

## ثالثاً: الاعتمادات المستندية

### ١- حقيقة الاعتمادات المستندية:

#### ١- معنى الاعتمادات المستندية:

الاعتمادات جمع اعتماد وهو مأخوذ من اعتمد الشيء، بمعنى اتكأ، ويقال: اعتمد الرئيس الأمر وافق عليه وأمر بإنفاذه<sup>(١)</sup>، والاعتماد يستعمل بمعنى الائتمان أو التسهيل أو الضمان<sup>(٢)</sup>.

والمستند مأخوذ من السند، فيقال سند إليه سنوداً ركن إليه واعتمد عليه واتكأ<sup>(٣)</sup>.

والاعتماد المستندي في القانون التجاري: «التسهيل المالي الذي تمنحه المصارف لعملائها المستوردين، حيث يمكنهم من فتح اعتمادات لحساب المصدرين في الخارج، حيث بإمكان هؤلاء الحصول على ثقة المصارف»<sup>(٤)</sup> وأطلق عليه صاحب الموسوعة الاقتصادية: «خطاب اعتماد» وهو عبارة عن وثيقة يوجهها بنك إلى أحد مراسليه<sup>(٥)</sup> في الخارج يدعو فيها إلى أن يدفع مبلغاً معيناً من النقود أو يمنح قرضاً أو يفتح اعتماداً للمستفيد.

وتفسير خطاب الاعتماد التجاري أن شخصاً ما يرغب في شراء بضاعة من بلد أجنبي، ولكنه لا يرغب في أداء ثمنها فوراً للبائع قبل وصولها وتسليمها، والاستيثاق من كونها مطابقة للشروط والأوضاع والمواصفات المتفق عليها، وحتى

(١) المعجم الوسيط ٦٣٢/٢.

(٢) المصارف الإسلامية لنصر الدين فضل المولى ١٦٧.

(٣) المعجم الوسيط: ٤٥٦/١.

(٤) معجم المصطلحات التجارية لقسطو ٣١.

(٥) البنك المراسل: هو البنك الأجنبي الذي يعتمد البنك المحلي للتعامل معه في الاعتمادات المستندية والحوالات وغير ذلك.

يبحث الطمأنينة في نفس البائع من ناحية اقتضاء حقه، نجد المشتري يستصدر من أحد البنوك المعتمدة في بلده خطاب اعتماد بالمبلغ اللازم لدفع ثمن البضاعة وما يصاحبه من مصاريف وذلك لمصلحة البائع.

فإذا تسلم البائع خطاب الاعتماد هذا أمكنه أن يسحب على أحد البنوك المذكورة في الخطاب كمبيالة أو شيكاً بالمبلغ المستحق قبل المشتري، فيدفع إليه البنك بعد استلام الوثائق التي تثبت شحن البضاعة المعينة. بعد ذلك يبحث البنك بهذه المستندات ومعها الكمبيالة أو الشيك إلى البنك الذي سبق أن أصدر خطاب الاعتماد، كي يتولى تحصيل القيمة مع المصاريف المترتبة على العملية<sup>(١)</sup>.

ومنذ أن يدفع البنك الخارجي المبلغ المحدد للبائع يصبح ذلك البنك دائماً للبنك المحلي، ويبدأ منذ ذلك التاريخ حساب الدين والفوائد، ولا تتوقف إلا أن يسدد المبلغ بكامله إلى البنك الأجنبي<sup>(٢)</sup>. هذا ما تجرّيه البنوك التجارية.

والبنوك التجارية لا تفتح اعتمادات مستندية لكل من يتقدم إليها، وإنما تدرس حالة المتقدم وقدرته على الوفاء، وتأخذ منه ربع مبلغ خطاب الاعتماد. ولضمان حقها في المبلغ الباقي، ترسل مستندات شحن البضاعة باسم البنك المحلي، وبإمكان البنك أن يضع يده على البضاعة إذا ماطل المشتري في دفع باقي المبلغ<sup>(٣)</sup>.

## ٢- أنواع الاعتمادات المستندية:

الاعتمادات المستندية تنقسم إلى أقسام مختلفة باعتبارات مختلفة:

التقسيم الأول: تنقسم الاعتمادات المستندية باعتبار طبيعة الاعتماد إلى اعتماد تصدير واعتماد استيراد.

(١) الموسوعة الاقتصادية للبراي ٢٤١.

(٢) انظر: بحث المصارف: معاملاتها وودائعها وفوائدها للزرقا: ص ٤.

(٣) انظر: بحث التسهيلات المصرفية للأستاذ محمود حسين - البنك الأردني الكويتي ٢٥.

فاعتماد التصدير: هو الذي يفتحه المشتري الأجنبي لصالح المصدر بالداخل لشراء ما يبيعه من بضائع محلية.

واعتماد الاستيراد: هو الذي يفتحه المستورد لصالح المصدر بالخارج لشراء سلعة أجنبية<sup>(١)</sup>.

التقسيم الثاني: تنقسم الاعتمادات المستندية باعتبار طبيعة المستندات إلى اعتماد مستندي بالاطلاع، واعتماد مستندي بالقبول.

فالاعتماد المستندي بالاطلاع: هو الذي يقضي بدفع مبلغ الاعتماد عند تسلم مستندات البضاعة من المصدر ودفع قيمة البضاعة له بمجرد تسلم تلك المستندات. إذا كانت شروط الدفع التي سبق أن تم الاتفاق عليها بين المصدر والمستورد تقضي بالدفع.

وأما الاعتماد المستندي بالقبول: فهو الذي يقضي بعدم دفع القيمة إلا بعد أن تصل المستندات إلى المستورد وقبولها<sup>(٢)</sup>.

التقسيم الثالث: تنقسم الاعتمادات المستندية باعتبار الإلزام بها وعدم الإلزام بها إلى اعتماد قابل للإلغاء واعتماد قطعي أو نهائي.

فالاعتماد القابل للإلغاء: هو الذي يجوز للبنك أن يرجع عنه بدون مسؤولية عليه من قبل المستفيد.

وأما الاعتماد القطعي أو النهائي: فهو الذي لا يجوز للبنك أن يرجع عنه أو أن يلغيه، وذلك لأنه متى أخطر به المستفيد يترتب على ذمة البنك التزاماً شخصياً مباشراً أمام المستفيد بتنفيذ ما جاء في خطاب الإخطار<sup>(٣)</sup>.

(١) بنوك تجارية بدون ربا لمحمد عبد الله الشباني: ص ٩١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

والمرجع في اعتبار الاعتماد قابلاً للإلغاء أو غير قابل للإلغاء اشتراط المستفيد أو البائع، فإذا اشترط البائع عدم قابلية الاعتماد للإلغاء وقبله المشتري والبنك كان قطعياً أو غير قابل للإلغاء<sup>(١)</sup>.

#### ب - التكييف القانوني للاعتماد المستندي:

اختلف القانونيون في تكييف الاعتماد المستندي: فقليل بأنه وكالة، وقيل بأنه كفالة، وقيل اشتراط لمصلحة الغير وهو في الحقيقة يأخذ من كل نظرية بطرف. فهو يأخذ من الوكالة مبدأ التزام الموكل - طالب الاعتماد - بتسديد ما يدفعه الوكيل - البنك - بناء على طلبه مع العمولة المتفق عليها، ويأخذ من الاشتراط لمصلحة الغير نشوء الحق المباشر لصالح المستفيد من تاريخ الاتفاق الجاري بين طالب الاعتماد والبنك، ويأخذ من الإنابة عدم الاحتجاج بالدفع التي كان يتمتع المتأب لديه تجاه المتب<sup>(٢)</sup>.

وبدراسة هذه النظريات يتبين أن النظرة التي تصلح لتكييف علاقة فاتح الاعتماد مع بنكه هي نظرية الوكالة، إذ إن البنك بالنسبة لفاتح الاعتماد هو كالوكيل بالنسبة لموكله فيما يقوم به ويرجع به، وإن كانت هذه الوكالة نظراً لتعلقها بحق الغير وهو المستفيد تصبح غير قابلة للنقض إلا بموافقة المستفيد من الاعتماد<sup>(٣)</sup>.

هذا إذا كان التاجر المستورد مالكا لقيمة خطاب الاعتماد. أما إذا كان لا يملك ذلك أو عنده أقل من المبلغ المطلوب، فإن الباقي يكون قرضاً عليه بفائدة ربوية، والبنوك في حالة الإقراض تأخذ نوعين من الفائدة:

الأولى: نسبة مخفضة على المبلغ من تاريخ سداده في الخارج حتى وصول

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي: ص ٦٩.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ٣٠٥، البنوك الإسلامية لمصطفى طایل ١٥٩.

(٣) البنوك الإسلامية لطایل ١٥٩.

والثانية: نسبة أعلى إذا تأخر العميل في الدفع، حيث يقيد المبلغ عليه كدين بفائدة.

ومن المعلوم أن الفائدة المخفضة وغير المخفضة من الربا المحرم<sup>(١)</sup>.

### جـ- الاعتمادات المستندية في المصارف الإسلامية:

لم تغفل المصارف الإسلامية الاعتمادات المستندية التي تعتبر من أساسيات التجارة الخارجية، وإنما استعارت العمل بها من البنوك التجارية بعد أن خلصتها من الفوائد الربوية، وأبقتها على مجرد وكالة بأجرة إذا كان المستورد يملك مبلغ الاعتماد، أما إذا كان لا يملك المبلغ المحدد في الاعتماد، فيمكن أن تكون هذه العملية على أساس المرابحة للأمر بالشراء أو على أساس المشاركة. كما يقول عبد الحميد البعلي: «إن نظام الاعتمادات المستندية من معطيات العمل المصرفي في البنوك التجارية (الربوية) ثم استعير العمل بها في المصارف الإسلامية بعد تطويعها لمعطيات العمل المصرفي الإسلامي وصيغ تشغيل الأموال واستثمارها فيه، وبخاصة صيغتي المرابحة للأمر بالشراء والمشاركة»<sup>(٢)</sup>.

ولذلك قسم الدكتور مصطفى طایل الاعتمادات المستندية التي تجريها البنوك الإسلامية إلى قسمين:

القسم الأول: اعتمادات مستندية ممولة تمويلاً ذاتياً من قبل العميل طالب فتح الاعتماد، وفيه يكون دور البنك الإسلامي في هذه الحالة هو دور الوكيل بأجر.

ومثال ذلك:

١- عميل (أ) يفتح اعتماداً مستندياً لدى بنك إسلامي بمبلغ عشرين ألف جنيه

(١) معاملات البنوك الحديثة في ضوء الإسلام للسالوس: ص ٧٣.

(٢) الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي ٦٢، وأساسيات العمل المصرفي للبعلي ٤٣.

بتاريخ أول يناير، حيث يقوم البنك الذي فتح الاعتماد باستلام ٢٥٪ من القيمة بصفة تأمين.

٢- بتاريخ ١٥ مارس يتم تقديم المستندات بكامل قيمة الاعتماد، حيث يقدم البنك المراسل القيمة بالكامل على حساب البنك الإسلامي.

٣- العميل تأخر في تسديد قيمة بوالص الشحن الواردة على الاعتماد المفتوح لديه حتى منتصف شهر إبريل.

٤- البنك لا يتقاضى أية فوائد على تأخير سداد المبلغ.

القسم الثاني: الاعتمادات الممولة من البنك الإسلامي تمويلاً كاملاً أو جزئياً.

فإذا كان التمويل كلياً من البنك الإسلامي كانت تلك المعاملة مضاربة؛ يكون الربح بحسب الاتفاق والخسارة على البنك، ويمكن أن تكون على أساس المربحة، وأما إذا كان التمويل جزئياً فيكون على أساس المربحة في الغالب.

ويتم فتح الاعتماد المستندي على أساس المربحة على النحو التالي:

١- يأتي العميل طالب فتح الاعتماد وفق عقد المربحة ولديه عرض محدد بالبضاعة المعينة حسب مواصفات معينة.

٢- يطلب العميل من البنك الإسلامي أن يشتري له هذه البضاعة بحسب السعر المعروض وذلك على أساس تعهد الأمر بالشراء بأن يشتري هذه البضاعة بالدين غالباً بربح متفق عليه أيضاً مع واقع التكلفة.

٣- فإذا وافق البنك على الطلب فإنه يقوم بفتح الاعتماد، وشراء البضاعة، وتدخل البضاعة في ملكية البنك وضمانه إلى أن يسلمها إلى المستورد بعد بيعها له بسعر أعلى، ويكون البنك قد استفاد فرق السعرين<sup>(١)</sup>.

---

(١) البنوك الإسلامية لمصطفى طایل: ص ١٦٢-١٦٥.

هذا بالنسبة لعلاقة البنك الإسلامي مع المستورد، أما علاقة البنك الإسلامي مع البنك المراسل فينبغي أن تكون قائمة على أساس دائن بمدين مع اجتناب الربا. فيقيم البنك الإسلامي مع بعض البنوك الأجنبية تعاوناً حقيقياً على أساس التعامل الخالي من الربا مثل الودائع المتبادلة، بأن يودع البنك الإسلامي مبلغاً من المال لدى بعض البنوك الأجنبية بدون فائدة مع الإذن باستعمالها، فإذا احتاج البنك الإسلامي لعملية الاعتمادات المستندية جرت مقاصة. وإذا كان مبلغ الاعتماد أكثر من الوديعة دفعها البنك المراسل بدون فائدة ربوية، ويمكن عقد اتفاقات بين المصارف الإسلامية والبنوك الأجنبية لتسهيل عملية الاعتمادات المستندية.

وقد أجاز الدكتور عوف الكفراوي والدكتور محمد عبد الله العربي والدكتور أحمد النجار للبنك الإسلامي دفع فوائد ربوية على المبالغ التي يدفعها البنك المراسل كقرض للضرورة التجارية، فقد تكون البلاد في حاجة ماسة إلى البضائع المطلوب فتح الاعتمادات المستندية لها<sup>(١)</sup>.

وأرى عدم فتح باب الربا في هذا المجال لأنه لا ضرورة في ذلك، ويمكن البنك الإسلامي تجنب الربا في تعامله مع البنوك الأجنبية - كما بينا سابقاً -.

---

(١) النقود والمصارف في النظام الإسلامي لعوف الكفراوي: ص ١٤٣، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية للعبادي: ص ٣١٠.

## رابعاً: خطابات الضمان

تعتبر خطابات الضمان من أهم الخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف لعملائها لتسهيل أعمالهم مع الحكومات والشركات فما حقيقتها، وما أنواعها وما تكييفها القانوني والفقهية وما حكم التعامل بها لدى المصارف الإسلامية؟

### أ- حقيقة خطابات الضمان:

#### ١- تعريف خطاب الضمان:

الخطاب لغة: من خطب يخطب خطاباً ومخاطبة وهو الكلام بين متكلم وسامع، كما يطلق على الرسالة<sup>(١)</sup>.

والضمان لغة: من ضمن المال ضماناً التزمه، فالضامن يلتزم ما في ذمة الغير من مال<sup>(٢)</sup>.

وأما الضمان في اصطلاح الفقهاء «فهو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة بنفس أو دين أو حق»<sup>(٣)</sup>.

وخطاب الضمان في القانون ليس له شكل معين، وإنما هو محرر مكتوب يصدره البنك أو المؤسسة المالية أو شركة التأمين يوجه إلى شخص مقصود، وعرفه علماء القانون التجاري بأنه: «تعهد كتابي صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب»<sup>(٤)</sup> وبعبارة أخرى: «تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ

(١) المصباح المنير: ٢٣٦/١، المعجم الوسيط: ٢٤٢/١.

(٢) المصباح المنير: ٤٩٧/١.

(٣) معجم لغة الفقهاء ٢٨٥، معجم المصطلحات الاقتصادية لحمد ١٨٢.

(٤) عمليات البنوك لمحمود الكيلاني: ١٤٢/١.



معين تجاه طرف ثالث 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»<sup>(١)</sup>.

### عناصر خطاب الضمان:

من خلال التعريف السابق لخطاب الضمان يتبين أنه يشتمل على العناصر التالية<sup>(٢)</sup>:

- ١- الكفيل وهو البنك الذي أصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل إذا ما أخل العميل بشروط التعاقد خلال مدة معينة.
- ٢- المكفول: وهو العميل طالب خطاب الضمان الذي يقوم البنك بضمانه بموجب خطاب الضمان الصادر عنه في حدود المبلغ المعين خلال فترة محددة.
- ٣- المستفيد: وهو الجهة التي صدر الخطاب لصالحها مثل الحكومة أو شركة مقاولات أو غير ذلك.
- ٤- الضمان الذي يستفيدة العميل، فالخطاب يمنح العميل ميزة لدى الطرف الثالث وضماناً.
- ٥- العمولة التي يتقاضاها البنك وهي نوعان:  
أ - عمولة إصدار خطاب الضمان.

---

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية للبعلي: ص ٤٧ نقلاً عن الفتاوى لهيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السوداني: ص ٣٦.

(٢) انظر: المصارف الإسلامية لنصر الدين فضل المولى: ١٨٥، والبنوك الإسلامية لطايل: ١٤٨، وبنوك تجارية بدون ربا لمحمد عبد الله الشباني: ص ٨٨.

ب - عمولة تمديد أو تعديل .

٦- مبلغ الضمان، وهو المبلغ الذي صدر به الخطاب والذي يلتزم في حدوده بكفالة عميله .

٧- مدة الضمان: حيث يتضمن خطاب الضمان مدة يكون المصرف ملتزماً بتنفيذ ما جاء فيه .

٨- الشروط التي يتضمنها خطاب الضمان من رهن عيني أو تقديم تأمين نقدي .

## ٢- الفرق بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي :

الفرق بينه وبين الاعتماد المستندي أن الاعتماد يقوم على دفع المصرف للمبلغ المطلوب للتاجر المصدر، في حين أن خطاب الضمان يقوم على الكفالة، وليس الغرض منه دفع المبلغ المطلوب، وإنما الغرض منه الضمان لاثبات جدية العميل في التقدم للعطاء وتنفيذ الالتزام الذي أخذه على نفسه<sup>(١)</sup> .

## ٣- الفرق بين خطاب الضمان والكفالة :

يعرف القانون المدني المصري (م ٧٧٢) الكفالة بأنها: «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام: بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوف به المدين نفسه» وعرفها القانون المدني الأردني (م ٦٢٥) بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام».

بالمقارنة بين الكفالة في القانون المدني وخطاب الضمان يتبين أن كلا منهما يقصد تحقيق غاية تأمينية هدفها مساعدة العميل في تقوية مركزه الائتماني تجاه المكفول له أو المستفيد<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر: البنوك الإسلامية لعبد الله الطيار: ص ١٤٩.

(٢) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود: ص ٣٩٤.

وفتقران من عدة وجوه منها<sup>(١)</sup>:

أ - في خطاب الضمان يكون البنك مستقلاً في التزامه عن أية علاقة أخرى، فالبنك يدفع قيمة الالتزام للمستفيد مع صرف النظر عن أية معارضة يديها العميل، في حين أن التزام الكفيل في الكفالة غير مستقل.

ب - في خطاب الضمان يكون التزام البنك باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد، ولذلك ليس للبنك الرجوع عن هذا الالتزام، في حين أن الكفيل له حق الرجوع عن الكفالة.

ج - لا يلتزم البنك في خطاب الضمان بإخطار عميله بعزمه على الوفاء بقيمة خطاب الضمان، في حين أن الكفيل يخطر المكفول بأنه سيدفع قيمة الكفالة.

#### ٤- خصائص خطاب الضمان:

كما سبق يتبين لنا أن خطاب الضمان يختص بالأمور التالية<sup>(٢)</sup>:

أ - خطاب الضمان يمثل مبلغاً من النقود.

ب - خطاب الضمان بات ونهائي في مواجهة المستفيد، لا يجوز للبنك أن يرجع عنه.

ج - التزام البنك في مواجهة المستفيد مستقل عن أية جهة أخرى، ولو كان العميل.

د - خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية، فلا يحتاج حامله لإثبات حقه كما في الأوراق التجارية.

(١) عمليات البنوك لمحمود الكيلاني: ٦٨/١.

(٢) المرجع السابق: ١٨٣/١.

## هـ- أنواع خطابات الضمان:

خطابات الضمان تنقسم باعتبارات مختلفة إلى أقسام مختلفة وهي:

التقسيم الأول: تنقسم خطابات الضمان من حيث تقييدها وإطلاقها إلى خطاب ضمان مشروط وخطاب ضمان غير مشروط:

فخطاب الضمان المشروط: هو الخطاب المشروط بعجز العميل عن الدفع للمستفيد أو عدم الوفاء بالالتزامات، ولا يستحق المستفيد دفع قيمة خطاب الضمان من البنك إلا بعد تقديم مستندات تثبت دعوى العجز والتقصير، مع صرف النظر عن أية طعون مقدمة من قبل العميل.

وأما خطاب الضمان غير المشروط: فهو الخطاب غير المشروط بعجز العميل أو تقصيره، ويستحق المستفيد الدفع بمجرد تقديمه للبنك، ولا عبرة بالطعن أيضاً من قبل العميل<sup>(١)</sup>.

التقسيم الثاني: تنقسم خطابات الضمان من حيث الغرض منها إلى خطابات ضمان بقصد الاشتراك في المناقصات والمزايدات، وخطاب ضمان لتسهيل مصالح الأفراد والمؤسسات.

فخطاب الضمان بقصد الاشتراك في المناقصات والمزايدات له ثلاث صور وهي:

الصورة الأولى: خطاب ضمان ابتدائي: وهو تعهد يدل على جدية المتقدم للعطاء بالاستمرار فيه، وإجراء العقد وعدم الانسحاب من العطاء، وسمي بالابتدائي لأنه يمثل نسبة ضئيلة من حجم المشروع، لا يتجاوز في كثير من الحالات (١٠٪) ولأن مقدمه يسترده إذا أحيل العطاء على غيره، ولأن الغرض منه ينتهي بمجرد إحالة العطاء على متعهد سواء أكان صاحب الخطاب أم غيره.

والصورة الثانية: خطاب ضمان نهائي: وهو تعهد يقدم بعد التعاقد يقصد منه

(١) عمليات البنوك لمحمود الكيلاني: ٢١٢/١.

ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل وفق المواصفات المنصوص عليها في العقد<sup>(١)</sup>.

الصورة الثالثة: خطاب ضمان سداد الدفعات كأن يشترط المقاول على الشركة أو المؤسسة صاحبة المشروع تقديم خطاب ضمان بدفع الدفعة الأولى التي يحصل عليها عند إبرام العقد<sup>(٢)</sup>.

وأما خطاب الضمان بقصد تسهيل مصالح الأفراد والمؤسسات مثل خطابات الضمان المتعلقة بالاستيراد، فهي تخدم حركة البضائع المارة من قطر إلى قطر، أو للتخزين المؤقت أو الدخول المؤقت أو مقابل تسلم البضاعة قبل ورود بوالص الشحن، والغرض من هذا القسم من الضمانات تيسير حركة البضائع وضمان إعادة تصديرها<sup>(٣)</sup>.

التقسيم الثالث: تنقسم خطابات الضمان من حيث التأمين العيني أو النقدي للخطاب ويسمى «الغطاء» إلى خطاب مغطى تغطية كاملة، وخطاب مغطى تغطية جزئية<sup>(٤)</sup>.

فالخطاب المغطى تغطية كاملة: هو الذي تغطي قيمة خطاب الضمان بكاملها من قبل العميل.

والخطاب المغطى تغطية جزئية: هو الذي لا تغطي قيمة الخطاب بالكامل.

ويودع مبلغ الغطاء سواء أكان كلياً أم جزئياً في حساب خاص يسمى احتياطي خطاب الضمان، ولا يجوز للعميل أن يتصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان.

(١) المرجع السابق ٢٢٢/١.

(٢) المرجع السابق ٢٢٢/١.

(٣) بنوك تجارية بدون ربا للشبانى: ص ٩٠.

(٤) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية للعبادي ٣١٣، البنوك الإسلامية لطايل ١٥١.

## ب - التكييف القانوني لخطاب الضمان:

اختلف القانونيون في تكييف خطاب الضمان على عدة أقوال<sup>(١)</sup>:

القول الأول: يرى القانون الفرنسي ومن بعده القضاة أن خطاب الضمان صورة من صور الكفالة، فتطبق عليه أحكام الكفالة الواردة في القانون المدني.

وقد لوحظ على هذا التكييف أن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة كما بينا سابقاً.

القول الثاني: يرى بعض رجال القانون التجاري أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإنابة القاصرة<sup>(٢)</sup>، وهي تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين بالإضافة إلى المدين، بحيث يصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد.

وقد لوحظ على هذه النظرية أن خطاب الضمان يختلف عن الإنابة القاصرة من حيث الاستقلالية، فخطاب الضمان ينشأ عنه التزام مستقل، أما في الإنابة القاصرة فيكون التزام المناب هو الوسيلة الطبيعية لتنفيذ التزام سابق للمنيب إزاء المناب لديه.

القول الثالث: يرى بعض رجال القانون التجاري أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث إن العميل يشترط على البنك دفع مبلغ معين من النقود للمستفيد، فأطراف خطاب الضمان ثلاثة يرتبط اثنان منها بعقد ويشترط أحدهما لشخص ثالث أجنبي عن العقد أن يكون مستفيداً.

وقد لوحظ على هذا التكييف أن هذه النظرية لا تنسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية خطاب الضمان، ولا تتماشى مع خصائصه التي يمتاز بها، وأولها

(١) انظر: عمليات البنوك لمحمود الكيلاني: ص ١٩٧، وما بعدها.

(٢) يقابل الإنابة القاصرة الإنابة الكاملة: وهي التي تتضمن تغييراً للمدين بالحالة أو للدائن.

استقلال التزام البنك عن الالتزامات السابقة.

القول الرابع: يرى بعض القانونيين أن خطاب الضمان يمكن تكييفه على أساس الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام.

فالالتزام في خطاب الضمان لا ينتج عن تلاقي إرادتين، بل عن إرادة مصدر الضمان الذي لا يستطيع التذرع بأي سبب للتحلل من التزامه الذي أفرغه في الخطاب الذي وجهه إلى المستفيد. وقد لوحظ على هذا التكييف أن خطاب الضمان يتضمن مديناً ودائناً، ولا بد من وجود إرادة لهذا الدائن، وهذا توافق إرادتين، كما أن الآثار القانونية للعقد ليست من تشكيل الإرادات المكونة له منفردة، بل هي أثر امتزاج وتفاعل تلك الإرادات عند إنشائه.

وقد رجح بعض الباحثين القانونيين القول الرابع واعتبر التزام البنك ناشئاً بإرادة البنك المنفردة، لأن التزامه بدفع مبلغ الخطاب أصيل، وليس نيابة عن غيره. هذا بالإضافة إلى ما قرره العرف من خصائص لخطاب الضمان تجعلنا نسلم بأن الإرادة المنفردة تصلح أساساً للالتزام، لأن لكل إرادة أثرها الخاص بما يكفي لالتزام مصدرها<sup>(١)</sup>

### جـ - خطابات الضمان في المصارف الإسلامية:

تقوم المصارف الإسلامية بإصدار خطابات الضمان لعملائها، لأنها إما أن تكون كفالة أو وكالة، وهما جائزان في الفقه الإسلامي ما لم يصاحبهما ما يفسدهما. فخطاب الضمان جائز شرعاً من حيث الإصدار، واختلفوا في أخذ المقابل على الضمان تبعاً لاختلافهم في تكييفه، فقد رفضت معظم هيئات الفتوى الشرعية مبدأ أخذ البنك الإسلامي عوضاً عن تقديم هذه الخطابات، وبالتالي امتنعت بعض المصارف الإسلامية عن هذا النشاط مما أدى إلى استمرار اعتماد عملائها على البنوك التجارية في هذا المجال.

(١) عمليات البنوك لمحمود الكيلاني: ص ٢٠٩.

وقد أجاز الشيخ عبد الحميد السائح أخذ الأجر لخطاب الضمان الصادر عن البنك الإسلامي الأردني. وتتبع بعض المصارف الإسلامية هذا الرأي فتصدر خطابات ضمان بمقابل<sup>(١)</sup>. فما الحكم الشرعي المختار في إصدارها وأخذ المقابل لها؟ إن الحكم الشرعي المختار في ذلك يتوقف على تكييفها الفقهي.

### التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

اختلف العلماء المعاصرون في التكييف الفقهي لخطاب الضمان على عدة أقوال وهي:

القول الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان كفالة، ومن ذهب إلى ذلك الدكتور الصديق الضيرير وبكر أبو زيد، واستدلوا لذلك بأن تعريف كل من خطاب الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي متفقان من حيث المعنى، وهو التزام الشخص مالا واجباً على غيره لشخص ثالث<sup>(٢)</sup>.

وقد رتب أغلب العلماء الذين قالوا بهذا القول عليه عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة عملاً بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة. فقد قال البغدادي: «ولو كفّل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة باطلة»<sup>(٣)</sup>.

وعلل ابن عابدين المنع بأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له

(١) البنوك الإسلامية لجمال الدين عطية: ص ١١٨.

(٢) انظر: خطابات الضمان للدكتور الصديق الضيرير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية عمان ١٩٩٤م، وخطاب الضمان لبكر أبو زيد ضمن فقه النوازل ٢٠٦/١، وبنوك تجارية بدون ربا للشيباني: ص ١٩٠، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٤٨٩/٥، المصرف الإسلامي لعبد السميع المصري: ص ٤٧.

(٣) مجمع الضمانات للبغدادي الحنفي ٢٨٢ وانظر: مواهب الجليل للخطاب ٢٤٢/٤، المغني لابن قدامة ٦١٠/٤.



الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل، لأنه ربا<sup>(١)</sup>. وعلل البناني المنع بقوله: إن ذلك من بيعات الغرر لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل بمائة، لا يدري هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة<sup>(٢)</sup>.

وقد ذهب بعض العلماء ممن قال بأن خطاب الضمان كفالة إلى جواز أخذ الأجرة على الكفالة قياساً على أخذ الأجرة على الجاه<sup>(٣)</sup>، فقد ذكر ابن حجر الهيتمي أن المحبوس ظلماً إذا قال لمن يقدر على خلاصه: «إن خلصتني فلك كذا، بشرط أن يكون في ذلك كلفة بأجرة عرفاً»<sup>(٤)</sup>.

والراجع في أخذ الأجر على الكفالة عدم الجواز، لأن الكفالة بالمال قرض على المدين فإن رده مع زيادة كان ربا، وأما قياس أخذه الأجرة في الكفالة على أخذ الأجرة في الجاه فقياس مع الفارق، لأن الكفالة بمال قرض والجاه ليس كذلك.

القول الثاني: ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان وكالة ومن ذهب إلى ذلك الدكتور سامي حمود حيث قال بعد أن أورد نصوص بعض الفقهاء: «ويتبين من هذه الباقية من الآراء المختارة من مذاهب الفقه الإسلامي، أن خطاب الضمان المصرفي بعلاقاته المتعددة وغاياته المختلفة يستطيع أن يجد له مكاناً في إطار الفقه الإسلامي الخصيب، وأن تكيف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متبائناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً، كما يرجع الوكيل لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا وكالة بالأداء».

(١) منحة الخالق على البحر الرائق ٢٤٢/٦.

(٢) حاشية البناني ٣٢/٦.

(٣) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية للعبادي: ص ٢١٧، المصرف الإسلامي لعبد السميع المصري: ص ٤٧، البنوك الإسلامية لجمال الدين عطية: ص ١١٩.

(٤) تحفة المحتاج ٢٦٥/٦.

وهذا التكييف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يتيح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وكل به، حيث إن الوكالة يمكن أن تكون بأجر، فيأخذ أحكام الإجارة وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضامن حيث لا توجد آراء فقهية تؤيد حق الضامن بأخذ الأجر<sup>(١)</sup>.

القول الثالث: ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان يمكن تخريجه على قاعدة: «الخراج بالضمان»<sup>(٢)</sup>، ومن ذهب إلى ذلك عبد الحميد البعلي، حيث قال: «وفي هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث: «الخراج بالضمان»<sup>(٣)</sup> وهل في معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل إذا قلنا إن من يتحمل تبعية ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة، ففي الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة.. ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندي: «من ضمن مالا فله ربحه»<sup>(٤)</sup>.

وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية «شراكة عقد» محله ضمان عمل العميل، وضمنان عمل العميل نوع من العمل. وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو العمل يكون تارة بالضمان.. وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه»<sup>(٥)</sup>.

القول الرابع: ذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان جمالة، ومن

(١) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود: ص ٣٠٠.

(٢) المنشور في القواعد للزركشي ١١٩/٢.

(٣) رواه أصحاب السنن وقال الترمذي (٥٨١/٣): حسن صحيح غريب.

(٤) أخبار القضاة لوكيع: ٣١٩/٢.

(٥) الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي ٥٩-٦١.

ذهب إلى ذلك السيد محمد باقر الصدر حيث قال: «يعتبر خطاب الضمان من البنك تعهداً بوفاء المقاول بالشرط، ويتج عن هذا التعهد نفس ما يتج عن تعهد طرف ثالث بوفاء المدين للمدين، فكما يرجع الدائن على هذا الثالث إذا امتنع المدين عن وفاء دينه، كذلك يرجع صاحب الحق بموجب الشرط إلى البنك المتعهد إذا امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، ولما كان تعهد البنك وضمانه للشرط يطلب من الشخص المقاول، فيكون الشخص المقاول ضامناً لما يخسره البنك نتيجة لتعهدده، فيحق للبنك أن يطالبه بقيمة ما دفعه إلى الجهة التي وجه خطاب الضمان لفائدتها، ويصح للبنك 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»<sup>(١)</sup>.

القول الخامس: ذهب بعض الباحثين إلى أنه وكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، وكفالة إذا كان غير مغطى. وأما إذا كان مغطى تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى وكفالة في غير المغطى. ومن ذهب إلى ذلك الدكتور علي السالوس<sup>(٢)</sup> وبناء على ذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة.

وقد رجع مجمع الفقه الإسلامي القول الخامس حيث جاء في الدورة الثانية المنعقدة في جدة ١٠-١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ الموافق ٢٢-٢٨/١٢/١٩٨٥ م ما يلي:

١- إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدون، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمته إلى غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم (الضمان) أو (الكفالة)

(١) البنك اللا ربوي في الإسلام للسيد محمد باقر الصدر ١٣٠، ١٣١، المصارف الإسلامية لنصر الدين فضل المولى ١٨٧.

(٢) الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة للسالوس ١٣٤، ١٣٥.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة)، والوكالة تصح بأجر مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

٢ - إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان. وقد قرر جمهور الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جرّ نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً، ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان 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 ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء. والله أعلم.

وبناء على ما سبق يجوز إصدار خطاب الضمان من قبل البنك الإسلامي مقابل أجرة فعلية للإصدار والمصاريف الإدارية، وليس مقابل تسليف مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان مغطى تغطية كاملة عن طريق العميل نفسه أو عن طريق كفيل آخر أم غير مغطى. ولا يزال خطاب الضمان بحاجة إلى دراسات فقهية جادة تنظر إليه على أنه معاملة قائمة بذاتها لها شبه بالكفالة والوكالة، وتستخرج لها الأحكام الفقهية التي تناسبها، فقد سبق أن الفقهاء وضعوا للخراج أحكاماً خاصة به وإن كان له شبه بالإجارة والبيع.