وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكاتب عبدين مكاتبة واحدة
وكل منهما كفيل عن صاحبه قال وكل شيء اداه احدهما فله ان يرجع بنصفه على صاحبه فان لم يؤد
واحد منهما شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما
شاء فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير هذا العقد باطل قياسا لانه شرط فيه كفالة المكاتب
والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل لان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بدين صحيح
وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به جائز استحسانا لانه يمكن تجويز هذا العقد
بان يجعل كل البدل على احدهما والآخر تبعا له في العتق بان يكون كل واحد منهما اصيلا في الكل
كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتبا تبعا للام فلما احتمل
هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كان المال عليه وكان مواخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا ادى
احدهما شيئا يقع عن جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما في العلة وهي ان كل البدل مضمون
على احدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فان اعتق المولى احدهما
صح لانه ملكه وسقط نصف البدل الكتابة لان البدل في الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد
منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق احدهما استغنى عن بدل رقبته ثم للمولى ان ياخذ
ايهما شاء بالنصف الباقي المعتق بحكم الكفالة والآخر بحكم الاصالة فان اخذه من المعتق رجع على
صاحبه لانه ادى عنه بحكم الامر وان اخذه من غير المعتق لم يرجع على صاحبه لانه ادى دين نفسه
بحكم الاصالة هذا حاصل ما قالوا ولنا فيه نظر لان مطالبة المولى المعتق بالنصف الباقي بحكم الكفالة
والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز وانما جوزنا الكفالة احتيالا لتصحيح الضمان بان نجعل كان كل البدل
على كل واحد منهما بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبته بالاصالة
وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة فينبغي ان لا يطالب المعتق اصلا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير ونحو هذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون الاداء عن نفسه ما لم يزد على النصف وفي وجه
يكون عنهما جميعا وفي وجه يكون عن الذي ادى الا ان يقول اديت عن صاحبي فاما الوجه
الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم يزد على النصف فهو ما ذكرناه اذا كان الدين على رجلين وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه واما الوجه الذي يكون الاداء عنهما جميعا فالمكاتبان اذا كانت
كتابتهما واحدة والكفيلان اذا كان الدين على غيرهما وهما كفيلان وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فايهما ادى شيئا فله ان يرجع بنصفه على صاحبه لانهما في الكفالة سواء لو جاز ان
يكون الضمان عليهما واما الوجه الذي يكون الاداء عن نفسه ما لم يقل اديته عن صاحبي
فهو الدين على رجلين واحدهما كفيل عن صاحبه وصاحبه لا يكون كفيلا عنه فاذا ادى الكفيل
يكون الاداء عن نفسه الا ان يقول اديت عن صاحبي لان الحق عليه والبيان اليه وبيانه لا يؤدي
الى التناقض او الى تغيير الشرط والاصل ان من كانت عليه ديون فانه يؤدي بتقديم ما عليه
فاذا ادى شيئا فهو عن تقديم ما عليه الا ما يؤدي الى التناقض او الى تغيير الشرط فاما الذي يؤدي
الى التناقض فهو الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه واما الذي يؤدي الى
الشرط فهو المكاتبان وكتابتهما واحدة فادى احدهما شيئا يكون عنهما جميعا ولا يكون

عن احدهما

عن احدهما لانه لو جاز يؤدي ذلك الى تغيير الشرط لانه يعتق اذا كان الاداء عنه خاصة وكان شرط الكتابة
ان لا يعتق احدهما دون الآخر ما لم يؤد جميع الكتابة قوله كتابة واحدة بان قال كاتبتكما على الف الى سنة
وانما قيد بالكتابة الواحدة لان المولى اذا كاتب كل واحد منهما على حدة وكفل احدهما عن الآخر لا يصح ذلك
قياسا واستحسانا **باب كفالة العبد وعنه** اي كفالة العبد عن الآخر وكفالة الآخر عن العبد
وانما اخر هذا الباب لان الاحرار مقدمة على العبيد لشرف الولايات فيهم دون العبيد قال الله تعالى ضرب الله
مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولان الاصل في بني آدم هو الحرية والرق عارض فلما كان كذلك وجب ان يقدم
ما يتعلق بالاحرار على ما يتعلق بالعبيد قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم
حالا ولا موجلا فهو حال وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا او غير حال
قال يؤخذ به حالا قال فخر الاسلام اراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد يطلق عليه فاما اذا استهلكه
عيانا فانه يؤخذ به في الحال الا في المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند ابي حنيفة
ومحمد وكذلك لو اقرضه انسان او باعه او وطئ بشبهة بغير اذن المولى لم يواخذ به حتى يعتق
ايضا فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه ان الكفيل يؤخذ به حالا وقال فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير وصورة المسئلة اذا اقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى او كان محجورا واودعه
انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يواخذ به حتى يعتق في قول ابي حنيفة ومحمد ولو اقرضه انسان
او باعه وهو محجور او وطئ امراة بغير اذن المولى فانه لا يواخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان
به ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال اما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل وانما لم يطالب
الاصيل في الحال لعسرته لان العبد وما في يده لمولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في
حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بمعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد
وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث يصح ويؤخذ به الكفيل
حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وبمنزلة الكفالة عن مفلس فلسه القاضي حيث يصح
الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالا لعدم اعسار الكفيل بخلاف ما اذا كفل بدين موجل فان الكفيل لا يطالب
قبل حلول الاجل لان الدين ثمة اخر عن الاصيل موخرا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك موجلا
وما نحن فيه ليس كذلك لان الدين على الاصيل وهو العبد حال ليس بموجل ولكنه لم يطالب في الحال قبل
العتق لحق المولى ثم اذا ادى الكفيل عن العبد لا يطالبه قبل العتق لان المكفول له ما كان يطالبه قبل
العتق فكذا الكفيل لانه قائم مقامه في المطالبة واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لا يجعل
هذا بمنزلة دين موجل ولو كفل رجل بدين موجل لا يجب على الكفيل الا بعد الاجل قيل له الدين
اذا كان موجلا كان الاجل للدين فاذا كفل بذلك الدين يجب عليه الى ذلك الاجل واما هاهنا فالاجل
ليس للدين ولكن الطالب عجز عن قبضه منه لحق المولى فصار كعجزه لعسارة فان الكفيل
يؤخذ في الحال فكذلك هاهنا قوله لا يجب هذه الجملة وقعت صفة للنكرة وهي قوله مالا اي مالا
غير واجب اداؤه على العبد قبل العتق قوله ولم يرض بتعلقه به اي لم يرض المولى بتعلق
المال الذي استهلكه العبد بما في يده من الكسب قوله او مفلس بتشديد اللام المفتوحة

Copyright © King Saud University

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