

أخذ العوض على الضمان

إعداد
د. سليمان بن أحمد الملحم
عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة



المقَدِّمة

الحمد لله الذي هدانا للإسلام، وشرع لنا الشرائع وبين الأحكام،
والصلاة والسلام على نبينا محمد الذي قام بتبليغ ما أرسله الله به حق
القيام، وعلى آله وأصحابه ذوي السبق إلى فعل الخيرات والإقدام. أما بعد:
فإن الضمان وسيلة من أهم وسائل توثيق الحقوق، وكان المسلمون
يقومون به على وجه المعروف والإحسان طلباً للأجر وتفريجاً للكربة.

ولما كثرت الحاجة إليه في هذا العصر، وصار تقديمه من قبل المصارف
غالباً اتجهت كثير من هذه المصارف إلى أخذ العوض عليه.

ولما كانت هذه المسألة بحاجة إلى مزيد بحث وعناية رغبت أن أبحثها
تحت عنوان: «أخذ العوض على الضمان».

أهمية الموضوع وأسباب الكتابة فيه:

تظهر أهمية هذا الموضوع وأسباب الكتابة فيه فيما يأتي:

1. اتساع الحاجة إلى الضمان في هذه العصر، بسبب اشتراطه في كثير من
الحقوق والالتزامات، وارتباطه بمجموعة من العقود المالية المعاصرة.
2. تأثير الحكم في هذه المسألة في مجموعة من المعاملات المعاصرة التي
خُرِّجت على أنها ضمان، كخطاب الضمان، والاعتماد المستندي،
وبطاقة الائتمان.



٣. انتشار أخذ العوض على الضمان في كثير من المؤسسات المالية، بحجج وأساليب متنوعة.

٤. أن الحكم في هذه المسألة كان مستقراً عند المتقدمين، فلما كثرت الحاجة إلى الضمان في هذا العصر أعاد مجموعة من الباحثين النظر فيما قرره الفقهاء المتقدمون وأوردوا عليه إيرادات كثيرة، منها ما يقدح في أصل الحكم عندهم، ومنها ما يقدح في جانب من جوانبه، ولا شك أن النظر في هذه الإيرادات والمناقشات مفيد في ضبط المسألة، وتحرير محل الحكم فيها، وتمييزها عما يشبهها، وإيجاد المخارج والحلول التي يحصل بها المقصود مع تجنب المحذور.

٥. تفرق الكلام فيها في بطون الكتب والمجلات، حيث يأتي ذكرها عرضاً ودون استقصاء في مسائل متنوعة، فكانت الحاجة قائمة إلى لمّ شتاتها وجمع أطرافها.

الدراسات السابقة:

اطلعت قبل الدخول في بحث الموضوع وفي أثناء ذلك على مجموعة من البحوث التي تناولت بعض جوانب هذه المسألة، ومن ذلك:

١. البحوث في خطاب الضمان، ومن أبرزها البحوث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بجدة من ١٠-١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ. وهي بحوث مهمة استفدت منها ومن المناقشات الدائرة حولها في هذا البحث^(١). ولكن جاء تناول هذه البحوث لحكم أخذ العوض على الضمان تبعاً لا أصالة، فبقيت ثغرات كثيرة فيه بحاجة إلى مزيد بحث وبيان.

(١) انظر هذه البحوث والمناقشات في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني من (ص ١٠٣٥-١٢١٠).

٢. بحث بعنوان: «مدى جواز أخذ الأجر على الضمان» للدكتور نزيه حماد، وقد قال في مقدمته: «الغرض من إعداد هذه الدراسة مراجعة رأي الفقهاء الذاهبين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجراً على الكفالة بالمال مطلقاً، وإعادة النظر والتأمل فيما قدّموا من أدلة وتعليلات...»^(١).

ثم ذكر بعد ذلك أبرز أدلة المانعين، وناقشها، وخرج بما رآه راجحاً، دون استيفاء للجوانب الأخرى في بحث المسألة.

٣. بحث بعنوان: «عقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان» للدكتور عبد الرحمن بن صالح الأظم.

وهو بحث عام تكلم فيه الباحث عن حقيقة الضمان ومشروعيته وأحكامه العامة وأثره وانتهائه، ثم انتقل إلى الكلام عن خطاب الضمان، ومن المسائل التي بحثها حكم أخذ العوض على خطاب الضمان، فقدّم أولاً بذكر مجموعة من عبارات الفقهاء المتقدمين الدالة على المنع من أخذ العوض على الضمان نفسه، وأبرز ما استدلووا به، ثم ذكر آراء المعاصرين في أخذ العوض على خطاب الضمان، وأثر اختلافهم في تكييفه في حكم ذلك، حيث لا تلازم بين المسألتين إلا عند من يرى أن خطاب الضمان صورة تطبيقية للضمان في اصطلاح الفقهاء.

٤. سُجِّل في مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية مشروع بحث بعنوان: «أجرة الضمان وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية»، ثم عقد المركز له حلقة نقاش في تاريخ ٩/٦/١٤٣١ هـ؛ للوقوف على ما تم إنجازه في

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، (ص ٢٨٣)، وهو منشور ضمن مجموعة بحوث له بعنوان: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٨٣-٣١١).



المشروع، والتباحث في التكييف الفقهي لصور أجرة الضمان في المصارف الإسلامية، وقد سألت في نهاية بحثي هذا رئيس مركز التميز عما آل إليه البحث فأفادني بأن المشروع توقّف ولم يستكمل البحث فيه.

وخلاصة القول: أن البحوث التي اطّلت عليها لم يظهر لي وفاؤها بالمقصود، من حيث تحقيق نسبة الأقوال، واستيفاء الأدلة والمناقشات، وجمع شتات المسألة في موضع واحد، إضافة إلى ذلك فقد وجدت اجتهادات جديدة في الموضوع وتبنتها بعض الهيئات الشرعية ولم تأخذ حظها من البحث والمناقشة.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد وخمسة مباحث وخاتمة.

المقدمة: أهمية الموضوع، وأسباب الكتابة فيه، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

التمهيد، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: تحديد المسألة محل البحث.

المطلب الثالث: أقوال العلماء في حكم أخذ العوض على الضمان على سبيل الإجمال.

المبحث الأول: القائلون بالمنع وأدلتهم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القائلون بالمنع.

المطلب الثاني: أدلة القائلين بالمنع.

المبحث الثاني: القائلون بالجواز وأدلتهم، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: القائلون بالجواز.
- المطلب الثاني: أدلة القائلين بالجواز.
- المبحث الثالث: القائلون بالتفصيل وأدلتهم، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: القائلون بالتفصيل.
- المطلب الثاني: أدلة القائلين بالتفصيل.
- المبحث الرابع: الترجيح.
- المبحث الخامس: مسائل مقترحة لمزيد من البحث والمدارسة، وفيه أربع مسائل:
- المسألة الأولى: أخذ العوض في مقابل النفقات والأعمال المصاحبة للضمان.
- المسألة الثانية: مكافأة الضامن دون شرط ولا مواطأة.
- المسألة الثالثة: التفريق بين الضمان المالي بمعناه الخاص وبين الضمان التابع في العقود.
- المسألة الرابعة: المعاوضة عن الالتزام.
- الخاتمة، وفيها أهم النتائج.
- هذا وأسأل الله سبحانه أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه خادماً لدينه نافعاً لعباده، وأن يغفر ما حصل فيه من خطأ أو تقصير، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.



التمهيد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول تعريف الضمان

أولاً: تعريف الضمان في اللغة:

الضمان: مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضماناً^(١).

ويطلق في اللغة على عدة معان، منها:

١. الاحتواء، قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»^(٢).

وقال الجوهري: «وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمته إياه... وفهمت ما تضمنه كتابك أي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه، والمضامين ما في أصلاب الفحول»^(٣).

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ١٨٢).

(٢) معجم مقاييس اللغة (٣/ ٣٧٢).

(٣) الصحاح (٦/ ٢١٥٥)، وانظر لسان العرب (١٣/ ٢٥٧، ٢٥٨).

٢. الالتزام، قال الفيومي: «ضمنت المال وبه ضمناً فأنا ضامن وضمين: التزمته، ويتعدى بالتضعيف، فيقال: ضمّته المال: ألزمته إياه»^(١).

٣. الكفالة، قال الجوهرى: «ضمنت الشيء ضمناً: كفلت به، فأنا ضامن وضمين»^(٢).

٤. التغريم، يقال: «ضمّته الشيء تضميناً فتضمنه عني، مثل غرّمته»^(٣).

وقد اختلف العلماء في اشتقاق الضمان، ولخص البعلبي أقوالهم في ذلك فقال: «وهو مشتق من التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، قاله القاضي أبو يعلى، وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمن، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، وقيل هو مشتق من الضم؛ لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه، والصواب الأول، لأن لام الكلمة في الضم ميم وفي الضمان نون وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع»^(٤).

وقال الفيومي: «قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم، وهو غلط من جهة الاشتقاق، لأن نون الضمان أصلية، والضم ليس فيه نون، فهما مادتان مختلفتان»^(٥).

ثانياً: تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء:

يستعمل الفقهاء لفظ الضمان في معنيين:

أحدهما: غرامة الإتلافات والأضرار ونحوها.

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢/٣٦٤).

(٢) الصحاح (٦/٢١٥٥)، وانظر: مجمل اللغة (٢/٥٦٦)، ولسان العرب (١٣/٢٥٧).

(٣) الصحاح (٦/٢١٥٥)، ولسان العرب (١٣/٢٥٧).

(٤) المطلع على أبواب المقنع (ص ٢٤٨)، وانظر: الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى (٣/٥٠٨)، والإنصاف (٥/١٨٨).

(٥) المصباح المنير (ص ٢٩٧).

ومن تعريفاتهم له على هذا المعنى:

١. عرفه الغزالي بأنه: واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة^(١).

٢. وعرفه الشوكاني بأنه: عبارة عن غرامة التالف^(٢).

وليس الضمان بهذا المعنى مقصوداً في هذا البحث.

المعنى الثاني: «التزام ما وجب على غيره مع بقاءه، وما قد يجب»^(٣).

وهذا المعنى هو المقصود في هذا البحث.

ويسمى هذا النوع من الالتزام ضماناً وكفالة وحالة وزعامة وقبالة وصبارة، كما يقال للملتزم بالحق ضامن وضمين وكفيل وحميل وزعيم وقبيل وصبير^(٤).

قال ابن حبان: «الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر»^(٥).

وقال الماوردي: «الزعيم الضمين وكذلك الكفيل والحميل والصبير، ومعنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منها ويلزم»^(٦).

(١) الوجيز في فقه الإمام الشافعي (١/٢٠٨).

(٢) نيل الأوطار (٥/٣٥٧).

(٣) الروض المربع (٦/٤٢٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/٦٠٠)، وبداية المجتهد (٢/٣٥٨)، والحاوي الكبير (٦/٤٣١)، والمغني (٧/٧٢)، والمحلى (٨/١١٠)، وفي الذخيرة للقرافي (٧/٣٥٦) شرح لهذه الألفاظ جدير بالمراجعة.

(٥) مغني المحتاج (٢/١٩٨).

(٦) الحاوي الكبير (٦/٤٣١).

ومن هنا تنوعت طريقة الفقهاء في عنوان هذا الباب، وفيما يدخل فيه، كما تنوعت عباراتهم في تعريفه.

فالحنفية عنوانه بلفظ (الكفالة)، وأدخلوا فيها كفالة المال والنفس.

ثم اختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في الأثر المترتب عليها، قال في الهداية: «قيل: هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين، والأول أصح»^(١).

وأما المالكية فمنهم من عنون بلفظ (الضمان)^(٢) ومنهم من عنون بلفظ (الحمالة)^(٣)، ومنهم من عنون بلفظ (الكفالة)^(٤)، وأدخلوا في هذا الباب الكفالة بالمال والنفس.

وعرف ابن عرفة الحمالة بأنها: «التزام دين لا يسقطه، أو طلب من هو عليه لمن هو له»^(٥).

وأما الشافعية فعنونوا بلفظ (الضمان) وأدخلوا الكلام على الكفالة فيه، وجعلوا لفظ (الضمان) خاصاً بالأموال ولفظ (الكفالة) خاصاً بالنفوس^(٦)، قال الخطيب الشربيني: «الضمان للمال والكفالة للبدن»^(٧)، وعرف الضمان

(١) الهداية شرح بداية المبتدي - مطبوع مع فتح القدير (١٦٣/٧)، وانظر: تحفة الفقهاء (٢٣٧/٣)، وبدائع الصنائع (٦١٢/٤)، وفتح القدير (١٦٣/٧).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٩٦/٥)، وحاشية الدسوقي (٣٢٩/٣).

(٣) انظر: المعونة (١٢٣٠/٢)، والقوانين الفقهية (ص ٤٨٩)، والذخيرة (٣٥٦/٧).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٣٥٨/٢).

(٥) شرح حدود ابن عرفة (٤٢٧/٢)، وانظر: مواهب الجليل (٩٦/٥)، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٢٢، ٢١/٦).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٤٣٠/٦)، والوسيط في المذهب (٢٣١/٣)، والبيان للعمراي (٣٠٣/٦)، وروضة الطالبين (٢٤٠/٤).

(٧) مغني المحتاج (٢٠٦/٢).

الشامل للكفالة بأنه: «التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة»^(١).

وأما الحنابلة فصنعهم قريب من صنيع الشافعية حيث بوب أكثرهم بلفظ (الضمان) وخصّوه بضمان الأموال ثم ألحقوا به الكلام على الكفالة وخصّوها بكفالة الأبدان^(٢).

وعرف كثير منهم الضمان بأنه: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»^(٣).

وعرفه ابن مفلح بأنه التزام من يصح تبرعه أو مفلس ما وجب على غيره مع بقائه وقد لا يبقى وما قد يجب^(٤).

وعرفوا الكفالة بأنها: التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه^(٥). وبعد: فهذه جملة من تعريفات الضمان، وإذا استثنينا تعريف جمهور الحنفية الذي يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في أصل الدين ويجعل ذمة الضامن غير مشغولة بالدين، وإنما يثبت بالضمان حق صاحب الحق في مطالبته فقط، خلافاً للجمهور الذين يرون أن الضمان يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه فتصير كل واحدة من الذمتين مشغولة بالحق، فإن بقية التعاريف متقاربة، وهي تلتقي في أن الضمان هو: ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحقوق الواجبة على الآخرين حالاً أو مآلاً.

ولنكتف بهذا القدر المشترك من التعاريف، فإنه مبين للمقصود ومعرف

(١) مغني المحتاج (٢/١٩٨)، وقارن مع نهاية المحتاج (٤/٤٣٢)، وحاشية الشبراملسي عليه (٤/٤٣٢).

(٢) انظر: المغني (٧/٧١، ٩٦)، والمقنع (٢/١١٢، ١١٨)، والفروع (٤/٢٣٦، ٢٤٦)، والإنصاف (٥/١٨٨، ٢٠٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/٢٤٥، ٢٥٢).

(٣) المغني (٧/٧١)، قال المرادوي في الإنصاف (٥/١٨٩) وكذا قال في الهداية والمذهب الأحمد والكافي والهادي وقدمه في الرعايتين والحاويين.

(٤) الفروع (٤/٢٣٦).

(٥) منتهى الإرادات مع شرحه (٢/٢٥٢)، وانظر: الإنصاف (٥/٢٠٩).

به، دون دخول في القيود والاحترازات، حتى لا يجزنا ذلك إلى الخوض في تفاصيل أحكام الضمان والكفالة.

المطلب الثاني تحديد المسألة محل البحث

١. الضمان المقصود هنا هو الضمان المالي، والذي يعني: ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحقوق الواجبة على الآخرين حالاً أو مآلاً، وليس المقصود ضمان الإلتفات والأضرار ونحوها.
٢. المسألة في أخذ الضامن عوضاً عن الضمان ذاته، أي من حيث هو ضامن، وليس في أخذ العوض على الأعمال المصاحبة للضمان^(١).
٣. البحث في حكم أخذ العوض على الضمان من حيث الأصل، وليس في التطبيقات المعاصرة لذلك، وإذا عرفنا ذلك سهل تطبيق هذا الحكم في كل معاملة معاصرة صح تكييفها على أنها ضمان واشترط فيها عوض.
٤. ليس الكلام في الفوائد أو الغرامات التي يأخذها المصرف من المضمون عنه في مقابل تأخره عن وفاء ما أداه المصرف عنه، جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي: «قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع ما يأتي: أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع مبلغاً من المال غرامة جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشرط هو المصرف أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه»^(٢).

(١) انظر: المسألة الأولى من المبحث الخامس في هذا البحث.

(٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي (ص ٢٦٦).

المطلب الثالث أقوال العلماء في حكم أخذ العوض على الضمان على سبيل الإجمال

اتفقت أقوال المتقدمين من علماء السُّنة على المنع من اشتراط عوض يؤخذ في مقابل الضمان حسب علمي، واختلف المعاصرون في ذلك، ولم يسلموا بحكاية الإجماع في المسألة، ويمكن رد الأقوال في ذلك إلى ثلاثة:

المنع والجواز والتفصيل بين كون الضمان يؤول إلى قرض فيمنع أخذ العوض عليه وبين ألا يؤول إلى ذلك فيجوز.

هذا ونظراً لطول الكلام في المسألة وكثرة المناقشات والإيرادات فيها فإني سأفرد كل قول مع أدلته وما يرد عليها من مناقشات وأجوبة في مبحث، وذلك على النحو الآتي.



المبحث الأول القائلون بالمنع، وأدلتهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول القائلون بالمنع

اتفقت كلمة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية على منع أخذ العوض على الضمان، وبه قال سفيان الثوري، وابن المنذر، والطبري، وحكى فيه جمع من العلماء الإجماع^(١).

وإليك جملة من أقوال العلماء في هذه المسألة:

• فمن أقوال الحنفية:

- قول السرخسي: «ولو كفّل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلاً فالجعل باطل»^(٢).

- وقال البغدادي: «ولو كفّل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة»^(٣).

(١) سيأتي توثيق الإجماع عند الاستدلال به.

(٢) المبسوط (٣٢/٢٠).

(٣) مجمع الضمانات (٦١٠/٢)، وانظر: منحة الخالق على البحر الرائق (٢٤٢/٦).

• ومن أقوال المالكية:

- قال الباجي: «والحماله بالجعل حرام، قاله مالك»^(١).
- وقال القرافي: «لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه ممتنع»^(٢).

• ومن أقوال الشافعية:

- قال الماوردي: «لو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجوز وكان الجعل باطلاً، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً»^(٣).
- وقال الرافعي: «ضمن عن رجل ألفاً وشرط للمضمون له أن يدفع إليه كل شهر درهماً ولا يحسبه من مال الضمان فالشرط باطل، وفي بطلان الضمان وجهان»^(٤). قال النووي: «قلت: أصحهما البطلان»^(٥).

• ومن أقوال الحنابلة:

- قال الإمام أحمد في رجل قال لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم: «ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق»^(٦).
- وقال ابن قدامة: «لو قال: اكفل عني ولك ألف لم يجوز»^(٧).
- وقال المرداوي: «لو جعل له جعلاً على ضمانه له لم يجوز»^(٨).

(١) المنتقى (٦/٨٤).

(٢) الذخيرة (٩/٢١٤).

(٣) الحاوي الكبير (٦/٤٤٣).

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٣٨٣.

(٥) روضة الطالبين (٤/٢٦٣).

(٦) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، رواية إسحاق الكوسج-قسم المعاملات-(ص٥١٩).

(٧) المغني (٦/٤٤١).

(٨) الإنصاف (٥/١٣٤)، وانظر: الكافي (٢/١٢٧)، والفروع (٤/٢٠٧)، وكشاف القناع

(٣/٣١٩).

- قال ابن حزم: «ولا يجوز أن يُشترط في بيع ولا في سلم ولا في مداينة أصلاً إعطاء ضامن»^(١).

- قال إسحاق الكوسج: «قلت: قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم: الكفالة جائزة ويرد عليه ألف درهم»^(٢).

- وقال الطبري: «ولو كفل رجل على رجل بهال عليه لرجل على جعل جعله له المكفول عليه فالضمان على ذلك باطل»^(٣).

وبهذا القول أخذ جمهور المعاصرين، فصدرت به فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء حيث جاء في جوابها عن حكم أخذ العوض على كفالة الاستقدام: «هذا المال حرام لأنه عوض عن الكفالة، وهي من عقود الإحسان» عبد الله بن غديان، عبد الرزاق عفيفي، عبد العزيز بن باز^(٤).

وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي، وفيه: «خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته سواء أكان بغطاء أم بدونه»^(٥).

وجعلته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً من المعايير الشرعية للمعاملات المالية فقالت: «لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاؤه مقابل مجرد الكفالة مطلقاً، ويحق للكفيل استيفاء المصروفات الفعلية للكفالة»^(٦).

(١) المحل (٦/٤٠٦).

(٢) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه (ص ٥١٩)، وسفيان هنا هو الثوري.

(٣) اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري (١/١٩٣).

(٤) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (١٤/١٩٠).

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني (٢/١٢١٠).

(٦) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (ص ٤٩).

- وقال به الدكتور عمر المترك^(١) وبكر أبو زيد^(٢) والصدیق محمد الأمين الضرير^(٣) وعلى السالوس^(٤)، ومحمد المختار السلامي^(٥)، وعبد الوهاب أبو سليمان^(٦)، وعبد الستار أبو غدة^(٧).

المطلب الثاني أدلة القائلين بالمنع

استدل القائلون بالمنع بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أن الضمان يؤول عند وفاء الضامن عن المضمون عنه إلى القرض، فإذا أخذ عليه العوض صار قرضاً جر نفعاً، وهو ربا.

وبيان ذلك: أن حقيقة الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام بالحق، فإذا طالب صاحب الحق الضامن وجب عليه الوفاء بما التزم به، ثم يرجع على المضمون عنه به، فآل أمر الضمان إلى القرض، ولا يجوز في القرض اشتراط نفع للمقرض بالإجماع لأنه ربا^(٨).

وقد تواطأت على هذا المعنى أقوال الفقهاء.

(١) الربا والمعاملات المصرفية (ص ٣٩١).

(٢) فقه النوازل (١/ ٢١٠).

(٣) مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، رجب ١٤٢٤ هـ، (ص ٢٨، ٢٩).

(٤) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر (٢/ ١٤١٢).

(٥) مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي (١٢/ ١٣١).

(٦) البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد (ص ١٨٦).

(٧) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (ص ٣٩١).

(٨) أجمع العلماء على حرمة اشتراط زيادة أو منفعة للمقرض، وقد حكى الإجماع على ذلك كثيرون، منهم: ابن المنذر في الإجماع (ص ١٢٠)، وابن عبد البر في الاستذكار (٦/ ٥١٣)، وابن حزم في المحلى (٨/ ٧٧)، وابن قدامة في المغني (٦/ ٤٣٦)، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن (٣/ ١٥٧)، وابن تيمية في مجموع الفتاوى (٢٩/ ٣٣٤).

يقول الكاساني: «الكفالة بالأمر في حق المطلوب استقراض، وهو طلب القرض من الكفيل، والكفيل بأداء المال مقرض للمطلوب ونائب عنه في الأداء إلى الطالب... والمقرض يرجع إلى المستقرض بما أدى»^(١).

وقال ابن عابدين: «الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا»^(٢).

وقال المازري: «إن أدى الضامن ورجع به على المضمون صار كأنه أسلف ما أدى وربح الجعل فكان سلفاً بزيادة»^(٣).

وقال النووي: «قال الإمام والغزالي: إن الضمان تبرع، وإنما يظهر هذا حيث لا رجوع، وأما حيث ثبت الرجوع فهو قرض محض»^(٤).

وقال ابن قدامة: «وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جارياً للمنفعة فلم يجز»^(٥).

المناقشة:

نوقش هذا الدليل من وجهين:

- الوجه الأول: أن عقد الكفالة في الأصل مختلف في طبيعته وأحكامه

(١) بدائع الصنائع (٤/٦١٣)، وانظر: المبسوط (٢٠/٦٧)، (٢٠/٩٨)، وتحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/٢٣٩).

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق (٦/٢٤٢).

(٣) شرح منح الجليل (٣/٢٦٥، ٢٦٦)، وانظر: الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك (٢/١٦٠).

(٤) روضة الطالبين (٤/٢٤١)، وانظر: فتح العزيز (١/٢٦٠).

(٥) المغني (٦/٤٤١)، وانظر: الفروع (٤/٢٠٧)، والإنصاف (٥/١٣٤)، وكشاف القناع (٣/٣١٩).



عن القرض، فالأول من عقود التوثيق والثاني من عقود التمليك، والضامن إنما ملك المال للمكفول له لا للمكفول، فلا يصح تسميته مقرضاً من الكفيل ولا اعتباره كذلك في الأحكام، صحيح أنه بعد الأداء يصير مديناً له بما أدى عنه، ولكن الدين ليس هو القرض نفسه في الاسم والأحكام، بل هو أعم منه، فكل قرض دين، وليس كل دين قرضاً^(١).

ويجاب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: أننا لم نقل بأن الضمان قرض مطلقاً ولا أنه مثيل للقرض من كل وجه حتى يناقش ذلك بذكر الفرق بينهما، وإنما قلنا بأنه يؤول إلى القرض في حال قيام الضامن بالوفاء عن المضمون عنه مع نية الرجوع إليه بما أدى عنه. فهو في البداية التزام بالإقراض، وبتعبير بعضهم إقراض ذمة ثم يؤول عند وفاء الضامن عن المضمون عنه إلى قرض المال.

يقول السرخسي: «لأن ما يرجع به الكفيل على الأصيل بمنزلة بدل القرض، فإن الكفيل يصير مقرضاً ذمته من الأصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة، ثم يصير مقرضاً ماله منه بالأداء عنه، فما يرجع به عليه يكون بدل القرض»^(٢).

وأما التفريق بين القرض والدين، وأن الدين ينشأ بأسباب كثيرة لا تنحصر في القرض فمسلم ولكن ثبت بما سبق ذكره بأن هذا الدين ناشئ عن قرض، فلا أثر للتفريق هنا، وإذا كانوا لا يرون انطباق معنى القرض في الحالة المذكورة فما التكييف الفقهي لها عندهم؟

ثانياً: التعامل مع الضمان على أنه عقد توثيق فقط نظر إليه من حيث

(١) انظر: مدى جواز أخذ العوض على الضمان، مطبوع ضمن: قضايا فقهية معاصرة (ص ٣٠٨)، وجواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابلة خطاب الضمان، مجلة المجمع (٢/ ٢٠١٣٨).

(٢) المبسوط (٢٠/ ٦٠).

المقصود منه عند إنشائه دون نظر إلى ما يؤول إليه، ومن المعلوم بأن الشارع يعتبر المآلات في الأحكام، يقول الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل» ثم توسّع في الاستدلال على ذلك وبيان ما ينبني عليه^(١).

- الوجه الثاني: سلّمنا لكم بأن الضمان ربما آل إلى القرض فإذا أخذ عليه العوض صار من القرض الجار للمنفعة، ولكن ذلك ليس مطرداً في جميع صور الضمان، وإنما يكون ذلك عندما لا يقوم المدين المضمون عنه بالوفاء فيؤدي عنه الضامن ويكون له الحق في الرجوع فيما أداه، وهذا قليل، إذ الغالب أن يقوم المدين نفسه بالوفاء وقد يؤدي الضامن دون نية الرجوع فيكون متبرعاً لا مقرضاً.

وإذا كان الأمر كذلك فإن أحكام الشريعة تبنى على الغالب لا على النادر، يوضح هذا أن الدين المضمون لا يخلو: إما أن يقوم بوفائه المدين وهذا هو الغالب، أو أن يقوم بوفائه الضامن وحينئذ فلا يخلو: إما أن ينوي الرجوع فيكون مقرضاً أو لا فيكون متبرعاً، فكيف نمنع من أخذ العوض على الضمان مع أنه لا يؤول إلى القرض الجار للمنفعة في غالب صورته؟

يقول الشيخ عبد الله بن منيع: «الغالب في التعامل بين الناس الصدق والوفاء والعبرة بالغالب والأكثر، ومصير الكفالة إلى ضمان احتمال ضعيف لا يترتب عليه حكم لاسيما فيما يتعلق بمسائل المعاملات المبنية على الإباحة في الأصل»^(٢).

(١) انظر: الموافقات (٤/ ١٩٤) وما بعدها.

(٢) مجموع فتاوى وبحوث من إعداد وتأليف الشيخ عبد الله بن منيع (٣/ ٣٣٢).

ويقول الشيخ أحمد علي عبد الله: «ثم إن الأصل في عقود الاستيثاق توقع وفاء المضمون وأن الاستثناء هو تنفيذ الالتزام بناء على عقد الاستيثاق والحكم يبنى على الغالب لا على الاستثناء»^(١).

ويجاب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: القول بأن الأصل في الناس الوفاء بالحقوق، وأن مصير الضمان إلى قرض نادر ليس على إطلاقه، بل هذا من الأمور التي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال، والمطل في الحقوق كثير، والواقع شاهد بذلك.

ثانياً: أن مصير بعض صور الضمان إلى القرض أمر مقطوع به، ولا يمكن التمييز عند الدخول في الالتزام بين ضمان سيؤول إلى قرض فيمنع أخذ العوض عليه وبين ضمان لن يؤول إلى ذلك فيباح - إن سلم من مانع آخر - والشارع لا يريد وقوع شيء من المحرم، وتختلف مصير الضمان إلى قرض في بعض الصور لا يرفع الحرام عن الصور المقطوع بها، ولا يسوغ الإقدام على أخذ العوض فيها.

ثالثاً: أن المفسدة هنا هي مفسدة الربا الذي سد الشارع ذرائعه وحمى مراتعه، واشترط في مبادلة المتجانس من أمواله التماثل المحقق، وأقام مظنة المفسدة فيه مقام الحقيقة، كما يعلم ذلك من النهي عن بيع الرطب بالتمر لاحتمال اختلاف مقدارهما في المآل، والنهي عن بيع الصبرة لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر للجهل بالتماثل، والمنع من بيع القلادة التي فيها ذهب وخرز بذهب حتى تفصل مما جعل أهل العلم يقررون أن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل في باب الربا.

(١) جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/ ١١٣٨)، (١١٣٩).

رابعاً: لم يظهر أن هذه المسألة من باب سد الذرائع حتى يعلّق الحكم فيه على كثرة الإفضاء أو كثرة القصد إليه^(١).

الدليل الثاني: إذا كان الشارع قد حرم على المقرض حقيقة أخذ عوض على القرض - وهو محل إجماع إذا كان مشروطاً - فلأن يحرم على الملتزم بالإقراض عند عدم وفاء المدين - وهو الضامن - أخذ عوض عليه من باب أولى.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: «إذا جاز أخذ الأجر على الكفالة فإن تحريم الربا يفقد حجيته... لأننا نحرم على المقرض أن يأخذ فائدة أو أي زيادة على مبلغ القرض، لماذا؟ لأنها ربا وهو محرم، فكيف إذن نبرر ذلك إذا قبلنا أن الكفيل لمجرد تعرضه لأن يؤدي عن المكفول مالاً في المستقبل وقد لا يؤدي؟... ذلك المقرض الربوي الذي يدفع بالفعل ويتخلى عن جانب من ماله لمصلحة ذلك الآخر الذي يستعمل مال ذلك المقرض، نقول: لا يجوز أن يأخذ هذا المقرض زيادة على ما أقرض، وإذا لم يقرض بالفعل ولكنه دخل تحت مسؤولية تعرضه لأن يؤدي فيما بعد وقد لا يحتاج إلى التأدية نقول: يأخذ، هذا انكشف لي فيه تناقض إذا أقررنا جواز أخذ الأجر على الكفالة، وزالت غمامة في فكري في الموضوع وظهرت لي حكمة اتفاق الفقهاء»^(٢).

ويقول الدكتور عبد الستار أبو غدة: «إذا كان الإقراض الفعلي غير مأذون من الشرع بالأجر عليه فالاستعداد للإقراض - وقد لا يحصل الإقراض إن أدى المكفول نفسه - أولى وأجدر بمنع جواز الأجر عليه؛ لأن الشريعة لا تفرق بين المتماثلات»^(٣).

(١) سيأتي في مناقشة القول الثالث توضيح هذا الأمر.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/٢/١١٨٧).

(٣) خطاب الضمان، منشور في مجلة المجمع (٢/٢/١١٠٨)، وانظر: فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر للسالوس (٢/١٤١٦).

الدليل الثالث: أن الضمان معروف محض غير متمول يقصد به توثيق الحقوق ومبناه على الإرفاق والإحسان، وأخذ العوض عليه ينافي هذه المقاصد ويغيّر حقيقته فينقله إلى باب المعاوضة والتكسّب.

نقل المواق عن الأبهري قوله: «لا يجوز ضمان بجعل لأن الضمان معروف ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا»^(١).

وقال الدردير: «وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلا لله فأخذ العوض عليها سحت»^(٢).

وعبارات الفقهاء في عدّ الضمان من التبرع والمعروف كثيرة، منها: ما نقله الشافعي عن أبي حنيفة حيث يقول: «وإذا كفّل العبد المأذون له في التجارة بكفالة فإن أبا حنيفة كان يقول كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف»^(٣)، أي لا يجوز التبرع من العبد لأنه لا يملك.

وفي المدونة: «قال مالك في الحر يكون عليه دين يغترق ماله أنه لا يجوز عتقه ولا هبته ولا صدقته ولا كفالته؛ لأن هذا معروف والكفالة عنده من المعروف»^(٤).

وقال الشافعي: «الكفالة استهلاك مال لا كسب مال»^(٥).

وقال النووي: «قال الإمام والغزالي: إن الضمان تبرع وإنما يظهر هذا

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع مع مواهب الجليل - (٥٣/٧).

(٢) الشرح الكبير، مطبوع مع حاشية الدسوقي عليه (٧٧/٣).

(٣) الأم (١٢٥/٧).

(٤) المدونة (١٢٠/٤) ويغترق: أي يستوعب، والاستغراق: الاستيعاب، الصحاح (١٥٣٦/٤).

(٥) الأم (٢٣٤/٣).

حيث لا رجوع وأما حيث ثبت الرجوع فهو قرض محض^(١)، ولهذا شبهوه بالندر لأنه يلزم نفسه ما لم يكن لازماً عليه من قبل.

يقول ابن الهمام: «الكفالة عقد تبرع كالندر، لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب»^(٢).

وقال القاضي عبد الوهاب في تعريف الضمان: «هو تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف»^(٣).

وقال ابن قدامة في شأن الضمان: «ولا يصح إلا من جائز التصرف، فأما المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه؛ لأنه تبرع بالتزام مال، فلم يصح منهم، كالندر والصدقة»^(٤).

المناقشة:

نوقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

- الوجه الأول: لو سلمنا بأن الكفالة تبرع محض من الكفيل فإنه لا يمتنع شرعاً انقلابها بالتراضي إلى معاوضة.

وقد رأينا لذلك نظائر في الفقه الإسلامي، فمن ذلك الهبة لا يمتنع شرعاً أن يتراضي الطرفان على قلبها إلى معاوضة كما في هبة الثواب، يقول ابن جزى في أنواع الهبة: «الثالث هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له، وهي جائزة خلافاً للشافعي»^(٥).

(١) روضة الطالبين (٤/٢٤١).

(٢) فتح القدير (٦/٢٩٨).

(٣) المعونة (٢/١٢٣٢).

(٤) الكافي (٣/٣٩٨).

(٥) قوانين الأحكام الشرعية (١/٢٤٢)، وانظر: المبسوط (١٢/٧٥)، وبداية المجتهد (٢/٤٠٤)،

وكشاف القناع (٤/٣٠٠).

ومن ذلك الوكالة، قال ابن جزي: «تجوز الوكالة بأجرة وبغير أجرة فإن كانت بأجرة فحكمها حكم الإجازات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل»^(١).

ومن ذلك الوديعة فهي في الأصل تبرع بحفظ الأموال ومع ذلك يجوز أخذ الأجر عليها، ففي الفتاوى الهندية: «المودع إذا شرط الأجرة للمودع على حفظ الوديعة صح ولزم عليه»^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك فما الذي يمنع من أن ينقلب الضمان بالتراضي إلى معاوضة^(٣).

ويجاب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: هذه العقود لم تنقلب من كونها عقود تبرع إلى معاوضة وإنما انعقدت ابتداء حسب ما اتفق عليه الطرفان، ولا ينظر إلى مجرد اللفظ الذي يتكلم به العاقدان، وإنما ينظر إلى العقد بتمامه ثم يعطى الصفة الشرعية له. وإذا نظرنا إلى العقود السابقة التي اشترطت فيها المكافأة أو الأجر وجدناها قد انعقدت من البداية معاوضة لا تبرعاً.

يقول الكاساني موجهاً قول محمد بن الحسن في أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض: «الهبة تمليك، فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض وهذا تفسير البيع، وإنما اختلف العبارة، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى»^(٤).

(١) قوانين الأحكام الشرعية (١/٢١٦)، وانظر: روضة الطالبين (٤/٣٣٢)، والمغني (٧/٢٠٤).

(٢) الفتاوى الهندية (٤/٣٤٢)، وانظر: حاشية قليوبي على شرح الجلال المحلي (٣/١٨١).

(٣) انظر: جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان-مجلة المجمع (٢/١١٣٦)، ومجموع فتاوى وبحوث لابن منيع (٣/٣٣٢)، ومدى جواز أخذ الأجر على الضمان (ص ٢٨٨، ٢٩٠).

(٤) بدائع الصنائع (٥/١٦٨).

ويقول القاضي عبد الوهاب: «الهبة التي يقصد بها المكافأة والعوض حكمها حكم المعاوضات ويراعى فيها ما يراعى في البيع...»^(١).

ثانياً: قياس الضمان على الوكالة والوديعة في جواز اشتراط العوض قياس مع الفارق.

فالوكالة عمل يؤديه الوكيل فصح أخذه للعوض عليه، وأما الوديعة فإن المودع بفتح الدال يبذل عملاً في حفظ الوديعة وقد تحتاج إلى حرص فيهيئها لها، وكلا الأمرين مما يصح أخذ العوض عليه.

ثالثاً: أن المآل المحظور المترتب على أخذ العوض على الضمان وهو كونه يؤول إلى قرض جر نفعاً غير موجود في أخذ العوض على هذه الأمور.

- الوجه الثاني: أن القول بعدم جواز أخذ العوض عن المعروف والقرب فيه نظر، فقد صح عن النبي ﷺ جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن^(٢)، كما نص الشافعية ومتأخرو الحنفية على جواز أخذ الأجر على الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإقامة وغيرها، وهو رواية عن أحمد، وقول في مذهب مالك^(٣).

ويجاب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: وجود فرق بين هذه الأمور وبين الضمان، حيث إن القائم بهذه الأمور يؤدي عملاً واضحاً، وأما الضامن فليس منه إلا مجرد الالتزام^(٤).

(١) المعونة (٣/١٦١٠)، وانظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي (١٢/١٢٦).

(٢) رواه البخاري (٣/٩٢ رقم ٢٢٧٦)، ومسلم (٤/١٧٢٧ رقم ٢٢٠١).

(٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٩٨)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/١١٥٨، ١١١٨)، وانظر: رد المحتار (١/٥٧٦)، ومغني المحتاج (٢/٣٤٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/٢٠٢)، وحاشية الدسوقي (٤/١٦).

(٤) انظر: دراسة حول خطابات الضمان للدكتور حسن الأمين في مجلة المجمع (٢/١٠٥٠)، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية (١١/١/٣٢).

ثانياً: أن المآل المحظور المترتب على أخذ العوض على الضمان وهو أخذ العوض على الإقراض غير موجود في أخذ العوض على هذه الأعمال^(١).

- الوجه الثالث: أن اعتبار الضمان من المعروف غير المتقوم مبني على العرف، حيث كانت المعاملات المالية بين الناس يسيرة، وتتم في أسواق محصورة، وبين أناس يعرف بعضهم بعضاً، فكان الضامن يدخل في الضمان تبرعاً وإحساناً وتفريجاً لكربة أخيه، وأما اليوم فقد تعقدت المعاملات المالية، وتشعبت وصار الضمان يقدم لشركات مالية كبرى، ولتجار أغنياء، وبين أقوام لا تعارف بينهم، كما هو الشأن في سائر الكفالات التي تقدمها المصارف وتتحمل في سبيلها جهوداً ونفقات وأعباء لا يستهان بها، ولو منعنا أخذ الأجر عليه لتعسر على كثير من الناس اليوم الحصول عليه في الوقت المطلوب وبالجمم المرغوب، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يتغير حكمه بتغير العرف، إذ لا ينكر تغير الأحكام مع تغير الأحوال والأعراف^(٢).

وأجيب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: لا نسلّم بأن الحكم هنا مبني على العرف وحده حتى يتغير الحكم بتغيره، بل هو مبني على أدلة أخرى تكفي لإثبات الحكم.

ثانياً: أن من شروط العمل بالعرف عدم مخالفته للنصوص؛ لأن الشريعة حاكمة على الناس، وليس محكومة بأفعالهم.

يقول السرخسي: «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر».

(١) انظر/ مجلة دراسات اقتصادية إسلامية (١١/١/٣٢) وعقد الضمان المالي وتطبيقه المصرفي في خطاب الضمان للأطرم (ص ١١٣).

(٢) انظر: خطاب الضمان لذكريا البري في مجلة المجمع (٢/٢/١١٠٢)، وجواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان لأحمد علي عبد الله في مجلة المجمع (٢/٢/١١٣٩)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٩٩، ٣٠٠).

وقال أيضاً: «التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه»^(١).

والعرف قد يكون على باطل كتعارف الناس كثيراً من المحرمات كفوائد البنوك، ولبس الحرير، والتختم بالذهب للرجال، والتبرج والسفور ونحو ذلك^(٢).

وقاعدة (تغير الأحكام بتغير الأعراف) إنها هي في المسائل المبنية على العرف وحده، فإن حكمها يتغير لتغير مناط الحكم فيها. وإذا تأملنا في مسألتنا وجدناها غير داخلة في ذلك.

ثالثاً: يقول الدكتور الصديق الضير: «مَنْ النَّاسُ الَّذِينَ تَعَارَفُوا عَلَى أَخْذِ الْأَجْرِ عَلَى خُطَابِ الضَّمَانِ؟ أَلَيْسُوا هُمْ أَصْحَابُ الْبَنُوكِ الرَّبُوبِيَّةِ الَّذِينَ تَعَارَفُوا وَتَرَاضَوْا عَلَى أَخْذِ الْأَجْرِ عَلَى الْقَرْضِ»^(٣).

رابعاً: لو قيل بهذا في الضمان لسرى أيضاً على كثير من المحرمات التي تعارف عليها الناس، ولأدى ذلك إلى تبديل الشريعة وتغيير أحكامها. ونحن لا ننكر وجود نوع من التغير في أحوال الناس بالنسبة للضمان. كما لا ننكر تغير الحكم فيما لو كان مبنياً على العرف وحده، ولكن الأمر ليس كذلك.

والذي ظهر لي بعد هذه المناقشات والأجوبة أن هذا الدليل ليس بالقوي، فلا يصلح الاعتماد عليه وحده في ثبوت الحكم، ولهذا كثر في مناقشة الأجوبة الاستناد إلى ما يؤول إليه أخذ العوض على الضمان من

(١) المبسوط (١٠/١٤٦).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩٤)، والمدخل الفقهي العام (١/٨٦٤)، وأثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح عوض (ص ٢٠٥).

(٣) مجلة دراسات اقتصادية إسلامية (ص ٣٠).

محذور، وعدَّ بعضهم الاستدلال به صورة من صور المصادرة حيث جعلت الدعوى دليلاً^(١).

الدليل الرابع: أن الضامن لم يبذل شيئاً متقوماً يستحق أخذ العوض عليه، حيث لم يبذل ما لا على وجه المتاجرة فيستحق العوض عليه، ولا عملاً فيستحق عليه الأجر، وإنما كان منه مجرد الالتزام بأداء ما وجب في ذمة المضمون عنه من الدين، فكان أخذه للعوض دون مقابل، فلم يكن داخلياً في عموم ما أباح الله من التجارات في قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبقي تحت عموم قوله: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

يقول السرخسي: «فإن الطالب ليس يستوجب هذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته»^(٢).

وقال الماوردي: «لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً»^(٣).

ويقول الشيخ علي الخفيف: «وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطي بكفالته شيئاً يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له، وإنما التزم متبرعاً بأداء ما على المكفول عنه من الدين...»^(٤).

(١) انظر: خطاب الضمان للدكتور زكريا البري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١٠٢/٢/٢)، ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة للشنقيطي (ص ٣٣٣).

و«المصادرة على المطلوب هي التي تجعل النتيجة جزء القياس، نحو الإنسان بشر، وكل بشر ضحاك، ينتج أنه ضحاك، فالكبرى هنا والمطلوب شيء واحد إذ البشر والإنسان مترادفان»، التعريفات للجرجاني (ص ٢١٦)، والتوقيف على مهيات التعاريف (ص ٣٠٧).

(٢) المبسوط (٣٢/٢٠).

(٣) الحاوي الكبير (٤٤٣/٦).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الثاني (ص ٢٢)، ويلاحظ هنا أنه حكى أقوال الفقهاء ولم يجزم برأيه خلافاً لما صرح به في كتابه (التأمين) حيث جزم بالجواز.

المناقشة:

ونوقش بأن: «الضمان عمل محترم، يكلف الضامن مسؤولية، ويلقي عليه عبئاً، ويفيد المضمون فائدة كبيرة تفوق فائدته من دراسة جدوى المشروع من نواحيه الاقتصادية والفنية، ولذلك ينبغي أن يكون عملاً يمكن تقويمه بالمال، ويمكن أخذ الأجر عليه»^(١).

ويجاب عن ذلك بما يأتي:

أولاً: إن أريد بأن الضمان ذاته عمل فليس ذلك بصحيح، بل هو مجرد التزام بأداء الحق في حال عدم وفاء المضمون عنه.

وإن أريد بأن الضمان ربما يؤول إلى عمل وهو الوفاء عن المضمون عنه فهو صحيح، ولكن الضامن في هذه الحال مقرض، واشتراط العوض على القرض حرام بالإجماع.

ثانياً: لو سلمنا بذلك فإنه لا يكفي للقول بالجواز وجود السبب فقط، بل وجود السبب وانتفاء المانع، وقد تبين مما سبق أن المانع موجود.

ثالثاً: أن المعاني المذكورة موجودة في القرض، بل وأبلغ فإن إحسان المقرض إلى المقرض أبلغ من إحسان الضامن إلى المضمون عنه غالباً، ولم يكن ذلك مسوغاً لأخذ العوض عليه.

الدليل الخامس: أن أخذ العوض على الضمان غرر.

يقول المازري: «ذلك من بياعات الغرر، لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل بمئة لم يدر هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مئة ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة ويفوز بالعشرة»^(٢).

(١) جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة المجمع (١١٤٧/٢/٢).

(٢) شرح منح الجليل (٣/٢٦٥)، وانظر: البيان والتحصيل (١١/٢٩٠)، وحاشية الباني على شرح الزرقاني (٦/٣٢).

وبيان ذلك: أن شرط العوض في الضمان يقبله إلى معاوضة، فإذا كان عوض الضمان مثلاً عشرة، والمبلغ المضمون مئة، ومآل سداد الدين مجهولاً فقد يُسدد المضمون عنه فيفوز الضامن بالعشرة وهي عوض الضمان، وقد يفلس أو يغيب فيتحمل الضامن المئة ولم يأخذ إلا عشرة.

المناقشة:

نوقش: بأن الأجر الذي يأخذه الضامن ليس عوضاً عن الدين المكفول به إذا آذاه الضامن لرب الدين، بل هو عوض عن التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء آذاه عن المكفول أم لم يؤدّه^(١).

ويجاب عن ذلك من أربعة وجوه:

- الوجه الأول: أن الالتزام المجرد لا وجود له إلا في الذهن، وأما في الواقع فإن الالتزام لا ينفك عند إنشائه عن الشيء الملتزم به، والشيء الملتزم به هو وفاء الضامن ما في ذمة المضمون ثم الرجوع عليه ومطالبته، وهذا هو القرض، فالعوض في الحقيقة عوض عن الالتزام بالإقراض، وتخلّف الإقراض الفعلي في نهاية الأمر لا يجرد الالتزام عن الشيء الملتزم به في البداية، ولا يخرج عن كونه ملتزماً بالإقراض.

- الوجه الثاني: لا بد من إثبات الدليل على أن الالتزام يصلح أن يعتاض عنه.

- الوجه الثالث: لو سلّم في بعض الالتزامات صلاحيتها لأن تكون محلاً للمعاوضة فلا بد من السلامة من المآل الممنوع وهذا غير موجود في أخذ العوض على الضمان.

- الوجه الرابع: إذا تقرر أن مجرد الالتزام هنا لا يصلح أن يكون محلاً

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٣٠٦).

للمعاوضة فإنه: «عندما يطلب شخص من آخر أن يضمه بجعل فالضامن بصدد احتمالات أربعة:

١. أن يقوم المضمون 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 الأربعة حاضرة في نفس الكفيل قطعاً، وهو يخاطر تبعاً لتقديراته في ملاءة المكفول وثقته وأمانته وسمعته، فمع هذه الاحتمالات الأربعة قد تحقق الغرر قطعاً، والدخول في معاملة مبنية على الغرر محرم في المعاوضات»^(١).

الدليل السادس: قال السرخسي في التعليل للمنع: «وهذا لأنه رشوة، والرشوة حرام، فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته»^(٢).

ونوقش: بعدم التسليم بكون ذلك من الرشوة لأن الرشوة هي: «ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل»^(٣)، وليس في إعطاء الجعل على الضمان شيء من ذلك، ولا يقصد به التوصل إليه^(٤).

(١) تعليق: محمد المختار السلامي على بحث نزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، (١٢/١٣١).

(٢) المبسوط (٢٠/٣٢).

(٣) التعريفات للجرجاني (ص ٥٩).

(٤) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان (ص ٣٠٤).



الدليل السابع: الإجماع.

وهو من أقوى الأدلة، وإنما أخرته في الذكر لأنه يستند إلى ما ذكر قبله من الأدلة.

وقد حكى الإجماع أو عدم العلم بالخلاف غير واحد:

- قال ابن المنذر: «أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذ الحميل لا تجوز»^(١).
- وقال أبو الحسن بن القطان: «وأجمعوا أن الحمالة بجعل يأخذ الحميل لا يجمل ولا يجوز»^(٢).
- وقال القرافي: «لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه ممتنع»^(٣).
- وقال الخطاب: «ولا خلاف في منع ضمان بجعل»^(٤).
- كما حكاه من المالكية الخرشي والزرقاني والدردير وغيرهم^(٥).

المناقشة:

نوقشت حكاية الإجماع في المسألة من خمسة وجوه:

- الوجه الأول: أن ابن المنذر كان دقيقاً في عبارته حيث قال: «أجمع من نحفظ عنه» فهل من يحفظ عنهم ابن المنذر ينعقد بما يتفقون عليه الإجماع؟^(٦)

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/ ١٢٠).

(٢) الإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ١٧٣).

(٣) الذخيرة (٩/ ٢١٤).

(٤) مواهب الجليل (٤/ ٣٩١).

(٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٩٤)، وشرح الزرقاني على مختصر خليل (٥/ ٩٩)، والشرح الكبير (٣/ ٧٧).

(٦) التأمين بين الحلال والحرام لابن منيع (ص ٢٢).

- الوجه الثاني: أنه ورد عن بعض المتأخرين الذين لا يحتج بنقلهم الإجماع، أو عمن عرف عنه حكاية الإجماع في مسائل خلافية مشهورة^(١).

- الوجه الثالث: أن ابن المنذر ممن يرى انعقاد الإجماع مع مخالفة الواحد والاثنين، وهو مذهب جماعة من المتقدمين كابن جرير ومحمد بن نصر المروزي وأبي بكر الرازي وأبي الحسن الخياط من المعتزلة وأحمد بن حنبل في رواية عنه^(٢).

- الوجه الرابع: أن بعض حكايات الإجماع كالمقول عن بعض المالكية ربما تكون من الإجماعات المذهبية.

ويجاب عن ذلك:

بأن الاستقراء لأقوال غير المعاصرين في هذه المسألة أنتج عدة أمور:

الأول: حكاية الإجماع على القول بالمنع.

الثاني: تواطؤ أتباع المذاهب على ذلك.

الثالث: العلم بعدم المخالف.

وغالب الإجماعات الفقهية تثبت بمثل هذا، فإن الإجماع اللفظي من قبل جميع العلماء في مثل هذه المسائل لا يكاد يوجد، وحينئذ فعلى من يدعي الخلاف فيما حُكي فيه الإجماع أن يبيّن المخالف ويوثق قوله لينظر في صحة النقل وكونه قادحاً في الإجماع، لا أن يكتفي بمجرد الدعوى في مقابل اتفاق من سبقه على خلاف ذلك مع طول الزمن واستدراك العلماء بعضهم على بعض عادة في مثل ذلك.

(١) انظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، م ١١، ع ١، (ص ٤١).

(٢) انظر: المحصول للرازي (٤/ ١٨١)، الأحكام للآمدي (١/ ٢٣٥)، والبحر المحيط (٦/ ٤٣٢)، ومقدمة الإجماع لابن المنذر (ص ١٢)، تحقيق: د. أبو حماد حنيف، ومقدمة الإجماع لابن المنذر (ص ١٦)، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم.



- الوجه الخامس: ليس القدح في ثبوت الإجماع بمجرد الدعوى، بل لأننا وجدنا من يخالف فيها من المتقدمين، وهو إسحاق بن راهويه وبعض المالكية.

المناقشة:

نظراً لأهمية التحقق من صحة هاتين النسبتين وطول الكلام فيهما، فإني سأخص كل واحدة منهما بمسألة:

• المسألة الأولى: نسبة القول بالجواز إلى إسحاق بن راهويه.

يقول الدكتور نزيه حماد: «نقل الماوردي في الحاوي عن إسحاق بن راهويه أن الضمان بشرط الجعل صحيح»^(١).

ويقول عبد الله بن منيع: «القول بمنع أخذ الأجرة على الضمان ليس محل إجماع بين أهل العلم وإن ذكر ذلك ابن المنذر - رحمه الله - فقد قال بجوازه الإمام إسحاق بن راهويه»^(٢).

المناقشة: يحسن بنا حتى نتأكد من صحة هذه النسبة نقل ما ورد عن إسحاق في هذه القضية بنصه، وذلك أن قوله قد ذكره ثلاثة من العلماء.

قال تلميذه إسحاق بن منصور الكوسج: «قلت: قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة ويرد عليه ألف درهم، قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق، قال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»^(٣).

وقال ابن المنذر: «أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز، واختلفوا في ثبوت الضمان على

(١) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٢٨٤).

(٢) التأمين بين الحلال والحرام (ص ٢١).

(٣) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، رواية إسحاق بن منصور الكوسج (١٧٦/٢).

الشرط فكان الثوري يقول: إذا قال الرجل للرجل: اكفل عني ولك ألف درهم فإن الكفالة جائزة وترد إليه الألف درهم... وقال أحمد في مسألة الكفالة: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق، وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»^(١).

وقال الماوردي: «لو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجوز وكان الجعل باطلاً، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه»^(٢).

هذا مجموع ما ذكر عنه في هذه المسألة وإذا تأملناه لاحظنا الآتي:
أولاً: أن الكوسج وابن المنذر نقلًا عبارته بالنص، وأما الماوردي فقد ذكر ما فهمه من كلامه.

ثانياً: عبارة إسحاق: «ما أعطاه من شيء فهو حسن» محمولة على ما يعطيه المضمون للضامن مكافأة له على معرفته عليه دون شرط لفظي أو عرفي، وهذا أمر سائغ في القرض بضوابطه المعروفة، فلأن يكون سائغاً في الضمان الذي قد يؤول إلى القرض من باب أولى.

ويدل على أن مقصوده هذا:

(أ) قوله: «من شيء» وهذا يصدق على أي شيء، ولو كان يرى صحة اشتراط العوض على الضمان لألزمه بالمقدار المشترط.

(ب) قوله: «فهو حسن» ولو كان وفاء بالشرط الصحيح لكان لازماً.

(ج) أن ابن المنذر حكى الإجماع في المسألة ثم ذكر كلام إسحاق، وهذه قرينة ظاهرة على أنه لم يفهم من قوله ما يخل بالإجماع.

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/١٢٠).

(٢) الحاوي الكبير (٦/٤٤٣).



(د) أن إسحاق كره أخذ الأجرة لمن يتوسط في الاقتراض لغيره فلا أن يكره أخذ الأجرة على الضمان الذي يؤول إلى القرض نفسه من باب أولى، وقد ذكر الكوسج هذه المسألة في سياق ذكر مسألة أخذ العوض على الضمان فقال: «قلت: قال: (١): وإذا قال: استقرض لي من فلان ألف درهم ولك عشرة دراهم: هذا لا خير فيه، لأنه قرض جر منفعة، قال أحمد: هذا أجبر لا بأس به، قال إسحاق (٢): أكرهه» (٣).

ثالثاً: نسبة القول بالجواز إلى إسحاق بناء على كلام الماوردي ليست ظاهرة؛ لأن العلماء - مع اتفاقهم على تحريم أخذ العوض على الضمان - اختلفوا في تأثير ذلك في العقد فمنهم من أبطل العقد والشرط معاً، ومنهم من أبطل الشرط وصحح العقد، وهذا واضح مما سبق نقله من كلام الفقهاء في المطلب الأول.

والماوردي ذكر المسألتين فقال: «لو أمره بالضمان عنه بجعل له لم يجز» فهذه في عدم جواز أخذ الجعل على الضمان، ثم قال: «وكان الجعل باطلاً والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً» فهذا في تأثير التحريم، هل يقتصر على إبطال الشرط وهو الجعل أم يتعداه إلى إبطال العقد مع الشرط؟ ثم قال: «بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه» أي من قصر الفساد على الشرط فقط دون العقد، فإن قيل: ما ذكره الماوردي يمتثل الأمرين معاً، فحملة على أحدهما تحكّم، ومما يؤيد حملة على الخلاف في أصل المسألة لا تأثير الشرط أنه لم ينسبه إلا إلى إسحاق، ولو كان يقصد المخالفة في أثر الشرط

(١) القائل: الثوري.

(٢) أي ابن راهويه.

(٣) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه برواية الكوسج (ص ٥١٩)، والإشراف على مذاهب أهل العلم (١/ ١٢٠)، وانظر: تعليق محمد المختار السلامي على بحث نزيه هاد، منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي (١٢/ ١٢٤).

على العقد لعمم في ذكر الخلاف حيث لم ينفرد إسحاق بالمخالفة في هذا الأمر كما هو ظاهر عبارات الفقهاء التي سبق ذكرها.

والجواب: لا ننكر ورود هذا الاحتمال في كلام الماوردي ولكنه احتمال ضعيف لأمر:

١. أن الأصل عود الكلام إلى أقرب مذكور.

٢. أننا وجدنا كلام إسحاق بن راهويه بحروفه، ونقله عنه تلميذه دون واسطة، وتبين لنا المقصود منه، فكيف نترك ذلك ثم نأخذ مذهبه من عبارة متأخرة في زمنها ومحملة في مدلولها؟.

• المسألة الثانية: نسبة القول بالجواز إلى بعض المالكية.

فهم بعض المعاصرين من بعض أقوال فقهاء المالكية وجود خلاف عندهم في المسألة، وإجازة بعضهم صوراً من أخذ الأجر على الضمان.

وبيان ذلك:

أولاً: نسب أحد الباحثين القول بجواز الكفالة بأجر إلى ابن الحاجب المالكي وأحال على كتاب التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل^(١).

المناقشة: رجعت إلى الموضوع المحال عليه من كتاب التاج والإكليل فوجدته قرر منع أخذ الجعل على الضمان ونقل نقولاً في ذلك ومنها: «قال ابن الحاجب: يجوز ضمان بجعل، ولذلك امتنع أن يضمن أحدهما صاحبه ليضمنه الآخر، أما لو اشترى سلعة بينهما بالسواء لجاز للعمل...»^(٢).

وهذا خطأ مطبعي لا شك فيه وذلك للأمر الآتية:

١. أن التعليل المذكور لتعليل للمنع لا للجواز.

(١) انظر: الكفالة بأجر، لسعد الضحيان، وقد كرر نسبة القول إليه في (ص ٣٧، ٤٧، ٥٥).

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، مطبوع في هامش مواهب الجليل (٥/ ١١١).

٢. قوله بعد ذلك: «أما لو اشترى سلعة بينها بالسواء لجاز للعمل».
وهو استثناء من عدم الجواز المذكور في أول الكلام.
٣. أن العبارة نفسها موجودة في كتاب ابن الحاجب جامع الأمهات
بنفي الجواز لا بإثباته^(١).
٤. أن المالكية لم يذكروا في المسألة خلافاً بل حكوا فيها الإجماع.

ثانياً: فهم الدكتور نزيه حماد من قول لأحد المالكية وجود خلاف عندهم في المسألة، يقول الدكتور: «أما في عصرنا الحاضر فقد أصبح الضمان متقوماً في العرف التجاري، وعلى ذلك ينبغي القول بهاليتيه ومشروعية المعاوضة عنه بهال... وذلك موافق لقول مشهور آخر في مذهب المالكية حكاه ابن راشد القفصي من أئمة المالكية في معرض كلامه عن حظر بيع الآجال التي تعني القصد إلى ظاهر جائز ليتوصل به إلى باطن ممنوع فقال: «وقد منع من ذلك مالك حسماً للذريعة، والأصل أن تنظر إلى ما خرج من اليد وما رجع إليها وتقابل أحدهما بالآخر، فإن كان مما لو ابتداء المعاملة عليه جاز فأجز، وإلا فامنع إن كان الوجه مما يكثر القصد إليه كالبيع والسلف، وإن كان مما يقلل ضمان بجعل فقولان مشهوران، وإن كان مما يبعد جداً كأسلفني وأسلفك فالمشهور الجواز خلافاً لابن الماجشون»^(٢).

المناقشة: لو تأمل الدكتور - وفقه الله - الكلام الذي نقله ورجع إلى كلام المالكية في بيع الآجال لوجد أن الخلاف المذكور في بيع جائز يؤدي إلى ضمان بجعل، وليس في أخذ الجعل على الضمان، وقد أوضحوا هذا الأمر غاية الإيضاح، وبيّنوا مورد الخلاف ومورد الإجماع في الموضوع نفسه.

(١) جامع الأمهات لابن الحاجب (ص ٣٩١) بتحقيق وتعليق أبي عبد الرحمن الأخضر الأخرسي، ط ١، ١٤١٩هـ.

(٢) في فقه المعاملات المالية والمصرفية للدكتور نزيه حماد (ص ٢٠٣)، وانظر كلام القفصي في: لباب اللباب له (ص ١٤٤).

قال خليل: «ومنع للتهمة ما كثر قصده كبيع وسلف، وسلف بمنفعة لا ما قلّ كضمان بجعل وأسلفني وأسلفك»^(١).

قال الخطاب شارحاً قوله: «لا قلّ كضمان بجعل»: «لما ذكر مفهوم قوله كثر قصده ذكر أن ما أدى إلى ما قلّ قصده لا يمنع وكان ذلك مختلفاً فيه ومنقسماً إلى قسمين أحدهما أضعف من الآخر، وكان الحكم فيهما على المشهور واحداً تَبَّه على ذلك بقوله لا قلّ أي القصد إليه، وهو على قسمين لأنه إما أن يكون القصد إليه بعيداً جداً أو لا يكون بعيداً جداً، بل يكفي أن يقصد، فالثاني المؤدي إلى ضمان بجعل مثل أن يبيع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر ثم يشتري منه عند الأجل أو قبله ثوباً بالعشرة فأل أمره إلى أنه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما إلى أجل ويكون الثاني جعلاً له على الضمان، وحكى ابن بشير وابن شاس في ذلك قولين، وحكى ابن الحاجب القولين من غير تشهير إلا أنه قال في التوضيح: ظاهر المذهب الجواز لبعده، واقتصر في هذا المختصر عليه، ولا خلاف في منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا تفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت»^(٢).

وقال الخرشي: «أي كل ما قلّ القصد إليه لا يمتنع للتهمة عليه وإنما يمتنع صريحه، وقوله: كضمان بجعل وأسلفني وأسلفك أي كتهمة ضمان بجعل وتهمة أسلفني وأسلفك، مثال الأول أن يبيعه ثوبين بعشرة لشهر ثم يشتري منه أحدهما بالعشرة عند الأجل أو قبله، فقد آل أمره إلى أنه دفع ثوبين ليضمن له أحدهما بثوب إلى الأجل لأنه يخشى عليه من السرقة أو التلف مثلاً، ولا خلاف أن صريح ضمان بجعل ممنوع»^(٣).

(١) مختصر خليل، مطبوع مع جواهر الإكليل (٢/٢٨).

(٢) مواهب الجليل (٤/٣٩١).

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي (٥/٩٤).

وقال الدردير: «كضمان بجعل أي كبيع جائز في الظاهر يؤدي لذلك...
وأما صريح ضمان بجعل فلا خلاف في منعه»^(١).

وقال الدسوقي: «وقوله كضمان بجعل... إلخ مثال لما قلّ وفي الكلام
حذف أي كبيع جائز مؤد لضمان بجعل... حكى ابن بشير وابن شاس في
البيع المؤدي لضمان بجعل قولين مشهورين»^(٢).

وبهذه النقول يظهر بوضوح أن الخلاف المذكور عندهم في بيع جائز
يؤدي إلى ضمان بجعل، وليس في أخذ العوض على الضمان ذاته.

وعبارة ابن راشد القفصي التي ذكرها الدكتور واضحة في هذا الأمر فهو
يتكلم في بيوع الآجال: «وهي بيوع ظاهرها الجواز لكنها تؤدي إلى ممنوع»^(٣).

ومن الممنوع الذي تؤدي إليه الضمان بجعل.

ثالثاً: يقول الشيخ أحمد علي عبد الله: «ومما يدل على أن الحكم بعدم
جواز أخذ الأجر على الضمان لم يكن صحيحاً على إطلاق ما ثبت من أن
بعض الفقهاء جوّزوا صوراً من أخذ الأجر على الضمان تمشياً مع تبريرات
التعامل التي واجهتهم، من ذلك مثلاً:

١. في الخطّاب: وفي التوضيح إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئاً
على أن يعطي حميلاً فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم،
وعن أشهب في العتبية أنه لا يصح، وعنه أيضاً أنه كرهه، وقال
اللخمي وغيره: الجواز أيبين»^(٤).

(١) الشرح الكبير (٣/٧٧).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٧٧)، وانظر: الفروق للقرافي (٣/٢٦٨)، والتاج
والإكليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل (٤/٣٩١)، ومنح الجليل (٥/٧٨)، وبلغة السالك
(٣/١١٧)، وجواهر الإكليل (٢/٢٩).

(٣) الشرح الكبير (٣/٧٦).

(٤) مواهب الجليل (٥/١١٢).

٢. وقال ابن غازي: إن الجعل لو كان من رب الدين للمديان لصح فأحرى إذا كان من غيره^(١).
٣. ولابن القاسم في العتبية: لا بأس أن تقول: خذ هذه العشرة دنانير وأعطني بها عليك حميلاً ورهنًا، وعلى أحد أقوال مالك لا يجوز^(٢).
٤. ولمحمد عن أشهب: من له على رجل عشرة دنانير لأجل فأسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهنًا أو حميلاً فلا بأس به، وقال ابن القاسم: لا يجوز اللخمي لأن أخذه الحميل خوف عسر الغريم عند الأجل فيجب تأخيره، فأخذه الحميل بما وضع مثل: ضع وتعجل^(٣).

ثم قال بعد هذه النقول وغيرها: «وكل هذه الأمثال فيها أجر على الضمان، ولكنه بدلاً من أن يتحرك من المضمون للضامن تحرك العوض من المضمون له إلى المضمون، وفيها شراء من قبل رب الدين للضمان بعوض، فإذا جاز ذلك هنا وفيها وضعية من الدين في مقابل الضمان فلم لا يجوز هناك يا ترى»^(٤).

المناقشة: المسائل المذكورة - رغم خلاف المالكية أنفسهم في جوازها - إلا أنها مختلفة عن المسألة محل البحث لأن محل البحث في العوض الذي يأخذه الضامن في مقابل التزامه بوفاء ما في ذمة غيره، فيمنع لأنه يفضي إلى قرض جر نفعاً، وأما المسائل المذكورة فالذي يأخذ العوض فيها هو المضمون عنه أي من عليه الدين، فلن يقوم هو بالوفاء عن غيره ولا يؤدي أخذه العوض إلى المحذور وهو القرض الجار للمنفعة.

(١) المرجع نفسه (١١٣/٥).

(٢) المرجع نفسه (١١٣/٥).

(٣) المرجع السابق (١١٣/٥).

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١٣٩/٢/٢ - ١١٤١).

ومما يزيد هذا المعنى وضوحاً أن العلماء لم يختلفوا في تحريم اشتراط المقرض على المقرض نفعاً^(١)، بينما نصّ كثير منهم على جواز اشتراط المقرض ما ينتفع به وحده، واختلفوا فيما ينتفعان به جميعاً، والمنع من أخذ العوض على الضمان مبني على المنع من أخذ العوض على القرض. قال ابن عبد البر: «ولا بأس أن يشترط المستسلف ما ينتفع به من القضاء في موضع آخر ونحو ذلك، قال مالك: فإن كان المقرض هو المشتري لما ينتفع به لم يجز ذلك ولا خير فيه»^(٢).

ونص على الجوز بعض فقهاء الشافعية والحنابلة^(٣).



(١) سبق توثيق الإجماع عند ذكر الدليل الأول للمانعين.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٢/٧٢٩)، وانظر: الذخيرة للقرافي (٥/٢٩٠)، والشرح الكبير للدردير (٣/٢٢٦).

(٣) انظر: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٥/٤٧)، والكافي لابن قدامة (٢/١٢٥)، والمنفعة في القرض للعمراني (ص ١٤٣-١٤٧).

المبحث الثاني القائلون بالجواز وأدلتهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول القائلون بالجواز

ذهب بعض المعاصرين إلى جواز أخذ العوض على الضمان، فقال إليه الشيخ عبد الرحمن بن سعدي في أحد قولييه وذكر أنه خلاف الأولى^(١). وقال به الشيخ علي الخفيف^(٢)، وعبد الله بن منيع^(٣)، وأحمد علي عبد الله^(٤)، وزكريا البري^(٥)، ومصطفى عبد الله الهمشري^(٦)، ومحمد مصطفى الشنقيطي^(٧).

(١) سيأتي النظر في مدى صحة نسبة الجواز إليه.

(٢) انظر: التأمين للشيخ علي الخفيف (ص ٩٥، ٩٦).

(٣) انظر: مجموع فتاوى وبحوث، من إعداد وتأليف الشيخ عبد الله المنيع (٣/ ٣٣١)، والتأمين بين الحلال والحرام، لعبد الله بن منيع (ص ٢١).

(٤) انظر: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني (٢/ ١١٤٦).

(٥) انظر: خطاب الضمان، منشور في مجلة المجمع، الدورة الثانية، العدد الثاني (٢/ ١١٠١).

(٦) انظر: الأعمال المصرفية والإسلام (ص ٢٢١).

(٧) انظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة (١/ ٣٣٦، ٣٣٧).

ومما يحسن ذكره هنا أن نسبة القول بالجواز إلى الشيخ عبد الرحمن بن سعدي مما يصعب الجزم به، وذلك بسبب اختلاف كلامه في المسألة، حيث جزم مرة بالمنع حين سئل: «إذا كان لإنسان غريم وأراد أن يستدين من غيره ولا يحصل ذلك إلا بضمان صاحب الدين، فهل يصح ضمانه؟» فأجاب: «لا يصح أن يستدين ويضمنه صاحب الطلب لأن هذا حيلة لقلب الدين بواسطة الغير، ولأن ضمانه للدين مجعول فيه عوض هو حصول الوفاء وذلك لا يجوز، ففيه مفسدتان كل واحدة تكفي في منعه فكيف إذا اجتمعتا»^(١).

ومال مرة إلى الجواز بتعبير غير جازم فقال: «قول الأصحاب -رحمهم الله- وله أخذ جعل على اقتراضه له بجاهه فيه نظر، فإنه لو قيل: أخذ الجعل على الكفالة لا عن الاقتراض لكان أولى، فإن الاقتراض من جنس الشفاعة وقد نهى الشارع عن أخذ الجعل فيها، وأما الكفالة فلا محذور في ذلك، ولكن الأولى عدم ذلك، والله أعلم»^(٢).

وللشيخ كلام ثالث تعجب فيه من التفريق بين هاتين المسألتين فقال: «قوله: «وإذا قال اقترض لي مئة ولك عشرة صح لأنها في مقابلة ما بذله من جاهه» فيه نظر فإن هذه الصورة داخلية في القرض الذي جرّ نفعاً، وهذا وسيلة قريبة إلى الربا المحض كما هو ظاهر، ومن العجائب أنها أولى بالامتناع من قوله: ولو قال اضممني فيها ولك ذلك لم يجز فما الفرق بين الأمرين؟»^(٣).

ومما سبق يظهر ما في الجزم بنسبة القول بالجواز إلى الشيخ من النظر، كما أنه لا يعلم هل هو متقدم على قوله بالمنع أم متأخر؟

(١) الفتاوى السعدية (ص ٣٩٢).

(٢) الفتاوى السعدية (ص ٣٧٤).

(٣) المختارات الجليلة ضمن: مجموع مؤلفات الشيخ عبد الرحمن السعدي (٢٦٨/٨).

وهاهنا ملحظ يحسن لفت النظر إليه، وهو أنه عبّر في المنع بالضمان وعبّر في الجواز بالكفالة، ومن المعلوم بأن الحنابلة يفرقون بينهما فيجعلون الضمان بالمال والكفالة بالبدن، وقد صرح السعدي بهذا الفرق في غير هذا الموضوع فقال: «لأن الكفالة بالبدن بخلاف الضمان»^(١) فهل يعتبر مورد الحكمين مختلفاً؟

هذا أمر محتمل إن قلنا بأن الكفالة بالبدن يقطع ابتداءً بأنها لا تؤول إلى ضمان المال عند عدم قيام الكفيل بأداء ما التزم به من إحضار المكفول، وأما على القول بأنها تؤول إلى ذلك فلا وجه للتفريق.

ومما يضعف إرادة الشيخ للتفريق بين الضمان والكفالة في الحكم تعبيره بالضمان في كلامه الذي تعجّب فيه من التفريق بين أخذ العوض على التوسط في الاقتراض وأخذ العوض على الضمان.

وعلى أية حال فإن صح الإجماع في المسألة لم تؤثر فيه مخالفة من خالف بعد انعقاده.

المطلب الثاني

أدلة القائلين بالجواز

استدل القائلون بالجواز بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبه عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فردّه فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إنه استغله منذ زمن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»^(٢).

(١) الفتاوى السعدية (ص ٣٩٢).

(٢) أخرجه الشافعي، مسند الشافعي (١/٢٤٣)، وأحمد في مسنده (٤٠/٢٧٢) (ح ٢٤٢٢٤)، =

وفي لفظ آخر: «الغلة بالضمان»^(١).

ووجه الاستدلال: أن الحديث يدل على أن من يتحمل تبعة ضمان شيء لو تلف فإن من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، وعلى هذا الأساس فإن الضامن يغرم للمضمون له عند عدم وفاء المضمون فكان من حقه أن يشارك في الغنم^(٢).

المناقشة:

يناقش الاستدلال بهذا الحديث من خمسة وجوه:

- الوجه الأول: أن الحديث يتعلق بضمان الأعيان المعقود عليها - كما هو واضح من سببه - فإن دخول هذه الأعيان في ضمان المشتري بحيث يضمن تلفها ويتحمل مؤونها سبب لاستحقاقه ما يخرج منها من غلات ومنافع، إذ الغنم بالغرم.

يقول الزركشي: «هو حديث صحيح، ومعناه: ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم»^(٣).

وأما الضمان الذي هو موضع الكلام هنا فهو ضمان ما في ذمم الآخرين من ديون والفرق بين المسألتين ظاهر.

= وأبو داود في سننه (٢٨٤/٣) ح (٣٥٠٨)، والترمذي في سننه (٥٧٣/٣) ح (١٢٨٥)، وقال:

حديث حسن صحيح، وابن ماجه في سننه (٧٣٥/٢) ح (٢٢٤٣)، والدارقطني في سننه (٥/٤) ح (٣٠٠٤)، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير (٢٢/٣).

(١) أخرجه أحمد في المسند (٥٩/٤١) ح (٢٤٥١٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٣٧٣/٤) ح (٢١١٨٢)، والحاكم في المستدرک (١٨/٢) ح (٢١٧٧).

(٢) انظر: الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي (ص ٥٩-٦١)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١٠٤/٢/٢)، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عثمان شبير (ص ٢٥٧).

(٣) المثور في القواعد (١١٩/٢)، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٢٥٥).

- الوجه الثاني: أن الخراج والغلة المذكورين في الحديث حاصلان من عين معيّنة دخلت في الضمان، والضمان في المسألة المبحوثة ليس متعلقاً بعين معينة تخرج منها غلة، بل بدين في الذمة غير متعين، ولا يصح أن تنسب الغلة إليه.

- الوجه الثالث: أن الضمان المذكور في الحديث تابع للملك، فاستحقاق الغلة فيه ليس بالضمان وحده، بل بالملك والضمان جميعاً، ومن القواعد أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً، وقد أوضح العلماء هذا الأمر.

يقول الزركشي بعد أن بين معنى الحديث: «وقد ذكروا على هذا التقرير سؤالين:

الأول: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تمّ العقد أو انفسخ إذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد منهم بذلك، وإنما يكون له إذا تم العقد حينئذ، وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك، وبعده بالضمان والملك جميعاً، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري.

الثاني: لو كانت العلة الضمان لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت العلة أشد كان الحكم فيها أولى... وأجيب بوجهين:

أحدهما: أنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكة إذا تلف تلف على ملكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب.

والثاني: أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل إذا أتلّفها فالخلاف في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف، وهذا جواب الإمام الشافعي ﷺ (١).

(١) المنشور في القواعد (٢/١١٩، ١٢٠)، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٣٦).

- الوجه الرابع: أن النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»^(١)، فحكم النبي ﷺ على الزعيم وهو الضامن بأنه غارم، ولو أعملنا فيه مقتضى حديث: «الخراج بالضمان» لجعلناه غارماً وغانماً.

- الوجه الخامس: أن استحقاق غلة المعقود عليه بسبب دخوله في ضمان المشتري لا يؤول إلى قرض، فلا يترتب عليه المحذور المترتب على أخذ العوض على ضمان ما في الذمم من ديون.

الدليل الثاني: عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»^(٢). وقد صححه الترمذي والنووي وابن تيمية وآخرون^(٣).

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يدخل في ضمان الإنسان، فيفهم منه أن الضمان سبب في استحقاق الربح^(٤).

المناقشة:

يحسن قبل المناقشة بيان معنى الجملة المستدل بها من الحديث، قال ابن الأثير: «ربح ما لم يضمن: هو أن يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها بربح، فلا يصح البيع ولا يحل الربح، لأنها في ضمان البائع الأول، وليست من ضمان الثاني فربحها وخسارتها للأول»^(٥).

(١) رواه أحمد في مسنده (٦٢٨/٣٦) (ح ٢٢٢٩٥)، وعبد الرزاق في المصنف (١٧٣/٨) (ح ١٤٧٦٧)، وابن ماجه (٨٠٤/٢) (ح ٢٤٠٥).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٥٣/١١) (ح ٦٦٧١)، وأبو داود في سننه (٢٨٣/٣) (ح ٣٥٠٤)، والترمذي في سننه (٥٢٧/٢) (ح ١٢٣٤)، والدارقطني في سننه (٤٦/٤) (ح ٣٠٧٣)، والنسائي (٢٩٥/٧) (ح ٤٦٣٠).

(٣) انظر: سنن الترمذي (٥٢٧/٢)، والمجموع (٣٧٦/٩)، ومجموع الفتاوى (٨٤/٣٠).

(٤) انظر: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة المجمع (١١٤٤/٢/٢).

(٥) النهاية في غريب الحديث والأثر (٢٨٢/٢)، وانظر: المبدع شرح المقنع (١٣/٤)، ونيل الأوطار (٢٤٢/٥).

ويناقد الاستدلال به بالوجه الخمسة التي سبق ذكرها في مناقشة الاستدلال بحديث: «الخراج بالضمان».

علماً بأن الاستدلال بهذا الحديث أضعف من الاستدلال بالحديث السابق لأنه استدلال بالمفهوم حيث إن الحديث يدل على أن دخول العين في ضمان المشتري شرط للاسترباح منها، ولكنه لا يدل على أن الضمان سبب لاستحقاق الربح.

الدليل الثالث: جاء في المدونة: «قال ابن جريج قال ابن شهاب قال: كان عثمان وعبد الرحمن بن عوف من أجْدَّ^(١) أصحاب رسول الله ﷺ في البيع، فكان الناس يقولون: ليتها قد تبايعا، حتى ننظر أيهما أجْدَّ، فابتاع عبد الرحمن بن عثمان بن عفان فرساً غائبة باثني عشر ألفاً، إن كانت هذا اليوم صحيحة فهي منِّي - ولا إخال عبد الرحمن إلا وقد كان عرفها - ثم إن عبد الرحمن قال لعثمان: هل لك أن أزيدك أربعة آلاف وهي منك حتى يقبضها رسولي؟ قال: نعم، فزاده عبد الرحمن أربعة آلاف على ذلك، فماتت، وقدم رسول عبد الرحمن، فعلم الناس أن عبد الرحمن أجْدَّ من عثمان، وأخبرني ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب قال: وإنه وجد الفرس حين خلع رسنها قد هلكت فكانت من البائع»^(٢).

يقول الدكتور نزيه حماد: «من الواضح في هذا النص أن عثمان بن عفان باع عبد الرحمن بن عوف التزامه بضمان فرسه حتى يأتي رسول عبد الرحمن لقبضها بعد أن خرجت من ملكه وضمانه بعقد البيع بأربعة آلاف درهم، وعلى ذلك فلما ماتت كان غرم هلاكها من ماله بموجب المعاوضة عن

(١) أجْدَّ: إما أن يكون من الجَدَّ بكسر الجيم والمعنى: من أكثرهم اجتهاداً، وإما أن يكون من الجَدَّ بمعنى الحظ: والمعنى من أحظهم في البيع، وهو الأظهر.

(٢) المدونة (٣/٢٥٦)، (٣/٣٢٧)، ولم أجده في غيرها.

الالتزام بالضمان، وحيث إنه لم يعرف مخالف أو منكر من الصحابة لما وقع مع علم الناس به كما جاء في الرواية كان ذلك إجماعاً سكوتياً منهم على جواز المعاوضة عن الالتزام بتحمل تبعه هلاك مال الغير^(١).

المناقشة:

يناقش الاستدلال بهذا الأثر من ثلاثة وجوه:

- الوجه الأول: أن الضمان المذكور في الأثر تابع غير مستقل، فالعقد في أصله عقد بيع، ثم زيد في الثمن في مقابل أن تبقى العين على ضمان البائع حتى يقبضها رسول المشتري، وكلامنا في أخذ العوض على الضمان وحده، ومن القواعد أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

- الوجه الثاني: أن الأثر ورد في ضمان عين معينة، والضمان في المسألة المبحوثة وارد على دين في الذمة غير متعين.

- الوجه الثالث: أن الزيادة في الثمن من أجل بقاء العين مضمونة على البائع مدة معلومة لا يؤول إلى قرض، فلا يترتب عليه المحذور المترتب على أخذ العوض على ضمان ما في الذمم من ديون.

الدليل الرابع: أن الأصل في المعاملات الحل، ولم يرد نص يدل على تحريم أخذ العوض على الضمان.

يقول الشيخ علي الخفيف: «لم يرد بمنعه نص من كتاب أو سنة، فكان على أصل الإباحة»^(٢).

ويقول الشيخ عبد الله بن منيع: «القول بعدم جواز أخذ العوض

(١) المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل، ضمن بحوث له بعنوان: في فقه المعاملات المالية والمصرفية (ص ٢١٣)، وانظر: كتابة للشيخ عبد الله بن منيع عن هذه القصة في جريدة الرياض العدد ١٥٩٣٣ بتاريخ ١٥/٣/١٤٣٣هـ.

(٢) التأمين لعل الخفيف (ص ٩٥).

على الكفالة قول لا يستند - فيما نعلم - على نص من كتاب الله، ولا من سنة رسوله ﷺ، ولا من أقوال أصحاب رسول الله ﷺ، ولا من أفعالهم، والأصل في المعاملات الإباحة، ومن المعاملات الكفالة والضمان^(١).

وقال الدكتور نزيه حماد: «ومبلغ علمي أنه لا يوجد نص تشريعي يحظر أخذ الأجر على الضمان»^(٢).

وقال مثل ذلك أيضاً الدكتور زكريا البري^(٣).

المناقشة:

يناقش ذلك من وجهين:

- الوجه الأول: إن كان مقصود هؤلاء أنه لم يرد نص خاص صريح بتحريم ذلك فمسلم، ولكنه لا يلزم في إثبات الأحكام وجود ذلك، بل تثبت الأحكام بأنواع أخرى من الدلالات مفصلة في أصول الفقه.

- الوجه الثاني: ما سبق ذكره من أدلة المانعين كاف في النقل عن حكم الإباحة الأصلي، وإذا كان بعض ما ذكر من أدلة على المنع لم يسلم من مناقشة فإن عدم انتهاض بعض الأدلة أو ضعف دلالتها لا يقتضي الجواز مادام أنه قد سلم غيرها في الدلالة على المنع، حيث يكفي في إثبات الحكم الشرعي دليل واحد سالم من معارض.

يقول أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله -: «التمسك بمجرد استصحاب حال عدم أضعف الأدلة مطلقاً، وأدنى دليل يرجح عليه، كاستصحاب براءة الذمة في نفي الإيجاب أو التحريم، ومن الناس من لا يجوز التمسك

(١) مجموع فتاوى وبحوث، لعبد الله بن منيع (٣/ ٣٣١).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٣٠٠).

(٣) انظر: مجلة المجمع (٢/ ٢/ ١١٠١).

به في نفي الحكم، بل في دفع الخصم ومنعه، فيقول: أنا لا أثبت الإيجاب ولا أنفيه، بل أطلب من يثبته بالدليل أو أمنعه أو أدفعه عن إثبات إيجاب بلا دليل»^(١).

وقد سلم من أدلة المانعين مجموعة من الأدلة منها:

١. مصيره إلى قرض جر نفعاً وذلك ربا، فيكون داخلاً في عموم أدلة تحريم الربا.
٢. وجود الغرر، فيكون داخلاً في عموم ما نهي عنه من عقود الغرر.
٣. قياس الأولى على أخذ العوض على الإقراض الفعلي.
٤. اعتضد ذلك كله بالإجماع المحكي في المسألة.

الدليل الخامس: المصلحة المرسله.

يقول الشيخ علي الخفيف: «ولأنه أمر تدعو إليه المصلحة... وعلى هذا فإن أخذ العوض على الضمان وتحمل التبعة أمر مباح بالإباحة الأصلية، وجائز على ما فيه من مصلحة مرسله»^(٢).

ويقول الدكتور زكريا البري في حكم أخذ العوض على الضمان: «لا توجد فيه مفسدة، كما لا توجد مصلحة في تحريمه، بل إن المصلحة في إباحته وحلّه وصحته وفي إلزام المضمون به»^(٣).

وتوسع بعض المعاصرين في شرح استعمالاته والحاجة إليه^(٤).

(١) مجموع الفتاوى (٢٣/١٥، ١٦).

(٢) التأمين لعل الخفيف (ص ٩٦).

(٣) خطاب الضمان لزكريا البري، منشور في مجلة المجمع (٢/٢/١١٠١).

(٤) انظر: خطاب الضمان، للدكتور سامي حمود- منشور في مجلة المجمع (٢/٢/١١٢٢)، وخطاب الضمان لزكريا البري- مجلة المجمع (٢/٢/١١٠٢، ١١٠٣)، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول (ص ٤٢).

المنافشة:

يناقش الاستدلال بالمصلحة المرسله من أربعة وجوه:

- الوجه الأول: أن العلماء قسّموا المصالح من حيث اعتبار الشرع لها وعدمه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: المصالح المعتبرة، وهي المصالح التي اعتبرها الشارع ودلّت النصوص على مراعاته لها في الأحكام، وهذا النوع حجة عند الجميع.

القسم الثاني: المصالح الملغاة، وهي المصالح التي دلّ الشرع على إلغائها وعدم الاعتداد بها في الأحكام، وذلك لما تشتمل عليه من مفسدة أعظم منها أو لما يترتب عليها من تفويت مصلحة أعظم.

والضابط الذي يعرف به أن المصلحة ملغاة هو مخالفتها لنص أو إجماع أو قياس جلي.

وهذا النوع متفق على بطلانه وعدم الأخذ به.

القسم الثالث: المصلحة المرسله، وهي المصلحة المطلقة التي لم يرد نص باعتبارها أو إلغائها.

وفي ضبط هذا النوع والاحتجاج به خلاف كبير بين الأصوليين^(١).

وإذا تأملنا فيما ذكره المانعون من الأدلة تبين لنا أن المصلحة الموجودة في أخذ العوض على الضمان من النوع الثاني وهو المصالح الملغاة لمخالفتها للأدلة وللإجماع المحكي في المسألة.

(١) انظر: المستصفي (١/١٧٣)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/١٦٠)، والاعتصام للشاطبي (٢/١١٣)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤١)، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف (ص ٨٤-٨٨)، وأدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها للربيعه (ص ١٩١-١٩٥).



- الوجه الثاني: لو سلّمنا بأن المصالح المرسله حجة فإن العلماء اشترطوا للعمل بها: أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته، وأن تكون فيما عقل معناه، وأن تكون لحفظ أمر ضروري^(١). وهذه الشروط لا توجد مجتمعة في مسألتنا.

- الوجه الثالث: أن المصالح التي قيل بوجودها في أخذ العوض على الضمان يوجد مثلها في أخذ العوض على القرض، ولا يصح لأحد أن يقول بجواز ذلك في القرض لوجود هذه المصالح، لمصادمة ذلك للأدلة والإجماع الصريح، فكذلك يقال في الضمان.

- الوجه الرابع: ألا توجد بدائل لتحقيق المصالح المذكورة دون الحاجة إلى أخذ العوض على الضمان والوقوع في المحذور الشرعي؟

سؤال ينبغي لطلبة العلم الشرعي بالتعاون مع أهل الاختصاص من الاقتصاديين والممارسين للعمل المصرفي البحث في جوابه، دون وقوف على محاولة تسويغ واقع أوجدته أنظمة لا يقيم واضعوها للأحكام الإسلامية وزناً، ثم نقل تطبيقها إلى بلاد المسلمين.

الدليل السادس: الاستحسان، يقول الدكتور زكريا البري: «وإذا كان الأصل منع الأجر عند بعض الفقهاء فلم لا يجوز أخذه استحساناً واستثناء من القواعد الأصلية استناداً إلى المصلحة العامة والخاصة»^(٢).

المناقشة:

هذا الدليل في الحقيقة راجع إلى الدليل الذي قبله لأنه استحسان مبني على المصلحة وهذا نوع من أنواع الاستحسان حيث إنه ينقسم باعتبار مستنده إلى ستة أقسام ومنها: استحسان سنده المصلحة يقول الدكتور

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) مجلة المجمع، العدد ٢، (١١٠٤/٢).

عياض السلمي: «النزاع فيه مبني على النزاع في مستنده وهو المصلحة المرسلة»^(١).

قلت: وقد سبق أن المصلحة في أخذ العوض على الضمان مصلحة ملغاة لمعارضتها الأدلة والإجماع.

الدليل السابع: تخريج أخذ العوض على الضمان على ما أجاز به بعض العلماء من استحقاق الربح في شركة الوجوه، مع أنها لا تعتمد على مال ولا عمل، وإنما يستحق الربح فيها بالضمان، يقول الشيخ أحمد علي عبد الله: «الحنفية والحنابلة والزيدية قد أجازوا شركة الوجوه، وهي شركة لا تعتمد على مال ولا على عمل، وإنما تعتمد على وجهة الشركاء وثقة الناس في درجة التزامهم، وبهذه الثقة فقط يستحقون الربح، ولذلك يحتاج المانعون لعدم جواز شركة الوجوه بأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل وهاهنا لا مال ولا عمل، وأجاز أولئك أن تكون الوجوه والالتزام المترتب عليها سبباً للربح فلم لا يكون سبباً للأجر في خطابات الضمان»^(٢).

يقول ابن الهمام: «واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان»^(٣).

المناقشة:

يحسن بنا قبل المناقشة التعريف بشركة الوجوه، فهي: أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص ١٩٨)، وانظر في معنى الاستحسان وأنواعه والاحتجاج به: المستصفى (١/١٣٧)، وروضة الناظر (١/٤٧٢)، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/١٥٦-١٥٧)، والموافقات (٤/٢٠٥)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤١).

(٢) جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، لأحمد علي عبد الله في مجلة المجمع، العدد ٢، (١١٤٣/٢)، وانظر: خطاب الضمان لرفيق المصري في مجلة المجمع، العدد ٢، (١١١٧/٢)، وقضايا فقهية معاصرة لنزيه حماد (ص ٢٩٢).

(٣) فتح القدير (٦/١٩٠).

أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك وبيعان فما قسم الله تعالى فهو بينهما^(١).

وقد اختلف العلماء في حكمها فأجازها الحنفية والحنابلة ومنعها المالكية والشافعية.

وقد احتج المانعون بأدلة شبيهة ببعض ما سبق ذكره من أدلة المانعين من أخذ العوض على الضمان حيث قالوا: بأن الشركة لا بد فيها من مال أو عمل وكلاهما معدوم في شركة الوجوه، ولأن كل واحد من الشريكين عارض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة ولا عمل فهي فاسدة لما تشتمل عليه من الغرر، ولأنها شركة في الذمم فتكون من باب تحمل عني وأتحمل عنك وأسلفني وأسلفك فتصير ضماناً بجعل وسلفاً جر نفعاً^(٢).

فهؤلاء لا يرد عليهم هذا الدليل بل هو متفق مع ما قرروه من منع أخذ الجعل على الضمان، وأما على قول المجيزين فإنه يناقش تحريج أخذ العوض على الضمان على استحقاق الربح في شركة الوجوه من ثلاثة وجوه:

- الوجه الأول: لا نسلّم بأن شركة الوجوه لا تعتمد على عمل، بل هي معتمدة على عمل ووكالة وكفالة.

أما العمل فهو البيع والشراء والأخذ والعطاء والقيام بما يصلح المال بعد دخوله في ملك الشريكين، وأما الوكالة فإن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه، وأما الكفالة فإن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بالثمن.

وبناء على ذلك فلا يصح القول بأن شركة الوجوه تعتمد على الضمان

(١) المغني (٥/١٤)، وفتح القدير لابن الهمام (٦/١٨٩).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٢٦)، ونهاية المحتاج (٥/٥).

وحده، ولا أن الربح فيها مستحق به وحده.

قال ابن قدامة: «وأما شركة الوجوه فكلام الخرقى بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل، وهو قياس المذهب لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه، ولأنها تنعقد على العمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان، وقال القاضي: الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشتري؛ لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة، إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل، والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح، ولنا أنها شركة فيها عمل فجاز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات، وقول القاضي لا مال لهما يعملان فيه، قلنا: إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يأخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذلك ههنا»^(١).

- الوجه الثاني: أن الشريك في شركة الوجوه ملتزم بما يقتضيه عقد الشركة من المشاركة في الأرباح والخسائر، فكما أنه مستحق للربح إن حصل فهو متعرض للخسارة كذلك، وهذه قاعدة التجارة المباحة، ولهذا لا يجوز ضمان ربح معين لأحد الشريكين Ribحت الشركة أو خسرت، وأما في أخذ العوض على الضمان هنا فإن الضامن سيأخذ العوض على كل حال ربح المضمون عنه أو لا.

- الوجه الثالث: أن الضمان الموجود في شركة الوجوه تابع غير مستقل، فالعقد في الأصل عقد شركة من أجل تنمية المال وتحصيل الربح، وما يشترطه داخل في ملكهما جميعاً، فربحه تابع للملك ومستحق به أصالة، وبالضمان تبعاً.

(١) المغني (٧/١٣٩)، وانظر: الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور عبد العزيز الخياط (٢/٤٦)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ٢، (١٠٤٨/٢).



الدليل الثامن: قياس أخذ العوض على الضمان على أخذ العوض على بذل الجاه.

وبيان ذلك: أن بعض الفقهاء أجاز أخذ الأجر على الجاه، والضمان شقيق الجاه وشبيه به^(١).

سئل أبو عبد الله القوري من فقهاء المالكية عن ثمن الجاه فأجاب: «اختلف علماؤنا -رضوان الله عليهم أجمعين- في حكم ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر أو ترداد مشي فأخذ مثل أجر مثله في ذلك جائز وإلا حرم، وعلى كل تقدير لا ينبغي الإقدام عليه للتصدق به ولا لبناء مسجد ونحوهما، بل الأولى عدم الدخول في هذه المضايق»^(٢).

وسئل النووي عمن حبس ظلماً فبذل مالاً فيمن يتكلم في خلاصه بجاهه وبغيره هل يجوز؟ وهل نص عليه أحد من العلماء؟

فأجاب: «نعم يجوز، وصرح به جماعة منهم القاضي حسين، ونقله عنه القفال المروزي، قال: وهذه جعلالة مباحة وليس من باب الرشوة، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات»^(٣).

وقال ابن قدامة: «وإن قال: اقترض لي مئة ولك عشرة صح، لأنها جعلالة على ما بذله من جاهه»^(٤).

(١) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية - القسم الشرعي (١/٤٨٨) وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، لعبد الله العبادي، (ص ٣١٧)، والأعمال المصرفية والإسلام للهمشري (ص ٢٢٥)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/١١٣٣، ١١٤٢).

(٢) المعيار المعرب للونشريسي (٦/٢٣٩)، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٤٤).

(٣) فتاوى النووي (ص ١٦٢)، وانظر: الزواجر عن اقتراف الكبائر (٢/١٥٩).

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٢/١٢٧)، وانظر: المبدع (٤/٢١٣).

المناقشة:

يناقش هذا القياس من أربعة وجوه:

- الوجه الأول: عدم التسليم بحكم الأصل المقيس عليه، لأن أخذ العوض على بذل الجاه من جنس الأخذ على الشفاعة، وقد قال عليه السلام: «من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»^(١)، وقد قال بالمنع الثوري وإسحاق بن راهويه وبعض المالكية وبعض الحنابلة^(٢).

- الوجه الثاني: أن بعض من أجاز أخذ العوض على الجاه صرح بأن العوض في مقابل العمل والجهد الذي يبذله صاحب الجاه، ونحن لا نخالف في جواز أخذ العوض على العمل الذي يصاحب الضمان، وإنما الخلاف في أخذ العوض على الضمان نفسه.

- الوجه الثالث: لو سلمنا بجواز أخذ العوض على الجاه فإننا لا نسلم بصحة قياس الضمان عليه لما بينهما من الفروق.

يقول الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير: «وهذا قياس مع الفارق، فالجاه ليس شقيق الضمان في كل شيء؛ لأن الضمان فيه شغل ذمة بدين والجاه ليس كذلك، والضمان قد يغرم فيه الضامن والجاه ليس كذلك، والضمان أقرب إلى القرض منه إلى الجاه»^(٣).

- الوجه الرابع: أن أخذ العوض على الضمان يؤول إلى قرض جرّ نفعاً

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده (٥٨٨/٣٦) (ح ٢٢٢٥١)، وأبو داود في سننه (٣/٢٩١) (ح ٣٥٤١)، وحسنه الألباني كما في مشكاة المصابيح (٢/١١٠٩) (ح ٣٧٥٧).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، رواية الكوسج (ص ٥٢٠)، والإشراف لابن المنذر (١/١٢١)، وحاشية الدسوقي (٣/٢٢٤)، والإنصاف للمرداوي (٥/١٣٤).

(٣) مجلة: دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول (ص ٣١).

في حال وفاء الضامن الدين الذي في ذمة المضمون عنه، وليس الأمر كذلك في أخذ العوض على بذل الجاه^(١).



(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٢/٢/١١٤٢)، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول (ص ٣١)، والربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للسعيد (١/٤٥٣).

المبحث الثالث القائلون بالتفصيل وأدلتهم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول القائلون بالتفصيل

وحاصل قولهم: أنه لا يجوز أخذ العوض على الضمان إلا في الحالات التي لا يؤول فيها إلى القرض، وبعبارة بعضهم: لا يؤول إلى مديونية بين الضامن والمضمون عنه.

وبه قال الدكتور: حسن الأمين^(١)، ونزيه حماد^(٢)، ومحمد علي القري ابن عيد^(٣)، وأخذت به الهيئة الشرعية في بنك البلاد بالأغلبية^(٤)، والهيئة الشرعية في بنك الجزيرة^(٥).

ولكن يلاحظ التفاوت بين هؤلاء في حدود ما ينطبق عليه هذا الشرط، وسيوضح شيء من ذلك عند بيان ما يرد على هذا القول من مناقشة.

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني (٢/١٠٥٢، ١٠٥٤).

(٢) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص ٣١٠).

(٣) انظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول (ص ٥٦، ٥٧).

(٤) انظر: قرار الهيئة الشرعية في بنك البلاد رقم (٣٦) الصادر بتاريخ ٢٤/٧/١٤٢٦هـ.

(٥) انظر: قرار الهيئة الشرعية في بنك الجزيرة رقم (٤٤) الصادر بتاريخ ١٧/٣/١٤٢٥هـ.



المطلب الثاني أدلة القائلين بالتفصيل

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: أنه لم يسلم من أدلة المانعين إلا كون أخذ العوض على الضمان يؤدي إلى قرض جرّ نفعاً، وعليه فيقصر المنع على الحالات التي يكون فيها ذلك دون ما عداها، ويحمل الإجماع إن ثبت على ذلك^(١).

المناقشة:

يناقش من وجوه:

- الوجه الأول: عدم التسليم بذلك بل سلم من أدلة المنع غير هذا الدليل ومن ذلك: كونه أخذاً للعوض على الالتزام بالإقراض، وإذا كان الشارع يمنع من أخذ العوض على الإقراض فلأن يمنع من أخذ العوض على الالتزام به من باب أولى.

وهذا الدليل لا يتوقف الاحتجاج به على وجود الإقراض الفعلي فهو قياس أولوي على أخذ العوض على الإقراض الفعلي.

كما سلم من أدلة المانعين وجود الغرر في أخذ العوض على الضمان، حيث لم يسلم بصحة المناقشة الواردة على هذا الدليل.

كما سلم من أدلة المانعين الإجماع، وأما حمل الإجماع على الصور التي يؤول فيها أخذ العوض على الضمان إلى قرض فهو تحكّم، حيث إن الفقهاء أطلقوا القول بالمنع وحكوا فيه الإجماع، ولم يقل أحد منهم بهذا التفصيل ولا بأن الإجماع وارد على الحالة المذكورة.

(١) انظر: مجلة المجمع (٢/٢/١٠٥٢، ١٠٥٤)، ومجلة دراسات اقتصادية إسلامية (ص ٤٨، ٥٦).

- الوجه الثاني: لو سلّمنا بأنه لم يسلم من أدلة المانعين إلا كون أخذ العوض على الضمان يؤدي إلى قرض جرّ نفعاً، وبناء عليه فيجوز أخذه في الحالات التي لا يفضي فيها إلى ذلك فإن قولهم هذا يحتمل معنيين:

المعنى الأول: أن يقطع ابتداء عند الدخول في الضمان أي في الوقت الذي يلتزم فيه الضامن أداء ما في ذمة غيره بأنه لا يؤول إلى مديونية بين الضامن والمضمون عنه، ومن ثم فلا يؤول إلى قرض جرّ نفعاً، فإن كان هذا المعنى مقصوداً للقائلين بهذا القول أو لبعضهم، فإن هذا الالتزام في الحقيقة ليس بضمان لأنه يتنافى مع حقيقة الضمان والأثر المترتب عليه، سواء قيل بأن الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون في ثبوت الدين عليه مع بقائه في ذمة المضمون، أم قيل بأنه ينقل الحق إلى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه، وسواء قلنا بأن الضمان: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، أو في الدين^(١)، فإن الخلاف بين الفقهاء في هذه المسائل لا يُخلّ بكون الضامن ملتزماً بما شغلت به ذمة غيره من مال، واحتمال عدم وفاء المضمون ومن ثم إلزام الضامن بمقتضى الضمان وهو الوفاء عنه ثم الرجوع إليه بما أدى قائم قطعاً في كل ضمان مالي، وإن اختلفت درجته، وقد سبق إيضاح هذا الأمر عند الاستدلال بوجود الغرر. وبناء على ذلك فلا يتصور في الضمان المالي أن يقطع ابتداء بأنه لا يؤول إلى مديونية.

وإذا وجد التزام يقطع معه ابتداء بأنه لا يؤول إلى مديونية فهو شيء آخر غير الضمان وهو بحاجة إلى الكشف عن حقيقته حتى ينظر في جواز أخذ العوض عليه.

المعنى الثاني: أن يكون احتمال مصير الضمان إلى قرض قائماً، ولكن يوقف الحكم على ما يؤول إليه الحال في النهاية، فإن أدى الضامن الدين

(١) انظر في الأثر المترتب على الضمان: بدائع الصنائع (٢/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٢٩/٣)، وروضة الطالبين (٤/٢٦٤)، والمغني (٧/٨٤)، والمحلى (٨/١١٠).



عن المضمون وبقيت ذمته مشغولة به منعنا أخذ العوض على الضمان وإلا أجزناه.

وهذا المعنى ظاهر بوضوح في كلام أصحاب هذا القول، يقول الدكتور نزيه حماد - وهو من أبرز القائلين بهذا القول والمؤصلين له - مبيناً ما توصل إليه: «إذا تقرر ذلك فإني أقول:

إذا قام المكفول بأداء دينه للمكفول له برئت ذمته منه، ولم تنشأ مدينة أصلاً بينه وبين الضامن، وعندئذ فلا حرج شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط عوضاً عن مجرد الالتزام بالدين، لانتفاء الربا وذرائعه وشبهته.

إذا وفي الضامن الدين عن المكفول ثبت ذلك المال المؤدى ديناً في ذمة المكفول للضامن، ثم بعد ذلك ينظر: فإن كان المكفول دائناً للضامن بمثل ما أدى عنه وقعت المقاصة جبراً بين الدينين وانقضت المدينة الناشئة عن ذلك الأداء، ولا حرج عند ذلك شرعاً في استحقاق الضامن الجعل المشروط في مقابلة مجرد الالتزام بأداء الدين.

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

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

أما إذا لم يكن الضامن الذي وفي دين المكفول له مديناً له بمثل ما قضى عنه، ولم يبادر المكفول بتوفيته مثل ما أدى عنه حالاً حتى صار ذلك المال المؤدى -كله أو جزؤه- ديناً مؤجلاً في ذمته ففي هذه الحالة يكون الأجر المشروط على الضمان حيلة لأكل ربا النسئة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً، وكذا إذا وقعت الكفالة بجعل أساساً على أن يكون الأمر على هذا النحو لقيام نفس المعنى الشرعي الحاضر^(١).

وجاء في قرار الهيئة الشرعية لبنك الجزيرة: «يجوز للبنك أخذ الأجرة على خطابات الضمان التي يصدرها، على أن يلتزم البنك بإعادة الأجرة التي حصلها من عميله لقاء إصدار خطاب الضمان في الحالات التي يقوم فيها البنك نيابة عن العميل بدفع خطاب الضمان للمستفيد من أموال البنك»^(٢).

ويقول الدكتور محمد علي القري: «إذا حصل الضامن على أجر ثم انقلب الضمان إلى مديونة أي سداد الكفيل إلى الدائن ألزمتنا الكفيل برد الأجر إلى المكفول فخرجنا من شبهة القرض بزيادة»^(٣).

فهذه الأقوال صريحة في أن الحكم موقوف ومعلق على ما يؤول إليه الأمر في النهاية، وليس تقويماً لما يؤول إليه الأمر عند الدخول في الضمان.

بل توسّع بعضهم فقال بالجواز ولو أدى الضامن الدين عن المضمون عنه بشرط أن يبادر المضمون إلى وفائه، وقال بعضهم بإرجاع عوض الضمان إذا آل الأمر إلى نشوء مديونية بين الضامن والمضمون عنه، وهذا في الحقيقة تدارك أو تخلص من المحرم بعد الوقوع فيه.

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الضمان (ص ٣٠٨-٣١١)، وانظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد التاسع (ص ٩٥، ١١٧).

(٢) قرار الهيئة الشرعية لبنك الجزيرة رقم (٤٤) بتاريخ ١٧/٣/١٤٢٥هـ.

(٣) مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول (ص ٥٧).

وحيث تبين لنا أن أصحاب هذا القول يقصدون به هذا المعنى فإن النظر في صحة هذا الاتجاه سيكون في الوقفات الآتية:

• الوقفة الأولى: يقول الدكتور نزيه حماد: «يبدو لي أن أقوى الحجج للمانعين من أخذ الأجرة على خطاب الضمان غير المغطى بالكامل هو أنه ذريعة إلى القرص الربوي... وعلى ذلك فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بناء على قاعدة سد الذرائع، غير أن هذا الدليل لا ينهض حجة على المطلوب في نظري، لأن شرط العمل بقاعدة الذرائع - كما يقول الأصوليون - أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور كثيراً بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك وإرادته، فإن لم يتحقق هذا الشرط فلا يعمل شرعاً بمبدأ سد الذرائع»^(١).

وتعقبه الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير بقوله: «ليست هذه أقوى حجة بل لم يقل أحد من المانعين لأخذ الأجر على خطاب الضمان - فيما أعلم - إن منع أخذ الأجر على خطاب الضمان إنما هو من باب سد الذرائع، فهذا رأيك أنت وحدك نسبته للمانعين لكي تدخلنا في باب سد الذرائع»^(٢).

لكنه لم يبين وجه عدم دخول المسألة في سد الذرائع.

والذي يظهر لي أن المسألة وإن شابهت مسائل الذرائع إلا أنها لا تدخل في الذرائع بمعناها الاصطلاحي لثلاثة أسباب:

السبب الأول: أن المتأمل في تعريف العلماء للذريعة بمعناها الاصطلاحي وفي الأدلة الدالة على سد الذرائع يلحظ بوضوح أن مآل الذريعة التي تسد ممنوع وحده ولو لم تنضم إليه الوسيلة، يقول ابن تيمية: «الذريعة الفعل الذي ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم»^(٣).

(١) مجلة دراسات اقتصادية إسلامية (٤٨/١/١١).

(٢) مجلة دراسات اقتصادية إسلامية (٧٣/١/١١).

(٣) الفتاوى الكبرى (٢٥٦/٣).

وعرفها ابن العربي بقوله: «كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور»^(١).

وإذا تأملنا في المسألة محل البحث وجدنا أن المآل فيها، إذا نظرنا إليه مجرداً عن الوسيلة مآل مشروع وهو القرض، وإنما حصل التحريم بانضمام أخذ العوض - وهو الوسيلة - إليه، فالوسيلة جزء من المآل، ومنهما جميعاً حصل المحذور، فالربا المتمثل في القرض الجار للمنفعة هنا حصل من أخذ العوض على ضمان آل إلى قرض.

فإن قيل: بيع العينة حصل المحذور فيه بضم أحد العقدين إلى الآخر، وقد عدَّ العلماء المنع فيه من سد الذرائع، فما الفرق بينه وبين هذه المسألة؟

فالجواب: أن العقدين مجتمعين في بيع العينة هما الوسيلة، والمآل الممنوع هو الربا أو الاحتيال عليه، وليس أحد العقدين وسيلة إلى الآخر، وذلك أن كل عقد من عقدي العينة جائز منفرداً، فلما انضم أحدهما إلى الآخر على وجه معين خشي أن يكون المتعاقدان فعلاً ذلك حيلة على الربا فممنوع من ذلك سداً للذريعة، فالمآل وحده ممنوع.

السبب الثاني: أن المنع من أخذ العوض على الضمان منَع من أخذ العوض على الالتزام بالإقراض بصرف النظر عن كونه يؤول إلى قرض فعلي أو لا، لأن الشارع لما منع من أخذ العوض على القرض فلأن يمنع من أخذ العوض على مجرد الالتزام به من باب أولى.

السبب الثالث: أن نسبة من وقائع الضمان تؤول إلى قرض ولا بد، وهذا أمر يتفق عليه الجميع، ولا يمكن التمييز عند إنشاء الضمان بين ما سيؤول منه إلى قرض وبين غيره، وتخلّف مصير الضمان إلى قرض في بعض الصور

(١) أحكام القرآن (٢/٧٤٣)، وانظر: أحكام الفصول في أحكام الأصول للباي (ص ٦٨٩)، والجامع لأحكام القرآن (٢/٥٨)، والمواقفات (٤/١٩٩).

لا يرفع الحرام عن الصور المقطوع بها، ولا يسوّغ الإقدام على أخذ العوض فيها، فصار المنع للجميع من باب: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب.

يقول القرطبي مميّزاً الذرائع عن غيرها: «اعلم أن ما يفضي إلى الوقوع في المحذور إما أن يفضي إلى الوقوع قطعاً أو لا، الأول ليس من هذا الباب، بل من باب ما لا خلاص من الحرام إلا باجتنابه ففعله حرام من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»^(١).

فإن قيل: المنع هنا من أجل المآل الممنوع وهذا هو شأن سد الذرائع؟

فالجواب: أن مراعاة المآل الممنوع غير محصور في سد الذرائع، بل يدخل في ربط المسببات بأسبابها، والنتائج بمقدماتها، والأمور بمقاصدها، وأشبه ذلك، فلا تلازم بين الأمرين^(٢).

وبناء على ما سبق فإن المنع لا يعلّق على قوة الإفضاء ولا على كثرة القصد إليه فقط.

فإن قيل: إذا كانت هذه المسألة لا تدخل في سد الذرائع بمعناها الاصطلاحي فهل يمكن ردها إلى قاعدة فقهية أخرى؟

فالجواب: نعم هي داخلة في قاعدة: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه واجب^(٣).

(١) بواسطة: إرشاد الفحول (ص ٢٤٦، ٢٤٧).

(٢) توجد فروق دقيقة بين الذرائع وكل من الأسباب والمقدمات والحيل، انظر: الفتاوى الكبرى (٣/ ٢٦٥)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٦، ٢٤٧)، والسياسة الشرعية للدكتور عبد الرحمن تاج (ص ٦٨)، وسد الذرائع لمحمد هشام البرهاني (ص ٨٣) وما بعدها.

(٣) انظر هذه القاعدة في: البحر المحيط (١/ ٣٣٩)، وشرح مختصر ابن الحاجب (١/ ٣٩٩)، ومذكرة في أصول الفقه للشنقيطي (ص ١٨).

• الوقفة الثانية: لو سلمنا بأن المنع في المسألة من باب سد الذرائع فإن هذا القول يتنافى مع تطبيقه؛ لأن القاعدة مبنية على دفع الفساد قبل وقوعه لا على رفعه بعد الوقوع، وذلك أن للشارع في مثل هذه التصرفات حكماً عليها قبل الوقوع وهو درؤها ومنع المكلف من الإقدام عليها، وحكم عليها بعد الوقوع وهو التوبة منها، والتخلص من الكسب الحاصل بسببها، وتدارك ما يمكن تداركه فيها، وأصحاب هذا القول خلطوا بين الأمرين ونقلوا حكمها بعد الوقوع في المحظور إلى ما قبله، وليس من المعهود في الشرع فتح باب الإقدام على المحظور بحجة التدارك بعد ذلك.

• الوقفة الثالثة: لو سلمنا جواز أخذ العوض على الالتزام إذا لم يؤدي إلى قرض لكان تعليق الحصول عليه على نتيجة الضمان غرراً فاحشاً يتنافى مع شروط صحة عقد البيع، وذلك أن النتيجة النهائية مجهولة فإنه لا يخلو إما أن لا يؤول الضمان إلى قرض فيستحق الضامن العوض، وإما أن يؤول إلى قرض فلا يستحق العوض، وهذا غرر في الحصول وهو من أعظم أنواع الغرر.

• الوقفة الرابعة: يقول علي الندوي: «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 المماطلة في البنوك التقليدية، فكيف لو علموا أن النسبة المدفوعة إلى المصرف ترد إليهم حين نشوء المديونية، وكيف يتوقع من العميل المتأخر في السداد تجاه المكفول له أن يستجيب فوراً للكفيل ويسرع إلى إبراء ذمته لكي تحل العمولة وتطيب للمصرف؟ ثم إذا أدى الأمر إلى مزيد من التسويف والمماطلة من المكفول تجاه الكفيل حين تحقق المداينة بينهما، فماذا يكون موقف البنك الإسلامي؟ ألا يخشى أن يطالبه بالتعويض لكونه مديناً



مماطلاً أخذاً 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»^(١).

الدليل الثاني: أن محض الالتزام مما تجوز المعاوضة عنه بالمال، لما فيه من المنفعة المقصودة والمصلحة المشروعة، وقد أجاز بعض الفقهاء أخذ العوض على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً ولو كان محلها ليس بهال، كالالتزام الزوج لزوجته بأن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها، والتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك، والتزام الزوجة بالنزول عن حقها في الوطاء والقسم وغيرهما مقابل عوض مالي، كما أجازوا بيع العربون، وهو ثمن التزام البائع بفسخ العقد إذا اختار المشتري ذلك خلال الفترة المحددة^(٢).

ويجاب عن هذه المناقشة بما يأتي:

إذا تجاوزنا خلاف الفقهاء في حكم هذه المسائل - وهو ظاهر في بعض النقول الفقهية التي ذكرها المستدل - وأخذنا بقول المجيزين فالجواب:

أولاً: أن العوض في الصور المذكورة ليس ثمناً للالتزام المجرد كما هو الشأن في الضمان، وإنما هو عوض عن أشياء أخرى لها تعلق بما يملكه الإنسان.

(١) تعليق على أحمد الندوي على بحث: مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث عشر (ص ١١١، ١١٢).

(٢) انظر: مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، ضمن بحوث قضايا فقهية معاصرة (ص ٢٩١) وما بعدها، والمعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل لنزيه حماد، ضمن بحوث: في فقه المعاملات المالية والمصرفية (ص ٢٠٨) وما بعدها، وانظر: توثيقاً لهذه المسائل بالنقل من كتب الفقهاء في هذين المرجعين.

فالعوض في مسائل الزواج المذكورة في مقابل التنازل عن حق ثابت مشروع وليس في مقابل التزام محض، فللزوجة الحق في الوطاء والقسم والزواج بعد وفاة الزوج، فإذا تنازلت عن هذه الحقوق في مقابل مال لم يكن أخذها العوض في مقابل التزام مجرد، بل في مقابل إسقاط حق من حقوقها، وللزوج الحق في التعدد فأخذه للعوض في مقابل تنازله عن ذلك. وأما العربون فهو في مقابل حبس السلعة وعدم تمكين صاحبها من بيعها ولو بزيادة في المدة المتفق عليها، وليس في مقابل الالتزام المجرد.

يقول السرخسي: «الكفالة بالنفس ليست بهال ولا تؤول إلى المال بحال وهو مجرد حق لا يوصف بأنه ملكه، والاعتياض عن مثله بالمال لا يصح، بخلاف العتاق بجعل والطلاق بجعل، فإنه اعتياض عن ملك، ألا ترى أن ملك النكاح لا يثبت إلا بالمال فيجوز الاعتياض عن إزالته بالمال أيضاً، بخلاف حق الكفالة بالنفس فإنه لا يثبت ابتداء بهال قط حتى لو أخذ منه ما لا يكفل به بنفس فلان لا يصح»^(١).

ثانياً: أن الضمان التزم بالتحمل للدين لم يكن لازماً عليه، والالتزام في المسائل المذكورة التزم بالتنازل والإسقاط عن حق ثابت شرعاً.

ثالثاً: لو فرضنا أن العوض في المسائل المذكورة في مقابل الالتزام المجرد لم يلزم من ذلك جواز أخذ العوض على الالتزام في جميع الحالات، بل يشترط في ذلك ألا يؤدي إلى محذور شرعي.

رابعاً: أن الالتزام في الضمان هو التزم من الضامن بإقراض المضمون عنه عند عدم الوفاء، وأخذ العوض على الإقراض محرم، فمن باب أولى أن يكون أخذ العوض على الالتزام به محرماً.

خامساً: أن محض الالتزام لا وجود له في الحقيقة ولا حكم، فلا بد فيه

(١) المبسوط (٢٠/٤).

من وجود شيء يلتزم به وهو يستمد وجوده ويأخذ حكمه من الملتزم به^(١)، فلا يصح إطلاق القول بجواز أخذ العوض عنه، بل لا بد من النظر في الشيء الملتزم به هل هو مشروع أو لا؟ وإذا كان مشروعاً فهل هو متقوم أو لا؟ وإذا كان متقوماً فهل يترتب على أخذ العوض عليه محذور أو لا؟



(١) مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي (١١/١٠٤، ١٠٥).



المبحث الرابع الترجيح

- الراجح - والله أعلم - منع أخذ العوض على الضمان للأسباب الآتية:
١. سلامة مجموعة من أدلته من المناقشة المؤثرة.
 ٢. اتفاق المتقدمين من العلماء على ذلك، ولم يثبت ما يخل بهذا الاتفاق.
 ٣. ضعف أدلة القائلين بالجواز والقائلين بالتفصيل.



المبحث الخامس

مسائل مقترحة لمزيد من البحث والمدارسة

تبين لي من خلال بحث هذا الموضوع وجود مسائل لها نوع من التعلق بأخذ العوض على الضمان، وهي بحاجة إلى مزيد من البحث والمناقشة على الرغم مما كتب فيها.

وسأذكرها هنا ليعتني بها الباحثون ويعطوها حقها من التأمل والمدارسة، وهي:

المسألة الأولى: أخذ العوض في مقابل النفقات والأعمال المصاحبة للضمان.

تصاحب عملية الضمان في كثير من الأحيان نفقات يتحملها الضامن وأعمال يقوم بها فهل يحق له أن يأخذ عوضاً عن تلك النفقات وأجراً على تلك الأعمال؟

ذهب جمهور المعاصرين إلى جواز ذلك بشرط ألا تزيد على التكلفة الفعلية للنفقات والعمل الحقيقي المصاحب للضمان.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي ونصه: «أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان فجائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل»^(١)، وجاء في فتوى ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي المنعقدة

(١) مجلة المجمع (٢/٢/١٢١٠).

باستانبول: «يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجراً على خطاب الضمان بمقدار ما يبذله من جهد وعمل إجرائي دون أن يربط الأجر بنسبة المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان»^(١).

وفي المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: «لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاؤه مقابل مجرد الكفالة مطلقاً، ويحق للكفيل استيفاء المصروفات الفعلية للكفالة»^(٢).

وفيهم من كلام بعضهم عدم وجود خلاف بين المعاصرين في ذلك مادامت الأجرة في حدود التكلفة الفعلية ودون زيادة^(٣). ويرد هنا إشكالان:

الإشكال الأول: اجتماع الضمان والمعاوضة.

والضمان يؤول إلى القرض إذا وفي الضامن عن المضمون عنه فآل ذلك إلى اجتماع القرض والمعاوضة وقد قال ﷺ: «لا يجل سلف وبيع»^(٤).

كما أن الضمان من عقود التبرع - حسب ما سبق تقريره في الدليل الثالث من أدلة المانعين - وقد منع بعض العلماء من اشتراط عقد معاوضة في عقد تبرع ولو لم يكن هذا التبرع قرضاً^(٥).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١٦٣/٢/٢).

(٢) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (ص ٤٩).

(٣) انظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية (ص ٦٧)، وأعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي (ص ٤٣٠)، وجواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، مجلة المجمع (١١٣١/٢/٢).

(٤) رواه الإمام أحمد في المسند (٢٥٣/١١) (ح ٦٦٧١)، وأبو داود (٢٨٣/٣) (ح ٣٥٠٤)، والترمذي، وقال حديث حسن صحيح (٥٢٦/٣) (ح ١٢٣٤)، وغيرهم، وصححه ابن تيمية في الفتاوى الكبرى (١٧٧/٦)، وابن القيم في إعلام الموقعين (١٨٧/٣).

(٥) انظر: العمولات المصرفية للدكتور عبد الكريم السماعيل (ص ١٤٦)، وانظر في الجمع بين هذه العقود: العقود المركبة للعمري (ص ٩٧، ٩٢).



الإشكال الثاني: أن فتح الباب سيكون وسيلة إلى أخذ العوض على الضمان نفسه، وذلك أن ضبط النفقات والتكلفة الفعلية صعب، لاسيما وأن كثيراً من هذه النفقات والخدمات ليست مباشرة، أي ليست من أجل تقديم هذه الخدمة فقط، بل تتعلق بمجموع عمل المصرف، فيصعب إفرادها وتقدير ما يقابلها من عوض أو أجرة^(١).

ومع ذلك فالقول بالجواز متوجه لأن هذه النفقات والخدمات خارجة عن معنى الضمان، وهي مما يقبل المعاوضة، ولا يلزم الضامن بذلها مجاناً.

المسألة الثانية: مكافأة الضامن دون شرط ولا مواطأة.

مرّ معنا في مناقشة حكاية الإجماع أن قول إسحاق بن راهويه: «ما أعطاه من شيء فهو حسن» محمول على ما يعطيه المضمون للضامن مكافأة له على معروفه عليه دون شرط لفظي أو عرفي، وأن هذا أمر سائغ في القرض بضوابطه المعروفة، فلأن يكون سائغاً في الضمان الذي قد يؤول إلى القرض من باب أولى.

هذه المسألة بحاجة إلى مزيد بحث لأنني لم أقف فيها على كلام صريح للفقهاء، ثم هل ينطبق عليها ما ينطبق على المنفعة غير المشروطة في القرض من تفاصيل؟

فيفرق بين ما كان بعد انفكاك الضمان وما قبله، وبين ما جرت به العادة وما لم تجر به؟

(١) ذكر بعض الباحثين مجموعة من الضوابط لتقدير التكلفة الفعلية للخدمات التي يقدمها المصرف عموماً، انظر: تطوير الأعمال المصرفية (ص ٢٩١)، وبنوك تجارية بدون ربا لمحمد الشباني (ص ١٧٧)، والمصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للدكتور عبد الرزاق الهيبي (ص ٣٧٥)، والعقود المالية المركبة (ص ٣٦٤)، والعمولات المصرفية (ص ١١٣).

المسألة الثالثة: التفريق بين الضمان المالي بمعناه الخاص وبين الضمان التابع في العقود:

سبق لنا غير مرة عند مناقشة الأدلة التفريق بين هذين الأمرين، وأن الضمان الذي يعني ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحقوق لا يصح أن يؤخذ عليه عوض، وأما الضمان الذي يوجد تبعاً فيمكن أن يكون له حظ من العوض استدلالاً بحديث: «الخراج بالضمان» ونبيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن^(١). وتخريجاً على ما أجازه بعض العلماء من استحقاق الربح في شركة الوجوه، والضمان فيها تابع.

وهذه مسألة تحتاج إلى تأصيل وضبط، ويمكن أن يُبنى عليها حكم بعض النوازل ومنها: الزيادة في أثمان السلع المضمونة عن أثمان غير المضمونة.

المسألة الرابعة: المعاوضة عن الالتزام:

للدكتور نزيه حماد - وفقه الله - بحث بعنوان: (المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل) بيّن فيه مفهوم الالتزام وأنواعه، والتخريج الفقهي لهذه الواقعة، والتأصيل الفقهي لمشروعيتها، ومدى الحاجة إلى التعامل بها، ثم انتهى إلى النتيجة الآتية فقال: «الضوابط الشرعية للمعاوضات عن الالتزامات: لقد ظهر لي بعد الاستقراء والتتبع الدقيق للقضية محل البحث وإمعان النظر في مذاهب الفقهاء وآرائهم في المسائل ذات العلاقة بها، وإعمال الفكر في مناقشة أقاويلهم وأدلتهم في ضوء مدارك الشريعة وقواعدها الكلية ومقاصدها العامة في جلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج عن العباد، في ظل حاجات الناس وظروف حياتهم في هذا العصر: أن كل التزام - سواء كان بفعل أو امتناع عن فعل، بتصرف

(١) سبق تخريج الحديثين.

عقدي أو غير عقدي، بمعاوضة أو تبرع أو غير ذلك - تجوز المعاوضة عنه بالمال إذا توافرت فيه الشروط الأربعة الآتية:

١. أن يكون فيه نفع حقيقي مقصود للملتزم له.
٢. أن يكون نفعه مشروعاً في حالة السعة والاختيار.
٣. أن يكون متقوماً «أي له قيمة مالية في عرف الناس».
٤. أن يكون مقدور الوفاء به^(١).

والبحث المذكور جدير بما وصفه به كاتبه من حيث الاستقرار والتتبع، وهي عاداته وفقه الله في بحوثه، فجزاه الله خيراً حيث فتح آفاق النظر في الموضوع ووضع لبنته الأولى.

وتعليقي عليه في النقاط الآتية:

١. استند إلى فروع فقهية كثير منها لا يُسلم له بأن أخذ العوض فيه على الالتزام، وقد سبقت مناقشته في ذلك.
٢. لم يذكر من الضوابط: ألا يفضي أخذ العوض على الالتزام إلى محذور، وهو أمر لا بد منه.
٣. ما ذكره في الضابط الثالث من كون الالتزام متقوماً هو محل الإشكال والنظر، لصعوبة تمييز المتقوم من غيره.
٤. موضوع الالتزام والاعتياض عنه موضوع كبير جداً، لأن الالتزام إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون معلقاً، كما أنه يكون بفعل ويكون بترك، ويكون مستقلاً ويكون تابعاً، كما أن الملتزم به تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة، ثم هل يوجد منه ما هو متقوم أو لا؟ وإذا وجد فهل يؤول أخذ العوض عليه إلى محذور أو لا؟

(١) المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل، منشور ضمن مجموعة بحوث له بعنوان: في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة (ص ٢٢٣).

ويكفيك حتى تعلم سعة الموضوع وكثرة فروعه أن تطلع على كتاب:
(تحرير الكلام في مسائل الالتزام) للفقير المالكي أبي عبد الله محمد بن محمد
الخطاب^(١).

وإذا كان الأمر كذلك فإن موضوع (المعاوضة عن الالتزام) جدير بأن
يبحث في رسالة دكتوراه.



(١) وهو كتاب مطبوع حققه عبد السلام محمد الشريف قال الخطاب في مقدمته: «وبعد فقد شاع عن
مذهب الإمام مالك عليه السلام الحكم بالالتزام وكثر السؤال عن ذلك عند التشاجر والخصام ولم يكن
له في كتب أهل المذهب باب ولا فصل مقرر ولا علمت فيه مصنفاً يؤخذ حكمه منه ويجرر، بل
مسائله متفرقة في الكتب والأبواب، كثيرة التشعب والاضطراب، وليس الحكم به على الإطلاق
بصواب، بل منه ما يقضى به على الشخص ويحكم، ومنه ما يؤمر به المكلف فقط ولا يقضى عليه
ولا يلزم، ومنه باطل لا يؤمر ملتزمه بالوفاء به بل يجرم ذلك عليه ويأثم» (ص ٦٦).



الخاتمة

الحمد لله في البدء والختام، والصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم الرسل وسيد الأنام، أما بعد:

فهذا ملخص لأبرز ما تم تقريره في هذا البحث:

١. يطلق الضمان في اللغة على معان عدة، منها الاحتواء، والالتزام، والكفالة، والتغريم.
٢. الضمان في الاصطلاح هو: ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحقوق الواجبة على الآخرين حالاً أو مآلاً.
٣. اتفقت كلمة المتقدمين من علماء السنة على المنع من اشتراط عوض يؤخذ على الضمان حسب علمي، واختلف المعاصرون في ذلك، فمنهم من منع ذلك مطلقاً، ومنهم من أجازَه مطلقاً، ومنهم من حصر المنع في الحالات التي يؤول فيها الضمان إلى قرض.
٤. سلّم من أدلة المانعين من المناقشة المؤثرة مجموعة من الأدلة منها:
 - أ) مصير أخذ العوض على الضمان إلى قرض جرّ نفعاً، وذلك رباً فيكون داخلاً في عموم أدلة تحريم الربا.
 - ب) وجود الغرر، فيكون داخلاً في عموم ما نهي عنه من عقود الغرر.

(ج) إذا كان يحرم على المقرض حقيقة أخذ عوض على القرض فلأن يحرم على الملتزم بالإقراض أخذ العوض من باب أولى.
 (د) اعتضد ذلك كله بالإجماع، ولم تظهر لي صحة نسبة القول بالجواز إلى أحد من متقدمي علماء السنة، والعبارات المذكورة عنهم واردة في غير محل البحث.

٥. لم يظهر لي انتهاض شيء من أدلة المجيزين على القول بالجواز، وما استدلوا به إما أن يكون في غير محل النزاع كما هو الحال بالنسبة للدليل الأول والثاني والثالث، وإما أن يكون غير مسلّم من أصله لعدم تحقق شرط الاستدلال به كما هو الحال بالنسبة للدليل الرابع والخامس والسادس، وإما أن يكون قياساً مع الفارق وعلى مسائل مختلف فيها كما هو الحال بالنسبة للدليل السابع والثامن.

٦. القول بجواز أخذ العوض على الضمان إذا كان لا يؤول إلى قرض لا يخلو من احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون المراد به أن يقطع ابتداء - أي عند إنشاء الضمان - أنه لا يؤول إلى قرض فهذا في الحقيقة ليس بضمان لأنه يتنافى مع حقيقة الضمان والأثر المترتب عليه، وإن وجد التزام يقطع فيه ابتداء بأنه لا يؤول إلى قرض فهو شيء آخر غير الضمان، وهو بحاجة إلى توضيح معالمه وكشف حقيقته حتى ينظر في حكم أخذ العوض عليه.

الاحتمال الثاني: أن يكون احتمال مصير الضمان إلى قرض قائماً، ولكن يوقف الحكم على ما يؤول إليه الحال في النهاية فإن آل إلى قرض منعنا أخذ العوض وإلا أجزناه، وهذا هو الظاهر من كلامهم، وهو غير مسلّم لأمر سبق تفصيلها في البحث.



٧. لا مانع من أخذ العوض في مقابل النفقات والأعمال المصاحبة للضمان إذا لم يزد على التكلفة الحقيقية لها.

٨. يوصي الباحث بمزيد من البحث والدراسة لعدد من المسائل، ومنها: مكافأة الضامن دون شرط ولا مواطأة، وتأثير الضمان التابع في العقود في استحقاق الربح وزيادة الثمن، وأخذ العوض على الالتزامات غير الضمان، وبدائل أخذ العوض على الضمان.

والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان.



فهرس المصادر والمراجع:

١. أبحاث هيئة كبار العلماء. طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، ط١، ١٤٢٢هـ.
٢. أثر العرف في التشريع الإسلامي، د. السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
٣. الإجماع، لأبي بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: أبي حماد صغير حنيف، دار طيبة، ط١، ١٤٠٢هـ.
٤. إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١.
٥. أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق: محمد علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت.
٦. الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن علي بن أبي علي الآمدي، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت.
٧. اختلاف الفقهاء، لمحمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية.
٨. أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، د. عبد العزيز الربيع، ١٤٠٦هـ.
٩. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني، دار الفكر، بيروت.
١٠. الاستثمار والرقابة الشرعية، د. عبد الحميد البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٩٩١م.
١١. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: سالم عطا، ومحمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ.
١٢. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.
١٣. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.
١٤. الإشراف على مذاهب أهل العلم، لمحمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: محمد نجيب سراج الدين، دار إحياء التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٦هـ.
١٥. أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، د. عياض السلمي، دار التدمرية، ط٢، ١٤٢٧هـ.
١٦. الاعتصام، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، دار المعرفة، بيروت.



١٧. الأعمال المصرفية والإسلام، لمصطفى عبد الله الهمشري، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ.
١٨. الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان، تحقيق: حسن بن فوزي الصعدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط ١، ١٤٢٤هـ.
١٩. الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ.
٢٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ط ١، ١٣٧٤هـ.
٢١. البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، ط ١، ١٤١٤هـ.
٢٢. بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د. عبد الستار أبو غدة، مجموعة دلة البركة، ط ١، ١٤٢٥هـ.
٢٣. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤١٧هـ.
٢٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، راجع أصوله وعلق عليه: عبد الحلیم محمد عبد الحلیم، دار التوفيق النموذجية، ط ٢، ١٤٠٣هـ.
٢٥. البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، د. عبد الوهاب أبو سليمان، دار القلم، دمشق.
٢٦. بنوك تجارية بدون ربا، د. عبد الله الشباني، دار عالم الكتب، الرياض، ط ١، ١٤٠٧هـ.
٢٧. البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع.
٢٨. البيان والتحصيل، لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٧هـ.
٢٩. التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق، مطبوع مع مواهب الجليل، دار الفكر، ط ٢، ١٣٩٨هـ.
٣٠. التأمين بين الحلال والحرام، للشيخ عبد الله بن منيع، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية.
٣١. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لأبي عبد الله محمد بن محمد الخطاب، تحقيق: عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، ط ١، ١٤٠٤هـ.
٣٢. تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ.
٣٣. التعريفات، للشريف علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٣هـ.
٣٤. تعليق الصديق محمد الأمين الضرير على بحث نزيه حماد. مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد الحادي عشر، ١٤١٩هـ.

٣٥. تعليق علي الندوي على بحث: (مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي)، لنزيه حماد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثالث عشر، ١٤٢٠هـ.
٣٦. تعليق محمد المختار السلامي على بحث نزيه حماد. مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، المجلد الثاني عشر، ١٤٢٠هـ.
٣٧. التلخيص الحبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تصحيح وتعليق: عبد الله هاشم بهاني المدني، مصر، ١٣٨٤هـ.
٣٨. تهذيب الأسماء واللغات، لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٣٩. التوقيف على مهات التعاريف، لعبد الرؤوف المناوي، تحقيق د. عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٠هـ.
٤٠. جامع الأمهات، لابن الحاجب الكردي المالكي، تحقيق وتعليق: أبي عبد الرحمن الأخضر الأخرسي، ط ١، ١٤١٩هـ.
٤١. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٨هـ.
٤٢. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، دار إحياء التراث العربي.
٤٣. جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابلة خطاب الضمان، للشيخ أحمد علي عبد الله، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني.
٤٤. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرري، دار المعرفة، بيروت.
٤٥. حاشية البناني على شرح الزرقاني، دار الفكر، بيروت.
٤٦. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.
٤٧. حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، لعلي بن علي الشبراملسي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٨٦هـ.
٤٨. حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، للشيخ عبد الحميد الشرواني، دار الفكر.
٤٩. حاشية رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ٢، ١٣٨٦هـ.
٥٠. حاشية شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين. دار إحياء الكتب العربية، مصر.
٥١. الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ.
٥٢. خطاب الضمان، لزكريا البري، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني.

٥٣. خطاب الضمان، د. سامي حمود، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني.
٥٤. الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن عبد الهادي المعروف بابن المبرد، تحقيق درضوان مختار غربيّة، دار المجتمع للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١١هـ.
٥٥. دراسة حول خطابات الضمان، د. حسن الأمين، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني.
٥٦. دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط ٢، ١٤٢٢هـ.
٥٧. الذخيرة في فروع المالكية، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٨م.
٥٨. الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن محمد السعيد، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢١هـ.
٥٩. الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر بن عبد العزيز المتر، دار العاصمة، ط ٢، ١٤١٧هـ.
٦٠. الروض المربع شرح زاد المستنقع، لمنصور بن يونس البهوتي، تحقيق: أ.د. عبد الله الطيار وآخرين، دار الوطن للنشر، ط ١، ١٤٢١هـ.
٦١. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ.
٦٢. روضة الناظر وجنة المناظر، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٩هـ.
٦٣. الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي، المطبعة الأزهرية.
٦٤. سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، لمحمد هشام البرهاني، مطبعة الريحاني، بيروت، ط ١، ١٤٠٦هـ.
٦٥. سنن ابن ماجة، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
٦٦. سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت.
٦٧. سنن الترمذي. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٩٥هـ.
٦٨. سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ.
٦٩. السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، لعبد الرحمن تاج، دار التأليف، مصر.
٧٠. شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد الخرشي المالكي، دار صادر، بيروت.

٧١. الشرح الصغير، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٧٣هـ.
٧٢. الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مطبوع مع حاشية الدسوقي عليه، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٧٣. شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرضّاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٣م.
٧٤. شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت.
٧٥. شرح منح الجليل، للشيخ محمد عlish، مكتبة النجاح، ليبيا.
٧٦. الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد العزيز الحياط، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٣هـ.
٧٧. الصحاح، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٤٠٧هـ.
٧٨. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.
٧٩. صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٨٠. الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي.
٨١. عقد الضمان المالي وتطبيقه المصري في خطاب الضمان، د. عبد الرحمن بن صالح الأطرم، بحث غير منشور.
٨٢. العقود المالية المركبة، د. عبد الله بن محمد العمراني، كنوز إشبيلية، ط١، ١٤٢٧هـ.
٨٣. العمولات المصرفية حقيقتها وأحكامها الفقهية. د عبد الكريم السماعيل، دار كنوز إشبيلية، ط١، ١٤٣٠هـ.
٨٤. فتاوى الإمام النووي المسّاة بالمسائل المشورة. ترتيب تلميذه علاء الدين بن العطار، حققه: محمد الحجّار، دار السلام للطباعة والنشر، ط٤، ١٤٠٦هـ.
٨٥. الفتاوى السعدية، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، منشورات المؤسسة السعيدية، الرياض.
٨٦. الفتاوى الكبرى، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، دار المعرفة، بيروت.
٨٧. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. المجموعة الثانية، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، طبع ونشر الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، ط١، ١٤٢٦هـ.
٨٨. الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٤٠٦هـ.
٨٩. فتح العزيز شرح الوجيز، لعبد الكريم بن محمد الرافي، دار الفكر.

٩٠. فتح القدير، لمحمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ١، ١٣٨٩هـ.
٩١. الفروع، لأبي عبد الله محمد بن مفلح، عالم الكتب، ط ٣، ١٣٨٨هـ.
٩٢. الفروق، لأبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
٩٣. فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. علي أحمد السالوس، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٩٤. فقه النوازل، لبكر أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٣هـ.
٩٥. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي. من الدورة الأولى إلى الدورة السادسة.
٩٦. قوانين الأحكام الشرعية، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي، عالم الفكر.
٩٧. الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، لأبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٣٩٩هـ.
٩٨. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة.
٩٩. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ١٤٠٩هـ.
١٠٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ.
١٠١. الكفالة بأجر، لسعد بن عبد العزيز الضحيان، بحث تكميلي في كلية التربية، جامعة الملك سعود.
١٠٢. لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي المالكي، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة.
١٠٣. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤هـ.
١٠٤. المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المكتب الإسلامي، ١٩٨٠م.
١٠٥. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ.
١٠٦. المجتبى من السنن، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ٢، ١٤٠٦هـ.
١٠٧. مجلة دراسات اقتصادية إسلامية. المجلد الحادي عشر، العدد الأول، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

١٠٨. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
١٠٩. مجمع الضمانات في فقه الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٤٠٧هـ.
١١٠. مجمل اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠٤هـ.
١١١. المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر.
١١٢. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية. جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم وساعده ابنه محمد، تصوير عن الطبعة الأولى.
١١٣. مجموع فتاوى وبحوث. إعداد وتأليف: عبد الله بن سليمان بن منيع، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٢٠هـ.
١١٤. المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر الرازي، دراسة وتحقيق: طه العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ.
١١٥. المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، تحقيق د عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت.
١١٦. المختارات الجليلة. ضمن مجموع مؤلفات الشيخ العلامة عبد الرحمن بن ناصر السعدي، المجلد الثامن، الميكان للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤٣٢هـ.
١١٧. مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل. مطبوع مع جواهر الإكليل، دار المعرفة.
١١٨. المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط ٩، ١٩٦٧م.
١١٩. المدونة، للإمام مالك بن أنس، رواية سحنون عن محمد بن القاسم، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٥هـ.
١٢٠. مدى جواز أخذ الأجر على الضمان، د. نزيه حماد، منشور ضمن مجموعة بحوث له بعنوان: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم بدمشق، ط ١، ١٤٢١هـ.
١٢١. مذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، ط ٤، ١٤١٨هـ.
١٢٢. مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه - رواية إسحاق بن منصور الكوسج - قسم المعاملات. تحقيق ودراسة: د. صالح بن محمد بن فهد المزيد، مطبعة المدني، مصر، ط ١، ١٤١٥هـ.
١٢٣. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ.

- ١٢٤ . المستصفي، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٢هـ.
- ١٢٥ . مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ.
- ١٢٦ . مسند الشافعي. دار الكتب العلمية، بيروت، نسخة مصححة على النسخة المطبوعة في مطبعة بولاق الأميرية.
- ١٢٧ . مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٤٠٥هـ.
- ١٢٨ . المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د. عبد الرزاق الهيتي، دار أسامة للنشر، الأردن، ط١، ١٩٩٨م.
- ١٢٩ . المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأبي العباس أحمد بن محمد بن علي المقرّي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- ١٣٠ . المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٢هـ.
- ١٣١ . المطلع على أبواب المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البجلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ.
- ١٣٢ . المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، ط٢، ١٤١٨هـ.
- ١٣٣ . المعاوضة عن الالتزام بصرف العملات في المستقبل، د. نزيه حماد، منشور مع مجموعة من البحوث له بعنوان: (في فقه المعاملات المالية المعاصرة).
- ١٣٤ . المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة - البحرين، ١٤٣١هـ.
- ١٣٥ . معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
- ١٣٦ . المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض - مكة المكرمة.
- ١٣٧ . المعيار المعرب، لأحمد بن يحيى الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ.
- ١٣٨ . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٧٧هـ.
- ١٣٩ . المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، ط١، ١٤٠٩هـ.
- ١٤٠ . المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، للموفق عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ.

١٤١. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٣، ١٤٠٣ هـ.
١٤٢. المنشور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، حققه: د. تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ط ٢، ١٤٠٥ هـ.
١٤٣. منحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، مطبوع في حاشية البحر الرائق شرح كنز الدقائق، سعيد كمبني، كراتشي - باكستان.
١٤٤. المنفعة في القرض، لعبد الله بن محمد العمراني، دار ابن الجوزي، ط ١، ١٤٢٤ هـ.
١٤٥. الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي، تعليق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.
١٤٦. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، دار الفكر، ط ٣، ١٤١٢ هـ.
١٤٧. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، ط ١.
١٤٨. موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، د. عبد الله العبادي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.
١٤٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٨٦ هـ.
١٥٠. النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، تحقيق: محمود الطناحي وطاهر الزاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٥١. نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، ط ١، ١٤١٣ هـ.
١٥٢. الهداية شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر المرغيناني، مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط ١، ١٣٨٩ هـ.
١٥٣. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، لأبي حامد الغزالي، مطبعة الآداب، مصر.
١٥٤. الوسيط في المذهب، لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ١، ١٤١٧ هـ.



محتويات البحث:

٥١٩	المقدمة
٥٢٤	التمهيد
٥٢٤	المطلب الأول: تعريف الضمان
٥٢٩	المطلب الثاني: تحديد المسألة محل البحث
٥٣٠	المطلب الثالث: أقوال العلماء في حكم أخذ العوض على الضمان على سبيل الإجمال
٥٣١	المبحث الأول: القائلون بالمنع، وأدلتهم
٥٣١	المطلب الأول: القائلون بالمنع
٥٣٤	المطلب الثاني: أدلة القائلين بالمنع
٥٦١	المبحث الثاني: القائلون بالجواز وأدلتهم
٥٦١	المطلب الأول: القائلون بالجواز
٥٦٣	المطلب الثاني: أدلة القائلين بالجواز
٥٧٩	المبحث الثالث: القائلون بالتفصيل وأدلتهم
٥٧٩	المطلب الأول: القائلون بالتفصيل
٥٨٠	المطلب الثاني: أدلة القائلين بالتفصيل
٥٩١	المبحث الرابع: الترجيح
٥٩٢	المبحث الخامس: مسائل مقترحة لمزيد من البحث والدراسة
٥٩٨	الخاتمة
٦٠١	فهرس المصادر والمراجع

