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 الاصيل 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 الاشهاد فهل القول قول الأصيل لأن الاصل عدم الاشهاد أو قول الضامن لأن الاصل عدم التقصير وجهان أصحهما الأول ولو قال أشهدت فلانا وفلانا فكذباه فهو كما لو لم يشهد ولو قالا لا ندري وربما نسينا ففيه تردد للإمام ومتى لم تقم بينة بالأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها فإن أخذ المال من الأصيل فذاك وإن أخذ من الكفيل مرة أخرى فقيل لا يرجع بشىء والأصح أنه يرجع وهل يرجع بالمغروم أولا لانه مظلوم بالثاني أم بالثاني لانه المسقط للمطالبة وجهان قلت ينبغي أن يرجع بأقلهما فان كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني وإن كان الثاني فهو المبرىء فهو المبرىء ولان الاصل براءة ذمة الاصيل من الزائد وا 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 ومتى وفت تركة الاصيل بثلثي الدين فلا دور لان صاحب الحق إن أخذه من ورثة الضامن رجعوا بثلثيه في تركة الاصيل وإن أخذ تركة