وقال اصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شي وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

فصل واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فاحضره في غيره لم يبرا من الكفالة وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان اخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة وقال بعض اصحابنا متى احضره في اي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برئ من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان اخر لم يبرا الكفيل باحضاره فيه والا برئ كقولنا فيما اذا احضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا ولنا انه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرا كما لو احضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولانه قد يسلمه في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغيبة شهوده او غير ذلك وقد يهرب ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا اسلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل اجله فزاده خيرا فمتى لم يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوسا عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوسا لان ذلك الحبس يمنعه استيفا حقه وان كان محبوسا عند الحاكم فسلمه اليه محبوسا لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفا حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يرده الى الحبس فان توجه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

فصل فان كفل الى اجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والعطا خرج على الوجهين كالاجل في البيع والاولى صحته هاهنا لانه تبرع من غير عوض جعل له اجلا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن احمد في رجل كفل رجلا فقال ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله اراد وقتا متسعا او وقت شي يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فاما ان قال وقت طلوع الشمس او نحو ذلك صح فان قال الى الغد او الى شهر كذا تعلق باوله على ما ذكرنا في السلم فان تكفل برجل الى اجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي ومبنى الخلاف هاهنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه

مسئلة واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه وطالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا اذا كفل رجلا باذنه فاراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من اجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق للمكفول له وقد استناب الكفيل في ذلك وان لم يطالبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز له ان يثبت له بذلك حق على غيره وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل ان يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبته بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

فصل واذا قال رجل لاخر اضمن عن فلان او اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الامر لانه كفل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شي

فصل ولو قال اعط فلانا الفا ففعل لم يرجع على الامر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضمانا الا ان يقول اعطه عني وقال ابو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له ولنا انه لم يقل اعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم ما اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه اداوه

فصل ولو تكفل اثنان بواحد صح وايهما قضى الدين برئ الاخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه برئ كفيلاه وان احضره احد الكفيلين لم يبرا الاخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفا فلم تنحل الاخرى كما لو ابرئ احدهما او انفك احد الرهنين من غير

قضا

قضا الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه اصل لهما فاذا برئ الاصل مما تكفل به عنه برئ كفيلاه لانهما فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للاخر فلم يبرا بابرائه وكذلك لو ابرئ المكفول به برئ كفيلاه ولو ابرئ احد الكفيلين وحده لم يبرا الاخر

مسئلة ولو تكفل واحد عن اثنين فابراه احدهما او احضره عند احدهما لم يبرا من الاخر لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فقد التزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا احضره عند احدهما برئ منه كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن دينا لرجلين فوفى احدهما حقه

فصل اذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع فخيف غرقها فالقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف لم يرجع به على احد سواء القاه محتسبا بالرجوع او متبرعا لانه اتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان وان قال له بعضهم الق متاعك فالقاه فكذلك لانه لم يكرهه ولا ضمن له وان قال القه وعلي ضمانه فالقاه فعلى القايل الضمان ذكره ابو بكر لان ضمان ما لم يجب صحيح وان قال القه وانا وركبان السفينة ضمنا له ففعل فقال ابو بكر يضمنه القايل وحده الا ان يتطوع بقيتهم وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك فليس عليه الا ضمان حصته لانه لم يضمن الجميع انما ضمن حصته واخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقين وان كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك او قيمته لزم القايل ضمان الجميع وسوا قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا او قالوا لا نفعل او لم يسمعوا فان سكوتهم لا يلزمهم به حق

فصل قال مهنا سالت احمد عن رجل له على رجل الف درهم فاقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فايهما شا اخذه بحقه فاحال رب المال عليه رجلا بحقه فقال يبرا الكفيلان قلت فان مات الذي احاله عليه بالحق ولم يترك شيا فقال لا شي له ويذهب الالف

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع متفق عليه وفي لفظ ومن احيل بحقه على ملي فليحتل واجمع اهل العلم على جواز الحوالة في الجملة واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة الى ذمة وقد قيل انها بيع فان المحيل يشتري ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه وجاز تاخير القبض رخصة لانه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك والصحيح انها عقد ارفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لانها لو كانت بيعا لما جازت لانه بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولان لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا اشبه بكلام احمد واصوله ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه

مسئلة والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال اذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه في قول عامة اهل العلم وروي عن الحسن انه كان لا يرى الحوالة براءة الا ان يبريه وعن زفر انه قال لا تنقل الحق واجراها مجرى الضمان ولنا ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فانه مشتق من ضم الذمة الى الذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه اذا ثبت ذلك فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق الى المحيل ابدا سواء امكن استيفا الحق او تعذر لمطل او فلس او موت او غيره وبه قال الليث والشافعي وابو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي وقال شريح والشعبي والنخعي متى افلس او مات رجع على صاحبه وقال ابو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلسا واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين واذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان انه سئل عن رجل احيل بحقه فمات المحال عليه مفلسا فقال يرجع بحقه لا توى على مال امرئ مسلم ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاوضين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه ولنا ان حزنا جد سعيد ابن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به فمات المحال عليه فاخبره فقال اخترت علينا ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو ابراه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)