

روضة الطالبين وعمدة المفتين

وذلك لا يفيد الرجوع وإن قلنا كالبينة حلفه طمعا في أن ينكل ويحلف فيكون كالبينة ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال رجع على الأصح لسقوط المطالبة فإنه أقوى من البينة وأما إذا أدى بحضور الأصيل فيرجع على الصحيح المنصوص ولو توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد ولكن مات الشهود أو غابوا ثبت الرجوع على الصحيح وقيل لا وهو شاذ ضعيف ولو قال الضامن أشهدت وماتوا وأنكر الأصيل الأشهاد فهل القول قول الأصيل لأن الأصل عدم الأشهاد أو قول الضامن لأن الأصل عدم التقصير وجهان أحدهما الأول ولو قال أشهدت فلانا وفلانا فكذباه فهو كما لو لم يشهد ولو قال لا ندري وربما نسينا ففيه تردد للإمام ومضى لم تقم بينة بالأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها فإن أخذ المال من الأصيل فذاك وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى فقليل لا يرجع بشيء والأصح أنه يرجع وهل يرجع بالمغروم أولا لأنه مظلوم بالثاني أم بالثاني لأنه المسقط للمطالبة وجهان قلت ينبغي أن يرجع بأقلهما فإن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني وإن كان الثاني فهو المبرء فهو المبرء ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد وإني أعلم فصل الضمان في مرض الموت إذا كان بحيث يثبت الرجوع ووجد الضامن مرجعا فهو محسوب من رأس المال وإن لم يثبت الرجوع أو لم يجد مرجعا لموت الأصيل معسرا فمن الثلث ومضى وفت تركة الأصيل بثلاثي الدين فلا دور لأن صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن رجعوا بثلاثيه في تركة الأصيل وإن أخذ تركة