الفصل الأول

الضوابط الفقهية للخدمات المصرفية

- الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية .
- ايداعات البنوك وحكمها على ضوء أحكام الشرع :
  - أهمية الايداعات فى عمل ونشاطات البنك .
  - أنواع الايداعات .
  - تخريج الايداعات المصرفية وحكمها .
- خطابات الضمان :
  - تعريفها كما تحصل فى الممارسة .
  - رأى هيئات الرقابة الشرعية .
  - رأينا فى المسألة .
- الاعتمادات المستندية :
  - تحديد المسألة .
  - التخريج الشرعى للاعتمادات المستندية والحكم فيها .
  - البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات النظيفة .
  - أنواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامى منها .
  - طرق الدفع فى الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامى منها ..
  - شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقه الاسلامى منها ..
- الأوراق التجارية وموقف الفقه الاسلامى منها :
  - أنواع الأوراق التجارية .
  - العمليات المصرفية التى تجرى على الأوراق التجارية وضوابطها الشرعية .

obeikandl.com

الاختناقات الفكرية والتحديات الفنية

● **تمهيـــد :**

اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ومن قلب لا يخشع .

يقول الله تعالى : ﴿ **وآذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الأكبر أن الله برىء من المشركين ورسوله ، فان تبتم فهو خير لكم ، وان توليتم فاعلموا انكم غير معجزى الله ، وبشر الذين كفروا بعذاب اليم** ﴾(١).

وليس بعد ذلك بلاغ الى المشركين من الناس أن يبرأوا من شركهم وبكل صوره ـ ما خفى وما ظهر ـ والا فقد وقعوا فى تحد وعنـاد مع أمر الله ورسوله وما هم فى عنادهم بعدم الامتثال لشرع الله ودينه ـ وهو الاسـلام ـ بمعجزى الله .

وفى هذا الصدد أثير قضيتين هما :

الأولى : الاختناقات الفكرية التى تعانى منها البنـوك التقليـدية التجارية .

الثانية : التحديات الفنية التى تواجهها البنوك والمؤسسات المـالية الاسـلامية .

وتتمثل القضية الأولى فى مشكلتين جوهريتين هما :

١ ـ مشكلة السيولة والربحية وما بينهما من تناقض أو تعارض يصعب حله فى ظل القواعد المصرفية الحاكمة .

٢ ـ مشكلة الادخار والاستثمار والدور الذى تلعبـه السـياسة النقدية القائمـة على سـعر الفائدة وما يسـببه من تعارض أو تناقض بين طرفى معـادلة الادخار والاستثمار باستخدام سعر الفـائدة زيادة أو خفضـا .

---

(١) التوبـة : ٣

وما تعكسه هاتين المشكلتين من تأثير مباشر على السياسة المصرفيه للجهاز المصرفى كله من اعطاء الأولوية للخدمات على الاستثمارات بل وتحجيم الأخيرة الى حد بعيد وكبير •

والقضية الأولى بمشاكلها تفرض القضية الثانية كتحدى فنى أو فقهى أو علمى يجب أن تواجهه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ، ويتبلور هذا التحدى الفنى فيما يأتى :

١ ــ الربح فى مواجهة سعر الفائدة وهل تستطيع البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية أن تجعل من « سياسة الأربحية »[1] فى أعمالها ونشاطاتها بديلا عن « سياسة سعر الفائدة » السائدة بكل ما تقوم عليه السياسة الأولى من قواعد الحلال والبعد عن الحرام وشبهاته وبكل ما تعنيه هذه « السياسة البديلة » من سد لكل الحاجات والمتطلبات العملية التى كانت تضطلع بها السياسة الربوية وذلك ان لم تميزها وتتميز عنها حتى تواكب حركة التعامل المتقدم والمتطور باستمرار •

٢ ــ يتفرع عن التحدى الأول تحد آخر يتمثل فى مقومات الربح أو ما يجب أن تحققه « سياسة الأربحية » من أهداف ثلاثة مجتمعة ومتكاملة هى :

(أ) الأمان • (ب) السرعة •
(جـ) الضمان •

مع ضرورة الربط بين هذه الأهداف الثلاثة والمقاصد الشرعية العليا الثلاث كسياسة مصرفية وهى :

(أ) الضروريات •

---

(١) الأربحية أى القدرة على اغلال الايراد . انظر : د . محمد زكى شافعى ــ مقدمة فى النقود والبنوك ص ٢٦٨ ــ طبعة ١٩٨٢ ــ دار النهضة العربية .

(ب) الحاجيات (لا الحاجات فالمقاصد كلها حاجات) .

(جـ) التحسينيات أو التكميليات أو الكمالات (لا الكماليات فتلك قد تدخل فى حالة الاسراف والتبذير والترف المحظور) .

وذلك كله من أجل « الانسان » أولا وآخرا مرورا بالمال وتسخيره وضرورة المحافظة عليه منه كى يحفظ الانسان حاجاته باستمرار .

ولن تقوم للانسان وللمال قائمة بغير « الايمان » المحقق لكل ما تقدم بغير تباطؤ أو جفوة للحياة ويظل التساؤل متى وكيف ؟!!

ولكل ذلك كان اهتمامى بالخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أتناولها بالتحليل الدقيق فى اطار الأحكام الشرعية لتبيان ما يحل منها وما يحرم ، آخذا فى الاعتبار كل ما يفرضه ويستوجبه انزال الأحكام الشرعية على المعاملات الخدمية المصرفية من استقصاء واستيعاب دقيق لجوانبها المختلفة وفى ظل المعاملات الدولية المعاصرة .

والله نسأل التوفيق والسداد .

* * *

● تقسيم :

ان البدء بتقسيم الخدمات المصرفية لسهولة تناولها بالبحث أمر لازم ، ومن ثم لا بد من اتخاذ معيار لمنهجية التقسيم وهل يتحدد ذلك المعيار بالنظر ابتداء الى المتعامل مع البنك فيغلب طابع الخدمة ، أم بالنظر الى البنك ابتداء فيغلب طابع التشغيل والربح ، أم بالنظر الى الأمرين معا فيجتمع فى المسألة طابع الخدمة وطابع الربح معا .

ولا شك عندى فى أن طبيعة عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية تجعلنا نأخذ بالمعيار المختلط وبنسب متفاوتة بالنظر الى خدمة معينة دون أخرى .

ولما كان معيار التقسيم يعكس أثره على الحكم الشرعى فى المسألة فنستطيع القول بأن هناك مجموعة من الخدمات المصرفية يغلب على البنك فيها طابع **الآخذ للأموال** كمدين بها وليس بالضرورة هنا أن يكون فى حكم المقترض لهذا الوصف .

وهناك مجموعة أخرى من الخدمات يغلب على البنك فيها طابع **الاعطاء للأموال** كدائن بها وليس بالضرورة هنا أن يكون مقرضا لهذا الوصف بصرف النظر بالطبع عما يعطيه البنك فى الحالة الأولى أو يأخذه فى الحالة الثانية فالأحكام الشرعية هنا حاكمة وضابطة ، فالبنك الاسلامى لا يتعامل بالفائدة الربوية أخذا أو عطاء اذ الآخذ والمعطى فى الربا سواء ، كما أن معاملات البنك الاسلامى لا يداخلها غش ولا غرر ولا استغلال ولا خلابة .... الخ .

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقسم الخدمات المصرفية الى ثلاثة أقسام رئيسية ، يغلب على القسم الأول منها طابع المديونية ، ويغلب على القسم الثانى طابع الدائنين وذلك بالنظر الى البنك ابتداء باعتباره محور العملية ، هذا فضلا عن عدم تجريد هذين القسمين من سمة الخدمة المصرفية باعتبار أن القائم بها بنك أو مصرف أو تجريدها من صعوبة ادراج خدمة معينة فى قسم دون غيره ، والقسم الثالث يجمع بين الصفتين (المديونية ، والدائنية) فبالنظر الى طرف يكون البنك مدينا وبالنظر الى طرف آخر يكون البنك دائنا .

وتعتبر الايداعات بأنواعها عمدة القسم الأول ، وتعتبر خطابات الضمان والاعتمادات المستندية غير المغطاة كليا أو جزئيا عمدة القسم الثانى ، وبقية أنواع الخدمات المصرفية تدخل فى الغالب فى القسم المختلط أو المشترك الذى يجمع بين الصفتين .

وعلى هذا الأساس نورد أنواع الخدمات المصرفية :

١ ــ قبول الايداعات بأنواعها المختلفة .

٢ ــ اصـــدار خطابات الضمان •
٣ ــ فتح الاعتمادات المستندية •

٤ ــ تحصيل وحفظ الشيكات والكمبيالات والكوبونات والأوراق التجارية الأخرى •

٥ ــ تحويل النقود داخليا وخارجيا •
٦ ــ شراء وبيع النقد الأجنبى واصـــدار الشيكات السياحية •
٧ ــ خصم الكمبيالات واعادة خصمها لدى البنك المركزى •
٨ ــ سداد الديون نيابة عن العملاء وتحصيل ما يستحق لهم •
٩ ــ اصـــدار الأوراق المـــالية لحســـاب العملاء وشرائها وبيعها لهـــم •
١٠ ــ ادارة الممتلكات نيابة عن العملاء •
١١ ــ الاستشارات •

وتتناول أهم تلك الأنواع بالتخريج على ضوء الأحكام الشرعية أو تصنيفها فى اطار حكم شرعى أو عقد شرعى مسمى أو غير مســـمى اذ العقود الشرعية منها ما ســـمى وعرف ، ومنها عقود غير مسماة وجديدة تحتاج الى تخريج وضبط فقهى فى اطار العمل المصرفى الاسلامى •

* * *

المبحث الأول

ايداعات البنوك وحكمها على ضوء احكام الشرع

أولا ـ أهمية الايداعات فى عمل ونشاطات البنك :

تعتبر عمليات قبول الودائع من العمليات المصرفية الأساسية التى يزاولهـا البنك وسواء أكانت ودائع للأفراد الطبيعيين أو الأشـخاص المعنوية ، اذ تشكل الودائع الشطر الأعظم من موارد البنك والتى يعتمد عليها فى مزاولة عملياته ومباشرة نشاطاته .

والبنك فى قبوله للودائع يضطلع بصفة عامة بمركز المدين ، وليس كل مدين فى مركز المقترض دائما ، كما أن المدين قد يكون أمينا فقط فلا يضمن اذا كان لا ينتفع بالمـال ولا يستعمله ، وقـد يكون المدين ضامنا اذا كان ينتفع بالمـال ويأخذ ثمرته وهنا يكون الضـمان مقابل الانتفاع وثمرته .

ثانيا ـ انواع الايداعات :

تتعدد أنواع الايداعات وأشكالها وكلهـا عقود تتم بين البنـك والمتعاملين معه ، ومن ثم تكون التزامات الطرفين فيها حسبما يشترطانه من شروط تراضيا عليها .

ومن أهم أنواعهـا :

١ ـ الايداعات تحت الطلب ويطلق عليها الحسابات الجارية وتتصدر أنواع الايداعات الأخرى .

٢ ـ الايداعات لأجل .

٣ ـ الايداعات باخطار سابق .

٤ ـ الايداع بايصـال .

٥ ــ ايداعات التوفير •

٦ ــ الايداعات المخصصة لغرض معين •

وليس هذه الأنواع على سبيل الحصر بل على سبيل المثال ، فكل ما عرفه العمل المصرفى من أوعية الايداع المستحدثة قابل للاضافة والتعديل حسبما تمليه المصلحة المعتبرة •

ولما كانت الفائدة المشروطة بين الطرفين مقدما أو ابتداء زيادة على أصل رأس المال أو المبلغ المدفوع ــ وسواء أكانت ثابتة أو متغيرة ــ تعتبر ربا محرما ، فان التعامل بها فى أى شكل أو نوع من أنواع الودائع يعتبر حراما أو محرما ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير المسمى فالعبره بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى •

* * *

ثالثا ــ تخريج الايداعات المصرفية وحكمها :

من المألوف أن يختلف الرأى الفقهى حول مسائل المعاملات المالية وبصفة خاصة المستحدثة أو المعاصرة ، ودون تطرق لتفاصيل كل الآراء التى أثيرت حول حكم هذه العمليات المصرفية الداخلة فى اطار الخدمات المصرفية والمسماة بـ « الودائع » بأنواعها المختلفة نخلص الى أن الرأى الغالب فى تكييفها هو اعتبارها « قرض » ومن ثم يجب شرعا أن يكون قرضا حسنا لا قرضا ربويا تحت أى مسمى من مسميات أو أنواع هذه الودائع ، وعلى الرغم من تسليمنا بهذه النتيجة اذ لا ينطبق على هذه العمليات المصرفية وصف الوديعة بالمعنى الفقهى الدقيق والا كان البنك غير ضامن للوديعة اذا هلكت أو ضاعت الا بسببه وهو ما لا يحدث عملا فالبنك ملتزم بالرد فى جميع الأحوال مما يخرج العملية عن وصف الوديعة بالمعنى الفقهى الدقيق وأن اطلاق لفظ « الوديعة » على مثل هذه العمليات يعتبر من قبيل المجاز لا الحقيقة اذ أن هذا أقرب تصوير للمسألة ولا يغنى أو يبعد عن حقيقتها وماهيتها •

واذا كان ذلك كذلك فانه من المتعين أن نأخذ فى اعتبارنا أمرين أساسيين هما :

(أ) كيفية حدوث العملية فى الواقع العملى وهذا هو الأصل فيها والحكم على الشىء فرع عن تصوره .

(ب) ليس هناك ضرورة لادخال أو اقحام هذه العملية المصرفيه فى قالب من قوالب العقود المسماة المعروفة ــ قرضا أو وديعة أو اجارة ــ ... بل ان المعاملة قد تأخذ بوجه شبه من أكثر من عقد مكونة عمليه أو صيغة جديدة مستقلة عن هذه العقود فالأصل فى المعاملات الحل والاباحة لا الحظر ، وعلى رأس المعاملات وجوهرها تأتى العقود اذ لم ترد على سبيل الحصر والا قضينا بالجمود على المعاملات وهو ما لا يجوز بحال .

لكل ذلك أقول وبالله التوفيق :

ان تقدم شخص « ما » طبيعى أو معنوى الى البنك باعطاء أو تسليم أو دفع نقود الى هذا البنك يعتبر فى ذاته اتفاق وعقد بين طرفين ولا نستطيع بحال من الأحوال أن نجرد هذا الاتفاق من نية طرفيه ومقصودهما ، فالعقود مدارها القصود وعليهما ــ النية والقصد ــ يبنى الرضا بالعقد باعتباره أساس العملية التعاقدية ، ثم تأتى الصيغة مكونة لركن العقد المعبر عن النية والقصد وتمام الرضا ، وتكون أيضا ــ الصيغة ــ وعاء لشروط العقد التى يلتزم بها كل طرف فيه .

واذا كان الناس قد اصطلحوا على تسمية هذا الاتفاق أو العقد بين البنك والشخص بمسميات حسب نوع وطبيعة كل وديعة من هذه العمليات المصرفية وجرى بذلك عرفهم فى التعامل فلا بأس به ويسمى العقد باسمه فيكون :

عقد ايداع تحت الطلب وهو ما يسمى بالحساب الجارى . أو عقد ايداع لأجل ، أو عقد ايداع باخطار سابق وهكذا ...

مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة هذا العقد وهو أن محله النقود ومن ثم يجرى التعامل بها وفق أحكام الشرع الحنيف .

فكل زيادة مشروطة على رأس المـال لا يقابلها عوض عند التعاقد تكون ربا ، وهذا الشرط اذا شرط فى عقد من الأنواع السـابقة يخرج العقد عن موضوعه ، أى أن الشرط يبطل ويبطل العقد أيضا .

وعليه نخلص الى الحقائق التالية :

١ ــ أن عملية الايداع عقد أو اتفاق بين البنك والمتعامل معه .

٢ ــ أن هذا العقد اصطلح على تسميته بكل نوع من أنواع هذه العملية المصرفية ، فهناك عقد ايداع تحت الطلب ، وعقد ايداع لأجل ، وعقد ايداع باخطار سابق ... وهكذا .

٣ ــ أن محل هذه العقود هو النقود .

٤ ــ أن كل شرط فى هذا العقد ينص أو يقتضى الزيادة فيه على رأس المـال (المحل) بلا عوض أو مقابل خدمة حقيقية عند التعاقد تعتبر الزيادة من قبيل الربا يبطل بها الشرط والعقد لتناقض الشرط مع مقتضى العقـد .

٥ ــ أن اجراءات عملية الايداع كما تتم فى الواقع العملى تؤيد وتؤكد ما تقدم فالعملية تبدأ بما يسمى « طلب فتح حساب » مشتملا على بيانات من أهمها « نوع الحساب » وهذا البيان يوضح قصد الطالب من فتح الحساب ويدل على نيته . ثم يحرر البنك ما يسمى بـ « قسيمة ايداع نقدى » وليس كل ايداع يأخذ حكم الوديعة ، فالمقصود بالايداع هنـا اعطاء أو تسـليم أو دفع الطالب لمبلغ من النقـود الى البنـك . ثم تحرير ما يسمى بـ « الحافظة » وما تتضمنه من بيانات أهمها « الغرض من الايداع » .

نخلص اذن مما تقدم الى أن « طلب فتح الحساب » يشكل ايجابا من جانب المتعامل مع البنك و « قسيمة الايداع » تشكل قبولا من جانب البنك وفق الغرض الذى تحدد فى بيانات طلب فتح الحساب والحافظة

وهو نوع الحساب **الذى يعتبر بمثابة السبب الدافع والباعث للتعاقد** ومن ثم فكل شرط يتم الاتفاق عليه يأخذ أو يعطى بمقتضاه أى طرف للآخر مبلغا زائدا عن أصل المبلغ الذى أودع ومحسوبا على أساسه ولا يقابله عوض أو منفعة حقيقية يعتبر ربا محرما .

٦ ــ من المعلوم لدى الطرفين فى عقد « الايداع النقدى » أنه اذا لم يكن بغرض الاستثمار وفق الصيغ الشرعية للاستثمار فان البنك ينتفع بالنقود محل الايداع فى عملياته المصرفية ولا بأس بذلك فمناطه الجواز سواء اعتبرنا العملية قرضا أو أن لها شبه بالقرض أو أنها وديعة مأذون باستعمالها ، ومن ثم فان البنك يستأثر بثمرة انتفاعه بالمال المودع فى مقابل ضمانه لرد الأموال عند طلبها ، ومن القواعد الفقهية المسلمة « الخراج بالضمان » .

الا أن العملية على هذا النحو يكون فى النفس منها شىء ، اذ لا تستقيم مع طبائع الأمور ومنطق العقل ولا يتصور أن تكون الأموال المودعة فى حسابات غير استثمارية ولو لمدد قصيرة تشكل مبالغ طائلة وينفرد البنك بالانتفاع بها ويستأثر بثمرة وعائد ذلك الانتفاع ، وهنا يقع الظلم والاستغلال ، ودفعا لهذا الظلم ومنعا من الاستغلال لا بد من ايجاد صيغة مناسبة لتلك الحسابات أو الايداعات تجمع بين ثلاثة اعتبارات هى :

١ ــ سرعة الرد .
٢ ــ ضمان الأموال .
٣ ــ تحقيق ربح .

وبتوافر هذه الصيغ أو الصيغ التشغيلية التى تجمع بين هذه الاعتبارات يستطيع البنك أن يحقق هدفين رئيسين هما :

١ ــ المزيد من جذب الايداعات .

٢ ــ تجنب الظلم والاستغلال فى انتفاعه فقط بأموال الايداعات وأيا كان التخريج الفقهى الشرعى السليم لها لا ما اضطرتم اليه بغير بغى ولا عدوان .

المبحث الثانى

خطابات الضـــمان(١)

أولا ـ تعريفها كما تحصل فى الممارســة :

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 فى حـدود 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 فى ذلك الوقت ... حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو اخلاله بشروط التعاقد معـه(٢) ...

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

١ ـ عمولة اصدار خطاب الضمان ..

٢ ـ عمولات التمديد أو التعديل ..

* * *

ثانيا ـ رأى هيئات الرقابة الشرعية :

والسؤال الذى طرح على هيئات الرقابة الشرعية فى 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 الضمان .

هل يعتبر هذا العمل ــ من الناحية الشرعية ــ حلالا أو تحوم حوله أيه شـــبهة ؟

وكان رأى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصرى عدم موافقة الهيئة على أن يقوم البنك باصدار خطابات الضمان نظير عمولات يتقاضاها وأنه يمكن للبنـــك أن يشارك العميل فى العملية المطلوب من أجلهـــا الضمان وعندما تقوم المشاركة بين البنك وعميله وفقا للأسس التى سبق للهيئة أن عرضت لهـــا فان ما يصدره البنك فى هذه الحالة من خطابات ضمان لتقديمها 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 المشـــاركة 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 عـــدم الموافقةعلىاصدار خطاباتضمان فقط ــ أىمجردةمنالعمل ــ 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 ذمـــة الى ذمـــة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ــ فالبنك يلتزم فى خطاب الضمان لدى الطرف الثالث ــ المكفول له ــ بتأدية ما على العميل من الحق فى حالة فشله فى الوفاء بالتزاماته ، وبما أن الكفالة مشروعة باتفاق الفقهاء فان خطاب الضمان يكون مشروعا أيضا هـــذا بالنسبة لخطابات الضمان التى ليس لها غطاء ، أما خطابات الضمان التى

لهـا غطـاء كلى أو جزئى فانهـا تتضمن الوكالة والكفالة معـا ... ولا مانع شرعا من خطاب الضمان على هذا التكييف لأن الوكالة عقـد 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[1] :

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

وعلل ابن عابدين المنع[2] :

« بأن الكفيل مقرض فى حق المطلوب واذا شرط له جعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما قرضه فهو باطل لأنه ربا » .

أما اذا كان الأجر الذى يأخذه البنك نظير ما قام به من خـدمة ومصاريف تتطلبها اجراءات اكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعا[3] .

ويقول فضيلة الشيخ بدر المتولى عبد الباسط : لا أعلم من فقهاء الاسلام من أجاز أخذ أجر على الضمان[4] .

وقد ورد فى كتاب الخدمات المصرفية فى المصارف الاسلامية أن أخذ الأجرة على الكفالة لم يجزه جمهور الفقهاء[5] .

* * *

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٤٢ ـ الدسـوقى مع الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦٧

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق جـ ٦ ص ٣٢٤٢ ـ تقنين الشريعة على مذهب الامام مالك ـ القسم الثانى ص ٢٠١ ، ٢٠٢

(٣) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية ببنك 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 مؤتمر المصرف الاسلامى الثانى بدبى ـ د. على السالوس ـ حكم أعمال البنوك فى الفقـه الاسلامى ـ ملحق مجلة الازهر عدد ذو الحجة سنة ١٤٠٢ هجرية

ثالثا ـ رأينا فى المسـألة :

ونظرا لتعدد وتشابك جوانب الموضوع فاننا نحاول بسطه على نطاق فسيح من البحث على النحو التالى :

١ ـ الجوانب القانونية للمسألة :

(١) نعتقد أن الجوانب القانونية فى الموضوع ترجع أساسا الى لائحة المناقصات والمزايدات وتوحيد عمليات الشراء الصادر بها القرار الوزارى رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بنظم المناقصات والمزايدات وتعديلاته فى مصر .

تنص المادة ٤٨ من اللائحة المذكورة على أنه :

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

وتنص المادة ٤٩ من نفس اللائحة على أنه :

« ... واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الوزارة المختصة أو ... مبلغا يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

وعند ما ترد لاحدى وزارات الحكومة أو مصالحها كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص بها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها » .

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

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

ونخلص مما جاء فى لائحة المناقصات والمزايدات الى ما يأتى :

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

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

(جـ) 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 هى :

ـ ألا يقترن بأى قيد أو شرط .

ـ أن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر المســتفيد مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجـديده مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما يراه المستفيد عند الطلب .

ـ 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 (الجهــة) وعدم اخلاله بشروط ذلك العقــد وقيامه بالوفاء بالتزاماته العقدية على أكمل وجــه .

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

تنص المــادة رقم ٧٧٢ : « على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص

تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف بـه المدين نفسه » .

وتنص المـادة ٧٧٦ على أن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا .

وتنص المـادة ٧٧٨ على أن الكفالة تجوز فى الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى .

وتنص المـادة ٧٧٩ على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدينا ولو كان الكفيل تاجرا .

وفى **تنظيم العـلاقة بين الكفيل والدائن** تنص المـادة ٧٨٢ على أن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ويبرأ بمجرد براءة المدين .

وتنص المـادة ٧٨٦ على أنه اذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين والا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر مـا أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن .

وتنص المـادة 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 الحـالة أن يتمسك بهذا الحق .

وفى **تنظيم العـلاقة بين الكفيل والمدين** تنص المـادة ٧٩٩ على أنـه 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 وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين .

وتنص المـادة ٨٠٠ على أن للكفيل الذى وفى الدين أن يرجـع على المدين بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحـق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع .

٢ ـ الجوانب الفقهية للمسألة :

لقد أردت من العرض السابق ايضاح الواقع القانونى والعملى كما تجريه المصارف التجارية لمسألة خطابات الضمان ولا شك أن قيام البنوك الاسلامية بهذا الدور فى نطاق الخدمات المصرفية يفرض عليها بعض القيود أو المحاذير التى تتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ومن هنا نعرض لبعض الأحكام الأساسية فى المسألة فى الفقه الاسلامى على النحو التالى :

انه لما يجدر ذكره أن الفقه الاسلامى استعمل مصطلحى «الضمان» و « الكفالة » مجتمعين ومنفردين ، وأن الربط بين الضمان والكفالة أمر وارد لدى الفقهاء اذا كان المال محلا للالتزام فى كل منهما ، وذكر بعضهم أن الكفالة نوع من الضمان . ومع ذلك قال الخلوتى : ويمكن أن يجاب بأن الضمان أضيق من الكفالة لأنه اذا ضمن الدين لم يسقط الا بأداء أو ابراء بخلاف الكفالة بالدين فانها تسقط بهما وبموت المكفول وغير ذلك ، ولا يلزم من كون الشىء نوعا فى شىء آخر مساواة أحدهما الآخر فى الحكم بل قد يختلفان كما فى السلم مع البيع[1] .

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

والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما ولأنه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم فيه خلافا وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافى ذلك .. ذكره القاضى[2] .

---

(١) انظر حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع للبهوتى وحاشيتها للشيخ عبد العزيز العنقرى جـ ٢ ص ١٨٨ ـ مكتبة الرياض الحديثة .

(٢) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٤٧ ـ ط. جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

وما سبق مقدمات أساسية ذكرناها للربط بينهما وبين معطيات المسألة فى التطبيق المصرفى المعاصر .

وعرف الضمان بأنه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد ، وحكى عن مالك فى 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[1] .

وقيل فى تعريفه ــ وهو الأدق والأشمل فى نظرنا ــ انه : « التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ، ويصح بلفظ ضمين وكفيل ... »[2] .

وقيل : « الضمان تبرع بالتزام حق »[3] .

وعرفت الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة شىء (م ٦١٢ مجلة الأحكام العدلية) وتصح الكفالة بالحق المالى كالضمان . والكفيل هو ما تعهد بما تعهد به الأصيل أو المكفول عنه (م ٦١٨ مجلة) .

وتصح الكفالة بالدين المستقبل (م ٦٣٦ مجلة ــ بتصرف) .

٣ ــ النتائج المستخلصة مما سبق :

(أ) لا غضاضة فى الفقه الاسلامى من الجمع بين الكفالة والضمان اذا كان محلهما 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 ومن ثم

---

(١) انظر الشرح الكبير لابن قدامة جـ ٣ ص ٣٤ ــ ط. جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .
(٢) انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٠ ــ مرجع سابق .
(٣) انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٢ ــ مرجع سابق .

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 فى نظام المناقصات والمزايدات .

(جـ) ان الخيار ينافى مقتضى عقد الكفالة والضمان فى الفقه الاسلامى وذلك يتفق معه ما جاء بالنصوص النظامية[1] من أن خطاب الضمان لا يقترن بأى قيد أو شرط والاستعداد لأدائه دون التفات الى أية معارضة من المتعهد أو المقاول .

(د) ان خطاب الضمان والكفالة يحل محل « مبلغ التأمين » المطلوب من العميل .

(هـ) لا اشكال فى الوضع القانونى حول ما يستفيده البنك من اصدار خطابات الضمان اذ هو يتقاضى العمولة والمصروفات والفوائد اذا أدى الدين فضلا عن أصله ، على حين أن ذلك مثار نزاع كبير مع الفقه الاسلامى للاتفاق على تحريم الفوائد ولغلبة الرأى بأن الضمان والكفالة من عقود التبرعات وهى بغير عوض ، وأن الكفيل مقرض واشتراط الزيادة على القرض ربا ، وما قاله الفقهاء واضح ومسلم به بشرط أن تتمحض الصورة المعروضة لخطابات الضمان فى الدلالة على الكفالة المعروفة فى كتب الفقه الاسلامى .

وهو ما يجعلنا نعرض للعرف المصرفى فى المسألة .

٤ ـ الجوانب المصرفية المستحدثة فى المسألة :

من الملاحقة الدقيقة لمتطلبات العمل المصرفى فى البنوك التجارية يتضح أنها لم تقنع بما تقدمه الكفالة من أحكام لكى تواجه بها خطابات الضمان بما تقوم عليه من أنها تصدرها بلا قيد أو شرط ودون التفات الى معارضة العميل عند الأداء أو الوفاء ويتضح ذلك مما يأتى :

---

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

(١) اذا كانت الكفالة المالية التزام بما وجب أو ما قد يجب من المال على الغير لسداده لصالح المكفول له فان البنك فى خطاب الضمان يطلق تعهدا مجردا عن ظروف التزام العميل أمام المستفيد ، ومن ثم فلا حاجة بالدائن المستفيد أن يثبت مديونية مدينه العميل واستحقاقه لها[1] ، وهو ما توجبه أحكام الكفالة شرعا وقانونا ــ اذ تشترط صحة الدين ــ ومن هنا كان محل الالتزام أو طبيعته تختلف فى خطاب الضمان عنها فى الكفالة .

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

(٣) وبالنسبة لرجوع الدائن على الكفيل فالحكم فى القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل قبل المدين ولا أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله وذلك بعد ثبوت الدين المطالب به .

وقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية أن الطالب مخير فى المطالبة ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا (م ٦٤٤) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى د. على جمال الدين عوض ــ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٤٨٦ طبعة ١٩٨١ ــ دار النهضة العربية .

ومما يجدر التنبيه اليه أن تبعية دين الكفيل لدين المكفول من حيث الوجود والثبوت والصحة والوصف مما يتعلق بأطراف المعاملة جميعهم (الدائن والمدين والكفيل) ولا تؤثر هذه التبعية على النحو السابق على حق الدائن فى المطالبة التى خيرته فيها مجلة الأحكام العدلية ومن أخذت عنهم من الفقهاء[1] .

ومن ثم يختلف حكم المطالبة فى الفقه الاسلامى عنه فى القانون الوضعى الذى لم يجز مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين وألا ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله وكلا الحكمين مختلف عما عليه العمل فى خطابات الضمان كما تجريها البنوك التجارية فالمبلغ الثابت فى خطاب الضمان مستحق فور طلبه دون التفات الى معارضة المدين (العميل)[2] .

(٤) ان البنك فى التزامه بخطاب الضمان ليس نائبا عن العميل وليس له أن يتمسك بالدفوع التى للعميل ضد المستفيد وذلك يبعده عن أحكام الكفالة الواردة فى القانون المدنى الذى يجيز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، على حين أن البنك فى 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 الأصلى فان اختلف المضمونات انفصل التزام الكفيل وأصبح مستقلا

---

(١) أيضا انظر الروض المربع جـ ٢ ص ١٨٢ ـ المرجع السابق فقد جاء فى باب الضمان : أن الحق ثابت فى ذمة المضمون والضامن فملك الدائن مطالبة من شاء منهما ... وكل من الضمان والكفالة حق مالى فصحت الكفالة به كالضمان . ص ١٨٧ أيضا .

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

عن التزام المدين ولم نعد أمام عقد كفالة تابع بل أمام عمل أصيل فاذا كان المدين الأصلى ملتزما بتوريد بضائع فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بأن يدفع مبلغا من النقود فى حالة عدم وفاء المدين .....

فاذا كان محل تعهد البنك مبلغا نقديا وكان محل التزام المدين الأصلى شيئا آخر غير دفع مبلغ من النقود كان التزام البنك الناشىء من خطاب الضمان التزاما أصليا .

أما اذا اتحد المحل فى التزام البنك والتزام المدين الأصلى (عميل البنك) بأن كان التعهد فى الحالتين بمبلغ من النقود كان معيار التفرقة بين كون التزام البنك أصليا أو تابعا هو استظهار ارادة البنك مصدر خطاب الضمان وهى قد تكون صريحة فى عبارة الخطاب وقد تكون مستخلصة من الظروف التى أحاطت اصدار الخطاب ويذهب هذا القول الى حد أن القاعدة العامة هى 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 فى المادة ٧٧ مدنى والتى تنص على أن : « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه »[1] .

* * *

● **خلاصة :**

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

---

(١) المجلة الاقتصادية التى يصدرها البنك المركزى ـ المجلد الأول ـ العدد الأول ـ القاهرة سنة ١٩٦٠ ص ١١١ ـ تعليق على الحكم محكمة القاهرة المستعجلة فى ١٩٦٠/٣/٥ ـ انظر د. على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ٥٠٦ هامش (٢) .

يعتوره اغفال كثير من مستحدثات العرف المصرفى فى المسألة على نحو ما سبق ذكره تفصيلا .

ومن هنا كانت المحاولة الذكية لاعتبار خطاب الضمان جزءا من مشاركة أو مضاربة بين المصرف وعميله ولكنها محاولة لا تفى بالغرض لما يأتى :

(أ) انها على خلاف قاعدة الأمور بمقاصدها .

(ب) انها فى مضمونها تقوم على اعتبار أن الربح يستحق بأسباب ثلاثة هى : المال ـ العمل ـ الضمان .

على حين أن حقيقة المسألة ـ أو أن المسألة فى حقيقتها ـ ليست كذلك فالبنك الاسلامى يستعير من العمل المصرفى التجارى عمليات خطاب الضمان بفنياتها المنبتة الصلة عن فنيات الالتزام الأصلى بين العميل والبنك على نحو ما سلف شرحه مع محاولة تطهيرها من الربا .

وفى هذا الخصوص أود أن أشير الى حديث : « الخراج بالضمان » وهل فى معناه متسع لمقابل ظاهر أو جزاء عادل اذا قلنا : ان من يتحمل تبعية ضمان شىء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشىء المضمون فالمنفعة مقابل الضمان فى هذه الحالة ويجرى الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله فى المنفعة ؟

ففى معنى الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة ، فخراج الشىء هو كل ما خرج منه ومن ثم فالخراج فى الحديث هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان[1] ، وقال الزركشى رحمه الله فى قواعده[2] : ان الخراج ما خرج من الشىء من عين ومنفعة وغلة .

---

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ـ تحقيق عبد العزيز الوكيل ص ١٥١ ، ١٥٢ ـ ط. مؤسسة الحلبى وشركاه سنة ١٣٨٧ هـ ـ (١٩٦٨ م) .

(٢) المنثور فى القواعد جـ ٢ ص ٩ ـ طبعة أولى ـ تحقيق تيسير فائق أحمد محمود مؤسسة الخليج للطباعة والنشر بالكويت ـ الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٠ ، ١٥١ ـ دار احياء الكتب العربية .

ومن قواعد الفقهاء فى معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندى : « من ضمن مالا فله ربحه »[1] .

وعلى هذا الأساس نقول : ان البنك وقد ضمن عميله فى خطاب الضمان فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميل فى هذه العملية **((شراكة عقد))** محله ضمان عمل العميل ، وضمان العمل نوع من العمل[2] . وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل ، يكون تارة بالضمان ، وساقت 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 يعنى الأجرة المأخوذة من أصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقا لذلك التلميذ بعمله ويكون نصفها الآخر مستحقا للأستاذ أيضا **بتعهده وضمان العمل** ».

فالمثال المذكور قدر حق المتعهد والضامن النصف فى كسب المتعهد العامل المضمون فى عمله .

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

---

(١) انظر أخبار القضاة لوكيع بن حبان جـ ٢ ص ٣١٩ ، ط . عالم الكتب ـ بيروت ـ مشار اليه فى القواعد الفقهية لعلى أحمد الندوى ص ٨٣ ـ ط . دار العلم ـ دمشق .

(٢) انظر المادة ١٣٤٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(جـ) ان العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى ـ كما هى القاعدة الفقهية المستقرة ـ فليس البنك بمقترض ولا المستفيد مقترضا والعملية كما تجرى فى الواقع العملى خطاب ضمان صادر من البنك بمبلغ محدد لصالح المستفيد وغير مغطى كليا أو مغطى جزئيا ويأخذ حكم الأول فى الجزء الغير مغطى .

● **تقييم هذا الرأى عمليا :**

قد يقول قائل : إن المتعاملين سيحجمون عن التعامل مع البنك الاسلامى لأن نسبة الفائدة المصرفية ستكون أقل من نسبة الربح مما يغريهم بالتعامل مع البنوك الربوية ، وهذا القول يتجاهل ما يأتى :

ـ ان دخول البنك الاسلامى كشريك فى العملية يخفف مخاطر العميل ومن ثم تثور مسألة جواز تحمل البنك لنصيبه فى المخاطر بنسبة الربح لمجرد الضمان والحصول على نسبة ربحه وعلى ذلك تكون نسبة الربح أساس عادل لتحديد نسبة التحمل فى الخسارة فى حالة الشركة على أساس الضمان فقط .

* * *

المبحث الثالث

الاعتمادات المستندية

● **تقديم :**

ان نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفى فى البنوك التجارية (الربوية) ثم استعير العمل بها فى المصارف الاسلامية بعد تطويعها لمعطيات العمل المصرفى الاسلامى وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه وبخاصة صيغتى المرابحة للآمر بالشراء والمشاركة •

ولما كان نظام الاعتمادات المستندية أصبح أساسا فى التجارة الخارجية ويقوم على شبكة من المراسلين فى الخارج يختلف نظام عملها فى صلبه عن نظام العمل فى المصارف الاسلامية التى لا تتعامل بالفائدة أخذا وعطاء ، فان ذلك يفرض صعوبة عملية ومشكلة حقيقية فى عمل المصارف الاسلامية لا حل لها الا باتساع نطاقها واقامة تعاون حقيقى 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 ربوى » •

هذا وان الاعتماد المستندى فى جوهره وفنياته لا يختلف فى عمليات المرابحة لطالبى الشراء أو الآمر بالشراء عن عمليات المشاركة الا فى أن المصرف فى العمليات الأولى يشترى لنفسه ابتداء بمعنى أنه يمتلك السلعة قبل بيعها لطالبها ثانية على حين أنه فى المشاركة فالسلعة للطرفين (البنك والعميل) أى مملوكة لهما وان اختلف مقدار ملكية كل منهما بما يترتب عليه من آثار أو نصيب فى العائد المتحقق ان وجد •

* * *

أولا ـ تحديد المسـألة :

١ ـ تعتبر الاعتمادات المستندية أساسا وسيلة من وسائل الدفع فى التجارة الخارجية وان كانت أكثر وسائل الدفع انتشارا ولا يمنع ذلك من استخدامها فى التجارة الداخلية أيضا .

٢ ـ الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع قد يصحبها « ائتمان » بل ان الاعتمادات المستندية وان كانت بحسب الأصل وسيلة دفع مما يفترض غطائها ويكون الاعتماد المستندى كضمان للتنفيذ الا أن هذا الأصل أصبح استثناءا ، فالغالب الأعم الآن هو اقتران الاعتماد المستندى بـ « ائتمان » .

٣ ـ ان نظام الاعتمادات المستندية نفسه فى تطور هائل للثورة المستمرة فى « تكنولوجيا » النقل والمستندات .

٤ ـ ان مجموعة القواعد والأعراف (العادات) الموحدة للاعتمادات المستندية المعدلة فى٢١ يونيه سنة١٩٨٣ والمعمول بها اعتبارا من أول أكتوبر سنة ١٩٨٤ ليست معاهدة دولية ومن ثم فليست ملزمة الا باتفاق أطراف الاعتماد المستندى ومن ثم فان فى وسع كل طرف أن يحاول فرض شروطه قدر استطاعته مثل (م ٥ ، م ١٠/جـ ، م ١١/ب م ١٢/ب) .

٥ ـ ان التخريج الشرعى للعمليات المختلفة لنظام التعامل بالاعتمادات المستندية يقتضى تعقبا دقيقا لهذه العمليات والمراحل التى تمر بها واعطاء كل عملية ومرحلة الوصف الشرعى الدقيق وما يقوم عليه من أحكام شرعية وهو ما نشرع فيه فيما يلى ..

* * *

ثانيا ـ التخريج الفقهى للاعتمادات المستندية والحكم فيها :

لتبسيط العرض سأتناول الاعتمادات المستندية فى حالتيها ولعل هذا التبسيط يساعد كثيرا فى حل الكثير من مشاكلها القانونية والفقهية بل والفنية الاقتصادية .

١ ــ الحالة الأولى : الاعتمادات المستندية كوسيلة دفع :

اذا كان هــذا هو الأصل فى الاعتمادات المستندية بما يفرضــه من أن تكون مغطاة بالكامل فان ذلك المعنى الجوهرى هو الذى حدى بالبعض الى أن يعرف الاعتماد المستندى بأنه :

« تعهد مكتوب يصــدره البنــك فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله يتعهد البنك بمقتضاه للمستفيد (المصدر) كطرف ثالث بأن يدفع أو يقبل أو يخصم قيمــة الكمبيالات المصاحبة لمستندات الشحن اذا كانت مطابقة لشروط الاعتماد » .

وهذا هو التعريف الشــائع لدى الباحثين والفقه القانونى ، ويبدو لنــا أن التعريف الذى أوردته المــادة الثانيــة من مجموعة القواعــد والعادات (الأعراف) الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية الصــادر بها منشور غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٨٣ اذ نصت على :

« ان اصطلاح الاعتماد المستندى أو الاعتمادات الضامنة تعنى : أى ترتيب مهما كانت تسميته أو وصــفه بمقتضاه يقوم البنك (البنك المصدر) بعمل بناء على طلب ووفقا لتعليمات عميله (طالب الاعتماد) :

١ ــ بالدفع الى أو لأمر ثالث (المســتفيد) أو بدفع أو قبــول كمبيالات مسحوبة بواسطة المستفيد .

٢ ــ أو بتفويض بنك آخر بأن يقوم بهذا الوفاء أو بدفع قيمــة هذه الكمبيالات أو قبولها أو خصمها .

مقابل مستندات مشترطة على أن تكون نصوص وشروط الاعتماد قــد روعيت .

وفى اطار هذا التحديد للاعتماد المستندى القائم على :

١ ــ أن الاعتماد مغطى بالكامل من طالب الاعتماد .

٣ ــ أنه تعهد بالدفع أو القبــول أو الخصم يقوم به البنك المصدر أو مراسلة للمستفيد .

نستطيع أن نقول ان هــذه العملية تدخل فى معنى الوكالة بمعناها الفقهى ، فطالب الاعتماد يوكل البنك (البنك المصدر) فى القيــام بعمل وفقا لتعليماته ويجوز للوكيل أن يوكل غيره فى حــدود ما وكل فيــه فيجوز للوكيل الأصلى ــ وهو البنك المصدر للاعتماد ــ أن يقوم بالدفع أو القبــول بنفســه أو بواسطة غيره وهو البنك المراسل .

وتبعد هــذه العملية عن أن تكون « اجارة » اذ الوكيل وان كان يعمل باســمه الا أنه لابد أن يفصــح عن صفته كوكيل وأنه يعمــل لحساب موكله فيما يقوم به من أعمال وليس هكذا الأجير ، وهذا المعنى هو الذى جعلنــا نؤثر التعريف الوارد للاعتمادات المستندية فى مجموعة القواعد والعادات الدوليــة سالف الذكر اذ جاء به :

« أن يقوم البنــك المصدر بعمل بناء على طلب وفقا لتعليمات عميل (طالب الاعتماد) .. » .

٢ ــ **الحالة الثانية** : الاعتمادات المستندية كوســيلة دفع مقترنة بائتمان ومصحوبة به :

وهــذه الحالة وان كانت ليست هى الأصل فى نظام الاعتمادات الا أننا لا نســتطيع أن نجرد الواقع العملى منها وما يصاحب الاعتماد المســتندى من ائتمان جعل البعض يضيف الى تعريف الاعتماد المستندى بالمعنى الســابق عبارة أخرى على النحو التالى :

« تعهد صــادر من البنك بناء على طلب العميل (الآمر) ..... وذلك بشروط معينة واردة فى هذا التعهد **ومضمون برهن حيازى على المستندات** الممثلة للبضاعة المصدرة »[1] .

---

(١) د. على البارودى ــ العقود وعمليات البنوك التجارية ص ٣٧٢ ط ٢ ــ ١٩٦٨ ــ الاسكندرية .

وبهذا الاعتبار «الائتمان» عرفت المادة ٢٨٢ من مشروع القانون التجارى المصرى الاعتماد المستندى بقولها :

« الاعتماد المستندى اعتماد يفتحه المصرف بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الآمر) لصالح شخص آخر (يسمى المستفيد) **بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل .....** » .

ويؤكد هذه الطبيعة للاعتماد المستندى أى التى يقترن فيها بائتمان ما تنص عليه المادة (١٧) من مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية من أنه :

« لا تتحمل البنوك أية تبعة أو مسئولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو التزوير أو الأثر القانونى لأية مستندات أو عن الشروط العامة و/أو الخاصة التى تشترط فى المستندات أو تكون مضافة عليها .

ولا تتحمل أية تبعة أو مسئولية عن الوصف أو الكمية أو الوزن أو الجودة أو الحالة أو التعبئة أو التسليم أو القيمة أو وجود البضاعة التى تمثلها أية مستندات أو عن حسن نية أو سلامة تصرف . و/أو السهو أو يسار أو تنفيذ التزامات أو سمعة المرسل أو الناقلين أو المؤمنين على البضاعة أو أى شخص آخر أيا كان » .

تأسيسا على ما تقدم وباستثناء حالة **السداد المقدم** (Advance Payment) فى الاعتمادات المستندية فانها جميعا تمثل تمويلا للتجارة الخارجية لمدد متفاوتة ففى استطاعة كل من المستورد والمصدر الحصول على تسهيلات ائتمانية بموجب الاعتماد المستندى فيستطيع البائع الحصول على ائتمان بموجبها كاستخدامها فى غطاء اعتماد مقابل (Back to Back) ويستطيع المشترى أن يحصل على ائتمان بموجبها كاستخدامه للتسهيلات المصرفية أو اعادة التمويل .

ولا شك أن صور التمويل السابقة التى تقترن بالاعتمادات

المستندية وتقوم عليها تكون لقاء فائدة ربوية ومن هنا كانت المعاملة محرمة ما لم تتحرر من هذه الفوائد بصيغة مشروعة أو بديل اسلامى وهذا هو التحدى المطروح على البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية فى نطاق التجارة الخارجية •

* * *

ثالثا ـ البنوك الاسلامية ومعضلة الاعتمادات المستندية النظيفة :

١ ـ لما كان قيام المصارف فى الاعتمادات المستندية بدور المتعهد بالدفع فى اطار السداد المقدم من طالب الاعتماد يمثل نسبة ضئيلة جدا فى التجارة الخارجية التى تعتمد جميعها تقريبا على التمويل بفائدة ربوية فان دخول البنوك الاسلامية فى هذا المضمار يشكل تحديا خطيرا لنظامها القائم على عدم التعامل بالفائدة ، ولكن كيف يتم ذلك ؟

٢ ـ اذا كانت البنوك فى نظام الاعتمادات المستندية وما تقوم عليه من ائتمان بضمان مستندات البضاعة أو حيازتها فى مخازنها أو رهن المستندات أو أن تصدر بوليصة الشحن باسم البنك الممول والفاتح للاعتماد فان كل ذلك يشكل أساسا وسائل لضمان حصول البنك على « تمويله » للعملية وليست أسبابا حقيقية للملكية بمعناها الصحيح وهو « الاختصاص الحاجز » ، الاختصاص بالشىء محل الملك المخول لسلطات المالك والحاجز لغير البنك المالك من الانتفاع والتصرف فيه الا عن طريقه وبسببه •

والتطبيق العملى السليم لذلك يتمثل فى ضرورة **قلب العلاقة** بين العميل والبنك فيصبح البنك مالكا للسلعة كليا أو جزئيا ، والمتعامل معه (الآمر أو الطالب) شريكا أو وكيلا أو أجيرا •••

وهذا الوضع الذى يفرضه نظام عمل البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية على نظام التجارة الدولية ومن ثم مجموعة القواعد والعادات (الأعراف) الموحدة للاعتمادات المستندية التى يجب أن تفسح

المجال فى نصوصها لمثل هذا التعامل بادخال تعديل أو استدراك على نص المادة التى تعفى البنوك من التبعة والمسئولية عن البضاعة مكتفية بالتركيز على المستندات فقط ومدى مطابقتها لشروط فتح الأعتماد وهذا الوضع الطبيعى لنظام الاعتمادات المستندية القائم على الائتمان فقط .

وهذا الدور الجديد الذى يفرضه نظام عمل البنوك الاسلاميه يضيف ضمانا وأمانا مفتقدين فى نظام التجارة الدوليه ، والدليل على ذلك ما أسفر عنه نص المادة السابعة عشر من مجموعة القواعد والعادات الدولية للاعتمادات المستندية اذ يتعرض هذا النص لنفى المسئولية عن البنوك فى حالة عدم صحة أو تزوير المستندات وهى مشكلة قائمة بحدة على المستوى الدولى فقد حكم مجلس اللوردات حديثا بأن البنك ليس له أن يمتنع عن الوفاء الى المستفيد اذا كان هذا المستفيد يجهل واقعة تزوير المستندات[1] .

ومن أشهر حوادث تزوير المستندات التى تعتبر عمليات نصب على البنوك :

ـ استعمال أسماء بنوك غير موجودة أو مستندات مزورة لبنوك موجودة فعلا .

ـ تقديم مستندات تفيد شحن البضاعة على سفينة معينة ويتضح فيما بعد أنه لا توجد بضاعة وتشاهد السفينة فى رحلات جديدة تحت اسم آخر .

وفى ظل هذا التنظيم الجديد الذى يفرضه نظام عمل المصارف الاسلامية تختفى صور التحايل لاضفاء صفة الملك أو المالك على البنك لمجرد ارتهانه لمستندات البضاعة أو حيازتها اليه فى

---

(١) انظر :
Leading Coses in London and N.Y. in 1982 ; gfl R. Jan, 1983.p.4.
مشار اليه فى د. محيى الدين اسماعيل علم الدين ـ أضواء على القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية ص ٣٩

مخازنه أو استعارة اسم البنك على بوليصة الشحن أو فرضها على الآمر أو طالب الاعتماد ، وفى كل هذه الصور لا يتحمل البنك تبعة هلاك البضاعة لأنه ليس هو المالك الحقيقى لها .

كما تختفى صورة افتراض وكالة الشاحن أو الناقل ومن ثم تصحيح تصرفه بالبيع للسلعة فالوكالة لا تفترض .

ولا يقتضى قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه سوى جدية وكفاءة البنوك الاسلامية فى الاضطلاع بهذا الدور فى التجارة الدولية .

* * *

رابعا ـ أنواع الاعتمادات المستندية وموقف البنك الاسلامى منها :

فى اطار هذا التنظيم القائم على قلب العلاقة بين البنك الاسلامى والمتعامل معه طالب الاعتماد ، والذى يكون فيه البنك مالكا كليا أو جزئيا للسلعة والمتعامل معه وكيل أو أجير أو شريك ـ تسرى أيضا كل أنواع الاعتمادات المستندية المعروفة فى التجارة وهى :

١ ـ الاعتماد المستندى القابل للالغاء (Revocable)

٢ ـ الاعتماد المستندى غير القابل للالغاء (Irrevocable) **والشرط .**

وهذين النوعين من أنواع الاعتمادات يتوقفان على الشرط الذى يشترطه المستفيد أو البائع ، فاذا اشترط الأخير عدم قابلية الاعتماد للالغاء وقبله الأطراف الأخرى فلا بأس به مع مراعاة حق البنك فى اشتراط عدم البراءة من العيوب الخفية فى السلعة .

٣ ـ الاعتماد المستندى المعزز (Confirmed) **والكفالة :**

وهى الصورة الأكثر شيوعا واستخداما فى التجارة الخارجية وتعزيز الاعتماد هنا يكون بناء على طلب المستفيد البائع أو المصدر للبنك المبلغ للاعتماد أن يلتزم بنفس التزام البنك فاتح الاعتماد ولا يتم تعزيز الاعتماد الا بناء على طلب البنك المنشىء للاعتماد والمصدر له .

وهذا النوع أو هذه الصورة للاعتمادات المستندية نوع من الكفالة التى تضم فيها ذمة البنك المبلغ للاعتماد (البنك المؤيد) الى ذمة البنك الفاتح للاعتماد والمصدر له ويكون كل من البنك المؤيد والبنك المصدر متعهدا بالدفع أو بالوفاء .

٤ ــ اعتماد غير معزز (Unconfirmed) :

ويقوم على الثقة بين المستفيد والبنك المصدر المنشىء للاعتماد .

٥ ــ الاعتماد القابل للتحويل (Transferable) **وحوالة الحق :**

وبموجبه يحق للمستفيد أن يطلب من البنك الملتزم بالدفع بتحويله كليا أو جزئيا لشخص أو أشخاص آخرين فى نفس البلد أو بلد آخر .

وهذا الاعتماد تسرى عليه أحكام حوالة الحق فى الفقه الاسلامى وهى جائزة عند جمهور الفقهاء[1] .

ومما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية أن البائع ــ وهو هنا المستفيد ــ له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض . مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه (م ٢٥٢) .

* * *

خامسا ــ طرق الدفع فى الاعتمادات المستندية(٢) وموقف البنك الاسلامى منها :

تأسيسا على ما تقدم من ضرورة تعديل الدور الذى تؤديه المصارف الاسلامية فى الاعتمادات المستندية وما قد يعكسه ذلك على طرق الدفع على النحو التالى :

---

(١) انظر المرحوم الشيخ احمد ابراهيم ــ الالتزامات فى الشرع الاسلامى ص ٢١٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى طرق الدفع العادية الأستاذ عبد القادر عثمان فى بحثه الشامل : « الاعتمادات المستندية بين التجهيز والتنفيذ » ص ٢٠ وما بعدها الطبعة الثالثة ــ نوفمبر ١٩٨٩ (بتصرف) .

١ ــ الدفع المقــدم (Advance Payment) :

يتم الاتفاق على دفع نسـبة معينة من قيمة السلعة مقدما للمستفيد بموجب ايصال استلام وخطاب ضمان بذات القيمة .

على أن يتم دفع الباقى للمستفيد عند تقديمه لمسـتندات الشحن مطابقة لشروط الاعتماد أو على آجـال طويلة بموجب كمبيالات مقبولة الدفع من المستورد (وذلك بافتراض أن هناك تطابق حقيقى بين البضاعة والمستندات وليس فقط التعامل على المستندات) .

وهذه الطريقة للدفع تقارن طريقة العربون فى الفقه الاسلامى والتى يجيزها الامام أحمـد رحمه الله بتوسـع[٢] . بل ان الدفع فى الحـالة المـاثلة تم على أسـاس ان هـذا المقـدم جزء من ثمن المبيع دفـع معجلا وهو ما يرى الامام مالك أنه لا بأس به[٢] .

٢ ــ الدفع الفورى أو بالاطـلاع (At sight) :

اذ يتم فى هـذه الحالة دفع القيمة للمستفيد البائع بمجرد الاطلاع على مسـتندات البضاعة ومطابقتها لشروط الاعتماد فلا بأس أن يؤدى الثمن أو القيمة على هذا النحو من البنك باعتباره المـالك أو الشريك وفاتح الاعتماد أيضا . بل ان الأصل فى البيع المطلق أن يستحق الثمن معجلا ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلا أو يقسط لأجـل معلوم (م ٤٨٣ من القانون المدنى الأردنى) .

٣ ــ الدفع الآجل أو بالقبـول (Acceptance) :

فى هذه الحالة يتم الاتفاق بين المصـدر والمستورد على أن الدفع سيتم آجلا (تسهيلات موردين) ويقوم المستفيد بتقديم المسـتندات

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٥٨ وما بعدها اذ يذهب الامام الى أن المشترى يفقد العربون اذا كره البيع .
(١) انظر الموطـأ جـ ٢ ص ٦٠٩ وما بعدها .

للبنك المراسل رافقا بها كمبيالة / كمبيالات ترسل الى البنك فاتح الاعتماد لقبولها بصفته مشترى مقابل استلامه لمستندات الشحن وتعاد مرة أخرى للمستفيد لتحصيل قيمتها فى تاريخ الاستحقاق .

وطريقة الدفع المؤجلة والمعززة بقبول المشترى جائزة ولا مانع شرعا من اجرائها على أساس أن البنك مشترى وفاتح للاعتماد[1] .

وقد لا توجد بيد المستفيد كمبيالات بالثمن أو قيمة البضاعة تقدم للقبول ويكون الاتفاق فقط على تأجيل الدفع فى تاريخ الاستحقاق .

* * *

سادسا ـ شروط التسليم فى الاعتمادات المستندية وموقف الفقه الاسلامى منها :

لا شك أن شروط العقد تحدد التزامات كل طرف فيه أو أطرافه ومنها شروط التسليم للبضاعة محل العقد ونقتصر هنا على أهم الالتزامات التى تحدد أهم شروط التسليم فى عمليات التجارة الخارجية ، وشروط التسليم تختلف باختلاف مكان التسليم .

ومما يجدر ذكره أن ما يتم الاتفاق عليه بين أطرافه على أساس التراضى يصير التزاما تعاقديا واجب التنفيذ ، كما أن ما لم يتم الاتفاق عليه وعليه جرى التعارف والتعامل على جرى العادة صار محكما فالعادة محكمة والعرف مصدر للأحكام ما لم يخالف الشرع الاسلامى الحنيف .

ومن هذا المنطلق وعلى هذا الأساس تكون مجموعة القواعد والعادات والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار بشرط

---

(١) تنص المادة ٤٨٤ من القانون المدنى الأردنى على أنه :

« اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا فان الأجل يبدأ من تاريخ تسليم المبيع » .

عدم مخالفة أحكام الشرع الاسلامى وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ • ومكان التسليم تتعلق به بعض الأحكام التى تضمنتها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ ومن ثم تكون واجبة التنفيذ لمن يلتزم بها وذلك على النحو التالى[1] :

١ ــ تسليم البضاعة فى مكان منشأها (انتاجها) وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى والتى نصت عليها نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ على وجه الدقة والتفصيل قطعا للنزاع وحسما لأى خلاف قد يثور ، ومن أهم التزامات البائع :

« وضع البضاعة تحت تصرف المشترى فى الموعد والمكان المحددين بشروط العقد واخطار المشترى بذلك فى وقت مناسب » ، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم التزامات المشترى :

« تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه » •

٢ ــ التسليم على رصيف ميناء البائع Free along side (F.A.S.)

وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشترى ومن أهم التزامات البائع :

توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد وتسليمها فى المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن واخطار المشترى بدون ابطاء بذلك » •

ومن أهم التزامات المشترى :

« تحمل كافة المسئوليات والأخطار والمصاريف من تاريخ وضع البضاعة تحت تصرفه بجوار الباخرة » •

---

(١) تنص المادة ٤٤٦ من مرشد الحيران على أنه : « اذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين لزمه تسليمه فى المحل المذكور » .

٣ ــ التسليم على ظهر الباخرة Free on Board (F.O.B.)

٤ ــ التسليم فى ميناء المشترى Cost and Freigt (C.A.F.) .

وتحت هذا الشرط تتحدد التزامات كل من البائع والمشترى أيضا •

ومن العرض السابق لشروط التسليم المتبعة فى التجارة الخارجية وفقا لما نصت عليه نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٨٠ نستطيع أن نبرز ثلاث قضايا أساسية وهى :

(أ) وضع البضاعة تحت تصرف المشترى وفى المكان والزمان المحددين اتفاقا •

(ب) اخطار المشترى بذلك فى وقت مناسب •

(جـ) تحمل كافة المصاريف والمسئوليات والمخاطر التى قد تحدث للبضاعة •

وحتى يمكن ابداء القول الفصل فى هذه القضايا الثلاث نعرض بايجاز شديد لموضوع آثار البيع فى الفقه الاسلامى •

وآثار البيع فى الفقه الاسلامى تسفر عن التزامات البائع والتزامات المشترى •

أولا ــ التزامات البائع الجوهرية : تنقسم الى قسمين هما :

١ ــ نقل الملكية : وملكية المبيع تنتقل بمجرد تمام البيع الى المشترى ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك •

ومن أهم أحكامها أنه يجوز للبائع فى حالة ما اذا كان الثمن مقسطا أو مؤجلا أن يشترط تعليق نقل الملكية الى المشترى حتى يؤدى جميع الثمن **ولو تم تسليم المبيع** ،وهذا شرط جائز لأنه من مصلحة العقد ونصت علية المادة ١/٤٨٧ من القانون المدنى الأردنى المأخوذ من

أحكام الشريعة الاسلامية وإن دل ذلك على شيء فانما يدل على نظر ثاقب وبعيد لم تحظ به أو بمثله نشرة غرفة التجارة الدولية سالفة الذكر .

٢ ـ **تسليم المبيع** : فالبائع يلتزم بتسليم المبيع الى المشترى مجردا من كل حق آخر وأن يقوم بما هو ضروري من جانب لنقل الملكية اليه ، واذا سلم البائع المبيع الى المشترى بصورة صحيحة أصبح غير مسئول عما يصيب المبيع بعد ذلك . والتسليم يتم :

ـ **بالفعل** .

ـ أو بالتخلية وهي الاذن للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع دون تسليم المشترى اياه[1] .

ـ يكون التسليم في كل شيء بحسبه ويختلف باختلاف حاله ، فتسليم العروض مثلا يكون باعطائها ليد المشترى أو بوضعها عنده أو باعطاء الاذن له بالقبض باراءتها له (انظر المادة ٢٧٤ من مجلة الأحكام العدلية) .

ـ وقد يكون التسليم حكميا أو يتم حكما ، فمثلا[2] :

ـ تسجيل المبيع باسم المشترى اذا علقت الملكية على التسجيل الرسمي يعتبر تسليما حكميا .

ـ اذا أبقى البائع المبيع تحت يده بناء على طلب المشترى .

ـ اذا أنذر البائع المشترى بتسلم المبيع خلال مدة معقولة والا اعتبر متسلما فلم يفعل .

* * *

---

(١) انظر المادة ٢٦٦ من مجلة الأحكام العدلية .
(٢) المادة ٤٩٦ من القانون المدني الأردني والمادة ٤٢٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

ثانيا ـ التزامات المشترى الجوهرية : دفع الثمن ـ تسلم المبيع ـ النفقات .

● **فائدة :**

تظهر فائدة التحديد الدقيق لمسألة التسليم والقبض فى تحديد تبعة هلاك المبيع وهى قبل التسليم تقع على البائع وبعده على المشترى .

ولا شك أن الأعراف والعادات والمنشورات التى تصدرها غرفة التجارة الدولية تحدد فيها على وجه الدقة متى تعتبر البضاعة تحت تصرف المشترى ومتى يتحمل المشترى المصاريف والمسئوليات والمخاطر التى قد تحدث للبضاعة فى كل حالة من حالات تسليمها الأربع لهو جدير بالاعتبار والالتزام اذا ما لم يتم الاتفاق صراحة على غيرها .

كما أن صور التسليم الحكمى التى تطرق اليها الفقه الاسلامى على ما سبق بل وقننته مجلة الأحكام العدلية والقانون المدنى الأردنى لجدير بالاعتزاز والاعزاز لهذا الفقه المتقدم الذى خدم به أهله أزمانا مستقبلة وأقواما لم يكلفوا أنفسهم حتى عناء البحث فى تراثهم الرصين القديم الجديد .

* * *

المبحث الرابع

خـدمة الأوراق التجـارية

(اسـتلامها وحفظهـا وتحصـيلها وخصـمها)

وموقف الفقـه الاسـلامى منها

أولا ـ الأوراق التجارية :

صكوك تحرر فى شـكل خاص قابلة للتداول بالطرق التجارية بما تمثله من حق نقدى شخصى وتستحق الأداء والدفع بمجرد الاطلاع أو بعـد أجل معين وتعتبر الأوراق التجارية من أهم وسائل الائتمان التجارى وهى :

الكمبيالة ـ والسند الاذنى ـ والشيك • ولم يأت لمشرع المصرى بتعداد الأوراق التجارية على سبيل الحصر وانما جاء بأشكال معينـة للأوراق التجارية السائدة فى المعاملات •

وتستعمل الكمبيالة فى المعاملات التجارية ، أما السند الاذنى والشيك فيستخدمان فى المعاملات التجارية والمدنية ، ومن المعروف أن المعاملات التجارية والمدنية تتمتع بضمانات خاصة نص عليها القانون التجارى ومن هنـا اشترط المشرع التجارى شروطا الزامية فى الكمبيالة والسند الاذنى اذا تخلفت فقد السند شكله القانونى كورقة تجارية تخول حق تحرير برتستو عدم الدفع واتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة خلال المدة القانونية وتسرى عليهـا قواعد التظهير والتقـادم الخمسى وضمان الوفاء بطريقة التضامن فى حق ساحبها والمسحوب عليه والمحيل والتداول بطريق التظهير وعـدم الاحتجاج على حاملها بالدفوع التى للمدين على المظهرين السابقين • والبيانات الالزامية فى الكمبيالة عشرة هى :

ـ تاريخ انشاء الكمبيالة •
ـ تاريخ استحقاق الكمبيالة •
ـ مكان الوفاء •
ـ مبلغ الكمبيالة •
ـ وصول القيمة •
ـ شرط الاذن أو شرط الحامل
ـ توقيع الساحب •
ـ اسم المسحوب عليه •
ـ اسم المستفيد •
ـ عدد النسخ •

والبيانات الالزامية فى السند سبعة هى :

ـ تاريخ الانشاء •
ـ ميعاد الاستحقاق •
ـ مبلغ السند •
ـ شرط الاذن •
ـ وصول القيمة •
ـ اسم المستفيد •
ـ توقيع المحرر •

بيانات الشيك التى يتعين أن يشتمل عليها سبعة هى :

ـ أمر بالدفع لدى الاطلاع •
ـ تاريخ السحب •
ـ مكان السحب •
ـ مبلغ الشيك •
ـ اسم المسحوب عليه •
ـ اسم المستفيد •
ـ توقيع الساحب •

ثانيا ـ العمليات المصرفية التى تجرى على الأوراق التجارية وضابطها الفقهى :

(أ) استلام الأوراق التجارية وحفظها :

تسلم الأوراق التجارية الى البنك مرفقة بحافظة مستوفاة لمجموعة من البيانات التى يجب أن تشتمل فى هذه المرحلة على :

ـ كافة التعليمات الصادرة الواجب تنفيذها واتباعها من المتعامل مع البنك •

ـ أن تكون محولة لأمر البنك بحسب الغرض من هذا التحويل فهناك :

obeikandl.com

ـ التظهير التـام الناقل للملكية .
ـ التظهير التوكيلى أى للتحصيل .
ـ تظهير للتأمين أو الرهن .

وتصنيف الأوراق التجارية فى أرقام مسلسلة بحسب الغرض من تقديمها للبنك ، فهناك مثلا :

ـ كمبيالات التحصيل .
ـ كمبيالات القبـول .
ـ كمبيالات الخصم .
ـ كمبيالات التـأمين .

وهذه العمليات تتناولها من الناحية الفقهية على النحو التالى :

(ب) تحصيل الأوراق التجارية :

سـواء أكانت كمبيالات التحصيل تستحق الدفع داخليا أو خارجيا فان هناك مجموعة من الاجراءات المحددة التى يقوم بها البنك كوكيل عن المتعامل مع البنك وطبقا لتعليماته مقابل ما يتقاضاه البنـك من عمـولة والمصاريف وان كانت تدفع أو تخصم مقدما والدفع المقدم للعمل الذى يقوم به البنك أمر جائز شرعا .

وتحصيل الكمبيالات من الأمور التى يجوز للعميل أن ينيب غيره فيهـا ومن ثم تجوز الوكالة فيها طبقا للتعليمات الصادرة من العميل دون أن يتجاوزها البنك والا خرج عن حدود وكالته ويتحمل مسئولية ذلك ما لم يجيزها الموكل ، وتعليمات أصحاب الكمبيالات الكتابية واجبـة الاتباع سـواء فيما يتعلق بالتحصيل المقرون بالدفع نقدا أو بالتسوية على الحساب انجارى أو المحصلة بحوالة بريد أو الكمبيالات المؤجلة أى التى يطلب أصحابها تأجيل مواعيد استحقاقها أو الكمبيالات المعـادة بدون دفـع وبخاصة حالات تحرير بروتستو عدم الدفع أو ايقافه يجب أن تصدر به تعليمات كتابية ويقـوم البنك بتنفيـذها كوكيل حسب الاجراءات المصرفية الواجبة الاتباع فى عمل البروتستو وكذلك مراعاة المواعيد المحددة لتلك الاجراءات ، واذا جاوز البنك حدود وكالته فلا يلتزم الموكل بشىء

من ذلك بل ويستطيع أن يحتج بالدفع الناشىء عن التصرف الصادر من غير ذى صفة ومن ثم عدم مسئوليته •

● **آثار البروتستو وفوائد التأخير والمصاريف :**

يترتب على تحرير البروتستو عدة آثار هى :

ـ اثبات التقديم للوفاء •

ـ اثبات واقعة امتناع المدين عن الوفاء وهو اجراء لازم قبل اتخاذ اجراءات الرجوع على الملتزمين بقيمة الكمبيالة أو الضمان •

ـ سريان فوائد التأخير عن أصل قيمة الكمبيالة من تاريخ تحرير البروتستو طبقا للمادة ١٨٧ تجارى خلافا للقواعد العامة فى القانون المدنى طبقا للمادة ٢٢٦ مدنى التى تقضى بسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية ، أما فوائد مصاريف البروتستو وغيرها كمصاريف الدعوى فلا تسرى الا من تاريخ المطالبة القضائية طبقا للمادة (١٨٨) تجارى •

ـ بدء سريان التقادم الخمسى من تاريخ تحرير البروتستو (مادة ١٩٤ تجارى) وكل ذلك ما لم تتضمن الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف اذ بموجب هذا الشرط الاختيارى يعفى الحامل من واجب تحرير البروتستو ومن اعلانه للضمان ومن مواعيد رفع دعوى الرجوع وهذا الشرط لا ينتج أثره الا منذ اشتراطه ، فلو اشترطه أحد المظهرين اقتصر أثره على هذا المظهر وغيره من الموقعين اللاحقين له دون السابقين له (مادة ٢/١٦٣ تجارى) •

وقيام البنك الاسلامى بتنفيذ تعليمات أصحاب الكمبيالة بتحرير بروتستو عدم الدفع يجب أن يتطهر عمله فى هذه الحالة من الفائدة التى يحصلها لصالح موكله وهو اثم يجب أن ينأى عنه البنك لحديث

الرسول صلى الله عليه وسلم : « لعن الله فى الربا خمسة : آكله وموكله وكاتبه وشاهديه »[1] .

والبنك هنا كاتب وشهيد لأكل الربا فى عملية استيفاء قيمة الكمبيالة عن طريق البروتستو .

وبخاصة اذا كان نص المادة ٢٢٦ مدنى يجعل المطالبة القضائية بفوائد التأخير الزامية ومن ثم لا تسرى هذه الفوائد الا من تاريخ هذه المطالبة القضائية فلا تكفى المطالبة غير القضائية ولو كانت بانذار رسمى وكذلك لا تكفى المطالبة القضائية برأس المال وحده[2] .

(جـ) الكمبيالات برسم الضمان أو المظهرة تظهيرا تامينيا ومشكلة تسوية الحقوق :

وفى هذه الحالة تظهر الكمبيالة للبنك على سبيل الرهن ضمانا للوفاء بدين للمظهر اليه قبل المظهر ويتم ذلك وفقا لشروط نصت عليها المادة ٧٦ تجارى وبذلك يتقرر للمظهر اليه (البنك) على الكمبيالة حق عينى هو الرهن وتصبح فى حيازته بشابة الحامل لها ومن ثم يكون له :

١ ــ تحصيل مبلغ الكمبيالة فى تاريخ الاستحقاق (مادة ٨٠ تجارى) .

٢ ــ المحافظة على حقوق المدين الراهن (المظهر) فى حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء والا كان الدائن المرتهن أو المظهر اليه تظهيرا تأمينيا مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن اهماله .

٣ ــ تسوية الحقوق بين المظهر والمظهر اليه اذا حل ميعاد استحقاق الكمبيالة وحصل المظهر اليه قيمتها وكان حقه قبل المظهر قد حل أجله

---

(١) انظر اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ١٢٥ ــ دار الفكر ــ بيروت.
(٢) دكتور السنهورى ــ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ ٣ ص ٢٤٥ دار احياء التراث العربى .

أما اذا لم يكن أجل دينه قبل المظهر قد حل كان للدائن المرتهن أن يحتفظ بمبلغ الكمبيالة حتى يحل أجل الوفاء بحقه ـ بدون فوائد ـ ثم يخصم من قيمة الكمبيالة بدون فوائد خلافا لما تنص عليه المادة ٣/١١٠٤ من القانون المدنى التى تنص :

١ ـ ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون له دون مقابل .

٢ ـ وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك .

٣ ـ وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

والتعامل فى هذا النوع من الكمبيالات على النحو السابق يستلزم ما يأتى :

ـ التأكد من قوة وسلامة هذا النوع من الضمانات سواء بالنسبة للدين نفسه أو بالنسبة لمركز المتعامل المالى ولا يعرف لدينا سبب قانونى أو شرعى للالزام بأن مقابل الوفاء المثبت بالكمبيالة المقدمة برسم الضمان أو غيره يكون « بضاعة » .

اذ أن مبدأ « الكفاية الذاتية » المتعين توافرها فى الكمبيالة لتمتعها بوصف الورقة التجارية يقتضى ألا يضاف بجوار عبارة وصول القيمة ما يربط بين التزام الساحب وتصرف آخر وإن كانت عبارة « مقابل الوفاء بضاعة » لا تحدث هذا الربط المحظور الا أن الالزام بها أيضا لا مبرر له .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان عتبار بيان وصول القيمة الزاميا فى الكمبيالة ينفرد به الآن التشريع المصرى (فى المادة ١٠٥ تجارى) باعتبار أن ذلك بيانا لسبب التزام الساحب قبل المستفيد مع أن القاعدة أن التصرفات القانونية يفترض أن لها سبب مشروع الى أن يثبت العكس .

وتأسيسا على ذلك فإن اشتراط تعليمات البنك ضرورة مراعاة التأكد من « أن مقابل الوفاء المثبت بالكمبيالة تكون بضاعة » شرط لا يعبر عن مصلحة حقيقية ويتحول الى أمر شكلى لا طائل منه بل قد يكون معوقا وبخاصة اذا تأكد لدينا أن الكمبيالة أداة وفاء بالديون وتنشىء التزاما مجردا عن العلاقة القانونية السابقة التى رتبت هذه الالتزامات المالية وما يترتب على هذا الالتزام المصرفى من مبادىء أساسية وهى الصفة التجارية للورقة التجارية واجراءات التنفيذ المشددة وما ترد عليه من حق شخصى موضوعه دفع مبلغ معين من النقود ... الخ .

(د) خصم الكمبيالات :

خصم الكمبيالات أحد وسائل عمليات البنوك فى الائتمان المصرفى[1] وبموجبها يقدم المتعامل مع البنك الكمبيالة الى البنك قبل ميعاد استحقاقها للحصول على قيمتها مخصوما منها مبلغا معينا يسمى الخصم أو « الأجيو » ويتكون من ثلاثة عناصر هى :

١ ــ الفائدة .
٢ ــ العمولة .
٣ ــ المصروفات .

ويتم تقديم الكمبيالة للبنك بعد الاتفاق معه وتظهيرها له تظهيرا تاما ناقلا للملكية .

(١) الائتمان هو التنازل عن مال حاضر مقابل مال مستقبل وتتم عمليات الائتمان بوسائل قانونية متعددة من بينها عمليات الائتمان التجارى ومن وسائلها القانونية بعض الأوراق التجارية (الكمبيالة والسند الاذنى والشيك) اما الائتمان المصرفى فوسائله عمليات البنوك كعقد القرض وخطاب الضمان وخصم الأوراق التجارية .

انظر : دكتور محمد حسنى عباس ــ الأوراق التجارية ص ٥ ــ دار النهضة ــ طبعة ١٩٦٧ ، دكتور جمال الدين عوض ــ الموجز فى القانون التجارى ص ٢٣٩ ــ طبعة ١٩٧٥ ــ دار النهضة العربية ، دكتور محسن شفيق ــ الموجز فى القانون التجارى ص ١٦٥ وما بعدها طبعة ١٩٦٩/٦٨ ــ دار النهضة العربية .

وعملية التظهير التام هذه تقوم على عدة عناصر استقر عليها العرف التجارى ونص عليها قانون التجارة فى المادة ١٣٤ ــ أهمها :

١ ــ صدور التظهير عن ارادة صاحب الحق فى الكمبيالة .

٢ ــ أن يرد على مبلغ الكمبيالة جميعه .

٣ ــ مشروعية سبب التظهير قانونا .

٤ ــ لا يجوز تعليق التظهير على شرط .

٥ ــ يجب أن يتضمن التظهير شرط الأمر .

وعلى هذا النحو يترتب على التظهير :

٦ ــ نقل الحقوق الثابتة فى الكمبيالة وتوابعها الى الحامل الجديد ويكون له حق مباشر فى ذمة المظهر اليه مستمد من شكل الكمبيالة .

٧ ــ الضمان التضامنى للمظهرين قانونا قبل الحامل (مادة ١١٧ ، ١٣٧ تجارى) وذلك ما لم يتفق على غير ذلك وفى حدود هذا الاتفاق فقط الا أن يشترط الساحب عدم الضمان فيمتد أثر هذا الشرط الى جميع الموقعين اللاحقين .

وبهذا الالتزام التضامنى للمظهرين يختلف التظهير عن حوالة الحقوق المدنية اذ أن المحيل يضمن للمحال له فقط وجود الحق وقت الحوالة اذا كانت الحوالة بعوض (مادة ٣٠٨ مدنى) ولا يضمن المحيل يسار المدين وقت الحوالة الا اذا اتفق على ذلك كما أن ضمان يسار المدين لا يمتد الى تاريخ الاستحقاق ما لم يتفق على ذلك (مادة ٣٠٩ مدنى).

٨ ــ عدم الاحتجاج بالدفوع فى مواجهة الحامل حسن النية أو تظهير الورقة من الدفوع ضد الحامل حسن النية وذلك استنادا الى أن الكمبيالة تنشىء التزاما صرفيا مجردا أى حقا مباشرا للمظهر اليه قبل المدين بمعنى أن الالتزام الذى نشأ فى ذمة المظهر ليس هو ذات الحق الذى نشأ عن العلاقة القانونية الخارجية ولكنه حق جديد اندمج فى الورقة التجارية يتمتع بذاتية مستقلة عن العقد الذى كان سبب انشائه[1].

* * *

(١) انظر : دكتور محمد حسنى عباس ــ المرجع السابق ص ٩١

● **التخريج الفقهى لعملية الخصم :**

وما سردناه من أحكام لعملية الخصم كما تجريها البنوك التقليدية أو الربوية وطبقا لمـا استقر عليه العرف المصرفى واستنادا الى نصوص القانون التجارى فى هذا الخصوص انما هو بقصد بيـان حقيقة المسألة وتحديدها حتى يأتى التخريج الشرعى لهـا دقيقا ومن ثم يكون الحكم الشرعى كذلك .

وتأسيسا على ما تقدم فان عملية الخصم تقوم على :

تظهير تام ناقل لملكية الحق الشخصى الذى تتضمنه الورقة التجارية الى البنك وانتقال ملكية هذا الحـق الى البنك مشفوعة بضمان قبول المسحوب عليه الكمبيالة وضمان قيامه بالوفاء بمبلغ الكمبيالة فى تاريخ الاستحقاق وعلى وجه التضامن وذلك دون توقف على قبول المسحوب عليه أو حتى اعلانه بعملية التظهير وهذه أوجه مفارقة بين التظهير للخصم وكل من :

١ ــ عقد حوالة الحق فى القانون المدنى نفسه لمنافاته مع ما تقدم من قواعد وأحكام .

٢ ــ عقد الوكالة التى يعمل فيهـا الوكيل لحساب الموكل الذى ترتد اليه حقوق العقد والتصرفات التى يبيعها الوكيل .

٣ ــ عقد القرض لعدم التماثل بين دين القرض وبدله .

٤ ــ بيع الدين بالدين لأن ما حصل عليه الحامل المظهر للورقة التجارية لا يعتبر دينا فى ذمته يلتزم برده وانما صار حقا له بعد التظهير التـام والخصم ولا يتعارض مع ذلك كونه ضامنا لقبول المسحوب عليه وقيامه بالوفاء بذلك من قبيل التوثيق التابع لا الالتزام الأصلى .

٥ ــ ضع وتعجل فعملية الخصم ليست من هذا القبيل أيضا لوجود علاقتين قانونيتين فيها :

(أ) علاقة المظهر بالبنك المظهر اليه والذى أصبح مالكا للحق محل الورقة التجارية بكل توابعه وله على هذا الحق كافة سلطات المالك الدائن .

(ب) علاقة المظهر اليه (البنك الحامل للورقة) بالمدين الأصلى وهى علاقة جديدة منبتة عن علاقة المظهر بالمسحوب عليه بل ان التظهير يبشر الورقة التجارية من الدفوع التى يملكها المدين ويعمل بمقتضاها للوصول الى عرقلة أو رفض المطالبة بالدين ما دام الحامل للورقة حسن النية .

وعلى ضوء ذلك اختلف الرأى فى تكييف هذه العملية ، فذهب رأى الى أن عملية الخصم عبارة عن « حوالة حق » من نوع خاص اذ لا يضمن العميل وجود الدين فقط بل يضمن أيضا الوفاء به عند الاستحقاق وذلك بعكس الحوالة العادية .

وذهب رأى الى أن عملية الخصم أقرب الى القرض منه الى فكرة الحوالة[1] .

وذهب رأى الى أن عملية الخصم توكيل بأجر وتخصم قيمة الأجر مقدما من القرض المضمون الذى يسحبه العميل من البنك ، وأن ما يتنازل عنه العميل من قيمة الكمبيالة انما هو على سبيل الابراء والاسقاط[2].

وذهب رأى الى أن عملية الخصم من قبيل « ضع وتعجل » المحرمة[3] .

ولما كان تحديد المسألة كما تحصل أساس اسباغ الحكم الشرعى

---

(١) دكتور امين محمد بدر ــ الأوراق التجارية ص ١٠ بند ٨ ، دكتور على يونس ــ الأوراق التجارية ص ٤٨

(٢) مصطفى عبد الله الهمشرى ــ الأعمال المصرفية والاسلام ص ١٤١ ــ ١٤٥ ، نقلا عن الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ص ٣٣

(٣) دكتور حافظ عبد الرحمن ــ المعاملات المصرفية والبديل عنها فى الشريعة الاسلامية ص ١٠٨ ، ١٠٩

عليها فلا يجوز افتراض أو تصوير المسألة على غير حقيقتها فى الواقع كأن يقال : ان العملية من باب القرض مع الضمان اذ المسألة يحددها أمران على جانب كبير من الأهمية هما :

١ ــ التظهير التــام للكمبيالة لصالح البنك بمعنى انتقال ملكيتها للبنك .

٢ ــ مقصد الطرفين ــ حامل الكمبيالة والبنك ــ من العملية فالعبرة فى العقود للقصود .

وعلى هذا النحو من التحديد الواقعى للمسألة لا يسوغ شرعــا اسباغ وصف الحوالة عليها لعدم التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليــه[1] .

واذا كان القــانون المدنى المصرى فى المــادة (٣٠٨) يجيز أن تكون الحوالة بعوض ، وفى هذه الحالة يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة الا أنه اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل فلا يلزم الأخير الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (مادة ٣١٠ مدنى مصرى) ولا شك أن هذا مسلك قانونى قائم على مشروعية الفوائــد المحرمة شرعا .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف الوكالة على هذه العملية اذ لا تعود أحكام عقد الوكالة على الموكل ــ وهو حامل الكمبيالة ــ وقد انقطعت علاقته بهــا بتظهيرها .

كما لا يسوغ شرعا اسباغ وصف عقد القرض على عملية الخصم لعدم التماثل بين الدين الذى حل فيه البنك وبين ما دفعه البنك لحــامل الكمبيالة ، واذا انتفى التماثل والتساوى بين الدينين خرج عن أن يكون قرضــا مشروعا .

---

(١) موسوعة الفقه الاســلامى الكويتية ــ نموذج رقم (١) الحوالة ص ٢٠٨

كما أن المسألة ليست من قبيل الابراء والاسقاط عن قيمة سعر الخصم لصالح البنك لأن البنك ليس مدينا لحامل الكمبيالة •

وكذلك ليست من قبيل « ضع وتعجل » لأن المسألة تقوم على أطراف ثلاثة هى : حامل الكمبيالة ـ والبنك ـ والمدين بقيمة الكمبيالة •

واذا خرجت المسألة عن أى من الأوصاف السابقة فلا تخرج فى حقيقتها كما تحصل عن أن تكون عملية بيع للدين للتظهير التام للكمبيالة من حاملها الى البنك ولكنه بيع نقد بنقد بزيادة يحصل عليها البنك متمثلة فيما تم خصمه مضافا اليه العمولة والمصروفات ، واذا انتفى التماثل فى حالة اتحاد الجنس أو التقابض فى حالة اختلاف الجنس وقع الربا المحرم •

* * *