الدراية
مجلة علمية محكمة
تصدرها كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنين بدسوق

التكييف الفقهي لخطاب الضمان

دراسة فقهية مقارنة

دكتور

ياسر عبدالحميد جاد الله النجار

مدرس الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بالدقهلية

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً، ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾(١)

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾(٢)

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾(٣)

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له،وأشهد أن محمداً عبده ورسوله،

أما بعد:

فإن خطاب الضمان من أهم الأعمال المصرفية الحديثة التى توفر قدرا من الثقة والاطمئنان بين المستثمرين عند إبرام الصفقات، كما أنها توفر كثيرا من العبء المالى الذى كان يقع على كاهل العميل، مما يساعد على تنشيط الاقتصاد، وازدهار الاستثمار بسبب تلك الوساطة المصرفية المليئة التى يطمئن لها الجميع.

وهذه العقود التى دعت حاجة العصر إلى إنشائها مثل خطاب الضمان تحتاج إلى تكييف فقهى يظهر جوهرها، ويكشف عن حقيقتها، ويبين حكمها، ويصوغ لها الضوابط الفقهية التى تتعامل فى إطارها.

والفقه الإسلامي رحب بما لديه من تراث فقهى ضخم فلا تكاد حادثة

---

(١) سورة آل عمران آية (١٠٢).

(٢) سورة النساء آية (١).

(٣) سورة الأحزاب آية (٧٠).

ولا نازلة تخلو عن حكم شرعى، فقد انبرى فقهاؤنا العظام قديما وحديثا وتصدوا لكل نازلة ومستجدة، وواقعة يزيلوا عنها اللثام، ويرفعوا عنها الإشكال ببيان حكم الشرع فيها، فيطمئن المكلف ويسير فى معاملاته على بصيرة من أمره يعلم ما يحل منها وما يحرم.

ولما رأيت الأعمال المصرفية تزداد كل يوم أهمية وتتربع على عرش ازدهار الاقتصاد والاستثمار ولا ينفك أحد فى تعامله اليوم فردا أو مؤسسة عن اللجوء إلى المصارف، والبنوك، حتى صارت عصب الحياة، ومفتاح التعاملات المالية الحياتية.

ولما كان خطاب الضمان من أهم تلك الأعمال المصرفية فقد استخرت الله تعالى فى كتابة هذا البحث وأسأله سبحانه أن يهدينى فيه للصواب، والسداد وأن يجنبنا الزلل، والشطط، اللهم آمين.

وقد جاء البحث تحت عنوان

(التكييف الفقهى لخطاب الضمان. دراسة فقهية مقارنة)

وقد اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه إلى مقدمة وسبعة مباحث، وخاتمة جاءت على النحو التالي:

المقدمة، بينت فيها أهمية الموضوع.

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان، وبيان أركانه، وأهميته، وأنواعه.

المبحث الثانى: التكييف الفقهى لخطاب الضمان بالكفالة.

المبحث الثالث: تكييف خطاب الضمان بالوكالة.

المبحث الرابع: تكييف خطاب الضمان بالكفالة، والوكالة معا.

المبحث الخامس: تكييف خطاب الضمان بالجعالة.

المبحث السادس: تكييف خطاب الضمان على قاعدة "الخراج بالضمان".

المبحث السابع: تكييف خطاب الضمان على أنه عقد مستحدث.

خاتمة: وتتضمن أهم النتائج.

المبحث الأول

ماهية خطاب الضمان، وبيان أركانه، وأهميته، وأنواعه

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان

الخطاب لغة: الخطب الشأن أو الأمر صغر أو عظم، والخطب الأمر الذي تقع فيه المخاطبة والشأن والحال، والمخاطبة مراجعة الكلام وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً، والخطاب: هو الكلام بين متكلم وسامع.(١)، يقال خاطبه: كالمه و حادثه ووجه إليه كلاماً ويقال خاطبه في الأمر حدثه بشأنه.(٢)

الضمان لغة: الضمان من الفعل ضمن، والضمين: الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به، وضمنه إياه: كفله، يقال: ضمنت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون، وضمنته الشئ تضمينا فتضمنه عنى، أى غرمته.(٣)

الضمان فقهاً:

اهتمت المعاجم الفقهية بتعريف الضمان فقها، كم اهتمت به المعاجم اللغوية السالف ذكرها، وإنما اخترت تعريف المعاجم الفقهية كونها تجمع بين القدر المشترك من التعريفات للمصطلح عند المذاهب الفقهية، وقد عرفت تلك

---

(١) لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على، أبي الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى ٣٦٠/١، ط/ دار صادر – بيروت، الثالثة، المحكم والمحيط الأعظم أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ت٤٥٨هـ ١٢٢/٥، تحقيق عبد الحميد هنداوي، الناشر دار الكتب العلمية، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ت٧٧٠هـ ١٧٣/١، الناشر المكتبة العلمية.

(٢) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار ٢٤٣/١، تحقيق مجمع اللغة العربية، الناشر دار الدعوة.

(٣) لسان العرب ٢٥٧/١٣، الصحاح فى اللغة، لإسماعيل بن حماد الجوهري٥/٧، طا دار العلم للملايين– بيروت. الرابعة– يناير ١٩٩٠م.

المعاجم الضمان بأنه: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا: بنفس، أو بدين، أو بعين."(١)

تعريف خطاب الضمان قانونا

عرف فقهاء القانون خطاب الضمان بأنه:

-"تعهد كتابي يتعهد البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه (طالب الضمان) فى حدود مبلغ معين لدي طرف ثالث، عن التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا بوفاء العميل بالتزامه تجاه الطرف الثالث خلال مدة من الزمن معينة.

وينص عادة فى خطاب الضمان على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول طلب من الطرف الثالث، ويرد خلال مدة سريان خطاب الضمان رغم معارضة العميل إن اعترض".(٢)

-**وعُرف أيضا بأنه:** "صك يتعهد بمقتضاه البنك المصدر له بأن يدفع مبلغا لا يتجاوز حدا ميعنا، لحساب طرف ثالث لغرض معين".(٣)

-وعرفه أيضا بأنه: "تعهد قطعى مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناءً على طلب طرف آخر (عميل له) بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول فى

---

(١) القاموس الفقهى د. سعدى أبوجيب صـــ٣٢٢،ط/ دار الفكر دمشق. الثانية، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي صـــ٢٥٨، ط/ دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الثانية، التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي صـــ١٨٢،الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.

(٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، الجزء الشرعي، المجلد الأول، الأصول الشرعية، والأعمال المصرفية فى الإسلام، صـــ٤٦٤، الطبعة الأولي، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م. ونقل أ.د/ على السالوس هذا التعريف فى بحثه الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر صـــ٥٧.

(٣) المرجع السابق صـــ٤٨٤.

مناقصة، أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل فى تنفيذ ما التزم به للمستفيد فى مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد".(١)

-وعرفته المادة (٣٥٥) من قانون التجارة بأنه: " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب، ودون اعتداد بأية معارضة"(٢)

وهناك تعريفات متعددة غير ما ذكرنا وكلها مع اختلاف عباراتها إلا أن مدلولاتها متفقة، "ويلاحظ أن خطاب الضمان فى القانون ليس له شكل معين وإنما هو محرر مكتوب يصدره البنك أو المؤسسة المالية أو شركة التأمين يوجه إلى شخص مقصود.(٣)

"وعلى هذا النحو يكون خطاب الضمان خطابا شخصيا لا يجوز للمستفيد منه أن يتنازل عن حقه الناشىء من الخطاب للغير، كما أن خطاب الضمان لا يجوز تداوله فهو يختلف عن الأوراق التجارية.

كما أن هناك مبادىء أساسية تحكم التزام البنك عند إصدار خطاب الضمان وهى: ضرورة التقيد بتعليمات العميل، كما أن البنك ملزم بالسداد الفوري بمجرد طلب المستفيد، ولو عارض العميل؛ لأن التزام البنك مباشر

---

(١) فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، ت ١٤٢٩هـ ٢٠١/١، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة : الأولى - ١٤١٦ هـ ، ١٩٩٦ م.

(٢) خطابات الضمان المصرفية، أ.د/ على جمال الدين عوض صـــــ ١٣، الناشر/ دار النهضة العربية.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، أ.د/ محمد عثمان شبير، صـــ٢٩٢، ط/ دار النفائس، عام ٢٠٠٢.

ونهائى، ويتعهد فيه البنك بصفته أصيلا وليس نائبا عن عميله، لذلك فالسمة المميزة للخطاب هى السداد الفوري دون أن يستجيب البنك لما يثيره العميل من اعتراضات.

ويترتب على ذلك أنه إذا تأخر البنك عن السداد الفوري فإن للمستفيد أن يرجع عليه بالتعويض نظرا لأن البنك لا يستطيع أن يحبس مالا مملوكا للمستفيد دون سند من القانون".(١)

المطلب الثاني: أركان خطاب الضمان:

يتضح من خلال التعريفات المتقدمة أن أركان خطاب الضمان أربعة وهي:

١- **البنك:** وهو الطرف (الضامن) . والضامن هو من التزم ما على غيره من ديون أو التزامات.

٢- **العميل:** وهو الطرف (المضمون عنه) ويكون أحيانا شخصية حكمية (اعتبارية) كالشركة أو المؤسسة ممثلة في مديرها المسؤول، وأحيانا أخري يكون شخصاً طبيعياً.

٣- **المستفيد:** وهو الطرف (المضمون له) . وهو رب الحق الذي التزمه الضامن.

وعادة لا يكون إلا شخصية اعتبارية كمصلحة حكومية أو مؤسسة أو شركة معروفة ومن النادر أن يكون شخصاً طبيعياً.

---

(١) مدى اسقلال التزام البنك فى خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، د/ عادل إبراهيم، صـــــ٢٥، ط/ دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

٤- **قيمة الضمان:** وهو (المبلغ المضمون) . والمضمون به هو الحق الذي التزم الضامن. فإذا أطلق خطاب الضمان حوى هذه الأركان.[١]

كما أن هناك ما يمكن إضافته إلى أركان خطاب الضمان؛ لأنه أساس فيه وهو:

٥ - **مدة الضمان:** وهي الفترة الزمنية التي يكون فيها المصرف ملتزمًا بتنفيذ ما ورد في الخطاب.

٦ - **الغرض من الضمان:** بحيث يجب النص صراحة في خطاب الضمان على الغرض الذي صدر من أجله الضمان، والعملية المتعلقة به.

ومما تقدم يتبين أن هناك ثلاثة أطراف أساسية لخطاب الضمان:

١ - البنك الكفيل.

٢ - العميل (المكفول).

٣ - المستفيد.[٢]

ويمكن تفصيل ما سبق وتنزيله على الأركان الأساسية لكل عقد ألا وهى:

١-العاقدان وهما فى خطاب الضمان:

أ-المصرف: وهو الطرف الذى يصدر الخطاب ويتعهد فيه بالضمان فهو الطرف الضامن. ومما تجدر الإشارة إليه أن العميل فى هذه المرحلة ليس من العاقدين بل هو الطرف المضمون الذى يصدر الخطاب لصالحه فهو المكفول طالب خطاب الضمان، وهذا الطرف يكون فى العادة شخصية اعتبارية حكمية، وليست طبيعية.

---

(١) فقه النوازل، بكر أبوزيد ٢٠٢/١، المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، صـــ١٩٣.

(٢) المُعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَةً وَمُعَاصَرَةً، أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، ٤٧٢/١٢، الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية.

ب–المستفيد: وهو الطرف المضمون له، وصاحب الحق الذى التزم له به الضامن، فهو المكفول له، وهذا الطرف أيضا قد يكون شخصية اعتبارية، ونادرا ما يكون شخصا طبيعيا.

٢–المعقود عليه (محل العقد): هو قيمة الضمان أى المبلغ الذى صدر به خطاب الضمان، والذى يلتزم المصرف فى حدوده بكفالة عميله.

٣–الصيغة: ويقصد بها الإيجاب الذى يصدر من الطرف الأول، والقبول الذى يصدر من الطرف الثاني وهو المصرف، والذى يعبر عن رضا الطرفين وإنشائهما لعقد الضمان.

٤–موضوع العقد: ويقصد بها الغاية من العقد وهى توثيق وصيانة حق المستفيد، من خلال ضمانه، والالتزام بالسداد عنه.

وبهذه الأركان الأربعة مجتمعة يقوم خطاب الضمان.[١]

المطلب الثالث: أهمية خطاب الضمان، وكيفية إصداره:

الفرع الأول: أهمية خطاب الضمان

خطابات الضمان لها أهمية كبرى فى الحياة العملية إذ نجد أنه عند تنفيذ المشروعات الكبرى يشترط صاحب المشروع على المتعهد بتنفيذه تقديم تأمين لضمان التنفيذ وفقا للمواصفات وفى المواعيد التى تم الاتفاق عليها، وكذلك يشترط فى عقود التوريد تقديم تأمين من جانب المتعهد لضمان تنفيذ الالتزامات التى يفرضها عليه عقد التوريد.

والأصل أن التأمين يقدم نقدا بيد أن التأمين النقدى كثيرا ما يكون مرهقا للمتعاقد(المقاول أو المتعهد بالتوريد) إذ قد يعجز عن تدبير مبلغ التأمين فيفلت المشروع من يده، ولا يعارض صاحب المشروع فى إعفاء المتعاقد

(١) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، صـــــ٨٥، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير فى الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا فى جامعة النجاح الوطنية فى نابلس، فلسطين، عام٢٠٠٣م.

من تقديم التأمين النقدى لو استطاع المتعاقد تقديم تأمين آخر يقوم مقامه ويعادله فى القوة، وهنا تبرز أهمية خطاب الضمان لتأمين المشاريع الكبرى والعقود الحديثة إذ يتولى البنك ضمان هؤلاء الأشخاص ويفرغ البنك الضمان فى خطاب يرسله بناء على طلب عميله."[١]

وتتمثل أهمية خطاب الضمان فى أنها تعمل على توفير الثقة بين المتعاملين فى أسواق السلع، والخدمات، سواء على المستوى المحلى أو المستوى العالمي، كما أنها تساعد على حسن انتظام الأعمال، وتفادى أية أعطال، أو معوقات ترتبط بتأخير العمل، وهو ما يؤدى بدوره إلى تدفق الأموال لغرض الاستثمار فى العديد من مجالات النشاط الاقتصادي، فضلا عن تدفق مستلزمات الإنتاج، والمواد الخام بما يضمن انتظام دورة التشغيل فى المصانع وفى الاقتصاد القومى بصفة عامة.

وتتجلى أهمية خطاب الضمان فى أن رجال الأعمال يلجأون إلى أحد البنوك لإصدار خطاب ضمان يقدم إلى مصلحة الضرائب كأحد المستندات المطلوبة لموافقة المصلحة على تقسيط قيمة الضرائب المستحقة على العميل.

وفى حالات أخرى نجد أن العميل الأجنبي الذى يستعد لمغادرة البلاد ولكنه مدين لمصلحة الضرائب، يمكنه تقديم خطاب الضمان إلى المصلحة بقيمة الضرائب المستحقة مما يؤدى إلى تسهيل الإجراءات الإدارية، وتحسين المناخ الاستثمارى.[٢]

---

(١) خطابات الضمان المصرفية، صـــ١٤، أ.د/ على جمال الدين عوض. مرجع سابق.

(٢) خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، حمدى عبدالعظيم، صـــــ١٨، ط/ المعهد العالى للفكر الإسلامي القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـــ-١٩٩٦م، خطاب الضمان المصرفى فى ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون والقواعد الدولية، صـــــ٣٠، بحث تكميلى لنيل درجة الماجستير فى القانون الخاص، للباحث/ إيهاب محمد نور عبدالله، جامعة جوبا، كلية القانون، السودان، يراجع: خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـــ٢٠، لأستاذنا الدكتور/ السيد حافظ خليل السخاوى ١٤٣٨هـــ-٢٠١٧م.

الفرع الثاني: طريقة إصدار خطاب الضمان:

يقدم طالب خطاب الضمان طلباً للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته والجهة المستفيدة والغرض من الضمان، ويجب أن تكون لدى البنك قبل إصداره الضمان المذكور القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان أو تمديده، وإذا كان مبلغ الضمان كبيراً فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك إما أن تكون رهناً عقارياً مسجلاً، أو رهن أسهم في شركات بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى نقد فيما لو طلب من البنك دفع قيمة مبلغ الكفالة مع خطاب من مودعها ما يتنازل عنها إذا اقتضى الأمر، أو كفالة بنك خارجي معروف، وإضافة إلى كل ذلك فإن البنك يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة حوالي ٢٥% من قيمة الضمان وقد تزيد هذه النسبة

أو تقل تبعاً لمركز العميل المالي والمعنوي ولطبيعة المشروع الذي قدم الضمان من أجله، وبعد كل هذه الإجراءات يقوم البنك بإصدار الضمان.[١]

المطلب الرابع: أنواع خطابات الضمان

تختلف خطابات الضمان باختلاف الغرض الذي تعد من أجله، فتتنوع باعتبار الغرض منها كما يلي:

١-**خطاب الضمان الابتدائي:** وهو خطاب مقدم بواسطة البنك نيابة عن أحد عملائه ممن يرغب في الدخول في مناقصة لتنفيذ عمل أو مشروع معين، وذلك عندما يطرح مشروع المناقصة في عطاء عام، فيقدم هذا

(١) فقه النوازل ٢٠٣/١، البنك اللاربوى فى الإسلام، محمد باقر الصدر صـــــ١٢٩، ط/ دار التعارف للمطبوعات، خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، صـــــ٧٢.

الخطاب مع تقديم العطاء ويتراوح قيمته بين ١ %إلى ٢%من قيمة العرض وذلك وفقًا لما تحدده الشروط والمواصفات.(١)

ويلاحظ على خطاب الضمان الابتدائى ما يلي:

أ-يكون مقابل الدخول فى مناقصات أو مشاريع.

ب-الغرض منه التأكد من كفاية المركز المالى للعميل لدى الجهة مقدمة العطاءات.

جـ-يقدم فيه طالب الخطاب نسبة من قيمته تتراوح ما بين ١% إلى ٣ %.

د-يكون سارى المفعول لمدة معينة وغالبا ما تكون تلك المدة ثلاثة أشهر.

ه-لا يلغى هذا النوع من الخطابات إلا بإعادته رسميا من الجهة المقدم إليها.

و-يعتبر هذا النوع من أقل الكفالات المصرفية مخاطرة بالنسبة للمصرف، وبناء على ذلك فإن الأجرة تكون عليه قليلة؛ لأن قدر الأجرة تتوقف على حجم المخاطرة الناجمة عن ضخامة المبلغ المضمون، وعلى مدة الضمان.(٢)

٢- **خطاب الضمان النهائي:** وهو تعهد للجهة الحكومية أوغيرها لضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية التى استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها فى العقد النهائى للعملية بين العميل والجهة التى صدر الخطاب لصالحها.

---

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٧٢/١٢، البنك اللاربوي صـــ١٢٨، المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـــ٤٦٩، ط/ الأولى ٢٠٠١م.

(٢) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، صـــ٥٩، كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفى وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، إعداد أ.د/ جاسم على سالم الشامسى، صـــ١٣ منظمة المؤتمر الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة عشرة ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م.

ويصدر هذا النوع بواسطة البنك نيابة عن أحد عملائه (المضمون عنه) بعد أن يتم اختيار الجهة أو الهيئة الحكومية لأفضل المناقصات للقيام بتنفيذ العملية أو المقاولة حسب العقد المبرم.

ويقدر خطاب الضمان بما قيمته حوالي ٥% من جملة العقد، أو ١٠ %منه. ويودع الضمان في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه. ويحل خطاب الضمان النهائي محل الخطاب الابتدائي الذي يصبح لاغيًا بمجرد تقديم صاحب العرض المقبول لخطاب الضمان النهائي. ويرد الضمان إلى المناقص بعد الوفاء بالتزاماته بصورة نهائية.

وهذا الضمان إذا أصدره المصرف فإنه ملزم للبنك؛ لأنه لا يصدر إلا والعميل قد ارتبط بعقد مع المستفيد.

والغاية من الضمان النهائي: هو إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد دون تأخر ولا تخلف، ولا مخالفة، ويصادر الضمان النهائي كله إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ العقد، وقد ينفذ العقد على حسابه مع تحمله فوارق الأسعار، والتعويض عن الأضرار. وقد يصادر جزء من الضمان النهائي إذا ترتب على المتعهد غرامات تأخير.(١)

مقارنة بين خطابي الضمان الابتدائي، والنهائي:

أولا: أوجه الاتفاق بين الخطابين:

أ-يتفق الخطابان فى كون كل منهما تعهد يقوى فيه العميل مركزه المالى أمام الجهة المستفيدة من خطاب الضمان.

ب-يدفع كل من خطاب الضمان الابتدائى والنهائى العميل إلى الوفاء والالتزام بما تعهد به أمام المصرف لصالح المستفيد.

---

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٤٧٢/١٢، الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر صـــــ٥٧.

جـ–الجهة المستفيدة فى مأمن من أى خسارة تنتج عن انسحاب العميل من العملية المطروحة.

د–المصرف ضامن للعميل فى كل منهما.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الخطابين:

أ–خطاب الضمان الابتدائى هو الأساس الذى يُبنى عليه خطاب الضمان النهائى حيث يكون الأول مقدمة تُظهر جدية العميل فى إقباله على المشروع،

أما الثانى فيكون لضمان حسن التنفيذ لهذا المشروع، ومعنى ذلك أن خطاب الضمان الابتدائى لا يعنى حتمية أن يرسو المشروع أو العطاء على العميل المتقدم، بخلاف خطاب الضمان النهائى فإنه بات من المؤكد أن هذا العميل دون غيره هو من أصبح ملتزما بتنفيذ المشروع.

ب–المدة فى خطاب الضمان الابتدائى التى يكون سارى المفعول فيها أقل من تلك التى تكون فى خطاب الضمان النهائى.

جـ–النسبة المئوية المقدمة من قيمة الخطاب إلى المصرف تتفاوت بين الخطابين فهى فى الأول تتراوح ما بين ١ % إلى ٣ % بينما فى الثانى تتراوح ما بين ٥ % إلى ١٠ % من قيمة الخطاب المطلوب.

د–خطاب الضمان الابتدائى هو وعد غير ملزم للاستمرار فى تنفيذ المشروع قبل تقديم خطاب الضمان النهائى، فهو لمجرد دخول عطاء. بينما الحال يختلف فى خطاب الضمان النهائى إذ هو عقد ملزم ما لم تعود الشروط عليه بالإبطال، وهو لضمان جدية الإرادة فى تنفيذ العمل.(١)

٣– خطابات ضمان الدفعة المقدمة

وتصدر هذه الضمانات عندما يرغب العميل في استلام دفعة مقدمة مقابل عمل ملتزم بالقيام به، أو توفير بضاعة، ولا يتم دفعها إلا بموجب خطاب

(١) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، صـــ٦٣.

ضمان يتعهد فيه البنك بإعادة دفع المبلغ للمستفيد إذا لم ينفذ العميل العمل حسب الشروط المتفق عليها بالوجه المطلوب أو في حالة اختلاف البضاعة عن المواصفات المطلوبة، ويترك تقدير هذا الأمر مطلقاً للجهة المستفيدة، وتكون نسبة الدفعة المقدمة غالباً أقل من ٢٠% كحد أقصى. وهذا حكمه حكم خطاب الضمان النهائي؛ لأنه صورة منه.(١)

٤-خطابات الضمان الملاحية:

تصدر هذه الخطابات بناء على طلب أحد المستوردين، لمصلحة وكيل شركة الملاحة، وذلك نظير استلام المستورد للبضاعة التى وصلت الميناء قبل وصول المستندات التى يجب تقديمها قبل استلام البضاعة، وهنا يقوم خطاب الضمان بتأمين وكيل شركة الملاحة، بحيث إذا لم يقدم له المستورد مستندات البضاعة التى استلمها خلال مدة معينة يستطيع الرجوع على البنك بقيمة خطاب الضمان، التى هى غالبا قيمة البضاعة.(٢)

ولا يتضمن هذا النوع من خطابات الضمان قيمة، أو مبلغا معينا كما لا يتم تحديد مدة معينة، وبذلك فإنه بمثابة إقرار بالتعويض يقدمه المرسل إليه البضائع إلى شركة الملاحة فى حالة وصول البضائع رغم عدم وصول بوليصة الشحن، ورغبة المرسل إليه فى الحصول على البضائع أو تسلمها من الشركة الملاحية.(٣)

---

(١) خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، حمدى عبدالعظيم، صـــ٢١، خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية أ.د/ الصديق محمد الأمين الضرير، صـــــ٤.

(٢) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـــ٣١، لأستاذنا الدكتور/ السيد حافظ خليل السخاوى.

(٣) خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، حمدى عبدالعظيم، صـــ٢١.

المطلب الخامس: العلاقات التى تحكم خطاب الضمان وتحديد مسؤلية كل طرف

بناء على انعقاد خطاب الضمان تتولد علاقة بين أطرافه، وكذلك مسؤلية بحيث يتحمل كل طرف مسؤليته تجاه الآخر وسوف نبين هنا إجمالا العلاقات التى تحكم خطاب الضمان ومن ثم الالتزامات التى تنشأ عن هذا العقد:

١-**العلاقة بين المصرف والعميل:**

ينشأ بين العميل والمصرف علاقة تعاقدية يحكم هذه العلاقة غالبا عقد الاعتماد بالكفالة، أو عقد الضمان، بناء على طلب العميل من المصرف إصدار خطاب الضمان وبمجرد تعهد البنك بإصدار الخطاب يعتبر هذا التعهد تعهدا مجردا ومستقلا عن التزام العميل أمام المستفيد، ويصبح المصرف مسؤلا أمام المستفيد عن تلك المبالغ التى يتضمنها الخطاب مادام فى حدود المبالغ المتفق عليها سلفا.

وبقبول المستفيد يصبح التزام المصرف التزاما باتا مجردا لا يستطيع الغير أن يطلب وقف صرف قيمته ولو كان العميل نفسه، ولا يلزم المصرف بإخطار العميل قبل الدفع؛ لأن العميل قد يعترض على الدفع وليس من صلاحيته آنذاك.(١)

التزامات البنك (المصرف) تجاه العميل

يلتزم البنك تجاه العميل بعدة التزامات كالتالي:

أ-عدم الرجوع فى عقد الاعتماد الذى تم إبرامه مع العميل.

ب-إخطار المستفيد بالضمان الذى خصصه لصالحه ببيان مبلغ الضمان ومدته، والشروط الخاصة بالدفع.

---

(١) كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفى وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، إعداد أ.د/ جاسم على سالم الشامسى، صـــ٢١، خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، حمدى عبدالعظيم، صـــ٢٥، خطابات الضمان المصرفية د/ على جمال الدين عوض صـــ١٨١.

جـــ-عدم الخروج عن إرادة العميل التى وردت فى عقد الضمان والتى تخص شروط الدفع للمستفيد.(١)

التزامات العميل تجاه البنك:

أ-يلتزم العميل بتقديم الضمان المتفق عليه للبنك سواء أكان أوراقا مالية، أو تجارية، أو عقارا على سبيل الرهن أو غيره.

ب-دفع العمولة المتفق عليها للبنك فور إبرام عقد الضمان، ولو رفض المستفيد خطاب الضمان.

جـــ-دفع المصروفات التى يدفعها البنك خلال تنفيذ العقد.

د-الوفاء بقيمة الضمان الذى دفعه البنك للمستفيد.(٢)

٢-العلاقة بين المصرف والمستفيد:

يربط المصرف بالمستفيد علاقة أساسها خطاب الضمان وما يتضمنه من شروط، وقد صارت تلك العلاقة بينهما علاقة مباشرة ومستقلة لا يمكن للعميل التدخل فيها ولا منعها، ويترتب على هذا الاستقلال أنه لا أثر لدفوع العميل قبل المصرف والناشئة عن عقد إصدار خطاب الضمان، كما إذا فرض ولم يقدم العميل للمصرف الغطاء المتفق عليه لإصدار خطاب الضمان وفسخ العقد، فلا أثر لذلك على حق المستفيد الذى يستمده مباشرة من الخطاب وليس من العقد بين المصرف والعميل.(٣)

التزام البنك تجاه المستفيد:

يلتزم البنك تجاه المستفيد بعدة التزامات أهمها ما يلي:

أ-التزام البنك تجاه المستفيد نهائى وشخصي لا رجوع فيه ولو رغب

---

(١) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـــ٢٥.

(٢) المرجع السابق صـــــ٢٦، خطابات الضمان المصرفية د/ على جمال الدين عوض صـــــ١٨٣.

(٣) كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفى وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، إعداد أ.د/ جاسم على سالم الشامسى، صـــــ٢٤.

العميل فى ذلك، ويلتزم البنك بالدفع للمستفيد عند أول طلب.

ب-البنك مدين أصلى بقيمة خطاب الضمان وليس وكيلا أو نائبا عن عميله.

جـ-يجب على البنك قبل الدفع للمستفيد التحقق من توافر شروط الالتزام حسبما حددتها عبارات خطاب الضمان ونصوصه.

د-لا يحق للبنك أن يجيب المستفيد إلى تجديد أو مد مدة خطاب الضمان إلا بموافقة عميله.(١)

٣-**العلاقة بين العميل والمستفيد**

وهى عادة ما تكون علاقة عمل أو توريد، أو مقاولة، ولذلك يحكمها عقد التوريد أو عقد المقاولة، ويعتبر العميل مسؤلا أمام المستفيد عن تنفيذ الأعمال التى تطلب منه بمواصفات معينة، ومتفق عليها، وإذا لم يلتزم العميل بما اتفق عليه مع المستفيد كان للأخير مصادرة خطاب الضمان، دون اعتراض من جانبى البنك أو العميل.(٢)

المطلب السادس: التكييف القانونى لخطاب الضمان

اختلف فقهاء القانون فى تكييف خطاب الضمان على عدة أقوال نجملها فيما يلى:

القول الأول: تكييف خطاب الضمان قانونا بأنه صورة من صور الكفالة فتنطبق عليه أحكام الكفالة الواردة فى القانون المدني إذ ينص القانون المدنى المصرى (م ٧٧٢) الكفالة بأنها: " عقد بمقتضاه يكفل شخص

---

(١) الأستاذ الدكتور السيد السخاوى مرجع سابق صـــــ٢٧، خطابات الضمان المصرفية د/ على جمال الدين عوض صـــــ١٩٩، خطاب الضمان المصرفى فى ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون والقواعد الدولية، صـــــ٤٣.

(٢) حمدى عبدالعظيم، صـــــ٢٧ مرجع سابق، يراجع: خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، صـــــ٣٠، مدى اسقلال التزام البنك فى خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، د/ عادل إبراهيم، صـــــ٣٢٨.

تنفيذ التزام: بأن يتعهد الدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه"[١]

أوجه الشبه بين خطاب الضمان، والكفالة:

١-يتكون كل منهما من ثلاثة أطراف ففى الكفالة: الكفيل، والمكفول، والمكفول له، وفى خطاب الضمان: البنك، والعميل، والمستفيد.

٢-تشبه وظيفة الكفيل فى الكفالة، وظيفة البنك فى خطاب الضمان فكل منهما يلتزم الوفاء بما فى ذمة صاحبه عند عدم السداد، أو عند أول مطالبة.

٣-تحتاج الكفالة إلى إثبات وغالبا ما يكون هذا الإثبات عن طريق الكتابة، وكذلك خطاب الضمان يكون محررا مكتوبا.

٤-يجوز للدائن أن يرجع فى الكفالة على الكفيل دون الرجوع على المدين الأصلى، وكذلك فى خطاب الضمان يرجع المستفيد على البنك دون الرجوع إلى العميل الأصلى.[٢]

أوجه الاختلاف بين خطاب الضمان والكفالة:

١-يستقل البنك فى خطاب الضمان فى التزامه عن أية علاقة أخرى، فالبنك يدفع قيمة الالتزام للمستفيد مع صرف النظر عن أية معارضة قد يبديها العميل، فى حين أن التزام الكفيل فى الكفالة غير مستقل.

٢-التزام البنك فى خطاب الضمان يكون باتا ونهائيا ولا يقبل الرجوع فى مواجهة المستفيد، فى حين أن الكفيل له حق الرجوع فى الكفالة.

٣-لا يلتزم البنك فى خطاب الضمان بإخطار عميله بعزمه على الوفاء

---

(١) تطوير الأعمال المصرفية، سامى حمود صـــــ٣٩٤، نقلا عن المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير صـــــ٢٩٤.

(٢) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، أ.د/ محى الدين إسماعيل علم الدين، الجزء الثاني، من الفصل الثامن حتى الفصل الحادى عشر ٨٨٦/٢، نقلا عن خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد السخاوي صـــــ٤٨.

بقيمة خطاب الضمان، فى حين أن الكفيل يخطر المكفول بأنه سيدفع قيمة الكفالة.(١)

وبناء على ما تقدم فإنه رغم وجود أوجه للتشابه بين العقدين إلا أن ثمة فروقا جوهرية بينهما.

القول الثانى: يرى أصحابه أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإنابة القاصرة، وهى تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين بالإضافة إلى المدين بحيث يصبح للدائن مدينان بدلا من واحد.

وقد اعترض على هذا التكييف أن خطاب الضمان يختلف عن الإنابة القاصرة من حيث الاستقلالية، فخطاب الضمان ينشأ عنه التزام مستقل، أما فى الإنابة القاصرة فيكون التزام المناب هو الوسيلة الطبيعية لتنفيذ التزام سابق للمنيب إزاء المناب لديه.(٢)

القول الثالث: يرى بعض فقهاء القانون أن خطاب الضمان من العقود غير المسماة والتى يمكن تكييفها على أساس الإرادة المنفردة الناشئة للالتزام، فهو نظام خاص مستقل عن أنظمة القانون المدني المسماة، وأنه عقد ذو كيان خاص فهو عقد مستحدث متميز بخصائصه.

وقد جرى العرف التجارى على تسمية هذا العقد باسم خاص يميزه وهو " خطاب الضمان" أو "عقد خدمة مصرفية" ولا حاجة به لاستعارة اسم عقد آخر وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر.(٣)

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير صـــ٢٩٥، المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـــ٤٦٨، كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفى وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية صـــ٢٦.

(٢) د/ محمد عثمان شبير مرجع سابق صـــ٢٩٨.

(٣) خطابات الضمان المصرفية على جمال الدين صـــ٩٢، القانون التجارى وعمليات المصارف د/ أحمد محمد محرز صـــ٩٨، نقلا عن: أ.د/ السيد السخاوى مرجع سابق صـــ٥٢.

المبحث الثانى
التكييف الفقهى لخطاب الضمان بالكفالة

يراد بالتكييف الفقهى للمسألة: "تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر."(١)

وقيل هو: "بيان حقيقة المعاملة استنادا لنصوص الكتاب، والسنة، أو إجماع الأمة، أو بالاجتهاد فى إلحاق المعاملة المستحدثة بما يشبهها من النوازل المتقدمة، أو اعتمادا على القياس، أو بالتخريج على القواعد الفقهية."(٢)

تحرير محل النزاع:

لا يوجد ما يُشكِل لدى الفقهاء فى تكييف العلاقة بين العميل والمستفيد على أنه تكيف بحسب العلاقة والعقد المبرم بينهما فهى إما بيع، أو توريد، أو تصدير، أو مقاولة.

ولا يوجد ما يُشكِل كذلك لديهم فى تكييف العلاقة بين البنك والمستفيد؛ لأنه يحكمها التعهد غير المعلق على أى شرط من جانب البنك إلا فى حدود ما هو مبين فى خطاب الضمان.

وإنما الإشكال يكمن فقها حول طبيعة العلاقة التى تحكم العميل بالبنك، حيث تعددت آراء الفقهاء المعاصرين فى تكييف خطاب الضمان المصرفى إلى أقوال متعددة متباينة ما بين الكفالة، أو الوكالة، أو الكفالة والوكالة معاً، وما بين كونه جعالة، أو تخريجا على قاعدة الخراج بالضمان، أو أنه

---

(١) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي صـــ١٤٣.

(٢) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـــ٦٣، لأستاذنا الدكتور/ السيد حافظ خليل السخاوى.

عقد مستحدث[١] ولكل وجهة هو موليها، وسوف أخصص لكل من هذه الآراء مساحة من هذا البحث بمشيئة الله تعالى على النحو التالى:

المطلب الأول: تكييف خطاب الضمان بالكفالة

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى تكييف خطاب الضمان المصرفى على أنه صورة من صور الكفالة يمثل هذا الرأى: د/رفيق المصرى، ود/زكريا البري، والشيخ عبدالستار أبوغدة، ود/ الصديق الضرير، والشيخ محمد على التسخيرى، ود/ سامى حمود، ود/ بكر أبوزيد وآخرون.[٢]

واستدلوا على ذلك بأن تعريف كل من خطاب الضمان والكفالة فى الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى، وهو التزام الشخص مالا واجبا على غيره لشخص ثالث، والعبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى.[٣]

كما أن خطاب الضمان يتضمن معنى الكفالة، فكل منهما يراد به تحقيق غاية تأمينية هدفها مساعدة العميل فى تقوية مركزه الائتماني تجاه المكفول له أو المستفيد.[٤]

---

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د/ سامى حسن حمود صـــ٢٩٦، ط/ الثالثة سنة١٤١١هـ-١٩٩١م، مكتبة التراث بالقاهرة، الخدمات المصرفية الائتمانية فى البنوك الإسلامية دراسة مقارنة فى القانون والفقه الإسلامي، د/ رشاد نعمان شايع صـــ٤٦٠، ط/ دار الفكر الجامعى سنة ٢٠١٣م، نقلا عن: خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـــ٦٤.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة الدورة الثانية، العدد الثانى، الجزء الثانى صـــ١١٦٥ وما بعدها، فقه النوازل بكر أبوزيد ٢٠٦/١، خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية، د/ الصديق محمد الضرير، مجلة المشكاة، صـــ١٢.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، أ.د/ محمد عثمان شبير، صـــ٣٠٠.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى صـــ٤٦٨.

ولبيان صحة هذا التكييف من عدمه يحسن بنا أن نطوف حول معنى الكفالة عند الفقهاء مع بيان أركانها، وأنواعها حتى يتم تصور الكفالة الشرعية، ومن ثم هل يصح تكييف خطاب الضمان علي أنه كفالة أم لا؟ لذا سوف نقسم هذا المطلب –بتوفيق الله تعالى– إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة وفقها

الكفالة لغة: الضم، مشتقة من الفعل كفل ومن معانيها: الحظ والنصيب، والكافل: العائل، يقال: كفله يكفله وكفله إياه. والكفيل الضمين، ويكفل كفلا وكفولا وكفالة، وكفله: ضمنه أكفلت فلانا المال إكفالا إذا ضمنته إياه.(١)

فالكفالة والضمان بمعنى واحد لغة وقد ذكر ابن رشد الجد سبعة ألفاظ ونص على أنها مترادفة فقال رحمه الله: "وللضامن في اللغة سبعة أسماء، وهي: زعيم، وكفيل، وقبيل، وأذين، وحميل، وصبير، وضامن. يقال من ذلك زعم يزعم زعامة فهو زعيم، وكفل يكفل كفالة فهو كفيل، وقبل يقبل قبالة فهو قبيل، وأذن يأذن إذانة فهو أذين. وحمل يحمل حمالة فهو حميل، وصبر يصبر صبرا فهو صبير، وضمن يضمن ضمانا فهو ضامن– بمعنى واحد وهي موجودة في القرآن، وفي السنن والآثار، وفيما يحتج به من الأشعار، وقائمة من ذلك."(٢)

قال الماوردي: "... الضمان والزعيم: الضمين، وكذلك الكفيل، والحميل، والصبير، ومعنى جميعها واحد غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل

---

(١) لسان العرب ١١/ ٥٨٨، القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى ١٣٦١/١، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، ط/ مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الثامنة.

(٢) المقدمات الممهدات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) ٣٧٣/٢، تحقيق: الدكتور محمد حجي، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى.

في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم."[١]

الكفالة فقها:

اختلف الفقهاء فى تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر.

تعريف الأحناف للكفالة:

"هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل: في الدين، والأول أصح."[٢]

وجاء فى مجلة الأحكام العدلية: "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضا المطالبة التي لزمت في حق ذلك."[٣]

ويستفاد من هذين التعريفين أن الكفالة عند الأحناف المراد بها: ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة أو في حق أصل الدين على حسب ما اختلف المشايخ فيه.[٤]

فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل عندهم على التعريف الأول وإنما تثبت المطالبة فقط.

---

(١) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) ٤٣١/٦، المحقق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى.

(٢) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي ١٦٣/٧، ط/ دار الفكر.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، صـــ١١٥، المحقق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

(٤) تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي ٢٣٧/٣، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية.

تعريف الكفالة عند المالكية:

عبر المالكية عن الكفالة بالضمان حيث لا فرق بينهما، حيث عرفوه بأنه: " شغل ذمة أخرى بالحق."(١)

تعريف الكفالة عند الشافعية:

يطلق الضمان الشامل للكفالة عند الشافعية على التزام الدين والبدن والعين.(٢)

وقيل: هي التزام حقّ ثابت في ذمة غيره، أو إحضار مَن عليه حق لغيره أو عين مضمونة.

أي هي عقد يلتزم فيه العاقد – وهو المسمى الكفيل أو الضامن – حقاً ثابتاً لشخص في ذمة غيره، بحيث إذا لم يؤدِّه مَن عليه الحق أدّاه ذلك الملتزم. أو أن يلتزم أن يحضر الشخص الذي عليه الحق إلى مجلس القضاء أو إلى صاحب الحق. أو أن يلتزم لشخص أن يحضر له عيناً – هي حقّ له – من يد غيره التي هي في يده مضمونة عليه، كأن تكون مغصوبة.(٣)

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ١٩٨/٦، ط/ دار الفكر – بيروت، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي ٩٦/٥، ط/ دار الفكر.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ٤٣٢/٤، ط/ دار الفكر، بيروت.

(٣) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي ١٤٣/٧، الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة

تعريف الكفالة عند الحنابلة:

عرف الحنابلة الكفالة بأنها: " التزام رشيد إحضارَ من عليه حق مالي لربه"(١)

وقيل: " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق".(٢)

فالضمان عندهم يكون بالمال، والكفالة تكون بالنفس.

وبناء على ما تقدم ذكره من تعريفات نلاحظ أن المالكية والشافعية في المشهور والحنابلة يرون أن الكفالة هي: أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم.

فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة على ضمان الأعيان البدنية.

وأما عند الحنابلة: فالضمان يكون التزام حق في ذمة شخص آخر، والكفالة التزام بحضور بدنه إلى مجلس الحكم.(٣)

التعريف المختار للكفالة أنها:

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا: بنفس، أو بدين، أو بعين."(٤)

وذلك لكونه مانعا جامعا. والله أعلم

---

(١) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي ١٠٨/٥، (المتوفى: ١٣٩٢هـ)، الطبعة: الأولى – ١٣٩٧ هـ

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي ١٨٩/٥، ط/ دار إحياء التراث العربي، الثانية.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨٨/٣٤، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

(٤) القاموس الفقهى د. سعدى أبوجيب صـــ٣٢٢، معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي صـــ٢٥٨، التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي صـــ١٨٢.

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة:

لا خلاف بين الفقهاء فى مشروعية الكفالة بالمال،[١] دل على ذلك الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:

١-قوله تعالي: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[٢]

وجه الدلالة: أخبر الله تعالي عن الضمان في شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير، فدل على جوازه.[٣]

ونوقش الاستدلال بهذا الدليل بما يلي:

أ-إن الحِمل مجهول فكيف صح ضمانه؟

وأجيب: لعله كان معلومًا عندهم، حيث كان لوقر[٤] مقوم المقدار عند أهل البلد إذا أطلق.

ب- كيف يصح أن يضمن للسارق شيئًا على رد ما سرق؟

وأجيب: بأنه لم يضمن الضامن للسارق شيئًا، وإنما ضمن للمسترجع من السارق. ومثل هذا الضمان جائز، فإن قيل هذا.[٥]

جـــ-إنه شرع من قبلنا فلا يجوز الاستدلال به.

---

(١) قال ابن القطان: "وأجمع الصحابة ومن بعدهم على إجازة الكفالة بالنفس وإن لم يكن (معها) مال، وإنما جاء الاختلاف بعدهم فقال الشافعي: لا تجوز الكفالة بالنفس". الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـــ) ١٧٢/٢، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى.

(٢) سورة يوسف الآية (٧٢).

(٣) بحر المذهب ٤٦٣/٥، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.

(٤) الوقر بكسر الواو الحمل يريد حمل بغل أو حملين. لسان العرب ٢٨٩/٥.

(٥) بحر المذهب ٤٦٣/٥، المجموع شرح المهذب ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـــ) ٤/١٤، الناشر: دار الفكر.

وأجيب: بأن شرع من قبلنا يجوز العمل به؛ إذا لم يرد النهي عنه في شرعنا، بل قد ورد فى شرعنا ما يقرره.(١)

٢-قوله تعالي: ﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ ﴾(٢)

وهى تدل على مشروعية الضمان في الجملة.(٣)

من السنة:

١- عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الزعيم غارم).(٤)

وجه الدلالة: الزعيم الكفيل والحديث يستفاد منه أن الكفالة من عقود التبرع فالأصل فيه الغرم لا الغنم.(٥)

٢- عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أُتي بجنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين.؟ قالوا: لا، فصلى عليه،

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦ هـ) ٥٦٤/٤، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى. ويراجع فى المناقشات : الحاوى الكبير ٤٣٠/٦.

(٢) سورة القلم الآية (٤٠).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: ٧١٠هـ) ١٢١/١٠، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية
الطبعة: الأولى.

(٤) أبوداود ٣/ ٣٢١ح ٣٥٦٧ ك/ البيوع، ب/ فى تضمين العارية، والترمذى ٥٦٥/٣ح ١٢٦٥، ك/البيوع، ب/ ما جاء في أن العارية مؤداة،وقال: حسن غريب، ابن ماجه ٤٨٢/٣ح ٢٤٠٥، ك/ أبواب الصدقات، ب/ الكفالة، وأحمد فى المسند ٢٦٧/٥،ح ٢٢٣٤٩، البيهقى فى السنن ٧٢/٦ح ١١٧٢٥. والحديث صححه ابن حبان يراجع: المقاصد الحسنة للسخاوى صـــ١٤٤، وقال الحافظ فى " الفتح " ٥ / ٢٤١ : حسنه الترمذى و صححه ابن حبان .

(٥) الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر د/ على السالوس صـــ٤٥.

ثم أتي بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين. قالوا: نعم قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: عليَّ دينه يا رسول الله فصلى عليه).[١]

وجه الدلالة: يدل الحديث على أنه يصح الضمان عن الميت ويلزم الضمين ما ضمن به، وسواء كان الميت غنيا أو فقيرا.[٢]

دليل الإجماع:

وهذا الذي دلتّ عليه النصوص موضع إجماع المسلمين في كل الأزمان والعصور.[٣]

الفرع الثالث: حكمة مشروعيتها:

تتجلي حكمة مشروعية الكفالة فى التيسير على المسلمين، وتحقيق التعاون فيما بينهم، فقد يشتري إنسان سلعة هو في حاجة إليها، ولا يجد الثمن، ولا يطئمن البائع إليه فلا يرضى بإنظار المشتري، ولا يتيسر له رهن يضعه به، وقد لا يرضى البائع بالرهن، فيحتاج في هذه الحالة الى كفيل، وقد يستقرض مالاً هو في حاجة إليه، ويطلب المقرض كفيلاً، وقد يقع في جناية يعاقب عليها، وهو بعيد عن بلده، وعليه حقوق وتَبِعات يضطر الى أجَلٍ للقيام بها، فيحتاج الى مَن يكفله حتى يذهب ويعود. وقد يضطر إنسان إلى استعارة عين، ولا يرضى صاحبها بإعارتها له إلا بكفيل يضمن له ردّها سالمة. وقد تكون في يده عين مغصوبة، يحتاج إلى أجل لإحضارها،

---

(١) البخارى ٨٠٣/٢ح ٢١٧٣، ك/ الحوالات، ب/ من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع.

(٢) نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) ٢٨٣/٥، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى.

(٣) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : ٤٥٦هـ) صـــ٦٢، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت، الإقناع في مسائل الإجماع ١٧٢/٢.

فيأبى صاحبها أن يفلته إلا بكفيل، وهكذا، فالمصلحة في تشريع الكفالة واضحة، والحاجة إليها أكيدة، وشرع الله تعالى إنما جاء لرعاية مصالح العباد، وتخليصهم من الحرج.(١)

الفرع الرابع: أركان الكفالة:

يرى الجمهور أن الكفالة لها خمسة أركان، بينما يرى الأحناف أن الكفالة لها ركن واحد كسائر العقود عندهم وهو الصيغة، ومما تجدر الإشارة إليه أن الخلاف بين الجمهور والأحناف لفظى حيث إن الجميع متفقون على أهمية وجود أوصاف معينة فى كل عقد، غير أن بعضهم يسميه أركانا وهم الجمهور، والآخرون يسمونه بشروط العقد أو نحوها، ولا يتأتى فقها على مذهب الأحناف أن يكون ركن العقد فقط هو الصيغة بدون وجود كفيل، ومكفول له، ومكفول عنه، ومكفول به، بل إن مقصدهم أن الصيغة هى الركن الأعظم ويسمون غيرها بأسماء أخرى مع اتفقاهم على أهمية الجميع، وضرورة وجوده حتى يصح العقد.

وسوف نسير فى بحثنا على قول جمهور الفقهاء القائلين أن للكفالة أركانا خمسة وهي: الكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه، والمكفول به، والصيغة، ولكلٍّ منها شروط نبيِّنها فيما يلي إن شاء الله تعالى.

الركن الأول: الكفيل:

وهو الضامن الذي يلتزم بأداء الحق المضمون، أو إحضار الشخص المكفول ويشترط فيه: أن يكون أهلاً للتبرّع، بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً؛ لأن الكفالة تبّرع، فيشترط أن يكون الكفيل أهلاً له، فلا تصحّ كفالة المجنون ولا الصبي، لأنهما ليسا من أهل التبرّع، ولا سلطان لهما على

(١) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ١٤٤/٧.

أنفسهما ومالهما، فلا سلطان لهما على غيرهما من باب أولى، وكذلك لا تصحّ الكفالة بالمال ممّن كان محجوراً عليه بسفه، لأنه تصرّف مالي، وهو محجور عليه في التصرفات المالية، لأنه لا يحسنها.(١)

الركن الثاني: المكفول له:

وهو مستحق الحق، الذي يلتزم الكفيل بما التزم به حفظاً لحقه، ويشترط أن يكون معروفاً لدى الضامن معرفة عينية، أي أن يعرف شخصه، فلا يكفي أن يعرف نسبه مثلاً، واشتُرطت معرفته لأنه هو صاحب الحق الذي سيُطالب الكفيل به، والناس يتفاوتون في المطالبة بحقوقهم شدَّة ويُسراً، فلا بدّ لمن يلتزم بالأداء أن يعرف مَن سيطالبه وكذلك إذا كان مجهولاً لا يتحقق ما شرعت له الكفالة، وهو التوثّق لصاحب الحق. واكتفى بمعرفة شخصه؛ لأن الظاهر غالباً عنوان الباطن.

ويُشترط معرفة وكيله إن كان له وكيل؛ لأن الغالب في الناس أن يوكّل مَن هو أشدّ منه في المطالبة، ولهذا تغنى معرفة الوكيل عن معرفة الأصيل.

ولا يُشترط حضور المكفول له، كما لا يُشترط قبوله الكفالة أو رضاه بها، لأنها التزام وضمان لصالحه لا يرتب عليه شيئاً، ودليله حديث أبي قتادة رضى الله عنه،(٢) إذ لم يتعرّض فيه إلى المكفول له، وقيل: يشترط رضاه دون التلفّظ بقبوله.(٣)

---

(١) منح الجليل ١٩٩/٦، المجموع ٥/١٤،

(٢) تقدم ذكره وتخريجه صـــــــــــ٣٢.

(٣) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ) ٣١١/٦، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج – جدة، الطبعة: الأولى الحاوى ٤٣٣/٦.

الركن الثالث: المكفول عنه:

وهو المطالَب بالحق من قِبَل المكفول له، ويعبَّر عنه أحياناً بالأصيل مقابل الكفيل، ويشترط فيه أن يكون ثَبَت في ذمته حقٌّ مِنْ دَيْن أو نحوه، مما يصحّ ضمانه.

ولا يشترط رضا المضمون عنه في المال قولاً واحداً؛ لأن قضاء دَيْن غيره بغير إذنه جائز، فالتزامه جائز من باب أولى، ولذا صحّ الضمان عن الميت وإن لم يخلف وفاءً وكذلك ضمانه عنه معروف، والمعروف يُصنع مع مَن يعرفه ومَن لا يعرفه، وسواء أكان اهلاً له أم لا. ولا تشترط معرفته في الأصح؛ لأنه ليس هناك معاملة بين الكفيل والمكفول عنه.(١)

الركن الرابع: المكفول به:

وهو الحق الذي وقع عليه الضمان والكفالة من دَيْن أو غيره، ويشترط فيه:

١-أن يكون حقاً ثابتاً حال العقد، فلا يصحّ ضمان ما لم يثبت، سواء أجرى سبب وجوبه كنفقة الزوجة المستقبلة، أم لم يجر كضمان ما سيقرضه لفلان، لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يتقدم عليه، كالشهادة.

٢-أن يكون لازما: سواء أكان مستقراً كثمن البيع بعد القبض وانتهاء مدة الخيار، والمَهْر بعد الدخول، ام غير مستقر كثمن المبيع قبل القبض والمهر قبل الدخول.

٣-أن يكون معلوماً للضامن، جنساً وقدراً وصفة، فالجنس كأن يكون دولارات، أو جنيهات، أو غيرهما، والقدر كألف أو أكثر أو أقل، والصفة كجيد أو ردئ فيما لو كان يوصف بذلك، وأن يعلم عينه إذا كان ضمان عين كالمغصوب.

---

(١) مواهب الجليل ٩٨/٥ حاشية الروض المربع ٥/ ٩٩.

٤- أن يكون الحق المضمون قابلاً للتبرّع به، أي أن يكون قابلاً للانتقال لغير مَن هو له بغير عوض، فلو كان غير قابل لذلك فلا يصحّ الضمان به، كحق الشفعة مثلاً، فهو حق للشفيع، أي للشريك الذي يملك حصة مع البائع، فإذا باع شريكه حصته لغيره كان له الحق ان يأخذها بالثمن، ولكن ليس له أن ينقل هذا الحق لغيره، فلا يصح الضمان به.(١)

الركن الخامس: الصيغة:

وهي الإيجاب من الضامن الكفيل، والقبول من المكفول له.(٢) ويكفي في تحقيق الكفالة إيجاب الكفيل الضامن، ولا يشترط فيها قبول المكفول له ولا رضاه.(٣)

ومن خلال ما تقدم نجد أن أركان الكفالة تتفق مع أركان خطاب الضمان وهى:

١-الكفيل: البنك.

٢-المكفول عنه: العميل الآمر.

٣-الكمفول له: المستفيد.

٤-المكفول به: المبلغ المضمون.

٥-الصيغة: الإيجاب والقبول وهو الطلب الذى يقدمه العميل الآمر للبنك وموافقة البنك على الضمان.(٤)

---

(١) الفقه المنهجى ١٤٧/٧.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) ٢/٦، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية.

(٣) زاد المستقنع في اختصار المقنع، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ) صـــ١١٧، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، الناشر: دار الوطن للنشر – الرياض. يراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩٠/٣٤.

(٤) يراجع: فقه النوازل لبكر أبوزيد ٢٠٢/١، وخطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، د/ السيد السخاوى صـــ٨٧، استفدت هذا الفرع من كتاب الفقه المنهجى من صـــ١٤٦ : ١٤٩.

الفرع الخامس: أنواع الكفالة:

من خلال ما تقدم يمكننا استخلاص أنواع الكفالة عند المذاهب الفقهية على النحو التالى:

الكفالة عند الأحناف والمالكية والشافيعة:

١-كفالة بالمال (الدين). ٢-كفالة بالنفس[١]

أما المالكية فيرون أن الضمان ثلاثة أنواع:

١-ضمان المال.

٢-ضمان الوجه (البدن) وهو: التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة إليه؛ لأن مقتضى الضمان إحضاره إلى الطالب ليتمكن من استيفاء دينه منه.[٢]

٣-ضمان الطلب وهو: التزام طلب المدين والتفتيش عليه إن تغيب ثم يدل رب الحق عليه دون الالتزام بإحضاره.[٣]

---

(١) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ١٤٥/٧، الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر أ.د/ على أحمد السالوس صـــــ٤١.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـــ) ٣٤٤/٣، الناشر: دار الفكر.

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـــ) ٤٥٢/٣، الناشر: دار المعارف، الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر أ.د/ على أحمد السالوس صـــــ٤١.

المطلب الثاني: تطبيق أحكام الكفالة على خطابات الضمان

الكفالة بالمال هي ما يسمى بالضمان، وهي: أن يلتزم إنسان أداء ما في ذمة من مال إذا لم يؤدّه المدين، وهي النوع الأول من أنواع الكفالة كما تقدم ذكره، والكفالة بالمال مما وقع الاتفاق على جوازها، بل انعقد الإجماع عليه، قال ابن حزم فى مراتب الإجماع: " واتفقوا على أن من كان له على آخر حي حق واجب من مال قد وجب بعد فضمنه عنه ضامن واحد بأمر الذي عليه الحق ورضي المضمون له بذلك وكان الضامن له غنيا فان ذلك جائز وللمضمون له أن يطالب الضامن بما ضمن له"(١)

وقال أبو الحسن بن القطان: " واتفقوا أن المحيل والمحال عليه، وأن الضامن والمضمون له إذا كانوا عقلاء أحرارًا رجالاً بالغين، غير مكرهين ولا محجورين ولا أحاط الدين بأموالهم، فضمانهم وحوالتهم جائزة".(٢)

وكل الأدلة التى قدمناها فى مشروعية الكفالة إنما تدل فى أول دلالتها على صحة الكفالة بالمال.

تنقسم الكفالة بالمال إلى ثلاثة أقسام:

١-كفالة بالدين: أن يتكفل بدَيْن ثبت في ذمّة إنسان، يلتزم الكفيل أداءه إذا لم يؤدِّه مَن هو عليه في أجله سواء أكان الدين مجهولا أم معلوما حالا أو مؤجلا.

٢-كفالة بالعين: المقصود بضمان العين أو كفالتها: أن يلتزم الكفيل برد العين مثل العين المغصوبة، والمقبوضة بالبيع الفاسد، إن كانت قائمة، وبرد مثلها أو قيمتها إذا تلفت.

---

(١) مراتب الإجماع صـــ٦٢.

(٢) الإقناع فى مسائل الإجماع لأبى الحسن بن القطان ١٧١/٢.

٣-كفالة الدرك: بفتح الراء وسكونها، ويقال له ضمان العهدة والدرك لغة المطالبة والتبعة بكسر الباء الموحدة، وتطلق على الرجعة والعهدة، اسم لغة للوثيقة التي يكتب فيها الشيء، فتسمية المكتوب فيها بذلك من تسمية الحال باسم محله.

وهو أن يضمن للمشتري الثمن أي جميعه إن خرج مقابله مستحقا جميعه أو معيبا ورد جميعه أو بعضه إن خرج بعضه مستحقا أو رد بعضه أو لم يرد، ولكن نقص وذلك بحسب صيغة ضمانه.(١)

الفرع الأول: مطالبة المستفيد للبنك (الكفيل) وحده فقط فى خطاب الضمان ومدى توافقه مع أحكام الكفالة فى الفقه الإسلامي.

مما هو معلوم أن المستفيد يرجع على البنك (الكفيل) فى سداد مبلغ الضمان، ولا يطالب المكفول عنه، فهل يتوافق ذلك مع أحكام الكفالة فى المذاهب الفقهية أم لا.

هذا ما نود التعرف عليه من خلال عرض المذاهب الفقهية بأدلتها، لنصل إلى القول المختار.

وقد اختلف الفقهاء في كفالة الدين (ضمان المال) هل يجوز للمكفول له (المستفيد) مطالبة الكفيل (البنك)، والمكفول عنه (العميل الآمر) معا؟، أم لا يجوز مطالبة الكفيل (البنك) إلا إذا تعذر الأداء من المكفول عنه (العميل الآمر)؟، وكان خلافهم على ثلاثة أقوال:

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٦، حاشيتا قليوبي وعميرة أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة ٤٠٦/٢، الناشر: دار الفكر – بيروت، كتاب الفروع، لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٧٦٣هـ) ٣٩٥/٦، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى.

القول الأول: لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وهو قول جمهور الفقهاء من الأحناف،(١) ورواية للمالكية،(٢) والشافعية،(٣) والحنابلة.(٤)

القول الثاني: لا يصح مطالبة الكفيل إلا إذا ماطله المكفول عنه أو تعذر عليه مطالبته وهو ما ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله تعالى ورجع إليه وأخذ به ابن القاسم من المالكية، وابن القيم من الحنابلة ووصفه بالقوة.(٥)

القول الثالث: تبرأ ذمة المكفول عنه، ولا يجوز مطالبته والحق قد سقط جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبدا، وإنما حقه عند الضامن أنصفه أو لم ينصفه، وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور، وداود، وابن حزم من الظاهرية.(٦)

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٦، حاشية ابن عابدين ٣٢٠/٥.

(٢) حاشية الدسوقى ٣٣٧/٣.

(٣) البيان للعمراني ٣٢١/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ) ٢٤٦/٢، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.

(٤) المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ٤٠٩/٤، الناشر: مكتبة القاهرة، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ) ٢٩٥/٣، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية.

(٥) حاشية الدسوقى ٣٣٧/٣، شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) ٢٨/٦، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت، إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ) ٣١٠/٣، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الأولى.

(٦) المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) ٤٠٠/٦، الناشر: دار الفكر – بيروت، يراجع: البيان للعمران ٣٢١/٦.

الأدلـــــة

أدلة المذهب الأول:

أولا: من السنة

١- عن جابر رضي الله عنه قال: (مات رجل فغسلناه، و كفناه، و حنطناه، ووضعناه لرسول الله صلى الله عليه وسلم حيث توضع الجنائز عند مقام جبريل ثم آذنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصلاة عليه فجاء معنا خطى ثم قال: لعل على صاحبكم دينا؟ قالوا : نعم، ديناران.

فتخلف، فقال له رجل منا يقال له أبو قتادة: يا رسول الله هما علي، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: هما عليك وفي مالك و الميت منهما بريء فقال: نعم فصلى عليه فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لقي أبا قتادة يقول: ما صنعت الديناران حتى كان آخر ذلك قال: قد قضيتهما يا رسول الله قال: الآن حين بردت عليه جلده.)[١]

وجه الدلالة: فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان، لكان قد برد جلده بالضمان.[٢]

المناقشة:

قد يكون تبريد زائد دخل عليه حين القضاء عنه، وإن كان لم يكن قبل ذلك في حر كما تقول: لقد سرني فعلك، وإن لم تكن قبل ذلك في هم ولا حزن كما لو تصدق عن الميت بصدقة لكان قد دخل عليه بها روح زائد ولا بد،

---

(١) أخرجه الحاكم فى المستدرك ٢/٦٦ح ٢٣٤٦، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه وعلق الذهبى عليه فقال: صحيح، وأحمد فى المسند ٣/٣٣٠ح ١٤٥٧٦، وأبوداود الطيالسى فى مسنده ٣/٢٥٣ح ١٧٧٨، قال الهيثمى فى مجمع الزوائد ١/٤٦٣: إسناده حسن.

(٢) البيان للعمراني ٦/٣٢١.

وإن لم يكن قبل ذلك في كرب ولا غم. ويمكن أن يكون قد كان مطل وهو غني فحصل له الظلم ثم غفر الله تعالى له ذلك الظلم بالقضاء والله أعلم.[١]

٢- عن قبيصة بن مخارق الهلالى قال: (تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها. قال ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك..)[٢]

وجه الدلالة: إنه عليه السلام أباح له المسألة بنفس الكفالة ولم يعتبر حال المكفول

ففيه رد على من لم يجوز له مطالبة الكفيل إذا قدر على مطالبة المكفول عنه.[٣]

٣- عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليم وسلم قال: (الزعيم غارم).[٤]

وجه الدلالة: عموم قوله: الزعيم غارم، والغارم هو المطالب بالغرم فيكون له مطالبة الكفيل كالأصيل تماما.

المناقشة:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه لا عموم له، ولا يدل على أنه غارم في جميع الأحوال، ولهذا لو أدى الأصيل لم يكن غارما.[٥]

٤- عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (نفس

---

(١) المحلى ٤٠٢/٦.

(٢) مسلم ٩٧/٣ح ٢٤٥١، ك/ الزكاة ب/ من تحل له المسألة.

(٣) الجوهر النقي على سنن البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني (المتوفى: ٧٥٠هـ) ٧٣/٦، الناشر: دار الفكر.

(٤) تقدم تخريجه صـــــ٣٢.

(٥) إعلام الموقعين ٣١٠/٣.

المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه).[١]

وجه الدلالة: فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة، ورفع العذاب عنه إنما يكون بالقضاء عنه لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمانة فدل على أن المكفول له يطالب الأصيل والكفيل.[٢]

المناقشة:

"فليس فيه أنه حكم المضمون عنه، ولا أنه حكم من لم يمطل بدينه بعد طلب صاحبه إياه منه. وبيان ذلك: أن المطالب بدينه في الآخرة إنما هو من مطل به وهو غني، فصار ظالما، فعليه إثم المطل – أعسر بعد ذلك أو لم يعسر، وأما من لم يمطل قط به، فلم يظلم، وإذا لم يظلم فلا إثم عليه، ولا تبعة، وحق الغريم إن مات الذي عليه الدين فيما يتخلف، أو في سهم الغارمين، والظالم حينئذ من مطله بعد موت الذي عليه الدين من ورثة أو سلطان ولا إثم على الميت أصلا، وهو لم يمطل في حياته فلم يظلم، وإذ لم يظلم في حياته فليس في وسعه الإنصاف بعد موته، وإنما عليه الإقرار به فقط"[٣]

ثانيا: من المعقول

١- الضمان وثيقة بدين، فلم يتحول إلى الوثيقة. ويسقط عن الذمة، كالرهن والشهادة.

٢- الحق متعلق بذمة كل واحد منهما، فكان له مطالبة كل واحد منهما

---

(١) الترمذى ٣٨٩/٣ح ١٠٧٨، ك/ الجنائز، ب/ ما جاء عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، وقال حسن، وابن ماجه ٤٨٩/٣ح ٢٤١٣، ك/ أبواب الصدقات، ب/ التشديد في الدين، والحاكم فى المستدرك ٣٢/٢ح ٢٢١٩، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه، ووافقه الذهبى،

(٢) نيل الأوطار ٢٨٥/٥.

(٣) المحلى ٤٠١/٦.

كالضامنين.[١]

٣- الكفالة تنبىء عن الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم.[٢]

المناقشة: قال ابن القيم:

"ولا يصح الاحتجاج بأن الضمان مشتق من الضم فاقتضى لفظه ضم إحدى الذمتين إلى الأخرى لوجهين؛ أحدهما: أن الضم من المضاعف، والضمان من الضمين، فمادتهما مختلفة ومعناهما مختلف وإن تشابها لفظا ومعنى في بعض الأمور. الثاني: أنه لو كان مشتقا من الضم فالضم قدر مشترك بين ضم يطالب معه استقلالا وبدلا، والأعم لا يستلزم الأخص".[٣]

٤- الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته.[٤]

<u>أدلة المذهب الثاني القائلين بأنه لا يجوز مطالبة الكفيل إلا عند تعذر مطالبة الأصيل وقد استدلوا بأدلة من المعقول:</u>

١-الضامن فرع، والمضمون عنه أصل، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول كالتراب في الطهارة والصوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل. وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه.[٥]

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤٠٨/٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٦، الحاوى ٤٣٦/٦.

(٣) إعلام الموقعين ٣١٠/٣.

(٤) بدائع الصنائع ١٠/٦.

(٥) إعلام الموقعين ٣١٠/٣.

٢-الكفالة توثقة وحفظ للحق، فهي جارية مجرى الرهن، ولكن ذاك رهن عين وهي رهن ذمة أقامها الشارع مقام رهن الأعيان للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها، والرهن لا يستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من الراهن، فكذا الضمين. ولهذا كثيرا ما يقترن الرهن والضمين لتواخيهما وتشابههما وحصول الاستيثاق بكل منهما.(١)

المناقشة:

الضمان لا يشبه الرهن؛ لأنه مال من عليه الحق، وليس بذي ذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين، ليقضي منه أو من غيره. (٢)

٣- أن الضامن في الأصل لم يوضع لتعدد محل الحق كما لم يوضع لنقله، وإنما وضع ليحفظ صاحب الحق حقه من الهلاك، ويكون له محل يرجع إليه عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي، ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته والتمكن من مطالبته.

والناس يستقبحون هذا، ويعدون فاعله متعديا، ولا يعذرونه بالمطالبة، حتى إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل عذروه بمطالبة الضامن وكانوا عونا له عليه، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم بحيث لو طالب الضامن والمضمون عنه إلى جانبه والدراهم في كمه وهو متمكن من مطالبته لاستقبحوا ذلك غاية الاستقباح.(٣)

---

(١) المغنى ٤٠٩/٤.

(٢) المغنى ٤٠٩/٤.

(٣) إعلام الموقعين ٣١٠/٣، يراجع: شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) ٥٣/٦، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة: الأولى، بلغة السالك لأقرب المسالك ، أحمد الصاوي ٢٧٨/٣، تحقيق ضبطه، وصححه: محمد عبد السلام شاهين، الناشر دار الكتب العلمية.

المناقشة:

قال أبو محمد بن حزم: أما هذا القول الذي رجع إليه مالك فظاهر العوار، لأنه دعاوى كله بلا برهان، وتقسيم بلا دليل، لا من قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول أحد نعلمه من صاحب أو تابع، ولا قياس، ولا رأي له وجه.(١)

أدلة المذهب الثالث

أولاً: من السنة

١- حديث جابر المتقدم وفيه: (قال أبو قتادة: هما على يا رسول الله، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: هما عليك وفي مالك و الميت منهما بريء).(٢)

وجه الدلالة: هذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله: " وبرئ الميت منهما ".(٣)

قال ابن حزم: " وفيه: أن الدين يسقط بالضمان جملة، لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة أبي قتادة لما كانت الحال إلا واحدة، وامتناعه – عليه السلام – من الصلاة عليه قبل ضمان أبي قتادة لدينه، ثم صلاته – عليه السلام – عليه بعد ضمان أبي قتادة: برهان صحيح على أن الحال الثانية غير الأولى وأن الدين الذي لا يترك به وفاء قد بطل وسقط بضمان الضامن، ولزم ذمة الضامن بقول أبي قتادة الذي أقره عليه النبي – صلى الله عليه وسلم – على دينه. فصح أن الدين على الضامن بعد لا على المضمون عنه."(٤)

---

(١) المحلي ٣٩٩/٦.

(٢) تقدم تخريجه صـــــ٤٢ــ

(٣) المغنى لابن قدامة ٤٠٨/٤.

(٤) المحلى ٣٩٨/٦.

المناقشة: نوقش الاستدلال بالحديث بأمرين:

أ-إنه أراد به: من الرجوع في تركته.(١)

ب-أو إنما أراد برئ من رجوعك عليه، لأن ضمانه كان بغير أمره.(٢)

٢- عن أبى سعيد الخدرى قال: (أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجنازة ليصلى عليها فتقدم ليصلى فالتفت إلينا فقال: هل على صاحبكم دين؟ ». قالوا : نعم قال :« هل ترك له من وفاء؟. قالوا: لا قال: صلوا على صاحبكم. قال على بن أبى طالب رضى الله عنه: على دينه يا رسول الله فتقدم فصلى عليه وقال: جزاك الله يا على خيرا كما فككت رهان أخيك ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة.)(٣)

وجه الدلالة: دل الحديث على أن المضمون عنه برئ بالضمان.(٤) فقد فك رهانه بضمانه دينه فقط، فإنه حول دينه على نفسه حيا كان المضمون عنه أو ميتا.(٥)

المناقشة:

أراد به لامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لأجل ما عليه من الدين. فلما ضمنهما عنه.. فك رهانه بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن صلاته رحمة.(٦)

٣- عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (الزعيم غارم)(٧)

---

(١) البيان العمراني ٣٢١/٦.

(٢) الحاوى ٤٣٦/٦.

(٣) البيهقى فى السنن ٧٣/٦ح ١١٧٣١، وعبد بن حميد فى مسنده ح٢٨١، الدارقطنى ٤٦٧/٣، قال فى تلخيص الحبير٤٦٨/٣: " أخرجه البيهقي من طرق بأسانيد ضعيفة ".

(٤) المغنى لابن قدامة ٤٠٨/٤.

(٥) المحلى ٤٠١/٦.

(٦) البيان العمراني ٣٢١/٦.

(٧) تقدم تخريجه صـــــ٣٢.

وجه الدلالة: لما خصه بالغرم اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئا من الغرم.

المناقشة: ونوقش: بأنه لا يمتنع أن يكون غيره غارما.(١)

ثانيا: من المعقول

١- إنه دين واحد، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه، كالمحال به؛ وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين.

المناقشة:

يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن.(٢)

٢-من المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود هو كله على زيد، وهو كله على عمرو، ولو كان هذا لكان للذي هو له عليهما أن يأخذهما جميعا بجميعه فيحصل له العدد مضاعفا، ولما سقط عن أحدهما حق قد لزمه بأداء آخر عن نفسه ما لزمه أيضا.(٣)

القول المختار:

بعد ذكر الأقوال بأدلتها، ومناقشة ما أمكن مناقشته فإني أختار قول الجمهور القائل بجواز مطالبة الأصيل والكفيل معاً نظرا لقوة أدلتهم.

ومن المعلوم أن المستفيد فى خطاب الضمان لا يرجع إلا إلى على البنك (الكفيل) ولا يطالب الأصيل، وبناء على ما سبق ذكره فلا مانع من هذا شرعا إذا صحاب العقد شرط وهو التزام البنك بالسداد وكذلك المطالبة لأن هذا يدخل تحت حديث: "المسلمون عند شروطهم"(٤) فهذا يتم الاتفاق عليه بالإرادة المنفردة وبعلم ورضا كافة أطراف التعاقد فلا إشكال فيه شرعا. والله أعلم.

---

(١) الحاوى ٤٣٦/٦.

(٢) المغنى ٤٠٨/٤.

(٣) المحلى ٤٠٠/٦.

(٤) أخرجه البخارى معلقا ٧٩٤/٢، ك/ الإجارة، ب/ أجر السمسرة.

الفرع الثاني: توقيت خطاب الضمان ومدى توافقه مع أحكام الكفالة في الفقه الإسلامي.

المدة عنصر جوهري فى خطاب الضمان لا يكاد يخلو منه هذا العقد فى كل أنواعه المتقدم ذكرها، الابتدائى منها، والنهائى، والمراد بتوقيت الكفالة (خطاب الضمان): أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، فإذا انقضت تلك المدة يبرأ بعدها من التزامه وتنتهي الكفالة، وذلك مثل قول الكفيل: أنا كفيل بما على فلان من مالٍ من اليوم إلى نهاية هذا الشهر، فإذا انقضى الشهر برئتُ من الكفالة فهل يقر الفقه الإسلامى توقيت خطاب الضمان أم إن ذلك مخالف لأحكامه؟.

اختلف الفقهاء فى هذا، وأسفر خلافهم فى هذا المسألة عن ثلاثة مذاهب:

سبب الخلاف:

يرجع سبب اختلافهم إلى الأثر المترتب علي الكفالة، فمن رأى أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين وإنما يطالب فقط بأدائه، أجاز الكفالة المؤقتة، وقيد المطالبة بالمدة المتفق عليها، أما من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تصير مشغولة بالدين إلى جانب ذمة المدين، فلم يُجز توقيت الكفالة.(١)

المذهب الأول: يصح توقيت الكفالة وهو ما ذهب إليه الأحناف(٢)، والمالكية(٣) وبعض الحنابلة(٤)، والزيدية.(٥)

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩٤/٣٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٨٩/٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر ٦٣٢/١، تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني، الناشر دار الكتب العلمية.

(٣) قيد المالكية صحة توقيت الكفالة بقيدين هما: أولهما أن يكون من عليه الدين موسرا بما عليه في أول الأجل للسلامة من سلف جر نفعا؛ لأنه قادر على أخذه الآن فكأنه ابتداء سلف بضامن أو رهن. ثانيهما أن يكون من عليه الدين معسرا والعادة أنه لم يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه بل يمضي عليه جميعه وهو معسر إذ تأخير المعسر واجب. شرح مختصر خليل للخرشي ٦/ ٢٤، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل ٤٤/٦.

(٤) المغنى ٤١٩/٤، الإنصاف ٢١٣/٥.

(٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) صـــ٧٩٧، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الطبعة الأولى.

وحجتهم:

١-إنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود، فيجب أن يصح، كضمان الدرك.(١)

٢- للكفيل أن يشترط لنفسه ما شاء ولا وجه للفرق بين الوقت والشرط وبين الأجل في التعليق بالمجهول بل الكل سواء سواء تعلق به غرض أو لم يتعلق به غرض.

٣- صاحب الحق بالخيار إن شاء رضي لذلك وقبله وإن شاء امتنع منه.(٢)

جاء فى حاشية رد المحتار: " ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف ولو قال: شهرا لم يذكره محمد واختلف فيه فقيل: هو كفيل أبدا كما لو قال إلى شهر وقيل في المدة فقط أي كما لو قال من هذه الساعة إلى شهر، والحاصل أنه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفلته إلى شهر وهي المسألة فيكون كفيلا بعد الشهر ولا يطالب في الحال، وعند أبي يوسف والحسن هو كفيل في المدة فقط وإما أن يذكر من وإلى فيقول كفلته من اليوم إلى شهر فهو كفيل في المدة فقط بلا خلاف وإما أن لا يذكر من ولا إلى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام فقيل كالأول وقيل كالثاني.

قلت: وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها وقد تقدم أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة وأن لفظ عندي للأمانة وصار في العرف للكفالة بقرينة الدين.

---

(١) المغنى ٤/٤١٩.

(٢) السيل الجرار صـــــ٧٩٧.

ثم رأيت في الذخيرة قال وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي يقول قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها إلا أنه يجب على المفتي أن يكتب في الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه ا ه "[١]

المذهب الثاني: لا يصح توقيت الكفالة وهو الأصح عند الشافعية[٢]، والحنابلة.[٣]

وحجتهم:

١-إنه إثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط، ولا توقيته، كالهبة.

٢- لأن التأقيت خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به، كمجيء المطر وهبوب الريح.[٤]

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٨٩/٥

(٢)منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) صـ١٣٠، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ) ٥٠٤/٤، دار المنهاج (جدة)، الطبعة: الأولى.

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ) ١٠١/٥، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، الإنصاف ٢١٣/٥.

(٤) المغنى ٤١٩/٤.

المناقشة:

ونوقش هذ الدليل بأن القياس على التوقيت بوقت مجهول كمجيء المطر وهبوب الرياح قياس مع الفارق؛ لأن ما نحن فيه توقيت إلى أجل معلوم.(١)

٣-إن المعهود فى الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح وهو ما تصح فيه الكفالة لم تبرأ إلا بأدائه أو بالمعاوضة عليه أو بإسقاط الدائن إياه، أو بهبته للدين، أما إنها تبرأ بمضى زمن محدد فيكون مضى هذا الزمن مسقطا للدين فلا عهد لنا به فى الحقوق؛ لأنها لا تسقط بمضى الزمن، ولا بالتقادم شرعا.(٢)

المناقشة:

ناقش هذا الدليل الدكتور الصديق الضرير فقال: " إن هذا يكون مقبولا لو أن الدين إذا سقط عن الكفيل يسقط نهائيا، ولا يستطيع صاحبه الحصول عليه، ولكن الحاصل فى حالتنا أن الدين يسقط عن الكفيل ولكنه يبقى فى ذمة الأصيل."(٣)

قال ابن قدامة: " أو قال: أنا كفيل بفلان شهرا. فقال القاضي: لا تصح الكفالة.

وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن؛ لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به، كمجيء المطر وهبوب الريح، ولأنه إثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط، ولا توقيته، كالهبة. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب: تصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود، فيجب أن يصح، كضمان الدرك.

---

(١) أ.د/ السيد السخاوى خطابات الضمان المصرفية مرجع سابق صـــــ١١٥.

(٢) الضمان فى الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف صـــــ٢٥، القسم الثاني، ط/ دار الفكر العربى.

(٣) خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية، د/ الصديق محمد الضرير، مجلة المشكاة، صـــــــ٩.

والأول أقيس. فإن قال: كفلت بفلان إن جئت به في وقت كذا. وإلا فأنا كفيل بفلان، أو ضامن المال الذي على فلان. لم يصح فيهما عند القاضي؛ لأن الأول مؤقت، والثاني معلق على شرط. وقال أبو الخطاب: يصح فيهما. فأما إن قال: كفلت بأحد هذين الرجلين. لم يصح في قولهم جميعا؛ لأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل."(١)

المذهب الثالث: صحة توقيت الكفالة بالنفس، وعدم صحتها بالمال وهو ما ذهب إليه الشافعية فى القول الثانى لهم.(٢)

قال الخطيب الشربينى: " والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة كأنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء. والثاني يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا لا يجوز تأقيت الضمان قطعا كما يشعر به كلام المصنف." أ.هـــــ(٣)

المناقشة: يجوز للكفيل أن يجعل لنفسه ويقيد ما يلزمه من الضمان وصاحب الحق بالخيار إن شاء رضي لذلك وقبله وإن شاء امتنع منه.(٤)

القول المختار

بعد ذكر المذاهب بأدلتها ومناقشة ما أمكن مناقشته منه، فإنى أختار المذهب الأول القائل بصحة توقيت الكفالة (الضمان) وذلك لقوة أدلته؛ ولأن العقود تصح بالقيود والشروط ما لم تكن تلك القيود والشروط مخالفة للنصوص الشرعية، ولم يرد كما رأينا فى عرض الخلاف نصوصا تمنع

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤١٩/٤.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) ٤٥٦/٤، دار الفكر، بيروت، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، ٢٠٧/٢، الناشر دار الفكر.

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني ٢٠٧/٢، تحقيق، الناشر دار الفكر.

(٤) السيل الجرار صـ٧٩٧.

ذلك أو تأباه، بل أوضح الفقيه الحنفى ابن عابدين أن ذلك مرجعه إلى العرف والعادة فقال: " ... مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة.. وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي يقول: قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها إلا أنه يجب على المفتي أن يكتب في الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه. ا ه "[١]

وهذا الكلام الرائع الذى ذكره الأحناف هو نفسه ما تفعله المصارف التى تتعامل بخطاب الضمان حيث تنص فى عقودها على توقيت خطاب الضمان بمعرفة كافة أطراف العقد، وبناء على ذلك فلا مانع شرعا من توقيت خطاب الضمان فقهاً. والله أعلم.

الفرع الثالث: جهالة المبلغ المضمون فى خطاب الضمان ومدى توافقه مع أحكام الكفالة فى الفقه الإسلامي.

تقدم فى تعريف خطاب الضمان أن المبلغ الذى يضمنه البنك قد يكون مجهولا لا يعرف قدره كأن يقول أضمن لك ما على فلان، أو أتكفل لك بما يستقر عليه من دين وهو ما عبروا عنه فى تعريف خطاب الضمان بقولهم: "... دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد".

فمن المتصور أن يصدر الخطاب بغير تحديد مبلغ، بل قد يتعهد البنك أن يضمن عميله فى كل ما يسببه تصرفه من ضرر للغير أى المستفيد (المضمون له) فهل يتوافق هذا مع أحكام الكفالة فى الفقه الإسلامي.[٢]

هذا ما سنتعرف عليه فى هذا الفرع.

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٨٩/٥ بتصرف.

(٢) أ.د/ السيد السخاوى مرجع سابق صـــــ١١٩.

اختلف الفقهاء فى ضمان المجهول ومثل له ابن قدامة بقوله: " فمتى قال: أنا ضامن لك مالك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة، أو يقر به لك".(١) وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: صحة ضمان المجهول، وهو ما ذهب إليه الأحناف(٢)، والمالكية(٣)، والحنابلة(٤).

القول الثاني: لا يصح ضمان المجهول، وهو ما ذهب إليه الشافعية، والثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن المنذر.(٥)

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول وقد استدلوا على مذهبهم بأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول .

أولا: أدلتهم من القرآن

١- قال تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ (٦)

وجه الدلالة: إن حمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه.(٧)

فجوز ضمان المجهول، وجوز تعليق الضمان بشرط المجيء.

---

(١) المغني ٤/٤٠٠.

(٢) التجريد للقدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ) ٦/ ٢٩٩٦، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، أ. د محمد أحمد سراج ، أ. د علي جمعة محمد، الناشر: دار السلام – القاهرة، الطبعة: الثانية.

(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ) ٢/٦٠٢، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى

(٤) حاشية الروض المربع ٥/ ١٠٣، الإنصاف ١١/١٤٧.

(٥) بحر المذهب ٥/٤٨٨، العزيز شرح الوجيز للرافعي ٥/١٥٦، المغنى ٤/٤٠٠.

(٦) سورة يوسف من الآية (٧٢).

(٧) المغنى ٤/٤٠١.

المناقشة: نوقش هذا الدليل: بأن حمل البعير كان معلومًا، وهو الوسق.

وأجيب بـــــ: أن حمل البعير ما يحمله، وهذا يزيد تارة وينقص أخرى.(١)

ثانيا: من السنة

١- عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **(الزعيم غارم)**.(٢)

وجه الدلالة: يفيد العموم الوارد فى الحديث جواز ضمان المعلوم والمجهول.(٣)

المناقشة: قوله: الزعيم غارم يقضي أن يكون غارمًا في الحال الذي يسمى زعيمًا، ومتى علق الكفالة بشرط لم يكن غارمًا حتى يسمى كفيلًا.

وأجيب بـــــ: أن قوله: الزعيم غارم، معناه ما يجب على المكفول عنه، فإذا علق الكفالة بالشرط فإن لزم المكفول عنه مال، فهو غارم عنه.(٤)

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك دينا فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته).(٥)

وجه الدلالة: فى الحديث ما يفيد صحة ضمان المجهول، وعن المجهول لضمانه صلى الله عليه وسلم ما يجب على أفراد أمته.(٦)

٣- عن قبيصة بن مخارق الهلالى قال: (تحملتُ حمالةً فأتيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها.

---

(١) التجريد للقدروى ٢٩٩٧/٦.

(٢) تقدم تخريجه صـــــ٣٢ــ

(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٠٢/٢

(٤) التجريد للقدورى٦/٣٠٠٠.

(٥) البخارى ٨٠٥/٢،ح ٢١٧٦، ك/ الكفالات، ب/ الدين.

(٦) إعلاء السنن، ظفر أحمد العثماني التهانوي ٤٩٥/١٤، المحقق: محمد تقي عثماني، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية – كراتشي، سنة النشر: ١٤١٨هـــــ.

قال ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك..)[١]

وجه الدلالة: فيه الدلالة على جواز الكفالة بالمجهول إذ لم يذكر مبلغها.

المناقشة: نوقش هذا الاستدلال: بأن عدم ذكره مبلغها عن المسألة، لا يسلتزم عدم ذكره عند الكفالة، والنزاع فى هذا لا فى ذاك.

وأجيب: التنكير الوارد فى قوله " حمالة" دال على جواز المسألة لكل من تحمل حمالة معلومة كانت أو مجهولة، فإن الأصل فى النكرة العموم، ومن ادعى التحصيص فعليه البيان.[٢]

ثالثا: من المعقول

١-المال تارة يجب معلومًا بالعقود، وتارة مجهولًا بالإتلاف، فلما جاز ضمان أحدهما جاز ضمان الآخر.

٢- لأنه نوع ضمان، فجاز تعليقه بشرط يوجد في الثاني، كضمان الدرك.[٣]

المناقشة: فإن قيل: في ضمان الدرك قولان.

أجيب: ضمان الدرك نص الشافعي عليه، وأجمع المسلمون أيضا على جوازه، فلا تضر المنازعة فيما ثبت بإجماع.[٤]

٣- إنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول، كالنذر والإقرار.

---

(١) تقد تخريجه صـــــ٤٣.

(٢) إعلاء السنن ٤٩٧/١٤.

(٣) التجريد للقدروى ٢٩٩٧/٦، فتح القدير لابن الهمام.

(٤) البناية شرح الهداية ٤٣٧/٨.

٤- لأنه يصح تعليقه بضرر وخطر، وهو ضمان العهدة. وإذا قال: ألق متاعك في البحر، وعلي ضمانه. أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء، وعلي ضمانها. فصح المجهول، كالعتق والطلاق.(١)

٥- لأنه معروف وإرفاق فجاز في المعلوم والمجهول، كالعتق والهبة.(٢)

أدلة القول الثانى القائل بعدم صحة ضمان المجهول

استدلوا لمذهبهم بأدلة من السنة، والمعقول:

أولا: من السنة

١- أبى هريرة قال: **(نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر)**.(٣)

وجه الدلالة: ضمان المجهول فيه غرر ويؤدى إلى الغرر وفى الحديث النهى عن الغرر.

المناقشة: نوقش الاستدلال بالحديث بأن هذا الخبر مقيد، وخبر (الزعيم غارم) مطلق، ومن أصلكم: بناء المطلق على المقيد، وقد عارضه قوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم).(٤)

ثانيا: من المعقول

١- كل جهالة تبطل بها الأثمان، فإنه يبطل بها الضمان، قياسا على جهالة الجنسين (المكفول له، والمكفول به).(٥)

---

(١) المغنى ٤٠١/٤.

(٢) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٠٢/٢، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب ٣٢٠/٦.

(٣) صحيح مسلم ٣/٥ح٣٨٨١، ك/ البيوع، ب/ بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر.

(٤) التجريد للقدورى ٣٠٠٠/٦.

(٥) الحاوى الكبير للماوردى ٤٥١/٦.

ونوقش بـــــ: الثمن والأجرة كل واحد منهما بدل في عقد الإبدال، لا يثبت في المعاوضات مع الجهالة وفي مسألتنا: المال لا يثبت بدلًا، وإنما الكفالة سبب من أسباب الضمان، وأسباب الضمان مبنية في الأصول على الغرر والخطر والجهالة، ألا ترى: أنه لو وكل إنساناً بشراء شيء فإن الموكل يضمن مثل ما يلزم الوكيل، ويجوز أن يشتري، ويجوز أن لا يشتري، ولا يعلم مقدار ما يباع به، (والكفيل) بالوديعة يضمن مثل ما يلحق المودَع من الضمان، وذلك خطر ومجهول، كذلك الكفالة.(١)

٢- كل ما لم يثبت في الذمة بجهالة جنسه لم يثبت فيها لجهالة قدره كالأثمان.

٣- قياس الضمان على الرهن بجامع أن كلا منهما وثيقة فلم يجب إلا في معلوم.

نوقش بـــــ: يبطل بضمان الدرك، إذ قد يجوز الضمان بما لا يصح الرهن به باتفاق، بدلالة: لو ضمنه (أي الدرك) جاز، ولو أعطى به رهناً لم يجز.

٤- ضمان مال مجهول فوجب أن يكون باطلا، قياسا عليه إذا قال ضمنت بعض مالك على فلان.(٢)

نوقش بـــــ: هذا يصح عندنا، والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار منها، كالراهن.(٣)

٥- لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز في المجهول كالبيع.(٤)

---

(١) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى ٤٥١/٦ وما بعدها، أسنى المطالب ٢٣٩/٢.

(٣) التجريد للقدورى ٣٠٠١/٦.

(٤) بحر المذهب ٤٨٨/٥، التهذيب للبغوى ١٧٨/٤، المجموع للنووى ١٨/١٤.

نوقش بـــــــ: الكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة.(١)

القول المختار:

أرى –والله أعلم– أن القول الأول أقرب إلى الصواب لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالف ومن هنا يتضح أن خطاب الضمان يتفق مع الكفالة فى صحة ضمان المجهول قدره على المختار من أقوال الفقهاء.

الفرع الرابع: ضمان ما لم يجب من الديون فى الذمة فى خطاب الضمان، ومدى توافقه مع أحكام الكفالة فى الفقه الإسلامى.

ظهر لنا من خلال تعريف خطاب الضمان أن المبلغ الذى يتعهد البنك بدفعه للمستفيد غير ثابت فى ذمة العميل عند العقد، ولكنه قد يثبت فى المستقبل ويؤول إلى اللزوم، فهل يتوافق ذلك مع أحكام الكفالة فى الفقه الإسلامي، هذا ما نود التعرف عليه فى هذا المطالب.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على صحة ضمان الدين اللازم متى كان معلوما مثل الدين من بيع أو قرض؛ لأنه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل.

واتفقوا على عدم صحة ضمان الدين غير اللازم إذا كان لا يؤول إلى اللزوم مثل الدين الواجب على العبد المكاتب لسيده؛ لأن السيد قد يعجزه متى شاء.(٢)

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ١٨١/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٩/٦، عُيُونُ المَسَائِل، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ) صـــــ ٥٥١، دراسة وتحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، التهذيب للبغوى ١٧٩/٤، الفروع ٣٩٨/٦.

واختلفوا فى صحة كفالة الدين الذى يؤول إلى اللزوم فى المستقبل كما فى خطاب الضمان وكان خلافهم على قولين هما نفس القولين فى المطلب السابق (ضمان المجهول) نفس الخلاف ونفس الأقوال ونفس الأدلة قال ابن قدامة: " ومنها صحة ضمان ما لم يجب، ... والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين، كالتي قبلها".(١)

قال الإمام الدردير المالكي: " وشرط الدين: لزومه للمضمون في الحال بل ولو يلزم المضمون في المآل: أي المستقبل كجعل فإنه قد يئول للزوم، كما لو قال شخص لآخر: إن أتيت لي بعبدي الآبق مثلا فلك دينار فيصح ضمان القائل."(٢)

ولا حاجة إلى إعادة الأقوال ولا الأدلة والذى أراه مختارا أيضا هو القول الأول مذهب الجمهور القائل بجواز ضمان ما لم يجب بعد ولكنه يؤول إلى الوجوب فى المستقبل، وينبنى على هذا الاختيار صحة ما تقوم به البنوك والمصارف فى خطاب الضمان من ضمان الدين وإن لم يجب فى الذمة بعد ولكنه يؤول إلى الوجوب موافقة لمذهب جمهور الفقهاء. والله أعلم

الفرع الخامس: المناقشات الواردة على تكييف خطاب الضمان بالكفالة

مما سبق بيانه يتضح أن خطاب الضمان يتفق مع الكفالة الفقهية فى كثير من أحكامها، ولكن قد وردت بعض المناقشات على تكييف خطاب الضمان بالكفالة نوردها فيما يلى:

١- إن خطاب الضمان والذي هو توكيل بدفع مبلغ محدد بشرط معلق على مطالبة المستفيد يعطي لذلك المستفيد المسمى في الخطاب حقًا مباشرًا

---

(١) المغني ٤٠١/٤.

(٢) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٤٣١/٣.

تجاه البنك المصدر ولا يسقط هذا الحق أو يتأثر بسقوط التزام طالب خطاب الضمان أو انتهائه أو إثبات الوفاء بما تعهد به.

أما الكفالة فإنها عقد تابع والعقد التابع يدور مع المتبوع وجودًا وعدمًا. فإذا أثبت الكفيل أن مكفوله غير مدين فإن كفالته تسقط تبعًا لذلك وهذا يخالف واقع العمل في خطاب الضمان المصرفي حيث لا يملك البنك أن يناقش العلاقة القائمة بين المستفيد وطالب إصدار الخطاب.(١)

وأجيب على هذا بـــــ: هذه الحجة يذكرها رجال القانون فى التفرقة بين خطاب الضمان والكفالة القانونية، ولا تصلح للتفرقة بين خطاب الضمان والكفالة الفقهية.

ثم إن القول بأن التزام البنك منفصل عن التزام طلب الخطاب يتعارض مع تعريفات خطاب الضمان تعارضا واضحا، وإصدار مستقل غير متصور عقلا.(٢)

٢-الكفالة عقد قائم على التبرع ابتداء، والمعاوضة انتهاء. هذا إذا كانت بناء على طلب المكفول، وهذا بخلاف الحال فى خطاب الضمان حيث إن نية التبرع ليست قائمة لا فى الحال ولا فى المآل.

وأجيب على هذا بـــــ: نية التبرع ليست شرطا لاعتبار العقد عقد تبرع، إذا كانت الصيغة صيغة عقد تبرع فمن قال: وهبت كذا فقد تبرع بالموهوب، ولا يسأل عن نيته، وكذلك من قال: تكفلت لك بكذا، أو ضمنت لك كذا فقد تبرع بالكفالة ولا يسأل عن نيته.(٣)

---

(١) تقرير ندوة البركة الثانية التى عقدت بتونس من ١١ : ١٤ صفر عام ١٤٠٥هـــ مطبوع ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي العدد الثانى الجزء الثانى صـــــ١١٠٧.

(٢) خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية، د/ الصديق محمد الضرير، مجلة المشكاة، ص١١ : ١٢.

(٣) السابق نفس الصفحة.

٣- الكفيل في الكفالة المالية مخير بين أن يقوم بالعمل الذي كلفه أو أن يدفع المال وكان الأصل لو أن البنك يضم ذمته إلى ذمة المقاول في المقاولة أن يكون هناك إلزام بأن يقوم البنك بإكمال البناء الذي تعهد به المقاول على سبيل المثال.

ولكن الحال في خطاب الضمان المصرفي مختلف جدًا، فقد يكون التزام المقاول أعلى أو أقل كثيرًا من خطاب الضمان ولا يملك البنك أي حق في أن يعرض إنجاز ما هو منسوب من نقص في المقاولة.(١)

وأجيب على هذا بـــــــــ: بأن ما ذكرتموه غير مسلم به فالكفالة لا تعطى الكفيل حق الخيار فى أن يقوم بعمل المكفول، أو يدفع المبلغ المطلوب، وإنما تلزمه بدفع المبلغ الذى تكفل بدفعه، وهو ما يلتزم به البنك فى خطاب الضمان، فالبنك يتعهد فى خطاب الضمان بدفع مبلغ الضمان، وليس بأداء عمل.(٢)

٤- المبلغ الذي يدفعه الكفيل في الكفالة العادية يعتبر وفاء للدين المضمون ويحتمل بعد ذلك أن يعود الدافع على من دفع عنه إذا كانت الكفالة قد تمت بطلب من المكفول، وهذا بخلاف الوضع في خطاب الضمان المصرفي حيث يكون المبلغ المدفوع من البنك بمثابة تأمين مدفوع باسم طالب الخطاب ولكنه ليس وفاء وإنما هو أداء تحت الحساب، فإذا ثبت أن ذمته ليست مشغولة فإنه يسترد المبلغ المدفوع عنه، كما أن البنك يرجع في جميع الأحوال على طالب الخطاب بما يدفعه عنه.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ٢/ ١١٠٨، رصد منهج الاجتهاد المعاصر: العوض على خطاب الضمان نموذجا، علاء إبراهيم عبدالرحيم صـــــ١٢١، مجلة المسلم المعاصر مجلد٢٩ عدد١١٦.

(٢) خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية، د/ الصديق محمد الضرير، مجلة المشكاة، ص١١ : ١٢.

ويجاب عن ذلك: بأن هذا الكفالة فى الفقه الإسلامي نوعان: نوع تبرع ابتداء وانتهاء، ونوع تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وهذا النوع الأخير هو الذى يتوافق مع خطاب الضمان المصرفى بل هو المنصوص عليه فى خطابات الضمان المصرفية أعنى أن البنك يرجع على العميل بما دفع فهذا الفرق لا يسبب إى إشكال.

٥- من الثابت أن المطالبة بالدفع في الكفالة لا تتحقق إلا في موعد استحقاق الدين أو الالتزام؛ لأنها مرتبطة به من الأساس، أما في خطاب الضمان المصرفي فإن المطالبة بالدفع ليس لها علاقة بموعد تحقق الالتزام على طالب خطاب الضمان وذلك؛ لأن خطاب الضمان له أجل ممتد من يوم إصداره إلى يوم انتهاء الحق في المطالبة به، ويملك المستفيد الذي يصدر له خطاب الضمان أن يطالب البنك بالدفع من أول يوم سواء كانت له تجاه طالب الخطاب التزامات مستحقة أم لم تكن.(١)

ويجاب عن ذلك: بأن هذا الطلب من المستفيد على البنك متفق عليه مسبقا وبرضا كافة أطراف التعاقد، فالفارق المذكور صحيح لكنه لا مانع منه شرعا.

٦-تجوز كفالة المدين فى الفقه الإسلامي بدون علمه، ويجوز قضاء الدين عن المدين بغير إذنه، ويقرر الفقه حينئذٍ أنه ليس للكفيل الرجوع على الكمفول عنه؛ لأنه كالمتبرع.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ٢/ ١١٠٩.

أما عن إصدار خطابات الضمان المصرفية للعملاء دون علمهم أو بغير إذنهم فهو أمر مستبعد، وذلك استنادا إلى القواعد المنظمة لخطابات الضمان.(١)

ويجاب عن ذلك: بأن ما ذكرتموه صحيح لكنه يشكل أحد الفروق بين الكفالة وبين خطاب الضمان ولا يصلح كدليل أو مناقشة تخرج خطاب الضمان من كونه صورة من صور الكفالة.

وخلاصة ما تقدم من مناقشات واعتراضات على تكييف خطاب الضمان بالكفالة يفيد أن الضمان فى الفقه الإسلامي أوسع دلالة منه فى الفقه القانوني، والمصرفى، ونعتقد أن قواعد الضمان التى أقرها الفقه الإسلامي تنطبق تماما على خطابات الضمان المعاصرة، إلا بما يتعلق ببعض الأحكام التى فرضتها الطبيعة الخاصة لمهمة خطابات الضمان المصرفية، وإجراءات إصدارها ومبدأ الاستقلاق فيه، وبعض الآثار المترتبة عليها.(٢)

---

(١) الخدمات المصرفية الائتمانية فى البنوك الإسلامية دراسة مقارنة، د/ رشاد نعمان صـــ٤٥٨، نقلا عن: خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، د/ السيد السخاوى صـــ١٧٠وما بعدها.

(٢) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، د/ السيد السخاوى صـــ١٧٤.

المبحث الثالث

تكييف خطاب الضمان بالوكالة

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تكييف خطاب الضمان على أنه صورة من صور الوكالة، وأن البنك وكيل عن موكله لدى المستفيد وهذا رأى د/ سامى حمود، ود/ محى الدين علم الدين، ود/ مصطفى عبدالله الهمشرى، وآخرون.(١)

وبرر من ذهب إلى ذلك بأنه طالما أن البنك يرجع على المكفول بما يدفع بناء على أمره له بالدفع وإجازته، فالكفالة بالأمر ما هى إلا وكالة بالأداء.(٢)

قال د/ سامى حمود: " ويتبين من هذه الباقة من الآراء المختارة – اختصارا– من مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة، أن خطاب الضمان المصرفي بعلاقاته المتعددة وغاياته المختلفة يستطيع أن يجد له مكانا في إطار الفقه الإسلامي الخصيب.

وإن تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متباينا مع نظرة الفقه الإسلامي في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل، لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء.

وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وكل به، حيث إن الوكالة يمكن أن تكون بأجر فتأخذ أحكام الإجارة."(٣)

---

(١) مجلة المجمع الفقهي ٩٤٩/٢، الأعمال المصرفية والإسلام، د/ مصطفى عبدالله الهمشرى صـــــ٢٣٤/ ط/ مكتبة الحرمين، ١٩٨٣م، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ٨٩٥/٢، خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية سليمان القرم صـــــ٥٢.

(٢) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية سليمان القرم صـــــ٥٢.

(٣) مجلة المجمع الفقهي ٩٥٥/٢.

أضف لما تقدم أن العميل يتقدم بطلب إلى المصرف يوكله فيه بتسليم خطاب الضمان للمستفيد نيابة عنه، والوفاء بقيمته عند أول مطالبة من الأخير خلال مدة معينة، فالعميل موكل، والمصرف وكيل، وتقديم خطاب الضمان للمستفيد هو العمل الموكل به، وهو تصرف جائز.(١)

"والعلاقة التي توجد في خطاب الضمان المصرفي فإنها تتمثل في ثلاث علاقات متجاورة جنبا إلى جنب هي: " علاقة العميل الآمر بالمستفيد،.. وعلاقة العميل الآمر بالبنك ... وعلاقة البنك بالمستفيد ...

ويحكم علاقة الآمر بالمستفيد، العقد أو الالتزام القائم بينهما والتي من أجلها قدم خطاب الضمان. أما علاقة المستفيد بالمصرف، فيحكمها التعهد غير المعلق على أي شرط من جانب الأخير إلا في حدود ما هو مبين في الخطاب من حيث الغاية التي قدم من أجلها. وأما علاقة الآمر بالمصرف فيحكمها العقد أو الطلب الذي يقدمه العميل الآمر إلى المصرف لإصدار الخطاب على أساسه.

وإن ما يهمنا من هذه العلاقات الثلاث هي العلاقة الخاصة بالعميل الآمر والمصرف لأنها هي التي يدور عليها الكلام بالنسبة لما نبحث فيه.

وهذه العلاقة تبدأ من الآمر بالطلب الذي يتقدم فيه إلى المصرف المعين لإصدار خطاب ضمان بالشروط التي يحددها بحسب الغاية المعينة وعلى أن يكون ذلك –بطبيعة الحال– غير قابل للنقص من جهة الآمر. وإذا كان الأمر كذلك، فإن أقرب تكييف قانوني يمكن أن ينطبق عليه هذا الوضع هو علاقة الوكيل بموكله. وإن منع الموكل (الذي هو الآمر) من الرجوع فما وكل به، إنما يبنى على أساس تعلق حق الغير (الذي هو المستفيد) بما ورد في الخطاب ويؤيد ذلك أمران:

---

(١) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها صـــــــ١٩٤.

الأول- هو أن الأمر إذا عدل عن طلب الخطاب قبل إصداره، أو بعد إصداره ولكن قبل تسليمه للمستفيد منه. فإنه يجاب إلى طلبه طالما لم يتعلق حق المستفيد بالخطاب."(١)

ولتبين هذا الأمر وتصوره يحسن بنا أن نطوف قليلا حول الوكالة لنتعرف عليها عن قرب وننظر هل هناك علاقة بين خطاب الضمان المصرفى، وبين الوكالة، وهل يمكن تنزيل أحكام الوكالة عليه فقها، أم إن ذلك بعيد؟. وسوف نتعرف على هذا من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية الوكالة، ومشروعيتها، وأركانها

الفرع الأول تعريف الوكالة لغة، وفقها

الوكالة لغة: بفتح الواو وكسرها التفويض، والحفظ، من وكل فلان فلانا إذا استكفاه أمره ثقة بكفايته أو عجزا عن القيام بأمر نفسه ووكل إليه الأمر سلمه، ووكله إلى رأيه وكلا ووكولا تركه، والاسم الوكالة، ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره سمي وكيلا؛ لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر والوكيل على هذا القول فعيل بمعنى مفعول. (٢)

الوكالة فقها:

تعريف الأحناف للوكالة

عرف الأحناف عقد الوكالة بأنه: " إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم".(٣)

تعريف المالكية:

الوكالة: " نيابة ذي حق غير ذي إمرة، ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته".(٤)

---

(١) خطاب الضمَان، فضيلة الدكتور سَامى حَمّود مجلة المجمع الفقهى ٩٤٩/٢.

(٢) لسان العرب ٧٣٤/١١، المحكم والمحيط الأعظم ١٤٤/٧، مختار الصحاح صـــــ٣٠٦.

(٣) فتح القدير ٥٠٠/٧، العناية شرح الهداية ٤٩٩/٧.

(٤) المختصر الفقهى لابن عرفة ٥٤/٧،

تعريف الشافعية:

عرفها الشافعية بقولهم: " تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته ".(١)

تعريف الحنابلة:

الوكالة: " استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة".(٢)

وبعد ذكر تعاريف الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يتبين لنا أن معنى الوكالة واحد عند جميعهم وإن اختلفت ألفاظهم إلا أن المعنى واحد.

الفرع الثاني: مشروعية الوكالة:

الوكالة مشروعة دل على مشروعيتها الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:

١-قوله تعالى:(﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾(٣)

وجه الدلالة: تدل الآية الكريمة على أنه إذا حصل نزاع بين الزوجين واشتدّ، ولم يتوافقا، فيُعيِّن حَكَمان يكونان وكيلين عنهما ينظران في الأمر، وهذا النص وإن كان خاصاً بشأن الزوجين – فهو عام في مشروعية الوكالة.(٤)

٢-قال تعالي: ﴿ ٱذۡهَبُواْ بِقَمِيصِي هَٰذَا ﴾(٥)

وجه الدلالة: دلت الآية على مشروعية الوكالة حيث وكلهم بالذهاب بالقميص وإلقائه على وجه أبيه.

---

(١) مغنى المحتاج ٢١٧/٢، أسنى المطالب ٢٦٠/٢.

(٢) منتهى الإرادات ٥١٧/٢، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢٣٢/٢.

(٣) سورة النساء من الآية (٣٥).

(٤) تفسير القرطبى ١٧٩/٥.

(٥) سورة يوسف من الآية (٩٣).

٣-قال تعالى: ﴿ فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ ﴾[١]

وجه الدلالة: دلت الآية على صحة الوكالة، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه، وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره وهو أقوى آية في الغرض.[٢]

أما السنة: دل على مشروعية الوكالة أحاديث كثيرة من السنة منها:

١-عن عروة البارقي: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.)[٣]

وجه الدلالة: دل الحديث على مشروعية الوكالة لتوكيله صلى الله عليه وسلم عروة فى شراء الشاة.[٤]

٢-عن جابر بن عبد الله قال: (أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت له: إنى أردت الخروج إلى خيبر. فقال: إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته).[٥]

قال فى البدر التمام: "الحديث فيه دلالة على شرعية الوكالة"[٦]

---

(١) سورة الكهف من الآية (١٩).

(٢) أحكام القرآن ٢٢٠/٣.

(٣) البخارى ٣٤٤٣/٣، ك/ المناقب، ب/ سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه و سلم آية فأراهم انشقاق القمر.

(٤) نيل الأوطار ٣٢١/٥.

(٥) أبوداود ٣٥٠/٣ح٣٦٣٤، ك/ الأقضية، ب/ فى الوكالة، البيهقى فى السنن ٣٥٤/٥، والدراقطنى ٢٧٢/٥، قال فى نصب الراية ٢٦/١٠: "أعله ابن القطان بابن إسحاق ، وأنكر على عبد الحق سكوته عنه ، فهو صحيح عنده ."وضعفه الألبانى فى ضعيف الجامع ح٢٨٨.

(٦) البدر التمام شرح بلوغ المرام ٢٩٧/٦.

أما الإجماع

فأجمعت الأمة على مشروعية الوكالة قال ابن حزم: "اتفقوا على جواز الوكالة في البيع والشراء وحفظ المتاع وقبض الحقوق من الأموال ودفعها والنظر في الأموال".(١)

الفرع الثالث: حكمة تشريع الوكالة:

"إن الله تعالى خلق الناس متفاوتين في المواهب والقدرات، وفتح لهم أبوب الرزق، ويسّر لكلٍّ منهم سبيلاً أو أكثر من سبل الكسب والمعاش.

فمن الناس مَن أوتي القدرة والكفاءة التي تجعله على استعداد لأن يباشر جميع أعماله بنفسه، إلا أنه قد تتوالى عليه الشواغل وتتزاحم عليه الأعمال، فيضطر إلى مساعدة الآخرين والاستعانة بهم، ومن الناس مَن لم يؤتَ من القدرة والكفاءة ما يؤهله للقيام بأعمال قد يكون وبأمسِّ الحاجة إليها.

وقد تكون لديه القدرة والكفاءة، ولكن تنقصه الخبرة في عمل من الأعمال أو مصلحة من المصالح. ومنهم مَن يكون صاحب حق، ولكنه لم يؤتَ من الحجة واللسن، والفصاحة والبيان، ما يجعله قادراً على أن يظهر حقه ويدافع عن نفسه، وقد يكون خصمه الحن منه في حجته، فيقلب باطله حقاً.

من أجل ذلك كله كانت الحاجة ماسة لكثير من الناس أن يعتمد على غيره، ويستفيد من خبراته في بعض أعماله، قليلة كانت أم كثيرة، فكانت المصلحة في تشريع الوكالة، سدا للحاجة وتيسيرا للمعاملة، ورفعا للحرج الذي جاء شرع الله تعالى برفعه.(٢)

---

(١) مراتب الإجماع لابن حزم صـــــ٦١، ويراجع فى نقل الإجماع: بحر المذهب للروياني ٣٠/٦، المغنى لابن قدامة ٦٣/٥.

(٢) الفقه المنهجى ١٦٧/٧، بحر المذهب للروياني ٣٠/٦، المغنى لابن قدامة ٦٣/٥.

الفرع الرابع: أركان الوكالة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان الوكالة هي: العاقدان (الموكل، والوكيل) والصيغة، ومحل العقد (الموكل فيه).

وذهب الحنفية إلى أن ركن الوكالة هو: الإيجاب والقبول، لأن وجود هذا الركن يستلزم بالضرورة وجود الركنين الآخرين، وهذا طبقا للقواعد العامة في العقد.

والخلاف لفظى كما تقدم فما يعتبره الأحناف شروطا يعتبره الجمهور أركانا وفى النهاية الكل يتفق على أهمية وجوده فى العقد إلا أنهم اختلفوا فى تسميته.

فللوكالة أركان أربعة على مذهب الجمهور هي: الموكِّل والوكيل وصيغة العقد، والموكَّل فيه.

الركن الأول: الموكِّل:

وهو الذي يستعين بغيره، ليقوم ببعض التصرفات نيابة عنه. ويُشترط فيه: صحة مباشرته للتصرّف الذي وكل فيه بملك أو ولاية.

أي أن يكون له شرعاً حق التصرّف فيما أذن لغيره أن يقوم به، ويعتبر الشرع تصرّفه صحيحاً ويبني عليه آثاره وأحكامه.

فإذا كان لا تصحّ مباشرته لما أذن بالتصرّف فيه لم يصحّ توكيله، لأنه الأصل، وإذا كان الأصل غير قادر على التصرّف، فنائبه غير قادر عليه من باب أولى.(١)

الركن الثاني: الوكيل:

وهو الذي يقوم بالتصرّف نيابة عن غيره، بإذن منه وتوكيل.

---

(١) بدائع الصنائع ٢٠/٦، العزيز شرح الوجيز ٢٠٥/٥.

ويشترط فيه أيضاً: أن تصحّ مباشره للتصرّف المأذون فيه لنفسه: فإذا كان التصرّف الموكِّل فيه لا يصحّ أن يباشره لنفسه لم يصحّ توكيله فيه، لأن تصرّف الإنسان لنفسه أقوى من تصرفه لغيره، لأنه يتصرّف لنفسه بطريق الأصالة، ويتصرف لغيره بطريق النيابة، والأصالة أقوى من النيابة، فإذا كان غير قادر على التصرّف بالأقوى، فهو غير قادر عليه بالأضعف من باب أولى.

ويُشترط في الوكيل أيضاً: أن يكون معيّناً، فلو قال لاثنين: وكّلت أحدكما ببيع داري، لم يصح، وكذلك لو قال: وكّلت ببيع داري كلّ من أراد بيعها.

ويشترط في الوكيل أيضاً أن يكون عدلاً، إذا كان وكيلاً عن القاضي، أو كان وكيلاً عن الولىَّ في بيع مال مَن كان تحت ولايته.(١)

الركن الثالث: صيغة عقد الوكالة:

وهي الإيجاب والقبول، ويشترط فيها شرطان، وهما:

١ – أن يكون من الموكِّل لفظ يدل على رضاه بالتوكيل، صراحة أو كناية، لأن المكلَّف ممنوع من التصرّف في حق غيره الا برضاه.

فالصريح: كقوله: وكّلتك ببيع داري، أو فوّضت إليك أمر بيعه.

والكناية: كقوله: أقمتك مقامي في ببيعه، أو أنبتك.

وينوب في الوكالة الكتابة والرسالة مناب النطق.

ويكفي من الوكيل ما يدل على القبول، ولا يشترط فيه اللفظ، بل يكفي الفعل، لأن التوكل إباحة للتصرّف ورفع للحجر الذي كان قبلها، فأشبه إباحة الطعام للضيف، فلا يشترط فيها القبول لفظاً.

---

(١) النجم الوهاج ٢٤/٥، منهاج الطالبين صـــ١٣٤، شرح منتهى الإرادات ١٨٥/٢.

٢- عدم تعليقها بشرط على الأصح، كأن يقول: إن جاء زيد من سفره فأنت وكيلي بكذا، أو: إذا جاء شهر رمضان فقد وكّلتك بكذا، وذلك لأن في التعليق جهالة فاحشة، فلا تصحّ الوكالة معه.(١)

الركن الرابع: الموكَّل فيه:

وهو التصرف الذي يقوم به الوكيل نيابة عن الموكِّل.

ويشترط فيه شروط هي:

١ - أن يكون حق التصرف فيه ثابتاً للموكل عند التوكيل، كما لو وكّله ببيع ما يملكه عند التوكيل، أو وكّله بما لا ولاية عليه كتأجير دار الصبي الذي تحت ولايته، والتي يملكها الصبي عند عقد الوكالة، فإن الولي يملك التصرّف في ذلك. وعليه: فلا يصحّ أن يوكّل بالتصرّف فيما لا يملكه، أو فيما سيملكه، كما لو وكّل ببيع دار صديقه - مثلاً - وهو لا يملكها، أو وكّل ببيع دار زيد التي سيشتريها منه، أو وكّل بطلاق فلانة التي سيتزوجها، فإن الوكالة غير صحيحة في ذلك كله، لأنه لا يحقّ له ان يباشر ذلك بنفسه حين التوكيل، فكيف يستنيب غيره فيه.

٢- أن يكون الموكِّل فيه معلوماً ولو من بعض الوجوه، فإن الضرر بذلك يقلّ والجهالة ترتفع نوعاً ما. ولا يشترط العلم به من كل الوجوه، لصعوبة ذلك، ولأن الوكالة شرعت للحاجة، وذلك يقتضي المسامحة فيها.

٣ - أن يكون الموكِّل فيه قابلاً للنيابة، فلا يصحّ التوكيل فيما لا يقبل النيابة، ولذا لا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصوم، لأن حكمة تشريعها الابتلاء والاختبار بمجاهدة النفس، وذلك لا يحصل بفعل غير المكلف بها.

---

(١) بدائع الصنائع ٢٠/٦، مختصر الإنصاف والشرح الكبير صـــ٥٥٣.

ويصح التوكيل في العبادات التي تشترط القدرة البدنية لأدائها لا لوجوبها كالحج والعمرة، عند العجز عن القيام بها.

وكذلك يصحّ التوكيل فيما هو من تمام العبادات المالية والإعانة عليها، كتوزيع الزكاة على مستحقّيها، وتفرقة مال منذور أو كفّارة وكذلك ذبح الأضحية والهَدْى وشاة الوليمة ونحو ذلك.(١)

المطلب الثاني: تطبيق أحكام الوكالة على خطاب الضمان

فى هذ المطلب نحاول عقد موازنة بين بعض أحكام الوكالة وتنزيلها على خطاب الضمان لمعرفة مدى التوافق والاختلاف بين العقدين وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مقارنة بين تعريف الوكالة، وخطاب الضمان ومدى توافقهما

تقدم تعريف الوكالة لدى الفقهاء وأنه: " تفويض شخص أمره إلى آخر، وإقامته مقامه في التصرف".(٢)

وتقدم أيضا تعريف خطاب الضمان وأنه: " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب، ودون اعتداد بآية معارضة"(٣)

---

(١) عقد الجواهر الثمينة فى مذهب عالم المدينة ٨٢٥/٢، أسنى المطالب ٢٦٠/٢، الأركان مستفادة من كتاب الفقه المنهجى صـــ١٦٨ وما بعدها.

(٢) معجم لغة الفقهاء صـــ٥٠٩.

(٣) يراجع صـــــ من البحث.

وعند النظر والتأمل نجد أن هناك تباينا بين التعريفين من خلال اللزوم وعدمه، فخطاب الضمان عقد لازم،[١] لا يملك البنك الرجوع فيه ولا فسخه، والوكالة عقد جائز[٢] يملك كل من العاقدين فسخها متى شاء إذا كانت بغير أجر.[٣]

قال الزيلعى: " اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء؛ لأنها حقه فيملك إبطالها".[٤]

أما إذا كانت الوكالة بأجر فإنها تصير لازمة عند جميع الفقهاء واشترط الشافعية للزومها حينئذ أن تكون بلفظ الإجارة قال الخطيب الشربينى: " ثم شرع في الحكم الرابع وهو الجواز مترجما له بفصل فقال فصل الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين أي من جانب الموكل لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر ومن جانب الوكيل لأنه قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مضرا بهما.

هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم وهذا لا يحتاج إلى استئنائه."[٥]

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن الوكالة تخالف خطاب الضمان من حيث اللزوم؛ لأن خطاب الضمان لازم على كل حال، بخلاف الوكالة فإنها عقد جائز ولو كانت بجعل على ما ذهب إليه الشافعية إذا وقع التوكيل بلفظ الوكالة.

---

(١) العقد اللازم: هو الذى لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا الآخر. الأشباه والنظائر للسيوطى صـــــ٢٧٥، نظرية العقد فى الفقه الإسلامي، عز الدين محمد خوجه صـــــ٧٨.

(٢) العقد الجائز:هو الذى يملك حد طرفيه أو كلاهما فسخه متى شاء دون توقف على رضا الآخر. الأشباه والنظائر للسيوطى صـــ٢٧٥، نظرية العقد فى الفقه الإسلامي،عزالدين محمد خوجه صـــ٧٨.

(٣) تبيين الحقائق ٢٨٦/٤، الذخيرة ٩/٨، منهاج الطالبين للنووى صـــــ٦٦، شرح منتهى الإرادات ١٩١/٢.

(٤) تبيين الحقائق ٢٨٦/٤.

(٥) مغنى المحتاج ٢٣٢/٢.

الفرع الثانى: مناقشة تكييف خطاب الضمان بالوكالة

نوقش تكييف خطاب الضمان بالوكالة بعدة مناقشات سوف نعرضها فى هذا الفرع مع ذكر الردود عنها ما أمكن:

المناقشة الأولى: يوجد اتفاق من حيث المظهر الخارجى لخطاب الضمان مع الوكالة، غير أن هناك مفارقة بين خطاب الضمان والوكالة تلغى هذا الاعتبار، فطالب خطاب الضمان لا يستطيع مباشرة العمل الذى طلب الخطاب لأجله، ولو كان مستطيعا لما لجأ إلى المصرف يطلب منه إصدار هذا الخطاب، أما الوكالة فيستطيع فيها الموكل مباشرة العمل الذى وكل فيه بنفسه، لكن لسبب ما يوكل غيره ويحق للموكل وللوكيل مباشرة التصرفات، فهذا خلاف جوهرى بين خطاب الضمان والوكالة.(١)

المناقشة الثانية: قد يصلح هذا التكييف فى علاقة العميل بالمصرف، لكن لا يصلح هذا التكييف لتفسير علاقة المصرف بالمستفيد حيث يصدر خطاب الضمان من المصرف باعتباره أصيلا وليس وكيلا أو نائبا عن العميل.

المناقشة الثالثة: المصرف فى خطاب الضمان يلتزم بدفع قيمة الخطاب للمستفيد بمجرد طلبه ذلك، رغم معارضة العميل لهذا الدفع أحيانا، فى حين أن الوكالة عقد غير لازم فيمكن للموكل أن يمنع الوكيل من التصرف أو يرجع فى وكالته فى أى وقت.(٢)

وأجيب عن ذلك: يملك الموكل عزل الوكيل متى شاء لأنه حقه إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير؛ فإنه لا يملك عزله حينئذٍ، لو جاز عزله لتضرر بهذا العزل غيره.(٣)

---

(١) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، د/ سليمان القرم، صـــــــ٥٢.

(٢) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها صـــــــ١٩٥.

(٣) الدر المختار صـــ٥٠٧، شرح الزرقانى على مختصر خليل ٢٤٣/٤.

وفى خطاب الضمان تعلق حق المستفيد بالمبلغ المحدد فى خطاب الضمان فلا يحق للعميل الآمر عزل الوكيل (المصرف) منعا للضرر وسدا للذريعة.(١)

المناقشة الرابعة: للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة؛ لأن الوكالة عقد جائز كما تقدم. أما فى خطاب الضمان فليس للمصرف (الوكيل) أن يعزل نفسه بمعنى ليس له أن يسترجع خطاب الضمان من العميل، لا سيما إذا سلمه العميل للمستفيد.

وأجيب عن ذلك: بنفس الجواب عن المناقشة السابقة بأن عزل الوكيل لنفسه كذلك مشروط بما بعدم تعلقه بحق الغير. قال الكاساني فى البدائع: " ولصحة العزل شرطان: أحدهما علم الوكيل به؛ لأن العزل فسخ للعقد، فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به، والثاني – أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير، فأما إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق؛ لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه"(٢)

المناقشة الخامسة: عقد الوكالة يبطل بموت الموكل، وبما يطرأ على شخصيته من جنون ونحوه،(٣) أما خطاب الضمان فلا يتأثر بذلك، فالمصرف ملتزم بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد مهما طرأ على شخصية العميل فهو التزام نهائى لا رجوع فيه وهذا من خصائصه.(٤)

المناقشة السادسة: الوكالة فى الأصل عقد من عقود التبرعات،(٥) لا يجوز للوكيل أن يتقاضى أجرا على قيامه بها، وإذا كانت بعوض أخذت

---

(١) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد السخاوي صـــــ١٩٧ ، ١٩٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧/٦، المغنى ٨٩/٥.

(٤) يراجع صـــــ٥ من البحث.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر٥٢٨/٣، كفاية النبيه فى شرح التنبيه ٣٠٨/١٠، الحاوى ٥٠٢/٦.

حكم الإجارة وأحكامها ولا تنشغل ذمة الأجير بدين رب عمله أو تنضم ذمته إلى ذمة مؤجره فى المطالبة، وهذا بخلاف خطاب الضمان.(١)

قال ابن قدامة: " ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – وكل أنيسا في إقامة الحد، وعروة في شراء شاة، وعمرا وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل. وكان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم عمالة".(٢)

المناقشة السابعة: لابد هنا من مناقشة الدعوى بأن الكفالة بالأمر هي وكالة،(٣) بحجة أن الكفيل ينفذ ما أمر به من الأداء (ولو لم يكن قد قبض مقابله..) فهو يؤدى عملًا.. وهي دعوى غريبة عن منطق الفقه؛ لأنها تعمد إلى تفريغ الكفالة من جميع تطبيقاتها أو معظمها، لأن معظم الكفالات تتم بالأمر، بالاحتفاظ بحق الرجوع عند من يشترط وجود الأمر لوجود حق الرجوع. وفات أصحاب هذه الدعوى أن الكفالة لها حقيقة شرعية تميزها عن الوكالة، وهي شغل الذمة، والوكالة بالأمر فيها شغل واضح للذمة أما الوكالة بالأداء فهي التزام بين المدين ووكيله وليس شغلًا للذمة تجاه الدائن إلا إذا وجد التصريح بالكفالة أو الضمان، حيث يصبح للدائن محلأن لدينه هما ذمة المكفول (المدين) وذمة الكفيل.(٤)

وتأسيسا على ما سبق من مناقشات فلم يسلم هذا التكييف فقها فى كل صوره وإن كان يصلح فى بعضها كما سيأتى. والله أعلم

---

(١) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها صـــــ١٩٥.

(٢) المغنى ٦٨/٥.

(٣) يراجع صـــــ٦٨ من البحث.

(٤) خطاب الضمَان، فضيلة الدكتور عَبد الستار أبو غدة، مجلة المجمع ٣٣٢/٤.

المبحث الرابع

تكييف خطاب الضمان بالكفالة، والوكالة معا

فى الوقت الذى كيف فيه بعض الفقهاء خطاب الضمان بأنه كفالة، وبعض آخر بأنه وكالة، فإن هناك من الفقهاء من توسط بين الأمرين وكيف خطاب الضمان فقها بأنه كفالة، ووكالة معا ومن بين هؤلاء الفقهاء: أ.د/ على أحمد السالوس،(١) وأ.د/ عبدالستار أبوغدة،(٢) والشيخ أحمد على عبدالله،(٣) وأ.د/ محمد رواس قلعجى،(٤) وشيخ الأزهر الأسبق الإمام / عبدالحليم محمود،(٥) وأ.د/ عمر عبدالعزيز المترك، (٦)وقرار ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامى المنعقد باسطنبول،(٧) وهو ما ذهب إليه المجمع الفقهى الإسلامي فى قراره(٨) وآخرون.

وكان معتمدهم فى هذا: مقدار الغطاء التأمينى من قيمة خطاب الضمان، فإذا كان الغطاء كاملا كانت العلاقة بين البنك والعميل علاقة وكالة، وإذا كان الغطاء جزئيا كانت العلاقة علاقة كفالة فى الجزء غير المغطى، ووكالة فى الجزء المغطى.

يقول الدكتور السالوس: " خطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل فمن الواضح أنه يعتبر عقد كفالة، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة، فضمت ذمة

---

(١) الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر د/ على السالوس صـــ٦٠.

(٢) مجلة المجمع الفقهى ٩٣٤/٢.

(٣) مجلة المجمع الفقهى ٩٦٠/٢.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الفقه والشريعة، د/ محمد رواس قلعجي، صـــ١٠٨، ط/ دار النفائس.

(٥) الربا والمعاملات المصرفية فى نظر الشريعة الإسلامية، د/ عمر عبدالعزيز صـــ٣٩٠، ط/ الثانية ١٤١٧هـــ، ط/ دار العاصمة للنشر والتوزيع- الرياض.

(٦) المرجع السابق صـــ٣٩١.

(٧) مجلة المجمع الفقهى ٩٨١/٢.

(٨) مجلة المجمع الفقهى ١٠٣٠/٢.

المصرف إلى ذمة طالب الإصدار لمصلحة الطرف الثالث، وعلى هذا فالكفيل هو المصرف، والمكفول هو العميل، والمكفول له هو الطرف الثالث.

أما إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطى الخطاب فإن العلاقة بينهما علاقة وكالة، حيث وكل العميل المصرف ليقوم بالأداء، فلا توجد كفالة بين الطرفين، غير أنها تكون بين المصرف والطرف الثالث، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف كفيلا لا وكيلا.

وما جرى عليه العرف المصرفي غالبا هو قيام العميل بالغطاء الجزئي لا الكلي، وفى هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل علاقة وكالة وكفالة معا، فهو وكيل بالنسبة للجزء المغطي وكفيل مراعاة للجزء المتبقي."(١)

وجاء أيضا فى قرار مجمع الفقه ما يلى:

" فان مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ، الموافق ٢٢ -٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م. بحث مسألة خطاب الضمان. وبعد النظر فيما أعد في ذلك من بحوث ودراسات وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي:

١-إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فان كان بدون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة

---

(١) الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر د/ على السالوس صـــ٦٠، ومجلة المجمع ٨٩٧/٢.

غيره فيم يلزم حالا أو مآلا، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: (الضمان) أو (الكفالة) .

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة) والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)".[١]

مناقشة تكييف خطاب الضمان بالكفالة والوكالة:

ورد على تكييف خطاب الضمان بأنه كفالة ووكالة معا عدة مناقشات يمكن إجمالها فى يلى:

المناقشة الأولى: هذا التكييف غير متوافق مع الواقع وبيان ذلك: أنه يجعل من البنك وكيلا عن العميل فى الوفاء بقيمة خطاب الضمان من الغطاء المودع لديه فى حالة التغطية، وهذا صحيح فى حالة ما إذا أودع العميل لدى البنك مبلغا نقديا، أما إذا أودع مبلغا عينيا فالمصرف فى هذه الحالة مرتهن وليس وكيلا والغطاء مجرد رهن، لا يمكنه أن يسدد منه، وفى حالة اتفاق العميل والبنك بأن يقوم الأخير بدفع قيمة خطاب الضمان من قيمة بيع الغطاء عند عدم قيام العميل بالوفاء؛ فإن الأعراف المصرفية توجب على المصرف أن يقوم بالوفاء فور المطالبة، ولا يمكن الانتظار حتى بيع الغطاء العينى وتسييل ثمنه، وعند بيع الغطاء العينى فإنه قد لا يفى بقيمة خطاب الضمان فيصبح المصرف مضطرا لأن يدقع هذا الفرق بين مبلغ خطاب الضمان، وقيمة الغطاء المباع فتصبح العلاقة هنا كفالة وليست وكالة.[٢]

---

(١) مجلة المجمع الفقهى ١٠٣٠/٢.

(٢) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها صـــــ٢٠٩.

المناقشة الثانية: إذا كان الغطاء نقديا فإنه يعد بمثابة تأمين يضعه المصرف فى حساب خاص لا فى حساب جارٍ، وإذا تصرف المصرف فى هذا الغطاء يصبح تصرفه قرضا يضمنه باعتباره ضامنا وليس وكيلا.(١)

المناقشة الثالثة: كيف جاز عند هؤلاء الفقهاء الذين جمعوا بين العقدين: الكفالة والوكالة فى عقد واحد، كيف جاز عندهم اجتماع الوكالة المأجورة، والكفالة الإرفاقية فى عقد واحد مركب، وهذا يعد من باب صفقتين فى صفقة الذى ورد النهى عنه.

كما أنه أشبه شىء بالنهى عن بيع وسلف، فالوكالة المأجورة تشبه البيع حيث إنهما من عقود المعاوضات، والكفالة تشبه السلف (القرض)، تجمعهما عقود التبرعات، ولو جاز كل منهما على انفراد إلا أنه قد لا يجوز اجتماعهما معا فى عقد واحد.(٢)

المناقشة الرابعة: الأعمال التى يقوم بها البنك نيابة عن عميله ليست موضوع العقد ولا محله، لأنها جاءت تبعا له، لذا فإنه لا ينبنى عليها حكم، ولا يخرج خطاب الضمان بناء عليها، ولو قيل ذلك لخرج كثير من العقود عن موضعها كالبيع مدرة الخيار، فإن المبيع فيه مضمون على المشترى، فهل يُخَّرج عقد البيع على أنه ضمان لتضمنه الضمان على المشتري فى مدة الخيار.(٣)

---

(١) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها صـــ٢١٠.

(٢) بحوث فى المصارف الإسلامية، أ. د/ رفيق المصرى، صـــ١٦، ط/ دار المكتبى دمشق.الثانية.

(٣) خطاب الضمان المصرفى فى ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون والقواعد الدولية، صـــ١٥.

المبحث الخامس

تكييف خطاب الضمان بالجعالة

ذهب السيد محمد باقر الصدر إلى أن خطاب الضمان يمكن تخريجه على أساس عقد الجعالة الفقهية حيث قال: " فى حالة صدرو خطاب ضمان نهائي يكون هناك عقد قائم بين الجهة المستفيدة من خطاب الضمان، والشخص الذى طلب إصدار الخطاب من البنك، وهذا العقد ينص على شرط الشخص المقاول لصاح الجهة التى تعاقد معها، وهذا الشرط هو أن تتملك هذه الجهة نسبة معينة من قيمة العملية فى حالة تخلف الشخص المقاول عن الوفاء بالتزاماته، ويعتبر هذا الشرط سائغا وملزما مادام واقعا فى عقد صحيح كعقد الإيجار مثلا، ويصبح للجهة المتفقة مع المقاول الحق فى أن تملك نسبة معينة من قيمة العملية فى حالة تخلف المقاول، وهذا الحق قابل للتوثيق والتعهد من قبل طرف آخر، فكما يمكن أن يتعهد طرف آخر للدائن بوفاء المدين لدينه كذلك يمكن أن يتعهد لصاحب الحق بوفاء المشروط عليه بشرطه، وعلى هذا الأساس يعتبر خطاب الضمان من البنك تعهدا بوفاء المقاول بالشرط، وينتج عن هذا التعهد نفس ما ينتج عن تعهد طرف ثالث بوفاء المدين للدين، فكما يرجع الدائن على هذا الثالث إذا امتنع المدين عن وفاء دينه كذلك يرجع صاحب الحق بموجب الشرط إلى البنك المتعهد إذا امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، ولما كان تعهد البنك وضمانه للشرط بطلب من الشخص المقاول فيكون الشخص المقاول ضامنا لما يخسره البنك نتيجة لتعهده فيحق للبنك أن يطالبه بقيمة ما دفعه إلى الجهة التى وجه خطاب الضمان لفائدتها، ويصبح للبنك أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان هذا؛ لأن التعهد الذى يشتمل عليه هذا الخطاب

يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول، وبذلك يكون عملا محترما يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص."[١]

وقال د/ السالوس: " ووجدنا من يذهب إلى رأى آخر يخالف ما سبق، حيث ذهب إلى ربط الأجر بالعمل والمخاطرة معا، معنى هذا أن يرتبط الأجر إلى جانب العمل بالجزء غير المغطى، غير أنه جعل هذا من باب الجعالة لا الإجارة...، ثم قال: وهذا الرأى لا يزال محل دراسة."[٢]

وكما فعلنا فى المباحث السابقة سوف نقوم بتعريف الجعالة، وبيان مشروعيتها، وأركانها ثم نقوم بتنزيل أحكام خطاب الضمان عليها لننظر مدى التوافق والاختلاف بين العقدين، من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الجعالة

تعريف الجعالة لغة: جعل الشيء يجعله جعلا ومجعلا واجتعله وضعه، وجعل له كذا شارطه به عليه، وكذلك جعل للعامل كذا والجعل والجعال والجعيلة والجعالة والجِعالة والجُعالة بالكسر والضم كل ذلك ما جعله له على عمله والجعالة بالفتح الرشوة، والجُعل بالضم: الأجر، وما جعل للإنسان من شئ على الشئ يفعله.[٣]

الجعالة فقها:

تعريف الأحناف: الجعالة عندهم هى: " عبارة عن التزام التصرف المطلق في عمل معلوما كان أو مجهولا لشخص معينا كان أو غير معين "[٤]

---

(١) البنك اللاربوى فى الإسلام، أطروحة للتعويض عن الربا، ودراسة لكافة أوجه نشاطات البنوك فى ضوء الفقه الإسلامي، محمد باقر الصدر صـــــ١٣٠ وما بعدها، ط/ دار التعارف للمطبوعات.

(٢) الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر د/ على السالوس صـــــ٦٣.

(٣) لسان العرب ١١٠/١١، الصحاح ٣٤٢/٥، المصباح المنير ١٠٢/١.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٢٦/١.

تعريف المالكية عرفوا الجعالة بقولهم: " الجعل: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه".(١)

تعريف الشافعية: " التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه".(٢)

تعريف الحنابلة: " أن يجعل جائز التصرف شيئا متمولا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما، أو عملا مجهولا من مدة معلومة أو مدة مجهولة".(٣)

مشروعية الجعالة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على مشروعية الجعالة فى الجملة، حيث اتفقوا على صحة الجعالة فى رد العبد الآبق، والضالة.(٤)، (٥) قال ابن قدامة: " الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك والشافعي. ولا نعلم فيه مخالفا".(٦)

---

(١) المختصر الفقهى لابن عرفة ٣٤٥/٨، ومعنى التعريف: " أن يجعل الرجل للرجل أجرا معلوما ولا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل على خلاف في هذا على أنه إن كمله كان له الجعل وإن لم يتمه فلا شيء له مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بعد تمامه". شرح مختصر خليل للخرشى ٥٩/٧.

(٢) مغنى المحتاج ٤٢٩/٢.

(٣) الروض المربع شرح زاد المستنقع صـــ٤٤٥.

(٤) البحر الرائق ٢٢٦/٦، شرح الزرقانى على مختصر خليل ١٠٦/٧، العزيز شرح الوجيز ١٩٦/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٧٢/٢.

(٥) وخالف فى مشروعية الجعالة مطلقا ابن حزم فلم يعتبره عقدا جائزا فقال: "لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر: إن جئتني بعبدي الآبق فلك علي دينار، أو قال: إن فعلت كذا وكذا فلك علي درهم، أو ما أشبه هذا فجاءه بذلك – أو هتف وأشهد على نفسه: من جاءني بكذا فله كذا، فجاءه به لم يقض عليه بشيء، ويستحب لو وفى بوعده. وكذلك من جاءه بآبق، فلا يقضى له بشيء سواء عرف بالمجيء بالإباق أو لم يعرف بذلك، إلا أن يستأجره على طلبه مدة معروفة، أو ليأتيه به من مكان معروف، فيجب له ما استأجره به".ا.هـــ المحلى ٣٣/٧.

(٦) المغنى ٩٣/٦.

واختلفوا فى ما عدا العبدا الآبق والضالة على قولين:

القول الأول: صحة الجعالة فى العبد الآبق، والضالة، وعدم صحتها فى غيرهما، وهو ما ذهب إليه الأحناف(١) والظاهرية.(٢)

القول الثاني: صحة الجعالة مطلقا وهو مذهب المالكية،(٣) والشافعية،(٤) والحنابلة(٥).

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدلوا على ماذهبوا إليه بالآثار والمعقول:

أولا: دليلهم من الآثار

١- عن أبي عمرو الشيباني: أن رجلا أصاب عبدا آبقا بعين التمر، فجاء به، فجعل ابن مسعود فيه أربعين درهما.(٦)

٢- عن سعيد بن المسيب: أن عمر جعل في جعل الآبق دينارا، أو اثني عشر درهما.(٧)

٣- عن ابن جريج، قال: أخبرني ابن أبي مليكة: أن عمر بن عبد العزيز قضى في جعل الآبق إذا أخذ على مسيرة ثلاث ثلاثة دنانير.(٨)

٤- عن قتادة: أن عمر قضى في جعل الآبق أربعين درهما.(٩)

---

(١) التجريد للقدروى٨/٩٣٥، بدائع الصنائع ٢٠٣/٦، حاشية ابن عابدين ٩٥/٦.

(٢) المحلى ٣٣/٧.

(٣) التبصرة للخمى ١٠/ ٤٩٣٠، شرح الزرقانى على مختصر خليل ١٠٦/٧.

(٤) كفاية النبيه شرح التنبيه ٣٢٠/١١، النجم الوهاج فى شرح المنهاج ٨٩/٦.

(٥) الفروع ١٨٠/٧، نَيْلُ المَآرِب بشَرح دَلِيلُ الطَّالِب، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشَّيْبَاني (المتوفى: ١١٣٥هـ) ٤٦٥/١، المحقق: الدكتور محمد سُليمان عبد الله الأشقر – رحمه الله –، الناشر: مكتبة الفلاح، الكويت.

(٦) ابن أبى شيبة فى المصنف ٥٤١/٦.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق ٥٤٠/٦.

(٩) المرجع السابق ٥٤١/٦

٥-عن حماد، عن إبراهيم، قال: لا بأس بجعل الآبق.(١)

قال القدورى: " وقد روي وجوب الجعل عن علي بن أبي طالب وعمار بن ياسر والصحابي إذا قال ما لا يستدرك ممن طريق القياس حمل على التوقيف".(٢)

هذه جملة أدلة الحنفية في القول بصحة الجعل في العبد الآبق خاصة، ولم يقيسوا على الآبق غيره لسببين:

الأول: أن القول في العبد الآبق جرى استحساناً، وهو على خلاف القياس؛ لأن القياس ألا يكون له شيء إلا بالشرط.(٣)

الثاني: أن الجعالة في غير العبد لا تخرج عن كونها:

إما إجارة باطلة لا يترتب عليها أي أثر، وكان العقد لم ينعقد، وذلك إذا لم يعين العامل، بأن كانت الصيغة عامة، من دلني على كذا فله كذا؛ وقد بنى الأحناف القول بالبطلان على ثلاثة أشياء:

أ- عقد مع مجهول، وهذا لا يصح.

ب- افتقار العقد بهذه الصيغة إلى قبول، والعقد لا يتم إلا بإيجاب وقبول.

جـ- تعليق استحقاق المال بالخطر (وهو وجود الضال)، وقد يجده، وقد لا يجده، وهو من القمار المحرم.

وإما أن تكون الجعالة إجارة فاسدة وذلك إذا عين العامل.(٤)

وفساد العقد جاء من كون العمل فيه غير مقدر بقدر.

والعقد الفاسد يفسخ قبل التلبس بالعقد، ويستحق فيه العامل أجرة المثل بعد الشروع؛ ولا يستحق فيه المسمى؛ لفساد العقد.

---

(١) المرجع السابق ٥٤١/٦. يراجع: التجريد للقدورى ٤/ ٣٨٨٤.

(٢) التجريد للقدورى ٤/ ٣٨٨٤.

(٣) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغياني ١٧٨/٢.

(٤) العناية شرح الهداية للبابرتى ١٣٤/٦.

قال السرخسي: "هذا شيء يأباه القياس؛ لأن العقد مع المجهول لا ينعقد، وبدون القبول كذلك ... ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر، وهو قمار، والقمار حرام في شريعتنا، ولم يكن حراما في شريعة من قبلنا".(١)

وجاء في حاشية ابن عابدين: "رجل ضل له شيء، فقال: من دلني على كذا فله كذا، فهو على وجهين: إن قال ذلك على سبيل العموم، بأن قال: من دلني، فالإجارة باطلة؛ لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر.

وإن قال على سبيل الخصوص، بأن قال لرجل بعينه: إن دللتني على كذا فلك كذا، إن مشى له فدله فله أجر المثل للمشي لأجله؛ لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة، إلا أنه غير مقدر بقدر، فيجب أجر المثل، وإن دله بغير مشي، فهو والأول سواء".(٢) أي لا يستحق شيئا.

وقال الكاساني: " أما أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحساناً، والقياس ألا يثبت أصلًا، كما لا يثبت برد الضالة ... لأن جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع؛ لأنه لا يتوصل إليه بالطلب عادة. إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك، فلو لم يأخذه لضاع، ولا يؤخذ لصاحبه، ويتحمل مؤنة الأخذ والرد عليه مجاناً بلا عوض عادة، وإذا علم أن له عليه جعلًا يحمل مشقة الأخذ والرد طمعًا في الجعل، فتحصل الصيانة عن الضياع، فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع، وصيانة المال عن الضياع واجب ... بخلاف الضالة؛ لأن الدابة إذا ضلت، فمنها ترعى في المراعي المألوفة، فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة، فلا تضيع دون الأخذ، فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل"(٣)

---

(١) المبسوط ١٨/١١.

(٢) حاشية ابن عادبين ٩٥/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠٣/٦ يراجع: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ذبيان بن محمد الذبيان، ٢٤/١٠، الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض – المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٣٢ هـ.

أدلة القول الثانى

واستأنسوا لمذهبهم بأدلة من القرآن، والسنة، والمعقول.

أولا: من القرآن استأنسوا بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[١]

وجه الدلالة: في الآية دليل على جواز الجعالة وضمان الجعل قبل تمام العمل".[٢]

وحمل البعير كان معلوما عندهم كالوسق، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه.[٣]

ثانيا: من السنة: عن أبي سعيد رضي الله عنه قال: (انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا يا أيها الرهط: إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال بعضهم: نعم. والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براقٍ لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ **(پ پ پ پ)** . فكأنما نشط من عقال فانطلق يمشي وما به قلبة. قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه فقال بعضهم: اقسموا. فقال الذي رقي: لا تفعلوا حتى نأتي النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان فننظر ما يأمرنا فقدموا على رسول الله فذكروا له

---

(١) سورة يوسف من الآية (٧٢).

(٢) البحر الرائق ٢٢٦/٦.

(٣) أسنى المطالب ٤٣٩/٢، مطالب أولى النهى ٢٠٦/٤.

فقال: وما يدريك أنها رقية. ثم قال: قد أصبتم اقسموا واضربوا لي معكم سهما. فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم).[١]

وجه الدلالة: قال الزركشي ويستنبط من هذا الحديث جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية.[٢]

ثالثا: من المعقول: فإن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع برده، ولا تصح الإجارة على رده للجهل بمكانه فجازت كالقراض واحتمل إبهام العامل فيها لأن القائل ربما لا يهتدي إلى الراغب في العمل.[٣]

القول المختار

أختار القول الثاني القائل بمشروعية الجعالة للحاجة إليها، ولقوة ما استدلوا به من أدلة. والله أعلم

أركان الجعالة

للجعالة أربعة أركان: عاقدان، صيغة، عمل، عوض.

١-العاقدان: وهما: (الجاعل – العامل المجعول له)

فالجاعل: صاحب العمل الذي يلتزم بالجعل، ويُشترط فيه أن يكون مكلفاً أي بالغاً عاقلاً رشيداً.

والعامل: وهو الذي يقوم بالعمل، ويستحق الجعل عليه. ولا يُشترط أن يكون معَّيناً، كأن يقول: مَن ردّ علي سيارتي فله كذا، أو من عمل لى

---

(١) البخارى ٢/٧٩٥ح٢١٥٦، ك/ الإجارة، ب/ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب.

(٢) مغنى المحتاج ٢/٤٢٩.

(٣) كفاية النبيه فى شرح التنبيه ١١/٣٢٠، مغنى المحتاج ٢/٤٢٩، مطالب أولى النهى ٤/٢٠٦.

عملا فله كذا؛ ولأنه قد يكون له عمل يحتاج إلى إنجازه، ولا يعرف من يقوم به، فجاز أن يجعل جعلاً لمن يقوم به ولو كان مجهولاً.(١)

٢- الصيغة: وهي لفظ يدل على الإذن والرضا في العمل المطلوب بعوض ملتزم، كقول الجاعل: مَن ردّ علي دابتى- مثلاً - فله كذا. أو أن يقول لطبيب: إن عالجتَ مريضي فبرأ فلك كذا، أو أن يقول لمعلِّم: إن علّمت ولدي القراءة والكتابة فلك كذا، ونحو ذلك.(٢)

٣- العمل: وهو ما شرطه صاحب المال لاستحقاق الجعل، من ردّ ضالة، أو تعليم صبيّ، أو معالجة مريض، وما إلى ذلك.

ولا يُشترط أن يكون العمل معلوماً كالمنفعة في الإجارة، التي قد علمنا أنها تحدَّد بعمل أو زمن، فتصحّ الجعالة ولو كان العمل مجهولاً، أي غير محدّد بفعل أو زمن، فقد يستغرق ردّ الضالة أو تعليم الصبي - مثلاً - زمناً طويلاً أو قصيراً، وقد يكلفه الكثير من الجهد وقد لا يكلفه، فكل ذلك جهالة في العمل، وهي مغتفرة للحاجة إلى ذلك.(٣)

٤- العوض (الجعل): وهو ما يلتزمه صاحب المال للعامل، ويشترط أن يكون معلوماً، لأنه عقد معاوضة، فلا تجوز بعوض مجهول. فلو شرط جعلاً مجهولاً كان العقد فاسداً، فإذا قام العامل بالعمل استحق أُجرة المثل، لأن كل عقد وجب المسمى والمعين في صحيحه وجب المثل في فاسده.(٤)

المطلب الثاني: تطبيق أحكام الجعالة على خطاب الضمان

تتأسس مشروعية خطاب الضمان الصادر من المصرف على أن تعهد بالشرط، والمتمثل فى دفع مبلغ معين مما يستتبع اشتغال الذمة بقيمة ذلك

---

(١) تحفة المحتاج ٣٦٥/٦، الشامل فى الإمام مالك ٨٠١/٢، الفقه المنهجى ١٦٢/٦.

(٢) الذخيرة للقرافى ٦/٦، حاشية البجيرمى على المنهج ٢٣٨/٣.

(٣) الإقناع للشربينى ٣٥٣/٢، كشاف القناع ٢٠٣/٤.

(٤) الكافى فى فقه الإمام أحمد ١٨٧/٢، الفقه المنهجى ١٦٣/٦.

الشرط باعتباره فعلا ذا قيمة مالية فى حالة ما إذا تلف على المشترط (الجهة صاحب المشروع) أى إنه إذا لم يتمكن المشروط عليه (العميل) بأداء الشرط تشتغل ذمة المصرف بقيمة هذا الشرط عند تلفه بامتناع المشروط عليه من أدائه، فالمشترط وإن لم يملك قيمة الشرط فى ذمة المشروط عليه (المقاول أو المتعهد)، إلا أنه يمتلكها بالتبعية فى ذمة المصرف المتعهد، فهو يملك فعلا على المشروط عليه، هذا الفعل له قيمة مالية، والمصرف يتعهد بهذا الفعل للمشترط وينتج عن ذلك أنه عند تلف الفعل يمتلك المشترط قيمة الفعل فى ذمة المصرف بموجب ضمانه للفعل وتعهده به.(١)

لكن رغم محاولة ربط خطاب الضمان بالجعالة، واعتبار أن ما يتقاضاه المصرف مقابل إصداره بمثابة جعل، وأن العميل هو العاقد فتنعقد الجعالة بإرادته المنفردة، والعامل هو المصرف الذى يقوم بالعمل المتفق عليه فى صيغة العقد وهو التعهد بوفاء العميل بالشرط مع ضمان هذا الأخير لما قد يخسره المصرف نتيجة لتعهده، وهذا طبعا مقابل جعل للمصرف؛ لأن تعهد المصرف يعزز قيمة التزامات العميل.(٢)

(١) يراجع: محمد باقر الصدر، البنك اللاربوى فى الإسلام صـــــ٢٣٨ وما بعدها.

(٢) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، صـــــ٢٠٣.

مناقشة تكييف خطاب الضمان بالجعالة:

المناقشة الأولى: إن تعزيز قيمة التزامات العميل عن طريق إصدار خطاب الضمان لا يمكن اعتباره عملا يستحق أخذ العوض عليه؛ لأن العمل الموجب للجعل يشترط فيه الجهد والكلفة من طرف العامل، وهذا باتفاق الفقهاء، والضمان المجرد مما لا يقابل بالمال، وإنما الذى يقابل بالمال هو نفس خسارة البنك عند عدم قيام المقاول بالتزاماته مطلقا.

المناقشة الثانية: خطاب الضمان عقد لازم، بينما عقد الجعالة جائز لكل من العاقدين فسخه متى شاء، فكيف يمكن بناء على ذلك اعتبار خطاب الضمان جعالة؟

المناقشة الثالثة: المقابل فى خطاب الضمان معلوم والعمل الذى سيقوم به البنك معلوم، أما فى الجعالة فإنه لا يشترط العلم بقيمة العمل ومقدار المدة، ولا يستحق العامل العوض إلا بعد الانتهاء من العمل.(١)

المناقشة الرابعة: الضمان فى الجعالة يكون على العامل (المجعول له) نتيجة لتقصيره وتفريطه، وهذا بخلاف خطاب الضمان، فالضمان يكون على العاقد (العميل الآمر) لما يخسره البنك نتيجة لتعهده فإن البنك يرجع على العميل فيما دفعه للمستفيد.(٢)

وتأسيسا على ما سبق فإن هناك فرقا جوهريا بين خطاب الضمان والجعالة لا يصح معه القول باعتبار خطاب الضمان جعالة فقهية. والله أعلم

---

(١) خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، صـــــ٢٠٣، خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، سليمان القرم صـــ٥٤.

(٢) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد حافظ خليل السخاوى صـــــ٢٣٨، ويراجع: خطاب الضمان، فضيلة الدكتور علي أحمد السالوس، مجلة المجمع ٨٩٩/٢.

المبحث السادس

تكييف خطاب الضمان على قاعدة "الخراج بالضمان"[١]

ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان يمكن تخريجه على قاعدة "الخراج بالضمان" ومعنى هذه القاعدة: ما خرج من الشيء من غلّة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون في مقابلة الغرم. ولأن من تحمل الخسارة لو حصلت يجب أن يحصل على الربح؛ لأن النقمة بقدر النعمة، والنعمة بقدر النقمة.

أو نقول: إن من يضمن شيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف.[٢]

وممن ذهب إلى ذلك الدكتور عبدالحميد البعلى حيث قال: " وفى هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث: "الخراج بالضمان"[٣] وهل فى معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل إذا قلنا إن من يتحمل تبعية ضمان شىء

---

(١) يراجع: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) ١/ـ١٢٧، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، الأشباه والنظائر

المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) ١/١٣٥، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، ٣٦٦/١، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الرابعة.

(٣) أبوداود ٣٠٤/٣ح ٣٥١٠، ك/ الإجارة، ب/ فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، الترمذى ٥٨١/٣ح ١٢٨٥، ك/ البيوع، ب/ ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، وقال: حسن صحيح، النسائى٢٥٤/٧ح ٤٤٩٠، ك/ البيوع، ك/ الخراج بالضمان، ابن ماجه٣٥٢/٣ح ٢٢٤٢، ك/ التجارات، ب/ الخراج بالضمان. قال فى تلخيص الحبير٣٩١/٣: وصححه ابن القطان ، وقال ابن حزم : لا يصح.

لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان فى هذه الحالة، ويجرى الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله فى المنفعة، ففى الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة.

وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد ضمن 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 عمل العميل نوع من العمل. وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمالة أو العمل يكون تارة بالضمان..

وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه.(١)

مناقشة هذا التكييف:

أورد الفقهاء المعاصرون على هذا التخريج عدة مناقشات يمكن إجمالها فيما يلى:

المناقشة الأولى: قاعدة الخراج بالضمان لا يمكن تطبيقها فى خطاب الضمان؛ لأن البنك لا يغرم شيئا، وإن غرم عاد على طالب خطاب الضمان بما غرمه، لأن خطاب الضمان إما أن يكون مغطى كليا وبذلك يكون المصرف فى مأمن من الخسارة، وإما أن يكون مغطى جزئيا أو غير مغطى فالجزء الغير مغطى يعود المصرف به على العميل بالاستيفاء من التأمينات التى رهنها المصرف قبل إصداره خطاب الضمان، وفى

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، دكتور/ عبدالحميد محمود البعلى صـــــ٥٩ : ٦١، الناشر/ مكتبة وهبة، القاهرة، الأولى ١٩٩١م. يراجع: المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، د/ محمد عثمان شبير صـــــ٣٠٢.

الحالة الثانية يرجع المصرف على العميل بما دفع، وقاعدة الخراج بالضمان تعنى أن الغنم بالغرم الذى لا رجوع به على أحد.(١)

المناقشة الثانية: اعتباره خطاب الضمان شراكة عقد غير صحيح؛ لأنه إبطال لما تعاقداه وإلزامهما عقدا لم يتعاقداه، وهذا من الباطل، لأنهما لم يترضيا على ما ألزمهما به من شراكة عقد.(٢)

المناقشة الثالثة: قوله: إن من عناصر الكسب الضمان فقط، غير صحيح، فعناصر الكسب الحلال هى المال والعمل والضمان فهذه عناصر الإنتاج المؤدى إلى الربح الحلال بيد أن الضمان لا ينفرد، فلابد أن ينضم إليه مال، أو عمل، فالضمان بمفرده لا يصلح أن يكون عنصر إنتاج.(٣)

---

(١) خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، سليمان القرم صـــــ٥٥، خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد حافظ خليل السخاوى صـــــــ٢٤٠.

(٢) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد حافظ خليل السخاوى صـــــــ٢٤٠.

(٣) المرجع السابق، ويراجع: خطاب الضمان، فضيلة الدكتور علي أحمد السالوس، مجلة المجمع ٩٠٦/٢.

المبحث السابع

تكييف خطاب الضمان على أنه عقد مستحدث

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان يمكن اعتباره معاملة مستحدثة تدخل فى إطار العقود غير المسماة[١] لعدم انطباق بعض العقود المعروفة فى الفقه الإسلامي عليها، وأنه يدخل تحت نطاق حرية الإرادة فى إنشاء العقود، وأن الأصل فى العقود رضى المتعاقدين.[٢]

هذا وقد اختلف الفقهاء فى حكم إنشاء عقود جديدة غير المسماة والمعروفة فى الفقه الإسلامي، وهل يجوز للإنسان فعل ذلك أم إنه محظور عليه، وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: الأصل فى العقود الصحة والإباحة حتى يقوم الدليل على التحريم والحظر، وهو قول جمهور الفقهاء من الأحناف،[٣] والمالكية،[٤].....

---

(١) العقود المسماة هي: العقود التي نص الشارع على تسميتها، وجعل لها أحكاما خاصة كالبيع، والإجارة، والرهن، والزواج، والخلع، والهبة، والوصية.

والعقود غير مسماة هي: العقود التي لم ينص الشارع على تسميتها، وإنما استحدثت تبعًا لحاجة الناس، ولم تكن موجودة زمن التشريع، كعقود التأمين، والإجارة المنتهية بالتمليك، وعقد الاستصناع، وبيع الوفاء، وعقود النشر والدعاية، ونحوها. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٩٩/١.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الفقه والشريعة، د/ محمد رواس قلعجي، صـــــ١٠٨، خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، صـــــ٢١١، خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، سليمان القرم صـــــ٥٥.

(٣) تبيين الحقائق ٨٧/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢٨٦/٢ حيث قال: " فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى: {أوفوا بالعقود} لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها".

(٤) الموافقات للشاطبى حيث قال: " والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن؛=

والشافعية،[١] والحنابلة.[٢]

القول الثاني: الأصل فى العقود الحظر، والمنع حتى يقوم الدليل على الإباحة فلا يجوز إصدار عقد إلا بدليل، وهو مذهب الظاهرية.[٣]

الأدلـــــة

أدلة القول الأول:

أولا: أدلتهم من القرآن

١-قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٤]

٢-قوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[٥]

= إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه. والله أعلم. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى : ٧٩٠هـ) ٤٤٠/١، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان

الناشر : دار ابن عفان، الأولى.

(١) تحفة المحتاج حيث قال الهيتمى ٤٨٣/٤: " لأن الظاهر في العقود الصحة".

(٢) شرح منتهى الإرادات ٥٦/٢ حيث قال: " لأن الأصل في العقود الصحة"، وقال ابن القيم فى إعلام الموقعين صـــ٢٢٥: " وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح". وقال ابن تيمية فى مجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩: " الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك: الحظر؛ إلا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر...وهؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر. بتصرف.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) ٢/٥، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، الناشر: دار الآفاق الجديدة، بيروت.

(٤) سورة المائدة من الآية (١).

(٥) سورة الإسراء من الآية (٣٤).

٣-قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَـٰنَـٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴾[١]

وجه الدلالة من الآيات:

النصوص السابقة دلت على الأمر بالوفاء بالعهود، والشروط، والمواثيق، والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقًا، ويذم من نقضها وغدر مطلقًا. فعلم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصوده: هو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة.[٢]

قال الجصاص: "واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والإجارات والنكاحات وجميع ما يتناوله اسم العقود فمتى اختلفنا في جواز عقده أو فساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى أوفوا بالعقود لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار لأن الآية لم تفرق بين شيء منها"[٣]

<u>المناقشة: نوقش الاستدلا بهذه الآيات:</u>

بأن الأمر بالوفاء بالعقود والعهود إنما هو مخصوص في عقد، أو عهد جاء الشرع بالإلزام به، بدليل أنها لا تشمل الأمر بالوفاء بالعقود والعهود التي نهى الشرع عنها.

---

(١) سورة المؤمنون الآية (٨).

(٢) مجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٤٦/٢٩.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢٨٦/٣.

وأجيب:

بأن هذا التخصيص لا وجه له، بل يدخل فيها كل عقد وعهد نص الشارع على الوفاء به بخصوصه، كما يدخل فيها العقود والعهود التي لم ينص الشارع على الوفاء بها بخصوصها، ولم ينهنا عن الوفاء بها، لدخولها في العموم، فأين النص على إخراجها من عموم النص، فلا يخصص النصوص الشرعية ولا يقيد ما أطلقه الشارع إلا بنص منه.(١)

ثانيا: أدلتهم من السنة

١-عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج).(٢)

وجه الدلالة: فيه الأمر بالوفاء بالشروط مطلقا فدل على صحة كل شرط وعقد ما لم يخالف الشرع.

٢- عن عمرو بن عوف المزني، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، وأحل حراما ، والصلح جائز بين الناس إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا).(٣)

وجه الدلالة: بين الحديث أن الالتزام بالشروط ومثلها العقود مقيد بقيدين: الأول: ألا تحل حراما، الثانى ألا تحرم حلالا، وما سوى ذلك فعلى أصل الإباحة.(٤)

---

(١) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٢٢٠/٥.

(٢) البخارى ٩٧٠/٢ح ٢٥٧٢، ك/ الشروط، ب/ الشروط في المهر عند عقدة النكاح.

(٣) السنن الصغرى للبيهقى ٢٤٦/٦، الطبرانى فى الكبير ٤٠٩/١١، وأبوداود عن أبى هريرة بمعناه ٣٣٢/٣ح ٣٥٩٦، ك/ الأقضية ب/الصلح. قال الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام ١ / ١٧٩: صححه الترمذى و أنكروا عليه لأن راوية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف و كأنه اعتبره بكثرة طرقه . وقد صححه ابن حبان من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه.

(٤) الخيارات فى الفقه الإسلامي، أ.د/ السيد حافظ خليل السخاوى صـــــ١١٦، ط/ الرابعة.

٣- عن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا اؤتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر).(١)

وجه الدلالة: فى الحديث ما يدل على ذم الغدر، وكل من شرط شرطًا، ثم نقضه فقد غدر.

٤-عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال (من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع).(٢)

وجه الدلالة: إن هذا الشرط خلاف مقتضى العقد، ومع ذلك جوزه الشرع حيث لا يترتب عليه مانع شرعى من ارتكاب المحرم.(٣)

المناقشات الواردة على أدلة المذهب الأول

أجمل ابن القيم فى إعلام الموقعين المناقشات الواردة على أدلة المذهب الأول فقال: " وأصحاب القول الآخر يجيبون عن هذه الحجج: تارة بنسخها وتارة بتخصيصها ببعض العهود والشروط، وتارة بالقدح في سند ما يمكنهم القدح فيه".

الجمهور يرد على أجوبة المانعين:

قال الجمهور: أما دعواكم النسخ فإنها دعوى باطلة تتضمن أن هذه النصوص ليست من دين الله ولا يحل العمل بها وتجب مخالفتها وليس معكم برهان قاطع بذلك فلا تسمع دعواه وأين التجاؤكم إلى الاستصحاب والتسبب به ما أمكنكم؟ وأما تخصيصها فلا وجه له وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله.

---

(١) البخارى ١/٢١ح٣٤، ك/الإيمان، ب/علامة النفاق.

(٢) البخارى٢/٧٦٨ح٢٠٩٠، ك/ البيوع، ب/من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة.

(٣) خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون، أ.د/ السيد حافظ خليل السخاوى صـــ٢٤٦.

وأما ضعف بعضها من جهة السند فلا يقدح في سائرها ولا يمنع من الاستشهاد بالضعيف وإن لم يكن عمدة.(١)

ثالثا: دليلهم من المعقول:

قال ابن القيم: "الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم.

والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على ألسنة رسله فإن العبادة حقه على عباده وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها ولهذا نعى الله سبحانه على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يحرمه والتقرب إليه بما لم يشرعه وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفوا لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله فإن الحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه وما سكت عنه.(٢)

وقال ابن تيمية: " وأما الاعتبار فمن وجوه: أحدها: أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية. والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم. كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم. وقوله تعالى {وقد فصل لكم ما حرم عليكم} عام في الأعيان والأفعال؛ وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم

---

(١) إعلام الموقعين صـــ٢١٧ وما بعدها. هذا وقد ذكر ابن القيم أدلة كثيرة للجمهور غير ما ذكرنا وإنما اقتصرنا على بعض الأدلة التى ذكرها والتى تغنى عن بقية الأدلة أو هى فى معناها.

(٢) إعلام الموقعين صـــ٢١٦.

وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. وأيضا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه".(١)

أدلة المذهب الثاني:

وقد استدل الظاهرية على ما ذهبوا إليه بجملة من الأدلة من القرآن، والسنة،

أولا: أدلتهم من القرآن

١-قوله تعالى: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾(٢)

٢-قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾(٣)

٣-قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(٤)

٤-قوله تعالى: ﴿وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾(٥)

ثانيا: أدلتهم من السنة:

١-عن عائشة قالت: قام رسول الله صلى الله عليه و سلم على المنبر فقال: (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة).(٦)

---

(١) مجموع الفتاوى١٥١/٢٩.

(٢) سورة الأنعام من الآية (٣٨).

(٣) سورة المائدة من الآية (٣).

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٢٩).

(٥) سورة النساء من الآية (١٤).

(٦) البخارى ١٧٤/١ح٤٤٤، ك/ أبواب المساجد، ب/ ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد.

وجه الدلالة من الآيات والحديث:

قال ابن حزم: " فهذه الآيات وهذا الخبر براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحة عقده لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك".(١)

المناقشة: وقد نوقشت أدلة ابن حزم بما يلى:

١-إنه ليس في إباحة إنشاء عقد، والالتزام به، أو اشتراط شرط، ووجوب الوفاء به زيادة في دين الله؛ لأن دين الله هو الذي أثبت ذلك، ودل عليه، كما أن إباحة طعام ما، لم يأت نص من الشرع على إباحته بخصوصه، لا يدل على تحليل ما حرم الله؛ لأن المحرم من الأطعمة منصوص عليه، وما عداه فهو حلال، فكذلك العقود والشروط المحدثة الأصل فيها الحل حتى يأتي نهي من الشرع يدل على تحريمها، وكمال الدين وإتمام النعمة يدخل فيه توضيح القواعد العامة التي يتخرج عليها فروع كثيرة، ومنها حل العقود والشروط التي لم ينص عليها الشارع.

٢-إن تعدي حدود الله إنما يكون في تحريم ما أحله الله، أو في إباحة ما حرمه الله، أو في إسقاط ما أوجبه الله، أما إباحة ما سكت عنه، وعفا عنه فليس فيه تعد لحدود الله، بل تحريم مثل ذلك المسكوت عنه هو من تعدي حدوده.

٣-قوله صلى الله عليه وسلم: (كل شرط ليس في كتاب الله) المقصود بالشرط هنا: هو المشروط، كما يقال: درهم ضرب الأمير: أي مضروب الأمير، ومعناه: من اشترط شيئًا لم يبحه الله، أو من اشترط ما ينافي كتاب الله لقوله: (كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق) أي كتاب الله أحق من هذا الشرط، وشرط الله أوثق منه، وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٥/١٣.

الله وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى، وأما إذا لم يكن الشرط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه، حتى يقال: كتاب الله أحق، وشرطه أوثق. (١)

٤-قوله في الحديث: (ليس في كتاب الله) يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه، فإذا قيل: هذا في كتاب الله، فإنه يشمل ما هو فيه بالعموم والخصوص، بدليل أن الشرط الذي ثبت جوازه بالسنة، أو بالإجماع صحيح بالاتفاق، فيجب أن يكون في كتاب الله، وقد ذكرنا في أدلة القول الأول الأدلة على جواز العقود والشروط التي لم يحرمها الشرع، فتكون إباحتها في كتاب الله، سواء جاء النص على إباحتها بعمومها، أو بخصوصها، وسواء كان حكم الإباحة في كتاب الله، أو في سنة رسوله – صلى الله عليه وسلم –؛ لأن الله قد أمرنا باتباع السنة، فتكون إباحتها في كتاب الله بهذا الاعتبار.(٢)

٥- قوله: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله" معلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعا فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه كقوله: "كتاب الله عليكم" وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "كتاب الله القصاص في كسر السن" فكتابه سبحانه يطلق على كلامه وحكمه الذي حكم به على لسان رسوله.(٣)

ثالثا: أدلتهم من المعقول

هذا العاقد، أو المشترط شيئًا ليس في كتاب الله النص على إباحته لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلًا: إما أن يكون التزم فيه إباحة ما حرمه الله تعالى، أو التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى، أو التزم إسقاط ما

---

(١) مجمع الفتاوى ١٦٣/٢٩، إعلام الموقعين صـــــ٢٢٠.

(٢) مجمع الفتاوى ١٦٣/٢٩، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٢٢٧/٥.

(٣) إعلام الموقعين صـــــ٢١٩.

أوجبه الله تعالى، أو أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى، وكل هذه الوجوه الأربعة تعد لحدود الله، وخروج عن الدين.(١)

المناقشة:

بأن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه يكون حينئذ إبطالًا لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبًا بدونه، فمقصود الشروط: وجوب ما لم يكن واجبًا، ولا حرامًا، وعدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضًا للشرع، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبًا، أو يبيح لكل منهما أو لأحدهما ما لم يكن مباحًا، أو يحرم على كل منهما أو على أحدهما ما لم يكن حرامًا، وكذلك كل من المتآجرين والمتناكحين، وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهنًا، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك، وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط، قال: لأنها إما أن تبيح حراما، أو تحرم حلالًا، أو توجب ساقطًا، أو تسقط واجبًا، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع، وقد وردت شبهة عند بعض الناس حتى توهم أن هذا الحديث متناقض، وليس كذلك، بل كل ما كان حراما بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه كالزنا، وكالوطء في ملك الغير، وكثبوت الولاء لغير المعتق ونحوها، وأما ما كان مباحًا بدون الشرط، فالشرط يوجبه ولا مانع، كالزيادة في مهر المثل، والرهن، وتأخير الاستيفاء، فإذا شرطه صار واجبًا، ولا يجب بغير الشرط.(٢)

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ١٣/٥.

(٢) مجمع الفتاوى ١٤٨/٢٩ وما بعدها.

القول المختار:

وبعد ذكر الأقوال بأدلتها ومناقشة ما ورد عليها من مناقشات منها فإنى أختار القول الأول وهو قول جمهور الفقهاء القائل بحرية الإرادة فى إنشاء العقود وأن الأصل فيها الإباحة حتى يرد دليل المنع؛ لما فى ذلك من رفع للحرج والمشقة عن الناس فى معاملاتهم، ولحاجة المجتمع الشديدة لا سيما فى العصور المتأخرة التى كثرت فيها أنواع من العقود دعت إلى إنشائها حاجة الناس وضرورة حياتهم، فالشريعة جاءت للتوسيع على الناس فى معاملاتهم ووضعت لذلك القواعد والضوابط العامة التى إذا توافرت فى أى عقد فإنه يكون عقدا صحيحا جائزا، وهذا الذى يتوافق مع روح الشريعة وقواعدها الكلية، والمصالح التى جاءت لتحققها. والله أعلم.

وتأسيسا على ما سبق فإن للإنسان أن يستحدث ما يشاء من معاملات وعقود تدعو حاجته وعصره إليها، وعليه أن يراعى حينئذٍ ألا تنطوى هذه المعاملة على مخالفة أو تعارض مع مقاصد الشريعة وأهدافها، ومقاصدها الكلية؛ لأنه لا يمكن أن يكون فى الشريعة المنزلة من رب الناس ما فيه حرج على حياة الناس.

وإذا كان الفقه الإسلامي أجاز الكفالة، والضمان لما فيهما من محاسن حيث يقول ابن الهمام الحنفى: " ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال {وكفلها زكريا} في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وسمى نبيا بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم. وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقربا إلى الله تعالى أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان

المطلوب ممن يهمه ما أهمه، وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفا".(١)

وخطابات الضمان لا تخرج عن هذا المعنى باعتبار أن العميل عندما يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد سوف يتجنب إيداع مبلغ من النقود لدى المصرف، وليتمكن بموجبه من تحقيق مصالح مثل الدخول فى المناقصة أو غيرها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن المستفيد (المضمون له) يجد فى هذا الضمان الطمأنينة، والأمان.

كما أن خطابات الضمان تتفق مع مقاصد الشريعة ففيها فتح باب فعل الخيرات ومد يد العون للمحتاجين.

ومن هذا كله نستنتج أن الأعمال المصرفية بعقودها الجديدة لا تشكل بالنسبة للفقه الإسلامي عائقا من حيث نظرته إليها كمعاملات مستجدة.(٢)

وبعد بحثنا فى التكييفات المختلفة التى توصل إليها الفقهاء لخطابات الضمان المصرفية ومن خلال البحث فى حكم استحداث عقود جديدة فالقول المختار لدى أن خطاب وإن كان يقترب من مفهوم الكفالة والوكالة، ألا أنه يبقى له كيان خاص باعتباره معاملة مستحدثة ابتكرها العرف المصرفى والتجارى، ووضع لها أحكاما خاصة، رغم أنه لا يخرج عن المعنى العام للضمان الذى يشمل عدة وسائل تتضمن الوفاء بالديون، وخطاب الضمان نوع مختلف عن الأنواع الأخرى من الضمانات بخصائصه، وشروطه.

ومادام أن رأى أغلب الفقهاء هو حرية الإنسان فى استحداث عقود تدعو الحاجة إليها ما لم يرد بخصوصها نص يمنعها أو تخالف عقود الشريعة

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ١٦٣/٧.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية، د/ سامى حمود صـــــ٧٩ نقلا عن أ.د/ السيد السخاوى مرجع سابق صـــــ٢٧٣ وما بعدها.

الإسلامية وأحكامها. وإذا أجيزت الكفالة شرعا وهى أضعف فى التوثيق فإن خطاب الضمان يكون أولى بالجواز وآكد.

أضف لذلك أن هذا التكييف يتوافق مع تكييف القانونيين لخطاب الضمان والذى سبق وأشرنا إليه.

مع ضرورة الأخذ فى الاعتبار أن يكون خطاب الضمان خاليا من أية مخالفة شرعية لنصوص الكتاب والسنة وسائر الأدلة المعتبرة.(١)

(١) يراجع: خطابات الضمان المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، صـــــ٢١٩، خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، سليمان القرم صـــــ٥٥.

الخاتمـــــــــــة

وتشتمل على أهم النتائج:

بعد فضل الله عز وجل والانتهاء من هذا البحث فإن هناك بعضاً من النتائج التى توصلت إليها يمكن إجمالها فيما يلي:

١-خطاب الضمان: تعهد كتابي يتعهد البنك بمقتضاه بكفالة أحد عملائه فى حدود مبلغ معين، لدى طرف ثالث، عن التزام ملقى على عاتق العميل المكفول؛ وذلك ضمانا بوفاء العميل بالتزامه تجاه الطرف الثالث خلال مدة من الزمن معينة.

٢-تتمثل أركان خطاب الضمان فى: البنك، العميل، المستفيد، قيمة الضمان.

٣-خطابات الضمان لها أهمية كبرى في الحياة المعاصرة فهى تعمل على توفير الثقة بين المتعاملين فى أسواق السلع والخدمات وغيرها.

٤-تتنوع خطابات الضمان ما بين خطابات ضمان ابتدائية، وخطابات ضمان نهائية.

٥-خطاب الضمان الابتدائى تختلف مدته والنسبة المئوية المقدمة للبنك منه عن خطاب الضمان النهائي.

٦-تنشأ بموجب خطاب الضمان علاقة بين العميل، والمصرف أساسها الكفالة، أو الضمان، بينما تنشأ بين المصرف والمستفيد علاقة مباشرة ومستقلة، ولا يملك العميل التدخل فيها ولا منعها.

٧-تنشأ بين العميل والمستفيد علاقة يحكمها عقد العمل أو عقد التوريد أو المقاولة، والعميل مسؤل أمام المستفيد عن تنفيذ ما تعاقد عليه.

٨-اختلف الفقه القانوني فى تكييف خطاب الضمان ما بين أنه صورة من صور الكفالة بحيث تنطبق عليه أحكامها، بينما ذهب البعض إلى تكييفه على أساس الإنابة القاصرة، بينما ذهب الرأى الثالث إلي أنه من العقود غير المسماة والتى يمكن تكييفها على أساس الإرادة المنفردة.

٩-اختلف الفقهاء المعاصرون فى تكييف خطاب الضمان فقها فذهب أغلبهم إلى تكييفه على أساس عقد الكفالة فى الفقه الإسلامي.

١٠- ظهرت بعض الفروق بين خطاب الضمان والكفالة منها على سبيل المثال:

- المختار من أقوال الفقهاء فى عقد الكفالة أن لصاحب الحق مطالبة من شاء من المكفول والكفيل معا، بينما فى خطاب الضمان المستفيد لا يطالب إلا المصرف فقط.

-الكفالة عقد قائم على التبرع وهذا بخلاف الحال فى خطاب الضمان فنية التبرع فيه ليست موجودة.

١١-ذهب بعض الفقهاء إلى تكييف خطاب الضمان بالوكالة وعند التحقيق وجدت فروق بين العقدين منها على سبيل المثال:

-خطاب الضمان عقد لازم، لا يملك أحدٌ فسخه بعد انعقاده، بينما عقد الوكالة عقد جائز لكل من العاقدين فسخه متى شاء.

-طالب خطاب الضمان لا يستطيع مباشرة العمل الذى طلب الخطاب لأجله، أما فى الوكالة فيستطيع الموكل مباشرة العمل الذى وكل فيه بنفسه.

-المصرف فى خطاب الضمان يلتزم بدفع قيمة الخطاب للمستفيد بمجرد طلبه، ولو عارض العميل هذا الدفع، فلا يملك هذه المعارضة، فى حين أن الوكالة عقد غير لازم فيمكن للموكل منع الوكيل من التصرف.

-للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة متى شاء، أما فى خطاب الضمان فليس للمصرف (الوكيل) أن يعزل نفسه.

١٢-ذهب البعض إلى تكييف خطاب الضمان بالكفالة والوكالة معا وذلك بناء على مقدار قيمة الغطاء فإن كان كاملا كانت وكالة، وإن كان الغطاء جزئيا كانت كفالة فى الجزء غير المغطى ووكالة فى الجزء المغطى ولم يسلم هذا التكييف من الاعتراضات حيث جمعوا بين الكفالة

الإرفاقية والوكالة المأجورة فهو أشبه بصفقتين فى صفقة التىورد النهى عنها.

١٣-ذهب السيد محمد باقر الصدر إلى تخريج خطاب الضمان على أنه جعالة حيث ذهب إلى ربط الأجر والمخاطرة معاً، ولم يسلم هذا التكييف من الاعتراضات والتى منها:

-إن عقد الجعالة عقد جائز بينما خطاب الضمان لازم.

-العمل الموجب للجعل يشترط فيه الجهد والكلفة من طرف العامل باتفاق الفقهاء، والضمان المجرد مما لا يقابل بالمال.

-المقابل فى خطاب الضمان معلوم، والعمل الذى يقوم به معلوم، بينما العمل فى الجعالة مجهول.

١٤-ذهب الدكتور عبدالحميد البعلي إلى تكييف خطاب الضمان على أساس قاعدة "الخراج بالضمان" وبناء على ذلك فالبنك قد قام بالضمان فيكون له نصيب من الربح العائد من العميل على العملية المضمونة. ولم يسلم هذا التكييف من الاعتراض والذى يتمثل فى:

-اعتبار خطاب الضمان شراكة عقد غير صحيح لأنه إبطال لما تعاقداه وإلزامهما عقدا لم يتعاقداه.

-القول بأن من عناصر الكسب الضمان فقط غير صحيح فعناصر الكسب الحلال تتمثل فى: المال، والعمل، والضمان، فالضمان لا ينفرد بالربح.

١٥-القول المختار تكييف خطاب الضمان على أنه عقد مستحدث يدخل فى إطار العقود غير المسماة، ويدخل تحت نطاق حرية الإرادة فى إنشاء العقود، حيث إن الأصل فى ذلك رضى المتعاقدين، مالم يرد نص يمنع ذلك، ويقوى هذا الاختيار أنه اختيار الفقه القانوي أيضا كما سبقت الإشارة إليه.

المصادر والمراجع

أولاً: كتب التفسير

١-أحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ت ٢٠٤ هـ ط/ دار الكتب العلمية بيروت، تحقيق: عبد الغنى عبد الخالق.

٢-أحكام القرآن لأحمد بن على الرازى الجصاص ت ٣٧٠هـ ط/ دار الفكر بيروت.

٣-أحكام القرءان لأبى بكر محمد بن عبد الله بن العربى ت ٥٤٣هـ دار المنار – مصر تحقيق د/ محمد بكر إسماعيل، ط/ الأولى.

٤-تفسير القرءان العظيم المعروف بتفسير ابن كثير لأبى الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ت ٧٧٤هـ ط/ دار والى الإسلامية تحقيق طه عبد الرؤوف سعد الطبعة الأولى.

٥- تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ط/ الهيئة المصرية العامة للكتاب.

٦-الجامع لأحكام القرءان لأبى عبدالله محمد بن أحمد القرطبى ت ٦٧١هـ ط دار الشعب- القاهرة.

٧- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للعلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي ت ١٢٧٠هـ الناشر دار إحياء التراث العربي. – بيروت.

٨-زاد المسير، لأبى الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى ت ٥٩٧هـ ط/ المكتب الإسلامى بيروت الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤هـ.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

١-سنن ابن ماجه لأبى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه ت ٢٧٥هـ ط/ در الفكر بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.

٢-سنن أبى داود لسليمان بن الأشعث السجستانى ت ٢٧٥هـ ط/ دار الفكر تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد.

٣-سنن الترمذى لأبى عيسى محمد بن عيسى الترمذى ت ٢٧٩هـ ط/

دارإحياء التراث العربى، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون.
٤-سنن النسائى (المجتبى) لأبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى ت ٣٠٣هـ
ط مكتب المطبوعات حلب الطبعة الثانية تحقيق عبد الفتاح أبوغدة.
٥- شرح صحيح البخارى لابن بطال أبى الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: ٤٤٩هـ) تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٦-صحيح ابن حبان لأبى حاتم محمد بن حبان البستى ت ٣٥٤هـ ط/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية تحقيق شعيب الأرناؤوط.
٧-صحيح ابن خزيمة لأبى بكر محمد ابن إسحاق بن خزيمة ت ٣١١هـ ط/ المكتب الإسلامى، بيروت، تحقيق د/ محمد مصطفى الأعظمى.
٨-صحيح البخارى لأبى عبد الله محمد بن إبراهيم بن إسماعيل البخارى ت ٢٥٦هـ ط/ دار ابن كثير اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، تحقيق د/ مصطفى ديب البغا.
٩-صحيح مسلم لأبى الحسين مسلم بن الحجاج النيسابورى ت ٢٦١هـ ط/ دار إحياء التراث العربى، بيروت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
١٠-الصحيحة للألبانى ط/ دار المعارف الرياض.
١١-الضعيفة للألبانى ط/ دار المعارف الرياض.
١٢-فتح البارى بشرح صحيح البخارى للحافظ أبى الفضل أحمد بن حجر العسقلانى
ت ٨٥٢هـ ط/ دار المعرفة بيروت، تحقيق محب الدين الخطيب.
١٢- فيض القدير شرح الجامع الصغيرللمناوى. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
١٣-المستدرك على الصحيحين لأبى عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم

النيسابورى ت ٤٠٥هـ ط/ دار الكتب العلمية الطبعة الأولى تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.
١٤-مسند أحمد للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى ت ٢٤١هـ ط/ مؤسسة قرطبة.
١٥-المعجم الكبير للإمام سليمان بن أحمد الطبرانى ط/ مكتبة العلوم والحكم تحقيق حمدى عبد المجيد السلفى.
١٦-الموطأ للإمام مالك بن أنس ت ١٧٩هـ ط/ دار إحياء التراث العربى مصر تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى.
١٧-نيل الأوطار لمحمد بن على الشوكانى ت ٢٥٥هـ ط/ دار الحديث الطبعة الرابعة تحقيق عصام الدين الصبابطى.

ثالثاً: كتب قواعد وأصول الفقه:

(أ): كتب أصول الفقه

١- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول محمد بن علي بن محمد الشوكاني (المتوفى : ١٢٥٠هـ) المحقق : الشيخ أحمد عزو عناية ، دمشق -الناشر : دار الكتاب العربي
٢-أصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أحمد السرخسى ت ٤٩٠هـ ط/ دار المعرفة بيروت.
٣- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الأولى.
٤- الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ) ، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى.
٥-البحر المحيط لبدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشى ط/ دار الكتب.

٦-البرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله الجوينى ت ٤٧٨هـ

ط/ دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط/ الرابعة تحقيق/ عبد العظيم محمود الديب.

٧-التقرير والتحبير فى شرح التحرير لمحمد بن محمد بن أمير حاج ط/ دار الكتب العلمية.

٨-التمهيد فى أصول الفقه للإمام عبد الرحيم الإسنوى ت ٧٧٢هـ ط/ مؤسسة الرسالة.

٩-المختصر فى أصول الفقه لأبى الحسن على بن محمد البعلى ط/ جامعة الملك عبد العزيز مكة المكرمة – تحقيق: محمد مظهر بقا.

١٠- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : ٤٥٦هـ)، الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت.

(ب): كتب القواعد الفقهية

١-أنور البروق فى أنواع الفروق لأحمد بن إدريس القرافى ت ٦٨٤ هـ ط /عالم الكتب بيروت.

٢- المنثور في القواعد الفقهية أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

٣-الأشباه والنظائر للسيوطى ٩١١ هـ ط/ دار الكتب العلمية.

رابعاً: كتب الفقه:

(أ)مراجع: الفقه الحنفى:

١-البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ. ط/ دار الكتاب الإسلامي.

٢-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبى بكر مسعود بمن أحمد الكاسانى. ط/ دار الكتب العلمية.
٣-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن على الزيلعى ط/ دار الكتاب الإسلامي.
٤-تحفه الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى ت ٥٣٩ هـ. ط/ دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى.
٥-الجوهرة النيرة لأى بكر محمد بن على العبادى. ط/ المطبعة الخيرية.
٦-درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
٧-رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين المعروف بابن عابدين. ط/ دار الكتب العلمية.
٨-العناية شرح الهداية لمحمد بن محمود البابرتى. ط/ دار الفكر.
٩-فتح القدير للإمام كمال الدين عبد الواحد بن الهمام. ط/ دار الفكر.
١٠-المبسوط لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني. ط/ إدارة القرآن والعلوم كراتشى تحقيق أبو الوفا الأفغانى.

(ب)مراجع: الفقه المالكي:

١-بداية المجتهد لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد الحفيد ت ٥٩٥ هـ دار إحيار التراث العربي.
٢-البيان والتحصيل لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد الجد ت ٥٢٠ هـ ط/ دار الغرب الإسلامى الطبعة الأولي تحقيق/ أحمد الشرقاوى.
٣-الثمر الدانى شرح رسالة القيرواني للإمام صالح عبد السميع الأبي الأزهرى. ط/ المكتبة الثقافية.
٤-حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للإمام محمد بن عرفة الدسوقي. ط/ دار إحياء الكتب العربية.
٥-حاشية الصاوى على الشرح الصغير للإمام أبي العباس أحمد الصاوى.

ط/
دار المعارف.
٦-الذخيرة للإمام أحمد بن إدريس القرافي ط دار الغرب بيروت تحقيق محمد حجي.
٧-شرح مختصر خليل للإمام محمد بين عبد الله الخرشي ط/ دار الفكر.
٨-الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ط/ دار الفكر تحقيق محمد عليش.
٩-الفواكه الدوانى للإمام أحمد بن غنيم النفراوى ت ١١٢٥هـ ط/ دار الفكر.
١٠-القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزء الغرناطي ت ٧٤١ هـ بدون طبعة.

(ج)مراجع الفقه الشافعى:

١-أسنى المطالب شرح روض الطالب للعلامة زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ط/ دار الكتاب الإسلامى.
٢-إعانة الطالبين للإمام أبي بكر الدمياطى ط/ دار الفكر بيروت.
٣-الإقناع للإمام الخطيب الشربيني ط/ دار الفكر بيروت تحقيق مكتب البحوث والدراسات.
٤-الأم لأبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ت ٢٠٤ هـ ط/ دار المعرفة.
٥-تحفة المحتاج في شرح المنهاج للإمام أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ط/ دار إحياء التراث العربي.
٦-حاشية البجيرمى على الخطيب لسليمان بن محمد البجيرمى ط/ دار الفكر.
٧-حاشية البجيرمى على المنهج لسليمان بن محمد البجيرمى ط/ دار الفكر.

٨-حاشية الجمل للإمام سليمان بن منصور الجمل ط/ دار الفكر.
٩-حاشية الطحطحاوى على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي الحنفي سنة الوفاة ١٢٣١هـ ط/المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق
١٠-حاشية قليوبى وعميرة للإمام أحمد بن سلامة القليوبى وأحمد البرلسى عميرة
ط/ دار إحياء الكتب العربية.

(د)مراجع الفقه الحنبلي:

١-الإنصاف للإمام على بن سليمان بن أحمد المرداوى ت ٨٨٥هـ ط/ دار إحياء
التراث العربي.
٢-الروض المربع للإمام منصور بن يوسف البهوتى ت ١٠٥١ هـ ط/ مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ.
٣- زاد المستقنع لموسى بن أحمد بن سالم المقدسى ت٦٩٠هـ. ط/ مكتبة النهضة الحديثة مكة المكرمة.
٤-شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور بن يونس البهوتي ت ١٠٥١ هـ ط/
عالم الكتب.
٥-الكافى في فقه ابن حنبل لأبي محمد بن قدامة المقدسى ط/ المكتب الإسلامي بيروت.
٦-كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي ت ١٠٥١ هـ ط/ دار الكتب العلمية.
٧-الفروع للإمام محمد بن مفلح بن محمد المقدسى ت ٧٦٢ هـ ط عالم الكتب.
٨-المبدع للإمام أبي اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح ت

٨٨٤هـ ط/ الكتب الإسلامى.
٩- مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.
١٠-المغني للإمام ابن قدامة المقدسي. ط دار إحياء التراث الإسلامي.
١١-مطالب أولي النهى فى شرح غاية المنتهي للإمام مصطفي بن سعد الرحياني ت ١١٤٣ هـ ط/ المكتب الإسلامي.

(هـ) مراجع الفقه الظاهرى:

١- المحلي للإمام أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى الظاهري ت ٤٥٦ هـ ط/ دار التراث القاهرة، تحقيق أحمد محمد شاكر.

خامساً: كتب اللغة والمصطلحات:

١- أبجد العلوم لصديق بن حسن القنوجى. طبعة دار الكتب العلمية.
٢- أساس البلاغة لأبى القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله ط١ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى. تحقيق: محمد باسل عيون السود
٣- التعاريف للمناوى. ط/ دار الفكر المعاصر . الطبعة الأولى
٤-التعريفات للإمام على بن محمد الجرجانى ت ٨١٦ هـ ط/ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٥هـ الطبعة الأولي تحقيق إبراهيم الإبياري.
٥- التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتى، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى.
٦-شرح حدود ابن عرفة للإمام محمد بن قاسم الرصاع ط المكتبة العلمية.
٧- الصحاح فى اللغة لإسماعيل بن حماد الجوهري ، ط١ دار العلم للملايين- بيروت.الرابعة- يناير ١٩٩٠.
٨-القاموس الفقهى د. سعدى أبوجيب ط/ دار الفكر دمشق.

٩-القاموس المحيط للفيروز أبادي ط مؤسسة الرسالة بيروت.
١٠-لسان العرب للإمام محمد بن مكرم بن منظور ت ٧١١ هـ ط/ دار صادر بيروت الأولي.
١١-مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ت ٧٢١ هـ ط/ مكتبة لبنان ناشرون بيروت.
١٢- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، ط/ دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الثانية.

سادساً: كتب وبحوث فقهية معاصرة متخصصة:

١- بحوث فى المصارف الإسلامية، أ. د/ رفيق المصرى، ط/ دار المكتبى دمشق. الثانية.
٢- البنك اللاربوى فى الإسلام، محمد باقر الصدر، ط/ دار التعارف للمطبوعات.
٣-تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية د/ سامى حسن حمود صـــ٢٩٦، ط/ الثالثة سنة١٤١١هـ-١٩٩١م، مكتبة التراث بالقاهرة.
٤- الخدمات المصرفية الائتمانية فى البنوك الإسلامية دراسة مقارنة فى القانون والفقه الإسلامي، د/ رشاد نعمان شايع، ط/ دار الفكر الجامعى سنة ٢٠١٣م
٥- خطابات الضمان المصرفية، أ.د/ على جمال الدين عوض، الناشر/ دار النهضة العربية.
٦- خطابات الضمان المصرفية بين الشريعة والقانون صـ٢٠، الأستاذ الدكتور/ السيد حافظ خليل السخاوى ١٤٣٨هـ-٢٠١٧م.
٧- خطاب الضمان فى البنوك الإسلامية، حمدى عبدالعظيم، ط/ المعهد العالى للفكر الإسلامي القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٨-خطابات الضمان فى الشريعة الإسلامية أ.د/ الصديق محمد الأمين

الضرير، بحث منشور على الانترنت.
٩- خطاب الضمان المصرفى فى ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون والقواعد الدولية، بحث تكميلى لنيل درجة الماجستير فى القانون الخاص، للباحث/ إيهاب محمد نور عبدالله، جامعة جوبا، كلية القانون، السودان
١٠- خطاب الضمان فى المصارف الإسلامية، إعداد/ سليمان أحمد محمد القرم، رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الماجستير فى الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا فى جامعة النجاح الوطنية فى نابلس، فلسطين، عام٢٠٠٣م.
١١- الربا والمعاملات المصرفية فى نظر الشريعة الإسلامية، د/ عمر عبدالعزيز، ط/ الثانية ١٤١٧هـــ، ط/ دار العاصمة للنشر والتوزيع- الرياض.
١٢- الاستثمار والرقابة الشرعية فى البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، دكتور/ عبدالحميد محمود البعلى، الناشر/ مكتبة وهبة، القاهرة، الأولى ١٩٩١م.
١٣- الضمان فى الفقه الإسلامي، الشيخ على الخفيف، القسم الثاني، ط/ دار الفكر العربى.
١٤- فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد بن محمد بن عبد الله بن بكر بن عثمان بن يحيى بن غيهب بن محمد، ت ١٤٢٩هـ، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة : الأولى - ١٤١٦ هـ ، ١٩٩٦ م.
١٥- كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفى وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية، إعداد أ.د/ جاسم على سالم الشامسى، منظمة المؤتمر الإسلامي، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة عشرة ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م.
١٦- الكفالة فى ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر، أ.د/ على أحمد السالوس. بحث منشور على الانترنت.

١٧- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة الدورة الثانية، العدد الثانى، الجزء الثانى.

١٨- مدى اسقلال التزام البنك فى خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، د/ عادل إبراهيم، ط/ دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

١٩- المُعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَة وَمُعَاصَرَة، أبو عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، الناشر: مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية.

٢٠- المعاملات المالية المعاصرة، أ.د/ وهبة الزحيلى، ط/ الأولى ٢٠٠١م.

٢١- المعاملات المالية المعاصرة فى ضوء الفقه والشريعة، د/ محمد رواس قلعجي، ط/ دار النفائس.

٢٢- المعاملات المالية المعاصرة فى الفقه الإسلامي، أ.د/ محمد عثمان شبير، ط/ دار النفائس، عام ٢٠٠٢ م.

٢٣- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، الجزء الشرعي، المجلد الأول، الأصول الشرعية، والأعمال المصرفية فى الإسلام، الطبعة الأولي، ١٤٠٢هـ -١٩٨٢م.

تم بحمد الله