

المبحث الثاني

آلية العمل المصرفى الاسلامى

انه لما ينسجم مع مقومات النظام المصرفى اللاربوى ويتفق مع طبيعتها أن تأتي خطة الاستثمارات وما يلحق بها من تحديث في مقدمة آلية العمل المصرفى اللاربوى ومقدمه على خطة الخدمات •

فاذا كانت البنوك التجارية (الربوية) في جوهر عملها تعتبر وسيط ائتمان غير متخصص يضطلع أساسا بتلقى الودائع (بنوك الودائع على وجه الخصوص) القابلة للسحب لدى الطلب أو بعد أجل لا يجاوز سنة^(١) ومن ثم تقوم بدور تاجر ائتمان ومعظم نشاطه يتركز في هذا الدور وعلى وجه الخصوص الائتمان النقدي ومن سماته الرئيسية مضي فترة من الزمن قد تطول أو تقصر بين تنازل البنك عن المال والحصول عليه ، وتبعاً لاختلاف طبيعة القرض واستعماله يختلف المصدر الذى تستقى منه الأموال المقترضة وفي الائتمان طويل الأجل - الذى يعتمد فيه البنك التجارى أساسا على رأسماله والاحتياطيات التى يكونها والسندات التى قد يصدرها والودائع لآجال طويلة •

تنقسم القروض الى قروض تجارية وقروض صناعية تمنح لمنظمى هذه المشروعات وتتخذ هذه القروض أشكالاً مختلفة •
فقد تمنح القروض في شكل مبلغ معين من المال لمدة محددة من الزمن •

وقد تمنح في شكل فتح اعتماد لصالح المقترض بمبلغ معين لمدة محددة •

وتختلف الضمانات التى تأخذها البنوك تبعاً لاعتبارات كثيرة منها درجة يسر المقترض وأصول المشروع ومستوى الأرباح التى يحققها المشروع سنوياً ومن هنا كانت الكفالة اما شخصية أو عينية •

(١) مادة ٣٨ من قانون البنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧

وهكذا فإن البنوك التجارية كمشروعات تجارية أو مؤسسات ائتمانية تستهدف تحقيق أقصى ربح ممكن وتأتي الأرباح إليها في شكل « فوائد » على استخدام ما في حوزتها من أصول وأموال عن طريق اقراضها لرجال الأعمال والمشروعات ولزيادة أرباحها تلجأ الى البحث عن أفضل القروض وكذلك الاستثمارات التي تقوم بها البنوك التجارية في الأوراق المالية التي تتأثر قيمتها بتقلبات سعر الفائدة^(١) ، وتزداد المخاطرة في البلاد التي تتصف فيها الأسواق المالية بضيقها وقلة نشاطها وقد وضع قانون البنوك والائتمان المصرى رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ قيда على حرية البنوك التجارية في استثمار أموالها أو مواردها في امتلاك أسهم الشركات المساهمة بما لا يزيد قيمته عن ٣٥٪ من رأس المال المدفوع للشركة بشرط ألا تتجاوز القيمة الاسمية للأسهم التي يمتلكها البنك في هذه الشركات مقدار رأسماله المدفوع واحتياطياته ويجوز لوزير الاقتصاد زيادة الحدين المذكورين عند الاقتضاء .

وتحقيق التوازن السليم بين السيولة والربحية في البنوك التجارية ليس بالأمر اليسير ولعل مشكلة السيولة تحظى بالاهتمام الأول في سياسة البنك التجارى ومن ثم فلا يكفى في مقام تأمين المركز المالى للبنك ألا تقل القيمة الفعلية لأصوله عن جملة خصومه دائما بل يجب أن يتوافر لدى البنك خليط من الأصول يتيح له مواجهة أوامر المودعين بالدفع باستمرار وفي هذا الصدد - وهو تأمين سيولة مركز البنك المالى على الدوام - تعتبر القروض الصناعية طويلة الأجل أقل سيولة من الأوراق المالية طويلة الأجل وأشد خطرا اذ يؤدي استثمار البنك لجانب كبير من موارده فيها الى ارتباط مركزه المالى بمراكز هذه الشركات ومن ثم تعريض ثقة الأفراد الى التأثير بكل ما يطرأ من تطورات على مراكز الشركات التي يستثمر فيها أمواله .

وبناء على ما تقدم فإن « المشكلة الاستثمارية » التي تواجه البنوك

(١) انظر اقتصاديات النقود والبنوك د. عبد النبي حسن يوسف - طبعة ٦ ص ١٦٣ سنة ١٩٧٩ ، مقدمة في النقود والبنوك - د. محمد زكى شافعى ص ٢٧٤ ، ٢٨٤ طبعة ١٩٨٢

التجارية تتمثل في الرغبة في ضمان معدل مرتفع من الأرباح والرغبة أيضا في تحقيق معدل مرتفع من السيولة النقدية وهما أمران لا يتفقان أو لا يتوافقان بل هما على طرفي نقيض (١) .

فالأصول التي تمثل سيولة نقدية مرتفعة لا تغل الا عائدا ضئيلا والعكس ومن ثم تظل مشكلة السيولة والربحية من أخطر ما يواجه البنوك التجارية في سياستها الائتمانية .

مما يستوجب النظر في علاجها بأسلوب علمي جديد وباستخدام أدوات ائتمانية جديدة ان صح التعبير .

أولا - أدوات الائتمان التقليدية ووسائله :

إذا كانت أدوات الائتمان التقليدية بشقيه القصير والطويل الأجل تتمثل في :

- ١ - الكميالة - باعتبارها وسيلة للائتمان (الخصم) وسداد الديون ونقل الأموال من مكان الى آخر .
- ٢ - السند الاذني - يقوم بنفس وظائف الكميالة الا أن استخدامه كوسيلة ائتمان يمثل ضمانا أقل منها اذ لا يحمل الا توقيعا واحدا عند انشائه وكل تظهير عليه بعد ذلك يضيف ضامنا جديدا .
- ٣ - الشيك - لا يمثل من الناحية العامة صك ائتمان ولكنه أداة وفاء .

ومن أهم عمليات الائتمان القصير الأجل عمليات الخصم وقبول الكميالات ومنح القروض بضمان عيني (أوراق مالية - أوراق تجارية - بضائع) أو في شكل حساب جارى .

وبعد .. فاستطيع أن أقول ان نظام البنوك التجارية كما يسميها قانون البنوك والائتمان المصرى يعمل فى ظل نظام اقتصادى رأسمالى بالدرجة الأولى حيث يحظى عنصر رأس المال بالاهتمام الأول من خلال كل من :

- (أ) سعر الفائدة التى يحصل عليه صاحب رأس المال (البنوك) .
- (ب) الأرباح التى يحصل عليها المنظم .

(١) انظر د. عبد النبي حسن - المرجع السابق ص ٢٠١

وبالتالى كان الائتمان (ودور البنوك التجارية من ناحيه المنح فهى وسيط ائتمان ومن ناحية التلقى فهى بنوك ودائع على وجه الخصوص) هو المحرك الرئيسى للنشاط الاقتصادى بكل ما يترتب على ذلك من أدوات ائتمانية وسياسات استثمارية ونقدية بما تحمل فى طياتها من تناقض بين السيولة والربحية وما يترتب عليها من الحد من انطلاق النظام المصرفى أو ضرورة أن يعمل فى اطار من النسب أو السقوف التى لا يجب ولا يجوز أن يتعداها والا وقع المحذور فى النظام الاقتصادى برمته .

ثانيا - النظام اللاربوى والتحدى :

فهل يستطيع النظام المصرفى اللاربوى أن يقدم معطيات جديدة ذات فعاليات مؤثرة على حركة النشاط الاقتصادى فى المجتمع و نعتقد أن ذلك هو التحدى المطروح على الساحتين المحلية والعالمية فى كل بقعة من بقاع الأرض الآن وليس لهذا التحدى من دون العلماء مواجهة .
وقبل أن أقرع باب المحاولة أوجز محصلة ما ظهر على الساحة العملية والقانونية أى منذ التجربة القانونيه فى نظام بنك ناصر الاجتماعى سنة ١٩٧١ وحتى الآن أى ما يقرب من تسعة عشر عاما من الزمان وذلك فيما يلى :

١ - عدم التعامل بنظام سعر الفائدة الربوية :

وللمنهج الاقتصادى فى الاسلام فى هذا الصدد موقف محدد وحاسم لا لبس فيه ولا تلبيس هو : « أن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها » .
وإذا وقعت المخالفة فى هذا المبدأ الاقتصادى الاعتقادى وقع من الفساد فى المعاملات ما لا يعلمه الا الله .

وقديما قالوا عنادا : لم حرم علينا سعر الفائدة فى المعاملات؟ انما البيع مثل الربا ، وهى مقولة مردودة لما تقوم عليه من تخبط و خلط لا يقره عقل ولا دين ، يقول الله تعالى :

﴿ الذين يآكون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، واحل الله البيع وحرم الربا ﴾
(البقرة : ٢٧٥)

ووجه الشبه بين الربا والبيع في قيام كل منهما على المبادلة والتمليك، ولكن الاختلاف الحاسم بينهما أن المبادلة والتمليك في الربا على شيء من نفس جنسه أو مثله ، أما المبادلة والتمليك في البيع على شيء من غير جنسه وهو العوض أو الثمن مقابل المال أو الحق المالى محل البيع ، ومن ثم كانت الزيادة في الحالة الأولى ربا محرم سواء آكانت تلك الزيادة حقيقية اذا كانت من نفس جنس الشيء أو مثله ، أو كانت تلك الزيادة حكمية في حالة اختلاف الأصناف أو الجنس وهى الزمن ، والزيادة في هاتين الحالتين لا تصادف فى ذاتها مقابلا فى عناصر المعاملة أو المبادلة ، وان سوغ البعض اضفاء مبررات لها ، ومن المسلم به أنه شتان بين قيام المبادلة على العدل القائم على التعادل بين التزامات طرفى المبادلة أو المعاوضة وبين قيام المعاملة حين انعقادها ، وليس بحسب ما لها على اثرها أحد الطرفين وهو هنا المعطى على حساب الطرف الآخر وهو هنا الآخذ وان كان كلاهما فى الحكم سواء ويتمثل ذلك الاثراء بوضوح فى أخذ زيادة بدون مقابل مائل فى عناصر المعاملة ، ولا علاقة كما سبق بعناصر المعاملة التى تقوم عليها والتى وقع فيها الخلل ابتداء بما يترتب عليها أو ما سيترتب عليها من آثار قد تكون ايجابية أو سلبية أى ربحا أو خسارة وبذلك يقع الاستغلال فى المعاملة منذ اللحظة الأولى بصرف النظر عن نتائجها التى قد تأنى لصالح الآخذ أو ضده .

● مسميات الربا :

وتصوير المسألة على نحو ما سبق أغرى البعض أو أدى بالبعض الى اللبس أو التلبيس فسمى الربا بغير اسمه على حين أن حقيقة المعاملة الربوية واحدة فى كيفية وقوعها ومن ثم قالوا عن هذه المسميات ما يأتى :

— الربا ثمن :

وذلك تأثرا بوجه الشبه بين الربا والبيع وهذا القول هو فى نفس الوقت اهدار لحقيقة البيع القائم على أن العوض وهو الثمن فى مقابل الشيء المبيع وهو من غير جنسه قطعا بصرف النظر عن طريقة الأداء حالا أو نسيئة .

وقطعا لدابر الخلاف اشترطت المادة (٤١٨) من القانون المدني
المصرى فى الثمن أن يكون تقديا ونصت على أن :
« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو
حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن تقدى » •

ولم تشترط المادة (٤٦٥) من القانون المدني الأردنى فى العوض
فى عقد البيع أن يكون من النقود فنصت على أن :
« البيع تمليك مال أو حق مالى لقاء عوض » •

ومسلك القانون المدني المصرى يمنع الخلط بين البيع والمقايضة ،
ومن ثم كان الأولى والأدق فى نظرنا وان كانت المقايضة نوع بيع الا أنها
تتم بأسلوب المقايضة على حين أن المعاوضة مقابل ثمن تقدى تتم بأسلوب
البيع أو تخصصت بمسمى البيع ، ومن هنا فلا محل للخلط بين المقايضة
والبيع وهو ما أثرته المادة (٤١٨) من القانون المدني المصرى •

– الربا اجر •• او الفوائد اجر :

وهذا اللبس أوحى به المشرع فى المادة (٥٤٠) من القانون المدني
المصرى اذ نصت على أنه : « اذا استحق الشيء فان كان القرض بأجر
سرت أحكام البيع ••• » •

ونص فى المادة (٥٤٢) على أنه : « على المقترض أن يدفع الفوائد
المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها فاذا لم يكن هناك اتفاق على
فوائد اعتبر القرض بغير أجر » •

ومؤدى النص الأخير أن القانون المدني المصرى اعتبر الفوائد
المتفق عليها أجرا للقرض على حين أن القانون اشترط فى المادة (٥٣٨)
منه أن يرد القرض بمثله فى مقداره ونوعه وصفته ونصت على أن :

« القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية مبلغ
من النقود أو أى شيء مئلى آخر على أن يرد اليه المقترض عند نهاية
القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » •

ونستطيع هنا أن نحلل الموقف القانونى على النحو التالى :

ان الأصل في القرض أن يرد بمثله في مقداره ونوعه وصفته دون
اعتداد بارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء وهذا ما نصت عليه
المادة (١٣٤) من القانون فقالت .

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور
في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت
الوفاء أى أثر » .

وإذا كان ما سبق هو الأصل في القرض فإن القانون أجاز
للتعاقدین الاتفاق على الفوائد بشرط ألا تزيد عن السعر الذى حدده^(١)
واعتبر القرض في هذه الحالة بأجر - أى اذا تم الاتفاق على الفوائد ،
ولما كانت عبارة الأجر تدل مباشرة على المنفعة المتحصلة مقابل الأجر
أو بدلا عنها فلا يساورنا شك في أن المشرع اعتبر الفوائد المشروطة هي
أجر المنفعة التى سيحصل عليها المقرض من المبلغ الذى اقترضه سواء
أكافت تلك المنفعة استهلاكية أو إنتاجية أى اذا استهلك المقرض القرض
مباشرة في اشباع حاجاته الاستهلاكية التى تنتهى بالاستعمال أو استعمله
في اقامة مشروعات إنتاجية - أى ثرة لحسابه ، وعلى الرغم من أن الغالب
من الأحوال أن المقرض يحصل على منفعة من القرض ، الا أن المشرع
أغفل حالة ما اذا لم يتمكن المقرض من الحصول على ثمة منفعة من القرض
وأيا كان السبب لذلك فعلى أى أساس من عناصر عقد القرض يحصل
المقرض على الزيادة المشروطة على القرض ، هنا يكون ثمة خلل قد
وقع في عناصر المعاملة اذ أخذ المقرض زيادة بغير مقابل على مبلغ القرض
ومن ثم وقوع الظلم بدلا من التعادل أو العدل في التزامات الطرفين
ولذلك وصف الربا بالظلم أو هو نوع ظلم يحيق بالمقرض يقترفه المقرض
بالاتفاق مع المقرض أو يفرضه القانون نفسه في حالة تأخر المدين في الوفاء
بالقرض^(٢) .

(١) انظر المادة (٢٢٧) من القانون المدني المصرى .

(٢) انظر في ضوابط التفرقة بين الأجر والربا على وجه العموم : د.
سامى حمود - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية
ص ٢٤٥ ط ٢٠ مطبعة الشرق بعمان - الأردن ، والمراجع المشار إليها فيه
اذ اقتصرنا في المتن على محدثات المسألة .

- الربا تعويض :

وهو ما نصت عليه المادة (٣٢٦) من القانون المدنى المصرى حيث قالت :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وهذا اللبس بين الفوائد أو الربا والتعويض الذى أوحى به المشرع أيضا على نحو ما جاء بالنص السابق يقطع فى الدلالة على أن المشرع افترض أن الفوائد القانونية تمثل منفعة المقرض عن الفرصة البديلة التى كان من الممكن للدائن أن يستغل فيها مبلغ القرض لولا تأخر المدين فى الوفاء بالقرض أو بالدين ، والتعويض هنا كجزء قانونى الزامى عن التأخير فى الوفاء بالدين من جنس الفعل ، بافتراض أن المدين يستغل مبلغ القرض ويدر عليه عائدا ولذلك لم تشترط المادة (٣٢٨) مدنى مصرى على الدائن أن يثبت حصول ضرر لحقه من هذا التأخير فى الوفاء بالدين والمشرع هنا حمى مصالح الدائن على حساب مصلحة المدين الذى قد يكون استهلك القرض فى أغراض استهلاكية أو استعمله فى أغراض انتاجية أحيط بشمارها^(١) ، أو بها فى ذاتها ومن هنا يقع الخلل فى عناصر المعاملة ويكون الظلم وبصفة خاصة اذا لم يكن هناك ثمة ضرر قد حاق بالدائن . هذا فضلا عن أن المشرع وقد اعتبر أن أساس التعويض فى هذه الحالة « مجرد التأخير » فى الوفاء بالدين ومن تاريخ المطالبة

(١) هذا المصطلح اخذناه من قوله تعالى : « واحيط بثمره فأصبح يقلب كفيه على ما أنفق فيها وهى خاوية على عروشها » (الكهف : ٤٢)
والإحاطة بالثمر : هلاكه .

القضائية ما لم يكن قد تحدد تاريخ آخر بموجب الاتفاق أو العرف التجاري أو نص القانون .

وعنصر التأخير الذي هو أساس التعويض لا تفسير له غير « الزمن » ، وتحديد قيمته بما حدده القانون من مقدار الفائدة أيا كان ، ولا شك عندنا أن هذا المسلك من المشرع غاية في « التحكم » الذي فرضه نظام الفائدة الربوية في المعاملات وليس له في هذا التحكم أساس سائغ من المنطق أو الواقع إذ كيف يتم تقدير الزمن مجردا وهو أمر غير مادي بالنقد ، هذا وإن جاز تقدير المنفعة المتحصلة من الزمن أى حيث يرتبط عنصر الزمن بعنصر آخر وهو العمل ، فيكون التقدير لتلك المنفعة المتحصلة وكان الزمن عنصرا فيها لكنه اختلط أو امتزج بعمل وشيء نتج عنهما يجوز تقويمه باعتباره ثمرة أو منفعة عنصرا الزمن والعمل على الأقل .

– الربا عمولة :

لقد أوحى بهذا اللبس أيضا نص المادة (٢/٢٢٧) من القانون المدني المصرى التى تنص على أن :

« ٢ – وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

وتناقش هذا النص من ناحيتين هما :

١ – المفهوم :

ومفهوم هذا النص يشير الى حقيقة الربا أو الفائدة وهى أنه لا تقابله « خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة » وهذا هو فعلا جوهر المعاملة الربوية كما تدل عليه عناصرها الأساسية ابتداء لا انتهاء ، فالغاية من المعاملة الربوية محتملة بمعنى قد تحقق هدفها أو لا تحققه ، ومن ثم كان

مدارها على الظن والتخمين وان كان الغالب فيه حصول المنفعة لكنه ليس الأعدل في التزامات الطرفين وهو ما يجب أن يحققه القانون ويحميه باعتبار أن النص القانوني في جوهره عنوان الحق والعدل القائم على عدم الحيف أو الميل في المعاملة على طرف لحساب طرف آخر .

٢ - صريح النص :

يدل النص السابق بمنطوقه على أن العمولة التي لا تقابلها خدمة أو منفعة حقيقية يكون الدائن قد أداها تعتبر فائدة مستترة تخفض الى الحد المسوح به قانونا للفائدة ، وبذلك أوصد القانون باب التحايل على سعر الفائدة ، وما يهنا إبرازه في هذا الخصوص هو أن المشرع اعتبر العمولة فائدة أو ربا اذا لم تكن تقابلها خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة ، وفي نفس الوقت وضع معيارا حاسما للتفريق بين العمولة والربا أو الفائدة ، فالعمولة وفقا لهذا المعيار تعتبر مقابلا لعمل مشروع يؤدي خدمة حقيقية لصالح المدين بها .

- الربا ربح أو عائد :

الربا أو الفائدة أمر متيقن المقدار بتحديد سعره ابتداء عند التعامل منسوبا الى رأس المال ، أما الربح أو العائد فأمر متوقع يقدر مقداره ظنا وتخمينا في ظل الدراسات القائمة على مجموعة من العوامل والمعطيات المتاحة للعملية الاتاجية بعناصرها المختلفة المتفاعلة مع بعضها البعض .

ولا يستطيع عاقل أن يسوى بين المتوقع والمتيقن لا من حيث المقدار ولا من حيث طريقة الحساب ولذلك افترق الربح عن الفائدة أو الربا .

أما بقية الفروق الفنية والتفصيلية القائمة على التحليل الاقتصادي البحت ففروق تابعة للأصل الذي ذكرناه وهو أن الفائدة أمر متيقن ابتداء والربح أمر متوقع ابتداءا قد يطرأ من الظروف والملابسات

المستقبلية ما يهدر أسس الدراسة والحساب التي بنى عليها توقع الربح
ومن هنا لا يستويان ولا يلتقيان (١) .

وتأسيسا على ما تقدم فلا يتعادل طرف يأخذ نصيبه من مال متيقن
وهو رأس المال وطرف آخر يأخذ نصيبه من مال متوقع
وهو الأرباح ، هذا فضلا عما إذا أخذنا في الحسبان أن رأس المال نفسه
قد يهلك أو يضع على صاحب المشروع أو المقرض أو المدين كل أمل في
الربح ومن ثم ينعدم التعادل في الحقوق والالتزامات المترتبة على المعاملة
الربوية .

— الربا أو الفائدة لجبر الفرق في قيمة النقود حال انخفاضها :

لقد حسم المشرع الوضعى هذه المسألة بما نصت عليه المادة (١٣٤)
من القانون المدنى المصرى من أنه :

« إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور
في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت
الوفاء أى أثر » (٢) .

ولا شك عندنا أن المسلك القانونى قد جاء معبرا عن الواقع ومتفقا
مع التحليل الفنى الدقيق للمسألة ، وذلك على النحو التالى :

١ — فمن الناحية الواقعية فان مقولة أن الفائدة لجبر انخفاض
قيمة النقود تغفل أو تتجاهى مع أمر منطقى عملى هو أن وقت أو زمن
انعقاد العقد الذى محل الالتزام فيه نقودا — أى عقد القرص — غير زمن
الوفاء بهذا الالتزام ومن ثم فان قيمة النقود فى الزمن الأول اذا اختلفت
عن قيمتها فى الزمن الثانى بالانخفاض فان النقود التى يتم الوفاء بها
لا يتم انفاقها فى زمن انعقاد العقد حتى تتم المحاسبة على هذه الفروق
فى القيمة التى تشكل فى هذا الوقت ضررا يحيق بالدائن وانما يتم

(١) انظر فى ضوابط التفرقة بين الربح والربا : د. سامى حسن حمود
ص ٢٥٤ ، مرجع سابق اذ اقتصرنا فى المتن على محدثات المسألة .
(٢) يستفاد هذا المعنى أيضا من نص المادة (٢٤٢) من مجلة الأحكام
العدلية — الطبعة الخامسة ١٣٨٨ هـ (١٩٦٨ م) .

اتفاقها في نفس زمن الوفاء بها لا في زمن انعقاد العقد - وهو ماضى حتما - ومن ثم تتحدد قيمة النقود في زمن الوفاء بها لا بالقياس الى زمن انعقاد العقد اذ لا يتصور ولا يتم اتفاقها فيه ، وعلى ذلك فتحدد القيمة في زمن لاحق بالنظر الى القيمة في زمن سابق واقتضاء الفرق في حالة الانخفاض في القيمة ممثلا في شكل فائدة أو ربا يكون على غير أساس سليم من الواقع حيث يتم اتفاق الدين في زمن الوفاء به وبقيمتها التي تحددها العوامل والعناصر الماثلة في ذلك الوقت دون غيره وهي متغيرة باستمرار في كل زمان بحسبه •

ولا تعارض بين ما سبق وبين ما هو متعارف عليه في علم الاقتصاد مما يسمى بالأسعار القياسية وسنة الأساس فذلك يستخدم كمؤشر لمتابعة دراسة تغيرات الأسعار ومن ثم توقع نسبة التغير فيها وأثر ذلك على الموارد والاستخدامات أو الإيرادات والنفقات وهلم جرا •••

٢ - ومن ناحية التحليل الفنى للمسألة فان النقود أموال مثلية لا قيمة ولا يتصور أن تكون غير ذلك ، فالنقود باعتبارها وسيط للتبادل ومقياس للقيم لا بد أن تتماثل أحادها وتتخذ سكة مضروبة لذلك تحظى بالقبول العام في زمان معين ومكان معين ، وعلى ذلك فلا يتصور أن تتبادل النقود الا بمثلها عددا ووصفا ، والا وقع الخلل فيها بذاتها ، فالنقود بذاتها أموال مثلية^(١) تتبادل بمثلها عددا ووصفا وهذا هو العدل فيها وفي اتخاذها مقياسا لغيرها من قيم الأشياء ، واذا قلنا بغير ذلك أى اعتبرناها أموالا قيمية فكيف تعابر نفسها أو تقيس نفسها ! وما وجدت الا لكي تكون أثمانا لغيرها من القيم ، واذا اصطلح على كون النقود أثمان لغيرها فكيف تثنى نفسها ؟ وذلك غير متصور الا أن يقع الخلل في تلك الوظيفة العادلة والحاسمة للنقود بأن تتبادل بمثلها وزيادة ، وبذلك تخرج عن

(١) انظر بحثنا : المتاجرة بالأموال والذهب ، طبعة مركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف الاسلامى الدولى .

طبيعتها ووظيفتها ويضطرب النظام النقدي برمته ويصيه المس والتخبط^(١)
ومن ثم النظام الاقتصادي القائم عليه .

٢ - صيغة الاستثمار المتداولة :

(أ) طرح صيغة المراجعة كأسلوب رئيسي للتعامل في عمليات السوق قصيرة الأجل . (مرفق نموذج تطبيق المراجعة كما يجب أن تكون على ضوء الأحكام الشرعية والمذاهب الفقهية) وتحصل صيغة المراجعة على أقل تقدير ٧٥٪ من عمليات المصرف اللاربوي .

(ب) طرح صيغة المضاربة ونصيها من الممارسة العملية يكاد يكون ضئيلا جدا كما أنها لا تستجيب بصورة أقوى لمتطلبات العمل المصرفي في البنك الاسلامي اذا كان البنك هو رب المال اذ تحد من سلطانه في الاشراف والسيطرة والتدخل في الادارة على أساس أن ذلك قد يتنافى مع أسس المضاربة ، وان كان يجوز للمضارب أن يلجأ لرب المال من قبيل الاستعانة والاستشارة ، الا أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على المضارب العمل معه أو الاشتراك في الادارة عند جمهور الفقهاء ، لتعارض ذلك الشرط مع شرط التخلية وتسليم المال للمضارب ، ومن هنا كان لا بد من ادخال تعديلات على هذه الصيغة كي تستجيب لمتطلبات الواقع العملي ولا تجافي الأحكام الفقهية .

(ج) المشاركة المتناقصة أو المنهية بالتمليك وحظها من الممارسة العملية لا يكاد يذكر الا في بعض العمليات في بعض البنوك كما أن ضبطها أو احكام التطبيق العملي على ضوء الأحكام الشرعية يكاد يكون هو الآخر معدودا .

(د) طرح صيغة المشاركة كعقد استثمار وتمويل ونصيها في الممارسة العملية هو الآخر لا يكاد يذكر وهذه الصيغة لم تحظ في البحث

(١) وذلك اخذا من قوله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ﴾ (البقرة : ٢٧٥) - والمس هو الجنون .

الفقهى بالتدقيق والاجتهاد المطلوب بل والواجب ، فاننا نرى أنه لا تكاد توجد صيغة استثمار بالمشاركة مستقلة أو خاصة تعتبر قسيم المضاربة والمرابحة كما شاع في كتابات المهتمين بالاقتصاد الاسلامى بل ان المشاركة - فى نظرنا - تعتبر أساسا من أسس الاقتصاد الاسلامى الذى يجمع أو يزاوج بين العمل ورأس المال فى التشغيل وتنطلق من هذا الأساس صور كثيرة من المشاركات تشمل جميع الشركات على الأقل •

٣ - الخدمات المصرفية فى البنك الاسلامى والأدوات والصيغ التى يستخدمها البنك الاسلامى فى هذا الصدد لا تخرج عن نظائرها فى البنوك التجارية (الربوية) بعد تطهيرها من الربا ونعرضها على الوجه التالى :

(١) الأوراق التجارية (الكمبيالة - السند الاذنى - الشيك) :

تعتبر من أهم أدوات الائتمان قصير الأجل فى البنوك التجارية ومن ثم تتميز بارتفاع درجة سيولتها •

أهم الخدمات المتعلقة بها هى : الخصم - التحصيل - الضمان •

● الخصم :

ولما كانت عملية الخصم تقوم فى حقيقتها على بيع دين مؤجل ينقد عاجل أقل منه وعلى هذا النحو يظهر ما فى عملية الخصم من ربا لعدم التماثل والتقابل بين الدين وما يدفعه البنك للعميل الدائن فكأن البنك دفع قليلا فى كثير من جنسه فالزيادة من الربا •

ولما كانت عملية الخصم فى أساسها بيع الدين محل الكمبيالة فلا يصح اسباغ وصف الوكالة على هذه العملية ، اذ لا تعود أحكام العقد الى الموكل - وهو البائع فى هذه الحالة - وقد انقضت علاقته بتظهير الكمبيالة •

كما لا يجوز اسباغ وصف الحوالة على هذه العملية أيضا لأن ذلك يتنافى مع قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، واذا جاز اسباغ هذا الوصف

على العملية فإنه يكون من المنطق القانوني في المادة (٣٠٨) مدني
مصري التي تجيز أن تكون الحوالة بعوض وفي هذه الحالة يضمن المحيل
وجود الحق المحال به وقت الحوالة وإذا رجع المحال له بالضمان على
المحيل فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات
(مادة ٣١٠ مدني مصري) .

ونعتقد أن المنطق القانوني هو السبب المباشر في اضافة وصف
الحوالة على هذه العملية حتى يضمن البنك استرداد ما دفعه وفوائده
والمصروفات أيضا من المحيل أو العسيل ، وهو ما لا تسيغه الأحكام الشرعية
فيما يتعلق بالفوائد أخذا أو عطاء فالأخذ والمعطى سواء في آكل الربا .

وكذلك لا يجوز اسباغ وصف عقد القرض على عملية الخصم
لمجافاته لقاعدة « الأمور بمقاصدها » ولعدم التماثل بين دين القرض الذي
حل فيه البنك بمقتضى الحوالة (بافترض جوازها حتى يتم تصوير
المسألة) وما دفعه البنك كتعويض لهذه الحوالة مع أن المال المقترض
والمؤدى من جنس واحد وهو النقود ومن ثم انتهى التماثل والتسوية في
الأخذ والاعطاء في القرض وهو من الربا .

● التحصيل :

إذا كان دور البنك هو مجرد قيامه بتحصيل قيمة الورقة التجارية
بناء على تظهيرها له ولحساب العسيل فلا يعدو أن يكون ذلك من قبيل
الوكالة الصريحة .

● الضمان :

لما كانت الأوراق التجارية تمثل حقوقا لحائزها قبل الغير فلا بأس
أن يقبلها البنك ضمن الضمانات التي يطلبها البنك من المتعاملين معه .

(ب) الأوراق المسالية « الأسهم والسندات » :

وفي نطاق العمل المصرفي الاسلامي يقتصر الحديث عن الأسهم

نخلوها من الربا ، ومن ثم يجوز للبنك قبولها وديعة وإدارة تحصيل كوربوناتها أو إدارة الاكتتاب فيها ، كل ذلك لصالح الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمتلكها ويكون عمل البنك في هذه الحالة على أية صورة من الصور السابقة بسقابل متفق عليه .

(ج) خطابات الضمان (١) :

— تعريفها كما تحصل في الممارسة :

لعل أدق تصوير للمسألة ما ورد عن بنك فيصل الاسلامى المصرى والسودانى وهو أن خطابات الضمان عبارة عن :

تعهد كتابى يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت ... حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو اخلاله بشرط التعاقد معه (٢) ...

وهذه الخدمة تمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث وصمما أقوى ويتقاضى البنك عنها العمولات الآتية :

- ١ — عمولة اصدار خطاب الضمان .
- ٢ — عمولات التمديد أو التعديل .

● رأى هيئات الرقابة الشرعية :

والسؤال الذى طرح على هيئات الرقابة الشرعية في البنكين هو :

- (١) انظر فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى ص ٦٣ والمصرى ص ٣٦ وما بعدها .
- (٢) سينصرف الحديث أساسا الى خطابات الضمان غير المغطاة أو المغطاة جزئيا باعتبارها محور وأهم خطابات اضمن .

هل يعتبر هذا العمل من الناحية الشرعية حلال أو تحوم حوله أية شبهة ؟

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصرى عدم موافقة الهيئة على أن يقوم البنك بإصدار خطابات الضمان نظير عمولات يتقاضاها ، وأنه يمكن للبنك أن يشارك العميل فى العملية المطلوب من أجلها الضمان وعندما تقوم المشاركة بين البنك وعميله وفقا للأسس التى سبق للهيئة أن عرضت لها فإن ما يصدره البنك فى هذه الحالة من خطابات ضمان لتفديسها الى الجهة الأخرى المتعاقد معها (أى البنك وعميله) يعتبر اصدارا من قبله لخطابات ضمان بصدد عملية هو شريك فيها وطبيعى أن يتم هذا الاصدار دون عمولة ، لأن ما يقدمه البنك من جهد فى هذه الحالة انما يدخل ضمن مجهوداته فى المشاركة ومن المعلوم أن ربح المشاركة ونصيب كل من البنك وشريكه العميل متفق عليه فيما بينهما ومراعى فى تحديده ما يقدمه كل شريك من مال وجهد .

وفى فتوى لاحقة فى نفس الموضوع انتهت الهيئة أيضا الى عدم الموافقة على اصدار خطابات ضمان فقط أى مجردة من العمل نظير عمولة وأنه يمكن للبنك اصدار خطابات الضمان فى مشاركات البنك مع العميل فى العمليات المطلوب من أجلها الضمان وبالمصاريف الفعلية التى تدخل ضمن مصاريف المشاركة .

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السودانى أن خطابات الضمان التى أصدرها البنك تدل على أن هذه المعاملة (عقد كفالة) وذلك لأن الكفالة هى :

ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس - فالبنك يلتزم فى خطاب الضمان لدى الطرف الثالث - المكفول له - بتأدية ما على العميل من الحق فى حالة فشله فى الوفاء بالتزاماته ، وبما أن الكفالة مشروعة باتفاق الفقهاء فان خطاب الضمان يكون مشروعا أيضا هذا بالنسبة لخطابات الضمان التى ليس لها غطاء ، أما خطابات الضمان

التي لها عطاء كلي أو جزئي فانها تتضمن الوكالة والكفالة معا
ولا مانع شرعا من خطاب الضمان على هذا التكيف لأن الوكالة عقد مشروع باتفاق الفقهاء أيضا .

أما عن أخذ البنك أجرا نظير خطاب الضمان فانه لا يجوز ، فأخذ الأجر عن الكفالة ممنوع لأنها من عقود التبرعات . قال الحطاب^(١) :

« ولا خلاف في منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل الا الله بغير عوض فأخذ العوض عليه سحت » .

وعلى ابن عابدين المنع^(٢) :

« بأن الكفيل مقرض في حق المطلوب واذا شرط له جعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيارة على ما قرضه فهو باطل لأنه ريبا » .

أما اذا كان الأجر الذي يأخذه البنك نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها اجراءات اكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا^(٣) .
ويقول فضيلة الشيخ بدر المتولي عبد الباسط : لا أعلم من فقهاء الاسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان^(٤) .

وقد ورد في كتاب الخدمات المصرفية في المصارف الاسلامية أن أخذ الأجرة على الكفالة لم يجزه جمهور الفقهاء^(٥) .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٤٢ - الدسوقي مع الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٧

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٦ ص ٣٢٤٢ - تقنين الشريعة على مذهب الامام مالك ، القسم الثاني ص ٢٠١ ، ٢٠٢

(٣) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية بينك فيصل الاسلامى السودانى ص ٦٥

(٤) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتى ص ٧٠
(٥) اصدار ادارة البحوث بمركز الاقتصاد الاسلامى بالمصرف

الاسلامى الدولى ص ١٨ ، ونسب ما ذهب اليه الجمهور الى فتاوى مؤتمن المصرف الاسلامى الثانى يدبى - د. السالوس - حكم أعمال البنوك في الفقه الاسلامى - ملحق مجلة الأزهر ، عدد ذو الحجة سنة ١٤٠٢ هـ .

• رأياً في المسألة :

ونظراً لتعدد وتشابك جوانب الموضوع فالتنا نحاول بسطه على نطاق فسيح من البحث على النحو التالي :

١ - الجوانب القانونية للمسألة :

(أ) نعتقد أن الجوانب القانونية في الموضوع ترجع أساساً إلى اللائحة المناقصات والمزايدات وتوحيد عمليات الشراء الصادر بها القرار الوزاري رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بنظم المناقصات والمزايدات وتعديلاته في مصر .

تنص المادة (٤٨) من اللائحة المذكورة على أنه :

« يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت ... ويكون التأمين نقداً أو كفالة أو » .

وتنص المادة ٤٩ من نفس اللائحة على أنه :

« ... وإذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو مبلغاً يوازي التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفتت إلى أية معارضة من المتعهد أو المقاول . »

وعندما ترد لإحدى وزارات الحكومة أو مصالحها كفالة عن تأمين نهائي من أحد المصارف المرخص بها في إصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المسموح لمجموع الكفالات المرخص للمصرف في إصدارها . » .

كما تضمن نص المادتين ٥١ ، ٥٤ من اللائحة المشار إليها أن الغرض

من هذا التأمين هو ضمان تنفيذ العقد وقيام المتعهد أو المقاول بالوفاء بالتزاماته العقدية .

ونخلص مما جاء في لائحة المناقصات والمزايدات المصرية الى ما يأتي .

(أ) بناء على نص القانون أو اللائحة تتطلب الجهة الادارية « تأمين » عندما يقدم العميل على التعاقد معها في عملية توريد أو مقاوله مثلا وقد يكون هذا التأمين نقدا أو كفالة أو غير ذلك مما أورده النص .

(ب) اذا قدم التأمين في شكل كفالة من أحد المصارف روعى أن تكون في حدود السقف المحدد للمصرف في هذا الخصوص .

(ج) ان النص قد أطلق على كتاب الضمان الذى يصدره المصرف لصالح الجهة الادارية اصطلاح « كفالة » .

(د) ان كتاب الضمان أو الكفالة يحل بذاته محل التأمين المطلوب من العميل ولذلك يشترط النص فيه عدة شروط هي :

— ألا يقترن بأى قيد أو شرط .

— أن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر المستفيد مبلغا يوازي التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديده مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما يراه المستفيد عند الطلب .

— عدم الالتفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول (العميل) .

(هـ) ان كتاب الضمان أو الكفالة المصرفية انما صدر بمناسبة أو متعلق بضمان تنفيذ العميل للعقد المبرم بينه وبين المستفيد (الجهة) وعدم اخلاله بشروط ذلك العقد وقيامه بالوفاء بالتزاماته العقدية على أكمل وجه .

(ب) ان نصوص المواد من (٧٧٢ الى ٨٠١) من القانون المدنى المصرى تضمنت أحكام الكفالة ونخص بالذكر من هذه المواد ما يلى :

تنص المادة (٧٧٢) على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل

شخص تنفيذ التزام « بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم
ف به المدين نفسه » •

وتنص المادة (٧٧٦) على أن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا
كان الالتزام المكفول صحيحا •

وتنص المادة (٧٧٨) على أن الكفالة تجوز في الدين المستقبل
اذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي •

وتنص المادة (٧٧٩) على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا
مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا •

وفي تنظيم العلاقة بين الكفيل والدائن تنص المادة (٧٨٢) على
أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ويرأ
بمجرد براءة المدين •

وتنص المادة (٧٨٦) على أنه اذا أفلس المدين وجب على الدائن
أن يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على
الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن •

وتنص المادة (٧٨٨) على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على
الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز له أن ينفذ على
أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله ويجب على الكفيل
فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق •

وفي تنظيم العلاقة بين الكفيل والمدين تنص المادة (٧٩٩) على
أنه اذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له
من حقوق قبل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع
بما وفاء الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين •

وتنص المادة (٨٠٠) على أن للكفيل الذى وفى الدين أن
يرجع على المدين بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ويكون للكفيل
الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع •

٢ - الجوانب الفقهية للمسألة :

لقد أردت من العرض السابق إيضاح الواقع القانوني والعملية كما تجرته المصارف التجارية لمسألة خطابات الضمان ، ولا شك أن قيام البنوك الإسلامية بهذا الدور في نطاق الخدمات المصرفية يفرض عليها بعض القيود أو المحاذير التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ومن هنا تعرض لبعض الأحكام الأساسية في المسألة في الفقه الإسلامي على النحو التالي :

انه لما يجدر ذكره أن الفقه الإسلامي استعمل مصطلحي « الضمان والكفالة » مجتمعين ومنفردين وأن الربط بين الضمان والكفالة أمر وارد لدى الفقهاء إذا كان المال محلًا للالتزام في كل منهما ، وذكر بعضهم أن الكفالة نوع من الضمان : ومع ذلك قال الخلو تى : ويمكن أن يجاب بأن الضمان أضيّق من الكفالة لأنه إذا ضمن الدين لم يسقط الا بأداء أو ابراء ، بخلاف الكفالة بالدين فانها تسقط بهما وبموت المكفول وغير ذلك ، ولا يلزم من كون الشيء نوعاً في شيء آخر مساواة أحدهما الآخر في الحكم بل قد يختلفان كما في السلم مع البيع (١) .

كما أن كلا من الضمان والكفالة تبع لأصل هو المضمون عنه والمكفول عنه ، وأنه لا يدخل الضمان والكفالة خياراً لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ .

والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما ، ولأنه عقد لا يفترق الى القبول فلم يدخله خيار وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار يناهى ذلك .. ذكره القاضي (٢) .

(١) انظر حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي وحاشيتها الشيخ عبد العزيز العنقري ج ٢ ص ١٨٨ - مكتبة الرياض الحديثة .
(٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٤٧ ، ط . جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية .

وما سبق مقدمات أساسية ذكرناها للربط بينها وبين معطيات المسألة في التطبيق المصرفي المعاصر .
 وعرف الضمان بأنه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد ، وحكى عن مالك في احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الأصل كالرهن (١) .

وقيل في تعريفه - وهو الأدق والأشمل في نظرنا - انه :
 « التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ، ويصح بلفظ ضمين وكفيل » (٢) .
 وقيل : « الضمان تبرع بالتزام حق » (٣) .

وعرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء (مادة ٦١٢ مجلة الأحكام العدلية) وتصح الكفالة بالحق المالى كالضمان .
 والكفيل هو ما تعهد بما تعهد به الأصيل أو المكفول عنه .
 (مادة ٦١٨ مجلة) .
 وتصح الكفالة بالدين المستقبل (مادة ٦٣٦ بتصرف - مجلة) .

٢ - النتائج المستخلصة مما سبق :

(أ) لا غضاضة في الفقه الاسلامى من الجمع بين الكفالة والضمان اذا كان محلها مالا ، وهو ما تضمنته نصوص لائحة المناقصات والمزايدات على نحو ما سبق .
 (ب) ان خطاب الضمان الذى يصدره البنك انما يصدر بمناسبة تنفيذ عقد بين العميل والمستفيد من خطاب الضمان أو الجهة المالكة

(١) انظر الشرح الكبير لابن قدامة ج ٣ ص ٣٤ - ط . جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .
 (٢) انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٨٠ ، مرجع سابق .
 (٣) المرجع السابق ، ص ١٨٢

ومن ثم فانه وان كان خطاب الضمان منفصل عن نصوص العقد الا أنه متعلق به وبمناسبته ، فضلا عن أنه قد يكون تنفيذا لنص القانون على نحو ما سلف بيانه في نظام المناقصات والمزيادات .

(ج) ان الخيار ينافى مقتضى عقد الكفالة والضمان في الفقه الاسلامي ، وذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص النظامية^(١) من أن خطاب الضمان لا يقترن بأى قيد أو شرط ، والاستعداد لأدائه دون تلفات الى أية معارضة من المتعهد أو المفاوض .

(د) ان خطاب الضمان والكفالة تحل محل (مبلغ التأمين) المطلوب من العميل .

(هـ) لا اشكال في الوضع القانوني حول ما يستفيد منه البنك من اصدار خطابات الضمان اذ هو يتقاضى العمولة والمصروفات والفوائد اذا أدى الدين فضلا عن أصله ، على حين أن ذلك مشار نزاع كبير مع الفقه الاسلامي للاتفاق على تحريم الفوائد ، ولغلبة الرأي بأن الضمان والكفالة من عقود التبرعات وهي بغير عوض ، وأن الكفيل مقرض واشترط الزيادة على القرض ربا ، وما قاله الفقهاء واضح ونسلم به بشرط أن تتمحض الصورة المعروضة لخطابات الضمان في الدلالة على الكفالة المعروفة في كتب الفقه الاسلامي .

وهو ما يجعلنا نعرض للعرف المصرفي في المسألة .

٤ - الجوانب المصرفية المستحدثة في المسألة :

من الملاحظة الدقيقة لمتطلبات العمل المصرفي في البنوك التجارية يتضح أنها لم تقنع بما تقدمه الكفالة من أحكام لكي تواجه بها خطابات الضمان بما تقوم عليه من أنها تصدرها بلا قيد أو شرط ودون التلفات الى معارضة العميل عند الأداء أو الوفاء ويتضح ذلك مما يأتي:

(١) ان مصطلح نظامية يتسع لنص القانون أو غيره من أدوات التشريع كالألحقة والقرار .

(أ) إذا كانت الكفالة المالية التزام بما يجب أو ما قد يجب من المال على الغير لسداده لصالح المكفول له ، فإن البنك في خطاب الضمان يطلق تمهدا مجردا عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، ومن ثم فلا حاجة بالدائن المستفيد أن يثبت مديونية مدينه العميل واستحقاقه لها^(١) ، وهو ما توجبه أحكام الكفالة شرعا وقانونا اذ تشترط صحة الدين ؛ ومن هنا كان محل الالتزام أو طبيعته تختلف في خطاب الضمان عنها في الكفالة .

(ب) ان التزام الكفيل في الفقه الاسلامي « تبع للأصل ووثيقة له » على ما سبق ومن ثم يدور التزام الكفيل مع التزام المكفول في وجوده وثبوته وصحته ووصفه ومقداره الأقصى وانقضائه ، وفي ذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص القانونية على نحو ما ذكرت ، ولكن الأمر على خلاف ذلك في خطاب الضمان كما تجرّيه المصارف : فالتزام البنك في خطاب الضمان غير مرتبط بالتزام العميل المضمون فالمبلغ الثابت في خطاب الضمان مستحق فور طلب المستفيد ودون التفات الى معارضة العميل ومن ثم كان التزام البنك في خطاب الضمان التزاما مستقلا من نصوص العقد المبرم بين العميل والمستفيد .

(ج) وبالنسبة لرجوع الدائن على الكفيل فالحكم في القانون المدني على أنه لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل قبل المدين ولا أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله وذلك بعد ثبوت الدين المطالب به .

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن الطالب مخير في المطالبة ان شاء طالب الأصل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطلبهما معا (مادة ٦٤٤) .

(١) انظر في هذا المعنى : د. علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٨٦ طبعة ١٩٨١ - دار النهضة العربية .

ومما يجدر التنبيه اليه أن تبعية دين الكفيل لدين المكفول من حيث الوجود والثبوت والصحة والوصف معا يتعلق بأطراف المعاملة جميعهم الدائن والمدين والكفيل ، ولا تؤثر هذه التبعية على النحو السابق على حق الدائن في المطالبة التي خيرته فيها مجلة الأحكام العدلية ومن أخذت عنهم من الفقهاء (١) .

ومن ثم يختلف حكم المطالبة في الفقه الاسلامي عنه في القانون الوضعي الذي لم يجز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين وألا ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله ، وكلا الحكمين مختلف عما عليه العمل في خطابات الضمان كما تجرئها البنوك التجارية فالمبلغ الثابت في خطاب الضمان مستحق فور طلبه دون التفات الى معارضة المدين (العميل) (٢) .

(د) ان البنك في التزامه بخطاب الضمان ليس نائبا عن العميل وليس له أن يتمسك بالدفع التي للعميل ضد المستفيد وذلك يبعده عن أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني الذي يجيز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين ، على حين أن البنك في خطاب الضمان يلتزم بالدفع أيا كان مركز المضمون وأيا كان مصير العقد بين البنك وبين عميله أو مصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب ، مما حدا بالبعض الى القول بأن التزام الكفيل يجب أن يكون موضوعه التزام المدين الأصلي فان

(١) أيضا : انظر الروض المربع ج ٢ ص ١٩٨٢ المرجع السابق ، فقد جاء في باب الضمان أن الحق ثابت في ذمة المضمون والضامن فملك الدائن مطالبة من شاء منهما . . . وكل من الضمان والكفالة حق مالي فصحت الكفالة به كالضمان ، ص ١٨٧ أيضا .

(٢) يرى د. علي جمال الدين خلافا لما ذهبنا اليه ان تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الى عدم جواز مطالبة الدائن للكفيل الا بعد رجوعه على المدين حتى يكون الدين ثابتا قبل المضمون ممكنا طلبه قضاء وبذلك بين مبدأ التبعية والمطالبة مع اختلاف طبيعة كل منهما على نحو ما أوضحنا - عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٩٨ ، ٤٩٩

اختلف المضمونان انفصل التزام الكفيل وأصبح مستقلا عن التزام المدين ولم نعد أمام عقد كفالة تابع بل أمام عمل أصيل ، فإذا كان المدين الأصلي ملتزما بتوريد بضائع فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغا من النقود في حالة عدم وفاء المدين

فإذا كان محل تعهد البنك مبلغا تقديما وكان محل التزام المدين الأصلي شيئا آخر غير دفع مبلغ من النقود كان التزام البنك الناشئ من خطاب الضمان التزاما أصليا .

أما إذا اتحد المحل في التزام البنك والتزام المدين الأصلي (عميل البنك) بأن كان التعهد في الحالتين بمبلغ من النقود كان معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليا أو تابعا هو استظهار ارادة البنك مصدر خطاب الضمان وهذه الارادة قد تكون صريحة في عبارة الخطاب وقد تكون مستخلصة من الظروف التي أحاطت اصدار الخطاب ويذهب هذا القول الى حد أن القاعدة العامة هي اعتبار خطابات الضمان المصرفية التزامات أصلية لا التزامات تابعة ناشئة عن عقد الكفالة ما لم تكن صياغة خطاب الضمان تدل على أن البنك قصد ابرام كفالة بالمعنى الوارد في المادة (٧٧٢) مدني والتي تنص على أن :

« الكفالة عقد بقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه » (١) .

٥ - خلاصة :

نخلص من سرد الجوانب القانونية والفقهية والمصرفية في خطابات الضمان البنكية الى أن ادخالها في احدى الصيغ المنصوص عليها في القانون أو في الفقه الاسلامي أو اسباغ أوصاف هذه الصيغ

(١) المجلة الاقتصادية التي يصدرها البنك المركزي المجلد الاول - العدد الاول - القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١١١ ، تعليق على حكم محكمة القاهرة المستعجلة في ١٩٦٠/٣/٥ - انظر د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش (٢) .

عليها يعتبره اغفال كثير من مستحدثات العرف المصرفي في المسألة على نحو ما سبق ذكره تفصيلاً .
ومن هنا كانت المحاولة الذكية لاعتبار خطاب الضمان جزءاً من مشاركة أو مضاربة بين المصرف وعميله ولكنها محاولة لا تفي بالغرض لما يأتي :

(أ) انها على خلاف قاعدة « الأمور بمقاصدها » .
(ب) انها في مضمونها تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب ثلاثة هي : المال - العمل - الضمان .
على حين أن حقيقة المسألة أو أن المسألة في حقيقتها ليست كذلك فالبنك الاسلامي يستعير من العمل المصرفي التجاري عمليات خطاب الضمان بفيئاتها المنتبة الصلة عن فنيات الالتزام الأصلي بين العميل والبنك على نحو ما ملف شرحه مع محاولة تطهيرها من الربا .
وفي هذا الخصوص أشير الى حديث : « الخراج بالضمان »^(١) وأن في معناه متسع لمقابل طاهر وجزاء عادل اذا قلنا ان من يتحمل تبعة ضمان شيء وتلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون ، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة ، ويجرى الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة المتحصلة .

ففي معنى الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة فخراج الشيء هو كل ما خرج منه ، ومن ثم فالخراج في الحديث هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان^(٢) ، وقال الزركشي رحمه الله في قواعده^(٣) :
ان الخراج ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة .

(١) اخرجه ابن ماجه وأبو داود واحمد والترمذي والنسائي وابن حبان من حديث عائشة رضي الله عنها وهو حديث صحيح .
(٢) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى تحقيق عبد العزيز الوكيل ص ١٥١ ، ١٥٢ ط . مؤسسة الطبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ (١٩٦٨ م) .
(٣) المنثور في القواعد ج ٢ ص ١١٩ - ط ١ - تحقيق تيسير فائق احمد محمود - مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت ، ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) - الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٠ ، ١٥١ - دار احياء الكتب العربية .

ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن العطار الكندي : « من ضمن مالا فله ربحه » (١) .

وعلى هذا الأساس تقول ان البنك وقد ضمن عميله في خطاب الضمان فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية شراكة عقد محله ضمان عمل العميل و ضمان العمل نوع من العمل (٢) . وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل يكون تارة بالضمان ، وسأقت المادة (١٣٤٧) من مجلة الأحكام العدلية مثلا لذلك فنصت على أنه : اذا أخذ واحد من أرباب الصنائع تلميذا عنده وأعمله ما تقبله وتعهده من العمل بنصف أجرته فيكون جائزا ، والكسب يعني الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقا لذلك التلميذ بعمله يكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا بتعهده و ضمان العمل . فالمثال المذكور قدر حق المتعهد والضامن النصف. في كسب المتعهد العامل المضمون في عمله .

وعلى هذا النحو لا يجوز أن يكون حق البنك متمثلا في نسبة من قيمة خطاب الضمان فذلك واضح الشبهة بل صريح الربا ، فما يأخذه البنك في هذه الحالة سحت ، ومن ثم كان الأعدل والأصوب هو أن يكون للبنك الضامن حظ من كسب العميل وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بينهما ، وبذلك تخرج عمليات خطابات الضمان عن الكفالة بمعناها الدقيق والضييق ، وتصير بما تحمله من مستحدثات العرف المصرفي نوعا من الأنشطة الهامة والرئيسية في المصارف .

(١) انظر اخبار القضاة لوكيع بن حبان ج ٢ ص ٢١٩ ط . عالم الكتب - بيروت - مشار اليه في القواعد النقيية لعلى أحمد الندوى ص ٨٢ ط . دار العلم - دمشق .

(٢) انظر المادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام المدلية .

(ج) ان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني كما هي القاعدة الفقهية المستقرة فليس البنك بمقرض ولا المستفيد مقترضاً ، والعملية كما تجرى في الواقع العملي خطاب ضمان صادر من البنك بمبلغ محدد لصالح المستفيد وغير مغطى كلياً أو مغطى جزئياً ويأخذ حكم الأول في الجزء الغير مغطى .

(د) الاعتمادات المستندية :

ان نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفي في البنوك التجارية (الربوية) ثم استعير العمل بها في المصارف الاسلامية بعد تطويعها لمعطيات العمل المصرفي الاسلامي وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه وبخاصة صيغتي المرابحة للأمر بالشراء والمشاركة .

ولما كان نظام الاعتمادات المستندية أصبح أساساً في التجارة الخارجية ويقوم على شبكة من المراسلين في الخارج يختلف نظام عملها في صلبه عن نظام المصارف الاسلامية التي لا تتعامل بالفائدة أخذاً وعطاءً فان ذلك يفرض صعوبة عملية ومشكلة حقيقية في عمل المصارف الاسلامية لا حل لها الا باتساع نطاقها واقامة تعاون حقيقي بينها على أساس المعاملة بالمثل بلا محظورات شرعية أو على أساس نظام الودائع المتبادلة بحسب عملة بلد البنك المراسل مع الاذن باستعمال تلك الوديعة بدون « فائدة أو عائد ربوي » .

هذا وان الاعتماد المستندي في جوهره وفنياته لا يختلف في عمليات المرابحة لطالبي الشراء أو الأمرين بالشراء عن عمليات المشاركة الا في أن المصرف في العمليات الأولى يشتري لنفسه ابتداءً بمعنى أنه يمتلك سلعة قبل بيعها لطالبيها ثانية ، على حين أنه في المشاركة تكون السلعة للطرفين (البنك والعميل) أي مملوكة لهما وان اختلف مقدار ملكية كل منهما بما يترتب عليه من آثار أو نصيب في العائد المتحقق ان وجد .

وبخصوص عمليات المرابحة للأمر بالشراء والتي تمر بمرحلتين

هما :

- مرحلة ما أطلق عليه « الوعد » أو طلب الشراء .
 — مرحلة البيع بعد تملك البنك للمسلعة ثم بيعها ثانية للأمر
 بالشراء .

فان المرحلة الأولى أسميناها « نوع عقد معلق » أو « اتفاق بتعهد » استنادا الى أنه طالما أن المواعدة من الطرفين معلقة بشروط كل منهما فهي نوع علاقة عقدية أو اتفاق بتعهد ، فالبنك يشتري ويملك أولا والأمر يشتري ويدفع ثانيا حتى لا يلحق ضرر ما بأى من الطرفين اذ لا ضرر ولا ضرار — أى أن هناك تصرف من طرفين متقابلين يترتب عليه التزام شئ مستقبل ، والتعليق هنا على صفة معينة فان حصلت تلك الصفة حصل العقد ، وان لم تحصل لم يكن هناك عقد (١) .
 ومن ثم نكون أمام علاقة عقدية معلقة على شرط ، قد يفرض الالتزام والالزام على الطرفين وذلك بحسبه والمصلحة التي يبتغيها أطراف العقد ومقصودهما منه وقد أطلق القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعمول به حاليا في المادة (١٠٥) منه مصطلح « اتفاق بتعهد » على الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا الطرفين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ولا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والتي يجب ابرامه فيها (٢) .

(١) انظر قاعدة العقود لشيخ الاسلام ابن تيمية ص ٢٢٨ — أيضا اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٣٩٨
 (٢) من المعروف أن أحكام القانون المدني الأردني استقيت من الشريعة الاسلامية كما أن نص المادة (١٠٥) أردني على النحو المشار اليه يفضل عندي نص المادة (١٠١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمعمول به حاليا لحسم المادة (١٠٥) لنزاع ثار في الفقه حول الوعد ومدى الزامه . وقريب من نص المادة (١٠٥) مدني أردني نص المادة (٨٤) من مجلة الأحكام العدلية اننى تقول : « المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة ، فمثلا لو قال رجل لآخر : بع هذا الشيء لفلان وان لم يعطيك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق » .