على العجز عن إقامة البينة فلا تكون حقه دونه .

عيني أي فلا تكون اليمين حقه دون العجز .

قوله (خلافا لهما) لأن اليمين حقه بالحديث الشريف وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حين سأل المدعي فقال ألك بينة فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه فصار اليمين حقا له لإضافته إليه بلام التمليك فإذا طالبه به يجيبه .

قال ط وفي الاستدلال به نظر لأنه إنما جعل له اليمين عند فقده البينة .

قال في البحر اختلف النقل عن محمد فمنهم من ذكره مع أبي يوسف كالزيلعي والخصاف ومنهم من ذكره مع الإمام كالطحاوي .

قوله (وقدر في المجتبى الغيبة بمدة السفر) قال فيه بينتي غائبة عن المصر حلف عند أبي حنيفة وقيل قدر الغيبة بمسيرة سفر .

ا ه .

فقد خالف ما نقله المصنف عن ابن ملك من أن في الغائبة عن المصر يحلف اتفاقا .

قوله (ويأخذ القاضي) أي بطلب المدعي كما في الخانية وفي الصغرى هذا إذا كان المدعي عالما بذلك أما إذا كان جاهلا فالقاضي يطلب .

رواه ابن سماعة عن محمد .

بحر .

والمراد بأخذ القاضي كفيلا أي ممن عليه الحق لا بالحق نفسه وقد تقدم في كتاب الكفالة في كفالة النفس أنه لو أعطى كفيلا بنفسه برضاه جاز اتفاقا ولا يجبر عليه عند الإمام خلافا لهما فعندهما يجبر بالملازمة فحينئذ لا حاجة للتقييد بهذا وليس مذكورا في الدرر ولا في شرح الكنز .

تأمل .

قوله (في مسألة المتن) وهي قال المدعي لي بينة حاضرة الخ وقيد بها لأنه لو قال لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة .

كذا في الهداية .

قوله (فيما لا يسقط بشبهة) أما فيما يسقط بها كالحدود والقصاص فلا يجبر على دفع الكفيل كما تقدم .

قال في البحر ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال لي بينة غائبة يقضي بالقصاص قياسا كالأموال .

وفي الاستحسان يؤجل استعظاما لأمر الدم .

ا ه .

قال الرملي ومقتضى الإطلاق أن دعوى الطلاق كدعوى الأموال وأن احتاطوا في الفروج لا تبلغ استعظام أمر الدماء ولذلك يثبت برجل وامرأتين .

ا ه .

قوله (كفيلا ثقة يؤمن هروبه) وله أن يطلب وكيلا بخصومته .

قال في الكافي وله أن يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الأصل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وإن أعطاه وكيلا أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وإذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له أن يطالبه بالكفيل بنفس الأصيل لو كان المدعي دينا لأن الدين يستوفي من ذمة الأصيل دون الوكيل فلو أخذ كفيلا بالمال له أن يطلب كفيلا بنفس الأصيل لأن الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيسر وإن كان المدعي منقولا له أن يطلب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه المدعى عليه وإن كان عقارا لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يقبل التغييب وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما فلو أقر وغاب قضى لأنه قضاء إعانة ا ه .

وفيه ولو أقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن له حق الجرح في الشهود وعن أبي يوسف أنه يقضى .

ا ه .

واعلم أنه ينبغي أن يشترط في الوكيل ما سبق في الكفيل من كونه ثقة معروف الدار وفي البحر عن الصغرى لو أبى إعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر .

ا ه .

قوله (يؤمن هروبه) تفسير للثقة .

قال في البحر وفسره في الصغرى بأن لا يخفي نفسه ولا يهرب من البلد بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء ويتركه ويهرب منه وهذا شيء يحفظ جدا وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالأوقاف وإن لم يكن له