

الوعد والمواعدة في صيغ التمويل الاسلامي

اعداد

د.علي السرطاوي*

جامعة النجاح الوطنية

كلية القانون

2018/4/26

الدكتور علي السرطاوي - كلية القانون - جامعة النجاح الوطنية، وزير العدل السابق، عميد كلية القانون وعميد كلية الشريعة سابقا، رئيس هيئة الرقابة الشرعية شركة التكافل الفلسطيني للتأمين و رئيس هيئة رقابة شركة اجارة الفلسطينية، وعضو هيئة الرقابة والحوكمة في البنك الاسلامي الفلسطيني

المقدمة:

ان كثيراً من الصيغ التي تجريها المؤسسات المالية الاسلامية تقوم على الوعد كما في المرابحه والايجار المنتهي بالتملك وكذلك المشاركة المتناقصه وفي صكوك التأجير وبيع الشقق ، وفي التأمين التكافلي وغيرها من الصيغ التي كلما مر الوقت كنا بحاجة فيها الى وعد ومواعده ومسأله الوعد مسأله مختلف فيها فقهيأ ، حيث ان بعض الفقهاء يرى ان الوعد ملزم من ناحية ديانيه لا قضائيه ، والبعض الاخر يرى الزاميته من الناحية القضائيه بشروط خاصه في الفقه الحنفي والمالكي وكثير من الهيئات الشرعية في المرابحه في البنوك الاسلاميه اشترطت عدم الزامية الوعد وحسب معايير (ايوفي) المعيار 49 الوعد والمواعده ، فالوعد ان كان من طرف واحد كان ملزم له من الناحية القانونية ، ولكن المجمع الفقهي ومعايير ايوفي رفضت المواعده ان كانت من طرفين لانها بمعنى البيع المعلق والمضاف ، وهذا غير مقبول فقهيأ فقد جاء في المعيار 49 بند 2/4 المواعده فعل مباح غير واجب شرعا يجب ايفاؤها على الطرفين ديانه، وهي غير لازمه في القضاء الا في الحالات التي لا يمكن فيها انجاز معاملته تجارياً حقيقة بدون مواعده ملزمه ، اما بحكم القانون او بحكم الاعراف التجارية العامه.

وسبب ذلك لاعتقادهم ان المواعده هي عقد بيع مضاف الى المستقبل وهذا العقد يتنافى مع طبيعه عقد البيع الفوريه التي لا يجوز ان تكون معلقه على شرط او مضافة الى المستقبل، وبهذا التكييف جعلوا المواعده غير ملزمه من الناحية القضائيه ، وأرى أن هذا التكييف يتعارض مع التكييف القانوني للمواعده باعتبارها عقد موضوعه الالتزام بالقيام بعمل و هو عقد له احكامه الخاصه التي تختلف عن احكام عقد البيع ولا يجوز ان نعطي احكام عقد البيع لعقد اخر له طبيعه قانونيه مختلفه عن العقد الاول و المدقق في اقوال الفقهاء وخاصة المالكية يجد ان هذا التكييف يتفق مع ما حرره الفقيه المالكي الحطاب في كتابه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" واخترت ان تكون ورقتي هذه لبيان مسأله الوعد والمواعده من وجهة نظر تختلف عما جاء به المعيار 49 من معايير هيئة المحاسبه والمراجعه في المؤسسات المالية الاسلاميه (ايوفي).

المطلب الاول تعريف الوعد ورأي الفقهاء فيه:

الفرع الاول: ماهية الوعد:- الوعد والعدة يكونان مصدرأ واسماً ويأتي بمعنى العهد ويقال في الخير وعده وفي الشر اوعده انظر ابن منظور - لسان العرب باب الدال فصل الواو ،ج3، ص 461-463 هذا لغه اما في الاصطلاح فقد عرف ابن عرفه الوعد في كتابه الحدود " العده اخبار عن انشاء المخبر

معروفاً في المستقبل" الخطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، ص253، وانظر عليش فتح العلي المالك ، ج1، ص 254.

وعرفه العيني من الحنفية بقوله: " اخبار بايصال الخير في المستقبل" العيني عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ج1، ص220، وعرفه المدني الاردني في الماده (254) " الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافه الى المستقبل على سبيل الالتزام في الحال" وقد يقع الوعد على عقد او عمل ويلزم صاحبه ، وهنا نجد خلافاً في مفهوم الوعد بين الفهم الفقهي والفهم القانوني ، فعد الفقهاء الوعد هو مجرد اخبار عن انشاء المخبر الالتزام ولم يرق هذا الاخبار الى درجة التزام بالقيام بالشيء اي ان نطاقه لم يدخل دائرة القانون بل بقي في نطاق دائرة الاخلاق والقواعد الاجتماعية.

والقانون عنده ما كان داخلاً في نطاق الاخلاق والاداب والقواعد الاجتماعية لا يسمى التزاماً قانونياً، انما نسميه التزاماً طبيعياً والتزاماً ادبياً والذي يهتم به هو الالتزامات القانونية التي تحوي على عنصرين هما المديونية والمسؤولية، اما الالتزامات الاخرى فتحوي عنصر المديونية فقط دون المسؤولية، وهذه الفكرة قريبة من الفقه الاسلامي بفكرة الالتزام الدياني والالتزام القضائي، او الواجب دينانة والواجب قضاء ، والفقهاء عندما تكلموا عن الوعد الملاحظ من خلال التعريف انه يقصد الوعد الذي يكون في نطاق الاخلاق والاداب ، وهذا ملزم دينانة لا قضاءً، اما القانون فانه لا يهتم بمن هو خارج نطاق القانون، لذا كان تعريفه للوعد الذي يدخل نطاقه ويكون ليس مجرد اخبار بل الزام الشخص نفسه، او ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل .

وفي الفقه القانوني استقر الامر على ان الاراده المنفرده هي مصدر من مصادر الالتزام ، وفكرة الوعد في القوانين الحديثه هي جوهر الالتزام الانفرادي واطلقوا على هذه النظرية اسم نظرية الوعد التسمية التي اطلقها الالمان على هذه النظرية عند صياغتها في منتصف القرن التاسع عشر وكان كتاب الفقيه الالمانى سيجل " الوعد كمصدر للالتزام، صالح بولجيه التصرف الانفرادي، ص247، والفقه الاسلامي يقر ان الاراده المنفرده مصدر من مصادر الالتزام ونطاقها اوسع من القانون، وجوهر الالتزامات التي تنشأ بالاراده المنفرده هي فكرة الوعد، فالايجاب الممتد ما هو الا وعد بالبقاء على الايجاب ، والنذر وعد بالقيام بعمل ، والكفاله وعد بالوفاء بالالتزام، واغلب الشروط هي وعد بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل في المستقبل.

فهذه الوعود اذا دخلت الالتزامات والتصرفات خرجت عن كونها من الواجبات الديانية او خرجت عن دائرة الاخلاق والاصل ان تدخل دائرة الواجبات القضائية او الالتزامات القانونية ، ولذا نجد الخطاب المالكي في كتابه: تحرير الكلام في مسائل الالتزام قد فرق بوضوح بين الالتزام والعدة ،"الالتزام الزام الشخص نفسه من المعروف مطلقاً او معلقاً على شيء" ص 69، بينما العده اخبار عن انشاء فكأن الاراده غير جازمه ، اما ان كانت الاراده جازمه فانه يسمى التزاماً سواء كان معلقاً او مطلقاً عن التعيين.

فالاخبار بمعنى الاعلام بما يحتمل الصدق والكذب انظر :محمد رواسي القلعجي، معجم لغه الفقهاء ، ص85.

والاخبار لا يستعمل عند الفقهاء للدلالة على انشاء الا لتزامات، اما الانشاء او الفرض فهو الذي يستخدم لدلاله على الانشاء يقول ابن الهمام فتح القدير، ج5، ص74 "الانشاء اثبات يفيد حكماً يثبت جبراً" وعليه يكون الوعد على تعريف الفقهاء اعلام عن ايقاع وليس ايقاعاً للالتزام وكأن فيصل التفريق بينهما قضية الاراده، فان كان الملتزم يريد الاخبار والاعلام عن نيته فهذه بقيت في نطاق الا لتزامات الادبية التي فيها عنصر المديونية، ولكن لا يوجد فيها عنصر المسؤولية، اما ان فرض على نفسه القيام بعمل بإرادة جازمه فالاراده الجازمه من الشخص فقهاً قادره على انشاء الالتزام ، فالوصية ، والوقف، والنذر التزامات تنشأ باراده واحده.

وكثيراً ما يقال ان الوعد على رأي المالكيه الذين أفتوا بلزومه قضائياً اقتصر على المعروف، ولهذا هو لا يخرج عن التبرعات ، اما المعاوضات فالاصل ان لا يلحقها ولا يكون لازماً بها وكلمة معروف الواردة في تعريف ابن عرفه للعهده لفظ مجمل تحتمل ان يكون المقصود بها عقود التبرعات وقد يقصد بها المعروف الجائز شرعاً اي اللفظ المقابل للمنكر " ومما يؤيد هذا التفسير تعريف العيني عندما قال "الخير" فهو مفهوم عام يشمل الجائز شرعاً وعكسه الشر، وعليه الوعد اعم من ان يكون التزاماً قانونياً فقد يكون مجرد اعلام والاراده فيه غير جازمه، وقد يأتي بصيغة التزام يقول صاحب عون المعبود العظيم ابادي ، ج12، ص444-445" فان الوعد هو العهد الموثق ويجوز ان يوجد الوعد من غير توثيق ، فالوعد اعم من العهد بأن العهد لا يطلق الا اذا كان الوعد موثقاً ، والوعد اعم من ان يكون موثقاً او لا يكون ومن جهة اخرى يكون العهد اعم من الوعد بان الوعد لا يطلق الا على ما يكون لشخص اخر، والعهد يطلق على ما يكون لشخص اخر ولنفسه" والفقه الحنفي اختلف في حقيقة الاستصناع أهو بيع ام مواعده؟ والراجح عندهم انه بيع وهذا دليل على انه لا يقتصر على التبرعات كما ذهب بعض المعاصرين الذين اجازو المرابحه للامر بالشراء بشرط عدم الزامية الوعد يقول ابن الهمام في فتح القدير، ج6 ، ص242" واختلفوا في جوازه هل هو بيع ام عدة والصحيح انه بيع وهذا مذهب عامة مشايخنا وذهب الحاكم الشهيد الى القول انه مواعده وينعقد عقداً بالتعاطي اذا جاء مفروغاً ولهذا ثبت لكل منهما الخيار ووجه قولهم انه بيع انه اثبت فيه الخيار وذكر في جوازه الاستحسان والقياس، ولا يجوز الا فيما يتعامل فيه والمواعده تجوز في الكل"

الفرع الثاني: اراء الفقهاء في حكم الوعد:

1- ذهب جمهور الفقهاء الى استحباب الوفاء بالوعد وانه من مكارم الاخلاق واخلافه ليس من صفات المؤمنين، يقول الكاساني في البدائع ، ج5، ص2 " صح عقد الاستصناع بيعاً لا مواعده لانه يجري فيه التعاطي وانما يتعاطى في الواجب لا في الموعود" وجاء في تحرير الكلام

في مسائل الالتزام للحطاب، ص 154، واما العدة فيقضي بها مطلقاً وقيل لا يقضي بها مطلقاً".

واما الشافعية يقول الامام النووي في روضة الطالبين "الوفاء بالوعد مستحب استحباباً متأكداً ويكره اخلافه كراهية شديده" ج5، ص 390 ويقول الخطيب الشربيني "يشترط في الضمان والكفاله لفظ يعشر بالالتزام ولو قال اودي المال او احضر الشخص فهو وعد بالالتزام لا يلزم الوفاء به لان الصيغه لا تشعر بالالتزام الا ان صحبتته قرينه الالتزام فيلزم" مغني المحتاج، ج2، ص206، وعند الحنابلة جاء في كشف القناع للبهوتي ، ج3، ص363 " وان قال انا ودي المال او ما عليه او احضر ما عليه لم يصير ضامناً لانه وعد وليس بالالتزام" و الفقهاء لهم عدة ادلة على هذا الرأي يرجع اليها في مظانها واهم حججهم القانونية ان الوعد من جنس التبرعات والتبرعات عقود غير لازمه يقول الكاندهلوي في اوجز المسالك، ج8 ، ص427 "ورأي ابي حنيفه واصحابه والاوزاعي والشافعي وسائر الفقهاء ان العدة لا يلزم منها بشئ لانها منافع لم تقبض في العاربه وفي غير العاربه هي اشخاص واعيان موهوبه لم تقبض فلصاحبها الرجوع فيها"

2- **القائلون بوجوب الوفاء بالوعد** ، ذهب الى هذا الرأي عدد من العلماء منهم ابن شبرمه، وابن الشاط، وابن العربي، والخليفه عمر بن عبدالعزيز، وقال البخاري انه رأي الصحابه سمره بن جندب والقاضي ابن الاشوع والحسن البصري ، واسحاق بن راهويه ، ورأي الامام الغزالي ، وذكر ابن رجب الحنبلي ان عليه طائفه من اهل الظاهر " فقد ذكر ابن حزم في المحلي ، ج6، ص278" وقال ابن شبرمه الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر" وقال ابن الشاط في ادرار الشروق في التنقيب عن مسائل الفروق مطبوع مع الفروق، ج4، ص24" اخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى الضواهر الشرعية الا حيث يتعذر الوفاء، والرسول - ص - نفى الحرج لانه ان وفي فلا حرج وان لم يف لعذر فلا حرج وان كان قادراً ولم يف فالضواهر تقتضي الحرج وقولهم اختلف الفقهاء في وجوب الوفاء بالوعد والصحيح عندي لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً وبتعين تأويل ما يناقض ذلك و يجمع بين الادلة" وذكر ابن العربي في احكام القران ، ج4، ص1778، انواع الوعد من حيث كونه مجرداً او معلقاً على سبب وقال " وان كان الوعد مجرداً فيلزم بمطلقه" وفي موقع اخر ، ج4، ص1788 " قال : والصحيح عندي ان الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر" وذكر ابن العربي ان هذا هو رأي عمر بن عبدالعزيز وكذلك ذكر ذلك ابن حجر فتح الباري ج5، ص221، وذكر البخاري في باب من امر بانجاز الوعد " وفعله الحسن وقضى به ابن الاشوع بالوعد وذكره عن سمره بن جندب قال ابو عبدالله ورأيت اسحاق بن راهويه يحتج بحديث ابن الاشوع " وقصده بالحسن

الحسن البصري تابعي وهو امام اهل البصره، وابن الأشوع سعيد بن عمر الاشوع قاضي الكوفه
وسمره بن جندب صحابي جليل، واسحاق بن راهويه احد كبار الحفاظ الثقات وهو استاذ
البخاري.

انظر الاعلام للزركلي ج 2، ص 226 و ج 1، ص 292، اسد الغبه في معرفة الصحابه، ج 2،
ص 352.

وذكر الامام الغزالي في احياء علوم الدين: " انه اذا فهم الجزم من الوعد فلا بد من الوفاء الا ان
يتعذر " ج 2، ص 132، واهم ما استدل به من قال بوجوب الوفاء بالوعد بقوله تعالى: " يا ايها الذين امنوا لم
تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون " (الايه 1 من سورة الصف).

يقول ابن كثير في تفسير الايه "انكار على من وعد وعداً ولم يف به وبهذه الايه احتج من
السلف من قال بوجوب الوفاء بالوعد مطلقاً ، فالله سبحانه اكد الانكار في الايه "ج 4، ص 382،
واحتجوا بأدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة

3- القائلون بوجوب الوفاء بالوعد اذا عقد على سبب:

ذهب فقهاء من المالكيه في وجوب القضاء بالعهده ان القضاء بها واجب اذا عقدت على سبب
وهؤلاء انقسموا الى فريقين : فريق اشترط ان ينعقد الوعد على سبب وهو شرط وجوب القضاء
به ، وفريق ذهب الى ان الوجوب يشترط له الانعقاد على سبب ودخول الموعد بالسبب، وذهب
الى الرأي الاول وهو انه يجب بمجرد انعقاده على سبب "أصبغ" ابو عبدالله أصبغ بن الفرج وهو
استاذ القرطبي ولد سنة 150 بمصر: " يقول ابن رشيد سئل اصبغ عن العده والرأي الذي يقضي
به على من كان ذلك منه قيل ارأيت لو ان رجلاً أتاني فقال اريد نكاحاً فاسلفني فقلت نعم...
فقلت بدا لي الا اسلفك انما قلت سأفعل هل يحكم علي بمثل هذه العده قال نعم يحكم عليك
ويجبرك السلطان على ذلك قلت فإن كان لم ينكح بعد فأعلمته أنني لا اسلفه شيئاً ايلزمني
القضاء بما وعدته ولم يدخل بسبب وعدي في شيء ، قال لا رجوع لك فيه سواء نكح ام لم
ينكح، العده تلزمك سواء نشب بالامر الذي سألك بالسلف له ام لم ينشب فيه بعد" ابن رشد
البيان والتحصيل ، ج 15، ص 343، وانظر الحطاب ، تحرير الكلام ، ص 156-157،
وانظر القرافي ، الفروق، ج 4 ، ص 24.

اما الفريق الثاني الذين اوجبوا الوفاء بانعقاده على سبب ويدخله بالسبب فقد روي عن ابن القاسم
وسحنون وقيل عليه المذهب يقول في فتح العلي المالك ، عيش، ج 1، ص 256 " ويقضي بها ان
كانت على سبب ودخل الموعد بسبب العده في شيء ، وهو المشهور من الاقوال قال محمد ابن

رشد قوله بيع وانا ارضيك عدا الا انها على سبب وهو البيع والعهده ان كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الاقوال ... وهذا قول ابن القاسم في سماعه من كتاب العاريه، وقول سحنون في كتاب العدة" ، وانظر الحطاب ، تحرير الكلام ، 156، وانظر ابن رشد، البيان والتحصيل ،ج15 ، ص342.

4- القائلون بوجوب الوفاء بالوعد اذا كان معلقا: قلنا ان المذهب الحنفي الراجح فيه استحباب الوفاء بالوعد ، ولكن وجدنا أن المذهب الحنفي له استثناء على هذا الاصل وهو ان المواعيد اذا كانت معلقة تكون ملزمة ، وكذلك اذا اقتضت حاجة الناس لزوم الوعد، جاء في الماده (84) من مجلة الاحكام العدليه، المواعيد بصور التعاليق تكون لازمه" وعللوا لزومها لانه يظهر فيها معنى الالتزام والعقد" علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص 32، وكذلك اوجبوا الوعد في بيع الوفاء لحاجة الناس لذلك" يقول ابن عابدين: " ثم ذكرنا الفسخ فيه او قبله او زعماه غير لازم كان بيعاً فاسداً ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لان المواعيد قد تكون لازمه لحاجة الناس وهو الصحيح" ج5 ، ص277.

بعد استعراض اراء الفقهاء في الوعد نجد ان الفقهاء في الاغلب يقولون ان صيغة الوعد اذا صحبتها قرينه تدل على الالتزام او اذا كانت معلقة او عقدت على سبب فانها تلزم لانها تشعر بالالتزام. وكذلك ان الوعد اذا ترتب على عدم الوفاء به ضرر فانه يجب الوفاء به ، وكذلك ان الوفاء بالوعد ليس على اطلاقه ورأينا كيف انقسم الفقه المالكي في رأيه في الوعد ، وكذلك الفقه الحنفي وبقية المذاهب مما يوحي ان صيغة الوعد مشكله وكأن الفقهاء يبحثوا عن ضابط يميز فيه بين المواعيد التي تكون ملزمة قضاءً وديانه ، والمواعيد التي تكون ملزمة ديانه فقط، وتعدد الاراء ما هو الا لمحاولة وضع ضوابط تمييز للمسألة، فالقول بالزامية الوعد على اطلاقه غير ممكن ، وكذلك والقول بعدم الزامية على اطلاقه فيه ضرر كبير، وأرى أن حل الاشكالية يكون في وضع ضوابط تميز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من الوعود، ومن خلال اقوال الفقهاء نرى انهم اتفقوا على ان المواعيد التي ترد على الامور الاخلاقية وبين الناس هذه تكون مستحبة الوفاء بها من الناحية الديانية ، ولكنها غير ملزمة قضاءً ، اما المواعيد التي ترد على امور المعاملات القانونية كالوعد بالبيع والاجاره والقرض والعاريه وغيرها من التصرفات فهذه اما تكون اراده الواعد فيها ، إرادته مساومه ومفاوضه متمحضةً للاستقبال ولا يفهم منها دلالة الالتزام وهذه لا تكون ملزمة.

وإما ان يكون الوعد بإرادته جاده ونهائيةً وجازمه وموضوع هذه الاراده انه الزم نفسه بالقيام بالالتزام بالمستقبل، فهذه الصيغة الاصل انها ملزمة ديانه وقضاءً ، ولكن الفقهاء بهذه الصيغة بعضهم حصرها

على امور التبرعات فلا يجوز ان تلحق عقود المعاوضات، والبعض منهم قال : ان العده تلحق كل شيء جائز شرعاً وحاول المجمع الفقهي وهيئة المحاسبة والمراجعة كذلك في المعيار (49) ضبط الوعد والمواعده التي تدخل المعاملات المالية الحديثه وخاصه المؤسسات الماليه الاسلاميه، فجعل الوعد الذي يصدر باراده جازمه لفعل امر في المستقبل ويكون الغير مخيراً في الاستفاده من الوعد، وان لا يكون الوعد بفعل محرم شرعاً او تحايلاً على الربا كالوعد على العينه او ان يجر القرض نفعاً ، اما في التصرفات الماليه المباحه فيجب الوفاء به دياناً واخلافه بلا عذر اثم ولكنه غير ملزم قضاءً، فإن ترتب على عدم الوفاء ضرر على الموعود له فيلزم الواعد التعويض في الضرر قضاءً الحاصل فقط، وهذا تناقض في المعيار فكيف تقول انه ملزم ديانه غير ملزم قضاء الا اذا رتب ضرراً فانه يصبح واجب التعويض، وهذا من ناحيه قانونية مستحيل التطبيق حالياً ، فأما ان تقول ان الوعد ملزم قضاءً وبالتالي الاخلال به يوجب المساءله القانونية القانونية في حال وجود ضرر ، واما ان تقول انه غير واجب قضاءً وبالتالي الاخلال به حتى وان سبب ضرراً لا يجوز المطالبه بالتعويض به.

وكذلك قالوا ان الوعد الملزم قضاءً يلزم الواعد فقط ، ولا يلزم الموعود له، وقالوا ان الوعد بالتبرعات لا يلزم قضاءً الا اذا كان على سبب فيه كلفه على الموعود له فيلزم قضاءً ، ويجوز كذلك ان ينشأ الوعد على عقد معاوضه في المستقبل بحيث يكون محل الوعد عقداً مختلفاً عن العقد الاول، فقالوا انه يلزم قضاءً اذا دخل الموعود له في كلفه ، وكذلك العقد النهائي لا يتم تلقائياً بل يجب ان ينجز في حينه بتبادل الايجاب والقبول في حال كونه وعداً ملزماً.

اما المواعده التي يقصد بها وعدين متقابلين من طرفين بايقاع فعلٍ من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وبزمن واحد اذا كانت على افعال وتصرفات مباحه شرعاً، فقالوا انها لازمه ديانه لا قضاءً الا في الحالات التي لا يمكن انجاز المعامله التجاريه حقيقه دون وعد ملزم إما بحكم القانون او بحكم الاعراف التجاريه وليس لاغراض التمويل.

وهذا المعيار ايضاً فيه إشكاليه فالمشروعيه دائماً صفة يجب ان تسبق التصرف لا ان تكون لاحقه عليه والاصل ان يكون الضابط ابتداءً يميز بين ما هو ملزم وغير ملزم لا ان يترك الامر حتى يحصل الضرر او يتركه لطبيعة المعامله، وقالوا ان المواعده لا تعد عقداً مضافاً الى المستقبل والعقد الموعود لا يتم تلقائياً عند حلول الموعد بل ينجز في حينه بتبادل الايجاب والقبول ويجب على الطرفين الوفاء لان المواعده تلزم الطرفين، والا تحمل الضرر الفعلي. وذكر المعيار بعض الحالات التي كون فيها الوعد ملزماً في معاملات المؤسسات الماليه الاسلاميه. وأرى ان المعيار فيه اشكال وفيه تضيق على المؤسسات الماليه الاسلاميه ولم تحل فيه اشكاليه الوعد او لم يخرجوا منه ضابطاً واضحاً يميز فيه بين ما هو ملزم وغير ملزم في العِدات مع ان الاقوال الفقهيه فيها سعة ان اردنا ذلك.

وكذلك ارى انه لا مانع شرعاً من ان ننظر كيف ضبط القانون المدني مسألة الوعد وحاول فهم حقيقته وان نستفيد منها في محاولة ضبط الموضوع فبداية كانت مسألة الوعد في المراهجه ومع مرور الزمن بدأت مسألة الوعد تدخل في اهم الاساليب والصيغ التي تجريها المؤسسات المالية الاسلاميه وكثير من المعاملات المالية في الوقت الحاضر تقوم عليها ، فأغلب القوانين المدنية في العالم العربي نظمت مسألة الوعد بالتعاقد واعتبروه التزاماً قد ينشأ باراده منفردة ويخلق جميع التصرفات ويكون ملزماً لمن أصدره كوعد البيع يلزم البائع ووعد الشراء يلزم المشتري وقد يكون مواعدة او عقد وعد او ما يسمى بالبيع الابتدائي ويكون ملزماً للطرفين انظر مصادر الالتزام في المدني الاردني. أنور سلطان ، ص60، وكذلك السنهاوري، نظرية العقد 262، وتكلم القانون المدني الاردني في المواد (92 ، 105 ، 106) في مسألة الوعد بالتعاقد بما يتفق واحكام القانون مع ان القانون المدني الاردني اعتمد على المجلة والفقهاء الاسلامي في معظم احكامه واشترط القانون الاردني شروطاً له مثل تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، وتعيين الثمن او وضع مؤشر لتعيينه دون تعقيد بحيث لا يفضي الى تنازع وتحديد المدة التي يتم الالتزام فيها. انظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني المادة 92 ، ص99، ج1 والوعد في القانون اذا صدر باراده الطرفين فانه يقع عقداً ملزماً اذا توافرت الشروط انفة الذكر، وهو لا يكسب الموعد له الاحقواً شخصية قبل الواعد فعقد الوعد لا يرتب الا التزاماً وحقوقاً شخصية على الواعد او من اصدره حتى لو كان من شأن العقد النهائي ان ينقل حقاً عينياً. وعليه لو كان الوعد على بيع فيبقى البائع مالكاً للشيء الذي وعد ببيعه ويتحمل كذلك تبعه هلاكه، وإذا تنازل الموعد له عن حقه فهو يتنازل عن حق شخصي يجب ان تراعى في التنازل اجراءات حوالة الحق ، وفي حال أخل الواعد بالتزامه بموجب عقد الوعد فإن من حق الموعد له ان يرجع عليه بالتعويض، ومن حق الموعد له ان يأخذ تأمينات عينيه لحقه، وان يقوم باعمال التوثيق لإثبات حقه، وايضاً له الحق بمنع الواعد من الاعمال التي من شأنها اعاقه تنفيذ العقد النهائي، وينتقل هذا الحق للورثة وله ان يتنازل عنه بعوضٍ و بدون عوض، وفي حال أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي تحول الاتفاق من مرحلة الوعد الى مرحلة العقد النهائي دون ان يكون له أثر رجعي والتعبير عن الرغبة قد يكون صريحاً او ضمناً.

والعلماء المعاصرون منهم من يرى ان الوعد بالتعاقد سواء كان بيعاً او شراءً لا ينعقد به عقد البيع ، وهو عقد ابطلته الشريعة او هو ملزم ديناً غير ملزم قضاءً ، فالمادة (171) من مجلة الاحكام العدلية تقول " ان صيغة الاستقبال في اللغة التي تكون بمعنى الوعد المجرد والمساومه مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها العقد" ويقول الاستاذ الزرقاء " رحمه الله" الوعد بالبيع أو بغيره من العقود لم يقم الفقهاء له وزناً من الجهة القضائية، اي انه لا يلزم صاحبه الوفاء به الا من الناحية الدينية الاخلاقية" العقود المسماة في الفقه الاسلامي عقد البيع، ص171، ويقول في المدخل ج1، ص323" يجب جزم الارادتين بصورة لا تردد معها لان التردد يكون في حكم الرفض ومن الواضح انه اذا انتقت الصيغة على وقوع الارتباط

والتعاقد فلا عقد ولا التزام وعلى هذا يقرر الفقهاء ان الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء".

والبعض الآخر اجاز الوعد بالتعاقد واعتبره ملزماً من الناحية القضائية وحثهم ان هذه المعاملة تقتضيها ضرورات التعامل المعاصرة وانه يوجد اراء فقهية وخاصة في الفقه المالكي تؤيد ذلك، وهذه المعاملة تختلف عن الوعد الذي يكون في نطاق الاخلاق والمعاملات الاجتماعية "، انظر بدران ابو العينين ، بدران، الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ، ص 368، وكذلك الدكتور عباس الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي الجديد، ص 199، 1975.

المطلب الثاني: المناقشة والترجيح:

بعد ان استعرضنا رأي الفقهاء في الوعد ورأي القانون وعلماء العصر ، وبعد ان عرفنا اهمية المسألة خاصة في المعاملات المالية الاسلامية، لا بد لنا من اخذ الحقائق التالية بعين الاعتبار:

1- الفقه القانوني كان عنده العقد هو المصدر الوحيد لانشاء الالتزامات الارادية ثم بعد ذلك جاء الفقيه الالمانى سيجل وبدأ يدعو للاخذ بالارادة المنفردة كمصدر للالتزامات الارادية ، وكان اسم نظريته الوعد كمصدر للالتزامات فجوهر الالتزامات التي تنشأ بالارادة المنفردة هي فكرة الوعد ومع اخذ النظم القانونية الحديثة بفكرة الارادة المنفردة الا انها كانت مصدراً غير اساسي وانحصرت تطبيقاتها في الوعد بالجائزة في معظم القوانين.

اما الفقه الاسلامي فان الارادة المنفردة تعد مصدراً اصيلاً من مصادر الالتزام، فالارادة الحرة الجازمه تستطيع ان تفرض على نفسها التزاماً تجاه الغير، فالنذر، والوقف، والوصية بل ان عقود التبرعات على الراجح فقها انها تنشأ بالايجاب والقبول ليس ركناً للانعقاد وانما هو شرط نفاذ اي انها في الاصل تصرفات انفرادية ، والفقه الاسلامي قال بفكرة الايجاب الممتد ويكون الموجب فيها ملزماً بارادته طيلة الفترة التي حددها. وحقيقة الايجاب الممتد ان الموجب وعد ان يبقى على ايجابه طيلة المدة المتفق عليها. وهو ملزم له من الناحية القضائية، ونشأ بارادته وجوهره فكرة الوعد.

2- يتفق الفقه والقانون ان الوعد المقصود ليس ما كان داخلاً في نطاق الاخلاق او المعاملات الاجتماعية ، وليس الوعد الذي كان موضوعه المعاملات ولكنه كان باراده غير جازمه او جاده او يدل على مساومه.

3- يتفق الفقه والقانون ان عقد الوعد لا ينشأ بيعاً انما التزامات شخصية فعقد البيع وضع لنقل ملكية سلعة او ملكية منفعة في الاجاره وهو منصب على عين وهو عقد عيني والعقود الناقله للملكية عقود فورية وطبيعة الوعد لا تتماشى مع مقتضاها او موجبها.

4- من المقرر عند جمهور الفقهاء ان الاصل في العقد الاباحة وانه لا مانع من نشوء عقود وصيغ جديدة تقتضيها الحاجة العملية ان كانت هذه العقود منضبطة مع اصول العقود في الشريعة ،

فالاسلام أقر بمبدأ سلطان الارادة واعطى الارادة حرية التعاقد ولم يتعبدنا بالعقود التي ذكرت في مصادرها الفقهية.

5- من المقرر عند جمهور الفقهاء حرية اطراف العقد في ان يقرنا العقود بشروط تعدل وتكيف التزاماتهم التعاقدية بما يحقق مصالحها ان كانت هذه الشروط المقترنة لا تخالف الشرع ولا مقتضى العقد وفيها مصلحة حقيقية لا حد المتعاقدين او الغير .

وبناءً عليه ارى المشكلة في تكييف حقيقة الوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد اي اصدره البائع ام المشتري ام كان مواعده ملزمة للجانبين ، فالوعد ان جاء بصيغة جازمه فهو اما ان يكون التزام بالقيام بعمل او التزام بالامتناع عن القيام بعمل ولا تخرج حقيقة الوعد عن اي من الموضوعين، فموضوع الالتزام او موجهه هو قيام بعمل او امتناع وليس نقل ملكية سلعة او تملك منفعة ، والفقهاء الاسلامي عرف الالتزام بالقيام بعمل وكذلك الامتناع عن القيام بعمل والارادة لها حرية في انشاء الالتزامات، وقد يكون موضوعها نقل ملكية بعوض او بدون عوض، وكذلك المنفعة ، وقد ينصب العقد على حفظ الشيء وقد يكون على القيام بعمل او امتناع عن القيام بعمل وهذه قد تنشأ بإرادته واحده" تصرفاً انفرادياً"، وقد تنشأ بإرادتين فعندما يلتزم انسان بالقيام بالبناء لآخر ويقبل الاخر ذلك فهذا عقد موضوعه القيام بعمل البناء في المستقبل، فالعقود التي موضوعها عمل الوعد جزء من طبيعتها لاننا نستطيع ان نقول وعده بالقيام بالبناء في المستقبل بطريقة جازمة ملزمه ، وهذه لا خلاف بين العلماء على انها ملزمه ديانةً وقضاءً لانه عقد ، اما ان لم تكن الارادة جازمه فلا ينشأ التزام.

والالتزام بالقيام بعمل او بالامتناع عن القيام بعمل الزمن والمستقبل عنصر جوهرى في تكوينه ، ولذا يقبل الاضافة الى المستقبل، وكذلك لو نظرنا الى حقيقة الشروط المقترنة بالعقود التي اجازها الفقهاء وافتوا بلزومها نجد انها في حقيقتها قائمة على الوعد وهي التزامات بالقيام بعمل او بالامتناع عنه، فعندما تشترط زوجه في عقد الزواج على زوجها ان لا يتزوج عليها فلو دققنا في حقيقة الشرط لوجدناه وعد من الزوج بالامتناع عن القيام بالزواج في المستقبل عند من أجازها من الفقهاء . وعندما يتشترط الشخص على اخر ان يسلمه المبيع في مكان ما فهو وعد بالقيام بعمل في المستقبل، فهذه هي حقيقة الشرط المقترن بالعقد، والفقهاء قالوا بلزومه قضاءً وديانةً، وعليه هل يعقل ان الوعد ان اقترن بعقد يكون ملزماً ديانةً وقضاءً ، ام ان جاء مستقلاً بذاته لا يقوى على ذلك؟! وهل الالتزامات بعمل لا تنشأ الا اذا جاءت مقترنة بالعقود؟! ، ولذا عندما يذكر شرط من شروط العقد ان الطرف الاول يعد الطرف الثاني ببيعه جزء من حصته في المشروع ، فهذا التزام بالقيام بعملية البيع في المستقبل ، موضوع هذا الالتزام هو القيام بعملية البيع نفسه، ولكن ليس موضوعه بيعاً ولا يكون ناقلاً للملكية، انما انصب ذات الالتزام على القيام بعمل البيع وهو ملزم لمن اشترطه، فان كان هناك خلاف في الزامية الوعد فلا خلاف بين العلماء على الزامية الشرط.

وقد يقول قائل ان هذا الشرط يدخل في النهي الوارد عنه -ص- نهى عن بيع وشرط" او حديث بيعتين في بيعة" ويرد على ذلك:

اولاً نهيه عليه السلام، عن بيع وشرط، فهل خالف العلماء حديث الرسول -ص- بإجازة الشروط المقترنه بالعقد؟ فهمي للحديث الشريف ومن خلال الواقع ان النهي كان لما يحصل مع التجار انه بعد انعقاد العقد يبدأ احدهما باستغلال حاجة الاخر ويبدأ باشتراط الشروط الخارجه عن الاتفاق، اما ان كانت الشروط عند انعقاد الصفقة فهذا لا يدخل في النهي إن اتفقت عليه ارادة الاطراف فعلى سبيل المثال لو اتفق تاجر مع اخر ان يبيعه زيت بسعر 2 دينار للكيلو وتم التعاقد على الشراء فيأتي التاجر الى المزارع يطلب ان يقوم بالتعبئة وان يقوم بالنقل وايصالها الى محل التاجر رغم انه ساومه من البداية على السعر وتعد في نظره مكسب اخر او اتفق مع حداد على سعر المتر الواحد وبعد انعقاد الصفقة يبدأ يطلب منه القيام بالطلاء ويطلب بزيادات وأمور لم يتفق عليها بالصفقة، هذا الذي ينهى عنه اما لو ذكر كل ما يريد عند محاورة الطرفين وتم العقد عليه فلا مانع من ذلك والذي يفهم من ظاهر النص بيع وشرط اي الشروط التي تكون بعد انعقاد الصفقة اما في خلال مرحلة الانعقاد فلا ينهى الا عن الشروط المخالفة للشرع او التي تخالف مقتضى العقد.

ثانياً: اما البيعتين في بيعة، قلنا ان موضوع الوعد هو قيام بعمل وليس نقل ملكية، فاذا فرض شخص على نفسه ان يقوم بعمل في المستقبل فهذا الذي يسمى قانوناً وعداً والالتزام بالقيام بعمل جائز وملزم شرعاً، ولا يجوز ان نعطي هذا الالتزام حكم عقد البيع لانه التزام مستقل في ذاته ومختلف في موضوعه وطبيعته تقبل الاضافه للمستقبل التي لا يتقبلها عقد البيع، فالوعد بالبيع من البائع وبالشراء من المشتري ليس بيعاً، لان احكام البيع وطبيعته لا تتعد بهذه الصيغ ولكن كما قلنا التزام اخر من طبيعه اخرى موضوعه القيام بعمل البيع، لذا قالوا ان الحق الذي ينشأ عن الوعد حق شخصي ثبت في ذمه الواعد للموعد له، اما عقد البيع فانه يعطي الموعد له حقاً عينياً على السلعة.

وكذلك المواعده " او ما يسمى في القانون البيع الابتدائي" والتي يصدر فيها وعد من البائع بالبيع ووعد من المشتري بالشراء والبعض اجاز الوعد في الصور السابقة اي ان كان ملزماً لجانب واحد، اما المواعده الملزمة للجانبين فلم يجزها، وهذا عقد بين ارادتين بصيغة جازمه، موضوع هذا العقد ان يلتزم البائع ببيع محل معين مستقبلاً ويقدم المشتري كذلك وعداً بشراء ذات المحل ويتم التوافق على ذلك خلال مدة، ان كيف العقد على انه بيع فهو باطل من الناحية الفقهية وهذا صحيح. ولكن ما الذي يمنع ان يكون عقد الوعد موضوعه التزام بالقيام بعمل من طرفيه الاول يقوم بعمل البيع والثاني يقوم بعمل شراء لذات المحل، فمحل العقد مشروع معلوم وحددا مدة للقيام بالعمل فهذا عقد التزام بعمل وهو جائز وملزم لطرفيه واثاره تبنى على هذا الاساس وليس على اساس انه عقد بيع، فهذا العقد لا يخرج المبيع من ملكية البائع وتكون عليه تبعة هلاكه واذا تم البيع في المستقبل

فإن الملكية تنتقل الى المشتري من تاريخ العقد النهائي ولا تعود بأثر رجعي واهم ما يميز هذا العقد عن البيع ان عقد البيع ان اراد البائع عدم تنفيذ التزامه فانه يجبر عليه بقوه القانون فتأخذ السلعه منه بقوة القانون وتعطى للمشتري او ما يسمى "بالتنفيذ العيني"، اما عقد الوعد الذي كئف على اساس انه التزام بالقيام بعمل فلا يوجد فيه تنفيذ عيني لان التنفيذ العيني في الالتزامات بعمل قد يؤدي الى المساس بالحرية الشخصية ، ولذا اذا اخل العاقد بالتزامه فليس امام الطرف الاخر الرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به جراء تخلفه عن تنفيذ التزامه.

والقانون المدني الاردني في المواعده اذا ذكرت فيها شروط العقد النهائي كاملة ، ومحله ، والمدة واتخذ الوعد شكلية العقد النهائي واراد احدهما الاخلال بالتزامه وقام الاخر بمقاضاته فإن العقد ينقلب الى عقد نهائي بقوة القانون" انظر المادة (106) مدني اردني خوفاً من ان يتخذ الناس ذلك وسيلة للتحايل خاصة في بيع الشقق ينشأ عقد الوعد ثم عند موعد التعاقد يتعذر الواعد وذلك لارتفاع الاسعار وشدة الطلب وليس امام الطرف الاخر الا المطالبة بالتعويض فقط عن لنية السيئة فإن العقد ينقلب الى عقد نهائي بقوة القانون بالشروط التي وضعها.

والذي ينظر كذلك ويدقق في حقيقة عقد الاستصناع الذي اختلف في تكييفه الحنفية فهو عقد بيع لسلعه معدومة عند التعاقد يتفق الاطراف على مواصفاتها ويتم التسليم في المستقبل عند الفراغ منها، تكون ارادة المتعاقدين جاده عند التعاقد جازمة وينشأ على الراجح عقداً ملزماً لطرفيه وسبب الخلاف عندهم في التكييف هل الاستصناع مواعده ام بيع ؟، وهل موضوع العقد ينصب على وعد من العامل بصنع سلعه للمستصنع ام انه انصب على بيع عين موصوفه في الذمه ، فمنهم من قال هو مواعده ابتداء وينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي ، ومنهم من قال اجاره اشخاص ابتداءً وعقد بيع انتهاءً جاء في الفتاوي الهندية" الاستصناع ينعقد اجاره ابتداءً ويصير بيع انتهاءً قبل التسليم" الفتاوي الهندية، ج3، ص207.

وجاء في البحر الرائق " فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد ابن سلمه وصاحب المنشور انه مواعده، وانما ينعقد بيعاً عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يجبر عليه " ابن نجيم البحر الرائق، ج6/ص171. والشاهد من ذلك ان عقد الاستصناع دخل فيه عنصر العمل الذي من سماته ان يكون في المستقبل، فهو التزام من الصانع بالقيام بعمل اي وعد منه ولكن غرض العقد الحقيقي ان ينصب الاتفاق لا على العمل انما على العين فكان بيع عين موصوفه في الذمه وهذا تحليل دقيق من الفقه الحنفي وفيه فتح لأنه بإجازته أجازوا بيع المعدوم ممكن الوجود ممكن ضبط صفته ومقداره ولو كان العقد بيعاً لوحده دون ان يدخل عنصر العمل لما جاز العقد على عين قيميه ، فنحن نعلم ان الفقهاء اجازوا بيع المال المثلي بالتقدير وان كان غير موجود لانه يثبت في الذمه ويكون حقاً شخصياً ولا تنتقل الملكية الا اذا حصل الافراز والتسليم، ولكن الاعيان لا تثبت في الذمه ويشترط

وجودها عند العقد، وبالإستصناع اجاز الحنفية التعاقد على مال قيمي غير موجود اذا استطعنا ان نضبط وصفه لدخول عنصر العمل.

وعليه الاصل ان المواعده عقد ينشأ على التزام بعمل من طرفين على محل محدد تضبط اوصافه ينقلب الى عقد بيع عند حلول المدة المتفق عليها ، ولا نريد ان نقول بقوة القانون بل بارادة طرفيه، فان امتنع احدهما عن ذلك كان للطرف الاخر حق مطالبته بالتعويض عن الاضرار التي لحقته جراء اخلاله بالتزامه.

هذا ما أرى والله ورسوله اعلم, ان يتم تكييف الوعد بناء عليه لان الوعد هو جوهر الالتزامات الانفراديه وهو جوهر الشروط المقترنه بالعقد و الالتزامات بالقيام بعمل وبالامتناع عن عمل، ولذا نراه يدخل في كثير من معاملات المؤسسات المالية الاسلاميه في الوقت الحاضر.

تم بحمد الله