

باب الحوالة

الحوالة - بفتح الحاء - مشتقة من التحويل والانتقال، يقال: حال فلان عن العهد، إذا زال وانتقل عنه، وحالت الأسعار: إذا تغيرت وانتقلت عما كانت عليه. وهي في عرف الشرع: نقل ذَيْن من ذمة إلى ذمة. وقد حكى الجيلي أنها تقال بالكسر أيضًا. ويقال: أحال عليه [بالحق]^(١)، يُحِيلُهُ إِحَالَةً، واحتيال الرجل: إذا قبل الحوالة. والأصل في جوازها:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والحوالة عقد، فوجب الوفاء به^(٢)، وإذا وجب الوفاء به دل على جوازه. ومن السنة: ما روى مسلم وغيره عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(٣). أَلْف «أَتْبِعْ» مضمومة، وتأؤه تسكن وتخفف، وتأء «فليتبع» مشددة^(٤). والمطل: المدافعة.

المليء - بالهمز^(٥) - الغني [المكثر]^(٦)، قاله في «المستغرب»^(٧). ومعنى الحديث: إذا أحيل أحدكم على مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ. قال^(٨) الجوهرى: يقال: أتبع فلان [بفلان]^(٩)، إذا أحيل عليه، والتببع^(١٠):

-
- (١) سقط في د. (٢) في د: بها.
(٣) أخرجه البخاري (٤٦٤/٤) كتاب الحوالة، باب: هل يرجع في الحوالة، حديث (٢٢٨٧)، ومسلم (١١٩٧/٣) كتاب المساقاة، باب: تحريم مطل الغنى، حديث (١٥٦٤/٣٣).
(٤) قوله: ومن السنة قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتببع». أَلْف «أَتْبِعْ» مضمومة، وتأؤه تسكن وتخفف، وتأء «فليتببع» مشددة انتهى كلامه. وما ذكره جازمًا به من تشديد التاء في «يتبع» فإنه مقالة ضعيفة جدًا؛ قال النووي في «شرح مسلم»: والصواب المعروف في كتب الحديث وغيرها: هو التخفيف. [أ و].
(٥) في ج: بالضم. (٦) في أ: الكثير. (٧) سقط في د.
(٨) في أ: وقال. (٩) سقط في ج. (١٠) في أ: والمتبع.

الذي لك عليه مال.

وقال^(١) في «الاستقصاء»: يقال: تبتعت الرجل بحقي، أتبعه تباعة - بضم التاء-: إذا طالبته، وأنا تبيعه، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا يَجِدُوا لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِ تَبِيعًا﴾ [الإسراء: ٦٩].

قال الماوردي: وقد روى العراقيون، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ»^(٢).

قال الرافعي: والأشهر في هذه الرواية بالواو، ويروى: «فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ بِالْفَاءِ، فعلى التقدير الأول هو مع قوله: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»، جملتان [لا تعلق للثانية]^(٣) بالأولى؛ كقوله^(٤) ﷺ: «الْعَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالرَّعِيمُ غَارِمٌ»^(٥).

وعلى الثاني: يجوز أن يكون المعنى في^(٦) الترتيب: أنه إذا كان المطل ظلماً من^(٧) الغني، فإذا أُحِيلَ [بَدَيْتُهُ]^(٨) عليه، فإنه يحترز عن الظلم ولا يمطل.

وقد أجمع المسلمون على جواز الحوالة في الجملة كما حكاها أبو الطيب.

قال القاضي الحسين: والمعنى فيها بعد الإجماع: ما فيها من الإرفاق بالناس^(٩)؛ فإن الإنسان يستحق ديناً، ويستحق عليه مثله؛ فتلحقه المشقة في الاستيفاء والإيفاء؛ فجزوها الشرع؛ لإسقاط هذه المشقة والكلفة، وإلا فالقياس أنها لا تجوز؛ لأنها بيع دين بدين، وقد نهى صاحب الشرع عنه، وهو بيع الكالئ بالكالئ.

وهذا كما أن القرض^(١٠) جوز للإرفاق، [وإن كان القياس منعه؛ لأنه [بيع]^(١١)

(١) سقط في ج، د.

(٢) تقدم قريباً.

(٣) في ج: لا تتعلق الثانية.

(٤) في الأصول: لقوله.

(٥) قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لم أره بهذا اللفظ وإنما رواه أحمد وأصحاب السنن بلفظ العارية مؤداة. تلخيص الحبير (٤٧/٣).

والحديث أخرجه أبو داود (٢٩٦/٣) في البيوع، باب: في تضمين العارية (٣٥٦٥)، والترمذي (٤/٤٣٣) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، برقم (٢١٢٠)، وابن ماجه (٨٠١/٢)، كتاب الصدقات، باب: العارية (٢٣٩٨)، وأحمد (٢٦٧/٥)، وابن حبان (٤٩١/١١) برقم (٥٠٩٤)، والطبراني في الكبير (١٦٠/٨ - ١٦٢ - ١٦٩)، والبيهقي في السنن (٨٩/٦)، وأبو نعيم في الحلية (١٦٣/٩).

(٧) في ج: في.

(٦) في أ: من.

(٩) في ج: للناس.

(٨) سقط في ج.

(١١) سقط في د.

(١٠) في ج: القراض.

عاجل بأجل، والسلم جوز للإرفاق^(١)، وإن كان عقدًا على معدوم [و]^(٢) كذلك الإجارة.

وما قاله حسن على قولنا: إنها بيع دين بدين.

وقد اختلف أصحابنا^(٣) في حقيقتها:

فذهب ابن سريج إلى أنها بيع، ولكنها لم تبين على المغابنة والمماكسة، وطلب الربح والفضل.

وادعى الرافعي وغيره من العراقيين أنه الذي نص عليه الشافعي في باب بيع الطعام [بالطعام]^(٤).

ووجهه: أن المحال يبذل ما له في ذمة المحيل بما للمحيل في ذمة المحال عليه، والمحيل يبذل ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من دين المحتال، وذلك حقيقة البيع، ويؤيده أنها ممنوعة في المسلم فيه؛ لما سنذكره من الحديث.

فعلى هذا: هل هي بيع دين بدين، أو^(٥) عين بعين، أو عين بدين؟ فيها^(٦) ثلاثة أوجه مجموعة من نقل الماوردي والرافعي عن القاضي أبي حامد. والقائل بأنها بيع عين بعين، نزل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه؛ كالمنافع في إجازات الأعيان.

والأول هو المشهور من كلام الأئمة.

ومنهم من قال: ليست بيعًا، بل هي عقد إرفاق^(٧) نازلة منزلة قبض الحق من المحيل ودفعه إلى المحال عليه قرصًا؛ لأنه ﷺ ندب إليها بقوله: «فَلْيَحْتَلْ»، ولأنها لا تصح بلفظ البيع، ولا بغير جنس الحق، ولا يثبت للمحتال الرجوع على المحيل عند تعذر [قبض]^(٨) الحق من المحال عليه، [و]^(٩) يجوز التصرف^(١٠) فيها قبل القبض في الربويات.

ولو كانت بيعًا [لما]^(١١) ثبتت هذه الأحكام.

(٧) في أ: ارتفاق.

(٨) سقط في ج، د.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في ج: التفرق.

(١١) سقط في أ.

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في ج.

(٣) في أ: الأصحاب.

(٤) سقط في ج.

(٥) زاد في أ: بيع.

(٦) في أ، د: فيه.

وقد حكى البغوي [القولين]^(١) من تخريج ابن سريج. وكذلك القاضي الحسين في «تعليقه»، ثم قال: والأولى أن يُلَفَّق بين المعنيين، ويجمع بينهما، ويقال: الحوالة معاوضة تضمنت استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة، [كما لو أخذ عوضًا عن ماله في ذمته، يكون معاوضة تتضمن استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة]^(٢).

ويقرب من هذا ما ذهب إليه الغزالي وإمامه وشيخ إمامه، وهو أنها مشتركة بين المعاوضة والاستيفاء، وإنما يقع النظر في تغليب أيهما؛ ولهذا الاختلاف أثر يظهر في الباب - إن شاء الله تعالى.

قال: لا^(٣) تصح الحوالة إلا برضا^(٤) المحيل والمحتمل.

أما رضا المحيل؛ [فلأن الحق في ذمته مرسل؛ فلا يتعين عليه قضاؤه من محل معين، كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه .

وأما رضا المحتمل: فلأن حقه تعلق بذمة المحيل]^(٥)؛ فلا يملك نقله إلى ذمة غيره [إلا برضاه]^(٦)، كما لو تعلق حقه بعين وأراد نقله إلى عين مثلها، مع أن الذمم [غير]^(٧) متساوية.

وقد خالف أبو ثور في هذا - على ما حكاه الماوردي - وقال: إذا أحيل على مليء وجب القبول؛ لظاهر الخبر.

وتمسك أصحابنا في الرد عليه بقوله ﷺ: «إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ يَدًا وَمَقَالًا»^(٨)، فكان عامًا، وبأن الحقوق التي في الذمم قد تنقل تارة إلى الذمة بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة؛ فلما ثبت أن نقله إلى عين لا يلزم إلا بالرضا، فنقله إلى الذمة أولى؛ لأن بنقله إلى عين أخرى يصل إلى حقه، وينقله إلى ذمة أخرى لا يصل إليه.

وقالوا: الخبر محمول على الاستحباب؛ لما فيه من الإعانة على قضاء الحق.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ، ج: ولا.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في ج، د.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في أ.

(٨) ذكره الماوردي في الحاوي (٦/٣٣٣) بلفظ المصنف، وقد تقدم بلفظ «دعوه فإن لصاحب الحق مقالا» وهو متفق عليه.

وهذا قول القاضي أبي الطيب، وبه جزم الرافعي. وفي «الحاوي»: أنه محمول على الإباحة؛ لأنه وارد بعد حظر، وهو نهيه ﷺ عن بيع الدين بالدين^(١).

واعلم أن بعض الشارحين حكى وجهًا: أن الحوالة تصح بدون رضا المحيل، وصور^(٢) محله بما^(٣) [إذا قال: أحلتك^(٤) على نفسي بالدين الذي لك على فلان، فيقول المحتال: قبلت، وأن هذا يتجه]^(٥) إذا لم يكن على حق المحيل، وصرح بعضهم بأن ذلك تفریع على جواز الحوالة، [على من لا دين عليه. وما قاله فيه نظر؛ لأنها في هذه الحالة ما صحت إلا بمحيل، وهو القائل: أحلتك^(٦)؛ بدليل أن المحتال لا بد أن يقول: قبلت، كما قال، وقابل بلا موجب محالًا، ولا يقال: إن ذلك ليس محالًا]^(٧)؛ بدليل أن الأب إذا باع مال ولده من نفسه اكتفينا بمجرد الإتيان بأحد شقي العقد على رأي؛ لأننا نقول: ذلك مصور - على ما حكاه الإمام في باب الهبة - بما إذا أتى بلفظ يستقل الابتداء به [مثل أن]^(٨) يقول: اشترت أو اتهبت، أما قوله: قبلت البيع أو الهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه [بحال]^(٩).

نعم، في هذه الصورة اتحد المحيل والمحال عليه، ولا بعد في اتحاد العاقد والمعقود عليه؛ ألا ترى أن السيد إذا وكل عبده في بيع نفسه صح؟! ثم على تسليم القول بصحة هذا العقد، وأنه لا محيل فيه؛ بناء على أن المراد بالمحيل:

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مسنده (٥٩٧/٦، ٥٩٨، ٥٩٧) برقم (٢١٦٧، ٢١٦٩)، والبخاري (٩١/٢، ٩٢/٢) كشف) برقم (١٢٨٠)، وإسحاق بن راهويه كما في نصب الراية (٤/٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٩٠/٥ من طريق موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يباع كاليء بكاليء يعني دينًا بدين ولفظ البزار قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع كاليء بكاليء وعن بيع عاجل بأجل فالغرر أن تبيع ما ليس عندك والكاليء بالكاليء دين بدين.

ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من طريق إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي، وهو معلول بالأسلمي. اهـ.
وقد رواه الدارقطني (٣/٧١، ٧٢) والحاكم (٢/٥٧) من وجهين، ولكنهما وهما في اسم موسى بن عبيدة فقالا: موسى بن عقبة كما قال البيهقي في سننه (٥/٢٩٠).

(٢) في ج: وصورة. (٣) في ج: ما. (٤) في أ: أجلك.
(٥) سقط في د. (٦) سقط في ج. (٧) سقط في د.
(٨) في أ: بأن. (٩) سقط في أ.

من يكون عليه الدين - كما صرح به الماوردي وغيره - فهو ليس بحوالة، وإنما هو ضمان كما ستعرفه من بعد.

قال: ولا تفتقر^(١) إلى رضا^(٢) المحال عليه على المنصوص، [أي: في «المختصر»؛ لقوله ﷺ: «وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»^(٣)، ولم يعتبر فيه رضا المحال^(٤) عليه .

ولأنها تصرف في مملوك؛ فلا يعتبر فيه رضا المملوك [عليه]^(٥) كالتصرف في رق العبد [بالباع وغيره]^(٦) .

وقولنا: «في مملوك» احتزنا به عن النكاح؛ فإننا نعتبر فيه رضا المنكوحه [في حاله]^(٧)؛ «لأنها ليست»^(٨) بمملوك للزوج، ولأن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه، وبغيره بالوكيل؛ فكذاك بالمحتال.

وقد صار إلى هذا أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة.

ومقابلة: أنه لا بد من رضاه، وقد رواه أبو العباس بن القاص عن نص الشافعي في «الإملاء»^(٩)، وبه قال المزني وأبو عبد الله الزبير، وأبو سعيد الإصطخري وابن الوكيل؛ مستدلين بأن كان وجوده شرطاً في الحوالة كان رضاه شرطاً فيها، كرضا المحيل والمحتال.

- (١) في التنبيه: يفتقر. (٢) في التنبيه: برضاء. (٣) تقدم.
 (٤) في ج: المحيل. (٥) سقط في أ. (٦) سقط في أ.
 (٧) سقط في ج. (٨) في ج: لأنه ليس.

(٩) قوله - رحمه الله -: ولا تفتقر إلى رضا المحال عليه، على المنصوص، أي: في «المختصر». ثم قال: ومقابلة: أنه لا بد من رضاه، وقد رواه أبو العباس بن القاص عن نصه في «الإملاء». انتهى كلامه.

فيه أمران:

أحدهما: أن ما ادعاه من أن الشافعي نص في «المختصر» على ذلك سهو؛ فإنه لم ينص فيه على المسألة. نعم نص في باب الطعام منه - أي: من «المختصر» - على أن الحوالة بيع، وحيثئذ فيمكن أن يتفرع عليه عدم اشتراط رضا المحال عليه، وقد صرح المصنف في «المطلب» بذلك، وجعل المسألة مستنبطة من هذا النص، لا منصوفا عليها.

الثاني: أن ما ادعاه من نسبة مقابله إلى «الإملاء»، وأن ابن القاص نقل ذلك - ففي «الرافعي» عن المذكور - وهو: ابن القاص نسبته إلى «الأم»، ولم ينسبه إلى «الإملاء». [أ و].

وبأن^(١) الدين يتعلق^(٢) بالذمة أصلاً، وبالرهن فرعاً؛ فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولي الرهن إلى غيره، فأولى ألا يكون له أن يولي الدين إلى غيره. والقائلون بالأول حملوا نصه في «الإملاء» على ما إذا لم يكن على المحال عليه دين كما سنذكره.

وأجابوا عن القياس على المحيل والمحتمل: بأنهما كالمبتاعين، بخلاف المحال عليه؛ فإنه كالعبد المبيع.

وعن الرهن: بأن المرتهن ليس مالكا للرهن؛ فلذلك لم يكن له نقله، بخلاف الدين.

[وقد]^(٣) بنى صاحب «التهذيب» هذا الخلاف على الخلاف السابق في أن الحوالة معاوضة أو استيفاء؟ [فإن قلنا بأنها معاوضة، لم يفتقر إلى رضاه، وهو الأصح، وإن قلنا: إنها استيفاء،]^(٤) فلا بد من رضاه؛ لأنه لا يمكن إقراضه إلا برضاه.

واعلم أن عدول الشيخ وغيره من المصنفين عن لفظ الإيجاب والقبول إلى اعتبار الرضا المستلزم للإيجاب والقبول؛ لعدم الاطلاع عليه؛ لأنه الأصل المعتبر في العقود، ولا يقال لمن اعتبر الأصل: لم اعتبرته؟ نعم، يقال ذلك لمن اعتبر الفرع وعدل عن الأصل.

ثم كيفية الإيجاب والقبول الذي استلزمه الرضا: أن يقول المحيل: أحلتك على فلان، فيقول: قبلت، كما هو المفهوم من إطلاق الشيخ الحوالة.

ويقوم مقام ذلك - كما حكاه ابن أبي الدم [الحموي]^(٥) في «أدب القضاء» - قول المحيل: نقلت حقك الذي في ذمتي إلى ذمة فلان، أو: جعلت ما أستحقه على فلان لك^(٦) بما لك [علي]^(٧)، أو: ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي.

وهل تنعقد بلفظ البيع؟ قال: إن فيه خلافاً مشهوراً.

(٥) سقط في أ.

(٦) زاد في أ: أو.

(٧) سقط في أ.

(١) في ج: وكان.

(٢) في ج: تعلق.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ج.

وفي «الجيلي»: «أن أبا الفياض حكى عن الشافعي أنه قال: لا بد مع الإيجاب من أن يقول المحتال: قبلت الحوالة، وأبرأتك عن حقي. وقد حكيت قريباً منه في أول كتاب البيع، ويجري الخلاف المذكور في انعقاد البيع بالاستيجاب^(١) والإيجاب هاهنا.

وفي «الرافعي»: في «الجرجانيات» لأبي العباس الروياني طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد؛ لأن الحوالة أجزت رفقا بالناس؛ فيتسامح فيها بما^(٢) لا يتسامح في غيرها.

قال: ولا تصح^(٣) الحوالة إلا بدين مستقر [وعلى دين مستقر]^(٤)؛ لأن الحوالة إما بيع [دين]^(٥) كما هو الصحيح، وبيع الدين لا يصح ما لم يكن بهذه المثابة، وإما استيفاء، واستيفاء ما هو متعرض للسقوط لا يحصل به الغرض.

قال: فأما ما ليس بمستقر كمال الكتابة، ودين السلم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه؛ لما ذكرناه.

وقد روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ»^(٦).

وهذا ما جزم به العراقيون في المسلم فيه، وذهب إليه القاضي أبو حامد في مال الكتابة، ولم يحك في «التهذيب» سواه، ووراء في كل من الصورتين وجهان:

أحدهما: تجوز الحوالة بهما وعليهما، وهو في مسألة المسلم فيه منسوب إلى أبي حفص بن الوكيل، وفي مسألة مال الكتابة منسوب إلى ابن سريج كما حكاه الإمام.

(١) في ج: الاستحباب. (٢) في أ: ما. (٣) في التنبيه: يصح.

(٤) سقط في أ. (٥) سقط في د.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٧٦/٣) كتاب البيوع، باب: السلف لا يحول (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٧٦٦/٢) كتاب التجارات، باب: من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره (٢٢٨٣)، والدارقطني (٤٥/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٠/٦) كتاب البيوع، باب: من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد ... به.

قال البيهقي عطية بن سعد لا يحتج به، وسئل عن الحديث أبو حاتم الرازي كما في العلل لابنه (١/٣٨٧) برقم (١١٥٨) فصحح وقفه على ابن عباس من قوله. اهـ.

وحكى غيره أن الحلبي قال به في الحوالة عليه، ويجيء من طريق الأولى تجويز الحوالة به.

وقد بناه الرافعي والماوردي في مسألة المسلم فيه على أنها استيفاء لا معاوضة، ويشبه أن يبني في مسألة [مال] ^(١) الكتابة عليه أيضًا ^(٢).

والثاني: تجوز الحوالة بهما ولا تجوز الحوالة عليهما، وبه جزم ابن الصباغ، والأكثر في مسألة الكتابة؛ لأن للمكاتب أن يقضي حق سيده باختياره، بخلاف حوالة السيد عليه به؛ لأنه يؤدي إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره.

[قلت: ولمن قال بمنع الحوالة به أن يقول: شرط الحوالة: أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه صفةً وقدرًا؛ حتى لا يستفيد المحتال بالحوالة شيئًا لم يكن له، وفي هذه الحوالة [ليس] ^(٣) الأمر كذلك؛ لأن السيد لو صحت حوالة المكاتب له؛ لاستفاد بها لزوم دينه على المحال عليه، وقد كان على المكاتب غير لازم؛ فامتنعت الحوالة لهذا ^(٤) المعنى.

ولهذا المعنى منع ابن سريج الحوالة بدين [لازم] ^(٥) لا ضامن به على دين ^(٦) به ضامن؛ ليطالب به الضامن ^(٧) المضمون عنه، لكن في كلام أبي حامد ما يمنع - كما سيأتي - وحينئذ يبقى ما ذكره الجمهور خاليًا عن الاعتراض.

وقد خص الجرجاني محل [هذا] ^(٨) الوجه ^(٩) بما بعد حلول مال الكتابة، وكذلك المحاملي دون ما قبله.

(١) سقط في أ.

(٢) قوله: وفي وجه تجوز الحوالة بمال الكتابة ودين السلم، وعليهما.

ثم قال: وقد بناه الرافعي والماوردي في مسألة المسلم فيه على أنها استيفاء لا معاوضة، ويشبه أن يبني في مسألة الكتابة عليه أيضًا. انتهى كلامه.

وهو يقتضى أن ما ذكره في الكتابة من البناء لم يقف عليه منقولاً، لكن قد صرح القاضي الحسين في باب الكتابة من «تعليقه» بالبناء المذكور موافقاً لبحثه؛ فإنه ذكر أن السيد ليس له أن يحيل على المكاتب بمال الكتابة، ثم قال ما نصه: هذا إذا قلنا: الحوالة معاوضة، فإن قلنا: إنها استيفاء الحق، فتجوز الحوالة بمال الكتابة، سواء أحال المكاتب السيد على رجل له عليه دين، أو أحال السيد رجلاً على المكاتب. هذا لفظه، ذكره بعد نصف الباب بقليل. [أ و].

(٣) في ج، د: له من. (٤) في أ: بهذا. (٥) سقط في ج، د.

(٦) في أ: أن. (٧) زاد في ج، د: و. (٨) سقط في أ.

(٩) زاد في أ، ج: الثالث.

وعكس^(١) في «الوسيط» هذا الوجه في مسألة المسلم فيه فقال^(٢): لا تجوز الحوالة به، وتجاوز عليه.

ثم صورة الحوالة بهما: [أن يحيل المكاتب^(٣) أو المسلم إليه السيد أو المسلم^(٤) بما له في ذمته على غيرهما.

والحوالة عليهما^(٥): أن يحيل السيد أو المسلم على المكاتب أو المسلم إليه بما له في ذمته إنساناً.

واعلم أن المراد بالدين المستقر هاهنا: ما يجوز بيعه، لا ما أئنا انفساخ العقد فيه بتلفه، أو تلف مقابله، كما ذكرناه في البيع.

ويدل على ذلك أمران:

أحدهما: أن ثمن المبيع الذي [لم]^(٦) يقبض لا يؤمن انفساخ العقد فيه بتلف المبيع، ومع ذلك تجوز الحوالة به، كما استنبطه الراجعي من اختلاف الأصحاب في محل القولين [الآتين]^(٧)، فيما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، ثم رده بالعيب: هل هو فيما إذا كانت الحوالة بعد قبض المبيع، أما إذا كانت قبله فتفسخ وجهاً واحداً، أو محلها قبل القبض وبعده على حد سواء؟

والثاني: أن الزوجة يصح منها أن تحيل بالصداق قبل الدخول مع أنه غير مستقر بالمعنى الذي أردناه، وذلك يدل على ما ذكرناه؛ [و]^(٨) لأجل ذلك جاءنا وجه في صحة الحوالة بنجوم الكتابة، كما قيل به في جواز بيعها.

وفي «شرح الفروع» للقاضي أبي الطيب - أو لغيره^(٩) - إشارة إلى منع الحوالة في مسألة الصداق؛ فإنه قال - فيما إذا أحالت الزوجة بالصداق قبل الدخول - : ظاهر المذهب: ملكها للتصرفات قبل القبض من البيع، والهبة، والعتق؛ فكذا^(١٠) الحوالة.

- | | |
|-------------------|-------------------|
| (١) في أ: وحكى. | (٦) سقط في ج. |
| (٢) في أ: بمال. | (٧) سقط في أ. |
| (٣) في أ: العبد. | (٨) سقط في أ. |
| (٤) زاد في ج: له. | (٩) في أ: غيره. |
| (٥) سقط في د. | (١٠) في أ: فكذلك. |

فروع:

تجوز حوالة السيد على المكاتب بدين المعاملة على الصحيح، وبه جزم ابن الصباغ؛ لأنه يجبر على أدائه.

وقيل: لا تجوز له؛ لأن له أن يسقط ذلك بتعجيزه نفسه كمال الكتابة.

وبنى المتولي هذا الخلاف على أن المكاتب إذا عَجَزَ [نفسه]^(١) هل يسقط هذا الدين أم لا؟ إن قلنا: نعم، لم تصح، وإلا صحت، ومقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح على رأي عدم الصحة، وهذا^(٢) يظهر لك إذا نظرت فيما حكيتة في المسألة المبني عليها في باب الرهن.

الثلث في زمن الخيار: هل تجوز الحوالة به، وعليه؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول القاضي أبي حامد -: لا.

والثاني: وهو الأصح في «الرافعي» و«النهاية» و«الوسيط»: نعم.

وهما مبنيان [في «الحاوي»، و«التتمة»]^(٣) على أن الحوالة معاوضة أو استيفاء؟ فإن قلنا بالأول لم تصح، وإلا صحت؛ فعلى هذا لا ينقطع الخيار، فلو اتفق فسخ البيع، انقطعت^(٤) الحوالة وجهًا واحدًا، صرح به الشيخ أبو حامد وغيره.

قال الإمام: ولم يصر^(٥) أحد من الأصحاب إلى أن الحوالة في الثمن تقطع

الخيار في البيع.

وفي الرافعي حكاية وجه عن الشيخ [أبي علي]^(٦) وأنه اختاره^(٧): أن الخيار يبطل؛ لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها، وكانت [كالحوالة]^(٨) على النجوم.

وعلى قول المنع، هل ينقطع خيار البائع إن كانت الحوالة عليه، وخيارهما إن

كانت الحوالة به؟ فيه وجهان سبق أصلهما في كتاب البيع.

الجعل في الجعالة: جزم الماوردي والمتولي بعدم صحة الحوالة به قبل

العمل، وبالصحة بعده.

(٥) في أ: يصرح.

(٦) سقط في أ.

(٧) في أ: اختار.

(٨) سقط في أ.

(١) سقط في ج، د.

(٢) في ج: وهو.

(٣) سقط في أ.

(٤) في ج: انفسخت.

قال الرافعي: والقياس: أن يجيء في الحوالة به وعليه الخلاف المذكور في الرهن [و] ^(١) في ضمانه.

الزكاة: هل يصح أن يحيل المالك بها الساعي؟
إن قلنا: [إنها] ^(٢) استيفاء، صحت ^(٣)، وإلا فلا.

قال: ولا تصح إلا على من عليه دين؛ لأنها إذا لم تصح بغير الجنس الذي عليه، فأولى ألا تصح إذا لم يكن عليه حق، كذا قاله القاضي أبو الطيب.

قال: وقيل: تصح ^(٤) على من لا دين عليه برضاه؛ كما يصح أن يصلح عنه، وهذا ما اختاره ابن الحداد في «فروعه» وقال مَنْ شَرَحَهَا - من القاضي أبي الطيب وغيره -: هو الصحيح عندي.

وقد خرج ابن سريج هذا الخلاف على أن الحوالة بيع أو عقد إرفاق يتضمن الاستيفاء؟

فإن قلنا: بالأول - وهو الصحيح - لم تصح ^(٥)؛ لأن ذلك بيع معدوم.

وإن قلنا بالثاني: صحت؛ فكأنه استوفاه منه وأقرضه له ^(٦)، وعلى ذلك جرى صاحب «التهذيب» والجمهور.

وبناهما غيره - كما حكاه القاضي الحسين - على أن الضمان بشرط براءة الأصل ^(٧) هل يصح؟ وفيه جوابان لابن سريج أيضاً: فإن جوزناه جوزنا هذه الحوالة، وإلا فلا؛ لأنه في الحقيقة تضمين ما في ذمة المحيل بشرط أن تبرأ؛ ولهذا اعتبرنا على قول الصحة رضاه وجهاً واحداً؛ لأنه لا يصح إلزامه الحق بغير الرضا، وهذا ما صححه الإمام، ثم قال: وليس هو مأخوذاً من ذلك؛ بل هو عينه. فلهذا قطع به الغزالي في «الوسيط».

وهذا البناء إنما يصح إذا قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ من الدين المحال به في الحال، كما صار إليه الصيدلاني، وحكاه ابن كج وجهاً، وصححه من شرح «فروع» ابن الحداد - من القاضي أبي الطيب وغيره - [وبه جزم ابن الصباغ] ^(٨)،

(٥) في أ: يصح.

(٦) في أ، د: منه.

(٧) في أ: الأصل.

(٨) سقط في د.

(١) سقط في ج.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: صح.

(٤) في التنبيه: صح.

وهو الذي يقتضيه قول الشيخ: ومتى صحت الحوالة، برئت ذمة المحيل.
 أما إذا قلنا بأنه لا يبرأ قبل توفية المحال عليه الحق كما أورده في «التهذيب»
 والأكثر [كما حكاه الرافي] ^(١)، وعليه يدل كلام الماوردي حيث قال: إنه يجري
 مجرى الضمان، وإنه لا رجوع له [بالحق] ^(٢) قبل أدائه؛ فلا يستقيم هذا البناء.
 وقد عكس الماوردي هذا البناء، وقال: إذا ضمن عن إنسان دينًا على شرط أنه
 برئ منه، فإذا صح - كما هو قياس مذهب المزني - كانت حوالة بلفظ الضمان؛
 لأن الألفاظ مستعارة.
 وإذا قلنا: لا تصح - كما هو قياس [قول] ^(٣) ابن سريج - يكون ضمانا باطلاً؛
 اعتبارًا بظاهر اللفظ.

التفريع:

على القول بالصحة: هل تكون لازمة قبل قبض الحق من المحال عليه، كما
 في سائر الحوالات، أو لا تلزم إلا بالقبض؟ فيه وجهان حكاهما الإمام عن
 العراقيين، والأصح الأول.

وهل له أن يرجع على المحيل في الحال؟ ينظر:

إن قلنا: إنه يبرأ بمجرد الحوالة، فنعم - كما حكاه الرافي - وعند القاضي
 أبي الطيب، وابن الصباغ: لا ما لم يغرم.
 وإن قلنا: لا يبرأ، فالحكم فيه كالضامن مع المضمون [عنه] ^(٤) في هذا، وفي
 غيره من الأحكام كما سنذكره.

إلا أن الأصحاب جزموا هاهنا فيما إذا أدى بالإذن بالرجوع، وإن حكوا ثمَّ
 وجهًا في أنه لا يرجع.

وأن الظاهر هاهنا - كما قاله مجلي - فيما إذا أدى بغير الإذن: أنه ^(٥) يرجع؛
 لأن الحوالة تقتضي الإذن في القضاء؛ إذ مضمونها تحوُّل الحق وانتقاله، بخلاف
 الضمان؛ فإنه مجرد وثيقة، وإن كان الماوردي قد جزم بعدم الرجوع، وأن المحال
 إذا أبرأ المحال عليه يخرج على الخلاف فيما ^(٦) إذا أبرأت الزوجة الزوج ثمَّ

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: فإنه.

(٦) في أ: كما.

(١) في د: وبه جزم ابن الصباغ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: مذهب، وسقط في د.

طلقها قبل الدخول، كما حكاها الإمام عن [العراقيين و]^(١) شيخه، و الذي جزم به الجمهور: عدم الرجوع.

ولو أحال المحال عليه المحتال على غيره نظر:

إن كان على من له عليه دين، رجع في الحال.

وإن كان على من لا دين له عليه، لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحاله عليه.

ثم مقتضى^(٢) هذا التفريع كله: أن المحتال له مطالبة المحيل والمحال عليه؛ كما في الضمان.

واعلم أن هاهنا أمرين لا بد من التنبيه عليهما:

أحدهما: أن الشيخ جزم بأن الحوالة لا تصح إلا بدين مستقر [وعلى دين مستقر]^(٣) وفي هذا^(٤) غنية عن قوله من بعد: ولا تصح إلا على من عليه دين؛ لأنها [إذا امتنعت]^(٥) مع وجود الدين ولا استقرار فمع عدمهما أولى.

نعم، لو كانت هذه المسألة متقدمة على تلك؛ لم يرد السؤال الثاني، أن ما ذكره أولاً يقتضي ألا تصح الحوالة على من لا دين عليه إذا جوزناها إلا بدين مستقر، وقد ظهر لك أن هذه الحوالة ضمان عند الجمهور؛ فكان ينبغي أن تصح بما يجوز ضمانه، ولا يشترط أن يكون الدين مستقرًا، وبهذا يقوي ما أبداه الرافعي في الحوالة بمال الجعالة كما قدمناه عنه.

قال: ولا تجوز^(٦) إلا بمال معلوم؛ لأن بيع المجهول واستيفاءه غير جائز؛ لما فيه من الغرر.

والمراد بالمعلوم هاهنا: أن يكون معلومًا بالصفات التي تعتبر في المسلم فيه، سواء كان [المال]^(٧) مثليًا: كالدراهم والدنانير والحبوب وغير ذلك، أو غير مثلي: كالحيوان والنبات وغير ذلك.

وفي غير المثلي وجه: أنه لا تصح الحوالة به ولا عليه.

(٥) في أ: كما استغنت.

(٦) في التنبيه: يجوز.

(٧) سقط في أ.

(١) سقط في أ.

(٢) في ج: يقتضي.

(٣) سقط في د.

(٤) في ج: هذه.

وفي «الشامل» و«تعليق» البندنجي وغيرهما في باب بيع الطعام [بالطعام]^(١) حكاية وجه ثالث: أن الحوالة لا تصح إلا بالأثمان، وقالوا: إنه ليس بشيء.

قال: وقيل: تصح^(٢) في إبل الدية، وإن كانت مجهولة، أي: الصفات؛ لحصول المقصود من الجانبين؛ فإن المسألة مصورة بما إذا أوضحت رأس إنسان، وأوضح ذلك الإنسان رأس آخر، فإن الواجب له وعليه خمس من الإبل، فأحال المجني عليه [أولاً]^(٣) المجني عليه [ثانياً]^(٤) بها على الجاني أولاً، هكذا علله بعضهم، و الذي حكاه البندنجي وغيره: أن هذا أخرجه ابن سريج من أحد قولي الشافعي في جواز المصالحة عليها، موجهاً ذلك بأن القدر^(٥) واللون ينحصر إلى أقل ما يقع عليه الاسم، فينحصر إلى معلوم.

وحكي في «الاستقصاء» وغيره: أن الخلاف في الصلح وجهان مخرجان من قولين نص عليهما الشافعي فيما لو جنت امرأة على رجل موضحة، فتزوجها، وجعل تلك الإبل صداقها.

قال: ولا يجوز إلا أن يكون المال الذي في ذمة المحيل والمحال عليه متفقين في الصفة، أي: كالصحيح بالصحاح، والمكسر بالمكسر، والجيد بالجيد، والرديء بالرديء.

قال: والحلول والتأجيل.

أي: بحيث يكون الأجلان سواء؛ لأن الحوالة عقد إرفاق كالقرض، فلو جوزت مع الاختلاف، صار المطلوب منها الفضل؛ فتخرج عن موضوعها.

وقيل: إذا قلنا: إنها استيفاء، جاز أن يحيل^(٦) بالحال عن المؤجل، وبالمؤجل إلى شهر عن المؤجل إلى [أكثر منه]^(٧) وبالصحيح عن المكسر، وبالجيد عن الرديء، ولا يجوز العكس.

وفي «الوسيط» عكس هذا؛ فإنه قال: كل ما يمنع الاستيفاء [إلا بمعاوضة]^(٨) تمتنع الحوالة فيه. ولو كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول، ولا يشترط رضا

(١) سقط في أ.

(٢) في التنبيه: يصح.

(٣) سقط في أ، د.

(٤) سقط في أ.

(٥) في د: العد.

(٦) في ج: يحيله.

(٧) في أ: سنة.

(٨) سقط في د.

المستحق [به]^(١)، كتسليم الصحيح عن المكسر، والأجود عن الرديء، والحال عن المؤجل في بعض الأحوال - جازت الحوالة به. وإن^(٢) كان يفتقر إلى الرضا المجرد دون المعاوضة، ففيه وجهان، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه^(٣) خاصة، وهو خلاف ما عليه الجمهور.

ثم على القول بعدم الجواز^(٤): لو وقعت الحوالة، قال في «التتمة»: هي حوالة على من لا دين عليه، وقد تقدمت. وقد أغرب الزيللي في «أدب القضاء» [له]^(٥)، فقال: إذا كان عليه دراهم فأحاله بها على شخص له عليه دينار، أو كان عليه قمع فأحاله به على شخص له عليه شعير [فرضي - جاز]^(٦)، إلا أنهما لا يفترقان إلا عن قبض.

واعلم أن الشيخ اكتفى بما ذكره عن ذكر التساوي في المقدار؛ لأن الأجل إذا

(١) سقط في د. (٢) في أ: فإن.

(٣) قوله: وقيل إذا قلنا: إنها استيفاء، جاز أن يحيل بالحال عن المؤجل، وبالمؤجل إلى شهر عن المؤجل إلى أكثر منه، وبالصحيح عن المكسر، وبالجد عن الرديء، ولا يجوز العكس. وفي «الوسيط» عكس هذا؛ فإنه قال: كل ما يمنع الاستيفاء إلا بمعاوضة تمتنع الحوالة فيه. ولو كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول، ولا يشترط رضا المستحق به: كتسليم الصحيح عن المكسر، والأجود عن الرديء، والحال عن المؤجل في بعض الأحوال - جازت الحوالة به وإن كان يفتقر إلى الرضا المجرد دون المعاوضة، ففيه وجهان، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه. انتهى كلامه. وما توهمه من أن كلام «الوسيط» على العكس من ذلك الوجه ليس كذلك؛ فإن حاصل ذلك الوجه: أن الدين المحال عليه إذا كان أجود صفة من المحال به، جازت الحوالة، وسببه - كما قال الرافعي -: أنه يجوز للمحيل إعطاؤه، فإذا أحال المؤجل مثلاً على الحال، فقد عجل. وكلام الغزالي يوافق الوجه؛ فإنه ذكر ثلاثة أقسام:

الأول: ما يتوقف على المعاوضة لاختلاف الجنس، ولا كلام فيه.

والثاني: ما لا يتوقف عليها، بل ولا على الرضا من المستحق كتسليم الصحيح عن المكسر؛ فتجوز الحوالة، فإذا لزمه مكسر فأحال بصحيح عنه جاز، وهذا الذي جزم به الغزالي هو الوجه المتقدم. وقد تقدم نقل تعليقه عن الرافعي.

والثالث: ما يتوقف على الرضا دون المعاوضة، كما لو لزمه صحيح، فأحال عنه بمكسر - ففيه وجهان. هذا ما قاله الغزالي، وحاصله: أنه جزم بذلك الوجه، وذكر معه وجهين في حوالة الأجود على الأردأ ونحوه، وأما ما ادعاه من أن في «الوسيط» عكس ذلك الوجه حتى يحال بالجد على الرديء مثلاً دون العكس، فلا ذكر له في «الوسيط» ولا في غيره. [أ و].

(٤) في ج: الحلول. (٥) سقط في أ. (٦) في ج، د: قرص.

منع^(١) لكونه يقابله قسط تقديرًا فالزيادة المحققة أولى.

فرع: لو كان له على رجلين ألف، على كل منهما خمسمائة، وكل منهما ضامن لصاحبه فيما عليه، فأحال بالألف رجلاً له عليه ألف على أنه يأخذ الألف من أيهما شاء - قال أبو العباس بن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح الحوالة؛ لأنها زيادة في حقه؛ لأنه كان له مطالبة واحد فصار له مطالبة اثنين، ولأن الحوالة بيع، فإذا كان الحق^(٢) على اثنين كان المقبوض^(٣) [منه مجهولاً، فصار العوض]^(٤) مجهولاً، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب.

والثاني: يصح، [ويثبت للمحال]^(٥) عليهما ما كان ثابتاً للمحيل، وهذا اختاره الشيخ أبو حامد، وقال: الزيادة التي تمنع إذا كانت في القدر أو الصفة؛ ألا ترى أنه يجوز أن يحيله على من هو أملاً منه؟!

قال ابن الصباغ: ولو أحاله بدين لا رهن به على دين به رهن، ينبغي [أن يكون على هذا الاختلاف، أو ينبغي]^(٦) ألا يصح وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد وقع له فلا يقبل النقل إلى غيره، بخلاف الذي له على الضامن؛ لأنه يقبل النقل؛ ولهذا لو أحاله به وحده جاز [وينفك الرهن]^(٧).

قال: ولا يثبت فيها^(٨) خيار الشرط؛ لأنها [إما بيع]^(٩) دين بدين، وهو لا يدخله الخيار، أو استيفاء حق، واستيفاء الحقوق لا خيار فيه.

قال: ولا خيار المجلس؛ لأنه عقد لا يثبت فيه خيار [الشرط؛ لأجل القبض]^(١٠)؛ فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

قال: وقيل: يثبت فيه خيار^(١١) المجلس؛ لما فيه من شائبة المعاوضات، وقد بنى البندنجي الوجهين فيه على الخلاف في أنها بيع أو استيفاء، فقال: إن^(١٢) قلنا: إنها استيفاء، فلا يثبت، وإلا ثبت.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: فيه.

(٩) في أ: ابتاع.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في د.

(١٢) في أ: فإن.

(١) في أ: امتنع.

(٢) في ج: الحوالة.

(٣) في ج: القبض.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ج: للمحتمال.

(٦) سقط في أ.

ومقتضى هذا: أن يكون الصحيح الثبوت، و الذي حكاه الإمام والرافعي: أن الصحيح مقابله؛ ولذلك جعله القاضي الحسين المذهب.

والمذكور في «الحاوي»: بناء الوجهين على الوجهين في أنها بيع عين بدين، أو بيع دين بدين؟ فإن قلنا بالأول ثبت، وإلا فلا.

وقد أجرى القاضي الحسين [هاهنا]^(١) والشيخ أبو محمد - على ما حكاه الإمام في باب الخيار وجه الثبوت في خيار المجلس دون خيار الشرط، وقال: إنه الأوجه إن لم يكن [من الخيار بد]^(٢).

فرع: لو احتال على شخص بشرط أن يعطيه المحال عليه بالحق رهناً، حكى الماوردي في أواخر كتاب الرهن في صحة ذلك وجهين، وأنها مبيمان على أنها بيع أو عقد إرفاق؟ فإن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا فالشرط باطل، وفي بطلان الحوالة وجهان.

وقال هاهنا: إن الخلاف مبني على أنها بيع عين بدين أو بيع دين بدين؟ فإن قلنا بالأول صح اشتراط الرهن، وإن قلنا بالثاني فلا يصح.

وكذا الخلاف يجري فيما لو شرط أن يكون به ضامن - كما حكاه الإمام عن تخريج ابن سريج - فيجوز على القول [بأنها بيع، ويمتنع على القول]^(٣) بأنها استيفاء.

قال: وإذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل، وصار الحق في ذمة المحال عليه.

قال الماوردي: وهذا إجماع.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب وغيره أن زفر قال: لا يبرأ؛ كما لا يبرأ الضامن.

ودليلنا: أن الحوالة مشتقة من التحويل؛ فينبغي أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق، وليس كذلك الضمان؛ فإن اشتقاقه من انضمام^(٤) ذمة إلى ذمة أخرى؛ فلذلك^(٥) تعلق الحق بذمة الضامن وذمة المضمون عنه، كذا قاله القاضي.

(٤) في أ: ضم.
(٥) في أ: وكذلك.

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: بد من الخيار.
(٣) سقط في ج.

وفي كلام الإمام في باب الضمان ما يمنع ما ادعاه من الاشتقاق؛ فإنه قال: وغلط من ظن أن الضمان من الضم؛ فإن النون أصلية في «الضمان» شهدت لها التصاريف، نعم فيه معنى الضم.

وأيضاً: فإن المحتال لو أبرأ المحيل بعد الحوالة لم يبرأ المحال عليه، ولو^(١) لم ينتقل الحق، وكان المحال عليه كالضامن لبرئ.

فرع: لو اشترط ألا تبرأ ذمته من المال [المحال به حتى يقبضه، وقد أحاله على من له عليه دين -] فهل تصح هذه الحوالة؟ فيه وجهان في «الاستقصاء» كالوجهين في صحة اشتراط الضمان بمال الحوالة.

قال: فإن تعذر من جهته، [أي: بفلس في الحياة، أو بموت المحال عليه مُعَدَمًا، أو بجحوده وحلفه]^(٢) - لم يرجع على المحيل؛ لقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ، فَلْيَتَّبِعْ»^(٣) قال الماوردي وغيره: وجه الدلالة منه من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة؛ لأنه إن^(٤) لم يصل إلى حقه رجع به، فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع به؛ فاشتراط الملاءة حراسة لحقه.

والثاني قوله: «فَلْيَتَّبِعْ» فأوجب عموم الظاهر اتباع المحال عليه أبداً^(٥)، أفلس أو لم يفلس.

ومن جهة المعنى: أن الحوالة تجري مجرى القبض؛ لأمرين: أحدهما: أنه صرف^(٦) يجوز الافتراق^(٧) فيه، فلولا أنه قبض لبطل الافتراق^(٨). والثاني: أن المحيل لو مات جاز لورثته اقتسام^(٩) التركة.

فدل هذان على أن الحق مقبوض، والحقوق المقبوضة إذا تلفت لم يستحق الرجوع بها كالأعيان المقبوضة.

(٦) في أ: تصرف.

(٧) في ج: الافتراق.

(٨) في ج: بالافتراق.

(٩) في أ: انقسام.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في د: لو.

(٥) في د: ابتداء.

وبهذا يندفع سؤال من قال: إن الحقوق المستقرة في الذمة تنتقل تارة إلى ذمة أخرى بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى وجب أن يكون تلف الذمة بالموت قبل القبض كذلك.

ومن قال: إن خراب الذمة إما أن يجري مجرى العيب أو مجرى الاستحقاق: فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة وهذا يمنع، وإن جرى مجرى العيب كان مخيراً في الرجوع إلى الذمة الأولى.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يشترط ملاءة المحال عليه فيظهر معسراً أو لا، على ما حكاه المزني.

وقد حكى عن ابن سريج أنه قال: يثبت له الخيار إذا شرط ملاءته فأخلف^(١) الشرط؛ لأنه لما رجع المشتري في البيع^(٢) بالغرور [في العيب، وجب أن يرجع المحال عليه في الغرور باليسار، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد كما حكاه البندنجي، وقال الماوردي وغيره: إنه خطأ. والفرق: أن إفسار المحال عليه قد يصل إليه من غير جهة المحيل؛ فلم يكن له الرجوع بها مع الغرور^(٣)، والعيوب قد لا يصل إليها إلا من جهة البائع؛ فلذلك^(٤) رجع بها مع الغرور.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه يثبت له بالخيار، وإن لم يشترط ملاءته؛ فإن ذلك بمنزلة العيب القديم، وجعل هذا الخلاف يقرب من الخلاف في أن الحوالة: هل يلحقها خيار المجلس والشرط؟ وهذا ما رجحه الغزالي، والجمهور على خلافه.

فرع: لو شرط في الحوالة الرجوع على المحيل بتقدير الإفلاس والجحود، ففي صحة الحوالة وجهان، [وإن صحت، ففي صحة الشرط وجهان]^(٥) حكاها ابن كج.

فرع: لو بان المحال عليه عبداً، نظر:

إن كان عبداً لأجنبي، فإن قلنا: للمحتال^(٦) الخيار عند إفلاس المحال عليه فيها هنا أولى.

(٤) في أ: وأخلف.

(٥) سقط في أ.

(٦) في أ: للمحال.

(١) في أ: وأخلف.

(٢) في أ، د: المبيع.

(٣) سقط في أ.

وإن لم نثبت^(١) [له]^(٢) ثمَّ فهاهنا وجهان؛ إذ [طرآن]^(٣) العتق ليس مما يعد من ميسور الأموال، بخلاف اليسار.
وإن كان عبداً للمحيل، ففي «الاستقصاء»: أنه إن كان مأذوناً له صحت، ولا يبرأ السيد حتى يعطيه العبد مما في يده؛ لأنه بمنزلة الإذن له في القبض من وكيله، وإن لم يكن مأذوناً فوجهان:
أصحهما: أنه لا يصح؛ لأنه لا^(٤) يتم إلا برضا العبد فهو كما لو أحال على نفسه.

والثاني: [أنه]^(٥) يصح برضا العبد، ويكون ضامناً، وما قاله محمول على ما إذا لم يكن له عليه دين، [وسنذكر تصوير ما إذا كان له عليه دين]^(٦).
وفي «النهاية»: أن صاحب «التقريب» قال: إن كان العبد كسوباً تعلق الدين بكسبه، وإن لم يكن كسوباً فبذمته.

قال الإمام: [و]^(٧) هذا خطأ^(٨)، والوجه أن يقال: العبد لا يتصور أن يكون للسيد عليه دين يتعلق بذمته أو كسبه إلا فيما إذا ملكه وله عليه [دين]^(٩) على وجه، فإن لم يكن كذلك فالحوالة باطلة، إن لم نجوز الحوالة على من لا دين عليه، وإن جوزناها فهي [ضمان]^(١٠)، وسيأتي.

وإن كان له عليه دين، وقلنا: لا يسقط، فأحاله به - صحت الحوالة، وكان كما لو كان لأجنبي.

قال: وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بالمال، أي: الذي هو ثمن، ثم خرج المبيع مستحقاً - بطلت الحوالة، وكذا لو خرج العبد المبيع حرّاً؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، وقد بان أن لا ثمن، فإن لم يكن المحتال قد قبض المال فلا مطالبة له، وإن كان قد قبضه فعليه رده، والمراد بخروج المبيع مستحقاً: ظهور كونه [ملكاً]^(١١) لغير البائع: [إما بينة، وإما]^(١٢) بتقارُّر البائع والمشتري

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: خط.

(٩) سقط في أ.

(١٠) سقط في أ.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في ج: أو.

(١) في د: يثته.

(٢) سقط في أ، د.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: لم.

(٥) سقط في ج، د.

(٦) سقط في أ.

والمحتال، وكذا ظهور حرية العبد المبتاع^(١).

فلو^(٢) صدق العبد في دعوى الحرية البائع والمشتري، وكذبهما المحتال - لم تبطل الحوالة، إلا أن تقام بينة عليها.

قال الرافعي وغيره: وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصور أن يبتدئ بها الشهود على سبيل الحسبة.

قال صاحب «التهذيب»^(٣): ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدخول^(٤) في البيع، وكذلك ذكر الروياني.

قلت: وفيما قيل من إمكان إقامة البينة من العبد نظر؛ لأن المشتري إذا صدق العبد في دعوى الحرية عتق، ولا يتوقف عتقه على تصديق المحتال؛ فدعواه عليه غير مسموعة، وبيئته من طريق الأولى، وقد وقفت في «تعليق» أبي الطيب على تصوير المسألة بما إذا اشترى عبداً بألف وقبضه، ثم باعه، وأحال على المشتري الأول البائع منه بالألف رجلاً، ثم تصادق البائع الأول والمشتري منه على أن العبد حر، ولم يصدقهما المشتري الثاني، فإن كان إطلاق الأصحاب محمولاً على هذه الصورة فقد اندفع الإشكال؛ فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته. والله أعلم.

وللبائع والمشتري عند عدم البينة تحليف المحتال على نفي العلم، فإن حلف بقيت الحوالة في حقه، وله أخذ المال، وهل يرجع المشتري على البائع المحيل بشيء؟ قال في «التهذيب»: لا؛ لأنه يقول: ظلمني المحتال بما أخذ، والمظلوم لا يرجع إلا على من ظلمه.

وقال الشيخ أبو حامد، والقاضي ابن كج، والشيخ أبو علي: يرجع؛ لأنه قضى دينه بإذنه، فعلى هذا: يرجع إذا دفع المال إلى المحتال، وهل يرجع قبله؟ فيه وجهان.

فإن نكل المحيل حلف المشتري، ثم إن جعلنا اليمين كالإقرار بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبيئنة فالحكم كما لو حلف.

قلت: وفي هذا - أيضاً - نظر من وجهين:

(٣) في ج: التقريب.
(٤) في ج: في الدخول.

(١) في ج: المباع.
(٢) في أ: ولو.

أحدهما: أن سماع الدعوى من البائع على المحتال بماذا؟ فإنه بعد وقوع الحوالة غير مطالب، ولا له حق بزعمه عند المشتري حتى إذا بطلت الحوالة رجع به.

الثاني: أن تحليف المشتري مع القول بأن يمينه مع النكول كالبينة لا معنى له؛ إذ لا يترتب عليه شيء؛ فينبغي ألا يحلف كما ذكره الأصحاب في غير هذا الموضوع، وطريق الجواب عن دعوى البائع أن يقال: البائع له إجبار من له عليه حق حال قبضه على الصحيح فيحضره إليه، ويدعى عليه استحقاق قبضه بحكم بطلان الحوالة بسبب حرية العبد الذي أحاله بضمنه، والله أعلم.

قال: وإن وجد^(١) بالمبيع عيباً فرده لم تبطل الحوالة؛ لأن بمجرد الحوالة انتقل ملك البائع عن الثمن إلى المحتال فلم يكن للمشتري إبطال ذلك بالرجوع؛ كما لو كان الثمن عيناً فباعها من أجنبي.

قال: بل يطالب المحتال المشتري بالمال [بحكم الحوالة]^(٢) لبقاء ملكه عليه، ويرجع المشتري على البائع [به]^(٣)، أي: ببدله [كما يقول ذلك فيما لو كان [الثمن]^(٤) عيناً وقد خرج]^(٥) عن ملكه. وهذا الذي ذكره الشيخ هو الصحيح في الطرق، وادعى ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب في «تعليقه» إجماع الأصحاب عليه.

وفي «النهاية»: أن منهم من ألحق هذه الصورة بالتي تليها^(٦)، وعلل بأن الحوالة وإن تعلقت باستحقاق ثالث فإنها تبع للبيع، والتبعية لا تزول، ثم قال: وهذا وإن كان منقاساً فهو غريب، حكاه العراقيون والقاضي وغيرهم.

قلت: ويؤيد الحكاية عن العراقيين: أن القاضي أبا الطيب في «شرح الفروع» لابن الحداد حكى فيما إذا أحالت الزوجة على الزوج بالصداق، ثم طلقها قبل الدخول وقبض المحتال - أن من أصحابنا من قال: لا يرجع الزوج عليها بشيء، ويدفع [إليها]^(٧) الزوج نصف الصداق، وأن الصحيح ما قاله ابن الحداد، وهو أنه يرجع عليها بنصف الصداق.

(١) زاد في التبيه: المشتري.

(٢) سقط في ج.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في د.

(٦) في أ، د: قبلها.

(٧) سقط في د.

ثم لا فرق على الصحيح بين أن يكون المحتال قد قبض المال أو لم يقبضه، وفيه قول [آخر]^(١): أنه لا يرجع عليه ما لم يقبضه، وله مطالبته بقبضه على الأصح.

قال: وإن أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده، فإن كان بعد قبض الحق لم تنفسخ الحوالة؛ لأنها تمت بالقبض بالمحصل؛ لبراءة ذمة المحال عليه.

قال: بل يطالب المشتري البائع بما قبض، أي: ببدله، ولا يتعين حقه [في]^(٢) المقبوض لصحة الحوالة، وهذا ما حكى الرافعي أن العراقيين جزموا به، وأن الشيخ أبا علي [قال]:^(٣) ومن الأصحاب من خرج ذلك [أيضاً]^(٤) على القولين فيما لو^(٥) وجد فسخ البيع ولم يقبض المال بعد، وعلى ذلك جرى البغوي والمتولي وغيرهم.

قلت: وكلام^(٦) ابن الصباغ يدل على ذلك؛ فإنه قال: إذا قبض المال برئت ذمة المحال عليه.

وهل يرجع المشتري على البائع بالثمن المسمى أو بما قبضه من المحال عليه؟ فيه خلاف سنذكره، ولا وجه لرجوعه بما قبضه من المحال عليه إلا إذا قلنا بأن الحوالة انفسخت ولهذا قال الأصحاب: إذا قلنا بالانفساخ وجب عليه رد المال المقبوض إلى المشتري، وإنه لو رده على المحال عليه لم تسقط طلبته^(٧) المشتري عن البائع.

قال: وإن كان قبل قبض الحق فقد قيل: تنفسخ؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنًا، [وإذا خرج عن أن يكون ثمنًا]^(٨) ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة، وبهذا فارقت هذه المسألة المسألة قبلها.

وهذا ما حكاه المزني في «المختصر»، وجزم به أبو إسحاق وابن أبي هريرة

- | | |
|------------------|-----------------|
| (١) سقط في د. | (٥) في أ: إذا. |
| (٢) سقط في د. | (٦) في أ: وبعد. |
| (٣) سقط في أ. | (٧) في أ: طلب. |
| (٤) سقط في ج، د. | (٨) سقط في أ. |

وأبو الطيب بن سلمة، وأكثر أصحابنا، على ما حكاه الماوردي.

فعلى هذا: ليس له قبض المال، ولو قبضه لم يقع^(١) عنه، وفي وقوعه عن المحيل وجهان عن الشيخ أبي محمد، وأصحهما: لا.

قال: وقيل: لا تنفسخ؛ لأنه تصرف في أحد عوضي البيع قبل الرد [فلا يبطل بالرد]^(٢) بالعيب كما لو أخذ عنه ثوبًا، وهذا ما حكاه أبو إسحاق في «الشرح» عن نقل المزني في «الجامع الكبير»، وجزم به أبو علي الطبري في «الإفصاح». وحمل ما [حكى عن]^(٣) المزني في «المختصر» على الخطأ، وتابعه على الجزم به ابن الحداد، والأكثر من أصحابنا، كما قاله القاضي في «شرح الفروع» وقال: إنه الصحيح.

والقائلون بالطريق الأول منهم من حمل ما حكى عن نصه في «الجامع الكبير» على ما إذا كان حدوث العيب ممكنًا بعد القبض، وكان القول في حدوثه قول البائع مع يمينه، فنكل عن اليمين، فردت على المشتري، فحلف واستحق الرد، فالحوالة ثابتة لا تبطل؛ [لأن الحوالة تبطل]^(٤) باتفاق المحيل والمحال عليه كما كان تمامها بهما، وإذا أنكر البائع تقدم العيب صار بطلانها لو بطلت بقول المحتال وحده وهو المشتري.

وما قاله في «المختصر» [محمول]^(٥) على ما إذا كان العيب متقدمًا، ولا يجوز حدوث مثله بعد القبض، وهذه طريقة أبي إسحاق.

وقال القاضي أبو حامد المرزوق: طلبت ما نسب إلى المزني في «الجامع الكبير» فلم أجده في شيء منها، بل وجدت فيها خلاف ذلك. وكذلك قال الماوردي: إن هذه الطريقة أسوأ الطرق.

فعلى هذا: له مطالبة المحال عليه وقبض الحق منه، وهل يرجع على البائع بالثمن قبل القبض؟ فيه وجهان، وأقيسهما عند الإمام: الرجوع، والأصح عند الصيدلاني: أنه لا يرجع، فعلى هذا له مطالبته بتخليصه على الأصح، وفيه وجه. وفي «النهاية»: أن الجمهور جعلوا إطلاق النقلين من المزني قولين، وبنوهما

(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج، د.

(١) في ج: ارتفع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: حكاه.

على أن الحوالة استيفاء أو معاوضة.

فإن قلنا: إنها استيفاء، انفسخت الحوالة؛ لأنها على هذا التقدير - نوع إرفاق ومسامحة؛ فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق التابعة^(١) له؛ كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة، وتطوع بأداء الصحاح^(٢) ثم رده بالعيب - فإنه يسترجع الصحاح.

وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل؛ كما لو استبدل عنه عيئاً، ثم رد المبيع بالعيب؛ فإنه لا يسترد العين.

على أن القاضي أبا الطيب والرويانى منعا الحكم في هذه المسألة، وجعلها كمسألة الحوالة، والذي رجحه القاضي ابن كج والغزالي من القولين - قول الانفساخ.

ثم اعلم أن محل الخلاف بالاتفاق: ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع، أما إذا كان قبله: فمنهم من جزم بالانفساخ، ومنهم من طرد الخلاف وهو الأصح.

وفي «الحاوي»: تخصيص محل القولين في انفساخ الحوالة بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم، ووافق المحتال على أن ما وقعت الحوالة به هو الثمن، أما إذا لم يوافق [على ذلك، أو وافق]^(٣) ووقع فسخ البيع بينهما من غير حاكم - فلا تبطل الحوالة وجهاً واحداً، وحكم الفسخ^(٤) بسبب الإقالة أو^(٥) التخالف وغيرهما حكم الفسخ بالعيب.

وعلى رأي الماوردي ينبغي ألا يجري في الإقالة، كما إذا توافقا على الرد بالعيب من غير حاكم من طريق الأولى.

وقد ألحق الإمام وغيره بذلك فسخ النكاح بالعيب وانفساخه بالردة والرضاع، إذا كان الدين الحال به صداقاً، وأجري أيضاً فيما إذا طلق الزوج [قبل]^(٦) الدخول.

ومنهم من جعل الخلاف في ذلك مرتباً على الخلاف في غيره، وأولى بعدم الانفساخ، وهو ما جزم به ابن الحداد.

(٤) في أ: القسمة.

(٥) في أ: و.

(٦) سقط في أ.

(١) في أ: المانعة.

(٢) في ج: الصحيح.

(٣) سقط في أ.

والفرق: أن الطلاق سبب حادث، لا استناد له إلى ما تقدم، بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره، وكذلك لو زاد زيادة متصلة، لم يرجع في نصفه إلا برضاها، بخلاف ما إذا كانت في المبيع.

قال: وإن اختلف المحيل والمحتال، فقال المحيل: وكلتك في القبض، وقال المحتال: بل أحلتني.

نقدم^(١) على الكلام في هذه مسألة وهي: إذا^(٢) قال رجل لمن لا حق له عليه: أحلتك على فلان بما لي عليه، كانت وكالة في جميع أحكامها، صرح بذلك صاحب «الاستقصاء» وغيره، وحكاها المتولي عن ابن سريج.

ثم قال: وهذا على طريقة من ينظر إلى المعنى عند استعمال اللفظ في غير موضوعه، أما على طريقة من يعتبر اللفظ فلا تنعقد وكالة، وعلى الأول: إذا جرى مثل هذا اللفظ مع من له عليه دين وقال: قبلت، ثم اختلفا، وهي صورة مسألة الكتاب، فقال المحيل: أردت الوكالة، وقال المحتال: بل الحوالة - قال: فالصحيح أن القول قول المحيل؛ لأنهما اتفقا على ملك المحيل للدين، والمحتال يدعي انتقال الدين إليه وبرائة ذمة المحيل به، والأصل عدمه، ولفظ الحوالة كما يستعمل في نقل الحق يستعمل في نقل المطالبة، وهذا ما ذهب إليه المزني وأكثر الأصحاب؛ كما حكاها الرافي.

قال: وقيل: [إن]^(٣) القول قول المحتال؛ لأن ظاهر اللفظ وافق دعواه، فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما يخالفه، وهذا ما ذهب إليه ابن سريج، وحكى الرافي عن القاضي الحسين القطع به، وأنه حمل ما حكى عن المزني على ما إذا اختلفا في أصل اللفظ، فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أتيت بلفظ الحوالة وأردتها، فإن القول قول المحيل بلا خلاف.

والذي رأيته في «تعليقه» تصحيحه لا القطع به.

وفي «تعليق» البندنجي: أن ابن سريج حكى الوجهين، وقال: [إن]^(٤) أصلهما

(٣) سقط في التنبية.

(٤) سقط في أ.

(١) في د: تقدر.

(٢) في أ: ما إذا.

القولان فيما إذا ضرب ملفوفاً فقدته نصفين، ثم اختلف هو وورثته في حياته^(١)، فإن فيه قولين؛ لتقابل أصليين: بقاء الحياة، وبراءة الذمة، وكذلك هاهنا أصلان: بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه، وقول المحيل: أحلتك على زيد، حقيقة في تحويل الحق.

أما لو قال: أحلتك على فلان بما لك علي، فلا خلاف في أن هذا حوالة، صرح به في «الاستقصاء» وغيره، وفي «النهاية»: أن منهم من أجرى ذلك وجهًا ثالثًا، وأن هذا لا يجوز أن يقدر فيه خلاف.

التفريع:

إن قلنا بقول ابن سريج فلا يخفى حكمه.

وإن قلنا بقول المزني: فإن كان المحتال لم يقبض الحق بعد، لم يكن له قبضه، فلو قبضه فهل يكون مضموناً عليه؛ فيه وجهان^(٢).

قال الماوردي: مأخوذان من اختلاف أصحابنا، في أن هذه وكالة فاسدة أو حوالة فاسدة؟

فإن قلنا: وكالة فاسدة، لم يضمن، وإلا ضمن.

وإن^(٣) كان قد قبضه برئ المحال عليه.

وحكى الرافعي عن الإمام رواية وجه ضعيف عن صاحب «التقريب»: أنه لا يبرأ، والذي فهمته من كلام الإمام ما حكته عن الماوردي من قبل^(٤).

(١) في د: جنايته. (٢) في أ: فوجهان. (٣) في أ: فإن.

(٤) قوله: وإذا قال لمن له عليه دين: أحلتك علي فلان، فقبل، ثم اختلفا، فقال: أردت الوكالة، وقال

المحتال: بل أردت الحوالة - فالصحيح، وبه قال المزني: أن القول قول المحيل.

ثم قال: فإن قلنا بقول المزني، فإن كان المحتال لم يقبض الحق بعد، لم يكن له قبضه، فلو قبضه فهل يكون مضموناً عليه؟ فيه وجهان.

قال الماوردي: مأخوذان من اختلاف أصحابنا في أن هذه وكالة فاسدة أو حوالة فاسدة؟

فإن قلنا: وكالة فاسدة، لم يضمن، وإلا ضمن.

وإن كان قد قبضه برئ المحال عليه.

وحكى الرافعي عن الإمام رواية وجوه ضعيف عن صاحب «التقريب»: أنه لا يبرأ، والذي فهمته من

كلام الإمام: ما حكته عن الماوردي من قبل. انتهى كلامه.

وما ادعاه من مغايرة كلام الإمام لما نقله عنه الرافعي، وتنزيل ذلك على ما قاله الماوردي - غلط

عجيب، بل الموجود في «النهاية» كما نقل الرافعي؛ فإنه ذكر المسألة في أواخر الباب، وحكى عن =

فعلى الصحيح: إن كان المال باقياً انتزعه المحيل منه، وهل يرجع عليه المحتال بشيء؟ فيه وجهان:

أصحهما في «الشامل» و«التتمة» وغيرهما: أن له الرجوع. واختيار الشيخ أبي حامد: لا.

وإن كان تالفاً فلا تراجع بينهما؛ لأن المحيل يقول: تلف عليّ ملكي في يدك، والمحتال يقول: تلف بعد أن أخذته من حقي.

قال: وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتني وحقي باقٍ عليك - فالأظهر أن القول قول المحتال؛ لأنهما توافقا على شغل ذمة المحيل وهو يدعي براءتها بالحوالة، والأصل بقاء الشغل، وهذا قول المزني.

قال: وقيل: القول قول المحيل؛ اعتباراً بالظاهر كما^(١) قررناه، وهذا قول ابن سريج.

قال الرافعي: [وقد حكى]^(٢) عن القاضي الحسين القطع به.

التفريع:

إن قلنا بمذهب المزني نظر:

فإن لم يكن المحتال قد قبض المال لم يجز له قبضه، ويرجع على المحيل بحقه، وهل للمحيل أن يرجع بما أحال به على المحال عليه في الظاهر؟ فيه وجهان.

وإن كان قد قبضه وهو باقٍ قيل للمحتال: [خذه]^(٣) في حقتك، وفي «الوسيط» حكاية وجهين:

أحدهما: أنه يطالبه بحقه ورد^(٤) المقبوض إليه.

والثاني: ما ذكرناه.

= صاحب «التقريب» خلافاً فيما إذا صدقه المحيل: هل يكون ذلك بمثابة حوالة فاسدة أم لا؟ ثم قال ما نصه: فإن قلنا: إن سبيله سبيل الحوالة الفاسدة، فإذا كان المحال عليه سلم المال إلى المحتال فهل يبرأ بالتسليم إليه عما عليه؟ فعلى وجهين ذكرهما، يعني صاحب «التقريب». هذا لفظه بحروفه، والمعجب كيف قال المصنف ما قال مستدركاً به على غيره لا سيما الرافعي. [أ.و].

(١) في أ: لما. (٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ. (٤) في أ: وبرد.

وإن كان تالفًا نظر:

إن كان بتفريط منه كان من ضمانه، وإن كان بغير تفريط تلف من مال المحيل، وحق المحتال باق في ذمة المحيل، جزم به الماوردي، وفي «تعليق» البندنجي رواية وجه: أن المال يتلف من ضمان المحتال، وأنه ليس بشيء.

ووجه الإمام بعد حكايته عن رواية صاحب «التقريب» بأنا إنما جعلنا القول قوله؛ لأن الأصل بقاء طلبته^(١) على الآخر، وهو يدعي استيفاءه، فإذا آل الأمر إلى الغرامة فالأصل أن ماله لا يكون أمانة إلا أن يقر بها، ومن تلف في يده ملك غيره فالأصل أن يكون مضمونًا عليه.

وإن قلنا: [بمذهب ابن سريج]^(٢) فيحلف المحيل - كما قال [القاضي]^(٣) أبو الطيب - بالله: لقد أحلتها وما وكلتها؛ فيبرأ في الظاهر من الدين، ثم ينظر:

فإن لم يكن قد قبض المال من المحال عليه فله مطالبته به في الظاهر والباطن؛ لأنه قد ثبت أنه محتال فله مطالبته بالحوالة، وهو مقر بأنه وكيل وأن له المطالبة بالوكالة؛ فلم يكن ثم ما يمنع من المطالبة [به]^(٤).

فرعان:

أحدهما: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فطالبه به، فادعى أنه أحال [به]^(٥) فلانًا الغائب - فالقول قول رب الدين، فإن أقام المديون بينة بالحوالة سمعت وسقطت المطالبة عنه^(٦)، ولا يقضى بها للغائب على من له الدين؛ لأن القضاء للغائب لا يجوز، فإذا حضر الغائب وادعى احتياج إلى إقامة البينة حتى يقضى له بها، كذا قاله [القاضي]^(٧) أبو الطيب.

وفي «الزوائد» حكاية عن ابن سريج: أنه لا حاجة عند حضوره إلى إقامته^(٨) البينة؛ لأنه إنما يدعي بالحوالة على المحال عليه وهو مقر [له]^(٩). وهذا ما أبداه في «الاستقصاء» احتمالاً.

(٦) في أ: بها.

(٧) سقط في أ.

(٨) في أ: إقامة.

(٩) سقط في أ.

(١) في أ: طلبه.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ج.

(٥) سقط في أ.

وقد حكى الرافعي ما^(١) ذكرناه أولاً وآخرها وجهين.

الثاني: إذا أحال رجل من له عليه دين على زيد به، فدفعه، ثم اختلف زيد والمحيل: فقال زيد: لم يكن لك عندي شيء، فلي الرجوع عليك بما دفعته، وقال المحيل: بل كان لي عليك - فالقول قول زيد مع يمينه، وله الرجوع على المحيل، صرح به صاحب «الزوائد» وغيره. والله أعلم.

* * *

(١) في أ: فيما.