استثمار الكفالة التجارية
في ضوء أحكام الفقه الإسلامي
" دراسة فقهية مقارنة "

إعـــداد

دكتور / عماد حمدي محمد محمود حجازي

أستاذ مساعد الفقه المقارن

وكيل كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقليوبية (فرع الخانكة)

جامعة الأزهر

استثمار الكفالة التجارية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة "

عماد حمدي محمد محمود حجازي
قسم الفقه المقارن ، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقليوبية، جامعة الأزهر ، مصر.
البريد الإلكتروني: 1604060011@azhar.edu.eg

الملخص:

إن من جملة النشاط الاقتصادي في الوقت الحاضر التعامل بالكفالة التجارية كوسيلة لكسب الربح وقد اتخذت هذه المسألة صيغتين للتعامل. **الأولى:** يستخرج المواطن رخصة بقيام شركة أو مؤسسة تجارية، ويرغب في استثمارها عن طريق بيعها أو تأجيرها لمستثمر وافد لا يستطيع استخراج مثل هذا الترخيص، فيكفل المواطن الوافد المستثمر بناء على هذه الرخصة، ويسمح له باستثمارها مقابل أجرة معلومة أو نسبة من الربح يتفق عليه. **الثانية:** فهي أن يشترك المواطن في بلده مع مستثمر وافد في الحصول على رخصة تجارية لمؤسسة أو شركة ونحو ذلك، وتكون الشركة هي كفيل المستثمر، ثم يترك المواطن للوافد حق استثمار هذه الرخصة لحسابه وحده، ومن غير أن يساهم معه برأس مال أو غيره مقابل عوض يُأخذ منه على شكل مبلغ معلوم كل شهر أو سنة ،أو نسبة من الربح يتفق عليها. وبما أن الفقه الإسلامي يستوعب الأنشطة التجارية، فإن هذا البحث محاولة لبيان الحكم الفقهي لهذه المسألة. ولبيان ذلك لابد من تكييف هذه القضية وفق العقود الشرعية التي يمكن أن تندرج تحتها، أو تكون ذات علاقة بها .وتناول البحث أيضاً تعريف الكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف مع الكفالة الفقهية، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه، وصور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية، وتناول البحث في النهاية هل يحق للكفيل في الكفالة التجارية فسخها قبل موعدها ، أو الرجوع فيها، أو عدم تجديدها، والحكم الشرعي للرخصة التي تمنحها الجهات الحكومية للمواطن وهل يحق له بيع رخصة الاستثمار الممنوحة له للوافد المستثمر. وناقش البحث في نهايته البدائل المشروعة أو طرق التصحيح لموضوع الكفالة التجارية.

الكلمات المفتاحية: استثمار، كفالة، أحكام، الفقه الإسلامي، مواطن، وافد.

Investing commercial guarantee in the light of the provisions of Islamic jurisprudence "a comparative jurisprudential study"

Emad Hamdy Mohamed Mahmoud Hegazy
Department of Comparative Jurisprudence, Faculty of Islamic and Arabic Studies, Qalyubia, Al-Azhar University, , Egypt.
E-mail : 1604060011@azhar.edu.eg

Abstract :

Among the economic activities at the present time is dealing with commercial guarantee as a means of earning profit. This issue has taken two forms of dealing. The first: The citizen obtains a license to establish a company or commercial establishment, and wants to invest it by selling or renting it to a foreign investor who cannot obtain such a license. The foreign citizen guarantees the investor based on this license, and allows him to invest in it in return for a known fee or a percentage of the profit agreed upon. The second: It is for the citizen in his country to participate with an expatriate investor in obtaining a commercial license for an establishment or company and the like, and the company is the sponsor of the investor, then the citizen leaves the expatriate the right to invest this license for his own account alone, without contributing with him capital or anything else in return for consideration. It is taken from it in the form of a known amount every month or year, or an agreed-upon percentage of the profit. Since Islamic jurisprudence includes commercial activities, this research is an attempt to clarify the jurisprudential ruling on this issue. In order to demonstrate this, this issue must be adapted according to the legal contracts that may fall under it, or be related to it. The research also dealt with the definition of commercial guarantee and its forms, the similarities and differences with the jurisprudential guarantee, the extent of the similarity between the guarantee of the commercial license and the company of faces, and the forms of the commercial guarantee and its applications In the end, the research dealt with whether the sponsor in the commercial sponsorship has the right to terminate it before its due date, withdraw it, or not renew it, and the legal ruling on the license granted by government agencies to the citizen, and whether he has the right to sell the investment license granted to him to the investor. At the end of the research, the legal alternatives or correction methods for the issue of commercial guarantee were discussed.

Keywords: investment, guarantee, rulings, Islamic jurisprudence, citizen, expatriate

المقدمة

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

وبعد:

تتجلى عظمة هذه الشريعة بأنها لم تترك لا شاردة ولا واردة، لا صغيرة ولا كبيرة إلا أتت بها وبينتها للناس كافة حيث قال الله سبحانه وتعالى: " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ". (١) فمن نعم الله شمول أحكام هذه الرسالة لجميع شؤون وأمور حياة الإنسان المسلم، ففي جانب العبادات بينت أمورها تامة شافية لكل ناهل من ينابيعها، وكذلك الأمر في جانب المعاملات أروت كل ظمآن بأحكام شرعية عملية واقعية كالبيوع بأنواعها، وعقود التوثيق كالرهن والحوالة والكفالة، فإن الله سبحانه يسخر من يختار من عباده برحمة منه إلى خدمة هذا الدين الذي تعهد بحفظه، فأسأل الله أن يجعلني واحداً من الذين سُخِّروا لخدمة هذا الدين وتعلم وتعليم أحكامه.

أولا: أسباب اختيار البحث وأهميته والهدف منه:

١- أسباب اختيار البحث:

لقد عُني الجانب المالي والاقتصادي بعناية خاصة على مستوى الموضوعات وعلى صعيد البحث وإصدار الفتاوي، وموضوع البحث تظهر الحاجة إليه من خلال تتبع الأنشطة الاقتصادية المعاصرة والاستفسارات والفتاوى التي يقدمها أصحابها طالبين النصح والتوجيه بما يحل ويحرم من تلك الممارسات اليومية التي تتناول موضوع الكفالة التجارية واستخدام غير المواطن الرخص والسجلات التجارية الممنوحة للمواطنين.

(١) سورة المائدة: من الآية (٣).

وموضوع البحث بالإضافة إلى شقه الفقهي وتحديد مشروعيته من عدمها، هناك جانب يتعلق بالمصلحة العامة التي يقدرها ولي الأمر، ويقرر بشأنها الموافقة أو عدم الموافقة على مجموعة من التصرفات وفقاً لما يحقق مصالح العباد.

٢– أهمية البحث:

تجري هذه الأيام في بعض الدول الإسلامية اتفاقيات وتعاقدات بين الأفراد وبعضهم، وبين الحكومات والأفراد، يطلق عليها الكفالات، وتمييزاً لها عن الكفالات بالمفهوم الفقهي أحياناً توصف بالمعاصرة، فيقال: الكفالات المعاصرة، وأحياناً بالتجارية فيقال: الكفالات التجارية. وإذا كان العرف قد جرى في الأوساط التجارية على أخذ العوض عن الكفالة التجارية حتى أصبح وضعاً مستقراً ضمن الأنشطة التجارية والاقتصادية، مع مخالفة ذلك لبعض القوانين والأنظمة في كثير من الدول – فهل يتفق ذلك مع الأحكام المتعلقة بأركان البيع وشروط صحته في الفقه الإسلامي؟ وهل ينسجم مع نظام الشركات الإسلامية وضوابطها؟ وفي ضوء التوجه الإسلامي المعاصر في تلمس الحكم الشرعي وإضفاء الصفة الإسلامية وقواعدها على المعاملات، يتحتم السؤال التالي: هل تقبل الشريعة الإسلامية وقواعدها وأحكامها هذا النوع من النشاط التجاري؟ وهل يصح العوض المالي أو الأجرة المأخوذة في الكفالة شرعاً كما شاعت عرفاً؟

ولأهمية هذا الموضوع وشيوع هذه المعاملة – لاسيما في الدول الخليجية – فإن الكتابة فيه هدف مطلوب نافع – إن شاء الله – وذلك لبيان الوجهة الشرعية في ضوء قواعد الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة السمحاء.

٣– الهدف من البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق التكييف الشرعي لهذه المعاملة – الكفالة التجارية أو المعاصرة – ويشمل كلاً من الاحتمالات التالية:

- إنها كفالة بموجب التزام المواطن بجميع المطالبات التي تترتب على المشروع.
- إنها من قبيل الحقوق المعنوية، التي يجوز بيعها وتأجيرها.

- إنها من قبيل شركة الوجوه، من خلال إسهام المواطن بالذمة والجاه – إن صح دخول المال في شركة الوجوه من خلال إسهام المواطن به.
- إنها قضية مستحدثة جرى التعامل بها، وفيها مصلحة للطرفين، بالرغم من عدم الرضا حقيقة بدفع العوض فيها.

ويهدف البحث أيضاً: إلى مدى جواز الكفالة التجارية بعوض – أو بغير عوض كما يحصل أحياناً – في ظل المنع الرسمي من التنازل عن الترخيص، رغم التغاضي الفعلي عن ذلك.

وأيضاً إذا كان دفع العوض عن الكفالة التجارية ممنوعاً فهل يسوغ لغير المواطن دفعه من باب الضرورة أو الحاجة للتكسب أو للتوسع في الكسب. وهل يجوز الرجوع عن الكفالة التجارية خلال مدتها، أو عدم تجديدها؟ وما البدائل المشروعة أو طرق تصحيح هذه المعاملة إذا كانت ممنوعة.

ثانياً: الدراسات السابقة:

من الأبحاث التي اطلعت عليها أثناء إعدادي لهذا البحث واعتمدت على بعض منها ما يلي:

١- بحث الكفالة التجارية للدكتور/ أحمد محيي الدين أحمد ، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

٢- بحث الكفالة التجارية للدكتور/ شوقي أحمد دينا، مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

٣- بحث طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الإسلامي – إعداد. د/هاشم جميل عبدالله. ود/ كامل صكر القيسى – مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

٤- بحث الكفالة التجارية. د/ حسين أحمد كامل فهمي – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق

٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

٥- بحث الكفالة التجارية. د/ منذر قحف، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

٦- بحث كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية. د/ جاسم علي سالم الشامسى – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٣٠/٢-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

ثالثاً: منهج البحث:

اتبعت في إعداد هذا البحث الخطوات التالية:

١- الرجوع إلى أمهات المصادر لجمع المادة العلمية.

٢- الرجوع إلى المؤلفات والأبحاث الحديثة التي عنيت بمفردات هذا البحث أو بعضها.

٣- دراسة ما جمعت من مادة علمية وفق مناهج البحث العلمي بموضوعية، من غير تحيز لرأي معين أو مذهب معين، وذلك من خلال تحليل الأدلة، واستنباط الأحكام منها، ثم ترجيح ما يقويه الدليل، وبالتحقق من أقوال العلماء وعرضها بشكل دقيق بحيث تعطي الألفاظ مدلولاتها بشكل واضح.

٤- أخذ كل قول أو رأي للعلماء والفقهاء من كتبهم المعتمدة.

٥- توثيق الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية.

٦- تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الرئيسة في كتب السنة، والحكم على كل حديث في غير البخاري ومسلم.

٧- الرجوع إلى المصادر اللغوية المعتبرة في معرفة معاني المصطلحات التي ترد في البحث.

٨- الرجوع إلى المؤتمرات الفقهية التي تناولت موضوع البحث.

٩- عرض النتائج والتوصيات.

١٠- عمل فهارس تفصيلية لمحتويات البحث،

رابعاً: خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة وتمهيد وخمسة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

- المقدمة وتشتمل على:

أولا: أسباب اختيار البحث وأهميته والهدف منه.

ثانياً: الدراسات السابقة.

ثالثاً: المنهج المتبع في إعداد البحث.

رابعاً: خطة البحث.

- التمهيد: ويتناول الكفالة التجارية من الناحية الاقتصادية.
- المبحث الأول: تعريف الكفالة التجارية وأشكالها وأوجه الشبه والاختلاف مع الكفالة الفقهية، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه. ويحتوي على مطلبين:

- المطلب الأول: تعريف الكفالة التجارية وأشكالها وأوجه الشبه والاختلاف مع الكفالة الفقهية، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه.
- المطلب الثاني: صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية، والعناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية.

- المبحث الثاني: التكييف الشرعي للكفالة التجارية: ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن فقط. ويتناول ما يلي:

الفرع الأول : تكييف الكفالة التجارية على أنها حق معنوي يُستحق الجُعل.

الفرع الثاني : تكييف الكفالة التجارية على أنها عقد كفالة فيه التزام تجوز المعاوضة عليه.

الفرع الثالث : اعتبار الكفالة التجارية نوع من أنواع الشركات.

الفرع الرابع : اعتبار الكفالة التجارية نوع من الوكالة بأجر أو بدون أجر.

الفرع الخامس : إمكان استثمار الكفالة التجارية في شركة الوجوه.

- المطلب الثاني: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن أو المستثمر.
- المطلب الثالث: هل يحق للكفيل في الكفالة التجارية فسخها قبل موعدها أو عدم تجديدها أو الرجوع فيها.

- المبحث الثالث: الحكم الشرعي للرخصة التجارية التي تمنحها الجهات الحكومية للمواطن.
- المبحث الرابع: الحكم الشرعي لبيع المواطن رخصة الاستثمار الممنوحة له لأجنبي.
- المبحث الخامس: البدائل المشروعة – أو طرق التصحيح – لموضوع الكفالة التجارية.
- الخاتمة: وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.
- المراجع: وتشمل أهم المراجع الشرعية والقانونية والاقتصادية.
- فهرس الموضوعات.

وختاماً: أسأل الله تعالى أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

التمهيد

الكفالة التجارية من الناحية الاقتصادية

مزاولة أي نشاط اقتصادي – تجاري أو مهني – يتطلب أن يكون ذلك من خلال شخصية اعتبارية، مما يستدعى اختيار شكل من الأشكال أو صيغة من الصيغ القانونية للمنشأة أو المؤسسة التي ستزاول هذا النشاط، لأن ذلك مطلباً أساسياً من متطلبات الترخيص لدى الجهات والهيئات المعنية بهذا المجال، وبالتالي التمكن من مزاولة النشاط المطلوب والدخول في المعاملات التجارية والقانونية التي تترتب على ذلك.

فالمركز القانوني هو الذي يدعم استمرارها وثباتها، ولذلك يجب مراعاة القوانين التي تنظم المعاملات المدنية والتجارية والانسجام معها وفق ما تمليه من أحكام وقواعد – ومن تلك النظم التي تسري في بعض البلدان مراعاة جنسية المستثمر. (١)

فالمستثمر المواطن يستطيع مزاولة معظم أنواع الأنشطة الاقتصادية من خلال مؤسسة فردية أو أي شكل من الأشكال القانونية الأخرى للشركات عن طريق الدخول فيها مع شركاء آخرين. (٢)

أما إذا كان المستثمر غير مواطن ففي معظم الأحوال يحتاج إلى شريك مواطن حتى يتمكن من مزاولة أنشطة اقتصادية معينة – فيما عدا الحالات الخاصة التي لم يشترط القانون فيها شرط المواطنة – وهذا الأمر يدفعه إلى سلوك طرق مختلفة وحيل كثيرة لتحقيق هدفه في الاستثمار في هذا البلد أو ذاك، وهذا يكون إما باستخدام الترخيص الخاص بالمواطن أو بالمشاركة معه في الحالات المسموح بها قانوناً وفق اتفاقات خارجية ربما تخالف القانون في كثير من الأحيان.

---

(١) بحث طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الإسلامي. د/ هاشم جميل عبدالله. ود/ كامل صكر القيس – مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٢/٣٠-١٤٢٦/٣/٥هـ الموافق ٩-٢٠٠٥/٤/١٤م – دبي – الإمارات العربية المتحدة – ص٣.

(٢) البحث السابق: نفس الصحفة.

والكفالة التجارية نشأت بسبب قرارات وأوضاع سياسية وقانونية اختارتها لنفسها بعض الدول مما يمنع الأفراد الذين لا ينتمون لجنسية البلد نفسه من مزاولة العمل كإجراء أو كأصحاب مشروعات تجارية أو استثمارية أخرى فيه. (١)

وهناك حالتان أخريتان تشبهان الكفالة التجارية، ولكنهما تحدثان في داخل البلد نفسه وبين مواطنين، هما حالة التراخيص بمشروعات أو استيراد بضائع أو تسيير سيارات للنقل العام، التي تمنح لبعض الأفراد، فيقومون بدورهم ببيعها لغيرهم من المواطنين مع استمرار الاحتفاظ بكونها بأسماء البائعين، لأن القوانين لا تسمح بالبيع ولا تعترف به، وحالة وجود أنصبة في بعض قطاعات النشاط الاقتصادي يشترطها القانون لبعض فئات الشعب العرقية، فيقوم الفرد من الفئة المشترط لها ببيع حقه في ذلك إلى مواطن آخر يقوم بالعمل ويمتلك المشروع على وجه الحقيقة، والعقد بينهما، ولكن المشروع يبقى باسم الطرف الأول لأن القانون لا يسمح بهذا البيع ولا يعترف به أصلاً.

والكفالة التجارية لا تشمل عدة حالات قد تتلبس بها في بعض الأذهان. فهي لا تشمل أن يكفل تاجر تاجراً آخر تجاه دائن الأول، ولا تشمل ما يسميه بعض التجار بإعارة التوقيع وهو أن يوقع تاجر لآخر كمبيالة تستحق بعد ستة أشهر مثلاً وكأنه مدين له بمبلغها، فيأخذها الموقعة له فيحسمها في مصرف تقليدي، ويحصل على النقد العاجل – ما عدا ما يأخذه المصرف من ربا لقاء فرق الزمن – ثم يقوم التاجر الدائن نفسه بتسديد مقدار الكمبيالة للمصرف يوم استحقاقه.

(١) حدد القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م في المادة (٢٢) المتعلقة بشأن الشركات التجارية والمعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٨٨م – القواعد العامة والأحكام المنظمة لتأسيس الشركات التجارية، واشترط أن تكون الشركات وطنية بالكامل، أو أن تكون حصة المواطن من رأس المال فيها بنسبة لا تقل عن (٥١%) وأن لا تزيد حصة الأجنبي في رأس المال على (٤٩%). كما حدد القانون أشكال الشركات المنصوص عليها في المادة (٥) منه، فكما حدد= = = القانون أشكال الشركات المنصوص عليها في المادة (٥) منه، فإذا تم الاتفاق على العمل بين المواطن والمستثمر على أن تكون كفالة المستثمر عليه أو على الشركة ذاتها، فإن هذا الاتفاق يعرف في السوق التجارية بالكفالة التجارية.

ولا تشمل أيضاً الكفالة التي يقدمها شخص لسفارة دولة ما يكفل فيها أن شخصاً آخر يريد الحصول على تأشيرة سفر لتلك الدولة، لأن لا يكون عالة مالية على الدولة التي ينوي زيارتها، وأنه إذا لزم الأمر سيتحمل جميع الأعباء المالية التي قد تنشأ عن زيارة الآخر لتلك الدولة.

ولا تشمل كذلك الكفالة التي يقدمها شخص ما لدولة معينة أو لسلطة أو وزارة فيها يكفل فيها أن شخصاً آخر ستنفق عليه الدولة مبالغ كبيرة، كأن يرسل للدراسة في خارج البلد على نفقة الدولة، سيعود لتأدية خدمات للدولة المنفقة خلال فترة زمنية محددة.

والكفالة التجارية لا تشمل أيضاً الكفالة التي تقدم لسلطة قضائية لإحضار شخص مطلوب لهذه السلطة في وقت معين مضروب. (١)

(١) بحث الكفالة التجارية. د/ منذر قحف، بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٢/٣٠-١٤٢٦/٣/٥هـ الموافق ٩-٢٠٠٥/٤/١٤م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.

المبحث الأول

تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي والكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه، وصور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية

ويحتوي المبحث على مطلبين:

- **المطلب الأول:** ويتناول تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي والكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه.
- **المطلب الثاني:** ويتناول صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية، والعناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية.

المطلب الأول

تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي والكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه.

أولاً: الكفالة في الفقه الإسلامي:

قبل الدخول إلى موضوع الكفالة التجارية، يستحسن أن نتعرض وبشكل عام إلى الكفالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة حتى لا يحدث خلط بينهما، وأيضاً بعض أحكام عقد الكفالة في الفقه الإسلامي التي تتعلق بموضوع البحث.

١- تعريف الكفالة لغة وشرعاً:

- **الكفالة لغة:** هي الالتزام، فكفل بمعنى التزم. جاء في لسان العرب، تكفلت بالشيء: معناه قد ألزمته نفس، وأزلت عنه الضَّيْعَة والذهاب، وهو مأخوذ من الكفل وهو ما يحفظ الراكب من خلفه. (١) والكافل والكفيل: الضامن، والأنثى كفيل أيضاً وجمع الكافل كفل، وجمع الكفيل كفلاء. ويكفُل ويكفِل وكَفُل وكَفَلَ وتكفَلَ به، كله ضمنه. ويقال أكْلَفَه إياه وكفَّله. ضَمَنَّه.

(١) لسان العرب لابن منظور – جـ ١١ ص ٥٨٨ – ط: دار المعارف، ١٩٨٠م.

وقال ابن الأعرابي: كفيل، وكافل، وضمين، وضامن، بمعنى واحد وهو الشخص الذي يكفل غيره أو يضمنه. وفي التنزيل العزيز: وكفلها زكريا، فالمعنى ضمن القيام بأمرها. (١)

وجاء في القاموس المحيط: الكفالة: اسم يدل على الضمان، والضمان يدل على الحفظ والرعاية والالتزام. (٢) والشخص المطالب بالدين أو العين أو المطلوب كفالته يسمى بالأصيل أو بالمكفول، أو المكفول عنه. أما صاحب الحق فيسمى المكفول له أو الطالب، وأما الحق نفسه فهو المكفول به.

والكافل: العائل الذي يعول إنساناً، وينفق عليه، ومنها قوله تعالى: " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ".(٣)

- **الكفالة شرعاً:** عرف الفقهاء الكفالة بتعريفات مختلفة، وفيما يلي التعريفات التي أوردها بعض الفقهاء من المذاهب المختلفة لبيان معنى الكفالة والضمان من الناحية الشرعية.

١- **تعريف الحنفية للكفالة:** عرف صاحب الدر المختار الكفالة بأنها "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين". (٤) وعرفها الإمام الكاساني بأنها: "التزام المطالبة بما على الأصيل". (٥)

٢- **تعريف المالكية:** يقول أبو البركات الدردير – رحمه الله – بأن الضمان يسمى كذلك حمالة وكفالة، ويعرفه بأنه: "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره". (٦) ويعرف الشيخ خليل – رحمه الله – الضمان بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق". (٧)

---

(١) لسان العرب لابن منظور - جـ ١١ ص ٥٩٠-.

(٢) القاموس المحيط للفيروزآبادى – ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) سورة آل عمران: من الآية (٣٧).

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين – جـ ٥ ص ٢٨١ – ط: مطبعة: مصطفى البابي الحلبي ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

(٥) بدائع الصنائع – جـ ٧ ص ٢٠٤ – مكتبة زكريا علي يوسف.

(٦) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – جـ ٣ ص ٤٢٩ – ط: وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف – دولة الإمارات ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

(٧) مواهب الجليل للحطاب – جـ ٥ ص ١١٤ – ط: دار الفكر – بيروت – لبنان ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠٢م.

٣- **تعريف الشافعية للكفالة:** يقول الشيخ الشربيني الخطيب عن الكفالة: فصل في كفالة البدن. وتسمى أيضاً كفالة الوجوه، والمذهب صحة كفالة البدن في الجملة، ..... وهي "التزام إحضار المكفول عنه إلى المكفول له". (١)
ويقول عن الضمان: "إنه الالتزام بحق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة "ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً، وضميناً، وحميلاً، وزعيماً، وكفيلاً، وصبيراً. (٢) كما يعرف الإمام الماوردي الضمان بأنه: "أخذ الوثائق في الأموال، لأن الوثائق ثلاث. الشهادة والرهن والضمان". (٣)
ويقول أيضاً: "والزعيم والضمين، وكذلك الكفيل والحميل، والصبير، معنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام. (٤)

٤- **تعريف الحنابلة للكفالة:** عرفها الإمام البهوتي بأنها: "التزام رشيد إحضار من عليه – أي من تعلق به – حق مالي، من دين أو عارية ونحوها، إلى ربه، أي الحق متعلق بإحضار. (٥) ويعرف ابن قدامة الضمان بأنه: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق – فيثبت في ذمتهما جميعاً".(٦)

ويتضح من التعريفات السابقة لغة واصطلاحاً، أن لفظ الكفالة والضمان يدلان على نفس المعنى، إلا أن لفظ الكفالة هو المستخدم عند الحنفية في كلتا الحالتين، أي بمعنى الضمان للمال، والكفالة على النفس. وتأتي التفرقة بين الكفالة

(١) مغنى المحتاج – جـ ٣ ص ٢٠٧ – ط: دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط أولى – ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
(٢) مغنى المحتاج – جـ ٣ ص ٢٠٧.
(٣) الحاوي الكبير للماوردي – جـ ٨ ص ١٠٥ – ط: دار الفكر – ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
(٤) المرجع السابق: جـ ٨ ص ١٠٧.
(٥) شرح منتهى الإرادات – جـ ٢ ص ١٣٠ – ط: عالم الكتب – بيروت – لبنان – ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
(٦) المغنى لابن قدامة المقدسي – جـ ٤ ص ٣٩٩ – ط: مكتبة القاهرة – ١٣٨٨ ه – ١٩٦٨م.

والضمان عندهم في حال التصريح بلفظ المال متضافراً مع لفظ الكفالة. فإذا اقتصر اللفظ على: أنا كفيل أو زعيم إلى غير ذلك، كان كفالة نفس لأنها هي الأدنى عندهم. بخلاف ما إذا اقترن اللفظ بكلمة المال، أو بضمير يعود عليه، فإنها تكون في هذه الحالة كفالة مال، لأنها صريحة به، فلا يراد بها الأدنى وهو كفالة النفس. (١)

أما بالنسبة للمالكية، فإن لفظ الضمان هو الأغلب استخداماً عندهم، وهو لا يختلف عندهم عن لفظ الكفالة أو الحمالة؛ ويشمل بذلك معنى ضمان المال، وضمان النفس أو البدن (وهو ما يسمى بضمان الوجه أو الطلب). (٢)

أما الشافعية والحنابلة فرغم قولهم بالترادف بين اللفظين، إلا إنهم يخصصون لفظ الضمان للمال، ولفظ الكفالة للنفس.

والأصل في جواز الكفالة بالمال أنها ثابتة شرعاً بالكتاب وبالسنة وبالإجماع – بلفظها أو بلفظ الضمان: أما من الكتاب لقول الله تعالى: " وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " (٣) ومن السنة: لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: "الزعيم غارم" (٤) . وبالنسبة للإجماع: يقول ابن قدامة: وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع. (٥)

أما الكفالة بالنفس، وهي التي تعرف بضمان الوجه، فالجمهور على جواز وقوعها شرعاً. يقول ابن قدامة – رحمه الله – : "إن الكفالة بالنفس صحيحة في

---

(١) حاشية ابن عابدين – جـ ٥ ص ٢٨٦.

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير – جـ ٣ ص ٤٢٩-.

(٣) سورة يوسف: من الآية (٧٢)

(٤) أخرجه أبو داود – جـ ٣ ص ٨٢٤ – كتاب البيوع والإجارات – باب في تضمن العارية – حديث رقم ٣٥٦٥، والترمذي – جـ ٣ ص ٥٦٥ – كتاب البيوع – باب العارية مؤداه – حديث رقم ١٢٦٥ –، وابن ماجة – جـ ٢ ص ٨٠٤ – كتاب الصدقات – باب الكفالة – حديث رقم ٢٤٠٥ – وانظر: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير – كتاب الضمان – حديث رقم ١٢٥١– الناشر: دار الكتب العلمية. قال عنه أبو داود حسن صحيح

(٥) المغني لابن قدامة – جـ ٤ ص ٤٠٠-.

قول أكثر أهل العلم، هذا مذهب شريح ، ومالك ، والثوري، والليث ، وأبي حنيفة". (١) أما الشافعي في الجديد، فقول المذهب عندهم إنها تجوز في الجملة، ولا تجوز في الحدود، رغم أن الإمام الشافعي يقول فيها: "كفالة البدن ضعيفة". (٢) والأدلة على ثبوتها شرعاً هي نفس الأدلة على ثبوت الكفالة بالمال (الضمان).

- **تعريف الكفالة في القانون:** "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائنين بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". (٣)

٢- التطبيقات المعاصرة لعقد الكفالة: (٤)

هناك عدة صور من التطبيقات المعاصرة لعقد الكفالة في الفقه الإسلامي منها:

- **خطاب الضمان:** وهو تعهد المصرف بدفع مبلغ معين لطرف ثالث عند إخلال العميل بالتزامه، وخطاب الضمان قد يكون مغطي كلياً أو جزئياً، بمعنى أن يكون لطالب الضمان حساب جاري بالمصرف أو وديعة استثمارية ونحو ذلك، فيطلب من البنك إصدار خطاب ضمان لاستيراد البضاعة أو الدخول في مناقصة، وهذا في حكم الوكالة التي فيها معنى الكفالة، وقد يكون خطاب الضمان مكشوفاً، وذلك بأن لا يكون لطالب خطاب الضمان مبالغ مودعة للمصرف تغطي كلياً أو جزئياً قيمة البضاعة، وهذا من قبيل الكفالة المحضة

ولقد جاء في الفقرة (١) من قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٢) في دورية الثانية ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م ما نصه: "إذا كان خطاب الضمان بدون غطاء فهو ضم

(١) المغني لابن قدامة – جـ ٤ ص ٤١٥–، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد – جـ ٢ ص ٢٩٥– ط: مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ–١٩٦٦م، بدائع الصنائع للكاساني – جـ ٧ – ص٤٠٩–.

(٢) مغني المحتاج – جـ ٣ ص ٢١٥–.

(٣) فقه المعاملات – دراسة مقارنة – د/ محمد علي الفقي–

(٤) للتفصيل والتوسع بحث الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين الفقه الإسلامي – بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٢/٣٠–١٤٢٦/٣/٥هـ الموافق ٩–٢٠٠٥/٤/١٤م – دبي – الإمارات العربية المتحدة – ص٤. ويراجع: بحث الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة. د/ عبدالستار أبو غدة – بحث غير منشور – ص ٣٦٩ وما بعدها – مشار إليه في البحث السابق – ص ٤ – هامش ٧–

ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة، ولقد أفتى المجمع في هذه الصورة بأن الكفالة عقد تبرع بقصد الإرفاق والإحسان، ولا يجوز أخذ العوض على الكفالة".

- **الاعتماد المستندي:** وهو تعهد كتابي من المصرف لصالح مورد، يتعهد فيه المصرف بدفع ثمن السلعة المصدرة للمستورد طالب فتح الاعتماد متى قدم المورد مستندات السلع والشحن، وحكمه حكم خطاب الضمان، فإذا كان الاعتماد معطى كلياً أو جزئياً، كان المصرف وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وله أن يأخذ عمولة مقابل وكالته، وإن كان غير مغطى كلياً أو جزئياً كان المصرف كفيلاً، وفاتح الاعتماد مكفول عنه، فلا يجوز للمصرف أخذ أجر مقابل الكفالة ذاتها، وإنما فقط مقابل الإجراءات والمصروفات الإدارية، وإن كان غطاءًا جزئياً لاستيراد سلعة معينة، فإن المصرف يمكن أن يصبح شريكاً لفاتح الاعتماد بنسبة معينة، وليست مجرد كفالة مجردة.
- **التأمين التجاري:** اعتبر البعض من العلماء (١) أن التأمين التجاري نوعاً من أنواع الكفالة والضمان بالمعنى القانوني واللغوي لأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له – المستأمن – أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو أي عوض آخر في حال تحقق الخطر المؤمن منه، وذلك مقابل قسط دوري.
- **كفالة الإقامة:** وهو ما تقوم به وتفعله بعض دول الخليج بتقديم كفيل بالنفس والمال على العمال والموظفين وأرباب الأعمال الذين يمارسون نشاطهم فيها، ويلتزم الكفيل من أجل الموافقة على طلبه لاستقدام هؤلاء الأشخاص ومنحهم الإقامة والإذن بالعمل تقديم المكفول للسلطات المختصة وتحمل تكلفة سفره إذا

(١) جاء في بحث الكفالة التجارية للدكتور/ أحمد محيى الدين محمد – بحث سابق – ص ٤ – أن الدكتور/ عبدالستار أبو غدة عد ذلك نوعاً من أنواع الكفالة.

لم يكن لديه موارد لترحيله عند انتهاء إقامته أو إلغائها أو إلغاء نشاطه، والالتزام كذلك بجميع الديون والالتزامات التي ترتبت عليه خلال إقامته لصالح مواطنين أو مقيمين أو مؤسسات أخرى أو للدولة.

ولقد نصت المادة (١٠٩٨) من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات المستمد من الفقه الإسلامي: "لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالة، فإن أخذ عوضاً عنها، وجب عليه رده لصاحبه". (١)

٣- بعض أحكام عقد الكفالة في الفقه الإسلامي ذات العلاقة بموضوع البحث (الكفالة التجارية):

- عقد الكفالة من عقود التبرعات، فيشترط في الكفيل أهلية التبرع ، وحكمها أنها عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل ، فلا يملك أن يفسخه بدون رضا المكفول له، إلا إذا كانت الكفالة مضافة إلى زمن أو معلقة على شرط، فيجوز التراجع عنها قبل ترتب الدين وشغل ذمة الأصيل به، أما بعد ذلك فلا يجوز. (٢) وتنتهي الكفالة بالمال إذا أدى الأصيل الدين، أو إذا أدى الدائن الأصيل الدين، أو إذا أبرأه الدائن الأصيل، وفسخ الدين المكفول أو إبطاله، وتنتهي الكفالة بالنفس بتسليم النفس والإبراء وموت المكفول نفسه، وتنتهي كفالة الأعيان بتسليم العين، أو الإبراء، أو تلف العين قبل طلبها. (٣)
- الكفالة يترتب عليها عند جمهور الفقهاء دخول المكفول به في ذمة الكفيل من بداية التعاقد.

إبرام عقد الكفالة يترتب عليه دخول المضمون في ذمة الكفيل منذ تاريخ التعاقد. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة.

---

(١) نقلاً عن البحث السابق – ص٥ – .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف – ص ٥٢٩ و ٥٣٠ – الناشر: دار الفكر العربي ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م.

(٣) الكفالة التجارية: د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث سابق – ص ٣–، والكفالة وتطبيقاتها المعاصرة – د/ عبدالستار أبو غدة – بحث سابق – ص ٣٦٧–.

يقول الشربيني الخطيب في شروط المضمون: "وكونه – أي المضمون – معلوماً جنساً وقدراً وصفة وعيناً – في الجديد – لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والإجارة". (١) ويقول أيضاً: "وللمستحق – أي المضمون له أو وارثه – مطالبة الدائن والأصيل بالدين اجتماعاً أو انفراداً ، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه، .... فإن قيل يلزم من مطالبتهما أنه إذا كان له مائة أنه يطالب بمائتين، لأنه يطالب كل منهما بمائة، وذلك ممنوع. أجيب بأن الممنوع ليس في المطالبة، إنما الممنوع في المرتب عليها، وهو الأخذ، وليس له إلا أخذ أحدهما".

والتحقيق أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل، لا غيره، والذمتان مشغولتان به كالرهنين بدين واحد. (٢)

ويقول المواق في التاج والإكليل: "إن كل ما يلزم الذمة فالكفالة به جائزة...، لأن فائدة الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه". (٣) ويقول ابن قدامة: "ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما – أي المضمون والضامن–....، ويقول: ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك مطالبته، كالأصيل. ولأن الحق ثابت في ذمتهما، فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه". (٤)

أما بالنسبة للحنفية: فإن القول الصحيح عندهم دخول المضمون في ذمة الضامن عند المطالبة فقط، وفي القول الآخر في الدين.

وفي هذا يقول الكمال بن الهمام في الكفالة: "هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل في الدين، قال: والأول أصح. إلا أن السرخسي صاحب المبسوط

---

(١) مغنى المحتاج للشربيني الخطيب – جـ ٣ ص ٢١٣–.

(٢) مغني المحتاج – جـ ٣ ص ٢٢١–.

(٣) التاج والإكليل في هامش مواهب الجليل – جـ ٥ ص ١١٧ – الناشر: دار الكتب العلمية – ط: أولى ١٤١٦هـ/١٩٩٤م.

(٤) المغنى لابن قدامة – جـ ٤ ص ٤٠٩–.

يقول: "وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل، فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب". (١)

وبناءً على ذلك: فإن حكم الكفالة وفقاً لتعريف الجمهور – المالكية والشافعية والحنابلة هو: وجوب أصل الدين في ذمة كل من المكفول – الأصيل أو المضمون – والكفيل في نفس الوقت من الأصل. أما عند الحنفية فحكمها هو: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول من وقت المطالبة، بما يعني وجوب أصل الدين في ذمة المكفول، ووجوب المطالبة بذلك الدين على الكفيل.

وعلى الرغم مما يقول به الحنفية بأن الكفالة تدخل في ذمة الكفيل عند المطالبة فقط، إلا أنه من ضمن الأحكام التي يجمع عليها فقهاء الحنفية، أنه لو كانت الكفالة حالة، وشرط الطالب الحلول على الكفيل جاز ذلك، سواء كان الدين على الأصيل حالاً أو مؤجلاً، لأن المطالبة حق للمكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل. (٢) وهذا يعني أن الطالب يجوز له طلب المال من الكفيل في أي وقت يشاء، منذ بداية التعاقد وحتى نهايته. وهذا أيضاً هي في معناه كون المال دخل ذمة الكفيل طوال فترة التعاقد، من البداية إلى النهاية.

- **تصح الكفالة في حالة الجهالة بالمبلغ المضمون أو عدم ثبوته في ذمة المكفول عند العقد.**

الأصل في عقد الكفالة – الضمان – كون المبلغ المضمون ثابتاً في الذمة – أي ذمة المكفول – ومعلوم المقدار وقت إبرام العقد. إلا أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وأحد قولين عند الشافعية، على الرأي بجواز ضمان مالم يكن ثابتاً في الذمة أو معروفاً عند العقد. فتجوز الكفالة بالدين سواء أكان معلوم المقدار وقت الكفالة أم غير معلوم، وسواء أكان ثابتاً في الذمة وقت العقد أم

(١) فتح القدير لابن الهمام – جـ ٧ ص ١٥٤ – الناشر: دار الفكر – بدون طبعة وبدون تاريخ.

(٢) بدائع الصنائع للكساني – جـ ٧ ص ٣٤٠٧–.

موعوداً به. فلو قال الكفيل للمكفول له أنا كفيل بما يثبت لك في ذمة فلان، أو أنا كفيل بما تفرضه لفلان، صح العقد عند من يجوز ذلك. يقول الكمال بن الهمام: "والكفالة بالمال عندنا جائزة، وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك والشافعي في القديم وأحمد. وقال الشافعي في الجديد وابن أبي ليلى والليث والمنذر: لا تجوز بالمجهول ، لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز، فلابد من تعينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال". (١)

ويقول ابن قدامة: "وقد دلت مسألة الخرقي على أحكام منها: صحة ضمان المجهول لقوله: "ما أعطيته فهو عليَّ" وهذا مجهول – فمتى قال: أنا ضمان لك مالك على فلان أو ما يقضى به، صح الضمان". (٢)

ويقول الخطاب: "قال ابن يونس في كتاب الحمالة: قد تقدم أن الحمالة بالمال المجهول جائزة، فكذلك الحمالة بالمال الى أجل مجهول جائزة". (٣)

ويقول الإمام الصاوي في حاشيته مع الشرح الصغير: "وشرط الدين: لزومه للمضمون في الحال بل ولو يلزم المضمون في المآل". (٤)

أما الشافعية: فيقول الخطيب الشربيني: "ويشترط في المضمون وهو الدين أو العين المضمونة، كونه حقاً ثابتاً حال العقد، فلا يصح ضمان مالم يجب، سواء أجرى سبب وجوبه، كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها، أم لا كضمان ما سيقرضه لفلان، لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه كالشهادة". (٥) ويقول أيضاً: "وصحح في القديم ضمان ما سيجب كثمن ما سيبيعه أو ما سيقرضه، لأن الحاجة قد تدعو إليه". (٦)

---

(١) فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام – جـ ٧ ص ١٧٠-.

(٢) المغني لابن قدامة – جـ ٤ ص ٤٠٠-.

(٣) مواهب الجليل – جـ ٥ ص ١٢٠-.

(٤) حاشية الصاوي – جـ ٣ ص ٤٢٩ – الناشر: وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف – الإمارات ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

(٥) مغني المحتاج للخطيب الشربيني – جـ ٣ ص ٢١٠-.

(٦) المرجع السابق – ج ٣ ص ٢١١-.

- **الكفالة عقد لازم:** يتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة على أن الكفالة عقد لازم بالنسبة إلى الكفيل. مثال ذلك يقول ابن قدامة: "إذا ثبت هذا فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته، أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه". (١) ويقول في الضمان: ومنها أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه، وكان للمضمون له مطالبته، ولا نعلم في ذلك خلافاً، وهو فائدة الضمان". (٢) وعلى ذلك لا يملك الكفيل – أو الضامن – خيار فسخه من نفسه بدون رضا من المكفول له، إلا إذا كان عدو له قبل ترتب الدين، وشغل ذمة الأصيل به، أو كانت الكفالة مؤقتة أو مشروطة بفترة زمنية معينة تكون قد بلغت نهايتها، وذلك عند من يجيز التوقيت من الفقهاء – وهم الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية، وأبو جعفر وأبو الخطاب من الحنابلة، والقول المرجوح عند الشافعية – أما عند جمهور الفقهاء فلا يجوز ذلك.

يقول الخطيب الشربيني: "والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة، كأنا كفيل بزيد إلى شهر، وبعده أنا بريء، والثاني يجوز – لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال، فإن المقصود منه الأداء، فلهذا لا يجوز تأقيت الضمان قطعاً. (٣)

ويقول الكاساني: "فإن كانت الكفالة مؤجلة، فإن كل التأجيل إلى وقت معلوم بـــأن كفل إلى شهر أو سنة، جاز". (٤) وهي عقد غير لازم بالنسبة للمكفول، له أن يفسخها متى شاء، لأنها حقه، وله أن يتنازل عنه.

(١) المغني لابن قدامة – ج ٤ ص ٤٠١–.

(٢) المرجع السابق – جـــ ٤ ص ٤١٥–.

(٣) المرجع السابق – جـــ ٤ ص ٤١٩–، ومغني المحتاج – جـــ ٣ ص ٢٢٠–.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني – جـــ ٧ ص ٣٤٠٤–.

فيمكن للكفيل الخروج عن الكفالة بأحد الأمور التالية: (١)

١- أداء المال إلى المكفول به، أو بترتب ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة، كأن يتصدق المكفول له- الطالب على الأصيل أو على الكفيل.

٢- الإبراء من المكفول له – الطالب – أو بما هو في معنى الإبراء، فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لأنه تابع.

٣- الصلح. بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعي، لأن فيه معنى الإبراء.

٤- انتهاء الفترة المحددة للتعاقد إذا كان مؤقتاً – وفقا لرأي بعض من الحنفية وبعض من الحنابلة.

أما الكفيل بالنفس فيخرج من الكفالة بثلاثة أشياء:

١) تسليم النفس إلى الطالب.

٢) الإبراء.

٣) موت المكفول بنفسه.

ويرى البعض (٢) أن توقيت عقد الكفالة له ما يبرره في العصر الحالي، لحاجة الناس إليه في كثير من التطبيقات العملية التي لا تحتاج بطبيعتها إلى الاستمرار لفترات طويلة. ويساند ذلك أن التزام الكفيل تجاه المكفول له في مثل هذه الحالات سيظل سارياً من بداية التعاقد وحتى تاريخ انتهاء الأجل المحدد للكفالة، فلا يستطيع الانفكاك عنها تعسفيا، ويمكن للمتعاقدين في جميع الأحوال تجديد العقد لفترة جديدة كلما انتهت مدة صلاحيته، أو دعت الحاجة إلى ذلك. وحيث إن تاريخ انتهاء العقد سيكون معلناً من البداية، فلا محل لوقوع غرر أو وجود جهالة لأي طرف من الأطراف المتعاقدة. إذ إن كلاً منهما سيدخل في اعتباره موعد انتهاء الكفالة الممنوحة له عند التخطيط للقيام بأي أنشطة أو متطلبات جديدة.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني –جـ ٧ ص ٣٤٢٥ و ٣٤٢٧–.

(٢) بحث الكفالة التجارية. د/ حسين أحمد كامل فهمي – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٢/٣٠–١٤٢٦/٣/٥هـ الموافق ٩–٢٠٠٥/٤/١٤م – دبي – الإمارات العربية المتحدة – ص ١٠–.

ثانياً: الكفالة التجارية وأشكالها:

١- تعريف الكفالة التجارية (المعاصرة):

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة بدبي – دولة الإمارات العربية المتحدة – من ٣٠ صفر إلى ٥ ربيع الأول ١٤٢٦هـ، الموافق ٩-١٤/ إبريل ٢٠٠٥م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع الكفالة التجارية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: المقصود بالكفالة التجارية: الكفالة شرعاً: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بدين أو عين أو نفس، وهي غير الكفالة التجارية التي يقصد بها الاتفاق الذي يُمكّن فيه المواطن غير المواطن من استخدام الترخيص بمزاولة المهن، أو إقامة المشروعات. (١)

ويرى بعض الفقهاء (٢) إن ما ذكر من معنى الكفالة التجارية من موافقة المواطن الحاصل على ترخيص بعمل تجاري على قيام غير المواطن باستخدام الترخيص لنشاط خاص به، وبتمويل كامل منه دون إسهام مالي للمواطن أو التزام بالعمل، باستثناء قيامه بالإجراءات التي تتطلبها مزاولة العمل بموجب الترخيص هي ليست الكفالة التجارية، وإنما هي كفالة الرخصة التجارية.

إذاً: المقصود بالكفالة التجارية طبقاً لما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٤٨) في الدورة السادسة عشرة تم تعريفها أو تحديدها بأنها: "موافقة المواطن الحاصل على ترخيص بعمل تجاري على قيام غير المواطن باستخدام الترخيص لنشاط خاص به، وبتمويل كامل منه دون أي إسهام مالي للمواطن ودون التزام منه بالعمل، باستثناء قيامه بالإجراءات التي تتطلبها مزاولة المهنة بموجب الترخيص حيث يظهر المواطن بمظهر المالك للمشروع، أو المشارك فيه في الحالة التي

(١) قرار مجلس الفقه الإسلامي بشأن الكفالة التجارية – الدورة السادسة عشرة – قرار رقم (١٤٨).

(٢) د/ جاسم علي سالم الشامي – كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية – بحث سابق – ص ٣.

تسمح فيها النظم بالمشاركة مع غير المواطن، وقد تُشْتَرط نسبة عالية له، ويتقاضى المواطن مبلغاً مقطوعاً أو دورياً يتفق عليه نظير استخدام الترخيص.

٢- شكل الكفالة التجارية:

من خلال التعريف السابق للكفالة التجارية يتبين لنا أن الكفالة التجارية في العرف التجاري تكون على صورتين:

الأولى: أن يصدر ترخيص تجاري باسم المواطن لا يشاركه فيه أحد، بحيث يكون هو المسؤول أمام القانون عن هذا الترخيص بعد إتمام الإجراءات المتعلقة به، لأنه – الإذن الخاص الذي تمنحه جهة مختصة بإصداره لفرد أو جماعة للانتفاع بمقتضاه [١]، فهو المستفيد منه، ويعطيه حق التصرف في النشاط الاقتصادي والاستثماري، ثم يحصل بعد ذلك اتفاق بين المواطن وغير المواطن باستثمار هذا الترخيص في مشروع معين، بحيث يقوم غير المواطن بتمويل المشروع المتفق عليه بالكامل، والعمل على تنميته وإدارته، من خلال الصلاحيات التي تعطيها تلك الرخصة، مقابل أن يعطي المواطن مبلغاً مالياً مقطوعاً أو دورياً في السنة أو في الشهر أو مقابل نسبة معينة من الربح، فالعوض المالي للمواطن يبيح استخدام الرخصة لغير المواطن، ويضمن الكفالة عليها للإقامة في البلد. [٢]

الثانية: وهي أن يتم الاتفاق على إجراء معاملة لضمان الحصول على الرخصة التجارية لتأسيس شركة أو مؤسسة أو أي عمل تجاري آخر باسم المواطن وغير المواطن على حسب ما تسمح به القوانين المرعية لقيام الشركة التي يكون رأس مالها حسب القانون من الاثنين، ثم تكون كفالة المستثمر الوافد على اسم الرخصة في الشركة التي تكون بين الاثنين حسب ما

---

(١) بيع الاسم التجاري والترخيص. د/ حسن عبدالله الأمين – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الخامسة – جـ ٣ ص ٧-٢٥-.

(٢) طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الإسلامي – د/ هاشم جميل عبدالله، ود/ كامل صكر القيس – بحث سابق – ص ٤-.

يدفعه من رأس المال، ففي الظاهر أنها شركة لها رأس مال معين من الشريكين يدفع كل واحد حصته وتعود لهما ملكيتها، ولهما حق التصرف فيها، إلا أن الواقع غير ذلك، حيث إن هذه الشركة شركة صورية، وليس لها حقيقة واقعية على الأرض، لأن الوافد المستثمر عندما يقدم للشراكة في هذه الشركة مع المواطن لم يكن باختياره، بل هو مجبر على ـــأن يجعل المواطن شريكاً له، لأن القانون لا يسمح باستخراج الرخصة إلا إذا كان المواطن شريكاً يملك بعض رأس المال، فيلجأ المستثمر إلى تسجيل اسمه في هذه الرخصة ظاهرياً، مقابل أن يدفع له مبلغاً معيناً أو نسبة معينة، ومن ثم فإن رأس المال حقيقة وواقعاً يدفعه المستثمر ثم يعمد المواطن إلى اتفاق في المحكمة أو كاتب العدل ضمن تعهد خطي يتبرأ بموجبه من كل تبعات الشركة وعدم ضمانة أو تحمله لأي مسؤولية تترتب من خلال النشاط الذي تقوم به الشركة.

هاتان الصورتان هما واقع الكفالة التجارية المعمول بها اليوم في الساحة الاقتصادية. فهل تصح هذه المعاملة؟ وما هو الحكم الشرعي لجريانها في الفقه الإسلامي؟ لبيان الحكم في هذه المسألة لابد من تكييف هذه القضية وفق العقود الشرعية التي يمكن إدراجها تحتها أو تكون ذات علاقة بها، وهذا ما سنقوم بتوضيحه وبيانه فيما يأتي إن شاء الله.

ثالثاً: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة التجارية والكفالة الفقهية: (١)

١– أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة التجارية والكفالة الفقهية:

أ. تعتبر الكفالة التجارية إحدى تطبيقات الكفالة الفقهية، بمعنى أن المواطن عادة لا يسمح باستخدام سجله التجاري إلا لمكفوله المقيم حيث يتمكن من السيطرة الإدارية على نشاطه وتحركاته وحساباته في بعض الأحيان، فغالباً ما تكون الكفالة التجارية مرتبطة بما يسمى بكفالة الإقامة.

(١) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث سابق – ص ٨.

ب. من حيث موضوع الكفالة، فالرخصة الممنوحة للمواطن هي التي تعطي المتعاملون مع غير المواطن ثقة بأنه سوف يقوم بأداء التزاماته، بمعنى أن الالتزامات التي يخشى المتعاملون مع غير المواطن عدم قدرته على الوفاء بها، أو هروبه دون علمهم، أو قدرتهم على منعه – الديون النقدية والعينية ونحوها من الالتزامات – بالتالي فإن ظهور المواطن في النهاية كصاحب سجل وكفيل هو الذي يطمئنهم على التعامل التجاري مع غير المواطن إذاً علاقة الكفالة بالمال والنفس – خاصة في الديون والالتزامات الأخرى وهي الجامع بين الأمرين.

ج. تنشأ حقوق الكفيل في كلا الكفالتين في الممارسات اليومية عادة من جزأين:

١) جزء مقابل المصروفات الإدارية والمجهودات التي يقوم بها الكفيل، وهناك إجماع على وجوب أدائها بقيمتها.

٢) جزء مقابل الكفالة المحضة، وهناك إجماع على عدم شرعيتها.

٢- أوجه الاختلاف بين الكفالة الفقهية والكفالة التجارية:

أ. الكفالة الفقهية عقد تبرع باتفاق الفقهاء، والكفالة التجارية هي علاقة معاوضة بين استخدام السجل التجاري، والرسوم المقابلة مقطوعة كانت أم دورية.

ب. الكفالة الفقهية عقد تابع لعلاقة أصلية سابقة، هي علاقة مديونية بين المكفول وطرف ثالث. أما الكفالة التجارية فهي عقد مستقل قائم بذاته وبشروطه الخاصة في الالتزامات والحقوق، وتأتي قضية كفالة المديونيات كتصرف تابع لاحق قد ينشأ، وقد لا ينشأ من الأساس.

ج. أركان الكفالة الفقهية هي: كفيل ومكفول ومكفول له، ولا يوجد في الكفالة التجارية ابتداءًا مكفول له، وقد يظهر لاحقاً وقد لا يظهر.

د. إذا اعتبرنا أن الكفالة التجارية هي نوع من أنواع الكفالة الفقهية، أو إذا قسناها عليها، فإن الاتجاه المبدئي هو القول بما ذهبت إليه هيئات الفتوى التي ناقشت موضوع الكفالة التجارية وأفتت بما يلي:

١) عدم جواز أخذ مقابل الكفالة التجارية.

٢) جواز دفع مقابل كفالة تجارية، واستخدام الرخصة عند الحاجة والضرورة للشخص المكفول.

٣) جواز أخذ مقابل الرسوم المدفوعة لاستخراج التراخيص والمصاريف الإدارية والعمومية الأخرى.

رابعاً: مدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه:

في اللغة: الوَجْهُ: معروف، والجمع: الوُجُوه. ووَجْهُ الإنسان: ما يقابلك من الرأس وفيه الجبهة والعينان والخدان والأنف والفم.

والوجه هو الوجاهة، والوجاهة هي القدر والرتبة، يقال: وَجُه فلان، أي صار ذا قدر ورتبة، ورجل وجيه، أي ذو جاهة عند الناس، وأوجهه الله، أي صيره وجيهاً. ومنه قوله تعالى: " وَكَانَ عِنْدَ اللَّهِ وَجِيهًا " [١] ووجوه البلد أشرافه. [٢]

ويقصد بشركة الوجوه: أن يتعاقد اثنان فأكثر، بدون ذكر رأس مال، على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقداً، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن. [٣] أو هي: أن يشترك اثنان فأكثر فيما يشتريان بذمتيهما، وما ربحا فهو بينهما على ما شرطاه. [٤] وقيل في تعريفها: أن يشترك أكثر من واحد ليس لهم مال، ولكنهم وجهاء مؤتمنون عند الناس على أن يشتريا في ذممها بالنسيئة، وما يربحونه يكون بينهم.

---

(١) سورة الأحزاب: من الآية (٦٩).

(٢) لسان العرب لابن منظور (مادة وجه)، والقاموس المحيط (مادة و ج به).

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام – جـ ٥ ص ٣٠.

(٤) الملخص الفقهي – صالح بن فوزان الفوزان – مركز إبصار للنشر والتوزيع – القاهرة – ص ٣٢٠–.

وسميت بشركة الوجوه: لأنها ليس لها رأس مال، وإنما تبذل فيها الذمم والجاه وثقة التجار بهما، فيشتريان ويبيعان بذلك، ويقتسمان ما يحصل لهما من ربح على حسب الشرط. (١)

ولأن الناس في العادة لا يبيعون نسيئة – أي بالأجل – لمن لا مال له إلا إذا كان ذا جاه وشرف عندهم، فكأنه اشتري ليرخص له في البيع لقدر حظه وجاهه مع مشاركة آخر له، وهي معروفة بالشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال. (٢)

وقد قال بجواز شركة الوجوه الحنفية والحنابلة والزيدية وابن المنذر من الشافعية. (٣) لأنها شركة عقد تتضمن توكيل كل شريك صاحبة في البيع والشراء، وتوكيل كل واحد منهما. وقد ذكر الحنفية أنه في شركة الوجوه شرط المفاوضة، منها أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه، وأن يكون المشتري بينهما نصفين، وأن يكون الربح بينهما نصفين، ومنها أن يتلفظا بلفظة المفاوضة. (٤) وذلك خلافاً للحنابلة الذين يجيزون التفاوت في الربح مطلقاً حيث يقول ابن قدامة: "فأما شركة الوجوه فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لها رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسم الله تعالى فهو بينهما، فهي جائزة، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال، أو لم يعين شيئاً من ذلك. بل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا. وقد خالف القاضي من الحنابلة أن يرجع التفاوت في شركة الوجوه على الاتفاق،

---

(١) الملخص الفقهي – صالح بن فوزان الفوزان – مركز إيصار للنشر والتوزيع – القاهرة – ص ٣٢٠-.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته. د/ وهبة الزحيلي – جـ ٥٤ ص ١٢٢ – ١٢٣ – ط: دار الفكر، الموسوعة الفقهية – جـ ٢٦ – ص ٣٧– ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

(٣) فتح القدير للكمال بن الهمام – جـ ٥ ص ٣٠ – ، بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٥٧ – المبسوط للسرخسي جـ ١١ ص ١٥٤، المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٢٢–، المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٣٤٦-.

(٤) بدائع الصنائع – ج ٦ ص ٦٥ ويوافقهم الزيدية في ذلك. البحر الزخار – جـ ٤ ص ٩٤-.

وذهب على أنه يرجع على حصصها من المشتري، كما قال الحنفية. (١)

ويقول ابن قدامة: "وأما شركة الوجوه فكلام الخرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل، وهو قياس المذهب – لأن سائر الشركات يكون الربح فيها على ما يتفقان عليه، فكذلك هذه، لأنها تنعقد بالعمل وغيره فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان. وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيتهما في المشتري، لأن الربح يستحق بالضمان، إذ الشركة وقعت عليه خاصة، لا ما عندهما، فيشتركان في العمل، والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح". (٢)

وقال الإمام مالك: تجوز شركة الوجوه بشرط أن يتفق الشركاء على شراء شيء معين، ويتساويا في التحمل. (٣)

وقال الشافعية: إذا وكل أحدهما الآخر بشراء شيء معين فإنهما يصيران شريكين في ذلك إذا قصد من يشتري الشراء لهما. (٤)

وبهذا يتضح أن شركة الوجوه: هي شركة ذمم تقوم على الضمان والذمة، وأن ما يستحقه الشركاء فيها هو نسبة من الربح مقدرة بمقدار نسبة ما ضمن كل منهم. وأنها تتضمن وكالة وكفالة من كل شريك للآخر.

وقد علل الفقهاء مشروعية هذه الشركة بأنها شركة عمل توصل فيها كل من الشريكين إلى نصيبه في الناتج من عمل الآخر بواسطة الوكالة، وهي وكالة ليست منفردة حتى يشترط تقييد موضوعها، بل هي واقعة ضمن شركة لا يشترك فيها التقييد، (٥) وهي من العقود التي شرعت لحاجة الناس إليها في استنماء المال وتحصيل أصله فوق الحاجة إلى تنميته.

---

(١) المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٢٢–.

(٢) المرجع السابق – جـ ٥ ص ١٢٢ و ١٢٣–.

(٣) شرح الدردير على مختصر خليل – جـ ٣ ص ٣٦٤–.

(٤) المهذب للشيرازي – جـ ١ ص ٣٤٦–.

(٥) البدائع للكاسني – جـ ٦ ص ٥٨.

يقول الكاساني: "الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت إلى تحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى". (١)

وفي شركة الوجوه يجوز التساوي والتفاضل في الربح بقدر ضمان المشتري وملكيته، فالربح بينهما على قدر الضمان، فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان، فالشرط باطل، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانها ثمن المشتري، لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدره، ولذلك فإن الربح الزائد عليه هو ربح مالم يضمن، فلا يصح فيه الشرط. (٢) لقوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان" (٣) ويقول أيضاً: "والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما – العمل والضمان – سبب صالح لاستحقاق الربح". (٤) وقد جاء في المادة (١٤٠٠) في المجلة العدلية "استحقاق الربح في الوجوه إنما هو بالضمان". ويقول ابن قدامة: "وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة – الخسارة على قدر ملكيتهما في المشتري، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك".(٥) فالربح إذاً على ما اتفقا والخسارة مقابل الضمان في الملك.

---

(١) البدائع للكاساني – جـ ٦ ص ٥٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي – جـ ٢ ص ٣٣٩ – ط: مصر.

(٣) صحيح ابن حبان – رقم الحديث ٤٩٢٧ – ، الترمذي – رقم الحديث ١٢٨٥ – ، أبو داود – رقم الحديث ٣٥٠٨ –.

(٤) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦٢–.

(٥) المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٤٧–.

ووفق أحكام هذه الشركة، فإنه لا يجوز أن يكون لأحد الشريكين مبلغ معين ومحدد من المال مقابل ضمانه، لاحتمال أن لا تربح الشركة غير هذا المبلغ المحدد فيحصل على جميع الربح، أو أن لا تربح الشركة فيأخذ ما لا حق له فيه، ثم إن حصة الشريك ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به. ولأن الشريك متي شرط لنفسه دراهم معلومة، ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح، ولذلك ذكر ابن المنذر الإجماع على بطلان الشركة إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة. (١)

وعليه ضمن مقتضيات هذه الشركة أن لا يأخذ الكفيل – المواطن – مبلغاً معيناً، وأن تكون حصته شائعة في الربح بنسبة معينة، فإن أخذ مبلغاً محدداً بطلت الشركة، لأن ذلك يخرج العقد من الشركة إلى قرض أو بضاعة. (٢)

وإذا كان هناك فريق من الفقهاء لم يجوز هذه الشركة لعدد من الأسباب ارتأوها، فقد رد المجوزين على هذه المبررات كالتالي:

- أن القول بعدم جواز شركة الوجوه لخلوها من عنصري المال أو العمل، أمر ليس مسلم به، لأن شركة الوجوه تقوم على البيع والشراء ، والأخذ والعطاء، الاستدانة والوفاء، وهذه التصرفات ما هي إلا عمل، فيكون العمل عنصراً أساسياً في شركة الوجوه، وأيضاً عدم قيامها على المال لا يمنع صحتها، لأن الحاجة على طلب أصل المال أقوى من الحاجة على طلب تنميته، والحصول على ربح منه. (٣)

---

(١) المغني – جـ ٥ ص ١٤٨، شرح منتهى الإرادات – جـ ٢ ص ٣٢١ – ، المبسوط – جـ ١١ – ص ١٦١ ، ١٦٨ – بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦٣، ٦٥ – ، شرح فتح القدير – جـ ٦ ص ٧٠-.

(٢) حاشيـة ابن عابدين – جـ ٦ ص ٤٨٩-.

(٣) انظر في رأي المانعين لشركة الوجوه: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد – جـ ٢ – ص ٢٢٦ –، نهاية المحتاج للرملي – جـ ٥ ص ٥–، الروضة البهية – جـ ١ ص ٣٧٨-.

- ومن أسباب المنع لدى المانعين أن في شركة الوجوه غرراً ممنوعاً، لأن هذه الشركة لا تقوم إلا بعد تحقق التراضي بين الشركاء، وبتحقق التراضي ينتفي الغرر أو الاستغلال أو الإضرار، أيضاً جهالة الكسب في هذه الشركة لا يؤدي إلى فسادها، فإن الكسب مجهول في كل نوع من أنواع الشركات، ومع ذلك لا تمنع هذه الجهالة من صحتها، لأن العبرة إنما هي في معرفة نسبة معينة من الربح، أما تحديد الكسب بناءً على نسبة الربح لا يكون إلا بعد حصوله وتحديد مقداره بالحساب.
- أيضاً من مبررات المانعين لشركة الوجوه بأنها تعد اشتراك بالذمم، وهذا محل نظر، لأن الوجاهة معناها الثقة وليس معناها الذمة، فكل وجيه من الشركاء يشتري نسيئة بناءً على ثقة الناس فيه، ثم يبيع ما يشتري ويجني من وراء ذلك ربحاً، ويوزع الربح على الشركاء بحسب الاتفاق، فهي إذا ليست شركة تضم ذمة على ذمة، بل هي شركة تضم جهوداً إلى جهد، غير أن هذا الجهد يرتبط بتقدير الناس وثقتهم في مجال التجارة واستغلال المال، وليس في هذا ضمان بجُعل ولا سلف يجر نفعاً. (١)

وبناءً على ذلك: فإن الكفالة التجارية إذا كانت قائمة على رخصة تجارية لا تقوم على رأس المال، وإنما على الضمان والذمة، ولم يوجد في القانون ما يمنع من قيام مثل هذه الشركة بين مواطن ووافد، فإنها جائزة على رأي جمهور الفقهاء، بشرط أن يكون ما يحصل عليه كل منهما نسبة من الربح على نحو ما ذكر، ولا يجوز أن يشترط لأي منهما مبلغ محدد كما سبق ذكره.

ومسألة الكفالة والتصرف في مثل هذه الشركة أمر طبيعي، لأن الشركة أساساً قائمة على نيابة كل شريك عن الآخر في البيع والشراء، وكفالة كل شريك للآخر فيما يترتب على هذا العقد من التزامات.

(١) انظر في رأي المانعين لشركة الوجوه: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد – جـ ٢ – ص ٢٢٦ –، نهاية المحتاج للرملي – جـ ٥ ص ٥–، الروضة البهية – جـ ١ ص ٣٧٨–.

أما إذا كانت الشركة متضمنة رأس مال، فهذه شركة أموال، وليس مما نحن فيه. فلا تجوز إلا إذا توافرت فيها الشرائط الخاصة بشركات الأموال، وكذلك إذا كان ولي الأمر – القانون – يمنع قيام مثل هذه الشركة بين مواطن ووافد، فهي غير جائزة، لأن طاعة ولي الأمر في مثل هذه الأمور واجبة. (١)

والحقيقة أن ما يقوم به الشريك المواطن من دور في الشركة باعتباره هو العنصر الوطني صاحب الحصص الأكبر في الشركة التي يكون أحد أو عدد من أطرافها غير مواطن أن العلاقة بين أطرافها ليست هي علاقة كفالة وضمان، إذ الضمان هو ضم ذمة إلى ذمة. وليست هي أصل العلاقة هنا، إذ قد تكون الشركة تقوم على ذمة مستقلة عن ذمم أصحابها كالشركة ذات المسئولية المحدودة مثلاً، أو أن الغرض الأساسي من الشراكة ليس هو ضم الذمم وإن تحقق ذلك عرضاً، وإنما الغاية هي وجود الشركة. التي غايتها الربح وفقاً لشرائطه.

وقد تختلف هذه النوعية من الشركات عن شركة الوجوه التي أساسها كما في تعريفها أن جميع الشركاء لا يملكون المال محل المتاجرة، وأن المتاجرة قد تحدث من أي من الأطراف على اعتبار توكيل الآخر له. والموضوع في الشركة التي يجب أن يكون أحد أطرافها مواطن، ومن الضروري أن يكون هذا المواطن رسمياً وظاهراً يملك أغلب الحصص فيها.

والأقرب أنها شراكة لكلا طرفيها مصلحة معتبرة في إقامة هذه الشركة، إذ غير المواطن هنا لم يأت للحاجة أو العوز الذي اضطره لإقامة مثل هذا المشروع في الدول التي تشترط حصص المواطن، وإنما لابد وفي الحقيقة أن غير المواطن هذا يكون له خبره ودراية بموضوعات الشركات وشروطها، وغالباً – وهو الواقع – أن يكون هذا الأمر في الوكالات التجارية، التي تكون أساسها لشركات خارجية أجنبية ضخمة، وتبحث عن مواطن يظهر بمظهر الشريك مع

(١) طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الإسلامي . د/ هاشم جميل عبدالله. و د/ كامل صكر القيس – بحث سابق – ص ٢٠–.

احتفاظها بشرط الإدارة، فهي ليست إذن الطرف الضعيف في هذا الموضوع، بل الطرف القوى، والمواطن هنا قد يتعرض على جانب من المخاطر، وقد يخضع لمتطلبات الجهات الرسمية، وهو أيضاً يكون بمشاركتهم قد حبس نفسه بحيث ليس له ممارسة ذات المشروع لو أراد انفراداً، ومن جميع هذه المتطلبات على جانب حبس المواطن الشريك نفسه عن إقامة مشروع خاص به، إلا أن يكون له في سبيل ذلك مقابل، ويكون هذا المقابل مشروعاً. (١)

إذاً فشركة الوجوه صورة من الصور التي يمكن فيها استثمار الكفالة التجارية، إذا استوفت هذه الشركة شرائط صحتها التي ذكرها الفقهاء الأجلاء رحمهم الله تعالى.

(١) كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية. د/ جاسم علي سالم الشامسي – بحث سابق – ص١٠-.

المطلب الثاني

صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية، والعناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية

أولاً: صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية:

الكفالة التجارية تتخذ عدداً من الصور هي: (١)

١- كفالة غير مواطن من قبل مواطن للقيام بمشروع تجاري أو استثماري:

هذه الكفالة تقوم على الثقة الكبيرة بين الطرفين، ويكون العقد بينهما شفوياً على الأغلب، وقد يكون مكتوباً أيضاً، حيث يستعمل غير المواطن اسم المواطن في جميع معاملاته الرسمية مع دوائر الحكومة، ولا يحتاج المواطن للقيام بأية أعمال في العادة، لأن جميع المراجعات يقوم بها معقبون يستأجرهم غير المواطن، إلا عندما يتطلب الأمر حضوراً شخصياً من قبل المواطن.

ومن الواضح أن ملكية المشروع بكاملة مسجلة باسم المواطن، في حين أن المالك الحقيقي الذي يقدم المال والعمل هو غير المواطن – الأجنبي – وهذه الصورة من الكفالة التجارية تحدث وتشييع في بلدان لا تسمح قوانينها لغير المواطنين بتأسيس أو تملك هذا النوع من الأعمال وهي تسمى في السعودية بالتستر.

وعن حقوق الطرفين في هذه الصورة: تتوزع الحقوق التعاقدية للطرفين في هذه الصورة من الكفالة التجارية كما يلي:

١- تسجل ملكية المشروع باسم المواطن وكذلك الحسابات الرسمية لدى المصارف.

٢- يكون للمواطن مبلغ دوري مقطوع يدفع له شهرياً في العادة، وفي مقابل هذه الحقوق يلتزم المواطن بإجراء المعاملة الحكومية التي تتطلب حضوره.

(١) بحث الكفالة التجارية. د/ منذر قحف – بحث سابق – ص ٣: ٥.

٣- يقدم الغير مواطن جميع المال والعمل للمشروع.

٤- كما يلتزم غير المواطن – الأجنبي- بجميع التزامات المشروع تجاه الغير.

٥- يكون لغير المواطن – الأجنبي – جميع أرباح المشروع وعوائده ، وهو طبعاً يتحمل خسائره.

أما عن المخاطر التي يتعرض لها كل من الطرفين، فمنها ما يشتركان فيه، وهو التعرض للمساءلة القانونية وللعقوبات المنصوص عليها في القانون، والتي تشمل في العادة المصادرة الجزئية أو الكلية والغرامات المالية والسجن. ومنها ما يختص بواحد منهما، فالمواطن يتعرض لمخاطر احتمال عدم وفاء غير المواطن بالتزاماته تجاه الغير، مما يجعل الدائنين يعودون على المواطن باعتباره المالك الرسمي كما يتعرض لمخاطرة عدم دفع غير المواطن للبدل المتفق عليه دورياً، ولكن هذه المخاطرة مغطاة في العادة بملكية المشروع نفسه. أما غير المواطن – الأجنبي – فيتعرض لمخاطر أن ينهي المواطن إقامته فيخرجه من البلاد، وأن يأخذ لنفسه المشروع الذي هو في الحقيقة ملك للأجنبي، أو أن يموت المواطن فلا يعترف ورثته بحقيقة العلاقة بينه وبين غير المواطن – الأجنبي – كما يتعرض غير المواطن لعقوبة الطرد من البلاد نتيجة للمخالفة القانونية.

ويتفرع عن هذه الصورة، صورتان فرعيتان:

الأولى: أن يكون للمواطن مساهمة حقيقية قليلة في الملكية وفي العمل، ولكن المشروع كله مسجل باسمه، وغير المواطن مسجل لدى الحكومة وفي سجلات المشروع المعرضة للرقابة الخارجية على أنه عامل بأجر بسيط لدى المواطن.

الثانية: أن لا يأخذ المواطن أي بدل نقدي، ويقدم هذه الخدمة لغير المواطن مجاناً لصداقة أو قرابة بينهما، ومن حالات هذه الصورة الفرعية، أن تكون الزوجة هي المواطن فتؤثر أعمال المشروع التجاري على العلاقة الزوجية، مما يضيف مخاطر اجتماعية على الحياة الزوجية لطرفي العقد.

٢- وكالة مواطن عن غير مواطن – أجنبي – ببعض المعاملات والإجراءات القانونية:

وهي في معنى الكفالة التجارية، إلا أن بعض الدول لم تمنع غير المواطن من مزاولة أعمال التجارة والاستثمار، وإنما فرضت أن يستأجر غير المواطن وكيلاً عنه لقاء مبلغ سنوي تحدده الدولة ليقوم نيابة عن الأجنبي ببعض الإجراءات والمعاملات الحكومية التي تشترط لها الأنظمة أن يكون الذي يقوم بها مواطناً، ولا تسجل ملكية المشروع باسم المواطن، ولا يقدم فيه مالاً ولا عملاً، ولا يكون مسؤولاً عن التزاماته تجاه الغير، ويتحمل شيئاً من مخاطر المشروع، وإنما يكون ذلك كله بيد غير المواطن – الأجنبي – وعليه، والعلاقة بينهما محددة ومحمية بالقانون نفسه.

٣- كفالة عامل غير مواطن – أجنبي – لا يعمل عند كفيله لقاء مبلغ مقطوع أو نسبة من كسبه:

وهي عقد بين غير مواطن – أجنبي – ومواطن ، يقدم فيه المواطن لغير المواطن تأشيرة عمل للقدوم إلى بلد المواطن، هي فيما يتعلق بالحكومة التي أصدرتها للعمل لدى المواطن نفسه، للعمل حراً في بلد المواطن خارجاً عن مشروعاته أو شركاته، شريطة أن يدفع للمواطن مبلغاً بصورة دورية متفق عليه – فيما بين المتعاقدين، ويتحمل المواطن مخاطرة واحدة هي إلغاء تأشيرة العمل الممنوحة لمستقدمه، والتقييد عليه في الحصول على تأشيرات جديدة، أما غير المواطن فيتعرض لمخاطرة الحبس المؤقت والطرد من البلاد.

٤- كفالة مواطن يتمتع بامتيازات لمواطن آخر يقدم المال والعمل في مشروع تجاري أو استثماري:

بعض الدول والحكومات تسن قوانين تمنح مزايا خاصة في إنشاء مشروعات تجارية أو زراعية أو صناعية لفئات معينة من مواطنيها بقصد حمايتهم أو تحسين أوضاعهم الاقتصادية. مثال ذلك: المزايا الضريبية، ومزايا الترخيص بإنشاء بعض أنواع المشروعات التي تمنح لفئات كانت مضطهده خلال عصور

سابقة، كما حصل للسكان الأصليين في بلدان عديدة أثناء توافد الهجرات الخارجية عليها، أو خلال فترة الاستعمار، أو تحكم فئة عرقية قليلة بالأمور. ولكن بعض من يستحقون هذه المزايا يقومون باستغلالها عن طريق كفالة مواطن آخر لا يتمتع بها، حيث يسجل المشروع – اسمياً فقط – باسم المواطن صاحب المزايا، ويكون الملك الحقيقي لمواطن آخر لا يتمتع بهذه المزايا. وهذه الصورة من الكفالة التجارية يشبه الصورة الأولى، ولكنها تقع بين مواطنين لنفس البلد، أحدهما لا يتمتع بامتيازات الآخر مع فارق بسيط يتعلق بحجم المخاطرة التي يتحملها الطرفان. إذ إن المخاطرة فيها على الطرفين هي أقل من المخاطرة في الصورة الأولى بسبب الضغوط الاجتماعية التي يستطيع كل منهما ممارستها لتحصيل حقوقه لدى الآخر.

٥- بيع مواطن لآخر تراخيص إقامة أعمال أو استيراد بضائع أو تسيير وسائط نقل أو غيرها من التراخيص مع تسجيل المشروع باسم البائع:

وهي علاقة تعاقدين بين الشخص الذي حصل على الترخيص – وآخر يريد استعماله لتجارته أو استثماره، يدفع فيها مستعمل الترخيص لمالكه مبلغاً مقطوعاً، أو نسبة من عائدات المشروع لقاء استعمال الترخيص، ويقوم المشتري بتقديم جميع المال والعمل اللازم للمشروع أو الاستيراد، وعلى الرغم من بقاء ملكية الترخيص باسم الأول، فإن القوانين تعترف عادة بنتائج هذا العقد، مما يقلل من المخاطر التي يتعرض لها الطرفان.

ثانياً: العناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية: (١)

من الواضح أن أهم العناصر التي تجمع صور الكفالة التجارية، أن هذه الصور الخمسة السابقة، تشترك فيما بينها بأن الملك والعمل مقدمان من طرف في حين أن الاسم أو الترخيص – سواء أكان بالعمل للعامل أو بالاستيراد أو بإقامة مشروع تجاري أو صناعي لغيره – مقدم من الطرف الآخر.

(١) نقلاً عن بحث الكفالة التجارية. د/ منذر قحف – بحث سابق – ص ٥-.

أما الصورة الثانية فهي وإن كانت لا تجعل الملك باسم المواطن، إلا أنها لا تسمح لغير المواطن بإقامة مشروعه بدونه، الأمر الذي يجعل الأجنبي بحاجة إلى اسم المواطن دون أن يقدم الآخر أي عمل أو مال.

أما العنصر الثاني الذي يجمع بين هذه الصور، فهو اشتراكها بأنها جميعاً إنما وجدت نتيجة لأوضاع ومتطلبات قانونية فرضتها الأنظمة الحكومية لبعض الدول، وعلى الرغم من أن هناك مقاصد اجتماعية واقتصادية وسياسية قد تكون مرغوباً بها في بعض الأحيان، فإن هذه التنظيمات تتضمن قدراً من الإجحاف وعدم العدالة مما يجعلها تتعارض مع عدد من مبادئ الحرية الاقتصادية وحرية اختيار العمل المناسب الذي نادى بها الإسلام أولا، ثم تبنتها نتيجة للتجربة والمعاناة حكومات كثيرة في أرجاء الأرض حتى دخلت في الاتفاقات الدولية ومبادئ الأمم المتحدة.

والعنصر الثالث الذي يجمع بين هذه الصور أنها تشترك في أن الأنظمة القانونية التي قامت نتيجة لها تتعارض مع الواقع الاقتصادي للبلدان التي تفرضها بدليل أن عوامل السوق في هذه الدول قد أدت فعلاً إلى الجرأة على مخالفة هذه الأنظمة، على الرغم من شدة المخاطر التي تنشأ عن هذه المخالفات.

والعنصر الرابع بين هذه العناصر فهو أنها – فيما عدا الصورة الثانية – تتضمن شكلاً أو آخر من المخالفة للقانون التي تعرض الطرفين أو أحدهما للمساءلة والملاحقة الإدارية والقضائية مما يستهلك موارد وطاقات كان يمكن توظيفها في استخدام أكثر نفعاً للبلد الذي يعيش في ظلها.

وأخيراً فإن طبيعة كون هذا النوع من المعاوضات سرياً ومخالفاً للقوانين والأنظمة السارية يجعلها تعقد في الخفاء، مما يقلل من قدرة طرفي العقد على المساومة والمفاوضة، والاستعانة بالخبراء والمحامين، فضلاً عن إضاعة فرصة وجود سوق منفتحة تؤدي إلى نشوء أسعار تشكل مرجعية للقضاة والمحاكم مما هو معروف لدى الفقهاء بـــ "سعر المثل".

المبحث الثاني

التكييف الشرعي للكفالة التجارية

ويحتوى على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن فقط. ويتناول ما يلي:

الفرع الأول : تكييف الكفالة التجارية على أنها حق معنوي يُستحق الجُعل.

الفرع الثانى : تكييف الكفالة التجارية على أنها عقد كفالة فيه التزام تجوز المعاوضة عليه.

الفرع الثالث : اعتبار الكفالة التجارية نوع من أنواع الشركات.

الفرع الرابع : اعتبار الكفالة التجارية نوع من الوكالة بأجر أو بدون أجر.

الفرع الخامس : إمكان استثمار الكفالة التجارية في شركة الوجوه.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن أو المستثمر.

المطلب الثالث: هل يحق للكفيل في الكفالة التجارية فسخها قبل موعدها أو عدم تجديدها أو الرجوع فيها.

المطلب الأول

الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن فقط

ونتناول في هذا المطلب ما يلي:

الفرع الأول : الكفالة التجارية على أنها حق معنوي يُستحق الجُعل.

قبل الدخول في تفاصيل هذا الموضوع أود أن أعرض نص القرار رقم (٥) بشأن الحقوق المعنوية لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة بالكويت ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م.

القرار: "بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع (الحقوق المعنوية) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

قرر: أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها".

ووفقاً لهذا القرار، فإنه يمكن القول بأنه وفي حال بيع أو تأجير السجل التجاري متضمناً الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو العنوان التجاري، فإن ذلك جائز، لأن القرار نص على جواز التصرف في الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً، وهذا كثير ما يحدث عند منح المواطن للسجل

التجاري لمكفوله، حيث يشمل ذلك الاسم التجاري أو العلامة التجارية. (١)

أما في حالة بيع السجل التجاري أو ما يسمى بالترخيص منفرداً باعتباره حقاً معنوياً يمكن إلحاقه بالقرار السابق الإشارة إليه، أو قياسه عليه فسوف نتعرض له وفق التفصيل التالي: إن السجل التجاري يعني ضمن ما يعني "الرخصة التي تجيز استغلال المحل فيما خصص له، وهي عنصر أساسي قد تكون له قيمة كبيرة وتعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري". (٢) ولقد عَدَّ كتاب القانون التجاري الرخص والإجازات ضمن العناصر المعنوية للمحل (٣)، وعدها بعض الكتاب ضمن الأصل التجاري الذي يمثل مجموعاً واقعياً من الأموال. (٤)

لذلك لابد من دراسة بعض العناصر المهمة وننظر مدى توافرها فيه وهي: هل هو حق؟ وهل هو منفعة؟ وهل هو مال؟ وهل هو ملك؟

أولاً: هل هو حق؟

- **الحق لغة:** يعني الثابت قطعاً، والواجب، واليقين، ونقيض الباطل، والنصيب، وصدق الحديث.
- **أما شرعا:** اتجه الفقهاء بشأنه عدة اتجاهات من أهمها الاتجاهان التاليان:

١- أنه حكم الله: وهو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع . ويتضح ذلك جلياً من كلام الإمام القرافي في قوله: "فحق الله أمره ونهيه، وحق العباد مصالحه. والتكاليف على ثلاثة أقسام، حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر، وحق العباد فقط كالديون والأثمان، وقسم اختلف فيه هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد كحق القذف". (٥)

فأوضح – رحمه الله – أن الحق هو أمر الله ونهيه.

---

(١) بحث الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث سابق – ص ١٦-.

(٢) المبحث السابق – نفس الصفحة.

(٣) الحقوق المعنوية وبيع الاسم التجاري. د/ عجيل النشمي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – عدد ٥ – جـ ٣ ص ٢٢٧٣-.

(٤) الأصل التجاري. د/ محمود شمام – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – عدد ٥ – جـ ٣ – ص ٣٤٤٥ -.

(٥) الفروق للقرافي – الفرق ٢٢ – جـ ١ ص ١٤١-.

ويقول الإمام الدسوقي: "الحق جنس يتناول المال وغيره" (١) وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه: "ما يثبت للإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه". (٢)

ويطلق في الفقه الإسلامي على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها عن غيرك أو بذلها له في بعض الأحيان أو التنازل عنها كذلك. (٣)

وعرف القانونيون الحق بعدة تعريفات منها تعريف الدكتور/ عبدالرزاق السنهوري بأنه "مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد". (٤) كما عرفه الدكتور/ عبدالسلام العبادي بأنه: "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين" (٥). كما جاء في تعريف الحق: "استئثاء شخص بميزة يقررها القانون له، ويخوله بموجبها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة أو مستحقة له". (٦)

وبعد استعراض تعريف الحق في الفقه والقانون فإنه يمكن القول بأن السجل التجاري يعتبر حقاً يختص به صاحبه لأنه ثمرة جهده وهو كغيره من الحقوق حق مالي عرفاً وقانوناً يملك صاحبه الاستعاضة عنه بالمال، كما يملك التصرف فيه التصرفات الناقلة للملكية كالهبة والإجارة ونحوها.

ثانياً: هل هو حق منفعة؟

حق المنفعة هو حق استغلال أشياء يملكها شخص آخر، كما يستغلها المالك نفسه، لكن بشرط المحافظة على كيانها، ويعرف أيضاً بأنه الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع. (٧)

---

(١) حاشيـــة الدسوقي – جـــ ٤ ص ٤٥٧–.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية – ص ٢٨ – ط ثانية – ١٣٦٣هـــ/ ١٩٤٤م – مصر.

(٣) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف – ص ٢٨– .

(٤) الوسيط للسنهوري – جـــ ١ ص ١٠٣.

(٥) الملكية في الشريعة الإسلامية – د/ عبدالسلام العبادي – جـــ ١ ص ١٠٣.

(٦) المرجع السابق.

(٧) الحقوق المعنوية وبيع الاسم التجاري. د/ عجيل النشمي – ص ٢٢٨٩ ، الوسيط للسنهوري جـــ ٩ ص ١٢٠١.

ويرى كثير من العلماء [١] أن السجل التجاري حق منفعة يتمتع صاحبه بحقوق المنتفع وهي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، وبتعبير الفقهاء التمكين من الانتفاع بدليل اعتراف الناس به وعرف الناس. وحق الأسبقية عبارة عن ثبوت حق التملك أو الاختصاص أو الامتياز الذي يحصل عليه الإنسان بسبب سبق يده إلى شيء مباح مثل حق التملك بإحياء الأرض. وقد أجمع الفقهاء على أن الأرض الموات لا يملكها أحد إلا بإحيائها. وأما التحجير فلا يثبت به حق التملك، إلا أنه أحق من غيره بإحيائها، ففي المغني لابن قدامة أن: "من تحجر مواتاً وشرع في إحيائه ولم يتم فهو أحق به، فإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به، لأن صاحب الحق آثره به". [٢] وقد اختلف الشافعية في جواز بيع حق الإحياء بالتحجير، والمذهب أنه لا يصح، لأنه لم يملك بعد، فلم يملك بيعه، كالشفيع قبل الأخذ. [٣] والقول الثاني: يصح بيعه، وكأنه باع حق الاختصاص، [٤] وللحنابلة في في المسألة قولان: [٥] والراجح عدم جوازه في المذهب. لكن الإمام البهوتي من الحنابلة ذكر أن عدم الجواز هو في البيع، أما الاعتياض عنه بطريق التنازل والصلح بعوض فلا بأس به قياساً على الخلع، [٦] ونظير ذلك أن من سبق إلى مكان في المسجد فهو أحق به، وله أن يؤثر به غيره أو التنازل عنه بعوض، لكن لا يجوز بيعه، [٧] وبهذا يتبين أن الحق تجوز المعاوضة عليه سواء كان مالاً متقوماً أو منفعة يمكن تقويمها بمال، ذلك لأن المنفعة كالأعيان كما ذهب إلى ذلك

(١) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين – ص ١٧ – بحث سابق.

(٢) المغني لابن قدامة – جـ ٦ ص ١٥٤.

(٣) نهاية المحتاج للرملي – جـ ٥ ص ٣٣٦ ، تحفة المحتاج – جـ ٦ ص ٢١٣ ، تكملة المجموع للمطيعي للمطيعي – جـ ١٤ ص ٤٧١.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) الكافي لابن قدامة – جـ ٢ ص ٢٣٩، الإنصاف للمرداوي – جـ ٦ ص ٣٧٣ و ٣٧٤.

(٦) شرح منتهى الإرادات للبهوتي – جـ ٢ ص ٤٦٤.

(٧) المرجع السابق. وانظر: طرق استثمار الكفالة التجارية . د/ هاشم جميل عبدالله، ود/ كامل صقر القيسي – ص ٧ بحث سابق.

جمهور الفقهاء – المالكية والشافعية والحنابلة والمتأخرون من الحنفية – [١] فهي مال يجوز الاعتياض عنه، شأنها شأن الأعيان في الاعتياض عنها والمالية والتقوم. جاء في حاشيـــة الدسوقي: "المنافع متمولة يعاوض عليها". [٢]

وبناءً على ما تقدم: فإن الرخصة التجارية يمكن عدها منفعة مقدرة بمال، ذلك لأن المواطن عندما يحصل على الرخصة التجارية فإن الدولة قد أعطته بذلك امتيازاً لينتفع به، ويحقق له مصلحة معتبرة لها قيمة مالية أو معنوية، لذلك فإن له الحق في استثمار هذه الرخصة عن طريق الاعتياض أو البيع وتمكن الغير من ممارسة الأنشطة التجارية المكتسبة بها مقابل عوض جرى العرف به إذا انتفت الموانع من ذلك. ويمكن تصور هذه الكيفية إذا جرت بطريق البيع أو التنازل عنها أو الإجارة أو الصلح، وهذا يصح إذا كان العوض معلوم القدر ومحدداً لا تعتريه الجهالة، وقد اكتسب كل شروط وصحة البيع أو الإجارة ونحوها، فإن اشترط العوض نسبة معينة من الربح، فإن العقد لا يصح إلا إذا كان شركة، لأن اشتراط النسبة من لوازم الشركة.

ثالثاً: هل هو مال؟:

يعرف المالكية المال بأنه: "كل ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك". [٣] كما يرون أن الحقوق كلها أموال ، إذاً الحق جنس يتناول المال وغيره، كما عُرف المال بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وأن المالية تثبت بتمول الناس أو بعضهم ، أي باتخاذهم الشيء مالاً". [٤]

وعرفه الحنابلة بأنه: "ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة". [٥]

---

(١) حاشيـــة الدسوقي – جـــ ٣ ص ٤٤٢ ، بداية المجتهد – جـــ ٢ ص ٣٢٢ – المبسوط – جـــ ١١ ص ٧٨ – بدائع الصنائع – جـــ ٧ ص ١٤٦، قواعد الأحكام – جـــ ٢ ص ١٧.

(٢) حاشيـــة الدسوقي – جـــ ٣ ص ٤٤٣.

(٣) حاشيـــة الدسوقي مع الشرح الكبير – جـــ ٤ ص ٤٥٧.

(٤) أحكام المعاملات الشرعية. الشيخ علي الخفيف – ص ٣١ و ٣٢.

(٥) الإقناع للمقدسي – جـــ ٢ ص ٥٩.

أما متأخرو الأحناف فعرفوه بقولهم: "يطلق المال على القيمة وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير". (١)

وبشكل عام فإن جمهور الفقهاء اتفقوا على مفهوم المال من حيث الجملة فاعتبروا كل ما فيه نفع مالاً، وما لا نفع فيه، فليس بمال، فلا يجوز المعاوضة به". (٢)

وعليه يمكن القول أنه طالما للعرف مجالاً في إدراج بعض الأشياء في الأموال فإن المالكية تثبت بتمول الناس ، وطالما أن بعض الحقوق تعتبر في العرف أموالاً متقومة، فإن السجل التجاري يأخذ هذا الوصف، وهو مال على مفهوم الجمهور ومتأخري الحنفية ، فهو يتضمن نفعاً ومصلحة خاصة لمالكه، ومصلحة عامة لأفراد المجتمع، وبالتالي يجوز للمالك التصرف فيه. (٣)

رابعاً: هل هو ملك؟:

عرف الإمام القرافي حق الملك بأنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك" (٤) . ويقول في تفسيره لهذا التعريف: أما قولنا حكم شرعي فبالإجماع، ولأنه يتبع الأسباب الشرعية، وأما أنه مقدر، فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع، والتعلق عدمي ليس وصفاً حقيقياً، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة للملك، وقولنا في العين والمنفعة، فإن الأعيان تملك كالبيع، والمنافع كالإجارات، وقولنا: يقتضي انتفاعه بالمملوك ليخرج التصرف بالوصية والوكالة، وتصرف القضاة في أموال الغائبين والمجانين، فإن هذه الطوائف لهم التصرف بغير ملك، وقولنا: والعوض عنه، ليخرج عنه الإباحات في الضيافات، فإن الضيافة مأذون فيها وليست مملوكة.

---

(١) حاشيـــة ابن عابدين – جـــ ١ ص ١١.

(٢) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين – ص ١٧ و ١٨.

(٣) البحث السابق – ص ١٨.

(٤) الفروق للقرافي – الفرق الثاني والعشرون – جـــ ١ ص ١٤١.

ويذهب ابن قدامة إلى نفس ما ذهب إليه القرافي في تعريفه لحق الملك، فيقول: "ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص". (١) فهذا التعريف يطابق لما ذهب إليه القرافي في تعريفه للحق بصفة عامة من أنه هو حكم من الله. وعرف الشيخ مصطفى الزرقا الملك بأنه: "اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع". (٢)

وبعدما وضحنا حقيقة الملك في الفقه الإسلامي يظهر لنا انطباق حقيقة الملك على هذا الفرع من الحقوق – السجل التجاري – خاصة إذا علمنا أن الاستئثار المقصود في الملك في الفقه الإسلامي، ليس معناه احتواء الشيء من قبل المالك، إنما معناه أن يختص به دون غيره، فلا يعترضه في التصرف فيه أحد، والشريعة أيضاً لا تشترط التأبيد لتحقيق معنى الملك، بل أن طبيعة ملك المنفعة مثلاً تقتضى أن يكون مؤقتاً. (٣)

إذن يمكن القول في النهاية بأن السجل التجاري حق ومنفعة ومال يجري فيه الملك، ومادام كذلك فإن الأصل أن تسري عليه جميع التصرفات الجارية في الأعيان ، ويجوز التصرف فيه بسائر التصرفات الشرعية، وينطبق عليه نص فتوى مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٥) بشأن الحقوق المعنوية من حيث إن له قيمة مالية معتبرة، ويجوز التصرف فيه بعوض مالي إذا انتفى الغرر والغش والتدليس ونضيف كذلك مخالفة أوامر ولي الأمر. (٤)

(١) المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ٣٢٩.

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا – جـ ١ ص ٢٥٧.

(٣) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث سابق – ص ١٨، الحقوق المالية وبيع الاسم التجاري. د/ عجيل النشمي – مرجع سابق – ص ٢٣٠١ و ٢٣٠٢. والملكية في الشريعة الإسلامية. د/ عبد السلام العبادي – مرجع سابق – ص١٩٨.

(٤) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – ص ١٨ – بحث سابق.

وعن إجارة السجل التجاري:

إن اعتبار العلاقة بين المواطن مالك السجل التجاري ، وبين المكفول مستخدم السجل التجاري ، علاقة إجارة، يقوم فيها المواطن بتأجير السجل التجاري لمكفوله بمقابل محدد متفق عليه، تصوير يحتاج إلى أن نحدد بشكل قاطع هل يصلح السجل التجاري لأن يكون محلاً لعقد الإجارة، الأمر الذي يتطلب استدعاء تعريف عقد الإجارة ، ووصف العين المؤجرة ، وتحديد شروط المنفعة التي يمكن بيعها ، ونحوها من المسائل المتعلقة بهذا التكييف.

فالإجارة يعرفها الفقهاء بأنها "تمليك المنافع بعوض" (١) . وعرف الفقهاء عقد الإجارة بما يلي: عرف الحنفية الإجارة بأنها: "عقد يفيد تمليك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض". وعرفها المالكية بأنها: "عقد يفيد تمليك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض غير ناشئ عن المنفعة" . وعرفها الحنابلة بأنها: "عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة بعوض معلوم". وعند الشافعية: "عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم". (٢)

ومن حيث التعريف بشكل عام، لم أجد في كل هذه التعريفات ما يمنع تأجير السجل التجاري المملوك للمواطن، إذ له منفعة إقامة النشاط التجاري موضوع السجل بصورة دائمة أو مؤقتة، فهذه المنفعة إذا لم تمنع القوانين المحلية بيعها أو استئجارها أو المشاركة فيها، يجوز لمالكها التصرف فيها بشتى أنواع التصرفات الشرعية. وحتى يكون ما ذكرناه صحيحاً ومشروعاً لابد من ذكر شروط المنفعة لانعقاد الإجارة عليها وهي: (٣)

١- أن لا تقع الإجارة على استهلاك العين.

٢- أن تكون المنفعة متقومة مقصودة الاستيفاء بالعقد.

---

(١) المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ٣٩٨ ، حاشية ابن عابدين – جـ ٥ ص ٢.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري – جـ ٢ ص ٩٥ – ٩٨.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد – جـ ٢ ص ١٨٠، وانظر: الإجارة. د/ عبدالستار أبو غدة – مطبوعات دلة البركة – ص ١٠.

٣– المقدرة على استيفائها حقيقة وشرعاً.
٤– أن تكون معلومة علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع.
٥– معلومية مدة الانتفاع مع بقاء العين فيها وإن طالت المدة.

وبتطبيق هذه الشروط على منفعة السجل التجاري يتبين لنا أن إجارة منفعة السجل التجاري لا تؤدي إلى استهلاك عينه ، حيث يمكن أن تكون مدة العقد نصف أو ربع مدة صلاحيته، ومن ثم يصار إلى إعادة تأجيره إلى شخص آخر وهكذا، أما منفعة السجل التجاري فهي منفعة متقومة مقصودة مقدور على استيفائها حقيقة وشرعاً أو معلومة المدة.

إذن فكل الشروط المطلوبة لانعقاد الإجارة على منفعة السجل التجاري متوفرة، وكما يقول ابن رشد: "والعلم بالمنفعة يختلف باختلاف نوعها واختلاف العين المستأجرة". (١) فلا يتصور حصر كل أنواع المنافع المتولدة حسب حاجات العصر ووفق مقتضياته، وتتطلبها الأعراف التجارية دون وجود خلل شرعي واضح. (٢) إن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يتبعونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها، والذين لا يملكون السجل التجاري لإقامة نشاط يجيدونه ويمتلكون مقوماته، يمكنهم تأجير هذا السجل التجاري بعوض معلوم ولمدة معلومة.

الفرع الثاني : كون الكفالة التجارية عقد كفالة فيه التزام تجوز المعاوضة عليه؟

للإجابة عن ذلك يحسن التذكير بأهم عناصر الكفالة الشرعية. لقد قسم الفقهاء الكفالة إلى كفالة بالمال، وكفالة بالنفس – وتسمى كفالة البدن – وكفالة الوجه ، والذي يعنينا الكفالة التي تتعلق بالالتزامات المالية . حيث يتكفل شخص بما على شخص من أموال للغير – لأن الكفالة التجارية شديدة الصلة بالمال ولا تنفك عنه، وعُرف هذا النوع من الكفالة بأنه "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل – المدين – في المطالبة بالدين". (٣)

(١) بداية المجتهد – جـ ٢ ص ٢٢٦.
(٢) الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث سابق – ص ١٩ و ٢٠.
(٣) حاشيـــة ابن عابدين – جـ ٧ ص ٥٥٣، شرح فتح القدير – جـ ٧ ص ٢٠٤.

كما عرفت بأنها: "التزام حق ثابت في ذمة الغير" [١]. وعرفت أيضاً: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق". [٢]

وللكفالة أطراف ثلاثة هي: "الكفيل والمكفول والمكفول له. يقول ابن قدامة: "لابد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له". [٣] ومن خلال التعاريف السابقة للكفالة الشرعية نجد أنها كلها تنصب على معنى واحد هو: انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين لتصبح مشغولة به مع بقاء شغل الذمة الأولى به، ويترتب على ذلك صحة توجه المطالبة بالأداء إليه كما توجه إلى المدين الأصلي.

وتأسيساً على ذلك: فإن الكفيل المواطن ملتزم قانوناً بالضمان والأداء عن المكفول عنه عند عدم التزامه، ويقوم بتعهداته عنه. بمعنى أن المواطن الكفيل يتحمل التبعات المترتبة على الرخصة التجارية التي يتعامل بها المستثمر الوافد، ويتحمل مسؤولية المكفول في تصرفاته والتزاماته المتعلقة بالترخيص أو الكفالة عند الإخلال بتعهداته، وما يتطلبه أي تصرف منه عند المساءلة القانونية، ومادام الأمر كذلك فإن الكفالة التزام ومسئولية. وهنا التساؤل: هل يحق للكفيل أخذ الأجرة مقابل هذا الالتزام الذي جرى العرف فيه أن له قيمة مادية معتبرة؟ لاسيما وأن الربح يكتسب في الإسلام عن طريق المشاركة في المال والعمل أو الضمان.

حكم أخذ الأجرة على الكفالة:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنه لا يجوز للكفيل أخذ الأجر على الكفالة بالمال. [٤] وأن الكفالة بشرط الجُعل

(١) مغنى المحتاج – جـ ٢ ص ٢٥٧.
(٢) المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ٧٠.
(٣) المرجع السابق.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني – جـ ٦ ص ١١، الحاوي للماوردي – جـ ٨ ص ١٢١ – ط: دار الفكر ١٤٤١هـ/١٩٩١م، الشرح الكبير للدرير وحاشية الدسوقي – جـ ٣ ص ٣٤١، الشرح الصغير – جـ ٣ ص ٤٤٢، المغني لابن قدامة – جـ ٤ ص ٣٦٥ – جـ ٥ ص ٩٤، المحلي لابن حزم – جـ ٨ ص ١١١ – ط: دار الفكر.

له باطلة [١]، خلافاً لإسحاق بن راهوية [٢]، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجُعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز". [٣]
وقد استدلوا على ذلك بما يلي: [٤]

١- أن الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرعات، واشتراط الجعل فيها للضامن يخرجها من باب التبرع إلى المعاوضة، وهذا غير جائز. [٥]

٢- إن الشريعة الإسلامية جعلت الضمان والجاه والقرض من أبواب الخير وصنف القرب، التي لا تفعل إلا لله، ولذلك فإن أخذ العوض عليها سحت.

٣- إن العوض المالي يستحقه الإنسان مقابل عمل أو مال، وليس الضمان عملاً ولا مالاً، فيكون أخذ الأجرة عليه من باب أكل أموال الناس بالباطل، أو من باب الرشوة. [٦]

٤- إن اشتراط الأجر على الكفالة يؤول إلى بيع الغرر وهو محظور شرعاً ، لأنه إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة، فقد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين، وقد يؤدي فيربح العشرة. [٧]

---

(١) المبسوط للسرخسي – جـ ٢٠ ص ٢٢، الحاوي للماوردي – جـ ٨ ص ١٢١ ، نهاية المحتاج للرملي – جـ ٤ ص ٦٠، الشرح الكبير للدردير – جـ ٣ ص ٣٤.

(٢) الحاوي للماوردي – جـ ٨ ص ١٢١.

(٣) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر – جـ ١ ص ١٢٠ – ط: إحياء التراث الإسلامي ط: أولى – ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

(٤) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد. د/ نزيه حماد – ط: دار القلم – ط: أولى ١٤٢١هـ/٢٠٠١م – دمشق.

(٥) الأم للشافعي – جـ ٣ ص ٢٠٥ – ط: بولاق ١٤٢٣هـ. روضة الطالبين للنووي – جـ ٤ ص ٢٤١ – ط: المكتب الإسلامي ١٣٨٨هـ– دمشق – الذخيرة للقرافي – جـ ٩ ص ١٩٢ – ط: دار القرب الإسلامي – بيروت، المبسوط للسرخسي – جـ ٢٠ ص ١٢، المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ٧٢ و ٩٤ ، شرح منتهى الإرادات – جـ ٢ ص ٢٥٠ – مجموع الفتاوى لابن تيمية– جـ ١٩ – ص١٩٢.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٣ ص ٣٤١ ، الشرح الصغير للدرير – جـ ٣ – ص ٤٤٢، المبسوط للسرخسي – جـ ٢٠ ص ٣٢، الحاوي للماوردي – جـ ٨ ص ١٢١.

(٧) مواهب الجليل – جـ ٤ ص ٣٩١، التاج والإكليل للمواق – جـ ٥ ص ١١١، حاشية الدسوقي – جـ ٣ ص ٧٧.

٥- إن الكفيل إذا أدى الدين عن المضمون، فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى مع زيادة ما أخذ من الجعل وذلك لا يجوز، لأنه قرض بشرط الزيادة، وسلف جر نفعاً وهو ربا. (١)

وفيما يأتي نصوص الفقهاء الدالة على ذلك:

جاء في المدونة الكبرى: "إن الكفالة عند مالك من وجه الصدقة... وإنما الكفالة معروف". (٢)

ويقول الإمام الشافعي: "إن الكفالة استهلاك مال لا كسب مال". (٣)

وجاء في المبسوط: "قال أبو حنيفة ومحمد: الكفالة تبرع". (٤)

وفي المغني: "أن الضمان: تبرع بالتزام مال". (٥)

وجاء في التاج والإكليل عن الأبهري: "لا يجوز ضمان بجعل، لأن الضمان معروف. (٦)

وقال الدرير: "علة المنع أن الغريم إذا أدى الدين لربه، كان الجُعل باطلاً، فهو أكل أموال الناس بالباطل". (٧)

وقال ابن قدامة: "لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز". (٨)

يتضح من أقوال الفقهاء أن الأصل في الكفالة أنها تبرع بمعروف، لكنهم اختلفوا في ماهية المعروف، هل التبرع بمجرد الالتزام، وللكفيل الرجوع على المكفول عند الأداء، أم هو تبرع بالالتزام وبما يؤدي عنه، وليس له الحق في

---

(١) حاشيــة الدسوقي – جـــ ٣ – ص ٣٤١، المغني لابن قدامة – جـــ ٤ ص ٣٦٥.

(٢) المدونة للإمام مالك – جـــ ٥ ص ٢٨٤.

(٣) الأم للشافعي – جـــ ٣ ص ٢٠٥.

(٤) المبسوط للسرخسي – جـــ ١٩ ص ١٧٠.

(٥) المغني لابن قدامة – جـــ ٥ ص ٧٢ و ٨٠.

(٦) التاج والإكليل للمواق – جـــ ٥ ص ١١١.

(٧) الشرح الصغير للدردير – جـــ ٣ ص ٤٤٢.

(٨) المغنى لابن قدامة – جـــ ٤ ص ٣٦٥.

الرجوع؟ (١)

والراجح أن الكفيل متبرع بالالتزام فقط، وليس فيما يؤدي (٢)، لأن الكفالة الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام، وإن كان عند الأداء يرجع، كما أن المقرض متبرع بأداء المال، وإن كان له حق الرجوع في المال، لأن الكفالة في الابتداء تبرع، ولكن في الانتهاء معاوضة. (٣)

وبهذا يتبين أن الفقهاء قالوا بعدم جواز أخذ الأجر على الكفالة، وإنما تبذل على سبيل البر والمعروف، كسائر المنافع التي جعلت في أصل الوضع لتبذل مجاناً على وجه التبرع، لأن ذلك يغير طبيعتها ويخرجها من صنوف المعروف إلى أبواب المعاوضات المالية. هذا أحد وجهين للقول بعدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة، والوجه الآخر هو: أن أخذ الأجرة قد يؤدي في بعض الصور إلى أن يكون من باب القرض الذي جر منفعة، وذلك عين الربا. (٤)

أما الوجه الأول، وهو القول بأن المعاوضة على الكفالة لا تجوز لكونها من القرب التي تفعل لله تعالى، أو لكونها من عقود التبرعات، فهذا يمكن الخروج منه: بأن الفقهاء لم يمنعوا تحويل كثير من القرب أو عقود التبرع إلى عقود معاوضات عند اتفاق الطرفين المتعاوضين وتراضيهما، والأمثلة الفقهية على ذلك كثيرة. منها: أن كثيراً من الفقهاء أجاز أخذ الأجر على قراءة القرآن وتعليمه، وتعليم الفقه، والإمامة، والحج، والآذان، كالإمام مالك والشافعية والظاهرية ورواية عن الإمام أحمد ومتأخري الحنفية. (٥)

---

(١) المراجع والمصادر السابقة.

(٢) المغني – جـ ٥ ص ٨٦، بداية المجتهد ونهاية المقتصد – جـ ٤ ص ٩٨، الشرح الصغير للدردير – جـ ٢ ص ١٥٧.

(٣) المبسوط للسرخسي – جـ ٣٠ ص ١٤٨.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) حاشية الدسوقي وشرح الدردير – جـ ٤ ص ١٦، حاشية العدوي – جـ ٢ ص ١٨٠، روضة الطالبين للنووي – جـ ٥ ص ١٨٧، حاشية ابن عابدين – جـ ٩ ص ٥٥، المغني لابن قدامة – جـ ٦ ص ١٥٥، المحلى لابن حزم الظاهري – جـ ٨ ص١٩٣.

وفي الفتاوى الهندية "يجوز الاستئجار على تعليم الفقه ونحوه وهو المختار للفتوى". (١) بل إن الشافعية نصوا على جواز أخذ الأجرة على الواجب العيني، كإنقاذ الغريق، وتعليم الفاتحة، ونحو ذلك". (٢)

وذهب الفقهاء أيضاً إلى جواز أخذ الأجر على تغسيل الميت وتكفينه،(٣) وأجاز ابن تيمية أخذ الأجرة على الشهادة. (٤) وقد صح عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن، (٥) وكذلك الحال في أخذ الأجرة على الجاه، فإنه وإن كان من أبواب الخير، لكن لا يجب شرعاً أن يذهب صاحب الجاه لتحقيق غرض كل طالب، ولذلك فإن مسألة أخذ الأجرة مسألة خلافية بين الفقهاء.

يقول الدسوقي: "وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم لأنه من باب الأخذ على الواجب، ولا يجب على الإنسان أن يذهب مع كل أحد". (٦)

وقال الونشريسي في المعيار المعرب: سئل أبو عبدالله الغوري عن ثمن الجاه؟ فأجاب بما نصه: اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر، فأخذ أجر مثله، فذلك جائز، وإلا حرم. (٧)

وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز أخذ الأجر على الجاه مطلقاً. (٨)

---

(١) الفتاوى الهندية – جـ ٤ ص ٤٤٨ – ط: دار الفكر للطباعة.

(٢) روضة الطالبين للنووي – جـ ٥ ص ١٨٧، تحفة المحتاج – جـ ٧ ص ١٠٠.

(٣) حاشية الدسوقي – جـ ٤ ص ٤٥٨ ، الشرح الصغير للدردير – جـ ١ ص ٥٥١ – كشاف القناع – جـ ٤ ص ٤٠٣ – ط: مطبعة الحكومة ١٩٨٢م – ١٣٤٩هـ.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية – جـ ٢٨ ص ٩٩.

(٥) صحيح البخاري – رقم الحديث (٢١٥٥، ٥٤٠٥).

(٦) حاشية الدسوقي – جـ ٣ ص ٢٢٤.

(٧) المعيار المعرب للونشريسي – جـ ٦ ص ٢٣٩ – ط: دار الغرب الإسلامي – بيروت.

(٨) المغني– جـ ٤ ص ٣٦٤، مغني المحتاج– جـ ٢ ص ١٥٨، شرح منتهى الإرادات– جـ ٢ ص ٢٢٥. ٢٢٥.

وقال ابن مفلح: "إذا قال اقترض لي مائة ولك عشرة صح ، لأنه في مقابلة ما بذل من جاهه. (١)

وقال الهيتمي: "وليست الرشوة بذل مال لمن يتكلم مع السلطان مثلاً في جائز، فإن هذا – جعالة جائزة(٢)، وقد أفتى الإمام النووي بالجواز أيضاً. (٣)

وعلى ذلك: فإذا كانت الكفالة من عقود التبرع وأعمال الخير، فإن الأحرى أن يكون الالتزام بها تبرعاً خالصاً ، لأن ذلك من المعروف ، لكن هذا لا يمنع من الحصول على أجر ، لما يحقق هذا الالتزام من مصلحة معتبرة بين الناس، وكما جاز الأجر على الطاعات والقربات الأخرى، يجوز في الالتزام بالكفالة وتسيير مصالح الناس، كما لا يمنع أن تتغير صفة الالتزام من التبرع إلى المعاوضة بالتراضي، كما في العارية والوكالة والوديعة، بجامع أن محض الالتزام في الكفالة فيه منفعة مقصودة، ومصلحة مشروعة، مشابهة للمنافع التي تبذل في العارية والوكالة والوديعة، فقد أجاز الفقهاء اشتراط العوض في العارية فتنقلب إجارة مع أن الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة، وكذا جواز الوكالة بأجر مع أن الأصل فيها أن يبذل الوكيل منافعه مجاناً لموكله. (٤)

قال السرخسي: "الوكيل معير لمنافعه" (٥) وكذا جواز اشتراط الأجر على الوديعة (٦) مع أن الأصل في الوديعة أنها تبرع بحفظ. كما قال الكاساني "الإيداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام بالحفظ". (٧) ولما للالتزام من

(١) المبدع لابن مفلح – جـ ٤ ص ٢١٣ – ط: دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر – جـ ٢ ص ١٩٠ – ط: دار المعرفة – بيروت.

(٣) فتاوى الإمام النووي – ص ١٥٤ – الطبعة العربية بحلب ١٣٨٩هـ.

(٤) حاشية ابن عابدين – جـ ٨ ص ٤٧٤ ، مواهب الجليل – جـ ٥ ص ١٨٨، روضة الطالبين – جـ ٤ ٤ ص ٣٣٢ ، المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ٢١٠، شرح منتهى الإرادات – جـ ٢ ص ٣١٧.

(٥) المبسوط للسرخسي – جـ ١٩ ص ٩٦ و ١٢٧.

(٦) حاشية ابن عابدين – جـ ٨ ص ٤٥٥، الفتاوى الهندية – جـ ٤ ص ٣٤٢ ، القوانين الفقهية لابن جزي – ص ٣٨٠، كشاف القناع – جـ ٤ ص ١٨٥.

(٧) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٢٠٧.

قيمة مالية معتبرة ، فقد شاع عند الفقهاء جواز مبادلته بالمال في كثير من المسائل والتطبيقات الفقهية كاستحقاق الربح في شركة الوجوه [١] وكذلك في شركة الأبدان، فإن الضمان يستحق به الشريك الربح مقابل التزامه وتقبله العمل.

وأجاز الحنفية استرباح الكفيل بالكفالة كثمرة لالتزامه الدين فيها، كما لو كفل بألف ثم صالح المكفول له على عوض، أو على أن وهب له بعض الدين أو أكثره، فإنه يرجع على المكفول بما كفل به لا بما أدى ، وكذلك لو تعجل الدين المؤجل فقبضه الكفيل، وتصرف فيه، فإن الربح يكون له مقابل التزامه بضمانه. [٢]

وما قرره المالكية أيضاً في جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً، وإن كان محلها ليس بمال، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها، وكالتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جُعل على ذلك، والتزام صاحب الدار بتوكيل شخص ببيعها مقابل جُعل معلوم ونحو ذلك. [٣]

وعليه: فإن القول: بأن المعاوضة على الكفالة التجارية لا تجوز – لأن الكفالة عقد تبرع – يمكن التغلب عليه بتحويل هذا العقد باتفاق الطرفين إلى عقد معاوضة، شأنه في ذلك شأن عقود التبرعات التي ذكرناها. لكن يبقى الوجه الثاني الذي حرم من أجله أخذ الأجرة على الكفالة وهو: أن ذلك قد يجر إلى الربا، وهو هنا موجود، لأن صاحب الرخصة المواطن يبقى – أمام القانون – هو الضامن لما يترتب عليها من التزامات، وعليه فإذا ترتب عليها شيء ضمن الكفيل ، وإذا أدى عاد بما أداه على المكفول، وتكون الأجرة التي أخذها زيادة، وهذا قرض جر نفعاً، وقد لا يحصل الكفيل من المكفول ما أداه عنه، فيكون هذا من باب الغرر، فذلك

(١) المغني لابن قدامة – جـ ٥ ص ١١٥، شرح منتهى الإرادات – جـ ٢ ص ٣٣٩ – مجلة الأحكام العدلية (م١٤٠٠).

(٢) المبسوط للسرخسي – جـ ٢٠ ص ٢٩، ٥٩، الفتاوى الهندية – جـ ٣ ص ٢٦٦.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب – ص ١١١ – ط: دار الغرب الإسلامي.

إما غرر أو ربا أو ذريعة إلى ذلك، وكل هذا محظور. وبيان ذلك أن الفقهاء قالوا: "إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين، وقد يؤدي فيربح العشرة". (١)

وهكذا نرى كيف أدى ذلك إلى الغرر، والغرر محرم، وكذلك فإن أخذ الأجرة قد يؤدي إلى الربا، ذلك لأن الكفيل إذا أدى الدين عن المضمون، فإنه يرجع عليه بمثل ما أدى مع زيادة ما أخذ من الجُعل، وذلك لا يجوز شرعاً، لأنه قرض بشرط الزيادة، وسلف جر نفعاً وهو ربا. (٢)

يقول ابن قدامة: "لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز". (٣) وفي حاشيـــة الدسوقي: "لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب، رجع على المدين بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه من الجُعل وهذا لا يجوز، لأنه سلف بزيادة". (٤) ولأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجُعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لأنه ربا. (٥)

وهكذا نرى أن حمل الكفالة التجارية على عقد الكفالة لا يساعدنا – من الناحية الشرعية – على القول بجواز أخذ الأجرة عليها، لأن الكفيل مسؤول أمام القانون عن ضمان كل التزام يترتب على الرخصة التجارية، وهو إذا أدى عن المكفول فإنه سيعود عليه بمثل ما أدى، فتكون الأجرة التي يأخذها زيادة، وبما أن ما أداه يعد عند الفقهاء بمثابة القرض، فندخل حينئذ في القرض الذي جر نفعاً، وهذه الصورة بالذات هي التي بنى عليها الفقهاء الحكم بعدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة، وزيادة على ذلك، فإن ولي الأمر – القانون – لا يبيح هذه المعاملة ،

(١) شرح التاودي على التحفة – جـ ١ ص ١٨٤ – ط: مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر.

(٢) حاشيـــة الدسوقي وشرح الدردير – جـ ٣ ص ٢٢٥، المبدع لابن مفلح – جـ ٤ ص ٢١٣، كشاف القناع – جـ ٣ ص ٣٠٦.

(٣) المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦٥.

(٤) حاشيـــة الدسوقي – جـ ٣ – ٣٤١.

(٥) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين – جـ ٦ ص ٢٤٢ – ط: دار الكتب العربية – مصر.

ولا تجوز مخالفة ولي الأمر فيما أمر به أو نهى عنه لمصلحة الأمة.

الفرع الثالث : هل تعتبر الكفالة التجارية من أنواع الشركات؟

معنى ذلك أن يدخل المواطن شريكاً مع المقيم، على أن يقدم المواطن حصته المالية ممثلة في الترخيص بمفرده أو هو ومعه بعض الأموال الأخرى، ويقدم المقيم العمل أو العميل ومعه بعض المال. وبفرض عدم معارضة النظام أو القانون لذلك، فمن الممكن قبول ذلك شرعاً في ضوء الرأي الفقهي الذي يذهب إلى جواز أن يكون رأس مال الشركة مالاً عينياً، شريطة أن يقوم بنقد وتكون عندئذ أمام شركة مضاربة عند تقديم المقيم عملاً فقط، وعند تقديمه مالاً أيضاً تكون شركة أو تكون مضاربة عند من يجيز في المضاربة أن يقدم المضارب مالاً مع العمل، بل أنه يمكن قبولها شركة حتى مع عدم تقويم هذه الأصول العينية بنقد، وتكون من قبيل من قال لآخر هذه دابتي أو سيارتي أعمل عليها وما رزق الله بيننا بنسبة كذا، وهي معاملة صحيحة عند الحنابلة. (١) إذن يمكن أن تأخذ علاقة المواطن صاحب السجل مع المكفول المقيم شكل الشراكة، بحيث يكون نصيب المواطن – السجل التجاري – مقوماً بالجهود التي بذلها في سبيل الحصول عليه والمصروفات التي دفعها، واسم وسمعة المواطن إذا كان له اسم تجارى في السوق ، بينما يكون نصيب المكفول المقيم رأس ماله النقدي أو العيني، ويأخذ مقابل لإدارته للعمل والاشراف عليه، وهنا نكون نحن أمام احدى شركات العنان المعروفة في الفقه الإسلامي.

وقد تأخذ هذه الشراكة ملامح شكل شركة – المحاصة – وهي شركة مؤقتة مستترة عن الغير، وليس لها اسم ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ، ولا تخضع لإجراءات الشهر، ويقتصر أثرها على أطرافها كسائر العقود ولا يعتد الغير بوجودها، ولا يلتزم هذا الغير أو يكتسب الحقوق إلا في مواجهة من تعامل معه من الشركاء، ويكفي فيها تحرير عقد بالاتفاق بن المتعاقدين على الاشتراك، ويكون رأس المال الذي تمول به عمليات الشركة من جميع الشركاء تارة، ومن بعضهم

(١) المغنى لابن قدامة – جـ ٤ ص ٩، وانظر: بحث الكفالة التجارية : د/ شوقي أحمد دنيا – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي– الدورة السادسة عشرة– الفترة من ٢/٣٠ –١٤٢٦/٣/٥هـ – ١–٢٠٠٥/٤/٩م – دبي – الامارات العربية المتحدة – ص ٨.

تارة أخرى. (١)

الفرع الرابع : اعتبار الكفالة التجارية نوع من الوكالة بأجر أو بدون أجر.

إذا لم تكن الكفالة التجارية من قبيل الكفالة أو الضمان المعروفين في الفقه الإسلامي، ولا من قبيل بيع الحقوق المعنوية ولا من قبيل شركة الوجوه أو شركة الأعمال، فهل هي من نوع الوكالة سواء أكانت بأجر أم بدون أجر؟

- عندما تتخذ الكفالة التجارية صورة كفالة غير المواطن من قبل مواطن للقيام بمشروع تجاري أو استثماري، أو تكون الكفالة لمواطن يتمتع بامتيازات كمواطن آخر يقدم المال والعمل في مشروع تجاري أو استثماري، ففي هاتين الصورتين حيث تسجل ملكية المشروع باسم الكفيل، فهل يمكن اعتبار هذا التسجيل توكيلاً من المكفول لكفيله؟ قد نجد في هاتين الصورتين معنى الوكالة، وهو التوكل عن الأجنبي – المقيم – بمواجهة الحكومة وما تطلبه من اجراءات ومعاملات، وذلك على الرغم من أنها وكالة اضطرارية لجأ اليها الموكل نتيجة لمنعه من ممارسة حق المتاجرة أو إنشاء مشروع يتكسب به، وعلى الرغم أيضاً من أن الوكيل بأجر لا يقدم عملياً أية خدمة تستحق ما يتقاضاه من المالك الحقيقي للمشروع، فهي بهذا المعنى تشبه وكالة المواطن عن المقيم ببعض المعاملات والاجراءات القانونية من حيث كونها وكالة بأجر. ومن المعروف أن الوكالة متى كانت بأجر تعامل معاملة الاجارة، فيشترط لها معلومية الأجر عند التعاقد، فلا تصح بنسبة من الأرباح. إن تخريج الكفالة التجارية على باب الوكالة يعين في اثبات حق ملكية المشروع لصاحبه، ويخفف بالتالي من المخاطر التي يتحملها المقيم نتيجة تسجيل المشروع على ملك الكفيل المواطن. جاء في الموسوعة الفقهية تحت عنوان التسليم في الوكالة " لا خلاف بين الفقهاء في أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة، لأن يده يد نيابة عن الموكل، ويجب عليه رد المقبوض عند طلب

(١) بحث الكفالة التجارية: د/ أحمد محي الدين أحمد – بحث سابق – ص ٢٤.

الموكل مع الإمكان، ويضمن بالتعدي أو التقصير ، كما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها. " يضاف إلى ذلك أن الوكالة تقيد تصرفات الوكيل بإرادة الموكل وحدود ما وكله به ، وهو يضمن لمخالفته تعليمات الموكل. (١)

كما أن الوكيل لا يلزمه الافصاح عن اسم وهوية موكله للأشخاص الآخرين الذين يتعامل معهم، فهو يستطيع أن يظهر أمام الاخرين كأنه أصيل يتعامل لنفسه، بحيث يصح أن يسجل الملك باسم الوكيل وهو مملوك في حقيقته للموكل، وهذا مما يناسب هاتين الصورتين من صور الكفالة التجارية.

- أما في حالة وكالة مواطن عن مقيم ببعض المعاملات والاجراءات القانونية فهي وكالة، وإن كان فيها معنى جبر وإكراه، لأن المقيم لا يحتاج في حقيقة أعماله إلى هذه الوكالة، وإنما أجبره القانون عليها، وإن ترك له حرية اختيار الوكيل فلم يجبره على وكيل بعينه، وقد حددت النظم التي فرضت هذه الوكالة التعويض الذي يستحق للمواطن على هذه الوكالة.
- وفي حالة كفالة مقيم لا يعمل عند كفيله لقاء مبلغ مقطوع أو نسبة من كسب. فإن النظم السائدة في الدول التي ينشأ فيها هذا النوع من العلاقة بين المقيم والمواطن الكفيل، تمنع المقيم من إجراء بعض المعاملات الحكومية بنفسه – مباشرة أو بشكل غير مباشر – وبالتالي فإن هذه النظم تضطر المقيم إلى اللجوء إلى مواطن يقوم بهذه المعاملات الحكومية، فهل يقوم بها وكالة عن المقيم بحيث يستحق على هذه الوكالة أجراً؟

إن الأصل الشرعي أن الناس أحرار لا يقيد ولا يضيق عليهم في أعمالهم في أي مكان تتيسر لهم فيه، وهذا الأصل الشرعي يدعمه علم الاقتصاد الذي يؤكد أن حرية الانتقال والعمالة الوافدة تساعدان في التنمية الاقتصادية، وفي رفع مستوى الأجور في البلد المضيف نفسه، وأنه عندما لا تراعي السنن الاقتصادية

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – الكتاب الحادي عشر – الوكالة – الباب الثالث في بيان أحكام الوكالة، الفصل الرابع – المواد (١٤٧٩، ١٤٨١، ١٤٩٣، ١٤٩٩، ١٥١٥ وغيرها.

في النظم والقوانين، يعمد الناس إلى الالتفاف على هذه النظم والقوانين، واجراء عقود فيما بينهم على خلافها سراً وخفية عن أعين القانون مما يزيد من احتمالات التغابن فيما بينهم. (١)

على أن هناك بعداً أخلاقياً لهذه الصورة من الكفالة التجارية تذكر بأيام الرق ، حيث كان يعمل الرقيق في المهن ويفرض عليهم السادة خراجاً معيناً يؤدونه لهم، إن معاملة الأحرار معاملة الأرقاء أمر تنفر منه الطباع السليمة وترفضه الشريعة الإسلامية. يضاف إلى ذلك أن الغالب في هذا النوع من العمال الأجانب هو العمال غير المهرة وقليلي الثقافة والتعليم – لأن العمال المهرة والمثقفين يجدون في العادة فرصا أفضل لنقل قيودهم الحكومية وتأشيراتهم من خلال علاقتهم وصلاتهم الاجتماعية والمهنية – ممن يسهل استغلالهم، بنفس الوقت الذي يعظم الإثم في أخذ جزء من دخولهم لفقرهم وضعف حالهم. (٢)

- أما في حالة بيع مواطن لآخر تراخيص إقامة أعمال أو استيراد بضائع أو تسيير وسائط نقل أو غيرها من التراخيص مع تسجيل المشروع باسم البائع.

إذا تم نقل ملكية الترخيص إلى المشتري، سواء أقلنا بالجواز أم عدمه، فإنه لا معنى للحديث عن الوكالة، لأنه بيع يسمح به النظام الوضعي. أما في حالة ما إذا تم الاستيراد أو إنشاء المشروع باسم صاحب الترخيص، فهل يمكن اعتبار ذلك توكيلاً من المالك الحقيقي – المشتري – لحامل الترخيص – البائع – يوضع اسمه على الاستيراد أو على المشروع لفترة تنتهي بوصول البضائع أو قيام المشروع، وإمكان نقل الملكية للمالك الحقيقي، فتتخرج الكفالة عندئذ على الوكالة بأجر.

ومن الواضح أن عناصر الوكالة متوفرة في هذه الحالة الثانية من هذه الصورة، إذ يمكن للراغب في استيراد بضاعة أو إنشاء مشروع أن يطلب إلى آخر القيام بذلك وكالة عنه لأن الأخير أقدر على إنجاز المطلوب بكلفة أقل من الموكل

(١) بحث الكفالة التجارية: د/ منذر قحف – بحث سابق – ص ١٤ – ١٥.

(٢) نقلا عن البحث السابق – ص ١٥.

نفسه، ولكننا هنا ينبغي أن نلاحظ أمرين :

أولهما: أن حدود هذه الوكالة تنحصر في وضع اسم الوكيل على السلع المستوردة أو المشروع المراد إنشاؤه، في حين أن الموكل سيقوم هو بجميع الأعمال الفعلية التي يتطلبها الاستيراد أو الانشاء، فهل يجوز تثمين هذه الخدمة بثمن عال يخفي في طياته ثمن الترخيص نفسه.

وثانيهما: أن الوكالة جائزة يستطيع أي من طرفيها أن يلغيها دون رضا الطرف الآخر، فهل تترك حقوق الناس التعاقدية لرغبات أي طرف وحده.

أما أذا كانت الكفالة التجارية بغير أجر، وهو ما يحصل في جميع صورها، فهل تعتبر وكالة محضة؟ فتكون تبرعاً وإحساناً يتحمل فيها الكفيل توقيعه فقط، ويتحمل المكفول جميع الأعباء والنفقات والمخاطر. وهل يستطيع المكفول أن يعفي الكفيل من جميع مخاطر الكفالة التجارية، فيحل محله في تحمل الأعباء أيا كانت؟ علماً بأن عقد الوكالة يضمن للموكل – المكفول – ملكية المشروع وحقوقه فيه فيما يتعلق بعلاقته مع الوكيل – الكفيل – وذلك على الرغم من المخالفة القانونية التي تفرض كليهما للعقوبة المالية والجسدية. (١)

الفرع الخامس : اعتبار الكفالة التجارية معاملة مستحدثة.

يرى عدد من الفقهاء أن الكفالة التجارية من المعاملات المستحدثة التي يقرها العرف وتجوز استحساناً للحاجة إليها، لأن الأصل في العقود الإباحة. (٢)

ويرى البعض الآخر من الفقهاء (٣) أنه لا مسوغ لاعتبارها معاملة مستحدثة، وتعامل فقهياً على هذا الأساس، لأن اعتبارها معاملة مستحدثة يواجه

---

(١) بحث الكفالة التجارية : د/ منذر قحف – بحث سابق – ص ١٦.

(٢) انظر: بحث الكفالة التجارية: د/ أحمد محي الدين أحمد – بحث سابق – ص ١٠ و ١١ و١٢ – وبحث بيع الحقوق المجردة د/ محمد تقي العثماني – مجلة مجمع الفقه الاسلامي – عدد ٥ – ج٣ – ص ٢٣٨٥، وبحث الاسم التجاري والترخيص : د/وهبة الراحيلي – مجلة مجمع الفقه الاسلامي – عدد ٥ – جـ ٣ ص ٢٣٩٢ و ٢٣٩٣ – ص ٢٥١٧– وبحث بيع الاسم التجاري والترخيص : د/ حسن عبدالله الأمين – مجلة مجمع الفقه الاسلامي – عدد ٥ – جـ ٣ ص ٢٥٠٨.

(٣) انظر: بحث الكفالة التجارية : د/ شوقي أحمد دنيا – بحث سابق – ص ٨.

بصعوبات فقهية، فهل تبقي على اسمها الراهن – الكفالة التجارية؟ – وكيف يكون ذلك والحال أنها مغايرة لمفهوم الكفالة الفقهية المعهودة، وبالتالي فإن كان ولابد فمن المطلوب اختيار اسم جديد لها حتى لا تختلط بأسماء العقود الفقهية المعروفة.

ومعنى ذلك أنها يمكن أن تكيف على أنها بيع أو أجارة أو على أنها من باب شركة المضاربة، أو على اعتبار أنها من باب التصرف في حق معنوي فهذا مقبول.

واستدل من قال بأن الكفالة التجارية من المعاملات المستحدثة بما يلي:

أولاً: الأصل في العقود الإباحة:

عرف البشر أنواع العقود وتعارفوها بالتعامل تباعاً بحسب الحاجات المتجددة، ولم توجد كل أنواعها بينهم جملة واحدة، وجميع العقود ذات الطرفين إنما هي في جوهرها العام اتفاقات، وكلما احتيج إلى نوع جديد من هذه الاتفاقات في موضوع تعامل ما، فإنه يولد عادة بين الناس بلا اسم خاص، ويبقي اتفاقاً حتى يحتاج إلى تمييز وباسم خاص يفهم منه موضوعه بمجرد ذكره، فيسميه الناس أو الفقهاء أو التشريع بالاسم الذ يختار له بحسب موضوعه. وهكذا وجدت جميع العقود المسماة.

ولقد جدت في هذا العصر كثير من العقود المستحدثة والمركبة، فهل نظل محكومين بالعقود المعروفة المسماة في الفقه الإسلامي؟ فنحاول أن نكيف كل ما يستحدث من عقود ومعاملات في نطاقها؟ فإن تكيفت معها قبلناها، وإن لم تتكيف رددناها ، أم يعتبر أن الأصل في العقود والمعاملات الإباحة، وبالتالي يمكن قبول كل مستحدث من العقود والمعاملات التي أنشأتها حاجات التعامل في هذه العصور إذا خلت من محظور شرعي؟

للعلماء في مسألة إحداث العقود قولان:

القول الأول: الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة، وعلى هذا القول، فنحن مقيدون بعدد ونوع العقود التي ذكرتها الكتب ووردت بها لآثار، ودلت عليها المصادر الشرعية، والأدلة الفقهية، وما لم يقم به الدليل فهو ممنوع، والوفاء به غير لازم ،

لأنه لا التزام إلا ما ألزم به الشرع.

القول الثاني: الأصل في العقود الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص أو اجماع أو قياس، وعلى هذا القول يكون الناس أحراراً في أن يعقدوا ما شاءوا من العقود إذا رأوا مصلحتهم فيها، إلا إذا قام الدليل على المنع.

ويستند هذا الفريق – القائل بان الأصل في العقود الجواز والصحة – على ما يلي :

١- قوله تعالي : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " [١] فأمر الله بالوفاء بالعقود جاء عاماً، فشمل كل عقد أو شرط مادام لم يرد من الشارع نهي عنه بخصوصه. [٢]

٢- يقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – : "ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه، فهو مما عفي عنه" . [٣]

فهذا يدل على أن ما لم يأت نص بحرمته أو بحله من عقود أو شروط وغيرها، فهو باق على أصل الإباحة، وفي دائرة العفو، ما لم يلحق به ما يقدح في صحته شرعاً.

٣- أوجب القرآن الكريم أن كل تجارة يوجد فيها رضا فهي مباحة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ "[٤] وعليه فإن كل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء به – بالنص – وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضا – بالقياس –

---

(١) سورة المائدة : من الآية (١).

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفي الزرقا – ص ٤٦٨ – ط: دار الفكر – بيروت ١٩٦٨.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه – جـ٢ ص ١٣٧ ، والحاكم في المستدرك – جـ ٢ ص ٤٠٦، الطبراني في الكبير – جـ ٦ ص ٢٥٠، صححه ا لألباني في السلسلة الصحيحة – جـ ٥ ص ٣٢٥.

(٤) سورة النساء: من الآية (٢٩).

عليها. (١)

٤- العقود من الأفعال التي تسمى عند الفقهاء بالعادات، والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرم بالأدلة الشرعية المعتبرة.

وأرى أن هذا القول القائل بأن الأصل في العقود الجواز والصحة، هو الراجح ويؤيد ذلك ما قاله الدكتور محمد سلام مدكور عن أصحاب الرأي القائل – بعدم الجواز وأن الأصل في العقود المنع – "إن هؤلاء الفقهاء ضيقوا على الناس في معاملتهم وسائر تصرفاتهم حينما يقفون بالعقود عندما كان عليه الناس وقت ظهور الاسلام، ولم يحسبوا لاختلاف الأزمان وتطور التعامل بين الناس أي حساب". (٢)

ويقول الامام محمد أبو زهرة : "إن وقوف الشريعة جامدة تحكم بالبطلان على كل ما يجد في شئون المعاملات من عقود يجعل الناس في حرج وضيق، ويشل حركة الأسواق ويبطل نمو الثروات". (٣)

ويقول الشيخ مصطفي الزرقا :" ليس في الشرع الإسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقيد الناس بها، فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ، ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه، يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم، وحينئذ يخضع التعاقد للقواعد والشروط العامة في العقود". (٤)

ويقول الامام ابن تيمية : "البيع والهبة والاجارة ، هي من العادات التي يحتاج إليها الناس في حياتهم، والشريعة حرمت ما فيه خسارة، وكرهت مالا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة من أنواع العادات، ولذا فالناس يتبايعون

(١) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة – ص ٦٤٥ – ط: دار أحياء الكتاب – بيروت.

(٢) المدخل للفقه الاسلامي. د/ محمد سلام مدكور – ص ٦٤٥.

(٣) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للشيخ محمد أبو زهرة – ص ٢٦٤ – وكان الأولى به أن يقول: أن وقوف الفقه وليس الشريعة.

(٤) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفي الزرقا – جـ ١ ص ٤٦٤ – ٤٦٥.

ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرمه الشريعة، وما لم تحد الشريعة فيه حداً يبقي على الاطلاق الأصلي". (١)

يتبين لنا بعد كل هذا أن المنهج الإسلامي يستقر على اطلاق الحرية للمستثمرين في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشمل عقودهم على أمور قد نهي عنها المشرع وحرمها – كأن يشتمل على الربا مثلاً – بنص أو بمقتضي القواعد العامة المقررة التي ترتفع إلى درجة القطع واليقين.

ثانياً: إقرار العرف لهذه المعاملة المستحدثة:

لقد عرف الفقه الإسلامي مجموعة من الحقوق سميت بالحقوق العرفية وهي الحقوق المشروعة التي ثبتت لأصحابها بحكم العرف أو العادة، وهي حقوق مشروعة، من حيث إن الشريعة أقرتها بإقرارها للعرف والتعامل، ولكن مصدرها العرف وليس الشرع مثل حق المرور في الطريق وحق الشرب. (٢) وللعرف مجالاً في إدراج بعض الأشياء فى الأموال، فإن المالية كما يقول ابن عابدين – رحمه الله – تثبت بتمول الناس، فلقد كانت بعض الحقوق تعتبر في العرف أموالاً متقومة، وتعامل بها الناس تعامل الأموال، فينبغي التصرف فيها بالشروط التالية:-

- أن يكون الحق ثابتاً لصاحبه أصالة، لا لدفع الضرر عنه فقط.
- أن يكون الحق ثابتاً في الحال، لا متوقعاً في المستقبل.
- أن يكون الحق قابلاً للانتقال من واحد لآخر.
- أن يكون الحق منضبطاً بالضبط، ولا يستلزم غرراً أو جهالة.
- أن يكون في عرف التجار يسلك به مسلك الأعيان والأموال في تداولها. (٣)

إذن فالأصل في العقود الإباحة، وأن العرف والعادة محكمان، ولقد جرت

(١) الفتاوى لابن تيمية – جـ ٣ ص ٤١٢-٤١٣.

(٢) بيع الحقوق المجردة – محمد تقي العثماني – بحث سابق – جـ ٣ ص ٢٣٦٢.

(٣) بيع الحقوق المجردة : د/ محمد تقي العثماني – بحث سابق – جـ ٣ ص ٢٣٦٢.

العادة والعرف على اعتبار السجل التجاري حق منفعة، ومال يمكن التصرف فيه بسائر التصرفات الشرعية ، وفق الشروط المذكورة سابقا. فإنه يمكن القول بإباحة وجواز التصرف في السجل التجاري ببيعه وإجارته إلى المكفول باعتبار ذلك عرف اقتضته ظروف التعامل للحاجة إليه، وباعتبارها صورة من صور المعاملات المالية المستحدثة.

المطلب الثاني

الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن والمستثمر

كما سبقت الاشارة إليه من قبل، فإن التعاقد بين المواطن – الكفيل – والشخص المقيم – المكفول – يتم في إطار موافقة المواطن على قيام المقيم باستخدام الترخيص الذي حصل عليه المواطن من السلطات في نشاط يخص المقيم وبتمويل كامل منه، دون أي اسهام مالي للمواطن، ودون التزام منه بالعمل، نظير تقاضي المواطن مبلغاً مقطوعاً أو دورياً يتفق عليه بينهما نظير استخدام الترخيص.

وصورة الكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن والمستثمر: هي أن تصدر الرخصة أو الإذن بالترخيص شراكة بين المواطن والمستثمر وفق اتفاق بينهما، ولكل واحد منهما نسبة معينة من رأس المال. هذا هو الشكل القانوني أو الرسمي في ظاهر الأمر. وإن جرت الأمور على وفق هذا الظاهر فإننا نكون هنا أمام شركة أموال شرعية لا شئ فيها. لكن إذا نظرنا إلى الواقع الذي تجري هذه المعاملة على أساسه، فإننا نجد أن هذا الظاهر مجرد ستار، فالمواطن في الحقيقة لا يشارك في دفع شئ من رأس المال، ولا يتحمل ضماناً، والمسئول الأساسي هو المستثمر، وملكية الشركة خالصة له، ولذلك فإن المواطن يتنصل من كل التزاماته عن طريق كتابة تعهد بينه وبين المستثمر عند كاتب العدل يبرأ بموجبه من كل التزامات الشركة، ومع كل هذا فإنه يأخذ مقابل دخول اسمه في الشركة مبلغا محددا أو نسبة من الربح دون أن يتحمل أدني مسئولية بذلك، إذاً فالشركة يكون لها ظاهر معلن يوافق القوانين والأنظمة تتخذ ستاراً لباطن غير معلن يخرج المواطن من أن يكون شريكاً ويتحول إلى مستثمر من نوع آخر يحتمي وراء ستار شركة صورية.

وبيان ذلك : أننا هنا أمام صورة ظاهرة، وحقيقة مستترة . فاذا نظرنا إلى ظاهر الشركة بين المستثمر والمواطن، فإنا نجد أن الكفيل المواطن قد استقدم شخصاً لينشأ شركة بينهما، يقدم فيها المستقدم عملاً ومالاً، ويقدم المواطن – الكفيل

– مالاً، فيشتركا في الربح حسب الاتفاق، وفي الخسارة حسب المال أو الضمان. (١)

وهذا العقد أقرته بعض القوانين (٢) حينما عرفت الشركة بأنها "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف الربح، وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل واقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة.

وهذه نوع من أنواع شركات الأموال في الفقه الإسلامي، وتنطبق تماماً على شركة المفاوضة كما يقرها المالكية، وخلاصتها عندهم هي، أن تعقد الشركة على أن يكون كل شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالاً ، دون حاجة إلى أخذ رأي شركائه، وذلك في كل ما تحتاج إليه الشركة من تصرف – كبيع أو شراء وأخذ وعطاء وضمان وتوكيل وكفالة وغير ذلك – ويلزم كل شريك بكل ما يعمله الشريك الآخر، وذلك فيما يخص مال الشركة، دون ما ينفرد به كل منهم من مال لم يدخله في الشركة. وشركة المفاوضة على هذا النمو أقرها الحنابلة أيضاً، وقال بعض أهل العلم هذه لا خلاف في جوازها. (٣)

والذي يتضح أن هذه شركة أموال أقرها الشرع جاء في بدائع الصنائع: الشركة بالأموال : أن يشترك اثنان في رأس المال فيقولان اشتركنا فيه على أن نشتري ونبيع معاً أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر نعم". (٤)

وقد اتفق الفقهاء أيضا على صحة هذه الشركة، إذا كان نصيب كل من

(١) بحث طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الاسلامي. د/ هاشم جميل عبدالله و د/ كامل صكر القيسي – بحث سابق – ص ٢١.

(٢) المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م. انظر البحث السابق، نفس الصفحة

(٣) المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٢٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – جـ ٣ ص ٣٥٩ – ، الفقه الاسلامي وأدلته – جـ ٥ ص ٣٨٨٤.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني – جـ ٦ ص ٥٦.

الشريكين في الربح مساوياً لحصته في رأس المال[١] . واختلفوا عند التفاوت فيه إلى ثلاثة أقوال: تبعا لاختلافهم في الربح، هل أنه يتبع المال، أو يتبع العمل، أو يتبع المال والعمل معا؟

١- فذهب الشافعية وزفر من الحنفية ومالك والظاهرية: إلى أنه يتبع المال، فلا يجوز التفاضل فيه مطلقاً، لأن الزيادة أو النفصان شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، ولأنه لو اشترط أحدهما جزءًا من الخسران لم يجز، فكذلك إذا اشترط جزءاً من الربح، فان شرطا على خلاف ذلك بطل العقد. [٢]

٢- وذهب الحنابلة : إلى أن الربح معقود على العمل والمال معاً، فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين، أو أن يتساويا مع تفاضلهما في المال ، أو أن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال، لأن العمل مما يستحق به الربح، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، فقد يكون أحدهما أبصر في التجارة من الاخر وأقوى على العمل، فجاز له أن يشترط الزيادة في الربح في مقابل عمله، كما يشترط الربح في مقابل عمل المضارب، لذلك فإنه كما يكون للعمل حصة في الربح إذا كان منفرداً، فكذلك يصح أن يكون للمال إذا كان منفرداً، وإذا كان كذلك فإن الربح ينعقد عليهما معا إذا اجتمعا، وهذا في حال اشتراط الزيادة، لأنه إذا وجد الشرط فهو الأصل، وأما في حال الاطلاق، ولم يكن بينهما شرط في تقسيم الربح، فإنه يتقدر بالمال لعدم الشرط.[٣]

---

(١) المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٥٧، المدونة الكبرى – جـ ٥ ص ٥٩، بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦٢ – ، نهاية المحتاج للرملي – جـ ٥ ص ١٢.

(٢) المجموع للنووي – جـ ١٤ ص ٧١ – ، مغنى المحتاج – جـ ٢ ص ٢٧٦ – ، بدائع الصنائع للكاساني – جـ ٦ ص ٦٢ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد – جـ ٤ ص ٩ – المحلي لابن حزم – جـ ٨ص ١٢٥.

(٣) المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٤٠ – شرح منتهي الارادات – جـ ٢ ص ٣٢١.

٣– وذهب الحنفية: إلى أن الربح يتحصل تارة بالمال ، وتارة بالعمل، وتارة بالضمان، فإذا شرطا الربح على قدر المالين متساوياً أو متفاضلاً فلا شك أنه يجوز، ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما، والوضيعة على قدر المالين متساويين أو متفاضلين، لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدره. (١)

وبناء على ذلك: فإن صورة الكفالة التجارية في هذه الشركة لم تكن لها حقيقة في واقع الأمر، بل هي مجرد وسيلة يأخذ بها المواطن جُعلاً – مقابل – من غير أن يقدم مالاً أو عملاً أو ضماناً ، وأن المسؤولية المطلقة ملقاة على المستثمر وحده، وهو الذي يملك رأس المال بالفعل، حيث إن عقد الاتفاق الذى أبرمه المواطن مع المستثمر خارج القانون يتبرأ به من كل التزاماته، هذا العقد يلغي شراكته أصلا، حيث لا مال ولا ضمان، علماً بأن شركة الأموال قائمة على ذلك، فإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ هو العقد الحقيقي، وأنه ظهر أن كل الحصص التي تعهد الشركاء بتقديمها صورية، فإن الشركة لا تنعقد بهم، لأن العقد الحقيقي هو الذي اتفقا عليه سراً، والعبرة بالمعاني لا بألفاظ. (٢) وبما أن هذا الاتفاق بينهما يقضي أن لا يدفع المواطن مالاً ولا ضماناً، فإن الشركة باطلة من أساسها، حيث إن عقد الشركة بالمال بيع من البيوع، وإن فقدان المال من أحد الشريكين أو كليهما يُذهب محل العقد فتبطل الشركة ، لأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال، ولذلك يتعين في العقد، كما في الهبـــــة والوصية، وبهلاك المعقـــــود عليه أو عدمه يبطل العقد كما في البيع. (٣)

ولذلك جاء في حـــاشية ابن عابدين : ولا تصح بمال غائب أو دين مفاوضة

(١) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦١.– شرح فتح القدير – جـ ٦ ص ١٦٩.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ مصطفي الزرقا – ص ٥٥ – ط: دار القلم – ط: ثالثة ١٤٤٤– ١٩٩٣م – دمشق.

(٣) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٧٨.

كانت أو عناناً لتعذر المعنى على موجب الشركة". (١)

وقد علل الفقهاء الذين قالوا بعدم صحة الشركة بالعروض أن : الشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، لأن العروض غير مضمونة بالهلاك، فإن من اشترى شيئا بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر، لأن العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع، فإذا لم تكن مضمونة، فالشركة فيها تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك، لأنها لا تتعين بالتعيين، فالشركة لا تؤدي إلى ربح مالم يضمن، بل يكون ربح ما ضمن". (٢)

وعليه : فإن طبيعة الخلاف منصبة على أن لا يربح الشخص شيئاً من غير أن يضمن ، لأن ضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، والربح بينهما على قدر الضمان، فإن شرط لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان، فالشرط باطل، لأن الربح في هذه الشركة إنما استُحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان.(٣) فإن أضيف إلى ذلك سبب آخر وهو تخصيص مبلغ معين ومحدد للشريك في الشركة، فإنه يؤدي إلى بطلانها أيضاً، فقد حكى ابن المنذر الاجماع على ذلك. (٤) لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح، والتعيين يقطع الشركة، لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما، فلا تتحقق الشركة في الربح. (٥) فإذا جعل للشرك أجر معلوم المقدار من خارج مال الشركة، كألف أو خمسين كل شهر فقد نقلوا عن الفتاوى الهندية: أن الشركة صحيحة والشرط باطل. (٦)

---

(١) حاشـــية ابن عابدين – جـ ٦ ص ٤٨٢ – حاشـــية الدسوقي على الشرح الكبير –ج٣ ص ٣ ص٣٥٠

(٢) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٥٩.

(٣) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦٥.

(٤) الاشراف على مذهب أهل العلم لابن المنذر – ص ٩٩.

(٥) بدائع الصناعي للكاساني – جـ ٦ ص ٥٩

(٦) الفتاوى الهندية – جـ ٢ ص ٣٥٠ – ط: دار الفكر للطباعة.

فإذا تبين أن المواطن لا يقدم مالاً ولا ضماناً، فإن الشركة لا تصح، لأنه لا يستقيم أن يقول شخص لآخر تصرف في مالك على أن يكون الربح لي، أو على أن يكون الربح بيننا، فإن هذا عبث عند جميع أهل الفقه، والربح كله لرب المال دون مستغل أو مشارك، (١) وقد أجمع أهل العلم على ذلك، (٢) لأن المستثمر ما رضي بشركة صاحبه بماله إلا ليشركه بماله، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته، فيبطل العقد لعدم فائدته، إلا أنه يدفع له وهو مجبر على ذلك، وهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وأما ما يقوم به المواطن من بذل جهد بالقيام بإجراءات الشركة والمعاملات اللازمة لذلك، أو تيسير الرخصة بوجاهته ، وموقعه التجاري وسمعته في السوق، فإنه يمكن أن يأخذ عن ذلك أجراً مقطوعاً يقدر بأثمان السلعة التجارية، لأن ذلك يدخل في عقد الاجارة الذي أجازه الفقهاء وهو عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض، والجعل الذي يأخذه هو الأجرة التي يقتضيها العقد ولا يتم بدونها، فإذا اتفق معه على نسبة معينة فيمكن أن يكون ذلك وفق ما تمليه شركة الوجوه بشروطها وضوابطها التي يجب مراعاتها، وهذا كله وفقا للقانون الذي لا يجوز مخالفته.

(١) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٦٦، شرح فتح القدير – جـ ٦ ص ١٦٣، المهذب للشيرازي جـ ١ ص ٣٥٣، بلغة السالك جـ ٢ ص٧٠، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٤٧.

(٢) الإشراف لابن المنذر – ص ٦١، مغني المحتاج – جـ ٢ ص ٢٧٩، حاشية الدسوقي – جـ ٣ ص ٣٥٤.

المطلب الثالث

فسخ الكفالة التجارية قبل موعدها أو عدم تجديدها أو الرجوع فيها

من الأفضل أن نبين حكم الرجوع عن الكفالة الفقهية أولاً ثم نذكر ثانيًا حكم الرجوع عن الكفالة التجارية.

أولاً: الرجوع عن الكفالة الفقهية:

الكفالة في الفقه قد تكون مطلقة، وقد تكون مقيدة بشرط أو مدة أو حال معينة، وقد تكون مضافة إلى أمر معين بحيث يتوقف وجوده عليه، كتحقيق الدين في المستقبل، وفي كل الحالات يمكن رجوع الكفيل عن الكفالة قبل وجودها. (١) كما إذا قال إن بايعت فلاناً فأنا ضامن له فله الرجوع قبل إتمام البيع، ومن المعروف أن الكفالة تنتهي بانقضاء الدين المكفول به بأي طريق من انقضاء الدين. كذلك تنتهي الكفالة بانتهاء المدة أو تحقق الشرط. وأيضاً قد تنتهي الكفالة بعد وجوبها إذا ما أبرأ المكفول له الكفيل من التزامه. (٢)

ومهما يكن من أمر فإنه قبل تحقق محل الكفالة، فمن حق الكفيل أن يسحب كفالته، لأنه متبرع، ولا بشئ عليه، لكن بعد ثبوت المحل، فليس من حقه الرجوع إلا برضي الدائن، دفعاً للضرر المتوقع عنه، لأن الدائن ربما ما كان أقبل على اعطاء واقراض المدين إلا بسبب وجود الكفالة.

ثانياً: الرجوع عن الكفالة التجارية وعدم تجديدها وفسخها:

١- الرجوع عن الكفالة التجارية:

ما نحن بصدده مما يعرف بالكفالة التجارية مغاير إلى حد كبير لما قيل في الكفالة الفقهية – وقد سبق القول في الفرق بين الكفالتين – وبالتالي فإن مسألة رجوع الكفيل هنا لا تطبق عليها أحكام رجوعه في الكفالة الفقهية المعروفة.

---

(١) شرح منتهي الارادات للبهوتي – جـ ٢ ص ٢٤٨.

(٢) لمزيد من التفصيل : يراجع : الموسوعة الفقهية – جـ ٣٤ ص ٢٨٧ – ٢٨٨.

فإذا التزم المواطن أمام المقيم بأنه مسئول عن كل ما يرد على المشروع من مطالبات، وعلى هذا الأساس أقبل المقيم على ممارسة النشاط فليس من حق المواطن الرجوع عن ذلك، حتى ولو كان الاتفاق تم بعلم الدولة، والدولة لن تقبل منه الرجوع عن كفالته، مع البقاء على النشاط قائماً. (١)

ومعنى ذلك أن عقد الكفالة التجارية متى تحقق وقام المقيم بالعمل، ولم تكن الكفالة مقيدة، أو كانت مقيدة بمدة، ولم تنته المدة بعد، فليس من حقه الرجوع عن كفالته، لأن ذلك معناه عدم الوفاء بالتزاماته وهذا مرفوض شرعاً.

أما اذا قيدت الكفالة بمدة، فإنها تنتهي بانتهاء المدة. (٢) ففي رد المختار: ولو قال كفلت فلاناً من هذه الساعة إلى شهر، تنتهي الكفالة بمضي الشهر، بلا خلاف" (٣) لأنه يجوز في الضمان أن يقع مؤجلاً، كان يقع لمدة معينة، فيبرأ الضامن بانقضاء المدة، وبما أن الكفالة تصح لمدة معينة، فإنها تنتهي بانتهائها. (٤)

وتأسيساً على ذلك: فان الضامن لا يحق له الرجوع عن الكفالة قبل انتهاء مدتها،ــ لأنه يترتب على ذلك ضرر تذهب به كثير من الحقوق ويكون وسيلة لفساد الموال في التجارة وزعزعة الاستقرار في السوق التجارية بين المستثمرين، إلا أن هذا مقيد بعدم الاخلال من قبل المضمون بالشروط والضوابط المتفق عليها، أو الموافقة لشرع الله تعالي، لأن المؤمنين على شروطهم، والوفاء بالوعود والعقود واجب شرعي يتميز به أداء المسلم. قال تعالي : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " (٥) فإذا ظهر فساد في البيوعات، وانحراف بالمعاملات ، ومخالفات لأحكام الشريعة الإسلامية من قبل المكفول، فإن الكفيل يمكن أن يسقط عنه

(١) بحث الكفالة التجارية د/ شوقي أحمد دنيا – بحث سابق – ص ١٣.

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير – جـ ٣ ص ٣٣٧، حاشية ابن عابدين – ج٧ ص ٥٦٣– الفتاوي الهندية – جـ ٣ ص ٢٨٠، المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٠١– ، شرح منتهي الارادات – جـ ٢ ص ٢٥٤.

(٣) حاشية ابن عابدين – جـ ٧ ص ٥٦٣.

(٤) حاشية الدسوقي وشرح الدردير – جـ ٣ ص ٣٣٧ و ٣٣٩.

(٥) سورة المائدة : من الآية (١).

الضمان، وأن يرجع عن الكفالة قبل مدتها. [١] ومادامت الكفالة قد حددت بمدة معينة، فإن الواجب على المضمون أو المكفول أن يراعي الوقت المحدد، حتى لا يقع في حرج في تجارته، لأن من حق الضامن أو الكفيل عدم تجديد الكفالة له، لأن الأصل فيها أن تكون عقد تبرع قبل ثبوتها، فهي غير واجبة عليه بعد انقضاء المدة، فإذا انتهت المدة كان له الخيار.[٢] قال الموصلي: " لو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة، فله أن يرجع في رأس الشهر، لأن سبب الأجر في الإجارة يتجدد كل شهر لتجدد العقد، فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلية". [٣]

٢- عدم تجديد الكفالة التجارية :

قد يكون للترخيص مدة محددة، وبعدها يجدد، فجواز التجديد وعدمه، متوقف على طبيعة وشروط الاتفاق المبرم بين المواطن والمقيم، فإن تضمن التجديد فليس من حق المواطن عدم التجديد وإلا كان مخلاً بالتزامه، وإن تضمن ترك الخيار أمام المواطن في التجديد أو عدمه، فمن حقه أن يجدد ، ومن حقه عدم التجديد. [٤]

٣- فسخ الكفالة التجارية:

إن كفالة المستثمر مبنية على وجود الشركة أو عدمها، لأن الشركة هي سبب الكفالة، وربما تكون الكفالة على اسم الشركة ذاتها، ولذلك لابد أن نبحث في عقد الشركة لنرى : هل أنه عقد لازم؟ فلا يصح فسخه. أو غير لازم؟ فيكون الشريك حراً في فسخه، فإذا اتضح لنا ذلك تبين لنا حكم فسخ الكفالة.

وبيان ذلك: أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد الشركة إلى ثلاثة أقوال:

---

(١) حاشـــــية الدسوقي وشرح الدردير – جـ ٣ ص ٣٤٠، الفتاوى الهندية – جـ٣ ص ٣٨٠.

(٢) بحث طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الاسلامي د/ هاشم جميل عبدالله ، و د/كامل صكر القيسي –بحث سابق ص ٢٨.

(٣) الاختيار لتعليل المختار – عبدالله بن محمود الموصلي – جـ ٢ ص ١٧٢، الفتاوى الهندية – جـ ٣ ص ٢٨٩.

(٤) بحث الكفالة التجارية د/ شوقي أحمد دنيا – بحث سابق ص ١٤.

القول الأول:

إن عقد الشركة عقد غير لازم، فهو من العقود الجائرة لأنه يمكن أن يستقل أحد الشركاء بفسخه دون رضا الآخر ، سواء كان المال دراهم ودنانير أو عروضاً، وسواء علم الشريك أو لم يعلم، حاضراً أو غائباً، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة وابن رشد من المالكية. (١) إلا أن الحنفية اشترطوا في ذلك أن يكون بحضرة الشريك أي بعلمه، حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ، وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ، فإن لم يعلم بذلك لم يجز ولم ينفسخ العقد، لأن الفسخ من غير علم صاحبه اضرار به. (٢)

القول الثاني:

إن عقد الشركة عقد لازم، ويستمر هذا اللزوم إلى أن ينض المال، أي حتى يظهر المال بعد بيع السلع، عند ذلك يجوز الفسخ. وبه قال جمهور المالكية. (٣)

ويلاحظ : أن نضوض المال عند الفقهاء يساوى تصفية موجودات الشركة في العرف التجاري السائد.

القول الثالث:

إن العقد جائز، ولكن جواز فسخه مقيد بكون المال دراهم ودنانير، فإن كان عروضاً، فإنه يبقي موقوفاً إلى النضوض، أي حتى يظهر المال بعد بيع السلع، فالشركة باقية والعقد لا ينفسخ، ومن حق الشريكين التصرف في مال الشركة من أجل نضوضه حتى يتم، وليس لهما الحق في أي تصرف آخر كالرهن والحوالة ونحو ذلك بغير نقد الذي ينض به المال، وبه قال الطحاوى وأيده الزيلعي من

---

(١) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ٧٨، مغنى المحتاج – جـ ٢ ص ٢٧٩، بداية المجتهد – جـ ٤ ص ١٤، المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ١٣٣، شرح منتهي الارادات – جـ ٢ ص ٣٢٢.

(٢) حاشـــية ابن عابدين – جـ ٦ ص ٥٠٥، شرح فتح القدير – جـ ٦ ص ١٨١.

(٣) حاشـــية الدسوقي – جـ ٣ ص ٣٤٨، بلغة السالك – جـ ٢ ص ١٦٥، شرح الخرشى – جـ ٤ ص ٢٥٥.

الحنفية وبعض الحنابلة. (١)

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة نلاحظ أن ما ذهب اليه الطحاوى والزيلعي وبعض الحنابلة يلتقي مع رأي المالكية ، وإن اختلفوا في لزوم العقد وعدم لزومه، حيث إن الاتجاهين يجيزان فسخ الشركة بنضوض المال وظهوره بعد بيع السلع، وذلك تحسباً لتجنب الضرر بالشركة أو العبث بمقدراتها، وهو ما ينسجم مع شرط الحنفية في جواز الفسخ بعلم الشريك حتى لا تتضرر مصالحه. وتجنب الضرر للشركاء يرجح ما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء من عدم جواز الفسخ حتى ينض المال أو إلا بعلم الشريك، لأن ظروف الحياة المعاصرة وتعقيداتها تجعل دوران رأس المال وتقلبه في الأسواق في المشروعات التجارية الكبيرة يحتاج إلى حسابات معقدة، وإدارة تمتلك الصبر والحكمة في استثماره، ثم إن إنهاء الشركة اشكالية تحتاج في سحب رأس المال وجمعه من الأسواق، وإعادة انتشاره في مختلف البضائع إلى وقت كاف حتى تصفي حساباتها، ولذلك فإن العجالة في الفسخ تؤدي لا محالة إلى الضرر برأس المال، واستنزاف جهد المستثمر، وإضاعة ماله إذا تعسف الشريك بذلك.

ولذلك: فإنه لا يجوز فسخ الشركة قبل موعدها المقرر حتى تضمن نضوض المال واستعادة رأس المال من قبل المستثمر واعطاءه الوقت الكافي لتأدية الحقوق المتعلقة بالشركة والسيطرة على مكوناتها.

وعليه: فإنه لا يجوز فسخ الكفالة قبل انجاز مقتضيات الشركة، لأن الشركة معتمدة على هذه الكفالة، حيث إن المستثمر حينما تنتهي كفالته لابد أن يخرج من البلد الذى تكونت فيه الشركة، وكان مكفولاً عليها، مما يضطره إلى التنازل عن كثير من الحقوق، وإلي ضياع كثير من الأموال بسبب حصاره بإنهاء الكفالة، لا سيما وأن ما يجرى في الأسواق التجارية الآن أن بعض الشركاء يتخذ هذه المسألة

(١) حاشـــية ابن عابدين – جـ ٦ ص ٥٠٥، شرح فتح القدير – جـ ٦ ص ١٨١، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ١٣٢.

ذريعة للإضرار بشركائهم والانتقام منهم، فيصبح حق الفسخ ضرراً على المستثمرين، ومدعاة للاستغلال والابتزاز.

كل هذا في حالة ما إذا كان المواطن شريكاً في الشركة، والكفالة مبنية عل تلك الشركة.

أما في حالة ما إذا كان المواطن كفيلا والرخصة تصدر باسمه، فإن الفقهاء اتفقوا على أن عقد الكفالة بالنسبة للكفيل عقد لازم بعد ثبوت العقد، وليس له أن يستبد بفسخ الكفالة أو إنهائها إلا برضا المكفول له، حيث لا خيار في الضمان. (١) لأن الحق متعلق بذمة الضامن والمضمون، فكان لصاحب الحق مطالبة الضامن إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، فلا يحق له الرجوع عن الكفالة إلا بعد براءة الذمة، حيث إن الضمان وثيقة بالحق فانحلت باستيفاء الحق. (٢)

جاء في التاج والإكليل للمواق: "قال مالك: من قال لرجل بايع فلاناً أو دابته، فما بايعته به من شئ أو داينته به فأنا ضامن، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه" (٣) فإن أدى المكفول المال ، أو أبرأ الطالب الكفيل أو الأصل، خرج عن الكفالة. (٤)

وجاء في الفتاوى الهندية: "الكفيل بالنفس أو المال إذا أخرج نفسه عن عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه لا يخرج، ويبقي كفيلاً كما كان". (٥)

(١) المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ٧٣ و ٩٤.

(٢) المرجع السابق – جـ ٥ ص ٨٣.

(٣) التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل– جـ ٧ ص ٣٦.

(٤) بدائع الصنائع – جـ ٦ ص ١١، حاشـــية ابن عابدين – جـ ٧ ص ٦٠٠، ٦٠٣، المغنى لابن قدامة – جـ ٥ ص ٨٣.

(٥) الفتاوي الهندية المسماة بالفتاوي العالمكيرية – جـ ٣ ص ٢٩١ – ط: دار الفكر للطباعة.

المبحث الثالث

الحكم الشرعي للرخصة التي تمنحها الجهات الحكومية للمواطن

نعيد التأكيد على أن ما يسمي حالياً بالكفالة التجارية ينصرف إلى معاملات أخرى مغايرة لما طرح من تحديد لمفهوم هذه الكفالة. فهو ينصرف إلى ما هنالك من تعاقدات أو اتفاقيات تتم بين مواطن بعض الدول وأناس آخرين بهدف استقدامهم للعمل عندهم في مشروعاتهم. ومن المعروف أن الدول التي يحدث فيها ذلك تقر أنظمتها هذه التعاقدات، وتضع لها التشريعات المتعددة الكفيلة بضبطها بما يحقق مصلحة الأطراف الثلاثة، المواطن والمقيم والدولة. وبالبحث والتحري فيما إذا كانت صورة الكفالة التجارية موضوع البحث داخلة ضمن هذه التشريعات لم نجد لها وجود، بل وجدنا ما هو أكثر من ذلك، حيث تعتبر عند بعض هذه الدول تستراً تجارياً وهذا سلوك مجرم ومحظور ويوقع مرتكبه تحت طائلة المساءلة القانونية. (١)

وكما وضحنا من قبل، فإن أنواع الحقوق تتباين فيما بينها حسب أنواع مختلفة من المعايير، ومن أهم ذلك المعيارين التاليين.

الأول: يفرق بين الحقوق من حيث تعلقها أو عدم تعلقها بالمال، فهناك حق مالي يتعلق بالأموال، ويستعان عنه بمال، مثل حق قبض ثمن الأعيان والمنافع والأشياء الاعتبارية المتقومة بعد بيعها. وثان يعتبر مالياً، إلا أنه لا يتعلق بالأموال كالمهر والنفقة. وثالث يعتبر غير مالي إلا أنه يتعلق بالأموال، ومع ذلك لا يجوز الاستعاضة عنه بمال، مثل حق الشفعة.

الثاني: وهو يفرق بين الحقوق من حيث نوع ودرجة السلطة الممنوحة لصاحب الحق. وتظهر أهميته بصفة خاصة في التفرقة بين أنواع حقوق الملكية، حيث يوضح السلطات المختلفة المترتبة على كل نوع منها. فهناك حق ملكية المنفعة، كما في حالة المنافع المترتبة على عقد الإجارة، وهذا الحق يحول لصاحبه مباشرة

(١) الكفالة التجارية د/ شوقي أحمد دنيا – بحث سابق – ص ٩.

المنفعة بنفسه أو بغيره، ويكون الملك فيه شاملاً لجميع أنواع المنافع المشروعة.

كما يحق له بيع المنافع التي استأجرها لغيره بأجر يتفق عليه بينهما كالمستأجر الذي يؤجر منفعة الدار التي استأجرها لمستأجر آخر من الباطن، أو بغير أجر، كما في حالة عقد العارية. (١)

كما أن هناك حقاً شخصياً يخول لصاحبه ملكية الانتفاع، وهو يرتب آثاراً تختلف عن تلك الخاصة بالنوع الأول، فمالك حق الانتفاع عليه أن يباشر الانتفاع بنفسه فقط دون غيره كما في النكاح، ويكون تمليك الانتفاع فيه مقصوراً على انتفاع دون انتفاع، فهو بمثابة إذن للانتفاع مقصوراً على شخص المنتفع فقط. (٢)

وما يمكن استنتاجه من المعيار الأول السابق استخدامه للتفرقة بين أنواع الحقوق، فإنه لاشك أن العلاقة الواقعة بين الجهات الحكومية والمواطن طالب الترخيص، والتي تتبلور في النهاية في شكل رخصة يحصل عليها المواطن لمزاولة نوع معين من المشروعات الاستثمارية، هي من ضمن الأمور الاعتبارية التي يمكن تقدير قيمة مالية لها، ويترتب على اقتنائها سلطات معينة لصاحبها تخوله التمكن من إنشاء المشروع الذي يتطلع إليه، ومنع غيره من التسلط عليه، كما تساعده على ممارسة نشاطه بسهولة ويسر، بل وقد يترتب على اقتنائها أيضاً التزامات معينة على المواطن تجاه المصالح الحكومية التي أصدرتها.

بناءً على ذلك: فإن مثل هذا النوع من الرخص – من وجهه نظر التعامل المحصور بين المواطن والجهة الحكومية المصدرة له – يعتبر بلا شك حقاً من الحقوق المالية المشروعة التي يمكن أن يستعاض عنها بالمال، بمعنى أن تباع وتشترى. (٣)

(١) الفروق للقرافي – الفرق الثلاثون – جـ ١ ص ١٨٧.

(٢) الفروق للقرافي – الفرق الثلاثون – جـ ١ ص ١٨٧.

(٣) بحث الكفالة التجارية. د/ حسين أحمد كامل فهمي – بحث سابق – ص ٢٦ و ٢٧.

المبحث الرابع

الحكم الشرعي لبيع المواطن رخصة الاستثمار الممنوحة له لمقيم

إذا نظرنا إلى رخصة الاستثمار من جهة التعامل الواقع بين المواطن والمقيم، فيلاحظ أن الحق المترتب عليها في هذه الحالة يقع ضمن الحقوق الشخصية، بمعنى أنه يمكن تكييفها من الناحية الشرعية على أنها حق شخصي يخول لصاحبه ملكية الانتفاع فقط، فهي رغم كونها من الأمور الاعتبارية، ولها قيمة مالية يجوز المعاوضة بها، بين الجهة الحكومية، والشخص الممنوحة له الرخصة، إلا أن القوانين السارية تمنع المواطن – الحاصل على الرخصة – بيعها أو بيع منفعتها لأي شخص أجنبي، كما أنه عادة يكون انتفاعه بها خاضعاً لشروط مختلفة تفرضها الجهة الحكومية لتوضيح طرقة الانتفاع المسموح بها، لذلك فإن الحق المترتب عليها، يعتبر من الحقوق الشخصية للمواطن، فلا يباشر الانتفاع إلا بنفسه، ولا يكون لهذا الحق أية قيمة مالية يمكن المعاوضة بها – بالبيع – مع المقيمين – غير المواطنين.

وتأسيساً على ما تقدم: فإن الحكم الشرعي على بيع المواطن رخصة الاستثمار – الحق الممنوح له من الجهة الحكومية – لشخص غير مواطن، سواء أكان ذلك على سبيل التمليك التام – البيع – أو تمليك المنافع – الايجار – أو حتى تمليك الانتفاع، هو أنه محرم وغير مشروع، ويأثم فاعله على فعله، لما فيه من عصيان لولي الأمر – الحاكم أو القانون – وبالتالي لا يكتسب صفة التمول، ولا يدخل ضمن الحقوق المالية بأي حال. والمعروف أن طاعة ولي الأمر واجبة، وعدم طاعته فيه معصية لله، يقول الله تعالي " أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ". (١)

(١) سورة النساء: من الآية (٥٩).

المبحث الخامس

البدائل المشروعة للكفالة التجارية (المعاصرة)

الحق الذي يمتلكه المواطن في شكل ترخيص للاستثمار يعتبر في ظل القوانين السارية حالياً والتي تمنع التنازل أو البيع لهذا الترخيص إلى غير المواطنين، حقاً شخصياً محضاً ، ليس له قيمة مالية تمكن المواطن من بيعه بعوض، أو حتى التنازل عنه بدون مقابل للغير، ووفقا لما تناولناه أثناء البحث، فإن ما نراه بالنسبة لهذا الأمر، هو ضرورة اعتبار هذه القوانين مازالت سارية المفعول، ولها قوتها، والتوصية تأثيم من يخالفها من الناحية الشرعية إلى حين صدور قانون آخر صريح يلغي القوانين والقرارات السابقة. ونرى أيضاً أنه حتى لو صدر قانون جديد يسمح بتداول رخص الاستثمار والمعاوضة عنها بالبيع بين المواطنين والمستثمرين الأجانب، أو بالتنازل عنها للغير، فإن ذلك لا يسوغ اشتراط دمج هذا البيع مع عقد الكفالة بين المواطن وغير المواطن. والسبب في ذلك هو ما قلنا به من وقوع الربا في مثل هذه المعاملة.

وبالتالي فإن الاقتراحات التي يرى البعض أنها مناسبة لحل مشكلة منح رخص الاستثمار لغير المواطنين – الأجانب – هي ما يلي: (١)

- إعلان الدول عن استعدادها لمنح رخص الاستثمار لغير المواطنين بطريقة مفتوحة، ولكن عن طريق أجهزتها الحكومية فقط.
- الاستمرار في منع وتجريم التنازل عن رخص الاستثمار من المواطنين إلى المستثمرين غير المواطنين.
- موافقة السلطات على منح إقامة للمستثمر الأجنبي، دون اشتراط لوجود كفالة، ولا مانع في هذه الحالة من اشتراط رصيد نقدي كاف لديه بما يكفي لتغطية التزاماته السنوية مع الغير، مع مراعاة التخفيف من حجم هذا الرصيد ليتناسب مع إمكانيات صغار المستثمرين المسلمين.

(١) نقلاً عن بحث الكفالة التجارية : د/ حسين أحمد كامل فهمي – بحث سابق – ص ٤٣.

- تشجيع المواطنين على مشاركة الأجانب من رعايا الدول الإسلامية الأخرى، مع عدم اشتراط كفالة.
- في حالة الاصرار على تطبيق نظام الكفالة، فيقترح في هذه الحالة الاشتراط على المستثمر الأجنبي توفير غطاء نقدي كاف لضمان تغطية التزاماته بالكامل أثناء مزاولة نشاطه. وبذلك يتم الفصل تماماً بين كل من الوجاهة المطلوبة من المواطن ككفيل، وبين الالتزامات المالية التي قد تترتب على المستثمر الأجنبي المكفول أثناء مزاولة نشاطه.

ويرى بعض العلماء (١) أن البديل كما يحدث هو أسلوب من هذين الأسلوبين :

١- أن يظل العمل جارياً بالفعل طبقا لما تمليه الأنظمة، وذلك بالتعاقد مع غير المواطنين من خلال عقد الاجارة براتب محدد لدى المواطنين أو على أن يحصل لهم على أعمال ومقاولات يقومون بها بمقابل معين على أن يقوم هو بالتعاقد مع أصحابها على مقابل معين ويحصل على الفرق.

٢- أن تتم المعاملة تحت باب الشركة، وهنا يمكن أن تكون مشاركة كاملة بالمال والعمل من الطرفين، وقد تكون مضاربة

وهذا الأسلوب مقبول شرعاً، وليس فيه مخاطر اجتماعية أو اقتصادية ولذلك لا نرى مسوغاً لمنعه نظاماً طالما التزام بالضوابط واللوائح الحاكمة. ومع ذلك لو رأي ولي الأمر غير ذلك لمصلحة معتبرة شرعاً، فلا حاجة لمخالفته.

(١) بحث الكفالة التجارية: د/ شوقي أحمد دنيا – بحث سابق – ص ١٤.

" الخاتمة "

أهم النتائج والتوصيات

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وبعد: فقد تناول هذا البحث عدداً من النقاط تدور حول موضوع استثمار الكفالة التجارية التي يتم العمل بها حالياً على نطاق واسع في كثير من البلدان الإسلامية، وقد حاولنا في هذا البحث التوصل إلى رأي محدد حول كل نقطة من النقاط التي ذكرت في البحث مدعماً الرأي بالأدلة النقلية والعقلية، كلما كان هـــــــذا لازماً.

أولاً: فيما يلي أهم النتائج والاستنتاجات التي تناولها البحث:

١- تعني الكفالة في الفقه الإسلامي : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين أو نفس. بينما يقصد بالكفالة التجارية: موافقة المواطن الحاصل على ترخيص بعمل تجاري على قيام غير المواطن باستخدام الترخيص لنشاط خاص به، وبتمويل كامل منه، مقابل مبلغ دوري أو مقطوع.

٢- أن الاتفاق بين المقيم والمواطن على طلب الكفالة، يجب النظر إليه على أنه هو المقصود أصالة – المتبوع – من التعاقد الذى يبرم عادة بين الاثنين، وبهذا الشكل يأتي التعاقد على شراء رخصة العمل كأمر ثانوي – تابع – وهذه الحقيقة يجب الإقرار بها وأخذها في الاعتبار عند النظر في نوع التكييف الفقهي الذي سيناط بهذا النوع من التعاقد.

٣- أن الأجر الذي يأخذه المواطن من المقيم كعوض عن الكفالة التي يقدمها له، يعتبر غريباً عن عقد الكفالة، وفقا لما سبقت الاشارة إليه.

٤- أن المنافع، وكثيراً من الأمور الاعتبارية، ومن ضمنها القرب والأمور التي تقوم في أصلها على التبرع، ولكن يضطر البعض إلى أدائها نظير مقابل، أصبح لها قيم مادية في حياتنا المعاصرة، تتم على أساسها المعاوضة بين الناس في الأسواق وغيرها، لذلك لزم اعتبارها من ضمن المتمولات ، وبالتالي من ضمن زمرة الحقوق المالية، إلا أن هذا الاستنتاج

يجب عدم أخذه على إطلاقه، فيجب التأكد من عدم اصطدامه بما يفسده، كما هو الحال بالنسبة لموضوع أخذ الأجر على عقود الكفالة وعقود الائتمان وخطابات الضمان في البنوك الإسلامية ، إذ قد يؤدي القول بجواز أخذ الأجر على مثل هذه العقود إلى لوقوع في مفسدة التعامل بالربا، وهي لا يمكن التغاضي عنها، ولهذا السبب يتطلب القول بجواز أخذ الأجر على الضمان أو على الكفالة في مثل هذه الحالات، اشتراط توفير غطاء نقدي من المكفول بصفة عامة.

٥- الأصل في العقود الإباحة، والكفالة التجارية من المعاملات المستحدثة التي يقرها العرف ولا تصادم دليلاً شرعياً، وتجوز استحساناً لتعامل الناس بها ، وحاجتهم إليها.

٦- إذا تم التصرف في الرخصة التجارية بيعاً وإجارة مع المحل التجاري كجزء منه، فهذا جائز شرعاً بقرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥) بشأن الحقوق المعنوية.

٧- إذا تم التصرف في الترخيص والسجل التجاري بيعاً أو إجارة بشكل منفرد عن المحل التجاري، يمكن اعتبار ذلك ضمن الحقوق المعنوية ويجوز قياساً على الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجاري، وبالتالي يمكن التصرف فيه ونقله بعوض مالي إذا انتفي الغرر والتدليس والغش.

٨- تصلح الرخصة أو السجل التجاري، لأن تكون محل الإجارة باعتبارها حقاً ومالاً ومنفعة وملك يجوز المعاوضة فيه ونقل منفعته بمقابل أو بدون مقابل.

٩- لا مانع من تقويم الرخصة أو السجل التجاري للجهود المبذولة في الحصول عليه ، والمنفقة في سبيل استخراجه ، وجعلها رأسمال المواطن في شراكة مع المقيم مستخدم السجل التجاري.

١٠- إذا اتخذ تنازل المواطن للمقيم شكل الكفالة بمعناها الفقهي، فلا يصح أخذ العوض مقابل ذلك، لأن الكفالة عقد تبرع ومعروف، ولكن يحق للمواطن أخذ مقابل جهده ومصروفاته التي يتكبدها فعلاً دون تحايل على أخذ مقابل

للكفالة وإدخاله ضمن تلك المصروفات.

١١- إذا منعت الجهات ذات الصلاحية استخدام غير صاحب الرخصة أو السجل التجاري له مواطنا كان أو غير مواطن فلا يصح شرعاً ذلك الاستخدام وطاعة ولي الأمر في ذلك الأمر واجبة.

١٢- أن الحكم الشرعي على بيع المواطن رخصة الاستثمار – الحق الممنوح له من الجهة الحكومية – لشخص مقيم – غير مواطن – سواء أكان ذلك على سبيل التمليك التام – بيع – أو تمليك المنافع – إيجار أو حتى تمليك الانتفاع، هو أنه حرام غير مشروع، ويأثم فاعله على فعله، لما فيه من عصيان للحاكم، وبالتالي لا يكتسب صفة التمول، ولا يدخل في ضمن الحقوق المالية بأي حال. وكما هو معلوم فإن طاعة ولي الأمر واجبة، وعدم طاعته فيه معصية لله.

١٣- أن هناك فارقاً كبيراً بين كل من عقد الكفالة التجارية، وعقد شركة الوجوه على اختلاف أنواعه، إلا أنه لا يمكن الاعتماد بشكل كلي على أسلوب مشاركة الأجنبي للمواطن كحل شامل وقاطع لمشكلة إقامة المستثمر الأجنبي، لأنه يجب الأخذ في الاعتبار بأن الكفالة التي يتضمنها عقد شركة الوجوه قاصرة فقط في تغطيتها على الالتزامات الخاصة بالشركاء في حدود أعمال الشركة، ولا تمتد إلى سائر الالتزامات الأخرى للشركاء من واقع تعاملاتهم الشخصية خارج نطاق الشركة ويترتب على ذلك عدم انتهاء مشكلة الكفالة التي تشترطها السلطات للسماح بدخول المستثمر الأجنبي إلى البلاد.

١٤- ينبغي عدم الاعتداد بالعرف الفاسد حتى ولو توافر وقوعه، وإلا لساد الفساد في الأرض وضاعت الشريعة، والأولي هو العمل بما يمليه ظاهر أمر الحاكم، وتقديم طاعته عن أي مصلحة أخرى مظنونة، إلى أن يصدر منه قرار صريح يدل بوضوح عن هذا التغاضي.

١٥- لا يملك الكفيل – أو الضامن – خيار فسخ عقد الكفالة من نفسه بدون رضا من المكفول له، إلا إذا كان عدوله قبل ترتب الدين، وشغل ذمة

الأصيل به، أو كانت الكفالة مؤقتة أو مشروطة بفترة زمنية معينة، تكون قد بلغت نهايتها. وفي جميع الأحوال الأولي الأخذ برأي الحنفية الذي يقول بجواز توقيت عقد الكفالة.

ثانياً: الاقتراحات والتوصيات:

من التوصيات التي أراها ملائمة ومناسبة لحل مشكلة منح رخص الاستثمار لغير المواطن – المقيم – ما يلي:

١- إعلان الدول عن استعدادها لمنح رخص الاستثمار لغير المواطن عن طريق أجهزتها الحكومية فقط.

٢- الاستمرار في منع وتجريم التنازل عن رخص الاستثمار من المواطنين إلى المستثمرين.

٣- تشجيع المواطنين على مشاركة المقيمين من رعايا الدول الإسلامية الأخرى، مع عدم اشتراط كفالة.

٤- موافقة السلطات على منح إقامة للمستثمر غير المواطن، دون اشتراط لوجود كفالة، ولا مانع في هذه الحالة من اشتراط رصيد نقدي كاف لديه بما يكفي لتغطية التزاماته السنوية مع الغير، مع مراعاة التخفيف من حجم هذا الرصيد ليتناسب مع امكانيات صغار المستثمرين المسلمين.

٥- في حالة الإصرار على تطبيق نظام الكفالة، فيوصي في هذه الحالة الاشتراط علي المستثمر غير المواطن ، توفير غطاء نقدي كاف لضمان تغطية التزاماته بالكامل أثناء مزاولة نشاطه، وبذلك يتم الفصل تماماً بين كل من الوجاهة المطلوبة من المواطن ككفيل ، وبين الالتزامات المالية التي قد تترتب على المستثمر غير المواطن المكفول أثناء مزاولة نشاطه.

وختاماً: أرجو من الله تعالي أن أكون قد وفقت في بحث موضوع استثمار الكفالة التجارية في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، فإن كان من صواب فمن الله، وإن كان من خطأ فمنى ومن الشيطان واستغفر اللـــــــــه العظيم منه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

مصادر ومراجع البحث

١- الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر . ط: إحياء التراث الإسلامي ط: أولى – ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

٢- أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف . الناشر: ار الفكر العربي ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م.

٣- الأصل التجاري. د/ محمود شمام – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – عدد (٥).

٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي – الناشر: مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٦م.

٥- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجاوي المقدسي. الناشر: دار المعرفة بيروت – لبنان.

٦- الاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود بن مورود الموصلي. ط: دار المعرفة – بيروت – لبنان.

٧- الاسم التجاري والترخيص. د/ وهبة الزحيلي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد (٥).

٨- الأم للإمام الشافعي – ط: بولاق. ١٤٢٣هـ.

٩- الإجارة. د/ عبدالستار أبو غدة – مطبوعات دلة البركة.

١٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد – ط: مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.

١١- بدائع الصنائع للكاساني – ط: مكتبة زكريا علي يوسف.

١٢- بيع الاسم التجاري والترخيص. د/ حسين عبدالله الأمين – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الخامسة.

١٣- بيع الحقوق المجردة. د/ محمد تقي العثماني – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد (٥).

١٤- التاج والإكليل في هامش مواهب الجليل للمواق – الناشر: دار الكتب العلمية – ط: أولى ١٤١٦هـ/١٩٩٤م.
١٥- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب – ط: دار الغرب الإسلامي.
١٦- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي الشافعي. ط: دار الكتب العلمية.
١٧- تكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعي. الناشر: دار الفكر.
١٨- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لأحمد بن حجر العسقلاني – الناشر: دار الكتب العلمية.
١٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير – محمد عرفة الدسوقي. الناشر: عيسى البابي الحلبي.
٢٠- حاشية الصاوي – الناشر: وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف – الإمارات – ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.
٢١- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني – أبو الحسن علي بن أحمد العدوى. الناشر: دار الفكر – بيروت – بدون طبعة – تاريخ النشر ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٢٢- الحاوي الكبير للماوردي. ط: دار الفكر ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
٢٣- الحقوق المعنوية وبيع الاسم التجاري. د/ عجيل النشمي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي– العدد (٥).
٢٤- الدر المختار مع حاشية ابن عابدين – ط: مصطفى البابي الحلبي ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.
٢٥- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر أفندي . الناشر: دار الجيل. ط: أولى ١٤١١هـ-١٩٩١م.
٢٦- الذخيرة للقرافي – ط: دار الغرب الإسلامي – بيروت.

٢٧- الروضة البهية في شرح اللُمْعةِ الدمشقية لمحمد بن جمال العاملي. مؤسسة الأعلى للمطبوعات – بيروت.
٢٨- روضة الطالبين للإمام النووي – ط: المكتب الإسلامي ١٣٨٨هـ – دمشق.
٢٩- الزواجر عن اقتراف الكبائر – ط: دار المعرفة – بيروت.
٣٠- سنن ابن ماجة – أبو عبدالله بن ماجة – الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي.
٣١- سنن أبو داود – سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني – الناشر: المكتبة العصرية – صيدا – بيروت.
٣٢- سنن الترمذي – محمد بن عيسى بن موسى أبو عيسى الترمذي – الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط: ثانية ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.
٣٣- سنن الدارقطني – للحافظ الكبير على بن عمر الدارقطني – ط: مؤسسة الرسالة.
٣٤- شرح التاودي على التحفة. ط: مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر.
٣٥- شرح الدرير على مختصر خليل – مكتبة نور.
٣٦- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للدردير. ط: وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف – دولة الإمارات ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.
٣٧- شرح القواعد الفقهية للشيخ مصطفى الزرقا – ط: دار القلم – ط: ثالثة ١٤٤١هـ/١٩٩٣م – دمشق.
٣٨- الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي – ط: إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي وشركاه.
٣٩- شرح منتهى الإرادات للبهوتي – ط: دار عالم الكتب – بيروت – لبنان ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

٤٠- صحيح ابن حبان – محمد بن حبان بن أحمد بن حبان التميمي الدارمي – الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت – ط: أولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
٤١- صحيح البخاري – محمد بن إسماعيل بن ابراهيم البخاري – الناشر: دار ابن كثير ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.
٤٢- طرق استثمار الكفالة التجارية في ضوء الفقه الإسلامي. د/ هاشم جميل عبدالله. د/ كامل صكر القيسي – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – الفترة من ٢/٣٠-١٤٢٦/٣/٥هـ الموافق ٩-٢٠٠٥/٤/١٤م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.
٤٣- فتاوى الإمام النووي – الطبعة العربية بحلب ١٣٨٩هـ.
٤٤- الفتاوى الهندية – العالمكيرية – للشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند. ط: دار الفكر للطباعة.
٤٥- فتح القدير للكمال بن الهمام – الناشر: دار الفكر – بدون طبعة وتاريخ.
٤٦- الفروق للقرافي – شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي – ط: مؤسسة الرسالة.
٤٧- الفقه الإسلامي وأدلته. د/ وهبة الزحيلي – ط: دار الفكر.
٤٨- فقه المعاملات – دراسة مقارنة – د/ محمد علي عثمان الفقي – مكتبة نور.
٤٩- الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري – الشيخ عبدالرحمن الجزيري – ط: دار الكتب العلمية.
٥٠- القاموس المحيط للفيروز آبادي – ط: مؤسسة الرسالة. ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
٥١- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد. د/ نزيه حماد. ط: دار القلم. ط: أولى ١٤٢١هـ/٢٠٠١م. دمشق.
٥٢- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة – ط: دار ابن حزم.

٥٣- الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة. ط: المكتب الإسلامي – دار ابن حزم.
٥٤- كشاف القناع للبهوتي – ط: مطبعة الحكومة ١٩٨٢م/١٣٤٩هـ.
٥٥- الكفالة التجارية. د/ منذر قحف – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – الفترة من ٢/٣٠-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.
٥٦- الكفالة التجارية. د/ أحمد محيى الدين أحمد – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة – الفترة من ٢/٣٠-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م. دبي – الإمارات العربية المتحدة.
٥٧- الكفالة التجارية : د/ شوقي أحمد دنيا – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي- الدورة السادسة عشرة- الفترة من ٢/٣٠ -٥/٣/١٤٢٦هـ – ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الامارات العربية المتحدة.
٥٨- الكفالة التجارية. د/ حسين أحمد كامل فهمي – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – ٢/٣٠-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.
٥٩- كفالة الرخصة التجارية وخطاب الضمان المصرفي وتطبيقاته ومدى توافقه مع الحدود الشرعية. د/ جاسم علي سالم الشامسي – بحث مقدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي – الدورة السادسة عشرة – الفترة من ٢/٣٠-٥/٣/١٤٢٦هـ الموافق ٩-١٤/٤/٢٠٠٥م – دبي – الإمارات العربية المتحدة.
٦٠- الكفالة التجارية وتطبيقاتها المعاصرة. د/ عبدالستار أبو غدة – بحث غير منشور.
٦١- لسان العرب لابن منظور – ط: دار المعارف ١٩٨٠م.
٦٢- المبدع لابن مفلح – ط: دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

٦٣- المبسوط للسرخسي – الناشر: دار المعرفة – بيروت. الطبعة : بدون طبعة ، تاريخ النشر ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
٦٤- مجلة الأحكام العدلية – لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية – الناشر: نور محمد.
٦٥- مجموع الفتاوي لابن تيمية. ط: الأوقاف السعودية. الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية – مجمع الملك فهد لطباعة المصحف.
٦٦- المجموع شرح المهذب – الإمام محيى الدين النووي – الناشر: دار الفكر.
٦٧- المحلى لابن حزم – ط: دار الفكر.
٦٨- المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا – ط: دار الفكر – بيروت ١٩٦٨م.
٦٩- المدونة للإمام مالك – مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصجى – الناشر: دار الكتب العلمية – طبعة أولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
٧٠- المستدرك على الصحيحين – الحافظ أبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري – ط: دار الكتب العلمية.
٧١- المصباح المنير للفيومي – ط: دار المعارف – ط: ثانية.
٧٢- المعيار المعرب للونشيريسي – ط: دار الغرب الإسلامي.
٧٣- مغنى المحتاج للشربيني الخطيب. ط: دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط: أولى ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.
٧٤- المغنى لابن قدامة المقدسي – ط: مكتبة القاهرة – ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨م.
٧٥- الملخص الفقهي. د/ صالح بن فوزان الفوزان – مركز إيصار للنشر والتوزيع – القاهرة.
٧٦- الملكية في الشريعة الإسلامية – د/ عبدالسلام العبادي – مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع.

٧٧- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة – ط: الفكر العربي.
٧٨- منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين– ط: دار الكتب العربية – مصر.
٧٩- المهذب للشيرازي – أبو إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي – الناشر: دار الكتب العلمية.
٨٠- مواهب الجليل للحطاب. ط: دار الفكر – بيروت – لبنان – ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.
٨١- الموسوعة الفقهية الكويتية. ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

فهرس الموضوعات

الموضـــــــــــــــــــوع	الصفحة
ملخص البحث	٣٩١
المقدمة	٣٩٣
أولا: أسباب اختيار البحث وأهميته والهدف منه	٣٩٣
ثانياً: الدراسات السابقة	٣٩٥
ثالثاً: منهج البحث	٣٩٦
رابعاً: خطة البحث	٣٩٧
التمهيد: الكفالة التجارية في النشاط الاقتصادي	٣٩٩
المبحث الأول : تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي والكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه، وصور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية	٤٠٢
المطلب الأول: تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي والكفالة التجارية وأشكالها، وأوجه الشبه والاختلاف بينهما، ومدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه. ==	٤٠٢
أولاً: الكفالة في الفقه الإسلامي	٤٠٢
ثانياً: الكفالة التجارية وأشكالها	٤١٤
ثالثاً: أوجه الشبه والاختلاف بين الكفالة التجارية والكفالة الفقهية	٤١٦
رابعاً: مدى التشابه بين كفالة الرخصة التجارية وشركة الوجوه	٤١٨
المطلب الثاني: صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية ، والعناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية	٤٢٦
أولا: صور الكفالة التجارية وتطبيقاتها العملية	٤٢٦
ثانياً: العناصر المشتركة بين صور الكفالة التجارية	٤٢٩
المبحث الثاني: التكييف الشرعي للكفالة التجارية	٤٣١
المطلب الأول: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان الترخيص باسم المواطن فقط	٤٣٢

الموضـــــــــــــــــــــــوع	الصفحة
الفرع الأول : الكفالة التجارية على أنها حق معنوي يُستحق الجُعل	٤٣٢
الفرع الثانى : كون الكفالة التجارية عقد كفالة فيه التزام تجوز المعاوضة عليه؟	٤٤٠
ثالثاً: هل تعتبر الكفالة التجارية من أنواع الشركات؟	٤٤٩
الفرع الرابع : اعتبار الكفالة التجارية نوع من الوكالة بأجر أو بدون أجر	٤٥٠
خامسا: هل يمكن اعتبار الكفالة التجارية معاملة مستحدثة؟	٤٥٤
المطلب الثاني: الحكم الشرعي للكفالة التجارية إذا كان التـــرخيص باســـم المواطن والمستثمر	٤٥٩
المطلب الثالث: هل يحق للكفيل في الكفالة التجارية فسخها قبل موعدها أو عدم تجديدها أو الرجوع فيها	٤٦٥
أولا: الرجوع عن الكفالة الفقهية	٤٦٥
ثانيا: الرجوع عن الكفالة التجارية وعدم تجديدها وفسخها	٤٦٥
المبحث الثالث: الحكم الشرعي للرخصة التي تمنحها الجهـــات الحكوميـــة للمواطن	٤٧١
المبحث الرابع: الحكم الشرعي لبيع المواطن رخصة الاستثمار الممنوحـــة له لمقيم	٤٧٣
المبحث الخامس: البدائل المشروعة للكفالة التجارية (المعاصرة)	٤٧٤
" الخاتمة "	٤٧٦
أهم النتائج والتوصيات	٤٧٦
أولاً: أهم النتائج والاستنتاجات التي تناولها البحث	٤٧٦
ثانياً: الاقتراحات والتوصيات	٤٧٩
مصادر ومراجع البحث	٤٨٠
فهرس الموضوعات	٤٨٧