|  |
| --- |
| الطبيعة الشرعية لخطاب الضمان في العقود التجارية  د. عمر فلاح العطين\*  **تاريخ وصول البحث: 29/11/2016م تاريخ قبول البحث: 21/3/2017م**  ملخص  إن البحث في طبيعة خطاب الضمان في مجال العقود التجارية من وجهة شرعية وذلك من خلال بيان ماهية خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي والوقوف على تعريف خطاب الضمان في اللغة وتعريف الضمان على ضوء الفقه الشرعي في المذاهب الأربعة، وتعريف خطاب الضمان للعقود التجارية في اصطلاح الفقه الإسلامي ومن ثم التكييف الشرعي لخطاب الضمان في العقود التجارية وعلى ماذا استقر الفقه الإسلامي في تكييفه لخطاب الضمان في العقود التجارية، لذلك يجب دعوة البنوك التي تقوم بإصدار خطاب الضمان في العقود التجارية عدم أخذ الأجرة من المستورد، إذا نشأت مداينة بينهما وتأخر المستورد في تسديد المورد حتى صار المبلغ كله أو جزء منه في ذمته، وعمد البنك إلى تسدد المورد.  **Abstract**  The search in the nature of the letter of guarantee in the field of commercial contracts from legitimacy attitude through introducing the nature of guarantee letter in commercial contracts in the light of Islamic jurisprudence and stands on the definition of of guarantee letter in the language and the definition of guarantee in the light of the legal jurisprudence in the four Mathahib, the definition guarantee letter in business contacts from Islamic point term how deals with guarantee in commercial contracts and what settled the Islamic jurisprudence in its adaptation to the letter of guarantee in commercial contracts, so you must invite the banks that produce the letter of guarantee in commercial contracts not to take payment from the importer, the import delays in importing to pay the supplier until he ows the whole amount or part of it owes, and mayors of the bank pay the supplier. |

المقدمة:

تحظى خطابات الضمان في العقود التجارية بأهمية كبيرة في الوقت الحاضر على الصعيدين القانوني والشرعي من خلال ما تؤديه من وظائف اقتصادية كونها أداة ائتمان ووفاء تقوم مقام النقود، حيث تكون عقود التجارة الخارجية وعلى رأسها العقود التجارية مؤجلة الدفع في الغالب لأن التجارة الدولية تعتمد في زيادة كمية الصفقات التجارية على خطابات الضمان بل هي لا تنشط إلا عن طريقها، الأمر الذي يضفي عليها دعماً وحيوية ويمدها بأسباب الإنتشار والديمومة فالتجارة كما هو معروف تقوم على الثقة والضمان بالدرجة الأولى، ولا يحقق هذه الثقة إلا البنوك من خلال ما تقدمه من خدمات مصرفية وذلك بإصدارها خطابات ضمان في هذا الشأن تضمن من خلالها حقوق كافة الأطراف التي يتم بينها المبادلات.

وقد بات معروفاً في العقود التجارية أن يقوم المورد بمنح المستورد أجلاً لدفع ثمن عناصر السلعه، كما أن الضمان كأسلوب مستخدم في أتمام الصفقات التجارية يمتد بجذوره عبر الماضي امتداد للعملية التجارية نفسها، واكبها وتزامن معها

\* أستاذ مشارك، كلية القانون، جامعة آل البيت.

نمواً وانتشاراً، حيث إن عملية إصدار خطابات الضمان جاءت في حقيقة الأمر لتستجيب بصفة خاصة لضرورات التجارة الدولية والعقود التجارية.

لذلك حرصت البنوك على مسايرة التحديات المالية والمصرفية وتطورات حجم النشاط التجاري الاقتصادي، حتى لا تتمشى مع متطلبات العصر الحالي، ومن أجل هذا أجتهدت البنوك إلى معالجة أية معوق لمعاملاتها، وفي الوقت نفسه سعت تحقق الأهداف الاقتصادية وذلك من خلال عقود التجارة الدوليه سواء للمودعين أو للشركات العاملة في مجال التجارة الخارجية، والتي تستثمر أموالها في بقية أوجه النشاط الاقتصادي، ورغم أهمية هذا الموضوع كأسلوب محفز للنهوض بمستوى النشاط التجاري من خلال العقود التجارية.

مشكلة الدراسة**:**

تتمثل مشكلة الدراسة في إصدار خطاب الضمان للعقود التجارية دون النظر إلى طبيعته، إضافة إلى طبيعة الضمانات القانونية لهذه العقود؟

أسئلة الدراسة**:**

تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة التالية وهي:

1. هل تعد خطابات الضمان في العقود التجارية مهمة؟
2. هل توجد علاقة بين خطاب الضمان وعقد التجارة الدولية؟
3. هل تعد شخصية المورد في خطابات الضمان للعقود التجارية محل اعتبار لدى البنك؟
4. هل يوجد اختلاف في النظريات حول تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية؟
5. هل هناك آثار قانونية لخطاب الضمان في العقود التجارية؟

أهداف الدراسة**:**

تهدف الدراسة إلى بيان طبيعة خطاب الضمان في العقود التجارية بين التشريعات الشرعية والقانونية.

أهمية الدراسة**:**

يعد خطاب الضمان من أهم الأدوات المستخدمة لتوفير الثقة بين أطراف العقود التجارية ويساهم في تحقيق قدر من الاطمئنان والأمان على تدفق المعاملات التجارية بالإضافة إلى تشجيع الاستثمار في المجتمع، ولاشك أن التجارة الدولية لا تستطيع تجاهل أداة هامة من أدوات الضمان في دفع وتنشيط حركة المعاملات التجارية من خلال العقود التجارية إذ يحل محل التأمين النقدي، الأمر الذي يدعونا إلى البحث عن صيغة شرعية مناسبة لهذه الخطابات لتحقيق تلك المزايا الهامة.

خطة البحث**:**

سوف يتم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين المطلب الأول يتناول ماهية خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي أما المطلب الثاني فيتناول تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي.

المطلب الأول**:** ماهية خطاب الضمان في العقود التجارية وتكييفه الشرعي:

لقد اهتم الفقه الإسلامي المعاصر بتنظيم المعاملات المالية لكي يضمن استقرارها وتحقيق العدالة والوفاء بالحقوق إلى أهلها، لذلك شرع الإسلام طرق عديدة للمحافظة على حقوق الناس كالكتابة والشهادة والرهن والكفالة والضمان، ووضع لها أحكاماً خاصة بذلك حرصاً على عدم الظلم ومنع الباطل.

فكان خطاب الضمان في العقود التجارية هو أحد هذه الوسائل التي تمثل أهمية بالغة في النشاط اقتصادية على مستوى الفرد والمجتمع لهذا تصدى الفقه الإسلامي لضبطه وبيان أحكامه من جانب.

إن التكييف القانوني لخطاب الضمان في العقود التجارية يرى أن خطاب الضمان في العقود التجارية هو عقد من نوع خاص لا يخضع إلى النظريات الأربعة التي سبق وإن تم عرضها بالتفصيل في الفصل الأول، وهذا يستدعي منا أن نبين التأصيل الشرعي لخطاب الضمان في العقود التجارية، إلا أن تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية مختلف فيه، حيث يكاد يجمع أكثر الفقهاء المعاصرين بأن الأمر يفتقر إلى العناية وقلة البحوث المتخصصة التي تكشف حقيقته، فما هو الرأي الراجح في التكييف الفقهي لخطاب الضمان في العقود التجارية؟ على هذا النحو سيتم تقسيم هذا المطلب الي فرعين على النحو التالي:

**الفرع الأول: ماهية خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي:**

لبيان ماهية خطاب الضمان في العقود التجارية ينبغي تعريف خطاب الضمان في العقود التجاريــة في اللغة والفقه الإسلامي في عدة فروع وعلى النحو التالي:

**أولاً: تعريف خطاب الضمان للعقود التجارية في اللغة:**

لمعرفة معنى خطاب الضمان في العقود التجارية في اللغة سوف يتم تحليل أجزائه وتعريفها لكي يسهل معرفة ماذا يعنيه هذا المصطلح المركب، للوصول إلى مفهوم إجمالي له في اللغة وعلى النحو التالي:

1. خطاب: خطب الخاطب على المنبر خطابة بالفتح والضم، وذلك الكلام خطبة([[1]](#endnote-2)), أو الكلام المنثور المسجع ونحوه([[2]](#endnote-3))، وفي التنزيل العزيز قال الله تعالى: **فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ**[ص: 23]، أو هو اسم لذلك الكلام الذي يتكلم به الخطيب، فلانا مخاطبة وخطاباً: كالمه وحادثه وجه إليه كلاماً، ويقال: خاطبه في الأمر: حدثه بشأنه والخطاب من خطب يخطب ومخاطبة، وهو الكلام بين المتكلم والسامع، كما ويطلق على الرسالة المكتوبة: خطاب، وفصل الخطاب ما ينفصل به الأمر من الخطاب وفي التنزيل العزيز قال الله تعالى: **وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ**[ص: 20]، وفصل الخطاب أيضا الحكم بالبينة أو اليمين أو الفقه في القضاء أو النطق بما بعد أو أن يفصل بين الحق والباطل أو هو خطاب لا يكون فيه اختصار مخل ولا إسهاب ممل وتاء الخطاب مثل التاء من أنت وكاف الخطاب مثل الكاف من لك والخطاب المفتوح خطاب يوجه إلى بعض أولي الأمر علانية (الخطابة)([[3]](#endnote-4))، وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن معنى الخطاب هو كلام طرف مفيد موجه إلى طرف آخر فالخطاب: هو الكلام الموجه المفيد أو الرسالة المكتوبة.
2. **الضمان**: له عدة معان: منها الكفالة، فنقول: ضمنت الشيء ضمانا إذا كفلته، ومنها الالتزام فتقول: ضمنت المال، إذا ألتزمته، ومنها التغريم، تقول ضمنته الشيء تضمينا إذا غرمته([[4]](#endnote-5))، والضمان مصدر ضمن الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين إذا كفل به ضمن الشيء ضمناً وضماناً وضمنه إياه كفله إياه وهو مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن والضمان مأخوذ من الضمن فتصير ذمة الضامن من ذمة المضمون ضمن فلان فلاناً أي كفله([[5]](#endnote-6)).

وضمن: تعني ضمن الشيءَ وضمن به، كعلم ضمانا وضمنا، فهو ضامن وضمين كفله، فلان ضامن وضمين كسامنٍ وسمينٍ، وناصرٍ ونصِيرٍ، وكافل وكفيل، ويقال ضمنت الشيءَ ضمانا فأنا ضامن ومضمون، وفي الحدِيث أن النبي قال: (مَن مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أَن يدخله الجنة)([[6]](#endnote-7)) أي ذو ضمانٍ([[7]](#endnote-8)).

كذلك فإن العرب تقول في ضمان الدين: هذا لك في عنقي ولازم برقبَتي، فقيل للدَّين: رداءً لأنه لزم عنق الذي هو عليه، كالرداء الذي يلزم المنكبين إذا تردى به ومنه قيل للسيف: رداء لأن متقلّده بحمائله مترد به([[8]](#endnote-9)).

يتضح أن الضمان في اللغة يعني الالتزام أو الكفالة أو الزعامة كل هذه المعاني تدل على التعهد الصادر من طرف إلى أخر فمن هنا نستطيع أن نجد لخطاب الضمان مكاناً له في إطار الفقه الإسلامي الخصيب، فخطاب الضمان يدخل ضمن نطاق الكفالة وسيأتي –إن شاء الله– بحثه في التكييف الشرعي لخطاب الضمان في المطلب الثاني.

1. **العقد:** عقد الشيء عقداً التوى كأن فيه عقدة، كطرفي الحبل جعل فيه عقدة وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما، ويقال عقد البيع وعقد اليمين وفي التنزيل العزيز **وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ**، وعقد عليه قلبه وضميره وضيعه وعقارا ومتاعا اقتناها([[9]](#endnote-10))، فالعقد عبارة عن اتفاق بين طرفين لإنتاج أثر قانوني معين أو تعديله.
2. **نقل:** نقل الشيء نقلا ً أي حوله من موضع إلى موضع آخر، والخبر أو الكلام بلغه عن صاحبه والكتاب نسخه إلى لغة كذا ترجمه بها([[10]](#endnote-11))**.**
3. **التكنولوجيا كإحدى عقود التجارة الدولية:** لقد أفتى مجمع اللغة العربية بأن معنى لفظ "تكنولوجيا" يقابله في اللغة العربية لفظ "تِقْنِية" بكسر التاء وسكون القاف وكسر النون، على أساس أن الكلمة العربية لها أغلب حروف الكلمة الأجنبية([[11]](#endnote-12))، فضلاً عن ذلك فان كلمة التقنية والإتقان مشتقة من الفعل تقن، وإتقان الأمر أحكامه([[12]](#endnote-13))، وأتقن الشيء أحكمه([[13]](#endnote-14))،قال تعالى: **صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ**[النمل: 88].

بمعنى أن كلمة "تكنولوجيا" ليست عربية وإنما هي كلمة مركبة ذات أصل يوناني تتكون من مقطعين هما "Techn" وتعبر عن الفن أو الإتقان و"Logos" وتعبر عن الدراسة العلمية للفنون الصناعية([[14]](#endnote-15)).

وبعد تحليل مفردات خطاب الضمان في العقود التجارية في اللغة يمكن تعريفه بأنه كلام (الرسالة) الموجه من طرف إلى طرف آخر لكفالة أو لالتزام (التعهد) أحد طرفي العقد يضمن من خلاله تحويل التقنية من مكان إلى مكان آخر.

**ثانياً**:

1. **تعريف الضمان في ضوء الفقه الشرعي والاصطلاح الفقهي:**

لقد استعمل كثير من الفقهاء لفظ الضمان بمعنى الكفالة، كلفظين مترادفين لمعنى واحد وهو الضمان([[15]](#endnote-16))،وفيما يلي تعريف الضمان في المذاهب الأربعة وابدأ بالمذاهب التي تستعمل لفظ الضمان وهي المذهب الشافعي والحنبلي والمالكي، ومن ثم المذهب الحنفي الذي استعمل لفظ الكفالة، وقد بينا أن المعنيين مرادهما واحد([[16]](#endnote-17)).

1. **تعريف الضمان في المذهب الشافعي:** عرف الشافعية الضمان بتعريفات مختلفة منها:
2. الضمان: التزام ما في ذمة الغير من المال.
3. الضمان: التزام دين أو إحضار عين أو بدن([[17]](#endnote-18)).
4. الضمان شرعاً: بأن التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة. وبالمقارنة بين التعاريف الثلاث نجد أن التعريف الأول يقتصر على المال وأن التعريفين الأخيرين قد تضمنا أنواع الكفالة([[18]](#endnote-19))، وبشيء من التوضيح يمكن تعريف الضمان بأنه: عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو عين مضمونة أو إحضار بدن من يستحق حضوره([[19]](#endnote-20)).

هذا وقد عُرف الضمان بأنه: "إيجاب مال في الذمة بالعقد"([[20]](#endnote-21))، أو بأنه: "التزام الدين والبدن والعين"([[21]](#endnote-22)).

والتعريفان مرادهما معنى واحد بالنسبة لالتزام المال، فالتعريف الأول خصص ضمان المال، وخصص الكفالة بالبدن وتحدث عنها بعد حديثه عن الضمان، والثاني جعل الكفالة قسماً من الضمان، وعرفه بما يشمل ضمان المال والبدن والعين مخالفاً ما ذهبت إليه بعض الأقوال الفقهية في تخصيص الضمان بالمال والكفالة البدن، بقولها إن العرف خصص الضمان بالمال والكفالة بالبدن، وما يهمنا في هذا المقام هو ضمان المال([[22]](#endnote-23)).

1. **تعريف الضمان في المذهب المالكي:**

**الضمان يراد به:** الحميل والزعيم والكفيل([[23]](#endnote-24))، وهو: "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه من عليه لمن هو له، بما يدل عليه"ومن تحليل هذا التعريف نحد أن الضمان على ثلاثة أشكال عند المذهب المالكي([[24]](#endnote-25))، وهي:

1. ضمان المال: وهو أن يضمن شخص آخر في مال عليه فأنه بذلك يشغل ذمته بذلك المال كما شغلت به ذمة المدين الأصلي بدون أن يتوقف على أمر آخر.
2. ضمان الوجه: وهو ضمان الإتيان من عليه الدين عند الحاجة، وهذا الضمان لا يصلح في غير المال.
3. ضمان الطلب: وهو أن يلتزم الكفيل طلب الغرم والتفتيش عليه وهذا النوع يصح فيه ضمان غير المال([[25]](#endnote-26)).

وما يفيدنا هو ضمان المال والذي عُرف بأنه "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره وأركان الضمان عند المالكية هي خمسة أركان: ضامن ومضمون، ومضمون له ومضمون به وصيغة"([[26]](#endnote-27)).

والملاحظ إن تعريف المالكية أعلاه لا يهتم بالكفالة من حيث أهميتها وإنما يدل إلى أثرها.

1. **تعريف الضمان في المذهب الحنبلي:**

لقد عرف الحنابلة الضمان بعدة تعاريف متشابهة ومن هذه التعاريف ما يلي:

1. التعريف الأول: هو "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"([[27]](#endnote-28)).
2. التعريف الثاني: "التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون أو التزام إحضار من عليه حق مالي لصاحب الحق".
3. التعريف الثالث: "التزام من يصح تبرعه، أو التزام مفلس برضاهما -من يصح تبرعه والمفلس- دينا وجب أو يجب على غيره، مع بقاء واجب الغير"([[28]](#endnote-29)).

إذاً الكفالة هي أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم، وبهذا يُرى أن الفقه الحنبلي يفرق بين مفهوم الكفالة ومفهوم الضمان، فالكفالة للنفس والضمان للأموال فقط حيث يتبين أن الكفالة هي التزام رشيد بإحضار من عليه حق مالي، وبذلك فهي مختصة بالأبدان على عكس الضمان فالكفالة نوع من أنواع الضمان خاصة بالأبدان، وأما الضمان فهو التزام حق في ذمة شخص آخر والكفالة التزام بإحضار بدنه في مجلس الحكم.

والملاحظ إن عبارات فقهاء الحنابلة تعددت في تعريف الضمان فمنهما ما يبدأ بكلمة ضم ذمة ومنها التزام، والحقيقة أن مرادهما جميعاً واحد([[29]](#endnote-30)).

1. **تعريف الضمان في المذهب الحنفي:**

عرف فقهاء الحنفية الكفالة تحت عنوان (كتاب الكفالة) ومنهم من عرف الكفالة مع الحوالة تحت عنوان (كتاب الحوالة والكفالة) واستخدموا لفظ الكفالة، والكفالة والضمان بمعنى واحد عندهم، واختار الحنفية الكفالة في اللغة بمعنى "الضم"([[30]](#endnote-31)).

فالكفالة مشتقة من الكفل وهو الضم ومنه قوله تعالى: **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**[آل عمران: 37]،أي ضمها إلى نفسه، وقال : "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين"، أي ضام اليتيم إلى نفسه، ومنه سميت الخشبة التي تجعل دعامة الحائط كفيلا لضمها إليه فمعنى تسمية العقد بالكفالة أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق([[31]](#endnote-32)) ولقد أختلف المذهب الحنفي في تعريف الكفالة على قولين:

**القول الأول:** بأنها "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة".

والضم في المطالبة دون أصل الدين بل أصل الدين في ذمة الأصيل على حاله والكفيل يصير مطالبا كالأصيل، كما يجوز أن ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام أصل الدين([[32]](#endnote-33)).

**القول الثاني:** بأنها "ضم ذمة إلى ذمة في أصل الدين"([[33]](#endnote-34)).

ومعنى ذلكأن تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فيثبت في ذمته الدين ويكون ملزماً كالأصيل بالدين، وتبراً الذمة بالوفاء من أحدهما لأن الكفالة إقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين([[34]](#endnote-35)).

وخلاصة القول يمكن تعرف الضمان في ضوء ما تقدم بيانه من تعريف الضمان لدى المذاهب الأربعة على اختلافهم، بأنه: ضم أو نقل للحق من ذمة المستورد إلى ذمة البنك على سبيل الالتزام فهو عقد يقتضي التزام البنك بحق ثابت في المستورد يقرر المطالبة من قبل المورد عند عدم الأداء([[35]](#endnote-36)).

**ثالثاً: خطاب الضمان للعقود التجارية في اصطلاح الفقه الإسلامي:**

يعد خطاب الضمان في العقود التجارية من المصطلحات المستحدثة، الذي لم يتفق الفقهاء المعاصرين على تعريفه بل اختلفوا كما اختلاف فقهاء القانون ويعزى سبب اختلافهم في تعرف خطاب الضمان لاختلافهم في تأصيله الشرعي الذي يخضع له، وعلى هذا الأساس رأى قسم من الفقهاء أن خطاب الضمان قائم على الكفالة لذلك عرفه بأنه "عبارة عن تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (المستورد) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث (المورد) بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة"([[36]](#endnote-37)).

وعلى نفس هذا الرأي عرفوا خطاب الضمان بأنه "تعهد كتابي يتعهد البنك بكفالة أحد عملائه (المستورد) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث (المورد) بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت.. حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو إخلاله بشروط التعاقد معه"([[37]](#endnote-38)).

وما يؤخذ على هذا الرأي أنه جعل من تعهد البنك تجاه المورد كفالة، وهو رأي غير مسلم به على الإطلاق، فالغالب على خطابات الضمان أن تكون بغطاء جزئي وهذا لا يتناسب مع الكفالة حيث لا تخضع للتغطية لأنها تبرع.

ويرى قسم آخر أن تعريف خطاب الضمان قائم على أساس التعهــــد بالشرط حيث عُرف بأنه"تعهد قطعي مقيد بزمـــن

محدد قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر (المستورد) بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى (المورد) مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بتنفيذ مشروع (عقد نقل التكنولوجيا) بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب لضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في تنفيذ المشروع، ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد"([[38]](#endnote-39))**، أو** هو "تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد (المورد) من ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان (المستورد) عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة من قبل المستفيد"([[39]](#endnote-40)).

وما يؤخذ على هذا الرأي أنه قد ربط بين التزام البنك وعدم التزام المستورد في تنفيذ التزاماته في عقد نقل التكنولوجيا، وهو معلق على شرط بتنفيذ التزام المستورد تجاه المورد,بينما ذهب آخرون في تعريف خطاب الضمان قائم على أساس الحوالة حيث عرفوه بأنه"صك يتعهد بمقتضى البنك المصدر له (المستورد) بأن يدفع مبلغاً معيناً لحساب طرف ثالث لفرد معين (المورد)" ([[40]](#endnote-41))، أو هو عبارة عن "تعهد مكتوب، محله استحقاق مبلغ من النقود لحامله (المورد) عند تقديمه للمصرف للصرف دون توقف شرط آخر"([[41]](#endnote-42)).

وفي نفس الرأي عرف خطاب الضمان بأنه "تعهد نهائي يصدر من المصرف بناءً على طلب عميله (المستورد) بدفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد (المورد) ذلك من المصرف خلال مدة محددة، دون توقف على شرط آخر"([[42]](#endnote-43)).

يتضح من خلال التعاريف الثلاثة الأخيرة السابقة أنها تدل على عدم توقف التزام البنك على شرط التزام المستورد في تأدية التزاماته تجاه المورد في العقود التجارية وهو خطاب الضمان غير مشروط الذي يعد التزام البنك مستقلاً ومجرد تجاه المورد.

وفي ضوء التعاريف السابقة يمكننا تعريف خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي بأنه: تعهد كتابي صادر من أحد البنوك بناء على طلب المستورد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لصالح المورد بمجرد تسليم البنك المراسل الوثائق والمستندات الخاصة بمواصفات السلعة المصدرة والمحددة مسبقاً من قبل المستورد أو الدفع اجلاً لقاء مبلغ مالي (عمولة) للبنك فاتح الاعتماد، عند أول مطالبة خلال مدة محددة دون التفات إلى معارضة المستورد على أن يرجع البنك على المستورد بما دفعه للمورد.

وبعد استعراض تعريف خطاب الضمان في العقود التجارية من الوجهتين القانونية والشرعية يتبين أن خطاب الضمان في العقود التجارية نجد له أصلا في الفقه الإسلامي وذلك في نطاق عقد الكفالة حيت يقترب كل من خطاب الضمان والكفالة من ناحية وهي الغاية التي تقوم على الوظيفة التأمينية لتقوية مركز المستورد المالي تجاه المورد في العقود التجارية، إلا إنهما يبتعدان من ناحية أخرى وهي أن خطاب الضمان في العقود التجارية وحده يحكم العلاقة بين البنك والمورد، على اعتبار أن هذه العلاقة مستقلة تماماً عن العلاقة بين المستورد والمورد والتي لا تخضع لخطاب الضمان بل تخضع لعقد نقل التكنولوجيا، وهذا يختلف بالنسبة للكفالة، لأن التزام الكفيل غير مستقل.

ويرى الباحث في نهاية هذا المطلب بعدم وجود اختلاف كبير بين تعريف خطاب الضمان في العقود التجارية من الوجهة القانونية وتعريف خطاب الضمان في العقود التجارية من الوجهة الشرعية، ولكن الاختلاف قد يكمن بين التكييف القانوني لخطاب الضمان في العقود التجارية الذي تم عرضه فيما سبق، وتكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي والذي سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني**:** تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي**:**

لقد اختلف الفقهاء في تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية من الناحية الشرعية كما اختلف في ذلك فقهاء القانون، حيث ذهب الكثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أساس إلحاقه بعقد من العقود المسماة وقد حاولوا إيجاد المسوغات الشرعية والمنطقية حتى يثبتوا انطباق خطاب الضمان في العقود التجارية على أحد العقود المسماة، وهناك من عده أنه عقداً جديداً لا يمكن إلحاقه بأي من العقود المسماة التي تجعله يتشابه معها([[43]](#endnote-44))، وفي خضم الأقوال التي اختلفت في التكييف الشرعي لخطاب الضمان في العقود التجارية سيتم تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع وعلى النحو التالي:

**الفرع الأول: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه كفالة:**

لقد ذهب قسم من الفقهاء المعاصرين في الفقه الشرعي إلى أن خطاب الضمان في العقود التجارية هو عبارة عن عقد كفالة، حيث قالوا إن خطاب الضمان ليس عقدًا جديدًا وإنّما هو عقد الكفالة المعروف في الفقه الإسلامي اسمًا ومعنى، ويتّضح هذا من الموازنة بين تعريف خطاب الضمان المعمول به في البنوك، وتعريف عقد الكفالة في الفقه الإسلامي، وبعض خصائص خطابات الضمان التي قد يظن أنها لا تتفق مع أحكام عقد الكفالة في الفقه الإسلامي([[44]](#endnote-45)) كما أن الكفالة هي الأصل في خطاب الضمان، ويرجع ذلك إلى أن صفة الضمان، هي الغالبة على العلاقات المتبادلة بين الأطراف المتعاملة بخطاب الضمان([[45]](#endnote-46)).

واستدلوا بأن كلاً من خطاب الضمان في العقود التجارية والكفالة في الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى فالبنك كالكفيل من حيث الوفاء بالتزام المكفول، والمستورد كالمكفول عنه والمورد كالمكفول له، والحق الموثق بخطاب الضمان هو المكفول به([[46]](#endnote-47)).

وقد رتب أغلب العلماء القائلين بهذا القول بعدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة، وبالتالي حرمة أخذ الأجرة على الضمان عملاً بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة بقولهم: (ولو كفل شخصاً بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة)([[47]](#endnote-48)).

إلا أن تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية لا يستقيم على أساس عقد الكفالة فالبنك يلتزم بدفع المبلغ المعين بمجرد أول طلب من المورد، ولا يلتفت إلى اعتراض أو طعن المستورد كما أن البنك لا دخل له في العلاقة بين المورد والمستورد، وهذا يناقض حقيقة الكفالة، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، كما أن الغاية من الكفالة هي تحقيق قدر من الثقة للمكفول به من خلال ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، وهذا لا يكتفي به المورد في خطاب الضمان للعقود التجارية، فالخطاب ليس مجرد ضم ذمة إلى ذمة كما في الكفالة، وإنما هو التزام مستقل ومجرد عن أي شرط أو طعن من المستورد([[48]](#endnote-49)).

ومن خلال ما تقدم يمكن ملاحظة وجوه الاقتراب والابتعاد في ما بين الكفالة وخطاب الضمان في العقود التجارية في سياق النقاط التالية:

**أولاً: اقتراب الكفالة وخطاب الضمان في العقود التجارية فيما يلي:**

1. يقتربان من حيث المعنى([[49]](#endnote-50))، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام وخطاب الضمان في العقود التجارية يضم ذمة البنك إلى ذمة المستورد، ويرجع المورد إلى البنك في حال عدم التزام المستورد بشيء من التزاماته، كما يرجع المكفول له على الكفيل أذا لم يوف الأصيل ما التزم به.
2. يقتربان من حيث الأطراف فالكفالة ثلاثة أطراف هم: الكفيل والمكفول والمكفول له وفي خطاب الضمان ثلاثة أطراف البنك وهو الكفيل، والمستورد وهو المكفول والمورد وهو المكفول له.
3. يقتربان من حيث الغاية فالكفالة وخطاب الضمان في العقود التجارية تؤديان إلى تعزيز وتقوية المركز المالي للمستورد تجاه المستفيد بشكل يكون معه أكثر اطمئناناً من ضياع حقه([[50]](#endnote-51)).

**ثانياً: ابتعاد الكفالة وخطاب الضمان في العقود التجارية فيما يلي:**

1. تتبعد الكفالة عن خطاب الضمان في العقود التجارية من حيث إن البنك يقوم مقام المستورد في التزاماته، فالبنك يدفع قيمة الخطاب للمورد دون النظر إلى أية معارضة من المستورد، وهذا يناقض حقيقة الكفالة، لأن التزام الكفيل غير مستقل([[51]](#endnote-52)).
2. تبتعد الكفالة عن خطاب الضمان في العقود التجارية من حيث إن الكفالة عقد تبرع أما خطاب الضمان ليس فيه نية التبرع أصلا.
3. يبتعد خطاب الضمان في العقود التجارية عن الكفالة من حيث جهة الرجوع فالمكفول له مخير بالرجوع على المدين الأصيل أو الكفيل، أما في خطاب الضمان فلا يمكن للمورد الرجوع إلا على البنك لدفع المبلغ الذي تعهد به([[52]](#endnote-53)).
4. يبتعد خطاب الضمان في العقود التجارية عن الكفالة من حيث الإخطار، فلا يلتزم البنك في خطاب الضمان بأخطار المستورد بعزمه على الوفاء بقيمة خطاب الضمان في حين أن الكفيل يُخطر المكفول بأنه سيدفع قيمة الكفالة([[53]](#endnote-54)).

وخلاصة القول نرى أن الكفالة تصلح أساسا شرعياً كإحدى الضمانات التي تقدمها المصارف في بعض الحالات إلا أنها لا تصلح أساساً في تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على ضوء الفقه الإسلامي، لأنها لا تفسر جميع الآثار التي تنتج عن خطاب الضمان في العقود التجارية من الوجهة الشرعية.

**الفرع الثاني: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه وكالة أو كفالة:**

**أولاَ:** تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه وكالة حسب هذا التكييف فإن المستورد يوكل البنك بدفع التأمين النقدي للمورد من مال المستورد إذا كان الخطاب مغطى، ومن مال البنك إذا كان الخطاب غير مغطى ثم يرجع البنك على المستورد لاحقاً، والبنك ملزم بتقديم خطاب الضمان في العقود التجارية كحق وواجب للمستورد على البنك لأن الوكالة هنا بأجر، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن خطاب الضمان في العقود التجارية ظاهره كفالة بالأمر والكفالة بالأمر في حقيقتها وكالة، وإن تكييف خطاب الضمان على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء([[54]](#endnote-55))، وبناء على هذا القول يجوز للبنك أخذ عمولة عن عملية إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية لأن الوكالة تجوز بأجر وبغير أجر كما هو معروف فتخرج العمولة على أنها أجرة على الوكالة([[55]](#endnote-56)).

وهذا القول ذهب إليه أهل الفقه بأن الوكالة([[56]](#endnote-57)) هي: "استنابه جائز التصرف مثله، فيما تدخله النيابة"([[57]](#endnote-58))، فالوكيل هو نائب عن موكله فقط، فالوكالة إن كانت تصلح لتفسير العلاقة بين المستورد والبنك لكنها لا تصلح لتفسير علاقة البنك بالمورد، لأنه لا يعد في علاقته مع المورد نائباً عن المستورد وإنما يلتزم بدفع الدين باعتباره أصيلاً لا نائباً عن المستورد، وهذا يخالف التزام الوكيل في عقد الوكالة لأن البنك يلتزم بتنفيذ ما تعلق بذمته لا ما بذمة المستورد، كما أن الآثار المترتبة على خطاب الضمان من وجوب دفع البنك قيمة الضمان رغم اعتراض المستورد فهو عقد ملزم، لا يتفق مع عقد الوكالة حيث يملك كل طرف فسخه لأنه غير ملزم، وهنا لا يملك المستورد عزل البنك بعد إصداره خطاب الضمان في العقود التجارية([[58]](#endnote-59))، كل ذلك يدل على أن الوكالة لا تصلح أساساً لتكييف خطاب الضمان في العقود التجارية.

**ثانياً:** تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه وكالة.

ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان في العقود التجارية هو من قبيل الكفالة والوكالة، حيث فرقوا بين حالات خطاب الضمان في العقود التجارية إلى ثلاث حالات الأولى: إنه وكالة إذا كان الخطاب مغطى كلياً، وأما الثانيه: كفالة إذا كان خطاب الضمان غير مغطى، والحالة الأخيرة يكون كفالة في الجزء غير المغطى ووكالة في الجزء المغطى، فيكون كفالة ووكالة في المغطى جزئياً([[59]](#endnote-60)).

وكذلك ذهب إلى هذا القول جمع من العلماء، وهو الرأي الذي رجحه وتبناه المجمع الفقهي الإسلامي حيث جاء بقراره في مؤتمره الثاني المنعقد في جدة سنة 1406هـ الموافق 1989م:

* 1. إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مالاً وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).
  2. إن الكفالة هي عقد تبرع تقصد للإرفاق والإحسان وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة لأنه في حال أداء الكفيل مبلغ الضمان فإنه يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً.

لذلك فإن المجمع يقرر ما يلي:

1. إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجرة عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها غالباً مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.
2. 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 يراعي في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء([[60]](#endnote-61)).

وبهذا الرأي أيضا أفتى أعضاء هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي السوداني وخلاصة الفتوى "إن خطاب الضمان المغطى هو من قبيل الوكالة، فيجوز أخذ الأجرة عليه بينما خطاب الضمان غير المغطى هو من قبيل الكفالة، والكفالة من باب التبرع ولا يجوز أخذ الأجرة عليها"([[61]](#endnote-62)).

ومع هذا فإن تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه وكالة وكفالة جاء على أساس علاقة البنك بالمستورد، بغض النظر عن علاقة البنك مع المورد، كما أنه جعل من البنك نائبا ًعن المستورد في دفع مبلغ خطاب الضمان من الغطاء المودع لديه علما ً بان الأمر ليس كذلك في واقع التطبيق المصرفي الذي يقوم المصرف فيه بالتزام دفع المبلغ من ماله الخاص لا من مال المستورد، ثم يرجع البنك على المستورد بما دفع للمورد، حيث إن الغطاء النقدي الذي قدمه المستورد للبنك ما هو إلا تأمين فقط يستوفي منه البنك عند دفعه مبلغ خطاب الضمان للمورد ولذلك يفتح له حساب خاص به، كما أنه يرد عليه ما سبق من الإشكالات الواردة على القول بأن خطاب الضمان وكالة أو كفالة([[62]](#endnote-63)).

**الفرع الثالث: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه "حوالة" أو"تعهد بالشرط":**

إن خطاب الضمان لا يخرج عن كونه حوالة وهي: أن يحيل بالدين على جهة ولا يقيدها بالدين الذي عليها، فالمستورد العراقي إذا أصبح مديناً بمئة ألف دينار لمورد أردني لقاء عناصر تكنولوجيا معينة، يمكنه أن يسددها عن طريق البنك، في صورة خطاب الضمان وذلك بأن يحيل المورد إلى البنك على شكل حوالة، وتعد الحوالة نافذة من حين الخطاب الابتدائي، حيث تمت برضا الأطراف الثلاثة المستورد والمورد والبنك، فإن دفع البنك للمورد فله الرجوع على المستورد بما دفع، فتبرأ ذمة المستورد من الدين والمطالبة من حين صدور خطاب الضمان لأن العلاقة مستقلة بين أطراف عقد نقل التكنولوجيا([[63]](#endnote-64)).

والقول بهذا يكون في حالة دفع المستورد مبلغ الضمان في عقد نقل التكنولوجيا للبنك، إما إذا كان إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية غير مغطى فهو عبارة عن عقد كفالة تجاه المورد عندها لا يصلح تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أساس الحوالة.

وأما ما ذهب إليه الفقهاء: "بأن خطاب الضمان في العقود التجارية هو من باب تعهد بالشرط، حيث يقول أحدهم: "لا يعني ضمان البنك فيما تقدم نقل الدين من ذمة إلى ذمة، ولا ضم ذمة إلى ذمة، بل يعني التعهد بأداء دين أو شرط للدائن أو المشترط، ويترتب على هذا التعهد أشغال الذمة بقيمة الأداء عند تلفه –أي بقيمة الدين أو الشرط– فالمشترط (المورد) وإن لم يملك قيمة الشرط في ذمة المشروط عليه (المستورد) حتى يمكن القول أنه يملكها بالتبعية في ذمة البنك المتعهد، غير أنه يملك على المشروط عليه (المستورد) فعلاً له قيمة مالية، والواقع إن البنك يتعهد بهذا الفعل للمورد، وعند التلف يملك المورد قيمة الفعل من ذمة البنك، بمقتضى ضمانة للفعل وتعهده به، وعلى هذا الأساس يعد خطاب الضمان في العقود التجارية من البنك تعهداً بوفاء المستورد بالشرط([[64]](#endnote-65)).

فإن الشرط فيه لنفسه حقاً، خرج من موضوعه فمنع صحته وشمل ذلك شرطاً ينفع المقرض والمقترض فبطل العقد فيما يظهر... ([[65]](#endnote-66)).

وهذا التكييف يتجاهل مبدأ خطاب الضمان القائم على دفع البنك لقيمة الضمان دون اعتراض من المستورد، ومبدأ الاستقلال الذي يؤكد بأن البنك مستقل عن العلاقة بين المورد والمستورد مما ينتج عنه عدم الاعتداد بهذا التكييف كأساس لخطاب الضمان في العقود التجارية.

**الفرع الخامس: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على "قاعدة الخراج بالضمان" أو"جعالة":**

لقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، إلى تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على قاعدة الخراج بالضمان([[66]](#endnote-67)) ومنهم من قال: "في هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث "الخراج بالضمان"([[67]](#endnote-68))، وهل في معناه متسع لمقابل ظاهر أو جزاء عادل؟ إذا قلنا أن الذي يتحمل تبعية ضمان الشيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة ظاهرة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو جزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة، ففي الحديث والقواعد الفقهية متسع للمسألة، ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف "من ضمن مالاً فله ربحه"([[68]](#endnote-69)).

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن البنك وقد ضمن المستورد في خطاب الضمان للعقود التجارية فيكون له نصيب من الربح العائد للمستورد من العملية المضمونة أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية " شراكة عقد" محله ضمان عمل المستورد، وضمان العمل نوع من العمل، وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل، يكون تارة بالضمان ويكون للبنك حظ من كسب المستورد وربحه المأخوذ من عمله أو العملية بالنسبة التي يتم الاتفاق عليها بين البنك والمستورد في عميلة إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية بحسب العرف المصرفي([[69]](#endnote-70)).

وما يؤخذ على تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على قاعدة الخراج بالضمان غير مستقيم، لأن معنى هذه القاعدة لا يفسر هذا التكييف خطاب الضمان، حيث تعني القاعدة أن خراج الشيء يكون بمقابلة دخول هذا الشيء في ضمان الشخص الضامن، وهذا المعنى على خلاف خطاب الضمان الذي يعني ضم ذمة إلى ذمة، فالبنك لا يأخذ الأجرة لأنه ضمن شيئاً ما، وإنما لأنه ضم ذمته إلى ذمة المستورد، فضمنه وقام بإصدار خطاب الضمان في العقود التجارية([[70]](#endnote-71)).

وأما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية بأنه جعالة([[71]](#endnote-72))، بقولهم: إن خطاب الضمان من البنك يعد تعهداً بوفاء المستورد بالشرط، وينتج عن هذا التعهد نفس ما ينتج عن تعهد طرف ثالث بوفاء المدين للدين فكما يرجع الدائن على هذا الثالث إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه، كذلك يرجع صاحب الحق (المورد) بموجب الشرط إلى البنك المتعهد إذا امتنع المشروط عليه (المستورد) من الوفاء بالشرط ولما كان تعهد البنك وضمانه للشرط يطلب من شخص المستورد، فيكون المستورد ضماناً لما كان تعهد يخسره البنك نتيجة لتعهده فيحق للبنك أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان هذا لأن التعهد الذي يشمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات المستورد، وبذلك يكون عملاً محترماً يمكن فرض جعالة أو عمولة([[72]](#endnote-73)).

وتعليقاً على القول الذي علل فيه بجواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه عملٌ محترمٌ ومن قبيل الجعالة، فهو يعزز قيمة التزامات المستورد، وأن هذا التعزيز يتوفر كذلك لو أن البنك أقرض المستورد، وفي حال إقراضه فأنه لا يستحق أن يأخذ جعالة على القرض، فكيف يجوز له بمجرد أن يعده بأن يلتزم عنه، يكون ذلك سبباً في فرض الجعالة على المستورد([[73]](#endnote-74))، ورداً على هذا التعليق يمكن القول بأن البنك لم يقم بإقراض المستورد بصورة حقيقية في عملية إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية دون تنفيذ التزامه تجاه المورد في حالة الدفع فعدم الإقراض يدل على جواز أخذ الجعالة من المستورد على خطاب الضمان في العقود التجارية.

ولكن هناك فرق بين خطاب ضمان العقود التجارية والجعالة فالجعل هو ما يجعله الشخص لقاء من يرد له أمواله الضالة أو عبده الآبق أو أي ملك آخر تم فقدانه، فيكون له جعلاً مقابل هذه الخدمة لمن يردها كما جاء في قوله تعالى: **قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ**[يوسف: 72].

فأين هذا المعنى من خطاب الضمان في العقود التجارية؟ بل على العكس فان البنك يدفع قيمة خطاب الضمان لصالح المورد كتعويض تعهد به البنك إذا لم يقم المستورد في تنفيذ التزاماته([[74]](#endnote-75))، من هنا لا يمكن تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أساس الجعالة لأنها لا تفسر معنى خطاب الضمان.

**الفرع السادس: تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أنه عقد مستحدث أو المختار:**

إن خطاب الضمان في العقود التجارية من العقود المستحدثة الذي يجمع بين أحكام عدد من العقود المسماة من الكفالة والوكالة وغيرها وله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود وإن اشترك معها في بعض الأحكام مما يجعله عقداً جديداً، والشريعة الإسلامية لا تمنع وجود صور جديدة لعقود المعاملات فالأصل في العقود والشروط الإباحة كما هو مقرر، هذا وقد فسر خطاب الضمان بأنه علاقة جديدة تنشأ بين البنك والمورد، يشغل البنك فيها ذمته بحق المورد بالتزامه وحده، ويصبح المورد مستحقاً عليه، فهذه العلاقة هي نوع جديد من الضمان ليس كالكفالة وإنما هو من ابتكار العرف المصرفي، نشأ نتيجة تطور الأعمال التجارية والحياة الاقتصادية بصفة عامة([[75]](#endnote-76)).

ومن خلال استعراض أقوال الفقهاء المعاصرين في التكييف الشرعي لخطاب الضمان في العقود التجارية نجد أن اختلاف الباحثين الشرعيين في التكييف الفقهي لخطاب الضمان في العقود التجارية نابع من اختلافهم في عملية إصدار خطاب الضمان وتدرج خطواتها ولا يتصور أن لأحد مما تقدم من آراء دليلاً من نص شرعي في هذه المسألة فيما ذهبوا إليه وإنما كان الأمر ترجيحاً لما يرى انه الصيغة الفقهية الأقرب لما عليه خطاب الضمان في العقود التجارية ولمعرفة التكييف الفقهي الصحيح لابد من مراجعة العملية التي يتم فيها إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية التي يقوم بها البنك للوصول إلى التكييف الأقرب لخطاب الضمان في العقود التجارية من خلال خطوات إصداره وهي:

1. **تقديم نموذج طلب للضمان:** يقوم المستورد بتقديم طلب للبنك لإصدار خطاب الضمان في العقود التجارية.
2. **دراسة مركز المستورد:** يقوم البنك التحقق من الطلب وبدارسة المركز المالي للمستورد من قبل لجنة خاصة يوكل إليها القيام بهذه الدارسة.
3. **إصدار قرار نهائي:** بعد دراسة حالة المستورد والتأكد من مركزه المالي يتم إصدار قرار نهائي من قبل اللجنة للموافقة على إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية ويحال هذا القرار إلى القسم المختص ليتم اتخاذ الإجراءات اللازمة بخصوص ذلك.
4. **طلب الغطاء التأمين:** في هذه المرحلة يطلب البنك غطاء قيمة الخطاب من المستورد والتي تتراوح 25% - 100% بحسب ثقة المستورد التي يتمتع بها لدى البنك.
5. **طلب العمولة:** يأخذ البنك الإسلامي عمولة (أجرة) من المستورد على شكل نسبة مئوية في حالتين: - الأولى: مبلغ العملية محل الضمان، والثانية: مدة تسديد المستورد للأقساط، وهذا العمولة تؤخذ من البداية في حالة موافقة البنك إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية، ولا علاقة لها لما تبقى على المستورد والذي يدفعه البنك([[76]](#endnote-77)).

وبعد تتبع خطوات إصدار خطاب الضمان في العقود التجارية يتضح أن خطاب الضمان يتضمن معنى الكفالة لأنه التزام من البنك للمورد، كما يتضمن معنى الوكالة حيث يقوم البنك نيابة عن المستورد بإجراءات إتمام ما يشمل عليه خطاب الضمان في العقود التجارية، ويستحق ما يدفعه البنك على المستورد في دفعه للمورد، وهذا الرأي بناء على الفتوى الصادرة عن الأزهر بتاريخ 27 ربيع الآخر عام 1397هـ([[77]](#endnote-78)).

من خلال ما تم عرضه من الأقوال الفقهية المختلفة يرى الباحث أن تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية على أساس وكالة وكفالة، من خلال النظر إلى التأمين النقدي لخطاب الضمان في العقود التجارية بحيث لو كان خطاب الضمان مغطى فهو وكالة، أما إذا كان غير مغطى فهو كفالة وإن كان مغطى بشكل جزئي فهو وكالة في الجزء المغطى وكفالة في الجزء غير المغطى، وهو التكييف الأقرب وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في الفتوى الصدارة عنه في تكييفه لخطاب الضمان.

وختاماً يرى الباحث أن تكييف خطاب الضمان بشكل عام وخطاب الضمان في العقود التجارية بشكل خاص بحاجة إلى دراسات فقهية معمقة وجادة تنظر إليه على أنه معاملة قائمة بذاتها في حين أن لها شبه بالكفالة والوكالة، وتستخرج لها الأحكام الفقهية التي تناسبها، فقد سبق ووضع الفقهاء أحكاما للخراج خاصة به، إن كان شبه بالإجارة أو البيع أو على الأقل أسوة به، وذلك لتطور الحياة الاقتصادية التي تتطلب رؤيا منفتحة في سبيل النهوض بالمستوى الاقتصادي والتنموي في مجال العقود التجارية التي تعلب دوراً هاماً في ذلك.

لذلك يرى بعض الباحثين أن تكييف عملية إصدار البنك لخطاب الضمان لا تزال من الوجهة الشرعية تحتــاج إلى

اجتهادات فقهية وذلك للاعتبارات الآتية:

1. إن البنك شخص اعتباري وليس شخص طبيعي.
2. إن خدمة خطابات الضمان لا تتطابق في بعض جوانبها مع خصائص العقود الشرعية كالكفالة مثلاً.
3. البنك يعمل في أموال الآخرين أساسا وليس بأموال أصحاب المال فقط.
4. إن المتعاملين في خطاب الضمان من رجال أعمال ومقاولين ومستوردين، لهم قدرة مالية، ولخطاب الضمان في العقود التجارية دور في نشاطهم التجاري([[78]](#endnote-79)).

إن الضمان كان معروفاً في العصور القديمة قبل الإسلام وجاء الإسلام ورسخه في الآيات القرآنية والأحاديث النبوية إلى أن تطور وأصبح من الأدوات الائتمانية المهمة لدى البنوك في العصر الحالي حيث يلعب الضمان دوراً مهماً في توفير عامل الثقة والسرعة في أنجاز العقود التجارية.

لذلك اهتم الفقهاء والباحثين في الشأن القانوني بمسألة خطاب الضمان من خلال أيجاد وتنظيم وتشريع القواعد القانونية التي تسهم في سبل إنجاح هذه الأداة، ولم يقف فقهاء الشريعة الإسلامية مكتوفي الأيدي بل عقدت العديد من الندوات والمؤتمرات وأجريت مجموعة من الدراسات بشأن خطاب الضمان نتج عنها إصدار عدد من الفتاوى والأبحاث التي تخص خطاب الضمان.

ومن خلال هذه الدارسة التي تناولناها تم الوصول إلى جملة من النتائج، وثمة توصيات يمكن تقديمها كالآتي:

أولاً: النتـائـج**:**

1. إن التشريع الإسلامي كان أسبق وأعمق من كل التشريعات الوضعية الحديثة في تنظيم التعامل بين الناس مما يؤكد تفوق أحكام الشريعة الإسلامية وكمالها على القوانين والأنظمة الوضعية في شأن خطاب الضمان. اهتمام الفقه الإسلامي المعاصر بتنظيم المعاملات المالية لكي يضمن استقرارها وتحقيق العدالة والوفاء بالحقوق إلى أهلها، لذلك شرع الإسلام طرق عديدة للمحافظة على حقوق الناس كالكتابة والشهادة والرهن والكفالة والضمان، ووضع لها أحكاماً خاصةً بذلك حرصاً على عدم الظلم ومنع الباطل.
2. أختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف خطاب الضمان في العقود التجارية إلا أن التكييف الأقرب له هو عقد وكالة وكفالة، من خلال النظر إلى التأمين النقدي لخطاب الضمان في العقود التجارية بحيث لو كان خطاب الضمان مغطى فهو وكالة، أما إذا كان غير مغطى فهو كفالة وان كان مغطى بشكل جزئي فهو وكالة في الجزء المغطى وكفالة في الجزء غير المغطى، وهو التكييف الأقرب وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في الفتوى الصادرة عنه في تكييفه لخطاب الضمان.
3. تباينت الأقوال واختلفت الآراء في حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان في العقود التجارية، فمهم من أجاز أخذ الأجرة على خطاب الضمان في العقود التجارية ومنهم من لم يجز أخذ منهم الأجرة على خطاب الضمان في العقود التجارية.

هناك العديد من أوجه الاقتراب والابتعاد في خطاب الضمان للعقود التجارية بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا**:** التوصيات**:**

1. دعوة المشرعين القانونين إلى دمج قرارات وفتاوى الشريعة الإسلامية مع التشريعات القانونية عند إصدار أنظمة ونصوص

تتعلق بخطاب الضمان في العقود التجارية لأن التشريع الإسلامي أسبق وأعمق من كل التشريعات الوضعية الحديثة في تنظيم التعامل بين الناس.

1. إقامة العديد من الدراسات الفقهية والبحوث المعمقة في شأن خطاب الضمان للعقود التجارية تنظـــــر إليه على أنه معاملة قائمة بذاتها في الوقت الذي تشبه فيه الكفالة والوكالة وتستخرج له أحكام فقهية تناسبه من حيث جواز أخذ الأجر عليه.
2. دعوة البنوك التي تقوم بإصدار خطاب الضمان في العقود التجارية إلى عدم أخذ الأجرة من المستورد، وذلك إذا نشأت مداينة بينهما بأن تأخر المستورد في تسديد المورد حتى صار المبلغ كله أو جزء منه في ذمته، وعمد البنك إلى تسديد المورد.
3. إنشاء صندوق تعاوني لتغطية قيمة خطابات الضمان في العقود التجارية بين عدد من المؤسسات والهيئات والشركات والبنوك ورجال الأعمال وذلك لدعم النشاط التجاري والاقتصادي والنهوض بالمستوى التنموي والتكنولوجي.
4. السعي لإيجاد بدائل حقيقية وعملية أخرى تقوم مقام نظام الفائدة المصرفية في تيسير أعمال المصارف الإسلامية.
5. وأخيرا السعي إلى تقريب أوجه الابتعاد في خطاب الضمان للعقود التجارية بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية.

الهوامش:

1. () الرازي، محمد بن أبي بكر (ت 600هـ/1200م)، **مختار الصحاح،** القاهرة: دار الحديث للنشر، 1995م، ص180. [↑](#endnote-ref-2)
2. () الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب (ت 817هـ/ 1414م)، **القاموس المحيط**، فصل الخاء، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1995, ص130. [↑](#endnote-ref-3)
3. () النجار، محمد وآخرون، **المعجم الوسيط**، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ط4، مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004م، ص243. [↑](#endnote-ref-4)
4. () الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، مصدر سابق، ص1564. [↑](#endnote-ref-5)
5. () البعلي، محمد بن أبي الفتح (ت 709 هـ/1349م)، **المطلع**، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، بيروت: المكتب الإسلامي للنشر، 1981م، ص248. [↑](#endnote-ref-6)
6. () أبو القاسم الطبراني، سليمان بن أحمد (ت 360هـ/918م)، **المعجم الكبير**، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد، ط2، ج8، الموصل: مكتبة العلوم والحكم للنشر، 1983م، ص127. [↑](#endnote-ref-7)
7. () الزبيدي، محمد مرتضى بن محمد (ت 1205هـ/ 1791م)، **تاج العروس من جواهر القاموس**, ط1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2007م، ج35، ص169. [↑](#endnote-ref-8)
8. () أبو منصور، محمد بن أحمد الأزهري (ت 370هـ/980م)، **تهذيب اللغة**، تحقيق: محمد عوض مرعب, بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2001م، ج14، ص120. [↑](#endnote-ref-9)
9. () النجار، **المعجم الوسيط**، مرجع سابق، ص613-614. [↑](#endnote-ref-10)
10. () **المرجع ذاته**، ص949. [↑](#endnote-ref-11)
11. () الكيلاني، محمود، **عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا**، بغداد، 1988م، ص 79. [↑](#endnote-ref-12)
12. () السبعـــاوي، ياسر باسم ذنون وصون كل عزيــــز عبد الكريم، الطبيعة القانونيـــة لعقد نقل التكنولوجيا، **مجلـة الرافدين للحقــوق،**

    المجلد 8، العدد 29، 2006م، ص53-96؛ العراق: جامعة الموصل، ص56. [↑](#endnote-ref-13)
13. () الرازي، **مختار الصحاح**، مصدر سابق، ص71. [↑](#endnote-ref-14)
14. () جمال الدين، صلاح الدين, **عقود الدولة لنقل التكنولوجيا**، القاهرة: دار النهضة العربية، 1996م، ص35. [↑](#endnote-ref-15)
15. () أبو زيد، محمد عبد المنعم، **الضمان في الفقه الإسلامي**، ط1، القاهرة: مكتبة المعهد العالي للفكر الإسلامي، 1996م، ص20. [↑](#endnote-ref-16)
16. () الزحيلي، وهبة، **نظرية الضمان**، دمشق: دار الفكر، 1998م، ص22. [↑](#endnote-ref-17)
17. () الحسني، أحمد حسن أحمد، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة للنشر، 1999م، ص5. [↑](#endnote-ref-18)
18. () عمر، سلمان رمضان محمد، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية،** الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2009م، ص20، 38. [↑](#endnote-ref-19)
19. () طلافحة، محمد عبد الله علي، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2000م، ص16. [↑](#endnote-ref-20)
20. () الشيرازي، أبى إسحاق (ت 476هـ/1083م)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق: محمد الزحيلي، بيروت: الدار الشامين للنشر, ط1، 1996م، ج3، ص 312. [↑](#endnote-ref-21)
21. () الرملي، شمس الدين محمد (ت 1004هـ/1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 2003، ج4، ص432. [↑](#endnote-ref-22)
22. *() الضرير، الصديق محمد الأمين، خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية، ط1، السعودية: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب،* 2011م، ص13. [↑](#endnote-ref-23)
23. () التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت 1258هـ /1842م)، **البهجة في شرح التحفة**، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1998، ج1، ص294. [↑](#endnote-ref-24)
24. () الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد (ت 1201هـ/1786م)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى المذهب الإمام مالك**، تحقيق: مصطفى كمال وصفي, القاهرة: دار المعارف، 1986، ج3، ص ص429–431. [↑](#endnote-ref-25)
25. () عمر، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية،** مرجع سابق، ص19. [↑](#endnote-ref-26)
26. () الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى المذهب الإمام مالك**، مصدر سابق، ص ص429–431. [↑](#endnote-ref-27)
27. () المقدسي، عبد الله موفق الدين (ت 620هـ/1223م)، **المغني،** تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفه، لبنان: بيت الأفكار الدولية، 2004م، ج1، ص1048. [↑](#endnote-ref-28)
28. () البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت 1051هـ/1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، الرياض: دار عالم الكتب، 2003م، ج5، ص ص1605، 1606. [↑](#endnote-ref-29)
29. () طلافحة، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني**، مرجع سابق، ص18. [↑](#endnote-ref-30)
30. () الكاساني، علاء الدين (ت 587ه/1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،** ج6، بيروت: دار الكتاب العربي, 1982م, ص2. [↑](#endnote-ref-31)
31. () السرخسي، أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهل (ت 483هـ/1090 م)، **كتاب المبسوط،** بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1993، ج19، ص ص160، 161. [↑](#endnote-ref-32)
32. () ابن عابدين، محمد أمين (ت 1152هـ/1798م)، **حاشية على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان،** ج5، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979م، ص414. [↑](#endnote-ref-33)
33. () السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت 681هـ /1282م)، **فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية في الفقه الحنفي للبرهان المرغيناني**، بولاق، مصر: طبعة المطبعة الكبرى الأميرية، 1898، ط1، ج5، ص389. [↑](#endnote-ref-34)
34. () العواودة، محمد حسين حمد, **الكفالة في الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، جامعة الخليل، الخليل، فلسطين، 2007م، ص64. [↑](#endnote-ref-35)
35. () برج، أحمد محمد إسماعيل، **الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004م، ص ص11، 12. [↑](#endnote-ref-36)
36. () السالوس، علي أحمد، خطاب الضمان، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي**، 2(2)، 1055- 1095، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، 1986م، ص 1073. [↑](#endnote-ref-37)
37. () الشبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط6، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2007م، ص ص291، 292. [↑](#endnote-ref-38)
38. () أبو زيد، بكر، خطاب الضمان، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي**، 2(2)، 1037-1045، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، 1986م، ص ص1037، 1038. [↑](#endnote-ref-39)
39. () الصدر، محمد باقر، **البنك اللاربوي في الإسلام**، بيروت: دار التعارف للمطبوعات، 1990م، ص128. [↑](#endnote-ref-40)
40. () أبو غدة، عبد الستار، خطاب الضمان، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، 2(2)، 1105-1109، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، 1986م، ص1105. [↑](#endnote-ref-41)
41. () الصوا، علي محمد، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية، **مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون**، 23(1)، 149–164، الأردن: الجامعة الأردنية، 1996م، ص150. [↑](#endnote-ref-42)
42. () الأمين، محمد صالح، خطابات الضمان في ضوء الفقه الإسلامي، **مجلة تفكر**، 2(8)، 101–123، الخرطوم: معهد سلام المعرفة، 2008م، ص101. [↑](#endnote-ref-43)
43. () الصوا، **خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية،** مرجع سابق, ص15، 154. [↑](#endnote-ref-44)
44. () الضرير، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية،** مرجع سابق، ص11. [↑](#endnote-ref-45)
45. () عبد العظيم، **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية**، مرجع سابق، ص35. [↑](#endnote-ref-46)
46. () العنزي، عياد بن عساف بن مقبل، زكاة خطاب الضمان والاعتماد المستندي، **مجلة العلوم الشرعية**، 5(1)، 291-289، السعودية: جامعة القصيم، 2011م، ص ص237، 238. [↑](#endnote-ref-47)
47. () الشبير، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص ص299، 300. [↑](#endnote-ref-48)
48. () الصوا، **خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية،** مرجع سابق، ص154. [↑](#endnote-ref-49)
49. () العجلوني، محمد محمود، **البنوك الإسلامية**، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2008م، ص298. [↑](#endnote-ref-50)
50. () القرم، سليمان أحمد محمد، **خطاب الضمان في المصارف الإسلامية**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابس، فلسطين، 2004م، ص49. [↑](#endnote-ref-51)
51. () أرشيد، محمود عبد الكريم، **الشامل في المعاملات وعمليات المصارف الإسلامية**، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2001م، ص175. [↑](#endnote-ref-52)
52. () عمر، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية،** مرجع سابق، ص358. [↑](#endnote-ref-53)
53. () عبد الله، خالد أمين وحسين سعيد سعيفان، **العمليات المصرفية الإسلامية**، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2008م، ص314. [↑](#endnote-ref-54)
54. () حمود، سامي حسن، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية،** ط2، رسالة دكتوراة منشور، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1976م؛ عمان: مطبعة الشروق, 1982م، سابق، ص300. [↑](#endnote-ref-55)
55. () الأمين، محمد الحسن صالح، **الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الإسلامية**، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، 1987م، ص451. [↑](#endnote-ref-56)
56. () الوكالة في الاصطلاح الشرعي: فهي تعني "إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، أو هي: نيابة ذي حق غير ذي أمرة ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته"; إلهيتي، عبد الرزاق رحيم جدي، **المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق**، ط1, الأردن: دار أسامة للنشر والتوزيع، 1998م، ص390. [↑](#endnote-ref-57)
57. () العاني، محمد رضا عبد الجبار، **الوكالة في الشريعة والقانون**، لبنان- بيروت: دار الكتب العلمية، 2007م، ص41. [↑](#endnote-ref-58)
58. () عبدالله، إيهاب محمد نور، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية**، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة جوبا، السودان، 2009م، ص ص15، 16. [↑](#endnote-ref-59)
59. () إسماعيل، عمر مصطفى جبر، **ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي المعاصر**، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2010م، ص209. [↑](#endnote-ref-60)
60. () قرار مجلة مجمع الفقه الإسلامي بشأن خطاب الضمان، 28 كانون الأول، 1985، رقم 5، العدد الثاني، الجزء الثاني، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، ص ص1209، 1210. [↑](#endnote-ref-61)
61. () الأمين، حسن عبد الله، دراسة حول خطاب الضمان، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي**، 2(2)، 1047-1054، جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، 1986م، ص1047. [↑](#endnote-ref-62)
62. () الصوا، **خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية،** مرجع سابق, ص156. [↑](#endnote-ref-63)
63. () الصدر، **البنك اللاربوي في الإسلام،** مرجع سابق، ص136. [↑](#endnote-ref-64)
64. () إلهيتي، **المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق**، مرجع سابق، ص ص393، 394 [↑](#endnote-ref-65)
65. () السيوطي, رمضان عبد الحافظ، **موقف الشريعة الإسلامية من البنوك وصندوق التوفير وشهادات الاستثمار والمعاملات المصرفية والتأمين**, ط1، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2005م، ص105. [↑](#endnote-ref-66)
66. () معنى القاعدة: أن "ما خرج من الشيء من عين أو منفعة أو غلة فهو للمشتري عوض ما عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابل الغرم، والباء هنا للمقابلة، إي مقابل المعاوضة العادلة، من العدل أن "من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة هذا الضمان"; رمضان، عطية عدلان عطية, **موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية**، الإسكندرية: دار الإيمان للنشر، 2007م، ص538. [↑](#endnote-ref-67)
67. () النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن (ت 303هـ/915م)، **سنن النسائي الكبرى**، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991م، ج4، ص11. [↑](#endnote-ref-68)
68. () البعلي، عبد الحميد محمود، **الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية**، القاهرة: مكتبة وهبة للنشر، ط1، 1991م، ص ص59، 60. [↑](#endnote-ref-69)
69. () أبو سعيد، بلال عماد، **المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية**، ط1، عمان – الأردن: دار أسامة للنشر والتوزيع، 2011م، ص150. [↑](#endnote-ref-70)
70. () إسماعيل، **ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي المعاصر،** مرجع سابق، ص213. [↑](#endnote-ref-71)
71. () الصدر، **البنك اللاربوي في الإسلام**، مرجع سابق، ص131. [↑](#endnote-ref-72)
72. () الموسى، محمد بن إبراهيم بن عبدا لله، **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) دراسة مقارنة،** الرياض: مكتبة العبيكان للنشر والتوزيع، 1999م، ص698. [↑](#endnote-ref-73)
73. () طلافحة، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني**، مرجع سابق، ص77. [↑](#endnote-ref-74)
74. () القرم، **خطاب الضمان في المصارف الإسلامية**، مرجع سابق، ص54. [↑](#endnote-ref-75)
75. () الصوا، **خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية،** مرجع سابق، ص159. [↑](#endnote-ref-76)
76. () إسماعيل، **ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي المعاصر،** مرجع سابق، ص ص211، 212. [↑](#endnote-ref-77)
77. () الكفراوي، عوف محمود، **النقود والمصارف في النظام الإسلامي**، الإسكندرية: دار الجامعات المصرية للنشر، 1987م، ص144-146. [↑](#endnote-ref-78)
78. () السيد، علي محمد عبد الحافظ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي**، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2008م، ص ص133، 134. [↑](#endnote-ref-79)