ببينة يثبت بها الحق لكن كانت غائبة او ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف انه ما قصر ولا فرط
وان قضاه ببينة مردودة بامر ظاهر كالكفر والفسوق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كعدمها
وان ردت بامر خفي كالفسق الباطن او كانت الشهادة مختلفا فيها مثل ان اشهد عبدين او شاهدا واحدا فردت لذلك
او كان ميتا او غائبا احتمل ان يرجع لانه قضى ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه واحتمل ان لا يرجع لانه اشهد
من لا يثبت الحق بشهادته وان قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان احدهما يرجع وهو مذهب الشافعي
لانه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضا
قضاء غير مبرئ فاشبه ما لو قضى في غيبته **فصل** فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع
على المضمون عنه بما قضاه ثانيا لانه ابراه في ذمته ظاهرا قال القاضي ويحتمل ان له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني
لان البراءة حصلت به في الباطن ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما ابراه
ظاهرا والثاني ما ابراه باطنا ولنا ان الضامن ادى عن المضمون عنه باذنه ما ابراه ظاهرا وباطنا فرجع به كما لو قامت
به بينة والوجه الاول ارجح لان القضاء المبرئ في الباطن ما اوجب الرجوع فيجب ان يجب بالثاني المبرئ الظاهر
مسئلة وان اعترف المضمون له بالقضاء وانكر المضمون عنه لم يسمع انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف
بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له صار للضامن فيجب ان يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه وفيه وجه
اخر انه لا يقبل لان الضامن مدع بما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل
والاول اصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث
مسئلة وان قضى المؤجل قبل اجله لم يرجع حتى يحل لانه لا يجب له اكثر مما كان للغريم ولانه تبرع بالتعجيل وان احاله
كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ورجع بالاقل مما احال به او قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه او ابراه او تعذر
عليه الاستيفاء لفلس او مطل لان الحوالة كالاقباض **مسئلة** وان مات الضامن او المضمون عنه فهل يحل الدين على
روايتين وايهما حل عليه لم يحل على الاخر وجملة ذلك انه اذا ضمن دينا مؤجلا فمات احدهما اما الضامن او المضمون عنه
فهل يحل الدين على الميت منهما على روايتين ياتي ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الاخر لان الدين لا يحل على شخص
بموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاه قبل الاجل كان متبرعا
بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل تخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه وان كان
الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا
يستحق مطالبته قبل اجله وهذا مذهب الشافعي وحكي عن زفر ان لهم مطالبته لانه ادخله في ذلك مع علمه انه يحل بموته
ولنا انه دين مؤجل فلا يجوز مطالبته به قبل الاجل كما لو لم يمت وقوله ادخله فيه قلنا انما ادخله في المؤجل وحلوله بسبب
من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل **مسئلة** ويصح ضمان الحال مؤجلا وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل اجله في احد
الوجهين اذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن يملك مطالبة
المضمون عنه دون الضامن وبه قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ما على فلان ان يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه
ويؤديه كما ضمن ووجه ذلك ما روى ابن عباس ان رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال ما عندي شيء اعطيكه فقال والله لا فارقتك حتى تعطيني او تاتيني بحميل فجره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم كم تستنظره فقال شهرا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا احمل فجاءه في الوقت الذي قال النبي صلى
الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من اين اصبت هذا قال من معدن قال لا خير فيها وقضاها عنه رواه ابن ماجه
ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتاجل فكيف يؤجل على الضامن
ام كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتاجل في ابتداء ثبوته
اذا كان ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتا عليه حالا ويجوز ان يخالف ما في

ذمة الضامن

ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا فكان الدين حالا فضمنه
الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى
دينه بغير اذنه رجع به لان اكثر ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم ياذن له في
القضاء قبل ذلك **فصل** فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولا يلزمه اداؤه قبل اجله لان الضامن ٢٧
فرع للمضمون عنه فلا يلزمه ما لا يلزمه ولان المضمون عنه لو الزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا
يلزم الضامن اولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز ان يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه فعلى هذا ان قضاه
حالا لم يرجع به قبل اجله لان ضمانه لم يغيره عن تاجيله والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال في
الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين
عشرة فضمن خمسة واما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند اجله فاذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون عنه
اشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين وفيه وجه اخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياسا
عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى **فصل** ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان
الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل دخلا على انه لا حظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار
كالنذر وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا فان شرط الخيار فيهما فقال القاضي عندي ان الكفالة والضمان تبطل
وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى
الكفالة لزوم ما ضمنه او كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل ان يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ولو
اقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فاشبه استثناء الكل **فصل** واذا ضمن
رجلان عن رجل الفا ضمان اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة
فكل واحد ضامن لثلثه فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الاخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما
وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالالف ان شاء
وان ادى احدهم الالف كله او حصته منه لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن
الاخر **فصل** قال الشيخ رحمه الله الكفالة التزام احضار المكفول به وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة
في قول اكثر اهل العلم منهم شريح ومالك والثوري والليث وابو حنيفة وقال الشافعي في بعض اقواله الكفالة بالبدن
ضعيفة واختلف اصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولا واحدا وانما اراد انها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع
والاثر ومنهم من قال فيها قولان احدهما انها غير صحيحة لانها كفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين
ولنا قوله تعالى قال لن ارسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتاتنني به الا ان يحاط بكم ولانه ما وجب تسليمه بعقد وجب
تسليمه بعقد الكفالة كالمال **مسئلة** وتصح ببدن من عليه دين وبالاعيان المضمونة تصح الكفالة ببدن كل من
يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان معلوما او مجهولا وقال بعض الشافعية لا تصح عن عليه دين مجهول
لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم
فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولاننا قد بينا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق
بالمال ابتداء اولى وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانهما قد يجب احضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف
واذن وليهما يقوم مقام اذنهما وتصح ببدن المحبوس والغائب وقال ابو حنيفة لا تصح ولنا ان كل وثيقة صحت
مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه
بامر الحاكم او امر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة
وهو ان يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قال القاضي وقال في موضع اخر لا يلزمه ما عليه حتى يمضي مدة يمكنه الرد

Copyright [illegible] University