

### نزیه کمال حماد

"مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة

في الفقه الإسلامي"

جدة : مجلة جامعة الملك عبدالعزيز : الاقتصاد الإسلامي

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

### تعليق : الصديق محمد الأمين الضريير

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية القانون - جامعة الخرطوم

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

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

يقول الدكتور نزیه في المقدمة:

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

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

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

### (٣) قال الدكتور نزيه بعد المقدمة:

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

### التعليق

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

### (٤) قال الباحث في ص ٩٧:

واستدلوا على ذلك بخمسة أدلة:

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

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

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

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

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

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

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

(٢) لا أدري لم قدم الشافعية على المالكية.

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

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

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

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

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

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

(أ) عبارة الرافعي التي نقلتها عن الباحث آنفاً.

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

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

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

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

(٤) انظر أول صفحة ١٠٠.

(٥) انظر آخر صفحة ١٠٠.

(٦) انظر الصفحات ١٠٠ و ١٠١ و ١٠٢.

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

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

#### ٦- يقول الباحث في ص ١٠٢:

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

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

#### ٧- ويقول الباحث في صفحتي ١٠٥-١٠٦:

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

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

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

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

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

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

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

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

(٨) انظر آخر الفقرة (٤)، والفقرة (٥).

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

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

يقول الباحث بعد ما أورد هذه النقول:

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

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

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

يقول الباحث في ص ١٠٦ :

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

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

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

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

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

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

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

### التعليق

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

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

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

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

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

(١١) انظر الفقرات (٦) و (٧) .

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

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

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

#### فائدة

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

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

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

والله الموفق والمهادي إلى الحق.

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