

كتاب الضمان

تحريت فيه مذهب الشافعي وقياس قوله : -

مسألة : قَالَ الْمُزْنِيُّ : « قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ ﴿ سَلُّهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾ [القلم : ٤٠] وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ « وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(١) وَالزَّعِيمُ فِي اللَّغَةِ هُوَ الْكَفِيلُ وَرَوَى عَنِ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جِنَازَةٍ فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ ﷺ « هَلْ عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ مِنْ دِينٍ » ؟ فَقَالُوا نَعَمْ دِرْهَمَانِ قَالَ « صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ » فَقَالَ عَلِيُّ رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيَّ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ « جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أُخِيكَ » (قَالَ الْمُزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ أَنَّ الدَّيْنَ الَّذِي كَانَ عَلَيَّ الْمَيْتَ لَزِمَ غَيْرَهُ بِأَنْ ضَمِنَهُ وَرَوَى الشَّافِعِيُّ فِي قِسْمِ الصَّدَقَاتِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ إِلَّا لِثَلَاثَةٍ » ذَكَرَ مِنْهَا رَجُلًا تَحَمَّلَ بِحِمَالَةٍ فَحَلَّتِ الصَّدَقَةُ (قُلْتُ أَنَا) فَكَانَتِ الصَّدَقَةُ مُحَرَّمَةً قَبْلَ الْحِمَالَةِ فَلَمَّا تَحَمَّلَ لَزِمَهُ الْغَرْمُ بِالْحِمَالَةِ فَخَرَجَ مِنْ مَعْنَاهُ الْأَوَّلِ إِلَى أَنْ حَلَّتْ لَهُ الصَّدَقَةُ .

قال الماوردي : أما الضمان فهو أخذ الوثائق في الأموال ، لأن الوثائق ثلاثة : الشهادة والرهن والضمان .

والدليل على جواز الضمان وصحته الكتاب والسنة ، فأما الكتاب : فقوله تعالى :

﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف : ٧٢] فَإِنْ قِيلَ : فالاستدلال بهذه الآية لا يصح من وجوه ثلاثة : -

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٦٧/٥ وأبو داود (٣٥٨٦) والترمذي ٥٦٥/٣ وابن ماجه ٨٠١/٢ (٢٣٩٨) والهيثمي في الموارد (١١٧٥) وابن الجارود في الممتقى (١٠٢٣) وسعيد بن منصور في السنن (٢٤٧) والبيهقي في الكبرى ٧٢/٦ والدارقطني ٧٠/٤ وعبد الرزاق في المصنف (١٦٣٠٨) .

أحدهما: أنها حكاية حال مُحرَفة ونقل قصة غير صحيحة. لأن الصواع لم يفقد والقوم لم يسرقوا.

وإذا كان موضوعاً كذباً كان الاستدلال بها فاسداً.

فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن هذا من قول المنادى، ولم يكن يعلم بما فعل يوسف، فلما فقد الصواع ظن أنهم قد سرقوه فنادى بهذا وهو يعتقد أنه حق وصدق.

والثاني: أن يوسف فعل ذلك عقوبة لإخوته فخرج من باب الكذب إلى حد العقوبة والتأديب، ثم رَغِبَ الناس فيما بذله لهم، بما قد استقرَّ عندهم لزومه وجوبه ليكون ادعى إلى طلبتهم، وتحقيق القول عليهم زيادة في عقوبتهم.

والسؤال الثاني: أن الآية تناولت ضمان مال مجهول، لأن حمل البعير مجهول وضمن المجهول باطل.

فالجواب عنه من وجهين أحدهما: أن حمل البعير كان عندهم عبارة عن قدر معلوم كالوسق كان موضوعاً لحمل الناقة ثم صار مستعملاً في قدر معلوم.

والثاني: أن الآية دالة على أمرين:

أحدهما: جواز الضمان.

والثاني: صحته في القدر المجهول، فلما خرج بالدليل ضمان المجهول كان الباقي على ما اقتضاه التنزيل.

والسؤال الثالث: أنه ضمان مال الجعالة، وضمن مال الجعالة باطل.

والجواب عنه: أن أصحابنا قد اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة على وجهين:

أحدهما: يجوز ضمانه فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: أنه لا يصح، فعلى هذا لا يمتنع قيام الدليل على فساد ضمان مال الجعالة من التعلق بباقي الآية، وقال تعالى: ﴿سَلُّهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠] وهذا وإن كان على طريق التحدي فهو دال على جواز الضمان والزعيم الضمين وكذلك الكفيل والحميل والصبير، ومعنى جميعها واحد غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم.

وأما السنة فروى ابن عباس عن شرحبيل عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ

يقول: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقِّهِ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، لَا تَنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا» قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا الطَّعَامَ قَالَ: «ذَلِكَ أَفْضَلُ أُمُورِنَا»، ثُمَّ قَالَ: «الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالزَّرْعِيمُ غَارِمٌ».

وروى زائدة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال: توفي رجل منا فغلسناه، ثم كفناه، ثم أتيت النبي ﷺ، ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: أَعْلَيْهِ دَيْنٌ قَلْنَا: دِينَارَانِ، فَأَنْصَرَفَ فَتَحَمَّلَهَا أَبُو قَتَادَةَ، وَقَالَ: عَلِيُّ الدِّينَارَانِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَعْلَيْكَ حَقُّ الْغَرِيمِ، وَبِرِيءِ الْمَيِّتِ مِنْهُ، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَصَلِّ عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟ قَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أُمْسٌ، ثُمَّ عَادَ عَلَيْهِ بِالْغَدِ، فَقَالَ: قَدْ قَضَيْتَهَا قَالَ الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَةٌ، وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخَدْرِيُّ قَالَ: كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي جَنَازَةٍ، فَلَمَّا وُضِعَتْ، قَالَ ﷺ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ قَالُوا: نَعَمْ دِرْهَمَانِ، قَالَ: صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيَّ عَلِيٌّ فَقَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا، وَفَكَرَّ رَهَانَكَ كَمَا فَكَكَتَ رِهَانَ أُخِيكَ، وَرَوَى عِكْرَمَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ رَجُلًا لَزِمَ غَرِيمًا لَهُ بَعْشَرَةُ دَنَانِيرٍ، وَحَلَفَ لَا يَفَارِقُهُ حَتَّى يَقْضِيَهُ، أَوْ يَأْتِيَهُ بِحَمِيلٍ، فَجَرَّهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ هَذَا لَزَمَنِي فَاسْتَنْظَرْتَهُ شَهْرًا فَأَبَى حَتَّى آتِيَهُ بِحَمِيلٍ، أَوْ أَقْضِيَهُ فَوَاللَّهِ مَا أَجِدُ حَمِيلًا وَمَا عِنْدِي قِضَاءٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ تَسْتَنْظِرُهَا إِلَّا شَهْرًا قَالَ لَا قَالَ فَأَنَا أَتَحَمَّلُ بِهَا عَنْكَ فَتَحَمَّلْ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَذَهَبَ الرَّجُلُ فَأَتَاهُ بِقَدْرٍ مَا وَعَدَهُ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مِنْ أَيْنَ لَكَ هَذَا الذَّهَبُ؟ قَالَ مِنْ مَعْدِنٍ قَالَ: أَذْهَبَ فَلَا حَاجَةَ لَنَا فِيهَا لَيْسَ فِيهَا خَيْرٌ وَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (١)، وَرَوَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ أَبِي أُمِيَةَ عَنِ أَنَسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَتَى بِجَنَازَةٍ فَقَالَ: صَلِّ عَلَيْهَا فَقَالَ أَلَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ قَالُوا نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا يَنْفَعُكَ أَنْ أَصَلِّيَ عَلَيَّ رَجُلٍ وَهُوَ مُرْتَهَنٌ فِي قَبْرِهِ فَلَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ دَيْنَهُ قُتِمَتْ فَصَلَّيْتُ عَلَيْهِ فَإِنْ صَلَّاتِي تَنْفَعُهُ.

وروى ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يوتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هَلْ تَرَكَ قِضَاءً، فَإِنْ حَدَّثَ أَنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً صَلَّيْ عَلَيْهِ، وَإِلَّا قَالَ لِلْمُسْلِمِينَ: صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ، فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ، قَامَ فَقَالَ: أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ مَنْ تُوْفِيَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ دَيْنًا فَعَلِيَّ قِضَاؤُهُ وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرِثَتِهِ.

وفي قوله «من ترك دينًا فعليَّ قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته» تأويلان:

مضمون الأصل كالودائع والشرك والمضاربات فضمانه باطل لأن ضمان أصله غير لازم. وإن كان مضمون الأصل، لم يخل أن يكون حقاً في الذمة أو عيناً قائمة فإن كان حقاً في الذمة صح ضمانه، على ما سنشرحه في استقرار لزومه وإن كان عيناً قائمة كالمغضوب، والعواري، فمذهب الشافعي أن ضمانها باطل إلا أن تتلف فيستقر غرمها في الذمة.

وقال أبو العباس بن سريج ضمان الأعيان جائز كضمان ما في الذم، لأن كلاهما حق قد لزم وحكاه قولاً للشافعي وهذا غير صحيح لأن العين إذا كانت باقية فالواجب ردها، وذلك مما قد يعجز عنه الضامن، فإن تلفت لزم غرم قيمتها وذلك مما لم يضمنه الضامن مع ما فيها من الجهالة.

فعلى مذهب الشافعي يكون ضمان الأعيان باطلاً ولا يلزم الضامن مطالبة بسببها وعلى مذهب ابن سريج الضمان لها لازم ويؤخذ الضامن بتسليم العين ما كانت باقية فإن تعذر عليه تسليمها صار كالمعسر بالحق يؤخر به إلى حين قدرته فإن تلفت العين فقد خرج أبو العباس في ذلك وجهين:

أحدهما: قد بطل كمن كفل بنفس فتلفت وبطلت الكفالة لفوات ما تعلق به الضمان

والوجه الثاني: أن الضمان ينتقل إلى القيمة، لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها ولا تمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها لأنها تفرعت عن أصل معلوم، وخالفت الكفالة لأن تلف النفس لا ينتقلها إلى بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فلا يصح الضمان إلا بلفظ مسموع يخاطب به الضامن، أحد أربعة أنفس، إما أن يخاطب به المضمون له فيقول قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم أو يخاطب وكيل المضمون له أو يُقَرُّ به عند الحاكم أو عند شاهد فإن خاطب به من سوى هؤلاء الأربعة لم يكن ذلك شيئاً، وإنما اختص بخطاب أحد هؤلاء الأربعة لأن المضمون له صاحب الوثيقة ومستحق المطالبة، فكان عقد الضمان معه أو كسبه وأما وكيل المضمون له فلأنه يقوم مقامه، وأما الحاكم فلأنه مستوفي الحقوق، والنائب عن الغائب، ولأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عند رسول الله ﷺ فخاطباه فامضاه، وأما الشاهد فلأنه ممن يحفظ به الحقوق، وإذا كان كذلك، فإن خاطبه المضمون له فتمام الضمان موقوف على المضمون له، وهل يكون مشروطاً بقبوله أو رضاه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن تمام الضمان مشروط بقبول المضمون له في الحال لفظاً، لأن الضمان عقد وثيقة، يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان، فاقتضى أن يفتقر

إلى قبول المرتهن، فعلى هذا إن تراخى القبول لم يصح الضمان كما لا يصح بتراخي القبول في سائر العقود، وقد صرح بهذا القول أبو علي الطبري في إفصاحه.

والوجه الثاني: حكاه ابن أبي هريرة عن بعض شيوخه أن رضا المضمون له شرط في لزوم الضمان، ولا يفتقر إلى القبول باللفظ، لأن الضمان لو كان كسائر كالعقود في أنه مشروط بالقبول، لكان مواجهة المضمون له شرطاً في صحته، فلما جاز أن يضمن له مع غيبته، دل على أن لفظ القبول ليس بشرط، وقد ضمن علي وأبو قتادة (رضوان الله عليهما) دين الميت مع غيبة صاحبه دل على أنه موقوف على الرضا دون القبول. فعلى هذا إذا رضي المضمون له بالضمان، بقول صريح أو ما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز، وإن تراضيا عن مال الضمان فإن لم يوجد منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس فلا ضمان، وللضمان أن يرجع في ضمانه فلا رجوع للضامن فيه، لأنه قد تم ولزم.

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به المضمون له فأما إذا خوطب به وكيل المضمون له، وهو أن يقول الضامن للوكيل قد ضمنت لموكلك فلان ابن فلان ألف درهم عن فلان، فينظر في الوكيل، فإن كان مأذوناً له في أخذ الضمان، تم الضمان بقبول الوكيل على أحد الوجهين، وبرضاه على الوجه الثاني، ولا يكون تمامه موقوفاً على المضمون له، وكذلك في حق المولى عليه بصغر، أو جنون، أو سفه وإن كان الوكيل غير مأذون له في أخذ الضمان، كان تمام الضمان موقوفاً على علم الموكل، ثم على ما يكون من قبوله في أحد الوجهين، أو رضاه في الوجه الثاني.

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به وكيل المضمون له، فأما إذا خوطب به الحاكم، وهو أن يقول الضامن للحاكم، قد ضمنت لفلان ابن فلان عن فلان ابن فلان ألف درهم ليرجع عليه.

فإن كان المضمون له مولى عليه لصغر، أو سفه، أو جنون، أجاز الحاكم ضمانه فإذا أجاز صار تاماً به، وإن كان المضمون رشيداً لا يولى عليه، كان تمامه موقوفاً على علمه، ثم على ما يكون من قبوله أو برضائه، وليس للحاكم أن يجيز الضمان عليه. وإن كان الضمان وثيقة له، لأنه عقد فلا يصح من غيره مع سلامة حالة. فهذا حكم الضمان إذا خوطب به الحاكم، فأما إذا خوطب به شاهد أشهده بالضامن على نفسه بالضمان، فقال: قد ضمنت لفلان عن فلان ألف فأشهد عليّ أو لم يقل فأشهد عليّ فتمام هذا الضمان موقوف على الموقوف له إن كان غير مولى عليه، أو على وليه إن كان مولى عليه، وليس للشاهد أن يجيز الضمان على المولى عليه بخلاف الحاكم، لأن الشاهد لا ولاية له والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقًّا فَلِلْمُضْمُونِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيُّهُمَا شَاءَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال الضمان وثيقة المال لا ينتقل من ذمة المضمون عنه إلا بالأداء وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن والمضمون عنه، حتى يقضي حقه من أحدهما فيبرئان معاً، وقال ابن أبي ليلى وداود قد انتقل الحق بالضمان من ذمة المضمون عنه، إلى ذمة الضامن كالحوالة.

وقال زفر بن الهذيل الحوالة كالضمان لا ينتقل بها الحق، واستدل ابن أبي ليلى ومن تابعه على أن الحق ينتقل بالضمان كالحوالة بقوله ﷺ «والزعيم غارم» فلما خصه بالغرم اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئاً من الغرم وبأن علي بن أبي طالب لما ضمن دين الميت صلى عليه النبي ﷺ، ثم قال لعلي: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. فكان في هذا الخبر دليلان على براءة المضمون عنه بالضمان: -

أحدهما: أنه ﷺ بعد أن امتنع من الصلاة عليه صلى عليه فدل على براءة ذمته، ولو كان الدين باقياً لكان الامتناع قائماً.

والثاني: قوله: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فلما أخبر بفك رهانه دل على براءة ذمته، ولأنه لما استحال أن يكون الجسم الواحد في مجلسين استحال أن يكون الدين الواحد ثابتاً في الذمتين.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قوله ﷺ نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى فدل على أنه لا يبرأ بالضمان حتى يقضى، ولأن أبا قتادة حثه النبي ﷺ على قضاء ما ضمنه، فلما قضاه، قال له الآن برئت عليه جلده، فدل على أن الميت لم يبرأ منه إلا بالقضاء. فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ لأبي قتادة حين ضمن دين الميت عنه عليك حق الغريم، وبرئ الميت منه.

قيل: إنما أراد برئ من رجوعك عليه، لأن ضمانه كان بغير أمره، ولأن اسم الحوالة والضمان مشتقان من معناهما فالحوالة مشتقة من تحوّل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فاقضى أن يكون اختلاف أسمائهما من اختلاف معانيهما موجِباً لاختلاف أحكامهما، ولأن الضمان وثيقة في الحق، فلم يجوز أن ينتقل به الحق كالرهن. -

فأما الجواب عن قوله «الزعيم غارم» فهو أنه لا يمتنع أن يكون غيره غارماً، وأما صلته على الميت بعد امتناعه منهما، فلأنه بالضمان صار كمن ترك وفاء، فذلك صلى عليه، وأما

قوله: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»، فمعنى فك فيما كان مانعاً من الصلاة عليه، وأما ادعاؤهم استحالة ثبوت الدين في ذمتين، فغلط، لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين، ألا ترى أن من غضب شيئاً، ثم غضبه منه غاصب آخر، واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلاً، كذلك في الضمان.

فصل: فإذا ثبت أن الضمان لا ينقل الحق، فالمضمون له بالخيار في مطالبة أيهما شاء وقال أبو ثور لا يجوز مطالبة الضامن بالحق إلا بعد عجز المضمون عنه، وقد جعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً وخرجه لنفسه وجهاً، وقال محمد بن جرير الطبري له الخيار في أن يتدىء بمطالبة أيهما شاء.

فإذا طالب أحدهما لم تكن له مطالبة الآخر بشيء وهذا خطأ، لأن ثبوت الحق في ذمة كل واحد منهما على ما وصفنا يوجب مطالبة كل واحد منهما، وتمنع من إيقاع الحجر عليه مطالبته، فإذا ثبت أنه بالخيار في مطالبة أيهما شاء فحجر عليهما بالفلس أعني الضامن والمضمون عنه، وأراد الحاكم بيع أموالهما في دينهما، فقال: الضامن أبرأ ببيع مال المضمون عنه، فإن وفي بدينه برئت من ضمانه، وإن عجز بيع من مالي بقدرة، وقال المضمون له أريد أن أبيع مال أيكما شئت بديني، قال الشافعي رضي الله عنه في رواية حرمله أن كان الضامن ضمن بأمر المضمون عنه، فالقول قوله، وإن ضمن بغير أمره فالخيار إلى المضمون له في بيع مال أيهما شاء والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ وَعَرِمَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ وَإِنْ تَطَوَّعَ بِالضَّمَانِ لَمْ يُرْجَع».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته أن من ضمن مالا عن غيره وأداه عنه لم يخل حاله فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بغير أمره.

والثاني: أن يكون الضمان بأمره والأداء بأمره.

والثالث: أن يضمن بغير أمره ويؤديه به بأمره.

والرابع: أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره.

فأما القسم الأول وهو أن يضمن عنه بغير أمره، ويؤديه بغير أمره فلا رجوع له بما أدى

بحال، وقال مالك: إن قصد به خلاص المضمون عنه لمودة بينهما، أو صرح بالرجوع عند الأداء رجع عليه.

وهذا خطأ لأن علياً، وأبا قتادة لو استحقا الرجوع بما ضمنا لما كان في ضمانهما فك لرهان الميت، ولأنه متطوع بالضمان والأداء، فصار كمن أنفق على رقبة غيره أو علف بهائم، لم يرجع بما أنفق لتطوعه.

وأما القسم الثاني وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤدي عنه بأمره، فله الرجوع لا يختلف. لأن الأمر به في الحالين يخرج من حكم التطوع.

والقسم الثالث: وهو أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بأمره، فله في الأمر بالأداء ثلاثة أحوال: حال يقول: أد ما ضمنته، من غير أن يقول: أد عني ذلك فهذا لا رجوع للضامن به لا يختلف. لأن هذا أمر بما كان لازماً له بالضمان. الذي تطوع به.

والحال الثاني: أن يقول: أد عني ما ضمنته لترجع به علي، فله الرجوع بذلك لا يختلف، لأنه قد شرط له الرجوع في أمره بالأداء.

والحال الثالث: أن يقول: أد عني ما ضمنته، ففي رجوعه وجهان: أحدهما: يرجع به، لأنه أمره بالغرم عنه.

والثاني: لا يرجع به لأن هذا الأمر يحتمل أن يراد به التطوع، ويحتمل أن يراد به الرجوع.

وأما القسم الرابع وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره فهذا بنظر، فإن أداه بعد المطالبة له والتشديد عليه ومحاكمته فله الرجوع بما أدى، لأنه مستحق عليه بالضمان المأمور به، وإن أداه قبل المطالبة به، ففي رجوعه به وجهان:

أحدهما: لا رجوع له به، لأنه يصير قبل المطالبة متطوعاً بالأداء.

والوجه الثاني: وهو الصحيح وبه قال أبو علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا له الرجوع، لأن الأداء مستحق بالضمان المأمور به، فصار مؤدياً ما وجب بالأمر، وهكذا حال الوكيل في الشراء إن أذن له الموكل في وزن الثمن عنه، كان له الرجوع به وإن نهاه عن وزن الثمن عنه لم يكن له الرجوع به، وإن لم يأذن له في وزنه، ولم ينهه عنه فإن وزنه عنه بعد المحاكمة والمطالبة فله الرجوع به، وإن وزنه قبل المطالبة ففي الرجوع به وجهان.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا واستحق الضامن الرجوع على ما بيننا فله فيما أداه حالتان:

أحدهما: أن يؤدي من جنس ما ضمن .

والثانية: أن يؤدي من غير جنس ما ضمن . فإن كان ما أداه من غير جنس ما ضمنه مثاله أن يضمن عنه ألف درهم فيعطي بالألف عبداً فله أن يرجع بأقل الأمرين من قيمة العبد أو من الألف، فإن كانت قيمة العبد أقل رجع بها لأنه لم يغرم غيرها، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع بالألف لأنه متطوع بالزيادة وإن كان ما أداه من جنس ما ضمنه فله فيه أربعة أحوال حال يؤديه على مثل صفته وقدره وحال يؤديه على مثل صفته ودون قدره، وحال يؤديه على مثل قدره ودون صفته، وحال يؤديه دون قدره ودون صفته .

فأما الحالة الأولى وهو أن يؤديه على مثل قدره وصفته فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي مثلها ألف درهم بيضاً صحاحاً فله أن يرجع بمثل ذلك وأما الحالة الثانية وهو أن يؤديه على مثل صفته ودون قدره، فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها تسعمائة درهم بيضاً صحاحاً فله أن يرجع بتسعمائة وهو القدر الذي أداه لأن القدر الذي سومح به هو إبراء وليس للضامن أن يرجع بما أبرىء منه، ثم ينظر في المائة التي سومح بها الضامن فإن كان قد أبرىء منها وحده كانت باقية على المضمون عنه يلزمه أداؤها إذا طوِّب بها، وإن كان قد أبرىء منها الضامن والمضمون عنه برئاً جميعاً منها، وأما الحالة الثالثة: وهو أن يؤديه على مثل قدره ودون صفته، فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها ألف درهم سوداً أو منكسرة فمذهب الشافعي أن له أن يرجع بمثل ما أدى سوداً أو منكسرة وقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع بمثل ما ضمن بألف درهم بيضاً صحاحاً لأنه سامح الضامن بها فصار ذلك كهبة له وهذا خطأ، لأنه لو وهب له جميع المال بالإبراء لم يرجع بشيء، فإذا سامح بدون الصفة فأولى ألا يرجع به ولكن لو أن المضمون له قبض المال من الضامن ثم وهبه له بعد قبضه، فهل للضامن أن يرجع بذلك على المضمون عنه أم لا؟ على قولين مخترجين من اختلاف قولي الشافعي في الزوجة إذا وهبت الصداق بعد قبضه ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع عليها بنصف الصداق الذي وهبته أم لا على قولين وأما الحالة الرابعة وهو أن يؤديه دون قدره ودون صفته فمثاله . أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها تسعمائة سوداً أو مكسرة فنقصان القدر لا يرجع به، وأما نقصان الصفة فعلى مذهب الشافعي يرجع بمثل الصفة التي أداها سوداً أو مكسرة، وعلى مذهب ابن سريج يرجع بها بيضاً صحاحاً .

فصل: إذا ضمن عنه كراً حنطة من مسلم فأدى الضامن الكراً الحنطة فله الرجوع على المضمون عنه بمثله، فلو أن الضامن صالح المضمون عنه على الحنطة على مال أو عوض

جاز إذا تقايضا قبل الافتراق . وإن لم يتقايضاه حتى تفرقا قبل القبض كان على وجهين مضيا في البيوع ولو صالحه عن الكرّ الحنطة على نصفه في مثل تلك الصفة جاز وكانت حطيطة ولو صالحه على نصف كرّ حنطة إلى أجل جاز لأنه حطة وأجله أيضاً وله أن يرجع في الأجل ، وليس له أن يرجع في الحطيطة ولو ضمن عنه كرّ حنطة من مسلم ثم إن الضامن صالح المسلم المضمون له على رأس مال لم يجز ، ولو صالحه المضمون عنه جاز لأن الصلح على رأس المال إقالة والضامن لا يملك الإقالة والمضمون عنه يملكها ثم يبطل الضمان لأن الحنطة المضمونة قد بطلت بالإقالة ورأس المال المستحق لم يتوجه إليه الضمان فهذا الكلام فيما يرجع به الضامن وما يتفرع عليه فصل آخر .

وأما إذا عجل المضمون عنه إلى الضامن ما ضمنه عنه بأمره قبل أن يؤديه الضامن فإن جعله فيما عجله رسوياً ليدفعه إلى المضمون له جاز وكان أميناً عليه لا يضمنه بالتلف وإن دفعه إليه قضاء من ضمانه ففيه قولان حكاهما ابن سريج .

أحدهما : يجوز كما يجوز تعجيل الزكاة والدين المؤجل .

والقول الثاني : لا يجوز لأن الضامن لا يستحق على المضمون له شيئاً قبل غرمه ولأنه دفع لا يبرأ به لكن يكون ما أخذه مضموناً عليه لأنه أخذه على أن يكون عوضاً في حقه .

ولو كان المضمون عنه عجل للضامن بدلاً من الدراهم التي ضمنها عنه عبداً أو عوضاً لم يجز على القولين معاً لأن هذا معاوضة على ما لم يجب وذلك تعجيل ثم يتفرع على ما ذكرنا من القولين في تعجيل القضاء أن يبرئ الضامن المضمون عنه من مال الضمان قبل أدائه عنه فيكون الإبراء محرّجاً على هذين القولين إن قيل بجواز تعجيل القضاء صح الإبراء وإن قيل تعجيل القضاء لا يجوز لم يجز الإبراء والله أعلم .

مسألة : (قال المزني) : «قُلْتُ أَنَا وَكَذَلِكَ كُلِّ ضَامِنٍ فِي دَيْنٍ وَكَفَالَةٍ بِدَيْنٍ وَأُجْرَةٍ وَمَهْرٍ وَضَمَانٍ عُهْدَةٍ وَأَرْشٍ جُرْحٍ وَدِيَّةِ نَفْسٍ فَإِنْ أَدَّى ذَلِكَ الضَّامِنُ عَنِ المَضْمُونِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ وَإِنْ أَدَّاهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ كَانَ مُتَطَوِّعاً لَا يَرْجَعُ بِهِ» .

قال الماوردي : وقد ذكرنا أن الأموال ضربان أعيان وفي الذمم ومعنى الكلام في الأعيان وأن ضمانها على مذهب الشافعي لا يجوز وأما ما في الذمم فضربان لازم وغير لازم فأما اللازم فضربان : مستقر وغير مستقر ، فأما المستقر كمثل قيم المتلفات وأروش الجنائيات وأثمان المقبوض من المبيعات فضمان هذا كله جائز وأما غير المستقر فمثل ثمن المبيع في مدة الخيار فالمذهب جواز ضمانه للزوجة ومن أصحابنا من قال لا يجوز لعدم

استقراره. فأما ثمن المبيع قبل القبض والأجرة قبل مضي المدة فالصحيح أنه في حكم المستقر وإن جاز أن يتعقبه الفسخ فصح ضمانه ومن أصحابنا من جعله كالمبيع في مدة الخيار، فهذا حكم ما كان لازماً فأما ما ليس بلازم فضربان:

أحدهما: ما ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم كمال الكتابة فزمانه لا يصح لأن لزوم الضمان فرع للزوم الدين المضمون.

والضرب الثاني: ما ليس بلازم ولكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال كمال الجعالة ففي جواز ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يصح ضمانه لعدم لزومه في الحال.

والوجه الثاني: إن ضمانه صحيح لأنه قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال.

فصل: إذا تمهد ما وصفنا في هذا الفصل فالتفريع محمول عليه وقد ذكر المزني سبعة أشياء فقال كل ضامن في دين يعني ضمان الديون المستقرة ثم قال وكفالة بدين يعني أن الضامن لدين مستقر يجوز ضمان ذلك عنه، ثم قال: وأجرة ومهر يعني أجور المستأجرات ومهور الزوجات فإن كان ذلك بعد تقضي مدة الإجارة والدخول بالزوجة جاز ضمانه لاستقراره وإن كان قبل تقضي المدة والدخول بالزوجة كان ذلك كثمن المبيع إذا لم يقبض لما يجوز أن يتعقبه من الفسخ فمن أصحابنا من جعله كالمستقر يجوز ضمانه ومنهم من جعله كغير المستقر كالثمن في مدة الخيار على ما مضى.

ثم قال وضمان عهدة يعني ضمان الدرك في البيع وهو الدرك عند استحقاق المبيع وضمان هذا جائز إلا ما حكى عن أبي العباس بن سريج أنه منع منه لأنه ضمان ما لم يجب وهذا خطأ لأن الدار إن لم تستحق فلا ضمان وإن استُحِقَّتْ بأن وجوب رد الثمن وصحة الضمان ولا يلزم ضامن الدرك شيء إلا إذا استُحِقَّتْ فأما إذا رُدَّتْ ببيع أو تقابلا البيع فيها فلا شيء على ضامن الدرك فلو استحق نصفها وفسخ المشتري المبيع في النصف الباقي لتبعض الصفقة فيها كان له أن يرجع بجميع الثمن على البائع ولم يكن له أن يرجع على ضامن الدرك إلا بنصفه وهو ثمن المستحق دون المردود بالفسخ فأما إن ضمن مع العهدة قيمة ما يحدثه من بناء وغرس لم يجز لأن ذلك ضمان ما لم يجب ولأنه مجهول القدر فأما إن ضمن له أرش ما يظهر عليه من عيب لم يجز للجهاالة بقدره وفيه وجه آخر أنه يصح مخرَج من القديم في ضمان نفقة الزوجة، وهو غلط لأن نفقة الزوجة محدودة الأكثر بخلاف أرش

العيب لأنه غير محدود الأكثر وليس ينتهي إلى جميع الثمن وإذا بطل الضمان فيما ذكرنا وكان مشروطاً في عقد البيع ففي بطلان البيع وجهان مخرجان من اختلاف قوله في بطلان البيع باشرط الرهن الفاسد فيه قال المزني وإرش جرح ودية نفس، وضمان ذلك أن قدر دراهم أو دنانير جائز فأما الإبل ففي جواز ضمانها وجهان، مخرجان من اختلاف قوله في جعل إبل الدية صداقاً، أحدهما ضمانها باطل للجهل بصفتها، والوجه الثاني ضمانها جائز لأن قبيصة قال يا رسول الله إني تحملت بحمالة فأعني^(١) فلم ينكر تحمله لها، فدل على صحة ضمانها، ولأنها موصوفة الأسنان.

فصل: فأما ضمان مال السبق والرمي فإن كان بعد استحقاقه جاز فأما قبل استحقاقه فقد اختلف قول الشافعي في عقد السبق والرمي هل يجري مجرى عقد الإجارة فيصح ضمانه. والثاني أنه يجري مجرى عقد الجعالة فيكون في صحة ضمانه وجهان.

فصل: فأما ضمان نفقة الزوجات فضربان:

أحدهما: ضمان نفقة مدة ماضية ف ضمانها جائز إذا عُرِفَ قدرها لأن وجوب ما مضى مستقر.

والضرب الثاني: ضمان نفقة مدة آتية فإن أطلق المدة ولم يقدرها بزمان معلوم بل قال عليّ ضمان نفقتك على زوجتك أبداً أو ما بقيت على الزوجة أو ما مكنت من نفسك فهذا ضمان باطل للجعالة به وإن قدر المدة وضمن لها نفقة سنة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يضمن لها نفقة معسر ففي صحة الضمان قولان، من اختلاف قوله في نفقة الزوجة بماذا وجبت؟ فعلى قوله في القديم إنها تجب بالعقد وتستحق قبضها بالتمكين فعلى هذا يصح ضمانها، لأنه ضمان ما وجب، وعلى قوله في الجديد إنها تجب بالعقد والتمكين، فعلى هذا ضمانها باطل لأنه ضمان ما لم يجب.

الضرب الثاني: أن يضمن لها نفقة موسر، ف ضمان نفقة الزائد ليساره باطل لأن بقاء اليسار مجهول فصار ضمان ما لم يجب فأما نفقة المعسر فعلى الجديد ضمانها باطل، وعلى القديم على قولين من تفريق الصفقة.

مسألة: قَالَ الْمَزْنِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَخَذَ الضَّامِنُ بِالْحَقِّ وَكَانَ ضَمَانُهُ يَأْمُرُ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ بِخُلَاصِهِ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ أَمْرِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ضمن رجل عن رجل مالا وأراد الضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه من الضمان وفكاكه من المطالبة نظر، فإن كان قد ضمن عنه بغير أمره

(١) أخرجه مسلم ٧٢٢/٢ كتاب الزكاة (١٠٩ - ١٠٤٤).

فليس له مطالبة المضمون عنه بخلاصه لأنه تطوع بالضمان عنه صار كالمطوع بالغرم عنه، وإن كان قد ضمن عنه بأمره نظر، فإن كان الضامن قد طولب بغرم ما ضمن كان له أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه بفكاكه لأنه لما كان له أن يأخذه بالغرم إذا غرم كان له أن يأخذه بالخلاص إذا طولب، وإن كان الضامن لم يطالب بغرم ما ضمنه فهل للضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه أم لا؟ على وجهين مخرّجين من اختلاف القولين في تعجيل القضاء قبل الغرم.

فلو كان المضمون عنه صغيراً أو كان الضامن قد ضمن عنه بإذن أبيه ثم طولب الضامن بالغرم، فإن كان المضمون عنه على صغره لم يبلغ فله أن يأخذ الأب بخلاصه وإن كان قد بلغ فله أن يأخذ المضمون عنه بالخلاص دون الأب، ولو كان غير الأب قد أمره بالضمان عنه فليس للضامن أن يأخذ إلا من أمر بخلاصه سواء كان المضمون عنه على صغره أو قد بلغ، لأنه أمره من لا ولاية له.

فصل: إذا طولب الضامن بأداء ما ضمنه وجبس به فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال، وكان ضمانه عنه بأمره ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك لأن له مثل ما عليه.

والوجه الثاني: ليس له ذلك لأنه لم يستحق قبل الغرم مالا يحبسه به.

فصل: فأما صفة الأمر بالضمان فقد يكون على أحد وجهين إما أن يتبدى المضمون عنه فيقول للضامن أضمن عني لفلان كذا، فيكون هذا أمراً بالضمان، وأما أن يتبدى الضامن، فيقول للمضمون عنه أضمن عنك لفلان كذا؟ فيقول: نعم فيكون هذا أمراً بالضمان أيضاً، وقال أبو حنيفة لا يكون هذا أمراً بالضمان ويكون الأول أمراً به وكلا الأمرين عندي سواء بل الثاني أوكد.

فصل: فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجز، وكان الجعل باطلاً والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً بخلاف ما قاله إسحق بن راهوية لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَمْرِهِ ضَامِنٌ ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا ضمن رجل مالا عن رجل ثم ضمن عن الضامن

ضامن آخر ما ضمنه عن الأول جاز، وكان الضامن الأول فرعاً للمضمون عنه وأصلاً للضامن الثاني .

فإن قيل أفليس الضمان وثيقة كالرهن، ثم لم يجز أخذ الرهن عن الرهن فهلا منعت من أخذ ضامن عن ضامن؟

قيل الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : إن الرهن وثيقة وأخذ الرهن على الوثيقة لا يجوز والضمان قد أوجب في الذمة ديناً، وأخذ الضمان في الدين يجوز .

والثاني : إن الرهن عين وأخذ الرهن في الأعيان لا يجوز والمضمون دين في الذمة وضمان ما في الذمة يجوز، ويجوز أن يؤخذ من الضامن رهن بما ضمنه لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن به، فأما الضامن إذا أراد أن يأخذ من المضمون عنه رهناً بما ضمنه عنه فإن كان بعد أداء الضامن الدين جاز لأنه قد أخذه على دين مستحق وإن كان قبل أدائه لم يجز لأنه لم يستوجب حقاً يأخذ عليه رهناً .

فصل : إذا ضمن رجل عن رجل مالا ثم ضمنه عن الضامن ضامن آخر، فأراد من عليه أصل المال أن يضمن عن الضامنين ما ضمنه عنه لم يجز وكذا لو ضمن عن أحدهما إما عن الأول أو عن الثاني لم يجز وإنما لم يجز لأمرين .

أحدهما : إن الضمان إنما هو إثبات حق في الذمة لم يكن ثابتاً في الذمة والحق هاهنا قد كان قبل الضمان ثابتاً في الذمة، والثاني إن المضمون عنه أصل والضامن فرعه فلم يجز أن يصير الأصل فرعاً لفرعه .

فأما إذا كان على رجل ألف ضمنها ضامن ثم ضمنها أيضاً ضامن آخر، عمن عليه الأصل جاز، وكان كل واحد منهما فرعاً لمن عليه الأصل وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه فإن أراد من عليه الأصل أن يضمن عن أحد الضامنين ما ضمنه لم يجز لما ذكرنا، ولكن لو أراد أحد الضامنين أن يضمن عن الضامن الآخر ما ضمنه، فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابنا أن ضمانه عنه باطل لأنه ضامن لذلك عمن عليه الأصل، فلم يكن في ضمانه إياه عن الضامن فائدة، وقال ابن سريج : يصح ضمانه فيصير ضامن للألف عمن عليه الأصل وعن الضامن أيضاً لأن الضامن قد صار ما ضمنه ديناً في ذمته وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه، فجاز لكل واحد من الضامنين أن يضمن عن صاحبه ما ضمنه معه ثم إذا أداه كان بالخيار بين أن يرجع به على من عليه الأصل وأن يرجع به على الضامن وهذا خطأ لما ذكرنا مع عدم الفائدة فيه وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على من عليه الأصل والله أعلم .

مسألة: (قال المزني): «فَإِنْ قَبِضَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنَ الَّذِي عَلَيْهِ أَصْلُ الْمَالِ أَوْ أَحَالَهُ بِهِ بَرْتُوا جَمِيعاً وَلَوْ قَبِضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الْأَوَّلِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ وَبَرِيَءٌ مِنْهُ الضَّامِنُ الْآخَرُ وَإِنْ قَبِضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الثَّانِي رَجَعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ الْأَوَّلِ وَرَجَعَ بِهِ الْأَوَّلُ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَأَبْرَأَ الطَّالِبُ الضَّامِنِينَ جَمِيعاً بَرْتاً وَلَا يُبْرَأُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْلُ لِأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَيْسَ بِحَوَالَةٍ وَلَكِنَّ الْحَقَّ عَلَى أَصْلِهِ وَالضَّامِنُ مَاخُودٌ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح قد ذكرنا أنه يجوز أن يضمن عن الضامن ضامن ثانٍ، وعن الثاني ثالث، وعن الثالث رابع هكذا أبدأ إلى مائة ضامن فأكثر ويكون للمضمون له مطالبة أيهم شاء فإذا ضمن ضامن عن ضامن عن مضمون عنه، فللمضمون له مطالبة أي الثلاثة شاء فإن سقط الحق المضمون فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد استوفى بالأداء أو سقط بالإبراء فإن استوفاه المضمون له بالأداء فإن أداه المضمون عنه برىء منه وبرىء الضامنان عنه لأن ضمانهما للحق وثيقة فيه، فإذا استوفى الحق ارتفعت الوثيقة كالرهن إذا استوفى ما رهن فيه بطل الرهن، وإن أداه الضامن الأول برىء وبرىء المضمون عنه، وبرىء الضامن الثاني، لأنه حق واحد فإذا أدى سقط، ثم للضامن الأول أن يرجع على المضمون عنه إن ضمن عنه بأمره وإن أداه الضامن الثاني برىء وبرىء الضامن الأول برىء المضمون عنه، ثم للضامن الثاني أن يرجع على الضامن الأول إن كان ضمانه عنه بأمره وللضامن الأول إذا غرم أن يرجع على المضمون عنه إن كان ضمانه عنه بأمره فلو كان الضامن الثاني ضمن عن الأول بغير أمره وضمن الأول عن المضمون عنه بأمره لم يكن لواحد من الضامين أن يرجع على المضمون عنه بشيء، أما الثاني فلأنه ضمن بغير أمر الأول وأما الأول فلأنه لم يغرّم وهكذا لو دفع أحدهم بالحق عوضاً أو أحال به حوالة.

فصل: وأما الإبراء فإن أبرأ المضمون عنه برىء، وبرىء الضامنان، لأن الحق قد سقط فزالت الوثيقة فيه كإبراء الراهن يسقط الرهن، وإن أبرأ الضامن الأول برىء وبرىء الضامن الثاني، لأنه فرع له، ولم يبرأ المضمون عنه لأن براءة الضامن إسقاط للوثيقة، وسقوط الوثيقة لا يبطل الحق كما لو فسخ المرتهن الرهن، ولو أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ولم يبرأ الضامن الأول ولا المضمون عنه.

فصل: فلو كان المال المضمون من ثمن عبد فرده المضمون عنه بعيب برىء، وبرىء الضامنان لو استحق، فلو مات المضمون له فورثة المضمون عنه بطل الضمان لأنه بالإرث قد سقط عنه الحق، وسقوط الحق يبطل الضمان، ولكن لو ورثه الضامن بطل الضمان لأنه لا يجوز أن يكون ضامناً لنفسه إن كان ما على المضمون عنه باقياً بحاله للضامن إرثاً، فلو كان

المال المضمون صداقاً ففسخ النكاح بعيب قبل الدخول سقط المهر، وبطل الضمان، فلو طلق الزوج قبل الدخول سقط نصف الصداق وبطل ضمانه وبقي نصفه وعلى الضامنين ضمانه.

فصل: وإذا أعطى المضمون عنه بالحق عبداً برىء، وبرىء الضامنان، فلورده المضمون له بعيب عاد حقه على المضمون عنه، ولم يعد إلى ضمان الضامنين، لأن الضمان قد ارتفع بالاستيفاء، فلم يعد إلا باستئناف عقد، ولكن لو بان العبد مستحقاً كان الضمان على حاله لأنه لم يسقط.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «قُلْتُ أَنَا وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفَيْلٌ ضَامِنٌ عَنِ صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ فَدَفَعَهَا أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنُصْفِهَا عَلَى صَاحِبِهِ وَإِنْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْأَلْفِ سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهَا الَّذِي عَلَيْهِ وَبَرَىءَ مِنْ ضَمَانِ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَى صَاحِبِهِ وَلَمْ يَبْرَأْ صَاحِبُهَا مِنْ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له على رجلين ألف درهم من بيع أو قرض، وكل واحد منهما ضامن لما على صاحبه بأمره، فلصاحب الحق أن يطالب كل واحد منهما بألف نصفها مما عليه في الأصل ونصفها مما ضمنه عن صاحبه.

وإذا كان كذلك فما هنا فصلان، فصل في الأداء، وفصل في الإبراء، فأما الأداء فإذا كان من أحدهما فلا يخلو من أن يؤدي جميع الألف، أو نصفها، فإن أدى جميع الألف برئاً جميعاً، وكان على المؤدي أن يرجع على صاحبه بنصف الألف، فإن أدى نصفها مثل أن يؤدي خمسمائة، فلا يخلو حاله في هذا الذي أداه من أربعة أحوال:

أحدها: أن يؤديها مما عليه من الأصل، دون ما ضمنه، فيبرأ مما عليه من الأصل وهو خمسمائة وبرأ صاحبه من ضمانها، وبقي عليه خمسمائة وهي التي ضمنها عن صاحبه فيصير على كل واحد منهما خمسمائة.

والحالة الثانية: أن يؤديها مما ضمنه دون ما عليه من الأصل فيبرأ من ضمان الخمسمائة التي على صاحبها وبرأ صاحبه منها ويرجع عليه بها ويبقى عليه خمسمائة التي عليه في الأصل، وعلى صاحبه ضمانها.

والحالة الثالثة: أن يؤديها من أصل ما عليه ومن ضمانه فيبرأ من خمسمائة نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه وله الرجوع بها ويبقى عليه خمسمائة نصفها من أصل ما

عليه ونصفها من ضمانه ويبقى على صاحبه خمسمائة نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه .

والحالة الرابعة: أن يؤديها مطلقة من غير أن ينوي بها أحد المالين ففيها لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنها تكون أداء من المالين نصفين نصفها من أصل ما عليه ونصفها من ضمانه لاستواء الحقين فوجب أن تكون عنهما نصفين .

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي الطبري ونص عليه في إفصاحه إنها تكون موقوفة على خياره ليجعلها أداء من أي المالين شاء من أصل ما عليه أو من ضمانه، لأن التعبير إليه قبل الأداء فكان إلى خياره بعد الأداء .

فصل: وأما الإبراء فله حالتان حالة يبرىء أحدهما من جميع الألف، وحالة يبرىء من نصفها، فإن أبرأه من جميع الألف برىء منها كلها، وبرىء صاحبه من خمسمائة التي ضمنها عنه لسقوطها بالإبراء، وبقي خمسمائة من أصل ما عليه لأن إبراء ضامنها لا يكون إبراء لمن عليه أصلها .

وإن أبرأه من خمسمائة لم يخل في هذه الخمسمائة التي أبرأه منها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يجعلها إبراء من أصل ما عليه، فيبرأ من خمسمائة من أصل ما عليه ويبرأ صاحبه من ضمانها، ويبقى عليه خمسمائة من ضمانه عن صاحبه .

والحالة الثانية: أن يبرئه مما ضمنه دون ما عليه، من الأصل، فيبقى عليه خمسمائة هي من أصل ما عليه، وعلى صاحبه ألف درهم، منها خمسمائة من أصل ما عليه، وخمسمائة من ضمانه عن صاحبه .

والحالة الثالثة: أن يجعلها إبراء من المالين، نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه فيبقى عليه خمسمائة منها مئتان وخمسون من أصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه، ويبقى على صاحبه سبعمائة وخمسون، خمسمائة منها من أصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه عن صاحبه، لأنه القدر الباقي عليه بعد الإبراء .

والحالة الرابعة: أن يبرئه من ذلك براءة مطلقة فيكون على ما ذكرنا من الوجهين، أحدهما يكون إبراء من المالين على قول ابن أبي هريرة فيكون على ما مضى، والثاني يكون مردوداً إلى خياره ليجعلها إبراء من أي المالين شاء على قول الطبري فإذا جعلها من أحد المالين جاز على ما مضى .

مسألة: قَالَ الْمَزْنِي: «وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْدًا وَقَبَضَهُ مِنْهُ بِالْفِ دَرَاهِمٍ وَكُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفَيْلٌ ضَامِنٌ لِدَلِّكَ عَلَى صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ قَضَى عَلَيْهِ وَعَلَى الْغَائِبِ بِذَلِكَ وَعَغْرِمَ الْحَاضِرُ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَرَجَعَ بِالنُّصْفِ عَلَى الْغَائِبِ (قَالَ الْمَزْنِيُّ) قُلْتُ أَنَا وَهَذَا مِمَّا يُجَامِعُنَا عَلَيْهِ مِنْ أَنْكَرِ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى على رجل حاضر، إنه باع عليه وعلى رجل غائب عبداً بألف درهم، وأقبضها إياه، وإن كل واحد منهما ضامن ما على صاحبه بأمره، فصار له على هذا الحاضر بشرائه وضمائه ألف درهم، فلا يخلو حال الحاضر المدعى عليه من أحد أمرين إما أن يقر، أو ينكر، فإن أقر بالدعوى لزمه دفع الألف إلى المدعي، فإذا قدم الغائب فلا رجوع له عليه بشيء إلا أن يقر بمثل ما أقر لأن إقراره لازم له وليس بلازم لغيره وإن أنكر وكان للمدعي بينة سمعت عليه وقضي بها، فإن ذكرت البينة في شهادتها الغائب باسمه ونسبه قضي على الحاضر بألف درهم من شرائه وضمائه، فإن لم تذكر الغائب باسمه، سمعت على الحاضر بالشراء، وهل تسمع عليه بالضمان أم لا؟ على وجهين من اختلافهم في معرفة المضمون عنه هل يكون شرطاً في صحة الضمان أم لا؟ فإن قيل إن معرفته شرط في صحة الضمان عنه لم تسمع البينة على الحاضر بالضمان وقضى عليه بخمسماية لشرائه دون ضمائه.

وإن قيل إن معرفته ليست بشرط، سمعت عليه، وقضى عليه بالألف لشرائه وضمائه فإذا قضينا بالألف كلها بالبينة المسموعة عليه، ثم قدم الغائب فأراد الحاضر أن يرجع عليه بالخمسماية التي قامت بها البينة، فإن اعترف له الضامن بذلك رجع عليه وإن أنكر نظر في الحاضر، حين أنكر، فإن كان أنكر الشراء أو الضمان وأكذب الدعوى، لم يكن له أن يرجع على الغائب بشيء، لأنه مكذب لبينته، معترف بأن المأخوذ منه ظلم وإن لم يكن أنكر الشراء والضمان ولا أكذب البينة وإنما دفع الدعوى بأن المدعي لا يستحق المطالبة بها، فله أن يرجع على الغائب بما دفع عنه، وتكون البينة حجة عليه للمدعي بألف، وحجة له على الغائب بخمسماية.

فأما المزني فإنه لما رأى أبا حنيفة يوافق على هذا مع امتناعه من القضاء على الغائب جعل ذلك منه قضاء على الغائب.

فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة وطائفة يذهبون إلى قول المزني إنه قضاء على الغائب وإن مذهب أبي حنيفة به منكسر، لأن فيها إلزام الشراء للغائب ليلزم الحاضر ضمائه.

وكانت طائفة أخرى من أصحابنا تمنع أن يكون هذا قضاء على الغائب والله أعلم بالصواب لأن ما قضي على الغائب أحلف المدعي مع بيئته والمدعي هاهنا لا يحلف فلم يكن ذلك قضاء على الغائب والله أعلم .

مسألة : قَالَ الْمَزْنِي : «وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ عَلَيْهِ لِرَجُلٍ فَدَفَعَهَا بِمَحْضَرِهِ ثُمَّ أَنْكَرَ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبْضَ شَيْئًا حَلَفَ وَبَرَىءَ وَقَضَى عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِدَفْعِ الأَلْفِ إِلَى الطَّالِبِ وَيَدْفَعُ الأَلْفَ إِلَى الضَّامِنِ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا بِأَمْرِهِ وَصَارَتْ لَهُ دَيْنًا عَلَيْهِ فَلَا يَذْهَبُ حَقُّهُ ظَلْمًا الطَّالِبِ لَهُ وَلَوْ أَنَّ الطَّالِبَ طَلَبَ الضَّامِنَ فَقَالَ لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ شَيْئًا قُضِيَ عَلَيْهِ بِدَفْعِهَا ثَانِيَةً وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الأَمِيرِ إِلَّا بِالأَلْفِ الَّتِي ضَمِنَهَا عَنْهُ لِأَنَّهُ يُقَرُّ أَنَّ الثَّانِيَةَ ظَلْمٌ مِنَ الطَّالِبِ لَهُ فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ» .

قال الماوردي : وصورتها في رجل ضمن عن رجل ألفاً بأمره ودفعها إلى المضمون له وأنكرها فلا يخلو حال الضامن في دفعه الألف إلى الطالب من أحد أمرين إما أن يشهد عليه بدفعها إليه أو لا يشهد عليه ، فإن أشهد عليه بدفعها إليه فلا يخلو حال من أشهده عليه ليكون بيّنة عند إنكاره من أربعة أحوال :

أحدها : أن تكون بيّنة كاملة العدد كاملة الصفة .

والثاني : أن تكون ناقصة العدد ناقصة الصفة .

والثالث : أن تكون كاملة العدد ناقصة الصفة .

والرابع : أن تكون ناقصة العدد كاملة الصفة .

فإن أشهد بيّنة كاملة العدد كاملة الصفة ، مثل أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين فله الرجوع بالألف سواء بقي الشهود على حالهم أو ماتوا ، أو فسقوا ، لأن حدوث الموت والفسق ممّا لا يمكن الاحتراز منه ، وهل يراعى فيمن أشهده العدالة الظاهرة كشهود النكاح ، أو تراعى فيهم العدالة الظاهرة والباطنة كشهود القاضي إذا أراد إنفاذ الحكم بشهادتهم .

على وجهين : أحدهما إنه تراعى فيهم العدالة الظاهرة كالنكاح ، لأن العدالة الباطنة يتعزز الوصول إليها .

والوجه الثاني : إن المراعى فيمن يشهد العدالة الباطنة كشهود الحاكم لأن المقصود بها إثبات الشهادة عند الحاكم .

فعلى هذا إن شهد عدلين في الظاهر فاسقين في الباطن لم يرجع، فكان مفرطاً، وإن كان من أشهده ناقص العدد ناقص الصفة مثل أن يشهد شاهداً واحداً. . عبداً أو فاسقاً فهذا كمن لم يشهد، لأن المقصود بالشهادة إثبات الحق بها عند التنازع، وهذه شهادة لا يثبت بها حق، فكان وجودها كعدمها، وإن كان من أشهد، كامل العدد ناقص الصفة مثل أن يشهد شاهدين عبيدين أو فاسقين فليست هذه بيّنة، وهي كمن لم يشهد، لأن الحق لا يثبت بها عند التنازع، فلو أعتق العبدان أو عدل الفاسقان بعد إشهدهما فإن ثبت الحق بشهادتهما رجع به، وإن لم يثبت كموتهما قبل أداء الشهادة فلا رجوع به له لتفريطه في الابتداء حين أشهدهما. وإن كان من أشهده ناقص العدد كامل الصفة مثل أن يشهد شاهداً واحداً عدلاً، فإن اقتصر على إشهده ولم يرد أن يحلف معه، فليست هذه بيّنة ويكون حكمه حكم من لم يشهد، وإن اقتصر على إشهده ليحلف معه فعلى وجهين: -

أحدهما: أنها بيّنة، وله الرجوع لأن الشاهد واليمين بيّنة كالشاهدين.

والوجه الثاني: أنه يكون مفرطاً بمثابة من لم يشهد، لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين إذا ثبت ما وصفنا وأشهد من لا يكون مفرطاً بإشهده على ما بيّنا، فلا يخلو أن يثبت بهم البيّنة على المنكر للقبض أم لا، فإن ثبتت البيّنة عليه بشهادتهم، حكم عليه باستيفاء حقه، وبرىء منه الضامن والمضمون عنه، وكان للضامن أن يرجع بما آداه، وإن لم تقم البيّنة لموتهم أو حدوث فسقهم أو بُعِدَ غيبتهم، فالقول قول المضمون له المنكر مع يمينه، إنه لم يقبض حقه من الضامن، ثم هو على حقه من مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه، فإن رجع على المضمون عنه فأخذ حقه منه برىء الضامن والمضمون عنه معاً، وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما آداه لأنه لم يكن منه تفريط فيصير المضمون عنه غارماً لألفين ألفاً منها أداء إلى المضمون له، وألفاً غرمها للضامن بأدائها عنه، وإن رجع المضمون له حين حلف على الضامن كان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بالألف الأولى دون الثانية، لأنه بالثانية مظلوم فلا يرجع بها على غير من ظلمه، فهذا حكم الضامن إذا أشهد فيما دفع والله أعلم.

فصل: فأما إذا لم يشهد الضامن فيما دفع على المضمون له فلا يخلو حاله حين دفعها من أن يكون المضمون عنه حاضرّاً عند دفعها أو غائباً، فإن كان المضمون عنه غائباً لم يكن للضامن أن يرجع عليه بشيء، سواء صدّقه أو كذّبه لأنه إن كذبه لم يقبل قوله عليه، وإن صدّقه فقد فرط حين لم يشهد عليه ويكون المضمون له إذا حلف على حقه من مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه فإن طالب المضمون عنه وأغرمه برىء وبرىء الضامن معه ولم يكن للضامن أن يرجع بما كان دفع لأنه مفرط بدفعه حين لم يشهد، وإن أغرم الضامن

برىء وبريء المضمون عنه وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه بشيء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يرجع بشيء لأن الألف الأولى لم يقع بها الإبراء والألف الثانية هو مظلوم بها.

والوجه الثاني: له الرجوع بأحد الألفين لأنه قد أسقطها من ذمة المضمون عنه بالأداء فعلى هذا بأي الألفين يرجع؟ على وجهين: أحدهما يرجع بالألف الأولى لأن الإبراء في الباطن كان بها، والثاني يرجع بالألف الثانية لأن المطالبة سقطت بها.

فأما إذا كان المضمون عنه حاضراً عند دفعها إلى المضمون له فمذهب الشافعي أن للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما آداه بمحضره، لأن الاستيثاق بالإشهاد إذا حضر المضمون عنه إليه، دون الضامن، فلما لم يشهد صار هو التارك بحقه من الوثيقة دون الضامن، ثم للمضمون له إذا حلف أن يرجع بحقه على من شاء من المضمون عنه أو الضامن، فإن رجع به على المضمون عنه فأخذ منه ألفاً كان للضامن أن يرجع عليه فيغرمه ألفاً، وإن رجع على الضامن فأغرمه ألفاً ثانية كان للضامن أن يرجع بالألف الأولى دون الثانية، ومن أصحابنا من قال إن حضور المضمون عنه الدفع لا يسقط عن الضامن حق الوثيقة بالإشهاد، لأنه أمره أن يدفع دفعاً مبرئاً، فصار ذلك مقروناً بالإشهاد فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو لم يحضر المضمون عنه الدفع فإن رجع المضمون له على المضمون عنه لم يرجع الضامن عليه بشيء وإن رجع على الضامن فهل للضامن أن يرجع بإحدى الألفين أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قَضَى بِهِ لَهُ عَلَى آخِرٍ أَوْ مَا شَهِدَ بِهِ فَلَانَ عَلَيْهِ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) لَا يَجُوزُ هَذَا وَهَذِهِ مُخَاطَرَةٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً، ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً ولا الإبراء منه وقال أبو حنيفة يصح ضمان المجهول، والإبراء منه والهبة له استدلالاً بأن ضمان الدرك لما جاز اتفاقاً مع جهالته في استحقاق كل المبيع أو بعضه دل على جواز ضمان المجهول به حجاجاً وكذلك ما لم يجب.

ودليلنا أن كل جهالة تبطل بها الأثمان، فإنه يبطل بها الضمان، قياساً على جهالة الجنس، ولأن كل ما لم يثبت في الذمة بجهالة جنسه لم يثبت فيها لجهالة قدره كالأثمان، ولأن الضمان وثيقة فلم يجب إلا في معلوم، كالرهن ولأنه ضمان مال مجهول فوجب أن

يكون باطلاً، قياساً عليه إذا قال ضمنت بعض مالك على فلان، فأما الدرك فهو ضمان واجب معلوم، لأنه يوجب ضمان الحق والحق معلوم، وإنما يختلف ما يستحق في الثاني من كل المبيع أو بعضه.

فصل: فأما إذا قال قد ضمنت لك ما تداين به فلاناً، أو ما تباع به فلاناً من درهم إلى مائة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز تخريباً من تجويزه ضمان نفقة الزوجات على قول في القديم لما في ذلك من الرفق بالناس.

والوجه الثاني: وهو أصح إنه ضمان باطل، لأنه ضمان ما لم يجب ولا يصح تخريبه من ضمان نفقة الزوجات لأنه في القديم كان يرى وجوبها بالعقد فصار ضمان ما قد وجب، وهذا ضمان ما لم يجب.

فصل: فأما إذا قال هذا وكيلي وعليّ ضمان كل ما تعطيه أو تباعه، صح ولزمه ضمان كل ما قامت به البيّنة في مباحته وعطائه، وليس لزوم هذا من جهة الضمان فيبطل بالجهالة لكن لما جعله وكيله صارت يده كيده فلو ادعى المضمون له من المبايعة والعطاء ما اعترف به الوكيل وأنكره الموكل الضامن ولم يقدّم له بيّنة ففيه وجهان، أحدهما: لا يصدق في دعواه حتى تقوم له بيّنة.

والوجه الثاني: يقبل قول وكيله عليه لأنه أمين عليه قد أقامه مقام نفسه.

وأما إذا قال له: أقرض زيداً ألف درهم وعليّ ضمانها ففيه وجهان،

أحدهما: باطل لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

والوجه الثاني: إنه جائز لأنه ضمان مقترن بالقرض فصح اجتماعهما.

فصل: فأما إذا قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل، فضمن ضامن نقصها في الوزن، أو في الصفة، صح وجرى هذا مجرى ضمان الدرك، وخرج من باب ضمان المجهول وما لم يجب.

وإذا صح أن ضمان ذلك جائز، فلا يخلو حال الضمان من أربعة أحوال،

أحدها: أن يضمن له نقص الوزن فعليه ضمانه فلو ادعى القابض أنها نقصت عليه مائة درهم، فإن صدقه الدافع والضامن، كان بالخيار في الرجوع على من شاء من الدافع أو الضامن، وإن كذبه جميعاً كان قوله مقبولاً على الدافع مع يمينه، لأن الأصل بقاء دينه ما لم يقر بقبضه، فإذا حلف استحق الرجوع عليه بالنقص وهل يقبل قوله على الضامن حتى

يستحق الرجوع عليه بالنقص أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل عليه مع يمينه كما قبل قوله على الدافع، ويكون بالخيار في الرجوع بالنقص على أيهما شاء.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن قوله على الضامن غير مقبول، وليس له أن يرجع عليه بالنقص إلا أن يصدقه، والفرق بينه وبين الدافع هو أن الدين كان ثابتاً في ذمة الدافع ولم يكن ثابتاً في ذمة الضامن فلذلك قبل قوله على الدافع، ولم يقبل قوله على الضامن.

فعلى الوجه الأول إذا رجع القابض على الضامن بالنقص فليس للضامن أن يرجع على الدافع، وإن كان ضمانه بأمره لأنه بإكذاب القابض مقرأ بأنه مظلوم بها، فلم يكن له أن يرجع بها على غير من ظلمه.

ولكن إن أكذبه الدافع وصدقه الضامن كان له أن يرجع على كل واحد منهما، لأن قوله على الدافع مقبول والضامن قد صدقه، فإن رجع على الضامن لم يكن للضامن أن يرجع على الدافع أيضاً، لإنكار الدافع والفرق بين أن يقبل قول القابض على الدافع ولا يقبل عليه قول الضامن، أنه بريء الذمة في حق الضامن، فلم يقبل قوله عليه، ومرتهن الذمة بحق القابض فقبل قوله عليه، فهذا إذا ضمن له نقص الوزن.

والحال الثانية: أن يضمن له نقص الصفة وهو أن يُبدل له منها ما كان رديئاً فيها فإذا رَدَّ منها شيئاً ذكر أنه كان فيها فإن صدقه الدافع والضامن كان بالخيار في أن يبدلها ممن شاء من الدافع والضامن فإن أراد أن يأخذ بدلها من الدافع كان للدافع أن يمتنع من دفع البدل إلا بعد استرجاع الرَدِّ المبدل وإن أراد أخذ بدلها من الضامن لم يكن للضامن أن يمتنع من دفع البدل ليسترجع الرد المبدل لأنه لا يملكه والدافع يملكه، وقيل للضامن لك أن تفسخ القضاء في القدر المردود وتدفع إليه بوزنه جيداً ويكون الرُدُّ مع القابض ليتولى رده على الدافع.

فإن قبض الضامن الرديء كان مضموناً عليه لأنه قبض مال غيره من غير إذن، وصار يقبضه متعدياً إلا أن يأذن له الدافع في استرجاعه إذناً صريحاً فلا يضمن.

فلو أحضر القابض رديئاً زعم أنها كانت في الدراهم فكذَّبه الدافع والضامن معاً فإن كان ردها عيباً لا يخرجها من جنس الدراهم كالعق والصفة الجنسية لم يقبل قول القابض على واحد منهما وإن كان ردها يخرجها من جنس الدراهم كالزائفة والصفير المطلي فقول القابض مقبول على الدافع كما لو ادعى نقص الوزن، وهل يقبل على الضامن أم لا؟ على ما

ذكرنا من الوجهين والفرق بينهما أن المعيب إذا كان من جنس الفضة جاز أن يكون قبضاً من الفضة فصار بقبضه مستوفياً فلم يقبل قوله في ادعاء الرد، لأنه يصير مبتدئاً لإثبات حق وليس كذلك إذا كان المعيب من غير جنس الفضة لأنه يجوز أن يكون قبضاً من الفضة فكان حقه ثابتاً لا يسقط بقبضه، فلم يصير بادعاء الرد مبتدئاً بإثبات حق فهذا فرق بينهما.

ولو صدقه الضامن وكذبه الدافع، كان له أن يرجع بدلها على الضامن وللضامن هاهنا أن يمتنع من دفع المبدل إلا باسترجاع الردّ بخلاف ما ذكرنا إذا صدقه، لأن الضامن مع تكذيب الدافع لا يقدر أن يرجع عليه بالمبدل، فكان له استرجاع الرد ليتوصل بها إلى بعض حقه فهذا الحكم فيه إذا ضمن نقص الصفة.

والحالة الثالثة: أن يضمن له نقص الوزن، ونقص الصفة، فيصير ضامناً لهما ويكون الحكم فيه كما لو ضمن كل واحد منهما على انفراده، فيجتمع الحكمان على ما ذكرناه.

والحالة الرابعة: أن يضمن له نقص الدراهم من غير أن يذكر نقص الوزن، أو نقص الصفة، فيكون ضامناً لنقص الوزن لا يختلف، وهل يضمن نقص الصفة؟ على وجهين حكاهما ابن سريج.

أحدهما: يضمن لإطلاق النقص على الأمرين.

والوجه الثاني: لا يضمن لأن عرف الناس في مثله خارج عن نقص الوزن دون الصفة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ضَمِنَ ذَيْنَ مَيْتٍ بَعْدَ مَا يَعْرِفُهُ وَيَعْرِفُ لِمَنْ هُوَ فَالضَّمَانُ لَأَزِمَ تَرَكَ الْمَيْتَ شَيْئاً أَوْ لَمْ يَتْرُكْهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا كان على الميت دين لم يسقط بموته سواء مات موسراً أو معسراً، ويصح ضمانه عنه بعد موته سواء ترك وفاء أو لم يترك وقال أبو حنيفة إذا مات معسراً سقط عنه دينه ولم يصح ضمانه عنه استدلالاً بأن الحقوق تثبت في أحد محلين إما في ذمة أو عين والميت لا ذمة له فيثبت الدين فيها والمعسر ليس له عين مال يتعلق الحق بها فثبت إن دين الميت إذا كان معسراً ساقط لعدم محل يتعلق به ودليلنا عليه من وجهين:

أحدهما: أن دين الميت لا يسقط بإعساره.

والثاني: جواز ضمان دينه مع إعساره، فأما الدليل على أن دين الميت لا يسقط بإعساره قوله ﷺ: «نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ» فكان على عموميه ولأن من أخذت ديونه من ماله لم تسقط عنه بإعساره كالحي، ولأن من لزمه الدين إذا كان حياً لزمه إذا كان ميتاً كالموسر، ولأن موت المعسر مؤثر في تأخير الحق، فلم يمنع من ثبوته كإعسار الحي، لأن براءة المضمون عنه براءة للضامن، ثم ثبت أن رجلاً لو ضمن عن رجل مالاً ثم

مات المضمون عنه معسراً لم يبرأ الضامن، فدل على أن الحق لازم . . للمضمون عنه لم يسقط عنه بموته معسراً .

وأما الدليل على أن ضمان دين الميت جائز مع إعساره فما روينا عن علي وأبي قتادة أنهما ضمنا دين ميتين امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة علي جنازتهما لأنهما لم يتركا وفاء، ولو تركا وفاء لم يمتنع من الصلاة عليهما بل قد كان الذي ضمن علي رضي الله عنه . رجل من أهل الصُّفَّة فلو كان الدين يسقط عنه بالموت لم يمتنع من الصلاة عليه، ولأخبر بإبطال الضمان عنهما ولأن كل من صح ضمان دينه مع يساره صح ضمان دينه مع إعساره كالحي، ولأن كل من صح ضمان دينه إذا كان حياً صح ضمان دينه إذا كان ميتاً، كالموسر، ولأن كل ما لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الحي لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الميت، أصله وجود عين المال المضمون، لمَّا لم يكن شرطاً لم يكن اليسار به شرطاً .

فأما الجواب عن استدلالهم بأنه لم يبق للدين الميت المعسر محل، فهو أنه استدلال يدفع إجماع أنهم أجمعوا أن الميت يلقي الله تعالى يوم يلقاه بوجوب الدين عليه ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضاً به، ولو كان قد سقط لما استحق ذلك عليه، وإذا كان الإجماع على هذا حاصلاً كان ما استدل به فاسداً .

فصل: لا يخلو حال الدين المضمون من أحد أمرين، إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً، فإن كان حالاً جاز أن يضمه الضامن حالاً، وجاز أن يضمه مؤجلاً فلا يستحق مطالبة الضامن إلا عند حلول الأجل الذي ضمنه إليه لأنه لم يدخل في الضمان إلا باشتراط الأجل ويطالب به المضمون عنه حالاً وهذا بخلاف الحوالة التي لا يجوز أن تقع مؤجلة في حال، ولا حالة في مؤجل لأن الحوالة توجب تحول الحق على مثل صفته، والضمان وثيقة بالحق على ما عقد به .

وإن كان الدين مؤجلاً جاز أن يضمه الضامن إلى أجله وجاز أن يضمه حالاً، ولا يجبر الضامن على التعجيل وإن كان مشروطاً في ضمانه وقال أبو العباس بن سريج يؤخذ الضامن بتعجيل ما ضمنه لأجل شرطه وهذا غلط لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه فلما لم يلزم المضمون عنه تعجيل الدين المؤجل إن ألزمه نفسه فالضامن أولى ألا يلزمه، وإذا كان كذلك قيل للضامن الأولى لك أن تعجل ما ضمنته . لتفي بشرطك، فإذا أبيت إلا الأجل المستحق لم تجبر عليه، ويكون اشتراطك التعجيل زيادة تطوع منك لا تلزمك إلا بالقبض .

فلو أطلق الضامن تعجيل ما ضمنه أو تأجيله لزمه الضمان على صفة الدين في الحلول

والأجل، فإن كان الدين حالاً لزمه ضمانه حالاً وإن كان مؤجلاً لزمه ضمانه مؤجلاً. فلو كان الدين مؤجلاً فضمنه إلى أجله أو أطلق فلزمه الضمان إلى أجله ثم مات من عليه الأجل حلّ دينه بموته، لأن الديون المؤجلة تحل بالموت عند كافة الفقهاء إلا طاووس والزهرري لما نذكره في موضعه.

وإذا حلّ الدين على المضمون عنه بموته كان على الضامن إلى أجله لا يحل عليه بحلوله على المضمون عنه، وللمضمون له مطالبة الضامن عند حلول أجله ومطالبة ورثة المضمون عنه حالاً من تركته فلو مات الضامن حلّ ما عليه وكان للمضمون له أن يتعجل أخذه من تركته وهو على المضمون عنه إلى أجله فلو تعجل المضمون له ذلك من تركته الضامن، لم يكن لورثته أن يرجعوا به على المضمون عنه إلا عند حلول الأجل، لأن إذنه في الضمان إنما كان على شرط ألا يرجع به إلا عند حلول الأجل.

فصل: لا يخلو حال الأجل التي انعقد الضمان إليها من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تعين وقتها ولم يختلف، كشهور الأهلة والسنين الهلالية فالضمان إليها جائز، وكذلك تأجيل الأثمان إليها.

والقسم الثاني: ما عرفت جملتها ولم يتعين وقتها، كالنيروز والمهرجان وفصح النصارى فتأجيل الأثمان إليه لا يجوز.

وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان، حكاهما ابن سريج.

والقسم الثالث: ما جهل وقتها ولم يعرف جملتها كمجيء المطر وهجوم البرد وخروج الحاج وقدم الغزاة، فلا يصح أن يكون هذا كله أجلاً في الأثمان ولا في الضمان، فإن شرط في الأثمان بطل العقد وإن شرط في الضمان ففي بطلانه قولان مبنيان على اختلاف قوله في الضمان إذا شرط فيه خيار الثلاث بطل الخيار وفي بطلان الضمان قولان.

وأما الأجل إلى الحصاد والديّاس والجزاز فضربان:

أحدهما: أن يراد به فعل الأدميين له فباطل لا يجوز أن يكون أجلاً في الأثمان ولا في الضمان، كالعطاء وخروج الحاج.

والضرب الثاني: أن يراد زمانه الذي يصلح فيه قال أبو العباس فهذا من القسم الذي عُرِفَتْ جملته ولم يتعين وقته ولا يصح تأجيل الأثمان إليه وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا تَجُوزُ كِفَالَةُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ بِالتَّجَارَةِ لِأَنَّ هَذَا اسْتِهْلَاكٌ».

قال الماوردي: اعلم أن ضمان العبد والضمان عنه ينقسم إلى خمسة فصول، فالفصل الأول وهو مسألة الكتاب أن يضمن العبد عن رجل أجنبي مאלاً لرجل أجنبي، فلا يخلو حال العبد من أن يكون مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له في التجارة.

فإن كان غير مأذون له فلا يخلو ضمانه من أن يكون بإذن سيده أو بغير إذنه فإن ضمن بإذن سيده صح ضمانه، وكان في ذمته يؤديه بعد عتقه - وقال أبو علي الطبري في إفساحه إن ضمانه إذا كان عن إذن السيد في كسبه كما لو أذن له السيد في التزويج كان المهر والنفقة في كسبه وهذا غير صحيح لأن إذن السيد له بالضمان إنما هو إذن بالمعاملة فصار كما لو أذن له بالمبايعه، ثم لو ابتاع العبد مאלاً بإذن سيده كان الثمن في ذمته دون كسبه، وإن كان عن إذن سيده فكذا الضمان وليس كذلك إذنه بالتزويج، لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة فيتعلق ذلك بالكسب.

وإن كان ضمان العبد بغير إذن سيده ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: هو محكي عن ابن سريج وأبي سعيد الأصبخري أن ضمانه باطل لأن الضمان عقد فبطل بغير إذن السيد كالبيع.

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة أن ضمانه صحيح، ويتعلق الضمان بذمته يؤديه بعد عتقه وجهاً واحداً لأن إذن السيد يعتبر فيما يلحقه ضرر فيه، وما تعلق بذمته من الضمان لا يدخل على السيد فيه ضرر فجاز.

فصل: وإذا كان العبد مأذوناً له في التجارة فلا يخلو أن يضمن في ذمته أو في مال التجارة فإن ضمن في ذمته كان على ما مضى إن كان بإذن السيد صح، وإن كان بغير إذنه فعلى وجهين:

وإن ضمن في مال التجارة فلا يخلو أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه فإن كان بغير إذنه ف ضمانه باطل لا يختلف، لأن ما بيده مرصد للربح والزيادة وهذا استهلاك.

وإن ضمن في مال التجارة بإذن سيده فلا يخلو أن يكون عليه دين فيما بيده أو لا دين عليه فإن لم يكن عليه دين صح ضمانه، ويؤدي ما بيده فيه فإن وُفي ب ضمانه، وإلا كان الباقي منه في المستقبل من كسبه، فإن لم يكتسب حتى عتق أداه بعد عتقه.

فإن قيل فالحر إن ضمن مאלاً عينه بيده ما حكمه؟ قلنا يكون الضمان باطلاً لأن الضمان

من شرط صحته أن يكون ثابتاً في محل يؤمن تلفه والفرق بينه وبين العبد أن التعيين فيما بيد العبد إنما يصرف إلى الأداء دون الضمان، لأن الضمان متعلق بذمته فصح والتعيين في الحر انصرف إلى الضمان فبطل. وإن كان على العبد دين فيما بيده من مال التجارة فهل يصير العبد محجوراً عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه أم لا؟ على قولين: حكاهما ابن سريج.

أحدهما: لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيدته لكون ذلك على ملكه وهو في حق من سوى السيد كالحر يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس فعلى هذا يصح ضمانه ولو كان السيد أذن له في هبة المال صحت هبته، لأن إذن السيد يدفع حجره وليس عليه لمن سواه حجر.

والقول الثاني: أن العبد محجور عليه فيما بيده بدين غرمائه كما كان محجوراً عليه في حق سيده لأن العبد يعامل بما في يده لضعف ذمته، بخلاف الحجر وليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه، بهبة ولا غيرها، وإن كان عن إذن سيده فعلى هذا في ضمانه وجهان.

أحدهما: باطل لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها.

والوجه الثاني: أن ضمانه جائز لأن الضمان لا يتعين في المال وإنما يتعين فيه الأداء فعلى هذا فيه وجهان.

أحدهما: أنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان، وفيما فضل بعد ذلك من المال الذي كان بيده قبل الضمان.

والوجه الثاني: أنه يكون في ذمته يؤديه بعد عتقه.

فصل: والفصل الثاني هو أن يضمن العبد مالاً عن سيده لأجنبي، فيصح ضمانه إذا كان بأمر سيده لأن العبد قد يلزمه دينه كالحر، فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان عنه لأن الضمان عقد لا يصح مع الإيجاب فإذا أدى العبد عن سيده مال ضمانه في حال رقه لم يستحق على سيده الرجوع به، لأن ما بيد العبد ملك لسيدته فلم يصح أن يجب له في ذمة سيده مال، وإن أداه عن السيد بعد عتقه ففي رجوعه بذلك على سيده وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس له الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه، لأنه أداه في حال يصح أن يثبت له في ذمة سيده دين.

والوجه الثاني: قاله أبو حامد المروزي في جامعه لا رجوع له بذلك على سيده لأنه قد

كان ضمنه عنه في حال لا يثبت له حق في ذمة سيده، فاعتبر أبو حامد حال الضمان وأبو العباس حال الأداء.

فصل: والفصل الثالث هو أن يضمن العبد مالا لسيده عن أجنبي، فمذهب الشافعي أن ضمانه باطل لأن السيد لا يثبت له على عبده مال وقال أبو العباس ضمانه لسيده جائز لأن السيد إنما لا يصح أن يثبت له في رقبة عبده مال، لأنه يملك الرقبة، ويصح أن يثبت له في ذمته مال لأنه لا يملك الذمة ثم لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه فإن كان أبو العباس يقول في مبايعة السيد لعبده مثل ما يقول في الضمان، فقد جرى على القياس وكان لقوله وجه وإن كان يمنع من مبايعته، فقد ناقض وفسد مذهبه، ولست أعرف عنه في البيع نصاً إلا ما حكي عنه، من تجويزه بيع السيد عبده على نفسه، فيصير العبد باتباع نفسه حراً، ويؤدي عن نفسه بعد عتقه، ومنع غيره من أصحابنا من بيع السيد عبده على نفسه كما لا يجوز أن يبيع عليه غير نفسه فيحتمل أن يكون أبو العباس ترك القياس وتخيراً الأمرين ويحتمل أن يفرق بينهما بأن يبيع نفسه عليه مُفْضِي إلى عتقه فجاز، ويبيع غير نفسه عليه لا بفضي إلى عتقه فلم يجز لفقد مزية العتق.

فصل: والفصل الرابع وهو أن يضمن السيد عن عبده مالا لأجنبي فيجوز ضمانه عنه لأن العبد قد يلزمه الدين كما لزم الحر والعبد لا يلزمه دين عبده فجاز أن يلتزمه بضمانه فإن آداه السيد عن عبده قبل عتقه لم يرجع به عليه وإن آداه بعد عتقه فعلى وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس يرجع به اعتباراً بحال الأداء.

والثاني: وهو قول أبي حامد لا يرجع عليه اعتباراً بوقت الضمان.

فصل: والفصل الخامس أن يضمن السيد لعبده مالا على أجنبي فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين إما أن يكون عليه دين من تجارة، مأذوناً فيها أم لا، فإن لم يكن عليه دين فالضمان باطل، لأن مال العبد لسيده فصار ضمان السيد لعبده كضمانه لنفسه فبطل.

وإن كان على العبد دين ففي ضمان السيد له وجهان، من اختلاف قوليه في غرماء العبد هل يستحقون حجراً عليه بديونهم أم لا فإن قيل لا حجر لهم عليه فضمن السيد له باطل وإن قيل لهم حجراً عليه فضمن السيد له جائز.

فإن قضى العبد دينه برىء السيد من ضمانه إلا أن يقضيه العبد بعد عتقه فلا يبرأ السيد من ضمانه وعليه أداء ذلك إلى العبد بعد عتقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَكَذَلِكَ ضَمَانُ الْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ».

قال الماوردي : وهذا كما قال المدبر وأم الولد في عقديهما كالعبد لاشتراكهما في الرق فضمامتهما والضمان عنهما على ما ذكرنا من العبد في ضمانه والضمان عنه ، فأما ضمان المكاتب فضربان :

أحدهما : أن يضمن في ذمته فضمامه جائز بإذن السيد وبغير إذنه لأن المكاتب أملك لذمته من العبد .

والثاني : أن يضمن فيما بيده فإن كان بغير إذن سيده . فضمامه باطل وإن كان بإذنه فعلى قولين أحدهما أنه جائز كالعبد ، والثاني لا يجوز لأن حق السيد في مال المكاتب لأجل كتابته فلم يكن إذنه في غير الكتابة مؤثراً .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ مُكَاتِبٍ أَوْ مَالًا فِي يَدَيَّ وَصِيٍّ أَوْ مُقَارِضٍ وَضَمِنَ ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ فَالضَّمَانُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلٌ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح قد ذكرنا أن الضمان لا يصح إلا لما كان مضموناً في الذمة فأما ما على المكاتب من مال الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه ليس بلازم للمكاتب لأن له تعجيز نفسه وإسقاط مال الكتابة فإذا كان الأصل غير لازم فضمامه أولى أن يكون غير لازم ، وكذا الأموال التي في يد من لا يضمنها كمال الشرك والمضاربة والوديعة وما في يد الأوصياء والأمناء لا يصح ضمانه لأنه غير مضمون على الذي هو في يده إلا أن يضمنوه بالاستهلاك فيستقر ضمان بدله في ذمهم فيجوز حينئذ ضمانه عنهم .

فأما الأعيان المضمونة كالمنصوب والعواري فيصح ضمان بدلها بعد استهلاكها فأما ضمان أعيانها مع بقائها فلا يصح على مذهب الشافعي وجوزه ابن سريج وقد تقدم الكلام معه .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَضَمَانُ الْمَرْأَةِ كَالرَّجُلِ» .

قال الماوردي : وهذا صحيح لأن الضمان عقد وثيقة فيصح من المرأة كالرهن ولأنه يوجب ثبوت مال في الذمة كالبيع ويجوز ضمان المرأة بإذن زوجها وبغير إذنه ، وأن تضمن المرأة لزوجها والزوج لامرأته والأب لابنه والابن لأبيه كما يصح بين الأجنيين والله أعلم .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَلَا يَجُوزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ وَلَا مَجْنُونٌ وَلَا مُبْرَسَمٌ يَهْدِي وَلَا مُعْمَى عَلَيْهِ وَلَا أَخْرَسَ لَا يَعْقِلُ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ الْإِشَارَةَ وَالْكِتَابَ فَضَمِنَ لَزِمَهُ» .

قال الماوردي: وهذا كما قال: ضمان الصبي والمجنون لا يصح لارتفاع القلم عنهما وكذلك المبرسم والمغمى عليه لا يصح ضمانهما لزوال عقلهما فإن قيل فلم قال المزني ولا مبرسم يهذي؟؟ أيكون الهذيان شرط في بطلان ضمانه؟ قلنا لا اعتبار بالهذيان فمتى كان المبرسم ذابل العقل بطل ضمانه وسائر عقودهم سواء كان يهذي أم لا، ولأصحابنا عن قوله يهذي جوابان أحدهما: أنها زيادة ذكرها المزني لغواً والجواب الثاني أن لها فائدة، وذلك أن المبرسم يهذي في أول برسامه مع قوة جنسه فإذا تطاول به أضعف جسمه فلم يهذي، فأبطل ضمانه (في الحال التي يهذي فيها لينبه على بطلان ضمانه) في الحالة التي هي أغلظ منها وهي الحالة التي لا يهذي فيها. فأما الأخرس فإن كان لا يعقل الإشارة بطل ضمانه وسائر عقودهم، وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فضمن بكتابتهم وإشارتهم (صح وكذلك سائر عقودهم وإن ضمن بإشارتهم دون كتابتهم) صح ضمانه لأن بالإشارة أقيمت فيه مقام نطقه. وإن . . ضمن بكتابتهم دون إشارتهم لم يصح ضمانه لأن مجرد الكتابة لم يقيم فيه مقام النطق لاحتمالها حتى تنضم إليه الإشارة فيزول إليه احتمالها والله أعلم.

فصل: فأما المريض فضمانه معتبر من ثلث ماله لأنه تطوع، فإن كان عليه دين يحيط بتركته بطل ضمانه وإن لم يكن عليه دين وكان قدر ضمانه خارجاً من ثلثه صح ضمانه وإن كان بعض ما ضمنه خارجاً من ثلثه صح من ضمانه قدر ما احتمله الثلث، وبطل منه ما لم يحتمله الثلث، فلو ضمن مالا في مرضه ثم أقر بعد ضمانه بدين يحيط بتركته فإن الدين الذي أقر به أحق بما نزل من الضمان لأن الدين واجب والضمان تطوع، ولا يؤثر تأخير الإقرار بالدين لأنه واجب تقدم الإقرار أو تأخر، فلو ضمن مالا للورثة بطل الضمان وإن احتمله الثلث لأن ضمانه وصية لا تصح لو ارث فلو ضمن في مرضه مالا وأداه في مرضه ومات ولا مال له سواء للورثة أن يرجعوا بجميع المال إن كان المضمون له وارثاً وبثليته إن كان المضمون له أجنبياً.

فصل: فأما المحجور عليه بالسفه فضمانه باطل لبطلان عقودهم وأما المحجور عليه بالفلس فضمانه صحيح على القولين معاً ولا يشارك المضمون له الغرماء لأن ما استحقه بالضمان مستحدث بعد الحجر ويكون مال الضمان فيما يستفيده بعد فك الحجر.

فصل: فأما السكران فإن كان سكره من غير معصية فضمانه باطل كالمغمى عليه وإن كان سكره عن معصية فضمانه جائز كطلاقه ويجيء تخريج قول آخر من القديم إن ضمانه باطل إذا قيل على القديم إن طلاقه غير واقع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ: «وَضَعَفَ الشَّافِعِيُّ كَفَالَةَ الْوَجْهِ فِي مَوْضِعٍ وَأَجَازَهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِلَّا فِي الْحُدُودِ».

قال الماوردي: ولما مضى ضمان الأموال عقبه المزني بكفالة الأبدان فإذا تكفل رجل بنفس رجل ولم يكن على المكفول مطالبة بحق فالكفالة باطلة وإن كان عليه ما يستحق المطالبة به فقد نص الشافعي في ثلاثة كتب على جوازها نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى وفي كتاب الإقرار والمواهب.

وفي كتاب الدعوى والبيانات بعد أن نص على جوازها غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة وقال في موضع آخر ولا يكفل رجل في حد ولا لعان فاختلف أصحابنا في مذهب الشافعي رحمه الله.

لاختلاف ما حكينا عنه فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وأبو حامد المروزي يقولون الكفالة في الحدود باطلة وفي الأموال على قولين:

أحدهما: جائزة وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والفقهاء السبعة بالمدينة ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦] والموثق الكفيل فامتنع يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به وروي أن العباس بن عبد المطلب تكفل بأبي سفيان بن حرب عام الفتح لرسول الله ﷺ وروي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخذ من عبد الله بن عمر كفيلاً بنفسه حين توقف عن بيعته.

فكفلت به أم كلثوم بنت علي لأنها كانت زوجة عمر وقيل بل كفلت به أخته حفصة وروي إن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود فقال إني مررت بعبد الله بن نواحة وهو يؤذن فسمعته يقول أشهد أن مسيلمة رسول الله فكذبت سمعي ووقفت حتى سمعت أهل المسجد يضحجون به فبعث ابن مسعود إلى ابن النواحة فدعاه وأصحابه فقال ما صنعت بالقرآن الذي كنت تتلوه قال كنت أتقيكم به فأمر بضرب عنقه واستشار الصحابة في أصحابه فقالوا يستتابون، ويكفلون، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عن عشاثرهم فدل على أن إجماع الصحابة منعقد بجواز الكفالة.

ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة جاز ضمان ذي الذمة، إذ لا فرق بين ضمان الحق وبين ضمان من عليه الحق، ولأن الكفالة كالإجارة ولأن كل واحد منهما عقد على عين، لاستيفاء الحق منها فلما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة ولأن ضمان الأموال إنما كان

لما فيه من الرفق والتوسعة فكذا كفالة النفوس لما فيها من الرفق والتوسعة وهو أن يرتفق المكفول به في الإطلاق ليسهل عليه طلب الحق ويستوثق المكفول له فيسهل عليه التماس من عليه الحق .

والقول الثاني : إن كفالة النفوس باطلة ، ودليل بطلانها قوله تعالى : ﴿ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعًا عِنْدَهُ ﴾ [يوسف : ٧٨] فكان قوله معاذ الله إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سألته إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد متاعه عنده ولأن ما لا يضمن باليد لا يضمن بالعقد ، كالميتة والخمر ولأنه عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه فوجب أن يكون باطلاً كضمان القصاص .

ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد لم يصح منه ذلك العقد ، كبيع الصبي والمجنون ولأنه ضمان عين في الذمة ، فوجب ألا يصح كالمُسَلَّم في الأعيان ولأنها كفالة لا تصح بغير إذن المكفول به فوجب ألا تصح بإذنه ، أصله إذا كفل بالشهود ليحضرهم للأداء ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه وإنما يجب عليه الخروج من الحق وحسبه إن حبس ليخرج من الحق فلأن لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى . لأن ما لا يلزم المضمون عنه فأولى ألا يلزم الضامن ولأنه إن استحق إحضاره مجلس الحكم فهو على الحاكم أوجب ، فإن عجز عنه الحاكم فالكفيل عنه أعجز فهذا توجيه القولين وهي طريقة من ذكرنا من أصحابنا .

وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال ، قولاً واحداً وفي الحدود على قولين ، أحدهما : جائزة كالأموال .

والثاني : باطلة ، لأن الحدود تُدْرَأُ بالشبهات فلا معنى للتوثق فيها بالكفالات وسواء في الحدود ما كان من حقوق الأدميين كالقذف والقصاص أو ما كان لله كالخمر والزنا وتأولوا قول الشافعي غير أنها ضعيفة يعني غير أن القياس فيها ضعيف لكن لما اقترن به السنة والأثر وجب المصير إليه لا إن ذلك قول ثان في إبطالها ، كما قال في النائم قاعداً لو صرنا إلى النظر توضاً بأي حالاته كان ، فأسقط النظر للخبر فلم يدل ذلك على اختلاف قوله فيه وكما قال في القديم آذان الصبح قبل الوقت وليس ذلك بقياس لكن اتبعنا رسول الله ﷺ وأما قوله ولا يكفل رجل في حد ولا لعان فمن أبطل الكفالة في الحدود حمل ذلك على ظاهره ومن جوزها في الحدود على أحد القولين تأول ذلك على إبطال الكفالة بنفس الحد واللعان لا بنفس من وجب عليه الحد واللعان .

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا وقلنا بجواز الكفالة على الصحيح من المذهب فصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عارفاً بالمكفول به كما يلزمه معرفة المال المضمون، ليعلم من يستحق عليه بالكفالة المطالبة به وهل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول له على وجهين كالمضمون له.

والشرط الثاني: أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين لأن من مذهبه أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين.

والثاني: وهو مذهب الشافعي أن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم وإن جهالته به لا تضر لأن من مذهبه أن موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرم الدين.

والشرط الثالث: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به، وإذنه، فإن كفل من غير إذنه لم تصح وقال أبو العباس بن سريج تصح الكفالة بغير أمر المكفول به كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه وهذا خطأ والفرق بين الكفالة والضمان أن الضمان يوجب غرم مال يمكن استيفاؤه من الضامن دون المضمون عنه والكفالة توجب تسليم نفس وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به.

فعلى مذهب أبي العباس تصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنهما قد تلزمهما حقوق الأموال فصحت الكفالة بهما، وعلى الظاهر من مذهب الشافعي أن الكفالة بالصبي والمجنون لا تصح لأن أمرهما لا يتعلق به حكم، فلو أمره الابن بالكفالة لم يصح لأن الأمر للأب سؤال وطلب لا يتعلق به حكم.

فصل: فإذا تقرر أنه يعتبر في صحة الكفالة ما ذكرنا من الشروط، انتقل الكلام إلى بيان اللفظ الذي تنعقد به الكفالة وذلك أن تقول كفلت لك بنفس فلان وهذا عرف أهل العراق أو تقول كفلت لك بوجه فلان وهذا عرف أهل الحجاز وفي معنى الأول أن تقول كفلت بروح فلان وفي معنى الثاني أن تقول كفلت لك برأس فلان فتصح الكفالة بهذا كله.

وهكذا لو قال كفلت لك بجسم فلان، أو بيدن فلان صحت الكفالة فأما إذا ذكر في الكفالة عضو من أعضائه، فإن كان العضو ما يعبر به عن الجملة لقوله (كفلت لك بعين فلان

صحت الكفالة كما لو قال كفلت لك بوجه فلان، فإن كان العضو مما لا يعبر به عن الجملة ينظر، فإن كان لا يحيى بفقده مثل الكبد والفؤاد، فإذا قال كفلت لك بكبد فلان أو فؤاد فلان صحت الكفالة وجرى مجرى قوله بنفس فلان، وإن كان العضو مما يحيى مع فقده كإليد والرجل، فإذا قال كفلت لك بيد فلان أو برجل فلان ففيه وجهان حكاهما ابن سريج أحدهما يصح كالطلاق والعتق، والثاني لا يصح لأنه قد يفقد ذلك العضو الذي عُينَ في الكفالة ولا يؤثر في الحق. فأما إذا قال كفلت لك بنصف فلان أو بثلث فلان أو بجزء منه صحت الكفالة لأن الجزء الشائع فيه لا ينفصل منه فكان أقوى في الحكم من أعضائه.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من بيان لفظ الكفالة فلا فرق في صحة الكفالة بين أن يكون المكفول به حاضراً أو غائباً ولا فرق بين أن يكون مطلقاً أو محبوساً لأن تعسر إحضاره بالحبس والغيبة جارٍ مجرى إعسار الضامن بالمال ثم ثبت أن إعسار الضامن بالمال الذي ضمنه لا يمنع من صحة ضمانه فكذا تعذر إحضار المكفول به لا يمنع من صحة الكفالة ثم لا يخلو حال الكفالة من أحد أمرين.

إما أن تكون مقيدة بزمان ومكان أو مطلقة، فإن كانت مطلقة استحق مطالبة الكفيل عاجلاً في المكان الذي تكفل فيه، وإن كانت مقيدة بزمان ومكان فتقيدها بالزمان أن تقول على أنني أسلمه إليك بعد شهر، فلا يستحق مطالبته قبل مضي الشهر وتقيدها بالمكان أن تقول على أنني أسلمه إليك بالبصرة، أو في مجلس الحكم فلا يستحق مطالبته به في غير ذلك الموضع، فإن سلمه الكفيل قبل الشهر فإن كان الحق الذي عليه مؤجلاً لا يحل قبل الشهر أو كانت له بينة غائبة لا تحضر قبل شهر لم يبرأ بتسليمه إلا عند رأس الشهر وإن كان دينه حالاً وبينته حاضرة برىء بتسليمه في الحال لأنه لا يستفيد بتأخيره شيئاً، وهكذا لو كفل به على أن يسلمه بالبصرة فسلمه في غيرها فإن كان يخاف عليه في الموضع الذي سلمه من يدٍ غالبية أو كانت له بينة بالبصرة وفي حمله إلى البصرة مؤونة، لم يبرأ بتسليمه إلا بالبصرة وإن كان المكان آمناً والبيئة حاضرة واستيفاء الحق ممكناً برىء بتسليمه، لأنه لا يستفيد بحمله إلى البصرة شيئاً فلو كفل به إلى وقت فمضى الوقت ولم يأت به فإن كان المكفول به حاضراً مقدوراً عليه حبس الكفيل حتى يأتي به. وإن كان غائباً غير مقدور عليه فهو في حكم المعسر يجب إنظاره حتى يقدر عليه ولا يجوز حبسه كما لا يجوز حبس من أعسر بالدين حتى يوسر، فلو سلم المكفول به نفسه برىء الكفيل من كفالاته فإن أبى المكفول له أن يقبله أشهد المكفول به الدافع لنفسه إنه قد سلم نفسه في كفالة فلان وبرىء الكفيل منها وهكذا لو أحضره الكفيل فأبى المكفول له أن يقبله أشهد الكفيل على تسليمه فأبرأه الحاكم، فإن تعذر فعدل من المسلمين فإن أبرأ نفسه من الكفالة برىء.

فصل: فلو مات المكفول به فمذهب الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا شيء على الكفيل وقال مالك وأبو العباس قد وجب على الكفيل ما على المكفول به من الحق وهكذا يقولان إذا تناولت غيبته ولم يعرف موضعه، لأن المقصود بالكفالة التوثيق في الدين المستحق فلو كان موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غراماً لبطلت فائدة الكفالة. وهذا خطأ لأن الحق لم يضمه والمكفول به قد مات فليس يقدر عليه ولو جاز إذا كفل بالنفس أن يضم المال لجاز إذا ضمن المال أن يصير كفيلاً ولكن كل واحد منهما يختص بحكمه فلماذا ثبت أن لا شيء على الكفيل نظرنا فإن لم يلزم إحضار الميت إلى مجلس الحكم فقد بطلت الكفالة بموته وإن لزم إحضاره مجلس الحكم لأن عليه بيعة تشهد على عينه ولا تعرف ولا تعرف اسمه ولا نسبه فلا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم أو يحضر الحاكم إلى موضع الميت يسمع البيعة على عينه فعلى هذا يكون في الكفالة وجهان:

أحدهما: باقية لا تبطل بالموت ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت.

والوجه الثاني: قد بطلت الكفالة بالموت لأن الميت مقدور عليه لإقامة الشهادة عليه فلم يحتج إلى الكفل.

فصل: فلو مات الكفيل فعلى مذهب الشافعي إن الكفالة قد بطلت ولا يستحق مطالبة الوارث بشيء ويجيء على مذهب ابن سريج أن لا تبطل الكفالة لأنها على مذهبه قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة لكن لم أجد نصاً فيه، ولكن لو مات المكفول له كانت الكفالة على حالها لا تبطل على قول الجماعة ويقوم وارثه مقامه في المطالبة بالمكفول به.

فلو كان المكفول له حين مات خلف ورثه وغرماء فوصى بإخراج ثلثه إلى وصي فإن كان المستحق على المكفول به لا تعلق له بالمال كان المستحق للكفالة الوارث وحده دون الغرماء وأهل الوصايا وإن كان مائلاً لم يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول به إلى الورثة والغرماء والوصي وكذا المال المضمون فإن سلمه إلى الورثة دون الغرماء والوصي أو إلى الغرماء دون الورثة والوصي أو إلى الوصي دون الورثة لم يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج، أحدهما يبرأ لأنه سلمه إلى مستحقه وإنما الوصي نائب ووسيط.

والوجه الثاني: لا يبرأ حتى يكون الوصي في جملة من تسلمه لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا فصار كولي الطفل والمجنون.

فصل: ولو قال كفلت لك بنفس فلان فإن مات فأنا ضامن لما عليه صحت الكفالة

وبطل الضمان لأنها معلقة بشرط ولو قال كفلت لك بنفس فلان على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه بطلت الكفالة والضمان معاً لأنه جعل الضمان الفاسد مشروطاً في الكفالة فبطلا جميعاً ولكن لو قال كفلت لك بنفس فلان وضمنت لك ما عليه وهو معلوم فهذه كفالة صحيحة، وضمان صحيح، وبالعكس مما ذكرنا أن يقول قد ضمننت لك عن فلان ألفاً فإن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه صح الضمان وبطلت الكفالة ولو قال ضمننت لك عن ألفاً على أنني إن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه بطل الضمان والكفالة والله أعلم .

فصل: فلو كفل رجل برجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر وبرىء من حق من تسلمه منه وكان الاتفاق على حق مطالبة الكفيل به .

ولو كفل رجلان برجل مجتمعين لم يستحق المكفول به مطالبة أحدهما بالمكفول به وكان له مطالبتهما جميعاً فإن سلمه إلى أحدهما برئاً منه جميعاً .

فصل: ولكن لو كفل رجل برجل ثم كفل به ثان ثم كفل به ثالث كان للمكفول له مطالبة كل واحد من الكفلاء على انفراد فإذا سلمه أحدهم لم يبرأ الآخران من كفالته؟ بخلاف الضمان إذا سلم أحد الضمئاء المال، لأن أداء أحدهم المال يبرئ المضمون عنه من الحق، فبرئ باقي الضمئاء، وتسليم أحد الكفلاء المكفول به لا يبرئه من الحق فلم يبرأ باقي الكفلاء .

فلو كفل رجل برجل ثم كفل بالكفيل آخر ثم كفل بالكفيل الثاني كفيل ثالث جاز وكان للمكفول له مطالبة كل واحد منهم بمن تكفل به، فلو مات المكفول به الأول برئاً جميعاً، ولو مات الثاني برئ من بعده من الكفلاء، ولو مات الثالث برئ من بعده ولم يبرأ من قبله كما قلنا في براءة الضمئاء والله أعلم بالصواب .

فصل: أخذ السفاتج بالمال على ضربين :

أحدهما: أن يكون بدين ثابت .

والثاني: أن يكون بقرض حادث، فأما الدين الثابت إذا سأل صاحبه من هو عليه أن يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر لم يلزمه إلا أن يشاء فلو اتفقا على كتب سفتجة جاز .

وأما القرض فضربان: أحدهما أن يكون مشروطاً فيه كتب السفتجة، أما من جهة المُقرض فيقول هوذا أقرضتك لتكتب لي به سفتجة إلى بلد كذا أو من جهة المُقرض فيقول: هوذا اقترض منك لأكتب لك في سفتجة إلى بلد كذا فهذا قرض باطل لا يصح أخذ السفتجة به لأنه قرض جر منفعة .

والثاني: أن يكون قرصاً مطلقاً ثم يتفقدان على كتب سفتجة فيجوز هذا كالدین وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السفتجة بالدين من أحد أمرين إما أن يكون بلفظ الحوالة أو بلفظ الأمر والرسالة فإن كانت بلفظ الحوالة، فإذا وردت السفتجة إلى المكتوب إليه لزمه أداؤها بأربعة شروط.

أحدها: أن يعترف بدين المكاتب.

والثاني: أن يعترف بدين المكتوب له.

والثالث: أن يعترف بأنه كتاب المحيل.

والرابع: أن يعترف أنه كتبه مريداً أنه الحوالة فإذا اعترف بهذه الأربعة لزمه أداء ما في السفتجة من الدين، سواء ضمنه لفظاً أم لا وإن اعترف بدين الكاتب وأنكر دين المكتوب له أو اعترف بدينهما وأنكر الكتاب لم تلزمه الحوالة.

ولو اعترف بدينهما وبالكتابة وأنكر أن يكون المكاتب أراد به الحوالة فالمذهب الذي يوجبه القياس أن الحوالة لا تلزمه.

ومن أصحابنا من قال متى اعترف بالكتاب والدين لزمته الحوالة وإن أنكر الإرادة اعتماداً على العرف، وإن الوصول إلى الإرادة متعذر، فلو لم يعترف بالكتاب لكن أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة جاز، واختلف أصحابنا هل يجوز له استرجاع المال منه قبل صحة الحوالة على وجهين:

أحدهما: لا يجوز اعتباراً بالشرط، وأن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي عبد الله الزبيري يجوز له استرجاع المال منه متى شاء ما لم تثبت صحة الحوالة لأن المال لا يلزمه إلا بعد صحة الحوالة.

أما إذا كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة لم تلزم المكتوب إليه إلا أن يضمنها لفظاً سواء اعترف بالكتاب والدين أم لا، وهو قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف إذا قرأها وتركها ترك رضا لزمته وقال غيره من العراقيين إذا أثبتها في حسابه لزمته.

وكل هذا عندنا لا يلزم به السفتجة وكذلك لو كتب على ظهرها أنها صحيحة قد قبلتها حتى يضمنها لفظاً ثم لا تلزم الكاتب إلا أن يعترف بها لفظاً فلا تلزمه باعترافه بالخط ومن أصحابنا من قال إن اعترف بالخط لزمه وهو قول من زعم أن المكتوب إليه أن اعترف بالخط في الحوالة لزمته وهو غير صحيح في الموضوعين آخر كتاب الضمان بحمد الله ومَنِّه وتوفيقه.