Jordan Journal of Islamic Studies

Volume 16 | Issue 1 Article 9

3-1-2020

حكم أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية - دراسة فقهية مقارنة- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential Study

Mohammad Ali Al-Omary
Al-albayt University, Mohamad7610@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois

Part of the Islamic Studies Commons

Recommended Citation

Al-Omary, Mohammad Ali (2020) "حكم أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية - دراسة فقهية مقارنة- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential Study," *Jordan Journal of Islamic Studies*: Vol. 16: Iss. 1, Article 9.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jordan Journal of Islamic Studies by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

حكم أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية
- دراسة فقهية مقارنة-

د. محمد علي محمد العمري*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٨/٢/١٨م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٨/١١/١٣م

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم الكفالة المصرفية، وملاحظة مدى التقارب بين مفهومها ومفهوم الكفالة المقرر لدى جمهور الفقهاء، والكشف عن تكييفها الفقهي، واستعرضت مختلف مواقف العلماء من مسألة جواز أخذ العوض على مجرد خدمة الكفالة المصرفية التي تقدم للعملاء بصرف النظر عن دفع المؤسسات المصرفية قيمتها من عدمه، وذلك بالنظر في أدلتهم والمناقشات التي وردت عليها، وقد توصّلت الدراسة إلى جواز أخذ الأجرة على هذا النوع من الكفالة وضرورة تفعيل ذلك لدى المصارف الإسلامية؛ نظراً لقوة أدلة العلماء القائلين بجواز ذلك وسلامة معظمها من المعارضة.

الكلمات المفتاحية: الكفالة المصرفية، خطابات الضمان، الاعتمادات المستندية، الفقه الإسلامي، المصارف الإسلامية.

Abstract

The current study aims to determine the concept of 'Bank Guarantee'; to define the similarities with the concept of 'Guarantee' according to the majority of Muslim Jurists; and to reveal its adaptation in Islamic jurisprudence.

The study reviewed the attitude of different Muslim scholars about the permissibilityof accepting compensations for the mere service of 'Bank Guarantee'offered to customers, regardless if the bank paid the bail or not, through analysing their evidence and arguments.

The study reached a conclusion that it is permissible to accept compensations (charges) for this kind of 'Bank Guarantee', and that is necessary for Islamic Banks to implement this finding due to the strength of evidence and proofs used in this context and the lack of disagreement with this evidence.

Keywords: bank guarantee, letter of guarantee, letter of credit, Islamic jurisprudence, Islamic banks.

المقدمة.

إن الحمد لله نحمده، ونستعينة، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمّداً عبده ورسوله ﷺ، وبعد:

فتقوم البنوك الإسلامية بأداء الخدمات المصرفية وتقديمها إلى عملائها، شأنها بذلك شأن البنوك التقليدية الأخرى التي أخذت تزاحم البنوك الإسلامية في تقديم تلك الخدمات، التي تعد إحدى المكونات المهمّة للعمل المصرفي، وباتت تحظى بمزيد من الاهتمام والتطوير، وميدانا من ميادين التنافس الشديد بين البنوك في الساحة المصرفية[١]؛ فبالإضافة

* أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

إلى أنها تعد إحدى القنوات الفاعلة لرفد البنوك بالإيرادات، فهي أيضاً تعد أداة مهمة لجذب المزيد من العملاء ممن يجدون ضالتهم في تلبية رغباتهم المتصلة بهذا النوع من النشاط المصرفي، الأمر الذي حدا بالعديد من المؤسسات المصرفية أن تعمل جاهدة على تحسين الخدمات المصرفية المقدمة للعملاء، وعلى البراعة في تسويقها(٢).

ولعل من أهم الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك إلى عملائها الكفالات المصرفية المتنوعة؛ لما تمنحه هذه الخدمات من عنصري الثقة والأمان بين أطراف العمليات التعاقدية، بسبب تدخل المصرف إلى جانب العملاء كضامن أو وسيط مسؤول لتقوية مراكزهم المالية أمام الأطراف المتعاملة معهم، مما يمهّد الطريق أمامهم لتسهيل قيامهم بالدخول في صفقات تجارية لتمويل عمليات استيراد وتصدير المواد الأولية والسلع الرأسمالية لدعم التنمية وزيادة الإنتاج وتحسينه والدخول في تعاقدات استثمارية تسهم في تنفيذ مشاريع التنمية الاقتصادية مع الجهات المعنية بتلك المشاريع، ما كان بوسعهم القيام بها بمعزل عن هذا النوع من الخدمات المصرفية(٣).

وتكمن أهمية الكفالات المصرفية –أيضاً– في أنها تعمل على تحسين جودة الائتمان لدى البنوك؛ فرواج مثل هذه الخدمات يؤهل البنوك لإعفاء المتطلبات الرقابية لرأس المال بموجب اتفاقية بازل الجديدة(٤)(٥).

والواقع أنه حتى كتابة هذه السطور ما زالت تلك الخدمات تأخذ مساحة متواضعة من مساحات العمل المصرفي الإسلامي على رحابته وسعته؛ ذلك أن الاتجاه الفقهي العام يحول دون أن تقدم هذه الخدمات إلا على سبيل التبرع، وعلى أساس رسم الخدمة، بحيث لا يزيد عن المصروفات الفعلية لأدائها(٦).

أمام تلك المعطيات، تحاول هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على مسألة جواز أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية المجردة عن الدفع، واستبطان الأدبيات التي سبقتها في ذلك، علّها تضيف جديداً لهذا الموضوع؛ لما له من أهميّة بالغة على صعيد العمل المصرفي الإسلامي، وبخاصة في ظل المنافسات التي تشهدها الساحة المصرفية والصعوبات التي تواجهها المصارف الإسلامية في هذا الصدد(٧).

أهمية الدراسة.

تبرز أهمية الدراسة في أنها تصدت لبيان مسألة حيوية احتدم الخلاف والنقاش حولها بين الفقهاء فيها قديما وحديثا؛ فهي تكشف عن جوانب العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه في الكفالة المجردة عن دفع أي مبلغ مالي لصالح المكفول عنه، حيث تتركز أهمية البحث على بيان حكم أخذ الأجرة على هذا النوع من الكفالة، وتوضيح ما يترتب عليه من أحكام.

كما تبدو أهمية هذه الدراسة في الكشف عن مدى جواز أخذ البنوك الإسلامية أجرة على الكفالات المصرفية المختلفة التي تقدمها إلى عملائها، وبخاصة في حالة عدم وجود غطاء مالي في حساب العملاء يفي بقيمة الكفالة أو بجزء منها؛ إذ إن القول بحصر جواز أخذ أجرة على الكفالات المصرفية في حالة وجود غطاء مالي في حساب العميل يفي بقيمة الكفالة فقط، أمر يُفقد المصارف الإسلامية لقطاع عريض من العملاء الذين يحرصون على عدم تجميد رؤوس أموالهم لدى البنوك، بل يبقونها سائلة في أيديهم لمزاولة نشاطاتهم الاستثمارية في السوق، كما أنه من ناحية ثانية يُفقد تلك الكفالات وظيفتها ومقصودها إذا ما قام العميل بإيداع قيمة الكفالة كاملة لدى البنك، إذ لايبقى معنى للضمان في هذه الحالة.

مشكلة البحث.

تتمثل مشكلة الدراسة في تحديد وبيان حكم أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية، بما يُشكل جواباً عن الأسئلة الآتية:

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

١- ما مفهوم الكفالة المصرفية؟
٢- ما حكم أخذ العوض على الكفالة المصرفية المجردة عن الدفع؟
٣- ما أدلة القائلين بمنع أخذ العوض على الكفالة؟ وما الردود الواردة عليها؟
٤- ما أدلة القائلين بجواز أخذ العوض على الكفالة؟ وما الردود الواردة عليها؟
٥- ما الرأي الراجح في مسألة أخذ العوض على الكفالة المصرفية المجردة عن الدفع؟ وما مسوغات رجحانه؟

الدراسات السابقة.

لا شك أن موضوع حكم أخذ العوض على الكفالة المصرفية قد حظي بالعديد من الدراسات العلمية، ومن هذه الدراسات:

١- مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور نزيه حماد(٨).
٢- تعليق على بحث نزيه كمال حماد: مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، للأستاذ تجاني عبد القادر أحمد(٩).
٣- حكم أخذ الأجرة على الضمان، للدكتور يوسف الشبيلي(١٠).
٤- جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، للأستاذ أحمد علي عبد عبدالله(١١).

وهي بحوث بلا شك جيدة ومتعلقة بموضوع الدراسة وتُعد من أدبياتها، إلا أن هذه الدراسة متعلقة بجزء مما تصدت له تلك الدراسات، والعلاقة بينهما كالعلاقة بين الخاص والعام، حيث انحصرت مهمة هذه الدراسة في بيان حكم مسألة أخذ العوض على مجرد تقديم خدمة الكفالة المصرفية – على اختلاف أنواعها– من المصارف الإسلامية لعملائها بصرف النظر عمّا يستتبع ذلك من جوانب قد تعتري العلاقة بينهما؛ كأن يكون رصيد العميل في حسابه المصرفي يغطي قيمة الالتزام المالي –أو جزء منه– الذي تتطلبه العملية التجارية أو الاستثمارية التي ينوي القيام بها، أم كان ذلك الرصيد لا يغطي، وهل بادر العميل بدفع ما ترتب بذمته من التزامات تجاه المكفول له فور تحقق موجب تلك الالتزامات أم لا؟ أي بصرف النظر عن ما ستؤول إليه العلاقة بين العميل والمصرف إلى وكالة، أم إلى استقراض؟ وهو ما تعرضت إليه الدراسات السابقة.

أهداف الدراسة.

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١. إعطاء تصور واضح لمفهوم الكفالة المصرفية.
٢. الكشف عن التكييف الفقهي للكفالة المصرفية.
٣. بيان الحكم الفقهي في مدى جواز أخذ العوض عن الكفالة المصرفية حالة انعقادها، بصرف النظر عن ما ستؤول إليه العلاقة بين أطرافها عند استحقاقها.

منهجية الدراسة.

اعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي، حيث قمت باستقراء ما يتعلق بأخذ الأجرة على الكفالة للوصول منها إلى أحكام عامة، كما لجأت إلى المنهج التحليلي، حيث قمت بتحليل النصوص الواردة بالموضوع لاستخلاص الشروط والضوابط

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

الواردة على دفع الأجرة على الكفالة، كما عمدت إلى المنهج المقارن للوقوف على التباين الحاصل في آراء الفقهاء في هذه المسألة، وملاحظة حججهم واستدلالاتهم على ما ذهبوا إليه.

خطة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الكفالة المصرفية وأنواعها وتكييفها الفقهي.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة المصرفية.

المطلب الثاني: أنواع الكفالة المصرفية.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للكفالة المصرفية.

المبحث الثاني: حكم أخذ العوض على الكفالة المصرفية.

المطلب الأول: القائلون بالمنع وأدلتهم.

المطلب الثاني: القائلون بالجواز وأدلتهم.

المطلب الثالث: الترجيح.

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول:
مفهوم الكفالة المصرفية وأنواعها.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة المصرفية.

أولاً: الكفالة لغة واصطلاحاً.

الكفالة لغة من: (كَفَلَ)، والكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء. من ذلك الكِفْلَ: كساء يدار حول سنام البعير، ومن ذلك أيضاً (الكفيل)، وهو الضامن، والكافل: الذي يكفل إنساناً يعوله، قال الله تعالى: ﴿**وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا**﴾[آل عمران: ٣٧][١٢].

وأما اصطلاحاً: فقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في تعريف عقد الكفالة بناءً على حكمها، أو بناءً على الأثر المترتب عليها، ومدار اختلافهم يدور حول ما إذا كانت الكفالة هل هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة والدين معاً[١٣]؟ أم في المطالبة فقط[١٤]؟ أم هي انتقال للحق من ذمة المكفول إلى ذمة الكفيل[١٥]؟

ومن الواضح أن القاسم المشترك بين الفقهاء فيما ذهبوا إليه في بيان ماهيّة الكفالة يدور على ضم ذمة إلى ذمة، وإن اختلفوا فيما بعد ذلك هل يكون ذلك في المطالبة فقط، أم في المطالبة والدين معاً[١٦]، فمضمون الكفالة عند هاذين الاتجاهين يقوم على إشراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه بالمسؤولية تجاه المكفول له والتزامه[١٧] بما له من حق على المكفول عنه، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الأصيل إلى عهدة الكفيل. ويترتب على هذا التكييف أن للمكفول له أو المستفيد مطالبة أياً من الكفيل أو الأصيل بحقه، أو مطالبتهما معاً، حتى إذا استوفى حقه من أي منهما انتهت الكفالة.

ثانياً: تعريف الكفالة المصرفية.

تُعرف الكفالة المصرفية بأنها: "ضم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول"[١٨]، وبعبارة أخرى

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

هي: "تعهد كتابي صادر عن المصرف (الكفيل) بناءً على طلب أحد العملاء (المكفول) بدفع مبلغ معين ضمن مدة معينة ولغرض معين إلى جهة معينة (المستفيد)، وذلك عند مطالبة تلك الجهة في حالة إخلال ذلك العميل بتنفيذ التزام محدد ووفق الشروط المحددة"[١٩].

وبالنظر في مضمون مفهوم الكفالة المصرفية كما عرّفها علماء البنوك، يتبين أن هناك تقاطعاً كبيراً بينها وبين مفهوم الكفالة عند فقهاء المذاهب الإسلامية، غير أن الكفالة المصرفية تعد تطوراً في الجانب التطبيقي والمؤسسي؛ حيث إن الكفيل في هذه الكفالة هو مصرفٌ وليس شخصاً عادياً، ومحلُ التزام الكفيل (المصرف) هو دفعُ مبلغ محددٍ وليس القيام بعمل ما، كما أن مدة الكفالة محددة بزمن معين، بالإضافة إلى أن الدين في الكفالة المصرفية ليس ثابتاً في ذمة المكفول ابتداءً كما هو الحال في الكفالة عند الفقهاء، بل هو أمر احتمالي متوقف على إرساء العطاء عليه من قبل المستفيد.

ثالثاً: أنواع الكفالات المصرفية.

النوع الأول: خطاب الضمان.

يعد خطاب الضمان أحد صور الكفالات المصرفية ويعرف بأنه: "تعهّد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله، بدفع مبلغ نقدي معين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محدودة"[٢٠]، وبتعبير آخر هو: "تعهد يصدر من المصرف بناءً على طلب عميله الآمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة"[٢١] والواقع أن الأثر المترتب على خطاب الضمان كما هو مقرر لدى علماء المصارف يختلف شكلاً –لا مضموناً– عن أثر الكفالة كما ينص عليه القانون المدني[٢٢]، فكما يتضح مما سبق من تعريف خطاب الضمان أن مرجعية العلاقة بين المستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه والبنك الذي أصدره هو خطاب الضمان وحده؛ إذ يكفي أن يستوفي حقه من البنك بمجرد أن يقدم الخطاب، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تعد علاقة المستفيد مع البنك مستقلة تماماً عن علاقة البنك مع طالب الخطاب، في حين أن الكفالة كما ينص عليها القانون المدني تقضي بأن التزام الكفيل إنما هو تابع ومشتق من التزام المكفول العميل صحة وبطلاناً، وبالرغم من ذلك الفرق الشكلي في الأثر المترتب على خطاب الضمان إلا أن ذلك الأمر لا يغيّر من ماهيّة خطاب الضمان ويخرجه من دائرة الكفالة إلى دائرة الحوالة[٢٣]؛ إذ إن البنك مصدر خطاب الضمان وإن قام بدفع المستحقات المالية المترتبة في ذمة طالب الخطاب للمستفيد، إلا أنه يعود على طالب الخطاب بما أداه عنه وليس ذلك شأن الحوالة.

يعد خطاب الضمان على اختلاف أغراضه وأنواعه[٢٤] أحد أهم صور النشاط المصرفي؛ لما يمثّله من تمكين وتعزيز للملائة المالية للعملاء أمام الجهات التي يتعاملون معها بسبب ثقتها التامّة بالمصارف مصدرة تلك الخطابات بالتزاماتها التضامنية مع عملائها، وبما يوفره من سيولة في جيوب العملاء كانت يجب أن تحفظ على شكل تأمينات نقدية لدى تلك الجهات مما يجعل من خطاب الضمان تأمين يحل محل النقود[٢٥].

النوع الثاني: الاعتماد المستندي.

يعد الاعتماد المستندي بأنواعه المختلفة"[٢٦] أحد صور الكفالات المصرفية ويعّرف في القانون التجاري بأنه: "التسهيل المالي الذي تمنحه المصارف لعملائها المستوردين، بما يمكّنهم من فتح اعتمادات لحساب المصدرين في الخارج، حيث بإمكان هؤلاء الحصول على ثقة المصارف"[٢٧]. وسمي بالاعتماد المستندي؛ لأنه يتطلب تقديم مستندات انتقال ملكية البضاعة

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

من البائع إلى المشتري[٢٨].

وقد حل الاعتماد المستندي محل الحوالات النقدية التي كان يستوفيها المصّدر من المستورد ثمناً لكامل قيمة البضاعة عند توقيع العقد، مما يعني تجميد تلك المبالغ طيلة مدة تجهيز البضاعة وشحنها عبر الموانئ الدولية، فضلاً عن عدم وجود ضمانات كافية حال تأخر تلك البضاعة عن مواعيد تسليمها، أو عدم مطابقتها لشروط العقد[٢٩].

وهكذا نرى أن الاعتماد المستندي قد قام بدور فاعل ومؤثر في التعامل التجاري الدولي؛ إذ إنه عمل على حماية وحفظ مصالح الأطراف المتقابلة وحقوقها في التجارة الدولية من مستوردين ومصدّرين وعزز مكانتهم والثقة المتبادلة فيما بينهم لإجراء الصفقات التجارية بأجواء يسودها الآمان، وقد برز دور المصارف التي تصدر وثائق الاعتماد في الإفادة من هذه الآلية بما تتمتع به من علاقات دولية مع البنوك الأجنبية من خلال فروعها المنتشرة على الساحة الدولية، حيث ترسخت قواعد التعامل بهذه المعاملات بفضل التزام المصارف لها[٣٠].

وبالنظر في مفهوم الاعتماد المستندي والآليّة التي يجري تطبيقه من خلالها، يتضح أن الاعتماد المستندي يمثل حلقة وصل مثلثة العلاقات، يقوم فيها المصرف بدور الوسيط الموثوق به منفذاً تعليمات عميله وملتزماً في الوقت ذاته –عن طريق المصرف المراسل– تجاه المستفيد[٣١]، فيضمن بذلك حق المستور والمصدر كما يضمن حق المصرف الوسيط من حيث وجود وثائق الشحن التي تعد مقابلاً لوفاء القيمة تمكن المصرف من بيعها في حال تخلف المستورد عن وفاء قيمتها له[٣٢].

ويتضح مما سبق، أن الغاية من هذه الخدمة المصرفية هي كفالة العميل المستورد وتقوية مركزه المالي تجاه المصّدر، وكذلك كفالة المصّدر والثقة بأنه سيرسل البضاعة حسب المواصفات والمقاييس المتفق عليه دون غش أو خداع[٣٣]، وبالتالي فإن الاعتماد المستندي لا يخرج عن مقصد الشارع من عقد الكفالة بمنحه أطراف المعاملة عنصر الثقة والآمان لغجراء وإتمام صفقاتهم التجارية وتوثيق التزاماتهم[٣٤].

رابعاً: التكييف الفقهي للكفالة المصرفية المجردة عن الدفع.

الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات[٣٥]، ويشترط فيها الرشد؛ لإنها تصرف في المال[٣٦]، يقول الإمام مالك –رحمه الله–: "وإنّما الكفالة معروف"[٣٧]؛ فهي من باب الصدقة والهبة وغيرها من التبرعات، إلاّ أنّ هذا لا يمنع أن تنقلب بالتراضي إلى معاوضة؛ إذ إن الكفيل يرجع بما يؤدي على المكفول عنه إذا كفل بأمره[٣٨].

ومتى صحت الكفالة لا ينتقل الدين من ذمة المكفول إلى ذمة الكفيل بل تشغل ذمتهما بالدين[٣٩]، ويجوز للدائن مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معاً بحقه[٤٠]، وحق المطالبة الذي منح بموجب الكفالة للمستفيد لا يعني بالضرورة قيام الكفيل بدفع ما استحق على المكفول تجاه المستفيد؛ فقد يؤدي عنه ويرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره، وقد لا يؤدي عنه ولا يرجع عليه بشيء.

وفي الكفالات المصرفية، كل ما في الأمر أنه يحق للمستفيد أن يطالب البنك الكفيل بما استحق على المكفول الآمر من حق، وهنا قد يتوافر بحسابه ما يغطي قيمة المطالبة وقد لا يتوافر، ومما هو معلوم أن الكفالات المصرفية ليس بالضرورة أن تتمحض عن تقديم الائتمان، بل إن منح البنك حق المطالبة يبرز الجانب التوثيقي في عقود الكفالات المصرفية، وهذا يؤكد أن الجهات التي تطلب تلك الكفالات إنما تتغيا من وراء ذلك ابتداءً عضد مراكزها المالية تجاه الأطراف التي تتعامل معها ليس إلا، فأساس العقد ومقصده الأصلي هو للتوثيق والتعضيد والمساندة بما يكفل حقوق الأطراف المتقابلة ويحقق مصالحهم المتبادلة، وليس المقصود منه نقل الحق من ذمة المكفول الآمر إلى ذمة البنك، كما أننا لسنا بصدد توكيل

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

البنك بأداء الحق للمستفيد؛ فالحق غير مستقر الثبوت، وإنما يتوقف ثبوته على أمر مستقبلي، كما أن الوكالة لا تمنح الموكل تلك الميزات؛ فهي مجرد عقد تفويض ينيب فيه شخص شخصاً آخر عن نفسه في التصرفات[٤١]، والكفالة –في حالة الكفالات المصرفية– إنما تولد مصاحبة للعملية التعاقدية بين الكفيل والمكفول له، فهي شرط أساسي لإجراء التعاقد[٤٢] بخلاف الوكالة فإنها تصرف لاحقاً ولا تولد مع التصرف الأول، والحاصل في هذا النوع من الكفالات ليس وكالة بالأداء، بل هو ضمان حقيقي، بحيث لو تعذر الاستيفاء من العميل فالمصرف كفيل كفالة باتة ونهائية.

ويتضح مما سبق، أن التكييف الفقهي للكفالات المصرفية المجرّدة عن الدفع أو عن أي إجراءات لاحقة لولادتها يكشف بوضوح أنها كفالة بالمعنى الفقهي للكفالة[٤٣] كما هو مقرر عند جمهور الفقهاء[٤٤]، ويترتب عليها ما يترتب على الكفالة من آثار، إلا أنها صورة ابتكرها العرف المصرفي[٤٥].

أما ما قد يعتري الكفالات المصرفية من إجراءات لاحقة أو تصرفات قد تتمحض عن عملية توكيل للبنك بأداء الالتزام للمستفيد عن المكفول، أو عن إقراض البنك لجزء من قيمة الالتزام أو تغطيته كله مما قد يحوّل التكييف الفقهي للعملية تارةً إلى وكالة وتارة إلى كفالة وتارة إلى حوالة[٤٦] فلسنا بصدد التصدي له؛ إذ إنه يقع خارج إطار إشكالة هذه الدراسة من ناحية، ومن ناحية أخرى تصدى العديد من العلماء لبيانه وتجليته[٤٧].

المبحث الثاني:
حكم أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية المجردة.

تحرير محل النزاع.

الأجرة على الضمان يسميها الفقهاء ضماناً بجعل[٤٨]، والمراد به: شغل ذمة الكفيل بتحميله مسؤولية التزام المكفول مقابل أجر على هذا الضمان[٤٩]، والواقع أن الفقهاء المعاصرين متفقون على جواز أخذ الأجرة على قيام المصرف الكفيل بالأعمال الإدارية التي تتطلبها عملية اصدار الكفالات المصرفية، كما أنهم متفقون على جواز أخذ الأجرة إذا كانت قيمة الكفالة المصرفية مغطاة بالكامل من قبل العميل في حسابه المصرفي لدى البنك على اعتبار أن عمل البنك لا يعدو كونه وكالة عن العميل في تسديد ما قد يترتب في ذمته تجاه المستفيد، كما أنهم متفقون أيضاً على جواز أخذ الأجرة عن الجزء المغطى فقط من الكفالة تفريعاً على الحالة السابقة، والخلاف الدائر بين الفقهاء في هذه المسألة يكمن في مدى جواز أخذ العوض على الكفالة بصرف النظر عمّا ستؤول إليه العلاقة بين الكفيل ومكفوله؛ إذ لا يلزم من تقديم البنك خدمة الكفالة المصرفية لعميله دفع قيمتها عن العميل؛ إذ قد يضع العميل في حسابه لدى البنك كامل قيمة الكفالة – التي منحت له سابقاً – أو جزء منه قبل موعد استحقاقها، أو عند حلوله، وقد لا يُرسي العطاء من قبل المستفيد على العميل طالب الكفالة فلا يترتب بذمته شيء تجاهه[٥٠]، فالسؤال المطروح هنا هل يصح أخذ العوض عن مثل هذه الكفالات المصرفية أم لا؟ وبعبارة أخرى هل يصح أخذ عوض عن الكفالة عند عدم وجود رصيد لدى العميل يفي بالتزاماته المالية تجاه المستفيد بموجب الكفالة حالة طلبها، أو في حالة وجود رصيد لديه لا يغطي كامل قيمة الكفالة؟.

وقد اختلفت أنظار المذاهب الفقهية في حكم أخذ الأجرة على مجرد الكفالة إلى اتجاهين وسنعرض لآراء كل اتجاه منهما في مطلب مستقل على النحو الآتي:

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

المطلب الأول: القائلون بالمنع وأدلتهم.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٥١]، والمالكية[٥٢]، والشافعية[٥٣]، والحنابلة[٥٤]، وبعض المعاصرين كعمر بن عبد العزيز المترك، وعلي السالوس، وعبد الستار أبو غدة، والصديق محمد الأمين الضرير وحسن عبدالله الأمين[٥٥][٥٦]، **إلى** أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجرة على الكفالة بالمال، وأن الكفالة المجردة عن الدفع بشرط الجعل باطلة، وهو ما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٥) في دورته الثانية، حيث قرر أنه لا يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه، أما المصاريف الإدارية الفعلية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل[٥٧].

وقد استدلوا على رأيهم بما يأتي[٥٨]:

الدليل الأول: أن الكفالة في الأصل من عقود التبرع، واشتراط الجعل فيها على المكفول يخرجها من دائرة التبرعات إلى دائرة المعاوضات، جاء في البناية شرح الهداية أن: "الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع على المساهلة"[٥٩]، وهي عند الإمام مالك: "من وجه الصدقة"[٦٠].

ويرد عليه من جانبين:

الجانب الأول: أن القول بأن الكفالة محض تبرع أمر غير مسلّم به، وإنما يكون الضمان تبرعاً، حيث لا يثبت رجوع الكفيل على الأصيل، وأما إذا ثبت رجوع الكفيل على الأصيل فيصبح العقد معاوضة [٦١]؛ إذ من المقرر عند جمهور الفقهاء أنه إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه رجع عليه الضامن بما أدى، وكذا الحال إذا ضمنه بغير إذنه عند الجمهور خلافاً للحنفية الذين عدّوه في هذه الحال متبرعاً[٦٢]، وهو ما أشار إليه الرافعي بقوله: "إن القول بكون الضمان تبرعا إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع[٦٣]"، ويكون بذلك تبرع ابتداءً معاوضة انتهاءً.

والجانب الثاني: أنه مع التسليم بأن الكفالة في أصلها محض تبرع، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يمنح من يقوم بها أجراً معلوماً على عمله قياساً على عمل الوكيل[٦٤] والمستودع بالحفظ[٦٥][٦٦]؛ إذ إن هاذين العقدين لا يوجد ما يمنع أن يتقاضى من يقوم بهما أجرة على فعله إن اشترط ذلك في أصل التعاقد فيتحول بذلك من متبرع إلى أجير[٦٧]، وكذلك الحال في الكفالة.

الدليل الثاني: أن الكفالة هي محض التزام، لا يصلح المعاوضة عليه بالمال. قال العدوي: إن ضمان المال هو: "التزام دين لا يسقطه ممن هو عليه"[٦٨]؛ فالكفالة في طبيعتها عند هذا الفريق من العلماء عقد التزام من جانب واحد فيه معنى التبرع فلا يلزم إلا الكفيل، ولا لا يترتب عليه إلزام المكفول ولا المكفول له بشيء إلا حق المطالبة منه للكفيل[٦٩].

ويرد عليه: أن الحكمة من مشروعية الكفالة تكشف عن أن التزام الكفيل بدين مكفوله تجاه المكفول له يقوي المركز المالي للمكفول عنه، ويعزز من ثقة الجهات التي ينوي إبرام العقود معها به، ويضمن له الاستمرار في حرفته في ظل المنافسات المحتدمة بين التجار على الساحتين الوطنية والدولية[٧٠]، مما يؤكد أن محض الالتزام الذي يقدمه الكفيل للمكفول عنه يعد خدمة جليلة، ومنفعة محترمة مقصودة، ومصلحة مشروعة[٧١] تفوق بكثير بعض المنافع التي أجاز الفقهاء الاعتياض عنها في زمانهم[٧٢]؛ خاصة أن الكفالات في الواقع المعاصر وبالذات الكفالات المصرفية على اختلاف أنواعها تختلف عن الكفالات في الزمن الماضي بتحولها من الطابع الفردي إلى الطابع المؤسسي، حيث تتطلب إدارات متخصصة وكوادر فنية مؤهلة، كما أن حجم المخاطرة فيها يفوق بكثير تلك الكفالات الفردية التي كانت تتم بالزمن الماضي.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

وتأسيساً على ما سبق، واستناداً على تجويز بعض الفقهاء أخذ العوض على مجرد الالتزام لتحقيق مصالح لا تتعدى الجانب الشخصي(٧٣)؛ فالقول بأخذ العوض عن الالتزام الذي تتعدى منفعته الجوانب الشخصية إلى تحقيق المصالح العامة أولى بالجواز.

بل في ذلك رفع للحرج والضيق عن الناس امتثالاً لقوله ﷻ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[الحج: ٧٨]؛ ذلك أن العطاءات والصفقات التجارية التي يسعى التجار إلى الظفر بها إنما يتوقف قبولها على هذه الضمانات، ومما لا شك فيه أن هذه الأعمال يتوقف عليه الكثير من متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية؛ كاستيراد السلع والمواد الخام من البلاد الأجنبية، والقيام بتنفيذ مشاريع البنية التحتية كشق الطرق، وبناء الجسور، وبناء المنشآت العامة، وتعهد شبكات الاتصالات، والكهرباء، والمياه والصرف الصحي... وغيرها مما يقع في صلب تلك التعهدات(٧٤).

والقول بتحريم أخذ الأجرة من التجار على تلك الكفالات المالية الضخمة من قبل البنوك الإسلامية يؤدي إلى امتناعها عن تقديم تلك الخدمات المصرفية لهم، كما يفضي ذلك إلى لجوئهم إلى البنوك الربوية التي سوف تستحوذ على هذه الخدمات المصرفية الجليلة، مما يؤثر على القدرة التنافسية على الساحة المصرفية لصالح تلك البنوك(٧٥). كما ينعكس سلباً على حجم البنوك الإسلامية وفاعليتها(٧٦).

الدليل الثالث: أن الكفالة من أبواب المعروف والقرب التي لا تُفعل إلا لوجه الله تعالى(٧٧)، والشرع جعل القرب لا تفعل إلا لله تعالى بغير عوض، فكان أخذ الأجرة، والعوض عليها من السحت، وفي هذا يقول الحطّاب: "ولا خلاف في منع ضمان بجعل؛ لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت"(٧٨).

ويرد عليه: بأن هذا القول غير مسلّم فيه؛ وذلك لأنه ورد عن النبي ﷺ جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن الكريم(٧٩)، وهو معروف وقربة من القُرَب لله تعالى، وكذلك أجاز العلماء أخذ الأجرة على أداء الطاعات كتعليم القرآن الكريم، والأذان والإمامة وغيرها(٨٠)، وذهب العلماء إلى جواز أخذ الأجرة على تغسيل الميت وتكفينه، مع أنَّ الأصل في تغسيل الميت وتكفينه أنْ تكون قربة لله تعالى؛ فقد نصّ ابن عابدين على أن المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي قد أفتوا بجواز أخذ الأجرة على التعليم والآذان والإمامة خلافاً للمتقدمين منهم، ونصّ أيضاً في الموضع نفسه على إجماعهم على عدم جواز أخذ الأجرة على مزاولة القضاء(٨١). وعلل ذلك بقوله: "فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير في أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه؛ لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه"(٨٢).

ويتضح مما سبق، أن الاختلاف بين الفقهاء في منع أخذ الأجرة على أداء الطاعات والقربات وبعض الوظائف هو اختلاف زمان ومكان وليس اختلاف حجة وبرهان؛ إذ لا قائل اليوم يقول بعدم جواز أخذ الأجرة على مزاولة القضاء، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال(٨٣). وقد أوضح العلماء أن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة؛ لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس، وبناء على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام المترتبة عليهما(٨٤).

ومما يؤكد هذا أن حجج الأوقاف تزخر بشروط الواقفين التي تنص على تخصيص أرزاق وجريات للقائمين على شؤون

Published by Arab Journals Platform, 2020

الوقف من أئمة، ومؤذنين، ومدرسين، ومقرئيين وحفظة لكتاب الله تعالى... وغيرهم من ريع الأوقاف وكانت تلك الحجج تنظم بموافقة العلماء من قضاة الشرع الشريف على اختلاف مذاهبهم، ولم أعثر على من تحفّظ على مثل هذه الشروط(٨٥).

فلا ينكر أن العديد من التصرفات والوظائف التي كانت تجري وفق مبادرات الإحسان والتبرع قد أصبحت بفعل تبدل حاجات الناس وتغير أعرافهم الحياتية تقدم لمن يطلبها مقابل أجرة عليها؛ كالوكالة فيبدو أن العرف فيها كان يجرى على اعتبارها عقد تبرع، ثم لما تطورت أعراف الناس تجاريا بدأت تدخل الوكالة بأجر شيئا فشيئا حتى أضحت اليوم أمرًا عاديًا وأن الوكالة بأجر صارت هي الأصل، وهو العرف نفسه الذي لم يكن الناس يسوغون به أخذ الأجر على تعليم القرآن الكريم وعلوم الشريعة، فلما انقطع الناس لذلك وأصبحت لهم مهنة أجازوه دون أدنى حرج(٨٦).

ولا شك أننا أمام مسألة تبدلت حاجة الناس إليها وأصبحت من حاجاتهم الملحّة وتتوقف عليها مصالحهم العامة التي لا يشبعها ذلك التصرف الفردي القائم على التبرع والإحسان بلا مقابل(٨٧).

ومن هنا، ولما كان عقد الكفالة في الزمن الماضي يتم في إطار التعاقد الشخصي بين الكفيل والمكفول عنه في ظل حياة بسيطة وحاجات فردية محدودة ومداينات بسيطة، وتحكم تلك العلاقة دوافع القربى والإحسان؛ فلا ينكر – وقد تغيرت موجبات ذلك العقد وأصبح يتم في ظل حياة امتلئت جوانبها بالتطور والتعقيد وانحسار التعامل الفردي فيها لصالح التعامل المؤسسي وأصبحت الحاجات المرتبطة به تفضي إلى خدمات جليلة تتعدى آثارها الجوانب الشخصية، لتصل إلى المصالح العامة للمجتمع، وتتولى تنظيمه مؤسسات متخصصة، ويقوم على تنفيذ بنوده كوادر مدربة مؤهلة أن تتقاضى تلك المؤسسات أجرة على تقديمها هذه الخدمات لمن يطلبها(٨٨).

الدليل الرابع: قياس أخذ الأجر على الكفالة على دفع المال رشوة بجامع أن كلاهما أخذ للمال دون بذل جهد وعمل معتبر؛ فيكون من باب أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه، لقول تعالى: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾[البقرة: ١٨٨]. جاء في المبسوط ما نصّه: " ولو كفل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جعلا فالجعل باطل هكذا روي عن إبراهيم –رحمه الله–، وهذا لأنه رشوة والرشوة حرام، فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته" (٨٩).

والرد عليه: أن مقصود الرشوة كما نصّ عليه البركتي: "ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل"(٩٠) وهي كل أخذ للمال فيه استغلال للمنصب والجاه(٩١)، ومما لا شك فيه أن هذا المعنى ليس موجوداً ولا مقصوداً في الكفالة؛ فالمكفول لا يبتغي من وراء دفع الأجرة إبطال حق أو إحقاق باطل فلا علة جامعة بينهما حتى يستقيم القياس، هذا فضلاً عن أن مجرد التزام الكفيل بدين المكفول عنه فيه تعزيز لمكانته التجارية وملاءته المالية مما يُعد منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة لا تتقاطع أبداً مع عمل المرتشي الذي يستغل منصبه لهظم الناس حقوقهم وإبطال مصالحهم؛ إذ إن عمل الكفيل مشروع ومندوباً، وعمل المرتشي حرام(٩٢).

الدليل الخامس: أن الكفالة بشرط الأجر لا تنفك عن الربا؛ إذ من المعلوم أن الكفيل يضمن حق الدائن فيدفعه له عند إعسار المدين أو مماطلته، فإذا أدى الدين عنه رجع عليه بما أدى وبهذه الحالة يكون الكفيل مقرض والمكفول عنه مستقرض، وتكييّف العلاقة بينهما حينئذ بعلاقة دائن بمدين، فإذا ما استوفى الكفيل شيئاً زائداً عن ما أداه عن المكفول عنه –وهو الأجرة على الكفالة– يكون قد استوفى شيئاً زائداً على دينه فيكون قرضاً جر منفعة(٩٣) وهو أحد أنواع الربا كما جاء

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

بنص الحديث الذي يرويه علي ﷺ قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»(٩٤).

قال ابن عابدين معللاً المنع بقوله: "أما الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل؛ لأنه ربا(٩٥). وإن لم يغرم كان ما أخذه من المال دون وجه حق أكلا بالباطل(٩٦).

ويرد عليه: بأنَّ الجعل في الضمان، هو عوض عن محض الالتزام بالدَّيْن، سواء أداه الكفيل فيما بعد أم لا؛ إذ ليس بالضرورة أن تتمحض الكفالة إلى قرض؛ فقد يوفي المكفول دينه إلى الدائن مباشرة، أو قد يعطي المكفول الكفيل ما يسدد دينه عنه، وقد تنتهي العلاقة بين أطراف الكفالة دون أي التزام مالي.

وأخذ العوض عن الكفالة يكون مشروطاً عند انعقادها غير ملتفت إلى مستقبل هذه الكفالة من ناحية قيام الكفيل بسداد الدين عن المكفول عنه أولا؛ إذ إنه لا يلزم من اصدار الكفالة من قبل البنك أن يقوم البنك بدفع أي مبلغ عن العميل المكفول، وقد تنتهي العلاقة بينهما بمجرد إصدار الكفالة وذلك في حالة عدم رسو العطاء من قبل الجهة طالبة الكفالة على العميل وهو ما أشرنا إليه عند تحرير محل النزاع بين الفقهاء في هذه المسألة، ويكون محط نظر العاقدين –في استحقاق الكفيل للأجر– ساعة انعقاد الكفالة إلى ناحية التزامه وضمانه للمكفول عنه تجاه المكفول له وذلك بتقوية مركزه المالي، وتعزيز موقفه التجاري، وتمكينه من منافسة غيره من المقاولين والتجار في اقتناص الفرص الاستثمارية من السوق.

وأما ما قد تؤول إليه هذه العلاقة التعاقدية مستقبلاً بين البنك والمكفول من توكيل بالدفع، أو استقراض فهي علاقة جديدة لا شأن لها بما تم سابقاً بينهما البتة؛ ونستطيع القول هنا: إن الكفالة إذا تمحضت عن وكالة بالدفع – حالة وجود غطاء كامل بقيمتها من قبل المكفول لدى البنك– فإن الوكيل يستحق الأجر على توكيله إذا اشترط ذلك، مع ملاحظة أن الأجرة هنا غير تلك التي استوفاها الكفيل البنك عن مجرد التزامه في علاقته السابقة مع المكفول، ولكنها إذا تمحضت عن علاقة استقراض أو مداينة – حالة وجود غطاء جزئي لها أو عدم ذلك – بين المكفول والبنك فلا يستحق أي أجرة أخرى عليها – غير تلك التي استوفاها سابقاً نظير مجرد التزامه–؛ لأننا نكون أمام قرض جر منفعة وهو عين الربا، وهو ما يشير إلى أن أحكام الكفالة المقررة عند الفقهاء هي الحاكمة على صيرورة العلاقة وضبط الحقوق المتبادلة بين البنك الكفيل والعميل المكفول؛ إذ إن البنك إذا أدى عن العميل قيمة الكفالة أو جزء منها فإنه يرجع بما أدى فقط ولا يستحق على ذلك أي عائد مقابل أدائه.

<u>الدليل الخامس:</u> الإجماع لما قاله ابن المنذر: " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة(٩٧) بجعل يأخذه الحميل، لا تحل، ولا تجوز(٩٨)".

ويرد عليه: أن دعوى الإجماع غير مسلّم بها لما نقل عن إسحق بن راهويه من القول بجواز أخذ الأجرة على الكفالة(٩٩)، كما يرد عليه ما نصّ عليه ابن المنذر تعقيباً على هذه المسألة فقال: " واختلفوا في ثبوت الضمان على هذا الشرط"(١٠٠). فوقوع الاختلاف بينهم دليل على رد دعوى الإجماع.

ويجاب عن ذلك: أن ما نقل عن ابن المنذر ليس بظاهر على المراد؛ إذ يفهم منه: أن يعطي المضمون أجرة للكفيل عن طبيب نفس منه، دون اشتراط مسبق بينهما على ذلك(١٠١).

ويردّ على ذلك: أنه ليس ثمّة دليل لحمل كلام إسحق على هذا المعنى وقصره عليه، بله المراد جواز أخذ الأجرة على الضمان إذا كان ذلك بشرط؛ إذ إن كلامه جاء بمعرض الرد على ما ذهب إليه الإمام أحمد في منع ذلك(١٠٢).

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

الدليل السادس: القياس؛ حيث قاس هذا الفريق من العلماء الكفالة على القرض بجامع أن كلاً منهما يقوم على قبض المال امتلاكاً على أساس الإيفاء برد مثله عوضاً عنه[١٠٣]، فأخذ الأجرة على الكفالة كأخذ الأجرة على القرض كلاهما محرّم؛ لأننا نكون أمام قرض جر منفعة وهو ربا محرم. قال ابن عابدين معللاً المنع بقوله: " أما الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل؛ لأنه ربا[١٠٤].

ويرد عليه: أن هناك فرقاً جوهرياً بين عقديّ القرض والكفالة؛ فالقرض من عقود التمليك، وينتقل المال بموجبه حالاً[١٠٥] من ذمة الدائن إلى ذمة المدين ويكون ضامناً له، بينما عقد الكفالة يعد من عقود التوثيق[١٠٦]، ولا يمنح الكفيل ابتداءً أي مبلغ من المال للمكفول عنه؛ مما يعني أن غاية كل واحد من العقدين مختلفة عن الآخر، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، ليس بالضرورة أن تؤول علاقة الالتزام بين الكفيل والمكفول عنه في الكفالة إلى علاقة دائنية واستقراض؛ إذ قد يفي المكفول عنه بالتزاماته تجاه الدائن أو صاحب الحق دون أي تدخل من الكفيل، ودون أن يقدّم أيّ دفعات مالية يسددها عن المكفول عنه؛ إذ إن الأصل في عقود الاستيثاق توقع وفاء المضمون وأن الاستثناء هو تنفيذ الالتزام والحكم يبنى على الغالب لا على الاستثناء[١٠٧].

ولا يمكن قياس الكفالة المجردة على القرض والقول بحرمة أخذ الأجرة عليها بسبب ذلك؛ لأننا في حالة القرض أمام مبادلة تامّة بين نقد وجنسه وأخذ زيادة عليه وهو ما يفضي إلى الربا، أما في حالة أخذ الأجرة على الكفالة المجردة فنحن أمام مبادلة مجرد الالتزام بالنقد وهو لا يفضي إلى الربا.

ومن ناحية ثالثة، إذا آلت العلاقة بينهما لاحقاً إلى علاقة دائن بمدين، فلا وجه للقول بجواز أخذ الأجرة على قيام الكفيل بدفع الدين عن المكفول؛ لأننا عندها نكون أمام قرض جر منفعة، وهو ربا محرم فلا يرجع الكفيل على المكفول إلا بما أدى عنه فقط كما أشرنا سابقاً.

المطلب الثاني: القائلون بالجواز وأدلتهم.

ذهب إسحاق بن راهويه [١٠٨]، إلى القول بجواز أخذ الأجرة على الكفالة المجردة، جاء في مسائل الإمام أحمد ابن حنبل وإسحاق بن راهويه ما نصّه: "قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم: الكفالة جائزة ويرد إليه ألف درهم... قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئًا بحق، وقال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن"[١٠٩]. ووافقه من المعاصرين محمد باقر الصدر[١١٠] وزكريا البري[١١١]، وأحمد علي عبدالله[١١٢]، والتسخيري[١١٣] واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

الدليل الأول: أن الأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة حتى يرد دليل التحريم؛ لما فيها من تحقيق مصالح الناس بإشباع حاجاتهم ومتطلبات حياتهم[١١٤]، ولما تقتضيه من انسياب الأموال بينهم من أجل ذلك[١١٥]، والمباح إذا أوجبه الشخص على نفسه لغيره، صار واجباً عليه، لتعلق حق الغير به[١١٦]، ولم يثبت بما ورد من نصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ما يمنع من اشتراط أخذ الأجر على الكفالة، فضلاً عن أن مجرد الالتزام المترتب على الكفالة هو محل محترم يعزز من مكانة العميل المكفول ويحقق له مصالحه الاستثمارية، فكان حريّاً أن يستحق الأجر على هذا العمل.

ويردّ عليه: بأنه لو نظرنا إلى الأحكام بهذا الاعتبار لكان المقرِض أولى بالأجر من الكفيل؛ لأن المقرِض لما يقرضه من المال فعلا يكون قد عزز من التزامات المقترض أكثر مما يقدّمه الكفيل للمكفول عنه؛ لأن الكفيل قد أبدى الاستعداد فقط، بينما المقرض باشر بالفعل[١١٧].

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

ويجاب عنه: أن الأجرة التي يتقاضاها الكفيل مقابل كفالته هي بسبب مجرد الضمان الذي هو محض التزام، لا يقدم الملتزم فيه مالاً للمضمون عنه، بينما أخذ الأجرة على المداينة والاستقراض بالرغم من أنها تعزز من مكانة المدين المالية إلا أنها تنطوي على محذور الربا بدلالة النصوص من القرآن الكريم والسنة المطهرة، فضلاً عن أنها تتعارض مع مقاصد التشريع من تحريمه وبخاصة ما يرتبط منها في وظائف النقد وجعله مقياساً منضبطاً لقيم الأشياء(١١٨)، فالحال بين المسألتين مختلف وجوازه في الأولى لايعني ولا يفضي إلى جوازه في الثانية.

الدليل الثاني: القياس على جواز أخذ الأجرة على الجاه كما قرّره بعض الفقهاء؛ فقد ذهب فقهاء الشافعية، والحنابلة، إلى جواز أخذ الأجر على الجاه مطلقاً: " فقد أفتى الإمام النووي فيمن حُبس ظلما فبذل مالاً لمن يتكلم في خلاصه بجاهه بأنها جعالة مباحة، وأخذ عوضها حلال"(١١٩).

وأما المالكية فحكم أخذ الأجرة على الجاه عندهم يدور بين المنع، والكراهة، والجواز بشرط أن يتكلف الوجيه نفقة في مهمته(١٢٠).

ويتضح مما تقدم، أن بعض الفقهاء – ممن منعوا أخذ الأجرة على الضمان– قد جوزوا أخذ الأجرة على الجاه مع أنهما صنوان؛ فقد استدل المجيزون بجواز أخذ الأجر على الضمان على جواز أخذها مقابل الجاه، وهذا القياس صحيح؛ فالجاه والضمان يتمخضان عن معنى واحد؛ فصاحب الجاه تقبل وساطته وتحترم شفاعته بين الناس لما يتحلى به من سمعة طيبة ومكانة محترمة بينهم، والضامن أو الكفيل كذلك لا تقبل كفالته إلا بما يتمتع به من سمعة حسنة بين الناس بسبب وفائه بالتزاماته وما يتعهد لهم به من حقوق لهم تجاه الآخرين؛ فالجاه والضمان إذن بمعنى واحد(١٢١)، ولا يوجد هنا مسوّغ لاعتبار أجرة الجاه وإهدار أجرة الضمان لما يترتب عليه من منافع مقصودة ومصالح مشروعة للمضمون عنه(١٢٢).

ويجاب عنه: أن هناك فرقاً بين الجاه والضمان، فالأول: لا يؤول إلى قرض؛ لأن صاحب الجاه لا يغرم، بخلاف الضامن: فهو معرض للغرامة(١٢٣).

ويرد عليه: أن جواز أخذ الأجرة على الضمان المجرد عن الدفع منحصر بذات الضمان وبمحض التزام الضامن بصرف النظر عن ما قد يؤول إليه من غرامة قد تلحق البنك الكفيل؛ إذ لا يرجع على المكفول عنه إلا بما أدى عنه فعلا، فهو والحالة هذه شبيه الجاه ويأخذ حكمه.

والجاه هنا بالنسبة للبنوك وما تقدّمه من خدمات للعملاء يكمن في السمعة المالية التي تتمتع بها هذه البنوك؛ نظراً إلى أرصدتها الضخمة ومقدرتها على سداد الديون، والتي يعتمد عليها العملاء للدخول في مثل هذه المناقصات والمشاريع الضخمة؛ فالبنوك حين إصدار خطاب الضمان، أو الاعتماد المستندي لا تدفع –ابتداءً– شيئاً للمكفول عنه، وهي كذلك لا تقرض العميل نقداً، وبالتالي فهي لا تتقاضى هذا الأجر على قيمة الضمان وإنما نظير الاستفادة من ثقلها المالي وسمعتها التجارية في قدرتها على تغطية مثل هذه الخِدْمات.

ويرد عليه: أن فقهاء المالكية لم يجوزوا أخذ الأجرة على الجاه إلا إذا تكلف الوجيه نفقات بسبب وجاهته فيما يسعى إلى تحقيقه لصالح من يطلبها، ولعل هذا الفريق من العلماء بنوا رأيهم على أن الجاه من القرب التي لا يجوز أخذ الأجرة عليها(١٢٤)، وهذا ما أجبنا عنه في المبحث السابق.

الدليل الرابع: إعمالاً للقاعدة الفقهية الخراج بالضمان(١٢٥).

ويقصد بالخراج: كل ما خرج من الشيء من غلات ومنتجات، فخراج الحيوان دره ونسله، وخراج الشجر ثمره، ويقصد

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

بالضمان: المؤونة والنفقات التي ينفق منها على إطعام الحيوان أو العناية بالزرع[١٢٦]، والباء في بالضمان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج مستحق بالضمان أي: بسببه[١٢٧]، أي: بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه[١٢٨]، وعليه: فإن الضامن له أن يربح؛ لأنه إذا لم يقوم بتأدية ما عليه للمضمون، فإنه يُغرم[١٢٩].

ويرد عليه: بأن الاستدلال بهذه القاعدة على جواز أخذ الأجرة على الضمان استدلال في غير محله؛ لأن موضوع القاعدة يرد على العقود التي يكون فيها الضمان تبعاً للعقد لا أصلاً مستقلاً لوحده؛ فرسول الله ﷺ إنما قضى في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه، وإذا تلف يتلف على ملكه[١٣٠]؛ كضمان المشتري للسلعة بعد قبضها فخراجها له وتبعة هلاكها عليه؛ فالضمان هنا تابع لعقد البيع، وليس مقصوداً بذاته، وقد يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً[١٣١].

الدليل الخامس: القياس على شركة الوجوه؛ فقد أجاز فهاء الحنفية[١٣٢] والحنابلة[١٣٣] والشيعة الزيدية[١٣٤] هذا النوع من الشركات، وصورتها: أن يشترك اثنان فأكثر دون رأس مال، على أن يشتريا نسيئاً ويبيعا نقداً، وما ربحا فهو بينهما على ما شرطاه، فيشتريان ويبيعان بذلك، ويقتسمان ما يحصل لهما من ربح[١٣٥]. وقد نصّ الفقهاء أن سبب استحقاق الربح في شركة الوجوه هو الضمان، جاء في مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٤٠٠) ما نصّه: "استحقاق الربح في شركة الوجوه إنما هو بالضمان"[١٣٦].

فقال العلماء ممن استدلوا بهذا الدليل على جواز أخذ الأجرة على الكفالة: أن استحقاق الربح في شركة الوجوه كان لمجرد الضمان – الذي هو مجرد التزام مال في الذمة دون بذل مال أو عمل[١٣٧]، وبهذه الثقة والوجاهة للشركاء عند الناس استحق كل منهم نصيبه من الأرباح[١٣٨].

ويرد عليه: أننا هنا بصدد تجويز الأجر وليس الربح والفرق بينهما بيّن[١٣٩]، ثم من الواضح أن عمل الشريكين في شركة الوجوه قد تعدى من مجرد الضمان إلى شراء البضاعة وتملكها ثم بيعها بربح، وسبب استحقاق الربح في هذه الشركة كما نصّ عليه الفقهاء هو الضمان أي: ضمان ثمن المال المشترى على نسبة حصص الشركاء فيه، وعلى هذا تكون حصة كل واحد منهم بقدر حصته في المال المشترى[١٤٠]، أي: أن استحقاق الربح في شركة الوجوه كان بسبب تملك البضاعة ودخولها في ضمانة الشركاء وليس بضمان كل شريك لصاحبه، وعليه فإن الاستدلال هنا في غير محله وقد أشرنا سابقاً أن الضمان الذي يستحق بمقتضى القاعدة الفقهية: "الخراج بالضمان" إنما يكون في العقود التي يكون فيها الضمان تبعاً لا مستقلاً كما هو الحال في شركة الوجوه محل استدلالهم.

الدليل السادس: ما ثبت عند بعض الفقهاء – ممن منعوا دفع أجرة على الضمان – أنهم أجازوا للدائن دفع أجرة على الضمان للمدين إذا جاءه بمن يكفل له الدين؛ فقد نصّ خليل على فساد الكفالة إذا كانت بجعل من غير رب الدين للمدين[١٤١]، وقال الحطّاب في معرض شرحه لما نصّ عليه خليل: "إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئا على أن يعطي حميلا فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب، وغيرهم، وعن أشهب في العتبية أنه لا يصح وعنه أيضا أنه كرهه، وقال اللخمي: وغيره الجواز أبين"[١٤٢]. وقال في موطن آخر: "ولو دفع الطالب للغريم شيئا ليأتيه بحميل جاز على الأصح"[١٤٣].

ويتضح مما سبق، أن هذا الفريق من الفقهاء قد أجازوا للمدين أخذ أجرة على إتيانه بكفيل يكفل دينه أمام دائنه؛ مما يعني إقرارهم بأن الكفالة بحد ذاتها لما تتضمنه من محض التزام بالدين تستوجب الأجر لما فيها من توثيق للدين، وتعزيز من مكانة المدين أمام الدائن بالرغم من إقرارهم أنها من عقود التبرع والقربى.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

ولكنهم أجازوا دفعها من الدائن للمدين لا للكفيل وإلا كانت فاسدة[١٤٤]، مع أن المدين ليس هو من قدّم خدمة الضمان للدائن بل الكفيل، والدائن إنما استفاد من عمل الكفيل بضمانه للدين لا من عمل المكفول عنه[١٤٥].

ويرد عليه: أن دفع الأجرة من المكفول عنه إلى الكفيل تنطوي على قرض جر منفعة وهو ربا، بينما دفع أجرة من الدائن المكفول له إلى المدين المكفول عنه لا تنطوي على هذه الشبهة، بل تخرّج قياساً على أنه يحق للدائن أن يضع شيئاً من الدين عن المدين[١٤٦]. لكنهم والحالة هذه لم ينفوا استحقاق الكفالة أجراً عليها بوصفها تتضمن منفعة متقومه ومقصودة –مع إقرارهم بأنها من التبرعات بصرف النظر لمن يُدفع هذا الأجر، كما أن المسألة محل البحث في الكفالة المجردة عن الدفع بصرف النظر عن ما ستؤول إليه العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه مستقبلاً.

الدليل السادس: المصلحة، فمما لاشك فيه أن هناك مصالح عامة وخاصة تتحقق من وراء دفع الأجرة على الضمان المجرد خاصة في معاملات المصارف الإسلامية؛ فهي من ناحية تمّكن هذه المصارف من جذب المزيد من العملاء واستقطابهم من السوق، فتزيد بذلك من حجم تعاملاتها مما ينعكس إيجاباً على حسن أدائها وتحقق أرباحها[١٤٧]، ومن ناحية أخرى تحفظ العديد من المصالح العامة للمجتمع، وذلك من خلال التأكد من مدى جدية المتعهدين في المقاولات العامة من وفائهم بالتزاماتهم وحسن تنفيذهم لها وفق ما نصت عليه الاتفاقيات المبرمة معهم وبحسب ما تنصّ عليه بنود العطاءات التي رست عليهم، خاصة أن أغلب الجهات التي تطلب الكفالات المصرفية تنتمي إلى القطاع العام الحكومي، وتبغي من وراء ذلك إقامة المشاريع الحيوية للمجتمع كمشاريع البنية التحتية كتعبيد الطرق وبناء المدارس والجامعات ومد شبكات المياه والصرف الصحي وغير ذلك.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن دفع الأجرة على الضمان المجرّد يسهم في تفعيل التجارة الدولية وتوفير السلع الأجنبية التي تحتاجها الأسواق المحلية في بعض البلدان، كالمعدات والآليات والأدوية وغيرها، مما يفيد منه المستهلكون ويعزز من الطلب الكلي في الاقتصاد الوطني، فضلاً عن أنه يحقق مصلحة جليلة للمقاولين والتجار ويقوي من قدراتهم التنافسية أمام زملائهم في الساحة التجارية والاستثمارية.

ويرد عليه: أنه مع التسليم بأن أخذ الأجرة على الضمان المجرّد يحقق هاتيك المصالح العامة والخاصة إلا أن المصلحة تكون محل اعتبار مالم تكن إثماً[١٤٨]، وحيث إن دفع الأجرة على الضمان تنطوي على العديد من المخالفات الشرعية المدعمّة بالأدلة فلا يصح عَدّ مثل هذه المصلحة.

ويجاب عنه: أن الأدلة التي ساقها القائلون بمنع جواز دفع الأجرة على الضمان المجرّد قد تمّ الرد عليها واحداً تلو الآخر، فلم يعد الإثم وارداً على هذا التصرف، وبناءً عليه فإن المصلحة تُعد دليلاً على جواز أخذ الأجرة على الضمان المجرد.

المطلب الثالث: الترجيح.

بعد النظر في أقوال الفقهاء، ومناقشة الأدلة التي استدلوا بها، فقد بدا لي أن الراجح في المسألة –والله تعالى أعلم– القول بجواز أخذ الأجرة على الكفالة المجردة عن الدفع ومستندي في الترجيح الأمور الآتية:

أولاً: أن الأصل في حكم العقود الإباحة، ومعلوم أن حكم الأصل يستصحب ما لم يأتِ دليلٌ بخلافه، وهنا لم يثبت دليل بخلاف الأصل، ولذا فإن اتفاق الكفيل مع أحد أطراف الكفالة على أخذ أجر مقابل كفالته المجردة، ما هو إلا نوع من

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

العقود فكان جائزًا حتى يثبت دليل المنع.

ثانياً: أنّ العديد من أنواع التعاون وتحصيل المنافع مثل: تعليم القرآن الكريم، وتعليم الحِرف والصناعات، يجوز أخذ الأجر عليها من غير نزاع، بل يجوز أن يأخذ المسلم مالاً ليحج عن ميت أو حي عاجز عن مباشرة الحج بنفسه، وبناء عليه: يجوز أن يأخذ الكفيل أجراً، على كفالته إذ لا فرق، ما دام يحقق مصلحة للمسلمين.

ثالثاً: أنَّ القول بأخذ زيادة على مقدار القرض باسم الجعل على الكفالة، يُعد ربا، غير مسلّم به؛ وذلك لأن الجُعل في الضمان، هو عوض عن محض الالتزام بالدَّيْن، سواء أداه الكفيل فيما بعد أم لا ، وليس هذا من قبيل الربا.

رابعاً: أن مجرد الالتزام بالدين يحقق مصلحة مشروعة للكفيل والمكفول كسائر المنافع التي يجوز أخذ الأجرة عليها؛ وذلك لأنّ محض الالتزام في الكفالة منفعة مقصودة، ومصلحة مشروعة مشابهة للمنافع التي تبذل في الوكالة والعارية والوديعة، وقد أجاز الفقهاء جواز مبادلة المنافع المقصودة من هذه العقود، فكذا الحال في الكفالة المجردة.

خامساً: لقد أصبحت الكفالة اليوم عنصراً مهماً من عناصر التجارة المعاصرة، وهي تشغل حيزاً كبيراً بين الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها مع ما يتطلبه ذلك من نفقات لإنجازها ومتابعة أمورها، فلم تعد الكفالة عقد تبرع محض ينحصر في دائرة المصالح الشخصية والضيقة، بل أصبحت معاملة مالية يحتاج إليها التجار، ولا سيما في التجارات الدولية، وليس من الميسور الحصول على المتبرعين دائماً؛ لما في ذلك من المخاطرة بالمال والوقت، فينبغي أخذ الأجر عليها.

الخاتمة.

بعد الانتهاء –بعون الله وكرمه– من إعداد هذا البحث، أعرض فيما يأتي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

النتائج.

١- الكفالة المصرفية المجردة عن الدفع هي: ضم ذمة المصرف الكفيل إلى ذمة عميله المكفول في ضمان الوفاء بالالتزام المترتب عليه، بصرف النظر عمّا ستؤول إليه العلاقة بينهما لاحقاً.

٢- التكييف الفقهي للكفالة المصرفية المجردة عن الدفع يكشف بوضوح أنها كفالة بالمعنى الذي رسمه جمهور الفقهاء للكفالة تأخذ أحكامها ويترتب عليها آثارها.

٣- بنى جمهور الفقهاء جل اجتهاداتهم في مسألة أخذ الأجرة على الكفالة بالنظر إلى ما قد تؤول العلاقة فيها بين الكفيل والمكفول إلى علاقة دائن بمدين، ورتبوا على ذلك منع أخذ الأجرة عليها.

٤- بعد النظر في أقوال الفقهاء الذين تصدوا لبيان حكم أخذ الأجرة على الكفالة –عموماً– سواء القائلين بمنع ذلك، أو المجيزين له، ومناقشة أدلتهم ومحاكمتها لما ورد عليها من انتقادات وردود، تبين لي رجحان الرأي القائل بجواز أخذ الأجرة على الكفالة المصرفية المجردة عن الدفع.

التوصيات.

- أن تتبنى المصارف الإسلامية جواز أخذ الأجرة على الكفالات المصرفية المجردة عن الدفع التي تقدمها للمتعاملين معها بعد عرض ما جاء في الدراسة على هيئات الرقابة الشرعية والأجهزة المختصة لديها لوضع آليّة لتطبيق ذلك بعيداً عن المحاذير الشرعية والمعيقات التنفيذية.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

الهوامش.

(١) إقبال، منور، وزميليه، **التحديات التي تواجه العمل المصرفي الإسلامي**، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، (ط٢)، ٢٠٠١م، ص٦١-٦٢، ٧٠- ٧١. ٨٧.

(٢) المغربي، عبد الحميد عبد الفتاح، **الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية**، منشورات: البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، (ط١)، ٢٠٠٤م، ص٣٧٩. وعبدو، عيشوش، **تسويق الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية – دراسة حالة** –، رسالة ماجستير، إشراف: محمد الصغير جيطلي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ٧٠ وما بعدها. نسخة PDF محفوظة على الصفحة الإلكترونية http://iefpedia.com.

(٣) حمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، مكتبة دار التراث، القاهرة، ١٩٩١م، ٢م، ص٢٩٤. والجنابي، هيل عجمي، **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، دار المسار، المفرق، الأردن، (ط١)، ٢٠٠٥م، ص١٩٩.

(٤) خان، طارق الله، وزميله، **إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية**، منشورات: البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، (ط١)، ٢٠٠٣م، ص١٥٢.

(٥) تضمن معيار بازل ٢ ثلاثة أسس هي: ١- متطلبات دنيا لرأس المال. ٢- مراجعة السلطات الرقابية. ٣- انضباط السوق أو الشفافية. لمزيد من التفصيل: إقبال، منور، وزميليه، **التحديات التي تواجه العمل المصرفي الإسلامي**، ص٢٦ وما بعدها. وعبادة، إبراهيم عبد الحليم، **مؤشرات الأداء في البنوك الإسلامية**، دار النفائس، عمان، (ط١)، ٢٠٠٨م، ص١٢١ وما بعدها.

(٦) السرطاوي، محمود علي، **الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية**، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، (ط١)، ٢٠١٥م، ص١٦٩ وما بعدها. وحمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص٣٠٨. والزحيلي، وهبة، **خطاب الضمان**، بحث مقدم إلى: مؤتمر المستجدات الفقهية، المركز الثقافي الإسلامي، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥م، ص٢٠. والغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، دار ومكتبة ابن حمودة، دار ومكتبة الشعب، زليتن – ليبيا، (ط٤)، ٢٠١٠م، ج٤، ص١١٧. وخان، طارق الله، وزميله، **إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية**، ص١٥٢.

(٧) خان، طارق الله، وزميله، **إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية**، ص١٨٧ وما بعدها.

(٨) بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز: "الاقتصاد الإسلامي"، **مجلة جامعة الملك عبد العزيز**، م٩، ١٩٩٧م، ص١٥٩-١٦٣.

(٩) منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٩، ١٩٩٧م، ص ص١٥٩-١٦٣.

(١٠) بحث منشور على الصفحة الإلكترونية: http: //www.almoslim.net/node/211386

(١١) بحث منشور في: **مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي**، الدورة الثانية، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص١١٣١ وما بعدها.

(١٢) ابن فارس، أحمد، (ت ٣٩٥هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط)، ١٩٧٩م، ج٥، ص١٨٧.

(١٣) وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والمرجوح عند الحنفية.الدسوقي، محمد بن أحمد ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج٣، ص٣٢٥. والشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م،

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

ج٢، ص١٩٢. وابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (ت ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير**، مكتبة القاهرة، مصر، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ج٥، ص٥٤. والمرتضى، أحمد بن يحيى، (ت ٨٤٠هـ)، **كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، (ط٢)،١٩٤٧م، ص٧٥. والكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ج٦، ص١٠.

(١٤) وهو المشهور عند الحنفية، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الكفالة هي: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة فقط. البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، (ت ٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، (د.ط) وب(د.ت)، ج٧، ص١٦٣. وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني؛ فقد نصت المادة (٩٥٠) منه على أن الكفالة هي: "ضم ذمة إلى ذمة بتنفيذ التزام".

(١٥) وهو ما ذهب إليه الظاهرية، والإمامية، ونقله ابن حزام عن أبي ثور، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الكفالة هي: انتقال للحق من ذمة المكفول إلى ذمة الكفيل شريطة أن لا يكون للمكفول دين على الكفيل. والواقع أن أصحاب هذا الاتجاه لم يفرقوا بين الكفالة والحوالة الا من هذه الناحية فقط؛ فإذا كان للمكفول دين على الكفيل كان العقد حوالة وفي هذا الصدد يقول ابن حزم ما نصه: "عن الحسن، ومحمد بن سيرين، قالا جميعا: الكفالة، والحوالة سواء – وقد ذكرنا برهان ذلك من السنة". ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، وب(د.ت)، ج٦، ص٣٩٦. ص٤٠٠. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، (ت ٣١٩هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة – الإمارات العربية المتحدة، (ط١)، ٢٠٠٤م، ج٦، ص٢٢٨. والطوسي، محمد بن الحسن، (ت٤٦٠هـ)، **كتاب الخلاف**، مؤسسة النشر الإسلامي، (د.ط)،١٤١١هـ، ص٣١٤. وقد علق التهانوي على فهم ابن حزم فقال: " وأغرب ابن حزم في المحلى حيث حمل قول الحسن وابن سيرين أن الكفالة والحوالة سواء على انتقال الدين من ذمة المديون إلى ذمة الضامن في الكفالة، فعكس الأمر، وهكذا اجتهاد أهل الظاهر يحتجون بالمجمل، ويأولونه على آرائهم، وإنما أرادا أن الحوالة لا تنقل الحق كالكفالة، كما قاله زفر وهو أعرف بمذهب الحسن وابن سيرين من ابن حزم وأمثاله؛ لكونه بلديهما وقد أدرك أصحابها". التهانوي، ظفر أحمد العثماني، **إعلاء السنن**، على ضوء ما أفاده: أشرف علي التهانوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، (ط١)، ١٤١٧هـ، ج١٤، ص٥٠٧.

(١٦) الواقع أن الخلاف شكلي بينهما ولا يترتب عليه أثر عملي؛ إذ إن القائلين بثبوت حق مطالبة المكفول له بالدين لا يعنون بذلك أنه أصبح له دينان؛ فليس له حق سوى دينه الذي في ذمة الأصيل فإذا ما استوفاه من أي من الكفيل أو الأصيل لا يحق له مطالبة الآخر منهما بذلك الدين. فيض الله، محمد فوزي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، مكتبة دار التراث، الكويت، (ط٢)، ١٩٨٦م، ص٣١ وما بعدها.

(١٧) الالتزام هو: رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معين للآخر، ويكتسي هذا الأداء، وهو موضوع الالتزام، طابعاً مالياً يتميز به الالتزام المدني عن غيره من الالتزامات القانونية ويعتبر معه من حقوق الذمة المالية على خلاف غيره من الواجبات والحقوق العامة كالتي تنشأ عن علاقات الأسرة. الزين، محمد، **النظرية العامة للالتزامات**، دون ناشر، (ط٢)، تونس، ١٩٩٧م، ص٢٨.

(١٨) الكيلاني، محمود، **عمليات البنوك، الجزء الأول: الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، دار الجيب، عمان، الأردن، (ط١)، ١٩٩٢م، ج١، ص٢٧.

(١٩) عبدالله، خالد أمين، والطراد، إسماعيل إبراهيم، **إدارة العمليات المصرفية المحلية والدولية**، دار وائل، عمان، (ط١)، ٢٠١١م، ص ٣٢.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

(٢٠) حمود، سامي، **خطاب الضمان**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٩٨٦م، ج٢، ص١١٢١. وقد أشار بعض الباحثين إلى وجود فرق بين خطاب الضمان المصرفي والكفالة يكمن في أن خطاب الضمان بات ونهائي وكأن حق المستفيد قد انتقل إلى ذمة البنك بمجرد إصدار هذا لخطاب الضمان. طلافحة، محمد عبدالله علي، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني دراسة فقهية مقارنة**، رسالة ماجستير، إشراف: الدكتور الشيخ الولي محمد مقبول، وعبد المنعم السيد علي، جامعة آل البيت، الأردن، ١٩٩٩م، ص ٢٥، ٢٧. وحمود، سامي حسن، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص٢٩٥.

(٢١) عوض، علي جمال الدين، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، ١٩٨١م، ص٣٥٧.

(٢٢) عرف القانون المدني الأردني الكفالة في المادة (٩٥٠) بقوله: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام.

(٢٣) كما هو مفهومها عند جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية ومن وافقهم. فيض الله، محمد فوزي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، ص٣١.

(٢٤) تتعدد الأغراض خطاب الضمان بحسب الغاية من إصدارها، فهناك خطابات الضمان المتعلقة بالمناقصات لتنفيذ المشاريع كخطاب الضمان الأولي، وخطاب الضمان النهائي، وخطاب ضمان الدفعة المقدمة، كما ظهر ما يسمى بخطابات الضمان الجمركية، وخطابات الضمان المهنية، وخطابات الضمان للشراء الآجل. لمزيد من التفصيل: حداد، سمير وزميله، **دراسات تطبيقية في العمليات المصرفية الخارجية**، معهد الدراسات المصرفية، عمان، (د.ط)، ص٢١٧ وما بعدها. الجنابي، هيل عجيل، **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، ص١٩٩ وما بعدها.

(٢٥) الجنابي، هيل عجيل، **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، ص١٩٩ وما بعدها. ومما هو مقرر أن الكفالات المصرفية مرتبط بمدد زمنية محددة، حيث يستطيع العميل الآمر أن يحتفظ بقيمة المبالغ النقدية التي تمثلها تلك الكفالات بحوزته منذ تاريخ صدور الكفالة إلى حين تاريخ استحقاقها ويستفيد منها في مصروفاته الاستثمارية والجارية.

(٢٦) يقسم الاعتماد المستندي على أساس قوة التعهد وشكل الاعتماد وطريقة تنفيذه وطريقة الشحن إلى أنواع متعددة. هيل عجمي، **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، ص٢٠٦ وما بعدها.

(٢٧) قسطو، جليل، معجم **المصطلحات التجارية الفني**، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ط١)، ١٩٧٧م، ص٣١. والجنابي، هيل عجمي، **إدارة البنوك التجارية والأعمال المصرفية**، ص٢٠٥، نقلاً عن: صلاح الدين السيسي، **قضايا مصرفية معاصرة**، ص٢٠٥ وما بعدها.

(٢٨) **المرجع السابق**، ص٢٠٥.

(٢٩) حسن، أحمد، **التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م٢٤، ع١، ٢٠٠٨م، ص٦٨٤.

(٣٠) يشير سامي حمود أنه لا يوجد للاعتماد المستندي تنظيم تشريعي يضبط الممارسات العملية لتطبيقه إلا القواعد التي وضعتها غرفة التجارة الدولية. حمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص ٣٠٣. وناصر، الغريب، **أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل**، دار أبو للو للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، (ط١)، ١٩٩٦م، ص١٨٩ وما بعدها.

(٣١) حمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص٣٠٤.

(٣٢) حسن، أحمد، **التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة**،، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م٢٤، ع١، ٢٠٠٨م، ص٦٨٤.

(٣٣) وهذا مطلب شرعي في حد ذاته لما يترتب عليه من حفظ أموال الناس من الضياع، ويحفظ الأسواق المحلية من أن تتسرب

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

إليها السلع الرديئة التي يتسرع إليها العطب والخراب وما يصاحب ذلك من آثار سلبية تتمثل في: استنزاف العملة الصعبة من السوق دونما فائدة معتبرة، وتنافس السلع المحلية ذات الجودة العالية وما يلحق ذلك من تداعيات سلبية على الاقتصاد الوطني. القرالة، أحمد ياسين، وزميله، **المواصفات والمقاييس: مشروعيتها وأثرها في المحافظة على المقاصد الشرعية**، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الحادية والثلاثون، ع٧٢، صفر ١٤٣٨هـ/٢٠١٧م، ص٥٧ وما بعدها.

(٣٤) فيض الله، محمد فوزي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، ص٢٩ وما بعدها.

(٣٥) مالك، مالك بن أنس الأصبحي، **المدوّنة**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٥هـ، ج٤، ص١٢٢.

(٣٦) ابن قاضي شُهبة، محمد بن أبي بكر بن أحمد الأسدي، **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، تحقيق: لجنة من المحققين في دار النوادر، إدارة الثقافة الإسلامية، (ط١)، ٢٠١٢م، ج٣، ص٣١١.

(٣٧) مالك، مالك بن أنس الأصبحي، **المدوّنة**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٥هـ، ج٤، ص١٢٢.

(٣٨) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٤١هـ، ج١١، ص١٩٦.

(٣٩) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت ٥٩٣هـ)، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج٣، ص٩٥. وفيض الله، محمد فوزي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، ص٣١ وما بعدها.

(٤٠) إبراهيم بك، أحمد، **المعاملات الشرعية المالية**، دار الأنصار، القاهرة، (د.ط)، ١٩٣٦م، ص١٩٦.

(٤١) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج١، ص٥٥٢-٥٥٣.

(٤٢) حمود، سامي حسن، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص٣٠٩.

(٤٣) الضرير، الصديق محمد الأمين، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية**، مجلة المشكاة، ص ص ٦-١٣، من الصفحة الإلكترونية http: //elibrary.mediu.edu.my/books/MAL06512.pdf.

(٤٤) خلافاً للظاهرية.

(٤٥) الصاوي، محمد صلاح، **مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية**، دار الوفاء للطباعة والنشر، (ط١)، ١٩٩٨م، ص٤٨١.

(٤٦) على اعتبار أن التزام البنك مصدر الكفالة أمام المستفيد بات ونهائي، وكان الحق قد انتقل من ذمة العميل المكفول إلى ذمة البنك.

(٤٧) حمود، سامي حسن، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، ص٣٠٠، ٣٠٦. وشبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الأردن، (ط٤)، ٢٠٠١م، ص٢٨٥ وما بعدها. ص٣٠٠ وما بعدها. والمترك، عمر بن عبد العزيز، **الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، (ط٢)، ١٤١٧هـ، ص٣٨٦ وما بعدها. والشمري، صادق راشد، **الصناعة المصرفية الإسلامية مداخل وتطبيقات**، اليازوري، ٢٠١٤م، موجود على الصفحة الإلكترونية https: //books.google.jo، ص٢٩٠ وما بعدها. وينظر أيضاً بحوث كلٍ من: عبد الستار أبو غدة، وعلي السالوس، وحسن عبدالله الأمين، وأحمد علي عبدالله، وبكر أبو زيد، وغيرهم حول خطاب الضمان، في الدورة الثانية لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، منشور في: مجلة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص ص١٠٣٣-١٢١٠.

(٤٨) المالكي، محمد الأمير، **ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي**، بحاشية: حجازي العدوي المالكي، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك [موريتانيا - نواكشوط]، (ط١)، ٢٠٠٥م، ج٣، ص٣٣٣.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9 20

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

(٤٩) الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج٤، ص١١٦.

(٥٠) إذ قد يتقدم سبعة أشخاص لعطاء واحد، ويتقدم كل منهم بكفالة مصرفية –خطاب ضمان مصرفي– تؤكد التزامه بما ورد بشروط العطاء، لكن الجهة المصدرة لهذا العطاء ستختار واحداً منهم فقط، بمعنى: أن خمسة أشخاص لن يترتب في ذمتهم أي حقوق مالية تجاهها.

(٥١) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، ١٤١٤هـ–١٩٩٣م، ج٢٠، ص٣٢. وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، (د.ت)، ج٦، ص٢٤٢. والبغدادي، غانم بن محمد (ت ١٠٣٠هـ)، **مجمع الضمانات**، دار الكتاب الإسلامي، (د.ط)، (د.ت)، ص٢٨٢.

(٥٢) مالك، الإمام مالك بن أنس، **المدونة**، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج٤، ص١٢٠. والمواق، محمد ابن يوسف بن أبي القاسم، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٦هـ/١٩٩٤م، ج٧، ص٥٣. والباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر، (ط١)، ١٣٣٢هـ، ج٦، ص٨٤.

(٥٣) ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي (ت ٩٧٤هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، (د.ط)، ١٩٨٣م، ج٥، ص٢٦٩. والشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب، (ت ٩٩٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ج٣، ص٢١٤.

(٥٤) الجماعيلي الحنبلي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (ت ٦٨٢هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، إشراف: محمد رشيد رضا دار الكتاب العربي، (د.ط)، (د.ت)، ج٤، ص٣٦٥. والمرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، (ط٢)، (د. ت)، ج٥، ص١٣٤.

(٥٥) المترك، عمر بن عبد العزيز، **الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية**، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، (ط٢)، ١٤١٧هـ، ص٣٨٧ وما بعدها. والسالوس، علي، **خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص١٠٩٥. وأبو غدة، عبد الستار، **خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، ص٩٣٣ وما بعدها. والأمين، حسن عبدالله، **دراسة حول خطابات الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص١٠٥١ وما بعدها. والضرير، الصديق محمد الأمين، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية**، بحث منشور في مجلة المشكاة، على صفحة الإلكترونية http: //elibrary.mediu.edu.my/books/MAL06512.pdf ص١٤. والندوي، علي أحمد، **الضمان المصرفي**، بحث منشور في مجلة المسلم المعاصر، ع ١٤٣، أكتوبر، ٢٠١٢م، ص ص١٤٥–١٩١. والشبيلي، يوسف، **حكم أخذ الأجرة على الضمان**، بحث منشور على الصفحة الإلكترونية: http://www. almoslim.net/node/211386 تاريخ المرور: ٢٠١٨/١/٢م. والمصري، رفيق يونس، **خطاب الضمان**، منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص٩٤٥ وما بعدها. وإسماعيل، عبد الكريم بن أحمد، **المعاوضة في الالتزامات: ضوابطها وتطبيقاتها المعاصرة**، بحث مقدم الى: الندوة الفقهية الأولى في المعاملات المالية التي ينظمها موقع الفقه الإسلامي والمجموعة الشرعية لبنك البلاد منشور على الصفحة الإلكترونية: http: //iefpedia.com/arab/?p=22145.

(٥٦) الواقع أن الدكتور نزيه حماد قد قدّم بحثاً قيمّا حول مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة أشرنا إليه عند الحديث عن الدراسات السابقة، ولعل الإضافة النوعية التي قدمها في بحثه تنصب حول جواز أخذ الأجرة على مجرد التزام الكفيل بالأداء عن المكفول عنه لما حشد لها من الأدلة التي تؤكد ما ذهب إليه ولما قدمّه من ردود على أدلة مخالفيه، ولكنه قرر فيما خلص إليه: بعدم جواز أخذ الأجرة على مجرد الالتزام إذا ما آلت العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه إلى مداينة واستقراض، مما

Published by Arab Journals Platform, 2020

يعني أن الباحث قد نقض الفكرة التي أقام عليها بحثه وعاد إلى ما ذهب إليه من انتصب لتفنيد أدلتهم من الفقهاء. حمّاد، نزيه كمال، بحث منشور بعنوان: **مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، ١٩٩٧م، م٩، ص٩٥-١٢١. وينظر: أحمد، تجاني عبد القادر، **تعليق على بحث نزيه كمال حماد: مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، م٩، ١٩٩٧م، ص١٥٩-١٦٣.

(٥٧) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، قرار رقم ٥، ص١٢١٠.

(٥٨) عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، ص١١٣١ وما بعدها.

حمّاد، نزيه كمال، بحث منشور بعنوان: **مدى جواز أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ ص٩٧. وينظر: الهامش رقم ٥٣ أعلاه.

(٥٩) العيني، محمود بن أحمد،(ت ٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ٢٠٠٠ م، ج٨، ص١٩٠. وجاء في لسان الحكام: "ولا تصح الكفالة إلا ممن يملك التبرع؛ لأن الكفالة عقد تبرع فتصح ممن يملك التبرع ولا تصح ممن لا يملكه". الحلبي، أحمد بن محمد (ت ٨٨٢هـ)، **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، البابي الحلبي، القاهرة، (ط٢)، ١٩٧٣م، ص٢٥٥.

(٦٠) ابن أنس، مالك (ت ١٧٩هـ)، **المدونة**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٩٩٤م، ج٤، ص١٢٣.

(٦١) ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد،(ت ٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، (ط٢)، ١٩٨٦م، ج٦، ص١١.

(٦٢) ينظر في تفصيل ذلك: المرغيناني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، ج٣، ص٩١. وابن عرفة الدسوقي، محمد بن أحمد المالكي (ت١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، (د.ط)، وب(د.ت)، ج٣، ص٣٣١. والنووي، يحيى ابن شرف، (ت ٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، (ط٣)،١٩٩١م، ج٤، ص٢٦٦. والبهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، عالم الكتب، (ط١)،١٩٩٣م، ج٢، ص١٢٨.

(٦٣) الرافعي، عبد الكريم بن محمد، (ت ٦٢٣هـ)، **فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير**، (د. ن)، (د.ط)، (د. ت)، ج١٠، ص٣٦٠.

(٦٤) الصاوي المالكي، أحمد بن محمد الخلوتي، (ت ١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير** (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإمام مَالِكٍ)، دار المعارف، (د.ط) وب(د.ت)، ج٣، ص٥٢٣.

(٦٥) من المقرر فقهاً أن الوديعة إذا كانت بأجرة فهلكت بسبب يمكن التحرز منه فضمانها على المستودع؛ لأنه مستأجر على الحفظ قصداً وذلك يخرج الوديعة عن كونها أمانة. ابن عابدين، محمد بن عمر، (ت ١٣٠٦هـ)، **قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار على «الدر المختار شرح تنوير الأبصار»** (مطبوع بآخر رد المحتار)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج٨، ص٤٧١.

(٦٦) أما ما ذكره بعض الفقهاء المعاصرين أن ذلك يمكن اعتباره قلباً للعقد قياساً على انقلاب عقد العارية إلى إجارة إذا استوفى المعير أجرة على ذلك، فإن هذا القياس لا يصح؛ لأن عقد الإعارة انقلب فعلاً إلى عقد إجارة بسبب أخذ الأجرة إذ العبرة في

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، أما في عقد الكفالة فإن العقد باق على حاله إلا أن الكفيل يأخذ أحكام الأجير كما هو الحال في الوكالة والوديعة التي تبقى على حالها بالرغم من استيفاء الوكيل والمستودع أجرة على فعله. حمّاد، نزيه كمال، بحث بعنوان: **مدى أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، م٩، ص١٠١.

(٦٧) تأسيساً على القاعدة الفقهية: "الأصل في العقد رضى المتعاقدين، ونتيجته هي ما التزماه في التعاقد" الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج٢، ص١٠٨٣.

(٦٨) العدوي، علي بن أحمد، (ت ١١٨٩هـ)، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، ١٩٩٤م، ج٢، ص٣٦٣.

(٦٩) الخفيف، علي، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، (د.ط)، ٢٠٠٠م، ص٢٠٥.

(٧٠) المصري، رفيق يونس، **خطاب الضمان**، ص١١١٨.

(٧١) اشترط الفقهاء في اعتبار المنفعة لكي تصلح للاعتياض عنها شرطين هما: أن تكون معلومة، وأن تكون مباحة، لا محرمة ولا واجبة. يقول ابن جزي: "وأما المنفعة فيشترط فيها شرطان: (الأول): أن تكون معلومة إما بالزمان كالمياومة والمشاهرة، وأما بغاية العمل كخياطة ثوب،... (الثاني): أن تكون المنفعة مباحة لا محرّمة ولا واجبة، أما المحرم فلا يجوز إجماعاً وأما الواجب كالصلاة والصيام فلا تجوز الأجرة عليه وتجوز الإجارة على الإمامة مع الأذان والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها. ابن جزي، محمد بن أحمد (ت ٧٤١هـ)، **القوانين الفقهية**، دون ناشر، (د.ط)، (د.ت)، ج١، ص١٨١.

(٧٢) قال الشربيني: " ولو استأجر شجرة للاستظلال بظلها أو الربط بها، أو طائرا للأنس بصوته كالعندليب أو لونه كالطاوس صح؛ لأن المنافع المذكورة مقصودة متقومة". الشربيني، محمد بن أحمد (ت ٩٧٧هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، (ط١)، ١٩٩٤م، ج٣، ص٤٤٦.

(٧٣) كمن أوصى لزوجته بمبلغ من المال شريطة أن تلتزم بعدم الزواج من غيره بعد وفاته، أو أن تعطي الزوجة لزوجها مالاً على أن يلتزم بعدم الزواج عليها من أخرى. قال القرافي: "في الكتاب أوصى لأم ولده بشرط عدم الزواج فإن تزوجت عزلت وكذلك إن أوصى لها بألف على أن لا تتزوج فتزوجت تردها" القرافي، أحمد بن إدريس، (ت ٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، تحقق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣-٥، ٧، ٩-١٢: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (ط١)، ١٩٩٤م، ج ٧، ص١٨٠. والدسوقي، محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، تحقيق: محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج٢، ص٣٢٥.

(٧٤) البري، زكريا، **خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص١١٠٢ وما بعدها.

(٧٥) إقبال، منور، وزميليه، **التحديات التي تواجه العمل المصرفي الإسلامي**، ص٦١-٦٢، ٧٠- ٧١. ٨٧.

(٧٦) الجارحي، معبد، **البنوك الإسلامية والأسواق الرأسمالية: التحديات الراهنة والمستقبلية**، منشورات: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٩٩٧م، ص٢٣.

(٧٧) الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج٤، ص١١٦.

(٧٨) ينظر: الحطّاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر- بيروت، (ط٢)، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ج٤، ص٣٩١.

(٧٩) أخرج مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا في سفر، فمروا بحي من أحياء

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

العرب، فاستضافوهم فلم يضيفوهم، فقالوا لهم: هل فيكم راق؟ فإن سيد الحي لديغ أو مصاب، فقال رجل منهم: نعم، فأتاه فرقاه بفاتحة الكتاب، فبرأ الرجل، فأعطي قطيعا من غنم، فأبى أن يقبلها، وقال: حتى أذكر ذلك للنبي ﷺ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: يا رسول الله والله ما رقيت إلا بفاتحة الكتاب فتبسم وقال: "وما أدراك أنها رقية؟ "ثم قال: "خذوا منهم، واضربوا لي بسهم معكم". مسلم بن الحجاج أبو الحسن النيسابوري، **المسند الصحيح المختصر**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، ج٤، ص١٧٢٧، حديث رقم (٢٢٠١).

(٨٠) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، مرجع سابق، ج٤، ص٤١٧. والماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، (ط١)، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م، ج٦، ص٤٤٣.

(٨١) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، مرجع سابق، ج١، ص٥٧٦. والرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، ج٦، ص٥. والبهوتي، منصور ابن يونس بن إدريس، **كشاف القناع على متن الإقناع**، دار الكتب العلمية– بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج٤، ص٤٠.

(٨٢) ابن عابدين، محمد أمين، **رسائل ابن عابدين: رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف**، نسخة مصورة على الموقع الإلكتروني: http: //waqfeya.com/book.php?bid دون ناشر، (د.ط)، (د.ت)، ج٢، ص١٢٥-١٢٦.

(٨٣) الزرقا، مصطفى أحمد، **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول: المدخل الفقهي العام**، مطابع ألف با الأديب، دمشق، ١٩٦٨م، ٩م، ص١٠٢.

(٨٤) يقول القرافي: "والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" القرافي، أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ)، **الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق**، عالم الكتب، (د.ط)، (د.ت)، ج١، ص١٧٧.

(٨٥) الخصاف، أحمد بن عمرو (ت٢٦١)، **أحكام الأوقاف**، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ١٩٩٩م، ص٤١، ٢٧٤. وأمين، محمد محمد، **الأوقاف والحياة الاجتماعية في مصر**، دار النهضة العربية، القاهرة، (ط١)، ١٩٨٠م، ص١٤٠، ١٨٤-١٩١، ٢٤١ وما بعدها. وابن بلغيث، الشيباني، **أوقاف عزيزة عثمانة بين جمعية الأوقاف وعروش المثاليث في عهد الاحتلال الفرنسي لتونس**، مكتبة علاء الدين، صفاقس، (د.ط)، ٢٠٠٦م، ص٢٤-٢٩.

(٨٦) عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، ١٩٨٦م، ع٢، ج٢، ص١١٣٩.

(٨٧) أمين أفندي، علي حيدر خواجه (ت ١٣٥٣هـ)، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، (ط١)، ١٩٩١م، ج١، ص٤٧. وبين أن الأحكام الثابتة بناء على النص لا تتغير أحكامها؛ لأن النص أقوى من العرف، إذ لا يحتمل أن يكون مستندا على باطل بخلاف العرف والعادة فقد تكون مبنية على باطل. المرجع نفسه، ج١، ص٤٨. والقرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، (ط١)، ٢٠١٤م، ص١٥٧ وما بعدها. والبري، زكريا، **خطاب الضمان**، منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، الجزء الثاني، ص١١٠٣ وما بعدها. ويقول أحمد علي عبدالله عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي عن سبب منع الفقهاء أخذ الأجرة على الضمان ما نصّه: "في تقديري أن الذي قادهم لذلك ودفعهم إلى التسليم به هو العرف العملي. فالمعاملات كانت بسيطة وتتم في أسواق محصورة وبين أناس يعرف بعضهم بعضا، ولم تتسع المعاملات وتتعقد بالصورة التي عليها اليوم من حيث حجم العمل ومن حيث المدى الجغرافي بحيث يضطر الإنسان إلى أن يتعامل مع أشخاص ومؤسسات في

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

الداخل والخارج وهو لا يعرفهم. بل يتم التعامل عن طريق المراسلات في كثير من الأحيان." عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، ص١١٣٩.

(٨٨) المصري، رفيق يونس، **خطاب الضمان**، ص١١١٩.

(٨٩) السرخسي، محمد بن أحمد،(ت ٤٨٣هـ)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، ١٩٩٣م، ج٢٠، ص٣٢.

(٩٠) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، **التعريفات الفقهية**، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م)، (ط١)، ٢٠٠٣م، ج١، ص١٠٤.

(٩١) العبادي، عبد السلام داود، **الملكية في الشريعة الإسلامية: طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية**، مكتبة الأقصى، عمان، (ط١)، ١٩٧٥م، ج٢، ص٤٩.

(٩٢) لمزيد من التفصيل ينظر: العبادي، عبد السلام داود، **الملكية في الشريعة الإسلامية: طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين**، ج٢، ص٤٩ وما بعدها.

(٩٣) الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج٤، ص١١٦. وحسن، أحمد، **التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة**، ص٦٨٥.

(٩٤) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده كما في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث للهيثمي، والمطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية لابن حجر عن علي ﷺ وقال ابن حجر في بلوغ المرام من أدلة الأحكام برقم (٨٦٤): (إسناده ساقط)، وقال برقم (٨٦٥): (له شاهد ضعيف من حديث فضالة بن عبيد ﷺ عند البيهقي)، وأخرجه: البيهقي في الكبرى، كتاب البيوع، باب: كل قرض جر منفعة فهو ربا رقم (١١٢٥٢) وقال: (موقوف)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب: من كره كل قرض جر منفعة، وعبد الرزاق في المصنف، باب قرض جر منفعة وهل يأخذ أفضل من قرضه، وقال ابن حجر في بلوغ المرام برقم (٨٦٦):) وآخَرُ مَوْقُوفٌ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ.)، والموقوف رواه البخاري في صحيحه في مناقب الأنصار – مناقب عبد الله بن سلام رقم (٣٦٠٣): عن أبي بردة قال: أتيت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام، فقال: ألا تجيء فأُطعمك سويقاً وتمراً، وتدخل في بيت، ثم قال: إنك بأرض الربا فيها فاش، إذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو قت فلا تأخذه فإنه ربا.)، فالحديث لم يصح مرفوعاً، وصح موقوفاً. ابن أبي أسامة، الحارث بن محمد،(٢٨٢هـ)، **بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث**، المنتقي: أبو الحسن نور الدين علي ابن أبي بكر بن سليمان بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧هـ)، تحقيق: حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية – المدينة المنورة، (ط١)، ١٩٩٢م، ج١، ص٥٠٠. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ)، **المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية**، دار العاصمة، دار الغيث – السعودية، (ط١)، ١٤١٩هـ، ج٧، ص٣٦٢، حديث رقم(١٤٤٠). وابن حجر العسقلاني، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، تحقيق وتخريج وتعليق: سمير بن أمين الزهري، دار الفلق، الرياض، ط٧، ١٤٢٤هـ، ج١، ص٢٥٣. والبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي **السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي**، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، (ط١)، ١٣٤٤هـ، ج٥، ص٣٥٠. وابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (ت٢٥٣هـ)، **مُصنف ابن أبي شيبة**، تحقيق: محمد عوامة. الدار السلفية، ج٦، ص١٨٠. والصنعاني، عبد الرزاق بن همام،(ت ٢١١هـ)، **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي– الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، (ط٢)، ١٤٠٣هـ، ج٨، ص١٤٥. وبدر الدين العيني، محمود بن أحمد، (ت ٨٥٥هـ)،**عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

العربي، بيروت، ج١٦، ص٢٧٧. حديث رقم (٤١٨٣). قال التهانوي معلقاً على هذا الحديث: "وبالجملة فحرمة الزيادة المشروطة في القرض مجمع عليها لا خلاف فيها من أحد لكونها منفعة قد جر القرض – هكذا وردت واظنها خطأ من الطابع والصواب: أنها قرض قد جر منفعة، وإنما اختلفوا في زيادة يزيدها المستقرض من غير شرط، فذهب بعض السلف إلى جوازها، وبعضهم إلى عدم جوازها إلا أن يكون قد جرت العادة به بينهما قبل القرض، وفي كل ذلك دليل على صحة ما رواه سوار بن مصعب عن علي مرفوعاً " كل قرض جر نفعاً فهو ربا" فإن إجماع الأمة، وعمل الأئمة بحديث أكبر دليل على صحته، فقد مر في المقدمة – يقصد مقدمة كتابه – أنه قد يحكم للحديث بالصحة إذا تلقاه الناس بالقبول وإن لم يكن إسناده صحيح. قاله ابن عبد البر وغيره، بل ما تلقاه الناس من أخبار الآحاد بالقبول فهو عندنا في معنى المتواتر كما بينه الجصاص في مواضع من "أحكام القران" له. التهانوي، ظفر أحمد العثماني، **إعلاء السنن**، ج١٤، ص٥١٤. وحسن، أحمد، **التطبيقات المعاصرة للقرض الذي جر منفعة**، ص٦٨٥.

(٩٥) ابن نجيم، إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، وفي آخره: **تكملة البحر الرائق** لمحمد بن حسين ابن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ) وبالحاشية: **منحة الخالق لابن عابدين**، دار الكتاب الإسلامي، (ط٢)، (د.ت)، ج٦، ص٢٤٢. وفي ذلك يقول الدسوقي: " لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب رجع على المدين بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه من الجعل وهذا لا يجوز لأنه سلف بزيادة". الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مرجع سابق، ج٣، ص٣٤١. ويقول ابن قدامة: " ولو قال: أكفل عني ولك ألف لم يجز؛ لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضا صار القرض جاراً للمنفعة، فلم يجز. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد ابن محمد،(ت ٦٢٠هـ)، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، عالم الكتب، الرياض – السعودية، (ط٣)، ١٩٩٧م، ج ٦، ص٤٤١.

(٩٦) الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج٤، ص١١٦.

(٩٧) وردت في المتن الحوالة وعلق المحقق في الهامش أنها الحوالة. ابن المنذر، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ج٦، ص٢٣٠.

(٩٨) ابن المنذر، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ج٦، ص٢٣٠.

(٩٩) ينظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، مرجع سابق، ج٦، ص٤٤٣.

(١٠٠) ابن المنذر، **الإشراف على مذاهب العلماء**، ج٦، ص٢٣٠.

(١٠١) الشبيلي، يوسف، **حكم أخذ الأجرة على الضمان**، منشور على الصفحة الإلكترونية: http://www.almoslim.net/node/211386، تاريخ المرور: ٢٠١٨\١\١٢م.

(١٠٢) الكوسج، إسحاق بن منصور بن بهرام، (ت ٢٥١هـ)، **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**، منشورات: عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، (ط١)، ٢٠٠٢م، ج٦، ص٣٠٥٥.

(١٠٣) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج١، ص ٥٨١.

(١٠٤) ابن نجيم، إبراهيم بن محمد (ت ٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، وفي آخره: **تكملة البحر الرائق** لمحمد ابن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨هـ) وبالحاشية: **منحة الخالق لابن عابدين**، دار الكتاب الإسلامي، (ط٢)، (د.ت)، ج٦، ص٢٤٢.

(١٠٥) من المعلوم أن عقد القرض من العقود العينية التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم الشيء المعقود عليه، فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها؛ لأنه من عقود التبرع ابتداءً. الزرقا: **المدخل الفقهي العام**، ج١، ص٣٣٨ وما بعدها، ٥٧٤.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

(١٠٦) الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج١، ص٥٨٣.

(١٠٧) عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، ص١١٣٩.

(١٠٨) ينظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، مرجع سابق، ج٦، ص٤٤٣.

(١٠٩) المروزي، أبو يعقوب إسحاق بن منصور، **مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه**، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، (ط١)، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٢م، ج٦، ص٣٠٥٥. والرباط، خالد، سيد عزت عيد [بمشاركة الباحثين بدار الفلاح]، **الجامع لعلوم الإمام أحمد – الفقه**، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، جمهورية مصر العربية، (ط١)، ٢٠٠٩م، ج٩، ص٣٧١.

(١١٠) الصدر، محمد باقر، **البنك اللاربوي في الإسلام**، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٩٩٠م، ص١٣١.

(١١١) البري، زكريا، **خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص١١٠١ وما بعدها.

(١١٢)عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص١١٣٩.

(١١٣) التسخيري، **آراء حول خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص٩٤٣.

(١١٤) القرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، ص ١٨٢ وما بعدها. والبري، زكريا، **خطاب الضمان**، ص١٠٩٩. وشبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ص٢٠ وما بعدها.

(١١٥) يقول الزيلعي: "ولا نسلّم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا؛ لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه" الزيلعي، عثمان بن علي ابن محجن البارعي (ت ٧٤٣ هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ**، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد ابن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (١٠٢١هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، (ط١)، ١٣١٣هـ، ج٤، ص٨٧.

(١١٦)البري، زكريا، **خطاب الضمان**، ص١١٠٠.

(١١٧) الشلبي، يوسف، بحث بعنوان: **حكم أخذ الأجرة على الضمان**، ص٦.

(١١٨) أبو زهرة، محمد، **بحوث في الربا**، دار البحوث العلمية، ص٩٠. ومحمد، يوسف كمال، **فقه اقتصاد السوق: النشاط الخاص**، دار النشر للجامعات، مصر، (ط٣)، ١٩٩٨م، ص٢٨١.

(١١٩) النووي، **المجموع شرح المهذب**، ج١٥، ص١٢٠. والشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ج٢، ص٣٥٤. والبجيرمي، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب= حاشية البجيرمي**، ج٣، ص٢٢٣. وقال الإمام البهوتي–رحمه الله–: "وإذا قال: اقترض لي مائة ولك عشرة صح؛ لأنها في مقابلة ما بذله من جاهه. البهوتي، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**،ج١، ص٣٦٤. وابن قدامه، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج٢، ص٧٣.

(١٢٠) قال الدسوقي–رحمه الله–: "اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأخذ أجر مثله فذلك جائز". الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٣، ص٢٢٤. وعليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٥، ص٤٠٤.

Published by Arab Journals Platform, 2020

Jordan Journal of Islamic Studies, Vol. 16 [2020], Iss. 1, Art. 9

(١٢١) عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٩٨٦م، ص١١٤٢.

(١٢٢)الندوي، علي أحمد، **خطاب الضمان المصرفي**، مجلة المسلم المعاصر، العدد١٤٣-٢٠١٢م، ص٣٧.

(١٢٣) الشبيلي، يوسف، **حكم أخذ الأجرة على الضمان**، بحث منشور على الصفحة الإلكترونية: http://www.almoslim.net/node/211386 تاريخ المرور: ٢٠١٨\١١\١٢م

(١٢٤) قال الزرقاني: "إن ثمن الجاه إنما حرم؛ لأنه من باب الأخذ على الواجب". الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف (ت ١٠٩٩هـ)، **شرح الزُّرقاني على مختصر خليل**، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، (ط١)، ٢٠٠٢م، ج٥، ص٤٠٧.

(١٢٥) أصل القاعدة ما ورد عن أم المؤمنين عائشة -رضي الله تعالى عنها- «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ»، وقال الترمذي: " حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم. الترمذي، محمد بن عيسى، **سنن الترمذي**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، (ط٢)، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م، ج٣، ص٥٧٣، رقم (١٢٨٥) وتفسير الخراج بالضمان: هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع فالغلة للمشتري؛ لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان، المباركفوري، محمد عبد الرحمن (ت ١٣٥٣هـ)، **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ج٤، ص٤٢٣.

(١٢٦) القرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، ص٢٦١.

(١٢٧) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، **حاشية السندي على سنن النسائي**، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، (ط٢)، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ج٧، ص٢٥٣.

(١٢٨) الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، مصححة ومعلق عليها بقلم: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، (ط٨)، ٢٠٠٩م، ص٤٢٩.

(١٢٩) البعلي، عبد الحميد، **أساسيات العمل المصرفي الإسلامي: الواقع ولآفاق دراسة مقارنة وموازنة للجوانب القانونية**، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩٠م، ص٤١ وما بعدها. والسبهاني، عبد الجبار، **الوجيز في المصارف الإسلامية**، ص١٧٩.

(١٣٠) القرالة، أحمد ياسين، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية**، ص٢٦٢.

(١٣١) الشلبي، يوسف، بحث بعنوان: **حكم أخذ الأجرة على الضمان**، ص٧.

(١٣٢) ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، (ط٢)، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م، ج٤، ص٣٢٤.

(١٣٣) ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد بن محمد (ت ٦٢٠هـ)، **المغني**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، عالم الكتب، الرياض – السعودية، (ط٣)، ١٩٩٧م، ج٧، ص١٢١.

(١٣٤) المرتضى، أحمد بن يحي، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، مكتبة اليمن، منشور على الصفحة الإلكترونية: https: //archive.org/details/love_1_20160503_0813، ج٣،ص٣١٥.

(١٣٥) قال صاحب الهداية -رحمه الله-: "وأما شركة الوجوه: فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا، سميت به؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس". المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر الرشداني، **الهداية في شرح بداية المبتدى**، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ج٣، ص١٢.

https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol16/iss1/9

Omary: ??? ??? ?????? ??? ??????? ???????? - ????? ????? ??????- The Judgment of Taking Fees on Bank Guarantees - A Comparative Jurisprudential St

(١٣٦)مجلة الأحكام العدلية، مادة رقم ١٤٠٠، ج١، ص٢٧٠..

(١٣٧)حماد، نزيه، **مدى جواز اخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي**، ص١٠٣.

(١٣٨)عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص١١٤٣.

(١٣٩) فالأجر هو: عوض مالي يلتزم به المستأجر مقابل منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة يتملكها، أما الربح فهو: ما يتحصل من زيادة على رأس المال نتيجة الاتجار. **ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية**، صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، لأجزاء ١ – ٢٣: (ط٢)، دار السلاسل – الكويت، الأجزاء ٢٤ – ٣٨: (ط١)، مطابع دار الصفوة – مصر، ج١، ص٢٦٣، ج٢٢، ص٨٣.

(١٤٠) إبراهيم بك، أحمد، **المعاملات الشرعية المالية**، ص٢١٢ وما بعدها.

(١٤١) الحطاب، محمد بن محمد، (ت ٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، (ط٣)، ١٩٩٢م، ج٥، ص١١١.

(١٤٢) الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج٥، ص١١٢. والمكناسي، محمد بن أحمد، (ت ٩١٩هـ) **شفاء الغليل في حل مقفل خليل**، دراسة وتحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، (ط١)، ٢٠٠٨م، ج٢، ص٧٦٧.

(١٤٣) الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج٥، ص١١٤.

(١٤٤) قال اللخمي: " إذا كان الجعل تصل منفعته للحميل رد الجعل قولا واحدا". الحطّاب، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، ج٥، ص١١٣.

(١٤٥) ينظر: عبدالله، أحمد علي، **جواز أخذ الأجرة أو العمولة في مقابل خطاب الضمان**، بحث منشور في: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، ١٩٨٦م، ج٢، ص١١٤١. وحمّاد، نزيه كمال، بحث بعنوان: **مدى أخذ الأجرة على الكفالة في الفقه الإسلامي**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ، ص١٠٥.

(١٤٦) قال الغرياني: "وتجوز الأجرة على الضمان، إذا كانت من الدائن للمدين، على أن يأتيه بضامن؛ لأنه كما لو أسقط عنه بعض حقه". الغرياني، الصادق بن عبد الرحمن، **مدونة الفقه المالكي وأدلته** ج٤، ص١١٧.

(١٤٧) وهي وجهة نظرالشيخ عبدالله بن منيع فيما يتعلق ب: **حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان**، مقدمة للهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، العقارية، الرياض، ١٤٢١هـ، ص٣. وينظر: خان، طارق الله، وزميله،، **إدارة المخاطر: تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية**، ص١٨٧ وما بعدها.

(١٤٨) البوطي، محمد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة، الدار المتحدة، ط٥، ١٩٩٠م، ص١٠٧ وما بعدها.

Published by Arab Journals Platform, 2020