

أثر تحقيق المناط في اختلاف أحكام المعاملات المالية المعاصرة رسوم خطاب الضمان وهدايا الحساب الجاري أنموذجاً*

د. بندر مناحي زعار عريج*

تاريخ إجازة البحث: نوفمبر ٢٠١٨م.

تاريخ استلام البحث: نوفمبر ٢٠١٨م

ملخص البحث

تناولت في هذا البحث مسألة أثر تحقيق المناط في اختلاف أحكام المعاملات المالية المعاصرة، رسوم خطاب الضمان وهدايا الحساب الجاري أنموذجاً، بحكم أن هاتين المسألتين من مستجدات المعاملات المالية، ولم تكونا معهودتين أو متصورتين قبل ذلك، ولا يوجد لهما ذكر صريح في مآخذ الفقه الإسلامي، هادفاً من ذلك إلى قضية البحث الأصلية تحقيق المناط في هذه المسائل المستحدثة، ودوره في الربط بين النص والواقع. وأثره البالغ في اختلاف الفتوى في الهيئات الشرعية والجامع الفقهية كونه أحد أهم أسباب الاختلاف في هذه المستحدثات، مع عرض الاختلاف الفقهي، ورد المسائل المستجدة إلى أصولها، والترجيح بين الأقوال.

بغية الكشف عن مدلول تحقيق المناط بوصفه أصلاً من أصول الاجتهاد في تنزيل الأحكام الشرعية، وذلك إبرازاً للصناعة الأصولية، التي يمارسها الأصولي والفقيه في عملية التكييف الفقهي، من خلال رده المسائل المستحدثة إلى أبوابها الفقهية، والحكم على هذه المسائل بعد تحقيق مناطها، بهدف الكشف عن ثراء التشريع الإسلامي ومرونته، وقدرته على الوفاء بحاجات الناس ومصالحتها. وقد انتظم البحث في مقدمة شملت: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، ومشكلته، ومنهجه، ودراساته السابقة.

وثلاثة مباحث، كل مبحث ينضوي تحته عدة مطالب توضح مضمونه، وتبين مقصوده، وخاتمة فيها بعض النتائج والتوصيات التي أثمرتها الدراسة.

الكلمات الدالة: تحقيق المناط، المعاملات المالية المعاصرة، خطاب الضمان، هدايا الحساب الجاري.

(*) الدكتور / بندر مناحي زعار عريج. يحمل شهادتي الماجستير و الدكتوراه في الفقه وأصوله. يعمل مدرسا منتدبا في جامعة الكويت، وهو إمام وخطيب بوزارة الأوقاف. له عدة أبحاث علمية محكمة في مجال التخصص. الاهتمامات البحثية: أصول الفقه - المعاملات المالية المعاصرة.

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل الله، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً.

وبعد: فإن تنزيل الأحكام الشرعية على أرض الواقع يحتاج إلى تصور الوقائع المستجدة من جميع جوانبها؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وهذا التطبيق والتنزيل هو ما يسمى عند الأصوليين (بتحقيق المناط) وهو من عمل أهل الخبرة والاختصاص الصالحين في كل المجالات الاقتصادية والسياسية والصحية وغيرها، قال شيخ الإسلام: «والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به»^(١).

فالواقعة الاقتصادية يحقق المناط فيها الاقتصاديون، والواقعة السياسية يحقق المناط فيها الساسة وهكذا؛ لأن الذي يحقق المناط هو الذي وجه له الخطاب، بحكم أنه أعلم بواقعه، ويستطيع أن يوازن بين المصلحة والمفسدة، فالخطاب تارة يوجه للأفراد وتارة للمجتمعات، فالخطاب الموجه للمجتمعات لا علاقة للأفراد به فكيف للأفراد أن يحققوا المناط في مسائل لا خبرة لهم بها حتى ولو كانوا فقهاء؟ إن القول بمثل هذا يعد جناية على الأمة، فالمناط يحقق من خلال معرفة المآلات.

ولأهمية تحقيق المناط ولتأثيره في اختلاف الفتوى في الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية في كثير من المعاملات المالية المعاصرة، أحببت أن يكون بحثي حول المعاملات المالية المعاصرة وأثر الاجتهاد في تحقيق المناط فيها لتكون أنموذجاً لبيان أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين، وسميته: (أثر تحقيق المناط في اختلاف أحكام المعاملات المالية المعاصرة رسوم خطاب الضمان وهدايا الحساب الجاري أنموذجاً)، وقد تضمن هذا البحث تمهيداً، وثلاثة مباحث، وخاتمة.

أهمية البحث:

- يرتبط موضوع البحث بأصل من أهم أصول الاجتهاد التنزيلي وهو تحقيق المناط.
- يساعد في الكشف عن ثراء التشريع الإسلامي ومرونته وقدرته على مواكبة النوازل

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤ / ٢٤)

والمستجدات.

- يوضح العلاقة والارتباط بين التكليف الفقهي وتحقيق المناط.
- موضوع البحث (تحقيق المناط) من الموضوعات التي تكفل ديمومة الشريعة الإسلامية وبقائها وقدرتها على استيعاب سائر الوقائع والمستجدات.
- يساهم البحث في تنزيل أحكام الشريعة في المسائل محل البحث من حيز التنظير إلى ميدان العمل، ويزيل النقاب عن حكمها الشرعي.
- موضوعات البحث المطلوب بيان تحقيق المناط فيها وأثره في اختلاف حكمها من الموضوعات المهمة التي لا غنى عنها، وبخاصة في هذا العصر الذي أضحت فيه من الضروريات.

إشكالية البحث:

تتحدد مشكلة البحث الرئيسية في إبراز تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء في ثبوت الحكم الشرعي من عدمه، وبخاصة في بيان حكم خطابات الضمان وهدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري.

أهداف البحث:

- ١- الكشف عن ثراء التشريع الإسلامي ومرونته وقدرته على مواكبة النوازل والمستجدات.
- ٢- بيان مدلول تحقيق المناط كأصل من أصول الاجتهاد في تنزيل الأحكام الشرعية على أفراد الوقائع.
- ٣- الكشف عن أهمية تحقيق المناط ودوره في الربط بين النص والواقع.
- ٤- إبراز كون تحقيق المناط سبباً من أسباب الاختلاف.
- ٥- إبراز أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء في المعاملات المالية المعاصرة.
- ٦- بيان حكم خطابات الضمان التي تمنحها المصارف من خلال تحقيق المناط فيها.
- ٧- بيان حكم هدايا البنوك على الحسابات الجارية من خلال تحقيق المناط فيها.

الدراسات السابقة وما يضيفه البحث إليها:

بعد البحث عن دراسات مشابهة للموضوع محل البحث، عثرت على دراستين تشابهتا مع الموضوع محل البحث وهما:

- ١- تحقيق المناط وأثره في اختلاف الأحكام الفقهية: نسيم بن مصطفى، بحث قدم لنيل درجة الماجستير، بكلية العلوم الإنسانية جامعة وهران بالجزائر، سنة ٢٠٠٥م - ٢٠٠٦م.

٢- تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء: عصام صبحي صالح شير، نسيم بن مصطفى، بحث قدم لنيل درجة الماجستير، بكلية الشريعة والقانون- الجامعة الإسلامية بغزة، سنة ١٤٣٠ هـ، ٢٠٠٩ م.

والدراستان السابقتان وإن تعلقتا بموضوع أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء إلا أنهما لم تتعرضا لنموذجي الدراسة محل البحث، وهما بيان أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء المعاصرين في: حكم أخذ العوض عن خطاب الضمان المصرفي، وحكم قبول هدايا البنوك على الحساب الجاري، فهاتان المسالتان من المستجدات الفقهية ولا ذكر لهما في الدراسات السابقة.

ما يضيفه البحث:

- بيان دور تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء المعاصرين في حكم أخذ العوض على الضمان المصرفي.
- بيان دور تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء المعاصرين في حكم هدايا البنوك التي تقدمها لأصحاب الحساب الجاري.
- إظهار العلاقة بين التكيف الفقهي في المسائل الفقهية وتحقيق المناط.

حدود البحث:

- لعل من المتعارف عليه أن لكل بحث حدا موضوعيا لا يتعداه إلى غيره، وبحثنا ليس بدعا عن هذا فله حدود موضوعية دل عليها عنوانه:
- ١- ارتباطه بتحقيق المناط دون غيره من الموضوعات الأصولية.
 - ٢- تعلقه بقسم من أقسام فقه المعاملات المالية وبخاصة بعض مستجداتها وهما خطاب الضمان، هدايا الحساب الجاري، دون غيرها من بقية المستجدات أو متضمنات فقه المعاملات المالية.

منهج البحث:

البحث عن نماذج تصلح أن تكون نواة لمشروع يستقرئ المعاملات المالية المعاصرة.

المنهج العلمي المتبع في الدراسة:

- أولاً: المنهج الاستقرائي: وذلك تتبع أقوال العلماء في المسألتين محل البحث.
- ثانياً: المنهج التحليلي: وهو تحليل هذه الأقوال، وربطها بأدلتها الشرعية.
- ثالثاً: المنهج المقارن: مقارنة هذه الأقوال مع بعضها بغية التمييز بين المتفق عليه

والمختلف فيه منها، لتحرير مناط النزاع وتضييق حدوده.
رابعاً: المنهج الاستنتاجي أو الاستباطي. ويتمثل في استخلاص واستنتاج الأحكام وإظهار الراجح من المرجوح منها، وعلاقة تحقيق المناط بكل.

المنهج الإجرائي:

يتحدد إجمالاً في تتبع جوانب الموضوع ومسائله الفقهية المتعلقة به، وعرض الآراء والنصوص الواردة فيها، ثم تحليلها ومقارنتها، ثم استخلاص واستنتاج الأحكام وإظهار الراجح من المرجوح منها.

أما تفصيلاً فهو على النحو الآتي:

- عرض المسألة محل البحث.
- وضع عنوان مناسب لها.
- استهلال المسألة بمدخل تعريف يوضح ماهيتها.
- ذكر المسألة وتصورها حتى تستوعب الأقوال.
- استقراء الأقوال الواردة فيها مع بيان أدلة كل قول، وإظهار الراجح.
- الاختصار بصفة أساسية على أقوال المذاهب الأربعة.
- أوثق الأقوال من مصادرها المعتمدة، مع العزو إليها.
- التكييف الفقهي لكل مسألة على حدة مع تحرير مناط النزاع.
- إبراز تحقيق المناط في كل مسألة وعلاقته باختلاف العلماء في حكمها.

أسئلة البحث:

تتفرع عن المشكلة السابقة عدة تساؤلات، أبرزها كالاتي:

- ١- ما المراد بتحقيق المناط؟
- ٢- هل يعد تحقيق المناط من أسباب الاختلاف؟
- ٣- هل للاختلاف في تحقيق المناط أثر في اختلاف الفقهاء في المعاملات المالية؟
- ٤- ما التكييف الفقهي المعتبر لمسألة خطاب الضمان المصرفي؟
- ٥- ما مناط الحل أو الحرمة في مسألة أخذ الأجرة على خطاب الضمان المصرفي؟
- ٦- هدايا البنوك على الحسابات الجارية هل يختلف حكمها باختلاف طبيعتها؟
- ٧- هل للتكييف الفقهي دور في تحقيق المناط في هدايا البنوك على الحسابات الجارية؟

خطة البحث:

التمهيد: مفهوم تحقيق المناط، ومعياره

المبحث الأول: أثر تحقيق المناط في اختلاف حكم أخذ الأجرة على خطاب الضمان في المؤسسات المالية.

المطلب الأول: تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: الضمان بجعل، تصويره، وخلاف العلماء فيه.

المبحث الثاني: تحقيق المناط في مسألة خطاب الضمان المصرفي.

فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان وأركانه وأنواعه.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لخطاب الضمان

المطلب الثالث: تحقيق مناط الحكم في مسألة خطاب الضمان المصرفي

المبحث الثالث: أثر تحقيق المناط في اختلاف حكم هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بهدايا البنوك للعملاء وأقسامها.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للعلاقة بين العميل والبنك في الحساب الجاري

المطلب الثالث: تحقيق المناط في هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري تبعاً

للاختلاف في التكيف الفقهي

الخاتمة: وتتضمن:

• النتائج.

• التوصيات.

التمهيد:

أولاً: مفهوم تحقيق المناط:

تعريف تحقيق المناط يتحقق بأمرين: تفكيك بنيته الاصطلاحية وتعريفه باعتباره

مركباً إضافياً من كلمتين (تحقيق ومناط).

تعريفه باعتباره مصطلحاً فنياً أطلقه أهل التخصص على فرع ما.

وفيما يلي تعريفه باعتباره مركباً إضافياً.

التحقيق في اللغة والاصطلاح:

أ- في اللغة:

التحقيق في اللغة مصدر الفعل حقق يحقق، ويستعمل في اللغة لمعان تدور في مجملها حول التصديق والإثبات والإحكام.

قال ابن فارس «الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته..... يقال: حققت الأمر وأحققته، أي كنت على يقين منه»^(١).

المناط:

مأخوذ من ناط الشيء إذا علقه، والنوط التعليق، وناط الشيء ينوطه، أي: علقه، فالمناط: هو المتعلق. وهو الوصف الذي يناط به الحكم.

لمناط مكان النوط - أي التعليق - يقال ناطه بكذا ينوطه به نوطاً، ومناطاً، إذا علقه. قال أبو واقد الليثي رحمه الله: مررنا مع النبي ﷺ بشجرة يعلق بها المشركون أسلحتهم يقال لها: ذات أنواط، فقلنا: يا رسول الله ﷺ: اجعل لنا ذات أنواط كما لهم ذات أنواط، فقال رسول الله ﷺ: (هذا كما قالت بنو إسرائيل: اجعل لنا إلهاً كما لهم آلهة)^(٢).

والمناط أطلق على العلة لأن الشارع ناط الحكم بها، بمعنى علقه عليها. قال ابن دقيق العيد: «وتعبيهم بالمناط عن العلة من باب المجاز اللغوي لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره»^(٣).

المناط في الاصطلاح:

المناط في الاصطلاح مرادف للفظ العلة، والعلة هي الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع معرفاً للحكم^(٤). وهذا التعريف هو أظهر تعريفات العلة، وذلك لأن كلمة الأصوليين اختلفت في تعريف العلة؛ وذلك على حسب مأخذهم وأقوالهم في مسألة القدر، وتعليل أفعال الله سبحانه وأحكامه؛ فلذا كانت تعاريفهم للعلة مبنية على ذلك، وللعلة عدة تسميات عند

(١) مقاييس اللغة لابن فارس: (٢/ ١٥ - ١٩).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه: في أبواب الفتن، باب ما جاء لتركن سنن من كان قبلكم، رقم (٢١٨٠) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وابن حبان في صحيحه: كتاب التاريخ، ذكر الأخبار عن اتباع هذه الأمة سنن من قبلهم من الأمم، رقم (٦٧٠٢) والطبراني في الكبير: رقم (٣٢٩١) وصححه الألباني. (صحيح وضعيف الترمذي: ٥/ ١٨٠).

(٣) نسبه إليه الزركشي في البحر المحيط (٧/ ٣٢٢)، والشوكاني في الإرشاد (٢/ ٤١).

(٤) انظر: المحصول للرازي (٥/ ٣٠٩). البحر المحيط للزركشي: (٢/ ٦).

الأصوليين، فتسمى عندهم بالمناط، وبالمؤثر، وبالمظنة، وبالمقتضي، وبالجامع، وبالسبب، وبالأمانة، وبالداعي، وبالموجب، وبالحامل.

تعريف تحقيق المناط باعتباره مصطلحاً:

مصطلح (تحقيق المناط) لم يكن معروفاً قبل أبي حامد الغزالي بهذا اللفظ لكن معروفاً (بالأمانة العقلية) فهو أول من جاء بهذا المصطلح ثم تتابع العلماء بعده بإيراده في كتبهم، إلى أن جاء الشاطبي وبسط الكلام فيه، وتوسع في مدلوله وأقسامه^(١)، ووردت له عدة تعريفات منها:

- عرفه الزركشي بقوله «أن يتفق على عليّة وصف بنص أو إجماع، فيجتهد في وجودها في صورة النزاع»^(٢).

- وعرفه الشاطبي بقوله «بأن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله»^(٣).

- وقيل: «إجراء الأحكام النوعية أو الجنسية على أفرادها وأنواعها، ولا يختص بالمجتهد بل كل مكلف يقدر عليه»^(٤).

- وقيل: «هو إثبات علة حكم الأصل في الفرع، أو إثبات معنى معلوم في محل خفي فيه ثبوت ذلك المعنى»^(٥).

يتبين من خلال هذه التعريفات أن تحقيق المناط يشمل ما كان بعلة أو أصل عام، وأن تحقيقه وتنزيله ليس خاصاً بالمجتهد، بل يعم المكلف أيضاً، لذلك ذكر الشاطبي أنه نوعان، ووافقه ابن قدامة والطوفي على ذلك:

النوع الأول: أن ينص على قاعدة كلية أو متفق عليها، فيجتهد المجتهد في تحقيقها في الفرع، وهذا النوع من تحقيق المناط لا نزاع فيه بين العلماء ومجمع على قبوله في الأمة^(٦). يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - عن هذا النوع: «كما أن تحقيق المناط ليس مما

(١) انظر: تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء: عبد الرحمن الكيلاني (ص: ٧٢).

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٧ / ٣٢٤)

(٣) الموافقات للشاطبي (٥ / ١٢)

(٤) العرف الشاذي شرح سنن الترمذي للكشميري (١ / ٤٦).

(٥) شرح مختصر الروضة للطوفي (٣ / ٢٣٦).

(٦) انظر: الموافقات للشاطبي (٥ / ١٢)، شرح مختصر الروضة للطوفي (٣ / ٢٣٣)، مذكورة في أصول الفقه

محمد الأمين الشنقيطي (ص: ٢٩٢)

يقبل النزاع باتفاق العلماء»^(١).

أمثله:

قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) فإذا نظر المجتهد في العدالة مثلاً، ووجد هذا الشخص متصفاً بها على حسب ما ظهر له، أوقع عليه ما يقتضيه النص من التكليف المنوطة بالعدول، من الشهادات والانتصاب للولايات العامة أو الخاصة وهكذا إذا نظر في الأوامر والنواهي النذبية، والأمور الإباحية، ووجد المكلفين والمخاطبين على الجملة، أوقع عليهم أحكام تلك النصوص، كما يوقع عليهم نصوص الواجبات والمحرمات من غير التفات إلى شيء غير القبول المشروط بالتهيئة الظاهرة، فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في هذا النظر^(٢).

وكقوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ (المائدة: ٩٥) فالقاعدة الكلية وجوب المثلية، فيجتهد في البقرة مثلاً بأنها مثل الحمار الوحشي، والعنز مثل الغزال، والعناق مثلاً للأرنب. ومنه الاجتهاد في القبلية؛ فالتوجه إلى القبلية قاعدة كلية، سندها قوله تعالى: ﴿وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوُجُّوهُكُمْ سَطْرَهُ﴾ (البقرة: ١٤٤) فالقاعدة الكلية وجوب التوجه إلى القبلية، ثم أن المجتهد يجتهد في تحقيق القبلية في مكان ما^(٣).

النوع الثاني: ينظر المجتهد فيحقق وجود تلك العلة في الفرع بعد معرفتها في نفسها وسواء أكانت معروفة بنص أم إجماع أم استنباط^(٤).

أمثله:

١- ذكر الفقهاء أن العلة في الربا القوت، ثم اختلفوا في تحقيقها في التين هل هو مقتات فيجري فيه الربا أو لا فيكون غير ربوي؟^(٥).

٢- اتفق الفقهاء على علة الأذى في وجوب اعتزال النساء في الحيض، فيحقق المجتهد هذه العلة في النفاس.

(١) الفتاوى الكبرى: ابن تيمية (٢/ ١٥٩).

(٢) الموافقات للشاطبي: (٥/ ٢٣).

(٣) انظر الموافقات للشاطبي (٥/ ١٧)، والروضة (٣/ ٢٣٣).

(٤) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣/ ٣٠٢).

(٥) ينظر: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للإسنوي (ص: ٣٣٦).

ثانياً: معيار تحقيق المناط:

ذكر أبو حامد الغزالي - رحمه الله - خمسة معايير كبرى تكون موضحة لخفاء تحقيق المناط، فتكون للمجتهد كأصول معرفة للواقع يرجع إليها عند تنزيل الأحكام على الوقائع^(١):

المعيار الأول

الحس

وهو تحقيق العلة في الفرع بالأدلة الحسية الطبيعية، وذلك عندما يكون الواقع واضح يمكن معرفته بالحس.

مثال ذلك: الماء الكثير المتغير بالنجاسة إذا زال تغيره بوقوع التراب فيه أنه سبب مبطل للتغير الحاصل بالنجاسة، فصار كهبوب الريح، وطول المكث.

المعيار الثاني

العرف

وهو تحقيق العلة في الفرع بدليل العرف، لأن الواقع يتغير من زمن لزمان ومن عرف لعرف، فما كان معروفاً بعدم انضباطه في الزمن الماضي يمكن ضبطه في هذا الزمن لأن العرف تغير، فالوسائل الحديثة في الزمن المعاصر ساهمت في تغيير كثيراً من أحكام المعاملات المالية.

مثال ذلك: بيع الغرر باطل، وبيع الغائب غرر لكنه لا يكون باطلاً، لأن العرف حكم بهذا وعرفناه عن طريقه.

المعيار الثالث

اللغة

وهو تحقيق العلة في الفرع بدليل اللغة.

كقوله: العتاق يحصل بالكناية المحتملة، والطلاق محتمل للعتاق: فيحصل به. فيسلم المقدمة الأولى، وينازع في الثانية، وهي: كون الطلاق محتملاً للعتاق، فيطلب من مدارك الكنايات ومآخذ التجاوزات والاستعارات.

(١) ينظر بتصرف: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي (ص: ٤٣٦-٤٣٧)

المعيار الرابع ثبوته بالنقل

وهو تحقيق العلة في الفرع بدليل ثبوته بالنقل، فإذا ثبت بالنقل أن العلة متحققة في الفرع فإنها تأخذ حكمه.

مثال ذلك: إثباتنا كون النباش سارقاً، بقول عائشة رضي الله عنها «سارق أمواتنا كسارق أحيائنا»^(١)، وإثباتنا كون اللائط زانياً، بقوله ﷺ: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان»^(٢).

المعيار الخامس تصور ذات الشيء

وهو تحقيق العلة في الفرع بتصور ذات الشيء عن طريق البحث عن حده الجامع المانع. **مثال ذلك:** قولنا: ولد المغصوب مغصوب، لأن حد الغصب: إثبات يد عادية على المال على وجه تقصير يد المالك عنه .

وأوما الشاطبي في الموافقات إلى معيار نافع ينبغي على المجتهد أن يكون مستحضراً له عند تحقيق المناط وهو:
- النظر في مآلات الأفعال.

وهو تحقيق العلة في الفرع بدليل الموازنة بين المصالح المفسدة، فإطلاق الحكم على المكلف من غير النظر لما يؤول إليه ذلك الفعل جنائية على الشريعة، وإهمال لتحقيق مقاصد الشريعة.

قال الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة: باب النباش، رقم (٥١٧١). وقد أخرجه ابن أبي شيبه في «المصنف» (٢/٧٥/١١) عن الحجاج عن الحكم عن إبراهيم والشعبي قالاً: «يقطع سارق أمواتنا كما يقطع سارق أحيائنا». ورجاله ثقات إلا أن حجاجاً وهو ابن أروطة مدلس وقد عنعنه. لكنه لم يتقرّد به. (إرواء الغليل للألباني: ٧٤/٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الشعب: باب تحريم الفروج، رقم (٥٠٧٥) وفي السنن الكبرى: كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، رقم (١٧٠٣٣) (٤٠٦/٨) وأنكر إسناده لجهالة محمد بن عبد الرحمن وضعفه الألباني في إرواء الغليل: ١٦/٨.

بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ^(١)»

المبحث الأول أثر تحقيق المناط في مسألة أخذ الأجرة على خطاب الضمان في المؤسسات المالية المطلب الأول

تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح

أولاً: في اللغة: مشتقة من الضمن وله معاني عديدة في اللغة منها: الاحتواء والكفالة والالتزام.

قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضمانا من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»^(٢).

وقال الفيومي: «(ض م ن) : ضمنت المال وبه ضمانا فأنا ضامن وضمنين التزمته ويتعدى بالتضعيف فيقال ضمنته المال ألزمته»^(٣).

ثانياً: في الاصطلاح: الضمان والكفالة بمعنى واحد عند الجمهور.

فقد عرفه الحنفية: التزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تملك^(٤).

وعرفه المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق^(٥).

وعرفه الشافعية بأنه: التزام ما في ذمة الغير من المال^(٦).

أما الحنابلة فيختلف الضمان عن الكفالة، فالضمان عندهم يكون بالتزام حق في ذمة شخص آخر، والكفالة التزام بحضور بدنه إلى مجلس الحكم^(٧).

جاء في المغني في تعريف الضمان هو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام

(١) الموافقات للشاطبي (١٧٧/٥).

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس (٣٧٢/٢).

(٣) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي (٣٦٤/٢).

(٤) بدائع الصنائع للكاساني: ٢/٦.

(٥) مواهب الجليل للخطاب الرعيني: ٩٦/٥.

(٦) حاشيتنا قليوبي وعميرة: ٤٠٣/٢.

(٧) المغني لابن قدامة: (٤١٦/٤) في الكفالة بالبدن.

الحق. فيثبت في ذمتها جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما^(١).

المطلب الثالث

الضمان بجعل، تصويره، وخلاف العلماء فيه

أولاً: تصويره: أن يتدائن شخص ليس عنده مال عادة من آخر، فيطلب الدائن من المدين من يضمنه فيحضر من يضمنه عند الدائن، وذلك بأن يلتزم الضامن بسداد الدين إن تعذر المدين عن سداده، فيطلب الضامن مبلغاً من المال عوضاً عن الضمان.

ثانياً: بيان خلاف العلماء فيه:

اختلف العلماء في أخذ العوض على الضمان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز أخذ العوض على الضمان؛ لأنه لا يكون إلا تبرعاً، وإلى هذا القول ذهب الأئمة الأربعة^(٢) وبه أخذ المجمع الفقه الإسلامي^(٣).

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم جواز أخذ العوض على الضمان، بأدلة منها:

١- الإجماع، نقل ذلك ابن المنذر في كتابه الإشراف فقال: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله يجعل يأخذه الحميل، لا تحل، ولا تجوز»^(٤)، وابن القطان في الإقناع عند قوله: «وأجمعوا أن الحماله يجعل يأخذه الحميل لا يحل ولا يجوز»^(٥).

نوقش: بأن هذا الإجماع خرقة ما نقل عن الإمام إسحاق بن راهويه فإنه سابق لابن المنذر، وقد أجاز أخذ العوض على الضمان. ومن قوله في ذلك: ما جاء في مسائل الإمام أحمد لإسحاق رواية إسحاق بن منصور: «قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني، ولك ألف درهم: الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم. قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق. قال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»^(٦).

أجيب عنه:

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٩٩ / ٤.

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٣٢٠ / ٣٢)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (١٨٦ / ٧)، التاج والإكلیل لمختصر خليل (٥٣ / ٧)، الحاوي الكبير (٤٤٣ / ٦)، المغني لابن قدامة (٢٤٤ / ٤).

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، (١٢١٠ / ٢).

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٢٣٠ / ٦).

(٥) الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان (١٧٣ / ٢).

(٦) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: (٣٠٥٥ / ٦).

- بأن ما نقله الماوردي عن إسحاق بن راهويه يفهم من سياقه أنه يجيز الجعل غير المشروط ، أما الضمان بجعل مطلقاً فيبدوا أنه لا يجيزه .

قال الماوردي :«فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجز، وكان الجعل باطلاً، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً بخلاف ما قاله إسحق بن راهويه؛ لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً»^(١).

- أن النص السابق لإسحاق في الحقيقة لا يجعل الباحث يجزم بأن مذهب إسحاق جواز أخذ المعاوضة على الضمان؛ لأن قوله: ما أعطاه من شيء فهو حسن يدخل في باب المكافأة غير المشروطة، وليس على سبيل المعاوضة. وإذا كانت المكافأة على القرض من غير شرط ولا عرف مقبولة، فكيف بالضمان؟^(٢).

٢- أن الضمان من عقود التبرع والإرفاق، والإحسان والمعروف لا يجوز أخذ العوض عليه؛ لأن الشارع جعلها مما لا تفعل إلا الله^(٣).

نوقش:

أ- أن عقود التبرعات يجوز قلبها إلى معاوضات وتترتب عليها أحكامها الشرعية، إذا تراض الطرفان، ومن ثم يؤخذ العوض عليها كما هو في هبة الثواب، وأخذ العوض على الوكالة وتفرع عنها جواز أخذ العوض على المحاماة في الزمن الحاضر^(٤).

ب- أننا لا نسلم في أن عقود التبرعات لا يجوز أخذ العوض عليها، فالإمامة وتعليم القرآن والهبة من عقود التبرعات ويجوز أخذ الأجر عليها عند جمهور الفقهاء^(٥).

٣- أن أخذ العوض على الضمان يؤول إلى قرض جر نفعاً، وذلك أن الضامن إذا سدد عن المضمون عنه بعدما حل عليه وعجز عنه يكون كأنه أقرضه؛ لأن الضامن سيرجع على المضمون عنه ويطلب منه ما سدده عنه فهنا يكون كأنه قرض جر نفعاً^(٦).

(١) الحاوي الكبير للماوردي (٤٤٣/٦).

(٢) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: دُبَيَّان بن محمد الدُبَيَّان (٤/ حاشية ص ١٧٠).

(٣) انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل (٥٣/٧).

(٤) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: دُبَيَّان بن محمد الدُبَيَّان (٤/ ١٧٣).

(٥) انظر: المغني: (١٣٨/٨)، الفتاوى الكبرى: (٢٠٦/٣٠)، التاج والإكليل: (١١٧/٢)، مواهب الجليل

للحطاب: (٤٥٦/١)، الموسوعة الفقهية: (١٠١/٣٣)، حاشية ابن قاسم: (٣٢١/٥)، أحكام التصرف

في المنافع: (١٣٥)، أحكام التصرف في الكسب الحرام: (٤٣٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١١/٦)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ٢٤١)، المغني

نوقش: بأن الأحكام الشرعية إنما تبني على الغالب ولا حكم للمستثنيات والنوادر، والقول بأن الضمان يؤول لقرض جر نفعا أمر نادر، ولا يمكن أن نحرم معاملة فيها مصلحة وتيسير على الناس لأمر نادر الوقوع، والأصل في المعاملات الحل.

القول الثاني: جواز أخذ العوض على الضمان^(١)، وإلى هذا القول ذهب إسحاق بن راهويه^(٢)، وجمع من المعاصرين؛ من أبرزهم العلامة عبد الرحمن السعدي، وتلميذه الشيخ عبدالله البسام، والشيخ عبدالله بن منيع^(٣).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز أخذ العوض على الضمان، بأدلة منها:

١- الأصل في العقود الحل ولم يثبت في تحريم أخذ العوض على الضمان نص لا من كتاب ولا سنة^(٤).

لابن قدامة (٤/ ٢٤٤).

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى جواز أخذ الأجر مقابل الجاه، والضمان شقيق الجاه. (انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٢٤).

(٢) هذه المسألة غير ثابتة عن إسحاق بن راهويه، جاء في مسائل الإمام أحمد لإسحاق رواية إسحاق بن منصور (٢٢٩٩): «قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني، ولك ألف درهم: الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم. قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق».

قال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن». وقد نقل هذه العبارة بحروفها ابن المنذر. فهذا النص في الحقيقة لا يجعل الباحث يجزم بأن مذهب إسحاق جواز أخذ المعاوضة على الضمان؛ لأن قوله: ما أعطاه من شيء فهو حسن يدخل في باب المكافأة غير المشروطة، وليس على سبيل المعاوضة. وإذا كانت المكافأة على القرض من غير شرط ولا عرف مقبولة، فكيف بالضمان، فتأمل. (انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: ديبان الديبان (٤/ حاشية ص ١٧٠).

(٣) انظر في بيان ذلك: الفتاوى السعدية (ص: ٣٧٤)، التأمين بين الحلال والحرام للشيخ عبدالله بن منيع (ص: ٢١). قال الشيخ عبد الله بن منيع في كتابه: التأمين بين الحلال والحرام: «إن القول بمنع أخذ الأجرة على الضمان ليس محل إجماع بين أهل العلم، وإن ذكر ذلك ابن المنذر - رحمه الله -، فقد قال بجوازه الإمام إسحاق بن راهويه، أحد مجتهدي فقهاءنا الأقدمين، وهو سابق لابن المنذر، وقال بجوازه من فقهاء العصور المتأخرة من علماء الأزهري: الشيخ علي الخفيف، والشيخ عبد الرحمن عيسى، والشيخ عبد الحليم محمود، ومن علماء المملكة: الشيخ عبد الرحمن بن سعدي، والشيخ عبد الله البسام، وللمحاضر بحث مستقل في جواز أخذ الأجرة على الضمان جرى فيه مناقشة دعوى الإجماع...» (راجع: التأمين بين الحلال والحرام للشيخ عبدالله بن منيع (ص: ٢١)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: ديبان الديبان (٤/ ١٧٠).

(٤) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد (ص ٣٠٠).

٢- أن الفقهاء حرموا أخذ العوض على الضمان بناء على العرف في الزمن الماضي، حيث إنهم تعارفوا في واقعهم أن الضمان تبرع وإحسان فلا يؤخذ على ذلك أجر، وقد تغير العرف في هذا الزمن بناء على تغير الواقع في المجتمعات التي طغت عليها الرأسمالية، فقد يبحث الشخص عن ضامن فلا يجد من يضمنه فلا بد للحكم أن يتغير بتغير الزمن^(١).

القول الثالث: جواز أخذ العوض على الضمان، بشرط أن لا يؤول لقرض جر نفعاً، وإلى هذا القول ذهب بعض المعاصرين كالشيخ نزيه حماد^(٢).

أدلة القول الثالث:

ويبدو أن أصحاب هذا القول رأوا أن المانع من أخذ العوض على الضمان لم تسلم أدلتهم من مناقشة، سوى قولهم: إنه يؤول إلى قرض جر نفعاً؛ لذلك قصرُوا التحريم على هذه الصورة فقط.

الراجع:

من خلال ما سبق وبعد النظر في أدلة كل قول يظهر لي أن أدلتهم لا تخلو من مناقشة، وأقوى دليل استدلوا به هو الإجماع، ومن المعلوم أن الإجماع هنا هو السكوتي لا الصريح؛ لأنه يصعب حصر رأي المجتهدين في المسألة كما قال الإمام أحمد: «من ادعى الإجماع فقد كذب»^(٣)، والمقصود: أنه لا يمكن ضبطه بعد زمن الصحابة، وإذا تقرر ذلك فالإجماع السكوتي محل خلاف عند الأصوليين؛ فالغزالي وغيره من الأصوليين لا يرى أنه حجة، وهو الصواب، ولا يتسع المقام لذكر الأدلة والتفصيل في هذه المسألة الأصولية، وأما المناط الذي نيط به الحكم وصار الفقهاء يحققونه في غيره من المسائل المعاصرة أنه قد يؤول إلى قرض جر نفعاً، في الحقيقة أن هذا الأمر نادر الوقوع ولا يمكن تحريم معاملة فيها مصلحة وتيسير على الناس ويترتب عليها مسائل كثيرة في المؤسسات المالية لأمر نادر الوقوع ويمكن قصر التحريم على هذه الصورة، وبناء على ما سبق فإنني لا أرى بأساً في أخذ العوض على الضمان بصورته السابقة، والله أعلم.

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد (ص ٣٠٠).

(٢) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص: ٣١٠).

(٣) انظر: العدة لأبي يعلى: (٤ / ١٠٥٩). البحر المحيط للزركشي (٦ / ٣٨٣).

المبحث الثاني

أثر تحقيق المناط في مسألة خطاب الضمان المصرفي

فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم خطاب الضمان وأركانه وأنواعه.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لخطاب الضمان

المطلب الثالث: تحقيق مناط الحكم في مسألة خطاب الضمان المصرفي

المطلب الأول

مفهوم خطاب الضمان وأركانه وأنواعه

تعريف خطاب الضمان.

خطاب الضمان من المعاملات المصرفية الحديثة، وله عدة تعريفات منها تعريفه وفق قانون التجارة الكويتي^(١) وهو: تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

ومن أوضح تعريفاته أنه: «تعهد كتابي من البنك إلى شخص، أو جهة ما، بدفع مبلغ من المال إليه نيابة عن طالب الضمان» عميل البنك «في حالة عدم وفاء الأخير بالتزاماته تجاه الطرف الأول» المستفيد «معين لطرف ثالث عند إخلال العميل بالتزامه في مدة معينة»^(٢).

أو هو: تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (ويسمى الأمر) بدفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محدودة، ودون توقف على شرط آخر^(٣).

والغرض الأساس من خطاب الضمان هو تأكيد ضمان الجهة المستفيدة من جدية العميل في القيام بالعمليات التي يتعهد بالقيام بها^(٤).

أو: هو تعهد نهائي يصدر من المصرف بناءً على طلب عمليه «الأمر» بدفع مبلغ نقدي

(١) قانون التجارة الكويتي: المادة (٣٨٢).

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد ص(٥٣) المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، سنة ١٤١٧ هـ، ١٩٩٦ م.

(٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية: علي جمال الدين عوض، ص ٤٨٤.

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد ص(٥٣).

معين، أو قابل للتعيين، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة^(١). ويتضح من تعريف خطاب الضمان السابق أنه كفالة مالية يتعهد بها البنك عند دخول العميل في مناقصة تجارية، وهذه الخدمة البنكية في الواقع تختلف باختلاف أحوال العملاء؛ فبعض العملاء يكون عنده غطاء مالي لمبلغ الضمان كاملاً فيحتاج من البنك خطاب ضمان بالمبلغ المغطى، وبعضهم يكون عنده جزء من المبلغ أو حسابه غير مغطى (مكشوف) فيحتاج خطاب ضمان بالمبلغ المطلوب كاملاً.

أركان خطاب الضمان:

لخطاب الضمان أركان أربعة هي:

- ١- الكفيل: وهو البنك الذي أصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابةً عن العميل إذا ما أخل العميل بشروط التعاقد خلال مدة معينة.
- ٢- المكفول: وهو العميل المضمون عنه، أي: طالب خطاب الضمان.
- ٣- المستفيد: وهو المضمون له، أي: الطرف الذي صدر الخطاب لصالحه.
- ٤- مبلغ الضمان: وهو المبلغ الذي صدر به الخطاب.^(٢)

أنواع خطابات الضمان:

تتنوع خطابات الضمان إلى ابتدائية ونهائية وخطابات ضمان عن دفعات مقدمة، وخطابات ضمان أخرى، وفيما يلي بيان ذلك:

قال الدكتور حسن محمد كمال: تختلف خطابات الضمان باختلاف القرض الذي تعد من أجله، وفيما يلي أهم أنواع خطابات الضمان الشائعة الاستخدام:

أ- خطابات ضمان ابتدائية:

وهي عبارة عن خطابات الضمان التي تقدم إلى الجهات أو الهيئات الحكومية كتأمينات مؤقتة أو ابتدائية بواقع ١٪ من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال، ٢٪ بالنسبة للعطاءات الأخرى، والغرض الرئيسي لهذا النوع من خطابات الضمان هو التثبيت من كفاية المركز المالي لمقدم العطاء وضمان جديته.

ب - خطابات ضمان نهائية:

(١) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود، (ص ٣٢٥)، والخدمات المصرفية غير الاستثمارية، محمد الحسن صالح (ص ٤٣٦).

(٢) ينظر في ذلك: المعاملات المالية المعاصرة للزحيلي (ص ٢٤٩)، وفقه النوازل لبكر أبو زيد (١/ ٢٠٢).

ويقدم هذا النوع من الخطابات بعد أن يتم اختيار الجهة أو الهيئة الحكومية لأقل المناقصين للقيام بتنفيذ العملية أو المقاول، وكتأمين نهائي لضمان تنفيذ العقد المبرم، وتصدر البنوك هذا النوع بما يعادل ٥٪ من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال و ١٠٪ فيما عدا ذلك.

ج- خطابات ضمان عن دفعات مقدمة:

ويقدم هذا النوع في خطابات الضمان في حالة الدفعات المقدمة التي يحصل عليها الموردون أو المقاولون التي تبرم معهم، بحيث لا تصرف هذه الدفعات إلا مقابل خطابات ضمان عنها.

د- خطابات ضمان أخرى:

وإلى جانب ما تقدم، تصدر البنوك أنواعاً أخرى من خطابات الضمان منها، خطابات ضمان ملاحية، ويقدمها المستوردون لربان السفن عن البضائع التي لم ترد بعد مستندات الشحن الخاص بها لإمكان استلام هذه البضائع خطابات ضمان يقدمها الأفراد المسافرون للخارج إلى مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية لضمان نفقات العودة من الخارج، خطابات ضمان يقدمها الأفراد إلى مصلحة الجمارك عن خروج الأشياء الثمينة لضمان إعادتها مرة أخرى إلى البلاد^(١).

ومن المعلوم أن البنوك ليست جمعيات خيرية بل مؤسسات تمويلية تجارية تبحث عن الربح، وبالتالي فهي تأخذ على إصدار خطابات الضمان عوضاً قد يكون نسبة مئوية أو مبلغاً مقطوعاً، وفي كلا الحالتين يعتبر المال عوضاً على إصدار البنك لخطاب الضمان؛ إضافة إلى أن للطرف المضمون له الرجوع على البنك أو العميل بحسب الاتفاق أو العرف الجاري. لذلك وقع الخلاف بين العلماء في مشروعية هذا النوع من المعاملات، وسبب الخلاف فيها هو اختلافهم في تحقيق المناط، وأعني بذلك تنزيل حكم أخذ العوض على الضمان الفردي السابق الإشارة إليه على أخذ العوض على خطاب الضمان، وبالتالي يجري عليه الاختلاف السابق.

(١) انظر: البنوك التجارية: حسن محمد كمال، ص ٢٢٢ وما بعدها. ومجلة البحوث الإسلامية: ١٠٣/٨. البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق: مصطفى كمال السيد، (ص ١٥٠). الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد، ص (٥٥).

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لخطاب الضمان

تحقيق الناطق في خطاب الضمان المصرفي مسألة مبتناة على مسألة أخرى ألا وهي التكييف الفقهي لخطاب الضمان، وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

تغايرت آراء العلماء المعاصرين في التكييف الفقهي لخطاب الضمان، ومردّها إلى أقوال ثلاثة:

القول الأول: أنّ خطاب الضمان في الأصل عقد كفالة.

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن خطاب الضمان في تكييفه الشرعي عقد كفالة، أي كفالة الدين، وهي من صورة الكفالة بالمال، وهو لا يلغي التزام العميل بأداء الدين، وإنما يعني أن على الكفيل أداء الدين عند حلول الأجل، وعجز المكفول عن أدائه في الوقت المحدد^(١).

واستدلوا لذلك بجملة أدلة منها^(٢):

- أن عقد خطاب الضمان لا يخرج في حقيقته عن أحكام الكفالة الواردة في الشرع، فعقد الضمان يراد منه ضم ذمة مالية إلى ذمة أخرى، وهذا هو أصل اشتقاق الضمان^(٣). وهذا هي الكفالة في الشرع. فهي - أي الكفالة - «ضمّ ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً»^(٤).

- اتفاقهما من حيث المعنى؛ ولذلك رجّح العلماء المؤيدون لهذا التكييف عدم جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان المصرفي؛ وهذا الترجيح بناء على تكييفه على أنه كفالة؛ لأن الجمهور يرى عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة^(٥).

ولو جاز أخذ الأجرة على خطاب الضمان المصرفي بناء على تكييفه السابق لكان قرضاً جرّ نفعاً، وذلك أنه في حال أداء الضامن المبلغ للمضمون له، يكون العوض الذي أخذه الضامن مقابل هذا الدفع الذي هو بمثابة قرض للمضمون عنه، بالإضافة إلى أن العقد مبناه

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد، ص(٥٦).

(٢) راجع: فقه النوازل، بكر أبو زيد (٢٠٦/١).

(٣) المجموع للنووي: (٤٣٥/١٣).

(٤) انظر: الدر المختار، ابن عابدين، (٥/ ٢٨١)، المبسوط للسرخسي: (١٩٠/١٩).

(٥) راجع: المبسوط للسرخسي (٣٢/٢٠)، والشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٤١)، والمجموع للنووي

(٣٥/١٩)، وحاشية الروض المربع (١/ ٣٦٤).

على الإرفاق والتوسعة، وأخذُ العوض مقابله دفعٌ لمقصد الشارع منه^(١). واعترض على هذا التكييف أو التخريج، بأن المصرف يأخذ أجراً على إصدار خطاب الضمان، والضمان لا يجوز أخذ الأجرة عليه عند أصحاب هذا الاعتراض^(٢). ويجاب عليه بما سبق إيراده مما استدلل به القائلون بجواز أخذ العوض على الضمان^(٣).

القول الثاني: أن خطاب الضمان في الأصل عقد وكالة.

سواء أكان خطاب الضمان مغطى أم غير مغطى، فكلاهما يكتف على أنه وكالة^(٤). لأن عميلة خطاب الضمان ما هي إلا توكيل من العميل للمصرف بإقرار حق قد ثبت، أو يثبت مستقبلاً للمستفيد على العميل، وتوكيل من العميل للمصرف بالأداء عنه للمستفيد عند إخلال العميل بالتزامه^(٥).

واستدلوا لذلك بجملة أدلة منها:

أن معنى الوكالة قائم في خطاب الضمان، فالوكالة هي إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم^(٦)، وهذا متحقق في خطاب الضمان المصرفي، حيث قد أوكل المصرف من قبل العميل في سداد ما عليه من ضمانات عند المطالبة.

وبناء على هذا التكييف فإنه لا يمنع أخذ الأجرة على خطاب الضمان؛ لأنه في الأصل عقد وكالة، وأخذ الأجرة على الوكالة أمر جائز^(٧).

وقد يعترض عليه بأن العقد لم يجر بصيغة التوكيل، فلم يقل العميل للمصرف وكلتك أو ما يقابلها مما يدل على التوكيل.

وهذا اعتراض ليس في محله؛ لأن الوكالة وإن لم تتحقق لفظاً فقد تحققت ضمناً، وهناك

(١) انظر: فقه النوازل ليكر أبو زيد (٢٠٨/١)، والخدمات المصرفية غير الاستثمارية (ص ٤٥).

(٢) انظر: الخدمات المصرفية غير الاستثمارية: محمد الحسن صالح، ص ٤٥١.

(٣) راجع ص: ١٣

(٤) راجع: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود (ص ٣٣١)، والخدمات المصرفية غير الاستثمارية (ص ٤٥١).

(٥) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد، ص (٥٦). الخدمات المصرفية غير الاستثمارية: ص ٤٥٣.

(٦) حاشية ابن عابدين: (٥١٠/٥).

(٧) انظر: راجع: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود (ص ٣٣١)، والخدمات المصرفية غير الاستثمارية (ص ٤٥١).

من العلماء من أجاز انعقاد العقود بالأفعال الدالة عليها، ولم يشترط في صحة العقود أن تكون بالألفاظ الدالة عليها فقط، طالما تحقق المعنى المراد.

يقول ابن تيمية في معرض بيانه لأقوال الفقهاء في صفة العقود: أحدها: أن الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغة .. القول الثاني: إنها تصح بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالمبيعات بالمعاطاة .. فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفستد أمور الناس؛ ولأن الناس من لدن النبي ﷺ وإلى يومنا ما زالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ؛ بل بالفعل الدال على المقصود .. القول الثالث: إنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، فكل ما عده الناس بيعاً وإجارة فهو بيع وإجارة؛ وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستمر؛ لا في شرع ولا في لغة. بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم^(١).

القول الثالث: تكييفه على أنه عقد كفالة ووكالة معاً.

حيث ذهب كثير من هيئات الفتوى والرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية وكذلك توصيات مختلف الندوات والمؤتمرات إلى تكييف خطاب الضمان بالكفالة والوكالة معاً: كفالة بالنسبة لعلاقة البنك مع المستفيد، ووكالة بالنسبة لعلاقة البنك مع العميل. وهذا التكييف يقيد خطاب الضمان بأحكام الوكالة: فالبنك يأخذ الغطاء على وجه الوكالة، وبالتالي لا يجوز له التصرف في الغطاء إلا فيما أخذ من أجله، وهذا ما يمنعه من استثماره وتحقيق ربح لحسابه ولكن يكون استثماره لفائدة العميل بنفس الشروط التي يستثمر بها البنك ودائع المودعين^(٢).

القول الرابع: التفرقة بين حالتين للضمان (الضمان المغطى وغير المغطى).

ويقصد بالضمان المغطى، الضمان فيما لو كان الكفيل مديناً للمكفول بمثل المال المضمون.

فإذا انطبق ما سبق على خطاب الضمان، فإن صورة الوكالة فيه تكون واضحة وبالتالي يجوز أخذ العوض عليه، لأنه لا يؤول إلى قرض جر نفعاً سواء سميها هذه الصورة بالضمان،

(١) انظر: مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ٢٩/٦-٧.

(٢) انظر: فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين (٧٢/٢)، الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية: محمد عبد المنعم أبو زيد، ص(٥٣)

أو اعتبرناها وكالة بالدفع^(١).

خطاب الضمان مغطى تغطيةً كاملةً من قِبَل العميل، فإنه يكون وكالة من العميل للمصرف.

أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى، فيما لو كان الكفيل غير مدين للمكفول بمثل المال المضمون، فإنّ خطاب الضمان هنا يكون كفالة.

وأما إذا كان خطاب الضمان مغطى بصورة جزئية لا تشمل كل قيمته، فإنّ تكيفه على هذه الصورة يكون كفالة في غير المغطى ووكالة في المغطى^(٢).

وقد رجّح مجمع الفقه الإسلامي هذا القول في دورته الثانية المنعقدة في جدة ربيع الثاني ١٤٠٦ هـ^(٣).

واستدلوا لهذا القول بجملة أدلة منها:

أن خطاب الضمان المصرفي في أصله معاملة مالية مستحدثة قائمة بذاتها، حتى وإن تشابهت مع الوكالة والكفالة، وعليه فينظر في مدى التزامه بأصول المعاملات في الشريعة الإسلامية، فإن لم يتضمن محذوراً شرعياً فيبقى الأمر على قاعدة: الأصل في المعاملات الإباحة، وفي العقود الصحة والجواز، ويستصحب هذا الأصل حتى يدل الدليل على البطلان والحرمة.

ومما سبق يتبين:

أن الحالة التي يكون فيها خطاب الضمان غير مغطى لا يجوز أخذ الأجرة عليه؛ لأنه يكون أقرب إلى الكفالة، وهنا يكون قد أخذ أجراً على الكفالة، وهو ممنوع؛ لأن الكفالة من عقود التبرعات المقصودة للإرفاق والإحسان، ويؤول هنا إلى قرض جرّ نفعاً، وإن جاز أخذ أجر مقابل الخدمات والإجراءات والمصاريف الإدارية التي يتطلبها إصدار الخطاب وهو أجر مقطوع بمبلغ محدد^(٤).

(١) انظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان الديبان (١٧٢/٤). ورجح تكيفه على أنه عقد ضمان حتى ولو كان مغطى، لأن الضمان في حالة كون قيمته مغطاة لا يخرج عن الضمان.

(٢) راجع: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد المعاصر (ص ٦٤٣)، والخدمات المصرفية غير الاستثمارية (ص ٤٥٤)، والمعاملات المالية المعاصرة للزحيلي (ص ٤٧١).

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٢/ ١٢٠٩.

(٤) انظر: فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين (٧٢/٢).

هذا وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم (١٢) ، الدورة الثانية فيما يتعلق بخطاب الضمان ، ما يلي^(١):

بعد بحث مسألة خطاب الضمان ، وبعد النظر فيما أعد في ذلك من بحوث ودراسات ، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي :

١ - إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهايي ، لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدونه ، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً ، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة .
وان كان خطاب الضمان بغطاء ، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة .

والوكالة تصح بأجر أو بدونه ، مع بقاء علاقة الكفيل لصالح المستفيد (المكفول له) .
٢ - إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان . وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة ، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي يجزى نفعاً على المقرض ، وذلك ممنوع شرعاً .

ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه .
ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعية ، فجائزة شرعاً ، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل ، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء ، والله أعلم .

المطلب الثالث

تحقيق مناط الحكم في مسألة خطاب الضمان المصرفي

خلاصة الحكم في خطاب الضمان المصرفي أن عملية إصداره جائزة شرعاً سواء كُيف على أنه كفالة أو وكالة ، فكلاهما من العقود الجائزة شرعاً ، إلا أن الخلاف في حكم الأجر الذي يأخذه المصرف مقابل هذه العملية ، وهو ما يُسمى بالعوض .

(١) انظر: فقه المعاملات ، مجموعة من المؤلفين (٧٣/٢) .

فمن العلماء من أجاز أخذ العوض على خطابات الضمان بحسب الاتفاق؛ لأنها مقابل العمل، وهو القيام بتوفير غطاء ضامن، ولا دليل على الحرمة أو المنع. والاعتماد المستندي عملية تجارية يشملها ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ يَحْكَمَةَ عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩)، وسبق ماهيتها.

والأجرة فيها مقابل العمل من مراسلة ومطابقة وتوثيق وإصدار لا مقابل القرض إن حصل في بعض الصور^(١).

والبعض فصل القول في هذا النوع من المعاملات، فمنهم من منع ومنهم من أجاز، تبعاً لتحقيق المناط.

والمناط الذي من أجله منع الفقهاء أخذ العوض عليه في عقود الضمان (ضمان الديون) هي كونه قد يؤول إلى قرض جر نفع، فهل أخذ العوض على خطاب الضمان المصرفي يلحق بما ذكره الفقهاء أم أن الصورة تتغير؟

الإجابة على هذا التساؤل تفرض علينا أولاً تصور واقع خطاب الضمان في المؤسسات التمويلية قبل أن نحقق المناط فيها، ليتحدد مدى دخولها في مسألة الضمان بجعل، ومدى انسحاب أحكام الضمان عليها من عدمه.

بعد التأمل في طبيعة خطابات الضمان في المؤسسات التمويلية يظهر لنا أنها لا تخلو من ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون لخطاب الضمان غطاء كامل، فالمصرف يعطي للعميل خطاب ضمان بناء على موجوداته لأجل أن يقدمها للجهة الموردة، فهذا الخطاب يعطي للعميل ثقلًا ومصداقية لدى الشركات الموردة، فهذه الصورة هل هي كالضمان بجعل الذي ذكره الفقهاء؟ وهل العلة التي منعوا من أجلها أخذ العوض على الضمان متحققة هنا أم تختلف الصورة؟ لا شك أنها تختلف، فالضمان بجعل كما بيناه سابقاً هو أن يتدأين شخص ليس عنده مال عادة من آخر، فيطلب الدائن من المدين من يضمنه فيحضر من يضمنه عند الدائن، فالصورة تختلف هنا فلا يمكن أن يتحقق المناط هنا.

وبناء على ذلك، فإن خطاب الضمان في هذه الصورة يختلف تكييفه الفقهي عن الضمان

(١) المقدمة في فقه العصر، د. فضل بن عبد الله مراد، (٩٤٨/٢) الجيل الجديد ناشرون، صنعاء، الطبعة: الثانية، ١٤٣٧ هـ، ٢٠١٦ م.

المعروف عند الفقهاء ، فالضمان في هذه الصورة من قبيل ضمان الديون لأنه لا يؤول إلى قرض جر نفع، وعليه فلا حرج على المصرف أن يأخذ عوضاً على هذه الخدمة سواء كان مقطوعاً أو نسبة محددة.^(١)

الصورة الثانية: أن يكون لخطاب الضمان غطاء جزئي، فالمصرف في هذه الصورة سيكون ضامناً بالجزء الغير مغطى ووكيلاً في الجزء المغطى، وعليه فلا حرج على المصرف أن يأخذ عوضاً على الجزء المغطى باعتباره وكيلاً والوكالة بأجر جائزة، وأما الجزء الغير مغطى فإنه تنسحب عليه أحكام الضمان، فلا يجوز أخذ الأجر عليه إلا بمقدار التكلفة الفعلية (البريد- تلکس- سوف- مصروفات تحصيل- المطالبة القانونية إن وجدت) عند من قال من أهل العلم بتحريم أخذ الأجرة على الضمان، والخلاف فيه هذه المسألة قد بيناه في مقدمة هذا البحث.

الصورة الثالثة: أن يكون خطاب الضمان غير مغطى بالكلية، وهذ الصورة لا شك أنه يتحقق فيها الضمان بجعل وتأخذ أحكامه، فمن منع أخذ العوض على الضمان مطلقاً حرم أخذ العوض عليه إلا بمقدار التكلفة الفعلية، ومن أجازته تيسيراً على الناس ومراعاة لمصالحهم لم يحكم بتحريم المسألة لأمر نادر الوقوع.

المبحث الثالث

تحقيق المناط في هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بهدايا البنوك للعملاء وصورها.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للعلاقة بين العميل والبنك في الحساب الجاري

المطلب الثالث: تحقيق المناط في هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري تبعاً للاختلاف في التكييف الفقهي.

المطلب الأول

المقصود بهدايا البنوك للعملاء وأقسامها

هدايا البنوك هي منح عينية أو مادية تمنحها البنوك للعملاء من أجل جذب أصحاب

(١) تكييفها الفقهي أقرب ما يكون إلى وكالة في دفع مبلغ محدد للجهة الموردة خلال مدة معينة بأجر.

الأموال لها، وأيضاً للاحتفاظ بعملائها القائمين، وهذه الهدايا تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: هدايا مشروطة، وهي الهدايا التي يشترطها البنك أو العميل وتوضع لها شروط وسياسات خاصة، كأن يعطى البنك عملاءه مبلغاً من المال، أو يتيح البنك دخول سحب على جوائز^(١) لمن أودع مبلغاً معيناً في حسابه، أو وعداً بمقابل مجز لمن فتح حساباً جارياً، أو غير ذلك. والاشتراط في هذا النوع يتحقق بصفة اللزوم، أي التزام البنك بهذه الهدايا التي اشترطها أو اشترطت عليه، بحيث يعد الإخلال بها مستوجباً لعقوبة ما.

القسم الثاني: هدايا غير مشروطة، وهي الهدايا التي يقدمها البنك للعميل من غير شروط مسبقة، وهي بالتالي غير ملزمة، ولم يجعل لها البنك سياسة خاصة، بل تكون عامة لجميع العملاء، القائمين أو القادمين، ولمختلف الحسابات.^(٢)

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لهدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري

الكلام حول حكم هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري فرع عن أصل وهو التكييف الفقهي للحساب الجاري في البنوك، فما يستحقه العملاء من هدايا من قبل البنوك منوطاً بتكييف المعاملة التي من أجلها استحقوا هذه الهدية.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي للحساب الجاري على أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن التكييف الفقهي للحساب الجاري هو قرض، فالمدوع هو المقرض والبنك هو المقرض؛ لأن البنك يمتلك الأموال المدوعة في الحساب وله الحق في التصرف فيها وملتزم برد المبلغ عند الطلب، وهذا هو جوهر القرض في الفقه الإسلامي^(٣).

واعترض عليه بأن المدوع لم يقصد الإقراض فلا يمكن أن يسمى فعله إقراضاً^(٤).

القول الثاني: أن التكييف الفقهي للحساب الجاري أنه وديعة عند البنك، مستندين بأدلة منها أن المدوع لم يخطر في باله أبداً أن هذا الحساب عبارة عن قرض، وأيضاً حذر البنك من

(١) الجائزة في اللغة: العطية. (انظر: لسان العرب لابن منظور، ٣٢٧/٥).

(٢) انظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (١٦٢/٢) دار القلم، دمشق، سنة ١٤٣٤ هـ، ٢٠١٣ م.

(٣) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع (٩٣١/١) قرار المجمع رقم ٩٠/٣ د

(٤) بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (٣٣٩/١).

استعمال المبلغ والالتزام برده فوراً عند طلب المودع يدل على أنها وديعة وليس قرضاً^(١).
القول الثالث: أن الحساب الجاري وديعة مضمونه عند البنك؛ لأن المبلغ المودع في الحساب بمثابة ما في جيب العميل فلا يقبل طلب الإنظار لإعسار البنك أو غيره من الظروف^(٢).
 وعليه فيزعم أصحاب هذا التكييف أن الحساب الجاري داخل في الوديعة المضمونة؛ لأن صاحب الوديعة يملك سحب كامل رصيده متى شاء، دون أن يتوقف ذلك على شيء من الشروط، ولأن المودع في هذا النوع من الحساب لا يقصد أبداً أن يقرض ماله للبنك، ولا أن يشاركه في الربح أو الفائدة الحاصلة للبنك بعد استثماره، وإنما يريد إيداعه عند البنك لحفظه؛ ولا يقدر في هذا التكييف تصرف البنك في هذا المال بخلطه مع الأموال الأخرى أو استخدامه لصالحه؛ فإن ذلك لا يخرج عن كونه وديعة؛ لأنه تصرف بإذن المالك عرفاً فلا يخرج عن كونه وديعة^(٣).

الترجيح: عند التأمل فيما سبق من أدلة للأقوال على اختلافها يظهر أنها أدلة عقلية لكل منها حظه من النظر، أقربها إلى الصواب أن الحساب الجاري تكليفه الفقهي أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة لأمر عدة منها:

- أن يد البنك على المال يد ضمان لا يد أمانة^(٤) وهذا متحقق في القرض، فالبنك ضامن للمبلغ المودع في الحساب الجاري سواء فرط في حفظه أو لم يفرط، وهذه صورة للقرض، بخلاف الوديعة فإنه لا يضمونها البنك إلا عند التفريط في حفظها.

فعامة المودعين لا يعرفون الفرق بين مصطلحات الوديعة والقرض والدين، وإنما تهتمهم النتائج العملية، فالمودع في عامة الأحوال لا يرضى بإيداع نقوده في البنك إلا إذا ضمن البنك بردها إليه، ولو علم أن المال أمانة عند البنك لا يضمونه إلا بالتعدي كما في الوديعة فلن يرضى بإيداع أمواله^(٥).

- أن البنك يتصرف في المبلغ المودع مباشرة، ولو كان وديعة لحفظه ولم يتصرف به.

(١) انظر: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للهيتمي، ص: ٢٦١

(٢) انظر: عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية لنزيه حماد، دار القلم، دمشق.

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (١/٣٣٩).

(٤) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، نزيه حماد، (ص٥٧)، طبعة المعهد

الإسلامي للبحوث والتدريب- البنك الإسلامي للتنمية، ط٢: سنة ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.

(٥) بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (١/٣٣٩).

- أن الوديعة إذا أذن المودع بالتصرف فيها فإنها تكون قرضاً، والعميل قد أذن للبنك بالتصرف في المبلغ المودع على أنه يلتزم برده عند طلبه، فكأن المبلغ عند غني باذل.
- أن جوهر عقد القرض متحققة فيه نصاً، فعقد القرض يعتمد على أمرين هما:
٢. أن يُعطى المال إلى أحد ويؤذن له بصرفه لصالحه شريطة أن يرد مثله إلى المقرض متى طلب منه ذلك.

٣. أن يكون المال المدفوع مضموناً على المستقرض^(١).
وهذان الأمران متحققان في الحساب الجاري، فترجح كونه عقد قرض.
تحقيق المناط في هدايا البنوك لعملاء الحساب الجاري تبعاً للاختلاف في التكييف الفقهي

خلاف الفقهاء المعاصرين في حكم هدايا البنوك سببه الاختلاف في التكييف الفقهي للحساب الجاري، حيث يتغير المناط تبعاً لاختلاف التكييف، فمن رأى أنه وديعة أجاز الهدايا التي تمنح من البنك للمستفيد باعتبار مبالغ العملاء أمانة عند البنك والبنك ضامن لها، ولا علاقة للأمر بالقرض.

ومن رأى أنه قرض، وهو الراجح، تغير عنه الأمر، وأصبح المناط هو الربا، باعتبار أن العميل في الحساب الجاري يعد طبقاً لهذا التكييف مقرضاً للبنك الذي يمتلك فيه، والبنك مقترضاً؛ لأنه ينتفع بالمبالغ التي تودع فيه مثلما ينتفع المقترض بقرضه.

وبناء على تغير المناط تغير الحكم من الجواز إلى الحرمة بناء على أنه قرض جر نفعاً.
وبناء على ذلك فإن هدايا البنوك في هذه الحال يعطيها البنك في الغالب تشجيعاً للعملاء أو المستفيدين بغية استدامة هذا الفعل، وعليه فهي تعد من قبيل النفع، وتدخل في عموم النفع الذي جره القرض، وبالتالي لا تجوز؛ لأنه لا يجوز أن ينتفع المقرض من المقرض منه، وذلك لما روي من حديث النبي ﷺ: أن كل قرض جر منفعة فهو ربا^(٢).

وهناك فصل القول في المسألة، عن طريق التفرقة بين هدايا البنوك المشروطة وغير المشروطة، فالمشروطة لا تجوز لأنها زيادة مشروطة في القرض، وهي نفع محض، وكل قرض جر نفع فهو ربا، كما سبق وبيننا.^(٣)

(١) بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (١/٣٤٠).

(٢) رواه الحارث بن أبي أسامة من حديث علي بن أبي طالب وضعفه الشيخ الألباني.

(٣) بحوث في قضايا فقهية معاصرة: محمد تقي العثماني (٢/١٦٢).

وأما غير المشروطة فهي من قبيل التبرع ولا حرج فيها؛ أي أن مناط الحل هو جهة التبرع والفضل؛ لأنه مرغّب فيه باعتباره من حسن القضاء، على ألا يكون ذلك مشروطاً ولا ملحوظاً عند فتح الحساب، وذلك من خلال:

أن تكون الجوائز دون علم سابق من جانب العميل، ولكن لا يحددها البنك، حيث تتعدد وتتباين صور هذه الجوائز في كل مرة كذلك ألا تكون في فترات ثابتة حتى لا تصبح هي الدافع.

فمن أجاز هذا النوع من هدايا البنوك أجازة شريطة أن تكون بلا إعلان سابق، ولا التزام، بحيث لا يكون لأحد من أصحاب الحسابات حق المطالبة من البنك بهذه الهدايا، وبدون أن يصير ذلك تعاملًا لاستجلاب الودائع، وحملوا ذلك على حسن القضاء.^(١)

وفي المغني جواز الزيادة على القرض إن لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه.^(٢)

ودليل ذلك أن النبي ﷺ استسلف بكرة، فرد خيراً منه. وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء»^(٣) وللبخاري: «أفضلكم أحسنكم قضاء»^(٤).

الخاتمة

الحمد لله الذي أتم لي هذا البحث وأصلي على النبي المصطفى وعلى آله وصحبه وبعد:

ففي ختام هذا البحث يحسن البيان لأهم النتائج والتوصيات فيما يلي:

أولاً: النتائج:

النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث هي:

- ١- أن تحقيق المناط يعد واحداً من أصول الاجتهاد التنزيلي.
- ٢- أن تحقيق المناط له تأثير في اختلاف الفتوى في الهيئات الشرعية والجامع الفقهي في كثير من المعاملات المالية المعاصرة.

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٤٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقصى خيراً منه، وخيركم أحسنكم قضاء، رقم (١٦٠٠).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الهدية، باب من أهدي له هدية وعنده جلساؤه، فهو أحق، رقم (٢٦٠٩).

- ٣- أن تحقيق المناط ينظر في معاني الأشياء لا في أسمائها.
- ٤- تحقيق الضمان في مسألة ما لا بد وان يسبق بتكليف فقهي لهذه المسألة.
- ٥- اختلاف العلماء في التكليف الفقهي لخطاب الضمان المصري يعزز القول بالجواز.
- ٦- علة التحريم في الضمان الفقهي عند من حرّمه غير متحققة في خطاب الضمان المصري، وبالتالي فإن المناط غير متحقق فيه على الراجح.
- ٧- أن مناط تحريم هدايا البنوك على الحسابات الجارية قاصر على حال اشتراطها، وبالتالي تلحق بحكم القرض الذي جر نفعاً.

ثانياً: التوصيات:

أوصي بمزيد دراسة لأثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء في جميع المعاملات المالية المعاصرة.

المصادر والمراجع

١. الكاساني، أبو بكر بن مسعود (١٩٨٦م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ط. ٢). بيروت، دار الكتب العلمية.
٢. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد (د.ت)، الإحكام في أصول الأحكام (د.ط)، بيروت، المكتب الإسلامي.
٣. الرازي، أحمد بن فارس (١٩٧٩م)، معجم مقاييس اللغة (د.ط)، بيروت، دار الفكر.
٤. الزركشي، محمد بن عبد الله (١٩٩٤م)، البحر المحيط في أصول الفقه (ط. ١)، مصر، دار الكتب.
٥. السرخسي، محمد بن أحمد (١٩٩٣م)، المبسوط (د.ط)، بيروت، دار المعرفة.
٦. الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار (٢٠٠١م)، مذكرة في أصول الفقه (ط. ٥). المدينة المنورة، مكتبة العلوم والحكم.
٧. المواق، محمد بن يوسف (١٩٩٤م)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (ط. ١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
٨. الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن (١٩٩٩م)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول (ط. ١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
٩. الأمين، محمد الحسن (١٤٠٧هـ)، الخدمات المصرفية غير الاستثمارية وحكمها في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراه) السعودية: جامعة أم القرى، كلية الشريعة.

١٠. البنوك التجاري، حسن محمد كمال.
١١. البهوتي، منصور بن يونس (د.ت)، كشف القناع عن متن الإقناع (د.ط)، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٢. البهوتي، منصور بن يونس (د.ت)، الروض المربع شرح زاد المستقنع (د.ط)، بيروت: مؤسسة الرسالة.
١٣. البيهقي، أحمد بن الحسين (٤٢٤ هـ)، السنن الكبرى (٣.ط)، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٤. البيهقي، أحمد بن الحسين (٩٩١ م)، معرفة السنن والآثار (ط.١)، كراتشي، باكستان، جامعة الدراسات الإسلامية، (دمشق، بيروت)، دار قتيبة.
١٥. البيهقي، أحمد بن الحسين (٤١٠ هـ)، شعب الإيمان (د.ط)، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٦. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (٩٨٧ م)، الفتاوى الكبرى (ط.١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
١٧. الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (٩٩٢ م). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (ط.٣)، بيروت، دار الفكر.
١٨. حماد، نزيه (٤٢١ هـ)، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (د.ط) دمشق، دار القلم، الدار الشامية.
١٩. حماد، نزيه (د.ت) مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي (د.ط) البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
٢٠. حماد، نزيه (د.ت) عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية (د.ط) دمشق، دار القلم.
٢١. حمود، سامي حسن (٤٠٢ هـ) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (ط.٢) الأردن: دار الفكر.
٢٢. الدُّبَيَّانِ، دُيَّانِ بن محمد (٤٣٢ هـ) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ط.٢) السعودية، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية.
٢٣. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (د.ت) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (د.ط). بيروت، دار الفكر.
٢٤. الرازي، محمد بن عمر (٩٩٧ م)، المحصول (ط.٣)، بيروت، مؤسسة الرسالة.
٢٥. ابن راهويه، إسحاق بن منصور (٤٢٥ هـ)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه (د.ط) السعودية، دار الهجرة.

٢٦. الزحيلي، وهبه (١٤٢٣هـ) المعاملات المالية المعاصرة، (ط.١) دمشق، دار الفكر المعاصر.
٢٧. أبو زيد، بكر بن عبد الله (١٤١٦هـ)، فقه النوازل (ط.١) بيروت، مؤسسة الرسالة.
٢٨. أبو زيد، محمد عبد المنعم (١٤١٧هـ)، الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية (د.ط) القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
٢٩. السالوس، علي (٢٠٠٢م)، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد المعاصر (د.ط) مصر، مكتبة دار القرآن.
٣٠. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (١٩٩٧م)، الموافقات (ط.١)، مصر، دار ابن عفان.
٣١. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد (١٤٠٩هـ)، المصنف في الأحاديث والآثار (ط.١). الرياض، مكتبة الرشد.
٣٢. الطوفي، سليمان بن عبد القوي (١٤٠٧هـ)، شرح مختصر الروضة (ط.١) بيروت، مؤسسة الرسالة.
٣٣. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (١٩٩٢م)، رد المحتار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، (ط.٢). بيروت: دار الفكر.
٣٤. العثماني، محمد تقي (١٤٣٤هـ)، بحث في قضايا فقهية معاصرة (د.ط) دمشق: دار القلم.
٣٥. عوض، علي جمال الدين (١٩٨١م)، عمليات البنوك من الوجهة القانونية (د.ط) القاهرة: دار الاتحاد العربي.
٣٦. الغزالي، محمد بن محمد (١٣٩٠هـ)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي (ط.١) بغداد، مطبعة الإرشاد.
٣٧. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي (د.ت). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. (د.ط). بيروت، المكتبة العلمية.
٣٨. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (١٩٦٨)، المغني (د.ط). مصر، مكتبة القاهرة.
٣٩. القليوبي، أحمد سلامة، عميرة، أحمد البرلسي (١٤١٥هـ) حاشيتا قليوبي وعميرة (د.ط) بيروت، دار الفكر.
٤٠. الكشميري، محمد أنور شاه (١٤٢٥هـ) العرف الشذي شرح سنن الترمذي (ط.١) بيروت: دار التراث العربي.

٤١. الماوردي، علي بن محمد (١٩٩٩م)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني (ط. ١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤٢. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع (١ / ٩٣١) قرار المجمع رقم ٩٠ / ٣ / د.
٤٣. مراد، فضل بن عبد الله (١٤١٧هـ) المقدمة في فقه العصر (ط. ٢) صنعاء: الجيل الجديد ناشرون.
٤٤. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (١٤٢٥هـ) الإشراف على مذاهب العلماء (ط. ١) الإمارات، مكتبة مكة الثقافية.
٤٥. منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة.
٤٦. ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤١٤هـ)، لسان العرب (ط. ٣)، بيروت، دار صادر.
٤٧. ابن منيع، عبد الله بن سليمان (٢٠٠٢م) التأمين بين الحلال والحرام (د. ط) السعودية، الرياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية.
٤٨. النووي، يحيى بن شرف (١٩٩١م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (ط. ٣)، بيروت، المكتب الإسلامي.
٤٩. النووي، يحيى بن شرف (د. ت)، المجموع شرح المذهب (د. ط)، بيروت، دار الفكر.
٥٠. النيسابوري، مسلم بن الحجاج (د. ت)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (د. ط)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
٥١. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (د. ت) فتح القدير (د. ط) بيروت، دار الفكر.
٥٢. الهيتي، عبد الرزاق (د. ت) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق (ط. ١) مصر، دار أسامة للنشر والتوزيع.
٥٣. أبو يعلى، محمد بن الحسين (١٩٩٠م)، العدة في أصول الفقه (ط. ٢)، الرياض: جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية.