مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٩، ص ص ١٥٩-١٦٣ (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)

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 : تجاني عبدالقادر أحمد

مستشار مالي

المركز الوطني للاستشارات الإدارية - جدة(*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ختاماً فلا نقول إلا ما نظنه صواباً.

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