ثم ان الكفيل لحال الطالب بالالف المكفول به على رجل فللكفيل ان يطالب المكفول
عنه بالالف قبل قبض الطالب من المحال عليه لان الحوالة الصحيحة برئ الكفيل
والمكفول عنه فصار كما لو دفع المال الى الطالب فيرجع به على المكفول عنه انتهى
فلا يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى لان براءته مقيدة بسلامة حقه ادنى
المقصود او تنفسخ الحوالة لعزاية وانما تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع ويدل اذا لم يشترط الخيار واما اذا جعل للمحتال الخيار او احاله على ان له
ان يرجع على ايهما شاء صح كذا في البزازية ومراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا
فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل وفي البزازية والمحيل والمحتال
يملكان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه انتهى وفي البحر نقلا عن الذخيرة
ان الحوالة اذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضا للاولى انتهى وقوله الا
بالتوى قيده في البحر نقلا عن الذخيرة بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه
ثانيا لما في الذخيرة رجل احال رجلا له عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه
احاله على الذي عليه الاصل لا يعود الى المحتال عليه الاول فان قلت ان للمحتال
له وقت الحوالة تخييرا بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه
وبين ان يأباها فالبقاء حقه في ذمة المحيل وكل تخيير بين شيئين اذا اختار
احدهما تعين عليه ولا يعود الى الاخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين
احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الاخر وكالمولى اذا اعتق
عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم
يرجعوا على المولى بشيء قلت اجيب عنه اما ان يريد به شيئين احدهما
اصل والاخر خلف عنه او كل منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه
وقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما
تعين لاختيار الخلف ولم يحصل المقصود وكان له الرجوع الى الاصل لان
اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافته الى تواء الحق الى ضده
فاسد في الوضع يقتضي بثبوته ومعنى التوى في اللغة الهلاك وهو وزن
الحصى وقد يمد كما في المصباح ومعناه في الاصطلاح ما افاده بقوله وان يجحد
المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة له اي لكل واحد من المحيل والمحتال على
المحتال عليه او يموت المحال عليه حال كونه مفلسا بان لم يترك مالا عينا
ولا دينا ولا كفيلا ووجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات
وفي الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو ابرأ الكفيل بعد موت المحال عليه فله ان
يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية اخذ المحتال من المحال عليه بالمال
كفيلا ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل
بامره او بغير امره والكفالة حالة ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه
مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض

الثمن

الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الثمن انتهى
ولو اختلفا فيه اي في كونه مات مفلسا فالقول للمحتال مع يمينه على العلم
صرح به في الجوهرة حيث قال فان مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا
وقال المحيل خلاف ذلك قال في المبسوط القول قول المحتال مع يمينه على العلم
كذا في النهاية وبمثله صرح الزيلعي في شرح الكنز قال لتمسكه بالاصل
وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وانكر اليسار انتهى وصرح به في البزازية ايضا
فقال ولو قال الطالب مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة فالقول
للطالب مع حلفه انتهى ثم قال وفيها قال المحيل مات المحال عليه بعد اداء
الدين اليك وقال المحتال بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع فالقول للمحتال
للتمسك بالاصل انتهى ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي
حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن
ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي
حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى
انه لو تعذر لغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين
لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله عن ان يكون محلا صالحا
للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال
غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا او بالعكس ويحتمل انه استغنى
في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود
واقام البينة عليه لا تقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقبل من
المسئلة بينته على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه
غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلط يعود الدين الى ذمة
المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين
عليه والرهن بدين ولا دين بحال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره او بغير
امره لان الكفيل خلف عنه انتهى طالب المحتال عليه المحيل بما اي بالذي
احال اي بمثل ما احال عليه فقال المحيل احلت بدين بسبب دين ثابت
لي عليك لم يقبل قوله بل ضمن المحيل للمحتال عليه مثل الدين الذي احال به لتحقق
السبب هو قضاء دينه بامره ولكن المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر
والقول قول المنكر وهذا بالاجماع كما في الرمز شرح الكنز فان قلت لم لا يجوز
ان تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه قلت اجيب عنها بالمنافاة تكون
بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها
عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل والله اعلم وان قال
المحيل للمحتال احلتك على فلان لتقبضه لي اي لاجل اداء انه وكيل في قبضه فقال
المحتال احلتك بدين اي بسبب دين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين

Copyright @ King Saud University