هم بسبب عقد الضمان يكونون بمنزلة
أهل الذمة
فكذلك عبيدهم ومكاتبوهم والله أعلم بالصواب

(باب كفالة الرهط بعضهم عن بعض)
(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة نفر وبعضهم
كفيل عن بعض وكلهم ضامنون ذلك فهو جائز لان كل واحد منهم كفيل عن الأصل
بجميع
المال وذلك جائز فان الكفالة للتوثق بالحق وهو يحتمل التعدد ثم كفل كل واحد منهم
عن
الآخرين بما لزمهما بالكفالة والكفالة عن الكفيل صحيحة لان الكفيل مطلوب بما
التزمه
وشرط صحة الكفالة أن يكون المكفول عنه مطلوباً بما التزمه الكفيل لان موجب
الكفالة
التزام المطالبة بما على الأصيل فان أدى أحد الكفلاء المال كان له أن يرجع على
الأصيل بالمال
كله ان شاء لأنه أدى ما تحمل عنه بأمره وان شاء رجع على شريكه فان الكفالة بثلثي
المال
لأنهم في حكم الالتزام بهذه الكفالة سواء فينبغي أن يستووا في الغرم وان شاء أخذ
أحدهما
بالنصف لأنه إذا لقي أحدهما قال له أنا وأنت في غرم الكفالة سواء لأنا جميعاً كفيلاً
عن
الأصيل وعن الثالث أيضاً فهات نصف ما أدت لنستوي في الغرم ثم إذا رجع عليه
بالنصف
رجعاً على الثالث إذا لقيه بثلث المال فيأخذان ذلك نصفين ليستوي هو بهما في عدم
الكفالة
ثم يرجعون على الأصيل بالمال كله لأنهم كفّلوا عنه بأمره وأدوه ولو كان ثلاثة نفر
عليهم
ألف درهم وبعضهم كفيل عن بعض فأدى المال أحدهم فان للمؤدى ان يرجع على كل
واحد من الآخرين بالثلث ان شاء لان كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدى
قد كفل
عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما
الثلث فلانه
كفل عنه وأدى وأما السدس فلان المؤدى مع الذي لقيه كفيلاً عن الثالث بما عليه
وهو
الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء فيرجع عليه بنصف هذا
الثلث

لتتحقق المساواة بينهما في الغرم ثم يرجعان على الثالث إذا لقيه بالثلث فيأخذ ان ذلك
بينهما
نصفين وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب انه باع قوما غنما على أن يأخذ أيهم
شاء بحقه فأبى
شريح رحمه الله ذلك وقال اختر أمأهم فخذة حتى تستوفى منه حقه وإنما أوردنا
هذا لنبين
انه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد
منهم لما في هذا
من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له ان يطالب كل
واحد
منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال مع
بقاء
حقه في المطالبة الأصلية وهو ان يطالب كل واحد منهم بالثلث ولا فرق في هذا
الحكم بين

ان يشترط ان يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين ان يشترط ان بعضهم
كفيل عن
بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام وإن كان قال مليئهم على
معدمهم
أو حيههم على ميتهم فليس هذا بشئ ولا يطالب كل واحد منهم الا بثلث المال لأن
هذه
كفالة بالمجهول على المجهول ولا يدري من يفلس منهم ليكون المليء كفيلا عنه ولا
من يموت
منهم ليكون الحي كفيلا عنه فان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن كقوله تعالى
إذا اکتالوا
على الناس يستوفون أي عن الناس وكفالة المجهول باطلة وإذا كان لرجل على أربعة
نفر ألف
درهم ومائتا درهم وكل اثنين منهم كفيلان عن اثنين بجميع المال فان للطالب أن يأخذ
أي
اثنين منهم بجميع المال ان شاء وان يأخذ الواحد منهم بسبعمئة وخمسين درهما أما
أخذه اثنين منهم
بجميع المال فظاهر لان الكفالة كانت على هذه الصفة ان كل اثنين كفيلان بجميع
المال عن
الآخر فأی اثنين منهم شاء فهما كفيلان بجميع المال وأما إذا أخذ الواحد منهم ففي
ربع المال
وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفي الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين
كفيل لان الشرط في الكفالة كان هكذا وإنما يكون هو مطالبا بالكل إذا التزم الكل
بالكفالة
فاما إذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمئة
وخمسون
فإذا ضمنت ذلك إلى ثلاثمائة يكون سبعمئة وخمسين فلهذا يأخذ الواحد بهذا
المقدار فإذا
أدى أحدهم نصف المال ستمائة ففي هذا النصف هو مؤد عن نفسه فلا يرجع على
أحد بشئ
منه وفي النصف الآخر وهو ثلاثمائة هو مؤد عن شركائه بحكم الكفالة عنهم بأمرهم
فإن شاء
رجع عليهم جميعا وان لقي أحدهم رجع عليه بمائتي درهم لان ثلث هذه الثلاثمائة وهو
مائة أداها عنه فيرجع هو بها عليه بقي مائتا درهم وهو مع هذا الذي لقيه كفيلان عن

الآخرين بهما فيرجع عليه بمائه أخرى ليستويا في غرم الكفالة عن الآخرين فلهذا رجع عليه بمائتين وان لقا آخر كان لكل واحد منهما ان يرجع بستة وستين درهما وثلثين اما
ليستوا في غرم المائتين أو لان كل واحد منهما مؤد عنه خمسين فيرجع بذلك عليه بقي مائة
أخرى هما مع هذا الثالث كفيلان بذلك عن الرابع وقد أديا فيرجعان عليه بثلاث ذلك وهو
ثلاثة وثلث كل واحد منهما بستة عشر وثلثين فصار حاصل ما يرجع به كل واحد منهما عليه
ستة وستين وثلثين فان لقوا الرابع بعد ذلك رجع كل واحد منهم عليه بثلاثة وثلثين درهما
وثلث درهم لأنهم أدوا عن الرابع قدر المائة فيرجع كل واحد منهما بثلاثها ولو كان أدى

النصف ولقى أحدهم فاخذ منه مائتي درهم ثم لقي صاحب المائتين أحد الباقيين فإنه يأخذ منه

خمسة وسبعين درهما لأنه يقول له إنما أديت المائة عن نفسي ومائة أخرى عنك وعن الرابع
فإنما أديت نصفها عنك والنصف الآخر الذي أديته عن الرابع أنت معي فيه في الكفالة
بذلك

على السواء فأرجع عليك بنصف ذلك أيضا فلهذا يأخذ منه خمسة وسبعين فان لقي
الأول

الثالث أيضا أخذه باثنين وستين درهما ونصف لأنه يقول له قد أديت عنك وعن الرابع
مائة فأرجع عليك بنصف ذلك وذلك خمسون لأنني أديتها عنك وأما الخمسون التي
أديتها

عن الرابع فنصف ذلك قد أخذه منك الثاني وهو خمسة وعشرون فرجعنا بذلك عليه
بقي

خمسة وعشرون فأرجع عليك بنصف ذلك وهو اثنا عشر ونصف لنستوي في غرم
الكفالة

عن الرابع فصار حاصل ما يرجع عليه به اثنين وستين درهما ونصف درهم فان لقيهما
الأوسط

رجعا عليه بثمانية وثلث بينهما نصفين ليستويا في الغرم في حق الخمسين التي كفلوا
بها عن

الرابع فان لقوا الآخر بعد ذلك أخذوه بمائة درهم لأنهم في الحاصل كفلاء عنه بالمائة
وقد أدوا فيأخذون ذلك منه ويقتسمونه أثلاثا لان حاصل ما غرم كل واحد منهم عنه
بعد

هذه المراجعات ثلاثة وثلاثون وثلث ولو كان الذي أدى النصف لقي الذي قبض
الخمس

والسبعين فإنه يأخذ منه نصفها لأننا كنا قد التقينا مرة واستوينا في غرم الكفالة وقد
بلغني

انه وصل إليه شئ من الثالث فلا بد من أن يعطيني نصف ذلك لنستوي في الغرم كما
استوينا

في الغرم فإذا أخذ منه نصفها ثم لقي الذي أدى الخمسة والسبعين رجعا عليه بثمانية
وخمسين

وثلث بينهما نصفان لأننا قد بينا أنهما لو لقياه معا رجع كل واحد منهما عليه بستة
وستين

وثلاثين فيكون جملة ما يرجعان به مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا والآن قد استوفينا منه مرة

خمسة وسبعين فيرجعان بما بقي إلى تمام مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ثمانية
وخمسون
وثلث يأخذان ذلك بينهما نصفين ثم إذا لقوا الرابع اتبعوه بمائة كل واحد منهم بثلاثة
وثلاثين
وثلث لما بينا ولو كان لرجل على ثلاثة رهط ألف ومائتا درهم وبعضهم كفلاء عن
بعض
ضامنون لها فأدى أحدهم المال رجع على كل واحد من شريكه بثلث ما أدى لأنه في
مقدار
الثلث مؤدى عن نفسه وفي الثلثين هو مؤد عن شريكه بكفالاته عنهما بأمرهما فيرجع
بذلك
عليهما فان لقي أحدهما ورجع عليه بالثلث لأدائه ما يحمله عنه وبنصف الثلث الآخر
أيضا
لأنهما يستويان في الكفالة عن الثالث بهذا الثلث فيرجع عليه بنصفه ليستويا في غرم
الكفالة

فان لقي أحدهم الغائب بعد ذلك وأخذ منه شيئا كان لصاحبه إذا لقيه أن يأخذ منه نصف

ذلك بالمعنى الذي قلنا وهو انهما حين التقيا قد استويا في غرم الكفالة عن الثالث فينبغي ان

يستويا في الغنم أيضا والذي أخذه أحدهما من الثالث غنم بسبب تلك الكفالة فيرجع عليه

بنصفه ليستويا في الغنم أو لتبقى المساواة بينهما في الغرم كما هو موجب الكفالة وإذا كان

لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجل ثم إن آخر كفل بها عن الأصيل أيضا فهو جائز يأخذ الطالب أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال بالكفالة

عن الأصيل بعقد على حدة وذلك صحيح فان أصل الدين باق على الأصيل بعد الكفالة الأولى

كما كان قبلها فان أخذ أحد الكفيلين فأداه لم يرجع على الآخر بشئ لأنه ما كفل عنه بشئ

وإنما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده فيكون رجوعه عليه إن كان كفل بأمره ولا يرجع على الكفيل الآخر بشئ وإن لم يؤد واحد منهما شيئا حتى قال الكفيلان للطالب كل

واحد منا كفيل عن صاحبه ضامن لهذا المال ثم أدى أحدهما المال فله ان يرجع على صاحبه

بالنصف لأنهما بالعقد الثاني جعلوا أنفسهما في غرم الكفالة سواء فان كل واحد منهما كفيل

بالمال عن الأصيل وقد كفل عن صاحبه أيضا بأمر صاحبه فإذا ثبتت المساواة بينهما في الكفالة

فينبغي أن يستويا في الغرم أيضا وذلك في أن يرجع على الآخر بنصف ما أدى ثم يرجعان

على الأصيل بجميع المال وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم إن

الطالب أخذ الكفيل بها فأعطاه كفيلا آخر بها ثم أداها الآخر إلى الطالب لم يرجع بها على الأصيل لأنه ما تحمل بها عن الأصيل ولا أمره الأصيل بهذه الكفالة وثبت حق الرجوع

للكفيل عند الأداء بسبب الأصيل بالكفالة فإنما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الأول

ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل لان أداء كفيله بأمره بمنزلة أدائه بنفسه ولأنه قد أسقط عن الأصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أداه من مال نفسه إلى الكفيل الآخر فكأنه

أسقط ذلك بأدائه إلى الطالب وإن كان كفيل عن الذي عليه الأصل رجلا ولم يقل كل واحد منهما كفلت عن صاحبي فان الطالب يطالب كل واحد منهما بالنصف لأنهما التزما

المال بعقد واحد فيكون كل واحد منهما ملتزما للنصف كالمشترين أو المقرين لرجل عليهما

بالمال وأيهما أدى النصف لم يرجع على صاحبه بشئ لأنه ما التزم عن صاحبه شيئا إنما التزم

عن الأصيل فيكون رجوعه عليه إن كان كفيل عنه بأمره فإن لم يؤدي شيئا حتى قال للطالب

أينا شئت أخذت بهذا المال أو كل واحد منا كفيل ضامن بها فله أن يأخذ أيهما شاء
بجميع
المال لأن هذه الزيادة ألحقها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور
في أصل
الكفالة الأولى أخذ أيهما شاء بجميع المال وان أداه أحدهما رجع على صاحبه بالنصف
ليستويا
في غرم الكفالة كما استويا في كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فان لقي الطالب
أحدهما
فاشترط ذلك عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء لان كل واحد منهما كفيل عن
صاحبه
وعن الأصيل ولا فرق بين أن يكون كفالة كل واحد منهما عن الأصيل ولو كتب ذكر
حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلا بهما وأيهما شاء أخذ بها وأقر
المطلوب
والكفيلا بذلك فهو جائز لان اضافتهما الاقرار إلى المكتوب في ذكر الحق بمنزلة
تصريحهما
بالمكتوب فان أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذي عليه الأصيل بجميع المال ان
شاء وان
شاء رجع على الكفيل الآخر بنصفه ثم يرجعان على الأصيل بجميع المال لان اقرار كل
واحد
منهم بالمكتوب في الصك بمنزلة أمر الأصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما
لصاحبه
بالكفالة عنه فثبتت المساواة بينهما في الكفالة بهذا الطريق وإذا كان لرجل على عشرة
رهن ألف درهم وجعل كل أربعة كفلاء عن أربعة بجميع المال فهو جائز لما قلنا وله
أن يأخذ
أي أربعة شاء بالمال كله لأنهم هكذا التزموا بالكفالة فان أخذ واحدا منهم رجع
بثلاثمائة وخمسة
وعشرين لأنه في المائة أصيل وفي الباقي وهو سبعمائة هو مع ثلاثة نفر كفيل عن
الباقيين
فحظه ربع ذلك وذلك مائتان وخمسة وعشرون وان أخذ اثنين أحدهما بستمائة لأنهما
في المائتين
أصيلا وفي الباقي وهو ثمانمائة هما مع آخرين كفيلا عن الباقي فحظهما النصف
وهو
أربعمائة وان أخذ ثلاثمائة منهم أخذهم بثمانمائة وخمسة وعشرين أما مقدار ثلاثمائة

بحكم الأصالة
فان كل واحد منهما أصيل في مائة والباقي وهو سبعمائة هم مع آخر كفلاء بذلك عن
الباقيين
فعلیهم ثلاثة أرباع ذلك وهو خمسمائة وخمسة وعشرون فان أخذ واحدا منهم فأدى
ربع
الألف فان مائة منها حصته لأنه أصيل فيها والأصيل فيما يؤدي عن نفسه لا يرجع على
أحد
وفي مائة وخمسين هو مؤد عن أصحابه حصة كل واحد منهم من ذلك التسع فان
لقيهم جميعا
رجع على كل واحد منهم بقدر ذلك من تسعمائة وخمسين ستة عشر وثلثان وان لقي
أحدهم رجع
أحدهم بستة عشر وثلثين لأنه أدى عنه هذا القدر ويرجع عليه بنصف ما بقي والباقي
مائة
وثلاثة وثلثون وثلث نصفه ستة وستون وثلثان يرجع عليه بذلك ليستويا في غرم
الكفالة

فإنهما مستويان في الكفالة عن الباقيين فينبغي أن يستويا في الغرم بسببه أيضا فإذا أدى ذلك

إليه ثم لقي الآخر منهما أحد الباقيين أخذه بنصف تسع الخمسين والمائة لأنه مع الأول قد

أدى عنه التسع فنصفه من ذلك نصف التسع فيرجع عليه أيضا بنصف ثلاثة اتساع ونصف

لأنه مع هذا الذي لقيه مستويان في الكفالة فينبغي أن يستويا في الغرم عن السبعة الباقيين وهذا قد أدى عنهم ثلاثة اتساع ونصفا فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فان

لقي الأول الأوسط بعد ما قبض هذا رجوع عليه بنصف ما أخذه كله للمعنى الذي بينا انهما

حين التقيا استويا في غرم الكفالة ثم وصل إلى أحدهما بعد ذلك شيء وأخذ الآخر منه نصفه ليستويا في الغرم أيضا فان لقي الآخر بعد ذلك وهو الثالث رجعا عليه بتمام ثلاثة اتساع

وثالث تسع حصته من ذلك التسع لأنهما تحملاه عنه وتسعان وثالث للمساواة في غرم الكفالة

لأنهم مع آخر كفلاء عن الباقيين فينبغي أن يستويا في غرم الكفالة (ألا ترى) انهما لو لقي

الثالث معا كان رجوعهما عليه بتمام ثلاثة اتساع وثالث تسع فكذلك إذا أخذ أحدهما منه

بعض ذلك ثم لقيه رجعا عليه بذلك وإذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم

كفلاء عن بعض بها فأدى أحدهم مائة درهم لم يرجع على صاحبه بشيء لأنه في قدر ثلث المال

أصيل فما يؤديه يكون أصيلا فيه فلا يرجع على أحد بشيء إذا كان المؤدى بقدر الثلث أو دونه

وان قال إنما أديت هذا عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن له ذلك على وجهين أحدهما ان فيما

هو أصيل المال ثابت في ذمته وفيما هو كفيل هو مطالب بما في ذمته غيره من المال والمؤدى

ماله فيكون ايقاعه من المال الذي عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لان هذا الطريق أقصر

فإنه إذا جعل المؤدى من غيره احتاج إلى الرجوع وإذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج

إلى الرجوع على أحد ولأنه ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما أن يقولا أداءه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا فللهذا جعلناه إلى تمام الثلث مؤديا عن نفسه وهذا بخلاف ما إذا كاتب عبدا له على ألف درهم على أن كل واحد منهم كفيل ضامن عن الآخرين ثم أدى أحدهم شيئا لا يكون المؤدى عن نفسه خاصة بل يكون عنهم جميعا لان هناك لو جعلنا المؤدى عن المؤدى خاصة لكان يعتق إذا أدى مقدار نصيبه ببراءة ذمته عما عليه من البدل والمولى ما رضى بعق واحد منهم الا بعد وصول جميع المال إليه ففي جعله عن نفسه يعتبر شرط مذكور في العقد نسا وذلك لا يجوز فللهذا جعلنا

المؤدى من نصيبهم ولا يوجد مثل ذلك هنا وهذا أيضا بخلاف ما إذا كان المال على واحد
فكفل به ثلاثة على أن بعضهم كفلاء عن بعض ثم أدى أحدهم شيئا كان له ان يرجع
على
صاحبيه بثلثي؟ ما أدى وان شاء رجع على أحدهما بنصف ما أدى لان هناك أصل المال
على
غيرهم وهم يلتزمون له بالكفالة فكان حالهم في ذلك على السواء ولو رجع على
شريكيه بثلثي
ما أدى لم يؤد ذلك إلى الدور لأنهما لا يرجعان في ذلك عليه بشئ من ذلك بخلاف
ما نحن فيه
على ما قدرنا فان أدى زيادة على الثلث كانت الزيادة على صاحبيه نصفين لأنه في
الزيادة على الثلث
مؤد بحكم الكفالة وهو كفيل عنهما ولو رجع بذلك عليهما لم يكن لهما ان يرجعا
عليه بشئ لفراغ
ذمته عما عليه بأدائه وان أراد أن يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك
لان
المال واحد وهو دين في الذمة لا يتحقق فيه لتمييز فتلغو نيته عن أحدهما فان لقي
أحدهما
أخذه بنصيبه من الزيادة وهو النصف لأنه أدى عنه ذلك وبنصف ما أدى عن الآخر أيضا
لأنه مع هذا الذي لقيه كفيل عن الآخر بما عليه فينبغي ان يستويا في غرم الكفالة وذلك
في أن يرجع عليه بنصف ما أدى عن الآخر وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم
فكفل
بها عنه رجلان على أن يأخذ الطالب أيهما شاء فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة
صاحبي
الكفيل معي لم يكن على ما قال ولكنها من جميع المال يرجع على صاحبه بنصفها لان
بهذا اللفظ
يصير كل واحد منهما مطالبا بجميع المال ويصير كل واحد منهما ضامنا للأصيل عن
صاحبه
فإذا جعل المؤدى ما أدى عن صاحبه كان لصاحبه ان يجعل ذلك عنه فيؤدى إلى الدور
ولكن
الوجه فيه أنهما لما استويا في الغرم وذلك في أن يرجع على صاحبه بنصفها وان شاء
على الأصيل
بجميعها وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه

فلزم أحدهما
فأعطاه بها كفيلا ثم أداها الكفيل فله أن يرجع بها على الذي أمره بالكفالة خاصة لان
الذي
أمره بالكفالة مستقرض لذمته ابتداء بالتزام المطالبة فيها ولما له بأداء ما التزم وثبوت
حق
الرجوع للمقرض على المستقرض لا على غيره والغريم الذي لم يأمره بالكفالة لم
يستقرض منه
شيئا ففي حقه يجعل كأنه لم يأمره أحد بالكفالة فلهذا لا يرجع المؤدى عليه ولكن إذا
رجع على الذي أمره بالكفالة فإخذها منه كان للامر ان يرجع على صاحبه بالنصف لأنه
صار مؤديا المال بطريق الاستقراض الذي قلنا وقد تم ذلك بأدائه ما استقرض وهو في
النصف
كان كفيلا بأمره فيرجع عليه بعد الأداء كما لو كان أدى بنفسه إلى الطالب وان كانا
طلبا إليه

أن يكفل بها عنهما ففعل ولم يشترط عليه ان بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل
عنهما

رجع على كل واحد منهما بالنصف لأنه لما التزم بالكفالة المال عنهما جملة كان
كفيلا عن كل
واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الإضافة إلى اثنين وعند الأداء إنما يرجع
كل

واحد منهما بما كفل عنه ولان كل واحد منهما في النصف أصيل وكفالاته عنه إنما
تكون

فيما هو أصيل فيه ولو كان في الشرط حين كفلا بعضهم كفلاء عن بعض فأدى الآخر
الألف فإن شاء رجع على كل واحد منهما بنصف ما أدى إذا لقياهما وان شاء رجع
على

أحدهما إذا لقيه بثلاثة أرباع ما أدى أما النصف فلانه كفل به عن هذا الذي لقيه وأداه
فيرجع به عليه وأما النصف الآخر فلان المؤدي مع الذي لقيه كفيلا به عن الآخر إذ
هو موجب الشرط المذكور في قوله على أن بعضهم كفلاء عن البعض فينبغي أن
يستويا في

الغرم بسبب هذه الكفالة وذلك في أن يرجع بنصف ذلك ثم إذا لقي الثالث رجعا عليه
بنصف المال لأنهما أديا ذلك عنه بكفالة تلزمه فيكون ذلك بينهما نصفين وإذا كان
لرجل

على رجل ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما
فأعطاه

كفيلا بالمال كله ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثم أدى الكفيل المال فله
أن

يرجع على أيهما شاء بالألف كلها لان كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال
والكفيل

كفيل عن كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الأداء كان حق البيان إليه
يجعل

أداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه بالكل وهو نظير ما لو كان لرجل على رجل ألف
درهم في صك وبه

رهن وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن
أي

الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك إذا أدى الكفيل هنا (ألا ترى) أنه بعد كفالاته
عنه

لو أدى كان له أن يرجع بالكل عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثاني ولكن

يثبت
في حق الثاني ما هو ثابت في حق الأول لاستوائهما في المعنى فإن لم يؤد شيئاً حتى
لزمهم
الطالب فجعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم أداها الكفيل ثم أخذ أحدهما رجع عليه
بثلاثة أرباع
المال لأن هذه الكفالة الأخيرة تنقض ما كان قبلها لان التي كانت قبلها في عقدين
مختلفين
والكفيل كفيل عن كل واحد منهما بالكل وهذا الثاني عقد واحد وكل واحد منهم فيه
كفيل مع صاحبه عن الآخر فاقدامهم على العقد الثاني يكون نقضا منهم لما كان قبله
وتمام
ذلك العقد كان بهم واليهم نقضه أيضا بمنزلة ما لو باعه شيئاً بألف درهم ثم جدد بيعا
بألفين

ينتقض البيع الأول بالبيع الثاني فإذا ثبت هذا صارت هذه المسألة بحالها والمسألة الأولى
سواء لان الكفيل الآخر يرجع على أحدهما بنصف ما أدى لكفالاته عنه وبنصف النصف الآخر
لأنهما مستويان في الكفالة عن الثالث بهذا النصف وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل
بها عنه رجلان على أن بعضهم كفيل عن بعض ثم إن الطالب لزم أحد الكفيلين فأعطاه
كفيلاً
بالمال ثم لزم الآخر فأعطاه هذا أيضاً كفيلاً بالمال ثم أدى الكفيل الآخر فإنه يرجع به
على
أيهما شاء لان الكفالة عن الكفيلين بمنزلة الكفالة عن الأصيلين وهنا كل واحد من
الكفيلين
مطالب بجميع المال وقد بينا ان هناك لتفرق العقد في كفالاته عنهما له أن يرجع على
أيهما
شاء بجميع المال فهذا مثله وليس له أن يرجع على الأصيل بشئ لأنه ما أمره بالكفالة
عنه
ولا يقال أصل المال على الأصيل حتى لو برئ هو برئ الكفيل الآخر وهذا لان
الرجوع عليه عند الأداء ليس باعتبار أن أصل المال عليه بل بأمره إياه بالكفالة فإذا لم
يأمره
بالكفالة لم يكن له حق الرجوع عليه بشئ ولو لم يؤد شيئاً حتى أخذ الطالب الكفلاء
فجعل
بعضهم كفيلاً عن بعض ثم أدى الآخر المال كان له أن يرجع على أحد الكفيلين بثلاثة
أرباع المال لما بينا أن هذه الكفالة تنقض الكفالة الأولى فيكون الحكم لهذه فان قيل
هذه
الكفالة ينبغي لأحدهما أن يكون رجوعه على الآخر بنصف ما أدى لان واحداً من
الثلاثة
ليس بأصيل بالمال فيكون بمنزلة ما لو كفل ثلاثة نفر عن الأصيل على أن بعضهم
كفلاء عن
بعض قلنا هذا ان لو صار الآخر كفيلاً عن الأصيل مع الأولين بمنزلة ما لو كفلوا عنه
في الابتداء ولم يصير كذلك هنا بل بقي كفيلاً عن الأولين وإنما انتقض حكم الكفالة
الأولى
فيما بينهما وبين الكفيل الآخر لأنه قبل هذا كان كفيلاً عن واحد منهما بجميع المال
وحده

والآن صار كفيلا عن كل واحد منهما بالنصف وهو مع صاحبه في الكفالة عن الآخر
بالنصف سواء فلهذا كان رجوعه عليه بثلاثة أرباع ما أدى ولو لم يؤد حتى لقي
الكفلاء
الثلاثة والذي عليه الأصل فجعل بعضهم كفلاء عن بعض بالمال ثم أدى الكفيل الآخر
المال
فإنه يرجع على صاحبه بالثلثين وان لقي أحدهما رجوع عليه بالنصف لان بهذه الكفالة
انتقض
ما كان قبلها في حق الكل وقد صار الكفيل الأول والآخر كفيلين عن الأصيل بهذه
الكفالة
كالأولين فكان هذا بمنزلة ما لو كفل عنه ثلاثة في الابتداء على أن بعضهم كفلاء عن
بعض
فهناك إذا أدى أحدهم رجوع على صاحبيه بثلثي ما أدى وان لقي أحدهما رجوع عليه
بنصف

ما أدى فكذلك هنا وكذلك لو أدى المال أحد الكفيلين الأولين رجع على كل واحد منهما

بالثالث وعلى أحدهما ان لقيه بالنصف لان الأولين والآخر في هذه الكفالة التي هي ثابتة بينهم الآن سواء وإنما كان الاختلاف بينهم في الكفالة المتقدمة وتلك قد انتقضت وإذا كان

لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة رهط وبعضهم كفلاء عن بعض بجميع الألف

فأدى أحد الكفلاء المال ثم لقي أحدهم فأخذ منه نصف ما أدى ثم إن الأول لقي الذي لم يؤد

شيئا وأخذ منه خمسين ومائتين فإنهما يؤديان إلى الأوسط مائة وستة وستين وثلثين لأنهم في

غرم الكفالة سواء فينبغي أن يكون الغرم على كل واحد منهم بقدر ثلث الألف والأوسط

قد غرم خمسمائة فيرد عليه مائة وستة وستين وثلثين حتى يبقى عليه غرم ثلث الألف ولم يتبين

كيفية أدائهما هذا المقدار وهو الألف وإنما يؤديان نصفين كل واحد منهما ثلاثة وثمانين وثلثا

لان الآخر قد غرم مائتين وخمسين للأول فيدفع إلى الأوسط ثلاثة وثمانين وثلثا حتى يكون

الغرم عليه بقدر ثلث الألف والأول قد أوصل إليه سبعمائة وخمسين فيدفع إلى الأوسط ثلاثة

وثمانين وثلثا حتى يبقى العائد إليه ثلثا ما أدى ويكون الغرم عليه بقدر ثلث الألف فإذا فعلوا

ذلك رجعوا جميعا على الأصيل بالألف بينهم أثلاثا وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم

فكفل بها رجل ثم إن الكفيل طلب الرجل فضمنها عنه للطالب ثم إن الطالب أخذهم جميعا حتى جعل بعضهم كفلاء عن بعض ثم إن الكفيل الأول أدى المال فإنه يرجع على الكفيل

الآخر بنصف المال لان الكفالة الأخيرة نقضت الكفالة الأولى فان موجب الكفالة الأولى

الأخير كفيل عن الكفيل الأول دون الأصيل وهو في الكفالة الثانية يصير كفيلا عن الأصيل وعن الكفيل الأول وكذلك موجب الكفالة الأولى ان الكفيل الأول لا يكون كفيلا عن الآخر وفي هذه الكفالة الأخيرة الكفيل الأول يصير كفيلا عن الأخير وإذا

انتقضت الكفالة الأولى كان الحكم للأخيرة وهما فيها مستويان في الكفالة عن الأصيل
فيرجع
المؤدى على صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة ولو كان لرجل
على رجلين
ألف درهم وكل واحد منهما ضامن بذلك ثم أعطاه أحدهما كفيلا بالمال ثم أخذ
الآخر فأعطاه
أيضا ذلك الكفيل كفيلا بالمال ثم أدى الكفيل الألف رجع بها على أيهما شاء لأنه
كفل
كل واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة وإن لم يؤد شيئا حتى أخذهم الطالب
فجعل
بعضهم كفلاء عن بعض المال ثم إن الكفيل أدى الألف فإنه يرجع على أيهما شاء
بثلاثة

أرباع الألف لأن هذه الكفالة الأخيرة تنقض الكفالة الأولى وفي هذه الكفالة الأخيرة الكفيل يصير متحملا عن كل واحد منهما نصف المال ويكون هو مع الآخر في الكفالة عن الثالث بنصف المال سواء فلهذا رجع عند الأداء على أحدهما بثلاثة أرباع الألف فان لقي

الآخر بعد ذلك فأخذ منه مائتين وخمسين كان للذي أدى الثلاثة الأرباع ان يرجع عليه بنصف ما أخذ من هذا الآخر لأنهما قد كانا استويا في غرم الكفالة مع الآخر فينبغي ان يستويا في الغنم وهو المأخوذ من الباقي وإنما تتحقق المساواة في أن يؤدي إليه نصف ذلك ولو

لم يؤد الكفيل شيئا ولكن أدى أحد الأولين المال فله ان يرجع على الكفيل بمائتين وخمسين

لأنه في نصف المال أصيل مؤد عن نفسه فلا يرجع به على أحد وفي النصف الآخر هو مع

الكفيل في الكفالة عن الثالث فيرجع عليه بنصف ذلك ليستويا في غرم الكفالة فان لقي الأول

صاحبه الذي كان معه في الألف فأخذ منه مائتين وخمسين أخرى رد على الكفيل نصفها ليستويا

في الغنم ثم يتبع هو الكفيل الآخر الأول بمائتين وخمسين أخرى ويقتسمان ذلك نصفين

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان أحدهما مكاتب أو عبد فإنه

يجوز على الحر وحده النصف لأنهما لما كفلا جميعا عنه بالمال فقد صار كل واحد منهما كفيلا

بالنصف وكفالة المكاتب والعبد غير صحيحة في حال الرق كما لو تفرد بها فتبقي كفالته في

نصيبه وهو النصف ولا يقال لما لم تتحقق المزاحمة فينبغي ان يجعل الحر كفيلا بجميع المال

لأننا نقول المزاحمة في أصل الكفالة متحققة فان كفالة العبد والمكاتب صحيحة في حق أنفسهما

حتى يطالبان بذلك بعد العتق وإنما لا يصح في حق المولى فلهذا كان على الحر نصف المال

وعلى العبد والمكاتب النصف بعد العتق ولو كان اشترط أن كل واحد منهما كفيل ضامن

عن صاحبه فعتق العبد وأدى المال كله كان له ان يرجع على الحر بالنصف ثم يتبعان

الذي
عليه الأصل فما أدى إلى واحد منهما شركه فيه الآخر لان العبد حين عتق فقد سقط
حق
المولى والمانع من كفالتة قيام حق المولى في ماليتة فإذا سقط ذلك كان هذا بمنزلة
الكفالة من
حرين عن ثالث بهذه الصفة ولو أن ثلاثة نفر كفلوا عن رجل بألف درهم وبعشرة
أكرار
حنطة ومائة دينار وبعضهم كفلاء ضامنون في ذلك فلقى الطالب أحد الكفلاء فأخذ
منه خمسمائة
درهم ثم لقي آخر فأخذ منه خمسة أكرار حنطة ثم غاب الطالب والمطلوب ولقى
الكفيلان
المؤديان الكفيل الثالث وأرادا أخذه بما أديا وأراد كل واحد منهما أخذ صاحبه فالذي
أدى

خمسمائة يرجع على صاحبيه بثليها لأنهم في الكفالة بالألف مستوون فينبغي ان يستووا
في
الغرم بسببها وذلك في أن يرجع بثلي ما أدى عن صاحبيه على كل واحد منهما بمائة
وستة
وستين وثلثين وللذي أدى الطعام ان يرجع على صاحبيه بثلي الطعام لهذا المعنى أيضا
ولا
يصير البعض قصاصا لان الجنس مختلف والمقاصة بين الدينين عند اتحاد جنسهما
وصفتهما لا
عند الاختلاف ولو التقى هذان المؤديان ولم يلقيا الثالث فلكل واحد منهما ان يرجع
على
صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم بسبب الكفالة وكذلك لو التقوا جميعا كان
لكل واحد
منهما أن يأخذ صاحبه بنصف ما أدى ليستويا في الغرم ثم يتبعان جميعا الذي لم يؤد
شيئا بثلي
ما أداه كل واحد منهما فان لقيه أحدهما كان له أن يأخذه بنصف الغرم الذي حصل
عليه يوم
يلقاه ليستويا في الغرم بسبب الكفالة فان لقي الثالث أحد هذين رجع عليه بنصف
الفضل
بثلي ما أدى كل واحد منهما فيرجع أكثرهما أداء على أقلهما أداء بنصف الفضل
للحرف
الذي قلنا وعليه يدور تخريج هذه المسائل في أنهما لما استويا في الكفالة ينبغي أن
يستويا في
الغرم بسببها وإذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال عليه فأداه الكفيل ثم لقي المكفول
عنه
فجحد أن يكون أمره بالكفالة أو أن يكون لفلان الطالب عليه شيء فأقام الكفيل البينة ان
لفلان على فلان ألف درهم وان فلانا هذا قد أمره فضمنها لفلان وانه قد أداه لفلان
إلى
فلان فان القاضي يقبل ذلك منه ويقضى بالمال على المكفول عنه لأنه يدعى لنفسه عليه
مالا
بسبب وهو لا يتوصل إلى اتيان ذلك الا باثبات سبب بينه وبين الغائب وهو أداء المال
إليه فينصب الحاضر خصما عن الغائب كمن ادعى عينا في يد انسان انها له اشتراها مع
فلان
الغائب وأقام البينة على ذلك فان القاضي يقضى بينته على ذلك بهذا الطريق حتى إذا

حضر
الغائب فوجد أن يكون باعه لم يكلف المدعى إعادة البينة عليه فكذلك هنا إذا حضر
المكفول
له ووجد أن يكون قبض شيئا من الكفيل لم يكلف الكفيل إعادة البينة وكان الحكم
عليه
بوصول حقه إليه ماضيا وهذا لان الأسباب مطلوبة لاحكامها فمن يكون خصما في
اثبات
الحكم عليه يكون خصما في اثبات سبب الحكم عليه أيضا ورجوع الكفيل على
الأصيل
لا يكون الا بأمره إياه بكفالة وأدائه إلى الطالب بعد الكفالة فما يكون المكفول عنه
خصما لكفيل في اثبات الامر عليه يكون خصما في اثبات الأداء إلى الطالب عليه
والقضاء
بالبينة على الحاضر يكون نافذا عليه وعلى الغائب جميعا وذكر في اختلاف زفر
ويعقوب رحمهما

الله أن لرجل إذا غاب امرأته فأتاها رجل وأخبرها ان زوجها قد أبانها ووكله ان يزوجها
منه ويضمن المهر ففعلت ذلك ثم رجع الزوج وأنكر أن يكون طلقها وأن يكون أمر هذا
الرجل بشئ فalcول قوله وليس للمرأة على الكفيل شئ في قول أبى يوسف رحمه الله
لان الطلاق لما لم يثبت كان العقد الثاني باطلا والكفالة المثبتة عليه كذلك بمنزلة أحد
الوارثين وإذا أقر لمعروف نسب انه أخوه لم يشاركه في الميراث وعلى قول زفر رحمه الله
ترجع هي على الكفيل بالمال لان الكفيل مقر بصحة العقد الثاني ووجوب المال عليه بسبب
الكفالة واقاراره حجة في حقه فلو أقام الكفيل البينة على الزوج بما أدى من الطلاق وتوكيله إياه
بالعقد الثاني والكفالة قبلت بينته بذلك وكان لها ان ترجع بالمال على الكفيل ثم يرجع
الكفيل على الزوج وإن شاءت رجعت على الزوج للمعنى الذي قلنا إن الكفيل لا يتمكن من
الرجوع على الزوج الا باثبات هذه الأشياء عليه فصار خصما في ذلك كله والله أعلم وأحكم
(باب الكفالة على أن المكفول عنه برئ)
(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على ابراء الذي عليه الأصل
فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشئ لأنهما أتيا بمعنى
الحوالة وإن لم يصرحا بلفظها ولا لفاظ قوالب المعاني والمقصود هو المعنى دون اللفظ كان
العقد الذي جرى بينهما حوالة لتصريحهما بموجب الحوالة كمن يقول لغيره ملكتك هذا الشئ
بألف درهم فيكون بيعا وإن لم يصرح بلفظ البيع والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث إن كل
واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة ان
يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فإذا شرط في الكفالة أن يكون الأصيل بريئا كانت
الحوالة وقوله
ضمنت والى وعلى بمنزلة قوله كفلت إذا شرط براءة الأصيل في ذلك كله كانت حوالة
بناء على أصلنا أن الحوالة توجب براءة المحيل وقد بينا هذه المسألة ولو ثوى المال

على المحتال عليه
عاد حق الطالب إلى المحيل وللثوى أسباب فمن ذلك أن يجحد المحتال عليه ويحلف
على ذلك
وليس للطالب بينة لأنه يتعذر على الطالب الوصول إلى حقه من جهة المحتال عليه على
التأييد
وهذا أبلغ أسباب الثوى كالدرة الواقعة في البحر والعبد الآبق ونحو ذلك ومن ذلك أن
يموت
المحتال عليه مفلسا فيتحقق به الثوى عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يعود المال
إلى ذمة

المحيل وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بان الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة
فلا يعود المال إليه بحال كما لو برئ بالابراء (وبيان الوصف) انه لا يطالب بالمال ولا بشئ
يشبهه وهذا موجب البراءة المطلقة وتقريره من وجهين (أحدهما) ان الحوالة ليست بمعاوضة
لان معاوضة الذمة بالذمة والدين بالدين باطلة فإذا لم يكن ما وجب في ذمة المحتال عليه عوضا
عما في ذمة المحيل لم يكن تعذر الوصول إليه مبنيا على حق الرجوع له على المحيل بل بالحوالة
يصير كالتقاضي من المحيل والمقرض من المحتال عليه لأنه لا يتحقق اسقاط المال على المحيل وايجابه
على المحتال عليه معاوضة الا بهذا الطريق أو يجعل ما في ذمة المحتال عليه كأنه عين ما كان في
ذمة المحيل تحول من ذلك المحل إلى هذا المحل حكما هو قضية لفظة الحوالة وفوات الشئ
من المحل الذي تحول إليه لا يكون سببا لعوده إلى المحل الأول بل فواته عن المحل الذي
تحول إليه كفواته في المحل الأول وذلك يكون على الطالب لا غير وعند الحوالة المحتال له
بالخيار بين ان يقبل فيثبت حقه في ذمة المحتال عليه وبين ان يأتي فيكون حقه في ذمة المحيل
والمخير بين الشئين إذا اختار أحدهما يتعين ذلك عليه وهو لا يعود إلى المحل الأول بعد ذلك
قط كالتغاصب الأول مع الثاني إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم ثوى عليه لم يرجع
على الآخر بشئ والمولى إذا عتق عبده المديون واختار الغرماء استسعاء العبد ثم ثوى ذلك
عليه لم يرجعوا على المولى بشئ من الضمان* وحثنا في ذلك حديث عثمان رضي الله عنه
موقوفا عليه ومرفوعا في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين إلى ذمة المحيل لا ثوى على مال
امرئ مسلم والمعنى فيه أن هذه براءة بالنقل فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي

انتقل إليه
يعود حقه إلى المحل الذي انتقل حقه عنه كما لو اشترى بالدين شيئاً أو صالح من
الدين على
عين (وبيان الوصف) ان حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله إلى ذمة المحتال عليه
بالحق الذي
له كما له أن ينقله إلى العين بالشراء ثم هناك إذا هلكت العين قبل القبض عاد حقه في
الدين
كما كان فكذلك هنا وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ
حتى لو
تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت (وتقريره) ان ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض
كما كان
في ذمة المحيل كما قاله الخصم ولا هو واجب بطريق الاقراض كما زعم هو لان
القبض يكون
بالمال لا بالذمة والحوالة التزام في الذمة فلا يمكن ان يجعل به قابضا ولأنه يثبت في
ذمة المحتال
عليه على الوجه الذي كان في ذمة المحيل حتى لو كان بدل صرف أو سلم لا يجوز
الاستبدال

به مع المحتال عليه كما لا يجوز مع المحيل ويطل عقد الصرف والسلم بافتراق
المتعاقدين قبل
القبض من المحتال عليه ولو صار بالحوالة قابضا ثم مقرضا لا تثبت فيه هذه الأحكام
ولا
يمكن أن يجعل كأن عين ذلك المال تحولت من ذمة إلى ذمة لان الشئ إنما يقدر
حكما إذا تصور
حقيقة وليس في الذمة شئ يحتمل التحول فلم يبق الطريق فيه الا جعل الذمة الثانية
خلفا
عن الذمة الأولى في ثبوت الحق فيها كما في حوالة الفراش المكان الثاني يكون خلفا
عن
المكان الأول ويكون الثابت في المكان الثاني عين ما كان في المكان الأول فإذا كان
الطريق
هذا فنقول إنما رضى الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق لحقه فيكون رضاه بشرط
أن
يسلم له في ماله في الذمة الثانية فإذا لم يسلم فقد انعدم رضاه فيعود المال إلى المحل
الأول كما كان
بمنزلة ما لو اشترى به عينا الا ان هناك المحل الذي هو خلف في يد الغريم فكان
مطالباً بتسليمه
وهنا المحل الذي هو حق ليس في يد الغريم فلم يكن هو مطالباً بشئ ولكنه ليس في
يد
الطالب أيضا فلم يصر قابضا لحقه ولا يدخل في ضمانه فلا يكون الثواء عليه وبه فارق
الغاصب
الأول مع الثاني والمولى مع العبد فان احدى الذمتين هناك ليست بخلف عن الأخرى
ولكن صاحب الحق كان مخيرا ابتداء والمخير بين الشئيين إذا اختار أحدهما تعين ذلك
عليه
وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا فلسه الحاكم عاد الدين إلى
ذمة المحيل
لان رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة فإذا لم يسلم عاد الحق إلى المحل الأول ولا
معتبر ببقاء
المحل الثاني حقيقة كالعبد المشتري بالدين إذا أبق واختار الطالب فسخ العقد عاد حقه
كما كان
* توضيحه أن الذمة تتعيب بالافلاس أما عندهما حكما فمن حيث إن التفليس والحجر
يتحقق

من حيث العادة وهذا ظاهر فان الناس يعدون الذمة المفلسة معيبة حتى يعدون الحق فيها
ثاويا وكما أن فوات المحل موجب انفساخ السبب فتعيبه مثبت حق الفسخ كما إذا
تعيب المشترى
بالدين قبل القبض والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من أحيل علي ملئ فليتبع فقد
قيد
الامر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه فلا يكون مأمورا بالاتباع بدون هذا الشرط
وأبو
حنيفة رحمه الله يقول الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا
ويمسى
غنيا ثم عود المال إلى المحيل الثوى لا يتعذر به الاستيفاء (ألا ترى) انه لو تعذر
استيفاؤه من
المحتال عليه لعيبه لم يرجع على المحيل بشئ ولا تصور للثوى في الدين حقيقة وإنما
يكون ذلك
حكما بخروج محله من أن يكون صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحيتها
لالتزام

كما كانت من قبل فلا يتحقق التوى ولا العيب بهذا السبب بخلاف ما لو كان بعد الموت مفلسا لان
الذمة خرجت من أن تكون محلا صالحا للالتزام فيثبت التوى بهذا الطريق حكما وأما
ذات
المحتال عليه فقال الطالب لم يترك شيئا وقال المطلوب قد ترك وفاء فالقول قول
الطالب مع
يمينه على علمه لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ولأنه بالحوالة لم يدخل في ملك
المحتال عليه
ولو كان وهو حي يزعم أنه مفلس فالقول قوله فكذلك بعد موته إذا زعم الطالب انه
مفلس
فالقول قوله مع يمينه على علمه * توضيحه ان ذمته بالموت خرجت من أن تكون محلا
صالحا
للالتزام وبه يتحقق التوى إلا أن يكون هناك مال يخلف الذمة في ثبوت حق الطالب
فيه فالمطلوب يدعى هذا الخلف والطالب منكر لذلك فجعلنا القول قوله لهذا ولو كفل
بالمال
من غير شرط البراءة ثم إن الطالب أبرأ الذي عليه الأصل من المال بعد الكفالة برئا
جميعا
لان ابراء الكفيل اسقاط لأصل الدين وذلك موجب لبراءة الكفيل ضرورة فكما أن
الكفالة
لا تصح الا باعتبار مال واجب في ذمة الأصيل فكذلك لا تبقى بعد سقوط المال عن
ذمة
الأصيل بالابراء وهذا بخلاف ما لو كانت الكفالة بشرط الأصيل لان ذلك صار عبارة
عن
الحوالة واللفظ إذا جعل عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه * توضيح
الفرق ان
الكفالة بشرط براءة الأصيل لا تكون اسقاطا لان أصل الدين يكون تحويلا إلى ذمة
الكفيل
بالطريق الذي قلنا فأما ابراء الأصيل بعد الكفالة فيكون اسقاطا لأصل الدين والمطالبة
تنبنى
على وجوب أصل الدين فكما لا يبقى على الأصيل مطالبة بعد الاسقاط فكذلك على
الكفيل
والدليل على الفرق ما أشار إليه وهو ان الصبي التاجر إذا كان له على رجل مال فضمنه
له

آخر على أن أبرأ الأول أو كان عليه مال لرجل فضمنه لآخر بأمر صاحبه على أن أبرأ المكفول له فهو جائز ولو كان هذا اسقاطا لأصل الحق عن الأصيل ما ملك الصبي التاجر فيما له على غيره كإبراء الأصيل بعد الكفالة ولو كان هذا من المحتمل عليه التزاما للمال في ذمته ابتداء ما ملكه الصبي التاجر فيما عليه وبهذا الفصل يتبين الفرق وكذلك في الصرف ورأس مال السلم الحوالة تصح والكفالة بشرط براءة الأصيل تصح ولا يبطل به عقد السلم بخلاف ما إذا أبرأ الأصيل بعد الكفالة فقبله الأصيل حيث يبطل به عقد السلم ولو قال لرجل آخر ما أقر لك به فلان من شئ فهو علي فقامت عليه بينة انه أقر بعد الكفالة بألف درهم لزم الكفيل الألف لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة وان شهدوا انه أقر بذلك قبل

الكفالة لم يلزم الكفيل شيء لان هذا اللفظ وإن كان في صورة الماضي فالمراد به المستقبل
عادة فلا يصير به ملتزما لما سبق الاقرار به على العقد وإنما يكون ملتزما لما يقر به بعد
العقد
بمنزلة قوله ما يقر لك كما أن قوله ما ذاب لك في معنى ما يذوب فهذا قياسه والله
أعلم
(باب ضمان ما يبايع به الرجل)
(قال رحمه الله) وإذا قال الرجل لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شيء فهو على فهو
جائز
على ما قال لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل وقد بينا ان ذلك
صحيح
والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة
عينها لا تبطل
شيئا من العقود وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه
الجهالة لا تفضي
إلى المنازعة لان توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة وعند ذلك ما بايعه به معلوم
ويستوى
أن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت إلا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة في ذلك
الوقت حتى
إذا قال ما بايعته به اليوم فباعه غدا لا يجب على الكفيل شيء من ذلك لان هذا التقييد
مفيد
في حق الكفيل ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل لان حرف ما
يوجب
العموم وإذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وإذا بايعته مرة بعد مرة فذلك كله على
الكفيل
ولا يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه ويستوى ان
بايعه بالنقود
أو بغير النقود لأنه قال ما بايعته به من شيء وهو يجمع كل ذلك فان الطالب بعته
شيئا
بألف درهم وقبضه منى فأقر به المطلوب وجحد الكفيل ففي القياس لا يؤخذ الكفيل
بشيء
حتى تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة وقد روى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة رحمه
الله

انه أخذ بالقياس ووجه ذلك أن وجوب المال على الكفيل ناشئ عن مبايعته بعد الكفالة وذلك
لا يظهر في حقه باقرار المطلوب لان قوله حجة عليه لا على الكفيل ولو أنكرنا جميعا
يعنى
المطلوب والكفيل لم يكن على كل واحد منهما شيء فإذا أقر به المطلوب لزمه دون
الكفيل
لان الثبوت بحسب الحجة فإذا قامت البينة ثبت في حقهما لان البينة حجة عليهما
ولكن
استحسن فقال الكفيل ضامن للمال لان المطلوب مع الطالب تصادقا على المبايعه في
حال يملكان
انشاءها فإنهما لو أنشأ المبايعه لزم ذلك الكفيل ومن أقر بما لا يملك انشاءه يكون
مقبول
الاقرار في حق الغير لانتفاء التهمة بمنزلة التوكيل قبل العزل إذا أقر بالبيع والمطلق قبل
انقضاء

العدة إذا أقر بالرجعة * توضيحه انهما ان كانا صادقين فيما أقرأ به من المبايعة فقد تحقق السبب في حق الكفيل وان كانا كاذبين فتصادقهما بمنزلة انشاء المبايعة فيلزم الكفيل أيضا (ألا ترى) انه لو كان قال ما لزمه لك من شئ فانا ضامن به لزمه ما أقر به المكفول عنه بهذا الطريق وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شئ فهو على إلى ألف درهم فباعه متاعا بخمسائة ثم باعه حنطة بخمسائة لزم الكفيل المالان جميعا وان باعه متاعا آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لأنه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك ولو قال إذا بعته شيئا فهو على فباعه متاعا بألف درهم ثم باعه بعد ذلك خادما بألف درهم لزم الكفيل الأول دون الثاني لان كلمة إذا لا تقتضي العموم ولا التكرار وإنما تتناول المبايعة مرة فوجود ذلك تنتهي الكفالة بخلاف ما لو قال كلما بايعته بيعا فانا ضامن بثمنه لان كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير هو بهذا اللفظ ملتزما يجب بمبايعته مرة بعد مرة ولو قال بعه ولم يزد على هذا فباعه لم يلزم الأمر شئ لأنه مشير عليه وليس بضامن وكذلك لو قال أقرضه ولو قال متى بعته بيعا فانا ضامن لثمنه أو ان بعته بيعا فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمسائة ضمن الكفيل الأول منهما لما بينا انه ليس في لفظه ما يقتضي التكرار لان كلمة ان للشرط وكلمة متى للوقت بمنزلة كلمة إذا ولو قال ما بايعته من زطي فهو على فباعه ثوبا يهوديا أو حنطة لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لأنه قيد الكفالة بمبايعته من الزطي خاصة فلا يتناول غيرها وكذلك لو قال ما أقرضته فهو على فباعه متاعا أو قال ما بايعته فهو على فأقرضه شيئا لم يلزم الكفيل من ذلك شئ لأنه قيد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئا آخر والمبايعة غير الاقراض (ألا ترى) ان المبايعة تصح ممن لا يصح منه الاقراض كالأب والوصي ولو قال ما داينته اليوم من شئ فهو

على لزمه القرض وضمن المبيع لان اسم المدائنة يتناول الكل فإنه عبارة عن سبب وجوب الدين (ألا ترى) ان الأمر بالكتابة والسهود جاء به اسم المدائنة وعلم الكل فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء لان لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئاً فيصح رجوعه * توضيحه ان بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرر عن الطالب لأنه يقول إنما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة ولو قال ما بايعته اليوم من شيء فهو

لك على ثم جحد الكفيل والمكفول له المبايعة وأقام الطالب البينة على أحدهما انه قد باع المكفول له ذلك اليوم متاعا بألف درهم لزمهما جميعا ذلك المال أيهما كان حضر لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة والمال الذي يطالبان به واحد فينصب الحاضر منهما خصما فيكون حضور أحدهما كحضورهما فلا يكلف إعادة البينة عند حضور الآخر إذا كان القاضي هو الأول لأنه عالم بسبب وجوب المال على الذي حضر إذ هو باشر القضاء به على الأول وعلمه يغنى الطالب عن إعادة البينة ولو قال من بايع فلانا اليوم ببيع فهو على فباعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان المكفول له مجهول وجهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة كجهالة المقر له فإنه لو قال لواحد من الناس على شيء كان اقراره باطلا ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم لان في حقهم المكفول له معلوم فصحت الكفالة وفي حق غيرهم هو مجهول فلا تصح الكفالة ولكن ضم المجهول إلى المعلوم لا يمنع صحة الكفالة في حق المعلوم لان ما يلتزمه لواحد بالكفالة منفصل عما يلتزمه للآخر ولو اذن لعبده في التجارة وقال لرجل ما بايعت به عبدي من شيء أبدا فهو على أو لم يقل أبدا فهو سواء ولزمه كل بيع بايعه به لان التزام المولى من عبده بحكم الكفالة صحيح كما يصح من الحر وقد بيناه فيما سبق وكذلك لو قال كل ما بايعته أو الذي بايعته بخلاف ما لو قال إذا بايعته أو ان بايعته فهذا على الأول خاصة وقد بينا الفرق بينهما في الحر فكذلك في العبد ولو قال ما بايعت فلانا من شيء فهو على فأسلم إليه دراهم في طعام أو باعه شعيرا بزيت فذلك كله على الكفيل لأنه قد باعه فان السلم نوع بيع ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا

وكله
بثوب يبيعه فأسلمه في طعام جاز على الموكل وعندهما لا يجوز لان السلم غير البيع
بل إن
مطلق التوكيل بالبيع ينصرف إلى البيع بالنقود والله أعلم بالصواب
(باب الحوالة)
(قال رحمه الله) ذكر عن شريح رحمه الله أنه قال في الحوالة إذا أفلس فلا توى على
مال امرئ مسلم يريد به ان مال الطالب يعود فدليلهما ان بمجرد الافلاس تبطل الحوالة
قال وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها فقد برئ
الأول
منهما وقد بينا اختلاف العلماء رحمهم الله فيه ووجه الفرق بين الكفالة والحوالة (ففي
الكتاب)

أشار إلى حروف فإنك لا تكتب ذكر حق فلان بن فلان ان له على فلان ألف درهم وقد

أحاله بها على فلان فان هذا لا يحسن في الكتاب ولا في الكلام وكيف يكون عليه وقد

حولها عنه إلى غيره ويحسن في الضمان أن يقول لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه

فلان (ثم وجوه التوى) قد بينها فما سبق (والجواب) بين الأجنب والأقارب في جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنایات وغير ذلك جائز لأنه تحويل الحق من الذمة

الأولى إلى الذمة الثانية فيستدعى وجوب الحق في الذمة الأولى ليصح التحويل ولو أن المحتال عليه أحاله بالمال على غيره كان جائزاً لأنه لما تحول المال إليه بالحوالة التحق بما كان

واجبا عليه في الأصل وكما يصح التحويل من الذمة الأولى إلى ذمته يصح التحويل من ذمته إلى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الأصيل بالمال قبل أن يؤديه ولكن

يعامله بحسب ما يعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه في فصل الكفيل (وفى هذا نوع

اشكال) فان في الكفالة مطالبة الطالب على الأصيل باقية فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل ما لم يؤدي وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الأصيل فينبغي ان تتوجه عليه مطالبة المحتال

عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدي ولكننا نقول ما سقطت مطالبة الطالب

عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليه مفلسا فكان من هذا الوجه بمعنى

التأجيل أو لما كانت المطالبة بعرض ان يتوجه عليه جعل كالمتوجه في الحال بمعنى الكفالة من

هذا الوجه بخلاف الوكيل فإنه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا في الحال ولا في ثاني

الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل ان يرجع على الموكل ولو قضى المحيل

المحتال عليه المال قبل أن يؤديه فعمل به وربح كان ربحه له لأنه بنفس الحوالة قد استوجب

المحتال عليه على المحيل ولكنه مؤجل لأدائه ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه

وربح كان الربح له لأنه استربح على ملك صحيح ولو كان لرجل على رجل ألف درهم
فأحاله
بها على آخر فقضاها إياه المحتال عليه فلما أراد الرجوع على الأصيل قال الأصيل
كانت لي
عليك وقال المحتال عليه ما كان لك على شيء فإنه يقضى للمحتال عليه على الأصيل
بالمال لأن
السبب الموجب للمال له على الأصيل ظاهر وهو قبوله الحوالة بأمره وأدائه والمحيل
يدعى
لنفسه ديناً على المحتال عليه ليجعل ما عليه قصاصاً بذلك الدين ولم يظهر سبب ما
يدعيه والمحتال
عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس في قبول الحوالة عنه اقرار بوجوب المال للمحيل
عليه

فان الحوالة قد تكون مقيدة بما للمحيل على المحتال عليه وقد تكون مطلقة بل حقيقة الحوالة هي المطلقة فاما المقيدة من وجه فتوكيل بالأداء والقبض عرفنا أنه لم يوجد منه دلالة الاقرار بوجود المال للمحيل عليه وكان القول قوله في الانكار ولو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأحاله أحدهما على رجل بألف درهم على أن أبرأه فلطالب أن يأخذ المحتال عليه بالألف لأنه التزمه بالحوالة والمحيل كان أصيلا في النصف الأول كفيلا في النصف الثاني والحوالة بكل واحد منهما صحيحة وان شاء أخذ الذي لم يحله بخمسائة لان المحيل في هذه الخمسائة كان كفيلا وقد برئ بالحوالة من غير أداء وقد بينا أن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فان أداها المحتال عليه رجع بها على المحيل دون صاحبه لأنه هو الذي أمره بقبول الحوالة ورجوعه بذلك فان أداها المحيل رجع بنصفها على صاحبه لأنه كان كفيلا عنه وأداء المحتال عليه بأمره كأدائه أدأؤه بنفسه والى المحتال عليه كأدائه إلى الطالب له ولو أدى إلى الطالب رجع بنفسها على صاحبه فكذلك هنا ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها على رجلين فله أن يأخذ كل واحد منهما بنصفها لأنهما أضافا الحوالة في جميع ذلك المال إليهما إضافة على السواء فيقسم عليهما انقساماً على السواء وقد بينا في الكفالة نظيره فان اشترط ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أخذ بالألف أيهما شاء لان كل واحد منهما التزم بجميع المال هنا في النصف عن الأصيل وفي النصف الآخر عن صاحبه بالكفالة فإذا أداها رجع على صاحبه بالنصف ليستويا في الغرم الثابت بسبب هذه الحوالة كما استويا في أصل الالتزام ولو كان لرجل على مكاتب مال فأحاله المكاتب به على رجل عليه

مال فهو جائز لان هذا أمر من المكاتب به على رجل له عليه مال فهو جائز لان هذا أمر
من المكاتب للطالب في أن يقبض ماله من غريمه له أولا ثم لنفسه وأمر للغريم بأن
يؤدي ما عليه إلى الطالب وذلك صحيح من المكاتب وهذا التكلف غير محتاج إليه في هذا
الفصل فان المكاتب لو أحال الطالب حوالة مطلقة يجوز فكذلك الحوالة من المكاتب المقيدة
وإنما يحتاج إليه في الفصل الثاني وهو ما إذا كان المكاتب هو المحتال عليه لان قبول
الحوالة من المكاتب مطلقا لا يجوز بمنزلة الكفالة ولكن يجوز مقيدا بالمال الذي عليه لأنه لا فرق
في حقه بين أن يؤدي ذلك المال إلى المحيل أو إلى المحتال والعبد التاجر والصبي التاجر
في هذا كالمكاتب وكذلك لو كان المال على رجلين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فأحاله على

واحد جازت الحوالة منهما كما تجوز من الواحد إذا كان مطلوباً بالمال وكذلك الوصي يحتال

بدين اليتيم على رجل أملاً من غريمه الأول فاحتال بذلك فهو جائز لان في هذا قربان ماله

بالأحسن فان حياة الدين بملاءة ذمة من عليه وفي قبول الحوالة على من هو أملاً إظهار للزيادة في حقه وتيسر الوصول إلى ماله وكان ذلك منهما نظراً من حقه والله أعلم (باب الأمر بنقد المال)

(قال رحمه الله) وإذا أمر رجل رجلاً بأن ينقد عنه فلان ألف درهم فنقدها رجع بها على

الأمر لان هذا من الأمر استقراض من المأمور وانه لا يتحقق نقده عنه الا بعد أن يكون المنقود ملكاً له ولا يصير ملكاً له بالاستقراض منه فكأنه استقرض منه الألف ووكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أولاً ثم لنفسه ولأنه أمره أن يملكه ما في ذمته بمال يؤديه

من عنده فكان بمنزلة ما لو أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من

عنده وهناك يثبت للمأمور حق الرجوع على الأمر بما يؤدي فكذلك هنا وكذلك لو قال

انقد فلان ألف درهم له على أو قال اقضه عنى كذا أو قال اقضه ماله على أو ادفع إليه الذي

له على أو ادفع عنى كذا أو اعطه عنى ألف درهم أو أوفه ماله على فهذا كله باب واحد وكله

اقرار من الأمر أن المال عليه لفلان اما لقوله عنى أو لقوله اقضه عنى فان القضاء لا يكون

الا بعد الوجوب أو لقوله على أو لقوله أوفه عنى فان الايفاء يكون بعد الوجوب ولو قال

أنقده عنى ألف درهم على أنى ضامن لها أو على أنى كفيل بها أو على أنها لك على أو إلى أو

قبل فهو سواء وإذا نقدها إياه رجع بها على الأمر لأنه صرح بالتزام ضمان المنقود له أو أتى

بلفظ يدل عليه ويستوى ان نقده الدراهم أو نقده بها مائة درهم أو باعه بها جارية أو غير ذلك

لان بالبيع يجب الثمن للبايع على المشتري ولم يصر قابضاً الدراهم التي وجبت له عليه كما أمر به

فكان هذا وما لو دفع إليه دراهم في الحكم سواء (ألا ترى) ان الطالب يصير مستوفيا
حقه
بهذه الطريق إذا حلف ليستوفين ماله عليك قبل أن يفارقك وإذا قال الرجل للرجل
ادفع إلي
فلان ألف درهم قضاء ولم يقل عنى أو قال اقض فلانا ألف درهم ولم يقل على أنها لك
على
فدفعها المأمور فإن كان خليطا للآمر رجع بها عليه لان الخلطة القائمة بينهما دليل
ظاهر على أن
أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ وهذا لان كل واحد من الخليطين ينوب
عن

صاحبه في قضاء ما عليه وان أداه بناء على الخلطة السابقة وتلك الخلطة تثبت له حق الرجوع بما يؤدي بأمره كما يثبت له حق الرجوع عليه بما يؤدي إليه وإن لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله وإنما رجوعه على المدفوع إليه وقول أبي يوسف الآخر رحمه الله يرجع على الأمر خليطا كان أو غير خليط لوجهين (أحدهما) ان أمره بالدفع إلى غيره بمنزلة أمره بالدفع إليه ولو قال ادفعه إلى كان له أن يرجع عليه فكذلك إذا أمره بالدفع إلى غيره ولان فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين وإذا اعتمد في الأداء أمره فلو لم يرجع صار مغررا من جهته والغرر مدفوع كما في الخليطين (الثاني) أنه قال ادفعها إليه قضاء والقضاء يبنى على الوجوب ولم يكن على المأمور شئ واجب للمدفوع إليه ولا يعتبر أمر الأمر بذلك بل أمره إنما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الأمر وكان اقرارا بوجوب المال عليه من هذا الوجه وهذا وقوله اقض عنى سواء وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا إن قوله اقض أو ادفعه إليه قضاء كلام محتمل يجوز أن يكون المراد اقضه ما له عليك فيكون هذا منه أمرا بالمعروف ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله على والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الأمر للمدفوع إليه وإذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضا ولا أمرا بان يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه هذان بخلاف ما لو قال قضاء عنى إذا كان قضاء لما له على لان الاحتمال قد زال هناك بما صرح به من الإضافة إلى نفسه ولا يجوز أن يعتبر أمره بالدفع إلى غيره بالدفع إلى نفسه لان قوله ادفعه إلى لا يثبت له حق الرجوع عليه بهذا الامر بل يقضه المال منه وهذا المعنى بوجوب أن يكون رجوعه هنا إلى المدفوع إليه لأنه هو القابض للمال منه دون الأمر ولو كان أمر بذلك

ولده
أو أخاه وهو ليس في عياله فهذا وأمره للأجنبي بذلك سواء إلا أن يكون أمره بذلك
بعض
من في عياله فيكون ذلك بمنزلة ما لو أمر خليطاً له بذلك استحساناً لأن الإنسان يقضى
ما عليه
بيد من في عياله ويد هؤلاء بمنزلة يده ولو دفع بنفسه قضاء كان ذلك قضاء لما هو
واجب
فكذلك إذا أمر بعض من في عياله حتى أدى وكذلك الزوجة إذا أمرت بذلك زوجها
فان ما
بينهما من الزوجية بمنزلة الخلطة أو أقوى منه وكذلك لو أمر به أجيالاً له وإنما أراد به
التلميذ الخاص الذي استأجره مسانحة أو مشاهرة فإنه بمنزلة من في عياله وكذلك لو
أمر
به شريكاً له لأن قيام الشركة بينهما بمنزلة الخلطة أو أقوى منها وهذا كله استحسان
وحمل

لمطلق الكلام على ما هو معتاد بين الناس ولو قال لرجل ادفع إلى فلان ألف درهم فإن كان
المأمور خليطاً للآمر أو بعض من في عياله رجع المأمور على الأمر باعتبار الخلطة التي
بينهما
فإن ذلك بمنزل الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه لم يرجع الأمر على
القابض
وإن لم يكن له عليه شيء يصير قصاصاً به فأما إذا لم يكن المأمور خليطاً للآمر فلا
اشكال على
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يرجع على الأمر وإنما يرجع به على القابض
وإنما
اختلفوا على قول أبي يوسف الآخر رحمه الله فعلى قياس الطريقة الأولى يرجع على
الأمر
بمنزلة ما لو قال ادفعه إلى وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض لأنه
ليس
في لفظه ما يدل على أن القابض يستوفى حقاً واجبا له بخلاف ما إذا قال ادفعها إلى
فلان قضاء ولو
أمر خليطاً له أن ينقد فلانا عنه ألف درهم نجية فنقد عنه ألف درهم غلة أو نبهجة لم
يرجع على
الأمر الا بمثل ما أعطى بخلاف الكفيل بالنجية إذا أدى بالغلة فإنه يرجع بالنجية فان
رجوع
الكفيل بحكم الالتزام (ألا ترى) انه لو وهب المال منه رجع على الأصيل وإنما التزم في
ذمته النجية
فاستوجب مثلها في ذمة الأصيل ثم إن سامحه الطالب فتجاوز بالغلة لا يجب أن يسامح
الأصيل
بشيء فاما المأمور فهو غير ملتزم في ذمته شيئاً وإنما يثبت له حق لرجوع بالأداء (ألا
ترى) انه
لو وهب المال منه لم يصح فإن كان رجوعه بالأداء رجع المؤدى ولو كان لرجل على
رجل ألف
درهم فأحال بها عليه رجلاً فلما استوفاهما المحتال قال المحتال للمحيل كان المال لي
عليك وإنما
استوفيت حق نفسي وقال المحيل بل كنت وكيلى في قبض مالي لم يكن لك علي شيء
فالقول
قول المحيل لان وجوب المال له على المحتال عليه كان ظاهراً كالمقبوض بذلك

السبب فيكون
ملكاً له ثم القابض يدعى لنفسه ديناً عليه حتى يحبس ماله بذلك ولم يظهر ذلك الدين
له عليه
فإن إحالته عليه لا تكون دليلاً على وجوب المال للمحتال على المحيل فيكون القول
قول المنكر
ويؤمر بدفع المال إليه إلا أن يثبت دين نفسه عليه ولو أراد المحتال عليه أن يمنع المال
من الذي
أحال به عليه ورب المال غائب لم يكن له عليه ذلك بعد الحوالة لأنه قد التزم دفع
المال إليه
فعليه الوفاء بما التزم وكذلك لو قال رب المال أضمن له هذا المال فهو مثل الحوالة
بخلاف
ما لو قال أضمن له هذا المال عنى فإنه يكون اقراراً من رب المال بالمال لهذا لأنه أمره
بان يضمن عنه ولا يتحقق ذلك إلا بعد وجوب المال عليه ولأن قوله أضمن عنى له
بمنزلة
التصريح منه ان القابض عامل لنفسه وليس بوكيل من جهته وإنما يكون ذلك عند
وجوب

المال للطالب على الأصيل وكذلك الحوالة إذا قال يحتال إليك بالألف التي لي عليك لم يكن هذا اقرارا بان المال عليه ولو قال هو محتال عليك بألف درهم لتؤديها عنى من المال الذي لي عليك فهذا اقرار منه بوجود المال عليه للمحتال وإذا قال يحتال عليك بألف درهم لم يكن هذا اقرارا منه بالمال ولكن المحتال عليه لا يستطيع الامتناع من أداء المال إلى المحتال لأنه التزمها له ولان كلامه محتمل وبالمحتمل لا يكون له ان يمتنع من ايفاء ما التزم وان أداها وكان خليطا للآمر رجع بها عليه ورجع بها الأمر على المضمون له بعد أن يحلف انها ليست عليه وقد بينا في الحوالة نظيره فكذلك في الضمان ولو لم يكن خليطا له لم يرجع بها عليه لأنه ليس في لفظه ما يدل على الامر بالضمان فلا يثبت له حق الرجوع عليه ولكنها تسلم للمضمون له بخلاف ما سبق من قوله ادفع لأنه ليس هناك من الأمور التزام شئ للمدفوع إليه (ألا ترى) ان له ان يمتنع من الدفع إليه فكذلك بعد الدفع له أن يرجع بها عليه وهنا بقبول الحوالة والضمان قد التزم المال للمضمون له حتى لا يكون له أن يمتنع من الدفع إليه في الابتداء فكذلك بعد الدفع إليه لا يكون له ان يرجع عليه بشئ مما أدى إليه والله أعلم بالصواب

(باب صلح الكفالة)

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل عنه بأمره فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على ابراء الأصيل من الألف جاز كما لو صالحه الأصيل بنفسه وهذا ظاهر لان الطالب استوفى عشر حقه وأبرأه من سوى ذلك وكل واحد من الامرين صحيح في الكل فكذلك في البعض لم يرجع الكفيل على المكفول عنه بمائة درهم لان رجوع الكفيل باعتبار ثبوت الملك له وذلك مقصور على ما أدى دون ما أبرأه الأصيل عنه لان الابراء اسقاط فلا يتضمن التملك من الكفيل ولا يتحول به أصل الدين إلى ذمة الكفيل بخلاف الايفاء فإنه يتضمن تحول أصل الدين إلى ذمة الكفيل ليمتلك بأدائه ما في ذمته فيستوجب الرجوع به على الأصيل ولو صالحه على مائة درهم على أن يبرئ الكفيل خاصة

من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة درهم ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة
لأن
إبراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون إسقاطا لأصل الدين فيبقى له في ذمة
الأصيل

ما أبرأه الكفيل منه وتسعمائة وهذا لان الكفيل يلتزم المطالبة وبراء الكفيل يكون تصرفا في تلك المطالبة دون أصل الدين وبالابراء لا يتحول الدين إلى ذمة الكفيل ولو صالحه على

مائة درهم على أن وهب التسعمائة للكفيل كان للكفيل ان يرجع بالألف كلها على المكفول

عنه لأنه ملك جميع الأصل وهو الألف بعضها بالأداء وبعضها بالهبة منه والبعض معتبر بالكل

وهذا لان الهبة تمليك في الأصل فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين إلى ذمة الكفيل فلا يبقى

للطالب في ذمة الأصيل شئ ويتحول الكل إلى ذمة الكفيل ثم يملكها بالهبة والأداء فيرجع

بها على الأصيل ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير أو باعه إياه بعشرة دنانير كان

للكفيل ان يرجع على الأصيل بجميع الألف لأنه بهذا الصلح والشراء يملك جميع الألف ومن

ضرورة صحتها تحول الدين إلى ذمة الكفيل فان الصلح في غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع

وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عرض أو متاع فالجواب في

الكل سواء ولو كان معه كفيل اخر وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه كان له ان يرجع على

صاحبه بنصف ذلك لان هذا الصلح أو البيع بمنزلة الأداء في حق الرجوع على الأصيل فكذلك في حق الرجوع على الكفيل معه ولو أدى جميع المال كان له ان يرجع بنصفه على

شريكه في الكفالة فكذلك هنا ولو كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكل واحد منهما

ضامن عن صاحبه فأدى أحدهما ثم أخذ صاحبه في الكفالة معه بالنصف فصالحه من ذلك

على مائة درهم على أن أبراه خاصة مما بقي فهو جائز واستوجب الرجوع على صاحبه بنصف

المؤدى وهو خمسمائة ليستوي معه في الغرم فإذا استوفى منه بعض ذلك وأبراه عن الباقي

جاز كما لو عامل الأصيل بمثل ذلك ثم براءة الكفيل بالابراء لا تكون براءة للأصيل

وقد كان
للمؤدى أن يرجع على الأصيل بجميع الألف وإنما وصل إليه من جهة صاحبه مائة فيبقى
حقه
في الرجوع على الأصيل بتسعمائة ويثبت للكفيل الآخر حق الرجوع على الأصيل بمائة
فأيهما أخذ منه شيئاً اقتسما المأخوذ اعتباراً على قدر شركتهما فيما في ذمته لأحدهما
تسعة
أعشاره وللآخر عشره ولو صالح المؤدى صاحبه من الخمسمائة على عشرة دنانير أو
كر حنطة
أو عرض جاز ذلك كما يجوز صلحه مع الطالب عن الخمسمائة على هذا المقدار
ويملك الكفيل
الآخر خمسمائة بهذا الصلح بمنزلة ما لو أداها بعينها إلى المؤدى فيتبع كل واحد منهما
الأصيل

بخمسمائة وأيهما أخذ شيئاً كان لصاحبه نصفه على حسب حقهما في ذمته ولو كان الدين طعاماً
وبه كفيل فصالح الكفيل الطالب منه على عشرة دراهم رجع بالطعام كله على المكفول عنه
لان ما أداه الكفيل يصلح أن يكون عوضاً عن جميع الطعام فيصير به متملكاً بجميع الطعام
(ألا ترى) انه لو باعه بالطعام ثوباً كان به متملكاً بجميع الطعام حتى يرجع به على الأصيل
فهذا مثله ولو كان الدين ألف درهم وبه كفيلاً كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فصالح
أحد الكفيلين صاحبه على مائة درهم على أن يبرئه من حصته من الكفالة وقبضها منه ثم إن
الكفيل الذي قبض المائة أدى المال كله إلى الطالب رجع على المكفول عنه بتسعمائة ولم يرجع
على الكفيل معه بشئ ويرجع المؤدى للمائة على المكفول عنه بالمائة لان كل واحد منهما
كفيل عن الأصيل بجميع المال وعن صاحبه بنصف المال صلح الكفيل مع الأصيل قبل أدائه
إلى الطالب صحيح كما يجوز صلحه مع الطالب فإذا صالح أحدهما صاحبه على مائة فقد صار
مبرئاً له عما زاد على المائة مما استوجب الرجوع عليه وهو كان كفيلاً عن الأصيل وبراء
الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فإذا أدى القابض للمائة جميع الألف فإنما أدى عن الأصيل
تسعمائة فيستوجب الرجوع بها عليه ويصير مؤدياً عن الكفيل معه مقدار ما كفل عنه وذلك
مائة درهم فيرجع المؤدى للمائة على الأصيل بتلك المائة لان أداء كفيله عنه كأدائه بنفسه ولو
لم يكن هكذا ولكن الطالب أخذ الكفيل الذي أدى المائة واستوفى منه الألف كلها فله أن
يرجع على شريكه بتسعمائة لأنه دفع إليه المائة على أن يؤديها عنه إلى الطالب فإذا لم يفعل حتى
أداها بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك المائة وقد كان كفل عنه خمسمائة وأداها فله

ان يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا ولو كان الكفيل صالح صاحبه على كر حنطة ودفعه إليه على أن أبرأه من حصته من الكفالة فهذا جائز فيما بينهما لأنه كفل بالخمسمائة وما أدى إليه يصلح أن يكون عوضا عن الخمسمائة ويكون هذا التصرف منهما غير جائز في حق الطالب فله ان يأخذ بجميع المال أيهما شاء فان أخذ الطالب الكفيل الذي أدى بالألف فأداها فإنه يرجع بها تامة على الكفيل الذي معه وبخمسمائة مع ذلك على الذي عليه الأصل ان شاء إلا أن يشاء الكفيل القابض للطعام ان يرد عليه الطعام ويرد عليه خمسمائة مع ذلك لان المؤدى للألف استوجب الرجوع على شريكه في الكفالة بنصف ما أدى وهو خمسمائة لأنه تحمل ذلك عنه بأمره وبالنصف الآخر لأنه دفع إليه الطعام على أن يؤدي عنه ما يقابله وهو خمسمائة إلى الطالب فإذا

لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له أن يرجع عليه بتلك الخمسمائة أيضا الا ان القابض للطعام قبضه بطريق الصلح على أن يبرئ المؤدى من رجوعه عليه لا على أن يرجع المؤدى عليه بخمسمائة فإذا آل الامر إلى ذلك خير لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فإن شاء نقض الصلح ورد عليه الطعام وان شاء أمسك الطعام ورد عليه عوضه وهو خمسمائة وان شاء المؤدى للألف رجع بخمسمائة على الأصيل لأنه أداها عنه بعد ما تحملها بأمره ورجع بخمسمائة على الكفيل الذي قبض الطعام إلا أن يشاء الكفيل ان يرد عليه الطعام لما بينا (وحاصل فقه هذه المسألة) ان الخمسمائة التي هي عوض عن الطعام لا يستوجب المؤدى الرجوع بها على الأصيل لأنه صار مملكا إياها من المؤدى للطعام فيكون رجوعه بذلك على القابض للطعام خاصة إلا أن يشاء القابض للطعام ان يرد عليه الطعام لأنه قبضه منه على سبيل الحط والاغماض ولو صالح أحد الكفيلين صاحبه على عشرة دنانير ودفعها إليه على أن أبراه من حصته من الكفالة ثم إن الطالب صالح الكفيل الذي قبض الدنانير على تلك الدنانير بأعيانها عن جميع المال وأداها إليه كان جائزا لأنه ملك الدنانير وتم ملكه فيما قبضه من صاحبه فالتحق تعيينها من دنانيره في جواز الصلح مع الطالب عليها من جميع المال ويكون هذا الصلح تمليكا منه لانعدام معنى الربا عند اختلاف الجنس ثم يكون للكفيل الذي صالح الطالب أن يرجع على الأصيل بخمسمائة درهم ويرجع الكفيل الآخر على الأصيل بخمسمائة أيضا لان الذي صالح الطالب قد يملك جميع الألف بهذا الصلح بمنزلة ما لو أدى إليه جميع الألف وكان له أن يرجع على شريكه بخمسمائة لولا صلحه معه وقد صح صلحه معه عن الخمسمائة على الدنانير

فيجعل ذلك الصلح بينهما كأنه كان بعد اذنه فيتقرر كل واحد منهما في الرجوع عن
الأصيل
بخمسمائة لان أداء الكفيل المصلح الأول عنه كأدائه بنفسه وأيهما أخذ شيئاً من
الأصيل
شاركه فيه صاحبه لان الدين الذي في ذمة الأصيل مشترك بينهما وما يقبض أحد
الشريكين
من دين مشترك بينهما شاركه فيه صاحبه * ولو لم يكن هكذا ولكن أحد الكفيلين أدى
المال
كله إلى الطالب ثم صالح الكفيل معه على مائة درهم على أن أبرأه أو على عشرة دنانير
على أن
أبرأه وقبض ذلك فهو جائز لأنه بالأداء استوجب الرجوع على شريكه في الكفالة
بخمسمائة
والصلح من الخمسمائة على مائة درهم أو على عشرة دنانير جائز وهما يتبعان الأصيل
بالألف
تامة لأنهما صارا مؤدين عنه جميع الألف فإن كان الصلح بينهما على الدنانير فالألف
بينهما

نصفان لان مؤدى الدنانير يصير متملكا للخمسائة بما أدى فالصلح يصح بطريق التملك
إذا أمكن والامكان موجود عند اختلاف الجنس فيكون رجوع كل واحد منهما على الأصيل
بخمسائة بمنزلة ما لو أدى إلى صاحبه خمسائة وان جرى الصلح بينهما على مائة درهم فالألف
بينهما على عشرة أسهم لان صحة الصلح عنهما هنا بطريق الاسقاط فان مبادلة الخمسائة بالمائة
ربا فالمؤدى للمائة لا يأخذ الا مقدارها وبراء مؤدى الألف صاحبه عما زاد على المائة لا
يكون ابراء الأصيل فيكون له ان يرجع على الأصيل بتسعمائة وللآخر ان يرجع عليه بالمائة
فإذا اقتضاه شيئا منها يكون المقبوض بينهما على مقدار حقهما اعتبارا ولو صالحه على عرض
أو حيوان كان مثل الصلح على الدنانير لان تصحيحه بطريق التملك ممكن والصلح قبل
الأداء وبعد الأداء جائز لان الدين يجب للكفيل عن الأصيل بالكفالة كما يجب للطلب على
الكفيل بعين في حق المطالبة (ألا ترى) ان الكفيل يطالب الأصيل بحسب ما تعامله الطالب مع الكفيل ويجوز صلح الكفيل مع الأصيل قبل الأداء وبعده وإذا كان الدين طعاما قرضا أو غصبا فصالح أحد الكفيلين صاحبه على دراهم مسماة على أن أبرأه من خصومته
فهو مثل الباب الأول لما بينا أن تصحيح هذا الصلح بينهما بطريق المبادلة ممكن فان أدى
الذي قبض الدراهم والطعام كله كان لهما ان يتبعا الأصيل بذلك نصفين لان المؤدى للدراهم
كان أصيلا في حق صاحبه وأداء كفيله كأدائه بنفسه وقد تم ملكه في حصته من الطعام بما أدى من الدراهم إلى صاحبه فيرجع على الأصيل بذلك والمؤدى للطعام كفيل عن الأصيل بالطعام وقد أدى فيرجع عليه بما لم يصل إليه عوضه من صاحبه وذلك نصف الطعام
فلهذا رجعنا عليه بالطعام نصفين وان أدى الطعام الذي دفع الدراهم اتبع صاحب الأصل بالجميع لأنه كان كفيلا عنه بجميع الطعام وقد أدى فيرجع على الكفيل الذي قبض الدراهم

بنصف ما أدى الطعام لأنه دفع إليه الدراهم عوضا عن نصف الطعام الذي كان كفله به
عنه
ليؤديه إلى الطالب ولم يفعل فيرجع عليه بذلك إلا ان يشاء القابض للدراهم ان يرد
الدراهم
لأنه قبضها بطريق الصلح ومبنى الصلح على التجوز بدون الحق فإذا آل الامر إلى أن
يلزمه
رد نصف الطعام ويكمله عليه كان له أن يلتزم هذا الضرر ويرد عليه المقبوض من
الدراهم ان شاء
وان شاء الكفيل الذي أدى الطعام اتبع صاحبه في الكفالة بجميع الطعام ليؤديه عنه إلى
الطالب
فإذا لم يفعل حتى أدى بنفسه كان له ان يرجع عليه بذلك أيضا إلا أن يشاء القابض
للطعام

أن يرد عليه دراهمه مكان نصف الطعام فحينئذ يكون له ذلك فيدفع إليه دراهمه مع
نصف
الطعام فالمقبوض منه يكون مشتركا بينهما على قدر حقيهما وان كانا كفيلين عن رجل
بمائة
درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بها ثم إن أحد الكفيلين صالح الآخر على
عشرة
دراهم على أن أبرأه ثم صالح الطالب الذي قبض العشرة على خمسة دراهم وأداها إليه
فإنه
يرد تسعة ونصفا على الكفيل الذي معه ثم يرجعان جميعا على الأصيل بخمسة لان
المؤدى
للعشرة إنما أداها إلى صاحبها على أن يؤدي عنه العشرة وهو ما أدى إلى الطالب مما
كفل عنه
الا درهمين ونصفا لأنه أدى إليه خمسة وهي شائعة في النصفين نصف ذلك مما هو فيه
متحمل عن صاحبه فعرفنا انه أدى إلى الطالب مما تحمل عن صاحبه درهمين ونصفا
وصاحبه
إنما برئ مما بقي ببراء الطالب لان عند اتحاد الجنس يتعدد تصحيح الصلح بطريق
المبادلة
فلهذا رجع المؤدى للعشرة على صاحبه بسبعة ونصف ثم كل واحد منهما يؤدي عن
الأصيل
درهمين ونصفا حكما فيرجعان عليه بالخمسة كذلك * ولو لم يكن هكذا ولكن الذي
عليه الأصيل
صالح أحد الكفيلين على عشرة دراهم ودفعها إليه فهو جائز بطريق الاسقاط لما وراء
العشرة
مما استوجب الرجوع به عليه عند الأداء فان أدى الكفيل الذي أخذ العشرة إلى الطالب
المائة درهم لم يرجع على الأصيل ولا على صاحبه بشئ وقد صالح الأصيل على ما
أخذ منه من
العشرة وصار مبرئا له عما زاد على ذلك فلا يرجع عليه بشئ عند الأداء والكفيل معه
إنما
استفاد البراءة ببراءة الأصيل لا بأدائه لان براءة الأصيل على أي وجه تكون تتضمن براءة
الكفيل ولو أدى الكفيل الآخر المائة كان له أن يرجع على الكفيل الذي معه بخمسين
درهما
وعلى الأصيل بمثل ذلك لأنه صار مؤديا عن الكفيل الذي معه مقدار الخمسين ولو لم
يجر

بين الكفيل الآخر وبين الأصيل صلح كان لهذا المؤدى أن يرجع على الكفيل الآخر بما أدى عنه بالكفالة وهو مقدار الخمسين فبعد صلحه أولى وقد كان كفيلا عن الأصيل

بالخمسين الأخرى وأداها عنه ثم يرجع الأصيل على الكفيل الذي صالحه بخمسة دراهم لأنه كان صالحه على عشرة دراهم ونصف ذلك مما كان هو الذي كفل به عنه ونصفه مما كفل

به صاحبه على أن يكون هو المؤدى عنه فإذا لم يفعل كان له أن يرجع عليه بنصف تلك

العشرة وهو خمسة وتسليم الخمسة الأخرى للمصالح لان الكفيل الآخر لما رجع عليه بخمسين كان له أن يرجع بذلك على الأصيل لولا صلحه معه على هذه الخمسة وبراءه إياه

عما زاد عليها إلى تمام الخمسين ولو صالح الأصيل الكفيلين جميعا على عشرة دراهم
من جميع
الكفالة فهو جائز وأيهما أدى بالكفالة المائة إلى الطالب فإنه لا يرجع على الأصيل بشئ
إلا

بخمسة لان كل واحد منهما بالصلح قد أبرأه عما زاد على الخمسة إلى تمام ما كفل
عنه ولو

أبرأه عن ذلك بعد الأداء سقط حقه في الرجوع عليه فكذلك قبل الأداء وان شاء رجع
على صاحبه بالخمسة التي قبضها من الأصيل لأنه إنما كان قبض تلك الخمسة ليؤدي
إلى الطالب

ما تحمل عن الأصيل ولم يؤد شيئا وإنما أداه الآخر فيكون هو أحق بتلك الخمسة
يقبضها

منه ولا يتبعان بشئ لما بينا أو المراد بقوله لا يرجع المؤدى على الأصيل الا بخمسة
سوى

الخمسة التي قبضها صاحبه في الكفالة لان المؤدى أدى تلك الخمسة بحكم الكفالة
عن الأصيل
وهو ما أبرأه منها فيرجع بها على الأصيل ان شاء ثم يرجع بها الأصيل على القابض منه
وان

شاء رجع بها على صاحبه لما بينا وإن لم يؤد واحد من الكفيلين المال ولكن أدى
الأصيل

رجع على الكفيلين بعشرة دراهم بعينها لأنهما استوفيا العشرة منه ليؤديا عنه ما تحملا
من الدين

ولم يوجد ذلك حين أدى هو المال بنفسه فكان له أن يرجع عليهما بتلك العشرة ولا
يرجع

بما زاد على ذلك لان رجوعه عليهما بحكم استيفائهما منه لا بحكم اسقاطهما عنه
ولو صالحهما على

ثوب ودفعه إليهما ثم إنه أدى المائة إلى الطالب رجع على كل واحد منهما بقبض
نصف

الثوب منه في حكم المستوفى الخمسين بطريق المبادلة وإنما استوفى على أن يؤدي
عنه حق

الطالب فإذا لم يفعل ولكن أداها صاحبه وقد كان كفيلا عنه بها كان له أن يرجع بتلك
الخمسين عليه وان شاء رجع بها على الأصيل لأنه يتحمل تلك الخمسين عن الأصيل
وقد أداها

فان رجع بها على الأصيل رجع بها الأصيل على الكفيل الذي لم يؤد شيئا إلا أن يشاء

الكفيل أن يرد عليه نصف الثوب الذي صالحه عليه لأنه استوفاهما عنه ليؤديها عنه فإذا
لم
يفعل حتى أدى هو بنفسه إلى الكفيل المؤدى عنه كان ذلك بمنزلة أدائه إلى الطالب
فيرجع
بها على الذي لم يؤد شيئاً إذ الذي لم يؤد شيئاً صار مستوفياً بطريق التجوز بدون الحق
فيتخير
لذلك ولو لم يؤد مائة درهم ولكنه أدى عشرة دراهم فصالحه عليها الطالب فإنه لا
يرجع
على شريكه في الكفالة بخمسة دراهم ولكن الأصيل يرجع على الكفيل المؤدى للعشرة
إلى الطالب بأربعين درهما وعلى الكفيل الآخر بخمسين لان كل واحد منهما بقبض
نصف
الثوب منه صار قابضاً للخمسين على أن يؤدي عنه ذلك إلى الطالب ولم يفعل ذلك
الذي

لم يؤد إلى الطالب شيئاً وإنما برئ هو عن تلك الخمسين ببراء الطالب إياه فكان للأصيل أن يرجع عليه بتلك الخمسين إلا أن يشاء هو رد نصف الثوب عليه والمؤدى للعشرة كان في حكم القابض للخمسين منه أيضاً على أن يؤدى ذلك عنه وإنما أدى إليه عشرة فما زاد على العشرة إنما برئ الأصيل عنه ببراء الطالب فيكون له أن يرجع على المؤدى للعشرة بقدر الأربعين لذلك ولا رجوع للمؤدى للعشرة على شريكه بنصف العشرة لأنه قد استوفى من الأصيل هذه العشرة وزيادة فكيف يرجع بشئ منها على شريكه ولو لم يؤد شيئاً ولكن الأصيل صالح الطالب على عشرة دراهم فإنه يرجع على كل واحد من الكفيلين بخمسين درهماً إلا أن يشاء رد الثوب عليه لأن كل واحد منهما في حكم المستوفى للخمسين منه ولكن بطريق التجوز بدون الحق ولو كان الأصيل صالح الكفيلين على عشرة دراهم وكان أحد الكفيلين صالح الطالب على أربعة دراهم فإنه لا يرجع على صاحب الدرهمين اللذين أدى عنه لما بينا أنه قبض ذلك من الأصيل وزيادة ولكن يرد درهماً على الأصيل لأنه قبض من الأصيل خمسة وما أدى عنه إلى الطالب إلا أربعة وإنما برئ عما زاد على الأربعة ببراء الطالب ويرد صاحبه خمسة دراهم على الأصيل لأن صاحبه استوفى من الأصيل خمسة دراهم ولم يؤد عنه شيئاً وإنما برئ هو من حصة صاحبه ببراء الطالب ولو كان الأصيل صالحهما على ثوب ثم إن أحدهما صالح الطالب على دراهم على أن أبرأه من جميع المال لم يرجع على شريكه بشئ لأنه إنما أدى إلى الطالب درهماً وقد صار مستوفياً من الأصيل مقدار الخمسين بالصلح على الثوب فلهذا لا يرجع على شريكه بشئ ولكن المصالح مع الطالب يرد على الأصيل تسعة وأربعين درهماً وصاحبه يرد على الأصيل خمسين درهماً لأن كل واحد منهما صار

مستوفيا
للخمسين درهما من الأصيل على أن يستفيد الأصيل البراءة من حق الطالب بأدائهما
ولم يوجد
ذلك فالذي صالح الطالب على الدراهم إنما أدى عنه الدراهم فقط فيرد عليه ما زاد
على ذلك
إلى تمام الخمسين والآخر لم يؤد عنه شيئا إلى الطالب فيرد عليه ما صار مستوفيا منه
وذلك خمسون
درهما وإذا كفل رجل بمال مؤجل ثم فاوز رجلا ثم حل الاجل لم يلزم شريكه من
ذلك
شيء أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلان عقد المفاوضة لا يوجب المساواة
بينهما في ضمان
الكفالة ان لو كانت الكفالة بعد الشركة فإذا كانت قبلها أولى وأما عند أبي حنيفة
رحمه الله
فلان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه فيما يجب على صاحبه بسبب
يباشره بعد

الشركة وهذا المال إنما لزمه بسبب باشره قبل الشركة لان وجوب المال عليه بسبب الكفالة
لا بحلول الاجل والأجل الذي كان مانعا من المطالبة يرتفع بمضي المدة فيبقى المال عليه بسبب
الكفالة وقد كان قبل الشركة فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم فاوض رجلا ولو كفل
بالمال مؤجلا وهو معاوضة ثم فارقه أو صار شريكه فإنه يلزم شريكه جميع الكفالة في قول أبي حنيفة
رحمه الله لان المال إنما لزمه بسبب باشره في حال قيام الشركة بينهما وإنما كان زوال المانع
بعد انقطاع الشركة وكما وجب المال بمباشرة السبب على الذي باشره وجب على الآخر بحكم
الكفالة عنه فيفسخ الشركة وانفساخها بالموت لا يسقط عنه ما كان لزمه كما لو اشترى شيئا
بثمن مؤجل ثم تفاسخا الشركة فان أداها الشريك قبل الفرقة أو بعدها كان له أن يرجع على الذي
أمر شريكه بالكفالة لأنه كما قام مقام الشريك في وجوب المال عليه والأداء إلى الطالب
فكذلك في الرجوع على الأصيل وهذا لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على كل واحد
من الشريكين وجب أيضا لكل واحد منهما على الأصيل الذي أمر أحدهما بالكفالة لان أمره أحدهما كأمره إياهما فإنهما بعقد المعاوضة صارا كشخص واحد وكذلك لو أداه
بعد موت الكفيل لأنه مطالب بالمال بعد موته كان مات قبله فان مات المفاوض الذي لم يكفل
قبل حل الاجل فالمال يحل عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحل على الحي منهما لان
الاجل كان ثابتا في حق كل واحد منهما إلا أن الميت استغنى عن الأصيل بموته والحي يحتاج إلى ذلك
والميت لا ينتفع ببقاء الاجل بل يتضرر بذلك لان يد الوارث لا تبسط في الشركة والحي ينتفع
بالأجل فيبقى الاجل في حق الحي منهما دون الميت وحلول المال على الميت منهما بعد الموت

لا يوجب حلوله على الآخر لان الشركة قد انقطعت بموته فأما في شركة العنان
والمضاربة
إذا كفّل أحدهما بمال أو نفس لم يلزم شريكه منه شيء لان الشركة بينهما تتضمن
الوكالة في
التجارة دون الكفالة فالدين الذي يجب على أحدهما بمباشرة سببه يكون الآخر
كالأجنبي فيه
فلا يطالب بشيء منه وإذا كان لرجل على رجل حنطة سلم وبه كفيل فأداه الكفيل ثم
صالح
المكفول عنه على دراهم أو عرض أو مكيل أو موزون يدا بيد فهو جائز لان ما يرجع
به
الكفيل على الأصيل ليس بسلم فان السلم اسم لما يجب بعقد السلم وهذا إنما يجب
للكفيل على
الأصيل بعقد الكفالة وهو عقد آخر سوى السلم (ألا ترى) أنه لو كفّل ببدل الصرف أو
برأس
مال السلم وأداه في المجلس ثم فارق الأصيل قبل أن يرجع به عليه جاز ذلك لان ما
يرجع به

الكفيل على الأصيل بمنزلة بدل القرض فان الكفيل يصير مقرضا ذمته من الأصيل
بالالتزام
للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضا ماله منه بالأداء عنه فما يرجع به عليه يكون بدل
القرض
والاستبدال ببديل القرض صحيح ولو كان شئ من ذلك نسيئة لم يجز الا الطعام لان
ذلك
يكون دينا بدين فأما إذا صالحه بكر من حنطة إلى أجل فهو جائز لأنه لا مبادلة هنا بل
هو
تأجيل في عين ما استوجب الرجوع به عليه * فان قيل فأين ذهب قولكم انه بمنزلة
القرض
والأجل في القرض لا يلزم * قلنا هو في حكم القرض وأما في الحقيقة فليس بقرض بل
هو
واجب بعقد مآلا وهو الكفالة والأجل في القرض إنما لم يلزم بمنزلة الإعارة وهو غير
موجود فيما وجب بعقد الكفالة فلهذا صح تأجيله فيه ولو صالحه على شئ قبل أن
يؤدي
كان جائزا لأنه بنفس الكفالة وجب الدين للكفيل على الأصيل كما وجب للطالب على
الكفيل
ولكنه مؤجل على أن يؤدي عنه والصلح عن الدين المؤجل قبل حلول الأجل صحيح
فان
أدى الأصيل الطعام إلى الطالب رجع على الكفيل بطعام مثله في ذلك كله (ما خلا
خصلة
واحدة) وهي ما إذا كان صالحه على طعام أقل من ذلك فإنه لم يرجع الا بمثل ما
أعطاه لان
هذا كان منه اسقاطا لبعض حقه واستيفاء للبعض فلا يرجع عليه الا بقدر ما أوفاه وفيما
سواه كان الصلح بينهما مبادلة وكان الكفيل كالمستوفي منه جميع الطعام بما أخذه من
عوضه
وإنما استوفى ذلك ليقضى عنه ما عليه للطالب فإذا لم يفعل كان للأصيل أن يرجع عليه
بما استوفى
منه كما إذا أوفاه الطعام حقيقة ولو أخذ الكفيل الطعام من الأصيل قبل أن يؤديه ثم أداه
كان
التأجيل صحيحا لأنه استوجب المال عليه بعقد الكفالة قبل الأداء والتأجيل في الدين
بعد
وجوبه صحيح ولو صالح الكفيل الأصيل على دراهم ثم افترقا قبل أن يقبضها فالصلح

باطل
لأنه استوجب عليه الطعام دينا فإذا صالحه على دراهم كان دينا بدين فلا يكون عفوا
بعد
المجلس والدرهم لا تتعين بالتعيين ما لم تقبض وكذلك لو صالحه على شيء بغير عينه
مما يكال
أو يوزن ما خلا الطعام فإنه إن صالحه على نصف كره حنطة إلى أجل فهو جائز لأنه لا
مبادلة
بينهما في هذا الصلح وإنما حظ عنه نصف الكره وأجله في ذلك النصف وذلك مستقيم
والله أعلم
(باب الكفالة والحوالة إلى أجل)
(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمى فضمنها رجل
عنه إلى

أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ما سمي أما إذا لم يسم الكفيل شيئاً
فالمال

عليه إلى ذلك الاجل لأنه بالكفالة إنما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الأصيل
والمطالبة بهذا
المال على الأصيل بعد حل الاجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضاً وأما إذا كفل به إلى
مثل ذلك

فقد صرح بما هو مقتضى مطلق الكفالة والتصريح بمقتضى العقد لا يزيده الا وكادة
وأما

إذا كفل به إلى أجل دون ذلك فلانه لو كفل به حالاً لزمه المال في الحال لان الأصيل
لو

أسقط الاجل لزمه المال في الحال فكذلك الكفيل وكفالاته على أن يؤديه حالاً بمنزلة
اسقاط

الاجل فإذا جاز في جميع الاجل جاز في بعضه وان كفل به إلى أجل أكثر من ذلك
فلانه

لو كان المال حالاً على الأصيل فكفل به الكفيل إلى أجل مسمى صح ولم يطالب
الكفيل

الا بعد حل الاجل فكذلك إذا كفل به إلى أجل أكثر من الاجل في حق الأصيل فإن
كان

أصل المال حالاً فأخذ الطالب المطلوب حتى أقام له به كفيلاً إلى سنة فهو جائز
والتأخير

عنهما جميعاً لأنه أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمة المطلوب
فيثبت

الاجل فيه ثم يثبت في حق الكفيل بثبوته في حق الأصيل وهذا بخلاف ما إذا أجل
الكفيل

سنة لان التأجيل هنا غير مضاف إلى أصل المال بل هو مضاف إلى المطالبة التي التزمها
الكفيل

بالكفالة فيبقى أصل المال حالاً على الأصيل ولو أن الكفيل أخرج المطلوب بعد الحل
إلى أجل

مسمى كان التأخير عن المطلوب للكفيل دون الطالب لأنه أضاف التأخير إلى ما
استوجه

على الأصيل بالكفالة وذلك في حكم دين آخر سوى دين الطالب ولان التأخير تصرف
من

الكفيل باسقاط حق المطالبة إلى مدة وذلك صحيح منه على نفسه دون الطالب (ألا

ترى) أنه لو
صالحه على ثوب أو أبرأه عن بعضه جاز ذلك عليه دون الطالب ولم يرجع به على
المكفول عنه حتى
يمضى الاجل كما لو أجله بعد الأداء ولو أجل المال عليهما ثم أخرج الطالب الأصيل
سنة فهو
تأخير عنهما ولو أخرج الكفيل سنة كان له أن يأخذ الأصيل بها حالة اعتبارا للتأجيل
بالإبراء
فكما أن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل وإبراء الأصيل يوجب براءة الكفيل
فكذلك
التأخير وبعد ما أخرج الأصيل إذا أدى الكفيل المال قبل الاجل لان إسقاط الكفيل الاجل
صحيح منه فيما بينه وبين الطالب ودعواه غير صحيحة منه في حق المطلوب وإن كان
أخرج الكفيل
سنة ثم أداه الكفيل قبل الاجل كان له أن يرجع على الأصيل في الحال لان المال حال
على
الأصيل (ألا ترى) أن الطالب كان يطالبه به حالا فكذلك الكفيل يطالبه حالا بعد الأداء

بخلاف ما سبق والكفالة بالقرض إلى أجل مسمى جائزة لان بدل القرض مضمون
تجرى
النيابة في أدائه فتصح الكفالة به وهو على الكفيل إلى أجل وعلى المكفول عنه حالا لما
بيننا
أن الكفيل إنما التزم المطالبة بالعقد وذلك يقبل التأخير بالتأجيل ولو كفل رجل مالا
عن رجل
ثم كفل به عن الكفيل كفيل آخر وآخر الطالب عن الأصيل سنة فهو تأخير عن الكفيلين
لان أصل المال في ذمة الأصيل فإذا صار ما في ذمته مؤجلا ثبت الاجل فيما هو بناء
عليه
(ألا ترى) انه لو أبرأ الأصيل منها برئ الكفيلان جميعا وان آخر عن الكفيل الأول فهو
تأخير عنه وعن الكفيل الآخر والمال على الأصيل حال اعتبار التأجيل بالابراء وهذا لان
المطالبة التي التزمها الكفيل الثاني بناء على المطالبة التي هي على الكفيل الأول
فالتأجيل في
حق الكفيل الأول يكون تأجيلا في حق الثاني دون الأصيل ولو كفل رجل عن رجل
بألف درهم إلى سنة ثم إن الكفيل باع الطالب بها عبدا قبل الاجل وسلمه إليه فاستحق
العبد
فالمال على الكفيل إلى أجله بمنزلة ما لو كانت هذه المعاملة للطالب مع الأصيل وهذا
لان
الاجل إنما سقط حكما للعقد وقد انتقض العقد من الأصيل باستحقاق العبد فكان
المال عليه
إلى أجله وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء قاض لان الرد بالعيب بقضاء القاضي
فسخ
للعقد من الأصل ولو رد بغير قضاء قاض ولم يسم أجلا فالمال حال على الكفيل لان
هذا
بمنزلة الإقالة بمنزلة العقد الجديد فإنها تعتمد التراضي الا انها جعلت فسخا فيما بين
المتعاقدين
فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما والأجل ليس من ذلك في شئ فكان في
حكم
الاجل هذا بمنزلة عقد مبتدأ فلا يثبت الاجل في بدله الا بالشرط ولو كان قضاء الألف
معجلة نبهجرة فوجدها ستوقه فردها عليه كان المال عليه إلى أجله لأنه تبين انه ما صار
قابضا
لدينه وسقوط الاجل من حكم قبضه فإذا لم يصير قابضا كان المال مؤجلا عليه وكذلك
أن

وجدها زيوفاً فردها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لان الرد بعيب الزيادة فسخ للقبض من الأصل بدليل أن الراد ينفرد به وان يرجع بموجب العقد والعقد لا يوجب التسليم مرتين
فلو لم ينتقض القبض من الأصل ما كان له أن يرجع بموجب العقد وهذا لان الزيوف غير الجياد التي هي دين في الذمة فالمقبوض إنما يكون حقاً له على أن يتجاوز به فإذا لم يتجاوز به ورده عرف أن المقبوض لم يكن حقاً له وسقوط الاجل كان باعتبار أنه قبض حقه فإذا انعدم ذلك بقي الاجل كما كان وإن كان حين إعطاه المال أعلمه انها زيوف فهو جائز لأنه تجوز

بدون حقه فيصير الكفيل به قابضا دينه ولا يجعل هذا مبادلة للأجل بالصفة لأنه كان
من
غير شرط بينهما وإنما تتحقق المبادلة إذا كان شرط ثم يرجع الكفيل على الأصيل
بالجواد لأنه
بالكفالة استوجب ذلك عليه ولو أن الكفيل أحاله بالمال على رجل إلى أجل أو حال
فمات
المحتال عليه مفلسا رجع المال على الكفيل إلى أجله لان الحوالة تنفسخ بموت
المحتال عليه مفلسا
على ما بينا فإنما يعود الحكم الذي كان قبل الحوالة وهو أن المال عليه إلى أجله ولو
كفل رجل عن
رجل بألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما إلى
سنة
وعلى الآخر إلى سنتين فهو جائز لان هذا هو الشرط لما جاء في الحديث الشرط أملك
أي
يجب الوفاء به إذا أمكن وهو ممكن هنا لما بينا أن ما يلتزمه كل واحد من الكفيلين
ينفصل
عما يلتزمه الآخر في حكم الاجل فان حل الاجل على صاحب السنة بأدائه رجع به
على
الأصيل لان المال عليه حال وقد كفل هذا الكفيل عنه بأمره وأداؤه لا يرجع به على
الكفيل الآخر حتى تمضى سنة أخرى لان المال عليه مؤجل إلى سنتين وهو كفيل عنه
إلى
سنة فكما أن الطالب لا يطالبه بذلك إلا بعد سنتين فكذلك المؤدى عنه بحكم الكفالة
لا يطالبه
بشئ منه حتى تمضى السنتان ولو كان الأصيل باع الطالب عبدا بالمال وسلمه إليه برئ
الكفيل من الكفالة لبراءة الأصيل فان رد الطالب العبد عليه بعيب بغير قضاء قاض لم
يرجع
المال على الكفيل لان هذا الرد بمنزلة عقد مبتدأ في حق الكفيل وان رده بقضاء قاض
أو
استحق العبد من يده رجع المال على الكفيل لان بهذا السبب يفسخ العقد من الأصل
في
حق الكل فيعود ما كان قبل العقد وهو المال على الأصيل والكفيل جميعا وإذا كان
لرجل
على رجل ألف درهم حالة أو إلى سنة فأحاله بها على رجل إلى سنة ثم مات المحيل

وهي على
المحتال عليه إلى الاجل لان بالحوالة تحول أصل المال إلى ذمة المحتال عليه وثبت
الاجل حقا
له وهو حي محتاج إلى الاجل فيبقى الاجل في حقه بعد موت المحيل وان مات
المحتال حل
المال عليه لأنه استغنى عن الاجل بموته فإن لم يترك وفاء رجع المال إلى المحيل فإن
كان إلى
أجل فهو عليه إلى ذلك الاجل وإن لم يكن له أجل فهو حال عليه لان الحوالة تنفسخ
بموت
المحتال عليه مفلسا فعاد ما كان من الحكم قبل الحوالة ولو كان لرجل على رجل ألف
درهم قرض
وللمطلوب على آخر ألف درهم قرض فأحال المطلوب الطالب بالألف التي للمطلوب
على
الآخر إلى سنة فهو جائز وهي له إلى سنة لأنها إنما تجب للطالب على المحتال عليه
بعقد

الحوالة والواجب بعقد الحوالة كالواجب بعقد الكفالة في صحة اشتراط الاجل فيه
وليس
للمحيل أن يأخذ المحتال عليه بالألف التي كانت له عليه لأنه إنما قبل الحوالة مقيدة
بذلك
المال فصارت مشغولة بحق الطالب ولا يبقى للمحيل سبيل على أخذها لو كانت عينا
له في يد
المحتال عليه فكذلك إذا كانت ديناً في ذمته وان أبرأه منها أو وهبها له لم يجز لان
حق
الطالب تعلق بها وذلك يوجب الحجر على المحيل عن التصرف فيها ولو صح منه هذا
التصرف
بطل حق الطالب قبل المحتال عليه لأنه ما التزم الحوالة بالمال مطلقة وإنما التزمها
مقيدة بذلك
المال فإذا سقطت عنه بالبراء أو الهبة لم يبق عليه مطالبة بشيء (ألا ترى) أن الحوالة لو
كانت
مقيدة بوديعة في يد المحتال عليه فهلكت تلك الوديعة بطلت الحوالة فان مات المحيل
وعليه
دين فما كان قبض المحتال له في حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء
وعلى قول زفر
رحمه الله الطالب أحق به من الغرماء لأنه بمنزلة المرهون وقد تقدم بيان هذه المسألة
فيما
أمليناه من شرح الزيادات ولو أحال رجل رجلاً على رجل بألف درهم إلى سنة ثم إن
المحتال
عليه ترك الاجل وجعلها حالة كان ذلك جائزاً لان الاجل حقه فيسقط باسقاطه كما لو
أسقط
الأصيل الاجل قبل الحوالة فان أداها لم يرجع بها على الأصيل المحيل حتى يمضي
الاجل لان
اسقاط الاجل صحيح في حقه لا في حق المحيل ولو كان ديناً للمحيل على المحتال
عليه ثم إن
المحيل قضي المال من عنده كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وليس هذا بتطوع
عنه لان
أصل دينه بقي على المحتال عليه إلا أنه كأن لا يطالبه به لاشتغاله بحق الطالب فإذا زال
ذلك
الشغل بأن قضاه المال من عند نفسه كان له أن يرجع بها على المحتال عليه وإنما لم

يجعل هذا
تطوعاً منه لأنه قصد به تخليص ذمته عن حق الغرماء بخلاف ما إذا قضاها عنه غيره فإنه
يكون
متطوعاً في ذلك لأنه ما قصد هذا المؤدى تخليص شيء لنفسه وهو نظير المعير للرهن
إذا
قضى الدين لم يكن متبرعاً فيه بخلاف ما إذا قضاها غيره وإذا كان المؤدى متطوعاً كان
المال
الذي عليه له لا سقوط دين الطالب عنه بإبراء المتطوع كسقوطه بأداء نفسه ولو أحال
رجل
بمال لابنه الصغير على رجل إلى رجل لم يجوز وكذلك الوصي لأن الحوالة إبراء الأصيل
والأب
والوصي لا يملك الإبراء في دين الصغير وكذلك الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل
ذلك
والمراد الوكيل بالقبض لأنه ثابت في الاستيفاء وقبول الحوالة إبراء للأصيل وليس
باستيفاء
فأما الوكيل بالعقد إذا أحال رجل على رجل بمال إلى أجل ثم إن المحتل عليه أحاله
على آخر إلى

أجل مثل ذلك أو أكثر أو أقل لم يكن له أن يرجع على الطالب حتى يقبض الطالب ماله
لان

بالحوالة لم يصر الطالب مستوفيا شيئا والمال بعرض العود على الأصيل فإنه تنفسخ
الحوالتان

بموت المحتال عليه عليهما مفلسين ولو احتال رجل على رجل بمال إلى أجل ثم مات
المحتال

عليه وترك وفاء وعليه دين فكان في طلب الغرماء وقسمته تأخير بعد الاجل لم يكن
للطالب

أن يرجع على الأصيل حتى ينظر إلى ما يصير أمره لان الحوالة باقية بعد موت المحتال
عليه

مليا فان تركته خلف فيما هو المقصود وهو قضاء الدين منه ومع بقاء الحوالة لا سبيل
للطالب

على المحيل في المطالبة بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
(باب الأمر بالضمان)

(قال رحمه الله) وإذا أمر رجل رجلا أن يضمن لرجل ألف درهم وليس بخليط له
فضمنها

له فهي لازمة الكفيل يأخذه بها الطالب لأنه التزمها وهو من أهله والمضمون ما يكون
لازما

في ذمته ويكون هو مجبرا على أدائه فإذا أداها لم يرجع بها على الأمر لأنه لم يأمره أن
يضمن

عنه ولم يشترط الكفيل لنفسه ضمانها عليه وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو قول

أبي يوسف الأول رحمه الله ثم رجع فقال يرجع بها على الذي أمره لان أمره إياه
بالضمان

بمنزلة الاعتراف منه أن المال عليه وانه يلتزم المطالبة عليه من المال ويسقط المطالبة
عنه بالأداء

وقد بينا هذه المسألة فأعادها في الفروع ولم يذكرها فيما سبق وقال إن قال الكفيل انى
لم

أضمن لك دينا كان لك على أحد وإنما ضمننت لك مالا لم يكن علي ولا على غيري
فان الطالب

لا يكلف شيئا ولا يطلب منه تفسير وجه هذا المال من أين كان وكيف كان ولكن
كان

الكفيل يؤخذ بالضمان باقراره أو بالبينه التي قامت للطالب عليه بالضمان والكفيل هو

الذي
ضيع حقه حين كفل على وجه لا يستطيع الرجوع به على أحد وهذا لان مطلق العقود
الشرعية
محمولة على الصحة وقد باشر الكفيل الكفالة ظاهرا ووجه صحتها أن يكون ملتزما
للمطالبة
بما هو واجب على الأصيل فيصير هو مقرا بذلك ثم هو بالكلام الثاني رجع عما أقر به
أولا
فيكون رجوعه باطلا واقاراره وإن لم يكن حجة على غيره فهو حجة عليه بمنزلة ما لو
قال لفلان
على فلان ألف درهم وأنا بها كفيل عنه بأمره وأنكر الأصيل ذلك كله فان المقر يطالب
بالمال ولا يرجع به على أحد إذا أدى وكذلك لو قال رجل لآخر أكفل لفلان بألف
درهم

ففعل أو قال احتال عليك فلان بألف درهم فأشهد له الآخر أنه قال احتال عليه بألف درهم
فالمال لازم للكفيل لمباشرته سبب الالتزام وهو الكفالة والحوالة وليس على الأمر من ذلك
شئ لأنه أمره بالكفالة عنه وليس من ضرورة أمره إياه بالكفالة والحوالة وجوب أصل
المال عليه لان الكفالة والحوالة من المباشر كما تجوز بالمال الذي على الأمر لفلان
تجوز
بالمال الذي على غيره لفلان ويحتمل أن يكون الأمر رسول ذلك المطلوب إليه أو
فضوليا
أمره بذلك ومع الاحتمال لا يثبت المال عليه وكذلك لو كان الامر عبدا أو مكاتبا أو
صبيا
وإن كان المأمور صبيا تاجرا لم يجب عليه الضمان لأنه ليس من أهل الالتزام بالكفالة
سواء
كان المال على الأمر أو غيره وإن كان المأمور مرتدا فان أسلم فضمانه جائز عليه وان
قتل
على الردة فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته وان لحق بالدار
فذلك بمنزلة
موته فنقول إن رجع مستأمنا أخذناه بالضمان هكذا في بعض النسخ من الأصل
والصحيح
فان رجع مسلما لان المرتد لا يعطى الأمان وإذا خرج مستأمنا قتل على الردة إن لم
يسلم وكان
الضمان باطلا عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا قال رجل لآخر اضمن لفلان ألف درهم
التي له
على أو قال أحلت لفلان عليك بألف درهم له على أو قال اضمن لفلان ألف درهم
على أنها
لك على أو قال على أنى ضامن لها أو قال على أنى كفيل بها أو قال على أن أؤديها
إليك
أو قال على أن أؤديها عنه فضمن له فهو جائز ويرجع به الكفيل على الامر إذا أداه لان
في
كلام الأمر تصريحاً بوجوب المال عليه للطالب فيكون هذا أمراً منه للمأمور في ذمته
مما يؤديه من ماله أو التزاماً له ضمان ما يؤديه إلى الطالب وذلك يثبت حق الرجوع له
عليه
إذا أدى وإذا أمر رجل خليطاً له أن يضمن لفلان ألف درهم فضمنها له والأمر مقر بأن

الألف عليه فأدى الكفيل المال رجع به على الأمر استحسانا لان الخلطة بينهما تقوم
مقام تصريحه بالأمر بالكفالة عنه فان الخلطة بينهما مقصودة لهذا وهو أن يؤدي عنه ما
عليه
ليرجع به عليه فنزل ذلك منه منزلة قوله اضمن لفلان عني والخليط عندنا هو الذي يأخذ
منه
ويعطيه ويداينه ويضع المال عنده وكل من في عياله فهو بمنزلة الخليط نحو ابنه الكبير
إذا كان
في عياله لأنه يحفظ ماله في يده ولهذا لو وضع الوديعة عنده لم يكن ضامنا وكذلك أن
أمر
الابن أباه والابن كبير في عيال أبيه أو المرأة زوجها فهو مثل ذلك كل واحد منهما
يحفظ ماله
بيد صاحبه فذلك بمنزلة الخلطة بينهما وإذا أحال رجل رجلا على رجل بألف درهم
كانت للمحيل

على المحتال عليه فأداها فقال المحيل المال لي وقال المحتال المال لي فalcول للمحيل
لان وجوب

المال للمحيل على المحتال عليه معلوم ووجوب المال للمحتال غير معلوم وفي هذه
الحوالة

احتمال يجوز أن يكون المحتال وكيلا له في قبضها من المحتال عليه ويجوز أن يكون
مقصوده

استقاط مطالبة المحتال عن نفسه بمال كان له عليه فلا يجب المال بالشك للمحتال
على المحيل

ولا يثبت مع الاحتمال الا أدنى الامرين وهو أن يكون المحتال وكيلا للمحيل في قبض
المال

فإذا قبضها أمر بتسليمها إليه حتى يثبت دين نفسه على المحيل وكذلك لو قال له
اضمن له ألفي

التي لي عليك أو اكفل له بألفي التي لي عليك لأنه ليس في كلامه اقرار بوجوب المال
للتطالب على الأمر ويحتمل أن يكون وكيلا له في قبضه من مديونه ولو أن رجلا أتى
خليطا

له فقال اضمن لفلان ألف درهم فضمنها له وأداها إليه فللأمر أن يأخذها من المضمون
له

وهو وكيل للأمر في ذلك وليس للكفيل أن يمتنع من دفعها إلى المكفول لأنه ليس في
كلامه اقرار بوجوب المال المضمون له عليه والخلطة بين الأمر وبين الضامن لا بينه

وبين
المضمون له وتلك الخلطة لا تكون دليل وجوب المال المضمون له على الأمر فلهذا

كان
المضمون له وكيل الأمر إذا قبض المال أمر بالدفع إليه وليس للضامن أن يمتنع عليه من
دفعها

إلى المضمون له لأنه التزمها له بعقد الكفالة إلا أن يحضر الأمر فان حضر وادعى أن

المال
له على المأمور كلف إقامة البينة على ذلك والا حلف المأمور وبرئ منهما فإذا حلف

برئ
من حق الأمر والمضمون له وكيل من جهته وبرأته عن مطالبة الموكل توجب البراءة

من
مطالبة الوكيل ضرورة لأنه ادعى لنفسه دينا عليه فيحتاج إلى اثباته بالبينة وإذا لم يكن له

بينة
فالقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المأمور ليس بخليط للأمر كان الضمان جائزا

لأنه التزمه
بعقد الكفالة والمال للمكفول له دون الامر لان المكفول له لا يمكن أن يجعل وكيلا
للآمر
هنا فان ذلك لا يكون الا بعد وجوب المال للامر على المأمور وليس في لفظه ما يدل
على
ذلك ولا يثبت بينهما بدل على أنه إنما ضمن المال له وكان هذا التزاما من المأمور
للمكفول
له خاصة ولو كان الكفيل خليطا للمكفول له لم يرجع على الأمر بشئ لأنه لا سبب
بين
الأمر وبين المأمور والخلطة التي بين الكفيل والمكفول له لا تكون دليلا على أن الأمر
إنما أمر المأمور بالضمان عنه فلهذا لا يرجع عليه بشئ الا في قول أبي يوسف الآخر
رحمه الله
على ما بينا والله أعلم بالصواب

(باب تكفيل القاضي في الدعوى)

(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل على رجل مالا عند القاضي فأنكره وسأل المدعى أن يأخذ له كفيلا منه بنفسه وادعى أن له بينة حاضرة أخذ له منه كفيلا معروفا بنفسه ثلاثة

أيام وفي القياس لا يأخذ كفيلا لآخر بنفس الدعوى لا يجب شئ على الخصم لكون الدعوى

خبرا محتملا للصدق والكذب وفي الاجبار على اعطاء الكفيل إلزام شئ أباه وإنما تركنا

القياس للتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا فان القضاة يأمرؤن بأخذ

الكفيل من الخصوم من غير نكير منكر ولا زجر زاجر وفيه نظر للمدعى لأنه إذا حضر شهوده فلا بد من حضور الخصم ليشهدوا عليه وربما يهرب أو يخفى شخصه فيعجز المدعى عن

اثبات حقه عليه وفي أخذ الكفيل بنفسه ليحضره نظر للمدعى ولا ضرر فيه على المدعى عليه

فهو نظير الاستخلاف والخصم يستحلف عند طلب المدعى بعد انكاره وإن لم يتوجه له حق

في تلك الدعوى ولكن فيه منفعة للمدعى من غير ضرر فيه على الخصم إذا كان محقا في انكاره

وكذلك الاشخاص إلى بابه يثبت بنفس الدعوى بما لها من النظر للمدعى فكذلك أخذ الكفيل وشرط أن يكون الكفيل معروفا لان مقصود المدعي لا يحصل بالمجهول فقد يهرب

ذلك المجهول مع الخصم والتعذير بثلاثة أيام ليس بلازم ولكن يأخذ كفيلا إلى المجلس الثاني

وقد كان القاضي فيهم يجلس بنفسه كل ثلاثة أيام وإن كان يجلس في كل يوم فرما يعرض

للمدعى عارض فيتعذر الحضور في المجلس أو المجلسين وإنما أخذ الكفيلين لنظر المدعى فيؤخذ

الكفيل على وجه لا يؤدي إلى التعنت في حق المدعى وان قال بينتي غيب لم يأخذ له منه

كفيلا لأنه لا فائدة في أخذ الكفيل هنا فالغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب يؤب

وان أراد المدعى استخلاف الخصم يمكن منه في الحال فلا معنى للاشتغال بأخذ

الكفيل
وكذلك أن أقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعى شئ كما يثبت
بنفس
الدعوى وان قال لا بينة لي وأنا أريد أن أحلفه فخذ لي منه كفيلا لم يأخذ منه كفيلا
ولكنه
يستحلفه مكانه لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الأوقات والقاضي مأمور بفصل
الخصومة
في أول أحوال الامكان وذلك في أن يستحلفه للحال بكون المدعى طالبا لذلك فلا
معنى للاشتغال
بأخذ الكفيل وان قال بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلا فقال المطلوب له ولى كفيل فإنه
يأمر
الطالب أن يلزمه ان أحب حتى يحضر شهوده لان الملازمة فعل متعارف قد كان على
عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على أبي
بن كعب
رضي الله عنه وهو يلازم غريما له الحديث وليس تفسير الملازمة أن يقعه في موضع
ويقعد
إلى جنبه فان ذلك حبس وليس له ذلك قبل أن يثبت دينه عليه ولكن (تفسير الملازمة)
أن يدور معه حيثما دار فإذا دخل على أهله قعد من يلازمه على باب داره وإن كان
يخاف
أن يهرب من جانب آخر فاما أن يقعد معه على باب داره حيث يراه أو يأذن له في أن
يدخل
معه ليلازمه إذ المقصود هو الامن من هروبه والتمكن من احضاره إذا أحضر شهوده
ولا يحصل الا بذلك وان أحب أن يستحلفه فعل لان اليمين حق الدعوى قبل المدعى
عليه وله
فيه غرض صحيح وهو التوصل إلى حقه في أقرب الأوقات بنكوله وفيه اختلاف بين
أبي حنيفة وصاحبيه رحمهما الله وموضع بيانه شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله
ولا ينبغي
أن يسجنه لان الحبس أقوى العقوبات في دعوى المال فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل
أن
يثبت المال عليه وان قال الطالب خذ لي منه كفيلا بالعين التي ادعيتها في يده أخذ له
كفيلا بها
أيضا لأنه لا يتمكن من إقامة البينة الا باحضار العين وربما يخفيها الخصم ولا وجه
لاخراجها
من يده قبل إقامة المدعى حجته وكان أخذ الكفيل بها وأخذ الكفيل بنفسه سواء وإن
كان
الكفيل بنفسه وبذلك الشيء واحدا جاز لان المقصود حاصل وان أراد الطالب كفيلا
بنفسه
ووكيلا في خصومته فان القاضي يأمر المطلوب أن يعطيه ذلك ثلاثة أيام هكذا قال هنا
لان
الخصم ربما لا يبالي بالكفيل بالنفس ويهرب فلا يتمكن المدعى من اثبات حقه بالبينة
على
الكفيل وفي الزيادات قال لا يجبر على اعطاء الوكيل في خصومته هذا هو الأصح لان
المدعى
عليه يقول أنا أهدى إلى الخصومة من غيري خصوصا في هذه الحادثة وربما لا ينظر
الوكيل

ولا يشتغل بالدفع بما أشتغل به إذا حضرت ففي الاجبار على اعطاء الكفيل اضرار به
والقاضي ينظر لاحد الخصمين على وجه لا يضر بالآخر فإذا أراد الطالب أن يكون
ضامنا
لما قضى له عليه فان القاضي لا يجبر المطلوب على ذلك لان بعد اثبات الدين لا يجبر
الخصم على
اعطاء الكفيل به فقبل اثباته أولى وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى عينا فان هناك لا
يتمكن
من اثبات المدعى الا باحضار العين وهنا يتمكن من اثبات الدين عند احضار الخصم
وإنما
الكفيل بالمال هنا للتوثق لجانب المطالبة ولم تتوجه له مطالبة بالمال قبل اثباته فكيف
يجبر
على اعطاء الكفيل به وان بعث القاضي مع الطالب رسولا يأخذ له كفيلا فكفل به
الكفيل

الطالب أو أحضره القاضي فكفل عنده ثم رده الكفيل إلى الطالب برئ لان الكفالة كانت له وقد أوفاه حقه حين سلم نفس الخصم إليه وان كانت الكفالة للقاضي أو لرسوله الذي كفل له به وقال زفر رحمه الله يبرأ لان الكفالة للطالب في الوجهين جميعا فإنها تنبني على دعواه ولكننا نقول المقصود لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقد صرح الكفيل بالتزام النفس إلى القاضي أو إلى رسوله فلا يبرأ بدونه وان كفل له بنفسه إلى ثلاثة أيام فتغيب الطالب فالكفيل على كفالته حتى يدفع صاحبه إليه ويبرأ منه لان التزام التسليم إليه لا يبرأ بمضي الوقت بدون الوفاء بما التزم والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر مطلوباً كان أو طالبا والمستأمن والذمي والمرتد في جميع ذلك بمنزلة الحر المسلم لان الكفالة بالنفس تنبني على الدعوى والدعوى صحيحة من هؤلاء وعليهم وان قدم رجل مكاتبه إلى القاضي وادعى مضي أجل الكتابة وقال بينتي حاضره فخذ لي منه كفيلا بنفسه لم يأخذه لأنه عبده والمولى لا يستوجب على عبده حقا قويا يصح التزامه بالكفالة (ألا ترى) أنه لو كفل عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة الذي عليه لم يجز ذلك وكذلك لا يأخذ كفيلا بنفسه في دعوى ذلك قبله (ألا ترى) أن المكاتب يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يطالب بشيء من ذلك وكذلك لو ادعى على عبد له تاجر دعوى وعليه دين أو لا دين عليه فان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولو ادعى المكاتب قبل مولاه دينا فإنه يؤخذ للمكاتب كفيل بنفس المولى لأنه يستوجب قبل مولاه من الحق ما يستوجهه قبل غيره (ألا ترى) أنه لو كفل كفيل بالدين الذي له على مولاه جاز فكذلك يؤخذ له الكفيل بنفسه وكذلك العبد التاجر يدعى قبل مولاه دينا وعلى العبد دين لان كسبه حق غرمائه فهو يستوجب قبل مولاه حق غرمائه وإن لم يكن على العبد دين لم يؤخذ

له
من مولاه كفيل لان كسبه خالص حق المولى ولا حق له قبل مولاه إذا لم يكن عليه
دين
وان ادعى رجل دعوى والمدعى عليه محبوس في حق رجل فأراد الطالب أن يخرج
من
السجن حتى يخاصمه فقال الذي حبسه خذ لي منه كفيلا بنفسه فيما لي عليه فإنه
يخرجه له
ويخاصمه وهو معه حتى يرده إلى محبسه ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه لأنه في يده وهو
محبوس
معناه إنما يخرج مع أمينه وهو في السجن محبوس في يد أمينه فكذلك إذا أخرجه ولا
غرض
للتطالب هنا في المطالبة بالكفيل سوى التعنيت فلا يحبس القاضي إلى ذلك وقال أبو
يوسف
ومحمد رحمهما الله في الكفالة بالنفس لا يجعل لها أجلا إنما ذلك على قدر خلوصه
إلى القاضي

حتى إذا كان يمكنه من التقدم إلى القاضي في أكثر من ثلاثة أيام جاز ذلك على أكثر من ثلاثة أيام وهذا عندهم جميعا لان المعتبر توفير النظر على المدعى وإذا كانت الدعوى في شيء بعينه فحفت أن يغيبها المطلوب وكانت غير معينة وضعتها على يدي عدل ولم أجعل لذلك وقتا وجعلته بمنزلة الكفالة لان في التعديل هنا معنى النظر للمدعى وليس فيه كثير ضرر على المدعى وقد بينا انه يأخذ كفيلا بتلك العين ولكن المقصود ربما لا يتم بأخذ الكفيل بأن يغيبها الخصم ولم يعرف الشهود أوصافها فلا يتمكنون من أداء الشهادة فإن كان ذلك مما يعرفه الشهود أو مما لا يمكن تعيينه أصلا لم يصفه على يدي عدل لان النظر يتم بأخذ الكفيل بمحضر من ذلك الشيء وأما العقار فليس فيه كفالة ولا يوضع على يدي عدل حتى يقيم البينة لان تعيينه غير ممكن ولا حاجة إلى احضارها لإقامة البينة وإنما إقامة البينة بذكر الحدود فان قامت بينة وكانت أرضا فيها نخيل تمر فلا بد من أن يوضع هذا على يدي عدل إذا خيف على المطلوب استهلاكه لأنه لما أقام البينة فقد ثبت حقه من حيث الظاهر (ألا ترى) انه لو قضى القاضي له قبل أن تظهر عدالة الشهود بعد قضائه فمن تمام النظر له أن يوضع على يدي عدل لكيلا يتمكن المطلوب من استهلاكه ويؤخذ الكفيل في دعوى الدين وفي العتق والطلاق وجميع أجناس حقوق العباد مما لا يندرى بالشبهات وإذا ادعى المدعى ألف درهم وقال سله أيقر بمالي أو ينكره فإنه ينبغي للقاضي أن يسأله عن ذلك ليعلم المدعى انه بماذا يعامله الناس فان أنكر قال للمدعى أحضر بينتك وإن لم يقر ولم ينكر قال للمدعى أحضر البينة لان الساكت بمنزلة المنكر وإن لم يكن للمدعى بينة وطلب يمينه فإن كان أنكر استحلفه القاضي له وإن لم

يقر ولم ينكر فقد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يستحلفه ولكن يحبسه
ليتجنب
خصمه لان الاستحلاف لترجح جانب الصدق في انكار المدعى عليه فلا معنى
للاشتغال به قبل أن
كاره وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن القاضي يستحلفه لان سكوته قائم مقام
الانكار
شرعا حتى يقبل عليه البينة بعد سكوته فكذلك يعرض اليمين على الساكت حتى يقضى
عليه
بالنكول لحق المدعى ولا ينبغي للقاضي أن يحبسه حتى يقر أو ينكر ولا يجبره على
ذلك لأنه
ما ثبت عليه شيء بمجرد سكوته فلا يعاقبه بالحبس والمقصود حاصل من غير أن يجبره
على
الانكار لان سكوته قائم مقام انكاره فان المنكر ممتنع والساكت كذلك وان قال
المطلوب
للقاضي سل الطالب من أي وجه يدعى على هذا المال سأله من غير أن يجبره على
ذلك فان

أبي أن يبين وجهه سأله البيهنة لأنه بدعوى المال قد تم ما كان محتاجا إليه من جانبه وربما يضره بيان الجهة وليس للقاضي أن يجبر أحدا على ما يضره ولا أن يحبسَه إذا امتنع من ذلك ولكن يسأله البيهنة فإن لم تكن له بيهنة استحلف المطلوب بالله ماله قبله هذا الحق ولا شئ منه فان حلف دعا المدعى ما على شهوده وفي هذا بيان ما ان للمدعى أن يستحلف الخصم وإن كان شهوده حضورا وهو قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يستحلفه إذا زعم المدعى أن شهوده حضور هكذا ذكره في النوادر لان مقصود المدعى من ذلك هتك ستر المدعى عليه وافتضاحه وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال أحدهما هي بيض وقال الآخر سود وللبيض صرف على السود فان ادعى الطالب البيض أو ادعى المالكين جميعا قضيت له بالسود لاتفاق الشاهدين على ذلك لفظا ومعنى فان البياض صفة زائدة لا ثبت بشهادة أحدهما وتبقى شهادتهما على أصل الألف فيقضى بالقدر المتيقن وهو الشهود وان ادعى المدعى السود بطلت شهادة الشاهد على البيض لأنه أكذبه في ذلك ولا يقضى له بالسود حتى يحضر شاهدا آخر عليها وكذلك لو أشهد بكر حنطة فقال أحدهما جيد والآخر ردي أو شهد أحدهما بكر حنطة والآخر بكر شعير لم يقض القاضي بشئ لان لكل واحد من الجنسين شاهدا واحدا والمدعى إنما يدعى أحدهما فيكون مكذبا أحد شاهديه ولو ادعى عليه مائة درهم فشهد له بها شاهد والآخر بمائتين لم تقبل الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما تقبل على مقدار المائة وهذا بناء على ما سبق ان عندهما الموافقة بين الشاهدين معنى يكفي لقبول الشهادة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر اتفاقهما في اللفظ والمعنى جميعا ولو ادعى مائة وخمسين فشهد له أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين جازت شهادتهما على المائة لأنهما اتفقا

عليها لفظا ومعنى وإنما تفرد أحدهما بزيادة الخمسين وهما اسمان أحدهما معطوف
على الآخر
ولو ادعى خمسة عشر فشهد له شاهد بعشرة والآخر بخمسة عشر لا تقبل عند أبي
حنيفة
رحمه الله في شئ لأن هذا كله اسم واحد لقدر معلوم بدليل انه خلا عن حرف العطف
فهو
كالمائة والمائتين وعندهما تقبل الشهادة على الأقل في جميع ذلك وهو قول شريح
رحمه الله فإنه
شهد عنده شاهدان أحدهما بتسعمائة والآخر بثمانمائة ف قضى شريح رحمه الله بالأقل
وروى
نحو ذلك عن الحسن وإبراهيم رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله سمعت ابن أبي
ليلى رحمه
الله يقول شهادة أهل الأهواء جائزة وقد بينا هذا في كتاب الشهادات انه قول علمائنا
رحمهم

الله وبين المعنى فيه فقال إنما الهوى شئ افتتن به رجل فأخطأ في ذلك فلا ينبغي أن
نبطل به
شهادته وإنما دخلوا في الهوى لشدة المبالغة في الدين فإنهم عظموا الذنوب حتى
جعلوها كفرا
فيؤمن عليهم شهادة الربا (ألا ترى) أن أعظم الذنوب بعد الكفر القتل ثم دماء أصحاب
رسول
الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أعظم الدماء وقد قتل بعضهم بعضا فلو شهد
بعضهم على
بعض أما كان تجوز شهادتهم الا الخطابية وهم صنف من الروافض فإنهم بلغني أن
بعضهم يصدق
بعضا بما يدعى ويشهد له به إذا حلف عنده انه محق فهذا متهم في شهادته فلا أقبل
شهادته لهذا
وإذا ادعى رجل قبل رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها من ثمن عبد قد قبضه
وخمسمائة
من ثمن متاع قبضه وجاء بشاهدين فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد وشهد
الأخر على
خمسمائة ثمن متاع قد قبضه فإنه يجوز من ذلك خمسمائة لان البيع انتهى بتسليم
المعقود عليه
وإنما دعواه دعوى الدين فهو كما لو ادعى ألفا وشهد له الشاهدان بخمسمائة ولو
شهد شاهدان
أن لرجل على رجل ألف درهم وشهد أحدهما انه قبض منها خمسمائة وأنكر الطالب
قبضها
فشهادتهما بألف جائزة لأنهما اتفقا على وجوبها وإنما تفرد أحدهما بالشهادة بشئ
آخر وهو
أنه قضاه خمسمائة ولو قضاه جميع المال لم يبطل به أصل الشهادة فهذا مثله وعن زفر
رحمه الله
أن هذه الشهادة لا تقبل لان المدعى مكذب أحد شاهديه ولكننا نقول هو غير مكذب
له
فيما شهد له به وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يضره فكل أحد يصدق الشاهد
فيما شهد له
به ويكذبه فيما شهد عليه أرأيت لو شهد أحدهما انه أجره سنة أكنت تبطل شهادته
على أصل
المال بذلك ولو شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم فقال الطالب إنما لي عليك

خمسمائة
وقد كانت ألفا فقبضت منها خمسمائة ووصل الكلام أو لم يصل فان شهادتهما جائزة
بخمسمائة
لأنه لم يكذبهما بل وفق بين دعواه وشهادتهما بتوفيق محتمل فقد يستوفى المدعى
بعض حقه
ولا يعرف الشاهد بذلك ولو قال لم يكن لي عليك قط إلا خمسمائة أبطلت شهادتهما
لأنه قد
أكذبهما فيما يشهدان له من الزيادة ولو شهدا على رجل لرجل بألف درهم من ثمن
جارية قد
قبضها المشتري فقال البائع قد أشهدهم المشتري بهذه الشهادة والدين باق عليه من
ثمن الدين
متاع أجزت شهادتهما لما بينا أن المبيع إذا كان مقبوضا فالعقد فيه منتهى وإنما دعواه
دعوى
الدين وقد صدق الشهود في ذلك ولو قال لم يشهدهما بهذا ولكن أشهدهما أنه من
ثمن
متاع أبطلت شهادتهما لأنه أكذبهما فيما شهدا له به وأقر عليهما بالغفلة والنسيان ولو
شهد أنه

كفل له بألف درهم عن فلان كان له أن يأخذه بالمال لأنه ما أكذبهما في الشهادة
ويجعل ما
ثبت بشهادتهما كالثابت باقرار الخصم ولو قال لم يقر بهذا وإنما أقر انها كانت عن
فلان بطلت
شهادتهما لأنه قد أكذبهما ولو أنكر المطلوب أن يكون للطالب عليه شيء فشهد له
شاهدان
بألف درهم فجاء المطلوب بشاهدين يشهدان بالبراءة منها والدفع إليه أجزت ذلك لأنه
لا
منافاة بين انكاره للمال في الحال وبين ما ادعى من الابرء والايفاء وكذلك لو قال لم
يكن له
على شيء قط ثم أقام البينة على الابرء والايفاء وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول هنا
لا تقبل
بينته لكونه مناقضا في دعواه ولكننا نقول هو غير مناقض لأنه يقول ما كان له على شيء
قط
ولكن افتديت نفسي من المال الذي ادعاه على أو سألته أن يرثني ففعل ذلك والبينة
حجة
فلا يجوز ابطالها مع العمل بها ولو كان قال لم أدفع إليه شيئا أو لم أقبضه شيئا أو لم
أعرفه أو لم
أكلمه أو لم أحاطه لم أقبل منه البينة بعد ذلك على دفع المال لان ما تقدم من كلامه
اكذاب
منه لشهوده وشهادة الشاهدين على البراءة في دين أو كفالة وقد اختلفا في الوقت أو
المكان
جائزة لان البراءة جائزة باقرار من الطالب فلا يضرهم الاختلاف في المكان أو الزمان
ولو
كانوا كفلاء ثلاثة بعضهم كفيل عن بعض فشهد اثنان على واحد أنه دفع المال الذي
عليهم
لم تجز شهادتهما لأنهما ينفعان أنفسهما بذلك وهو اسقاط مطالبة الطالب عنهما ولم
يرجع
عليهما المشهود له بشيء لأنهما لم يبرءا من شيء من حق الطالب وإنما يرجع الكفيل
على الأصيل
إذا استفاد الكفيل البراءة من حق الطالب فإذا لم يوجد ذلك لم يرجع عليهما بشيء والله
أعلم
(باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين)

(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجل ثلاثمائة درهم كل مائة منها في صك
فصك منها
قرض وصك كفالة عن رجل وصك كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم إلى
الطالب
وأشهد أنها من صك كذا فهي من ذلك الصك لأنه هو المعطى وقد صرح في الاعطاء
بالجهة
التي أعطي بها المال فتصريحه بذلك نفى منه الاعطاء بسائر الجهات ولا معارضة بين
النافي والمثبت
وكذلك إن لم يشهد عند الاعطاء فوقع الاختلاف بينه وبين الطالب في الجهة التي
أعطى بها
فالقول قول المطلوب لأنه هو المالك لما أدى من الطالب والقول في بيان جهة الطالب
للتملك
قول المملك لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان فalcول ما يقوله البائع
وهذا لأنه

لو أنكر التملك أصلا كان القول قوله فكذلك إذا أقر بالتمليك من جهة دون جهة وهذا
لأن المديون إنما يقضى الدين بملك نفسه والانسان مطلق التصرف في ملك نفسه
مقبول البيان
فيه في الانتهاء كما في الابتداء إذا كان مفيدا له وهذا بيان مفيد فربما يكون ببعض
المال رهن
فتعين المدفوع مما به الرهن ليسترد الرهن وربما يكون ببعض المال كفيل فتعجل
المكفول
له من ذلك ليبرئ كفيله وان مات الدافع قبل أن يقول شيئا من ذلك كانت المائة من
كل
صك ثلاثة لأنه ليس جعل المدفوع من بعضها بأولى ببعض ولا بيان في ذلك لورثته
لأنهم
إنما يخلفونه فيما صار ميراثا لهم والمال الذي قضى به دينه لم يصر ميراثا لهم لأنه
مجرد رأى كان
له في التعيين فلا يصير ميراثا وهو حق البيان لما أراده عند الاعطاء ولا طريق لورثته إلى
معرفة ذلك فلا يقومون فيه مقامه كحق البيان في العتق المبهم وكذلك أن مات الدافع
والمدفوع
إليه واختلفت الورثة فإنها من كل صك ثلاثة إلى أن تقوم البينة على شئ كان من الدافع
قبل
موته فبها تعين بعض الجهات فيجعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة أو يتصادق الورثة
كلهم
على شئ يعنى ورثة الدافع والمدفوع إليه لان الحق لهم فإذا تصادقوا على شئ كان
ذلك كالثابت
البينة أو يكون القابض حيا فيقول شيئا فتصدقه ورثة الدافع في ذلك ولو كان لرجل
على رجلين
ألف درهم في صك ثم إن أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما في
الصك فجعله
من حصة المكفول عنه عند الدافع أو بعد الدفع فذلك صحيح والقول فيه قوله ويرجع
بها
المكفول عنه لأنه هو المالك لما أدى وهذا البيان منه مفيد فإذا قبل منه كان مؤديا دين
الكفالة
فيرجع على الأصيل لأنه كفل عنه بأمره ولو لم يؤد شيئا حتى كفل الآخر عنه أيضا
بأمره

فصار كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه أو كانت الكفالة على ذلك في أصل الصك
في عقد البيع
أو القرض فأيهما قضى شيئا فهو من حصته خاصة دون حصة صاحبه حتى يؤدي حصته
لأنه
لا فائدة له في أن يجعل المؤدي عن صاحبه لا من جهة صاحبه بأن يقول أنا كفيل
عنك
بأمرك وأداؤك عني كأدائي بنفسي فكان لي أن أجعل المؤدي عنك فأنا أجعله الآن
عنك فلا
يزال يدور كذلك بخلاف ما سبق فالمؤدي هناك إذا جعل المؤدي عن صاحبه لا يكون
لصاحبه
أن يعارضه فيجعل المؤدي عنه لان صاحبه ليس بكفيل عنه فان أدى زيادة على مقدار
حقه
كانت مما كفل به عن صاحبه لان صاحبه لا يتمكن في معارضته من هذه الزيادة وقد
استفاد
البراءة عن حصته بأدائه وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل وكذلك أن شرط عند الأداء

للنصف أن يؤدي ذلك من حصة صاحبه فإنه لا يكون من حصته حتى يؤدي زيادة على
النصف

لان هذا الشرط حق لا يفيد شيئا فان صاحبه يعارضه بجعل المؤدى عنه. ولو كان
ثلاثة نفر
عليهم ألف درهم من ثمن بيع وبعضهم كفلاء عن بعض كان ما أدى أحدهم من حصته
إلى

الثلاث فإذا جاوز الثلاث كانت الزيادة من حصة صاحبه لا يستطيع أن يجعلها من
حصة

أحدهما دون الآخر لان كل واحد من الآخرين كفيلا عن صاحبه كما أنه كفيلا عنهما
فإذا

جعل الزيادة من حصة أحدهما كان للمجعول ذلك من حصته أن يجعله من حصة
الآخر

بالطريق الذي بينا فتحققت المعارضة بينهما فلهذا كانت الزيادة من النصيبين جميعا
فيرجع على كل

واحد منهما بنصف ذلك كما هو قضية المعارضة والمساواة ولو كانوا مكاتبين ثلاثة
بعضهم

كفلاء عن بعض فأدى بعضهم طائفة من الكتابة كان ذلك من حصتهم جميعا قل
المؤدى أو

كثر ولو جعلها المؤدى من حصته أو حصة صاحبه أو أحدهما يجوز ذلك لأنهم
كشخص

واحد في حكم هذه المكاتب إذ لو لم يجعلهم كذلك لم يصح فان الكفالة من المكاتب
والكفالة

ببدل الكتابة لا تكون صحيحة والمكاتب الواحد لو أراد أن يجعل المؤدى عن بعض
نفسه دون

بعض لم يكن ذلك شيئا فهذا مثله بخلاف ما سبق فهناك كل واحد منهم أصل في
بعض المال

كفيل في البعض لان ذلك في ثمن المبيع صحيح من الأحرار * توضيح الفرق ان في
جعل

المؤدى من نصيب المؤدى خاصة في باب الكتابة ابطال شرط المولى لأنه شرط أن لا
يعتق

واحد منهم حتى يصل إليه جميع المال فإذا أدى أحدهم الثلث وجعلنا ذلك من نصيبه
خاصة

عتق هو لأنه برئ مما عليه من بدل الكتابة وبراءة المكاتب على أي وجه كان توجب

العتق
وفى هذا ابطال شرط المولى فلهذا كان المؤدى عنهم جميعا وذلك لا يوجد في ثمن
المبيع لأنا وان
جعلنا المؤدى هناك من نصيب المؤدى خاصة يبقى البائع في حبس المبيع إلى أن يصل
إليه الثمن
فجعلنا ذلك من حصته ما لم يزد المؤدى على الثلث ولو كان لرجل دين مائة درهم وله
عنده
وديعة مائة درهم فدفع إليه مائة درهم فقال الطالب هي وديعتي وقال المطلوب هلكت
الوديعة وهي من الدين الذي كان لك فالقول قول الدافع مع يمينه لان الاختلاف بينهما
في
الملك المدفوع وقد كان ذلك في يد الدافع فيكون القول قوله في أنه ملكي ولأنه أمين
في
الوديعة مسلط على ما يخبر به من هلاكها فيثبت القول بهلاك الوديعة ويبقى الدين وقد
دفع إلى
الطالب مثل الدين على جهة قضاء الدين فتبرأ ذمته من ذلك بعد أن يحلف على ما
يدعى من

هلاك الوديعة والكفالة بالمال في المرض بمنزلة الوصية حتى يبطل لمكان الدين المحيط بالتركة ويبطل إذا وقعت لوارث أو عن وارث ويبطل فيما زاد على الثلث إذا كأن لأجنبي لأنه التزم المال على وجه التبرع فيكون بمنزلة تمليك المال في مرضه على وجه التبرع إلا أن يبرأ من مرضه فحينئذ يكون صحيحا على كل حال لان المرض يتعقبه برؤه بمنزلة حال الصحة فان مرض الموت ما يتصل به الموت وما لا يكون مرض الموت لا يكون مغيرا للحكم فإنما لا تصح الكفالة من المريض للوارث وعن الوارث لان فيه منفعة للوارث وهو محجور عن القول الذي فيه منفعة لوارثه فيما يرجع إلى المال ولو كفل المريض عن رجل بألف درهم وأقر بدين يحيط بماله فلا شئ للمكفول له لان الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة والدين مقدم على الهبة في المرض سواء كان بالاقرار أو بالبينة ولو كان له ثلاثة آلاف درهم فكفل بألف درهم ثم مات جاز ذلك وأخذ من ماله ألف لخروج المكفول به من ثلث ماله ثم يرجع ورثته على المطلوب إذا كان كفيلا بأمره كما لو أدى بنفسه في حياته وإذا كانت الكفالة منه في الصحة بألف درهم فمات الكفيل وعليه دين فضرب المكفول له بدينه مع غرمائه فأصابه خمسمائة ثم مات المكفول عنه وعليه دين ضرب المكفول له في ماله بالخمسمائة التي بقيت له لبقاء ذلك القدر له في ذمة الأصيل بعد ما استوفى الخمسمائة من تركة الكفيل وضرب وارث الكفيل بالخمسمائة دراهم التي أدى لأنه كان أدى بحكم الكفالة عنه بأمره فكان ذلك دينا عليه فما أصاب وارث الكفيل فإنه يقسم بين غرماء الكفيل بالحصص ويضرب المكفول له بما بقي له أيضا (وهذه هي المسألة التي بينا فيما سبق أن في هذا جذر الأوصم وأنه لا وجه لتخريجها الا بطريق التقريب فان

ما
يستوفى المكفول له ثانيا مما في يد الوارث للكفيل يرجع به وارث الكفيل في تركة
المكفول
عنه أيضا فتنتقض القسمة الأولى ولا يزال يدور هكذا إلى أن ينتهي إلى ما لا يمكن
ضبطه ولو أن
متفاوضين عليهما ألف درهم ماتا جميعا وتركا ألفا وعلى كل واحد منهما ألف درهم
مهر امرأته
قسم المال بينهما نصفين ولم يضرب الطالب في مال أيهما شاء بألف درهم لان كل
واحد منهما
مطلوب بجميع الألف بعضها بجهة الأصالة وبعضها بجهة الكفالة فيضرب بجميع
الألف في تركة
أيهما شاء وتضرب امرأته بمهرها أيضا ثم يضرب مع امرأة الآخر بما بقي وتضرب هي
بألف درهم هكذا ذكره شيخ الاسلام جواهر زاده وتضرب هي بالذي بقي لها من
مهرها
ولا ترجع الورثة بالذي أخذ منه أول مرة في مال الثاني بشئ إلا أن يكون الطالب
أصاب

من ماله أكثر من النصف لأنه في مقدار النصف هو أصيل فإن كان المقبوض النصف أو ما دونه لا ترجع ورثته في تركة الآخر بشئ من ذلك وإن كان أكثر من النصف فحينئذ

يضربون بالفضل لأنهم أدوا ذلك بجهة كفالة صاحبهم عن شريكه بأمره فإذا قبضوا شيئاً من ذلك كان المقبوض لامرأته وللطالب ان بقي له شئ بالحصص ثم عند ذلك يعود الجذر الأصم وما لا طريق إلى معرفته الا من الوجه الذي قدرنا ان كل ما يستوفيه الطالب يثبت لهم حق

الرجوع به في تركة الشركة فتنتقض به القسمة الأولى والله سبحانه وتعالى أعلم (باب ادعاء الكفيل أن المال من ثمن خمر أو ربا) (قال رحمه الله) وإذا كفل رجل عن رجل بألف درهم بأمره ثم غاب الأصيل فادعى الكفيل أن الألف من ثمن خمر فإنه ليس بخصم في ذلك لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة والمال

يجب على الكفيل بالتزامه بالكفالة وإن لم يكن واجبا على الأصيل (ألا ترى) انه لو قال لفلان على ألف درهم وأنا بها كفيل بأمره وجحد الأصيل ذلك فان المال يجب على الكفيل وإن لم يكن على الأصيل شئ فهذا تبين أنه ليس في ادعائه أن المال من ثمن خمر أو ما يسقط

المال عنه فلا يكون خصما في ذلك وهو مع هذا مناقض في دعواه لان التزامه بالكفالة اقرار منه أن الأصيل مطالب بهذا المال والمسلم لا يكون مطالبا بثمان خمر فيكون مناقضا في

قوله ان المال من ثمن خمر والدعوى مع التناقض لا تصح حتى أنه لو جاء بالبينة على اقرار

الطالب بذلك لم يقبل بعد أن يكون الطالب يجحد ذلك ولو أراد استحلاف الطالب لم يكن

عليه يمين لان توجه اليمين وقبول البينة تنبئ على دعوى صحيحة إلا أن يقر الطالب بذلك

فحينئذ هو مناقض ولو صدقه خصمه في ذلك والتصديق من الخصم صحيح مع كونه مناقضا في

دعواه ثم إن أصل سبب التزام المال جرى بين المطلوب والطالب والكفيل ليس بخصم في ذلك

العقد ويدعى معنى كان في ذلك العقد حتى إذا ثبت ذلك ترتب عليه خروجه من أن

يكون
مطالباً بالمال ولا يمكن اثبات ذلك بالبينة لأنها بينة تقوم للغائب والبينة للغائب وعلى
الغائب
لا تقبل إذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو بمنزلة المشتري للجارية إذا ادعى انها زوجة
لفلان
الغائب وأراد إقامة البينة على ذلك ليردها بالعيب لا يكون خصماً في ذلك فهذا مثله
(والحوالة)
في هذا كالكفالة وكذلك أن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه لأن أصل المال
على غير

هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره فهذا تنصيب على ما أشرنا إليه في أن الطريق الأصح في الكفالة أن الكفيل يلتزم المطالبة بما على الأصيل ولا يلتزم أصل المال في ذمته ولو أدى الكفيل المال إلى الطالب وغاب الطالب وحضر المكفول عنه فقال المال من ثمن خمر وجاء بالبينة لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة في ذلك ويدفع المال إلى الكفيل لأنه التزم المال بأمره وأدى فيرجع عليه كيف كان ذلك المال ويقال للمكفول عنه اطلب صاحبك فخاصمه وهذا لما بينا انه يدعي سببا في تصرف جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر ليس بخصم عن الغائب أو لأنه مناقض فإنه أمره ان يلتزم المطالبة التي هي متوجهة عليه بجهة الكفالة ولو أقر الطالب عند القاضي أن ماله عنده من ثمن خمر فهذا مثله وهو اقرار ببراءة الأصيل وهو بمنزلة ما لو قال لم يكن لي على الأصيل شئ وذلك يوجب براءة الكفيل والأصيل (ألا ترى) انه لو أبرأ الأصيل برئ الكفيل فإذا بقي أصل المال من الأصيل باقراره أولى أن يبرأ الكفيل فان أقر الطالب بذلك وأبرأ القاضي الكفيل ثم حضر المكفول عنه فأقر ان المال الذي عليه قرض لزمه المال ان صدقه الطالب بذلك لتصادقهما على أن وجوب المال له عليه بسبب صحيح ولا يصدقان على الكفيل لان قولهما ليس بحجة على الكفيل وقد استفاد الكفيل البراءة بما سبق من اقرار الطالب ويجعل هذا من المطلوب بمنزلة اقراره للطالب ابتداء بدين آخر سوى الدين كان كفل به الكفيل ولو أن مسلما باع مسلما خمرا بألف درهم ثم أحال مسلما عليه بها بطلت الحوالة ولو أحاله بألف درهم فجعلها له بذلك ثم غاب المحيل وقال المحتال عليه المال الذي على من ثمن خمر وأقام البينة فلا خصومة بينه وبين الطالب في ذلك لأنه التزم

المال بالحوالة
فعليه أداء ما التزم وهو إنما يدعى سبباً مبطلاً بعقد جرى بينه وبين الغائب وهذا الحاضر
ليس
بخصم عنه في ذلك فإذا دفع المال ثم حضر المحيل خاصمه ان أقام عليه بينة بذلك
رجع عليه
بالمال لأنه قبل الحوالة بأمره وأدى واستوجب الرجوع عليه فكان تقع المقاصة بما
للمحيل
عليه فإذا تبين أنه لم يكن للمحيل عليه شيء كان له أن يرجع عليه بالمال وإن لم يؤد
المال
حتى يحضر المحيل فخاصمه وجاء بالبينة أنها من ثمن خمر أبطلها القاضي عن
المحتال عليه لأنه
قبل الحوالة مقيدة بالمال الذي للمحيل عليه وقد تبين انه لم يكن للمحيل عليه شيء
فكانت
الحوالة باطلة وإن كان أحاله عليه حوالة مطلقة بألف درهم لم يبرأ منها ولكنه يؤديها
ويرجع
بها لان الحوالة المطلقة لا تستدعى مالا للمحيل على المحتال عليه ولا في يده إلا أنه
إذا كان

للمحيل على المحتال عليه لم يرجع به عليه وإذا كانت مطلقة يؤدي المال ثم يرجع
بمثلها عليه
وإذا باع الرجل رجلا عبدا بألف درهم ثم أحال البائع غريمه على المشتري بالمال
الذي باعه
به العبد ثم استحق العبد أو وجد حرا فان القاضي يبطل الكفالة والحوالة لأنه ظهر انه
أحال
عليه بمال ولا مال ولو رد بعيب بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي لم تبطل الحوالة
والكفالة
وكذلك لو مات العبد قبل القبض وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله تبطل الحوالة إذا
كانت
مقيدة* وجه قوله ان الثمن الذي تقيدت به الحوالة بطل من الأصل لانفساخ العقد من
الأصيل ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة فكذلك إذا بطل من الأصيل إلا أنا نقول إن
الحوالة
لما صحت مقيدة بمال واجب عنده ولم يتبين أنه لم يكن واجبا أو بطل إنما يبطل
ببطلانه ان لو
كان له تعلق بالدين بها أما من حيث الوجوب فلا يشكل لان تعلق الدين بالذمة لا
بالدين
ولا تتعلق به استيفاء لان تعلقه به استيفاء إنما يستقيم إذا كان قابلا للاستيفاء والدين لا
يقبل
استيفاء دين آخر منه الا بعد خروجه فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلق به
بوجه
من الوجوه فصار كالحوالة المطلقة في حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه ولا يلزم إذا أحال
على مودعه
ليستوفى دينه من الوديعة ثم هلكت الوديعة حيث تبطل الحوالة لان ثمة للدين تعلق به
استيفاء لكونه قابلا للاستيفاء منه فجاز أن يبطل ببطلانه وإذا أحال رجل رجلا على
رجل
بألف درهم كانت للمحتال على المحيل وكان مثلها للمحيل على المحتال عليه ثم
مات المحيل وعليه
دين كان ماله الذي على المحتال عليه بين غرمائه وبين المحتال له بالحصص ولا
يختص المحتال له بذلك
عندنا وعند زفر رحمه الله يختص به لأنه اختص به في حال حياته حتى كان أحق به
من المحيل
حتى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختص به بعد موته بمنزلة المرتهن في حق الراهن

ولكننا نقول إن ما في ذمة المحتال عليه مال المحيل لأنه بعقد الحوالة لا يصير للمحتال له لان الدين لا يقبل التملك من غير من عليه الدين ومتى كان باقيا على ملكه كان بين غرمائه بالحصص لما مر انه لا تعلق لحقه بالدين قبل الخروج فصار هو وسائر غرمائه سواء وإنما منع المحيل من التصرف فيه باعتبار عرضة الخروج لأنه لو خرج يكون المحتال له أحق بها ولهذا كان التوي على المحيل لان الحوالة كانت مقيدة به وقد استحققت فصار بمنزلة الاستحقاق من الأصل فيعود الدين على المحيل والله أعلم

(باب الحبس في الدين)

(قال رحمه الله) ويحبس الرجل في كل دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو على

بعض

الأجداد فإنهم لا يحبسون في دينه أما في دين غيرهم فيحبس لأنه بالمطل صار ظالما والظالم

يحبس وانه عقوبة مشروعة ولهذا كان حدا في الزنا في ابتداء الاسلام قال الله تعالى في حق

قطاع الطريق أو ينفوا من الأرض والمراد به الحبس وكذلك حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وكذلك علي كرم الله وجهه اتخذ سجينين سمى أحدهما نافعا والآخر

محبسا وكذلك شريح رحمه الله كان يحبس الناس وحبس ابنه بسبب الكفالة عن رجل ولا

يحبسه في أول ما يتقدم إلى القاضي ولكنه يقول له قم فأرضه لان الظلم لا يتحقق من أول وهلة

فان عاد إليه مرة أو مرتين يحبسه والقياس في دين الولد على والديه هكذا إلا أنا استحسنا

في دين الوالدين ومن كان في معناتهم أنه لا يعاقب الوالد بسبب الجناية على ولده قال صلى الله

عليه وسلم لا يقاد الوالد لولده ولا يعاقب بسبب الجناية على ماله لان له ضرب تأويل في ماله

وذكر حديث علي كرم الله وجهه انه اتخذ سجينين وقال فيه

ألا تراني كيسا مكيسا * * يثبت بعد نافع محبسا

وعن الشعبي رحمه الله أن رجلا أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين

أجرني فقال مم قال من دين قال عمر رضي الله عنه السجن ثم قال عمر رضي الله عنه كأنك

بالطلبة حلو ذكر هذا لبيان ان الحبس مشروع قال أبو حنيفة رحمه الله لا يباع مال المديون

المسجون في دين عليه إلا أن يكون عليه دنائير أو يكون عليه دراهم فاصطرفها بدرهم وعند أبي

يوسف ومحمد رحمهما الله يباع ماله وهي مسائل الحجر ثم ذكر عن عمر رضي الله عنه أنه خطب

الناس ثم قال في أسفع جهينة رضي من دينه وأمانته ان يقال له سبق الحاج فأدان

معرضا حتى
دين به فمن كان له عليه شئ فليقد علينا فانا بائع ماله قاسم ثمنه بين الغرماء وإياك
والدين فان أوله
هم وأخره حرب ونعم ما قال فان الدين سبب العداوة خصوصا في زماننا فيؤدى إلى
اهلاك
النفوس ويكون سببا لهلاك المال خصوصا مداينة المفاليس والحرب هو الهلاك ثم إذا
حبس
المديون ولم يدع الاعسار فظاهر انه لا يخلى عنه أما إذا ادعى الاعسار فإن كان ذلك
في ديون
وجبت بسبب المبيعات فينبغي أن لا يصدق لأن الظاهر يكذبه لأنه يكون واحدا
باعتبار
بدله وإن كان بأسباب مشروعة سوى المبيعات كالمهر وبدل الخلع والكفالة وبدل
الصلح

اختلف مشايخنا رحمهم الله فقال بعضهم يصدق ولا يحبس لأنه متمسك بالأصل وهو
العدم
فالقول قوله وقال بعضهم لا يصدق لان التزامه المال اختيارا دليل قدرته ولو كان ديننا
وجب
حكما باستهلاك مال ونحوه ينبغي ان يصدق ثم قال أبو حنيفة رحمه الله إذا حبس
الرجل
شهرين يسأل عنه وان شاء سأل عنه في أول ما يحبسه والرأي فيه إلى القاضي ان أخبر
بعد
أو يقات انه معسر خلى سبيله وان قالوا واجد أمر بحبسه حتى يذوق وبال أمره لأنه من
الجائز انه أخفى ماله فيشهد الناس على ظاهر حاله فتبطل حقوق الناس وإذا أخبروه أنه
معسر
أخرجه ولم يحل بين الطالب وبين لزومه عندنا وقال زفر رحمه الله يمنعه من ملازمته
لأنه منظر
بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له حق الملازمة هكذا كنا نقول بأنه
منظر
إلى زمان الوجود ووجود ما يقدره على أداء الدين موهوم في كل ساعة فيلازمه إذا
وجد
مالا أو اكتسب شيئا فوق حاجته الدراة يؤخذ منه والكفيل بالمال والذي عليه الأصل
سواء
لان خطاب الأداء متوجه على الكفيل كما هو متوجه على الأصيل وذكر عن الكلبي
ومحمد
ابن إسحاق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس بني قريظة حتى نزلوا في حكم
سعد رضي الله عنه
في دار بنت الحارث حتى ضرب رقابهم فإذا تبين ان الحبس مشروع وإذا حبس الكفيل
بالدين فللكفيل ان يحبس المكفول عنه حتى يخلصه إذا كان بأمره وكذلك لو لازمه
الطالب
كان له ان يلزم الذي عليه الأصل لأنه التزم الأداء من مال المطلوب بأمره فكان الأصيل
ملتزما تخلصه فله ان يلازمه وليس للكفيل ان يأخذ المال حتى يؤديه لأنه إنما يرجع
عليه بحكم
الاقراض وإنما يتحقق هذا المعنى عند الأداء وإذا حبس رجل بدين فجاء غريم له آخر
يطالبه
فان القاضي يخرج من السجن ويجمع بينه وبين هذا المدعى فان أقر له بالدين أو
قامت له عليه

بينة كتب اسمه فيمن حبس له مع الأول لأنه لو لم يكتب ربما يشتبه على القاضي انه
محبوس
بدين واحد فيخلى سبيله فيكتبه حتى لا يخلى سبيله الا بقضائهما وإن كان القاضي قد
فلس
المحبوس جاز اقراره لأشخاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ثم رجع
أبو يوسف
رحمه الله وقال تفليس القاضي إياه جائز ولا يجوز اقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه
ولا بشئ
يضيفه في ماله ما خلا العتق والطلاق والنكاح والاقرار بالسبب فانا ندع القياس فيه
ونجوزه
وهو قول محمد رحمه الله وقول شريح وإبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله ويعنى
بالتفليس ان
يحكم بعجزه عن الكسب فيجعله كالمريض مرض الموت فيحكم بتعلق حق غرمائه في
مال هذا

وهذا نوع حجر وإن كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى ذلك وهما يجوزان ذلك وليس
الحبس
بتفليس لأنه دلالة القدرة على أداء الدين لا دلالة العجز ولا يضرب المحبوس في الدين
ولا
يقيد ولا يقام ولا يؤاجر لأن هذه عقوبات زائدة ما ورد الشرع بها وإنما قلنا بالحبس
ليكون
حاملا له على قضاء الدين وإن كان فيه ضرب عقوبة بالنصوص ولا نص في الزيادة عليه
فإنه
روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال ليس في هذه الأمة صغد ولا قيد ولا
غل
ولا تجريد والصغد ما ن قيد به الأيدي أراد بقوله لا يقام يعنى لا يؤمر بالقيام بين يدي
صاحب
المال إهانة له فان ذلك مع عقوبة ولا يؤاجر من غير اختياره لان ذلك نوع حجر عليه
ولا
يجوز ذلك في ماله فلأن لا يجوز في نفسه بطريق الأولى ويحبس الأبوان في نفقة الولد
ولا
تشبه النفقة بالدين لان الانفاق على الولد إنما شرع صيانة للولد عن الهلاك والممتنع
كالقاصد الهلاك ومن قصد اهلاك ولده يحبس بخلاف الدين فإنه ليس فيه قصد اهلاك
نفسه
ولا يخرج المحبوس في الدين بجمعة ولا عيد ولا حج ولا جنازة قريب أو بعيد لان
الواجب
أن يحبس على وجه لا يخلص بعد زمان حتى يضجر قلبه عند ذلك فيسارع في قضاء
الدين فلو
خرج أحيانا لا يضيق قلبه حينئذ ولهذا قالوا ينبغي أن يحبس في موضع خشن لا يتبسط
له في
فراش ولا وطاء ولا أحد يدخل عليه ليستأنس ليضجر قلبه بذلك وإذا سأل القاضي عن
المحبوس بعد شهرين أو أكثر في السر فأخبره ثقة بعدمه خلى سبيله ولم يخل بين
غريمه وبين
لزومه وان شهد عليه شهود انه موسر أو ان له مالا أجزت شهادتهم ويترك المسألة في
السر
لان السؤال للاختبار ومتى ظهرت حاله بالشهادة لا تقع الحاجة إلى الاختبار وان أدى
دين
أحد الغريمين لم يخرج من السجن حتى يؤدي دين الآخر لان الظلم قائم ويحبس

الرجل في الدرهم وفي أقل منه لان مانع الدرهم وما دونه ظالم وينبغي أن يكون محبس النساء في الدين على حدة ولا يكون معهن رجل حتى لا يؤدي إلى فتنة ولا يمنع المحبوس من دخول إخوانه وأهله عليه لأنه يحتاج إلى ذلك حتى يشاورهم في توجيه ديونه ولكن لا يمكنون من المكث عنده حتى يستأنس بهم ولا يحبس المكاتب لمولاه بالمكاتبة لأنه عبد ولا يليق به الحبس (ألا ترى) أنه لو عجز نفسه عن ذلك يسقط ويحبس بدين غير الكتابة قالوا أراد به في حق غير المولى وقال بعضهم يحبس بدين المولى وهو ملحق بالأجانب في المعاملات مع مولاه والأول أصح وإن كان للمكاتب على مولاه طعام ومكاتبته دراهم فان المولى يحبس في دين

المكاتب لان مطالبته متوجهة على مولاه وهو ملحق بالأجانب في حق أكسابه وكذلك
العبد التاجر الذي عليه الدين يكون له على مولاه دين ولا يحبس لحقه ولكن لحق
الغرماء
والصبي التاجر في السجن مثل الرجل يعنى يحبس لأنه يؤخذ بحقوق العباد فيتحقق
ظلمه
والغلام الذي يستهلك المتاع فيضمن قيمته وله أب أو وصى وليس بناجز مثل ذلك
يريد به
في حق الحبس ولم يذكر أنه يحبس الصبي أو أبوه أو وصيه والصحيح أنه يحبس وليه
وفى
الكتاب ما يدل عليه حيث قيده بهذا اللفظ وهذا لان الظلم إنما يتحقق ممن يخاطب
بأداء المال
ووليّه هو الذي يخاطب بذلك لا هو وبعضهم قال الحبس للصبي بطريق التأديب حتى
لا
يتجاسر على مثله ولكن هذا إنما يكون فيما يباشر من أسباب التعدي قصداً أما ما وقع
خطأ
منه فلا ولا يحبس العاقلة في الدية ولا في شئ منها من الأرش بقضائه عليهم ولكنه
يؤخذ
من الأعطية وان كرهوا ذلك لان الدية إنما تعطى من عطائهم لا مما في أيديهم من
الأموال
حتى يتحقق المنع من قبلهم حتى لو كانوا من أهل التأديب وليس لهم عطاء يفرض ذلك
عليهم
في أموالهم فإذا امتنعوا من أدائه حبسوا وكذلك الذعار يحبسون أبداً حتى يتوبوا
والذاعر
الذي يخوف الناس ويقصد أخذ أموالهم فكان في معنى قطاع الطريق قال الله تعالى
إنما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله الآية ولو أن غلاماً استهلك لرجل مالا وله دار ورقيق
وعروض
وليس له أب ولا وصى لم يحبس ولكن القاضي يرى رأيه فيه أن شاء جعل وكيلا ببيع
بعض
ماله فيوفى الطالب حقه وإن كان له أب أو وصى يجوز بيعه فإنه لا يحبس والصحيح
انه يحبس
من يخاطب بقضاء دينه لما مر ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب ويحبس المسلم
للذمي بدينه

والذمي للمسلم ويحبس الحربي المستأمن ويحبس له لان معنى الظلم يتحقق في حق الكل والله أعلم بالصواب

(باب الابرء والهبة للكفيل)

(قال رحمه الله) وإذا قال الطالب للكفيل قد برئت إلى من المال الذي كفلت به من فلان فهذا اقرار بالقبض وللکفيل ان يرجع به على المكفول عنه لأنه أخبر عن البراءة بفعل

متعد من المطلوب والكفيل إلى الطالب وذلك بفعل الأداء لان الابرء متعد من المطلوب

إلى الطالب وكذلك قوله قد دفعت إلى المال أو نقدتني أو قبضته منك وكذلك الحوالة وإذا

قال أبرأتك لم يكن هذا اقرارا بالقبض وللطالب ان يأخذ الذي عليه الأصل لأنه أضاف
الفعل إلى نفسه متعديا إلى المطلوب وذلك أنما يكون باسقاط الدين عنه. ولو قال
برئت من
المال ولم يقل إلى فهذا اقرار بالقبض في قول أبي يوسف رحمه الله لأنه وصفه بالبراءة
فينصرف
إلى ذلك السبب المعهود والسبب المعهود الايفاء وعند محمد رحمه الله هو بمنزلة
قوله أبرأتك
لأنه يحتمل الوجهين فكان الحمل على الأدنى أولى (ألا ترى) ان الحاجة إلى الرجوع
على
الأصيل لا تثبت بالشك وقد مر هذا في الجامع والتحليل بمنزلة الابراء لان الدين لا
يوصف
بالتحليل أما المال الذي يراد به الدين فيوصف بهذا وذلك بمنزلة الموضوع الديون
فمتى حلله
أسقط حقه عن ذلك أصلا فكأنه قال لا حق لي في مالك ولو قال له هكذا كان ابراء
مطلقا
فهذا كذلك والمحتال عليه في جميع هذا بمنزلة الكفيل ولو وكل الطالب وكيلا بقبض
ماله فقال
الوكيل للكفيل برئت إلى كان هذا اقرارا بالقبض فيصح ولو قال الوصي للكفيل قد
أبرأتك
أو أنت في حل منه لم يجز لان ذلك معروف منه وليس له ذلك وكذلك الصبي التاجر
والعبد
التاجر والمكاتب إذا قالوا ذلك للكفيل لا يصح لما مر وإذا أبرأ الطالب الكفيل من
المال فأبى
أن يقبل ذلك فهو برئ ولا يشبه هذا الهبة لان الابراء اسقاط محض في حقه لأنه ليس
في
حقه إلا مجرد المطالبة فصار كسائر الاسقاطات فلا يرتد بالرد بخلاف الذي عليه
الأصل لان
أصل الدين عليه فيكون ذلك تمليكا منه لان الحق الذي هو واجب له في ماله غير عين
فصار هذا تصرفا باسقاط الفعل عنه ويجعل الواجب له اسقاطا من وجه وتمليكا من
وجه
فوفرنا على السهمين حظهما فعلى هذا يصح من غير قبول لشبهه بالاسقاط ويرتد بالرد
لشبهه
بالتمليكات ومثله لو وهب من الكفيل فإنه يرتد بالرد كما لو وهب من الأصيل لان

الهبة لفظ
وضع للتمليك ويمكن تحقيق الهبة في حق الكفيل كما في حق الأصيل لان هبة الدين
من
غير من عليه الدين جائزة فإذا سلطه عليه فهو مسلط عليه في الجملة أو يجعل ذلك نقلاً
للدين منه
بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين لو أمكن ذلك لان له ولاية نقل
الدين إليه
قصدا بإحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحاً له وإذا استقام تحقيق
الهبة كما
في حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما في حق الأصيل وقد مر أنه لو أبرأ الذي
عليه الأصيل
من الدين يصح من غير قبول ولكنه يرد بالرد لما فيه من معنى التمليك فكذلك لو
وهب
منه فلو مات قبل أن يعلم فهو برئ منه في الهبة والابراء جميعاً لأنه تام في نفسه ولكنه
يرتد بالرد

فمتى مات وقع اليأس عن الرد فانبرم بمنزلة لو تصرف له فيه جاز وكذلك لو كان ميتا فأبرأه منه

وجعله في حل منه فهو جائز لان الدين قائم عليه حكما فاحتمل الاسقاط فان قالت الورثة لا تقبل

فلهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه برئ في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله

ليس للورثة في ذلك قول فمحمد رحمه الله يقول بان هذا في حق الورثة اسقاط محض لأنه

لا دين عليهم حقيقة إنما عليهم مجرد المطالبة فأشبه الكفيل ثم في حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا

في حقهم وأبو يوسف رحمه الله يقول إن الدين قائم وقد أخذ شبهها بالأعيان بعد الموت لتعلقه

بالتركة فكان أقبل للتمليك في هذه الحال والملك بهذا التمليك واقع لهم فيرتد بردهم كما لو

أضاف الإبراء إليهم تنصيحا وإذا وهب الطالب المال الذي عليه للأصيل فأبى أن يقبل كان

المال عليه وعليه فضله لان الهبة منه كالهبة من كفيله ولو وهبه من كفيله فأبى ان يقبل كان

المال عليه بخلاف ما إذا أبرأه فأبى أن يقبل لأنه لا يعود الدين على الكفيل لأننا نجعل إبراءه

كإبراء الكفيل لا يرتد بالرد فكذلك هنا وإذا وهب للكفيل وقبله رجع به على الذي عليه الأصيل

لأنه ملكه بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء والتمليك منه صحيح لأنه قابل للملك في حق ما في ذمة

الأصل ولهذا يملكه بالأداء وإذا ملكه رجع عليه وكذلك المحتال عليه وإذا كانت الكفالة على أن

المكفول عنه برئ أو كانت حوالة فوهب الطالب الذي كان عليه الأصيل فالهبة باطلة لأنه

ليس في ذمته شيء لانتقال الدين إلى ذمة غيره وعلى رواية الجامع ينبغي أن يصلح ولو وهب

الكفيل الذي عليه للأصيل فهو جائز لانعقاد سبب وجوب الدين له في الحال فان أدى الكفيل

لم يرجع به عليه لأنه يقرر ملكه ما في ذمته فصحت الهبة فصار كما لو وهبه بعد الأداء

فان
أدى الذي عليه الأصل لم يرجع به على الكفيل لأنه تبين أن هبته باطلة لانتقاض سبب
وجوب الدين بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم
(باب اقرار أحد الكفيلين بأن المال عليه)
(قال رحمه الله) وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه بالمال فأقر أحد الكفيلين بأن المال كله عليه وأداه وأراد أن يرجع بنصفه على
صاحبه
وقال إنما عنيت باقراري أنه على لأني كفلت عنك كل حصتك فله أن يرجع عليه
بنصفه
لأنه صادق في قوله انه كله عليه لكن بعضه بحكم الكفالة وبعضه بحكم الأصالة ولو
أقر ان

كله عليه وان صاحبه كفله عنه بأمره لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشئ لأنه قد
صرح
انه أصيل في كله وصاحبه كفيل عنه فيجري على قضية قوله. ولو أن رجلين كان
عليهما
خمسون دينار الرجل قرضا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ضامن له فأشهد
أحدهما على
صاحبه أنى معك دخيل في هذا المال ولو أقر الآخر بذلك ثم ادعى أن المال كله على
صاحبه
فإنه يرجع على صاحبه بنصفه لان قوله أنت دخيل معي ليس باقرار بشئ لم يكن عليه
خاصة
دون الآخر يريد به انه أخبر بكونهما دخيلين في هذا المال وهذا يقتضى أن يكونا
أصيلين
في بعضه فمن ادعى أن كله على صاحبه فقد ناقض فيما أخبر فلا يلتفت إلى ذلك وان
أقر
أحدهما أن هذا المال عليه خاصة دون الآخر ثم أدى المال لم يرجع على صاحبه بشئ
لأنه
نص أنه كفيل أصيل في الكل ولو أداه صاحبه كان له أن يرجع بكله عليه ولو كان
لرجل
على ثلاثة نفر ألف درهم في صك باسمه وبعضهم كفلاء عن بعض ضامنون للمال كله
فأقر
الطالب ان أصل المال على أحدهم وان الآخرين كفيلا عنه ولم يقر بهذه الكفالة التي
نسبت إليه في الصك ثم أدى المال أحدهم فله أن يرجع على صاحبه بالثلثين لأنه أقر
على
غيره فلم يعتبر ولو لم يقر الطالب بذلك ولكن أحد الكفلاء قال أصل المال علي
وصاحباي
منه بريئان ثم أدى المال لم يرجع على صاحبيه بشئ لان زعمه معتبر في حقه وان أداه
صاحباي
رجعا بالكل عليه لإقراره انه أصيل في جميع المال واقارره ملزم إياه ولو كان لرجل
على رجل
ألف درهم في صك باسمه وفلان بها كفيل فأقر الكفيل ان أصل المال عليه وان فلانا
كفيل عنه وانه إنما قدمه في الصك لشئ خافه فأدى المقدم في الصك المال كله فله أن
يرجع
بذلك على الكفيل مؤاخذا بما أقر به على نفسه ويجعل ذلك في حقه كالثابت بالبينة

ولو
كان أصل المال قرضاً في الصك أو من ثمن بيع ونسبه إلى الذي في صدر الصك ثم
أقر
الكفيل بهذه المقالة كان إقراره على نفسه أصدق مما في الصك لأن إقراره على نفسه
حجة
ملزمة والصك ليس بحجة ملزمة ما لم يشهد الشهود بما فيه وشهادة الشهود بما فيه لا
تكون
مقبولة مع تكذيبه إياهم بإقراره فهذا كان المقبول ما أقر به على نفسه ولو لم يقر
الكفيل
بهذه المقالة ولكنه أقر أنه هو القابض للمال من صاحب الصك أو أنه قد اشترى المبيع
من
صاحب الصك وقبضه وقال الذي عليه الصك وهو الذي اسمه في أوله أجل أو صدق
ثم ادعى المقر له المال فله أن يرجع على صاحبه المقر لأن إقراره بمباشرة سبب التزام
المال

يكون اقرارا منه بأنه أصيل في جميع المال وان صاحبه كفيلا به واقاراره حجة عليه ولو لم يقر الكفيل بذلك ولكنه أقر أنه قبض المال من المكفول عنه فهو جائز لأنه بالكفالة قد استوجب المال على المكفول عنه وإن كان مؤجلا واقاراره بقبض الدين المؤجل صحيح فان أداه المكفول عنه إلى الطالب رجع على الكفيل بسبب اقراره لان ثبوت قبضه منه باقراره كثبوته بالبينة أو بالمعاينة في حقه وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بجميع المال فادعى كل واحد منهما على صاحبه انه كفيل عنه لم يصدق واحد منهما على ذلك الا بحجة لأنه يدعي خلاف المعلوم بطريق الظاهر فعلى كل واحد منهما البينة على ما ادعى فإن لم يكن له بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنه يدعي على صاحبه ما لو أقر به لزمه وأيهما نكل عن اليمين فنكوله بمنزلة اقراره فيثبت بنكوله ان أصل المال عليه وان حلفا جميعا ثم أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بنصفه لان دعوى كل واحد منهما تنفى عن صاحبه نصيبه وقيل هذه الدعوى إذا كان أدى أحدهما المال رجع على صاحبه بالنصف لاستوائهما في الضمان ان قامت البينة من الأصيل أن المال على أحدهما والآخر كفيل ولم يعرفوا ذلك فهذا بمنزلة من لم تقم عليه بينة لان المشهود عليه بالأصالة منهما مجهول والشهادة على المجهول لا تكون مقبولة ولا تبطل هذه الشهادة حق الطالب ولا توهنه لأنها لا تمس حقه وان أقر الطالب أن الأصيل على أحدهما والآخر كفيل لم يصدق على ذلك لان اقراره ليس بحجة لأحدهما على صاحبه وشهادته في ذلك لا تكون مقبولة لان المال له فإنما يشهد لنفسه على أحدهما بأن جميع المال عليه وكذلك لو كان للطالب ابنان فشهدا

بذلك لأنهما يشهدان لأبيهما وهذا إذا لم يكن على أصل المال بينة أنه عليهما وكل واحد منهما ضامن فإن كان على أصل المال بينة بذلك فشهادة ابني الطالب جائزة لأنهما لا يثبتان بشهادتها حق أبيهما وإنما يشهدان لاحد الغريمين على الآخر انه هو الأصيل وان صاحبه كفيلا فلا تتمكن التهمة في هذه وكذلك أن كان الغريمان مقرين بالمال لان حق الطالب عليهما ثابت باقرارهما فشهادة ابني الطالب على هذا لا تكون لأبيهما وإنما تكون لأحدهما على الآخر ولو شهد ابنا أحدهما أن الأصل على أبيه والآخر كفيلا عن أبيه جاز لأنهما يشهدان على أبيهما ولو شهدا أن الأصل على الآخر وان أباهما كفيلا به عنه لم تجز شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أبيهما مغرما ويجران إليه المنفعة فكانا متهمين فيه والله تعالى أعلم بالصواب

(باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا ابراء)

(قال رحمه الله) وإذا كفّل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه فاستحق المبيع من يده برئ الكفيل من المال لأن باستحقاق المبيع انفسخ البيع وبرئ الأصيل من الثمن وبراءة الأصيل منه توجب براءة الكفيل لأن الكفيل يلتزم المطالبة التي هي على الأصيل ولا تبقى المطالبة على الأصيل بعد استحقاق المبيع فكذلك على الكفيل وكذلك لو رده

بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بإقالة أو بخيار شرط أو رؤية أو بفساد البيع لأن الأصيل يبرأ عن

الثمن بهذه الأسباب وكذلك المهر يبطل عن الزوج كله بفرقة من جهتها قبل الدخول أو بعضه

بالطلاق ببراءة الكفيل به مما بطل عن الزوج لبراءة الأصيل وكذلك الكفيل بطعام السلم

إذا صالح الأصيل الطالب على رأس المال فهو برئ عما كفّل به لبراءة الأصيل وليس عليه

شئ من رأس المال لأنه دين آخر سوى ما كفّل به وهو ليس يبدل عن المكفول به وكيف

يكون بدلا ووجوب المسلم فيه بعقد السلم ووجوب رأس المال بانفساخ عقد السلم والبدل

ما يجب بالسبب الذي وجب به الأصل فلو ضمن المشتري ثمن المشتري لغريم البائع يعني

أحال البائع غريم له على المشتري حوالة مقيدة بالثمن أو كفّل المشتري لغريم الكفالة البائع

كفالة مقيدة بالثمن ثم استحق العبد بطلت الحوالة والكفالة لأن بانفساخ العقد من الأصل

ينتفي الثمن عن المشتري من الأصل وقد كان التزاما مقيدا به وكذلك لو وجد العبد حرا أو

رده المشتري بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو هلك العبد قبل القبض لم تبطل

الحوالة عندنا ولا الكفالة لأن بما اعترض من الأسباب لا يتبين أن الثمن لم يكن واجبا على

الأصيل وعلى قول زفر رحمه الله تبطل الكفالة والحوالة لأن البيع ينفسخ من الأصيل بهذه الأسباب ويسقط الثمن عن المشتري وقد كان التزامه مقيدا به (واستشهد في

الكتاب

بالصرف) فقال لو باعه بالدرهم مائة دينار وقبضها ثم انفسخ البيع بهذه الأسباب رجع
على
البائع بألف درهم لان صرفها وأصلها صحيح بخلاف ما إذا استحق العبد أو وجد حراً
فإنه
يرجع بالدنانير لأنه تبين أن الدرهم لم تكن واجبة من الأصيل وعلى هذا لو ضمن
الزوج
مهر المرأة لغريمها ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول من قبلها لم يبرأ الزوج عن
الكفالة
إلا على قول زفر رحمه الله ثم إذا أداها رجع بها على المرأة لأنه كفل عنها بأمرها
فيستوجب
الرجوع عليها عند الأداء الا انه كانت تقع المقاصة قبل الفرقة بمهرها وقد انعدم ذلك
بسقوط

المهر عنه فيرجع عليها بالمؤدى وكذلك لو طلقها قبل أن يدخل بها غير أنه يرجع
عليها بنصف
المؤدى لان المقاصة وقعت بالنصف الثاني من مهرها ولو كاتب رجل عبده على ألف
درهم
ثم أمره فضمنها لغريم له على المولى ألف درهم وقبل الحوالة بها فذلك صحيح لان
هذا
ليس بكفالة ولا حوالة في الحقيقة ولكنه بمنزلة توكيل المولى غريمه باستيفاء بدل
الكتابة
من المكاتب ولا فرق في حق المكاتب بين أن يكون يطالبه المولى بالبدل وبين أن
يطالبه
غريم المولى فان أعتق المولى المكاتب عتق ولم يبرأ من الضمان وفي بعض نسخ
الأصل قال
وبرئ من الكفالة لأنه كان بمنزلة التوكيل وباعتاق المكاتب يسقط عنه بدل الكتابة
حتى
لا يطالبه المولى بشئ منه فكذلك وكيهه * ووجه الرواية الأخرى أن الغريم كان يطالبه
بدينه
قبل العتق ولم يتغير حكم دينه باعتاق المكاتب وإنما كان هذا بمنزلة التوكيل وحكم
توجه المطالبة
للغريم على المكاتب بالتزامه فأما المطلوب في حق الغريم دينه وما اعترض من العتق لا
يبقى
التزام المطالبة ابتداء فلأن لا ينفي بقاءه بطريق الأولى ثم إذا أدى رجوع على المولى لأنه
قبل
العتق كانت تقع المقاصة بدين الكتابة وقد انعدم ذلك حين سقط عنه دين الكتابة بالعتق
وكذلك لو مات المولى والمكاتب مدبر يعتق وعتق من ثلثه أم ولد فعتقت لان البراءة
عن بدل
الكتابة يحصل بهذا السبب كما يحصل باعتاق المولى إياه ولو كفل عبد عن مولاه
بألف درهم
بأمره ثم أعتقه المولى فأداه لم يرجع على المولى فأما بعد العتق فإنه يطالبه بذلك المال
لأنه كان
مطالباً في حال رقه بالعتق وهو لا يزيده الا وكادة ولان المولى شغله به حين أمره
بالكفالة عنه
فهو بمنزلة ما لو أقر بالدين عليه ثم أعتقه فلا يرجع العبد بها على المولى وان أدى من
كسب هو

خالص حقه لان الكفالة حين وقعت لم تكن موجبة لرجوع الكفيل على الأصيل فلا
يصير
موجبا للرجوع بعد ذلك بخلاف المكاتب فان هناك أصل الكفالة كانت موجبة
لرجوع
المكاتب على المولى عند الأداء لان المكاتب يستوجب على مولاه دينا إلا أنه كانت
تقع المقاصة
ببدل الكتابة وهنا أصل الكفالة لم يكن موجبا لرجوع العبد على المولى فان العبد لا
يستوجب
على مولاه دينا ولو أن رجلا له على رجل ألف درهم فأمره ان يضمها الغريم له ثم إن
الامر
وهبها للكفيل أو أبرأه منها لم يجز ذلك وكان للمكفول له ان يأخذه بالمال لان
الكفالة أو
الحوالة المقيدة قد اشتغلت بما للامر في ذمة الكفيل لحق الطالب وذلك يمنع الامر من
التصرف فيه بمنزلة الراهن إذا تصرف في المرهون بالهبة أو البيع من انسان فإنه لا ينفذ
لحق

المرتتهن ولو مات الأمر وعليه دين ولم يقتض المكفول له الدراهم كانت الدراهم بين
سائر
غرماء الميت ولم يكن المكفول له أحق بها منهم استحسانا وكان ذلك القياس أن
يكون
للمكفول له خاصة وهو قول زفر رحمه الله لأنه صار كالمرهون به ولان سائر الغرماء
يثبت
حقهم من جهة الأصل وقد كان مقدما على الأصل في هذا المال في حياته * ووجه
الاستحسان
ان المكفول له لم يصير أحق بغرم هذا المال حتى لو برئ مما في ذمة الكفيل لم يبطل
حق
المكفول له ولا يكون أحق بالغرم وبه فارق الرهن فقد صار المرتتهن أحق بغرم الرهن
هناك *
يوضحه ان يد الاستيفاء ثبتت للمرتتهن بقبض الرهن وعلى ذلك ينبنى اختصاصه به دون
سائر
الغرماء وهنا يد الاستيفاء لم تثبت للمكفول له فيما في ذمة الكفيل بل هو مال الأصيل
فيقسم
بعد موته بين غرمائه بالحصص ولو كان المكفول عنه حيا فأقام رجل البينة أن هذا
المال له
وانه أمر فلانا فباع المبيع الذي هذا المال ثمنه لم يكن له ان يبطل الكفالة في قول أبي
حنيفة ومحمد
رحمهما الله ولكنه يضمنه للبائع وفي قول أبي يوسف رحمه الله تبطل الكفالة وهو بناء
على
مسألة كتاب البيوع ان الوكيل بالبيع عندهما في نفوذ تصرفه في الثمن بمنزلة العاقد
لنفسه
ويضمن للموكل وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الثابت لا ينفذ من تصرفه الا ما
يرجع إلى
القبض ولو كان المال إلى أجل وبه كفيل فان مات الأصيل فقد حل المال عليه ولا
يحل على
الكفيل حتى يمضى الاجل لان الأصيل استغنى بموته عن الاجل والكفيل محتاج إليه
وحلوله
على الأصيل لا يمنع كونه مؤجلا على الكفيل كما لو كفل الكفيل بمال هو حال على
الأصيل
مؤجلا إلى سنة ولو كان الميت هو الكفيل فقد حل المال عليه لوقوع الاستغناء عن

الاجل
ويؤخذ من تركته في الحال ثم لا يرجع ورثته على الأصيل قبل أن يحل الاجل عندنا
وقال
زفر رحمه الله يرجعون على الأصيل في الحال لأنهم أدوا ديننا عليه بعد توجه المطالبة
فيه شرعا بحكم
الكفالة عنه بأمره فيرجعون إليه وهذا لان الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن
الأصيل
فيستوجب الرجوع به عليه في الحال الا إذا قصد اثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل
حل
الاجل ولم يوجد إذا كان سقوط الاجل حكما لموته ولكننا نقول بالكفالة كما وجب
المال
للطالب على الكفيل مؤجلا والأصيل باق منتفع بالأجل فكما بقي المال مؤجلا في حق
الطالب
بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الاجل فإنه لا يرجع على
الأصيل
حتى يحل الاجل فهذا مثله ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه ثلاثة
رهط

بعضهم كفلاء عن بعض المال وهو حال من ثمن مبيع فأخر الطالب أحد الكفلاء إلى سنة

فهو جائز وله أن يأخذ أيهم شاء سواء بجميع المال بمنزلة ما لو كان أحدهم كفل به مؤجلا

في الابتداء فان المال يكون حالا على الباقيين وهذا لان كل واحد منهم كفيل بجميع المال

وابراء أحد الكفلاء لا يوجب البراءة للباقيين كما لا يوجب براءة الأصيل فكذلك التأخير عن أحد الكفلاء إلى سنة فان أدى المال أحد الكفيلين الآخرين كان له أن يأخذ صاحبه بالنصف ليستوي به في غرم الكفالة كما هو مساو له في الالتزام بأصل الكفالة ولا يأخذ

الذي أخره حتى يحل الاجل لان الاجل ثابت في حقه فكما لا تتوجه مطالبة الطالب عليه

بشئ لمكان الاجل فكذلك مطالبة الكفيل الآخر فإذا حل الاجل وقد كان أخذ من صاحبه النصف ييعا جميعا ذلك الكفيل بالثلث لأنه كان مساويا لهما في الكفالة وقد كان المانع

لهما من الرجوع عليه الاجل وقد انعدم فيرجعان عليه بقسطه وهو الثلث ليستوا في غرم

الكفالة ثم يرجعون على الأصيل بجميع المال فلو كان الطالب أخر المال على الأصيل سنة

كان ذلك تأخيرا عن جميع الكفلاء بمنزلة ما لو أبرأ الأصيل وكان ذلك موجبا براءة الكفيل أو لو كان أخر كفيلا منهم شهرا وأخر شهرين وأخر ثلاثة أشهر كان جائزا على

ما سمى فان حل على صاحب الشهر أخذه من سهمه ولا يرجع هو على الآخرين لقيام المانع وهو الاجل وان أخر الذي عليه الأصيل بعد هذا سنة كان المال عليهم إلى سنة ودخلت الشهور تحت السنة لان التأجيل في حق الأصيل فهو في حق الكفيل ولو كان أخر الكفيل شهرا ثم أخره سنة دخل الشهر في السنة فهذا مثله وإن كان المال من ثمن مبيع

أو غصب وبه كفيل فأخر الطالب الأصيل إلى سنة فأبى أن يقبل ذلك فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تأخير المطالبة بالتأجيل في حق الأصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء

وابراء الأصيل يرتد بالرد فكذلك التأخير عنه يرتد برده فيبقى المال عليه حالا وكذلك على

الكفيل لان التأجيل في حق الأصيل يجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو أجل الكفيل ولو

أجل الكفيل فأبى أن يقبل المال أن يثبت حالا فكذلك إذا أجل الأصيل وهذا لان
التأجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء أجل الكفيل أو الأصيل وإذا كان لرجل على
رجل
ألف درهم فكفل بها ثلاثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض ثم إن الطالب وهب المال
لواحد
منهم فأبى أن يقبل فالمال عليهم كما كأن لان الهبة من الكفيل تمليك فيرتد برده
الكفيل كما

يرتد برد الأصيل إذا وهب منه وان قبل فقد تملك المال بقبول الهبة فهو بمنزلة ما لو
وهبه
تملكه بالأداء فإن شاء رجع على الأصيل بجميع المال وان شاء رجع على صاحبيه
بالثلثين ان
وجدهما أو على أحدهما بالنصف ان وجده دون الآخر بمنزلة ما لو أدى المال فإن
كان الموهوب
له غائبا فلم يقبل ولم يرد ولم يعلم به حتى مات فالهبة جائزة ويرجع ورثته على أيهم
شاء ولما
بيننا أن هبة الدين اسقاط يتضمن التملك فان ضمنه معنى التملك يرتد برده ما دام حيا
ولكونه
اسقاطا يتهم بموته قبل الرد ويجعل تمامه كتمامه بقبوله وورثته قائمون مقامه فيرجعون
على
أيهم شاء كما بينا ولو وهبه لرجلين من الكفلاء فقبلا جاز ورجعا به على الأصيل وان
شاء
رجعا على الكفيل الثالث بالثلث بمنزلة ما لو أديا وليس لواحد منهما أن يرجع على
صاحبه بشئ
من أجل ان كل واحد منهما صار متملكا خمسمائة وهما يستويان في ذلك وان أخذوا
الكفيل
الثالث فأدى إليهما الثلث ثم أراد هذا الكفيل الغارم أن يرجع على أحدهما بنصف ما
أدى
إلى الآخر لم يكن له ذلك لان كل واحد منهما متملك للثلث فيكون بمنزلة ما لو أدوا
جميعا المال
إلى الطالب وإنما يتبعون الأصل بالألف كلها فإذا أخذوها كان لكل واحد منهم ثلث
المقبوض ولو أن الطالب حين وهب المال لهذين الكفيلين قبل أحدهما الهبة وأبى
الآخر
أن يقبل فللذي قبل أن يأخذ ثلث هذا النصف من الكفيلين الآخرين لان تملكه نصف
المال
بقبول الهبة كتملكه بأداء النصف فإن شاء رجع على الكفيلين معا بثلثي ذلك النصف
وان شاء
على أحدهما بنصف ذلك الثلث ويأخذ الطالب بالنصف الآخر أي الكفلاء شاء وان
شاء
رجع على الأصيل لان الهبة بطلت في هذا النصف برد الموهوب له فعاد الحكم كما
كان قبل الهبة

فان قبض الطالب من الذي عليه الأصل شيئاً فهو له خاصة وللطالب أن يأخذ الموهوب له بما بقي من ذلك لان النصف الباقي ما وهبه منه فهو فيه كغيره من الكفلاء ولو وهب الطالب نصف المال لاحد الكفلاء كان بهذه المنزلة فان رجع الموهوب له على الكفيلين بثلثي ذلك النصف فأخذه منهما لم يتبعه واحد منهما بشئ من ذلك لأنه لو كان له حق الاتباع بعد الأداء كان له أن يمنع ذلك منه في الابتداء ولكن لو أديا إلى الطالب خمسمائة كان للموهوب له أن يرجع عليهما بثلث خمسمائة أخرى فيرجع عليهما بتلك الخمسمائة حتى يكون الأداء عليهم أثلاثاً وكذلك الصدقة والنحلة والعطية فأما البراءة فليست كذلك ولا يرجع المبرأ من الكفلاء على على أحد بشئ لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة وليس بتملك شئ منه والله تعالى أعلم

(باب الحلف في الكفالة)

(قال رحمه الله) وإذا حلف الرجل لا يضمن لفلان شيئاً فضمن له بنفس أو مال فهو حانث لأنه قد ضمن له فالمفهوم من هذا اللفظ التزام المطالبة بتسليم شيء مضمون له وقد وجد

ذلك وكذلك لو كفل أو قبل الحوالة له وقال في الحوالة ضمان وزيادة والكفالة والضمان

عبارتان عن عقد واحد ولو اشترى شيئاً بأمره فهذا ليس بضمان وإنما هذا التزام لعقد الشراء

وعقد الشراء لا يسمى كفالة عرفاً وفي الأيمان يعتبر العرف ولو ضمن لعبده أو مضاربه أو شريك له مفاوض أو عنان لم يحنث لأن الضمان وقع لغيره فإن المضمون ما تجب به المطالبة

قبل الضامن بعقد الضمان وهو غير المحلوف عليه فاما المحلوف عليه ان توجهت له المطالبة

فذلك باعتبار سبب آخر دون عقد الضمان (ألا ترى) أن الرد والقبول إنما يعتبران ممن ضمنه له دون المحلوف عليه وعلى هذا لو ضمن الرجل فمات فورثه المحلوف عليه لم يحنث وان

صار الضمان له في الانتهاء لان الأصل كان لغيره وإنما يثبت له باعتبار سبب آخر وهو الخلافة

عن المورث ولو حلف لا يضمن لاحد شيئاً فضمن انسان ما أدركه من درك في دار اشتراها

أو عبد حنث لأنه قد ضمن للمشتري (ألا ترى) انه يسمى في الناس ضامناً من كان ضامناً

للدرك وهو بمنزلة ما لو قال إن لم يوفك فلان مالك إذا حل أو ان مات فلان قبل أن يوفيك

فهو على أو فانا له ضامن فإنه يكون ضامناً له ويكون حانثاً في يمينه وان كانت المطالبة متأخرة

عنه إلى أن يوجد ما صرح به ولا يخرج به من أن يكون ضامناً في الحال فكذلك في الدرك

ولو ضمن لرجل غائب لم يخاطب عنه أحد لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويحنث

في قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على ما سبق أن الكفالة للغائب إذا لم يقبل عنه أحد

باطل في قولهما فلا يحنث في يمينه وهو صحيح في قول أبي يوسف رحمه الله

والضمان لازم
للكفيل فيكون حانثا في يمينه ولو خاطبه عنه مخاطب حنث في قولهم جميعا لأن
الضمان
صحيح في حق الضامن وإن كان للمضمون له الخيار إذا بلغه بين أن يرضى به وبين أن
يرده
فيتم به شرط الحنث في حقه ولو ضمن لصبي لان أباه أو وصيه لو أجاز ذلك جاز فهو
بمنزلة
ما لو ضمن الغائب فيتم في حقه إذا خاطبه به مخاطب وكذلك العبد المحجور عليه
يحلف انه
لا يضمن شيئا فضمن فهو حانث لان يمين المحجور عليه ينعقد لكونه مخاطبا والالتزام
بالضمان صحيح في حقه وإن كان المال يتأخر عنه إلى ما بعد العتق لحق مولاه فهو
بمنزلة ما لو

ضمن الغائب وعنه مخاطب أو ضمن لإنسان بعد ما حلف وهو مفلس ولو حلف لا يكفل بفلان أو لا يضمن فلانا فكفل عنه بمال لم يحنث لان الكفالة بفلان إذا أطلقت فإنما يفهم

منها الكفالة بالنفس ومطلق اللفظ في اليمين محمول على ما يتفاهمه الناس في مخاطباتهم فان عنى المال كان ذلك على ما عنى لأنه شدد على نفسه بلفظ يحتمله وقد تقدم بيان هذا الجنس في

كتاب والله أعلم

(باب الكفالة بما لا يجوز)

(قال رحمه الله) ولا يجوز الكفالة بشجة عمد فيها قصاص ولا بدم عمد فيه قصاص حتى لا يؤخذ الكفيل بشئ من القصاص ولا من الأرش لان الكفالة إنما تصح بمضمون تجرى

النيابة في ايفائه والقصاص عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها فلا يصح التزامها بالكفالة والأرش

لم يكن واجبا على الأصيل بالفعل الذي هو موجب للقصاص والكفيل لم يكفل به أيضا وكذلك الكفالة بحد القذف باطلة لأنه عقوبة لا تجرى النيابة في ايفائها ولان المغلب فيه

حق الله تعالى فيكون على قياس سائر الحدود وكذلك لا تجوز الكفالة بشئ من الأمانات لأنها

غير مضمونة على الأصيل ولا هو مطالب بايفائها من عنده وإنما يلتزم الكفيل المطالبة بما

هو مضمون الايفاء على الأصيل فإذا استهلكها بعد ذلك من هي في يده أو خالف فيها لم

يلزم الكفيل ضمانها لان أصل الكفالة لم يصح والضمان إنما لزم الأصيل بسبب حادث بعد

الكفالة وهو ما أضاف الكفالة إلى ذلك السبب وذلك في القصاص لو صالح الطالب المطلوب

على مال لم يلزم الكفيل من ذلك المال شئ لأنه وجب بعقد الكفالة والكفالة ما أضيفت

إليه وكما لا تصح الكفالة بهذه الأشياء فكذلك الرهن لأن جواز الرهن يختص بما يمكن

استيفاؤه من الرهن فان موجه ثبوت يد الاستيفاء وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن

الرهن باطل لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح كالوديعة
والعارية والمضاربة وكذلك الكفالة للمولى مملوكة وهو في بيت مولاه أو قد أبق عنه
باطلة
لأنه غير مضمون للمولى على العبد فان المولى لا يستوجب على عبده حقا مضمونا
وهذه
الكفالة دون الكفالة ببدل الكتابة للمولى عن مكاتبه وذلك باطل فهذا أولى ولو دفع ثوبا
إلى قصار ليقصره وضمناه رجل فضمانه باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك من
يشبهه

من الصناع لأن العين عنده أمانة في يد الأجير المشترك ولهذا لو هلك من غير صنعه لم
يضمن

وأما في قول من يضمن الأجير المشترك ما هلك عنده بسبب يمكن التحرز عنه وهو
قول

أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالكفيل ضامن لأن العين عندهما مضمونة في يد
القابض بنفسها

وهو بمنزلة المغضوب في يد الغاصب فتصح الكفالة به ولو كفل بعبد رجل ان هو أبق
من

مولاه فهو باطل لأنه ما أضاف الكفالة إلى سبب وجوب الضمان فالإباق ليس بسبب
يوجب

ضمانا للمولى على عبده وكذلك لو كفل بدابته ان انفلتت منه أو بشيء من ماله ان تلف
لان

الكفيل يلتزم مطالبة هي على الأصيل وذلك ينعدم هنا ولو استودع رجلا وديعة على أن
هذا كفيل بها ان أكلها أو جحدها فهو جائز على ما شرط لأنه أضاف الكفالة إلى

سبب

وجوب الضمان والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وكذلك لو قال أنا كفيل
بما

صالحته عليه من مال من القصاص الذي تملك عليه في نفس أو من مال لك عليه لأنه
أضاف

الكفالة بالمال إلى سبب توجه المطالبة بها وكذلك لو قال إن قتلك فلان خطأ فانا
ضامن

لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن أرشه لأنه أضاف الكفالة بالأرث إلى سبب موجب
له

وهو مما تجرى النيابة في ايفائه ولو قال إن أكلك سبع أو ذئب فأنا ضامن لديتك فهذا
باطل لأنه ما أضاف الضمان إلى سبب موجب له ولو قال إن غصبك انسان فأنا ضامن

له

فغصبه انسان شيئا فلا ضمان عليه لأنه عم معناه أن المكفول عنه مجهول جهالة
متفاحشة وذلك

يمنع انعقاد الكفالة مضافا كان أو مجردا ولو خص انسانا أو قوما لزمه ذلك لان
المكفول

عنه معلوم ولو دفع ثوبا إلى قصار يقصره بأجرة وكفل به رجل ان أفسده أكان جائزا
لان الأجير المشترك ضامن لما جنت يده فقد أضاف الكفالة إلى سبب موجب الضمان

فصحت الكفالة لهذا ولو ادعى قبل رجل قصاصا في نفس أو دونها أو حدا في قذف

وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتي حاضرة لم يجبه القاضي إلى ذلك
في قول
أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجيبه إلى ذلك لان
تسليم النفس
مستحق على الأصيل الطالب في هذا الموضوع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال
وهذا
لان تسليم النفس تجرى فيه النيابة فالكفيل إنما يلتزم ما يقدر على ايفائه وأبو حنيفة
رحمه الله
يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصح الكفالة به وهو الحد والقصاص فلا يجبر على
اعطاء
الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال وهذا لان العقوبات تدرأ بالشبهات فلا ينبغي
للقاضي أن

يسلك فيها طريق الاحتياط بالاجبار على اعطاء الكفيل بالنفس لان ذلك يرجع إلى الاستيثاق وهو ضد موضوع العقوبات ولكن السبيل أن يقول له ألزمه ما بينك وبين قيامي

فان أحضر البينة قبل أن يقوم القاضي والا خلى سبيله ولو أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي

فان أقام شاهدين أو واحدا عدلا يعرفه القاضي فان القاضي يحبسه في السجن حتى يسأل

الشهود لأنه صار متهما بارتكاب الحرام الموجب للعقوبة حين تم أحد شطرى الشهادة والحبس مشروع في حق مثله (ألا ترى) أن الداعر يحبس ولا يكفل حتى يأتي بشاهد آخر لان الكفيل للاستيثاق بالحدود والقصاص وذلك غير مشروع فأما الحبس للتعزير فهو مشروع في حق من هو متهم بارتكاب الحرام وعلى قولهما لا يحبسه قبل تمام الحجة

الموجبة للقضاء ولكنه يكفله ثلاثة أيام كما في دعوى المال ولو ادعى قبل رجل مالا بسرقة

منه وقال بينتي حاضره فإنه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام لان المدعى مال والاستيثاق

بالكفالة فيه مشروع فان قال قبضت منه السرقة لكني أريد أن أقيم عليه الحد لا يؤخذ منه

كفيل لان الحد يجب لله تعالى وهو ينبنى على البرء والاسقاط فلا يستوثق بأخذ الكفيل

بالنفس فيه وكذلك حد الزنا فان طلب المشهود عليه من الذي شهد عليه بالزنا حد القذف فقال

الشاهد عندي بذلك أربعة شهداء أجل فيه إلى قيام القاضي ليظهر عجزه بهذا الامهال عن إقامة

أربعة من الشهداء فإن لم يحضرهم أقام عليه حد القذف لان السبب الموجب للحد قد تقرر وهو

القذف مع العجز عن إقامة أربعة من الشهداء ولم يحل عنه ولا يكفل لان ذلك يرجع إلى

الاستيثاق ولكن الطالب يلزمه إلى قيام القاضي مراعاة لحقه حتى لا يهرب فان قال الشاهدان

المشهود عليه عبد فالقول قوله لان ثبوت حرите بطريق الظاهر وبمثله يدفع الاستحقاق ولا

يستحق الحد وان طلب المقذوف من القاضي ان يأخذ له منه كفيلا حتى يحضر البينة

انه
حر لم يؤخذ لان هذا استيثاق لإقامة الحد ولكن القاذف يحبس على وجه له فقد
استوجب
ذلك بإشاعة الفاحشة حرا كان المقذوف أو عبدا ويؤجل المقذوف أياما بمنزلة ما لو
أقام
رجل عليه البينة بالرق فزعم أن له بينة حاضرة على الحرية وكما يؤجل هناك أياما
ليتمكن من
اثبات حرته بالبينة فكذلك هنا وان أقام رب السرقة شاهدين على السارق وعلى السرقة
وهي بعينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل
حتى
يزكى الشهود لان في الاشتغال بأخذ الكفيل بنفسه أو بالعين المسروقة استيثاقا لإقامة
الحدود

ذلك غير مشروع ولكنه يحبس على وجه التعزير وتوضع السرقة على يدي عدل لان السارق غير مأمون على العين المسروقة والمدعى عليه المال إذا كان يخاف منه ان يتلف المال فللقاضي أن يضعه على يدي عدل بعد إقامة البينة حتى يزكى الشهود واخراج العين فيه نوع تعزير له وإذا ادعى عبد على حر قذفا وأراد أن يعذر له أو ادعى رجل قبل رجل مسألة فيها تعزير وقال بينتي حاضره أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لأنه ليس بحد وإنما هو تعزير وهو من حقوق العباد حتى يجوز العفو عنه وهو مما لا يندرى بالشبهات التي هي في معني البذل بمنزلة الأموال ولو ادعت امرأة على زوجها انه قذفها والزوج حر أو عبد لم يؤخذ منه كفيل في قول أبي حنيفة رحمه الله لان اللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الأجنبي وقد بينا الخلاف هناك بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فكذلك هنا ولو ادعى الولد قبل الوالد قذفا لم يؤخذ منه كفيل ولم يترك ان يلزمه لان الابن لا يستوجب على والده شيئا من نوع العقوبة تعزيرا كان أو حدا أو قصاصا وكذلك لا يستوجب عليه الحبس في دين له واجب عليه وكذلك لا يستوجب الملازمة في دعواه قبله وكذلك لو ادعاه قبل والدته أو جده أو جدته وكذلك لو ادعى عبد ان مولاه قذف أمه وهي حرة مسلمة لان حقوق الملك في اخراج المملوك من أن يكون أهلا لاستيجاب العقوبة على مالكة بمنزلة الولادة ولو ادعى حر قبل عبد قذفا فأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه أو نفس مولاه وخاف أن لا يقام عليه الحد الا بمحضر من مولاه لم يؤخذ له الكفيل من واحد منهما ولكنه يؤمر بتلازمهما إلى أن يقوم القاضي في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو أقام البينة عليه بذلك بمحضر من مولاه فان العبد يحبس له ويؤخذ له من مولاه كفيل في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولي

وفى قول
محمد رحمه الله يؤخذ له الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه والذي قال في الكتاب ان
قول
محمد رحمه الله مثل قول أبي حنيفة رحمه الله إنما يريد به أخذ الكفيل من المولى
فأما حبس
العبد فقوله كقول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلتين أحدهما ما بينا من اخذ
الكفيل
بنفس المدعى قبله حد القذف والأخرى ما تقدم بيانه في الآبق أن حد القذف بالبينة لا
يقام
على العبد الا بمحضر من مولاه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قول أبي
يوسف
رحمه الله يقام عليه وإن لم يحضر المولى فقال أبو يوسف رحمه الله لا يأخذ الكفيلين
بنفس

المولى لأنه لا حاجة إلى حضوره في اقامته الحد ويؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يحبس قبل

إقامة البينة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشهود لان هذا بمنزلة المال عنده في حكم الكفالة

بالنفس وقال محمد رحمه الله كذلك إلا أنه قال يؤخذ الكفيل بنفس المولى لأنه لا بد من حضرة

المولى لإقامة الحد على العبد عنده وعند أبي حنيفة رحمه الله في دعوى حد القذف لا يجبر على

اعطاء الكفيل بالنفس قبل إقامة البينة ولكن يصار فيه إلى الملازمة ولا بد من حضرة المولى

عنده لإقامة البينة فيكون للمدعى أن يلازمهما وبعد إقامة البينة يحبس العبد تعزيرا كما يحبس الحر إذا قامت البينة عليه بالقذف ويؤخذ من مولاه كفيل لأنه لا بد من حضرة

المولى لإقامة الحد ولا سبيل إلى حبسه لأنه ما ارتكب حراما فيؤخذ منه كفيل نظرا للمدعى لأنه ليس في أخذ الكفيل من المولى هنا توثق بحد عليه إذ لا حد على المولى

ولو

ادعى رجل على رجل حدا في قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين

لم يكفل ولم يحبس وكذلك هذا في القصاص لأنه لا مدخل لهذا النوع من الحججة في حد أو

قصاص ولو كان هذا في سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود لان المال يثبت

بهذه الحججة فان زكوا قضى عليه بالمال وكذلك كل جراحة لا قصاص فيها لا في دعوى المال

وبمثل هذه الشهادة يثبت المال فإذا ادعى رجل دم عمد على ثلاثة نفر فأقر اثنان منهم بذلك

وشهدا على الثالث أنه قتل معهما عمدا فإنهما يحبسان فاقرارهما على أنفسهما بمباشرة السبب

الموجب للعقوبة ولا يحبس الآخر بشهادتهما ولا يكفل لان شهادتهما ليست بمقبولة على

الثالث فإنهما فاسقان ولأنهما يشهدان بفعل كان مشتركا بينه وبينهما ولا شهادة لهما في مثله

فإنما يبقى في حق الثالث مجرد دعوى المدعي وبه لا يثبت الحبس ولا التكفيل ولو كان أولياء

الدم ثلاثة فادعى أحدهم على رجل وادعى الآخر على الشريك قتل العمد وكل واحد
منهما
يدعى بينة حاضرة لم يحبس أحد منهم ولكن يؤخذ من كل واحد منهم كفيل ثلاثة أيام
لأنه
لا قصاص في هذه الدعوى وإنما انهاء المال بشيء واحد منهما على من بينته عليه في
دعوى المال
يكفل بالنفس ثلاثة أيام ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ثم أبرأه وادعاه على
آخر
لم يكفل الثاني ولا تقبل بينة عليه لوجود التناقض منه في الدعوى فان أقر الثاني بذلك
قضى
عليه لأنه مناقض صدق خصمه في ذلك الا انه لا يقضى عليه بالقتصاص لان ما تقدم من
الدعوى منه على غيره يمنعه من استيفاء القصاص منه فيصير ذلك شبهة في حق
القتصاص

دون المال وهذا مشكل فان تعذر استيفاء القصاص لمعنى من جهة من له الحق وهو تناقضه

في الدعوى وفي مثله لا يقضى بالدية كما لو قال قتلت وليك عمدا فقال لا بل قتلته خطأ لا يقضى

بالمال وكل مالا قصاص فيه فهو بمنزلة الخطأ في حكم الكفالة حتى إذا ادعى على رجلين قطع

يد عمدا أخذ له منهما الكفيل بالنفس لان هذا غير موجب للقصاص وإنما الدعوى فيه دعوى المال ولو أقام شاهدين عدلين على قتل خطأ قضى له بالدية ولا حبس على

القاتل في ذلك ولا كفالة لان الخاطيء معذور والخطأ موضع رحمة من الشرع علينا فالخاطيء لا يستوجب

التعزير إلا أن يكون داعرا فيحبس للدعارة لان في حبس الداعر تسكين الفتنة ولو أن رجلا قطع يميني رجلين فاجتمعا وطلبا كفيلا بنفسه لا يؤخذ لهما منه كفيلا بنفسه من

قبل أن كل واحد منهما يدعى القصاص (ألا ترى) أن أحدهما إذا أقام البينة قضى له بالقصاص وإذا أقاما جميعا البينة قضى لهما بالقصاص حتى إذا بادر أحدهما واستوفى كان

مستوفيا لحقه الا انهما إذا استوفيا القصاص يقضى لهما حينئذ بأرش اليد وقضى بنصف طرفه حقا مستحقا

عليه لكل واحد منهما وإذا ثبت أن دعوى كل واحد منهما دعوى القصاص لم يؤخذ الكفيل

بنفسه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولو ادعى رجل قبل رجل قطع يد عمدا ويد القاطع شلاء

فقال المدعى أنا أختار الدية فخذ لي منه كفيلا بنفسه أخذ له الكفيل لان باختياره يتعين حقه

في المال وفي دعوى المال تجري الكفالة بالنفس وإذا ادعى رجل قبل رجل شتمه فاحشة

وأقام عليه شاهدين بالشتمة لم يحبس المدعي عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل

عن الشهود ولما بينا أن دعوى التعزير كدعوى المال وفي دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر

عدالة الشهود ثم الحبس نهاية العقوبة في هذه الدعوى (ألا ترى) أن بعد عدالة الشهود لو

لو

رأى القاضي أن يحبسه أياما عقوبة ولا يعزر بالسوط كان له ذلك فلما كان الحبس له
نهاية
العقوبة هنا لا يمكن اقامتها قبل ظهور العدالة بخلاف القصاص والحدود وأشار في
الحدود
والقصاص إلى أن على قولهما بعد إقامة البيئة قبل ظهور عدالة الشهود يحبس ولا يؤخذ
الكفيل ولكن يبرأ الكفيل إن كان أخذه منه (تأويله) بعد ظهور العدالة فأما قبل ذلك
فلا يشتغل بحبسه عندهما على ما فسره في دعوى الحد على العبد وإن كان المدعى
عليه الشتمة
رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول مرة لان
احضاره مجلس القاضي فيه نوع تعزير في حقه فيكتفى به في أول مرة ويؤخذ بما رواه

الحسن رحمه الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تجافوا عن ذوي المروءة الا في الحد

وإذا ادعى رجل قبل رجل شيئاً يجب عليه فيه عقوبة فأخذ منه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام فهرب

المكفول به وقدم الطالب الكفيل إلى القاضي فإنه يحبسه حتى يجيء به لأنه التزم تسليم نفسه

فيحبس لا يفاء ما التزمه ولو ادعى قبل رجل انه ضربه وخنقه وشتمه وأن له بينة حاضرة أخذت له منه كفيلاً ثلاثة أيام فان أقام على ذلك شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو شاهدين

على شهادة شاهدين عزر به لان التعزير بمنزلة المال يثبت مع الشبهات وقد بينا في كتاب

الحدود أنه لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف

رحمه الله يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً إذا كان في أمر متفاحش وتعزير العبد في مثل

ذلك تسعة وثلاثون سوطاً عنده ذكر هذه الزيادة هنا لان الأربعين حد في حق العبد وقد

قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين ولو ادعت امرأة قبل زوجها

أنه ضربها ضرباً فاحشاً وادعت بينة حاضرة أو ادعى رجل ذلك قبل ولده الكبير أو قبل أخيه

يؤخذ منه كفيل ثلاثة أيام وكذلك الذمي يدعى الشتمة قبل المسلم أو الذمي أو العبد يدعيها

قبل الحر لان الدعوى في هذا كله دعوى التعزير والكفالة فيه مشروعة وإذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئاً فكفل ابنه أجنبي للغريم بما له على الميت لم تجز الكفالة في قول

أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهما الله وإذا كان

الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم جميعاً وان ترك شيئاً ليس فيه وفاء فإنه يلزم الكفيل

بقدر ما ترك الميت في قوله وفي قولهما يلزمه جميع ما كفل به وحجتهم في ذلك ما روى أن النبي

صلى الله عليه وسلم أتى بجنزة رجل من الأنصار ليصلى عليه فقال صلى الله عليه

وسلم هل على
صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوات الله عليه وسلامه صلوا على
صاحبكم
فقال أبو قتادة هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي كرم الله وجهه فصلى
عليه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه رسول
الله صلى الله عليه
وسلم بعد الكفالة وعن عبد الحميد بن أبي أمية عن رجل من الأنصار أنه قال لأصحابه
من
استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فاني شهدت رسول الله صلى الله عليه
وسلم
وقد أتى بجنازة رجل من الأنصار فقال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم دين
فقالوا نعم
فقال صلوات الله عليه وسلامه وما ينفعكم صلاتي عليه وهو في قبره مرتين بدينه ثم
قال صلى

الله عليه وسلم فمن ضمنه قمت فصليت عليه فهذا تنصيب على تصحيح الضمان عن الميت المفلس والمعنى فيه أنه كفل بدين واجب فيصح كما في حال حياة المديون وهذا لان الدين كان

واجبا عليه في حال حياته فلا يسقط الا بإيفاء أو ابراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت

لا يتحقق شيء من ذلك (ألا ترى) انه مؤاخذ به في الآخرة مطلوب به ولو تبرع انسان بقضائه جاز التبرع الا انه تعذرت مطالبته به في الدنيا بموته وبهذا لا يخرج الحق من أن

يكون مطلوباً في نفسه كما لو أفلس في حال الحياة وكالعبد إذا أقر على نفسه بدين ثم كفل

عنه كفيل به صح وإن كان هو لا يطالبه في حال رقه لان الحق مطلوب في نفسه وهذا لان

ذمته باقية بعد الموت حكماً لأنها كرامة اختصاص بها الآدمي وبموته لا يخرج من أن يكون

محترماً مستحقاً لكرامات بني آدم (ألا ترى) أنه لو مات ملياً بقي الدين ببقاء ذمته حكماً

لا للانتقال إلى المال وليس بمحل لوجوب الدين فيه وإنما هو محل القضاء الواجب منه ولو

كان بالدين رهن بقي الرهن على حاله وإن كان مات عن افلاس بأن كان الرهن مستعاراً من

انسان وبقاء الرهن لا يكون الا باعتبار بقاء الدين لو قتل عمداً وهو مفلس فكفل به كفيل بالدين الذي عليه صح والقصاص الواجب ليس بمال ولو لم تكن الذمة باقية حكماً لما

صحت الكفالة هنا وهذا بخلاف دين الكتابة فالحق هناك غير مطلوب وكذلك الديون الواجبة

لله تعالى فإنها غير مطلوبة في الحكم في الدنيا والكفالة تكون بالحق فيشترط كون الحق

مطلوباً في نفسه على الاطلاق وهناك الحق مطلوب في نفسه وبموته لم يتغير الحكم فبقي مطلوباً

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن الحق قد توى وإنما تصح الكفالة بالقائم مثلاً من الدين

دون التاوي وبيان ذلك هو انه لا يتصور قيام الحق بدون محله ومحل الدين الذمة وقد

خرجت
ذمته بموته من أن يكون محلا صالحا لوجوب الحق فيها فان الذمة عبارة عن العهدة
ومنه يقال
أهل الذمة وأصل ذلك من الميثاق المأخوذ على الذرية المأخوذة من ظهر آدم صلوات
الله عليه
قال تعالى وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم الآية وتمامه بالالزام المذكور
في
قوله تعالى وكل انسان ألزمناه طائره في عنقه وذلك باعتبار صفة الحياة قبله فأما
بالموت فخرج
من أن يكون أهلا للالتزام شئ من الحقوق في أحكام الدنيا فعرفنا أنه لم يبق له ذمة
صالحة
تكون محلا للحق ولكنه في أحكام الآخرة معد للحياة فتبقى الذمة في أحكام الآخرة
ولهذا
كان مؤاخذا به وهو معد للحياة في الدنيا عادة فلا تبقى الذمة في أحكام الدنيا وباعتبار
المطالبة

في أحكام الآخرة لا يمكن تصحيح الكفالة كما في ديون الله جلت قدرته والدليل عليه أن الذمة

لم تبق محلا لوجوب الحق فيها بعد الموت وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام فكذلك يشترط

المحل لبقاء الحق ولم يبق المحل فلا يبقى في أحكام الدنيا أيضا والكفيل إنما يلتزم المطالبة بما على

الأصيل ولا يلتزم أصل الدين في ذمته ولم يبق في ذمة الأصيل شيء في أحكام الدنيا فلا تصح الكفالة وهذا الدين في حكم المطالبة دون دين الكتابة فالمكاتب يطالب بالمال وإن كان

لا يحبس فيه ثم هناك الكفالة به لا تصح فهنا أولى بخلاف المفلس في حال الحياة فان ذمته محل

صالح لوجوب الحق فيها ابتداء فبقي الواجب وبخلاف العبد أيضا فان له ذمة صالحة لوجوب

الحق فيها وان ضعفت ذمته بسبب الرق وبخلاف ما إذا مات مليا فالمال هناك خلف عن الذمة

فيما هو المقصود وهو المطالبة والاستيفاء لان الاستيفاء يكون من المال بجعل الأصيل قائما

حكما وهنا لم يبق حلف بعد موته مفلسا وتوهم أن يتبرع انسان بماله فيقضى عنه الدين لا يجعل

مال الغير خلفا عن ذمته قبل جعل صاحبه وبخلاف ما إذا كان بالدين كفيل لان ذمة الكفيل

هنا خلف عن ذمته وبعد صحة الكفالة قد يتحول الدين إلى ذمة الكفيل عند الضرورة وهو

عند أداء الكفيل أو الهبة وقد تحققت الضرورة هنا فلهذا بقي الكفيل في الكفالة وكذلك

الرهن خلف عن الذمة فيما هو المقصود وهو استيفاء الدين منه بقدر استيفائه من محل آخر

وإذا قتل عمدا فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله

وبعد التسليم يقول القصاص الواجب بفرض أن يصير مالا بعفو بعض الشركاء أو تمكن الشبهة فتوهم توجه المطالبة في الدنيا بقضاء ذلك الدين يجعل الذمة باقية حكما فتصح الكفالة

لهذا المعنى والحديث المروى في الباب يحتمل أن يكون ذلك من أبي قتادة أو علي

رضي الله عنهما
اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء في الكفالة سواء والعموم بحكاية الحال
لا يثبت ويحتمل أن يكون وعدا منهما لا كفالة وقد كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم
يتمنع من الصلاة على الميت ليظهر طريق لقضاء ما عليه فلما ظهر الطريق لوعدهما
صلى عليه
لهذا (ألا ترى) انه ما روى أنه كأن يقول لعلي رضي الله عنه بعد ذلك ما فعل الديناران
حتى
قال يوما قضيتهما فقال صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلده ولم يجبره على
الأداء وبه
يتبين انه كان وعدا لا كفالة والحديث الآخر شاذ ويحتمل أن النبي صلى الله عليه
وسلم عرف
أن لذلك الرجل مالا ولكنه ما كان ظاهرا عند الناس فلهذا ندبهم إلى الضمان عنه
ليصلي

عليه ثم هذا حكم منسوخ لإجماعنا على جواز الصلاة على المديون المفلس
والاستدلال بالمنسوخ

لا يقوى والله أعلم بالصواب

(باب كتاب القاضي في الكفالة)

(قال رحمه الله) وإذا كتب القاضي إلى القاضي في كفالة بنفس رجل كفل به بأمره
فأراد أن يقبل معه حتى يوفيه به فأقام على كتاب القاضي شاهدي عدل وكتب انه قد
قامت عنده البينة العادلة انه كفل بنفسه بأمره فان القاضي يأمره بالخروج معه حتى
يوفي مكانه ويخلصه مما أدخله فيه لان الكفالة بالنفس تثبت مع الشبهات فيثبت كتاب
القاضي إلى القاضي ثم الثابت بالبينة عند القاضي المكتوب إليه كالثابت باقرار الخصم
ولو
أقر الخصم بذلك في الذمة بالخروج معه لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة حين أمر
أن

يكفل بنفسه فعليه أن يخلصه ههنا كما لو أمر بالكفالة بالمال كان عليه تخليصه مما
يلزمه به

فان كفل بالبصرة وجاء بالكتاب من قاضي البصرة إلى قاضي الكوفة بذلك فإنه يؤمر أن
يوفيه حتى يبرئه من ذلك لأنه إنما يلزمه تسليمه في الموضع الذي التزم التسليم فيه ولا
يقدر

على ذلك الا بموافاة الأمر معه إلى ذلك الموضع وكذلك لو كان كفل به بالكوفة على
أن يوفي

به بالبصرة فأخذ الطالب بالكوفة فإنه يأمره القاضي أن يوفي معه بالبصرة حتى يبرئه لما
قلنا

ولو كفل بنفسه بالكوفة على أن يدفعه بالكوفة وأخذ الطالب بالبصرة فطلب كتاب
قاضي

البصرة إلى قاضي الكوفة بذلك ليأمره بأن يوفي معه بالبصرة لم يجبه إلى ذلك ولو كتب
له

يجبر قاضي الكوفة المكفول به على الذهاب معه إلى البصرة لان مطالبة الطالب بالبصرة
لا تلزم

الكفيل شيئاً فإنه ما التزم تسليمه إليه بالبصرة ولو طلب الكفيل كتاب قاضي البصرة ببينة
بالكفالة بأمره فإنه يكتب له بذلك حتى إذا قدم الكوفة وطالب الطالب بالتسليم فامتنع
الأصيل وجحد الأمر بالكفالة كان كتاب قاضي البصرة حجة له عليه ولو كتب القاضي
إلى

القاضي كتاباً في كفالة بنفس رجل ولم يبين في كفالته انه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له
بذلك

بمنزلة ما لو أقر انه كفل بغير أمره وهذا لأنه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لأنه التزمه باختياره فكذلك إذا كفل بنفسه بغير أمره وإذا كان الكفلاء بالمال ثلاثة وبعضهم كفلاء عن بعض فأدى المال أحدهم والكفيلان الآخران في بلدين

وصاحب الأصل في بلد آخر فأقام البينة بذلك عند القاضي وسأله أن يكتب له به فإنه يكتب له
بثلاثة كتب إلى كل بلد بصفة الكفالة وحالتها وأداء المال لأنه يحتاج إلى ذلك كله
فربما يقصد
أخذ الثلاثة فلا بد من أن يعطيه ما يكون حجة له عليه إلا أنه يكتب إلى كل قاض بما
كتب
به إلى القاضي الآخر على سبيل النظر فيه للخصوم لكيلا يلتبس المدعي ويأخذ مالا
على
حدة كل كتاب عن كل خصم ولا بد من أن يسمى في كتابه الشهود وآباءهم وقبائلهم
لان
هذا الكتاب لنقل الشهادة فلا بد من اعلام الشاهد فيه واعلامه بذكر اسمه واسم أبيه
وقبيلته
فان أخذ أحد الكفلاء فقال قد أخذت من الكفيل معي نصف المال أو من الأصيل
المال
فعليه البينة لان الأصيل لو ادعى ذلك بنفسه كان عليه أن يبينه بالبينة فكذلك إذا ادعى
ذلك
الكفيل وهذا لان السبب الموجب للرجوع له بنصف المال على الذي أخذه ظاهر وهو
يدعي مانعا أو مسقطا فعليه اثباته بالبينة فإن لم يكن له بينة حلف الذي ادعى المال
وأخذ منه
نصفه وإذا أدي الكفيل المال وأخذ به كتاب قاض إلى قاض فلم يجد صاحبه هناك فان
القاضي الذي أتاه بالكتاب يكتب له إلى قاض آخر بما أتاه من قاضي كذا لان على
المكتوب
إليه أن ينظر له ويقبضه علي ما يتوصل به إلى حقه كما هو على الكتاب ولان شهوده
قد ثبت
في مجلس القاضي المكتوب إليه بالكتاب فهو كما لو ثبت بأدائهم الشهادة في مجلسه
فعليه أن
يكتب له إلى قاضي البلدة التي فيها خصمه وان رجع القاضي الذي كتب له أول مرة
فقال
اكتب لي كتابا آخر فاني لم أجد خصمي في البلد الذي كتب إلى قاضيه لم يكتب له
حتى يرد
إليه كتابه الأول نظرا منه لخصمه لان من الجائز أن يقصد المدعى التلبس ليأخذ مالا
بكل
كتاب وإنما حقه في مال واحد وان كتب له قبل أن يرد إليه كتابه فقد أساء في ترك

النظر
لأي الخصمين وميله إلى أحدهما وتمكينه من التلبس وليبين في كتابه أنه قد كتب له
في هذه
النسخة إلى قاضي كذا وكذا فبهذا يندفع بعض التلبس ويحصل للقاضي الكاتب التحرز
عن
التمكين من الظلم وإذا كتب للقاضي بمال أداه كفيل عن كفيل فهو جائز ويؤخذ به
الكفيل
الأول للثاني إذا كان هو الذي أمره به ولا يؤخذ به الذي عليه الأصل ولم يأمره بالكفالة
عنه وإنما أمره الكفيل الأول والتخليص إنما يجب علي من أوقعه بأمره إياه بالكفالة في
الورطة
فإن كان الأصل هو الذي أمر الثاني أن يضمن من لم يأمره بشئ وأصل المال على
الأصيل
فلا فرق بين أن يأمره أن يكفل بذلك المال عنه وبين أن يأمره بأن يكفل به عن كفيله
وإذا

ادعى الكفيل المال وكتب له القاضي بذلك ولم يكتب في كتابه انه كفل بأمره فان
الذي أتاه

الكتاب لا يرد الكفيل بالمال لان الأصيل لو أقر بكفالاته عنه ووجد أن يكون أمره
بذلك

لم يكن له أن يرجع عليه بشئ فكذلك إذا ثبت ذلك بالبينه وان جاء الكفيل بكتاب من
قاضي

آخر انه كفل عنه بأمره فهو مستقيم ويؤخذ له بالمال بمنزلة ما لو أقر الخصم بذلك أو
شهد

عليه شاهدان والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الشهادة واليمين في الحوالة والكفالة)

(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس رجل وشهد له شاهدان

فاختلفا في

الوقت أو في البلد الذي وقعت الكفالة فيه أو في الاجل بأن قال أحدهما إلى شهر وقال
الآخر إلى شهرين أو قال أحدهما حال وقال الآخر إلى شهر فالكفالة لازمة في ذلك
كله

لأنه قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به وهو أصل الكفالة باختلافهما في هذه
الأشياء

ولو شهدا أن هذا كفل لهذا بنفس رجل لا نعرفه ولكن نعرف وجهه ان جاء به فهو
جائز

لأنهما يشهدان على قول الكفيل ويجعل ما ثبت من قوله بشهادتهما كالثابت باقراره
فيقضى

القاضي به ويأمره أن يأتي به على معرفتهما ولو قال لا نعرف وجهه أيضا فإنه يؤخذ
بالكفالة

بمنزلة ما لو أقر عند القاضي بأنه كفل بنفس رجل لهذا ثم يقال له أي رجل أتيت به
وقلت هو

هذا وحلفت عليه فأنت برئ من الكفالة وهذا لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار
فالقول

في بيانه قول المقر بمنزلة ما لو أقر أنه غصب من فلان شيئا أو شهد الشهود على اقراره
بذلك

ولو قال أحدهما كفل بنفس فلان وقال الآخر كفل بنفس فلان الآخر لم تجز الشهادة
لاختلافهما في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فيه ولو ادعى رجل كفالة بنفس

رجلين فأقام

شاهدين فأثبتا كفالة أحدهما واختلفا في الآخر فأثبتته أحدهما وشك الآخر فيه فإنه

يؤخذ
بالكفالة التي اجتمعا عليها لان الحجة فيها قد تمت وفي الآخر لم تتم الحجة حين شك
فيه
أحدهما والكفالة بأحدهما تنفصل عن الكفالة بالآخر. ولو شهد رجلان على رجل انه
كفل
لأبيهما ولرجل بنفس فلان كانت شهادتهما باطلة لأنهما يشهدان بلفظ واحد وقد
بطلت
شهادتهما في حق أبيهما فتبطل في حق الآخر أيضا إذ المشهود به لفظ واحد ولو شهد
رجلان على رجل أنه كفل لفلان بنفس فلان فإن لم يوافق به غدا فعليه ما عليه وهو
ألف درهم

فهو جائز لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة أو اقرار الخصم فان اختلفا في الوقت أو المكان
أو الاجل فشهادتهما جائزة إذا ادعى الطالب أقرب الأجلين فان ادعى أبعد الأجلين لم تقبل
الشهادة لأنه قد أكذب الذي شهد باقرارهما حين ادعى الأبعد وإنما أكذبه فيما شهد له به
واكذاب المدعي شاهده فيما شهد له يبطل شهادته بخلاف الأول فهناك إنما أكذب الشاهد
بأبعد الأجلين فيما شهد عليه به وذلك لا يضره وهو بمنزلة ما لو ادعى ألفا وشهد له أحد
الشاهدين بألف وخمسمائة لا تقبل ولو ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له أحد الشاهدين بألف
قبلت شهادتهما على مقدار الألف لهذا المعنى ولو اختلفا في المال فشهدا أحدهما بدراهم والآخر
بدنانير لم تجز شهادتهما في شئ من ذلك إذا ادعى الطالب النصفين وقال لم يشهد لي بالنصف
الآخر لأنه أكذب أحدهما فيما شهد له به فتبطل شهادتهما في جميع ما شهدا به وان ادعى النصفين
جميعا جازت شهادتهما في الكفالة بالنفس وبطلت في المال لأنه ما أكذب واحدا منهما فيقضى
بشهادتهما فيما اتفقا عليه ويتعذر القضاء فيما تفرد به كل واحد منهما فان اتفقا في المال انه
ألف درهم فقال أحدهما قرض وقال الآخر ثمن مبيع وقال لم تشهد لي على القرض فقد
أكذب الشاهد بالقرض فلا تجوز شهادته له في شئ من ذلك وان ادعى الطالب ألفين ألف
قرض وألف ثمن مبيع فهو ما أكذب واحدا منهما فتجوز شهادتهما له في الكفالة بالنفس وفي
ألف درهم لا يقبلها على وجوب الألف واختلافهما في الجهة لا يمنع القضاء بالمال لأنهما
اختلفا ولم يختلفا بقله ولان الجهة غير مطلوبة بعينها وإنما المقصود المال بخلاف الأول فقد
اختلفا هنا في جنس المال الذي هو مقصود وإن كان الشاهدان كفيين بالمال عن

صاحب
الأصل لم تجز شهادتهما لأنهما يجران بها إلى أنفسهما مغنما فان الطالب إذا أخذ
المال من
المشهود عليه استفاد البراءة به وكذلك لا تجوز شهادة ولدهما ووالدهما لأنه ينفعهما
بشهادته
وكذلك لا تجوز شهادة ابن الأصيل على الكفيل بذلك لأنه ينفع أباه فان الطالب إذا
استوفى
المال من الكفيل برئ الأصيل وكذلك تجوز شهادة ابن الكفيل إذا أقر به الكفيل
وأنكره
الأصيل لأنه شهد لأبيه في ثبوت حق الرجوع على الأصيل عند الأداء وان جحد الكفيل
وأقر به الأصيل جازت شهادة ابن الكفيل لأنه يشهد على أبيه للطالب بالزام المال وإذا
ادعى رجل علي رجل انه كفل له بنفس رجل وبألف درهم له عليه إن لم يواف به غدا
وشهد
له بذلك شاهدان وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك والكفيل والمكفول به
ينكران

المال والامر فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل ولم يوافق به فأخذ المال وأداه
رجع
به على المكفول به عندنا وقال زفر رحمه الله لا يرجع لأنه أقر عند القاضي أنه أمره
بالكفالة
عنه بشئ واقاراره حجة عليه ولأنه بزعمه مظلوم فيما أخذ منه المال وليس للمظلوم أن
يظلم
غيره ولكننا نقول القاضي أكذبه في اقراره وزعمه حين ألزمه المال بشهادة الشهود
والمقر متي
صار مكذبا في اقراره حكما سقط اعتبار اقراره كالمشتري إذا كان أقر بالملك لبائعه
فاستحق
المبيع من يده بالبينة رجع على بائعه بالثمن ولم يعتبر اقراره بذلك ولو أقر الكفيل
بالكفالة
بالنفس والمال وقال لم يأمرني بذلك فقضى عليه القاضي بذلك ثم جاء الكفيل بالبينة
أن
المكفول عنه أمره بالكفالة لم تقبل بينته على ذلك لأنه مناقض في دعواه حين أقر انه لم
يأمره بذلك والمناقض لا يقبل بينة على خصمه ولان القاضي إنما قضى عليه بالكفالة
بالمال
باقراره على نفسه بذلك واقاراره ليس بحجة على الأصيل بخلاف الأول فالقضاء هناك
كان
بحجة البينة وقد قامت على الكفيل والأصيل جميعا وإذا كفل بنفسه بأمره فإن لم يوافق
به غدا
فعليه المال ولو ادعى الكفيل انه وافى به لم يصدق الا ببينة لأنه ادعى مانعا أو مسقطا
بعد
ما ظهر سبب وجوب المال عليه وهو الكفالة فان أقام البينة على ذلك برئ من الكفالة
بالنفس والمال جميعا لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويستوى ان شهدا على
الموافاة أو
على اقرار الطالب بذلك فان اختلفا في مكان اقراره أو وقته جازت الشهادة لان الاقرار
قول يكرر وان شهد أحدهما انه دفعه إليه غدوة بمحضر منه بغير اقراره وشهد الآخر انه
دفعه إليه عشية بمحضر منه بغير اقرار والمدعي يدعي أحدهما أو كلاهما وقال دفعته
إليه غدوة
أو عشية لم تجز شهادتهما لاختلافهما في المشهود به فان الفعل الموجود في مكان أو
زمان غير
الفعل الموجود في مكان أو زمان آخر ولو أقر الكفيل انه لم يدفع الرجل إليه وأن المال

قد لزمه والشهود شهدوا بباطل وقد اتفقت شهادتهما فالمال لازم للكفيل لا كذابه
الشاهدين
فيما شهدا به له ولا يرجع به إذا أداه على المكفول عنه لأنه قد أقر به فلزمه ذلك
باقراره
بعد ما ظهرت حجة براءته واققراره ليس بحجة على الأصيل وإذا كفل رجل بنفس رجل
فإن لم
يواف به غدا فعليه المال فشهد عليه شاهد بذلك معاينة وآخر باقراره والكفيل يجحد
ذلك
لزمه ذلك لان الكفالة قول وصيغة الاقرار والانشاء فيه واحدة وفي مثله اختلاف
الشاهدين
في الاقرار والانشاء لا يضر كالبيع وان شهدا على رجل أنه كفل لرجل بألف درهم عن

فلان واختلفا في اللفظ فقال أحدهما كفل بها وقال الآخر ضمنها أو قال أحدهما هي لي وقال الآخر هي علي فالشهادة جائزة لاتفاقهما فيما هو المقصود وهو الكفالة والألفاظ قوالب المعاني فعند اتفاقهما على العقد المشهود به لا يضرهما اختلاف العبارة كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة وان قال أحدهما احتال بها عليه وقال الآخر ضمنها له علي أن أبرأ الأول أو لم يذكر البراءة وادعى الطالب الضمان أو الحوالة والبراءة فإنه يأخذ المحتال عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة وان اختلفا في العبارة أو لاتفاقهما على التزام المشهود عليه للمال كما إذا شهد أحدهما بالضمان ولم يذكر البراءة وهذا لان في الحوالة ضمانا وزيادة فيقضى بما اتفقا عليه والأصيل برئ باقرار الطالب لا بشهادة أحد الشاهدين بالحوالة ولو ادعى الطالب الضمان بغير براءة وقال لم أحل عليه فإنه يأخذ أيهما شاء بالمال لاتفاق الشاهدين على مقدار الالتزام بالضمان والطالب ما أكذب الذي شهد له بالحوالة في شهادته له وإنما أكذبه في شهادته عليه وهو براءة الأصيل وذلك لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهدا له بالمال وشهد أحدهما أنه استوفاه أو أنه أبرأ المطلوب منه قال (ألا ترى) انه لو شهد شاهدان انه كفل له بالمال على أن أبرأ الأول والطالب يقول لم أبرئ الأول والكفيل يجحد الكفالة قضيت للطالب بالكفالة وأبرأت الأصيل إذا كان هو يدعي شهادتهما على البراءة وبهذا يتبين أنهما في الشهادة على البراءة يشهدان على الطالب لا له وكذلك لو شهدا بالحوالة وقال الطالب إنما كفل لي فهو ما أكذبهما فيما شهدا له من ضمان المال. ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما إلى سنة وقال الآخر حالة وادعى الطالب حالة وجحد الكفيل أو أقر وادعى

الاجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به
وإنما
أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالأجل للكفيل واحد وقد بينا فيما سبق أن زفر رحمه
الله
يخالفنا في جميع هذه الفصول وانه لا يفصل بين الاكذاب فيما شهد به له أو عليه ولو
ادعى رجل
قبل رجلين كفالة بألف درهم وكل واحد منهما كفيل ضامن بها وشهد له شاهدان
فشهد
أحدهما بذلك عليهما وشهد الآخر على أحدهما فان الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه
بالألف
لان كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال وقد تمت الحجة على
أحدهما ولو
شهد شاهد عليهما وشهد آخر على أحدهما وشهد الآخر على الآخر كان للطالب أن
يأخذهما
جميعا بالمال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما في حق أحدهما لشهادة
الأولين

وفى حق الآخر بشهادة الآخر أخذ الأولين مع الثالث وان شهد اثنان على أحدهما انه كفل له هو وفلان عن فلان بألف درهم على أن يأخذ أيهما شاء وشهد له الآخر ان على كفيال الآخر بمثل ذلك كان له أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان الحجة قد تمت في حق كل واحد منهما بالتزامه بجميع المال ولو شهد له شاهدان بالمال حالا على الأول وشهد له آخرا على الآخر بالمال إلى أجل على مثل شهادة الأول كان جائزا وأخذ الطالب صاحب الاجل بالمال إلى أجله والآخر بالمال حالا اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعينة وكذلك أن اختلف الفريقان في مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه اعتبارا بما لو أقر كل واحد منهما بذلك القدر وإذا ادعى رجل كفالة ألف درهم له على رجل قد سماه فشهد شاهدان انه كفل له بألف درهم عن رجل وقالوا رأيناه ولم نعرفه أو لم نره ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك فالمال لازم للكفيل لأنهما يشهدان على قوله فهو بمنزلة شهادتهما على اقراره والمشهود له معلوم إذا أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه إلا أن يشهد له شاهدان انه أمره بذلك وان أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك إذا جحد لان البينة الأولى ليست بحجة على الأصيل حين لم يعرفه الشهود أو لم يروه وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم أحال بها فلان الغائب وأقام البينة فأدى إليه المحتال عليه رجع بها على المحيل ولم يكلف إعادة البينة عليه لان المحتال عليه التزم بالحوالة بالمال الذي هو على الأصيل وإنما يتحول إلى ذمته ما كان في ذمة الأصيل على أن يكون هو خلفا عن الأصيل ولهذا لو مات مفلسا عاد المال إلى الأصيل فانتصب هو خصما عنه ومن ضرورة القضاء عليه بالحوالة بالأمر القضاء بالمال على المحتال عليه ولو كان الطالب غائبا فأقام المحتال عليه البينة على الأصيل

أنه كان لفلان عليك ألف درهم وأحلتها بها علي وأديتها إليه قضيت بها له عليه وهو
قضاء
علي الطالب بالاستيفاء لأنه ادعى لنفسه المال علي الأصيل ولا يتوصل إلى ذلك الا
بإثبات
الأداء إلى لطالب ولا يتوصل الأصيل إلى دفع ذلك عن نفسه الا بإنكار قبض الطالب
بالاستيفاء فلا يلتفت إلى جحوده بعد ذلك إذا حضر والكفالة في هذا قياس الحوالة ولو
ادعى
رجل علي رجل كفالة بنفس أو مال أو حوالة ولا بينة له استحلف المدعى عليه فان
نكل
عن اليمين لزمه ذلك وان حلف برئ ورجع المدعى علي صاحب الأصيل بالمال وهذا
ظاهر
في الكفالة فان الكفالة لا توجب سقوط مطالبة الطالب عن الأصيل وكذلك في الحوالة
لان

الأصيل إنما يبرأ إذا ثبتت الحوالة ولم تثبت حين حلف المحتال عليه ولأنه حين جحد وحلف قد تحقق التوى وذلك يوجب عود المال إلى الأصيل كما لو مات المحتال عليه مفلسا فان نكل عن اليمين وأدى المال رجوع على الأصيل إن كان مقرا أو قامت بينة عليه بالأمر وجحود المحتال عليه لا يبطل تلك الحوالة لأنه صار مكذبا في ذلك حين قضى القاضي به عليه ولم يجعل نكوله هنا بمنزلة اقراره بل جعله بمنزلة البينة لأنه مضطر إلى هذا النكول وإنما لحقته هذه الضرورة في عمل باشره لغيره فهو نظير الوكيل بالبيع إذا نكل عن اليمين في دعوى العيب فرد عليه كان ذلك ردا على الموكل ولو كان قضى بالمال على الكفيل أو المحتال عليه ببينة قامت عليه بذلك وان فلانا أمره به فأدى المال وصاحب الأصل جاحد للامر فإنه يرجع عليه بالمال لأنه صار مكذبا شرعا بالبينة التي قامت عليه بذلك ولو كان قضى عليه بالمال بنكوله عن اليمين وأداه فله أن يستحلف الأصيل بالله ما أمره بذلك لما بينا انه مضطر إلى النكول إلا أن نكوله ليس بحجة على الأصيل في الامر فيحلفه على ذلك ولو ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو مال فقال الكفيل لم أكفل له بشئ وقد أبرأني من هذه الدعوى فاستحلفه ما أبرأني وقال الطالب بل استحلفه ما كفل به لي فاني استحلفه بالله ماله قبله ذلك لان القاضي إنما يشتغل بالاستحلاف على ما هو المقصود وهو قيام الكفالة بينهما في الحال فيحلف على ذلك فان حلف برئ وان نكل لزمته الكفالة ولم يستحلف الطالب بالله ما أبرأه لان الكفيل يدعى عليه البراءة فيحلف على ذلك لحقه فان نكل عن اليمين برئ الكفيل من كفالته كما لو أقر ببراءته وان ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه إلى وكيل الطالب حلف الطالب على علمه لأنه استحلاف على فعل

الغير بخلاف ما إذا ادعى الدفع إليه فإنه استخلاف على فعل نفسه فيكون على البتات
ولو ادعى
رجل قبل رجل كفالة فقال أخذك غلامي حتى كفلت لي بفلان وجدد الكفيل ذلك
فإنه
يحلف على ذلك لأنه لو أقر به لزمه تسليم النفس إليه وان كانت الكفالة له بحضرة
غلامه دونه
فان أنكر يستحلف عليه لرجاء النكول وإذا طلب مدعي الكفالة بنفس أو مال ان يحلف
الكفيل بالله ما كفل لم يحلف كذلك ولكنه يحلف بالله ماله قبلك هذه الكفالة لان
الانسان
قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب فلو حلفه القاضي ما كفل يضر به لأنه لا يمكنه
أن
يحلف وإن كان هو محقا في انكاره الكفالة في الحال والقاضي مأمور بالنظر
للخصمين فلهذا
يحلفه بالله ماله قبلك هذه الكفالة وكذلك هذا في كل دين ومال وديعة وعارية وشراء
وإجارة

فإنه لا يحلف ما اشترت ولا أستودعك ولا أعارك ولا استأجرت منه ولكن يحلف بالله
ماله قبلك ما ادعى به وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال هذا إذا عرض المدعي عليه
فقال أيها
القاضي قد يكفل الانسان ثم يبرأ منه فلا يلزمه شيء فأما إذا لم يشتغل بهذا التعريض فإنه
يحلف
بالله ما كفلت لأنه إنما يستحلف على جحوده وقد جحد الكفالة أصلا فيحلف على
ذلك فإذا
عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له فعلى القاضي اجابته إلى ذلك وإن لم يعرض
فهو الذي
لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له ولكنه يحلفه على جحوده وفي ظاهر الرواية قال هذا
التعريض لا يهتدى إليه كل خصم وعلى القاضي أن يصون قضاء نفسه عن الجور
ونفسه عن
الظلم فيحلفه على ما بينا عرض الخصم أو لم يعرض ولو قال الكفيل للقاضي حلف
الطالب ان
له قبلي هذه الكفالة فاني أرد عليه اليمين فإنه لم يرد عليه اليمين لان الشرع جعل اليمين
على المنكر
فإذا رددت اليمين على المدعى فقد خالفت الأثر وقد بينا هذا في الدعوى ولو جاء
الطالب
بشاهديه على قوله فقال المطلوب استحلفه بالله لقد شهدت شهوده على حق لم
أستحلفه على ذلك
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل البينة على المدعي فإذا جعلت عليه مع البينة
يميناً فقد
جعلت ما لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك ممتنع والله أعلم بالصواب
(باب كفالة الرجلين على شرط لزوم المال بترك الموافاة)
(قال رحمه الله) وإذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل فإن لم يواف به أدى ما ادعى به
عليه
فعليه مالهما عليه وسمى لكل انسان منهما الذي له عليه وهو مختلف فهو جائز لأنه
نجز الكفالة
بالنفس لكل واحد منهما وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة إذا دعيه وذلك
صحيح في
حق كل واحد منهما عند الانفراد في حقهما فان دعاه أحدهما ولم يواف به لزمه ماله
عليه

لوجود الشرط في حقه ولم يلزمه مال الآخر حتى يدعوه به وبهذا يتبين أن هذا في
المعنى
ليس بتعليق للكفالة بالمال بالشرط ولكنه بمنزلة الكفيل بالمال بشرط ابرائه من مال كل
واحد منهما بموافاته به إذا دعيه لأنه لو كان هذا تعليقا بالشرط لم يجب شيء من
المال بوجود
بعض الشرط وإذا دعاه أحدهما فلم يوفاه به فالموجود بعض الشرط وقال يلزمه المال
عرفنا انه يلزمه لان الموافاة كانت مبرئة له ولم توجد ولو بدأ بالمال فضمنه لكل واحد
منهما وقال إن وافيتكما بنفسه إذا دعوتماني به فأنا برئ من المال فهو مثل الأول
وتقديم

المال في هذا وتأخيره سواء لأنه وان أخرج الكفالة بالمال في لفظه فهو في المعنى مقدم وإنما

هو شرط البراءة عند الموافقة بنفسه إذا دعياه به ولكل واحد منهما أن يأخذ بكفالاته دون الآخر لأنه في المعنى كفيلاً لكل واحد منهما على حدته ويلزمه ذلك دون الآخر وان

جمع بينهما في العقد لفظاً بمنزلة ما لو أقر لهما بمال فلكل واحد منهما أن يأخذ حصته دون الآخر

ولو كان الطالب رجلين متفاوضين لهما على رجل ألف درهم فكفل لهما رجل بنفس المطلوب

فان وافاهما به غدا فهو برئ من المال فوافى به أحدهما ودفعه إليه فهو برئ من كفالاته بالنفس والمال لهما جميعاً لان المتفاوضين كشخص واحد ما بقيت المفاوضة بينهما وكل واحد

منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء ما وجب لصاحبه كما هو قائم مقام صاحبه في كونه مطالباً

بما على صاحبه ولو كانا شريكين شركة عنان برئ من حصة الذي وافاه به ولم يبرأ من الكفالة للآخر لأنه فيما هو واجب لصاحبه بمنزلة الأجنبي في الاستيفاء حتى لا يكون له أن يطالب الغريم به فكذلك لا يبرأ عن كفالة صاحبه بموافاته به ولو كفل رجلان بنفس رجل على أن يوفيا به غدا فإن لم يفعلا فالمال عليهما فوافى به أحدهما عنه وعن صاحبه

ولم يحضر الآخر فهما بريئان لأنهما التزما التسليم بعقد واحد ولو التزما مالا فأداه أحدهما

برئاً منه جميعاً فكذلك الكفالة بالنفس ولو مات أحدهما ثم مضى الاجل ولم يوفيا به لزم

الحي منهما نصف المال وفي تركة الميت نصف المال لوجود الشرط وهو عدم الموافقة به ولو

كان وافى به بعض ورثة الميت قبل الاجل برئاً جميعاً لان الوارث قائم مقام المورث في التسليم

ولو كان كفل به كل واحد منهما على حدة فاشترط الطالب على كل واحد منهما انه إن لم

يواف به إلى وقت كذا فعليه المال فوافى به أحدهما فدفعه فإنه يبرأ من كفالاته ولا يبرأ الاخر لان الكفالة هنا مختلفة وكل واحد منهما أجنبي عن عقد صاحبه إلا أن يقول الذي

جاء به دفعته عن نفسي وعن صاحبي ويقبله الطالب على ذلك بمنزلة ما لو جاء به

أجنبي آخر
فدفعه عنهما جميعا وقبله الطالب ولو دفع المكفول به نفسه إلى الطالب عنهما جميعا
كانا بريئين
سواء قبله الطالب أو لم يقبله بمنزلة ما لو دفعاه إليه لأنه أصيل في هذا التسليم غير
متبرع به بخلاف
الأجنبي والله أعلم بالصواب
(باب الكفالة بالأعيان)
(قال رحمه الله) وإذا ادعى عبدا في يدي رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلا
بنفسه

وبالعبد فمات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عنده فان القاضي يقضى له بقيمة العبد على المطلوب وان شاء على الكفيل لأنه ثبت بالبينة أن العبد كان مغضوبا والكفالة بالعين المغضوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الأصيل وإن لم يقيم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه فإنه يقضى له بقيمته على الأصيل دون الكفيل لان نكوله كإقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتي به فان هلك فعليه قيمته لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالأصيل فان أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريتها فقضى له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب كذبت فاني أحبس الكفيل حتى يأتي بها كما أحبس فلانا الأصيل حتى يثبت إياها فان طال ذلك يعنى مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب إذا طلب وان قال هي بمائة درهم وحلفا عليها وقال الطالب ألف درهم ضمنهما مائة درهم لان الزيادة انتفت أن تكون قيمتها ما لم يقيم البينة بها ويأخذ بها أيا شاء فإذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء أخذ الجارية ورد القيمة وان شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا في كتاب الغصب قال ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغضوب منه فيها خيار لان المغضوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة

فيكون بمنزلة تملكها بالبيع وما بقي له الخيار يعنى للبائع فليس للمشتري أن يطأها
فهذا مثله
ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أن نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب
منه ثم
ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لان قبضه القيمة رضا منه بخروجها
عن ملكه
فان البدل والمبدل لا يجتمعان في ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها
بحيضة لتمام
التملك فيها وإذا كان عبد في يدي رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به ووكل في
خصومته
ولم يغب المطلوب وغيب العبد فان الكفيل يحبس حتى يجرى به بعينه لأنه التزم
بالكفالة
احضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتي به لأنه في تغييبه
قاصدا
الاضرار بالمدعى فإنه لا يتمكن من إقامة البينة على استحقاق العين الا بمحضر منه فان
قال

المدعى أنا أتى بالبينة انه عبدي قبل ذلك منه ليستحق به العين ان قدر عليه والقيمة إن لم
يقدر على العبد فان شهد شاهداه أنه العبد الذي ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان
قضيت
له بالعبد على الكفيل فان أتى به والا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعى بالله ما
خرج من ملكه
بوجه من الوجوه قيل إنما يحلف على هذا عند طلب الكفيل وقيل بل يحلف عليه وإن
لم
يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضي للغائب والصيانة لقضائه وان شهد شاهداه أن
العبد
الذي يقال له فلان الفلاني وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لان الاسم يوافق الجلية فلا يثبت
بهذه البينة انه ضامن للعبد المشهود به انه ملك للمدعى ولكن الكفيل يحبس حتى يأتي
به
لأنه التزم احضاره بالكفالة قبل هذه البينة فان مات الكفيل أخذ به المدعى عليه ان ظهر
العبد حتى يأتي به بعد أن يوافق جلية العبد الذي ظهر بشهادة الشهود ليتمكن المدعى
من
اثبات ملكه بالبينة فإن لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لان المولى ما ضمن شيئا ولم
يثبت عليه
شئ بالبينة التي قامت على الاسم والجليزية وليس المولى في هذا كالكفيل لان الكفيل
التزم
الاحضار بكفالاته فلا بد من أن يأتي به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضي ولا
يلزمه
شيئا من غير حجة وإذا كان العبد في يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام
المدعى البينة
أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه إليه وإن لم يكن له بينة أخذ الكفيلان باحضار ما
التزما
احضاره بالكفالة فان قالوا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بينة فاني أخرجهما من
السجن لأنهما حبسا لاحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن احضاره ولكن لا
أبرئهما من
الكفالة لان بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة إذا ثبت ملك الطالب في العبد بالحجة
وادعى
الطالب بشهوده أن العبد عبده فان أقام على ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين
بنصف

القيمة وإن لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لان الحق لم يثبت على الكفيل
ويؤجل
الكفيلان في الإباق أجلا حتى يأتيا به وقد بينا هذا الحكم في الكفالة بالنفس إذا غاب
الأصيل
عن البلدة وإذا ادعى الرجل في يدي الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال بينتي حاضرة
أخذ
له منه كفيل بالمدعى به لان العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولأنه لا حاجة إلى
احضاره
مجلس الحكم لتقع الإشارة إليه في الدعوى والشهادة ولو استودع رجلا عبدا
فجحد
ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب العبد البينة أنه استودعه وقال
لا يدري
ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع ضامن لقيمته يوم استودعه على ما
شهدت

الشهود لأنه ثبت وصوله إلى يده وعلى هذه القيمة والجحود موجب عليه ضمان تلك القيمة

باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف لان الكفيل إنما

يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن

ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه وهذا نوع من الظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات

الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته الا ما يقر به بعد أن يحلف ولو كان العبد يوم

اختصموا فيه أعمى وجحده المستودع فشهد الشهود انه استودعه وهو صحيح يساوى ألفا

فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعوه إلى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع وزكى شهوده فالمستودع ضامن قيمته أعمى على الحال الذي جحد فيها وكذلك الكفيل لان

المستودع إنما يصير ضامنا عند الجحود وقد علم القاضي تغيره عن المقيمة؟ التي شهدت بها الشهود

فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الأول (ألا ترى) انه لو علم هلاكه قبل الجحود

لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته فكذلك إذا علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعلم

ولكن السوق اتضعت وجحده يوم جحده وهو يساوى خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه

الا قيمته خمسمائة ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه

بينة على اتضاع السوق لان المقصود بهذه البينة النفي والبيئات للاثبات لا للنفي (ألا ترى)

انه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت إلى قوله ولم أقبل منه بينة عليه لان المقصود

بهذه البينة نفي الضمان عنه إلا أن يعلم القاضي انه مات قبل جحوده أو يقر الخصم به ولو

استعار دابة من رجل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها ولو أعطاه كفيلا بها جاز

لأنه صار غاصبا ضامنا بالمجاوزة وكذلك المستودع إذا جار في بعض الوديعة جازت الكفالة
بقدر ما جار فيها لأنها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل ونقده الثمن
وأخذ منه
كفيلا بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لأن العقد قد انفسخ
بموته
قبل القبض وبرئ الأصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا
يطالب بشيء منه وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لان الهلاك قبل التسليم ليس
يدرك
وإنما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لان
العيب
ليس يدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشتري النصف الباقي لم
يضمن
الكفيل الا ثمن النصف المستحق لان الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر فإنما رده
المشتري

بعيب التبعض وذلك ليس بدرك وإذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند

المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لان عين الرهن أمانة في يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك بالكفالة ولو كان ضمن لصاحب الدين

ما نقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفاً ضمن الكفيل مائة درهم لأنه

التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الأصيل ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر

صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لان الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لان نصيبه أمانة في يد القابض ولو استعار الرهن من المرتهن على أن

أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل

بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئاً ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لان الراهن ضامن مالية العين هنا (ألا ترى) انه لو هلك في يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولو استقرض من رجل مالا على

أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لان الرهن لا يكون الا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شيء مضمون على الأصيل لتصح الكفالة به ولو

أجر عبدا أو دابة وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الأصيل وهو مما تجرى فيه

النيابة فتصح الكفالة به فان هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شيء لان الإجارة انفسخت

وخرج الأصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وإنما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالأجر ولو أوصى لرجل بأمة وهي حبلى وآخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث فأخذ

صاحب الحبل من صاحب الأمة كفيلا بما في بطنها لم يجز لان ما في البطن غير مضمون

على صاحب الأمة وكذلك لو دفع الأمة إلى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه
بها
كفيلا لم تجز لأنه أمين فيها حين قبضها باذن صاحبها ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها
كفيلا
جاز لأنه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الأمة الأمة بغير رضا صاحب الولد
وأعطاه كفيلا
بالولد لم يجز لأنه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما في بطنها ولو أوصى لرجل
بخدم
ولآخر بخدمتها فإنها تكون عند صاحب الخدمة فان أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها

وقد أخذها صاحب الخدمة باذنه لم يكن على الكفيل شيء لأنه أخذها بحق مستحق له
تبرعا
فلا يكون ذلك الاخذ موجبا عليه ضمانا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة ولو أخذها
صاحب
الرقبة بغير إذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها إليه أخذ بها الكفيل
لان
تسليم العين إلى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه
النيابة
فيصح التزامه بالكفالة فان مات برئ الكفيل لان حق صاحب الخدمة بطل بموتها
وسقطت
المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو
أن رجلا
باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا
بنفسه
أو بما أدركه في ذلك لم يكن له ذلك لان بمجرد الدعوى على المشتري لا يستحق
المدعى على
البائع شيئا فلا يجبر على اعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه في ذلك جاز
بمنزلة
ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعى ولو ادعى ذمي قبل ذمي خمرا
أو
خنزيرا بعينه فأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وان كفل به مسلم لم يجز لان
الخمير
والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا
يصح في
سائر العقود وان هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعى على ذلك شهودا
مسلمين
ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لان الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته
دراهم
أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فإنها مضمونة بالمثل فلا تصح
الكفالة بها من
المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو
كراب أرض
معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لان هذا عمل مستحق على

الأصيل
مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة في ايفائه وكذلك لو اكراه إبلا إلى مكة فأعطاه
كفيلا
بذلك جاز لان تسليمها مستحق على الأصيل ولو كانت الإبل بأعيانها فأعطاه كفيلا
بها كان
جائزا ما دامت قائمة بأعيانها لان الأصيل مطالب بتسليمها بالعقد فإذا هلكت فقد
انفسخ
العقد وبرئ الأصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم
يجز فيما
كان بعينه لأنه لا تجرى النيابة فيه فان إبل الكفيل لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة في
ايفاء
المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لأنه مستحق على الأصيل بالعقد وهو مما تجرى
فيه
النيابة بايفائه وإنما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه وإذا كتب ذكر حق على
رجل
وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال ان شاء
أحدهما

جميعا وان شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفى منهما هذا المال وإنما يكتب ذلك

احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فان المذهب عندنا انه إذا كفل بمال فللطالب

أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء وقال ابن أبي ليلى رحمه الله برئ الأصيل

والمال على الكفيل إلا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيها أجاز أبرأت الآخر إلا أن يشترط أن يأخذهما جميعا أو شتى فأدخلا في الصك جميعا أو شتى

لذلك وقال شريك بن عبد الله رحمه الله ان أدخلا جميعا أو شتى أجزته فان اختار أحدهما لم

يكن له أن يأخذ الآخر إلا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا في الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لان الكتاب للتوثق فينبغي لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ما يقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن

اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى وليؤد الذي ائتمن أمانته والله أعلم بالصواب (باب من الكفالة أيضا)

(قال رحمه الله) وإذا أقرض الرجل الرجل قرضا على أن يكفل به فلان كان جائزا حاضرا

كان فلان أو غائبا ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يحيله به على فلان لان القرض

لا يتعلق بالجائز من الشروط فلا يفسده الباطل بخلاف البيع فإنه لو شرط فيه كفالة أو حوالة

من مجهول أو معلوم غير حاضر لم يرض بذلك فالبيع فاسد لان الفاسد من الشروط مبطل

للبيع فإنه يتعلق بالجائز من الشروط فأما ضمان القرض فإنه يثبت بالقبض شرعا ولا أثر للشروط فيه كضمان الغصب والتزويج والخلع والصلح من دم عمد وجراحة فيها

قصاص

حالا أو مؤجلا وجناية الوديعة والعارية إذا ضمنها فشرط له في ذلك كفالة أو حوالة فهو

بمنزلة القرض لان هذا كله لا يبطل بالشرط الفاسد وكذلك العتق على مال ولو قبل الكفيل

الكفالة أو الحوالة في جميع ذلك جاز لأنه دين لازم يطالب به الأصيل وتجرى النيابة

في ايفائه
وبدل العتق بمال ليس كبديل الكتابة في حكم الكفالة لان ذلك ليس بدين قوى ومن
الدليل
على أن فساد شرط الكفالة لا يبطل هذه العقود ما قال في العتق لأنه لا يرد ومعنى هذا
أن
الشرط الفاسد لا يمنع انعقاد العقد ولكن يستحق به الفسخ بعد الانعقاد وهذه العقود لا
تحتمل
الفسخ بعد التمام فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ولو كان لرجل على رجل دين حال من
ثمن

بيع أو قرض أو غصب فسأله أن يؤخره عنه نجوماً على أن يضمنه له فلان الغائب
فصالحه
على ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يضمن فالصلح منتقض لان الصلح على التنجيم في
المال يعتمد
تمام الرضا وهو ما رضى بذلك الا بكفالة الكفيل فإذا أبى أن يكفل كان المال حالاً
عليه كما
كان وان ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح لتمام الرضا به ولا يشترط حضوره في
مجلس
الصلح لأنه ليس في هذا العقد من التملك شيء فلا فرق بين أن يتم الرضا به في
المجلس وبعد
المجلس بخلاف البيع فإنه مال بمال مبنى على الضيق فإذا لم يحضر الكفيل في
المجلس صار اشتراط
كفالته شرطاً فاسداً والبيع يبطل بالشرط الفاسد وهذا لان البيع لا يجوز أن يتوقف على
القبول بعد المجلس فكذلك لا تتوقف صحته على قبول الكفالة المشروط فيه بعد
المجلس ولو
كان حاضراً فأبى أن يضمن لم يجز الصلح لانعدام تمام الرضا به وان ضمن فهو جائز
وان
اشترط في التأخير انه ان أخره عن محله فالمال كله حال أو ان أخر نجماً عن محله
عشرة أيام
فالمال كله حال فهو جائز على ما اشترط لأنه ليس في هذا الصلح من معنى التملك
شيء
وهذا الشرط في الصلح متعارف ولو أعطاه كفيلاً على أن جعل له أجلاً معلوماً كان
جائزاً في
جميع الديون الا القرض فإنه حال على الأصيل لان القرض حق الأصيل كالعارية لا يلزم
فيه
الاجل وهو مؤجل على الكفيل لان المال إنما يجب على الكفيل بعقد الكفالة والدين
الواجب بالعقد يقبل الاجل وإذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه
لأنه
الكفالة تبرع وتبرعات المريض تصح من ثلثه إذا لم يكن عليه دين وان أقر انه كفل به
في
الصحة لزمه ذلك في جميع ماله إذا لم يكن لو ارث ولا عن وارث لان الكفالة في
الصحة سبب
لوجوب الدين عليه واقرارها في المرض بسبب وجوب الدين مضافاً إلى حال الصحة

يكون
اقرارا بالدين واقرار المريض للأجنبي بالدين صحيح وللوارث باطل وإن كان عن وارث
فهذا
قول من المريض فيه منفعة وارثه والمريض محجور عن مثله وإن كان عليه دين يحيط
بماله
لم يحز اقراره بذلك لان دين الصحة متقدم على ما أقر به في المرض فما بقي دين
الصحة لم
يعتبر اقراره بالدين في المرض وإذا كفل في الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ثم
مرض
وعليه دين يحيط بماله فأقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف درهم لزم المريض ذلك
في جميع
ماله لان سبب وجوب المال قد تم منه في حال الصحة وهو الكفالة والدين الواجب
عليه بذلك
السبب بمنزلة دين الصحة وكذلك أن أقر بعد موته فان المقر له يخلص غرماء الكفيل
بذلك

لان أصله كان في الصحة وكان قد لزم على وجه لا يملك الرجوع عنه وابطاله
وكذلك لو كفل
بما ذاب لفلان على فلان أو بما صار له عليه وكذلك لو كان لوارث أو عن وارث أو
لوارث
عن وارث لأنه كان في الصحة وهو بمنزلة ضمان الدرك فإنه لو كفل في صحته بما
أدركه من
درك في دار اشتراها ثم استحقت الدار في مرض الكفيل أو بعد موته فان المشتري
يضرب
مع غرماء الكفيل الميت بالثمن لان أصل الدين كان في الصحة بخلاف الكفالة في
المرض وان
كفل في المرض وليس عليه دين ثم استدان دينا يحيط بماله ثم مات فالكفالة باطلة لان
ما لزمه
في المرض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة وقد بينا أن الكفالة في المرض لا
تصح
إذا كان دين الصحة محيطة بماله وإذا كفل رجل لرجلين وقال قد كفلت لفلان بماله
على فلان
أو كفلت لفلان الآخر بماله على فلان فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو
من
جنسين لان المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن
مثل هذه
الجهالة تمنع الكفالة ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف
درهم
فقال كفلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من
جنسين
لان الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهي جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر
في العقد
المبنى على التوسع وهذا لان الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وإنما
بقي
الخيار في حق الكفيل في أن يؤدي أي المالكين شاء ولو كفل عن واحد بأحد المالكين
جاز
فهذا مثله بخلاف الأول فالمطالبة هناك لا تتوجه من المجهول على الكفيل والكفالة
بالنفس في
هذا مثل الكفالة بالمال وكذلك لو جمع بينهما فقال كفلت لك بنفس فلان فإن لم

أوفك به غدا
فعلي مالك عليه وهو المائة دينار أو بنفس فلان فإن لم أوفك به غدا فعلي مالك عليه
وهو ألف
درهم فلم يوافق به غدا فهو ضامن لأحدهما أحد المالين أي ذلك شاء لان الطالب
واحد
معلوم وان دفع أحدهما في ذلك اليوم برئ من الكفالة كلها لان اشتغاله بدفع أحدهما
اختيار
منه لكفالاته فتبطل عنه كفالاته عن الآخر بهذا الاختيار وقد وجدت الموافقة في حق
الذي
اختار فيبرأ من كفالاته أيضا ولو كان لرجلين لكل واحد منهما على رجل مال فقال
رجل
لأحدهما كفلت بنفس غريمك فلان فإن لم أوفك به غدا فما لفلان على فلان فهو
على جازت
الكفالة بالنفس لأنه كفل بها لمعلوم مطلقا وبطلت الكفالة بالمال لأنها مخاطرة فان
الحق
ليس للمكفول له بالنفس وما كان صحة الكفالة بالنفس باعتبار هذا المال لتثبت الكفالة
بها

تبعاً للكفالة بالنفس فيكون هذا تعليق التزام المال بمحض الشرط وهو باطل كما لو
علقه
بدخول الدار وكذلك الرجل يقول للرجل كفلت لك بنفس فلان فإن لم أوافقك به غدا
فأنا
كفيل بنفس فلان لإنسان آخر فالكفالة الثانية باطلة لأنها ليست من توابع الكفالة الأولى
فيكون تعليقاً للالتزام التسليم بمحض الشرط ولو كانت الكفالة عن واحد فقال كفلت
لك
بنفس فلان فإن لم أوافقك به غدا فما لفلان عليه وهو ألف على فرضي بذلك الآخر
فالكفالة
الأولى جائزة والنيابة باطلة لان صحة الكفالة بالنفس ما كانت باعتبار هذا المال فلا
يمكن تصحيح
الكفالة بالمال تبعاً للكفالة بالنفس ولو قال كفلت لك بنفس فلان أو فلان بماله عليه أو
بنفسه
فهذا باطل كله لجهالة المكفول له ولو قال كفلت لك بأحد غريميك هذين أو بأحد
ماليك
على هذين كان جائزاً لأنه المكفول له والمطالبة تتوجه من جهته والخيار في تعيين ما
التزمه
الكفيل إليه وإذا كفل عن رجل بماله أمره فرهنه المكفول عنه رهنا به وفاء فهو جائز
لان
بنفس الكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الأصيل وإن
كان مؤجلاً
والرهن بالدين المؤجل صحيح فان هلك الرهن عند الكفيل صار مستوفياً دينه بهلاك
الرهن
فكأنه استوفى حقيقة حتى إذا أدى الكفيل المال لم يرجع به وان أداه الأصيل إلى
الطالب رجع
على الكفيل بمثله بمنزلة ما لو استوفاه منه حقيقة ولو كفل عن رجل بألف درهم بأمره
على أن
يعطيه بها هذا العبد رهنا فوَقعت الكفالة بهذا بغير شرط من الكفيل على المكفول له ثم
إن
المكفول عنه أبي أن يدفع إليه العبد فان العبد لا يكون رهنا لان الكفيل لم يقبضه
والرهن لا يتم
الا بالقبض ولا يجبر المكفول عنه على دفعه لان ذلك كان وعداً من جهته والمواعيد
لا يتعلق

بها اللزوم والكفالة لازمة للكفيل لأنه التزم المال للطالب بالكفالة المطلقة عند شرط بينهما
فإن كان الكفيل اشترط على الطالب فقال له أكفل لك بهذا المال عن فلان على أن
رهن به
فلان هذا العبد فإن لم يدفعه إلى فأنا برئ من الكفالة فكفل له على هذا الشرط فهو
جائز
وإن لم يدفع إليه الرهن برئ الكفيل من الكفالة والمال لأنه لما رضى بالتزام المال بدون
هذا
الشرط والتزام المال بالكفالة يعتمد تمام الرضا ولأنه شرط البراءة إذا لم يعطه الرهن
والشرط
أملك وكذلك لو كفل عنه بالمال على أن يعطيه بذلك المطلوب كفيلا فوَقعت الكفالة
للطالب
على غير شرط ثم إن المكفول عنه أبى أن يعطى الكفيل كفيلا فان الكفالة على الكفيل
جائزة
وإن كان الكفيل شرط على الطالب إن لم يعط كفيلا بهذا المال فأنا برئ من كفالتى
فهو على

شرطه إن لم يعطه كفيلا برئ من الكفالة لان الكفالة بمنزلة الرهن وقد بينا في الرهن ان هذا الشرط مع الطالب يجب الوفاء به فكذلك في الكفالة وهذا لان مقصود الكفيل بكل واحد منهما التوثق والنظر لنفسه حتى لا يلحقه غرم وان كتب الكفيل على دار المكفول

عنه شراء بالمال فهو جائز لأنه شراء بالدين المؤجل وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل

بطريق المقاصة فكأنه أوفاه الدين حقيقة ولو كفل بنفس رجل على أنه للكفيل إن لم يوافق

به إلى سنة فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ثم أعطى المكفول عنه رهنا بالمال قبل

السنة فالرهن باطل لان المال لم يجب على الكفيل بعد لأنه علق التزام المال بشرط عدم

الموافاة فلا يكون واجبا قبل الشرط (ألا ترى) انه لو دفع نفسه إليه قبل الاجل لم يكن عليه من المال شيء فان قيل فأين ذهب قولكم ان في كلامه تقديما وتأخيرا أو انه التزم المال

ثم جعل الموافاة بنفسه صرفا له عن المال قلنا ذلك طريق صار إليه بعض مشايخنا رحمهم الله

لتوجه المطالبة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس فأما في الحقيقة فإنما يلزمه المال بالتزامه وهو

ما التزم المال الا بعد عدم الموافاة بالنفس غدا فلا يكون المال واجبا عليه في الحال ولا يجوز

الرهن في الكفالة بالنفس على وجه من الوجوه لان الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من

الرهن فان موجه ثبوت يد الاستيفاء ولا ضمان على المرتهن ان هلك الرهن في يده لأنه

أخذه رهنا بغير مال وضمن الرهن ضمان استيفاء وذلك لا يكون بدون الدين وإذا كفل رجل عن رجل بما لم يحل عليه بعد فقال إذا حل المال فهو على وأعطى المكفول عنه الكفيل

رهنا كان جائزا لأنه التزم المال بعقد الكفالة وجعل مطالبة الطالب عنه متأخرة إلى ما بعد

حلول الأجل وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الأصيل فكذلك على الكفيل وإذا وجب المال على الكفيل وجب للكفيل على المكفول عنه أيضا فيجوز الرهن به. ولو قال إن

توى مالك عليه فهو علي وأعطاه بذلك رهنا لم يجز الرهن لان المال لم يجب بعد فإنه
علق

التزام المال بالشرط وكذلك لو قال إن مات ولم يوفك المال فهو علي فأعطاه
المكفول عنه

به رهنا فالرهن باطل لان المال لم يجب بعد والكفالة جائزة علي هذا الشرط لأنه شرط
متعارف في الكفالات. ولو أخذ الكفيل بالدرك رهنا فالرهن باطل والكفالة جائزة لان
المال غير واجب علي الكفيل قبل لحوق الدرك فلا يكون واجبا علي الأصيل فلا يصح
الرهن به ولا ضمان علي المرتهن فيه لأنه قبضه باذن صاحبه وكل ما أبطلنا فيه الرهن
بالمال

فكان الرهن في يدي الكفيل حتى يحل عليه المال ويؤخذ به فان أراد أن يمسك الرهن بذلك

فليس له ذلك لان أصل الرهن لم يكن صحيحا لم يثبت بقبضه يد للاستيفاء فلا يكون له أن

يمسكه بعد ذلك وان وجب الدين عليه ولو آجر منه إبلا إلى مكة وكفل عنه رجل بالأجر

وبالحمولة فأخذ الكفيل منه بذلك رهنا فان الرهن في ذلك جائز لان الكفيل مأخوذ بالكفالة

وقد وجبت عليه أما على أصل محمد رحمه الله فلان الاجر بنفس العقد مؤجلا وعند أبي يوسف

رحمه الله سبب الوجوب متقرر وان تأخر وجوب المال (ألا ترى) أن الإبراء عنه صحيح

فيجوز الرهن به سواء ارتهن من الكفيل أو ارتهن الكفيل من المكفول عنه بخلاف ما سبق

ولو أن رجلا أحال على رجل بمال وأعطاه به رهنا جاز لان المال بالحوالة يجب للمحتال عليه

على المحيل كما يجب للطالب على المحتال عليه وإن كان رجوعه عليه يتأخر إلى حين أدائه المال

وإذا ادعى مسلم على كافر مالا وأدى كفالة مسلم بذلك وأقام بينة من الكفار بذلك ثبت

المال بهذه البينة على الأصيل دون الكفيل المسلم وشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلم

وكذلك لو كان أصل المال على كافر فشهد كافرين على مسلم وكافر أنهما كفلا عنه بهذا المال

وبعضهم كفلاء عن بعض جازت الشهادة على الأصيل وعلى الكفيل الكافر ولا يجوز على

الكفيل المسلم لان بعض هذه الكفالة تنفصل عن البعض فإنما يقضى بقدر ما قامت الحجة به

وإذا ادعى مسلم على مسلم مالا وجحد المطلوب وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه

بالمال بأمره وجحد الكفيل وشهد له بذلك ذميان جازت شهادتهما على الكفيل ولم تجز

على المسلم حتى أن الكفيل إذا ادعى لم يكن له أن يرجع على المسلم بشئ لان شهادة

الكفار
لا تكون حجة على المسلم فكما لا يثبت بهذه الشهادة الدين للطالب على المسلم
فكذلك
لا يثبت بها أمر الكفيل بالكفالة وكذلك لو كان المال عليهما في الصك والمسلم في
صدر الصك
والذمي كفيل بعده أو كان الصك عليهما وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه لان
وجوب
المال على أحدهما ينفصل عن وجوب المال على الآخر فإنما يقضى القاضي بقدر ما
قامت
الحجة به وهذه البينة حجة على الكافر دون المسلم وإذا كان الدين لرجلين على رجل
فكفل
أحدهما لشريكه بحصته عن المطلوب لم يجز من قبل الشركة التي بينهما معناه ان
أصل المال
كان مشتركا بينهما فلا يمكن أن يجعل هو كفيلا بنصيب صاحبه خاصة لان ذلك
يؤدى إلى
قسمة الدين قبل القبض ولا يمكن أن يجعل كفيلا بالنصف من المال المشترك بينهما
لان هذا

يؤدي إلى أن يكون ضامنا نفسه عن نفسه وذلك لا يجوز (ألا ترى) أن أحدهما لو استوفى نصيبه من المطلوب أو من غيره كان للآخر أن يشاركه فيه فكذلك إذا استوفاه من شريكه الكفيل ولا يمكن أن يجعل هو بهذه الكفالة مسقطا حقه في المشاركة معه لان الاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب باطل والسبب الموجب للشركة له في المقبوض القبض والكفالة يستحق ذلك فلماذا بطلت الكفالة وليست الكفالة في هذا بمنزلة التبرع بالأداء فان أحد الشريكين لو تبرع بأداء نصيب شريكه عن المديون جاز لان ذلك اسقاط لحق المشاركة في المقبوض مقترنا بالسبب وهو صحيح وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع إذا كفل باليمين عن المشتري للموكل لم يجز ولو ادعى عنه جاز وكذلك لو كفل بنفس انسان ببدل الكتابة لا يجوز ولو تبرع بأداء بدل الكتابة عن المكاتب جاز وكذلك لو كان الدين لواحد فمات فورته ابناه فكفل أحدهما لصاحبه بحصته لان الدين كان مشتركا بينهما إرثا فهو قياس دين مشترك بسبب آخر وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم كفل بها عنه رجل بأمره أو بغير أمره ثم مات الطالب والمطلوب وارثه لم يكن له على الكفيل شيء لان المطلوب ملك ما في ذمته بالميراث فسقط عنه وبراءته توجب براءة الكفيل فإن كان معه وارث آخر للطالب فإنما يسقط عن الكفيل حصة المطلوب وللوارث الآخر أن يطالب الكفيل بحصته لأنه في حصته قائم مقام الطالب وإنما يبرأ الكفيل من كل شيء يبرأ به الأصيل ولو كان احتال بها عليه فكفل بها على أن أبرأ الطالب المطلوب ثم مات الطالب والمطلوب وارثه وكانت الحولة بأمره لم يكن على الكفيل شيء لان المال صار مملوكا للمطلوب بموت الطالب فلو رجع به على الكفيل والمحتمل

عليه بذلك أيضا لان الحوالة والكفالة كانت فاسدة فلا يكون مقيدا بقضاء فإن كان
بغير أمره
رجع بها على المحتال عليه أو الكفيل لأنه قائم مقام الطالب بعد موته وهذا رجوع
مفيد فان
الكفيل والمحتال عليه ان كانا متطوعين هنا لا يستوجبان الرجوع عند الأداء على أحد
بشيء
وهذا بخلاف الأول فان أصل المال هناك في ذمة المطلوب فهو إنما يملك بالإرث ما
في ذمة
نفسه فسقط عنه ولا يرجع الكفيل بشيء سواء كفل بأمره أو بغير أمره وهنا أصل المال
تحول إلى المحتال عليه فالأصيل إنما يملك ما في ذمة غيره فيكون له أن يطالبه به إذا
كان ديناً
مفيداً وإذا كفل الرجل لعبده بدين على رجل وعلى عبده دين فهو جائز لان كسب
العبد
المديون لغرمائه فهذه الكفالة في الصورة للعبد وفي المعنى للغرماء والعبد المديون
يستوجب

على مولاه الدين بسائر الأسباب فكذلك بالكفالة فان قضى العبد الدين بطلت الكفالة
عن
المولى لان كسب العبد صار له ولا يكون كفيلا لنفسه عن نصيبه وكان الدين للعبد
على
المكفول عنه على حاله يأخذه به لان براءة المولى هنا بمنزلة الفسخ للكفالة فلا توجب
براءة
الأصيل وإذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل
منه والمال على المكفول عنه على حاله يأخذه به إن كان كفل عنه بأمره وإن كان
كفل عنه
بغير أمره فلا شئ على المكفول عنه أيضا لان المال صار للكفيل ميراثا بموت الطالب
فيكون بمنزلة ما لو صار له بهبة الطالب منه أو بقضائه إياه ولو قضاه أو وهبه له في
حياته رجع
على المكفول عنه إن كان كفل بأمره وإن كان كفل بغير أمره لم يرجع عليه بشئ فهذا
مثله وكذلك لو كان الطالب أبرأ منه المطلوب على أن ضمنه هذا بأمر المطلوب أو
على أن
احتال به على هذا ثم مات الطالب والكفيل وارثه كان له أن يأخذ الأصيل بذلك ولو
كان
ذلك بغير أمر المطلوب لم يرجع عليه بشئ لان تملكه ما في ذمته بالإرث بمنزلة تملكه
بالأداء
وإذا كفل العبد بأمر سيده لرجلين بألفين أو ثلاثة آلاف وقيمته ألف درهم ثم استدان
ألفا ثم بيع بألف كان ثمنه بينهم يضرب صاحب الكفالة بجميعها لان جميع دينه ثبت
على
العبد بكفالاته بإذن مولاه حين كان فارغا عن الدين فلو كان استدان أولا ألفا وكانت
الكفالة
بعد ذلك فالثمن للمدين خاصة لان الكفالة منه كانت بعد ما اشتغلت ماليته بالدين
فكفالاته
بأمر المولى اقرار للمولى في الفصلين عليه جميعا ولو كان كفل بألف ثم استدان ألفا
ثم بيع
بألف كانت الألف الوسطى باطلة لأنه كفل بها وماليته اشتغلت بالكفالة الأولى وهو
بمنزلة
ما لو أقر المولى عليه بألف درهم ثم استدان ألفا ثم بيع بألف وتام بيان هذه الفصول
في
كتاب المأذون والله أعلم بالصواب

(تم كتاب الكفالة ولله المنة)

(كتاب الصلح)

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي

سهل السرخسي رحمه الله إمامنا أعلم بأن الصلح عقد جائز عرف جوازه بالكتاب

والسنة * أما

الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وفي هذا

بيان انه

نهاية في الخيرية* وأما السنة فما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة
عام الحديبية
على وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم
المسجد فرأى
رجلين يتنازعان في ثوب فقال لأحدهما هل لك إلى الشطر هل لك إلى الثلثين فدعاهما
إلى
الصلح وما كان يدعوهما الا إلى عقد جائز وقال النبي صلى الله عليه وسلم الصلح
جائز بين
المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما وهكذا كتب علي رضي الله عنه إلى أبي
موسى
الأشعري رضي الله عنه كل صلح جائز بين الناس الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما
وهذا
اللفظ من الأول لكتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قد اشتهر فيما بين
الصحابة رضوان الله عليهم فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم وبظاهر هذا الاستثناء
استدل
الشافعي رحمه الله لا بطلان الصلح على الانكار فإنه صلح حرم حلالا لان المدعى إن
كان محقا
كان أخذ المال حلالا له قبل الصلح وحرم بالصلح وإن كان مبطلا فقد كان أخذ المال
على
الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح فهو صلح حرم حلالا وأحل حراما ولكننا نقول
ليس
المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخلو عن هذا أيضا لان الصلح في العادة يقع على
بعض
الحق فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم
بالصلح
وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل بالصلح فعرفنا أن المراد غير هذا
والصلح
الذي حرم حلالا وهو أن يصلح احدى زوجتيه على أن لا يطاء الأخرى أو يصلح
زوجته على
أن لا يطاء جاريتها والصلح الذي أحل حراما هو أن يصلح على خمر أو خنزير وهذا
النوع من
الصلح باطل عندنا وحمله على هذا أولى لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال
المطلق

ما هو حلال لعينه (ثم ذكر عن علي كرم الله وجهه) انه أتى في شئ فقال إنه لجور
ولولا أنه
صلح لردده وفيه دليل جواز الصلح ومعنى قوله لجور أي هو مائل عما يقتضيه الحكم
أو عما
يستقر عليه اجتهادي من حكم الحادثة والجور هو الميل قال الله تعالى ومنها جائر أي
مائل
وفيه قال إن الصلح على خلاف مقتضى الحكم جائز بين الخصمين لأنه يعتمد التراضي
منهما
وبالتراضي ينعقد بينهما السبب الموجب لنقل حق أحدهما إلى الآخر بعوض أو بغير
عوض
فهذا لم يردده علي رضي الله عنه وذكر عن شريح رحمه الله أنه قال أيما امرأة صولحت
علي ثمنها لم
يتبين لها كم ترك زوجها فتلك الريبة وفي بعض الروايات الريبة ومعنى اللفظ الأول
الشك
يعنى إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها فذلك يوقعها في الشك لعل نصيبها أكثر مما
أخذت وقوله

الريبة تصغير الربا يعنى إذا لم يتبين لها كم ترك زوجها يتمكن في هذا الصلح شبهة الربا بأن

يكون نصيبها من جنس ما أخذت من النقد مثل ما أخذت أو فوقه وفيه دليل انه يجوز للورثة أن يصلحوا بعضهم على شئ يخرجوه بذلك من مزاحمتهم وان جهالة ما يصلح عنه

لا يمنع جواز الصلح لان الجهالة إنما تفسد العقد لتعذر التسليم معها والمصالح عنه لا يستحق

تسليمه بالصلح فجهالته لا تمنع جواز الصلح ثم إذا صولحت المرأة على ثمنها فإن كان بعض تركة

الزوج ديناً على الناس فصالحوها عن الكل فهو باطل لأنها تصير مملكة نصيبها من الدين

من سائر الورثة بما تأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز

فإذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الكل وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله في مسألة

البيوع أن العقد الواحد إذا فسد في البعض المعقود عليه فسد في الكل وهما يقولان حصة

العين هنا من البدل المأخوذ غير معلومة والدين ليس بمال أصلاً ما لم يقبض فلا يكون محلاً

للتمليك ببدل فهو كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بثمن واحد فلهذا يفسد العقد في الكل

وان صالحوها من حصتها من العين خاصة وإن لم يكن في التركة دين فهو على ثلاثة أوجه

أحدها أن يصلحوها على أحد النقدين اما الدراهم أو الدينانير فهو جائز إلا أن يكون في التركة

من جنس ذلك النقد مقدار ما يكون نصيبها من ذلك الجنس أكثر مما أخذت فحينئذ لا يجوز

لان مبادلة مال الربا بحصته لا يجوز الا بطريق المماثلة فإن كان نصيبها أكثر مما أخذت كان

الفضل في هذا الجنس من نصيبها من سائر التركة ربا وكذلك أن كان نصيبها ثمن هذا الجنس

مثل ما أخذت فنصيبها من سائر التركة يكون فضلاً خالياً عن العوض وهو الربا بعينه وان

وقع الصلح عن الدراهم والدنانير فذلك جائز وإن كان في التركة من التقدين ما يكون نصيبها
من كل جنس أكثر مما أخذت بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس فتصحيح العقود
بحسب الامكان واجب والصلح أولى بذلك من غيره لان المقصود به قطع المنازعة لما
في امتدادها من الفساد والله لا يحب الفساد فان صالحوها على عرض فهو جائز لأنه وقع
عليه الصلح بنفس مال الربا فسواء كان في التركة من جنس ما وقع عليه الصلح ما يكون
نصيبها أكثر مما أخذت أو لم يكن فذلك لا يؤدي إلى الربا قال الحاكم رحمه الله إنما يبطل
الصلح على أقل من نصيبها من الربا في حال التصديق وقد بينا ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب
فأما حال المناكرة فالصلح جائز لان مع الانكار ليس لها حق مستقر وفي ذلك الجنس
أكثر

مما أخذت وعند الإنكار المعطى يؤدي المال لقطع المنازعة والخصومة ويفدى به
يمينه فلا
يتمكن فيه الربا على ما بينه وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ردوا
الخصوم حتى
يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن وفيه دليل أن القاضي لا ينبغي له أن
يعجل
وانه مندوب إلى أن يرد الخصوم ليصطلحوا على شئ ويدعوهم إلى ذلك فالفصل
بطريق
الصلح يكون أقرب إلى بقاء المودة والتحرز عن النفرة بين المسلمين ولكن هذا قبل أن
يستبين وجه القضاء فأما بعد ما استبان ذلك فلا يفعله الا برضا الخصمين ولا يفعله لا
مرة
أو مرتين لما في الإطالة من الأضرار بمن ثبت الاستحقاق له في تأخير حقه ولان لك
يجر
إليه تهمة الميل وعلى القاضي أن يتحرز عن ذلك بما يقدر عليه وعن عمرو بن دينار أن
أحدى نساء
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن
أخرجوها من الميراث
وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة رضوان الله عليهم في ميراثها منه
ثم
صالحوها على الشطر وكان له أربع نسوة فحفظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين وثلاثين
جزأ
فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب
ثلاثة
وثمانين ألفا ولم يشر لذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانون ألف
دينار
فهذا دليل ثروة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ويساره وكان قد قسم لله تعالى
ماله
أربع مرات في حياته تصدق في كل بالنصف وأمسك النصف فهو دليل على أنه لا بأس
بجمع
المال واكتساب الغني من حله فابن عوف من الصحابة العشرة الذين شهد لهم رسول
الله
صلى الله عليه وسلم بالجنة وأيد هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح
للرجل

الصالح ولكن مع هذا ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال في سبيل الله تعالى أولى
وهو
الطريق الذي اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم لنفسه بقوله صلى الله عليه وسلم
اللهم
أحيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرنني في زمرة المساكين وفي حديث عبد الرحمن
رضي الله عنه
ما يدل عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما أبطأ بك عنى يا عبد الرحمن قال
وما ذاك يا رسول
الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك آخر أصحابي لحوقا بي بعد القيامة
وأقول أين كنت
فتقول منعني عنك المال كنت محبوسا ما تخلصت إليك حتى الآن وذكر عن ابن
عباس
رضي الله عنهما قال يتخارج أهل الميراث يعنى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح
وذلك جائز
لما فيه من تيسير القسمة عليهم فإنهم لو اشتغلوا بقسمة الكل على جميع الورثة ربما
يشق

عليهم ويدق الحساب أو تتعذر القسمة في البعض كالجوهرة النفيسة ونحوها فإذا أخرجوا
البعض بطريق الصلح تيسر على الباقيين قسمة ما بقي بينهم فجاز الصلح لذلك وعن
محمد بن سيرين
رحمه الله قال ما رأيت شريحا رحمه الله أصلح بين الخصمين الا امرأة استودعت
وديعة
فاحترق بيتها فناولتها جارة لها فضاعت فأصلح بينهما على مائة وثمانين درهما وفيه
بيان انه
كان من عادة شريح رحمه الله الاشتغال بطلب الحجة التي يفصل الحكم بها وما كان
يباشر
الصلح بين الخصمين بنفسه وكأن يقول إنما حبس القاضي لفصل القضاء ولأجله تقدم
إليه
الخصمان وللصلح غير القاضي فينبغي للقاضي أن يشتغل بما تعين له ويدع الصلح لغيره
الا انه
في هذه الحادثة لأجل الاشتباه وتعارض الأدلة دعاهما إلى الصلح فان المودع إذا وقع
الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس وفي الاستحسان لا يكون
ضامنا
لان الدفع إلى الغير في هذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف النص فان المودع
أمره
بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى الغير فهذه الحال من الحفظ ولكنه عادة بخلاف
النص فان المودع أمره بأن يحفظ بنفسه نصا وأن لا يدفع إلى أجنبي فلاشتباه الأدلة
أصلح
بينهما على مال وذكر هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنهما أن بريرة
رضي
الله عنه أتتها تسألها فقالت إن شئت عددتها لأهلك عدة واحدة وأعتقتك فذكرت ذلك
لأهلها فقالوا لا إلا أن يكون الولاء لنا فذكرت ذلك عائشة رضي الله عنها لرسول الله
صلى الله
عليه وسلم فقال صلوات الله عليه وسلامه الولاء لمن أعتق فاشتريتها وأعتقتها وخطب
رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى
شروط الله أوثق وكتاب الله أحق وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان
مائة
شرط ما بال أقوام يقول أحدهم أعتق يا فلان والولاء لي وإنما الولاء لمن أعتق وقد

تقدم
بيان فوائد هذا الحديث في كتاب الولاء وإنما ذكرناه هنا ليتبين أن الزيادة التي تؤدي
أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لها اشترى واشترطي فإنما الولاء لمن أعتق وهم من
هشام بن عروة
كما ذكره أبو يوسف رحمه الله في الأمالي فإن ذلك من الغرور وما كان لرسول الله
صلى الله
عليه وسلم يأمر أحدا بالغرور ومقصوده من إيراد الحديث هنا بيان انه يجوز بطريق
الصلح
والتراضي ما لا يجوز بدونه فإن بريرة رضي الله عنها كانت مكاتبة وقد اشترتها عائشة
رضي الله عنها
برضاها ولولا ذلك ما جاز شراؤها وفيه دليل انه إنما يجوز أن يشترط في الصلح ما لا
يكون

مخالفا لحكم الله تعالى فأما الذي يكون مخالفا لحكم الله تعالى لا يجوز اشتراطه في الصلح لقوله
صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط معناه
ليس
في حكم الله تعالى فالمراد بالكتاب الحكم كما قال الله تعالى كتاب الله عليكم وذكر
عن علي
كرم الله وجهه انه أتاه رجلان يختصمان في بغل فجاء أحدهما بخمسة رجال فشهدوا
انه أنتجه
وجاء الآخر بشاهدين شهدا انه أنتجه فقال علي كرم الله وجهه للقوم ما ترون فقالوا
اقض
لأكثرهما شهودا فقال علي رضي الله عنه لعل الشاهدين خير من الخمسة ثم قال علي
رضي الله عنه
فيها قضاء و صلح وسأنبئكم بذلك أما الصلح فإنه يقسم بينهما على عدد الشهود وأما
القضاء
فيحلف أحدهما ويأخذ البغل فان تشاحا على اليمين أقرعت بينهما بخمسة أسهم ولهذا
سهمين
فأيهما خرج سهمه استحلفته وغلظت عليه اليمين ويأخذ البغل وفي هذا دليل على أن
البينة
على النتاج مقبولة في الحيوان وان القاضي ينبغي له عند الاشتباه ان يستشير جلساءه
كما فعله
علي رضي الله عنه ثم أشاروا على بالقضاء لأكثرهما شهودا لنوع من الظاهر وهو ان
طمأنينة
القلب إلى قول الخمسة أكثر من طمأنينة القلب إلى المثني ورد علي رضي الله عنه
ذلك عليهم
لفقه خفى وهو ان طمأنينة القلب باعتبار معنى العدالة فلذلك ترجح جانب الصدق في
الخبر
ولعل الشاهدين في ذلك خير من الخمسة ثم الترجيح عند التعارض يكون بقوة العلة لا
بكثرة
العلة وفي حق من أقام خمسة زيادة عدد في العلة فشهادة كل شاهدين حجة تامة يثبت
الاستحقاق بها والترجيح بما لا يثبت الاستحقاق به ابتداء فأما ما يثبت به ابتداء
الاستحقاق
لا يقع الترجيح به فلهذا لم يرجح أكثرهما شهودا ثم قال فيه قضاء و صلح وهو دليل
على أن

الصلح جائز على غير الوجه الذي يقتضيه الحكم وان الصلح بين الخصمين مع الانكار
جائز
ثم بين وجه الصلح وهو أن يكون بينهما على عدد الشهود لأحدهما خمسة أسباعه
وللآخر
سبعاه وكأنه اعتبر هذا الظاهر الذي أشار إليه القوم ولكن لما كان لا يؤخذ به الا عند
اتفاق
الخصمين عليه سماه صلحا وأما القضاء لأحدهما بأخذ البغل فهذا مذهب لعلي رضي
الله عنه
فقد كان يستحلف المدعى مع البينة وكان يحلف الشاهد والراوي فكأنه جعل يمين
أحدهما
مرجحة لجانبه باعتبار ان الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء فيقع الترجيح بها كقرابة
الأم
في استحقاق العصوبة فان الأخ لأب وأم يقدم في العصوبة على الأخ لأب لان العصوبة
لا تثبت بقرابة الأم ابتداء فتقوى بها عليه العصوبة على الأخ لأب ولسنا نأخذ بهذا فقد
ثبت

عندنا انه لا معتبر بيمين المدعى وقد قررنا ذلك فيما سبق ثم قال فان أداها على اليمين
أقرعت
بينهما لهذا بخمسة ولهذا بسهمين وهو عود منه إلى وجه الصلح وبهذا يستدل الشافعي
رحمه
الله في استعمال القرعة عند تعارض الحجج في دعوى الملك ولسنا نأخذ بهذا لأنه في
معنى
القمار ففيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وإنما يستعمل القرعة عندنا فيما يجوز
الفصل فيه
من غير اقراع وقد بيناه في كتاب القسمة وحكم الحادثة عندنا أن يقضى بالمدعى
بينهما نصفين
لاستوائهما في الحجة وقد بينا ذلك في كتاب الدعوى وروينا فيه من الأثر والمعنى ما
يكون
الاخذ به أولى من الاخذ بقول علي رضي الله عنه فإنه بناه على مذهبه الذي تفرد به
وهو
استحلاف المدعى مع الحجة والأمة قد اجتمعت على خلافه والله أعلم بالصواب
(باب الصلح في العقار)
(قال رحمه الله) وإذا ادعى رجل دارا في يد رجل فأنكرها الذي هي في يديه
ثم صالحه على دراهم أو دنانير مسماة فهو جائز* واعلم بأن الصلح أنواع ثلاثة صلح
بعد
الاقرار و صلح بعد الانكار و صلح مع السكوت بأن لم يجب المدعى عليه بالاقرار ولا
بالانكار ويجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار والسكوت
ولا
يجوز مع الانكار وقال الشافعي رحمه الله يجوز الصلح مع الاقرار ولا يجوز مع
الانكار
والسكوت وكان الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول لم يعمل الشيطان في
ايقاع
العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما في ذلك
من
امتداد المنازعات بين الناس ولسنا نأخذ بهذا فمن أبطل ذلك أنما أبطله احتياطا للتحرز
عن
الحرام وللرشوة والاعمال بالبينات وإنما نقول كما قال أبو حنيفة رحمه الله أجود ما
يكون
الصلح على الانكار وأما الشافعي رحمه الله فإنه استدل بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا

لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والصلح على الانكار لا
يكون
الا بالتجارة عن تراض فذلك ينبنى على ثبوت ملك المدعى على المدعي وبدعواه لا
يثبت
ذلك مع انكار المدعى عليه فكان أكل المال بالباطل وهو المعنى في المسألة فإنه يأخذ
المال
بطريق الرشوة والرشوة حرام وبالصلح لا يحل ما هو حرام وقاس بصلح الشفيع مع
المشترى
بمال يأخذه ليسلم الشفعة أو يصلح القائل مع الانكار ليقبضه منه الولي بمال يعطيه
ويصلح

معروف النسب مع مدعي الرق على مال ليسترقه وبيان الوصف أن بدل الصلح اما أن يكون عوضا عن المال أو عن الدعوى والخصومة أو عن اليمين ولا يجوز أن يجعل عوضا عن المدعى لان بمجرد الدعوى لا يثبت الملك في المدعي للمدعى قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث * والدليل عليه أنه لو استحق بدل الصلح لا يرجع بالمال المدعى ولكن يعود على رأس الدعوى ولو كان المال بدلا عن المدعى لكان يعود به عند الاستحقاق كما لو كان الصلح بعد الاقرار ولو كان المصالح عنه دارا لا يجب للشفيع فيها الشفعة أو كان المال بدلا عن المدعى والخصومة لان ذلك ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه بالمال ولأنه كما لا يستحق بنفس الدعوى أخذ المال المدعى فكذلك لا يستحق أخذ المال بطريق الصلح ولا جائز أن يكون بدلا عن اليمين لان اليمين مشروعة لقطع الخصومة فلا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالمودع إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها كان القول قوله مع اليمين ولو صالح من هذه اليمين على ما كان باطلا فعرفنا أن المدعى عليه إنما يبذل المال ليدفع به أذى المدعي عن نفسه والمدعى يأخذ المال ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي في النار ولقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي والرائش وبنحو هذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله إلا أنه يقول المدعي بنفس الدعوى يصير حقا للمدعى ما لم يعارضه المدعى عليه بإنكاره (ألا ترى) انه لو لم ينازعه في ذلك لتمكن من أخذه وهذا لان الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب ولكن الصدق يترجح فيه من حيث إنه دينه وعقله يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه من الكذب إلا أن المدعى عليه إذا عارضه بإنكاره فانكاره أيضا محتمل

بين الصدق والكذب فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق
ما لم
يظهر الترجيح في جانبه بالبينة وإذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى
دعوى
المدعى معتبرة في الاستحقاق فلهذا يجوز الصلح في هذه الحال فأما بعد المعارضة
بالانكار لم
يبق للدعوى سبب الاستحقاق فأخذ المال بطريق الصلح يكون رشوة وأصحابنا
رحمهم الله
استدلوا في ذلك بظاهر قوله تعالى والصلح خير فالتقييد بحال الاقرار يكون زيادة على
النص
المغيا فيه أن المدعى أحد الخصمين في دعوى العين لنفسه فيجوز له أن يأخذ المال
بطريق
الصلح من صاحبه كالمدعي عليه فإنه لو وقع الصلح بينهما على أن يسلم العين إلى
المدعى بمال

يأخذه منه جاز ذلك بالاتفاق وتأثيره ان كل واحد منهما يدعى العين لنفسه وخبره في حقه
محمول على الصدق وإنما لا يكون حجة على خصمه ثم المدعى عليه إنما يأخذ المال بطريق
الصلح باعتبار قوله ان العين لي وانى أملكه من المدعى بما استوفي منه لا باعتبار يده
(ألا ترى)
أن المودع باعتبار يده بدون هذا القول لا يأخذ العوض عن الوديعة من المودع والمدعي قد
وجد منه القول مثل ما وجد من المدعى عليه فكما يجوز للمدعي عليه أن يأخذ المال صلحا
باعتبار قوله فكذلك يجوز للمدعى وفي هذا بيان أن المال عوض من المدعى في حق من يأخذه
فإن كانت قد انقطعت الخصومة في حق صاحبه ومثله جائز كمن اشترى عبداً أقر بحريته فما
يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهذا فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد
فهذا مثله ولان الصلح مع الانكار ابراء بعوض ولو أبرأه بغير عوض صح ذلك فكذلك
إذا أبرأه بعوض كما لو صالح بعد الاقرار ومعنى ذلك أن المدعى يسقط حقه عن المال المدعى
دينا كان أو عينا ثم إنكار المدعى عليه لا يمنع صحة ابرائه بغير عوض حتى لو أبرأه
عن الدين
ثم أقر المدعي عليه بأنه كان واجبا كان الابراء صحيحا وهذا لان الابراء اسقاط
والاسقاط
يتم بالمسقط وحده وإنما يحتاج إلى مراعاة الجانب الآخر في التملكات فأما في
الاسقاطات
فلا كالطلاق والعتاق وهذا لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملك أحد
ولهذا صح الابراء عن الدين قبل قبول المديون وإن كان يرد برده لتضمنه معنى
التملك
ولكن ذاك تبع وإنما يعتبر ما هو المقصود وهو الاسقاط فشرط صحته ثبوت الحق في
جانب المسقط وذاك ثابت بخبره وإنما لم يجعل الدعوى سببا للاستحقاق على الغير
ثم بنفس
الدعوى يستحق الجواب والحضور على المدعي عليه ويستحق اليمين بعد المعارضة
بالانكار

حتى يستوفى بطلبه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لك يمينه فعرفنا ان
جانب
الصدق ترجح في حقه قبل المعارضة بالانكار وبعد المعارضة وإنما لا يعطى بنفس
الدعوى
المال المدعى لما قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث فإذا
ترجح معنى
الصدق في حقه ثبت الحق في جانبه فيملك التصرف فيه بالاسقاط وهذا النوع من
الاسقاط
مما يجوز أخذ العوض عنه كما بعد الاقرار فيأخذ المال بطريق الصلح عوضاً عن
اسقاط حق
ثابت في حقه والمدعى عليه ليس يملك شيئاً فلا يشترط ظهور الحق في جانبه (ألا
ترى)
أن الزوج إذا خالع امرأته على مال مع أجنبي ضمنه أو من له القصاص إذا صلح مع
أجنبي

على مال ضمنه يصح ذلك ويستحق المال عوضا عن الاسقاط وإن كان من يعطى
المال لا يملك
به شيئا وأظهر من هذا كله صلح الفضولي فإنه لو قال للمدعي ان المدعى عليه قد أقر
معي سرا
وأنت محق في دعواك فصالحني على كذا من المال وضمن له ذلك فصالحه صح
الصلح بالاتفاق
ومعلوم أن باقراره لا يثبت المال على المدعى عليه وإنما صح هذا الصلح بطريق
الاسقاط لظهور
الحق في جانب المدعي دون المدعى عليه فكذلك إذا صالح مع المدعي عليه بل أولى
لان
المدعي عليه ينتفع بهذا الصلح والفضولي لا ينتفع به ووجوب المال عوضا عن الاسقاط
على
من ينتفع به أسرع ثبوتا منه على من لا ينتفع به (ألا ترى) انه لو خالع امرأته على مال
وجب
المال عليها وإن لم يضمن بخلاف ما لو كان الخلع مع أجنبي (يقرره) أن الفضولي لا
يملك بهذا
الصلح شيئا ثم يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط فكذلك المدعى عليه إذا كان منكرا
فهو
لا يملك بهذا الصلح شيئا ولكن يلزمه دفع المال عوضا عن الاسقاط كما لو التزمه
وقد قال بعض
مشايخنا رحمهم الله ان بدل الصلح كالمقر به يكون عوضا عن المدعى عليه ويصير
المدعى عليه
بالاقدام على الصلح كالمقر به لان القاضي يقول له أي ضرورة ألجأتك إلى الصلح
وكان من
حقك أن ترفع الامر إلي لأمنع ظلمه عنك فلما اخترت الصلح صرت كالمقر لما ادعى
ولكن
هذا اقرار ثبت ضمنا للصلح فإذا بطل الصلح بالاستحقاق يبطل ما كان في ضمنه
كالوصية
بالمحابة لما ثبت ضمنا للبيع يبطل ببطلان البيع فلهذا يعود على رأس الدعوى ولما
كان هذا
الاقرار في ضمن الصلح لا يظهر حكمه في غير عقد الصلح واستحقاق الدعوى بالشفعة
حكم
وراء ذلك فلا يظهر في حقه كما لو كان الصلح مع فضولي ومنهم من يقول المدعى

يستحق
المال عوضاً في حقه عن المدعى فأما في حق المدعى عليه فإنه قد التمسه لان اليمين
حق للمدعى
قبله مستحق الهلاك علي ما بيناه في الدعوى فيكون بمنزلة القصاص والعفو عن
القصاص علي
مال يأخذه صحيح فكذلك فداء المال باليمين صحيح نص عليه في الجامع الصغير قال
ولو فدى
يمينه بعشرة دراهم يجوز وذلك مروى عن حذيفة رضي الله عنه أن رجلاً ادعى عليه
مالاً
وطلب يمينه وقال لا تحلفني ولك عشرة فأبى فقال لا تحلفني ولك عشرون فأبى فقال
لا تحلفني
ولك ثلاثون فأبى فقال لا تحلفني ولك أربعون فأبى فحلف ومن هذا وقع في لسان
العوام أن
اليمين الصادقة يشتري بأربعين درهماً فأما المودع إذا ادعى الرد فمحمد رحمه الله يقول
بجواز
الصلح هناك أيضاً فداء لليمين وأبو يوسف رحمه الله لا يجوز ذلك لأنه إنما استفاد
البراءة بمجرد

قوله رددت وهو تسلط على ذلك من جهة المودع وإنما اليمين لنفى التهمة (ألا ترى)
انه لو مات
قبل أن يحلف كان بريئا وهنا اليمين حق للمدعى قبل المدعى عليه لمعنى الاهلاك على
ما قد قررنا
فيجوز أخذ العوض عنها بهذا يتبين أن هذا ليس بأكل المال بالباطل ولكنه بمنزلة
التجارة
عن تراض على أحد الطرفين وهو ثبوت الاقرار في ضمن الصلح وعلى الطريق الآخر
هو
ليس بتجارة عن تراض ولا أكل بالباطل ولكن بذل مقيد بمنزلة الهبة والصدقة ونحوهما
وفي الحقيقة الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله ينبنى على الابراء عن الحقوق
المجهولة بعوض
وهو لا يجوز عنده لان معنى التمليك يغلب في الصلح فيكون كالبيع وجهالة المبيع
تمنع صحة
البيع فكذلك جهالة المصالح عنه وعندنا ذلك جائز بعوض وبغير عوض واعتمادنا فيه ما
روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث خالدًا إلى بني جذيمة داعيا لا مقاتلا وبلغه ما
صنع خالد
أعطى عليا رضي الله عنه مالا وقال أتت هؤلاء القوم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك
وأدهم كل نفس ذا مال فأتاهم علي رضي الله عنه ووداهم حتى ميلغة الكلب فبقي في
يده مال
فقال هذا لكم مما لا تعلمونه أنتم ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتى
رسول الله
صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه أصبت وأحسن
فذلك
تنصيب على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة بعوض وقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم
للرجلين اللذين اختصما إليه اذهبا تحريا وأقرعا وتوخيا واستهما ثم ليحلل كل واحد
منكما
صاحبه وهذا ابراء عن الحق المجهول والدليل عليه أن الجهالة إنما تؤثر لأنها لا تمنع
التسليم
والمصالح عنه لا يحتاج فيه إلى التسليم فالجهالة فيه لا تمنع صحة الصلح ففي بيان
قول أبي حنيفة
رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار قد طعن في هذا اللفظ بعض الناس وقال

الاختلاف في الصلح على الانكار اختلاف ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه ولكننا نقول مراده انه أنفذ وألزم فالصلح مع الاقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الانكار بذلك السبب أو مراده انه أكثر ما يكون بين الناس لأنه إذا وقع الاقرار استوفى المدعى حقه فلا حاجة إلى الصلح وإنما الحاجة إلى ذلك عند الانكار ليتوصل به المدعى إلى بعض حقه أو مراده ان ثمرة الصلح قطع المنازعة وذلك عند الانكار أظهر لان مع الاقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذي يفيد ثمرته يكون أقرب

إلى الجواز مما لا يكون مفيدا ثمرته ثم الصلح على الاقرار تمليك مال بمال فيكون بيعا

وهذا العقد اختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصا بحكم وذلك
الحكم
لا يكون الا جوازه مع الانكار فهو معنى كلام أبي حنيفة رحمه الله ثم اعلم بأن ما وقع
عليه
الصلح يكون عوضا من المدعي في حق المدعى بمنزلة العوض في البيع فكل ما يصلح
أن
يكون عوضا في البيع يصلح أن يكون عوضا في الصلح وقد بينا ذلك في البيوع
والمصالح عليه
يحتاج إلى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا تبقى فيه منازعة بينهما ولهذا لا يثبت
الحيوان
فيه دين في الذمة ولا يثبت الثياب فيه دين الا موصوفا مؤجلا كما في البيع والمصالح
عليه إذا
كان عينا لا يجوز التأجيل فيه كما في البيع لا يجوز التأجيل في العين ثم الصلح عقد
هو فرع
فيعتبر بنظائره مما هو أصل حتى إذا كان على دين في الذمة فحكمه حكم اليمين في
البيع وإن كان
على غير دين فحكمه حكم البيع وإذا كان على منفعة فحكمه حكم الإجارة وكل
منفعة يجوز
استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بالصلح ومالا فلا حتى إذا صالح على سكنى
ثبت
بعينه إلى مدة معلومة يجوز وان قال أبدا أو حتى يموت لم يجز وكذلك أن صالح على
أن
يزرع له أرضا بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الإجارة
ولو كان
لرجل ظلّة أو كتف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من
ذلك على عشرة دراهم كان الصلح باطلا ويخاصمه في طرحه متى شاء لان هذا
الطريق النافذ
حق جماعة المسلمين فلا يمكن واحد منهم أن يعتاض عنه شيئا فصاحب الظلّة لا
يستفيد
بهذا الصلح حق الاقرار لان لكل مسلم أن يخاصمه في طرحه والذي خاصمه كان
محتسبا في
ذلك فارتشى لترك الحسبة وذلك حرام وهذا لان من أصل أبي حنيفة رحمه الله ان لكل
مسلم أن يمنع من وضع الظلّة على طريق المسلمين وأن يطالب الرفع بعد الوضع سواء

كان
فيه ضرر أو لا ضرر فيه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إن كان فيه ضرر
فكذلك الجواب
وإن لم يكن فيه ضرر فلكل مسلم حق المنع في الابتداء وليس له أن يخاصم في الرفع
بعد
الوضع لأنه قاصد إلى الاضرار بصاحب الظلة غير دافع الضرر عن المسلمين وقد روى
عن أبي
يوسف رحمه الله لا يمنع في الابتداء إذا لم يكن فيه ضرر كما لا يرفع بعد الوضع وأبو
حنيفة
رحمه الله يقول الطريق مشترك بين جميع الناس وكل واحد منهم بمنزلة الشريك في
الطريق
الخاص فكما لا يعتبر هناك الضرر في ثبوت حق المنع والرفع فكذلك هنا ولو كان
على طريق
غير نافذ فخاصمه رجل من أهل الطريق وصالحه على دراهم مسماة كان جائزا لان
شركة

أصحاب الطريق شركة ملك ولهذا يستحقون به الشفعة فهذا المصالح ملك نصيبه من صاحب
الظلة وتمليك ما هو مملوك له بعوض صحيح فان قيل صاحب الظلة لا يستفيد بهذا
الصلح
شيئا لان لسائر الشركاء أن يخاصموه في الطريق قلنا لا كذلك بل يستفيد من حيث إن
سائر
الشركاء لو صالحوه أيضا لم يكن له أن يخاصمه في الطريق وهذا لأنه بالصلح يتملك
نصيبه فيصير
كأحد الشركاء في وضع الظلة على هذه الطريق حتى إذا رضى شركاؤه بذلك كان له
حق
قرار الظلة وبعض المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله كأن يقول تأويل هذه المسألة ان
الظلة على ما
هي على الطريق فالمصالح يصير مملكا نصيبه من وضع أصل البناء وذلك جائز فأما إذا
لم يكن
كذلك فينبغي أن لا يجوز لأنه يصير مملكا نصيبه من هواء الطريق وتمليك الأهواء
بعوض
لا يجوز والأصح هو الأول لان هواء الطريق الخاص مشترك بينهم كأصل الطريق
واسقاط
الحق عن نصيبه من هواء الطريق بعوض صحيح كما يصح اسقاط الحق فيه بغير عوض
ولو
صالحه على مائة درهم على أن يطرح الظلة عن هذا الطريق كان جائزا لان فيه منفعة
لأهل
الطريق فكان المفيد للمال صالح عن نفسه ليوصل المنفعة إليهم بإزالة الشاغل عن هواء
طريقهم
وذلك جائز وتأويل هذا ان الظلة كانت على بناء مبنى على الطريق وصاحب الظلة
يدعى
ملك ذلك الوضع لنفسه أو يدعى حق قرار الظلة بسبب صحيح فسقط حقه بما يأخذ
من
المال بطريق الصلح على الانكار وذلك جائز من أحد الشركاء عن نفسه وعن أصحابه
بطريق
التبرع كصلح الفضولي ولو ادعى حقا في دار في يدي رجل فصالحه من ذلك على
خدمة
عبد بعينه شهرا فهو جائز لان المصالح عليه مقدور التسليم معلوم فان مات العبد قبل أن

يخدمه بطل الصلح لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى
وان
مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه في النصف اعتبارا للبعض بالكل ولو
قتله
أجنبي فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار ان شاء
أبطل الصلح
وعاد على رأس الدعوى وان شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليخدمه
وقال
محمد رحمه الله الصلح باطل وجه قوله ان الصلح على المنفعة بمنزلة الإجارة ولو قتل
العبد
المستأجر بطل عقد الإجارة فكذلك إذا قتل العبد الذي وقع الصلح علي خدمته وهذا
لان
حق المصالح في المنفعة والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة فقد فات
المعقود
عليه لا إلى عوض وهو نظير موت العبد ولان الصلح عقد محتمل للفسخ ودفع الضرر
عن

المدعي ممكن بالإعادة إلى رأس الدعوى فلا حاجة بنا إلى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة

في ايفاء هذا العقد بخلاف الوصية فان العبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية لان

دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن بإعادة عوضه إليه فلأجل الضرورة أقمنا بدل العين

مقام بدل المنفعة ولان العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث وأبو يوسف رحمه الله يقول المصالح ملك المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين فإذا هلكت

العين وأخلفت بدلا لا يبطل الصلح كالعبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية ولكن

يشترى بقيمته عبدا آخر ليخدم الموصى له بخلاف الإجارة وهي ملك المنفعة بعقد لا يجوز ان

تملك به العين فلا يمكن إقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك

العقد وإذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن إقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة

في ايفاء العقد ثم الصلح على الانكار في معنى الوصية لأنه ليس بإزاء المنفعة بدل يستقر وجوبه

باستيفاء المنفعة كما في الوصية بخلاف الإجارة فان قيل كيف يستقيم هذا والمصالح هناك له أن

يؤاجر العبد من غيره وفي الوصية الموصى له بالخدمة لا يملك أن يؤاجره من غيره قلنا إنما

ملك ذلك لان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى وهو يزعم أنه ملك المنفعة بعوض

فالصلح على الانكار بمنزلة عقد المفاوضة فإذا تملك المنفعة به ملك أن يؤاجره من غيره وان

كأن لا يستقر وجوب البدل باستيفاء المنفعة كما إذا ملك المنفعة بالخلع أو النكاح أو الصلح

عن القود* توضيحه ان هذا العقد من وجه يشبه الإجارة وهو ان المنفعة تملك بعوض ومن

وجه يشبه الوصية وهو ان باستيفاء المنفعة لا يستقر وجوب عوض فلشبهه بالإجارة قلنا يملك

أن يؤجره من غيره ولشبهه بالوصية قلنا لا يبطل بالقتل وتقوم قيمته مقام عينه لان المقصود بهذا العقد قطع المنازعة بينهما وذلك واجب بحسب الامكان ابتداء وبقاء لما في امتدادها من الفساد وإنما أثبت الخيار للمدعى لحصول التغير لا في ضمانه فالمنفعة لا تدخل في ضمانه قبل الاستيفاء وعلى هذا لو كان القاتل هو المدعى عليه تجب القيمة أيضا لأنه وإن كان مالكا للعبد فالمصالح قد صار أحق به منه فهو في وجوب القيمة عليه بالقتل كأجنبي آخر عند أبي يوسف رحمه الله كالراهن إذا قتل المرهون أو الوارث إذا قتل العبد الموصى بخدمته وإن كان المصالح هو الذي قتل العبد فهو على الخلاف أيضا لأنه أجنبي من الرقبة فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره واختلف مشايخنا رحمهم الله في ثبوت الخيار للمصالح في هذا الفصل عند

أبى يوسف رحمه الله فمنهم من يقول يثبت كما إذا قتله أجنبي آخر والا وجه أن لا يثبت لأن التغيير حصل بفعله هنا وهو راض بفعله لا محالة وهذا على أبى يوسف رحمه الله مستقيم

فقد قال إذا جنى البائع على المبيع وهو في يد المشتري فهو غير ثابت لا محالة وهذا على أصل أبى يوسف رحمه الله لا يسقط به خيار المشتري بخلاف ما إذا جنى عليه غيره وعلى هذا لو صالحه

على لبس هذا الثوب شهرا أو على أن يركب دابته هذه إلى بغداد فان هذه منفعة يجوز استحقاتها بالإجارة والوصية فكذلك بالصلح فان مات المدعى أو المدعى عليه وقد استوفى

نصف المنفعة فإنه يبطل الصلح بقدر ما بقي ويرجع في دعواه بقدره وهذا في قول محمد رحمه الله بناء على أصله ان الصلح على المنفعة كالإجارة والإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا

لأنه ان مات المدعى فلو أبقينا الصلح أدى إلى توريث المنفعة والمنفعة لا يجرى فيها الإرث

(ألا ترى) أن الموصى له بالخدمة إذا مات لا يخلفه وارثه في استيفاء المنفعة وأكثر ما فيه أن يجعل الصلح كالوصية وان مات المدعى عليه فالعين صارت لوارثه والمنفعة بعد ذلك تحدث على ملكه ويستحق عليه منفعة ملكه بغير رضاه فأما عند أبى يوسف رحمه الله فان مات المدعى عليه لم يبطل الصلح وان مات المدعى ففي سكنى الدار وخدمة العبد كذلك الجواب فأما في لبس الثوب وركوب الدابة يبطل الصلح وهذا الجواب عنه محفوظ في الأمالي ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويله إذا ادعى عبدا في يد غيره ثم صالحه على خدمته شهرا أو ادعى بيتا ثم صالحه على سكنه شهرا فان الصلح على الإنكار مبنى على زعم المدعى وفى زعمه انه يستوفى المنفعة بملكه الأصلي لا ان يملكها بعقد الصلح بعوض فلا يبطل ذلك بموته ولا بموت المدعى عليه

فأما إذا كان الصلح على خدمة عبد للمدعي عليه فينبغي أن يبطل بموت أحدهما كما ذكره في الكتاب مطلقا ومنهم من حقق الخلاف في الفصول كلها ووجه قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا أن المقصود بالصلح قطع المنازعة وفي ابطال هذا الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة بينهما فلو جوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما لأنه ان مات المدعي عليه فوارثه ينتفع بإيفاء هذا الصلح مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعي فلو أبطنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه بخلاف الإجارة وان مات المدعي فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس في استيفائه كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فأبطلنا الصلح فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب

الدابة لا يمكن إقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيه ولم يرض
بالتزامه
فلهذا أبطنا الصلح ويشبه هذا بالمنفعة إذا جعلت بدلا في الخلع أو الصلح من دم العمدة
والنكاح
فإنه لا يسقط الحق عنها بموت أحدهما ولكن يستوفى المنفعة أو بدلها بعد الموت
على حسب
ما تكلموا فيه فكذلك هنا وان صالحه على سكنى بيت فانهدم لم يبطل الصلح لان
الأصل
باق والانتفاع به من حيث السكنى ممكن إلا أن تمام المنفعة بالبناء فإذا رضى المدعى
عليه بأن
يبنى البيت بماله فيه ليسكنه بقي الصلح بينهما ولكن للمدعى الخيار للتغيير وان شاء
أبطل
الصلح وعاد على دعواه وان شاء أمضى الصلح وهذا قولهم جميعا والجواب في إجارة
البيت
هكذا ولو صالحه من دعواه على كذا ذراعا مسماة من هذه الدار لم يجز في قول
أبي حنيفة
رحمه الله وجاز في قولهما بمنزلة ما اشترى كذا ذراعا من الدار وقد بيناه في التبرع
فان الصلح
على عين يكون بمنزلة البيع وكذلك أن صالحه على كذا كذا جريا من الأرض ولو
ادعى أذراعا
مسماة في الدار فصالحه منها على دراهم مسماة كان جائزا عندهم جميعا لان جهالة
المصالح عنه
لا تمنع صحة الصلح كما لو ادعى حقا في دار ولم يسمه ثم صالح منه على شيء معلوم
وهذا لان
المصالح عنه لا يستحق تسليمه بالصلح فجهالته لا تفضى إلى المنازعة ولو ادعى كل
واحد منهما
في دار في يدي صاحبه حقا ثم اصطلحا على أن يسلم كل واحد منهما لصاحبه ما في
يده بغير
تسمية ولا اقرار فهو جائز لان كل واحد منهما قابض لما شرط له بالصلح فلا حاجة
إلى
التسليم والجهالة إنما تمنع إذا كانت تفضى إلى منازعة مانعة من التسليم ولو ادعى
رجل في أرض
رجل دعوى فصالحه على طعام بعينه مجازفة فهو جائز لان الطعام المعين يجوز بيعه

وإن لم يكن معلوم القدر فكذلك الصلح عليه وكذلك لو صالح على دراهم بعينها بغير ذكر الوارث لأن مثله يصلح ثمنا في البيع فيصلح بدلا في الصلح أيضا ولو صالحه على عبد بعينه لم يره فهو بالخيار إذا رآه لأن المصالح عليه إذا كان عينا فهو كالمشترى بطريق البناء على زعم المدعى ولهذا يستحق بالشفعة لو كانت دارا ومن اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه وكذلك الرد بالعيب في الصلح بمنزلة الرد بالعيب في البيع حتى يرد المصالح عليه بالعيب اليسير والفاحش بطريق البناء على زعم المدعي وإذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب في الدعوى لأن رأس ماله في حق المدعي عليه هو الدعوى والخصومة فكما أن عند الرد بالعيب يرجع في ذلك فكذلك عند تعذر الرد بالعيب من الدعوى ولو استحق نصف العبد من يده كان بالخيار فيما بقي لعيب

التبويض فان رد ما بقي كان على دعواه فان أمسك ما بقي منه كان على نصف دعواه اعتبارا
لاستحقاق البعض بالكل ولو ادعى رجل في دار لرجل دعوى فصالحه عنه آخر بأمره
أو بغير أمره بإنكار أو اقرار فان ذلك جائز ولا شيء للمصالح من حقوق المدعى إنما
يكون ذلك للذي في يده الدار ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لان
الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص
بمال وذلك جائز مع الأجنبي كما يجوز مع الخصم إلا أن الأجنبي ان ضمن المال فهو عليه
بالالتزام ولا يدخل في ملكه بإزاء ما التزم شيء لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في
ملكه وإن لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن إن كان الصلح بأمر المدعى عليه فالمال عليه
لان الأجنبي يعبر عنه (ألا ترى) انه لا يستغنى عن إضافة العقد إليه وإن كان بغير إذنه فهو موقوف
على اجازته لان المال لم يجب للمصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه
والمدعى لم يرض سقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعى عليه ولو لم يكن في صلح
الأجنبي الا العرف الظاهر وحاجة الناس إلى ذلك لان المدعي عليه يتحرز من قبول ذلك مخافة
أن يجرى على لسانه ما هو اقرار لكان هذا كائنا لجواز هذا العقد فان صالحه على عبد
بعينه فوجد به عيبا فرده أو استحق أو وجد حرا أو مدبرا أو مكاتبا عاد في دعواه ولم يكن له على
المصالح شيء لان هذا الصلح لو كان مع المدعي عليه كان يبطل بهذه العوارض ويعود المدعي
على دعواه فكذلك إذا كان مع الأجنبي وهذا لأن العقد انفسخ بهذه الأسباب والتزام
المصالح كان بالعقد فإذا انفسخ العقد عاد الحكم الذي كان قبله وهو خصومة المدعى مع
المدعى عليه

ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له فدفعها إليه فاستحقت أو وجد منها زيوفا أو
ستوقا
فله أن يرجع بذلك على الذي صالحه دون الذي في يديه الدار كما لو كان هذا الصلح
مع المدعى
عليه وهذا لان المصالح التزم بالمال بالعقد دينا في ذمته حين ضمنه وبالرد بهذه
الأسباب
ينتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذي كان قبل القبض وهو انه مطالب بتسليم
المال بسبب التزامه في ذمته ولو صالحه على دراهم وضمنها ثم قال لا أؤديها أجبرته
على أن
يؤديها إليه لأنه التزم بالضمان والزعيم غارم وشرط على نفسه أن يؤدي المال والوفاء
بالشرط
لازم خصوصا إذا كان الشرط في عقد لازم ولو لم يكن ضمنه لم يكن عليه شيء ولكن
الصلح
موقوف عليه فان قبل لزمه المال وان رد فالصلح باطل ولو ادعى في دار رجل حقا
فصالحه

على دراهم ودفعها إليه ثم استحقت الدار من يد المدعي عليه كان له أن يرجع بدراهمه
لان

هذا الصلح مبني على زعم المدعي وفي زعمه انه أخذ الدراهم عوضا عن الدار فإذا
استحقت

كان عليه رد المقبوض من البديل كالمبيع إذا استحق وان جعلناه مبني على زعم المدعي
عليه ففي

زعمه أنه أعطى المال بغير عوض وان له حق الاسترداد وكذلك لو صالح عنه غيره
وضمن

المال رجوع المصالح بدراهمه لان بعد الاستحقاق ثبوت حق الرجوع بسبب أداء المال
وإنما

يثبت لمن أدى ولو استحق نصفها أو ثبت معلوم فيها أو جميعها الا موضع ذراع لم
يكن للمصالح

أن يرجع بشئ من الدراهم لأنني لا أدري لعل دعواه فيما بقي دون ما استحق وهذا
الصلح

مبني على زعم المدعي وهو يتمكن من أن يقول إنما كان حقي ما بقي وقد صالحتك
عنه فلهذا

لا يرجع بشئ من الدراهم بخلاف ما إذا استحق جميع الدار وان ادعى في بيت في
يدي رجل

دعوى فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة فهو جائز لان في زعم المدعي
انه

يستوفى ملك المنفعة باعتبار ملك الأصل ولم يذكر ما إذا صالحه على أن يبيت آخر
بعينه سنة

والجواب في ذلك أنه يجوز أيضا لما استشهد به فقال (ألا ترى) انه لو استأجره جاز
وقد

بيننا أن ما يستحق من المنفعة بعقد الإجارة يجوز استحقاقه بعقد الصلح قال الحاكم
رحمه الله

وقد تأوله بعض مشايخنا رحمهم الله على السطح المحجر لأنه إذا كان بهذه الصفة
فهو موضع

السكنى عادة فيجوز استئجاره لمنفعة السكنى قال رضي الله عنه والأصح عندي أنه
يجوز على

كل حال لان السطح مسكن كالأرض ولو استأجر أرضا معلومة من الأرض لينزل فيه
مدة

معلومة جاز فكذلك السطح وهذا لأنه يتمكن من السكنى عليه بنصب خيمة فيه أو

نحوها ولو ادعى نصف الدار وأقر بأن نصفها لذي اليد فصالحه ذو اليد على دراهم مسماة ودفعها إليه ثم استحق نصف الدار رجع عليه بنصف الدراهم لان في زعم المدعى أن الدار كانت بينه وبين المدعى عليه نصفين والمستحق نصف شائع فيكون من النصيبين وبه تبين انه استحق نصف ما وقع الصلح عليه فيرجع بنصف الدراهم لو كان المدعى لم يقر لذي اليد بحق فيها أو قال نصفها لي ونصفها لفلان وقال المدعي كذبت بل نصفها لي والنصف الآخر لا أدري لمن هو أو قال كلها لي ونصفها لفلان لم يرجع عليه بشئ من الدراهم لأنه لم يستحق شيئا وقع الصلح عنه بزعم المدعى فهو يقول إنما صالحت عن النصف الذي بقي في يدك وقد بينا أن الصلح على الانكار مبني على زعم المدعى وإذا كانت الدار وديعة في يد المدعى فصالح المدعى من

دعواه فيها على شئ لم يرجع به على المودع لأنه كأجنبي آخر في التزام المال بالصلح فقد كان

متمكنا من أن يثبت بالبينة انه مودع فيها لتندفع الخصومة عنه إلا أن يكون أمره بذلك فحينئذ يرجع عليه لأنه عامل له بأمره فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة وإذا صالح الرجل من

دعواه في دار لم يعاينها الشهود ولا عرفوا الحدود أو صالحه من دعواه في دار بغير عينها

ثم خاصمه في دار وزعم أنها غير التي صالحه عنها وقال المدعى عليه هي تلك تحالفا وترادا الصلح

وعادا في الدعوى لان الصلح عقد محتمل للفسخ بالإقالة فإذا اختلفا في عين ما تناوله العقد

تحالفا وترادا كالمبتاعين إذا اختلفا في عين المبيع ولو أن دارا في يدي ورثة ادعى رجل فيها

حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعى على شئ مسمي من جميع حقه فهو جائز لأنه

في حصة شركائه متبرع بالصلح وقد ذكرنا أن صلح المتبرع جائز إذا التزم العوض والدار

الموروثه على حالها لان المدعى مسقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ

منه العوض فلا يرجع هذا الصلح عليهم بشئ لأنهم لم يأمره بدفع شئ ولو كان صالح على أن يكون حقه له خاصة دون الورثة فهو جائز أيضا لان المدعى يملك ما يدعيه لنفسه من

الذي يصلحه بما يستوفى من العوض والصلح مبنى على زعمه فيجوز ثم يقوم هذا المصالح

مقام المدعى فيما بينه وبين شركائه على حجة المدعى فان أثبت له ملك شئ معلوم بالحجة ثبت

ملكه في ذلك بالشراء وإذا لم يكن له بينة فله أن يرجع على المدعي بحصة شركائه التي لم يسلم

له لان المدعى عاجز عن تسليم ذلك إليه والصلح مبنى على زعمه فيتحقق عجزه عن التسليم في

ذلك القدر فيبطل الصلح فيه ويرجع بما يقابله من البدل (ألا ترى) أن رجلا لو ادعى دارا

في يدي رجل فصالحه رجل منها على عبد على أن تكون الدار له ثم خاصمه الذي في

يديه
الدار فلم يظفر بشيء كان له أن يرجع على المدعى بالعبد أو بقيمته إن كان هلك عنده
لأن العقد
ينفسخ بينهما لتعذر تسليم المعقود عليه بزعمهما ولو أن رجلين ادعيا دارا في يدي
رجل وقالوا
ورثناها عن أبينا ووجدتهما الرجل ثم صالح أحدهما عن حصته من هذه الدعوى على
مائة
درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك لان الملك لو كان ظاهرا
لهما
في الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه في ثمنه فكذلك إذا صالح
أحدهما
من نصيبه مع انكار ذي اليد وليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا إلا أن يقيم البينة لان
ذا اليد بقبوله الصلح مع الانكار لا يصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف
يصير

مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه وذكر ابن رستم رحمه الله في نوادره أن أبا يوسف
رحمه الله قال يشاركه وقال محمد رحمه الله لا يشاركه وجه قول أبي يوسف رحمه
الله ان المصالح
يزعم أنه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفا إلى دين الأب لو ظهر عليه
دين
ولا يختص أحد الابنين بشئ من ميراث الأب فلآخر حق المشاركة معه في المقبوض
باعتبار زعمه ولو صالح أحدهما من جميع دعواهما على مائة درهم وضمن له تسليم
أخيه فان
سلم الأخ ذلك له جاز وأخذ نصف المائة لان الصلح في نصيب أخيه كان موقوفا على
اجازته فإذا أجازة جاز ويجعل كأنهما باشرا الصلح فالبديل بينهما نصفان وإن لم يجز
فهو على
دعواه ورد المصالح على الذي في يديه الدار نصف المائة لان الصلح قد بطل في
نصيب أخيه
برده ولو ادعى دارا في يدي رجل فقال هي لي وإخوتي فأقر ذو اليد بذلك ثم اشترى
منه نصيبه لم يكن لاختوته أن يشاركوه في شئ من الثمن لأنه إنما يأخذ العوض عن
نصيبه
خاصة وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين الصلح فيقول هنا بقية الورثة يتمكنون
من
أخذ نصيبهم من الميراث أو أخذ العوض عنه بالبيع فالقول بقطع الشركة لا يؤدي إلى
تخصيص بعض الورثة في بدل شئ من الميراث بخلاف الصلح على ما قررنا ولو ادعى
دارا في يدي
رجل فاصطلحا فيها على أن يسكنها ذو اليد سنة ثم يدفعها إلى المدعي فهذا جائز
بمنزلة ما لو
اصطلحا على أن يسكنها المدعى سنة ولم يسلمها لذي اليد وهذا في جانب المدعى
ظاهر لأنه
يزعم أن رقبته ومنفعتها له فهو بهذا الصلح يبطل ملكه عن رقبته ويبقى ملكه في
مقدار
ما شرط لنفسه من المنفعة فإنما يستوفى ذلك بحكم ملكه وذلك جائز وكذلك أن كان
يستوفىها
بحكم عقد الصلح كما لو صالحه على سكنى دار أخرى سنة وأما في جانب المدعى
عليه ففيه بعض
اشكال لأنه يزعم أن رقبته ومنفعتها له وانه يملكها من المدعى بعد سنة والتملك لا

يحتمل التعليق بالشرط ولا الإضافة ولكننا نقول هذا الصلح مبني على زعم المدعى وفي زعمه أنه يعيرها من ذي اليد سنة ثم يأخذها منه والمدعى عليه يجعل مملكا رقبته منه في الحال مبقيا منفعتها سنة على ملكه وهو إنما يستوفى بحكم ملكه وذلك جائز (ألا ترى) أن من أوصى لغيره بسكنى داره سنة ثم مات صارت الدار لورثته وبقيت السكنى على حكم ملك الموصى يستوفيه الموصى له باخلائها له وكذلك لو باع الدار المؤجرة والمشتري يعلم بالإجارة فإنه يملك رقبته وتبقي منفعتها على حق البائع حتى يملكها المستأجر عليه بالاستيفاء ويكون الاجر للبائع فهذا مثله وإن كان

للمدعى فيها شركاء لم يجز صلحه عليهم وهم علي حجتهم في اثبات أنصباهم لأنه لا ولاية
للمدعى عليه علي شركاء المدعى لتملك انصباهم منه وكذلك لو كان هذا الصلح في أرضه علي
أن يزرعها ذو اليد خمس سنين علي أن رقبته للمدعى فهو جائز لما قلنا. ولو اشترى دارا فاتخذها
مسجدا ثم ادعى رجل فيها دعوى فصالحه الذي بنى المسجد والذين بين أظهرهم المسجد
فهو جائز لأنهم ينتفعون بهذا الصلح ولو صالحه من لا ينتفع به كالفضولي والتزم المال كان
الصلح جائزا فإذا صالحه من ينتفع به كان إلى الجواز أقرب وكذلك لو باع الدار أو وهبها
لابن صغير أو جعلها مقبرة أو غيرها عن حالها ثم صالح عنها المدعى فهو فيما يلتزم من المال بالصلح
لا يكون دون فضولي فيجوز ذلك منه وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعى بعد الاقرار
ثم صالحه جاز الصلح لأنه لا معتبر بإنكاره بعد الاقرار فهذا صلح علي الاقرار وهو جائز
بالاتفاق وان أنكر في الابتداء وصالح ثم أقر أنه كان محقا في دعواه فالصلح ماض وهو آثم
بالجحود لكونه كاذبا فيه ظالما ولكن الصلح من المدعى اسقاط لحقه بعوض وقد بينا أن
جحود الخصم لا يمنع صحة الاسقاط من المسقط بغير عوض (ألا ترى) أن الطالب لو أبرأ
المديون وهو جاحد للدين كان ابرأؤه صحيحا فكذلك جحوده لا يمنع صحة الاسقاط بعوض
وهذا لان الاسقاط تصرف من المسقط في حقه (ألا ترى) ان انكار المرأة للنكاح لا يمنع
صحة الطلاق من الزوج بعوض كان أو بغير عوض وكذلك انكار القاتل لا يمنع صحة العفو
من الولي لهذا المعنى ولو ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها علي خدمة عبد سنة ثم أعتقه
صاحبه جاز عتقه لان العبد باق علي ملكه وان صارت خدمته للمدعى واعتاقه في ملك

نصيبه نافذ كالوارث إذا أعتق العبد الموصى بخدمته نفذ و كان صاحب الخدمة على حقه لان خدمته صارت مستحقة له بعقد لازم والعتق لا ينافي بقاءها ولو أعتقه المدعى لم ينفذ عتقه لأنه مالك للخدمة ونفوذ العتق باعتبار ملك الرقبة وهو من رقبته كأجنبي آخر فلا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فميا لا يملك ابن آدم ولو أن رب العبد باعه لم يجز بيعه لأنه عاجز عن تسليمه فلا ينفذ بيعه فيه لحق صاحب الخدمة كالأجر إذا باع العبد المؤجر أو الوارث إذا باع العبد الموصى بخدمته أو الرهن إذا باع المرهون ولصاحب الخدمة أن يؤجره للخدمة لما بينا أنه ملك خدمته بعقد معاوضة فهو كالمستأجر يملك أن يؤجر قال وله أن يخرج بالعبد من المصر إلى أهله وقد ذكرنا في كتاب الإجازات أن من استأجر

عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به (قال رضي الله عنه) وكان شيخنا رحمه الله يقول
تأويل

ما قال في كتاب الصلح ان أهل المدعى إذا كانوا في بعض القرى القريبة من المصر
والمدعى
عليه يعلم ذلك أو كان هو على جناح السفر والرجوع إلى أهله وقد علم ذلك المدعى
عليه

فحينئذ يكون هو راضيا باخراجه العبد إلى أهله لان الانسان إنما يستخدم العبد في أهله
وتأويل ما قال في كتاب الإجازات انه إذا لم يكن ذلك معلوما للآجر عند عقد الإجارة
فلا يكون راضيا باخراج العبد وتكليفه خدمة السفر لان الخدمة في السفر أشق منها في
الحضر (قال رحمه الله) والذي يتراءى لي من الفرق بين الفصلين ان في باب الإجارة
مؤنة

الرد على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث إنه يقر حقه
في

الاجر والمستأجر إذا سافر بالعبد فهو يريد أن يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد
فأما هنا

فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه لأنه زعم أنه يملك الخدمة بغير شئ فهو كالموصي
له بالخدمة

فان مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعى هنا باخراجه إلى أهله يلتزم مؤنة الرد لا ان
يلزم

المدعى عليه شيئاً فلهذا كان يخرج له ولو ادعى رجل في حائط رجل موضع جذوع أو
ادعى

في داره طريقاً أو مسيل ماء فجحده ثم صالحه على دراهم معلومة جاز لان المصالح
عليه معلوم

وجهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان تسلمه بالصلح لا يصير مستحقاً ولو
ادعى رجل

حقاً فصالحه من ذلك على طريق في داره أو على مسيل ماء أو على أن يضع على
حائط من

داره جذعاً فالصلح على الطريق جائز لان المصالح عليه إذا كان عيناً فهو كالمبيع ويبيع
الطريق

جائز لان المصالح عليه إذا كان مما لا يقع فيه منازعة يجوز ويبيع المسيل لا يجوز لأنه
مجهول فإن كان

مسيل ماء الميزاب فذلك يختلف بقلة المطر وكثرته والضرر بحسبه يختلف وإن كان
مسيل

ماء الوضوء فذلك يختلف أيضا بقلة الحاجة إليه وكثرتها فكذلك بيع موضع الجذع من الحائط لا يجوز للجهالة فاستئجار الحائط لوضع الجذع عليه لا يجوز أيضا وقد بينا أن من لا يستحق بالبيع والإجارة فالصلح عليه لا يجوز ولو صالحه على شرب نهر شهرا لم يجز لأن بيع الشرب بدون الأرض جائز فكذلك الصلح عليه لأن ما هو المقصود يختلف بقلة الماء وكثرته وجريان أصل الماء في النهر على خطر ومقداره غير معلوم ولو صالحه على أن يسيل ماء فيها لم يجز لأن مقدار ذلك لا يستحق بالإجارة فكذلك لا يستحق بالصلح عليه بخلاف ما إذا صالحه على عشر نهر بأرضه أو على عشر بئر أو عين فالمصالح عليه هنا جزء معلوم رقبة

النهر واستحقاقه بالبيع جائز فكذلك بالصلح عليه وكذلك لو ادعى عشر نهر أو بئر
فصالحه منها
على مال معلوم فهذا إلى الجواز أقرب ولو ادعى في دار في يد رجل دعوى فصالحه
من ذلك
على عبد ومائة درهم وقيمة العبد مائة درهم ثم استحق العبد رجع في نصف دعواه لأنه
لو استحق جميع ما وقع الصلح عليه بطل الصلح في الكل وعاد على رأس الدعوى
فكذلك
إذا استحق نصف ما وقع الصلح عليه وإن كان الذي في يديه الدار أخذ من المدعى
ثوبا
رجع المدعي في نصف الدعوى ونصف الثوب لأن من جانب المدعى شيئين المدعى
وهو
مجهول والثوب وهو معلوم والمعلوم إذا ضم إلى المجهول فلا طريق إلى الانقسام
سوى
المناصفة والمدعى عليه بدل المائة والعبد فكان بإزاء العبد نصف الثوب ونصف
المدعى
بإزاء المائة فكذلك عند استحقاق العبد يرجع المدعى بما يقابله وهو نصف الدعوى
ونصف
الثوب ولو كان استحق الثوب رجع الذي في يديه الدار بحصة الثوب من قيمة العبد
والدراهم
ثم ينظر كم ادعى من الدار فيعود ذلك أن كان معلوما ويقوم الثوب فإن كانت قيمتهما
سواء
رجع بنصف العبد ونصف المائة لأن الثوب والمدعى من جانب المدعى فيتوزع عليهما
المائة
والعبد فإذا استوفى القيمة كان بمقابلة الثوب ونصف المائة وقد استحق الثوب فيرجع
بما
يقابله وإن اختلفا في قدر الحق في الدار فقال الطالب كان لي نصف الدار وقال
المدعى عليه
بل كان لك عشرها فالقول قول الذي الدار في يديه مع يمينه لانكاره الزيادة وأصل
المدعي
وهو الدار والصلح كان باعتباره فإذا وقعت الحاجة إلى معرفة مقداره كان القول قول
المنكر
مع الزيادة (ألا ترى) أنه لو باع من رجل طعاما بمائة درهم ودفعها وقبض الطعام ثم
وجد به

عيبا فرده فقال البائع كان طعامي الذي بعته كره حنطة وقال الرجل كان نصف كره
فالقول
قول المشتري مع يمينه ومعنى هذا الاستشهاد أن الصلح على الإنكار مبنى على زعم
المدعي
وفي زعمه أن المدعي عليه اشترى منه نصيبه من الدار بما أعطاه من بدل الصلح فإذا
وقع
الاختلاف في مقدار المشتري جعل القول قول المشتري كما في مسألة الطعام وكذلك
لو
اشترى شقصا في دار بعبد فاستحق العبد فقال الذي قبض الشقص كان المبيع ثلث
الدار وكان
للآخر نصف الدار فالقول قول الذي في يديه الدار لان الاختلاف بينهما في مقدار
المشتري
فالحاصل أن المشتري قابض للمشتري بالعقد ومتى وقع الاختلاف في مقدار المقبوض
يجعل
القول قول القابض لأنه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله فكذلك إذا أنكر قبض

الزيادة ولو كانت دار في أيدي ثلاثة نفر في يد كل واحد منهم منزل منها وساحتها
على حالها
واختصموا فيها فلكل واحد منهم ما في يده والساحة بينهم أثلاثا لان ما في يد كل
واحد منهم
الظاهر يشهد له والبناء على الظاهر واجب ما لم يتبين خلافه وحقهم في الساحة على
السواء
لان كل واحد منهم مستعمل للساحة في حوائجه وللاستعمال يد فلهذا قضى بالساحة
بينهم
أثلاثا فان اصطلحوا قبل أن يقضى بينهم على أن لفلان نصف الساحة وكل واحد من
الآخرين
ربعها فهو جائز لأنه صلح عن تراض فيما لا يتمكن فيه معنى الربا فيجوز كيفما اتفقوا
عليه وكذلك
ان اشترط أحدهم لنفسه نصف المنزل الذي في يد صاحبه جاز لان ذا اليد يصير مملكا
نصف منزله منه بعوض معلوم وذلك صحيح قل العوض أو كثر ولو كانت الدار في يد
رجل
منها منزل وفي يد آخر منزل وقال أحدهما الدار بيني وبينك نصفان وقال الآخر بل هي
كلها لي فللذي ادعى جميعها ما في يده ونصف ما في يد صاحبه والساحة بينهما
نصفين لان
صاحبه يدعي النصف من جميع الدار شائعا فيكون مدعيا نصف كل جزء بعينه من
الدار
والقول للذي في يده جزء معين منها فهو يدعى نصف ذلك ولا مدعى للنصف الآخر
سوى من يدعى جميعها ولا منازع له في ذلك فيأخذ نصف ما في يده والساحة كذلك
موضع
معين منهما في يد كل واحد منهما نصفه شائعا فمدعي النصف مدع جميع ما في يده
من الساحة
فالقول في ذلك قوله فلهذا كانت الساحة بينهما نصفين والمنزل الذي في يد مدعي
الجميع صاحبه
يدعى نصفه ولا يستحق ما في يد الغير بمجرد الدعوى ما لم يقيم البينة وذو اليد يدعى
جميع
ذلك المنزل فلهذا كان له جميع ما في يده فان اصطلحوا قبل القضاء على أن تكون
الدار بينهما
نصفين أو على الثلث والثلثين فهو جائز لوقوع الاتفاق والتراضي على شئ معلوم
وكذلك

لو اصطالحوا بعد القضاء فهو جائز بطريق التملك من كل واحد منهما من صاحبه بعد ما
قضى له به بعوض ولو كان أحدهما نازلا في منزل من الدار والآخر في علو ذلك
المنزل
وادعى كل واحد منهما جميعها فلكل واحد منهما ما في يده والساحة بينهما نصفان
لان العلو
مسكن على حدة كالسفل فيهما كبيتين من الدار أحدهما متصل بالآخر وقد بينا في
البيتين
والمنزليين ان لكل واحد منهما ما في يده والساحة بينهما نصفان لثبوت يدهما عليها
بالاستعمال
ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى بها لان
ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل بالاستعمال وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب
السفل فان

اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لصاحب السفلى العلو ونصف الساحة ولصاحب العلو السفلى ونصف الساحة جاز لوجود المبادلة بينهما في العلو والسفلى بالتراضي والساحة بينهما

نصفان كما هو قضية الحكم وإذا كان الحائط بين دارين رجلين وكل واحد منهما يدعى أنه له ولكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع أحدهما أكثر من جذوع الآخر كان للآخر أن يزيد في جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه لأن يد كل واحد منهما ثابتة

على الحائط وأنه مستعمل له بوضع حمل مقصود عليه يبنى الحائط لأجله فان الحائط تبني لوضع ثلاثة جذوع عليه كما يبنى لوضع عشرة من الجذوع عليه فكان الحائط بينهما نصفين

لاستوائهما في اليد عليه ولأحد الشريكين أن لا يسوى نفسه بصاحبه في الانتفاع بالملك

المشترى وللمساواة هنا طريقان اما رفع فضل جذوع صاحبه أو بأن يزيد في جذوعه والرفع غير ممكن بهذا النوع من الظاهر لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق على الغير وكان له أن يزيد في جذوعه حتى تكون جذوعه مثل جذوع صاحبه ولكن هذا إذا كان الحائط يحتمل ذلك فإن كان لا يحتمل فالوضع يكون بمنزلة هدم الحائط وليس له أن يهدم الحائط المشترك

وقد تقدم بيان هذه الفصول وما فيها من اختلاف الروايات في كتاب الدعوى والاقرار وليس لواحد منهما أن يبنى على هذا الحائط ويفتح فيه كوة وجمعه كوى ولا بابا لأن أصل الحائط مشترك بينهما وفتح الباب والكوة يكون رفعا لبعض الحائط وهو لا يتمكن من أن يرفع جميع الحائط بغير رضا صاحبه فكذلك لا يتمكن من رفع البعض وهذا لأن فتح الباب والكوة يوهن البناء ويظهر أثر ذلك في الثاني ان كان لا يظهر في الحال ولا كذلك

بناء الحائط عليه لان فيه وضع حمل زائد على حائط مشترك وفيه ضرر على الحائط لا محالة

ولو أراد أن يبني في حائط ساحة مشتركة لم يملك ذلك بغير إذن صاحبه فهذا أولى
ولو
اصطلحا على أن يكون الحائط بأصله لأحدهما وعلى أن يكون للآخر موضع جذوعه
وعلى أن يبني عليه حائطا مسمى معروفا يحمل عليه جذوع علو مسمى فهو باطل لأنه
إنما
يستحق بالصلح ما يجوز استحقاقه بالبيع أو الإجارة ومثل هذا لا يصير مستحقا بالبيع
والإجارة
لمعنى الجهالة على ما قررنا فكذلك لا يجوز أن يقع عليه الصلح وإذا اختصما في
حائط وكان
مخوفا فاصطلحا على أن يهدماه أو على أن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه
فالنفقة
عليهما على قدر ذلك وعلى أن يحملا عليه من الجذوع قدر ذلك فهو جائز لأنهما
تراضيا على

ما هو معلوم في نصيبه على ما يجوز أن يكون مبيعا فكذلك الصلح عليه ولو كان بيت في يد

رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لا يجوز إذ سطحه لا بناء عليه وبيعه لا يجوز فإنه بيع الهواء فكذلك لا يجوز

الصلح عليه وقد ذكرنا قبل هذا انه لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز فمن

حمل ذلك الجواب على سطح محجر فهو لا يحتاج إلى الفرق بين الفصلين والفرق أن هناك

المصالح عليه السطح دون المنفعة فإذا لم يكن عليه بناء فهو عبارة عن الهواء وهو لا يملك

بالصلح كما لا يملك بالبيع ولو كان عليه بناء أو حجرة فاصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه

وللآخر سفله جاز لان كل واحد من البيتين يجوز استحقاقه بالبيع فكذلك بالصلح عليه ولو

كانت دار في يد قوم في يد كل واحد منهم ناحية منها فاختصموا في درج فيها معقود بأزج

سفلها وهو في يد أحدهما وظهر الدرج لطريق للآخر إلى منزله فإنه يقضى بالدرج كلها لصاحب

السفل لأن الظاهر شاهد له فإنها في يده غير أن لصاحب العلو طريقا عليها على حاله لان

صاحب اليد بالظاهر يدفع الاستحقاق ولا يستحق ابتداء وقد عرفنا طريق صاحب العلو على هذا الدرج فلا يكون له أن يمنعه طريقه بالظاهر كما لو كأن لإنسان حائط وللآخر عليه

جدوع فإن كان متصلا ببناء أحدهما اتصال وضع فاختلغا فيه فالحائط لصاحب الاتصال

ولكن تترك جدوع الآخر على حالها لأنه بالظاهر لا يستحق رفع جدوع الآخر ولو كان

روشن على رأس هذه الدرجة منهم من يقول روشني وهو على منزل صاحب السفلى وهو

طريق لصاحب العلو وعرف ذلك فاختصموا فيه فالروشن كله لصاحب العلو لا السفلى لأنه

بمنزلة سقف منزله فيكون في يده ولكن صاحب العلو المحجر عليه على حاله لما بينا

أن
بالظاهر لا يمنع الممر الذي كان معروفا له ولو كان بيت سفلى في يد رجل وبيت علو
عليه في
يد آخر فسقف السفلى وهواديه وجذوعه وبواريه كله لصاحب السفلى لان صاحب
السفلى
مستحق للبيت والبيت إنما يكون بيتا بسقف والظاهر أن الذي بينى البيت يجعله مسقفا
ولصاحب العلو سكناه في ذلك كله لأنه بالظاهر لا يمنع ما كان معلوما بالسكنى
فكذلك
الدرج والروشن ولو اصطلحا على أن يكون الدرج والروشن بينهما نصفين جاز ذلك
قبل
القضاء وبعده لتراضيهما عليه ولو أن بيتا في يد رجل وفوقه بيت في يد آخر وكل
واحد
منهما مقر لصاحبه بما في يده فوهى البنيانان جميعا فاصطلحا على أن ينقض كل واحد
بيته على

مثل ما كان عليه فهو جائز لأنهما اصطلاحا على ما يوافق الشرع فان على كل واحد منهما

اصلاح ملكه شرعا ويؤمر صاحب السفلى بالبناء هنا لأنه هدم بناء السفلى ولو هدمه بغير شرط أجبر على بنائه لحق صاحب العلو فإذا كان عن شرط فهو أولى بخلاف ما إذا سقط بناء

السفلى فإنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه لأنه يلحقه فيه مؤنة لم يرض بالتزامها ولكن يبنى

صاحب العلو السفلى ثم يبنى عليه علوه ولا يسكنه صاحب السفلى حتى يؤدي إليه قيمة البناء

وقد بينا هذا في الدعوى وإذا كان لرجل نخلة في ملكه فخرج سعفها إلى ملك غيره فأراد

الآخر قطع سعفها فله ذلك لأنه شاغل لهواء ملكه وكان له أن يطالبه بالتفريغ فهذا مثله إلا أنه إنما يتمكن من قطعه إذا كان لا يتمكن صاحب النخلة من أن يجوز إلى هواء

ملكه فإن كان يتمكن من ذلك امره به لان مقصوده تفريغ هواء ملكه وذلك يحصل بهذا

الطريق فليس له أن يلحق الضرر لصاحب النخلة في قطع سعفها فان صالحه رب النخلة على

أن يترك السعف على دراهم مسماة لم يجز لان هذا لا يجوز استحقاقه من هواء ملك الغير بالبيع

والإجارة فكذلك لا يجوز استحقاقه بالصلح وهذا لأنه تمليك جزء من الهواء بعوض وهو

غير معلوم في نفسه إذ أن السعف يطول بمضي الوقت. ولو أن نهرا بين قوم فاصطلحوا على كربه

أو بوضع ممشاة أو قنطرة عليه على أن يكون النفقة عليهم بحصصهم فهذا جائز كله عليهم لأنهم

يجبرون على ذلك لو لم يصلحوا إذا كان فيه ضرر عام فان رفع الضرر واجب فإذا اصطلحوا

كان إلى الجواز أقرب فإن كان بحيث لا يضرهم تركها ففي القنطرة والممشاة لا يجبرون على

ذلك لأنه تدبير في الملك وهو مفوض إلى رأى الملاك وإنما يجبرون على إزالة الضرر العام فما

ليس فيه ضرر عام لا يجبرون عليه وأما الكرى فاني أجبر عليه لان في تركه ضررا عاما

فان للناس في النهر حق السقي فيتضررون بانقطاع ذلك عنهم ولا يصل إليهم ملك المنفعة الا بالكرى وللامام أن يجبر الشركاء فيه على الكرى وتمام هذا في كتاب الشرب. ولو ادعى زرعاً في أرض رجل فصالحه من ذلك الزرع علي دراهم فهو جائز لأنه صلح على الانكار وقد بينا أن المدعي بنفس الدعوى صار حقا للمدعى في جواز الاعتياض عنه ولم يعارضه المدعي عليه بإنكاره فلا يبطل عليه هذا الحق بمعارضته إياه بإنكاره لان ذلك ليس بحجة في حق المدعى في ابطال حقه وكذلك لو ادعى نصفه وإن كان بيع نصف الزرع قبل الافراك يجوز لان امتناع جواز البيع لما على البائع من الضرر في التسليم وهذا لا يوجد هنا ولان النصف

الآخر من الزرع لصاحب الأرض وبيع نصف الزرع من شريكه قبل الادراك جائز ولو كانت أرض لرجلين فيها زرع لهما فادعاه رجل فجحدها ثم صالحه أحدهما على أن أعطاه

مائة درهم على أن يسلم نصف الزرع للمدعى لم يجز لان المدعى عليه يصير مملكا نصف

الزرع قبل الادراك من غير شريكه بعوض وذلك لا يجوز ولان نصف الزرع والأرض للذي هما في يديه فلو جوزنا هذا الصلح صار نصف الزرع للمصالح فيجبر على قلعه وتفريغ

أرض الآخر منه ولا يتأتى ذلك الا بقلع الكل وفيه من الضرر على الآخر ما لا يخفى وكذلك هذا في البيع وكذلك النخل والشجر إذا كان مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه

من غير شريكه لم يجز ذلك وقد بينا هذا في البناء على كتب الشفعة فهو مثله في النخل والشجر

ولو ادعى رجل سقفا في دار في يد رجل فصالحه منه على سكنى بيت من هذه الدار معلوم

عشر سنين فهو جائز لان ما وقع عليه الصلح منفعة معلومة ببيان المدة فان أجره من الذي

صالحه جاز في قول أبي يوسف رحمه الله ولم يجز في قول محمد رحمه الله وهذا بناء على الفصل

المتقدم ان عند محمد رحمه الله استحقاق هذه المنفعة بالصلح كاستحقاقها بالإجارة ولهذا قال

بيطل الصلح بموت أحدهما كما تبطل الإجارة ثم المستأجر إذا أجر المؤجر من الأجر لا يجوز

فكذلك هنا إذا أجره من الذي صالحه لا يجوز وعند أبي يوسف رحمه الله استحقاقه هذه

المنفعة باعتبار ملكه بناء على زعمه لا باعتبار العقد فكما يملك الاعتياض عنه مع غير الذي

صالحه بالإجارة منه فكذلك يملك مع الذي صالحه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله ان وارثه

يخلفه بعد موته في استيفاء هذه المنفعة ولا يبطل الصلح بموت أحدهما ثم على قول محمد رحمه الله

إذا استأجر الذي كان في يديه فكان عنده حتى مضى الاجل لم تجب عليه الأجرة ولكن

يطلب الصلح ويعود المدعى على دعواه لفوات المعقود عليه في ضمانه قال ولو باع هذا السكنى
بيعا من رجل لم يحز بيع السكنى وهذا فصل مشترك فان لفظ البيع يملك به الرقبة
وملك
الرقبة سبب لملك المنفعة فكان ينبغي أن يجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة به
مجازا كما أنه
يجوز النكاح بلفظ الهبة والبيع بهذا الطريق وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان تأويل
هذه
المسألة فيما إذا أطلق البيع في السكنى وبين المدة وإنما يفسد لترك بيان المدة كما لو
صرح بلفظ
الإجارة (قال رحمه الله) والأصح عندي أن الجواب مطلق على ما قال في الكتاب
وإنما

امتنع جواز بيع السكنى لانعدام المحل لا لفساد الاستعارة فالمنفعة معدومة في الحال
وايجادها
ليس في مقدور البشر والمعدوم لا يكون محلا لإضافة العقد إليه فالشرع أقام الموجود
وهو الدار
المنتفع بها مقام المنفعة في جواز إضافة عقد الإجارة إليها فأما لفظ البيع ان أضيف إلى
الدار
فهو تملك لعينها وان أضيف إلى المنفعة فالمعدوم لا يكون محلا لإضافة العقد إليه
سواء كانت
الإضافة بلفظ الإجارة أو بلفظ البيع حتى لو قال الحر لرجل بعتك نفسي شهرا بكذا
لعمل
فهذه إجارة صحيحة قال فكذلك لو صالحه الذي كانت الدار في يده من هذه السكنى
على
دراهم فهو جائز لأنه لو صالحه في الابتداء على الدراهم يجوز فكذلك إذا صالحه على
سكنى
معلومة ثم منها على دراهم وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله ظاهر لأنه لو استأجره
منه
بدراهم جاز فكذلك إذا صالحه ومحمد رحمه الله يقول الصلح يمكن تصحيحه بطريق
اسقاط
الحق فأما الإجارة فلا يمكن تصحيحها الا بطريق التملك وإذا كان يملك هو عليه
المنفعة
بجهة المعاوضة فيملك أن يملكه منه بمثل تلك الجهة وكذلك لو صالحه من الدراهم
على دنانير
وقبضها فهو جائز لان المصالح عليه إذا كان نقدا فهو كالثمن والاستبدال بالثمن قبل
القبض
جائز لكن بشرط قبض الدنانير قبل الافتراق لان النقد صرف ولأنه لو فارقه قبل القبض
كان افتراقا عن دين بدين ولو قبض البعض ثم تفرقا جاز بمقدار ما قبض ويرجع بحصة
ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل قال والاقرار من المدعى للذي في يديه الشيء
به على
وجه الصلح لا يمنعه من الدعوى إذا بطل الصلح بوجه من الوجوه لما بينا أن الاقرار ان
ثبت فإنما يثبت ضمنا للصلح وما يثبت ضمنا للشيء يبقى ببقائه ويطل بطلانه كالوصية
بالمحابة
في ضمن البيع والاقرار به من الذي هو في يديه عند الصلح للمدعي يوجب رده عليه
إذا

بطل الصلح لأنه اقرار مقصود وكان يجب العمل به قبل تمام الصلح فكذلك بعد بطلان الصلح قال وكل شيء وقع الصلح عليه مما لو استحق رجوع بقيمته فله أن يبيعه قبل أن يقبضه
بمنزلة الصداق وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنه لم يبق في الملك المطلق للتصرف
عذر يمكن التحرز عنه فان ملكه لا يبطل بالهلاك ولكن يتحول إلى القيمة وكل شيء يرجع
فيه على دعواه فليس له أن يبيعه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف كما
في البيع وفي العقار بخلاف معروف في جواز البيع قبل القبض وقد بيناه في البيوع
فكذلك إذا وقع الصلح عليه ولو في ادعى دارا في يدي رجل حقا فصالحه من ذلك على

عبدین فدفع إليه أحدهما ومات الآخر في يده فالمدعى بالخيار ان شاء رد العبد الذي قبضه
وعاد في دعواه وان شاء أمسك ورجع في حصة العبد الميت لان الصفقة تفرقت عليه
قبل
القبض والاتمام فان تمام الصفقة بقبضها وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم
المدعى
وهو كما لو اشترى عبدین فهلك أحدهما قبل القبض. ولو كان ادعى في أرض حقا
فصالحه منها
على أرض أخرى باقرار فغرقت الأرض التي وقع الصلح عليها فإن شاء المدعى رضى
بها
وان شاء تركها إن كان قد نقصها الغرق لان ما وقع عليه الصلح بمنزلة المبيع وقد
تعيب قبل
التسليم فان غرقت الأرض التي كان ادعى فيها قبل أن يصل إليها المصالح ونقصها
الغرق فهو
بالخيار أيضا لان الصلح على الاقرار محض معاوضة فكان المدعى عليه مشتر للمدعى
به وقد
تعيب قبل القبض فله الخيار وإن كان الصلح وقع على الانكار لم يكن له فيها خيار لان
في
زعم المدعى ان المدعى عليه غاصب بجحوده وانه بالصلح كالمشترى فصار قابضا
بنفس الشراء
وإنما تعيب بعد ذلك. ولو ادعى سكنى في دار وصية من رب الدار فجحده أو أقر به
ثم
صالحه منه على شئ جاز وإن كان الموصى له بالسكنى لا يؤاجر لان تصحيح الصلح
بطريق
اسقاط الحق بعوض ممكن والأصل فيه أن الصلح صحيح بطريق المعاوضة إن أمكن
وان
تعذر ذلك تصحح بطريق الاسقاط كما لو صالح من الألف على خمسمائة وكذلك لو
صالحه
على سكنى دار أخرى فإنه يصح هذا الصلح بطريق الاسقاط لما تعذر تصحيحه بطريق
التمليك فان مبادلة السكنى لا تجوز ولو ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على
دراهم مسماة
أو على شئ من الحيوان على أن يزيد الآخر كر حنطة لمدة وليس عنده طعام لم يجز
لان ما يقع

عليه الصلح مبيع ويبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز قال (ألا ترى) أنه لو باع عبدا
بدراهم
واشترط للمشتري مع العبد طعاما يعطيه إياه وليس عنده كان البيع فاسدا لهذا المعنى.
ولو
ادعى في دار رجل طريقا فصالحه منها على دراهم أو على طريق في دار أخرى كان
جائزا
بعد أن يبين أن الطريق بمنزلة البيع ولو كان له باب في غرفة أو كوة وآذاه جاره
وخاصمه
فافتدى من خصومته بدراهم وصالحه عليها فالصلح باطل وله أن يترك بابه وكوته على
حاله
قال لأنهما في غير ملك أحد ومعنى هذا أن الباب والكوة يكون برفع بعض الحائط
والحائط
خالص ملكه ولو رفعه كله لم يكن لجاره أن يمنع من ذلك فكذلك إذا رفع بعضه
وبهذا يتبين
ان الجار ظالم له مدع بالباطل وانه أخذ منه مالا ليكف عن ظلمه وذلك حرام فللهذا
لزمه

رده والله أعلم بالصواب

(باب الصلح في الشفعة)

(قال رحمه الله) قد ذكرنا في كتاب الشفعة ان صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه في وجه يصح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفيعته

وهو أن يصالح على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لان حصته مجهولة ولا تبطل

شفيعته لأنه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح وفي وجه تبطل شفيعته ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فهنا تبطل

شفيعته لوجود الاعراض منه عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار

لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وترك الشفعة ليس بمال ولا يؤل مالا

بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز بخلاف القصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق

من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله ولو صالح المشتري

الشفيع على أن أعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز لان تسليم الدار

بالشفعة بثمن بغير قضاء يكون بيعا مبتدأ والثمن الذي وقع عليه التراضي معلوم فكأنه باعه

منه مرابحة بما سميا من الثمن وإذا اختصم في الشفعة شريك وجار فاصطلحا على أن أخذها

نصفين وسلمهما المشتري جاز كما لو باعها منهما ابتداء وإذا اشترى الرجل دارا فخاصمه رجل

في شقص منها وطلب الشفعة فيما بقي ثم صالحه المشتري على نصف الدار بنصف الثمن على

أن يبرأ من الدعوى فهو جائز بمنزلة البيع المبتدأ فان بيع نصف الدار منه بالثمن ابتداء صحيح وشرط البراءة من الدعوى لا يبطل البيع أما إذا لم يكن مشروطا فتصحيح هذا بعقد ممكن بأن كان للمدعى جزء من هذا النصف فيكون المدعى تاركا للدعوى فيه باقدامه

على الشراء ابتداء وقابضا لذلك الشقص بحقه مشتريا لما زاد عليه بما سمي من الثمن

أو مصالحة
في ذلك الشقص بعوض يؤديه مشتريا فيما زاد عليه ولو ادعى في دار في يد رجل حقا
أو ادعاها
كلها فصالحه على دارهم فلا شفعة للشفيع فيها لان المدعى عليه يزعم أن الدار له على
قدم
ملكه وزعمه فيما في يده معتبر فكما لا يتمكن المدعى من أخذ ما في يده باعتبار
زعمه فكذلك
الشفيع وقد بينا أن باقدامه على الصلح لا يصير مقرا للمدعى بالدار وإنما التزم البدل
فداء

ليمينه. وان خاصمه في الشفعة فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليها المدعى جاز
كما لو باعه منه ابتداء ولو اشترى أرضا فسلم الشفيع الشفعة ثم جحد التسليم وخاصمه
فصالحه
على أن أعطاه نصف الدار بنصف الثمن جاز وهذا والبيع المبتدأ منه سواء وكذلك لو
مات
الشفيع ثم صالح الورثة المشتري على نصف الدار بنصف الثمن جاز كالبيع المبتدأ وإذا
ادعى الرجل
شفعة في دار فصالحه المشتري على أن يسلم له دارا أخرى بدراهم مسماة على أن
يسلم له
الشفعة فهذا فاسد لا يجوز لأنه بائع الدار الأخرى منه وقد شرط فيه تسلم الشفعة وهو
شرط ينتفع به أحد المتعاقدين فإذا شرط في البيع فسد العقد كما لو باعه عبدا بألف
درهم على
أن يسلم له الشفعة ولو ادعى شفعة في عبد فصالحه المشتري على أن يسلم نصف العبد
بنصف
الثمن وهو معلوم عندهما جاز لأنه بيع مبتدأ والبيع ينعقد بلفظ التسليم وبفعل التسليم
وإن لم
يكن هناك لفظ كما هو مذهبنا في انعقاد البيع صحيحا بالتعاطي والله أعلم بالصواب
(باب الصلح الفاسد)
(قال رحمه الله) وإذا ادعى الرجل في دار حقا فصالحه ذو اليد على عبد إلى أجل
فالصلح
فاسد لان تصحيح الصلح على الانكار بطريق البناء على زعم المدعي وفي زعمه أن
يتملك العبد
بغير عينه بعوض هو مال وذلك فاسد فان قيل الحيوان يثبت دينا في الذمة في العقود
المبنية
على التوسع في البدل كالنكاح والخلع والصلح على الانكار بهذه الصفة قلنا لا كذلك
ولكن
الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال وإنما يثبت بدلا عما ليس بمال (ألا
ترى) أن
الغرة وجبت شرعا في جنين الحرة دون جنين الأمة وهذا لان مقابلة ما ليس بمال بمال
لا يثبت
ثبوتا صحيحا بل يردد بين الحيوان والقيمة وبمقابلة ما هو مال لا يمكن اثباته بهذه
الصفة ثم

الصلح على الانكار في المصالح عليه غير مبنى على التوسع (ألا ترى) انه لا يثبت في
الذمة
مع جهالة الصفة وانه يرد بالعيب اليسير والفاحش فكذلك لا يثبت الحيوان فيه ديناً فإن
كان
صالحه من حقه فقد أقر له بالحق ولكن لم يبين مقداره فالقول فيه قول المدعى
عليه بعد أن يقر بشئ لانكاره الزيادة بمنزلة ما لو قال لفلان على حق وإن كان صالحه
من
دعواه لم يكن ذلك اقراراً لان الدعوى قد تكون حقا وقد تكون باطلا (ألا ترى) انه
لو قال لفلان على دعوى لا يصير مقرا له بشئ بهذا اللفظ بخلاف قوله لفلان على حق
فكذلك

لو صالحه على دراهم مسماة إلى الحصاد وما أشبهه لان الصلح فيما يقع عليه الصلح
كالبيع
واشترط هذه الآجال المجهولة مفسد للبيع ولو ادعى رجل في عبد رجل دعوى
فصالحه
على غلته شهرا فهذا فاسد بخلاف ما إذا صالحه على خدمته شهرا لان الخدمة معلومة
ببيان
المدة وهي مقدورة التسليم لصاحب العبد فأما الغلة فمجهولة المقدار في نفسها غير
مقدورة
التسليم لصاحب العبد لأنه ما لم يؤجره من غيره لا تحصل الغلة له وذلك لا يتم به
وحده
وبعد ما أجره لا تجب الغلة الا بسلامة العبد في الشهر ولعله يمرض أو يموت فلهذا
بطل
الصلح وكذلك الصلح على غلة الدار وثمره النخل فاسد لأنه مجهول وهو على خطر
الوجود
بخلاف الوصية فإنها أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لا تمنع صحتها أما الصلح فهو
بمنزلة البيع
والإجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والإجارة وعلى
هذا
لو صالح من دعواه على شرب يوم من هذا النهر في الشهر من غير أن يكون له حق في
رقبته
فإنه لا يجوز والوصية بمثله تجوز لما قلنا. ولو ادعى قبل رجل ألف درهم دينا فصالحه
منها
على عشرة دنانير إلى أجل لم يجز مقرا كان أو جاحدا أما إذا كان مقرا فلان هذا
صرف
بالنسيئة وكذلك لو صالحه منها على طعام موصوف مؤجل أو غير مؤجل وفارقه قبل
القبض فهو باطل لأنه دين بدين والدين بعد المجلس حرام لنهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن
الكالي بالكالي وكذلك لو صالحه من غيره فهو في هذا المعنى و صلح المدعي عليه
سواء
ولو ادعى عليه ألف درهم سودا فصالحه منها بعد الإنكار على ألف درهم بخية إلى
سنة لم
يجز لان البخية لها فضل فالبخية الجياد التي هي نقد بيت المال سميت بذلك لأنه يقال
لمن

يتملكها بخ بخ ثم جعل هذا الفضل عوضا عن الاجل ومعاوضة المال بالأجل لا يجوز
وفى
نظيره نزل قوله تعالى لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولو ادعى عليه بخية فصالحه على
سود
مثلها أو أقل حالا أو موجلا فهو جائز لان صاحب الحق هو المحسن إليه من كل وجه
حيث
أبرأه عن فضل الجودة ولو أبرأه عن بعض المقدار وأجله فيما بقي جاز أيضا وإذا كان
الاحسان
كله من جهته لا يتحقق معنى المعاوضة بينهما ولو باع عبدا بألف درهم سود ثم
صالحه على
ألف ومائة نبهجة أو زيوف حالة أو إلى أجل كان ذلك باطلا لان ما شرط من زيادة
القدر
عوض عن الاجل أو عن صفة الجودة فان الزيوف دون السود في الجودة ومثل هذه
المعاوضة
ربا شرعا وكذلك لو صالحه منها على شئ مما يكال أو يوزن بغير عينه لم يجز لان
المكيل

والموزون إذا قابلته الدراهم يكون مبيعا وهو بيع ما ليس عند الانسان وذلك باطل قبض في المجلس أو لم يقبض ولا يمكن تصحيحه سلما وان ذكر شرائط السلم لان رأس المال دين

وعقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز. ولو كان لرجل قبل رجل ألف درهم غلة فصالحه

منها على خمسمائة بخية نقدا ونقدها إياه فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله الأول باعتبار

انه يجعل كل واحد منهما محسنا إلى صاحبه بطريق الاسقاط فصاحب الحق أبرأه عن خمسمائة والمديون أعطى ما بقي أجود مما عليه وهذا منه احسان في قضاء الدين وذلك مندوب

إليه وإذا كان المقصود بالصلح قطع المنازعة فإذا أمكن تصحيحه لا يجوز ابطاله وهنا تصحيحه

بطريق ممكن فلا يحل على المعاوضة وان تفرقا قبل أن يقبض فله خمسمائة من غلة الكوفة لأنه

أبرأه عما بقي وإنما تبقى الخمسمائة في ذمته بالصفة التي كانت قبل البراء والمجازاة على الاحسان

مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق دينا ثم رجع فقال الصلح باطل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنهما صرحا بالمعاوضة فإنه أبرأه عن الخمسمائة بشرط أن يسلم له بصفة

الجودة فيما بقي ومعاوضة الدراهم بالجودة لا يجوز ومع التصريح بالمعاوضة لا يمكن حمله على

البراءة المبتدأة كما إذا باع درهما بدرهمين لا يجعل أحد الدرهمين هبة ليحصل مقصودهما وإذا

كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة درهم على أن يبيعه بها هذا الثوب أو

على أن يؤاجره بها هذه الدار أو صالحه منها على عبد بعينه على أن يشتريه منه فهذا فاسد لنهي

النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وقد بينا أن الصلح في معنى البيع واشترط بيع

أو إجارة في البيع يكون مفسدا له وكذلك لو صالحه منها على دار وشرط أن يسكنها الذي عليه

الدين سنة أو على عبد وشرط خدمته سنة فهو فاسد لأنه شرط الاجل في تسليم العين أو شرط أحد المتعاقدين منفعة لنفسه من ملك صاحبه وذلك مفسد للبيع والإجارة

فكذلك
يفسد الصلح ولو ادعى رجل في غنم رجل دعوى فصالحه منها على صوفها الذي على
ظهرها
أن يجزه من ساعته فهو جائز في قول أبي يوسف رحمه الله ولا يجوز في قول محمد
رحمه الله
لأن المصالح عليه إذا كان معيناً فهو كالمبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم باطل
فكذلك الصلح
(ألا ترى) أنه لو صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى بعينها لم يجز لهذا المعنى
وأبو يوسف
رحمه الله يقول تصحيح هذا الصلح باعتبار زعم المدعى ممكن لأنه يزعم أن الصوف
والشاة
ملكه وأنه يترك للمدعى عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف لا أن تملكه ابتداءً وذلك

جائز وقد بينا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعي وان من أصل أبي يوسف رحمه الله انه إذا أمكن تصحيح الصلح بوجه ما يجب تصحيحه لقطع المنازعة بخلاف ما إذا صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى ولو صالحه على ألبانها التي في ضروعها أو على ما في بطونها من الولد فهو باطل أما عند محمد رحمه الله فلان هذا بمنزلة البيع وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلانه إنما يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق ابقاء ملكه في بعض العين واللبن في الضرع والولد في البطن ليس بعين مال متقوم ووجوده على خطر فربما يكون انتفاخ البطن والضرع بالريح بخلاف الصوف على ظهر الغنم فهو مال متعين متقوم مملوك فتصحيح الصلح بطريق ابقاء الملك فيه ممكن ولو ادعى في أجمعة في يدي رجل حقا فصالحه على أن يسلم صيدها للمدعي سنة فهذا فاسد لأنه مجهول ووجوده على خطر وكذلك لو صالحه على ما فيها من الصيد إذا كان ذلك لا يوجد الا بصيد وإن كان محظورا لأنه غير مملوك لاحد وبيعه لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ضرية القانص ونهى عمر وابن مسعود رضي الله عنهما عن بيع السمك في الماء وإذا كان الصيد محظورا وهو يؤخذ بغير صيد كان الصلح جائزا وله الخيار إذا رآه بمنزلة البيع وقيل تأويله إذا أخذتم السمك في الماء أو دخل الأجمعة مع الماء ثم منع من الخروج بسد فوهة الأجمعة فيكون ذلك بمنزلة الاخذ الموجب للملك ولكنه غير مرئى فأما إذا دخل الأجمعة مع الماء ولم بسد فوهة الأجمعة فلا يجوز بيعه لأنه لم يصر مملوكا لصاحب الأجمعة بالدخول في أجمته ما لم يأخذه. ولو ادعى في عبد دعوى فصالحه من ذلك على مخاتيم دقيق معلومة من دقيق هذه الحنطة أو على أرطال من لحم شاة حية لم يجز لأنه لا يجوز بيع

شئ من ذلك اما لأنه معدوم في الحال أو لأنه يحتاج في تسليمه إلى بضع البنية وذلك مانع من جواز العقد وكذلك لو صالحه على عبد آبق فان الآبق لا يجوز بيعه لان ماليته تاوية بالإباق وهو غير مقدور التسليم فكذلك الصلح عليه ولو ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه من ذلك على عشرين دينارا لم يجز إذا كان رأس المال دراهم لان في حصة الحنطة هنا استبدال بالمسلم فيه فيبطل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك والعقد صفقة واحدة فإذا بطل بعضه بطل كله عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وأما عندهما فالصلح كذلك وقد بيناه في الكتاب وهذا لان مبنى الصلح على الحط والاعماض والتجوز بدون الحق وربما يكون ذلك في البعض دون البعض فبعد ما بطل في البعض لا يمكن تصحيحه

فيما بقي وإن كان رأس المال خمسة دنانير فصالحه منها علي عشرين دينارا خمسة
منها رأس مال
السلم جاز لان في حق السلم هذا صلح على رأس المال وما وراء ذلك بمقابلة المائة
وهو
صرف مقبوض في المجلس فيكون جائزا وذكر عن أبي إسحاق الشيباني رحمه الله
قال سألت
عبد الله بن مغفل وفي رواية معقل عن رجل كان لي عليه عشرة أكرارا حنطة فاشترت
بها منه أرضا فقال لي خذ رأس مالك وإنما أورد هذا لبيان أن الاستبدال بالمسلم فيه
قبل
القبض لا يجوز ثم عندنا يبقى عليه طعام السلم بحاله آن الشراء والصلح إذا بطل صار
كالمعدوم
وكانه ذهب إلى أنهما قصدا اسقاط طعام المسلم إلى عوض فيعتبر قصدهما بحسب
الامكان
ورد رأس المال متعين لذلك ولكن ما ذكرنا أقوى وعن طاوس رحمه الله قال أسلم
رجل
إلى رجل في حلل دق فأراد أن يعطيه حلل جل كل حلتين بحلة فسأله ابن عباس رضي
الله عنهما
عن ذلك فكرهه وبه نأخذ فان هذا استبدال بالمسلم فيه لان الثياب من أنواع مختلفة
وأجناس
مختلفة وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع ما في
بطون الانعام وعن بيع ما في ضروعها الا مكيفا يعنى الا مكيفا بعد الحلب وعن بيع
العبد
الآبق وعن بيع ضرية القانص وعن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع المغنم حتى يقسم
وبذلك
كله نأخذ فان بيع نصيبه قبل القسمة باطل لأنه بيع قبل الملك وكذلك بيع الصدقة قبل
القبض وبيع ضرية القانص وبيع العبد الآبق باطل للعجز عن التسليم وبيع ما في بطون
الانعام وما في ضروعها باطل للغرر والجهالة وعن محمد بن زيد قال سألت ابن عمر
رضي الله عنهما
فقلت انى أسلمت إلى رجل ألف درهم وقال إن أعطيتني برا فبكذا وان أعطيتني
شعيرا فبكذا فقال سم في كل نوع وزنا فان أعطاك فذاك والا فخذ رأس مالك وبه
نقول إذ
مثل هذه الجهالة والتردد يمنع صحة السلم وانه لا يأخذ بطريق الصلح الا سلمه أو رأس

ماله
وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه نهى عن بيع اللبن في الضرع والحمل في البطن وان
صالحه
عن سلمه على رأس ماله ثم صالحه من رأس المال على شئ آخر يدا بيد لم يحز ذلك
لان حال
رب السلم مع السلم إليه بعد الإقالة كحال المسلم إليه مع رب السلم قبل قبض رأس
المال وكما أن
الاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فكذلك بعد الإقالة قبل الرد الا انهما يفترقان
من حيث إن قبض رأس المال واجب في المجلس وبعد الإقالة لا يجب قبض رأس
المال في
المجلس وكان ذلك بمعنى الدينية فان الدين بالدين حرام أو لمقتضى لفظ السلم فهو
أخذ عاجل

بأجل وذلك غير موجود في الإقالة وليس من ضرورة كونه غير مستحق القبض في المجلس
جواز الاستبدال به كالمسلم فيه وعن زفر رحمه الله الاستبدال بعد الإقالة جائز لأنه
دين
سبب وجوبه القبض فيجوز الاستبدال به كبديل القرض والغصب وهذا هو القياس ولكننا
تركناه لما بينا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فلو جوزنا
الاستبدال
برأس المال بعد الإقالة كان آخذا غير سلمه وغير رأس ماله وذلك ممتنع شرعا ولو
أسلم رجل
إلى رجل دراهم في شئ سلما فاسدا وتفرقا كان له أن يأخذ بدراهمه ما بدا له يدا بيد
لأنه دين
سبب وجوبه القبض وعقد السلم كان باطلا في الأصل وإنما يلزمه رد المقبوض باعتبار
القبض
والاستبدال ببديل القرض فان جعله في شئ من الوزن إلى أجل مسمى فهو فاسد لأنه
دين
بدين فالمقبوض صار مملوكا له مع فساد العقد بالقبض ومثله صار دينا في ذمته فالسلم
يضاف
إلى ذلك الدين ولو ادعى عبدا في يد رجل ثم صالحه منه على دراهم أو دنانير مؤجلة
والعبد
قائم أو هالك فهو جائز لأنه إن كان قائما بعينه فهو بيع العبد بثمن مؤجل في زعم
المدعى وإن كان
هالكا فالواجب هو القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فهذا تأجيل في بدل المغصوب
وذلك
جائز وقد بيناه في الصرف وان صالحه على طعام مؤجل جاز إن كان العبد قائما بعينه
لان
الطعام متى كان دينا بمقابلة العبد يكون ثمنا ولم يجر إن كان هالكا أما عند أبي
يوسف ومحمد
رحمهما الله فظاهر لان الواجب هو القيمة فيكون بائعا ما ليس عنده لان الطعام إذا
قوبل
بالدراهم والدنانير يكون مبيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله ما يقع الصلح عليه يكون بدلا
عن
العبد على ما بيناه في الصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته انه جائز عنده
ولكن

العبد الهالك في معنى الدين لان مالا يمكن الوقوف على عينه فهو دين فيكون ذلك دينا
بدين
فلهذا كان فاسدا ولو لم يكن فيه أجل جاز إن كان بعينه أو بغير عينه فدفعه إليه قبل أن
يتفرقا
عن عين دين وذلك جائز وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله فإنه لو كان ما يقع عليه
الصلح
بدلا عن القيمة لم يجز وان قبض في المجلس إذا كان دينا عند العقد لأنه بيع ما ليس
عند الانسان
وان فارقه قبل أن يقبضه ولم يكن بعينه والعبد هالك بطل لأنهما افترقا عن دين بدين
وكذلك
ان صالحه على ثياب مؤجلة والعبد هالك لم يجز لأنه دين بدين وهو فاسد شرعا والله
أعلم
بالصواب

(باب المهياة)

(قال رحمه الله) اعلم بأن القياس يأبى جواز المهياة لأنها مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته

ولكن تركنا القياس وجوزناه للكتاب والسنة * أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهياة * وأما السنة فما روى أن الرجل الذي خطب تلك المرأة

بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه ماذا تصدقها قال نصف إزاري هذا

قال صلى الله عليه وسلم ما تصنع بإزارك ان لبسته لم يكن عليها منه شئ وان لبسته لم يكن عليك شئ

وهذا تفسير المهياة ولان المنافع يجوز استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض كالأعيان ثم

القسمة في الأعيان المشتركة عند امكان التعديل جائزة فكذلك في المنافع المشتركة ولهذا يجبر

القاضي الشركاء على المهياة إذا طلب ذلك بعضهم وأبى البعض والذي أبى لم يطلب قسمة العين

والأصل أن اختصاص العقد باسم لاختصاصه بحكم يدل عليه معنى ذلك الاسم فقسمة المنافع

لما اختصت باسم المهياة فذلك دليل على اختصاصها بمعنى يدل عليه هذا الاسم وهو أن

وصول نصيب أحدهما إليه يسبق وصول نصيب الآخر إليه بخلاف قسمة العين وهذا العقد

ليس كالإجارة في جميع الأحكام لان في الإجارة يستحق منفعة العين بالعقد وهنا ما يستوفيه

كل واحد منهما بل يجعل في الحكم كأنه منفعة ملكه على ما هو موضوع القسمة من العين

وكون معنى المعاوضات فيه بيعا وليس في عين الجارية أيضا لهذا المعنى ولان العارية لا يتعلق بها

الاستحقاق ويتعلق بالمهياة فمن هذا الوجه تشبه الإجارة ولكن الاستحقاق في المهياة دون

الاستحقاق في الإجارة على معنى ان هناك لا ينفرد أحدهما بالفسخ بغير عذر وهنا يملك

أحد الشريكين فسخ المهاية بطلب القسمة لان الأصيل فيما هو المقصود وهو تمييز الملك
قسمة العين والمهاية خلو عنه (ألا ترى) ان في الابتداء لو طلب أحدهما قسمة العين
لم يشتغل
القاضي بينهما بالمهاية فكذلك في الانتهاء إذا طلب ما هو الأصل وهو قسمة العين لا
تستدام
المهاية بينهما ثم العارية والإجارة تبطل بموت أحدهما وقسمة الشركة تبطل بموت
أحدهما
عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله لا تبطل والمهاية لا تبطل بموت أحد
الشريكين لأننا
لو أبطلناها احتجنا إلى اعادتها فالشريك الحي أو وارث الميت طالب لذلك ولا فائدة
في نقض
شئ يحتاج إلى اعادته في الحال ثم المهاية قد تكون بالمكان وقد تكون بالزمان
فصورة

المهاياة بالمكان فيما بدئ الباب به قال دار بين رجلين تهاياً فيها على أن يسكن كل واحد منهما منزلاً معلوماً وأن يؤاجر كل حصه منزله فهو جائز ولا حاجة إلى بيان المدة في صحة هذا العقد لان المهاياة قسمة المنفعة المشتركة وفي قسمة العين لا حاجة إلى بيان المدة فكذلك في قسمة المنفعة المشتركة ولان الحاجة إلى بيان المدة في الإجارة لمعرفة مقدار ما يستحق من المنفعة من تلك العين على وجه به تنقطع المنازعة وكل واحد منهما هنا يستوفي المنفعة باعتبار انه ملكه والمنازعة تنقطع ببيان منزل لكل منهما ثم إن كانا شرطاً في المهاياة أن يؤاجر كل واحد منهما منزله فذلك جائز وإن لم يشترط ففي ظاهر المذهب لكل واحد منهما أن يفعل ذلك في نصيبه وما يستوفي من الغلة حلال له وكان أبو علي الشاشي رحمه الله يقول ليس لكل واحد منهما الا ما شرط لان كل واحد منهما منتفع بنصيب صاحبه حقيقة فالمنزل الذي في يده مشترك بينهما وليس ذلك بحكم المعاوضة بينهما لان معاوضة المنفعة بجنسها لا يجوز فعرفنا أن ذلك بطريق الإباحة والإعارة والمستعير لا يؤاجر بمطلق العقد ووجه ظاهر الرواية أن المهاياة قسمة المنفعة فما يصيب كل واحد منهما من المنفعة يجعل مستحقاً له باعتبار قديم ملكه لان المنفعة جنس واحد لا يتفاوت بمنزلة القسمة في المكمل والموزون وهو يملك الاعتياض عن المنفعة المملوكة له لا من جهة غيره سواء شرط ذلك أو لم يشترط وليس لأحدهما أن يحدث في منزله بناء ولا ينقضه ولا يفتح باباً في حائط ولا كوة الا برضا صاحبه لأن العين تبقى مشتركة بينهما كما كانت قبل المهاياة وأحد الشريكين لا يستبد بشئ من هذه التصرفات في الملك المشترك ما لم يرض به صاحبه وبالمهاياة إنما تثبت القسمة في المنفعة ففيما ليس من المنفعة حالهما بعد المهاياة كما قبلها وكذلك لو تهاياً على أن يكون

السفل في يد أحدهما والعلو في يد الآخر لان كل واحد منهما مسكن بمنزلة المنزلين
في
علو أو سفلى وكذلك التهاؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز وكان الكرخي رحمه
الله
يقول المراد إذا تراضيا عليه فأما عند طلب بعض الشركاء فالقاضي لا يجبر على ذلك
عند
أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة القسمة للعين وقد بينا في كتاب القسمة ان قسمة الجبر لا
تجرى
في الدور عند أبي حنيفة رحمه الله بهذه الصفة فكذلك التهاؤ والأظهر أن القاضي
يجبر عليه
عند طلب بعض الشركاء لان القسمة في المهاأة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة
السكنى
تتقارب ولا تتفاوت الا يسيرا بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية هناك معتبرة
والدور

تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل واحد منهما أن يؤاجر ما
في يده
ويأكل غلته لان المنفعة سالمة له بهذه القسمة باعتبار قديم ملكه (ألا ترى) أن في
الدارين إذا
غلت ما في يد أحدهما أكثر مما غلت ما في يد الآخر فليس لواحد منهما أن يرجع
على صاحبه
بشيء بخلاف الدار الواحدة فهناك إذا تهايا فيها على الاستغلال فكانت غلة نصيب
أحدهما في
نوبته أكثر فذلك الفضل بينهما لان في الدارين معنى القسمة والتميز بالتراجع على معنى
ان كل
واحد منهما يصل إلى المنفعة والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه فما يستوفيه كل
واحد
منهما عوض عن قديم ملكه يستوجبه بعقده فيسلم له وفي الدار الواحدة كل واحد
منهم بمنزلة
الوكيل من صاحبه في إجارة نصيبه في نوبته إذا تهايا على الاستغلال فإنما يكون ذلك
بالزمان
وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن
يجعل
كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض
صاحبه
من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ويوضح هذا أن الفرق
على
ما ذهب إليه الكرخي رحمه الله ان في المهياة في الدارين يعتمد التراضي عند أبي
حنيفة
رحمه الله ظاهر وعندهما قسمة الجبر في الدارين عند أبي حنيفة رحمه الله لا تجرى
الا إذا
رأى القاضي المصلحة فيه وعند التراضي يسلم لكل واحد منهما ما رضى به صاحبه
وفي الدار
الواحدة لا يعتبر التراضي في المهياة فلا بد من اعتبار المعادلة فيما هو المقصود
بالمهياة فهذا
يتراجعان فضل الغلة والمهياة في النخل والشجر على كل الغلة باطل لان غلة النخل
والشجر
لا يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فلا تستحق المهياة أيضا وهذا لأنها تبقى بعد

حدوث
ويتأتى فيها قسمة العين وإنما جواز المهاية فيما لا يتأتى فيها القسمة بعد الوجود
حقيقة أو ما
يكون عوضا منه كغلة الدار ونحوها ولهذا لا تجوز المهاية في الغنم على الأولاد
والألبان
والأصواف لأنها عين تحتمل القسمة بعد الوجود حقيقة ولو ادعى في دار حقا فتهائنا
على
أن ينزل بيتا منها من غير صلح على أن يكف عن الخصومة حتى يبدو له أن يخاصم
على أنه لا يستحق من سكنى البيت شيئا ولا يلزمه بخروجه حق فذلك جائز لان ذا اليد
أعاره
البيت والآخر ترك الخصومة زمانا ومثل هذا يجوز بالتراضي فيه ولا يتعلق به اللزوم
وكل
واحد منهما على حجته إذا بدا له والتهايؤ على الخدمة في العبد الواحد تجوز على
الزمان هذا
شهر وهذا شهر لان اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن وذلك في العبدین
إذا تهائنا

على أن يخدم هذا العبد أحدهما والعبد الآخر الآخر فذلك جائز أما عندهما فلان قسمة الجبر في الرقيق تجرى فكذلك في خدمة الرقيق وأما عند أبي حنيفة رحمه الله في الرقيق لا تجرى قسمة الجبر لان اعتبار المعادلة في المالية غير ممكن فإنها تختلف بمعان باطنة لا يوقف على حدها وذلك لا يوجد في الخدمة والمهياة في خدمة العبد والمهياة في خدمة العبد الواحد سواء ولو تهايتا على الغلة في العبد لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي العبد الواحد لا تجوز المهياة في الغلة بالاتفاق فهما يقولان معنى القسمة والتميز يترجح في غلة العبد لان كل واحد منهما يصل إلى نصيبه في الوقت الذي يصل إلى صاحبه فيجوز ذلك كما في المهياة في الخدمة وفي غلة الدارين فأما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب لأنه يصل أحدهما إلى الغلة قبل أن يصل الآخر إليه وفيه معنى الخطر وربما يمرض العبد في نوبة أحدهما فيعجز عن الخدمة وربما يمتنع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة مبطل له وبه فارق غلة الدار الواحدة لان باعتبار العادة هناك الغلة تسلم لكل واحد منهما في نوبته والغالب هو السلامة * توضيحه ان المهياة في الغلة من وجه كالمهياة في الخدمة لان الغلة بدل المنفعة ومن وجه كالمهياة في غلة النخل لان ما يسلم لكل واحد منهما به عين فلهشبهه بالمهياة في الخدمة جوزنا ذلك في العبد لترجح معنى القسمة فيها ولشبهه بالمهياة في غلة النخل أبطلنا ذلك في العبد الواحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقصود بهذه المهياة سلامة سبب ملك الحيوان فلا يجوز كالمهياة في غلة العبد الواحد كالمهياة في أولاد الغنم وألبانها وهذا لان التهايتو على الاستقلال لو كان يجوز في

الرقيق لكان جوازه في العبد الواحد أولى لان معنى المعادلة والتمييز فيه أظهر منه في العبدين
فإذا لم يجز ذلك في العبد الواحد فأولى أن لا يجوز في العبدين وهذا لان الآدمي في يد نفسه
وربما لا ينقاد في الاستعمال وكل واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود بنفسه في
نوبته أو فيما في يده من العبد وقيل هذه المسألة تنبني على اختلافهم في قسمة الرقيق فالمقصود
لكل واحد منهما المالية هنا فأبو حنيفة رحمه الله لا يرى قسمة الجبر في الرقيق وهما يريان
قسمة الجبر في الرقيق فكذلك في غلة الرقيق ولهذا لا تجوز المهايأة في غلة العبد الواحد
عندهم جميعا لان القسمة لا تجرى فيه بخلاف المهايأة للخدمة فالمقصود هناك المنفعة دون
المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبدين وإذا كانت جارية بين رجلين فخاف كل واحد منهما

صاحبه عليها فقال أحدهما تكون عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على
يدي
عدل فانى أجعلها عند كل واحد يوما ولا أضعها على يدي عدل الا بتراضيهما لان اليد
مستحقة
لكل واحد منهما كالملك فكما لا يجوز ابطال ملك العين عليهما بطلب أحدهما
فكذلك ابطال
ملك اليد وفى التعديل ابطال اليد على كل واحد منهما ولان ما يخاف كل واحد منهما
موهوم
والموهوم لا يعارض المتحقق وباعتبار الملك المتحقق لكل واحد منهما يستحق العبد
في نوبته
فلا يجوز ابطاله عن يد ما هو موهوم فان تنازعا فيمن يبدأ به في هذه المهياة فالرأى
في ذلك
إلى القاضي يبدأ بأيهما شاء كما في القسمة والمهياة في الخدمة والسكنى للقاضي أن
يبدأ بأيهما
شاء على وجه النظر دون الميل والأولى أن يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل عن نفسه وقد
بيننا
أن فيما للقاضي أن يفعله بغير اقراع يستعمل القرعة لتطيب قلوب الشركاء ونفى تهمة
الميل
عن نفسه والتهايؤ على الركوب أو الغلة في الدابتين لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه
الله فيما
يعلمه أبو يوسف رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الغلة
كالركوب جميعا
أما في الغلة فهو بناء على التهايؤ في غلة العبدين وقد بينا ذلك وإنما صحت الراوية هنا
عن
أبي حنيفة رحمه الله فقال فيما يعلم أبو يوسف رحمه الله لان الدابتين في القسمة ليستا
كالعبدين
عند أبي حنيفة رحمه الله فقسمة الجبر في الدابتين تجوز ولا تجوز في العبدين ولكن
لما كان
المقصود أن ما يملكه كل واحد منهما بسبب ملك الحيوان يشبه هذا التهايؤ في الغنم
على الأولاد
والألبان فكذلك لا يجوزه أبو حنيفة رحمه الله وأما الكلام في المهياة في ركوب
الدابتين
فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقولان منفعة الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في

العبيد
والسكنى في الدار (ألا ترى) أن استحقاق ذلك بالإجارة يجوز وكذلك استيفاءه
بالإعارة
فكما لا تجوز المهياة في خدمة العبد في ركوب الدابتين وأبو حنيفة رحمه
الله يقول
جواز المهياة في خدمة العبد باعتبار معنى المعادلة والتمييز وذلك في ركوب
الدابتين غير
ممکن فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة فرب ركب يروض الدابة ويثقلها الآخر ولهذا
لو استأجر دابة أو استعارها ليركبها هو لم يكن له أن يركب غيره وبهذا الطريق يتعذر
اعتبار
معنى المعادلة بين الشريكين في الانتفاع بالدابتين ركوبا بخلاف الخدمة والسكنى
وذلك لا يختلف
باختلاف المستوفي (ألا ترى) أن من استأجر عبدا للخدمة كان له أن يؤجره من غيره
وإذا ثبت بهذا الطريق أن التهاؤ على الدابتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة
بالطريق

الأولى لان استقلال الدواب بالإجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة
والضرر
على كل دابة يختلف باختلاف من يركبها فلهذا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التهايؤ في
ركوب دابة
واحدة لأنهما لا يجوزان التهايؤ في غلة دابة واحدة كما لا يجوزان في غلة عبد واحد
والتهايؤ
في الغنم على الألبان والأولاد لا يجوز لان ذلك يزيد وينقص ووجود أصله على خطر
وكل
واحد منهما لا يتمكن من تحصيل ما هو المقصود لنفسه فيما في يده والتهايؤ في دار
وعبد على
السكنى والخدمة جائز لان ما هو المقصود لكل واحد منهما يجوز استحقاقه بالمهايأة
عند
اتحاد الجنس فعند اختلاف الجنس أولى وعلى الغلة باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله
وهو
جائز في قولهما لان عند أبي حنيفة رحمه الله غلة العبد لا تستحق بالتهايؤ واعتبار هذا
الجانب
يبطل العقد واعتبار جانب غلة الدار يصححه ويتمكن المفسد من أحد الجانبين بفساد
العقد
كما لو باع دارا بألف درهم ورطل من خمر ولو تهايئا في أرض على أن يزرع كل
واحد منهما
طائفة منها معلومة ويؤاجرهما جاز بمنزلة السكنى في الدار ولهما أن يبطلا المهايأة
ويقتسما إذا
بدا لهما أو لأحدهما لما بينا أن قسمة العين هو الأصل في الباب وتمام التمييز به
يحصل
وورثتهما في ذلك بمنزلة لقيام الوارث مقام المورث فيما هو من حقه وكذلك
المهايأة في دار
وأرض على أن يسكن هذا الدار ويزرع هذا الأرض وكذلك المهايأة في دار وحمام
لان كل
واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ولو كانت المهايأة في منزل واحد على
أن يسكن
أحدهما سفله والآخر علوه فانهدم العلو كان لصاحبه أن يسكن مع صاحب السفلى لأنه
إنما
رضى بسقوط حقه عن سكنى السفلى بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم له حين

انهدم فكان
هو على حقه في سكنى السفلى باعتبار ملك نصيبه وورثته في ذلك بمنزله وان كانا
تهائلا على
الخدمة في عبد أو أمة أو في عبد وأمة على أن تخدم الأمة أحدهما والعبد الآخر
واشترطا
على كل واحد منهما طعام خادمه ففي القياس هذا لا يجوز لان مقدار ما يتناول من
الطعام
في نوبة كل واحد منهما غير معلوم والآدمي قد ينشط للأكل في وقت ولا ينشط في
وقت
آخر والطعام عليهما سواء لاستواء ملكيهما فيه فلا تمكن في هذا الشرط معاوضة
بينهما فيما
هو مجهول وفي العبد والأمة هذا القياس أوضح ولكن استحسن جواز ذلك لقلة
التفاوت
واعتبار ما عليه عادة الناس من المساهلة في أمر الطعام وان اشترطا الكسوة بهذه الصفة
لم
يجز لكثرة التفاوت في الكسوة ولأنه لا يجري في الكسوة من المساهلة ما يجري في

الطعام ثم كل واحد منهما بما يتناول يتقوى على الخدمة فالظاهر أن كل واحد منهما لا يمنعه من تناول بقدر الكفاية لماله فهي من المنفعة والجهالة إذا كانت لا تفضي إلى المنازعة لا تفسد العقد ولا يوجد ذلك في الكسوة إذ ليس للكسوة تأثير في أحداث القوة على زيادة الخدمة فان أقتنا من الكسوة شيئاً معروفاً لم يجر ذلك لأن التفاوت يقل وينعدم بعدم بيان الوصف والمنازعة تنقطع به ولأن معنى المعاوضة هنا فيما لا يتم معنى اللزوم فيه فإنه بناء على المهايأة وقد بينا أن حكم اللزوم لا يتم بالمهايأة وفي مثله البيان الموصوف يثبت بالقسمة كما في الصداق ونحوه ولو كانت غنم بين رجلين فتهايتا على أن يرعاها كل واحد منهما شهراً أو على أن يستأجر لها أجيراً جاز لأن الرعي في الدواب بمنزلة الطعام في بني آدم أو أظهر منه فالتفاوت ينعدم هنا والحر والعبد في ذلك سواء وولي الصغير بمنزلة الصغير في ذلك لأنه من جملة حوائجه يرجع إلى إصلاح ملكه وهو من صنع التجار ولو تهايتا على الخدمة في الأمتين ثم وطئ أحدهما الأمة التي عنده فعلمت فسدت المهايأة لأنه تملك نصيب شريكه حين استولدها بضمان نصف القيمة وكما لا يصح ابتداء المهايأة إلا بعمل مشترك فكذلك ما لا يبقى ولا شركة بينهما فيها بعدما استولدها أحدهما وكذلك لو ماتت أو أبقت انتقضت المهايأة لأنه إنما رضى بسلامة خدمة الأخرى لشريكه بشرط أن يسلم له خدمة التي هي في يده وقد فات ذلك بموتها أو بابقها ولو استخدمها الشهر كله إلا ثلاثة أيام في أول الشهر ثم مرضت أو أبقت نقصت الآخر من شهره ثلاثة أيام باعتبار المعادلة فيما يستوفيه كل واحد منهما من منفعة الملك المشترك ثم يستقبلان المهايأة ولو لم ينقص الثلاثة أيام حتى تم الشهر في

خدمته لم
يكن له عليه في ذلك شيء لأنه إنما فضل صاحبه في استيفاء بعض الخدمة والخدمة لا
تتقوم
الا بالعقد بالتسمية وكذلك لو أبقيت إحداهما الشهر كله واستخدم الآخر الأخرى
الشهر
كله لم يكن عليه في تلك الخدمة ضمان ولا أجر لان المنفعة لا تتقوم بالاتلاف (ألا
ترى) أنه
لو استخدم الأمة المشتركة أحدهما من غير رضا الشريك لا على وجه المهايأة لم يلزمه
في
ذلك ضمان لصاحبه بمنزل الغاصب ولو عطبت إحداهما في الخدمة لم يضمنها
صاحبها لان كل
واحد منهما أمين في نصيب صاحبه مما في يده وإنما يستخدمها باذن صاحبه فيكون
هو في
ذلك كالمستعير أو المستأجر ولو زوجها من هي في يده لم يجز ذلك لان التزويج
تصرف يعتمد
الولاية وثبوت الولاية بملك الرقبة وملك الرقبة لكل واحد منهما غير تام فما في يده
بعد

المهأأة كما قبلها فان وطئها الزوج فالمهر بينهما لان المهر بدل المستوفى بالوطئ وذلك في حكم
جزء من العين كالأرش فأما الذي زوج فله الأقل من نصف المسمى ومن نصف مهر مثلها
لأنه رضى بسقوط حقه في ما زاد على المسمى ورضاه معتبر في حقه وأما الذي لم يزوج فله
نصف مهر مثلها لأنه لم يرض بسقوط حقه عن شئ منه بالقسمة وعلى هذا السكنى في المنزل
فإنه لو انهدم من سكنى أحدهما أو احترق من نار أوقدها فيه لم يضمن لأنه بمنزلة المستعير
أو المستأجر ولو توضع فيها فزلق رجل بوضئه أو وضع شيئاً فيها أو جلس فيها أو ربط فيها دابة فعبر به انسان من أهل الدار أو غيرهم لم يضمن لان هذا كله من توابع السكنى
(ألا ترى) أن للمستعير والمستأجر أن يفعل ذلك ففعل كل واحد منهما بتسليط شريكه كفعلهما جميعاً ولو بنى فيها بناء أو احتفر فيها بئراً فهو ضامن ويرجع عليه بقدر حصته لان
هذا التصرف ليس من توابع السكنى فلا يستحقه بالمهأأة فكان هو متعدياً في نصيب شريكه
والسبب متى كان بطريق التعدي فهو كالمباشرة في ايجاب الضمان وإنما يتحقق ذلك في نصيب
شريكه دون تضييع فلهذا يرجع بقدر حصته وإذا تهاياً الرجلان في خادمين على أن يخدم
أحدهما هذا سنة لفضل خدمتها والأخرى هذا الآخر سنتين فهو جائز لوجود التراضي منهما وحصول المقصود وهو المعادلة في الخدمة فان ولدت إحداها ولدا ومدة المهأأة طويلة
فشب الولد فيها كانت خدمته بينهما لان استحقاق الخدمة بالمهأأة لا يسرى إلى الولد بمنزلة
استحقاق ذلك بالوصية أو الإجارة فالولد تولد من العين فيكون مشتركاً بينهما كالأصل ولم
تناوله المهأأة مقصوداً ولا تبعاً فكانت خدمته بينهما كخدمة الأصيل قيل وإذا مات أحد
الشريكين وعليه دين لم يكن لورثته أن ينفذوا المهأأة ولكن نصيبه يباع في دينه لان حق

الغرماء يتعلق بمالية نصيبه بموته وهو مقدم على حق ورثته فكما لا يجوز للورثة مباشرة ابتداء المهياة مع قيام الدين على الميت فكذلك لا يكون لهم استدامة المهياة ولو باع أحدهما

نصيبه من احدى الخادمين أو أعتقه نفذ تصرفه وبطلت المهياة لان شركته لم تبق بعد ما نفذ بيعه فيه وعتقه وإذا كاتب أحدهما نصيبه فلشريكه أن يبطل المكاتبه لدفع الضرر عن

نفسه فإن لم يعلم بها حتى أدت بطلت المهياة ولو باع أحدهما نصيبه بيعا فاسدا ولم يسلم لم

تبطل المهياة وهو الشركة في الأصل وان سلم بطلت المهياة لزوال ملكه عن نصيبه وفي

البيع الجائز بنفس العقد يزول ملكه فتبطل المهياة سلم أو لم يسلم وكذلك لو كان المشتري

بالخيار لان ملك البائع يزول مع خيار المشتري وإن كان البائع بالخيار لم تبطل
المهياة إلا أن
يمضى البيع لان خيار البائع يمنع زوال ملكه عن البيع في المدة ما لم يسقط الخيار
والله تعالى
أعلم بالصواب
(باب صلح الأب والوصي والوارث)
(قال رحمه الله) وإذا كان للصغير دار أو عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه أبوه
على شئ من مال الصبي ينظر في ذلك فإن كان للمدعي بينة وكان ما أعطى الأب من
مال
الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان سبب الاستحقاق
للمدعى
ظاهر شرعا فالأب بهذا الصلح يصير كالمشتري لتلك العين لولده بماله والأب غير
متهم في
حق ولده فعند ظهور الحق للمدعى بالبينة إنما يقصد الأب النظر للصبي وربما يكون له
في العين
منفعة لا يحصل ذلك بقيمته وإن لم يكن له بينة لم يجز الصلح من الصبي لان المدعى
ما استحق
شيئا على الصبي بمجرد دعواه سوى الاستحلاف ولا يستحلف الأب ولا الصبي في
حال
الصغر وإنما يستحلف إذا بلغ فالأب يفدى هذه اليمين بمال الصغير والا فاليمين ليست
بمتقومة
وليس للأب ولاية دفع مال الصبي بإزاء ما ليس بمتقوم فان صالح من مال نفسه فهو
جائز
بمنزلة أجنبي آخر صالح على مال نفسه وضمن ولو ادعى الأب حقا للصبي في مثل
ذلك ثم
صالحه منه على شئ وقبضه وهو مثله أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز كما لو باعه
ممن هو في
يده وإن كان أقل منه بشئ كثير لم يجز ان كانت له بينة لان سبب استحقاق الصبي
ظاهر
شرعا بالحجة فهو بهذا الصلح كأنه يبيع ماله بغبن فاحش وإن لم تكن له بينة على حقه
فالصلح
جائز لان الصبي ما استحق قبل ذي اليد شيئا سوى اليمين ولا منفعة للصبي فالأب جعل
مالا بمقابلة ما ليس بمال وهو غير متهم في هذا بل هو ناظر للصبي بتصبير ما ليس

بمال في حقه
ملا ووصى الأب في هذا بعد موت الأب كالأب وكذلك الجد ووصى الجد ولا
يجوز صلح
غير هؤلاء كالأُم والأخ على الصبي ولا عنه لأنه لا ولاية له عليه فهو في الصلح في
حقه
كالأجنبي والمعتوه بمنزلة الصبي لأنه مولى عليه. ولو كان للصبي دين على رجل
فصالحه أبوه
على بعض وخط عنه بعضا فإن كان الأب هو الذي ولي مبايعته جاز الخط في قول أبي
حنيفة
ومحمد رحمهما الله وهو ضامن لما خطه ولا يجوز في قول أبي يوسف رحمه الله
وهو نظير

اختلافهم في الوكيل بالبيع وإن لم يكن ولي مبايعته لم يجر حظه وكذلك الوصي لان
ثبوت
الولاية لهما مقيد بشرط النظر للصبى وليس من النظر اسقاط شئ من حقه بالخط فهما
في
ذلك كأجنبي آخر ولو ادعى الوصي شقضا في دار فجحده رب الدار فصالحه في
دراهم قبضها
جاز ذلك إن لم يكن لهم بينة على الأصل وكانوا صغارا وكبارا لان الوصي قائم مقام
الموصى
وفي هذا الصلح نظر للموصى عليه فهو بالدعوى ما استوجب على الخصم لا اليمين
ولان منفعته في
مال يقضي به دينه ويستغنى به ورثته وان كانت لهم بينة عليه وكان ما قبض مثل قيمة
ذلك
أو أقل مما يتغابن الناس فيه جاز عليهم جميعا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز
في قولهما
على الكبار في حصتهم الا برضاهم وهو نظير اختلافهم في بيع الوصي شيئا من التركة
وفي
الورثة صغار وكبار وقد بينا ذلك في الشفعة ويستوى عندهما ان كانت لهم بينة أو لم
تكن
لأنه لا ولاية للوصي على الكبار من الورثة فهو في حقهم كأجنبي آخر وصلح وصي
الأم
والأخ على الصبي مثل صلح وصى الأب في غير العقار لان فيما سوى العقار للوصي
ولاية
البيع في تركة الموصى فكذلك له ولاية الصلح فأما في العقار فليس له ولاية البيع فيما
صار
للصغير من هذه التركة كما لم يكن للموصى ذلك في ملك الصبي ولا يحوز صلحه فيه
أيضا
وكذلك لو كانت الورثة كبارا وصغارا فصلح الوصي فيما سوى العقار جائز عليهم
بشرط
النظر كما لا يجوز بيعه فيه للحفاظ عليه وإذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية
فصالح الوصي
من دعوى له في دار فهو على ما ذكرنا في الورثة إذا كانوا صغارا لان باعتبار الدين
والوصية
يثبت للوصي في الولاية للميت حتى يجوز بيعه في جميع التركة عند أبي حنيفة رحمه

الله
فكذلك الصلح وإذا ادعى الوارث الكبير علي الوصي ميراثا من صامت أو رقيق أو أمتعة
فجحدته ثم صالح من جميع ذلك على عبد أو ثوب معلوم جاز لوجود التراضي منهما
على ما
اصطلحا عليه وكذلك لو قال افتدى منك يميني بذلك لان الصلح على الانكار فداء
لليمين
بالمال ولا فرق بين لفظ الفداء وبين لفظ الصلح فيه وإن كان وارثين ادعى ذلك قبله
فصالح
أحدهما على عرض من غير اقرار لم يكن للآخر أن يرجع على الوصي بشئ لأنه
بالصلح على
الانكار لم يصر مقرا له بشئ وإنما فدى يمينه وللآخر أن يستحلفه ان شاء لان حق
الاستحلاف كان ثابتا لهما فأسقط ذلك أحدهما بالمال فصح ذلك في حقه وفي حق
الآخر
لا يصح الا برضاه فان أبي فهو على حقه في الاستحلاف وان أراد أن يشارك أخاه فيما

قبض فله ذلك باعتبار انه صار راضيا بالصلح فكأنهما صالحاه وهذا إذا كان ما ادعياه مستهلكا

لان الصلح مبني على زعمهما في حقهما وفي زعمهما أن قيمة ذلك دين على الوصي مشترك بينهما

وأحد الشريكين في الدين إذا صالح على شيء كان للآخر أن يشاركه في المقبوض إلا أن يعطيه

نصف ما ادعى من ذلك فإن كانت الورثة صغارا وكبارا وصالح الوصي الكبار من دعواهم

ودعوى الصغار على دراهم وقبضها الكبار وأنفقوا على الصغار حصتهم من ذلك فان ذلك

لا يجرى على الصغار لأنه لا ولاية للكبار على الصغار وللصغار أن يرجعوا بحصتهم على الوصي إذا

أدركوا ويرجع الوصي على الكبار بحصة الصغار مما أخذوا لأنهم يزعمون أنهم أخذوا المال

عوضا عن الكل وقد استحق الصغار نصيبهم على الوصي فكان لهم أن يرجعوا بحصة ذلك من

المأخوذ من الكبار وإذا أقر الوصي أن لاحد الورثة عنده من ميراثه كذا وكذا درهما فأراد

بقية الورثة أن يرجعوا على الوصي بحصتهم كما أقر لهذا لم يكن لهم ذلك ولكن ما أقر به لهذا فهو

بينهم على المواريث لان الوصي أمين فيما في يده من التركة والقول قول الأمين في براءة

نفسه ولكن لا يقبل قوله فيما يدعي من وصول المال إلى غيره كالمودع إذا ادعى الرد على

الوصي فهنا أيضا قول الوصي فيما يرجع إلى براءته مقبول سواء ذكر أنه سلم نصيب الكبار

إليهم أو ان ذلك لم يصل إلى يده ولكن لا يقبل قوله في اسقاط حق الكبار عما أقر به للصغير

لان ذلك جزء من التركة وهو مشترك بينهم باعتبار الأصل فلا يقبل قول الوصي في تخصيص

أحدهم به ولكن يجعل ما سوى هذا من التركة كالناوي فتبقى الشركة بينهم في هذا وإذا

أقر الوصي أن عنده للميت ألف درهم وللميت ابنان ثم صالح أحدهما من حصته على

أربعمائة
درهم من مال الوصي لم يجز لأنه أعطاه أقل من حصته وقد بينا في الدين ان مثل هذا
الصلح يجوز بطريق الاسقاط وهنا لا يمكن تصحيحه بطريق الاسقاط لأنه عين في يد
الوصي
أمانة فلا بد من حمله على معنى المعاوضة ومبادلة الخمسمائة بأربعمائة لا يجوز
وكذلك لو كان
مع الألف متاع فالعلة المفسدة هنا أظهر ولو أن الوصي استهلك ذلك جاز الصلح في
أربعمائة
لان ما استهلك صار ديناً في ذمته فهذا حط عنه بعض حقه واستوفى البعض فيصح
الصلح
بطريق الاسقاط وإذا مات الرجل وترك ابناً وامراً وترك رقيقاً وعقاراً وأمتة فقبضها
الابن واستهلكها أو لم يستهلكها ثم صالحته المرأة بعد اقرار أو انكار على دراهم
مؤجلة أو
حالة جاز ذلك وصلحها معه مثل صلح الأجنبي مع الأجنبي في الدعاوى لأنها تدعى
ميراثاً

قبله فإن كان مقرا بذلك فالصلح على الاقرار جائز وما يعطيها عوض نصيبها إن كان قائما في يد الابن وإن كان مستهلكا فهي قد استوفت بعض حقها وأبرأته عما بقي وإن كان منكرا لحقها فالصلح مع الانكار صحيح بطريق الفداء لليمين وقد بينا وجوه صلح بعض الورثة مع البعض واستوفينا جميع ذلك وقال فإن كان في الميراث عين ودين فصالح الابن المرأة من ذلك كله ما خلا المال العين والدين فهو جائز لان ما جعل مستثنى لم يتناوله عقد الصلح فكان ذلك غير موجود في التركة أصلا فكما يجوز الصلح من جميع المدعى يجوز من بعضه فيصح وهي إنما صالحته عن نصيبها من العروض والعقار خاصة وذلك جائز وان كتب في البراءة انى دفعت إليك جميع حصتك من المال العين فهو جائز إذا أقرت بالقبض وان كتب انى عجلت لك ميراثك من كل مال دينا على الناس من غير أن شرطيه علي فهو جائز لان اقرارها على نفسها حجة شرعا وما أقرت به كالمعائن في حقها فيبرأ الغريم من حصتها من الدين لان تبرع أحد الورثة بقضاء ذلك الوارث الآخر كتبرع أجنبي آخر ومطلق هذا التبرع يوجب براءة الغريم عنه وإذا مات الرجل فأوصى بثلثه لرجل وترك ورثة وفيهم الصغير والكبير فطلب الموصي له موصيه فصالحه بعض الورثة على دراهم مسماة على أن يسلم له ذلك خاصة دون بقية الورثة فإن كان الميراث ليس فيه مال غائب ولا عين حاضرة يكون ثلثه مثل ذلك فانى أجزى الصلح إذا كان المال المعين في يد المصالح أو كان الميراث رقيقا أو عقارا لان الموصى له شريك الوارث في التركة فصلح الوارث معه كصلح أحد الوارثين مع الآخر وفي نظير هذا صلح أحد الوارثين مع الآخر على أن يكون نصيبه له صحيحا فكذلك صلح الوارث

مع
الموصى له فإن كان في الميراث دين لم يجز ذلك لان ثلث ذلك الدين صار للموصى
له بالثلث
فهو يملك ذلك من الوارث يأخذ منه عوضه وتمليك الدين من غير من عليه الدين
بعوض
لا يجوز وإن كان عين ثلثه مثل ما أعطى أو أكثر لم يجز الصلح مراده بالعين النقد من
الذهب والفضة وإذا وقع الصلح على جنس ذلك ومقدار حقه من ذلك الجنس مثل ما
استوفى
أو أكثر فهذا الصلح يكون ربا وقد بينا فساد ذلك فيما بين الورثة فكذلك فيما بين
الوارث
والموصى له وإذا كان المال المعين في يد الوصي وكان ما أعطى الوارث الموصى له
أكثر من
ثلثه جاز ذلك إذا قبض الوارث ذلك من الوصي قبل أن يتفرقا وان تفرقوا قبل أن يقبض
الوارث المال المعين من يد الوصي ينقص من الصلح حصة المال المعين لأن العقد في
تلك

الحصة قد صرف ويد الوصي يد أمانة فلا يصير الوارث قابضا بحكم الصرف بيد الوصي وإذا افترقا قبل أن يقبض ذلك منه فقد افترقا من المجلس قبل قبض بدل الصرف فيبطل الصلح في حصة ذلك ويجوز فيما سواه وكذلك أن صالحه على دنانير لان في حكم الصرف ووجوب القبض في المجلس لا فرق بين أن يكون العقد متناولا لحبس واحد من النقود أو جنسين وان صالحه على مكيل أو موزون بعينه جاز لأنه مشترك لما وقع عليه الصلح بنصيبه من التركة والمشتري معلوم معين وإن كان بغير عينه لم يجز لأنها صفقة واحدة وفي حصة العين من التركة يبطل هذا الصلح لأنه بيع ما ليس عند الانسان فالمكيل والموزون بالدراهم يكون مبيعا وإذا فسد في البعض فسد في الكل وإذا صالحه على ثياب موصوفة أو مؤجلة ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من المال المعين بطل من الثياب حصة المال المعين لان صفة العقد في معنى السلم فيشترط قبض رأس المال في المجلس والا يكون ديناً بدين وان تفرقا قبل القبض بطل العقد في ملك الحصة ولكن هذا فساد طارئ فطريان المفسد في البعض لا يفسد العقد في الباقي بخلاف المقارن وقد بينا نظيره في كتاب الصرف ولو كان هذا الصلح في مال الوارث على أن يسلم الموصى له جميع موصيه من الورثة على سهامهم كان القول فيه مثل ذلك في جميع ما بينا لأنه في الصلح في نصيب سائر الورثة هو متبرع عنهم بأداء المال وذلك يصح منهم كما يصح من الفضولي فكأنهم صالحوه جميعا على ذلك و صلح الوارث الموصى له و صلح الوارث سواء في جميع ما ذكرنا لأنهم في التركة شركاء وكذلك لو كان الميراث في يد الموصي له فصالح الوارث على أن أعطاه دراهم على أن يسلم

الوارث
ميراثه لان الوارث يملك نصيبه من الموصى له بما يقبض منه من العوض فكما يجوز
فيه صلح
الوارث مع الموصى له إذا كانت التركة في يده يجوز فيه صلح الموصى له مع الوارث
أيضا ولو
كان الميراث مالا معيناً ومتاعاً وحلياً وفيه جوهر لا يخلص الا بضرر والوارث رجلاً
كبيراً وصغيراً له وصى ورجل موصى له فاصطلحوا على أن قوموا ذلك قيمة عدل
وسموا
لأحد الكبيرين حلياً بعينه ومتاعاً ومالاً وكذلك للآخر وللصغير والموصى له وأنفذوا
ذلك فيما بينهم
وجعلوه لمصالحهم بتلك القيمة ولم يتقاضوا لم يجز لأن العقد فيما يخص الحلي
صرف وترك
القبض في المجلس يفسد فيه وذلك مفسد للعقد في حصة الجوهر أيضاً لأنه لا يمكن
تخليصه
الا بضرر ومثل هذا كما لا يجوز البيع فيه ابتداءً فكذلك لا يبقى العقد فيه بعدما فسد
في

حصّة الحلّي وقد بينا نظيره في الصرف في السيف المحلّي ولو كان وارث منهم
اشترى رقيقاً
ومتاعاً بألف درهم ثم إن الوارث الآخر اشترى منهم حلياً فيه جوهر بألف درهم على
أن
يحسب له من نصيبه لم يجر ذلك من قبل أن العقد فيه صرف ولم يوجد التقابض في
المجلس
ولأن حصته مما على أخيه داخله في ذلك وهو دين ولو كان بعض التركة ديناً على
أجنبي لم
يجز مثل هذا الصلح بين الورثة فيه فكذلك إذا كان ديناً على بعض الورثة قال غيره انه
يجوز من ذلك الجوهر بحصته إذا كان مميزاً وإن كان غير مميز لم يجر شيء منه أما
إذا كان غير مميز
فالجواب ظاهر لأن فساد العقد من حصّة الحلّي فالافتراق مفسد في حصّة الجوهر أيضاً
وإن كان مميزاً فإن كان صلحه مع جميع الورثة والموصي له فإنه يجوز من حصّة
الجوهر لأن
فساد العقد هنا بترك القبض في المجلس في حصّة الحلّي وذلك فساد طارئ لا باعتبار
ان نصيبه
دين فإنه ما صالح عن نصيبه على هذا الحلّي وإنما اشترى هذا الحلّي منهم بألف درهم
على أن
يحسب لهم من نصيبه فكان فساد العقد باعتبار ان الحلّي غير مقبوض في المجلس وان
الوارث الصغير والموصي له يقبضان حصتهما مما هو دين على الأخ الآخر في المجلس
وكل
ذلك يفسد العقد لترك القبض في المجلس من غير أن يتبين فيه فساد العقد من الأصل
فلهذا
يبقى الصلح في حصّة الجوهر إذا كان مميزاً والله تعالى أعلم بالصواب
(تم الجزء العشرون من مبسوط الامام السرخسي رحمه الله)
(ويليه الجزء الحادي والعشرون وأوله باب الصلح في الوصايا)