المادة : فقه الجنايات

القسم : الفقه واصوله

المرحلة : الرابعة

أستاذ المادة : عبد الرحمن حمدي شافي

المحاضرة الخامسة عشرة : انواع الكفالة وشروطها

الكفالة بالمال

الكفالة أو الضمان نوعان بالاتفاق: كفالة بالمال وكفالة بالنفس.

والكفالة بالمال يطلق عليها كثير من الفقهاء: الضمان.

وقد يكون المكفول به دينا , وقد يكون عينا , والحكم يختلف في كل حالة منهما.

قد يكون المال المكفول به دينا , وقد يكون عينا. /٥٠/٥٠ الكفالة بالدين

الكفالة بالدين هي أن يلتزم الكفيل بما كان يلتزم به الأصيل من دين , فيؤديه في الزمان والمكان المتفق عليهما , وذلك مع مراعاة ما تضمنه عقد الكفالة من الشروط.

وذكر الحنفية أن كفالة المال قسمان:

- كفالة بنفس المال ومثالها أن يضمن مبلغا من المال أو دينا عند فلان وهو المدين.

- وكفالة بتقاضي المال أو بتسليم المال ومثالها أن يكون لشخص مال على رجل , فيقول رجل للدائن (الطالب) : ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وأدفعه إليك , هذا ليس من ضمان المال , وإنما كفالة بتقاضي المال ودفعه إلى الدائن. ومثل ذلك ضمان تقاضي المال من الغاصب للمغصوب منه.

الكفالة بالعين

الكفالة بالعين هي أن يلتزم الكفيل برد عينها إن كانت قائمة , وبرد مثلها أو قيمتها إذا تلفت.

وللفقهاء في حكم كفالة الأعيان تفصيل:

- إذا كانت الأعيان مضمونة بنفسها: وهي التي يجب على حائزها أن يردها إلى صاحبها بعينها إن كانت قائمة , فإن هلكت يرد مثلها إن كان لها مثل , أو قيمتها إن لم يكن لها مثل. وذلك كالعين المغصوبة , والعين المبيعة بعقد فاسد , والعين المقبوضة على سوم الشراء.

ذهب الحنفية والحنابلة إلى صحة كفالة هذا النوع من الأعيان. فيلتزم الكفيل برد العين ما دامت قائمة , أو يرد مثلها أو قيمتها إن تلفت.

وذهب المالكية إلى أنه لا تجوز الكفالة بالأعيان على أنه إذا استحق لزمه عينه , وإنما تصح إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو تقصير التزم بدفع قيمته أو برد مثله , وعلى ذلك: إذا ضمن عين المغصوب لم يصح الضمان , ولكن إذا كفله على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان.

وعند الشافعية في جواز كفالة الأعيان المضمونة قولان: يذهب أولهما إلى مثل ما ذهب إليه المالكية , ويذهب الآخر إلى صحة ضمان الأعيان المضمونة.

- إذا كانت الأعيان مضمونة بغيرها:

وهي التي يجب على حائزها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة , فإذا هلكت لا يجب عليه أن يرد مثلها ولا قيمتها. وذلك مثل المبيع في يد البائع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن , فإذا هلك سقط الثمن عن المشترى إذا لم يكن دفعه ووجب على البائع رده إليه إن كان دفعه. وكذلك الرهن في يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين.

ذهب الفقهاء إلى أنه لا تجوز الكفالة بهذه الأعيان المضمونة بغيرها , فإذا هلكت لا يجب على الكفيل رد مثلها أو قيمتها لأنها إذا هلكت تهلك على صاحب الدين بما هو

مضمون به , فالمبيع مضمون بالثمن وإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشترى.

وقال الحنفية والحنابلة أن هذا النوع من الأعيان يجوز ضمان تسليمه فقط ما دام قائما , فإذا هلك سقطت الكفالة.

- إذا كانت الأعيان أمانة واجبة التسليم:

وهي التي تعد أمانة في يد حائزها الذي يكون ملتزما بأن يسعى إلى تسليمها إلى أصحابها. وذلك مثل العارية في يد المستعير والعين المستأجرة في يد المستأجر.

ذهب الفقهاء إلى أنه تجوز الكفالة بتسليم هذا النوع من الأمانات لوجوب التسليم على صاحب اليد , ولكن لا تصح الكفالة بالأعيان الواجبة التسليم متى هلكت , فلا يلزم الكفيل رد قيمتها ولا يلزمه شيء لكونها أمانة والأمانة إذا هلكت بلا تعد ولا تقصير تهلك مجانا لأنها غير مضمونة على من في يده , فكذلك على ضامنه.

وقد ذهب الحنابلة والمالكية وجمع من الفقهاء إلى أنه يصح ضمان هذا النوع من الأعيان (مثل الوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي تدفع للخياط وغيرها) , على أنه إذا هلكت تلك الأعيان بتعد أو تقصير لزم الحائز ضمانها وكذلك لزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده.

وقال المالكية إنها كفالة معلقة على ثبوت الدين.

الكفالة بالنفس

الكفالة نوعان: كفالة بالمال وكفالة بالنفس.

والكفالة بالنفس يطلق عليها البعض: كفالة البدن أو الوجه.

وقد تكون الكفالة بإحضار من عليه دين , أو بإحضار من عليه حد من الحدود.

واختلف الفقهاء في حكم كل حالة. فلا تجوز الكفالة في الحدود والقصاص والتعزير عند الجمهور , أما عند الشافعية فهي لا تجوز في الحدود الخالصة لله تعالى , وتجوز في الحدود المتعلقة بحق الآدمي.

وانفرد المالكية بذكر نوع خاص من الكفالة: ضمان الطلب وهو يدخل في ضمان النفس , حيث أنه التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره.

الكفالة بالنفس (أو الكفالة بالوجه أو البدن) هي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له أو إلى مجلس الحكم أو نحو ذلك.

والكفالة بالنفس تكون في الحقوق المالية أساسا , وتكون كذلك في الحقوق غير المالية مثل حق القصاص من المعتدي وغيرها , فهي إذن نوعان:

كفالة بإحضار من عليه دين ,

كفالة بإحضار من عليه حد.

وانفرد المالكية بذكر نوع ثالث من الكفالة: ضمان الطلب وهو يدخل في ضمان النفس , حيث أنه التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب والدلالة عليه دون الالتزام بإحضاره.

واختلف الفقهاء في حكم كل حالة.

الكفالة بإحضار من عليه دين (الكفالة في غير الحدود)

أجاز أئمة المذاهب الأربعة كفالة النفس إذا كانت بسبب المال , (الكفالة بإحضار من عليه حق مالي) , لقوله تعالى: {قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم} (يوسف: ٦٦) .

وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولأن ما وجب تسليمه بعقد , وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصيل بأن يعلم من يطلبه مكانه ,

فيخلى بينه وبينه , أو يستعين بأعوان القاضي في التسليم , والحاجة ماسة إلى هذا النوع من الكفالة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة - في رأي الحنفية - وهو الضم في المطالبة فيه.

وقد روى البخاري عن أبى الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه: (أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقا , فوقع رجل على جارية امرأته فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر وكان عمر قد جلده مائة جلدة , فصدقهم , وعذره بالجهالة) , قال ابن حجر استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان , فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي , فقد فعله , لم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ.

وروى البخاري كذلك قول جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: (استتبهم وكفلهم , فتابوا وكفله عشائرهم) قال ابن حجر قال ابن المنير (قياس) أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى والكفالة بالنفس قال بها الجمهور.

وقد اختلف النقل عن الشافعي في حكم كفالة البدن , لأنه نص عليها وقال - في موضع - هي ضعيفة , وقال - في موضع آخر -: إنها جائزة إلا في الحدود.

وهكذا اختلف فقهاء الشافعية في حكم كفالة البدن: فعلى طريقة ابن سريج كفالة البدن تصح قطعا , للحاجة إليها , وهذا هو المشهور , وعليه المذهب , ومعنى قول الشافعي إن كفالة البدن ضعيفة - على هذا الرأي - أنها ضعيفة من جهة القياس , لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه , وأنها لا توجب ضمان المال.

وذهب بعض الشافعية إلى أن في حكم كفالة البدن قولين:

أحدهما أنها لا تصح , لأنه ضمان عين في الذمة بعقد , فلم يصح كسلم في ثمر نخلة بعينها

والثاني: تصح - وهو الأظهر - للخبر المتقدم , ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد , فجاز الكفالة به كالدين.

الكفالة بإحضار من عليه حد (الكفالة في الحدود) .

لا تجوز الكفالة في الحدود والقصاص عند الحنفية والمالكية والحنابلة , لتعذر الاستيفاء من الكفيل , لأن النيابة لا تجري في العقود , فلا تفيد الكفالة فائدتها. ودليلهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - مرفوعا -: لا كفالة في حد ولأن الكفالة استيثاق , والحدود مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات , فلا يلائمها الاستيثاق ولأن الحق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به.

ومعنى عدم جواز الكفالة بالحدود والقصاص عند الحنفية: عدم جواز الإجبار على إعطاء الكفالة , فإن سمحت نفس المدعى عليه , وتبرع بإعطاء الكفالة في حالة القصاص والحد الذي فيه حق للعبد: وهو حد القذف وحد السرقة , جازت الكفالة بالنفس , لأنها كفالة بمضمون على الأصيل , مقدور الاستيفاء من الكفيل , فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين.

فإذا لم يتبرع المدعى عليه: وهو الذي توجه عليه الحد أو القصاص , فلا تجوز الكفالة عند أبي حنيفة أي لا يجبر على تقديم كفيل بنفسه بإحضاره في مجلس القضاء , لإثبات ادعاء خصمه عليه , لأن الكفالة لا تتلاءم مع الحدود كما عرفنا. وحينئذ يحبسه القاضي حتى تقام عليه البينة أو يستوفى الحد.

وقال الصاحبان: يجبر على تقديم كفيل بنفسه في القصاص وفي حد القذف , لأن فيهما حق العبد , فيليق الاستيثاق.

وصرح الشافعية بقولهم: المذهب أنه لا تجوز كفالة النفس أو البدن في الحدود الخالصة لله تعالى , كحد الخمر والزنى والسرقة , لأنه يسعى في دفعها ما أمكن وتجوز كفالة تسليم النفس في الحدود الخالصة للآدمي كقصاص وحد القذف , وتعزير , لأنها حق لآدمي فصحت الكفالة , كسائر حقوق الآدميين. أي أن الشافعية يخالفون الجمهور في تجويز الكفالة في الحدود المتعلقة بحق العبد.

ضمان الطلب عند المالكية /٥٠ ضمان الطلب هو التزام طلب المضمون والتفتيش عليه إن تغيب وإن لم يأت به لرب الحق. فيصح في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود , بخلاف ضمان الوجه.

وألفاظه: مثل أنا حميل بطلبه , أو على طلبه , أولا أضمن إلا طلبه , أو أن يشترط نفي المال , كأن يقول: اضمن وجهه (نفسه) بشرط عدم غرم المال إن لم أجده.

وعليه أن يطلب المضمون بما يقوى عليه عادة , إن غاب عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منه , وعلم موضعه. وأما الحاضر فيطلبه في البلد وما قاربه إذا جهل موضعه. ويفهم من قوله (علم موضعه) أنه لا يكلف بالتفتيش عنه.

ويحلف إن قصر في طلبه ولم يعلم موضعه. ولا غرم عليه إلا إذا فرط في الطلب , كأن ترك طلبه في مكان يظن أنه به , أو يهربه , أو يعلم موضعه ولم يدل رب الحق عليه.

وهذا النوع في الواقع اعتبره الإمام مالك كفالة وجه مع شرط عدم غرم المال , لأن ضمان النفس أو الوجه يلزم فيه الضامن بغرم المال إذا لم يحضر المضمون.

شروط الكفيل :

شترط كون الكفيل أهلا للتبرع بأن يكون عاقلا بالغا حرا.

فلا تنعقد كفالة الصغير والمجنون والمعتوه والمبرشم الذي يهذي , لأن الكفالة عقد تبرع بالتزام المال , فلا تنعقد ممن ليس أهلا للتبرع وهذا شرط متفق عليه , وهو المعبر عنه بالرشد , أي صلاح المال عند الجمهور , وصلاح الدين والمال عند الشافعية , لأن الكفالة تصرف مالي.

فلا تصح الكفالة من مجنون وصبي , ولو كان مميزا , ومحجورا عليه بسفه , وإن أذن الولي عند الجمهور لعدم رشدهم , ولأن الضمان التزام مال لا فائدة له فيه , فلم يصح منه , كالتبرع والنذر , بخلاف البيع وقال القاضي أبو يعلى تصح كفالة السفيه المحجور عليه ويتبع لها بعد فك الحجر عنه , أي فهو شرط نفاذ , لا شرط انعقاد لأن من أصول الحنابلة أن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه , فكذلك ضمانه.

ورأي الجمهور أولى , لأن الضمان إيجاب مال بعقد , فلم يصح من المحجور عليه لسفه كالبيع والشراء ولا يشبه الإقرار , لأنه إخبار بحق سابق.

وقال الرافعي من الشافعية وفي رواية عند الحنابلة: تصح كفالة الصبي المميز مع إذن الولي وهي خلاف الصحيح من المذهب , ولا تقاس على البيع , لأن الضمان غرر كله بلا مصلحة.

أما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه , لأنه من أهل التصرف , والحجر عليه في ماله , لا في ذمته , فأشبه الراهن , فيصح تصرفه فيما عدا الرهن , فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته فعدم الحجر لفلس شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

وأما الحرية: فهي شرط نفاذ للتصرف فلا تجوز كفالة العبد , لأنها تبرع , والعبد لا يملك التبرع بدون إذن سيده ولكن الكفالة تنعقد , حتى إن العبد يطالب بموجبها بعد عتقه. والآن لا رق يبحه الإسلام , كما أفتى مجمع البحوث الإسلامية.

وأما المريض مرض الموت: فحكم ضمانه حكم تبرعه لا يصح فيما يزيد عن ثلث ماله , إلا بإجازة الوارث.

وأما المرأة: فتصح كفالتها كالرجل عند الجمهور وانفرد المالكية بالقول بأن:

- المرأة ذات الزوج تصح كفالتها في حدود الثلث فقط , ولا تنفذ فيما زاد عن الثلث إلا إذا كانت الزيادة يسيرة كالدينار أو الشيء الخفيف إلا بإجازة الزوج , فلا تلزم كفالتها حينئذ وان صحت , لأن في الزيادة على الثلث إضرارا بالزوج فلا تصح الكفالة إلا إذا كانت بموافقة الزوج نفسه , وكانت مرضية في تصرفها , غير سفيهة في حالها.

- وفي حال الزيادة اليسيرة تنفذ , لأنه يعلم أنها لم ترد به الضرر. وتصح كفالتها عن زوجها وإن بلغت جميع مالها بإذنه. وهذا كله مبني عندهم على أن المرأة محجورة في تصرفها بمالها.

شروط الاصيل :

لا خلاف بين الفقهاء في عدم اشتراط رضا الأصيل المكفول عنه لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز , فكفالته أولى كما قال الفقهاء. ولكن اختلف الفقهاء في مدى حق الكفيل في الرجوع على المكفول عنه إذا كفله بغير إذنه.

وبالرغم من إجماع الأئمة على عدم اشتراط رضا المكفول عنه , فإنهم اختلفوا في موضعين هما: معرفته , وقدرته على تسليم المكفول به.

شرط معرفة المكفول عنه:

- اشترط الحنفية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة أن يكون الأصيل معروفا عند الكفيل , فإذا قال الكفيل: كفلت ما على أحد من الناس , لا تصح الكفالة , لأن الناس لم يتعارفوا ذلك. ولأن اشتراط هذا الشرط إنما هو لأجل معرفة المكفول عنه: هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أو لا.

ولا يشترط حضرة الأصيل , فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس , لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب تظهر في مثل هذه الأحوال.

وقال الشافعية والحنابلة: الأصح أنه لا يشترط معرفة المكفول عنه , قياسا على رضاه , فإنه ليس بشرط. وأما اصطناع المعروف , فهو معروف , سواء أكان لأهله أم لغير أهله.

شرط قدرة المكفول عنه على تسليم المكفول به:

هذا الشرط خاص عند أبي حنيفة وهو أن يكون الأصيل قادرا على تسليم المكفول به , إما بنفسه وإما بنائبه. فلا تصح الكفالة عنده بالدين عن ميت مفلس مات ولم يترك وفاء لدينه , لأنه دين ساقط , فلم يصح ضمانه , كما لو سقط بالإبراء ولأن ذمة الميت قد زالت بالموت , فلم يبق فيها دين والضمان عنده: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة به.

وذهب الصاحبان وجمهور الفقهاء: إلى أنه يصح ضمان الدين عن الميت المفلس , بدليل حديث أبي قتادة السابق ذكره , فإنه ضمن دين ميت لم يترك شيئا لوفاء دينه , والنبي صلى الله عليه وسلم حض الصحابة على ضمان دين الميت في حديث أبي قتادة بقوله: ألا قام أحدكم فضمنه؟ ولأن دين الميت دين ثابت , فصح ضمانه كما لو خلف وفاء لدينه.

والدليل على ثبوت هذا الدين: أنه لو تبرع رجل بقضائه , جاز لصاحب الدين اقتضاؤه , وكذا لو ضمنه حيا , ثم مات , لم تبرأ ذمة الضامن , مما يدل على أنه لم تبرأ ذمة المضمون عنه.

شروط المكفول له :

أن يكون المكفول له معلوما للكفيل:

اشترط الحنفية في المكفول له وهو الدائن أن يكون معلوما للكفيل سواء كانت الكفالة منجزة أو معلقة أو مضافة. فإن كان مجهولا , كما لو قال: أنا كفيل بما يحصل من هذا الدلال من ضرر على الناس , لم تصح الكفالة. ذلك أنه إذا كان المكفول له مجهولا , لا يتحقق المقصود من الكفالة , وهو التوثق.

وهذا موافق لمذهب الشافعية في الأصح عندهم , لأن مستحقي الدين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا , وليعلم الضامن هل المكفول له هو أهل لإسداء الجميل إليه أم لا.

وأجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له. فإذا قال الضامن: أنا ضامن الدين الذي على زيد للناس - وهو لا يعرف عين من له الدين - فالكفالة صحيحة هنا لما ثبت في السنة (أن أبا قتادة كفل دين الميت دون أن يعرف المكفول له) .

ودليل ذلك أيضا في قوله تعالى: {نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} (يوسف ٧٢) لأن المنادي لم يكن مالكا , وإنما كان نائبا عن يوسف عليه السلام فشرط حمل البعير على يوسف عليه السلام لمن جاء بالصواع , وتحمل هو به عن يوسف.

أن يكون المكفول له حاضرا في مجلس العقد:

وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يكن هناك نائب عن المكفول له يقبل الكفالة في المجلس فلو كفل إنسان الغائب عن المجلس , فبلغه الخبر , فأجاز , لا تجوز الكفالة عندها إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس , ودليلهما: أن في الكفالة معنى التمليك , أي تمليك المطالبة من الطالب , والتمليك لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول , فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد , والموجود شطر العقد , فلا يتوقف على ما وراء مجلس العقد.

وعن أبي يوسف روايتان , والقول المتأخر عنه: أن الكفالة عن الغائب تجوز لأن معنى الكفالة , وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل , فكان إيجابه صالحا وحده لإتمام العقد وهذا الرأي هو رأي جمهور الفقهاء القائلين بأن الكفالة تنعقد بإرادة

منفردة , أي بالإيجاب وحده.

أن يكون المكفول له عاقلا

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ومعهم أبو يوسف إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له , فلا يلزم أن يكون أهلا للقبول.

وذهب أبو حنيفة ومحمد - وهو رأي عند الشافعية - إلى اشتراط أن يكون المكفول له بالغا عاقلا , لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له.
ويجوز قبول الصبي المميز والسفيه , لأن ضمان حقه نفع محض , فلا يتوقف على إجازة وليهما.

شروط المكفول به :

يشترط في المكفول به أن يكون دينا لازما صحيحا , وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وهذا شرط خاص بكفالة المال , وهو شرط متفق عليه في الجملة بين المذاهب.

فيصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف , لأنه وثيقة يستوفى منها الحق , فصح في كل دين لازم كالرهن وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه , لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه , فلم يلزم ضمانه.

الكفالة بما ليس بدين ولا تصح عند الحنفية الكفالة بما ليس بدين كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها , لأنها لا تصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا.

ضمان ما لم يجب ويتفرع عن اشتراط كون المكفول به دينا لازما أنه لا يصح عند الحنفية والشافعية ضمان ما لم يجب كجعل الجعالة , لأنه دين غير لازم

قال في المهذب: ولا يصح ضمان ما لم يجب: وهو أن يقول: ما تداين فلان فأنا ضامن له , لأنه وثيقة بحق , فلا يسبق الحق , كالشهادة.

وفي الثمن في مدة الخيار ومال الجعالة ثلاثة أوجه:

أحدها - لا يصح ضمانه , لأنه دين غير لازم , فلم يصح ضمانه كدين الكتابة.

الثاني - يصح , لأنه يؤول إلى اللزوم , فصح ضمانه.

والثالث - يصح ضمان الثمن في مدة الخيار , ولا يصح ضمان مال الجعالة , لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم , وعقد الجعالة لا يلزم بحال.

فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان:

أحدهما: أنه كالإجارة فيصح ضمانه.

والثاني: أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان.

قال النووي والشربيني في مغني المحتاج: ضمان الجعل في الجعالة كالرهن به , ومن المعلوم أنه يصح الرهن بالجعل بعد الفراغ من العمل قطعا , ولا يصح قبله , ولو بعد الشروع في الأصح , فلو قال شخص: من رد عبدي فله دينار , فضمنه عنه ضامن قبل مجيء العبد , لأنه غير لازم كمال الكتابة. والفرق بين الجعل والثمن في مدة الخيار: أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل , بخلاف الثمن فإنه يؤول إليه بنفسه.

وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يصح ضمان ما لم يجب , مثل ضمان الجعل. قال خليل وشراح متنه في الشرح الصغير: شرط الدين: لزومه للمضمون في الحال , أو كونه آيلا إلى اللزوم في المستقبل كجعل , كما لو قال شخص لآخر: إن أتيت لي بعبدي الآبق مثلا , فلك دينار , فيصح ضمان القائل , فإن أتى المخاطب بالعبد , لزم الضامن الدينار , إن لم يدفعه رب العبد للعامل. وكذا: داين فلانا وأنا أضمنه , أو إن ثبت لك عليه دين , فأنا ضامن.

فيصح الضمان عندهم في كل حق من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب , كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده , والأجرة , والمهر قبل الدخول أو بعده لأن هذه الحقوق لازمة , وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن في البيع بعد انقضاء الخيار ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايضة.