صح واما من قال يوجب البراءة عن المطالبة والدين جميعا يقول انا اجمعنا ان المحتال له لو ابرأ المحتال عليه عن دين الحوالة او وهبه منه صح ولو ابرأ المحيل او وهب منه لم يصح ولو بقي الدين على المحيل صح فالحاصل ان الحوالة ابراء لفظا لكونها نقلا مطلقا تاجيل معنى لانه اذا توي ما في الذمة المحتال عليه عاد الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فوجب ان يبرأ عن المطالبة دون الدين والعمل بحقيقة اللفظ والمعنى متعذر في كل حكم لتنافي بينهما فاعتبر محمد رحمه الله الحقيقة في بعض الاحكام فجعلها ابراء واعتبر المعنى في بعض الاحكام وجعلها تاجيلا ليكون عملا بهما بقدر الامكان كذا ذكر الشيخ ابو المعين وغيره في شروح الجامع الكبير قوله وهي جائزة بالديون قال القدوري في مختصره الحوالة جائزة بالديون وذلك لان الحوالة ماخوذة من التحويل وتحويل الدين من ذمة الى ذمة ممكن فاما الاعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يمكن تحويله الى غيره فلهذا لم تصح الحوالة فيها وصحت هكذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وتحقيقه الدين يثبت بالوصف كما اذا قال لفلان علي الف فجاز ان يقبل النقل بالوصف ايضا ولا يقال الدين وصف ثابت في الذمة وهو عرض فكيف يقبل النقل لانا نقول الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر لان الشرع يحكم ببقائها بعد المباشرة ولان العين لا تثبت في الذمة فلا يتاتى نقلها من ذمة الى ذمة فلم تصح الحوالة في العين والدليل على جواز الحوالة قوله عليه السلام من احيل على مليء فليتبع وروى ابو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع وقال ابو عيسى الترمذي في جامعه بعد ان روى هذا الحديث باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه انه اذا احيل احدكم على مليء فليحتل الى هنا لفظه ولانه قادر على ايفاء ما التزمه فجاز كالكفالة وهذا لان كل واحد من الكفالة والحوالة التزام بما على الاصيل قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اي قال القدوري في مختصره وتصح الحوالة برضا هؤلاء الثلاثة اما رضا المحتال له فلان الدين حقه وبالحوالة ينتقل الدين او المطالبة الى ذمة اخرى على اختلاف المشايخ والذمم متفاوتة في المطالبة فلا بد من رضا من له الحق وهو المحتال له فلم يصح الحوالة الا برضاه ولهذا المعنى اعتبر رضا المحيل ايضا ولم يشترط في الزيادات رضا المحيل لانه لا ضرر عليه بل له نفع لان المحتال عليه اذا ادى الدين لا يرجع على المحيل اذا لم يكن الحوالة بامر المحيل فكان نفعا محضا واما رضا المحتال فهو شرط عند وقال الشافعي ان كان على المحتال عليه دين فرضاه ليس بشرط واختاره الجرجاني من اصحابنا كذا في مختصر الاسرار وذلك لان بالحوالة ينتقل الدين او المطالبة بالدين الى ذمة المحتال عليه فلم تجز الحوالة بدون رضاه كما لو لم يكن عليه دين ولانه نوع ضمان فلا يصح الا برضا الضامن كما في الكفالة ولا يقال صاحب الحق يستوفي حقه بنفسه وبغيره كما يستوفيه بوكيله فكذا هنا ان يستوفيه بالمحتال له لانا نقول موجب المطالبة التي اقتضاها المداينة لا يتغير في الاصل لان من عليه ان شاء سلم الى الوكيل وان شاء سلم الى الموكل وفي الفرع يتغير لان الدين ينتقل من ذمة الى ذمة وينتقل الملك في الدين الى المحتال له ويكون المطالبة له خاصة وقد يكون المحتال له اصعب من المحيل في المطالبة فيستضر به المديون فلذلك لم تجز الحوالة بلا رضا المحتال عليه قوله واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات وفايدة شرط رضاه تظهر في الرجوع

١٠٤

على المحيل اذا كانت الحوالة بامر المحيل اذا لم يكن له على المحتال عليه دين فاذا كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما ادى بل يتقاصان قوله وهو لا يتضرر به اي المحيل لا يتضرر بتصرف المحتال عليه في حق نفسه قوله قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحوالة اذا تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه برئ المحيل ولا يرجع الطالب بالدين عليه ابدا الا بالتوي وقال زفر والقاسم بن معن لا يوجب الحوالة براءة الاصيل ذكر قول القسم هكذا فخر الاسلام في شرح الزيادات وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي ان الحوالة مبرئة والكفالة غير مبرئة والطالب بالخيار ان شاء طلب حقه من الاصيل وان شاء من الكفيل الا ان تكون الكفالة بشرط براءة الاصيل فتكون حوالة وعند زفر الحوالة والكفالة سواء وكل واحدة منهما غير مبرئة للاصيل لان كل واحد منهما تحمل الضمان عن الغير فانما يصح التحمل اذا كان الاصيل ضمينا وقال مالك الكفالة والحوالة وكلاهما مبرئة للاصيل وللطالب ان ياخذ حقه من الضمين خاصة لان الحق واحد وان لم يجعل الاصيل بريا صار حقين الا ان علماءنا فرقوا بين الحوالة والكفالة فقالوا الحوالة مبرئة لانها مشتقة من التحويل والحق متى تحول من ذمة الى ذمة بقيت ذمة الاول فارغة لانك اذا حولت الشيء من موضع الى موضع بقي مكان الاول فارغا لا محالة والكفالة غير مبرئة لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء الى الشيء وضم الشيء لا يوجب فراغ الاول الا ان يكون بشرط براءة الاصيل فتصير حوالة لانها في معنى الحوالة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية يعني ان العمل بمعاني اللغات واجب في الاحكام الشرعية فلما كان كذلك قلنا ان الكفالة هي الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة والحوالة النقل وهو يقتضي البراءة قوله والتوثيق باختيار الاملى والاحسن جواب عن قول زفر ان الحوالة ليست مبرئة لانها للتوثق فقال انما التوثق لاختيار الاملى والاحسن في القضاء حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه اجود وارجح مما كان وهذا لا يدل على ان الحوالة ليست مبرئة قوله وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل ومعنى الجبر انه ينزل منزلة القابض بالتخلية بين المحتال له والمنقود وهذا جواب سؤال بان يقال لا نسلم ان المحيل يبرأ بالحوالة فلو برئ لم يجبر المحتال له على القبول اذا نقد المحيل لانه حينئذ يكون متبرعا في قضاء الدين والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الداين على القبول فاجاب وقال انما يجبر لان الدين يحتمل العود اليه بالتوي لانه انما انتقل الى ذمة اخرى بشرط السلامة فاذا توي يرجع فلم يكن المحيل متبرعا في القضاء قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه عطف على قوله برئ المحيل في قوله واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين قال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يرجع المحتال بدينه عند التوي فان احاله عليه بشرط الملاءة فبان انه غير مليء ففيه وجهان الصحيح ان يرجع وقال في مختصر الاسرار اذا مات المحتال عليه مفلسا رجع المحتال له بالدين وقال لا يرجع وهو قول الشافعي واما اذا جحد وحلف ففيه روايتان يحكى عن الشافعي وقد ذكر خلافهما كما نرى ولم يذكره في ساير الكتب بل ذكروا قولهما كقول ابي حنيفة ولهذا قال علاء الدين العالم وغيره في طريقة الخلاف وغيرها قال علماؤنا رضي الله عنهم المحتال عليه اذا مات مفلسا يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه وقال الشافعي لا يثبت وعلى هذا الخلاف اذا جحد المحتال عليه الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال له بينة وانما اخترنا الكلام في هذا الحكم لاختلاف عبارات المشايخ

Copyright © King Saud University

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