

## الفصل الخامس

### التكييف القانوني والشرعي للاعتماد المستندي

#### وكونه معاملة مستحدثة متكاملة

سوف ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين لمعالجة ما تضمنه عنوانه :

المبحث الأول : في التكييف القانوني للاعتماد المستندي .

المبحث الثاني : في التكييف الشرعي للاعتماد المستندي وكونه معاملة مستحدثة متكاملة .

المبحث الأول : في التكييف القانوني للاعتماد المستندي :

قدمت أفكار كثيرة التزام البنك في الاعتماد المستندي من أهمها :

فكرة القبول للسبق ، وفكرة الوعد بالقبول ، وفكرة الكفالة ، وفكرة الإنابة ، وفكرة الإرادة المنفردة ، وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، وسوف ناقش كلاً من هذه الأفكار في فقرة مما يلي :

أولاً : فكرة القبول المسبق :

ذهب إلى هذه الفكرة هنري روسو في تعليق في سيرري<sup>(١)</sup> قائلاً : إن خطاب الاعتماد يعتبر قبولاً مقدماً من البنك للكمبيالات التي سيقوم البائع بسحبها عليه تنفيذاً للاتفاقات السابقة بينه وبين المشتري ، وهو قبول منفصل أى يتم بسند منفصل عن الكمبيالة .

وقد وجه إلى هذه الفكرة نقد كبير ، فقيل : أن القبول يجب أن يوضع على نفس الكمبيالة لا في سند منفصل عنها ، وأن عدم قابلية الاعتماد المستندي للتحويل أصلاً يتنافى مع قابلية الأوراق التجارية للتداول<sup>(٢)</sup> ، كذلك قيل : أنه يجب أن يكون القبول في الكمبيالة باتاً غير معلق على شرط<sup>(٣)</sup> ، ويستطيع المحسوب عليه أن يقتصر قبوله على جزء من مبلغ الكمبيالة ، بينما في الاعتماد المستندي نجد أن المسألة لا تتعلق بتحديد المبلغ الذي يرد عليه القبول ، وإنما تتعلق بشرط وارد على القبول نفسه هو تقديم مستندات مطابقة وفق الكمبيالة ، ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا اعتبر التزام البنك وعداً بالقبول فإن

(١) سيرري : فقرة ١٩٩٢ - ٢ - ١٧ .

(٢) هامل في تعليق على حكم نقض فرنسي (عرائض) ٢٦ يناير ١٩٢٦ ، دالوز للنوري - ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٣/١٠٢ .

(٣) ليون كان وريتو : لقانون تجاري - ج ٤ (طبعة ١٩٢٣ / ص ١٠٠٠) .

هذا الوعد لا يمكن أن يعتبر قبولاً تترتب عليه النتائج للنصوص عليها في قانون التجارة<sup>(١)</sup>، وأخيراً لا تصلح هذه الفكرة في حالات تنفيذ الاعتماد بواسطة الدفع فوراً ودون سحب كميالة<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: فكرة الوعد بالقبول:

يتجه إلى هذه الفكرة ليون ورينو<sup>(٣)</sup>، فيريان أن التزام البنك في الاعتماد المستندي وعدد القبول يتلوه عند تقديم الكميالة، ولكن لا يترتب على هذا الوعد آثار القبول، وخاصة عدم جواز الاحتجاج بالدفع.

ويرد على هذا الرأي الاعتراض الذي وجه إلى فكرة القبول المسبق من حيث أنه لا يصلح لتفسير التزام البنك في اعتماد الوفاء أو الخصم، ومن ناحية أخرى، يعارض هذا الرأي مع أحكام الاعتماد في مواجهة المستفيد.

### ثالثاً: فكرة عقد من نوع خاص:

ينهب إلى الفكرة شيرون<sup>(٤)</sup>، حيث يرى أن علاقة للمشتري بالبنك عقد من نوع خاص غريب عن العقود المدنية وينفرد بأحكام خاصة، كإنشاء حق البائع مستقل عن مصدره، وقد أخذ على هذه الفكرة أنها تقرر الواقع ولا تقسره.

### رابعاً: فكرة الكفالة:

ذهبت إلى هذه الفكرة بعض الأحكام القضائية<sup>(٥)</sup>، وموداها أن البنك الذي يفتح اعتماد قطعياً لصالح البائع يصير كفيلاً للمشتري، ويؤكد دفع قيمة البضاعة بشرط أن يكون البائع قد نفذ التزامه صحيحاً<sup>(٦)</sup>، ويتج عن هذا - في رأى محكمة النقض الفرنسية - أنه إذا قدم البائع للمستندات للمشرطة فإن البنك لا يستطيع أن يرفض تنفيذ التزامه غير القابل للنقض، ولا يستطيع بصفة خاصة أن يستفيد من إعسار المشتري لإلغاء الاعتماد، والرجوع المحول للبنك الذي دفع قيمة الاعتماد لا يمكن إعماله في

(١) مارية: قرة ٢٨ - ص ٥٠.

(٢) هامل في حليف سالف للذكر.

(٣) ليون كان ورينو: ج ٤ - ص ١٠٠٠.

(٤) شيرون: تعليق على حكم محكمة باريس في ١٩٢٣/٤/٢٦. د. لوز للنوري ٢٣ - ٢ - ١٣٧.

(٥) تقض عرض فرنسي في ٢٦/١/٢٦ طلوز للنوري - ١٩٢٦ - ١ - ٢٠١، محكمة للمرافعة التجارية في ١٤/١١/١٩٢١ م (٠).

طلوز ٢٣ - ٢ - ١٣٧.

(٦) ميل ادكور أن أنطاي والسباي من سوريا إلى هذا الرأي - نظر مؤلفهما قرة ٤٢ - ص ٤٤٩ وانظر مع ذلك رأيهما في الفقرة

٤٥٣ من نفس المؤلف.

مواجهة المشتري الذي أعطى الأمر بالاعتماد أو أفاد من الدافع ، ولا يستطيع البنك أن يتعقب مشترياً سابقاً كان قد تنازل عن عقده إلى الأمر .

وقد وجه نقد شديد إلى هذا الرأي : فالكفالة عقد تابع ، وهي تخفي بمجرد أن يتقضي الالتزام الأصلي ، ويستطيع الكفيل فيها أن يدفع بالمقايضة بين دين الكفالة في ذمة المكفول له وبين الدين للمستحق عليه ككفيل . والأمر على خلاف ذلك في الاعتماد للمستدي حيث الخصيصة الأساسية فيه هو استقلال التزام البنك استقلالاً مطلقاً عن عقد البيع الذي أنشئ الاعتماد بمنسبته ، ومهما ثارت المنازعات بين البائع والمشتري بشأن هذا العقد فإن البائع يظل صاحب حق مباشر قائم بذاته وغير قابل للنقض قبل البنك منسئ الاعتماد<sup>(١)</sup> .

وقد انضمت محكمة النقض المصرية إلى معارضة فكرة الكفالة فقررت : "أن البنك الذي يقوم بثبت اعتماد مصري لوفاء ثمن صفقة تمت من تاجرين لا يجوز اعتباره أميناً للطرفين ؛ إذ لا توجد لديه ودیعة بالمعنى للمصطلح عليه قانوناً ، كما لا يصح وصفه بأنه كفيل يتبع التزامه للمدين للمكفول ، بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزاماً عن العقد القائم بين البائع والمشتري ، فلا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح الاعتماد لصالحه مطابقاً تماماً لشروط فتح الاعتماد<sup>(٢)</sup> .

والفارق الحاسم في نظرنا بين الكفالة والاعتماد للمستدي هو اختلاف الأطراف في كل منهما . فإذا كان "طرف العقد" هو من ساهم في إبرامه لمصلحة يتبعها منه تقابل مصلحة الطرف الآخر وتعلق آثاره بشخصه<sup>(٣)</sup> ، فإن طرفي عقد الكفالة طبقاً لهذا المعيار هما : الكفيل والدائن ، أما الطرفان في الاعتماد للمستدي - طبقاً لهذا المعيار أيضاً - فهما البنك والأمر ، فاتفقتهما هو الذي ينشئ حق الدائن (المستفيد) ، وليس هذا طرفاً في اتفاقهما ، فالاتفاق مكون من طلب من الأمر يعتبر إيجاباً وقبولاً من البنك في صورة خطاب اعتماد يستجيب فيه لطلب الأمر ، وبهما ينقذ العقد دون اشتراك إرادة الدائن للمستفيد ، ومن هنا يتبين لنا أنه إذا كان طرفاً عقد الكفالة هما الكفيل والدائن أساساً ، فإن طرفي الاعتماد للمستدي هما البنك والأمر ، أو بلغة نظرية الكفالة : الكفيل والمدين ، واختلاف الأطراف على هذا النحو يقطع في محو كل وجه للشبه بين الكفالة والاعتماد للمستدي .

(١) هامل في تعليقه علي هذا الحكم بالوز ١٩٢٦ ، ليون كان وريو : ج ٤ ، ص ١٠٠٠ ، ملابه : قرة ٢٩ ص ٥١ .

(٢) مجموعة مبادئ نقض في ٢٥ علماً - ج ١ ص - ٢٢٠ . ونظر في تأييد نفس المعنى : حكم استئناف لثاهرة ١٩٦١/١١/٢١ في المجموعة لرسمة للأحكام ولبحوث لقانونية ٦٠ - ١٤٢ ، ونظر نقض مصري ٦٦/٥/٣١ - مجموعة نقض س ١٧ ص

١٣٧٩ .

(٣) انظر كتابنا "خطاب لضمان" قرة ١٢٧ .

## خامساً : فكرة الإنابة :

يذهب هامل في تعليقه على حكم النقض الفرنسي الذي ناقشناه في الفقرة السابقة ، إلى أن الإنابة هي التي تفي بمطالبات الاعتماد القطعي<sup>(١)</sup> ، كذلك يذهب ماريه<sup>(٢)</sup> إلى أن أساس التزام البنك في الاعتماد للمستدي هو إنابة الأمر إياه في الوفاء إلى المستفيد ، وإنابة قاصرة يظل الأمر بموجبها مديناً ، بحيث إذا لم يف البنك كان البائع أن يرجع على الأمر ، كما أن حق للمستفيد في الاعتماد مطهر من الدفع عن علاقة البنك بالأمر .

ونلاحظ على فكرة الإنابة القاصرة أنها وإن كانت تفسر كون حق المستفيد حقاً أصلياً مباشراً وتفسير ظاهرة عدم جواز الاحتجاج بدفع البنك قبل الأمر بتوجيهها إلى المستفيد ، إلا أنها مع ذلك فكرة بعيدة الصلة بالاعتماد المستدي ، وذلك من الأوجه التالية :

(١) إن الإنابة القاصرة اتفاق ثلاثي الأطراف يشترك في إبرامه للمنيب والمناب والمناب لديه ، وهم حسب تصوير القائلين بهذه الفكرة الأمر والبنك والمستفيد ، ولا تعقد الإنابة إلا بتوافر رضاء الأطراف الثلاثة ، ولكن الأمر على خلاف ذلك في الاعتماد للمستدي ، فالمستفيد ليس طرفاً فيه وإن كان يتلقى حقاً منه ، إن عقد الاعتماد يعقد بمجرد تراخي البنك والأمر ويرتب الآثار القانونية المعروفة عنه ، ولا يلزم رضاء المستفيد وإن كان له أن يرفض الحق الناشئ له من الاعتماد إذا تراءى له ذلك ، وإذن لا يلزم لكي ينتج الاعتماد للمستدي أثره في ذمة المستفيد بإكسابه الحق الناشئ عنه لإعديم اعتراض المستفيد عليه ، وعدم الاعتراض شيء والقبول الذي يعقد به العقد شيء آخر ، وعدم الاعتراض لا يعتبر حتى قبولاً ضمنياً ، لأن القبول الضمني المستفاد من السكوت أو عدم الاعتراض لا يعتبر حتى قبولاً ضمنياً ، لأن القبول الضمني المستفاد من السكوت أو عدم الاعتراض يجب أن يكون السكوت فيه سكوتاً ملائماً ، أي تحمل الظروف المحيطة على اعتباره قبولاً ضمنياً . ويترتب على ذلك .

أن المناب لديه القابل في الإنابة - سواء كان قبوله صريحاً أم ضمناً - يستطيع أن يطعن على عقد الإنابة بالبطلان لعب غياب إرادته من غلط أو تليس أو إكراه ، بينما للمستفيد غير المعترض في الاعتماد للمستدي لا يستطيع أن يدعي بعب من عيوب الإرادة ليطلب الاعتماد لأن إرادته لم تشترك اشتراكاً إيجابياً في عقده ، ولأن عيوب الإدارة لا تنصل بعدم الاعتراض وهو عمل سلمي للإدارة .

(٢) إن نطاق التجريد في الإنابة يقتصر على عدم جواز تمسك المناب قبل المناب لديه بدفع علاقة بالمنيب ، أما دفع علاقة المناب لديه بالمنيب فيجوز للمناب التمسك بها ، وعلى خلاف ذلك تجد التجريد في الاعتماد للمستدي يتناول كل الدفع سواء كانت ناشئة عن علاقة البنك بالأمر أو عن علاقة الأمر بالمستفيد .

(١) دلويز لدوري ١٩٢٦ - ١ - ٢٠٣ .

(٢) ملرية : فقرة ٣١ - ص ٥٢ - ٥٥ .

(٣) إن البنك يحتفظ بالعمولة التي يحصل عليها عند إنشاء الاعتماد ولو رفض للمستفيد الاعتماد، وقد استقر العرف على هذا وأصبحت تفضي به الآن للاحقة أسعار الخدمات المصرفية التي سنها البنك المركزي، والإجابة لا تقسر لنا هذا الحكم، بل تؤدي إلى عكسه لو أخذنا بها إذ يترتب على رفض للمستفيد ألا تتعقد الإجابة ولا يكون للبنك سند في الاحتفاظ بالعمولة فيجب ردها وإلا كان مثريا على حساب الأمر.

#### سادساً : فكرة الإرادة المنفردة :

ينهب أسكارا<sup>(١)</sup> إلى أن مركز البنك في الاعتماد للمستدي كمرکز الواعد بجائزة يتعهد كلاهما مستقلاً بأداء عمل معين إذا نفذ شخص عملاً معيناً في الاعتماد تقديم للمستندات، وهو في الوعد بجائزة العمل الذي تستحق به الجائزة، كما يرى أن التزام البنك هنا التزام مجرد.

ويجب هذا الرأي أن الوعد بجائزة يوجه إلى الجمهور عن طريق علني، فإذا وجهت الإدارة إلى شخص معين أو أشخاص معينين خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة وسرت عليها قواعد الإيجاب، فلا بد من أن يقترن بها القبول، وبذلك تصبح الإرادة منفردة.

ومن ناحية أخرى، لا تصلح فكرة الإرادة المنفردة أساساً للالتزام البنك قبل للمستفيد لثلاثة أسباب :

**الأول :** إن الإرادة المنفردة ليست مصدرًا عامًا للالتزام في أغلب التشريعات، وإنما هي مصدر في الحالات المنصوص عليها فقط؛ وبذلك يكون القانون لا الإرادة المنفردة هو مصدر الالتزام.

**الثاني :** إن فكرة الإرادة المنفردة تتجاهل العلاقات الأصلية التي أنشأت الاعتماد للمستدي، فتكر دور الأمر كلية.

**الثالث :** إن الإرادة المنفردة في الحالات التي ترتب فيها الالتزام بنصوص خاصة ترتبة مفيداً لا مجرداً، بينما الاعتماد للمستدي يلتزم به البنك التزاماً مجرداً وجرى العرف المصرفي على ذلك، ولم يبين أسكارا تفسيراً وأساساً لصفة التجريد التي يريد إسباغها على تعهد البنك بإرادته المنفردة.

#### سابعاً : فكرة الاشتراط المجرد لمصلحة الغير :

تم عملية الاعتماد للمستدي بطلب من الأمر يوجهه إلى البنك، فإذا وافق البنك واستوفت العملية شروطها المصرفية فإنه يصدر خطاباً يوجهه إلى المستفيد يحظره فيه بإنشاء الاعتماد وبشروطه التي يترتب بها، ويوجه صورة إلى الأمر أو يحظره به بكتاب يوجهه إليه.

هذه العملية يظهر فيها جلياً دور الإدارات التي تشارك فيها وهي إدارة العميل التي يحملها طلبه والتي تعتبر إيجاباً، ولا بد أن يتلقى بهذا الإيجاب قبول، وحتى يترتب الأمر القانوني للشود في ذمة

(١) أسكارا: ج ١ - طبعة ١٩٤٨ - قرة ١٣٩٠.

البنك، وهو قيام التزامه في مواجهة المستفيد ، وقد يظن البعض أن هذا القبول يتم قبل إصدار خطاب الاعتماد بأن يوشر مستول أو ممثل للبنك على طلب العميل بفتح الاعتماد للمستدي أو بأن يخطر البنك الأمر بأنه سيفتح الاعتماد ، ولكننا لا نرى في مثل هذه الإجراءات ما يمكن اعتباره اعتماداً مستدياً تاماً ، لأن إدارة البنك النهائية الباتة في أن يلتزم لم تصدر بعد ، والتأثيرات على طلب العميل بالموافقة ليست قبولاً لأن القبول لأثر له إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، وهذه التأثيرات لا تعلن إلى الأمر ، وأقصى ما يمكن تصوره في إخطار البنك للأمر بأنه سيفتح الاعتماد ، هو أن هذا وعد بفتح اعتماد وليس اعتماداً مفتوحاً ، لذلك فإننا نرى أنه قبل صدور خطاب الاعتماد موقعاً من البنك (أو قبل صدور البرقية التي تحمل وسيلة التصديق والتأكيد منها وأي الرقم الشفري في حالي الاعتماد البرقية) يكون من المتعذر الاستدلال على وجود قبول ملزم للبنك بفتح الاعتماد ، ولذلك أيضاً نعتبر أن قبول البنك يتمثل دائماً في فتح الاعتماد. بموجب خطاب الاعتماد أو البرقية المرسله على البنك الوسيط ، وبهذا القبول المتلاقي مع الإيجاب يتم فتح الاعتماد وباستلام للمستفيد خطاب الاعتماد يصبح حقه على الاعتماد غير قابل للنقض إلا من جانبه هو ، فإذا رفض الاعتماد انتقص حقه . وبذلك نلاحظ أن إرادة للمستفيد لا تشارك في إبرام عقد الاعتماد .

وصورة العملية - على النحو الذي أوضحناه - لا ينطبق عليها إلا وصف واحد هو الاشرط لمصلحة الغير ، فهو الشكل القانوني الذي يعقد يارادته طرفان ويرتب حقاً لغيرهما دون أن يشترط هذا الغير في إبرام التصرف ، ولكن يكون له رفض الحق الناشئ منه احتراماً لحرية الشخصية فلا تدخل ذمته حقوقاً رغمًا عنه .

و بتطبيق فكرة الاشرط لمصلحة الغير على الاعتماد للمستدي نجد أن الأمر (المشترط) يشترط على البنك الناشئ (المتعهد) حقاً للمستفيد (المتفع) ، فالأمر للمشترط يتعاقد باسمه للمستفيد، ويشترط ذاته دون أن يمر هذا الحق بذمة المشترط أو المتعهد ويحقق للمشترط بهذا العقد مصلحة مادية ظاهرة هي الوفاء بدينه وتسهيل حصوله على بضاعته .

ويرتب على هذا التكيف أن البنك ليس وكيلاً عن الأمر للمشترط في الوفاء إلى للمستفيد ؛ لأن البنك يلتزم قبل هذا الأخير التزاماً شخصياً مستقلاً عن التزام الأمر قبل للمستفيد ، فلا يحاسب ولا يسأل مسئولية مشددة باعتباره وكيلاً مأجوراً كما تذهب إلى ذلك بعض المحاكم وبعض الكتاب، وإنما يسأل بمقتضى عقده مع الأمر عما يجب أن ينلّه من العناية التي تقتضيها مهنته .

ويرتب على تكيف التزام البنك بأنه اشرط لمصلحة الغير أحكام معينة في علاقته بالأمر من ناحية للمستفيد ومن ناحية أخرى ، ففي علاقة البنك بالأمر يكون للأمر أن يطالب البنك بتنفيذ الاعتماد، ويكون للبنك أن يطالب الأمر برفع عمولته وغطاء الاعتماد . ويكون لكل منهما أن يتمسك في مواجهة الآخر بكل ما يتعلق بعقد الاشرط مع دفع أو البطلان أو دفع الانقضاء والفسخ وعدم التنفيذ ، وكل ذلك يخضع للقواعد العامة في الالتزامات .

أما في علاقة البنك بالمستفيد ، فإن للمستفيد المباشر للناشئ عن الاشتراط يصطدم بعقبتين قد تفرجان عن نطاق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ، وهما :

كون المشتري يستطيع نقض هذا الحق ، وكون المتعهد يستطيع أن يدفع في مواجهة المتفع (المستفيد) بالدفوع الناشئة عن علاقته بالأمر للمشتري أو عن علاقة هذا الأخير بالمستفيد .

فهل يظل الاعتماد المستندي رغم هاتين العقبتين من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير ؟ الجواب : نعم ، وإليك تفسير ذلك :

من ناحية حق النقض المقرر للمشتري ، نلاحظ أن هذا الحق وإن كان من خصائص الاشتراط لمصلحة الغير ، إلا أنه ليس من مستلزماته ، بمعنى هذا أن الاشتراط يمكن أن يكون غير قابل للنقض بأن التعهد المشتري في العقد يجعل حق للمستفيد غير قابل للنقض ، هذا هو ما يحدث في الاعتماد المستندي ، فهو تارة يكون قابلاً للنقض وتارة يكون غير قابل للنقض ، وليس في هذا ما يتعارض مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، لأن هذا يمكن أن يقع في أي اشتراط .

وأما من ناحية جواز توجيه الدفوع إلى المستفيد ، فإن الأمر لو ترك لقواعد الاشتراط المنصوص عليها في القانون المدني لكي تعمل عملها في مجال الاعتماد المستندي لوجب القول بأن للبنك أن يدفع في مواجهة للمستفيد بالدفوع الجائزة في عقد الاشتراط ،

ولكن العرف المصرفي - استجابة لإحتياجات التجارة - قد عالج هذه الثغرة ومنع الآثار السيئة التي يمكن أن تترتب عليها خصوصاً في معاملة تقع بين بلاد مختلفة ، كالأ اعتماد المستندي بأن جرى على تطهير العلاقة بين البنك والمستفيد من الدفوع المرتبطة بالعلاقات الأصلية أو المترتبة عليها ، وهذا التطهير أو التجريد هو الميزة الأساسية التي تضيف على الحق الناشئ من الاعتماد قوة وثباتاً وسيولة وثقة .

وليس في إضافة التجريد إلى الاشتراط لمصلحة الغير تناقضاً ، وإنما هو الوضع المألوف في أنظمة القانون المدني حينما تدخل إلى مجال القانون التجاري إذ تتحور بما يناسب طبيعة المعاملات التجارية التي تقوم عليها الثقة والسرعة . فإذا أخذنا صورتي الكمبيالة والإنابة مثلاً ، نجد في الإنابة شخصاً يطلب إلى مدينة أن يدفع الساحب إلى مدينة المسحوب عليه أن يدفع إلى ذاته مبلغاً معيناً ، فإذا وقع المسحوب عليه بالقبول كانت هذه الصورة هي نفس صورة الإنابة باستثناء أن الإنابة ، وإنما هي تتميز بأحكام خاصة تسمى قانون الصرف ، الأمر كذلك بالنسبة إلى الاعتماد المستندي الذي يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير متصفاً بالتجريد ، والمعروف أن معاملات البنوك نشأت وتطورت بدافع الحالات العملية ، واستمدت أحكامها مما جرى عليه العرف بشأنها ، لذلك يعتبر من الجمود أن نحاول رد أنواع المعاملات إلى الأشكال الثابتة التي يعرفها القانون المدني وأن نشترط فيها أن تكون مدينة صرفة ، بل المفروض أن تكون الأشكال المدنية بلون القانون التجاري عندما تدلف إلى مجاله .

والتجريد في نظرنا لا يكون بفضل الالتزام عن سببه ، ولا بالوقوف عند الإرادة الظاهرة دون الباطنة ، ولا بتأخير الرجوع بالدفع إلى ما بعد الوفاء<sup>(١)</sup> . وإنما هو منع الاحتجاج بالدفع في مواجهة أشخاص معينين .

وتحدد الدفع التي يتطهر منها التصرف القانوني والدفع التي تتعلق به بنص القانون على ذلك التحديد ، فإذا قرر القانون التجريد هي المحافظة على استقرار التعامل ، ومنع مفاجأة الغير الحسن النية الذي لم يكن طرفا في معين ، ولم يعلم بعيوب هذا التصرف بالدفع الناشئة عنه ، مؤدى هذا أن الدفع التي يتطهر منه التصرف طبقاً لهذه الحكمة ، هي :

(١) الدفع بطلان التصرف لغلط أو تليس أو إكراه . فعيوب الإرادة لا ينبغي أن تؤثر على حق الغير حسن النية .

(٢) الدفع بالفسخ لعدم التنفيذ .

(٣) الدفع بعدم التنفيذ .

(٤) دفع الانقضاء المتعلقة بالحق الأصلي .

(١) الدفع بانعدام الرضا ؛ لأن هنا يمنع من انعقاد التصرف أصلاً .

(٢) الدفع بتقضى أهلية أحد الأطراف ؛ لأن مصلحة ناقص الأهلية وحماية ما له وطبقاً للحكمة من التجريد أيضاً لا يتطهر التصرف من الدفع التالية : نظراً لضعف اقتضت أن ترجح كفة حين توزن بمصلحة الغير كامل الأهلية ، ولو كان حسن النية .

(٣) الدفع بعلم الغير بالعيوب التي تشوب التصرف إذ تنقي الحكمة من حماية الغير عند الغير مادامت عيوب العلاقة ليست مفاجأة له وإنما يعلمها من قبل عند تلقيه الحق عن أحد أطراف العلاقة الأصلية .

(٤) الدفع بعيوب الشكل إذ أن هذه العيوب تكون بادية في السند للثبوت للتصرف ، بحيث لا يجوز لمن يتلقى الحق الثابت في هذا السند أن يدعى بعدم علمه بالعيوب الشكلية البادية أمامه في السند .

أما من حيث الأشخاص الذين يتطهر التصرف من الدفع بالنسبة إليهم فهم غير حسني النية الذين لم يكونوا أطرافاً في التصرف الأصلي ، ولم يعملوا بوجود عيوب أو دفعوا ناشئة عن العلاقة الأصلية ، ويزترب على هذا أن التصرف لا يتطهر من الدفع فيما بين أطرافه الأصليين لأن المفروض فيهم أنهم يعلمون بما فيه من العيوب والدفع ، ويجب أن يكون للمتمسك بالتجريد شخصاً غير أطراف

(١) انظر في تفصيل هذه الأراء ومناقشتها كتابنا : خطاب لضمان .

التصرف الأصليين وأن يكون قد تلقى حقاً عن أحد هؤلاء الأطراف وأن يكون حسن النية عند تلقيه للحق، ومعنى حسن نية أنه لا يعلم عند تلقي الحق بعيوب أو دفع العاقبة الأصلية، كما يجب أن يكون القانون قد اعتبر هذا التصرف تصرفاً مجرداً، وقد يكون القانون الذي يقضي بتجريد التصرف قاعلة تشريعية (كما في الإنابة) أو قاعلة عرفية (كما في الاعتماد المستندي).

وتطبيق ما تقدم من تحليل لفكرة التجريد على الاعتماد المستندي نجد أن العلاقة المنشئة للاعتماد عقد بين البنك والأمر، ومن هذا العقد يتلقى المستفيد حقاً رغم كونه أجنبياً عنه أى، رغم كونه من الغير بالنسبة إليه، وهنا تظهر دواعي الحماية من التجريد ونشأ الحاجة إلى الموازنة بين المحافظة على استقرار التعامل، وتأكيد حق هذا للمستفيد وحجب الدفع عن أن تنال منه، وبين المتقاضيات الفنية القانونية في التحرى عن سلامة الإرادة ترجح كفتها - لدى الموازنة - فيما بين المتعاقدين، وأن مقتضيات استقرار التعامل ترجح كفتها - عند الموازنة - إذا تعلق الأمر بحق الغير الذي تلقى حقاً بحسن نية عن التصرف أو عن أحد أطرافه، ومن هنا بدت ميزة تطهير الاعتماد المستندي من الدفع المتعلقة بالاتفاق على إنشاء الاعتماد بعلاقة للمستفيد بالأمر (عقد البيع)، ورغم كون المستفيد طرفاً في هذه العلاقة وكان يسمح بالاحتجاج بدفعها الأمر إنما يكون فيما بينه وبين المستفيد، أى خارج نطاق الاعتماد المستندي.

### المبحث الثاني: التكيف الشرعي للاعتماد المستندي وكونه معاملة مستحدثة متكاملة:

لم تكن هناك معاملة قديماً تحمل اسم الاعتماد المستندي، لأن عامة المعاملات قديماً تتم شفاهة؛ إذ كانت معرفة الكتابة أمراً نادرًا، لذلك كان أمراً جديداً أن يأمر القرآن بكتابة الديون في آية اللدانية على خلاف المألوف تيسيراً للإلابات وقطعاً للنزاع، وهذه خطوة هامة ونقلت من التخلف إلى الحضارة في مجال المعاملات المدنية.

غير أن الكتابة أحياناً لا تناسب المعاملات التجارية لكونها تحتاج إلى الثقة والسرعة والتبسيط والتيسير، لذلك سمحت آية اللدانية باستثناء المعاملات التجارية، حين يكون ذلك أمراً مفيداً فقالت ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها﴾ غير أن عدم التقييد بالكتابة يغلب في مجالات معينة كالبيوع التجارية المحلية، أما البيوع الدولية ومعاملات البنوك فتكون عادة مكتوبة وبين أطراف غائبين ويكثر فيها استعمال وسائل لاسلكية، والكثرونية، مثل: التلكس والفاكس وأجهزة سويقت وغير ذلك. وإذا لم تكن عبارة الاعتماد المستندي مستخدمة قديماً، فإن فكرتها وغرضها الأساسي لا بد وأنه كان معروفاً على نحو ما في الجاهلية والإسلام، لأن قريشاً كانت لها قوافل سنوية تتجه جنوباً وشمالاً نحو اليمن والشام وكانت تبيع وتشترى من شعوب أخرى، وكانت تنشأ بالضرورة ديون بصد مثل هذه التجارات، ويتصدى لضمان سداد هذه الديون يثق بالمدين وفكرة دخول طرف ثالث يضمن الوفاء في صفقة معينة هي نفس الفكرة التي يقوم عليها

الاعتماد للمستدي ، أى هى فكرة سد فجوة علم الثقة بين جانين قد لا يعرف أحدهما الآخر ، وهو يتعامل معه ، وقد كانت هذه الفكرة في زمن الإمام ابن تيمية قد تبلورت في صورة مايسمى : ضمان السوق ، أى أن يضمن مايجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمون ضمان صحيح وهو ضمان ما لم يجب وضمن المجهول، وذلك جائز عند الجمهور (١) .

كذلك يمكن أن يكون لصاحب المال وكيل عنه يقوم بمعاينة البضاعة عند التعامل وينوب عن الأصل في الوفاء والاستيفاء ، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقوم بعمل الوكيل في مال خديجة رضى الله عنها قبل الإسلام ، وهذه الوكالة تشبه دور عديد من الأشخاص الذين يتصلون بالبيع الدولية والاعتمادات المستندية ، ومثل شركات التفتيش في اللواتي عندما تكون وكالة عن المشتري ، ومثل البنوك عندما ممثلة في مراجعة مستندات الشحن للتحقق من جديتها ومصداقيتها ، وعلى مستوى من الخبرة لا يتوافر للمشتري المحلي الذي يكون أحياناً رجلاً أميناً لا يقرأ ولا يكتب ، وشبه المسترسل والمستأمن الذي يتق كلام الذي يقال له وينقاد للقاتل وهو يوجهة في مثل هذه المعاملات .

وقد استمر دور الوكلاء عن التجارة في الوفاء والاستيفاء بعد الإسلام وحتى هذا العصر ، سواء كانت الوكالة بلا أجر أو مقابل أو نسبة مئوية . ويمكن أن يكون الوكيل وكيلاً بدون أجر على أساس أن يستفيد هو أيضاً بخدمات موكله ، بأن يتخذ من هذه للوكل وكيلاً يوعى بعض أعماله في بلده ، أى : أن تكون الوكالة على سبيل التبادل بينهما .

إلا أن الاعتماد للمستدي بوضعة الحالي وماله من تقسيمات وأحكام وتفريعات كثيرة كما رأينا، يعتبر معاملة مستحدثة ، أى : وليدة القرن الماضي على الأكثر ، ولكنها معاملة سريعة التطور حتى أن واضعي القواعد الدولية التي تصدرها غرفة التجارة الدولية بشأنها لا يفرعون من وضع هذه القواعد ، إذ أنهم ما إن يصدرها مجموعة قواعد حتى يدأوا حتى عقبها في تعقب العمل والعرف ومعرفة اتجاهاته ، وهل يسير في نفس الاتجاه الذي رسموه أم يجب عليهم أن قواعدهم لتساير العرف ، وهذه عملية لا تنتهي .

وكثيراً ما يصينا الحرج ونحن نجد بعض الأحكام في مؤلفاتنا الشرعية القديمة لا تساعدنا على إعطاء الرأى في المعاملات المستحدثة ويكثر الخلاف في ذلك ، وقد عنى بمناقشة هذه المسألة الشيخ محمد أبو زهرة رحمة الله عليه ، وتعرض لمسألة ما إذا كان يجوز إنشاء عقود جديد غير معروفة في الكتب الفقهية القديمة وما إذا كان يجوز إضافة شروط غير معروفة من قبل على العقود المعروفة ، وتنقل فيمايلي تحليله لهذه المسائل والرأى الذي انتهى إليه (٢) .

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ج٢٩ - ص ٥٤٩ .

(٢) هنا البحث موجود في كتاب الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة صفحة ٢٥٨ وما بعدها .

"الخلاف مناهة الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من عمل الشارع فقد قال الذين شدحوا في جعل كآ آثار العقود من الشارع : أن الأصل في العقود المنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، ومع الإباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لإدارة العاقدین سلطاناً في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع يجعل الرضا ذا أثر في العقود جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بها ؛ حتى يقوم الدليل على المنع والتحریم .

"وعلى القول الأول نكون مقیدین بعدد العقود التي تذكرها الكتب ووردت بها الآثار ودلت عليها للمصادر الشرعية والأدلة الفقهية ، فما لم يقم عليه الدليل ، فهو ممنوع والوفاء به غير لازم لأنه لا التزام إلا بما أزم به الشرع ، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقلوا ما شاعوا من العقود ، ويشترط من الشروط ما يرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء" .

"وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول :

(١) بأن الشريعة قد رسمت حدوداً وأقامت معلماً لرفع الحق ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة للمفضية إلى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد لحود الشريعة ، وما يكون فيه تعد لحودها لا تقره ولا توجب الوفاء به ، وأيضاً فإن وجوب الوفاء الزام الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نفتي في أمر وندعي أن الشارع أزم به إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام وجوب الوفاء ، ومن أزم به إلا ورد في مصادرهما ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالاً وأحل حراماً ، وذلك افتراء على الله بالكذب وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يجرمون ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبین .

(٢) وقد استدل أيضاً لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزامه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص بالإلزام به باسمه أو بإباحة التزامه (الأحكام في أصول لاين حزم - الجزء الخامس ص ٣٢) .

وأيضاً فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف خطيباً فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : "فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ؟

وإذا كان كل شرط يشترط ولم يرد به نص باطلاً فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان ولم يعلم من مصادر الشرعية أنها تقره وتلزم بالوفاء به .

"وقد استدل الذين يرون أن الأصل في العقود الإباحة لا للمع وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ما قام الدليل على منعه :

(أ) بما ورد في القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن . ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا العاقدين حقوقاً مالية ، فكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام بالنص ، وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضاً بمقتضى القياس عليها ما دام قد تحقق مناط الجواز وهو الرضا ، لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذي من أجله كان الالتزام فیس العقود . وآيات القرآن الكريم الواردة في وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة في المعنى ومبينة أن الغدر ليس من الإسلام وتقويض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين إلا عهداً قد قيدت بأحكامه ذمتها وهل غل في أعناقها ، فالوفاء به وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه حث في العهد لا يتفق مع مبادئ الأخلاق التي يدعوا إليها الدين ، ومع احترام العهود الذي يلزم به ، وكيف لا يكون الوفاء في العقود مطلوباً والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه توجب الوفاء بالعهد وعدم خفض النعمة وتقبيح الغدر ، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ومهما يكن وصفه وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ولو لم يرد به نص ما دام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه (رسالة العقود والشروط لابن تيمية - الجزء الثالث من الفتاوي ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥) .

(ب) وقد استدل أيضاً لإثبات أن الأصل في العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التي تسمى في لسان الفقهاء بالعادات وليست من العبادات ، والعبادات ينظر فيها إلى عللها ومعانيها لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بها بل أحكامها معللة بمصالح الناس وإقامة العدل بينهم ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل متحقق فيه العلة يتعدي إليه الحكم ، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا وفيه نقل حق أو إسقاط حق فهو واجب الوفاء ولو لم يرد به نص صريح مبيح ملازم الوفاء به لتتحقق العلة فيه .

(ج) ومما يستدل به لهذا الرأي أن كثرة الفقهاء وأن كثرة أصحاب المذهب المشهورة يقررون أن الأصل في الأشياء والمعاملات العادية وما لا يتعلق بالإيضاع للحل لا الحرمة ، ولا شك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل في الإقدام عليها الإباحة ، فمباح للشخص بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود ما يرى فيه مصلحته ، وما يحقق رغبته ، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ولم يرد في المصادر الفقهية ، فالوفاء بها لازم لوجود الإذن العام يجعل الرضا أساساً لإثبات الحقوق وأساساً لنقلها وأساساً لإسقاطها ، ولوجود الالتزام العام بالوفاء

بالعقود واحترام العهود وعدم الغدر ، ولقد فصل الشارع ما حرم ، فتحريم العقود التي يرد ما يدل على تحريمها تحريم ما أحل الله سبحانه وتعالى وتهجم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبن .

"ويقول ابن تيمية : أن القول بالمتع حتى يقوم الدليل على الإباحة هو قول كثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه ، كذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشرط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل . ابن تيمية - الجزء الثالث ص ٣٢٣" .

"وللمتبع عبارات الفقهاء في الكذب للنهيبة المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم ، وهنا يجوز بالخاطر سؤال يبلبل النفس ويثير الحيرة : أتقف الشرعية في نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالاطلاق على كل ما يجد في شؤون للمعاملات من عقود وشروط" .

"إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب العرف التجاري ما يشترطه العاقلون حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفطن الناس في الشروط تفنناً باعد ما بين العقود وأصولها للذكورة في كتب الفقه ، ولو حكمنا بطلان تلك العقود وفساد هاتيك الشروط لصار الناس في حرج وضيق ولشلت الحركة في الأسواق ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد الناس ولا تنمو ثروة الجماعات ، وذلك ما يحول في الصلور الفقهية بشكل عام ، ولكن القارئ للمعنى في تقديم ما يقرأ الذي لا يكفي بالسطور حتى يتغلغل فيما وراعاها ، يرى أن ذلك الرأي الغالب على أولئك السابقين من أهل الفقه لا يؤدي إلى تضيق للمعاملات على الناس ، لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد حتى يقوم الدليل قد وسعوا في الأدلة المثبتة لجواز العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به للمعاملات أو أكثره حتى لا يكون الناس في ضيق ، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول التالية :

(١) أصل للمصالح المرسله ، فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يبيحه الشارع .

(٢) وأصل الاستحسان .

(٣) وقاعدة أن ما يجري به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادفاً للنص .

"هذه الأصول لو أخذنا بها أو بعضها وطبقناها في العقود لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحو الباب ولم يضيقوا واسعاً على الناس ، وهم يتقاربون بهذا عن يقولون أن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم الدليل ، وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق .."

"فالعرف أصل ثابت عندهم ، فلقد صرح في للبسوط بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وجاء في شرح الأشباه لليبري أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن العرف يعتبر من

الدلالات الشرعية اعتماداً على الأثر "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"، وقد يذكر الفقهاء قوة العرف لا في إثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواء، بل يذكرونه في مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص، بل يسقط العرف بجواز النص، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذي يعارضه قياساً (رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني - ص ١١٥)، ويذكرون في هذا المقام أن العرف عام وخاص، وأ، العرف العام هو الذي يثبت في سائر البلاد والعرف الخاص يثبت في بعضها دون بعض، وكلاهما له أثر في الأحكام على حسب قوته، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط، ولكن العرف الذي يصحح أن يكون معرضاً لأدلة الفقه الأخرى هو العرف العام فقط، أما العرف الخاص فهو لا يؤخذ به إلا فيما، إذا لم يكن في موضوعه أى دليل فقهي سواء، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل شرعي وأن ما يثبت العرف يقره الشرع ما لم يكن نص يخالفه - صحة عقد الاستصناع، لأن التعامل جرى به بين الناس. كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ولم يرد به أثر وفيه منفعة لأحد العاقدين وجرى به عرف وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف.

ولم يكف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر، بل جعلوا أحكام من ذهب أبى حنيفة وأصحابه قابلة لتجديد بجعل العرف ذا أثر في تغييرها، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم في مذهب أبى حنيفة بمقتضى المروى الصحيح في كنه مخالف للعرف العام، ولم يكن معتمداً على نص صريح، صح للمفتي على مذهب الحنفية أن يخالف للنصوص عليه في اللذهب ولا يعتبر خارجاً في فتاياه عن نطاق ذلك للذهب الجليل، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء في ظاهر الرواية: "اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص وهى الفصل الأول وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى وكثير منها يبينه الاجتهاد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً".

"ولمنا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقى الحكم على ما كان أولاً لزم منه للشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة للبناء على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولمنا نرى مشايخ المذاهب يخالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقالوا ما قالوا أننا من قواعد مذهبه، فمن ذلك افتاؤهم بجواز الاستحجار على تعليم القرآن ونحوه، لا تقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجره لضاعوا وضاع عيالهم ولو اشتغلوا بالكتاب ن حرفه وصناعة لضاع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه وكذا على الإقامة والأذان، ومع أن ذلك مخالف لما أتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستحجار وأخذ الأجرة عليه. ويقول فيما يجب على المفتي الإفتاء: "فهنا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس

له الحمد على المتقول في كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله والا يضيع حقوقاً ويكسر ضرره أعظم من نفعه" (رسائل ابن عابدين - الجزء الثاني - ص ١٢٥ - ١٢٦). ومن هنا كله يستفاد أن العرف دليل شرعي عند الحنفية يثبت أحكامها في كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القيس ، ويعتبر دونه إذا كان عاماً وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التي يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة وغيرها مما أوجده التعامل في العصر الحاضر هو عقود شريعة يقرها فقه أبو حنيفة ما دامت لم تخالف نصاً في الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد وإسائها غير مقيدة إلا بالعرف .

"الاستحسان ... أنكره الشافعي ومن نحا نحوه في الأصول والفروع ، وقال من استحسنت فقد شرع ، يقصد بذلك أن من أفتى باستحسانه فقد جعل نفسه شارعاً لا مجتهداً ، والشارع في نظر الشريعة هو الله وحده . ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ومالك حتى أنه يروى عنه أنه قال : تسعة أعشار العلم الاستحسان . وقد اختلفت عبارات الفقهاء في بيان حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعارضه أو يثبت ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام وهو جريان المصالح التي يقرها الشرع ، وقال بعضهم : إن الاستحسان هو الدليل الذي يتقدم في نفس المجتهد ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ولا يكون في موضوعه دليل ناف أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية مقاله أبو الحسن الكوخجي ، وهو أن يعقل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى غيره للدليل أقوى يقتضي العلول عن الدليل الأول للثبوت لحكم هذه النظائر ، فيدخل في عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الحنفي .. من هنا يتضح معنى الاستحسان الذي يعده الحنفية والمالكية أصلاً من أصول الفقه الإسلامي وأنا لو طبقناه سرنا وسير الأقدمين فيه وفتحنا أبوابه في العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التي لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن العقد ربا صريحاً فالاستحسان متسع له ، لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عن عدم معارضة النص القاطع ، فما لم يوجد نص وكان في اطراد القيس تقويت لمقصد من مقاصد الشرع العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك في أن اطراد القيس يمنع عقود جرى تعامل الناس بها وإن ترد في الفقه الإسلامي حرجاً شديداً وتضييقاً على الناس في أمر لهم فيه متسع ..

الأصل الثالث الذي يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسله ، ويسمى في عرف الأصوليين الاستصلاح وهو صنو الاستحسان وقريب منه في مرماه ، وإن كان هو أوسع شمولاً ، معناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خالص من الشريعة بالغائها أو اعتبارها ، وأن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلاً من أصول الفقه الإسلامي موضع خلاف بين الفقهاء ، والآخون به أقل عدداً من الآخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه إمام الحرمين والغزالي حملة شديدة وملخص الاحتياج لرفضه ينتهي إلى ثلاثة أمور أحدها : أن الأخذ بمبدأ المصالح ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى

والشهوة ، فيكون كل ما يشتهيه الشخص ويرغب مصلحة يبنى عليها حكم شرعي بالإباحة والإضرار، وذلك يؤدي إلى الفاسد والبوار ، وثانيها : أن المصالح المرسله تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأشخاص... فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضي حكماً يناسبها فقد تتناقض أحكام الشيء الواحد... فيكون مرة حلالاً ومرة حراماً ، وثالثها : أن المصلحة التي تناط بها أحكام الشريعة هي المصلحة التي تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع ومقصوده أن يحفظ على الخلق دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة... أما الحكم بمقتضى المصالح المرسله المطلقة فهو تشييل وقد يكون هوى فلا عبرة به ، وقد أحاب الذين أخذوا بالمصالح المرسله ، للمصلحة المرسله هي التي تكون ملائمة في الجملة لأغراض الشارع وإن يشهد لها أصل خاص ، وبذلك يتعد الهوى والتشهي عن الشرع، والذي يفتي بالأخذ بالمصلحة المرسله هو المجتهد ، وفي ذلك حصانة من غلبة الشهوة والهوى ، واختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص لا يعيب الشريعة ، بل يدل على مرونتها .

والأخذ بذلك الأصل فتح باب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع أو غير منافية لمراه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها وهو العرف لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على مصراعيه وإطلاق الحرية للمتعاقدين وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد ، وغلقوا أبوابها فإن الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعاً باعتبارها وحده متماسكة الأجزاء يتم بعضها بعضاً ، ويتكون منها بيان متاسق الأركان ثابت الدعائم ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر إلى غيره فقد يكون فيه شدة يلفظها غيره من الأصول ، وقد يكون رخواً فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه ليكون فيه نفع العباد ودفع الفساد .

وعملية الاعتماد للمستدي باعتبارها تبدأ بعقد بين البنك والعمل تخضع للقواعد العامة في العقود من حيث التراضي وصحته وتوافر سبب صحيح ومشروع للالتزام ، ومن حيث مشروعية المحل ووجود وإمكانه غير أننا نجد هنا حاجة ماسة إلى معالجة نقطة معينة متعلقة بمحل العقد ، وهي كون البيوع الدولية والاعتمادات المستدية تتعلق ببيضائع غير موجودة أحياناً ويتعاقد على صنعها أو إيجادها ، فهل التعامل في هذه الأشياء للمستدبة صحيح أم باطل من الوجهة الشرعية ؟

القاعدة الأصلية فيما يتعلق بالمحل أنه يجب أن يكون موجوداً عند إبرام العقد ، وإلا كان العقد باطلاً حتى ولو ثبت أن المحل متيقن من وجوده مستقبلاً . فالتعاقد على الأشياء للمستدبة غير جائز في الفقه الإسلامي لما فيه من الغرر .

ولتحديد تأثير الغرر في العقد يجب التفرقة بين خمس صور :

(١) أن يوجد الشيء عند التعاقد كاملاً : وفي الصورة لا يوجد غرر والعقد صحيح ما لم يطل لسبب آخر ، والفقهاء الإسلامي والغربي في هذا الحكم سواء .

(٢) ألا يوجد الشيء عند العقد ويتحقق أنه لن يوجد كذلك مستقبلاً ، وهنا يوجد الغرر والعقد لذلك باطل ، ويتفق الفقهاء الإسلامي مع الغربي في هذا الحكم .

(٣) أن يوجد الشيء في أصله عند العقد ثم يكمل وجوده بعد انعقاد العقد : ويتحقق هذا في الزرع والثمر عند بدء ظهوره ، ولكن نموه يكمل بعد وقت معلوم ، أو عندما يوجد الزرع بعضه بعد بعض ، القاعدة هنا أن يبيع الزرع والثمر بعد الاطلاع وقبل الاكمال ، أى : قبل بلو صلاحه جائز إذا كان منتفعاً به وبشرط القطع ، أى شرط أن يقوم المشتري بقطعه فلا يبقى فى الأرض حتى يكمل نموه ، ولا يجوز أن يشتري بشرط أن يبقى الزرع فى الأرض حتى يبلو صلاحه إذ يكون البيع فاسداً إلا إذا كان قد تنهى عظمه ، فيجوز اشتراط أن يبقى فى الأرض إلى بلو صلاحه ، ويستثنى الخيفة من ذلك بعض التفسيرات فى التعامل ، وهى أنه يجوز أن يقيى الزرع بإذن البائع إلى بلو صلاحه . أما الزرع الذى يظهر بعضه بعد كالبطيخ والباذنجان فهو فى مذهب مالك جائز يبعه سواء ما ظهر وما لم يظهر ، أما عامة العلماء فيرون أن لا يجوز بيع ما لم يظهر منه ، ويجوز فقط بيع ما ظهر ، ورأى للملكية عمدته أنهم يعتبرون أن البيع ولو أن شيئاً من الغرر إلا أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، كما أنه يجوز إذا كان سيرا .

(٤) أن يتحقق وجود الشيء فى المستقبل : والفرض فى الحالة أن الشيء غير موجود عند التعاقد ، ولكن من المؤكد أنه سيوجد فى المستقبل . ويلاحظ بعض الفقهاء على هذه الحالة أن عدم جواز بيع المعلوم أصلاً يرجع إلى فكرة الغرر ، ولكن هنا الأصل قد اختلف فى عصور التقليد وأصبح انعدام الشيء فى ذاته هو سبب البطالان ولو لم يكن ثمة غرر ، وهذا الحل يضيق لحاجات التعامل ، ولذلك وردت استثناءات هى السلم والاستصناع والإجارة ، فالإجارة مثلاً يبيع منافع مستقبلية أبحاث من قبيل الاستحسان ، على أن هذه الحالة - حالة الشيء المحقق وجوده مستقبلاً - لا يقع فيها الغرر إذا كان المشتري سيدفع من الثمن بمقدار ما يأخذ من المبيع الذى سيوجد ولذلك يكون هذا البيع جائزاً ، أما إذا كان يشتري جزافاً فإن الغرر يصيبه ويطل البيع .

(٥) الشيء الغير محقق الوجود مستقبلاً : إذا كان الشيء غير محقق الوجود مستقبلاً سواء كان أصله موجوداً وقت التعاقد أو غير موجود ، فإن العقد يكون باطلاً لتغلغل الغرر الفاحش فيه كالمقامرة ، ومن ذلك بيع اللبن فى الضرع وبيع حمل النابية فى بطنها ، ولهذا السبب يطل التعامل فى التركة للمستقبلية<sup>(١)</sup> .

(١) لسنهوري : مصادر الحق فى لفقه الإسلامى : ج ٣ - ص ١٤ - ص ٥٤ .

وبالنظر في تطبيق هذه الأحكام يمكن استنباط الأصول التالية التي تقوم عليها فكرة الغرر .

أولاً : إن الغرر يتحقق حيث لا يعرف المتعاقد ما إذا كان سيأخذ شيئاً أم لا يأخذ وفي حالة ما إذا كان يعلم أنه سيحصل على شيء من المحل ، ولكن لا يعرف مقداره ، أما إذا كان المتعاقد لا يدفع إلا بمقدار ما يأخذ ، فإن الغرر ينتفي في هذه الحالة وتصبح المعاملة منضبطة لا غرر فيها .

ثانياً : إن القواعد التي أفني بها فقهائنا القدامي كانت تنظم البيئة المحلية التي عاشوا فيها ، فالجتهد يفني في علاقة متبايعين أحدهما قد لا يستطيع أن يوجد المحل أو قد لا يعلم كم سيوجد منه ، ومن هنا جاءت هذه الفتاوى حقيقة في تنظيم هذه العلاقات ، ولكن عندما يتعلق الأمر بمعاملة دولية لبيع القمح مثلاً ، فإني عندما أشتري لا أسأل البائع إن كان القمح موجوداً لديه أم لا ، ولا أسأله كم سيكون محصوله وما الحكم إذا نقص ، فمثل هذه الأسئلة لا محل لها لأن البائع مسئول أن يوجد لي الكمية المطلوبة سواء كانت من إنتاجه أم من إنتاج غيره سواء اشتراها من بلده أم من بلد آخر ، اللهم أني لا أدفع إلا واصلتي مستندات تفيد شحن الكمية المطلوبة وعلى أساس السعر المتفق عليه لكل وحده . ومن هنا ينتفي كل غرر .

يبقى الغرر في موضوع وثيقة التأمين على البضائع والذي يفني بعض العلماء هذا العصر بحرمته .

والواقع أن التأمين البحري ليس فيه حرمة ، لأن المؤمن يقوم بتنظيم التعاون بين أشخاص يتعرضون لمخاطر متشابهة بحيث يأخذ قسطاً أو أقساطاً من كل منهم مقابل تعويضه عما يصيبه من خسارة ، ولأن يؤمن لعدد كبير من الشاحنين فإنه يوزع المخاطر على قاعدة عريضة من عملائه ، وبذلك يعتبر من بجنست بضائعهم قد ساهموا في عمل مشروع هو مواساة وإغاثة من هلكت بضائعه ولا يتعرض المؤمن لغرر لأن عملياته محسوبة بحسابات آكرواية يحقق بواسطتها ربحاً ولا يتعرض لخسارة عندما يعرض عملائه للمصايرن فالعبرة بمجموع عملياته وليس بكل عقد على حده .

أما من حيث التكيف الشرعي لعملية الاعتماد للمستدي ، فإننا نرى أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير معروفة في الفقه الإسلامي وتصلح أساساً للتكيف المطلوب من الوجهة الشرعية ، كذلك فكرة التجريد يعرفها الفقه الإسلامي ويقرها ، ولذلك لا نجد مشكلة في التعرف على التكيف الشرعي للاعتماد للمستدي .

والاشترك لمصلحة الغير في التصور الإسلامي يوجد فيه مشروط ومتعهد ومتنفع ، بمعنى أن المشروط يرم عقداً مع المتعهد على أن يقوم بأداء معين نحو شخص ثالث هو المتنفع وفي التصور الإسلامي يمكن الأداء الذي يعود على المتنفع شيئاً مادياً ، وفي هنا نجد للمتصور الإسلامي أبعاداً ليسن للفقه الغربي ، ويمكننا أن نعطي صورة قرآنية للاشتراط لمصلحة الغير من قصة سيدنا يوسف عليه السلام ، ذلك أن القصص القرآني ليس قصصاً يروى للمتعة النفسية أو الذهنية فقط ، وليس مجرد

الحقيقة التاريخية التي يستكمل بها السجل التاريخي فحسب ، بل إن وراء القصص القرآني معيّنًا ضخماً لا ينضب للأحكام الشرعية حتى إن كان من قصص السابقين ، ذلك أن القرآن حين يروي هذا القصص يوجهنا إلى الاستفادة منه في مثل قوله تعالى : ﴿لقد كان في قصصهم عبرة لأولي الألباب ما كان حديثاً يفترى ، ولكن تصديق الذي بين يديه وتفصيل كل شيء وهدى ورحمة لقوم يؤمنون﴾ . وانظر إلى الدقة والشمول في قوله تعالى : ﴿وتفصيل كل شيء﴾ . لذلك يمكن أن نقول كل ما أعياك البحث عنه من الأحكام الشرعية فعليك باستباطه من القصص القرآني ، والاشتراط لمصلحة الغير يمكننا أيضاً أن نلتمسه من القصص القرآني في قوله تعالى : ﴿ولما جهزهم بجهازهم قال اتوني بأخ لكم من أيكم ألا ترون أنني أوفي الكيل وأنا خير المنزلين فإن لم تأتوني به فلا كيل لكم عندي ولا تقربون ، قالوا سناود عنه أباه وإنا لفاعلون﴾ .

ومن هذه الآيات نرى صفقة يرمها أخوة يوسف ، وقد أحوا المقابل وهم يتظنون منه أن يأمر بصرف البضاعة التي اشتروا ، ومن المعلوم أنهم لا يعرفون أنه أخوهم يوسف وقد عرفهم وأراد أن يبههم إلى فعلتهم حين ألقوه في الجب ، ولكن بالأسلوب الذي اختاره ، فعلق الصفقة التي اشتروها على اشتراط لمصلحة الغير هو أن يتيحوا لأخيه الشقيق فرصة أن يراه ويتعرف به تمهيداً لجلب أسرة يعقوب عليه السلام إلى مصر ، فقال لهم لا كيل لكم عندي إلا إذا جئتم لي بأخ لكم من أيكم ، وبذلك أصبح يوسف مشروطاً وأخوته متعهدون والمتفع هو شقيق يوسف ، الذي لا يقى من معاملتهم إياه أفضل مما لقيه يوسف ، فإذا أحضروه له فقد أحوا - بالإضافة إلى ثمن الصفقة - التزامهم ، واستحقوا أن يكال لهم ما ممنعهم إياه من قبل حتى يفوا بهذا التعهد ، وإذا لم يحضروه فلا كيل لهم عنده . غير أن يوسف بعد أن أبدي لهم ذلك لم يستمر في خطته هذه ، بل أمر فتيانه أن يضعوا لهم البضاعة في رحالهم ، ولكن الأخوة لم يتعهدوا بإحضاره صراحة وبصفة نهائية ؛ لأنهم لاحظوا أن لأبيهم الرأي الأخير فقالوا : ﴿سنراود عنه أباه وإنا لفاعلون﴾ . وبذلك حوروا التعهد في الاشتراط لمصلحة الغير إلى التعهد في صورة قرية منه وهي التعهد عن الغير ، فهم يتعهدون باقناع أبيهم أن ينفذ هذا التعهد الذي يعتبر في نفس الوقت تنفيذاً لما تعهدوا به أمام يوسف ، ولما حاولوا إقناع أبيهم طلب منهم "كفالة الحضور" فقال : ﴿لئن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتني به إلا أن يحاط بكم﴾ . فهذه كفالة منهم أن يحضروه ثانية إلى والده إلا إذا حالت قوة القاهرة بينهم وبين تنفيذ هذا الالتزام ، ورغم أن أخوة يوسف وجلوا البضاعة في رحالهم عندما فتحوها بعد وصولهم ، فإنهم استمروا في إغراء والدهم بإرسال أخيهم معهم لاعتبارات كثيرة منها أنهم يخشون أن يعودوا في المرة التالية بلا كيل إذا لم يحضروا أخاهم ، ومن ناحية أخرى ليزدادوا كيل بعير ، فقصة يوسف - وغيرها من قصص القرآن - مليئة بالأشكال القانونية التي يجري عليها التعامل الحديث وما علينا إلا أن تأمل فيها لنستخلص منها ما يهدينا في معاملاتنا ، فالاشتراط لمصلحة الغير هنا جمع الأطراف الثلاثة وكانت للمشترط ، وهو سيدنا يوسف مصلحة في هذا الاشتراط ، وهذه المصلحة كانت أدبية ، وهي أن يشبع شوقه إلى رؤية شقيقه وينقذه من

شظف العيش (مستأ وأهلنا الضر) وسوء المعاملة ، ولا مانع أن تكون للمصلحة في الاشتراط مصلحة مادية ، والمتفع هو شقيقه تتاح له من خلال هذا الاشتراط معرفة أن أخاه لازال حياً لم يميت وتتاح له فرصة لرؤية شقيقه والعيش معه ، حياة أفضل بكثير ، بل إن في قلوب الشقيق ما يشبه الاشتراط في الاعتماد المستندي ، ذلك أنه مستند من قبل والده يحمل غلبه وصفاً لحالته النفسية والصحية بعد فقده يوسف ، ورغم أن أهداف يوسف كما تبدوا القصة أسمى كثيراً من صور الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير وكفالة الحضور هي صور جائزة يمكن إستخدامها في التعامل وتعتبر صوراً شرعية .

أما فكرة التجريد فهي معروفة في الفقه الإسلامي ومستخدمة في بعض العقود مثل الكفالة ، حيث لا يجوز للكفيل أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي يتمسك بها الدين للمكفول ، وهذا التزام مجرد بمعنى الكلمة .

فإذا قرنا الاشتراط لمصلحة الغير بالتجريد واعتبرنا التزم المصرف في الاعتماد للمستندي اشتراطاً مجرداً لمصلحة الغير كان كافياً ، لاستيعاب آثار الاعتماد للمستندي من الناحية الشرعية وجعل التزم المصرف فيه غير قابل للنقض وغير مرتبط بعقد البيع الأصلي بين المستورد والمصدر الأجنبي أو العكس ، فلا يتأثر الاعتماد بما يكون في العلاقات الأصلية بين الأطراف من الدفوع التي ذكرناها في البحث السابق .

ورغم أننا نرتاح إلى فكرة اشتراط مجرد لمصلحة الغير باعتبارها التكييف القانوني والشرعي الأمثل للاعتماد المستندي باعتبارها تشمل جميع مراحل العلاقات التي يمر بها الاعتماد للمستندي م بدايته إلى نهايته ، إلا أن ذلك لا يمنعنا من أن نعرض تصورا الآخرين بشأن الاعتماد المستندي .

فهناك مني قول بأن الاعتماد للمستندي هو حوالة : أي أن العميل يحيل والمستفيد محال ، ويقال له أيضاً محال والبنك محال عليه لأداء قيمة الاعتماد ، والعميل يقول للمستفيد : أحلتك بالثمن على فلان (المحال عليه) ، ويترتب على هذه الحوالة أن تبرأ ذمة المحيل من الثمن ويصبح المحال عليه ملتزماً به ، ولا يلزم رضا المحال إلا في حالتين : أولهما : أن يكون مديناً للمحيل ، والثانية : أن تكون هناك عدوة بين المحال عليه والمحال ، ويجب في الحوالة ثبوت دين لازم وإذا لم يكن المحيل مديناً للمحال فهي وكالة أما إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فهي حمالة (١) .

وإذا حاولنا تطبيق أحكام الحوالة على الاعتماد المستندي فإننا لا نجدها تنطبق عليها للأسباب التالية :

أولاً : أن الحوالة تفترض مديونيتين : مديونية المحيل ومديونية المحال عليه تجاه المحيل ، وهذا لا يحدث كثيراً في الاعتماد المستندي إذ عادة ما يمنح البنك العميل ائتمانياً يدفع منه قيمة الاعتماد للمستندي،

(١) على ابن عبد السلام لتسولي : لهجة في شرح المنصف - الجزء الثاني ص ٥٥ - ٥٨ طبع دار الفكر ، بيروت.

وكل ما يحدث هو أن يودع العميل لدى البنك المبلغ الذي سيضعه إلى المستفيد ، لذلك فإن صورة الاعتماد للمستدي غالباً أن يكون حمالة لا حوالة .

ثانياً : أن الحوالة تبرى ذمة المحيل قبل المحال ويحل محله للدين الجديد وهو المحال عليه ، وهذا لا يحدث في الاعتماد للمستدي إذ يظل العميل للمشتري مديناً للمستفيد من الاعتماد وهو البائع ، وذلك بموجب عقد البيع الأصلي للمرم بينهما ، وينشأ حق جديد للمستفيد من الاعتماد للمستدي فيكون لهذا المستفيد أن يرجع على البنك .موجب الاعتماد للمستدي وعلى المشتري .موجب عقد البيع ولا توجد حوالة بالمعنى الصحيح .

ثالثاً : أن الحوالة لا يشترط فيها رضا المحال عليه ، وإنما يكفي لانقضاء رضا المحيل والمحال خاصة عندما يكون المحال عليه مديناً لمحيل ، والواقع أن مديونية البنك للعميل لا تكفي لإيجاد صورة الاعتماد للمستدي ، إذ يمكن أن يجري العميل حوالة لصالح البائع ، ولكن هذه ليست اعتماداً مستدياً ، أما الاعتماد للمستدي فهو وثيقة تصدر من البنك لصالح البائع يتعهد فيها بأن ينفع إذا قدمت إليه مستندات معينة وهذا أمر مختلف عن الحوالة .

كذلك ينهب رأى آخر إلى أن الاعتماد للمستدي وكالة عن العميل يقوم البنك فيها بلور الوكيل ، حيث يتلقى للمستندات ويفحصها وبلغ قيمتها للبائع ثم يسلم للمستندات للعميل ، وهو يحصل على قيمة الاعتماد مقدماً (١) .

والوكالة هنا بجدها أيضاً مختلفة عن حقيقة الاعتماد للمستدي ، للأسباب التالية :

أولاً : أن الوكيل يلتزم بل يمثل للوكيل في العمل المطلوب منه ، أما البنك في الاعتماد للمستدي فإنه ملتزم ببلغ معين ، والتزامه مستقل عن التزامات للوكيل قبل الغير .

ثانياً : أن الاعتماد للمستدي لو كان وكالة لكان للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع التي كان العميل يستطيع أن يتمسك بها قبله .

ثالثاً : أن للوكيل يملك عزل الوكيل ، ولو عزل العميل في الاعتماد للمستدي لما أنتج العزل أى أثر تجاه المستفيد إذ يظل البنك ملتزماً قبله بأداء قيمة الاعتماد متى تقدم بالمستندات خلال مدة سريان الاعتماد .

(١) للدكتور محمد لشحات الجندي : عقد الرابحة بين لفقه الإسلامي والمعامل المصرفي - القاهرة - ١٩٨٦م - دار النهضة د . عبد

الحميد البجلي : فقه الرابحة . اتحاد البنوك الإسلامية .