كتـــاب الحوالـــة والضمـــان

ش : الحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، ولها شبه بالمعاوضة ، من حيث إنها دين[1] ، وشبه بالاستيفاء ، من حيث إنه يبرأ بها المحيل ، ولترددها بين ذلك ألحقها بعض الأصحاب بالمعاوضة ، وبعضهم بالإستيفاء ، واختار أبو محمد أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ، ليس بمحمول[2] على غيره ، إذ لو كانت بيعا للزم بيع الدين بالدين ، ولما جاز التفرق قبل القبض ، لأنه بيع مال الربا بجنسه ، ولجازت بين جنسين كالبيع ،[3] قال : وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله (والضمان) يأتي إن شاء الله تعالى بيانه ، والألف واللام فيه للجنس ، فيشمل ضمان المال ، وضمان النفس ، والأصل في جواز الحوالة في الجملة الإجماع .

٢٠٦٥ ـ وسنده[4] ما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن

---

(١) في هامش (خ) : حاشية من المطلع (ص ٢٤٩) : قال ابن فارس هي من قولك : تحول فلان من داره إلى مكان كذا وكذا ، فكذلك الحق تحول من ذمة إلى ذمة ... ويقال : حال على الرجل وأحال عليه بمعنى ، نقلهما ابن القطاع ، انتهى وهو اسم مصدر من الثلاثي ، أو اسم مصدر من الرباعي . اهـ وكتب على قوله (أنها دين) : كذا في النسخ ، ولعله معاوضة دين . اهـ .

(٢) في (م) بين ذلك ، أطلقها بعض ... ليس بمحمول : وفي (س م) : أنه عقد . وفي هامش (خ) على (بالمعاوضة) : فإن المحيل يشتري ما في ذمته ، بما له في ذمة المحال عليه ، وجاز تأخير القبض رخصة ، لأنه موضوع على الرفق ، فيدخلها خيار المجلس . اهـ .

(٣) في (د م) : من جنسين . وفي (م) : كالبيع . وفي هامش (خ) على قوله (للزم) ... ولجازت بلفظ البيع .. اهـ .

(٤) في (ع) : للجنس فيه . وفي (م) : فيشمل ضمان النفس ، والأصل ... الإجماع ، وأصله . وليس في (س) : في جواز الحوالة .

النبي ﷺ قال « مطل الغني ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع »[1] .

قال : ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي[2] ، فقد برىء المحيل أبدا .

ش : من أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي[3] بالحوالة ، برىء المحيل ، سواء أمكن استيفاء الحق ، أو تعذر لمطل[4] أو فلس ، أو غير ذلك ، أما مع استيفاء الحق فواضح ، إذ وضع الحوالة انتقال الحق من ذمة المحيل ، إلى ذمة المحال عليه ، وإذاً يبرأ المحيل ، وأما مع تعذره فلأنه مفرط ، حيث لم يشترط اليسار .

٢٠٦٦ ـ ويروى أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين ، فأحاله به ، فمات المحال به عليه ، فأخبره فقال : اخترت علينا أبعدك الله[5] . فأبعده بمجرد احتياله ، ولم يخبره أن له الرجوع ، وهذا هو المشهور في المذهب[6] ، وبه قطع أبو البركات وغيره ، قال أبو محمد : وعن أحمد ما يدل على أن المحال عليه إذا كان مفلسا ، ولم

---

(١) رواه البخاري ٢٢٨٧ ومسلم ٢٢٧/١٠ وبقية الجماعة ، وفي (م) : عن النبي ﷺ « مطل » . وفي (ع) : وإذا ابتاع .

(٢) ليس في المغني و (ع خ) : الحق . وسقطت لفظة : فرضي . من (س) .

(٣) في (د) : بحقه على مليء فرضي : وفي (ع) : ذلك فرضي .

(٤) في (م) : أمكن استواء .... بمطل .

(٥) ذكره بصيغة التمريض لتوقفه في ثبوته ، ولم أجده مسندا ، وإنما نقله الشارح من المغني ٥٢٦/٤ حيث ذكره هكذا ، وتناقله الفقهاء بعده ، وعبارة المبدع ٢٧١/٤ : لما روى سعيد بن المسيب أن جده حزنا الخ ، وقد روى عبد الرزاق ١٥١٨٣ عن قتادة أن عليا قال : لا يرجع على صاحبه إلا أن يفلس أو يموت . اهـ وهو يخالف ما هنا ، وفي (خ) : فمات المحال عليه .

(٦) في (ع س) : وهذا المشهور . وفي (م) : من المذهب .

يعلم المحتال بذلك ، فله الرجوع ، قال : وبه قال جماعة من أصحابنا ، إذ الفلس عيب في المحال عليه ، فكان له[1] الرجوع ، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة .

ويستثنى من كلام الخرقي إذا شرط المحتال ملاءة المحال عليه ، فإنه إذا بان معسرا يرجع على المحيل ، بلا خلاف نعلمه في المذهب ، اعتمادا على الشرط ، وخرج من كلام الخرقي إذا لم يرض المحتال ، ثم بانت عسرة المحال عليه ، فإن المحتال يرجع على المحيل بلا خلاف ، لأنه لا تلزمه[2] الحوالة على غير مليء لمفهوم الحديث ، ومن هنا يتبين لك أن الرضى مسقط لرجوع المحتال على المحيل ، لا أنه شرط لصحة الحوالة ، إذ الحوالة تصح بدونه ، لكن لصحتها شروط (أحدها) رضى المحيل اتفاقا ، (الثاني) تماثل الحقين ، وقد أشار الخرقي إلى ذلك ، والتماثل في الجنس ، كدراهم بدراهم ، وفي الصفة ، كناصرية بناصرية ، وفي الحلول أو التأجيل ، كحال بحال ، ومؤجل بمؤجل ، بشرط اتفاق الأجلين فإن أحاله بناصرية على دمشقية أو بالعكس ، لم يصح عند أبي محمد ، وكذلك عند من ألحقها بالمعاوضة ، إذ اشتراط التفاوت فيهما ممتنع كالقرض ، وأما من ألحقها بالاستيفاء فقال : إن كان تفاوتا يجبر على أخذه عند بذله كالجيد[3] عن الرديء ـ صحت وإلا فلا ، (الشرط

---

(١) في (م) : وقال به جماعة . وفي (د) إذ المفلس . وفي (م) : وكان له .

(٢) في (م) : إذا اشترط المحتال ... ما إذا لم يرض . وفي (ع د) : رجع على المحيل . وفي (ع) : المحتال عسرة . وفي (د) : فإن المحال يرجع . وفي (ع خ) : أنه لا يلزمه .

(٣) في (م) : إذ الحوالة لا تصح ... والتأجيل كمحال بحال ، وفي مؤجل .... دمشقية لم يصح ... عند من أطلقها بالمعاوضة . وفي (ع) : وفي الدراهم كناصرية ... عند من ألحقها بالاستيفاء ...

الثالث) أن يكون بمال معلوم كالمثليات لا بمالا يصح السلم فيه كالجوهر ونحوه ، وفيما يصح السلم فيه غير المثلي كالمذروع والمعدود ـ وجهان ، وفي الحوالة بإبل الصدقة على من عليه مثلها وجهان ، وإن أحال بإبل الدية على إبل القرض صح إن قيل برد المثل في القرض ، وإن قيل برد القيمة لم يصح ، لاختلاف الجنس ، وفي العكس كأن أحال المقرض بإبل الدية ـ لا يصح مطلقا ، لأنا وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفته ، وقيمته[1] [ومن عليه الدية لا] يلزمه ذلك[2] (الرابع) الديون على أربعة أقسام ، دين سلم ، ودين كتابة ، وما عداهما وهو قسمان ، مستقر ، وغير مستقر ، كثمن المبيع في مدة الخيار ، [ونحو ذلك] ، فلا تصح الحوالة بدين السلم ، ولا عليه ، وهل يجري هذا الحكم على رأس ماله بعد الفسخ ؟ فيه وجهان ، وتصح بدين الكتابة ـ على الصحيح دون عليه ، ويصحان في سائر الديون ، مستقرها وغير مستقرها ، وقيل : لا تصح

كالجيدة . وفي (ع خ د) : يشترط اتفاق . وفي (م) : إذا اشترط فيها التفاوت ممتنع . وفي (خ) : ممنوع . وفي هامش (خ) : على قوله (إذ اشتراط) : لعل لفظة (اشتراط) زائدة اهـ .

(١) في (م) : الشرط الثاني ... فللمقرض مثل اقتراض ، وفي (س) : من عليها مثلها . وفي (س م) : المقرض بإبل الصدقة . وفي (ع) : فلمقرض مثل ما أقرض ، في صفته ، وفي قيمته . وفي هامش (خ) على قوله (والمعدود وجهان) : أصحهما يصح أيضا كالسلم ، وقدم في المغني عدم الصحة ، لأن المثل فيه لا يتحرر ، والثاني ذكره ـ القاضي ، لأنه حق ثابت في الذمة ، فأشبه ماله مثل . اهـ وكتب على قوله (مثلها وجهان) : أظهرهما الصحة . اهـ ، وكتب أيضا على قوله في (القرض) : لأن الواجب في القرض أعلى وصف ، والواجب في الدية أقل ما يقع عليه الاسم . والقيمة والصفات . اهـ .

(٢) في هامش (خ) : قد يكون سن القرض أعلى من سن الدية ، وذلك مثل أن يكون القرض حوارا أو فصيلا ، فيحيله ببنت لبون من إبل الدية ، فيكون قد أعطاه أجود من قرضه . اهـ .

على غير مستقر بحال ، وإليه ذهب أبو محمد ، وجماعة من الأصحاب ، وقيل : ولا بما ليس بمستقر ، وهو اختيار[1] القاضي في المجرد ، وتبعه أبو الخطاب والسامري ، والله أعلم .

قال : ومن أحيل بحقه على مليء[2] فواجب عليه أن يحتال .

ش : نص أحمد رحمه الله على ذلك ، اتباعا لظاهر الأمر في الحديث ، وفسر المليء في رواية إسماعيل العجلي بأن يكون بماله ، وقوله ، وبدنه ، قلت : فالمال أن يقدر على الوفاء ، والقول أن لا يكون مماطلا ، والبدن أن يمكن حضوره إلى

---

(١) المحال به هو الدين الذي على المحيل ، والمحال عليه هو الذي على الشخص المحال عليه ، وغير المستقر هو ما يمكن فسخه ، كثمن المبيع مدة الخيار ، والأجرة قبل استيفاء المنفعة ، والصداق قبل الدخول ، ودين الكتابة والسلم ، قال في الهداية ١/١٥٤ : وتفتقر صحتها إلى أشياء (منها) أن تكون بدين مستقر ، وعلى دين مستقر الخ ، وفي المبدع ٤/٢٧٢ : وظاهره أنه لا يشترط استقرار المحال به ، وهو المذهب ، وقال أبو الخطاب ـ وجزم به الحلواني : يشترط استقراره كالمحال عليه . اهـ . وكذا قال في الإنصاف ٥/٢٢٤ وغيره ، وعلق في هامش (خ) : على قوله (فيه وجهان) أظهرهما لا يجري فيه الحكم ، فتصح الحوالة به وعليه . اهـ . ووقع في (خ) : على الصحيح دون غيره ، فاستشكلها المصحح ، فعلق عليها ما نصه : كذا في النسخ ولعله : دون الحوالة عليه . كما صرح به غيره . اهـ وعلق على قوله (وغير مستقرها) : مقتضى هذا صحة حوالة المرأة بصداقها على زوجها قبل الدخول ، ومنعه في المقنع ، لأنه غير مستقر . اهـ . وعلى (ليس بمستقر) : كالحوالة بثمن المبيع في مدة الخيار . اهـ .

(٢) ليس في المتن و (م) : بحقه ، وفي هامش (خ) : قال في المغني : المليء هو القادر على الوفاء ، جاء في الحديث عن النبي ﷺ أنه قال إن الله تعالى يقول : من يقرض المليء غير المعدم ، وقال الشاعر :

تطيلين ليـاني وأنت مليئـة وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي ، والظاهر أن الخرقي أراد بالمليء ها هنا القادر على الوفاء غير الجاحد ، ولا المماطل ، قال أحمد في تفسير المليء : كأن المليء عنده أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه ، ونحو هذا ، قال ابن نصر الله في حاشية المغني : الشاعر هو ذو الرمة ، وذكر في الصحاح هذا البيت بلفظ (تريدين لياني) والليان بفتح اللام وتشديد المثناة تحت مصدر : لواه بدينه ليانا ، أي مطله ، قاله في الصحاح . اهـ .

مجلس الحكم ، هذا الذي يظهر لي في التفسير[1] ، فإن امتنع من القبول أجبر على ذلك ، لكن هل تبرأ ذمة محيله قبل أن يجبره الحاكم ؟ فيه روايتان ، (إحداهما) نعم ، فلو هلك المحال عليه معسرا فلا شيء له ، وهي التي صححها القاضي يعقوب . (والثانية) لا ، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة ، ويصير بمثابة من بذل ما عليه[2] من دين ، فامتنع صاحبه من القبض ، فإن الحاكم يجبره على القبض ، ولا تبرأ ذمة الغريم قبل ذلك .

وفهم من كلام الخرقي رحمه الله أنه لا يعتبر رضى المحتال ، ولا المحال عليه ، وهو الصحيح ، أما المحتال فللحديث ، وأما المحال عليه فلأن للإنسان أن يستوفي حقه بنفسه وبوكيله ، والمحتال قد أقامه المحيل مقام الوكيل ، والله أعلم .

قال : ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه ، أو قال : ما أعطيته فهو علي فقد لزمه[3] ما صح أنه أعطاه .

ش : الضمان مشتق عند أبي محمد من الضم ، فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، ورد بأن لام

---

(١) نقله صاحب المبدع في ٢٧٣/٤ وعزاه للزركشي ، ولم يذكره الموفق في المغني ، ولا الحافظ في الفتح ، ولا النووي في شرح مسلم . وفي (د) : وفسر المكي في رواية إسماعيل العجلي ... والبدن أن يكون ... يظهر في التفسير . وفي (م) : وبدنه فالمال قال أن يقدر ... إلى موضع الحكم . والعجلي هو إسماعيل بن عبد الله بن ميمون ، أحد تلامذة الإمام أحمد رحمه الله ، كما في طبقات الحنابلة رقم ١١٤ . وفي هامش (خ) : ومن الغريب أن شارح المحرر جعل الملاءة بالبدن ، احترازا عن الميت . اهـ .

(٢) في (خ) : فلا شيء عليه . وفي (د) : والثانية لا تنقطع ... بدل من ما عليه .

(٣) في (ع د خ) : والمغني : وجوبه أو قال . وفي (ع) : ما أعطيته فقد لزمه . وفي هامش (خ) : على قوله (أو قال) : أي قال قائل أو الضامن ، فحذف للعلم به ، أو لدلالة (ضمن) عليه ، لأن معناه : ضمن ضامن عنه حقا . اهـ .

الكلمة في الضم ميم ، وفي الضمان نون ، وشرط صحة الإشتقاق وجود حروف الأصل في الفرع ، ويجاب بأنه من الإشتقاق الأكبر ، وهو المشاركة في أكثر الأصول ، مع ملاحظة المعنى ، وعند القاضي من التضمن فذمة الضامن تتضمن الحق ، وعند ابن عقيل : من الضمن ، فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه ، والخلاف في الإشتقاق ، أما المعنى فواحد[1] ، وعرفه أبو البركات بأنه التزام الإنسان في ذمته دين المديون ، مع بقائه [عليه] ، وليس بمانع ، لدخول كل من لم يصح تبرعه[2] ، ولا جامع ، لخروج ضمان مالم يجب ، والأعيان المضمونة ، ودين الميت إن برىء بمجرد الضمان عنه ، على رواية .

---

(١) في هامش (خ) : على قوله (عند أبي محمد من الضم) : ليس في كلام أبي محمد رحمه الله ما يقتضي أنه مشتق من الضم أصلا ، إنما كلامه أن الضمان معناه في الشرع ضم ذمة الضامن ، إلى ذمة المضمون عنه ، فليعلم ذلك . اهـ قال الناسخ : وفيه أنه صرح في المغني (٥٩٠/٤) باب الضمان مشتق من الضم . فما نقله الشارح صحيح . اهـ . وكتب أيضا على قوله (وعند ابن عقيل) : وقول ابن عقيل جيد ، إذ ذمة الضامن تابعة لذمة المضمون في البراءة ، ولا عكس . اهـ .

(٢) في (م) : مع الفروع ... ابن عقيل ، فذمة الضامن في ضمن المضمون عنه . وفي (س) : فذمة الضمان . وفي (د) : في ذمة المضمون عنه . وفي (خ) : أما في المعنى . وفي (ع) : أما المعين . وفي هامش (خ) على قوله (مع بقائه عليه) : ويتم الحد المذكور بأن يراد بالإنسان الذي يصح تبرعه ، وبالمديون المديون في الحال أو المال، فيدخل ضمان مالم يجب بعد، والأعيان المضمونة تتعلق بالذمة في وجوب ردها وتخليصها ، فأشبهت الدين ، إذا لوجوب متعلق بالذمة ، ومثله ضمان عهدة المبيع ، ودين الميت غير وارد ، لأن المذهب بقاؤه في ذمة الميت حتى يقضى ، وتلك الرواية مرجوحة . اهـ وكتب على قوله (من لم يصح تبرعه) : قد يقال : إن المساق يقتضي تخصيصه بصحيح التبرع ، لأنه في باب التصرفات ، وهذه الأبواب كلها خاصة بمن يصح تبرعه ، وأما ما لم يجب فإنه داخل ، لأنه إذا وجب وجد شرط التزامه ، فهو إنما التزمه بعد وجوبه ، فغايته أن التزام الدين يصح منجزا ومعلقا ، وذلك مستفاد من إطلاق الإلتزام ، والأعيان المضمونة ... لأنها إنما تدخل في ذمة الضامن بعد تعدي المضمون عنه ، فكأنه علق ضمانها على ثبوتها في ذمة المضمون عنه . اهـ .

وهو جائز في الجملة بالإجماع ، وسنده قوله تعالى : ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم** ﴾ .[1]

٢٠٦٧ ـ قال ابن عباس : الزعيم الكفيل .[2]

٢٠٦٨ ـ وقول النبي ﷺ « الزعيم غارم »[3] إلى غير ذلك من الأحاديث . إذا تقرر هذا عدنا إلى لفظ الخرقي رحمه الله ، فقوله : ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فقد لزمه . أي لزم الضامن ذلك الحق ، وذلك لما تقدم من قول النبي ﷺ « الزعيم غارم » رواه أبو داود ، والترمذي وحسنه.[4]

---

(١) سورة يوسف الآية ٧٢ .

(٢) رواه ابن جرير في التفسير برقم ١٩٥٤٣ عنه بنحوه ، ورواه أيضا عند تفسير هذه الآية عن جماعة من تلاميذ ابن عباس ، بأسانيد صحيحة .

(٣) وقع هذا اللفظ في حديث طويل في خطبة النبي ﷺ ، كما رواه أحمد ٢٦٧/٥ وأبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٣٠٩/٦ برقم ٢٢٠٣ والدارقطني ٤٠/٣ من طريق إسماعيل بن عياش ، عن شرحبيل بن مسلم ، عن أبي أمامة ، وفيه « الدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة ، والزعيم غارم » ورواه ببعضه الترمذي ٤٨١/٤ برقم ١٢٨٣ وعبد الرزاق ١٤٧٦٧ ، ١٤٧٩٦ والبيهقي ٧٢/٦، ٨٨ وابن عدي ٢٨٩ وحسنه الترمذي وقال المنذري في تهذيب السنن ٣٤٢١: وأخرجه الترمذي وابن ماجه مختصرا، وقال الترمذي: حسن صحيح، وذكر الاختلاف في رواية إسماعيل بن عياش . اهـ هكذا نقل عن الترمذي ، ونص كلام الترمذي في الموضع الأول : حديث أبي أمامة حديث حسن ، وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أيضا من غير هذا الوجه . وذكر مثل ذلك في الموضع الثاني ، وزاد : ورواية إسماعيل بن عياش عن أهل العراق وأهل الحجاز ليس بذاك فيما ينفرد به ، لأنه روى عنهم مناكير ، وروايته عن أهل الشام أصح ، هكذا قال محمد بن إسماعيل ، ثم نقل عن أحمد توثيقه ، ونقل تجريحه عن أبي إسحاق الفزاري ، لكن أئمة أهل الجرح والتعديل على خلاف الفزاري ، وعلى هذا تقبل روايته لهذا الحديث ، فإن شرحبيل من ثقات أهل الشام . وقد رواه ابن عدي ٣٠٩ عن إسماعيل بن نهاد وهو ضعيف عن سالم الأفطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس بنحوه .

(٤) كما ذكرنا ، حيث خرجه في البيوع ، ثم في الوصايا مطولاً ، وفي (ع س) : بعد وجوبه فقد . وفي (ع د) : أي لزم الضمان . وفي (م) : الزعيم ضامن . وفي هامش (خ) على (يصح تبرعه) : المحرر ويصح ضمان الحق مع الجهل به أو بربه ، أو بغريمه ، بشرط مآله إلى العلم ، وقيل : يعتبر معرفة ربه دون غريمه ، وقيل : يعتبر معرفة غريمه دون ربه . وقيل : يعتبر معرفتهما . انتهى ، ومقتضاه أنه يصح الضمان مع جهل أحد الثلاثة ، لا مع الثلاثة ، أو اثنين منها ، وليس بمراد . اهـ .

وقوة كلام الخرقي تقتضي أنه لابد من رضى الضامن ، وهو واضح ، إذ الإنسان لا يلزمه عقد لم يلتزمه ، لكن لابد مع رضاه من أن يصح تبرعه ، ومقتضى كلامه أنه لا يعتبر[1] رضى المضمون له ، ولا رضى المضمون عنه ، ولا معرفتهما ، لحديث أبي قتادة ، وقال القاضي : تعتبر معرفتهما . وقيل : تعتبر معرفة المضمون له ، دون المضمون عنه[2] وقوله أو قال : ما أعطيته فهو علي . فهذه مسألة ضمان المجهول ، وضمان ما لم يجب ، ومذهبنا الصحة فيهما ، فما ثبت أنه أعطاه ـ ولو في المستقبل ـ فإنه يلزمه ، للآية الكريمة ، إذ حمل البعير مجهول ، وغير واجب[3] حينئذ .

وقول الخرقي : ما أعطيته . قال أبو محمد : مراده الإستقبال ، دفعا للتكرار ، ولأنه عطفه على الأول ، فدل على أنه غيره ، إذ العطف يقتضي المغايرة ، واحتمل أن مراده الماضي ، ويكون فائدة المسألة بيان صحة ضمان المجهول ، وقد حكى الأصحاب في نحو هذا اللفظ ، هل هو

---

(١) في (م) : لم يلزمه عقد ... رضاه أن يصح . وفي (خ) : من أنه يصح .

(٢) سيأتي قريبا حديث أبي قتادة ، في ضمانه الدينارين عن ذلك الميت ، كما رواه جابر رضي الله عنه ، ووجه الدلالة أنه لم يشترط فيه رضى المضمون له ، ولا المضمون عنه ، ووقع في (ع د) : رضى المضمون ولا . وفي هامش (خ) : على قوله (ولا معرفتهما) أي معرفة الضامن لهما . اهـ وعلى (حديث أبي قتادة) : إذ لم ينقل أنه كان يعرف الرجل الميت الذي ضمنه . اهـ وكتب أيضا على قوله (تعتبر معرفتهما) : قد يعلل بأنه عقد مالي ، فاعتبر معرفة المعقود له وعليه كالبيع . اهـ وكتب على (معرفة المضمون له) : لأن الإلتزام له بالحق صيره كالبائع مع المشتري ، والظاهر أنه تكفي المعرفة بالاسم أو بالاسم والنسب . اهـ .

(٣) في (ع خ) : وقوله قال . وفي (م) : هذه مسألة ... مجهول غير .. وفي (ع) : فما ثبت أن . وفي (د) : حمل البعض .

للماضي[1] أو للمستقبل وجهين ، ذكرهما ابن أبي موسى ، وكذلك النحاة قالوا : الفعل الماضي الواقع صلة لموصول ، أو لنكرة موصوفة[2] ، يحتمل أن يحمل على الماضي ، كما في قوله تعالى ﴿ **الذين قال لهم الناس** ﴾[3] ويحتمل أن يحمل على المستقبل ، كما في قوله تعالى ﴿ **إلا الذين تابوا** ﴾[4] أي يتوبوا ، ويرجح الأول إعمال الحقيقة والله أعلم .

قال : ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن[5] .

ش : لا يبرأ المضمون عنه بنفس الضمان ، بل يثبت الحق في ذمة الضامن ، مع بقائه[6] في ذمة المضمون عنه ، لقول النبي ﷺ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[7].

٢٠٦٩ ـ وفي المسند عن جابر رضي الله عنه قال : توفي صاحب لنا ، فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين » ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال : الديناران علَيَّ ، فقال رسول الله ﷺ « وجب حق الغريم ، وبرىء الميت منهما ؟ » قال : نعم . فصلى عليه ،

---

(١) في (خ) : ولأنه عطف ... وقد حكى القاضي عن الأصحاب ... هل للماضي . وفي (م) : مراده الأول ويكون .

(٢) في (م د) : صلة الموصول والنكرة .

(٣) سورة آل عمران ، الآية ١٧٣ .

(٤) كما في سورة البقرة الآية ١٦٠ وسورة آل عمران الآية ٨٩ وسورة النساء الآية ١٤٦ ، وسورة المائدة الآية ٣٤ وغيرها ، وفي (ع) : ويحمل أن . وسقط من (د) : الذين قال لهم الناس .... كما في قوله .

(٥) في هامش (خ) : أي ولا يبرأ المضمون عنه من المضمون له بمجرد ضمان الضامن . قبل أدائه هو عن نفسه ، أو إبراء المضمون له إياه ... فلا يبرأ المضمون عنه بسبب من الضامن إلا بأدائه عنه . الخ .

(٦) في (م) : لبقائه .

(٧) سبق قريبا ذكر من رواه برقم ٢٠٤٨ .

ثم قال بعد ذلك « ما فعل الديناران » ؟ قال : إنما مات أمس . قال : فعاد إليه من الغد ، فقال : قد قضيتهما ، فقال رسول الله ﷺ « الآن بردت جلدته »[1] فأخبر ﷺ أنه حينئذ أي حين القضاء بردت جلدته .

وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن المضمون عنه إذا كان ميتا برىء بمجرد الضمان عنه ، استدلالا بقوله ﷺ في حديث جابر « وبرىء الميت منهما » ويجاب عنه بأن هذا ليس إخبارا منه ﷺ ببراءته ، وإنما هو استفهام من أبي

---

(١) رواه أحمد ٣/٣٣٠ من طريق زائدة ، عن عبد الله بن محمد بن عقيل ، عن جابر بنحوه ، ورواه أيضا الطيالسي كما في المنحة ١٣٨٣ وابن أبي شيبة ٣/٣٧٢ والحاكم ٢/٥٨ والدارقطني ٣/٧٩ والبيهقي ٦/٧٥ من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل بنحوه ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي ، ورواه أبو داود ٣٣٤٣ والنسائي ٤/٦٥ وعبد الرزاق ١٥٢٥٧ وابن حبان كما في الموارد ١١٦٢ من طريق الزهري عن أبي سلمة عن جابر ، قال : كان رسول الله ﷺ لا يصلي على أحد مات وعليه دين ، فأتي بميت فقال « أعليه دين » ؟ قالوا : نعم ديناران فقال « صلوا على صاحبكم » فقال أبو قتادة : هما علَيَّ يارسول الله . فصلى عليه الخ ، وقد روى النسائي ٤/٦٥ وعبد الرزاق ١٥٢٥٨ وابن حبان كما في الموارد ١١٥٩ وابن أبي شيبة ٣/٣٧١ وغيرهم عن أبي قتادة قال : أتي النبي ﷺ بجنازة ليصلي عليها ، فقال « أعليه دين ؟ » قالوا : نعم ديناريين . قال « هل ترك لهما وفاء » قالوا : لا . قال « صلوا على صاحبكم » . قال أبو قتادة : هما إلي يارسول الله . قال : فصلى عليه رسول الله ﷺ . هذا لفظ ابن حبان وابن أبي شيبة وروى النسائي ٤/٦٥ وابن أبي شيبة ٣/٣٧١ والبيهقي ٦/٧٥ وغيرهم عن سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ أتي بجنازة رجل من الأنصار ليصلي عليه ، فقال « هل عليه دين » ؟ قالوا : نعم عليه ديناران . فقال « صلوا على صاحبكم » قال أبو قتادة : هما علي يارسول الله فصلى عليه النبي ﷺ ، فأخبرني أناس أن رسول الله ﷺ كان إذا لقيه أبو قتادة قال «ما فعل الديناران؟» حتى قضاهما. ورواه الطبراني في الكبير ٧٥٠٨ عن أبي أمامة قال في مجمع الزوائد ٣/٤٠ : وفيه أبو عتبة الكندي ولم أعرفه . وللحديث طرق وشواهد ذكرها الحافظ في التلخيص ١٢٥٣ والهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٢٧ وغيرهما ، وفي (م) : هل عليه دين . وفي (ع س) : ما فعل الدينار . وفي هامش (خ) على قوله (وجب حق الغريم) أي قال لأبي قتادة : وجب . أي أوجب . فحذف حرف الإستفهام ، والمعنى أوجب عليك حق الغريم ، وهو مستحق الدينارين ، وقوله : وبرىء الميت منهما ؟ معناه على الإستفهام أيضا ، أي أو برىء الميت منهما ، بمعنى أنك ضمنت ذلك متبرعا ، لا بنية الرجوع ، إذ لو لم يكن متبرعا لم يعد شيئا اهـ .

قتادة ، في أنه هل ضمن متبرعا لا ليرجع ، ولهذا أجابه بنعم .

(تنبيه) حكى أبو الخطاب وأبو محمد وغيرهما هذه الرواية في الميت مطلقا ، وخصها أبو البركات بالميت المفلس[1] والله أعلم .

قال : فمتى أدى رجع به عليه ، سواء قال له : اضمن عني أو لم يقل[2] .

ش : إذا أدى الضامن الدين لم يخل من أحوال ، (الأول) ضمن بإذنه وأدى بإذنه ، (والثاني) ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه (الثالث) بالعكس ، ولا خلاف عندنا أنه يرجع في هذه الصور الثلاث ، (الرابع) ضمن وقضى[3] بغير إذنه ، لكن نوى الرجوع فعنه لا يرجع ، لأن أبا قتادة لو استحق الرجوع لصار له دين على الميت ، وإذاً لم يصل النبي ﷺ عليه ، لعدم فائدة الضمان إذاً ، إذ ذمة الميت لم تزل مشغولة بدين ، (وعنه) وهي اختيار الخرقي ، والقاضي ، وأبي الخطابي[4] ، والشريف ، وابن عقيل ، والشيرازي وابن

---

(١) في (م) : لا يرجع ولهذا . وفي هامش (خ) : وفي الفروع حكاهما روايتين مستقلتين .

(٢) في (خ) : فمتى أدى الضامن رجع . وفي المتن : رجع الضامن به . وفي (ع خ) والمغني : رجع عليه . وفي المتن : تضمن عني .

(٣) في (ع) : الثالث العكس . وفي (خ) : ضمن وأدى . وفي هامش (خ) على قوله (الصور الثلاث) أي إذا لم ينو التبرع فيهن ، بل إما مع نية الرجوع ، أو مع ذهوله عنه وعن التبرع ، ويشكل على ذلك مسألة : أعتق عبدك عني ... فأعتقه ، فإن في لزومه عوضه روايتين فما الفرق ؟ ولعل مسألة العتق جرى فيها الخلاف ، لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » فإذا كان الولاء له لم يستحق عوضه على الآمر ، بخلاف : اقض عني دين فلان . اهـ .

(٤) في (م) : لو استحق بالرجوع ... لعدم لعدم ... الخرقي وأبي الخطاب .وفي (د) : إذن ذمة . وليس في (خ) : عليه لعدم فائدة الضمان . فاستشكلها المصحح ، وكتب : كذا في النسخ ، وكتب أيضا : الإستدلال بحديث أبي قتادة هنا إنما يصح لو ثبت أنه نوى الرجوع ، والمنقول خلافه كما تقدم . اهـ .

البنا ، وغيرهم ـ يرجع ، لأنه قضاء مبرىء من واجب عليه ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، وقوله تعالى : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾[1] وهو شامل لما إذا أرضعت بأمره أو بلا أمره ، وأما حديث أبي قتادة فإنما قضى متبرعا ، لعلمه أنه لا وفاء له ، وقصده أن النبي ﷺ يصلي عليه ، بل قد يقال : في حديث[2] أبي قتادة دليل على أن غير المتبرع يرجع ، لقوله ﷺ له « وجب حق الغريم » أي عليك « وبرىء الميت منهما » (الحال الخامس) إذا ذهل عن قصد الرجوع وعدمه ، وظاهر كلام الخرقي ـ وتبعه صاحب الوجيز ـ أنه يرجع ، وإذاً المقتضي للرجوع هو تأدية الواجب عن الغير ، والمسقط له هو قصد التبرع[3] وقد عرفت من هذا (حالا سادسا) وهو إذا نوى التبرع ، فلا يرجع بلا ريب ، وهذه الصور[4] تستثنى من عموم كلام الخرقي ، والله أعلم .

قال : ومن تكفل[5] بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها .

ش : الكفالة بالنفس صحيحة ، في قول الجمهور[6] ، حتى

---

(١) سورة الطلاق ، الآية ٦ .

(٢) ليس في (م) : بل . وفي (خ) : قد يقال : إن في حديث .

(٣) في (د) : وبرىء الميت منها . وليس في (م) : الحال . وفي (خ) : والمسقط . وفي (ع س) : أو المستيقط . وفي (ع) : وهو قصد . وبهامش (خ) على قوله (وبرىء الميت منهما) : أي لكونك متبرعا بالضمان . اهـ وكتب على قوله (عن قصد الرجوع) : أي مع كون ضمانه وأدائه بغير إذنه . اهـ .

(٤) في (س خ) : الصورة . وفي هامش (خ) على قوله (إذا نوى التبرع) : أي سواء اقترنا بالإذن أو تجردا منه أو أحدهما ، فلا رجوع إذا نوى التبرع اهـ .

(٥) في المغني و (ع خ) : ومن كفل .

(٦) في (م) : في النفس . وفي (خ) : عند الجمهور .

قيل : إنه إجماع ، لقول الله تعالى ـ حكاية عن يعقوب عليه السلام ﴿ **لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله ـ لتأتنني به إلا أن يحاط بكم** ﴾[1] وفيه نظر ، إذ الظاهر أن المراد بالموثق اليمين ، ولأن النفس يجب تسليمها بعقد ، فوجب تسليمها بالكفالة كالمال[2] ، فعلى هذا إن لم يسلم النفس مع بقائها لزمه ما عليها ، لعموم قوله ﷺ « الزعيم غارم »[3] وقياسا على الكفالة بالمال .

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله أنه لابد من رضى الكفيل ، وهو واضح ، وأنه لا يشترط لصحتها رضى المكفول به ، وهو أحد الوجهين ككفالة المال ، والوجه الآخر يشترط ، لئلا يفوت معنى الكفالة ، إذ معناها حضور المكفول به ، وإذا كان بلا إذنه لم يلزمه الحضور .

وشرط صحة الكفالة بالنفس أن تكون بالمال ، فلا تصح الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص ، وتخصيص الخرقي الكفالة بالنفس يخرج منه الكفالة بالعين[4] وهو واضح في

---

(١) سورة يوسف ، الآية ٦٦ .

(٢) في (م) : وفيه نظر ، إذ المراد . وفي (ع) : النفس يجب تسليمها بالكفالة . وفي هامش (خ) : قال المحشي في حاشية المغني : وينظر في توجيه قوله : ولأن ما وجب تسليمه الخ . وعبارته في المغني : ولأن ما وجب تسليمه بعقد ، وجب تسليمه بعقد الكفالة . اهـ ، وكتب أيضا : وإذا كان المراد بالموثق اليمين ، لم ينف الكفالة التي هي المقصودة ، فإن المكفول له لو حلف الكفيل ليأتينه بالمكفول صح ، وكانت اليمين زيادة في التأكيد ، ولكن في الفروع (٢٤٦/٤) فإن قيل : لم يثبت على المكفول به هنا أي في الآية شيء ؟ قيل : بل عليه حق ، لأنه إذا دعاه والده لزمته الإجابة اهـ .

(٣) في (م) : غارما ، وسبق قريبا ذكر من رواه .

(٤) ليس في (د) : وهو أحد الوجهين ... حضور المكفول به . وفي (م ع س) : لكفالة المال . وفي (م) : لئلا يزول ... حصول المكفول . وفي (ع خ) : أن تكون في المال . وفي (ع خ) : حد من قصاص . وفي (ع) : فخرج منه . وفي (م) : يخرج الكفالة . وعلق في هامش (خ) على

غير المضمونة ، وفي المضمونة وجهان[1] ، والله أعلم .

قال : فإن مات برىء المتكفل .

ش : إذا مات المكفول به برىء المتكفل ، لأن الكفالة على الحضور ، وبموت المكفول به يسقط عنه الحضور ، وإذا سقط عنه الحضور سقط[2] عن فرعه وهو الكفيل ، والله سبحانه أعلم .

قوله (لم يلزمه الحضور) أي مع الكفيل ، والمراد إلا إذا طلب منه فإنه يلزمه الحضور ، كما لو أذن في الكفالة . اهـ ، وعلق على قوله : (حد أو قصاص) : المحرر إلا لأخذ مال كالدية ، وغرم السرقة فيصبح . اهـ .

(١) في هامش (خ) : على قوله (في غير المضمونة) : كالوديعة ونحوها ، لأن الصحيح من الروايتين عدم صحة ضمانها ، فكذا كفالتها ، وأما الأعيان المضمونة فالمعروف صحة ضمانها وكفالتها ، وإطلاق الشارح فيها وجهين ربما يوهم تساويهما ، ووجه عدم صحة كفالتها لم أر من نص عليه ، فضلا عن مساواته لوجه الصحة الذي هو المشهور ، فليحرر . اهـ وكتب أيضا : قال في المغني : ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لأن الحضور لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة . انتهى قال ابن نصر الله : أي لا يلزم المكاتب ، إذ له تعجيز نفسه . اهـ .

(٢) في (س) : إذا مات المكفل .... وبموت المكفول يسقط . وفي (خ) برىء الكفيل . وفي (م خ د) : وإذا سقط عنه سقط .