بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة ام القرى

مكتبة الملك عبدالله بن عبدالعزيز الجامعية

قسم المخطوطات

بداية المخطوطة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه العون

مسئلة في رجل له دين على آخر بمسطور وفي المسطور بعد اقرار المديون ما صورته وحضر فلان وفلان وضمنا في ذمتهما ما في ذمة المقر المذكور من الدين المذكور ثم غاب الاصيل واحد الضامنين فطالب صاحب الدين الضامن الآخر بجملة المبلغ وهو ثلاثة آلاف وخمسمائة درهم فاعطاها له ثم بعد خمسة اشهر قال شخص للدافع انك ما يلزمك الا نصف المبلغ فترافع هو والقابض الى نائب حكم فحكم بانه لا يلزمه الا النصف والزم القابض باعادة النصف الى الدافع فاعاده بامن فهل هذا الحكم صواب او لا وهل الواجب على الضامن الدافع جملة الدين او نصفه وما الحكم في ذلك مبينا بنقله ودليله الجواب ليس هذا الحكم بصواب بل هو خطأ والدفع الذي دفعه الضامن صحيح والذي كان يلزمه اداء جميع الدين وبدفعه حصلت براءة الاصل والضامن الآخر وجب عليه وعلى القاضي اعادة ما استعاده الى صاحبه وليس لصاحب الدين ان يطالب بعد ذلك الاصيل ولا الضامن الآخر لان ذمتهما بريت بقبضه للجميع واعادته النصف بهذا الحكم خطأ لا يعيد الدين في ذمتهما ولا مطالبه بعد ذلك على الضامن الآخر اصلا ولا على الاصيل الا للضامن الدافع ان كان له الرجوع واصل هذا ان اللازم لكل

من الضامنين في هذه الصور جميع الدين وهذه مسئلة مسطورة في كتاب التتمة لابي سعيد المتولي رحمه الله في كتاب الضمان في الفصل الرابع في حكم الضمان قال الخامسة رجل له دين على آخر دين معلوم فحضره رجلان وقالا ضمنا ما لك عن فلان هل يطالب كل واحد منهما بجميع الدين ام لا فيه وجهان احدهما يطالب كل واحد منهما بنصف الدين كما لو قالا لانسان اشترينا عبدك بالف يلزم كل واحد منهما نصف الالف والثاني وهو الصحيح ان كل واحد منهما يطالب بجميع الدين كما لو كان عبد مشترك فقالا رهنا العبد بالالف الذي لك على فلان فيكون نصيب كل واحد منهما رهنا بجميع الالف ويخالف الشرا لان الثمن عوض الملك فبقدر ما حصل له من الملك يجب الثمن واما ههنا فما يلزم الضامن ليس بطريق المعاوضة ولهذا لو ضمن كل واحد منهما على الانفراد صح وطولب بجميع الدين فصار كمسئلة الرهن انتهت المسئلة التي ذكرها المتولي رحمه الله وهي نص في مسئلتنا لان اقل احوال اللفظ المذكور في المسطور ان يقولا ضمنا وقد صرح المتولي بنقل وجهين فيها وان الصحيح منهما لزوم كل الدين لكل واحد وانما قلت ان هذا اقل احوال اللفظ لانه يحتمل ان يكون كل منهما قال ضمنت ما عليه من الدين وحينئذ يكون صريحا في الجمع بلا نزاع ولا جايز ان يحمل

على ان الصادر من كل منهما ضمنت نصف الدين لانه لم يكن حينئذ يجوز
للشاهدان يعبر بهذه العبارة فانها ليست بمعناها ولو كانت محتملة
لها فالرواية بالمعنى شرطها المطابقة في الجلاء والخفاء واما الشهادة
فلا يجوز ويحتاط فيها اكثر مما يحتاط في الرواية وعدالة الشهود
وضبطهم يمنعان من هذا القسم والقسمان الاولان يحصل المقصود بكل
منهما اما الثاني فظاهر واما الاول فكما قلناه عن المتولي فان
قلت قد افتى جماعة فيما اذا قالا ضمنا والصورة كهذه الواقعة
انه لا يلزم كلا منهما الا النصف وساعدوا القاضي المذكور فيما حكم
به وصوبوه ومم اكرمنه قلت اخطأوا والله يغفر لنا ولهم وليس
احد منا معصوما من الخطأ والزلل فنسأل الله المسامحة ولكن الواجب
علينا ان نبذل الجهد في طلب الحق لنصل اليه ونصان احكام الله تعالى
عن التغيير ونجري على مقتضى العدل الذي امر به فان وفقنا الله تعالى
لذلك فله الفضل والا فنسأل الله العفو عما عساه يكون منا من التقصير
فان قلت قد اخرجوا من كتاب البحر للروياني نقلا يعارض ما ذكرته
وهو انه قال في ثلاثة ضمنوا الفا انه لا يلزم كل واحد منهم الا ثلث
الالف الا ان يقولوا ان كل واحد ضامن لجميعها قلت سبحان الله
كيف يكون من هو منسوب الى فتوى وكلام بحيث يتمسك في معارضه

ما قلته بهذا الكلام ونحن في واد وهو في آخر على انها لو كانت
المسئلة كان لنا عما قاله الرويا في جوابان آخران سنذكرهما ان شاء
الله في آخر الكلام وصاحب البحر غير منفرد بذلك بل تبعه الماوردي
فقال عن ابي حنيفة فيما اذا رهن دارين واقبضهما بالف ان كل واحد
منهما رهن بحصتها من الالف ولا يكون رهنا بجميع الالف استدلالا
بسببين احدهما ان الرهن عقد على عين في مقابلة عوض كالبيع
والثاني ان الرهن وثيقة كالضمان ثم ثبت ان رجلين لو ضمنا
عن رجل كانت بينهما ولا يكون الالف على كل واحد منهما ثم قال في الجواب
واما ما ذكره من الضامنين فغير صحيح لان الضامنين كالعاقدين
فلذلك بعض وكذلك الرهن اذا كان في عقدين كان متبعضا
كالضامنين واما العقد الواحد فهو كالضامن الواحد انتهى وهو الذي
ذكره الحنفية لعله احد الوجهين اللذين حكاهما صاحب التتمة
والماوردي لم يصرح بالنقل عن المذهب فلعله اقتصر على الجواب
على تقدير تسليم الحكم وقد نقل ابن الرفعة هذا الذي قاله
الماوردي وعبر عنه بقوله اجاب الاصحاب ثم بعد ورقة تكلم
فيما لو استعار عبدين من رجلين ورهنهما وان طريقه الخلاف
في انفكاك احدهما يجوز ان يبنى على انهما عارية او ضمان ان قلنا

ما قلته

انه عاريه لم ينفك وان قلنا ضمان انفك وقد يقال لا يحرج على ذلك بل على قول الضمان بجعله ضامنا لكل الدين في رقبة عبده فان يحيل ضمانه لبعضه فانما يكون اذا قالا اعر ناك العبد لترهنه بدينك وهو كذا ينزل منزلة ما لو قالا لمن له الدين ضمنا لك دينك على فلان فانه يكون بينهما نصفين كما تقدم والمسئلة غير مخصوصة بهذه الحاله انتها وهذا الذي قاله ابن الرفعه هنا من انه يكون بينهما نصفين هو الذي تقدم عن الماوردي في جواب الحنفية وانما اخذ منه وتعين عنه هنا بقوله ضمنا لك دينك على فلان عباره رديه لانه انما تقدم بلفظ الالف وهو احاك على ما تقدم فكانه لم يعرف بين اللفظين فيسمح في العباره فلخص من هذا انه ليس معنا نقل في مسئله الالف الا من الماوردي في جواب الحنفيه وهو محتمل ان يكون على وجه ومن كلام البندنيجي واظن صاحب البحر اخذ منه فانه كثير النقل عنه وكل ذلك خارج عن مسئلتنا وعبارة ابن الرفعه الثانيه لا تمسك بها لانه احاك على موضعها وعرفناه بخلافها فان قلت بين لي وجه ما اشرت اليه من كون مسئله البحر غير مسئلتنا قلت ينبغي ان تعلم اولا ان هذه المسئله تستمد من قاعده عربيه وقاعده اصوليه وما اخذ فقيه عالم بحط الطالب بجميع ذلك الا بحقوق عنده هذه المسئله ومتى احاط بها حققها وانشرح صدرك لما بتوفيق الله تعالى

امّا القاعدة الاولى فالضمير في ضمنا مثل مدلوله المجموع او كل فرد والمال المضمون قد يعبر عنه بما يقضي مجموعه وقد يعبر عنه بما يقضي كل فرد منه وعلى هذا يقول قولنا لقي الزيدان العمرين قد يراد به ان احد الزيدين لقي احد العمرين والآخر لقي الآخر وقد يراد به ان كلا منهما لقي كلا منهما وهذا هو حقيقة اللفظ وظاهر مهما كان الفعل صالحا لكل منهما بخلاف قولك اكل الزيدان الرغيفين فانه تتعين ارادة ان كلا منهما اكل رغيفا وان ذلك من باب مقابلة الجمع بالجمع والاستقراء يدل على ما ادعيناه من الحقيقة والظهور ويؤيد قوله تعالى فاقتلوهم ونحو فان الذي يفهم من ذلك ان كل فرد مخاطب بقتل كل فرد من المشركين حتى لو قتل مسلم كافرا واراد الاكتفاء بذلك لتعين الوجوب في الباقين في غيره لم يكن له ذلك وهذا الحكم مستفاد من اللفظ لا من خارج لان العلماء عابروا استدلوا بمثل هذه الالفاظ على هذه الاحكام وياخذونها منها ومما يؤيد ذلك من كلام الفقهاء انهم قالوا لو قال لزوجتيه ان دخلتما هذه الدارين فانتما طالقان فدخلت احداهما احدى الدارين والاخرى الاخرى لم تطلق واحدة منهما حتى يدخل كل واحدة منهما الدارين جميعا على الصحيح فيقول هذه الصيغة اما ان تكون موضوعة لدخول كل منهما كلا من الدارين او لما هو اعم من ذلك ومن دخول واحدة

كذلك ومكذا فداء الأسارى من ايدى الكفار كما نطق به القرآن وجاءت
به السنة وضمان السفينة من هذا القبيل شبيه من وجه باخلاع الاجنبى
ومن وجه بافتداء الاسير ومن وجه بافتدى من لعلم حرمته والذى
هو فى بيان بجهل ذلك وانما عاد ما بين هذه الاوجه الثلاثة لان ملك الزوج
على بضع زوجته ثابت والمخلع سعى ازالته ازالة صحيحة فهى معاوضة لاشك
فيها فيها ازالة ملك من الجانبين جانب الزوج بازالة عقد العصمة وجانب المخلع
بازالة ملكه عن المال المبذول وافتداء الاسير من الكافر لس فيه ازالة ملك
امامن جهة الكافر فظاهر لانه لاملك له ولايد على المسلم وامامن جهة الفادى
فالذى يظهر انه لايزول ملكه عما بذله من الفداء والكافر لايملكه وانما يعطيه له
للضرورة الى افتداء المسلم وافتداء الحر من يسترقه فى ظاهر الامر
كالمخلع وفى الباطن كالاسير ان علم صاحب اليد انه ظالم فهو مثله حرفا
بحرف وان جهل كان معذورا فى الظاهر لا اثم عليه وبالنسبة الى المشترى
على ما نعلمه وضمان السفينة اذا اشرفت على الغرق ولا ينقذهم الا القاء
المتاع يجب القاؤه ولكن يعوض اذا كانت منفعته تعود الى غير صاحب
المتاع وقد قال الامام ان المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكه حتى لو لفظه
البحر على الساحل وظهر مالكه فهو لمالكه ويسترد الضامن المبذول ومثل
للمالك ان يمسك ما اخذ ويرد بدله فيه خلاف كالخلاف فى العين المقترضة

اذا

اذا كانت باقية مثل للمقترض امسكها ورد بدلها اذا غرقت فالمتاع
انما يجب على صاحبه ازالة يده عنه بالالقاء لا خروج ملكه عنه والمال
المبذول له فى مقابلة اليد ويجوز ان يبذل له فى مقابلة ذلك عين اودين
فهو يشبه الخلع من جهة ان فيه ازالة يد محقة ومفارقة فى بقاء ملكه عليه
كما افاده الامام وفى وجوب الالقاء فان الزوج لا يجب عليه الا ازالة
الشقاق فقط دون اباحة المرأة وبسببه ما اخذ بالعين المقترضة يقتضى
ان يجرى الخلاف فى انه مثل يملكه بالقبض او بالتصرف وهذا فيما اذا كان
المبذول عينا ظاهرا واما اذا كان دينا فقد يستبعد ولا استبعاد فيه اصلا
فقد قال صاحب المهذب واتباعه انه لو قال اقرضتك الفا وقبل وتفرقا
ثم دفع اليه الفا جاز ان لم يطل الفصل وان طال لم يجز حتى يعيد لفظ القرض
وهذا يقضى جواز ايراد القرض على ما فى الذمة فقد يكون ما تضمنه الضامن
للملقى فى ذمته من هذا القبيل وان كان لازما وقد يكون المتاع الملقى
هو المشبه بالعين المقترضة ويجعل صاحب المتاع كانه اقرضه منهم وهذا
هو اولى النقدين فاذا اخذ بدله من الضامن فحكمه حكم بدله ولذلك يسترده
اذا قلنا يسترد العين المقترضة فلا بعد جريان الخلاف فى وقت ملكه
لذلك وبما ذكرناه بان واتضح ان الضمان اعنى ضمان السفينة كسائر
العقود الخلع والجعالة وغيرهما عند الاطلاق يقتضى التقسيط فلا جرم

قالوا اذا قال انا وهم ضامنون حمل على التقسيط ولا يلزمه الا بقسطه واما الضمان
الحقيقي الذي نحن نتكلم فيه فليس في مقابله شيء ولا معاوضة فيه ولا افتداء
وانما هو التزام مجرد فلا موجب للتقسط فيه من جهة العقد واللفظ قد بينا
انه لا يقتضي التقسط في موضع من المواضع فلا جرم قلنا يلزم كلا منهما الجميع
فان قلت لو صح ما قلته في ضمان التلف لكان اذا صرح بان كل واحد
منهم ضامن على الكمال انه لا يصح ان يشتري اثنان عينا على ان كلا منهما يلزمه
جميع ثمنها فان ذلك خلاف مقتضى العقد فكان يجب ان يفسد الضمان او يصح
ويفسد الشرط ولا يلزمه الا القسط وقد قالوا يلزمه الكل في هذه الصورة ففارق
مسئلة العقود قلت هذا وقت التنبيه في النقل هنا مسئلتان احداهما
اذا قال رجلان لصاحب المتاع الذي متاعك في البحر وعلينا ضمانه وانتم
لم تقبلوها وقياس ان لا يلزم كلا منهما الا القسط وانما لو شرطا ان يكون
على كل منهما كمال الضمان لم يصح الشرط كسائر العقود بخلاف الضمان الحقيقي
فانه على حسب ما شرطاه لانه التزام مجدد قابل لهذا ولهذا والثانية
وهي التي نقلتموها اذا قال انا وهم ضامنون كل منا على الكمال فهنا يلزمه
كمال الضمان بقوله ولا يصح قوله بالنسبة الى غيره فان انفراده بالضمان صحيح
وقد صدر منه وضمانه عن غيره لا يصح فان قلت قد قال الرافعي ان
قوله هم ضامنون انا للجمع او للحصة ان قصد به الاخبار عن ضمان سبق

منهم واعترفوا به توجهت الطلبة عليهم وهذا يدل على انهم اذا شرطوا الكمال
صح قلت الذي اقوله ولا اتردد فيه ويجب حمل كلام الرافعي على بعضه
انهما اذا قالا الق وعلينا ضمانه وجب على كل منهما النصف استقلالا والنصف
بطريق الضمان الحقيقي عن صاحبه اذا صححنا ضمان مالم يجب ومثله في الثمن
اذا اشترط لزومه لما يجب على كل منهما نصفه استقلالا ونصفه ضمانا وان
قال احدهما القه متاعك وعلي ضمانه وقاله آخر على الفور قبل الالقاء فان
قصد الملقي جوابهما كان عليهما نصفين وان قصد جواب الاول لزمه ولم يلزم
الثاني وان قصد جواب الثاني لزمه ولم يلزم الاول ومالي في الصورتين
الاولى ان ضمان مالم يجب ايضا مذاهب يتيسر ذكرها في هذه المسئلة فان قلت
هل انت جازم بنفي الخلاف في هذه المسئلة او بحون اعني مسئلة اذا قالا
ضمنا مالك من الدين على فلان قلت اجزم على ضعف لما تقدم التنبيه
ولكن الصواب هذا فان قلت هل يجوز الخلاف فيما اذا قالا رهنت
عبدنا بالدين الذي لك على فلان ووالف او تقطع به كما قطع به صاحب
التتمة قلت بل اقطع به كما قطع والفرق بينه وبين الضمان على الوجه
الضعيف ان الرهن موضوعه في الشرع على ذلك فعند اطلاقهما حمل على
الموضوع الشرعي وانما جعلا له حكم الرهن الواجد لاتحاد العين وفي
الضمان الذمة متعددة وليس هناك ما يقتضي الايجاب فنظرنا الى تعدد

الضامن فان قلت لو قال وضمنا المبلغ المذكور مثل يكون كضمان الالف
او كضمان ما في الذمة قلت الذي يظهر انه كضمان الالف لان الالف واللام هنا
للعهد لا للعموم والمعهود عدد واذا كان كذلك يجري فيه الخلاف ويكون الصحيح
ان كلا منهما ضامن للجميع فان قلت اذا حكم حاكم بالتقسيط بعد نقضه
لان قضاء القاضي انما ينقض اذا خالف الاجماع او النص او القياس الجلي
قلت الحاكم اما ان يكون مجتهدا واما ان يكون مقلدا فان كان مجتهدا وحكم
بما ادى اليه اجتهاده لا ينقض الا اذا خالف واحدا من الثلاثة المذكورة وزاد
بعضهم رابعا وهو القواعد الكلية وان كان مقلدا وجوزنا قضاءه وحكم بمذهب
امامه مع علمه به فكذلك وان حكم بما توهمه من غير ان يحيط علما فهذا قضاء وه
باطل منقوض سواء صادف الحق ام لا لقوله صلى الله عليه وسلم قاض قضى بالحق
وهو لا يعلم فهو في النار فكل من اقدم على حكم ولم يثبت عنده باجتهاده او بنقل
صحيح عن امامه يعلمه قبل قضائه بل اقدم عليه بما سيق في وهمه وخطر بباله فقضاؤه
باطل ولو تبين انه مذهب امامه مجزوما به او مجمعا عليه لانه اقدم عليه حيث لا يحل
له الاقدام عليه فلم يصادف محلا ولا فرق في هذا بين المقلد والمجتهد واما
اذا استند في حكمه على وجه او قول ليس هو الصحيح من مذهب امامه اعني الذي
صححه جمهور اصحابه واشتهر الاخذ به في مذهبه فان كان مجتهدا في المذهب
له اهلية الترجيح جاز ونفذ قضاؤه وان لم يكن كذلك لم يكن له ان يحكم

وكان

وكان حكمه به من غير اعتقاده له حكما بما لا يعلم فدخل النار بمقتضى الحديث
وان فرض انه اعتقد صحته كذلك الوجه تقليدا لصاحبه وان كان المشهور خلافه
فان كان لاعتقاده ذلك مستند صحيح امامن دليل بحسب حاله او امر ديني
وقع في نفسه فهذا عندي فيه نظر ويحتمل ان يقال بصحة لاعتقاده ويحتمل ان
يقال ببطلانه لمدركين احدهما ان ذلك الوجه لا يقلد قائله الا اذا كان
مجتهدا وانما يرجع اليه لكون قائله يرى انه مذهب امامه فاذا قال المجموع خلافه
كان قوله لقدما عليه والثاني انه انما فوض اليه القضاء وهو مقلد لامامه
الا يحكم بمذهبه فليس له ان يحكم بمذهب احد من اصحابه بخلاف قوله كما لا يحكم
بمذهب عالم آخر فان قلت فهل يلزم القاضي غرم المال الذي استعاره من
القابض قلت حيث نقضنا حكمه في ذلك لزمه الضمان بمعنى انه يطالب
به فان كان باقيا في يد من اخذه الزمه برده وان كان تالفا لزمه برد
بدله فان اعسر المحكوم له او غاب طولب القاضي لتغرم من بيت المال في قول
ومن خالص ماله في قول وهو الاصح ثم يرجع على المحكوم له اذا ايسر والقياس
ان لا توقف مطالبة القاضي على غيبة المحكوم له ولا على اعسار بل تخير صاحب
الحق في مطالبة من شاء منهما ثم القاضي اذا غرم يرجع على المحكوم له هذا
ما تيسر ذكره في ذلك والله تعالى اعلم

بلغ مقابلة وصححا
فلله الحمد والمنة

نهاية المخطوطة