

الضمان بالمقابل في الفقه الإسلامي دراسة تحليلية

د. محمد قره

امتاز بكلية الشريعة فامس

ومستشار شرعي لعدد من المؤسسات المالية

Abstract:

The guarantee is considered as a possible future loan and such as the guarantee's rulings are similar to those of a loan. For instance, the interdiction of getting a financial compensation for a guarantee because it is considered as loan with a financial return. Moreover, there are issues related to *gharar* in pricing and to the fact that the financial return contradicts the objectives of the loan contract.

Keywords:

Islamic financing, The guarantee, Financial compensation, Gharar, Loan contract.

ملخص:

يعتبر الضمان استعدادا للقرض وعليه فهو يأخذ أحكام القرض، ويعلل بعدة تعليلات تقوي بعضها بعضا، ومن ذلك تحريم إعطاء المقابل عليه لأن ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، وسلف جر نفعان، وأن الغرر يتطرق إلى الثمن، فضلا عن كون المقابل مما يتنافى مع مقاصد القرض، ولا يعتبر منفعة تستوجب المقابل لانعدام مفهوم المنافع بعوض.

كلمات مفتاحية:

المالية الإسلامية، الضمان، القرض، الباطل، المنفعة، الربا.

سيتم تناول موضوع بدل الضمان من خلال المسائل الآتية:

المسألة الأولى: طبيعة عقد الضمان:

الذين بحثوا في خطاب الضمان كثيرون، وقد أكدوا أن خطاب الضمان هو مثل الضمان المعروف في الفقه الإسلامي، ويعني أن الضامن مستعد وملتزم لأن يدفع للدائن مبلغ الدين إذا لم يدفع المدين ما عليه من الدين، وهذا المعنى هو الحاصل في خطاب الضمان من حيث تعريفه ومفهومه.

وطبيعة الضمان أنه طلب للقرض من المضمون عنه، واستعداد لمنح القرض من الضامن، وفيه معنى الاستيثاق إذا وجد قدر من قصد المتعاقدين، ويظهر في شكله، ولكن القصد الغالب هو القرض، بدليل حصول الاتفاق على ضمان للقرض وتسديد الضامن دين المضمون عنه للمضمون له.

وفي البنوك الربوية يقدم خطاب الضمان بالمقابل، وحكم هذا الفعل التحريم في الفقه الإسلامي، فحكم الضمان بالجعل هو عدم الجواز، قال الخطاب: "ولا خلاف في منع ضمان بجعل"¹، والظاهر أن الجعل يحصل عليه الضامن عند انتهاء العلاقة بين المدين والدائن، ولا يمنع من الحصول عليه قبل ذلك، لأنه معلوم سبقا.

المسألة الثانية: علل تحريم الضمان بجعل وتوجيهها بالمناسبة:

- **العلة الأولى:** هي أكل أموال الناس بالباطل، وذلك في حالة يكون المضمون عنه قد أدى ما عليه من الدين بحيث لم يسدد الدين الضامن.

توجيه هذه العلة:

إن الضامن أخذ عوضا وفق سنن متبعة ولكن لا علة لها في الشرع، وهذا ما استؤكده علل لاحقة، والأصل في هذا قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا} ²، والباطل هو "الذي لا يُفيد وقع التعبير به عن تناول المال بغير عوض في صورة العوض"³، وهي آية تعتبر من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات، والآية نهي صريح عن أكل مال الإنسان بدون رضاه، وهو نهى مطلق، والأصل في النهي التحريم، فكل عقد فيه معنى النهي فاسد لأن النهي يقتضي الفساد، فالله عز وجل أمرنا أن نأكل الحلال وهو الغالب، وهو الأصل، فقال تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ } ⁴

- **العلة الثانية:** سلف يجلب منفعة، وذلك في حالة يكون الضامن هو الذي يدفع الدين.

توجيه هذه العلة:

أن الضامن أخذ عوضا وفق سنن متبعة، ولها علة في الشرع، ولكنها ملغاة في هذا الموطن، وفي هاتين العلتين: يقول الدردير: "الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس بالباطل، وإن أتاه الحميل لربه، ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة فتفسد الجمالة، ويرد الجعل لربه."⁵

- **العلة الثالثة:** تطرق الغرر في العوض.

توجيه هذه العلة:

الضامن حين يأخذ عوضاً عن الضمان فليقدر بـ 10 دراهم مقابل ضمانه 100 درهم فإنه لا يعلم هل سيحصل على 10 ويسلم من 100 أم أنه سيخسر 100. "إن ذلك من بيوعات الغرر، لأن من أخذ عشر على أن يتحمل بمائة لا يدري هل يفلس من حمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلا عشرة، أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة"⁶، ثم أن المضمون له ما طلب الضمان إلا لمظنة عدم الوفاء من المضمون عنه .

- العلة الرابعة: الضمان معروف وشرط صحته عدم الزيادة.

توجيه هذه العلة:

يقول الأبهري: "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"⁷، وقد ورد أن "ثلاثة أشياء لا تفعل إلا لله سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها أحدها الضمان، والثاني رفق الجاه، والثالث القرض"، وقد جمعها شيخنا العالم المتفتن المرحوم بفضل الله وكرمه أبو محمد سيدي عبد الواحد بن عاشر في بيت فقال:

القرض والضمان رفق الجاه*** تمنع أن ترى لغير الله⁸

- العلة الخامسة: الضمان منفعة غير قابلة للعوض.

توجيه العلة:

إن المنافع والأعيان ثلاثة أقسام:

- ما اتفق على صحة قبوله للمعاوضة كالدار وسكناها؛
- ما اتفق على عدم قبوله لها كالدم، والخنزير، والميتة، ونحوها من الأعيان، والقبل، والعناق، والنظر إلى المحاسن من المنافع، ولذلك لا يوجب فيه عند الجناية عليه شيء ولو كان متقوماً لأوجبنا القيمة كسائر المنافع؛
- ما اختلف فيه كالأزبال، وأرواث الحيوان من الأعيان، والآذان، والإمامة من المنافع فمن العلماء من أجازها ومنهم من منعه. إذا تقررت هذه القاعدة فالضمان في الذم من قبيل ما منع الشرع المعاوضة فيه، وإن كان منفعة مقصودة للعقلاء كالقبل وأنواع الاستمتاع مقصود للعقلاء ولا تصح المعاوضة عليها، فإن صحة المعاوضة حكم شرعي يتوقف على دليل شرعي ولم يدل عليه فوجب نفيه، أو بالدليل الثاني وهو القياس على تلك الصور لا لنفي الدليل المثبت.⁹

هذا وإن الناظر في كل العلل سيجد إحاطة الحكم بتعدد علل وكلها مفسدة. فيقوى حكم التحريم على غيره.

المسألة الثالثة: تحريم الضمان بجعله بين سد الذرائع واعتبار التهمة:

أظن أن تحريم الضمان يجعل يكون مرده أمرين:

الأول: سد الذرائع:

الثاني: اعتبار التهمة.

فبالنسبة للأولى، فمبناها عدم اعتبار القصد، حيث ينقطع عن سد الذرائع ويفصل عنه لارتباطه بالشكل والمال والغير، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع، ومن المعلوم أن سد الذريعة نعتبرها عند عدم وجود علة ظاهرة، ولهذا فالعلل كلها مستنبطة وليست نصية.

وبالنظر في كتب الفقه سنجد ما يدلنا على العلاقة بينهما:

- جاء في منح الجليل: "سلم شيء في أقل أو أدنى منه من جنسه لأنه ضمان يجعل وإن لم ينصا عليه سدا للذريعة (إلا أن تختلف المنفعة) باختلاف أفراد الجنس الواحد ، فيجوز سلم بعض أفرادها في بعض آخر مخالف فيها أكثر أو أقل أو أجود أو أدنى منه لأن اختلافها يصير أفرادا لجنس الواحد كجنسين."¹⁰

- وفي بلغة السالك: "قوله: (وما أدى إلى الحرام حرام) : فالحرام؛ كسلف جر نفعاً أو ضمان يجعل أو شرط بيع وسلف أو صرف مؤخر أو بدل مؤخر أو فسخ ما في مؤخر أو غير ذلك ..."¹¹

أما بالنسبة للثانية، فمبناها هو التهمة فينبذ يكون سبب تحريم الضمان يجعل هو التهمة التي تكون قابلة للتعميم، وقد يؤول الأمر إلى دفع الدين، فيكون قد أخذ قرضه مضافاً إليه مقابل الضمان، فالتهمة تعتبر اعتباراً لمصلحة الغير، واعتبارها هو استثناء حيث تكون المسألة في أصلها جائزة ولكن اعتبار التهمة جعلتها محرمة. ومن أمثلة هذا في المذهب المالكي:

1- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب10 نقداً؛

2- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب11 نقداً؛

1- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب10 لأجل 5 أيام؛

2- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب9 لأجل 3 أيام؛

1- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب10 لأجل 3 أيام؛

2- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب9 لأجل 3 أيام؛

3- باع زيد هاتفاً بالأجل 5 أيام لعمره ب10 درهم ثم اشترى زيد الهاتف نفسه ب11 لأجل 3 أيام؛

وهذه الصور محرمة كلها: لمن يتهم على ضمان يجعل، وإلا فإن التهمة إذا انتفت تصير الصور جائزة.

وهنا لا بد أن تكون التهمة قوية، فالمالكية -ولست متأكداً عند غيرهم- يعتبرون التهمة في الضمان يجعل إذا كانت قوية، أما إن كانت ضعيفة فلا تعتبر.

- جاء في الذخيرة: "يتمتع اشتراط ضمان ما يتأخر قبضه ليومين لأنه ضمان يجعل إلا في العين لأنها لا تتعين وجوزه غيره في الجميع إذا حُبس لركوب أو خدمة لقرب الأجل أو لأنه لما اشترط الركوب فهو كالمكتري لذلك ومقتضى هذا: الجواز في القليل والكثير غير أن التهمة يقوى القصد إليها في البعيد في الضمان يجعل"¹²

- وجاء في الشرح الكبير للدردير: " (كضمان يجعل) أي كبيع جائز في الظاهر يؤدي لذلك كبيع ثوبين بدينار لشهر ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار فيجوز ولا ينظر لكونه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما وهو الثوب الذي اشتراه مدة

بقائه عنده بالآخر لضعف تهمة ذلك لقلّة قصد الناس إلى ذلك ، وأما صريح ضمان يجعل فلا خلاف في منعه ، لأن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض لا تفعل إلاّ الله تعالى فأخذ العوض عليها سمحت¹³ ، وقد قال ابن بشير "ينبغي أن الخلاف خلاف في حال فمتى ظهر القصد منع ومتى لم يظهر جاز"¹⁴ .

وهذا سقناه من أجل إظهار النظر الفقهي، وإلا فإن الضمان يجعل كما في حالة خطاب الضمان لا يستدعي استحضار التهمة في تنزيل الحكم لأن القصد معبر عنه، فالطرفان يقصدان ذلك ويصرحان به، ويؤكد هذا القوانين التي تعتبر الضمان تعهداً.

المسألة الرابعة: حكم الضمان بالجعل وفق مقتضيات الحكم الوضعي:

المألوف الأصولي يباين بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، فالأول مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، بينما الحكم الوضعي فالأصل فيه أنه غير مرتبط بفعل المكلف وقدرته وعلمه، حيث هو إخبار فحسب، وسمي بذلك لأنه شيء وضعه الله تعالى في شرائعه (أي جعله دليلاً وسبباً وشرطاً) لا أنه أمر به عباده ولا أناطه بأفعالهم من حيث هو خطاب وضع.¹⁵ وحكم الشرط والسبب والمانع حاصل بوضع الشرع، وهي تتقدم على الحكم التكليفي.

المسألة الخامسة: معارضة ونقضها:

قد يقول قائل بأن الضمان يجوز أخذ العوض عنه باعتباره منفعة والمنافع يجوز بيعها، وهي من باب "إجارة الأعمال"، لأن العمل عبارة عما يمكن أن يقدمه أحد الأطراف للطرف الآخر، وفي المعايير الشرعية عرفت إجارة الأشخاص باعتبارها: "العقد الوارد على منفعة (خدمة أو عمل) شخص طبيعي أو اعتباري بأجر معلوم، معينة كانت المنفعة أو موصوفة في الذمة، وذلك مثل الخدمات التعليمية، والصحية، والاستشارية ونحوها."¹⁶

وبما أن المؤسسة تقدم أعمالها لعموم الناس فإنها تعتبر أجيراً مشتركاً فهي ليست خاصاً بصاحب العمل، حيث إنها ملتزمة بالعمل المتفق عليه، كما أنها تقوم بأعمال نفسها للآخرين. جاء في حاشية ابن عابدين نقلاً عن الزبلي: "وحكمها أي المشترك والخاص أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لأن المعتقد عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لأن منافعه لم تضر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركاً والخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل"¹⁷ ، وفي الفتاوى الهندية "الأجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد"¹⁸ .

ونجيب بأن كون الضمان منفعة فهذا ليس محل اعتبار الحكم، ونحن نسلم بكونه منفعة ولكن هل يجوز الربح بها أم لا؟ فهي منفعة أريد لها شرعاً أن تكون بدون ربح درء للوقوع في الربا، فهي غير متقومة من هذا الوجه لارتباط حكمها بالأصل وهو القرض الذي يمنعه أن يجر منفعة، لأن التقويم يستدعي شرط إمكانية التمويل به، وإمكانية الانتفاع به شرعاً، وإمكانية المعاوضة به وفق الشريعة الإسلامية، وهذا منتف، لأن القرض بدون جر المنفعة شرط لصحته من أجل أن يحقق مقصوده، فالشريعة نصبت للقرض شرط عدم جره للمنفعة، وانعدامه يؤدي إلى الفساد لانعدام تحقق مقاصد الشريعة، فيكون الضمان يجعل فاسداً لانعدام توفر الشرط. وهنا ملحوظ معتبر وهو أن الشرط يأخذ حكم العلة، فإذا فقد شرط التبرع يكون سبباً لتحريم القرض.

المراجع:

- ¹ - مواهب الجليل، 391/4.
- ² - النساء، 29.
- ³ - أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، 321/1 دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
- ⁴ - البقرة، آية: 168.
- ⁵ - حاشية الصاوي على الشرح الصغير للرددير، 57/4.
- ⁶ - شرح ميارة، 55/2.
- ⁷ - التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله، 111/5.
- ⁸ - شرح ميارة الفاسي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، 191/1.
- ⁹ - الذخيرة، 238/5.
- ¹⁰ - منح الجليل، 344/5.
- ¹¹ - بلغة السالك أحمد الصاوي، 69/3.
- ¹² - الذخيرة، 478/5.
- ¹³ - الشرح الكبير للرددير، 77/3.
- ¹⁴ - مواهب الجليل، 391/4.
- ¹⁵ - ينظر شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص: 68.
- ¹⁶ - المعيار الشرعي، رقم 34، إجازة الأشخاص.
- ¹⁷ - حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار ابن عابدين. 64/16.
- ¹⁸ - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجاعة من علماء الهند، 500/4.