- 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 مفصلة في المذاهب (1) .

_____ .

(1) (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 ناب عنه في القبول شخص آخر في المجلس ثم أقر نيابه 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 وجود صاحب الحق فلا تتوقف صحة الكفالة على قبوله .

أما صيغة الكفالة فهي كل ما يفيد التعهد والالتزام كقوله : كفلت وضمنت وتحملت وأنا بذلك المال زعيم وغريم : دين فلان علي أو والي أو نحو ذلك . وتصح الكفالة بالنفس بكل ما يعبر عنه عن البدن حقيقة كما في الطلاق وذلك كأن يقول : ضمنت إحضار نفسه أو روحه ورأسه ووجهه . ومثل ذلك الجزء الشائع في بدنه كنصفه وثلثه . أما الجزء المعين كاليد والرجل بأن قال : ضمنت يده أو رجله فإنه لا يصح .

المالكية - قالوا : يشترط ككفالة شروط وبعضها يتعلق بالمكفول عنه . وبعضها يتعلق بالكفيل ويعضها يتعلق بالمال المكفول به وبعضها يتعلق فيشترط في المكفول عنه ألا يكون محجورا عليه بسفه في الشيء الذي يضمن فيه . وذلك تصرف السفيه إلى قسمين : .

أحدهما : أن يشتري أو يبيع أو ينفق شيئا لازما له لا بد منه في ضروريات أموره .

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

فإذا تصرف في شيء لازم 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 مستغني عنه فإن الكفالة فيه لا تصح ولا يرجع على المحجور عليه .

وهل يلزم الكفيل أن يدفع المال الذي ضمنه لصاحب الدين 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 اتفاقل ويضيع ما دفعه فلا حق له له في ارجوع على المجور 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 غفي هذه الحالة لا يلزمه شيء اتفاقا .

أما إذا كان الاثنان يعلمان محجور عليه أو كانا لا لا يعمان شيئا فإن في ذلك خلافا فبعضهم يقول : يلزم الضامن أن يدفع ما ضمن به وبعضهم يقول : لا يلزمه شيء فإذا ضمن صبيا بحق أمر وليه صح الضمان ويرجع الضامن بما دفعه في مال الصبي ومثل ذلك ما إذا كسر الصبي زجاجا ونحوه أو أتلف شيئا فدفع أحد قيمته لصاحبه فإن له أن يرجع بما دفعه في مال الصبي إلا إذا كان الصبي صغيرا جدا مثل ابن ستة أشهر لا ينزجر لأن ما يتلفه في هذه الحالة لا يلزم به .

ولا يشترط في المكفول عنه (المديون) أن يكون قادرا على تسليم المكفول به فيصح كفالة المبيت بمعنى حمل الدين عنه لا بمعنى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الميت لأن ذمة الميت قد انتهت ثم إذا كان الضامن يعلم أنه لامال له ثم طرأ للميت مال لم يكن في الحسبان فليس للضامن أن يأخذ منه لأنه دفع متبرعا . أما إذا كان يطن أن له مالا أو يشك ثم ظهر أن له مالا فإنه يرجع عليه والقول في ذلك للكفيل إلا إذا قامت قرينه على أنه متبرع .

ويشترط في الكفيل أمور : .

أولا : أن يكون بالغا فلا يصح لللصبي أن يضمن غيره .

ثانيا : أن يكون عاقلا فلا تصح كفالة المجنون .

ثالثا : أن لا يكون محجورا عليه لسفه فلا يصح للسفيه أن يضمن غيره .

رابعا : أن لا تكون امرأة متزوجة إذا رأت أن تضمن في مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير إذن زوجها فإذا تكفلت المرأة 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 فغن فعلت أكثر من ذلك بدون إذن زوجها فإن له الحق في رد كل ما تصرفت فيه .

خامسا : ان يكون مريضا (خطرا) إذا أراد أن يضمن في أكثر من ثلث ماله فإذا ضمن المريض في أكثر من ثلث بشيء يزيد على الدينار فغن ضمانه لا ينفذ إلا أجازته الورثة .

واعلم أن الشرط الرابع والخامس من شروط النفاذ لا من شروط الصحة فإن الكفالة بدونها تصح بغير إذن سيده فغن ضمانه يصح ولا ينفذ إلا إذا أجازه السيد وإذا عتق العبد فإن الضمان يلزمه بعد العتق .

سادسا : أن لا يكون الضامن عليه دين يستغرق كل ماله فمن كان عليه دين يستغرق جميع ماله فإن كفالته لا تصح ولا يكون أهلا للتبرع .

ويشترط في المال المكفول به أن يكون دينا فلا تصح الكفالة في الأمانات - كالعين المستعارة والعين المودعة - وكذا مال المضاربة والشركة فإذا استعار سلعة من آخر واتى له بضامن يضمنه في تلك السلعة فإنه لا تصح وكذا لو أودع عند آخر وديعة أو مالا 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 اتلفه بتعديه لزم الضامن قيمته ما اتلفه المضمون .

ويشترط في الدين أن يكون لازما أو يؤول إلى اللزوم فمثال اللازم الذي يصح ضمانه دين القرض وثمن السلعة المبيعة فإذا اشترى شخص سلعة من آخر بثمن مؤجل وأتى بضامن ثمنها فإنه يصح ضمانه دين القرض فإذا اشترى شخص سلعة من آخر بثمن بثمن مؤجل ولأتى بضامن من ثمنها فإنه يصح ويلزم . ومثل ذلك ما إذا استأجر أرضا بأجرة معلومةن فإنه يصح الضمان ويلزم .

ومثال الدين غير اللازم الذي لا يصح ضمانه دين الصبي بغير إذن وليه والسفيه المحجور عليه على التفصيل المتقدم ودين الرقيقي 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 جعلا على عمل يعمله فإن الجعل يلزم بعد الفراغ من ذلك العمل فيصح ضمانه لأنه وإن لم يلزم في الحال لكن يلزم في المال . فإذا قال شخص لآخر : إن جئتني بجمالي الضالة فلك عشرة جنيهات وأتى له بضامن يضمنه فيها يصح ولو يشرع في العمل لأنه إن جاء 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 مؤجلا كما إذا كان لزيد عشرة جنيهات عند عمرو وحل موعد سدادها فإنه يجوز لخالد ان يقول لزيد : أجل أو شهرين أو نحو ذلك وأنا ضامن لك وذلك الدين وإنما يصح ذلك إذا تحقق واحد من أمرين : .

أحدهما : أن يكون المدين موسرا وقت الضمان وذلك لأنه يكون التأجيل سلفا جر منفعة وهو ممنوع وذلك لأن صاحب الدين في الحالة الأولى ضامن لحقه وقادر على أخذه فإذا أجلخ بضامن لا تكون له فائدة من الضامن فرضاؤه بمد الأجل بمنزلة القرض بدون منفعة تعود عليه .

أما إذا كان المديون معسرا فإن صاحب الدين لم يكن قادرا على أخذ دينه فإذا أجل له الدين نظير لنتفاعه بالضامن فإنه يكون قد أسلفه بفائدة .

ثانيهما : ألا يكون المديون موسرا وقت الضمان ولكن ضمنه مدة لا يتصور أن يطرأ عليه فيها

يسر بل معسرأ إلى انتهائها وذلك أن صاحب الدين يجب عليه أن ينتظر إلى ميسرته بطبيعته فالضمان لم يفده شيئا .

ثانيهما : ألا يكون المديون موسرا وقت الضمان ولكن الضامن مدة لا يتصور أن يطرأ عليه فيها انتفاعه بل يظل معسرا إلى انتهائها لأن صاحب الدين يجب عليه أن ينتظر إلى ميسرته بطبيعة الحال لم بفده شيئا .

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

أما إذا أيسر بعد شهر أو شهرين كأن كان مستحقا في وقت ينتظر الحصول على غلته أو موضفا بوظفيته ينتظر قبض راتبها فإن الضمان لا يصح وذلك لأن صاحب الدين في هذه الحالة يكون قد أجل دينه في نظير أنه ينتفع يالضامن المدة التي يكون فيها معسرا وقد يقال انتفع في الصورة الأولى بالضامن في مدة الإعسار جميعها بأي فرق .

وكذا يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما إذا كان لشخص دين عند آخر مؤجلا إلى شهرين مثلا فقال له المدين إنه تنازل عن الأجل وصار الدين حالا ثم جاء له ضامن يضمنه وهذه الصورة غير عملية إذ لا يعقل أن يتنازل المديون عن المدة التي يحل فيها دينه ثم يأتي بضامن خوفا من الممطالة ولهم في ذلك تفصيل لا فائدة من ذكره .

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

وأما الصيغة فيشترط فيها أن تدل على الحفظ والحياطة عرفا مثل : أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو قبيل أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي أو أنا قبيل به أو أذين أو عوين أو صبير أو موين ونحو ذلك فهذه كلها ألفاظ ينعقد بها الضمان .

والاستعمال الصيغة ثلاثة أحوال : .

(الحالة الأولى) أن تذكر لفظ الضمان مطلقا غير مقيد بما يدلا على أنه ضمان عن المال أو النفس كما إذا قال : انا 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 بفظ الضمان مقيدا بما يدل على المضمون لفظا كأن يقول :

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 مقيدا بما يدل على المضمون 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 الطفالة إلى خمسة أقسام : .

(القسم الأول) يرجع إلى الكفيل : فيشترط في الكفيل أن يكون عاقلا بالغا فلا تنعقد كفالتة المجنون ولا كفالة الصبي أصلا إلا في حالة واحدة يصح للصبي أن يكفل ذلك بالمال لا بالنفس ما إذا كان الصبي يتيما واستدان وليه سواء كان أبا أو غيره لينفق على الصبي فيما لا بد منه فإنه يجوز للصبي أن يكفل ذلك المال بأمر وليه وتصح كفالته في هذه الحالة ويطلب بالمال كما يطالب 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 وهو أهلا للتبرع .

وكذا يشترط في الكفيل أن يكون حرا وهذا شرط نفاذ لا شرط انعقاد فإن كفالة العبد تصح ولكن لا نتفذ إلا بإذن السيد أو بعد عتقه . فإذا عتق كان ملزما بما كفل به وهو رقيق وكذا تشترط الصحة فيما زاد عن ثلث المال فلا يصح للمريض أن يكفل لوارث أو عن وارث أصلا ولو كان الدين أقل من ثلث ماله . فيشترط في الكفيل البلوغ والعقل وهما شرطا 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 قادرا على تسليم المكفول به ينفسه أو نائبه فإذا كفل ميتا مفلسا لا تصح كفالته لأن الميت المفلس عاجز عن تسليم المكفول به بنفسه وبنائبه من الورثة لأنه مفلس فإذا ترك الميت مالا فإنه يصح الكفالة عنه بقدر ذلك المال . وهذا القول هو الصحيح .

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

ومثل ذلك ما إذا قال له : إن غصب منك أحد شيئا فأنا كافل له وتسمى هذه كفالة معلقة

بالشرط وهي في معنى الكفالة المضافة فالمراد بالمضافة والمعلقة ما يقع في المستقبل ويقابلها الكفالة المنجرة الواقعة في الحال وهذه لا يشترط فيها أن يكون الأصيل الذي يراد كفالته معلوما . ومثال ذلك أن يقول له : كفلت بما ثبت لك على الناس فهذه صحيحة ويلزمه أن يقوم مما 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 الأصيل المكفول عنه أن يكون حرا بالغا حرا فتصح كفالة الصبي بالمال والنفس سواء كان مميزا أو لا وسواء كان مأذونا له في التجارة أو لا ثم إن كانت الكفالة بأمر الولي يجبر الصبي على الحضور مع الكفيل في الكفالة بالنفس ويرجع الكفيل بما غرم على مال الصبي .

أما لم تكن الولي فإن كانت الصبي وكان مأذونا 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 صاحب الدين فيشترط أن يكون معلوما فلا يصح للشخص أن يكفل شخصا لمن يجهله . وأن يكون عاقلا فلا تصح الكفالة عند المجنون ومثله الصبي الذي لا يعقل . لأن المكفول له لا تتم 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 دينا أو عينا فيشترط لصحة الكفالة في الدين شرطان : .

الشرط الأول : أن يكون دينا صحيحا . والدين هو الذي لا يسقط إلا بأدائه لصاحبه أو بالبراءة 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 فهو وإن لم تبرئه حقيقة ولكنها بفعلها هذا أبرأته حكما .

(يتبع . . .)