

الباب الثالث

التطبيق المعاصر للضمان

الفصل الأول : الضمان وخطاب الضمان .

الفصل الثاني : الضمان والاعتمادات المستندية .

الفصل الأول

الضمان وخطاب الضمان

وينتظم ما يأتى :

أولاً : مفهوم خطاب الضمان .

ثانياً : أنواع خطابات الضمان .

ثالثاً : التكييف الفقهى لخطاب الضمان .

رابعاً : خطاب الضمان بين الشريعة والقانون .

خامساً : حكم العمولة التى يتقاضاها مُصدِر خطاب الضمان

الفصل الأول

الضمان وخطاب الضمان

أولاً : مفهوم خطاب الضمان :

من صور تطبيق الضمان فى العصر الحديث ما تقوم به بعض المصارف من إصدار ما يسمى بخطابات الضمان .

وخطاب الضمان عبارة عن تعهد كتابى ، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه [وهو طالب إصدار الخطاب] وذلك فى حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث ، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل [وهو المضمون عنه] ؛ وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف [الثالث] خلال مدة معينة ، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان ، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة^(١) .

وبيانه أنه عندما يلتزم مقاول ما بتنفيذ مشروع أو بتوريد بضائع معينة فإن صاحب المشروع أو المشتري البضائع يطلب تأميناً نقدياً ، قد يرهق المقاول أو المورد ، ومن هنا نشأت الحاجة إلى خطابات الضمان فى المعاملات الحكومية ؛ لاشتراط اللوائح الحكومية تقديم المقاول أو المورد التأمين النقدى أو خطاب الضمان . وخطاب الضمان بهذه الصورة يعتبر إحدى صور الكفالة بمفهومها فى القوانين المدنية^(٢) .

(١) راجع الكفالة د . السالوس : ص : (١٣١) .

(٢) انظر النظام المصرفى الإسلامى ص : (١٢٠) .

ثانياً : أنواع خطابات الضمان :

خطابات الضمان أنواع ، وبيانها كما يأتى :

١- خطابات الضمان الابتدائية :

وهى عبارة عن تعهدات للمستفيد بضمان دفع نسبة معينة من قيمة العطاء الذى يقدمه طالب إصدار هذا الخطاب ، وتتراوح هذه النسبة بين ١٪ و ٢٪ من هذه القيمة . والهدف من إصدار هذا الخطاب هو ضمان جدية العميل فى تنفيذ التزاماته عند استقرار العطاء عليه .

وبيان ذلك من الوجهة الفقهية — كما يقول أستاذنا الدكتور سراج — أن خطاب الضمان التزام من المصرف بكفالة [أى بضمان] أحد الناس أو الجهات فيما قد ينشأ من دين فى المستقبل ، ولا يشترط فى الدين المكفول عند جمهور الفقهاء أن يكون واقعاً أو حالاً ، بل تصح الكفالة بالديون الناشئة فى المستقبل ، كأن يقول قائل مثلاً : بايعوا ابنى هذا فما وقع لكم من دين فأنا كفيله ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً فى الكلام عن الضمان المضاف إلى زمن مستقبل (١) .

٢- خطابات الضمان النهائية :

وهى تعهدات لجهة أو شخص بضمان نسبة معينة من قيمة العطاء خمسة أو عشرة فى المائة أو غير ذلك ، وذلك بعد استقرار العطاء على العميل الطالب لإصدار الخطاب ؛ وعليه يصبح الوفاء بقيمة الضمان واجباً إذا تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد النهائى لإقامة المشروع أو

(١) راجع ص : (١٤٨) من هذا البحث .

لتنفيذ التوريد على نحو يضر بالطرق الآخر . ويستمر الضمان قائماً إلى ما بعد انتهاء المشروع والتوريد بفترة تتراوح بين ثلاثة أشهر إلى سنة .

هذا ولا يختلف خطاب الضمان النهائى عن الابتدائى المؤقت فى كونه التزاماً بكفالة المدين الأصلى فى حدود قيمة الضمان عما قد ينشأ فى ذمته من دين للمستفيد بهذا الضمان . وتسرى عليهما لذلك أحكام الضمان الفقهى بتفصيلاتها السابقة فى هذا البحث .

٣- خطابات ضمان الدفعة المقدمة من قيمة العملية :

وتوضح هذا النوع من الخطابات : أنه إذا وافقت الجهة المالكة للمشروع على دفع نسبة من التكلفة للمقاول أو المورد مقدماً وطلبت ضمان أحد المصارف لما دفعته ، فإن البنك يصدر هذا الخطاب بناء على ثقته بعملية أو توثيقه لقيمة الضمان برهن شئ من أموال العميل أو أوراقه المالية . وقد يطلب البنك من عميله التنازل له عن العملية ، بحيث تخضع لإشراف إدارة البنك ؛ كى يضمن استخدام الأموال التى تصل للمقاول أو المورد الاستخدام المناسب . وفى الحقيقة إن هذه الصورة ليست إلا كفالة ما قد ينشأ مستقبلاً من دين على المكفول ، وقد سبق أيضاً بيان ذلك تفصيلاً فى الكلام عن الضمان المضاف إلى زمن مستقبل (١) .

٤- خطابات الضمان المصرفية :

التي تصدرها البنوك الموثوق بها فى الخارج ؛ وذلك لتوفير الاطمئنان فى نفوس المستوردين . وذلك أنه إذا استورد تاجر

(١) راجع ص : (١٤٨) من هذا البحث .

مصرى بضاعة من إنجلترا مثلاً ، وأودع القيمة في أحد البنوك المحلية ، فقد يطلب هذا البنك من المصدر الإنجليزي خطاب ضمان من أحد البنوك الإنجليزية بنسبة من قيمة البضاعة ، ويلتزم البنك الإنجليزي المصدر الخطاب بما ينشأ على المصدر من التزامات في حدود قيمة الضمان ، وهذا نوع من الكفالة الفقهية كذلك (١) .

٥- خطابات الضمان الكلية :

وهي عبارة عن تعهدات من جهة ما (وفي الأصل تكون حكومية) لجهة أخرى لضمان قيام العميل بتنفيذ عمل أو مشروع أو توريد شيء مع تغطية العميل قيمة العملية كاملة ، فتتم الكفالة (الضمان) مع وجود هذه النسبة ١٠٠٪ حتى تكون هذه القيمة بمثابة رهن للبنك أو الجهة المعطية خطاب الضمان ؛ لئلا يتلاعب العميل في القيام بما يجب عليه ، ويكون تغطية الخطاب بنسبة ١٠٠ ٪ أماناً للجهة المصدرة خطاب الضمان .

وفي الحقيقة إن هذه الصور من خطابات الضمان كلها تتفق في النهاية في أنها تدخل تحت نطاق ما أسماه جمهور العلماء بالضمان (الكفالة) والخلاف ليس حول الأنواع كأنواع ، ولكن الخلاف كامن حول العمولة التي تتقاضاها الجهة التي تصدر خطاب الضمان ، وهو ما سيتم بحثه بإذن الله في الصفحات الآتية .

ثالثاً : التكليف الفقهي لخطاب الضمان :

مما سبق عرضه يمكن القول : إن خطاب الضمان إما أن يكون مغطى بصفة جزئية من العميل ، أو بصفة كلية ، أو غير مغطى تماماً ، فإن كان الأول فإنه يتقلب بين الضمان والوكالة :

(١) راجع النظام المصرفي الإسلامي . ص (١٢٠ - ١٢٢) .

ضمان فى الجزء غير المغطى ، ووكالة فى الجزء المغطى ، وإن كان الأمر بصفة عامة يعود إلى الضمان ، حيث الطرف الثالث لن يقبل أصلاً خطاب الضمان من البنك إلا إذا كان ضامناً (كفيلاً) العميل ، أما الثانى وهو خطاب الضمان المغطى بنسبة مائة بالمائة (١٠٠ ٪) أى بصفة كلية ، فإنه فى الحقيقة يكون من باب الوكالة وكذلك من باب الضمان والكفالة ، حيث غطاء خطاب الضمان متوفر كله لدى البنك ، فيتحول البنك بدل أن يكون ضامناً عند إصداره خطاب الضمان إلى وكيل عن العميل تجاه الطرف الثالث الذى يعتبر فى الأصل مضموناً له ، وفى تلك الصورة أيضاً لا يقبل المضمون له من البنك إلا أن يكون ضامناً للمضمون عنه ، وهو العميل ، حتى وإن كان العقد فى حقيقة عقد وكالة . أما الصورة الأخيرة ، وهى التى يكون فيها خطاب الضمان غير مغطى تماماً فهذه من صور الضمان الفقهى (الكفالة الفقهاء) بلا ريب ، حيث يصير البنك هو الضامن بصفة قاطعة ، والعميل هو المضمون عنه ؛ والطرف الثالث هو المضمون له ، وكما سبق بيانه فى التمهيد أن الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى المطالبة بنفس أو مال ، وهذه هى أوضح الصور من خطابات الضمان فى كونها تدخل تحت الضمان الفقهى الذى بسط الفقهاء الحديث عنه ، وقد تناولناه بالتفصيل فى البابين السابقين .

رابعاً : خطاب الضمان بين الشريعة والقانون^(١) :

إن خطاب الضمان من المعاملات المستحدثة ، وقد فصل قانون التجارة المصرى الحديث عنه فى المواد من (٣٥٥) حتى (٣٦٠) ولا بد من الوقوف مع هذه المواد ، حيث تنص على ما يأتى بيانه :

(١) المقصود قانون التجارة المصرى .

مادة : (٣٥٥) : " ١ - خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر) ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) ، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ودون اعتداد بأية معارضة .

٢ - تسرى فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان " .

وهذه المادة تبين معنى ومفهوم خطاب الضمان ، وتشير إلى القواعد والعادات العامة التي تحكمه وتضبطه فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف (قانوني) .

مادة : (٣٥٦) : " يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآخر عن حقه قبل المستفيد " (١) .

وهو هنا يوضح ما سبق ذكره والإشارة إليه من تأمين حق البنك عند العميل (الأمر) فيبين صور هذا التأمين ، فيصح قانوناً أن يكون نقداً أو غيره بما يضمن للبنك حقه عندما يصدر خطاب الضمان ؛ فإذا لم يلتزم الأمر (العميل) بما قطعه على نفسه تجاه المستفيد ، أو تعاقد معه عليه قام البنك بالضغط عليه لإلزامه بما اتفق عليه ، وإلا تم أخذ هذا التأمين ومصادرته ؛ لتغطية ما تحمله البنك عن الأمر تجاه المستفيد .

(١) قانون التجارة والمذكرة الإيضاحية (١ / ١٤٦ ، ١٤٧) طبعة المحاماة بمصر يونية ١٩٩٩ م بدون رقم الطبعة .

مادة : (٣٥٧) : " لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الوارد بخطاب الضمان إلا بموافقة البنك ، وبشرط أن يكون البنك مأذوناً من قبل الأمر بإعطاء هذه الموافقة " .

مادة (٣٥٨) : " لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة الأمر بالضمان " .

مادة (٣٥٩) : " ١- تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدها .

٢- يلتزم البنك بأن يرد في نهاية مدة سريان خطاب الضمان ما قدمه من تأمين للحصول على هذا الخطاب " .

مادة : (٣٦٠) : " إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الأمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه " (١) .

كل هذه المواد الموضحة تفصيلات خطاب الضمان في قانون التجارة المصري لا تحتاج إلى شرح أو توضيح أو تعليق باستثناء المادة الأخيرة ، حيث إنها تنص على جواز أخذ فائدة المبلغ المدفوع للمستفيد من العميل من تاريخ دفعه للمستفيد حتى تاريخ الرجوع به على الأمر (العميل) ؛ ومن هنا ينبغي علينا التوقف بالتفصيل أمام هذه القضية وهي : الفائدة المحددة سلفاً على القرض . هل هي ربا أم لا ؟

(١) السابق : (١٤٧/١) .

فعندما يدفع البنك (الضامن) وهو صاحب خطاب الضمان عن الأمر (المضمون عنه) ما للمستفيد من مال عند الأمر يكون وكأنه أقرضه المبلغ المدفوع ، فهل يصح أخذ فائدة محددة سلفاً ومتفق عليها فى التعاقد بين البنك والكفيل ؟! هذا ما سأفصله فيما يأتى :

ذهب واضعوا القانون إلى حل هذه الفائدة — على أنها ربح للمال المدفوع عن الأمر — ووافقهم على ذلك بعض المعاصرين المفتين بحل فوائد البنوك^(١) . وهذه المعاملة فى حقيقتها ليست ربحاً ، فإذا تأملنا ما قام به الضامن (البنك) من سداد المال المستحق على العميل (الأمر) فقد تحول البنك إلى دائن يريد أن يرجع على المضمونة عنه (الأمر) بما أدى ، وأصبح المضمون عنه (الأصل) ، مديناً ، فهو بمثابة القرض أى : وكأن البنك قد أقرض الأمر ، ثم هو يريد فائدة على ذلك القرض ، بل إن البنوك الربوية تحدد الفائدة قبل إنفاذ القرض ، فما هو مفهوم القرض ؟ ! .

مفهوم القرض

١- القرض لغة : هو " ما يتجازى به الناس بينهم ويتفاضونه وجمعه قروض ، وهو ما أسلفه من إحسان وإساءة ... يقال : أقرضت فلاناً : وهو ما تعطيه ليقضيه ، وكل أمر يتجازى به الناس فيما بينهم فهو من القروض ... واستقرضت من فلان أى طلبت منه القرض ، وأقرضت منه أى أخذت منه القرض ...

(١) مثل د/ سيد طنطاوى مفتى مصر الأسبق وشيخ الأزهر الحالى ، و د / أحمد شلبى أستاذ ورئيس قسم التاريخ والحضارة الإسلامية سابقا بكلية دار العلوم — جامعة القاهرة .

وأصل القرض في اللغة القطع ، والمقراض من هذا أخذ ، وأما أقرضته فقطعت له قطعة يجازى عليها ... الخ " (١) .

٢. مفهوم القرض الفقهي وما يتصل به :

يمكننى إيجاز ذلك فيما يأتى : بموجب هذا العقد تنتقل الملكية من المقرض إلى المقترض ، فله أن يستهلك العين ، وأن يتصرف فيها كيفما شاء ، ومتى أراد .

* يتعهد المقترض برد المثل لا العين دون زيادة مشروطة مطلقاً لا مسبقاً ولا لاحقاً .

* يضمن المقترض القرض إن هلك كله أو بعضه في كل الأحوال مع تفصيل في ذلك كله (٢) .

فهل تنتقل ملكية الأموال المدفوعة في هذه المعاملة التي معنا إلى الأمر باعتبار أنه هو المكلف بدفعها إلى المستفيد ؟ نعم إنه في حكم من يملكها ؛ لأنه مكلف بدفعها فلما دفعها عنه البنك فكأنه هو الذى دفعها بعد اقتراضه من البنك هذه الأموال المدفوعة . ولكن هل يتعهد برد المثل لا العين دون زيادة محددة سلفاً !!؟

في حقيقة الأمر إنه يرد مع المثل فائدة هذا المبلغ المدفوع عنه ، وهذا أمر يسبق إصدار خطاب الضمان الاتفاق عليه . فالعبرة في المعاملات بحقيقتها ومضمونها لا بألفاظها وأسمائها ؛ فإذا سلم لنا أن هذه المعاملة قرض فهل هو قرض حسن ؟ أم لا ؟!

(١) لسان العرب مادة (قرض) (٢١٦/٧ ، ٢١٧) .

(٢) انظر مثلاً : المغنى (٤٣٩/٦) ، وانظر الإنصاف للمرداوى (١٢٣/٥ - ١٣٦)

وكشاف القناع للبهوتى (٣١٢/٣ - ٣٢١) .

بالطبع هذا القرض ليس قرضاً حسناً ؛ لأن القرض الحسن لا يكون بزيادة مشترطة محددة سلفاً ، ولا خلال العقد ، فإذا سلم لنا أنه قرض بفائدة ، فما حكم فوائد القروض ؟ أهى من الربا ؟ أم من الربح كما ذهب من قال بجواز وحل فوائد البنوك ؟ ! وإن هؤلاء يزعمون أن هذه المعاملة وأمثالها ليست ديناً ولا قرضاً ؛ حتى يكون ربحها المقدر ربا !

وقد عجبت حقاً لهذا الزعم ؛ لأن هذه المعاملة وإن كانت تدخل تحت عقد الضمان إلا أن سداد البنك عن العميل - فى حقيقة الأمر - إقراض له وإدانة ؛ أو ليس حقاً فى ذمة العميل لا تبرأ حتى يستوفيه البنك ؟ فأى شىء هذا غير القرض ؟ ومن الذى حدد مفهوم القرض بأن يكون للمحتاج ؟ أوليس قد يقتضى الغنى لمصلحة ما ؟! فالقرض أعم من أن يكون لفقير أو غنى ولا أثر لكون العقد الذى معنا [خطاب لضمان] فى تغيير حقيقة الأمر وصفته ، فمتى ثبت المال فى الذمة بعد قبضه فهو دين ، والعمل قد قبضه بقبض المستفيد له ؛ حيث إنه دين للمستفيد عند الأمر (العميل) فعندما سدد البنك تحول من ضامن إلى دائن يريد استيفاء دينه وقرضه^(١).

قال الدكتور السالوس بشأن ذلك : " والبنوك الربوية لا تعود على المكفول بالدين الذى تدفعه فحسب وإنما تأخذ كذلك الزيادة الربوية ، والقانون يعطيها هذا الحق غير المشروع " (٢) .

زعم قوم أن القرض بفائدة محددة سلفاً ليس من الربا حيث إنهم لم يجدوا نصاً من كتاب ولا سنة على تحريمه ؛ وعليه

(١) راجع عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامى ، لأستاذنا الدكتور / محمد حسن

بلتاجى : ص (٤٠ ، ٤١) طبعة مكتبة الشباب ١٩٩٤ م .

(٢) الكفالة : ص (١٣٥) .

فلا مانع أن يقرض المسلم ماله لأي أحد ، مع اشتراط زيادة محددة ، فهي معاملة - فيما يرون - حلال شرعاً ^(١) .

مع قليل من التدبر في نصوص الشريعة المطهرة يلاحظ ذو البصيرة أن الأمة قد أجمعت على تحريم ربا الجاهلية (ربا النسئنة) ، وذلك لتضافر الأدلة بذلك . فما حقيقة هذا النوع من أنواع الربا (ربا النسئنة) المجمع على تحريمه ؟!

وكما يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (رحمه الله) :
" إنه لا يعدو أن يكون زيادة في المال المستحق مقابل أجل محدود ، والنسئنة لغة هي التأخير ، ولا يخالف أحد من العلماء أن عرب الجاهلية كانت تعرف هذا النوع من الربا ، حتى قال العلماء : إنه المقصود بالنهي في آيات سورة البقرة " . ^(٢)

هذا وقد بين ابن رشد بحق (رحمه الله) حقيقة ربا الجاهلية المجمع على تحريمه في عبارة موجزة جامعة ، حيث قال :
" وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون " ^(٣) . وهذا يعنى أنهم كانوا يشترطون الزيادة مقابل الأجل المضروب بينهما ، وقد نقل ابن المنذر (رحمه الله) الإجماع على تحريم هذه المعاملة وعلى أنها من الربا ، وذلك فيما نقله عنه ابن قدامة حيث قال (رحمه الله) :
" وكل قرض شرط فيه أن يزيده ، فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا اشترط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك - أن أخذ الزيادة على ذلك ربا " ^(٤) .

(١) راجع عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي : ص (٣٢ ، ٣٣) (٤٠ ، ٤١) .

(٢) راجع عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي : ص (٤٠ ، ٤١) .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٢ / ١٢٨) . طبعة دار الكتب

العلمية ، الطبعة العاشرة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

(٤) المغنى (٦ / ٤٣٦) .

وإنني أتساءل : هل يصنع البنك شيئاً غير ذلك حينما يقرض العميل المال المدفوع بفائدة محددة سلفاً؟! وهل الزيادة المشروطة المحددة إلا مقابل للأجل المضروب بينهما؟ وبالتركيز على التكييف الفقهي للمعاملات المصرفية عامة وما نحن بصدد الحديث عنه خاصة يظهر جلياً أن جوهر هذه المعاملة في حقيقته من ربا الجاهلية ، حيث إنه معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة ، فكانت الزيادة بدلاً من الأجل ، فأبطله الله تعالى " (١) فهل ما يتقاضاه المصرف من عائد (فائدة) من تاريخ سداده المال للمستفيد من العميل إلا زيادة مشروطة بدلاً من الأجل كما صرح الجصاص آنفاً بحق ، وما يعنينا هو حقيقة الأشياء ، وتلك هي حقيقة المعاملة .

ويحسن بالأمر سوق بعض الأدلة على تحريم تلك المعاملة مع وجود هذه الفائدة المحددة سلفاً :

١- ما رواه علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " كل قرض جر منفعة فهو ربا " (٢) .

(١) أحكام القرآن للجصاص : (١ / ٥٦٦) .

(٢) سنن البيهقي الكبرى : (٣٥٠ / ٥) (١٠٧١٥) . قال الحافظ : رواه الحارث بن أبي أسامة ، واسناده ساقط وله شاهد ضعيف عن فضالة بن عبيد عند البيهقي وآخر موقوف عن عبد الله بن سلام عند البخاري " قال الشيخ حامد الفقي : " في إسناده سوار بن مصعب ، قال النسائي : متروك ، وقال البخاري : منكر الحديث . " حاشية بلوغ المرام للشيخ الفقي ص : (١٧٦) . بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر : ص : (١٧٦) ، تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقي ، ط. دار القلم - بيروت - لبنان . هذا وقد ضعف الحديث الشيخ الألباني في ضعيف الجامع ص (٦١٧) حديث رقم (٤٢٤٤) .

وقال الصنعاني : " هذا محمول على أن المنفعة مشروطة من المقرض أو في حكم المشروطة " (١) .

والحديث - وإن كان ضعيفاً لا يثبت - إلا أن معناه صحيح ، ويتضح ذلك مما ذكر سابقاً من نقل ابن المنذر الإجماع على أن الزيادة المشروطة في القرض من الربا . أما الزيادة التي تكون عند وفاء الدين إكراماً في الأداء ، وليست مشروطة سلفاً في بداية القرض ولا خلال الفترة المضروبة بينهما ، ودون طلب من الدائن بالزيادة من المدين حين الأداء فلا شيء فيها (٢) .

٢- الإجماع : وقد سبق ذكره في بداية عرض المسألة .

٣- قول الصحابي : فقد روى البخاري بسنده موقوفاً عن عبد الله بن سلام رضى الله عنه أنه قال : " إذا كان لك على رجل حق ، فأهدى إليك حمل تبين أو حمل شعير أو حمل قت فإنه ربا " (٣) .

وبيان ذلك أن الهدية تعتبر فائدة للقرض ؛ ولذلك حكم عليها عبد الله بأنها ربا ، قال الحافظ ابن حجر : " قوله : (فإنه ربا)

(١) سبل السلام. شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للصنعاني (٣ / ٨٧٢) . تحقيق إبراهيم عصر . ط. دار الحديث .، قال الصنعاني : " لم أجده [أى هذا الحديث] فى باب الاستقراض ، ولا نسبة المؤلف فى التلخيص [يعنى تلخيص الحبير لابن حجر] إلى البخارى ، بل قال إنه رواه البيهقى فى السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبى بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم ، فلو كان فى البخارى لما أهمل نسبته إليه فى التلخيص " السابق نفسه الموضع نفسه .

(٢) راجع نيل الأوطار (٥ / ٢٣٢) .

(٣) صحيح البخارى : كتاب مناقب الأنصار - باب مناقب عبد الله بن سلام : (٦٠٥ / ٤) (٣٨١٤) .

يحتمل أن يكون ذلك رأى عبد الله ابن سلام ، وإلا فالفقهاء على أنه إنما يكون ربا إذا شرطه ، نعم الورع تركه " (١) .

وكذا أخرج عبد الرزاق الصنعاني بسنده عن ابن سيرين ، قال : " استقرض رجل من رجل خمسمائة دينار على أن يفقره ظهر فرسه ، فقال ابن مسعود رضى الله عنه : " ما أصبت من ظهر فرسه فهو ربا " (٢) .

إلى غير ذلك من الآثار (٣) .

هذا وقد تمسك المبيحون الفائدة المحددة بشبه عديدة علقت بأذهانهم فراحوا يرددونها فى الآفاق ، زاعمين أن تحديد الفائدة سلفاً أو اشتراطها ليست من الربا ، حتى اختلط الأمر على كثير من الناس بسبب هذه الشبهات ، حتى تابعهم فى ذلك " بعض من لا يملكون من أسس الثقافة الفقهية ما يهيئهم لفهم طبيعة هذه القضايا " (٤) .

وبعض هذه الشبه لا يحتاج إلى رد ومناقشة ؛ لتهافته وسقوطه ؛ ولذلك سأكتفى بالوقوف مع شبهة واحد فقط ، وهى كما يأتى :

(١) فتح البارى : (٧ / ١٦٣)

(٢) مصنف عبد الرزاق : (٨ / ١٤٥) (١٤٦٥٨) . ومعه كتاب الجامع للإمام معمر بن راشد الأزدي رواية الإمام عبد الرزاق الصنعاني تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي . توزيع المكتب الإسلامى . الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

(٣) راجع السابق نفسه (٨ / ١٤٢) وما بعدها

(٤) عقود التأمين ص : (٣٢) .

أن ربا الجاهلية كان على الظلم والاستغلال ، ويتضمن ضرراً من الدائن بالمدين ، أما هذه المعاملة المحدثه فتحقق المصلحة للطرفين ؛ لأن كلا منهما يقبل عليها بمحض إرادته ، فلا يجبره عليها أحد ؛ وعلى هذا فالربا مرتبط بالحاجة واستغلالها ، أما هذه المعاملة وما مائلها ، فليس بها حاجة ولا استغلال (١) .

وما دامت هذه المعاملة مع الفائدة المشروطة تحقق المصلحة عندهم للطرفين فتلك هى المصلحة التى تتفق ومقاصد الشريعة ، حيث إن البنك يأخذ فائدة على ماله الذى دفعه للمستفيد ، وإن الأمر (العميل) قد أفاد تغطية البنك له حينما عجز هو عن السداد .

والرد على هذه الشبهة يمكن إيجازه فى ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن هؤلاء حصروا ربا الجاهلية المجمع على تحريمه فى صورة واحدة تتمثل فى دائن مستغل ومستدين محتاج . ولا يستطيع أحد أيا كان أن ينفى تلك الصورة عن معاملات الجاهلية الربوية ، بل إنها كانت شائعة ، لكن هل يستطيع أحد أن يحصر ربا الجاهلية فى ذلك فقط ؟! " وهل يتصور عاقل أن العباس بن عبد المطلب يجيئه محتاج إلى القوت أو إلى اللباس فلا يقرضه إلا بربا ؟ وهو الذى كان يسقى الحجاج جميعاً نقيع الزبيب والتمر ، لقد كان العباس عليه السلام من المرابين فى الجاهلية ؛ ولذا قال النبى ﷺ : " وربا الجاهلية موضوع . وأول ربا أضعه ربانا .

(١) راجع الاقتصاد فى الفكر الإسلامى للدكتور أحمد شلبى : ص (١١٣) طبعة مكتبة النهضة المصرية ، الطبعة العاشرة ١٩٩٣ م . والمؤلف ممن قالوا بذلك ، رغم أنه اعترف فى الدراسة نفسها أن القرض بفائدة من الربا ، ولكنه قيد ذلك بالاستغلال والظلم المتمثل فى حاجة المحتاج وظلم الدائن له ، ولا يتمثل ذلك فى القرض الربوى الاستثمارى ، ولا أدرى من أين جاء بهذا وما الذى يخصص القرض الاستثمارى مع الفائدة بالحل من عموم التحريم ؟!

ربا العباس بن عبد المطلب ، فإنه موضوع كله . " (١) ، فهل يسوغ العقل أن تكون ديونه التي يرابى بها للاستهلاك ؟ بل إن المعقول أن تكون ديونه للاستغلال [يعنى الاتجار بها وغيره] لا للاستهلاك " (٢) .

وكما يقول الشيخ محمد أبو زهرة بحق : " ولقد ثبت أن بنى المغيرة - ومكانتهم من قریش مكانتها - قد اقترضوا من ثقیف مالاً بربا ، وقد وضعه النبى ﷺ فهل كان بنو المغيرة يقترضون ليأكلوا أم ليتجروا ؟! إن المعقول هو الثانى ؛ وعلى ذلك نقول : إن فرض أن القرض كان للاستغلال [يعنى الاستثمار] أقرب إلى حال العرب من أن يكون للاستهلاك ، على أن اللفظ عام ولا يصح أن يخص بفروض يفرضها العقل ، وهى احتمال قريب أو بعيد ، فوق أن هذا التخصيص يناقض المعنى اللغوى للفظ " (٣) .

ولعلنا إذا أمعنا النظر فى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية نلاحظ أنها عامة فى ذلك ، فلا تشير من قريب ولا من بعيد إلى الحاجة والاستغلال ، ولا شك أن ربا الجاهلية كان يتضمن ظلماً فإن الله لا ينهى عن شىء سدى إلا إذا كان يتضمن ظلماً وشرأ للبشرية ، ولا يأمرهم إلا بكل خير ونفع لهم ، لكن ما الظلم المقصود الذى نهى الله عنه ؟ ! هذا ما سأوضحه فى الوجه الثانى .

(١) سنن ابن ماجه : كتاب المناسك - باب حجة رسول الله ﷺ (١٠٢٥/٢) (٣٠٧٤) والحديث صححه الألبانى فى صحيح سنن ابن ماجه (١٨٥/٢) (٢٤٩٤) .

(٢) تحريم الربا تنظيم اقتصادى للشيخ محمد أبو زهرة : ص : (٣٨) طبعة الدار السعودية للنشر والتوزيع . بدون بقية البيانات .

(٣) السابق نفسه : ص (٣٩ ، ٤٠) .

الوجه الثانى : أن القائلين بحل الفائدة فى هذه المعاملة وغيرها وقعوا فى لبس عظيم ، إذ لم يفرقوا بين الحكمة والعلة ، فى هذا الشأن ، حيث حصروا علة التحريم فى كون المعاملة استغلالاً لحاجة الفقير ، وهذا — فى الحقيقة الأمر — لا يعدو أن يكون من جملة الحكم التى روعيت فى التحريم ، وليس كما ظن هؤلاء .

والم تأمل فى نصوص الشرع الحكيم يجد أن علة التحريم فى أى ربا هى الظلم الذى نهى عنه الشارع الحكيم فى قوله تعالى : **﴿ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾** ^(١) ، لكن ما هذا الظلم المنهى عنه فى الربا ؟

وأهل التفسير يجيبون عن ذلك ، وهذه بعض أقوالهم فى تفسير الظلم المذكور فى الآية الكريمة :

ساق ابن جرير الطبرى (رحمه الله) بسنده : " عن ابن عباس رضي الله عنه : **﴿ وإن تبتم فاكم رءوس أموالكم لا تظلمون ﴾** فتربون ^(٢) **﴿ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾** فتتقصون " ^(٣) أى من المال المستحق ، فلا تزيدوا ولا تنقصوا .

وقال ابن كثير : " ثم قال الله تعالى : **﴿ وإن تبتم فاكم رءوس أموالكم لا تظلمون ﴾** : أى بأخذ الزيادة ، **﴿ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾** : أى بوضع رءوس الأموال أيضاً بل لكم ما بذلتكم من غير زيادة عليه ولا نقص منه " ^(٤) .

(١) سورة البقرة : من الآية (٢٧٩) .

(٢) المعنى : أى فتزيدون عن مالكم المستحق ، فالربا لغة — كما هو مشهور — هو الزيادة .

(٣) جامع البيان فى تفسير القرآن . لابن جرير الطبرى (٣ / ١٠٩) .

(٤) تفسير القرآن العظيم . لابن كثير (١ / ٣٣١) .

وقال القرطبى : " ﴿ لا تظلمون ﴾ فى أخذ الربا ﴿ ولا تُظلمون ﴾ فى أن يتمسك بشيء من رءوس أموالكم ، فتذهب أموالكم " (١) .

فالظلم — كما اتضح — فى مطلق الزيادة والنقص : فى الزيادة لأنه ربا وفى النقص لأنه بخس لحقوق الناس ؛ وعليه فمناط علة التحريم فى المعاملة التى معنا منصب على مطلق الزيادة مقابل تأجيل الزمن ، بغض النظر عن كون الصفة المنعقدة بين الأمر والمستفيد والبنك تحمل فى طبيعتها ظلماً واستغلالاً لحاجة العميل ، فيندر بل ربما ينعدم أن تجد أحداً من العملاء طالبى إصدار خطاب الضمان فقيراً ، فكيف ساغ للمبيحين بعد ذلك أن يزعموا أن مناط التحريم كان محصوراً فى ظلم المدين واستغلال عوزه وحاجته ، فإذا انعدم الظلم والاستغلال انعدم التحريم ، وصارت المعاملة حلالاً !!؟ (٢) .

ولعل معنى الظلم قد اتضح وبان ، فوضحت علة التحريم.

الوجه الثالث : أنهم (المبيحين) نظروا للفائدة المحددة سلفاً على أنها مصلحة لكلا الطرفين : فالبنك يُفيد الفائدة (العائد) مقابل التسديد للمستفيد ، مع زيادة الفائدة فى عد تصاعدى مع الزمن والعمل يُفيد إيماله حتى يدبر أموره وتجارته وأعماله ليدفع بعد ذلك ما عليه مع الفائدة التى سبق الاتفاق عليها مع مراعاة المدة الزمنية . وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على قصور فى النظر ،

(١) الجامع لأحكام القرآن . للقرطبى (٣ / ٢٣٦) .

(٢) انظر عقود التأمين . ص: (٣٤ - ٣٧) فقد رد أستاذنا الدكتور بلتاجى (رحمه الله) على هذه الشبهة باستفاضة .

إذ إن الشريعة حرمت الخمر ، واعتبرت شربها من الكبائر ، ولعن رسول الله ﷺ شاربها وعاصرها وحاملها ... ، رغم أن الله تعالى قال : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ ^(١) ، فذكر ربنا تبارك وتعالى أن فى الخمر منافع (مصالح) ، ولكنه أهدرها بتحريم كل مسكر . فما المصلحة فى نظر المبيحين ؟ ! هل إنماء المال ولو بالربا يعد عند هؤلاء مصلحة ؟ فإن كانت تلك مصلحة ، فبائع الخمر تزداد أمواله كل يوم — إن لم يكن كل ساعة — زيادة كبيرة ، فهل تكون المصلحة فى ذلك الإنماء المحرم ؟!

ويحسن بى أن أسوق رد الشيخ أبى زهرة حيث قال : " ونحن إذا قلبنا القرطاس ، ودرسناه من ناحية ثانية ، وهى ناحية الإسلام وسائر الأديان نجد أن هذه المصلحة تتضاءل إزاء المصلحة فى منع الفائدة ؛ ذلك أن الفائدة قد تعوق المصلحة ، وقد تعوق الإنتاج ؛ ذلك أن المصلحة فى الفائدة لا تتجه رأساً إلى الإنتاج عن طريق تحمل صاحب التبعة ، بل تتجه إلى الإنتاج عن طريق المنتج فلو أن صاحب رأس المال أسهم فى شركات صناعية أو زراعية أو نحوها ابتداء ، لكان ذلك تقوية للإنتاج مباشرة بالاشتراك فيه ، بدل أن يقرضه بفائدة يسيره ، ثم يقرضه الآخر بفائدة أكبر وهكذا " ^(٢) .

وقال الدكتور السالوس : لهذا قبل أن نحكم على عمل ما بأنه حلال ؛ لأن فيه مصلحة ، علينا أن نبحث عن نوع هذه

(١) سورة البقرة : من الآية (٢١٩) .

(٢) تحريم الربا بتنظيم اقتصادى : ص (٤٥) . فقد فصل الكلام والرد على هؤلاء فى هذه المسألة .

المصلحة^(١) . فإذا كانت تلك المعاملة التي معنا تدخل تحت عقد القرض كما بينا ، وبالتالي فكل زيادة على رأس المال فهي من ربا النسئة المحرم ، فليس لأحد أن يقول بالحل ؛ لأن فيها مصلحة كما يدعى ، ولسنا في حاجة إلى الاستطراد في مناقشة هذا الادعاء ، وإنما يكفي أن أقول : إن هذه مصلحة أهدرها الشرع وألغاها ، فليست بمعتبرة ولا مرسلة ، وأية مصلحة يمكن أن ننتفع بها مع الأذان بحرب من الله ورسوله ؟ ! (٢) .

ثم إن البنوك تستغل مثل هذه المعاملة في إقراض من يحتاجها من أصحاب المشروعات البسيطة أو العظيمة وذلك بفوائد محددة ومتفق عليها مسبقاً ، وهي تزداد بزيادة الأجل المسموح به ، فتكون بمرور الوقت فوائد مركبة ، وهي عين ربا الجاهلية ، الذي شدد الله في النهي عنه حيث قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ (٣) .

ولعل من يطلع على طبيعة عمل البنوك يعرف هذا ويتيقن منه ، وعلى سبيل المثال ، جاء في عقد القرض للبنك الأهلي المصري في الشرط الثاني ما نصه : " تحتسب على قيمة هذا

(١) وقد ذكر أن المصلحة ثلاثة أنواع : ١- المصلحة المعتبرة : وهي التي أقرها الشرع واتفقت مع نصوصه ٢- المصلحة الملغاة : وهي التي أهدرها الشرع . ٣- المصلحة المرسلة : وهي التي لا يوجد نص يؤيدها ولا نص يعارضها . راجع حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي ص : (٩٦ ، ٩٧) والكتاب هدية مجانية مع مجلة الأزهر عدد ربيع الآخر ١٤١٠ هـ .

(٢) حكم ودائع البنوك : ص (٩٧ ، ٩٨) .

(٣) سورة آل عمران : من الآية (١٣٠) .

القرض فائدة مركبة " (١) . فهل هذا إلا ربا الجاهلية ؟ وأين المصلحة ؟ وفى أى شىء تتمثل ؟ ! إذا كان أعظم أعمال البنوك يتمثل فى اقتراض بفائدة أقل وإقراض بفائدة أكبر - كما هو معنا فى فائدة خطاب الضمان - والصافى هو دخل البنك ؟! وأى استثمار هنا ؟ وأى إنماء فى تلك الحرب على الله (٢) ؟ !

يقول الدكتور على السالوس : " والبنوك الربوية عندما تصدر خطابات الضمان تأخذ من عملائها ما يقابل هذا الإصدار ، وتراعى فى تحديد العمولة الأعمال والإجراءات التى تقوم به ، وقيمة الدين الذى تضمنه ، ومدة هذا الضمان ، وهى عادة تقدر نسبة مئوية تحسب على أساس هذا الدين ومدته ، فإذا قام البنك بدفع أى مبلغ ضمنه حسب ديننا على العميل بالفائدة الربوية المتعارف عليها ، والتى يلتزم بها المدين قانوناً ، والبنك تاجر ديون مراب " (٣) .

هذا وقد انتهى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية إلى عدة قرارات يحسن ذكرها فقد " قرر المؤتمر بشأن المعاملات المصرفية ما يلى :

١- إلغاء الفائدة على أنواع القروض ، وكلها ربا محرم ، لا فرق فى ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكى وما

(١) البنوك والاستثمار د. السالوس ص: (٦٠) وهو هدية مجانية مع مجلة الأزهر عدد ذى الحجة ١٤١١هـ .

(٢) انظر حكم ودائع البنوك ص (٣٨ - ٥٠) فقد فصل الكلام عن طبيعة عمل البنوك ، وانظر كذلك اقتصاديات النقود والبنوك . د. محى الدين الغرب ص (١٠ - ٢٧) كلية الاقتصاد والعلوم السياسية بجامعة القاهرة ١٩٨٢م . بدون بقية البيانات .

(٣) الكفالة : ص (١٣٢) .

يسمى بالقرض الإنتاجي ؛ لأن نصوص الكتاب والسنة في مجموعها قاطعة في تحريم النوعين .

٢— كثير الربا وقليله حرام كما يشير الفهم الصحيح في قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً » (١) .

٣— الإقراض بالربا محرم ، لا تبيحه حاجة ولا ضرورة والاقتراض بالربا محرم كذلك ، ولا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه ضرورة ، وكل امرئ متروك لدينه في تقدير ضرورته .

٤— أعمال البنوك من الحسابات الجارية ، وصرف الشيكات ، وخطابات الاعتماد ، والكمبيالات الداخلية التي يقوم عليها العمل بين التجار والبنوك في الداخل ، كل هذا من المعاملات المصرفية الجائزة ، وما يؤخذ في نظير هذه الأعمال ليس من الربا [فقد اعتبرت أجرا للبنوك على القيام بذلك] .

٥ — الحسابات ذات الأجل ، وفتح الاعتماد بفائدة ، وسائر أنواع الإقراض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية ، وهي محرمة .

٦— أما المعاملات المصرفية المتعلقة بالكمبيالات الخارجية ، فقد أجل النظر فيها إلى أن يتم بحثها " (٢) .

(١) سورة آل عمران : من الآية (١٣٠) .

(٢) تكملة المجموع . للشيخ محمد نجيب المطيعي : (١٣ / ٣٢٥ ، ٣٢٦) طبعة

مكتبة الإرشاد ، جدة — المملكة العربية السعودية . بدون بقية البيانات .

قال الدكتور السالوس : " هذه الفتوى كان لها أعظم الأثر وأفضل النتائج ، كانت ولا تزال سنداً قوياً لكل باحث متعمق لا يخدعه السراب ، ولا يُخضع الإسلام لواقع الناس ، بل يحاول تغيير واقعهم ليتفق مع الإسلام " (١) .

وبعد هذا العرض الموجز يتضح ضعف زعم من زعم حل الفوائد في هذه المعاملة (خطاب الضمان) وغيرها مما يماثلها ، وكيف أنه قصور في فهم حقيقة الأشياء ، ولا يكاد منصف يطلع على ما ذكرته سالفاً ، وعلى ما ذكره الفقهاء تفصيلاً في كتبهم إلا أن يسلم بأن هذا العائد من وراء ذلك القرض إنما هو من ربا الجاهلية ، والذي قال فيه الشوكاني : " واعلم أن أعظم الربا وأشدّه ربا الجاهلية الذي وضعه رسول الله ﷺ ، ودلت عليه الأحاديث الصحيحة ، وثبت إجماع الأئمة جميعاً على تحريمه " (٢) .

هذا وقد نعتّه (ربا النسيئة) ابن القيم بأنه ربا جلي (٣) فليت شعري كيف غاب عن هؤلاء كل ذلك؟! بل قل — إن شئت — إنهم يعرفون و لكن الهوى قد غلبهم على القول بذلك ، قال الله تعالى : ﴿ أَفَرَأَيْتَ مَنْ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَى عِلْمٍ وَخَتَمَ عَلَى سَمْعِهِ وَقَلْبِهِ وَجَعَلَ عَلَى بَصَرِهِ غِشَاوَةً فَمَنْ يَهْدِيهِ مِنْ بَعْدِ اللَّهِ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ ﴾ (٤) .

(١) حكم ودائع البنوك ص (٨٥) .

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني (٣ / ٧٠) تحقيق محمود إبراهيم زايد ومحمود أمين النواوي . نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، لجنة إحياء التراث ، بدون بقية البيانات .

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين (١٣٧/٢) .

(٤) سورة الجاثية : آية (٢٣) .

خامساً : حكم العمولة التى يتقاضاها مصدر خطاب

الضمان :

بقى الكلام عما يأخذه البنك من عمولة على إصداره خطاب الضمان ، وتعتبر هذه العمولة أجراً ، فهل يجوز أخذ أجر على الضمان ؟ وما موقف الفقهاء من أخذ الأجر على الضمان (الكفالة) ؟

قبل الخوض فى هذه المسألة المهمة يحسن بى سوق ما قاله أستاذنا الدكتور محمد سراج حول أنواع العمولات التى تتقاضاها البنوك على إصدار خطاب الضمان ، حيث قال (حفظه الله) : " والعمولات التى تتقاضاها البنوك التقليدية مقابل إصدار خطابات الضمان على نوعين :

أولهما : عمولة إصدار الخطاب والتحريات والدراسات ومتابعة التنفيذ . وينصرف رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى المصرى فى جواز إصدار مثل هذه الخطابات مقابل أتعاب حسب نوع وطبيعة كل عملية إلى هذا النوع من العمولة .

والثانى : العمولة التى يستحقها البنك نظير ضمان العميل وتوفير السيولة النقدية له بدلا من اضطراره إلى إيداع التأمين النقدى للجهة صاحبة المشروع . وهذا نوع من العمولة لا يجوز من الوجهة الفقهية ، حيث إن الضمان من التبرعات التى لا يجوز أخذ أجره عليها " (١) .

وحقيقة إن البنك يحتاج إلى التحرى والبحث والتقيب عن العميل للتعرف على وضعه وسمعته ، وإن ذلك بلا شك يحتاج إلى

(١) النظام المصرفى الإسلامى : ص (١٢٣) .

مجهود كبير للوقوف على حال العملاء ، وإنه فعلاً كما كيافته هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامى المصرى بأنه مقابل لما يقوم به البنك من ذلك حسب نوع وطبيعة كل عملية ، وعلى قدر المشقة والمجهود والتكاليف تكون قيمة هذه العمولة ، والذى أراه جواز أخذ البنك (وهو الجهة الضامنة المصدرة خطاب الضمان) تلك العمولة ؛ لأنها تدخل تحت نطاق الأجر مقابل مجهود وعمل ، وهذا أمر جائز فى الفقه الإسلامى .

ولكن العمولة التى يراد بحثها والوقوف معها هى الجعالة أو الأجرة على الضمان نفسه الذى يعبر عنه خطاب الضمان فى هذه المعاملة ، فما موقف الفقه الإسلامى من الضمان ؟ هل هو عقد تبرع يكون الضامن فيه غارماً ؟ أم عقد عوض يكون الضامن فيه غانماً ؟! هذا ما سأعرضه فيما يأتى :

لا أعلم أن أحداً من علماء الفقه الإسلامى بكل مذاهبه أجاز أخذ أجر على الضمان ، على اعتبار أن الضمان عقد من عقود التبرع ، ولا يكون التبرع فى مقابل شيء ، أى إن جموع غفيرة من العلماء تواردت على ذكر ذلك سواء من السلف أو من المحدثين ، ولا أعلم أحداً قد خالف إلا فى العصر الحديث ، وهم أقل من القليل نفسه إذا ما قبلوا بالقائلين بعدم جواز أخذ أجر على الضمان ، وهذه بعض أقوال العلماء بشأن هذه المسألة المهمة :

قال أبو حنيفة ومحمد : " الكفالة تبرع " (١) .

وقال السرخسى : " إن الكفالة تبرع بدليل أنها لا تصح

إلا من أهل التبرع " (٢) .

(١) المبسوط : (١٩ / ١٧٠)

(٢) راجع السابق نفسه : (١١ / ١٩٦) .

وجاء فى روض الطالب : " الركن الثالث الضامن
وشروطه ليصح ضمانه صحة العبارة وأهلية التبرع " (١) .

فالشافعية وغيرهم يشترطون — كما سبق تفصيل ذلك فى
الباب الأول (٢) — كون الضامن أهلاً للتبرع ، فالحق عقد تبرع ،
وإلا لما اشترطوا ذلك .

وجاء فى الشرح الكبير : " وصح الضمان ولزم من أهل
التبرع " (٣) . فطالما أن الضمان تبرع فلا يصح عند المالكية إلا أن
يكون الضامن من أهل التبرع .

وجاء فى المغنى : " أن الضمان التزام حق فى الذمة من
غير معاوضة " (٤) . وما عقد التبرع إلا التزام عقد فى الذمة
بدون عوض .

وجاء فى الفروع : أن الضمان والكفالة التزام من
يصح تبرعه (٥) .

وعند الظاهرية كذلك ، ولقد شدد ابن حزم فى ذلك فقال
بسقوط الحق تماماً عن الذى كان عليه وانتقاله إلى الضامن ، وأى
تبرع يكون أعظم من ذلك !! يقول : " الكفالة هى الضمان وهى
الزعامة وهى القبالة وهى الحماله : فمن كان له على آخر حق مال
من بيع أو من غير بيع من أى وجه كان أو إلى أجل ، سواء كان

(١) روض الطالب لابن المقرئ اليمنى (٢ / ٢٣٨) .

(٢) راجع ص : (١٧٩) من البحث .

(٣) الشرح الكبير للدريز (٣ / ٣٣١)

(٤) المغنى (٧ / ٧٣) .

(٥) راجع الفروع لابن مفلح : (٤ / ٢٣٦)

الذى عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذى له الحق — فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبداً بشيء من ذلك الحق انتصف أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال ، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه أصلاً ، سواء رغب إليه فى أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه فى ذلك إلا فى وجه واحد : وهو أن يقول الذى عليه الحق : اضمن عني ما لهذا على فإذا أديت عني فهو دين لك على ، فها هنا يرجع عليه بما أدى عنه ، لأنه استقرضه ما أدى عنه فهو قرض صحيح " (١) .

هذا وقد وافق الزيدية جمهور العلماء فى كون الضمان عقد تبرع ، ومما يدل على ذلك ما جاء فى البحر الزخار : " ويصح [أى الضمان] تبرعاً " (٢) .

وجاء فيه " فإن تبرع بالضمان وقضى بالأمر رجع " (٣) .

ويقرر الإمامية ذلك فيعتبرون أن الضمان " ليس معاوضة ؛ لجوازه من المتبرع " (٤) .

فإذا لم يكن عقد الضمان عقد معاوضة ، فهو عقد تبرع محض ، ولا يصح أخذ أجره عليه .

(١) المحلى : (٨ / ١١١) م (١٢٢٩) .

(٢) البحر الزخار : (٦ / ٧٦) .

(٣) السابق نفسه : (٦ / ٧٧) .

(٤) الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية : (٤ / ١١٥) .

وعند الإباضية كذلك ، فقد جاء في شرح النيل : " كل حر بالغ عاقل ضمن ضمن عمن يجوز أن يلزمه الحق الذي ضمن عليه من جميع الحقوق والأموال وما يعود إليها ، أو فيما يدرك من استحقاق أو ورد بعيب ، أو نحو ذلك فهو غارم إلا في الحدود والقصاص فإن الضمان فيها باطل " (١) .

ولا يكون الضامن غارماً إلا إذا كان متبرعاً ، وهذا قول كأنه إجماع لعدم العلم بالمخالف ، يقول الدكتور السالوس : " ولا خلاف بين الأئمة في أن الكفالة لا تجوز بجعل فضلاً عن الأجر ، والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يبرره " (٢) . والجعل يعني المكافأة .

يقول أستاذنا الدكتور سراج : " والكفالة من عقود التبرع فلا يجوز أخذ جعل عليها " (٣)

ومن قال بذلك من المحدثين وهم الأكثرية لم ير جواز أخذ أجره على خطاب الضمان ، وما ذكرناه آنفاً هو أساس تلك الفتاوى الصادرة من الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية ، والجميع يستند فيما ذهب إليه إلى ما سبق تفصيله عند الكلام عن مشروعية الضمان (٤) وأهم من ذلك تدقيق النظر في قوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (٥) وقول النبي ﷺ " الزعيم غارم " . فكيف يكون الضامن (الزعيم) غارماً بالضمان غانماً بأخذ الأجر عليه في آن واحد ؟!

(١) شرح النيل وشفاء العليل (٩ / ٤١٤) .

(٢) الكفالة : ص (١٣٩) .

(٣) النظام المصرفي الإسلامي : ص (١٢٧) .

(٤) راجع ص (٤٦) من هذا البحث .

(٥) سورة يوسف : من الآية (٧٢) .

ثم إن القانون يقرر ما قد أجمع عليه الفقهاء من أن الضمان عقد تبرع ليس عقد معاوضة ، غير أنه يتغافل عن هذا الأصل ولا يأبه به أصلاً فيجيز أخذ أجر على الضمان ، ومن ذلك خطاب الضمان ، يقول الدكتور أحمد عبد التواب : " الأصل أن عقد الكفالة هى من عقود التبرع ؛ لأن المدين ^(١) فيه لا يأخذ مقابل لما يعطى ، فلا يلتزم الكفيل بتقديم ضمانه للوفاء بالدين بمقابل ولكن يسدى هذه الخدمة بالمجان ؛ لذا قيل : إن عقد الكفالة ليس من عقود المعاوضة ، ولكن عقود التبرع . بينما يذهب رأى آخر إلى أنه عقد آخر بالنسبة للكفيل إلا أنه يكون عقد معاوضة بالنسبة للدائن باعتباره يحصل على الضمان مقابل ما يمنحه من ائتمان للمدين ، فيكون ^(٢) يأخذ مقابل لما يعطى ، فيكون من عقود المعاوضة فقط بالنسبة للدائن " ^(٣) .

وبناء عليه لا تجيز الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية إصدار خطابات الضمان نظير أجره على هذا الإصدار ، ففي الاجتماع الثانى عشر لهيئة الرقابة الشرعية ، بنك فيصل الإسلامى المصرى ، المنعقد بتاريخ ١٣٩٨/٨/٦ هـ الموافق ١٩٧٨/٧/١١ م - استقر رأى الهيئة على رفضها أن يقوم بإصدار خطاب الضمان نظير عمولة يتقاضها ، وقد انتهت بخصوص ذلك إلى الأحكام التالية :

أ - عدم جواز أخذ عمولة فى مقابل إصدار خطاب الضمان .

(١) هكذا بالنص ، ولعل الصواب : لأن الضامن (الكفيل) على اعتبار أن المدين لا يعطى شيئاً ، ولكنه أخذ .

(٢) هكذا بالنص ، ولعل الأصح أسلوباً (فيكون أخذاً مقابل ما يعطى) .

(٣) أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين (١ / ٩٤) . وما قاله د / عبد التواب اختصار لما فصله د. السنهورى فى الوسيط ، راجع الوسيط (١٠ / ٢١ ، ٢٢) .

ب - الدعوة إلى إحلال المشاركة بين البنك والعميل عند إصدار خطاب الضمان بدلاً من تقاضى أجر وعمولة على الضمان ، حسبما يجرى عليه العمل فى المصارف الربوية ، فإنه يمكن للبنك حينما يطلب منه العميل إصدار خطاب الضمان أن يشارك هذا العميل فى العملية المطلوب من أجلها الضمان ، وذلك بعد دراستها والاطمئنان إلى ظروف مباشرتها .

وقد سئلت هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتى هذا السؤال : نرجو التفضل بإبداء رأيكم الشرعى فى مدى جواز إصدار خطابات ضمان مصرفية للعملاء ، وأخذ أجره عن ذلك ، وفى حالة عدم جواز ذلك ، هل يجوز أن يضمن عملاً يوكلنا العميل القيام به ، ويكون أجرنا على الكفالة ؟ لا على الضمانة ؟ وفى هذه الحالة : هل يكون الأجر مقطوعاً أم منسوباً ؟ وقد أجاب المستشار الشرعى لبيت التمويل بقوله : " لا أعلم من فقهاء الإسلام من أجاز أخذ أجره على الضمان ، ولكن إذا وكل العميل البنك فى قضاء مصالحه لدى الجهة المضمون لها فيجوز أخذ الأجر على ذلك ، سواء كان أجراً مقطوعاً أو بنسبة ما ، يقوم بتحصيله من الجهات المضمون لها ، على أن يكون ذلك فى حدود أجر المثل ابتعاداً عن شبهة الربا ، والله أعلم " . ويعلق أستاذنا الدكتور محمد سراج على هذه الإجابة ، فيقول : " ومفاد هذه الإجابة أنه :

— لا يجوز أخذ أجر على الكفالة .

— يجوز أخذ عمولة على الوكالة ، شريطة أن تكون هذه العمولة فى مقابل خدمة حقيقية ، وألا تزيد عن أجره المثل ابتعاداً عن شبهة الربا " (١) .

(١) النظام المصرفى الإسلامى ص (١٢٨ ، ١٢٩) .

وما انتهت إليه هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي المصري هو ما انتهى إليه المصرف الإسلامي بدبي ، فقد صدر عنه بخصوص خطاب الضمان في مؤتمره الأول القرار الآتي : " خطاب الضمان يتضمن أمرين : وكالة وكفالة ولا يجوز أخذ أجر على الكفالة ، ويجوز أخذ أجر على الوكالة . ويكون أجر الوكالة مراعى فيه حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه لما يقترن بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف حسب العرف المصري ، وتشمل هذه الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ، ودراسة المشروع الذي سيعطى بخصوصه خطاب الضمان . كما يشمل ما يعهد به العميل إلى المصرف من خدمات مصرفية متعلقة بهذا المشروع ، مثل تحصيل المستحقات من أصحاب المشروع . وتقدير ذلك الأجر متروك للمصرف بما ييسر على الناس شئون معاملاتهم وفقا لما جرى عليه العرف التجارى " (١) .

وهذا هو ما انتهى إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ الموافق ٢٢-٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ م - فقد انتهى بعد مناقشات مستفيضة - إلى ما يأتى :

١- أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائى والانتهاى لا يخلو أن يكون بغطاء أو بدونه ، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً ، وهذه حقيقة ما يعنى فى الفقه الإسلامى باسم : الضمان أو الكفالة . وإن كان خطاب الضمان بغطاء كالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره

(١) الكفالة : ص (١٣٥ ، ١٣٦)

فهى الوكالة ، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد المكفول له .

٢ — أن الكفالة هى عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة ؛ لأنه فى حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذى جر نفعاً على المقرض ، وذلك ممنوع شرعاً ؛ ولذلك فإن المجمع قرر ما يلى :

أولاً : أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان — والتى يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته — سواء كان بغطاء أم بدونه .

ثانياً : أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل ، وفى حالة تقديم غطاء كلى أو جزئى يجوز أن يراعى فى تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء (١) .

هذا ولم يسلم الأمر من مخالف يعارض تلك الوجهة القائلة بعدم جواز أخذ أجر على خطاب الضمان ، ويعتبر التفصيل السابق نوعاً من التحايل على الربا ، ويعبر الدكتور جمال الدين عطية عن وجهة النظر تلك فيقول : " وقد رفضت معظم هيئات الفتوى الشرعية مبدأ أخذ البنك الإسلامى عوضاً عن تقديم هذه الخطابات ، وبالتالي امتنعت معظم البنوك الإسلامية عن هذا النشاط

(١) راجع الاقتصاد الإسلامى والقضايا الفقهية المعاصرة . د / على السالوس :

(٢ / ٧٨٤ ، ٧٨٥) طبعة مكتبة ابن تيمية بالقاهرة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م ،

بدون رقم الطبعة .

مما أدى إلى استمرار اعتماد عملائها على البنوك التقليدية في هذا المجال وما يستدعيه ذلك من استمرار التعامل العام . أساس رفض تقاضى مقابل للضمان أن الضمان كفالة ، والكفالة من عقود التبرع ، ولكنهم أجازوا في حالة اقتران خطاب العميل بعمل كدراسة مستندات العملية أو تقديم أوراقها للجهة المختصة ومتابعتها - أن يؤخذ الأجر على هذا العمل لا على الكفالة ، وهذا الغرض بطبيعته غير وارد ، كما أنه يفتح باباً للحيل التي تسيئ إلى الفكرة أكثر مما تنفعها . ومن جهة أخرى أدى هذا الرأي إلى التناقض الواضح ، فحيث يقدم العميل غطاء يدفع أجراً ، وحيث لا يقدم غطاء - وبالتالي تزيد مخاطرة البنك وتتضح أهمية الخدمة التي يقدمها العميل - لا يدفع العميل أجراً . وقد أفتى الشيخ عبد الحميد السائح للبنك الأردني الإسلامي بجواز أخذ أجر على خطابات الضمان ، وتتبع بنوك البركة هذا الرأي . كما أن بعض البنوك الإسلامية لا تتقاضى أجراً على الضمان ، ولكنها تشترط غطاء جزئياً (حوالي ٢٥ - ٣٠٪) في صورة ودیعة دون مقابل ، وتختص هي بعائد استثمار هذه الوديعة . وقد طرح الموضوع للنقاش في عدة مؤتمرات وندوات ، وقلنا إنه لا يوجد نص على أن الكفالة من عقود التبرع ، وإن تصنيف العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع إنما هو صناعة فقهية لتسهيل دراسة الأحكام ، وإن جريان العرف في زمان ما على تقديم الكفالة من باب الشهامة والمرعوة لا يمنع من تقديمها بعوض من قبل من يتخذ ذلك مهنة ، ويعرض نفسه للمخاطر دون التزام شرعي أو أدبي عليه بتقديم الكفالة .

وضربنا [والكلام للدكتور جمال الدين] مثلاً على تغير الأحكام بتغير الأزمان بأخذ أجر على تعليم القرآن وإمامة الصلاة

الذين وردت النصوص بتحريمهما لما فيها من شبهة عدم الإخلاص فيما يجب ، وبأنه على القادر أن يفعلهُ ابتغاء الثواب الأخرى ، ومع ذلك عندما تغير الزمان وأصبح التدريس والإمامة مهنة يتفرغ لها أناس تغير الحكم ، وأجازوا أخذ الأجر على أن هذه القربات والطاعات التي لا يمكن أن ترقى الكفالة إلى مرتبتها ، خاصة إذا كانت في أعمال تجارية لا يوجد أي التزام شرعي أو أدبي بالكفالة فيها ، ولا يزال الأمر متناوياً في جداول أعمال بالمؤتمرات والندوات " (١) .

وكما هو واضح من عرض هذا الباحث أنه يجيز أخذ أجر على خطاب الضمان ؛ لأن تصنيف الضمان على أنه عقد من عقود التبرع صناعة فقهية ؛ ولا يوجد نص بذلك ؛ وعليه فيجوز أخذ أجر على الضمان بصفة عامة ، سواء كان خطاب ضمان أو غيره من صور الضمان ، وأيضاً لأن الزمان قد اختلف والظروف قد اختلفت ، فما كان متعارفاً عليه في السابق أنه شهامة ومروءة أصبح الآن وظيفة ومهنة تتكسب منها جهات معينة مثل البنوك .

كما أنه يرى أن فتح الباب بأخذ أجر على التحري عن العميل يفتح باباً للحيل ، وأن أخذ البنك أجر في حالة وجود غطاء على الوكالة ، وعدم أخذه في حالة عدم وجود غطاء ؛ لأنه ضمان وكفالة يعتبر تناقضاً واضحاً ؛ ولذلك كله فهو يرى جواز أخذ أجر على خطاب الضمان .

(١) البنوك الإسلامية : ص : (١١٨ ، ١١٩) وانظر أيضاً ص : (١٤٣) من المرجع نفسه .

الراجع :

والراجع هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً من أن الضمان عقد تبرع محض ، وفي شتى صورته لا يجوز أخذ أجر عليه ، وعلى هذا أجمع الفقهاء المتقدمون ، ولا أعلم أحداً قد خالفهم ، وكذلك أجمعت الهيئات والمؤتمرات الإسلامية على ذلك مع تفصيل في مسألتنا تلك : بأن أخذ الأجر على دراسة الموضوع والتحري عن مصداقية العميل جائز ، وكما سبقت الإشارة إلى ذلك - لا شيء في أخذ الأجر على ذلك دون مبالغة يكون فيها البنك متحايلاً لتعويض ما لم يأخذه من أجر على الضمان ذاته ، وهذا أمر يعرفه أهل الخبرة من علماء الاقتصاد الفقهاء .

والذي أراه عدم جواز أخذ أجر على خطاب الضمان سواء كان مغطى أم غير مغطى ، أما إذا كان مغطى ، وأصبح البنك كما سبق - وكيلاً عن العميل (المضمون عنه) فلا يجوز أيضاً أخذ أجر ، مع العلم أن أخذ الأجر على الوكالة لا خلاف حوله ولكن المضمون له يعتبر البنك (و هو الضامن) كفيلاً للمضمون عنه ، ولا يعتبره وكيلاً ، ففي أخذ الأجر هنا نوع تحايل للهروب من مأزق عدم الحصول على أجر الضمان . أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى فهذا ما لم يختلف عليه المجتمعون من أصحاب الفقه الإسلامي في المؤتمرات والهيئات الشرعية ، وإنني اتفق مع الدكتور جمال الدين عطية في اعتبار أن في دفع العميل أجراً للبنك في حالة وجود الغطاء النقدي لخطاب الضمان وعدم دفعه في حالة عدم وجود الغطاء - تناقضاً ، ففي كلتا الحالتين البنك ضامن ، ولكنه في الحالة الأولى ضامن ضماناً جريئاً إن صح التعبير - أمام المضمون له ، وما تحت يده من مال (الغطاء النقدي) يعتبر

ضماناً لحقه عند العميل ، فلا يكون البنك مخاطراً بتلك المهمة . أما في الحالة الأخرى فإنه (البنك) يكون ضامناً ضماناً كاملاً ، والتساؤل : أيدفع العميل أجراً للبنك حينما يدفع تأميناً نقدياً ، ولا يدفع حينما لا يدفع ؟!! فحيث يغرم يغرم ، وحيث يغنم يغنم ، والمعلوم أن الغرم بالغنم ، وليس الغرم بالغرم ، والغنم هنا أنه لم يتكبد عناء تغطية العملية ، وهذا هو الأصل في قضية الضمان بصفة عامة أن الضامن لا يشترط على المضمون عنه توفير قيمة ما سيضمنه عنه ، ولم يعرف هذا عند متقدمي الفقهاء كما قال أستاذنا الدكتور محمد سراج وغيره من العلماء المحدثين .

أما ما ذهب إليه الدكتور جمال الدين من تصنيف الضمان بأنه عقد تبرع صناعة فقهية لا يستند إلى نص - فهو زعم مردود ؛ لأن ما ورد في موضوع الضمان - وقد سبق ذكر أغلبه في مشروعية الضمان ^(١) - يدل دلالة قاطعة على أنه عقد تبرع محض :

فمثلاً قوله تعالى : " وأنا به زعيم " ^(٢) أي ضامن . لم ينقل أحد من المفسرين إطلاقاً أنه ضمن ذلك في مقابل أجر أو جعل .

وقوله ﷺ : " الزعيم غارم " ، فكيف يكون غارماً مع تحصيله أجره على الضمان ؟ ! فلا يكون غارماً إلا إذا كان متبرعاً ، ولا يكون متبرعاً مع تحصيل الأجر عليه ، وهذا الحديث نص في هذه المسألة يرد رداً قاطعاً على الدكتور جمال الدين وغيره ممن ذهب مذهبه .

(١) راجع المبحث الثالث من التمهيد ، ص (٤٦) .

(٢) سورة يوسف من الآية : (٧٢) .

وفى كفالة أبى قتادة ؓ ما على الميت من دين دليل على ذلك ، ولم يثبت إطلاقاً أنه أخذ أجراً على هذا الضمان ، ولا عن على ؓ ولا عن غيرهم كما سبق شرحه تفصيلاً فيما سبق من هذه الدراسة .

ومهما يكن من أمر - كما يقول أستاذنا الدكتور محمد سراج - : فمع " هذا كله فأعتقد أن خطابات الضمان لن تكون عملاً رائجاً فى المصارف الإسلامية بحكم كونها من الكفالات التى تقوم على معنى التبرع والإرفاق . ولعل هذا هو السبب فى اتجاه هيئة الفتاوى الشرعية بينك فيصل المصرى إلى إحلال أسلوب المشاركة محل إصدار هذه الخطابات . ويجب على المصارف الإسلامية أن تقتصر فى إصدار خطابات الضمان على من تظمن إليهم من المتعاملين معها ، وأن تأخذ منهم تأميناً عن كفالتها لهم ، حفاظاً على أموال المودعين ، ومنعاً من تعريضها للخطر " (١) .

(١) النظام المصرفى الإسلامى ص (١٣٣) .

الفصل الثانى (الأخير)

الضمان والاعتمادات المستندية .

وينتظم ما يأتى :

أولاً : مفهوم الاعتمادات المستندية .

ثانياً : علاقة الاعتماد المستندى بالضمان .

ثالثاً : الاعتماد المستندى بين الفقه والقانون

أ. الاعتماد المستندى فى القانون .

ب. الاعتماد المستندى فى الفقه .

رابعاً : حكم أخذ المصرف عمولة أو فائدة .

الفصل الثاني

الضمان والاعتمادات المستندية

أولاً: مفهوم الاعتمادات المستندية :

الاعتماد المستندي من المعاملات المستحدثة لدى البنوك والمصارف ، وقد تولت المادة (٣٤١) من قانون التجارة المصري التعريف به وبيان مفهومه ، ونصها كما يأتي : " ١ - الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل .

٢ - عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد " (١) .

وبيان ذلك أن الاعتماد المستندي عبارة عن تعهد مكتوب صادر من بنك ما بناء على طلب شخص ما لاستيراد شيء ما ، وطالب فتح الاعتماد يسمى الأمر وهو العميل - وهذا الطلب بفتح الاعتماد يكون لصالح مورد ما ، و يسمى بالمستفيد ؛ وعليه يتعهد ذلك البنك بدفع قيمة السلع التي يصدرها المورد إلى المستورد (وهو طالب فتح الاعتماد المستندي) ، على أن يلتزم المورد بتقديم وتسليم المستندات المتعلقة بالسلع والشحن ، مع مراعاة مطابقة المستندات للشروط المتفق عليها في ذلك الاعتماد المستندي .

ويضرب المثال لتوضيح ذلك وبيانه أستاذنا الدكتور محمد سراج فيقول : " وتوضيحه أنه إذا أراد تاجر في الكويت أن يستورد سلعة من منتجها في مصر ، فإن هذا التاجر يتصل بأحد بنوك الكويت يطلب منه فتح اعتماد بقيمة السلعة ونفقة شحنها ،

(١) قانون التجارة المصري والمذكرة الإيضاحية : (١ / ١٤٢) .

فيرسل البنك الكويتي خطاب الاعتماد إلى المنتج المصري يخبره بفتح الاعتماد وتعهده بالوفاء بثمن السلعة ونفقة شحنها ، وذلك مقابل تقديم مستندات شحن السلعة التي يحددها التاجر الكويتي لبنك معين في مصر. ويقوم المنتج المصري بعد تسليم مستندات الشحن إلى البنك المصري بتحرير كمبيالة تسمى الكمبيالة المستندية على البنك الكويتي أو على التاجر ، فيدفع البنك المصري قيمتها ، ثم يرسلها مع مستندات شحن السلعة إلى البنك الكويتي الذي يفى بقيمتها لبنك المصدر وهو البنك المصري ، بعد فحص المستندات والتأكد من مطابقتها للأوصاف التي حددها العميل ، وعلى العميل أن يفى بقيمة الاعتماد وبالنفقات والعمولة المستحقة للبنك الكويتي ، وإلا استولى على السلعة المستوردة ، بحكم وجود مستنداتها في حوزته ، وحصل على حقه منها ، وأعطى باقيها لعميله " (١) .

ثانياً : علاقة الاعتماد المستندي بالضمان :

الاعتماد المستندي قد يكون مغطى من قبل الأمر (العميل) وقد يكون غير مغطى ، فأما المغطى غطاءً كلياً فإن المصرف يكون فيه وكيلًا عن فاتح الاعتماد ، وإن كان ضامناً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مضموناً له .

أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف فيه يكون ضامناً ، وفاتح الاعتماد غير المغطى يكون مضمون عنه .

(١) النظام المصرفي الإسلامي : ص (١١٢ ، ١١٣) .

ثالثاً : الاعتماد المستندى بين الفقه والقانون . (١) :

أ- الاعتماد المستندى فى القانون :

يلتزم البنك الذى فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها فى عقد فتح الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة بشروط فتح الاعتماد . ويجوز أن يكون الاعتماد المستندى قابلاً للإلغاء أو باتاً غير قابل للإلغاء ، ويكون الاعتماد غير قابل للإلغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للإلغاء . كما لا يترتب على الاعتماد المستندى القابل للإلغاء أى التزام على البنك قبل المستفيد [المضمون له] ويجوز للبنك فى كل وقت تعديله أو إلغاؤه من تلقاء نفسه ، أو بناء على طلب الأمر [العميل طالب فتح الاعتماد] دون حاجة إلى إخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ . وجدير بالذكر أن التزام البنك فى حالة الاعتماد المستندى البات يكون قطعياً ومباشراً قبل المستفيد ، ولا يجوز إلغاء الاعتماد المستندى البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوى الشأن فيه ، كما يجوز تأييد الاعتماد المستندى البات من بنك آخر يلزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد . لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد ، ولكن ينبغى أن يراعى أنه ينبغى على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد ، وإذا رفض البنك المستندات وجب أن يخطر الأمر فوراً مبيناً أسباب الرفض ، مع العلم أنه لا مسئولية مطلقاً على البنك إذا كانت المستندات فى ظاهرها مطابقة للتعليمات التى تلقاها من الأمر ، ولا

(١) باعتبار أن هذه المعاملة مستحدثة قد بدأت بما تناوله القانون عنها .

يتحمل البنك أى التزام يتعلق بالبضاعة التى فتح الاعتماد بسببها . ولا يجوز تحويل الاعتماد المستندى ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذى فتحه مأذوناً فى تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو إلى جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد ، ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك ، ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك ^(١) .

هذا ما قاله القانون بحق الاعتمادات المستندية ، والذى يعيننا بحثه هو التكييف الفقهي لهذه المعاملة المستحدثة ، وحكم أخذ البنك عمولة على قيامه بهذا العمل ، وحكم أخذ فائدة مؤوية على ما يدفعه البنك عن الأمر على المدة الزمنية من حين دفعه إلى وقت قبضه ، وذلك إذا كان الاعتماد المستندى غير مغطى ، أو مغطى جزئياً ، وذلك كما يأتى :

ب. الاعتماد المستندى فى الفقه .

هناك اختلاف بين المحدثين حول التكييف الفقهي للاعتماد المستندى فمنهم من اعتبره داخلاً تحت الضمان المجرد (الكفالة) تماماً مثل خطاب الضمان ، أعنى أنه (الاعتماد المستندى) إذا كان مغطى غطاء كلياً اعتبر البنك وكيلاً عن الأمر (العميل) ، وعليه فإنه يحصل على أجر الوكالة ، ومما لا خلاف عليه أن المصرف يعتبر ضامناً للعميل (الأمر) تجاه المستفيد (وهو المضمون له) . فإذا لم يغط العميل (فاتح الاعتماد) الاعتماد المستندى أو غطاه جزئياً فإنه يكون داخلاً تحت الضمان باعتبار أن البنك يضمن العميل (الأمر) للمستفيد (المضمون له) .

(١) قانون التجارة والمذكرة الايضاحية : (١ / ١٤٢ - ١٤٤) .

ومن هؤلاء الدكتور على السالوس ، إذ يقول :

" والحديث عن الاعتمادات المستندية يطول ذكره ، والذي يعيننا هنا ما يتصل بالكفالة ، فالاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكلياً عن فاتح الاعتماد ، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولاً له ، غير أن المصرف يأخذ عمولة تعد أجراً أو جعلاً عن وكالته لا عن كفالته ^(١) . أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف كفيل ، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه ، فإذا أخذ المصرف عمولة مقابل المبلغ المكفول به ، لا مقابل العمل الذي يقوم به فقد أخذ أجراً أو جعلاً مقابل الكفالة ذاتها " ^(٢) .

ومنهم الدكتور عوف الكفراوي حيث ذهب إلى أبعد من ذلك ، فلم ير ذلك داخلاً تحت الضمان فقط ، وإنما يرى جواز أخذ عمولة على تلك المعاملة سواء كانت وكالة أو حوالة أو ضمان ، إذ يقول : " ويجوز للمصرف الإسلامي أن يقوم بفتح الاعتمادات المستندية ، ويحصل على أجرة أو عمولة مقابل تعهده نيابة عن العميل المستورد بسداد ثمن البضائع للمصدر ومطالبة الأخير بمستندات الشحن وإيصالها إلى المستورد [المشتري] ليتأكد أن المستندات مطابقة لشروط الاعتماد ، أي أن البضاعة طبقاً للمواصفات المطلوبة والسابق الاتفاق عليها . وأجرة المصرف واسترداده لما قام به من مصاريف فعلية ، أو ما يأخذه من عمولة جائز سواء نظرنا إلى ذلك على أنه وكالة أو حوالة أو ضمان [مع اختلاف في المذاهب] وتقاضى المصرف أجراً نظير أتعابه في

(١) هذا إذا كان المصرف إسلامياً ، أما إذا كان مصرفاً ربوياً فإنه يأخذ أجراً على الكفالة (الضمان) .

(٢) الكفالة : ص (١٥٩ ، ١٦٠) .

التخليص على البضائع الواردة لعملائه واستلامها ، يمكن اعتباره من قبيل الأجر " (١) .

وهناك اتجاه آخر يعتبر الاعتماد المستندي داخلاً تحت ما يسمى في الفقه الإسلامي بالوعد بالقرض (٢) ، وممن ذهب إلى ذلك أستاذنا الدكتور محمد سراج ، حيث يقول : " يندرج فتح الاعتماد من الوجهة الفقهية تحت مفهوم الوعد بالقرض لذلك ، ويستلزم تقدير حكمه من هذه الوجهة النظر إلى معانية المؤثرة في الحكم ، وهي اللزوم واستحقاق الفائدة " (٣) .

والخلاصة في الوعد بالقرض — كما يقول ابن حزم بحق — أن : " من وعد آخر بأن يعطيه مالاً معيناً أو غير معين ، أو بأن يعينه في عمل ما ، حلف له على ذلك أو لم يحلف ، لم يلزمه الوفاء به ويكره له ذلك ، وكان الأفضل لو وفى به . وسواء أدخله بذلك في نفقة أو لم يدخله : كمن قال : تزوج فلانة وأنا أعينك في صداقها بكذا وكذا أو نحو هذا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأبي سليمان . وقال مالك : لا يلزمه شيء من ذلك إلا أنه يدخله بوعده ذلك في كلفة فيلزمه ويقضى عليه [أى بإلزامه بالوفاء] . وقال ابن شبرمة : الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر " (٤) .

(١) النقود والمصارف في النظام الإسلامي للدكتور عوف محمد الكفراوي : ص (١٤٣) طبعة دار الجامعات المصرية بالإسكندرية بمصر بدون رقم الطبعة أو التاريخ .

(٢) لم أتوقف مع الوعد بالقرض بالتفصيل هنا ؛ لأنه ليس داخلاً معنا في هذه الدراسة .

(٣) النظام المصرفي الإسلامي : ص : (١١٣) .

(٤) المحلى : (٢٨ / ٨) مسألة (١١٢٥) .

والحق - فيما أرى - أن هذه المعاملة (الاعتمادات
المستندية) تتضمن كل ذلك ، فهي قد تكون ضماناً مجرداً (كفالة)
تماماً عندما تكون غير مغطاه تماماً من العميل (المضمون عنه) ،
وقد تكون كفالة ووكالة عندما تكون مغطاة غطاء كلياً كفالة بالنسبة
للمستفيد (المضمون له) حيث يكون البنك ضامناً للعميل للمستفيد ،
ووكالة حيث يكون البنك - مع كونه ضامناً - وكيلاً عن العميل
(وهو المضمون عنه) وتكون مع ذلك كله وعداً بقرض ؛ لأن
البنك يكون ملزماً به ومجبراً عليه ؛ لأن التاجر قد يتكبد بهذا الوعد
تكاليف عالية تسلم - لا محالة - إلى الإضرار به إذا تراجع
المصرف (الواعد) عن وعده .

رابعاً : حكم أخذ المصروف عمولة أو فائدة :

من المعلوم أن الشركات فى الإسلام تقوم على أسس ثلاثة : المال والعمل والضمان ، وهذا يعنى أن الضمان له ما يقابله وشركة الوجوه^(١) تتبنى أساساً على الضمان ، ويؤكد هذا المعنى أن النبى ﷺ " قضى أن الخراج بالضمان " (٢) . فمن المتفق عليه أن الضمان غير المجرد (أى ما يكون فى عقد آخر غير عقد الكفالة) يمكن أن يكون له ما يقابله من الغنم ، وقد يؤدى إلى الغرم كذلك .

أما الضمان المجرد ، وهو عقد تبرع محض ، فلا يجوز - كما سبق بيانه تفصيلاً فى ثنايا البحث - أن يكون له أجر أو جعل ، وهذا الحكم مستمد من النص ، وأجمعت عليه الأمة مدة أربعة عشر قرناً من الزمان ، فليس لنا أن نترك النص ، ولا أن

(١) شركة الوجوه عند الحنفية والشافعية والحنابلة والإباضية والإمامية : هى أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما ، وثقة التجار بهما ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، ويبيعان ما اشتريا والربح بينهما على ما اتفقا . وعند الزيدية هى شركة الأبدان ، وهى أن يشتركا فى البيع والشراء بالعروض وغيرها بوجوهما ، ولا يعقدان الشركة على مال ، فما يحصل من الربح كان بينهما نصفان ، وما يكون من الخسارة كذلك . وفى المجلة (م ١٣٣٢) إذا لم يكن لهم - أى للشركاء رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئة ، وتقسم ما يحصل من الربح بينهم ، فتكون شركة وجوه . راجع القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ص : (٣٣ ، ٣٧٤) .

(٢) سنن الترمذى : كتاب البيوع - باب ما جاء فىمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً من حديث عائشة رضى الله عنها (٣ / ٥٨٢) (١٢٨٦) قال الترمذى : " هذا حديث حسن صحيح غريب " وتفسير الخراج بالضمان : هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيباً فيرده على البائع . فالغلة للمشترى ؛ لأن العبد لو هلك ، هلك من مال المشتري ، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان " (٣ / ٥٨٢ - ٥٨٣) هذا وقد حسن الحديث الألبانى فى صحيح سنن الترمذى (٢ / ٢٥) (١٠٣٣) .

نخرج على الإجماع المستقر ، ويمكن للمصارف الإسلامية أن تستبدل أخذ العمولة على الكفالة بأن تجعل كفالتها في الاعتماد المستندي وغيره مشتركة مع العميل بنسبة يتفق عليها ، ويكون الاشتراك في الغنم والغرم : مثال هذا أن يأتي عميل لفتح اعتماد مستندي ، والغطاء جزئي ؛ لاستيراد سلعة معينة ، فهنا يمكن للمصرف أن يشترك بنسبة ٢٪ مثلاً ، ويشترك معه في الكسب والخسارة كذلك بهذه النسبة ، بدلاً من أن يأخذ أجراً مقابل الجزء غير المغطى ، فالضمان هنا ليس كفالة مجردة ، وإنما أصبح داخلاً في عقد شركة ^(١) . مع بقاء البنك ضامناً العميل (المضمون عنه) للمستفيد (المضمون له) على كل حال .

أما قضية الفائدة التي يتفق عليها — سلفاً أوفى أثناء العقد أو يتم تحصيلها بعد ذلك بين الضامن (البنك) وبين الأمر (المضمون عنه) على ما سيدفعه (أو قد دفعه) البنك من مال عن العميل (الأمر) — فهي من الربا كما سبق تفصيله في الفصل السابق (الضمان وخطاب الضمان) .

(١) راجع الكفالة : ص (١٦٠ ، ١٦١) .