Under the auspices of تحت رعاية

مصرف البحرين المركزي
Central Bank of Bahrain

Organised by تنظيم

AAOIFI
هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS

15
المؤتمر السنوي
Annual Conference

البحوث المقدمة

لمؤتمر أيوفي السنوي الخامس عشر للهيئات الشرعية
AAOIFI 15th Annual Shari'ah Boards Conference

١٥-١٦ رجب ١٤٣٨هـ يوافقه ١٢-١٣ أبريل ٢٠١٧م، في فندق الدبلومات، المنامة، مملكة البحرين

15-16 Rajab 1438 H 12-13 April 2017, Diplomat Hotel, Manama, Kingdom of Bahra

الراعي الرئيس

بيت التمويل الكويتي
Kuwait Finance House

الراعي البلاتيني

الأهلي NCB

الراعي الذهبي

alBaraka البنك الإسلامي الأردني
عضو مجموعة البركة المصرفية

بنك البحرين الإسلامي BisB

الراعي الفضي

مصرف السلام البحرين
AL SALAM BANK

بنك الإثمار
Ithmaar Bank

الشريك المعرفي

THOMSON REUTERS

المؤسسات والجهات الداعمة

مجلس التنمية الاقتصادية البحرين
BAHRAIN ECONOMIC DEVELOPMENT BOARD

BIBF
LEADING EXCELLENCE

المعالي
ALMAALI CONSULTING GROUP
مجموعة المعالي للاستشارات

الفهرس

اليوم	المحور	الموضوع	رقم الصفحة
الأول	الثاني	**التحرير القانوني والفقهي لـ(الاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد)**	
		١. التحرير القانوني والفقهي للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد أ.د. محمد علي القري	١
		٢. التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية والوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد أ.د. علي محيي الدين القره داغي	١٧
		٣. الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية د. عبدالقادر العرعاري	٦٣
		٤. Enforceability of Certain Promises, Particularly Unilateral Promises and Promises in Different Documents in the Pre-Closing Process أ. مايكل ماكميلن	٨٨
		٥. التأصيل القانوني للتخلف عن الوفاء بالوعد الأحادي بالتعاقد الدكتور: زغوان هشام	١٨٤
الأول	الثالث	**المقاصد ودورها في الاجتهاد المعاصر في فقه المعاملات المالية**	
		١. تخصيص عموم النصوص بمقاصد الشارع المستنبطة منها أ.د. نزيه كمال حماد	٢٣٢
		٢. قواعد الذرائع في المعاملات المالية د. سامي السويلم	٢٦٩ ٣١٩
		٣. د. أبي الطيب مولود السريري	

الثاني الخامس **إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه**

١. إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه
د. خالد السياري ٣٥٠

٢. إعادة التمويل وتطبيقاته المعاصرة وأحكامه
ش. ناصر الداود ٤٣٠

الثاني السادس **التدقيق الشرعي الخارجي: رؤية جديدة وأبرز التطبيقات المعاصرة**

١. د. عبدالباري مشعل

٢. أ. محمد مزمل كسباتي ٤٧٣

الثاني السابع **"الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة**

١. "الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة
أ.د. عبدالله بن مبارك آل سيف ٤٩٤

٢. "الإجماع" وأثره في فقه المعاملات المالية المعاصرة
أ.د. الناجي الأمين ٥١٤

٣. أبحاث في تحرير ثبوت أهم الإجماعات المحكية في فقه المعاملات المالية
د. محمد قراط ٥٤١

التحرير القانوني والفقهي للاتفاقية والعقد ومذكرة التفاهم والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

بحث مقدم

للمؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

١٢-١٣/أبريل/٢٠١٧م

اعداد

د. محمد علي القري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

مقدمة في مصادر التعرف على معاني المصطلحات في المعاملات:

ليست معاجم اللغة ومدونات الفقه هي المصدر الوحيد لتحرير معاني المصطلحات التي يستخدمها الناس في معاملاتهم، ذلك ان الكلمات تخضع لما يسميه أهل اللغة التغير الدلالي، فإن كثيراً من الكلمات تكتسب مع مرور الأيام معانٍ جديدة بل ان منها ما يتخلى عن معناه الأصلي لتتحول إلى معناً جديدٍ كلياً، وهذا كثير في كل لغة لأن اللغة كائن حي يتغير ويتطور بتطور الناطقين بها.

انظر إلى عبارة المضاربة، تعرفها كتب الفقه ومعاجم اللغة بأنها عقد شركة في الربح بين شريك بماله وآخر بالعمل، لكنها في اللسان المعاصر لا تكاد تذكر بهذا المعنى وإنما الناس من عامة ومتخصصين إذا قالوا "مضاربة" فإنهم يقصدون المجازفة والمخاطرة فيقولون فلان يضارب في الأسهم أو يضارب في العملات. ولا يمكن القول بأن المضاربة بمعناها المستجد مناط لأحكام المضاربة الفقهية، ومنها كلمة تخارج فالأصل في معناها انها: تصالح الورثة على اخراج بعضهم عن نصيبه في الميراث نظير جزء من التركة أو من غيرها، لكن العبارة تستخدم اليوم في لغة الاستثمار بمعنى "التنضيض" فيقولون سيقوم مدير الصندوق بعملية التخارج ...إلخ.

وأمثال ذلك كثير. من ذلك كلمة "مكتب" فإن المعنى اللغوي لها كما في لسان العرب "المكتب موضع تعلم الكتابة" لكنه اكتسب معنى جديداً إذ يقولون مكتب سياحي ومكتب محاماة ومكتب رئيس الجمهورية فاختلفت دلالة الكلمة. وكلمة حاجب فقد كانت في الزمان القديم تعني رئيس الوزراء، أما اليوم فمعناها أقل من ذلك بكثير، والباعث على هذه المقدمة هو كلمة: اتفاقية فقد اكتسبت اليوم معناً لم يكن معهوداً في القديم وهو "نص ما اتفق عليه".

وعلى ذلك يمكن ان نقول ان البحث عن معاني هذه المصطلحات لا يجب ان يتوقف عند معاجم اللغة ومدونات الفقهاء بل يجب تتبع هذا التغير الدلالي إذ المعول على المعنى المقصود من قبل أطراف العلاقات وليس الجذور التاريخية للمصطلحات.

١) الاتفاقية:

كلمة "اتفاقية" كلمة عربية صحيحة ترد في المعاجم العربية القديمة ولكن ليس بمعنى وثيقة لاتفاق تجاري كما اشتهرت اليوم وإنما وردت بمعنى الاتفاق والاجتماع على الأمر أو وقوع الأمر عرضاً وصدفة، فيقال: إن إصابة الحق اتفاقية، كما يقال: أمور اتفاقية، أي عكس الأمور الاختلافية. ووردت في كلام المناطقة فقالوا: الاتفاقية هي التي حكم فيها بصدق التالي على تقدير صدق المقدم.

فالكلمة جارية على القياس اللغوي الصحيح في اللسان العربي[١] يشهد لذلك ما جاء في الذكر الحكيم من كلمات على نفس القياس مثل كلمة "جاهلية" "ورهبانية" ومثل ذلك ورد في الشعر الجاهلي أيضاً.

فإذا كان الاتفاق هو المعنى المصدري فالاتفاقية بمعناها المستجد هو "نص ما اتفق عليه". واستخدام الكلمة بهذا المعنى وان كان لم يعرف في الزمان القديم إلا انه ليس جديداً في لغة العرب فقد ذكره صاحب كتاب "جواهر العقود ومعين القضاة من الموقعين والشهود" شهاب الدين محمد المنهاجي المتوفى سنة ٨٨٠هـ (١٤٧٥م) فقال في المقدمة عن اغراض كتابة وفوائد جواهره: "ويستنير بكواكبها المشرقة كل ذي حاجة لحكم أو عقد أو اتفاقية وفق كتاب الله وسنة نبيه".

عرف القانون اللبناني الاتفاقية في المادة ١٦٥ فقال: "الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً".

والأصل في الاتفاقية انها غير ملزمة ولا تنفذها الجهات القضائية إلا إذا اتجهت إرادة عاقديها إلى جعلها ملزمة وتكون قد اكتملت فيها أركان العقد.

---

١ – أحمد مختار عمر، ج١، ص٩٦

١-١- الاتفاقية والعقد في ظل القوانين:

تكاد عبارة الاتفاقية ان تكون مرادفاً للعقد وما يكون بينهما من اختلاف راجع إلى إرادة طرفيها في جعلها ملزمة أو غير ملزمة ومن القانونيين من قال بان التمييز بين الاتفاق والعقد لا أهمية له وينسب هذا القول للسنهوري، وقال أحد الباحثين عن التمييز بين العقد والاتفاقية أن الفقه القانوني الحديث قد هجر هذه التفرقة لعدم أهميتها العملية[١]. والمتأمل في القوانين يدرك ان التفريق هو بين الاتفاقات القابلة للتنفيذ من قبل القضاء وتلك التي لا تعد ملزمة ومن ثم لا تكون محل التنفيذ من المحاكم. فالمعوّل ليس على الاسم بل على المسمىَّ.

والمحاكم لا تنفذ إلا العقود سواء سميت عقداً أو اتفاقية والمقصود تلك الاتفاقات التي اكتمل فيها متطلبات صحة العقود بحسب النظام القانوني السائد بصرف النظر عن الاسم الذي أطلقه المتعاقدان عليها ولذلك ان كانت الاتفاقية قد تضمنت أركان العقد وموجبات صحته فلا يضيرها ان تسمى اتفاقية أو مذكرة تفاهم.

١-٢- الاتفاقية في النظر الشرعي المعاصر:

مع ان الاتفاقية والعقد في مصطلح النشاط التجاري والمالي لا يكاد يتميز أحدهما عن الآخر، فإن الاتفاقية ليست في الاستخدام المعاصر في المعاملات الشرعية (كمثل ما يجري عليه العمل في المصرفية الإسلامية) مرادفاً للعقد وإنما هي دون ذلك، يمكن تعريفها بناء على ما وقع التعارف عليه في استخدامها بأنها: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على شروط وأحكام ومعطيات عقد أو عقود يزمعون الدخول فيه خلال مدة سريان الاتفاقية".

والاتفاقية بهذا المعنى ليست عقداً وإنما هي إطار للتعامل بين أطرافها ولذا فهي ليست ملزمة لأي طرف في الدخول في عقد كما انها ليست محل التنفيذ من قبل القضاء ولكن ما ترتب عليها من عقود دخل فيه طرفاها بناء عليها يكون محكوماً بما ورد في تلك الاتفاقية من نصوص بشأن الشروط والأحكام. فكأن الغرض من الاتفاقية التمهيد للدخول في عقود وتيسير الإجراءات واختصار وقت المفاوضات عند

---

١ – التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدريني، دار الشروق، جدة، ص٤٠.

الدخول في كل عقد أي انها إطار للمعاقدة ولذلك تسمى أحياناً "اتفاقية إطارية"[1] وإذا حد لها تاريخ صلاحية فإن ذلك يعني ان العقود المبرمة بناء عليها خلال هذا التاريخ تكون محكومة بما ورد فيها من شروط واحكام.

فإذا أبرم العقد استقل بنفسه فلم تعد صلاحيته أو نفاذه مربوطاً بتلك الاتفاقية حتى انه يبقى ساري المفعول بعد انتهاء مدة الاتفاقية.

ومبعث الحاجة إلى الدخول في اتفاقية إطارية قبل إبرام العقود هو ان اعداد الشروط والأحكام يستغرق وقتاً وجهداً من طرفي العقد ويكون عادة محل نظر وتأمل ومشاورات إضافية قبل الدخول في العقود وصيرورتها ملزمة لطرفيها لا سيما إذا كان المحل المزمع التعاقد عليه مبالغ عظيمة أو استثمارات ضخمة أو علاقات ممتدة في الزمن، ومن جهة أخرى قد يرغب الأطراف في الدخول في ترتيبات برنامج يتضمن عدداً من العقود ولذلك يفضلون الانتهاء من الاتفاق على الأمور المتكررة وعدم اعادة النظر فيها في كل مرة وذلك بتأطيرها في اتفاقية والاقتصار عند إبرام كل عقد على الثمن والكمية ونحو ذلك دون الحاجة إلى مفاوضات جديدة.

٢) مقدمات إبرام الاتفاقية:

الاتفاقية إذا قصد بها ان تكون عقداً يكون لها مقدمات لا يلزم الأخذ بها ولكن قد سار عمل الناس على ذلك، ومن أهم هذه المقدمات:

١/أ- خطاب النوايا:

وهو معروف في العلاقات التي تحكمها القوانين ويسمى Letter of intent يرسله أحد طرفي الاتفاقية المزمع الدخول فيها إلى الطرف الآخر ويستخدم لتأكيد الخطوات والمكونات الأساسية لاتفاقية ينوي الطرفان الدخول فيها من ناحية جدول المفاوضات والتاريخ المحتمل لعقد الاتفاقية وفكرة عامة عن التكاليف أو الأسعار أو نحو ذلك بل ان لها مواضيع شتى يصعب حصرها ويرد الطرف الآخر عليها بالموافقة، وهي بصفة عامة غير ملزمة وليست محل التنفيذ من قبل المحاكم.

---

١ - وتسمى بالإنجليزية Master Agreement ويترجمونها خطأ باتفاقية رئيسية والترجمة الصحيحة انها اتفاقية إطارية.

١/ب– مذكرة التفاهم:

المعروفة باسم MOU أو Memo of understanding وهي ضمن وثائق العلاقات التي تنشأ بين الأطراف في ظل القوانين وهي أرقى درجة من خطاب النوايا من جهة الإلزام ولكنها دون الاتفاقية والعقد، ويدخل فيها الأطراف غالباً قبل توقيع العقد النهائي لترتيب خطوات الدخول في الاتفاقية. والالزام بها وتنفيذها من قبل المحاكم يعتمد على محتواها فإن كانت مستوفية لأركان العقد صارت ملزمة حتى لو سميت مذكرة تفاهم إلا ان ينص على انها غير ملزمة أو يكون قد فاتها بعض أركان العقد. ولذلك فهي ربما لا تعدو في قوتها خطاب النوايا وربما ارتفعت إلى مستوى العقد بناء على محتواها. وعلى كل حال قد تتضمن محتوى مختصاً بالمرحلة السابقة للاتفاقية مثل الالتزام بالسرية أو حفظ الملكية الفكرية وفي هذا الجانب فهي ملزمة حتى لو لم تتمخض عن اتفاقية.

١/ج– رؤوس أقلام الاتفاقية:

وتشتهر باسم heads of agreement وهي تشبه خطاب النوايا من ناحية انها تتضمن العناصر المهمة للعلاقة المستقبلية بين أطرافها وإطار للمفاوضات والاتفاق على عناصر مهمة في العلاقة مثل السرية والملكية الفكرية ونحو ذلك، والأصل انها توطئة للدخول في عقد أو اتفاقية مفصلة ولكن في كثير من الأحيان يكتفي الأطراف بها إذ جل ما يرغبون الاتفاق عليه هو اطار عام للعلاقة بينهما، وهي كشأن المستندات ما قبل العقد ليس ملزمة ولا تنفذها المحاكم إلا ان تتضمن ما يدل على الالزام بها.

١/د– مقدمات الاتفاقية ليست أكثر من وعود:

جميع ما ذكر من أنواع المقدمات التي تسبق الاتفاقية يمكن تصنيفها ضمن باب الوعود فهي أما وعد مثل خطاب النوايا أو مواعدة مثل مذكرة التفاهم وليست اكثر من ذلك. ومع ذلك فإن المعول على الأحكام والشروط وليس الأسماء فإن أي من هذه الوثائق لو جرى صياغته على صفة عقد واكتملت متطلبات صحة العقود فيه اعتبر كذلك وجرى الإلزام به قانونياً.

١/هـ– مقدمات إبرام العقود في المعاملات الشرعية:

ليس وجود مقدمات لإبرام العقود أمراً مستحدثاً بل هو مما درج عليه تعامل الناس منذ القديم فالبيع مثلاً تسبقه المساومة والمفاوضة والنظر والتأمل حتى يصل إلى مرحلة "الركون" وهي مرحلة تقارب الرضا وسكون

النفس إلى الاختيار ولكن لم يصل الطرفان بعد إلى مرحلة إبرام العقد، وقد عنيت الشريعة الإسلامية بهذه المرحلة لأنها هي مناط الأحكام الواردة في الأحاديث الشريفة المتضمنة نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل عن البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه والخطبة على خطبة أخيه إذ كل ذلك ضمن مرحلة المقدمات للتعاقد.

ومن الثابت ان أكثر ما يكون النزاع في مرحلة خطاب النوايا ومذكرة التفاهم هو هذا الذي خصه الشارع بالمنع وهو البيع على بيع أخيه والسوم على سوم أخيه. وهذا النهي عن بيع الرجل على بيع أخيه جار على مقصد الشريعة في أحكام العقود وهي إبعاد الناس عن النزاع والخصومات والعداوة التي تنشأ بين الناس وما يترتب على مثل هذا من حسرة وندامة، قال القرافي في الذخيرة في افتتاحه باب السلم "قاعدة: مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين وحسم مادة الفتن حتى بالغ في ذلك بقوله لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا"[١].

فمنع الشارع ما يفضي إلى الخصومات أو يكون سبباً في العداوة والبغضاء والشعور بالحسرة والندامة في هذه المرحلة الحساسة من مشروع إبرام العقد يدل عليه ان البيع على بيع أخيه الممنوع إنما تمنع في المرحلة التي يغلب على الظن انه يترتب عليها مثل ذلك من الخصومة والعداوة وفساد ذات البين، ولا يكون ذلك إلا في المرحلة التي بدأ يظهر فيها الرضا بالمعاقدة ولكنها لم تحصل بعد وهي مرحلة خطاب النوايا ومذكرة التفاهم، أما قبل ذلك فهو من النصيحة المطلوبة ولا يؤدي إلى شيء مما ذكر، وبعد ذلك أي بعد إبرام العقد لا تأثير له إذ لا يمكنه فسخ العقد، ومعلوم ان استقرار المعاملات واحترام المواثيق والمعاقدات والوفاء بها مقصد من مقاصد الشريعة.

العقد:

العقد في اللغة الربط والشد والضمان والعهد، ويطلق على الجمع بين أطراف الشيء يقال عقد الحبل إذا جمع احد طرفيه على الآخر وربط بينهما[٢].

---

١ – القرافي، الذخيرة، ج٥، ص٢٢٥.

٢ – المصباح المنير.

وفي الاصطلاح للعقد معنى عام هو كل ما يلزم الإنسان نفسه أو غيره به ولذلك فإن النكاح والبيع وسائر المعاوضات عقود لأنها كل طرف من طرفيها قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به، ولكن المدار على المعنى الخاص وهو كما عرفه الزركشي: "ارتباط الإيجاب بالقبول الإلتزامي"[1]، والجرجاني: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول" (التعريفات للجرجاني).

وأركانه العاقدان والصيغة والمحل، والواقع ان العقد هو الصيغة أي الإيجاب والقبول ولا يتصور إيجاب وقبول بلا عاقدين ومحل.

الالتزام:

٤-١- الالتزام في اللغة:

يقال في اللغة: لزم الشيء لزوماً؛ أي ثبت ودام. ولزمه المال: وجب عليه. والتزم فلان كذا؛ أي أوجبه على نفسه. وألزمته المال والعمل، فالتزمه؛ أي أوجبه، فثبت عليه[2].

ولزمه المال وجب عليه ولزمه الطلاق وجب حكمه.

٤-٢- الالتزام في الاصطلاح الفقهي:

وفي الاصطلاح الفقهي عرفه العلامة مصطفى الزرقا بقوله: "هو كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو امتناع عن عمل لمصلحة غيره"[3].

وعرفه الحطاب المالكي بأنه إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطيه وسبب الالتزام كما يتبين من استخدام الكلمة هو تصرفات الإنسان الاختيارية التي يوجب بها حقاً على نفسه تجاه شخص أو حق لله عز وجل وقد عد المشتغلون بالفقه ان مصادر الالتزام في الشريعة هي الفعل الضار والفعل النافع والشرع وإذا كان الالتزام بالإرادة المنفردة لم تشترط الأهلية في الملتزم له.

وهو قسمان:

---

١ – الزركشي، المنثور، ج٢، ص٣٩٧.

٢ – القاموس المحيط ص ١٤٩٤، المصباح المنير ٦٦٩/٢، التزام التبرعات لأحمد ابراهيم ص ٦٠٥.

٣ – المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي ص ٩٣، المدخل الفقهي العام ٥١٤/١.

أحدهما: (الالتزام الجبري) وهو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً بإلزام الشارع إياه – لوجود سببه الشرعي الذي ناطه الشارع به، كالتزام الغني بالزكاة الواجبة في ماله، أو لصلة بين الملتزم والملتزم له، كالقرابة والزوجية في الالتزام بنفقة الأقارب – فليزمه، لأن الشرع ألزمه به، امتثالاً وطاعة لأمر الشرع[١].

والثاني: (الالتزام الاختياري) وهو إيجاب الإنسان على نفسه أمراً يتعلق بغيره، باختياره وإرادته من تلقاء نفسه، كمعاوضة أو تبرع أو توثيق دين أو غير ذلك من العقود[٢].

وقال الشيخ أحمد ابراهيم: "ومتى وجد سبب الالتزام – اختيارياً كان أو جبرياً – وجدت بوجوده رابطة قانونية شرعية بين الملتزم والملتزم بله، يكون الأول مديناً، والثاني دائناً بالالتزام[٣].

والالتزام في الفقه الإسلامي قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل أو بامتناع عن عمل.

فالالتزام بالدين: يعني الالتزام بأداء مبلغ من النقود أو ما في حكمه من الأشياء المثلية أو المصنوعات التي تقبل الثبوت في الذمة.

والالتزام بالعين: يعني الالتزام بتسليم عين معينة بذاتها، كتسليم المبيع للمشتري، ورد المغصوب إلى المغصوب منه، وتسليم الوديعة لصاحبها عند طلبها، وإعادة العين المؤجرة إلى المؤجر متى انقضت مدة الإجارة.

والالتزام بالعمل: كالالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة، وكالعمل الملتزم به في ذمة الأجير المشترك.

والالتزام بالامتناع عن العمل: كالتزام الوديع بأن لا يتعدى على الوديعة ولا يقصر في حفظها، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور، والتزام الشريك في الملك المشترك بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالاً مضراً بحق شريكه[٤].

وقال الدكتور عبدالرزاق السنهوري: "يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي أحياناً لفظ (الالتزام)، ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد. أما

١ – الالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد ابراهيم ٢١، ٢٣.

٢ – المرجع السابق ص ٢١، ٢٣.

٣ – الالتزامات في الشرع الإسلامي ص٢٣.

٤ – المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي ص ٨٣-٨٦.

الالتزامات التي تنشأ عن غير العقد، أو التي تنشأ عن المسؤولية العقدية، أي الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى بالضمانات[1].

٤-٣- الالتزام في القانون:

تعريف الالتزام في القوانين تتجاذبه مدرستان الأولى: تسمى المدرسة الشخصية وتعرف الالتزام (الحق الشخصي) بأنه: "رابطة قانونية بين شخصين احدهما دائن والأخر مدين، ويترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل". والثانية: تسمى المدرسة المادية وتعرف الالتزام بكونه "وضع قانوني يكون بمقتضاه شخص معين مكلفا بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل "، من خلال هذين التعريفين يتضح ما يلي:

أنه في نطاق المدرسة الشخصية هناك تركيز على الرابطة التي تجمع طرفي الالتزام، مما يعني أن الالتزام لن يقوم إلا بوجود الطرفين، مما يترتب عنه استحالة انتقال الالتزام سواء من ناحية المدين عن طريق حوالة الدين أو من ناحية الدائن عن طريق حوالة الحق.

وفي نطاق المدرسة المادية هناك أهمية للجانب المادي كعنصر أساسي في الالتزام، هذا يعني أن هذا التعريف يوافق ما وصل إليه النظام الاقتصادي من تطور وسرعة في حركية الأموال، كما أنه يمكن من انتقال الالتزام إلى غير طرفيه عن طريق حوالة الحق والدين وكذا الإنابة القانونية. التعريف المادي للالتزام يستوعب حالة قيام الالتزام من جانب المدين دون تحديد شخص الدائن الذي يكفي أن يكون موجودا عند مرحلة التنفيذ.

٤/٤- القول بان الالتزام مال تجوز المعاوضة عليه:

هل الالتزام المجرد للقيام بعمل غير محرم يعد مالاً فيجري عليه البيع والبيع كما هو معلوم هو مبادلة مال بمال؟ قال في المقنع "المال ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"[2]، فمناط المالية هو المنفعة فما لا منفعة فيه

١ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٤/١.

٢ - المقنع، ص ١٥٢.

ليس بمال ولو كان عيناً فإذا كانت هذه المنفعة لها قيمة معتبرة عند الناس فهي مال تجوز المعاوضة عليه وقد اتجهت بعض الهيئات الشرعية إلى إجازة تقاضي المصرف لأجرة مقابل التزامه ببيع سلعة أو عملة لعميله في تاريخ مستقبلي بسعر متفق عليه عند صدور الالتزام. فيدفع الملتزم له رسماً عبارة عن مبلغ مقطوع للملتزم ويكون دافع الرسم بالخيار إن شاء استفاد من هذا الالتزام وإن شاء اعرض عنه اما قابض الرسم فهو ملزم بالوفاء بما التزم به.

ويكثر استخدام هذا الالتزام بديلاً عن الصرف المؤجل. معلوم ان الصرف لا يجوز ان يكون مؤجلاً بل يجب ان يكون ناجزاً، لكن التجار يحتاجون إلى العملة الأجنبية في تاريخ مستقبلي ومن ثم فإنهم بحاجة إلى الحماية من تقلبات الصرف ولذلك بدلاً عن الدخول في عقد صرف مؤجل (وهو ممنوع) يطلب العميل من البنك ان يلتزم له بصرف العملة في تاريخ مستقبلي (وهو تاريخ حاجته إليها) بسعر صرف متفق عليه اليوم ويترتب على ذلك ان العميل لا يعود متحملاً لمخاطرة تقلب سعر الصرف، ويدفع العميل للبنك رسماً مقابل هذا الالتزام، ومن الجلي انه رسم غير مسترد كما ان العميل بالخيار ان شاء استفاد من التزام البنك وان شاء أعرض عن ذلك إذا انخفض سعر الصرف في السوق في وقت الوفاء بالالتزام. وقد استند المجيز لهذه الرسوم على حقيقة ان الالتزام تتوافر عليه صفة المالية من جهة ان فيه منفعة مشروعة قام العرف على اعتبارها فجازت المعاوضة على هذا الالتزام.

الوعد:

٥-١- الوعد في اللغة:

هو الإخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالموعود[١]. ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن معناها اللغوي في الجملة عند جمهور الفقهاء[٢]. وعلى ذلك عرف الأتاسي (شارح المجلة العدلية) الوعد بأنه: "انباء الإنسان غيره بأنه سيفعل أمراً في المستقبل مرغوباً له"[٣]، وقال ابن عقيل: "هو إخبار بمنافع لاحقة بالمخبر من جهة المخبر في المستقبل"[٤].

ينقسم الوعد في الاصطلاح الفقهي إلى قسمين: مجرد، وملزم.

فأما الوعد المجرد: فهو الخالي عما يفيد تعهد الواعد صراحة أو دلالة – بحسب قرائن الأحوال – بإنجازه وتنفيذه، والسالم من توريط الموعود والتغرير به[٥].

وأما الوعد الملزم: فهو المقترن بما يفيد تعهد الواعد بإنجازه صراحة أو دلالة، أو المتضمن تغريراً بالموعود، سواء كان وعداً بمعروف (كقرض وهبة وإعارة) أو بعقد معاوضة (كبيع وإجارة وسلم واستصناع) أو بعقد توثيق (ككفالة ورهن) أو غير ذلك من العقود الشرعية.

٥-٢- الوفاء بالوعد:

الوعد بشيءٍ محرّم لا يجوز الوفاء به إجماعاً. والوعد بشيءٍ واجب على الواعد يجب عليه الوفاء به إجماعاً.

والوعد بأمرٍ مباح لا خلاف أنه يستحبّ الوفاء به.

واختلفوا في وجوب الوفاء به وهل يلزم الواعد بذلك القضاء.

إختلف أهل العلم في حكم الوفاء بالوعد . بالمعروف. ديانةً على قولين:

---

١ – النهاية لاين الأثير ٢٠٦/٥، مشارق الأنوار ٢٩١/٢، المفردات للراغب ص ٨٧٥، أساس البلاغة ص ٥٠٤، بصائر ذوي التمييز ٢٣٧/٥.

٢ – خلافاً للمالكية الذين درجوا على استعمال كلمة "الوعد" و "العدة" في الغالب بمعنى أخص،وهو "الاعن عن رغبة الواعد في إنشاء معروف في المستقبل يعود بالنفع والفائدة على الموعود". (انظر تحرير الكلام للحطاب ص ١٥٣، الهداية الكافية الشافية للرصاع ٥٦٠/٢.

٣ – شرح المجلة للأتاسي ٣٣٨/١.

٤ – الواضح لابن عقيل ١٠٦/١.

٥ – انظر كتاب نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية ، للدكتور نزيه حماد ص ٢١-٢٨.

القول الأول: أن الوفاء بالوعد مستحبّ وليس بواجب ديانةً، وهو قول الحنفيّة، والشافعيّة، والحنابلة، والظاهريّة، والمالكيّة(فيما إذا كان الوعد مجرداً).

والقول الثاني: أن الوفاء بالوعد واجب بحيث يحرم إخلافه بلا عذر ، وهو وجهٌ عند الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيميّة.

أما الإلزام بالوعد قضاءً إذا كان وعداً بمعروف(أي تبرعاً لا معاوضة) فقد اختلفوا على أربعة أقوال:

القول الأول: الإلزام بذلك قضاءً بإطلاق، وهو قولٌ عند المالكيّة.

واستدلوا: بما سبق الاستدلال به من الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالوعد ديانةً؛ إذ الأصل أن ما وجب ديانةً وجب على الحاكم الإلزام به قضاءً لكونه مأموراً بإقامة شرع الله.

القول الثاني: إنه لا يُلزم به قضاءً، وهو قولٌ عند المالكية، ومذهب الشافعيّة، والحنابلة، والظاهريّة.

القول الثالث: إن الوعد إذا كان معلّقاً على شرط فيكون لازماً بحيث يُقضى به على الواعد، وهو مذهب الحنفيّة.

القول الرابع: أن الوعد إذا وقع على سبب ودخل الموعود في شيءٍ بناءً على هذا الوعد فإنه يُلزم الواعد بتنفيذه قضاءً، وهو المشهور عند المالكيّة.

وقد استقر النظر الفقهي المعاصر بشأن الالزام بالوعد بما صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في قراره رقم ٤٠-٤١ديسمبر ١٩٨٨م. بشأن الوعد ونصه:

"ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض من الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

ولا ريب ان ادخال فكرة الوعد ضمن إجراءات المصرفية الإسلامية كان له أعظم الأثر في تطور العمل المصرفي الإسلامي لأنه قلل من مخاطر الدخول في عمليات بيع وشراء حقيقية إلى الحد الذي أصبحت مخاطر المرابحات ونحوها مخاطر صالحة لعمل المصارف.

٥-٣- الوعد والمواعدة: