

المبسوط

(قال C) (وإذا ادعى عبدا في يدي رجل فلم يقدمه إلى القاضي وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يدي المطلوب وأقام المدعي البينة أن العبد عنده فإن القاضي يقضي له بقيمة العبد على المطلوب وإن شاء على الكفيل) لأنه ثبت بالبينة أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما أنها واجبة على الأصيل .

وإن لم يقم البينة ولكن المطلوب نكل عن اليمين فقضى عليه القاضي بالعبد فمات العبد قبل أن يقبضه فإنه يقضي له بقيمته على الأصيل دون الكفيل لأن نكوله كإقراره أو كبذله فلا يكون حجة على الكفيل إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك أو يأبى اليمين فيلزمه مثل ما يلزم المطلوب .

ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن له حتى يأتي به فإن هلك فعليه قيمته لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصيل . فإن أقر الغاصب بأكثر من ذلك لزمه الفضل بإقراره ولا يصدق على الكفيل . ولو اشترى رجل جارية من رجل فقبضها وجاء آخر فادعاها وأخذ بها كفيلا وأقام البينة أنها جاريته فقضى له بها فقال المطلوب قد ماتت أو أبقت وقال الطالب : كذبت فإنني أحبس الكفيل حتى يأتي بها كما أحبس فلانا الأصل حتى يثبت إبقاها فإن طال ذلك يعني مدة الحبس ضمنهما قيمتها مراعاة لحق الطالب إذا طلب .

وإن قال هي بمائة درهم وحلها عليها وقال الطالب : ألف درهم ضمنهما مائة درهم لأن الزيادة انتفت أن تكون قيمتها ما لم يقم البينة بها ويأخذ بها أيا شاء فإذا ظهرت الجارية بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء أخذ الجارية ورد القيمة وإن شاء سلم الجارية وسلمت المائة له وقد بينا هذا في كتاب الغصب .

قال : (ولا يسع الغاصب أن يطأها ما كان للمغصوب منه فيها خيار) لأن المغصوب منه يملك الجارية من الغاصب بالقيمة فيكون بمنزلة تملكها بالبيع وما بقي له الخيار يعني للبائع فليس للمشتري أن يطأها فهذا مثله ولو كانوا تصادقوا على القيمة أو قامت لهما بينة أو نكلا عن اليمين فأخذها المغصوب منه ثم ظهرت الجارية لم يكن للمغصوب منه عليها سبيل لأن قبضه القيمة رضا منه بخروجها عن ملكه فإن البذل والمبدل لا يجتمعان في ملك وكان للغاصب أن يطأها بعد أن يستبرئها بحيضة لتمام التملك فيها .

وإذا كان عبد في يدي رجل فادعاه رجل وأخذ منه كفيلا به . ووكل في خصومته ولم يغب

المطلوب وغيب العبد فإن الكفيل يحبس حتى يجيء به بعينه لأنه التزم بالكفالة إحضاره وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس حتى يأتي به لأنه في تغييره قاصدا الإضرار بالمدعي فإنه لا يتمكن من إقامة البينة على استحقاق العين إلا بمحض منه .
فإن قال المدعي أنا آتي بالبينة أنه عيدي قبل ذلك منه ليستحق به العين إن قدر عليه والقيمة إن لم يقدر على العبد .

فإن شهد شاهداه أنه العبد الذي ضمن هذا به وسمياه وجلياه عند فلان قضيت له بالعبد على الكفيل فإن أتى به وإلا قضيت له بقيمته بعد أن يحلف المدعي بما خرج من ملكه بوجه من الوجوه .

قيل : إنما يحلف على هذا عند طلب الكفيل .

وقيل : بل يحلف عليه وإن لم يطلب الكفيل على وجه النظر من القاضي للغائب والصيانة لقضائه وإن شهد شاهداه أن العبد الذي يقال له فلان الفلاني وجلياه لفلان لم أقبل ذلك لأن الاسم يوافق الجلية فلا يثبت بهذه البينة أنه ضامن للعبد المشهود به أنه ملك للمدعي ولكن الكفيل يحبس حتى يأتيه به لأنه التزم إحضاره بالكفالة قبل هذه البينة .
فإن مات الكفيل أخذ به المدعي عليه إن ظهر العبد حتى يأتي به بعد أن يوافق جلية العبد الذي ظهر بشهادة الشهود ليتمكن المدعي من إثبات ملكه بالبينة فإن لم يأت المولى بالعبد جليت عنه لأن المولى ما ضمن شيئا ولم يثبت عليه شيء بالبينة التي قامت على الاسم والجلية وليس المولى في هذا كالكفيل لأن الكفيل التزم الإحضار بكفالته فلا بد من أن يأتي به والمولى لم يضمن شيئا فلا يحبسه القاضي ولا يلزمه شيئا من غير حجة .
وإذا كان العبد في يد رجل فادعاه آخر وكفل به رجلان فأقام المدعي البينة أنه عبده حبس الكفيلان حتى يدفعاه إليه .

ولو شهد رجلان على رجل أنه كفل بألف درهم لرجل فقال أحدهما إلى سنة وقال الآخر : حالة وادعى الطالب حالة وجد الكفيل أو أقر وادعى الأجل فالمال عليه في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده فيما شهد له به وإنما أكذبه فيما شهد به عليه والشاهد بالأجل للكفيل واحد .

وإن لم يكن له بينة أخذ الكفيلان بإحضار ما التزما إحضاره بالكفالة فإن قالا قد مات العبد أو أبق وأقاما على ذلك بينة فإني أخرجهما من السجن لأنهما حسبا لإحضاره وقد ثبت بهذه البينة عجزهما عن إحضاره ولكن لا أبرئهما من الكفالة لأن بتلك الكفالة هما ضامنان للقيمة إذا ثبت ملك الطالب في العبد بالحجة وادعى الطالب بشهوده أن العبد عبده .
فإن أقام على ذلك بينة أخذ كل واحد من الكفيلين بنصف القيمة وإن لم يكن له بينة فلا ضمان على الكفيلين لأن الحق لم يثبت على الكفيل ويؤجل الكفيلان في الإباق أجلا حتى يأتيانه

. وقد بينا هذا الحكم في الكفالة بالنفس إذا غاب الأصيل عن البلدة .
وإذا ادعى الرجل في يدي الرجل أرضا أو حماما أو بستانا وقال : بينتي حاضرة أخذ له منه
كفيل بالمدعى به لأن العقار لا يغيب ولا يحرك ولا يحول ولأنه لا حاجة إلى إحضاره مجلس لحكم
لتقع الإشارة إليه في الدعوى والشهادة .

ولو استودع رجل رجلا عبدا فجده ذلك وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد وأقام رب
العبد البينة أنه استودعه وقال : لا يدري ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فالمستودع
ضامن لقيمته يوم استودعه على ما شهدت الشهود لأنه ثبت وصوله إلى يده وعلى هذه القيمة
والجود موجب عليه ضمان تلك القيمة باعتبار تلك اليد ولا يضمن الكفيل من قيمته إلا ما
يقر به بعد أن يحلف لأن الكفيل إنما يضمن بعقد الكفالة لاعتبار يد المستودع ولم يثبت
بالبينة مقدار قيمته عند الكفالة ولكن ما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه وهذا نوع من الظاهر
يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق فلهذا لا يضمن الكفيل من قيمته إلا ما يقر به
بعد أن يحلف .

ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى وجده المستودع فشهد الشهود أنه استودعه وهو صحيح
يساوي ألفا فكفل به الكفيل وهو أعمى فرفعه إلى القاضي وهو كذلك ثم مات في يد المستودع
وزكى شهوده فالمستودع ضامن لقيمته أعمى على الحال الذي جحد فيها وكذلك الكفيل لأن
المستودع إنما يصير ضامنا عند الجود وقد علم القاضي تغيره عن القيمة التي شهدت بها
الشهود فلا تعتبر تلك القيمة في القضاء عليه بخلاف الأول .

(ألا ترى) أنه لو علم هلاكه قبل الجود لم يضمنه شيئا ولو لم يعلم بذلك ضمنه قيمته
فكذلك إذ علم فوات جزء منه وكذلك لو لم يعلم ولكن السوق اتضعت وجده يوم جده وهو
يساوي خمسمائة وعلم ذلك القاضي لم يضمنه إلا قيمته خمسمائة .

ولو لم يعلم ذلك ضمن المستودع ألف درهم كما شهد به الشهود ولم يقبل منه بينة على
اتضاع السوق لأن المقصود بهذه البينة النفي والبيانات للإثبات لا للنفي .

(ألا ترى) أنه بعد ما جحد لو قال قد مات العبد لم ألتفت إلى قوله ولم أقبل منه بينة
عليه لأن المقصود بهذه البينة نفي الضمان عنه إلا أن يعلم القاضي أنه مات قبل جوده أو
يقر الخصم به ولو استعار دابة من رجل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان ضمنها .

ولو أعطاه كفيلا بها جاز لأنه صار غاصبا ضامنا بالمجازرة وكذلك المستودع إذا جار في بعض
الوديعة جازت الكفالة بقدر ما جار فيها لأنها أمانة في يد المودع ولو اشترى عبدا من رجل
ونقده الثمن وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لأن
العقد قد انفسخ بموته قبل القبض وبريء الأصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما
ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه .

وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد لأن الهلاك قبل التسليم ليس يدرك وإنما الدرك للاستحقاق ولو قبضه ثم وجد به عيبا فرده لم يكن على الكفيل شيء لأن العيب ليس يدرك ولو لم يجد به عيبا ولكن استحق بصفة فرد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل إلا ثمن النصف المستحق لأن الدرك تحقق في ذلك النصف الآخر وإنما رده المشتري بعيب التبعية وذلك ليس بدرك . وإذا كفل رجل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والزيادة على مقدار الدين من مالية الرهن أمانة فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة .

ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته تسعمائة والدين ألفا ضمن الكفيل مائة درهم لأنه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الأصيل . ولو أن جارية بين رجلين أخذها أحدهما بغير أمر صاحبه فكفل رجل لصاحبه بنصيبه منها جاز لأن الآخذ غاصب ضامن لنصيب شريكه ولو كان أخذها برضاه لم يجز لأن نصيبه أمانة في يد القابض .

ولو استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لأن ضمان الاستيفاء باعتبار يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتهن على الأصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا شيئا . ولو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا .

(ألا ترى) أنه لو هلك في يده يضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب .

ولو استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلانا عنده رهنا وكفل له بذلك الرهن كفيل فلا ضمان على الكفيل لأن الرهن لا يكون إلا بالقبض فقبل القبض ليس هنا شيء مضمون على الأصيل لتصح الكفالة به .

ولو أجر عبدا أو دابة وعجل الأجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فالكفيل يؤخذ به ما دام حيا لأن التسليم مستحق على الأصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به .

فإن هلك ما استأجره لم يكن على الكفيل شيء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وإنما عليه رد الأجر والكفيل ما كفل بالأجر ولو أوصى لرجل بأمة وهي حبلى ولاحر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث فأخذ صاحب الحبل من صاحب الأمة كفيلا بما في بطنها لم يجز لأن ما في البطن غير مضمون على صاحب الأمة .

وكذلك لو دفع الأمة إلى صاحب الولد تكون عنده على أن أعطاه بها كفيلا لم تجز لأنه أمين

فيها حين قبضها بإذن صاحبها .

ولو أخذها بغير أمره وأعطاه بها كفيلا جاز لأنه غاصب لها ضامن ولو أخذ صاحب الأمة الأمة بغير رضا صاحب الولد وأعطاه كفيلا بالولد لم يجز لأنه بأخذ الأم لا يصير غاصبا ضامنا لما في بطنها .

ولو أوصى لرجل بخادم ولآخر بخدمتها فإنها تكون عند صاحب الخدمة .
فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها وقد أخذها صاحب الخدمة بإذنه لم يكن على الكفيل شيء لأنه أخذها بحق مستحق له تبرعا فلا يكون ذلك الأخذ موجبا عليه ضمنا فلا يلزم الكفيل ذلك بالكفالة .

ولو أخذها صاحب الرقبة بغير إذن صاحب الخدمة ثم أعطاه كفيلا بها حتى يسلمها إليه أخذ بها الكفيل لأن تسليم العين إلى صاحب الخدمة مستحق على صاحب الرقبة هنا وهو مما تجري فيه النيابة فيصح التزامه بالكفالة فإن مات برئ الكفيل لأن حق صاحب الخدمة بطل بموتها وسقطت المطالبة عن صاحب الرقبة بالتسليم .

وكذلك لو كانت الوصية بالغلة مكان الخدمة ولو أن رجلا باع من رجل عينا فادعى رجل فيه دعوى فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلا بنفسه أو بما أدركه في ذلك لم يكن له ذلك لأن بمجرد الدعوى على المشتري لا يستحق المدعي على البائع شيئا فلا يجبر على إعطاء الكفيل ولكنه لو أعطاه كفيلا بما أدركه في ذلك جاز بمنزلة ما لو أعطاه ذلك عند الشراء أو بعده قبل دعوى المدعي .

ولو ادعى ذمي قبل ذمي خمرا أو خنزيرا بعينه فأخذ منه به كفيلا من أهل الذمة جاز وإن كفل به مسلم لم يجز لأن الخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم فلا يصح منه التزام تسليمه بالكفالة كما لا يصح في سائر العقود وإن هلك ذلك عنده ثم ضمنه المسلم له ثم أقام المدعي على ذلك شهودا مسلمين ضمن قيمة الخنزير ولم يضمن الخمر لأن الخنزير مضمون بالقيمة عند الهلاك وقيمته دراهم أو دنانير فتصح الكفالة بها من المسلم وأما الخمر فإنها مضمونة بالمثل فلا تصح الكفالة بها من المسلم كما لا تصح الكفالة بالعين حال قيامها .

ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا لأن هذا عمل مستحق على الأصيل مضمون بالعقد وهو مما تجري النيابة في إيفائه .
وكذلك لو أكراه إبلا إلى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز لأن تسليمها مستحق على الأصيل ولو كانت الإبل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا ما دامت قائمة بأعيانها لأن الأصيل مطالب بتسليمها بالعقد فإذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الأصيل عن التسليم فلا ضمان على الكفيل فلو أعطاه كفيلا بالحمولة لم يجز فيما كان بعينه لأنه لا تجري النيابة فيه فإن إبل الكفيل

لا تقوم مقام تلك الحمولة المعينة في إيفاء المعقود عليه وجاز فيما كان بغير عينه لأنه مستحق على الأصيل بالعقد وهو مما تجري فيه النيابة بإيفائه وإنما يلتزم الكفيل تسليم ما يقدر على تسليمه .

وإذا كتب ذكر حق على رجل وكتب فيه وكل واحد منهما ضامن له وأيهما شاء فلان أخذه بهذا المال إن شاء أخذهما جميعا وإن شاء شتى كيف شاء وكلما شاء حتى يستوفي منهما هذا المال وإنما يكتب ذلك احتياطا لصاحب الحق من اختلاف القضاة فإن المذهب عندنا أنه إذا كفل بمال فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال كيف شاء وكلما شاء .

وقال ابن أبي ليلى - C - برئ الأصيل والمال على الكفيل إلا أن يشترط على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه أجزته وأيهما أجاز أبرأت الآخر إلا أن يشترط أن يأخذهما جميعا أو شتى فأدخلا في الصك جميعا أو شتى لذلك .

وقال شريك بن عبد الله - C - إن أدخلا جميعا أو شتى أجزته فإن اختار أحدهما لم يكن له أن يأخذ الآخر إلا أن يفلس هذا أو يموت ولا يترك شيئا فأدخلا في الصك كيف شاء وكلما شاء حتى يكون له الاختيار كل مرة وهذا لأن الكتاب للتوثق فينبغي لكل من يكتب الكتاب أن يحتاط لصاحبه بكل ما يقدر عليه من التوثق ويحتاط للتحرز عن اختلاف القضاة عملا بقوله تعالى : { فليؤد الذي ائتمن أمانته } (البقرة : 283) وإنا أعلم بالصواب