12 - كِتَابُ: الضَّمَانِ[1]

يَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيْنِ عَنِ الْمَيِّتِ؛ لِمَا رَوَىٰ أَبُو قَتَادَةَ، قَالَ: أُقْبِلَ بِجَنَازَةٍ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «هَلْ عَلَىٰ صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟» فَقَالُوا: عَلَيْهِ دِينَارَانِ، قَالَ ﷺ: «صَلُّوا عَلَىٰ صَاحِبِكُمْ!»، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّىٰ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ[2] وَيَصِحُّ عَنِ الْحَيِّ؛ لأَنَّهُ دَيْنٌ لاَزِمٌ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ؛ كَالدَّيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ.

فصل [الضَّمَانُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ جَائِزِ التَّصَرُّفِ]: وَيَصِحُّ ذَلِكَ مِنْ كُلِّ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ، فَأَمَّا مَنْ يُحْجَرُ عَلَيْهِ؛ لِصِغَرٍ، أَوْ جُنُونٍ، أَوْ سَفَهٍ، فَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّهُ إِيجَابُ مَالٍ بِعَقْدٍ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ؛ كَالْبَيْعِ.

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِلْفَلَسِ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّهُ إِيجَابُ مَالٍ فِي الذِّمَّةِ بِالْعَقْدِ، فَصَحَّ مِنَ الْمُفْلِسِ؛ كَالشِّرَاءِ بِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ.

وَأَمَّا الْعَبْدُ، فَإِنَّهُ إِنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَيُتْبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ؛ لأَنَّهُ لاَ ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْمَوْلَىٰ؛ لأَنَّهُ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَصَحَّ مِنْهُ؛ كَالإِقْرَارِ بِإِتْلاَفِ مَالِهِ.

وَقَالَ أَبُو سَعِيدٍ الإِصْطَخْرِيُّ: لاَ يَصِحُّ؛ لأَنَّهُ عَقْدٌ تَضَمَّنَ إِيجَابَ مَالٍ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ؛ كَالنِّكَاحِ.

فَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ مَوْلاَهُ، صَحَّ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّ الْحَجْرَ لِحَقِّهِ، فَزَالَ بِإِذْنِهِ، وَمِنْ أَيْنَ يَقْضِي؟ يُنْظَرُ فِيهِ: فَإِنْ قَالَ لَهُ الْمَوْلَىٰ: اقْضِهِ مِنْ كَسْبِكَ، قَضَاهُ مِنْهُ، وَإِنْ قَالَ: اقْضِهِ مِمَّا فِي يَدِكَ لِلتِّجَارَةِ، قَضَاهُ مِنْهُ؛ لأَنَّ الْمَالَ لَهُ، وَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِيهِ. وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْقَضَاءَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

---

(1) قال في الشامل والبيان: الضمان مشتقٌّ من ضم ذمةٍ إلى ذمةٍ وقال في البسيط: هو مشتقٌّ من التضمين، ومعناهُ: تضمين الدين في ذمة من لا دين له عليه. وقد غلط من قال: هو مأخوذٌ من الضم، فإن النُّون أصليَّةٌ فيه. وهذا كما ذكر، فإن الضم لامُ فعل منه ميمٌ، وأصله: «ضمم» والضمانُ: لامُ فعل منه نونٌ. النظم.

(2) تقدم تخريجه في الجنائز.

أَحَدُهُمَا: يُتْبَعُ بِهِ إِذَا أُعْتِقَ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ فِي الضَّمَانِ دُونَ الأَدَاءِ.

وَالثَّانِي: يَقْضِي مِنْ كَسْبِهِ إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ، أَوْ مِمَّا فِي يَدِهِ إِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي التِّجَارَةِ؛ لأَنَّ الضَّمَانَ يَقْتَضِي الْغُرْمَ؛ كَمَا يَقْتَضِي النِّكَاحُ المَهْرَ، ثُمَّ إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ، وَجَبَ قَضَاءُ المَهْرِ مِمَّا فِي يَدِهِ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي الضَّمَانِ، وَجَبَ قَضَاءُ الْغُرْمِ مِمَّا فِي يَدِهِ.

فَإِنْ كَانَ عَلَى المَأْذُونِ لَهُ دَيْنٌ، وَقُلْنَا: إِنَّ دَيْنَ الضَّمَانِ يَقْضِيهِ مِمَّا فِي يَدِهِ، فَهَلْ يُشَارِكُ فِيهِ الْغُرَمَاءَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُشَارِكُ بِهِ؛ لأَنَّ المَالَ لِلْمَوْلَىٰ، وَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ مِنْهُ: إِمَّا بِصَرِيحِ الإِذْنِ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الحُكْمِ؛ فَوَجَبَ المُشَارَكَةُ بِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لاَ يُشَارِكُ بِهِ؛ لأَنَّ المَالَ تَعَلَّقَ بِهِ الْغُرَمَاءُ، فَلاَ يُشَارِكُ بِمَالِ الضَّمَانِ؛ كَالرَّهْنِ.

وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ، فَإِنَّهُ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، فَهُوَ كَالْعَبْدِ الْقِنِّ، وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، فَهُوَ تَبَرُّعٌ، وَفِي تَبَرُّعَاتِ المُكَاتَبِ بِإِذْنِ المَوْلَىٰ قَوْلاَنِ نَذْكُرُهُمَا فِي «الْمُكَاتَبِ»؛ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَىٰ.

فصلٌ [فِي رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ]: وَيَصِحُّ الضَّمَانُ مِنْ غَيْرِ رِضَا المَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ لَمَّا جَازَ قَضَاءُ دَيْنِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، جَازَ ضَمَانُ مَا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي رِضَا المَضْمُونِ لَهُ:

فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ الطَّبَرِيُّ: يُعْتَبَرُ رِضَاهُ؛ لأَنَّهُ إِثْبَاتُ مَالٍ فِي الذِّمَّةِ بِعَقْدٍ لاَزِمٍ، فَشُرِطَ فِيهِ رِضَاهُ؛ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ.

وَقَالَ أَبُو العَبَّاسِ: لاَ يُعْتَبَرُ؛ لأَنَّ أَبَا قَتَادَةَ ضَمِنَ الدَّيْنَ عَنِ المَيِّتِ بِحَضْرَةِ النَّبِيِّ، وَلَمْ يَعْتَبِرِ النَّبِيُّ ﷺ رِضَا المَضْمُونِ لَهُ.

فصلٌ [هَلْ يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ؟]: وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَالمَضْمُونِ عَنْهُ؟ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ عَنْهُ؛ لِيَعْلَمَ أَنَّهُ هَلْ هُوَ مِمَّنْ يُسْدَى إِلَيْهِ الجَمِيلُ[1]،

(1) أي: يُصابُ بفعله الجميل، يُقالُ: طلبتُ أمراً فأسديته أي: أصبتُهُ، وإن لم تُصِبْهُ قلت: أغمَسْتُهُ. النظم. ينظر: الصحاح (سدى).

وَيَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ لَهُ؛ لِيَعْلَمَ هَلْ يَصْلُحُ لِمُعَامَلَتِهِ، أَمْ لاَ يَصْلُحُ، كَمَا يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ مَا تَضْمَنُهُ مِنَ المَالِ هَلْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ، أَمْ لاَ يَقْدِرُ عَلَيْهِ؟

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ؛ لأَنَّ مُعَامَلَتَهُ مَعَهُ، وَلاَ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ لاَ مُعَامَلَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ لاَ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لأَنَّ أَبَا قَتَادَةَ ضَمِنَ عَنِ المَيِّتِ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ النَّبِيُّ ﷺ عَنِ المَضْمُونِ لَهُ، وَالمَضْمُونِ عَنْهُ.

فصلٌ [فِي ضَمَانِ الثَّمَنِ]: وَإِنْ بَاعَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ ضَامِنٌ، لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يُعَيِّنَ الضَّامِنَ؛ لأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ مَنْ يَضْمَنُ، كَمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ مَا يُرْهَنُ مِنَ الرُّهُونِ.

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَضْمَنَهُ ثِقَةٌ[1]، لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يُعَيَّنَ؛ لأَنَّ الثِّقَاتِ يَتَفَاوَتُونَ.

فَإِنْ لَمْ يَفِ لَهُ بِمَا شَرَطَ مِنَ الضَّمِينِ، ثَبَتَ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ؛ لأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ بِشَرْطِ الْوَثِيقَةِ، وَلَمْ يُسَلَّمْ لَهُ الشَّرْطُ، فَثَبَتَ لَهُ الْخِيَارُ؛ كَمَا لَوْ شَرَطَ لَهُ رَهْناً، وَلَمْ يَفِ لَهُ بِالرَّهْنِ.

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يُشْهِدَ لَهُ شَاهِدَيْنِ، جَازَ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ؛ لأَنَّ الأَغْرَاضَ لاَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلاَفِ الشُّهُودِ، فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ شَاهِدَيْنِ، فَهَلْ يَجُوزُ إِبْدَالُهُمَا بِغَيْرِهِمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لاَ يَجُوزُ؛ كَمَا لاَ يَجُوزُ فِي الضَّمَانِ.

وَالثَّانِي: يَجُوزُ؛ لأَنَّ الْغَرَضَ لاَ يَخْتَلِفُ.

فصلٌ [فِي ضَمَانِ الدَّيْنِ]: وَيَصِحُّ ضَمَانُ كُلِّ دَيْنٍ لاَزِمٍ؛ كَالثَّمَنِ، وَالأُجْرَةِ، وَعِوَضِ الْقَرْضِ، وَدَيْنِ السَّلَمِ، وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَغَرَامَةِ الْمُتْلَفِ؛ لأَنَّهُ وَثِيقَةٌ يُسْتَوْفَىٰ مِنْهَا الحَقُّ، فَصَحَّ فِي كُلِّ دَيْنٍ لاَزِمٍ؛ كَالرَّهْنِ.

وَأَمَّا مَا لاَ يَلْزَمُ بِحَالٍ، وَهُوَ دَيْنُ الْكِتَابَةِ، فَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُ المُكَاتَبَ أَدَاؤُهُ، فَلَمْ يَلْزَمْ ضَمَانُهُ، وَلأَنَّ الضَّمَانَ يُرَادُ لِتَوْثِيقِ الدَّيْنِ، وَدَيْنُ الْكِتَابَةِ لاَ يُمْكِنُ تَوْثِيقُهُ؛ لأَنَّهُ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ إِذَا شَاءَ؛ فَلاَ مَعْنَىٰ لِضَمَانِهِ.

وَفِي مَالِ الْجِعَالَةِ، وَالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

---

(1) قد ذكرنا أن الثقة: هو الأمينُ، يُقالُ: وثق به: ائتمنهُ، وهو محذوفُ الفاء، مثلُ: شيةٍ وعدةٍ. النظم.

أَحَدُهَا: لاَ يَصِحُّ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّهُ دَيْنٌ غَيْرُ لاَزِمٍ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ؛ كَدَيْنِ الْكِتَابَةِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ؛ لأَنَّهُ يَئُولُ إِلَى اللُّزُومِ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ.

وَالثَّالِثُ: يَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ، وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُ مَالِ الجِعَالَةِ؛ لأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ يَئُولُ إِلَى اللُّزُومِ، وَعَقْدُ الْجِعَالَةِ لاَ يَلْزَمُ بِحَالٍ.

فَأَمَّا الْمَالُ الْمَشْرُوطُ فِي السَّبْقِ وَالرَّمْيِ، فَفِيهِ قَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَالإِجَارَةِ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ كَالْجِعَالَةِ، فَيَكُونُ فِي ضَمَانِهِ وَجْهَانِ.

فصلٌ [فِي ضَمَانِ الْمَجْهُولِ]: وَلاَ يَجُوزُ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ؛ لأَنَّهُ إِثْبَاتُ مَالٍ فِي الذِّمَّةِ بِعَقْدٍ لآدَمِيٍّ، فَلَمْ يَجُزْ مَعَ الْجَهَالَةِ؛ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ.

وَفِي إِبِلِ الدِّيَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لاَ يَجُوزُ ضَمَانُهُ؛ لأَنَّهُ مَجْهُولُ اللَّوْنِ، وَالصِّفَةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ مَعْلُومُ السِّنِّ، وَالعَدَدِ، وَيُرْجَعُ فِي اللَّوْنِ وَالصِّفَةِ إِلَىٰ عُرْفِ الْبَلَدِ.

فصلٌ [فِي ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ]: وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: مَا تَدَايَنَ فُلاَنٌ، فَأَنَا ضَامِنٌ لَهُ؛ لأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ فَلاَ يَسْبِقُ الحَقَّ؛ كَالشَّهَادَةِ.

فصل [فِي تَعْلِيقِ الضَّمَانِ عَلَىٰ شَرْطٍ]: وَلاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ عَلَىٰ شَرْطٍ؛ لأَنَّهُ إِيجَابُ مَالٍ لآدَمِيٍّ بِعَقْدٍ، فَلَمْ يَجُزْ تَعْلِيقُهُ عَلَىٰ شَرْطٍ؛ كَالْبَيْعِ.

وَإِنْ قَالَ: أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي البَحْرِ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، صَحَّ، فَإِذَا أَلْقَاهُ، وَجَبَ مَا ضَمِنَهُ؛ لأَنَّهُ اسْتِدْعَاءُ إِتْلاَفٍ بِعِوَضٍ، لِغَرَضٍ صَحِيحٍ، فَأَشْبَهَ إِذَا قَالَ: طَلِّقِ امْرَأَتَكَ، أَوْ أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ.

وَإِنْ قَالَ: بِعْ عَبْدَكَ مِنْ زَيْدٍ بِخَمْسِمِائَةٍ، وَلَكَ عَلَيَّ خَمْسُمِائَةٍ أُخْرَىٰ، فَبَاعَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ الْبَيْعُ، وَيَسْتَحِقُّ مَا بَذَلَهُ؛ لأَنَّهُ مَالٌ بَذَلَهُ فِي مُقَابَلَةِ إِزَالَةِ المِلْكِ، فَأَشْبَهَ إِذَا قَالَ: طَلِّقِ امْرَأَتَكَ، أَوْ أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَىٰ أَلْفٍ.

وَالثَّانِي: لاَ يَصِحُّ: لأَنَّهُ بَذْلُ مَالٍ لِغَرَضٍ غَيْرِ صَحِيحٍ؛ فَلَمْ يَجُزْ، وَيُخَالِفُ مَا بَذَلَهُ فِي

الطَّلاَقِ، وَالْعِتْقِ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ بَذْلُ مَالٍ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ، وَهُوَ تَخْلِيصُ المَرْأَةِ مِنَ الزَّوْجِ، وَتَخْلِيصُ الْعَبْدِ مِنَ الرِّقِّ.

فصلٌ [فِي ضَمَانِ الدَّيْنِ الحالِّ إِلَى أَجَلٍ]: وَيَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ الدَّيْنَ الحَالَّ إِلَىٰ أَجَلٍ؛ لأَنَّهُ رِفْقٌ وَمَعْرُوفٌ، فَكَانَ عَلَىٰ حَسَبِ مَا يَدْخُلُ فِيهِ.

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ المُؤَجَّلَ حَالاً؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ الحَالَّ مُؤَجَّلاً.

وَالثَّانِي: لاَ يَجُوزُ؛ لأَنَّ الضَّمَانَ فَرْعٌ لِمَا عَلَى المَضْمُونِ عَنْهُ؛ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْفَرْعُ مُعَجَّلاً، وَالأَصْلُ مُؤَجَّلاً.

فصلٌ [فِي الخِيَارِ فِي الضَّمَانِ]: وَلاَ يَثْبُتُ فِي الضَّمَانِ خِيَارٌ؛ لأَنَّ الْخِيَارَ لِدَفْعِ الْغَبْنِ، وَطَلَبِ الحَظِّ، وَالضَّامِنُ يَدْخُلُ فِي الْعَقْدِ عَلَىٰ بَصِيرَةٍ أَنَّهُ مَغْبُونٌ، وَأَنَّهُ لاَ حَظَّ لَهُ فِي الْعَقْدِ؛ وَلِهَذَا يُقَالُ: «الْكَفَالَةُ أَوَّلُهَا نَدَامَةٌ، وَأَوْسَطُهَا مَلاَمَةٌ، وَآخِرُهَا غَرَامَةٌ».

فَصْلٌ [فِي الشُّروطِ الفاسِدَة في الضَّمَانِ]: وَيَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ؛ لأَنَّهُ عَقْدٌ يَبْطُلُ بِجَهَالَةِ المَالِ؛ فَبَطَلَ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ؛ كَالبَيْعِ.

وَإِنْ شَرَطَ ضَمَاناً فَاسِدًا فِي عَقْدِ بَيْعٍ، فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ؛ كالْقَوْلَيْنِ في الرَّهْنِ الْفَاسِدِ، إِذَا شَرَطَهُ فِي الْبَيْعِ، وَقَدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الْقَوْلَيْنِ فِي الرَّهْنِ.

فصل [فِي ضَمَانِ الدَّين]: وَيَجِبُ بِالضَّمَانِ الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ، وَلاَ يَسْقُطُ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ؛ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ مَا رَوَىٰ جَابِرٌ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قَالَ: تُوُفِّيَ رَجُلٌ مِنَّا، فَأَتَيْنَا النَّبِيَّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ، فَخَطَا خُطْوَةً، ثُمَّ قَالَ: «أَعَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قُلْنَا: دِينَارَانِ، فَتَحَمَّلَهمَا أَبُو قَتَادَةَ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ بِيَوْمٍ: «مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ؟» قَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ، ثُمَّ أَعَادَ عَلَيْهِ بِالْغَدِ قَالَ: قَدْ قَضَيْتُهُمَا قَالَ: «الآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ»[1] وَلأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِدَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ، فَلاَ يَسْقُطُ الدَّيْنُ عَنِ الذِّمَّةِ؛ كَالرَّهْنِ، وَيَجُوزُ لِلْمَضْمُونِ لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ، وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّ الدَّيْنَ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِمَا، فَكَانَ لَهُ مُطَالَبَتُهُمَا.

---

(1) تقدم.

فَإِنْ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ثَالِثٌ، جَازَ؛ لأَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ ثَابِتٍ، فَجَازَ؛ كَالضَّمَانِ الأَوَّلِ. وَإِنْ ضَمِنَ الْمَضْمُونَ عَنْهُ عَنِ الضَّامِنِ، لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّ الْمَضْمُونَ عَنْهُ أَصْلٌ وَالضَّامِنُ فَرْعٌ؛ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ الأَصْلُ فَرْعاً، وَالْفَرْعُ أَصْلاً، وَلأَنَّهُ يَضْمَنُ [بِالضَّمَانِ][1] مَا فِي ذِمَّتِهِ، وَلأَنَّهُ لاَ فَائِدَةَ فِي ضَمَانِهِ، وَهُوَ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ.

فصلٌ [فِي شُرُوطِ ضَمَانِ الدَّيْنِ]: وَإِنْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ دَيْناً بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَجُزْ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِتَخْلِيصِهِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ بِإِذْنِهِ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ تَخْلِيصُهُ. وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، نَظَرْتَ:

فَإِنْ طَالَبَهُ صَاحِبُ الحَقِّ، جَازَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ بِتَخْلِيصِهِ؛ لأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَنْ يُغَرِّمَهُ إِذَا غَرِمَ، جَازَ أَنْ يُطَالِبَهُ إِذَا طُولِبَ.

وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ؛ لأَنَّهُ شَغَلَ ذِمَّتَهُ بِالدَّيْنِ بِإِذْنِهِ، فَجَازَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ؛ كَمَا لَوْ أَعَارَهُ عَيْناً لِيَرْهَنَهَا، فَرَهَنَهَا.

وَالثَّانِي: لَيْسَ لَهُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُغَرِّمْهُ قَبْلَ أَنْ يَغْرَمَ، لَمْ يُطَالِبْهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ، وَيُخَالِفُ إِذَا أَعَارَهُ عَيْناً لِيَرْهَنَهَا فَرَهَنَهَا؛ لأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَراً فِي حَبْسِ الْعَيْنِ وَالْمَنْعِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهَا، وَلاَ ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ لاَ يُطَالَبُ بِهِ.

فَإِنْ دَفَعَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ مَالاً إِلَى الضَّامِنِ، وَقَالَ: خُذْ هَذَا بَدَلاً عَمَّا يَجِبُ لَكَ بِالْقَضَاءِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَمْلِكُهُ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ يَتَعَلَّقُ بِسَبَبَيْنِ: الضَّمَانُ وَالْغُرْمُ، وَقَدْ وُجِدَ أَحَدُهُمَا، فَجَازَ تَقْدِيمُهُ عَلَى الآخَرِ؛ كَإِخْرَاجِ الزَّكَاةِ قَبْلَ الْحَوْلِ، وَإِخْرَاجِ الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الحِنْثِ.

فَإِنْ قَضَىٰ عَنْهُ الدَّيْنَ، اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَىٰ مَا قَبَضَ، وَإِنْ أُبْرِىءَ مِنَ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَجَبَ رَدُّ مَا أَخَذَ؛ كَمَا يَجِبُ رَدُّ مَا عَجَّلَ مِنَ الزَّكَاةِ إِذَا هَلَكَ النِّصَابُ قَبْلَ الحَوْلِ.

وَالثَّانِي: لاَ يَمْلِكُ؛ لأَنَّهُ أَخَذَهُ بَدَلاً عَمَّا يَجِبُ فِي الثَّانِي، فَلاَ يَمْلِكُهُ؛ كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ شَيْئاً

(1) سقط في ط.

عَنْ بَيْعٍ لَمْ يَعْقِدْهُ؛ فَعَلَىٰ هَذَا: يَجِبُ رَدُّهُ، فَإِنْ هَلَكَ ضَمِنَهُ؛ لأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَىٰ وَجْهِ الْبَدَلِ، فَضَمِنَهُ؛ كَالْمَقْبُوضِ بِسَوْمِ الْبَيْعِ.

فصلٌ [مَتَىٰ تَكُونُ البَرَاءَةُ فِي الضَّمَانِ]: وَإِنْ قَبَضَ الْمَضْمُونُ لَهُ الحَقَّ مِنَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، بَرِيءَ الضَّامِنُ؛ لأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ، فَانْحَلَّتْ بِقَبْضِ الحَقِّ؛ كَالرَّهْنِ، وَإِنْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ، بَرِيءَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ اسْتَوْفَى الحَقَّ مِنَ الْوَثِيقَةِ، فَبَرِيءَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنَ مِنْ ثَمَنِ الرَّهْنِ.

وَإِنْ أُبْرِيءَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ، بَرِيءَ الضَّامِنُ؛ لأَنَّ الضَّامِنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ، فَإِذَا أُبْرِيءَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، انْحَلَّتِ الْوَثِيقَةُ، كَمَا يَنْحَلُّ الرَّهْنُ إِذَا أُبْرِيءَ الرَّاهِنُ مِنَ الدَّيْنِ.

وَإِنْ أُبْرِيءَ الضَّامِنُ، لَمْ يَبْرَإِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ؛ لأَنَّ إِبْرَاءَهُ إِسْقَاطُ وَثِيقَةٍ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِهِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ؛ كَفَسْخِ الرَّهْنِ.

فصلٌ [إِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ]: وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ، نَظَرْتَ:

فَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، وَقَضَىٰ بِإِذْنِهِ، رَجَعَ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي الضَّمَانِ، وَالْقَضَاءِ.

وَإِنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقَضَىٰ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَرْجِعْ؛ لأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالْقَضَاءِ، فَلَمْ يَرْجِعْ.

وَإِنْ ضَمِنَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقَضَىٰ بِإِذْنِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

مِنَ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: يَرْجِعُ؛ لأَنَّهُ قَضَىٰ بِإِذْنِهِ.

وَالثَّانِي: لاَ يَرْجِعُ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ؛ لأَنَّهُ لَزِمَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ إِذْنُهُ فِي قَضَائِهِ.

وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، وَقَضَىٰ بِغَيْرِ إِذْنِهِ:

فَالْمَنْصُوصُ: أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَلِيِّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ لأَنَّهُ اشْتَغَلَتْ ذِمَّتُهُ بِالدَّيْنِ بِإِذْنِهِ، فَإِذَا اسْتَوْفَىٰ مِنْهُ رَجَعَ؛ كَمَا لَوْ أَعَارَهُ مَالاً فَرَهَنَهُ فِي دَيْنِهِ، وَبِيعَ فِي الدَّيْنِ.

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: إِنْ أَمْكَنَهُ أَنْ يَسْتَأْذِنَهُ، لَمْ يَرْجِعْ؛ لأَنَّهُ قَضَاهُ بِاخْتِيَارِهِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ، رَجَعَ؛ لأَنَّهُ قَضَاهُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

وَإِنْ أَحَالَهُ الضَّامِنُ عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّ الْحَوَالَةَ بَيْعٌ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَعْطَاهُ عَنِ الدَّيْنِ عِوَضاً.

وَإِنْ أَحَالَهُ عَلَى مَنْ لاَ دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْمُحَالُ، وَقُلْنَا: يَصِحُّ، بَرِىءَ الضَّامِنُ؛ لأَنَّ بِالْحَوَالَةِ تَحَوَّلَ مَا ضَمِنَ، وَلاَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغْرَمْ، فَإِنْ قَبَضَهُ مِنْهُ، ثُمَّ وَهَبَهُ لَهُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الضَّامِنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ مِنَ الزَّوْجِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ.

فصلٌ [إِنْ دَفَعَ الضَّامِنُ إِلَى الْمَضْمُونِ لَهُ ثَوْباً عَنِ الدَّيْنِ]: وَإِنْ دَفَعَ الضَّامِنُ إِلَى الْمَضْمُونِ لَهُ ثَوْباً عَنِ الدَّيْنِ فِي مَوْضِعٍ يَثْبُتُ لَهُ الرُّجُوعُ، رَجَعَ بِأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَةِ الثَّوْبِ، أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ:

فَإِنْ كَانَ قِيمَةُ الثَّوْبِ عَشَرَةً، وَالدَّيْنُ عِشْرِينَ، لَمْ يَرْجِعْ بِمَا زَادَ عَلَى الْعَشَرَةِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَغْرَم.

وَإِنْ كَانَ قِيمَةُ الثَّوْبِ عِشْرِينَ، وَالدَّيْنُ عَشَرَةً، لَمْ يَرْجِعْ بِمَا زَادَ عَلَى الْعَشَرَةِ؛ لأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَا زَادَ فَلاَ يَرْجِعُ بِهِ.

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ الَّذِي ضَمِنَهُ مُؤَجَّلاً، فَعَجَّلَ قَضَاءَهُ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ قَبْلَ الْمَحلِّ؛ لأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالتَّعْجِيلِ.

فصل [فِي صِحَّةِ ضَمَانِ الدَّرَكِ]: وَيَصِحُّ ضَمَانُ الدَّرَكِ[1]، عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَخَرَّجَ أَبُو الْعَبَّاسِ قَوْلاً آخَرَ: أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ؛ لأَنَّهُ ضَمَانُ مَا يُسْتَحَقُّ مِنَ الْمَبِيعِ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَصِحُّ قَوْلاً وَاحِداً؛ لأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ؛ لأَنَّهُ يُسَلِّمُ الثَّمَنَ، وَلاَ يَأْمَنُ أَنْ يستحِقَّ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ، وَلاَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَى الثَّمَنِ رَهْناً؛ لأَنَّ الْبَائِعَ لاَ يُعْطِيهِ مَعَ الْمَبِيعِ رَهْناً، وَلاَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَسْتَوْثِقَ بِالشَّهَادَةِ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُفْلِسُ الْبَائِعُ، فَلاَ تَنْفَعُهُ الشَّهَادَةُ، فَلَمْ يَبْقَ مَا يَسْتَوْثِقُ بِهِ غَيْرُ الضَّمَانِ، وَلاَ يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْقَدْرُ الَّذِي يُسْتَحَقُّ مَعْلُوماً؛ فَعُفِيَ عَنِ الجَهَالَةِ فِيهِ، كَمَا عُفِيَ عَنِ الجَهْلِ بِأَسَاسِ الحِيطَانِ، وَيُخَالِفُ ضَمَانَ المَجْهُولِ؛ لأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْلَمَ قَدْرَ الدَّيْنِ.

---

(1) الدَّرَكُ: التَّبِعَةُ، يُسَكَّنُ ويُحرَّكُ، يُقالُ: ما لحقك من درك فعلى خلاصُهُ، وأصله من اللحوق، يقال: أدركه: إذا لحقهُ بعد ما مضى؛ لأنه يكون بعد مضي البيع. النظم. ينظر: الصحاح (درك).

ثُمَّ يَضْمَنُهُ، وَفِي وَقْتِ ضَمَانِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لاَ يَصِحُّ حَتَّىٰ يَقْبِضَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ؛ لأَنَّهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ مَا وَجَبَ لَهُ شَيْءٌ، وَضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ لاَ يَصِحُّ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ؛ لأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَة إِلَىٰ هَذَا الضَّمَانِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، فَجَازَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ.

وَإِنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً، وَضَمِنَ دَرَكَهَا، فَخَرَجَ بَعْضُهَا مُسْتَحَقّاً، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ فِي الْبَاقِي، رَجَعَ بِثَمَنِ مَا اسْتُحِقَّ، وَإِنْ قُلْنَا: يَبْطُلُ الْبَيْعُ فِي الجَمِيعِ، رَجَعَ عَلَى الضَّامِنِ بِثَمَنِ مَا اسْتُحِقَّ، وَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِثَمَنِ البَاقِي؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ؛ لأَنَّهُ بَطَلَ الْبَيْعُ فِيهِ لأَجْلِ الاسْتِحْقَاقِ؛ فَضَمِنَ؛ كَالْمُسْتَحَقِّ.

وَالثَّانِي: لاَ يَرْجِعُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ إِلاَّ مَا يُسْتَحَقُّ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا سِوَاهُ.

وَإِنْ ضَمِنَ الدَّرَكَ، فَوَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْباً، فَرَدَّهُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الضَّامِنِ بِالثَّمَنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لاَ يَرْجِعُ، وَهُوَ قَوْلُ المُزَنِيِّ، وَأَبِي الْعَبَّاسِ؛ لأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ بِأَمْرٍ حَادِثٍ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ؛ كَمَا لَوْ كَانَ شِقْصاً فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ.

وَالثَّانِي: يَرْجِعُ؛ لأَنَّهُ رَجَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ بِمَعْنَى قَارَنَ الْعَقْدَ؛ فَثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الضَّامِنِ؛ كَمَا لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقّاً.

وَإِنْ وَجَدَ بِهِ الْعَيْبَ، وَقَدْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِأَرْشِ الْعَيْبِ؟ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الوَجْهَيْنِ.

فصل [فِي بَيَانِ كَفَالَةِ البَدَنِ]: وَتَجُوزُ كَفَالَةُ الْبَدَنِ، علَى الْمَنْصُوصِ فِي الْكُتُبِ، وَقَالَ فِي «الدَّعَاوَى، وَالبَيِّنَاتِ»: إِنَّ كَفَالَةَ الْبَدَنِ ضَعِيفَةٌ.

فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: تَصِحُّ قَوْلاً وَاحِداً، وَقَوْلُهُ: «ضَعِيفَةٌ» أَرَادَ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ.

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلاَنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لاَ تَصِحُّ؛ لأَنَّهُ ضَمَانُ عَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ بِعَقْدٍ، فَلَمْ يَصِحَّ؛ كَالسَّلَمِ فِي ثَمَرَةِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِهَا.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ، وَهُوَ الأَظْهَرُ؛ لِمَا رَوَىٰ أَبُو إِسْحَاقَ السَّبِيعِيُّ، عَنْ حَارِثَةَ بْنِ مضرِبٍ، قَالَ: صَلَّيْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ الْغَدَاةَ، فَلَمَّا سَلَّمَ، قَامَ رَجُلٌ فَحَمِدَ اللَّهَ، وَأَثْنَىٰ عَلَيْهِ، وَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ، فَوَاللَّهِ، لَقَدْ بِتُّ الْبَارِحَةَ، وَمَا فِي نَفْسِي عَلَىٰ أَحَدٍ إِحْنَةٌ[1]، وَإِنِّي كُنْتُ اسْتَطْرَقْتُ[2] رَجُلاً مِنْ بَنِي حَنِيفَةَ، وَكَانَ أَمَرَنِي أَنْ آتِيَهُ بِغَلَسٍ[3]، فَانْتَهَيْتُ إِلَىٰ مَسْجِدِ بَنِي حَنِيفَةَ، مَسْجِدِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ النوَاحَةِ، فَسَمِعْتُ مُؤَذِّنَهُمْ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلٰهَ إِلاَّ اللَّهُ، وَأَنَّ مُسَيْلِمَةَ رَسُولُ اللَّهِ، فَكَذَّبْتُ سَمْعِي، وَكَفَفْتُ فَرَسِي حَتَّىٰ سَمِعْتُ أَهْلَ الْمَسْجِدِ قَدْ تَوَاطَئُوا عَلَىٰ ذَلِكَ[4]؛ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: عَلَيَّ بِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ النُّوَاحَةِ، فَحَضَرَ، وَاعْتَرَفَ؛ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ: أَيْنَ مَا كُنْتَ تَقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ؟! قَالَ: كُنْتُ أَتَّقِيكُمْ بِهِ! فَقَالَ لَهُ: تُبْ، فَأَبَىٰ؛ فَأَمَرَ بِهِ، فَأُخْرِجَ إِلَى السُّوقِ، فَجُزَّ رَأْسُهُ، ثُمَّ شَاوَرَ أَصْحَابَ مُحَمَّدٍ ﷺ فِي بَقِيَّةِ الْقَوْمِ، فَقَالَ عَدِيُّ بْنُ حَاتِمٍ: تُؤْلُولُ كُفْرٍ قَدْ أَطْلَعَ رَأْسَهُ، فَاحْسِمْهُ[5]، وَقَالَ جَرِيرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَالأَشْعَثُ بْنُ قَيْسٍ: اسْتَتِبْهُمْ، فَإِنْ تَابُوا كَفَلَهُمْ عَشَائِرُهُمْ، فَاسْتَتَابَهُمْ، فَتَابُوا وَكَفَلَهُمْ عَشَائِرُهُمْ[6]. وَلأَنَّ الْبَدَنَ يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهُ بِالْعَقْدِ، فَجَازَ الْكَفَالَةُ بِهِ كَالدَّيْنِ.

---

(1) البارحةُ: الليلة الماضية، وهي أقرب ليلةٍ مضت، تقول: لقيته البارحة، ولقيته البارحة الأولى، وهي من برح: إذا زال. وفي المثل: «ما أشبه الليلة بالبارحة». النظم. ينظر: الصحاح (برح).
والإحنةُ: العداوة والحقد، يقال: في صدره علي إحنة، أي: حقدٌ، ولا يقال: حنةٌ.
والجمعُ: إحن، وقد أحنت عليه بالكسر. قال الشاعر: [الطويل].

إذا كان في صدر ابن عمك إحنةٌ فلا تسترها سوف يبدو دفينُهَا

النظم. ينظر: اللسان (أحن: 35).

(2) أي: طلبت منه أن ينزي فرسه الذكر على فرسي الأنثى، وأصل الطريق بفتح الطاء: ماء الفحل، يُقالُ: طرق الفحلُ الناقة طروقاً، أي: قعا عليها. وطروقةُ الفحل: أنثاهُ. وقد ذُكر في الزكاة. النظم. ينظر: الصحاح (طرق).

(3) قوله: «بغلسٍ» الغَلَسُ: ظلمة آخر الليل. قال الأخطل: [الكامل].

كذبتك عينك أم رأيت بواسطٍ غلس الظلام من الرباب خيالا

النظم. ينظر: الصحاح (غلس).

(4) أي: توافقوا، والمواطأةُ: الموافقةُ، وقد ذُكر أيضاً. النظم.

(5) الثُّؤلُولُ: واحدُ الثآليل، وهي: بثورٌ تخرجُ في بدن الإنسان، يابسةٌ صُلبَةٌ، كأنها رؤوسُ المسامير.
فاحسمهُ، والحسمُ: القطع باستئصال والحسامُ: السيفُ القاطع، وفي الحديث: أنه قال: «عليكم بالصوم فإنه تحسمةٌ للعرق ومَذْهَبةٌ للأشرِ». النظم. ينظر: الصحاح (حسم)، والنهاية (1/ 386).

(6) أخرجه أبو داود (2/ 93) كتاب الجهاد، باب في الرسل، حديث (2762).
وقوله: «عَشائِرُهُمْ» العشيرةُ: القبيلَةُ، والجمْعُ: العشائرُ، والعشيرُ أيضاً: الصَّاحِبُ المُعَاشرُ المُخالطُ. النظم.

فَإِنْ قُلْنَا: تَصِحُّ، جَازَتِ الْكَفَالَةُ بِبَدَنِ كُلِّ مَنْ يَلْزَمُهُ الحُضُورُ فِي مَجْلِسِ الحُكْمِ بِدَيْنٍ؛ لأَنَّهُ حَقٌّ لاَزِمٌ لآدَمِيٍّ، فَصَحَّتِ الْكَفَالَةُ بِهِ؛ كَالدَّيْنِ.

وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَدٌّ، فَإِنْ كَانَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ، لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِهِ؛ لأَنَّ الْكَفَالَةَ لِلاِسْتِيثَاقِ، وَحَقُّ اللَّهِ تَعَالَىٰ مَبْنِيٌّ عَلَى الدَّرْءِ وَالإِسْقَاطِ، فَلَمْ يَجُز الاِسْتِيثَاقُ بِمَنْ عَلَيْهِ.

وَإِنْ كَانَ قِصَاصاً، أَوْ حَدَّ قَذْفٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لاَ تَصِحُّ؛ لأَنَّهُ لاَ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِمَا عَلَيْهِ، فَلَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ بِهِ؛ كَمَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ لِلَّهِ تَعَالَى.

وَالثَّانِي: تَصِحُّ؛ لأَنَّهُ حَقٌّ لآدَمِيٍّ، فَجَازَتِ الْكَفَالَةُ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ؛ كَالدَّيْنِ.

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ غَيْرُ لاَزِمٍ؛ كَالمُكَاتَبِ، لاَ تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِبَدَنِهِ؛ لأَنَّ الحُضُورَ لاَ يَلْزَمُهُ، فَلاَ تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ؛ كَدَيْنِ الكِتَابَةِ.

فصلٌ [إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دين مَجْهول]: وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مَجْهُولٌ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ: لاَ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِبَدَنِهِ؛ لأَنَّهُ قَدْ يَمُوتُ الْمَكْفُولُ بِهِ، فَيَلْزَمُهُ الدَّيْنُ، فَإِذَا كَانَ مَجْهُولاً، لَمْ تُمْكِنِ الْمُطَالَبَةُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ تَصِحُّ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ؛ لأَنَّ الْكَفَالَةَ بِالْبَدَنِ لاَ تَعَلُّقَ لَهَا بِالدَّيْنِ.

فصلٌ [الكَفَالَةُ بِبَدَنِ الكَفِيل]: وَتَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِ الكَفِيلِ؛ كَمَا يَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيْنِ عَنِ الضَّمِينِ.

فصلٌ [فِي الكَفَالَةِ حَالاً وَمُؤَجَّلاً]: وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ حَالاً وَمُؤَجَّلاً؛ كَمَا يَجُوزُ ضَمَانُ الدَّيْنِ حَالاً وَمُؤَجَّلاً، وَهَلْ يَجُوزُ إِلَىٰ أَجَلٍ مَجْهُولٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، فَجَازَ فِي المَجْهُولِ؛ كَإِبَاحَةِ الطَّعَامِ.

وَالثَّانِي: لاَ يَجُوزُ؛ لأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ فِي الذِّمَّةِ لآدَمِيٍّ، فَلاَ يَجُوزُ إِلَىٰ أَجَلٍ مَجْهُولٍ؛ كَالْبَيْعِ، وَيُخَالِفُ الإِبَاحَةَ، فَإِنَّهُ لَوْ أَبَاحَهُ أَحَدَ الطَّعَامَيْنِ، جَازَ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِبَدَنِ أَحَدِ الرَّجُلَيْنِ، لَمْ يَجُزْ.

فصلٌ [فِي المَكَانِ فِي الكَفَالَةِ]: وَتَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ لِيُسَلَّمَ فِي مَكَانٍ مُعَيَّنٍ، وَتَجُوزُ مُطْلَقاً، فَإِنْ أَطْلَقَ، وَجَبَ التَّسْلِيمُ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ؛ كَمَا تَجُوزُ حَالاً وَمُؤَجَّلاً، وَإِذَا أَطْلَقَ، وَجَبَ التَّسْلِيمُ فِي حَالِ الْعَقْدِ.

فصلٌ [فِي شَرْطِ الكَفَالَةِ]: وَلاَ تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالْبَدَنِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَكْفُولِ بِهِ؛ لأَنَّهُ إِذَا تَكَفَّلَ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: تَصِحُّ؛ كَمَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِالدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ.

فصلٌ [فِي الكَفَالَةِ بعضو منه]: وَإِنْ تَكَفَّلَ بِعُضْوٍ مِنْهُ، فَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لأَنَّ فِي تَسْلِيمِهِ تَسْلِيمَ جَمِيعِهِ.

وَالثَّانِي: لا تَجُوزُ؛ لأَنَّ إِفْرَادَ الْعُضْوِ بِالْعَقْدِ لاَ يَصِحُّ، وَتَسْرِيَتَهُ إِلَى الْبَاقِي لاَ تُمْكِنُ؛ لأَنَّهُ لاَ سِرَايَةَ لَهُ؛ فَبَطَلَتْ.

وَالثَّالِثُ: إِنْ كَانَ العُضْوُ لاَ يَبْقَى الْبَدَنُ دُونَهُ؛ كَالرَّأْسِ، وَالْقَلْبِ، جَازَ؛ لأَنَّهُ لاَ يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إِلاَّ بِتَسْلِيمِ الْبَدَنِ، وَإِنْ كَانَ عُضْواً يَبْقَى الْبَدَنُ دُونَهُ؛ كَالْيَدِ، وَالرِّجْلِ، لَمْ يَصِحَّ؛ لأَنَّهُ قَدْ يُقْطَعُ فَيَبْرَأُ مَعَ بَقَائِهِ.

فصلٌ [إِذَا أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ قَبْلَ الْمَحلِّ، أَوْ فِي غَيْرِ الْمَكَانِ]: وَإِنْ أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ قَبْلَ المَحلِّ، أَوْ فِي غَيْرِ المَوْضِعِ الَّذِي شُرِطَ فِيهِ التَّسْلِيمُ: فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ فِي قَبُولِهِ ضَرَرٌ، أَوْ لَهُ فِي رَدِّهِ غَرَضٌ[1]، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ، وَلاَ لَهُ فِي رَدِّهِ غَرَضٌ، وَجَبَ قَبُولُهُ.

فَإِنْ لَمْ يَتَسَلَّمْهُ، أَحْضَرَهُ عِنْدَ الحَاكِمِ[2]؛ لِيَتَسَلَّمَ عَنْهُ، وَيَبْرَأَ؛ كَمَا قُلْنَا فِي «دَيْنِ السَّلَمِ».

وَإِنْ أَحْضَرَهُ، وَهُنَاكَ يَدٌ حَائِلَةٌ، لَمْ يَبْرَأْ؛ لأَنَّ التَّسْلِيمَ المُسْتَحَقَّ هُوَ التَّسْلِيمُ مِنْ غَيْرِ حَائِلٍ؛ وَلِهَذَا لَوْ سَلَّمَ المَبِيعَ مَعَ الحَائِلِ، لَمْ يَصِحَّ تَسْلِيمُهُ، وَإِنْ سَلَّمَهُ وَهُوَ فِي حَبْسِ الحَاكِمِ، صَحَّ التَّسْلِيمُ؛ لأَنَّ حَبْسَ الحَاكِمِ لَيْسَ بِحَائِلٍ، وَيُمْكِنُ إِحْضَارُهُ وَمُطَالَبَتُهُ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ الحَقِّ.

وَإِنْ حَضَرَ الْمَكْفُولُ بِهِ بِنَفْسِهِ، وَسَلَّمَ نَفْسَهُ، بَرِىءَ الْكَفِيلُ؛ كَمَا يَبْرَأُ الضَّامِنُ إِذَا أَدَّى المَضْمُونُ عَنْهُ الدَّيْنَ.

---

(1) قال الفارقي: قوله فإن كان عليه في قبوله ضرر بأن يكون المكفول به مفلساً، وقوله أوله في رده غرض بأن يكون عليه مؤنة أو مشقة في حمله إلى الموضع الذي عينه لم يلزمه تسليمه. «شامل».
قوله عرض بأن يكون بينته غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحكم حاضراً «شامل» (ف: 96 أ).

(2) قال الفارقي: فإن لم يكن حاكم أحضر رجلين يشهدان تسلمه أو امتناعه المكفول له، وذكر القاضي أبو الطيب: أنه يشهد على امتناعه رجلين وهذا أقيس. «شامل».
وإن كان محبوساً عند غير الحاكم لم يكن عليه أن يتسلمه محبوساً. «شامل» (ف: 96 أ خ).

وَإِنْ غَابَ المَكْفُولُ بِهِ إِلَىٰ مَوْضِعٍ لاَ يُعْرَفُ خَبَرُهُ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ.

وَإِنْ غَابَ إِلَىٰ مَوْضِعٍ يُعْلَمُ خَبَرُهُ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ حَتَّى يَمْضِيَ زَمَانٌ يُمْكِنُ فِيهِ الذَّهَابُ وَالْمَجِيءُ؛ لأَنَّ مَا لَزِمَ تَسْلِيمُهُ، لَمْ يَلْزَمْ إِلاَّ بِإِمْكَانِ التَّسْلِيمِ.

فَإِنْ مَضَىٰ زَمَانُ الإِمْكَانِ، وَلَمْ يَفْعَلْ، حُبِسَ الْكَفِيلُ إِلَىٰ أَنْ يُحْضِرَهُ، فَإِنْ أَبْرَأَهُ الْمَكْفُولُ لَهُ مِنَ الْكَفَالَةِ، بَرِيءَ؛ كَمَا يَبْرَأُ الضَّامِنُ إِذَا أَبْرَأَهُ المَضْمُونُ لَهُ.

فَإِنْ جَاءَ رَجُلٌ وَقَالَ: أُبْرِيءُ الْكَفِيلَ، وَأَنَا كَفِيلٌ بِمَنْ تَكَفَّلَ بِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ أَبُو العَبَّاسِ: يَصِحّ؛ لأَنَّهُ نَقَلَ الضَّمَانَ إِلَىٰ نَفْسِهِ؛ فَصَارَ كَمَا لَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ مَالاً، فَأَحَالَ الضَّامِنُ المَضْمُونَ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَالقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ الطَّبَرِيُّ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لاَ يَصِحُّ؛ لأَنَّهُ تَكَفَّلَ بِشَرْطِ أَنْ يَبْرَأَ الْكَفِيلُ، وَذَلِكَ شَرْطٌ فَاسِدٌ؛ فَمَنَعَ صِحَّةَ الْعَقْدِ.

وَإِنْ تَكَفَّلَ بِبَدَنِ رَجُلٍ لِنَفْسَيْنِ، فَسَلَّمَهُ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَبْرَأْ مِنْ حَقِّ الآخَرِ؛ لأَنَّهُ ضَمِنَ تَسْلِيمَيْنِ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِأَحَدِهِمَا؛ كَمَا لَوْ ضَمِنَ لَهُمَا دَيْنَيْنِ، فَأَدَّىٰ دَيْنَ أَحَدِهِمَا.

وَإِنْ تَكَفَّلَ اثْنَانِ لِرَجُلٍ بِبَدَنِ رَجُلٍ، فَأَحْضَرَهُ أَحَدُهُمَا، فَقَدْ قَالَ شَيْخُنَا القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّهُ لاَ يَبْرَأُ الآخَرُ[1]؛ لأَنَّهُ لَوْ أُبْرِيءَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَبْرَأِ الآخَرُ، فَإِذَا سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَبْرَإِ الآخَرُ، وَعِنْدِي أَنَّهُ يَبْرَأُ؛ لأَنَّ المُسْتَحَقَّ إِحْضَارُهُ، وَقَدْ حَصَلَ فَبَرِئَا؛ كَمَا لَوْ ضَمِنَ رَجُلاَنِ دَيْناً، فَأَدَّاهُ أَحَدُهُمَا؛ وَيُخَالِفُ الإِبْرَاءَ؛ فَإِنَّ الإِبْرَاءَ مُخَالِفٌ لِلأَدَاءِ؛ وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ: أَنَّ فِي ضَمَانِ الْمَالِ لَوْ أُبْرِيءَ أَحَدُ الضَّامِنَيْنِ، لَمْ يَبْرَإِ الآخَرُ، وَلَوْ أَدَّىٰ أَحَدُ الضَّامِنَيْنِ، بَرِيءَ.

فصلٌ [مَتَىٰ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ؟]: وَإِنْ تَكَفَّلَ بِبَدَنِ رَجُلٍ، فَمَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ، بَرِيءَ الْكَفِيلُ، وَقَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ: يَلْزَمُهُ مَا عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ مِنَ الدَّيْنِ؛ لأَنَّهُ وَثِيقَةٌ، فَإِذَا مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَجَبَ أَنْ يُسْتَوْفَى الدَّيْنُ مِنْهَا؛ كَالرَّهْنِ، وَالْمَذْهَبُ الأَوَّلُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنِ الدَّيْنَ، فَلاَ يَلْزَمُهُ.

فصلٌ [فِي الكَفَالَةِ بِالْعَيْنِ]: وَإِنْ تَكَفَّلَ بِعَيْنٍ، نَظَرْتَ:

---

(1) قال الفارقي: ويخالف الدين فإن المقصود قد حصل ثم ولم يحصل هاهنا لمجرد الحضور. «وسيط». (ف: 96 ب).

فَإِنْ كَانَ أَمَانَةً كَالْوَدِيعَةِ، لَمْ يَصِحَّ؛ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا عَلَىٰ مَنْ هِيَ عِنْدَهُ، فَلأَنْ لاَ يَجِبَ عَلَىٰ مَنْ يَضْمَنُ عَنْهُ، أَوْلَىٰ.

وَإِنْ كَانَ عَيْناً مَضْمُونَةً؛ كَالْمَغْصُوبِ، وَالْعَارِيَّةِ، وَالْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي كَفَالَةِ الْبَدَنِ:

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا تَصِحُّ، فَهَلَكَتِ الْعَيْنُ، فَقَدْ قَالَ أَبُو العَبَّاسِ: فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا.

وَالثَّانِي: لاَ يَجِبُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: لاَ يَجُوزُ؛ بِنَاءً ذَلِكَ عَلَىٰ كَفَالَةِ الْبَدَنِ؛ فَإِنَّ الْبَدَنَ لَوْ تَلِفَ، لَمْ يَضْمَنْ بَدَلَهُ، وَلَوْ هَلَكَتِ الْعَيْنُ، ضَمِنَهَا.

فصلٌ [إِنْ ضَمِنَ عَنْهُ دَيْناً ثُمَّ اخْتَلَفَا]: وَإِنْ ضَمِنَ عَنْهُ دَيْناً، ثُمَّ اخْتَلَفَا؛ فَقَالَ الضَّامِنُ: ضَمِنْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ، وَقَالَ الْمَضْمُونُ لَهُ: ضَمِنْتَ وَأَنْتَ بَالِغٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الْبُلُوغِ.

وَإِنْ قَالَ: ضَمِنْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ، وَقَالَ: بَلْ ضَمِنْتَ وَأَنْتَ عَاقِلٌ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ حَالَةُ جُنُونٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ؛ لأَنَّ الأَصْلَ الْعَقْلُ، وَصِحَّةُ الضَّمَانِ.

وَإِنْ عُرِفَ لَهُ حَالَةُ جُنُونٍ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ؛ لأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ فِي حَالَةِ الإِفَاقَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي حَالَةِ الْجُنُونِ، وَالأَصْلُ عَدَمُ الضَّمَانِ، وَبَرَاءَةُ الذِّمَّةِ.

وَإِنْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ شَيْئاً، وَأَدَّى الْمَالَ، ثُمَّ ادَّعَىٰ أَنَّهُ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ، وَأَدَّىٰ بِإِذْنِهِ لِيَرْجِعَ، وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الإِذْنَ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ، وَإِنْ تَكَفَّلَ بِبَدَنِ رَجُلٍ، ثُمَّ ادَّعَىٰ أَنَّهُ تَكَفَّلَ بِهِ، وَلاَ حَقَّ عَلَيْهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَكْفُولِ لَهُ؛ لأَنَّ الْكَفِيلَ قَدْ أَقَرَّ بِالْكَفَالَةِ، وَالْكَفَالَةُ لاَ تَكُونُ إِلاَّ بِمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَكْفُولِ لَهُ، فَإِنْ طَلَبَ الْكَفِيلُ يَمِينَ الْمَكْفُولِ لَهُ عَلَىٰ ذَلِكَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُحَلَّفُ؛ لأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ الْكَفِيلُ مُمْكِنٌ، فَحُلِّفَ عَلَيْهِ الْخَصْمُ.

وَالثَّانِي: لاَ يُحَلَّفُ؛ لأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالْكَفَالَةِ يَقْتَضِي وُجُوبَ الْحَقِّ، وَمَا يَدَّعِيهِ يُكَذِّبُ إِقْرَارَهُ؛ فَلَمْ يُحَلَّفِ الْخَصْمُ.

وَإِنِ ادَّعَى الضَّامِنُ أَنَّهُ قَضَى الحَقَّ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ، وَأَقَرَّ الْمَضْمُونُ لَهُ، وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ[1]؛ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ المَضْمُونِ عَنْهُ؛ لأَنَّ الضَّامِنَ يَدَّعِي الْقَضَاءَ لِيَرْجِعَ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَالْمَضْمُونُ لَهُ يَشْهَدُ عَلَىٰ فِعْلِ نَفْسِهِ أَنَّهُ قَبَضَ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ، فَسَقَطَ قَوْلُهُمَا، وَحُلِّفَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الضَّامِنِ؛ لأَنَّ قَبْضَ الْمَضْمُونِ لَهُ يَثْبُتُ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً، وَبِالْبَيِّنَةِ أُخْرَىٰ، وَلَوْ ثَبَتَ قَبْضُهُ بِالْبَيِّنَةِ، رَجَعَ الضَّامِنُ؛ فَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ بِالإِقْرَارِ.

(1) قال الفارقي: وإن صدقه المضمون عنه دون المضمون له ففيه وجهان: أحدهما: يرجع من أخذه له بتصديقه، والثاني: لا لأنه لم ينفعه بأدائه فلا يرجع به ولو كان بمرأى من المضمون عنه رجع وجهاً واحداً؛ لأن التقصير منسوب إلى المضمون عنه في ترك الإشهاد إلى الضامن. «وسيط». (ف: 96 ب).

obeikandl.com