

تقديم خدمة الضمان في ضوء مبادئ ومفاهيم فقه المعاملات



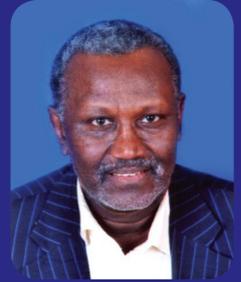
دراسات
وبحوث

المستخلص

إن رأي جمهور الفقهاء بعدم جواز أخذ الأجر على الضمان يحتم علينا إيجاد حلول عملية لتقديم خدمة الضمان في ضوء مفاهيم ومبادئ الإسلام في المعاملات المالية. وذلك لأهمية حاجة الاقتصاد والمعاملات المالية والتجارية المعاصرة للضمان، ولما يقوم به من دور أساس لتسهيل ودعم الدورة المالية والاقتصادية. وتعتمد الدراسة حلين: أولهما: جواز أخذ الأجر على الضمان، إلا في حالة نشوء دين للكفيل في ذمة المكفول، فيؤدي الضامن إلي المكفول له مبلغاً أقل، مستربحاً من الفرق بين ماسيحصل عليه المضمون وما أدى. ثانيهما: خدمة الضمان التعاوني، بحيث تشترك الجهات طالبة الضمان في وعاء مالي تبرعاً وعلى أساس التعاون تصدر منه خطابات الضمان، وتعوض الجهات التي يُقدم لها الضمان منه.

مقدمة:

إن موضوع البحث - خطاب الضمان (الكفالة) - من الموضوعات ذات الأهمية القصوى لما له من دور في الحياة الاقتصادية المعاصرة، كما تتوره صعاب وحساسية بالغة لما خطه فقه المعاملات فيه من رأي صريح منع أخذ الأجر عليه باعتباره من أعمال البر، بل قد أدرج أخذ العوض على الكفالة ضمن القرض الذي يجر نفعاً، في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان (مجمع الفقه الإسلامي قرار 12)، مما قد يحد من استخداماته في اقتصاد إسلامي ومعاملات تجارية و صناعية ومالية معاصرة. والمشاهد أن من يقدم له الضمان يستفيد منه كثيراً ويحقق أرباحاً طائلة من ذلك، علماً أن الجهات التي تقدمه الآن مثل المصارف تبذل جهداً ووقتاً ومالاً في سبيل تقديمه بشكله المعاصر مما قد يدخل فيه معنى جديداً يُخرجه من دائرة الإرفاق والإحسان. كل ذلك يوجب أهمية دراسة الموضوع وتحليله وسبر غوره لاستجلاء غامضة وفك طلاسم شائكة، وما تحفه من مشكلات من بينها: القرض الذي يجر النفع، سيما اختلاف النظر الفقهي التقليدي له عن واقع معاملاته وحاجة الاقتصاد والأعمال التجارية والمالية له. والنظر الفقهي المعاصر الذي يعتمد البحث هو أطروحة في بحث قيم ألفه فقيه معاصر جمع بين فقه المعاملات ومعرفة متينة للمعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نظر فيه: مدى جواز الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، وخلص فيه إلى جواز أخذ الأجر على الكفالة إلا في الحالة التي يصير المبلغ المؤدى عن المكفول ديناً مؤجلاً في ذمته، فإنه لا يجوز حينئذ أخذ الأجر على الكفالة لأنه يصير حيلة لأكل ربا النسبئة المحرم أو ذريعة إليه (نزيه حماد، 1997م). ومنهج الدراسة هو النظر في الآراء الفقهية في موضوع إصدار خطاب الضمان بهدف اقتراح بدائل عملية لإصدار خطاب الضمان في ضوء مفاهيم فقه المعاملات. خلص البحث إلى مقترحين: يركز أولهما على تقديم خدمة الضمان بأجر. أما المقترح الثاني فيتبنى تقديم خدمة الضمان بناء على مبدأ التعاون والتبرع. مما قد يتيح حلاً جذرياً لإشكالية تقديم خدمة الضمان وإصدار خطاباته للجهات الراغبة من خلال شركات التامين التعاوني.



إعداد

د. التجاني عبد القادر أحمد

خبير اقتصادي ومالي

تعريف:

أصل الضمان في اللغة: جعل الشيء في شيء يحويه. وضمن: أودع. وضمنه إياه: كفله. ضمن الشيء، وضمن به، كفله⁽¹⁾.

ومعنى الضمان اصطلاحاً: شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر. وباب الضمان واسع، فهو يدخل في أمور كثيرة: الكفالة، والإتلافات، والجنايات... وأسباب الضمان ثلاثة:

(أ) إلزام الشارع، كالكفارات.

(ب) الالتزام بالعقد، كعقد الكفالة.

(ج) الإضرار بالغير، كالإتلاف (دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي) وقد استخدم جل الفقهاء مصطلح الضمان، بمعنى تحمل تبعة الهلاك، وهو المدلول المقصود في القاعدة الفقهية «الخراج بالضمان»⁽²⁾. والضمان المقصود الذي تتناوله الدراسة هو الضمان بمعنى الكفالة، التي هي: التحمل والالتزام. وقال ابن الأنباري: تكفلت بالمال، التزمت به وألزمته نفسي. وهي في الاصطلاح الشرعي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في التزام بالدين، فيثبت الدين، على خلاف بين الفقهاء، في ذمة أحدهما أو كليهما أو في ذمة الكفيل... والكفالة أنواع: منها الكفالة المضافة والكفالة المعلقة والكفالة المنجزة⁽³⁾.

خطاب الضمان:

هناك أنواع متعددة ومختلفة من خطابات الضمان علماً أن هدفها جميعاً وما تحققة واحد وهو: الالتزام بالدفع للمطالب (المورد أو صاحب العمل). فالالتزام جهة ما بالسداد لطرف ثالث (الدائن أو الملتزم له) يحقق ضماناً واطمئناناً للدائن فيزيل التخوف من نفسه من عجز المشتري (المدين) الوفاء بالتزاماته المالية في مواعيدها المقررة. والضمان يعني الالتزام والمسؤولية بسداد دين أو الوفاء بالتزامات إذا عجزت الجهة الأساس التي أنشأت الالتزام عن الوفاء بما التزمت به، وبهذا فإن الضمان التزام محتمل في حق الضامن بمعنى التزام ممكن الحدوث، ولا يعد من الناحية المحاسبية متحققاً ولا يسجل ضمن الخصوم، حسب نظام الضمان في الممارسة المصرفية. والضمان المصرفي يعرف بأنه وثيقة يصدرها المصرف نيابة عن أحد عملائه الذي دخل في عقد أنشأ التزامات مالية عليه (شراء بضائع مثلاً) يتعهد فيه المصرف بالدفع أو بمقابلة أية التزامات مالية للمورد في حال عجز عميله الوفاء بالسداد. ويستخدم الضمان في الأعمال التجارية مثل الشراء والبيع والأعمال الصناعية والإنشاءات مثل ضمان الانجاز والضمان الابتدائي والنهائي، كما يستخدم في المجال المالي مثل ضمان السندات...

وكما أن للضمان استخدامات متنوعة، كذلك له حالات متنوعة ومتعددة من ناحية العقد. فالضمان (الكفالة) تكون مضافة أو معلقة أو منجزة. فالمضافة هي ما انعقدت مضافة إلى زمان مستقبل فلا تثبت أو تلزم إلا إذا حل ذلك الزمان. أما المعلقة فهي التي تتعقد معلقة بشرط إذا تحقق الشرط تثبتت ولزمت. كما لو قال إذا لم يعطك فلان مطلوبك، فأنا أعطيكه. أو لو قال بع الشيء الفلاني من فلان وإذا لم يعطك الثمن فأنا أعطيكه. أما الكفالة (الضمان) المنجزة فهي التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل. كقول شخص إنني كفيل فلان عن دينه الذي عليه لفلان⁽⁴⁾.

(1) نزيه حماد، 1993م لسان اللسان، القاموس المحيط.

(2) نزيه حماد، 1993، مرجع سابق.

(3) المرجع السابق.

(4) نزيه حماد، 1993م.

أخذ الأجر على الضمان:

نص جمهور الفقهاء على أنه لا يجوز للضامن (الكفيل) أخذ الأجر على الضمان بالمال، وإن الضمان بشرط الجعل له باطلة، خلافاً لإسحاق ابن راهوية⁽⁵⁾. وقد ذهب على ذلك، أي منع أخذ الأجر على الضمان، الفقه الإسلامي المعاصر. أدناه بعض القرارات والفتاوى المعاصرة التي لا تجيز أخذ الأجر على الضمان، مع تعليق عليها:

(1) قرار مجلس الفقه الإسلامي رقم: (1) 12(2/12) بشأن خطاب الضمان: إنعقد مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الآخر 1406هـ الموافق 22-28 كانون الأول (ديسمبر) 1985م. وتم تقديم عدد من البحوث والدراسات ومن ضمنها دراسة حول خطاب الضمان، وبعد المداولات والمناقشات إتضح الآتي: أولاً: إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والإنتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه فإن كان بدون غطاء فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو ملاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة. وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي: الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً: إن الكفالة هي عقد 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.

ما يستحق الملاحظة حول قرار مجمع الفقه الإسلامي العالمي الآتي:

1/ صنف القرار عقد الكفالة بأنه عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان. وهذا لا يتفق مع الممارسة الجارية لعقد الكفالة، حيث إنها تقدم دائماً في العمل المصرفي والمالي والتجاري للمقتردين أصحاب المؤسسات والشركات والأعمال. والتبرع والإحسان - في الغالب الأعم لا يقدم إلا للمحتاجين. ثم إن الجهات التي تقدم الضمان في وقتنا الحاضر هي مؤسسات تتكلف الأموال والجهد لتقدمه، وهي لا تستطيع عمل ذلك بناءً على التبرع والإحسان، لذلك فإن هذه الفقرة لا تتناسب مع واقع الحال الذي يعمل فيه نظام الضمان.

2/ جَوَزَ القرار أخذ المصاريف الفعلية لإصدار خطابات الضمان، علماً أن حساب المصاريف الفعلية تتوره إشكالات كثيرة ولا يمكن ضبطه بما يعادل بشكل قاطع الأموال الحقيقية التي أنفقت ضمن المصاريف الفعلية. وبهذا فإن المبلغ الذي يقدر للمصاريف الفعلية إما أن يكون ناقصاً أو زائداً أو مساوياً لها. وتصبح إمكانية حسابه بشكل دقيق يحقق التساوي. لذلك فإن المؤسسات التي تقدم الضمان ستعمل على حسابه بما يضمن لها في كل الأحوال استرداد ما بذلته تجاهه مما يجعلها تميل إلى الزيادة في تقديره، علماً أنها هي التي تقوم بحسابه مع ما فيه من بنود مختلفة ومتنوعة يخضع معظمها الي التقدير والتخمين. وهذا قد يؤدي إلي حساب المصاريف الإدارية بالزيادة، وتعتبر بمثابة قرض جر نفعاً وبالتالي تدخل في شبهة الربا، وهي الزيادة الواردة على المصاريف الإدارية، حيث يصبح المبلغ الزائد من المصاريف الإدارية الفعلية هو أجر مقابل الكفالة المحضة.

المصاريف الإدارية لخطاب الضمان:

جَوَزَ قرار مجمع الفقه الإسلامي أخذ المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان، مع عدم الزيادة على أجر المثل. وقد ذكرنا سابقاً وبشكل مجمل

(5) نزيه حماد، 1997م.

أن حساب المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان يصعب تحديدها بشكل دقيق وقاطع، وإنما تحسب دائماً بناءً على معايير تقديرية وليست دقيقة، ومن المسلم به في محاسبة التكاليف صعوبة تخصيص التكلفة (Cost Allocation) وذلك لأن التكاليف التي تتحملها المؤسسة تكون ذات طبيعة مختلفة فمنها ما هو مباشر ومنها ما هو غير مباشر لذلك يصعب الجزم بأن المعاملة المحددة (إصدار خطاب ضمان مثلاً) قد تكلفت مبلغاً محدداً من أجور العاملين أو من أجور الاتصالات أو من إجازة المباني أو أعمال التقنية للسنة المالية المعنية. ومن المعلوم أن المصرف منشأة ووحدة عمل واحدة تشترك كل الأقسام والإدارات فيها في تحقيق إيرادات مقابل مصاريف إدارية متنوعة يتم تحميلها سنوياً على جميع أقسام وإدارات البنك. ولا نستطيع فصل المصاريف الإدارية لعملية إصدار خطاب ضمان معين وتحديدها بشكل قاطع. نعم بالإمكان حساب المصاريف الإدارية الكلية للمصرف سنوياً وهي تبذل عادة بسبيل تحقيق هدف المصرف، ولكن يصعب تحميل كل إدارة في المصرف بالتكاليف الإدارية الفعلية والحقيقية التي تتكبدها كل إدارة. أما تحديد المصاريف الإدارية لكل عملية على حدة (ومن ذلك إصدار خطاب ضمان) فهذا قد يكون في دائرة المستحيل. نخلص من ذلك إلى أن حساب المصاريف الإدارية بشكل عام والمصاريف الإدارية لخطاب الضمان بشكل خاص تقوم على أسس تقديرية وتعتمد على التخمين.

وهناك طرق تسعى إلى تحميل كل قسم في المصرف بالمصروفات الإدارية التي يتحملها بصورة تقديرية بغرض مراقبة وتجويد الأداء. ولكنها ليست دقيقة بصورة كاملة ولا تدعي أن حساب هذه المصروفات بهذه الطرق، يحقق المصروفات الإدارية الفعلية التي تكبدها القسم المعني للقيام بدوره وتحقيق الإيرادات.

ومن الطرق الحسابية المستخدمة لتخصيص المصروفات الإدارية خلال سنة مالية محددة وتحميل كل قسم بجزء منها، طريقة النسب والتناسب بحيث تخصص المصاريف الإدارية لكل قسم بناءً على إيرادات كل قسم على حدة. وتقوم على المعادلة التالية:

$$م ك \times د ق = م ق$$

د ك

حيث:

م ك = المصاريف الإدارية الكلية

د ك = الإيرادات الكلية

د ق = إيرادات القسم

م ق = المصاريف الإدارية للقسم

وكما أسلفنا فإن هذه الطريقة لا تعطي نتائج دقيقة وتبقى مع ذلك تقديرية. وإن أمكن استخدامها بشكل كلي لتحديد المصروفات الإدارية التقديرية لعمليات إصدار خطابات الضمان إلا أنها لا تحدد المصروفات الإدارية لخطابات الضمان بشكل دقيق وصادق.

وهذه الطريقة تصلح لإيجاد مؤشر، ولكنها لا تحدد المصاريف الإدارية الفعلية لإصدار خطابات الضمان، وذلك لأنها تعتمد على بيانات ومعلومات محاسبية تتوفر فقط في نهاية العام المالي أو عند انقضاء الفترة المحاسبية المحددة. بجانب أنها تحدد المصروفات الإدارية لخطابات الضمان بشكل كلي لا يحقق الغرض المرجو بتخصيص مصروفات إدارية لإصدار خطاب ضمان كل على حدة.

وبهذا نخلص إلى أن حساب المصاريف الإدارية لخطاب الضمان بشكل دقيق وقاطع يستحيل أو قل يصعب تحقيقه. لذلك فإن المصاريف الإدارية التي يتقاضها المصرف حسب القرار يحتل دائماً وجود مبلغ إضافي زائد على المصاريف الفعلية حيث إن المصرف يميل ويتجه إلى الزيادة في تقديرها. وإن كان ذلك كذلك فإن هناك مبلغاً إضافياً يأخذه المصرف أكثر من المصاريف الفعلية لإصدار خطاب الضمان مما يوقعنا في المحذور. كما ذكر.

(2) «فتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية رقم (96/6) حول خطاب الضمان تضمنت الآتي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان - والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته - سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء.»

«وأيضاً أصدرت الهيئة العليا للرقابة الشرعية للمصارف والمؤسسات المالية تكييف فقهي حول خطاب الضمان يشمل الآتي:

1/ الأصل في خطاب الضمان أنه عقد كفالة (ضمان). وتعرف الكفالة بأنها ضم ذمة إلى أخرى في المطالبة بدين أو عين أو نفس ويختص خطاب الضمان من هذا التعريف الواسع بأنه:

ضم ذمة الكفيل (المصرف الضامن) إلى ذمة المكفول في المطالبة في حالة عدم وفائه بما عليه من التزام، أو في حالة اختيار المكفول له (المستفيد) التنفيذ على خطاب الضمان.

2/ خطاب الضمان قد يكون بغطاء كلي أو جزئي أو بغير غطاء، وعليه:

أ- فإن علاقة الكفيل (المصرف) بالمكفول له (المستفيد) تكييف في جميع الحالات أعلاه على أنها كفالة.

ب- وتختلف علاقة الكفيل بالمكفول له بحسب الحال :

* فإذا كان خطاب الضمان بغير غطاء فهي كفالة محضة.

* وإذا كان خطاب الضمان بغطاء جزئي فهي كفالة ووكالة.

* وإذا كان خطاب الضمان بغطاء كلي فهي وكالة.

3/ الكفالة عقد إرفاق في حكم القرض، فلا يجوز أخذ الأجر عليها. أما الوكالة فيجوز أن تكون بأجر (في حكم الإجازة) كما يجوز أن تكون تبرعاً، وعليه:

أ) لا يجوز أخذ الأجر على مجرد الكفالة، ومن ثم على خطاب الضمان، سواء كان بغطاء أم بغير غطاء ويجوز في هذه الحالة أخذ المصروفات الفعلية التي تكلفها عملية إصدار خطاب الضمان.

ب) إذا كان خطاب الضمان بغطاء كلي أو جزئي، فيجوز أخذ أجر على الوكالة التي هي عمل ثانوي ملحق بعملية الضمان، وعلى بنك السودان أن يقدر الأجر المناسب في هذه الحالات، ويلزم به المصارف.»

التعليق على فتوى الهيئة :

ركزت فتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي وللمؤسسات المالية رقم (96/6). على معنى الكفالة في خطابات الضمان، كذلك نحت بها منحى الضمان المصرفي. غير أنها فرقت بين الأعمال التي تقدم في خطاب الضمان ذا الغطاء الجزئي والكلي وبين الأعمال الإدارية في حالة الكفالة المحضة. فجوزت في الأولى أخذ الأجر على الوكالة ومنعت في الثانية أخذ الأجر على الضمان،

إلا ما يقابل المصروفات الإدارية الفعلية التي تكلفها عملية إصدار الضمان. وأشبهت في ذلك فتوى مجمع الفقه الإسلامي العالمي. والتعليق الذي سبق على فتوى مجمع الفقه الإسلامي ينطبق على فتوى الهيئة العليا، حيث يصعب جداً حساب التكلفة الفعلية، ولا تخرج عن نطاق التقدير والتخمين، كما سبق ذكره. أما عن موضوع أخذ الأجر على الوكالة في حالة التغطية الجزئية والكلية فقد يبدو في ظاهره أنه استجاب من الناحية العملية والإجرائية للإشكال المتعلق بأخذ الأجر على الضمان حيث يستطيع العميل وضع هامش كثير أو قليل مقابل إصدار خطابات الضمان، مما يتيح للمصرف مطالبة العميل بأجر على هذه الوكالة. ولكن مما يعكر على ذلك:

أ- قد تلبس المصارف الأجر على الضمان داخل أجر الوكالة. حيث يمكن أن يكون الأجر المتفق عليه في الوكالة باهظاً ليشمل في باطنه أجر على الكفالة. ب- إن جواز أخذ الأجر مرتبط بالوكالة. حيث إنه يمتنع في محض الكفالة، والذي يدخل الوكالة هو الغطاء الكلي، أو الجزئي (دفع كل مبلغ الضمان أو جزء منه)، فهل يعني ذلك أنه كلما زاد المبلغ المدفوع كغطاء يزداد تبعاً لذلك الأجر؟! ومنشأ السؤال هو البناء المنطقي للمعاملة حيث:

- لا يجوز أخذ الأجر على الضمان.
- يجوز أخذ الأجر في حالة التغطية الجزئية أو الكلية للضمان، باعتبار الوكالة عمل يجوز أخذ الأجر عليه. وهذه الدعوى تفتقر لأنه كلما زادت نسبة التغطية زادت أعمال الوكالة، فهل يؤدي ذلك زيادة الأجر على الوكالة كلما زادت نسبة التغطية؟!

بجانب قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وفتوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، هنالك رأي لفقهاء معاصر من خلال (بحث علمي بعنوان «مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي»⁽¹⁾) في هذا البحث القيم حول موضوع الكفالة وأخذ الأجر عليها خلص الباحث الكريم إلى أنه يجوز ذلك إلا في حالة واحدة هي تلك التي ينشأ فيها دين للكفيل في ذمة المكفول، وعد جعل على الالتزام في هذه الحالة حيلة لأكل ربا النسبنة أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً. والأطروحة الأساسية للبحث هي: أن محض الالتزام له قيمة مالية في ذاته بحيث يصح بذل العوض المالي في مقابلته. وأورد لذلك شواهد، منها:

أ- ان للالتزام منفعة مقصودة تشبه المنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والكفالة، لذلك صح كون الالتزام محلاً للعقد في الضمان.
ب- أن التزام الضامن بالأداء في حد ذاته مصلحة مقصودة ومنفعة مشروعة يجوز أن يكون لها قيمة مالية شرعاً إذا تعارف الناس ذلك.
ج- أن محض الالتزام بالضمان وإن لم يكن عملاً فهو في حكم العمل بجامع المنفعة المشروعة المتقومة المبدولة في كليهما.
د - ان الجعل في الالتزام إنما هو مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته، سواء أداه المكفول أو لم يؤده.

وقد أتيح لمعد هذه الورقة التعليق على بحث الأستاذ الدكتور نزيه حماد المذكور بعنوان: (مدى جواز أخذ الأجر على خطاب الكفالة في الفقه الإسلامي) تم نشره في مجلة الاقتصاد الإسلامي عام (1417هـ - 1997م).

ومن التحفظات التي أثارها التعليق: أن تحول الجعل على الالتزام إلى حيلة لأكل الربا في حال نشوء المدائنة، لا يطرد مع الأطروحة الأساسية للبحث إلا

(1) نزيه حماد، 1997م.

وهي: أن محض الالتزام فيه منفعة مشابهة لمنافع يبذل مقابلها أجر، لذلك صح كونه محلاً للعقد. فإن كان مجرد الالتزام يصح أخذ الأجر عليه فهو يمثل علاقة تعاقدية قائمة بذاتها بين الكافل والمكفول والأجر الذي بذل فيه إنما هو مقابل الالتزام الذي هو منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة يصح التعاقد عليها. لذلك لا يمكن إغفالها هكذا فجأة ليصبح ما دفع مقابلها زيادة ربوية في معاملة أخرى. وينشأ عن هذا أن الأجر على الضمان والالتزام به يمثلان معاملة قائمة بذاتها، وهما بدلان في معاملة مالية معتبرة شرعاً وكاملة الأركان. فإن كان الالتزام بالضمان في حد ذاته عملاً ملموساً ومصلحة مقصودة ومنفعة معتبرة يصح بذل المال لتحصيلها وأخذ الأجر على تقديمها، فإن المال الذي بذل لتحصيلها يكون مقابلها هي. ولا يستقيم من الناحية المنطقية 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 أجزاها (فائدة) فكأننا لا نعترف أصلاً بجواز الأجر على الضمان. ويصبح الالتزام بالضمان قد قدم من غير بدل يقابله.

والتطبيق المصرفي يشير إلى 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 0,125% إلى 0,25% في السنة من مبلغ الضمان بحسب قيمة الضمان. أما سعر الفائدة على التأخير فقد يصل إلى 12% في السنة من قيمة الدين في حالة تحول الضمان إلى دين من البنك إلى العميل المكفول.

وتجدر الإشارة إلى أن المصرف يحسب أجره على الضمان على أساس الفترة الزمنية التي يغطيها الضمان. فإذا وقي 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 تمت الإشارة إليه فإن نسبتها قد تصل إلى 12% 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 انه يتكون من معاملتين متميزتين لكل معاملة أركانها من عاقدين وصيغة وبدلين. فالمعاملة الأولى بين البنك وعميله بإيجاب وقبول، والتزام بالضمان من طرف البنك لمدة محددة، وثن (أجر) مقابل ذلك من العميل. أما المعاملة الثانية، وإن كانت غير جائزة، فهي أيضاً بين البنك وعميله، يتحول العميل إلى مدين للبنك مقابل فائدة ربوية.

بناءً على ذلك فإن النتيجة المنطقية للدراسة تقود إلى جواز 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 ! وتتجنب بذلك كل المشكلات المتوقعة عن التطبيق العملي، في المجال المصرفي الإسلامي، للرأي القاضي باعتبار الأجر على الضمان حيلة لربا النسب 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 قمنا بإرجاع أجر الضمان إلى العميل باعتباره فائدة فهذا يؤدي إلى تكبيد البنك خسارة كان يمكن تجنبها بعدم الدخول أصلاً في تقديم خدمة الضمان لعملائه. وهذا قد يشجع علي عدم الوفاء بالالتزامات. وربما يقول قائل أن على البنك الإسلامي أخذ ضمانات نقدية كافية قبل إصدار أي خطاب ضمان لأي من عملائه، وهذا أيضاً له محاذيره والمتعلقة بإفقاد المصارف الإسلامية ميزة تنافسية كبيرة في مقابل المصارف التي تقدم مثل هذه الخدمة بضمانات جزئية.

هذا وقد رد الدكتور نزيه حماد على تعليق الباحث ونوه إلى أن ما أخذه عليه التعليق من عدم الاطراد في الأطروحة الأساسية للبحث، «غير مسلم...» وبيان ذلك:

أولاً: إن الشرع حظر بين عقدين - أو معاملتين - يترتب على الجمع بينهما توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، وإن كان كل واحد من العقدين جائزاً بمفرده، وذلك لأنه قد نشأ في اجتماعها معنى زائد لأجله وقع النهي. وعلى ذلك صح بيع الالتزام المحض في الكفالة بمفرده، كسائر المنافع المتقومة في الإجازات، فإذا انضم إليه مديونة إلى أجل صار محظوراً، بناءً على قاعدة «سد الذرائع». واستشهد لذلك ببيع وسلف حيث نهت السنة عن بيع وسلف، وبيع العينة. والجمع بين الأختين في النكاح وكذلك الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها⁽¹⁾.

أما إذا تم النظر إلى البيع والسلف وبيع العينة ضمن المعاملات المالية، يلاحظ أن هناك اختلافاً مؤثراً بينهما وبين موضوعنا (تحويل الأجر على الضمان) في حيلة لأكل ربا النسب (يقدر في القياس بينهما وبين موضوعنا). فالبيع والسلف يقعان في عقد واحد يجمع المعنيين أو العقدين، البيع والسلف. والعقد الممنوع والمنهي عنه هو ما اجتمعت فيه المعاملتان البيع والسلف، وكذلك العينة فإن سبب تحريمها عند من يمنعها من الفقهاء التواطؤ فيها إلى التبليغ إلى المحرم ببيعين أحدهما نقدي عاجل والآخر مؤجل بمبلغ أكبر. والتواطؤ هذا هو ما حدا بالإمام الشافعي إلى اتخاذه قاعدة: عدم بناء الأحكام على التهم⁽²⁾. أما في موضوعنا فإن الضمان أو الكفالة وإن كانت بأجر فإنها تقع في عقد منفصل ومستقل وقد لا يطرأ عليها العقد الثاني أبداً إذا وفي المدين دينه الذي قدم الضمان من أجله. أما إذا اضطر الضامن إلى أداء الدين وتحول إلى دائن. فإن المعاملة برمتها تتحول إلى عقد آخر منفصل ومستقل أيضاً، لذلك فإن الأجر الذي يؤخذ في العقد الأول لا علاقة له بالبتة بالعقد الثاني - عقد الدين. كذلك فإن العينة تختلف في أنها بيع إلى أجل ثم شراء نقدي قبل الأجل بأقل من الثمن، وذلك أنه من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه قبل الأجل نقداً بأقل من

(1) نزيه حماد، رد على التعليق، 1997.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد.

الثلث... فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز. وجوزه الشافعي وداوود وأبو ثور وقال الشافعي: وحمل الناس على التهم لا يجوز. والذي منعه فوجه منعه اتهامه له إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل وهو الربا المنهي عنه فزوراً لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر: أسلفني عشرة أردوها عشرين، فيقول: هذا لا يجوز، ولكن أبيع منك هذه السلعة بعشرين إلى شهر، ثم اشتريها منك بعشرة نقداً. علماً أن حديث أبي العالية عن عائشة الوارد في الموضوع (انظر ابن رشد ص 145) فإن الشافعي قد رده وقال: لا يثبت حديث عائشة، وأيضاً فإن زياداً قد خالفهما، وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس. فقد سئلت السيدة/ عائشة أم المؤمنين: يا أم المؤمنين إني بعثت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة؟ فحكمت عائشة بعدم جوازه⁽³⁾.

وهكذا يتضح أن العينة كذلك، عند الذين لا يجوزونها، يعتبر في منعها التواطؤ والتحليل.. قال: فزوراً لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام⁽⁴⁾. فإن الحيلة والتواطؤ لا يتصوران في معاملتنا، لذلك فإن تشبيه السلف والبيع والعينة وقياسهما على الأجر على الضمان بعيد، فامتنع بذلك أخذه حكمهما.

نتيجة:

وينبغي الإقرار بأن هذا الموضوع غاية في الحساسية والتشعب. والوجه الذي يمنعه في حالة تحول المعاملة إلى مديونة، وجه قوي أيضاً. لذلك فإنه من الحكمة البحث عن حلول أخرى تكون عملية وممكنة التطبيق.

ويقترح البحث لتجاوز هذه الإشكالية الآتي:

الحل الأول: استرباح الكفيل من الكفالة:

تبني الرأي القاضي بجواز استرباح الكفيل من الكفالة كثمرة للالتزام بالدين فيها، كما نص على ذلك بعض فقهاء الحنفية⁽⁵⁾. فقد نقل الدكتور نزيه حماد بعض النصوص التي تجيز استرباح الكفيل بالكفالة قال: «كما لو كفل بألف، ثم قضى المكفول له عرضاً أو قدراً أقل من الدين المكفول به على سبيل الصلح، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى.. وبذلك يحصل الكفيل على زيادة مالية فوق ما دفع... (ب) ما جاء في الفتاوى الهندية... وإذا أدى المال (المكفول به) من عنده، رجع بما كفل، ولا يرجع بما أدى، حتى لو أدى الزیوف، وقد كفل بالحياد، يرجع بالحياد. ولو أدى مكان الدنانير الدراهم، وقد كفل بالدنانير... رجع بما كفل به⁽⁶⁾».

بناءً على ما سبق فإنه بالإمكان دخول البنوك مقدمة الضمان في عقد مع الجهة طالبة الضمان، أنه في حالة عدم تمكن المتعاملين مع البنك من طالبي الضمان، من الوفاء، فيؤدي البنك الضمان إلى المكفول له بقيمة أقل، يتفق عليها. ثم يرجع البنك على المكفول بكامل مبلغ الكفالة أو الضمان. وبهذا يتحقق للبنك دخلاً عن تقديمه لخدمة الضمان مقابل التزامه وأعماله حيال عملية تقديم الضمان.

وميزة هذا المقترح أنه يوفر دخلاً للبنوك التي تقدم خطابات الضمان في كل الحالات، وبهذا يتكامل هذا المقترح مع ما قدمه الدكتور نزيه حماد من فتوى. وبه تستقيم المعاملة حيث يحل للبنك أخذ الأجر على الضمان في الحالات التي يفي فيها المكفول بالضمان. أما في الحالات التي لا يفي فيها المكفول فإن

(3) ابن رشد ص 145.

(4) ابن رشد، المرجع السابق، ص 145.

(5) نزيه حماد، مدى جواز، 1997م.

(6) المرجع السابق (ص 106-107).

القسط أو الاشتراك اكتوارياً، كما تعد العقود، ويزاول النشاط المتعلق بالتحقق والمتابعة... الخ. ويستفاد أيضاً من مبدأ التبرع والتعاون.

6- الإدارة: يعهد بها لشركات التأمين الإسلامية القائمة، وذلك للتوافق في المبادئ التي يقوم عليها العمل مثل التبرع والتعاون والحساب الاكتواري لتحديد قيمة القسط أو الاشتراك.

إن الفكرة الأساسية هي: أن يتبرع المشتركون بإقساط مالية تحسب بناء على خطر النكول في الالتزامات المالية التي ينشئونها خطاب الضمان، بحيث يدفع للمضمون له قيمة خطاب الضمان فوراً، ويكون ذلك من مجموع الأقساط المتبرع بها التي تؤلف الوعاء المالي. ولا مانع من أن يشترك المدير الذي يقوم بالإدارة مع غيره في الالتزام بدفع قيمة الضمان بنسب محددة ويجعل يتفق عليه.

إذا جاز شرعاً التأمين التعاوني، فيبدو أن التعاون لتقديم الضمان أولى بالجواز. سيما أن الضمان في الفقه الإسلامي من أعمال البر والمعروف التي لا يجوز أخذ الأجر عليها. فإذا أمكن تقديم خدمة الضمان على أساس التبرع والتعاون. فإن ذلك سوف يفتح باباً واسعاً يُخرج من إشكالية منع أخذ الأجر على الضمان مع تعين الحاجة إليه واختلاف صورته المستخدمة والمستحقة حيث يطلبه المقتدر بل صاحب الثروة الواسعة.

وهكذا فإن هذا الحل بتقديم خدمة الضمان علي أساس التعاون، إن تم تحريره من الناحية الشرعية والعملية بحساب أقساط الاشتراكات في ضوء نظرية الاحتمالات بما يحقق تغطية كاملة للمطالبات وكذلك بإعادة التأمين، فإن هذا المقترح يمثل حلاً متوسعاً وكاملاً لإشكالية تقديم خدمة الضمان في اقتصاد إسلامي.

المراجع:

1. ابن منظور: لسان اللسان، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1993م.
2. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، 1998م.
3. بيت التمويل الكويتي: دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، مطابع دار الصفوة مصر، ط 1 (1412هـ - 1992م).
4. نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار ط 1 (1414هـ - 1993م).
5. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، القرار رقم 12، جدة.
6. الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الخرطوم.
7. نزيه حماد، مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، جدة: مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، (1417هـ - 1997م) ص، ص 95-122.
8. التجاني عبد القادر أحمد، تعليق على بحث: مدى جواز أخذ الأجر على خطاب الكفالة في الفقه الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، (1417هـ - 1997م) ص، ص 159 - 164.
9. نزيه حماد: رد على تعليق د. التجاني عبد القادر أحمد، مدى جواز اخذ الأجر على الكفالة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي 1997م ص، ص 165-167.
10. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار القلم، بيروت لبنان، دبي.

أجر البنك يأتي من الجهة التي قدم لها الضمان أو الكفالة وهي المكفول له. ولكنه يلاحظ على هذا المقترح وإن حقق غرضه فيما يتعلق في تعويض المصرف إلا أنه عاقب الجهة طالبة الكفالة حيث جعلها هي الجهة التي تدفع أجر الضمان. كما أن العميل المكفول خرج من غير أي تكلفة مالية يدفعها. علماً أنه في مثل هذه الحالات فإن الوضع المالي للمكفول، غالباً ما يكون ضعيفاً أو قد يكون معسراً، مما يوجد مبرراً لهذا المقترح.

وهذا الحل المقترح يقوم على تغليب جانب أخذ الأجر على الضمان بما يتوافق مع السلامة الشرعية حسب مبادئ ومفاهيم فقه المعاملات.

الحل الثاني: خدمة الضمان التعاوني:

وهو يتأسس على تغليب جانب تقديم خدمة الضمان بناءً على قاعدة الإرفاق والإحسان والمعروف. ويقوم على التبرع والتعاون.

التعاون:

يقول الله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » (المائدة:2)، جاء في تفسيرها: وهو أمر لجميع الخلق بالتعاون على البر والتقوى، أي ليعن بعضهم بعضاً⁽¹⁾، وباب التعاون من أوسع الأبواب في الفقه الإسلامي، ومن خلاله تمكن الفقه الإسلامي من إيجاد بديل شرعي للتأمين بأنواعه المختلفة. والتأمين التعاوني جائز شرعاً بل هو أمر مرغوب فيه؛ لأنه من قبيل التعاون على البر، فإن كل مشترك يدفع جزءاً من ماله عن رضا وطيب نفس ليعان به من يحتاج إلى المعونة ومقصدتهم الأساس هو التعاون⁽²⁾.

الضمان:

تحتاج أعمال المقاولين والتجار ورجال الأعمال... تقديم ضمان لأصحاب العمل الذين يرغبون في إنشاء أو تأسيس مشروعات أو للموردين من الشركات والتجار عند استيراد سلع وبضائع أو تقديم خدمات... كما ذكر سابقاً. وهناك أنواع مختلفة من الضمانات المطلوبة في مجال المقاولات مثل: ضمان الجدية؛ ضمان حسن التنفيذ... الخ. كما بين ذلك اتحاد المقاولين السودانيين وشركات التأمين؛ مع التأكيد على أهمية هذه الضمانات في أعمال المقاولات حيث لا يستطيع أي مقاول ممارسة عمله إلا من خلال تقديم هذه الضمانات. وكذلك التجار والشركات وأصحاب الأعمال.

المقترح:

يتأسس المقترح على التعاون، بحيث ينشئ المقاولون أو الجهات التي تحتاج خدمة الضمان تجمعا ماليا من اشتراكات مالية يدفعونها تبرعا، حسب اتفاقهم وذلك بغرض إصدار خطابات ضمان للجهات المعنية، ويمكن ان يتم ذلك عن طريق إحدى شركات التأمين التعاونية القائمة ويقوم المقترح على التالي:

- 1- الوعاء المالي: يتألف من تبرعات الأعضاء أو المشتركين.
- 2- الغرض: ضمان المشتركين لدى الجهات المعنية، عن طريق إصدار خطابات ضمان لهم.
- 3- الهدف: تعاون المشتركين فيما بينهم بحيث يضمن بعضهم بعضا «التعاون لتقديم الضمان»
- 4- المشتركون: المقاولون أو التجار أو أصحاب العمل وأي جهات أخرى تحتاج خدمة الضمان.
- 5- النشاط: إصدار خطابات الضمان والالتزام بها. ويمكن الاستفادة من التقاليد والإجراءات المستخدمة في التأمين التعاوني في إدارة الوعاء المالي فيحسب

(1) القرطبي؛ ص 49.

(2) الضريح، الغرر، ص 643.