



بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتجارة
البنوك الإسلامية للتسيمة

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



مؤتمر

شورى الفقهية

SHURA FIQH

Conference

7

20-19 ديسمبر 2017

2-1 ربيع الآخر 1439

البحث الثالث

الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة حكمها وأثرها
في تطوير العمل بالمشاركة المتناقصة

دولة فلسطين

فضيلة الشيخ أ. د. علي السرطاوي

أستاذ محاضر - جامعة النجاح الوطنية

الراعي البلاتيبي

NCB الأهلي



الراعي الرئيسي

الشركة الكويتية العالمية للتأمين التكافلي
KUWAIT INTERNATIONAL TAKAFUL INSURANCE CO.



الراعي الفضي



AMAN REAL ESTATE

الإمتياز
ALIMTAZ
GROUP

موفنديك
مفندق وريزيدنسر برج حاجر مكة



الراعي الذهبي

مشاعر القابضة
MASHAER HOLDING
K.S.C.(PUBLIC)





الإضافة إلى المستقبل في عقدي البيع والإجارة

حكمها وأثرها في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

يقول عز وجل: "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" الآية (٣) من سورة المائدة، فشرعية الله كاملة صالحة لكل زمان ومكان، صالحة للتطبيق في أي ظرف من الظروف، أصولها ثابتة ومرنة، تقبل التوسع والوفاء بمتطلبات العصر الحديث. وباب الاجتهاد القائم على أصولها ومقاصدها قادر على الوفاء بجميع متطلبات الحياة، وخاصة فيما يتعلق بباب المعاملات المالية، فالله سبحانه لم يتعبنا بوسائل وصيغ معينة، إنما جاءت الشريعة بوضع ضوابط ومقاصد للمعاملات، وأقرت صيغاً كانت موجودة، وصححت ما فيها من انحراف إن اختلفت مع ضوابط العقود، فلا تقتصر العقود الشرعية على ما ورد ذكره في كتب الفقهاء، أو ما يسمى العقود المسماة، بل إن كل المذاهب القانونية في العالم نجد أنها تقسم الحقوق المالية إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، والحقوق الشخصية لا ترد في كل النظم القانونية المعاصرة على سبيل الحصر، وهذا ما أقرته الشريعة، فكانت القاعدة أن (الأصل في العقود الإباحة) المتفرعة عن (الأصل في الأشياء الإباحة)، أما الحقوق العينية فهي التي ترد على سبيل الحصر، فالعلاقات التعاقدية هي وليدة حاجة مجتمعية، وقد تلد عقوداً جديدة وصيغاً لم تكن موجودة سابقاً، أو قد يطرأ تطور على الصيغ القديمة التي ذكرت في مراجعنا القديمة، وكل ذلك يكون وليداً للحاجة المجتمعية، وليس بالضرورة عند البحث عن صيغ جديدة أن نحاول تشويه الصيغ القديمة الموجودة في مصادرنا لنجعلها تتماشى مع صيغ جديدة، فلا حرج في تشريع صيغ جديدة حتى وإن أتت من مصادر ومراجع غير إسلامية إذا خلت من المخالفات الشرعية، أو بطريقة أخرى اتفقت مع الضوابط العامة للعقود في الشريعة الإسلامية.

والشريعة كذلك احترمت مبدأ سلطان الإرادة ولم تلزمها أن تتعاقد بالكيفية المشرعة بالقانون، بل تركت للإرادة متسعاً أن تُعدّل وتُكيّف في الالتزامات التعاقدية وفق ما يحقق مصالحها وما استقر عليه التعامل بشروط وضوابط تضمن عدم انحراف العقد عن مقتضاه، وعدم معارضة قواعد النظام العام، وبما لا يخرم قاعدة توازن المصالح التي حرصت عليها الشريعة في العقد، بأن لا تطغى مصلحة طرف على طرف، لأن الغرض من تنظيم العقود في كل النظم التشريعية هي الموازنة بين المصالح المتضاربة بين طرفي العقد، فهي غاية التنظيم، ومرتبطة بأصل العدل الذي يقوم عليه التشريع.

ومن هذا المنطلق أشكر شركة شورى للاستشارات الشرعية على إتاحة المجال لي في الكتابة عن الإضافة إلى المستقبل في عقد البيع والإجارة، من حيث الحكم وأثر ذلك في تطوير صيغة المشاركة المتناقصة، ولذا سأبدأ أولاً في تعريف الإضافة إلى المستقبل، وتمييزها عما يشبهها فقهاً وقانوناً، وأنواع





الإضافات، ثم أنتقل إلى حكم الإضافة بشكل عام ثم في البيع والإجارة، وآراء الفقهاء في ذلك، وأخيراً كيف نستعمل ذلك في تطوير صيغة المشاركة المتناقصة، والله سبحانه أسأل التوفيق والسداد.

المبحث الأول: الإضافة إلى المستقبل في التصرفات

المطلب الأول: حقيقة الإضافة إلى المستقبل:

تقسم الالتزامات إلى التزامات بسيطة والتزامات موصوفة أو مُرَّغِبة. والأوصاف قد تلحق استحقاق الالتزام فيجعل العقد في ذاته غير محقق وجوده أو بقاءه؛ بحيث يرتبط هذا الوجود أو البقاء بتحقق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع، فيكون الالتزام في هذه الحالة معلقاً على شرط، أو ما يسمى الالتزام المعلق وجوده على شرط، وأما إن كان الوصف لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة التعاقدية، وإنما يتعلق بنفاذها، أي يؤجل بداية النفاذ أو يحدد نهايته ويكون الالتزام مرتبطاً بواقعة مستقبلية محققة الوقوع؛ فإن الالتزام يكون مضافاً إلى أجل، فالأجل والشرط يتفقان في أنهما أوصاف تلحق الالتزامات في المستقبل، ويختلفان في أن الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الالتزام أو زواله، في حين أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما إرجاء نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. ولذا نجد المادة (٣٩٣) من القانون المدني الأردني عرّفت الشرط بأنه: "الالتزام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم عند تحققه أو زواله عند تحققه". ولا نقصد بالشرط هنا شروط تكوين العقد كالانقضاء والصحة والنفاذ واللزوم، فهذه شروط تدخل في مرحلة تكوين العقد، ولا نقصد كذلك الشروط المقترنة بالعقد والتي تعدّل في الالتزامات التعاقدية لطرفيه بما يحقق مصلحتها، إنما نقصد الشرط الذي يتعلق بوجود الالتزام على وجوده أو زواله، فإذا وعد أبُّ ابنه بسيارة إذا نجح في الثانوية العامة، أو ما يسمى "الجعالة" في الفقه الإسلامي، فإن الأب أنشأ على نفسه التزاماً معلقاً بوجوده على واقعة النجاح، فإذا تحقق الشرط وجد الالتزام. وقد يكون الشرط معلقاً عليه زوال الالتزام، كأن يعطي أب لابنه سيارة ولكن وجودها معه معلق بعدم تقصيره في دراسته، فإن قصر فإن الشرط يكون سبباً لزوال الالتزام.^(١)

أما الأجل فقد جاء في المادة (٤٠٢) من القانون المدني الأردني: "أنه يجوز إضافة التصرف إلى أجل تترتب عند حلوله أحكام نفاذه أو انقضائه"، والأجل قد يكون اتفاقياً، وقد يكون قانونياً، وقد يكون قضائياً، مثل أن أوجرك بيتي من بداية السنة القادمة أو من بداية العام الدراسي. وجاء في مرشد الحيران مادة (٣٢٠): "العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مستقبل، والمضاف ينقصد سبباً في الحال، لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه".

(١) أنظر السهوري، الوسيط، الجزء ٣، بند (٢٠)، ص ٥٤، د. عبدالقادر الفار، أحكام الالتزام، ص ١٣٤ وما بعدها.





ولا بد من بيان أن المسألة التي نريد بحثها هي مستقلة عن مسألة عدم جزم الإرادة، لأنه من شروط انعقاد العقد هو ورود الإرادة الجازمة التي تدل على توجه إرادة المتعاقدين لإنشاء التصرف في الحال بصورة لا ترد معها ولا تسويق، وإلا كانت نية الانعقاد منتفية، لأن التردد في حكم الرفض. فالوعد بالبيع لا يحصل به نقل للملكية لأنه يكون مضافاً إلى زمن مستقبل، إنما نتكلم عن إرادة جازمة في إنشاء العقد غير مترددة، ولكن تريد إضافة أثر الالتزام أو مقتضاه إلى المستقبل.

المطلب الثاني: حكم الإضافة إلى المستقبل:

قلنا أن الالتزامات الموصوفة بأمر مستقبلي إما أن تكون معلقة بشرط أو مضافة إلى أجل، وسأبين هنا حكم هذه التصرفات من الناحية القانونية، وفي مطلب آخر من الناحية الفقهية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الالتزام المعلق على شرط:

يقسم الشرط عند علماء القانون إلى شرط واقع وشرط ناسخ، وحتى يكون الالتزام المعلق على شرط صحيحاً من الناحية القانونية يجب أن يكون على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، وأن لا يكون الشرط مستحيلًا استحالة مطلقة سواء مادية أو قانونية، وأن لا يكون الشرط مخالفاً للنظام العام، أي أن يكون مشروعاً، أنظر المواد (٣٩٣-٤٠١) القانون المدني الأردني، وأنظر مرشد الحيران (٣٩٦)، وأنظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٨١-٨٤.

والالتزام الذي ينشأ معلقاً على شرط، أي علق وجوده على حصول الشرط، يكون أنشأاً للملتزم حقاً شخصياً لا عينياً، وهو حق غير مؤكد قانونياً لاحتمالية تحقق الشرط وعدمه، وله حق توثيقه، ويقبل الانتقال إلى الخلف العام والخاص، ولكن لأنه حق غير مؤكد قبل حصول الشرط المعلق عليه فهو غير قابل للتنفيذ الجبري، لا بشكل مباشر كالمطالبة به، ولا بشكل غير مباشر، فلا يقبل المقاصة مع غيره من الديون.

ولكن إن حصل الشرط الذي عُلقَ عليه الالتزام أصبح الالتزام موجوداً نافذاً مستحق الأداء، ويكون صالحاً لترتيب آثاره من وقت تحقق الشرط. جاء في المادة (٤٠١) القانون المدني الأردني: "المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط"، وهي نفس المادة (٨٢) عن مجلة الأحكام العدلية. وخالف المدني الأردني والفقه الإسلامي القوانين الحديثة التي تجعل أثر الالتزام يعود بأثر رجعي عند تحقق الشرط إلى تاريخ نشوء الالتزام، بينما الفقه الإسلامي لا ينشئ الالتزام إلا من تاريخ تحقق الشرط، ومثل هذا على سبيل المثال؛ إن قال شخص لابنه لك سيارة إن نجحت في الثانوية العامة؛ أن الالتزام ينشأ قبل تحقق الشرط التزاماً وتعهداً شخصياً من جانب الأب لابن، ولا يوجد أي حق عيني للابن بالسيارة إلا من تاريخ





تحقق الشرط، (أنظر السهنوري، الوسيط، ج ٣، ص ٥٤. عبدالقادر الفار، أحكام الالتزام في القانون المدني الأردني ص ١٤٠-١٤٥. وأنظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص ٤٤٧-٤٤٩).

الفرع الثاني: الالتزام المضاف إلى أجل:

الأجل لا يتصور فيه المشروعية وعدمها مثل الشرط، وقد يكون إلى وقت محدد مثل بداية السنة أو إلى وقت معلوم غير محدد مثل بداية العام الدراسي أو يوم عيد الفطر. والالتزام المضاف إلى أجل هو التزام موجود منعقد، ولكنه من ناحية غير نافذ، ويستطيع صاحبه أن يمارس الدعاوي التي تضمن حقه، ويكون قابلاً للانتقال إلى الورثة، ولكن لأنه غير نافذ أو مستحق لا نستطيع المطالبة به بقوة القانون إلا عند استحقاقه. وكذلك لأنه غير مستحق لا تنشأ به مقاصّة. والأجل لها أحكامها الخاصة فيما يتعلق بالديون الثابتة في الذمم ليس مجال بحثها هنا.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في إضافة التصرفات:

تكلت عن آثار الإضافة إلى المستقبل على الالتزامات، ولكن ما هو حكم التصرفات القانونية كالبيع والإجارة وبقية العقود إذا نشأت موصوفة سواء بالتعليق على شرط أو بالإضافة إلى المستقبل، وخاصة في رأي الشريعة الإسلامية؟.

الفرع الأول: حكم تعليق التصرفات بالشرط:

الناظر في المراجع الفقهية يجد أن تعليق التصرف على الشرط المستقبلي لا يجوز على إطلاقه، بل هو جائز في بعض التصرفات، ولم يجز في تصرفات أخرى، جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٨٢: "ويشترط في التعليق أن يكون في الأمور والخصوصيات التي يجوز التعليق بها شرعاً، وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط، فالتعليق فاسد، أي أن الشيء المعلق لا يثبت حتى ولو شرط". و"التعليق يكون صحيحاً إذا كان الشرط المعلق عليه ملائماً، أي يكون الشرط مؤيداً للعقد، وهو في موجباته ومقتضياته"، وذكر العقود التي يصح فيها التعليق: ١- الوكالة، ٢- الكفالة، ٣- الوصية، ٤- الحوالة، ٥- الإبراء وغيرها من الأمور، أما العقود التي لا يجوز فيها التعليق فهي: ١- البيع ٢- الإجارة ٣- الإعارة، ٤- الهبة... وسأركز على البيع والإجارة. ونرى رأي الفقهاء لها بالتفصيل. فجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة على المذهب؛ فضلاً عن الحنفية كما قلت سابقاً، على أنه لا يجوز تعليق البيع على شرط.





قال النووي: "لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول إذا جاء المطر فقد بعْتُكَ. وهذا عقد باطل". النووي، المجموع، ٣٤١/٩.

أنظر السرخسي، المبسوط، ج ٣، ص ١٣٠. النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٩، ص ١٧٠. القرافي، الفروق، ج ١، ص ٢٢٩. المرادوي، الإنصاف، ١١/٢٤٩.

وجاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٨٣: "ولو قال شخص لآخر إذا حضر فلان من سفره بعتك داري بكذا قرش ... فلا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد".

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، م ٢٥٤: "البيع المعلق على شرط لا يصح، فقالوا إنه لا ينعقد به العقد لأنه غير". فالشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق، والبيع مرتبط به وجوداً وعدمًا، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر. النووي، المجموع، ٣٤١/٩. وكذلك لأنه شرط في البيع، وقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط، فكان فاسداً. الزيلعي، تبين الحقائق، ج ٤، ص ١٣٣. وفيه كذلك معنى القمار، فهو تملك فيه معنى المخاطرة. حاشية ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٣٤. وأيضاً هو ينافي الرضا الذي هو ركن العقد، قال القرافي: "إن انتقال الملك يعتمد على الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المعلق عليه أن يعترضه عدم الحصول". الفروق، ج ١، ص ٢٢٩. وكذلك أنه قد يعارض مقتضاه وهو نقل الملك في الحال، والشرط يمنعه. كشف القناع ج ٣/١٨٣. فالقواعد العامة في العقود ترى أن عقد البيع هو عقد ناقل للملكية، وهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، والتعليق لا ينشئ عقد بيع لأنه يتنافى مع مقتضى العقد.

وهناك قول آخر هو رواية عن الإمام أحمد، وهو رأي ابن تيمية وابن القيم. أنظر: ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣، ص ٣٩٩. وابن تيمية، نظرية العقد، ص ٢٢٨. وهذا الرأي هو صحة تعلق البيع بالشرط إذا كان في ذلك منفعة للناس ولم يكن متضمناً ما نهى عنه الله ورسوله، وأدلهم على ذلك:

الأصل في الشروط العقدية الإباحة ما لم يكن هناك دليل شرعي على الحظر، ولم يرد نص يمنع تعليق عقود المعارضات المالية بالشرط، قال ابن تيمية: "الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه، وهو الصحيح". مجموع الفتاوى، ج ٢٩، ص ٣٢٦. وقال ابن القيم: "الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا هو القول الصحيح"، ويقول أيضاً: "فكل ما لم يبين الله ورسوله صلى الله عليه وسلم تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فما كان من هذه الأشياء حراماً فلا بد وأن يكون تحريمه مفصلاً، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفى عنه ولم يحرمه". إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٤ و ٣٨٣. واستدلوا بما ورد عن الشاطبي في الموافقات، ج ١، ص ٢٨٤: "والقاعدة المستمرة التفرقة بين العبادات والمعاملات، لأن الأصل في العبادات التغيير دون الالتفات إلى المعاني، والأصل أن



لا يقدم عليها إلا بإذن، ولا مجال للعقول في اختراع التغيرات، وما كان من المعاملات يكتفى فيه بعدم المنافاة، لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التغير، والأصل فيما الإذن حتى يدل الدليل على خلافه".

وكذلك تم قياس البيع المعلق على شرط على النذر، فلم يقبل التعليق، والبيع لا يقبله. وشنّ على الفقهاء الذين يقبلون التعليق في بعض التصرفات ويرفضونه في أخرى أنه تفريق بدون دليل، يقول ابن القيم: "إن للشرط عند الشارع شأننا ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادها، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطّرد منعكس يقوم عليه الدليل، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فو باطل، وما لم يخالف حكمه فهو لازم، يوضحه الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، والشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام بها أقوى من الالتزام بالنذر". إعلام الموقعين، ج ٣، ص ٤٠٢. واستدلوا كذلك بما ورد أن عامل عمر رضي الله عنه على مكة اشترى داراً للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم وكان البيع موقوفاً على رضى عمر رضي الله عنه. فتح الباري، ج ٥، ص ٦٧/٧٥.

والناظر في أدلة المانعين من الجمهور يرى أنها عامة، وأدلة المجيزين الظاهر أنها أقوى من أصحاب الرأي الأول. ولكن عند التدقيق نجد أن رأي الجمهور هو الأصوب، فهم منعوا التعليق، أي تعليق وجود الالتزام على شرط في العقود التي بطبيعتها ومقتضاها لا يحتمل التأخير، وما كانت طبيعته تقتضي ذلك أجازوه، وهذا يتفق مع القواعد العامة للعقود، فلو قلنا برأي ابن القيم وابن تيمية في جواز التعليق لوقعنا في إشكالية نوع العقد، ومتى تنتقل الملكية للمشتري، وهل خرجت من ملك البائع، ولأشكل علينا أحكام كثير منها، كتبعية الهالك والضمان والزيادة وطبيعة العقد، ولأصبح هناك تضارب في أحكام البيع المستقرة، إضافة إلى أننا وجدناهم في الأدلة التي ساقوها قد خلطوا بين أمرين: بين عقد عُلق وجوده على شرط، أي أن الإرادة غير جازمة ولا يترتب أثره على الموضوع أو العين إلا بحصول الشرط، وهو المقصود ولا يصلح مثله لعقد البيع.

وبين عقد بيع انعقد ووجد الالتزام، ولكن أحد طرفيه قرنه بشرط يسلبه صفة اللزوم كرضى عمر رضي الله عنه، فهو التزام نشأ وبتت فيه الإرادة، ولكنه اقترن بشرط قد يسلبه صفة اللزوم والنفاذ التي تمكن أحد طرفيه من فسخه، ويكون بإرادة الطرفين، وهذا لم أعلم من يخالفه من الفقهاء، فالعقد الموقوف هو عقد صحيح منعقد علق ترتيب آثاره على حصول إجازة في المستقبل ممن يملكها، وكذلك العقد المقترن بخيار الشرط والتعيين، هي عقود منعقدة اقترنت بشروط سلبها صفة اللزوم،



وأغلب الفقهاء على إجازتها، وهي تختلف جوهرياً عن الالتزامات التي يعلق وجودها على حصول الشرط في المستقبل.

والفقهاء في حكم تعليق الإجارة باعتبارها تملك منفعة مثل البيع، فلا يجوز أن تنشأ إجارة معلقة على شرط في المستقبل، جاء في درر الحكام: "لو قال شخص إذا حضر فلان من السفر بعتك داري وأجرتك إياها لا يصح"، ج ١، ص ٨٣.

الفرع الثاني: حكم إضافة التصرفات إلى المستقبل:

ولأن المسألة فيها خلاف في الحكم الشرعي بين البيع والإجارة فسأتناول الموضوع في مسألتين:

المسألة الأولى: البيع المضاف إلى المستقبل:

العقد المضاف: "هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى الزمن المستقبل". الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ٥٧٧/١، وجاء في المادة (٣٢٠) من مرشد الحيران: "العقد المضاف هو ما كان مضافاً إلى وقت مستقبل، والمضاف إليه ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه"، وأما حكم عقد البيع المضاف إلى المستقبل فقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وطائفة من الحنابلة؛ أنه لا يجوز إضافة البيع للمستقبل، فقد جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج ١، ص ٨٤: "والعقود التي لا تصح إضافتها للزمن المستقبل هي البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة، والهبه... ومثال ذلك لو قال شخص لآخر قد بعتك مالي هذا اعتباراً من أول الشهر القادم وقبل هذا الشخص البيع لم يصح".

وادّعى ابن رشد الحفيد الاجماع على ذلك فقال: "وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل، لأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بإثر عقد الصفقة". بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٦.

فعقد البيع هو عقد فوري يوجب نقل الملكية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، والإضافة إلى المستقبل منافية لهذا الموجب، ورد ابن القيم على هذا الأمر في إعلام الموقعين، ج ٢، ص ١٠ و ١١. وقال: "إن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجبا، وكلاهما منتف في هذه المسألة. فلا الشارع أوجب أن يكون المبيع مستحق التسليم عقب العقد، ولا التعاقدان التزماً ذلك". والناظر في جوابه رحمه الله يرى أنه نقل الموضوع من أن موجب عقد البيع نقل الملكية إلى أنه مستحق التسليم، ولم يقل الفقهاء أن موجب التسليم، فالقاعدة المتفق عليها أن العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان.

فنقل الملكية حكم العقد في البيع، أما التسليم؛ فهو التزام يقع على عاتق الطرفين، أي أثر من آثار العقد، ولم يقل أحد بوجود حصوله بعد الانعقاد، بل قد يكون عاجلاً وقد يكون أجلاً بناء على ما





اتفقت إرادة المتعاقدين، حتى لو نظرنا إلى تعريف العقد فهو: "ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله". والمراد انتقال الملكية، والإضافة إلى المستقبل، تمنع ترتيب حكم عقد البيع، أما التسليم فمسألة أخرى يتفق الفقهاء معه في حكمها، والعقد الذي أضيف إلى المستقبل، أي أنه أُجِّل انعقاده إلى زمن مستقبل كما في البيع لأن طبيعته لا تقبل الإضافة. فالتأجيل إلى المستقبل لا ينشئ عقد بيع كما في العقود الأخرى التي ينشأ فيها السبب ويتأخر تنفيذه، وسببه أن طبيعة العقد ومحله أنه عقد ممتد، والزمن عنصر جوهري فيه كما في عقد الإيجار، بينما البيع عقد فوري والزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه. وقد أورد الدكتور نزيه حماد حفظه الله في بحثه المقدم إلى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، ج ٤، ص ٣٣٧١، "ويؤكد صحة الجواب أن العقد المضاف إلى المستقبل وإن كان ينعقد سبباً في الحال؛ لكن حكمه يتأخر وقوعه إلى حلول الوقت المضاف إليه كما أسلفنا، وهذا يقتضي عدم ترتيب حكم البيع المضاف إلى المستقبل، وهو نقل الملكية، إلى المشتري والتمن إلى البائع في الحال وتراخيه إلى حدوث الزمان الذي أضيف إليه خلافاً للبيع المنجز". ولكن يرد على ذلك إن كان العقد الذي تمَّ لم ينقل الملكية من البائع للمشتري ولا الثمن إلى البائع فهل يجوز أن يسمى بيعاً؟!، إذا كان تعريف عقد البيع أنه عقد لنقل ملكية سلعة بعبء، وعدم خروجها من ملك البائع يعني أنها ملكه يجوز أن تجري عليها منه جميع التصرفات القانونية من هبة وبيع آخر ورهن وعقد إيجار، فما حكمها لو وقعت بعد العقد وقبل مجيء الزمن المستقبل، فهي صدرت من مالك، ونحن نعلم أن من مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، وهل يجوز لشخص أن يقيد مكنتات المالك دون مبرر ومسوغ قانوني.

ومن أدلتهم أن البيع المضاف إلى المستقبل غرر، والغرر منهي عنه. وكذلك بأن الأعيان لا تقبل التأجيل أصلاً فلا يؤمن هلاكها قبل حلول الأجل، وهذا استدلال ضعيف، لأن ما أورده يرد عليهم أنه قد ترد الصورة على العقد بعد انعقاده وقبل التسليم، وقد تملك العين، وهذا يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل، فهذه الصفة قد ترد على الأعيان قبل الانعقاد فتمنع انعقاد العقد، وقد ترد على الأعيان بعد انعقاد العقد وقبل التسليم يحصل هلاك للعين محل العقد مما يؤدي إلى انفساخ العقد لانعدام المحل ولا إشكال في ذلك.

يرى ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله أن البيع المضاف إلى المستقبل صحيح، وأدلتهم على ذلك؛ نظرية العقد، ص ٢٣٤، وإعلام الموقعين، ج ٢، ص ١١: "الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد". الفتاوى الكبرى، ج ٤، ص ٩٤، وقال أيضاً: "فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب البيع، ولا العاقدان التزماً ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معيناً بثمن حال، وتارة يشترطان تأخير تسليم الثمن كما في السلم، وكذلك في الأعيان قد يكون





مقصود البائع تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بعيه من النبي صلى الله عليه وسلم واستثنى ظهره إلى المدينة". مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ج ٢، ص ٥٤٤.

والناظر إلى الأدلة يجد أن هناك خلطاً بين انعقاد العقد وبين العقد المنعقد الذي يجوز للمتعاقدين أن يكيفا آثاره وفق مصالحهما، فالآثار إذا انعقد العقد يجوز أن تضاف إلى المستقبل، والحديث الذي ساقه باع واشترط أي عدل في الالتزامات التعاقدية، وهذه مسألة لا خلاف فيها بين العلماء، ولكن المسألة التي يدور عليها الخلاف؛ لا يريد أن يبيع الآن بل في المستقبل، فهل يعدُّ هذا بيعاً وهل تقبله القواعد العامة للبيع.

هناك قول ثالث للإمام الشوكاني رحمه الله وحاول فيه أن يأخذ رأياً وسطاً بين الجمهور وبين ابن تيمية رحمه الله.

فإن كانت الأعيان المضاف بيعها إلى المستقبل فيها غرر وجهالة فلا يجوز بيعها مضافة، أما إن كان الغرر والجهالة منتفيين فإنه يصح البيع بالإضافة إلى المستقبل، يقول: "لو قال بعث منك هذا بعد سنة كان بيعاً شرعياً إذا حصل التراضي وطيبة النفس ويخرج من ملك البائع إلى ملك المشتري بعد مضي سنة". السيل الجرار، ج ٣، ص ٧.

ويقول: "ولا مانع من أن يحصل التراضي على انتقال الملك من ملك البائع إلى المشتري بعد شهر أو سنة أو أكثر إذا كان مما لا يجوز فيه المصير إلى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي، كالأراضي ونحوها من الأعيان التي لا تتغير بمضي المدة من الزمان، فهذه تجارة عن تراض أباحها الشرع ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل". السيل الجرار، ج ٣، ص ٥٩-٦٠.

المسألة الثانية: الإجارة المضافة إلى المستقبل:

إن عقد الإجارة هو من العقود التي ترد على منفعة العين أو منفعة الأشخاص، وعقد الإيجار من العقود الممتدة التي يعد عنصر الزمن فيها جوهرياً، فالمنفعة ليست كالملكية التي تنتقل دفعة واحدة بموجب عقد البيع إلى المشتري، فالمنفعة تتحصل شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن، فمرور الزمن أمر ضروري لتحصيل المنفعة، لذا طبيعة العقد هذه جعلت حكمه عند جمهور الفقهاء يختلف من حيث الإضافة إلى المستقبل عن البيع.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، والحنابلة إلى جواز وصحة الإجارة المضافة إلى المستقبل. بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٢٦، ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٩، يقول ابن عابدين في رد المحتار، ج ٤، ص ٢٢٤: "الإجارة تقبل الإضافة". وجاء في درر الحكام لعلي حيدر، ج ١، ص ٨٤: "العقود التي يجوز إضافتها إلى المستقبل الإجارة والمساقاة والمزارعة والمضاربة والوكالة ... مثال لو قال أحد لآخر أجزت داري اعتباراً من الغد ببديل قدره كذا فيكون ذلك صحيحاً"، وجاء في المادة (٤٠٨)، مجلة الأحكام العدلية:





"الإجارة المضافة إيجار معتبر..". وجاء في المادة (٤٤٠)، مجلة الأحكام العدلية: "الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها، بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله ما أن وقتها". ويقول الاستاذ الزرقا رحمه الله: "والإجارة تقبل الإضافة إلى المستقبل، لأن معنى الإضافة موجود في طبيعتها لكونها عقداً زمنياً، بمعنى أن الزمن المستقبل هو عنصر أساسي في تنفيذها". المدخل الفقهي، ج ١، ص ٥٨٢.

يرى الشافعية عدم جواز إجارة العين مضافة إلى المستقبل حيث تكون منفعة العين في الوقت الذي أضيفت إليه غير مقدورة التسليم. الشريبي، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٣٨، والقدرة على التسليم هذه أثر في الآثار اللاحقة لانعقاد العقد وليس لها بانعقادها أثر مثلها مثل باقي العقود.

هذه أقوال العلماء في البيع المعلق على شرط والمضاف إلى المستقبل. حيث إن الجمهور مع عدم جواز مثل هذا الأمر لأن طبيعة وأحكام عقد البيع والغرض الذي شرع له يتنافى مع جواز ذلك، فهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية دفعة واحدة، وبعد انعقاد العقد يظهر الأثر في المحل بانتقال الملكية، ولكن لم يمنع الفقهاء المتعاقدين من أن يقترا عقد البيع بشروط تعدل في التزاماتهما التعاقدية بما يضمن تحقيق مصالحهما، وهذه الشروط قد تؤجل تسليم أحد البديلين أو تسلب العقد صفة اللزوم بما يؤدي إلى إمكانية فسخ العقد مستقبلاً، كالعقود التي نشأت مقترنة بالخيارات الإرادية مثل الشرط والتعيين أو شرط التجربة، أو العقود التي اقتترت بخيارات يفرضها القانون فهي عقود منعقدة ترتب عليها حكمها، ولكن هناك إمكانية لفسخها، وهذه في حقيقتها تختلف عن العقود التي أجّل المتعاقدان حصول العقد في ذاته على حصول شرط أو مرور زمن، فلا يتكون العقد ولا ينشأ إلا بحصول المعلق عليه، فكيف نسمي ما اتفق عليه المتعاقدان قبل حصول الشرط أو مرور الزمن عقد بيع؟.

وكيف يستقيم الأمر لو تمت تسميته عقد بيع؟. فعلى أي أساس سنبن الأحكام الفقهية لهذه العين؟. هي ملك من؟ وما طبيعة اليد التي عليها؟. وما حكم تصرفات مالكها التي قد تحدث قبل حصول الشرط سواء كانت مادية أم قانونية؟. وما طبيعة حق المتعاقد معه؟. ونسبة الهلاك؟. فلو دققنا في هذه الأحكام لوجدناها تختلف كلية عن الأحكام التي تختص بعقد البيع، فما الذي يمنع أن نكييفها قبل حصول الشرط أو قبل مرور الزمن المتفق عليه عقداً آخر له طبيعته الخاصة به التي يختلف بها عن البيع، وهذا ما سأتناوله في المطالب القادمة إن شاء الله.

أما عقد الإيجار؛ فإضافته إلى المستقبل لا يتعارض مع طبيعته ولا مقتضى حكمه، ولذا جازت إضافته لا تعليقه الذي قد يؤثر على جزم الإرادتين ويمنع انعقاده حالاً، أما الإضافة فلا تمنع انعقاده في الحال عقداً صحيحاً ملزماً لطرفيه فتكون الإضافة منصبّة على تأجيل آثاره كالتسليم والتمكين، وعليه لا إشكال بإضافته مع طبيعته، بل جاءت الإضافة متفقة مع طبيعة ومقتضى عقد الإيجار الذي كان





الزمن عنصراً جوهرياً في تكوينه، ولن يتحصل مقتضاه إلا في المستقبل شيئاً فشيئاً، ورأينا كيف خلط من أجاز الإضافة والتعليق في البيع بين فرضين: العقد الذي يؤجل عقده ووجوده كرابط قانوني إلى حصول شرط أو مرور زمن، وهذا الذي منعه جمهور الفقهاء.

والفرض الآخر، وهو العقد الذي نشأ حين ارتبط الإيجاب بالقبول على المحل المشروع وظهر الحكم في المحل. والعقود المنعقدة هي التي تنشئ الآثار، وإن هذه الآثار لا مانع عند الفقهاء من إضافتها للمستقبل، فلم يوجب الفقهاء فورية الآثار بعد الانعقاد إلا استثناء في العقود الربوية، والقاعدة عند الفقهاء أنه يجوز أن تقتزن العقود بشروط إن كانت هذه الشروط تتحقق مصلحة حقيقية لأحد المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد "أي حكمه" وكانت في ذاتها مشروعة.

المبحث الثاني: حاجة المؤسسات المالية الإسلامية للصيغ المستقبلية:

إن كثيراً من الصيغ التي تمر بها المؤسسات المالية الإسلامية تقوم على الوعد كما في المرابحة والإيجار المنتهي بالتمليك، وكذلك المشاركة المتناقصة، وفي صكوك التأجير وبيع الشقق، وفي التأمين التكافلي وغيرها من الصيغ التي كلما مر الوقت كنا بحاجة فيها إلى وعد ومواعدة. ومسألة الوعد مسألة مختلفة فيها فقهيّاً، حيث إن بعض الفقهاء يرى أن الوعد ملزم من ناحية ديانية لا قضائية، والبعض الآخر يرى إلزاميته من الناحية القضائية بشروط خاصة في الفقه الحنفي والمالكي. وكثير من الهيئات الشرعية في المرابحة في البنوك الإسلامية اشترطت عدم إلزامية الوعد. وحسب معايير (أيوفي) فإن "الوعد إن كان من طرف واحد كان ملزماً له من الناحية القانونية"، ولكن المجمع الفقهي ومعايير (أيوفي) رفضت المواعدة إن كانت من طرفين لأنها بمعنى البيع المعلق والمضاف، وهذا غير مقبول فقهيّاً.

المطلب الأول: تعريف الوعد ورأي الفقهاء فيه:

الفرع الأول: ماهية الوعد:

الوعد والعِدّة يكونان مصدرًا واسماً، ويأتي بمعنى العهد، ويقال في الخير وعده، وفي الشر أوعده، أنظر ابن منظور، لسان العرب، باب الدال فصل الواو، ج ٣، ص ٤٦١-٤٦٣. هذا لغة؛ أما في الاصطلاح فقد عرف ابن عرفة الوعد في كتابه الحدود: "العِدّة إخبار عن إنشاء الخَيْرِ معروفاً في المستقبل". الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص ٢٥٣. وانظر عليش، فتح العلي المالك، ج ١، ص ٢٥٤. وعرفه العيني من الحنفية بقوله: "إخبار بإيصال الخير في المستقبل". العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج ١، ص ٢٢٠. وعرفه المدني الأردني في المادة (٢٥٤): "الوعد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل على سبيل الالتزام في الحال". وقد يقع الوعد على عقد أو عمل



ويلزم صاحبه، وهنا نجد خلافاً في مفهوم الوعد بين الفهم الفقهي والفهم القانوني، فعَدَّ الفقهاء الوعد هو مجرد إخبار عن إنشاء المخبر الالتزام، ولم يرقَ هذا الإخبار إلى درجة التزام بالقيام بالشيء، أي أن نطاقه لم يدخل دائرة القانون بل بقي في نطاق دائرة الأخلاق والقواعد الاجتماعية.

والقانون عنده ما كان داخلاً في نطاق الأخلاق والآداب والقواعد الاجتماعية لا يسمى التزاماً قانونياً، إنما نسميه التزاماً طبيعياً والتزاماً أدبياً، والذي يهتم به هو الالتزامات القانونية التي تحوي على عنصرين هما المديونية والمسؤولية، أما الالتزامات الأخرى فتحوي عنصر المديونية فقط دون المسؤولية، وهذه الفكرة قريبة من الفقه الإسلامي بفكرة الالتزام الدياني والالتزام القضائي، أو الواجب ديانة والواجب قضاءً، والفقهاء عندما تكلموا عن الوعد، الملاحظ من خلال التعريف أنه يقصد الوعد الذي يكون في نطاق الأخلاق والآداب، وهذا ملزم ديانةً لا قضاءً، أما القانون فإنه لا يهتم بمن هو خارج نطاق القانون، لذا كان تعريفه للوعد الذي يدخل نطاقه ويكون ليس مجرد إخبار بل إلزام الشخص نفسه، أو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل.

وفي الفقه القانوني استقر الأمر على أن الإرادة المنفردة هي مصدر من مصادر الالتزام، وفكرة الوعد في القوانين الحديثة هي جوهر الالتزام الانفرادي، وأطلقوا على هذه النظرية اسم نظرية الوعد، وهي التسمية التي أطلقها الألمان على هذه النظرية عند صياغتها في منتصف القرن التاسع عشر، وكان كتاب الفقيه الألماني سيجل "الوعد كمصدر للالتزام"، صالح بولجيه، كتاب التصرف الانفرادي، ص ٢٤٧. والفقه الإسلامي يقر أن الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام ونطاقها أوسع من القانون، وجوهر الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة هي فكرة الوعد، فالإيجاب الممتد ما هو إلا وعد بالبقاء على الإيجاب، والنذر وعد بالقيام بعمل، والكفالة وعد بالوفاء بالالتزام، وأغلب الشروط هي وعد بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل في المستقبل.

فهذه الوعود إذا دخلت الالتزامات والتصرفات خرجت عن كونها من الواجبات الديانية أو خرجت عن دائرة الأخلاق. والأصل أن تدخل دائرة الواجبات القضائية أو الالتزامات القانونية، ولذا نجد الخطاب المالكي في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) قد فرق بوضوح بين الالتزام والعدة فقال: "الالتزام إلزام الشخص نفسه من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء" ص ٦٩، بينما العدة إخبار عن إنشاء، فكأن الإرادة غير جازمة، أما إن كانت الإرادة جازمة فإنه يسمى التزاماً، سواء كان معلقاً أو مطلقاً عن التعيين.

فالإخبار بمعنى الإعلام بما يحتمل الصدق والكذب، أنظر: محمد رؤاس قلعي، معجم لغة الفقهاء، ص ٨٥.

والإخبار لا يستعمل عند الفقهاء للدلالة على إنشاء الالتزامات، أما الإنشاء أو الفرض فهو الذي يستخدم للدلالة على الإنشاء. يقول ابن الهمام في فتح القدير، ج ٥، ص ٧٤: "الإنشاء إثبات يفيد حكماً



يثبت جبراً". وعليه يكون الوعد على تعريف الفقهاء إعلام عن إيقاع وليس إيقاعاً للالتزام، وكأن فيصّل التفريق بينهما قضية الإرادة، فإن كان الملتزم يريد الإخبار والإعلام عن نيته فهذه بقيت في نطاق الالتزامات الأدبية التي فيها عنصر المديونية، ولكن لا يوجد فيها عنصر المسؤولية، أما إن فرض على نفسه القيام بعمل بإرادة جازمة فالإرادة الجازمة من الشخص فحماً قادرة على إنشاء الالتزام، فالوصية والوقف والنذر التزامات تنشأ بإرادة واحدة.

وكثيراً ما يقال إن الوعد على رأي المالكية الذين أفتوا بلزومه قضائياً اقتصر على المعروف، ولهذا هو لا يخرج عن التبرعات، أما المعاوضات فالأصل أن لا يلحقها ولا يكون لازماً بها. وكلمة معروف الواردة في تعريف ابن عرفه للعدة لفظ مجمل تحتمل أن يكون المقصود بها عقود التبرعات، وقد يقصد بها المعروف الجائز شرعاً، أي اللفظ المقابل للمنكر، ومما يؤيد هذا التفسير تعريف العيني عندما قال: "الخير"، فهو مفهوم عام يشمل الجائز شرعاً وعكسه الشر، وعليه: الوعد أعم من أن يكون التزاماً قانونياً، فقد يكون مجرد إعلام والإرادة فيه غير جازمة، وقد يأتي بصيغة التزام. يقول صاحب عون المعبود، العظيم آبادي، ج ١٢، ص ٤٤٤-٤٤٥: "فإن الوعد هو العهد الموثق ويجوز أن يوجد الوعد من غير توثيق، فالوعد أعم من العهد بأن العهد لا يطلق إلا إذا كان الوعد موثقاً، والوعد أعم من أن يكون موثقاً أو لا يكون، ومن جهة أخرى يكون العهد أعم من الوعد بأن الوعد لا يطلق إلا على ما يكون لشخص آخر، والعهد يطلق على ما يكون لشخص آخر ولنفسه". والفقهاء الحنفي اختلف في حقيقة الاستصناع أهو بيع أم موعدة؟. والراجح عندهم أنه بيع، وهذا دليل على أنه لا يقتصر على التبرعات كما ذهب بعض المعاصرين الذين أجازوا المراجعة للأمر بالشراء بشرط عدم إلزامية الوعد. يقول ابن الهمام في فتح القدير، ج ٦، ص ٢٤٢: "واختلفوا في جوازه هل هو بيع أم عدة؟. والصحيح أنه بيع، وهذا مذهب عامة مشايخنا، وذهب الحاكم الشهيد إلى القول أنه موعدة، وينعقد عقداً بالتعاطي إذا جاء مفروغاً، ولهذا ثبت لكل منهما الخيار. ووجه قولهم إنه بيع أنه أثبت فيه الخيار، وذكر في جوازه الاستحسان والقياس، ولا يجوز إلا فيما يتعامل فيه، والموعدة تجوز في الكل".

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في حكم الوعد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى استحباب الوفاء بالوعد وأنه من مكارم الأخلاق وإخلافه ليس من صفات المؤمنين، يقول الكاساني في البدائع، ج ٥، ص ٢: "صح عقد الاستصناع بيعاً لا موعدة لأنه يجري فيه التعاطي، وإنما يتعاطى في الواجب لا في الموعود". وجاء في تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب، ص ١٥٤: "وأما العدة فيقضى بها مطلقاً، وقيل لا يقضى بها مطلقاً".

وأما الشافعية: يقول الإمام النووي في روضة الطالبين: "الوفاء بالوعد مستحب استحباباً متأكداً ويكره إخلافه كراهية شديدة"، ج ٥، ص ٣٩٠. ويقول الخطيب الشربيني: "يشترط في الضمان والكفالة



لفظ يُشعر بالالتزام، ولو قال أؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد بالالتزام لا يلزم الوفاء به لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام إلا إن صحبته قرينة الالتزام فيلزم". مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠٦. وعند الحنابلة جاء في كشف القناع للبهوتي، ج ٣، ص ٣٦٣: "إن قال أنا أؤدي المال أو ما عليه أو أحضر ما عليه لم يصر ضامناً، لأنه وعد وليس بالتزام". والفقهاء لهم عدّة أدلة على هذا الرأي يرجع إليها في مظانها، وأهم حججهم القانونية أن الوعد من جنس التبرعات، والتبرعات عقود غير لازمة. يقول الكاندهلوي في أوجز المسالك، ج ٨، ص ٤٢٧: "ورأي أبي حنيفة وأصحابه والأوزاعي والشافعي وسائر الفقهاء أن العدة لا يلزم منها بشيء لأنها منافع لم تقبض في العارية، وفي غير العارية هي أشخاص وأعيان موهوبة لم تقبض، فلصاحبها الرجوع فيها".

القائلون بوجوب الوفاء بالوعد: ذهب إلى هذا الرأي عدد من العلماء منهم ابن شبرمة، وابن الشاط، وابن العربي، والخليفة عمر بن عبد العزيز، وقال البخاري إنه رأي الصحابة سمرة بن جندب والقاضي ابن الأشوع والحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، ورأي الإمام الغزالي، وذكر ابن رجب الحنبلي أن عليه طائفة من أهل الظاهر، فقد ذكر ابن حزم في المحلى، ج ٦، ص ٢٧٨: "وقال ابن شبرمة: الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر". وقال ابن الشاط في إدرار الشروق في التنقيب عن مسائل الفروق مطبوع مع الفروق، ج ٤، ص ٢٤: "إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى الظواهر الشرعية إلا حيث يتعذر الوفاء، والرسول صلى الله عليه وسلم نفى الحرج، لأنه إن وقى فلا حرج، وإن لم يف لعذر فلا حرج، وإن كان قادراً ولم يف فالظواهر تقتضي الحرج. وقولهم اختلف الفقهاء في وجوب الوفاء بالوعد والصحيح عندي لزوم الوفاء بالوعد مطلقاً، ويتعين تأويل ما يناقض ذلك. ويجمع بين الأدلة". وذكر ابن العربي في أحكام القرآن، ج ٤، ص ١٧٧٨، أنواع الوعد من حيث كونه مجرداً أو معلقاً على سبب، وقال: "إن كان الوعد مجرداً فيلزم بمطلقه". وقال في موقع آخر، ج ٤، ص ١٧٨٨: "والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر". وذكر ابن العربي أن هذا هو رأي عمر بن عبدالعزيز، وكذلك ذكر ذلك ابن حجر، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٢١، وذكر البخاري في باب من أمر بإنجاز الوعد: "وفعله الحسن، وقضى به ابن الأشوع بالوعد، وذكره عن سمرة بن جندب قال ابو عبدالله: ورأيت إسحاق بن راهويه يحتج بحديث ابن الأشوع". وقصده بالحسن الحسن البصري تابعي وهو إمام أهل البصرة. وابن الأشوع سعيد بن عمر الأشوع قاضي الكوفة، وسمرة بن جندب، صحابي جليل، وإسحاق بن راهويه أحد كبار الحفاظ الثقات وهو أستاذ البخاري.

أنظر الأعلام للزركلي، ج ٢، ص ٢٢٦، و ج ١، ص ٢٩٢، وأسد الغابة في معرفة الصحابة، ج ٢، ص ٣٥٢. وذكر الإمام الغزالي في إحياء علوم الدين: "أنه إذا فهم الجزم من الوعد فلا بد من الوفاء إلا أن يتعذر". ج ٢، ص ١٣٢. وأهم ما استدلل به من قال بوجوب الوفاء بالوعد بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون". (الآية ١ من سورة الصف).



يقول ابن كثير في تفسير الآية: "إنكار على من وعد وعداً ولم يف به، وبهذه الآية احتج من السلف من قال بوجوب الوفاء بالوعد مطلقاً، فالله سبحانه أكد الإنكار في الآية". ج ٤، ص ٣٨٢، واحتجوا بأدلة كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

القائلون بوجوب الوفاء بالوعد إذا عقد على سبب:

ذهب فقهاء من المالكية في وجوب القضاء بالعدة أن القضاء بها واجب إذا عقدت على سبب، وهؤلاء انقسموا إلى فريقين: فريق اشترط أن ينعقد الوعد على سبب وهو شرط وجوب القضاء به، وفريق ذهب إلى أن الوجوب يشترط له الانعقاد على سبب ودخول الموعد بالسبب. وذهب إلى الرأي الأول وهو أنه يجب بمجرد انعقاده على سبب "أصبغ" أبو عبد الله أصبغ بن الفرّج، وهو أستاذ القرطبي ولد سنة ١٥٠ بمصر، يقول ابن رشد: "سئل أصبغ عن العدة والرأي الذي يقضي به على من كان ذلك منه، قيل رأيت لو أن رجلاً أتاني فقال أريد نكاحاً فأسلفني فقلت نعم... فقلت بدا لي ألا أسلفك إنما قلت سأفعل، هل يحكم علي بمثل هذه العدة؟ قال: نعم، يحكم عليك ويجبرك السلطان على ذلك! قلت فإن كان لم ينكح بعد فأعلمته أنني لا أسلفه شيئاً، أيلزمني القضاء بما وعدته ولم يدخل بسبب وعدي في شيء؟ قال: لا رجوع لك فيه، سواء نكح أم لم ينكح، العدة تلزمك سواء نشب بالأمر الذي سألتك بالسلف له أم لم ينشب فيه بعد". ابن رشد، البيان والتحصيل، ج ١٥، ص ٣٤٣، وانظر الخطاب، تحرير الكلام، ص ١٥٦-١٥٧، وانظر القرافي، الفروق، ج ٤، ص ٢٤.

أما الفريق الثاني الذين أوجبوا الوفاء بانعقاده على سبب وبدخوله بالسبب فقد روي عن ابن القاسم وسحنون وقيل عليه المذهب. يقول في فتح العلي المالك، عيش، ج ١، ص ٢٥٦: "ويقضي بها إن كانت على سبب ودخل الموعد بسبب العدة في شيء، وهو المشهور من الأقوال.... قال محمد بن رشد: قوله يع وأنا أرضيك عدة إلا أنها على سبب وهو البيع، والعدة إن كانت على سبب لزم بحصول السبب في المشهور من الأقوال... وهذا قول ابن القاسم في سماعه من كتاب العارية، وقول سحنون في كتاب العدة"، وانظر الخطاب، تحرير الكلام، ص ١٥٦، وانظر ابن رشد، البيان والتحصيل، ج ١٥، ص ٣٤٢. القائلون بوجوب الوفاء بالوعد إذا كان معلقاً: قلنا إن المذهب الحنفي الراجح فيه استحباب الوفاء بالوعد، ولكن وجدنا أن المذهب الحنفي له استثناء على هذا الأصل وهو أن المواعيد إذا كانت معلقة تكون ملزمة، وكذلك إذا اقتضت حاجة الناس لزوم الوعد، جاء في المادة (٨٤) من مجلة الأحكام العدلية: "المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة". وعللوا لزومها "لأنه يظهر فيها معنى الالتزام والعقد"، علي حيدر، درر الحكام، ج ١، ص ٣٢، وكذلك أوجبوا الوعد في بيع الوفاء لحاجة الناس لذلك، يقول ابن عابدين: "تم ذكر الفسخ فيه أو قبله أو زعماه غير لازم كان بيعاً فاسداً، ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح" ج ٥، ص ٢٧٧.





بعد استعراض آراء الفقهاء في الوعد نجد أن الأغلب يقولون أن صيغة الوعد إذا صحبتها قرينة تدل على الالتزام أو إذا كانت معلقة أو عقدت على سبب فإنها تلزم لأنها تشعر بالالتزام. وكذلك أن الوعد إذا ترتب على عدم الوفاء به ضرر فإنه يجب الوفاء به، وكذلك أن الوفاء بالوعد ليس على إطلاقه، ورأينا كيف انقسم الفقه المالكي في رأيه في الوعد، وكذلك الفقه الحنفي وبقية المذاهب، مما يوحي أن صيغة الوعد مشكلة، وكأن الفقهاء يبحثون عن ضابط يميز فيه بين المواعيد التي تكون ملزمة قضاءً وديانةً، والمواعيد التي تكون ملزمة ديانةً فقط، وتعدد الآراء ما هو إلا لمحاولة وضع ضوابط تميز للمسألة، فالقول باللزامية الوعد على إطلاقه غير ممكن، وكذلك القول بعدم إلزاميته على إطلاقه فيه ضرر كبير، وأرى أن حل الإشكالية يكون في وضع ضوابط تميز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من الوعود، ومن خلال أقوال الفقهاء نرى أنهم اتفقوا على أن المواعيد التي ترد على الأمور الأخلاقية بين الناس هذه تكون مستحبة الوفاء بها من الناحية الديانية، ولكنها غير ملزمة قضاءً، أما المواعيد التي ترد على أمور المعاملات القانونية كالوعد بالبيع والإجارة والقرض والعارية وغيرها من التصرفات فهذه إما تكون إرادة الواعد فيها، إرادة مساومة ومفاوضة متمحضةً للاستقبال ولا يفهم منها دلالة الالتزام وهذه لا تكون ملزمة. وإما أن يكون الوعد بإرادة جادة ونهائية وجازمة وموضوع هذه الإرادة أنه ألزم نفسه بالقيام بالتزام بالمستقبل، فهذه الصيغة الأصل أنها ملزمة ديانةً وقضاءً، ولكن الفقهاء هذه الصيغة بعضهم حصرها على أمور التبرعات فلا يجوز أن تلحق عقود المعاوضات، والبعوض منهم قال: إن العدة تلحق كل شيء جائز شرعاً. وحاول المجمع الفقهي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية كذلك في المعيار (٤٩) ضبط الوعد والمواعيد التي تدخل المعاملات المالية الحديثة وخاصة المؤسسات المالية الإسلامية، فجعل الوعد الذي يصدر بإرادة جازمة لفعل أمر في المستقبل ويكون الغير مخيراً في الاستفادة من الوعد، وأن لا يكون الوعد بفعل محرم شرعاً أو تحايلاً على الربا كالوعد على العينة أو أن يجر القرض نفعاً، أما في التصرفات المالية المباحة فيجب الوفاء به ديانةً، وإخلافه بلا عذر إثم، 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 أنه ملزم ديانةً غير ملزم قضاءً إلا إذا رتب ضرراً فإنه يصبح واجب التعويض، وهذا من ناحية قانونية مستحيل التطبيق حالياً، فإما أن تقول إن الوعد ملزم قضاءً وبالتالي الإخلال به يوجب المساءلة القانونية في حال وجود ضرر، وإما أن تقول أنه غير واجب قضاءً وبالتالي الإخلال به حتى وإن سبب ضرراً لا يجوز المطالبة بالتعويض به.

وكذلك قالوا: إن الوعد الملزم قضاءً يلزم الواعد فقط، ولا يلزم الموعود له، وقالوا: إن الوعد بالتبرعات لا يلزم قضاءً إلا إذا كان على سبب فيه كلفة على الموعود له فيلزم قضاءً، ويجوز كذلك أن ينشأ الوعد على عقد معاوضة في المستقبل بحيث يكون محل الوعد عقداً مختلفاً عن العقد الأول، فقالوا إنه يلزم





قضاءً إذا دخل الموعد له في كلفة، وكذلك العقد النهائي لا يتم تلقائياً بل يجب أن ينجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول في حال كونه وعداً ملزماً.

أما المواعدة التي يقصد بها وعدان متقابلان من طرفين بإيقاع فعلٍ من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وبزمن واحد إذا كانت على أفعال وتصرفات مباحة شرعاً، فقالوا إنها لازمة ديانة لا قضاءً، إلا في الحالات التي لا يمكن إنجاز المعاملة التجارية حقيقة دون وعد ملزم إما بحكم القانون أو بحكم الأعراف التجارية وليس لأغراض التمويل.

وهذا المعيار أيضاً فيه إشكالية، فالمشروعية دائماً صفة يجب أن تسبق التصرف لا أن تكون لاحقة عليه، والأصل أن يكون الضابط ابتداءً يميز بين ما هو ملزم وغير ملزم، لا أن يترك الأمر حتى يحصل الضرر أو يتركه لطبيعة المعاملة، وقالوا إن المواعدة لا تُعدُّ عقداً مضافاً إلى المستقبل والعقد الموعد لا يتم تلقائياً عند حلول الموعد بل ينجز في حينه بتبادل الإيجاب والقبول ويجب على الطرفين الوفاء لأن المواعدة تلزم الطرفين، وإلا تحمل الضرر الفعلي. وذكر المعيار بعض الحالات التي يكون فيها الوعد ملزماً في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية. وأرى أن المعيار فيه إشكال وفيه تضيق على المؤسسات المالية الإسلامية ولم تحل فيه إشكالية الوعد أو لم يخرجوا منه ضابطاً واضحاً يميز فيه بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم في العِدات، مع أن الأقوال الفقهية فيها سعة إن أردنا ذلك.

وكذلك أرى أنه لا مانع شرعاً من أن ننظر كيف ضبط القانون المدني مسألة الوعد وحاول فهم حقيقته، وأن نستفيد منها في محاولة ضبط الموضوع، فبداية كانت مسألة الوعد في المراجعة، ومع مرور الزمن بدأت مسألة الوعد تدخل في أهم الأساليب والصيغ التي تجرّها المؤسسات المالية الإسلامية، وكثير من المعاملات المالية في الوقت الحاضر تقوم عليها، فأغلب القوانين المدنية في العالم العربي نظمت مسألة الوعد بالتعاقد واعتبروه التزاماً قد ينشأ بإرادة منفردة ويخلق جميع التصرفات ويكون ملزماً لمن أصدره كوعد البيع يلزم البائع ووعد الشراء يلزم المشتري، وقد يكون مواعدة أو عقد وعد أو ما يسمى بالبيع الابتدائي ويكون ملزماً للطرفين. أنظر: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، أنور سلطان، ص ٦٠، وكذلك السهوري، نظرية العقد، ص ٢٦٢. وتكلم القانون المدني الأردني في المواد (٩٢، ١٠٥، ١٠٦) في مسألة الوعد بالتعاقد بما يتفق وأحكام القانون، مع أن القانون المدني الأردني اعتمد على المجلة والفقه الإسلامي في معظم أحكامه، واشترط القانون الأردني شروطاً له مثل تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وتعيين الثمن أو وضع مؤشرٍ لتعيينه دون تعقيد بحيث لا يفضي إلى تنازع، وتحديد المدة التي يتم الالتزام فيها. أنظر: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المادة ٩٢، ص ٩٩، ج ١.



والوعد في القانون إذا صدر بإرادة الطرفين فإنه يقع عقداً ملزماً إذا توافرت الشروط آنفة الذكر، وهو لا يكسب الموعد له إلا حقوقاً شخصية قبل الواعد، فعقد الوعد لا يرتب إلا التزاماً وحقوقاً شخصية على الواعد أو من أصدره حتى لو كان من شأن العقد النهائي أن 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 أن تراعى في التنازل إجراءات حوالة الحق، وفي حال أخل الواعد بالتزامه بموجب عقد الوعد فإن من حق الموعد له أن يرجع عليه بالتعويض، ومن حق الموعد له أن يأخذ تأمينات عينية لحقه، وأن يقوم بأعمال التوثيق لإثبات حقه، وأيضاً له الحق بمنع الواعد من الأعمال التي من شأنها إعاقة تنفيذ العقد النهائي، وينتقل هذا الحق للورثة، وله أن يتنازل عنه بعوض وبدون عوض، وفي حال أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي تحول الاتفاق من مرحلة الوعد إلى مرحلة العقد النهائي دون أن يكون له أثر رجعي، والتعبير عن الرغبة قد يكون صريحاً أو ضمناً.

والعلماء المعاصرون منهم من يرى أن الوعد بالتعاقد سواء كان بيعاً أو شراءً لا ينعقد به عقد البيع، وهو عقد أبطلته الشريعة، أو هو ملزم ديانته غير ملزم قضاءً، فالمادة (١٧١) من مجلة الأحكام العدلية تقول: "إن صيغة الاستقبال في اللغة التي تكون بمعنى الوعد المجرد والمساومة مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها العقد". ويقول الأستاذ الزرقا رحمه الله: "الوعد بالبيع أو بغيره من العقود لم يقم الفقهاء له وزناً من الجهة القضائية، أي أنه لا يلزم صاحبه الوفاء به إلا من الناحية الدينية الأخلاقية". العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، ص ١٧١. ويقول في المدخل، ج ١، ص ٣٢٣: "يجب جزم الإرادتين بصورة لا تردد معها، لأن التردد يكون في حكم الرفض، ومن الواضح أنه إذا انتفت الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد فلا عقد ولا التزام، وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاءً".

والبعض الآخر أجاز الوعد بالتعاقد واعتبره ملزماً من الناحية القضائية، وحجتهم أن هذه المعاملة تقتضيها ضرورات التعامل المعاصرة، وأنه يوجد آراء فقهية وخاصة في الفقه المالكي تؤيد ذلك، وهذه المعاملة تختلف عن الوعد الذي يكون في نطاق الأخلاق والمعاملات الاجتماعية، أنظر: بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظريتها الملكية والعقود، ص ٣٦٨. وكذلك الدكتور عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي الجديد، ص ١٩٩، ١٩٧٥.

المناقشة والترحيح:

بعد أن استعرضنا رأي الفقهاء في الوعد ورأي القانون وعلماء العصر، وبعد أن عرفنا أهمية المسألة خاصة في المعاملات المالية الإسلامية، لا بد لنا من أخذ الحقائق التالية بعين الاعتبار:



الفقه القانوني كان عنده العقد هو المصدر الوحيد لإنشاء الالتزامات الإرادية ثم بعد ذلك جاء الفقيه الألماني سيجل وبدأ يدعو للأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات الإرادية، وكان اسم نظريته (الوعد كمصدر للالتزامات)، فجوهر الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة هي فكرة الوعد، ومع أخذ النظم القانونية الحديثة بفكرة الإرادة المنفردة إلا أنها كانت مصدراً غير أساسي وانحصرت تطبيقاتها في الوعد بالجائزة في معظم القوانين.

أما الفقه الإسلامي فإن الإرادة المنفردة تعد مصدراً أصيلاً من مصادر الالتزام، فالإرادة الحرة الجازمة تستطيع أن تفرض على نفسها التزاماً تجاه الغير، كالنذر، والوقف، والوصية، بل إن عقود التبرعات على الراجح فقها أنها تنشأ بالإيجاب، والقبول ليس ركناً للانعقاد وإنما هو شرط نفاذ، أي أنها في الأصل تصرفات انفرادية، والفقه الإسلامي قال بفكرة الإيجاب الممتد، ويكون الموجب فيها ملزماً بإرادته طيلة الفترة التي حددها. وحقيقة الإيجاب الممتد أن الموجب وعد أن يبقى على إيجابه طيلة المدة المتفق عليها. وهو ملزم له من الناحية القضائية، ونشأ بإرادته وجوهره فكرة الوعد.

يتفق الفقه والقانون أن الوعد المقصود ليس ما كان داخلياً في نطاق الأخلاق أو المجالات الاجتماعية، وليس الوعد الذي كان موضوعه المعاملات ولكنه كان بإرادة غير جازمة أو جادة أو يدل على مساومة. يتفق الفقه والقانون أن عقد الوعد لا ينشئ بيعاً إنما التزامات شخصية، فعقد البيع وُضِعَ لنقل ملكية سلعة أو ملكية منفعة في الإجارة، وهو منصب على عين، وهو عقد عيني، والعقود الناقلة للملكية عقود فورية، وطبيعة الوعد لا تتماشى مع مقتضاها أو موجهها.

من المقرر عند جمهور الفقهاء أن الأصل في العقد الإباحة، وأنه لا مانع من نشوء عقود وصيغ جديدة تقتضيها الحاجة العملية إن كانت هذه العقود منضبطة مع أصول العقود في الشريعة، فالإسلام أقرَّ بمبدأ سلطان الإرادة وأعطى الإرادة حرية التعاقد، ولم يتعبنا بالعقود التي ذكرت في مصادرنا الفقهية.

من المقرر عند جمهور الفقهاء حرية طرفي العقد في أن يقرنا العقود بشروط تعيّل وتكيّف التزاماتهما التعاقدية بما يحقق مصالحهما إن كانت هذه الشروط المقترنة لا تخالف الشرع ولا مقتضى العقد وفيها مصلحة حقيقية لأحد المتعاقدين أو الغير.

وبناءً عليه أرى المشكلة في تكييف حقيقة الوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد، أي أصدره البائع أم المشتري أم كان مواعداً ملزمة للجانبين، فالوعد إن جاء بصيغة جازمة فهو إما أن يكون التزاماً بالقيام بعمل أو التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل، ولا تخرج حقيقة الوعد عن أي من الموضوعين، فموضوع الالتزام أو موجهه هو قيام بعمل أو امتناع، وليس نقل ملكية سلعة أو تملك منفعة، والفقه الإسلامي عرف الالتزام بالقيام بعمل وكذلك الامتناع عن القيام بعمل. والإرادة لها حرية في إنشاء الالتزامات، وقد يكون موضوعها نقل ملكية بعوض أو بدون عوض، وكذلك المنفعة، وقد ينصب العقد على حفظ





الشيء، وقد يكون على القيام بعمل، أو امتناع عن القيام بعمل وهذه قد تنشأ بإرادة واحدة "تصرفاً انفرادياً"، وقد تنشأ بإرادتين، فعندما يلتزم إنسان بالقيام بالبناء لآخر ويقبل الآخر ذلك فهذا عقد موضوعه القيام بعمل البناء في المستقبل، فالعقود التي موضوعها عمل الوعد جزء من طبيعتها، لأننا نستطيع أن نقول وعده بالقيام بالبناء في المستقبل بطريقة جازمة ملزمة، وهذه لا خلاف بين العلماء على أنها ملزمة ديناً وقضائاً لأنه عقد، أما إن لم تكن الإرادة جازمة فلا ينشأ التزام.

والالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل الزمن والمستقبل عنصر جوهري في تكوينه، ولذا يقبل الإضافة إلى المستقبل، وكذلك لو نظرنا إلى حقيقة الشروط المقترنة بالعقود التي أجازها الفقهاء وأفتوا بلزومها نجد أنها في حقيقتها قائمة على الوعد، وهي التزامات بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، فعندما تشتراط زوجة في عقد الزواج على زوجها أن لا يتزوج عليها فلو دققنا في حقيقة الشرط لوجدناه وعداً من الزوج بالامتناع عن القيام بالزواج في المستقبل عند من أجازها من الفقهاء.

وعندما يشترط الشخص على آخر أن يسلمه المبيع في مكان ما فهو وعد بالقيام بعمل في المستقبل، فهذه هي حقيقة الشرط المقترن بالعقد، والفقهاء قالوا بلزومه قضائاً ودياناً، وعليه هل يعقل أن الوعد إن اقترب بعقد يكون ملزماً ديناً وقضائاً، أما إن جاء مستقلاً بذاته لا يقوى على ذلك؟! وهل الالتزامات بعمل لا تنشأ إلا إذا جاءت مقترنة بالعقود؟!، ولذا عندما يذكر شرط من شروط العقد أن الطرف الأول يعد الطرف الثاني ببيعه جزءاً 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، إنما انصب ذات الالتزام على القيام بعمل البيع وهو ملزم لمن اشترطه، فإن كان هناك خلاف في إلزامية الوعد فلا خلاف بين العلماء على إلزامية الشرط.

وقد يقول قائل إن هذا الشرط يدخل في النهي الوارد عنه صلى الله عليه وسلم "عن بيع وشرط" أو حديث "بيعتين في بيعة" ويرد على ذلك:

أولاً: نهيه عليه السلام، عن بيع وشرط، فهل خالف العلماء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بإجازة الشروط المقترنة بالعقد؟ فهي للحديث الشريف ومن خلال الواقع أن النهي كان لما يحصل مع التجار أنه بعد انعقاد العقد يبدأ أحدهما باستغلال حاجة الآخر ويبدأ باشتراط الشروط الخارجة عن الاتفاق، أما إن كانت الشروط عند انعقاد الصفقة فهذا لا يدخل في النهي إن اتفقت عليه إرادة الأطراف. فعلى سبيل المثال لو اتفق تاجر مع آخر أن يبيعه زيتاً بسعر ٢ دينار للكيلو، وتم التعاقد على الشراء فيأتي التاجر إلى البائع يطلب منه أن يقوم بالتعبئة، وأن يقوم بالنقل وإيصالها إلى محل التاجر، رغم أنه ساومه من البداية على السعر، وتُعدُّ في نظره مكسباً آخر. أو لو اتفق شخص مع حداد على سعر المتر الواحد وبعد انعقاد الصفقة يبدأ يطلب منه القيام بالطلاء، ويطالب بزيادات وأمور لم يتفق عليها بالصفقة، هذا الذي ينهى عنه، أما لو ذكر كل ما يريد عند محاوراة الطرفين وتم العقد عليه فلا





مانع من ذلك. والذي يُفهم من ظاهر النص بيع وشرط أي الشروط التي تكون بعد انعقاد الصفقة، أما في خلال مرحلة الانعقاد فلا ينهى إلا عن الشروط المخالفة للشرع أو التي تخالف مقتضى العقد. **ثانياً:** أما البيعتين في بيعة، قلنا إن موضوع الوعد هو قيام بعمل وليس نقل ملكية، فإذا فرض شخص على نفسه أن يقوم بعمل في المستقبل فهذا الذي يسمى قانوناً وعداً والالتزام بالقيام بعمل جائز وملزم شرعاً، ولا يجوز أن نعطي هذا الالتزام حكم عقد البيع لأنه التزام مستقل في ذاته ومختلف في موضوعه. وطبيعته تقبل الإضافة للمستقبل التي لا يتقبلها عقد البيع، فالوعد بالبيع من البائع والشراء من المشتري ليس بيعاً، لأن أحكام البيع وطبيعته لا تنعقد بهذه الصيغ، ولكن كما قلنا التزام آخر من طبيعة أخرى موضوعه القيام بعمل البيع، لذا قالوا إن الحق الذي ينشأ عن الوعد حق شخصي ثبت في ذمة الواعد للموعد له، أما عقد البيع فإنه يعطي الموعد له حقاً عينياً على السلعة.

وكذلك المواعدة "أو ما يسمى في القانون البيع الابتدائي" والتي يصدر فيها وعد من البائع بالبيع ووعد من المشتري بالشراء، والبعض أجاز الوعد في الصور السابقة أي إن كان ملزماً لجانب واحد، أما المواعدة الملزمة للجانبين فلم يجزها، وهذا عقد بين إرادتين بصيغة جازمة، موضوع هذا العقد أن يلتزم البائع ببيع محل معين مستقبلاً ويقدم المشتري كذلك وعداً بشراء ذات المحل ويتم التوافق على ذلك خلال مدة، إن كيّف العقد على أنه بيع فهو باطل من الناحية الفقهية وهذا صحيح.

ولكن ما الذي يمنع أن يكون عقد الوعد موضوعه التزام بالقيام بعمل من طرفيه، الأول 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، وأثاره تبني على هذا الأساس وليس على أساس أنه عقد بيع، فهذا العقد لا يخرج المبيع من ملكية البائع، وتكون عليه تبعة هلاكه، وإذا تم البيع في المستقبل فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ العقد النهائي، ولا تعود بأثر رجعي، وأهم ما يميز هذا العقد عن البيع أن عقد البيع إن أراد البائع عدم تنفيذ التزامه فإنه يجبر عليه بقوة القانون فتؤخذ السلعة منه بقوة القانون وتعطى للمشتري أو ما يسمى "بالتنفيذ العيني"، أما عقد الوعد الذي كيّف على أساس أنه التزام بالقيام بعمل فلا يوجد فيه تنفيذ عيني، لأن التنفيذ العيني في الالتزامات بعمل قد يؤدي إلى المساس بالحرية الشخصية، ولذا إذا أخل العاقد بالتزامه فليس أمام الطرف الآخر إلا رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تخلفه عن تنفيذ التزامه.

والقانون المدني الأردني في المواعدة إذا ذكرت فيها شروط العقد النهائي كاملة، ومحلّه، والمدة واتخذ الوعد شكلية العقد النهائي وأراد أحدهما الإخلال بالتزامه وقام الآخر بمقاضاته فإن العقد ينقلب إلى عقد نهائي بقوة القانون. "أنظر المادة (١٠٦) مدني أردني"، خوفاً من أن يتخذ الناس ذلك وسيلة للتحايل خاصة في بيع الشقق، ينشأ عقد الوعد ثم عند موعد التعاقد يتعذر الواعد وذلك لارتفاع





الأسعار وشدة الطلب، وليس أمام الطرف الآخر إلا المطالبة بالتعويض فقط عن النية السيئة فإن العقد ينقلب إلى عقد نهائي بقوة القانون بالشروط التي وضعها. والذي ينظر كذلك ويدقق في حقيقة عقد الاستصناع الذي اختلف في تكييفه الحنفي، فهو عقد بيع لسلسلة معدومة عند التعاقد، يتفق الأطراف على مواصفاتها، ويتم التسليم في المستقبل عند الفراغ منها، تكون إرادة المتعاقدين جادة عند التعاقد جازمة، وينشأ على الراجح عقد ملزم لطرفيه، وسبب الخلاف عندهم في التكييف هل الاستصناع موعدة أم بيع؟، وهل موضوع العقد ينصب على وعد من العامل بصنع سلعة للمستصنع أم أنه انصب على بيع عين موصوفة في الذمة، فمنهم من قال هو موعدة ابتداءً وينعقد عند الفراغ بيعاً بالتعاطي، ومنهم من قال إجارة أشخاص ابتداءً وعقد بيع انتهاءً. جاء في الفتاوى الهندية: "الاستصناع ينعقد إجارة ابتداءً ويصير بيعاً انتهاءً قبل التسليم". الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ٢٠٧.

وجاء في البحر الرائق: "فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور أنه موعدة، وإنما ينعقد بيعاً عند الفراغ بالتعاطي، ولهذا كان للصانع أن لا يجبر عليه". ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦/ص ١٧١. والشاهد من ذلك أن عقد الاستصناع دخل فيه عنصر العمل الذي من سماته أن يكون في المستقبل، فهو التزام من الصانع بالقيام بعمل، أي وعد منه، ولكن غرض العقد الحقيقي أن ينصب الاتفاق لا على العمل إنما على العين، فكان بيع عين موصوفة في الذمة، وهذا تحليل دقيق من الفقه الحنفي، وفيه فتح، لأنه بإجازته أجازوا بيع المعدوم ممكن الوجود ممكن ضبط صفته ومقداره، ولو كان العقد بيعاً لوحدته دون أن يدخل عنصر العمل لما جاز العقد على عين قيمية، فنحن نعلم أن الفقهاء أجازوا بيع المال المثلي بالتقدير وإن كان غير موجود، لأنه يثبت في الذمة ويكون حقاً شخصياً، ولا تنتقل الملكية إلا إذا حصل الإفراز والتسليم، ولكن الأعيان لا تثبت في الذمة ويشترط وجودها عند العقد، وبالأستصناع أجاز الحنفية التعاقد على مال قيمي غير موجود إذا استطعنا أن نضبط وصفه لدخول عنصر العمل.

وعليه؛ الأصل أن المواعدة عقد ينشأ على التزام بعمل من طرفين على محل محدد تضبط أوصافه ينقلب إلى عقد بيع عند حلول المدة المتفق عليها، ولا نريد أن نقول بقوة القانون بل بإرادة طرفيه، فإن امتنع أحدهما عن ذلك كان للطرف الآخر حق مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقته جراء إخلاله بالتزامه.

هذا ما أرى، والله ورسوله أعلم. أن يتم تكييف الوعد بناء عليه، لأن الوعد هو جوهر الالتزامات الانفرادية، وهو جوهر الشروط المقترنة بالعقد والالتزامات بالقيام بعمل وبالإمتناع عن عمل، ولذا نراه يدخل في كثير من معاملات المؤسسات المالية الإسلامية في الوقت الحاضر.





المبحث الثالث: أثر الإضافة إلى المستقبل على المشاركة المتناقصة:

المطلب الأول: ماهية المشاركة المتناقصة:

"هي شركة يتعهد بموجها الشريك شراء حصة الآخر تدريجياً حتى يؤول المشروع بكامله للمشتري". المعيار رقم ١٢، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٣٤٥. واشترط المعيار أن لا يكون اشتراط البيع والشراء في نفس العقد وإنما يتعهد ذلك بوعده منفصل ويقع البيع والشراء بعقد منفصل، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر.

ويجوز إصدار أحد الشريكين وعداً ملزماً يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشراء وبحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء، ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الإسمية.

لا مانع من تنظيم عملية تملك الحصص بأي صورة يريدتها الطرفان كتخصيص حصة من الأرباح أو تقسيم رأس المال إلى أسهم يملك منها تدريجياً كل فترة، ويجوز كذلك لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة مهما كانت، ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن صيانة حصته في كل حين. وفي دراسات المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ج ٤، ص ٣٣٨٥ بحث للدكتور نزيه حماد حفظه الله يقول: "المشاركة المتناقصة تتضمن أكثر من مواعدة ملزمة، وهي ترجع في الجملة إلى أمرين: الأول أن يؤجر الشريك الممول حصته في الملك المشترك إلى شريكه العميل لفترات زمنية محددة بأجرة معلومة مسبقاً لكل فترة مبنية على الحصة أو بالأجرة التي يتفقان عليها عند مجيء كل فترة زمنية في المستقبل.

والثاني: أن يشتري الشريك العميل حصة الشريك الممول من الملك المشترك على مراحل مبنية وبمقادير نسبية محددة في فترات زمنية متعاقبة معلومة بحصتها من الثمن سواء بالقيمة الإسمية أو بما يتراضيان عليه في كل تعاقد يبرمانه في المواعيد المتفق عليها عند مجيء وقتها.

ويرى الدكتور أن المواعدة بالتأجير ملزمة، وهي عقود إجارة مضافة إلى المستقبل بشرط معلومية الأجرة، وعدم معلومية الأجرة يورث الفساد، واعتبر أنه فساد مغتفر لأنه في عقد تبعية.

والأصل في الفساد عند الحنفية أنه يمكن أن يصحح بالعرف المتعارف عليه، وعليه حتى لو لم يتفق على الأجرة بين المتعاقدين فإن العقد يكون صحيحاً إن عرف أجر المثل، فضلاً عن كونها عقوداً تبعية، وكذلك يرى أن المواعدة بالبيع ملزمة، وهي بيوع مضافة إلى المستقبل، وأجاز البيع المضاف إلى المستقبل، وهذا لم يأخذ به المعيار، وهو يرى أن يتم الاتفاق على الثمن مسبقاً عند الوعد، وإلا أفضى العقد إلى جهالة تفسده، وهذا مناقض للمعيار الذي رفض البيع بالقيمة الإسمية إنما بالثمن الذي يتفقان عليه عند كل عقد.





وأرى ان المعيار (١٢) أولاً: اشترط أن لا يكون الوعد بالبيع والشراء مشروطاً في عقد الشركة بل بعقدٍ مستقل، وهنا أتساءل: هل المشروعية للتصرف وعدمه اختزلت حتى إن كتبت في نفس العقد أصبح غير مشروع، وإن كتبت في ورقة مستقلة أصبح الأمر مشروعاً؟! ، فلو كان الوعد بالبيع شرطاً في عقد الشركة فما المانع الشرعي في ذلك، فالعقد الأول عقد شركة، والشراكة تنشأ مطلقة ومقيدة بشروط، وموضوع الوعد ليس بيعاً إنما التزام بالقيام بعملية البيع، وهذا الالتزام مختلف موضوعه عن موضوع العقد الأول، أما عقد شراء الحصص الذي ينفذ بناء على الوعد فهذا يحتاج إلى عقد مستقل لأن موضوعه يختلف عن عقد الشراكة وعن عقد الوعد الذي كان شرطاً فيها أو مستقلاً بعقد آخر عنها. ونرى اليوم في عصرنا الحاضر كثيراً من العقود المختلطة، وهي أكثر من عقد في عقد واحد، فعند نزول شخص في فندق مثلاً فالعقد الذي يتم الاتفاق عليه هو عقد إيجار للغرفة، وعقد بيع للطعام، وعقد خدمة للنظافة، وكثير من العقود تتضمن إجارة وبيعاً أو بيعاً وعملاً أو شراكة وبيعاً فما المانع من ذلك؟ وهل كتابتها في ورقة مستقلة هي التي تكسبها صفة المشروعية؟

فالأصل أن يتم تكييف المشاركة المتناقصة بما يتفق مع طبيعة عمل المؤسسات المالية الإسلامية، فدخلها شريكاً في أصل مع العميل يرفع نسبة المخاطرة في الاستثمار؛ وهي بعيدة عن العمل في المؤسسة، ولذا يكون العميل هو الأقرب للأصل المتشارك فيه، ويده على حصة شريكه حين تصرفه يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، وكأن البنك أصبح استثماره مرهوناً بسلامة وصدق نوايا العميل، وهذه تجعل نسبة المخاطرة في المشاركة عالية، وكذلك لا تسمح القوانين في أغلب الدول للمصارف التملك في المشاريع إلا بنسب محددة ولفترات محددة.

من هنا كانت الحاجة إلى أن يقرن عقد الشراكة بوعد من العميل باستئجار حصة البنك بأجرة معلومة أو وضع أسس لمعلوماتها أو بعقد مستقل عن الشراكة، وحسب ما أرى أن الطريقتين يجوز بهما ذلك. الوعد أو الشرط يكون ملزماً لطرفيه، ولكنه لا يعد إيجاباً إلا من تاريخ نفاذه، وبعقد الإيجار يحصل البنك على أجرة معلومة على حصته التي يملكها ويتجنب بذلك مخاطر عدم تشغيل الأصل أو أن يبقى استثماره مرهوناً بمزاجية العميل، وقد يتفق الطرفان كذلك على وعد ملزم من طرفيه أو مواعدة ملزمة موضوعها القيام بعملية شراء وبيع الحصص تدريجياً في المستقبل حتى يخرج البنك من ملكية الأصل.

وهذه المواعدة أو كما قلنا عقد الوعد موضوعه ليس بيعاً إنما هو التزام بالقيام بالبيع والشراء من قبل الأطراف في المستقبل، وتبنى أحكامه وآثاره القانونية على أساس أنه التزام بالقيام بعمل، أي تبقى الحصة للبنك هو الذي يملكها، وهو الذي يتحمل تبعه هلاكها في حال عدم التعدي والتقصير، ولا يستطيع أحد الطرفين أن يجبر الآخر على التنفيذ العيني بقوة القانون، لأن فيه مساساً بالحرية الشخصية، بل يستطيع بناء على المواعدة أن يرفع عليه قضية مطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة





جراء الإخلال بالالتزام العقدي، فلا يستطيع القانون أن يجبر شخصاً أن يدخل في ملكه شيئاً جبراً عنه إذا كان مصدر الالتزام هو الإرادة.

فيجب أن يتم العقد النهائي بإرادة أطرافه، وتخيل في هذه المعاملة لو قلنا أن الوعد غير ملزم، وبناء عليه امتنع العميل عن شراء بقية الحصص، وغير الملزم يمنع البنك من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق به، فالحاجة والتطور في المعاملات المالية تتطلب أن ننظر إلى الوعد باعتباره التزاماً بالقيام بعمل أو امتناعاً عن عمل ملزم لمن أصدره أو لطرفيه يلحق جميع العقود، ينصبُّ موضوعه على حق شخصي مضمونه التعهد بالقيام بالعمل المطلوب، وهذا قريب مما يتم بالوكالة عندما يقيم الأصيل الوكيل مقام نفسه بالقيام بالتصرفات الجائزة شرعاً، فقد تكون وكالة بيع أو شراء وموضوعها التزام الوكيل أن يقوم بعملية البيع عن الأصيل في الوقت المتفق عليه، أو بلغة أخرى وعد بالقيام بعملية البيع لصالح الأصيل، فهي عقد التزام بعمل تضمن موضوعه القيام ببيع أو شراء في المستقبل أو غيره من التصرفات في عقدٍ واحد.

والحمد لله رب العالمين





2017  1439
7

