

الإعتماد المستندي

مقدمة:

إن التجارة عبر الدول أصبحت في ظل التقدم الحديث تلعب دوراً هاماً في الحياة التجارية، ومن أهم العوامل المؤثرة في حركة النشاط التجاري هو الائتمان المصرفي، ولهذا الأخير نوعان هما الائتمان المصرفي بالتوقيع، والائتمان المصرفي النقدي، ومن أبرز ما يلجأ إليه من أنواع الائتمان المصرفي النقدي الإعتمادات المستندية، فهي تعد بمثابة حجر الزاوية في العلاقة بين عميل البنك والبايع الذي عقد معه عقد البيع قبل اللجوء للبنك لفتح الإعتماد المستندي.

يعتد المجال الخصب للإعتماد محل البحث هو التجارة الدولية بين طرفين في دولتين مختلفتين، ولا مانع من قيامه داخل ذات الدولة، إلا أن الحقل الدولي هو الأكثر استعمالاً له ونظراً لأهميته فقد حاولت المنظمات والهيئات الدولية وضع قواعد وأعراف موحدة لتطبق على الصعيد الدولي دونما اختلاف بين دولة وأخرى في منهجية تطبيقه¹.

ولما كان ذلك، كان الباعث لاختياري لهذا الموضوع مشروعية الإعتماد المستندي في ظل الفقه الإسلامي لا التحليل، فقد كان السبق لفقهاء القانون التجاري المصري وأساتذتي الأفاضل في بيان الإعتماد المستندي بنوع من التمحيص والتدقيق في ضوء القانون، وإنما الغرض من هذا البحث هو معرفة مدى مشروعية الإعتماد المستندي في ظل الفقه الإسلامي، وذلك نظراً لأنه بعد التقصي لما ألفه العلماء في مجال المعاملات البنكية فإنهم يعمرون عليه في الغالب دون إسهاب وشرح

¹ إزاء اختلاف التشريعات الداخلية لكل دولة فإن غرفة التجارة الدولية قد وضعت أول صيغة للأعراف والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية في عام ١٩٣٣م مما يساعد على تنشيط حركة التجارة الدولية وإزدهارها، إلا أنها في تطور مستمر ليواكب التغيرات التي تتم فقد أعيد صياغتها مرات متتالية ابتداء من عام ١٩٥١م ثم أعقبه تعديل في عام ١٩٦٢م وما لبث أن تم تعديل آخر في عام ١٩٧٤م، ومن بعده في عام ١٩٨٣م، وكان آخر تعديل وصلت إليه كان في سنة ١٩٩٣م ويطلق عليها اسم القواعد والأعراف الموحدة ٥٠٠ (UCP 500) وتعني Uniform customs and practice for documentary credits، وقد إهتم القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م وأفردوا المواد من (٣٠٠ - ٣٧٧) للعادات والأعراف الموحدة المتعلقة بعمليات البنوك وخص القانون التجاري المواد من (٣٤١ - ٣٥٠) للإعتمادات المستندية. وكما لا يخفي على فطنة الباحث أو القارئ أن الأعراف الموحدة تسري فيما لم يرد بشأنه نص خاص في المواد السابقة. (ولمزيد من التفصيل، د/ حسين فتحي عثمان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مطبعة جامعة طنطا، سنة ٢٠٠٥، ص ٢٨٨؛ د/ حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ٥٠٠، طبعة دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٤، المقدمة)

وتحليل، فأردت بتوفيق الله تعالى أن أسرده مجمعاً ومرتباً في بحث مستقل عسى أن يعدُّ مرجعيه في تلك الجزئية الدقيقة، وأيضاً كان من الدوافع لذلك البحث هو إبراز مدى احتواء الفقه الإسلامي لما هو مستجد ومستحدث فالنوازل الفقهية لا تنتهي، وأما البحث في وضع تكييف له في ظل القانون التجاري فقد تعرض له فقهاء القانون وذكروا مدى الخلاف الفقهي القانوني بشأنه، لذا كان علي أن أنظر له من ناحية مقابلة لوضع تكييف شرعي إسلامي له، وأسميته "الإعتماد المستندي في ضوء الفقه الإسلامي" وقد قسمت هذا البحث إلى المبحثين الآتيين وهما على الترتيب:

١. المبحث الأول: مفهوم الإعتماد المستندي ٢. المبحث الثاني: مشروعية الإعتماد المستندي

المبحث الأول: مفهوم الإعتماد المستندي

لقد عرف القانون التجاري الإعتماد المستندي في مادته (١/٣٤١) من الوجهة القانونية، لذا فقد حاولت توضيح ذلك الإعتماد في ضوء الفقه الإسلامي، وهل لهذا النوع من الإعتمادات جذور في ضوء معاملات الفقه الإسلامي؟ وللإجابة على هذا التساؤل كان لا بد من التعرض لتعريف الإعتماد المستندي لغة، وقانوناً، وشرعاً، وما على شاكلته من المعاملات الفقهية بمقتضى الحال.

المطلب الأول: تعريف الإعتماد المستندي

• التعريف اللغوي

لم يتم التوصل لتعريف واضح للدلالة اللفظية لكلمتي (الإعتماد)، (المستندي)، إلا أنه في أصل الكلمتين دلالة تفيد فحوى اللفظين على النحو التالي:
الإعتماد: يقال (عمد) الشيء: عمداً: أقامه بعماد ودعمه.^١ و(العمدة): بالضم ما يعتمد عليه أي يتكأ.^٢

المستندي: يقال (سند) إليه: سنوداً: ركن إليه، واعتمد عليه واتكأ.^٣

الوكالة: (توكّل) توكّل الرجل بالأمر: ضمن القيام به. (الوكالة) أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً.^١

^١ مادة (عمد)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط٣، ج٢، ص٦٤٩.

^٢ مادة (عمد)، فصل العين باب الدال، القاموس المحيط، للعلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي، وبهامشه تعلقات وشرح الجزء الأول، نسخة مصورة من الطبعة الثالثة، المطبعة الأميرية سنة ١٣٠١هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب.

^٣ مادة (سند)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط٣، ج١، ص٤٧٠.

الكفالة: (كفل) فلانا المال: أكفله. (كفالة): ضمنه، كفل عنه المال فهو كافل، وهي كفيل. (ج) كفلاء.^٢

الحوالة: (حول): الشيء: غيره أو نقله من مكان إلى آخر، وفلان الشيء إلى غيره: أحاله.^٣ لقد ذكرت تعريف كل من الوكالة، والكفالة، والحوالة، في محاولة لوضع تأصيل شرعي للإعتماد المستندي بجامع أن كل منهم به ثلاثة أطراف، تجمعهم علاقات تنشأ بينهم. عرفته المادة (١/٣٤١) من قانون التجارة الجديد بأنه "هو عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمي الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمي المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل".

(هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك أن يضع مبلغاً من المال تحت تصرف شخص يحدده العميل المتعاقد، ويكون هذا الشخص حائزاً للمستندات التي تمثل البضاعة، والمستندات المثبتة لعلاقته مع العميل الأمر بالاعتماد والتي على البنك التحقق منها والحصول عليها لتنفيذ التزامه بالاعتماد).^٤ هذا المعنى لم يختلف فقهاء القانون التجاري حوله إذ هو مفهوم من نص المادة سالفه الذكر أعلاه، ويتضح من هذا التعريف أن هناك شخص يسمى الأمر وهو "المشتري" يتعاقد مع البنك على أن يضع مبلغاً تحت تصرف شخص آخر، وقد ذكر في التعريف لفظة "يحدده"، وذلك لأن هذا الأخير قد تعاقد معه عميل البنك لبيع وشراء ما هو متفق عليه بينهما فكل منهما في دولة مختلفة عن الآخر، والبنك هو حلقة الربط والوصل بين كليهما، ولا يخفى على الذهن ما أبرزه هذا النص والمفهوم من حقوق والتزامات تلقي على كاهل أطراف ذلك الإعتماد.^٥

وقد عرفته **غرفة التجارة الدولية** "بأنه تعهد مصرفي مشروط"، وبعبارة أوسع هو تعهد مكتوب من بنك يسمى المصدر يسلم للبائع المستفيد وذلك بناء على طلب المشتري مقدم الطلب وبالمطابقة

^١ مادة (وكل)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط ٣، ج ٢، ص ١٠٩٧.

^٢ مادة (كفل)، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط ٣، ج ٢، ص ٨٢٤.

^٣ مادة (حول)، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ط خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٤١٩ هـ/ ١٩٨٨ م. ص ١٧٩.

^٤ د/سميحة القليوبي، شرح القانون التجاري المصري ١٧/١٩٩٩، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، فقرة ١٢، ص ٦٩٢.

^٥ أحيل الى ذكر الحقوق والالتزامات الى المبحث الثاني الخاص بالتزامات الإعتماد المستندي فيالفصل الثاني من البحث.

لتعليماته، ويستهدف القيام بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة، وفي نظير مستندات مشترطة.^١

وبحال فكرة الإعتمادات المستندية هي البيوع الدولية^٢، فتلك الإعتمادات المستندية لتسوية الثمن في البيوع الدولية بموجبها يستطيع البائع ثمن المبيع من البنك فور شحنه ولو لم يصل إلى المشتري، وذلك بمجرد تقديمه المستندات الدالة على تنفيذ التزامه.^٣

● الإعتماد المستندي فكرة عامة ومؤقتة

ظهر هذا النظام بسبب عدم الثقة بين أطراف البيع الدولي نظراً للفاصل المكاني بين طرفي البيع، فلم يكن مقبولاً من أيهما أن يتم التنفيذ في وقت واحد بطريقة (donnant-donnat) خذ وهات^٤، فكان لا بد من وجود نظام قانوني يحاط بإطار شرعي يسهل ذلك التعامل.

● التعريف الشرعي

وتمشياً مع الطريقة السابقة في التعريف اللغوي من بسط تعريف كل من الوكالة، والحوالة، والكفالة، كان لزاماً أن أقوم بتوضيح رأي الفقه الإسلامي بشأنهم لما يلعبه البنك من دور الوكيل والمحال عليه والكفيل بحسب المعنى الافتراضي المتخيل للتوصيف الشرعي للإعتماد المستندي، إلى أن يتم التوصل للتكييف الحقيقي وهل هو ذو أصل شرعي، أم هو عقد له طابعه المميز ومنفك عن العقود السابقة لا يحمل في طياته أي لمحة من تلك العقود؟.

● الوكالة

التعريف الشرعي للوكالة على النحو التالي

المذهب الحنفي: <هي الحفظ، وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف>.^٥

^١ المستشار/ محمد ابراهيم خليل، نائب رئيس محكمة النقض الأسبق، قانون التجارة الجديد معلقاً على نصوصه بما يقابله من القوانين الملغاه بمناقشات لجنة وضع المشروع بالملذكرة الايضاحية بمناقشات مجلس الشعب، بأراء الفقه وأحكام المحاكم حتي يوليو ١٩٩٩، طبعة ١٩٩٩/٢٠٠٠، مطابع روزالوسف الجديدة، فقرة ١، ص ٤٧٨.

^٢ في هذا المعنى أستاذنا الدكتور/ حسين فتحي عثمان، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة جامعة طنطا، سنة ٢٠٠٥، ص ٢٨٤.

^٣ المستشار/ أنور العمروسي، قضاء النقض التجاري حتي عام ٢٠٠٠، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، طبعة أولي، سنة ٢٠٠٠، فقرة ٧، ص ١٢٢.

^٤ د/ على جمال الدين عوض، الإعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، فقرة ٢، ص ٣.

^٥ الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي، ومعه حاشية الإمام الشلبي، تحقيق أحمد عزو، دار الكتب العلمية بيروت، ط أولي، المجلد الخامس، كتاب الوكالة، ص ٢٤٣.

المذهب المالكي: <هي من له حق قابل للنيابة غيره في التصرف في حقه>^١.
 المذهب الشافعي: <تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته>^٢.
 المذهب الحنبلي: <تفويض في شيء خاص في الحياة، والأحسن هو استنابة الجائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة>^٣.

المذهب الظاهري: <قال بأنها جائزة في القيام على الأموال والتذكية، والبيع والشراء>^٤.
 يمكن تصور البنك بعد التعريف للوكالة في مقام النائب عن الشخص (الأمر) وهذا الأخير هو في الأصل له القيام باستلام البضاعة التي أنشأ الإعتماد من أجلها إلا أنه نظراً لبعدها عن البائع والمشتري عن الآخر فيوكل شخصاً لاستلام محل عقد البيع بدلاً عنه مع الاحتفاظ بقدرته على الاستلام، فهل الإعتماد هنا يلعب دور الوكالة الشرعية؟^٥

للإجابة على هذا التساؤل كان لا بد من دراسة الإعتماد في ضوء الوكالة الشرعية.

• الكفالة

المذهب الحنفي: <ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين، والأول أصح>^٥.
 المذهب المالكي: <هي شغل ذمة أخري بالحق، وهي بمعنى الضمان>^٦.
 المذهب الشافعي: <التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو هو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة، ويسمي الملتزم لذلك: ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلاً وكفياً>^٧.
 المذهب الحنبلي: <ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق>^٨.

^١ القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في فقه المالكية، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر بيروت، ط اولي، سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، باب الوكالة، ص ٤٤٥.

^٢ الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن أحمد الفراء البغوي، التهذيب، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط اولي، سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، كتاب الوكالة، ص ٢٠٨.

^٣ أبي إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، ط اولي، سنة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، المجلد الرابع، باب الوكالة، من كتاب الحجر ص ١٢٥.

^٤ ابن حزم، المحلى، دار الفكر بيروت، المجلد الثامن، كتاب الوكالة، مسألة ١٣٦٢، ص ٢٤٤.

^٥ أبي محمد محمود بن أحمد العيني، والمولوي محمد عمر، البناية في شرح الهداية، ط ١٤٤١هـ/١٩٩٠م، دار الفكر بيروت، ج ٧، كتاب الكفالة، ص ٦٤٩.

^٦ أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، ط دار الفكر، المجلد الثالث، ج ٦، باب الضمان، صحيفة ٢١.

^٧ عبد الله بن حسن الكوهجي، زاد المحتاج شرح المنهاج، ط المكتبة العصرية بيروت، ط ١٤٠٩هـ-١٩٩٨م، باب الضمان، ص ٢٢٣.

المذهب الظاهري: <هي الضمان، وهي الزعامة وهي الحمالة^٢>. يمكن تصور البنك بعد ذلك التعريف للكفالة في مركز الكفيل أو الضامن لعميله فاتح الإعتماد المستندي أمام الطرف البائع في عقد البيع، فهو يضمن للأخير تنفيذ التزام عميله في الصفقة المبرمة بين عميلة والبائع والمتمثلة في عقد البيع الذي من أجل تنفيذ بنوده المدرجة به.

• الحوالة

المذهب الحنفي: <نقل الدين من ذمة إلى ذمة، أي من ذمة المحيل إلى المحال عليه^٣>
المذهب المالكي: <تحول الذمم، أي أن يكون لرجل على آخر دين، ولذلك الرجل دين على آخر، فيحيل الطالب له على الذي له عليه مثل دينه^٤>
المذهب الشافعي: <تحول حق لرجل على غيره^٥>
المذهب الحنبلي: <تحويل لحق من ذمة إلى ذمة أخرى^٦>
المذهب الظاهري: <كل من له عند آخر حق من غير البيع لكن من ضمان، فأحاله به على من له عنده حق^٧>

لم يختلف تعريف الظاهرية مع الجمهور من حيث معنى الحوالة. هذا، وقد يتساءل المتصفح لتلك الوريقات ما علاقة الإعتماد المستندي بالحوالة، والإجابة تكون كالآتي، إن هذه العلاقة تفترض ثلاثة أفراد وهم المحيل والمحال عليه والمحال له، والثاني هو البنك فهو هنا يلعب دور المحال عليه وكأنه أحيل الدين عليه من قبل عميله.

^١ المزداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وحققه محمد الفقي، ط

أولي ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م، ج٥، باب الضمان، ص١٨٨

^٢ ابن حزم، المحلى، ط دار الفكر ببيروت، المجلد الثامن، كتاب الكفالة، ص١١٠، مسألة رقم ١٢٢٩.

^٣ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط٢، المجلد السادس، كتاب الحوالة، ص٢٢٦.

^٤ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية ببيروت، ص٤٠١.

^٥ أبي عبد الله الشافعي، الأم، المجلد الثاني، ج٣، كتاب الحوالة، ص٢٢٩.

^٦ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن، ط دار الكتب العلمية ببيروت، ط أولي، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، المجلد الرابع، ص٢٥١

^٧ ابن حزم، المحلى، ط دار الفكر، المجلد الثامن، كتاب الحوالة، ص١٠٨، مسألة ١٢٢٦

المطلب الثاني: أركان الإعتماد المستندي.

ويضم هذا المطلب بين جوانبه ثلاثة فروع، أعرض في الفرع الأول (الصيغة) وفي الثاني (العاقدان) وأما الثالث (محل الإعتماد المستندي)، محاولة لوضع، أو إصباح الإعتماد المستندي في ثوب أركان العقود الشرعية للتوصل إلى حقيقة الإعتماد المستندي، هل هو عقد متعارف عليه أي له جد أكبر يستند إليه في ظل الشريعة الإسلامية، أم هو عقد ينفك عن ثوب العقود الأخرى؟

الفرع الأول: الصيغة.

الصيغة هي اللفظ الدال على التراضي بين طرفي العقد، فهي المظهر الخارجي لما يجول بالنفس، وتعبير عن إرادة الطرفين في إنشاء العقود وتحمل آثاره، فالمعاني التي في النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ.

الفصل الأول: صيغة الوكالة والإعتماد المستندي.

لقد اختلف جمهور الفقهاء من غير الحنفية مع الحنفية في أركان عقد الوكالة فقد ذهب الجمهور إلى أن الصيغة هي الركن الرابع^١ في حين يرى الحنفية أن الصيغة هي الركن الأوحد^٢ في الوكالة إلا أن هذا الخلاف لم يجد له صدى إذ هم متفقون على أن الصيغة عبارة عن تلاقي إيجاب وقبول خالية من العيوب صادرين من أشخاص عندهم الأهلية لإبرام العقد.

وقد ذهب الجمهور إلى أن الوكالة تنعقد بتلاقي الإيجاب والقبول من طرفي عقد الوكالة، والقبول من الوكيل يكون في صيغة قبلت، وكذا يكون بكل ما هو دال على القبول^٣ وهذا الأخير قد يأتي بعد لفظ الإيجاب الصادر من الموكل في صورة (وكلتك، وأنت وكيلي) ولا يشترط التابع الزمني بأن يصدر القبول مباشرة فقد يصدر الإيجاب من قبل الموكل ثم يتراخي الوكيل في القبول، إلا أنه يقوم بما

^١ العالم محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، علل الشرح الكبير لابي البركات الشيخ احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير للعلامة الشيخ محمد علقش طبعة دار احياء الفكر العربي بيروت ج ٣، باب صحة الوكالة هامش صحيفة ٣٨٠.

^٢ علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الإمام القاهرة ج ٧ باب الوكالة ص ٣٤٤٥. (.....) واما بيان ركن الوكالة فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل ان يقول وكلتك بكذا وافعل كذا او اذنت لك ان تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل ان يقول قبلت وما يجري مجراه فيما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد). وإن قوله ركنها هو دليل على ان ركن العقد هو الصيغة فقط .

^٣ الشيخ منصور بن يونس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاع،، علق عليه الشيخ هلال مصيلحي، ط دار الفكر بيروت، سنة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، مجلد ٣، باب الوكالة، ص ٤٦١ وما بعدها (وتصح (الوكالة، أيجابها) بكل قول يدل على الإذن) في التصرف (كوكلتك أوفوضت لك) في كذا (أو أذنت لك فيه، أو بعته، أو أعتقه، أو كاتبه، ونحو ذلك) (و) يصح قبول الوكالة ب (كل قول أو فعل من الوكيل يدل على القبول) لأن وكلاء النبي صلي الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوي إمتثالهم أو امره، ولأنه إذن في التصرف، مجاز قبوله بالفعل .

طلب منه في الوكالة فهذا يعد قبولاً منه بالوكالة وعند تعارض كل من العرف مع اللغة فإنه يقدم الأول على الثاني^١ واشترط الفقهاء من ضرورة التفويض فلا تصح الوكالة إلا بتفويض^٢. ولا يشترط تتابع القبول للإيجاب فقد يأتي الأخير بعد القبول، وهذا كأن يقول وكلني فيقول الموكل وكلتك، فالوكالة ما هي إلا استنابة في التصرف من شخص لآخر، فلم يقدح في صحة عقد الوكالة التراخي في التنفيذ من قبل الوكيل، والوكالة جائزة في كل ما يقبل النيابة ومن بينها البيع والشراء.

يتضح مما سبق أن الوكالة تنعقد بالإيجاب والقبول وبدونهما لا تتم ولو طبق ذلك على القانون بشأن الصيغة، فإنه لا بد من التراضي، وهذا الأخير موجود متى حدث تطابق بين الإيجاب والقبول الصادر من طرفي العقد، أي المصرف وعميلة ويكون الإيجاب متخذاً مظهر طلب فتح الإعتماد والقبول يتمثل في حالة القبول لا الرفض من قبل البنك، ويقترن بالإيجاب السابق فيكونا صيغة^٣.
الفصل الثاني: صيغة الكفالة والإعتماد المستندي.

لم يختلف قول الحنفية من حيث صيغتها وركنها عنها في الوكالة، إذ ذهبوا إلى أن ركنها الإيجاب والقبول متمثلان في الصيغة التي تنعقد بها واشترطوا دلالة اللفظ على الكفالة لا الوديعة^٤، وذهب الجمهور إلى أن الصيغة هي الركن الخامس في عقد الكفالة^٥.

^١ الشيخ صالح عبد السميع الابي الازهري، جواهر الاكليل شرح العلامة خليل في مذهب الامام مالك، طبعة دار الفكر بيروت مجلد ٢ باب الوكالة هامش صحيفة ١٢٦.

* ويقدم العرف عند التعارض مع اللغة فالاعتبار بالاول لا الثاني متى خالف كل منهما الآخر ولا تصح الوكالة بمجرد وكلتك الحالية من تفويض وتعيين بل لا بد من التفويض

^٢ شرح الشيخ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للامام ابي زكريا بن شرف النووي مع تعليقات للشيخ جوبلي بن ابراهيم، دار الفكر بيروت، سنة ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، المجلد الثاني، كتاب الوكالة، ص ٣٠١ وما بعدها وقيل في مغني المحتاج (يشترط) في الصيغة (من الموكل لفظ) ولو كتابة..... كما يشترط الايجاب في سائر العقود لأن الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره الا برضاه (ولا يشترط القبول) من الوكيل (لفظاً) لان التوكيل اباحة وعلى هذا لا يشترط في صحة الوكالة علم الوكيل بها وتكفي الكتابة والرسالة في الوكالة).

^٣ د/أكرم ياملكي، د/رفيق الشماع، القانون التجاري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ط ١٩٨٠، ص ٣٨٤.

^٤ الإمام فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لحافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي، ومعه حاشية الشلبي، دار الكتب العلمية، المجلد الخامس، الكفالة، ص ٢٠، <<ركنها الإيجاب والقبول خلافاً لأبي يوسف>>.

^٥ الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، وبهام شه الشرح الص غير للدردير، دار الفكر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، صحيفة

أولاً: الإيجاب يصدر من الكفيل بكل ما هو دال على العهدة والضمان سواء أكان لغة أو عرفاً وعادة، كضمنت وكفلت وأنا به زعيم وغارم، أو عندي لك مال، وهي ألفاظ دالة على الضمان والكفالة، ولا بد من دلالة اللفظ على هذا المعنى، أما إن دل على غير ذلك مثل لفلان عندي كذا فهو يصرفها إلى الحوالة لا الكفالة^١، فالألفاظ الدالة على الكفالة مثل قول الكفيل للمكفول له، خل عن فلان، والدين الذي عليه عندي، أو دين فلان إلى^٢، هذا بجانب الألفاظ السابقة.

ثانياً: القبول يكون بكل ما هو دال على الرضا كقبلت، أو رضيت، وذلك في الألفاظ الصريحة الدالة بلفظها على معناها، وتنعقد كذلك بالكتابة لحلول هذه الأخيرة محل اللفظ، وفي حالة الأخرس تنعقد بإشارته المفهومة لغيره، ولا يكون الأخرس ضامناً بالاحتمال، ولا يثبت ذلك من الأخرس بكتابة إلا في حالة كونها منفردة عن إشارة يفهم بها عنه أنه قصد الضمان^٣.

لو أمعن النظر في آلية الإعتماد المستندي داخل البنك، لاتضح بجلاء أن الأخير يلعب دور الكفيل في جزء الصيغة، فالبنك معروف بيساره^٤، مما يضمن للمكفول له -البائع- ويبيعث الطمأنينة في نفسه للحصول على حقه، ومن وجهة نظر الشرع يقتضي دينه، فالطلب من البنك لفتح الإعتماد وقبول الأخير لفتح الإعتماد يحمل كل منهما في طياته الصيغة في شكلها الذي يحمل الكناية، وقبول المصرف يعد إعلاناً ضمناً عن أنه هو الذي سيتولى الصفقة التي من أجلها وجد عقد البيع فيضمن للمشتري والبائع تمام تلك العملية، فالبنك حل محل فاتح الإعتماد.

- المشتري - في استلام المتعاقد عليه ويدفع قيمة الكمبيالة المسحوبة عليه والتزم بدفعها لصالح المستفيد المتمثل في البائع .

الفصل الثالث: صيغة الحوالة والإعتماد المستندي.

الحوالة هنا كسابقتيها عند الحنفية تتكون من ركن واحد هو الصيغة المعروفة بالإيجاب والقبول^٥ وما عداها شروط لازمة لانعقادها تامة دونما عيب يشوب تكوينها فالإيجاب يصدر من شخص يسمى المحيل، وقبول صادر من آخر يقال له المحال عليه، وثالث يسمى محال، ويصدر الإيجاب في

^١ الشيخ على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الجزء الرابع، الكفالة دراسة، مقارنة، ص ١٧: ٢١.

^٢ د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزء الخامس، ص ١٣٥. الشيخ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر ببيروت، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، المجلد الثاني، كتاب الكفالة، ص ٣٠١ وما بعدها.

^٣ الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الأقناع، دار الفكر، ج ٣، المجلد الثالث، ص ٣٦٤.

^٤ د/محمد الشحات الجندي، فقه التعامل، دار النهضة العربية، ١٤١١هـ/١٩٨٩م، ص ١٤٤.

^٥ د/وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط ٣، سنة ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م، ص ١٦٤.

صورة أحلتك على فلان، وبكل لفظ دال على الحوالة، ويكون القبول بلفظة قبلت، أو رضيت، وكذا بكل لفظ دال عليه.

اختلف الجمهور مع الحنفية وقالوا بأن أركانها تتمثل في محيل، ومحال، ومحتال عليه، ومحتال^١، ودين للمحيل على المحال عليه، وصيغة.

مما قد سبق بدا جلياً أن صيغة الحوالة عند فقهاء المسلمين لا بد فيها من اجتماع الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال والمحال عليه مع الاختلاف في المذاهب كما يتضح في الفقرة التالية.

ويشترط قبول الحوالة من المحال عليه لأنه هو الذي يتحمل بالدين بإلقائه على كاهله بدلاً من المحيل، فهو يعد خلفاً للمحيل، ورضا المحال لا بد منه لأنه هو صاحب الدين الأصلي، وعند الحنفية قيل لا يشترط قبول المحتال وهو الدائن - ذكر في مجمع الأئمة - >قبول المحتال وهو الدائن سواء كان عليه دين أو لا وقيل لا يشترط رضاه^٢، وإن كان لا يشترط ذلك عند الحنابلة بشرط كون المحال عليه مليء، وقيل لا يشترط رضا المحال عليه >لا يعتبر رضا المحال عليه^٣ لأن المحيل أقام الوكيل مقام نفسه وهو المحتال، فلزم المحال عليه الدفع، وقال الإمام ابن حزم >لسنا نرى إحالة من لاحق للمحال عنده لأنه أكل مال بالباطل...<^٤

وبتطبيق الحوالة الشرعية من حيث الصيغة على فكرة الإعتماد المستندي، فإن الطلب المقدم من العميل لفتح الإعتماد يضم في طياته ما يوحي بطلبه من البنك بأن يحيل ما عليه من دين للبائع على عاتقه، وبفتح الإعتماد بعد التأكد من البيانات وسلامتها يعد قبولاً من البنك، ولو نظر بعين التمحيص لما قاله الفقهاء مع اختلاف المذاهب من ضرورة قبول المحال لتلك الحوالة، وما عليه وضع المصارف من ملاءة لا تصح لأن المحال خير له اقتضاء دينه من البنك المحال عليه باعتبار يساره أقوى من اقتضائه من المشتري فاتح الإعتماد أما رضا البنك لهو ضروري لأن ذمته المالية تنشغل بالدين

^١ المحتال: هو الدين الذي للمحال على المحيل

^٢ الفقيه عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأئمة في شرح ملتقى الأئمة، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، كتاب الحوالة، ص ١٤٦.

^٣ الفقيه منصور بن يونس إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاء، دار الفكر، ط ١٤٠٢/هـ ١٩٨٢م، ج ٣، ص ٣٨٦. البحيري، حاشية البحيري على شرح منهج الطلاب، دار الفكر، ط ١٤١٥/هـ ١٩٩٥م، باب الحوالة، ص ٢١. د/عوف الكفراوي، النقود والمصارف في الفقه الإسلامي، دار الجامعات المصرية، ص ٩٥.

^٤ الإمام ابن حزم، المحلي، دار الفكر، بدون سنة نشر، كتاب الحوالة، ص ١١٠، مسألة ١٢٢٦.

بدلاً من عميله فاتح الإعتماد المستندي، ولا يشترط كون الأخير مديناً لعميله أي للمحيل^١، كما هو عند الجمهور حيث اشترطوا وجود الدينان وهما دين للمحال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه.

الفرع الثاني: العاقدان

بعد الانتهاء من الصيغة كركن أول للإعتماد المستندي من الناحية الشرعية والقانونية كان لزاماً على التطرق للركن الثاني ألا وهو العاقدان، وعلى منهاج ما سبق أفرد ثلاثة أخصان أناقش في الأول (عاقدا الوكالة)، ثم (عاقدا الكفالة) في غصن ثان، ويعقبهما غصن ثالث يتمثل في (عاقدا الحوالة) على النحو التالي.

الغصن الأول: عاقدا الوكالة والاعتماد المستندي.

ويتمثل العاقدان في كل من العميل كطرف أول، والبنك كطرف ثاني، ويخرج من دائرة تلك العلاقة البائع لأن علاقة الأخير بالمشتري تتلور في عقد البيع المنفصل عن فتح الإعتماد المستندي لدي البنك.

أولاً. فاتح الإعتماد المستندي :

يشترط في العميل أن يكون متمتعاً بالأهلية التجارية لكي يمارس ذلك النشاط، وتصدر الإشارة إلى أن العمل الذي يقوم به العميل إما أن يكون تجارياً وإما أن يكون مديناً، ولا يكون الأول إلا إذا كان المشتري - العميل - تاجراً، ويعد مديناً متى لم يكن تاجراً وفي هذه الأخيرة - كونه مديناً - يدخله في دائرة العمل المختلط ذلك لأن البنك بنص قانون التجارة الجديد في مادته الخامسة أفصح عن كون الإعتماد المستندي من عمليات البنوك التجارية أما فيما يتعلق بعيوب الرضا فقد ترك أمر تنظيمها للقواعد العامة في القانون المدني.

ولم يختلف الأمر كثيراً عنه في الفقه الإسلامي إذ أشترط الجمهور من فقهاء الإسلام في الموكل - أي العميل - أن يكون ممن يملك التصرف وذلك لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه فلا يتصور أن تأخذ الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة على التصرف، وذكر العلامة الكاساني رحمه الله أنه في التصرفات التي فيها تجارة يشترط في الصبي العاقل أن يكون مأذوناً له بالتجارة ومن ثم يصح له توكيل غيره لأنه يملك التصرف بنفسه، بمعنى أن من لم يملك الأقوى لا يملك الأضعف.

^١ د/محمد الجندبي، فقه التعامل، دار النهضة العربية، ١٤١٠هـ/١٩٨٩م، ص ٤٨.

ثانياً. الوكيل:

أما فيما يتعلق بالوكالة من حيث شروط الوكيل وضرورة كونه عاقلاً مكلفاً وقاصداً للعقد فكلها شروط متعلقة بالشخص الطبيعي لا المعنوي والمصرف شخص معنوي، إلا أن شرط تعيين الوكيل ومعرفته لهو أمر ضروري إذ لا بد من تحديد البنك الذي يفتح لديه الإعتماد المستندي، وهذا الأخير -فتح الإعتماد- من العمليات التي يقوم بها البنك بنص قانون التجارة الجديد في الفقرة (و) من المادة الخامسة، ذلك ما لم يرد نص يخرج من عمليات البنوك المصرفية، ومن الجدير بالذكر أن الوكالة هنا هي وكالة بأجر لأن البنك يتقاضى مقابل هذه الصفقة التي تمت، ومن ثم قد يكون البنك في مركز الوكيل بالعمولة.

الفصل الثاني: عاقدا الكفالة والإعتماد المستندي.

تتعقد الكفالة بين ثلاثة أطراف هم الكفيل والمكفول له والمكفول أو يسمى الأصيل، ولكل منهم شروط تتعلق به على النحو التالي:

أولاً. شروط الكفيل:

أشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع^١، وذلك لأن الكفالة من التبرعات فلا تعقد كفالة الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه، لانعدام أهلية التبرع من قبلهم، وكذلك يشترط في الشخص الطبيعي كونه عاقلاً وبالغاً وحرراً، وذاك كله لا مجال لتطبيقه على البنك بوصفه شخصاً معنوياً، لأن القانون قد اعترف له بشخصيته القانونية المستقلة^٢، وذاك الشرط يعني كون الكفيل موسراً، مما يضمن للمكفول له الحصول على دينه، وهذا لا يختلف عن دور البنك إذ يفترض ملاءته دائماً مما يبعث الطمأنينة في قلب البائع بأنه سيحصل على دينه من المشتري فاتح الإعتماد المستندي.

ثانياً. شروط الأصيل:

والأصيل هنا هو المشتري فاتح الإعتماد المستندي، ويشترط عند فقهاء المسلمين بصفته الأولي شرطان هما، القدرة على تسليم المكفول به من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون معلوماً، أما كونه

^١ الإمام فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج٥، ص٢١؛ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ط١٩٩٧، ص٥٦.

^٢ د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الفصل العاشر الكفالة، ص١٤٠.

^٣ د/ محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، ط دار الثقافة للنشر، سنة ١٤١٠هـ/١٩٨٩م ص ٥٧.

عاقلاً وبالغاً فليست بشرط عند الحنفية، ولا يشترط حضور الأصيل في الكفالة^١، وبتطبيق الشرط الأخير على الإعتماد المستندي لتطابق تماماً لأن الأخير يفترض غياب المشتري والبنك هو الذي يحل محله إذ هو الضامن للمشتري قبل البائع، فالبنك يستلم المستندات الدالة على البضاعة في غياب المشتري.

ثالثاً. شروط المكفول له:

البائع هنا هو المكفول له الذي يضمن له البنك الوفاء له بقيمة البضاعة بدلاً من عميله، فلا بد أن يكونه معلوماً للكفيل لأنه يتحقق المقصود من الكفالة وهو التوثيق^٢، وشرط كونه عاقلاً فلا تصح الكفالة عند المجنون والصبي الذي لا يعقل، والحرية ليست بشرط^٣، وغالباً ما يكون المكفول له - البائع - بالغاً عاقلاً معلوماً للطرفين السابقين، فهو يرتبط مع المشتري بعقد البيع، ومع البنك بتسليم المستندات وقبض ثمنها عن طريق خصم الكمبيالات المسحوبة على البنك.

الفصل الثالث: عقود الحوالة والإعتماد المستندي.

لقد اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط في الحوالة على النحو التالي بيانه وكان لزاماً التعرض لها لمعرفة مدى تطابقها مع الإعتماد المستندي والحوالة تفترض وجود محيل ومحال عليه ومحتال له وينظرهم في الإعتماد كل من البنك وهو المحال عليه والمحيل هو المحال عليه والمحيل هو المشتري فاتح الإعتماد والمحتال له هو البائع أو المستفيد.

أولاً. شروط المحيل:

^١ الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، كتاب الكفالة، ص ١٢٤؛ الشيخ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، الكافي في فقه أهل المدينة، طدار الكتب العلمية، لبنان، بدون سنة نشر، كتاب الحماله والكفالة، ص ٣٩٨.

^٢ العلامة زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، طدار الكتب الإسلامية، القاهرة، كتاب الكفالة، المجلد السادس، صحيفة ٢٢٤؛ الشيخ محمد العباسي المهدي، الفتاوى المهدية، ط ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م، ج ٣، ص ٢٠٠؛ الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ محمد على عوض، طدار الكتب العلمية، بيروت، مجلد ٣، كتاب الضمان، باب في أركانه، ص ٤٧٤؛ وقيل عند الحنابلة <> ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن << وهو ما ذكره الإمام أبي محمد بن عبد الله بن محمد ابن قدامة، المغني على الشرح الكبير، طدار الكتب العربي، لبنان، سنة ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م، باب الضمان ص ٧١.

^٣ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم المعاملات، طدار الإرشاد للتأليف والطبع، ج ٣، مباحث الضمان، ص ٢٣٢.

اشترط فقهاء المسلمين أن يكون المحيل عاقلاً فلا تصح عندهم حوالة الجنون، وكذلك الصبي الذي لا يعقل وهذه شروط صحة^١، وكذلك شرط رضاه مما ينبغي عدم وجود الحوالة مع الإكراه^٢ وشرط البلوغ هو شرط نفاذ فهو موقوف على إجازة الولي وأشترط رضا المحيل لأنه هو الذي أحال بالدين على المحال عليه وبانتفاء الرضائية لا يجبر عليها^٣.

ثانياً. شروط المحال له:

وكما ذكر أعلاه فإن المحال له وهو المستفيد في الإعتماد المستندي فإن الفقهاء ذهبوا إلى ضرورة كونه عاقلاً ولأبد من توافر شرط الرضا من جانبه، وعُدّ البلوغ عند الحنفية شرط نفاذ إلا أن المالكية اختلفوا في ذلك^٤، وقيل يشترط وجوده في مجلس العقد وهو شرط نفاذ عند الحنفية^٥، ولا بد من رضاه لتفاوت الذمم في أداء الديون.

ثالثاً. شروط المحال عليه:

رضاه معتبر عند الحنفية لأنه هو الذي سيتحمل بالدين، أي أنه على هذا المذهب يشترط موافقة البنك أو المصرف الإسلامي على التحمل بالدين الذي على المشتري، إلا أن المذهب عند الجمهور من غير الحنفية هو عدم الاعتبار برضا المحيل وإنما علقوا على عدم وجود عداوة بينه وبين المحال^٦.

الفرع الثالث: محل الإعتماد المستندي.

يضم هذا الفرع كل من الوكالة والحوالة والكفالة من حيث محلهم مقارنة بالإعتماد المستندي لتحديد مدى مطابقة الأخير مع كل منهم في فرع واحد، فلا حاجة لأغصان فرعية، وذلك لأن الشروط تكاد تكون متشابهة مع بعضها البعض.

أولاً. محل الوكالة والإعتماد المستندي:

^١ الإمام محمد أمين، الشهير بإبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير البصار، ط دار الفكر، سنة ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، بيروت، لبنان، كتاب الحوالة، مجلد ٥، ص ٣٤١.

^٢ الإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، مجلد ٣، باب الحوالة، ص ١٦.

^٣ الإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، تحقيق الشيخ علي محمد عوض، الشيخ عادل احمد عبد الموجود، ط دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م، كتاب الحوالة، ص ٤١٨؛ الإمام منصور بن يونس بن إدريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأئمة، المرجع السابق المجلد ٣، ص ٣٨٦.

^٤ الشيخ محمد علقش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج ٣، ص ٢٢٨.

^٥ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق ج ٧، ص ٣٤٣٧.

^٦ الشيخ محمد علقش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، المرجع السابق، ج ٣ ص ٢٢٨، حاشية الشرفاوي على التحرير ص

٦٩، باب الحوالة ج ٢؛ الإمام منصور بن يونس بن إدريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج ٣، ص ٣٨٦.

ومحل الإعتماد هو ما يتضح اثر هذا العقد منه، والتحليل في نظر الفقه الإسلامي هو المعقود عليه أي محل الصفقة في الإعتماد محل البحث، والمعقود عليه هو الإعتماد الذي يقوم المصرف بفتحه لصالح المستفيد ومحل الإعتماد يقصد به ((مبلغ من المال يقوم المصرف بتخصيصه لمصلحة المستفيد من العقد))^١، ولا بد في محل الوكالة أن يكون مملوكاً للموكل، فلا بد من كون التصرف يستطيع الموكل القيام به أصلاً عن نفسه، ولكنه وكل غيره للقيام بالتصرف نيابة عنه^٢، ولا بد من العلم بالمحل من بعض الوجوه أي تنتفي الوكالة بالشراء في حالة الجهالة الفاحشة، ولا بد أن يكون التصرف قابلاً للنيابة شرعاً^٣، والبنك يقوم بذلك التصرف نيابة عن العميل الذي هو أصالة له القيام بما وكل فيه البنك . والمبلغ الذي تتم به الصفقة موجود لدي البنك الوجود المحقق.

ثانياً. محل الكفالة والاعتماد المستندي:

وقد أشرت في محل الكفالة عند فقهاء المسلمين عدة شروط وتمثل في الشرط الأول هو كونها مضمونه على الأصيل^٤ والثاني أن يكون المكفول به مقدور على تسليمه للمكفول له ((وذلك ليكون العقد مفيداً))^٥، وذلك شرط ثالث وهو أن يكون الدين لازماً^٦، فتخرج الحوالة عن الدين اللازم^٧، والدين الذي على البنك للبائع بموجب الإعتماد المستندي المفتوح لديه يحل وقت سداده متى تطابقت الشروط والمواصفات لما هو متفق عليه بين المشتري والمصرف عند فتح الإعتماد محل الدراسة، وكذلك فإنه مقدور على تسليمه إذلاً^٨ إنه يفترض دائماً ملاءة البنك، والضمان هنا عن الأصيل، ويبدو جلياً أن محل الضمان متطابق مع محل الإعتماد المستندي .

ثالثاً. محل الحوالة والاعتماد المستندي:

^١ د/أكرم ياملكي، د/رفيق الشماع، القانون التجاري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

^٢ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٧، ص ٣٤١٨، ص ٣٤٣٥.

^٣ الشيخ محمد علقش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، المرجع السابق، ج٣، ص ٣٥٩ .

^٤ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٧، ص ٣٤١٥.

^٥ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٧، ص ٣٤١٩؛ الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود بن أحمد الفراء البغوي، التهذيب، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، كتاب الكفالة ص ١٧٤، وبمفهوم المخالفة (ملا يفضي الى اللزوم مثل الديه على العاقلة) ... لا يصح ضمانها .

^٦ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج٧، ص ٣٤١٨.

^٧ الإمام أبي محمد بن الحسن بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب، المجلد الرابع، كتاب الحوالة، ص ١٦٢؛

اشتراط في الحوالة أن تكون ديناً فلم يجيزوا بالحوالة على الأعيان لأنها نقل لما في الذمة وفقاً لتعريف الحوالة، وشرط كون المال معلوماً، وشرط كون الدين لازماً، فتخرج الحوالة عن الدين غير اللازم^٢، ويجب أن يكون محل الإعتماد المستندي غير مخالف للقانون وبالأحرى عدم مخالفته للشرع إذا ما أردنا وضعها في إطار شرعي يكون له حاوياً.

الفرع الرابع: السبب.

يتحدث هذا الفرع بدوره عن السبب كركن من أركان تكوين العقد وإنشائه ولا بد من أن يكون السبب مشروعاً من الناحية القانونية من وجهة نظر الفقه القانوني حتى لا يجمع مانع من إنشاء العقد، وبموجب المقارنة التي عقدت بين الوكالة والحوالة والكفالة في إحدى كفتي الميزان وبين الإعتماد المستندي من جهة أخرى، فإن فقهاء المسلمين اشتراطوا بصفة عامة في جميع العقود ألا تخالف نص شرعي من حيث تكوينها، فإن كان سبب الحوالة والوكالة والكفالة ظاهر في معناه وهو وجود محمول عليه، أو كفيل يضمن الدين عن المحيل أو الأصيل، فإن الوكالة تكون هنا وكالة بالشراء، والمصرف هو الوكيل القائم بالشراء نيابة عن الموكل.

يشترط في القانون التجاري والمدني كون الباعث على العقد والسبب غير مخالف للنظام العام وللآداب العامة^٣، فلا ينشأ عقد الإعتماد المستندي إذا اتفق كل من المصرف والعميل على استيراد ما هو غير مشروع من وجهة نظر القانون مثل المخدرات والصور الخليعة.

ولا يخفي على الذهن أن معني عدم مخالفة النظام العام والآداب هو معنا مطاطياً، لأن النظام العام يختلف بطبيعة الحال من دولة إلى أخرى، أما بتطبيق ذلك على الإعتماد فإننا نخرج كل ما هو مخالف للنص، فلو تم التعاقد على استيراد ما هو مخالف للشرع مثل الخنازير فهو في نظر القانون أمر جائز، أما في الفقه الإسلامي فقد نص القرآن الكريم على تحريمها

قال تعالى >> **إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحُمَّ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لِعَيْبِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ** <<^٤.

^١ الإمام، منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتاء، ط دار الفكر، كتاب الحوالة، ص ٣٨٦.

^٢ العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج ٧، ص ٣٨٦.

^٣ د/ أكرم ياملكي، د/ رفيق الشماع، القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

^٤ سورة البقرة، آية ١٧٣.

فقد أستفيد من الآية تحريم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، ما يخرجها من دائرة صفقة البيع الأصلية التي فتح بموجبها الإعتماد المستندي.

وقد ورد في السنة المطهرة ما يفيد ذلك روي عن قتبية عن الليث عن أبي حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله عنهما أنه سمع رسول الله صلي الله عليه وسلم وهو بمكة عام الفتح "أن الله ورسوله حرما بيع الميتة ولحم الخنزير والأصنام. فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلي بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال لا، هو حرام، ثم قال رسول الله صلي الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم شحومها جعلها ثم باعوه فأكلوا ثمنها"^١. مما يعني في الجملة خروج كل ما لا يتفق مع النص القرآني أو الأحاديث النبوية، بل ويقع التزام على البنك بالألا يفتح اعتماداً مستندياً متى كان سببه غير مشروع من الوجهة الإسلامية.

المبحث الثاني: مشروعية الإعتماد المستندي

وهذا المبحث بضم بين دفتيه مطلبين، اولهما مدى مشروعية الإعتماد المستندي والثاني إلة ذلك الإعتماد داخل كل من البنوك والمصارف لإسلامية.

المطلب الأول: مدى مشروعية الإعتماد المستندي في الفقه الإسلامي.

وذلك المطلب ينقسم بدوره إلى فروع أربعة في محاولة للتوصل إلى تكييف شرعي للإعتماد المستندي في فرع خامس

الفرع الأول: مشروعية الإعتماد في ظل الوكالة.

واستكمالاً للتأصيل الشرعي للإعتماد المستندي كان لا بد من توضيح مشروعية الوكالة وتطبيقها على الإعتماد المستندي .

أولاً. القرآن الكريم : قال تعالى : ((**نَمَّا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا**))^٢

وقيل (والعاملين عليها) هم الجبابة الذين يجمعون الصدقات. فهو دليل على التوكيل للغير، فقد وكلوا في جمع الزكاة^٣

^١ الإمام أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط دار المعرفة، الجزء الرابع، باب بيع الميتة والأصنام، حديث رقم (٢٢٦٣)، ص ٤٥٤.

^٢ سورة التوبة، آية ٦٠.

^٣ الشيخ محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط ٩ منقحة، دار الصابوني للطباعة، ج ١، ص ٥٤٣.

قال تعالى: ((فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ))^١ قيل في تفسيرها (إرسلوا واحداً منكم إلى المدينة^٢). فقد أفاد ذلك جواز اختيار واحد من الجماعة ليقوم كالوكيل عنهم في شراء الطعام لهم .

ثانياً. السنة المطهرة :

عن جابر قال أردت الخروج إلى خيبر فقال النبي صلي الله عليه وسلم ((إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن تبقي منك آية فضع يدك على ترقوته))^٣. وقد أفاد الحديث وجود وكيل عن الرسول صلي الله عليه وسلم.

ثالثاً. الإجماع :

(أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك)^٤. ولو طبق مفهوم مشروعية الوكالة على الإعتماد المستندي لانطبق كل منهما على الآخر .

الفرع الثاني: مشروعية الإعتماد المستندي في الكفالة

أولاً. القرآن الكريم : قال تعالى ((وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ بِحِمْلٍ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ))^٥

وذكر الإمام الشوكاني رحمه الله أن الزعيم يعني الكفيل^٦

ثانياً. الإجماع :

الإجماع انعقد على جواز الكفالة نظراً لحاجة الناس لها في معاملاتهم^٧ والكفالة كذلك مشروعيتها تنطبق على الإعتماد المستندي إذ كل من البائع والمشتري في مكان مختلف عن الآخر فكان لابد من ضامن يضمن ذلك حتى يرجع عليه .

الفرع الثالث: الإعتماد المستندي ومشروعية الحوالة

وتتمثل مشروعية الحوالة في الآتي:

^١ سورة الكهف، آية ١٩ .

^٢ الشيخ محمد على الصابوني، صفوة التفاسير، ط٩ منقحة، المرجع السابق، ج٢، ص١٨٦ .

^٣ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخيار، ط دار الجليل، بيروت - لبنان، سنة ١٩٧٣، الجزء السادس، ص٤٤، رقم ٨ .

^٤ الإمام أبي محمد بن أحمد بن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط دار الكتاب العربي، المرجع السابق، ج٥، ص٢٠١ .

^٥ سورة يوسف، آية ٧٢ .

^٦ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ط دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، بيروت، ج٣، ص٤٢ .

^٧ الإمام أبي محمد بن أحمد بن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط دار الكتاب العربي، المرجع السابق، ج٥، ص٥٥ .

أولاً. السنة المطهرة :

عن أبي الزناد عن الأعوج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((مطل الغني ظلم، وإذا إتبع أحدكم على مليء فليتبع))^١ صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وأفاد ذلك الحديث صحة الحوالة .

ثانياً. الإجماع:

أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة^٢.

يتضح أن الإعتماد المستندي يندمج في الحوالة من حيث المشروعية، فإن كانت الحوالة مشروعة وفيها الإعتماد على محال عليه فإن الإعتماد المستندي يكون البنك فيها هو المحال عليه .

الفرع الرابع: الإرادة المنفردة

كما هو معروف أن الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الإلتزام في القانون المدني، وكذلك في الفقه الإسلامي فهي مصدر من المصادر المستقلة للإلتزام وتعني العمل القانوني الصادر من جانب واحد، وتنتج آثاراً قانونية مختلفة^٣ فالبنك هنا ألزم نفسه بإرادته المنفردة بدفع ما هو قيمة الصفقة المنعقدة بين البائع المصدر والمستورد المشتري، وهذا الإلتزام كان فيه خروجاً عن إرادة المشتري وفعله بخروج الثمن من يد المستورد إلى البنك، ومن ثم فالمصرف له وحده بموجب هذا الإلتزام فحص المستندات دون تدخل من العميل، وهو هنا مستقل عن طرف عقد البيع الذي بموجبه نشأ الإعتماد المستندي، ولذا صح كون الإعتماد إلزام البنك لنفسه بالقيام بالعملية بأكملها.

الفرع الخامس: التكيف الشرعي للإعتماد المستندي

إن البحث في وضع تكيف شرعي للإعتماد المستندي يؤدي إلى التطرق إلى اتجاهين،

الأول: هو أن الإعتماد المستندي يتردد بين العقود المعروفة في ظل الفقه الإسلامي من وكالة وحوالة وكفالة وإرادة منفردة إذ هو يأخذ بكل طرف من أطراف العقود السابقة .
فهو يأخذ في الوكالة إعتماد الوكيل على البنك للقيام بما هو أصلاً أهلاً للقيام به إلا أن قام مانع وهو بعد المسافة بينه وبين البائع المتعاقد معه، ويأخذ من الحوالة في جانب الإعتماد القابل للتحويل

^١ الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، وبهامشة مختارات من كتاب معالم السنن للإمام الخطابي، تحقيق محمد جميل، ط دار الفكر، سنة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م، ج٣، ص٢١٢، حديث رقم ٣٣٤٥ .

^٢ الإمام أبي محمد بن أحمد بن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ط دار الكتاب العربي، المرجع السابق، ج٥، ص٥٤ .

^٣ د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط ٢، دار النهضة العربية، سنة ١٩٦٤ م، الجزء ١، ص١٤٤٤ .

وهذا لا يتأتى إلا عندما يتفق على إجازة تحويل الإعتماد من مستفيد إلى مستفيد جديد^١، ويأخذ من الكفالة في الإعتماد الغير قابل للإلغاء، إذ أن الإلتزام مباشر وشخصي^٢.

أما الاتجاه الثاني يري أن هذه المعاملة تنفرد بمسمى خاص، يعبر عن حقيقتها ومحتواها ويكشف عن طبيعتها التجارية المتجددة فهي من ثم معاملة حديثة، (ومادام أن الأصل في إبرام العقود هو التراضي بين طرفي العقد في نطاق النفع المتبادل، فلم التمسك برد كل معاملة حديثة إلى عقد بعينه من العقود المسماة في الفقه الإسلامي)^٣.

((قد تنظم أحكام الشريعة مسألة ما، بالنص عليها تفصيلاً...، وقد تضع لها القواعد العامة والخطوط العريضة تاركة التفاصيل لاجتهادات العلماء والمختصين لأن تلك التفاصيل تتغير بتغير الظروف والنيات، ومعظم أحكام المعاملات تدخل في هذا النوع الثاني))^٤.

وإذا ما كان الأصل في المعاملات الإباحة، إلا إذا وجد دليل من الشرع يحرمها فإن الإعتمادات المستندية إعمالاً لما ذكره د/ عاشور في الفقرة السابقة. فإن الإعتماد بناء على ما تقدم بيانه من انطباق مشروعية العقود - عقد الكفالة والوكالة والحوالة - من كثير من الوجوه فإنها جميعها تعد أصلاً له، إلا أن الناس قد تعارفوا على هذا الاسم - الإعتماد المستندي - لما فيه من شبهة خروج عن أطر العقود السابقة لكونه جامع بينهم لا مقتصر على واحد منهم. فالبنك في الوكالة أخذ على نفسه قيامه هو بتسديد ما على وكيله للغير، ويأخذ من الكفالة أنه تضامن معه في الدين ومن الحوالة بأن أصبح هو الملتزم بدفع المحال به للمحال له.

ومهما كان الجدل الثائر حول التكييف الشرعي أو القانوني لطبيعة ذلك العقد، فإن الواضح هو كون العلاقة توكيل من فاتح الإعتماد للمصرف بفتح الإعتماد وتنفيذه^٥، ولطالما الأمر كذلك فإن

^١ د / عبد الحميد محمود البعلی، الإثتمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، الناشر مكتبة وهبه، ط أولي، سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩١، ص ٢٧ . وهو ما يأتي ذكره في أنواع الإعتماد المستندي بإذن الله تعالى .

^٢ د / محمد الجندى، فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث، المرجع السابق، ط دار النهضة العربية، ص ١٥٣.

^٣ د/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، مطبعة دار النهضة العربية ص ٧١ .

^٤ د / عبد الحميد محمود البعلی، الإثتمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، الناشر مكتبة وهبه، ط أولي، سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩١، ص ٢٧ .

^٥ د/ محمد الصاوي، مشكلة الإثتمار في البنوك الإسلامية، ط دار الوفاء بالمنصورة، طبعة أولي، سنة ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ص ٤٧٦

الإعتماد المستندي مرده لهذه العقود ولا يجوز أن نخرجه بأي حال من الأحوال عن هذه الدائرة فيكفي مجرد تسميته اسماً مخالفا لهم مع الحفاظ على التوافق الجوهرى بينهم .

