

مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

نزیه کمال حماد

باحث ومستشار في الفقه الإسلامي - كندا

أستاذ الفقه الإسلامي (سابقاً)

جامعة أم القرى - مكة المكرمة

المستخلص . تبين لنا بعد النظر فيما قاله الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الكفالة أن قول جمهور الفقهاء بعدم جواز اشتراط ذلك الأجر وأخذه غير سديد على إطلاقه، كما أن القول بالجواز مطلقاً غير صحيح أيضاً، نظراً لما قد يفرض عليه من التعامل بربا القرض تحت ستار عقد الكفالة، وأنه لا بد في المسألة من التفصيل.

واشترط الأجر على الكفالة له في التطبيق أحوال تبين لنا جوازها - تنتهي فيها الكفالة والمديونية الناشئة عنها، حالاً دون تأجيل: كما إذا كان الكفيل مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه، أو إذا بادر المكفول بوفائه، فور الأداء أو في يومه.

أما في الأحوال التي لا تنتهي فيها المديونية، بل يصير المبلغ المؤدى عن المكفول ديناً مؤجلاً في ذمته، فإنه لا يجوز حينئذٍ أخذ الأجر على الكفالة لأنه يصير حيلة لأكل ربا النسبئة المحرم أو ذريعة إليه.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد: فإن الغرض من إعداد هذه الدراسة مراجعة رأي الفقهاء الداهيين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وإعادة النظر والتأمل فيما قدموا من أدلة وتعليقات لتشهد بصحة ما اتجهوا إليه، وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة وأصول الاستدلال وقواعد الاحتجاج فيها، بغية الانتهاء إلى نظر فقهي محرم مؤصل، متسق مع كليات الفقه التي تضافرت الآراء الفقهية الكثيرة في المسائل والجزئيات الوفيرة على إقامة أركانها وتأسيس بنينها، ومتفق مع روح الشريعة المطهرة ومقاصدها العامة والخاصة، مع السلامة من التناقض أو التعارض مع الأمور المسلمة من صريح المعقول وصحيح المنقول.

وقد حاولت في هذه العجالة بلوغ الغاية وتحقيق الأمانة بتحرير هذه المسألة الفقهية الشائكة، وتهذيب القول في حكمها، وتنقيح الرأي فيها، نظراً لأهميتها في ذاتها، وأهمية ما يتبنى عليها من تفرعات وتطبيقات في المعاملات المالية المعاصرة عموماً والكفالات المصرفية المتنوعة خصوصاً. وعلى الله سبحانه الاعتماد، ومنه وحده الحفظ والمعونة والاستمداد، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

أدلة جمهور الفقهاء في عدم الجواز والرد عليها

١- لقد نصّ جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال^(١)، وأنّ الكفالة بشرط الجعل له باطلة^(٢)، خلافاً لإسحاق بن راهويه^(٣).

(١) سواء أكان من رب الدّين أو المدين أو أجنبي . انظر: الزرقاني على خليل ٩٩/٥، الخرشي وحاشية العدوي عليه ٩٤/٥، ٣٠/٦، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٧٧/٣، ٣٤٠، ٣٤١، ميارة على التحفة ١٢٠/١، ١٢١، المدونة لمالك ٢٨٤/٥، التاج والإكليل للمواق ١١١/٥، الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٤٢/٣، البهجة شرح التحفة للتسولي وشرح التاودي عليها ١٨٤/١، مواهب الجليل للخطاب ٣٩١/٤، ١١٣/٥، الفتاوى البزازية لابن البزاز ٢/٦، الحموي على الأشباه والنظائر ٧٢/٢، الحاوي للماوردي ١٢١/٨، المغني لابن قدامة ٤٤١/٦ المبدع لابن مفلح ٢١٣/٤، كشاف القناع للبهوتي ٢٠٦/٣، شرح منتهي الارادات للبهوتي ٢٢٥/٢، لباب اللباب للقفصي ص ١٧٥.

(٢) ابن البزاز، الفتاوى البزازية ٢٠/٦، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٤٢/٦، المبسوط للسرخسي ٣٢/٢٠، الحاوي للماوردي ٢١٢/٨، الشرح الكبير للدردير ٣٤٠/٣، الخرشي ٣٠/٦، شرح ميارة على التحفة ١٢٠/١، الشرح الصغير للدردير ٤٤٢/٣ .

(٣) حيث نقل الماوردي في الحاوي عن إسحاق بن راهويه أنّ الضمان بشرط الجعل صحيح. (انظر الحاوي ١٢١/٨).

واستدلوا على ذلك بخمسة أدلة:

الدليل الأول

٢- وهو أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها للضامن يُخرجها من باب التبرع إلى المعاوضة، فكان غير جائز.

غير أن الفقهاء المحتجين بذلك اختلفت تفسيراتهم للتبرع المراد بقولهم "أن الكفالة تبرع"، وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول

٣- ومفاده أن المراد به "تمليك الغير مالاً مجاناً بدون عوض" كما هو الحال في الهبة والصدقة والهدية وسائر العطايا، حيث إن الكفيل في أصل الوضع يعتبر واهباً للمال الذي كفل به وأداه عن المكفول، فلا يرجع عليه بما أدى عنه، لأنه متبرعٌ به. وذلك كما فعل علي وأبو قتادة رضي الله عنهما في كفالتهم لدين المتوفى^(٤)، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على المكفول بما أدّيا عنه، لصار الدين لهما، فكانت ذمة الميت مشغولةً بدينيهما كاشتغالها بدين المضمون له، ولما صلى النبي عليه الصلاة والسلام عليهما.

٤- وهذا الاتجاه ظاهر في نصوص فقهية كثيرة، منها:

* قول الإمام الشافعي: "وإذا كفل العبد المأذون له في التجارة بكفالة، فالكفالة باطلة، لأن الكفالة استهلاك مال لا كسب مال. فإذا كنا نمنعه أن يستهلك من ماله شيئاً، قلّ أو كثر، فكذلك نمنعه أن يتكفل فيعمر من ماله شيئاً، قلّ أو كثر"^(٥).

(٤) حيث روى البخاري والبيهقي وغيرهما عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة ليصلي عليها، فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة: صلّ عليه يا رسول الله، وعليّ دينه. فصلى عليه. (صحيح البخاري ٥٦/٣، سنن البيهقي ٧٢/٦، عارضة الاحوذى ٢٩٠/٤، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢).

وروى الدار قطني والبيهقي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بجنابة، فلما قام ليكبّر، سأل أصحابه: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: عليه دينانير. فعدّل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وقال: صلوا على صاحبكم. فقال علي بن أبي طالب: هما عليّ، برىء منهما. فتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه. (سنن البيهقي ٧٣/٦، سنن الدار قطني ٤٧/٣).

(٥) الأم للشافعي ٢٠٥/٣.

* ما جاء في المدونة من أنَّ "الكفالة عند مالك من وجه الصدقة"^(٦)، و"إنما الكفالة معروف"^(٧). مع بيان المراد بالمعروف ههنا أنه من قبيل الهبة والصدقة والعتق.

* وقول ابن حزم: " لا يرجع الضامن على المضمون عنه أو على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه أصلاً - سواء رغب إليه في أن يضمه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك - إلا في وجه واحد، وهو أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا عليّ، فإذا أدت عني، فهو ذين لك عليّ، فههنا يرجع عليه بما أدّى عنه، لأنه استقرضه ما أدّى عنه، فهو قرضٌ صحيح"^(٨).

٥- وأحسب أن هذا هو الأصل الذي بنى عليه الحنفية قولهم: إن الكفيل بغير أمر المدين يعتبر متبرعاً بما التزم وأدّى، فلا يرجع على المكفول بشيء.. وكذا الحنابلة قولهم: إذا أدّى الكفيل المال وهو لا ينوي الرجوع به على المكفول، كان متبرعاً بما قضى.. وكذا الشافعية قولهم: إن من ضمن مالا عن غيره، وأداه عنه بدون أمره، فلا رجوع له عليه بما قضى، لأنه متبرع فيه^(٩). ويظهر ذلك جلياً في قول السرخسي: "الكفالة بغير الأمر تبرعٌ محضٌ، حتى لا يستوجب الكفيل الرجوع على الأصل عند الأداء"^(١٠).

٦- كما أنه قد يعتبر الأصل الذي بنى عليه جماهير الفقهاء قولهم باشتراط أهلية التبرع في الكفيل لصحة الكفالة^(١١). يتضح ذلك من قول السرخسي في المبسوط: "وكفالة الصبي التاجر بإذن أبيه أو بغير إذنه، بنفس أو مال باطلّة، لأنه تبرع، ولا يملكه الصبي بغير إذن أبيه ولا بإذنه كالهبة"^(١٢). وقوله أيضاً: "ليس للمأذون أن يكفل بنفس ولا مال، لأن الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع، والتبرع ضدّ التجارة، وانفكاك الحجر عنه في التجارة خاصة"^(١٣). وقوله

(٦) المدونة لمالك ٢٨٤/٥ .

(٧) المدونة لمالك ٢٨٤/٥ ، وانظر الذخيرة للقرايبي ١٩٢/٩ .

(٨) المحلى لابن حزم ٥٢٢/٨ ، وانظر أيضاً ٥٣١/٨ .

(٩) المبسوط للسرخسي ١٢/٢٠ ، ١٦٠/٢٦ ، روضة الطالبين للنووي ٢٦٦/٤ ، الحاوي للماوردي ١١٤/٨ ، ١١٥ ، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢٥٠/٢ ، المغني لابن قدامة ٤٤١/٦ ، وانظر م(١١٠١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري .

(١٠) المبسوط للسرخسي ١٧/١٩٥ .

(١١) المبسوط للسرخسي ١١/١٩٦ ، فتح العزيز للرافعي ١٠/٣٦٠ ، روضة الطالبين للنووي ٤/٢٤١ ، البهجة للتسولي ٢/١٨٧ ، الشرح الصغير للدردير ٣/٤٣٢ ، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٥٤ ، المغني لابن قدامة ٧/٧٩ ، ٨١ ، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢/٢٥٠ .

(١٢) المبسوط للسرخسي ٢٠/٨ .

(١٣) المبسوط للسرخسي ٢٦/٢٧ .

أيضاً: "لو كفل المريض عن رجل بألف درهم، وأقرّ بدّين يحيط بماله، فلا شيء للمكفول له، لأنّ الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة، والدّين مقدّم على الهبة في المرض"^(١٤).

٧- والذي أراه أنّ هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع الذي تقوم عليه الكفالة في أصل الوضع غير مسلّم، وذلك لأنّ إعطاء الشارع الحق للكفيل في أن يتبرع برضاه عن المكفول بما يؤدي عنه، وحضّه على ذلك وترغيبه به عند حاجة المدين إليه لا يقتضي أنّ يكون الأصل في الكفالة تبرع الكفيل بما يقضي عن المكفول. يوضح ذلك قول جماهير أهل العلم أنّ الكفيل إذا أدى الدّين المكفول به بأمر المدين أو بناءً على التزامه قضاءه إليه أو بنية الرجوع عليه به - حسب اختلاف الفقهاء في المسألة - فإنه لا يعتبر بحال متبرعاً بما دفع، وله أن يرجع على المكفول بما قضى عنه. ولا حجة في قضاء علي وأبي قتادة دّين الميت، لأنه كان تبرعاً منهما بقصد براءة ذمته ليصلي عليه النبي ﷺ، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء. والكلام في مطلق الكفالة التي لم يُقصد فيها التبرع"^(١٥). هذا وقد انتقد الإمام الرافعي تعبير الفقهاء عن الكفالة بأنها تبرّع محض فقال: "واعلم أنّ القول بكوّن الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرّع"^(١٦).

على أنه لو سلّمنا جدلاً بأنّ الأصل في الكفالة أنها تبرّع محض من الكفيل بما يؤدي عن المكفول، فإنه لا يمتنع شرعاً انقلابها بالتراضي إلى معاوضة، بحيث يستحق الكفيل مثل ما دفع عن المكفول، بل وزيادة عليه أيضاً مقابل التزامه بالأداء إذا لم تُفرض تلك الكفالة لمداينة إلى أجل، إذ من المعلوم أنّ الهبة التي هي أساس التبرعات لا يمتنع شرعاً أن يتراضي الطرفان على قلبها إلى معاوضة - كما في هبة الثواب - حتى ولو كان غرض الواهب فيها الاسترباح والحصول على أكثر مما وهب^(١٧)، إذا انتفت المحظورات الشرعية المعارضة. فإذا كان العوض والاسترباح بتراضي العاقدين سائغاً شرعاً في الهبة التي هي الأصل في التبرعات، فلائذ يكون جائزاً في غيرها، مما يشاكلها أو يشابهها من بعض الوجوه، أولى.

(١٤) المبسوط للسرخسي ٨٤/٢٠ .

(١٥) انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٥٠/٢ .

(١٦) فتح العزيز للرافعي ٣٦٠/١٠ .

(١٧) المبسوط للسرخسي ٧٥/١١، المقدمات الممهّدات لابن رشد (الجلد) ٤٤٣/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٤/٢، أحكام القرآن لابن العربي ١٤٩١/٣، الفتاوى الحانية لقاضي خان ٢٧٩/٣، كشاف القناع للبهوتي ٣٣١/٤، وانظر م (٨٥٥) من المجلة العدلية و م (٨٨١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري.

والاتجاه الثاني

٨- وهو أنَّ المراد به " أن يكون التزام الكفيل بالأداء مجاناً على سبيل المعروف "، أما ما يؤديه عن المكفول من مال، فإنه يكون دَيْناً في ذمته يستوجب الرجوع عليه به في الحال^(١٨). أو بعبارة أخرى: " أنَّ الكفيل متبرعٌ فيما يلتزم لا فيما يؤدي"^(١٩).

٩- وهذا الاتجاه ظاهر في كلام الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم. يتضح ذلك من:

* تعريف ابن قدامة لحقيقة الضمان "بأنه تبرع بالتزام مال"^(٢٠).

* قول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي في تعريف الضمان "وهو تطوُّع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف"^(٢١). أي هو متبرع بالتزام الدَّين فقط، إذ من المقرر في مذهب المالكية أنَّ الكفيل يعود على المكفول بما أدى عنه بإذنه وبغير إذنه^(٢٢).

* ما جاء في المبسوط للسرخسي: "قال أبو حنيفة ومحمد: الكفالة تبرع، وهو تبرع على الطالب بالالتزام له"^(٢٣). وجاء فيه أيضاً: "الكفالة بمنزلة الإقراض، فإنه تبرع في الالتزام، وإن كان عند الأداء يرجع، كما أنَّ المقرض متبرع بأداء المال، وإن كان له حق الرجوع في المال... لأنَّ الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة"^(٢٤)، و"لأنَّ موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل"^(٢٥). وجاء فيه أيضاً أنَّ لأبي حنيفة طريقين: "الثاني: أنَّ الكفالة تبرع في الابتداء، ولكنها إذا صحَّت انقلبت معاوضة، ألا ترى أنَّ الكفيل يرجع بما يؤدي عن المكفول إذا أدى بأمره"^(٢٦).

(١٨) المبسوط للسرخسي ٩٨/٢٠ .

(١٩) وذلك مطلقاً عند المالكية، وحيث نوى الرجوع به عليه عند الحنابلة، وإذا وقع بأمر المدين كما قال الحنفية والشافعية، أو بناء على التزامه القضاء في ذمته كما قال ابن حزم .

(٢٠) المغني لابن قدامة ٧٢/٧ .

(٢١) المعونة للبغدادي ١٢٣٢/٢ .

(٢٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢٩٨/٢، لباب اللباب للقفصي، ص ١٧٧ .

(٢٣) المبسوط للسرخسي ١٧٠/١٩ .

(٢٤) المبسوط للسرخسي ١٤٨/٣٠ .

(٢٥) المبسوط للسرخسي ٣٤/٢٠ .

(٢٦) المبسوط للسرخسي ١٩٦/١١ .

وعلى هذا، فلما كان الأصل في منفعة الالتزام بالدين في عقد الكفالة أن تُبذل من الكفيل مجاناً على سبيل البرّ والإحسان والمعروف، فإنه لا يجوز أخذ الأجر عليها أو المعاوضة عنها كسائر المنافع التي جعلت في أصل الوضع لتبذل على وجه التبرع، نظراً لما في ذلك من تغيير طبيعتها، وإخراجها من صنوف المعروف إلى أبواب المعاوضات المالية^(٢٧).

١٠- والذي يترجح عندي أنّ هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع هو الأولى بالاعتبار، حيث إنّ الكفيل إنما يتبرع بالالتزام بالدين المكفول به (دون أن يؤديه على وجه الهبة) تحقيقاً لمصلحة معتبرة وإسداءً لمنفعة محققة لكل من المدين والدائن على السواء. وقد عبّر عن ذلك الزاهد البخاري بقوله: "وأما الحُسْنُ في الكفالة: فإنّ فيها إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة ببدل الذمة ليضمّمها إلى الذمة، فيتفسح وجه المطالبة، ويسكن قلب المطالب بسبب السعة"^(٢٨).

١١- ولكنّ هذا لا يمنع شرعاً من جواز تغيير صفة الالتزام بأداء الدين من التبرع إلى المعاوضة بالتراضي. يشهد لذلك قول جماهير أهل العلم بجواز اشتراط العوض في العارية (فتنقلب إجارة) مع أنّ الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة، وكذا جواز الوكالة بأجر، مع أنّ الأصل فيها أن يبذل الوكيل منافعه مجاناً لموكله^(٢٩)، كما قال السرخسي: "الوكيل معبرٌ لمنافعه"^(٣٠)، وكذا جواز اشتراط الأجر على الإيداع^(٣١)، مع أنّ الأصل في الوديعة أنها تبرع بالحفظ أو بالالتزام بالحفظ - كما قال الكاساني: "الإيداع من جانب المالك استحفاظاً، ومن جانب المودع التزام بالحفظ"^(٣٢) - إذ في كثير من صورها لا يقوم المستودع بأي عمل لحفظ الوديعة، ولا حتى بشغل

(٢٧) انظر حاشية ابن رحال على ميارة ١/١٢٠.

(٢٨) محاسن الإسلام للزاهد البخاري الحنفي، ص ٩٤.

(٢٩) العقود الدرية لابن عابدين ١/٣٤٧، روضة الطالبين للنووي ٤/٣٣٢، المقدمات الممهدة لابن رشد (الجد) ٣/٥٨، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٣٣٤، مواهب الجليل للحطاب ٥/١٨٨، المغني لابن قدامة ٧/٢٠٤، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢/٣١٧، وانظر م(١٤٦٧) من المجلة العدلية وم(٩٥٣) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري.

(٣٠) المبسوط للسرخسي ١٩/٩٦، ١٢٧.

(٣١) رد المختار لابن عابدين ٤/٤٩٤، الفتاوى الهندية ٤/٣٤٢، تحفة المحتاج للهيتمي، ٧/١٠٠، الرملي على أسنى المطالب ٣/٧٦، الزرقاني على خليل وحاشية البناني عليه ٦/١٢٥، المقدمات الممهدة لابن رشد ٢/٤٦٧، القوانين الفقهية لابن الجزي، ص ٣٨٠، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣١٢، كشف القناع للبهوتي ٤/١٨٥، وانظر م(٨١٤) من مرشد الحيران لقدري باشا.

(٣٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠٧.

مكان لصونها، كما في إيداع وثيقة أو صك أو سند أو جوهرة ثمينة أو مبلغ من النقود أو نحو ذلك مما خف وزنه وقل حجمه وغلا ثمنه.

وعلى هذا، فإذا اشترط الأجر في عقود التبرعات المشار إليها فإنها تنقلب إلى معاوضات، وتترتب عليها أحكامها الشرعية، ولا حرج في ذلك.

١٢- حيث تقرر عند جمهور الفقهاء جواز انقلاب عقود التبرعات تلك إلى معاوضات بالتراضي، فإنه لا يمتنع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع - إلى معاوضة إذا اشترط ذلك؛ لأن الالتزام بحد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعترفة للمتقومة للآدميين والأعيان، فجاز أخذ الأجر عليه في عقد الكفالة، سواء أدى الكفيل الدين إلى المكفول له أو لم يؤدّه، وذلك بشرط واحد وهو أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل، لأن اشتراط الأجر عندئذ يكون حيلة إلى ربا النسبئة وستاراً للتعامل بربا الديون المحرم تحت عنوان الكفالة.

١٣- على أن البعض قد ينازع في جواز أخذ الجعل على محض الالتزام في الكفالة، قياساً على عقود التبرعات التي تنقلب إلى معاوضات بالتراضي شرعاً، مدعياً أنه قياس مع الفارق، نظراً لأن الإعارة بأجر فيها بذل لمنافع عين متقومة، وهي مما يصح مبادلتها بالمال شرعاً، وكذلك الوكالة بأجر فيها بذل لمنافع آدمي، وهي مما تقبل المبادلة بالمال أيضاً، والوديعة بأجر فيها بذل لمكان تُحفظ فيه، وهو مما يقبل ورود عقد الإجارة عليه ومبادلة منافعه بالمال. أما محض الالتزام فليس منفعة كذلك حتى يصح مبادلتها بمال أو أخذ الأجر عليها، فافترقا.

١٤- وجوابي على ذلك أن محض الالتزام فيه منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة، ولذلك صحّ كونه محلاً للعقد في الضمان والوديعة، كما جاز مبادلتها بالمال في كثير من الفروع والمسائل والتطبيقات عند الفقهاء. ومن ذلك:

(أ) جواز أخذ الأجر على محض الالتزام بالحفظ في الوديعة، ولو لم يكن إلى جانبه عمل أو موضع - يُقابل بالمال عرفاً - يبذله المستودع في نظر جماعة من أهل العلم^(٣٣).

(٣٣) انظر المراجع السابقة المذكورة في الحاشية (٣١) عند كلامي على جواز اشتراط الأجر على الإيداع.

(ب) أنَّ الحنفية والحنابلة أجازوا الربح في مقابل الضمان إذ أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال، حيث يتعاقد اثنان فأكثر بدون رأس مال على أن يشترى نسبةً ويبيعا نقداً، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن^(٣٤). ويتخرّج على مذهبه أنه لو اشترك وجيه مع آخر (خامل) على الضمان والربح مناصفة، ولم يشتر الثاني ولم يبيع شيئاً، فإنه يستحق الربح لمجرد الضمان (الذي هو مجرد التزام مالٍ في الذمة) بدون بذل مال أو عمل.

(ج) ما قرره المالكية من جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً، ولو كان محلها ليس بمال، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذ منها، والتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك، وكذا التزام أم الولد بأن لا تتزوج بعد وفاة سيدها على مثل ذلك، والتزام صاحب الدار بتوكيل شخص يبيعها مقابل جعل معلوم يأخذ من الملتزم له ونحو ذلك. وبيان ذلك في النصوص الفقهية التالية:

أولاً: جاء في "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" للحطاب:

"فرع: وأما إعطاء الرجل زوجته أو أم ولده شيئاً على أن لا تتزوج، فذلك جائز. وكذا عكسه، ولا يُمنعان من الزواج، ولكن يُرجع عليهما بما أخذتا.

قال في كتاب الوصايا من المدونة: ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج، جاز ذلك، فإن تزوجت عُزلت. وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج، فأخذتها، فإن تزوجت أُخذت منها.

قال أبو الحسن: وكذلك إذا أوصى لزوجته على أن لا تتزوج، جاز ذلك. قال ابن يونس: كما جاز أن تعطي المرأة زوجها مالاً على أن لا يتزوج عليها، وإن كان ذلك حلالاً لهما، إلا أنهما منعا أنفسهما من الانتفاع بالنكاح لانتفاعهما بالمال، فمتى رجعا عن ذلك رُجع عليهما بما أخذتا^(٣٥).

ثانياً: وجاء في تحرير الكلام أيضاً:

قال ابن القاسم: من قال لرجل: ولّني بيع دارك، ولك عندي عشرة دنانير. قال: إذا فعَلَ وسمى للدار ثمناً، فالعشرة لازمة له، فلا بأس بهذا.

(٣٤) فتح القدير لابن همام ٣٠/٥، بداية المجتهد لابن رشد ١٩٢/٢، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٣٣٩/٢، الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد، ص ٤٢، وانظر م (١٨٨٥) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري .
(٣٥) تحرير الكلام في مسائل الإلتزام للحطاب، ص ١١١ .

قال محمد بن رشد: قوله "وسمى للدار ثمناً" يريد أو فَوْضَ إليه الاجتهاد في بيعها بما يراه من الثمن، لأنه إنما بَدَّلَ له العشرة على أن يتمَّ له ما أراد من بيعها، لما له من الغرض في ذلك. فلو كان لم يُسَمَّ له ثمناً، ولا فَوْضَ إليه الاجتهاد فيما يبيعها به لما جاز له ذلك، إذ لعله لا يرضى أبداً ببيعها بما يُعطى فيها، فتذهب العشرة التي أعطى باطلاً^(٣٦).

١٥- وعلى ذلك، فإني أرى أنه لا حرج شرعاً في أخذ الجعل (الأجرة) في الكفالة مقابل التزام الكفيل بالدين المكفول به. وإنَّ مما يشهد لهذا النظر الفقهي بالاعتبار ثلاثة أمور:

أحدها: قول المالكية على المشهور في المذهب أنه يجوز شرعاً أن يجعل رب الدين للمدين جعلاً إن جاءه بضامن يكفل دينه^(٣٧). قال الدردير: "وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بضامن، فإنه جائز"^(٣٨). وقال الخرشي: "وأما الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بمجمل، فإنه جائز"^(٣٩).

فلولا أنَّ مجرد التزام الكفيل بالدين له قيمة مالية في ذاته لما جاز أن يبذل رب الدين أو الأجنبي الجعل للمدين في مقابلة تقديم كفيل بدينه. صحيح أن أخذ الجعل في هذه الصورة هو المدين وليس الكفيل، ولكنها تشهد لكون الالتزام في عقد الكفالة مما يصح بذل المال في مقابلته والجعل من أجله.

والثاني: قول كثير من فقهاء المالكية بأنه يجوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحطَّ عن المكفول بعض دينه الحالّ على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضربانه^(٤٠).

جاء في الذخيرة للقرافي: ولو كان عليه عشرة إلى شهر، فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم، لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذي له الدين: هبها للذي عليه الدين، كما لو قال: لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين. وقال أشهب: إذا

(٣٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، ص ٢٢٠.

(٣٧) الشرح الكبير للدردير ٣/٣٤١، مواهب الجليل للحطاب ٥/١١٣، الذخيرة للقرافي ٩/٢١٤.

(٣٨) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٤٤٣.

(٣٩) الخرشي على خليل ٦/٣٠.

(٤٠) ميارة على التحفة ١/١٢١، الشرح الكبير على خليل ٣/٣٤١ مع حاشية الدسوقي، الذخيرة للقرافي ٩/٢١٨ وما بعدها.

حطَّ عنه على أن يعطيه حميلاً أو رهناً إلى أجل يجوز، لأنه معروف لغير الضامن. وقال أصبغ: لو أعطاه ديناراً على أن يأتيه بحميل إلى أجل جاز، كما لو حطَّه من دينه" (٤١).

وجاء في مواهب الجليل: "ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم؛ مَنْ قال لرجل: ضَعْ من دينك عن فلان، وأتحمل لك بباقيه لأجل آخر، لا بأس به. لأنَّ له أخذه بحقه حالاً. وروى أشهب عنه جوازه وكراهته. وقال مالك في العتبية: لا يصلح. كمن قال: أعطني عشرة دراهم وأتحمل لك، فالحمالة على هذا حرام. والأول أبين. ولابن القاسم في العتبية: لا بأس أن تقول: خذْ هذه العشرة دنانير، وأعطني بما عليك حميلاً أو رهناً. وعلى أحد أقوال مالك: لا يجوز. ولو قال: أتحمل لك على أن تعطي فلاناً - غير الغريم - ديناراً، لم يجوز. ولمحمد عن أشهب: مَنْ له على رجل عشرة دنانير لأجل، فاسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهناً أو حميلاً، فلا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز" (٤٢).

وجاء في شرح التاودي على التحفة: "إذا قال رجل لربِّ الدين: حطَّ عن غريمك عشرة من المائة، وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل. فإن كانت المائة حالة، فقال مالك في العتبية: لا يصلح ذلك، وكأنه قال: أعطني عشرة، وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به. لأنه كان له أن يأخذه بحق حالاً، فتأخيره إياه كابتداء سلف بحميل. وبه قال ابن القاسم وأشهب وغيرهما. وإن كانت المائة مؤجلة، فقال أشهب: لا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز. لأن أخذه الكفيل في حكم تعجيل الحق، فأشبهه (ضَعَّ وتعجَّل) وهو ممنوع" (٤٣).

فقد دلَّ قول هؤلاء الفقهاء بجواز اشتراط الكفيل على المكفول له أن يحطَّ عن المكفول بعض دينه على أن يضمن له باقيه على مشروعية التزام الكفيل الدين في مقابل مال يسقطه ربِّ الدين عن المكفول، وذلك يقتضي أن محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته، بحيث يصح بذل العوض المالي في مقابلته، ولو لا ذلك لما جاز أن يضع ربِّ الدين عن المدين بعض المال عوضاً عن التزام الكفيل بأداء باقيه.

(٤١) الذخيرة للقرايبي ٢١٣/٩، ٢١٤.

(٤٢) مواهب الجليل للحطاب ١١٣/٥.

(٤٣) التاودي على تحفة ابن عاصم ١٨٥/١.

والثالث: أنَّ كثيراً من فقهاء الحنفية يجيزون استرباح الكفيل بالكفالة كثمرة لالتزامه بالدين فيها، وذلك في صور عديدة وتطبيقات متنوعة، كما لو كفل بألف، ثم قضى المكفول له عرضاً أو قدرأ أقل من الدين المكفول به على سبيل الصلح، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى^(٤٤)... وبذلك يحصل الكفيل على زيادة مالية فوق ما دفع، وذلك نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة.

ومن أمثلة ذلك:

(أ) ما جاء في كتاب الكفالة من الميسوط: "وتعجل الدين المؤجل صحيح، فإذا قبضه الكفيل وتصرف فيه، كان ما ربح حالاً له، لأنه ملك المقبوض ملكاً صحيحاً، فالربح الحاصل لديه يكون له، ولو هلك منه كان ضامناً، لأنه قبضه على وجه اقتضاء الدين الذي له على الأصيل، وعلى وجه الاقتضاء يكون مضموناً على المقتضي... ولو كان الدين طعاماً، فأرسل به الأصيل مع الكفيل إلى الطالب، فتصرف فيه الكفيل فربح، فهذا والأول سواء. ولو أعطاه الطعام اقتضاءً عما كفل به، فباعه وربح فيه، فإنَّ أبا حنيفة يقول: الربح له، ولو تصدق به كان أحبَّ إليّ. وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يطيب له الربح. فالحاصل أنَّ الكفيل إذا قضى الطالب طعامه، فالربح يطيب له، لأنه استربح على ملك صحيح له"^(٤٥).

(ب) ما جاء في الفتاوى الهندية: "كلُّ موضع صححت الكفالة فيه لو أدى المال من عنده، رجع على المكفول عنه، ولا يرجع قبل الأداء. وإذا أدى المال من عنده، رجع بما كفل، ولا يرجع بما أدى، حتى لو أدى الزیوف، وقد كفل بالجیاد، يرجع بالجیاد. ولو أدى مكان الدنانير الدرهم، وقد كفل بالدنانير، أو شيئاً مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح، رجع بما كفل به. كذا في المحيط"^(٤٦).

(ج) ما جاء في الفتاوى البزازية: "لرجل على آخر ألف، وبها كفيل بالأمر، فصالح الكفيل الطالب على إبراء الكفيل خاصة بمائة من الباقي، رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة. ولو صالح الكفيل على مائة على أن وهب الكفيل تسعمائة، رجع الكفيل على المطلوب بالألف كله. ولو صالح الطالب الكفيل على عشرة دنانير أو باعه بعشرة دنانير،

(٤٤) خلافاً للملكية والحنابلة والشافعية في الأصح الذين يقولون إنما يرجع الضامن على المضمون إذا صالح رب الدين بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين. (وانظر المغني لابن قدامة ٨٩/٧، ٩١، روضة الطالبين للنووي ٢٦٧/٤، ٢٦٨، الشرح الصغير للرددير ٤٣٦/٣، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري، ١١٠٤م).

(٤٥) الميسوط للسرخسي ٢٩/٢٠.

(٤٦) الفتاوى الهندية ٢٦٦/٣.

وكذا كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عَرَضُ أو متاع، يرجع بكل الألف على الأصيل"^(٤٧).

(د) قول السرخسي: "وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، وبها كفيل عنه بأمره، فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على أن وهبَ التسعمائة للكفيل أن يرجع بالألف كلها على المكفول عنه، لأنه مَلَكَ جميع الأصل وهو الألف، بعضها بالأداء، وبعضها بالهبة منه، والبعض معتبر بالكل. وهذا لأنَّ الهبة تمليك في الأصل، فمن ضرورة تصحيحه تحوّل الدَّيْن إلى ذمة الكفيل، فلا يبقى للطالب في ذمة الأصيل شيء، ويتحول الكل إلى ذمة الكفيل، ثم يتملكها بالهبة والأداء، فيرجع بها على الأصيل. ولو صالح الكفيلُ الطالبَ على عشرة دنانير أو باعه إياه بعشرة دنانير، كان للكفيل أن يرجع على الأصيل بجميع الألف. لأنه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الألف، ومن ضرورة صحتها تحوّل الدَّيْن إلى ذمة الكفيل، فإنَّ الصلح في غير جنس الحقّ يكون تمليكاً كالبيع. وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عَرَضُ أو متاع، فالجوابُ في الكل سواء"^(٤٨).

الدليل الثاني

١٦- أنَّ الشارع جعل الضمان والجاه والقرض من صنف القُرْبِ وأبواب المعروف التي لا تُفعل إلا لله^(٤٩)، فكان أخذ العوض عليه سحتاً^(٥٠).

جاء في التاج والإكليل - نقلاً عن الأبهري - : "لا يجوز ضمان بجعل، لأنَّ الضمان معروف، ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروفٍ وفعل خير، كما لا يجوز على صوم ولا صلاة، لأنَّ طريقها ليس لكسب الدنيا"^(٥١).

(٤٧) الفتاوى البرازية لابن البزار ١٣/٦ .

(٤٨) المسوط للسرخسي ٥٩/٢٠، وانظر نفس المرجع ١٤٦/١٢ .

(٤٩) قال الصاوي: "لقوله في الحديث: ثلاثة لا تكون إلا لله، القرض والضمان والجاه" . (حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٤٤٢/٣) .

أقول: هذا ليس بحديث نبي، ولم يثبت عند النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك شيء .

(٥٠) مواهب الجليل للحطاب ٣٩١/٤، الزرقاني علي خليل ٣٣/٦، البهجة على التحفة للتسولي ١٨٥/١،

العدوي على الخرشبي ٩٤/٥ .

(٥١) التاج والإكليل للمواق، ١١١/٥ .

وقال الزرقاني والدردير: "وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف في منعه، لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تُفعل إلا لله بغير عوض، فأخذُ العوض عليه سحت" (٥٢). والمراد بالسحت - كما قال الدسوقي -: كسب ما لا يحل (٥٣).

١٧- ولكنّ هذا الاستدلال غير مسلّم في نظري لعدة أسباب:

أحدها: أنّ قياس الأبهري من المالكية عدم جواز أخذ الأجر على الضمان على عدم جوازه على الصوم والصلاة غير سديد، وهو قياس مع الفارق، إذ الصوم والصلاة من أركان الإسلام، والفرائض العينية على المكلف، وإنها لتجب حقاً محضاً لله عز وجل، ولا تُقبل عند الله إلا إذا أُديت خالصة لوجهه. أما كفالة الغير بالمال فليست كذلك بيقين، ولا يجب على المسلم شرعاً أن يضمن ديون الناس كلما طُلب منه ذلك.

والثاني: أنّ القول بعدم جواز أخذ العوض عن المعروف والقرب فيه نظر، فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن (٥٤)، وهي قرينة من القرب، كما نص الشافعية ومتأخرو الحنفية على جواز أخذ الأجر على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة وغيرها. وهو رواية عن أحمد وقول في مذهب مالك (٥٥).

كذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز أخذ الأجرة على تغسيل الميت وتكفينه، مع أنّ الأصل في ذلك أن تكون حسبة لله تعالى (٥٦). وأجاز ابن تيمية أخذ الأجر على الشهادة (٥٧). وجاء في الفتاوى الهندية: "يجوز الاستتجار على تعليم الفقه ونحوه. وهو المختار للفتوى" (٥٨).

بل إن الشافعية نصّوا - في الأصح - على جواز أخذ الأجرة على الواجب العيني كإنقاذ الغريق وتعليم الفاتحة ونحو ذلك (٥٩).

(٥٢) الزرقاني على خليل ٩٩/٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٧٧/٣.

(٥٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٧/٣.

(٥٤) فتح الباري لابن حجر ١٩٨/١٠، زاد المعاد لابن قيم الجوزية ١٧٦/٤.

(٥٥) رد المختار لابن عابدين ٥٧٦/١، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢، البعلبي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، ص ٢٧٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠٢/٣٠.

(٥٦) الشرح الصغير للدردير ٥٥١/١، حاشية الدسوقي ٤٥٨/٤، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢، كشف القناع للبهوتي ٤٠٣/٤.

(٥٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ٩٩/٢٨.

(٥٨) الفتاوى الهندية ٤٤٨/٤.

(٥٩) تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٠/٧، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢.

وحقيقة الأمر - فيما يظهر لي - أنَّ الأصل في أعمال الخير والبر أنَّ تكون لوجه الله تعالى وبدون أجر، فإن لم يتوفر من يقوم بذلك مجاناً، جاز بذل المال لمن يشترط الأجر على القيام بها. ولا يخفى أنَّ الوكالة والإيداع كانا في القديم بيدلان بين الناس مجاناً على سبيل الإحسان والمعروف، فلما تغيّر العصر والزمان وأحوال الناس، وصار من المتعارف بينهم أنَّ تكون بأجر وعوض للوكيل والوديع غالباً، لم يجمد الفقهاء على مقتضيات الأعراف البائدة والعوائد المنقطعة، بل راعوا مستجدات الزمان وأحوال الناس وعاداتهم الجارية، فنصّوا على جواز أخذ الأجر عليها.

وكذلك يقال في الكفالة، فقد كان العمل الجاري فيها بين الناس سابقاً أنَّ تصدر من الكفيل مجاناً على سبيل المعروف، ولكن بعد تغيّر الزمان واختلاف الأحوال والأعراف، وكثرة أعباء الحياة وشحّ الناس بالخير أصبح محتاج الضمان لا يجد نباتاً من يكفله مجاناً، وخصوصاً إذا كانت الكفالة المطلوبة ذات مواصفات خاصة ومحددة كسائر الكفالات المصرفية التي تقدمها البنوك مقابل أحوار، وتتكلف في سبيل القيام بها جهوداً ونفقات وأعباء لا يستهان بها، فاقترضت تغيير الحال القول بجواز أخذ الأجر عليها إذا انتفت الموانع الشرعية العارضة، إذ لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان، طالما أنَّ ذلك لا يتعارض مع نصّ شرعي.. ومبلغ علمي أنه لا يوجد نصّ تشريعي يحظر أخذ الأجر على الضمان ولا على غيره من أبواب المعروف والبر والخير إذا تراضى عليه الطرفان.

وفي ذلك يقول بعض الباحثين المعاصرين: إنَّ المشاهد أنَّ الضمان لو بقي يقدم طوعاً وتبرعاً بدون أجر لتعسّر على كثير من الناس في أيامنا هذه الحصول عليه، وإن أمكنهم فقد لا يتم لهم ذلك في الوقت المطلوب، أو بالحجم المرغوب. كما أنَّ الناس يتفاوتون في إقدامهم على طلب الضمان، فهناك الفقير، وهناك الغني، وهناك التاجر الذي يحتاج إلى عدد غير قليل من الكفالات لتسهيل أعماله في الوقت المطلوب وبالحجم المنشود دون عناء ولا طلب إحسان أو معروف... فبما تُرى لو قامت خدمات منظمة لهذا الضمان وإدارته، على يد أناس متخصصين - بما يليق بمستوى العصر، وبما يلبي حاجات الناس والتجار المتزايدة إليه، وبما يكفل للقائمين على ذلك الاستمرار في تقديم هذه الخدمات، في ظل المنافسات الداخلية والخارجية القائمة على استخدام أحدث الأساليب الفنية والتنظيمية، وأحدث الأدوات والآلات، لتوفير متطلبات الدقة والسرعة المطلوبتين في عالمنا المتطور بسرعة مذهلة - فتكبدوا الجهود والأموال والأوقات في سبيل إدارتها وتنظيمها، فهلا يمكنهم أن يأخذوا من الأجر ما يسمح لهم باسترداد ما أنفقوا وبذلوا مع زيادة ربح يليق بعملهم وعمل أمثالهم؟! !

لقد سبق لفقهاءنا أن أجازوا مثل ذلك الأجر للإمام والخطيب والمؤذن والشاهد ومعلم القرآن والفقهاء إذا احتزفوا ذلك، بعد ما تغير الزمان وأعرض عامة الناس عن التطوع والتبرع به، بحيث يقتضي استحقاق الأجر عليها وجوب الالتزام بأدائها والقيام بها على الوجه المطلوب، وصارت بذلك واجباً ووظيفة بعد أن كانت ندباً واستحباً^(٦٠).

والثالث: أن إطلاق القول بأن الجاه من أبواب المعروف التي لا تفعل إلا لله تعالى، فلا يجوز أخذ الأجر عليه غير مسلم، لأن المسألة خلافية في الأصل.. كذلك فإن بذل الجاه ليس من قبيل الواجبات العينية من صوم وصلاة - كما ادعى الأبهري - إذ لا يجب شرعاً على كل ذي جاه أن يذهب مع كل أحد وأن يبذل جاهه لتحقيق غرض كل طالب. قال الدسوقي: "وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم لأنه من باب الأخذ على الواجب، ولا يجب على الإنسان أن يذهب مع كل أحد!"^(٦١).

لهذا ذهب الحنابلة والشافعية إلى جواز أخذ الأجر على الجاه مطلقاً^(٦٢). فجاء في المبدع: "إذا قال: اقترض لي مائة، ولك عشرة، صح، لأنه في مقابلة ما بذل من جاهه"^(٦٣). وقال ابن حجر الهيتمي: "وليس من الرشوة بذل مال لمن يتكلم مع السلطان مثلاً في جائز، فإن هذا جعله جائزة"^(٦٤). وجاء في فتاوى النووي "أنه سئل عن من حُبسَ ظلماً، فبدلَ مالاَ فيمن يتكلم في خلاصه بجاهه وبغيره، هل يجوز؟ وهل نصَّ عليه أحد من العلماء؟ فقال: نعم: يجوز. وصرح به جماعة منهم القاضي حسين، ونقله عنه القفال المروزي. قال: وهذه جعله مباحة، وليس هو من باب الرشوة، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات"^(٦٥).

وحتى المالكية، فلهم تفصيل في جواز أخذ الأجر على الجاه، نقله الونشريسي عن القوري، وهو أن العلماء اختلفوا في ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل؛ وأنه إذا كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر، فأخذ أجره مثله، فذلك جائز، وإلا حرم. قال ابن رحال: هذا التفصيل هو الحق^(٦٦).

(٦٠) اقتراح للمصارف الإسلامية يتعلق بخطابات الضمان للدكتور رفيق المصري بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠١٤هـ (ورقة غير منشورة) باختصار.

(٦١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٤/٣.

(٦٢) المغني لابن قدامة ٤٤١/٦، كشف القناع للبهوتي ٣٠٦/٣، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢٢٥/٢، وانظر م(٧٣٠) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري.

(٦٣) المبدع لبرهان الدين ابن مفلح ٢١٣/٤.

(٦٤) الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي ١٩٠/٢.

(٦٥) فتاوى النووي، ص ١٥٤.

(٦٦) البهجة شرح التحفة للتسولي ١٨٤/١، حاشية الدسوقي ٢٢٤/٣، المعيار للونشريسي ٢٣٩/٦.

والرابع: أن إطلاق القول بأن القرض لا يكون إلا لله ليس بمسلّم أيضاً، بل فيه تفصيل ونظر. وبيانه أن القرض في النظر الشرعي على أربعة وجوه:

(١) أن يكون لوجه الله تعالى. وللمقرض فيه الأجر والمثوبة من الله تعالى.

(٢) أن يكون لوجه المقرض. أي أن المقرض يقصد به استرضاءه وتطييب نفسه، فله عندئذ وجه صاحبه؛ أي رضاه وطيب نفسه.

وهذان الوجهان ليس فيهما ازدياد، وكلاهما سائغ شرعاً، حيث روى مالك في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنه قال: السلف على ثلاثة وجوه: سلفٌ تُسلفه تريد به وجه الله، فلك وجه الله. وسلفٌ تُسلفه تريد به وجه صاحبك، فلك وجه صاحبك. وسلفٌ تُسلفه لتأخذ حبيثاً بطيب، فذلك الربا^(٦٧).

(٣) أن يكون لنفع المقرض والمقرض جميعاً من غير مضرّة بواحد منهما. كما في السفتجة التي أجازها كثير من محققي الفقهاء، حيث ينتفع المقرض بأمن خطر الطريق وتوفير الجهد وأجرة نقل أمواله إلى البلد الآخر، كما ينتفع المقرض بمثل تلك المنفعة تماماً.

قال ابن تيمية: "ولكن قد يكون القرض منفعاً للمقرض، كما في مسألة السفتجة، ولهذا كرهها من كرهها. والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المقرض ينتفع بها أيضاً، ففيها منفعة لهما جميعاً إذا أقرضه^(٦٨). وجاء في مجموع فتاوى ابن تيمية: "إذا أقرضه دراهم ليستوفيها منه في بلد آخر، مثل أن يكون المقرض غرضه حمل الدراهم إلى بلد آخر، والمقرض له دراهم في ذلك البلد، وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض، فيقرض منه يكتب له سفتجة، أي ورقة إلى بلد المقرض. فهذا يصح في أحد قولي العلماء. وقيل: نُهي عنه، لأنه قرضٌ جرّ منفعه، والقرض إذا جرّ منفعه كان ربا. والصحيح الجواز، لأن المقرض رأى النفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد، وقد انتفع المقرض أيضاً بالوفاء في ذلك البلد وأمن خطر الطريق، فكلاهما منتفع بهذا الاقتراض، والشارع لا ينهي عما ينفعهم ويصلحهم، وإنما ينهي عما يضرهم"^(٦٩).

(٦٧) الموطأ للمالك ٢/٦٨٢.

(٦٨) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥١٥.

(٦٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥٣٠.

وإنَّ من التطبيقات المعاصرة لهذا الوجه من القروض: الإيداع الخالي من الفائدة الربوية في الحساب الجاري (تحت الطلب) لدى المصارف والمؤسسات المالية، إذ ليس قَصْدُ الْمُقْرَضِ (المودع) في وديعته المصرفية وجه الله تعالى ولا وَجْهَ الْبَنْكِ ولا الحصول على الفائدة الربوية، ولكن أن ينتفع بحفظ ماله وصونه من الأخطار بإيداعه لدى المصرف، وإمكان سحبه كلياً أو جزئياً في أي وقت يريد من أي فرع من فروع المصرف أو من أي جهاز من أجهزة السحب الإلكتروني التابعة وينتفع المصرف (المقترض) في مقابلة ذلك باستثمار المال لحسابه ومصلحته مادام مودعاً لديه.

(٤) أن يكون لنفع المقرض بأخذ زيادة مشترطة فيه من المقترض، فهذا قرضٌ ربوي محرّم يُراد به أخذٌ حبيث بطيب كما قال ابن عمر رضي الله عنهما. والحبيث: هو الزيادة المحرّمة. وإنما يؤخذ عوضاً عن الطيب، وهو الحلال الذي أعطاه، لأنه كان طيباً قبل أن يقرضه على وجه الربا^(٧٠).

الدليل الثالث

١٨- أنَّ العوض المالي إنما يستحق شرعاً في مقابلة عمل أو مال، وليس الضمان عملاً ولا مالاً، فكان أخذه بسببه من أكل أموال الناس بالباطل أو من قبيل الرّشوة^(٧١).

قال الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر: "أقول: لعل وجه عدم الصحة أنَّ الكفالة ليست عملاً يصح أن يجعلَ لها أجراً"^(٧٢). وقال الماوردي: "لأنَّ الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً، فلا يستحق به جعلاً"^(٧٣).

وقال الدردير: وعلة المنع أنَّ الغريم إذا أدى الدّين لربه، كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل^(٧٤). وجاء في المبسوط: "ولو كفّل رجلٌ عن رجل بمال على أن يجعل له جعلاً، فالجعل باطل. هكذا روي عن إبراهيم. وهذا لأنه رشوة، والرّشوة حرام، فإنَّ الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال، فلا يجوز أن يُجب عليه عوضٌ بمقابلته"^(٧٥).

(٧٠) المنتقى للباقي ٩٨/٥ .

(٧١) ميارة على التحفة ١/١٢٠، ١٢١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٤١ .

(٧٢) غمز عيون البصائر للحموي ٧٢/٢ .

(٧٣) الحاوي الكبير للماوردي ٨/١٢١ .

(٧٤) الشرح الصغير الدردير ٣/٤٤٢ .

(٧٥) المبسوط للسرخسي ٢٠/٣٢ .

١٩- وهذا الاستدلال غير مسلم في نظري من وجهين:

أحدهما: أن اعتبار الجعل على الكفالة بالمال من قبيل الرشوة غير سديد، لأن الرشوة في المصطلح الشرعي هي: " ما يُعطى لإبطال حقّ أو لإحقاق باطل"^(٧٦). وقيل: هي ما يُعطى للإعانة على الباطل. فأما ما يُعطى توصيلاً إلى أخذ حق أو دفع ظلم فليس بداخل فيها^(٧٧). وقال الهيثمي: "هي دفع مال للتوصل إلى نيل ما لا يُستحق أو إلى أذية مسلم"^(٧٨). ومن المعلوم أن إعطاء الجعل على الضمان لا يُقصد به التوصل إلى تلك المحظورات البتّة، وأن الغرض منه تثبيت حقّ الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مال وإحكامه، بحيث يتمكن المكفول له عند امتناع المدين عن الوفاء - لأي سبب من الأسباب - من استيفاء دينه من الضامن الملتزم بالأداء.

ولا شك عندي أن التزام الضامن بذلك يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للطالب يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعاً - كمنافع الأعيان ومنافع الآدميين - إذا تعارف الناس على ذلك. وعليه فإذا تراضى الكفيل والطالب على مبادلتها بمال، فعندئذٍ يلزم الطالب أداء ما أوجبه على نفسه بدلاً عن محض التزام الكفيل بأداء الدين المكفول به، إذ الأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال إلا ما قام الدليل على حظره، ولم يرد ههنا نص شرعي أو قياس صحيح على المنفع.

والثاني: أن القول بعدم استحقاق الجعل شرعاً إلا في مقابلة عمل، والضمان ليس بعمل، فكان أخذ الجعل عوضاً عنه - إذا أذى المدين دينه للمكفول له وبرئت ذمة الضامن بذلك - سُحْتاً وأكلاً لمال الناس بالباطل.. محلّ نظر، وذلك لأن محض الالتزام بالضمان مما يجوز المعاوضة عنه بالمال وأخذ الجعل عليه في نظر كثير من الفقهاء، حيث إنه وإن لم يكن عملاً، فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة المبدولة في كليهما، وليس في ذلك مخالفة لنص شرعي أو قاعدة مجمع عليها. وقد قدمنا العديد من الأمثلة والتطبيقات الفقهية التي تشهد لهذا الأصل بالاعتبار في (ف/١٤) من البحث.

(٧٦) التعريفات للجرجاني، ص ٥٩ .

(٧٧) النهاية لابن الأثير ٢/٢٢٦ .

(٧٨) الزواجر للهيتمي ٢/١٩٠ .

الدليل الرابع

٢٠- إنَّ اشتراط الأجر على الكفالة يؤول إلى بيع الغرر، وهو محظور شرعاً. قال التاودي: "لأنه إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة، قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين، وقد يؤدي فيربح العشرة"^(٧٩). وقال المازري: "إنَّ ذلك من بيعات الغرر، لأنَّ من اشترى سلعة، وقال الرجل: تحمّل عني بثمنها، وهو مائة، على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة وقال لآخر: تحمّل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق، وأنا أعطيك عشرة، لم يدر الحميل، هل يُفلس من تحمّل عنه أو يغيب، فيخسر مائة دينار، ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة، فيأخذ العشرة!"^(٨٠).

٢١- وهذا الاحتجاج في نظري وجيه معتبر لو كان التكييف الفقهي للأجر على الضمان أنه عوض عن الدّين المكفول به إذا أداه الضامن لرب الدّين. ولكنه غير مسلم بناءً على ما قدمنا من أنّ الجعل في الضمان إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدّين المكفول به في ذمته، سواء أداه أو لم يؤدّه.. ولما كان الأمر كذلك، فحيث قام الضامن ببذل ذمته في الالتزام بالدّين، فإنه يستحق عوضه المشروط على أي وجه، ولا غرر في المسألة.. ثم ينظر بعد ذلك:

(أ) فإن أدّى الدّين عن المكفول، وكان الضامن مديناً للمكفول بمثل الدّين الذي وفاه عنه، وقعت المقاصه بين الدّينين، وبرئت ذمة كلّ من الضامن والمضمون، وانقضت الكفالة والمداينة المترتبة عليها، وطاب للضامن الجعل الذي أخذه بدلاً عن التزامه بالدّين، ولا حرج في ذلك شرعاً.

(ب) وإن أدّى الضامن الدّين عن المكفول دون أن يكون مديناً له بمثل ذلك الدّين، ثم بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه أو نحوه، انتهت الكفالة وكذا المداينة الناشئة عنها حالاً، وكان للضامن الجعل المشروط عوضاً عن التزامه بالدّين كذلك.

(ج) فإن لم يكن هذا ولا ذاك، وقد أدى الضامن الدّين المكفول به للطالب، فعندئذ تنشأ عن ذلك مداينة إلى أجل بين المكفول والضامن بالمال الذي أداه عنه، تترتب عليها سائر أحكام المداينات المقررة شرعاً، ولكن ليس في هذه الحالة - بهذا التكييف - صورة الغرر المنهي عنه في البيوع أصلاً. غير أنه نظراً لكون الأجر على الالتزام ههنا فيه شبهة ربا الديون أو هو ذريعة إلى ربا النسيئة، فإنه يكون محظوراً شرعاً لذلك، لا لكونه من بيوع الغرر.

(٧٩) شرح على التحفة للتاودي ١٨٤/١ .

(٨٠) شرح ميارة على التحفة ١٢١/١ .

الدليل الخامس

٢٢- أنّ الكفيل إذا أدى الدّين عن المضمون، فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى، مع زيادة ما أخذ من الجعل، وذلك لا يجوز، لأنه قرض بشرط الزيادة وسلفٌ جر نفعاً، وهو ربا^(٨١).

قال ابن عابدين: لأنّ الكفيل مُقرضٌ في حقّ المطلوب، وإذا شُرطَ له الجعل مع ضمان المثل، فقد شُرطَ له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل، لأنه ربا^(٨٢). وقال ابن قدامة: "لأنّ الكفيل يلزمه الدّين، فإذا أداه وجبَ له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً، صار القرضُ جازراً للمنفعة، فلم يجز"^(٨٣). وقال الدسوقي: "لأنّ الضامن إذا غرمَ الحقّ للطالب، رجع على المدين بمثل ما غرم، مع زيادة ما أخذ من الجعل، وهذا لا يجوز، لأنه سلفٌ بزيادة"^(٨٤).

٢٣- وهذا الدليل ليس بمسلّم على إطلاقه لأمرين:

أحدهما: أنّ الجعل في الضمان - كما أسلفنا - هو عوض عن محض الالتزام بالدّين، سواء أداه الكفيل فيما بعد أم لا.

والثاني: أنّ الكفيل إذا قضى الدّين المكفول به، فلا يكون بذلك مُقرضاً للمكفول، ولا تسري عليه بمقتضى عقد الكفالة الأحكام الشرعية المتعلقة بالقرض، وذلك لأنّ عقد الكفالة في الأصل مختلف في طبيعته وأحكامه عن القرض، فالأول من عقود التوثيق والثاني من عقود التمليك.. وليس من دقيق العبارة القول بأن الكفيل إذا أدى للمكفول له الدّين المكفول به، فيكون قد أقرض المكفول ذلك المبلغ المدفوع، فإن أخذ علاوة على مقدار القرض باسم الجعل على الكفالة، فهو ربا.. وذلك لأنّ الضامن إنما ملّك المال للمكفول له (الدائن) لا للمكفول (المدين) ولهذا لا يصح تسمية الأخير مقترضاً من الكفيل، ولا اعتباره كذلك في الأحكام. صحيح أنه بعد الأداء يصير مديناً له بمثل ما أدى عنه، ولكن المدين ليس هو نفس المقرض في الاسم والأحكام، بل هو أعم مطلقاً منه - إذ الدّين قد يكون منشؤه سلماً أو بيعاً بثمن مؤجل أو إتلافاً لمال الغير عدواناً أو أمراً لآخر بشراء شيء أو بناء بيتٍ أو استئجار عقارٍ له أو غير ذلك من أسباب ثبوت الدّين في

(٨١) الفتاوى البزازية لابن البزاز ٢٠/٦، المبدع لابن مفلح ٢١٣/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣٠٦/٣، الحرشي ٣٠/٦، الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٤٢/٣، ميارة على التحفة ١٢٠/١، ١٢١، التاودي على التحفة ١٨٤/١.

(٨٢) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٤٢/٦.

(٨٣) المغني لابن قدامة ٤٤١/٦.

(٨٤) حاشية الدسوقي في الشرح الكبير ٣٤١/٣.

الذمة^(٨٥) - ومن هنا كان كل قرض دَيْناً، وليس كل دَيْن قرضاً أو ناشئاً عنه، إذ الأخصُّ مطلقاً يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس. وعلى ذلك فتطبق على هذه الصورة أحكام الدَّين لا أحكام القرض على الخصوص.

٢٤- إذا تقرر ذلك، فإني أقول:

.. إذا وُفِّي الضامن عن المكفول، ثبت ذلك المال المؤدي دَيْناً في ذمة المكفول للضامن. ثم بعد ذلك ينظر: فإن كان المكفول دائناً للضامن بمثل ما أدى عنه، وقعت المقاصة جبراً بين المدنين، وانقضت المداينة الناشئة عن ذلك الأداء، ولا حرج عند ذلك شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط في مقابلة مجرد الالتزام بأداء الدَّين.

.. وكذا إذا لم يكن دائناً له بشيء، ولكنه بادر لوفاء الضامن مقدار ما دفع عنه فور السداد أو يومه أو عقبه دون تأخير، وذلك لانقضاء الدَّين الناشئ عن الأداء حالاً دون تأجيل، ولا حرج عندئذ شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط عوضاً عن الالتزام بالدَّين، كما أسلفنا في الصورة الأولى، إذ ليس في هاتين الصورتين حقيقة ربا النسبة ولا شبهته ولا الذريعة إليه.

.. ومثل ذلك يقال فيما إذا كان الكفيل مديناً للمكفول بجزء من الدَّين الذي أداه عنه، ثم بادر المكفول بقضائه بقيمته فور سداده أو نحو ذلك دون تأخير. وفي هذه الحالة يطيب للضامن أيضاً الجعل مقابل التزامه بالدَّين، إذ ليس هناك مانع شرعي من ذلك.

.. أما إذا لم يكن الضامن الذي وُفِّي دَيْن المكفول مديناً له بمثل ما قضى عنه، ولم يبادر المكفول بتوفيقه مثل ما أدى عنه حالاً، حتى صار ذلك المال المؤدي - كله أو جزؤه - دَيْناً موجلاً في ذمته، ففي هذه الحالة يكون الأجر المشروط على الضمان حيلة لأكل ربا النسبة أو ذريعة إليه، وذلك محرّم شرعاً. وكذا إذا وقعت الكفالة بجعلٍ أساساً على أن يكون الأمر على هذا النحو، لقيام نفس المعنى الشرعي الحاضر. والله أعلم.

الخلاصة

لقد تبين لنا بعد النظر فيما قاله الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الكفالة أن قول جمهور الفقهاء بعدم جواز اشتراطه وأخذه مطلقاً غير سديد، لعدم سلامة الأدلة التي ساقوها والعلل التي

(٨٥) انظر: دراسات لحما، ص ٤٦ وما بعدها .

قدموها من الإيراد عليها، كما أنّ القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقاً غير صحيح أيضاً، وذلك نظراً لما قد يفرضي إليه من التعامل بربا النسبته تحت ستار عقد الكفالة، وذلك محرّم شرعاً.. وأنه لا بد في المسألة من التفصيل.

وبيان ذلك: أنّ الكفالة بالمال فيها ثلاثة أمور:

* التزام الكفيل بالدين أو المطالبة به.

* أداء الكفيل الدين المكفول به إلى ربه.

* رجوع الكفيل على المكفول بما أدى عنه إن وقع ذلك.

واشترطُ الجعل فيها له في التطبيق خمسة أحوال:

(أولها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى المكفول الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي - يجوز أخذ الأجر عليه، حيث أنّ مجرد الالتزام بالدين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للمكفول، فجاز المعاوضة عنه بمال، لتعارف الناس على تقويمه، وتراضي الطرفين عليه، اعتباراً بسائر منافع الأدميين والأعيان المالية التي لا خلاف في جواز مبادلتها بالمال، وتخريجاً على أقوال كثير من الفقهاء بجواز المعاوضة عن مجرد الالتزام بالمال، وأخذ الجعل عليه، وذلك في فروع ومسائل وتطبيقات عديدة في المذاهب المختلفة.

(وثانيها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، وذلك لوقوع المقاصة جبراً بين المدينين، وبراعة ذمة كل من الكفيل والمكفول بها، وانتهاء الكفالة والمدانة المترتبة عليها حالاً دون تأجيل.

(وثالثها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مديناً للمكفول ببعض الدين الذي قضاها عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول على الفور بوفائه القدر الباقي في ذمته من المال الذي أداه عنه، وذلك لانتهاء الكفالة والمدانة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

(ورابعها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول دون أن يكون الضامن مديناً له بمثل الدين الذي أداه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه، وذلك لانتهاء الكفالة وكذا المدانة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

(وخامسها) أنَّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول، ولم يكن الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدرًا ووضعًا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفاته، حتى صار المبلغ المؤدي كله أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأنَّ الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

- الأنصاري، أسنى الطالب وحاشية الرملي عليه، القاهرة: المطبعة الميمنية ١٣١٣هـ.
- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.
- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٥١م.
- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٦هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله بن محمد، أحكام القرآن، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٧٦هـ.
- ابن الهمام، الكمال، فتح التدبير على الهداية، القاهرة: المطبعة الميمنية، ١٣١٩هـ.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع فتاوى ابن تيمية، السعودية، ١٣٩٨هـ.
- ابن جزى، الغرناطي، القوانين الفقهية، تونس: الدار العربية للكتاب، ١٩٨٢م.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، القاهرة: المطبعة السلفية (د.ت.).
- ابن حزم الأندلسي، المحلى، القاهرة: المطبعة المنيرية، ١٣٥٠هـ.
- ابن راشد، القفصي المالكي، لباب اللباب، تونس: المطبعة التونسية، ١٣٤٦هـ.
- ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ.
- ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٩هـ.
- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ.
- ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، المطبعة الأميرية بولاق، ١٣٠٠هـ.
- _____، رد المختار على الدر المختار، مطبعة الأميرية بولاق، ١٢٧٢هـ.
- _____، منحة الخالق على البحر الرائق، القاهرة: دار الكتب العربية الكبرى، ١٣٣٣هـ.
- ابن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة هجر، ١٤١٠هـ.
- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد من هدى خير العباد، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٣٩٩هـ.

- ابن مفلح، برهان الدّين، المبدع شرح المقنع، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ.
- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٣٢هـ.
- البعلي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ.
- البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، مكة المكرمة: المكتبة التجارية (د.ت.).
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، مكة المكرمة: مطبعة الحكومة، ١٣٩٤هـ.
- _____، شرح منتهى الإرادات، بيروت: عالم الكتب (د.ت.).
- التاودي، شرح على التحفة، القاهرة: مصطفى الباني الحلبي، ١٣٧٠هـ.
- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ.
- الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، الدار التونسية للنشر، ١٩٧١م.
- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام الشريف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ.
- _____، مواهب الجليل على مختصر خليل، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ.
- حماد، نزيه، دراسات في أصول المداينات، الطائف: دار الفاروق، ١٤١١هـ.
- الحموي، أحمد بن محمد، غمزعيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، استانبول، ١٢٩٠هـ.
- الحنفي، الزاهد البخاري، محاسن الإسلام، القاهرة: مطبعة القدسي (د.ت.).
- الخرشي، محمد، شرح على مختصر خليل وحاشية العدوى عليه، ط. بولاق، ١٣١٨هـ.
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه، القاهرة: دار المعارف، ١٩٧٤م.
- الدسوقي، شمس الدّين محمد عرفة، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة: مطبعة مصطفى محمد، ١٣٧٣هـ.
- الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: مطبعة التضامن الأخوي، ١٣٤٨هـ.
- الزرقاني، عبد الباقي، شرح على خليل، القاهرة: مطبعة محمد مصطفى، ١٣٠٧هـ.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المسوط، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٤هـ.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط. بولاق، ١٣٢٤هـ.
- الشريبي، الخطيب، معنى الاحتاج شرح المنهاج، القاهرة: مطبعة مصطفى الباني الحلبي، ١٣٧٧هـ.
- عبد الحميد، إبراهيم، الشركة، الكويت (الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية) (د.ت.).
- الفتاوى البزازية (بهاشم الفتاوى الهندية)، ط. بولاق ١٣١٠هـ.
- الفتاوى الهندية (العالمكبرية)، بولاق ١٣١٠هـ.
- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب احمد، جدة: شركة تهامة، ١٤٠١هـ.
- قاضي خان، الفتاوى الخانية (بهاشم الفتاوى الهندية)، ط. بولاق ١٣١٠هـ.
- قدري باشا، محمد، مرشد الخيران لمعرفة أحوال الإنسان، القاهرة: المطبعة الأميرية، ١٩٣١هـ.
- الكاساني، علاء الدّين، بدائع الصنائع، القاهرة: مطبعة الجمالية، ١٣٢٧هـ.

- للقرافي، أحمد بن ادريس، الذخيرة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤ م.
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، بيروت، ١٣٨٨ هـ.
- المواق، أبو عبدالله محمد الاندلسي، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩ هـ.
- ميارة، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، شرح ميارة على التحفة وحاشية ابن رحال عليه، القاهرة: مطبعة الاستقامة.
- النووي، محي الدين يحيى، الفتاوى المسماة بالمسائل المشورة، حلب: المطبعة العربية، ١٣٩٨ هـ.
- _____، روضة الطالبين، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٣٨٨ هـ.
- الهيتمي، ابن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بيروت: دار المعرفة (د.ت.).
- _____، تحفة المحتاج على المنهاج، القاهرة: المطبعة الميمنية، ١٣١٥ هـ.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠١ هـ.

Charging Fees for Debt-Guaranties: Extent of Permissibility in Islamic *Fiqh* (Jurism)

NAZIH KAMAL HAMMAD

*Consultant in Islamic Law - Canada
(Formerly) Professor of Islamic Fiqh
Umm Al-Qura University
Makkah Al-Mukarramah, Saudi Arabia*

ABSTRACT. The great majority of Islamic Jurists have always considered it unlawful to charge a fee for a debt-guaranty. We have found this unqualified stand (untenable and questionable). On the other hand, unqualified permissibility of such a fee is also untenable, as it may lead to usurious loans under the pretext of a debt guaranty. Hence, one must detail one's answer, as is done in this paper.

I found that charging a fee is permissible in cases where both the guaranty and its associated debt terminate together without delay. Such is the case if the guarantor happened to be in debtor to the guaranteed, for an equivalent amount; or if, once the guarantee became effective, the guaranteed paid the guarantor (immediately) or in the same day.

In case where the indebtedness of the guaranteed towards the guarantor is not immediately extinguished after it had arisen i.e. he becomes indebted to the guarantor on a deferred basis, in such cases it is NOT permissible to charge a fee, which becomes in effect a device for devouring forbidden interest on deferred debt.

نزیه کمال حماد

مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي
المجلد ٩ ، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ٩٥-١٢٢

تعليق : تجاني عبدالقادر أحمد

مستشار مالي

المركز الوطني للاستشارات الإدارية - جدة (*)

الأستاذ الدكتور نزیه حماد غني عن التعريف والتكريظ، فهو من الفقهاء القليلين الذين جمعوا بين دقة الفهم ووضوح العبارة الفقهية وبين المعرفة والفهم العميق للمعاملات المالية المعاصرة المتجددة والمتطورة. ويحمل الكاتب تقديراً خاصاً للمؤلف ويدين له بعرفان التعلم، وإن كان من على البعد من خلال دراسة كثير من الفتاوى والآراء الفقهية التي دونها المؤلف الكريم خلال السنوات الست الماضية. وما حفزني لكتابة هذا التعليق هو محاولة استكمال لبنة في هذا البحث القيم الملح موضوعه، أحسب أن شدة الورع واختيار الأحوط هما وحدهما اللذان حالاً بين المؤلف وبين وضع تلك اللبنة.

(*) يود الكاتب أن يشكر الدكتور محمد علي القرني الذي أدى النقاش معه حول الموضوع إلى بلورة الفكرة الأساسية لهذا التعليق، والأستاذ عبدالرزاق الخريجي الذي أفاد الكاتب بإيضاحات مهمة، وكذلك الدكتور محمد أنس الزرقا والدكتور سيف الدين إبراهيم على ما أبديا من ملاحظات على المسودة الأولى لهذا التعليق، ويبقى الكاتب وحده مسؤولاً عن أي قصور يرد فيه.

١ - كما بين المؤلف الكريم، فإن غرضه من إعداد الدراسة هو مراجعة رأي الفقهاء الداهيين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة، بهدف الوصول إلى نظر فقهي محرر ومؤصل ومتفق مع روح الشريعة، سالم من التناقض أو التعارض مع صريح المعقول وصحيح المنقول، وإن اختلف هذا النظر الفقهي المحرر والجديد عما اعتمده بعض الفقهاء من آراء في الموضوع.

٢ - وقد خلص المؤلف - حفظه الله - من بعض ما خلص إليه إلى أن الحكم بعدم جواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقاً غير سديد، لعدم سلامة الأدلة والعلل التي ساقها وقدمها الفقهاء المانعون لأخذ الأجر على الكفالة، من الإيراد عليها.

وأهم إيراد ساقه المؤلف الكريم على حجج الفقهاء المانعين لجواز أخذ الأجر على الكفالة هو: أن محض الالتزام له قيمة مالية في ذاته بحيث يصح بذل العوض المالي في مقابلته، وأورد لذلك شواهد متعددة:

أ - أن للالتزام منفعة مقصودة تشبه المنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والكفالة، لذلك صح كون الالتزام محلاً للعقد في الضمان.

ب - أن جواز بذل رب الدين أو غيره جعل للمدين في مقابلة تقديم كفيل، يشهد أن مجرد التزام الكفيل بالدين له قيمة مالية.

ج - أن التزام الضامن بالأداء في حد ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة يجوز أن يكون لها قيمة مالية شرعاً إذا تعارف الناس على ذلك، فإذا تراضى الكفيل والمكفول على مبادلتها بالمال جاز، إذ الأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال إلا ما قام الدليل على حظره.

د - أن محض الالتزام بالضمان وإن لم يكن عملاً فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة المبدولة في كليهما.

ولا يخفى أن تقديم الضمان بأنواعه المختلفة في التطبيق المصرفي المعاصر تلازمه أعمال كثيرة يقوم بها المصرف مقدم الضمان، مثل الدراسة والأعمال المكتبية والسكرتارية في مرحلتي تقديم ودراسة الطلب، وأعمال تتعلق بالتسجيل المحاسبي ومسك الدفاتر في المراحل اللاحقة، ولا ريب أن كل هذه الجهود تقابلها أعمال تُنفق الأموال والأوقات في سبيلها.

هـ - إن الجعل في الضمان إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده.

٣ - بناءً على ما سبق خلص المؤلف إلى أن الكفالة بالمال واشتراط الجعل فيها لها أحوال مختلفة في التطبيق، أجاز فيها جميعاً أخذ الأجر على الكفالة، ما عدا حالة واحدة ينشأ فيها دين للكفيل في ذمة المكفول، وعد الجعل على الالتزام في هذه الحالة حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه. قال: "إن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه عن المكفول، ولم يكن الضامن مديناً للمكفول يمثل الدين الذي وفاه عنه قدرًا ووصفًا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه، حتى صار المبلغ المؤدى كله أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأنَّ الجعل على الالتزام حينئذٍ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب".

٤ - ويؤخذ على هذا الاستنتاج الأخير عدم الأطراد مع الأطروحة الأساسية للبحث ألا وهي: أن محض الالتزام فيه منفعة مشابهة لمنافع يبدل مقابلها أجر، لذلك صح كونه محلاً للعقد، وأن مجرد الالتزام بالضمان يستحق عليه الضامن أجراً. فإن كان الأمر كذلك فليس هناك من مسوغ لاعتبار الأجر على الضمان في الحالات التي تتحول فيها عملية الضمان إلى مداينة بين الكافل والمكفول حيلة لأكل الربا أو ذريعة إليه، حيث إن الأجر الذي بذل في الضمان إنما هو مقابل الالتزام الذي هو منفعة مقصودة ومصالحة مشروعة يصح التعاقد عليها. وبذلك لا يمكن إغفالها فجأة ليصبح ما دفع مقابلها زيادة ربوية - في معاملة أخرى - لا يحل أخذها وتؤدي إلى إبطال كامل المعاملة. لا سيما أن المؤلف قد أشار بوضوح إلى أن الأجر على الضمان "إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده... لذلك "فإنه (الضامن) يستحق عوضه المشروط على أي وجه". وينبغي على هذا أن الأجر على الضمان والالتزام بالضمان يمثلان معاملة قائمة بذاتها، وهما بدلان في معاملة مالية معتبرة شرعاً وكاملة الأركان. ليس هذا فحسب وإنما يستحق الضامن هذا الأجر سواء أدى الدين عن المكفول أو لم يؤده.

وهذا التردد في الحكم على الالتزام، بالجواز في حالات وعدم الجواز في حالة أخرى، قد يعود على الفكرة كلها بالإلغاء. فإما أن يكون الالتزام محلاً صحيحاً للعقد، وهو بذلك منفعة ملموسة يصح مبادلته بالمال في كل الحالات بغض النظر عن مآلات العلاقة بين الكافل والمكفول. أو أن الالتزام مهدر الاعتبار لا قيمة له ولا يصح مبادلته بالمال، أو أن له قيمة ولكن لا يصح مبادلته بالمال. فإن كان الالتزام بالضمان في حد ذاته عملاً ملموساً ومصالحه مقصودة ومنفعة معتبرة يصح بذل المال لتحصيلها وأخذ الأجر على تقديمها، فإن المال الذي يبذل لتحصيلها يكون مقابلها هي وليس مقابل أي شيء آخر، ولا يستقيم منطقاً الاعتراف بصحة بذل المال مقابل الالتزام بالضمان وتجريده منه في نفس الوقت وتحويله إلى بدل في معاملة أخرى. ويلحظ أنه إذا سلمنا بإمكانية انتقال الأجر على الضمان من المعاملة الأولى إلى المعاملة الثانية ليصبح أجرها (فائدة) فكأننا لا نعترف أصلاً بجواز الأجر على الضمان. ويصبح الالتزام بالضمان قد قدم من غير بدل يقابله.

٥ - والتطبيق المصرفي يشهد إلى ما ذهبنا إليه من أن الأجر على الضمان غير الفائدة الربوية. بل إن الأول مرتبط بأجل الضمان المقدم من البنك فقط كما أن قيمته ضئيلة نسبياً بالمقارنة مع الفائدة المصرفية؛ وهي قد تتراوح بين ٠,١٢٥٪ إلى ٠,٢٥٪ في السنة من مبلغ الضمان بحسب قيمة الضمان. أما سعر الفائدة على التأخر فقد يصل إلى ١٢٪ في السنة من قيمة الدين في حالة تحول الضمان إلى دين من البنك إلى العميل المكفول. أي أن الأجر على الضمان يكون مساوياً أو أقل من ٢٪ من سعر الفائدة. ولا يفوتنا هنا الإشارة إلى أن أمر تحديد الأجر على الضمان في المجال المصرفي، في كثير من الأحيان، يكون تحت إشراف البنك المركزي.

وتجدر الإشارة إلى أن المصرف يحسب أجره على الضمان على أساس الفترة الزمنية التي يغطيها الضمان. فإذا وُفي العميل المكفول خلالها بالالتزام الذي عليه والذي تم إصدار خطاب الضمان من أجله فتنتهي المعاملة هنا، ويكون البنك مستحقاً للأجر على ما قدم من التزام خلال تلك الفترة. أما إذا طالب المكفول له البنك بمبلغ الضمان المكفول به عميله واضطر البنك لكشف حساب عميله، لأي سبب من الأسباب، مما يحول العملية عندئذٍ إلى دين من البنك إلى العميل فإن احتساب البنك للفائدة يبدأ من هذا التاريخ. وكما أشرنا سابقاً فإن نسبتها قد تصل إلى ١٢٪ من مبلغ الضمان أو ما تبقى منه من دين في ذمة العميل.

وهذا يؤكد اختلاف نظر البنك لأجر الضمان عن الفائدة الربوية. فالأجر على الضمان يقابل التزام البنك بالضمان خلال الفترة المحدودة، أما بعد انقلاّب المعاملة إلى مداينة حقيقية بين البنك والعميل فإن البنك يفرض ثمناً آخر مقابل الدين على عميله وهو الفائدة الربوية المحسوبة على أساس أجل الدين الذي يبدأ منذ لحظة أداء البنك عن المكفول، وكشف حسابه بقدر ما أدى عنه. وهكذا يتضح أن البنك يتعامل مع الضمان، في هذه الحالة، على أساس أنه يتكون من معاملتين متميزتين لكل معاملة أركانها من عاقدين وصيغة وبدلين. فالمعاملة الأولى بين البنك وعميله بإيجاب وقبول، والتزام بالضمان من طرف البنك لمدة محددة، وثن (أجر) مقابل ذلك من العميل. أما المعاملة الثانية، وإن كانت غير جائزة، فهي أيضاً بين البنك وعميله، يتحول العميل إلى مدين للبنك مقابل فائدة ربوية.

٦ - على هذا نقول إن النتيجة المنطقية للدراسة تقود إلى القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة أو الضمان مطلقاً حتى في الحالة التي يترتب فيها للكافل دين في ذمة المكفول، وهذا يتسق مع الفكرة الأساسية التي تسعى الدراسة لإثباتها وهي: أن الجعل في الضمان يمثل عوضاً عن محض الالتزام بالدين، سواء أداه الكفيل عن المكفول فيما بعد أم لا ! ولتلافينا بذلك كل المشكلات المتوقعة عن التطبيق العملي، في المجال المصرفي الإسلامي، للرأي القاضى باعتبار الأجر على الضمان حيلة لربا النسبنة في الحالات التي يتحول فيها العميل المكفول إلى مدين للبنك.

وقد يصعب عملياً تحويل الأجر على الضمان من ثمن جائز إلى فائدة ربوية يحرم على البنك أخذها لما يترتب على ذلك من إخفاقات تصيب العمل المصرفي الإسلامي، فإذا قلنا بإرجاع أجر الضمان إلى العميل باعتباره فائدة فهذا يؤدي إلى تكبيد البنك خسارة كان يمكن تجنبها بعدم الدخول أصلاً في تقديم خدمة الضمان لعملائه. ولا يفوتنا ما في معنى هذا أيضاً من تشجيع لعدم الوفاء بالالتزامات. وربما يقول قائل إن على البنك الإسلامي أخذ ضمانات نقدية كافية قبل إصدار أي خطاب ضمان لأي من عملائه، وهذا أيضاً له محاذيره المتعلقة بإفقاد المصارف الإسلامية ميزة تنافسية كبيرة في مقابل المصارف التي تقدم مثل هذه الخدمة بضمانات جزئية.

ختاماً فلا نقول إلا ما نظنه صواباً.

والله تعالى أعلم وهو المسؤول أن يهدينا سواء السبيل...

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ٩٥-١٢٢

تعليق: محمد المختار السلامي

مفتي تونس سابقاً

٣٢ نهج محمود الماطري - تونس

اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد، فقد جاء البحث في ثمان وعشرين صفحة، موثقاً بالمصادر التي اعتمدها الباحث الذي تتبع الموضوع (الضمان بجعل) في المدارس الفقهية السنية، وعنوانه (مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة). وإني قبل أن أدخل في التعليق عليه، أريد أن أسجل أولاً شكري وتقديري وتنويهي بالعمل الجاد والمنهجية الملتزمة واللغة العلمية المضبوطة والواضحة.

والطريقة التي سلكها في معالجته لهذا الموضوع: أنه قدم للموضوع بمقدمة، ثم تتبع مستند القائلين بتحريم أخذ الجعل، فحصرها حسب الاستقراء في خمسة أدلة، ثم عقب على كل دليل بعد بسطه وتوثيق نسبته إلى القائلين به. أما القائلون بجواز أخذ الجعل فلم يتعرض إلى أدلتهم ولم يناقش مذهبهم إلا بما يفيد أنه يرفضه كرفضه للرأي الآخر. وانتهى إلى مذهب وسط في نظره لا يقول بالتحريم بإطلاق، ولا يأخذ بالتحليل بإطلاق، ولكنه وسط بينهما، يفصل في الحكم تبعاً لأداء الكفيل أو عدم أدائه، ولسقوط الدين أو بقاءه عند الأداء.

المقدمة

الشأن أن المقدمة لا يعقب عليها، إلا أن الباحث قال في نهايتها: نص جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال، وأن الكفالة بشرط الجعل باطلة، خلافاً لإسحاق بن راهوية .

إن الإيهام في التعبير بجمهور الفقهاء دعائي للتعليق. وذلك أن الحافظ النيسابوري يقول: قال أبو بكر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله يجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز (الإشراف ج ١، ص ١٢٠) واعتمد القوري ما جاء في الإشراف ونقله مسلماً (حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي ج ١، كراس ٥٣، ص ٨) .

ثم إن النيسابوري يدمج في المسألة التالية، وهي ثبوت الضمان على هذا الشرط تعليل عدم جواز اشتراط الجعل، قال أحمد: في مسألة الكفالة: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق. وقال إسحق: ما أعطاه من شيء فهو حسن. إن هذا النقل عن إسحق بن راهوية نصه محتمل هل يعني بذلك ما أعطاه للضامن بدون شرط، وهو الظاهر من كلمة أعطى، أو ما أعطاه تنفيذاً للشرط. ويبعد هذا الاحتمال الثاني أن جاء عقب دعوى الإجماع. ومما يرجح فهم مذهب إسحاق على الاحتمال الأول أن النيسابوري يقول فيما إذا قال استقرض لي من فلان ألف درهم، ولك علي عشرة دراهم أن إسحق قال: أكرهه. ولم ير أحمد به بأساً (الإشراف ج ١، ص ١٢١). فإذا كان الذي يتوسط في الاقتراض يكره إسحق أن يتقاض جعلاً فالكفيل يجعل أولى بالكراهة. وحتى إن صح أن إسحق يقول بالجواز بإطلاق فالدقة في التعبير أن يقال وشذ إسحق.

كما أن قوله: إن الكفالة بشرط الجعل باطلة (أي عند الجمهور) كلام غير محرر، إذ التفصيل في البطلان هو المنصوص عليه تبعاً لمن تولى تقديم الجعل ولعلم الدائن أو جهله (البهجة وحلى المعاصم ج ١، ص ٣٤٦).

الدليل الأول

ذكر الباحث أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها يخرجها من طبيعتها هذه. وقسم المخرجين للمنع إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الضامن يعتبر واهباً للمال الذي كفله وأداه الخ، وأن هذا الاتجاه ظاهر في نصوص فقهية كثيرة.

(أ) الإمام الشافعي في الأم. وأتى بنص الشافعي مقطوعاً، مع أن النص بين أنه يقصد إلى التعقيب على أبي حنيفة. ذلك أن أبا حنيفة يبطل كفالة العبد، ويعلل بأنها معروف، وليس يجوز له المعروف. ويرى الشافعي بطلان كفالة العبد، لأن العبد مأذون له من سيده لكسب المال. والكفالة لا كسب فيها، بل هي آيلة إلى استهلاك المال - أي عند عجز المكفول عن الوفاء - (الأم، ج ٣، ص ٢٦٥).

إن ما يفيد نص الأم هو فقه عميق. فالشافعي يرى أن الأصل الذي يبنى عليه المنع من كفالة العبد هو أنه مملوك لسيده، وكذلك ماله. وليس له أن يستهلك من المال الذي بين يديه شيئاً بغير إذن السيد المالك الحقيقي للمال، فيقاس على هذا الضمان في عدم جوازه من العبد، لأنه معرض إلى غرمة، إذا كان المكفول لا يمكن تحصيل الدين منه. فيستهلك مال السيد. وإذا كان العبد ممنوعاً من استهلاك ماله، لأنه غير مالك له، فاستهلاكه لمنفعة غيره أولى بالمنع. فهو من قياس الأولى.

(ب) الإمام مالك في المدونة. وأتى بنص مالك من كفالة المرأة ذات الزوج بغير إذن زوجها (أن الكفالة من وجه الصدقة) (وإنما الكفالة معروف)، وعلق على ذلك بأنه من قبيل الصدقة والهبة والعنق.

تكرر في المدونة أن الكفالة من المعروف. والمعروف باب واسع، فقد جاء في باب كفالة العبيد لفظ المعروف، ومثل له بالكفالة والحمامة والصدقة والهبة والعطية والعنق، ثم قال: وغير ذلك من الأشياء مما هو معروف عند الناس (المدونة ج ٤، ص ١٤٣). وجاء في حاشية الرهوني "والحوالة من المعروف" (ج ٥، ص ٣٩٢). وعند ابن رشد: "والحوالة يبيع من البيوع إلا أنها خصصت من الأصول لما كانت على سبيل المعروف" (المقدمات ج ٢، ص ٤٠٣)، فالمصطلح الفقهي عند مالك للمعروف لا يدل بحال أن الكفالة تبرع، بمعنى تملك مال مجاناً بدون عوض.

وبناء على ما قدمته، وما هو أيضاً واضح في كل ما جاء بعد ذلك بالتأمل، أن هذا الاتجاه الذي انتقده وأبطله تصور بعيد سكن نصوص الفقهاء.

ولكن ما جاء في نهاية الفقرة السابعة هو ما أراه جديراً بالتعقيب عليه. وهو قوله (إنه لا يمتنع شرعاً انقلاب الكفالة بالتراضي إلى معاوضة). وهذه مصادرة، إذ هي المسألة التي عنى سماحته نفسه بإثباتها والرد على كل من تقدمه من الفقهاء. وأيد قوله هذا بقياس انقلاب الهبة إلى معاوضة في هبة الثواب.

العقود لا تتقلب بالتراضي، ولكن العقود التي تجري بين الناس ينظر فيها بالمعيار الشرعي، ثم يطبق عليها بعد ذلك الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي.

والمعاوضات أنواع. وهبة الثواب نوع من أنواع عقود المعاوضة ابتداء لا انقلاباً. يقول القاضي عبد الوهاب: "الهبة التي يقصد بها المكافأة والعوض حكمها حكم المعاوضات ويراعى فيها ما يراعى في البيع، ولا تفارقه إلا في وجه واحد، وهو السكوت عن البديل فيه وعن مقداره؛ فأما ما عدا ذلك من أحكامها فإنها تجري مجرى سائر المعاوضات.

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه، لأنها تفعل على وجه المودة وإيثار المكارمة والمواصلة، "وإن كان المقصود منها المكافأة" (المعونة ج ٣، ص ١٦١٠)، وفي البدائع في توجيه قول محمد بن الحسن أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض: أن الهبة تملك إذا شرط فيها العوض كانت تملكاً بعوض. وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى (بدائع الصنائع ج ٥، ص ١٦٨)، فليس فيها انقلاب ولكنها نوع من أنواع عقود المعاوضة، وليس لازماً أن تكون عقود المعاوضة جارية على نمط واحد. وليس عقد هبة الثواب عقدًا انقلب برضا الطرفين، وإنما عقد نشأ عن إرادة الواهب أعلن عنها أو قام عليها دليل من عرف. وقد فضل الفقهاء أحكامها عند قبول الواهب للعوض، وعند رفضه، وعند رفض الموهوب له قبول الهبة، أو منازعته في إرادة الثواب.

وإنه كلما أدخل في العقد شرط أو تحديد فإنه لا ينظر إلى الألفاظ التي تم بها التعاقد، وإنما ينظر إلى العقد بتمامه، ويعطى الصفة التي يقرها المعيار. يعجبني في هذا ما جاء في كتاب محمد ابن المواز، قال مالك: فيمن له على رجل عشرة دنانير إلى أجل، فقال: أعطني ثمانية وأحط عنك دينارين، فقال: هذا لا يصلح. ولكني أعطيتك عرضاً يساوي ثمانية. قال: لا بأس بذلك. وإنما أخطأ الكلام فأصابا الفعل (حاشية الرهوني، ج ٥، ص ٢٥٩)، أي إن قوله يساوي ثمانية خطأ والفعل جائز لأنه عرض.

وبهذا يكون قول سماحته: "والاسترباح بتراضي العاقدين سائغ شرعاً في الهبة التي هي أصل التبرعات، فلأن يكون جائزاً في غيرها مما يشاكلها أو يشبهها من بعض الوجوه أولى". فلا هبة الثواب هبة مطلقة، وإنما الإيهام جاء من تسميتها بلفظ الهبة، كما أن هبة الثواب ليست أصل التبرعات. والقياس كله ساقط.

الاتجاه الثاني : أن المراد هو التبرع بالالتزام، ويؤكد أن هذا الاتجاه هو الأول بالاعتبار. وأوافق على ذلك. وعقب على هذا بنفس المقياس الذي اعتمده في الاتجاه الأول، من أنه لا مانع من جواز تغيير صفة الالتزام بأداء الدين من التبرع إلى المعاوضة بالتراضي. واستدل على ذلك بجواز اشتراط العوض في العارية، فتقلب إجارة، مع أن الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة. فقه هذه الصورة أنها إجارة ابتداء عبر عنها بلفظ الإعارة. كقول الولي: ملكتك ابنتي، وقول البائع: أمنحك هذا الثوب بمائة دينار. فقول مؤجر السيارات: أعرتك هذه السيارة بمائة ريال في اليوم ليس فيه انقلاب عقد، ولكن كما قال مالك في سابقه، أصابا الفعل وأخطأ التعبير. كما استدل بالوكالة بأن الأصل فيها بذل الوكيل منافعه مجاًناً. لم يوضح معنى كلمة الأصل هنا، فهل يقصد بها الغالب؟ فإن كان هذا قصده، فهذا الأصل يفيد معرفة المدعى من المدعي عليه عند التنازع، وإن كان مراده بأن الشارع دعا للتوكل على الغير بدون مقابل، فلا أعرف نصاً يثبت هذا، ومن أحال عليهم في التعليق البهوتي. ونص البهوتي: ويصح التوكيل بأجر، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويعطيهم عليها، ولأن التوكيل تصرف للغير لا يلزمه فعله، فجاز أخذ الجعل عليه، كرد الآبق (شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣١٧). كما استدل بجواز أخذ الأجر على الإيداع. والأجرة على الإيداع لا مانع منها إن شرطها المودع أو جرى بها عرف أو كان مثله يأخذ الأجر. وبين وجه ذلك ابن عبد السلام بأن الأجرة هي على الحراسة. والحراسة: المذهب جواز أخذ الأجرة عليها (حاشية البناني على شرح الزرقاني، ج ٦، ص ١٢٥) استدل على جواز أخذ الجعل على الضمان الذي هو التزام يدفع الدين، كما جاز أخذ الأجر على الالتزام بحفظ الوديعة ولو لم يكن إلى جانبه عمل. وهذا قد بينا وجهه عند ابن عبد السلام.

واستدل أيضاً بالربح في مقابل الضمان في شركة الوجوه. والمتأمل في شركة الوجوه يتبين له أن الربح ليس في مقابل الضمان. ذلك أن شركة الوجوه في حقيقة أمرها أن السلعة التي يعقد عليها أحد الشريكين تدخل في ملك الشريك الآخر حسب النسبة المتفق عليها. وليس من شرط صحة التملك دفع الثمن. والتعبير بالضمان فيه توسع، إذ معناه أن كل واحد منهما يعتبر مديناً للبائع بالحصصة التي تملكها. فليس هو ربح مترتب عن ضمان وإنما هو ربح عن ملك تام دخل في ذمة كل منهما. وابتنى على ذلك أنه عند الخسارة اتفق الحنفية والحنابلة على أنهما يتقاسمان الوضيعة حسب نسبة ملك كل منهما. وطرد الحنفية هذا الأصل في الربح، بينما رأى الحنابلة أن الربح متولد عن أمرين: رأس المال والعمل (الخبرة واللقانة والتأثير)، ويتفاضل في ذلك الشريكان فجوزوا

أن يشترط أحد الشريكين نسبة أعلى من رأس ماله. يقول البهوتي: وريح كما شرطاً، لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار، وأبصر بالتجارة من الآخر. والوضيعة على قدر الملك (شرح منتهى الارادات، ج ٢، ص ٣٣٩).

كما استدل بما قرره المالكية من جواز أخذ المال على صنوف من الالتزامات الشرعية، كالالتزام بعدم التزوج مقابل جعل. والتزام المالك بتوكيل شخص بالبيع مقابل جعل. ثم أكد ذلك بالنصوص المنقولة عن المصادر المعتمدة.

وما تفضل بنقله صحيح، وهو الأمين في علمه؛ إلا أن تخريج ذلك على أنه في مقابل الالتزام مما لا أوافقه عليه، لأنه جعل على إسقاط حق، للجاعل غرض في إسقاطه. ويتبين ذلك بأن الزوجة بعد وفاة زوجها لها الحق في التزوج المشروع إلا أن البازل يبذل لها مالاً في مقابلة إسقاط هذا الحق. والمالك له الحق في استمرار تمسكه بملكه، والعارض يرغب في شراء هذا الحق لتحقيق رغبة، هي أحظى عنده من الثمن المبذول، كما إذا كان يتأذى من حوار المالك، أو أنه يرغب في تملك قريبه أو صديقه الملائم، لذلك فيشترى هذا الحق. ولذا فإن البائع للحق ملزم برد ما أخذه، إذا لم يحقق رغبة المشتري. فقياس التزام الضامن بالضمان بقياس بدون وجه شبه، إلا في الجنس البعيد، وهو غير معتبر.

ثم أيد وجهة نظره بما نقله من نصوص عن كتب معتمدة في المذهب المالكي، تفيد أن بعض الفقهاء قد أجازوا أن يتكفل الضامن بأداء الدين، شريطة حط الدائن عن الدين قسطاً من الدين، فاستنبط من ذلك أن الالتزام بالدين له قيمة في ذاته. ولذا فإنه يجوز أن يبذل للكفيل جعلاً على كفالاته. وكما قلنا في سابقه: النصوص صحيحة، والاستنباط لا نرتضيه. وذلك لأن الدائن مالك للدين، فله أن يبرئ منه المدين، وله أن يسقط بعضه، ويطالب بالباقي، بسبب وبدون سبب. وهذا بعيد عن شراء ذمة الكفيل بالمال، في خصوص الدين، ولا جامع بينهما. كما استدل بنصوص من المذهب الحنفي أولها تأويلاً يختلف عما صرح به المنقول عنهم.

ذلك أن المتأمل في تلحم النصوص يتبين له أن أصحابها يربطون بين التملك والريح فكل ربح نشأ عن تملك صحيح هو ربح حلال، انظر قول السرخسي: "لأنه ملك المقبوض ملكاً صحيحاً، فالربح الحاصل لديه يكون له" (المبسوط، ج ٢٠، ص ١٩)، والنصوص الأخرى لا شيء منها يفيد أن الضامن أخذ أجرًا على الكفالة.

الدليل الثاني

ما ذكره سماحته في تعقيبه على الدليل الثاني أوافقه عليه. لكن ما أراد أن يثبتته من أن أحوال الناس قد تغيرت، وأنهم كانوا لا يأخذون أجرًا على الوديعة، ولا على الوكالة، غير مسلم. وقد بينا أنهم كانوا يأخذون أجرًا على ما يقومون به، حتى في عهد النبوة. وما بناه تبعًا لذلك من أن الكفالة كانت تبذل مجانًا، وأنه لما تغير الزمان، وضعف التآزر بين أعضاء المجتمع، اقتضى تغير الحال جواز أخذ الأجر عليها. هو استنباط لا نوافقه عليه، كما سنبينه في خاتمة التعليق. وما نقله عن بعض الباحثين المعاصرين كلام خطابي هو أقرب إلى لغة الصحافة السيارة منه إلى الكلام العلمي.

الدليل الثالث

رفض سماحته للدليل الثالث صحيح ومعقول، إلا أن ما انتهى إليه من بقوله: ولا شك عندي أن التزام الضامن بأداء الدين يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة... يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعًا كمنافع الأعيان والأدميين... والأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال، إلا ما قام الدليل على حظره. إن ما انتهى إليه لا أوافقه عليه، لأن دعوى أنه لم يقم دليل على حظره غير مسلمة، إذ قام الدليل على حظره، كما سنبينه في خاتمة التعليق حذرًا من التكرار.

الدليل الرابع

قدمه على أن المانعين قالوا: إن اشتراط الأجر على الكفالة يؤول إلى بيع الغرر. وبعد إقراره بوجاهة التعليق نفي الغرر، معللاً بأن الجعل في الضمان مقابل مجرد الالتزام، سواء أدى الدين أم لم يؤديه... فحيث قام الضامن ببذل ذمته في الالتزام بالدين، فإنه يستحق عوضه المشروط، ولا غرر في المسألة.

إقحام عبارة "بيع يؤول إلى بيع الغرر" غير واردة في نصوص المحتجين وهي قلقة هنا. ودعوى أنه لا غرر نفي لواقع مؤكد، ذلك أن الضمان سيؤول إما إلى غرم الضامن ما تحمل به، وعجز المدين عن الوفاء بدينه، فيكون الضامن قد تسلم جعل الضمان وخسر أضعافه، وإما أن المدين هو الذي تولى بنفسه أداء الدين لمدينه، وبرئت ذمته وذمة الضامن، وإما أن الضامن بعد أن غرم للدائن دينه يعود على المدين ويقبض منه ما تكفل به. فهو غرر بين، وإنكاره لا ينفيه.

الدليل الخامس

أن الكفيل إذا أدى ثم رجع على المكفول بما أداه فإن الجعل يكون زيادة على القرض الذي قدمه وهو حرام.

ناقش هذا الدليل فيما قام عليه من أن الكفيل لا يعتبر مقرضاً. وأبدى الفرق بين عقد القرض أنه عقد تمليك، بينما عقد الضمان عقد توثيق فلا يصح إجراء خصائص أحدهما على الآخر.

وتعقبي على ما ذهب إليه سماحته، أن الضامن مأذون بأن يقوم مقام المدين في أداء الدين، وبذلك فهو عندما يؤدي الدين فإنما يؤديه بصفته قائماً مقامه، وما دفعه عن المضمون وجب في ذمة المضمون، وعليه قضاؤه للضامن، وإن كان لم يقبضه منه. فالتعمق في حقيقة ما تم يبرز بوضوح أن المضمون قد سقط عنه حق الدائن بالمطالبة، وتحول هذا الحق للضامن. وهذا الحق لم يكن مترتباً إلا عن تقديم مال بدل المكفول. فكل ما ذكره من أسباب تعمير الذمة منفية هنا، ولم يبق إلا القرض. ونظير هذا أن لو قال المدين لشخص: أد عني ديني، ولك على كل ما تؤديه زائداً بعشرة في المائة. فهذا لا يختلف في تصوره أنه قرض ربوي، وكذلك هي منزلة الضامن.

الخاتمة

الذي انتهى إليه سماحته هو أن عقد الكفالة يتصور انتهاؤه بصور أربع. وذلك بإدماجه أن يكون الضامن مديناً للمضمون.

الصورة الأولى: أن يكون الدين المضمون مساوياً لما عليه نحو المضمون، وبذلك يتساقط الدين؛ ويطيب للضامن الجعل الذي أخذه. هذه الصورة في حقيقة أمرها حوالة، وإن قدمت في صورة لفظية "كفالة" والحوالة لا تحل إذا كان الحال يفوز بشيء زائد. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية حتى ولو اعتمدنا أنها كفالة فإنه لا مبرر لأخذ الجعل. ومن ناحية ثالثة، فإذا كان الدائن يرغب في توثيق دينه ولا يرضى بالحوالة، فإنه لما رضي بالضامن موثقاً، فالأولى به أن يأخذ دين الضامن رهناً له، وبهذا يحصل التوثيق. فتخريج الصفقة على الكفالة بجعل لا مبرر له.

الصورة الثانية: أن يكون الكفيل مديناً بجزء من الدين، ويأدر المكفول بقضائه. يرى في هذه أنها جائزة أيضاً. وهذا المركب يأخذ حكم أجزاءه. فلا يطيب للكفيل ما أخذه من جعل.

الصورة الثالثة: أن لا يكون الضامن مديناً، ويؤدي الدين عن المكفول الذي يبادر بقضاء ما دفعه الكفيل في يومه على أقصى تقدير. ويرى أن هذه الصورة جائزة، وما أخذه الكفيل من جعل حلال طيب. وسنين حرمتها مدعومة بالدليل.

الصورة الرابعة : أن يؤدي الضامن عن المكفول الدين، ويتأخر المكفول عن السداد. فيما أنه نشأت من ذلك مداينة ففيها شبهة ربا، أو هي ذريعة إلى ربا النسيئة، فلا تحل.

خلاصة رأيي في هذا الموضوع

متابعة لما جرى عليه سماحته من إدماج احتمال كون الضامن مديناً للمكفول، بكل الدين أو بجزء منه، فإن الصور تكون خمساً لا أربعاً، إذ أسقط صورة أن يتولى المضمون وفاء دينه بنفسه. والمنطلق الذي أعتمده في بيان الحكم الشرعي في هذه الصور جميعها هو أن المكلف لا يحل له أن يقدم على أمر، إلا بعد أن يعلم حكم الله فيه. فالنظر لما يقوم به المسلم من عقود لا ينتظر به إلى النهاية، ولكن ينظر فيه من البداية. وعندما يطلب شخص من آخر أن يضمه يجعل فالضامن بصدد احتمالات أربع:

- (١) أن يقوم الضامن بأداء ما عليه من دين نحو مدينه، ولا يطالب الضامن بأي شيء فيفوز بالجعل.
- (٢) أن يقوم الضامن بالوفاء بالدين، ثم إن المكفول يغرم له ما دفعه حالاً، ويفوز الضامن بالجعل، ولا يخسر شيئاً.
- (٣) أن يقوم الضامن بالوفاء بالدين، ويعجز المكفول عن الوفاء عجزاً أبدياً.
- (٤) أن يقضيه بعد مدة.

فهذه الاحتمالات الأربع حاضرة في نفس الكفيل قطعاً. وهو يخاطر تبعاً لتقديراته في ملاءة المكفول وثقته وأمانته وسمعته. فمع هذه الاحتمالات الأربع قد تحقق الغرر قطعاً. والدخول في معاملة مبنية على الغرر محرمة في المعاوضات. وقد نقل ابن نجيم عن المجتبي: الامتناع عن التكفل أقرب إلى الاحتياط، لأنه مكتوب في التوراة، والزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة (البحر الرائق، ج٦، ص٢٢٤).

وأيضًا فعندما يتأخر المكفول عن الوفاء بالدين، فإن الكافل يكون كما قبله الباحث دائئًا. ويكون ما عاد إليه عند الوفاء هو مجموع الجعل والدين، وهو ربا. ولا يحل للمسلم أن يدخل في معاملة تحتل أن يظهر فيها الربا، وبهذا يتبين وجه عدم قبولي لما تكرر في البحث، من أن هذه معاملة لا مانع منها، وأنها مصلحة لا يصاحبها ما يمنعها. هذا وإني في ختام هذا التعليق أريد أن أؤكد مع التنويه بما قام به الباحث من عمل رصين ومركز ومنهجي. يستمتع الناظر فيه باللغة المتخيرة، وبالأسلوب العلمي الرصين، وبما فيه من طرافة. وأتمثل بقول ابن مالك :

وهو بسبق حائز تفضيلا مستوجب ثنائي الجميلا

والله أعلم وأحكم، وهو حسبي ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير.

المراجع

- ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، *المقدمات والمهدات*، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، بيروت: دار إحياء التراث، د.ت.
- ابن نصر، القاضي عبد الوهاب بن علي، *المعونة في شرح الرسالة*، مصر: مصطفى الباز، د.ت.
- البهوتي، منصور، *شرح منتهى الإرادات*، بيروت: دار الفكر، د.ت.
- التسولي، أبي الحسن علي بن عبدالسلام، *البهجة في شرح التحفة*، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٧هـ.
- الرهوني، أبو عبد الله محمد بن أحمد، *حاشية الرهوني على شرح الزرقاني*، القاهرة: بولاق، ١٣٠٦هـ.
- الزرقاني، عبد الباقي، *شرح الزرقاني لمختصر خليل*، القاهرة: أفندي محمد، ١٣٠٧هـ.
- السرخسي، شمس الدين أبوبكر محمد، *المبسوط*، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٨هـ.
- الشافعي، محمد بن إدريس، *الأم*، القاهرة: كتاب الشعب، ١٣٨٨هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، القاهرة: مطبعة شركة المطبوعات العلمية، ١٣٢٧هـ.
- مالك، الإمام مالك بن أنس، *المدونة*، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ.
- المهدي، محمد، *حاشية المهدي التاودي*، غ.م. : طباعة حجرية، د.ت.
- النيسابوري، أبوبكر بن محمد بن إبراهيم، *الإشراف على مذاهب أهل العلم*، قطر: وزارة الأوقاف، ١٤٠٦هـ.

تجاني عبدالقادر أحمد : تعليق على بحث نزيه كمال حماد
مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي
المجلد ٩ ، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ص ١٥٩-١٦٣

رد على التعليق: نزيه كمال حماد

باحث ومستشار في الفقه الإسلامي - كندا
أستاذ في الفقه الإسلامي (سابقاً)
جامعة أم القرى - مكة المكرمة

بعد تقديم بالغ الشكر والامتنان للأخ الدكتور التيجاني عبدالقادر على اهتمامه وعنايته بإعداد تعقيب جاد لبحثي ابتغاء إصلاحه وإكماله، وبذله جهداً يحمده فيه وسعيه إليه، أحب أن أنوّه إلى أن ما أخذه عليّ فيه من عدم الاطراد في الأطروحة الأساسية للبحث، حيث قررت في الأساس أن محض التزام الكفيل بالأداء منفعة تصلح لأن يُعاوض عنها بمال وأن يؤخذ عليها أجر، ثم ذهبت إلى أن هذه المعاوضة المالية إذا اجتمع معها مداينة إلى أجل، فإنها تصبح ذريعة ربوية أو حيلة لربا النسيئة.. ورأى أن في ذلك شيئاً من التناقض ربما يعود على الفكرة الأساسية بالإلغاء، ذلك أنه (إما أن يكون الالتزام محلاً صحيحاً للمعاوضة المالية مطلقاً وعلى كل حال، وإما أن يكون مهدر الاعتبار لا قيمة له في نظر الشرع، ولا تصح مبادلته بالمال) غير مُسلم.. وبيان ذلك:

أولاً: إن الشرع حظر الجمع بين عقدين - أو معاملتين - يترتب على الجمع بينهما توسُّل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، وإن كان كل واحد من العقدين جائزاً بمفرده، وذلك لأنه قد نشأ في اجتماعهما معنى زائد لأجله وقع النهي. وعلى ذلك صح بيع الالتزام لمحض في الكفالة بمفرده، كسائر المنافع المتقومة في الإجازات، فإذا انضم إليه مداينة إلى أجل صار محظوراً، بناء على قاعدة "سد الذرائع" التي تقضي بمنع البيوع التي ظاهرها الصحة - لو نُظر إليها مفككة، كل عقد على حدة - ولكنها تكتنفها مجتمعة تهمة التوسل بها إلى باطن محظور..، حيث آل الأمر في مسألتنا إلى معاملة في معنى "البيع والسلف". وقد أجمع الفقهاء على حرمة اجتماع ذلك في صفقة واحدة لما صح عن النبي ﷺ أنه "نهى عن بيع السلف".

قال القاضي ابن الشريبي: "وأما بيع وسلف، فإنما نُهي عنه لتضاد المهدفين، فإن البيع مبني على المشاحة والمغابنة، والسلف مبني على المعروف والمكارمة، وكل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً، فاتخذوا هذا أصلاً"، (القبس على الموطأ لابن العربي ٧٩٨/٢) وقال ابن القيم: "وحرّم الجمع بين السلف والبيع لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة، كما هو الواقع" (إغاثة اللهفان لابن القيم ٣٦٣/١).

ومثل ذلك يقال في "العينة" حيث إن الجمع بين عقدين جائزين فيها محظور شرعاً، مع أن إبرام كل واحد منهما بمفرده صحيح مشروع، وذلك سداً للذرائع الربوية.

وأساس ذلك كما قال الإمام الشاطبي: إن الاستقراء من الشرع عرّف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد.. فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل واحد منهما لو انفرد لجاز، ونهى الله تعالى عن الجمع بين الأختين في النكاح، مع جواز العقد على كل واحدة بانفرادها، وفي الحديث أن النبي ﷺ نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، وقال: "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم" فدلّ ذلك على أن للجمع حكماً ليس للانفراد، فكان الاجتماع مؤثراً، وهو دليل. وكان تأثيره في قطع الأرحام هو رفع حل الاجتماع.. وذلك يقتضي أن يكون للاجتماع في بعض الأحوال تأثير ليس للانفراد، وأن يكون للانفراد حكم ليس للاجتماع، وللإجماع حكم ليس للانفراد. (الموافقات للشاطبي ١٩٢/٣).

ثانياً: أحب أن ألفت عناية المعقب الفاضل إلى أن تطبيقات مسألة "أخذ الأجر على الكفالة" ليست منحصرة في خطاب الضمان المصرفي وكيفية احتساب نسبة العمولة عليه، حيث إنه عضد

استدلّاه بشرح ذلك وبيانه، بل هي أعمّ من ذلك وأشمل. وأضف إلى ذلك أن الأصل في تحديد مقدار الأجر على الكفالة هو ما تراضى عليه الطرفان، كسائر الأجر والأثمان في الإجازات والبيوع وسائر عقود المبادلات المالية.. وذلك بفتح باب التحايل للتعامل بربا النسبنة تحت ستار الكفالة بأجر فيما إذا انضم إليها مداينة إلى أجل في كثير من تطبيقات القضية، حيث يمكن أن يكون الأجر المتفق عليه باهظاً، ليشمل في الباطن أجر الكفالة الحقيقي وربما المداينة المستتر.. فمن أجل ذلك قررنا حظر اجتماع الكفالة بأجر مع المداينة إلى أجل سداً لتلك الذريعة، والله ولي التوفيق..

المراجع

- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله، القبس بشرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبدالله ولد كريم، بيروت: دار الغرب الاسلامي، ١٩٩٢م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣م.
- الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات، تعليق الشيخ عبد دراز، القاهرة: المكتبة التجارية (د.ت.).

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة

في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م) ص ص ٩٥-١٢١

تعليق : الصديق محمد الأمين الضريير

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة الخرطوم

(١) بذل الدكتور نزیه جهداً كبيراً في الرد على الفقهاء المتقدمين المانعين لأخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، واجتهد في رد أدلتهم الخمسة فلم يوفق.

(٢) بدأ الدكتور نزیه بحثه بمقدمة فيها تحريج لجميع الفقهاء الذين يمنعون أخذ الأجر على الكفالة بالمال مطلقاً، المتقدمين منهم والمعاصرين.

يقول الدكتور نزیه في المقدمة:

"إن الغرض من إعداد هذه الدراسة مراجعة رأي الفقهاء الذاهبين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وإعادة النظر والتأمل فيما قدموا من أدلة وتعليقات.. وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة، وأصول الاستدلال، وقواعد الاحتجاج فيها، بغية الانتهاء إلى نظر فقهي محرر مؤصل متسق مع كليات الفقه... ومتفق مع روح الشريعة^(١) المطهرة ومقاصدها العامة والخاصة مع السلامة من التناقض أو التعارض مع الأمور المسلمات من صريح المعقول وصحيح المنقول" أ هـ.

(١) هذه محاكاة غير مقبولة لقول القانونيين : روح القانون Spirit of law .

إن العبارة من "وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة" إلى آخر ما نقلته قد يفهم منها أن الفقهاء الذين يقولون بعدم جواز أخذ الأجر لم يراعوا هذه المسائل التي سيراغيتها هو في بحثه، وقد كان الباحث غنياً عنها.

(٣) قال الدكتور نزيه بعد المقدمة:

"لقد نص جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية^(٢) والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال، وأن الكفالة بشرط الجعل له باطلة، خلافاً لإسحاق بن راهويه.

التعليق

القول بعدم جواز أخذ الأجر على الكفالة بالمال هو قول المذاهب الأربعة، وليس قول الجمهور منهم كما توهم عبارة الباحث، وما نسبته الباحث لإسحاق لم يذكر له سوى مرجع واحد من غير أن يذكر له دليلاً، فلا يعول عليه، وقد ذكر الباحث عشرين مرجعاً للقول بعدم الجواز، حكى بعضها الإجماع على عدم الجواز.

(٤) قال الباحث في ص ٩٧:

واستدلوا على ذلك بخمسة أدلة:

الدليل الأول : وهو أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها للضامن يخرجها من باب التبرع إلى المعاوضة، فكان غير جائز.

أورد الباحث هذا الدليل ولم يشر إلى مرجع يؤيد قوله، وقال بعده مباشرة:

"غير أن الفقهاء المحتجين بذلك اختلفت تفسيراتهم للتبرع المراد بقولهم "إن الكفالة تبرع" وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول : المراد بالتبرع : "تمليك الغير مالاً مجاناً بدون عوض" (وأخذ الباحث يشرح هذا الاتجاه في ثلاث صفحات ونصف ٩٧-١٠٠).

الاتجاه الثاني : المراد بالتبرع : "أن يكون التزام الكفيل بالأداء مجاناً على سبيل المعروف، أما ما يؤديه عن المكفول من مال فإنه يكون ديناً في ذمته يستوجب الرجوع عليه في الحال، أو عبارة أخرى "أن الكفيل متبرع فيما يلتزم لا فيما يؤدي"^(٣).

وأورد الباحث نقولاً تؤيد هذا الاتجاه في ص ١٠٠-١٠١، ثم قال : "والذي يترجح عندي أن هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع هو الأولى بالاعتبار (ص ١٠١).

أقول : لا حاجة إلى الترجيح، لأن كون الكفيل متبرعاً بالالتزام بمعنى أنه لا أحد يجبره عليه، لا يختلف فيه اثنان، وليس فيما نقله الباحث في أثناء حديثه عن الاتجاه الأول ما ينفيه، أما ما يؤدي

(٢) لا أدري لم قدم الشافعية على المالكية.

(٣) الأولى أن يقال : "متبرع بالالتزام لا بما يؤدي".

فقد يكون متبرعاً به، وقد لا يكون، يدل على هذا عبارة الرافعي التي ذكرها الباحث في آخر صفحة ٩٩ وهي : "وأعلم أن القول بكون الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع". وهذا هو التكييف الصحيح للضمان.

٥- يرى الباحث أن الكفالة سواء قلنا هي تبرع بما يؤدي^(٤) أو تبرع بالالتزام^(٥) لا يتمتع شرعاً انقلابها بالتراضي إلى معاوضة، ويستدل على رأيه بالهبة فإنها تنقلب بالتراضي إلى هبة الثواب، وبالعارية إذا اشترط فيها العوض تنقلب إلى إجارة، ومنها الوكالة بأجر، والإيداع بأجر^(٦). ويقول الباحث بعد ذلك :

"حيث تقرر عند جمهور الفقهاء انقلاب عقود التبرعات تلك إلى معاوضات بالتراضي فإنه لا يتمتع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع - إلى معاوضة إذا اشترط ذلك".

أقول للباحث : إن كل عقود التبرعات التي ذكرتها تحولت برضا المتعاقدين إلى عقود معاوضات مسماة جائزة شرعاً، فما هو العقد الذي تتحول إليه الكفالة بالمال من عقد تبرع إلى عقد معاوضة؟

الجواب أنها تتحول إلى عقد قرض بأجر، والقرض بأجر هو الربا، والدليل على هذا نصوص كثيرة أكتفي بذكر ما ورد منها في ورقة الباحث (مع الإشارة بين قوسين إلى الصفحة من ورقة الباحث) :

(أ) عبارة الرافعي التي نقلتها عن الباحث آنفاً.

(ب) عبارة السرخسي "الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع، كما أن المقرض متبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال...، لأن الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة" (ص ١٠٠)^(٧).

(ج) قول الزرقاني والدردير : "وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف في منعه، لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت" (ص ١٠٨).

(د) قول ابن عابدين : "لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا" (ص ١١٦).

(هـ) قول ابن قدامة : "لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا آداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازراً للمنفعة فلم يجوز" (ص ١١٦).

(٤) انظر أول صفحة ١٠٠.

(٥) انظر آخر صفحة ١٠٠.

(٦) انظر الصفحات ١٠٠ و ١٠١ و ١٠٢.

(٧) انظر الفقرتين (٤) و (٥) من هذا التعليق.

(و) قول الدسوقي : "لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب رجوع على المدين يمثل ما غرم مع زيادة ما أخذ من الجعل، وهذا لا يجوز، لأنه سلف بزيادة" (ص ١١٦).

٦- يقول الباحث في ص ١٠٢:

لا يمتنع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع - إلى معاوضة إذا شرط ذلك، لأن الالتزام بجد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة..

وأقول للباحث : محض الالتزام، والالتزام بجد ذاته لا حكم له، بل لا وجود له، وإنما يستمد وجوده ويأخذ حكمه من الملتزم به، فإن كان الملتزم به مشروعاً كان الالتزام به مشروعاً، كالالتزام بدفع أجر للوكيل على وكالته، وإن كان الملتزم به غير مشروع كان الالتزام غير مشروع، كالالتزام بدفع أجر للمقرض على إقراضه، ومثله الالتزام بدفع أجر للكفيل على كفالته.

٧- ويقول الباحث في صفحتي ١٠٥-١٠٦:

"وعلى ذلك فإنني أرى أنه لا حرج شرعاً في أخذ الجعل (الأجرة) في الكفالة مقابل التزام الكفيل بالدين المكفول به، وإن مما يشهد لهذا النظر الفقهي بالاعتبار ثلاثة أمور:

أحدها : قول المالكية على المشهور في المذهب أنه يجوز شرعاً أن يجعل رب الدين للمدين جعلاً إن جاءه بضامن يكفل دينه. "

وأقول للباحث : ارجع إلى ما قاله المالكية بالإجماع عن جعل المدين جعلاً للكفيل، ونقلته أنت عنهم في الصفحة ١٠٨ من بحثك^(٨).

والثاني : قول كثير من فقهاء المالكية بأنه يجوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحط عن المكفول بعض دينه الحال على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضر به.

ونقل الباحث نصوصاً كثيرة عن فقهاء المالكية توضح اختلافهم في هذه المسألة، وأساس هذا الاختلاف كما يستفاد من النصوص التي نقلها الباحث هو : هل هذه المسألة مثل جعل المكفول جعلاً للكفيل أم لا ؟ فمن جعلها مثله منعها ومن لم يجعلها مثله جوزها.

وإليكم بعض النصوص التي نقلها الباحث ليؤيد بها رأيه وهي تنفي رأيه نفياً قاطعاً:

أ - جاء في الذخيرة للقراي : ولو كان عليه عشرة إلى شهر فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم، لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذي له الدين : هبها للذي عليه الدين، كما لو قال : لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين" (ص ١٠٥ سطر ١١-١٣ من ورقة الباحث).

ب - وجاء في مواهب الجليل : ومحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم، من قال لرجل : ضع من دينك عن فلان وأتحمّل لك بباقيه لأجلٍ آخر، لا بأس به. لأن له أخذه بحقه

(٨) انظر آخر الفقرة (٤)، والفقرة (٥).

حالا، وروى أشهب عنه جوازه وكراهته، وقال مالك في العتبية : لا يصلح، كمن قال : اعطني عشرة دراهم وأتحمل لك، فالحمالة على هذا حرام... " (ص ١٠٥).

ج - وجاء في شرح التاودي على التحفة "إذا قال رجل لرب الدين : حط عن غريمك عشرة من المائة وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل، فإن كانت المائة حالة، فقال مالك في العتبية : لا يصلح ذلك، وكأنه قال : اعطني عشرة، وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به، لأنه كان له أن يأخذه بحق حالاً، فتأخيره إياه كان كابتداء سلف بحميل... " (نهاية ص ١٠٦).

يقول الباحث بعد ما أورد هذه النقول:

"فقد دل قول هؤلاء الفقهاء بجواز اشتراط الكفيل على المكفول له أن يحط عن المكفول بعض دينه على أن يضمن باقيه على مشروعية التزام الكفيل الدين مقابل مال يسقطه رب الدين عن المكفول، وذلك يقتضي أن محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته، بحيث يصلح بذل العوض المالي في مقابلته، ولولا ذلك لما جاز أن يضع رب الدين عن المدين بعض المال عوضاً عن التزام الكفيل بأداء باقيه" أ هـ.

وأقول للباحث : أن هذه المسألة التي اختلف فقهاء المالكية في جوازها غير مسألتنا التي نتحدث عنها، والتي اتفق المالكية على منعها، وأن قولك : "وذلك يقتضي أن محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته... الخ، خطأ؛ لأن بذل العوض لم يكن في مقابل "محض الالتزام"، ولا عن "الالتزام بجد ذاته" كما عبرت عنه في ص ١٠٢، ولا عن "محض الالتزام بالدين" كما عبرت عنه هنا، وإنما بذل العوض هذا مقابل التزام مخصوص هو "التزام الكفيل الدين في مقابل مال يسقطه رب الدين عن المكفول" حسب تعبيرك، وهذه غير مسألتنا؛ لأن مسألتنا هي : التزام الكفيل الدين في مقابل مال يدفعه المكفول للكفيل.

والثالث : هذا هو الدليل الثالث الذي استدلل به الباحث على جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة، وهو كالدليلين السابقين ليس في موضوعنا.

يقول الباحث في ص ١٠٦ :

إن كثيراً من فقهاء الحنفية يجيزون استرباح^(٩) الكفيل بالكفالة كثمرة لالتزامه بالدين، وذلك في صور عديدة وتطبيقات متنوعة، كما لو كفل بألف، ثم قضى المكفول له عرضاً، أو قدرأ أقل من الدين المكفول به على سبيل الصلح، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى^(١٠)... وبذلك يحصل الكفيل على زيادة مالية فوق ما دفع، وذلك نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة.

وأورد الباحث بعد هذا أمثلة من كتب الحنفية في صفحتي ١٠٧ و ١٠٨ تؤيد ما قاله من أن الكفيل في حالة الصلح مع المكفول له يرجع بما كفل لا بما أدى، ولكن ليس فيها إشارة إلى

(٩) لا أدري هل هذه الكلمة من عند الباحث أم من عند فقهاء الحنفية.

(١٠) قال الباحث في الهامش : خلافاً للمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح الذين يقولون إنما يرجع الضامن على المضمون إذا صالح رب الدين بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين.

الاستزباح، ولا إلى أن الزيادة التي يحصل عليها الكفيل من الصلح نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة كما زعم الباحث، وفيها إشارة واضحة إلى أن هذه الزيادة هبة من المكفول للكفيل لا شأن للأصيل بها، ولهذا يرجع على الكفيل بما كفل لا بما أدى.

٨- أترك التعليق على رأي الباحث في باقي الأدلة على منع الأجر على الكفالة، لأنه لم يبق من القدر المخصص للتعليق من الصفحات إلا القليل، وانتقل إلى الخلاصة. وسأكتفي بالتعليق على مسألة واحدة أساسية هي قول الباحث في ص ص ١١٨ و ١١٩.

"إن التزام الكفيل بالدين إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى المكفول الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي، يجوز أخذ الأجر عليه، حيث إن مجرد الالتزام بالدين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للمكفول فجاز المعاوضة عنه بمال لتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه.

التعليق

تحدث الباحث في أكثر من موضع في البحث عن جواز أخذ الأجر على مجرد الالتزام بالدين، وعلقت عليه في محله^(١١)، والذي أضافه الباحث هنا، وما أريد أن أعلق عليه هو تعليقه للجواز بتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه.

وأسأل الباحث : من الناس الذين تعارفوا على أخذ الأجر على حالات الضمان المصرفي، أليسوا هم الناس أصحاب البنوك الربوية الذين تعارفوا وتراضوا على أخذ الأجر على القرض (الفائدة)؟ إن الأجر الذي تأخذه البنوك الربوية على خطابات الضمان لمجرد التزامها بالدين هو الأجر الذي منع الفقهاء أخذه على الكفالة.

وإن محاولة الباحث التفرقة بين الحالة التي يؤدي فيها الكفيل إلى المكفول له، والحالة التي لا يؤدي فيها، ويؤدي المكفول الدين إلى ربه^(١٢) محاولة فاشلة، وغير معقولة لسببين:

الأول : إن أخذ الأجر في الكفالة، أو في خطاب الضمان، يكون عند العقد، وكل من الكفيل والبنك لا يدري عند العقد هل سيؤدي المكفول الدين إلى ربه أم سيعجز عن الأداء فيؤدي الكفيل أو البنك. والمطلوب هو بيان حكم أخذ الأجر عند العقد، والباحث بنى الحكم على أمر مستقبل مجهول.

الثاني : أن المعروف عن البنوك الربوية أنها لا تترك دولاراً واحداً يبيت عند شخص ليلة واحدة إلا أخذت عليه فائدة، ولهذا فإن البنك عندما يصدر خطابات الضمان يعمل حساب هذه الفائدة فيقدر أن ٢٪ مثلاً من خطابات الضمان التي يصدرها سيعجز من أصدرت له عن السداد، ويضطر البنك أن يدفع، ويحسب الفائدة (الأجر) على هذا الأساس.

(١١) انظر الفقرات (٦) و (٧) .

(١٢) ذكر الباحث هذا في أكثر من موضع، ذكره هنا، وذكره في المستخلص في أول البحث وذكره أثناء البحث في أربعة مواضع، ص ١٠٠ و ١٠٢ و ١١٦ و ١١٨، وهي الحالة الوحيدة في رأيه التي لا يجوز فيها أخذ الأجر على الكفالة.

هذه هي حقيقة الأجر على خطابات الضمان، فهي فائدة على دين محتمل حصوله. وليست أجراً على مجرد الالتزام كما توهم الباحث، وقد أدرك الفقهاء المتقدمون هذه الحقيقة فقالوا إن الكفالة بمنزلة الإقراض.

ومما يؤكد أن العمولة (الأجر) التي تأخذها البنوك على خطابات الضمان هي فائدة وليست أجراً على مجرد الالتزام أن هذه العمولة تختلف باختلاف المبلغ، وباختلاف المدة، وباختلاف نوع خطابات الضمان، وهل هو مغطى أو غير مغطى، لأن كل هذه الاعتبارات تؤخذ في تقدير سعر الفائدة، ولو كان المبلغ الذي يأخذه البنك نظير "بمجرد الالتزام" لكان مبلغاً واحداً في جميع الحالات.

فائدة

إن هذا الموضوع الذي يثيره الدكتور نزيه حماد قد بحثه مجلس مجمع الفقه في ١٤٠٦ هـ (١٩٨٥ م) وكان من ضمن ما أصدره فيه الآتي:

١- أن الكفالة هي تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

٢- إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه^(١٣).

والله الموفق والمهادي إلى الحق.

(١٣) انظر ما جاء في هذا الموضوع كاملاً في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ج ٢، ص ١٠٣٥ وما بعدها.

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ٩٥-١٢٢

تعليق : علي أحمد الندوي

مستشار شرعي - أمانة الهيئة الشرعية

شركة الراجحي المصرفية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله النبي الأمي الكريم محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد

فمن الآراء والاقتراحات المعاصرة الجديدة المطروحة للنقاش، حول أخذ الأجر على الضمان: أن محض التزام الكفيل بالأداء منفعة تصلح لأن يعاوض عنها بمال، وأن يؤخذ عليه أجر، بشرط أن لا تجتمع مديونة إلى أجل مع هذه المعاوضة المالية. وهذا الرأي أبداه الأستاذ الدكتور نزیه حماد، وعرضه مفصلاً في بحثه المنشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، بعنوان: "مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"، ولكي تتجلى هذه الفكرة أمام القارئ، من المناسب إيراد فقرات من البحث، وهي كالآتي:

"الالتزام بحد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعتبرة المتقومة للآدميين والأعيان، فجاز أخذ الأجر عليه في عقد الكفالة، سواء أدى الكفيل الدين إلى المكفول له

أو لم يؤده، وذلك بشرط واحد، وهو أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل، لأن اشتراط الأجر عندئذ يكون حيلة إلى ربا النسئة، وستاراً للتعامل بربا الديون المحرم تحت عنوان الكفالة"^(١).

"ولا شك عندي أن التزام الضامن... يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للطالب يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعاً - كمنافع الأعيان ومنافع الأدميين - إذا تعارف الناس على ذلك"^(٢).

"إن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، و لم يكن الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدرأ ووضعأ، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه، حتى صار المبلغ المؤدى كله أو جزؤه مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأن الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة عليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل، على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب"^(٣).

وفي الواقع هذا الرأي يبدو جديراً بالتأمل وتنبثق جدارته من الجوانب التالية:

- الجواز مشروط هنا بقيد مهم، وهو أن لا تنشأ علاقة الدائنية والمديونية بين الكفيل والمكفول، في حالة فشل المكفول في وفاء الالتزام تجاه المكفول له، ثم لعدم مبادرته إلى إبراء ذمته، بدون تأخير من الكفيل الذي قام بسداد الدين عنه. وإذا أخذ هذا الشرط في الاعتبار فتكاد تتلاشى علة المنع حسب رأي الجمهور، وهي أن الكفالة لا يجوز أخذ الأجر عليها، بسبب أنها تؤول إلى القرض. ومن المعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمأ... فهل يمكن تصور مجرد الالتزام بفك علاقته من الدين؟ إذا أمكن ذلك فهل الالتزام في ذاته يستحق الاعتياض عنه، لأنه يمثل منفعة معنوية؟ وهل العرف له دور في تقويم هذه المنفعة وجعلها محلاً صالحاً للمعاوضة؟ إذا أقر كل ذلك فلا حرج بأخذ هذا الرأي لسلامته من العلة القادحة المانعة... ولاسيما إذا بني الموضوع على رأي

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، ص ١٠٢، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي. (١٤١٧هـ، ١٩٩٧م).

(٢) المصدر نفسه، ص ١٠٩.

(٣) المصدر نفسه، ص ١١٣.

المالكية الذين يقيدون الرجوع على الكفيل، بتعذر أداء الأصيل المكفول، فهذا ينطبق على خطاب الضمان، إذ المطالبة من المكفول له لا تتوجه إلى الكفيل إلا إذا فرط المكفول وتأخر في الأداء.

ومثل هذا الالتزام وأخذ العوض عليه قابل للتفكير في ضوء قضية الجاه أيضاً الذي أثاره بعض الفقهاء، لأن المصارف على علاقاتها وعيوبها تشكل ثقلًا لدى الناس، وتفرض الهيمنة. بملاءمتها، وتقوم بدور كبير بارز بوساطتها المالية في تيسير المعاملات. ومن المعلوم أن يسار البنك وثقة الناس فيه، حيث تقبل وجهته أبرزت فكرة الضمان، ولأن البنك لو لم يتدخل بجاهه وضمانه بإصدار خطابات الضمان لحرم الناس قضاء مصالحهم^(٤). فهي لو أخذت نسبة معينة على الكفالة، بشرط أن لا تنشأ علاقة المداينة بين الكفيل والمكفول، فيمكن أن تعتبر التزامًا من نوع جديد أقرب إلى بذل الجاه.

ومفاد هذا الرأي أن العميل إذا سدد دينه وفق ما تضمنه خطاب الضمان في أوانه المحدد، ظل الكفيل فارغ الذمة، واعتبر متقاضياً أحره على مجرد الالتزام، أما إذا نشأت المديونية فحينئذ يستدعي الأمر أن تحسم النسبة المدفوعة إلى المصرف الكفيل مسبقاً من دين العميل حين الرجوع عليه. وإيضاح ذلك على سبيل المثال أن المصرف الضامن لو أخذ مبلغاً مقطوعاً. بمقدار عشرة آلاف ريال، أو نسبة معينة تصل إلى هذا الحد بناء على كفالته بمليون ريال تجاه المكفول له، وفعلاً أحل المكفول بالتزامه، حتى اضطر الكفيل بقيام الواجب حسب الالتزام، ولم يبادر المكفول إلى سداد هذا المبلغ فوراً للكفيل، وبالطبع نشأت مداينة، ففي هذه الحالة تحسم عشرة آلاف ريال من المليون حين الرجوع على المكفول، ومعنى ذلك أن المصرف يخسر جهده، لأنه قد أدى المبلغ بكامله إلى المكفول له.

ولكن هذا الرأي على وجهته يمكن أن ترد عليه ملاحظات، ومنها ما يلي:

- الظاهر أن هذا الرأي غير عملي وعسير التطبيق في المصارف الإسلامية، لأن من عادة الناس بوجه عام عدم سداد الديون في أوانها مع وجود الالتزامات المؤكدة على التفرغ والتعويض بسبب المماثلة في البنوك التقليدية، فكيف لو علموا أن النسبة المدفوعة إلى المصرف ترد إليهم حين نشوء المديونية..

(٤) انظر الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري، ص ١٦٠ ط: القاهرة، مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٨٣ .

وكيف يتوقع من العميل المتأخر في السداد تجاه المكفول له أن يستجيب فوراً للكفيل، ويسرع إلى إبراء ذمته، لكي تحل العمولة وتطبق للمصرف؟ ثم إذا أدى الأمر إلى مزيد من التسويف والمماطلة من المكفول تجاه الكفيل حين تحقق المدائنة بينهما، فماذا يكون موقف البنك الإسلامي؟ ألا يخشى أن يطالبه بالتعويض لكونه مدينًا ماطلاً، أخذًا ببعض الاجتهادات؟ ويبدو أنه لمن الصعوبة بمكان بالنسبة للبنك الإسلامي أن يتقبل هذه الفكرة قبولاً حسناً ويحسن تطبيقها، لأن فيها خطراً وخسارة، وعلى أساس أنه يعمل على مبدأ الاسترباح في جميع العمليات.

- أضف إلى صعوبة الجانب العملي أن هناك أصلاً مقررًا لدى الفقهاء، وهو أنه إذا كان الحكم المنهي عنه مبنياً ومؤسساً على قاعدة سد الذرائع، فلا يجوز فتحها أو تخصيصها بدون مبرر أقوى، ومن المعلوم أن عدم جواز أخذ الأجر على الضمان في نظر الجمهور منظور فيه إلى هذا الأصل، وقد ألمع إلى ذلك الإمام ابن رشد الجد في النص التالي:

" - أن العلة إذا وضعت حسماً للباب: لم تخصص في موضع من المواضع.

ألا ترى أن منع قبول شهادة الأب لابنه، والابن لأبيه، لأجل التهمة الغالبة في الطباع، فحمل الباب محملاً واحداً، و لم ينقض بنادر"^(٥).

وعلى كل حال هذا الرأي تبرز فيه محاولة جديدة جديدة للخروج من المعضلات التي تحيط بهذا الموضوع، وإذا استبعدت الشبهات، وأحسن تطبيقه، فلا حرج في ذلك، لأن "تسهيل المعاملات لا مانع منه شرعاً متى كان بعيداً عن الربا الحرام..^(٦).

حلول وبدائل

هناك آراء ومحاولات بذلت من قبل الباحثين المعنيين بالفقه والاقتصاد، المتصددين لدراسة موضوع خطاب الضمان في سبيل إيجاد بدائل وحلول تكون ذريعة للكسب الحلال الطيب من خلال عملية إصدار خطابات الضمان؛ مع التحاشي من الوقوع في الربا وشواتبه.

ومن تلك الحلول المقترحة إحلال المشاركة أو المضاربة محل أخذ الأجر بنسبة شائعة بمقابل الكفالة، حتى يتسنى للمصارف الإسلامية تنفيذ هذه العملية أو القيام بأداء هذه الخدمة، على

(٥) المقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨ م.

(٦) الالتزامات لأحمد إبراهيم بك، ص ٥٥، ط: القاهرة، دار الأنصار.

شاكلة جديدة تنسجم مع طبيعة أحكام الفقه الإسلامي وضوابطه. وحسب هذا التصور المبدئي يمكن للمصرف الذي يطلب منه إصدار خطاب الضمان أن يدخل شريكاً مع طالب الضمان في العملية الاستثمارية أو المقاوله التي طلب لأجلها الضمان. وبالطبع هذا الحل لن يكون محل القبول في الحالات والأعمال التي لا تصلح ولا تخضع للمشاركة.

وإذا قبلت هذه الفكرة، فيكون اعتبار خطاب الضمان تمويلاً على أسلوب المشاركة، إذا كان الخطاب مغطى جزئياً، أما إذا كان بدون غطاء كلياً فحينئذ يكون التمويل على أساس المضاربة، وبمقتضى ذلك تنال المصارف الإسلامية نصيباً شائعاً من الربح الناتج من العملية حسب الاتفاق، كما أنها تتحمل الخسارة في حالة وقوعها بقدر حصتها في رأس المال.

وفي هذه الحالة يعتبر البنك من تاريخ وفائه بقيمة الخطاب شريكاً في العملية الاستثمارية مع طالب الضمان^(٧). وبذلك يمكن القضاء على المشكلة التي تتور دائماً في أخذ الأجر على مجرد إصدار خطاب الضمان، بدون أن يرتبط بعملية مبنية على الشركة، لأن الخطاب إذا كان ضمن عقد آخر فإنه لا يصبح مقصوداً بالذات، ولا يعتبر كفالة مجردة، فيجوز أخذ الأجر عليه، وربما يأخذ حكم التبعية. وفي الغالب حالة خطاب الضمان غير المغطى هي التي تكون محل استخدام هذا الأسلوب على طراز المضاربة، لأنها تأخذ حكم الكفالة لدى الجمهور، وبالتالي لا يكون هناك مجال لأخذ العمولة، كما تؤخذ في حالة الغطاء الكامل أو الغطاء الجزئي بالتخريج على الوكالة بالأجر، ولكن لا يمنع ذلك من تطبيقه على الخطابات التي يكون الغطاء فيها جزئياً، ويقدم هذا التعامل تحت مظلة عقد الشركة، وهذا أبعد من الشبهة.

ومثال ذلك أن يأتي عميل راغباً في الحصول على خطاب الضمان من المصرف وعنده من الرصيد ما يشكل غطاء جزئياً لاستيراد سلعة معينة، فيشاركه بنسبة ٥٪ مثلاً، ويشترك معه في الربح والخسارة، بدلاً من أن يأخذ أجراً أو جعلاً مقابل الجزء المغطى باسم الوكالة، بعد تشطير خطاب الضمان إلى شطرين، يتضمن أحدهما كفالة، وثانيهما وكالة، ولا بأس أن تتفاوت نسبة الربح بينهما، إذا كان لأحدهما عمل مميز، أما الخسارة فهي تكون حسب رأس المال كما هو

(٧) انظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبدالرزاق الهيتي، ص ٣٨٩، ٤٠٣، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور صلاح الصاوي، ٤٨٥-٤٨٦، المصارف والأعمال المصرفية للدكتور غريب الجمال، ص ١٢٢، منهج الصحوة للدكتور أحمد النجار، ص ٣٣١، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبدالله الطيار، ص ١٥٠، والاستثمار والرقابة الشرعية للدكتور عبدالحميد البعلي، ص ٤٨.

معلوم ومقرر لدى الفقهاء قاطبة، ومما لا شك فيه أن دخول المصرف في مثل هذه المشاركة لن يكون مجازفة بدون تجميع المعلومات حول العملية المطروحة والتخمينات المسبقة، وبذلك تقل المخاطر في غالب الأحوال، والله أعلم.

وقد اتجهت بعض المصارف الإسلامية -بجانب الأفراد- إلى تبني هذه الدعوة التي تنادي بإحلال المشاركة في بعض عمليات خطابات الضمان، ومنها بنك فيصل الإسلامي، كما يلاحظ ضمن التوصيات الصادرة من هيئة الرقابة الشرعية لهذا البنك، في اجتماعها الثاني عشر بتاريخ ٦/٨/١٣٩٨ هـ الموافق ١١/٨/١٩٧٨ م، إذ جاء فيها باختصار: يمكن للبنك حينما يطلب منه العميل إصدار خطاب الضمان أن يشارك هذا العميل في العملية المطلوب من أجلها الضمان^(٨).

وهكذا طرحت فكرة المشاركة، ولكن قد تحول دون تحقيقها عوائق، وعلى رأسها أن دخول المصرف الإسلامي شريكاً مع العميل لا يسوغ على أساس دار خطاب الضمان، بل بتقديم جزء من المال، لأن خطاب الضمان في ذاته لا يمثل رأس المال، وإنما يعبر عن مجرد التزام كما هو معروف... وقد عرضت هذه القضية على هيئة الفتوى في بيت التمويل الكويتي، فأجابت بعدم جواز البنك تقديم خطاب ضمان واعتبار المبلغ المذكور فيه تمويلاً في المشاركة، وهناك نص السؤال مع الجواب المقرون به:

س : "هل يجوز تقديم البنك خطاب ضمان ومقابله يحصل على نسبة من الأرباح؟ ويكون خطاب الضمان صادراً لحساب الشركة المشاركة في المشروع، ويكون خطاب الضمان أحد عناصر حصة البنك، والباقي يدفع نقداً؟".

ج : "لا يجوز تقديم البنك خطاب ضمان واعتبار مبلغ الضمان تمويلاً في المشاركة، لأن الضمان عبارة عن استعداد للإقراض، وإذا كان القرض الفعلي لا يصلح رأس مال، لأنه دين، ولا يصح كون الدين رأس مال للمشاركة، فالاستعداد للإقراض من باب أولى... وقد جرى عمل الفقهاء، وصار من القواعد الشرعية، أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه، ولهذا لا يجوز اعتبار خطاب الضمان تمويلاً مقدماً من البنك في المشاركة"^(٩).

(٨) ر: النظام المصرفي الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج، ص ١٣١.

(٩) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي، ص ٣٣٨-٣٣٩، هذا مع ملاحظة أن شركة الأموال إذا عقدت بمال غائب أو دين في الذمة، وأحضر المال وشرع الشريكان في التصرف تصرف الشركاء، فإن الشركة تنعقد بهذا التصرف نفسه، حسب رأي الحنابلة (انظر الموسوعة ٥٠/٢٦)، ولكن هذا أيضاً ليس محل التطبيق في خطاب الضمان، لأنه عبارة عن مجرد التزام لا يمثل ديناً في الذمة.

وهذا الإشكال يرد في حالة المأخذ. مبدأ المشاركة بوجه عام، ولكن لو بنيت المشاركة على أساس شركة الوجوه، فحينئذ يزول الإشكال لتضمن هذه الشركة عنصر الكفالة مع عنصر الوكالة، ومن المعلوم أن الضمان المجرد هو الذي لا يجوز أخذ الأجر عليه لدى الجمهور، ولكن يجوز أن يكون للضمان ما يقابله إذا دخل في عقد من العقود، وهذا ما يتحقق في شركة الوجوه حسب رأي الحنفية والحنابلة، لأن هذه الشركة لا يوجد فيها رأس المال نقداً وإنما يشارك على الشراء مؤجلاً ثم القيام بالبيع نقداً... فموضوع خطاب الضمان يمكن أن يعالج ويطور في كثير من الحالات في ضوء شركة الوجوه.

وهذه الفكرة قد أشار إليها بعض الفقهاء المعاصرين، والظاهر أنها فكرة مرنة حرة بالبحث والتطوير، وذلك لبناء شركة الوجوه على ضمان الديون، أي استعداد كل من الشريكين لتحمل مسؤولية وفائها في حالة إخفاق عملية المشاركة، بدليل "الخراج بالضمان" أو "الغلة بالضمان". وإذا أحسن تطبيقها فهي أكثر اتساقاً مع طبيعة الضمان المصرفي، ويمكن القول أن هناك قاسماً مشتركاً بين الكفالة وشركة الوجوه وهو وجود الضمان، غير أن الفرق بينهما جوهري، وهو أن الكفالة عبارة عن الضمان المجرد المحض، أما الضمان في شركة الوجوه فهو مقرون باتفاقية في صورة شركة تمثل تجارة أو عملية استثمارية على أسلوب المدائنت.

ومن ثم إذا قرن خطاب الضمان بشركة فيمكن أن يزول هذا الفارق الأساسي المشار إليه آنفاً، لأن الربح يستحق بأحد العوامل الثلاثة وهي المال أو العمل أو الضمان، واستحقاق الربح بالضمان يتحقق في شركة الوجوه.

وقبل إيضاح الصورة التطبيقية الممكنة لهذا الحل المقترح، من المناسب إعطاء تصور مبدئي عن شركة الوجوه لدى الفقهاء القائلين بها، وهو كما يلي:

شركة الوجوه جائزة عند الحنفية والحنابلة، والفرق بين هذه الشركة وشركة الأموال بوجه عام أن شركة الأموال تستدعي وجود رأس المال قابلاً للتصرف فيه بقصد الاسترباح، أما شركة الوجوه فلا يتصور فيها وجود رأس المال، وكلمة "الوجوه" تشير إلى وجهة الشريكين وسمعتهما الطيبة في الأوساط التجارية التي يتعاملان فيها.

جاء في "مجلة الأحكام العدلية" بصدد التعريف لهذا النوع من الشركة أنه "إذا لم يكن لهم رأس مال، وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسبة، وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه"^(١٠).

(١٠) مجلة الأحكام العدلية م/١٣٣٢، وانظر م/١٣٩٩-١٤٠٣هـ.

وعرفتها "مجلة الأحكام الشرعية" بوضوح أكثر كما في النص الآتي:
 " - صفة شركة الوجوه أن يشترك اثنان فأكثر، من غير أن يكون لهما رأس مال في شراء شيء بجاههما، ويبيعهان على أن يكون الربح بينهما أنصافاً أو أثلاثاً أو نحو ذلك"^(١١).
 ومن أحكامها الأساسية: أنها مبنية على الوكالة والكفالة، فكل من الشريكين وكيل الآخر في البيع والشراء، وكفيله في الثمن^(١٢).

وبناء على أن الضمان يمثل ركيزة أساسية في هذه الشركة اشترط الحنفية وكذلك القاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة: أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن، وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريان معاً، أو كل على انفراد، ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة.
 فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه الضمان فهو شرط باطل لا أثر له، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما.

والمذهب عند الحنابلة أن الربح في شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه، لأن الشريكين شركة وجوه يتجران، والتجارة عمل يتفاوت كيفاً، كما يتفاوت كمّاً^(١٣).

ومما يؤكد على أن الضمان هو الأساس في شركة الوجوه أن المالكية الذين لم يجزوها عللوا المنع بأنها تنطوي على الضمان بالجعل^(١٤).

ومن خلال النظر في هذه السمات والخصائص المتميزة، يبدو إمكانية قيام شركة الوجوه بدور بناء في إنقاذ المصارف الإسلامية من المشكلات التي سبق ذكرها، حول أخذ العمولة على خطاب الضمان الذي لا يوجد له غطاء، وفي الخطابات المغطاة الأخرى التي يؤخذ فيها الأجر على العملية نفسها، مع احتساب المبلغ وتقدير المدة بنسبة معينة.

ولكي تأخذ شركة الوجوه دورها في هذا الإطار ويلامس الواقع العملي، يمكن أن يتفق طالب الضمان مع المصرف بناء على هذه الصيغة، فيجعل المصرف كفالاته في صورة خطاب الضمان مع

(١١) مجلة الأحكام الشرعية م/١٨٨٥.

(١٢) المصدر نفسه م/١٨٨٦، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٣٣٩.

(١٣) الموسوعة ٦٠/٢٦.

(١٤) انظر: الخرشني على خليل ٥٤/٦.

اشتراكه بنسبة يتفق عليها مع العميل، ويكون الاشتراك في الغنم والغرم، فإذا رغب العميل مثلاً في شراء بضاعة نسيئة يتفق مع المصرف الإسلامي، فيصدر خطاب الضمان بمقدار حصته مع العميل، وحين المطالبة من المكفول له ينفذ التزامه، ويسدد الدين حسب خطاب الضمان.

وقد لوحظ أن المذهب الحنبلي أرحب من المذهب الحنفي في اشتراط الربحية حسب التراضي، فإنهم سمحوا بالتفاوت في تحديد النسبة الشائعة من الربح بين الطرفين، بدون أن يربطوها بمقدار الضمان الملقى على عاتق كل واحد منهما، ولا مانع من الأخذ بهذا الرأي، إذا قام المصرف بدور متميز، خلال إنجاز العملية التي أصدر لأجلها الضمان، لأن جواز الزيادة منوط بعلة معقولة وجيهة، كما سلف ذكرها.

ويحسن عند دخول المصرف في شركة الوجوه أن يقوم بمهام تبعد الاتفاقية من الشبهات، ومنها: إعداد الدراسة حول النواحي المالية والاقتصادية والفنية المرتبطة بالعملية بواسطة أجهزة البنك المختلفة؟ وبعد إصدار خطاب الضمان يقوم البنك ببعض الأعمال الأخرى مثل تحصيل المستحقات الناشئة من العملية موضوع الخطاب المذكور. كما أن البنك يقوم بالرقابة والمتابعة المستمرة لمعرفة ما يقوم به من صدر لصالحه خطاب الضمان من تنفيذ الالتزامات.

وقد درست لجنة علمية بمصر بعض القرارات الصادرة بمنع أخذ أجر على الضمان في حالة إذا كان خطاب الضمان غير مغطى أصلاً، وبعد المناقشة قررت أنه "يمكن للبنك الإسلامي الاتفاق مع العميل طالب خطاب الضمان أن يصدر الخطاب -غير المغطى- مقابل نسبة من ربح العملية موضوع الخطاب"^(١٥).

"وإنما جاز الاشتراك في الربح تأسيساً على شركة الذمم أو الوجوه في الفقه الإسلامي"^(١٦).

وقد أشار بعض الباحثين أيضاً إلى استخدام أسلوب شركة الوجوه في عمليات إصدار خطابات الضمان بحيث قال إنه يمكن أن يدخل الضمان مع عقد آخر، وبهذه المناسبة ذكر أن في شركة الوجوه: الضمان له ما يقابله^(١٧).

(١٥) دليل فتاوى الراجحي، نسخة خاصة بمركز البحوث والمعلومات، ص ٣٣٦.

(١٦) المصدر نفسه، ص ٣٢٧.

(١٧) انظر: مناقشة د. علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٧/٢/٢-١١٧٨، وكتابه "الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة"، ص ١٦٠.

ويظهر من خلال ما ذكرت في نطاق عرض البدائل والحلول أن تطبيق المشاركة أو المضاربة في عمليات إصدار خطاب الضمان يكاد يكون متعذراً، إذ المصرف لا يتبغي أن يضع سيولة بيد العميل بغرض الاستثمار، وإنما يقوم بالالتزام فقط تجاه المكفول له، ويسدد الدين حين توجه المطالبة عليه بسبب تخلف العميل المكفول، ولكن شركة الوجوه باعتبار أنها قائمة على ضمان الديون، ولا تتطلب وجود رأس المال فيمكن أن تستجيب لموضوع خطاب الضمان، بحيث يدخل المصرف شريكاً مع المكفول العميل، بمقدار المبلغ الذي يحتاج إلى تغطيته، فيصدر الخطاب وفق ذلك، ويتفقدان على نسبة الربح الناتج من العملية التي أصدر لأجلها خطاب الضمان، مع ملاحظة أنه لن يتسنى هذا التطبيق إلا في الأعمال والعمليات التي تخضع للتجارة والاستثمار، أما الخطابات التي تصدر لمصالح شخصية وأمور خاصة، فهي ليست محل البحث هنا، وإنما يعالج موضوع أخذ الأجر عليها في ضوء اقتراحات أخرى.

وإنما مناسبة ذكر شركة الوجوه ينبغي أن ألفت الأنظار إلى تخريج جواز أخذ الأجر على خطابات الضمان، بناء على قاعدة "الخراج بالضمان"؛ كما ذهب إلى ذلك أحد الباحثين^(١٨). إذ يقول بصدد عرضه هذا الموضوع - مع انتقاد إحلال المشاركة أو المضاربة - ما يلي:

" - وفي هذا الخصوص أشير إلى حديث "الخراج بالضمان"، وأن في معناه متسعاً لمقابل طاهر وجزاء عادل، إذا قلنا إن من يتحمل تبعه ضمان شيء وتلف، يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء، لاشتراك البنك وعميله في المنفعة المتحصلة.

... ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندي: "من ضمن مالاً فله ربحه"^(١٩).

وعلى هذا الأساس نقول إن البنك وقد ضمن عميله في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشرائكه مع العميل في هذه العملية شراكة عقد، محله ضمان عمل العميل، وضمن العمل نوع من العمل.

(١٨) وهو الدكتور عبد الحميد البعلي.

(١٩) أخبار القضاة لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع بن حيان (٣٠٦هـ)، ص ٢، ج ٣١٩.

وعلى هذا النحو، لا يجوز أن يكون حق البنك متمثلاً في نسبة من قيمة خطاب الضمان، فذلك واضح الشبهة، بل صريح الربا، فما يأخذه البنك في هذه الحالة سحت، ومن ثم كان الأعدل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بينهما، وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق الضيق، وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفي نوعاً من الأنشطة الهامة والرئيسية في المصارف^(٢٠).

أقول: هذه محاولة جيدة في ظاهرها، ولكن الواقع أن التخريج على "الخراج بالضمان" لا يسلم إلا إذا طبق ذلك ضمن مشاركة المصرف الكفيل مصدر خطاب الضمان مع العميل المكفول طالب الخطاب، لأن القاعدة جارية في عقود المعاوضات، ولها ظلال ممتدة في الشركات، ولاسيما في شركة الوجوه وشركة الأعمال، ففي شركة الوجوه يكون الضمان أصالة، لأنها تنبني على ضمان الديون كما سبق إيضاح ذلك، أما شركة الأعمال فهي مبنية على عنصر العمل أساساً، لأنها "عبارة عن شركة على تقبل الأعمال"^(٢١). ففيها تعهد والتزام العمل المطلوب، واستحقاق البديل فيها يكون بضمان الشريكين العمل^(٢٢). وبالنظر لضمان العمل إنه من الجائز أن يتقبل أحد عملاً من الأعمال كخياطة ثوب، ويتعهد بإنجازه لقاء أجر معلوم ثم يتعاقد مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول، ويربح هو فرق ما بينهما حالاً طيباً، لمجرد أنه ضمن العمل، دون أن يقوم به^(٢٣)، لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل^(٢٤). فالخلاصة أن الضمان يتحقق تبعاً في هذه الشركة.

ويبدو لي من خلال النظر في النص الذي أوردته هنا، ومن الشواهد الأخرى المذكورة في كتابه أن الأستاذ الباحث قد حاول أن يطبق بعض أحكام شركة الأعمال -وهي شركة التقبل والصنائع- على عملية إصدار خطاب الضمان، حيث انطلق أساساً من موضوع "الخراج بالضمان" وما في معناه من قول القاضي شريح "من ضمن مالاً فله ربه"، ثم بصدد البحث تطرق إلى ذكر أصل فقهي آخر، وهو أن الربح لا يستحق إلا بالمال والعمل والضمان، وساق مثلاً من "مجلة

(٢٠) أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، الواقع والآفاق، ص ٤١-٤٢، والاستثمار والرقابة الشرعية، ص ٥٩-٦٠.

(٢١) مجلة الأحكام العدلية م/١٣٨.

(٢٢) ر: المصدر نفسه ٣/١٣٩٧.

(٢٣) ر: الموسوعة ٦٠/٢٦.

(٢٤) بدائع الصنائع، ٦: ٦٣.

الأحكام" من مسائل شركة الأعمال، وهو يشبه ما ذكرته آنفًا، وتمسك بما جاء فيه من كلمة "ضمان العمل"، وخلص من ذلك كله إلى أنه من "الأعدل والأصوب أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بينهما".

فهنا ترد ملاحظتان على كلام الباحث والرأي الذي انتهى إليه :

- ١ - إن مقتضى "الخراج بالضمان" هو الاشتراك في الأرباح والخسائر، والضمان فيه ضمان العقود وله امتداد في الشركات، ولا علاقة له بالضمان المعبر عنه بالكفالة، فشتان بين الموضوعين.
- ٢ - "ضمان العمل" المشار إليه متصور لدى الفقهاء في شركات الأعمال، أما اعتبار المصرف ضامنًا للعمل بمجرد إصدار خطاب الضمان، وبناء على ذلك استحقاق الربح من ناتج العملية، فهذا يتنافى مع حقيقة إصدار خطاب الضمان، إذ المقصود منه كفالة دين العميل تجاه المكفول له، إلا إذا قدم تصور صحيح عن تطبيق خطاب الضمان ضمن شركة الأعمال، بحيث يتحقق ضمان المصرف عمل الكفيل، فيسوغ له أخذ نصيب شائع من الثمرة المتحققة حسب الاتفاق، والظاهر أن شركة الأعمال ليست محلًا صالحًا لمثل ذلك، وإنما شركة الوجه هي التي تصلح صيغة ملائمة في هذا الإطار، حسب التكييف الذي سبق تفصيله، والله أعلم.

المراجع

- البعلي، عبد المجيد محمود، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١٠هـ .
- البعلي، عبد المجيد محمود، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١١هـ .
- بك، أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة: دار الأنصار، ١٣٦٣هـ .
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، مكة المكرمة: مكتبة نذار مصطفى الباز، ١٤١٧هـ .
- بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية، الكويت: بيت التمويل الكويتي، ١٤٠١هـ .
- ابن حيان، محمد بن خلف، أخبار القضاة، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٦٦هـ .
- حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، بيروت: مكتبة النهضة، ١٣٤٩هـ .
- الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشي على خليل، بيروت: دار صادر، د.ت .
- السالوس، علي بن أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، الكويت: مكتبة الفلاح، ١٤٠٦هـ .
- سراج، محمد أحمد، النظام المصرفي الإسلامي، القاهرة: دار الثقافة، ١٤١٠هـ .
- شركة الراجحي المصرفية، دليل فتاوى الراجحي، د.ن ، د.ت .

- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، جدة: تهامة، ١٤٠١هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: د.ن، ١٤٠٢هـ.
- مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، بحث مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمجلة، ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م، العدد الثاني.
- الهمشري، مصطفى، الأعمال المصرفية والإسلام، القاهرة: مجمع البحوث، ١٩٨٣م.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٦، الكويت: وزارة الأوقاف، ١٤٠٤هـ.

مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

نزیه کمال حماد

باحث ومستشار في الفقه الإسلامي - كندا

أستاذ الفقه الإسلامي (سابقاً)

جامعة أم القرى - مكة المكرمة

المستخلص . تبين لنا بعد النظر فيما قاله الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الكفالة أن قول جمهور الفقهاء بعدم جواز اشتراط ذلك الأجر وأخذه غير سديد على إطلاقه، كما أن القول بالجواز مطلقاً غير صحيح أيضاً، نظراً لما قد يفرض عليه من التعامل بربا القرض تحت ستار عقد الكفالة، وأنه لا بد في المسألة من التفصيل.

واشتراط الأجر على الكفالة له في التطبيق أحوال تبين لنا جوازها - تنتهي فيها الكفالة والمديونية الناشئة عنها، حالاً دون تأجيل: كما إذا كان الكفيل مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه، أو إذا بادر المكفول بوفائه، فور الأداء أو في يومه.

أما في الأحوال التي لا تنتهي فيها المديونية، بل يصير المبلغ المؤدى عن المكفول ديناً مؤجلاً في ذمته، فإنه لا يجوز حينئذٍ أخذ الأجر على الكفالة لأنه يصير حيلة لأكل ربا النسبئة المحرم أو ذريعة إليه.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد: فإن الغرض من إعداد هذه الدراسة مراجعة رأي الفقهاء الداهيين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وإعادة النظر والتأمل فيما قدموا من أدلة وتعليقات لتشهد بصحة ما اتجهوا إليه، وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة وأصول الاستدلال وقواعد الاحتجاج فيها، بغية الانتهاء إلى نظر فقهي محرم مؤصل، متسق مع كليات الفقه التي تضافرت الآراء الفقهية الكثيرة في المسائل والجزئيات الوفيرة على إقامة أركانها وتأسيس بنينها، ومتفق مع روح الشريعة المطهرة ومقاصدها العامة والخاصة، مع السلامة من التناقض أو التعارض مع الأمور المسلمة من صريح المعقول وصحيح المنقول.

وقد حاولت في هذه العجالة بلوغ الغاية وتحقيق الأمانة بتحرير هذه المسألة الفقهية الشائكة، وتهذيب القول في حكمها، وتنقيح الرأي فيها، نظراً لأهميتها في ذاتها، وأهمية ما يبتني عليها من تفرعات وتطبيقات في المعاملات المالية المعاصرة عموماً والكفالات المصرفية المتنوعة خصوصاً. وعلى الله سبحانه الاعتماد، ومنه وحده الحفظ والمعونة والاستمداد، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

أدلة جمهور الفقهاء في عدم الجواز والرد عليها

١- لقد نصّ جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال^(١)، وأنّ الكفالة بشرط الجعل له باطلة^(٢)، خلافاً لإسحاق بن راهويه^(٣).

(١) سواء أكان من رب الدّين أو المدين أو أجنبي . انظر: الزرقاني على خليل ٩٩/٥، الخرشي وحاشية العدوي عليه ٩٤/٥، ٣٠/٦، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٧٧/٣، ٣٤٠، ٣٤١، ميارة على التحفة ١٢٠/١، ١٢١، المدونة لمالك ٢٨٤/٥، التاج والإكليل للمواق ١١١/٥، الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٤٢/٣، البهجة شرح التحفة للتسولي وشرح التاودي عليها ١٨٤/١، مواهب الجليل للحطاب ٣٩١/٤، ١١٣/٥، الفتاوى البزازية لابن البزاز ٢/٦، الحموي على الأشباه والنظائر ٧٢/٢، الحاوي للماوردي ١٢١/٨، المغني لابن قدامة ٤٤١/٦ المبدع لابن مفلح ٢١٣/٤، كشاف القناع للبهوتي ٢٠٦/٣، شرح منتهي الارادات للبهوتي ٢٢٥/٢، لباب الباب للقفصي ص ١٧٥.

(٢) ابن البزاز، الفتاوى البزازية ٢٠/٦، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٤٢/٦، المبسوط للسرخسي ٣٢/٢، الحاوي للماوردي ٢١٢/٨، الشرح الكبير للدردير ٣٤٠/٣، الخرشي ٣٠/٦، شرح ميارة على التحفة ١٢٠/١، الشرح الصغير للدردير ٤٤٢/٣ .

(٣) حيث نقل الماوردي في الحاوي عن إسحاق بن راهويه أنّ الضمان بشرط الجعل صحيح. (انظر الحاوي ١٢١/٨).

واستدلوا على ذلك بخمسة أدلة:

الدليل الأول

٢- وهو أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها للضامن يُخرجها من باب التبرع إلى المعاوضة، فكان غير جائز.

غير أن الفقهاء المحتجين بذلك اختلفت تفسيراتهم للتبرع المراد بقولهم "أن الكفالة تبرع"، وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول

٣- ومفاده أن المراد به "تمليك الغير مالاً مجاناً بدون عوض" كما هو الحال في الهبة والصدقة والهدية وسائر العطايا، حيث إن الكفيل في أصل الوضع يعتبر واهباً للمال الذي كفل به وأداه عن المكفول، فلا يرجع عليه بما أدى عنه، لأنه متبرعٌ به. وذلك كما فعل علي وأبو قتادة رضي الله عنهما في كفالتهم للدَّين المتوفى^(٤)، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على المكفول بما أدّيا عنه، لصار الدَّين لهما، فكانت ذمة الميت مشغولةً بدئيهما كاشتغالها بدَّين المضمون له، ولما صلى النبي عليه الصلاة والسلام عليهما.

٤- وهذا الاتجاه ظاهر في نصوص فقهية كثيرة، منها:

* قول الإمام الشافعي: "وإذا كفل العبدُ المأذون له في التجارة بكفالة، فالكفالة باطلة، لأنَّ الكفالة استهلاكُ مال لا كسب مال. فإذا كُنَّا نمنعه أن يستهلك من ماله شيئاً، قلَّ أو كثر، فكذلك نمنعه أن يتكفَّل فيعمر من ماله شيئاً، قلَّ أو كثر"^(٥).

(٤) حيث روى البخاري والبيهقي وغيرهما عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة ليصلي عليها، فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فهل عليه دَّين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة: صلَّ عليه يا رسول الله، وعليّ دَّينه. فصلى عليه. (صحيح البخاري ٥٦/٣، سنن البيهقي ٧٢/٦، عارضة الاحوذى ٢٩٠/٤، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢).

وروى الدار قطني والبيهقي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بجنابة، فلما قام ليكبّر، سأل أصحابه: هل على صاحبكم من دَّين؟ قالوا: عليه ديناران. فعدل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وقال: صلوا على صاحبكم. فقال علي بن أبي طالب: هما عليّ، برىء منهما. فتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه. (سنن البيهقي ٧٣/٦، سنن الدار قطني ٤٧/٣).

(٥) الأم للشافعي ٢٠٥/٣.

* ما جاء في المدونة من أنَّ "الكفالة عند مالك من وجه الصدقة"^(٦)، و"إنما الكفالة معروف"^(٧). مع بيان المراد بالمعروف ههنا أنه من قبيل الهبة والصدقة والعتق.

* وقول ابن حزم: " لا يرجع الضامن على المضمون عنه أو على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه أصلاً - سواء رغب إليه في أن يضمه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك - إلا في وجه واحد، وهو أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا عليّ، فإذا أدت عني، فهو ذين لك عليّ، فههنا يرجع عليه بما أدّى عنه، لأنه استقرضه ما أدّى عنه، فهو قرضٌ صحيح"^(٨).

٥- وأحسب أن هذا هو الأصل الذي بنى عليه الحنفية قولهم: إن الكفيل بغير أمر المدين يعتبر متبرعاً بما التزم وأدّى، فلا يرجع على المكفول بشيء.. وكذا الحنابلة قولهم: إذا أدّى الكفيل المال وهو لا ينوي الرجوع به على المكفول، كان متبرعاً بما قضى.. وكذا الشافعية قولهم: إن من ضمن مالا عن غيره، وأداه عنه بدون أمره، فلا رجوع له عليه بما قضى، لأنه متبرع فيه^(٩). ويظهر ذلك جلياً في قول السرخسي: "الكفالة بغير الأمر تبرعٌ محضٌ، حتى لا يستوجب الكفيل الرجوع على الأصيل عند الأداء"^(١٠).

٦- كما أنه قد يعتبر الأصل الذي بنى عليه جماهير الفقهاء قولهم باشتراط أهلية التبرع في الكفيل لصحة الكفالة^(١١). يتضح ذلك من قول السرخسي في المبسوط: "وكفالة الصبي التاجر بإذن أبيه أو بغير إذنه، بنفس أو مال باطلّة، لأنه تبرع، ولا يملكه الصبي بغير إذن أبيه ولا بإذنه كالهبة"^(١٢). وقوله أيضاً: "ليس للمأذون أن يكفل بنفس ولا مال، لأن الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع، والتبرع ضدّ التجارة، وانفكاك الحجر عنه في التجارة خاصة"^(١٣). وقوله

(٦) المدونة لمالك ٢٨٤/٥ .

(٧) المدونة لمالك ٢٨٤/٥، وانظر الذخيرة للقراي ١٩٢/٩ .

(٨) المحلى لابن حزم ٥٢٢/٨، وانظر أيضاً ٥٣١/٨ .

(٩) المبسوط للسرخسي ١٢/٢٠، ١٦٠/٢٦، روضة الطالبين للنووي ٢٦٦/٤، الحاوي للماوردي ١١٤/٨، ١١٥، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢٥٠/٢، المغني لابن قدامة ٤٤١/٦، وانظر م(١١٠١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري .

(١٠) المبسوط للسرخسي ١٧/١٩٥ .

(١١) المبسوط للسرخسي ١١/١٩٦، فتح العزيز للرافعي ٣٦٠/١٠، روضة الطالبين للنووي ٢٤١/٤، البهجة للتسولي ١٨٧/٢، الشرح الصغير للدردير ٤٣٢/٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٥٤/٢، المغني لابن قدامة ٧٩/٧، ٨١، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢٥٠/٢ .

(١٢) المبسوط للسرخسي ٨/٢٠ .

(١٣) المبسوط للسرخسي ٢٦/٢٧ .

أيضاً: "لو كفل المريض عن رجل بألف درهم، وأقرّ بدينٍ يحيط بماله، فلا شيء للمكفول له، لأنّ الكفالة تبرع واصطناع معروف كالهبة، والدين مقدّم على الهبة في المرض"^(١٤).

٧- والذي أراه أنّ هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع الذي تقوم عليه الكفالة في أصل الوضع غير مسلّم، وذلك لأنّ إعطاء الشارع الحق للكفيل في أن يتبرع برضاه عن المكفول بما يؤدي عنه، وحضّه على ذلك وترغيبه به عند حاجة المدين إليه لا يقتضي أنّ يكون الأصل في الكفالة تبرع الكفيل بما يقضي عن المكفول. يوضح ذلك قول جماهير أهل العلم أنّ الكفيل إذا أدى الدين المكفول به بأمر المدين أو بناءً على التزامه قضاءًه إليه أو بنية الرجوع عليه به - حسب اختلاف الفقهاء في المسألة - فإنه لا يعتبر بحال متبرعاً بما دفع، وله أن يرجع على المكفول بما قضى عنه. ولا حجة في قضاء علي وأبي قتادة دين الميت، لأنه كان تبرعاً منهما بقصد براءة ذمته ليصلي عليه النبي ﷺ، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء. والكلام في مطلق الكفالة التي لم يُقصد فيها التبرع"^(١٥). هذا وقد انتقد الإمام الرافعي تعبير الفقهاء عن الكفالة بأنها تبرّع محض فقال: "واعلم أنّ القول بكون الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرّع"^(١٦).

على أنه لو سلّمنا جدلاً بأنّ الأصل في الكفالة أنها تبرّع محض من الكفيل بما يؤدي عن المكفول، فإنه لا يمتنع شرعاً انقلابها بالتراضي إلى معاوضة، بحيث يستحق الكفيل مثل ما دفع عن المكفول، بل وزيادة عليه أيضاً مقابل التزامه بالأداء إذا لم تُفرض تلك الكفالة لمداينة إلى أجل، إذ من المعلوم أنّ الهبة التي هي أساس التبرعات لا يمتنع شرعاً أن يتراضى الطرفان على قلبها إلى معاوضة - كما في هبة الثواب - حتى ولو كان غرض الواهب فيها الاسترباح والحصول على أكثر مما وهب^(١٧)، إذا انتفت المحظورات الشرعية المعارضة. فإذا كان العوض والاسترباح بتراضي العاقدين سائغاً شرعاً في الهبة التي هي الأصل في التبرعات، فلأنّ يكون جائزاً في غيرها، مما يشاكلها أو يشابهها من بعض الوجوه، أولى.

(١٤) المبسوط للسرخسي ٨٤/٢٠ .

(١٥) انظر شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٥٠/٢ .

(١٦) فتح العزيز للرافعي ٣٦٠/١٠ .

(١٧) المبسوط للسرخسي ٧٥/١١، المقدمات الممهدة لابن رشد (الجلد) ٤٤٣/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢٨٤/٢،

أحكام القرآن لابن العربي ١٤٩١/٣، الفتاوى الحانية لقاضي خان ٢٧٩/٣، كشاف القناع للبهوتي ٣٣١/٤،

وانظر م (٨٥٥) من المجلة العدلية و م (٨٨١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري.

والاتجاه الثاني

٨- وهو أنَّ المراد به " أن يكون التزام الكفيل بالأداء مجاناً على سبيل المعروف "، أما ما يؤديه عن المكفول من مال، فإنه يكون دَيْناً في ذمته يستوجب الرجوع عليه به في الحال^(١٨). أو بعبارة أخرى: " أنَّ الكفيل متبرعٌ فيما يلتزم لا فيما يؤدي"^(١٩).

٩- وهذا الاتجاه ظاهر في كلام الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم. يتضح ذلك من:

* تعريف ابن قدامة لحقيقة الضمان "بأنه تبرع بالتزام مال"^(٢٠).

* قول القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي في تعريف الضمان "وهو تطوُّع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف"^(٢١). أي هو متبرع بالتزام الدَّين فقط، إذ من المقرر في مذهب المالكية أنَّ الكفيل يعود على المكفول بما أدى عنه بإذنه وبغير إذنه^(٢٢).

* ما جاء في المبسوط للسرخسي: "قال أبو حنيفة ومحمد: الكفالة تبرع، وهو تبرع على الطالب بالالتزام له"^(٢٣). وجاء فيه أيضاً: "الكفالة بمنزلة الإقراض، فإنه تبرع في الالتزام، وإن كان عند الأداء يرجع، كما أنَّ المقرض متبرع بأداء المال، وإن كان له حق الرجوع في المال... لأنَّ الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة"^(٢٤)، و"لأنَّ موجب الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل"^(٢٥). وجاء فيه أيضاً أنَّ لأبي حنيفة طريقين: "الثاني: أنَّ الكفالة تبرع في الابتداء، ولكنها إذا صحَّت انقلبت معاوضة، ألا ترى أنَّ الكفيل يرجع بما يؤدي عن المكفول إذا أدى بأمره"^(٢٦).

(١٨) المبسوط للسرخسي ٩٨/٢٠ .

(١٩) وذلك مطلقاً عند المالكية، وحيث نوى الرجوع به عليه عند الحنابلة، وإذا وقع بأمر المدين كما قال الحنفية والشافعية، أو بناء على التزامه القضاء في ذمته كما قال ابن حزم .

(٢٠) المغني لابن قدامة ٧٢/٧ .

(٢١) المعونة للبغدادي ١٢٣٢/٢ .

(٢٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد ٢٩٨/٢، لباب اللباب للقفصي، ص ١٧٧ .

(٢٣) المبسوط للسرخسي ١٧٠/١٩ .

(٢٤) المبسوط للسرخسي ١٤٨/٣٠ .

(٢٥) المبسوط للسرخسي ٣٤/٢٠ .

(٢٦) المبسوط للسرخسي ١٩٦/١١ .

وعلى هذا، فلما كان الأصل في منفعة الالتزام بالدين في عقد الكفالة أن تُبذل من الكفيل مجاناً على سبيل البرّ والإحسان والمعروف، فإنه لا يجوز أخذ الأجر عليها أو المعاوضة عنها كسائر المنافع التي جعلت في أصل الوضع لتبذل على وجه التبرع، نظراً لما في ذلك من تغيير طبيعتها، وإخراجها من صنوف المعروف إلى أبواب المعاوضات المالية^(٢٧).

١٠- والذي يترجح عندي أنّ هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع هو الأولى بالاعتبار، حيث إنّ الكفيل إنما يتبرع بالالتزام بالدين المكفول به (دون أن يؤديه على وجه الهبة) تحقيقاً لمصلحة معتبرة وإسداءً لمنفعة محققة لكل من المدين والدائن على السواء. وقد عبّر عن ذلك الزاهد البخاري بقوله: "وأما الحُسْنُ في الكفالة: فإنّ فيها إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة ببدل الذمة ليضمّمها إلى الذمة، فيتفسح وجه المطالبة، ويسكن قلب المطالب بسبب السعة"^(٢٨).

١١- ولكنّ هذا لا يمنع شرعاً من جواز تغيير صفة الالتزام بأداء الدين من التبرع إلى المعاوضة بالتراضي. يشهد لذلك قول جماهير أهل العلم بجواز اشتراط العوض في العارية (فتنقلب إجارة) مع أنّ الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة، وكذا جواز الوكالة بأجر، مع أنّ الأصل فيها أن يبذل الوكيل منافعه مجاناً لموكله^(٢٩)، كما قال السرخسي: "الوكيل معبرٌ لمنافعه"^(٣٠)، وكذا جواز اشتراط الأجر على الإيداع^(٣١)، مع أنّ الأصل في الوديعة أنها تبرع بالحفظ أو بالالتزام بالحفظ - كما قال الكاساني: "الإيداع من جانب المالك استحفاظاً، ومن جانب المودع التزام بالحفظ"^(٣٢) - إذ في كثير من صورها لا يقوم المستودع بأي عمل لحفظ الوديعة، ولا حتى بشغل

(٢٧) انظر حاشية ابن رحال على ميارة ١٢٠/١.

(٢٨) محاسن الإسلام للزاهد البخاري الحنفي، ص ٩٤.

(٢٩) العقود الدرية لابن عابدين ٣٤٧/١، روضة الطالبين للنووي ٣٣٢/٤، المقدمات الممهّدات لابن رشد (الجد) ٥٨/٣، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٣٣٤، مواهب الجليل للحطاب ١٨٨/٥، المغني لابن قدامة ٢٠٤/٧، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٣١٧/٢، وانظر م (١٤٦٧) من المجلة العدلية وم (٩٥٣) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري.

(٣٠) المبسوط للسرخسي ٩٦/١٩، ١٢٧.

(٣١) رد المختار لابن عابدين ٤٩٤/٤، الفتاوى الهندية ٣٤٢/٤، تحفة المحتاج للهيتمي، ١٠٠/٧، الرملي على أسنى المطالب ٧٦/٣، الزرقاني على خليل وحاشية البناني عليه ١٢٥/٦، المقدمات الممهّدات لابن رشد ٤٦٧/٢، القوانين الفقهية لابن الجزي، ص ٣٨٠، بداية المجتهد لابن رشد ٣١٢/٢، كشف القناع للبهوتي ١٨٥/٤، وانظر م (٨١٤) من مرشد الحيران لقدري باشا.

(٣٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٧/٦.

مکان لصونها، كما في إيداع وثيقة أو صك أو سند أو جوهرة ثمينة أو مبلغ من النقود أو نحو ذلك مما خفّ وزنه وقلّ حجمه وغلا ثمنه.

وعلى هذا، فإذا اشترط الأجر في عقود التبرعات المشار إليها فإنها تنقلب إلى معاوضات، وتترتب عليها أحكامها الشرعية، ولا حرج في ذلك.

١٢- حيث تقرر عند جمهور الفقهاء جواز انقلاب عقود التبرعات تلك إلى معاوضات بالتراضي، فإنه لا يمتنع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع - إلى معاوضة إذا اشترط ذلك؛ لأنّ الالتزام بحد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعترفة المتقومّة للآدميين والأعيان، فجاز أخذ الأجر عليه في عقد الكفالة، سواء أَدَّى الكفيل الدّين إلى المكفول له أو لم يؤدّه، وذلك بشرط واحد وهو أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل، لأنّ اشتراط الأجر عندئذ يكون حيلة إلى ربا النسبئة وستاراً للتعامل بربا الديون المحرّم تحت عنوان الكفالة.

١٣- على أنّ البعض قد ينازع في جواز أخذ الجعل على محض الالتزام في الكفالة، قياساً على عقود التبرعات التي تنقلب إلى معاوضات بالتراضي شرعاً، مدعياً أنه قياس مع الفارق، نظراً لأنّ الإعارة بأجر فيها بذلٌ لمنافع عين متقومّة، وهي مما يصح مبادلته بالمال شرعاً، وكذلك الوكالة بأجر فيها بذلٌ لمنافع آدمي، وهي مما تقبل المبادلة بالمال أيضاً، والوديعة بأجر فيها بذلٌ لمكان تُحفظ فيه، وهو مما يقبل ورود عقد الإجارة عليه ومبادلة منافعه بالمال. أما محض الالتزام فليس منفعة كذلك حتى يصح مبادلته بمال أو أخذ الأجر عليها، فافترقا.

١٤- وجوابي على ذلك أنّ محض الالتزام فيه منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة، ولذلك صحّ كونه محلاً للعقد في الضمان والوديعة، كما جاز مبادلته بالمال في كثير من الفروع والمسائل والتطبيقات عند الفقهاء. ومن ذلك:

(أ) جواز أخذ الأجر على محض الالتزام بالحفظ في الوديعة، ولو لم يكن إلى جانبه عمل أو موضع - يُقابل بالمال عرفاً - يبذله المستودع في نظر جماعة من أهل العلم^(٣٣).

(٣٣) انظر المراجع السابقة المذكورة في الحاشية (٣١) عند كلامي على جواز اشتراط الأجر على الإيداع.

(ب) أنَّ الحنفية والحنابلة أجازوا الربح في مقابل الضمان إذ أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال، حيث يتعاقد اثنان فأكثر بدون رأس مال على أن يشترى نسبةً ويبيعا نقداً، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن^(٣٤). ويتخرّج على مذهبه أنه لو اشترك وجيه مع آخر (خامل) على الضمان والربح مناصفة، ولم يشتر الثاني ولم يبع شيئاً، فإنه يستحق الربح لمجرد الضمان (الذي هو مجرد التزام مالٍ في الذمة) بدون بذل مال أو عمل.

(ج) ما قرره المالكية من جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً، ولو كان محلها ليس بمال، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذ منها، والتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك، وكذا التزام أم الولد بأن لا تتزوج بعد وفاة سيدها على مثل ذلك، والتزام صاحب الدار بتوكيل شخص يبيعها مقابل جعل معلوم يأخذ من الملتزم له ونحو ذلك. وبيان ذلك في النصوص الفقهية التالية:

أولاً: جاء في " تحرير الكلام في مسائل الالتزام " للحطاب:

"فرع: وأما إعطاء الرجل زوجته أو أم ولده شيئاً على أن لا تتزوج، فذلك جائز. وكذا عكسه، ولا يُمنعان من الزواج، ولكن يُرجع عليهما بما أخذتا.

قال في كتاب الوصايا من المدونة: ومن أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج، جاز ذلك، فإن تزوجت عُزِلَتْ. وكذلك لو أوصى لها بألف درهم على أن لا تتزوج، فأخذتها، فإن تزوجت أُخِدَتْ منها.

قال أبو الحسن: وكذلك إذا أوصى لزوجته على أن لا تتزوج، جاز ذلك. قال ابن يونس: كما جاز أن تعطي المرأة زوجها مالاً على أن لا يتزوج عليها، وإن كان ذلك حلالاً لهما، إلا أنهما منعا أنفسهما من الانتفاع بالنكاح لانتفاعهما بالمال، فمتى رجعا عن ذلك رُجِعَ عليهما بما أخذتا^(٣٥).

ثانياً: وجاء في تحرير الكلام أيضاً:

قال ابن القاسم: مَنْ قال لرجل: ولّني بيع دارك، ولك عندي عشرة دنانير. قال: إذا فعَلَ وسمى للدار ثمناً، فالعشرة لازمة له، فلا بأس بهذا.

(٣٤) فتح القدير لابن همام ٣٠/٥، بداية المجتهد لابن رشد ١٩٢/٢، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٣٣٩/٢، الشركة للدكتور إبراهيم عبد الحميد، ص ٤٢، وانظر م (١٨٨٥) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري .
(٣٥) تحرير الكلام في مسائل الإلتزام للحطاب، ص ١١١ .

قال محمد بن رشد: قوله "وسمى للدار ثمناً" يريد أو فَوْضَ إليه الاجتهاد في بيعها بما يراه من الثمن، لأنه إنما بَدَّلَ له العشرة على أن يتمَّ له ما أراد من بيعها، لما له من الغرض في ذلك. فلو كان لم يُسَمَّ له ثمناً، ولا فَوْضَ إليه الاجتهاد فيما يبيعها به لما جاز له ذلك، إذ لعله لا يرضى أبداً ببيعها بما يُعطى فيها، فتذهب العشرة التي أعطى باطلاً^(٣٦).

١٥- وعلى ذلك، فإني أرى أنه لا حرج شرعاً في أخذ الجعل (الأجرة) في الكفالة مقابل التزام الكفيل بالدين المكفول به. وإنَّ مما يشهد لهذا النظر الفقهي بالاعتبار ثلاثة أمور:

أحدها: قول المالكية على المشهور في المذهب أنه يجوز شرعاً أن يجعل رب الدين للمدين جعلاً إن جاءه بضامن يكفل دينه^(٣٧). قال الدردير: "وإن كان الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بضامن، فإنه جائز"^(٣٨). وقال الخرشي: "وأما الجعل من رب الدين أو من أجنبي للمدين على أن يأتيه بمجمل، فإنه جائز"^(٣٩).

فلولا أنَّ مجرد التزام الكفيل بالدين له قيمة مالية في ذاته لما جاز أن يبذل رب الدين أو الأجنبي الجعل للمدين في مقابلة تقديم كفيل بدينه. صحيح أن أخذ الجعل في هذه الصورة هو المدين وليس الكفيل، ولكنها تشهد لكون الالتزام في عقد الكفالة مما يصح بذل المال في مقابلته والجعل من أجله.

والثاني: قول كثير من فقهاء المالكية بأنه يجوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحطَّ عن المكفول بعض دينه الحالّ على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضربانه^(٤٠).

جاء في الذخيرة للقرافي: ولو كان عليه عشرة إلى شهر، فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم، لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذي له الدين: هبها للذي عليه الدين، كما لو قال: لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين. وقال أشهب: إذا

(٣٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، ص ٢٢٠.

(٣٧) الشرح الكبير للدردير ٣/٣٤١، مواهب الجليل للحطاب ٥/١١٣، الذخيرة للقرافي ٩/٢١٤.

(٣٨) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٤٤٣.

(٣٩) الخرشي على خليل ٦/٣٠.

(٤٠) ميارة على التحفة ١/١٢١، الشرح الكبير على خليل ٣/٣٤١ مع حاشية الدسوقي، الذخيرة للقرافي ٩/٢١٨ وما بعدها.

حطّ عنه على أن يعطيه حميلاً أو رهناً إلى أجل يجوز، لأنه معروف لغير الضامن. وقال أصبغ: لو أعطاه ديناراً على أن يأتيه بحميل إلى أجل جاز، كما لو حطّه من دينه" (٤١).

وجاء في مواهب الجليل: "ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم؛ مَنْ قال لرجل: ضَعْ من دينك عن فلان، وأتحمل لك بباقيه لأجل آخر، لا بأس به. لأنّ له أخذه بحقه حالاً. وروى أشهب عنه جوازه وكراهته. وقال مالك في العتبية: لا يصلح. كمن قال: أعطني عشرة دراهم وأتحمل لك، فالحمالة على هذا حرام. والأول أبين. ولابن القاسم في العتبية: لا بأس أن تقول: خذْ هذه العشرة دنانير، وأعطني بما عليك حميلاً أو رهناً. وعلى أحد أقوال مالك: لا يجوز. ولو قال: أتحمل لك على أن تعطي فلاناً - غير الغريم - ديناراً، لم يجوز. ولمحمد عن أشهب: مَنْ له على رجل عشرة دنانير لأجل، فاسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهناً أو حميلاً، فلا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز" (٤٢).

وجاء في شرح التاودي على التحفة: "إذا قال رجل لربّ الدين: حطّ عن غريمك عشرة من المائة، وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل. فإن كانت المائة حالة، فقال مالك في العتبية: لا يصلح ذلك، وكأنه قال: أعطني عشرة، وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به. لأنه كان له أن يأخذه بحق حالاً، فتأخيره إياه كابتداء سلف بحميل. وبه قال ابن القاسم وأشهب وغيرهما. وإن كانت المائة مؤجلة، فقال أشهب: لا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز. لأن أخذه الكفيل في حكم تعجيل الحق، فأشبهه (ضَعَّ وتعجّل) وهو ممنوع" (٤٣).

فقد دلّ قول هؤلاء الفقهاء بجواز اشتراط الكفيل على المكفول له أن يحطّ عن المكفول بعض دينه على أن يضمن له باقيه على مشروعية التزام الكفيل الدين في مقابل مال يسقطه ربّ الدين عن المكفول، وذلك يقتضي أنّ محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته، بحيث يصحّ بذل العوض المالي في مقابلته، ولو لا ذلك لما جاز أن يضع ربّ الدين عن المدين بعض المال عوضاً عن التزام الكفيل بأداء باقيه.

(٤١) الذخيرة للقرايبي ٢١٣/٩، ٢١٤.

(٤٢) مواهب الجليل للحطاب ١١٣/٥.

(٤٣) التاودي على تحفة ابن عاصم ١٨٥/١.

والثالث: أنَّ كثيراً من فقهاء الحنفية يجيزون استرباح الكفيل بالكفالة كثمرة لالتزامه بالدين فيها، وذلك في صور عديدة وتطبيقات متنوعة، كما لو كفل بألف، ثم قضى المكفول له عرضاً أو قدرأ أقل من الدين المكفول به على سبيل الصلح، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى^(٤٤)... وبذلك يحصل الكفيل على زيادة مالية فوق ما دفع، وذلك نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة.

ومن أمثلة ذلك:

(أ) ما جاء في كتاب الكفالة من الميسوط: "وتعجل الدين المؤجل صحيح، فإذا قبضه الكفيل وتصرف فيه، كان ما ربح حالاً له، لأنه ملك المقبوض ملكاً صحيحاً، فالربح الحاصل لديه يكون له، ولو هلك منه كان ضامناً، لأنه قبضه على وجه اقتضاء الدين الذي له على الأصيل، وعلى وجه الاقتضاء يكون مضموناً على المقتضي... ولو كان الدين طعاماً، فأرسل به الأصيل مع الكفيل إلى الطالب، فتصرف فيه الكفيل فربح، فهذا والأول سواء. ولو أعطاه الطعام اقتضاءً عما كفل به، فباعه وربح فيه، فإنَّ أبا حنيفة يقول: الربح له، ولو تصدق به كان أحبَّ إليّ. وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يطيب له الربح. فالحاصل أنَّ الكفيل إذا قضى الطالب طعامه، فالربح يطيب له، لأنه استربح على ملك صحيح له"^(٤٥).

(ب) ما جاء في الفتاوى الهندية: "كلُّ موضع صححت الكفالة فيه لو أدى المال من عنده، رجع على المكفول عنه، ولا يرجع قبل الأداء. وإذا أدى المال من عنده، رجع بما كفل، ولا يرجع بما أدى، حتى لو أدى الزیوف، وقد كفل بالجیاد، يرجع بالجیاد. ولو أدى مكان الدنانير الدرهم، وقد كفل بالدنانير، أو شيئاً مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح، رجع بما كفل به. كذا في المحيط"^(٤٦).

(ج) ما جاء في الفتاوى البزازية: "لرجل على آخر ألف، وبها كفيل بالأمر، فصالح الكفيل الطالب على إبراء الكفيل خاصة بمائة من الباقي، رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة. ولو صالح الكفيل على مائة على أن وهب الكفيل تسعمائة، رجع الكفيل على المطلوب بالألف كله. ولو صالح الطالب الكفيل على عشرة دنانير أو باعه بعشرة دنانير،

(٤٤) خلافاً للملكية والحنابلة والشافعية في الأصح الذين يقولون إنما يرجع الضامن على المضمون إذا صالح رب الدين بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين. (وانظر المغني لابن قدامة ٨٩/٧، ٩١، روضة الطالبين للنووي ٢٦٧/٤، ٢٦٨، الشرح الصغير للرددير ٤٣٦/٣، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد للقاري، ١١٠٤م).

(٤٥) الميسوط للسرخسي ٢٩/٢٠.

(٤٦) الفتاوى الهندية ٢٦٦/٣.

وكذا كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عَرَضُ أو متاع، يرجع بكل الألف على الأصيل"^(٤٧).

(د) قول السرخسي: "وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، وبها كفيل عنه بأمره، فصالح الكفيل الطالب على مائة درهم على أن وهبَ التسعمائة للكفيل أن يرجع بالألف كلها على المكفول عنه، لأنه مَلَكَ جميع الأصل وهو الألف، بعضها بالأداء، وبعضها بالهبة منه، والبعض معتبر بالكل. وهذا لأنَّ الهبة تمليك في الأصل، فمن ضرورة تصحيحه تحوّل الدَّيْن إلى ذمة الكفيل، فلا يبقى للطالب في ذمة الأصيل شيء، ويتحول الكل إلى ذمة الكفيل، ثم يتملكها بالهبة والأداء، فيرجع بها على الأصيل. ولو صالح الكفيلُ الطالبَ على عشرة دنانير أو باعه إياه بعشرة دنانير، كان للكفيل أن يرجع على الأصيل بجميع الألف. لأنه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الألف، ومن ضرورة صحتها تحوّل الدَّيْن إلى ذمة الكفيل، فإنَّ الصلح في غير جنس الحقّ يكون تمليكاً كالبيع. وكذلك كل ما صالحه عليه من مكيل أو موزون بعينه أو حيوان أو عَرَضُ أو متاع، فالجوابُ في الكل سواء"^(٤٨).

الدليل الثاني

١٦- أنَّ الشارع جعل الضمان والجاه والقرض من صنف القُرْبِ وأبواب المعروف التي لا تُفعل إلا لله^(٤٩)، فكان أخذ العوض عليه سحتاً^(٥٠).

جاء في التاج والإكليل - نقلاً عن الأبهري - : "لا يجوز ضمان بجعل، لأنَّ الضمان معروف، ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروفٍ وفعل خير، كما لا يجوز على صوم ولا صلاة، لأنَّ طريقها ليس لكسب الدنيا"^(٥١).

(٤٧) الفتاوى البرازية لابن البزار ١٣/٦ .

(٤٨) المسوط للسرخسي ٥٩/٢٠، وانظر نفس المرجع ١٤٦/١٢ .

(٤٩) قال الصاوي: "لقوله في الحديث: ثلاثة لا تكون إلا لله، القرض والضمان والجاه" . (حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٤٤٢/٣) .

أقول: هذا ليس بحديث نبي، ولم يثبت عند النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك شيء .

(٥٠) مواهب الجليل للحطاب ٣٩١/٤، الزرقاني علي خليل ٣٣/٦، البهجة على التحفة للتسولي ١٨٥/١،

العدوي على الخرشبي ٩٤/٥ .

(٥١) التاج والإكليل للمواق، ١١١/٥ .

وقال الزرقاني والدردير: "وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه، لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تُفعل إلا لله بغير عوض، فأخذُ العوض عليه سحت" (٥٢). والمراد بالسحت - كما قال الدسوقي -: كسب ما لا يحل (٥٣).

١٧- ولكنّ هذا الاستدلال غير مسلّم في نظري لعدة أسباب:

أحدها: أنّ قياس الأبهري من المالكية عدم جواز أخذ الأجر على الضمان على عدم جوازه على الصوم والصلاة غير سديد، وهو قياس مع الفارق، إذ الصوم والصلاة من أركان الإسلام، والفرائض العينية على المكلف، وإنها لتجب حقاً محضاً لله عز وجل، ولا تُقبل عند الله إلا إذا أُديت خالصة لوجهه. أما كفالة الغير بالمال فليست كذلك بيقين، ولا يجب على المسلم شرعاً أن يضمن ديون الناس كلما طُلب منه ذلك.

والثاني: أنّ القول بعدم جواز أخذ العوض عن المعروف والقرب فيه نظر، فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن (٥٤)، وهي قرينة من القرب، كما نص الشافعية ومتأخرو الحنفية على جواز أخذ الأجر على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة وغيرها. وهو رواية عن أحمد وقول في مذهب مالك (٥٥).

كذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز أخذ الأجرة على تغسيل الميت وتكفينه، مع أنّ الأصل في ذلك أن تكون حسبة لله تعالى (٥٦). وأجاز ابن تيمية أخذ الأجر على الشهادة (٥٧). وجاء في الفتاوى الهندية: "يجوز الاستتجار على تعليم الفقه ونحوه. وهو المختار للفتوى" (٥٨).

بل إن الشافعية نصّوا - في الأصح - على جواز أخذ الأجرة على الواجب العيني كإنقاذ الغريق وتعليم الفاتحة ونحو ذلك (٥٩).

(٥٢) الزرقاني على خليل ٩٩/٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٧٧/٣.

(٥٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٧/٣.

(٥٤) فتح الباري لابن حجر ١٩٨/١٠، زاد المعاد لابن قيم الجوزية ١٧٦/٤.

(٥٥) رد المختار لابن عابدين ٥٧٦/١، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢، البعلبي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، ص ٢٧٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠٢/٣٠.

(٥٦) الشرح الصغير للدردير ٥٥١/١، حاشية الدسوقي ٤٥٨/٤، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢، كشف القناع للبهوتي ٤٠٣/٤.

(٥٧) مجموع فتاوى ابن تيمية ٩٩/٢٨.

(٥٨) الفتاوى الهندية ٤٤٨/٤.

(٥٩) تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٠/٧، مغني المحتاج للشربيني ٣٤٤/٢.

وحقيقة الأمر - فيما يظهر لي - أن الأصل في أعمال الخير والبر أن تكون لوجه الله تعالى وبدون أجر، فإن لم يتوفر من يقوم بذلك مجاناً، جاز بذل المال لمن يشترط الأجر على القيام بها. ولا يخفى أن الوكالة والإيداع كانا في القديم بيدلان بين الناس مجاناً على سبيل الإحسان والمعروف، فلما تغير العصر والزمان وأحوال الناس، وصار من المتعارف بينهم أن تكون بأجر وعوض للوكيل والوديع غالباً، لم يجمد الفقهاء على مقتضيات الأعراف البائدة والعوائد المنقطعة، بل راعوا مستجدات الزمان وأحوال الناس وعاداتهم الجارية، فنصّوا على جواز أخذ الأجر عليها.

وكذلك يقال في الكفالة، فقد كان العمل الجاري فيها بين الناس سابقاً أن تصدر من الكفيل مجاناً على سبيل المعروف، ولكن بعد تغير الزمان واختلاف الأحوال والأعراف، وكثرة أعباء الحياة وشح الناس بالخير أصبح محتاج الضمان لا يجد نباتاً من يكفله مجاناً، وخصوصاً إذا كانت الكفالة المطلوبة ذات مواصفات خاصة ومحددة كسائر الكفالات المصرفية التي تقدمها البنوك مقابل أحوار، وتتكلف في سبيل القيام بها جهوداً ونفقات وأعباء لا يستهان بها، فاقترضت تغير الحال القول بجواز أخذ الأجر عليها إذا انتفت الموانع الشرعية العارضة، إذ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، طالما أن ذلك لا يتعارض مع نص شرعي.. ومبلغ علمي أنه لا يوجد نص تشريعي يحظر أخذ الأجر على الضمان ولا على غيره من أبواب المعروف والبر والخير إذا تراضى عليه الطرفان.

وفي ذلك يقول بعض الباحثين المعاصرين: إنَّ المشاهد أنَّ الضمان لو بقي يقدم طوعاً وتبرعاً بدون أجر لتعسّر على كثير من الناس في أيامنا هذه الحصول عليه، وإن أمكنهم فقد لا يتم لهم ذلك في الوقت المطلوب، أو بالحجم المرغوب. كما أنَّ الناس يتفاوتون في إقدامهم على طلب الضمان، فهناك الفقير، وهناك الغني، وهناك التاجر الذي يحتاج إلى عدد غير قليل من الكفالات لتسهيل أعماله في الوقت المطلوب وبالحجم المنشود دون عناء ولا طلب إحسان أو معروف... فبما تُرى لو قامت خدمات منظمة لهذا الضمان وإدارته، على يد أناس متخصصين - بما يليق بمستوى العصر، وبما يلبي حاجات الناس والتجار المتزايدة إليه، وبما يكفل للقائمين على ذلك الاستمرار في تقديم هذه الخدمات، في ظل المنافسات الداخلية والخارجية القائمة على استخدام أحدث الأساليب الفنية والتنظيمية، وأحدث الأدوات والآلات، لتوفير متطلبات الدقة والسرعة المطلوبتين في عالمنا المتطور بسرعة مذهلة - فتكبدوا الجهود والأموال والأوقات في سبيل إدارتها وتنظيمها، فهلا يمكنهم أن يأخذوا من الأجر ما يسمح لهم باسترداد ما أنفقوا وبذلوا مع زيادة ربح يليق بعملهم وعمل أمثالهم ؟ !

لقد سبق لفقهائنا أن أجازوا مثل ذلك الأجر للإمام والخطيب والمؤذن والشاهد ومعلم القرآن والفقهاء إذا احتزفوا ذلك، بعد ما تغير الزمان وأعرض عامة الناس عن التطوع والتبرع به، بحيث يقتضي استحقاق الأجر عليها وجوب الالتزام بأدائها والقيام بها على الوجه المطلوب، وصارت بذلك واجباً ووظيفة بعد أن كانت ندباً واستحباً^(٦٠).

والثالث: أن إطلاق القول بأن الجاه من أبواب المعروف التي لا تفعل إلا لله تعالى، فلا يجوز أخذ الأجر عليه غير مسلم، لأنَّ المسألة خلافية في الأصل.. كذلك فإن بذل الجاه ليس من قبيل الواجبات العينية من صوم وصلاة - كما ادعى الأبهري - إذ لا يجب شرعاً على كل ذي جاه أن يذهب مع كل أحد وأن يبذل جاهه لتحقيق غرض كل طالب. قال الدسوقي: "وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم لأنه من باب الأخذ على الواجب، ولا يجب على الإنسان أن يذهب مع كل أحد!"^(٦١).

لهذا ذهب الحنابلة والشافعية إلى جواز أخذ الأجر على الجاه مطلقاً^(٦٢). فجاء في المبدع: "إذا قال: اقترض لي مائة، ولك عشرة، صح، لأنه في مقابلة ما بذل من جاهه"^(٦٣). وقال ابن حجر الهيتمي: "وليس من الرّشوة بذل مال لمن يتكلم مع السلطان مثلاً في جائز، فإنّ هذا جعله جائزة"^(٦٤). وجاء في فتاوى النووي "أنه سُئل عن من حُبسَ ظلماً، فبدّلَ مالاً فيمن يتكلم في خلاصه بجاهه وبغيره، هل يجوز؟ وهل نصّ عليه أحد من العلماء؟ فقال: نعم: يجوز. وصرح به جماعة منهم القاضي حسين، ونقله عنه القفال المروزي. قال: وهذه جعله مباحة، وليس هو من باب الرشوة، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات"^(٦٥).

وحتى المالكية، فلهم تفصيل في جواز أخذ الأجر على الجاه، نقله المنشريسي عن القوري، وهو أن العلماء اختلفوا في ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل؛ وأنه إذا كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر، فأخذ أجره مثله، فذلك جائز، وإلا حرم. قال ابن رحال: هذا التفصيل هو الحق^(٦٦).

(٦٠) اقتراح للمصارف الإسلامية يتعلق بخطابات الضمان للدكتور رفيق المصري بتاريخ ٢٦/١٠/١٤٠٤هـ (ورقة غير منشورة) باختصار .

(٦١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٤/٣ .

(٦٢) المغني لابن قدامة ٤٤١/٦، كشف القناع للبهوتي ٣٠٦/٣، شرح منتهى الارادات للبهوتي ٢٢٥/٢، وانظر م(٧٣٠) من مجلة الأحكام الشرعية للقاري .

(٦٣) المبدع لبرهان الدّين ابن مفلح ٢١٣/٤ .

(٦٤) الزواجر عن اقتراف الكبائر للهيتمي ١٩٠/٢ .

(٦٥) فتاوى النووي، ص ١٥٤ .

(٦٦) البهجة شرح التحفة للتسولي ١٨٤/١، حاشية الدسوقي ٢٢٤/٣، المعيار للونشريسي ٢٣٩/٦ .

والرابع: أن إطلاق القول بأن القرض لا يكون إلا لله ليس بمسلّم أيضاً، بل فيه تفصيل ونظر. وبيانه أن القرض في النظر الشرعي على أربعة وجوه:

(١) أن يكون لوجه الله تعالى. وللمقرض فيه الأجر والمثوبة من الله تعالى.

(٢) أن يكون لوجه المقرض. أي أن المقرض يقصد به استرضاءه وتطيب نفسه، فله عندئذ وجه صاحبه؛ أي رضاه وطيب نفسه.

وهذان الوجهان ليس فيهما ازدياد، وكلاهما سائغ شرعاً، حيث روى مالك في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنه قال: السلف على ثلاثة وجوه: سلفٌ تُسلفه تريد به وجه الله، فلك وجه الله. وسلفٌ تُسلفه تريد به وجه صاحبك، فلك وجه صاحبك. وسلفٌ تُسلفه لتأخذ حبيثاً بطيب، فذلك الربا^(٦٧).

(٣) أن يكون لنفع المقرض والمقرض جميعاً من غير مضرّة بواحد منهما. كما في السفتجة التي أجازها كثير من محققي الفقهاء، حيث ينتفع المقرض بأمن خطر الطريق وتوفير الجهد وأجرة نقل أمواله إلى البلد الآخر، كما ينتفع المقرض بمثل تلك المنفعة تماماً.

قال ابن تيمية: "ولكن قد يكون القرض منفعاً للمقرض، كما في مسألة السفتجة، ولهذا كرهها من كرهها. والصحيح أنها لا تكره؛ لأن المقرض ينتفع بها أيضاً، ففيها منفعة لهما جميعاً إذا أقرضه^(٦٨). وجاء في مجموع فتاوى ابن تيمية: "إذا أقرضه دراهم ليستوفيها منه في بلد آخر، مثل أن يكون المقرض غرضه حمل الدراهم إلى بلد آخر، والمقرض له دراهم في ذلك البلد، وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض، فيقرض منه يكتب له سفتجة، أي ورقة إلى بلد المقرض. فهذا يصح في أحد قولي العلماء. وقيل: نُهي عنه، لأنه قرضٌ جرّ منفعه، والقرض إذا جرّ منفعه كان ربا. والصحيح الجواز، لأن المقرض رأى النفع بأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد، وقد انتفع المقرض أيضاً بالوفاء في ذلك البلد وأمن خطر الطريق، فكلاهما منتفع بهذا الاقتراض، والشارع لا ينهي عما ينفعهم ويصلحهم، وإنما ينهي عما يضرهم"^(٦٩).

(٦٧) الموطأ للمالك ٢/٦٨٢.

(٦٨) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥١٥.

(٦٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥٣٠.

وإنَّ من التطبيقات المعاصرة لهذا الوجه من القروض: الإيداع الخالي من الفائدة الربوية في الحساب الجاري (تحت الطلب) لدى المصارف والمؤسسات المالية، إذ ليس قَصْدُ الْمُقْرَضِ (المودع) في وديعته المصرفية وجه الله تعالى ولا وَجَهَ البَنْكِ ولا الحصول على الفائدة الربوية، ولكن أن ينتفع بحفظ ماله وصونه من الأخطار بإيداعه لدى المصرف، وإمكان سحبه كلياً أو جزئياً في أي وقت يريد من أي فرع من فروع المصرف أو من أي جهاز من أجهزة السحب الإلكتروني التابعة وينتفع المصرف (المقترض) في مقابلة ذلك باستثمار المال لحسابه ومصلحته مادام مودعاً لديه.

(٤) أن يكون لنفع المقرض بأخذ زيادة مشترطة فيه من المقترض، فهذا قرضٌ ربوي محرّم يُراد به أخذٌ حبيث بطيب كما قال ابن عمر رضي الله عنهما. والحبيث: هو الزيادة المحرّمة. وإنما يؤخذ عوضاً عن الطيب، وهو الحلال الذي أعطاه، لأنه كان طيباً قبل أن يقرضه على وجه الربا^(٧٠).

الدليل الثالث

١٨- أنَّ العوض المالي إنما يستحق شرعاً في مقابلة عمل أو مال، وليس الضمان عملاً ولا مالاً، فكان أخذه بسببه من أكل أموال الناس بالباطل أو من قبيل الرّشوة^(٧١).

قال الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر: "أقول: لعل وجه عدم الصحة أنَّ الكفالة ليست عملاً يصح أن يجعلَ لها أجراً"^(٧٢). وقال الماوردي: "لأنَّ الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً، فلا يستحق به جعلاً"^(٧٣).

وقال الدردير: وعلة المنع أنَّ الغريم إذا أدى الدّين لربه، كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل^(٧٤). وجاء في المبسوط: "ولو كفل رجلٌ عن رجل بمال على أن يجعل له جعلاً، فالجعل باطل. هكذا روي عن إبراهيم. وهذا لأنه رشوة، والرّشوة حرام، فإنَّ الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال، فلا يجوز أن يُجب عليه عوضٌ بمقابلته"^(٧٥).

(٧٠) المنتقى للباقي ٩٨/٥ .

(٧١) ميارة على التحفة ١/١٢٠، ١٢١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٤١ .

(٧٢) غمز عيون البصائر للحموي ٧٢/٢ .

(٧٣) الحاوي الكبير للماوردي ٨/١٢١ .

(٧٤) الشرح الصغير الدردير ٣/٤٤٢ .

(٧٥) المبسوط للسرخسي ٢٠/٣٢ .

١٩- وهذا الاستدلال غير مسلم في نظري من وجهين:

أحدهما: أن اعتبار الجعل على الكفالة بالمال من قبيل الرشوة غير سديد، لأن الرشوة في المصطلح الشرعي هي: " ما يُعطى لإبطال حقّ أو لإحقاق باطل"^(٧٦). وقيل: هي ما يُعطى للإعانة على الباطل. فأما ما يُعطى توصيلاً إلى أخذ حق أو دفع ظلم فليس بداخل فيها^(٧٧). وقال الهيثمي: "هي دفع مال للتوصل إلى نيل ما لا يُستحق أو إلى أذية مسلم"^(٧٨). ومن المعلوم أن إعطاء الجعل على الضمان لا يُقصد به التوصل إلى تلك المحظورات البتّة، وأن الغرض منه تثبيت حقّ الدائن فيما يكون له في ذمة المدين من مال وإحكامه، بحيث يتمكن المكفول له عند امتناع المدين عن الوفاء - لأي سبب من الأسباب - من استيفاء دينه من الضامن الملتزم بالأداء.

ولا شك عندي أن التزام الضامن بذلك يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للطالب يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعاً - كمنافع الأعيان ومنافع الآدميين - إذا تعارف الناس على ذلك. وعليه فإذا تراضى الكفيل والطالب على مبادلتها بمال، فعندئذٍ يلزم الطالب أداء ما أوجبه على نفسه بدلاً عن محض التزام الكفيل بأداء الدين المكفول به، إذ الأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال إلا ما قام الدليل على حظره، ولم يرد ههنا نصّ شرعي أو قياس صحيح على المنفع.

والثاني: أن القول بعدم استحقاق الجعل شرعاً إلا في مقابلة عمل، والضمان ليس بعمل، فكان أخذ الجعل عوضاً عنه - إذا أذى المدين دينه للمكفول له وبرئت ذمة الضامن بذلك - سُحْتاً وأكلاً لمال الناس بالباطل.. محلّ نظر، وذلك لأنّ محض الالتزام بالضمان مما يجوز المعاوضة عنه بالمال وأخذ الجعل عليه في نظر كثير من الفقهاء، حيث إنه وإن لم يكن عملاً، فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة المبدولة في كليهما، وليس في ذلك مخالفة لنص شرعي أو قاعدة مجمع عليها. وقد قدمنا العديد من الأمثلة والتطبيقات الفقهية التي تشهد لهذا الأصل بالاعتبار في (ف/١٤) من البحث.

(٧٦) التعريفات للجرجاني، ص ٥٩ .

(٧٧) النهاية لابن الأثير ٢/٢٢٦ .

(٧٨) الزواجر للهيتمي ٢/١٩٠ .

الدليل الرابع

٢٠- إنَّ اشتراط الأجر على الكفالة يؤول إلى بيع الغرر، وهو محظور شرعاً. قال التاودي: "لأنه إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة، قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين، وقد يؤدي فيربح العشرة"^(٧٩). وقال المازري: "إنَّ ذلك من بيعات الغرر، لأنَّ من اشترى سلعة، وقال الرجل: تحمّل عني بثمنها، وهو مائة، على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة وقال لآخر: تحمّل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق، وأنا أعطيك عشرة، لم يدر الحميل، هل يُفلس من تحمّل عنه أو يغيب، فيخسر مائة دينار، ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة، فيأخذ العشرة!"^(٨٠).

٢١- وهذا الاحتجاج في نظري وجيه معتبر لو كان التكييف الفقهي للأجر على الضمان أنه عوض عن الدّين المكفول به إذا أداه الضامن لرب الدّين. ولكنه غير مسلم بناءً على ما قدمنا من أنّ الجعل في الضمان إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدّين المكفول به في ذمته، سواء أداه أو لم يؤدّه.. ولما كان الأمر كذلك، فحيث قام الضامن ببذل ذمته في الالتزام بالدّين، فإنه يستحق عوضه المشروط على أي وجه، ولا غرر في المسألة.. ثم ينظر بعد ذلك:

(أ) فإن أدّى الدّين عن المكفول، وكان الضامن مديناً للمكفول بمثل الدّين الذي وفاه عنه، وقعت المقاصّة بين الدّينين، وبرئت ذمة كلّ من الضامن والمضمون، وانقضت الكفالة والمداينة المترتبة عليها، وطاب للضامن الجعل الذي أخذه بدلاً عن التزامه بالدّين، ولا حرج في ذلك شرعاً.

(ب) وإن أدّى الضامن الدّين عن المكفول دون أن يكون مديناً له بمثل ذلك الدّين، ثم بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه أو نحوه، انتهت الكفالة وكذا المداينة الناشئة عنها حالاً، وكان للضامن الجعل المشروط عوضاً عن التزامه بالدّين كذلك.

(ج) فإن لم يكن هذا ولا ذاك، وقد أدى الضامن الدّين المكفول به للطالب، فعندئذ تنشأ عن ذلك مداينة إلى أجل بين المكفول والضامن بالمال الذي أداه عنه، تترتب عليها سائر أحكام المداينات المقررة شرعاً، ولكن ليس في هذه الحالة - بهذا التكييف - صورة الغرر المنهي عنه في البيوع أصلاً. غير أنه نظراً لكون الأجر على الالتزام ههنا فيه شبهة ربا الديون أو هو ذريعة إلى ربا النسيئة، فإنه يكون محظوراً شرعاً لذلك، لا لكونه من بيوع الغرر.

(٧٩) شرح على التحفة للتاودي ١٨٤/١ .

(٨٠) شرح ميارة على التحفة ١٢١/١ .

الدليل الخامس

٢٢- أنّ الكفيل إذا أدّى الدّين عن المضمون، فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى، مع زيادة ما أخذ من الجعل، وذلك لا يجوز، لأنه قرض بشرط الزيادة وسلفٌ جر نفعاً، وهو ربا^(٨١).

قال ابن عابدين: لأنّ الكفيل مُقرضٌ في حقّ المطلوب، وإذا شُرطَ له الجعل مع ضمان المثل، فقد شُرطَ له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل، لأنه ربا^(٨٢). وقال ابن قدامة: "لأنّ الكفيل يلزمه الدّين، فإذا أدّاه وجبَ له على المكفول عنه، فصار كالمقرض، فإذا أخذ عوضاً، صار القرضُ جازراً للمنفعة، فلم يجز"^(٨٣). وقال الدسوقي: "لأنّ الضامن إذا غرّم الحقّ للطالب، رجع على المدين بمثل ما غرم، مع زيادة ما أخذ من الجعل، وهذا لا يجوز، لأنه سلفٌ بزيادة"^(٨٤).

٢٣- وهذا الدليل ليس بمسلّم على إطلاقه لأمرين:

أحدهما: أنّ الجعل في الضمان - كما أسلفنا - هو عوض عن محض الالتزام بالدّين، سواء أدّاه الكفيل فيما بعد أم لا.

والثاني: أنّ الكفيل إذا قضى الدّين المكفول به، فلا يكون بذلك مُقرضاً للمكفول، ولا تسري عليه بمقتضى عقد الكفالة الأحكام الشرعية المتعلقة بالقرض، وذلك لأنّ عقد الكفالة في الأصل مختلف في طبيعته وأحكامه عن القرض، فالأول من عقود التوثيق والثاني من عقود التمليك.. وليس من دقيق العبارة القول بأن الكفيل إذا أدى للمكفول له الدّين المكفول به، فيكون قد أقرض المكفول ذلك المبلغ المدفوع، فإن أخذ علاوة على مقدار القرض باسم الجعل على الكفالة، فهو ربا.. وذلك لأنّ الضامن إنما ملّك المال للمكفول له (الدائن) لا للمكفول (المدين) ولهذا لا يصح تسمية الأخير مقرضاً من الكفيل، ولا اعتباره كذلك في الأحكام. صحيح أنه بعد الأداء يصير مديناً له بمثل ما أدّى عنه، ولكن المدين ليس هو نفس المقرض في الاسم والأحكام، بل هو أعم مطلقاً منه - إذ الدّين قد يكون منشؤه سلماً أو بيعاً بثمن مؤجل أو إتلافاً لمال الغير عدواناً أو أمراً لآخر بشراء شيء أو بناء بيتٍ أو استئجار عقارٍ له أو غير ذلك من أسباب ثبوت الدّين في

(٨١) الفتاوى البزازية لابن البزاز ٢٠/٦، المبدع لابن مفلح ٢١٣/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣٠٦/٣، الحرشي ٣٠/٦، الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه ٤٤٢/٣، ميارة على التحفة ١٢٠/١، ١٢١، التاودي على التحفة ١٨٤/١.

(٨٢) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٢٤٢/٦.

(٨٣) المغني لابن قدامة ٤٤١/٦.

(٨٤) حاشية الدسوقي في الشرح الكبير ٣٤١/٣.

الذمة^(٨٥) - ومن هنا كان كل قرض دَيْناً، وليس كل دَيْن قرضاً أو ناشئاً عنه، إذ الأخصُّ مطلقاً يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس. وعلى ذلك فتطبق على هذه الصورة أحكام الدَّين لا أحكام القرض على الخصوص.

٢٤- إذا تقرر ذلك، فإني أقول:

.. إذا وُفِّي الضامن عن المكفول، ثبت ذلك المال المؤدي دَيْناً في ذمة المكفول للضامن. ثم بعد ذلك ينظر: فإن كان المكفول دائناً للضامن بمثل ما أدى عنه، وقعت المقاصة جبراً بين المدنين، وانقضت المداينة الناشئة عن ذلك الأداء، ولا حرج عند ذلك شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط في مقابلة مجرد الالتزام بأداء الدَّين.

.. وكذا إذا لم يكن دائناً له بشيء، ولكنه بادر لوفاء الضامن مقدار ما دفع عنه فور السداد أو يومه أو عقبه دون تأخير، وذلك لانقضاء الدَّين الناشئ عن الأداء حالاً دون تأجيل، ولا حرج عندئذ شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط عوضاً عن الالتزام بالدَّين، كما أسلفنا في الصورة الأولى، إذ ليس في هاتين الصورتين حقيقة ربا النسبة ولا شبهته ولا الذريعة إليه.

.. ومثل ذلك يقال فيما إذا كان الكفيل مديناً للمكفول بجزء من الدَّين الذي أداه عنه، ثم بادر المكفول بقضائه بقيمته فور سداده أو نحو ذلك دون تأخير. وفي هذه الحالة يطيب للضامن أيضاً الجعل مقابل التزامه بالدَّين، إذ ليس هناك مانع شرعي من ذلك.

.. أما إذا لم يكن الضامن الذي وُفِّي دَيْن المكفول مديناً له بمثل ما قضى عنه، ولم يبادر المكفول بتوفيقه مثل ما أدى عنه حالاً، حتى صار ذلك المال المؤدي - كله أو جزؤه - دَيْناً موجلاً في ذمته، ففي هذه الحالة يكون الأجر المشروط على الضمان حيلة لأكل ربا النسبة أو ذريعة إليه، وذلك محرّم شرعاً. وكذا إذا وقعت الكفالة بجعلٍ أساساً على أن يكون الأمر على هذا النحو، لقيام نفس المعنى الشرعي الحاضر. والله أعلم.

الخلاصة

لقد تبين لنا بعد النظر فيما قاله الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الكفالة أن قول جمهور الفقهاء بعدم جواز اشتراطه وأخذه مطلقاً غير سديد، لعدم سلامة الأدلة التي ساقوها والعلل التي

(٨٥) انظر: دراسات لحما، ص ٤٦ وما بعدها .

قدموها من الإيراد عليها، كما أنّ القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقاً غير صحيح أيضاً، وذلك نظراً لما قد يفرضي إليه من التعامل بربا النسبته تحت ستار عقد الكفالة، وذلك محرّم شرعاً.. وأنه لا بد في المسألة من التفصيل.

وبيان ذلك: أنّ الكفالة بالمال فيها ثلاثة أمور:

* التزام الكفيل بالدين أو المطالبة به.

* أداء الكفيل الدين المكفول به إلى ربه.

* رجوع الكفيل على المكفول بما أدى عنه إن وقع ذلك.

واشترطُ الجعل فيها له في التطبيق خمسة أحوال:

(أولها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى المكفول الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي - يجوز أخذ الأجر عليه، حيث أنّ مجرد الالتزام بالدين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للمكفول، فجاز المعاوضة عنه بمال، لتعارف الناس على تقويمه، وتراضي الطرفين عليه، اعتباراً بسائر منافع الأدميين والأعيان المالية التي لا خلاف في جواز مبادلتها بالمال، وتخريجاً على أقوال كثير من الفقهاء بجواز المعاوضة عن مجرد الالتزام بالمال، وأخذ الجعل عليه، وذلك في فروع ومسائل وتطبيقات عديدة في المذاهب المختلفة.

(وثانيها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، وذلك لوقوع المقاصة جبراً بين المدينين، وبراعة ذمة كل من الكفيل والمكفول بها، وانتهاء الكفالة والمداينة المترتبة عليها حالاً دون تأجيل.

(وثالثها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مديناً للمكفول ببعض الدين الذي قضاها عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول على الفور بوفائه القدر الباقي في ذمته من المال الذي أداه عنه، وذلك لانتهاء الكفالة والمداينة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

(ورابعها) أنّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول دون أن يكون الضامن مديناً له بمثل الدين الذي أداه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه، وذلك لانتهاء الكفالة وكذا المداينة الناشئة عنها حالاً دون تأخير.

(وخامسها) أنَّ التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول، ولم يكن الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدرًا ووضعًا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفاته، حتى صار المبلغ المؤدي كله أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأنَّ الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

- الأنصاري، أسنى الطالب وحاشية الرملي عليه، القاهرة: المطبعة الميمنية ١٣١٣هـ.
- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.
- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٩٥١م.
- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٦هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله بن محمد، أحكام القرآن، القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، ١٣٧٦هـ.
- ابن الهمام، الكمال، فتح التدبير على الهداية، القاهرة: المطبعة الميمنية، ١٣١٩هـ.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع فتاوى ابن تيمية، السعودية، ١٣٩٨هـ.
- ابن جزى، الغرناطي، القوانين الفقهية، تونس: الدار العربية للكتاب، ١٩٨٢م.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، القاهرة: المطبعة السلفية (د.ت.).
- ابن حزم الأندلسي، المحلى، القاهرة: المطبعة المنيرية، ١٣٥٠هـ.
- ابن راشد، القفصي المالكي، لباب اللباب، تونس: المطبعة التونسية، ١٣٤٦هـ.
- ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ.
- ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٩هـ.
- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤١٥هـ.
- ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، المطبعة الأميرية بولاق، ١٣٠٠هـ.
- _____، رد المختار على الدر المختار، مطبعة الأميرية بولاق، ١٢٧٢هـ.
- _____، منحة الخالق على البحر الرائق، القاهرة: دار الكتب العربية الكبرى، ١٣٣٣هـ.
- ابن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة هجر، ١٤١٠هـ.
- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد من هدى خير العباد، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٣٩٩هـ.

- ابن مفلح، برهان الدّين، المبدع شرح المقنع، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ.
- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٣٢هـ.
- البعلي، مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ.
- البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، مكة المكرمة: المكتبة التجارية (د.ت.).
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، مكة المكرمة: مطبعة الحكومة، ١٣٩٤هـ.
- _____، شرح منتهى الإرادات، بيروت: عالم الكتب (د.ت.).
- التاودي، شرح على التحفة، القاهرة: مصطفى الباني الحلبي، ١٣٧٠هـ.
- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ.
- الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، الدار التونسية للنشر، ١٩٧١م.
- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام الشريف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ.
- _____، مواهب الجليل على مختصر خليل، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩هـ.
- حماد، نزيه، دراسات في أصول المداينات، الطائف: دار الفاروق، ١٤١١هـ.
- الحموي، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، استانبول، ١٢٩٠هـ.
- الحنفي، الزاهد البخاري، محاسن الإسلام، القاهرة: مطبعة القدسي (د.ت.).
- الخرشي، محمد، شرح على مختصر خليل وحاشية العدوى عليه، ط. بولاق، ١٣١٨هـ.
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه، القاهرة: دار المعارف، ١٩٧٤م.
- الدسوقي، شمس الدّين محمد عرفة، حاشية على الشرح الكبير للدردير، القاهرة: مطبعة مصطفى محمد، ١٣٧٣هـ.
- الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، القاهرة: مطبعة التضامن الأخوي، ١٣٤٨هـ.
- الزرقاني، عبد الباقي، شرح على خليل، القاهرة: مطبعة محمد مصطفى، ١٣٠٧هـ.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المسوط، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٤هـ.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط. بولاق، ١٣٢٤هـ.
- الشريبي، الخطيب، معنى الاحتاج شرح المنهاج، القاهرة: مطبعة مصطفى الباني الحلبي، ١٣٧٧هـ.
- عبد الحميد، إبراهيم، الشركة، الكويت (الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية) (د.ت.).
- الفتاوى البزازية (بهاشم الفتاوى الهندية)، ط. بولاق ١٣١٠هـ.
- الفتاوى الهندية (العالمكبرية)، بولاق ١٣١٠هـ.
- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب احمد، جدة: شركة تهامة، ١٤٠١هـ.
- قاضي خان، الفتاوى الخانية (بهاشم الفتاوى الهندية)، ط. بولاق ١٣١٠هـ.
- قدري باشا، محمد، مرشد الخيران لمعرفة أحوال الإنسان، القاهرة: المطبعة الأميرية، ١٩٣١هـ.
- الكاساني، علاء الدّين، بدائع الصنائع، القاهرة: مطبعة الجمالية، ١٣٢٧هـ.

- للقرافي، أحمد بن ادريس، الذخيرة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤ م.
- الموردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤ هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، بيروت، ١٣٨٨ هـ.
- المواق، أبو عبدالله محمد الاندلسي، التاج والإكليل شرح مختصر خليل، القاهرة: مطبعة السعادة، ١٣٢٩ هـ.
- ميارة، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، شرح ميارة على التحفة وحاشية ابن رحال عليه، القاهرة: مطبعة الاستقامة.
- النووي، محي الدين يحيى، الفتاوى المسماة بالمسائل المشورة، حلب: المطبعة العربية، ١٣٩٨ هـ.
- _____، روضة الطالبين، دمشق: المكتب الإسلامي، ١٣٨٨ هـ.
- الهيتمي، ابن حجر، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بيروت: دار المعرفة (د.ت.).
- _____، تحفة المحتاج على المنهاج، القاهرة: المطبعة الميمنية، ١٣١٥ هـ.
- الونشريسي، أحمد بن يحيى، المعيار، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠١ هـ.

Charging Fees for Debt-Guaranties: Extent of Permissibility in Islamic *Fiqh* (Jurism)

NAZIH KAMAL HAMMAD

*Consultant in Islamic Law - Canada
(Formerly) Professor of Islamic Fiqh
Umm Al-Qura University
Makkah Al-Mukarramah, Saudi Arabia*

ABSTRACT. The great majority of Islamic Jurists have always considered it unlawful to charge a fee for a debt-guaranty. We have found this unqualified stand (untenable and questionable). On the other hand, unqualified permissibility of such a fee is also untenable, as it may lead to usurious loans under the pretext of a debt guaranty. Hence, one must detail one's answer, as is done in this paper.

I found that charging a fee is permissible in cases where both the guaranty and its associated debt terminate together without delay. Such is the case if the guarantor happened to be in debtor to the guaranteed, for an equivalent amount; or if, once the guarantee became effective, the guaranteed paid the guarantor (immediately) or in the same day.

In case where the indebtedness of the guaranteed towards the guarantor is not immediately extinguished after it had arisen i.e. he becomes indebted to the guarantor on a deferred basis, in such cases it is NOT permissible to charge a fee, which becomes in effect a device for devouring forbidden interest on deferred debt.

نزیه کمال حماد

مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي
المجلد ٩ ، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ص ٩٥-١٢٢

تعليق : تجاني عبدالقادر أحمد

مستشار مالي

المركز الوطني للاستشارات الإدارية - جدة (*)

الأستاذ الدكتور نزیه حماد غني عن التعريف والتقریظ، فهو من الفقهاء القليلين الذين جمعوا بين دقة الفهم ووضوح العبارة الفقهية وبين المعرفة والفهم العميق للمعاملات المالية المعاصرة المتجددة والمتطورة. ويحمل الكاتب تقديراً خاصاً للمؤلف ويدين له بعرفان التعلم، وإن كان من على البعد من خلال دراسة كثير من الفتاوى والآراء الفقهية التي دونها المؤلف الكريم خلال السنوات الست الماضية. وما حفزني لكتابة هذا التعليق هو محاولة استكمال لبنة في هذا البحث القيم الملح موضوعه، أحسب أن شدة الورع واختيار الأحوط هما وحدهما اللذان حالاً بين المؤلف وبين وضع تلك اللبنة.

(*) يود الكاتب أن يشكر الدكتور محمد علي القرني الذي أدى النقاش معه حول الموضوع إلى بلورة الفكرة الأساسية لهذا التعليق، والأستاذ عبدالرزاق الخريجي الذي أفاد الكاتب بإيضاحات مهمة، وكذلك الدكتور محمد أنس الزرقا والدكتور سيف الدين إبراهيم على ما أبديا من ملاحظات على المسودة الأولى لهذا التعليق، ويبقى الكاتب وحده مسؤولاً عن أي قصور يرد فيه.

١ - كما بين المؤلف الكريم، فإن غرضه من إعداد الدراسة هو مراجعة رأي الفقهاء الداهيين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة، بهدف الوصول إلى نظر فقهي محرر ومؤصل ومتفق مع روح الشريعة، سالم من التناقض أو التعارض مع صريح المعقول وصحيح المنقول، وإن اختلف هذا النظر الفقهي المحرر والجديد عما اعتمده بعض الفقهاء من آراء في الموضوع.

٢ - وقد خلص المؤلف - حفظه الله - من بعض ما خلص إليه إلى أن الحكم بعدم جواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقاً غير سديد، لعدم سلامة الأدلة والعلل التي ساقها وقدمها الفقهاء المانعون لأخذ الأجر على الكفالة، من الإيراد عليها.

وأهم إيراد ساقه المؤلف الكريم على حجج الفقهاء المانعين لجواز أخذ الأجر على الكفالة هو: أن محض الالتزام له قيمة مالية في ذاته بحيث يصح بذل العوض المالي في مقابلته، وأورد لذلك شواهد متعددة:

أ - أن للالتزام منفعة مقصودة تشبه المنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والكفالة، لذلك صح كون الالتزام محلاً للعقد في الضمان.

ب - أن جواز بذل رب الدين أو غيره جعل للمدين في مقابلة تقديم كفيل، يشهد أن مجرد التزام الكفيل بالدين له قيمة مالية.

ج - أن التزام الضامن بالأداء في حد ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة يجوز أن يكون لها قيمة مالية شرعاً إذا تعارف الناس على ذلك، فإذا تراضى الكفيل والمكفول على مبادلتها بالمال جاز، إذ الأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال إلا ما قام الدليل على حظره.

د - أن محض الالتزام بالضمان وإن لم يكن عملاً فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة بالمبدولة في كليهما.

ولا يخفى أن تقديم الضمان بأنواعه المختلفة في التطبيق المصرفي المعاصر تلازمه أعمال كثيرة يقوم بها المصرف مقدم الضمان، مثل الدراسة والأعمال المكتبية والسكرتارية في مرحلتي تقديم ودراسة الطلب، وأعمال تتعلق بالتسجيل المحاسبي ومسك الدفاتر في المراحل اللاحقة، ولا ريب أن كل هذه الجهود تقابلها أعمال تُنفق الأموال والأوقات في سبيلها.

هـ - إن الجعل في الضمان إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده.

٣ - بناءً على ما سبق خلص المؤلف إلى أن الكفالة بالمال واشتراط الجعل فيها لها أحوال مختلفة في التطبيق، أجاز فيها جميعاً أخذ الأجر على الكفالة، ما عدا حالة واحدة ينشأ فيها دين للكفيل في ذمة المكفول، وعد الجعل على الالتزام في هذه الحالة حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه. قال: "إن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه عن المكفول، ولم يكن الضامن مديناً للمكفول يمثل الدين الذي وفاه عنه قدرًا ووصفًا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه، حتى صار المبلغ المؤدى كله أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأنَّ الجعل على الالتزام حينئذٍ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب".

٤ - ويؤخذ على هذا الاستنتاج الأخير عدم الأطراد مع الأطروحة الأساسية للبحث ألا وهي: أن محض الالتزام فيه منفعة مشابهة لمنافع يبدل مقابلها أجر، لذلك صح كونه محلاً للعقد، وأن مجرد الالتزام بالضمان يستحق عليه الضامن أجراً. فإن كان الأمر كذلك فليس هناك من مسوغ لاعتبار الأجر على الضمان في الحالات التي تتحول فيها عملية الضمان إلى مداينة بين الكافل والمكفول حيلة لأكل الربا أو ذريعة إليه، حيث إن الأجر الذي بذل في الضمان إنما هو مقابل الالتزام الذي هو منفعة مقصودة ومصالحة مشروعة يصح التعاقد عليها. وبذلك لا يمكن إغفالها فجأة ليصبح ما دفع مقابلها زيادة ربوية - في معاملة أخرى - لا يحل أخذها وتؤدي إلى إبطال كامل المعاملة. لا سيما أن المؤلف قد أشار بوضوح إلى أن الأجر على الضمان "إنما هو في مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه عن المكفول أو لم يؤده... لذلك "فإنه (الضامن) يستحق عوضه المشروط على أي وجه". وينبغي على هذا أن الأجر على الضمان والالتزام بالضمان يمثلان معاملة قائمة بذاتها، وهما بدلان في معاملة مالية معتبرة شرعاً وكاملة الأركان. ليس هذا فحسب وإنما يستحق الضامن هذا الأجر سواء أدى الدين عن المكفول أو لم يؤده.

وهذا التردد في الحكم على الالتزام، بالجواز في حالات وعدم الجواز في حالة أخرى، قد يعود على الفكرة كلها بالإلغاء. فإما أن يكون الالتزام محلاً صحيحاً للعقد، وهو بذلك منفعة ملموسة يصح مبادلته بالمال في كل الحالات بغض النظر عن مآلات العلاقة بين الكافل والمكفول. أو أن الالتزام مهدر الاعتبار لا قيمة له ولا يصح مبادلته بالمال، أو أن له قيمة ولكن لا يصح مبادلته بالمال. فإن كان الالتزام بالضمان في حد ذاته عملاً ملموساً ومصالحه مقصودة ومنفعة معتبرة يصح بذل المال لتحصيلها وأخذ الأجر على تقديمها، فإن المال الذي يبذل لتحصيلها يكون مقابلها هي وليس مقابل أي شيء آخر، ولا يستقيم منطقاً الاعتراف بصحة بذل المال مقابل الالتزام بالضمان وتجريده منه في نفس الوقت وتحويله إلى بدل في معاملة أخرى. ويلحظ أنه إذا سلمنا بإمكانية انتقال الأجر على الضمان من المعاملة الأولى إلى المعاملة الثانية ليصبح أجرها (فائدة) فكأننا لا نعترف أصلاً بجواز الأجر على الضمان. ويصبح الالتزام بالضمان قد قدم من غير بدل يقابله.

٥ - والتطبيق المصرفي يشهد إلى ما ذهبنا إليه من أن الأجر على الضمان غير الفائدة الربوية. بل إن الأول مرتبط بأجل الضمان المقدم من البنك فقط كما أن قيمته ضئيلة نسبياً بالمقارنة مع الفائدة المصرفية؛ وهي قد تتراوح بين ٠,١٢٥٪ إلى ٠,٢٥٪ في السنة من مبلغ الضمان بحسب قيمة الضمان. أما سعر الفائدة على التأخر فقد يصل إلى ١٢٪ في السنة من قيمة الدين في حالة تحول الضمان إلى دين من البنك إلى العميل المكفول. أي أن الأجر على الضمان يكون مساوياً أو أقل من ٢٪ من سعر الفائدة. ولا يفوتنا هنا الإشارة إلى أن أمر تحديد الأجر على الضمان في المجال المصرفي، في كثير من الأحيان، يكون تحت إشراف البنك المركزي.

وتجدر الإشارة إلى أن المصرف يحسب أجره على الضمان على أساس الفترة الزمنية التي يغطيها الضمان. فإذا وُفي العميل المكفول خلالها بالالتزام الذي عليه والذي تم إصدار خطاب الضمان من أجله فتنتهي المعاملة هنا، ويكون البنك مستحقاً للأجر على ما قدم من التزام خلال تلك الفترة. أما إذا طالب المكفول له البنك بمبلغ الضمان المكفول به عميله واضطر البنك لكشف حساب عميله، لأي سبب من الأسباب، مما يحول العملية عندئذٍ إلى دين من البنك إلى العميل فإن احتساب البنك للفائدة يبدأ من هذا التاريخ. وكما أشرنا سابقاً فإن نسبتها قد تصل إلى ١٢٪ من مبلغ الضمان أو ما تبقى منه من دين في ذمة العميل.

وهذا يؤكد اختلاف نظر البنك لأجر الضمان عن الفائدة الربوية. فالأجر على الضمان يقابل التزام البنك بالضمان خلال الفترة المحدودة، أما بعد انقلاّب المعاملة إلى مداينة حقيقية بين البنك والعميل فإن البنك يفرض ثمناً آخر مقابل الدين على عميله وهو الفائدة الربوية المحسوبة على أساس أجل الدين الذي يبدأ منذ لحظة أداء البنك عن المكفول، وكشف حسابه بقدر ما أدى عنه. وهكذا يتضح أن البنك يتعامل مع الضمان، في هذه الحالة، على أساس أنه يتكون من معاملتين متميزتين لكل معاملة أركانها من عاقلين وصيغة وبدلين. فالمعاملة الأولى بين البنك وعميله بإيجاب وقبول، والتزام بالضمان من طرف البنك لمدة محددة، وثن (أجر) مقابل ذلك من العميل. أما المعاملة الثانية، وإن كانت غير جائزة، فهي أيضاً بين البنك وعميله، يتحول العميل إلى مدين للبنك مقابل فائدة ربوية.

٦ - على هذا نقول إن النتيجة المنطقية للدراسة تقود إلى القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة أو الضمان مطلقاً حتى في الحالة التي يترتب فيها للكافل دين في ذمة المكفول، وهذا يتسق مع الفكرة الأساسية التي تسعى الدراسة لإثباتها وهي: أن الجعل في الضمان يمثل عوضاً عن محض الالتزام بالدين، سواء أداه الكفيل عن المكفول فيما بعد أم لا ! ولتلافينا بذلك كل المشكلات المتوقعة عن التطبيق العملي، في المجال المصرفي الإسلامي، للرأي القاضى باعتبار الأجر على الضمان حيلة لربا النسبنة في الحالات التي يتحول فيها العميل المكفول إلى مدين للبنك.

وقد يصعب عملياً تحويل الأجر على الضمان من ثمن جائز إلى فائدة ربوية يحرم على البنك أخذها لما يترتب على ذلك من إخفاقات تصيب العمل المصرفي الإسلامي، فإذا قلنا بإرجاع أجر الضمان إلى العميل باعتباره فائدة فهذا يؤدي إلى تكبيد البنك خسارة كان يمكن تجنبها بعدم الدخول أصلاً في تقديم خدمة الضمان لعملائه. ولا يفوتنا ما في معنى هذا أيضاً من تشجيع لعدم الوفاء بالالتزامات. وربما يقول قائل إن على البنك الإسلامي أخذ ضمانات نقدية كافية قبل إصدار أي خطاب ضمان لأي من عملائه، وهذا أيضاً له محاذيره المتعلقة بإفقاد المصارف الإسلامية ميزة تنافسية كبيرة في مقابل المصارف التي تقدم مثل هذه الخدمة بضمانات جزئية.

ختاماً فلا نقول إلا ما نظنه صواباً.

والله تعالى أعلم وهو المسؤول أن يهدينا سواء السبيل...

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ٩٥-١٢٢

تعليق: محمد المختار السلامي

مفتي تونس سابقاً

٣٢ نهج محمود الماطري - تونس

اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد، فقد جاء البحث في ثمان وعشرين صفحة، موثقاً بالمصادر التي اعتمدها الباحث الذي تتبع الموضوع (الضمان بجعل) في المدارس الفقهية السنية، وعنوانه (مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة). وإني قبل أن أدخل في التعليق عليه، أريد أن أسجل أولاً شكري وتقديري وتنويهي بالعمل الجاد والمنهجية الملتزمة واللغة العلمية المضبوطة والواضحة.

والطريقة التي سلكها في معالجته لهذا الموضوع: أنه قدم للموضوع بمقدمة، ثم تتبع مستند القائلين بتحريم أخذ الجعل، فحصرها حسب الاستقراء في خمسة أدلة، ثم عقب على كل دليل بعد بسطه وتوثيق نسبته إلى القائلين به. أما القائلون بجواز أخذ الجعل فلم يتعرض إلى أدلتهم ولم يناقش مذهبهم إلا بما يفيد أنه يرفضه كرفضه للرأي الآخر. وانتهى إلى مذهب وسط في نظره لا يقول بالتحريم بإطلاق، ولا يأخذ بالتحليل بإطلاق، ولكنه وسط بينهما، يفصل في الحكم تبعاً لأداء الكفيل أو عدم أدائه، ولسقوط الدين أو بقاءه عند الأداء.

المقدمة

الشأن أن المقدمة لا يعقب عليها، إلا أن الباحث قال في نهايتها: نص جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال، وأن الكفالة بشرط الجعل باطلة، خلافاً لإسحاق بن راهوية .

إن الإيهام في التعبير بجمهور الفقهاء دعائي للتعليق. وذلك أن الحافظ النيسابوري يقول: قال أبو بكر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله يجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز (الإشراف ج ١، ص ١٢٠) واعتمد القوري ما جاء في الإشراف ونقله مسلماً (حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي ج ١، كراس ٥٣، ص ٨) .

ثم إن النيسابوري يدمج في المسألة التالية، وهي ثبوت الضمان على هذا الشرط لتعليل عدم جواز اشتراط الجعل، قال أحمد: في مسألة الكفالة: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق. وقال إسحق: ما أعطاه من شيء فهو حسن. إن هذا النقل عن إسحق بن راهوية نصه محتمل هل يعني بذلك ما أعطاه للضامن بدون شرط، وهو الظاهر من كلمة أعطى، أو ما أعطاه تنفيذاً للشرط. ويبعد هذا الاحتمال الثاني أن جاء عقب دعوى الإجماع. ومما يرجح فهم مذهب إسحاق على الاحتمال الأول أن النيسابوري يقول فيما إذا قال استقرض لي من فلان ألف درهم، ولك علي عشرة دراهم أن إسحق قال: أكرهه. ولم ير أحمد به بأساً (الإشراف ج ١، ص ١٢١). فإذا كان الذي يتوسط في الاقتراض يكره إسحق أن يتقاض جعلاً فالكفيل يجعل أولى بالكراهة. وحتى إن صح أن إسحق يقول بالجواز بإطلاق فالدقة في التعبير أن يقال وشذ إسحق.

كما أن قوله: إن الكفالة بشرط الجعل باطلة (أي عند الجمهور) كلام غير محرر، إذ التفصيل في البطلان هو المنصوص عليه تبعاً لمن تولى تقديم الجعل ولعلم الدائن أو جهله (البهجة وحلى المعاصم ج ١، ص ٣٤٦).

الدليل الأول

ذكر الباحث أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها يخرجها من طبيعتها هذه. وقسم المخرجين للمنع إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الضامن يعتبر واهباً للمال الذي كفله وأداه الخ، وأن هذا الاتجاه ظاهر في نصوص فقهية كثيرة.

(أ) الإمام الشافعي في الأم. وأتى بنص الشافعي مقطوعاً، مع أن النص بين أنه يقصد إلى التعقيب على أبي حنيفة. ذلك أن أبا حنيفة يبطل كفالة العبد، ويعلل بأنها معروف، وليس يجوز له المعروف. ويرى الشافعي بطلان كفالة العبد، لأن العبد مأذون له من سيده لكسب المال. والكفالة لا كسب فيها، بل هي آيلة إلى استهلاك المال - أي عند عجز المكفول عن الوفاء - (الأم، ج ٣، ص ٢٦٥).

إن ما يفيد نص الأم هو فقه عميق. فالشافعي يرى أن الأصل الذي يبنى عليه المنع من كفالة العبد هو أنه مملوك لسيد، وكذلك ماله. وليس له أن يستهلك من المال الذي بين يديه شيئاً بغير إذن السيد المالك الحقيقي للمال، فيقاس على هذا الضمان في عدم جوازه من العبد، لأنه معرض إلى غرمة، إذا كان المكفول لا يمكن تحصيل الدين منه. فيستهلك مال السيد. وإذا كان العبد ممنوعاً من استهلاك ماله، لأنه غير مالك له، فاستهلاكه لمنفعة غيره أولى بالمنع. فهو من قياس الأولى.

(ب) الإمام مالك في المدونة. وأتى بنص مالك من كفالة المرأة ذات الزوج بغير إذن زوجها (أن الكفالة من وجه الصدقة) (وإنما الكفالة معروف)، وعلق على ذلك بأنه من قبيل الصدقة والهبة والعنق.

تكرر في المدونة أن الكفالة من المعروف. والمعروف باب واسع، فقد جاء في باب كفالة العبيد لفظ المعروف، ومثل له بالكفالة والحمامة والصدقة والهبة والعطية والعنق، ثم قال: وغير ذلك من الأشياء مما هو معروف عند الناس (المدونة ج ٤، ص ١٤٣). وجاء في حاشية الرهوني "والحوالة من المعروف" (ج ٥، ص ٣٩٢). وعند ابن رشد: "والحوالة يبيع من البيوع إلا أنها خصصت من الأصول لما كانت على سبيل المعروف" (المقدمات ج ٢، ص ٤٠٣)، فالمصطلح الفقهي عند مالك للمعروف لا يدل بحال أن الكفالة تبرع، بمعنى تملك مال مجاناً بدون عوض.

وبناء على ما قدمته، وما هو أيضاً واضح في كل ما جاء بعد ذلك بالتأمل، أن هذا الاتجاه الذي انتقده وأبطله تصور بعيد سكن نصوص الفقهاء.

ولكن ما جاء في نهاية الفقرة السابعة هو ما أراه جديراً بالتعقيب عليه. وهو قوله (إنه لا يمتنع شرعاً انقلاب الكفالة بالتراضي إلى معاوضة). وهذه مصادرة، إذ هي المسألة التي عنى سماحته نفسه بإثباتها والرد على كل من تقدمه من الفقهاء. وأيد قوله هذا بقياس انقلاب الهبة إلى معاوضة في هبة الثواب.

العقود لا تتقلب بالتراضي، ولكن العقود التي تجري بين الناس ينظر فيها بالمعيار الشرعي، ثم يطبق عليها بعد ذلك الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي.

والمعاوضات أنواع. وهبة الثواب نوع من أنواع عقود المعاوضة ابتداء لا انقلاباً. يقول القاضي عبد الوهاب: "الهبة التي يقصد بها المكافأة والعوض حكمها حكم المعاوضات ويراعى فيها ما يراعى في البيع، ولا تفارقه إلا في وجه واحد، وهو السكوت عن البديل فيه وعن مقداره؛ فأما ما عدا ذلك من أحكامها فإنها تجري مجرى سائر المعاوضات.

وإنما قلنا إنها جائزة على هذا الوجه، لأنها تفعل على وجه المودة وإيثار المكارمة والمواصلة، "وإن كان المقصود منها المكافأة" (المعونة ج ٣، ص ١٦١٠)، وفي البدائع في توجيه قول محمد بن الحسن أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض: أن الهبة تملك إذا شرط فيها العوض كانت تملكاً بعوض. وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى (بدائع الصنائع ج ٥، ص ١٦٨)، فليس فيها انقلاب ولكنها نوع من أنواع عقود المعاوضة، وليس لازماً أن تكون عقود المعاوضة جارية على نمط واحد. وليس عقد هبة الثواب عقدًا انقلب برضا الطرفين، وإنما عقد نشأ عن إرادة الواهب أعلن عنها أو قام عليها دليل من عرف. وقد فضل الفقهاء أحكامها عند قبول الواهب للعوض، وعند رفضه، وعند رفض الموهوب له قبول الهبة، أو منازعته في إرادة الثواب.

وإنه كلما أدخل في العقد شرط أو تحديد فإنه لا ينظر إلى الألفاظ التي تم بها التعاقد، وإنما ينظر إلى العقد بتمامه، ويعطى الصفة التي يقرها المعيار. يعجبني في هذا ما جاء في كتاب محمد ابن المواز، قال مالك: فيمن له على رجل عشرة دنانير إلى أجل، فقال: أعطني ثمانية وأحط عنك دينارين، فقال: هذا لا يصلح. ولكني أعطيتك عرضاً يساوي ثمانية. قال: لا بأس بذلك. وإنما أخطأ الكلام فأصابا الفعل (حاشية الرهوني، ج ٥، ص ٢٥٩)، أي إن قوله يساوي ثمانية خطأ والفعل جائز لأنه عرض.

وبهذا يكون قول سماعته: "والاسترباح بتراضي العاقدين سائغ شرعاً في الهبة التي هي أصل التبرعات، فلأن يكون جائزاً في غيرها مما يشاكلها أو يشبهها من بعض الوجوه أولى". فلا هبة الثواب هبة مطلقة، وإنما الإيهام جاء من تسميتها بلفظ الهبة، كما أن هبة الثواب ليست أصل التبرعات. والقياس كله ساقط.

الاتجاه الثاني : أن المراد هو التبرع بالالتزام، ويؤكد أن هذا الاتجاه هو الأول بالاعتبار. وأوافق على ذلك. وعقب على هذا بنفس المقياس الذي اعتمده في الاتجاه الأول، من أنه لا مانع من جواز تغيير صفة الالتزام بأداء الدين من التبرع إلى المعاوضة بالتراضي. واستدل على ذلك بجواز اشتراط العوض في العارية، فتقلب إجارة، مع أن الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة. فقه هذه الصورة أنها إجارة ابتداء عبر عنها بلفظ الإعارة. كقول الولي: ملكتك ابنتي، وقول البائع: أمنحك هذا الثوب بمائة دينار. فقول مؤجر السيارات: أعرتك هذه السيارة بمائة ريال في اليوم ليس فيه انقلاب عقد، ولكن كما قال مالك في سابقه، أصابا الفعل وأخطأ التعبير. كما استدل بالوكالة بأن الأصل فيها بذل الوكيل منافعه مجاًناً. لم يوضح معنى كلمة الأصل هنا، فهل يقصد بها الغالب؟ فإن كان هذا قصده، فهذا الأصل يفيد معرفة المدعى من المدعي عليه عند التنازع، وإن كان مراده بأن الشارع دعا للتوكل على الغير بدون مقابل، فلا أعرف نصاً يثبت هذا، ومن أحال عليهم في التعليق البيهوتي. ونص البيهوتي: ويصح التوكيل بأجر، لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويعطيهم عليها، ولأن التوكيل تصرف للغير لا يلزمه فعله، فجاز أخذ الجعل عليه، كرد الأبق (شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣١٧). كما استدل بجواز أخذ الأجر على الإيداع. والأجرة على الإيداع لا مانع منها إن شرطها المودع أو جرى بها عرف أو كان مثله يأخذ الأجر. وبين وجه ذلك ابن عبد السلام بأن الأجرة هي على الحراسة. والحراسة: المذهب جواز أخذ الأجرة عليها (حاشية البناني على شرح الزرقاني، ج ٦، ص ١٢٥) استدل على جواز أخذ الجعل على الضمان الذي هو التزام يدفع الدين، كما جاز أخذ الأجر على الالتزام بحفظ الوديعة ولو لم يكن إلى جانبه عمل. وهذا قد بينا وجهه عند ابن عبد السلام.

واستدل أيضاً بالربح في مقابل الضمان في شركة الوجوه. والمتأمل في شركة الوجوه يتبين له أن الربح ليس في مقابل الضمان. ذلك أن شركة الوجوه في حقيقة أمرها أن السلعة التي يعقد عليها أحد الشريكين تدخل في ملك الشريك الآخر حسب النسبة المتفق عليها. وليس من شرط صحة التملك دفع الثمن. والتعبير بالضمان فيه توسع، إذ معناه أن كل واحد منهما يعتبر مديناً للباقي بالحصصة التي تملكها. فليس هو ربح مترتب عن ضمان وإنما هو ربح عن ملك تام دخل في ذمة كل منهما. وابتنى على ذلك أنه عند الخسارة اتفق الحنفية والحنابلة على أنهما يتقاسمان الوضعية حسب نسبة ملك كل منهما. وطرد الحنفية هذا الأصل في الربح، بينما رأى الحنابلة أن الربح متولد عن أمرين: رأس المال والعمل (الخبرة واللقانة والتأثير)، ويتفاضل في ذلك الشريكان فجوزوا

أن يشترط أحد الشريكين نسبة أعلى من رأس ماله. يقول البهوتي: وريح كما شرطاً، لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار، وأبصر بالتجارة من الآخر. والوضيعة على قدر الملك (شرح منتهى الارادات، ج ٢، ص ٣٣٩).

كما استدل بما قرره المالكية من جواز أخذ المال على صنوف من الالتزامات الشرعية، كالالتزام بعدم التزوج مقابل جعل. والتزام المالك بتوكيل شخص بالبيع مقابل جعل. ثم أكد ذلك بالنصوص المنقولة عن المصادر المعتمدة.

وما تفضل بنقله صحيح، وهو الأمين في علمه؛ إلا أن تخريج ذلك على أنه في مقابل الالتزام مما لا أوافقه عليه، لأنه جعل على إسقاط حق، للجاعل غرض في إسقاطه. ويتبين ذلك بأن الزوجة بعد وفاة زوجها لها الحق في التزوج المشروع إلا أن البازل يبذل لها مالاً في مقابلة إسقاط هذا الحق. والمالك له الحق في استمرار تمسكه بملكه، والعارض يرغب في شراء هذا الحق لتحقيق رغبة، هي أحظى عنده من الثمن المبذول، كما إذا كان يتأذى من حوار المالك، أو أنه يرغب في تملك قريبه أو صديقه الملائم، لذلك فيشترى هذا الحق. ولذا فإن البائع للحق ملزم برد ما أخذه، إذا لم يحقق رغبة المشتري. فقياس التزام الضامن بالضمان بقياس بدون وجه شبه، إلا في الجنس البعيد، وهو غير معتبر.

ثم أيد وجهة نظره بما نقله من نصوص عن كتب معتمدة في المذهب المالكي، تفيد أن بعض الفقهاء قد أجازوا أن يتكفل الضامن بأداء الدين، شريطة حط الدائن عن الدين قسطاً من الدين، فاستنبط من ذلك أن الالتزام بالدين له قيمة في ذاته. ولذا فإنه يجوز أن يبذل للكفيل جعلاً على كفالاته. وكما قلنا في سابقه: النصوص صحيحة، والاستنباط لا نرتضيه. وذلك لأن الدائن مالك للدين، فله أن يبرئ منه المدين، وله أن يسقط بعضه، ويطالب بالباقي، بسبب وبدون سبب. وهذا بعيد عن شراء ذمة الكفيل بالمال، في خصوص الدين، ولا جامع بينهما. كما استدل بنصوص من المذهب الحنفي أولها تأويلاً يختلف عما صرح به المنقول عنهم.

ذلك أن المتأمل في تلحم النصوص يتبين له أن أصحابها يربطون بين التملك والريح فكل ربح نشأ عن تملك صحيح هو ربح حلال، انظر قول السرخسي: "لأنه ملك المقبوض ملكاً صحيحاً، فالربح الحاصل لديه يكون له" (المبسوط، ج ٢٠، ص ١٩)، والنصوص الأخرى لا شيء منها يفيد أن الضامن أخذ أجرًا على الكفالة.

الدليل الثاني

ما ذكره سماحته في تعقيبه على الدليل الثاني أوافقه عليه. لكن ما أراد أن يثبته من أن أحوال الناس قد تغيرت، وأنهم كانوا لا يأخذون أجرًا على الوديعة، ولا على الوكالة، غير مسلم. وقد بينا أنهم كانوا يأخذون أجرًا على ما يقومون به، حتى في عهد النبوة. وما بناه تبعًا لذلك من أن الكفالة كانت تبذل مجانًا، وأنه لما تغير الزمان، وضعف التآزر بين أعضاء المجتمع، اقتضى تغير الحال جواز أخذ الأجر عليها. هو استنباط لا نوافقه عليه، كما سنبينه في خاتمة التعليق. وما نقله عن بعض الباحثين المعاصرين كلام خطابي هو أقرب إلى لغة الصحافة السيارة منه إلى الكلام العلمي.

الدليل الثالث

رفض سماحته للدليل الثالث صحيح ومعقول، إلا أن ما انتهى إليه من بقوله: ولا شك عندي أن التزام الضامن بأداء الدين يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة... يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعًا كمنافع الأعيان والأدميين... والأصل الشرعي جواز مبادلة سائر المنافع المتقومة بالمال، إلا ما قام الدليل على حظره. إن ما انتهى إليه لا أوافقه عليه، لأن دعوى أنه لم يقم دليل على حظره غير مسلمة، إذ قام الدليل على حظره، كما سنبينه في خاتمة التعليق حذرًا من التكرار.

الدليل الرابع

قدمه على أن المانعين قالوا: إن اشتراط الأجر على الكفالة يؤول إلى بيع الغرر. وبعد إقراره بوجاهة التعليق نفي الغرر، معللاً بأن الجعل في الضمان مقابل مجرد الالتزام، سواء أدى الدين أم لم يؤديه... فحيث قام الضامن ببذل ذمته في الالتزام بالدين، فإنه يستحق عوضه المشروط، ولا غرر في المسألة.

إقحام عبارة "بيع يؤول إلى بيع الغرر" غير واردة في نصوص المحتجين وهي قلقة هنا. ودعوى أنه لا غرر نفي لواقع مؤكد، ذلك أن الضمان سيؤول إما إلى غرم الضامن ما تحمل به، وعجز المدين عن الوفاء بدينه، فيكون الضامن قد تسلم جعل الضمان وخسر أضعافه، وإما أن المدين هو الذي تولى بنفسه أداء الدين لمدينه، وبرئت ذمته وذمة الضامن، وإما أن الضامن بعد أن غرم للدائن دينه يعود على المدين ويقبض منه ما تكفل به. فهو غرر بين، وإنكاره لا ينفيه.

الدليل الخامس

أن الكفيل إذا أدى ثم رجع على المكفول بما أداه فإن الجعل يكون زيادة على القرض الذي قدمه وهو حرام.

ناقش هذا الدليل فيما قام عليه من أن الكفيل لا يعتبر مقرضاً. وأبدى الفرق بين عقد القرض أنه عقد تمليك، بينما عقد الضمان عقد توثيق فلا يصح إجراء خصائص أحدهما على الآخر.

وتعقبي على ما ذهب إليه سماحته، أن الضامن مأذون بأن يقوم مقام المدين في أداء الدين، وبذلك فهو عندما يؤدي الدين فإنما يؤديه بصفته قائماً مقامه، وما دفعه عن المضمون وجب في ذمة المضمون، وعليه قضاؤه للضامن، وإن كان لم يقبضه منه. فالتعمق في حقيقة ما تم يبرز بوضوح أن المضمون قد سقط عنه حق الدائن بالمطالبة، وتحول هذا الحق للضامن. وهذا الحق لم يكن مترتباً إلا عن تقديم مال بدل المكفول. فكل ما ذكره من أسباب تعمير الذمة منفية هنا، ولم يبق إلا القرض. ونظير هذا أن لو قال المدين لشخص: أد عني ديني، ولك على كل ما تؤديه زائداً بعشرة في المائة. فهذا لا يختلف في تصوره أنه قرض ربوي، وكذلك هي منزلة الضامن.

الخاتمة

الذي انتهى إليه سماحته هو أن عقد الكفالة يتصور انتهاؤه بصور أربع. وذلك بإدماجه أن يكون الضامن مديناً للمضمون.

الصورة الأولى: أن يكون الدين المضمون مساوياً لما عليه نحو المضمون، وبذلك يتساقط الدين؛ ويطيب للضامن الجعل الذي أخذه. هذه الصورة في حقيقة أمرها حوالة، وإن قدمت في صورة لفظية "كفالة" والحوالة لا تحل إذا كان المحال يفوز بشيء زائد. هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية حتى ولو اعتمدنا أنها كفالة فإنه لا مبرر لأخذ الجعل. ومن ناحية ثالثة، فإذا كان الدائن يرغب في توثيق دينه ولا يرضى بالحوالة، فإنه لما رضي بالضامن موثقاً، فالأولى به أن يأخذ دين الضامن رهناً له، وبهذا يحصل التوثيق. فتخريج الصفقة على الكفالة بجعل لا مبرر له.

الصورة الثانية: أن يكون الكفيل مديناً بجزء من الدين، ويأدر المكفول بقضائه. يرى في هذه أنها جائزة أيضاً. وهذا المركب يأخذ حكم أجزاءه. فلا يطيب للكفيل ما أخذه من جعل.

الصورة الثالثة: أن لا يكون الضامن مديناً، ويؤدي الدين عن المكفول الذي يبادر بقضاء ما دفعه الكفيل في يومه على أقصى تقدير. ويرى أن هذه الصورة جائزة، وما أخذه الكفيل من جعل حلال طيب. وسنين حرمتها مدعومة بالدليل.

الصورة الرابعة : أن يؤدي الضامن عن المكفول الدين، ويتأخر المكفول عن السداد. فيما أنه نشأت من ذلك مداينة ففيها شبهة ربا، أو هي ذريعة إلى ربا النسيئة، فلا تحل.

خلاصة رأيي في هذا الموضوع

متابعة لما جرى عليه سماحته من إدماج احتمال كون الضامن مديناً للمكفول، بكل الدين أو بجزء منه، فإن الصور تكون خمساً لا أربعاً، إذ أسقط صورة أن يتولى المضمون وفاء دينه بنفسه. والمنطلق الذي أعتمده في بيان الحكم الشرعي في هذه الصور جميعها هو أن المكلف لا يحل له أن يقدم على أمر، إلا بعد أن يعلم حكم الله فيه. فالنظر لما يقوم به المسلم من عقود لا ينتظر به إلى النهاية، ولكن ينظر فيه من البداية. وعندما يطلب شخص من آخر أن يضمنه يجعل فالضامن بصدد احتمالات أربع:

- (١) أن يقوم الضامن بأداء ما عليه من دين نحو مدينه، ولا يطالب الضامن بأي شيء فيفوز بالجعل.
- (٢) أن يقوم الضامن بالوفاء بالدين، ثم إن المكفول يغرم له ما دفعه حالاً، ويفوز الضامن بالجعل، ولا يخسر شيئاً.
- (٣) أن يقوم الضامن بالوفاء بالدين، ويعجز المكفول عن الوفاء عجزاً أبدياً.
- (٤) أن يقضيه بعد مدة.

فهذه الاحتمالات الأربع حاضرة في نفس الكفيل قطعاً. وهو يخاطر تبعاً لتقديراته في ملاءة المكفول وثقته وأمانته وسمعته. فمع هذه الاحتمالات الأربع قد تحقق الغرر قطعاً. والدخول في معاملة مبنية على الغرر محرمة في المعاضات. وقد نقل ابن نجيم عن المجتبي: الامتناع عن التكفل أقرب إلى الاحتياط، لأنه مكتوب في التوراة، والزعامة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة (البحر الرائق، ج٦، ص٢٢٤).

وأيضًا فعندما يتأخر المكفول عن الوفاء بالدين، فإن الكافل يكون كما قبله الباحث دائئًا. ويكون ما عاد إليه عند الوفاء هو مجموع الجعل والدين، وهو ربا. ولا يحل للمسلم أن يدخل في معاملة تحتل أن يظهر فيها الربا، وبهذا يتبين وجه عدم قبولي لما تكرر في البحث، من أن هذه معاملة لا مانع منها، وأنها مصلحة لا يصاحبها ما يمنعها. هذا وإني في ختام هذا التعليق أريد أن أؤكد مع التنويه بما قام به الباحث من عمل رصين مركز ومنهجي. يستمتع الناظر فيه باللغة المتخيرة، وبالأسلوب العلمي الرصين، وبما فيه من طرافة. وأتمثل بقول ابن مالك :

وهو بسبق حائز تفضيلا مستوجب ثنائي الجميلا

والله أعلم وأحكم، وهو حسبي ونعم الوكيل، نعم المولى ونعم النصير.

المراجع

- ابن رشد الجدل، أبو الوليد محمد بن أحمد، *المقدمات والمهملات*، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، بيروت: دار إحياء التراث، د.ت.
- ابن نصر، القاضي عبد الوهاب بن علي، *المعونة في شرح الرسالة*، مصر: مصطفى الباز، د.ت.
- البهوتي، منصور، *شرح منتهى الإرادات*، بيروت: دار الفكر، د.ت.
- التسولي، أبي الحسن علي بن عبدالسلام، *البهجة في شرح التحفة*، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٧هـ.
- الرهوني، أبو عبد الله محمد بن أحمد، *حاشية الرهوني على شرح الزرقاني*، القاهرة: بولاق، ١٣٠٦هـ.
- الزرقاني، عبد الباقي، *شرح الزرقاني لمختصر خليل*، القاهرة: أفندي محمد، ١٣٠٧هـ.
- السرخسي، شمس الدين أبوبكر محمد، *المبسوط*، بيروت: دار المعرفة، ١٣٩٨هـ.
- الشافعي، محمد بن إدريس، *الأم*، القاهرة: كتاب الشعب، ١٣٨٨هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، القاهرة: مطبعة شركة المطبوعات العلمية، ١٣٢٧هـ.
- مالك، الإمام مالك بن أنس، *المدونة*، بيروت: دار الفكر، ١٣٩٨هـ.
- المهدي، محمد، *حاشية المهدي التاودي*، غ.م. : طباعة حجرية، د.ت.
- النيسابوري، أبوبكر بن محمد بن إبراهيم، *الإشراف على مذاهب أهل العلم*، قطر: وزارة الأوقاف، ١٤٠٦هـ.

تجاني عبدالقادر أحمد : تعليق على بحث نزيه كمال حماد
مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي
المجلد ٩ ، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ص ١٥٩-١٦٣

رد على التعليق: نزيه كمال حماد

باحث ومستشار في الفقه الإسلامي - كندا
أستاذ في الفقه الإسلامي (سابقاً)
جامعة أم القرى - مكة المكرمة

بعد تقديم بالغ الشكر والامتنان للأخ الدكتور التيجاني عبدالقادر على اهتمامه وعنايته بإعداد تعقيب جاد لبحثي ابتغاء إصلاحه وإكماله، وبذله جهداً يحمده فيه وسعيه إليه، أحب أن أنوّه إلى أن ما أخذه عليّ فيه من عدم الاطراد في الأطروحة الأساسية للبحث، حيث قررت في الأساس أن محض التزام الكفيل بالأداء منفعة تصلح لأن يُعاوض عنها بمال وأن يؤخذ عليها أجر، ثم ذهبت إلى أن هذه المعاوضة المالية إذا اجتمع معها مداينة إلى أجل، فإنها تصبح ذريعة ربوية أو حيلة لربا النسيئة.. ورأى أن في ذلك شيئاً من التناقض ربما يعود على الفكرة الأساسية بالإلغاء، ذلك أنه (إما أن يكون الالتزام محلاً صحيحاً للمعاوضة المالية مطلقاً وعلى كل حال، وإما أن يكون مهدر الاعتبار لا قيمة له في نظر الشرع، ولا تصح مبادلته بالمال) غير مُسلم.. وبيان ذلك:

أولاً: إن الشرع حظر الجمع بين عقدين - أو معاملتين - يترتب على الجمع بينهما توسُّل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، وإن كان كل واحد من العقدين جائزاً بمفرده، وذلك لأنه قد نشأ في اجتماعهما معنى زائد لأجله وقع النهي. وعلى ذلك صح بيع الالتزام لمحض في الكفالة بمفرده، كسائر المنافع المتقومة في الإجازات، فإذا انضم إليه مداينة إلى أجل صار محظوراً، بناء على قاعدة "سد الذرائع" التي تقضي بمنع البيوع التي ظاهرها الصحة - لو نُظر إليها مفككة، كل عقد على حدة - ولكنها تكتنفها مجتمعة تهمة التوسل بها إلى باطن محظور..، حيث آل الأمر في مسألتنا إلى معاملة في معنى "البيع والسلف". وقد أجمع الفقهاء على حرمة اجتماع ذلك في صفقة واحدة لما صح عن النبي ﷺ أنه "نهى عن بيع السلف".

قال القاضي ابن الشريبي: "وأما بيع وسلف، فإنما نُهي عنه لتضاد المهدفين، فإن البيع مبني على المشاحة والمغابنة، والسلف مبني على المعروف والمكارمة، وكل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً، فاتخذوا هذا أصلاً"، (القبس على الموطأ لابن العربي ٧٩٨/٢) وقال ابن القيم: "وحرّم الجمع بين السلف والبيع لما فيه من الذريعة إلى الربا في السلف بأخذ أكثر مما أعطى، والتوسل إلى ذلك بالبيع أو الإجارة، كما هو الواقع" (إغاثة اللهفان لابن القيم ٣٦٣/١).

ومثل ذلك يقال في "العينة" حيث إن الجمع بين عقدين جائزين فيها محظور شرعاً، مع أن إبرام كل واحد منهما بمفرده صحيح مشروع، وذلك سداً للذرائع الربوية.

وأساس ذلك كما قال الإمام الشاطبي: إن الاستقراء من الشرع عرّف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد.. فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف، وكل واحد منهما لو انفرد لجاز، ونهى الله تعالى عن الجمع بين الأختين في النكاح، مع جواز العقد على كل واحدة بانفرادها، وفي الحديث أن النبي ﷺ نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، وقال: "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم" فدلّ ذلك على أن للجمع حكماً ليس للانفراد، فكان الاجتماع مؤثراً، وهو دليل. وكان تأثيره في قطع الأرحام هو رفع حل الاجتماع.. وذلك يقتضي أن يكون للاجتماع في بعض الأحوال تأثير ليس للانفراد، وأن يكون للانفراد حكم ليس للاجتماع، وللإجماع حكم ليس للانفراد. (الموافقات للشاطبي ١٩٢/٣).

ثانياً: أحب أن ألفت عناية المعقب الفاضل إلى أن تطبيقات مسألة "أخذ الأجر على الكفالة" ليست منحصرة في خطاب الضمان المصرفي وكيفية احتساب نسبة العمولة عليه، حيث إنه عضد

استدلّاه بشرح ذلك وبيانه، بل هي أعمّ من ذلك وأشمل. وأضف إلى ذلك أن الأصل في تحديد مقدار الأجر على الكفالة هو ما تراضى عليه الطرفان، كسائر الأجر والأثمان في الإجازات والبيوع وسائر عقود المبادلات المالية.. وذلك بفتح باب التحايل للتعامل بربا النسيئة تحت ستار الكفالة بأجر فيما إذا انضم إليها مداينة إلى أجل في كثير من تطبيقات القضية، حيث يمكن أن يكون الأجر المتفق عليه باهظاً، ليشمل في الباطن أجر الكفالة الحقيقي وربما المداينة المستتر.. فمن أجل ذلك قررنا حظر اجتماع الكفالة بأجر مع المداينة إلى أجل سداً لتلك الذريعة، والله ولي التوفيق..

المراجع

- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبدالله، القبس بشرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق محمد عبدالله ولد كريم، بيروت: دار الغرب الاسلامي، ١٩٩٢م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، بيروت: دار الجيل، ١٩٧٣م.
- الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات، تعليق الشيخ عبد دراز، القاهرة: المكتبة التجارية (د.ت.).

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة

في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م) ص ص ٩٥-١٢١

تعليق : الصديق محمد الأمين الضير

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة الخرطوم

(١) بذل الدكتور نزیه جهداً كبيراً في الرد على الفقهاء المتقدمين المانعين لأخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، واجتهد في رد أدلتهم الخمسة فلم يوفق.

(٢) بدأ الدكتور نزیه بحثه بمقدمة فيها تحريج لجميع الفقهاء الذين يمنعون أخذ الأجر على الكفالة بالمال مطلقاً، المتقدمين منهم والمعاصرين.

يقول الدكتور نزیه في المقدمة:

"إن الغرض من إعداد هذه الدراسة مراجعة رأي الفقهاء الذاهبين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وإعادة النظر والتأمل فيما قدموا من أدلة وتعليقات.. وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة، وأصول الاستدلال، وقواعد الاحتجاج فيها، بغية الانتهاء إلى نظر فقهي محرر مؤصل متسق مع كليات الفقه... ومتفق مع روح الشريعة^(١) المطهرة ومقاصدها العامة والخاصة مع السلامة من التناقض أو التعارض مع الأمور المسلمات من صريح المعقول وصريح المنقول" أ هـ.

(١) هذه محاكاة غير مقبولة لقول القانونيين : روح القانون Spirit of law .

إن العبارة من "وذلك في ضوء القواعد العامة في الشريعة" إلى آخر ما نقلته قد يفهم منها أن الفقهاء الذين يقولون بعدم جواز أخذ الأجر لم يراعوا هذه المسائل التي سيراغيبها هو في بحثه، وقد كان الباحث غنياً عنها.

(٣) قال الدكتور نزيه بعد المقدمة:

"لقد نص جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية^(٢) والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال، وأن الكفالة بشرط الجعل له باطلة، خلافاً لإسحاق بن راهويه.

التعليق

القول بعدم جواز أخذ الأجر على الكفالة بالمال هو قول المذاهب الأربعة، وليس قول الجمهور منهم كما توهم عبارة الباحث، وما نسبته الباحث لإسحاق لم يذكر له سوى مرجع واحد من غير أن يذكر له دليلاً، فلا يعول عليه، وقد ذكر الباحث عشرين مرجعاً للقول بعدم الجواز، حكى بعضها الإجماع على عدم الجواز.

(٤) قال الباحث في ص ٩٧:

واستدلوا على ذلك بخمسة أدلة:

الدليل الأول : وهو أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها للضامن يخرجها من باب التبرع إلى المعاوضة، فكان غير جائز.

أورد الباحث هذا الدليل ولم يشر إلى مرجع يؤيد قوله، وقال بعده مباشرة:

"غير أن الفقهاء المحتجين بذلك اختلفت تفسيراتهم للتبرع المراد بقولهم "إن الكفالة تبرع" وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول : المراد بالتبرع : "تمليك الغير مالاً مجاناً بدون عوض" (وأخذ الباحث يشرح هذا الاتجاه في ثلاث صفحات ونصف ٩٧-١٠٠).

الاتجاه الثاني : المراد بالتبرع : "أن يكون التزام الكفيل بالأداء مجاناً على سبيل المعروف، أما ما يؤديه عن المكفول من مال فإنه يكون ديناً في ذمته يستوجب الرجوع عليه في الحال، أو عبارة أخرى "أن الكفيل متبرع فيما يلتزم لا فيما يؤدي"^(٣).

وأورد الباحث نقولاً تؤيد هذا الاتجاه في ص ١٠٠-١٠١، ثم قال : "والذي يترجح عندي أن هذا الاتجاه الفقهي في تفسير التبرع هو الأولى بالاعتبار (ص ١٠١).

أقول : لا حاجة إلى الترجيح، لأن كون الكفيل متبرعاً بالالتزام بمعنى أنه لا أحد يجبره عليه، لا يختلف فيه اثنان، وليس فيما نقله الباحث في أثناء حديثه عن الاتجاه الأول ما ينفيه، أما ما يؤدي

(٢) لا أدري لم قدم الشافعية على المالكية.

(٣) الأولى أن يقال : "متبرع بالالتزام لا بما يؤدي".

فقد يكون متبرعاً به، وقد لا يكون، يدل على هذا عبارة الرافعي التي ذكرها الباحث في آخر صفحة ٩٩ وهي : "وأعلم أن القول بكون الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع". وهذا هو التكييف الصحيح للضمان.

٥- يرى الباحث أن الكفالة سواء قلنا هي تبرع بما يؤدي^(٤) أو تبرع بالالتزام^(٥) لا يتمتع شرعاً انقلابها بالتراضي إلى معاوضة، ويستدل على رأيه بالهبة فإنها تنقلب بالتراضي إلى هبة الثواب، وبالعارية إذا اشترط فيها العوض تنقلب إلى إجارة، ومنها الوكالة بأجر، والإيداع بأجر^(٦). ويقول الباحث بعد ذلك :

"حيث تقرر عند جمهور الفقهاء انقلاب عقود التبرعات تلك إلى معاوضات بالتراضي فإنه لا يتمتع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع- إلى معاوضة إذا اشترط ذلك".

أقول للباحث : إن كل عقود التبرعات التي ذكرتها تحولت برضا المتعاقدين إلى عقود معاوضات مسماة جائزة شرعاً، فما هو العقد الذي تتحول إليه الكفالة بالمال من عقد تبرع إلى عقد معاوضة؟

الجواب أنها تتحول إلى عقد قرض بأجر، والقرض بأجر هو الربا، والدليل على هذا نصوص كثيرة أكتفي بذكر ما ورد منها في ورقة الباحث (مع الإشارة بين قوسين إلى الصفحة من ورقة الباحث) :

(أ) عبارة الرافعي التي نقلتها عن الباحث آنفاً.

(ب) عبارة السرخسي "الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع، كما أن المقرض متبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال...، لأن الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة" (ص ١٠٠)^(٧).

(ج) قول الزرقاني والدردير : "وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف في منعه، لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت" (ص ١٠٨).

(د) قول ابن عابدين : "لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا" (ص ١١٦).

(هـ) قول ابن قدامة : "لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا آداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازراً للمنفعة فلم يجوز" (ص ١١٦).

(٤) انظر أول صفحة ١٠٠.

(٥) انظر آخر صفحة ١٠٠.

(٦) انظر الصفحات ١٠٠ و ١٠١ و ١٠٢.

(٧) انظر الفقرتين (٤) و (٥) من هذا التعليق.

(و) قول الدسوقي : "لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب رجوع على المدين يمثل ما غرم مع زيادة ما أخذ من الجعل، وهذا لا يجوز، لأنه سلف بزيادة" (ص ١١٦).

٦- يقول الباحث في ص ١٠٢:

لا يمتنع شرعاً أن ينقلب محض الالتزام في الكفالة بالمال - وإن كان الأصل فيه التبرع - إلى معاوضة إذا شرط ذلك، لأن الالتزام بجد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة..

وأقول للباحث : محض الالتزام، والالتزام بجد ذاته لا حكم له، بل لا وجود له، وإنما يستمد وجوده ويأخذ حكمه من الملتزم به، فإن كان الملتزم به مشروعاً كان الالتزام به مشروعاً، كالالتزام بدفع أجر للوكيل على وكالته، وإن كان الملتزم به غير مشروع كان الالتزام غير مشروع، كالالتزام بدفع أجر للمقرض على إقراضه، ومثله الالتزام بدفع أجر للكفيل على كفالته.

٧- ويقول الباحث في صفحتي ١٠٥-١٠٦:

"وعلى ذلك فإنني أرى أنه لا حرج شرعاً في أخذ الجعل (الأجرة) في الكفالة مقابل التزام الكفيل بالدين المكفول به، وإن مما يشهد لهذا النظر الفقهي بالاعتبار ثلاثة أمور:

أحدها : قول المالكية على المشهور في المذهب أنه يجوز شرعاً أن يجعل رب الدين للمدين جعلاً إن جاءه بضامن يكفل دينه. "

وأقول للباحث : ارجع إلى ما قاله المالكية بالإجماع عن جعل المدين جعلاً للكفيل، ونقلته أنت عنهم في الصفحة ١٠٨ من بحثك^(٨).

والثاني : قول كثير من فقهاء المالكية بأنه يجوز أن يشترط الضامن على المكفول له في عقد الكفالة أن يحط عن المكفول بعض دينه الحال على أن يضمن له باقيه إلى أجل يضر به.

ونقل الباحث نصوصاً كثيرة عن فقهاء المالكية توضح اختلافهم في هذه المسألة، وأساس هذا الاختلاف كما يستفاد من النصوص التي نقلها الباحث هو : هل هذه المسألة مثل جعل المكفول جعلاً للكفيل أم لا ؟ فمن جعلها مثله منعها ومن لم يجعلها مثله جوزها.

وإليكم بعض النصوص التي نقلها الباحث ليؤيد بها رأيه وهي تنفي رأيه نفياً قاطعاً:

أ - جاء في الذخيرة للقراي : ولو كان عليه عشرة إلى شهر فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين، منعه ابن القاسم، لأنه ضامن بجعل، والحميل وإن لم يأخذ الدرهمين، فكأنه قال للذي له الدين : هبها للذي عليه الدين، كما لو قال : لا أضمن حتى تهب لفلان دينارين" (ص ١٠٥ سطر ١١-١٣ من ورقة الباحث).

ب - وجاء في مواهب الجليل : ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم، من قال لرجل : ضع من دينك عن فلان وأتحمّل لك بباقيه لأجلٍ آخر، لا بأس به. لأن له أخذه بحقه

(٨) انظر آخر الفقرة (٤)، والفقرة (٥).

حالا، وروى أشهب عنه جوازه وكراهته، وقال مالك في العتبية : لا يصلح، كمن قال : اعطني عشرة دراهم وأتحمل لك، فالحمالة على هذا حرام... " (ص ١٠٥).

ج - وجاء في شرح التاودي على التحفة "إذا قال رجل لرب الدين : حط عن غريمك عشرة من المائة وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل، فإن كانت المائة حالة، فقال مالك في العتبية : لا يصلح ذلك، وكأنه قال : اعطني عشرة، وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به، لأنه كان له أن يأخذه بحق حالاً، فتأخيره إياه كان كابتداء سلف بحميل... " (نهاية ص ١٠٦).

يقول الباحث بعد ما أورد هذه النقول:

"فقد دل قول هؤلاء الفقهاء بجواز اشتراط الكفيل على المكفول له أن يحط عن المكفول بعض دينه على أن يضمن باقيه على مشروعية التزام الكفيل الدين مقابل مال يسقطه رب الدين عن المكفول، وذلك يقتضي أن محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته، بحيث يصلح بذل العوض المالي في مقابلته، ولولا ذلك لما جاز أن يضع رب الدين عن المدين بعض المال عوضاً عن التزام الكفيل بأداء باقيه" أ هـ.

وأقول للباحث : أن هذه المسألة التي اختلف فقهاء المالكية في جوازها غير مسألتنا التي نتحدث عنها، والتي اتفق المالكية على منعها، وأن قولك : "وذلك يقتضي أن محض التزامه بالدين له قيمة في ذاته... الخ، خطأ؛ لأن بذل العوض لم يكن في مقابل "محض الالتزام"، ولا عن "الالتزام بجد ذاته" كما عبرت عنه في ص ١٠٢، ولا عن "محض الالتزام بالدين" كما عبرت عنه هنا، وإنما بذل العوض هذا مقابل التزام مخصوص هو "التزام الكفيل الدين في مقابل مال يسقطه رب الدين عن المكفول" حسب تعبيرك، وهذه غير مسألتنا؛ لأن مسألتنا هي : التزام الكفيل الدين في مقابل مال يدفعه المكفول للكفيل.

والثالث : هذا هو الدليل الثالث الذي استدلل به الباحث على جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة، وهو كالدليلين السابقين ليس في موضوعنا.

يقول الباحث في ص ١٠٦ :

إن كثيراً من فقهاء الحنفية يجيزون استرباح^(٩) الكفيل بالكفالة كثمرة لالتزامه بالدين، وذلك في صور عديدة وتطبيقات متنوعة، كما لو كفل بألف، ثم قضى المكفول له عرضاً، أو قدرأ أقل من الدين المكفول به على سبيل الصلح، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى^(١٠)... وبذلك يحصل الكفيل على زيادة مالية فوق ما دفع، وذلك نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة.

وأورد الباحث بعد هذا أمثلة من كتب الحنفية في صفحتي ١٠٧ و ١٠٨ تؤيد ما قاله من أن الكفيل في حالة الصلح مع المكفول له يرجع بما كفل لا بما أدى، ولكن ليس فيها إشارة إلى

(٩) لا أدري هل هذه الكلمة من عند الباحث أم من عند فقهاء الحنفية.

(١٠) قال الباحث في الهامش : خلافاً للمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح الذين يقولون إنما يرجع الضامن على المضمون إذا صالح رب الدين بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين.

الاستزباح، ولا إلى أن الزيادة التي يحصل عليها الكفيل من الصلح نتيجة التزامه بالدين في عقد الكفالة كما زعم الباحث، وفيها إشارة واضحة إلى أن هذه الزيادة هبة من المكفول للكفيل لا شأن للأصيل بها، ولهذا يرجع على الكفيل بما كفل لا بما أدى.

٨- أترك التعليق على رأي الباحث في باقي الأدلة على منع الأجر على الكفالة، لأنه لم يبق من القدر المخصص للتعليق من الصفحات إلا القليل، وانتقل إلى الخلاصة. وسأكتفي بالتعليق على مسألة واحدة أساسية هي قول الباحث في ص ص ١١٨ و ١١٩.

"إن التزام الكفيل بالدين إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى المكفول الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي، يجوز أخذ الأجر عليه، حيث إن مجرد الالتزام بالدين فيه مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للمكفول فجاز المعاوضة عنه بمال لتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه.

التعليق

تحدث الباحث في أكثر من موضع في البحث عن جواز أخذ الأجر على مجرد الالتزام بالدين، وعلقت عليه في محله^(١١)، والذي أضافه الباحث هنا، وما أريد أن أعلق عليه هو تعليقه للجواز بتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه.

وأسأل الباحث : من الناس الذين تعارفوا على أخذ الأجر على حالات الضمان المصرفي، أليسوا هم الناس أصحاب البنوك الربوية الذين تعارفوا وتراضوا على أخذ الأجر على القرض (الفائدة)؟ إن الأجر الذي تأخذه البنوك الربوية على خطابات الضمان لمجرد التزامها بالدين هو الأجر الذي منع الفقهاء أخذه على الكفالة.

وإن محاولة الباحث التفرقة بين الحالة التي يؤدي فيها الكفيل إلى المكفول له، والحالة التي لا يؤدي فيها، ويؤدي المكفول الدين إلى ربه^(١٢) محاولة فاشلة، وغير معقولة لسببين:

الأول : إن أخذ الأجر في الكفالة، أو في خطاب الضمان، يكون عند العقد، وكل من الكفيل والبنك لا يدري عند العقد هل سيؤدي المكفول الدين إلى ربه أم سيعجز عن الأداء فيؤدي الكفيل أو البنك. والمطلوب هو بيان حكم أخذ الأجر عند العقد، والباحث بنى الحكم على أمر مستقبل مجهول.

الثاني : أن المعروف عن البنوك الربوية أنها لا تترك دولاراً واحداً يبيت عند شخص ليلة واحدة إلا أخذت عليه فائدة، ولهذا فإن البنك عندما يصدر خطابات الضمان يعمل حساب هذه الفائدة فيقدر أن ٢٪ مثلاً من خطابات الضمان التي يصدرها سيعجز من أصدرت له عن السداد، ويضطر البنك أن يدفع، ويحسب الفائدة (الأجر) على هذا الأساس.

(١١) انظر الفقرات (٦) و (٧) .

(١٢) ذكر الباحث هذا في أكثر من موضع، ذكره هنا، وذكره في المستخلص في أول البحث وذكره أثناء البحث في أربعة مواضع، ص ١٠٠ و ١٠٢ و ١١٦ و ١١٨، وهي الحالة الوحيدة في رأيه التي لا يجوز فيها أخذ الأجر على الكفالة.

هذه هي حقيقة الأجر على خطابات الضمان، فهي فائدة على دين محتمل حصوله. وليست أجراً على مجرد الالتزام كما توهم الباحث، وقد أدرك الفقهاء المتقدمون هذه الحقيقة فقالوا إن الكفالة بمنزلة الإقراض.

ومما يؤيد أن العمولة (الأجر) التي تأخذها البنوك على خطابات الضمان هي فائدة وليست أجراً على مجرد الالتزام أن هذه العمولة تختلف باختلاف المبلغ، وباختلاف المدة، وباختلاف نوع خطابات الضمان، وهل هو مغطى أو غير مغطى، لأن كل هذه الاعتبارات تؤخذ في تقدير سعر الفائدة، ولو كان المبلغ الذي يأخذه البنك نظير "بمجرد الالتزام" لكان مبلغاً واحداً في جميع الحالات.

فائدة

إن هذا الموضوع الذي يثيره الدكتور نزيه حماد قد بحثه مجلس مجمع الفقه في ١٤٠٦ هـ (١٩٨٥ م) وكان من ضمن ما أصدره فيه الآتي:

١- أن الكفالة هي تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

٢- إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه^(١٣).

والله الموفق والمهادي إلى الحق.

(١٣) انظر ما جاء في هذا الموضوع كاملاً في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ج ٢، ص ١٠٣٥ وما بعدها.

نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

المجلد ٩، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ص ٩٥-١٢٢

تعليق : علي أحمد الندوي

مستشار شرعي - أمانة الهيئة الشرعية

شركة الراجحي المصرفية

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله النبي الأمي الكريم محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد

فمن الآراء والاقتراحات المعاصرة الجديدة المطروحة للنقاش، حول أخذ الأجر على الضمان: أن محض التزام الكفيل بالأداء منفعة تصلح لأن يعاوض عنها بمال، وأن يؤخذ عليه أجر، بشرط أن لا تجتمع مديونة إلى أجل مع هذه المعاوضة المالية. وهذا الرأي أبداه الأستاذ الدكتور نزیه حماد، وعرضه مفصلاً في بحثه المنشور في مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، بعنوان: "مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"، ولكي تتجلى هذه الفكرة أمام القارئ، من المناسب إيراد فقرات من البحث، وهي كالآتي:

"الالتزام بحد ذاته فيه منفعة ومصلحة مشروعة كسائر المنافع والمصالح المعتبرة المتقومة للآدميين والأعيان، فجاز أخذ الأجر عليه في عقد الكفالة، سواء أدى الكفيل الدين إلى المكفول له

أو لم يؤده، وذلك بشرط واحد، وهو أن لا يترتب على عقد الضمان بأجر مداينة إلى أجل، لأن اشتراط الأجر عندئذ يكون حيلة إلى ربا النسيئة، وستاراً للتعامل بربا الديون المحرم تحت عنوان الكفالة"^(١).

"ولا شك عندي أن التزام الضامن... يعتبر في ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة للطالب يمكن أن يكون لها قيمة مالية شرعاً - كمنافع الأعيان ومنافع الآدميين - إذا تعارف الناس على ذلك"^(٢).

"إن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، و لم يكن الضامن مديناً للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدرًا ووضعًا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه، حتى صار المبلغ المؤدى كله أو جزؤه مؤجلاً في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه. لأن الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسيئة أو ذريعة عليه، وذلك محرم شرعاً. ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل، على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه) لأي سبب من الأسباب"^(٣).

وفي الواقع هذا الرأي يبدو جديرًا بالتأمل وتنبثق جدارته من الجوانب التالية:

- الجواز مشروط هنا بقيد مهم، وهو أن لا تنشأ علاقة الدائنية والمديونية بين الكفيل والمكفول، في حالة فشل المكفول في وفاء الالتزام تجاه المكفول له، ثم لعدم مبادرته إلى إبراء ذمته، بدون تأخير من الكفيل الذي قام بسداد الدين عنه. وإذا أخذ هذا الشرط في الاعتبار فتكاد تتلاشى علة المنع حسب رأي الجمهور، وهي أن الكفالة لا يجوز أخذ الأجر عليها، بسبب أنها تؤول إلى القرض. ومن المعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا... فهل يمكن تصور مجرد الالتزام بفك علاقته من الدين؟ إذا أمكن ذلك فهل الالتزام في ذاته يستحق الاعتياض عنه، لأنه يمثل منفعة معنوية؟ وهل العرف له دور في تقويم هذه المنفعة وجعلها محلاً صالحاً للمعاوضة؟ إذا أقر كل ذلك فلا حرج بأخذ هذا الرأي لسلامته من العلة القادحة المانعة... ولا سيما إذا بني الموضوع على رأي

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، ص ١٠٢، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي. (١٤١٧هـ، ١٩٩٧م).

(٢) المصدر نفسه، ص ١٠٩.

(٣) المصدر نفسه، ص ١١٣.

المالكية الذين يقيدون الرجوع على الكفيل، بتعذر أداء الأصيل المكفول، فهذا ينطبق على خطاب الضمان، إذ المطالبة من المكفول له لا تتوجه إلى الكفيل إلا إذا فرط المكفول وتأخر في الأداء.

ومثل هذا الالتزام وأخذ العوض عليه قابل للتفكير في ضوء قضية الجاه أيضاً الذي أثاره بعض الفقهاء، لأن المصارف على علاقاتها وعيوبها تشكل ثقلًا لدى الناس، وتفرض الهيمنة. بملاءمتها، وتقوم بدور كبير بارز بوساطتها المالية في تيسير المعاملات. ومن المعلوم أن يسار البنك وثقة الناس فيه، حيث تقبل وجهته أبرزت فكرة الضمان، ولأن البنك لو لم يتدخل بجاهه وضمانه بإصدار خطابات الضمان لحرم الناس قضاء مصالحهم^(٤). فهي لو أخذت نسبة معينة على الكفالة، بشرط أن لا تنشأ علاقة المداينة بين الكفيل والمكفول، فيمكن أن تعتبر التزامًا من نوع جديد أقرب إلى بذل الجاه.

ومفاد هذا الرأي أن العميل إذا سدد دينه وفق ما تضمنه خطاب الضمان في أوانه المحدد، ظل الكفيل فارغ الذمة، واعتبر متقاضياً أحره على مجرد الالتزام، أما إذا نشأت المديونية فحينئذ يستدعي الأمر أن تحسم النسبة المدفوعة إلى المصرف الكفيل مسبقاً من دين العميل حين الرجوع عليه. وإيضاح ذلك على سبيل المثال أن المصرف الضامن لو أخذ مبلغاً مقطوعاً. بمقدار عشرة آلاف ريال، أو نسبة معينة تصل إلى هذا الحد بناء على كفالته بمليون ريال تجاه المكفول له، وفعلاً أحل المكفول بالتزامه، حتى اضطر الكفيل بقيام الواجب حسب الالتزام، ولم يبادر المكفول إلى سداد هذا المبلغ فوراً للكفيل، وبالطبع نشأت مداينة، ففي هذه الحالة تحسم عشرة آلاف ريال من المليون حين الرجوع على المكفول، ومعنى ذلك أن المصرف يخسر جهده، لأنه قد أدى المبلغ بكامله إلى المكفول له.

ولكن هذا الرأي على وجهته يمكن أن ترد عليه ملاحظات، ومنها ما يلي:

- الظاهر أن هذا الرأي غير عملي وعسير التطبيق في المصارف الإسلامية، لأن من عادة الناس بوجه عام عدم سداد الديون في أوانها مع وجود الالتزامات المؤكدة على التبريم والتعويض بسبب المماثلة في البنوك التقليدية، فكيف لو علموا أن النسبة المدفوعة إلى المصرف ترد إليهم حين نشوء المديونية..

(٤) انظر الأعمال المصرفية والإسلام للهمشري، ص ١٦٠ ط: القاهرة، مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٨٣ .

وكيف يتوقع من العميل المتأخر في السداد تجاه المكفول له أن يستجيب فوراً للكفيل، ويسرع إلى إبراء ذمته، لكي تحل العمولة وتطبق للمصرف؟ ثم إذا أدى الأمر إلى مزيد من التسويف والمماطلة من المكفول تجاه الكفيل حين تحقق المدائنة بينهما، فماذا يكون موقف البنك الإسلامي؟ ألا يخشى أن يطالبه بالتعويض لكونه مدينًا ماطلاً، أخذًا ببعض الاجتهادات؟ ويبدو أنه لمن الصعوبة بمكان بالنسبة للبنك الإسلامي أن يتقبل هذه الفكرة قبولاً حسناً ويحسن تطبيقها، لأن فيها خطراً وخسارة، وعلى أساس أنه يعمل على مبدأ الاسترباح في جميع العمليات.

- أضف إلى صعوبة الجانب العملي أن هناك أصلاً مقرراً لدى الفقهاء، وهو أنه إذا كان الحكم المنهي عنه مبنياً ومؤسساً على قاعدة سد الذرائع، فلا يجوز فتحها أو تخصيصها بدون مبرر أقوى، ومن المعلوم أن عدم جواز أخذ الأجر على الضمان في نظر الجمهور منظور فيه إلى هذا الأصل، وقد ألمع إلى ذلك الإمام ابن رشد الجد في النص التالي:

" - أن العلة إذا وضعت حسماً للباب: لم تخصص في موضع من المواضع.

ألا ترى أن منع قبول شهادة الأب لابنه، والابن لأبيه، لأجل التهمة الغالبة في الطباع، فحمل الباب محملاً واحداً، و لم ينقض بنادر"^(٥).

وعلى كل حال هذا الرأي تبرز فيه محاولة جديدة جديدة للخروج من المعضلات التي تحيط بهذا الموضوع، وإذا استبعدت الشبهات، وأحسن تطبيقه، فلا حرج في ذلك، لأن "تسهيل المعاملات لا مانع منه شرعاً متى كان بعيداً عن الربا الحرام..^(٦).

حلول وبدائل

هناك آراء ومحاولات بذلت من قبل الباحثين المعنيين بالفقه والاقتصاد، المتصددين لدراسة موضوع خطاب الضمان في سبيل إيجاد بدائل وحلول تكون ذريعة للكسب الحلال الطيب من خلال عملية إصدار خطابات الضمان؛ مع التحاشي من الوقوع في الربا وشواتبه.

ومن تلك الحلول المقترحة إحلال المشاركة أو المضاربة محل أخذ الأجر بنسبة شائعة بمقابل الكفالة، حتى يتسنى للمصارف الإسلامية تنفيذ هذه العملية أو القيام بأداء هذه الخدمة، على

(٥) المقدمات الممهدة، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨ م.

(٦) الالتزامات لأحمد إبراهيم بك، ص ٥٥، ط: القاهرة، دار الأنصار.

شاكلة جديدة تنسجم مع طبيعة أحكام الفقه الإسلامي وضوابطه. وحسب هذا التصور المبدئي يمكن للمصرف الذي يطلب منه إصدار خطاب الضمان أن يدخل شريكاً مع طالب الضمان في العملية الاستثمارية أو المقاوله التي طلب لأجلها الضمان. وبالطبع هذا الحل لن يكون محل القبول في الحالات والأعمال التي لا تصلح ولا تخضع للمشاركة.

وإذا قبلت هذه الفكرة، فيكون اعتبار خطاب الضمان تمويلاً على أسلوب المشاركة، إذا كان الخطاب مغطى جزئياً، أما إذا كان بدون غطاء كلياً فحينئذ يكون التمويل على أساس المضاربة، وبمقتضى ذلك تنال المصارف الإسلامية نصيباً شائعاً من الربح الناتج من العملية حسب الاتفاق، كما أنها تتحمل الخسارة في حالة وقوعها بقدر حصتها في رأس المال.

وفي هذه الحالة يعتبر البنك من تاريخ وفائه بقيمة الخطاب شريكاً في العملية الاستثمارية مع طالب الضمان^(٧). وبذلك يمكن القضاء على المشكلة التي تتور دائماً في أخذ الأجر على مجرد إصدار خطاب الضمان، بدون أن يرتبط بعملية مبنية على الشركة، لأن الخطاب إذا كان ضمن عقد آخر فإنه لا يصبح مقصوداً بالذات، ولا يعتبر كفالة مجردة، فيجوز أخذ الأجر عليه، وربما يأخذ حكم التبعية. وفي الغالب حالة خطاب الضمان غير المغطى هي التي تكون محل استخدام هذا الأسلوب على طراز المضاربة، لأنها تأخذ حكم الكفالة لدى الجمهور، وبالتالي لا يكون هناك مجال لأخذ العمولة، كما تؤخذ في حالة الغطاء الكامل أو الغطاء الجزئي بالتخريج على الوكالة بالأجر، ولكن لا يمنع ذلك من تطبيقه على الخطابات التي يكون الغطاء فيها جزئياً، ويقدم هذا التعامل تحت مظلة عقد الشركة، وهذا أبعد من الشبهة.

ومثال ذلك أن يأتي عميل راغباً في الحصول على خطاب الضمان من المصرف وعنده من الرصيد ما يشكل غطاء جزئياً لاستيراد سلعة معينة، فيشاركه بنسبة ٥٪ مثلاً، ويشترك معه في الربح والخسارة، بدلاً من أن يأخذ أجراً أو جعلاً مقابل الجزء المغطى باسم الوكالة، بعد تشطير خطاب الضمان إلى شطرين، يتضمن أحدهما كفالة، وثانيهما وكالة، ولا بأس أن تتفاوت نسبة الربح بينهما، إذا كان لأحدهما عمل مميز، أما الخسارة فهي تكون حسب رأس المال كما هو

(٧) انظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبدالرزاق الهيتي، ص ٣٨٩، ٤٠٣، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور صلاح الصاوي، ٤٨٥-٤٨٦، المصارف والأعمال المصرفية للدكتور غريب الجمال، ص ١٢٢، منهج الصحوة للدكتور أحمد النجار، ص ٣٣١، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبدالله الطيار، ص ١٥٠، والاستثمار والرقابة الشرعية للدكتور عبدالحميد البعلي، ص ٤٨.

معلوم ومقرر لدى الفقهاء قاطبة، ومما لا شك فيه أن دخول المصرف في مثل هذه المشاركة لن يكون مجازفة بدون تجميع المعلومات حول العملية المطروحة والتخمينات المسبقة، وبذلك تقل المخاطر في غالب الأحوال، والله أعلم.

وقد اتجهت بعض المصارف الإسلامية -بجانب الأفراد- إلى تبني هذه الدعوة التي تنادي بإحلال المشاركة في بعض عمليات خطابات الضمان، ومنها بنك فيصل الإسلامي، كما يلاحظ ضمن التوصيات الصادرة من هيئة الرقابة الشرعية لهذا البنك، في اجتماعها الثاني عشر بتاريخ ٦/٨/١٣٩٨ هـ الموافق ١١/٨/١٩٧٨ م، إذ جاء فيها باختصار: يمكن للبنك حينما يطلب منه العميل إصدار خطاب الضمان أن يشارك هذا العميل في العملية المطلوب من أجلها الضمان^(٨).

وهكذا طرحت فكرة المشاركة، ولكن قد تحول دون تحقيقها عوائق، وعلى رأسها أن دخول المصرف الإسلامي شريكاً مع العميل لا يسوغ على أساس دار خطاب الضمان، بل بتقديم جزء من المال، لأن خطاب الضمان في ذاته لا يمثل رأس المال، وإنما يعبر عن مجرد التزام كما هو معروف... وقد عرضت هذه القضية على هيئة الفتوى في بيت التمويل الكويتي، فأجابت بعدم جواز البنك تقديم خطاب ضمان واعتبار المبلغ المذكور فيه تمويلاً في المشاركة، وهناك نص السؤال مع الجواب المقرون به:

س: "هل يجوز تقديم البنك خطاب ضمان ومقابله يحصل على نسبة من الأرباح؟ ويكون خطاب الضمان صادراً لحساب الشركة المشاركة في المشروع، ويكون خطاب الضمان أحد عناصر حصة البنك، والباقي يدفع نقداً؟".

ج: "لا يجوز تقديم البنك خطاب ضمان واعتبار مبلغ الضمان تمويلاً في المشاركة، لأن الضمان عبارة عن استعداد للإقراض، وإذا كان القرض الفعلي لا يصلح رأس مال، لأنه دين، ولا يصح كون الدين رأس مال للمشاركة، فالاستعداد للإقراض من باب أولى... وقد جرى عمل الفقهاء، وصار من القواعد الشرعية، أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه، ولهذا لا يجوز اعتبار خطاب الضمان تمويلاً مقدماً من البنك في المشاركة"^(٩).

(٨) ر: النظام المصرفي الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج، ص ١٣١.

(٩) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي، ص ٣٣٨-٣٣٩، هذا مع ملاحظة أن شركة الأموال إذا عقدت بمال غائب أو دين في الذمة، وأحضر المال وشرع الشريكان في التصرف تصرف الشركاء، فإن الشركة تنعقد بهذا التصرف نفسه، حسب رأي الحنابلة (انظر الموسوعة ٥٠/٢٦)، ولكن هذا أيضاً ليس محل التطبيق في خطاب الضمان، لأنه عبارة عن مجرد التزام لا يمثل ديناً في الذمة.

وهذا الإشكال يرد في حالة المأخذ. مبدءاً المشاركة بوجه عام، ولكن لو بنيت المشاركة على أساس شركة الوجوه، فحينئذ يزول الإشكال لتضمن هذه الشركة عنصر الكفالة مع عنصر الوكالة، ومن المعلوم أن الضمان المجرد هو الذي لا يجوز أخذ الأجر عليه لدى الجمهور، ولكن يجوز أن يكون للضمان ما يقابله إذا دخل في عقد من العقود، وهذا ما يتحقق في شركة الوجوه حسب رأي الحنفية والحنابلة، لأن هذه الشركة لا يوجد فيها رأس المال نقداً وإنما يشارك على الشراء مؤجلاً ثم القيام بالبيع نقداً... فموضوع خطاب الضمان يمكن أن يعالج ويطور في كثير من الحالات في ضوء شركة الوجوه.

وهذه الفكرة قد أشار إليها بعض الفقهاء المعاصرين، والظاهر أنها فكرة مرنة حرة بالبحث والتطوير، وذلك لبناء شركة الوجوه على ضمان الديون، أي استعداد كل من الشريكين لتحمل مسؤولية وفائها في حالة إخفاق عملية المشاركة، بدليل "الخراج بالضمان" أو "الغلة بالضمان". وإذا أحسن تطبيقها فهي أكثر اتساقاً مع طبيعة الضمان المصرفي، ويمكن القول أن هناك قاسماً مشتركاً بين الكفالة وشركة الوجوه وهو وجود الضمان، غير أن الفرق بينهما جوهري، وهو أن الكفالة عبارة عن الضمان المجرد المحض، أما الضمان في شركة الوجوه فهو مقرون باتفاقية في صورة شركة تمثل تجارة أو عملية استثمارية على أسلوب المدائنت.

ومن ثم إذا قرن خطاب الضمان بشركة فيمكن أن يزول هذا الفارق الأساسي المشار إليه آنفاً، لأن الربح يستحق بأحد العوامل الثلاثة وهي المال أو العمل أو الضمان، واستحقاق الربح بالضمان يتحقق في شركة الوجوه.

وقبل إيضاح الصورة التطبيقية الممكنة لهذا الحل المقترح، من المناسب إعطاء تصور مبدئي عن شركة الوجوه لدى الفقهاء القائلين بها، وهو كما يلي:

شركة الوجوه جائزة عند الحنفية والحنابلة، والفرق بين هذه الشركة وشركة الأموال بوجه عام أن شركة الأموال تستدعي وجود رأس المال قابلاً للتصرف فيه بقصد الاسترباح، أما شركة الوجوه فلا يتصور فيها وجود رأس المال، وكلمة "الوجوه" تشير إلى وجهة الشريكين وسمعتهما الطيبة في الأوساط التجارية التي يتعاملان فيها.

جاء في "مجلة الأحكام العدلية" بصدد التعريف لهذا النوع من الشركة أنه "إذا لم يكن لهم رأس مال، وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسبة، وتقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه"^(١٠).

(١٠) مجلة الأحكام العدلية م/١٣٣٢، وانظر م/١٣٩٩-١٤٠٣ هـ.

وعرفتها "مجلة الأحكام الشرعية" بوضوح أكثر كما في النص الآتي:
 " - صفة شركة الوجوه أن يشترك اثنان فأكثر، من غير أن يكون لهما رأس مال في شراء شيء بجاههما، ويبيعهان على أن يكون الربح بينهما أنصافاً أو أثلاثاً أو نحو ذلك"^(١١).
 ومن أحكامها الأساسية: أنها مبنية على الوكالة والكفالة، فكل من الشريكين وكيل الآخر في البيع والشراء، وكفيله في الثمن^(١٢).

وبناء على أن الضمان يمثل ركيزة أساسية في هذه الشركة اشترط الحنفية وكذلك القاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة: أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن، وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريان معاً، أو كل على انفراد، ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة.
 فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه الضمان فهو شرط باطل لا أثر له، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما.

والمذهب عند الحنابلة أن الربح في شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه، لأن الشريكين شركة وجوه يتجران، والتجارة عمل يتفاوت كيفاً، كما يتفاوت كمّاً^(١٣).

ومما يؤكد على أن الضمان هو الأساس في شركة الوجوه أن المالكية الذين لم يجزوها عللوا المنع بأنها تنطوي على الضمان بالجعل^(١٤).

ومن خلال النظر في هذه السمات والخصائص المتميزة، يبدو إمكانية قيام شركة الوجوه بدور بناء في إنقاذ المصارف الإسلامية من المشكلات التي سبق ذكرها، حول أخذ العمولة على خطاب الضمان الذي لا يوجد له غطاء، وفي الخطابات المغطاة الأخرى التي يؤخذ فيها الأجر على العملية نفسها، مع احتساب المبلغ وتقدير المدة بنسبة معينة.

ولكي تأخذ شركة الوجوه دورها في هذا الإطار ويلامس الواقع العملي، يمكن أن يتفق طالب الضمان مع المصرف بناء على هذه الصيغة، فيجعل المصرف كفالته في صورة خطاب الضمان مع

(١١) مجلة الأحكام الشرعية م/١٨٨٥.

(١٢) المصدر نفسه م/١٨٨٦، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٣٣٩.

(١٣) الموسوعة ٦٠/٢٦.

(١٤) انظر: الخرشني على خليل ٥٤/٦.

اشتراكه بنسبة يتفق عليها مع العميل، ويكون الاشتراك في الغنم والغرم، فإذا رغب العميل مثلاً في شراء بضاعة نسيئة يتفق مع المصرف الإسلامي، فيصدر خطاب الضمان بمقدار حصته مع العميل، وحين المطالبة من المكفول له ينفذ التزامه، ويسدد الدين حسب خطاب الضمان.

وقد لوحظ أن المذهب الحنبلي أرحب من المذهب الحنفي في اشتراط الربحية حسب التراضي، فإنهم سمحوا بالتفاوت في تحديد النسبة الشائعة من الربح بين الطرفين، بدون أن يربطوها بمقدار الضمان الملقى على عاتق كل واحد منهما، ولا مانع من الأخذ بهذا الرأي، إذا قام المصرف بدور متميز، خلال إنجاز العملية التي أصدر لأجلها الضمان، لأن جواز الزيادة منوط بعلة معقولة وجيهة، كما سلف ذكرها.

ويحسن عند دخول المصرف في شركة الوجوه أن يقوم بمهام تبعد الاتفاقية من الشبهات، ومنها: إعداد الدراسة حول النواحي المالية والاقتصادية والفنية المرتبطة بالعملية بواسطة أجهزة البنك المختلفة؟ وبعد إصدار خطاب الضمان يقوم البنك ببعض الأعمال الأخرى مثل تحصيل المستحقات الناشئة من العملية موضوع الخطاب المذكور. كما أن البنك يقوم بالرقابة والمتابعة المستمرة لمعرفة ما يقوم به من صدر لصالحه خطاب الضمان من تنفيذ الالتزامات.

وقد درست لجنة علمية بمصر بعض القرارات الصادرة بمنع أخذ أجر على الضمان في حالة إذا كان خطاب الضمان غير مغطى أصلاً، وبعد المناقشة قررت أنه "يمكن للبنك الإسلامي الاتفاق مع العميل طالب خطاب الضمان أن يصدر الخطاب -غير المغطى- مقابل نسبة من ربح العملية موضوع الخطاب"^(١٥).

"وإنما جاز الاشتراك في الربح تأسيساً على شركة الذمم أو الوجوه في الفقه الإسلامي"^(١٦).

وقد أشار بعض الباحثين أيضاً إلى استخدام أسلوب شركة الوجوه في عمليات إصدار خطابات الضمان بحيث قال إنه يمكن أن يدخل الضمان مع عقد آخر، وبهذه المناسبة ذكر أن في شركة الوجوه: الضمان له ما يقابله^(١٧).

(١٥) دليل فتاوى الراجحي، نسخة خاصة بمركز البحوث والمعلومات، ص ٣٣٦.

(١٦) المصدر نفسه، ص ٣٢٧.

(١٧) انظر: مناقشة د. علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٧/٢/٢-١١٧٨، وكتابه "الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة"، ص ١٦٠.

ويظهر من خلال ما ذكرت في نطاق عرض البدائل والحلول أن تطبيق المشاركة أو المضاربة في عمليات إصدار خطاب الضمان يكاد يكون متعذراً، إذ المصرف لا يتبغي أن يضع سيولة بيد العميل بغرض الاستثمار، وإنما يقوم بالالتزام فقط تجاه المكفول له، ويسدد الدين حين توجه المطالبة عليه بسبب تخلف العميل المكفول، ولكن شركة الوجوه باعتبار أنها قائمة على ضمان الديون، ولا تتطلب وجود رأس المال فيمكن أن تستجيب لموضوع خطاب الضمان، بحيث يدخل المصرف شريكاً مع المكفول العميل، بمقدار المبلغ الذي يحتاج إلى تغطيته، فيصدر الخطاب وفق ذلك، ويتفقدان على نسبة الربح الناتج من العملية التي أصدر لأجلها خطاب الضمان، مع ملاحظة أنه لن يتسنى هذا التطبيق إلا في الأعمال والعمليات التي تخضع للتجارة والاستثمار، أما الخطابات التي تصدر لمصالح شخصية وأمور خاصة، فهي ليست محل البحث هنا، وإنما يعالج موضوع أخذ الأجر عليها في ضوء اقتراحات أخرى.

ومناسبة ذكر شركة الوجوه ينبغي أن ألفت الأنظار إلى تخريج جواز أخذ الأجر على خطابات الضمان، بناء على قاعدة "الخراج بالضمان"؛ كما ذهب إلى ذلك أحد الباحثين^(١٨). إذ يقول بصدد عرضه هذا الموضوع - مع انتقاد إحلال المشاركة أو المضاربة - ما يلي:

" - وفي هذا الخصوص أشير إلى حديث "الخراج بالضمان"، وأن في معناه متسعاً لمقابل طاهر وجزاء عادل، إذا قلنا إن من يتحمل تبعه ضمان شيء وتلف، يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء، لاشتراك البنك وعميله في المنفعة المتحصلة.

... ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندي: "من ضمن مالاً فله ربحه"^(١٩).

وعلى هذا الأساس نقول إن البنك وقد ضمن عميله في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشرائكه مع العميل في هذه العملية شراكة عقد، محله ضمان عمل العميل، وضمن العمل نوع من العمل.

(١٨) وهو الدكتور عبد الحميد البعلي.

(١٩) أخبار القضاة لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع بن حيان (٣٠٦هـ)، ص ٢، ج ٣١٩.

وعلى هذا النحو، لا يجوز أن يكون حق البنك متمثلاً في نسبة من قيمة خطاب الضمان، فذلك واضح الشبهة، بل صريح الربا، فما يأخذه البنك في هذه الحالة سحت، ومن ثم كان الأعدل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بينهما، وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق الضيق، وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفي نوعاً من الأنشطة الهامة والرئيسية في المصارف^(٢٠).

أقول: هذه محاولة جيدة في ظاهرها، ولكن الواقع أن التخريج على "الخراج بالضمان" لا يسلم إلا إذا طبق ذلك ضمن مشاركة المصرف الكفيل مصدر خطاب الضمان مع العميل المكفول طالب الخطاب، لأن القاعدة جارية في عقود المعاوضات، ولها ظلال ممتدة في الشركات، ولاسيما في شركة الوجوه وشركة الأعمال، ففي شركة الوجوه يكون الضمان أصالة، لأنها تنبني على ضمان الديون كما سبق إيضاح ذلك، أما شركة الأعمال فهي مبنية على عنصر العمل أساساً، لأنها "عبارة عن شركة على تقبل الأعمال"^(٢١). ففيها تعهد والتزام العمل المطلوب، واستحقاق البديل فيها يكون بضمان الشريكين العمل^(٢٢). وبالنظر لضمان العمل إنه من الجائز أن يتقبل أحد عملاً من الأعمال كخياطة ثوب، ويتعهد بإنجازه لقاء أجر معلوم ثم يتعاقد مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول، ويربح هو فرق ما بينهما حالاً طيباً، لمجرد أنه ضمن العمل، دون أن يقوم به^(٢٣)، لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل^(٢٤). فالخلاصة أن الضمان يتحقق تبعاً في هذه الشركة.

ويبدو لي من خلال النظر في النص الذي أوردته هنا، ومن الشواهد الأخرى المذكورة في كتابه أن الأستاذ الباحث قد حاول أن يطبق بعض أحكام شركة الأعمال -وهي شركة التقبل والصنائع- على عملية إصدار خطاب الضمان، حيث انطلق أساساً من موضوع "الخراج بالضمان" وما في معناه من قول القاضي شريح "من ضمن مالا فله ربه"، ثم بصدد البحث تطرق إلى ذكر أصل فقهي آخر، وهو أن الربح لا يستحق إلا بالمال والعمل والضمان، وساق مثلاً من "مجلة

(٢٠) أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، الواقع والآفاق، ص ٤١-٤٢، والاستثمار والرقابة الشرعية، ص ٥٩-٦٠.

(٢١) مجلة الأحكام العدلية م/١٣٨.

(٢٢) ر: المصدر نفسه ٣/١٣٩٧.

(٢٣) ر: الموسوعة ٦٠/٢٦.

(٢٤) بدائع الصنائع، ٦: ٦٣.

الأحكام" من مسائل شركة الأعمال، وهو يشبه ما ذكرته آنفًا، وتمسك بما جاء فيه من كلمة "ضمان العمل"، وخلص من ذلك كله إلى أنه من "الأعدل والأصوب أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بينهما".

فهنا ترد ملاحظتان على كلام الباحث والرأي الذي انتهى إليه :

- ١ - إن مقتضى "الخراج بالضمان" هو الاشتراك في الأرباح والخسائر، والضمان فيه ضمان العقود وله امتداد في الشركات، ولا علاقة له بالضمان المعبر عنه بالكفالة، فشتان بين الموضوعين.
- ٢ - "ضمان العمل" المشار إليه متصور لدى الفقهاء في شركات الأعمال، أما اعتبار المصرف ضامنًا للعمل بمجرد إصدار خطاب الضمان، وبناء على ذلك استحقاق الربح من ناتج العملية، فهذا يتنافى مع حقيقة إصدار خطاب الضمان، إذ المقصود منه كفالة دين العميل تجاه المكفول له، إلا إذا قدم تصور صحيح عن تطبيق خطاب الضمان ضمن شركة الأعمال، بحيث يتحقق ضمان المصرف عمل الكفيل، فيسوغ له أخذ نصيب شائع من الثمرة المتحققة حسب الاتفاق، والظاهر أن شركة الأعمال ليست محلًا صالحًا لمثل ذلك، وإنما شركة الوجهه هي التي تصلح صيغة ملائمة في هذا الإطار، حسب التكييف الذي سبق تفصيله، والله أعلم.

المراجع

- البعلي، عبد المجيد محمود، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١٠هـ .
- البعلي، عبد المجيد محمود، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١١هـ .
- بك، أحمد إبراهيم، الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة: دار الأنصار، ١٣٦٣هـ .
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإيرادات، مكة المكرمة: مكتبة نذار مصطفى الباز، ١٤١٧هـ .
- بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية، الكويت: بيت التمويل الكويتي، ١٤٠١هـ .
- ابن حيان، محمد بن خلف، أخبار القضاة، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٦٦هـ .
- حيدر، علي، مجلة الأحكام العدلية، بيروت: مكتبة النهضة، ١٣٤٩هـ .
- الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، الخرشي على خليل، بيروت: دار صادر، د.ت .
- السالوس، علي بن أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، الكويت: مكتبة الفلاح، ١٤٠٦هـ .
- سراج، محمد أحمد، النظام المصرفي الإسلامي، القاهرة: دار الثقافة، ١٤١٠هـ .
- شركة الراجحي المصرفية، دليل فتاوى الراجحي، د.ن ، د.ت .

- القاري، أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية، جدة: تهامة، ١٤٠١هـ.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت: د.ن، ١٤٠٢هـ.
- مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، بحث مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة، ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م، العدد الثاني.
- الهمشري، مصطفى، الأعمال المصرفية والإسلام، القاهرة: مجمع البحوث، ١٩٨٣م.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٦، الكويت: وزارة الأوقاف، ١٤٠٤هـ.