

**الاضافة الى المستقبل في عقدي البيع
والإجارة حكمها اثرها
في تطوير العمل بالمشاركة المتناقصة**

**اعداد
د. علي السرطاوي**

جامعة النجاح الوطنية / كلية القانون

2017

الإضافة الى المستقبل في عقدي البيع والاجاره حكمها واثرها في تطوير العمل بمنظومة المشاركة المتناقصة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى اله وصحبه اجمعين وبعد:

يقول عز وجل "اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً" الايه 3 من سورة المائدة. فشرعية الله كاملة صالحة لكل زمان ومكان صالحة للتطبيق في اي ظرف من الظروف اصولها ثابتة ومرنه تقبل التوسع والوفاء بمتطلبات العصر الحديث وباب الاجتهاد القائم على اصولها ومقاصدها قادر على الوفاء بجميع متطلبات الحياه وخاصة فيما يتعلق بباب المعاملات المالية، فالله سبحانه لم يتعبدا بوسائل وصيغ معينة ، انما جاءت الشريعة بوضع ضوابط ومقاصد للمعاملات واقرت صيغ كانت موجودة وصحت ما فيها من انحراف ان اختلفت مع ضوابط العقود فلا تقتصر العقود الشرعية على ما ورد ذكره في كتب الفقهاء او ما يسمى العقود المسماة ، بل ان كل المذاهب القانونية في العالم نجد انها تقسم الحقوق المالية الى حقوق شخصية وحقوق عينيه ، والحقوق الشخصية لا ترد في كل النظم القانونية المعاصرة على سبيل الحصر" وهذا ما اقرته الشريعة فكانت القاعدة ان الاصل في العقود الاباحه المتفرعه عن الاصل في الاشياء الاباحه، اما الحقوق العينية فهي التي ترد على سبيل الحصر، فالعلاقات التعاقدية هي وليدة حاجة مجتمعية وقد تلد عقود جديدة وصيغ لم تكن موجوده سابقاً او قد يطرأ تطوراً على الصيغ القديمة التي ذكرت في مراجعنا القديمة ، وكل ذلك يكون وليداً للحاجة المجتمعية، وليس بالضرورة عند البحث عن صيغ جديدة ان نحاول تشوية الصيغ القديمة الموجودة في مصادرنا لنجعلها تتماشى مع صيغ جديدة فلا حرج في تشريع صيغ جديدة حتى وإن أتت من مصادر ومراجع غير اسلامية اذا خلت من المخالفات الشرعية او بطريقة اخرى اتفقت مع الضوابط العامه للعقود في الشريعة الاسلامية.

والشريعة كذلك احترمت مبدأ سلطان الارادة ولم تلزمها ان تتعاقد بالكيفية المشرعة بالقانون، بل تركت للارادة متسعاً ان تعدل وتكيف 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 لان الغرض من تنظيم العقود في كل النظم التشريعية هي الموازنة بين المصالحة المتضاربة بين طرفي العقد فهي غاية التنظيم ومرتبطة بأصل العدل الذي يقوم عليه التشريع.

ومن هذا المنطلق اشكر شورى على اتاحة المجال لي في الكتابة عن الاضافة الى المستقبل في عقد البيع والاجاره ، من حيث الحكم واثار ذلك في تطوير صيغة المشاركة المتناقصة، ولذا سأبدأ أولاً في تعريف الاضافة الى

المستقبل وتميزها عما يشبهها بها فقهاً وقانوناً وأنواع الاضافات ثم انتقل الى حكم الاضافة بشكل عام ثم في البيع والاجاره وارهاء الفقهاء في ذلك ، واخيراً كيف نستعمل ذلك في تطوير صيغة المشاركة المتناقصة، والله سبحانه اسأل التوفيق والسداد.

المبحث الاول: الاضافة الى المستقبل في التصرفات

المطلب الأول: حقيقة الاضافة الى المستقبل:

تقسم الالتزامات الى التزامات بسيطة والتزامات موصوفة او مركبة والاولى قد تلحق استحقاق الالتزام فيجعل العقد في ذاته غير محقق وجوده او بقاءه بحيث يرتبط هذا الوجود او البقاء بتحقيق واقعه مستقبلية غير محققه الوقوع، فيكون الالتزام بهذه الحالة معلقاً على شرط او ما يسمى الالتزام المعلق وجوده على شرط ، واما ان كان الوصف لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة التعاقدية وانما يتعلق بنفاذها اي يؤجل بداية النفاذ او يحدد نهايته ويكون الالتزام مرتبطاً بواقعه مستقبلية محققه الوقوع ، فإن الالتزام يكون مضافاً الى اجل ، فالاجل والشرط يتفقان في انهما اوصاف تلحق الالتزامات في المستقبل ويختلفان في ان الشرط امر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه اما وجود الالتزام او زواله في حين ان الاجل امر مستقبل محقق الوقوع ترتب على وقوعه اما ارجاء نفاذ الالتزام او انقضائه، ولذا نجد المادة (393) من القانون المدني الاردني عرفت الشرط بأنه "الترام مستقبل يتوقف عليه وجود الحكم عند تحققه او زواله عند تحققه" ولا نقصد بالشرط هنا شروط تكوين العقد كالانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم فهذه شروط تدخل في مرحلة تكوين العقد، ولا نقصد كذلك الشروط المقترنه بالعقد والتي تعدل في الالتزامات التعاقدية لطرفيه بما يحقق مصلحتها، انما الشرط الذي يتعلق وجود الالتزام على وجوده او زواله، فإذا وعد ابن ابنه بسياره اذا نجح في الثانوية العامة او ما يسمى "الجماله" في الفقه الاسلامي فإن الاب انشا على نفسه الزام معلق وجوده على واقعه النجاح ، فإذا تحقق الشرط وجد الالتزام وقد يكون الشرط معلقاً عليه زوال الالتزام كأن يعطي اب لابنه سيارة ولكن وجودها معه معلق بعدم تقصيرة في دراسته فإن قصر فإن الشرط يكون سبباً لزوال الالتزام⁽¹⁾

(1) انظر السنهوري ، الوسيط، الجزء 3 ، بند (20)، ص 4، ودعبدالقادر الفار، احكام الالتزام 134 وما بعدها.

اما الاجل فقد جاء في المادة (402) من القانون المدني الاردني " انه يجوز اضافة التصرف الى اجل ترتب عند حلوله احكام نفاذه او انقضائه" والاجل قد يكون اتفاقياً، وقد يكون قانونياً ، وقد يكون قضائياً مثل ان اؤجر ك بيتي من بداية السنة القادمة او من بداية العام الدراسي، وجاء في مرشد الحيران مادة (

320) العقد المضاف هو ما كان مضافاً الى وقت مستقبل والمضاف ينعقد سبباً في الحال ، لكن يتأخر وقوع حكمة الى حلول الوقت المضاف اليه.

ولا بد من بيان ان المسألة التي تريد بحثها هي مستقلة عن مسألة عدم جزم الارادة ، لانه من شروط انعقاد العقد هو ورود الارادة الجازمة التي تدل على توجهه ارادة المتعاقدين لانشاء التصرف في الحال بصورة لا تردد معها ولا تسويق والا كانت نية الانعقاد منتفیه لان التردد في حكم الرفض، فالوعد بالبيع لا يحصل به نقل للملكية لانه يكون مضافاً الى زمن مستقبل، انما نتكلم عن ارادة جازمة في انشاء العقد غير متردده ، ولكن تريد اضافة اثر الالتزام او مقتضاه الى المستقبل.

المطلب الثاني: حكم الاضافة الى المستقبل:

قلنا ان الالتزامات الموصوفة بامر مستقبلي اما ان تكون معلقة بشرط او مضافة الى اجل وسأبين هنا حكم هذه التصرفات من الناحية القانونية وفي مطلب اخر من الناحية الفقهية في الشريعة الاسلامية.

الفرع الاول: الالتزام المعلق على شرط:

يقسم الشرط عند علماء القانون الى شرط واقع وشرط ناسخ وحتى يكون الالتزام المعلق على شرط صحيحاً من الناحية القانونية، يجب ان يكون على امر مستقبلي غير محقق الوقوع وان لا يكون الشرط مستحيلأ استحالته مطلقة سواء ماديته او قانونية ، وان لا يكون الشرط مخالفاً للنظام العام اي ان يكون مشروعاً ، انظر المواد (393-401) القانون المدني الاردني ، وانظر **مرشد الحيران (396)**، وانظر، **درر الاحكام شرح مجلة الاحكام ، ج 1 ، ص 81-84.**

والالتزام الذي ينشأ معلقاً على شرط اي 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 الى الخلف العام والخاص، ولكن لانه 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 ان حصل الشرط الذي علق عليه الالتزام اصبح الالتزام موجوداً نافذاً مستحق الاداء ويكون صالحاً لترتيب اثاره من وقت تحقق الشرط جاء في المادة (401) قانون مدني اردني " المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط " وهي نفس المادة (82) - **مجلة الاحكام العدلية** وخالف المدني الاردني والفقه الاسلامي القوانين الحديثة التي تجعل اثر الالتزام يعود بأثر رجعي عند تحقق الشرط الى تاريخ نشوء الالتزام، بينما الفقه الاسلامي لا ينشئ الالتزام الا من تاريخ تحقق الشرط، ومثل هذا على سبيل المثال ان قال شخص لابنه لك سيارة ان نجحت في الثانوية العامة ان الالتزام ينشأ قبل تحقق الشرط التزاماً وتعهداً شخصياً من جانب الاب لابن، ولا يوجد اي حق عيني لابن بالسيارة الا من تاريخ

تحقق الشرط، (انظر السنهاوري الوسيط، ج 3، ص 54، عبدالقادر الفار، احكام الالتزام في المدني الاردني ص 140-145، وانظر المذكرات ايضا حية للقانون المدني الاردني، الجزء الاول 447-449.

الفرع الثاني: الالتزام المضاف الى اجل:

الاجل لا يتصور فيه المشروعيه وعدمها مثل الشرط وقد يكون الى وقت محدد مثل بداية السنه او الى وقت معلوم غير محدد مثل بداية العام الدراسي او يوم عيد الفطر، والالتزام المضاف الى اجل هو التزام موجود منعقد ولكنه من ناحية غير نافذ ويستطيع صاحبه ان يمارس الدعاوي التي تضمن حقه ويكون قابلاً للانتقال الى الورثه، ولكن لانه غير نافذ او مستحق لا نستطيع المطالبه به بقوة القانون الا عند استحقاقه وكذلك لانه غير مستحق لا تنشأ به مقاصه والاجال لها احكامها الخاصه فيما يتعلق بالديون الثابته في الذم ليس مجال بحثها هنا.

المطلب الثالث: اراء الفقهاء في اضافة التصرفات:

تكلت عن اثار الاضافه الى المستقبل على الالتزامات ولكن ما هو حكم التصرفات القانونية كالبيع والاجاره وبقيه العقود اذا نشأت موصوفه سواء بالتعليق على شرط او بالاضافه الى المستقبل وخاصة رأي الشريعة الاسلاميه.

الفرع الاول: حكم تعليق التصرفات بالشرط :

الناظر في المراجع الفقهية يجد ان تعليق التصرف على الشرط المستقبلي لا يجوز على اطلاقه، بل هو جائز في بعض التصرفات ولم يجز في تصرفات اخرى، جاء في درر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج 1 ص 82، "وبشترط في التعليق ان يكون في الامور والخصوصيات التي يجوز التعليق بها شرعاً والا فلو علق بعض الامور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط، فالتعليق فاسد اي ان الشيء المعلق لا يثبت حتى ولو شرط" والتعليق يكون صحيحاً اذا كان الشرط المعلق عليه ملائماً اي يكون الشرط مؤيداً للعقد وهو في موجباته ومقتضياته، وذكر العقود التي يصح فيها التعليق:- 1- الوكاله 2- الكفاله 3- الوصيه - الحواله - البراء وغيرها من الامور، اما العقود التي لا يجوز فيها التعليق فهي: 1- البيع 2- الاجاره الاعاره، الهبه.... وسأركز على البيع والاجاره ونرى رأي الفقهاء لها بالتفصيل فجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة على مذهب فضلاً عن الحنفية كما قلت سابقاً على انه لا يجوز تعليق البيع على شرط.

قال النووي " لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل بان يقول اذا جاء المطر ... فقد بعته وهذا عقد باطل" النوري المجموع 9/341

انظر السرخسي المبسوط، ج 3، ص 130

النووي المجموع شرح المذهب ج 9 من ص 170، القراقي الفروق ج 1، ص 229

المرداوي، الانصاف 11/249.

وجاء في **درر الاحكام** شرح **مجلة الاحكام** ج 1، ص 83 ولو قال شخص لآخر اذا حضر فلان من سفره بعثك داري بكذا قرش ... فلا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد.

وجاء في مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد م 254 البيع المعلق على شرط لا يصح فقالوا انه لا ينعقد به العقد لانه غرر " فالشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق والبيع مرتبط به وجوداً وعدمًا وقد نهى - ص - عن بيع الغرر. النووي المجموع 9/341 ، وكذلك انه شرط في البيع، وقد روي عنه - ص - انه نهى عن بيع وشرط فكان فاسداً" الزيلعي **تبين الحقائق**، ج 4، ص 133، وفيه كذلك معنى القمار فهو تملك فيه معنى المخاطره حاشية ابن عابدين ، ج 4، ص 234، وايضا هو ينافي الرضا الذي هو ركن العقد، قال القرافي " ان انتقال الملك يعتمد على الرضا والرضا انما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق فان شأن المعلق عليه ان يعترضه عدم الحصول " الفروق ، ج 1، ص 229، وكذلك انه قد يعارض مقتضاه وهو نقل الملك في الحال والشرط يمنعه، كشاف القناع ج 3/183. فالقواعد العامة في العقود ترى ان عقد البيع هو عقد ناقل للملكية وهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، والتعليق لا ينشأ عقد بيع لانه يتنافى مع مقتضى العقد.

وهناك قول اخر " هو رواية عن الامام احمد وهو رأي ابن تيميه وابن القيم ، ابن القيم **اعلام الموقعين** ج 3، ص 399، وابن تيميه **نظرية العقد**، ص 228، وهذا الرأي هو صحة تعلق البيع بالشرط اذا كان في ذلك منفعة للناس ولم يكن متضمناً ما نهى عنه الله ورسوله وادلتهم على ذلك:

1- الاصل في الشرط العقديہ الاباحة ما لم يكن هناك دليل شرعي على الحظر ولم يرد نص يمنع تعليق عقود المعارضات المالية بالشرط، قال ابن تيميه " الاصل في الشروط الصحة واللزوم الا ما دل الدليل على خلافه وهو الصحيح " مجموع الفتاوي ج 29 ص 326 وقال ابن القيم " الاصل في العقود والشروط الصحة الا ما ابطله الشارع او نهى عنه وهذا هو القول الصحيح "، ويقول ايضا " فكل ما لم يبين الله ورسوله - ص - تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فان الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا فما كان من هذه الاشياء حراماً فلا بد وان يكون تحريمه مفصلاً، وكما انه لا يجوز اباحة ما حرمه الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفي عنه ولم يحرمه " اعلام الموقعين ج 1، ص 344 و 383، واستدلوا بما ورد عن الشاطبي في الموافقات ج 1، ص 284 " والقاعده المستمرة التفرقه بين العبادات والمعاملات لانه الاصل في العبادات التغير دون الالتفات الى المعاني والاصل ان لا يقدم عليها الا باذن او لا مجال للعقول في اختراع التغيرات ، وما كان من المعاملات يكتفي فيه بعدم المناقاه، لان الاصل فيها الالتفات الى المعاني دون التغير والاصل فيها الاذن حتى يدل الدليل على خلافه "

وكذلك تم قياس البيع المعلق على شرط على النذر فلم يقبل التعليق والبيع لا يتقبله وشن على الفقهاء الذين يقبلون التعليق في بعض التصرفات ويرفضوه في اخرى انه تفريق بدون دليل يقول ابن القيم " ان للشروط عند الشارع شأنًا

ليس عند كثير من الفقهاء فانهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساداً ، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه الدليل ، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ان كل شرط خالف حكم الله وكتابه فو باطل وما لم يخالف حكمه فهو لازم يوضحه الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه والشروط في حقوق العباد اوسع من النذر في حق الله والا لنتزام بها اقوى من الالتزام بالنذر" اعلام الموقعين ج 3، ص 402 واستدلوا كذلك بما ورد ان عامل عمر رضي الله عنه على مكه اشترى داراً للسجن من صفوان ابن اميه باربعة الاف درهم وكان البيع موقوفاً على رضى عمر رضي الله عنه. فتح الباري ج 5، ص 75/67.

والناظر في ادلة المانعين من الجمهور يرى انها عامه وادلة المحيزين الظاهر انها اقوى من اصحاب الرأي الاول، ولكن عند التدقيق نجد ان رأي الجمهور هو الاصول فهم منعوا التعليق اي تعليق وجود الالتزام على شرط في العقود التي بطبيعتها ومقتضاها لا يحتمل التأخير ، وما كانت طبيعته تقتضي ذلك اجازوه ، وهذا يتفق مع القواعد العامة للعقود فلو قلنا برأي ابن القيم وابن تيميه في جواز التعليق لوقعنا في اشكالية نوع العقد ومتى تنتقل الملكية للمشتري وهل خرجت من ملك البائع ولأشكل علينا احكام كثير منها كتبعية الهلاك والضمان والزيادة وطبيعة العقد ولأصبح هناك تضارب في احكام البيع المستقره، اضافة الى انا وجدناهم في الادلة التي ساقوها قد خلطوا بين أمرين:

1- بين عقد علق وجوده على شرط اي ان الارادة غير جازمه ولا يترتب اثره على الموضوع او العين الا بحصول الشرط، وهو المقصود ولا يصلح مثله لعقد البيع.

2- وبين عقد بيع انعقد ووجد الالتزام ، ولكن احد طرفيه قرنه بشرط يسلبه صفه اللزوم كرضى عمر رضي الله عنه فهو التزام نشأ وتنت فيه الارادة ولكنه اقترن بشرط قد يسلبه صفه اللزوم والنفاذ التي تمكن احد طرفيه من فسخه، ويكون بإرادة الطرفين وهذا لم اعلم من يخالفه من الفقهاء، فالعقد الموقوف هو عقد صحيح منعقد علق ترتيب اثره على حصول اجاره في المستقبل ممن يملكها وكذلك العقد المقترن بخيار الشرط والتعيين هي عقود منعقدة اقترنت بشروط سلبتها صفه اللزوم واغلب الفقهاء على اجازتها وهي تختلف جوهرياً عن الالتزامات التي يعلق وجودها على حصول الشرط في المستقبل.

والفقهاء في حكم تعليق الاجاره باعتبارها تمليك منفعه مثل البيع فلا يجوز ان تنشأ اجاره معلقه على شرط في المستقبل جاء في درر الحكام " لو قال شخص اذا حضر فلان من السفر بعثك داري او اجرتك اياها لا يصح" ، ج 1 ، ص 83.

الفرع الثاني: حكم اضافة التصرفات الى المستقبل:

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

المسألة الاولى: البيع المضاف الى المستقبل :

العقد المضاف "هو ما صدر بصيغة اضيف فيها الايجاب الى الزمن المستقبل" الزرقاء، المدخل الفقهي العام 1/577، وجاء في المادة (320) مرشد الحيران "العقد المضاف هو ما كان مضافاً الى وقت مستقبل والمضاف اليه ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه"، واما حكم عقد البيع المضاف الى المستقبل فقد انقسم الفقهاء الى ثلاثة اقوال:

1- جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية وطائفة من الحنابلة انه لا

يجوز اضافة البيع للمستقبل، فقد جاء في **درر الحكام**، شرح مجلة **الاحكام**، علي حيدر، ج 1، ص 84.

"والعقود التي لا تصح اضافتها للزمن المستقبل هي البيع واجازته وفسخه والقسمه والشركه، والهبة.." ومثال ذلك لو قال شخص لآخر قد بعثك مالي هذا اعتباراً من اول الشهر القادم وقبل هذا الشخص البيع لم يصح. وادعى ابن رشد الحفيد الاجماع على ذلك فقال "وأجمعوا على انه لا يجوز بيع الاعيان الى اجل لأن من شرطها التسليم المبيع الى المبتاع بأثر عقد الصفقة" بداية المجتهد، ج 2، ص 156.

فعقد البيع هو عقد فوري يوجب نقل الملكية بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، والاضافه الى المستقبل منافيه لهذا الموجب، ورد ابن القيم على هذا الامر في اعلام الموقعين، ج 2، ص 10 و 11. وقال " ان موجب العقد اما ان يكون ما اوجبه الشارع بالعقد او ما اوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما ان يوجباه وكلاهما منتف في هذه المسألة، فلا الشارع اوجب ان يكون المبيع مستحق التسليم عقب العقد ولا العاقدان التزما ذلك" والناظر في جوابه رحمه الله يرى انه نقل الموضوع من ان موجب عقد البيع نقل الملكية الى انه مستحق التسليم ولم يقل الفقهاء ان موجبه التسليم، فالقاعده المتفق عليها ان العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان.

فنقل الملكية حكم العقد في البيع اما التسليم، فهو التزام يقع على عاتق الطرفين اي اثر من اثار العقد ولم يقل احد بوجود حصوله بعد الانعقاد بل قد يكون عاجلاً وقد يكون أجلاً بناء على ما اتفقت ارادة المتعاقدين حتى لو نظرنا الى تعريف العقد فهو "ارتباط ايجاب وقبول على وجه مشروع يظهر اثره في محله". والمراد انتقال الملكية، والاضافة الى المستقبل تمنع ترتيب حكم عقد البيع، اما التسليم فمسألة اخرى يتفق الفقهاء معه في حكمها، والعقد الذي اضيف الى المستقبل اي انه اجل انعقاده الى زمن مستقبل كما في البيع لان ما طبيعته لا تقبل الاضافه، فالتأجيل الى المستقبل لا ينشأ عقد بيع كما في العقود الاخرى التي ينشأ فيها السبب ويتأخر تنفيذه وسببه ان طبيعة العقد ومحله انه عقد ممتد والزمن عنصر جوهري فيه كما في عقد الاجار، بينما البيع عقد فوري والزمن ليس عنصراً جوهرياً فيه، وقد اورد الدكتور نزيه حماد حفظه الله في بحثه في مؤسسة المحاسبه والمراجعه أيوفي، ج 4، ص 3371، ويؤكد صحة الجواب ان العقد المضاف الى المستقبل وان كان ينعقد سبباً في الحال لكن

حكمه يتأخر وقوعه الى حلول الوقت المضاف اليه كما اسلفنا وهذا يقتضي عدم ترتب حكم البيع المضاف الى المستقبل وهو نقل الملكية الى المشتري والتمن الى البائع في الحال وتراخيه الى حدوث الزمان الذي اضيف اليه خلافاً للبيع المنجز".

ولكن يرد على ذلك ان كان العقد الذي تم لم ينقل الملكية من البائع للمشتري ولا الثمن الى البائع فهل يجوز ان يسمى بيعاً؟! ، اذا كان تعريف عقد البيع انه عقد لنقل ملكية سلعه بعوض ، وعدم خروجها من ملك البائع يعني انها ملكه يجوز ان تجري عليها منه جميع التصرفات القانونية من هبه وبيع اخر ورهن وعقد ايجار فما حكمها لو وقعت بعد العقد وقبل مجيء الزمن المستقبل، فهي صدرت من مالك ونحن نعلم ان من مقتضيات حق الملكية سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال ، وهل يجوز لشخص ان يقيد مكنت المالك دون مبرر ومسوغ قانوني.

ومن ادلتهم ان البيع المضاف الى المستقبل غرر والغرر منهي عنه، وكذلك بأن الاعيان لا تقبل التأجيل اصلاً فلا يؤمن هلاكها قبل حلول الاجل، وهذا استدلال ضعيف لان ما اوردوه يرد عليهم انه قد ترد الصورة على العقد بعد انعقاده وقبل التسليم، وقد تهلك العين وهذا يؤدي الى انفساخ العقد لانعدام المحل ، فهذه الصفة قد ترد على الاعيان قبل الانعقاد فتمنع انعقاد العقد وقد ترد على الاعيان بعد انعقاد العقد وقبل التسليم يحصل هلاكاً للعين محل العقد مما يؤدي الى انفساخ العقد لانعدام المحل ولا إشكال في ذلك.

2- يرى ابن تيميه وابن القيم رحمهما الله ان البيع المضاف الى المستقبل صحيح وادلتهم على ذلك نظرية العقد ص 234، اعلام الموقعين ، ج 2، ص 11 " الاصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما اوجباه على انفسهما بالتعاقد" الفتاوي الكبرى ، ج 4، ص 94، وقال ايضاً " فلا الشارع اوجب ان يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب البيع ولا العاقدان التزما ذلك بل تاره يعقدان العقد على هذا الوجه كما اذا باع معيناً بثمن حال وتاره يشترطان تأخير التسليم الثمن كما في السلم، وكذلك في الاعيان قد يكون مقصود البائع تأخير التسليم كما كان لجابر حين باع بغيره من النبي - ص - استثنى ظهره الى المدينة" مجموع الفتاوي ابن تيميه ج 2، ص 544.

والناظر الى الادله يجد ان هناك خلط بين انعقاد العقد وبين العقد المنعقد الذي يجوز للمتعاقدين ان يكتفا اثاره وفق مصالحها ، فالاثار اذا انعقد العقد يجوز ان تضاف الى المستقبل، والحديث الذي ساقه باع واشترط اي عدل في الالتزامات التعاقدية وهذه مسأله لا خلاف فيها بين العلماء، ولكن المسأله التي يدور عليها الخلاف لا اريد ان يبيع الآن بل في المستقبل فهل يعد هذا بيعاً وهل تقبله القواعد العامه للبيع.

3- هناك قول ثالث للامام الشوكاني رحمه الله وحاول فيه ان يأخذ رأياً وسطاً بين الجمهور وبين ابن تيميه رحمه الله.

فان كانت الاعيان المضاف بيعها الى المستقبل فيها غرر وجهاله فلا يجوز بيعها مضافة ، اما ان كان الغرر والجهاله منتفيين فانه يصح البيع ، بالاضافة الى المستقبل يقول " لو قال بعث منك هذا بعد سنه كان بيعاً شرعياً اذا حصل التراضي وطبقة النفس ويخرج من ملك البائع الى ملك المشتري بعد مضي سنه " السيل الجرار، ج 3، ص 7. ويقول " ولا مانع من ان يحصل التراضي على انتقال الملك من ملك البائع الى المشتري بعد شهر او سنه او اكثر اذا كان مما لا يجوز فيه المصير الى صفة غير الصفة التي كان عليها عند التراضي كالاراضي ونحوها من الاعيان التي لا تتغير بمضي المدة من الزمان فهذه تجاره عن تراض اباحها الشرع ولم يرد ما يدل على المنع منها لا من شرع ولا عقل " السيل الجرار ج 3، ص 59-60.

المسألة الثانية : الاجاره المضافة الى المستقبل ان عقد الاجاره هو من العقود التي ترد على منفعة العين او منفعة الاشخاص وعقد الايجار من العقود الممتدة التي يعد عنصر الزمن فيها جوهرياً، فالمنفعة ليست كالملكية التي تنتقل دفعه واحده بموجب عقد البيع الى المشتري، فالمنفعة تتحصل شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن ، فمرور الزمن امر ضروري لتحصيل المنفعة، لذا طبيعة العقد هذه جعلت حكمه عند جمهور الفقهاء يختلف من حيث الاضافة الى المستقبل عن البيع.

1- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية ، والحنابلة الى جواز وصحة الاجاره المضافة الى المستقبل. بداية المجتهد ، ج 2، ص 226 ، ابن قدامه المغني ، ج 8، ص 9 ، يقول ابن عابدين ، رد المختار ، ج 4، ص 224 " الاجاره تقبل الاضافه "

وجاء في درر الحكام لعلي حيدر، ج 1، ص 84 " العقود التي يجوز اضافتها الى المستقبل الاجاره والمساقاة والمزارعة والمضاربة والوكالة ... " مثال لو قال احد لآخر اجرتك داري اعتباراً من الغد ببدل قدره كذا فيكون ذلك صحيحاً ، وجاء في المادة (408) ، مجلة الاحكام العدليه، الاجاره المضافة ايجار معتبر.. "، وجاء في المادة (440) ، مجلة الاحكام العدليه " الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها بناء عليه ليس لاحد العاقلين فسخ الاجاره بمجرد قوله ما أن وقتها "

ويقول الاستاذ الزرقاء رحمه الله " والاجاره تقبل الاضافه الى المستقبل لان معنى الاضافة موجود في طبيعتها لكونها عقداً زمنياً بمعنى ان الزمن المستقبل هو عنص اساسي في تنفيذها ". المدخل الفقهي، ج 1، ص 582.

2- يرى الشافعية عدم جواز اجارة العين مضافة الى المستقبل حيث تكون منفعة العين في الوقت الذي اضيفت اليه غير مقدورة التسليم. الشرييني مغني المحتاج ج 2، ص 338 والقدرة على التسليم هذه اثر في الآثار اللاحقه لانعقاد العقد وليس لها بانعقاده اثر مثلها مثل باقي العقود.

هذه اقوال العلماء في البيع المعلق على شرط والمضاف الى المستقبل حيث ان الجمهور مع عدم جواز مثل هذا الامر لان طبيعة واحكام عقد البيع والغرض الذي شرع له يتنافى مع جواز ذلك فهو عقد فوري تنتقل فيه الملكية دفعه واحده وبعد انعقاد العقد يظهر الاثر في المحل بانتقال الملكية ولكن لم يمنع الفقهاء ان يقرن عقد البيع بشروط تعدل في التزامتهما التعاقدية بما يضمن تحقيق مصالحهما ، وهذه الشروط قد تؤجل تسليم احد البديلين او تسلب العقد صفه اللزوم بما يؤدي الى امكانية فسخ العقد مستقبلاً، كالعقود التي نشأت مقترنه بالخيارات الارادية مثل الشرط والتعيين او شرط التجربه او العقود التي اقترنت بخيارات يفرضها القانون فهي عقود منعقدة ترتب عليها حكمها، ولكن هناك امكانية لفسخها وهذه في حقيقتها تختلف عن العقود التي اجل المتعاقدان حصول العقد في ذاته على حصول شرط او مرور زمن فلا يتكون العقد ولا ينشأ الا بحصول المعلق عليه فكيف نسمي ما اتفق عليه المتعاقدان قبل حصول الشرط او مرور الزمن عقد بيع؟.

وكيف يستقيم الامر لو تمت تسميته عقد بيع فعلي اي اساس سنيني الاحكام الفقهية ، لهذه العين هي ملك من؟ وطبيعة اليد التي عليها وحكم تصرفات مالکها التي قد تحدث قبل حصول الشرط سواء كانت مادية أم قانونية وطبيعة حق المتعاقد معه ونسبة الهلاك فلو دققنا في هذه الاحكام لوجدناها تختلف كلية عن الاحكام التي تختص بعقد البيع ، فما الذي يمنع ان نكيفها قبل حصول الشرط او قبل مرور الزمن المتفق عليه عقداً اخر له طبيعته الخاصة به التي يختلف بها عن البيع، وهذا ما سأتناوله في المطالب القادمة ان شاء الله.

اما عقد الايجار ، بإضافته الى المستقبل لا يتعارض مع طبيعته ولا مقتضى حكمه، ولذا جازت اضافته لا تعليقه الذي قد يؤثر علي جزم الارادتين ويمنع انعقاده حالاً ، اما الاضافه فلا تمنع انعقاده في الحال عقداً صحيحاً ملزماً لطرفيه فتكون الاضافة منصبه على تأجيل اثاره كالتسليم والتمكين، وعليه لا اشكال باضافته مع طبيعته بل جاءت الاضافة متفقة مع طبيعة ومقتضى عقد الايجار الذي كان الزمن عنصراً جوهرياً في تكوينه ولن يتحصل مقتضاه الا في المستقبل شيئاً فشيئاً، ورأينا كيف خلط من اجاز الاضافة والتعليق في البيع بين فرضين

1- العقد الذي يؤجل عقده ووجوده كرابط قانوني الى حصول شرط او مرور زمن وهذا الذي منعه جمهور الفقهاء.

2- والفرض الاخر وهو العقد الذي نشأ حين ارتبط الايجاب بالقبول على المحل المشروع وظهر الحكم في المحل والعقود المنعقدة هي التي تنشأ الاثار وان هذه الاثار لا مانع عند الفقهاء من اضافتها للمستقبل فلم يوجب الفقهاء فورية الاثار بعد الانعقاد الا استثناء في العقود الربويه والقاعده عند الفقهاء انه يجوز ان تقترن العقود بشروط ان كانت هذه الشروط تتحقق مصلحة حقيقة لاحد المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد" اي حكمه" وكانت في ذاتها مشروعة.

المبحث الثاني: حاجة المؤسسات المالية الاسلامية للصيغ المستقبلية:

ان كثيراً من الصيغ التي تمر بها المؤسسات المالية الاسلامية تقوم على الوعد كما في المراهجه 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 فقهاً ، 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 المراهجه في البنوك الاسلاميه اشترطت عدم الزامية الوعد وحسب معايير (ايوفي) الوعد 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 فقهاً.

المطلب الاول تعريف الوعد ورأي الفقهاء فيه:

الفرع الاول: ماهية الوعد:- الوعد والعدة يكونان مصدرًا واسماً ويأتي بمعنى العهد ويقال في الخير وعدته وفي الشر اوعدته انظر ابن منظور - لسان العرب باب الدال فصل الواو، ج 3، ص 461-463 هذا لغه اما في الاصطلاح فقد عرف ابن عرفة الوعد في كتابه الحدود " العده اخبار عن انشاء المخبر معروفاً في المستقبل " الخطاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، ص 253، وانظر غليش فتح العلي المالك ، ج 1، ص 254.

وعرفه العيني من الحنفية بقوله: " اخبار بايصال الخير في المستقبل " العيني عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ج 1، ص 220، 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 داخلًا 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 قريبه من الفقه الاسلامي بفكرة الالتزام الدياني والالتزام القضائي، او الواجب ديانة والواجب قضاءً ، والفقهاء عندما تكلموا عن الوعد الملاحظ من خلال التعريف انه يقصد الوعد الذي يكون في نطاق الاخلاق والاداب ، وهذا ملزم ديانة 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 الارادة المنفردة هي مصدر من مصادر الالتزام ، وفكرة الوعد في القوانين الحديثة 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، ص 247، والفقه الاسلامي يقر ان الارادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام ونطاقها اوسع من القانون، وجوهر الالتزامات التي تنشأ بالارادة المنفردة هي فكرة الوعد، فلايجاب 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 الدينية او خرجت عن دائرة الاخلاق والاصل ان تدخل دائرة الواجبات القضائية او الالتزامات القانونية ، ولذا نجد الحطاب 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 العدة اخبار عن انشاء فكان الارادة غير جازمه ، اما ان كانت الارادة جازمه فانه يسمى التزاما سواء كان معلقاً او مطلقاً عن التعيين.

فالاخبار بمعنى الاعلام بما يحتمل الصدق والكذب انظر :محمد رواسي القلعي، معجم لغة الفقهاء ، ص 85.

والاخبار لا يستعمل عند الفقهاء للدلالة على انشاء الالتزامات، اما الانشاء او الفرض فهو الذي يستخدم لدلالة على الانشاء يقول ابن الهمام فتح القدير، ج 5، ص 74 "الانشاء اثبات يفيد حكماً يثبت جبراً" وعليه يكون الوعد على تعريف الفقهاء اعلام عن ايقاع وليس ايقاعاً للالتزام وكان فيصل التفريق بينهما قضية الارادة، فان كان الملتزم يريد الاخبار والاعلام عن نيته فهذه بقيت في نطاق الا لزامات الادبية التي فيها عنصر المديونية، ولكن لا يوجد فيها عنصر المسؤولية، اما ان فرض على نفسه القيام بعمل بإرادة جازمه فالارادة الجازمه من الشخص فقهاً قادره على انشاء الالتزام ، فالوصية ، والوقف، والنذر التزامات تنشأ بارادة 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 عرفة للعدة 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 والارادة فيه غير جازمه، وقد يأتي بصيغة التزام يقول صاحب عون المعبود العظيم ابادي ، ج

12، ص 444-445 " 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 وجهة اخرى يكون العهد اعم من الوعد بان الوعد لا يطلق الا على ما يكون لشخص آخر، 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 اجازوا المراهجه للامر بالشراء بشرط عدم الزامية الوعد يقول ابن الهمام في **فتح القدير**، ج 6 ، ص 242 " 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 والمواعدة 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 ، ج 5، ص 2 " صح عقد الاستصناع بيعاً لا مواعدة لانه يجري فيه التعاطي وانما يتعاطى في الواجب لا في الموعود" وجاء في تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب، ص 154، واما العدة فيقضي بها مطلقاً وقيل لا يقضي بها مطلقاً".

واما الشافعية يقول الامام النووي في روضة الطالبين " الوفاء بالوعد مستحب استحباباً مؤكداً ويكره اخلافه كراهية شديدة" ج 5، ص 390 " ويقول الخطيب الشربيني " يشترط في الضمان والكفاله لفظ يعشر بالالتزام ولو قال اودي المال او احضر الشخص فهو وعد بالالتزام يلزم الوفاء به لان الصيغة لا تشعر بالالتزام الا ان صحبته قرينه الالتزام فيلزم" مغني المحتاج، ج 2، ص 206، وعند الحنابلة جاء في كشف القناع للبهوتي ، ج 3، ص 363 " وان قال انا ودي المال او ما عليه او احضر ما عليه لم يصر 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، ج 8 ، ص 427 " ورأي ابي حنيفة واصحابه والاوزاعي والشافعي وسائر الفقهاء ان العدة لا يلزم منها بشئ لانها منافع لم تقبض في العاريه وفي غير العاريه 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، والخليفة 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 طائفة من اهل الظاهر" فقد ذكر ابن حزم في المحلى ، ج 6، ص 278 " 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، ج 4، ص 24 " 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 ويتعين تأويل ما يناقض ذلك ويجمع بين الادلة" وذكر ابن العربي في احكام القرآن ، ج 4، ص 1778، انواع الوعد من حيث كونه مجرداً او معلقاً على سبب وقال " وان كان الوعد مجرداً فيلزم بمطلقه" وفي موقع اخر، ج 4، ص 1788 " 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 ج 5، ص 221، 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 البصرة، وابن الاشوع سعيد بن عمر الاشوع قاضي الكوفة 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 " (الاية 1 من سورة الصف).

يقول ابن كثير في تفسير الاية "انكار على من وعد وعداً ولم يف به وبهذه الاية احتج من السلف من قال بوجوب الوفاء بالوعد مطلقاً ، فالله سبحانه اكد الانكار في الاية" 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 المالكية في وجوب القضاء بالعهدة 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 "أصيح" ابو عبدالله أصيح بن الفرغ وهو استاذ القرطبي ولد سنة 150 بمصر:

يقول ابن رشيد سئل اصيغ 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 أني 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 الخطاب، تحرير الكلام، ص 156-157، وانظر القرافي، الفروق، ج 4، ص 24.

اما الفريق الثاني الذين اوجبوا الوفاء بانعقاده على سبب وبدخوله 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 يع وانا ارضيك عدا الا انها على سبب وهو البيع والعده ان كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الاقوال... وهذا قول ابن القاسم في سماعه من كتاب العاريه، وقول سحنون في كتاب العده"، وانظر الخطاب، تحرير الكلام، ص 156، وانظر ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 15، ص 342.

4- القائلون بوجوب الوفاء بالوعد اذا كان معلقاً: 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 الحكم، ج 1، 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" ج 5، ص 277.

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 وكان الفقهاء يبحثوا عن ضابط يميز فيه بين المواعيد التي تكون ملزمة قضاءً وديانه، والمواعيد التي تكون ملزمة دياناً فقط، وتعدد الاراء ما هو الا لمحاولة وضع ضوابط تميز للمسألة، فالقول بالزامية الوعد على اطلاقه غير

ممکن ، 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 ملزومه.

وإما ان يكون الوعد بإرادته جاده ونهائية وجازمه وموضوع هذه الاراده انه الزم نفسه بالقيام بالالتزام بالمستقبل، فهذه الصيغه الاصل انها ملزمة ديانته 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 والمواعيد التي تدخل المعاملات المالية الحديثه وخاصة المؤسسات المالية الاسلاميه، فجعل الوعد الذي يصدر باراده جازمه لفعل امر في المستقبل ويكون الغير مخيراً في الاستفادة 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 المباحة فيجب الوفاء به ديانةً واخلافه بلا عذر اثم ولكنه غير ملزم قضاءً، فإن ترتب على عدم الوفاء ضرر على الموعد له فيلزم الواعد التعويض في الضرر قضاءً الحاصل فقط، وهذا يتناقض في المعيار فكيف تقول انه ملزم ديانته غير ملزم قضاءً الا اذا رتب ضرراً فانه يصح واجب التعويض، وهذا من ناحية 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 الموعد له، وقالوا ان الوعد بالتبرعات لا يلزم قضاءً الا اذا كان على سبب فيه كلفه على الموعد 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 الموعد له في كلفه ، وكذلك العقد النهائي لا يتم تلقائياً بل يجب ان ينجز في حينه بتبادل الايجاب والقبول في حال كونه وعداً ملزماً.

اما المواعدة التي يقصد بها وعدين متقابلين من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل واحد وبزمن واحد اذا كانت على افعال وتصرفات مباحه شرعاً، فقالوا انها لازمه ديانته لا قضاءً الا في الحالات التي لا يمكن انجاز المعامله التجارية حقيقه دون وعد ملزم إما بحكم القانون او بحكم الاعراف التجارية 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 حتي يحصل الضرر او يتركه لطبيعة المعاملة، 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 المالية الاسلامية. وأرى ان المعيار فيه اشكال وفيه تضيق على المؤسسات المالية الاسلامية ولم تحل فيه اشكالية الوعد او لم يخرجوا منه ضابطاً واضحاً يميز فيه بين ما هو ملزم وغير ملزم في العِدات مع ان الاقوال الفقهية 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 فبدية كانت مسألة الوعد في المراجحة ومع مرور الزمن بدأت مسألة الوعد تدخل في اهم الاساليب والصيغ التي تجربها المؤسسات المالية الاسلامية 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 ، ص 60، 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 والفقه 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 ، ص 99، ج 1 والوعد في القانون اذا صدر باراده الطرفين فانه يقع عقداً ملزماً اذا توافرت الشروط انفة الذكر، وهو لا يكسب الموعود له الا حقوقاً 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 الموعود له عن حقه فهو يتنازل عن حق شخصي يجب ان تراعى في التنازل اجراءات حوالة الحق ، وفي حال اخل الواعد بالتزامه بموجب عقد الوعد فإن من حق الموعود له ان يرجع عليه بالتعويض، ومن حق الموعود له ان يأخذ تأمينات عينيه لحقه، وان يقوم باعمال التوثيق لإثبات حقه، وايضاً له الحق بمنع الواعد من الاعمال التي من شأنها اعاقبة تنفيذ العقد النهائي، وينتقل هذا الحق للورثة وله ان يتنازل عنه بعوض وبدون عوض، وفي حال ابدى الموعود 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 ديانةً غير ملزم قضاءً ، فالمادة (171) من مجلة الاحكام العدلية تقول " ان صيغة الاستقبال في اللغة التي تكون بمعنى الوعد المجرد والمساومة مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها العقد " ويقول الاستاذ الزرقاء " رحمه الله " الوعد بالبيع او 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 ، ص 171 ، ويقول في المدخل ج 1 ، ص 323 " يجب جزم الارادتين بصورة لا تردد معها لان التردد يكون في حكم الرفض ومن الواضح انه اذا انتفت الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد فلا عقد ولا التزام وعلى هذا يقرر الفقهاء ان الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاءً " .

والبعض الاخر اجاز الوعد بالتعاقد واعتبره ملزماً من الناحية القضائية وحجتهم 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 .

المناقشة والترحيح:

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 سيغل وبدأ يدعو للاخذ بالارادة المنفرده كمصدر للالتزامات الارادية ، وكان اسم نظريته الوعد كمصدر للالتزامات فجوهر الالتزامات التي تنشأ بالارادة المنفرده هي فكرة الوعد ومع اخذ النظم القانونية الحديثة بفكرة الارادة المنفرده الا انها كانت مصدراً غير اساسي وانحصرت تطبيقاتها في الوعد بالجائزة في معظم القوانين .

اما الفقه الاسلامي فان الارادة المنفرده تعد مصدراً اصيلاً من مصادر الالتزام ، فالارادة الحرة الجازمه تستطيع ان تفرض على نفسها التزاماً تجاه الغير ، فالنذر ، والوقف ، والوصية يل 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 الناقلة 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 تكليف 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 ، والفقه 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 بإرادة واحدة " 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 ملزمة ، وهذه لا خلاف بين العلماء على انها ملزمة ديانةً وقضاءً لانه عقد ، اما ان لم تكن الارادة جازمه فلا ينشأ التزام.
- والالتزام بالقيام بعمل او بالامتناع عن القيام بعمل الزمن والمستقبل عنصر جوهري في تكوينه ، ولذا يقبل الاضافة الى المستقبل، وكذلك لو نظرنا الى حقيقة الشروط المقترنة بالعقود التي اجازها الفقهاء وافتوا بلزومها نجد انها في حقيقتها قائمه 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 اجازة من الفقهاء.

وعندما يتنشرط الشخص على آخر 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: أولاً نهيه عليه السلام، عن بيع وشرط، فهل خالف العلماء حديث الرسول -ص- بإجازة الشروط المقترنة بالعقد؟ فهمي للحديث الشريف ومن خلال الواقع ان النهي كان لما يحصل مع التجار انه بعد انعقاد العقد يبدأ احدهما باستغلال حاجة الآخر ويبدأ باشتراط الشروط الخارجة 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 آخر 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 آخر او اتفق 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 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 تنعقد بهذه الصيغ ولكن كما قلنا التزام آخر من طبيعته 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 كيّف العقد على انه بيع فهو باطل من الناحية الفقهية وهذا صحيح.

ولكن ما الذي يمنع ان يكون عقد الوعد موضوعه التزام بالقيام بعمل من طرفه 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 بقوة القانون فتأخذ السلعة منه بقوة القانون وتعطى للمشتري او ما يسمى "بالتنفيذ العيني"، اما عقد الوعد الذي كيّف 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 الا رفع 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 ، ومحلّه، والمدة واتخذ الوعد شكله 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 موصوفة 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، ج 3، ص 207.

وجاء في البحر الرائق " فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد ابن سلمه وصاحب المنشور انه مواعده، وانما ينقذ بيعاً عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يجبر عليه " ابن نجيم البحر الرائق، ج 6/ص 171. والشاهد من ذلك ان عقد الاستصناع دخل فيه عنصر العمل الذي من سماته ان يكون في المستقبل، فهو التزام من الصانع بالقيام بعمل أي 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 قيمه ، فنحن نعلم ان الفقهاء اجازوا بيع المال المثلي بالتقدير وان كان غير موجود لانه ثبت في الذمه ويكون حقاً شخصياً ولا تنتقل الملكية الا اذا حصل الافراز والتسليم، ولكن الاعيان لا تثبت في الذمه ويشترط وجودها عند العقد، وبلاستصناع 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 لحقت به 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.

المبحث الثالث: أثر الاضافة الى المستقبل على المشاركة المتناقصه

المطلب الأول: ماهية المشاركة المتناقصه

هي شركة يتعهد بموجبها الشريك شراء حصة الاخر تدريجياً حتى يؤول المشروع بكامله للمشتري "المعيار رقم 12 " الهيئة المحاسبه و المراجعه ، ص 345، واشترط المعيار ان لا يكون اشتراط البيع والشراء في نفس العقد وانما يتعهد ذلك بوعدٍ منفصل ويقع البيع والشراء بعقد منفصل ولا يجوز ان يشترط احد العقدين في الاخر.

ويجوز اصدار احد الشريكين وعداً ملزماً يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجياً من خلال عقد بيع عند الشراء وبحسب القيمة السوقية في كل حين او بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.

لا مانع من تنظيم عملية تملك الحصص بأي صوره يريدها الطرفان كتنصيب حصه من الارباح او تقسيم رأس المال الى اسهم يملك منها تدريجياً كل فترة، ويجوز كذلك لاحد الاطراف الشركه استئجار حصة شريكه بأجره معلومه ولمدة محدده مهما كانت ويظل كل من الشريكين مسؤولاً عن صيانة حصته في كل حين. وفي دراسات المعايير الشرعيه لهيئة المراجع والمحاسبه، ج 4، ص 3385

بحث للدكتور نزيه حماد حفظه الله يقول "المشاركه المتناقصه تتضمن اكثر من مواعده ملزمه وهي ترجع في الجمله الى امرين: الاول ان يؤجر الشريك الممول حصته في الملك المشترك الى شريكه العميل لفترات زمنية محدده باجره معلومه مسبقاً لكل فترة مبنية على الحصة او بالاجره التي يتفقان عليها عند مجيء كل فترة زمنية في المستقبل.

والثاني: ان يشتري الشريك العميل حصة الشريك الممول من الملك المشترك على مراحل مبنية وبمقادير نسبيه محدده في فترات زمنية متعاقبة معلومه بحصتها من الثمن سواء بالقيمة الاسمية او بما يتراضيان عليه في كل تعاقد يبرمانه في المواعيد المتفق عليها عند مجيء وقتها.

ويرى الدكتور ان المواعده بالتأجير ملزمه وهي عقود اجاره مضافه الى المستقبل بشرط معلومية الاجره وعدم معلومية الاجره يورث الفساد واعتبر انه فساد مغتفر لانه في عقد تبعية.

والاصل في الفاسد عند الحنفية انه يمكن ان يصح بالعرف المتعارف عليه , وعليه حتى لو لم يتفق على الاجره بين المتعاقدين فان العقد يكون صحيحاً إن عرف أجر المثل فضلاً عن كونها عقود تبعية، وكذلك يرى ان المواعده بالبيع ملزمه وهي بيع مضافه الى المستقبل واجاز البيع المضاف الى المستقبل ، وهذا لم يأخذ به المعيار وهو يرى ان يتم الاتفاق على الثمن مسبقاً عند الوعد، والا افص العقد الى جهاله تفسده، وهذا مناقض للمعيار الذي رفض البيع بالقيمة الاسمية إنما بالثمن الذي يتفقان عليه عند كل عقد.

وأرى ان المعيار (12) اولا : اشترط ان لا يكون الوعد بالبيع والشراء مشروطاً في عقد الشركه بل بعقد مستقل، وهنا أتساءل هل المشروعيه للتصرف وعدمه اختزلت حتى ان كتبت في نفس العقد اصبح غير مشروع ، وإن كتبت في ورقة مستقلة اصبح الامر مشروعاً؟! ، فلو كان الوعد بالبيع شرطاً في عقد الشركه فما المانع الشرعي في ذلك، فالعقد الاول عقد شركة والشراكه تنشأ مطلقه ومقيده بشروط وموضوع الوعد ليس بيعاً إنما التزام بالقيام بعملية البيع ، وهذا الالتزام مختلف موضوعه عن موضوع العقد الاول اما عقد شراء الحصص الذي ينفذ بناء على الوعد فهذا يحتاج الى عقد مستقل لانه موضوعه يختلف عن عقد الشراكه وعن عقد الوعد الذي كان شرطاً فيها او مستقلاً بعقد اخر عنها.

ونرى اليوم في عصرنا الحاضر كثير من العقود المختلطة وهي اكثر من عقد في عقد واحد، فعند نزول شخص في فندق مثلاً فالعقد الذي يتم الاتفاق عليه هو عقد ايجار للغرفة ، وعقد بيع للطعام، وعقد خدمه للنظافه، وكثير من العقود تتضمن اجاره وبيع او بيع وعمل او شراكه وبيع فما المانع من ذلك وهل كتابتها في ورقة مستقلة هي التي تكسبها صفة المشروعيه؟؟.

فالاصل ان يتم تكييف المشاركة المتناقصه بما يتفق مع طبيعة عمل المؤسسات المالية الاسلاميه فدخولها شريك في اصل العميل يرفع نسبة المخاطرة في الاستثمار وهي بعيدة عن العمل في المؤسسة، ولذا يكون العميل هو الاقرب للاصل المتشارك فيه ويده على حصة شريكه حين تصرفه يد امانه لا يضمن الا بالتعدي والتقصير وكان البنك اصبح استثماره مرهوناً بسلامة وصدق نوايا العميل،

وهذه تجعل نسبة المخاطره في المشاركة عالية وكذلك لا تسمح القوانين في أغلب الدول للمصارف التملك في المشاريع الا بنسب محدده ولفترات محدوده. من هنا كانت الحاجة الى ان يقرن عقد الشراكة بوعده من العمل باستئجار حصة البنك بأجرة معلومة او وضع أسس لمعلوماتها او بعقد مستقل عن الشراكة , وحسب ما أرى ان الطريقتين يجوز بهما ذلك.

الوعد او الشرط يكون ملزماً لطرفيه ولكنه لا يعد ايجاراً الا من تاريخ نفاذه وبعقد الايجار يحصل البنك على اجره معلومه على حصته التي يملكها ويتجنب بذلك مخاطر عدم تشغيل الاصل او ان يبقى استثماره مرهوناً بمزاجية العميل, وقد يتفق الطرفان كذلك على وعد ملزم من طرفيه او مواعده ملزمه موضوعها القيام بعملية شراء وبيع الحصص تدريجياً في المستقبل حتى يخرج البنك من ملكية الاصل.

وهذه المواعده او كما قلنا عقد الوعد موضوعه ليس بيعاً انما هو التزام بالقيام بالبيع والشراء من قبل الاطراف في المستقبل وتبنى احكامه واثاره القانونية على اساس انه التزام بالقيام بعمل اي تبقى الحصة للبنك هو الذي يملكها , وهو الذي يتحمل تبعه هلاكها في حال عدم التعدي والتقصير ولا يستطيع احد الطرفين ان يجبر الاخر على التنفيذ العيني بقوة القانون لان فيه مساس بالحرية الشخصية, بل يستطيع بناء على المواعده ان يرفع عليه قضية مطالبة بالتعويض عن الاضرار الناشئة جراء الاختلال بالالتزام العقدي فلا يستطيع القانون ان يجبر شخص ان يدخل في ملكه شيئاً جبراً عنه اذا كان مصدر الالتزام هو الارادة.

فيجب ان يتم العقد النهائي بإرادة اطرافه, 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 الاضرار التي تلحق به, فالحاجة والتطور في المعاملات المالية تتطلب ان ننظر الى الوعد باعتباره التزام بالقيام بعمل او امتناع عن عمل ملزم لمن اصدره او لطرفيه يلحق جميع العقود ينصب موضوعه على حق شخصي مضمونه التعهد بالقيام بالعمل المطلوب , وهذا قريب مما يتم بالوكالة عندما يقيم الاصيل الوكيل مقام نفسه بالقيام بالتصرفات الجائزه شرعاً فقد تكون وكالة بيع او شراء و موضوعها التزام الوكيل ان يقوم بعملية البيع عن الاصيل في الوقت المتفق عليه, او بلغة اخرى وعد بالقيام بعملية البيع لصالح الاصيل, فهي عقد التزام بعمل تضمن موضوعه القيام ببيع او شراء في المستقبل او غيره من التصرفات في عقد واحد.

والحمد لله رب العالمين