بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

الدراسات العليا

جامعة الملك سعود
مكتبة
قسم الدراسات العليا
كلية التربية بالرياض

خطاب الضمان

حكمه وتخريجه في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الدراسات الإسلامية

(الفقه وأصوله)

إعداد
عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي

إشراف
الدكتور/ فتحي عبد الكريم

بسم الله الرحمن الرحيم

في يوم السبت الموافق ٢٤/ ٣/ ١٤١١هـ ، ١٢ اكتوبر ١٩٩٠م تمت مناقشة رسالة الماجستير والتي عنوانها «خطابات الضمان في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة- » الطالب / عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي ، وقد أجازتها اللجنة بعد مناقشتها :

لجنة المناقشة

		التوقيع
د. فتحي أحمد عبد الكريم	**مشرفا**	
د. صالح بن غانم السدلان	**عضوا**	
د. علي بن محمد الموسى	**عضوا**	

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له وأشهد أن محمداً عبدُه ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً ، أما بعد :

فان اسلامنا لله رب العالمين يقتضي أن نحكّم شريعته وننقاد لأمره في شؤوننا كلها سياسيةً كانت أم اقتصاديةً أم اجتماعيةً ، وإن السبيل إلى ذلك لهو التفقهُ في دين الله وعرض مااستجد عليه كي نكون على بصيرة من أمرنا فيما نُبقي ونذرُ ، وهذا مايشعرنا بأهمية الفقه وضرورة إدخاله ميادينَ الحياةِ كلِّها كيف لا وهو موضوعُه الحكمُ على أفعال المكلفين وثمرتُه أن نعبد الله على هدى من الله ، وكم نظلمُ الفقه أُكُله ونحجر واسعه بقصرناه عن مستجِدات الحياة واذا كان ذلك كذلك فان ميدان الاقتصاد أولى مااختصت مسائله بالبحث والدراسة فيما هذا سبيله لمايلي :-

١ - أن المصارف طريق وصول الأموال إلى الناس التي منها مطعمهم ومشربهم وملبسهم وقد وردت النصوص آمرة باطابة ذلك واعدةً عليه ناهية عن ضده متوعدة عليه ، فمن النصوص الآمرة باطابته قوله تعالى :-

« ياأيها الذين آمنوا كلوا من طيبات مارزقناكم واشكروا لله إن كنتم إياه تعبدون » (١).

« ياأيها الرسل كلوا من الطيبات واعملو صالحاً إني بما تعملون عليم » (٢).

---

(١) سورة البقرة ، الآية ١٧٢ .

(٢) سورة المؤمنون ، الآية ٥١ .

ومن النصوص الناهية عن ضده قوله تعالى :-

« **ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وانتم تعلمون** »(١) .

« **ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الأ أن تكون تجارة عن تراض منكم ولاتقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما** »(٢) .

« **ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا إن كنتم مؤمنين # فان لم تفعلوا فأذنو بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رأوس أموالكم لاتظلمون ولاتظلمون** »(٣).

٢ - إن لعاب الافرنج قد سرى في هذا المعين على نحو كدر صفوه وأجج حلوه ، والطريق إلى إعادته إلى صفوه وحلاوته هو تطهيره مماعلق به من ذاك اللعاب ، ولايكون ذلك الاّ بالدراسة المتأنية التي مبناها الفقهُ الشرعي .

وهذه الأهمية لهذا الميدان تجعلنا نوجه أنظارنا إليه بغية الاسهام فيما استجَد فيه ، وأحسَب من بين المستجِدات المعاملاتِ ، المصرفيةَ عموماً وخطابَ الضمان منها خصوصاً والذي كثرت الحاجة اليه في هذه الازمنة وصار يطلب في كل حين ومناسبة فالحكومات والمؤسسات العامة تطلبه ، والقطاعات الخاصة تطلبه كذلك .

سبب اختيار الموضوع :-

١ - ونظراً لأهميته كما تقدم .

---

(١) سورة البقرة ، الآية ١٨٨ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

٢ - وحيث إنه لم تؤلف فيه مؤلفات من الوجهة الشرعية سوى مقالات نزرة منبثقة عن المؤتمرات وشيء يسير تضمه الدوريات .

٣ - وبعد استشارة بعض المختصين بمركز أبحاث الاقتصاد الاسلامي بجامعة الملك عبدالعزيز ، وبعض المختصين بقسم الاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى ، وبعض الأساتذة في هذا القسم استخرت الله في اختياره موضوعاً لرسالتي الماجستير بعنوان:-

(خطابات الضمان في الفقه الإسلامي دراسةً مقارنةً) .

ميزة الرسالة :-

وهذه الرسالة غرضها دراسةُ خطاب الضمان من الناحيه الشرعية وتتميز بمايلي:-

١ - أنها جمعت بين الفقه والقانون من خلال المقارنة بينهما في مباحث الرسالة .

٢ - أنها جمعت ماتقدم من دراسات لهذه المعاملة وذلك من خلال تتبع ماينبثق عن المؤتمرات من توصيات وماتضمه الدوريات من مقالات .

٣ - أنها استدركت على تلك الدراسات مثالبها والتي منها :-

أ - عدم الوضوح في المنهج إذْ الحكم على خطاب الضمان في الدراسات المتقدمة لم يكن وَفْقَ منهج واضح بل كان كل يحكم على خطاب الضمان من جراء مايراه وجه وفاق أو فراق بينه وبين عقود التوثق المعروفة دون محاولة لمعرفة ماإذا كان ذاك الوصف مؤثراً أوْ لا .

ب - الاقتضاب : حيث كانت تلك الدراسات مقتضبة ، بيد أنني في هذه الدراسة عملت جاهداً على بسط الموضوع واعطائه حقَّه بحثاً ومناقشة ، وسيتجلى ذلك

بوضوح عند الرجوع إلى المباحث في تكييف خطاب الضمان وفيها أتناول كل عقد يُظَنُّ لحوقُ خطاب الضمان به عرْضاً وتحليلاً وبياناً لأوجه الاتفاق والافتراق ومايؤثر منها ومالايؤثر .

٤ - أنها أضافت إلى تلك الدراسات جديداً من ذلك :-

أ - إيراد عقد الرهن باعتباره من عقود التوثق التي لها شَبَهٌ بخطاب الضمان ، ومن ثَمَّ القيامُ بدراسته وتحليله وبيان مابينه وبين خطاب الضمان من أوجه اتفاق وافتراق .

ب - ايراد عقد الحوالة على النحو المتقدم في الرهن .

مصطلحات الرسالة .

وقد كان لي في هذه الرسالة بعضُ المصطلحات منها :-

القانون : وأعني به عند الاطلاق القانون المصري وهو الذي اعتمدتهُ في رسالتي هذه .

العميل : والمراد به الشخص المتقدم إلى المصرف طالباً منه اصدارَ خطاب الضمان لمصلحة المستفيد .

المستفيد : وهو الطرف الثالث الذي يُطلبُ خطاب الضمان لمصلحته .

الغطاء : وهو التأمين النقدي الذي يطلبه المصرف من العميل توثقة لخطاب الضمان الذي سيقوم المصرف بإصداره لمصلحة المستفيد بناء على طلب العميل .

الموافقات : وأعني بها أوجه الاتفاق بين خطاب الضمان وماعرضته عليه من عقود التوثق المعروفه .

الفروق : وأعني بها أوجه الفرق بين خطاب الضمان وماعرضته عليه من عقود التوثق .

منهج الرسالة :-

والمنهج الذي نهجته في سبيل تكييف خطاب الضمان والحكم عليه مايلي :-

١ - بيان القضية (خطاب الضمان) ليتسنىّ الحكم عليه إذْ حكمك على الشيء فرع عن تصوره .

٢ - بيان عقود التوثق : الكفاله ، الوكالة ، الرهن ، الحوالة ، بجامع التوثقِ بينها وبين خطاب الضمان ممايجعله مَظِنّةَ اللحوق بها وفي هذا اقتصرت على إيراد ماله صلة بخطاب الضمان وفاقاً أو فراقاً من مسائل تلك العقود .

٣ - واعتمدت في ذلك المذاهبَ الفقهية الأربعةَ دون مجاوزتها إلى غيرها إلاّ في أضيق نطاق لغرضٍ يخدم البحث .

٤ - ورجحت ماأرى رجحانه من أقوال العلماء .

٥ - ومن ثَم قارنت الفقه بالقانون في تلك المسائل .

خطة الرسالة :-

وأما الخطة التي اعتمدتها فهذا بيانها :-

مقدمة : بينت فيها أهمية الموضوع وسبب اختياره ومصطلحاتي ومنهجي في دراسته .

تمهيد : بينت فيه ماللمصارف من تسهيل ومالها من تضليل وما ينبغي أن نتخذه تجاه المعاملات المصرفية والتي يعد خطاب الضمان واحدةً منها .

الباب الأول : خطاب الضمان ومايمكن أن يلحق به من عقود ويحتوي على مايلي :-

تمهيد : وفيه أبين وجه إيراد مايتضمنه هذا الباب من فصول وهي على التوالي :-

الفصل الأول : خطاب الضمان ، ويتكون من المباحث الآتية :-

المبحث الاول : تعريف خطاب الضمان .

المبحث الثاني : بيان حقيقته .

المبحث الثالث : الغرض منه .

المبحث الرابع : شروطه .

المبحث الخامس : انعقاده .

المبحث السادس : أنواعه من جهة تسليم مبلغه للمستفيد .

المبحث السابع : أنواعه من جهة موضوعه .

المبحث الثامن : آثاره .

المبحث التاسع : انقضاؤه .

الفصل الثاني : الكفاله ويتكون ممايلي :-

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها .

المبحث الثاني : انعقادها .

المبحث الثالث : أقسامها .

المبحث الرابع : آثارها .

المبحث الخامس : انقضاؤها .

المبحث السادس : الموافقات والفروق بينها وبين خطاب الضمان .

الفصل الثالث : الوكاله ، ويتكون ممايلي :-

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها .

المبحث الثاني : انعقادها .

المبحث الثالث : آثارها .

المبحث الرابع : انقضاؤها .

المبحث الخامس : الموافقات والفروق بينها وبين خطاب الضمان .

الفصل الرابع : الحوالة ويتكون مما يلي :-

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها .

المبحث الثاني : انعقادها .

المبحث الثالث : شروطها .

المبحث الرابع : آثارها .

المبحث الخامس : انقضاؤها .

المبحث السادس : الموافقات والفروق بينها وبين خطاب الضمان .

الفصل الخامس : الرهن ويتكون مما يلي :-

المبحث الأول : تعريفه وبيان حقيقته .

المبحث الثاني : انعقاده .

المبحث الثالث : المرهون .

المبحث الرابع : المرهون به .

المبحث الخامس : القبض .

المبحث السادس : آثاره .

المبحث السابع : انقضاؤه .

المبحث الثامن : الموافقات والفروق بينه وبين خطاب الضمان .

الباب الثاني : تخريج (تكييف) خطاب الضمان وبيان بعض أحكامه ويحتوي على مايلي :-

الفصل الأول : تخريجه ويتكون من فرعين :-

الفرع الأول : تخريج (تكييفه) في الشرع ويحتوي على مايلي :-

تمهيد أوضح فيه :-

أ - بيان الأصل في خطاب الضمان

ب - بيان المنهج الذي ينبغي نهجه في سبيل تكييف خطاب الضمان .

المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط ويتكون مما يلي :-

المطلب الأول : المقارنة بين صور خطاب الضمان .

المطلب الثاني : تخريج خطاب الضمان المشروط .

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط (الأصل) ويتكون مما يلي :-

المطلب الأول : مناقشة تخريجه على أنه كفالة .

المطلب الثاني : مناقشة تخريجه على أنه وكاله .

المطلب الثالث : مناقشة تخريجه على أنه حواله .

المطلب الرابع : رأيي في الموضوع ويتكون من مقصدين :-

المقصد الاول : علاقة المصرف بالمستفيد .

المقصد الثاني : علاقة المصرف بالعميل .

الفرع الثاني : تكييف خطاب الضمان في القانون ويتكون مما يلي :-

المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط .

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط ويتكون من المطالب الآتيه :-

المطلب الأول : القول بأنه كفالة ومناقشة ذلك .

المطلب الثاني : القول بأنه عقد بالارادة المنفردة ومناقشة ذلك .

المطلب الثالث : القول بأنه إنابة ومناقشة ذلك .

المطلب الرابع : القول بأنه اشتراط لمصلحة الغير ومناقشة ذلك .

الفصل الثاني : بعض الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان ، وفيه ما يلي : -

تمهيد : أبين فيه مناسبة مناقشة بعض الأحكام المتعلقة بخطاب الضمان بعد أن فرغت من مناقشة تخريجه .

المبحث الأول : حكم الأجر على خطاب الضمان .

المبحث الثاني : حكم انتفاع المصرف بغطاء خطاب الضمان .

المبحث الثالث : حكم خطاب الضمان الابتدائي .

البديل : وفيه أبين ماأراه بديلاً عن خطاب الضمان .

الخاتمه : وتحتوي على ملخص لأهم ماتوصلت اليه من نتائج وتوصيات .

الملاحق والفهارس .

تمهيـــد :-

لايخفى ماللبنوك من نشاط تقوم به في عالم الاقتصاد من خدْمات بنكية كالودائع المصرفية والمستندية ، وكالتحصيل والوفاء وتقديم المعلومات ، ومن قروض وتسهيلات كالحسابات الجارية وخصم الأوراق التجارية والكفالة المصرفية وخطابات الضمان والاعتمادات المستندية وغير ذلك . ولهذا و ذاك انبهر الناس لما لحظوه من جراء هذا التسهيل من حفظ لأموالهم حال إقامتهم وتسهيل في تعاملهم حين تنقلاتهم وغير ذلك ، وهذا واقع محسوس غير أن مالها من تسهيل مابلغ معشار مالها من تضليل كيف لا وقد رضيت الربا مغنما والاستغلال منهجاً ، ولعل مردَّ ذلك يتضح من خلال معرفتنا تاريخَ تلك المصارف [١] إذْ نشأت في كنف المرابين من الصيارفة والصاغة اليهود الذين كانوا يقومون بالصرافه للناس واستقبال ودائعهم واعطائهم سنداتٍ عليها أصبحت فيما بعد قابلة للتداول ، وهذا هوا الطور الأول لها (وهو طور الوديعة) .

ولما لحظ الصيارفة والصاغة اليهود أن المودعين لديهم قليلٌ منهم من يسترد ماله والكثرة الكاثرة تذر أموالها لديهم فكروا في استغلال تلك الودائع واستثمارها لصالحهم وقد كان ، ثم إن ذلك زاد نهمهم وسعارهم فصاروا يشجعون الناس على الإيداع بل صاروا يعطون من يودع لديهم فائدة سنوية قليلة بدلاً من أن يأخذوا منه رسوم ايداع ليتسنى لهم اقراض هذه الأموال بفائدةٍ أكبر ويكون الفرق ربحاً لهم وهذا هو الطور الآخر وهو طور (الإستغلال والربا) .

وعلى هذا النحو أصبح الصيارفة والصاغة يتلقفون مافي أيدي الناس واتفق أن جاءت ظروف ساعدتهم على هذا الاحتكار تلكم هي الحروب الصليبيه التي فتحت الأبواب أمام أوروبا

---

(١) الاعمال المصرفية والاسلام ، مصطفى عبد الله الهمشري ، الطبعة الثانية (الرياض : مكتبة الحرمين) ، ٣٣ - ٤٠ .

وبخاصة جنوبها للاتصال التجاري بالشرق فكانت مدينة البندقية أكبر مركز احتكاري .

ولما ظهرت حركة التصنيع وكانت تحتاج إلى أموال لقيامها اتجه الأفراد إلى إمدادها بما لديهم من مال غير أن ذلك لم يرق للمرابين من الصيارفة والصاغة إذْ كانوا يريدون أن يحتكروا التجارة والصناعة فتكون تحت أيديهم دون منافس ، ولهذا أخذوا باقناع الأفراد بضرورة الإيداع لديهم من خلال تخويفهم من خطر المشاركة والمضاربة وإغرائهم بالفائدة ان هم اودعوا لديهم وقد كان ، وبدأ اتفاق رجال الصناعة مع المرابين لانعاشهم بالسيولة المادية وبهذا صارت التجارة والصناعة حكراً على المرابين وتحت سيطرتهم .

وفي طور آخر انتظمت طوائف المحتكرين والمرابين في سلك واحد بعد أن كانوا يعملون فرادى وأُلفت شركاتٌ لحرفة المال يسير أمرها بالأموال المشتركه في سائر شعب الاقتصاد هي مانسميها اليوم بالبنوك وكان أقدمها تأسيساً بنكَ البندقية الذي تأسس سنة ١١٥٧م .

وفي ظل هذا السعار المادي وماصحبه من تفكك عائلي واجتماعي اختفت معالم الرفق والإحسان ولم يعد للخلق والفضيلة سلطان بل كان السلطان كله للمادة حتى ان الشخص لم يعد يجد من يكفُله الاّ بأجر وكان غالب مايوجد ذلك لدى المصارف التي لاتعمل عملاً إلاّ بمقابل ، ولقد سرت تلك الشبهة إلى بلادنا بعد أن قدر للبنوك القائمة على الاحتكار والربا أن تغزوَ الآفاق لتفرض عليها أنظمتها وتنفثَ فيها سمومها فصرنا نرى هذا ومثله من المتشابه في المعاملات التي حُق لنا بعد أن عرفنا تاريخ نشأتها ونُبْذَةً عن مصدرها أن لا ننساق إليها ونعمل على تبريرها إلا بعد تأمل ونظر ودراسة متجردة إلا من الحق ، كيف لا وهي ربوية المحْتِدِ والمعقل !! .

ومايدعيه بعضهم من حل المعاملات المصرفية الحديثه متوسلاً إلى ذلك بالقاعدة التي تفيد أن الأصل في العقود والشروط الاباحةُ ليس صحيحاً ذلك أن تلك القاعدة لاتؤخذ على إطلاقها بل هي

مقيدة بالشرع يقول ابن تيمية في هذا :-

(واذا كان ذلك كذلك فالأدلة النافية لتحريم العقود والشروط مخصوصة بجميع ماحرمه الله ورسوله فلا يُنتَفَعْ بهذه القاعدة الا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع)[١] .

وبهذا تتأكد لنا ضرورة تمحيص كل معاملة جديدة ودراستها لنكون بعد ذلك أمام احتمالين:-

١ - إما أن نجد لها نظائرَ في الشرع فنلحقَها بها .

٢ - أو لا نجد لها نظائر فلاتخلو من أحد احتمالين :-

أ - إما أن نجد من أدلة الشرع مايمنعها فلا نقول بصحتها والحالة هذه .

ب - أو لا نجد من الشارع مايمنعها فنقول بصحتها وحلها لالكونها معاملة جديدة بل لكون الشرع لم يَرِدْ بمنع لها .

وإذا كان ذلك كذلك فإننا بحاجة إلى دراسة فاحصة لمعاملة خطاب الضمان وذلك من خلال النظر فيها وفيما يمكن أن تلحق به من عقود لنخلص في النهاية إلى بيان خطاب الضمان ومايتصل به من أحكام وهو موضوع الدراسة .

---

(١) الفتاوى ، أحمد بن عبد السلام ، المشهور (بابن تيميه) ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي وابنه محمد (القاهرة : مطابع ادارة المساحة العسكرية ، ١٤٠٤هـ) .

الباب الأول

خطاب الضمان ومايمكن أن يلحق به من عقود

الفصل الأول : خطاب الضمان

المبحث الأول : تعريف خطاب الضمان

المبحث الثاني : حقيقة خطاب الضمان

المبحث الثالث : الغرض من خطاب الضمان

المبحث الرابع : شروط خطاب الضمان

المبحث الخامس : انعقاد خطاب الضمان

المبحث السادس : الشروط المرافقة لخطاب الضمان

المبحث السابع : أنواع خطاب الضمان من جهة تسليم مبلغه للمستفيد

المبحث الثامن : أنواع خطاب الضمان من جهة موضوعه

المبحث التاسع : آثار خطاب الضمان

المبحث العاشر : انقضاء خطاب الضمان

الباب الأول
خطاب الضمان ومايمكن أن يلحق به من عقود

توطئـــه :-

لما كان خطاب الضمان عقداً جديداً جيء به من أجل التوثيق فان دراسته تتطلب منا أمرين:-

أحدهما : إيضاحه وبيان أحكامه ليمكن الحكم عليه إذْ حكمك على الشيء فرع عن تصوره .

وثانيهما :- عرضه على عقود التوثيق بجامع التوثيق بينه وبينها على نحو يدلّل لنا مااستعصى من أمره ويجلو ما خفي من سره .

ولهذا وذاك كان هذا الباب . وفيه سأعقد فصولاً خمسة أولها لبيان خطاب الضمان ، وفي فصول أربعة تليه سأتناول كلاً من الكفالة والوكالة والرهن والحوالة ، أما الكفالة فكانت دراستها لسببين :-

أ - لجامع التوثيق بينها وبين خطاب الضمان .

ب - لتحقيق ماسبق من القول بإن خطاب الضمان كفالة .

وأما الوكالة فلم أجد لها شبهاً صحيحاً يجمعها بخطاب الضمان ولكن كان إيرادها بغية تحقيق ماسبق من القول بإن خطاب الضمان وكالة فيما يختص بعلاقة المصرف بالعميل ، وأما الحوالة والرهن فذلك رأي رأيته وكان سببه جامع التوثيق بينهما وبين خطاب الضمان وستتجلى فيما بعد قيمة هذه الوجهة .

وقد راعيت في بحثي تلك العقود أن يكون ماأطرقه فيها من مسائل مماله تعلقٌ بخطاب الضمان وفاقاً أو فراقاً لأن ذلك غرض هذه الدراسة وليس غرضها الدراسةَ المجردة لتلك العقود .

الفصل الأول : خطاب الضمان

تمهيـد :-

في اوائل النصف الثاني من هذا القرن نشطت الحركة التجاريه على الصعيدالدولي ، وصار التعامل بين أناس وجهات لايعرف بعضها بعضا ، الأمر الذي جعل تلك الجهات بحاجة إلى مزيد من التوثق ، ولهذا لم تعد الكفالة مجدية في نظرهم فبحثوا عن أرقى مايمكن أن يستوثق به ألا وهو الرهن ، ليس مطلق الرهن فحسب بل رهن النقود ، فأصبحت النقود هي التوثقة الشائعة في المعاملة بينهم ، ولكنها هي الأخرى لم تعد مناسبه لامن جهة التوثق فهي أرقاه درجة بل من جهة ماينجم عن التوثق بها من حرمان العميل ذلك المبلغ المرهون ، ومن جهة ماترتب على ذلك حيث أصبح العميل يراعي هذا المبلغ في عقوده مع الآخرين فيحسب حسابه ممايزيد التكلفة على المستفيد ، كل ذلك دعا إلى إعادة النظر في الأمر فكان التوصل إلى حل وسط يجمع بين التوثقة للمستفيد والسيولة للعميل ، وذلك عن طريق إصدار خطابات ضمان من المصارف بطلب من عملائها ، وفيها يتعهد المصرف بدفع مبلغ نقدي معين للمستفيد عند أول طلب منه ، هذه الخطابات روعي فيها أن تكون بديلة تسليم النقود من خلال ما أودع فيها من خصائص تجعلها كذلك -سيأتي بيانها- ، لكنها مافتئت أن أصبحت كالصلصال الذي يشكله كل حسب رغبته ، فظهرت من جراء ذلك صور شتّى منها :-

١ - ماهو مشروط تسليم مبلغه للمستفيد بحصول تقصير من العميل وفق تقدير المستفيد المطلق دون حاجة إلى إرفاق مايثبت ذلك بل يكتفى بمجرد دعوى المستفيد .

٢ - ماهو مشروط بإرفاق مستندات تثبت ما إدعاه المستفيد من تقصير العميل .

هذا عرض موجز لتاريخها ، وأصلها ، وسيأتي بيان مسائلها تباعاً .

المبحث الاول : تعريف خطاب الضمان

عرف خطاب الضمان بتعريفات عدة نورد منها ما يلي : -

أ - عرفه القانون الكويتي في المادة (٣٨٢) من قانون التجارة أنه :-

« تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طَلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في الخطاب الغرض الذي صدر من أجله » .

ب - وعرفه القانون العراقي في الماده (٣٦٥) من قانون التجارة بعبارة لاتختلف عما جاء في قانون التجارة الكويتي .

ج - وجرت محكمة النقض المصريه على هذا التعريف فقالت :-

« الأصل أن خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد منه ذلك وأنه لايجوز للمصرف أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد[١] .

د - وعُرِّف أنه :-

«تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (ونسميه الآمر) بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محدودة دون توقف على شرط آخر »[٢] .

هـ - « صك ذو طابع شخصي يوجهه المصرف إلى المستفيد بناء على طلب العميل ويتعهد

---

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض (مصر :دار الاتحاد العربي للطباعه ، ١٩٨١م) ، ص ٥٠٩ ، الفقره (٥٠٧) .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٨٤ ، الفقرة (٤٨١) .

المصرف بمقتضاه تعهداً مباشراً مجرداً غير قابل للتداول أو التنازل بدفع مبلغ الضمان بمجرد الطلب وخلال مدة معينة» [١] .

و - «تعهد كتابي نهائي بالوفاء بمبلغ نقدي محدد أو قابل للتحديد إلى المستفيد الذي يعينه العميل طالب الخطاب بمجرد طلب المستفيد وذلك خلال مدة معينة رغم أي معارضة من العميل» [٢] .

مما تقدم نتبين أن التعريفات تلك وان كان ثمة اختلاف بينها في الصياغة إلاّ أنها تتفق في خصائص معينةٍ تلك هي جوهر خطاب الضمان وهي :-

١ - كون التزام المصرف أصيلاً .

٢ - مجرداً عن التزام العميل .

٣ - محله مبلغ من النقود .

٤ - مستحق الدفع فوراً .

٥ - دون توقف على شرط .

وقد جُعِلت هذه الخصائص فيه كي يحل محل تسليم النقود للمستفيد إذ هو بديل عنها ، ومعلوم أن البدل ينبغي أن يتصف بوصف المبدل ، وحيث كان تسلم المستفيد للنقود ابتداءً غير متوقف على شرط فإنه ينبغي أن يكون تسليم مبلغ خطاب الضمان كذلك ، وهذه الخصائص هي ماأقرها القانون الألماني والإيطالي أيضا وهي ماأخذت بها محكمة النقض المصرية [٣] ،

---

(١) عمليات البنوك ، محمد حسني عباس (مصر : مطبعة الاستقلال الكبرى ، ١٩٦٨م) ، ص ١٣٨ ، الفقره (١٩٦) .

(٢) النشاط المصرفي من الوجهة القانونية في تشريعات الدول العربيه ، سعيد أحمد بركات (اتحاد المصارف العربيه) ، ص٨٦.

(٣) الكفالات المصرفية في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة ، عبدالمجيد محمد عبوده (الرياض : ادارة البحوث ، معهد الادارة العامه ، ١٤٠٨هـ) ، ص ٣٨ .
عمليات البنوك من الوجهة القانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٠٥ ، الفقرة (٥٠٣) .

المبحث الثاني : حقيقة خطاب الضمان

حقيقة خطاب الضمان :-

ونحن نتكلم عن حقيقة خطاب الضمان يجب أن نضع في اعتبارنا مايلي :-

١ - الأصل في هذا التعهد أنه بدل من النقود التي كان من المفترض أن يقدمها العميل للمستفيد تأمينا وتوثقة لحق المستفيد على العميل الناشىء مما بينهما من عقد[١]، لكن لما كان ذلك يشق على العميل إما لحاجته إلى النقود أو لعدم ثقته بالمستفيد أو غير ذلك من أسباب لجأ إلى المصرف ليتعهد للمستفيد باعطائه هذا التأمين بدلاً من العميل ولئن كان المصرف لم يعط المستفيد نقوداً الاّ أن المستفيد قد حصل له من الثقة والاطمئنان بمجرد تسلم خطاب الضمان ماكان سيحصل له لو كانت النقود في حوزته ولهذا رضيه بدلاً عن النقود في حين أنه لم يرض الكفالة .

٢ - إن هذا التعهد ليس كغيره من التعهدات بل له من الخصائص والحماية القانونية مايجعله مستحقَّ الدفع عند تقديمه دون توقف على أمر خارج عنه مما يجعله في حكم التسليم وهذا سر طمأنينة المستفيد وثقته التي سبقت الإشارة اليها .

٣ - إن المصرف إذ يصدر خطاب الضمان فهو لايضمن حسن تنفيذ عميله لالتزامه ولا يتعهد أن يقوم بدلاً منه بتنفيذ هذا الالتزام .

٤ - إن هذا التعهد مجرد عن تعهد العميل والتزامه ، من حيث المحل والصحة والانقضاء .

٥ - إن محل هذا التعهد مبلغ من النقود .

---

(١) محاسبة البنوك ، خيرت ضيف (القاهرة : دار القلم ، ١٩٦٥م) ، ص ٢١٧ ، ٢٢٥

عمليات البنوك من الوجهة القانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٤٩٩ ، الفقرة (٤٩٧) .

الموسوعة العلميه والعمليه للبنوك الاسلامية ، الطبعة الأولى (الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) ، ٤٨٣/٥

إذا تقرر هذا أمكننا أن نقول في حقيقة خطاب الضمان :-

إنه تعهد مكتوب محله استحقاق مبلغ من النقود لحامله يستحقها عند تقديمه للمصرف دون توقف على شرط آخر فهو في هذا يشبه الشيك والكمبيالة ولئن اختلفتا عنه من حيث كونُهما ورقةً تجارية فانهما لايختلفان عنه من حيث استحقاق قيمته عند تقديمه كماهو الشأن فيهما وهذا القدر هو الذي يعني المستفيد وتحصل له الثقة بتحققه .

المبحث الثالث : الغرض من خطاب الضمان [١] :-

معلوم أن التوثق يتفاوت بتفاوت محله قوة وضعفاً ، فتارة يكون محله الذمم ، وتارة يكون محله الأعيان من مال ، ونقود ، ونحو ذلك ، وتبعاً لهذا الاختلاف اختلفت أسماء عقود التوثق ، فكانت الكفالة لدى الفقهاء اسماً يطلق على التوثق في الذمم ، وكان الرهن لديهم اسماً يطلق على التوثق في الأعيان ، وعلى مثل هذا درج القانون فأطلقت الكفالة الشخصيه على الكفالة المتعلقة بالذمة ، وأطلقتْ الكفالة النقدية على الكفالة المتعلقة بالأعيان كرهن النقود مثلا ، ومماهو معلوم إن التوثق بالأعيان أقوى من التوثق في الذمم ، ومن هذا المنطلق فان الذي يريد التوثق بالأعيان لايقبل الذمم بديلاً عنها كالكفالة مثلا لكونها أقلَّ درجةً ، ولهذا فان مانسميه المستفيد من خطاب الضمان لايقبل الكفالة الشخصية من عميله بديلاً ذلك أنه في الأصل كان يطلب منه نقوداً يتوثق بها ومعلوم أن الكفالة الشخصية لاتقوم مقام النقود ، ولما كان البديل غير متصف بوصف المبدل فانه رفض الكفالة بديلاً ورضي خطاب الضمان إذ هو وثيقة على مبلغ نقدي يستحق بموجبه قبضه عند تقديمه ، فكان لذلك بمثابة قبض حكمي للنقود .

مما تقدم نتبين أن المستفيد ليس غرضه من خطاب الضمان مطلقَ التوثق فذلك متحقق فيما هو أقل منه درجة كالكفالة ولكنْ غرضُهُ التوثقُ بالنقود .

---

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ص ٤٨٦ ، ٤٩٩ ، الفقرات (٤٨٣ ، ٤٩٧) .

المبحث الرابع : شروط خطاب الضمان :-

يتعلق بخطاب الضمان نوعان من الشروط :

النوع الأول: شروط داخلة في ماهية خطاب الضمان ، لايمكن أن يوجد خطاب الضمان عند تخلفها، بل يتوقف عليها خطاب الضمان ، وتلك من شأنها أن تجعل خطاب الضمان يحل محل التأمين النقدي فيما يعنى المستفيد وتلك الشروط هي[١] :-

١ - التجريد : ويراد به استقلال التزام المصرف عن التزام عميله (الآمر) فلا يتبعه في محل التزامه ولا في صحته وبطلانه ولا في بقائه وانقضائه ومعنى ذلك ان المصرف في علاقته بالمستفيد الناشئة من خطاب الضمان لاشأن له بعلاقة المستفيد بالعميل اذْ هي منفصلة عنها ومستقلة عنها كلَّ الاستقلال فليس من حق المصرف أن يرفض الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المستفيد بالعميل أو علاقة المصرف بالعميل .

٢ - الكفاية الذاتية : والمقصود أن يكون خطاب الضمان كافياً بذاته لاستحقاق قيمته دون توقف على أمر خارج عنه وذلك متحقق بما يلي :-

أ - أن يُنَصَّ على مقداره فيه .

ب - أن يُنَص على مدته فيه .

ج - أن لايَتَوقف استحقاق قيمته على أمر خارج عنه بل يُصرَف عند تقديمه دون قيد أو شرط .

٣ - أن يكون مستحقَّ الدفع فور صدوره : وذلك ليتحقق الغرض منه وهو كونه بديلاً عن

---

(١) المصدر السابق ، ص ٥٠٤ ، الفقره (٥٠٣) ، عمليات البنوك ، محمد حسني عباس ، ص ١٤٠ - ١٤١ .

النقود ولن يكون كذلك مالم يكن مستحق الدفع فورا ، واذا كان المستفيد من حقه أن يطلب نقوداً منذ البداية توثقة لما بينه وبين عميله من عقد فإن من حقه أن يطالب بالوفاء بمبلغ الخطاب فوراً إذْ هو بديل ذلك .

النوع الثاني : شروط خارجة عن ماهية خطاب الضمان لايتوقف عليها خطاب الضمان ولا ينعدم بانعدامها ، لكنها قد ترافق خطاب الضمان وهي :(١)

١ - تقديم تأمين نقدي اما بتجنيب مبلغ من حسابه ان كان له حساب أو بدفعه ان لم يكن له حساب ، هذا التأمين قد يكون كليا بمعنى انه يعادل قيمة خطاب الضمان وقد يكون جزئياً أي يشكل جزءاً منها ، وفي بعض الأحيان لايحتاج إلى تأمين البتة وذلك في حالات نادرة تقتصر على العملاء في البنوك الكبرى وعملاء المصرف من الشركات الضخمة والأفراد ذوي المراكز المالية ، وقد يكون التأمين عينيا ويشترط تمكين المصرف من بيعه دون اشعار مسبق للعميل .

٢ - رهن الحقوق الناشئة للآمر من هذا العقد تجاه المستفيد .

٣ - شرط امكان تمديد مدة الخطاب دون حاجة للرجوع إلى العميل .

٤ - وبالاضافة إلى اشتراط تأمين نقدي أو عيني فقد يشترط تقديم ضمان شخصي بحيث يتعهد كفيل بالتضامن بأن يدفع مايستحق للمصرف بسبب خطاب الضمان وحسب شروطه وتلك كفالة بالتضامن تنطبق عليها القواعد العامه للكفالة .

---

(١) عمليات البنوك ، محمد حسني عباس ، ص ١٣٩ ، الكفالات البنكيه ، عبدالمجيد عبوده ، ص ٧٨-٨٣ .

المبحث الخامس : انعقاد خطاب الضمان :-

في خطاب الضمان تلتقي علاقات ثلاث لاارتباط بينها نظراً لخاصية التجريد .

أولاها : علاقة العميل(١) بالمستفيد(٢)الذي يطلب خطاب الضمان لمصلحته ويحكم هذه العلاقة العقد بينهما .

وثانيها : علاقة العميل بالمصرف اذ يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه إصدار خطاب ضمان لمصلحة عميله (المستفيد) وفي هذه العلاقة يتحقق الايجاب من العميل بتقديم طلب إلى المصرف يطلب فيه إصدار الخطاب لصالح عميله (المستفيد) ويتحقق القبول من المصرف بالموافقه على هذا الطلب وإصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد .

وثالثها : علاقة المصرف بالمستفيد وفي هذه العلاقة يتحقق ايجاب المصرف بتحرير خطاب الضمان وإرساله للمستفيد ، ويتحقق قبول المستفيد بتسلمه الخطاب وعدم رفضه ، رغم مرور مدة كافية لوصول رفضه إلى المصرف .

---

(١) العميل هو همزة الوصل بين المصرف والمستفيد ويسمى (الأمر) لأنه يأمر المصرف بإصدار خطاب الضمان باسم المستفيد، ويربط العميل بالمستفيد العقد الذي من أجله طلب العميل من المصرف خطاب الضمان .

(٢) المستفيد هو الذي يصدر المصرف خطاب الضمان باسمه ليوثق به حقه الناشئ على العميل

المبحث السادس: أنواع خطاب الضمان من جهة تسليم مبلغه للمستفيد :-

وخطابات الضمان تنقسم بهذا الإعتبار إلى مايلي :-

١ - خطاب الضمان غير المشروط : وهو مايسمى بالدفع لأول طلب حيث لايتوقف تسليم مبلغه للمستفيد على شرط ، وهذه الصوره تقوم مقام رهن النقود والتي جاءت بديلاً عنها إذ تسلم مبلغها موجبه الحق الناشئ للمستفيد من العقد بينه وبين العميل بغية توثيقه ، وهذا النوع تصدق عليه التعريفات المذكورة في أول الفصل[١] .

٢ - وهناك نوع آخر يكون تسليم مبلغه مشروطا بحصول تقصير أو إخلال من العميل لكن المصرف يسلم المبلغ للستفيد بمجرد دعواه تقصير العميل وفق تقديره المطلق دون حاجة إلى إرفاق مايثبت دعواه حتى لو إعترض العميل عليها [٢] ، وهذا النوع وإن جرى تصنيفه تبعاً للنوع الأول بجامع أن مبلغهما يسلم للمستفيد لدى أول طلب إلاّ أنه يختلف عنه من جهة موجب التسليم إذ الأول موجبه مطلق حق المستفيد وهذا موجبه تقصير العميل في حق المستفيد ، وهذا فرق جوهري بينهما فالأولى به أن يدرج ضمن المشروط إذ هو كذلك ، وهذا النوع هو المعتمد في مصارف المملكة العربية السعوديه ، خاصة فيما يتعلق بخطاب الضمان النهائي ، اما الابتدائي فانه يكون غير مقيد بشرط ، بموجب تعميم وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢هـ الذي جاء محددا الصيغ التي ينبغي أن تكون عليها خطابات الضمان الصادرة من البنوك المحلية في المملكة العربية السعودية[٣].

---

(١) الضمانات المصرفيه التعاقديه في نطاق التجارة الدولية ، هزار سليمان حيدر (اتحاد المصارف العربيه ، ١٩٨٩م) ، ص١٨٧ ، ولبيانه انظر النموذج المرفق رقم (٣ أ ، ٣ ب) . (٢) لبيان هذا النوع من خطاب الضمان انظر النموذج رقم (٣ج - ٣ ز)

(٣) لبيان تعميم وزير المالية والصيغ التي جاءت برفقه انظر النموذج رقم (٥ أ - ٥ د) .

٣ - خطاب الضمان المشروط : وهذا النوع يختلف عن الأول من جهة أن استحقاق تسلم مبلغه مشروط بحصول تقصير من العميل في حق المستفيد ، ويفرق عن الثاني من جهة التثبت إلى حد ما من دعوى المستفيد إذ يشترط لتسلم المستفيد مبلغه تقديم مستندات تثبت دعواه، لكنه وإن كان مشروطاً إلاّ أن تسليم مبلغه يتم بمجرد تقديم المستندات المثبته دعوى المستفيد بصرف النظر عن طعن العميل فيها [١] .

ولو عرضنا هذه الأنواع على الأصل الذي جاءت بديلاً عنه والذي كان نقوداً يرهنها المستفيد ويستلمها من العميل دون حصول خلل أو تقصير منه ، لرأينا أن الذي يتفق مع هذا الأصل هو النوع الأول ،أما النوع الثاني فإنه وإن كان يصدق عليه اسم خطاب الضمان عند القانونين باعتبار أن المستفيد يستحق قبض مبلغه عند تقديمه دون حاجة إلى اثبات شرطه - وهذا هو المحك عندهم - إلا أنه من جهة شرعية لايستقيم اعتباره خطاب ضمان بالمعنى الصحيح إذا سلمنا أن خطاب الضمان جاء بديلا عن التأمين النقدي (الرهن) وأن الأصل فيه هي النقود ، نظراً لاختلاف موجب الاقباض في كل منهما كما تقدم بيانه في مبحثه ص ٢٤ وأما النوع الثالث فإنه لايمكن اعتباره خطاب ضمان بالمعنى الصحيح لا من جهة شرعية ولا قانونية ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :-

« وقد أشرنا إلى أن هناك صوراً للكفالة تسمى عملاً خطابات ضمان وهي في الحقيقة كفالة لأن تعهد المصرف فيها ليس مجرداً عن العلاقات الأخرى غير علاقته بالمستفيد بل هو مرتبط بها وتابع لها حيث يصرح أنه يضمن حسن تنفيذ عميله لالتزامه وأنه يضمن

---

(١) الضمانات المصرفيه التعاقديه في نطاق التجاره الدوليه ، هزار سليمان حيدر ،ص ٢٠٨ .

دين التعويض الذي يحكم به على العميل أو أن المصرف يدفع إذا ومتى تحققت واقعة معينة كتقصير المدين أو شهر إفلاسه مثلاً فيرتبط التزام المصرف عندئذ بالتزام المدين العميل ويتوقف استحقاق التزام المصرف على عوامل خارجة عن مجرد الخطاب بحيث لايلزم بالدفع إلاّ متى ثبت بشكل قانوني مديونية العميل »[١] .

---

(١) عمليات البنوك من الوجهةالقانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٠٢ ، الفقره (٤٩٨) .

المبحث السابع : انواع خطاب الضمان من جهة موضوعه[١] :-

المجالات التي يستخدم فيها خطاب الضمان كثيرة منها :-

١ - خطابات الضمان اللازمة للدخول في المناقصات والمقاولات وهي على أنواع منها :-

أ - خطابات الضمان الابتدائية :- وهي التي تقدم بادىء ذي بدء مع العطاءات وقبل الترشيح وقبل أن يكون ثمة استحقاق على المتقدم والغرض منها ضمان جدية المتقدم كيلا ينسحب بعد تقديم عطاءاته وقبل التعاقد معه وفي حالة انسحابه تصادر قيمة الخطاب[٢]، ومبلغ هذا الخطاب يتراوح بين ١ ٪ و ٢ ٪ من قيمة العرض .

ب - خطابات ضمان نهائية : وهى التي تقدم بعد العقد والغرض منها توثيق الحق الناشىء من جراء ذلك العقد[٣]، ومبلغ هذا الخطاب ٥٪ من قيمة العرض .

ج - خطابات ضمان السلفة او الدفعة المقدمة : في بعض الأحيان تعطي الجهات الحكومية المقاولين دفعات مقدمة من النقود كي يستعينوا بها في انجاز اعمالهم وتطلب خطاب ضمان توثقة لذلك[٤] .

د - خطابات ضمان للصيانة : وهي نوع من خطابات ضمان حسن التنفيذ .

٢ - خطابات الضمان المتعلقة بالملاحة والاستيراد وتنقسم إلى :-

---

(١) الكفالات البنكيه في المملكة العربية السعودية ، عبدالمجيد محمد عبوده ، ص ٥٩ . ، مبادىء في العلوم المصرفيه ، أحمد نبيل النمري ، الطبعة الأولى (الأردن ، عمان ، المصرف المركزي الأردني ، معهد الدراسات المصرفيه) ، ص ٢٤٢ - ٢٤٤ .

(٢) انظر النموذج رقم (٢ أ - ٢ و)

(٣) انظر النموذج رقم (٣ أ - ٣ ز)

(٤) انظر النموذج رقم (٤ أ - ٤ د)

أ - خطابات ضمان من أجل التخليص على البضاعة قبل وصول مستنداتها وتتضمن هذه الخطابات كفالة تقديم بوليصة الشحن الأصلية عند وصولها .

ب - خطابات ضمان تتعلق بالايداع المؤقت : والغرض منها ضمان إعادة بضائع تدخل للبلاد مؤقتاً وتخزن في مخازن خاصة بالموانئ بقصد إعادة تصديرها فإن لم يتم ذلك صودرت قيمة خطاب الضمان تعويضاً عن الرسوم الجمركية المستحقة .

ج - خطابات ضمان السماح المؤقت : وتصدر لضمان مواد معينة سمح بدخولها مؤقتاً وبدون رسوم جمركية بغرض صنع سلع منها سيتم تصديرها فإن لم يتم ذلك صودرت قيمة خطاب الضمان .

د - خطابات ضمان بضائع الترانزيت : والمقصود بها البضائع التي تدخل الحدود فقط لتخرج من نقطة حدود أخرى مثل هذه تفرض الاعتبارات العملية أن لايؤخذ عليها رسوم إلاّ أن الجمارك لكي تضمن حقوقها تطلب خطاب ضمان بقيمة الرسوم فيتم تحصيلها إذا لم يتم مايثبت أن البضاعة خرجت بالفعل من البلاد من نقطة حدود أخرى .

٣ - خطابات ضمان خاصة بتسهيل مصالح الأفراد والمؤسسات وتنقسم إلى :-

أ - خطابات ضمان موزعي منتجات أو حرف معينة وتطلبها المصانع والشركات من وكلائها الموزعين لمنتجاتها ضماناً لحسن قيامهم بأعمال التوزيع بالوكالة أو ضماناً لتسديد قيمة البضاعة التي قاموا ببيعها لحساب تلك المؤسسات .

ب - خطابات ضمان لصالح المصالح الضريبية أو الجمركية لضمان ماقد تستحقه تلك الجهات على أولئك الأشخاص من رسوم إذ لايجوز لهم السفر قبل تصفية هذه

القضايا وبتقديم خطاب الضمان يمكنهم السفر .

ج - خطابات ضمان إقامة أجانب : وفيها يتعهد شخص مابدفع قيمة معينة إذا لم يتم خروج شخص أجنبي بعد انتهاء إقامته .

د - خطابات ضمان حسن القيام بمهنة ما : والغرض منها ضمان القيام بهذه المهنة على أحسن وجه إذ بعض الجهات لاتسمح لفرد بالانضمام إليها الاّ بتقديم خطاب يضمن ذلك كما هو الحال في وزارة السياحة والسفر إذ تطلب من وكلاء السياحة والسفر ضماناً لعدم قيامهم بمخالفات تمس سمعة المهنة أو ثقة الرأي العام ، وكذا خطابات الضمان التي تطلبها وزارة التموين من بعض التجار وبخاصة موزعي اللحم المستورد.

هـ - خطابات ضمان لاستقدام الأيدي العاملة : وفيه تضمن تشغيلهم في الغرض الذي استقدموا لأجله .

المبحث الثامن : آثار خطاب الضمان [١] : -

يترتب على خطاب الضمان آثار بيانها :-

١ - التزام المصرف قبل المستفيد التزاماً مجرداً عن علاقة أي منهما بالعميل ذلك أن المصرف يتعهد بدفع مبلغ نقدي للمستفيد بصرف النظر عن علاقة العميل بالمصرف أو علاقة العميل بالمستفيد وأيا كان مصير التزام العميل .

٢ - مطالبة المصرف للعميل بدفع مبلغ من المال قبل أن يؤدي المصرف عنه وقبل أن يطالب المستفيدُ المصرفَ ، هذا المبلغ يسميه المصرفُ تأميناً ويستغله المصرف لمصلحته ، وهذا في غالب الأحوال ، وقد تكون حالات نادرة لا يطلب فيها المصرف من العميل تأميناً .

٣ - رجوع المصرف على العميل في حال دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد .

٤ - أخذ المصرف أجراً مقابل اصدار خطاب الضمان .

---

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥٠٤ - ٥١٢ ، الفقرات (٥٠٢ ، ٥٠٦ ، ٥١٠) .

عمليات البنوك ، محمد حسني عباس ، ص ١٤٠ .

الاسس القانونية لعمليات البنوك ، سميحه القليوبي ، ص ٤٤١ ، ٤٥٣ .

المبحث التاسع : انقضاء خطاب الضمان [١] : -

ينقضي خطاب الضمان بأحد حالين :-

الأولى : مصادرته من قبل المستفيد ؛ ذلك أن المصرف يتعهد تعهداً غير مشروط بالدفع للمستفيد عند أول مطالبة وعليه فإن المستفيد عندما يريد استحقاق مبلغ خطاب الضمان ماعليه إلاّ أن يرسل إشعاراً إلى المصرف يطالبه فيه بدفع قيمة خطاب الضمان وعند تسلم المصرف الاشعار يقوم بأمرين :-

أ - اعلام إدارته لدراسة الوضع المالي للعميل .

ب - اخطار العميل حتى يتمكن المصرف من الصلح بينه وبين المستفيد ليتراجع المستفيد عن طلبه وفي حال اصرار المستفيد فان المصرف يدفع له قيمة خطاب الضمان ويقيدها على حساب العميل بعد خصم التأمين الذي سبق أن استوفاه منه وبهذا ينقضي تعهد المصرف قبل المستفيد وتعهد العميل قبل المصرف .

الثانية : الغاؤه : يقوم المصرف بالغاء خطاب الضمان في حالتين :-

أولاهما : إذا أعيد له من قبل المستفيد قبل انتهاء مدة صلاحيته نزولاً من المستفيد عن حقه ، وفي هذه الحالة يلزم إعادة الخطاب إلى المصرف أو أن يقدم المستفيد إلى المصرف مايفيد تنازله بصورة قاطعة عن حقه الناشىء من الخطاب .

وثانيهما : انقضاؤه بانقضاء أجله دون مطالبة من المستفيد ، ذلك أن خطاب الضمان يكون مؤقتاً بوقت معين ولامعنى لهذا التوقيت مالم يعمل بموجبه والعمل بموجبه هو أن ينقضي

---

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٥١٣ -٥١٤ ، الفقرة (٥١٢) .

عمليات البنوك ، محمد حسني عباس ، ص ١٤٣ ، الكفالات البنكيه ، عبدالمجيد محمد عبوده ، ص ١٠٥ - ١١٠ .

خطاب الضمان بانقضاء وقته وعلى هذا فليس من لازم انقضائه ارجاع الخطاب إلى المصرف وإن كان الأصل ارجاعه عند انتهاء مدته .

كان ماتقدم بياناً لما ينبغي بيانه في خطاب الضمان وبعد أن انتهينا من ذلك ننتقل إلى بيان مايمكن أن يلحق به من عقود وسيأتي فيما يلي من فصول :-

الفصل الثاني: الكفاله

المبحث الأول : تعريف الكفاله وبيان حقيقتها

المبحث الثاني : الأصل في مشروعية الكفاله

المبحث الثالث : انعقاد الكفاله

المبحث الرابع : أقسام الكفاله

المبحث الخامس : آثار الكفاله

المبحث السادس : خصائص الكفاله

المبحث السابع : انقضاء الكفاله

المبحث الثامن : الموافقات والفروق

الفصل الثاني : الكفالة

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها

المطلب الأول : تعريفها

نقدم لذلك بذكر اختلاف العلماء في مسمى الكفالة ففقهاء الشافعية والحنابلة يفرقون بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال فيسمون الأولى كفالة ويسمون الأخرى ضماناً ، أمَّا فقهاء الحنفية والمالكية فيرون النوعين كليهما كفالة ، وعلاوة على الفرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال من حيث التسمية لدى بعض الفقهاء كما تقدم فإن ثمة فرقاً آخرَ هو أن الضمان أضيق من الكفالة بدليل أن الضامن لايبرأ الاّ بالأداء أو الابراء بخلاف الكفالة حيث تسقط بموت المكفول عنه وبتلف العين ونحو ذلك .

ونظراً لهذا الاختلاف فقد استخدم مصطلح الكفالة حيناً وقد استخدم مصطلح الضمان حيناً مما يستدعي بيان معنى كل منهما في اللغة والاصطلاح .

أولاً - في اللغة :

أ - الكفالة في اللغة[١]:-

الكَفَل بالتحريك العجز ، والكِفْل من مراكب الرجال وهو كساء يؤخذ فيعقد طرفاه ثم يلقى مقدمه على الكاهل ومؤخره مما يلي العجز

والكافل العائل ومنه قوله تعالى : « **وكفَّلها زكريا** .... »[٢] الآية

---

(١) لسان العرب ، أبوالفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي (بيروت : دار صادر) «كفل» .
القاموس المحيط ، مجد الدين الفيروزابادي (مصر : المكتبه التجاريه الكبرى) «كفل» .
معجم مقاييس اللغه ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبدالسلام هارون ، الطبعة الأولى (القاهره ، دار احياء الكتب العربيه لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه ، عام ١٣٦٨ ، ١٣٦٩هـ) «كفل» .

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٣٧ .

والكافل والكفيل الضامن وكفل المال وبالمال ضمنه

وبالجملة فمادة الكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء كما يقول ابن فارس ، وماتقدم إيراده من معان يتفرع على هذا .

ب – الضمان في اللغة [١]:

الضمين الكفيل وضمن الشيء كفل به وضمنه إياه كفله

وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه وكل شيء أحرز فيه فقد ضمنه ويقال ضمن الشيء بمعنى تضمنه ومنه قولهم "مضمون الكتاب كذا "

والمضامين مافي بطون الحوامل من كل شيء كأنهن تضمَّنَّه وبالجملة فالضاد والميم والنون أصل صحيح وهو جعل الشيء بشيْ يحويه ومن ذلك قولهم (ضمَّنت الشيء) إذا جعلته في وعاء والكفالة تسمى ضمانا من هذا كما يقول ابن فارس .

مما تقدم يتبين أن معنى الضمان يدور على احتواء الشيء للشيء ولما كانت ذمة الضامن تحتوي على الحق المضمون به سمي ضماناً .

ثانيا - في الاصطلاح :-

والكفالة (الضمان) لها في الاصطلاح تعريفات عدة نورد منها مايلي :-

١ – عرفها الحنفية أنها : (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين)[٢] .

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور «ضمن» .

القاموس المحيط ، الفيروزابادي «ضمن» .

معجم مقاييس اللغه ، ابن فارس «ضمن» .

(٢) شرح فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ، الطبعة الأولى (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٨٩هـ – ١٩٧٠م) ، ١٦٣/٧ .

٢ - وعرفها المالكية بأنها : (شغل ذمة أخرى بالحق) [١] .

٣ - وعرفها الشافعية بأنها : (التزام حق ثابت في ذمة الغير أو احضار من هو عليه أو عين مضمونه) [٢] .

٤ - وعرفها الحنابلة بأنها :(ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق)[٣] .

والناظر في التعاريف تلك يجدها خلا التعريف الثاني تحتوي على أركان الكفالة (الضمان) الضامن ، المضمون عنه ، المضمون به فهي متقاربة إلى حدٍّ ما غير أن التعريف الأول لم يبين بشكل جازم بأي شي يكون ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الوقت الذي يفصح عن ذلك التعريفان الثالث والرابع فهما أولى بالاختيار .

المطلب الثاني : حقيقة الكفالة

من خلال إيرادنا تعاريف الفقهاء للكفالة في الاصطلاح رأينا اختلافهم في ذلك واختلافهم هذا مبناه اختلافهم في حقيقتها ذلك أنهم مختلفون في حقيقتها إلى مايلي :-

١ - أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط ، وهو الراجح لدى الحنفية واستندوا في هذا إلى دليل عقلي قالوا :

لوكانت الكفالة ضمَّ ذمة إلى أخرى في الحق لتعدد الدين وهذا ممنوع فكانت ضماً في

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي (مصر : دار احياء الكتب العربيه لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه) ، ٣/٣٢٩ .

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، محمد الشربيني الخطيب (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م) ، ٢/١٩٨ .

(٣) المغني ، ابو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي (المملكة العربية السعودية : مطبوعات رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد) ، ٤/٥٩٠ .

المطالبة فقط دون أصل الدين [١].

المناقشة :

ويجاب عنه بأنه لايلزم من ثبوت الدين في ذمة الضامن تعدد الدين ذلك أن الاستيفاء لايكون إلاّ من أحدهما وإن كان الحق ثابتاً في ذمتيهما ، مثال ذلك ضمان المغصوب إذا غُصِبَ من غاصبه فكل من الغاصب الأول والثاني ضامن لقيمة المغصوب والمالك لايستوفي القيمة الاّ من أحدهما ، ومثال ذلك أيضا فرض الكفاية إذ يتعلق بالمكلفين جميعاً ويسقط بفعل بعضهم فالتعدد ليس في الدين المضمون وانما في محل الضمان .

٢ - أنها نقل للحق كالحوالة وهو رأي الظاهرية وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبى ثور ونقل ابن حزم مثل ذلك عن الحسن وابن سيرين[٢] وأدلتهم :-

أ - عن علي قال :-(كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أُتي بالجنازة لم يسألْ عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه ، فإن قيل عليه دين كف عن الصلاة عليه ، وإن قيل ليس عليه دين صلّى عليه . فأُتي بجِنازة فلما قام ليكبر سأل أصحابه هل على صاحبكم دين ؟ قالو ديناران ، فعدل رسو الله صلى الله عليه وسلم عنه وقال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي رضي الله عنه هما علي يارسول الله برىء منهما فتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ، ثم قال لعلي بن أبي طالب جزاك الله خيراً ، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك انه ليس من يموت وعليه دين إلاّ

---

(١) العناية على الهداية ، أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، الطبعه الأولى (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه ، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م) ، ١٦٣/٧ .

(٢) المحلى ، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري ، تحقيق أحمد محمد شاكر (القاهرة : دار التراث) ، ١١٣/٨ .
المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٣/٤ .

وهو مرتهن بدينه ، ومن فك رهان ميت فك الله رهانه يوم القيامه ، فقال بعضهم هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامه ؟ فقال: بل للمسلمين عامة)[١] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث قوله : «وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» إذ يفيد انتقال الحق من ذمة الميت فذلك الذي يحصل به فك الرهان .

المناقشة :

ويجاب عن ذلك أنه محمول على أمرين :-

الأول : الصلاة إذ كان في حال لايصلى عليه فيها فلما وجد من يضمنه صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم فكان في هذا فكاك له من عدم الصلاة عليه

الثاني : أنه محمول على ماسيكون إذ مآله الوفاء والوفاء فكاك له .

وفوق هذا فإن الحديث موضوعهُ حال الموت إذ كان المدين المضمون ميِّتاً فيحمل على حال الموت إذ هي موضوعهُ ولايُعَدَّى إلى غيرها في مقابل الأدلة القاضية بغير ذلك وفي هذا ينقل صاحب المغني عن أبي بكر عبدالعزيز قوله :-

(أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان)[٢] .

ب - كما استدلوا بحديث أبي قتادة الذي رواه جابر قال :-

---

(١) سنن الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني ، الطبعه الرابعه (بيروت : عالم الكتب ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ، كتاب البيوع ، ٤٧/٣ ، رقم ١٩٤ .

السنن الكبرى ، ابوبكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (بيروت : دار المعرفه) ، كتاب الضمان ، باب وجوب الحق بالضمان ، ٧٣/٦ وقد أخرجاه من طريق أبي سعيد الخدري أيضاً بالفاظ مختلفه .

(٢) المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٤/٤ .

(توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي عليه ، فقلنا تصلي عليه ؟ فخطا ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبوقتادة فأتيناه فقال أبوقتاده : الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق الغريم وبرئ منهما الميت ؟ قال نعم ، فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم مافعل الديناران ؟ فقال : إنما مات أمس : قال فعاد إليه من الغد فقال : قد قضيتهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الآن بردت عليه جلده)[١] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث قوله « وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما» فذلك صريح في براءة المضمون عنه من الدين بتحمل الضامن اياه .

المناقشة :

ويجاب عن ذلك أنه محمول على سبيل التأكيد كي يلتزم أبو قتادة الدين وليس المراد منه الاخبارَ عن انتقال الحق عنه وبراءته منه يدل لذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي قتادة بعد أن وفىً عنه : «الآن بردت جلدته» فدل ذلك على تعلق الدين بذمته حتى الوفاء عنه وأنه لم يبرأ بمجرد ضمان أبي قتادة له وانما برئ بالوفاء عنه

يدل لذلك أيضا الحديث :-

«نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[٢]

---

(١) المسند ، الامام أحمد بن حنبل الشيباني (دار الفكر العربي) ، ٣/٣٣٠ .
ورواه الدارقطني : ٣/٧٩ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٦/٧٥ من طريق جابر أيضا بالفاظ مختلفه .

(٢) سنن الترمذي ، أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، تحقيق أحمد شاكر، الطبعة الثانية (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) ، كتاب الجنائز ، باب ماجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ، ٣/٣٨٠ ، ٣٨١ ، رقم ١٠٧٨ ، ١٠٧٩ قال الترمذي : هذا حديث حسن .
ورواه الامام أحمد في مسنده ٢/٤٤٠ ، ٤٧٥ ، والبيهقي في سننه ٦/٧٦ .

جـ - ومن العقل استدلوا فقالوا : إنَّ الدين الواحد لايحل في محلين فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به .

المناقشة :

ويجاب عن ذلك أنه منقوض بالرهن إذ يتعلق الدين به وبذمة الراهن فحل في محلين .

٣ - انها ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق نفسه وهو رأي جمهور الفقهاء وأدلتهم :-

أ - حديث قبيصة بن مخارق الهلالي قال : (تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ثم قال : ياقبيصة إن المسألة لاتحل الاّ لأحد ثلاثة : رجلٍ تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبَها ثم يمسكَ ورجلٍ أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قِواما من عيش أو قال سِداداً من عيش ، ورجلٍ أصابته فاقة حتى **يقوم** ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال سداداً من عيش ، فما سواهن من المسألة ياقبيصةُ سحتاً يأكلها صاحبها سحتاً)[١] ووجه الدّلالة من هذا الحديث اباحة المسألة من أجل الحمالة والمراد بالحمالة مايتحمله الانسان عن غيره من دية أو غرامة وإباحة المسألة له دليل على تعلق الحق بذمته .

ب - كما استدلوا بحديث أبي قتادة الذي رواه جابر وقد سقناه آنفاً وفيه قال النبي صلى

---

(١) صحيح مسلم ، ابوالحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي (استانبول : المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع) ، كتاب الزكاة ، باب من تحل له المسأله ، ٢/٧٢٢ ، رقم ١٠٤٤ .

الله عليه وسلم لأبي قتادة " وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما ؟" [١] ففي ذلك دليل على ثبوت الدين بالضمان في ذمة الضامن ، لكننا نمنع أن ينتقل الدين من ذمة المضمون إذ يدل قوله صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة بعد أن قضى عنه "الآن بردت جلدته" على بقاء الدين في ذمة المضمون ، وعلى هذا فإن الحديث بمجموعه يدل على تعلق الحق في ذمة كل من المدين والكفيل .

ج - كما استدلوا بالحديث : " والزعيم غارم" [٢]

قالوا فإذا لم يلتزم أصل الدين فأي شيء يغرم ؟

الترجيح :

من خلال طرح الأقوال بأدلتها ومناقشتها يتضح لنا رجحان القول أن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى الأصيل في التزام الحق نفسه وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المعارضات .

القانون :

تعريف الكفالة : تنص المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري على مايلي :

« الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" ، ويوافقه في هذا التعريف القانون السوري والليبي .

---

(١) تقدم تخريجه ، انظر ص ٣٧ .

(٢) سنن أبي داود ، ابوداود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، اعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس ، عادل السيد ، الطبعه الأولى (سوريا : دار الحديث ، ١٣٩١هـ - ١٩٧١م) ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية ، ٣/٨٢٥ ، رقم ٣٥٦٥ .

سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ماجاء أن العارية مؤداه ، ٣/٥٥٦ ، رقم ١٢٦٥ .

سنن ابن ماجه ، أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي (استانبول : المكتبه الاسلاميه) ، كتاب الصدقات ، باب الكفاله ، ٢/٨٠٤ ، رقم ٢٤٠٥ .

وعرفها القانون المدني العراقي تعريفاً مأخوذاً من الفقه فقال :-

« الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام »

وقد شرح السنهوري تعريفها في القانون المدني المصري فقال :

(فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول وهذا الالتزام يفرض وجود مدين أصلي به ودائن كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي كما سنرى في خصائص الكفالة) (١)

حقيقة الكفالة : من خلال ماتقدم من تعريف نرى أن حقيقة الكفالة في القانون المصري ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق نفسه وهذا يوافق ماعليه جمهور الفقهاء ، أما القانون العراقي فيرى حقيقتها ضماً في المطالبة فقط وهو في هذا يوافق ماعليه عامة الحنفية .

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ، عبدالرزاق أحمد السنهوري ، ١٩٦٤ (بيروت : دار احياء التراث العربي) ، ١٠/١٩ ، الفقرة (١١) .

المبحث الثاني : انعقاد الكفالة

لما كانت العقود تختلف في انعقادها فبعضها ينعقد بالايجاب وحده وبعضها ينعقد بالايجاب مضافاً إليه القبول ، ولما كانت الكفالة عقداً أطرافه الكفيل والمكفول عنه والمكفول له فإن النظر هاهنا سيكون في هذه الأطراف هل قبولها مؤثر في الانعقاد أم أن الانعقاد يحصل بمجرد الايجاب وحده فإلى هناك :

المطلب الأول : رضا الكفيل (الضامن)

ان المطلع في كتب الفقه يجد تفاوتاً بينها في طَرْقها هذه المسألةَ فبعضها يعد رضى الكفيل أمراً مفروغاً منه فلا يطرقه بهذه البداهة لكن يطرقه من قبيل الصيغة إذ يشترط أن تكون عبارة الكفيل الموجبة واضحة في الدلالة على الضمان ومعنى هذا اشتراط رضاه إذ لو لم يكن شرطاً لما اشترطت صراحة اللفظ والتي هي تعبير عن الرضى ، وبعضهم يشترط رضاه صراحة ، وبالجملة فالكفيل ركن في الكفالة ورضاه شرط في انعقادها [١] .

القانون :-

والقانون يشترط رضى الكفيل وسيرد بيان ذلك في المسألة الثالثه عند الحديث عن المكفول له.

المطلب الثاني : رضا المكفول عنه

وأما المكفول عنه فلا يشترط رضاه وقدنقل ابن قدامة عدم الخلاف فيه [٢] والحجة فيه مايلي:-

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣/٦ ، المقدمات الممهدات لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات ، ابوالوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق سعيد أحمد عزب ، الطبعة الأولى (بيروت : دار الغرب الاسلامي ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ، ٣٧٨/٢ .
زاد المحتاج بشرح المنهاج ، عبدالله بن حسن الحسن الكوهجي ، تحقيق عبدالله بن ابراهيم الأنصاري ، الطبعه الثانيه (قطر : ادارة احياء التراث الاسلامي ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) ، ٢٣/٢ .
المغني ، ابن قدامه ، ٥٩١/٤ .

(٢) شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ١٨٨/٧ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٠١/٣ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٠/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٥٩١/٤ .

١ - الحديث "الزعيم غارم" [١] فانه اعم من كونه باذن المكفول عنه أوْ لا للاطلاق فيه .

٢ - حديث أبي قتادة المتقدم [٢] وفيه أن أبا قتادة ضمن من غير رضى الميت واجازه النبي صلى الله عليه وسلم

٣ - ولأن عقد الكفالة التزام المطالبة وهذا الالتزام تصرف من الضامن في حق نفسه وفيه نفع للطالب من غير ضرر على المطلوب (المدين) لأن ضرره بثبوت الرجوع عليه ولارجوع .

قلت : والحجة الثالثه هذه إنما تتأتى على قول من قال إن حقيقة الكفالة ضم في المطالبة دون أصل الدين كالحنفية . كما تقدم في ص ٣٣ وما بعدها .

القانـون :

والقانون يوافق الفقه في هذا فلا يشترط رضى المضمون عنه وفي ذلك تنص الماده (٧٧٥) من القانون المدني المصري :

"تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته"

المطلب الثالث : رضا المكفول له

وأما المكفول له فقد اختلف العلماء في كونه مؤثراً في انعقاد الكفالة :

فنقل عن الحنفية قولان[٣] :

أحدهما : يجعل القبول من المضمون له ركنا وعليه أبو حنيفةَ ومحمد بن الحسن في قول .

وثانيهما : لايعتبر قبول المكفول له بل تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل وحده وهو قول أبي يوسف الأخيرُ ومحمدِ بن الحسن في أحد قوليه .

---

(١) تقدم تخريجه ص .

(٢) تقدم تخريجه ص

(٣) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٦/٦ . ، شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٢٠١/٧ .

وأما المالكيه[١] والحنابله[٢] فلا يعدون قبول المكفول له مؤثراً في انعقاد الكفالة بل تنعقد دون توقف عليه ،

ونقل عن الشافعية[٣] ثلاثة أقوال في هذا :

الأول : لايشترط قبوله للضمان ولارضاه لعدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المتقدم .

الثاني : يشترط الرضى ثم القبول لفظاً .

الثالث : يشترط الرضى دون القبول لفظاً .

الأدلـة :

أدلة الذين لايشترطون قبول المكفول له :

١ - حديث أبي قتادة المتقدم وفيه أن أبا قتادة ضمن من غير قبول المكفول له وأقره النبي صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على انعقاد الكفاله دون قبول المكفول له .

٢ - القياس على الشهادة والتي لايشترط فيها رضى المشهود له بجامع أن كلاً وثيقةٌ لايعتبر فيها قبض .

٣ - ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب .

أدلة مشترطي قبول المكفول له :

استدلوا بدليل عقلي فقالوا : الضمان اثبات مال في الذمة بعقد لازم فيشترط فيه رضى المضمون له قياساً على الثمن في البيع .

---

(١) التاج والاكليل لمختصر خليل ، ابو عبدالله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (ليبيا : مكتبة النجاح) ، ٥/١٠٠ ، ١٠٢ . ، الكافي في فقه أهل المدينه ، ابوعمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري القرطبي ، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ، الطبعة الأولى (الرياض : مكتبة الرياض الحديثه ، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م) ، ٢/٧٩٥ .

(٢) المغني ، ابن قدامه ، ٤/٥٩١ .

(٣) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/٢٠٠ .

ويجاب عنه بأمرين :-

الأول : ان هذا الاجتهاد في مورد النص إذ حديث أبي قتادة المتقدم نص في انعقاد الكفالة دون شرط قبول المكفول له ولامساغ للاجتهاد في مورد النص كما هو مقرر في علم الأصول .

الثاني : انهم استثنوا مما ذهبوا إليه مسألة ضمان الورثة لمورثهم الميت للغائب واستثناؤهم لهذه دون غيرها يعتبر من قبيل التفريق بين المتماثلات دون دليل خاص فيلزمهم إمّا القولُ بمنع جميع الصور أو اباحةُ جميعها .

الترجيح:-

والراجح والله أعلم عدم اشتراط رضى المكفول له لما يلي :-

١ - ان الدليل يعضد هذا القول .

٢ - ولأنه لامضرة على المكفول له في الضمان .

القانون :-

القانون يعتبر الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن وفي هذا تنص الماده (٧٧٢) من القانون المدني المصري :-

"الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" .

ويشرح السنهوري هذا فيقول :

"ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن كما قدمنا فانها تقتضي التراضي بين الكفيل والدائن فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي "[1].

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ١٠/٧٣ ، الفقره (٢٩) .

المبحث الثالث : أقسام الكفالة

الكفالة مما تقدم من تعريفها وبيان حقيقتها هي ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق أو المطالبة به على خلاف في ذلك كما تقدم ، وعلى هذا فأقسامها بالنسبة للحق الذي يلتزمه الضامن أو يلتزم المطالبة به هي كفالة بالمال وكفالة بالنفس هذا على سبيل الاجمال الذي تلتقي به المذاهب القائلة بجوازها ، لكنها على سبيل التفصيل تتفاوت في ذلك على ماسنبينه :

أولاً : عند الحنفية[١]

تنقسم الكفالة عند الحنفية إلى أربعة أقسام هي :

١ - الكفالة بالعين كالمغصوب

٢ - الكفالةبالدين

٣ - الكفالة بالنفس : كأن يضمن حضور من عليه الحق

٤ - الكفالة بالتسليم : كأن يشتريَ شخص من آخر مالاً ويكفل البائعَ ثالثٌ على تسليم المبيع للمشتري .

ثانيا : عند المالكية[٢]

تنقسم الكفالة عند المالكية إلى اقسام ثلاثة هي :

١ - كفالة بالنفس

٢ - كفالة بالمال

٣ - كفالة بالطلب : وهي أن يضمن احضار من عليه الحق دون أن يلتزم الحق الذي عليه .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٧/٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣٠/٣ ،. المقدمات والممهدات، ابن رشد ،٣٧٩/٢ .

ثالثا : عند الشافعية والحنابلة [١]

تنقسم الكفالة عندهم إلى ثلاثة أقسام هي :

١ – الكفالة بالدين .

٢ – الكفالة بالعين .

وهذان القسمان يمكن اجمالهما في اسم واحد هو (الكفالة بالمال) كما ذهب إلى ذلك المالكية

٣ – الكفالة بالبدن .

---

(١) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٩٨/٢ ، ٢٠٣ . ، شرح منتهى الارادات ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (بيروت : عالم الكتب) ، ٢٤٥/٢ ،٢٥٢ .

المبحث الرابع : آثار الكفالة

معلوم أن لكل عقد آثاره المترتبة عليه والكفالة يترتب عليها مايلي :

١ - المطالبة : والمراد بها المطالبة بأداء الحق وهي على ضربين :

أ - مطالبة الدائن لكلٍّ من الكفيل والأصيل .

ب - مطالبة الكفيل للأصيل : ، وسيأتي بيان كل منهما في موضعه .

٢ - الرجوع : ونعني به أن الكفيل يرجع على الأصيل إذا أدى عنه وسيأتي .

هذا بيان لآثار الكفالة على سبيل الاجمال وتفصيل ذلك في مطلبين :

المطلب الأول : المطالبة

وحيث إن المطالبة لابد لها من وقت تكون فيه ولابد لها من مطالِب ومن مطالَب فاننا سنبحث كلاً في مسألة تختص به .

المقصد الأول : وقت المطالبة

المراد بوقت المطالبة هو الوقت الذي يستحق فيه الدائن أن يطالب الكفيل أيطالبه في الوقت الذي يستحق فيه مطالبة الأصيل فيكون أجل الكفيل مرتبطا بأجل الأصيل أم أنه لاارتباط بينهما فللدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل الأصيل أو بعده ؟ ذلك مايختلف باختلاف وصف الكفالة على ماسنبينه فيما يلي :-

المسألة الأولى : الكفالة المطلقة

وهي التي تكون خالية من التقييد ، مثال ذلك : أن يقول شخص «أنا كفيل بدين فلان» دون أن يقيد ذلك بأجل ، فههنا اختلف الفقهاء في الوقت الذي يستحق فيه المكفول له (الدائن) مطالبة الكفيل : -

١ - فذهب الحنفية إلى أن الكفيل يتبع الأصيل فلا يطالبه الدائن إلاّ في الوقت الذي يحق له فيه مطالبة الأصيل ، فإن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالّة ، وإن كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة ، وحجتهم :-

أن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون [١] .

٢ - وذهب الشافعية إلى مثل هذا ، وفي ذلك يقول النووي :-

(لو ضمن الدين الحالَّ حالاً أو أطلق لزمه حالاً ، وإن ضمن المؤجل مؤجلاً بأجل أو أطلق لزمه لأجله) [٢] .

٣ - وأما الحنابله فقد ذهبو إلى أن الكفاله المطلقه تكون حالّة على الكفيل ، فللدائن مطالبته حالاً وإن لم يكن له مطالبة الأصيل ، وحجتهم :-

أن كل عقد يدخله الحلول إقتضى إطلاقه الحلول كالثمن والضمان [٣] .

الترجيح :-

والراجح والله أعلم القول بأن الإطلاق يقتضي أن يكون الكفيل تابعاً للأصيل إذ الكفالة ضمّ ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه يكون فيه الأول تبعاً للثاني ، فالإطلاق ينصرف إلى ماهو معهود من تبعيه .

وأما المالكية فلم ينقل عن الامام مالك شيء في هذا ، جاء في المدونة :-

(أرأيت ان قال إن لم يوفك فلان حقك فهو علي ولم يضرب لذلك أجلاً متى يَلزم الكفيلَ ذلك؟قال:-

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣/٦ .

(٢) روضة الطالبين ، النووي ، ٢٦١/٤.

(٣) المغني ، ابن قدامه ، ٦١٧/٤ .

لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولكنني أرى أن يتلوم له السلطان على قدر مايرى ثم يلزمه المال الاّ أن يكون الذي عليه المال حاضراً مليا) [١] .

القانــون :-

تنص المادة «٧٨٠» مدني على مايلي :

« ١ - لاتجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول»

ومن هذا نتبين أن القانون لايجيز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل على الأصيل .

المسألة الثانية : الكفالة الحالة (ضمان المؤجل حالا)

أما إذا كان الدين على الأصيل مؤجلاً فضمنه الكفيل حالاً فهاهنا اختلف العلماء إلى مايلي :-

١ - تصح الكفالة الحالة بالدين المؤجل وهو ماذهب إليه الحنفية وهو الأصح عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة ، وعللوا ذلك أنه تبرع بالتزام التعجيل فصح كأصل الكفالة [٢] .

٢ - وذهب المالكية إلى أنها تصح بشرطين :

أ - أن يرضى المدين باسقاط حقه من الأجل .

ب - أن يكون الدين مما يصح تعجيله ومثلوا له بالعرض والعين مطلقاً والطعام من قرض لابيع [٣].

---

(١) المدونه ، مالك بن انس ، ٢٨١/٥

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣/٦ . ، روضة الطالبين ، النووي ، ٢٦٢/٤ .

مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٧/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٢/٤ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣١/٣ .

٣ - وذهب الشافعية في الصحيح عندهم ووافقهم الحنابلة في المرجوح لديهم إلى عدم صحة الكفالة الحاله بالدين المؤجل ، وعللوا ذلك أن الكفالة فرع لما على المكفول عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والأصل مؤجلاً [١] .

القانـون :-

ورأي القانون في هذه المسألة هو رأيه في سابقتها فلا يجوز في القانون ضمان المؤجل حالاً لأن التزام الكفيل والحالة هذه يكون أشد من التزام الأصيل وقد تقدم إيراد المادة القاضية بذلك في المسألة السابقة .

المسألة الثالثة : الكفالة المؤجله (ضمان الحالّ مؤجلاً)

وأما إذا كان الدين على الأصيل حالاً فضمنه الكفيل مؤجلا فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى أقوال :

القول الأول : يقول بصحتها وعليه الحنفية وهو الأصح عند الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة[٢] .

وحجتهم مايلي :-

١ - ماروى ابن عباس (أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال : والله لا أفارقنك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فجرّه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام كم تستنظره ؟ فقال شهراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل له ..)[٣] .

---

(١) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٧/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠١/٤ ، ٦٠٢ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣/٦ . ، نهاية المحتاج ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي ، الطبعه الأخيره (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م) ، ٤٥٨/٤ .
مغني الحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٧/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠١/٤ .

(٢) سنن ابن ماجه ، كتاب الصدقات ، باب الكفاله ، ٨٠٤/٢ ، رقم ٢٤٠٦ . وورد بلفظ مختلف في سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب في استخراج المعادن ، ٦٢٢/٣ ، رقم ٣٣٢٨ .

وجه الدلالة من هذا الحديث أن الدين كان حالاً فطلب النبي صلى الله عليه وسلم انظاره وحمل عنه فدل ذلك على صحة كفالة الحال مؤجلاً

ومن العقل استدلوا فقالوا :-

أ - أن الكفيل متبرع والحاجة تدعو له فكان على حسب ماالتزمه

ب - ولأن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يك ثابتا عليه حالاً .

ج - ولأنه يجوز أن يخالف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه بدليل مالو مات المضمون عنه والدين مؤجل .

القول الثاني : وهو قول المالكية [١]، وقد قالوا بصحتها بأحد شرطين :

١ - أن يكون الغريم موسراً سواء كان يساره قبل الأجل أو انما حصل له أول الأجل ذلك أن التأجيل في حق الموسر محض معروف فلم يَجُرَّ نفعا إذْ بالامكان استيفاء الحق منه فوراً .

٢ - أو أن يكون الغريم معسراً والعادة أنه لن يوسر في الأجل الذي كفل إليه بل يمضي ذلك الأجل وهو معسر ذلك أن التأجيل في حق المعسر أمر واجب فلم يكن الانظار قرضا جر نفعاً .

القول الثالث : وإليه يذهب الشافعيه في الصحيح عندهم[٢] وهو القول بعدم صحة الكفالة المؤجلة بالدين الحال وعللوا لذلك أن الكفالة فرع لما على المكفول فلا يصح أن يكون الأصل معجلاً والفرع مؤجلاً .

---

(١) المدونه ، الإمام مالك بن أنس ، ٢٧١/٥ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣١/٣ ، ٣٣٢ التاج والإكليل ، المواق ، ٩٨/٥ .

(٢) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٧/٢ .

القانـون :-

تنص المادة "٧٨٠" من القانون المدني المصري في فقرتها الثانيه :-

« ٢ - ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وشروط أهون » وهي في فقرتها الأولى تمنع عكس ذلك ومن هذا نعلم صحة كفالة الحال مؤجلاً لأن التزام الكفيل هاهنا أهون من التزام الأصيل .

المقصد الثاني : مطالبة الدائن للأصيل والكفيل

الحنفية والشافعية والحنابلة وكذا المالكية في رواية على أن للدائن مطالبة من شاء منهما[١]، وفي رواية عن المالكية لايطالِب الدائنَ الكفيل في ملأ المكفول عنه ، وذكر الدسوقي أن هذه الرواية هي التي رجع إليها مالك قال :-

(ماذكره المصنف من أن الكفيل لايُطالَب بالحق في ملأ المكفول عنه وحضوره هو الذي رجع إليه مالك وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب وابن رشد وهو الأظهر والقول المرجوع عنه أن الطالب مخير بين طلب الغريم والضامن ..)[٢] .

القانـون :-

هاهنا يفرِّق القانون بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن .

أ - فبالنسبة للكفيل غير المتضامن تنص الفقرة الأولى من المادة (٧٨٨) مدني على مايلي:-

« لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الاّ بعد رجوعه على المدين »

يقول السنهوري : (ويخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده

---

(١) تحفة الفقهاء ، علاء الدين السمرقندي ، تحقيق محمد زكي عبدالبر ، الطبعه الثانيه (قطر : مطابع الدوحه) ، ٤٠٠/٣ .
شرح فتح القدير ، الكمال ابن الهمام ، ١٨٢/٧ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣٧/٣ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٨/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٣/٤ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣٧/٣ .

فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أوّلاً على المدين والذي يقع في العمل أن الدائن لايبدأ بالرجوع على الكفيل وحده وكذلك لايبدأ بالرجوع على المدين وحده وإنما يرجع عليهما معاً ... وفي هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أوّلاً فقد رجع الدائن على المدين والكفيل في وقت واحد) [١]

ب - أما بالنسبة للكفيل المتضامن فتنص الماده (٧٩٣) مدني على مايلي :

"لايجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد"

ويعلق السنهوري على ذلك مقارناً بين الكفيل المتضامن وغير المتضامن فيقول :-

(وقد رأينا أن الكفيل العادي له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أوّلاً وله أن يتمسك أيضا بتنفيذ الدائن على المدين أوّلاً وهذا هو حق التجريد أما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك بأي من الحقين) [٢] .

المقصد الثالث :مطالبة الكفيل للمكفول

الحنفية والشافعية والحنابلة [٣] يرون أن الكفيل يطالب المكفول إذا طالبه [٤] الدائن ويشترط الشافعية والحنابلة للمطالبة أن يكون قد ضمنه باذنه .

ويرى المالكية أن للضامن مطالبة المضمون عند حلول الأجل ولو سكت رب الدين ويوافقهم الشافعية والحنابلة في رواية اخرى غير أن الشافعية والحنابلة يضعفون هذه الرواية ويقدمون الأولى عليها ، يقول ابن قدامة معللاً للرواية الثانية المرجوحة : (أنه شغل ذمته باذنه فكانت له

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ٩٩/١٠ ، الفقره (٤٤) .

(٢) المصدر نفسه ، ١٤٧/١٠ ، الفقره (٥٦) .

(٣) تحفة الفقهاء ، السمرقندي ، ٤٠١/٣ . ، شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ١٩١/٧ .
مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٠٩/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٩/٤ .

(٤) الضمير في قوله " إذا طالبه" : يعود إلى الكفيل فيكون المعنى : للكفيل مطالبة المكفول إذا طالب الدائنُ الكفيلَ .

المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن - ثم يقول بعد ذلك - والأول أولى)

ويوضح الشربيني وجه هذه الأولوية بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر بخلاف الضمان[١] .

المطلب الثاني : الرجوع (رجوع الكفيل على الأصيل)

معلوم أن الضمان سبب الأداء وأن الأداء سبب الرجوع وإذا كان ذلك كذلك فهل يشترط لرجوع الكفيل على الأصيل بما أدى عنه أن يكون الضمان بأمره إذ هو سبب السبب ؟ وهل يشترط في الأداء أن يكون بأمره إذ هو السبب ؟

الفقهاء مختلفون في ذلك :-

فالحنفية[٢] يشترطون للرجوع إذن الأصيل في الضمان فإن كان الضمان بأمره رجع وإلاّ فلا ولم يعوِّلوا على الأداء فيما أعلم بل اكتفوا بمجرد الأمر بالضمان إذ هو سببه . أما المالكية[٣] فلم يشترطوا للرجوع إذناً لا في الضمان ولا في الأداء بل يرجع إذا أدى سواء كان الضمان بأمر المضمون عنه أولا وسواء كان الأداء بإذنه أو لا .

أما الشافعية والحنابلة[٤] فلهم أقوال في ذلك حسب ماتحتمله المسألة من أحوال :-

الحالة الأولى : يضمن بأمره ويؤدي بإذنه فيرجع عند الجميع .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣/٢٣٨ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/٢٠٩ المغني ، ابن قدامه ، ٤/٦٠٩ .

(٢) تحفة الفقهاء ، السمرقندي ، ٣/٤٠١ . ، بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٦/١٣ . ، شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٧/١٨٨ .

(٣) المقدمات الممهدات ، ابن رشد ، ٢/٣٧٨ .

(٤) روضة الطالبين ، النووي ، ٤/٢٦٦ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/٢٠٩ . المغني ، ابن قدامه ، ٤/٦٠٧ . ، شرح منتهى الإرادات ، البهوتي ، ٢/٢٥٠ .

الحالة الثانية : يضمن بأمره ويؤدي بغير إذنه فعلى ثلاثة أوجه عند الشافعيه أصحها يرجع والثاني لايرجع والثالث إن امكنه استئذان الأصيل لم يرجع وإلاَّ رجع وعند الحنابله يرجع مطلقا . والحجة في ذلك أنه إذا أذن في الضمان تضمَّن ذلك إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فيرجع عليه كمالو أذن في الأداء صريحا .

الحالة الثالثة : أن يضمن بغير أمره ويؤدي بأمره فلايرجع على الأصح عند الشافعية ويرجع عند الحنابلة .

الحالة الرابعة : أن يضمن بغير أمره ويؤدي بغير أمره فلا يرجع عند الشافعية – وهم في هذا يوافقون الحنفية – وعند الحنابلة روايتان إحداهما يرجع والأخرى لايرجع – وهم في هذا يوافقون في الأولى المالكية وفي الثانية الحنفية – ووجه القول بعدم الرجوع : أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على الميت الذي قضى عنه أبو قتادة دينه ولو كان لأبي قتادة الرجوع لكانت ذمّة الميت مشغولة بدين أبي قتادة له إذ أدى عنه وكان ذلك مانعاً من الصلاة عليه ، وقد تقدم هذا عند الحديث عن حقيقة الكفالة .

ووجه القول بالرجوع : أنه قضاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه .

وردوا حجة مانعي الرجوع فقالوا : إن أبا قتادة لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء لتبرئة ذمة الميت والمتبرع لايرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع .

وأما الظاهرية[1] فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء مما ضمنه عنه أصلاً سواء كان الضمان بأمره أو لا الاّ في وجه واحد وهو أن يقول الذي عليه الحق : اضمن عني مالهذا

---

(١) المحلى ، ابن حزم ، ١١١/٨ ، ١١٦ ، الفقره (١٢٢٩) .

علي فإذا أديت عني فهو دين لك علي فهاهنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ماأدى عنه فهو قرض صحيح . ووجه منع الرجوع عندهم أن الحق يسقط عن المضمون عنه إذ الكفالة تنقل الحق من ذمة الضامن إلى المضمون كالحوالة ، وبهذا قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمه وأبو سليمان فيما نقله ابن حزم عنهم .

قلت : وهذا مبناه القول في حقيقة الكفالة وقد تقدم بيانه في موضعه .

القانـون :-

أما القانون فإنه لايشترط الاذن في الضمان للرجوع بيد أنه يشترط عدم المعارضة في الوفاء لكي يرجع الكفيل على الأصيل ويبين ذلك نصوص المواد التاليه :-

تنص المادة (٨٠٠) مدني على مايلي :

« للكفيل الذي وفّى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة عقدت بعلمه أو بغير علمه » .

وتنص الماده "٧٩٨" مدني على مايأتي :-

«١ - يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلاّ سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفّى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه»

« فاذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه» .

المبحث الخامس : انقضاء الكفاله

وتنقضي الكفالة بما يلي :-

أ - الوفاء : سواء كان الوفاء من قبل الكفيل أو الأصيل وذلك باتفاق الفقهاء [١] ، ويدخل في معنى الوفاء الهبة فإذا وهب الدائن الدين للكفيل أو الأصيل برئ الكفيل من الكفالة .

ب - الابراء :فيبرأ الكفيل ببراءة الأصيل ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل وذلك باتفاق الفقهاء[٢]

القانـون :-

والقانون يتبع الفقه في هذا ففي الوفاء تنص الماده (١/٣٢٣) م على مايلي :-

(يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ....) وفي هذا يقول السنهوري :- (وقد يقضي المدين الأصلي دينه المكفول بالوفاء فيفي هذا الدين للدائن فينقضي الدين المكفول وينقضي تبعاً له دين الكفيل فتنقضي الكفاله) [٣]

وفي الابراء تنص الماده (٣٧١) م على مايلي :-

(ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الابراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده)

وفي هذا يقول السنهوري :- (وإذا انقضى الدين المكفول بابراء الدائن للمدين من الدين انقضى الدين المكفول بالابراء وانقضت تبعاً لانقضائه الكفاله) [٤] .

(وإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الاخير دون أن ينقضي الدين المكفول فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلي)[٥]

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١١/٦ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣٧/٣ . نهاية المحتاج ، الرملي ، ٤٤٤/٤ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٦٠٥/٤ .

(٢) المصادر السابقه . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٠٣/٣ .

(٣) الوسيط ، السنهوري ، ٢١٤/١٠ ، الفقرة (٨٥) .

(٤) المصدر السابق ، ٢٢٧/١٠ ، الفقرة (٩٠) .

(٥) المصدر نفسه ، ٢٣٦/١٠ ، الفقرة (٩٧) .

المبحث السادس : الموافقات والفروق

هذا المبحث موضوعه بيان مابين خطاب الضمان والكفالة من أوجه اتفاق وذلك مانسميه بالموافقات ومابينهما من أوجه افتراق وذلك مانسميه بالفروق ، وهو استخلاص لما سبق طرحه من مسائل :-

أولا : الموافقات

من خلال ماتقدم من عرض نجد أن خطاب الضمان يتفق مع الكفالة فيما يلي :

١ - أن المصرف ينضم إلى الآمر على وجه يكسب من خلاله الآمر ثقه من يتعامل معه

٢ - أن انضمام المصرف والتزامه هذا سببه التزام الآمر

٣ - أن هذا الانضمام يترتب عليه كثير من الآثار منها :

أ - مطالبة المستفيد للمصرف

ب - مطالبة المصرف للآمر ورجوعه عليه إذا أدى عنه

٤ - أن خطاب الضمان لازم في حق المصرف كما أن الكفالة لازمة في حق الكفيل .

القانون :-

والكفالة في القانون تتفق مع خطاب الضمان فيما تقدم نظراً لاتفاق الكفالة في القانون مع الكفالة في الشرع فيما سبق من مسائل .

ثانيا : الفروق

١ - معلوم أن الكفالة تعتمد على الذمة إذ الثقة فيها مبناها الذمة ولهذا فإن المستفيد في معاملة (خطاب الضمان) لايرضى الكفالة بدلاً عن خطاب الضمان إذ خطاب الضمان في تقديره أرقى من الكفالة حيث إن الاعتماد فيه على النقود وهو وإن لم يستلمها عداً ونقداً إلاّ أن

بوسعه ذلك متى شاء من خلال استلامه خطاب الضمان الذي يمكنه من تسلمها نظراً لما أودع فيه من خصائص تجعله يعد قبضاً حكماً وإن لم يكنه حقيقة ، وهذا فرق جوهري بين خطاب الضمان والكفالة إذ الكفالة ليست النقود ركنا فيها كما أن الكفالة ليست قبضا لا حكماً ولا حقيقة .

٢ - أن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل الذي هو حقيقة الكفالة يكون الكفيل فيه تبعاً للأصيل في محل الالتزام الذي انضم إليه فيه فلايطالب الكفيل إلاّ بما يطالب به الأصيل وهذا غير متحقق في خطاب الضمان إذ الأصيل يطالب بانجاز العقد والذي قد يكون محله مقاولة على بناء مشآت أو استيراد أو غير ذلك أما الكفيل فهو مطالب بمبلغ نقدي هو محل التزامه بصرف النظر عن محل التزام الأصيل فها هنا اختلف الحق الذي يطالب به الكفيل عن الحق الذي يطالب به الأصيل وقد علمت مما تقدم من بيان للكفاله أن الكفيل يلتزم نفس الحق الذي على الأصيل فيكون كل من الأصيل والكفيل قد التزما حقا واحدا .

٣ - أن التبعية في محل الالتزام بين الكفيل والأصيل والتي هي أهم سمات الكفالة يترتب عليها تبعية الكفيل للأصيل في صحة التزامه وبطلانه وبقائه وانقضائه ، وهذا غير متحقق في خطاب الضمان إذ المصرف لايتبع العميل في أي مماذكر وذلك مايسمى بخاصية التجريد والتي هي أهم سمة في خطاب الضمان إذ يكون التزام المصرف مجرداً عن التزام العميل.

القانـون :-

وكل ماقلنا من فروق بين خطاب الضمان والكفالة في الشرع فانه فرق بين خطاب الضمان والكفالة في القانون نظراً لما بين الكفالة في الشرع والكفالة في القانون من اتفاق في تلك المسائل.

الفصل الثالث: الوكاله

المبحث الأول : تعريف الوكاله وبيان حقيقتها

المبحث الثاني : الأصل في مشروعية الوكاله

المبحث الثالث : انعقاد الوكاله

المبحث الرابع : آثار الوكاله

المبحث الخامس : انقضاء الوكاله

المبحث السادس : الموافقات والفروق

الفصل الثالث : الوكالة

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها

المطلب الأول : تعريفها

أولا : في اللغه [١]

الوكالة تكون بفتح الواو وكسرها «الوَكاله» «الوِكالة» وهي تأتي في اللغة بمعنى الحفظ ومنه قوله تعالى : « **حسبنا الله ونعم الوكيل** »[٢]

وتأتي بمعنى التفويض ومنه قوله تعالى : « **إني توكلت على الله ربي وربكم .....** » الآية [٣]

والتوكل اظهار العجز واعتمادك على غيرك ، والاسم التكلان ، واتكلت على فلان في أمري إذا اعتمدته .

وبالجملة "فالواو والكاف واللام أصل صحيح يدل على اعتمادك غيرك في أمرك "

ثانيا : تعريفها في الاصطلاح

الوكالة عرفت لدى المذاهب الأربعة بتعاريف عدة والمتتبع لذلك يجد أن لها في المذهب الواحد أكثر من تعريف وإن كانت تلتقي في جملتها إلاّ أنها تختلف في تفصيلاتها وسأورد هاهنا ماأراه أمثلها لدى كل مذهب وفق مايلي :-

١ - عرفها الحنفية بأنها : (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم) [٤] .

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور «وكل» . ، القاموس المحيط ، الفيروزابادي « وكل » .
معجم مقاييس اللغه ، ابن فارس «وكل» .

(٢) سورة آل عمران ، الآية (١٧٣) .

(٣) سورة هود ، الآية (٥٦) .

(٤) حاشية قرة عيون الأخبار ، محمد علاء الدين أفندي ، الطبعة الثانيه (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) ، ٢٦٥/٧ .

٢ - وعرفها المالكية بأنها : (نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولاعبادة لغيره فيه غير مشروطة بموتـه)[١].

٣ - وعرّفها الشافعية بأنها : (تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابه إلى غيره ليفعله في حياتـه)[٢].

٤ - وعرّفها الحنابلة بأنها : (إستنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابه)[٣] .

النظر في التعريفات :-

إذا نظرنا في التعاريف المتقدمة رأينا المالكية والشافعية والحنابلة تعريفاتهم غير مانعة حيث لم تخرج المجهول من التصرف وهو لايصح التوكيل فيه ، في حين استدرك الحنفية ذلك في تعريفهم فأخرجوا المجهول من التصرف من خلال تقييدهم التصرف الموكل فيه بكونه معلوما،كما أن تعريفاتهم تلك يلزم منها الدور إذ عرّفوا الوكالة بالنيابة ، لكنه يرتفع على القول إن النيابة أعم .

وأما تعريف الحنفية فهو غير مانع أيضا إذ يشمل الوصية ويشمل مالا يقبل النيابة ، كالعبادة ونحوها .

التعريف المختار :-

والتعريف المختار فيما أرى هو : (تفويض جائز التصرف مثله حال الحياة فيما له فعله مما هو معلوم قابل لذلك) ، وهذا التعريف مستخلص من التعاريف المتقدمة روعي أن تجتمع فيه مزاياها وتنتفي عنه مآخذها) .

---

(١) الخرشي على مختصر خليل ، محمد بن عبدالله بن علي الخرشي (بيروت : دار صادر) ، ٦٨/٦ .

(٢) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢١٧/٢ .

(٣) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ، مصطفى السيوطي الرحيباني ، تجريد حسن الشطي ، الطبعة الأولى (دمشق : منشورات المكتب الإسلامي ، ١٣٨٠هـ) ، ٤٢٨/٣ .

القانـون :-

تنص المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري على أن : (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكِّل) ، ويوافقه القانون السوري والليبي ، أما القانون العراقي فعرفها تعريفا قريبا من تعريف الفقه فقال : (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) .

المطلب الثاني : حقيقة الوكالة

أن التعريفات التي تقدم إيرادها وإن كان ثمة اختلاف بينها في الصياغة بحكم مااختص به بعضها دون بعض من قيود زائدة عن الماهية الاّ أنها كلها تتفق في ماهية الوكالة وحقيقتها وهي الانابة والتفويض إذ لايخلو تعريف من هذا المعنى فالوكالة تفويض واستنابة على وجه يكون فيه المفوَّض تبعاً للمفوِّض إذ يعمل لحسابه .

القانــون :-

وحقيقة الوكالة في القانون هي حقيقة الوكالة في الفقه إذ هي تفويض من الموكِّل للوكيل .

المبحث الثاني : انعقاد الوكالة

لما كانت الوكالة عقداً طرفاه الوكيل والموكل فإنه لابد في انعقادها لدى الفقهاء من إيجاب صادر من الموكِّل وقبول صادر من الوكيل ولاتنعقد بالايجاب وحده [١]

القانـون :-

والوكالة تعتبر في القانون عقداً بين الوكيل والموكل كما تقدم في تعريفها وإذا كانت عقداً فإنه لابد في انعقادها من إيجاب وقبول طبقا لما تنص عليه الماده (٨٩٠) مدني :

(يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين) ويوضح ذلك السنهوري في الوسيط تحت مبحث شروط انعقاد الوكاله فيقول :-

(يجب لانعقاد الوكالة توافق الايجاب والقبول على عناصر الوكالة) [٢]

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٦/٢٠ . ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي ، المعروف بالحطاب (ليبيا : مكتبة النجاح) ، ٥/١٩٠ .مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/٢٢٢ . المبدع في شرح المقنع ، أبوإسحاق ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح (دمشق : المكتب الإسلامي ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م) ، ٤/٣٥٥ - ٣٥٦ . ، شرح منتهى الارادات ، البهوتي ، ٢/٣٠٠ .

(٢) الوسيط ، السنهوري ، ٧/٣٩١ ، الفقره (٢٢٠) .

المبحث الثالث : آثار الوكالة

معلوم أن لكل عقد آثاره المترتبة عليه منها ماهو مقصوده وهي الغرض من انشاء ذلك العقد ومنها ماهو من لازمه ، ولا معنى للعقد عند تخلف تلك الآثار لاسيما مقصوده ، وإذا كان ذلك كذلك فإن الوكالة شأنها شأن أي عقد يترتب عليها الكثير من الآثار من أهمها مايلي :-

١ - ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل [١] .

٢ - المطالبة والرجوع : ذلك أن للوكيل أن يطالب الموكِّل بما تحتاجه الوكالة من نفقة وله أن يرجع عليه بما أنفقه في سبيل تنفيذها إذْ يعد مقرضاً له والحالة هذه [٢] .

٣ - الضمان : وجماع ذلك أن الوكيل يده يد أمين فلا يضمن مالم يتعد أو يفرط فإن فرط أو تعدَّ كان عليه الضمان فيما تعدى أو فرط فيه [٣] .

القانـون :-

والقانون يوافق الفقه فيما تقدم من آثار ففي الأول تنص المادة (٧٠٣) مدني :-

(الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز بها حدودها المرسومة).

وفي الثاني تنص الماده (٧١٠) مدني :-

(على الموكل أن يرد للوكيل ماأنفقه في تنفيذ الوكاله التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك) .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٢٤/٦

(٢) المصدر السابق ص ٣٧ ، شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ١٩١/٧ ، . نهاية المحتاج ، الرملي ، ٥٠/٥

(٣) بداية المجتهد ، ابن رشد ، ٣٠٣/٢ ، ٣٠٤ ، شرح منتهي الارادات ، ٣٠٨/٢ .

وفي الثالث تنص الماده (٢/٢١١) مدني على مايلي :-

(يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)

والمراد بالمدين هنا الوكيل إذ هو مدين بالالتزام .

المبحث الرابع : انقضاء الوكالة

تنقضي الوكالة بأمور عدة من أهمها مايلي :

١ - العزل :-

فتبطل بعزل الموكل للوكيل ، لكن هل يشترط علم الوكيل بالعزل أولا ؟ وإذا قيل باشتراطه فهل ينفذ العزل عند تحقق العلم به أم أن ذلك متوقف على أمور أخرى ؟

هذا ماسنناقشه في المسألتين الآتيتين :-

المسألة الأولى : هل يشترط علم الوكيل بالعزل ؟

العلماء مختلفون في ذلك إلى قولين [(١)]

١ - فالحنفية ورواية عن أحمد وقول للشافعي يشترط العلم لذلك فينعزل الوكيل إن علم عزل الموكل له وإلاّ فلا ، وكذلك يرى المالكية غير أنه مقيد عندهم في حالين :

الأولى : أن يترك اعلامه لغير عذر اشهد أو لم يشهد على ذلك

الثانيه : أن يترك اعلامه لعذر دون أن يشهد على عزله .

٢ - وفي قول عند المالكية والشافعي ورواية عن أحمد لايشترط العلم لذلك فينعزل الوكيل وإن لم يعلم عزل الموكل له غير أن ذلك مقيد في حالين عند المالكية :-

الأولى : أن يكون ترك اعلامه لعذر

الثانية : أن يشهد على عزله .

فإذا أشهد على عزله غير أنه لم يتمكن من اعلامه لعذر فإن العزل ينفذ رغم عدم علم الوكيل

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣٧/٦ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٢١٤/٥ - ٤١٥ .
نهاية المحتاج ، الرملي ، ٥٢/٥- ٥٣ . ، المغني ، ابن قدامه ، ١٢٣/٥ .

وحجة القول الأول : إن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ .

وحجة القول الثاني : إن الوكالة لايفتقر رفعها من أحدهما إلى رضا الآخر فلم تفتقر إلى علمه كالطلاق .

الترجيح :-

ولعل القول الأول أرجح لما فيه من مراعاة أحوال الناس والمحافظة على حقوقهم .

المسألة الثانية : إذا تحقق العلم بالعزل فهل ينفذ العزل أم أن ذلك متوقف على أمور أخرى ؟

الحق أن تحقق العلم وحده غير كاف في نفاذ العزل إذ يشترط لوقوع العزل أن لاتكون الوكالة لازمة عند الحنفية والمالكية والشافعية على اختلاف بينهم في مواطن لزومها :-

فعند الحنفية تكون الوكالة لازمة إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضاه لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولاسبيل إلى ذلك [(١)]

وعند المالكية تكون لازمة في أربعة مواضع [(٢)] :-

أ - أن تقع على وجه الاجارة فتلزم كلا من الوكيل والموكل بمجرد العقد - ويوافقهم في هذا الشافعيه-

ب - أن تقع على وجه الجعاله فلا تلزم أحداً منهما قبل الشروع وتلزم الموكل بالشروع أما الوكيل فلا تلزمه .

ج - وكيل الخصام إذا قاعد خصم الموكل .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٦/٣٧- ٣٨ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣/٣٩٦ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٥/٢١٥ .

د – أن يتعلق بها حق الغير فليس للموكل عزل الوكيل – وهم في هذا يوافقون الحنفية – .

وعند الشافعية تكون لازمة في موضعين [١] :-

أ – أن تكون على وجه الاجارة – وهم في هذا يوافقون المالكية –

ب – في حال تضرر الموكل باستيلاء جائر على ماله فيحرم على الوكيل عزل نفسه حتى يحضر موكله .

٢ – الموت : –

وتنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل وهل يشترط لانعزال الوكيل بموت الموكل علمه به أو لا ؟ هذا مااختلف فيه الفقهاء :-

أ – فعند الحنفية والمشهور عند المالكية والمرجوح لدى الشافعية والحنابلة لاينعزل الوكيل إلّابعد علمه بموت الموكل [٢].

ب – وفي رواية عن المالكية والراجح لدى الشافعية والحنابلة أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به [٣].

٣ – تلف محل الوكالة (الموكل فيه) :-

تنتهي الوكالة بتلف محلها إذ الموكل فيه لايتصور التصرف فيه بعد هلاكه ومثال ذلك أن يوكله في بيع منزله فيحترق المنزل فإن الوكالة تنتهي بذلك [٤].

---

(١) نهاية المحتاج ، الرملي ، ٥٢/٥ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢٣١/٢ .

(٢) ، (٣) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣٧/٦ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٢١٤/٥ – ٢١٥ .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٩٦/٣ . ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٥٥/٥ .

المغني ، ابن قدامه ، ١٢٣/٥ .

(٤) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣٩/٦ . ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٥٤/٤ . ، المغني ، ابن قدامه ، ١٢٦/٥ .

٤ - نهاية الشيء الموكل فيه (إتمام العمل محل الوكالة) :-

وتنتهي الوكالة بالقيام بالعمل الذي وكل فيه وإتمامه كأن يوكله في بيع منزله فيقوم ببيعه فعند ذلك تنتهي الوكالة[١]

القانــون :-

والقانون يوافق الفقه في كل ماتقدم :-

١ - فتنتهي الوكالة بالعزل في القانون ، جاء في الماده ١/٧١٥ مدني : (يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك) .

كما أن القانون يشترط علم الوكيل بالعزل لمضي العزل جاء في الوسيط : (وسواء كان العزل صريحاً أو ضمنياً فإنه لاينتج أثره إلاّ إذا وصل إلى علم الوكيل طبقا للقواعد العامه وقبل علم الوكيل بالعزل تبقى وكالته قائمة)[٢]

وكما أن تحقق العلم بالعزل غير كاف في نفاذه لدى الفقهاء إذ يشترطون لذلك أن تكون الوكالة غير لازمة فقد نحى القانون نحواً من ذلك جاء في المادة ٢/٧١٥ مدني:

(على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضى من صدرت الوكالة لصالحه) .

٢ - وتنتهي بالموت وفي هذا تنص الماده ٧/٤ مدني :

« .. وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل »

ويرى السنهوري أن فارقاً يفرق القانون عن الفقه في هذا الجانب إذ يجوِّز القانون الاتفاق

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٣٩/٦ .

(٢) الوسيط ، السنهوري ، ٦٦٣/٧ ، الفقره (٣٣٢) .

على مايخالف هذا الحكم ، جاء في الوسيط : (وانتهاء الوكالة بموت الموكل كانتهائها بموت الوكيل لايعتبر من النظام العام فيجوز الاتفاق على مايخالف هذا الحكم) [١]

وفيما يتعلق باشتراط العلم بموت الموكل لانتهاء الوكالة فإن القانون يوافق القائلين بهذا الشرط من الفقهاء ، جاء في الوسيط : (ولاتنتهي الوكالة بمجرد موت الموكل بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بموت الموكل) [٢]

٣ - وتنتهي بتلف محل الوكاله وفي ذلك تنص الماده (٣٧٣) مدني :

(ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لايد له فيه)

٤ - وتنتهي بإتمام العمل الموكل فيه وفي هذا تنص الماده (٧١٤) مدني :

(تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه ....)

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ٦٥٩/٧ ، الفقره (٣٣١) .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٦٥٨ ، الفقره (٣٣١) .

المبحث الخامس : الموافقات والفروق

أولاً : الموافقات

إذا تأملنا خطاب الضمان وجدناه يتفق مع الوكالة فيما يلي :-

١ - اللزوم : فهو عقد لازم وفي هذا يتفق مع الوكالة إذا تعلق بها حق الغير وقد تقدم .

٢ - المطالبة قبل الدفع : إذ المصرف في حال الخطاب المغطى يطالب الآمر قبل أن يؤدي عنه للمستفيد شيئاً وهو في هذا يتفق مع الوكالة وقد تقدم .

٣ - الرجوع بعد الأداء : إذ المصرف يرجع على العميل إذا أدى عنه للمستفيد مبلغ خطاب الضمان وفي الوكالة يرجع الوكيل على الموكل إذا أدى عنه فهو يتفق مع الوكالة في هذا

٤ - الأجر : اذ يأخذ المصرف أجراً بمقابلة خطاب الضمان وفي الوكالة يجوز للوكيل أن يأخذ أجراً مقابل توكله

وهذه المسائل وان كانت متحققة في الوكالة إلاّ أنها متحققة في غيرها فالكفالة متحقق فيها الرجوع بعد الأداء ومتحقق فيها اللزوم والرهن كذلك متحقق فيه اللزوم

ثانيا : الفروق

إذا تأملنا خطاب الضمان وجدناه يفترق عن الوكالة من حيث الآتي :-

١ - الحقيقة : اذ حقيقة الوكالة تفويض صاحب الحق غيره ليقوم مقام نفسه في تصرف معلوم حال الحياة كما سبق بيانه في الفقه والقانون أما في خطاب الضمان فلا يقوم المصرف مقام العميل بل يتجرد ويستقل عنه تماماً وهذا فرق جوهري بين الوكالة وخطاب الضمان .

٢ - التبعية : إن حقيقة الوكالة التي أشرنا اليها آنفاً سمتها الهامة تبعية الوكيل للموكل وارتباطه به من حيث تصرفه بالوكالة فيتبع الوكيل الموكل في صحة العقد وبطلانه وفي بقائه

وانقضائه نظراً لكونه يعمل نيابة عنه لحسابه وهذا كله غير متحقق في خطاب الضمان فلا يتبع المصرفُ العميلَ في صحة العقد وبطلانه ، بل يظل خطاب الضمان ساري المفعول رغم بطلان العقد سببه والذي صدر توثقة له .

ولايتبع المصرفُ العميلَ في انقضاء التزامه بل ينقضي التزام العميل ويبقى التزام المصرف ساري المفعول .

٣ - قدمنا أن الوكالة تنتهي بموت الوكيل أو الموكل وتنتهي بانتهاء العمل محل الوكاله غير أن شيئاً من ذلك لايتحقق في خطاب الضمان فلا ينتهي بموت العميل ولا ينتهي بقيامه بالعمل سبب الوكالة وإنجازه .

القانــون :-

وكل ماقيل من موافقات وفروق بين خطاب الضمان والوكالة في الشرع يمكن أن يقال بين خطاب الضمان والوكالة في القانون إذ تتفق الوكالة في القانون مع الوكالة في الشرع في كل ماتقدم وقد سبق بيانه في معرض المقارنة .

الفصل الرابع : الحواله

المبحث الأول : تعريف الحواله وبيان حقيقتها

المبحث الثاني : الأصل في مشروعية الحواله

المبحث الثالث : انعقاد الحواله

المبحث الرابع : شروط الحواله

المبحث الخامس : الآثار المترتبة على الحواله

المبحث السادس : انقضاء الحواله

المبحث السابع : الموافقات والفروق

الفصل الرابع : الحوالة

المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها

المطلب الأول : تعريفها

أولاً : في اللغة [١]

الحوالة مادتها الحاء والواو واللام وهي أصل يدل على التحرك والدور ولهذا سمي العام حولاً لأنه يدور ويقال حال الشخص إذا تحرك وتحوّل إذا انتقل من موضع إلى آخر ، ويقال أحال الغريم أي زجاه عنه إلى غريم آخر والاسم الحوالة ، ويسمى تحويل الماء من نهر إلى نهر حوالة لما فيه من النقل والتحرك كما يسمى نقل الدين حوالة كذلك .

ثانيا : في الاصطلاح

وفي الاصطلاح عرفت الحوالة بتعاريف عدة كمايلي :-

أ - عند الحنفية عرفت بأنها :-

١ - (تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به)[٢].

٢ - (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه) [٣]

٣ - (نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم) [٤]

ب - عند المالكية

وعرفت الحوالة عند المالكية بأنها :-

---

(١) لسان العرب ، ابن منظور «حول» . . القاموس المحيط ، الفيروزابادي «حول» . . ، معجم مقاييس اللغه ، ابن فارس «حول» .

(٢) العناية ، البابرتي ، ٢٣٨/٧ .

(٣) حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٣٤٠/٤ .

(٤) شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٢٣٨/٧ .

١ - (نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى) [١]

٢ - (تحول الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى) [٢] .

جـ - وعرفت عند الشافعية بأنها :-

(عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة) [٣]

د - وعند الحنابلة عرفت بأنها :-

١ - (عقد إرفاق تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) [٤]

٢ - (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) [٥]

المطلب الثاني : بيان حقيقتها :-

مما تقدم من تعريف يتبين لنا اختلاف العلماء في حقيقة الحوالة الى مايلي :-

١ - أنها نقل للدين وهذا ماعليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وهو المعتمد لدى الحنفية ويتجلى ذلك من خلال التعريف الأول والثاني لدى الحنفية كما يتجلى من خلال تعريفات المذاهب الثلاثة الأخرى .

٢ - أنها نقل للمطالبة فقط وهذا ماعليه محمد بن الحسن من الحنفية ويتضح ذلك من خلال التعريف الثالث عند الحنفية [٦]

٣ - وهناك رأي ثالث في حقيقتها نقل عن زفر ولم يرد فيه تعريف وهو أنها كالكفالة لاتنقل

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٢٥/٣.

(٢) التاج والاكليل ، المواق ، ٩٠/٥ .

(٣) مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ، ١٩٣/٢ .

(٤) الانصاف ، المرداوي ، ٢٢٢/٥ .

(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، أبومحمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، الطبعة الخامسة(بيروت:المكتب الاسلامي ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) ، ٢٢١/٢ .

(٦) شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٢٤١/٧ . ، بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٧/٦ .

دينا ولا مطالبة [١]

الأدلـة :-

أولاً : أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول الذين يرون أن حقيقة الحوالة هي نقل الدين على مذهبهم هذا بأدلة من الاجماع والعقل :-

١ - الاجماع :-

وقد استدلوا بالاجماع على أن المحال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحالُ المحيلَ من الدين أو وهبه منه لايصح فدل ذلك على انتقال الدين للمحال عليه إذ صحت هبته إياه وبراءته منه كما دل على انتقاله من ذمة المحيل إذ لم تصح هبته إياه أو براءته منه .

٢ - العقل :-

ومن العقل استدلوا فقالوا الحوالة مشتقة من التحويل فهي توجب النقل والذي أضيف اليه النقل إنما هو الدين لا المطالبة لأن المحيل يقول للمحال أحلتك بدينك على فلان ولم يقل أحلتك بالمطالبة غير أن المطالبة تابعة للدين فتنتقل معه .

ثانيا :أدلة القول الثاني :-

أما الذين ذهبوا الى أن الحوالة تنقل المطالبه دون أصل الدين فقد استدل أولئك على مذهبهم هذا من الاجماع والعقل :-

---

(١) انظر المصدرين السابقين .

١ - الاجماع :-

أ - وقد استدلوا بالاجماع على أن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لايكون متطوعاً ويجبر المحال على القبول ، ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فلا يجبر المحال على القبول فدل ذلك على عدم انتقال الدين من ذمة المحيل .

ويجاب عن ذلك إن الذي ينافي انتقال الحق من ذمة المحيل بالحوالة هو إثبات مطالبة المحال للمحيل بالدين بعد الحوالة وهذا منتف عند القائلين أنها تنقل الدين ، أما إجبار المحال على القبول من المحيل إن هو أدى بعد الحوالة فذلك لاينافي انتقال الحق بالحوالة إذ يتحقق من جراء ذلك أمر زائد عن الحوالة ألا وهو براءة المحيل أبداً إذ لم يعد من المحتمل أن يرجع عليه المحال .

ب - كما استدلوا بالاجماع على أن المحال لو أبرأ المحال عليه من دين الحوالة لايرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولارتدا برده جميعاً كما لو أبرأ الأصيل أو وهب منه .

ويجاب عنه بأن انتقال الدين من ذمة المحيل إلى المحال عليه لايلزم منه أن يملكه المحال لكن يملك المطالبة به ، والابراء من حق المطالبة ليس تمليكاً لكي يرتد بالرد ولكنه محض إسقاط والإسقاط المحض لايرتد بالرد بخلاف الهبة إذ هي تمليك فكان له الرد فيها .

٢ - العقل :-

ومن العقل استدلوا فقالوا الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة إبراء الأول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع بقاء الدين في ذمة المحيل .

ويجاب عنه بأن الحوالة وإن شرعت وثيقة للدين إلاّ أنه ليس من لازم ذلك أن يبقى الدين في ذمة المحيل كالكفالة إذ التوثق قدر مشترك بين عقود عدة ولكنه يختلف بينها قوة وضعفاً ويتفاوت بتفاوتها فتارة يكون اعتماده على الذمم كالكفالة وتارة يكون اعتماده على المال كالرهن وهكذا والوثيقة الحاصلة بالحوالة هي سهولة الوصول إلى الحق من خلال ملاءة المحال عليه .

ثالثا : - أدلة القول الثالث

وقد اعتمد القول الثالث (قول زفر) الذي يرى أن الحواله لاتنقل دينا ولامطالبة وانما هي كالكفالة دليلين عقليين هما :-

١ - القياس : إذ قاس الحوالة على الكفالة بجامع التوثق في كل فلما كانت الكفالة لاينتقل فيها دين ولا مطالبة فكذا الحوالة .

ويجاب عنه : أن الاحكام والعقود الشرعية المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الأسماء وإذا كان ذلك كذلك فإن الحوالة مشتقه من النقل والتحول فينبغي أن يراعى فيها هذا المعنى بخلاف الكفالة التي هي مشتقة من الكفل بمعنى الضم والتضمن فافترقا .

٢ - إن عدم انتقال الدين أدخل في معنى التوثق إذ يصير له مطالبة كل منهما .

ويجاب عن ذلك بما أجبنا عن الدليل العقلي للقول الثاني وقد تقدم آنفا .

الترجيـــح :-

والذي يظهر والله أعلم رجحان القول الأول القائل إن حقيقة الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل

إلى ذمة المحال عليه ومايترتب على هذا القول من محذور توى مال المحال وضياعه فهو منتف بإثبات حق الرجوع للمحال على المحيل في الحال التي يكون فيها مغروراً أو مشترطاً أو يموت فيها المحال عليه مفلسا ونحو ذلك وعليه فلا ضير ولا نقيصة على المحال على القول إن حقيقة الحوالة نقل الدين .

القانـون :-

أولاً : تعريفها :-

عرفت حوالة الحق أنها :-عقد بمقتضاه يتمكن دائن من نقل حقه لدى مدينه إلى شخص ثالث يصير دائناً للأخير بدل الأول[١] .

وعرفت حوالة الدين أنها :-عقد بمقتضاه يتمكن المدين من نقل ديونه قبل دائنه إلى شخص أجنبي يصير مديناً في مواجهة هذا الدائن بدلاً من المدين الأصلي[٢] .

ثانيا : بيا ن حقيقتها :ـ

ومما تقدم من تعريف نتبين أن حقيقة حوالة الدين هي نقل الدين من ذمة المدين الأصلي (المحيل) إلى ذمة المحال عليه وهي في هذا تتفق مع ماعليه جمهور الفقهاء .

---

(١) أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، طلبه وهبه خطاب ، الطبعة الأولى (دار الفكر العربي) ، الفقره (٢٣٦) .

(٢) المصدر السابق ، الفقره (٢٥٩) .

المبحث الثاني : انعقاد الحواله

معلوم أن أركان الحوالة المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، والمحال به وهو الدين واذا كان ذلك كذلك فهل رضا كل من المحيل والمحال والمحال عليه معتبر في انعقادها أم لا ؟ هذا ماسنجليه في ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : رضا المحيل

وقد اختلف فيه هل يشترط رضاه في الحوالة أوْ لا على قولين :-

القول الأول : وهو قول الأئمة الثلاثة من الحنفيه وقول المالكية والشافعية والحنابلة [١] وهو القول باشتراط رضاه .

الأدلـة :-

وحجتهم في ذلك مايلي :-

١ - أن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات .

٢ - ولأن للمحيل إيفاء ماعليه من أي جهة فلا يجبر على جهة منها قهراً .

٣ - ولأن ذوي المروءات يستنكفون أن يتحمل عنهم أحد شيئاً فكان رضاه شرطاً في الحوالة .

القول الثاني :- وهو المختار لدى الحنفية وهو عدم اشتراط رضى المحيل وتأولوا مانقل من اشتراط رضاه كما تقدم فقالوا إنه محمول على حالة ماإذا كان للمحيل على المحال عليه دين فإنه يشترط والحالة هذه رضاه لأن قبول الحوالة يكون إسقاطاً لمطالبة المحيل المحال عليه فلاتصح إلاّ برضاه [٢] .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٦/٦ . ، شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٢٤٠/٧ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٩١/٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٢٥/٣ . ، روضة الطالبين ، النووي ، ٢٢٨/٤ . مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٩٣/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٥٨٠/٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٢٢٧/٥ .

(٢) شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام ، ٢٤٠/٧ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٣٤٠/٥ .

الأدلـة : -

وحجتهم في عدم اشتراط رضى المحيل هي :-

أن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لايتضرر به بل فيه نفعه لأنه لايرجع عليه مادامت الحوالة بغير أمره ، فلا يشترط رضاه .

الترجيـح :-

والراجح والله أعلم القول باشتراط رضى المحيل لكونه أظهر أدلة من القول الثاني القائل بعدم اشتراط رضاه .

المطلب الثاني : رضا المحال

وقد اختلف في اعتبار رضاه على قولين :-

القول الأول : يشترط رضى المحال في عقد الحوالة وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد .(١)

الأدلـة :-

وحجتهم في ذلك مايلي:-

١ - أن حق المحال الأصل فيه أنه في ذمة المحيل فلا ينتقل منه إلاّ برضى المحال نظراً لتفاوت الذمم فله أن يختار لنفسه الأوفق .

٢ - قياس الديون على الأعيان إذ الأعيان لا تبدل إلاّ بالتراضي فكذا الديون لاتنتقل إلاّ بالتراضي .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٦/٦ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٣٤٢/٥ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٩١/٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٢٥/٣ . ، روضة الطالبين ، النووي ، ٢٢٨/٤ . مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٩٣/٢ . ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ابن قدامه ، ٢٢١/٢ الانصاف ، المرداوي ، ٢٢٧/٥.

القول الثاني : لايشترط رضى المحال إذا كان المحال عليه مليئا وهو الصحيح لدى الحنابله [١] .

الأدلـــة :-

وحجتهم في ذلك مايلي : -

١ - الحديث :- « إذا أتبع أحدكم على مليّ فليتبع » [٢] .

٢ - ولأن للمحيل إيفاء الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقامه في الايفاء من غير ضرر على المحال بذلك لاشتراط ملاءة المحال عليه فلم يكن للمحال الامتناع .

وقد أجابوا عن ادلة القائلين باشتراط رضى المحال بما يلي :-

١ - دليلهم الأول وهو القول باشتراط رضى المحال نظراً لتفاوت الذمم مردود باشتراط الملاءة فإذا كان المحال عليه مليئاً فإن الواجب عليه الوفاء للمحال .

٢ - وأما قياسهم الديون على الأعيان فمردود بأن الديون متعلقها الذمم بخلاف الأعيان فافترقا .

الترجيـح :-

والراجح والله أعلم القول الثاني القائل بعدم اشتراط رضى المحال إذا كان المحال عليه مليئاً لقوة دليله .

المطلب الثالث : رضا المحال عليه

واختلف في رضا المحال عليه هل هو معتبر في عقد الحوالة أم أنه غير معتبر على قولين:-

القول الأول : يشترط رضى المحال عليه في الحوالة وهو مذهب الحنفية ورواية عند الشافعيه[٣].

---

(١) المغني ، ابن قدامه ، ٥٧٦/٤ . ، الكافي ، ابن قدامه ، ٢٢١/٢ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٢٢٧/٥ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٨٤ .

(٣) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٦/٦ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٣٤٢/٥ .
مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٩٤/٢ .

الأدلـة :-

وحجتهم مايلي :-

١ - أن المحال عليه يلزمه الدين في الحوالة ولالزوم بدون التزامه فلزم رضاه .

٢ - أن الناس يتفاوتون في الطلب فكان لابد من رضاه ليختار لنفسه الأوفق .

القول الثاني : لايشترط رضى المحال عليه وهو مذهب الحنابلة والمالكية والأصح عند الشافعية[١]

وقد استثنى المالكية من ذلك مسألتين :-

أ - وجود عداوة بين المحال والمحال عليه سابقة عن وقت الحوالة فيشترط رضى المحال عليه في هذه الحال .

ب - إذا أعلم المحيلُ المحالَ أن لادين له على المحال عليه فيشترط في هذه الحالة رضى المحال عليه لأن الحوالة إن لم تكن على دين فهي حمالة والحميل يشترط رضاه والمحال عليه عبارة عن حميل هاهنا .

الأدلـة :-

وقد استدل الجمهور على ماذهبوا إليه بما يلي :-

١ - أن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره كما لو وكل غيره بالاستيفاء وقد أقام المحال مقامه في الاستيفاء فلم يكن للمحال عليه الامتناع .

٢ - ان المحال عليه محل الحق والتصرف كالعبد المبيع فلا يشترط رضاه .

---

(١) مواهب الجليل ، الحطاب ، ٩١/٥ . ، الخرشي على مختصر خليل ، ١٦/٦ . ، حاشية العدوي على مختصر خليل ، علي العدوي (بيروت : دار صادر) ، ١٦/٦ ، ١٧ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٢٥/٣.

روضة الطالبين ، النووي ، ٢٢٨/٤ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ١٩٤/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٥٧٦/٤ . الانصاف ، المرداوي ، ٢٢٧/٥ .

الترجيـــح :-

والراجح والله أعلم القول الثاني الذي لايشترط رضى المحال عليه ويجاب عن أدلة المشترطين بمايلي :-

١ - أما قولهم أن المحال عليه يلزمه الدين في الحوالة فلابد من رضاه فمردود بالقول أن المحال عليه كان ملتزماً الدين قبل الحوالة وقد اشتُرِط في الحوالة تساوي الدينين فلاضرر على المحال عليه من الحوالة إذ هو لم يلتزم أكثر مما التزمه قبل الحوالة .

٢ - وأماقولهم أن الناس يتفاوتون في الطلب فلابد من رضاه ليختار لنفسه الأرفق فمردود بقولنا هلاَّ اشترطتم هذا الشرط في الوكالة إذ الوكيل قد يكون أشد طلباً من الموكِّل ؟! .

القانـــون :-

تنعقد الحوالة برضا المحيل والمحال ولايشترط رضا المحال عليه وفي ذلك تنص الماده ٣٠٣ م مصري :-

(يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلاَّ إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) .

هذا بالنسبة لحوالة الحق أما حوالة الدين فتنعقد باتفاق بين المدين (المحيل) والغير (المحال عليه) وهذه هي الصورة الغالبة ، ويجوز أن تتم باتفاق بين الدائن والغير (المحال عليه) ، وفي الصورة الغالبة تنص الماده (٣١٥ م مصري) :-

(تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين) .

وفي الصورة الثانيه تنص الماده (١/٣٢١ م مصري) :-

(يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه) .

المبحث الثالث : شروط الحوالة

الشروط يكون بعضها قدراً مشتركا بين عقود عدة وبعضها يختص به عقد دون غيره ، وإذا كان ذلك كذلك فإن الذي يهمنا هاهنا هو ماتختص به الحوالة دون غيرها من شروط ولعل من أهم ذلك مايلي :-

١ - كون المحال عليه مدينا للمحيل : وهذا الشرط ليس موضع اتفاق بين العلماء والخلاف فيه كمايلي:-

القول الأول : وعليه الجمهور من المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية وهؤلاء يشترطون كون المحال عليه[١] مدينا للمحيل .

الأدلـة :-

وحجتهم في ذلك مايلي :-

١ - أن الحوالة فيها معنى المعاوضة إذ الدين الذي على المحال عليه عوض عن الدين الذي على المحيل فاذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فأي شيء يجعله المحيل عوضاً عن حق المحال .

٢ - أن المحيل يبرأ بالحوالة ولايرجع عليه المحال فكان من التوثق لحق المحال أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل كي لايكون حق المحال عرضة للسقوط .

القول الثاني : وعليه الحنفية وبعض الشافعية في مقابل الأصح عندهم وهؤلاء لا يشترطون كون المحال عليه مدينا للمحيل[٢] .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣/٣٢٥ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/١٩٤. نهاية المحتاج ، الرملي ، ٤/٤٢٣ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٤/٥٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٦/١٦ . ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٤/٤٢٣ . مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٢/١٩٤ .

الأدلـــة :-

وحجتهم الحديث :« فإذا أتبع أحدكم على مليءٍ فليتبع »[١] .

حيث جاء مطلقاً فهو أعم من كون المحال عليه مدينا للمحيل أوْ لا

الترجيـــح :-

والذي يظهر والله أعلم رجحان القول الأول المشترط مديونية المحال عليه للمحيل لقوة أدلته أما حجة القول الثاني وهي إطلاق الحديث فيجاب عنها أن الحديث وإن جاء مطلقا فإن العهد يخصصه إذ المعهود في الحوالة أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل .

٢ - تساوي (تماثل) الدينين : والمراد أن يكون الدين المحال به المستقر على المحيل للمحال مماثلاً للدين المحال عليه المستقر على المحال عليه للمحيل وهذا الشرط مختلف فيه على قولين :-

القول الأول : وعليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وهؤلاء يشترطون تماثل الدينين[٢] .

القول الثاني : وعليه الحنفية وهم لايشترطون تماثل الدينين .

سبب الاختلاف : والذي يظهر لي أن سبب الخلاف بين الجمهور والحنفية في هذه المسألة هو اختلافهم في سابقتها إذ الجمهور يشترطون أن يكون المحال عليه مدينا للمحال ذلك أن الحوالة نقل للحق فلابد من تماثل الحقين ، أما الحنفية فلايشترطون أن يكون المحال عليه

---

(١) صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة ٣/٥٥ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣/٣٢٧ . ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٤/٤٢٥ .

المغني ، ابن قدامه ، ٤/٥٧٧ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٥/٢٢٥ .

مديناً للمحال واذا كانو يقولون بصحة الحوالة وإن لم يكن ثمة دين على المحال عليه فمن باب أولى أن يقولو بصحتها عند عدم تساوي الدينين .

القانـون :-

وفي القانون ترتفع هذه القيود ذلك أن الحوالة لاتخلو من أن تكون حوالة حق أو حوالة دين ، ففي حوالة الحق يشترط وجود حق للمحيل دون اشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال ، وفي حوالة الدين يشترط أن يوجد دين على المحيل دون اشتراط أن يكون المحيل دائنا للمحال عليه ، وإذا كان لايشترط أن يكون المحيل مديناً للمحال في حوالة الحق ، ولايشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل في حوالة الدين فإنه لايشترط تساوي الدينين من باب أولى إذ لايشترط في الأصل اجتماعهما في وقت معا .

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على الحوالة

ويترتب على عقد الحوالة آثار أهمها :-

١ - براءة ذمة المحيل : فيبرأ بالحوالة المحيلُ من الدين الذي كان في ذمته للمحال ومرد هذه المسألة حقيقة الحوالة فعلى القول أنها نقل للدين والمطالبة معاً يبرأ المحيل بها من الدين الذي في ذمته للمحال ، أما على القول أنها نقل للمطالبة فقط ، أو أنها لاتنقل دينا ولا مطالبة كالكفالة فلا براءة للمحيل إذن ، وقد تقدم تحقيق الخلاف في حقيقتها في مبحثه .

٢ - المطالبة : ونعني بذلك ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو هو في ذمة المحيل ومبنى ذلك الخلاف في حقيقة الحوالة أهي نقل للدين والمطالبة معاً أوْ لا وقد تقدم في مبحثه فلنرجع إليه .

٣ - الرجوع : والمقصود رجوع المحال عليه على المحيل إذا أدى للمحال ولم يكن مديناً للمحيل وهذا لايتأتى إلاّ على قول القائلين أنه ليس من شرط صحة الحوالة أن يكوْن المحال عليه مدينا للمحيل قبل الحوالة ، وحيث أن مناقشة مسألة اشتراط مديونية المحال عليه للمحيل تقدمت في مبحث شروط الحوالة فإني احيل عليها إذ هي مبنى هذه المسألة .

القانــون :-

وفي القانون يترتب على الحوالة من الآثار مايلي :-

١ - براءة ذمة المدين الأصلي (المحيل) قبل الدائن وحول هذا يقول السنهوري :-

(وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا في هذا المعنى هو المادة (٤٥٠) من هذا المشروع وكانت تجري على الوجه الآتي :«إذا أقر الدائن الحوالة برئت ذمة المدين الأصلي وحل محله المحال عليه » وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد

تطبيق للقواعد العامة)[١] .

وبراءة ذمة المحيل (المدين الأصلي) إنما مردها انتقال الدين الذي كان في ذمته الى ذمة المحال عليه .

٢ - الرجوع : وفي القانون يختلف الغرض من الحواله فقد يكون الغرض منها الوفاء وقد يكون الغرض منها القرض وإذا كان الغرض منها القرض فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما أدّى عنه طبقاً لشروط القرض بينهما .[٢]

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ٥٨٥/٣ ، الفقره (٣٢٩) .

(١) المرجع السابق ، ٦٢١/٣ ، الفقره ، (٣٤٨) .

المبحث الخامس : انقضاء الحواله

والحوالة تنقضي بأسباب عدة من أهمها مايلي :-

١ - الأداء[١] : فاذا أدى المحال عليه المال إلى المحال انقضت الحوالة إذ لافائدة من بقائها بعد انتهاء حكمها .

٢ - الإبراء[٢] : فإذا أبرأ المحالُ المحالَ عليه من المال أو وهبه إياه أو تصدق به عليه إذ هما بمعنى الابراء فان الحوالة تنتهي بذلك .

٣ - الموت وتفصيل ذلك مايلي :-

أ - موت المحيل[٣] : وهذه المسألة مردها الخلاف في براءة ذمة المحيل بالحوالة نظراً لانتقال الدين بها فالذين يقولون بذلك لايرون تأثر الحوالة بموت المحيل إذ الدين انتقل من ذمته ولم يعد له شأن به وهذا ماعليه الجمهور .

أما الحنفية فيفرقون بين الحوالة المطلقة والمقيدة فالمطلقة لاتنتهي بموت المحيل ولاتتأثر به بخلاف المقيدة .

ب - موت المحال عليه[٤] : أما إذا مات المحال عليه ففي انقضاء الحوالة بموته خلاف كمايلي:-

١ - عند الحنفية تنفسخ الحوالة إذا مات المحال عليه مفلسا ويرجع المحال على المحيل .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٩/٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر نفسه .

(٤) شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام ، ٢٤٣/٧ ، ٢٤٥ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ،٩٥/٥ . ، التاج والإكليل ، المواق ٩٥/٥. نهاية المحتاج ، الرملي ، ٤٢٨/٤ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ،١٩٥/٢ -١٩٦ . ، المغني ، ابن قدامه ،٥٨١/٤.

٢ - وعند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لاتنفسخ الحوالة بموت المحال عليه ولايرجع المحيل على المحال عليه حتى لو مات مفلساً إلاّ أن المالكية والحنابلة يجعلون ذلك مشروطاً بشرط هو :-

- أن لايكون المحيل غر المحال بإحالته على مفلس وهو لايعلم .

ويزيد المالكية شرطا آخر هو :-

- أو أن يشترط المحال الرجوع على المحيل في حال موت المحال عليه .

القانـــون :-

وفي القانون تنقضي الحوالة بأسباب انقضاء الالتزام بوجه عام من ذلك مايلي:-

١ - الوفاء : وفيه تنص المادة (١/٣٢٣) :-

(يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء ...) .

٢ - الابراء : وفيه تنص المادة (٣٧١) :-

(ينقضي الإلتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده)

٣ - اتحاد الذمة : وفيه تنص المادة (١/٣٧٠) :-

(إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة .

المبحث السادس : الموافقات والفروق

من خلال ماتقدم من عرض لكل من خطاب الضمان والحوالة يتضح لنا فروق وموافقات على النحو التالي :-

أولاً : الموافقات .

١ - أن العميل يعطي المصرف مبلغاً من المال .

٢ - أن العميل بموجب هذا يحيل المستفيد على المصرف ليستوفي التأمين (الرهن) منه .

٣ - أن المصرف لايملك الاعتذار عن الدفع للمستفيد .

تلكم موافقات بين خطاب الضمان والحوالة توحي بالتقاء بينهما حال كون خطاب الضمان مغطّىً غطاء كليا .

ثانيا : الفروق .

لنفترض في خطاب الضمان أن المستفيد هو المحال وأن العميل هو المحيل وأن المصرف هو المحال عليه وهاهنا نتساءل : وأين الدين الذي ينبغي أن يكون في ذمة المحيل (العميل) للمحال (المستفيد)؟ .

الحق أنه ليس ثمة دين ففيمَ الحوالة ؟ وهذا فرق جوهري بينهما .

القانــون :-

أولاً : الموافقات .

١ - من الممكن بادئ ذي بدء توجيه خطاب الضمان على أنه حوالة حق إذا قلنا أن العميل عندما يودع مبلغاً من المال لدى المصرف (تأميناً) فإنه يكون دائناً له في هذا المال وبموجب ذلك فإنه يحيل المستفيد بحقه على المصرف .

الفصل الخامس : الرهن

المبحث الأول : تعريف الرهن وبيان حقيقته

المبحث الثاني : الأصل في مشروعية الرهن

المبحث الثالث : انعقاد الرهن

المبحث الرابع : المرهون

المبحث الخامس : المرهون به

المبحث السادس : القبض

المبحث السابع : آثار الرهن

المبحث الثامن : انقضاء الرهن

المبحث التاسع : الموافقات والفروق

الفصل الخامس : الرهن

المبحث الأول . تعريفه وبيان حقيقته :-

المطلب الأول . تعريفه :-

أولاً : في اللغه[١] .

الرهن في اللغة مصدر وجمعه رهان ورهون ورُهُن وله معان عدة منها :-

١ - الثبوت والدوام والإستمرار يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي دائمة وحالة راهنة أي ثابتة مقيمة .

٢ - الحبس ومنه قوله تعالى :-

« **كل نفس بما كسبت رهينه.....** »[٢] الآية .

وقوله تعالى :-

« **كل امرئ بما كسب رهين** »[٣] .

٣ - المرهون : يقال رهْن بكذا أي مرهون . وعرفه صاحب القاموس المحيط بهذا المعنى فقال:-

« الرهن ماوضع عندك لينوب مناب ماأخذ منك »[٤].

وبالجملة : فالراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره كما يقول ابن فارس وعلى هذا يتفرع ماتقدم .

ثانيا : في الإصطلاح .

وعرف الرهن في الإصطلاح بتعريفات عدة نورد منها مايلي :-

---

(١) لسان العرب، ابن منظور «رهن» . ، القاموس المحيط ، الفيروزابادي «رهن » . ، معجم مقاييس اللغه، ابن فارس «رهن».

(٢) سورة المدثر ، الآيه (٣٨) .

(٣) سورة الطور ، الآيه (٢١) .

(٤) القاموس المحيط ، الفيروزابادي « رهن » .

١ - (هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين حقيقة أو حكما) [١] .

٢ - (بذل من له البيع مايباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق) [٢] .

المراد بقوله : (من له البيع) أي من هو من أهل البيع .

والمراد بقوله : (مايباع) أي مايصح بيعه .

والمراد بقوله : (ولو اشترط في العقد) دفع توهم بطلان العقد الذي يشترط فيه رهن فيه غرر.

٣ - (جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه) [٣] .

٤ - (المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه) [٤] .

٥ - (توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها) [٥] .

النظر في التعريفات :-

من خلال ماتقدم إيراده من تعريفات للرهن يلاحظ أن الفقهاء الأربعة اتفقوا على أن المرهون به يكون ديناً لكنهم اختلفوا هل يكون عيناً ؟ .

فالشافعية والحنابلة على عدم جواز ذلك وقد جاء تعريفهم للرهن مقيداً بكلمة «دين» ليخرج ماعداه فلايكون المرهون به إلادينا .

أما الحنفية والمالكية فقالوا بجواز كون المرهون به عيناً وقد جاء تعريفهم بكلمة «بحق» لتشمل الدين والعين .

---

(١) حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٧/٦-٤٧٨ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣٣١/٣ ، ٣٣٢ .

(٣) نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٢٩/٤ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢١/٢ دون كلمة (متمولة) .

(٤) المغني ، ابن قدامه ، ٣٦١/٤ .

(٥) شرح منتهى الإرادات ، البهوتي ، ٢٢٨/٢ .

كما يلاحظ اتفاق الفقهاء على أن المرهون لابد أن يكون شيئاً مالياً ، وقد عبر بعضهم عن ذلك بقوله (حبس شئ مالي) ، وعبر بعضهم عنه بكلمة (مال) ، وعبر بعضهم عنه بكلمة (عين) ، وكل هذه التعبيرات تتفق في وصف المالية ، ومن هنا تبدو حقيقة الرهن وهي التوثيق بالمال .

القانون :-

وفي القانون عرف الرهن الحيازي بنص المادة (١٠٩٦) مدني أنه :-

(عقدبه يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أوعلى غيره أن يسلم إلى الدائن أوإلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الرهن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء)[١] .

المطلب الثاني : حقيقة الرهن .

والرهن في حقيقته ليس مجرد توثق فحسب فذلك حاصل من جراء عقود شتى كالكفالة والحوالة وغيرها فالتوثق قدر مشترك بين تلك العقود ولكن الذي يفرق كلا عن الآخر هو حقيقته وحقيقة الرهن أنه توثقة بعين وهذا مايفرقه عن سائر عقود التوثق الأخرى .

وأما الموثق به فإنه ليس كل حق يصح توثيقه بعين أو دين ولكن ذلك مقصور على مايلي :-

١ - الدين وذلك باتفاق .

٢ - العين - على اختلاف بين العلماء فيها .

٣ - المنفعة - على اختلاف بين العلماء في تفصيلاتها ، وسيرد بيان كل في موضعه .

القانـون :-

والقانون يتفق مع الفقه في حقيقة الرهن هذه كما هو واضح من التعريف وقد تقدم .

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ١٠/٧٣٨ ، الفقرة (٤٩٦) .

المبحث الثاني : في انعقاد الرهن

المطلب الأول : انعقاده

ينعقد الرهن بالايجاب والقبول وهذا ماعليه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[١].

وذهب بعض الحنفية إلى أنه ينعقد بالايجاب وحده لأنه عقد تبرع ذلك أن الراهن لم يستوجب بإزاماأثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه وكل ماهو كذلك يتم بالمتبرع كالهبة والصدقة[٢].

وذكر نحواً من ذلك أبو الضياء من الشافعية في حاشيته على نهاية المحتاج حيث أفاد أن الرهن تبرع محض فلايضر فيه عدم موافقة القبول للايجاب كالهبة ، ولأن الرهن جائز من جهة المرتهن وقياسه لوقال رهنتك هذا بألف فقبل بخمسمائة صح الرهن [٣] .

ويجاب عن دعوى التبرع أن الرهن ليس عقد تبرع من كل وجه بل فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لايتم بإيجاب الراهن وحده بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا إياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك .

مما تقدم يتبين رجحان القول بضرورة القبول لانعقاد الرهن لما فيه من معنى المعاوضة لكن هل من لازم ذلك أن يوافق القبول جميع جزئيات الإيجاب ؟ .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٣٥/٦ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٨/٦ .
اسهل المدارك ، أبوبكر بن حسن الكشناوي ، الطبعة الثانيه (مصر : مطبعة عيسى الحلبي وشركاه) ، ٢٦٧/٢ .
نهاية الحتاج ، الرملي ، ٢٣٤/٤ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢١/٢ . ، الإنصاف ، المرداوي ، ١٣٧/٥ .

(٢) حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٨/٦ . ، شرح فتح القدير ، الكمال ابن الهمام ، ١٩٠/٨ .

(٣) حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج ، أبوالضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري ، الطبعة الأخيرة (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي) ، ٢٣٤/٤ .

يظهر أنه ليس من لازم القبول أن يوافق جميع جزئيات الإيجاب ذلك أن الرهن جائز في حق المرتهن فإذا كان له رفض الإيجاب كليا كان له رفضه جزئيا من باب أولى .

ولايرد علينا هاهنا القول بضرورة القبول لمعنى المعاوضة لأن الجزء الذي وافقه القبول يكون هو الرهن دون غيره فلم يخل من قبول .

القانـون :-

ولما كان الرهن عقداً فإن الماده (٨٩) مدني مصري تسري عليه وهذا نصها : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبيرَ عن إرادتين متطابقتين ..) .

وفي ذلك يقول السنهوري : (وأما القانون فإن الرهن ينعقد فيه بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي) [١] فهو في هذا يوافق ماذهب اليه جمهور الفقهاء وقد تقدم .

المطلب الثاني : أحوال الرهن مع العقد سببه

للرهن مع العقد الذي كان بسببه ثلاثة أحوال :-

١ - الحال الأولى : أن يكون الرهن بعد العقد الذي هو سببه فيصح الرهن باتفاق المذاهب[٢] .

٢ - الحال الثاني : أن يكون مصاحباً له (معه) كقوله بعتك هذه السيارة بعشرين على أن ترهنني بها بيتك هذا فهاهنا اختلف الفقهاء على قولين :-

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ٧٥١/١٠ ، الفقره (٥٠٥) .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٢/٦ . ، الكافي ، ابن عبدالبر القرطبي ، ٨١٢/٢ .
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٥/٣ . ، التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن رشد القرطبي ، الطبعة السابعه (بيروت : دار المعرفه ، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ، ٢٧٤/٢ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٦/٢ ، ١٢٧ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٣/٤ .
الانصاف ، المرداوي ، ١٣٩/٥ .

الأول : يقول بصحة الرهن وهو مذهب الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة[١] .

وعللوا ذلك : أن الحاجة داعية إلى ثبوته فإنه لو لم يجعله مصاحباً للعقد لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخيرة إلى المشتري وقد لايبذل المشتري الرهن فتفوت الوثيقة بالحق .

الثاني : لايصح الرهن : وهو قول عند الشافعية واختاره الرافعي منهم وقال هو القياس لأن أحد شقي العقد قد تقدم على ثبوت الدين [٢] .

الترجيح :-

والذي يترجح لي الأول لما يلي :-

١ - الحديث «المسلمون على شروطهم .....» الحديث [٣] .

٢ - ولأن الحاجة داعية إلى ذلك .

٣ - الحال الثالث :- أن يكون الرهن قبل العقد الذي هو سببه أي أنه يتقدم سببه فقد اختلف في صحته إلى قولين :-

الأول :- القول بصحته وهو مذهب الحنفية والمالكية ووجه ضعيف لدى الشافعية واختيار أبي الخطاب من الحنابلة [٤] .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٢/٦ . ، بداية المجتهد ، ابن رشد ، ٢٧٤/٢ . ، التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ .
مغني المحتاج، الخطيب الشربيني ، ١٢٦/٢ ، ١٢٧ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٣/٤ . ، الانصاف ، المرداوي،١٣٩/٥.

(٢) روضة الطالبين ، النووي ، ٥٤/٤ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٧/٢ .

(٣) سنن أبي داود ، كتاب الأقضيه ، باب في الصلح ، ٢٠/٤ ، رقم ٣٥٩٤ .
سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ماذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ، ٦٢٥/٣ ، رقم ١٣٥٢
إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين ، الطبعة الثانيه (بيروت : المكتب الإسلامي ، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م) ، وقال حديث صحيح .

(٤) تبيين الحقائق ، الزيلعي ، ٧١/٦ . ، الكافي ، ابن عبدالبر القرطبي ، ٨١٢/٢ . ، التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ .
الخرشي على مختصر خليل ، محمد بن عبدالله الخرشي (بيروت : دار صادر) ، ٢٤٩/٥ .
بداية المجتهد ، ابن رشد ، ٢٧٤/٢ . ، روضة الطالبين ، النووي ، ٥٣/٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٩/٥ .
المغني ، ابن قدامه ، ١٣٩/٥ .

وحجتهم :- القياس على الضمان قالوا :-

إنه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان .

ونوقش أن فرقاً بين الرهن والضمان إذ الضمان التزام مال تبرعاً بالقول من غير حق ثابت بخلاف الرهن [١] .

الثاني :- القول بعدم صحته وهو مذهب الشافعية وظاهر المذهب لدى الحنابلة [٢]

وأدلتهم :-

١ - القياس : إذ قاسوا الرهن على الشهادة قالوا :-

الرهن وثيقة بحق كالشهادة وهي لاتسبقه فكذا الرهن .

وأجيب بالفرق بين الرهن والشهادة إذ الرهن بإمكان المرتهن بيعه إذا رضي الراهن واستيفاء حقه منه بخلاف الشهادة فهي لايتحقق فيها الاستيفاء وانما تُلزِم الحق أمام القاضي .

الترجيح :-

والذي يترجح لي والله أعلم عدم صحة الرهن قبل ثبوت العقد سببه ذلك أن تقديمه على سببه قد يكون مضراً بالراهن بخلاف الضمان إذ لاضرر في تقديمه على الضامن فيكون المنع هاهنا من منطلق عدم تقديم الشيء على سببه إذا احتمل ضرراً ، ومايراد من تسهيل من وراء تقديمه على سببه يمكن تحصيله بجعل الرهن مصاحباً له لامتقدماً عليه فيتحقق بذلك أمران :-

١ - حصول الغرض المراد من تقديمه على سببه من غير وقوع فيما هو مشكل من ذلك .

٢ - الخروج من الخلاف المتقدم في مسألة تقديم الرهن على سببه ولزوم الاحتياط دونما نقيصة

---

(١) الانصاف ، المرداوي ، ١٣٩/٥

(٢) المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٧/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٣/٤ .

المبحث الثالث : المرهون

مايصح رهنه :-

١ - يصح رهن العين المملوكة باتفاق العلماء [١] .

٢ - ويصح رهن الدراهم والدنانير والفلوس [٢] .

٣ - ويصح رهن المستعار باذن مالكه ويدخل في العين المضمونه [٣] .

القانـون :-

وفي القانون تنص الماده (١٠٩٧) مدني على مايلي :-

(لايكون محلاً لرهن الحيازة إلاّ مايمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) .

ويعلق السنهوري على ذلك بقوله :-

(ويجوز أيضا رهن المنقول رهن حيازة كالمفروشات والحلي والمجوهرات والسيارات والمركبات والمواشي والدواب وغير ذلك من المنقولات ، ويجوز رهن النقود (الكفالة النقديه) ويتملك الدائن المرتهن النقود المرهونة المسلمة اليه على أن يرد مثلها عند تنفيذ المدين لالتزامه .... ويجوز رهن الديون والسندات لحاملها والسندات والأسهم الأسمية) [٤] .

---

(١) الهداية ، الرشداني ، ١٣٣/٤ . ، بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٣٦/٦
مواهب الجليل ، الحطاب ، ٥/٥ . ، المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٧٤/٤ .

(٢) الهداية ، الرشداني ، ١٣٣/٤ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ٥/٥ . ، الأم ، الشافعي ، ١٤١/٣ .

(٣) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٣٦/٦ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٣٨/٣ .
التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ . ، المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٨٠/٤ .

(٤) الوسيط ، السنهوري ، ٧٦٤/١٠ ، الفقره (٥١٦) .

المبحث الرابع : المرهون به

لايخلو المرهون به من أن يكون ديناً أو عيناً أو منفعة وعليه فإننا سنناقش كلا في مطلب خاص به .

المطلب الأول : المرهون به ديناً :-

إذا كان المرهون به ديناً تطرق اليه ثلاثة احتمالات :-

الأول : أن يكون ثابتاً مستقراً في الذمة .

الثاني : أن يكون غير لازم ولكن مآله اللزوم كالأجر على الجعالة .

الثالث : أن يكون غير لازم ولاصائر إلى اللزوم كنجوم الكتابة .

وسنبين أحكام كل احتمال في ثلاث مسائل :-

المقصد الأول : المرهون به دينا ثابتا

إذا كان الدين ثابتا مستقراً في الذمة فإنه لاخلاف بين الفقهاء في جواز أخذ الرهن به[١] وأدلتهم:-

١ - قوله تعالى : « **فرهان مقبوضه** »[٢] حيث جعل الرهن بدل الكتابة فكان في محلها ومحل الكتابة بعد وجوب الحق للآية «فاكتبوه» .

٢ - الحديث (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً ورهنه درعه)[٣] فدل على جواز الرهن في الدين المستقر في الذمة .

٣ - الإجماع : حيث نقل ابن قدامه وغيره الإجماع على ذلك[٤] .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٢/٦ . ، مواهب الجليل ، الحطاب ، ١٦/٥ .
مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ١٢٦/٢ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٧/٥ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٣/٤ (٢)

(٢) سورة البقره ، الآيه (٢٨٣) .

(٣) صحيح البخاري ، كتاب في الرهن في الحضر ، باب الرهن عند اليهود وغيرهم ١١٦/٣ .

(٤) المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٣/٤ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٧/٦ .

المقصد الثاني : كون المرهون به ديناً غير لازم ولكن مآله اللزوم

إذا كان المرهون به دينا غير لازم ولكن مآله اللزوم كالجعل قبل العمل فقد اختلف العلماء في جواز أخذ الرهن به إلى مايلي :-

القول الأول : على جواز أخذ الرهن به وعليه الحنفية وذلك مايفهم من كتبهم إذ يجوزون الرهن بالدين الموعود وهو غير لازم ، ويعللون ذلك أن المقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته[١] .

وهو قول المالكية وقول مرجوح عند الشافعية وأحد الوجهين لدى الحنابلة[٢] .

وحجتهم : أنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار .

القول الثاني : - على عدم جواز أخذ الرهن به وهو الراجح من قولي الشافعية وهو المذهب لدى الحنابلة[٣] .

وحجتهم : ان الجعالة فسخها جائز لكلٍّ قبل تمام العمل فأي شيء يفيد الرهن في أمر مبناه على الجواز لاللزوم .

الترجيح :-

والراجح والله أعلم القول بالمنع ويرد قياس المجيزين أنه مع الفارق إذ موجب الثمن في البيع هو البيع وقد تم بخلاف موجب الجعل وهو العمل ولم يتم بعد فافترقا .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٣/٦ . ، تبيين الحقائق ، الزيلعي ، ٧١/٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٥/٣ . ، المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ الانصاف ، المرداوي ، ١٣٨/٥

(٣) نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٥٢/٤ . ، المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٨/٥ .

المقصد الثالث : كون المرهون به ديناً غير لازم ولا مآله اللزوم

إذا كان الدين غير لازم ولا مصيره إلى اللزوم كنجوم الكتابة فقد اختلف العلماء في جواز أخذ الرهن به إلى قولين :-

الأول : يجوز أخذ الرهن به وعليه المالكية في حال كون الرهن من المكاتب لامن أجنبي وهو أحد قولي الحنابلة[١] وقد ذكر ابن عابدين من الحنفية جواز أخذ الرهن به وفيما يلي نصه :-

(«قوله بحق» ودخل فيه بدل الكتابة فإن الرهن به جائز وإن لم تجز به الكفالة)[٢] .

قلت : ولعل من العجب أن يقال بالرهن فيما تمنع به الكفالة على أن الكفالة أخف من الرهن ويجري فيها من التساهل مالايجري فيه .

وجه تخصيص المالكية كون الرهن من المكاتب لامن أجنبي : قالوا لأن الرهن فرع التحمل والكتابة لايصح التحمل فيها لعدم لزومها للعبد أو أيلولتها للزوم فلايصح فيها رهن من أجنبي .

قلت :- وإذا كان تفريقهم هذا سببه عدم لزوم الكتابة أو أيلولتها إلى اللزوم فإنه ينبغي أن يمنع الرهن مطلقاً حتى ولو من المكاتب نفسه لهذا السبب ولا وجه للتفريق .

الأدلـــة :-

وحجتهم في ذلك : أنه حق مالي فيجوز أخذ الرهن به كثمن المبيع

القول الثاني : لايجوز أخذ الرهن به ، وهو قول المالكية حال كون الرهن من أجنبي – وقد تقدم في القول الأول بيان وجه تخصيصهم هذا ورده – وهو كذلك قول الشافعية والراجح لدى الحنابلة[٣] .

---

(١) التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ . ، الخرشي على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ . ، الإنصاف ، المرداوي ، ١٣٨/٥ .

(٢) حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٨/٦ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٦/٣ . ، التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ . المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٥٢/٤ ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٤٤/٤ ، الإنصاف ، المرداوي ، ١٣٨/٥ .

وهو مايظهر لي أنه مذهب الحنفية وذلك من خلال كلامهم عن صفة المضمون بالرهن مما لايتفق مع ماسبق نقله عن ابن عابدين في القول الأول واليك بعض النقولات عنهم :-

(الرهن إنما يصح بدين واجب أو بدين وجد سبب وجوبه كالرهن بالأجر قبل وجوبه أمّا بدين لايجب ولم يوجد سبب وجوبه كالرهن بالدرك لايصح)[١] .

ومثل هذا ماذكر الكاساني منع أخذ الرهن بالدرك لأنه ليس مضمونا حالاً [٢] ، ومن هذا نستخلص منعهم الرهن فيما لايلزم ولايؤول إلى اللزوم .

الأدلـــه :-

وحجتهم في المنع مايلي :-

١ - أن الرهن انما جعل ليحفظ عوض مازال عن ملكه من مال أو منفعة والمعوض في الكتابة هو الرقبة وهي باقية في ملكه لايزول عنها إلاّ بالأداء فلاحاجة إلى الرهن .

٢ - ولأن الرهن إنما ينعقد لتوثيق الدين حتى لايبطل والمكاتب يملك أن يُبطِل الدين لعدم لزومه فلايصح توثيقه .

٣ - ولأنه لايمكن استيفاء دينه من الرهن لو عجّزَ نفسه لأن الرهن من جملة مال المكاتب فيكون والحالة هذه ملكاً لسيده .

الترجيح :-

والراجح والله أعلم القول الثاني المانع أخذ الرهن فيما لايلزم ولايؤول إلى اللزوم ، ولئن كانت أدلة كلا القولين عقلية إلاّ أن أدلة القول الثاني أشد مساساً وأقوى ملمسا إذ الرهن توثقة والتوثقة فيها صفة الإلزام ومالاً يلزم لايُلزم .

---

(١) الفتاوى الهنديه ، (العالمكيريه) ، أبو المظفر محيي الدين محمد أورنك عالمكير بادشاه غازي ، الطبعه الثانيه (بولاق : المطبعه الكبرى الأميريه ١٣١٠هـ) ، ٤٣٤/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٣/٦ .

المطلب الثاني : إذا كان المرهون به عينا

وإذا كان المرهون به عيناً تطرق إليه ثلاثة احتمالات :-

الاحتمال الأول : أن تكون العين غير مضمونة .

الاحتمال الثاني : أن تكون العين مضمونة بنفسها .

الاحتمال الثالث : أن تكون العين مضمونة بغيرها .

وسنبين أحكام كلٍّ في ثلاث مسائل وفق مايلي :-

المقصد الأول : إذا كان الحق عيناً غير مضمونة

وإذا كانت العين المرهون بها غير مضمونة كالأمانات فلاخلاف أنه لايؤخذ الرهن بها لأنها غير مضمونة فلايفيد أخذ الرهن بها شيئاً [١] .

المقصد الثاني : إذا كان الحق عيناً مضمونة بنفسها

إذا كان الحق عيناً مضمونة بنفسها كالمهر في يد الزوج والمغصوب في يد الغاصب فقد اختلف العلماء في جواز أخذ الرهن بها إلى مايلي :-

القول الأول : وهو ماذهب إليه الحنفية والمالكية وهو قول لدى الشافعية وأحد الوجهين لدى الحنابلة[٢] وهو القول بجواز أخذ الرهن بها .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٢/٦ ، ١٤٣ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٨/٦ .
الخرشي على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ . ، نهاية المحتاج ، ٢٥٠/٤ . ، شرح منتهى الارادات ، البهوتي ، ٢٣١/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٣/٦ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٥/٣ .
نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٤٩/٢ ، ٢٥٠ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٤٥/٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٧/٥ .

القول الأول : - لايجوز الرهن به ، وهذا القول رواه الحسن عن أبي حنيفة وعليه الكرخي من الحنفية وهو قول الشافعية وأحد الوجهين عند الحنابلة[١] .

الأدلـــة :-

ووجه ذلك : أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولايتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لايصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن وإنما يسقط عنه الثمن لاغير .

القول الثاني :- يجوز أخذ الرهن به وهو ظاهر الرواية عند الحنفية وبه يقول المالكية وهو قول عند الشافعية ووجه عند الحنابلة[٢] .

الأدلـــة :-

ووجه ذلك أن الاستيفاء هاهنا يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض إن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوطه عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به .

الترجيـــح :-

والذي يترجح لي والله أعلم هو القول الأول ذلك أن المشتري لن ينقصه شيء إذ القيمة ماتزال عنده فبتلف العين أو عدم التمكن من تسلمها لسبب أو لآخر فإن الثمن يسقط عنه فلم يعد بحاجة إلى توثق .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٣/٦ . ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٤٧٨/٦ .
نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٤٩/٤ ، ٢٥٠ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٦/٢ .
الانصاف ، المرداوي ، ١٣٧/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤٣/٦ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٥/٣ .
التاج والإكليل ، المواق ، ١٦/٥ . ، نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٤٩/٤ ، ٢٥٠ .
مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٦/٢ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٧/٥ .

المطلب الثالث : إذا كان المرهون به منفعة

وصورة ذلك أن يستأجر دابة أو داراً فهل للمستأجر هاهنا أن يأخذ رهنا توثيقاً للمنفعة التي هي محل العقد بينهما ، ذلك مايحتاج إلى تفصيل بيانه :-

أن الرهن لايخلو من أحد حالين :-

١ - أن يكون الرهن بمنفعة معين كأن يأخذه بمنفعة الدار عينها فلايجوز إذ لايمكن استيفاؤها من الرهن [١] .

٢ - أو أن يكون الرهن بمطلق المنفعة أو على سبيل الاستيفاء من عوض المنفعة فيجوز [٢] ووجه التفريق أن المعين لايمكن استيفاؤه أما غير المعين فالمقصود من الرهن تحصيل قيمته فيما لو تعذر ، وذلك يفي به الرهن فجاز فيه .

القانـون :-

وفيما يتصل ببيان مايصح أن يؤخذ الرهن بمقابلته في القانون فقد جاءت الماده (١٠٤٠) مدني مصري موضحة بعضاً من ذلك ونصها :-

(يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه الدين) .

---

(١) الفتاوى الخانية ، قاضيخان محمود الأوزجندي ، الطبعة الثانيه (بولاق : المطبعه الكبرى الأميريه ، ١٣١٠هـ) ، ٥٩٨/٣ . الخرشي على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٤٥/٣ . المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٤٥/٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ١٣٩/٥ .

(٢) المصادر السابقه .

المبحث الخامس : القبض

وسنبحثه في مطلبين أولهما حكمه وثانيهما كيفيته .

المطلب الأول : حكم القبض

اختلف العلماء في حكم القبض بعد اتفاقهم على أنه شرط في الجملة إلى مايلي :-

القول الأول :-أنه شرط للزوم عقد الرهن وهو مذهب الحنفيه والشافعية ورواية عن أحمد [١].

الأدلـــة :-

أ - من الكتاب :-

١ - قوله تعالى : « **فرهان مقبوضة** »[٢]

حيث وصف الله الرهان بكونها مقبوضه فلاتلزم مالم تكن على هذا الوصف كما أن الكفارة لاتصح إلاأن تكون الرقبة مؤمنة مراعاة لتقييدها بهذا الوصف ، قلت وطرد ذلك أن يقولوا لايصح الرهن مالم يكن مقبوضاً لا أنه لايلزم فقط ، لكن صحته تستفاد من الآية نفسها إذ سمى الله تعالى الأعيان المطلقة رهاناً ، بقي اللزوم فلايقولون به لأنه لو لزم الرهن قبل القبض لم يكن لتقييده بالقبض فائدة .

المناقشه :-

ويجاب أن له فائدة إذ المرتهن يقدم على سائر الغرماء بالقبض وبدونه يكون أسوتهم فلم يخل القيد من فائدة .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٣٧/٦ . ، المهذب ، الشيرازي ، ٣٠٥/١ ، ٣٠٦ .
مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢٨/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٤/٤ .
الانصاف ، المرداوي ، ١٥٠/٥ .

(٢) سورة البقره ، الآيه (٢٨٣) .

ب - من العقل :-

١ - القياس على عقود التبرع كالصدقه والهبة ونحوها التي تلزم بالقبض ويجاب بمنع القياس من أصله إذ الصدقة والهبة من عقود التبرع أما الرهن فلا .

٢ - أنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه كما لومات الراهن .

ويجاب أن فيه مصادرة على المطلوب إذ هو استدلال بالدعوى على نفسها [١] .

القول الثاني :- القبض شرط تمام الرهن وكماله - أي أن الرهن يلزم بمجرد العقد ولكنه لايتم فيكون المرتهن مختصاً به دون سائر الغرماء إلاّ بعد قبضه ، وهذا القول مذهب الإمام مالك ورواية عن أحمد ذكر صاحب الإنصاف أنها المذهب [٢] .

الأدلـــة :-

أ - من الكتاب :-

١ - قوله تعالى : « **فرهان مقبوضة ..** »[٣] الآية .

حيث أن الله تعالى أثبت رهاناً قبل القبض وجعل القبض وصفاً لها والوصف قيد في موصوفه خارج عن حقيقته فيكون اسم الرهن ثابتاً للعين قبل قبضها فدل أن مجرد العقد كافٍ لايجاد حقيقة الرهن .

٢ - أن الله سبحانه أمر بالوفاء بالعقود بقوله :-

---

(١) مجلة البحوث الإسلاميه (الرياض : الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلميه والإفتاء والدعوه والإرشاد ، ١٤٠٩هـ) العدد ٢٤ ، ص ٢٧ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٣/٢٣١ . ، بداية المجتهد ، محمد بن رشد، ٢/٢٧٤. المغني ، ابن قدامه ، ٤/٣٦٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٥/١٠٥ .

(٣) سورة البقره ، الآيه (٢٨٣) .

« **يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .....** »[١] الآية .

وإذا كانت حقيقة الرهن ثابته للعين قبل قبضها لما تقدم فإنه يجب الوفاء به والتزامه بمجرد العقد عملاً بالآية ، أما القبض فهو مسألة أخرى تكون لاحقة للزوم الحاصل بمجرد العقد .

ب - ومن العقل :-

القياس على الكفالة والحوالة بجامع التوثق بينهما وبين الرهن وهما يلزمان بمجرد العقد فينبغي أن يلزم الرهن بمجرد العقد مثلهما .

ويجاب أن القياس مع الفارق إذ الاستيثاق في الكفالة والحوالة بالذمة لابالعين فلا يحتاج إلى قبض بخلاف الرهن فهو توثقة بالعين .

القول الثالث :- إن القبض شرط صحة عقد الرهن فلايجوز عقد الرهن إلا مقبوضاً في العقد وهو مذهب ابن حزم وبعض الحنابلة[٢] .

الأدلـــة :-

أ - من الكتاب :-

قوله تعالى : « **فرهان مقبوضة .....** »[٣] الآية .

قالوا إن الله تعالى إنما أجاز الرهن مقبوضاً فلا يجوز على غير هذه الصفة .

ب - من العقل :-

أن المعنى الذي شرع الرهن من أجله هو الاستيثاق ولايتحقق إلاّ بالقبض .

---

(١) سورة المائده ، الآيه (١) .

(٢) المحلى ، ابن حزم ، ٨٨/٨ ، الفقره (١٢٠٩) .، الانصاف ، المرداوي ، ١٥٠/٥ .

(٣) سورة البقره ، الآية ، (٢٨٣) .

المناقشه :-

ويجاب عن استدلالهم بالآية أن الله تعالى سمى الأعيان المطلقة رهاناً فدل ذلك على وقوع الرهن صحيحاً قبل القبض .

اما استدلالهم العقلي فيجاب عنه : أن الاستيثاق وإن كان هو المعنى الذي شرع الرهن من أجله إلاّ أنه لاتمانع بينه وبين انعقاد الرهن قبل القبض .

الترجيح :-

والذي يترجح لي والله أعلم القول الثاني القائل إن القبض شرط تمام الرهن لالزومه ورجحانه مستفاد من وجوه عدة[١] .

١ - أن فيه تيسيراً على الناس وتحقيقاً لمصالحهم وقضاء لحاجاتهم فقد يعامل إنسان آخر ويستدين منه ويحتاج الغريم إلى رهن يستوثق به ولكن المستفيد لايملك سوى أعواض مااستدان من غريمه فان أقبضه إياها في الرهن انقطعت الوسيلة التي كان يتكسب بها، وإن لم يقبضه لم يلزم الرهن وذلك مالايرض به الغريم ، فيكون ثمة حرج في حق أي منهما لكنه يرتفع بقولنا إن القبض شرط لتمام الرهن لالزومه .

٢ - أن الله أمر بالوفاء بالعقود والرهن عقد سواء أقبض أو لم يقبض فلزم الوفاء به .

٣ - أن الأصل في العقود والشروط الإباحة فإن اتفقا على قبضه قبض وصار لازما وإن اتفقا على إبقائه لدى الراهن بقي في يده وصار لازماً .

٤ - مايظهر من معارضة ماتقدم إيراده للآية « **فرهان مقبوضة...**» من منطلق أنها دالة على

---

(١) المناظرات الفقهيه ، الشيخ عبدالرحمن الناصر السعدي ، الطبعة الثانيه (الرياض : الرئاسة العامه لإدارات البحوث العلميه والإفتاء والدعوه والإرشاد ، ١٤٠٥هـ) ، ٢٤٣-٢٤٨ .

اشتراط القبض للزوم الرهن منقوض بمايلي :-

أ - أن الله تعالى ذكر الرهن في سياق ذكر ماتحفظ به الحقوق وذكر قبله الشهادة فبين أعلى مايكون الحفظ فيها وهي شهادة رجلين ثم ذكر ماهو أقل من ذلك درجة وهي شهادة رجل وامرأتين على أنها يصار إليها ولو مع امكان ماهو أعلى منها - شهادة الرجلين- وعلى نحو الشهادة ذكر الرهن فبين أعلى درجاته وهي أن يكون مقبوضاً فالآية هاهنا دالة على أعلى درجات هذه الوثيقة لكنها في الوقت نفسه لاتفيد نفي اللزوم عما عداها ، بل إن ماتقدم إيراده من أدلة ونصوص غيرها تدل على لزوم الرهن مطلقا .

ب - أن الآية « **فرهان مقبوضة** .....» تدل على أن الرهن تارة يكون مقبوضا وتارة لايكون مقبوضا وهو رهن في الحالين إلا أن إحداهما أكمل من الأخرى .

ج - نقول للذين يعترفون بوقوع الرهن صحيحاً قبل القبض لكنهم لايقولون بلزومه على أي أساس فرقتم بين المقبوض وغيره فقلتم بلزوم الأول دون الثاني وماهو مستندكم في هذا التفريق إذ الآية « **فرهان مقبوضة** .....» لاتدل على هذا التفريق لا نصاً ولاظاهراً ولا إشارة ولا منطوقاً ولا مفهوماً .

في القانون :-

وقد كان القانون القديم يذهب إلى أن القبض ركن لايلزم الرهن إلا به غير أن القانون الجديد عدل عن ذلك وجعل من القبض التزاماً لاركنا فيتم الرهن قبل القبض ، وفي ذلك تنص الماده ١٠٩٩ مدني :-

«١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان

لتسلمه »[١] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي في خصوص هذا النص قولها :-

«وقد أصبح التسليم التزاماً لاركناً في العقد كما تقدم وقبل التسليم يتم الرهن »[٢] .

ويشرح السنهوري ذلك فيقول :-

(وقد كان في التقنين المدني السابق لاينعقد الرهن إلا إذا سلم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن فإذا لم يسلم الشيء المرهون فلا ينعقد الرهن ولايكون هناك إلاّ مجرد وعد بالرهن)[٣].

المطلب الثاني : كيفية القبض

سنقسم القبض باعتبار المقبوض فنقول :-

لايخلو المقبوض من أحد احتمالين أولهما أن يكون غير منقول وثانيهما أن يكون منقولاً وتختلف كيفية قبضهما تبعاً لاختلافهما فإلى بيان كيفية قبض كلٍّ .

أولا : كيفية قبض غير المنقول

اتفق الفقهاء على أن قبض غير المنقول كالعقار والثمر على الشجر يتم بتخلية راهنه بينه وبين مرتهنه [٤] .

ثانيا : كيفية قبض المنقول

أما المنقول فقد اختلف العلماء في كيفية قبضه إلى مايلي :-

---

(١) الوسيط ، السنهوري ، ٧٨٥/١٠ ، الفقرة (٥٣٣) .

(٢) المصدر السابق ، ٧٨٦/١٠ .

(٣) المصدر نفسه ، ٧٨٧/١٠ ، الفقره (٥٣٤) .

(٤) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤١/٦ . ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ١٤٥/٣ . مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٧١/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٨/٤ .

القول الأول :- يكون قبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه وعليه الحنفية في ظاهر الرواية ورواية في مذهب الإمام احمد [١] .

وحجتهم :- أن التخلية قبض في العرف والشرع أما العرف فلأن القبض يرد على مالايحتمل النقل والتحويل يقال هذه الأرض أو الولاية في يد فلان فلايفهم منه إلاّ التخلي وهو التمكين من التصرف .

وأما الشرع فلأن التخلية في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل أو تحويل .

ويجاب عما تقدم إن دعوى الاجماع غير صحيحه إذ أصحاب المذاهب الأخرى وكذا أبو يوسف من الحنفية يقولون إن القبض في البيع لايكتفى فيه بالتخليه بل لابد من النقل .

القول الثاني :- القبض في الرهن كهو في البيع وعليه أبو يوسف من الحنفية ، والشافعية وهو المذهب لدى الحنابلة [٢] ، على أن قبض كل شيء بحسبه :-

فالمقدرات قبضها تقديرها بالكيل أو الوزن للحديث :-

(من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله) [٣] .

والجزاف قبضه نقله للحديث :-

(وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه) [٤] .

والمتناول باليد كالنقود والذهب ونحوها قبضه تناوله .

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤١/٦ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٤٦٩/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٤١/٦ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ٧٢/٢ ، ٧٣ المغني ، ابن قدامه ، ٣٦٨/٤ . ، الانصاف ، المرداوي ، ٤٦٩/٥ .

(٣) صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، ١١٦٠/٣ .

(٤) المصدر السابق ، ١١٦١/٣ ، رقم (١٥٢٧) .

الأدلـة :-

١ - قوله تعالى : « **فرهان مقبوضه ...** »[١] .

قالوا القبض في الآية مطلق فينصرف إلى الحقيقي الذي لايتحقق إلاّ بالنقل أما التخلية فقبض حكماً فلا يكتفى بها .

٢ - ومن العقل استدلوا فقالوا : القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع إلى العرف كالأحراز، والتفرق، والعادة في هذا ماذكرناه من التخلية في غير المنقول والنقل في المنقول.

القول الثالث :- يجعل المرجع في قبض المنقول إلى العرف وهو قول المالكية ، وابن تيميه[٢].

وحجتهم :- أن القبض لم يحدد من الشارع فيكون المرجع فيه إلى العرف كالأحراز والتفرق .

الترجيـح :-

والذي يترجح لي والله أعلم أن المرجع فيه إلى العرف كما يقول المالكية ذلك أن الله جل وعلا عن النسيان ذكر القبض مطلقاً عن التقييد بكيفية معينة - وماكان ربك نسيا - فلعل من إرادة الله تعالى اليسر بعباده أن جعله خالياً من التقييد ، وذلك ماتقتضيه سماحة الشريعه ويسرها وصلاحيتها لكل زمان ومكان ، ولو لم يكن كذلك لشق على الناس الالتزام بكيفية معينة على اتساع في رقعة البلاد وتقدم في المعاملة ، ولعل مما يشهد لذلك ماجرى أخيراً من التساهل في القبض نظراً للضرورة مثال ذلك :-

الاكتفاء بالقيد في دفاتر المصرف عن القبض لمن يريد استبدال عملة بأخرى ، حيث أفتى بذلك المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته ١١ بمكة المكرمة في ١٣-٢٠/رجب/١٤٠٩هـ

---

(١) سورة البقره ، الآيه (٢٨٣) .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ١٤٥/٣ . ، الفتاوى ، ابن تيميه ، ٢٠/٢٩ .

وإليك نص الفتوى :- (يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه) [١] .

وإذا كان هذا جارٍ في الصرف ونحوه مما مقصوده التملك فلأن يجري في الرهن وماشاكله مما مقصوده التوثق من باب أولى ،على أن الحديثين الذين تقدم الإستشهاد بهما على كيفية القبض موضوعهما البيع ، ومعلوم أن البيع يُحتاط فيه مالا يُحتاط في الرهن نظراً لما بينهما من فروق تستدعي ذلك،وعليه فإن قياس القبض في الرهن على القبض في البيع قياس مع الفارق.

---

(١) مجلة البحوث الفقهيه المعاصره (الرياض : ١٤١٠هـ) العدد الثاني ، ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

المبحث السادس : آثار الرهن

معلوم أن لكل عقد آثاره المترتبة عليه والرهن له آثار تترتب عليه لعل من أهمها مايلي :-

١ - تعلق حق الدائن في الرهن هذا بالاضافة إلى تعلقه في ذمة الراهن ومن هنا جاء تعريف الفقهاء له أنه « توثقة دين بعين »[١] .

٢ - تقدم المرتهن على سائر الغرماء في المرهون : ذلك أنه في حال إعسار الراهن مثلاً فإن المرتهن لايكون أسوة الغرماء في المرهون بل يتقدم عليهم به نظراً لرهنه له[٢] .

٣ - قبض الرهن : ومما يترتب على الرهن من آثار أن المرتهن يستحق قبضه وحبسه لديه على خلاف في حكم ذلك تقدم بيانه في مبحث حكم القبض .

القانـــون :-

والقانون يتبع الفقه في كل ماتقدم :

١ - ففي تعلق حق الدائن في الرهن تنص الماده (١٠٩٦) م على مايلي :-

(الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) .

٢ - وفي تقدم المرتهن على سائر الغرماء تنص الماده (١٠٩٦) م على مايلي :-

---

(١) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٥٢/٦ . ، الخرشي على مختصل خليل ، ٢٥٩/٥ . ، الأم ، الشافعي ، ١٤٣/٣ . الانصاف ، المرداوي ، ١٦٠/٥ .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني ، ١٥٢/٦ . ، الخرشي على مختصر خليل ، ٢٣٦/٥ . ، مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢١/٢ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٤٠٤/٤ ، ٤٠٥ ، ٤٤٧ ؟ .

(وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) .

٢ - وأما القبض فكان القانون القديم يذهب إلى أنه ركن لايلزم الرهن إلاّ به ، لكن القانون الجديد عدل عن ذلك وجعل القبض التزاماً لاركنا وفي ذلك تنص الماده (١٠٩٩) م :-

(١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان لتسلمه) .

المبحث السابع : انقضاء الرهن

معلوم أن الرهن عقد تابع الغرض منه توثيق العقد المتبرع الذي جاء الرهن تبعاً له ، وعليه فإن الفقهاء يحكمون بانقضاء الرهن إذا انقضى العقد الأصلي سببه سواء كان ذك الانقضاء بالوفاء أو الابراء أو ببطلان العقد أو غير ذلك .

القانون :-

والقانون يتبع الفقه فيما ذهب إليه وفي ذلك تنص الماده (١٠٤٢/١ م) :-

(لاينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك) .

المبحث الثامن : الموافقات والفروق

إذا أمعنَّا النَّظر في خطاب الضمان فإنا نجد مسائل يتفق فيها مع الرهن ومسائل يفترق فيها عن الرهن فالى بيان كلٌ :-

أولاً : الموافقات

والأوجه التي يتفق فيها خطاب الضمان مع الرهن من أبرزها مايلي :-

١ - أن خطاب الضمان موضوعه تعهد بدفع مبلغ نقدي .

٢ - أن هذا المبلغ من شأنه أن يقبضه المستفيد فوراً دون توقف على تقصير أو إخلال من العميل

٣ - أن الغرض من ذلك توثيق حق المستفيد .

كل هذه أوجه يتفق فيها خطاب الضمان مع عقد الرهن فإلى بيان الفروق :-

ثانيا : الفروق

١ - القبض :- إذ الرهن من لازمه القبض وفي خطاب الضمان لاقبض إذ هو مجرد تعهد يحرره المصرف لصالح المستفيد .

٢ - التجريد :- وفيه يتجرد خطاب الضمان عن العقد سببه فلا يتأثر ببطلانه ولاينقضي بانقضائه وتلك مسألة تفرق خطاب الضمان عن الرهن الذي يتبع سببه في صحته وبطلانه وفي بقائه وانقضائه .

القانـون :-

أولاً : الموافقات .

ماسبق بيانه من موافقات بين خطاب الضمان والرهن في الشرع يمكن اعتبارها موافقات هاهنا فلاداعي لاعادتها .

ثانيا : الفروق

وأما الفروق فمما يفرق خطاب الضمان عن الرهن خاصية التجريد ذلك أن التجريد في الرهن منتفٍ طبق الماده (١٠٤٢م) بشقيها ونصها مايلي:-(١- لاينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك) .

(٢-وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين) .

الباب الثاني:
تخريج خطاب الضمان وبيان أحكامه

الفصل الأول : تخريج خطاب الضمان

الفصل الثاني : بيان بعض الأحكام المتعلقه بخطاب الضمان

الفصل الأول: تخريج خطاب الضمان

الفرع الأول : تخريجه في الشرع

الفرع الثاني : تكييفه في القانون

الفرع الأول: تكييفه في الشرع

المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط

الباب الثاني
تخريج (تكييف)خطاب الضمان وبيان بعض أحكامه
الفصل الأول : تخريج (تكييف)خطاب الضمان
الفرع الأول : تخريجه (تكييفه) في الشرع .

تمهيـــد :

١ - لعلنا بعد أن فرغنا من بيان خطاب الضمان ومسائله ، وبيان مايمكن أن يرد إليه من عقود . ومابينه وبينها من وفاق وافتراق ، أصبح لدينا تصور إجمالي لما يمكن أن يقال في خطاب الضمان . غير أن استخلاص الحكم من خلال ماتقدم لايتسنّى إلاّ بعد معرفة أمرين :-

أحدهما : الأصل في خطاب الضمان

وثانيهما : المنهج الذي من خلاله يمكننا الاستفادة مما تقدم من موافقات وفروق ، ومعرفة مدى أثرها في الحكم وفاقاً أو فراقاً ، وتلك حاجة ماتقدم من دراسات -وسيتبين ذلك عند مناقشتها بعد قليل - ، ولبيان ذينك الأمرين أقول :-

أ - أما الأصل في خطاب الضمان فينبغي أن يعلم أنه الرهن ، ذلك أن المستفيد كان يطلب نقوداً من العميل[١] ليرهنها لديه ، توثقه لحق المستفيد الناشئ من العقد بينهما. ولما كان رهن النقود لدى المستفيد أمراً يشق على العميل ، إذ هو في حاجة اليها لتنفيذ التزامه ، لجأ العميل إلى المصرف لينضم إليه في هذه التوثقة تجاه المستفيد ، وكان مقتضى ذلك : أن يسلم المصرفُ النقودَ للمستفيد ، لكنه لم يفعل ؛ لأسباب لعل من أهمها مايلي:-

---

(١) الموسوعه العلميه والعملية للبنوك الاسلاميه ، ٤٨٣/٥ . ، عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، علي جمال الدين عوض ، ص ٤٩٩ ، الفقرة (٤٩٧) . ، محاسبة البنوك ، خيرت ضيف ، ص ٢١٧ ، ٢٢٥ .

١ - أنه لو أدى للمستفيد لرجع على العميل وهذا مالايريده العميل ، إذ هو بحاجة النقود .

٢ - أن المصرف لو أدى للمستفيد وأنظر العميل فإنه سيستحق عليه فوائد ، وهذا مالايريده العميل أيضاً .

٣ - أن العميل أصبح يحسب حساب التأمين النقدي الذي يقدمه مما ينجم عنه أن يزيد في التكلفة على المستفيد لقاء ذلك .

وغير ذلك من أسباب أهمها ماتقدم ، ولهذ وذاك صار المصرفُ يعطي المستفيدَ خطاباً يمكنه من استلام مبلغه عند تقديمه ، دون توقف على شرط شأنه في ذلك شأن الأوراق التجارية الحالّة ، وهو وإن اختلف عنها من بعض الوجوه ، إلاّ أنه يشبهها من هذا الوجه ، على أن خصائص خطاب الضمان وهي :-

١ - كون محله مبلغاً نقدياً

٢ - مستحق الدفع عند تقديمه

٣ - دون توقف على شرط

والتي أودعت فيه ليشعر من استلمه بالاطمئنان وكأنه قد استلم النقود ، وبهذا يقوم مقامها ، تجعل وجيهاً القول : بأن خطاب الضمان قبضٌ حكميٌّ للنقود .

ولعلنا بعدما تقدم من بيان لأصل خطاب الضمان أدركنا أن المستفيد كان يستحق قبض مبلغ نقدي من العميل توثقة للحق الناشئ من العقد بينهما ، دون توقف على خلل أو تقصير فيه ، وأن خطاب الضمان جاء ليحل محل النقود ويكون بديلاً عنها .

وإذا كان ذلك كذلك ، فإن البدل ينبغي أن يتصف بوصف المبدل ليقوم مقامه ، فينبغي

أن يكون خطاب الضمان مستحقا فوراً ، دون توقف على وجود خلل أو تقصير في التزام العميل ، فذلك هو الأصل في خطاب الضمان ، وعليه فإنني أستبعد مااستحدث من صور لخطاب الضمان سميت باسمه وان لم تحمل حقيقته ؛ من كونها خطابات ضمان بالمعنى الصحيح ، كالمشروط استحقاقها بوجود خلل أو تقصير من قبل العميل ، لكنني سأوردها من أجل بيانها .

ب - وأما المنهج الذي أرى التزامه في تخريج خطاب الضمان والذي رأينا من خلال الفصول المتقدمة أنه كالجرادة التي يقولون إن لها رأس الحصان ، وصدر الأسد ، وفخذ البعير ، فهو سبر تلك الأوصاف القاضية بالوفاق أو الفراق بين خطاب الضمان وماتقدم من عقود ، ومن ثم معرفة ماهو مؤثر وماهو غير مؤثر منها ، وذلك بتقسيمها بعد سبرها إلى :عائد إلى الحقيقة ، وخارج عنها ليكون العائد إلى الحقيقة له الأثر في الحكم ، فلا نقع فيما وقعت به الدراسات المتقدمة حيث كانت تتشبث بوصف ما وتبني عليه الحكم مغفلة ما عداه من الاوصاف مما هو أقوى أثراً منه .

٢ - بعد بيان عقود التوثيق فيما تقدم من فصول الباب الأول ، ومابينها وبين خطاب الضمان من أوجه اتفاق وافتراق ، وبعد بيان أصل خطاب الضمان ، والمنهج الذي ينبغي نهجه في سبيل تخريجه ، أحسب أن الأوان قد آن بعد هذا كله للانتقال إلى مناقشة تخريج خطاب الضمان على أي من العقود المتقدمه ، سواء سبق القول به أو لا ، على أنني في معرض ذلك سأشير إلى ماسبق من قول -إن وجد- ، وأقوم بمناقشته .

٣ - وقبل هذا يحسن البدء بمناقشة خطاب الضمان المشروط وتخريجه كي نناقش خطاب الضمان (الأصل) ، وقد تجردت أذهاننا مما ألحق به مما ليس منه ، فإلى هناك :-

المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط

سبق أن أوضحت فيما تقدم من مسائل خطاب الضمان أن الأصل فيه ألاّ يكون مشروطاً ، وأن الشرط فيه يخرجه عن كونه خطاب ضمان بالمعنى الصحيح ويصنفه تصنيفاً آخر،فيكون نعته باسم خطاب الضمان إنما هو من قبيل المجاز لا الحقيقة (١) ، وأياً كانت الحال فإن هذا الإعتبار لايعفينا من الإشارة إلى كل ماحفلت به الساحة تحت هذا الشعار ومناقشته ، وفي سبيل هذا أقول:-

إن ثلاث صور من خطاب الضمان حفلت بها الساحة سبق بيانها في مبحثه[٢] ، واحدة منها يصدق عليها وصف خطاب الضمان وهي المعنية بهذا الاسم حقاً ، واثنتان منها يطلق عليهما اسم خطاب الضمان من قبيل التجوز لعدم انطباق وصفه عليهما من جهة شرعية ، فلنقارن بين هذه الصور ، ولنقم بتخريجها في المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول :- المقارنه بين صور خطاب الضمان

قبل المقارنة بين هذه الصور ، يحسن إيرادها بإجمال على سبيل التذكير ، وهي ثلاث صور يردها الكتاب إلى نموذجين :-

الأول : - نموذج الدفع عند أول طلب ، وينقسم إلى قسمين :-

أ - قسم يستحق المستفيد تسلم مبلغه بمجرد طلبه ذلك دون توقف ، على شرط آخر (ولنطلق عليه الصورة «أ») .

ب - قسم يستحق المستفيد تسلم مبلغه عند أول طلب يفيد فيه تقصير العميل في حقه دون حاجة إلى إثبات ذلك ولنطلق عليه الصورة «ب») .

---

(١) ، (٢) انظر ص ٢٣ ، ٢٤ .

الثاني :- خطاب الضمان المشروط (ولنطلق عليه الصورة «ج») ، وهو الذي يشترط لتسلم المستفيد مبلغه أن يقدم مستنداً يثبت تحقق وجود خلل أو تقصير من العميل في حقه موجب لمطالبته بتسلم مبلغ خطاب الضمان ، وهذا المستند يختلف قوة وضعفاً فتارة يكون إفادة خبير ، وتارة يكون قراراً تحكيميا ، وغير ذلك ، ومما هو جدير بالذكر أن المصرف مطالب بالتأكد من سلامة تلك المستندات من التزوير ، فمتى ماتحقق من ذلك ، لزمه تسليم المستفيد بموجبها ، ولاشأن له في كونها قابلة للطعن بها أو لا ، فتلك مسؤولية العميل [١] ، كان هذا بياناً لأنواع خطابات الضمان على وجه الإجمال ، أما المقارنة بينها فبيانها في الفقرة اللاحقة :-

---

(١) الضمانات المصرفيه التعاقديه في نطاق التجاره الدوليه ، هزار سليمان حيدر ، ص ١٨٧ ، ٢٠٨ ، ٢١٠ .

المقارنـــه :-

الصورة (أ)	الصورة (ب)	الصورة (ج)
١-تسلم مبلغ خطاب الضمان موجبه مطلق حق المستفيد .	تسلم مبلغ خطاب الضمان موجبُه تقصير العميل .	تسلم مبلغ خطاب الضمان موجبُه تقصير العميل .
٢-تسلم مبلغ خطاب الضمان غير متوقف على شرط .	تسلم مبلغ خطاب الضمان متوقف على ادعاء المستفيد وافادته تقصيرالعميل دون حاجة إلى إثبات ذلك .	تسلم مبلغ خطاب الضمان متوقف على تقصير العميل ويشترط تقديم المستفيد ما يثبت ذلك ولايكتفى بمجرد ادعائه .
٣-(التجريد)وهو فصل الشيء عن موجبه قد بدا في هذه الصورة على نحو أقل مماهو عليه في غيرها ، وهو في هذه الصورة متمثل فيما يلي :- أ-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث الصحة والبطلان . ب-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث البقاء والانقضاء	التجريد في هذه الصورة متحقق على نحو أكثر من سابقتها ولاحقتها وهو فيها كما يلي :- أ-تجريد استحقاق المستفيد تسلم مبلغ خطاب الضمان عن موجبه تقصيرِ العميل إذ يتم تسليمه بمجرد ادعائه دون حاجة إلى إثباته ، ليس هذا فحسب بل رغم اعتراض العميل على هذا الادعاء وهذه المخالفة برئت منها الصورة سابقتها إذ لم تكن متوقفة على شيء من ذلك ، كما برئت منها لاحقتها إذ اشترطت إرفاق ما يثبت ادعاء المستفيد . ب-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث الصحة والبطلان . ج-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث البقاء والانقضاء	أما هذه الصورة فقد بدا فيها التجريد على نحو أكثر من الأولى وأقل من الثانية وهو فيها كمايلي :- ١-تجريد استحقاق المستفيد تسلم مبلغ خطاب الضمان عن موجبه تقصيرالعميل وهي وإن تميزت عن الصورة(ب) من جهة أنها اشترطت على المستفيد تقديم مستندات تثبت دعواه إلاّ أنها قد وافقتها في شطر آخر من هذا التجريد حينما سلمته مبلغ خطاب الضمان بمجرد تقديمه مستندات تقوي ادعاءه غير آبهة بطعن العميل فيها وقد برئت الصورة (أ)من ذلك كله حيث لم تكن متوقفة على شيءمن ذلك ب-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث الصحة والبطلان . ج-تجرد التزام المصرف عن سببه من حيث البقاء والانقضاء .

ومن هذه المقارنة نخرج بمايلي :-

١ - تجلية ماسبقت الإشارة إليه من أن الصورة (أ) هي التي يصدق عليها وصف خطاب الضمان نظراً لتلبسها حقيقته حيث كان موجِب تسلم مبلغها مطلق حق المستفيد الذي هو موجب تسلم النقود التي كانت هي الأصل لهذا الخطاب ،في حين أن الصورتين (ب) ، (ج) مختلف موجب تسليمهما عن الصورة (أ) إذ موجب تسليم خطاب الضمان في الصورتين (ب) ، (ج) تقصير العميل مما يقضي بمفارقتهما حقيقة خطاب الضمان ، وكون المصرف لايتثبت من وجود التقصير ، بل يسلم المبلغ بمجرد ادعائه ، فإن ذلك لايعني عدم ارتباط التسليم بالتقصير ، لكنه يعني تجريد استحقاق تسلم مبلغ الخطاب عن موجبه من منطلق خاصية (التجريد) ، وبهذا يتبين مابين الصورتين (أ) ، (ب) من تنافر رغم تصنيفهما صنفاً واحداً ، كما يتضح مابين الصورتين (ب) ، (ج) من توافق رغم تصنيفهما تصنيفاً مختلفاً ، ومرد ذلك :أن القانونيين في هذا التصنيف إنما اعتبروا في هذا تسلم المستفيد مبلغ خطاب الضمان ، وحيث كان المستفيد يتسلم مبلغ الخطاب في الصورتين (أ) ، (ب) عند أول طلب فقد حكموا بتصنيفهما صنفاً واحداً لكنهم في هذا غفلوا عن أمرٍ هام هو المحك في هذه المسألة ألا وهو موجِب استحقاق التسليم في كلٍّ ، ومعلوم مابينهما من اختلاف تقدم بيانه عند المقارنه بينهما ، وهذا الوصف الذي اطرحوه أشد أثراً من الوصف الذي اعتبروه .

٢ - كما يتضح لنا تردد تسلم مبلغ خطاب الضمان بين التسهيل والتشديد متدرجاً في ثلاث مراحل أسهلها الصورة (أ) وهي التي تمثل خطاب الضمان حقيقة ، ثم أضيف اليها من القيود ماأخرجها عن هذا الأصل بغية التشديد ، لكن هذا التشديد لم يكن له أثر في هذا السبيل ذلك أنه كلما زيدت صورة من صوره تشديداً زيدت بمقابلة ذلك تجريداً حتى لكأن

التجريد ناسخ لذاك التشديد ، فلم نفد من التشديد سوى المخالفة الشرعية من خلال اطراحه بالتجريد .

٣ - أن التجريد في الصورتين (ب) ، (ج) أكثر منه في الصورة الأولى ذلك أن الغرض من التجريد إنما هو الغاء مايرد على فورية التسليم للمستفيد من قيود ، وحيث كانت القيود في الصورتين (ب) ، (ج) أكثر منهما في الصورة (أ) فقد زاد التجريد فيهما مما زادهما مخالفة للمشروع .

المطلب الثاني :- تخريج خطاب الضمان المشروط

رأينا من خلال ماتقدم أن تسلم المستفيد مبلغ خطاب الضمان في الصورتين (ب) ، (ج) مشروط بتقصير العميل فهو موجبه ، وإذا كان ذلك كذلك فإن مبلغ خطاب الضمان ماهو إلاّ ضمان ذاك الخلل الناجم من تقصير العميل ، وهاهنا تتوافر أركان الضمان على النحو الآتي :-

الضامن : وهو المصرف .

المضمون : وهو العميل .

المضمون له : وهو المستفيد .

المضمون به : وهو حق المستفيد .

كما تتحقق حقيقة الضمان هاهنا ذلك أن المصرف يضم ذمته إلى العميل من جهة التزامه بضمان إخلال العميل وتقصيره في حق المستفيد ، وماخصصه من مبلغ نص عليه في الخطاب ماهو إلاّ ضمان ذلك ، وحيث إن الكفالة يتبع الكفيل فيها الأصيل وذلك مالا يرضي المستفيد ، إذ لم يعد الخطاب والحال ماذكر قائماً مقام تسلم النقود فقد بُحِثَ عن وسيلة تقطع من خلالها صلة الكفيل بالأصيل فلا يتبعه في شيء ، ومن لازم ذلك أن يسلم مبلغ خطاب الضمان عند أول طلب

ورغم اعتراض العميل فكانت خاصية التجريد خير وسيلة لهذه الغاية ، وفيها تتجرد علاقة المصرف بالمستفيد عن علاقة المصرف بالعميل ممايحدث شرخاً لحقيقة الكفالة التي هي أساس هذا التعهد، وإذ نخلص إلى تخريج خطاب الضمان المشروط على أنه كفالة ، فإن ذلك لا يعني القول بصحته ، بل إننا نقول بفساده نظراً لاحتوائه مخالفات شرعية بيانها مايلي :-

١ - تحديد المبلغ النقدي ابتداء قبل وجود موجِبه (الخلل الناجم من تقصير العميل) وهذا استعجال للشيء قبل أوانه مما يجعله يحتمل ظلماً لأحد الأطراف ، إما المستفيد (المضمون له) ، أو المصرف والعميل (الضامن والمضمون عنه) ؛ ذلك أن المبلغ المحدد سلفاً لايخلو من أحد احتمالين :-

أ - إما أن يكون أكثر مما يُستَحق بسبب تقصير العميل ، ففيه ظلم للمصرف والعميل ؛ إذ أُخِذ منهما أكثر مما يُستَحق عليهما .

ب - أو أن يكون أقل مما يُستَحق بسبب تقصير العميل ، وفي ذلك ظلم للمستفيد ، بل فيه منافاة لمقصود الضمان؛إذ مقصوده توثيق الحق ،وهاهنا لم يُوثق حقه،بل هُضِم حقه.

٢ - قبض المستفيد هذا المبلغ قبل وجود تقصير أو إخلال أو نحوه يبرر أخذه على أنه ضمان . وقد يرد الإيراد الأول باشتراط الزيادة وجبر النقص للكن هذا منتقض بالايراد الثاني .

٣ - التجريد ،ومن آثاره دفع مبلغ خطاب الضمان رغم اعتراض العميل ،وهذا يرد عليه مايلي:-

أن كون استحقاق مبلغ خطاب الضمان مشروطاً بوجود تقصير من العميل مقتضى هذا الشرط العمل به والوقوف عنده وعدم الاعتبار به يعد تنصلاً من الشرط ومخالفة للحديث :-

(المسلمون على شروطهم .....)[١] .

فإن قيل ليس فيه مخالفة،إذالعميل بوسعه أن يقاضي المستفيد بعد أن يدفع له المصرف مبلغ خطاب الضمان ،قلت : بل المخالفة متحققة ؛ إذ ينبغي أن يتوقف الدفع على تحقق الشرط ؛ إذ هو مرتبط به ، فإما أن يثبت فيستحق المستفيد المبلغ،أو لا يثبت فلا يستحق شيئاً .

فإن قيل : ولكننا دفعنا للمستفيد دون تحقق من دعواه تقصير العميل ، ودون نظر إلى اعتراض العميل بغية تيسير المعاملة وعدم تعطيل العمل ومايتصور أن ينجم عن ذلك من هضمٍ لحق العميل تلافيناه في إثبات الحق له في مطالبة المستفيد بعد استيفائه مبلغ الخطاب ، قلت : هذا الكلام عليه مأخذان :-

أولهما : منافاته الحديث :-

(لويعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[٢]

ففي هذا الحديث منع الرسول صلى الله عليه وسلم الإعطاء بمجرد الدعوى وجعل الإعطاء متوقفا على ثبوتها ، وفي خطاب الضمان قلب لمدلول هذا الحديث إذ يعفى من الاثبات ويعطى بمجرد دعواه من يلزمه الاثبات ، ويلزم بالاثبات من لايلزمه الاثبات ، فاتضح بذلك وجه المخالفه .

---

(١) سنن أبي داود ، كتاب الأقضيه ، باب في الصلح ، ١٩/٤ ، رقم ٣٥٩٤ .

سنن الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ماذكر عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ، ٦٢٥/٣ ، رقم ١٣٥٢ .

وصححه الألباني ، انظر إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني ، الطبعه الثانيه (بيروت: المكتب الاسلامي ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) ، ١٤٢/٥ ، رقم ١٣٠٣ .

(٢) صحيح مسلم ، كتاب الأقضيه ، باب اليمين على المدعى عليه ، ١٣٣٦/٣ ، رقم ١٧١١ .

ورواه البخاري بلفظ مختلف في كتاب التفسير ، باب ان الذين يشترون بعهد الله ..... ، ١٦٦/٥ .

وثانيهما : أن مايدعى تحصيله بذلك من مصلحة تيسير المعاملة إنما ذلك في حق طرف واحد فقط هو المستفيد وذلك كائن على حساب العميل ، واختصاص المستفيد بهذا التيسيرغير مستقيم إذ هو من قبيل انتزاع الشئ من مستحقه وإعطائه لمن لايستحقه .

كما أن مايدعى تلافيه من مفسدة تعطيل وتأخير معاملة العميل إنما هو كسابقه مختص بالمستفيد ، وبهذا يتبين لنا انما يبرر به التجريد في خطاب الضمان ومايعلل به من تسهيل في المعاملة ورفع لتعطيل سير العمل إنما هو لحظ طرف واحد فقط هو المستفيد ، لكنه يبعد كل البعد عن المثالية بل يستحيل هضماً في حق العميل ، وبهذا نصبح قد وقعنا فيما فررنا منه ولم نفد من ذلك شيئاً سوى أننا وضعنا التيسير موضع التضييق ، وذلك من خلال تيسيرنا للمستفيد أخذ مبلغ خطاب الضمان قبل ثبوت موجِبه الذي هو شرط في استحقاقه في حين أنه ينبغي التضييق في ذلك فلا نعطه مبلغ الخطاب إلا بعد التثبت من تحقق شرطه كما أننا وضعنا التضييق موضع التيسير وذلك من خلال إعطاء قيمة الخطاب للمستفيد رغماً عن العميل ودون التفات إلى اعتراضه ، وفي ذلك تضييق على العميل في حين أنه ينبغي التيسير على العميل من خلال التثبت من صحة دعوى المستفيد والنظر فيما يوجهه العميل إليها من اعتراض نظراً لما تقدم .

إذا تقرر هذا فإنني أرى أن دفع مبلغ خطاب الضمان للمستفيد دون تحقق من شرطه ورغم اعتراض العميل لايحقق غرضاً صحيحاً إذ فيه مراعاة لجانب المستفيد وتقديم لمصلحته على مصلحة العميل والحق أن مصلحة أي منهما ليست مقدمة على الأخرى وإنما الحق هو المقدم فينبغي التماسه حتى لو لزم ذلك تريث في المعاملة إذ التريث فيها مع إصابة الحق خير من التعجل فيها مع مجانبته ،والحق ماوافق حكم الله وحكم الله قاضٍ بعدم اعطاء

الناس بمجرد الدعوى بل ملزم بالتثبت.

وقد يُدفعُ كلما ذكرته وأوردته بدعوى التراضي بين المستفيد والعميل على ذلك التجريد وأقول رداً على ذلك :-

إن الرضى لايبيح كل شيء فلو تراضى المقرض مع المقترض على أن يرد المقترض إلى المقرض ماأخذ منه وزيادة لم يُبح الرضى ذلك فنعلم من ذلك أن الرضى لايبيح ماكان في أصله ممنوعاً والإعطاء بمجرد الدعوى ممنوع من أصله بالحديث المتقدم والتراضي على خلافه هو تراضٍ بمقابلة الدليل فيكون تراضٍ لا اعتبار له هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن مسألة تراضيهما على ذلك ماهي إلا مجرد دعوى وإلاّ فالحق أن رضى العميل ماهو إلا من قبيل الإذعان إذ خطاب الضمان معاملة صيغت ونسجت خيوطها قبل أن يكون ثمة عقد بين المستفيد والعميل فلا يملك العميل إلا التسليم بها وبما انطوت عليه من شروط إذ هي طريق دخوله ميدان الأعمال والتكسب ولو رفضها لما أمكنه دخول ذلك فكان لابد من اذعانه على غرار المثل "مكره أخاك لابطل" .

بعد بيان أوجه المخالفة فيما تقدم أقول :-

إنّ ماتقدم من سمات لخطاب الضمان نحسبها مخالفة فيه حال كونه مشروطاً وهي :-

١ - تحديد المبلغ ابتداءً

٢ - استحقاقه قبل ثبوت موجبه ورغم اعتراض العميل .

لعل الغرض منها نقل الخطاب من كونه كفالة والرقي به إلى مستوى رهن النقود لكنها نقلة غير محمودة لاتتفق مع ماهو مشروع حال كون الخطاب مشروطاً فالأولى تهذيبه وتجريده منهما .

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط (الأصل)

بعد أن ناقشنا خطاب الضمان المشروط مناقشة اتضح من خلالها مابينه وبين خطاب الضمان غير المشروط (الأصل) من فرق نعود لمناقشة خطاب الضمان (الأصل) ، وبيان تخريجه من خلال عرضه على ماتقدم بيانه من عقود التوثيق وذلك وفق مايلي :-

المطلب الأول : مناقشة تخريجه على أنه كفاله

لعل من المفيد أن نحدد الحق الذي للمستفيد على العميل والذي انضم إليه المصرف فيه ولتحديده أقول :-

عند حديثي عن الأصل في خطاب الضمان فيما تقدم من تمهيد أوضحت أن المستفيد كان يطلب نقوداً من العميل ليستوثق بها لحقه الناشيء من العقد بينه وبين العميل ، وأن العميل لجأ إلى المصرف ليتعهد للمستفيد باعطائه ذاك المبلغ من النقود بدلاً من العميل ، وإذا كان المصرف قد تعهد للمستفيد باعطائه مبلغاً نقدياً يستوثق به فإن ذلك لايتناسب مع حقيقة الكفاله فيما يتصل بعلاقة المصرف بالمستفيد لكنه وجد من يعتبر العلاقة بينهما كفالة ، وهذا ماعليه المجمع الفقهي في دورته الثانية ، والموسوعه العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ، ومؤتمر المصرف الاسلامي الأول [١].

ومن جهة علاقة المصرف بالعميل فقد قيل إنه كفالة أيضاً إذا كان الخطاب غير مغطى[٢].

---

(١) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، (الدورة الثانيه لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي ، ١٩٨٦م) ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ١٤٠٧هـ ، ص ١٢٠٩ . ، الموسوعه العلميه والعملية للبنوك الاسلاميه ، ٥/٤٨٥ .
مجلة الاقتصاد الاسلامي ، العدد الثاني (دبي : بنك دبي الاسلامي) ، ص ٣٧ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١٢٠٩ .
الكفالة في ضوء الشريعة الاسلامية ، علي السالوس ، الطبعه الأولى (الكويت : مكتبه الفلاح ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) ، ص ١٣٤ .

أما بالنسبة لتخريج علاقة المصرف بالعميل على أنها كفالة فسأرجيء الحديث عنها وسيأتي عند بيان رأيي في الموضوع ، وأما بالنسبة للقول إن علاقة المصرف بالمستفيد كفالة فسأناقشه من خلال ماهية كل من الكفالة وخطاب الضمان .

أولا : مناقشته من خلال ماهية الكفالة :

ماهية الكفالة تتكون من :

كفيل ، مكفول له ، مكفول عنه ، مكفول به

تلكم ماهية الكفالة وأركانها التي تقوم عليها

وإذا استعرضنا أمامها ماهية خطاب الضمان وجدناها مكونة ممايلي :-

العميل ، المستفيد ، المصرف ، مبلغ خطاب الضمان ، الحق الموثق بمبلغ خطاب الضمان،

ولو أردنا تنزيل الخطاب على الكفاله فقلنا : -

الكفيل هو المصرف ، المكفول عنه هو العميل ، المكفول له هو المستفيد ، والمكفول به هو الحق الموثق بمبلغ الخطاب فإنه يشكل علينا ركن في الخطاب لايقوم إلاّ به بيد أنه ليس من ماهية الكفالة في شيء ذلكم هو مبلغ خطاب الضمان الذي تعهد المصرف به وأعطى المستفيد مايمكنه من تحصيله ألا وهو الخطاب ، ومنه نتبين أن النقود ركن في خطاب الضمان وهي وإن لم يقبضها المستفيد عداً ونقداً فقد قبضها حكماً من خلال تسلمه خطاب الضمان الذي يسلطه على استلامها في أي وقت يشاء ، وهذا هو التوثيق الذي يطمئن إليه المستفيد وهو غير متحقق في الكفالة .

بعد هذا البيان نتساءل : هل النقود ركن في الكفالة تتوقف عليه ماهيتها ؟

الجواب : إنها ليست ركنا فيها بل أثر من آثارها ومن هذا نعلم أن خطاب الضمان فيه

زيادة على الكفالة عائدة إلى ماهيته مما يجعلها مؤثرة في الحكم عليه عند تخريجه ومحاولة الحاقه بعقد من العقود .

وقد انازع هذه الحقيقة ، ولايسلم لي أن خطاب الضمان توثيق بالنقود ، ولبيان ذلك اتساءل :-

هب أن المستفيد (س) تعاقد مع العميل (ع) عقد مقاولة على بناء منشآت مثلاً أو غير ذلك ، واشترط المستفيد (س) على العميل (ع) في عقد المقاولة أن يحضر له من المصرف (ص) خطاب ضمان نهائي بنسبة ٥٪ من مبلغ العقد المبرم بينهما ، ثم إن العميل (ع) التزم الشرط وأحضر للمستفيد (س) خطاب ضمان نهائي بالمبلغ المذكور ، وقبل أن يشرع العميل (ع) في العمل ، وقبل أن يحدث منه مايوجب الضمان من تقصير أو اخلال أو نحوه طلب المستفيد (س) من المصرف (ص) أن يقبضه مبلغ خطاب الضمان الذي تعهد به ، فهل يجب على المصرف (ص) أن يقبض المستفيد (س) مبلغ خطاب الضمان أم أن له أن يمتنع عن ذلك بحجة أنه لم يحصل من العميل مايوجب الضمان ؟

إن قلتم بامتناع المصرف عد ذلك تنصلا من العهد الذي قطعه على نفسه ، والله تعالى يقول :-

« وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤلا» (١)

ويقول :- « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... » (٢)

وإن قلتم بإلزام المصرف إقباض مبلغ خطاب الضمان للمستفيد فإننا نتساءل : كيف يمكن تفسير هذا الإقباض ؟

إن قلتم يفسر على أنه ضمان قلنا:وكيف يكون ضماناً والحال أنه لايوجد مايوجب الضمان بعد،

---

(١) سورة الاسراء ، الآية (٣٤)

(٢) سورة المائدة ، الآية (١)

ثم إن الضمان يكون القبض فيه على وجه الاستيفاء والمستفيد هاهنا لايجوز له قبض مبلغ خطاب الضمان على وجه الاستيفاء لعدم قيام سبب موجبٍ لذلك ، فاستيفاؤه لها والحال ماذكر من قبيل أكل المال بالباطل ، فلم يبقَ إلا القول إن قبض المسفيد لمبلغ خطاب الضمان إنما هو على وجه التوثيق ، وهذا مخالف لحقيقة الكفالة إذ التوثيق فيها مبناه الذمم .

ثانياً :- مناقشته من خلال ماهية خطاب الضمان :

ومن خلال ماتقدم من تساؤل نستبين أن الذين خرجوا خطاب الضمان على أنه ضمان معتبرين ـ على حد زعمهم ـ أن التوثيق فيه مبناه الذمم إذ قالوا :

(فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى غيره فيما يلزمه حالا أو مآلاً ، وهذه هي حقيقة مايعنى بالفقة الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة)(١)

إن هؤلاء اطرحوا شروطاً هامة داخلة في ماهية خطاب الضمان من شأنها أن يبطل خطاب الضمان عند تخلفها ، وبالرغم من ذلك كله فقد اطرحوها ولم يعولوا عليها عند تخريجهم وكأنها وضعت عبثا ، على أن وضعها عبثا إن كان هو سبب اطراحهم لا يبرر سكوتهم عنها بل يلزمهم بالدعوة إلى اطراحها عملياً من واقع خطاب الضمان ، وبيان أن وجودها لايقـــره الشرع ، وهذه الشروط هي :-

١ - (أن محل التعهد في خطاب الضمان مبلغ نقدي معين يستحق المستفيد قبضه عند تقديم خطاب الضمان دون توقف على شرط آخـــر) ، وبموجب هذا فإن المستفيد يســـتحق أن

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ص ١٢٠٩ .

يقبض مبلغ خطاب الضمان قبل وجود مايوجب الضمان كما سبق تفريره في التساؤل السابق ، وحينئذ فإن المصرف لادخل له فيما يلزم العميل حالاً أو مالاً كيف لا وهو يقبض المستفيد مبلغ خطاب الضمان قبل أن يلزم العميل شئ كما تقدم بيانه فيما سبق من تساؤل فكيف نعد خطاب الضمان والحال ماذكر ضم ذمة إلى ذمة ؟

وحيث اطرحوا هذا الشرط الأساسي في خطاب الضمان من حسبانهم ذهنياً فلم يقيموا له وزناً عند التخريج فإن بقاءه عملياً من قبيل العبث إذ يسلط المستفيد على مالا يستحق بناء على ماخلصوا إليه من تخريج فيلزمهم والحال ماذكر الدعوة إلى اطراحه عملياً .

فإن قيل ليس هو عبثا بل الغرض منه أن يبين المصرف للمستفيد أنه لايضمن العميل بمبلغ أكبر من المبلغ المذكور ، أجيب بأن فرقاً بين أن يحدد المصرف المبلغ الذي يضمن فلاناً من الناس فيه ومن ثم يخضع لأحكام الضمان ، وبين أن يتعهد بتسليم مبلغ نقدي معين للمستفيد دون توقف على شرط وقبل وجود موجب للضمان فتلك مخالفة لأحكام الضمان .

وبعد اطراح هذا الغرض وبيان عدم تبريره لهذا الشرط فإننا نتساءل أخرى : هل يخدم هذا الشرط غرضاً آخر غير ماذكر ؟

إن كان لايخدم غرضاً فهو عبث فيلزم اطراحه ، وإن كان يخدم عرضاً آخر فإننا نتساءل: وهل هذا الغرض صحيح أم فاسد ؟

فإن كان يخدم غرضاً فاسداً لزم اطراحه ، وهو على القول بأن خطاب الضمان ضمان يخدم غرضا فاسداً إذ الغرض من هذا التعهد إقباض المستفيد مبلغ خطاب الضمان دون توقف على شرط وقبل وجود موجب للضمان ، وهذا لايستقيم على هذا التخريج

فيلزم أصحاب هذا الاتجاه اطراحه إذ لايتأتى على وجهتهم ، وإن كان يخدم غرضاً صحيحاً لزم اعتباره ومراعاة أثره ، وهذا يتأتى على القول إن خطاب الضمان رهن ذلك أن الرهن مما يلزم الراهن إقباضه للمستفيد دون قيدٍ أو شرط ، وقد جاء التعهد بصيغته تلك ليخدم هذا الغرض فحينئذ يكون التعهد بشرطه هذا يخدم غرضاً صحيحاً فيلزم اعتباره ومراعاة أثره المترتب عليه وهو أن يلتزم المصرف بإقباض المستفيد المبلغ المذكور فور طلبه .

وبالرغم مما تقدم فقد يكون مقبولاً اعتبارهم خطاب الضمان مبناه الذمة لو كان مجرد تعهد فحسب إذ المصرف قد يلتزم بمقتضاه وقد لايلتزم ، لكن خطاب الضمان ليس كذلك فاعتباره مبناه الذمة يعد اطراحاً وإلغاء لشرط أخر داخل في ماهيته بيانه الفقرة اللاحقة:-

٢ - أن خطاب الضمان قد أحيط بخصائص وحماية قانونية تخرجه من مجرد كونه تعهداً ليكون مبلغه مستحق القبض عند تقديمه ، وقد اطرح أولئك هذه الصفة الهامة والمرحلة الحاسمة فلم يقيموا لها وزناً عند تخريجهم ، وتلك مسألة أخص من سابقتها التي تقدم الحديث عنها إذ مجرد تعهد المصرف فى المسألة السابقة يعد إيجاباً منه لكنه قد لايلتزم به مما يفت في عضد المستفيد ويجعله أمام خيارين :-

(أ) إما أن يمضي العقد بينه وبين عميله دون توثيق .

(ب) أو أن يبطل العقد الذي بينه وبين عميله لانتفاء شرطه إذ هو مشروط بتقديم خطاب ضمان من المصرف ، والمصرف لم يلتزم بمقتضى ذلك الخطاب الذي هو شرط في العقد لكن هذا الاحتمال يزول بعد احاطة السلطات هذا الخطاب بخصائص وحماية قانونية تمكن المستفيد من قبض مبلغه عند تقديمه ، وتقطع الطريق على المصرف فلايمكنه بعد

ذلك أن يمانع من تسليم المستفيد ، إن هذه الخصائص تزيل تلك المخاوف وتطمئن المستفيد وكأنه قد قبض النقود لعلمه أنه عند تقديمه هذا الخطاب فإنه سيقبض المبلغ المنصوص عليه فيه ، فهو على هذا بمثابة قبض حكمي للنقود .

٣ - التجريد : - ويراد به تجرد التزام المصرف تجاه المستفيد عن التزام العميل تجاه المستفيد واستقلاله عنه من حيث مايلي :-

أ - صحة العقد وبطلانه : فيظل التزام المصرف تجاه المستفيد صحيحاً رغم بطلان سببه التزام العميل تجاه المستفيد .

ب - بقاؤه وانقضاؤه : فيظل التزام المصرف تجاه المستفيد قائماً رغم انقضاء سببه التزام العميل تجاه المستفيد .

وكل ماتقدم من تجريد وفصل بين العلاقتين يعد الغاء لأهم سمة من سمات الكفالة ألا وهـي تبعية التزام الكفيل لالتـزام الأصيـل في كـل ماتقدم ليس هذا فحسب بل إن فيه قطعاً لما ينبغي أن يوصـل مما يجعله وسـيلة إلى الأخـذ دون وجه حق .

ج - محل الالتزام : إذ يتجرد التزام المصرف تجاه المستفيد عن التزام العميل تجاه المستفيد من حيث المحل ، صحيح ان التزام المصرف سببه التزام العميل فهاهنا صلة ظاهرة بينهما لكن المصرف عندما التزم التزم محلاً غير المحل الذي التزمه العميل إذ يلتزم المصرف دفع مبلغ معين من النقود بقطع النظر عن محل التزام العميل ونوعه .

وقد يقال إن الكفالة ترتب ضمان الكفيل التزام الأصيل فما التزمه المصرف من نقود ماهي إلاّ ضمان التزام الأصيل واجابة على ذلك أقول : -

إن الأثر الذي ترتبه الكفالة وهو ضمان الكفيل التزام الأصيل ماهو إلاّ نتيجة التزام الكفيل التزام الأصيل فإذا التزم الكفيل التزام الأصيل طولب الكفيل بما يطالب به الأصيل من اتمام الالتزام أو ضمانه أما أن يتعهد الكفيل بمبلغ نقدي باديء ذي بدء ويعلل ذلك أنه ضمان التزام الأصيل فذلك يرد عليه مايلي :-

أن الأداء في مسألة الضمان لابد له من موجِب ، وفي خطاب الضمان يؤدي المصرف للمستفيد دون موجِب من تقصير ونحوه ، هذا إن كان الأداء على وجه الاستيفاء ، أما إن كان على وجه التوثيق فتلك مسألة أخرى تخرج العقد عن كونه ضمانا .

فإن قيل : إن أداء المصرف للمستفيد على النحو المذكور إنما هو من قبيل الكفالة الحالة والتي تكون حالة على الكفيل وإن لم تكن حالة على الأصيل ، قلنا :-

إن الكفالة الحالة لها موجب وهو استهلاك المكفول عنه (المدين) المال وحيث استهلكه فإنه يجب عليه ضمانه ، فأين موجِب الأداء في خطاب الضمان ؟ (١)

فإن قيل : إن تعهد المصرف بالأداء للمستفيد هو الموجِب ، قلنا :-

إن مجرد التعهد بالأداء لا يعد ضماناً مالم يوجد موجب للضمان ، وبناءً على ذلك يرد على دعوى الضمان مايلي : -

١ - أن أداء المصرف للمستفيد بمجرد تحرير خطاب الضمان دون توقف على تقصير من العميل إيجاب للشيء دون موجب إذ لم يوجد مايوجب الأداء على وجه الضمان بعد .

---

(١) انظر الكفالة الحالة ص ٤٧ وكذا المطلقة ص ٤٩ لدفع توهم أن خطاب الضمان من هذا القبيل

٢ – أن هذا الأداء لما كان قبل موجبه فقد احتمل ظلماً من وجوه عدة :-

أولها :كونه دون موجِب وبهذا يكون أكلاً للمال بالباطل وقد نهى الله تعالى عنه

وثانيها : أنه قد يكون أقل ممايستحق المستفيد على العميل مما هو موجِب للأداء وفي ذلك ظلم للمستفيد ، بل فيه منافاة لمقصود الضمان إذ مقصوده حفظ حق المضمون له وفيما ذكر انتقاص له ، وقد يكون أكثر ممايستحق المستفيد على العميل مما هو موجِبٌ للأداء وفي ذلك ظلم للمصرف والعميل وإعطاء للمستفيد مالايستحق،والضمان ليس مغنماً يستكثرمن جرائه المضمون له ولكنه جبرلماظُلِمَه .

وقد يقال : يمكن دفع هذا باشتراط رد الزيادة وجبر النقص ، واجابة عن هذا أقول : إن هذا الشرط لا يبرر أصل المسألة وهو أخذ مبلغ خطاب الضمان قبل وجود مايوجب الضمان .

وبالرغم مما تقدم بيانه من فروق بين خطاب الضمان والكفالة فإن ثمة أوجه اتفاق بينهما ربما سوغت للبعض إلحاق خطاب الضمان بالكفالة بناءً عليها ، وتلك الأوجه هي :-

أ – أن التزام المصرف سببه التزام العميل

ب – أن العميل يكتسب ثقة من خلال انضمام المصرف إليه

ج – أن خطاب الضمان لازم في حق المصرف

د – أن المستفيد له مطالبة المصرف

هـ – أن المصرف له الرجوع على العميل عند الأداء عنه .

لكن هذه الأوجه في تقديري ليست كفيلة بإلحاق خطاب الضمان بالكفالة لما يلي :-

١ - أن حقيقة خطاب الضمان تختلف عن حقيقة الكفالة ، وقد تقدم بيان ذلك في مبحثه (١)

٢ - وبناء على الفقرة (١) فإن أوجه الاتفاق السابقة ليست كفيلة بالحكم على خطاب الضمان أنه ضمان لسببين:-

أ - أنها لاترجع إلى ماهية العقد.

ب - أن عقوداً أخر توجد فيها تلك الخصائص فليس الحاق خطاب الضمان بالكفالة أولى من الحاقه بها .

وبناء على ذلك فإن من خرج خطاب الضمان على أنه ضمان من منطلق أوجه الاتفاق تلك يعد قد اعتبر مالا يلزم اعتباره مما هو غير مؤثر لعدم ارتباطه بحقيقة العقدين ، في حين أنه الغى مايلزم اعتباره مما هو مؤثر في حقيقة العقدين .

٣ - أن فروقاً بين خطاب الضمان والكفالة كالتجريد وإقباض المستفيد قيمة خطاب الضمان دون تقصير من العميل ، واستقلال التزام المصرف عن التزام العميل من حيث صحته وبطلانه وبقائه وانقضائه تلكم يلزم القائلين أنه كفالة الدعوة إلى اطراحها عملياً بعد أن اطرحوها نظرياً إذ لا تتفق مع ماهو مشروع في الكفالة ولايسعهم القول إن خطاب الضمان ضمان وتركه بعلاّته هذه دون تصحيحها وردها إلى ماهو مشروع .

المطلب الثاني : مناقشة تخريجه على أنه وكالة

الذين قالـوا إن خطاب الضمان وكالة تشعبوا فـي اتجاهات أربعة ، ثلاثة منها تحصر الوكالة في علاقة المصرف بالعميل ، أما علاقة المصرف بالمستفيد فتعدها كفالة ، واتجاه رابع

---

(١) انظر ص ١٣٦ .

عدّ الخطاب وكالة مطلقاً مستبعداً الكفالة ، هذا على سبيل الاجمال ، أما على سبيل التفصيل فبيان ذلك كالآتي:-

الإتجاه الأول :-قالوا إن خطاب الضمان وكالة من جهة أن العميل يوكل المصرف بإقرار حق قد ثبت أو يثبت للمستفيد عليه ، كما يوكله بالأداء عنه ، وهو وإن لم يقل وكلتك فإن ذلك حاصل ضمناً من واقع الحال (١) .

المناقشة :-

ويناقش أولئك من جهة حقيقة الوكالة إذ حقيقتها التفويض والانابة كما تقدم بيانه في موضعه ، وبناء على هذه الحقيقة فإن مسؤولية الوكيل هي تنفيذ ماتعلق بذمة غيره لاذمته هو ، فهل كان خطاب الضمان كذلك ؟ المتأمل يرى أن المصرف لم تعد مسؤوليته مجرد تنفيذ ماتعلق بذمة العميل فحسب ، بل إنه يتحمل في ذمته حقاً للمستفيد ويترتب على هذا التحمل مايلي :-

- أن المصرف يؤدي للمستفيد رغم اعتراض العميل ، ولو كان وكالة لكان للعميل منعه من ذلك ، ولما وسع المصرف إلاّ الامتثال لهذا المنع إذ ذاك مقتضى الوكالة .

وقد يقال إن أداء المصرف للمستفيد رغم اعتراض العميل صحيح لسببين :-

أولهما : أن الوكالة تكون عقداً لازماً إذا تعلق بها حق الغير ، وقد تعلق هاهنا .

وثانيهما : أن المصرف قد اشترط على العميل أن يؤدي للمستفيد رغم اعتراضه وقد تراضيا على ذلك ، ولهذا وذاك فإنه لامنافاة بين أداء المصرف للمستفيد رغم اعتراض العميل وبين كون العقد بينهما وكاله .

والجواب عن ذلك مايلي :-

---

(١) الموسوعه العلميه والعملية للبنوك الاسلاميه ، ٤٨٨/٥ .

١ - أما تعليل أداء المصرف للمستفيد رغم اعتراض العميل بلزوم الوكالة لتعلق حق الغير بها فذلك منقوض بقولنا :- إن منع العميلِ المصرفَ من الأداء للمستفيد لغرض صحيح ، لاينافي لزوم الوكالة إذ العزل هو المنافي لزومها وليس المنع كالعزل .

٢ - وأما تعليل ذلك بالتراضي عليه فمنتقض بقولنا :- سلمنا لكم جدلاً ذلك ، فهل يملك المستفيد إجبار المصرف على الأداء له من ماله الخاص وإن لم يعطه العميل مايؤديه للمستفيد ؟ ، إن قلتم بذلك فمعناه أن المصرف قد تحمل في ذمته حقاً للمستفيد لايملك التنصل منه وهذا يخرجه عن كونه وكالة إذالوكيل لاتتحمل ذمته شيئاً سوى تنفيذماوكل به

الاتجاه الثاني : عول أصحاب هذا الاتجاه على غطاء خطاب الضمان فعدوا العلاقة مابين المصرف والعميل وكالة إن كان الخطاب مغطّىً وإلاّ فلا ، وهذا ماخرج به المجمع الفقهي من قرار[١] .

المناقشـه :-

ويناقش أولئك من جهة القانون التجاري والعرف المصرفي[٢]، ومن جهة حقيقة الوكالة .

أ - أما من جهة العرف المصرفي والقانون التجاري فنقول : إن الذين اعتبروا مايقدمه العميل للمصرف من نقود ماهو إلاّ من قبيل الوكالة إذ العميل والحالة هذه غرضه توكيل المصرف بدفع ذلك المبلغ للمستفيد قد جاوزوا مايقضي به العرف المصرفي والقانون التجاري إذ يقضيان بكون ذلك من قبيل التأمين لا التوكيل وفي ذلك تنص الماده (٣٨٣) :

---

(١) مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الثاني ،الجزء الثاني ص ١٢٠٩
الكفالة في ضوء الشريعة الاسلامية ، على السالوس، ١٣٤

(٢) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، على جمال عوض ص ٥١٢ ، الفقره (٥١١) . ، الاسس القانونيه العمليات البنوك ، سميحه القليوبي ، ص ٤٣٤ . ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونيه والعملية ، محيي الدين علم الدين ، ص ٥٨٢ ، الفقره (٥٣٠) .، الكفالات البنكيه في المملكة العربية السعودية ، عبدالمجيد محمد عبوده ، ص ٨٢

(على المصرف أن يرد ماقدمه الآمر من تأمين للحصول على خطاب الضمان) .

هذا من جهة القانون ، أما من جهة العرف المصرفي فإن كلاً من المصرف والعميل قد تعارفا على أن يودع العميل لدى المصرف تأميناً يكون في الغالب نقدياً لقاء إصدار خطاب الضمان وهذا ماتشهد به النماذج التي قامت بإعدادها المصارف نفسها ، والتي يقوم بتعبئتها العميل المتقدم بطلب اصدار خطاب الضمان ، إذ جاء فيها ضمن ماحتوته من شروط موافقة العميل على دفع تأمين للمصرف ويتم غالباً من خلال تفويضه المصرف بتجنيب جزء من حسابه لديه لهذا الغرض [١] .

ب - وأما من جهة حقيقة الوكالة فإنا نقول : وعلى التسليم لهم بهذا التجاوز جدلاً فإن حقيقة الوكالة لاتسعفهم فيما ذهبوا إليه نظراً لما تقدم من إيراد على أصحاب الاتجاه الأول إذ ماورد هناك يرد هاهنا .

الاتجاه الثالث :يرى أن خطاب الضمان يتضمن معنى الوكاله وذلك من خلال قيام المصرف بإتمام إجراءات مايشتمل عليه خطاب الضمان نيابة عن عميله ، وممن قال به شيخ الأزهر الأسبق عبدالحليم محمود ، وكذا المؤتمر الأول للمصارف الاسلاميه [٢] .

المناقشـــة :-

وحيث أن هذا الاتجاه لم يكن واضحاً في مراده فاننا نناقشه بمايلي :-

أ - إن كان مراده من بيان مايتضمن خطاب الضمان من معنى الوكالة القول بإباحة الأجر بما يقابل ذلك فتلك مسألة خارجة عن تخريج خطاب الضمان .

---

(١) انظر النموذج رقم (١أ - ١هـ) .

(٢) مجلة الاقتصاد الاسلامي ، العدد الخامس ، ربيع الثاني ، ١٤٠٢هـ ، ص ٤١ . ، فتاوى شرعية في الاعمال المصرفيه (دبي : مطبوعات بنك دبي الاسلامي) ص ٢٢ . ، مجلة الاقتصاد الاسلامي ، العدد الثاني ، ص ٣٧ .

ب – وإن كان مراده تخريج خطاب الضمان على أنه وكالة من هذاالمنطلق فذاك نناقشه بقولنا :

إن مايصحب خطاب الضمان من أعمال يمكن أن يعد المصرف وكيلاً عن العميل فيها ، إن تلك الأعمال ليست هي موضوع العقد ولامحله ولكنها جاءت تبعاً له وإذا كانت كذلك فإنها لايُبنى عليها حكم ولايخرّج خطاب الضمان بناء عليها ، ولو قلنا بذلك لأخرجنا كثيراً من العقود عن موضوعها ، مثال ذلك البيع في مدة الخيار فإن المبيع فيه مضمون على المشتري إذ هو تحت يده وبمقابلة ذلك فإن له غنمه فهل نُخَرِّجُ البيع والحال ماذكر على أنه ضمان نظراً لتضمنه الضمان ؟ لا أحد يقول بذلك فيما أعلم ! .

الاتجاه الرابع :-وأصحاب هذا الاتجاه اعتبروا خطاب الضمان وكالة مطلقاً واستبعدوا كون الكفالة لها أثر فيه ، ووجه كونه وكالة هو : أنه التزام ناتج عن توكيل تعلق به حق الغير يتضمن دفع مبلغ معين من المال خلال فترة محددة إذا طالب بها شخص معين ، والى هذا الاتجاه ذهبت البركة في ندوتها الثانيه[١] .

المناقشة :-

ويناقش هؤلاء بما نوقش به أصحاب الاتجاه الأول وقد تقدم .

وبعد تطوافنا بتلك الاتجاهات ومناقشتها يتبين لنا أن مابينها وبين الوكالة من فرق مرتبط بحقيقة العقد ممايجعله مؤثراً في الحكم،بخلاف ماسبق بيانه من موافقات وهي :

١ – اللزوم .

٢ – المطالبة قبل الدفع .

٣ – الرجوع بعد الأداء .

٤ – استحقاق الأجر .

---

(١) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م ، ص ١١٥٥ – ١١٥٧ .

وقد تقدم بيانها في مبحث الوكالة فتلك لا ترتبط بحقيقة العقد مما يجعلها أوصافاً غير مؤثرة ، وإذا كان ذلك كذلك فإن خطاب الضمان ليس وكالة لما تقدم .

المطلب الثالث : مناقشة تخريجه على أنه حواله

وفي هذا سأناقش ماسبق ذكره من موافقات وفروق أمام ماهية الحوالة وحقيقتها فأقول :-

الحوالة ماهيتها مكونة من : محيل ، محال، محال عليه ، محال به ، والمراد بالمحال به هو الدين يكون للمحال على المحيل .

وفي خطاب الضمان ليس ثمة دين على العميل للمستفيد ليحيل به المستفيد على المصرف ، فإن قيل: بل يوجد إذ المستفيد يشترط على العميل أن يقدم تأمينا نقديا (رهنا) يوثق به حقه الناشيء من العقد بينهما وهو مايحيل به العميلُ المستفيدَ على المصرف ، قلنا :-

ولكن الرهن ليس ديناً إذ ليس ملكاً للمرتهن (المستفيد) على أنه لا تتوفر فيه شروط المحال به بخلاف الدين إذ هو ملك للدائن يطالب به المدين ، وبهذا الفرق تنتفي حقيقة الحوالة والتي هي نقل دين من ذمة إلى أخرى إذ لادين هاهنا ينتقل ، ومن خلال هذا الفرق المرتبط بالحقيقة يتبين أن الموافقات التي تقدم ذكرها لاتعدو كونها شكلية بخلاف الفرق إذ هو مرتبط بحقيقة العقدين مما يجعله يستأثر بالحكم .

المطلب الرابع : رأيي في الموضوع

معلوم أن خطاب الضمان إنما جاء من علاقات ثلاث كلّ منها ولّد الأخرى ، فعلاقة العميل بالمستفيد والتي هي أولى هذه العلاقات ولّدت علاقة ثانية هي علاقة المصرف بالعميل ، وهذه هي الأخرى ولدت علاقة المصرف بالمستفيد ثالث وآخر هذه العلاقات .

ولو تساءلنا أي هذه العلاقات نشأ من خطاب الضمان لوجدناها علاقة المصرف

بالمستفيد والتي هي آخر تلك العلاقات ، ذلك أنها نشأت من جراء مابعث به المصرف إلى المستفيد من خطاب وقبله لم يكن لهذه العلاقة وجود ، وإذا كان ذلك كذلك فإننا نخص علاقة المصرف بالمستفيد باسم خطاب الضمان نظراً لتوقفها عليه في حين أن علاقة المصرف بالعميل ، وعلاقة العميل بالمستفيد لم يتوقف أي منها على خطاب الضمان ، وتخصيصنا هذا لايعني قطع هذه العلاقة عما تقدمها من علاقات فهما لها بمنزلة السبب ، وهي لهما بمنزلة النتيجة والأثر .

إذا تقرر هذا فلنبدأ بمناقشة علاقة المصرف بالمستفيد لما تقدم من سبب ، ثم نثني بمناقشة علاقة المصرف بالعميل .

المقصد الأول : علاقة المصرف بالمستفيد

إن معرفة العلاقة القائمة بين الأشخاص تدرك من خلال الصيغة المنشئة للالتزامهم ، فلنأخذ نماذج من صيغ خطاب الضمان غير المشروط لدراستها كي نعرف من خلالها مراد كلٍّ من المصرف والمستفيد والالتزام المترتب عليها ، ولنكتف بخطابين أمثلة على ذلك أحدهما مقدم من مصرف فيصل الإسلامي بالبحرين ، وثانيهما مقدم من بيت التمويل الكويتي .

المثال الأول : نموذج مصرف فيصل الإسلامي بالبحرين

(نتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لايزيد عن المبلغ المذكور أعلاه ، وقدره ... عند استلام أول إشعار خطي منكم بالمطالبة خلال مدة صلاحية هذا الضمان) (١)

المثال الثاني : نموذج بيت التمويل الكويتي .

(نتعهد بموجب خطابنا هذا بأن ندفع لكم مبلغاً في حدود ... عند أول مطالبة من قبلكم دون التفات إلى أي معارضة ...) (٢)

---

(١) انظر النموذج (٣ أ)　　(٢) انظر النموذج (٣ب)

والمتأمل في هذين الخطابين يجد مبناهما الشروط الأساسية لخطاب الضمان الداخلة في ماهيته والتي تقدم بيانها في مبحثه (١) وسنوردها هاهنا بإيجاز وهي :-

١ - التجريد : وهو عدم توقف إقباض المستفيد مبلغ خطاب الضمان على أي سبب يرجع إلى علاقة المستفيد بالعيل أو العميل بالمصرف ، وقد عبر عن ذلك مصرف فيصل بقوله : (تعهداً غير مشروط) ، وعبر عنه بيت التمويل الكويتي بقوله : (دون التفات إلى أي معارضة) .

٢ - الكفاية الذاتية : والمراد بها أن يكون خطاب الضمان كافيا بذاته لإقباض المستفيد مبلغه دون توقف على أمر خارج عنه .

٣ - أن المستفيد يملك قبض مبلغه فور صدوره .

وبهذه الخصائص والشروط يحل خطاب الضمان محل التوثقة النقدية التي كان يطلبها المستفيد من العميل ، ويقبله المستفيد بديلاً عنها لأنه بهذه الخصائص مسلط على قبضها ، في حين أنه لا يقبل الكفالة بديلاً أياً كان مصدرها لأنها لاتحل محل التأمين النقدي .

إذا علمنا من خلال ماتقدم صيغة التعهد الذي بعث به المصرف للمستفيد وعلمنا خصائصه القانونية فإننا نتساءل قائلين :

هب أن المستفيد (س) تعاقد مع العميل (ع) عقد مقاولة على بناء منشآت مثلاً أو غير ذلك ، واشترط المستفيد (س) على العميل (ع) في عقد المقاولة أن يحضر له من المصرف (ص) خطاب ضمان نهائي بنسبة ٥٪ من مبلغ العقد المبرم بينهما ، ثم إن العميل (ع) التزم الشرط وأحضر للمستفيد (س) خطاب ضمان نهائي بالمبلغ المذكور ، وقبل أن يشرع العميل (ع) في العمل ، وقبل أن يحدث منه مايوجب الضمان من تقصير أو اخلال أو نحوه طلب المستفيد (س) من المصرف (ص) أن يقبضه مبلغ خطاب الضمان الذي تعهد به،فهل يجب على المصرف (ص)

---

(١) انظر ص ٢٠

أن يقبض المستفيد (س) مبلغ خطاب الضمان أم أن له أن يمتنع عن ذلك بحجة أنه لم يحصل من العميل مايوجب الضمان ؟ .

إن قلنا بامتناع المصرف عد ذلك تنصلاً من العهد الذي قطعه على نفسه ، ذلك أنه تعهد بإقباض المستفيد مبلغ خطاب الضمان بمجرد طلبه دون توقف على شرط ، والله تعالى يقول :

«وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » (١)

ويقول : **« يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... »** (٢)

وإن قلنا بإلزام المصرف إقباض المستفيد مبلغ خطاب الضمان قبل وجود مايوجب الضمان فإنه لامعنى لهذا الإقباض إلا التوثيق ، ذلك أنه لم يقم سبب يجيز للمستفيد قبض مبلغ خطاب الضمان على وجه الاستيفاء ، وعلى هذا يمكن تخريج قبض المستفيد مبلغ خطاب الضمان على أنه رهن(٣) ومما يؤيد هذا التخريج ما نلحظه من أوجه اتفاق بين الرهن وخطاب الضمان منها:

١ - أن الرهن يكون التوثيق فيه بالمال بخلاف الكفالة والتي يكون التوثيق فيها بالذمم ، وإذا كان ذلك كذلك فإن المصرف في خطاب الضمان يتعهد بدفع مبلغ نقدي للمستفيد توثقة لحقه الأصلي الناشيء من جراء مابينه وبين العميل من عقد ، وحيث كان محل التوثيق مبلغاً نقدياً فإنه والحال هذه يعد من قبيل الرهن إذ تلك حقيقة الرهن كما تقدم في موضعه (٤)

٢ - أن المبلغ الذي تعهد المصرف بتسليمه للمستفيد من شأنه أن يقبضه المستفيد عند تقديم خطاب الضمان للمصرف دون توقف على شـرط آخر وهكذا الشأن في الرهن إذ مقتضاه

---

(١) سورة الإسراء ، الآية (٣٤)

(٢) سورة المائدة الآية (١)

(٣) انظر ص ١٣٦ لدفع إحتمال أنه ضمان .

(٤) انظر ص ٩٥

إقباض المرتهن المرهون لكن ذلك على سبيل التوثيق لا الاستيفاء.

وحيث إن حقيقة الرهن تصدق على خطاب الضمان كما تقدم فإنه يعد رهناً وهو وإن لم ترد عبارة الرهن في صيغته صراحة إلاأن ذلك لا يغير من حقيقته شيئاً إذ مضمون تلك الصيغة لايخرج عن كونه تحليلاً لما تفضي إليه حقيقة الرهن ، أشبه بمن أراد البيع وبدلاً من أن يتلفظ بعبارة البيـــع صراحة تلفـــظ بمضمونـــــها وبـــما تفضي إليه فقال : (أعطيك سيارتي هذه على وجه التمليك على أن تعطيني ثلاثين ألف ريال)

إن حقيقة البيع تصدق على هذا الكلام وإن لم يصرح فيه بلفظ البيع ، وهكذا الشأن في خطاب الضمان .

وبالرغم مما تقدم بيانه من أوجه اتفاق بين خطاب الضمان والرهن إلاّ أنه قد تورد أوجه أخرى مـن شأنها أن تفرق خطاب الضمان عن الرهـن في تقدير كثيـر من النـاس لعل مـــن أهـــمها:-

١ - مسألة القبض : فقد يعتقد البعض أن خطاب الضمان ليس فيه قبض ولكنه مجرد تعهد وهاهنا يفترق عن الرهن الذي يعد القبض شرطاً فيه على الخلاف في ذلك وقد تقدم (١)واجابة عن ذلك أقول :- لئن كان خطاب الضمان من حيث الظاهر مجرد تعهد بدفع مبلغ من النقود فإنه في الحقيقة يتضمن إقباضاً حكمياً لها من خلال ماأودع فيه من خصائص تقدم بيانها (٢)ومن خلال ماأحاطته السلطات به من حماية قانونية ، ولو تجرد من ذلك لما رضيه المستفيد بديلاً عن النقود ، بل ولما كان لهذه المعاملة وجود لتوقفها على ماتقدم ، وبناء على ذلك يمكن القول : -

---

(١) انظر ص ١٠٩ (٢) انظر ص ٢٠

إن خطاب الضمان مركب من شطرين :-

١ - شطر التعهد ، وهذا يتحقق به عقد الرهن إذا صادف قبولاً من المستفيد .

٢ - شطر التنفيذ الحكمي ، وذلك حاصل من جراء ماأحيط به خطاب الضمان من خصائص وحماية قانونية ، وهذا يتحقق به القبض الحكمي .

وهذا الشطر الأخير يتحقق من جرائه أمران ربما كانا الغاية منه هما :-

أ - إبقاء المصرف على النقود لديه .

بـ - طمأنة المستفيد وكأنه قبضها .

وبالمزاوجة بين هذين الشطرين (١ ، ٢) تتولّد معاملة خطاب الضمان ويستبين رقيها عن الكفالة وشبهها بالرهن من جهتين :-

١ - أنالكفالة مبناها الذمة بينما خطاب الضمان الاعتماد فيه على النقود أمر ظاهر.

٢ - أن الكفالة ليس فيها إقباض حقيقي ولاحكمي يُعَدّ شرطاً في انعقادها أو لزومها أو تمامها ، بخلاف خطاب الضمان إذ القبض الحكمي شرط فيه .

وقد يعترض على هذا فيقال : القبض هاهنا حكمي وقبض النقود لايكون إلاّ بِعَدّها إذ هي من قبيل المعدود ، وإجابة على ذلك أقول :-

إن القبض ليس غرضه تعطيل المنافع وتحجيرها بل غرضه التوثقة فأي شيء حصلت به عد قبضاً ، ولهذا كان مرجعه إلى العرف نظراً لتغير الأحوال والأزمان فلربما تحصل في زمن مايجمع بين التسهيل والتوثيق فيما سبيله التوثيق مالايتحصل في غيره ، فكان جعله إلى العرف أولى من تحتيمه بكيفية معينة ربما استحدث في ميدان المعاملة ماهو أقوى توثيقاً منها ، ومن هذا يتبين أن الألصق

بمقاصد الشارع القول برده إلى العرف وقد تقدم بيانه (١) ، على أننا رأينا شيئاً من التجاوز والعدول عما هو معهود من القبض إلى غيره في واقعنا المعاصر نظراً للحاجة إلى ذلك ولما يقتضيه تغير الأحوال والأزمان ، من أمثلة ذلك :-

النقود في مسألة الصرف والتي يعد قبضها تناولها رأينا عدولاً عن هذه الكيفية من القبض إلى كيفية أخرى وهي التقييد في دفتر الحساب وقد أفتى المجمع الفقهي بجواز ذلك كما تقدم بيانه في مبحث القبض (٢) .

وإذا كان ذلك كذلك فإنه يمكننا أن نعد تسليم خطاب الضمان للمستفيد قائماً مقام القبض لمافيه من خصائص تسلط حامله على قبض المبلغ المنصوص عليه فيه عند تقديمه فهو على هذا بمثابة قبض حكمي للنقود ، هذا وعلى افتراض عدم التسليم فيما ذهبت إليه فإنه يمكن القول إن القبض ليس ركناً في الرهن ولاهو شرط انعقاده ، كما تقدم في مبحثه (٣)، وإذا كان كذلك فإن الرهن ينعقد دون توقف عليه وتبقى مسألة القبض مسألة أخرى خارجة عن حقيقة العقد فليست كفيلة بمنع الحاق خطاب الضمان بالرهن، ولكي لا يلتبس الأمرفيما هذا اسبيله يحسن القول : إن خطاب الضمان ليس له قيمة في ذاته وليس سنداً على النقود بحيث لايمكن التصرف بها إلاّ من خلاله كما هو الشأن في صك العقار ، وإذا كان ذلك كذلك فإن الثقة به جاءت من جهة أنه يسلط على القبض كالتخلية تماماً فإذا لم يكن مسلّطاً فإنه يصبح لااعتبار له إذ هو كمن يشعر المرتهن بالتخلية بينه وبين الرهن فإذا جاء المرتهن ليقبضه حال بينه وبين ذلك فإن التخلية والحال ماذكر لامعنى لها ، وعليه فإن المصرف عندما يعطي المستفيد الخطاب فإنه ينبغي أن يكون غرضه مـن ذلك

---

(١) انظر ص ١١٦ (٢)انظر ص ١١٧ . (٣) انظر ص ١٠٩ .

تمكين المستفيد من قبض مبلغه كما هو الحال في التخلية ، والتي ترفع بها الموانع من القبض عن المرتهن وذلك غاية مايُقدر عليه من فِعْلِ المسلِّم ، أما القبض وهو فعل المتسلِّم فلا يكلف المصرف به لكنه مكلف بالبقاء على مامن شأنه التخلية بين المرتهن والرهن كي يتمكن من قبضه ، ويوم أن يحاول المصرف اقناع المستفيد بعدم قبض النقود والمصالحة بينه وبين العميل فإن ذلك يعني التنصل مما جاء في التعهد ، ومن ثم لم يعد خطاب الضمان صالحاً لأن يكون قبضاً حكمياً لكنه يظل إيجابا من المصرف بالرهن ينعقد متى صادف قبولاً من المستفيد ، ومن ثم يخضع كل من المصرف والمستفيد لما يترتب عليه من آثار ومايتعلق به من أحكام .

٢ - إرادة المصرف والمستفيد : فقد يقال حكمت على خطاب الضمان أنه رهن من خلال المعنى الذي تؤدي إليه صيغته في نظرك ، لكنك أغفلت أمراً هاماً هو إرادة كل من المصرف والمستفيد ، فهل كانت إرادة كل منهما متوجهة نحوالرهن ؟ ، وإجابة عن ذلك أقول :-

أما المستفيد فإن إرادته قد توجهت نحو الاستيثاق بالنقود ورهنها ، وذلك معلوم من جهتين:-

الأولى : الأصل الذي جاء خطاب الضمان بديلاً عنه وهو النقود ، حيث كان المستفيد يطلب نقوداً من عميله ليستوثق بها .

الثانية : أن المستفيد لايقبل الكفالة أياً كان مصدرها بديلاً عن النقود ، لكنه يقبل خطاب الضمان بديلاً ، ذلك أنه بشروطه الأساسية وخصائصه (١) يسلط المستفيد على قبض مبلغه في أي وقت شاء ، وبهذا أصبح يحل محل النقود ، ومن ثم قبله

---

(١) انظر ص ٢٠ .

المستفيد بديلاً عن النقود ، في حين أنه لو عري من تلك الخصائص وأصبح تعهداً مجرداً فإن المستفيدلايقبله، وهذا يدل على أن إرادة المستفيد متجهة نحو الاستيثاق بالنقود ورهنها .

وأما المصرف فقد توجهت إرادته إلى إرهان المستفيد المبلغ المنصوص عليه في خطاب الضمان بيان ذلك :-

أن المصرف عندما يحرر خطاب الضمان للمستفيد ويبعث به إليه بطوعه واختياره فمعنى ذلك أن إرادته متوجهة نحو الالتزام بما يترتب عليه من آثار ، وإذا كان أهم أثر يترتب على خطاب الضمان هو إقباض المستفيد المبلغ النقدي المنصوص عليه في خطاب الضمان عند تقديمه دون توقف على شرط فإن إرادة المصرف متجهة نحو هذا ، وبهذا نستبين أن إرادة كل من المصرف والمستفيد متجهة نحو ماسبق تقريره والخلوص إليه .

٣ - التجريد : والمراد به تجرد خطاب الضمان عن العقد سببه فلايتبعه في صحة أو بطلان ولا في بقاء أو انقضاء ، وتلك مسألة خارجة عن حقيقة العقد فلا تؤثر في تخريجه على أنه رهن ، لكنها تتعارض مع ماهو مشروع فيه فينبغي تجريد خطاب الضمان منها وإعادته إلى ماهو مشروع من ارتباطه بالعقد سببه .

وبعد ما تقدم من عرض لأوجه الاتفاق والافتراق بين خطاب الضمان والرهن تبين من خلاله أن أوجه الاتفاق ألصق بحقيقة العقد من أوجه الافتراق يمكن بعد ذلك تخريج علاقة المصرف بالمستفيد على أنها رهن فلننزل خطاب الضمان على الرهن ثم لنبين كيفية انعقاده .

أولاً : تنزيل خطاب الضمان على الرهن .

الراهن : المصرف

المرتهن : المستفيد

المرهون : المبلغ المنصوص عليه في خطاب الضمان

المرهون به : حق المستفيد الناشيء مابينه وبين العميل من عقد .

ثانيا : كيفية انعقاده

أما فيما يتصل بانعقاده فإنه يمكن القول :-

إن المصرف وهو الراهن عندما يصدر خطاب الضمان ويبعثه إلى المستفيد (المرتهن) فإن ذلك إيجاب منه ، وعندما يتسلم المستفيد الخطاب دون اعتراض عليه فإن ذلك يعد قبولاً منه وبهذا يتحقق الإيجاب والقبول فينعقد الرهن ، وقد تقدم الحديث عن انعقاد الرهن والأقوال فيه فليراجع في مبحثه(١) وحيث أنتهيت إلى تخريج خطاب الضمان على أنه رهن من جهة علاقة المصرف بالمستفيد فإنه يحسن بيان مايلي :-

١ - أن قبض المستفيد النقود لاينبغي حمله على أنه استيفاء لها فذلك مالايحق للمستفيد بل هو قبض على وجه التوثيق ، كما ينبغي أن يُعْلم أن خطاب الضمان غير مغنٍ عن قبض النقود لما تقدم إذ هو كالتخلية والتخلية وحدها والتي هي فعل المسلِّم غير مغنية عن القبض الذي هو فعل المتسلِّم لكنها وسيلة إليه مما يرتب عليها ثقة ينبغي أن تقدر بقدرها ذلك أن الثقة في القبض الحكمي آتية من حيث هو مسلط على القبض الحقيقي فإذا كان هذا غرضه فإن الثقة تحصل به من حيث تأديته وظيفته أما إذا كان العكس هو المراد وكان غرضه الحيلولة دون القبض حقيقة فإنه يكون إلى المماطلة والتنصل أقرب منه إلى التوثيق .

---

(١) انظر ص ٩٦ .

وبالرغم مما ذكر فإن المرتهن قد يشعر بالثقة من جراء القبض الحكمي إذا غلب على ظنه صدق دلالته على القبض الحقيقي فلربما اكتفى به وهاهنا لاضير طالما أن ذلك كائن برغبة المرتهن لا بممانعة الراهن .

٢ - أن خطاب الضمان وإن آلت حقيقته إلى الرهن فذلك لايعني صحة كلّ ماانطوى عليه بل إن فيه شوائب ومخالفات ينبغي تنقيته وتخليصه منها كي يتفق مع ماهو مشروع وبيانها مايلي:-

أ - أن المصرف لايُقبض المستفيد مبلغ خطاب الضمان فوراً بل يراجع العميل ويحاول اقناع المستفيد بالتراجع عن قبضه من خلال المصالحة بينه وبين المستفيد ، وذلك مالايحق للمصرف كيف لا وقد تعهد بإعطاء المستفيد المبلغ دون توقف على خلل أو تقصير من العميل مما يجعل حقيقة هذا التعهد تؤول إلى الرهن فيلزم المصرف تسليم النقود للمستفيد والاعتذار عن ذلك يعد تنصلا من مقتضى ذلك التعهد ، سواء كان مقصوده من ذلك مراعاة مصلحة العميل كي لايرجع عليه - إذ هو يرجع عليه بعد إقباضه المستفيد فيصبح العميل لم يستفد شيئا من خطاب الضمان مادام سيؤدي مبلغه للمصرف ، فأي فرق بين أن يؤدي للمصرف أو للمستفيد - ، أو كان مقصوده غير ذلك ، والمتعين هو الوفاء بالعهد والعمل بمقتضى العقد والخضوع لأحكام الشرع وتقديم ذلك على ماعداه من اعتبار .

ولعل ممايساعد المصارف على هذه المماطلة عدم الوضوح في صيغة خطاب الضمان مما جعلها تتخذ بين ذلك سبيلا ، فلكي تطمئن المستفيد فقد تعهدت بإقباضه مبلغ خطاب الضمان عند تقديمه دون توقف على شرط لعلمها أنه لايقبل الاستيثاق بشئ سوى النقود ، ولكي تجد مخرجاً تتنصل من خلاله من إقباض المستفيد فقد صاغت خطاب الضمان بصيغة ليس فيها تصريح بالرهن ، وبهذا تفقد الالفاظ قيمتها ،

والعهود مصداقيتها .

ولعل مما يدفع ذلك ، ويقطع دابر التلاعب والمماطلة القول بإلزام كل من المصرف والمستفيد الآثار المترتبة على خطاب الضمان .

ب - أن العميل يعترض على المستفيد إن هو تسلم المبلغ المنصوص عليه في الخطاب دون حصول تقصير أو خلل منه ، وذلك مالايخق للعميل إذ التعهد قاضٍ بتسليم المبلغ للمستفيد دون توقف على تقصير أو خلل وذلك مايجعل حقيقة التعهد تؤول إلى الرهن وإذا كان ذلك كذلك فإن مقتضى الرهن اقباض المرتهن الرهن والممانعة من ذلك والاعتراض عليه يعد منافاة لمقتضى مارضيه العميل من تعهد .

ج - أن المستفيد يقبض النقود على وجه استيفائها والتصرف فيها وذلك ماليس من حقه إذ حقه قبضها على وجه التوثق لا الاستيفاء .

د - أن خطاب الضمان صار يطلب في كل حين ومناسبة ، حتى أصبح يطلب فيما لايجوز أخذ الرهن به ، وتلك مسألة يجب التنبه لها ، والاقتصار به على المواضع التي يصح أخذ الرهن بها وقد تقدم بيانها في مبحثه .(١) .

هـ - أن عنصر التجريد الذي هو سمة خطاب الضمان الأساسية وفيه تتجرد علاقة المصرف بالمستفيد عن علاقة العميل بالمستفيد ومن خلالها يتجرد خطاب الضمان عن العقد سببه الذي جاء توثقة له فلا يتبعه في بطلانه ولا في انقضائه ، كل ذلك مخالفة لما هو مشروع أيا كان تخريج خطاب الضمان ، سواء خرج على أنه رهن أو كفالة أو وكالة .

---

(١) انظر ص ١٠١ .

وقد يعترض على كل ماأوردته من مخالفات بالقول :- إن اعتبار ماتصف به خطاب الضمان من خصائص مخالفات إنما مرده الاصرار على الحاق خطاب الضمان بعقد من العقود المعروفه فهلاً ترك بخصائصه المستحدثه واعتبر عقداً جديداً ؟! .

والجواب عن ذلك : القول بأن الحاق خطاب الضمان بعقد أو آخر لم يأت اعتباطاً وإنما حقيقة العقد اقتضت ذلك ، وإذا كان ذلك كذلك فإن مايتصف به من خصائص لاتتفق مع ماهو مشروع في تلك الحقيقة فكان لابد من استبعادها ، وبهذا يتبين وجه الالحاق ووجه الاستبعاد .

إذا تقرر هذا فإن خطاب الضمان كي يكون معاملة مشروعة يلزم تهذيبه وتنقيحه من تلك الشوائب والمخالفات التي هي من مخلفات الفكر الغربي والتي تتعارض مع شرعتنا ، بل إننا غير ملزمين بالتقيد بحرفية كل معاملة تفد إلينا من أوساط تخالفنا في الدين ، والمتعين هو أن يكون لنا منهجنا المتميز المستمد من عقيدتنا .

المقصد الثاني : علاقة المصرف بالعميل

ولي في هذه المسألة فرضان :-

الفرض الأول : تقدم فيما مضى بيان علاقة المصرف بالمستفيد والتي نشأت من جراء مابعث به المصرف إلى المستفيد من خطاب ، وبينت أن اسم خطاب الضمان ألصق بهذه العلاقة مما تقدمها مماله ارتباط بها من علاقات ، وخلصت فيما تقدم إلى تخريج هذه العلاقة على أنها رهن ، وإذا كان ذلك كذلك فانني أتساءل : علامَ الرهنُ يقدمه المصرف للمستفيد على أنه ليس ثمة حق للمستفيد على المصرف يستوجب ذلك ؟ وإجابة على ذلك أقول : إن المستفيد ليس له حق على المصرف ولكن المصرفَ قدم للمستفيد هذا الرهن توثقة لحقه على العميل ، وإذا كان الرهن قد قدمه المصرف لتوثيق حق المستفيد على

العميل فإنني أتساءل : على أي وجه يمكن حمل تصرف المصرف هذا ؟ ، والإجابة على هذا تقتضي أن نسترجع ماسبق بيانه من أن المستفيد كان في الأصل يطلب نقوداً من العميل كي يستوثق بها لحقه الأصلي الناشيء على العميل بسبب مابينهما من عقد ، ولما كان ذلك يشق على العميل إما لحاجته إلى النقود ، أو لعدم ثقته بالمستفيد ، أو غير ذلك فقد لجأ إلى المصرف كي يتعهد للمستفيد بتحمل مااستحقه على العميل من رهن ، وبهذا نستبين أن المصرف قد انضم إلى العميل والتزم ماالتزمه من رهن ، وهاهنا تجدر الاشارة إلى أن ماالتزمه المصرف وانضم إلى العميل فيه ماهو إلاّ التوثقة لاالحق الموثق ، وقد يقال : إن دعوى إنشغال ذمة العميل بإقباض المستفيد نقوداً على وجه التوثيق دعوى لادليل عليها وتحميل للعميل مالايحتمل ، ويجاب عن ذلك بالقول : إذا سلمنا أن خطاب الضمان جاء بديلاً عن النقود وسلمنا أن العميل قد التزم للمستفيد باحضار هذا البديل من المصرف فإنه لايثبت البديل إلا إذا ثبت المبدل ، وحيث كان البديل ثابتاً وهو خطاب الضمان فإننا نعلم من ذلك ثبوت المبدل (النقود) ، وكون المعاملة دأبت على البديل (خطاب الضمان) فإن ذلك لايعنى إطّراح المبدل (النقود) لكن التيسير على العميل .

وإذ أخلص إلى أن المصرف قد انضم إلى العميل في هذا القدر فإنه يمكنني حمل تصرفه هذا وتخريج علاقته بالعميل على أنها كفالة يدل لذلك مايلي :-

١ - أن حقيقة الكفالة كما تقدم ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق ، وهاهنا قد التزم المصرف ماالتزمه العميل من توثقة وانضم إليه فيه .

٢ - أن المصرف لم يَعُدّ نفسه مقرضاً للعميل إلاّ بعد أدائه للمستفيد ، ومعلوم أن الكفيل يُعَدُّ مقرضاً للمكفول بعد أدائه عنه ، وقد يعترض على هذا التخريج فيقال :-

إن الكفالة تشغل فيها ذمة الكفيل والأصيل على حدٍّ سواء بينما في خطاب الضمان

تنشغل ذمة المصرف وحده ويبرأ العميل من مطالبة المستفيد له بالتأمين ، وإجابة عن هذا يمكن القول :إن المصرف ببعثه خطاب الضمان إلى المستفيد وتسلم المستفيد إياه يُعَدّ قد أرهنه ووفّى مااستحقه المستفيد على العميل من رهن باعتبار خطاب الضمان قبضاً حكمياً كما تقدم، وبهذا لم يعد للمستفيد حق في مطالبة العميل،، ومن ناحية أخرى يمكن أن يقال : إن المكفول له من حقه أن يطالب من شاء منهما ، وهاهنا اختار مطالبة المصرف لكونه أكثر ملاءة ومن ثم درج العرف على هذا ، وقد يقال : إذا كان العميل قد التزم دفع مبلغ نقدي للمستفيد وكان المصرف قد كفله بذلك فإن مقتضاه أن يدفع المصرف النقود للمستفيد ويقبضها إياه لكن المصرف لم يفعل ، وإجابة عن هذا أحيل إلى ماسبق من إجابة حول شبهة القبض في مبحث علاقة المصرف بالمستفيد وبها يندفع هذا الاشكال (١)

إذا تقرر هذا فإن خطاب الضمان يُخَرَّج على أنه كفالة من جهة علاقة المصرف بالعميل، وإذ نخلص إلى هذا التخريج فلننزل هذه العلاقة على الكفالة ، ثم لنبين كيفية انعقادها .

أولاً : تنزيلها على الكفالة .

الكفيل : المصرف .

المكفول له : المستفيد .

المكفول عنه : العميل .

المكفول به : المبلغ النقدي الذي يطلبه المستفيد من العميل على سبيل التوثقة .

---

(١) انظر ص١٥٣

ثانياً : كيفية انعقادها .

أما فيما يتصل بانعقاده فإنه يمكن القول :إن العميل (المكفول عنه) بتقدمه إلى المصرف طالباً منه أن ينضم إليه بماطلبه المستفيد منه من توثقة يُعَدّ ذلك إيجاباً منه ، ثم إن المصرف عندما يحرر خطاب الضمان ويبعث به إلى المستفيد فإن ذلك يُعَدّ قبولاً منه ، وهو في الوقت نفسه إيجاب منه للمستفيد (المكفول له) ، أما المستفيد فتسلمه خطاب الضمان دون اعتراض رغم مرور مدة كافية للاعتراض يُعَدّ ذلك قبولاً منه لإيجاب المصرف ، خاصة وأن العرف المصرفي قاضٍ بذلك ،، على أنه لايشترط رضا المكفول له على الراجح كما تقدم في مبحثه . (١) .

الفرض الثاني : كان هذا التخريج بناء على أن العميل ملتزم بإقباض المستفيد مبلغاً نقدياً أو مايقوم مقامه ، أما على عدم التسليم بذلك فيمكن تخريج علاقة المصرف بالعميل تخريجاً آخر فيقال :- إن تعهد المصرف للمستفيد بإقباضه مبلغاً نقدياً لحقه على العميل لايعد كفالة إذ يختلف محل إلتزام المصرف والحال ماذكر عن محل إلتزام العميل ، فالتزام العميل يحدده العقد الذي بينه وبين المستفيد ، وقد يكون مقاولة وقد يكون غير ذلك ، أما التزام المصرف فمحله النقود التي تعهد المصرف بإقباضها للمستفيد ولاشأن له بما بين العميل والمستفيد من إلتزام ، ومعلوم أن الكفالة يلتزم الكفيل فيها إلتزام الأصيل فيكون محل إلتزامهما واحداً ، فافترقا ، وحيث تبين إفتراق خطاب الضمان والحال ماذكر عن الكفالة فيما يتصل بعلاقة المصرف بالمستفيد فإنه يمكن اعتبار المصرف قدم رهناً يوثق به حق المستفيد على العميل وذلك مراعاة للعميل ، فإذا أخذ أجراً على خطاب الضمان فإن العلاقة بينهما إجارة ويكون الأجر بمقابلة النقود التي رهنها لدى المستفيد من خلال مابعث به إليه من خطاب .

---

(١) انظر ص ٤٤ .

الفرع الثاني : تكييفه في القانون

المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط

قانوني فإننا نتساءل عن تكييف هذا النوع وطبيعته القانونيه ، وفي هذا يقول علي جمال الدين عوض :-

(وإذا كان نظام خطابات الضمان وسيلة جديدة ابتكرها العرف سداً لحاجات طرأت ، كان الأصل في الضمان المصرفي هو الكفاله العاديه أي التي ينظمها القانون المدني ، فإذا لم تتوافر للضمان شروط خطاب الضمان وجب الرجوع إلى أحكام الكفاله في القانون المدني) [١] .

---

(١) المصدر السابق ، ص ٤٩٦ ، الفقره (٤٩٥) .

المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط (الأصل)

لايبعد تكييفه في القانون كثيراً عن تكييفه في الشرع من جهة الاختلاف في إدراجه تحت عقد من العقود المسماة نظراً لما ينطوي عليه من خصائص يكون من لازمها المفارقة وقد ذهب الشراح في تكييفه مذاهب عدة بيانها في المباحث الآتيه :-

المطلب الأول : القول أنه كفالة [١] .

تعريف الكفالة :- «هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه» .

وإذا كان هذا هو مقتضى الكفالة فقد راق للبعض أن يعد خطاب الضمان كفالة زعماً منه أن المصرف يضم ذمته إلى ذمة العميل في التزام العميل وساعدهم على المضي في هذا النحو ماخالوه من أوجه اتفاق بيانها الفقرة التالية :-

أولاً : الموافقات .

١ - أن العملية ثلاثية الأطراف في كل من خطاب الضمان والكفالة .

٢ - أن وظيفة المصرف في الخطاب تشبه وظيفة الكفيل الذي يضمن الوفاء بالتزام المكفول .

٣ - أن الكفالة عقد ملزم للكفيل وخطاب الضمان كذلك فيه إلزام للمصرف .

٤ - أن المكفول له (الدائن) في حال الكفالة وبخاصة التضامنية له الحق في الرجوع على الكفيل المتضامن قبل رجوعه على المدين وكذا الحال في خطاب الضمان إذ يرجع المستفيد على المصرف الذي هو بمثابة الكفيل .

وهذه الأوجه التي يزعم أنها موافقات بين الكفالة وخطاب الضمان منتقضة بما سيرد بيانه

---

(١) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيي الدين علم الدين ، ٦٢٩/١ - ٦٣٢ .

في الفقرة التالية :-

ثانيا : الفروق .

١ - يرى البعض أن خطاب الضمان عقد بين المصرف والمدين (العميل) بخلاف الكفالة إذ هي عقد بين الكفيل والدائن فلا يُجْدي شيئاً كون العملية ثلاثية الأطراف مادامت الأطراف مختلفة في كلٍّ .

٢ - أما دعوى أن المصرف يضمن الوفاء بالتزام العميل فتلك مرفوضة إذ التزام العميل تجاه المستفيد التزام أصلي من مقاولة ونحوها وليس ذاك مايضمنه المصرف بل هو يضمن التأمين النقدي المطلوب من العميل توثقة للالتزام الأصلي وعليه فإن المصرف يضمن العميل بالتزامٍ تابع فلايكون له معنى الكفالة .

٣ - ودعوى أن المستفيد يرجع على المصرف قبل رجوعه على العميل شأنه في ذلك شأن الكفالة التضامنية فتلك مرفوضة إذ المستفيد ليس بمقدوره الرجوع على المصرف أو العميل أيهما شاء بموجب خطاب الضمان إذ لو صار ذلك كذلك لكان للمستفيد تقاضي الحق مرتين ، مرة من العميل لأنه المدين ، ومرة من المصرف بموجب خطاب الضمان وليس ذلك كذلك .

المطلب الثاني : القول أنه تصرف بالإرادة المنفرده [١] .

تعريف الالتزام بالإرادة المنفردة : (هو تصرف قانوني ينشيء التزاماً في ذمة شخص واحد وبإرادة منفردة تصدر من جانبه فقط دون حاجةإلى أن تتطابق أو تتوافق مع إرادة أخرى)وإذا كان الالتزام بالإرادة المنفردة كذلك فإن اعتقاداً ساد البعض أن خطاب الضمان ماهو إلاّ التزام

---

(١) المصدر السابق ، ص ٦٤٣ - ٦٤٩ .

الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية ، عبدالمجيد محمد عبوده ، ص ١٢٨ -١٣٢ .

بالإرادة المنفرده معتمداً في ذلك على بعض أوجه الاتفاق بين خطاب الضمان والإرادة المنفردة والتي سنوجزها في الفقرة التاليه :-

أولا :- الموافقات .

١ - أن إرادة المصرف وحدها هي التي تنشيء العلاقة مابين المصرف والعميل .

٢ - التزام المصرف بات ونهائي لايمكنه الرجوع فيه (التجريد) .

ولكن ماسبق ذكره من موافقات يمكن نقضها في الفقرة الآتية :-

ثانيا : الفروق .

١ - أن الإرادة المنفردة لاتنشيء التزاماً إلاّ في الحالات الاستثنائية التي ينص عليها القانون فأين نص القانون فيما تدعون ؟ .

فإن قيل نص القانون الذي نستند عليه هاهنا هو الماده (٤٩) من لائحة المخازن والمشتريات ونصها :- «إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وأن لايقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأنه يدفع تحت أمر الوزارة المختصه أو المصلحة أو السلاح المختص مبلغاً يوازي التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسب ماتراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من المتعهد أو المقاول»[١] أجيب عنه بمايلي :-

أ - أن النص المذكور لم يشر إلى أن خطاب الضمان التزام بإرادة منفردة ، وعلى التسليم جدلاً بذاك فإن النص المذكور خاص بنوع معين من خطابات الضمان هو خطاب

---

(١) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيي الدين علم الدين ، ٦٤٤/١ ، الفقرة (٦٠٨) .

ضمان المناقصات والمزايدات الحكومية فأين النصوص التي يستند إليها غير هذا النوع من خطابات الضمان .

ب - ثم إن القانون إذا كان هو مستند الإرادة المنفردة فيما ترتبه من التزامات فإن ذلك يعني أن القانون هو المصدر المباشر لتلك الالتزامات لا الإرادة المنفردة .

ج - ثم على القول باعتبار الإرادة المنفردة مصدراً غير مباشر للالتزامات فإن ذلك مقصور على حال ماإذا كان العمل القانوني يرتكز على إرادة واحدة وليس كذلك خطاب الضمان.

وبهذا ينتقض الوجه الأول مما زعم أنه وجه اتفاق قاضٍ بإلحاق الخطاب بالإرادة المنفردة .

٢ - أن خطاب الضمان سمته الأساسية التجريد وليس التجريد من خصائص الإرادة المنفردة ولاهو من طبيعتها ، فإن قيل مصدر التجريد فيما نحن بصدده النص اللائحي من الماده (٤٩) المذكور . أجيب عنه بمايلي :-

أ - المادة المذكورة كانت خاصة بنوع معين من خطابات الضمان كما تقدم ، فإذا سلّمنا باضفاء صفة التجريد عليها انطلاقاً من هذه الماده فأين النصوص المضفية صفة التجريد على ماعدا ذلك من أنواع خطابات الضمان .

ب - ثم إن خطابات الضمان كانت تتسم بالتجريد استناداً إلى العرف قبل أن تصدر لوائح تقضي بذلك ، ثم إن اللوائح جاءت فيما بعد مقررة لذلك العرف ومستندة إليه .

ج - أن تقييد الالتزام بسببه يرجع إلى نصوص القانون المدني التي اعتبرت السبب ركناً في الالتزام والخروج على نص في القانون لايكون إلاّ بنص له نفس القوة وليس كذلك نص اللائحة المذكور .

وبهذا ينتقض الوجه الثاني مما يظهر أنه وجه اتفاق بين خطاب الضمان والإرادة المنفردة .

٣ - أن خطاب الضمان لاتنشئه إرادة المصرف وحدها بل إن ذلك يكون بإيعاز من العميل مما يجعله إلى الاشتراط لمصلحة الغير أقرب ، وهذا ناقض للقول إن التزام المصرف تجاه المستفيد تنشئه إرادة المصرف وحدها .

٤ - أن خطاب الضمان بمقابل إنشائه حقاً للمستفيد فإنه ينشيء التزاماً عاجلاً أو آجلاً على عاتق العميل ، والقانون لايسمح أن يرتب أحد بإرادته المنفردة التزاماً على غيره دون موافقة ذلك الغير .

المطلب الثالث : القول أنه إنابة [١] .

تعريف الإنابة :- «هي تصرف قانوني يتمثل في قبول شخص يسمى المناب للوفاء بالتزام شخص آخر يعرف بالمنيب لشخص ثالث وهو المناب لديه وبذلك يتسنى للمنيب الوفاء بالتزام في ذمته للمناب لديه بواسطة المناب الذي عادة مايكون مديناً له» .

ومن هنا رأى البعض إلحاق خطاب الضمان بالإنابة معتمداً في ذلك على بعض الأوجه الموضحة فيما يلي :-

أولاً : الموافقات .

١ - أن العلاقة ثلاثية في كل من الإنابة وخطاب الضمان .

٢ - التزام المصرف تجاه المستفيد مجرد عن علاقة المصرف بالعميل وتلك سمة التجريد المميزة لخطاب الضمان والتجريد كذلك متحقق في الإنابة .

---

(١) المصدر السابق ، ص ٦٣٧ - ٦٣٩ .

الكفالات البنكية في المملكة العربيه السعوديه ، عبدالمجيد محمد عبودة ، ص ١١٩ - ١٢٤ .

٣ - في خطاب الضمان يكون المصرف مديناً للمستفيد بصفة أصلية والحال كذلك في الإنابة إذ يكون المناب مديناً للمناب لديه بصفة أصليه .

٤ - المناب لايدفع حالاً للمناب لديه بل يتعهد بالدفع وكذا الشأن في خطاب الضمان لايدفع المصرف للمستفيد حالاً لكن يتعهد بالدفع .

وهذه الموافقات مقابلة ومنقوضة بما يلي من فروق :-

ثانيا : الفروق .

١ - يفترق خطاب الضمان عن الإنابة القاصرة من جهة أن كلاً من المناب والمنيب ملتزم بالأداء للمناب لديه وخطاب الضمان لايلتزم فيه كل من المصرف والعميل بالدفع للمستفيد لكن المصرف وحده هو الملتزم بالدفع للمستفيد كما هو الشأن في الإنابة الكاملة إذ يلتزم فيها المناب وحده .

٢ - التجريد في الإنابة يقتصر على العلاقة مابين المنيب والمناب فقط والتي هي نظير العلاقة مابين المصرف والعميل ، أما في علاقة المنيب بالمناب لديه والتي هي نظير علاقة العميل بالمستفيد فلاتجريد ، وفي هذا تفترق الإنابة عن خطاب الضمان .

٣ - الإنابة لاتفسر مااستقر عليه العرف من حق المصرف بالاحتفاظ بالعمولة ولو أعاد إليه المستفيد خطاب الضمان معترضاً عليه .

المطلب الرابع : القول أنه اشتراط لمصلحة الغير[١] .

تعريف الاشتراط لمصلحة الغير : « هو تصرف قانوني يشترط بموجبه شخص ويعرف

---

(١) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيي الدين علم الدين ، ٦٦٦/١ - ٦٦٧ ، الفقره (٦٤١) ، وكذا ص ٧٠٢ ، الفقرة (٦٨٤) . ، الكفالات البنكية في المملكة العربيه السعوديه ، عبدالمجيد محمد عبودة ، ص ١٢٤ - ١٢٧ .

بالمشترط على شخص آخر ويسمى المتعهد أن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن هذا التصرف القانوني ويعرف بالمستفيد حقاً معيناً » .

ومن هنا رأى البعض أن خطاب الضمان اشتراط لمصلحة الغير مؤيداً ذلك بما يتضح من أوجه اتفاق بيانها :-

أولاً : الموافقات .

١ - أن العملية ثلاثية الأطراف كما هو الشأن في خطاب الضمان .

٢ - أن المشترط ملزم بالعقد وليس له التراجع .

٣ - أن إرادة الطرفين (المتعهد والمشترط) تتجه إلى منح المستفيد حقاً مباشراً .

٤ - أن المشترط له مصلحة مادية أو معنوية من الاشتراط .

وهذه الموافقات ربما عكّر عليها مايلي من فروق :-

ثانيا : الفروق .

١ - أن للمشترط حق التراجع مالم يظهر المنتفع (المستفيد) قبوله بخلاف خطاب الضمان إذ أن حق المستفيد فيه غير قابل للنقض بعد وصوله إلى علمه حتى لو لم يظهر قبوله مادام أنه لم يظهر رفضه الخطاب .

وهذه المفارقة يجيب عنها من ذهب هذا المذهب أنها من طبيعة الاشتراط لامن مستلزماته وأنه لايلزم صدور قبول من المستفيد بل يكفي القبول الضمني منه وعدم الاعتراض ، كما أنه يمكن أن ينشأ للمستفيد حق غير قابل للنقض من أول الأمر دون أن يقدح ذلك في صحة الاشتراط .

٢ - في مسألة الاشتراط لمصلحة الغير للمتعهد التمسك في مواجهة المنتفع بكل الدفوع المستمدة

من عقد الاشتراط كبطلان العقد مثلا وفي هذا يفترق عن خطاب الضمان الذي يتسم بصفة التجريد .

وهذه المفارقة يجيب عنها من ذهب هذا المذهب أنه ليس ثمة في المنطق القانوني مايمنع أن يضيف العرف إلى هذا الاشتراط صبغة التجريد .

قلت : ولعل هذا القول بعد الاجابة عما وجه إليه من اعتراض يكون أولى من الأقوال التي تقدمته والتي سبق بيان نقضها .

وبجانب ماتقدم من أقوال يوجد مذهب خامس يرى خطاب الضمان عقداً جديداً من مبتكرات العرف المصرفي [١] .

---

(١) عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، علي جمال الدين عوض ، ص ٤٩٦

الكفالات البنكية ، عبدالمجيد عبودة ص ١٣٢ .

الفصل الثاني

بيان بعض الأحكام المتعلقه بخطاب الضمان

المبحث الأول : حكم الأجر على خطاب الضمان

المبحث الثاني : حكم انتفاع البنك بغطاء خطاب الضمان

المبحث الثالث : حكم خطاب الضمان الابتدائي

الفصل الثاني
بعض الأحكام المتعلقه بخطاب الضمان

تمهيـد :-

في الفصول التي تقدمت بينت تخريج خطاب الضمان وأوضحت اختلاف الناس فيه ، كما أوضحت رأيي في الموضوع ، ولعل من المفيد بعد أن فرغت من مبحث تخريجه أن أناقش بعض الأحكام المتعلقة به فإن ذلك مما تتم به الفائده .

وإذا كان ذلك كذلك فإن مما يشغل الذهن مما يتصل بخطاب الضمان ثلاث مسائل شديدة الارتباط به تدور في خلد الانسان حولها هذه التساؤلات :-

١ - ماحكم الأجر على خطاب الضمان ؟ .

٢ - ماحكم انتفاع المصرف بغطاء خطاب الضمان ؟ .

٣ - ماحكم خطاب الضمان الابتدائي ؟ .

فلنعقد مبحثاً لكلٍّ من هذه التساؤلات وفق مايلي :-

المبحث الأول : حكم الأجر على خطاب الضمان

تمهيد :-

١ - معلوم أن الضمان كان معروفاً من لدن عصر المصطفى صلى الله عليه وسلم عصر تنزل الوحي من السماء ومازالت الأمة الاسلامية تتعامل به حتى اليوم غير أن المستقر لديهم في العصور المفضله وفيما تلاها مما هو متأخر بالنسبة لها وإن كان متقدماً بالنسبة لنا كعصر النووي وابن قدامة وابن الهمام وغيرهم كان المستقر لديهم عدم الأجر على الضمان .

وفي عصرنا المتأخر هذا الذي كبرت فيه حظوة الناس في الدنيا صرنا نسمع من يدعو إلى الأجر على الضمان ، ونحن بادئ ذي بدء لن نثرب عليهم أن اجتهدوا في مسألة لانص فيها ولكننا في الوقت نفسه لن ننساق إليهم بل المسألة في تقديرنا بحاجة إلى بحث واستقصاء وتثبت .

٢ - أن فكرة الأجر على الضمان غربية المنشأ غريبته إذ نشأت من الغرب الذي تفككت في أواصر المودة والإخاء حتى لم يعد يجد الإنسان من يكفله إلاّ بأجر وقلما يجد ذلك الاّ لدى المصارف وقد انتقلت عن طريقها الينا ، وروح الغرب وبيئته لاتتفق مع روحنا وبيئتنا التي سقاها الأسلام فأروى نسغها وكساها فأجمل كساءها ، ومعرفة هذا تدعونا إلى مزيد من التثبت .

٣ - أن الأمة الوسط التي اختارها الله تعالى لحمل رسالته والذب عن شرعته لتكون شهيدة على الناس ويكون الرسول شهيداً عليها شيمتها أن تعتصم بحبل الله وتتمسك بما ورثته عن سلفها الصالح ليس ذلك على سبيل التحجر وضيق الأفق كما يحلو للبعض وصفه بل على سبيل اتباع المؤمنين الذي توعد الله سبحانه وتعالى على ضده فقال :-

« **ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله**

ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيرا »[١] .

وعلى سبيل معصية الكافرين التي حذر الله تعالى من ضدها فقال :-

« يأيها الذين آمنوا إن تطيعوا الذين كفروا يردوكم على أعقابكم فتنقلبوا خاسرين »[٢] .

٤ - أن كل دعوة تأتي من غير المسلمين لاتخلو من أحد ثلاثة أحوال :-

أ - أن يكون حكم الله يقضي بحرمتها فنحرمها ونجتنبها

ب - أن يكون حكم الله قاض بإباحتها فنستبيحها .

ج - أن لايتبين لله فيها حكم فنتوقف فيها ونجتهد رأينا وفق هدى من الله لاهوىً ننساق إليه ، ذلكم هو المنهج المتحتم على كل مسلم سلوكه ونهجه .

٥ - أن المنهج الذي ينهجه بعض من ينتسب إلى المعرفة من بني جلدتنا والذي قوامه اتباع غير المؤمنين والعجب بحضارتهم وتبني أفكارهم والدفاع عنها والعمل على تبريرها على غير هدى من الله بدعوى المرونة وسعة الأفق ذلك تبعية وانسلاخ وهزيمة كيف لا وقد وجد منهم من ينبذ كتاب الله وراءه ظهريا بمخالفة حكمه والقول بإباحة الربا متوسلاً إلى ذلك بتقسيم القرض إلى إنتاجي واستهلاكي غايته من ذلك اتباع سبيل غير المؤمنين .

اذا تقرر ماسبق بيانه من : -

١ - مااستقر عليه الأمر في الضمان لدى السلف

٢ - منشأ فكرة الأجر على الضمان

٣ - المنهج السليم فيما يفد إلى المسلمين من غير المسلمين

---

(١) سورة النساء ، الآية (١١٥) .

(٢) سورة آل عمران ، الآية (١٤٩) .

فإني انتقل إلى مناقشة الأجر على خطاب الضمان ومنهجي في ذلك :-

أولاً : إيراد ماسبق أن قيل في ذلك

ثانيا : إيراد رأيي في الموضوع

المطلب الأول : ماسبق أن قيل في الأجر على خطاب الضمان

حيث أن الشائع في تخريج خطاب الضمان أنه وكالة وكفالة كما تقدم فإن معظم الأقوال في حكم الأجر عليه كانت مبنية على هذا التخريج وهي كمايلي :-

القول الأول : وهو من ضمن قرارات المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي وفيه أن خطاب الضمان يتضمن أمرين الوكالة والكفالة ولايجوز أخذ الأجر على الكفالة ويجوز أخذ الأجر على الوكالة على أن يراعى فيه حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل أدائه لما يقترن بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف حسب العرف المصرفي وتشمل بوجه خاص تجميع المعلومات ودراسة المشروع الذي صدر من أجله خطاب الضمان كما يشمل مايعهد به العميل إلى المصرف من الخدمات المصرفية المتعلقة بهذا المشروع كتحصيل المستحقات من أصحاب المشروع وتقدير ذلك الأجر متروك للمصرف بما ييسر للناس شؤون معاملاتهم وفقاً للعرف التجاري[١]

وهذا الرأي المتقدم يجعل الأجر مقابل الوكالة كما يجعله مقابل مايصحب إصدار خطاب الضمان من عمل كدراسة المشروع وتجميع المعلومات ونحو ذلك ، ولو تساءلنا فيمَ الوكالة التي أنيط الأجر بها فإنها تتمثل في أمرين :-

---

(١) فتاوي شرعية في الأعمال المصرفيه ، بنك دبي الاسلامي ، ص ٢٢ . ، الموسوعة العلميه والعمليه للبنوك الاسلاميه ، ٤٩٠/٥ الكفالة في ضوء الشريعة الاسلامية ، علي احمد السالوس ، ص ١٣٥ ، ١٣٦

١ - تسليم المصرف مبلغ الخطاب (التأمين) نيابة عن العميل ولاتكون إلاّ في المغطى كليا .

٢ - تحصيل المصرف المستحقات وماشاكلها من أصحاب المشروع نيابة عن العميل .

فهل كلا الأمرين مسلم ؟

أما بالنسبة للأمر الأول فقد سبق بيان عدم التسليم به عند مناقشة تكييف خطاب الضمان أنه وكالة (١) وستأتي إشارة إلى ذلك أيضا عند طرح رأيي في الأجر عليه .

وأما بالنسبة للأمر الثاني فمعلوم أن العقد بين المصرف والعميل ليس موضوعه تحصيل المستحقات ونحو ذلك ليحكم عليه أنه وكالة ولكن موضوعه مايطلبه المستفيد من تأمين إذ يلتزم المصرف به مؤازرةً للعميل أمّا ماينجم من جراء ذلك من تحصيل مستحقات وغيرها فإنها جاءت تبعاً وليست هي محل العقد فإذا مااستبعدناها أو قلنا إن العميل لم يوكل المصرف بها فإنه لم يبق محلاً للوكالة إلاّ تسليم مبلغ الخطاب (التأمين) للمستفيد - على رأي أولئك ، وهذا بالاضافة إلى عدم التسليم به كما ذكرت انفاً فإنه لايستقيم عقلاً ، إذ من يقدم غطاء نقديا يخفف من عبء المصرف يأخذ عليه المصرف أجراً ، ومن لا يقدم شيئاً فيكون عبء المصرف في حقه أكبر لايأخذ عليه أجراً ! في تقديري أن مرد هذا الشطط هو إقحام الوكالة في تخريج خطاب الضمان للتوسل بها إلى القول بحل الأجر عليه .

القول الثاني : وهو ماخلص إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانيه المنعقده بجده بتاريخ ١٠-١٦/٤/١٤٠٦هـ إذ خرج بالقرار التالي :-

(أولاً : ان خطاب الضمان لايجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان «والتي يراعى فيها عادة

---

(١) انظر ص ١٤٤

مبلغ الضمان ومدته » سواء كان بغطاء أم بدونه .

ثانياً : أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل ، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ماقد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء والله أعلم)[١].

قلت :- والفتوى هذه تربط الأجر بالجهد والخدمة التي يقوم بها المصرف في سبيل إصدار خطاب الضمان ومايصحب ذلك من مصاريف وهي قدر مشترك بين خطاب الضمان المغطى وغير المغطى ، ومما ينبغي التنبه له هاهنا أن يكون العمل الذي أخذ الأجر بمقابلته حقا لادعاءً ، ذلك أن مما ذكر من أعمال يقوم بها المصرف (دراسة المشروع) ، ولقد زرت مصارف عدة وكنت أسألهم هل تقومون بدراسة المشروع لطالب خطاب الضمان ؟ فكانت إجابتهم بالنفي ، على أنني أعلم أن المصارف إنما تقوم بالأعمال الائتمانية دون غيرها .

القول الثالث : « يجوز حصول المصرف على جُعْلٍ نظير إصدار خطابات الضمان مقابل مايتحمله المصرف من الجهد والمخاطر المترتبة على ذلك ، ويتم تحديد هذا الجعل على أساس نسبة من المبلغ غير المغطى من خطابات الضمان المصدرة بغض النظر عن مدة تلك الخطابات كما يجوز للمصرف أن يتقاضى مبلغاً مقطوعاً لتجديد هذه الكفالات نظير مايتحمله المصرف من مصروفات اداريه» .[٢]

وهذا القول يبدو غريباً بالنسبة للقولين السابقين وفيه من المفارقات مايلي :-

---

(١) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، ١٤٠٧هـ ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١٢١٠ .

(٢) الكفاله في ضوء الشريعة الاسلامية ، علي السالوس ، ص ١٣٨ .

١ - اعتبار مايتقاضاه المصرف جعلاً

٢ - كون هذا الجعل مقابل الكفالة إذ ربطه بالجزء غير المغطى وهذه مفارقة للقولين المتقدمين الجاعلين الأجر مقابل الوكالة أو الجهد المصاحب للكفالة أما أن يكون مقابل الكفالة فذلك ممنوع فيهما كما تقدم .

٣ - جعل المخاطرة عنصراً آخر يستحق الأجر عليه في الضمان .

وهذه المفارقات يمكن مناقشتها بمايلي :-

لافرق بين أن يكون مايتقاضاه المصرف من العميل جعلاً أو أجراً إذ العلة في منع الأجر على الضمان في خطاب الضمان هي : أن المصرف لايخلو من أحد حالين :-

أ - أن لايؤدي عن العميل شيئاً فيكون أخذ منه مالاً دون مقابل وهذا من قبيل أكل أموال الناس بالباطل وقد نهى الله تعالى عنه بقوله :

« ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ..... »[1] الآية

ب - أو أن يؤدي عنه فيعد مقرضاً له والحالة هذه فلا يجوز له أن يأخذ من العميل شيئاً إذ أي أخذ منه يعد نفعاً وزيادة وهذا ممنوع للحديث :-

(كل قرض جر منفعة فهو ربا) .[2]

وهذا نقض المفارقة الأولى .

---

(١) سورة البقرة ، الآية (١٨٨) .

(٢) لم يصح في رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم شيء ، انظر التلخيص الحبير ، شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني ، تحقيق عبدالله هاشم اليماني المدني (بيروت : دار المعرفة) ، كتاب البيوع ، باب القرض ، ٤٣/٣ لكن يشهد لصحة معناه ماروي موقوفا على عبدالله بن سلام : «انك بأرض الربا فيها فاش ، اذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا» . انظر صحيح البخاري ، كتاب المناقب ، باب مناقب عبدالله بن سلام ، ٢٣٠/٤ .

أما المفارقة الثانية وهي جعل المخاطرة عنصراً يستحق الجعل عليه في الضمان فذلك مردود بالقول :-

إن المخاطرة الحاصلة في الضمان ليست بأشد من المخاطرة الحاصلة في القرض إذ المقرض يدفع مالاً ولايدري هل يعود أم لا أما الضامن فمن المحتمل أن يدفع ومن المحتمل أن لايدفع فالمخاطرة في حقه أقل من المخاطرة في حق المقرض وحيث منع الأجر على المخاطرة في القرض فإنه يمنع على المخاطرة في الضمان بطريق الأولى ، ومنه يتبين أن المخاطرة ليست مسوغاً لتبرير الأجر فيما كان الأجر ممنوعاً في أصله .

وأما المفارقة الثالثة وهي كون الجعل مقابل الكفالة نفسها حيث :-

١ - ربط الأجر بالجزء غير المغطى .

٢ - وأقر مبلغاً مقطوعاً يؤخذ مقابل تجديد خطاب الضمان .

هذه المفارقة سيأتي الرد عليها في موضع مناقشة القائلين بجواز الأجر على الضمان .

القول الرابع : «يقدم المصرف الاسلامي هذه الخدمة لعملائه على أساس الوكالة بالأجر ويكون له أن يتقاضى الأجور المتعارف عليها بين البنوك وذلك فيما عدا الفوائد المتحققة بين تاريخ دفع قيمة المطالبة وبين تاريخ تسديد هذه القيمة من قبل العميل »[١] .

وهذا القول عليه مأخذان :-

أولهما : أنه ربط البنوك الإسلامية بالبنوك الربوية إذ أخضعها لعرفها فيما تتقاضاه من أجر عدا استثناء واحد هو الفوائد وهذا يفقد البنوك الإسلامية تميزها واستقلالها إذ ينبغي أن يكون لها عرفها الخاص فيما تُبقي وتذر .

---

(١) الكفاله في ضوء الشريعة الاسلاميه ، علي السالوس ، ص ١٣٨

وثانيهما : أن إباحة الأجور المتعارف عليها بين البنوك للبنوك الإسلامية على أن ذلك على سبيل الوكالة ليس مطّرداً وليس دقيقاً كما تقدم بيانه (١)

القول الخامس : وهو لمحمد باقر الصدر ونصه :-

«ولما كان تعهد المصرف وضمانه للشرط يطلب من الشخص المقاول فيكون الشخص المقاول ضامناً لما يخسره المصرف نتيجة لتعهده فيحق للمصرف أن يطالبه بقيمة مادفعه إلى الجهة التي وجه خطاب الضمان لفائدتها ويصبح للمصرف أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان هذا لأن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول وبذلك يكون عملاً محترماً يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص» (٢).

إذن هذا القول يرى أخذ أجرٍ وجُعْلٍ على الضمان نفسه باعتباره يعزز قيمة التزامات العميل وهذا الملمس الذي رآه مسوغاً لجواز الأجر أو الجعل على خطاب الضمان منتقض بامتناعه في القرض إذ القرض يحصل فيه تعزيز لجانب العميل والتزامه ولم يكن مسوغاً لجواز الأجر أو الجعل عليه فكيف يكون مسوغاً لجواز الأجر أو الجعل على الضمان الذي هو استعداد للقرض وليس قرضاً بالفعل ، ومنه نعلم أن تعزيز الجانب ليس مسوغاً لأخذ الأجر على ماكان الأجر ممنوعاً في أصله .

بعد الاستعراض المتقدم لتلك الأقوال أقوم بتلخيصها وهي كمايلي :-

١ - قولان يجعلان الأجر على الوكالة أو الوكالة والعمل وهما الأول والرابع .

٢ - قول يجعل الأجر نظير مايصاحب الكفالة من مصاريف لا على الكفالة نفسها وهو الثاني .

---

(١) انظر ص ١٤٤ .

(٢) البنك اللاربوي في الإسلام محمد باقر الصدر، الطبعة الثامنه (بيروت : دار التعارف للمطبوعات ، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) ، ص١٣١.

٣ - قول يجعل الأجر مقابل الجهد المصاحب للكفالة وعلى المخاطرة في الجزء غير المغطى أي أنه يجعل الأجر على الجهد وعلى الكفالة معاً ومايصحب الكفالة من مخاطرة وهو الثالث .

٤ - وقول يجعل الأجر نظير الكفالة نفسها باعتبارها عملاً محترماً فيه تعزيز لجانب العميل فيستحق الأجر عليه وهو الخامس .

هذا وإذا تأملنا تلك الأقوال وجدناها تنقسم إلى قسمين من حيث متعلق الأجر فيها :-

أ - فقسم يجعل متعلقه الوكالة والجهد المبذول .

ب - وقسم يجعل متعلقه الكفالة ومايصحبها من مخاطرة .

أما بالنسبة للوكالة والجهد فهما متعلق صحيح لأخذ الأجر ، لكن موضع النظر هو مدى تحققهما في خطاب الضمان .

وأما الكفالة ومايصحبها من مخاطرة فتعلق الأجر فيهما موضع نظر وممن قال بتعلق الأجر في ذلك محمد باقر الصدر وبعض ممن شاركوا في مجمع الفقه الإسلامي بدورته الثانيه[١] وإني مورد ماذكروه من أدلة ومناقشُه :-

١ - القياس على الجاه إذ الضمان شقيق الجاه وقد ذهب فريق من العلماء إلى القول بجواز الأجر على الجاه إذا صحبه عمل ولو كان قليلاً ففي المعيار سئل أبو عبدالله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه : «اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق ومن قائل بالكراهية بإطلاق ومن مفصل فيه وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأَخَذَ أجر مثله جاز وإلاّ حرم »[٢] .

---

(١) ممن ذهب هذا المذهب أحمد علي عبدالله أحد المشاركين في الدورة الثانيه للمجمع الفقهي .

(٢) المعيار المعرب ، أحمد بن يحيى الونشريسي ، اشراف محمد حجي (دار الغرب الاسلامي ، ١٤٠١هـ-١٩٨١م) ، ٦/٢٣٩ .

وجاء في حاشية الدسوقي : « قال أبو علي المسناوي : محل منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولاحركة ..... » .[٣]

قلت ومااستدلوا به من نقولات للفقهاء تفيد جواز الأجر على الجهد والعمل المصاحب للجاه ونحن لانمانع من الأجر على الجهد والعمل المصاحب للضمان إذا كان حقيقيا لكننا نمانع أن يكون الأجر مقابل الضمان نفسه كما مانع الفقهاء الذين احتجوا بهم في الأجر مقابل الجاه نفسه إذ الجاه والضمان سيان .

٢ - أن في الكفالة تعزيزاً لجانب الكفيل وهذا عمل محترم يستحق الأجر عليه .

٣ - أن في الكفالة مخاطرة إذ الكفيل يحتمل أن يؤدي عن المكفول فكان له أخذ الأجر مقابل هذه المخاطره .

ويجاب عن هاتين الحجتين (٢) ، (٣) أن القرض فيه تعزيز لجانب المقترض والمخاطرة متحققة فيه بينما هي في الكفالة محتملة ومع ذلك لم يقل أحد بجواز الأجر عليه إذ الأجر عليه ممنوع في أصله ، والقياس قاض بالحاق الضمان به وإذا كان ذلك كذلك فإن المخاطرة وغيرها لم تكن لتبيح الأجر فيما كان الأجر ممنوعاً فيه من أصله .

٤ - مانقل عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم أنهم يجيزون لرب الدين أن يعطي المدين شيئاً على أن يعطيه المدين حميلا قالوا فتلك إجازة من بعض الفقهاء للأجر على الضمان تمشياً مع تبريرات التعامل التي واجهتهم .

وهذا القول مردود بأن الجعل هاهنا من قبل الدائن للغريم فشبهة الربا فيه منتفية بخلاف مالو

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفه الدسوقي ، ٢٢٤/٣ .

كان الجعل من الغريم للضامن إذ توجد شبهة الربا وهي مدار الحكم .

٥ - أن الحنفية والحنابلة والزيدية أجازوا شركة الوجوه وهي لاتعتمد على مال ولاعمل وإنما على وجاهة الشركاء والتي من خلالها يستحقون الربح فلِمَ لانقول بإباحة الأجر على الضمان .

وهذا القول مردود بأن شركة الوجوه وإن كان مبناها على وجاهة الشركاء إلاّ أن مآلها إلى المال والعمل بيان ذلك أن الشركاء في شركة الوجوه لايملكون في بادئ الأمر مالاً ولكنهم يملكون ثقة الناس بهم ومن خلال هذه الثقة فإنهم يأخذون المال من الناس ويتجرون به ويشتركون في الربح ومن هنا يتبين أن الربح الذي يستحقه الشركاء في شركة الوجوه ليس سببه الوجاهة فقط وإنما سببه المال والعمل وهذا المعنى غير متحقق في الضمان .

٦ - احتجوا بالحديث (الخراج بالضمان)[1] قالوا الضامن يغرم في حال عدم تأدية المضمون فله أن يغنم مقابل ذلك .

ويجاب عنه أن احتجاجهم بهذا الحديث في هذا الموضع غير مسلم إذ موضوع الحديث العقود التي يكون الضمان فيها تبعاً لا أصلاً كمن اشترى شاة فإنه في مدة الخيار يضمنها ومقابل ذلك يستحق منافعها فالضمان هاهنا ليس أصلاً في العقد بل تبع أما العقود التي يكون الضمان أصلاً فيها - فلا يتوجه اليها هذا الحديث ولايجوز الأجر عليه لما تقدم إيراده من أدلة مانعة له مقابلة لهذا الدليل .

٧ - القياس على بعض الأعمال التي كان الأجر عليها ممنوعاً ثم أباحه الفقهاء للضرورة كالإمامة وتعليم القرآن فإذا جاز الأجر عليها وهي واجبة جاز فيالضمان وهو غير واجب بطريق الأولى.

---

(١) سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، ٣/٧٧٧ ، رقم ٣٥٠٨ ، ٣٥٠٩ ، ٣٥١٠ .
سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ، ٣/٥٧٢ ، ٥٧٣ ، رقم ١٢٨٥ ، ١٢٨٦ .
سنن ابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، ٢/٧٥٤ ، رقم ٢٢٤٢ ، ٢٢٤٣ .

ويجاب عنه أن القياس مع الفارق إذ تلك الأعمال واجبات فيلزم القيام بها للإثم الحاصل بتركها فناسب الحث عليها بالجعل والرزق لمن يقوم بها بخلاف الضمان إذ هو من المباحات لا الواجبات فليس ثمة ضرورة للقيام به هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن مايعطى من رَزق مقابل الإمامة إنما هو من قبيل الرِّزق وليس مشارطة مع الإمام إذ لو كان الامام يشترط أجراً على الإمامة وإلاّ فانه سيمتنع عن الإمامة لما جاز ذلك لكن الحاصل أن الإمام يصلي في الناس دون اشتراط أجر غير أن الحاكم يعطيه رَزقاً من بيت المال لما يعلم من حاله وانقطاعه مثال ذلك الزيادة في القرض فلو اشترط المقترِض أن يعيد إليه ماقترضه منه وزيادة لم يصح لكن لوزاده المقترض بطيب نفس منه صح ذلك إذ خير الناس أحسنهم قضاء .

ماتقدم كان مذهب الذين يرون أن خطاب الضمان ضمان وقد حاولوا تبرير الأجر عليه من خلال محاولتهم تبرير الأجر على الضمان ويجانب هذا المذهب يوجد مذهب آخر يرى جواز الأجر على خطاب الضمان من منطلق أنه عقد جديد [١] . وإليك حجته ومناقشتها :-

١ - الأصل في الأشياء ومنها العقود والشروط والتصرفات الإباحة ولايحرم منها إلاّ مايقوم الدليل الخاص على تحريمه .

ويجاب عن الاحتجاج بهذه القاعدة أنها مضبوطة بأصلين ولايصح الاحتجاج بها مطلقاً وقد ذكر الإمام ابن تيمية هذين الأصلين فيما سنقيده له من قول لأهميته يقول :-

(فإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط جملة وصحتها أصلان : الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم فلايجوز القول بموجب هذه القاعدة في

---

(١) صاحب هذا الرأي هو الشيخ زكريا البري ، انظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١١٠١ .

أنواع المسائل وأعيانها إلاّ بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع أو المسألة هل ورد من الأدلة الشرعية مايقتضي التحريم أولا ، أما إذا كان المدرك الاستصحاب ونفي الدليل الشرعي فقد أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار أنه لايجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجبه إلاّ بعد البحث عن الأدلة الخاصة فإن جميع ماأوجبه الله ورسوله وحرماه مغير لهذا الاستصحاب فلا يوثق به إلاّ بعد النظر في أدلة الشرع ، وأما إذا كان المدرك هو النصوص العامة فالعام الذي كثرت تخصيصاته لايجوز التمسك به إلاّ بعد البحث عن المسألة هل هي من المستخرج أم المستبقى ، وإذا كان كذلك فالأدلة النافية لتحريم العقود والشروط مخصوصة بجميع ماحرمه الله ورسوله فلا ينتفع بهذه القاعدة إلاّ مع العلم بالحجج والبراهين الخاصة في ذلك النوع [١].

لكن الشيخ زكريا البري عندما ينطلق من هذه القاعدة فإنه يعلم الأصلين المقيدين لها ولهذا يقول مبينا التفاته إلى ذلك :-

(إنه لايوجد في أخذ الأجر على هذا الضمان المصرفي لتنفيذ أعمال مشروعة نص محرم من كتاب أو سنه ولا دليل محرم فلايوجد له نظير يقاس عليه في التحريم لاشتراكهما في علته)[٢]

ولعل البعض يستغرب من قوله «فلايوجد له نظير يقاس عليه » ولكن هذا رأيه ويزيده وضوحاً ويجليه قوله :-

(والظاهر عندي أن هذه الفتوى المروية عنه - يعني فتوى ابن تيميه في منع الأجر على الضمان -لاتشمل الكفالات بهذه الصورة التجارية الجديدة التي تعاملت بها المصارف العامة..... فلقد كانت الكفالة في العصور الماضية تتم ضماناً لمحتاج يستدين وقد لايجد من

---

(١) الفتاوى ، ابن تيميه ، ٢٩/١٦٥ -١٦٧ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١١٨ .

يسلفه إلاّ بضمان من ملئ لضعف ذمة المستدين المالية ونحو ذلك فيضمنه الغني تفريجاً لكربه ورجاء لثواب الآخرة ..... أما الآن فإن هذه الضمانات تتم لشركات مالية كبرى ولتجار أغنياء ولابد لقبول العطاءات من هذه الشركات وهؤلاء الأغنياء من تقديم الضمان المصرفي)[١].

ولئن كان الشيخ زكريا البري لايرى قياس الكفالة المصرفية على الكفالة المعروفة في الشرع بحجة أن الكفالة المصرفية تعطى للأغنياء بخلاف الكفالة المعروفة في الشرع إذ تكون للمحتاجين فإننا لانسلم له حجته هذه بل نناقشها قائلين :-

أ - إن الله تعالى شرع الكفالة دفعاً لحاجة العباد الذين يحتاجون إلى التوثق في معاملاتهم أياً كان سبب هذا التوثق فقد يكون سببه الفقر وقد يكون سببه عدم الثقة بالعميل وغير ذلك فهي مشروعة على سبيل العموم لدفع حاجة العباد وجلب مصالحهم وتخصيص الشيخ البري لها بوجه واحد هو الحاجة الناجمة عن الفقر تخصيص بلا مخصص .

ب - ثم نقول له هلاّ قلت بإباحة الفائدة على القروض اليوم لاختلافها عما هي عليه في السابق إذ هي في السابق تعطى لمحتاج يسد بها فاقته أما اليوم فالبنوك تعطيها لكبار الأغنياء والأثرياء ؟! .

ج - ثم إن الأسباب التي نراها موانع لأخذ الأجر على الضمان كشبهة الربا والاكتساب دون عمل هي متحققة في الكفالة المصرفية تحققها في الكفالة الشرعية فلِمَ التفريق؟.

٢ - كما احتج لإباحة الأجر على خطابات الضمان بالقياس على بعض الأعمال التي كان الأجر

---

(١) المصدر السابق .

عليها ممنوعاً ثم أفتى الفقهاء بجوازه كالإمامة وتعليم القرآن وقد تقدم ذلك في ص ١٨٦ فليراجع .

٣ - واحتج أيضا بالقاعدة الفقهية « الغرم بالغنم » وقد تقدمت مناقشة أصلها وهو الحديث « الخراج بالضمان » فليراجع في موضعه ص ١٨٥ .

٤ - القياس على الوكالة حيث كانت خدمة اجتماعية بالمجان ثم تطورت الأحوال حتى صارت بأجر، ويجاب عن ذلك أن الوكالة الأصل جواز الأجر عليها ، وكونها بالمجان كان ذلك من قبيل المعروف والسنة الحسنة وقياس الكفالة عليها مع الفارق .

٥ - ثم دعا إلى القول بالأجر على خطاب الضمان ولو من قبيل الاستحسان إن كان الأصل منع الأجر على الضمان عند بعض الفقهاء

ونناقشة بما ناقشه الشيخ محمد بن علي الزبير إذ يقول :-

(أستاذنا البري لو أراد أن يكيف القضية تكييفاً شرعياً على وجه الاستحسان لسألناه ماهو دليل الاستحسان ؟ وماوجه الترجيح بين الأدلة ؟

وإذا كان يرى القول بإباحة الأجر على خطاب الضمان بناء على المصلحة العامة والخاصة كما يذكر وكانت المصلحة أو الحاجة تنزل منزلة الضرورة فإنه لاضرورة فمن الممكن أن يوجد البديل وممكن للاقتصاديين أن يدرسوا الموضوع ويجدوا دليلاً ومخرجا لايمكن أن نتحرج منه) [١] .

ومما هو مفيد في هذا الجانب جزء من مقالة الشيخ محمد عبده عمر اذ يقول : -

---

(١) من مقالة الشيخ محمد علي الزبير -بتصرف يسير-انظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني،ص١١٩٢.

(فالخلاصة أن ملاحظتي حول بعض الأمور التي نوقشت أنها نوقشت بعيداً عن الجانب الأصولي وعن الجانب التعليلي ومع احترامي الفائق لبعض مشايخنا أنهم لايعللون وجه الاستدلال لا بنص ولا بإجماع ولا بقياس صحيح وإنما هو اجتهاد واستحسان وحتى الاستحسان لايوضحون فيه وجه الاستحسان فضلاً عن دليل الاستحسان الخفي كما هو معروف عن الأصوليين)[١] .

الخلاصة :والخلاصة أن ماتقدم من أقوال في حكم الأجر على خطاب الضمان يمكن إرجاعها إلى قولين كما يلي :-

القول الأول : يقول بإباحة الأجر على خطاب الضمان باعتباره من العقود المعروفه ، وينقسم أصحاب هذا القول إلى فريقين :-

أ - فريق يرى جواز الأجر عليه باعتبار أحد شقيه وكالة فيكون الأجر بمقابلتها أو بمقابلتها والجهد المبذول

ب - وفريق يرى جواز الأجر عليه باعتباره ضمانا (كفالة) ويرى أنه لامانع من أخذ الأجر على الضمان وقد تقدمت أدلة هذا القول ومناقشتها .

القول الثاني : يقول بإباحة الأجر على خطاب الضمان باعتباره عقداً جديداً والأصل في العقود الإباحة ، ومما ينبغي التنبه له في هذا المقام أن الحكم على العقد من حيث كونه جديداً أوْ لا ليس مبناه تاريخ نشأة هذا العقد بل مبناه تتبع نظائره فإن كان له نظائر معروفة فهو ليس بجديد وإلاّ فلا وهذا يستلزم التأمل في خطاب الضمان ومعرفة ماإذا كان له نظائر معروفة أو لا

---

(١) من مقالة الشيخ محمد عبده عمر - بتصرف يسير- ، انظر المصدر السابق ، ص ١١٩٩ .

وأحسب أن نظائر معروفة لخطاب الضمان يمكن إلحاقه بها .

المطلب الثاني : رأيي في حكم الأجر على خطاب الضمان

لما كان الرأي في الأجر على خطاب الضمان مبني على الرأي في تخريجه فإنه يحسن أن أورد رأيي في تخريجه بصفة موجزة فأقول : إن لي في المسألة فرضين :-

الفرض الأول :إن العلاقة في خطاب الضمان مابين المصرف والمستفيد رهن ، كما أن العلاقة في خطاب الضمان ما بين المصرف والعميل كفالة ، بيان ذلك :-

١ - أن المستفيد يطلب من عميله مبلغاً نقديا ليستوثق به فيما بينهما من عقد - وهذا رهن - .

٢ - ثم إن العميل يلجأ إلى المصرف ليكفله بذلك .

٣ - وبناء على طلب العميل فإن المصرف يلتزم بهذا الرهن ويضم ذمته إلى ذمة العميل فيه ويتمثل التزام المصرف هذا بخطاب يحرره لصالح المستفيد ينص فيه على مبلغ نقدي يتعهد بدفعه للمستفيد عند تقديم المستفيد هذا الخطاب للمصرف دون توقف على شرط آخر ومن هنا يتبين لنا أمران :-

أولهما : أن الحق الذي ضم المصرف فيه ذمته إلى ذمة العميل هو الرهن الذي كان طلبه المستفيد من العميل وهو عبارة عن المبلغ النقدي الذي تعهد المصرف به للمستفيد ، وهذا مفترق الطريق بين رأيي والآراء الأخرى القائلة إن خطاب الضمان كفالة إذ تعد تعهد المصرف بإقباض المستفيد مبلغاً نقدياً تعد ذلك كفالة للعميل في التزامه الأصلي الذي التزم به للمستفيد من مقاولة أو نحوها .

وثانيهما : أن سر ظهور خطاب الضمان بمظهر الرهن وتلبسه لبوسه من جهة أن النقـود

ركن فيه كما أنها مستحقة عند تسليم الخطاب دون توقف على شرط آخر كل ذلك راجع إلى أن المصرف قد كفل العميل بالرهن الذي كان يطلبه المستفيد منه ، ولهذا ظهر خطاب الضمان بمظهر الرهن .

إذا علم هذا فاننا نتساءل : ما مقابل الأجْر في خطاب الضمان ؟ ، والإجابة عن ذلك أن مقابله الكفالة إذ المصرف قد كفل العميل فيما استحقه عليه المصرف من رهن ، وبمقابلة ذلك أخذ أجراً من العميل .

إذا تقرر هذا فإن رأيي في الأجر على خطاب الضمان مايلي :-

١ - منع الأجر على خطاب الضمان بدعوى الوكاله ، ذلك أن دعوى الوكالة في حال المغطى والتي سوغوا الأجر بناءً عليها لاتستقيم في تقديري إذ المصرف يلتزم الحق على وجه يضم فيه ذمته إلى ذمة العميل على نحو يخالف فيه أحكام الوكاله يدل لذلك :-

أ - أنه لو قدر أن العميل استرجع الغطاء الذي قدمه للمصرف لم يكن بوسع المصرف الاعتذار عن الأداء للمستفيد إذ هو وكيل بالتسليم ومقتضى وكالته تسليم ماأعطاه العميل للمستفيد فإذا لم يعطه العميل شيئاً لم يكن ملزماً أن يعطي المستفيد من ماله الخاص ، وانتفاء هذا الحكم دليل على أن المصرف قد التزم الحق في ذمته فيكون التزامه كفالة وتبطل دعوى الوكاله .

ب - ولو قدر أن العميل منع المصرف من الأداء للمستفيد لم يلتفت المصرف إلى منعه وهذا ينافي حكم الوكالة ونظراً لهذا وذاك تبقى الوكالة دعوى لا أثر لها في الواقع .

٢ - أما مايصحب ذلك من جهد وعمل ومصاريف فلا مانع من أخذ أجر بمقابلته شريطة أن يكون حقيقيا ، وأن يكون الأجر متناسباً معه .

٣ - أن منعي الأجر على خطاب الضمان مبناه أن خطاب الضمان ضمان من جهة علاقة المصرف بالعميل والضمان يمنع الأجر عليه للأسباب الآتية :-

١ - أن فيه شبهة الربا لما يلي :-

أ - تحقق المعنى الذي حرم الربا لأجله فيه وهو الاكتساب والتكثر دون مقابل من جهد وعمل ولهذا حرم الربا والقمار ونحوه مماهو طريق للكسب دون جهد وعمل[١] .

ب - أن الضامن لايخلو من أحد حالين :-

I - إما أن يؤدي عن المضمون فيكون مقرضاً له فلايجوز الأجر والحالة هذه للحديث: « كل قرض جر منفعة فهو ربا ....»[٢] .

II - أو أن لايؤدي شيئاً فيكون أخذه الأجر دون مقابل من جهد أو عمل وهذا من أكل المال بالباطل المنهي عنه بصريح القرآن « **ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** ..... » الآية[٣] .

٢ - كما أن القياس يمنع الأجر على الضمان ذلك أنه لو جاز الأجر على الضمان الذي هو استعداد للدفع والدفع فيه محتمل لجاز من باب أولى على القرض الذي هو دفع فعلاً والدفع فيه متحقق لكنه منع فيه فعلمنا منعه في الضمان بطريق الأولى .

٣ - أن الجاه والمال تمس حاجة الناس إليهما فكان لابد من التيسير فيهما لدفع حاجة الناس فكان القرض دون مقابل تيسيراً في المال وكان الضمان دون مقابل تيسيراً في

---

(١) وقد يقال ان خطاب الضمان يصحبه جهد وعمل فيكون الأجر بمقابلته وإجابة عنه أقول : لا أمنع الأجر مقابل الجهد والعمل لكني أمنع ادعاء الجهد والعمل وتصنعه للتوسل بذلك إلى تبرير الأجر على الضمان وعليه فإن مايذكر من جهد وعمل يصحب خطاب الضمان ينبغي أن يكون صحيحاً وليس الغرض منه تبرير الأجر فيلزم التحقق من ذلك .

(٢) تقدم تخريجه ص ١٨١ .

(٣) سورة البقرة ، الآية (١٨٨) .

الجاه وهذا معلم من معالم الإسلام في اقتصاده والعمل على إلغاء ذلك دفع لمقاصد الشارع الحكيم وقضاء على سمة من سمات الاقتصاد الإسلامي وتبعية لغير المسلمين في اقتصادهم ومنهجهم دون مسوغ .

٤ -أن البلاد الإسلامية ازدادت مساحتها وتباعدت حدودها تبعاً لاتساع الفتح الاسلامي المبارك وتبعاً لذلك اتسعت السوق الإسلامية فصارت المعاملة تربط بين من لايعرف بعضهم بعضا ولهذا أصبحت الحاجة إلى الضمان قائمة فظهرت أنواع من الضمان كضمان السوق ، وضمان الدرك ، وضمان نقص المكيل ، ومع اتساع المعاملة في الضمان والحاجة إليه لم يقل أحد بالأجر عليه فما بال فريق منا اليوم يذهب إلى القول بجواز الأجر على الضمان ويدعو إليه متعللاً باتساع رقعة البلاد وانفتاح الأسواق ، صحيح أن البلاد توسعت ولكن الاتصالات تيسرت بخلاف ماكان في السابق إذ كانت الاسواق متسعة وبمقابل ذلك فإن الاتصالات غير ميسرة . ان اطباق العلماء على منع الأجر على الضمان رغم ماذكر من اتساع في السوق وحاجة إلى الضمان ورغم ماشتهر من وقوع الخلاف بينهم في مسائل الفروع ليدل على استنادهم إلى ركن شديد في منعه مما يوجب التوقف عن مخالفتهم ولئن كان بعض الباحثين حاول أن يوجه هذا الاجماع بقوله :-

(في تقديري أن الذي قادهم لذلك ودفعهم إلى التسليم به هو العرف العملي فالمعاملات كانت بسيطة وتتم في أسواق محصورة وبين أناس يعرف بعضهم بعضاً ولم تتسع المعاملات وتتعقد بالصورة التي عليها اليوم من حيث حجم العمل ومن حيث المدى الجغرافي بحيث يضطر الانسان إلى أن يتعامل مع أشخاص ومؤسسات في الداخل

والخارج وهو لايعرفهم بل يتم التعامل عن طريق المراسلات في كثير من الأحيان) [١] .

وهذا القول يريد أن يجعل مستند إطباق المتقدمين على منع الأجر على الضمان هو العرف وإذا كان ذلك كذلك فإنه يتغير بتغيره لكن هذا القول مردود بما يلي :

١ - عدم التسليم له بأن المعاملات كانت بسيطة وتتم في أسواق محصورة وبين أناس يعرف بعضهم بعضاً ذلك أننا نعلم أن الإسلام امتدت فتوحاته المباركه حتى شملت بلاد فارس وامتدت حتى شملت بلاد الروم فحررتهما بالإسلام من الجهل والكفر ومن عبادة العباد إلى عبادة رب العباد ونقلتهما من ضيق الدنيا إلى سعة الآخرة ونظراً لهذا التوسع كان الشامي يدخل سوق العراق وكان العراقي يدخل سوق الحجاز على رغم مابينهما من مسافة شاسعة فلم تكن الأسواق محصورة ولا البلاد متقاربة ولا الناس يعرف بعضهم بعضاً ولهذا ازدادت حاجتهم إلى الضمان وظهرت تبعاً لذلك أنواع منه لم تكن معروفة مثل ضمان الدرك ، وضمان السوق ، وضمان نقص المكيل ورغم هذا التوسع في السوق والحاجة إلى الضمان لم يقل أحد بجواز الأجر عليه مما يدل على أن منع الأجر عليه ليس مستنده العرف إذ لوكان كذلك لقالوا بالأجر عليه نظراً لتغير الأحوال وتوسع الأسواق لكنهم لم يقولوا بذلك فدل على أن منع الأجر على الضمان لايستند إلى العرف بل يستند إلى غير ذلك ممّا سيأتي في الفقرة اللاحقة.

٢ - وعلى التسليم له جدلاً بأن المعاملات كانت بسيطة وتتم في أسواق محصورة وبين أناس يعرف بعضهم بعضاً فإن ذلك ليس هو مستند إطباقهم على منع الأجر على

---

(١) من مقالة للباحث احمد علي عبدالله ، انظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١١٣٩ .

الضمان وفي هذا نورد طرفاً مما قاله الشيخ عبدالله بن بيه :-

(هذا الاجماع أيضاً يستند إلى دليل من جملة أقوال الفقهاء الفقهاء عللوا بعلتين كما ذكره الفقهاء المالكية خصوصاً البناني على حاشية الزرقاني وقد ذكر الأخ كلام الدردير أيضا وكلام الدسوقي فالبناني على حاشية الزرقاني يقول عند قول خليل لا بكجعل أي لايجوز الضمان بكجعل قال :- «لدورانه بين أكل أموال الناس بالباطل وبين قرض بزيادة القرض بمنفعه لأن الضامن أو الكفيل إما أن يؤدي ويرجع على المضمون وحينئذ يكون هذا من باب قرض جر نفعا . حينئذ في حالة تأدية الكفيل هم يستندون إلى القياس يقيسون هذه المسألة على منع القرض بزيادة ، وإذا لم يؤد الكفيل فإنه يكون من باب أكل أموال الناس بالباطل هذا يستند إلى آية من كتاب الله : « **ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .....** » الآية)[١] .

ولئن كنا فيما سبق ذكرنا أن مستند القول بمنع الأجر على الضمان هو القياس على القرض فإن بعض الباحثين حاول منع ذلك فقال :-

(ونقول رداً على ذلك ان الضمان ليس بقرض ولا أحسب أن أحداً عد الضمان وجهاً من وجوه القرض)[٢] . ثم يبين وجه ذلك فيقول :-

١ - الضمان هو التزام بالوفاء بما في ذمة المضمون عند :-

أ - حلول أجل الإلتزام أو مافي حكمه

ب - عند عجز المضمون عن الأداء .

---

(١) من مقالة الشيخ عبدالله بن بيّه بتصرف يسير،انظر مجلة مجمع الفقه الاسلامي،العدد الثاني،الجزء الثاني،ص١٢٠٠

(٢) من مقالة للباحث احمد علي عبدالله ، انظر المصدر السابق ، ص١١٣٨ .

٢ - والقرض بالمقابل لاينعقد مضافاً إلى زمن ولا معلقاً على شرط كما هو الشأن في الضمان .

٣ - وإذا قلنا إنه قرض فهو غير مختار في إقراضه وقت الأداء .

٤ - وإذا قلنا إنه قرض فهو غير مقرض للمضمون الميت الذي توفي وليس في تركته وفاء .

ويجاب عن ذلك بالقول : صحيح ان الضمان ليس بقرض ابتداء ولكن مآله القرض والذين منعوا الأجر على الضمان لأن الضامن مقرض للمضمون ليس مرادهم من ذلك أن الضمان قرض لكنهم قالو ذلك بالنظر إلى غاية الضمان ومآله ذلك أن غاية من طلب كفيلاً إيجاد من يلتزم بالأداء فغايته ومآله الأداء والأداء عن المضمون إقراض له وإذا كان الأجر ممنوعاً في القرض المتحقق ابتداء فمن باب أولى منعه في القرض المحتمل انتهاء .

إذا علم هذا أمكن الرد على ماساقه من أوجه لرد القول إن الضمان قرض وفق مايلي:-

١ - ماذكره من أن الضمان التزام بالوفاء عن المضمون عند حلول الأجل أو عجز المضمون يفيد أن مآل الضمان القرض إذ الوفاء عن المضمون ماهو إلاّ إقراض له ولهذا كان للضامن أن يرجع عليه بما أدى عنه وهذا مايقول به مانعوا الأجر على الضمان وهو مامنعوا الأجر على الضمان من أجله .

٢ - ماذكره من أن القرض لاينعقد مضافاً إلى زمن ولا معلقا على شرط بخلاف الضمان إنما يتوجه إلى القول أن الضمان قرض ابتداء وهذا لم يقل به أحد ولكننا نقول إنه قرض انتهاء وإذا كان القرض لم يكن إلاّ انتهاء فإنه ليس مضافاً إلى زمن ولا معلقا على شرط وعليه فإن الضمان يؤول إلى القرض وليس ثمة مايمنع ذلك .

٣ – وأما قوله « وإذا قلنا إنه قرض فهو غير مختار في إقراضه وقت الأداء »

فمردود بقولنا بل هو مختار ذلك أن الضامن يعلم أن من لازم الضمان الأداء عن المضمون ومادام أقدم على الضمان مع علمه بما يترتب عليه فهو مختار في ذلك .

٤ – وأما قوله « وإذا قلنا إنه قرض فهو غير مقرض للميت الذي توفي وليس في تركته وفاء » .

فيجاب عن ذلك ان من يكفل الميت الذي لم يخلف وفاء لم يقدم على هذا من باب القرض ولكن من باب التبرع المبتغى به وجه الله تعالى .

والخلاصة :-

إن الضمان من عقود التبرع التي شرعها الشارع الحكيم من باب التيسير في الجاه للحاجة إليه فلا يجوز الأجر عليه سواء تحقق فيه الاقراض أو لم يتحقق أو لم يرد أصلاً كمن يكفل الميت الذي لم يخلف وفاء ، وماأورد من ايرادات ذكرتها آنفا إنما هي متوجهة إلى القول إن الضمان قرض ابتداء وهذا مالم يقل به مانعوا الأجر على الضمان بل إنهم يمنعون الأجر على الضمان باعتباره قرضاً انتهاء علاوة على ماذكر ولأن المعنى الذي من أجله مُنِع الأجر على القرض متحقق في الضمان وزيادة فلزم القول بمنع الأجر عليه سواء حصل فيه إقراض أو لم يحصل .

وفي نهاية تطوافنا في هذا المبحث وتقلبنا بين الأدلة المانعة والمبيحة أذيله بكلام جميل للشيخ عبدالستار أبو غده وفيه يقول : (الدليل على تحريم العوض على الكفالة مستمد من قواعد الشريعة واستقراء تطبيقاتها ونصوصها فهو من تحقيق المناط ومن الأولويات التي تعتبر في مستوى النص والتصريح..... ثم يقول بعد مناقشة بعض أدلة المبيحين :-

(بالاضافة إلى هذا كله فإن بقاء الكفالة على طبيعتها وحقيقتها من أنها عقد تبرع يعتبر معلماً من معالم الحياة الاجتماعية الاسلاميه من أن هناك تكافلا بين المسلمين وتعاضداً بينهم فالذي يستطيع أن ينفع أخاه ينفعه كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح «من استطاع أن ينفع أخاه فلينفعه » فلتبق هذه المعاملة على طبيعتها ولتكن شبيهة بطبيعة القرض من أنه مواساة والكفالة أيضا استعداد للاقراض فهي من ذلك الباب ولذلك هناك تشابه كبير بين ثلاث معاملات :-

الأولى : هي أخذ الفوائد الربوية باعتبارها أجراً للقرض الفعلي .

الثانيه : تقاضي أجور وجعل على خطابات الضمان باعتبارها أجراً للاستعداد للقرض عند المطالبة .

والمعاملة الثالثة : هي أقساط التأمين التجاري التبادلي باعتبار هذه الاقساط أجراً على ضمان وكفالة لكنها كفالة من نوع خاص فهي كفالة تبرعية ليس فيها رجوع وهي كفالة على أمر مستقبل وهو من قبيل ضمان الدرك أو الكفالة بالدرك .

وجدير بالتعامل المشروع الواجب بين المسلمين أفراداً ومصارف تطهير أموالهم من هذا الثالوث وتنقية مجتمعهم من مفاسده الظاهرة والخفية . والله ولي التوفيق)[1] .

الفرض الثاني : وعلى فرض استبعاد انشغال ذمة العميل بتقديم تأمين نقدي (رهن) للمستفيد فإن المصرف بناءً على هذا الفرض قد أخذ الأجر بمقابلة النقود التي رهنها لدى المستفيد، وحيث كان المرهون فيه نقوداً فإنه يمنع الأجر في خطاب الضمان إذ هو عين الربا .

---

(١) من مقالة الشيخ عبدالستار أبو غده ، أنظر المصدر السابق ، ص ١١٦٨ ، ١١٦٩ .

المبحث الثاني : حكم انتفاع المصرف بغطاء خطاب الضمان

في معرض مناقشة تكييف خطاب الضمان أنه وكالة تطرقت لغطاء خطاب الضمان وبينت أنه رهن بناءاً على القانون التجاري والعرف المصرفي - مما لاداعي لإعادته هاهنا - .

وإذ أخلص إلى ذلك فإنني سأناقش حكم انتفاع المصرف به من منطلق أنه رهن مستعرضاً في ذلك أقوال العلماء في حكم انتفاع المرتهن بالمرهون الذي لايحتاج إلى مؤونة كالنقود والمتاع ونحوه إذ غطاء خطاب الضمان من قبيل ذلك :-

أحكام انتفاع المرتهن بالمرهون :-

أحكام انتفاع المرتهن بالمرهون مختلفة تبعاً لاختلاف المرهون :-

فإن كان المرهون مما لايحتاج إلى مؤونة كالمتاع فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن وقد ذكر ابن قدامة عدم الخلاف فيه فقال «لانعلم خلافاً» (١) .

ويجوز له الانتفاع به باذن الراهن على التفصيل الآتي :-

الحنفية : أكثر الحنفية يقولون بصحة انتفاع المرتهن بالرهن باذن الراهن وقليل منهم يرى كراهة ذلك لأنه ربا (٢) .

---

(١) الهداية ، الرشداني ، ١٣٠/٤ . ، تبيين الحقائق ، الزيلعي ، ٦٧/٦ .الخرشي على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ ، ٢٥٠ . ، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، احمد بن محمد الصاوي ، الطبعة الأخيره (مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م) ، ١١٦/٢ ، ١١٧ .المهذب ، الشيرازي ، ٣١٠/١ ، ٣١١ . ، المغني ، ابن قدامه ، ٤٢٦/٤ .
الافصاح عن معاني الصحاح ، ابو المظفر يحيى بن محمد بن هبيره (الرياض : المؤسسة السعيديه) ، ٣٦٨/٢ .
الفقه على المذاهب الأربعه ، عبدالرحمن الجزيري ، الطبعه السادسه (مصر : المكتبه التجاريه الكبرى) ، ٣٣٢/٢-٣٣٧ .

(٢) الهداية ، الرشداني ، ١٣٠/٤ . ، تبيين الحقائق ، الزيلعي ، ٦٧/٦ .
المبسوط ، شمس الدين السرخسي ، الطبعه الثانيه (بيروت : دار المعرفه) ، ١٠٧/٢١ ، ١٠٨ .
حاشية رد المحتار ، ابن عابدين ، ٥٢٢/٦ .

المالكية : وأما المالكية فيبيحونه بثلاثة شروط [١] :-

١ - أن تكون المنفعة مشروطة لامتبرع بها .

٢ - أن تكون مدة المنفعة المشروطة معينة .

٣ - أن يكون الرهن من بيع لاقرض .

الشافعية[٢] : وعند الشافعية يجوز الانتفاع بالمرهون بشرط :-

أن لاتكون المنفعة مشروطة في العقد فإن كانت مشروطة فعلى التفصيل التالي :-

١ - أن يكون الرهن من قرض ففيه قولان :-

أ - يبطل الشرط فقط للحديث «ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط » [٣] .

ب - يبطل الشرط والرهن لمخالفة الشرط مقتضى العقد .

٢ - أن يكون الرهن من بيع فلا يخلو من حالين :-

أ - أن يطلق المنفعة فيبطل البيع لفساد الشرط .

ب - أن تكون مقدرة فيصح لأنه جمع بين بيع واجارة .

الحنابلة : وعند الحنابلة يجوز الانتفاع بشرطين [٤] :-

١ - أن لايكون الرهن من قرض إن كان الانتفاع بغير عوض .

---

(١) الخرشي على مختصر خليل ، ٢٤٩/٥ ، ٢٥٠ . ، بلغة السالك ، الصاوي ، ١١٦/٢ ، ١١٧ الفقه على المذاهب الأربعه ، الجزيري ، ٣٣٢/٢ .

(٢) نهاية المحتاج ، الرملي ، ٢٣٦/٢ ،. مغني المحتاج ، الخطيب الشربيني ، ١٢١/٢ ، ١٢٢روضة الطالبين ، النووي ، ٩٩/٤ .

(٣) صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء

(٤) المغني ، ابن قدامه ، ٤٢٦/٤ .

٢ - أن يكون الانتفاع بأجر المثل من غير محاباة إن كان بعوض .

سر الخلاف :-

وسر الخلاف بين الفقهاء في المسألة المتقدمة مايلي :-

١ - الحديث « كل قرض جر نفعاً فهو ربا »[١] وذلك مايحذره الفقهاء جميعاً كما يتضح من أقوالهم المتقدمة .

٢ - الحديث : «ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط»[٢] وذلك مايحذره الشافعية كما هو معلوم عنهم من التشدد في الشروط .

٣ - الجهالة المفضية إلى الغرر : وذلك مايحذره المالكية والشافعية كما هو واضح من أقوالهم .

ومن خلال عرضنا المتقدم نتبين أن المالكية والحنابلة والشافعية والحنفية في قولٍ كلهم يقول بمنع انتفاع المرتهن بالرهن خشية الوقوع في الربا وذلك يتحقق في حال ماإذا كان الرهن من قرض لابيع ، في حين أن الخلاف يجري بينهم فيما عدا ذلك من جهالة وجمع بين عقد وشرط ونحوه ، وإذا كان ذلك كذلك فإن المبلغ النقدي الذي يرهنه العميل لدى المصرف إنما هو بسبب احتمال القرض لاالقرض فعلاً ، وإذا قيل بمنع النفع الذي يجره القرض المتحقق فمن باب أولى أن يقال بمنع النفع الذي يجره القرض المحتمل إذ المصرف من المحتمل أن يؤدي للمستفيد مبلغ الخطاب فيكون مقرضاً للعميل ومن المحتمل أن لايؤدي فلايعد مقرضاً ، ومن هذا المنطلق يقال بمنع المصرف من الانتفاع بغطاء خطاب الضمان لما تقدم .

---

(١) تقدم تخريجه ص ١٨١ .

(٢) تقدم تخريجه ص ٢٠٢ .

المبحث الثالث : حكم خطاب الضمان الابتدائي

لعل استغراباً ينشأ من خلال عنوان هذا المبحث إذ خُصَّ فيه الابتدائي دون النهائي ولزوال هذا الاستغراب أقول :-

معلوم أن خطاب الضمان ينقسم إلى قسمين ابتدائي ونهائي ، أما النهائي فتكون الحاجة إليه بعد قبول إيجاب (عطاء) المتقدم[١] وهاهنا لاإشكال إذ يوجد لذلك مقابل وهو عقد المقاولة ، وأما الإبتدائي فليس هو ضماناً لما سيجب على العميل مماهو مضمون لكنه ضمان لعدم رجوع العميل عن إيجابه الذي لم يصادف قبولاً بعد ، فهو غير لازم لأي منهما لادياناة ولاقضاءً وماكان هذا شأنه فالأصل أنه غير لازم للمتقدم وغير مضمون عليه وإذا كان ذلك كذلك فإنه لايسوغ توثيقه بالكفالة أو الرهن إذ ذلك الزام بما لايلزم ، ومن هذا المنطلق أفردت خطاب الضمان الابتدائي في البحث دون النهائي ، وفي محاولة لايضاح حكمه يحسن أن أوضح موضوعه وزمنه والغرض منه فأقول :-

أما موضوعه فهي المناقصات والمزايدات الحكومية ، وأما زمنه فإنه يطلب مع تقديم العطاءات وقبل العقد أو حتى الوعد به ، وأما الغرض منه فضمان جدية العميل المتقدم ، وليس معنى ذلك ضمان جديته فيما سيلزمه من عمل إن قدِّر التعاقد معه فذلك مضمون في خطاب الضمان النهائي بل معنى ذلك أن يكون المتقدم بعطاءاته جاداً فلا يتراجع بعد تقديمها فإن تراجع بعد تقديمها وقبل التعاقد معه صودر مبلغ خطاب الضمان الابتدائي إذ هو ضمان ذلك[٢] .

---

(١) نظام تأمين مشتريات الحكومه ، الطبعه الثالثه (الرياض : مطابع الحكومه الأمنيه ، ١٤٠٥هـ) ، الماده ٢١ ، ص ٧٣ .

(٢) موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونيه والعمليه ، محيي الدين علم الدين ، ٥٥٢/١ ، الفقره (٤٨٣) .
الكفالات البنكيه في المملكة العربيه السعوديه ، عبدالمجيد محمد عبوده ، ص ٦٠ .

إذا تبين الغرض المضمون في خطاب الضمان الابتدائي فإننا ننتقل إلى مناقشته على أساس افتراضين :-

أولهما : أنه ضمان فنتساءل هل هذا الغرض مما هو مضمون على الأصيل (المتقدم) ليكون مما يصح ضمانه ؟ الحق أن مايصح ضمانه كما سبق بيانه في مبحث أقسام الكفالة إما عينا مضمونة على الأصيل ، أو دينا سواء كان مالاً أو عملاً ، أو نفساً ، وليس المضمون في خطاب الضمان الابتدائي شيئاً من ذلك فليس عينا مضمونة على الأصيل فيضمنها الكفيل أو يضمن تسليمها وليس مالاً أو عملاً مضموناً على الأصيل فيضمنه الكفيل وليس نفساً فيضمنها .

وثانيهما : أنه رهن ، وقد تقدم بيان مايصح أخذ الرهن به في مبحثه وهو لايخلو من أن يكون ديناً أو عيناً أو منفعة وليس الغرض المراد توثيقه في خطاب الضمان الابتدائي شيئاً من ذلك ، على أن الأمر في الرهن أشد منه في الضمان إذ كل ماصح رهنه صح ضمانه ولاعكس ، هذا ومن جهة العقل فإنه يمكن القول :إن ادعاء المستفيد الضرر وفوات الفرص عليه من جراء تراجع العميل مما يجعله بحاجة إلى طلب خطاب ضمان ابتدائي – ليس أولى من ادعاء العميل (المتقدم) ذلك فهل له أن يطلب خطاب ضمان من المستفيد ؟!

إذ تقررهذافإن خطاب الضمان الابتدائي سواءكيف على أنه كفالة أو على أنه رهن يردعليه مايلي :

١ – أن الغرض المراد توثيقه فيه ليس مما هو مضمون على الأصيل وليس مما يصح أخذ الضمان أو الرهن به .

٢ – أن فيه الزاماً للناس بما لايلزمهم وهذا مالايقره الشرع المطهر .

٣ – أنه يصادم مقاصد الشرع من التوسعة على الناس وجعلهم في الخيره من أمرهم حتى بعد إبرام العقود كما في البيع مثلا والذي جعل الشارع فيه الخيار للمتعاقدين بعد العقد مالم

يتفرقا فكيف بمالم يبرم عقده بعد ؟! .

فإن قيل : المتقدم بعطاءاته يشترط عليه البقاء على إيجابه وهاهنا لايسوغ له التراجع بل يلزمه المضي فيه ، وهذا ناقض لقولك إن في خطاب الضمان الابتدائي إلزاماً للمتقدم بما لايلزمه قلت:- الأصل أن لايلزم مثل هذا واشتراط لزومه يعد من قبيل الاذعان إذ المتقدم لايسعه إلاّ التسليم لذلك وإن كان لايرغبه ، ولعل مما تتميز به معاملة خطاب الضمان كثرة شروط الإذعان فيها حتى صارت قوامها وأصبحت المعاملة وكأنها سلسلة من شروط الادعان بيان ذلك :-

أ - أن المتقدم بعطاءاته يشترط عليه تقديم خطاب ضمان ابتدائي من أجل إلزامه .

ب - أن المتقدم بطلب إصدار خطاب الضمان يشترط عليه المصرف الحق في جديده دون رجوع إليه.

ج - أن المصرف يسلم مبلغ خطاب الضمان للمستفيد دون التثبت من تحقق شرطه بل رغم معارضة العميل ولئن سوغنا ذلك في الخطاب غير المشروط على القول بأنه رهن فلا مجال لتسويغه في الخطاب المشروط إذ هو كفالة .

هذه السلسلة من شروط الإذعان توحي على أقل تقدير بمجافاة هذه المعاملة الأسس التي ينبغي أن تقوم عليها المعاملة في الإسلام فكان مما يلزمنا تهذيبها بمحاسن شريعة الإسلام لاسيما وأنها نشأت في معقل بعيد عنها مما يؤكد ضرورة تهذيبها أما المضي بها على علاتها بدعوى الإستحسان والضرورة فذلك أمر واسع يضيق عند تحقيقه .

والخلاصة :-

أن خطاب الضمان الابتدائي سواء خرج على أنه ضمان أو رهن وسواء كان الغرض منه ضمان جدية العميل أو معرفة مركزه المالي فإنه لايحقق غرضاً صحيحاً ولاتدعو إليه حاجة معتبره .

البديـــل :-

إن شرعة الإسلام التي كان في سابق علم الله أنها ستكون خاتمة الشرائع قد جعل فيها من الخصائص مايجعلها أهلاً لذاك فكانت يسراً لاعسراً وكانت صالحة لكل زمان ومكان ومستوعبة لما يجدّ من أحداث ، فلا يتصور أن تضيق بنا يوماً مما يعوزنا إلى استجداء أنظمة البشر المطبوعة بنقص إدراكهم وتضارب توجهاتهم ، ولكننا على الرغم من ذلك نرى كثيراً من التبعية على أصعدة شتى ومن ذلك صعيد المعاملة وعلى وجه الخصوص منه الصعيد الاقتصادي نرى الأنظمة المتبعة فيه مستمدة من خارج حدود بلاد الإسلام ولنأخذ خطاب الضمان موضوع بحثنا مثلاً على ذلك والذي نرى المعاملة بيننا دائبة عليه وكأنه ضرورة لايمكن الانفكاك منها على أنه في حقيقته ليس بدعاً من عقود الشريعة في شيء وماكان فيه من خصائص حسبها البعض ميزة إن هي إلاّ مخالفة شرعية تكون في النهاية لجانب على حساب جانب ، فهلاّ فكر المسلمون تفكيراً جاداً في إيجاد البديل ؟ الحق أن التفكير في ذلك كان على نطاق ضيق وهو على ضيقه ذو ثلاث شعب : **الأولى** :تتمثل في الدعوة إلى إنشاء مؤسسات للتكافل التعاوني على أساس فكرة التأمين التعاوني والغرض منها التكافل والتعاون لا الربح [١]، وهذه الفكرة طرحت في معرض مناقشة حكم الأجر على خطاب الضمان ولم تشر إلى ماعدا ذلك من المخالفات الموجودة في خطاب الضمان ، وعليه فإنني اتساءل : هل المراد من تلك المؤسسات المقترحه أن تصدر خطابات ضمان على النحو المعمول به في البنوك غير أنها لاتأخذ أجراً بمقابلة ذلك ؟ إن كان هذا مراد الفكرة فإنه يؤخذ عليها القصور في معالجة علات خطاب الضمان حيث اقتصرت على الأجر دون غيره .

---

(١) هذه الفكرة ذكرها د.أنس الزرقا في دورة المجمع الفقهي الثانيه ، انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني ، الجزء الثاني ، ص ١١٩٥ .

الثانيه : تتمثل في الدعوة إلى مشاركة المصرف الجهات التي تطلب منه إصدار خطاب ضمان فيكفله المصرف من منطلق أنه شريكه دون حاجة إلى أجر وبذلك نجتنب مشكلة الأجر على خطاب الضمان [١] ، وهذه الفكرة يؤخذ عليها مايلي :-

أ - أنها تحمل طالب خطاب الضمان على مشاركة المصرف وربما كان لايرغب ذلك فهو إن شاركه فذلك من قبيل الاضطرار لا الاختيار .

ب - أن هذا الاقتراح لايجنبنا سوى مشكلة واحدة هي الأجر على خطاب الضمان بيد أن ماعدا ذلك من علات ومخالفات تقدم ذكرها في غير موضع لم يرد بعلاج لها .

ج - أن كون الضمان لم يعد الحصول عليه ممكناً إلاّ من خلال المشاركة يوحي بضعف التلاحم بين المسلمين وحسبك به نقيصة وبعداً عن صفات المؤمنين ، ثم إنه ليس كل شيء يقبل المشاركة .كما هو الحال في كثير مما يطلب خطاب الضمان لأجله ، كما تقدم ص ٢٦ .

الثالثه : وهي الدعوة إلى أخذ أجر مقابل الوكالة المتحققه في خطاب الضمان ومنع الأجر على الكفالة فيه وهذا ماتوجهت إليه البنوك الإسلاميه ونص عليه المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي [٢] ، وهذا الاتجاه يؤخذ عليه مايلي :-

أ - ان الوكالة ليست مطردة في خطاب الضمان .

ب - وعلى افتراض اطرادها فان هذا الاتجاه لايجنبنا سوى مشكلة واحدة هي مشكلة الأجر على الضمان ، لكنه يقر مافي خطاب الضمان من علات سوى ذلك .

---

(١) هذا الإقتراح ذكره الاستاذ يوسف كمال محمد استاذ الاقتصاد الإسلامي بجامعة ام القرى سابقاً ذكره لي مشافهة وأطلعني بهذا الخصوص على عقد بين بنك فيصل الإسلامي المصري وشركة (ليفت سلاب مصر) قد قام الأستاذ المذكور بصياغته وكتابته وقد اسفر تطبيقه عن نتائج طيبه .(٢) فتاوى شرعية في الأعمال المصرفيه (بنك دبي الإسلامي) ، ص ٢٢.

رأيي في الموضوع :-

والبديل الذي أراه هو العودة إلى عقود التوثق المشروعة ذلك أن شريعتنا الغراء قد وفت بحاجتنا مِماً يغنينا عن استجداء الأنظمة الأخرى كيف لا وقد وسّعت علينا فيما نحن بصدده فشرعت التوثق على أصعدة شتى ، فعلى صعيد الذمم شرعت الضمان والكفالة ، وعلى صعيد الأعيان شرعت الرهن ، وعلى صعيد الانتقال شرعت الحوالة . وقد يقال إن الكفالة غير مجدية هاهنا إذ هي ليست توثقاً بالمال ، وإجابة عن ذلك أقول :-

فلنصر إلى الرهن ، فإن قيل : ولكن الرهن غير مجدٍ كذلك لسببين :-

أ - أن فيه تعطيلاً للنقود والعميل بحاجتها .

ب - ثم ان العميل لايثق بالمستفيد فكيف يرهن نقوده لديه ؟ ، قلنا :-

أما دعوى تعطيل نقود العميل وهو في حاجتها فتلك منقوضة بالقول إن العميل لايسلم من تعطيل شيء من ماله إذ هو يقدم جزءاً منه رهنا للمصرف كما تقدم بيانه ، فليرهنه إذن لدى المستفيد ، وليكتف المستفيد بذاك القدر فقليل لاريبة فيه خير من كثير تكثر الريبة فيه ! .

وأما مسألة عدم ثقة العميل بالمستفيد فيمكن علاجها عن طريق توسيط طرف ثالث يكون بمثابة العدل ، ويمكن تجنيب مبلغ معين من حساب العميل لدى المصرف ، ومنعه من التصرف فيه باعتباره رهنا للمستفيد ، على أنني أميل إلى الاستغناء عن المصارف في مثل هذا وعدم اللجوء إليها في كل صغيرة وكبيرة ، كيلا يقع الناس تحت سيطرتها وفي ذلك تحقيق لغاياتها وطموحاتها ،ولكي يظل التعاون والتكاتف قائماً بين الناس ففي ذلك تحقيق لمقاصد الشارعالحكيم .

إذا تقررهذا فإن لنا غنية في شريعتنا فلنرجع إلى عقودها ولنطهرها مما علق بها من سموم

المادية ، وتطهير مانحن بصدده مايلي :-

١ - أن نجرده وننقيه مما سبق أن ذكرته من مخالفات وشوائب تشوبه حال كونه مشروطاً أو غير مشروط ليصبح بعد التطهير كفالة في الأولى ورهنا في الثانيه .

٢ - إن كان العقد كتابيا فإنه ينبغي كتابته بصيغة ترفع الإيهام وتدل على المراد فإن كان كفالة نص على أنه كفالة وإن كان رهنا نص على أنه رهن ولا يعبر عن العقد بلازمه مما يوهم الناس ويفتح باباً للاحتيال والمماطله .

٣ - أن يُسمى باسمه الشرعي فكما أن الكفالة التي تصدرها البنوك تسمى كفالة فليسمّ خطاب الضمان رهناً أو ليسمّ باسم العقد الذي ترجحه جهات الاختصاص المصدرة له ، ذلك ان تخريجه مما هو مشكل والاجتهاد فيه سائغ .

وكل ماأوردته لايتأتى إلاّ إذا كانت الجهات المصدرة له ممن تنقاد لشرع الله أما إن كانت غير ذلك فاننا ندعوها إلى الانقياد لله أولا ! على أنني أعلم ان المصارف الإسلامية لديها من الحرص على تطبيق الإسلام في معاملاتها مايجعلها تعيد النظر فيما هي عليه من معاملات وبخاصة خطاب الضمان .

الخاتمة :-

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، وأسأله تعالى أن يمدني بعونه وتوفيقه وأن ينفع في هذا الجهد المتواضع وأن يجعله لبنة صغيرة في صرح الاقتصاد الاسلامي الشامخ وبعد أن فرغت من بيان عقود التوثيق ومناقشة تخريج خطاب الضمان عليها ، وبيان ما يتصل بخطاب الضمان من أحكام يحسن أن أجمل ماسبق تفصيله مماتوصلت إليه من نتائج وتوصيات فأقول :-

١ - إن الأصل في خطاب الضمان النقود إذ كان المستفيد يطلب من العميل نقوداً تأميناً للعقد بينهما ثم إن العميل فيما بعد صار يلجأ إلى المصرف ليضمنه في ذلك .

٢ - إن خطاب الضمان الذي يسلمه المصرف للمستفيد قائم مقام قبض النقود ولهذا فقد رضيه المستفيد بديلاً عن قبضها ، في حين أنه يرفض الكفالة لكونها لاتقوم مقام ذلك ، ولايكون كذلك إلاّ خطاب الضمان غير المشروط فهو خطاب الضمان حقاً أماً مايحمل هذا الاسم ولكنه لايتصف بهذا الوصف كالمشروط مثلا فإنه ليس خطاب ضمان بالمعنى الصحيح إذ لانصيب له من خطاب الضمان إلاّ التسمية فإطلاقها عليه من قبيل المجاز .

٣ - إن خطاب الضمان في شكله المعهود لايمكن أن يندرج تحت عقد من العقود الشرعية المعروفة دون مخالفة ذلك أنه غربي النشأة ، وقد يقال : ولِمَ الالزام بإدراجه تحت عقد من العقود المعروفه ولِمَ لايكون عقداً جديداً ؟! لكن ذلك مردود أيضاً إذ حقيقته تتفق مع حقيقة العقود المعروفة وحيث اتفق معها في الحقيقة فإنه يُدرج تحتها ومن ثم لاتسلم ماله من خصائص لكونها لاتستقيم مع تلك الحقيقة بل تعارض ماهو مشروع فيها ، وغني عن القول إن العقود الجديدة لايحكم بصحتها إلاّ بعد معرفة سلامتها من معارضة ماهو مشروع أماً

وقد تحققت معارضتها فلا .

٤ - إن الأجر على خطاب الضمان ليست المخالفة الوحيدة فيه كي تخصّ بالدراسة والمناقشة وحدها بل إن سلسلة من المخالفات يتكون منها خطاب الضمان ينبغي مناقشتها والعمل على تحرير خطاب الضمان منها وقد تقدمت في مواضعها .

٥ - إنه بعد العمل على تحرير خطاب الضمان من المخالفات تلك فانه لايخلو من أن يكون رهناً إن كان غير مشروط أو كفالة إن كان مشروطاً وتلك عودة إلى العقود الشرعيه المعروفة والعود إليها أحمد .

٦ - إن مايظن من أن خطاب الضمان كفالة ووكالة لايتفق مع حقيقة خطاب الضمان وقد تقدمت مناقشة ذلك ، ولايحسن إقحام الوكالة كي يتوسل بها إلى القول بحل الأجر على خطاب الضمان .

٧ - إن الأجر على خطاب الضمان لايصح بمقابلة الضمان نفسه ويصح بمقابلة الجهد والعمل ، وعليه فإنه ينبغي أن يكون العمل والجهد حقا هو الدافع إلى أخذ الأجر لا أن يكون تحصيل الأجر دافعاً إلى ادعاء العمل وتصنع الجهد .

٨ - إن خطاب الضمان الابتدائي غير مستساغ ذلك أنه أخذ للرهن قبل ثبوت الحق أو لزومه أو حتى الوعد به ولايسوغ الرهن فيما هذا سبيله .

٩ - إن انتفاع المصرف بغطاء خطاب الضمان غير مستساغ أيضاً إذ هو رهن ولاينتفع بالرهن مما هو ليس مركوباً أو محلوباً .

١٠ -إن البديل الذي أراه هو العود إلى عقود التوثيق الشرعية من كفالة ورهن وفي حين عدم تبادل الثقة بين العميل والمستفيد حال الرهن فانه يمكن وضعه لدى عدل .

١١ - إنني إذ أخلص إلى أن خطاب الضمان رهن فإنه لايسوغ طلبه في كل حين ومناسبة لكن فيما يسوغ فيه الرهن وقد تقدم بيانه في مبحث (المرهون به) .

١٢ - إن خطاب الضمان المشروط يختلف موجِب تسلم مبلغه عن خطاب الضمان غير المشروط ، ولئن أغفل القانون ذلك من منطلق أن التجريد يُسوّغ تسلم مبلغه فوراً فسوى بين صور شتى بجامع أنها مستحقة التسليم عند أول طلب ، فإن ذلك غير مستقيم في الشرع ، وقد تقدم الحديث عنه في مبحث خطاب الضمان المشروط عند مناقشة خاصية التجريد فيه .

الملاحق

طلب اصدار خطاب ضمان

اسم المتعامل

العنوان

رقم الحساب

CANCELLED

إلى بنك دبي الإسلامي

فرع : _____

تحية طيبة وبعد :

فنرجو أن تصدروا تحت مسئوليتنا خطاب ضمان ابتدائي _____ ينتهي في نهائي .

	فلس	درهم
مبلغ		

لصالح

١ ــ ليس لنا الدخول في المناقصة التي ستتم بين

بخصوص

(١) لا يترتب عن اصدار خطابات ضمان لصالحكم بصفة نهائية بمعرفة البنك أي التزام من قبله بإصدار خطابات الضمان النهائية .

(٢) انه لمن المتفق عليه بأننا نبقى دائماً ملزمين ومسئولين تجاهكم وتتعهد بتعويضكم عن جميع النتائج مهما كان نوعها مباشرة كانت أو غير مباشرة والناشئة عن تقديمكم هذه الكفالة وإننا نوكلكم أن تتوبوا عنا في جميع ما يتعلق بهذه الكفالة تجاه المكفول له ونتعهد بأن ندفع لكم حالاً عند طلبكم منا جميع المبالغ والملحقات وفقاً للكفالة المقدمة التي تكونون قد دفعتم كما وإننا نتعهد بدفع جميع المصاريف التي يحتمل صرفها أو تحملها من قبلكم في أي وقت من الأوقات بخصوص الكفالة المذكورة كما وانه إذا اتفق عليه بيننا بأنكم غير ملزمين بأن تحصلوا على موافقتنا قبل دفعكم أي مبلغ من المبالغ أو مع روف من المصاريف المذكورة أعلاه كما وانه ليس لنا حق في منازعتكم أو اعتراضنا على دفع أي مبلغ أو مصروف ما قبل أو بعد دفعها .

كما وإننا نفوضكم بتمديد هذا الضمان عند أول طلب من الجهة المختصة دون الرجوع إلينا مع قيد عمولة التمديد والمصاريف وأية رسوم على حسابنا لديكم .

وإننا نرخص لكم بأن تخصموا حالاً مبلغاً من حسابنا يوازي المبلغ المبين في الكفالة التي أصدرتموها وفقاً لطلبنا وكذلك يحق لكم في أي وقت من الأوقات ومن دون سابق إنذار أن تخصموا من حسابنا جميع المبالغ التي دفعتموها من جراء الكفالة ويحق لكم لأي سبب من الأسباب إذا رأيتم ذلك مناسباً تعديل مبلغ الضمان في الكفالة من حسابنا أما الآن أو في أي وقت من الأوقات قبل ارجاع تلك الكفالة لكم أو الغائها وحفظ ذلك المبلغ بصفة تأمين لديكم على ذمة هذه الكفالة لحين انتهاء مسئوليتكم الحالية واللاحقة الناشئة عن الكفالة المذكورة .

وإننا نجيز لكم الخصم على حسابنا حالاً بمقدار العمولة البالغة ( ) على المبلغ جميعه مقابل الوكالة والمصروفات الفعلية على أن تغطي هذه العمولة المدة الواقعة بين

جميع الأموال المودعة لديكم أو لدى فروعكم من أوراق مالية أو مجوهرات أو بضائع أو كمبيالات أو خلافه لحسابنا لأي غرض كان تكون مخصصة ومرهونة لصالح بنك دبي الإسلامي ضماناً لجميع تعهداتكم وحقوق الناشئة من اصدار خطاب الضمان المطلوب ونفوضكم تفويضاً لا رجوع فيه بحجز هذه الأموال لديكم متى رأيتم ذلك .

كما ومن المتفق عليه بيننا أنه يجوز للبنك في أي وقت يشاء ولو في أثناء سريان مفعول الخطاب أن يطلب منا تغطية قيمته بالكامل بحيث يصبح الضامن المقدم منا للضمان لدى البنك ١٠٠ ٪ ولذلك فإننا نلتزم قبل البنك بأن ندفع إليه فور الطلب وبمجرد التنبيه علينا بكتاب موصى عليه قيمة ما يعادل خطاب الضمان بالكامل نقداً أو بالوسيلة التي يراها البنك دون أي اعتراض منا .

كما انه من المتفق عليه أيضاً أن تكون محاكم ( )أو أي محكمة يختارها البنك مختصة دون سواها بالفصل في جميع المنازعات التي قد تنشأ عن اصدار خطاب الضمان المطلوب .

وتقبلوا قبول فائق الإحترام ،،،

امضاء

استلمنا خطاب الضمان مع موافقتنا التامة على محتوياته . في سنة ١٩

امضاء

CANCELLED
CANCELLED
CANCELLED
CANCELLED

نموذج (١ أ)

الكـويت في : .....

بيت التمويـل الكـــويتي (ش.م.ك)

السـيد / مديـر ادارة الائتمـــان المحـــترم

السلام عليكم ورحمـة الله وبركـاته ،

تأميناً لاصداركم الكفالة المصرفية رقـم ..... بتاريخ .....

بمبلـغ ..... د.ك (فقط .....

الصادرة منكم لصالـح .....

بنـاء عـلى طـلبي / طـلب .....

وضماناً لسداد قيمـة ما يطـلب منكم دفعـه بموجب هذه الكفالة ، نرمـن ونحجـز لديكم الآتي :

☐- مبلـغ ..... د.ك (فقط .....

من الرصيـد المودع باسمنا في حسابنا الجاري / التوفير رقم .....

لـدى المـركز الرئيسي / فـرع .....

☐- الـوديعـة الاستثمـارية المقيـدة باسمي / باسمنـا برقـم ..... بحســـاب

رقـم ..... وبمبلغ ..... د.ك (فقط .....

.....) لـدى المركز الرئيسي / فـرع .....

ونـوافق مقـدماً عـلى ان تستوفوا مباشـرة ما تدفعـونه تنفيذاً لهـذه الكفـالة وذلك في اي وقت مـن حسابنا الجاري / التوفير / الوديعة الاستثمارية المذكور ، في حـدود المبلـغ المدفـوع منـكم وذلك دون الـرجـوع إلينـا ودون تنبيـه او إنـذار او اتخـاذ اي إجـراءات .

وجـزاكـم اللـه خـــيراً ،،،

الاســـم : .....

العنـوان : ت/ ..... عمل : .....

ت/ ..... منزل : .....

التوقيـــع :

K.F.H. (RISK) 564 (50 Dec. 84)

نموذج (١ ب)

السادة/ مصرف فيصل الاسلامي ـ البحرين
ص . ب ٢٠٤٩٢ ـ المنامة ـ البحرين
ص . ب ٩٧٠٧ جدة ٢١٤٢٣ ـ المملكة العربية السعودية

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ..

نحن

(ابتدائية / نهائية / سلفه) بالنيابة عنا لامر/

بمبلغ (المبلغ بالارقام)

لمدة من :

وذلك

واننا نتعهد لكم بتحمل اية مسؤولية قد تقع من جراء هذه الكفالة واننا نفوضكم بان تقيدوا علي حسابنا لديكم، دون الرجوع الينا قيمة التأمين واية مصاريف اخرى تضطرون لدفعها من جراء هذه الكفالة. كما نفوضكم ايضا بدفع قيمة الكفالة عند اول طلب من قبل المستفيد وقيدالقيمة على حسابنا لديكم. واننا نجيز لكم (بناء على طلب المستفيد) تمديد هذه الكفالة بنفس الشروط وللمدة التي ترونها مناسبة دون الرجوع الينا واخذ موافقتنا مجددا .

كما نوافق على ا ن تبقى مسؤوليتنا تجاهكم فيما يتعلق بهذه الكفالة قائمة وسارية الى ان تعاد اليكم وتوافق الجهة المقدمة لصالحها على الغائها وذلك بغض النظر عن انتهاء مدتها .

ان هذه الكفالة تخضع للشروط العامة للكفالات الموقعة من قبلنا والتي تثبت اتفاقنا معكم بخصوص جميع الكفالات التي تطلبونها وتوافقون على اصدارها .

وتفضلوا بقبول فائق التحية ودمتم ،

التوقيع :

النموذج (١ جـ)

طلب اصدار خطاب ضمان

حضرة مدير البنك العربي الوطني المحترم

فرع ..... في ..... ١٤ هـ

الموافق ..... ١٩ م

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

خطاب ضمان رقم [ ]

نحن .....

نرجوا أن تصدروا خطاب ضمان (ابتدائي/ نهائي/ دفعة مقدمة) بالنيابة عنا/عن .....

بمبلغ [ ] [ ] (المبلغ بالحروف) .....

.....

لمدة ..... من ..... ١٤ هـ الموافق ..... ١٩ م

إلى ..... ١٤ هـ الموافق ..... ١٩ م

لأمر .....

وذلك .....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

« حسب النص المعتمد من وزارة المالية والاقتصاد الوطني بالمملكة العربية السعودية بالتعميم رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢ هـ . »

وإننا نتعهد لكم (مجتمعين ومنفردين) بتحمل أية مسئولية قد تنتج من جراء هذا الضمان ، وإننا نفوضكم بأن تقيدوا على حسابنا لديكم ، دون الرجوع إلينا ، قيمة التأمين بمعدل ..... ٪ (..... بالمائة) والعمولة بمعدل ..... ٪ (..... بالمائة) وأية مصاريف أخرى تضطرون لدفعها من جراء هذا الضمان كما نفوضكم أيضاً بدفع قيمة هذا الضمان عند أول طلب وقيد القيمة على حسابنا لديكم . وإننا نجيز لكم (إذا رأيتم ذلك مناسباً ودون أن تكونوا ملزمين بذلك) تمديد هذا الضمان بنفس الشروط وللمدة التي ترونها مناسبة دون الرجوع إلينا وأخذ موافقتنا مجدداً

كما نوافق على أن تبقى مسؤوليتنا تجاهكم فيما يتعلق بهذا الضمان قائمة ومستمرة إلى أن يعاد إليكم ونوافق الجهة المقدم لصالحها على إلغائه وذلك بغض النظر عن انتهاء مدته .

إن هذا الضمان يخضع للشروط العامة للضمانات الموقعة من قبلنا والتي تثبت إتفاقنا معكم بخصوص جميع خطابات الضمان التي نطلبها وتوافقون على إصدارها .

توقيع الكفيل/الكفلاء بالتكافل والتضامن

توقيع طالب اصدار خطاب الضمان

ك ف ٨٨/٢

النموذج (١ د)

Application for a Letter of Guarantee

طلب اصدار خطاب ضمان

To: The Manager
United Saudi Commercial Bank
Branch:.....

الى :
البنك السعودى التجارى المتحد
فرع :

Date: _____

التاريخ :_____

Dear Sir,

بعد التحية ،

Please arrange to issue a letter of guarantee as follows:
Type:
Favouring:

نرجو ان تصدروا خطاب ضمان وفق التفصيل الاتي :ـ
نوع الضمان :
لصالح :

Amount (in words and figures) .....
.....
.....
.....
being .....% of the contract value.
Covering: .....
.....
.....
expiry date..... (corresponding to .....) You are hereby authorised to debit my account No.
with you in respect of the cash margin and your commission charges.

بمبلغ : _____(فقط _____
_____
وهو ما يمثل بالمائة من قيمة العقد وذلك :
_____
_____
_____
_____
_____
صالح لغاية : / / الموافق : / /
_____
واننا نفوضكم بموجب كتابنا هذا بان تقيدوا على حسابنا رقم :_____ التامين والعمولات.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

Yours faithfully

المخلص

Signature: .....

التوقيع : _____

Name: .....

الاسم : _____

النموذج (١ هـ)

SIG. VERIFIED	
INITIALS	

MASSRAF FAYSAL AL ISLAMI
OF BAHRAIN
(A JOINT STOCK COMPANY)

مصـــرف فيصـــل الإســـلامي
البحـــرين
(شركة مساهمة بحرينية محدودة)

- ٢١٩ -

١٤٠٥/٧/٠٧هـ
١٩٨٥/٣/٢٨م

السـادة/ برايـس ووتـر هاوس ـ البحريـن المحترمين

تحيـة طيبـة .. وبعـد :ـ

الموضـوع : خطـاب ضمـان رقم [redacted]

حيث ان السـادة/ [redacted] قد تقدموا بطلب اصدار ضمـان لتنفيـذ عقـد استشـارى بينهـم وبين شركتكم الموقـرة .

بهذا يضمـن مصرف فيصل الاسلامى ـ البحرين ضمانا غير مشروط بان يدفع لكم عنـد اول اشعـار خطـى منكم بالمطالبة بالدفع مبلغا لايتجـاوز ـ [redacted] ([redacted]) .

يسـرى مفعـول هـذا الضمـان ابتـداء من ١٩٨٥/٣/٢٧م حتى نهاية اليوم السادس والعشرون من الشهر الثامن عام ١٩٨٥م . ويجـب التقـدم باى مطالبـة بدفع قيمـة هـذا الضمـان خـلال مـدة سريـان هـذا الضمـان لمـدة خمـسة اشهـر .

وتقبلـوا فائـق تحياتنـا...

مصـرف فيصـل الاسلامى ـ البحريـن

النموذج (٢ أ)

بناية الغرفة التجارية ، صندوق بريد : ٢٠٤٩٢ ـ المنامة ، البحرين ، هاتف : ٢٧٥٠٤٠ ، تلكس : FAISBK BN٩٢٧٠ ، FAIFX BN٩٤١١ ، تلفكس : ٢٧٧٣٠٥ ـ برقيا مصلام
CHAMBER OF COMMERCE BLDG., P.O. BOX 20492, MANAMA, BAHRAIN. TEL: 275040, TLX: 9270 FAISBK BN 9411 FAIFX BN TELEFAX 277305 - CABLE MASFASLAM

بنك القاهرة السعودي
شركة مساهمة سعودية
فرع .....
ص. ث .....

ص. ب :
تليفون :

في ١٤٠هـ / ..... / .....
م ١٩ / ..... / .....

م/١ ٠٠١٣٣٣٦

خطاب ضمان (خاص بالتأمين المؤقت) رقم .....

سعادة .....

حيث ان السادة .....

قد تقدموا بعطائهم عن توريد (أو مقاولة) .....

يضمن بهذا بنك القاهرة السعودي ضمانا غير مشروط

بان يدفع لكم – عند اول اشعار خطي منكم بالمطالبة بالدفع – مبلغا لا يتجاوز .....

وذلك ما يعادل ١٪ من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم .....

من الشهر من عام هجرية ويجب التقدم بأي مطالبة لدفع

قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

عن بنك القاهرة السعودي
المفوضون بالتوقيع

النموذج (٢ ب)

البنك العربي الوطني

فرع .....

في : / / ١٤ ـــــ

الموافق : / / ١٩

خطاب ضمان ابتدائي

خطاب ضمان رقم : .....

القيمة : .....

سعادة / .....

.....

.....

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ،

حيث أن السادة / ..... قد تقدموا بعطائهم لتنفيذ أو (توريد) ..... نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني / فرع ..... ضماناً غير مشروط بأن ندفع لكم عند أول اشعار خطي بالمطالبة بالدفع ، مبلغاً لايتجاوز (.....) فقط ..... ريالا وذلك مايعادل (٪) ..... بالمائة من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم ..... من الشهر ..... من عام ١٤ هجرية الموافق / / ١٩ ميلادية .

ويجب التقدم بأي مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧ / ٦٧ وتاريخ ٢ / ٤ / ١٤٠٨ هـ .

المفوضون بالتوقيع

AL-BANK AL-SAUDI AL-TEJARI AL-MUTTAHED

Branch ..... : فرع

٥٥٥٢٥٤

Date: .....
Guarantee No.

To:

التاريخ : _____
رقم الضمان :

الى

LETTER OF GUARANTEE
FOR PRELIMINARY DEPOSIT

خطاب ضمان خاص بالتامين المؤقت

Dear Sirs,

بعد التحية ،

As: .....
.....
.....
have tendered for a contract covering: .....
.....
.....
.....

حيث ان السادة : _____

قد تقدموا بعطائهم عن توريد (او مقاولة)

We, Al-Bank Al-Saudi Al-Tejari Al-Muttahed ..... Branch hereby unconditionally guarantee to pay to you on your first written demand a sum not exceeding .....
.....
.....
being. . . . . .% of their offer in accordance with the terms and conditions of the tender.

نضمن بهذا عن البنك السعودى التجارى المتحد فرع : ضمانا غير مشروط بان ندفع لكم عند اول اشعار خطي منكم بالمطالبة بالدفع ـ مبلغا لا يتجاوز

.....

(.....

This guarantee is valid until ..... (corresponding to: .....) after which date no claims received by us will be entertained.

وذلك ما يعادل بالمائة من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .
يسرى مفعول هذا الضمان لغاية / / الموافق / /
ويجب التقدم باى مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان حتما خلال مدة سريانه فقط .

Any dispute arising due to the interpretation of the terms and conditions of this guarantee will be determined in accordance with the rules and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

يخضع اى نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لانظمة المملكة العربية السعودية .

Yours faithfully,

for Al-Bank Al-Saudi Al-Tejari Al-Muttahed

عن / البنك السعودى التجارى المتحد

Authorised Signatory

النموذج (٢ د)

The Saudi British Bank
Area Management Office

البنك السعودي البريطاني
منطقة إدارة الأعمال

001544

خطاب ضمان إبتدائي
LETTER OF PRELIMINARY GUARANTEE
(Tender Bond / Bid Bond)

To :

الى

Place :

المكان :

Number :

الرقم :

Date :

التاريخ :

Your Excellency,

سعادة ،

Peace be upon you:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

Since Messrs.

حيث أن السادة

have tendered for the execution (or supply)

قد تقدموا بعطائهم لتنفيذ/توريد

We, The Saudi British Bank hereby unconditionally guarantee to pay to you upon receiving your first written notice requesting payment, an amount not exceeding SAR

(Saudi Riyals)

being 1 or 2 % of the value of their submitted offer as in accordance with the conditions of the tender.

The Validity of this guarantee extends up to the end of the day of 14 H. You should submit your request for payment of the value of this guarantee within the period of its validity.

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the Regulations of the Kingdom of Saudi Arabia and in particular to the rules of letters of guarantee as published in his Excellency the Minister of Finance and National Economy's circular No. 17/67 dated 2/4/1408 H.

نحن البنك السعودي البريطاني ضمانا غير مشروط بأن ندفع لكم عند أول اشعار خطي بالمطالبة بالدفع مبلغا لا يتجاوز ر . س .

ريال سعودي

( )

وذلك ما يعادل ١ر٢٪ من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر

من عام هجرية. ويجب التقدم بأي مطالبة لدفع هذا الضمان خلال مدة سريانه .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢ هـ .

عن البنك السعودي البريطاني
For The Saudi British Bank

النموذج (٢ هـ)

المفوض بالتوقيع
Authorised Signature

المفوض بالتوقيع

البنك السعودي الامريكي
Saudi American Bank

Comm. Reg: 35319
Riyadh P.O. Box 833 Phone 477-4770.
Telex 200195 SAMBA SJ
Jeddah P.O. Box 490 Phone: 653 2256.
Telex: 401108 SAMBA FX SJ
Al Khobar P.O. Box 842. Phone 864-5630
Telex: 670411 SAMBA

سجل تجاري : ٢٠٥٢١٩
الرياض ص.ب : ٨٣٣ . ت : ٤٧٧٠-١٧٧٠
تلكس ٢٠٠١٩٥
جدة ص.ب : ٤٩٠ . ت : ٦٥٣٢٢٥٥
تلكس SAMBA FX SJ ٤٠١١٠٨
الخبر ص.ب : ٨٤٢ . ت : ٨٦٤-٥٦٣٠
تلكس ٦٧٠٤١١

الأصل
ORIGINAL

Letter of guarantee for preliminary deposit

خطاب ضمان للتأمين المؤقت

Branch: _____ فـرع : _____

Number: _____ رقـم : _____

Beneficiary: _____ المستفيد : _____

Since Messrs, _____ حيث أن السادة _____

_____

Have tendered for _____ تقدموا بعطاء لـ _____

_____

We, Saudi American Bank, hereby unconditionally guarantee to pay to you upon receiving your first written notice requesting payment of an amount not exceeding
(Say)

فاننا نحن البنك السعودي الأمريكي نضمن بموجب هذا ضمانا غير مشروط أن ندفع لكم بناء على استلامنا أول اخطار كتابي منكم مبلغا لا يتجاوز

Being 1 percent of the value of their offer as submitted in accordance with the conditions of the tender.

ويمثل هذا المبلغ ١٪ من قيمة العرض المقدم من عملائنا وفقا لشروط العطاء .

The validity of this guarantee extends up to

ويمتد مفعول هذا الضمان حتى

You should submit your request for payment of value of this guarantee within the period of the validity of this guarantee.

وعليكم أن تتقدموا بطلب دفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

ويخضع أي نزاع حول تفسير شروط خطاب الضمان هذا لأنظمة المملكة العربية السعودية .

This guarantee shall become null and void after expiry date whether it is returned to us or otherwise.

ويعتبر هذا الضمان لاغيا ولا قيمة له بعد التاريخ المحدد لانتهاء سريان مفعوله سواء أعيد إلينا أم لا .

Saudi American Bank

البنك السعودي الأمريكي

_____
(Authorized Signer) المفوض بالتوقيع

النموذج (٢ و)

000500

09/16108/5 80/1/4

٢٧

AUG 23 '98 10:38 F.I.B. OPS.DEPT. JED. 02/651779E

بسم الله الرحمن الرحيم

IN THE NAME OF ALLAH, THE BENEFICEN

MASSRAF FAYSAL AL ISLAMI
OF BAHRAIN

مصرف فيصل الإسلامي
البحرين

التاريخ: [redacted] ١٤٠٩ هـ
الموافق: [redacted] ١٩٨٩ م
الرقم : [redacted]

SUM OF SR 50[redacted]

السادة/شركة [redacted]
المحترمين

خطاب ضمان(نهائي)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ..وبعد:

نحن مصرف فيصل الاسلامي/البحرين ، بموجب هذا نكفل السادة/ [redacted] في دفع مبلغ لايتجاوز [redacted] ريال سعودي وذلك مقابل [redacted].

ونتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بان ندفع تحت تصرفكم مبلغا لايزيد عن المبلغ المذكور اعلاه وذلك([redacted]) عند استلام اول اشعار خطي منكم بالمطالبة خلال مدة صلاحية هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم [redacted] من الشهر [redacted] من عام [redacted].

وتفضلوا بقبول تحياتنا ،،

النموذج (٣ أ)

KUWAIT FINANCE HOUSE (K.S.C.)

بيت التمويل الكويتي (ش.م)

Kuwait on .....

الكويت في .....

Letter of Guarantee No. خطاب ضمان رقم

To الى

Dear Sir(s) تحية طيبة وبعد

At the request of : بناء على طلب :

.....

.....

We hereby guarantee to pay you نتعهد بموجب خطابنا هذا بأن ندفع لكم

Up to the sum of ..... مبلغاً في حدود .....

(.....) فقط .....

On your first demand notwithstanding عند أول مطالبة من قبلكم وذلك دون الالتفات

any contestation. إلى أي معارضة

In respect of ..... وذلك بخصوص .....

.....

.....

This Guarantee is valid upto the close of working day of .....

يسري مفعول هذا الضمان لغاية نهاية الدوام الرسمي ليوم .....

Commencing ..... اعتباراً من .....

Consequently any claim in this respect must reach us during the above - mentioned validity, otherwise you are no longer entitled to such claim as our liability will cease and the present Letter of Guarantee Will definitely be considered as null and viod without the need of any advice whatsoever.

وعليه فكل مطالبة تتعلق بهذا الضمان يجب أن تصلنا خلال مدة الصلاحية المذكورة اعلاه وإلا سقط الحق فيها ويصبح تعهدنا منتهياً ويعتبر خطاب الضمان لاغياً بصفة نهائية دون حاجة إلى أي اعلان كان.

Please return this guarantee to us on the expiry date.

يرجى إعادة أصل خطاب الضمان هذا الينا عند انتهاء صلاحيته.

Yours faithfully

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام ،،،

النموذج (٣ ب)

ص. ب :
تليفون :

بنك القاهرة السعودي
شركة مساهمة سعودية
فرع .....
ص. ت .....

في ...../...../..... ١٤٠هـ
...../...../..... ١٩م

١/ن ٠٠٠٥٨٨٤

خطاب ضمان (خاص بالتأمين النهائي) رقم .....

سعادة .....

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة .....

عقداً .....

.....

نضمن بهذا نحن بنك القاهرة السعودي عملاءنا المذكورين أعلاه بدفع مبلغ لا يتجاوز .....

وهو ما يمثل خمسة بالمائة من قيمة العقد .

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره .....

عند استلام أول اشعار خطي صادر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم ..... من الشهر .....
من عام ١٤٠ هجرية .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية .

عن بنك القاهرة السعودي
المفوضون بالتوقيع .

.....

النموذج (٣ جـ)

البنك العربي الوطني

فرع .....

في : / / ١٤ هـ

الموافق : / / ١٩ م

خطاب ضمان نهائي

خطاب ضمان رقم : .....

القيمة : .....

سعادة / .....

.....

.....

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ،،

حيث أنكم قد رسا عليكم مناقصة لأعمال ..... لصالح سعادتكم / .....

عقداً .....

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني / فرع ..... عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معارضة من العميل بدفع مبلغ لايتجاوز (.....) فقط ..... ريال لا وهو مايمثل (٥ ٪) خمسة بالمائة من قيمة العقد .

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره ..... عند استلام أول اشعار خطي منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجوم تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى : اليوم ..... من الشهر .....

سن عام ١٤ هجرية الموافق / / ١٠ ميلادية .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بقرار معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧ / ٦٧ وتاريخ ٢ / ٤ / ١٤٠٨ هـ .

المفوضون بالتوقيع

النموذج (٣ د)

The Saudi British Bank
..... Area Management Office

البنك السعودي البريطاني
مكتب الإدارة الإقليمية .....

000433

خطاب ضمان نهائي
LETTER OF FINAL GUARANTEE

To : .....

Place : .....

Number : .....

Date : .....

الى .....

المكان : .....

الرقم : .....

التاريخ : .....

Your Excellency,

سعادة ،

Peace be upon you:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

Since you have awarded our clients Messrs. .....

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة .....

a contract for .....

عقداً ل .....

We , The Saudi British Bank hereby guarantee our above mentioned clients and without any objection from the client to pay an amount not exceeding SAR .....

(Saudi Riyals .....

.....)

which represents 5% of the value of the contract.

We hereby unconditionally undertake to put under your disposal an amount not exceeding the above mentioned sum being ..... upon receiving your first written notice, during the validity of this guarantee, according to your absolute judgement, of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contract, thereby justifying such request as per this guarantee.

The validity of this guarantee extends up to the end of the ..... day of ....., 14..... H.

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the Regulations of the Kingdom of Saudi Arabia and in particular to the rules of letters of guarantee as published in his Excellency the Minister of Finance and National Economy's circular No. 17/67 dated 2/4/1408 H.

تضمن بهذا نحن البنك السعودي البريطاني عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معارضة من العميل بدفع مبلغ لا يتجاوز ر. س. .....

(ريال سعودي .....

(.....

وهو ما يمثل (٥٪) خمسة بالمائة من قيمة العقد .

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره .....

عند استلام أول إشعار خطي منكم خلال مدة ص. : هذا الضمان وفيد ولناً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلا ، نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان.

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم ..... من الشهر .....

..... من عام ..... هجرية .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢ هـ .

عن البنك السعودي البريطاني
For The Saudi British Bank

النموذج (٣ و)

البنك السعودي الأمريكي
Saudi American Bank

الأصل
ORIGINAL

Comm. Reg:35318
Riyadh P.O. Box 833. Phone 477-4770.
Telex: 200195 SAMBA SJ
Jeddah P.O. Box 490. Phone: 653 2256.
Telex: 401108 SAMBA FX SJ
Al Khobar P.O. Box 842. Phone 864-5630
Telex: 670411 SAMBA

سجل تجاري : ٣٥٣١٨
هاتف ص. ب : ٨٣٣ ـ ٤٧٧-٤٧٧٠
تلكس : ٢٠٠١٩٥
جدة ص. ب : ٤٩٠ ـ ٦٥٣ ٢٢٥٥
تلكس : SAMBA FX SJ ٤٠١١٠٨
الخبر ص. ب ٨٤٢ ـ ٨٦٤-٥٦٣٠
تلكس : ٦٧٠٤١١

Letter of guarantee for final deposit

خطاب ضمان للتأمين النهائي

Branch: _____ فرع :

Number: _____ رقم :

Beneficiary: _____ المستفيد :

Since you have awarded our clients Messrs. _____ حيث أنكم منحتم عملائنا السادة

_____

a contract for, _____ عقدا يتعلق بـ

_____

We, Saudi American Bank hereby unconditionally guarantee to pay an amount not exceeding (Say)

فإننا نحن البنك السعودي الأمريكي نضمن بموجب هذا ضمانا غير مشروط بأن ندفع مبلغ لا يتجاوز

Upon receiving your first written notice, according to your absolute judgement, of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contract, thereby justifying such request as per this guarantee. The amount of this guarantee represents 5% of the value of the contract.

بناء على تسليم أول اخطار كتابي منكم وفقا لتقديركم المطلق أن العميل قد أخفق في تنفيذ شروط العقد المشار إليه آنفا عما يبرر طلبكم قيمة هذا الضمان وتبلغ قيمة هذا الضمان ٥٪ من قيمة العقد .

The validity of this guarantee extends up to the end of

ويمتد مفعول هذا الضمان حتى

You should submit your request for payment of value of this guarantee within the period of the validity of this guarantee.

وعليكم أن تتقدموا بطلب دفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه .

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

ويخضع أي نزاع حول تفسير شروط خطاب الضمان هذا لأنظمة المملكة العربية السعودية .

This guarantee shall become null and void after expiry date whether it is returned to us or otherwise.

ويعتبر هذا الضمان لاغيا ولا قيمة له بعد التاريخ المحدد لانتهاء سريان مفعوله سواء أعيد إلينا أم لا .

Saudi American Bank

البنك السعودي الأمريكي

_____ (Authorized Signer) المفوض بالتوقيع

النموذج (٣ ز) 000518

09/18109/6.80/1/4

البنك العربي الوطني

فرع .....

في : ـ ٢٢٢ ـ / ٤

الموافق : / / ٩

خطاب ضمان الدفعة المقدمة

خطاب ضمان رقم : .....

القيمة : .....

سعادة / .....

.....

.....

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ،

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة / .....

عقداً .....

نضمن بهذا نحن البنك العربي الوطني / فرع ..... عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معار

من العميل بدفع مبلغ لايتجاوز ( ) فقط .....

لا وهو مايمثل (١٠ ٪) عشرة بالمائة من قيمة العقد .

ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لايزيد عن المبلغ المذكور أعـ

وقدره ..... عند استلام أول اث

خطي منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقاً لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نش

عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان .

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم ..... من الشهر .....

من عام ١٤ هجرية الموافق / / ١٩ ميلادية .

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصا

بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٧ / ٦٧ وتاريخ ٢ / ٤ / ١٤٠٨ هـ .

المفوضون بالتوقيع

البنك السعودي التجاري المتحد

000059

- ٢٣٣ - AL-BANK AL-SAUDI AL-TEJARI AL-MUTTAHED

Branch ..... : فرع

DATE
Guarantee No.

التاريخ
رقم الضمان

TO:

الى

LETTER OF GUARANTEE
FOR ADVANCE PAYMENT

خطاب ضمان (خاص بالدفع مقدما)

Dear Sirs,

In consideration of you awarding our client:
.....
.....
.....
a contract covering: .....
.....
We, Al-Bank Al-Saudi Al-Tejari Al-Muttahed ..... Branch guarantee our above mentioned clients for the payment of a sum not exceeding: .....
.....
.....
being .....% of the contract value.

We unconditionally undertake to put at your disposal a sum not exceeding the above mentioned amount, i.e. .....
.....
.....
upon receipt by us of your first written notice, within the validity of this Guarantee, stating, that at your own discretion our client has failed to perform in accordance with the terms and conditions of the said contract, from which your claim against this Guarantee arises.

This Guarantee is valid up to .....
.....
(corresponding to .....)
after which date no claims received by us will be entertained.

Any dispute arising due to the interpretation of the terms and conditions of this Guarantee will be determined in accordance with the rules and regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.

Yours faithfully,

for Al-Bank Al-Saudi Al-Tejari Al-Muttahed

بعد التحية،

حيث انكم منحتم عملاءنا السادة/ _____
_____
عقدا _____
_____
نضمن بهذا نحن البنك السعودى التجارى المتحد فرع: _____ عملائنا المذكورين دفع مبلغ لا يتجاوز: _____ (فقط _____)
_____
وهو ما يمثل بالمائة من قيمة العقد.

ونتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بان نضع تحت تصرفكم مبلغا لا يزيد عن المبلغ المذكور اعلاه وقدره: _____ (فقط _____)
_____
عند استلام اول اشعار خطي يصدر منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور اعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان.

يسرى مفعول هذا الضمان حتى نهاية الدوام الرسمي ليوم _____
الموافق: _____
ويجب التقدم باى مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان حتما خلال مدة سريانه فقط.
يخضع اى نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لانظمة المملكة العربية السعودية.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام...

عن / البنك السعودي التجاري المتحد

The Saudi British Bank
Area Management Office
.....
.....
.....
.....
.....

البنك السعودي البريطاني
مكتب الإدارة الإقليمية .....
.....
.....
.....
.....
.....

000137

خطاب ضمان الدفعة المقدمة
LETTER OF GUARANTEE FOR ADVANCE PAYMENT

To : .....
.....
.....

الى .....
.....
.....

Place : .....
Number : .....
Date : .....

المكان : .....
الرقم : .....
التاريخ : .....

Your Excellency,

سعادة ،

Peace be upon you:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

Since you have awarded our clients Messrs. .....
.....
.....

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة .....
.....
.....

a contract for .....
.....
.....

عقداً ل .....
.....
.....

We, The Saudi British Bank hereby guarantee our above mentioned clients and without any objection from the client to pay an amount not exceeding SAR .....
(Saudi Riyals .....
.....)
which represents 10% of the value of the contract.
We hereby unconditionally undertake to put under your disposal an amount not exceeding the above mentioned sum being ..... upon receiving your first written notice, during the validity of this guarantee, according to your absolute judgement, of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contract, thereby justifying such request as per this guarantee.
The validity of this guarantee extends up to the end of the ..... day of ....., 14..... H.
Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the Regulations of the Kingdom of Saudi Arabia and in particular to the rules of letters of guarantee as published in his Excellency the Minister of Finance and National Economy's circular No. 17/67 dated 2/4/1408 H.

نضمن بهذا نحن البنك السعودي البريطاني عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معارضة من العميل بدفع مبلغ لا يتجاوز ر. س. .....
(ريال سعودي .....
(.....
وهو ما يمثل عشرة بالمائة من قيمة العقد .
ونتعهد بهذا تعهداً غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغاً لا يزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره .....
عند استلام أول إشعار خطي منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان يفيد ولثقتنا لتقديركم المطلق بوجود تقصير لي تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان.
يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم ..... من الشهر .....
..... من عام ..... هجرية .
يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢ هـ .

عن البنك السعودي البريطاني
For The Saudi British Bank

النموذج (٤ جـ)

المفوض بالتوقيع

المفوض بالتوقيع

البنك السعودي الامريكي
Saudi American Bank

الأصل
ORIGINAL

Comm. Reg:3331
Riyadh P.O. Box 833. Phone 477-4700
Telex 200195 SAMBA SJ
Jeddah P.O. Box 490. Phone: 653-2255
Telex: 401108 SAMBA FX SJ
Al Khobar P.O. Box 842. Phone 864-3535
Telex: 67041 SAMBA

الضمان رقم

Letter of guarantee for advance payment
خطاب ضمان لدفعة مقدمة

Branch
الفرع

Number
رقم

Beneficiary
السادة

Since you have awarded our clients Messrs
حيث انكم منحتم عملاءنا السادة

a contract for
عقد لتنفيذ

We, Saudi American Bank, hereby unconditionally guarantee to pay an amount not exceeding
(Say)

نحن البنك السعودي الأمريكي نضمن بموجب هذا ضمانا غير مشروط بأن ندفع مبلغ لا يتجاوز

Upon receiving your first written notice, according to your absolute judgement of a failure in meeting the conditions of the above mentioned contract thereby justifying such request as per this guarantee. The amount of this guarantee represents 20% of the value of the contract.

وذلك بناء على تسليم أول اخطار كتابي منكم على أساس تقديركم المطلق ان المقاول قد اخفق في تنفيذ شروط العقد المشار اليه أنفا مما يبرر طلبكم قيمة هذا الضمان العقد

The validity of this guarantee extends up to the end of
وعليه معمول هذا الضمان حتى

You should submit your request for payment of value of this guarantee within the period of the validity of this guarantee.
وعليكم ان تقدموا طلبات دفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه

Any dispute over the interpretation of the conditions of this letter of guarantee shall be subject to the regulations of the Kingdom of Saudi Arabia.
وتخضع اي نزاع حول تفسير شروط خطاب الضمان هذا لانظمة المملكة العربية السعودية

This guarantee shall become null and void after expiry date whether it is returned to us or otherwise.
ويعتبر هذا الضمان لاغيا ولا قيمة له بعد التاريخ المحدد لانتهاء سريان مفعوله سواء اعيد إلينا أم لا .

Saudi American Bank
البنك السعودي الأمريكي

(Authorized Signer) المفوض بالتوقيع

00004

النموذج (٤ د)

09/16110/6.80/1/4

بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية
وزارة المالية والاقتصاد الوطني
الادارة القانونية

رقم ٦٧/١٧
تاريخ ١٤٠٨/٤/٢هـ مرفقات خمس نسخ

الموضوع: ابلاغ القواعد الخاصة بالضمانات البنكية

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته:

بناء على ماتلقته هذه الوزارة من استفسارات حول تطبيق القواعد الخاصة بالضمانات البنكية ومانشأ من اشكالات حول ذلك.

وحيث تبين أن هذه الاستفسارات محكومة بنصوص نظامية وردت في نظام تأمين المشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وفي تعاميم هذه الوزارة واستقر العمل بها.

ورغبة في الحفاظ على حقوق كل من الجهة الادارية والمتعاقد وأن يتم تطبيق القواعد الخاصة بالضمانات البنكية بشكل صحيح وواضح يضمن عدم ظهور مشاكل مع المتعاقدين والبنوك.

فقد رأت الوزارة جمع تلك القواعد في وثيقة واحدة بغرض ابرازها بشكل واضح يسهل معه على المختصين والمسؤولين عن مراقبة تلك الضمانات الرجوع اليها وتطبيق مافيها من قواعد على الحالات التي يرغبون في معالجتها أو اتخاذ قرار بشأنها.

كما تم مراجعة واقرار النماذج الخاصة بتلك الضمانات بحيث تخضع للقواعد المذكورة عند اصدارها من قبل البنوك.

واذ نبعث لكم بخمس نسخ من قواعد الضمانات البنكية ونماذجها نأمل ترتيب توزيعها على الجهات المختصة لديكم للرجوع اليها عند معالجة الضمانات البنكية ومراعاة ماورد بها من قواعد.

ولكم تحياتي،،،

وزير المالية والاقتصاد الوطني

محمد أبا الخيل

النموذج (٥ أ)

بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية
وزارة المالية والاقتصاد الوطني
الادارة القانونية

رقم .....
تاريخ ..... مرفقات .....

خطاب ضمان ابتدائي

سعادة /

المكان:
الرقم:
التاريخ:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته:

حيث أن السادة /
قد تقدموا بعطائهم لتنفيذ، (أو توريد).. (تحدد المعلومات الخاصة بالغرض من العملية) نضمن بهذا نحن بنك/ ضمانا غير مشروط بأن ندفع لكم عند أول اشعار خطي بالمطالبة بالدفع، مبلغا لايتجاوز (رقما) (كتابة) ريالا، وذلك مايعادل ١ر٢٪ من قيمة عطائهم المقدم بموجب شروط المناقصة.

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر من عام هجرية ويجب التقدم بأي مطالبة لدفع قيمة هذا الضمان خلال مدة سريانه.

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢هـ.

المفوضون بالتوقيع

النموذج (٥ ب)

بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية
وزارة المالية والاقتصاد الوطني
الادارة القانونية

رقم .....
تاريخ ..... مرفقات .....

خطاب ضمان نهائي

سعادة /

المكان:
الرقم:
التاريخ:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته:

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة /
عقدا لـ ..... (تحدد المعلومات الخاصة بالغرض من العقد)
نضمن بهذا نحن بنك/ عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معارضة من العميل بدفع مبلغ لايتجاوز (رقما) (كتابة) ريالا ( ) وهو مايمثل (٥٪) خمسة بالمائة من قيمة العقد.

ونتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغا لايزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره عند استلام أول اشعار خطي منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان ويفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان.

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر من عام هجرية.

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢هـ.

المفوضون بالتوقيع

النموذج (٥ جـ)

بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية
وزارة المالية والاقتصاد الوطني
الادارة القانونية

رقم .....
تاريخ ..... مرفقات .....

خطاب ضمان الدفعة المقدمة

سعادة /

المكان:
الرقم:
التاريخ:

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته:

حيث أنكم منحتم عملاءنا السادة /
عقدا لـ ..... (تحدد المعلومات الخاصة بالغرض من العقد)
نضمن بهذا نحن بنك/ عملاءنا المذكورين أعلاه وبدون أية معارضة من العميل بدفع مبلغ لايتجاوز (رقما) (كتابة) ريالا ( ) وهو مايمثل عشرة بالمائة من قيمة العقد.

ونتعهد بهذا تعهدا غير مشروط بأن نضع تحت تصرفكم مبلغا لايزيد عن المبلغ المذكور أعلاه وقدره عند استلام أول اشعار خطي منكم خلال مدة صلاحية هذا الضمان يفيد وفقا لتقديركم المطلق بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المذكور أعلاه نشأت عنه مطالبتكم بموجب هذا الضمان.

يسري مفعول هذا الضمان حتى نهاية اليوم من الشهر من عام هجرية.

يخضع أي نزاع ينشأ عن تفسير شروط هذا الضمان لأنظمة المملكة العربية السعودية وبخاصة لائحة الضمانات الصادرة بتعميم معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم ٦٧/١٧ وتاريخ ١٤٠٨/٤/٢هـ.

المفوضون بالتوقيع

النموذج (٥ د)

الفهـــارس

الآيـــات

الأحاديث

المصـادر

الدوريات

الموضوعات

فهرس الآيات مرتباً بحسب السور ومواقع الآيات منها

	السورة	الآية	الصفحة
« ياأيها الذين آمنوا كلوا من طيبات مارزقناكم ...»	البقرة	١٧٢	١
« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ...»	البقرة	١٨٨	٢
« ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا ...»	البقرة	٢٧٨	٢
« فرهان مقبوضة »	البقرة	٢٨٣	١٠١, ١٠٩, ١١١, ١١٣
« وكفلها زكريا ...»	آل عمران	٣٧	٣٢
« ياأيها الذين آمنوا إن تطيعوا الذين كفروا ...»	آل عمران	١٤٩	١٧٧
« حسبنا الله ونعم الوكيل »	آل عمران	١٧٣	٦٠
« ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ...»	النساء	٢٩	٢
« ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ...»	النساء	١١٥	١٧٦
« ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ...»	المائدة	١	١١١
« إني توكلت على الله ربي وربكم ...»	هود	٥٦	٦٠
« ياأيها الرسل كلوا من الطيبات ...»	المؤمنون	٥١	١

فهرس الأحاديث مرتباً ترتيباً أبجدياً بحسب أول الحديث

م	الحديـــث	الصفحه
٢	عن عائشة رضي الله عنها قالت :(إشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاماً ورهنه درعه)	
٣	عن إبن عباس رضي الله عنه : (أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير ...)	٥٠
٥	عن عقبة بن عامر رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه غنما يقسمها على صحابته ...)	٦٦
٦	عن قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه قال : (تحملت حمالة ...)	٣٨
٧	عن جابر رضي الله عنه قال : (توفى رجل فغسلناه وحنطناه ...)	٣٧
٨	(الخراج بالضمان)	١٨٦
٩	(العارية مردودة والدين مقضي والزعيم غارم)	٣٩
١٠	عن علي رضي الله عنه قال :(كان رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا أتي بالجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه ...)	٣٥
١١	(كل قرض جر منفعة فهو ربا)	١٨١
١٢	(ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط)	٢٠٢
١٣	(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)	١٣٢
١٤	(المسلمون على شروطهم ...)	١٣٢
١٦	(من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله)	١١٥

١٧	(نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)	٣٧
١٨	عن ابن عمر دضى الله عنه قال : (وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ...)	١١٥

أولا : المصادر

١ - الابهاج في شرح المنهاج . شيخ الاسلام علي بن عبد الكافي السبكي ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السسبكي . الطبعة الاولى . بيروت : دار الكتب العلمية . ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤م.

٢ - أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون . طلبه وهبه خطاب . الطبعة الاولى . دار الفكر العربي .

٣ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل . محمد ناصر الدين الالباني . الطبعة الثانية : بيروت : المكتب الاسلامي . ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥هـ .

٤ - الأسس القانونية لعمليات البنوك . سميحه القليوبي . مصر : مطبعة جامعة القاهرة ودار الكتاب الجامعي . ١٩٨٨م.

٥ - أسهل المدارك شرح ارشاد السالك . أبو بكر بن حسن الكشناوي . الطبعة الثانية . مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٦ - الاعمال المصرفية والاسلام . مصطفى عبد الله الهمشري . الطبعة الثانية . الرياض : مكتبة الحرمين . ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣.

٧ - الافصاح عن معاني الصحاح . أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة . الرياض : المؤسسة السعيديه .

٨ - الأم . محمد بن ادريس الشافعي . تصحيح محمد زهري النجار . الطبعة الثانية . بيروت : دار المعرفة . ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

٩ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد . علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي . تحقيق محمد حامد الفقي . الطبعة الاولى . مصر : مطبعة السنة المحمدية . ١٩٧٤هـ - ١٩٥٥.

١٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . الامام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي . الطبعة الثانية . بيروت : دار الكتاب العربي . ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م .

١١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . محمد بن رشد القرطبي . الطبعة السابعة . بيروت : دار المعرفة . ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٢- البرهان في اصول الفقه . امام الحرمين ابو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف . تحقيق عبد العظيم الذيب . الطبعة الاولى . قطر : مطابع الدوحة الحديثة . ١٣٩٩هـ .

١٣- بلغة السالك لاقرب المسالك الى مذهب الامام مالك . أحمد بن محمد الصاوي المالكي . الطبعة الاخيرة . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢.

١٤- البنك اللاربوي في الاسلام . محمد باقر الصدر . الطبعة الثانية . بيروت : دار التعارف للمطبوعات . ١٩٨٣م - ١٤٠٣هـ .

١٥- التاج والاكليل لمختصر خليل . أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق . ليبيا : مكتبة النجاح .

١٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق . فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي . الطبعة الثانية. بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

١٧- تحفة الفقهاء . علاء الدين السمرقندي . تحقيق محمد زكي عبد البر . الطبعة الثانية . قطر : مطابع الدوحة الحديثة .

١٨- تفسير القرآن العظيم . أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي . دار الفكر للطباعة والنشر .

١٩- الجامع لاحكام القرآن . أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي . الطبعة الثانية . القاهرة : مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٣٦م .

٢٠- حاشية ابي الضياء على نهاية المحتاج . أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري . الطبعة الاخيرة . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م

٢١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه الدسوقي . مصر : دار احياء الكتب العربية لاصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٢٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار . محمد أمين «الشهير بابن عابدين» . الطبعة الثانية . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦٠هـ - ١٩٦٦م .

٢٣- حاشية الشيخ علي العدوي على مختصر خليل . بيروت : دار صادر .

٢٤- حاشية قرة عيون الاخبار . محمد علاء الدين أفندي . الطبعة الثانية . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٠هـ - ١٩٦٦م .

٢٥- الخرشي علي مختصر خليل . محمد بن عبد الله بن علي الخرشي . بيروت : دار صادر .

٢٦- روضة الطالبين . ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي . المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

٢٧- زاد المحتاج بشرح المنهاج . عبد الله بن حسين الكوهجي . تحقيق عبد الله بن ابراهيم الأنصاري . الطبعة الثانية . قطر : ادارة احياء الثراث الاسلامي . ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢٨- سنن أبي داود . ابو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي . تحقيق عزت عبيد الدعاس ، عادل السيد . الطبعة الاولى . سوريا : دار الحديث . ١٣٩١هـ - ١٩٧١م .

٢٩- سنن ابن ماجه . أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . استانبول : المكتبة الاسلامية .

٣٠- سنن الترمذي . أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي . تحقيق أحمد شاكر . الطبعة الثانية . مصر : مطبعة مصطفي البابي الحلبي . ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٣١- سنن الدار قطني . علي بن عمر الدار قطني . الطبعة الرابعة . بيروت : عالم الكتب . ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

٣٢- السنن الكبري . أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي . بيروت . دار المعرفة .

٣٣- شرح فتح القدير . كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام . الطبعة الثانية . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م .

٣٤- شرح منتهى الارادات . منصور بن يونس بن ادريس البهوتي . بيروت . عالم الكتب .

٣٥- صحيح البخاري . أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري . استانبول . المكتبة الاسلامية.

٣٦- صحيح مسلم . أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . استانبول : المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر .

٣٧- عمليات البنوك من الوجهة القانونية . علي جمال الدين عوض . مصر : دار الاتحاد العربي للطباعة . ١٩٨١م .

٣٨- عمليات البنوك . محمد حسني عباس . مصر : مطبعة الاستقلال الكبرى . ١٩٦٨م.

٣٩- العناية على الهداية . اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي . الطبعة الاولى . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٨٩ - ١٩٧٠.

٤٠ - الفتاوى . أحمد بن عبد السلام بن تيميه . جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن

قاسم العاصمي . القاهرة : مطابع ادارة المساحة العسكرية ، ١٤٠٤هـ .

٤١- الفتاوى الخانية . قاضي خان محمود الأوزجندي . الطبعة الثانية . بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

٤٢- فتاوى شرعية في الأعمال المصرفية . دبي : مطبوعات بنك دبي الاسلامي .

٤٣- الفتاوى الهندية (العالمكيريه) . أبو المظفر محيي الدين محمد اورنك زيب بهادر عالمكير بادشاه غازي . الطبعة الثانية . بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر .

٤٤- فتح القدير . محمد بن علي الشوكاني . دار الفكر للطباعة والنشر .

٤٥- الفقه على المذاهب الاربعة . عبد الرحمن الجزيري . الطبعة السادسة . مصر : المطبعة التجارية الكبرى .

٤٦- القاموس المحيط . مجد الدين الفيروز ابادي . مصر : المكتبة التجارية الكبري .

٤٧- القانون المدني المصري . دار الفكر العربي .

٤٨- الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل . أبو محمد عبد الله بن قدامه المقدسي . الطبعة الخامسة . بيروت : المكتب الاسلامي . ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م .

٤٩- الكافي في فقه أهل المدينة . أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي . تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني . الطبعة الاولى . الرياض : مكتبة الرياض الحديثة .

٥٠- الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية " دراسة مقارنة" ، عبد المجيد محمد عبوده . الرياض : ادارة البحوث . معهد الادارة العامة . ١٤٠٨هـ .

٥١- لسان العرب.أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي. بيروت:دار صادر.

٥٢- مبادىء في العلوم المصرفية . أحمد نبيل النمري . الطبعة الاولى . عمان : البنك المركزي الاردني . معهد الدراسات المصرفية .

٥٣- المبدع في شرح المقنع . أبو اسحاق ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح . دمشق : المكتب الاسلامي . ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.

٥٤- المبسوط . شمس الدين السرخسي . الطبعة الثانية . بيروت : دار المعرفة .

٥٥- محاسبة البنوك . خيرت ضيف . القاهرة : دار القلم ، ١٩٦٥م .

٥٦- المحلى . أبو محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري . تحقيق أحمد محمد شاكر . القاهرة: دار التراث .

٥٧- المدونة الكبرى . الامام مالك بن أنس الاصبحي . مصر : مطبعة دار السعادة . ١٣٢٣هـ .

٥٨- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى . مصطفى السيوطي الرحيباني ، تجريد حسن الشطي ، الطبعه الأولى ، دمشق : منشورات المكتب الإسلامي ، ١٣٨٠هـ

٥٩ -معجم مقاييس اللغة . أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا . تحقيق عبد السلام هارون . الطبعة الاولى . القاهرة : دار احياء الكتب العربية لصاحبها عيسى البابي الحلبي وشركاه ١٣٦٨٠هـ .

٦٠- المعيار المعرب . أحمد بن يحيى الونشريسي . اشراف محمد حجي . دار الغرب الاسلامي . ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

٦١- المغني ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه . المملكة العربية السعودية : رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد .

٦٢- مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج . محمد الشربيني الخطيب . مصر : مطبعة

مصطفى البابي الحلبي . ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م.

٦٣- المقدمات الممهدات لما احتوته رسوم المدونه من الاحكام الشرعيات . أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي . تحقيق سعيد أحمد عزب . الطبعة الاولى . بيروت : دار الغرب الاسلامي . ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م.

٦٤- المناظرات الفقهية . عبد الرحمن الناصر السعدي . الطبعة الثانية . المملكة العربية السعودية : الرئاسة العامه لادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد . ١٤٠٥هـ .

٦٥- المهذب . أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي . مصر : مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٦٦- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل . أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب . ليبيا : مكتبة النجاح .

٦٧- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية . محيي الدين علم الدين ،، القاهرة : مطابع الطناطي ، ١٩٨٧م.

٦٨ - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية . الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية . الطبعة الأولى. ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م .

٦٩- النشاط المصرفي من الوجهة القانونية في تشريعات الدول العربية . سعيد أحمد بركات . اتحاد المصارف العربية .

٧٠-نهاية المحتاج الى شرح المنهاج . شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي . الطبعة الاخيرة . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي . ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.

٧١-الهداية . أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني . الطبعة الاخيرة . مصر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

٧٢- الوسيط في شرح القانون المدني . عبد الرزاق بن أحمد السنهوري . بيروت : دار احياء التراث العربي . ١٩٦٤م .

ثانيا : الدوريات

١- مجلة الاقتصاد الاسلامي . دبي : بنك دبي الاسلامي . ادارة البحوث والدراسات الاقتصادية . الاعداد : ٢ ، ٥ ، ١٢ ، ٣٠ .

٢ -مجلة البحوث الاسلامية . الرياض : الرئاسة العامة لادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد . العدد ٢٤ . ١٤٠٩هـ .

٣ - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة . الرياض . العدد الثاني . ١٤١٠هـ .

٤ -مجلة مجمع الفقه الاسلامي . العدد الثاني . الجزء الثاني . ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م .

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحه
مقدمة	١
تمهيد	١٠
الباب الأول : خطاب الضمان ومايمكن أن يلحق به من عقود	١٣
الفصل الأول : خطاب الضمان	١٤
تمهيد	١٤
المبحث الأول : تعريف خطاب الضمان	١٥
المبحث الثاني : حقيقة خطاب الضمان	١٧
المبحث الثالث : الغرض من خطاب الضمان	١٩
المبحث الرابع : شروط خطاب الضمان	٢٠
المبحث الخامس : انعقاد خطاب الضمان	٢٢
المبحث السادس : أنواعه من جهة تسليم مبلغه للمستفيد	٢٣
المبحث السابع : أنواعه من جهة موضوعه	٢٦
المبحث الثامن : آثار خطاب الضمان	٢٩
المبحث التاسع: انقضاء خطاب الضمان	٣٠
الفصل الثاني : الكفالة	
المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها	٣٢
المطلب الأول : تعريفها	٣٢

المبحث الثاني : انعقادها	٤١
المطلب الأول : رضا الكفيل	٤١
المطلب الثاني : رضا المكفول عنه	٤١
المطلب الثالث : رضا المكفول له	٤١
المبحث الثالث : أقسام الكفاله	٤٥
المبحث الرابع : آثار الكفاله	٤٧
المطلب الأول : المطالبه	٤٧
المقصد الأول : وقت المطالبه	٤٧
المسألة الأولى : الكفاله المطلقه	٤٧
المسألة الثانيه : الكفاله الحالّه	٤٩
المسأله الثالثه : الكفاله المؤجله	٥٠
المقصد الثاني : مطالبة الدائن الكفيل الأصيل	٥٢
المقصد الثالث : مطالبة الكفيل المكفول	٥٣
المطلب الثاني : رجوع الكفيل على الأصيل	٥٤
المبحث الخامس : انقضاء الكفاله	٥٧
المبحث السادس : الموافقات والفروق	٥٨
الفصل الثالث : الوكاله	٦٠
المبحث الأول : تعريفها وبيان حقيقتها	٦٠
المطلب الأول : تعريفها	٦٠

المطلب الثاني : حقيقتها	٦٢
المبحث الثاني : انعقادها	٦٣
المبحث الثالث : آثارها	٦٤
المبحث الرابع : انقضاؤها ٧١	٦٦
المبحث الخامس : الموافقات والفروق	٧١
الفصل الرابع : الحواله	٧٣
المبحث الأول تعريفها وبيان حقيقتها	٧٣
المطلب الأول : تعريفها	٧٣
المطلب الثاني : حقيقتها	٧٤
المبحث الثاني : انعقادها	٧٩
المطلب الأول : رضا المحيل	٧٩
المطلب الثاني : رضا المحال	٨٠
المطلب الثالث : رضا المحال عليه	٨١
المبحث الثالث : شروط الحوالة	٨٤
المبحث الرابع : الآثار المترتبه عليها	٨٧
المبحث الخامس : انقضاؤها	٨٩
المبحث السادس : الموافقات والفروق	٩١
الفصل الخامس : الرهن	٩٣
المبحث الأول : تعريفه وبيان حقيقته	٩٣

المطلب الأول : تعريفه	٩٣
المطلب الثاني : حقيقته	٩٥
المبحث الثاني : في انعقاده	٩٦
المطلب الأول : انعقاده	٩٦
المطلب الثاني : أحوال الرهن مع العقد سببه	٩٧
المبحث الثالث : المرهون	١٠٠
المبحث الرابع : المرهون به	١٠١
المطلب الأول : اذا كان المرهون به ديناً	١٠١
المقصد الأول : اذا كان المرهون به ديناً ثابتاً	١٠١
المقصد الثاني : اذا كان المرهون به ديناً غير لازم ولكن مآله اللزوم	١٠٢
المقصد الثالث : اذا كان المرهون به ديناً غير لازم ولا مآله اللزوم	١٠٣
المطلب الثاني : اذا كان المرهون به عيناً	١٠٥
المقصد الأول : اذا كان الحق عينا غير مضمونه	١٠٥
المقصد الثاني : اذا كان الحق عيناً مضمونه بنفسها	١٠٥
المقصد الثالث : اذا كان الحق عيناً مضمونه بغيرها	١٠٦
المطلب الثالث : اذا كان المرهون به منفعه	١٠٨
المبحث الخامس : القبض	١٠٩

المطلب الأول : حكم القبض	١٠٩
المطلب الثاني : كيفية القبض	١١٤
المبحث السادس : آثار الرهن	١١٨
المبحث السابع : انقضاؤه	١٢٠
المبحث الثامن : الموافقات والفروق	١٢١
الباب الثاني : تخريج (تكييف) خطاب الضمان وبيان أحكامه	١٢٣
الفصل الأول : تخريج (تكييف) خطاب الضمان	١٢٣
الفرع الأول : تخريجه (تكييفه) في الشرع	١٢٣
تمهيد	١٢٣
المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط	١٢٦
المطلب الأول : المقارنه بين صور خطاب الضمان	١٢٦
المطلب الثاني : تخريج خطاب الضمان المشروط	١٣٠
المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط (الأصل)	١٣٥
المطلب الأول : مناقشة تخريجه على أنه كفاله	١٣٥
المطلب الثاني : مناقشة تخريجه على أنه وكاله	١٤٤
المطلب الثالث : مناقشة تخريجه على أنه حواله	١٤٩
المطلب الرابع : رأيي في الموضوع	١٤٩
المقصد الأول : علاقة المصرف بالمستفيد	١٥٠
المقصد الثاني : علاقة المصرف بالعميل	١٦١

الفرع الثاني : تكييفه في القانون	١٦٥
المبحث الأول : خطاب الضمان المشروط	١٦٥
المبحث الثاني : خطاب الضمان غير المشروط	١٦٧
المطلب الأول : القول أنه كفالة	١٦٧
المطلب الثاني : القول أنه عقد بالاراده المنفرده	١٦٨
المطلب الثالث : القول أنه إنابه	١٧١
المطلب الرابع : القول أنه اشتراط لمصلحة الغير	١٧٢
الفصل الثاني : بعض الأحكام المتعلقه بخطاب الضمان	١٧٥
تمهيد :	١٧٥
المبحث الأول : حكم الأجر على خطاب الضمان	١٧٦
تمهيد	١٧٦
المطلب الأول : ماسبق أن قيل في الأجر على خطاب الضمان	١٧٨
المطلب الثاني : رأيي في الموضوع	١٩٢
المبحث الثاني : حكم انتفاع البنك بغطاء خطاب الضمان	٢٠١
المبحث الثالث : حكم خطاب الضمان الابتدائي	٢٠٤
البديل لخطاب الضمان	٢٠٧
الخاتمه	٢١١
الملاحق	٢٤١
الفهارس	٢٤٠

الآيات	٢٤٠
الأحاديث	٢٤١
المصادر	٢٤٣
الدوريات	٢٥٠
الموضوعات	٢٥١