



خطاب الضمان

أ. عائشة حسن ظاظا*

المقدمة

الحمد لله، العظيم في قدره، الحكيم في أمره، والصلاة والسلام على أشرف أنبيائه وخلقه وعلى جميع آله وصحبه ... وبعد،

فإن الفقه الإسلامي من أجل وأغنى العلوم التي عرفتها البشرية، فهو العلم الملاصق لكل صغيرة وكبيرة في حياة الأفراد والمجتمعات، حيث يعدّ الفقه الإسلامي الطريق السوي الذي يأخذ بيد السائرين عليه إلى برّ الأمان.

وإن من أهم موضوعات الفقه الاسلامي، فقه المعاملات المالية، الذي يتولى تنظيم العلاقات المالية بين الناس، ويبيّن لهم الحلال من الحرام فيها، وهذا النوع من الفقه تطور مع تطور أدواته ومفرداته، وكان لنشأة المصارف دور كبير في تطور أشكال المبادلات المالية وتفرعها، التي سهّلت على الناس أعمالهم وعلاقاتهم المالية.

ومن بين تلك الأنشطة المصرفية، خطاب الضمان أحد أهم أساليب التعامل المصرفي حيث يؤدي هذا النوع من الخدمات المصرفية دوراً هاماً في الحياة الاقتصادية، فهو يقوم بتسهيل حركة المعاملات المالية، وزاد في أهميته أن طبيعة

* كلية الشريعة، جامعة دمشق.

هذه المعاملات تقتضي السرعة، فخطاب الضمان يورث للشركات والجهات الحكومية الطمأنينة والثقة من حيث حسن تنفيذ المشروع، ومن حيث قوة مركز المضمون وملاءته، ويمنح للعميل فرصة الاستفادة من أمواله واستثمارها بدلاً من تجميدها في هذه المشاريع، ومن الجدير بالذكر أن المصارف التقليدية (الربوية) تحقق أرباحاً كبيرة من خلال هذه العمليات، وما تحويه من قروض ربوية، فكان لزاماً على المصارف الإسلامية أن تتصدى لمثل هذه العمليات وتتحرى الحلال في مكاسبها، وذلك لأهمية هذه العقود من الناحية العملية، ولكي تكون المصارف الإسلامية قادرة على خدمة عملائها بشكل جيد، لذلك رأيت أنه من الضروري البحث في أصل هذا العقد، وفي حكم ما يأخذه المصرف في مقابل إصداره لمثل هذه العقود.

أهمية البحث وسبب اختياره

1. إن أهمية البحث تنبع من أهمية خطاب الضمان العملية وما قد يضيفه نظرياً للمكتبة الإسلامية.
2. تتجلى أهميته في التأكيد على عدم اتخاذ مقاصد الشريعة الإسلامية ذريعة للقاصي والداني في تحليل مالا يحل وتحريم مالا يحرم.
3. ومنها أيضاً الرد على من أباح أخذ الأجرة على الضمان تحت ذريعة التيسير على الناس وقضاء الحاجة.
4. أيضاً التأكيد على كون الأحكام في الشريعة الإسلامية مستقاة من القرآن والسنة وروح الشريعة المتمثلة في القواعد العامة ولا يجوز لأحد إنكار شيء منها.
5. ومن أهم ما دفعني للبحث في هذا الموضوع إمكانية إضافة الجديد وإعمال الفكر وعدم الاكتفاء بالجمود والتلقي والقبول فحسب.

حدود البحث

يتناول البحث في خطاب الضمان عدداً من الجوانب ومن أهم ما تناوله هو: تعريف خطاب الضمان وشرح مفصل لحقيقته من كافة النواحي، ثم تناول البحث

وبشكل مفصل التكييف الفقهي لخطاب الضمان والآراء التي أوردتها المعاصرون من حيث بيان صورتها ومدى انطباقها عليه وما يؤخذ عليها، ثم ترجيح الصورة الحقيقية لخطاب الضمان، ومن ثم تناول تكييف العمولة العائدة على المصرف فقهيًا، وعرض كل ما ذكر في ذلك مع ما عليه من مأخذ وترجيح ما سلم منها.

مشكلة البحث وهدفه

أجاب البحث عن التساؤلات التالية:

1. ما هو خطاب الضمان عند اللغويين والمعاصرين، وما هي حقيقته؟
2. هل خطاب الضمان أمر مستحدث وجديد أو أن له أصلاً في الشريعة السمحة، وإن كان كذلك ما هو تكييفه الفقهي وما الراجح في ذلك؟
3. ما حكم العمولة العائدة على المصرف وما هو تكييفها الفقهي وما الراجح فيها؟

فكانت الإجابة على تلك التساؤلات من أهم أهداف البحث.

الدراسات السابقة

إن من أهم الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع وكان أقربها إلى بحثي - وإن لم تكن دراسة مستقلة - رسالة بعنوان التطبيقات المعاصرة للكفالة للدكتور عبد الكريم السقا تحت إشراف د. محمد الحسن البغا وقد نوقشت في 1423هـ - 2003 م. ولقد وجدت أن الباحث تعرض لها في ثنايا رسالته تعرضاً كاملاً ذكراً جميع جوانب المسألة، إلا أنه اعتمد في بحثه هذا على جمع الآراء وعرضها من غير دراسة وتأصيل أو تحليل وبيان، فحاولت قدر المستطاع في هذا البحث أن أبين جوانب المسألة كاملة مع دراستها دراسة معمقة والترجيح بناء على الأدلة السليمة، أيضاً من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع كتاب خطابات الضمان للدكتور وهبة الزحيلي وهو كتاب وليس رسالة أكاديمية، بين فيه جوانب المسألة وفصل فيها، ولكن لم يكن التركيز فيها على النقاط التي أردت من خلال هذا البحث توضيحها، كالمناقشة والرد على الآراء المختلفة، وإبراز رأي المجمع الفقهي وتوضيح المشكل منه، بالإضافة إلى

النتائج التي توصلت إليها، أيضاً هناك دراسة قصيرة بعنوان خطابات الضمان للمؤلف أحمد الحسني وتناول فيها الموضوع باختصار، وعرض المسألة بإيجاز، بالإضافة إلى أنه ذهب في تكييفه لخطاب الضمان إلى التفريق بين الخطاب المغطى وغير المغطى، وأعادته إلى جملة من العقود كالوكالة والكفالة والرهن، وغير ذلك من التفصيلات، والتي ابتعد فيها عن التبسيط إلى التعقيد والتكلف، والتي ظهرت له بسبب الإشكالات والتي رددت عليها في هذه الدراسة، وأزلت الإبهام فيها، ولعل الجديد في البحث يظهر الفرق بين هذا البحث والدراسات السابقة، والله أعلم.

الجديد في البحث

لا بد في كل بحث من جديد، سواء كان على سبيل إبداع شيء جديد أم على سبيل الترتيب والتأليف غير المسبوق أم على سبيل تأكيد رأي ما بدليل غير مسبوق، وإلا لما كان للبحث من أهمية، والجديد الذي أرجو أن أكون قد وفقت لإضافته هو عرض البحث بشيء من التحليل والتفصيل والتأصيل غير المسبوق، بالإضافة إلى الشيء الأهم وهو التحقيق في تكييف خطاب الضمان والعمولة العائدة على المصرف، وإعادة النظر فيما رجحه عامة فقهاء الأمة من المعاصرين، وهل كان لذلك الترجيح من فائدة عملية من حيث التطبيق، ثم ترجيح الرأي الذي سلم من الاعتراض الفعلي والذي تأكد ترجيحه.

المنهج المتبع في البحث

واتبعت في كتابة البحث المنهج الاستقرائي التأصيلي التحليلي المقارن، حيث قمت باستقراء جوانب المسألة، ثم قمت بعرض الآراء وتحليلها ودراستها دراسة فقهية، مع عرض ما يؤخذ عليها، ثم رجحت ما سلم منها، ولقد التزمت بذكر جوانب الموضوع والتي تدخل فيه مباشرة وأبعدت ما لا يدخل بشكل مباشر، والتزمت بذكر المذاهب المؤيدة والاستشهاد بالنصوص في كل مسألة تقريباً، ومناقشة الأدلة التي تخدم البحث بشكل مباشر وأما تلك الأدلة التي تتعلق بالبحث بطريقة غير مباشرة، والبعيدة عن صلب البحث، فلم أعرض لها حتى لا

أطيل فيما لا يدخل في البحث، وعزوت الآيات في المتن، وقمت بتخريج الأحاديث والحكم عليها إلا ما كان متفقاً عليه وذكرت رقم الحديث في تخريجه، وذكرت وجه الاستدلال منهما، وترجمت للأعلام الواردة أسماؤهم في البحث عدا الصحابة والأئمة الأربعة، والتزمت بذكر اسم الكتاب والمؤلف كاملاً عند وروده لأول مرة ومختصراً عند وروده للمرة الثانية مع الجزء والصحيفة، ثم فهرس المصادر والمراجع وقد رتبته حسب موضوعات الكتب ورتبت الكتب فيه حسب الترتيب الأبجدي، وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث وخاتمة وتضمن كل مبحث عدة مطالب كالآتي:

خطة البحث

المقدمة

المبحث الأول: حقيقة خطاب الضمان وتناولت فيه

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان

المطلب الثاني: أركان خطاب الضمان وشروطه

المطلب الثالث: صورة خطاب الضمان

المطلب الرابع: خصائص خطاب الضمان

المطلب الخامس: مجال استخدام خطاب الضمان

المطلب السادس: أنواع خطاب الضمان واجراءات إصداره

الفرع الأول: أنواعه من حيث الاطلاق والتقيد

الفرع الثاني: أنواعه من حيث الجهة المستفيدة

الفرع الثالث: أنواعه باعتبار الغطاء

الفرع الرابع: إجراءات إصدار خطاب الضمان

المطلب السابع: العلاقات الناشئة في خطاب الضمان

المطلب الثامن: آثار خطاب الضمان

المبحث الثاني: التكليف الفقهي لخطاب الضمان وقد بينت من خلاله

المطلب الأول: خطاب الضمان كفالة.

المطلب الثاني: خطاب الضمان وكالة.

المطلب الثالث: خطاب الضمان كفالة ووكالة المطلب الرابع: الترجيح

المبحث الثالث: تكييف العمولة العائدة على المصرف وقد تناولت فيه
المطلب الأول: العمولة من باب «الخراج بالضمان»
المطلب الثاني: العمولة من باب الجعالة
المطلب الثالث: العمولة من باب الأجرة
الفرع الأول: الأجرة على الوكالة
الفرع الثاني: الأجرة على الكفالة
الفرع الثالث: الأجرة على العمل
الخاتمة وفيها بينت أهم النتائج والتوصيات
المصادر والمراجع

المبحث الأول: حقيقة خطاب الضمان

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان

أولاً: تعريفه لغةً

خطاب: الخطبُ سببُ الأمر وخاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً⁽¹⁾، الضمان:
الضمين الكفيل ضمن الشيء وبه ضميناً وضماناً كفلَ به وضمنته الشيء تضميناً
فتضمنته عني مثل غرّمته⁽²⁾.

ثانياً: تعريفه في اصطلاح القانون التجاري

هو: «التعهد الكتابي الصادر عن البنك بناءً على طلب عميله يلتزم فيه
لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا
طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب»⁽³⁾.

1- مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي 76/1.

2- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري 257/13.

3- عمليات البنوك: د. محمود الكيلاني 142.

ثالثاً: تعريفه عند الفقهاء المعاصرين

هو: «تعهد المصرف بدفع مبلغ معين لطرف ثالث عند إخلال العميل بالتزامه في مدة معينة»⁽⁴⁾

المطلب الثاني: أركان خطاب الضمان وشروطه

يقوم خطاب الضمان على ثلاثة أركان وهي:

أولاً: الكفيل وهو المصرف الذي يصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل إذا ما أخل العميل بشروط التعاقد خلال مدة معينة.

ثانياً: المكفول وهو العميل طالب خطاب الضمان الذي يقوم المصرف بضمانه بموجب خطاب الضمان الصادر عنه في حدود المبلغ المعين خلال فترة محددة.

ثالثاً: المكفول له المستفيد وهو الجهة التي صدر الخطاب لصالحها مثل الحكومة أو شركة المقاولات أو غير ذلك.

ولكي يكون خطاباً صحيحاً لا بد من توفر الشروط التالية:

أولاً: تحديد موضوع الضمان الذي يستفيده العميل فالخطاب يمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث.

ثانياً: العمولة التي يتقاضاها المصرف من هذه العملية.

ثالثاً: مبلغ الضمان وهو المبلغ الذي صدر به الخطاب والذي يلتزم بحدوده بكفالة عميله.

رابعاً: مدة الضمان حيث يتضمن خطاب الضمان مدة يكون المصرف ملتزماً بتنفيذ التزامه خلالها.

خامساً: الغطاء الذي قد يطلبه المصرف من العميل -حسب اتفاقهما- سواء كان رهن عيني أو مبلغ نقدي⁽⁵⁾.

4- خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 7. الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي: د. أحمد حسن 311

5- انظر: نظرية الضمان الشخصي: د. محمد بن إبراهيم بن عبد الله الموسى 690-691. عمليات البنوك: د. محمود الكيلاني 141

المطلب الثالث: صورة خطاب الضمان

يقوم العميل بإنشاء عقد بينه وبين المستفيد، يلتزم العميل فيه بدفع مبلغ من المال للمستفيد، فيعتمد العميل إلى أحد المصارف، طالباً إصدار خطاب الضمان، بناءً على طلب المستفيد، مما يزيد ثقته به ويحول دون دفع المبلغ الذي قد يحتاجه العميل، وبالمقابل يلتزم المصرف بدفع المبلغ المحدد عند طلب المستفيد، وهذا الطلب يكون في حال انتهت المدة المتفق عليها وكان العميل قد أخل بالتزامه تجاه المستفيد، وفي هذا العقد الثاني - بين المصرف والعميل - فإن المصرف لا يصدر هذا الخطاب إلا بعد دراسة لوضع العميل، وتفحص حالته المالية وبعد تقديمه للضمانات المتفق عليها، ومن ثم يصدر المصرف الخطاب مستفيداً من العمولة التي يتقاضاها من العميل، ويكون بذلك ملتزماً بكل ما تضمنه من شروط وقيود متفق عليها مسبقاً⁽⁶⁾.

المطلب الرابع: خصائص خطاب الضمان

يتميز خطاب الضمان عن غيره من الأعمال المصرفية بعدة خصائص تجعله من أهم الخدمات التي تقدمها المصارف لعملائها فهو:

أولاً: يمثل في حقيقته مبلغاً من النقود سواء كان معيناً أو قابل للتعيين

ثانياً: يمتاز بالكفاية الذاتية فلا يحتاج حامله إلى إثبات حقه فيه كما في الأوراق التجارية فهو ذو طابع شخصي

ثالثاً: في خطاب الضمان يكون التزام المصرف نهائي في مواجهة المستفيد فليس له الرجوع عنه.

رابعاً: يختص الخطاب بخاصية التجريد، أي أن كل علاقة ناشئة في هذا الخطاب مستقلة عن الأخرى ولا تداخل بينها، فالتزام المصرف في مواجهة المستفيد يكون

6- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية: أ. د. محمد رواس قلعه جي، دار النفائس، الطبعة الأولى 1412 هـ - 1991 م (153)، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية: محمد صلاح محمد الصاوي، دار المجتمع، دار الوفاء، الطبعة الأولى، 1410 هـ - 1990 م (323-324)، الاقتصاد الإسلامي: علي التسخير، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، إيران طهران، الطبعة الأولى، 1427 هـ - 2006 م (700)، عمليات البنوك: الكيلاني 129

التزام أصيل في العمل، لا التزام نيابة، وهكذا العلاقات الأخرى⁽⁷⁾.

المطلب الخامس: مجال استخدام خطاب الضمان

تعددت استخدامات خطاب الضمان نظراً لأهميته، ولما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وفيما يلي بيان لبعض الاستخدامات:
أولاً: يطلب خطاب الضمان في مجال الأشغال العامة وعقود التوريد للحكومات والهيئات العامة مع المؤسسات والشركات الكبرى من خلال الدخول في المناقصات والاشتراك في المزايدات.

ثانياً: يغلب استخدامه في العمليات الإنشائية والمقاولات الكبيرة.

ثالثاً: يستخدم لرفع الحجز عن البضائع المشحونة في ميناء الوصول.

رابعاً: يقدم خطاب الضمان لوقف تنفيذ بعض الأحكام في مجال القضاء لتخليص البضائع أو الأشخاص.

خامساً: يقدم إلى مصلحة الضرائب في حالة سفر الأجانب سفرًا نهائيًا ضماناً لما قد يظهر عليهم من ضرائب أو غير ذلك.

سادساً: يستخدم في حالة دفع بدل تأمين عودة المسافرين من خلال دفعه لمديرية الهجرة والجوازات بوزارة الداخلية⁽⁸⁾

المطلب السادس: أنواع خطاب الضمان وإجراءات إصداره

الفرع الأول: أنواعه من حيث الإطلاق والتقييد

ينقسم خطاب الضمان من حيث إطلاق العقد وتقييده إلى قسمين:

7- انظر: عمليات البنوك: د. محمود الكيلاني 192 المعاملات المالية المعاصرة: د. محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط: 1، 1416-1996 (251)، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية الإسلامية: د. محمد حسن حنون، الأردن عمان، الطبعة الأولى، 1426هـ- 2005م (272-274)، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها: د. علاء الدين زعتري، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط: 2، 1429-2008، (336)

8- انظر: عمليات البنوك: د. الكيلاني 138. الخدمات المصرفية: د. زعتري 330، محاسبة البنوك التجارية، د. خيرت ضيف، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الاسكندرية، د. ط، 1958 (185)- 190)، الأعمال والخدمات المصرفية: د. محمد حنون 272

أولاً: خطاب الضمان المشروط

وهو الخطاب الذي يشترط فيه دفع قيمته للمستفيد إذا عجز العميل عن السداد، أو لم يوف بالتزاماته، وفي هذه الحالة لا بد للمستفيد من تقديم المستندات التي تثبت دعوى العجز والتقصير، وحينئذ لا يقبل من العميل تقديم أي طعن.

ثانياً: خطاب الضمان غير المشروط.

هو الذي لا يشترط فيه وجود تقصير من قبل العميل أو عجز عن السداد، وفي هذه الحالة يحق للمستفيد استيفاء حقه بمجرد مطالبة المصرف بالسداد، ولا عبء أيضاً بالطعن من قبل العميل⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: أنواعه من حيث الجهة المستفيدة.

أولاً: خطاب الضمان الابتدائي

هو التعهد الذي يوجهه المصرف إلى المستفيد، سواء كان هيئة حكومية أو غيرها، يضمن فيه دفع مبلغ معين للمستفيد يمثل جزءاً بسيطاً من قيمة العملية التي تقدم العميل للحصول عليها، وهذه القيمة تتراوح غالباً ما بين 1 إلى 2% لذلك سمي هذا الخطاب ابتدائياً، وعند رسو هذه العملية على العميل، وتخلّف العميل عن أداء التزامه، يحق للمستفيد أن يستوفي كامل قيمة الخطاب، وفي حال عدم رسو العملية على العميل، يسترد قيمة خطاب الضمان إن كان قد أداه للمصرف، والغرض من هذا النوع هو التثبت من جدية المتقدم لهذه العمليات

9- انظر: عمليات البنوك: د. الكيلاني 211، الخدمات المصرفية: د. زعتري 331. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 251. معالم الاقتصاد الإسلامي دراسة تأصيلية لموضوعات الاقتصاد الإسلامي ومبادئه وخصائصه: د. صالح العلي، الإمامة، دمشق بيروت، الطبعة الأولى، 1427هـ-2006م، قدم له د. نور الدين عتر 375، العقود التجارية وعمليات البنوك: مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006م (164)، المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، الروضة، ط: 1، 1428-2007، قدم له محمد شكري 84.

والمشاريع بالاستمرار فيها، وعدم الانسحاب منها بعد رسوها عليه⁽¹⁰⁾.

ثانياً: خطاب الضمان النهائي

تعهد المصرف بدفع مبلغ من المال، تتراوح قيمته غالباً ما بين 5 إلى 10% من قيمة المشروع أو العملية، وذلك بعد رسو العملية على العميل، وقد تكون مدته عام كامل إلا أنه قابل للزيادة، ويكون الخطاب مستحقاً في حال تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته ويكون الغرض من هذا الخطاب ضمان حسن التنفيذ وسلامة الأداء من قبل العميل لصالح المستفيد⁽¹¹⁾.

الضلع الثالث: أنواعه باعتبار الغطاء

الغطاء هو عبارة عن الضمانات التي يقدمها العميل للمصرف لقاء إصدار خطاب الضمان، فهو المصدر الذي يعتمد عليه المصرف لتغطية ما تحمّله عن العميل، فالمصرف يتحمّل مخاطرة الوفاء بمبلغ الضمان لصالح المستفيد في حال تخلف العميل عن الوفاء بالتزامه، لذا يطلب المصرف من العميل ضمانات كافية تغطي التعهد الذي سيوجهه للمستفيد، وهذه الضمانات تعتمد على مدى

- 10- انظر: عمليات البنوك: د. الكيلاني 220-221. محاسبة البنوك: د. ضيف 191-192. الخدمات المصرفية: د. زعتري 332، المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 252. الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 271. نظرية الضمان: د. الموسى 691. المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 84. الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 311. خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 11. خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي: د. أحمد الحسني، مؤسسة شباب الجامعة، 1999م (27). عمليات البنوك من الوجهة القانونية: علي جمال الدين عوض، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، د. ط، 1960م (78-79).
- 11- انظر: البنك اللاروي في الإسلام: السيد محمد باقر الصدر، مكتبة جامع التقى العامة، الكويت، د. ط، د. ت (130-131). خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 11-12. خطابات الضمان: الحسني 27. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 374، عمليات البنوك: علي جمال عوض 78-79. محاسبة البنوك: د. ضيف 191. عمليات البنوك: د. الكيلاني 222. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 252. الخدمات المصرفية: د. زعتري 332. الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 311. المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 84. نظرية الضمان: د. الموسى 691. محاسبة البنوك: د. ضيف 191.

ثقة المصرف بالعميل، فالضمانات تختلف من عميل لآخر، فقد يمثل الغطاء 100% من قيمة الضمان وقد يكون أقل، وقد لا يكون هناك غطاء بالأصل، فكلما زادت ثقة المصرف بالعميل قلت قيمة الغطاء، أو انعدمت وبالعكس، والغطاء قد يكون نقدياً يضعه العميل في المصرف حين يتم الاتفاق على إصدار خطاب الضمان، أو يكون موجوداً في حسابه الجاري في المصرف، فيضيفه المصرف إلى حساب يسمى «احتياطي خطاب الضمان» وقد يكون عينياً، كأن يقدم العميل أوراق مالية أو تجارية تماثل قيمتها مبلغ الضمان، أو يتنازل عن حقوقه الناشئة عن هذه العملية، ومن ثم يقوم المصرف بالتحقق من مركز العميل المالي وسمعته التجارية، والمصارف الإسلامية لا تختلف كثيراً عن المصارف التقليدية في عملية الاستيثاق والسؤال عن العميل، وأخذ الضمانات الكافية⁽¹²⁾.

أولاً: خطاب مغطى

وينقسم هذا النوع إلى قسمين

أولاً: خطاب مغطى تغطية كاملة

ثانياً: خطاب مغطى تغطية جزئياً

1. خطاب مغطى تغطية كاملة

وهو الخطاب الذي أمّن العميل قيمته لدى المصرف بشكل كامل (100%) أي أن له حساباً جارياً وهذا الحساب يغطي كامل قيمة الخطاب، سواء كان هذا الغطاء نقدياً أم عينياً، حيث يضيف المصرف هذا الغطاء إلى حساب يدعى احتياطي خطاب الضمان، ولا يسمح للعميل بالاستفادة منه إلا بعد أن ينتهي التزام المصرف الناشئ عن خطاب الضمان.

12- انظر: مشكلة الاستثمار: د. الصاوي 323-324. الخدمات المصرفية: د. زعتري 332-334. خطابات الضمان: د. الحسني 11-13. موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة: د. عبدالله العبادي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 313-314. نظرية الضمان: د. الموسى 693-694. محاسبة البنوك: د. ضيف 193-194.

2. خطاب مغطى تغطية جزئية

وهو أن يكون للعميل حساب في المصرف لكنه لا يغطي كامل قيمة خطاب الضمان، بل جزء منه، ولم يطالب المصرف العميل بالزيادة على الحساب لتكميل قيمة الخطاب، واكتفى بما في حساب العميل معتمداً على ثقته به وسمته التجارية، فإن أدى المصرف التزامه كاملاً عاد على العميل بما تبقى له من قيمة خطاب الضمان⁽¹³⁾.

ثانياً: خطاب غير مغطى

أو المكشوف وهو ألا يكون للعميل مبالغ مودعة بالمصرف، وعند الاتفاق على إصدار الخطاب، لم يطالب المصرف العميل بقيمة الخطاب مطلقاً، معتمداً على اعتبارات معينة، كثقته بالعميل أو كونه -العميل- شركة كبيرة ذات سمعة طيبة، وعندما يقوم المصرف بالوفاء بالتزاماته، يعود على العميل بكامل قيمة الخطاب⁽¹⁴⁾.

الفرع الرابع: إجراءات إصدار خطاب الضمان

يمر خطاب الضمان بعدة مراحل قبل إصداره من خلالها يتم تحديد الأمور الأساسية التي يقوم عليها الخطاب:

أولاً: تبدأ العلاقة بين العميل والمستفيد عندما ينشأ عقد المناقصة أو المقاوله أو غيره من العقود المختلفة، ويتم من خلالها طلب تقديم خطاب الضمان الذي يؤمن العميل لدى المستفيد.

ثانياً: يقوم العميل بالتوجه إلى المصرف منه طالباً إصدار خطاب الضمان.

13- انظر: الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 312. عمليات البنوك: د. الكيلاني 249، المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 253. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح 374، المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 83. خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 12-13. أعمال البنوك: منير الجنبهي وممدوح الجنبهي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د. ط، 2000م (231)

14- انظر: المراجع السابقة

ثالثاً: هنا يبدأ عمل المصرف، حيث يقوم ببعض الإجراءات التي يتبين له من خلالها إمكانية إصدار هذا الخطاب أو عدم قبول إصداره، وجملة هذه الأعمال تختلف من عميل لآخر، وأيضاً من مصرف لآخر، وبناءً عليه قد تكون هذه العملية قصيرة وسريعة وقد تكون طويلة وبطيئة، وقد يرفض المصرف العملية من أساسها، وأجمل هذه الأعمال في النقاط التالية:

- مركز العميل قوة وضعفاً
- التعامل السابق للعميل مع المصرف أو التعامل المستجد
- دراسة طبيعة المشروع المقدم له الضمان، وتجميع المعلومات حول كل من المشروع، العميل.
- مدى الثقة بالعميل ووفرة الائتمان
- تقدير الظروف الاقتصادية
- تقدير مدى الربح العائد على المصرف من هذه العملية

رابعاً: يقرر المصرف بناءً على دراسته السابقة للعميل في حال ظهر له جدية هذا العميل وإفادته للمصرف، يقرر إصدار خطاب الضمان للعميل لصالح المستفيد، وهنا يحدد المصرف بناءً على طلب العميل مبلغ الضمان ومدة وفائه والجهة المستفيدة والغرض من الضمان، وقد يطلب المصرف من العميل تأميناً على هذا الخطاب، قد يكون عينياً وقد يكون نقدياً، أيضاً قد يشمل هذا التأمين قيمة الخطاب كاملاً وقد لا يشمل إلا جزءاً منه، ومن ثم يصدر المصرف خطاب الضمان⁽¹⁵⁾.

المطلب السابع: العلاقات الناشئة في خطاب الضمان

ينشأ عن خطاب الضمان ثلاث علاقات بين أطرافه وهي:

أولاً: العلاقة الناشئة ما بين المستفيد والعميل، ويحكم هذه العلاقة العقد المبرم سواء كان عقد توريد أو مقاوله أو غيرها ويتولد عنها محل الضمان الذي يصدر خطاب الضمان بسببه

15- انظر: عمليات البنوك: د. الكيلاني 130. خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 9-10.

نظرية الضمان: د. الموسى 692-693. محاسبة البنوك: د. ضيف 194

ثانياً: العلاقة الناشئة بين العميل والمصرف، ويحكمها الاتفاق الذي يتضمن طلب العميل إصدار خطاب الضمان.

ثالثاً: العلاقة الناشئة بين المصرف والمستفيد، ويحكم هذه العلاقة خطاب الضمان نفسه.

والملاحظ في هذه العلاقات أن كل واحدة مستقلة تماماً عن العلاقتين الآخرين⁽¹⁶⁾.

المطلب الثامن: آثار خطاب الضمان

تكمن آثار خطاب الضمان في الالتزامات والحقوق المترتبة عليه وهي كالآتي:

الفرع الأول: التزامات وحقوق المستفيد

1. التزامات المستفيد

يلتزم المستفيد بمطالبة المصرف بالوفاء بقيمة الخطاب في الوقت المحدد حسب ما اتفق عليه في خطاب الضمان

2. حقوق المستفيد

من حق المستفيد أن يقوم البنك بدفع قيمة الخطاب له، ولا يحق للمصرف الاعتراض على دفع قيمة الخطاب للمستفيد.

الفرع الثاني: التزامات العميل وحقوقه

1. التزاماته

- أ. تحديد بيانات خطاب الضمان وفقاً لما تم الاتفاق عليه
- ب. تقديم الغطاء والتأمينات التي يطلبها المصرف.

16- انظر: خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 13-15. نظرية الضمان: د. الموسى 690، الخدمات المصرفية: د. زعتري 336-337. الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 274-275. العقود التجارية: د. مصطفى طه 163

2. حقوقه

- أ. أن يقوم المصرف بتقديم خطاب الضمان في حال طلبه المستفيد.
- ب. يحق أن يسترد قيمة التأمين إذا لم يوفِ المصرف بقيمة الخطاب أي حال قيام العميل بالتزاماته مقابل المستفيد.

الفرع الثالث: التزامات المصرف وحقوقه:

1. التزاماته

- أ. إصدار خطاب الضمان حسب الاتفاق.
- ب. الوفاء بقيمة خطاب الضمان في الوقت المحدد لشخص المستفيد أو وكيله الخاص.
- ج. أن يرد قيمة التأمين للعميل عند عدم صرف قيمة الخطاب للمستفيد.
- د. ألا يعترض على الوفاء بقيمة الخطاب حسب الشروط متى طلبه المستفيد.

2. حقوقه

- يحق للمصرف أن يعود على العميل بقيمة الخطاب إذا سدد قيمته للمستفيد ولم يكن الخطاب مغطى أو كان مغطى جزئياً⁽¹⁷⁾.

المبحث الثاني: التكليف الفقهي لخطاب الضمان

اختلف العلماء المعاصرين في أصل خطاب الضمان، وتعددت الدراسات حول تكليف هذا العقد المستحدث، وفيما يلي أبين هذه الدراسات بشيء من التفصيل:

المطلب الأول: خطاب الضمان كفالة

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان كفالة محضة⁽¹⁸⁾

17- انظر: أعمال البنوك: د. الجنيهي 231-232. أعمال البنوك: د. الكيلاني 240، 242، 243، 249، 250، 257

18- الخدمات المصرفية: د. زعتري 350. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 255. الاحتراف:

واعتمدوا في ذلك على عدة أوجه:

أولاً: عند النظر إلى تعريف كل منهما نجد أنهما متفقان من حيث المعنى فالكفالة لغة هي الضمان، فكفلَ المال وبالمال: ضمنه⁽¹⁹⁾، وفي اصطلاح الفقهاء: عند الحنفية هي «التزام المطالبة بما على الأصل شرعاً»⁽²⁰⁾، وعند الشافعية هي «التزام حق ثابت في ذمة الغير»⁽²¹⁾، أما عند الحنابلة فهي «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»⁽²²⁾ وعند المالكية هي «شغل ذمة أخرى بالحق»⁽²³⁾، فبالمقارنة بين تعريفهما يلاحظ أن كليهما يؤدي المعنى ذاته وهو ضمان الوفاء بالتزام المكفول، فالهدف من ورائهما تحقيق غاية تأمينية هي مساعدة العميل أو المكفول في تقوية مركزه الائتماني أو المالي لدى المستفيد أو المكفول له⁽²⁴⁾.

ثانياً: في عقد الكفالة يوجد ثلاثة أطراف هم: الكفيل والمكفول له والمكفول⁽²⁵⁾، وخطاب الضمان يتكون من ثلاثة أطراف هم العميل والمصرف والمستفيد⁽²⁶⁾.

-
- د. النشمي 588. انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية: أ. د. محمد رواس قلعه جي 153-155. الإسلام ونظريته الاقتصادية: محمد عبد المنعم خفاجي 169
- 19- لسان العرب: ابن منظور 590/11
- 20- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني 2/6
- 21- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني 269/2.
- 22- المغني: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد 344/4.
- 23- الشرح الكبير: سيدي أحمد الدردير أبو البركات 329/3.
- 24- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: محمد رواس قلعه جي 153. الخدمات المصرفية: د. زعتري 328. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 255. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 372. الاحتراف: د. النشمي 584
- 25- انظر: المجموع شرح المذهب للشيرازي: الإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي 144/13. التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله 96/5. المقنع لموفق الدين بن قدامة المقدسي والشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة المقدسي ومعهما الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرداوي 6/13.
- 26- انظر: الخدمات المصرفية: د. زعتري 336

ثالثاً: يعتبر عقد الكفالة ملزم لطرف واحد وهو الكفيل، وكذلك في خطاب الضمان فإنه عقد ملزم بالنسبة للمصرف⁽²⁷⁾. وهذا خلاف ما ذكره بعض الفقهاء المعاصرين من أن خطاب الضمان يفترق عن الكفالة من حيث الجواز أو اللزوم، فالتزام المصرف في خطاب الضمان بات ونهائي في مواجهة المستفيد، بينما الكفالة لا تعد ملزمة للكفيل⁽²⁸⁾، وهذا القول غير مسلّم به لأن الكفالة ملزمة للكفيل، قال أبو عبد الله العبدري⁽²⁹⁾ «فالحمالة لازمة للحميل»⁽³⁰⁾ وقال ابن قدامة «الضرب الثالث لازم من أحد طرفيه دون الآخر وكذلك الضامن الكفيل»⁽³¹⁾. أعترض على هذا التكييف بوجود عدة فروق بين العقدين وهذه الفروق هي:

أولاً: التزامات أطراف خطاب الضمان مستقلة تماماً عن بعضها البعض فالمصرف مثلاً يدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد من غير نظر إلى العلاقة بين العميل والمستفيد أهنالك دين مستحق أم لا، فيتم العقد بين المصرف والعميل دون إشراك للمستفيد ودون رضاه، وأيضاً المصرف أصيل في علاقته مع المستفيد وليس نائباً بخلاف الكفيل⁽³²⁾، بينما التزام الكفيل في عقد الكفالة غير مستقل عن التزام المكفول له، فهو عقد تابع لعلاقة سابقة هي علاقة المديونية، بين المكفول

-
- 27- انظر: الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية: د. عبد الحميد محمود البعلي 57-58. الخدمات المصرفية: د. زعتري 328
- 28- انظر: المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 250. الاحتراف: د. النشمي 584. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 373
- 29- العبدري محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق فقيه مالكي، كان عالم غرناطة وإمامها وصالحها في وقته، له التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، وصنعة المهتدين في مقامات الدين توفي 897هـ. الأعلام: الزركلي 154/7-155.
- 30- التاج والإكليل: العبدري 111/5. انظر: البناية في شرح الهداية: أبي محمد محمود بن أحمد العيني الرامفوري 565/7. الأم: محمد بن إدريس الشافعي 304هـ 230/3. المغني: ابن قدامة 356/4
- 31- المغني: ابن قدامة 24/4
- 32- انظر: الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 275. الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي 56. خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 24. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 250. الاحتراف: د. النشمي 584. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 373

والمكفول له، فلا بد من رضاه ولا بد من وجود الدين السابق لعقد الكفالة⁽³³⁾، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنفية والمالكية، أما رضاه فقد اشترط الحنفية والشافعية قبول المضمون له⁽³⁴⁾.

أقول: إن هذه الميزة -الاستقلالية- من حيث وجود دين سابق وإشراك المكفول له بالعقد بين المكفول والكفيل، وإن كانت ممنوعة عند البعض، إلا أنها غير ممنوعة عند البعض الآخر من الفقهاء، فاشتراط وجود دين سابق قاله الحنفية والمالكية والشافعية إلا أن الحنابلة أجازوا الكفالة على الدين الذي لم يجب⁽³⁵⁾، وأما رضى المكفول له فقد اشترطه الحنفية والشافعية كما بينت سابقاً ولم يشترطه المالكية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية قال ابن قدامة في المغني «ولا يعتبر رضى المضمون عنه»⁽³⁶⁾ و«لم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنها فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس»⁽³⁷⁾، فيمكن تخريج استقلالية خطاب الضمان من المذاهب التي تتناسب آراءها مع خصائصه⁽³⁸⁾.

ويتفرع عن استقلالية الالتزامات في خطاب الضمان وعن تدخلها في الكفالة أن المصروف لا يمكنه أن يتمتع عن أداء التزامه بناءً على دفع مستمدة من العلاقة بين العميل والمستفيد⁽³⁹⁾ بينما يحق للكفيل في عقد الكفالة الاستفادة من أي شيء يطرأ على العلاقة بين المكفول والمكفول له مما يمنع من أدائه لالتزامه

33- انظر: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني 200/2. التاج والإكليل: العبدري 99/5، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: ابن عابدين محمد أمين 283/5.

34- انظر: المبسوط: شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت (171/19). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: علي بن محمد حبيب الماوردي البصري الشافعي 435-434/6.

35- انظر: الفروع: محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله 183-182/4.

36- المغني: ابن قدامة المقدسي 72/7. انظر: الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي 200/9.

37- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي 223/6.

38- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: أ. د. محمد رواس قلعه جي 154-153.

39- انظر: الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 276. الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلبي 57-56.

جاء في المدونة «أرأيت لو أن رجلاً قال لي على فلان ألف درهم فقال له رجل أنا لك بها فجاء فلان فأذكر أن يكون عليه شيء قال: لا شيء على الكفيل إلا أن يقيم البينة على حقه لأن الذي عليه الحق قد جحد»⁽⁴⁰⁾.

ثانياً: عقد الكفالة عقد تبرع بينما خطاب الضمان لا يوجد فيه نية التبرع أصلاً⁽⁴¹⁾ «والكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء»⁽⁴²⁾، إلا أنني أرى أن خطاب الضمان يتناسب والكفالة بأمر التي تكون تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء فهناك تشابه بين الصورتين.

ثالثاً: يحق للمكفول له أن يرجع ويطالب من شاء الكفيل أو المكفول⁽⁴³⁾، أما في خطاب الضمان فالمستفيد يرجع على المصرف فقط دون العميل⁽⁴⁴⁾.

أقول: إن هذا الاعتراض لا ينافي كون خطاب الضمان عقد كفالة، فله أن يشترط أن يكون الرجوع على الكفيل حصراً ويكون هذا الشرط من الشروط الجعلية التي لا تنافي مقتضى العقد فيصح عند الحنابلة «لأن الشروط عندهم نوعان صحيح وباطل والصحيح ثلاثة أنواع: ما وافق مقتضى العقد وما لائم مقتضى العقد وما لا ينافي مقتضى العقد»⁽⁴⁵⁾ وكلها صحيحة وهذا الشرط من

40- المدونة الكبرى: مالك بن أنس 255/13.

41- انظر خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 24

42- الهداية شرح البداية: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسين 593 هـ (94/3). انظر: مغني المحتاج: محمد الخطيب الشربيني 209/2. المغني: ابن قدامة المقدسي 353/4.

43- انظر: مختصر القدوري في الفقه الحنفي: أحمد بن محمد القدوري الحنفي 118. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي 595 (223/2)، البجيرمي علي الخطيب وهو حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي 1221 هـ للشيخ محمد الخطيب الشربيني 3/436-437، زاد المستتقع: موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي أبو النجا 120/1.

44- انظر: خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 24 الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي 56-57. الخدمات المصرفية: د. زعتري 328.

45- المقنع لموفق الدين ابن قدامة والشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة والإنصاف للمرداوي: 214/11-215 بتصرف.

النوع الثالث الذي لا ينافي اشتراطه مقتضى العقد.

المطلب الثاني: خطاب الضمان وكالة

رد بعض العلماء المعاصرين خطاب الضمان إلى عقد الوكالة، وقبل أن أوضح هذه الصورة لابد أن أشرح معنى الوكالة في اللغة وعند الفقهاء، فالوكيل هو الكفيل⁽⁴⁶⁾، أما الوكالة في اصطلاح الفقهاء فقد عرفها الحنفية بأنها « تفويض التصرف إلى الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه »⁽⁴⁷⁾ وعرفها المالكية بأنها « نيابة ذي إمرة ولا عبادة لغيره مشروط بموته »⁽⁴⁸⁾ وعرفها الشافعية بأنها « تفويض شخص ماله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته »⁽⁴⁹⁾ وعرفها الحنابلة بأنها « استئابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين »⁽⁵⁰⁾، وصورة الوكالة أن العميل عندما يطلب من المصرف أن يكفله لدى المستفيد، يقوم المصرف بإصدار الخطاب تعبيراً عن ضمانه له الذي يتضمن دفع قيمته لصالح المستفيد، ومن ثم يعود المصرف على العميل بما أدى، وهذا التفويض ما هو إلا صورة من صور الوكالة، فإصدار الخطاب مما يقبل النيابة، ولقد تردد على ألسنة الفقهاء المعاصرين أن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء⁽⁵¹⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن خطاب الضمان ينطبق على الوكالة في الإقرار بالأموال، فالعميل عندما يطلب من المصرف إصدار خطاب الضمان، فهو يقر بالمال للمستفيد ويوكل المصرف بهذا الإقرار، بل يوجد هنا توكيلان،

46- لسان العرب: ابن منظور 734/11

47- المبسوط: السرخسي 2/19

48- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد أبو عبدالله المغربي 181/5.

49- مغني المحتاج: محمد الخطيب الشربيني 5/3.

50- كشاف القناع: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي 461/3.

51- انظر: المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي: علي أحمد السالوس 143.

المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 256-257. الاحتراف: د. النشمي 589-590. موقف

الشرعية: د. العبادي 314 الخدمات المصرفية: د. زعتري 348-349. معالم الاقتصاد

الإسلامي: د. صالح العلي 376. الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 312. نظرية الضمان

الشخصي: د. الموسى 697

توكيل بالإقرار وهو ما يطلق عليه بالإصدار وتوكيل آخر وهو التوكيل بالأداء وهو دفع قيمة الخطاب للمستفيد⁽⁵²⁾. قال ابن قدامه « ويجوز التوكيل في الإقرار »⁽⁵³⁾.

ينطبق عقد الوكالة على خطاب الضمان في الظاهر إلا أنه عند البحث يتبين وجود بعض الفروق بين العقدين أوضحها فيما يأتي:

أولاً: أعترض على هذا التكييف بأن خطاب الضمان لازم بينما عقد الوكالة غير لازم⁽⁵⁴⁾، والصحيح أن الوكالة عقد غير لازم ولكن إن تعلق بها حق للغير تصبح لازمة وإن كانت بأجر فهي أيضاً لازمة، وحينها تلتقي مع خطاب الضمان من حيث اللزوم⁽⁵⁵⁾ فقد جاء أن « القاعدة أن الوكالة عقد جائز من الجانبين مالم يتعلق بها حق للغير »⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: إن الالتزامات في خطاب الضمان تمتاز بالاستقلالية، فالمصرف يصدر خطاب الضمان ويدفع قيمته للمستفيد بصفته أصيلاً⁽⁵⁷⁾، وهذا لا ينطبق على الوكيل في عقد الوكالة، إذ يعتبر الوكيل نائباً عن الموكل فيما وكل به وليس أصيلاً⁽⁵⁸⁾.

52- انظر: موقف الشريعة: د. العبادي 317. الخدمات المصرفية: د. زعتري 349
53- المغني: ابن قدامه 53/5. انظر: التاج والإكليل: محمد العبدري 188/5، حاشية ابن عابدين 515/5

54- انظر: معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 377

55- انظر: خطابات الضمان: د. الحسني 16-17

56- مواهب الجليل: محمد المغربي 187/5. انظر: الكافي: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي 321/3. البناية شرح الهداية، العيني 375/8، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي القزويني الشافعي 623هـ (256/5).

57- انظر: الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 275. الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي 56. خطابات الضمان: أ. د. وهبة الزحيلي 24. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 250. الخدمات المصرفية: د. زعتري 337. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 373.

58- انظر: العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني: بهاء الدين المقدسي 248-249. وهذا ما يستفاد من تعريف الوكالة عند الفقهاء الأربعة.

ثالثاً: عند النظر إلى غطاء خطاب الضمان فهو إما أن يكون نقداً وإما أن يكون شيئاً عينياً:

أ. فإن كان شيئاً عينياً فإن المصرف في تعامله مع الغطاء أمام حالتين، فإن باع العين وسدد من ثمنه قيمة الخطاب، فهو وكيل ومرتهن⁽⁵⁹⁾، وإن لم يبيعها وبقيت عنده وسدد من أموال المصرف فيعتبر ضامناً مرتهناً، ولا يكون الخطاب حينها عقد وكالة⁽⁶⁰⁾ والرهن عند الفقهاء الحنفية هو جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون⁽⁶¹⁾ وعند المالكية «مال قبضه توثق به في دين»⁽⁶²⁾ وعرفه الشافعية والحنابلة بأنه المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه⁽⁶³⁾.

ب. في حال كان الغطاء نقداً فإن قلنا بأن العقد وكالة فإن يد المصرف لا بد أن تكون يد أمانة، ولا يجوز له التصرف به، ولا بد من حفظه وعدم خلطه بغيره، ولكن في واقع الحال أن المصرف يخلط الغطاء مع باقي الأموال ويستثمره، فيده بالتالي يد ضمان لا يد أمانة، وهذا ينافي عقد الوكالة فيما أن يكون الغطاء النقدي رهناً وإما أن يكون قرضاً يأخذه المصرف من العميل⁽⁶⁴⁾.

رابعاً: ذكرت مما سبق أن المصرف لا يلتزم بإخطار العميل عند عزمه على دفع قيمة الخطاب للمستفيد⁽⁶⁵⁾، أما في الوكالة لا بد للوكيل أن يستأذن الموكل، وكل تصرف من غير إذن يعتبر موقوفاً على إجازة الموكل فإن أجازته صح وإلا بطل

59- انظر: خطابات الضمان: الحسني 18.

60- انظر: معالم الاقتصاد الإسلامي: صالح العلي 376.

61- البنائة في شرح الهداية: العيني 542/11.

62- شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية:

أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع 409/2.

63- العزيز، أبي القاسم الرافي 437/4. المغني: ابن قدامه 179/3.

64- انظر: معالم الاقتصاد الإسلامي، د. صالح العلي 376 الكافي: ابن قدامه المقدسي 324/3.

انظر: بدائع الصائع: الكاساني 34/6، البجيرمي على الخطيب: البجيرمي 463/3

65- انظر: معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 373. الأعمال والخدمات المصرفية: د.

حنون 276 المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 250. الاحتراف: د. النشمي 584.

التصرف⁽⁶⁶⁾.

للاستئناس: بالنظر إلى خطاب الضمان، أرى أن المصرف يقوم بدفع قيمة الخطاب للمستفيد، غاضباً طرفه عن العميل وما لحقه من هذه العملية، أي لا ينظر إلى مصلحة العميل ولا يهتم هذا الأمر بتاتاً، فقد لا يقوم المستفيد بواجبه ولا يؤدي حق العميل، فيتضرر العميل بذلك، أما في الوكالة، فلا بد للوكيل من مراعاة مصلحة الموكل وأصل الوكالة أن الموكل وكله للقيام بمصالحه والعمل عليها، لا إهدار ما وكله به، جاء في مغني المحتاج «الوكالة إن كانت 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 مضراً بهما»⁽⁶⁷⁾. وهذا يدل على أن عقد الوكالة قائم على المصلحة فلا بد من مراعاتها ولا نرى مراعاة لها في خطاب الضمان.

المطلب الثالث: خطاب الضمان كفالة ووكالة

من بين هذه التكييفات نادى البعض بالجمع بين الوكالة والكفالة وذلك من وجهين:

أما الوجه الأول: فإن خطاب الضمان يحوي معنى الضمان والوكالة، فبالنظر إلى العلاقة بين العميل والمصرف يلاحظ أن العميل يوكل المصرف في إصدار خطاب الضمان وأداء ما يشتمل عليه، وفي الوقت نفسه فإن المصرف يضمن العميل لدى المستفيد، أما الوجه الآخر: فبالنظر إلى الغطاء يلاحظ أن الخطاب إما أن يكون مغطى غطاءً كلياً أو جزئياً، وإما أن يكون بلا غطاء، فإن كان مغطى كلياً فإن العقد الذي يسير خطاب الضمان على أحكامه هو عقد الوكالة، حيث إن العميل يوكل المصرف في دفع قيمة الخطاب للمستفيد، أيضاً يسري عقد الوكالة

66- انظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري 520/6 بدائع الصنائع: الكاساني 27/6، الكافي: ابن قدامة 314/3.

67- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني 231-232/2

على الجزء المغطى من الخطاب الذي تم تغطيته جزئياً، مع بقاء علاقة الكفالة فيما بين المصرف والعميل لصالح المستفيد، أما الخطاب غير المغطى أو الجزء غير المغطى في الخطاب الذي تم تغطيته تغطية جزئية، فإنه يخضع لأحكام عقد الكفالة حيث إن المصرف يضمن العميل بدفع قيمة الخطاب للمستفيد ويعود على العميل بما أداه فيما بعد⁽⁶⁸⁾، وهذا التكييف الذي أخذ به أكثر المعاصرين هو ما رجحه مجمع الفقه الإسلامي حيث جاء في مجلس المجمع المنشق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ الموافق 22-28 ديسمبر 1985م. في القرار رقم 12 بشأن خطاب الضمان ونصه: بعد النظر في ما أعد في ذلك من بحوث ودراسات وبعد المحاولات والمناقشات المستفيضة نبين ما يلي:

إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره في ما يلزم حالاً أو مآلاً 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 تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)⁽⁶⁹⁾ ومما يؤخذ على هذا التكييف:

أولاً: أن هذا التفريق بين الخطاب المغطى والخطاب غير المغطى ليس له أي فائدة عملية من ناحية التطبيق، فإن المصارف بشكل عام تأخذ عمولة من غير

68- انظر: المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 84-85. الخدمات المصرفية: د. زعتري 351-352. الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي 48-49. موقف الشريعة: د. العبادي 320 الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 312-313. نظرية الضمان: د. الموسى 697 الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 279. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 376، المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 258.

69- تقارير المؤتمرات الدولية (المحور الأول) مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي (المؤتمرات الفقهية): محمد علي التسخيري 170-171

تفريق بين الخطابين⁽⁷⁰⁾.

ثانياً: ذكر بعض المعاصرين بأن مما يؤخذ على هذا التكييف أن المجمع الفقهي عندما فرق بين الخطابين أوصى بمراعاة المصاريف الفعلية في الغطاء الكلي أو الجزئي دون مراعاة ذلك في حال عدم الغطاء والعكس أولى، إذ أن المصرف في حال وجود الغطاء يستطيع استثماره والاستفادة منه، ومع ذلك فله الأجر على إصدار الخطاب وفي حالة عدم الغطاء لا يستفيد ولا أجر له⁽⁷¹⁾، حيث نص قرار المجمع على التالي « لا يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان لقاء مجرد الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه، إن تحميل المصروفات الإدارية ومقابل الخدمات على طالب خطاب الضمان لإصدار خطاب الضمان بنوعيه (الابتدائي والانهائي) جائز شرعاً، مع مراعاة الزيادة على أجرة المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصروفات لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، لا يجوز للمؤسسة إصدار خطاب ضمان لمن يطلبه للحصول على قرض ربوي أو عملية محرمة⁽⁷²⁾، إلا أنني لا أسلم لهذا القول إذ إن المجمع قصد بقوله «وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصروفات لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء» مراعاة المصاريف الفعلية بالخطابين معاً المغطى وغير المغطى، ولكنه خص بالذكر حكم الجواز في حالة وجود الغطاء حتى لا يشكل على أحد أخذ الأجر مع إمكانية الاستفادة من الغطاء، لذلك من باب أولى يجوز له أن يأخذ الأجرة في حال عدم وجود غطاء.

المطلب الرابع: الترجيح

بعد أن فصلت القول في هذا المبحث، أرى أنه من المناسب اعتبار خطاب الضمان كفالة محضة رغم وجود بعض الفروق التي قد لا تؤثر على العقد، فثمرة

70- انظر: المصارف الإسلامية: د. المصري 57

71- انظر: المرجع السابق 58

72- تقارير المؤتمرات الدولية (المحور الأول) مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي (المؤتمرات الفقهية): محمد علي التسخيري 170-171

الخلافاً تظهر عند التطبيق، ولا مشكلة في تطبيق أحكام الكفالة على خطاب الضمان، حيث وجدت أن صورة خطاب الضمان العامة هي الصورة العامة لعقد الكفالة، ولا يوجد أي فائدة عملية للتفريق بين الخطاب المغطى وغير المغطى، ولما جاز أخذ الأجرة على الخدمات لا على الضمان لم يبقَ من مانع للقول بأن خطاب الضمان هو كفالة محضّة، وأرى أنه رغم ترجيح المجمع الفقهي لاجتماع الكفالة والوكالة في خطاب الضمان⁽⁷³⁾، إلا أنني أرى أنه -المجمع- رجح كون الخطاب عقد كفالة على كونه وكالة بطريق غير مباشر، وذلك حين منع أخذ الأجرة على الضمان، وجعل الأجرة في مقابل المصاريف الفعلية لإصدار الخطاب، وهذا يعني أن الإشكال في تكييفه بأنه كفالة هو منع أخذ الأجرة عليها، وعندما جعل الأجرة على المصاريف الفعلية انتهت المشكلة، وأصبح تكييفه كفالة محضّة.

المبحث الثالث: تكييف العمولة العائدة على المصرف

اتفق الفقهاء المعاصرون على جواز إصدار خطاب الضمان إن كان محله محلاً مشروعاً⁽⁷⁴⁾، فالضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع⁽⁷⁵⁾، أما في الكتاب

73- « لا يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان لقاء مجرد الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه، إن تحميل المصروفات الإدارية ومقابل الخدمات على طالب خطاب الضمان لإصدار خطاب الضمان بنوعيه (الابتدائي والانتهازي) جائز شرعاً، مع مراعاة الزيادة على أجرة المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصروفات لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، لا يجوز للمؤسسة إصدار خطاب ضمان لمن يطلبه للحصول على قرض ربوي أو عملية محرمة».

74- انظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية: د. عمر بن عبد العزيز التّرك 386-387. معالم الاقتصاد الإسلامي: د. صالح العلي 379، الأعمال والخدمات المصرفية: د. حنون 278-279، فتاوى ندوات البركة (1403-1417هـ/1981-1997م) جمع وتنسيق عبد الستار أبو غدة، عز الدين بن خوجة 54. المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية والإسلامية التي تم اعتمادها حتى 1430-2009، هيئة المحاسبة والمراجعة المالية الإسلامية 58.

75- انظر: البحر الرائق: ابن نجيم 224/6-225، المغني: ابن قدامة: 344/4

فقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ، حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72] «وأنا زعيم قال كفيل: يعني ضامن لذلك فهذا القائل لم يضمن عن انسان شيئاً وإنما ألزم نفسه ضمان الأجرة»⁽⁷⁶⁾، وأما السنة فقد قال رسول الله ﷺ: «الزعيم غارم»⁽⁷⁷⁾، «وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة»⁽⁷⁸⁾، ولكن اختلفوا في تكييف خطاب الضمان وبناء على ذلك اختلفوا في تكييف العمولة التي يتقاضاها المصرف من هذه العملية وفيما يلي أبين هذه النظريات.

المطلب الأول: العمولة من باب (الخارج بالضمان)⁽⁷⁹⁾

يقول الفقهاء في معنى هذه القاعدة أن ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو لمن هو بيده، مقابل ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف بيده ضمن ثمنه أو قيمته وبالتالي فالغلة له، حتى يكون الغنم في مقابله الغرم⁽⁸⁰⁾ ومن القواعد

76- أحكام القرآن: أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر 390/4

77- أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، 296/3 (3565) دار الفكر، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد والترمذي في سننه الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب في أن العارية مؤداه 565/3 (1265) وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الكفالة، 804/2 (2405). وأحمد بن حنبل في مسنده، حديث أبي أمامة الباهلي 267/5 (22349) «قال الترمذي حديث حسن: وحديث ابن عباس أخرجه ابن عدي في الكامل عن اسماعيل السكوني وأعله بإسماعيل هذا وقال: إنه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه» نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله الزيلعي 118/4

78- المغني: ابن قدامة 344/4

79- أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله، 284/3 (3508) والترمذي في سننه: كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري عبدا، 581/3 (1285) والنسائي في السنن الكبرى: 11/4 (6081) كتاب البيوع، النهي عن التصرية، وابن ماجه في سننه: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان 754/2 (2243)، رواه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن، والحاكم من طريق عروة عن عائشة مطولاً ومختصراً وصححه ابن القطان وقال ابن حزم لا يصح، انظر تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير: ابن حجر العسقلاني 22/3.

80- انظر الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ (136/1)

المستتبطة من هذه القاعدة، قاعدة « من ضمن مالا فله ربحه »⁽⁸¹⁾ فالمصرف ضمن العميل لدى المستفيد أي ضمن للمستفيد حقه في قيمة خطاب الضمان فيستحق جزءاً من الربح العائد على العميل من العملية المضمونة، ومعنى ذلك أن يكون المصرف شريكاً مع العميل في هذه العملية، فهو شريك بالضمان والعميل شريك بالمال والعمل⁽⁸²⁾، ويرد على هذا التخريج الاعتراضات التالية:

أولاً: أن معنى الضمان لغة كما مر هو الكفالة، إلا أن له معنى آخر وهو التغيريم فضمنه تضميناً فتضمنه عني، مثل غرّمته⁽⁸³⁾، ومعنى الخراج في اللغة هو الغلة⁽⁸⁴⁾ لكن المراد بالضمان هنا هو المعنى الثاني وهو التغيريم لا الكفالة وهذا ما دل عليه شرح القاعدة، وما يؤكد هذا المعنى ترادف هذه القاعدة مع قاعدة « الغنم بالغرم »⁽⁸⁵⁾، وبذلك يكون معنى القاعدة أن أي شيء يدخل في ضمان أحد ما بطريق من الطرق الموجبة للضمان، فإنه يغرمه مطلقاً أي يضمن قيمته إن تلف أو نقص منه شيء سواء كان بتقصير منه أو بغير تقصير، وبالمقابل فإنه يحق له أي للشخص الذي يده على هذا الشيء يد ضمان أن ينتفع بما يخرج منه من منافع وغلل خلال فترة الضمان، وهذا المعنى مغايرٌ تماماً للضمان في خطاب الضمان، حيث يكفل المصرف العميل لدى المستفيد ويدفع قيمة الخطاب متى طلبه المستفيد ولم يوف العميل بالتزامه، ومن ثم يعود المصرف على العميل بما أدى وأيضاً يأخذ أجرة على ما قام به من عمل لإصدار الخطاب⁽⁸⁶⁾.

ثانياً: عند النظر إلى العمولة في خطاب الضمان فإن المصرف يحصل عليها مقابل الأعمال التي يقوم بها لا مقابل ضمانه للعميل، فإن قلت بأن معنى الضمان هو الكفالة في هذا الحديث، فكأنني أقررت بأن المنفعة والغلة في مقابل الكفالة

81- أخبار القضاة: محمد بن خلف بن حيان، عالم الكتب، بيروت 319/2.

82- انظر: الخدمات المصرفية: د. زعتري 341-342، الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي

59-60. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 257، الاحتراف: د. النشمي 590

83- لسان العرب: ابن منظور 257/13 بتصرف.

84- المرجع السابق 252/2

85- انظر: شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا 437/1

86- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: د. محمد رواس قلعه جي 153

وحدها، وبذلك أجزت أخذ المقابل والأجرة على الكفالة، وهذا مما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية بأن عقد الكفالة عقد تبرع ولا يجوز أخذ الأجرة عليها⁽⁸⁷⁾.

المطلب الثاني: العمولة من باب الجعالة

خرّج بعض المعاصرين العمولة التي يأخذها المصرف مقابل إصدار خطاب الضمان من باب الجعالة، ولابد من توضيح معنى الجعالة قبل بيان صورتها كعمولة على إصدار خطاب الضمان، الجعالة لغة: جعل الشيء يجعله جعلاً وضعه، يقال جعل لك جعلاً وهو الأجر على الشيء فعلاً أو قولاً⁽⁸⁸⁾، أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفها المالكية بأنها: «عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه»⁽⁸⁹⁾. وعرفها الشافعية بأنها «التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه»⁽⁹⁰⁾، وأما الحنابلة فقد عرفوها بأنها «جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا»⁽⁹¹⁾ إلا أن الحنفية لم يجيزوا الجعالة إلا في رد العبد الأبق لما فيها من الجهالة والغرر⁽⁹²⁾، وصورتها أن المصرف يضمن العميل لدى المستفيد ويتعهد بدفع قيمة خطاب الضمان متى طُلب منه ذلك، ويستحق مقابل ذلك جعلاً يجعله العميل له، وذلك كما لو تعهد طرف ثالث للمدين بوفاء الدين عنه، فعندما يمتنع المدين عن الوفاء، يعود الدائن على الطرف الثالث الذي تعهد بالوفاء عن المدين وهذه الصورة هي صورة خطاب الضمان عندما يضمن المصرف العميل ويتعهد بالوفاء عنه ويؤدي القيمة لصالح المستفيد الدائن، ولما كان هذا التعهد يطلب من العميل

87- انظر: الإسلام ونظريته الاقتصادية: د. خفاجي 169. المعاملات المالية المعاصرة: د.

السالوس 143 مواهب الجليل: المغربي 113/5

88- لسان العرب: ابن منظور 110/11-111

89- شرح حدود ابن عرفة، محمد الأنصاري الرصاع: 529/2

90- روضة الطالبين: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي 335/4.

91- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: الإمام علاء

الدين أبي الحسن المرادوي 368/6.

92- انظر: بدائع الصنائع: الكاساني 203/6

فيحق للمصرف أن يعود عليه بما أدى وأيضاً له أن يأخذ عمولة على إصدار خطاب الضمان وهذه العمولة تكون جعالة على ضمانه⁽⁹³⁾ وهذا التخريج بعيد إذ أن الجعالة لا تكون إلا في مقابل عمل ولو كان مجهولاً - كما في تعريفها عند الفقهاء - في حين أن الضمان ليس عمل، ولا يصح جني المال من خلاله⁽⁹⁴⁾، و(الحمالة بالجعل حرام)⁽⁹⁵⁾.

المطلب الثالث: العمولة من باب الأجرة

خرج بعض العلماء المعاصرين العمولة على أساس الأجرة، إلا أنهم اختلفوا فيما بعد على أي شيء تكون هذه الأجرة وفيما يلي آيّن هذه الآراء:

الفرع الأول: الأجرة على الوكالة

يرى أصحاب هذا الرأي أن العمولة التي يتقاضاها المصرف هي من باب الوكالة، فالمصرف يدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد لأنه وكيل العميل في ذلك، وما يأخذه المصرف من هذا العمل هو أجرة على الوكالة عن العميل⁽⁹⁶⁾، والوكالة تصح بأجر وبدون أجر وبالتالي تطيب الأجرة للمصرف⁽⁹⁷⁾، وهذا التخريج لا إشكال فيه إن اعتبرنا أن خطاب الضمان هو عقد وكالة، وإن لم نعتبره وكالة فلا يمكن الأخذ به، ولقد ظهر لي أن خطاب الضمان لا يحمل على الوكالة وإنما على عقد الكفالة، لذا لا يمكننا الأخذ بهذا التخريج.

93- انظر: البنك اللاروي: السيد باقر الصدر 130-131. الاقتصاد الإسلامي: علي التسخيري

709- 710. الاحتراف: د. النشمي 591. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 257-

258. نظرية الضمان: د. الموسى: 698 الخدمات المصرفية: د. زعتري 342. معالم الاقتصاد

الإسلامي: د. صالح العلي 378

94- انظر: خطابات الضمان: د. وهبة الزحيلي 25-26

95- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: أبي الوليد ابن رشد القرطبي 520هـ (11/289-290)

96- انظر: نظرية الضمان: د. الموسى 697. خطابات الضمان: د. الحسني 17. الخدمات المصرفية: د. زعتري 343-344

97- انظر: القوانين الفقهية: أبي القاسم محمد بن جزي الكلبى 741هـ، 244. مغني المحتاج: الشريبي 231/2-232، المغني: ابن قدامة 5/55

الضرع الثاني: الأجرة على الكفالة

صنف الفقهاء عقد الكفالة من عقود التبرعات التي يقصد بها وجه الله تعالى، فهي إما أن تكون عقد تبرع ابتداء وانتهاء، فيتحمل الكفيل ما على المكفول ولا يرجع عليه، وإما أن تكون تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، فيعود الكفيل على المكفول بما أدى عنه⁽⁹⁸⁾، وخطاب الضمان من النوع الثاني، فهو تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء عندما يعود المصرف على العميل بما أدى، إلا أن المصرف يأخذ زيادة على قيمة الخطاب، وهذه الزيادة جعلها بعض المعاصرين أجرة على ضمان المصرف للعميل⁽⁹⁹⁾، مجيزين بذلك أخذ الأجرة على الضمان وقد اعتمدوا على الأدلة الآتية:

أولاً: لم يرد نص شرعي من قرآن وسنة يمنع أخذ الأجرة على الضمان⁽¹⁰⁰⁾، وهذا يعني أن أخذ الأجر على الضمان من الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان، ونظراً لتبدل أحوال الناس وحاجاتهم، فإن العرف التجاري يقتضي أخذ الأجرة على الضمان، تسهلاً للمعاملات التجارية وتوفيراً للوقت والجهد، فالمؤسسات المتخصصة بالضمان تحتاج إلى تغطية نفقاتها، ولم يرد نص بتقسيم العقود إلى معاوضة وتبرع، وإنما هي صياغة فقهية، لتسهيل دراسة الأحكام غير ملزمة، وتغير العرف يجعلها مهنة تقصد لذاتها ولا يمنع ذلك من تقديم عوض عليها⁽¹⁰¹⁾.

ثانياً: قاسوا أخذ الأجرة على الضمان على جواز أخذها على الجاه، إن ترتب على

98- انظر: الهداية شرح البداية: المرغيناني 94/3. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: الخطيب الشربيني 314/2، المغني: ابن قدامة 72/7

99- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: محمد رواس قلعه جي 155. البنوك الإسلامية مالها وما عليها: أبو المجد حرك 105-106. الربا والمعاملات المصرفية: د. المترك 389-390. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 256. الاحتراف: د. النشمي 589. الخدمات المصرفية: د. زعتري 345

100- انظر: شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا 227/1

101- انظر: البنوك الإسلامية: حرك 105. نظرية الضمان: الموسى 697. مباحث في الاقتصاد الإسلامي: محمد رواس 155 الخدمات المصرفية: زعتري 345

الضمان جهد وعمل، وكان ذلك الجهد مما يقابل بأجرة عرفاً⁽¹⁰²⁾، واستدلوا ببعض النصوص التي تجيز أخذ الأجرة على الجاه إن ترتب عليه عمل: «محل منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولا حركة ... وفي المعيار سئل أبو عبد الله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه: اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه ... ومن مفصل فيه وأنه إذا كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأخذ أجر مثله فذلك جائز وإلا حرم»⁽¹⁰³⁾.

ثالثاً: أوردوا قياساً آخر على صحة أخذ الأجرة على الضمان، ألا وهو القياس على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وأخذها على الرقية، فالأجرة هنا ليست لذات المنفعة وإنما للتفرغ وحبس الوقت⁽¹⁰⁴⁾، وكذلك في خطاب الضمان، فإن المصرف تفرغ لهذه المعاملة وبذل الجهد والمال في سبيل ذلك، فصح أخذ الأجرة على الضمان مقابل ذلك، واستدلوا ببعض النصوص للمذاهب المجيزة لأخذ الأجرة على تعليم القرآن وأداء الرقية، فقد أجازها الشافعية ورأي عند الحنابلة، وذكر أيضاً أصحاب هذا الرأي أن النصوص وردت بتحريم أخذ الأجرة على تعليم القرآن، لما فيها من شبهة عدم الإخلاص، ولما تغير الزمن وأصبح الأمر ضرورة، جاز الجمع بين الثواب الأخروي مع الأجر الدنيوي⁽¹⁰⁵⁾، والضمان من باب أولى فهو لا يرقى لمرتبة القربات كتعليم القرآن فلما أصبح حاجة في هذا الزمن ولزماً للأعمال التجارية جاز أخذ الأجرة عليه⁽¹⁰⁶⁾.

رابعاً: رأى البعض من المعاصرين أن الكفالة على نوعين: الأول كفالة على دين استهلاكي كأن يكفل الشخص دين لآخر وهذا الأخير يكون فقير ومحتاج فيفسد

102- انظر: موقف الشريعة: د. العبادي 317-319. نظرية الضمان: د. الموسى 697. الخدمات المصرفية: د. زعتري 345-346

103- حاشية الدسوقي: 224/3. انظر: روضة الطالبين: النووي 257/5

104- انظر: موقف الشريعة: د. العبادي 319. نظرية الضمان: د. الموسى 700. الخدمات المصرفية: د. زعتري 346-347

105- مغني المحتاج: الخطيب الشربيني 344/2. المغني: ابن قدامة 323/5 رأي عند الحنابلة، الفتاوى الكبرى، تقي الدين ابن تيمية 408/5

106- انظر: البنوك الإسلامية: د. حرك 106

حاجته ويقف معه في محنته، فهذه الكفالة إنما القصد منها سد حاجة الضعفاء والوقوف معهم في محنتهم والتعاون على الخير فهي قرينة خالصة لله، وأخذ الأجرة عليها يخل بقصد الشارع منها، لذا لا يجوز أبداً أخذ الأجرة على هذا النوع⁽¹⁰⁷⁾ وأما النوع الثاني فهي الكفالة الإنتاجية التي يقصد منها الدخول في الصفقات التجارية لتحقيق الأرباح وجني الأموال، فحاجة الناس حديثاً هو ما دفع إلى وجودها واللجوء إليها، ففي هذا النوع لا يكون المكفول بحاجة للمال ولا يكون فقيراً محتاجاً، ولكن طبيعة بعض الصفقات تقتضي وجود كفالة، لذا يلجأ ذلك التاجر إلى المؤسسات التي تقدم مثل هذه الكفالة، إلا أن هذه المؤسسات لا تقدمها مجاناً بل تأخذ أجراً عليها، فهي تقصد من إصدارها جني المال، لذا جاز أخذ الأجرة على الضمان لما تتكبده هذه المؤسسات من تكاليف وأعمال لإصدار هذه الأنواع من الكفالات⁽¹⁰⁸⁾، إلا أن أكثر العلماء المعاصرين جريئاً مع الفقهاء القدامى منعوا أخذ الأجرة على الضمان، وردوا على استدلال المجيزين بالردود التالية:

أولاً: من المسلم به عدم وجود نص شرعي من قرآن أو سنة يمنع أخذ الأجرة على الضمان، إلا أن الضمان بالمال يصبح قرض والقرض إذا جر نفعاً يكون ربا وهذا منصوص عليه، أيضاً من غير المسلم به أن مستند هذا الحكم هو العرف والمصلحة - فيتنغير الحكم بتغير العرف والمصلحة - وإنما مستند القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تصنف عقد الكفالة ضمن عقود التبرعات التي يقصد بها وجه الله تعالى ولا تقابل بأجور دنيوية، والأصول العامة للشريعة تعتبر كافية في الدلالة على الأحكام⁽¹⁰⁹⁾ جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على

107- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: د. محمد رواس قلعه جي 155

108- انظر: الخدمات المصرفية: د. زعتري 346، مباحث في الاقتصاد الإسلامي: د. محمد

رواس قلعه جي 156

109- انظر: الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 314، المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 82،

الربا والمعاملات المصرفية: د. المترك 387-388

المقرض وذلك ممنوع شرعاً⁽¹¹⁰⁾، ثم إن الفقهاء حرموا أخذ الأجرة على الضمان من باب القرض الذي جر نفعاً، فهذه المسألة تدخل ضمن القاعدة الفقهية: « كل قرض جر نفعاً فهو رباً »⁽¹¹¹⁾، فالكفيل عندما يؤدي دين المكفول، فكأنما أقرضه ذلك المبلغ، وعندما يعود عليه بما أدى ويطلب منه زيادة عن ذلك المبلغ مقابل إقرضه أو ضمانه إن صح التعبير، فهذه الزيادة من غير وجه حق فتكون رباً⁽¹¹²⁾، قال الدسوقي في حاشيته⁽¹¹³⁾: « إذا كانت الحماله فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط كانت غير معتد بها كما إذا كانت بجعل فهي فاسدة لأن شرط الحماله أن تكون لله وحينئذ فلا يعتد بها ... لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب رجع على المدين بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه من الجعل وهذا لا يجوز لأنه سلف بزيادة وإن لم يغرم بأن أدى الغريم كان أخذ الجعل باطلاً »⁽¹¹⁴⁾.

ثانياً: بالنسبة للقياس على الأخذ على الجاه في حال ترتب عليه عمل وجهه، ففي هذه المسألة ألفت النظر إلى أمرين: الأول إن قلت بأن الأخذ على ذات الجاه وليس على العمل والجهد المبذول، فأكون حينها أمام قياس مع الفارق⁽¹¹⁵⁾، إذ أن الكفالة بالمال ماهي إلا قرض به، أما الجاه فلا يعتبر قرضاً، وبالتالي لا يمكن

110- تقارير عن المؤتمرات الدولية مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي: محمد علي التسخيري 171-170/1

111- انظر: قواعد الفقه: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي 102/1

112- انظر: الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 314. المصارف الإسلامية: أ. د. وهبة الزحيلي 82، خطابات الضمان: الحسني 23. الخدمات المصرفية: د. زعتري 345. نظرية الضمان: الموسى 695، الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلي 49. الربا والمعاملات المصرفية: د. المترك 387. المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 256. الاحتراف، النشمي 588-589.

113- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي من أهل دسوق تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة كان من المدرسين في الأزهر، له كتب منها، الحدود الفقهية في فقه الإمام مالك، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، توفي في 1230 هـ الأعلام: الزركلي 17/6

114- حاشية الدسوقي: 340/3-341. انظر: مجمع الضمانات: البغدادي 604/2

115- انظر: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق مع الهوامش، أبو العباس الصنهاجي القرافي 199/3

حمل الحكم مع الاختلاف في حقيقتيهما⁽¹¹⁶⁾. وإن قلت بأن الأخذ على العمل الذي رافق الجاه فلا حاجة للقياس لأن الأخذ على العمل الذي يرافق الضمان لا بأس به كما سألين في المبحث القادم.

ثالثاً: أما القياس على أخذ الأجرة على تعليم القرآن والرقية فقيه أمرين: الأول: لا حاجة للقياس لأن من قال بالقياس بين أن الأجرة ليست لذات المنفعة، وإنما تكون على التفرغ وبذل الوقت والجهد، وإن قلت بأن الأجرة في الضمان على بذل الوقت والجهد لا على ذات الضمان، أكون قد خرجت من مشكلة الأجرة على الضمان وبقي أمامي البحث في حكم الأجرة على العمل ولا بأس بها، والثاني أرى أن من استدل بهذا القياس قد لفق الأدلة بين المذاهب، فعندما ذكر جواز الأخذ على تعليم القرآن والرقية أخذ برأي المجيزين وهم الشافعية ورأي عند الحنابلة واستدل بنصوصهم وأدلتهم، ثم عاد وذكر أن التحريم بعهد الرسول الله ﷺ كان لشبهة عدم الإخلاص ولما تغير الزمن وأصبحت ضرورة جاز أخذ الأجرة عليه والجمع بين الثوابين الدنيوي والأخروي وهذا الرأي للمانعين وهم الحنفية والمالكية ورأي عند الحنابلة فلم يعتمد في ما قاس عليه على رأي واحد وأدلته، إلا أن يكون قصده الجمع بين المذهبين ليستدل على قوله.

رابعاً: بالنسبة للتفريق بين الكفالة الإنتاجية والاستهلاكية فيرد عليه الأمور التالية:

1. ليس له أي مستند شرعي بل خالف النصوص العامة التي حرمت الربا، وأخذ الكفيل جعلاً على كفالاته هو ربا، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، فالنص عام بجميع أنواع الربا⁽¹¹⁷⁾ ومن قال بجواز الجعل في الكفالة الإنتاجية فقد خصص النص العام من غير دليل والنص العام يبقى على عمومته مالم يخصص بدليل⁽¹¹⁸⁾.

2. الزعم بأن هذا التفريق وُجد تبعاً لحاجة الناس، وللدوافع العملية الحديثة مردود، لأن القروض الموجودة في زمن النبي ﷺ تكاد تكون كلها من

116- انظر: المعاملات المالية المعاصرة: د. شبير 256. الاحتراف: د. النشمي 589

117- انظر: التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي 74/7-76

118- انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: علاء الدين البخاري 459/1.

القروض الإنتاجية التي تتطلب كفالة إنتاجية كما في ربا العباس عليه السلام، قال رسول الله ﷺ: «وأول ربا أضعه ربانا ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله ...»⁽¹¹⁹⁾، والنذر اليسير من القروض كان استهلاكياً لما هو معروف عن العرب من وقوفهم مع المحتاج وذودهم عنه مما لا يجعل للقروض الاستهلاكية مكاناً تنتشر فيه.

3. من قال بهذا التفريق جعل العلة في عدم جواز أخذ الأجرة على الضمان هو الاستهلاك أو الإنتاج مع أن العلة هي الربا والزيادة الربوية الموجودة في القرض وقد تكون الحكمة هي الاستهلاك أو الإنتاج ولكن لا تكون الحكمة علة ولا يؤخذ بها إلا استثناءً.

الفرع الثالث: الأجرة على الأعمال

خرج أكثر العلماء المعاصرين العمولة من باب الأجرة على العمل، فكل من يبذل جهداً فكرياً أو عضلياً يستحق عليه أجرًا، فالمصرف يقوم بجملة من الأعمال والإجراءات الإدارية لإصدار خطاب الضمان، وأيضاً يقدم أنواعاً من الخدمات التي تحتاج بدورها إلى مبان وأجهزة ووسائل اتصال وآلات مختلفة بالإضافة إلى الموظفين القائمين عليها والعمال ومالهم مقابل ذلك من أتعاب، فكل هذه الأمور تستحق أن تقابل بأجرة ولا مانع شرعاً من أخذ الأجرة على مثل هذه الأعمال، بشرط أن تكون هذه الأجر مقابل الأعمال والأتعاب الفعلية للمصرف وأن لا تكون مرتبطة بمبلغ الضمان وقيمتها، فالضابط في جواز هذه العمولة هو ارتباطها بالأعمال والمصاريف الفعلية لا مبلغ الضمان⁽¹²⁰⁾.

119- أخرجه: أبو داود في سننه واللفظ له، كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ 185/2 (1905) وابن ماجه في سننه، كتاب المناسك، باب حجة الرسول (1025/2) (3. 74) وأحمد بن حنبل في مسنده، حديث رجل من أصحاب رسول الله، 72/5 (20714). رواه ابن حبان في صحيحه ورواه ابن أبي شيبة وعبد بن حميد البزار والدارمي في مسانيدهم، نصب الراية: الزيلعي 50/3

120- انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي: محمد رواس قلعه جي 155، الأوراق النقدية: د. أحمد حسن 314-315. الخدمات المصرفية: د. زعتري 342-343، الاستثمار والرقابة الشرعية: د. البعلبي 49 نظرية الضمان: د. الموسى 699، موقف الشريعة: العبادي 320،

والمصرف عند حصوله على هذه الأجور مقابل أتعابه فهو كالأجير المشترك يحصل على أجرته مقابل ما يقدمه للناس من خدمات⁽¹²¹⁾، ومن الجدير بالذكر أن اشتراط عدم الارتباط بكمية المبلغ لا يتناقض مع تصنيف الأجور ووضعها ضمن شرائح معتمدة⁽¹²²⁾، فكلما كبر المبلغ كان الجهد أكثر، وكلما صَغُرَ قلَّ الجهد المبذول، لذا لا بد من الالتزام بالشرائح المعتمدة من قبل هيئات الرقابة الشرعية، والتي تمثل الجهد الفعلي المبذول لإصدار خطاب الضمان⁽¹²³⁾.

ولقد رجح مجمع الفقه الإسلامي هذا التخييج ونص القرار: «أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان التي يراعى فيها مبلغ الضمان ومدته سواء أكان بغطاء أم بدونه، ثانياً أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بفرعيه فجائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل وفي تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء»⁽¹²⁴⁾

الخاتمة

وبعد هذه الجولة مع خطاب الضمان، تبين أن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في تكييف خطاب الضمان وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي كونه عقداً متردداً بين

مشكلة الاستثمار: د. الصاوي 488، المصارف الإسلامية: أ. د. محمد الزحيلي 91-92. فتاوى ندوات البركة (1403-1417هـ/1981م-1997م) جمع وتنسيق د. عبد الستار أبو غدة، عز الدين خوجة 54

121- انظر: كشف القناع البهوتي 252/3، روضة الطالبين النووي 228/5، التاج والإكليل: العبدري 390/5، بدائع الصنائع: الكاساني 174/4.

122- اللفظ كما هو متعارف عليه في مصرف (شام) الإسلامي والمراد تصنيف الأجور مقابل المبالغ تبعا للمجهود المقابل لكل شريحة.

123- كما تجزئ به بعض المصارف الإسلامية كمصرف الشام الإسلامي في وضع الشرائح المعتمدة من قبل هيئة الرقابة الشرعية

124- تقارير عن المؤتمرات الدولية مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي: محمد علي التسخيري 171-170/1

الكفالة والوكالة، ثم بينت أن الصورة العامة لخطاب الضمان هي صورة الكفالة، وأنه لا فائدة عملية لهذا التقسيم، ثم اتبنت على هذا الخلاف اختلاف في تكييف العمولة التي يتقاضاها المصرف من العميل في مقابل إصدار خطاب الضمان، فقال البعض: بأنها أجره على الكفالة وبيّنت فساد هذا الرأي أثناء البحث، وأن المجمع الفقهي رجح كونها أجره على الأعمال التي يقوم بها المصرف، بشرط أن تكون هذه الأجر على المصاريف الفعلية لا على مبلغ الضمان وكميته ومن أهم النتائج التي وصلت إليها من خلال هذا البحث:

1. إن الشريعة الإسلامية شاملة وصالحة لكل زمان ومكان، فما من عقد مستحدث إلا وله أصل مشروع في شريعتنا السمحة أو يوجد بديل عنه مشروع إن كان ذلك العقد محرم.
2. إن الأصل في عقود المعاملات المالية هو الإباحة ما لم يرد نص خاص بالتحريم، أو كان ذلك العقد مما يخالف الأصول العامة في الشريعة الإسلامية، فالعقود هي التي تنزل على النصوص وليس العكس.
3. إن المصارف الإسلامية تبذل جهداً واضحاً في مواكبة كل جديد ضمن نطاق الشريعة الإسلامية.
4. تعدد الدراسات حول هذا الموضوع دليل على الجهد الذي يقدمه الباحثون للوصول إلى وصف دقيق بعيد عن شبه الحرام في كل أمر مستحدث ولا ضير من الخطأ في الاجتهاد وإنما الخطأ البقاء فيه.
5. إن النظرية التي تقول بأن خطاب الضمان هو كفالة محضة هي التي سلمت من النقد السليم.
6. لا فائدة عملية من اعتبار خطاب الضمان عقد مزدوج من الكفالة والوكالة.
7. لا يمكن عدّ الفروق بين خطاب الضمان وعقد الكفالة والتي ذكرها بعض المعاصرون فروقاً جوهرية وممانعة من انطباق خطاب الضمان على عقد الكفالة وذلك لكون تلك الفروق محل خلاف بين الفقهاء، حيث يمكن الأخذ بالمذهب الآخر للتوسعة.

8. إن العمولة المأخوذة في خطاب الضمان هي أجرة على العمل لا على الضمان.
 9. إن أخذ الأجر على الضمان لا يحل شرعاً، أما إن كان المال على الخدمات المقدمة فلا بأس.
 10. إن الأجور قد تختلف باختلاف المبلغ المالي، وذلك ليس لارتباط الأجر بالمبلغ المضمون وإنما تبعاً للجهد المبذول، وذلك حسب الشرائح المعتمدة من قبل هيئات الرقابة.
- وفي ختام هذا البحث أوصي بما يلي:

1. أوصي المصارف الإسلامية بتطبيق هذا العقد بالصورة الصحيحة لعقد الكفالة وأن تكون الأجور المقطوعة هي المصروفات الفعلية.
 2. وأحضرها أيضاً على توخي الحيطة والحذر في معاملاتها وعلاقاتها المختلفة، وأن تسعى لسد حاجة المسلمين ضمن نطاق الشريعة الإسلامية، فالمصارف في هذا العصر هي صورة لفقه المعاملات المالية، ولا بد للصورة أن تكون جليلة كالمضمون، وخاصة أن العالم بأسره يتطلع إلى الاقتصاد الإسلامي كمخلص له من مشاكله المستعصية.
 3. أرجو من علماء الأمة الإسلامية الأفاضل ألا يدخروا جهداً في تنقية المجتمعات الإسلامية من كل شائبة تشوبها، وأن تجتمع كلمتهم على قول واحد في مثل هذه العقود حتى ينقطع الطريق على كل من تسول له نفسه أكل الحرام.
- وأخيراً إن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان وأسأل الله أن يقبل هذا العمل ويجعله خالصاً لوجهه الكريم والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن

1. أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، تحقيق: محمد الصادق، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.
2. التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، فخر الدين الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه

أ. كتب الحديث

3. الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت
4. سنن أبو داود، أبو داود السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر
5. سنن ابن ماجه، ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت
6. سنن النسائي (السنن الكبرى)، النسائي، تحقيق: عبد الغفار البنداري، سيد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ-1991م
7. مسند أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر

ب. كتب الحكم على الحديث

8. تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، 1384هـ-1964م
9. نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله الزيلعي، تحقيق: محمد البنوري، دار الحديث، مصر، 1357هـ

ثالثاً: كتب الأصول والقواعد الفقهية

10. أخبار القضاة، محمد بن خلف بن حبان، عالم الكتب، بيروت
11. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ
12. شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، تحقيق: مصطفى الزرقا، دار القلم، سوريا، دمشق، الطبعة الثانية، 1409هـ-1989م
13. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق مع الهوامش، أبو العباس الصنهاجي القرافي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ-1998م
14. قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان البركتي المجددي، كراتشي، الطبعة الأولى، 1407هـ-1986م
15. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي، علاء الدين البخاري، تحقيق: عبدالله عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ-1997م

رابعاً: كتب الفقه الإسلامي

1. كتب الفقه الإسلامي القديمة

أ. المذهب الحنفي

16. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية
17. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1982م
18. البناية شرح الهداية، أبي محمد الرامفوري العيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1411هـ-1990م
19. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1421هـ-2000م
20. المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت.

21. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: محمد سراج، علي جمعة، دار السلام، الطبعة الأولى، 1420هـ - 1999م
22. مختصر القدوري في الفقه الحنفي، أحمد القدوري الحنفي، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م
23. الهداية شرح البداية، علي بن أبي بكر المرغيناني، المكتبة الإسلامية، بيروت
- ب. المذهب المالكي**
24. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبي الوليد محمد ابن رشد القرطبي، دار المعرفة، الطبعة السادسة، 1402هـ - 1982م
25. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، أبي الوليد ابن رشد القرطبي، تحقيق: أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1408هـ - 1988م
26. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1398هـ
27. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفة الدسوقي، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت
28. الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994م
29. شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1993م
30. الشرح الكبير، سيدي أحمد الدردير أبو البركات، تحقيق: محمد عlish، دار الفكر، بيروت
31. القوانين الفقهية، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزئ الكلبي، تحقيق: محمد أمين، الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م
32. المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصحبي، دار صادر، بيروت.
33. مواهب الجليل، محمد أبو عبد الله المغربي، الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ

ج. المذهب الشافعي

34. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الخطيب الشربيني، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1415هـ
35. الأم، الشافعي محمد بن ادريس أبو عبدالله، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، 1393هـ
36. البجيرمي على الخطيب، سليمان البجيرمي الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ-1996م
37. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبي الحسن الماوردي البصري، تحقيق: الشيخ علي معوض، عادل عبد الموجود، الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ-1994م
38. روضة الطالبين، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي عوض، الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1421هـ-2000م
39. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، أبي القاسم الرافعي القزويني، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي عوض، الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ-1997م
40. المجموع شرح المذهب للشيرازي، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية
41. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1425هـ-2005م

د. المذهب الحنبلي

42. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الإمام علاء الدين أبي الحسن المرداوي، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن اسماعيل الشافعي، الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م
43. زاد المستتقع، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي، تحقيق: علي الهندي، مكتبة النهضة، مكة المكرمة.
44. العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، بهاء الدين

- المقدسي، تحقيق: خالد محمد محرم، المكتبة العصرية، 1417هـ 1997م
45. الفتاوى الكبرى، تقي الدين ابن تيمية، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عوض، الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ 1987م
46. الفروع، محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ
47. الكافي، موفق الدين ابن قدامة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة الأولى، 1417هـ 1997م
48. كشف القناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ
49. المغني، ابن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1405هـ.
50. المقنع، موفق الدين ابن قدامة، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو
51. الشرح الكبير، شمس الدين المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو
52. الإنصاف، المرداوي، تحقيق: د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو
- 2. كتب الفقه الإسلامي الحديثة والكتب الاقتصادية**
53. الاحتراف في المعاملات المالية، ياسر عجيل النشمي، دار الضياء، الكويت، حولي، الطبعة الأولى، 1428هـ 2007م
54. الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، د. عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1411هـ 1991م
55. الإسلام ونظريته الاقتصادية، محمد عبد المنعم خفاجي، الكتاب اللبناني، بيروت
56. أعمال البنوك، منير الجنبهي، ممدوح الجنبهي، الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000م
57. الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية الإسلامية، د. محمد حسن حنون، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2005م

58. الاقتصاد الإسلامي، علي التسخيري، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية المعاونة الثقافية، إيران، طهران، الطبعة الأولى، 1427هـ 2006م
59. الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي، د. أحمد حسن، دار الفكر، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ 1999م
60. البنك اللاربوي في الإسلام، السيد محمد باقر الصدر، مكتبة جامع التقى العامة، الكويت.
61. البنوك الإسلامية مالها وما عليها، أبو المجد حرك، الصحوة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى.
62. الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، علاء الدين زعتري، الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية، 1429هـ 2008م
63. خطابات الضمان، أ. د. وهبة الزحيلي، المكتبي، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، 1418هـ 1997م
64. خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، أحمد الحسني، مؤسسة شباب الجامعة، 1999م
65. الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، د. عمر بن عبد العزيز المترك، السعودية، الرياض، الطبعة الثالثة، 1418هـ
66. العقود التجارية وعمليات البنوك، مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006م
67. عمليات البنوك، د. محمود الكيلاني، الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1412هـ 1992م
68. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، علي جمال الدين عوض، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960م
69. مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، أ. د. محمد رواس قلعه جي، النفائس، الطبعة الأولى، 1412هـ 1991م
70. محاسبة البنوك التجارية، د. خيرت ضيف، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، 1958م
71. مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، محمد صلاح محمد الصاوي، المجتمع،

- الوفاء، الطبعة الأولى، 1410هـ 1990م
72. المصارف الإسلامية، أ. د. محمد الزحيلي، دار المكتبي، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، 1418هـ 1997م
73. المصارف الإسلامية، أ. د. وهبة الزحيلي، قدم له محمد شكري، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، الروضة، الطبعة الأولى، 1428هـ 2007م
74. المصارف الإسلامية دراسة شرعية، رفيق يونس المصري، دار المكتبي، سوريا، دمشق، الطبعة الأولى، 1421هـ 2001م
75. معالم الاقتصاد الإسلامي، د. صالح العلي، اليمامة، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1427هـ 2006م
76. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1416هـ 1996م
77. المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، د. علي أحمد السالوس، الاعتصام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1413هـ 1992م
78. نظرية الضمان الشخصي، د. محمد بن إبراهيم بن عبد الله الموسى، مكتبة العبيكان.

خامساً: كتب التراجم والسير

79. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة عشر، 2002.
80. الديباج المذهب في معرفة علماء المذهب المالكي، ابن فرحون المالكي، دار الكتب العلمية، 1996م
81. الجواهر المضئية في طبقات الحنفية، أبي الوفاء القرشي، مير محمد كتب خانة، كراتشي.
82. سير أعلام النبلاء، محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة، 1413هـ
83. طبقات الحنفية، عبد القادر أبي الوفاء القرشي.

84. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن قاضي شهبة، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، 1407هـ

سادساً: كتب اللغة والتعريفات

85. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.

86. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة جديدة، 1415هـ 1995م

سابعاً: كتب القرارات والمؤتمرات والدورات

87. تقارير عن المؤتمرات الدولية (المحور الأول) مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي (المؤتمرات الفقهية)، محمد علي التسيخري، إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1424هـ 2003م

88. فتاوى وندوات البركة (1403-1417هـ/1981-1997م)، جمع عبد الستار أبو غدة، عز الدين خوجة، السعودية جدة، الطبعة الخامسة، 1417هـ 1997م

89. المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية للمؤسسات المالية التي تم اعتمادها حتى 1430هـ 2009م، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، المنامة.