@ 195 @ المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروي عن رسول ا عليه الصلاة والسلام ثم قال بعد تعداد الصور الأخر وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد قال مشايخ بلخي بيع العينة في زماننا خير من البيوع التي في أسواقنا انتهى لكن التحرز أولى .

ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه أو بما قضي له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بأن له على الغريم ألفا لا يقبل برهانه على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه لأن المكفول به مال مقضى أو مال يقضى به لا غير لأن ذاب بمعنى وجب ولم يجب هنا للطالب على الغائب مال شرعا ولذا لو أقر الكفيل لا يلزمه المال لأن بالإقرار لا يثبت الوصف المذكور بل بالقضاء وهو منتف إذ لم يتعرض الطالب لقضاء القاضي بالمال في دعواه ولا في إقامته حتى لو تعرض وقال قدمت المطلوب بعد الكفالة إلى فلان القاضي وأقمت عليه بينة بألف وقضى لي عليه بذلك يقضى بألف على الكفيل وعلى الغائب حتى لو أقر الكفيل لزمه الألف في هذه الصورة .

ولو برهن الطالب أن له على زيد الغائب ألفا وهذا كفيله بهذا المال بأمره قضي به عليهما أي على الكفيل والأصيل ففي المسألة قيود معتبرة .

الأول أن الكفالة مقيدة بهذا المال .

والثاني أن هذا المال المكفول به غير مقيد بأنه قضي به على المكفول عنه بعد الكفالة بل هو مال مطلق وبهذا القدر تمتاز هذه المسألة عن المسألة السابقة إذ المكفول هنا مقيد بقضاء القاضي .

والثالث أن هذه الكفالة مقيدة بأنها بأمر الأصيل إذ الأمر يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه وأما إذا لم يكن بأمره فهي لا تتضمن الإقرار فالقضاء على الكفيل لا يتضمن القضاء على الأصيل وإلى هذا أشار بقوله ولو علا أمره قضي على الكفيل فقط لا على الأصيل فليس للكفيل حق الرجوع على الأصيل بخلاف الكفالة بأمره فإن له حق الرجوع عليه بعد أداء المال خلافا لزفر لأنه لما أنكر كان زعمه أن هذا الحق غير ثابت بل المدعي ظالم فلا يكون له أن يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه .

وفيه تنبيه على أن القضاء على الغائب جائز إذا كان الإثبات على الحاضر متضمنا له فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت أصالة إذ التعدي إلى الغائب في ضمن القضاء بالأمر ضروري .

وفي الكفاية قال مشايخنا وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب ثم قال وكذا كل

من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب كان