

مباحث الضمان

تعريفه

الضمان في اللغة : التزام في ذمة الغير وهو مشتق من الضمن لأن الذمة من ضمن البدن وفي معناه الكفالة يقال كفّل فلان فلاناً بمعنى ضمه إليه ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه ليعولها ويقوم بتربيتها. وهي مصدر كفّل بفتح الفاء وضمها وكسرها يقال كفّل كفلاً وكفولاً وكفالة ويتعدى بالباء يقال كفّلت بالرجل وقد يتعدى بعن إذا تعلق بالمديون فيقال كفّلت عن المديون ويتعدى باللام إذا تعلق بالدائن فيقال كفّلت للدائن. أما معناه اصطلاحاً ففيه تفصيل المذاهب^(١).

نعم إذا أنكر الدين قبل الحوالة وحلف ثم أحاله بعد ذلك فللمحال أن يحلف المحيل بأنه لم يكن يعلم ببراءة ذمة المحال عليه يمينه فإن حلف المحيل فلا حق للمحال في الرجوع وإن لم يحلف حلف المحال وبطلت الحوالة. وكذا لو قامت يمين على أن المحال عليه قد أعطى المحيل دينه.

مباحث الضمان

تعريفه

(١) الحنفية قالوا: في تعريف الكفالة رأيان:

أحدهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين فالأقسام ثلاثة كفالة بالنفس وكفالة بالدين وكفالة بالعين.

ثانيهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة في أصل الدين. ولكن التعريف الأول أصح من الثاني؛ وذلك لأنه عام يشمل أقسام الكفالة الثلاثة. أما الأول فإنه مقصور على الكفالة في الدين فقط بيان ذلك أنه إذا كان لشخص عند آخر دين فإن له أن يطالبه بكفيل موثوق به عنده ليضمه إلى المديون الأصلي وهنا اختلفت آراء علماء الحنفية فمنهم من يقول: إن ضم الكفيل إلى الأصل يجعل لصاحب الدين الحق في مطالبة بالدين من غير أن تشغل ذمته بذلك الدين؛ لأن الدين مشغولة به ذمة الأصل فقط.

وصاحب هذا الرأي يستدل عليه بأننا إذا قلنا إن ضم ذمة الكفيل إلى الأصل يترتب عليها شغل ذمة الكفيل لا يكون التعريف جامعاً لكل أقسام الكفالة فإن الضمان بالنفس ليس فيه شغل لذمة الكفيل بلا خلاف فليس لصاحب الدين إلا أن يطالبه بإحضار الشخص المديون بذاته. ومثل ذلك الكفالة بالأعيان وهي ثلاثة أقسام:

الأول: الأعيان المضمونة بنفسها.

الثاني: الأعيان المضمونة بغيرها.

الثالث: الأعيان غير المضمونة.

فأما الأعيان المضمونة بنفسها فهي التي يجب على من أخذها أن يردها بعينها إن كانت موجودة فإن هلكت كان عليه أن يأتي بمثلها إن كان لها مثل وإلا فعليه قيمتها وذلك كالمغصوب والمبيع يبقا فاسداً، فإذا غصب شخص من آخر بقرة مثلاً فإنه يجب على الغاصب أن يرد البقرة ما دامت موجودة فإذا ماتت وجب

عليه أن يشتري مثلها لصاحبها.

وإذا اغتصب جوهرة ليس لها مثل وفقدت فإن عليه أن يدفع لصاحبها قيمتها متى ثبت ضياعها بيته أو إقرار. وكذلك إذا اشترى سلعة بعقد فاسد كما ستعرفه موضحاً في مبحث شروط الكفالة.

أما الأعيان المضمونة بغيرها فهي الأعيان التي يجب تسليمها ما دامت موجودة فإذا هلك لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها فإنه مضمون بغيره وهو الثمن فإذا اشترى سلعة وأعطاه ثمنها ولم يقبضها وكفلها شخص للمشتري فإن الكفيل لا يلزم برد مثلها ولا قيمتها ومثل ذلك الرهن فإنه مضمون بغيره وهو الدين فإذا كان لشخص عند آخر دين وأعطاه سلعة رهناً عن ذلك الدين ثم كفّل السلعة آخر وهلك السلعة لا يلزم الكفيل بثمانها ولا قيمتها فالأعيان المضمونة بنفسها والمضمونة بغيرها تصح كفالتها ولكن ذمة الكفيل لا تشغل بها اتفاقاً فليس لصاحبها إلا أن يطالب الكفيل بإحضارها في حال وجودها وبدفع قيمتها أو رد مثلها إذا هلك في الأعيان المضمونة بنفسها ولا يطالب بشيء عند هلاك الأعيان المضمونة بغيرها فمن أجل ذلك قلنا إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ليشمل التعريف أقسام الكفالة الثلاثة.

أما الأعيان غير المضمونة لا بنفسها ولا بغيرها فإنها لا يجب تسليمها ولا تصح كفالتها وهي الأمانات كالوديعة، ومال المضاربة والشركة ونحوها. وقد اعترض على التعريف الثاني وهو ضم ذمة إلى ذمة في الدين هذا التعريف يستلزم تعدد الدين ومضاعفته فإذا كان لشخص دين عند آخر قدره ألف ثم كفله فيه غيره وشغلت ذمة الكفيل به كان في ذمة كل منهما ألف ولكن هذا الاعتراض ليس بشيء؛ لأن الدين وإن شغلت به ذمة الكفيل إلا أنه ليس لصاحبه أن يأخذ دينه إلا من أحدهما فقط ومتى دفعه أحدهما فقد برئت ذمة الآخر منه فلا يلزم من شغل الذمتين به أن يأخذه من اثنين ونظير هذا الغصب من الغاصب فإذا اغتصب زيد سلعة من عمرو واغتصب خالد تلك السلعة من زيد الغاصب فإن كلا من زيد الغاصب الأول وخالد الغاصب الثاني منه يكون ضامناً لتلك السلعة لا يتعدد حقه بذلك فليس له إلا أن يستوفي حقه من أحدهما إلا أنه في مسألة الغاصب تبرأ ذمة أحدهما إذا اختار صاحب السلعة الثاني وضمنه سلعته بخلاف الكفالة في الدين فإنه لا تبرأ الذمة لمجرد اختيار واحد منهما إلا ليضمن له دينه بل لا تبرأ إلا بالقبض فعلاً.

فوجهة نظر من يقول : إن الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط هي جعل التعريف عامّاً يشمل الأقسام الثلاثة.

أما من قال : إنها ضم في نفس الدين مع المطالبة أيضاً فقد استدل بأدلة منها:

أن صاحب الدين إذا وهب للكفيل فإنه يصح ويكون للكفيل الحق في أن يرجع به على الأصيل فلو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بالدين لما صح أن يهب له الدائن؛ لأن الدين لا تصح هبته لمن ليس عليه الدين إلا إذا أمره بقبضه كما يأتي في الهبة فدل ذلك على أن ذمة الكفيل مشغولة بالدين. وأيضاً فإن صاحب الدين إذا اشترى من الكفيل سلعة بدينه فإنه يصح مع أن الشراء بالدين لا يصح إلا بمن عليه الدين، وأيضاً فإن الكفيل إذا مات يؤخذ الدين من تركته ولو كانت ذمته غير مشغولة بالدين فإن المطالبة تسقط عنه بموته.

وهذه المسائل متفق عليها فكيف تقولون إنها ضم في المطالبة فقط؟

والجواب عن ذلك أن من قال: إن الكفالة هي الضم في المطالبة لا ينفي أنها قد تكون ضمّاً في أصل الدين تعريفها بذلك نقص لأنه لا يشمل أقسامها الثلاثة التي ذكرناها وذلك؛ لأن الذي يتصور فيه ضم ذمة إلى ذمة

في أصل الدين هو الكفالة في الدين فقط. أما القسمان الآخريان فإنه لا يتصور فيهما ذلك اتفاقاً ولا يقال إن من عرفها بأنها ضم دمة إلى دمة في نفس الدين لاحظ تعريف قسم واحد فإن ذلك لا يمنع كون التعريف ناقصاً وأن الأصح التعريف بما يشمل الأقسام الثلاثة. وعلى هذا يكون الخلاف في التعريف لا ثمرة له. أما كون ثمرته تظهر في اليمين؛ لأن من حلف ألا دين عليه يحث على القول بأن ذمته مشغولة بالدين ولا يحث على أن ذمته مشغولة بالمطالبة فهذا مما لا معنى له.

هذا والمراد بالذمة العهد المتعلق بالإنسان فقولهم في ذمته كذا أي في نفسه باعتبار عهدها المتعلق بها فقولهم ضم دمة إلى دمة معناه ضم شخص إلى شخص في العهد بالحق. وبعضهم يقول: إنها وصف شرعي تتحقق به الأهلية لوجوب ماله وعليه والأول أوضح، والكفالة والضمان بمعنى واحد عند الحنفية. وبعد: فإن الكفالة لا تصح إلا إذا أمر بها المدين كما سيأتي وإذا كانت الكفالة بالأمر فإنها توجب ديناً ومطالبة للكفيل على المدين بعد أن يدفع منه. ومطالبة فقط لصاحب الدين على الكفيل فهي توجب دينين وثلاث مطالبات.

المالكية قالوا: الضمان والكفالة والحالة بمعنى واحد وهو أن يشغل صاحب الحق دمة الضامن مع دمة المضمون سواء كان شغل الدمة متوقفاً على شيء أو لم يكن متوقفاً. ويبان ذلك أن الضمان عندهم ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضمان المال فإذا ضمن شخص آخر في مال فإن ذمته تشغل بذلك المال كما شغلت به دمة الأصيل بدون أن يتوقف على أمر آخر.

القسم الثاني: ضمان الوجه وهو التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين عند الحاجة فهذا الضمان لم يصح في غير المال، ولا تشغل دمة الضامن بالمال إلا إذا لم يحضر المديون أما إذا حضره فلا يلزم بالدين. فهذا القسم يتوقف فيه شغل الدمة بالحق على عدم إحضار المضمون.

القسم الثالث: ضمان الطلب وهو أن يلتزم الضامن طلب الغريم والتفتيش عليه. وهذا القسم يصح فيه ضمان غير المال ولا تشغل دمة الضامن بالمال إلا إذا ثبت تفريطه في الإتيان بالمضمون أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه فشغل دمة الضامن في هذا القسم تتوقف على تفريط الضامن أو تهريبه وبذلك يتضح أن شغل الدمة لا يتوقف على شيء في ضمان المال. ويتوقف على عدم الإتيان بالمضمون في ضمان الوجه. ويتوقف على تفريط الضامن في ضمان الطلب. فالتعريف على الوجه الذي ذكر يشمل أقسام الضمان الثلاثة. **الحنابلة** قالوا: الضمان هو التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقاءه على المضمون أو التزام إحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق وهو أربعة أقسام:

القسم الأول: ضمان الديون الثابتة فإذا ضمن شخص آخر في دين فقد شغلت ذمته بذلك الدين كدنة المديون الأصلي فلم ينتقل الدين من دمة المضمون إلى الضامن بل هو باق مع شغل دمة الضامن ولصاحب الدين الحق في مطالبة الاثنين فإذا برئت دمة المضمون الأصلي بقضاء أو حوالة فقد برئت دمة الضامن لأنه تابع للمضمون.

أما إذا برئت دمة الضامن من الضمان فإن المضمون لم تبرأ ذمته. مثلاً إذا قضى الحاكم براءة دمة الضامن أو أحال الضامن صاحب الدين بدنيه فإن المديون الأصلي لا تبرأ ذمته بذلك ويكون لصاحب الدين حق مطالبته.

أركان الضمان وشروطه

أركانه خمسة: ضامن. ومضمون له وهو صاحب الحق. ومضمون عنه وهو الذي عليه الحق. ومضمون وهو الحق. ويقال مضمون به أي بسببه ولكل ركن من هذه الأركان شروط

أما إذا قبض دينه من أحدهما فعلاً فإن ذمتها تبرأ من دينه ثم إذا دفع الضامن ونوى الرجوع على المضمون صح له أن يرجع. أما إذا لم ينو فليس له حق الرجوع.

القسم الثاني: ضمان ما يقول إلى الوجوب وإن لم يكن واجباً بالفعل وذلك كالأعيان المفضوبة والمستعارة، فإن مثل هذه الأعيان وإن لم تكن واجبة في ذمة الغاصب أو المستعير بالفعل ولكنها تنول إلى الوجوب ؛ لأنها يجب ردها إلى صاحبها ما دامت قائمة فإن هلكت كان ملزماً بقيمتها فمعنى ضمان هذه الأعيان ضمان ردها أو ضمان قيمتها عند هلاكها.

ومثل الأعيان المفضوبة والمستعارة الأعيان المقبوضة على سوم الشراء ومعنى الأعيان المقبوضة على سوم الشراء هو أن يساوم شخص آخر في شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائياً سواء قطع معه ثمنها وقبضها ولم يسلمه الثمن أو لم يقطع معه ثمنها، ولكن قبضها ليطلع عليها أهله أو أصحابه فمثل هذه السلعة تكون مضمونة كالعارية والعين المفضوبة بحيث إذا هلكت وجب عليه رد قيمتها وإلا ردها بعينها.

أما إذا أخذ العين بغير مساومة وبغير قطع ثمن فلا تكون مضمونة ولا يصح الضمان فيها ومثل الأعيان التي تؤخذ بغير مساومة الأعيان غير المضمونة كالوديعة ومال الشركة والعين المستأجرة فإنها لا يصح فيها الضمان؛ وذلك لأنه لا يجب على من وضع عليها يده أن يردها. فكذا لا يجب على ضامنه، نعم لا يصح ضمان التعدي عليها بمعنى أنه إن تعدى عليها من كانت يده فإنها تجب عليه فكذا ضامنه.

القسم الثالث: ضمان الديون التي تجب في المستقبل بأن يضمن ما يلزمه من دين. مثلاً إذا كان شخص يعامل تاجراً فإن له أن يأتي بضامن يضمنه فيما يلزمه من دين التجارة التي يأخذها شيئاً فشيئاً.

القسم الرابع: أن يضمن إحضار من عليه حق مالي عند الحاجة وهي الكفالة بالتعريف قد شمل كل هذه الأقسام.

الشافعية قالوا: الضمان في الشرع عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة، أو إحضار بدن من يستحق حضوره.

ومعنى التعريف أن الضمان ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضمان الدين ومعناه أن الضامن يلتزم ما في ذمة المدين من حق، بحيث تشغل به ذمته، كما شغلت ذمة المدين، وإذا دفع أحدهما برئت ذمة الآخر، وهذا معنى قوله التزام حق ثابت.

القسم الثاني: ضمان رد العين المضمونة كالعين المفضوبة والعين المستعارة، فإذا اغتصب زيد من عمرو سلعة فإنه يصح لخالد أن يضمن زيدها الغاصب في رد تلك السلعة المفضوبة ويكون ملزماً بردها ما دامت باقية.

أما إذا هلكت فلا شيء عليه ومثل ذلك ما إذا استعار منه عيناً.

القسم الثالث: التزام إحضار شخص ضمنه في ذلك فإذا كان لزيد عند عمرو دين فإنه يصح لخالد أن يضمن إحضار نفس المدين عند الحاجة وهذا الضمان يسمى كفالة بالكفالة نوع من الضمان وهي خاصة بضمان الأبدان.

مفصلة في المذاهب^(١).

أركان الضمان وشروطه

(١) الحنفية قالوا: للكفالة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول. لأنه هو الذي تتحقق به ماهية العقد وأما غير ذلك فإنه شروط كما تقدم.

وعلى ذلك فلا بد من قبول صاحب الدين وهو المكفول له سواء كانت الكفالة بالنفس أو المال فإذا كان لشخص دين عند آخر فأراد أن يكفله فيه ثالث فلا تصح كفالته إلا إذا قبل صاحب الدين في المجلس أو نائب عنه في القبول شخص آخر في المجلس ثم أقر نيابته بعد المجلس وبعضهم يقول: لا يلزم في الكفالة قبول صاحب الدين في المجلس فتصح الكفالة بالنفس والمال بدون قبول صاحب الحق؛ لأن الكفيل زيادة في توثيق الدين لا يضر وجوه صاحب الحق فلا تتوقف صحة الكفالة على قبوله.

أما صيغة الكفالة فهي كل ما يقيد التعهد والالتزام كقوله: كفلت وضمنت وتحملت وأنا بذلك المال زعيم وحميل وغريم وكقوله: دين فلان عليّ أو إليّ أو نحو ذلك. وتصح الكفالة بالنفس بكل ما يعبر به عن البدن حقيقة كما في الطلاق وذلك كأن يقول ضمننت إحضار نفسه أو روحه ورأسه ووجهه. ومثل ذلك الجزء الشائع في بدنه كنصفه وثلثه. أما الجزء المعين كاليد والرجل بأن قال: ضمننت يده أو رجله فإنه لا يصح. **العالمكية** قالوا: يشترط للكفالة شروط بعضها يتعلق بالمكفول عنه. وبعضها يتعلق بالكفيل وبعضها يتعلق بالمال المكفول به وبعضها يتعلق بالصيغة فيشترط في المكفول عنه ألا يكون محجوراً عليه بسفه في الشيء الذي يضمن فيه وذلك؛ لأن تصرف السفهية ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: أن يشتري أو يبيع أو ينفق شيئاً لازماً له لا بد منه في ضروريات أموره.

ثانيهما: أن يتصرف كذلك فيما ليس بلازم له بل يمكنه الاستغناء عنه.

فإذا تصرف في شيء لازم له فإنه يصح كفالته في ذلك الشيء وإذا دفعه الكفيل فإنه يرجع به على المحجور عليه ويؤخذ من ماله على الراجح أما إذا تصرف في شيء مستغنى عنه فإن الكفالة فيه لا تصح ولا يرجع على المحجور عليه.

وهل يلزم الكفيل أن يدفع المال الذي ضمنه لصاحب الدين أو لا؟ في ذلك تفصيل وهو أن الضامن إذا كان يعلم أنه محجور عليه ثم ضمنه بعد ذلك وكان المضمون له لا يعلم فإن على الضامن أن يدفع المال الذي ضمن به اتفاقاً ويضيع ما دفعه عليه فلا حق له في الرجوع على المحجور عليه.

أما إذا كان العكس وهو أن الضامن لا يعلم بأن المضمون محجور عليه والمضمون له -- وهو صاحب المال -- يعلم أنه محجور عليه فإن الضامن في هذه الحالة لا يلزمه شيء اتفاقاً. أما إذا كان الاثنان يعلمان بأنه محجور عليه أو كانا لا يعلمان شيئاً فإن في ذلك خلافاً فبعضهم يقول: يلزم الضامن أن يدفع ما ضمن به وبعضهم يقول: لا يلزمه شيء فإذا ضمن صبيّاً بحق بغير أمر وليه صح الضمان ويرجع الضامن بما دفعه في مال الصبي ومثل ذلك ما إذا كسر الصبي زجاجاً ونحوه أو أتلف شيئاً فدفع أحد قيمته لصاحبه فإن له أن يرجع بما دفعه في مال الصبي إلا إذا كان الصبي صغيراً جداً مثل ابن ستة أشهر لا ينزجر بالزجر؛ لأن ما يتلفه في هذه الحالة لا يلزم به.

ولا يشترط في المكفول عنه ألدنيون -- أن يكون قادراً على تسليم المكفول به فيصح كفالة الميت المفلس بمعنى تحمل الدين عنه لا بمعنى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الميت؛ لأن ذمة الميت قد انتهت ثم إذا كان الضامن

يعلم أنه لا مال له ثم طرأ للميت مال لم يكن في الحسبان فليس للضامن أن يأخذ منه لأنه دفع متبرعاً. أما إذا كان يظن أن له مالاً أو يشك ثم ظهر أن له مالاً فإنه يرجع عليه والقول في ذلك للكفيل إلا إذا قامت قرينة على أنه متبرع.

ويشترط في الكفيل أمور:

أولاً: أن يكون بالغاً فلا يصح للصبي أن يضمن غيره.

ثانياً: أن يكون عاقلاً فلا تصح كفالة المجنون.

ثالثاً: أن لا يكون محجوراً عليه لسفه فلا يصح للسفيه أن يضمن غيره.

رابعاً: أن لا تكون امرأة متزوجة إذا أرادت أن تضمن في مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير إذن زوجها، فإذا تكفلت المرأة بشيء أكثر من ثلث مالها فلزوجها الحق في رد الكفالة في الجميع. أما إذا تكفلت بمقدار يساوي ثلث مالها فإن كفالتها تصح ولو لم يأذن زوجها، ومثل ذلك ما إذا تصدقت أو وهبت أو أعتقت أو نحو ذلك فإن تصرفها ينفذ في مقدار الثلث فقط فإن فعلت أكثر من ذلك بدون إذن زوجها فإن له الحق في رد كل ما تصرف فيه.

خامساً: أن يكون مريضاً أخطوا- إذا أراد أن يضمن في أكثر من ثلث ماله، فإذا ضمن المريض في أكثر من ثلث ماله بشيء يزيد على الدينار فإن ضمانه لا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة.

واعلم أن الشرط الرابع والخامس من شروط النفاذ لا من شروط الصحة فإن الكفالة بدونهما تصح ولكن لا تنفذ إلا بإذن الزوج والورثة.

أما الأول والثاني والثالث فهي شروط صحة، ومن شروط النفاذ أيضاً ألا يكون رقيقاً، فإذا ضمن العبد بغير إذن سيده فإن ضمانه يصح ولا ينفذ إلا إذا أجازته السيد، وإذا عتق العبد فإن الضمان يلزمه بعد العتق.

سادساً: أن لا يكون الضامن عليه دين يستغرق كل ماله، فمن كان عليه دين يستغرق جميع ماله فإن كفالته لا تصح ولا يكون أهلاً للتبرع.

ويشترط في المال المكفول به أن يكون ديناً، فلا تصح الكفالة في الأمانات كالعين المستعارة، والعين المودعة وكذا مال المضاربة والشركة، فإذا استعار أحد سلعة من آخر وأتى به بضامن يضمنه في رد تلك السلعة فإنه لا تصح، وكذا أودع عند آخر ودیعة أو مالاً يعمل به مضاربة، نعم يصح أن يأتي بضامن يضمن قيمتها له إذا فقدت بسبب تعد أو تفريط في المحافظة عليها، وإذا فرط المستعير في العارية، أو الشريك في مال شريكه، أو أتلفه بتعدية لزم الضامن قيمة ما أتلفه المضمون.

ويشترط في الدين أن يكون لازماً أو يقول إلى اللزوم، فمثال اللازم الذي يصح ضمانه دين القرض وثن السِّلعة المبيعة، فإذا اشترى شخص سلعة من آخر بثمن مؤجل وأتى بضامن ثمنها فإنه يصح ويلزم. مثل ذلك ما إذا استأجر أرضاً بأجرة معلومة وأتى بضامن فإنه يصح الضمان ويلزم.

ومثال الدين غير اللازم الذي لا يصح ضمانه دين الصبي بغير إذن وليه والسفيه المحجور عليه على التفصيل المتقدم، ودين الرقيق بغير إذن سيده، ودين المكاتب، فإذا أتى بضامن فإنه لا يصح؛ لأن دينه لازم. إذ يجوز له أن يبطل عقد الكتابة فهذا الدين لا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المدين أن يفي به.

ومثال الدين الذي لا يلزم في الحال ولكن يلزم في المال دين الجعل فإن من جعل لآخر جعلاً على عمل

يعمله فإن الجعل يلزم بعد الفراغ من ذلك العمل فيصح ضمانه لأنه وإن يلزم في الحال لكن يلزم في المآل. فإذا قال شخص لآخر: إن جيتني بجمالي الضالة فلك عشرة جنيهات وأتني له بضامن يضمه فيها يصح ولو لم يشرع في العمل لأنه إن جاء بها ثبت له المبلغ في ذمة الأصيل فكذلك في ذمة الكفيل وإن لم يأت بها لم يثبت له شيء وهذا هو الراجح، وبعضهم يقول: دين الجعل قبل الشروع في العمل كدين الكتابة لا تصح كفالته.

ويصح ضمان الدين الحال مؤجلاً كما إذا كان لزيد عشرة جنيهات عند عمرو وحل موعد سدادها فإنه يجوز لخالد أن يقول لزيد: أجل له الدفع شهراً أو شهرين أو نحو ذلك وأنا ضامن لك ذلك الدين، وإنما يصح ذلك إذا تحقق واحد من أمرين

أحدهما: أن يكون المدين موسراً وقت الضمان بحيث يمكن لصاحب الدين أن يأخذ منه. أما إذا كان معسراً حين الضمان فإنه لا يصح وذلك لأنه يكون التأجيل سلفاً جر نفقاً وهو ممنوع وذلك ؛ لأن صاحب الدين في الحالة الأولى ضامن لحقه وقادر على أخذه فإذا أجله بضامن لا تكون له فائدة من الضامن فرضاؤه بحد الأجل يكون بمنزلة القرض بدون منفعة تعود عليه. أما إذا كان المديون معسراً فإن صاحب الدين لم يكن قادراً على أخذ دينه فإذا أجل له الدين نظير انتفاعه بالضامن فإنه يكون قد أسلفه بفائدة.

ثانيهما: ألا يكون المديون موسراً وقت الضمان ولكن الضامن ضمنه مدة لا يتصور أن يطرأ عليه فيها يسر بل يظل معسراً إلى انتهائها وذلك ؛ لأن صاحب الدين يجب عليه أن ينتظر المدين إلى ميسرته بطبيعة الحال فالضمان لم يفده شيئاً.

أما إذا أيسر في أثناء المدة فإنه لا يجوز، فإذا كان لشخص عند آخر عشرة حل موعد دفعها اليوم فطلب منه أن يؤجلها له ثلاثة أشهر بضمانة الغير فإن كان المديون ما يسد به العشرة قبل حلول الأجل عادة فإن الضمان يصح.

أما إذا أيسر بعد شهر أو شهرين كأن كان مستحقاً في وقف ينتظر الحصول على غلته أو موظفاً بوظيفة ينتظر قبض راتبها فإن الضمان لا يصح، وذلك ؛ لأن صاحب الدين في هذه الحالة يكون قد أجل دينه في نظير أنه ينتفع بالضامن المدة التي يكون فيها معسراً وقد يقال: إنه قد انتفع في الصورة الأولى بالضامن في مدة الإعسار جميعها بأي فرق.

وكذا يصح ضمان الدين المؤجل حالاً كما إذا كان لشخص دين عند آخر مؤجلاً إلى شهرين مثلاً فقال له المدين: إنه تنازل عن الأجل وصار الدين حالاً، ثم جاء له بضامن يضمه وهذه الصورة غير عملية إذ لا يعقل أن يتنازل المديون عن المدة التي يحل فيها دينه ثم يأتي بضامن يضمه خوفاً من المماطلة ولهم في ذلك تفصيل لا فائدة من ذكره.

ولا يشترط في المضمون به أن يكون معيناً فإذا قال شخص لآخر: دابن فلانا وأنا ضامن له فإنه يصح الضمان فيما دابنه به بينة أو إقراره لا يكون حجة على الضامن، وهل يلزمه ضمان جميع ما استدانه مهما بلغ قدره، أو يلزمه ضمان ما يعامل به مثله فقط؟ قولان. وللضامن في هذه الحالة أن يرجع عن الضمان قيل المعاملة لا بعدها فإن عامله في البعض لزم الضمان فيما عامل به فقط.

وأما الصيغة فيشترط فيها أن تدل على الحفظ والحياطة عرفاً مثل قوله: أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو

قبيل أو هو لك عندي أو عليّ أو إليّ أو قبلي أو أنا قبيل به أو أذين أو عوين أو صبير أو كوين ونحو ذلك. فهذه كلها ألفاظ يتعقد بها الضمان.

ولا استعمال الصيغة ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن تذكر لفظ الضمان مطلقاً غير مقيد بما يدل على أنه ضمان عن المال أو النفس، كما إذا قال: أنا ضامن لفلان، ولم يقل: في المال الذي عليه، أو في إحضاره بنفسه، وفي هذه الحالة خلاف، فبعضهم يقول: إنها تحمل على الضمان بالمال، وبعضهم يقول: بل تحمل على الضمان بالنفس.

الحالة الثانية: أن يذكر لفظ الضمان مقيداً بما يدل على المضمون به لفظاً كأن يقول له: أنا ضامن لما على فلان من الدين أو ضامن لنفس فلان، وهذه الحالة لا خلاف في معاملة الضامن بما قيد به الصيغة من ذلك. الحالة الثالثة: أن يذكر لفظ الضمان مقيداً بما يدل على المضمون به فيه كأن يقول: أنا ضامن لفلان وينوي دينه أو نفسه وحكم هذه الحالة أن الضامن يعامل بما نواه ويصدق في ذلك لأنه متبرع والأصل براءة ذمته.

الحنفية قالوا: ينقسم شرط الكفالة إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: يرجع إلى الكفيل فيشترط في الكفيل أن يكون عاقلاً بالغاً، فلا تنعقد كفالة المجنون ولا كفالة الصبي أصلاً إلا في حالة واحدة يصح للصبي أن يكفل ذلك المال لا بالنفس، وهي ما إذا كان الصبي يتيمّاً واستدان وليه سواء كان أباً أو غيره لينفق على ذلك الصبي فيما لا بد له منه فإنه يجوز للصبي أن يكفل ذلك المال بأمر وليه وتصح كفالته في هذه الحالة ويطلب بالمال كما يطلب وليه بذلك.

أما إذا أمره أن يكفل نفس الولي لصاحب المال بمعنى أن الصبي يحضر الولي عند الحاجة فإن الكفالة لا تصح؛ لأن الصبي في كفالة المال الذي أنفق في ضرورياته ملزم به فكفالته للولي في ذلك المال تزيد في تأكيده بخلاف كفالته في النفس فإنها محض تبرع منه وهو ليس أهلاً للتبرع.

وكذا يشترط في الكفيل أن يكون حراً وهذا شرط نفاذ لا شرط انعقاد فإن كفالة العبد تصح ولكن لا تنفذ إلا بإذن السيد أو بعد عتقه. فإذا عتق كان ملزماً بما كفل به وهو رقيق وكذا تشترط الصحة فيما زاد عن ثلث المال فلا يصح للمريض أن يكفل ديناً يزيد عن ثلث ماله وإذا كان عليه دين يستغرق جميع ماله بطلت كفالته، ولا يصح للمريض أن يكون كفيلاً لو ارث أو عن وارث أصلاً ولو كان الدين أقل من ثلث ماله. فيشترط في الكفيل البلوغ والعقل وهما شرطاً انعقاد. والحرية وهي شرط نفاذ. والصحة وهي شرط فيما زاد عن الثلث من ماله.

القسم الثاني: يرجع إلى الأصيل وهو المديون فيشترط فيه أن يكون قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو نائبه فإذا كفل ميتاً مفلساً لا تصح كفالته؛ لأن الميت المفلس عاجز عن تسليم المكفول به بنفسه ونائبه من الورثة لأنه مفلس، فإذا ترك الميت مالاً فإنه يصح الكفالة عنه بقدر ذلك المال.

وهذا القول هو الصحيح.

وكذا يشترط في الأصيل أن يكون معلوماً، فلا تصح كفالة المجهول إذا كانت الكفالة في المستقبل وتسمى مضافة، فإذا قال شخص لآخر: كفلت لك ما تبيعه للناس بالدين فإن الكفالة لا تصح. وقد يقع هذا فيما أراد شخص أن يعلم ولده التجارة ويجلب له الناس الذين يشترون منه فيقول له: بع للناس ولو بالدين وأنا أضمن لك ما تبيعه من ذلك، فهذه الكفالة غير صحيحة لأن الناس الذين كفّلهم مجهولون.

ومثل ذلك ما إذا قال له: إن غصب منك أحد شيئاً فأنا كافل له وتسمى هذه كفالة معلقة بالشرط وهي في معنى الكفالة المضافة، فالمراد بالمضافة والمعلقة ما يقع في المستقبل ويقابلهما الكفالة المنجزة الواقعة في الحال. وهذه لا يشترط فيها أن يكون الأصل الذي يراد كفالته معلوماً. ومثال ذلك أن يقول له: كفلت لك بما ثبت لك على الناس، فهذه صحيحة ويلزمه أن يقوم بما ثبت له في الماضي على الناس الذين يعينهم المكفول له صاحب الدين لأنه بذلك يكون له الحق في تعيين من له عليه الدين.

ولا يشترط في الأصل المكفول عنه أن يكون حراً بالغا عاقلاً فتصح كفالة الصبي بالمال والنفس سواء كان مميزاً أو لا وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو لا، ثم إن كانت الكفالة بأمر الولي يجبر الصبي على التصور مع الكفيل في الكفالة بالنفس ويرجع الكفيل بما غرم على مال الصبي.

أما إذا لم تكن بأمر الولي فإن كانت بأمر الصبي وكان مأذوناً بالتجارة غير محجور عليه فإن الكفيل يرجع بما غرم على مال الصبي في كفالة المال ويجبر الصبي على الحضور معه في كفالة النفس وإلا فلا.

القسم الثالث: يرجع إلى المكفول له وهو صاحب الدين فيشترط أن يكون معلوماً فلا يصح للشخص أن يكفل شخصاً لمن يجهله. وأن يكون عاقلاً فلا تصح الكفالة عند المجنون ومثله الصبي الذي لا يعقل. لأن المكفول له لا تتم له الكفالة إلا بقبوله على الصحيح فيجب أن يكون من أهل القبول ولا تصح الكفالة بقبول وليهما عنهما. أما حرية المكفول له فإنها ليست بشرط.

القسم الرابع: يرجع إلى المكفول به سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً فيشترط لصحة الكفالة في الدين شرطان الشرط الأول: أن يكون ديناً صحيحاً. والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بأدائه لصاحبه أو بالبراءة منه. بأنه يسامح فيه صاحبه. ويقوم مقام الإبراء منه أن يفعل صاحبه ما يستلزم سقوطه مثال ذلك مهر الزوجة قبل الدخول فإنه يسقط إذا رضيت لابنه البالغ أن يقبلها بشهوة فهي وإن لم تبرئه حقيقة ولكنها بفعلها هذا أبرأته حكماً.

فالدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بقضائه أو الإبراء منه حقيقة أو حكماً. وهذا هو الدين الذي يصح ضمانه، أما غيره فإنه لا يصح كدين الكتابة فإن للمدين وهو العبد المكاتب أن يفسخ عقد الكتابة متى شاء، ويستثنى من ذلك الدين المشترك بين اثنين فإنه وإن كان صحيحاً ولكن لا يصح لأحد الشريكين أن يضمنه. مثلاً إذا اشترى شخص من تاجرين شريكين سلعة بعشرين جنيهاً إلى أجل فإنه لا يصح لأحد الشريكين أن يضمن المشتري في الثمن لأنه إن ضمنه مع بقاء الشركة بأن ضمنه في نصف شائع كان ضامناً لنفسه؛ لأن كل جزء يؤديه الكفيل أو يؤديه الأصل يكون له فيه نصيب وإن ضمنه في نصف صاحبه بدون شيوخ كان معناه قسمة الدين قبل قبضه وهي لا تجوز؛ لأن معنى القسمة هي أن يفرز كل منهما نصيبه ويحرزه، وذلك لا يتصور في الدين قبل قبضه لأنه شغل ذمة المدين وهو أمر معنوي فإذا كان الضامن أجنياً فإنه يصح مع بقاء الشركة فمن اشترى سلعة من تاجرين وأتى لهما بضامن فإنه يصح ويكون ما يدفعه الضامن بمنزلة ما يدفعه الأصل، وكذا تستثنى النفقة المقررة بالقضاء أو بالتراضي فإنها دين غير صحيح لأنها تسقط بالموت أو بالطلاق ومع ذلك فإنه يصح ضمانها ومحل كون النفقة تسقط بالموت أو الطلاق إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي وإلا فهي دين صحيح لا يسقط أصلاً.

الشرط الثاني: أن يكون الدين قائماً ومعنى كونه قائماً أن يكون باقياً غير ساقط. فإذا كان له دين على

ميت مفلس فإنه لا يصح ضمانه ؛ لأن الميت المفلس سقط عنه الدين. ولا يشترط أن يكون الدين معلوماً بل تصح الكفالة بالمجهول. ومثال الدين الصحيح القرض وضمن المبيع بعقد صحيح فإذا اشترى شخص سلعة من آخر ولم يدفع ثمنها ثم كفله شخص فيها ودفع ثمنها ثم ظهر فساد العقد بعد ذلك كان الكفيل مخيراً بين أن يرجع بما دفعه على البائع أو على المشتري. أما إذا كان عقد البيع صحيحاً وقت الكفالة ثم أضيف إليه شرط أفسده بعد ذلك فإن الكفيل يرجع بما دفعه على المشتري فقط والمشتري يرجع على البائع والفرق أن البائع في الحالة الأولى قبض ما يستحقه ؛ لأن العقد وقت الكفالة كان فاسداً فيصح للكفيل أن يرجع عليه. أما الحالة الثانية فإن البائع قد قبض ما يستحقه ؛ لأن العقد كان صحيحاً والكفيل يرجع على المشتري لا على البائع. ويشترط في كفالة الأعيان أن تكون مضمونة بنفسها أو بغيرها كما ذكرنا في تعريف الكفالة. ومن الأعيان المضمونة بنفسها المبيع على سوم الشراء فإذا ساوم شخص آخر على سلعة سمى له ثمنها ثم استلمها على أن ينظر إليها أهله مثلاً قبل أن يبت في شرائها فإن كفالتها تصح.

أما إذا لم يسم ثمنها فإنها تكون أمانة ولا تصح بما ليس مضموناً كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن هذه لا يجبر على تسليمها فلا تصح فيها الكفالة وهناك قسم آخر وهو الأعيان التي يجب تسليمها ولكنها أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر وهذه تصح كفالتها. ولكن إذا هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها فإذا استأجر شخص دابة من آخر وضمنه فيها شخص ثم هلكت الدابة في يد المستأجر فإن الكفيل لا تلزمه قيمتها ثم إن الكفالة وإن كانت لا تصح بنفس الأعيان غير المضمونة كما ذكرنا ولكنها تصح بتسليمها فإذا كفّل شخص لآخر تسليم الوديعة التي عند فلان فإنها تصح ومثل ذلك ما إذا كفّل له بتسليم العارية التي عنده ويشترط في الكفالة بالنفس أن تكون النفس مقدورة التسليم فلا يصح أن يكفل شخصاً غائباً لا يدري مكانه لأنه لا يقدر على إحضاره وتسليمه. ومثل ذلك ما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يئني له داراً بشرط أن يتولى بناءها بنفسه فإنه لا يصح كفالة الشخص الذي يتولى العمل بنفسه لأنه ليس في قدرة الكفيل أن يرغمه على العمل، نعم تصح كفالته بنفسه بحيث يتولى الكفيل إحضاره عند الحاجة.

ومن الشروط التي ترجع إلى المكفول به أن لا يكون حذاً أو قصاصاً بمعنى إحضاره عند اللزوم.

القسم الخامس: يرجع إلى الصيغة فيشترط لها أن لا تكون معلقة على شرط غير موافق للكفالة كأن يقول له: أكفل لك مالك على فلان من دين إن نزل المطر أو هبت الريح ونحو ذلك فمثل هذه الصيغة لا تصح بها الكفالة لأنها معلقة على شرط غير محقق الوقوع والغرض من الكفالة التأكيد فهذا الشرط لا يناسبها. أما المعلقة على شرط موافق فهي صحيحة ويكون الشرط موافقاً للكفالة بواحد من أمور ثلاثة:

الأول: أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق كأن يقول له: أكفل لك هذه السلعة المبيعة إن ظهر أنها ملك لغير بائعها فالشرط هنا وهو ظهور كون المبيع ليس ملكاً للبائع سبباً للزوم الحق المكفول به وهو وجوب الثمن للبائع على المشتري.

ومثل ذلك ما إذا قال له: أكفل لك السلعة المودعة عند فلان إن أنكرها وذلك ؛ لأن إنكارها سبب لوجوب ثمنها عليه وهكذا. بخلاف ما إذا قال له: امش في طريق كذا وإن أكلت سبع فأنا ضامن فإنه ضمان غير صحيح ؛ لأن فعل السبع غير مضمون.

الأمر الثاني: أن يكون سبباً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل كقوله:

إن قدم زيد فعلي ما عليه من الدين فالشرط في هذا المثال وهو قدوم زيد سبب في تسهيل استيفاء صاحب الدين حقه من القادح الذي عليه الدين وهو زيد. ويشترط أن يكون زيد القادم مديناً للمكفول له كما ذكرنا أو مضارباً أو غاصباً أو نحو ذلك، أما إذا كان أجنبياً كأن يقول: ضمنت لك ما على زيد عند حضور عمرو من سفره فإنه لا يصح؛ لأن عمرو الأجنبي الذي ليس مديناً ولا علاقة له بالدين لا يصح التعليق على حضوره. الأمر الثالث: أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء نحو إن غاب زيد عن البلد فعلي فالشرط وهو غياب زيد سبب لتعذر استيفاء الدين منه فيصح أن يكفله فيه.

ومثل ذلك ما إذا قال له: ضمنت لك ما على فلان من الدين إن مات ولم يترك شيئاً ونحو ذلك. وحاصل هذا المقام أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح إذا لم يترتب على ذلك إخلال بعقد الكفالة وهو توثيق الدين وتأكيدة فإذا كان الشرط من الأمور ليست محققة الوقوع فإنه لا يصح. ومثل ذلك ما إذا أجل الكفالة إلى أجل مجهول جهالة شديدة كما إذا قال له: أكفل لك نفس زيد عند هبوب الريح أو نزول المطر وفي هذه الحالة تثبت الكفالة ويطل الأجل.

أما إذا أجل إلى أجل مجهول جهالة يسيرة كما إذا قال له: كفلت لك زيداً إلى الحصاد أو إلى موسم النيروز ونحو ذلك فإنه يصح وثبتت الكفالة والأجل. أما إذا أجل الكفالة إلى وقت معين كما إذا قال له: أكفل لك زيداً أو ما على زيد من هذه الساعة إلى شهر فإنه يكون كفيلاً مدة شهر بلا خلاف.

أما إذا قال له: أكفله لك شهراً بدون أن يذكر من وإلى. فإن فيه خلافاً فبعضهم يقول: إنه يكون كفيلاً دائماً وبعضهم يقول: إنه كفيل في المدة التي ذكرها ولا يكون كفيلاً بعد ذلك. أما إذا قال: أكفله إلى شهر فقط بدون ذكر من فكذلك فيها الخلاف فبعضهم يقول: إنها كالأول وبعضهم يقول إنها كالثاني. والتحقيق في ذلك أن صيغ الكفالة مبنية على العرف فإذا كان العرف جارياً على أن هذه الصيغ لا يقصد منها إلا تأجيل الكفالة بأجل معلوم فإنها تحمل عليه لا فرق بين أن يذكر (من) وإلى، أو لم يذكر شيئاً منهما، فلو قال: كفلت لك شهراً يكون كفيلاً له في هذه المدة فقط ولا يكفله بعد ذلك إلا إذا قامت قرينة على خلاف العرف فيعمل بها.

وكما أن الكفالة نفسها لا تصح إذا علقت على شرط غير ملائم فكذلك البراءة منها لا تصح إذا علقت على شرط غير ملائم فإذا قال صاحب الدين للكفيل: إن جاء الغد فأنت بريء من الدين لا تصح البراءة ويكون لصاحب الدين مطالبة الكفيل كما كان من قبل، والمراد بالشرط غير الملائم هنا هو كل شرط لا يستفيد منه صاحب الدين شيئاً كما مثلنا وكقوله: إن دخلت الدار فأنت بريء من الكفالة ونحو ذلك من الشروط التي لم يتعارف الناس عليها. أما الشروط المتعارفة التي يستفيد منها صاحب الدين فإنه يصح تعليق البراءة من الكفالة عليها كقوله: إن دفعت لي بعض الدين فأنت بريء من الكفالة في الباقي.

الشافعية قالوا: تنقسم شروط الضمان والكفالة إلى أربعة أقسام

القسم الأول: يرجع إلى الضامن فيشترط فيه شروط

أحدها: أن يكون عاقلاً فلا يصح ضمان المجنون بخلاف الذي غاب عقله بسبب السكر فإن ضمانه يصح.

.....

ثانيها: أن يكون بالغاً فلا يصح ضمان الصبي.

ثالثها: أن لا يكون محجوراً عليه لسفه فلا يصح ضمان المحجور عليه بسبب السفه أما المحجور عليه بسبب الإفلاس فإن ضمانه يصح وكذا يصح ضمان السفه الذي لم يحجر عليه.

رابعها: أن لا يكون مريضاً مرض الموت وهو لا يصح ضمانه بشرطين:

الأول: أن يكون عليه دين يستغرق كل ماله فإن لم يكن عليه دين مستغرق فإن ضمانه يصح.

الثاني: أن لا يطرأ له مال جديد بعد الموت فلو ظهر أن له استحقاقاً في مال بعد موته فإنه يصح الضمان بالنسبة له ويؤخذ المضمون من ذلك المال. أما الذي يبرأ من مرضه فإن ضمانه يصح.

خامسها: أن لا يكون مكرهاً فلا يصح ضمان المكره.

القسم الثاني: يرجع إلى المضمون له وهو صاحب الحق. ويشترط فيه أن يكون معروفاً للضامن بشخصه فلا تكفي معرفة اسمه لتفاوت الناس في المطالبة شدةً وليتاً. وهل تكفي معرفة شخص وكيل المضمون له؟ نعم تكفي على المعتمد.

ولا يشترط رضا المضمون له ؛ لأن الضمان لا يضره إذ هو التزام يزيد دينه تأكيداً.

وكذا لا يشترط معرفة المضمون عنه وهو الذي عليه الحق ولا رضاه فيجوز للإنسان أن يضمن دين الميت الذي لا يعرفه وهذا في غير ضمان النفس فإنه يشترط فيه رضا المكفول لأنه لا يلزمه أن يذهب معه للتسليم إلا إذا أذنه بأن يكفله. ومن ضمن بغير إذن كان متبرعاً فلا رجوع له.

القسم الثالث: يرجع إلى الصيغة فيشترط للصيغة شرطان أحدهما: أن تكون لفظاً يشعر بالالتزام كأن يقول: ضمنت دينك الذي لك عليّ أو تكفلت لك بيدن فلان ونحو ذلك مما يدل على أنه قد التزم بالشئ الذي ضمن به.

أما إذا أتى بصيغة لا تشعر بالالتزام كما إذا قال: أؤدي المال الذي لك عند فلان أو أحضر الشخص الذي لك عنده كذا فمثل هذه الصيغة لا تكون ضماناً وإنما تكون وعداً إلا إذا نوى بها الضمان فإنها تكون ضماناً.

ثانيهما: أن لا تكون معلقة أو مؤقتة فإذا قال: إن جاء الغد ضمنتك أو قال: أنا ضامن مال فلان شهراً أو كافل بدنه أسبوعاً فإنه لا يصح. نعم إذا كفل دين فلان الحال أن يدفعه مؤجلاً بعد شهر مثلاً فإنه يصح. فإذا كان لشخص دين عند آخر أجل موعده دفعه ثم كفله شخص على أن يدفع ذلك الدين بعد شهر صحت الكفالة وثبت الأجل للكفيل لا للأصيل حتى لو مات الأصيل لم يحل الدين على الكفيل.

أما إذا كان الدين مؤجلاً ثم ضمنه على أن يدفعه حالاً فإن الضامن لا يلزم بدفعه حالاً ؛ لأن الأجل ثابت في حق الأصيل استقلالاً وفي حق الكفيل تبعاً. فلا يطالب أحد منهما قبل حلول الأجل فإذا مات الأصيل حل الدين عليهما معاً.

القسم الرابع: يرجع إلى المضمون به سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً فيشترط في الدين أن يكون لازماً في الحال أو المآل. ومثال الدين اللازم في الحال القرض وثمان السلعة المبيعة ونحو ذلك. والدين الذي يثول للزوم ثمن السلعة في مدة الخيار فإنه وإن لم يلزم في الحال ولكنه يلزم مآلاً فيصح ضمانه. وكذا يشترط أن يكون الدين معلوماً فلا يصح ضمان المجهول قدرًا أو جنسًا أو صفة فلا بد من بيان ذلك كأن يقول: ضمنت مالك على زيد من دين قدره عشرون جنيهاً مصرية أو انكليزية أو نحو ذلك. فلو قال ضمنت مالك على زيد من

دين وسكت أو قال: ضمنت لك العشر من الذي عند زيد ولم يبين جنسها أو قال: ضمنت لك العشرين جنيهاً ولم يبين صفتها فإنه لا يصح.

ويستثنى من ذلك إبل الدية فإنه يصح ضمانها مع عدم ذكر صفتها لأنها معروفة السن والعدد ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلاد فلا حاجة إلى ذكر صفتها.

أما الأعيان فإنها تنقسم إلى قسمين مضمونة كما تقدم في التعريف فيشترط لصحة ضمان الأعيان أن تكون مضمونة يجب ردها إلى مالِكها فمعنى ضمانها ضمان ردها إلى مالِكها.

أما ضمان قيمتها إذا تلفت فإنه لا يصح لأنها لم تلف وقت الضمان لتثبيت قيمتها في الذمة فإن تلفت بالفعل فإنه يصح ضمان قيمتها بعد تلفها لثبوته في الذمة حينئذ.

ومثال العين المضمونة العين المفصوبة والمستعارة. ومثال العين غير المضمونة المودعة والموصى بها والمؤجرة فهذه الأعيان لا يصح ضمان ردها ؛ لأن ردها لا يجب على واضع اليد وإنما الذي يجب هو أن يخلى بينها وبين مالِكها.

وأما كفالة النفس فيشترط لصحتها أن يكون على المكفول بيده حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة.

الحنابلة قالوا: يشترط للضمان شروط

منها: ما يتعلق بالضامن فيشترط فيه أن يكون أهلاً للتصرف فلا يصح ضمان المجنون، والصغير، والسفيه ويصح ضمان المفلس ؛ لأن الضمان يتعلق بالذمة، وكذا يشترط رضا الضامن فلا يصح ضمان المكره. ولا يشترط في الضامن أن يعرف المضمون له وهو صاحب الحق كما لا يشترط أن يعرف الضامن المضمون عنه وهو الذي عليه الحق فيجوز أن يضمن من لا يعرفه حيناً كان أو ميتاً.

ومنها: ما يتعلق بالمضمون به وهو الدين أو العين أو النفس فيشترط لصحة الضمان بالدين أن يكون الدين لازماً حالاً أو مالاً والأول كالقرض وثمن المبيع الذي لا خيار فيه. والثاني كتمن المبيع قبل مضي مدة الخيار فإنه يثول للزوم فلا يصح الضمان بالدين غير اللازم كدين الكتابة فإن للمكاتب أن ينقض العقد ويمتنع عن الأداء فدينه ليس بلازم لآحالة ولا مالاً.

ويشترط لصحة ضمان العين أن تكون مضمونة على من هي في يده كالعين المفصوبة والمستعارة. ومعنى ضمان هذه الأعيان ضمان ردها أو قيمتها عند تلفها أما الأعيان غير المضمونة فإنه لا يصح ضمانها كالودعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة والعين المدفوعة إلى الخياط والصباغ ونحو ذلك. نعم يصح ضمان التعدي عليها كما تقدم في التعريف مفصلاً.

ومنها: ما يتعلق بالصيغة ويشترط فيها أن تكون بلفظ يفهم منه الضمان عرفاً كقوله: أنا ضامن وكفيل وحميل وصبير وزعيم ونحو ذلك ويصح الضمان بلفظ معلق ومنجز كقوله: إن أعطيت فلاناً كذا فأنا ضامنه كقوله: وأنا ضامن لفلان كذلك يصح أن يكون بلفظ مؤقت كأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فأنا ضامن لفلان.

ويصح أن يضمن شخص ديناً حالاً إلى أجل معلوم فإذا كان لزيد عند عمرو دين حل موعده دفعه فضمنه خالداً على أن يدفعه بعد سنة فإنه يصح ويثبت الأجل في حق الضامن بحيث لو مات المضمون لا يحل موعده دفعه.

أحكام تتعلق بالكفالة

تتعلق بالكفالة أحكام مفصلة في المذاهب ^(١).

أحكام تتعلق بالكفالة

(١) المالكية قالوا: تتعلق بالكفالة أحكام كثيرة منها أن يصح الضمان بدون إذن من عليه الدين وهو المضمون عنه فإذا كان لشخص دين آخر فضمن الدين ثالث بدون إذن المدين صح الضمان ولزم. وبعضهم يقول: لا يصح بدون إذن المديون وإلا فلا يلزمه الدفع. كذا يصح لشخص أن يؤدي دين آخر بدون إذنه ويجبر صاحب الدين على قبوله بشرط أن يكون الغرض من ذلك الشفقة والرفق بالمدين. أما إذا كان الغرض سداد دينه ليشهر بمطالبته عند الرجوع عليه أو يؤذيه بمدايته إياه لعداوة بينهما فإنه لا يصح وليس لمن سدد دين غيره بقصد الإضرار به مطالبة عليه مطلقاً.

ومثل ذلك ما إذا اشترى شخص دين آخر ليغيظه بالمطالبة ويشهر به لعداوة بينهما فإن ذلك الشراء لم يصح وعلى رب الدين أن يرد الثمن الذي باع به الدين للمشتري فإن ضاع منه فإن كان من الأشياء المثلية فعليه رد مثله وإن كان من الأشياء التي لها قيمة فإن مات قبل أن يرد الثمن أو غاب عن البلد فليس للذي اشترى منه الدين أن يطالب المدين بل الذي يتولى مطالبته الحاكم ليأخذ منه المبلغ ويدفعه للمشتري ولكن لا يجب على البائع أن يرد ثمن الدين الذي قبضه إلا إذا علم أن غرض المشتري هو الإضرار بالمدين والتشهير به. إما إذا لم يعلم بذلك فإن البيع ينفذ ولا يجب عليه رد الثمن. وفي الحالة هذه لا يكون للمشتري الحق في أن يتولى مطالبة المدين بل يبيع الدين لغيره وبعضهم يقول: يفسخ الدين مطلقاً علم أو لم يعلم والأول أظهر. ومنها: أنه إذا ادعى شخص أن له ديناً على غائب فقال آخر: أنا ضامن لذلك الدين ثم حضر الغائب وأنكر الدين ولم يثبت الدين بينه ونحوها فإن الضمان يسقط. فإذا أقر الغائب بالدين وكان موسراً فإن الضمان يلزم. أما إذا كان معسراً فإن الضمان يسقط لاحتمال أنه قد تواطأ مع المدعي على أكل مال الضامن.

ومنها: أنه يلزم من براءة المضمون براءة الضامن ولا يلزم من براءة الضامن براءة المديون. مثلاً إذا ضمن شخص ديناً في ذمة آخر فتنازل صاحب الدين عن دينه كأن وهبه للمديون أو أبرأه منه أو أحاله على دين ثابت لازم فإن ذمة الضامن تبرأ. ومثل ذلك ما إذا مات المديون عن مال وصاحب الدين وارثه فإن ذمته تبرأ وذمة الضامن تبقى بخلاف ما إذا مات المديون مفلساً فإن ذمة الضامن لا تبرأ بموته. فهذه أمثلة براءة الضامن براءة المضمون.

أما إذا برئ الضامن فإن المضمون قد لا يبرأ فالأول كما إذا دفع الضامن الدين فإن ذمة كل منهما تبرأ من الدين فلا يكون لصاحبه حق قبلهما. والثاني كما إذا وهب صاحب الدين للضامن فإن ذمة الضامن تبرأ ولا تبرأ ذمة المضمون بل يكون مطلوباً لصاحب الدين ولا تتم الهبة للضامن إلا إذا قبض الدين قبل أن يحصل لصاحب الدين مانع يمنع من الهبة.

وكذا إذا كان الضمان مؤقتاً بمدة كأن يقول الضامن ضمان دين فلان علي في مدة شهرين مثلاً بحيث إذا مات أو أفلس فيهما كنت ملزماً بدينه. فذمة الضامن تبرأ بعد انقضاء الشهرين وتبرأ ذمة المديون الأصلي. ومن ذلك تعلم أنه يجوز أن يكون الضمان مؤقتاً بمدة معينة.

ومنها: أنه لا يجوز لصاحب الدين أن يطالب الضامن إلا في أربعة أحوال

الحالة الأولى: أن يكون المضمون الأصلي مفلساً.

الحالة الثانية: أن يكون موسراً ولكنه مامل معروف بالدد في الخصومة والشدة فيها.

الحالة الثالثة: أن يكون المديون الأصلي غائباً وليس له مال يمكن سداد الدين منه. أما إذا كان له مال يستطيع صاحب الدين أن يأخذ منه دينه بدون صعوبة ولا مشقة فليس له في هذه الحالة مطالبة الضامن.

وحاصل ذلك أن المضمون إذا كان موسراً حاضراً فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن وإذا كان غائباً ولكن له مال يمكن أخذ الدين منه بسهولة فكذلك ليس لصاحب الدين مطالبة الضامن.

الحالة الرابعة: أن يشترط صاحب الدين أن يأخذ دينه من أيهما شاء فإن له في هذه الحالة أن يطالب الضامن. ومثل ذلك أن يشترط مطالبة الضامن في حالة معينة كعسر المضمون أو موته أو نحو ذلك هو الراجع. وبعضهم يقول: إن صاحب الدين مخير بين أن يطالب الضامن أو يطالب المضمون على أي حال. ومنها أن الدين المؤجل يصح في ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: موت الضامن إذا ترك مالا يكفي لسداد كل الدين أو بعضه فإذا ترك كل الدين لصاحب الدين الخيار في أن يأخذ دينه من تركه الضامن أو أن يتبع المضمون الأصلي فإذا أخذ دينه من تركه الضامن فليس لورثته مطالبة المضمون إلا بعد حلول أجل الدين ولو كان المضمون حاضراً موسراً؛ لأن الدين في هذه الحالة يعجل بالنسبة للضامن فقط بسبب موته موسراً فإذا مات الضامن معسراً فلا حق لصاحب الدين في المطالبة إلا عند حلول الأجل وإذا ترك بعض الدين كان له الحق في أخذه ويصير بالبعض الآخر إلى حلول الأجل.

الحالة الثانية: أن يفلس الضامن، وفي هذه الحالة يكون صاحب الدين مخيراً بين أن يدخل مع الدائنين في تصفية مال الضامن ويأخذ الحصة التي يستحقها معهم، وليس للضامن أن يطالب بها إلا بعد أن يحل الأجل.

الحالة الثالثة: أن يموت المديون موسراً وفي هذه الحالة لصاحب الدين أن يأخذ دينه من تركه الميت ولو لم يحل أجل الدين. أما إذا مات معسراً فليس لصاحب الدين أن يطالب الضامن إلا بعد حلول الأجل؛ لأنه لا يلزم من حلول الدين على الأصيل حلول على الضامن.

ومنها: أن الضامن إذا دفع الدين يرجع به على المضمون بعد أن ثبت أنه دفعه بيينة أو إقرار من صاحب الدين بأنه استلم دينه أو نحو ذلك، فإذا لم يثبت ذلك فليس له الحق في الرجوع على المضمون.

ثم إن كان الدين من الأشياء التي تقوم كالثياب، فإن كان الضامن قد دفع الدين ثياباً من جنس الثياب التي أخذها المدين، فإنه يستحق أن يأخذ من المدين ثياباً مثلها.

أما إذا كان قد دفع قيمة الثياب، فإن يلزم بالقيمة إن كانت القيمة أقل من الثياب، فإن كانت أكثر فإن الذي يلزم المضمون بدفعه هو الثياب لا القيمة هذا إذا كان الضامن قد دفع الثياب من عنده أما إذا كان قد اشتراها من الغير بضمن فإن كان بضمن المثل بدون محاباة فإن المديون يلزم به بدون خلاف.

أما إذا كان قد اشتراها بغيرين ومحاباة فليس على المديون إلا ثمن المثل فقط، فإذا اشترى ثياباً بعشرة وهي تساوي خمسة كان على المديون خمسة لا عشرة.

الجنفية قالوا: يتعلق بالكفالة أحكام كثيرة،

منها: أن الكفالة تصح بدون أمر المديون فإذا كفل شخص آخر بدون أمره كان متبرعاً فليس له أن يرجع

عليه بما أذاه من الدين ومثل ذلك ما إذا كفله بأمر أجنبي فإذا قال زيد لعمر: اضمن خالداً في الدين الذي عليه لبكر، ففعل، فإنه يكون متبرعاً وليس له الرجوع لاعلى المديون ولا على زيد الأجنبي.

أما إذا كفّل المديون بأمره فإنه يرجع عليه بشرطين:

الشرط الأول: أن ينص على أن الحق الذي يضمنه فيه يكون ملزماً به كأن يقول له: اضمن لفلان مائة جنية على أن ماتضمنه يكون على سداد هذه الصيغة تجعل للضامن الحق في الرجوع على المديون بلا خلاف، وفي حكم ذلك ما إذا قال له: اضمن لفلان مائة جنية عليّ أو عني ؛ لأن التصريح بكلمة عليّ أو عني معناه الالتزام بالدين الذي يدفعه عنه.

وبعضهم يقول: إن هذه الصيغة مختلف فيها، ولكن التحقيق أنه لا خلاف في أن للضامن حق الرجوع فيها.

أما الصيغة التي فيها الخلاف فهي أن يقول له: اضمن لفلان مائة جنية، ولم يصرح بكلمة عني ولا عليّ ولم ينص على أنه يكون ملزماً بها فبعضهم يقول: إن له حق الرجوع مطلقاً وبعضهم يقول: ليس له حق الرجوع إلا إذا كان الضامن الذي قال له ذلك خليطه كأن يكون والداً أو زوجة أو أجيّراً أو شريكاً شركة عنان أو نحو ذلك.

الشرط الثاني: أن لا يكون الأمر صبيّاً محجوراً عليه أو رقيقاً فإن أمره صبي بأن يضمنه فليس له حق الرجوع في ماله، كما تقدم في مبحث الشروط. أما إذا كان رقيقاً فإنه لا يرجع عليه إلا إذا اعتق. ومنها: أنه إذا دفع الضامن الدين فإن ذمة المديون الأصلي تبرأ، ولا يكون لصاحب الدين حق عنده بل ينتقل الحق للكفيل الذي دفع، وقد يبرأ الضامن ولا يبرأ الأصلي. وذلك فيما إذا كان للضامن دين عند آخر، ثم أحال الضامن صاحب الدين على مديونه، وشرط براءة نفسه فقط، فإن ذمة الضامن تبرأ في هذه الحالة، ولصاحب الدين أن يطالب الأصلي أو المحال عليه، بشرط أن يكون المحال عليه مفلساً أو منكراً للدين ولا بينة عليه.

أما إذا كان المحال عليه مقرباً بالدين وكان ذا مال فإن ذمة الأصلي تبرأ أيضاً، ويكون المطالب هو المحال عليه فقط.

وكذا إذا دفع الأصلي الدين فإن الكفيل يبرأ براءة ذمة الأصلي. ومثل ذلك ما إذا أبرأ صاحب الدين المديون أو مد له في أجل الدين فإن الكفيل يتبعه في ذلك إلا إذا كفله بشرط أن يبرئه، فلو قال الضامن لصاحب الدين: اضمن لك دينك بشرط أن تبرئ المديون منه وفعل فإن ذمة المديون تبرأ وتبقى ذمة الضامن مشغولة بالدين وحده لأنها في هذه الحالة تكون حوالة لا كفالة. وإذا مات صاحب الدين وكان المديون وارثه فإن ذمة الضامن تبرأ.

وإذا أبرأ صاحب الدين المديون فلم يقبل منه هذه المنة فإن ذمة المديون لا تبرأ لأنه يشترط قبوله إبراء صاحب الدين، وهل تبرأ ذمة الكفيل ولا يعود الدين عليه؟ خلاف. أما إذا أبرأ صاحب الدين الضامن فإنه يصح ولو لم يقبل الضامن لأنه ليس مديناً وإنما هو مطالب ولا يشترط في سقوط المطالبة القبول، كما تقدم في تعريف الكفالة، ولا يلزم من إبراء الضامن إبراء المديون الأصلي، ولكن ليس للكفيل أن يرجع عليه بالمال الذي كفله به بعد ذلك بل لصاحب الدين مطالبة المديون الأصلي.

أما إذا تصدق صاحب الدين على الكفيل بالدين فإن للكفيل أن يرجع على المديون ومثل ذلك إذا وهبه الدين كما تقدم.

ومنها: أن صاحب الدين إذا أجل دينه للكفيل فلا يلزم منه تأجيله للأصيل فإذا حل أجل الدين فمد صاحبه الأجل للضامن شهرًا مثلاً فليس له الحق في مطالبته ولكان له الحق في مطالبة المديون الأصلي لأنه إنما أجل مطالبة الكفيل لا مطالبة المديون.

ومنها: أن الضامن بالمال إذا ضمن بألف ثم صالح صاحب الدين على خمسمائة فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف التي ضمنها.

أما إذا ضمن عينًا جيدة، ثم دفع لصاحبها عينًا رديئة فإنه يرجع على المضمون له بالعين الجيدة، وذلك ؛ لأن حكم الكفالة أن الكفيل يملك الدين بأدائه، فهو يحل محل صاحب الدين الجيد يملك المطالبة به متصفًا بالجودة، فكذلك الكفيل الذي حل محله، ولا يضره أنه دفع الدين رديئًا ورضي به صاحب الدين.

مثلاً إذا استدان شخص من آخر ثيابًا من القماش الجيد وضمنه فيها آخر، ثم دفع الضامن لصاحبها ثيابًا من القماش الرديء ورضي بها فإن للضامن الحق في أخذ القماش الجيد الذي ضمن فيه لأنه أصبح مالكًا للدين الجيد وتنازل صاحب الحق للضامن عن بعض حقه لا يلزم منه تنازله للمدين الأصلي، ألا ترى أنه يصح لصاحب الدين أن يهدد الكفيل فإذا وهب صاحب الدين دينه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويطلب به المديون على أن يدفعه له بعينه.

أما إذا أمر شخص آخر بأن يدفع عنه السلعة الجيدة التي استدانها من فلان فدفع له سلعة رديئة ورضي بها صاحبها، فإنه لا يرجع على المديون الأصلي إلا بالسلعة الرديئة. وذلك ؛ لأن المأمور بسداد الدين لا يملك الدين بالأداء كما يملكه الضامن فلا يأخذ إلا ما دفعه.

ومنها: أنه ليس للضامن الحق في مطالبة المديون الأصلي قبل أن يدفع عنه بالدين الذي ضمنه فيه لأنه لا يملك الدين إلا بعد أدائه كما تقدم.

ومثل ذلك ما إذا دفع الدين قبل وجوب دفعه على الأصيل، فإذا استأجر شخص منزلاً بأجرة يدفعها في نهاية الشهر وضمنه فيها شخص، ثم دفعها الضامن فإن الضامن لا يرجع بها، وذلك ؛ لأن الأجرة لا تجب على المستأجر بمجرد العقد ولا تملك بالعقد أيضًا كما تقدم في الإجارة فالضامن دفع ما لا يملكه صاحب الدين أيضًا.

وإذا دفع المديون الأصلي الدين ولم يعلم الكفيل بذلك فدفعه الكفيل لصاحب الدين مرة ثانية فإنه لا يرجع على المديون الأصلي وإنما يرجع على صاحب الدين أخذ حقه مرتين.

وهذا بخلاف ما إذا حل الدين على المديون قبل أن يكفله أحد، ثم أتى بكفيل يضمنه إذا مد له صاحب الدين الأجل، فقبل فإن التأجيل يكون للأصيل والضامن معًا في هذه الحالة.

والفرق بين الحالتين ظاهر ؛ لأن الكفالة في الحالة الأولى كانت مقررة من قبل فكان لصاحب الدين الحق في مطالبة الضامن والكفيل ولا يلزم من مد المطالبة للكفيل تأجيل الدين للأصيل.

أما في الحالة الثانية فإن الكفالة لم تكن موجودة وليس لصاحب الدين حق يصح تأجيله إلا نفس الدين ومتى تأجل الدين فقد تأجل بالنسبة للمديون وللضامن.

ومع ذلك فإن صاحب الدين إذا اشترط أن يكون التأجيل خاصاً بالضامن لا بالأصيل، فإنه يعمل بشرطه ويكون له الحق في مطالبة الأصيل بسداد دينه متى شاء. ومثل ذلك ما إذا قال الكفيل: أجلي أنا فأضاف الأجل إلى نفسه خاصة.

ومنها: أن الدين المؤجل يحل بموت المدين أو بموت الضامن، فإذا مات الضامن وأخذ صاحب الدين حقه من ورثته فليس له الحق في مطالبة المدين إلا عند حلول أجل الدين. وكذلك إذا مات المدين وحل دينه فليس لصاحب الدين مطالبة الدين مطالبة الضامن إلا عند حلول الأجل، وإذا مات الاثنان معاً كان صاحب الحق مخيراً بين أن يأخذه من تركتهما شاء.

ومنها: أنه إذا صالح الكفيل صاحب الدين على نفسه بأن كان دينه ألفاً فرضي بأن يأخذ خمسمائة ويترك الباقي فإن الصلح ينفذ بالنسبة للأصيل والوكيل في ثلاثة أحوال الحالة الأولى: أن يشترط الكفيل براءتهما معاً.

الحالة الثانية: أن يشترط براءة الأصيل ويسكت عن نفسه.

الحالة الثالثة: أن يسكت ولم يشترط شيئاً، أما إذا اشترط براءة نفسه فقط فإن ذلك يكون فسخاً للكفالة ويبقى الدين في ذمة الأصيل فيأخذ منه صاحب الدين الخمسمائة الباقية له ويأخذ الكفيل الخمسمائة التي دفعها لصاحب الدين.

ومنها: أن المدين إذا دفع الدين للكفيل قبل أن يدفعه الكفيل لصاحب الدين فإن ذلك يحتمل ثلاثة أمور الأمر الأول: أن يدفعه تعجلاً لقضاء الدين كأن يقول له: خذ ما علي من الدين الذي ضمنتني فيه قبل أن تؤديه وفي هذه الحالة يصبح ذلك الدين ملكاً للضامن فليس للمدين أن يسترده منه ثانياً، ولو لم يسلمه لصاحبه لأنك قد عرفت في تعريف الكفالة أن الكفالة تقتضي ديناً ومطالبة للضامن في ذمة المدين مؤجلين إلى أن يدفع الدين لصاحبه فإذا عجل المدين دفع الدين للضامن فقد ملكه ملكاً صحيحاً فإذا اتجر فيه وربح كان له ربحه حلالاً طيباً وإذا هلك في يده كان ضامناً له ومسئولاً عنه.

الأمر الثاني: أن يدفعه له وعلى وجه الرسالة كأن يقول له: خذ دين فلان الذي ضمنتني فيه وادفعه له فإن الدين يكون أمانة في يده وللمدين أن يسترده منه ثانياً قبل أن يدفعه لصاحبه على التحقيق وإذا اتجر فيه وربح لا يحل له أن يأكل ربحه بل عليه أن يتصدق به كالفاسد وإذا هلك الدين فيه وربح لا يحل له أن يأكل ربحه بل عليه أن يتصدق به كالفاسد وإذا هلك الدين في يده بدون تفريط فإنه لا يضمنه ولا يكون مسئولاً عنه لأنه أمين عليه.

الأمر الثالث: أن يدفعه له بدون أن يذكر أنه على وجه الرسالة أو على وجه تعجيل قضاء الدين وفي هذه الحالة يحمل على وجه القضاء. وعلى أي حال فإذا دفع المدين لصاحبه بعد أن أعطاه للضامن فإنه يرجع على الضامن بما أعطاه له.

ومنها: أن الكفالة في الضرائب ونحوها جائزة سواء كانت عادلة أو ظالمة فيجوز للشخص أن يضمن غيره في عوائد الأملاك المقررة سنوياً وفي الخراج المقرر كذلك ونحو ذلك مما يأخذه الحاكم ليصون به الأمن أو ينشئ به المصالح العامة من شق الأنهار وبناء القناطر وإصلاح الطرق وغير ذلك من المصالح العامة وكذلك يجوز له أن يضمنه في الضرائب الظالمة كالمكوس التي كانت تفعل في الأزمنة الغابرة ونحوها وبعضهم يقول:

إن الضرائب الظالمة لا يصح الضمان فيها والرأيان مصححان ولكن الأول هو الأرجح. ويرجع الكفيل بما دفعه على المضمون إن كانت الكفالة بأمره.

ومنها: أن الخبير المبني على غلبة ظن الشخص واجتهاده لا يكون ضمانًا ملزمًا للمخير به مثلاً إذا قال شخص لآخر: أسلك هذه الطريق فإنها آمنة فسلكتها فلقية لص سلبه ماله فإن الخبير الذي قال له إنها آمنة لا يضمن؛ لأن عبارته هذه مبنية على ما يظنه وقد يكون مخطئاً أو يكون قد عرض عليها خلل الأمن وهو لا يدري.

نعم إذا أكد هذا القول بأن قال له: أسلك هذا الطريق فإن كان مخوفاً ونهب مالك فأنا ضامن ففعل ونهب ماله فقد اختلف فيه فقال بعضهم: إنه يضمن ما فقد من المال وبعضهم قال: لا يضمن وذلك لأنه يشترط لصحة الضمان أن يكون المضمون معلوماً، وأمن الطريق مجهول، فكيف يصح الضمان؟ وقد أجاب القائلون بصحة الضمان في مثل هذا مع جهل المكفول عنه بطريقة استثنائية زجراً للناس عنه فإن خطورة هذه الأمور تستدعي احتياطاً خاصاً فإذا عرف الناس عدم المؤاخذه فيما يقولونه من ذلك يقدمون عليه بدون مبالاة فيغرون بالناس ويوقعونهم في الأخطار، وهو وجيه. أما ما أجاب به بعضهم بأن المكفول عنه وإن كان مجهولاً، ولكن الضمان صحيح؛ لأن فيه تغريزاً، والغرور يوجب الرجوع على من غرر إذا كان بالشرط فإنه جواب لا يجدي؛ لأن ضمان الغرور هو في الحقيقة ضمان الكفالة فيشترط له ما يشترط لها.

ومنها: أنه إذا قال زيد لعمرو: ضمنت لك خالداً بما يقضي لك به عليه القاضي ثم غاب خالد المضمون فادعى عمرو المضمون له على زيد الضامن أن له كذا على خالد المضمون الغائب وبرهن على ذلك فإنه لا يقبل منه وذلك لأنه لا يمكن القضاء على الغائب إلا إذا ادعى حقاً على الحاضر لا يمكن إثباته إلا على الغائب وليس للمدعي حق على الكفيل لأنه إنما كفله بما يقضي القاضي به على الغائب.

فإذا أقام البينة على أن القاضي قضى على المضمون عليه بكذا قبل غيابه وبعد الكفالة فإذا كانت الكفالة بأمر الغائب فإنه يقضي له على الكفيل قصداً وعلى الغائب ضمناً وإن حضر الغائب وأنكر فلا يلتفت لإنكاره، أما إذا كانت الكفالة بغير أمره قضى على الكفيل دون الغائب.

الشافعية قالوا: يتعلق بالضمان أحكام

منها: أنه لا يصح الضمان بشرط براءة المضمون الأصلي فإذا قال شخص: ضمنت الدين الذي على فلان بشرط براءة ذمته فإنه لا يصح؛ لأن عقد الكفالة يقتضي شغل ذمة المديون والضامن معاً. ومثل ذلك الكفالة فإذا كان لشخص كفيل فجاء آخر وقال: إنني أكفله بشرط براءة الكفيل الأول فإنه لا يصح.

ومنها: أن لصاحب الدين أو وارثه مطالبة الضامن والمضمون معاً أو مطالبة أحدهما بكل الدين أو ببعضه فإذا دفع أحدهما برئت ذمة الآخر كما تقدم؛ لأن الدمتين قد شغلتا بدين واحد فالدين بمنزلة فرض الكفاية يتعلق بذمة المتعدد ويسقط بأداء البعض.

ومنها: براءة المديون الأصلي تستلزم براءة الضامن فإذا برئ الضامن بأن أدى الدين أو أبرأه صاحب الدين أو غيره ذلك فإن ذمته تبرأ بذلك.

أما براءة الكفيل بغير دفع الدين فإنها لا تستلزم براءة الأصلي. أما إذا برئت ذمة الضامن فإن كانت البراءة