ولو اختلفا اى المدين اى من عليه الدين والدائن وهو صاحب الدين
قال م ر ويظهر اثر النزاع فيما ذكر عند افلاس المحال عليه هل وكل
او احال اى هل وكل فى قبض الامر او احال فيه ليشمل ما لو اتفقا على
احدهما واختلفا فى النية شيخنا او قال المدين اردت باحلتك الوكالة
بنا على الاصح وهو صحة الحوالة بلفظ الوكالة وفيه ان ما كان
صريحا فى بابه ووجد نفاذا فى موضوعه لا يكون كناية فى غيره انتهى
ح ل وحاصل الجواب انه لما كان الاصل بقا الحقين احتجنا الى المسامحة
هنا بصرف الصريح الى غيره ق ل وسم وقال م ر وانما خرج هذا من قاعدة
ما كان صريحا الخ لاحتماله ولهذا لو لم يحتمل صدق مدعى الحوالة قطعا
كما يأتى ه اى فالقاعدة مخصوصة بالصريح الذى لا يحتمل غيره ق ل
منكر الحوالة اى منكر الاتيان بلفظها او منكر ارادتها كما يدل عليه
قوله سابقا او قال المدين اردت الخ وقوله وهنا حلف اى فى الاولين
وبانكار الدائن اى فى الاولين ووجب تسليمه للحالف وهو
المدين وقد يقع التقاص ح ل وعبارة شرح م ر وهو يلزم بتسليم ما
قبضه للحالف الا ان توجد شروط التقاص او الظفر قال ع ش
وقوله شروط التقاص يتأمل فيه فان التقاص انما يكون فى دينين
متوافقين جنسا وقدرا وصفة وما هنا دين للمحتال على المحيل وما
قبضه المحتال من المحال عليه بتقدير كونه وكيلا هو عين مملوكة
للمحيل والعين والدين لا تقاص فيهما وشرط الظفر ان يتعذر اخذ
المستحق ماله عند غيره كان يكون منكرا ولا بينة عليه وما هنا وان كان
فيه دين للمحتال على المحيل ليس منكرا له فلم توجد فيه شروط الظفر
ويمكن ان يجاب بحمل ما هنا على ما لو تلف المقبوض من المحال عليه
بتقصير من المحتال فيضمن بدله والبدل يجوز ان يكون من جنس
دين المحتال وصفته فيقع فيه التقاص وبتقدير عدم تلفه
فيجوز ان يتعذر اخذ دين المحتال من المحيل بان لا يكون به بينة
فينكر اصل الدين فيجوز للمحتال اخذه بطريق الظفر ه ولو تلف
المقبوض مع القابض بلا تفريط منه لم يطالبه الحالف لزعمه الوكالة
والوكيل

قوله بنا على الاصح الخ // فى العبارة قلب والصواب بنا على الاصح وهو صحة الوكالة بلفظ الحوالة تأمل كتبه

والوكيل امين ولم يطالب هو الحالف لزعمه الاستيفا وتلف معه
بتفريط طالبه لانه صار ضامنا وبطل حقه لزعمه استيفاه س ل
ويرجع به المدين المراد انه يرجع بدينه الاصلى لا بما دفعه شيخنا
ح ف وقال ق ل قوله ويرجع به اى بعد اخذه

باب الضمان

ذكره عقب الحوالة لما فيه من تعلق الاحكام بالديون ومن تحول
حق الى ذمة اخرى ومن مطالبة من لا يكون له مطالبة وغير ذلك
وسمى بذلك لان من التزم مال غيره فقد جعله فى ذمته وكل شى
جعلته فى شى فقد ضمنته اياه فهو من الضمن لان المال المضمون فى ذمة
الضامن فيكون فى ضمن ذاته لا من ضم ذمة الى اخرى كما توهم لان
اصالة النون تمنع ذلك وهو عقد تبرع ولو مع قصد الرجوع خلافا
للرافعى وهو مندوب لقادر وائق بنفسه امن غائلته والانجاح
قال العلما اوله شهامة اى شدة حماقة واوسطه ندامة وآخره غرامة
ولذلك قيل نظما ضاد الضمان بصاد الصك ملتصق فان ضمنت
فحاء الحبس فى الوسط ثم ان الالتزام اما فى الذمة فقط وهو الاغلب
والاكثر او فى العين كضمنت مالك عليه فى رقبة عبدى هذا او فى
العين والذمة معا كضمنت مالك عليه فى ذمتى وفى رقبة عبدى هذا
ق ل وقوله ويقال للعقد اى المشتمل على الاركان الاتية وفى كونه
عقدا مسامحة لعدم احتياجه للقبول فاطلق الكل على جزئه وهو
الايجاب والالتزام المتقدم ناشئ من العقد فالضمان مشترك
بين العقد واثره وغير ذلك كحميلا وصبيرا وقبيلا لكن العرف
خص الاول بالمال مطلقا والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس
والحميل بالدية والصبير يعم الكل ومثله القبيل ح ل وم ر وق ل
الزعيم غارم لفظ الحديث العارية مؤداة اى مردودة والزعيم
غارم والدين مقضى اى موفى ه سم ع ش على م ر يحتمل عن رجل
وذلك دليل على صحة الضمان ع ش فى ضمان الذمة انما قيد به
لاجل قوله وشرط فى المضمون فيه ثبوته الخ اذ لو اراد بالمضمون ما
يشمل العين لم يتأت فيها ذلك وهذا ظاهر جلى وقد خفى على بعضهم

عن مر ضرايح ما تقدم عن م ر شيخنا ... وقوع التقاص فليتامل ه

Copyright © King Saud University