مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٣، ص ص ١٠٩-١٢١ (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)

نزيه كمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي"

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

تعليق : علي أحمد الندوي
مستشار شرعي- أمانة الهيئة الشرعية
شركة الراجحي المصرفية

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

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

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

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

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

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

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

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

---

(١) مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، ص١٠٢، *مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي*. (١٤١٧هـ، ١٩٩٧م).

(٢) المصدر نفسه، ص ١٠٩.

(٣) المصدر نفسه، ص ١١٣.

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

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

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

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

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

---

(٤) انظر الأعمال المصرفية والإسلام **للهمشري**، ص١٦٠ ط: القاهرة، مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٨٣م .

وكيف يتوقع من العميل المتأخر في السداد تجاه المكفول له أن يستجيب فورًا 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 مدينًا مماطلاً، أخذًا ببعض الاجتهادات؟ ويبدو أنه لمن الصعوبة بمكان بالنسبة للبنك الإسلامي أن يتقبل هذه الفكرة قبولاً حسنًا ويحسن تطبيقها، لأن فيها خطرًا وخسارة، وعلى أساس أنه يعمل على مبدأ الاسترباح في جميع العمليات.

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

" – أن العلة إذا وضعت حسمًا للباب: لم تخصص في موضع من المواضع.

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

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

حلول وبدائل

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

(٧) انظر: *المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق* للدكتور **عبدالرزاق الهيتي**، ص٣٨٩، ٤٠٣، *مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية* للدكتور **صلاح الصاوي**، ٤٨٥-٤٨٦، *المصارف والأعمال المصرفي* للدكتور **غريب الجمال**، ص١٢٢، *منهج الصحوة* للدكتور **أحمد النجار**، ص٣٣١، *البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق* للدكتور **عبدالله الطيار**، ص١٥٠، *والاستثمار والرقابة الشرعية* للدكتور **عبدالحميد البعلي**، ص٤٨.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وعرفتها "مجلة الأحكام الشرعية" بوضوح أكثر كما في النص الآتي:

" – صفة شركة الوجوه أن يشترك اثنان فأكثر، من غير أن يكون لهما رأس مال في شراء شيء بجاههما، ويبيعانه على أن يكون الربح بينهما أنصافًا أو أثلاثًا أو نحو ذلك"(١١).

ومن أحكامها الأساسية: أنها مبنية على الوكالة والكفالة، فكل من الشريكين وكيل الآخر في البيع والشراء، وكفيله في الثمن(١٢).

وبناء على أن الضمان يمثل ركيزة أساسية في هذه الشركة اشترط الحنفية وكذلك القاضي أبو يعلى وابن عقيل من الحنابلة: أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن، وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريان معًا، أو كل على انفراد، ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة.

فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه الضمان فهو شرط باطل لا أثر له، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما.

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

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

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

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

---

(١١) مجلة الأحكام الشرعية م/١٨٨٥.

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

(١٣) الموسوعة ٦٠/٢٦ .

(١٤) انظر : **الخرشي على خليل** ٥٤/٦ .

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

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

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

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

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

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

---

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

(١٦) المصدر نفسه، ص ٣٢٧.

(١٧) انظر: مناقشة د. **علي السالوس**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٧/٢/٢-١١٧٨، وكتابه "الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة"، ص١٦٠.

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

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

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

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

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

---

(١٨) وهو الدكتور عبدالحميد البعلي.

(١٩) أخبار القضاة **لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع بن حيان** (٣٠٦هـ)، ص٢، ج**٣١٩**.

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

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

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

---

(٢٠) *أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، الواقع والآفاق*، ص ص٤١-٤٢، *والاستثمار والرقابة الشرعية*، ص ٥٩-٦٠.
(٢١) مجلة الأحكام العدلية م/١٣٨.
(٢٢) ر: المصدر نفسه ١٣٩٧/٣.
(٢٣) ر: الموسوعة ٦٠/٢٦ .
(٢٤) بدائع الصنائع، ٦: ٦٣.

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

فهنا ترد ملاحظتان على كلام الباحث والرأي الذي انتهى إليه :

١ ـ إن مقتضى "الخراج بالضمان" هو الاشتراك في الأرباح والخسائر، والضمان فيه ضمان العقود وله امتداد في الشركات، ولا علاقة له بالضمان المعبر عنه بالكفالة، فشتان بين الموضوعين.

٢ ـ "ضمان العمل" المشار إليه متصور لدى الفقهاء في شركات الأعمال، أما اعتبار المصرف ضامنًا للعمل بمجرد إصدار خطاب الضمان، وبناء على ذلك استحقاق الربح من ناتج العملية، فهذا يتنافى مع حقيقة إصدار خطاب الضمان، إذ المقصود منه كفالة دين العميل تجاه المكفول له، إلا إذا قدم تصور صحيح عن تطبيق خطاب الضمان ضمن شركة الأعمال، بحيث يتحقق ضمان المصرف عمل الكفيل، فيسوغ له أخذ نصيب شائع من الثمرة المتحققة حسب الاتفاق، والظاهر أن شركة الأعمال ليست محلاً صالحًا لمثل ذلك، وإنما شركة الوجوه هي التي تصلح صيغة ملائمة في هذا الإطار، حسب التكييف الذي سبق تفصيله، والله أعلم.

المراجع

البعلي، عبد المجيد محمود، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١٠هـ .

البعلي، عبد المجيد محمود، *الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية*، القاهرة: مكتبة وهبة، ١٤١١هـ.

بك، أحمد إبراهيم، *الالتزامات في الشرع الإسلامي*، القاهرة: دار الأنصار، ١٣٦٣هـ.

البهوتي، منصور بن يونس، *شرح منتهى الإرادات*، مكة المكرمة: مكتبة نذار مصطفى الباز، ١٤١٧هـ.

بيت التمويل الكويتي، *الفتاوى الشرعية*، الكويت: بيت التمويل الكويتي، ١٤٠١هـ.

ابن حيان، محمد بن خلف، *أخبار القضاة*، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ١٣٦٦هـ.

حيدر، علي، *مجلة الأحكام العدلية*، بيروت: مكتبة النهضة، ١٣٤٩هـ.

الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، *الخرشي على خليل*، بيروت: دار صادر، د.ت.

السالوس، علي بن أحمد، *الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة*، الكويت: مكتبة الفلاح، ١٤٠٦هـ.

سراج، محمد أحمد، *النظام المصرفي الإسلامي*، القاهرة: دار الثقافة، ١٤١٠هـ.

شركة الراجحي المصرفية، *دليل فتاوى الراجحي*، د.ن ، د.ت.

القاري، أحمد بن عبد الله، *مجلة الأحكام الشرعية*، جدة: تهامة، ١٤٠١هـ.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، بيروت: د.ن، ١٤٠٢هـ.

مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، بحث مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة،، ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م، العدد الثاني.

الهمشري، مصطفى، *الأعمال المصرفية والإسلام*، القاهرة: مجمع البحوث، ١٩٨٣م.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ج**٢٦**، الكويت: وزارة الأوقاف، ١٤٠٤هـ.