ACCOUNTING REVIEW 27 (2011)

Zimmermann, Reinhard, THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION (1996)

١,١ التأصيل القانوني للتخلف عن الوفاء بالوعد الأحادي بالتعاقد

١,٢ دراسة قانونية مقارنة

إعداد الدكتور: زغوان هشام

تكشف تقنيات التعاقد المعتمدة في صيغ التمويل الإسلامية عن مدى غنى فقه المعاملات وقدرته على تقديم الحلول الشرعية المناسبة للأنشطة المالية المبتكرة بما من شأنه الموازنة بين فقه الأولين وعلوم المعاصرين وما يستتبع ذلك من تطور ونماء الصيرفة التشاركية على جميع الأصعدة.

هذا وبصرف النظر عن المقاربة الشرعية لموضوع البحث التي باتت متأثرة بالمقررات الصادرة عن المجامع الفقهية الدولية المجمعة على القوة الملزمة للوعد الأحادي ، فإن التطبيقات القانونية المعاصرة أظهرت تزايد الاهتمام من قبل أطراف العملية التعاقدية بتنظيم مفاوضاتهم الأولية في شكل مذكرة تفاهم أو خطاب للضمان أو مواعدة أو وعد أحادي بالتعاقد.

انطلاقا مما سبق تبيانه ، نعالج الأبعاد القانونية للوعد بالتعاقد وكذا الجزاءات المنصوص عليها في القوانين المقارنة في حال الإخلال بالوفاء به من قبل الواعد ، وذلك تبعا للمطلبين التاليين :

المطلب الأول – التنظيم القانوني للوعد بالتعاقد

المطلب الثاني – جزاء التخلف عن الوفاء بالوعد

المطلب الأول – التنظيم القانوني للوعد بالتعاقد :

ينشأ الوعد بالتعاقد بإرادتين و لا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة ، والإرادة الثانية تبقى بالخيار بين طلب إتمام عملية التعاقد أو العدول عنها.

ويظهر بجلاء من خلال الالتزامات المترتبة عن الوعد بالتعاقد ، على أن هذا الأخير يعد أداة فعالة في تيسير المعاملات وتبسيطها وكذا التشجيع عليها عن طريق إزالة صبغة الشدة والتوتر عن الالتزام ، مما فرض على القوانين المعاصرة تنظيم أحكامه وضبط الآثار المترتبة عليه بالنظر لمزاياه المتعددة لاسيما في مجال التجارة والأعمال.

تأسيسا على ذلك ، سيكون من المفيد جدا معالجة الجوانب القانونية للوعد بالتعاقد انطلاقا من تبيان أساسه القانوني (الفقرة الأولى) فضلا عن تناول تطبيقاته العملية وصوره المتعددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى – الأساس القانوني للوعد بالتعاقد :

تميز النظرية العامة للالتزام بين الاتفاقات المنشأة بناء على إرادتين أو أكثر كما هو الشأن بالنسبة لعقدي البيع والكراء ، ونظيرتها الناجمة عن إرادة منفردة والتي نذكر منها الوعد بالبيع أو بالشراء أو بالتفضيل.

والأصل في الالتزام الناتج عن إرادة منفردة أنه ملزم لمن صدر عنه بمجرد وصوله إلى علم الملتزم له كما يستشف من مقتضيات الفصل ١٨ من قانون الالتزامات و العقود المغربي [١] التي نصت على ما يلي : " الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له " .

وقد أجمعت مختلف التوجهات القانونية المقارنة على أن الوعد الذي ينتقل من طور التجريد إلى طور التحقيق بالالتزام يصبح وعدا ملزما لا محالة ابتداء من تاريخ وصوله إلى علم الموعود له.

غير أنه ، وعلى خلاف ذلك ، انفرد القانون المغربي بربط القوة الملزمة للوعد الأحادي الصادر عن العميل، بامتلاك البنك للعين محل الوعد وليس بمجرد تحقق العلم به من قبل الطرف المستفيد منه ، بمعنى أنه يحق للواعد التراجع عن وعده طالما أن البنك لم يقتني العقار أو المنقول موضوع عقدي الإجارة المنتهية بالتمليك والمرابحة للآمر بالشراء وذلك تطبيقا للمقتضيات المنصوص عليها في المادتين ١١ و ٢٤ من منشور والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم

[١]– وإن نص المشرع في الفصل ١٤ من نفس هذا القانون على أن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما فلا خلاف في ذلك لأن الوعد المجرد لا التزام فيه فهو محض الكلام.

وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء [1] ، بحيث نصت هذين المادتين على إمكانية أن يسبق عقدي المرابحة أو الإجارة وعد أحادي بالشراء أو بالكراء صادر عن العميل ملزم له بمجرد امتلاك البنك للعين.

وحري بالتوضيح أن هذا الوعد الأحادي لا يرتب آثاره القانونية بمجرد صدوره عن العميل وامتلاك البنك للعين ، بل يلزم التقيد بالأحكام العامة لصحة التصرفات الناشئة عن الإرادة المنفردة [2] بالإضافة إلى الأحكام الخاصة الأخرى للوعد المنظمة بموجب منشور والي بنك المغرب المومأ إليه سلفا.

ويمكن إجمال الضوابط القانونية الخاصة والعامة اللازمة لصحة الوعد الأحادي بالتعاقد الصادر عن العميل في إطار صيغ التمويل بالإجارة والمرابحة، في النقاط التالية :

١- أن يصدر الوعد الأحادي عن إرادة صحيحة وجدية ترمي إلى إنشاء الالتزام بالشراء أو الاستئجار.

٢- أن يكون الواعد متمتعا بالأهلية القانونية التامة للالتزام.

٣- أن يقترن بالوعد المذكور سبب حقيقي، بحيث يتعين أن يكون الدافع إلى التصرف مشروعاً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والقانون، كما يجب أن يرد على شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.

٤- أن يحدد الوعد مواصفات العين محل المرابحة أو الإجارة وكذا كيفيات وأجل وضعها من طرف البنك رهن تصرف العميل.

---

[1]- وهو المنشور الذي كان موضوع قرار لوزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم ٣٣٩,١٧ صادر في ١٩ من جمادى الأولى ١٤٣٨ هجرية (١٧ فبراير ٢٠١٧) بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب السالف الذكر رقم ١/و/١٧ الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ٢٠١٧ ، منشور بالجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد ٦٥٤٨ الصادرة بتاريخ ٣ من جمادى الآخرة ١٤٣٨ هجرية (٢ مارس ٢٠١٧) ، ص.٥٧٩.

[2]- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي استبعد صراحة الوعد بالهبة المنصب على العقارات المحفظة وغير المحفظة، حيث نصت المادة ٢٧٧ من مدونة الحقوق العينية على أنه يقع باطلا الوعد بالهبة ولذلك فإن هذا الوعد لا يمكن تصوره بالمملكة المغربية إلا في إطار صيغة الإجارة المنتهية بالتمليك المنصبة على المنقولات ، علما أن الكثير من المؤسسات = = المالية الإسلامية على عقد الهبة من أجل نقل ملكية العين – سواء كانت منقولا أم عقارا– من البنك إلى عميله وذلك تنفيذا للوعد بالهبة الصادر ابتداء عن البنك لفائدة الطرف المستأجر.

٥- أن ينشأ الوعد الأحادي بالشراء أو بالكراء بموجب وثيقة منفصلة عن عقدي المرابحة والإجارة وكذا عن عقد البيع المبرم بين البنك والمالك الأصلي للعين.

الفقرة الثانية – صور الوعد بالتعاقد وتطبيقاته العملية :

أولا– الوعد بالبيع أو بالكراء:

ينصب الوعد هنا على الالتزام بالبيع أو الكراء دون الشراء أو الاستئجار ، يتقيد فيه الواعد بالبيع أو بالكراء ولا يكون ملزما للموعود له [١].

ولا يتصور قيام هذه النوعية من الوعود في صيغ التمويل بالمرابحة المبرمة بالمملكة المغربية بحكم أن المادة ١٤ من المنشور المومأ إليه أعلاه نصت على عدم جواز اقتران الوعد الأحادي بالشراء الصادر عن العميل بوعد ملزم بالبيع صادر عن البنك لفائدة زبونه وذلك تجنبا للمواعدة المحرمة شرعا في هذه النوعية من العقود المالية الإسلامية.

ثانيا– الوعد بالشراء أو بالاستئجار:

في هذه الصيغة من الوعد ، يكون الطرف الملتزم بتنفيذه إما المشتري إن تعلق الأمر بالبيع أو المستأجر إن كان موضوع المعاملة يتعلق بالكراء.

والتعهد بالشراء أو الاستئجار الصادر عن الواعد يعتبر التزاما قطعيا يتوجب الوفاء به من قبل الواعد بمجرد اقتناء البنك للمنقول أو العقار كما أوضحنا ذلك سلفا.

ثالثا– الوعد بالتفضيل :

[١]- والعلة من إنشاء هذه التصرفات القانونية هو أن الأشخاص في معاملاتهم يضطرون أحيانا إلى الحصول من الآخرين على وعود بالبيع والكراء وغيرها من الالتزامات المشابهة لهما دون أن يتقيدوا بالشراء أو بالاستئجار لسبب موضوعي يدفعهم لذلك ، والمثال على ذلك أن من يرغب في شراء سيارة أو عقار يجوز له الحصول على وعد بالتعاقد صادر عن البائع يستند عليه في إلزام هذا الأخير بتنفيذ وعده داخل أجل معين ، وذلك عقب تحققه من سلامة المبيع وتوفره على ثمن البيع وبالتالي فلا هو أضاع فرصة الشراء ولا هو التزم بشيء.

الوعد بالتفضيل التزام من الراغب في البيع بعدم تفضيل الغير على المشتري الموعود له فهو التزام ينشأ بإرادتين ولا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة ، هي إرادة الراغب في البيع وأما المشتري الموعود له فإنه يظل مخيرا بين المطالبة بإتمام البيع أو العدول عن ذلك.

والوعد بالتفضيل شبيه بالوعد بالبيع والفارق بينهما يرجع إلى أنه في الوعد بالبيع ينشأ الالتزام بالوعد منذ صدوره عن الواعد والعلم به من طرف الموعود له ، أما في الوعد بالتفضيل فلا ينشأ إلا عند ثبوت الرغبة في البيع وأما قبلها فلا شيء على الواعد.

وتنتشر هذه النوعية من الوعود بشدة في المعاملات المنصبة على القيم المنقولة وذلك في إطار ما يعرف بخيارات شراء الأسهم (stock-option) بحيث يسوغ لمن صدر لفائدته الوعد بالتفضيل اقتناء الأسهم أو السندات بالأولوية عن باقي الأشخاص المعنيين بعملية الاكتتاب.

المطلب الثاني – جزاء التخلف عن الوفاء بالوعد :

لا مراء في كون القوانين المعاصرة تعاملت بنوع من الحزم والجدية بشأن الحالات التي يتخلف فيها الواعد أو الموعود له عن تنفيذ الوعد الصادر عنه مسبقا ، مقررة في هذا الصدد العديد من الآثار الرامية إلى إقرار نوع من الحماية القانونية لصالح الطرف المتضرر دون أن تحرم الأطراف من التنصيص على الجزاءات التعاقدية أو الضمانات الاتفاقية التي من شأنها صيانة حقوقهم ومراكزهم القانونية.

تبعا لذلك ، وبغرض الإحاطة بهذه المسألة الشائكة ، ارتأيت تناولها من خلال معالجة أهم المقتضيات القانونية المنظمة للوعد بالتعاقد في التشريع المغربي (الفقرة الأولى) وكذا التشريعين المصري والفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى – الوضع في القانون المغربي :

يعتبر المنشور الصادر عن والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء، بمثابة الإطار المرجعي للوعد بالتعاقد في مادة المالية التشاركية المنظمة بموجب القسم الثالث من القانون البنكي المغربي الخاص بالبنوك التشاركية [١].

هذا وبتدقيق النظر في المقتضيات المنصوص عليها بالمادتين ١١ و ٢٤ من منشور والي بنك المغرب السالف الذكر يتضح ما يلي :

– أن الأمر يتعلق بوعد أحادي بالشراء أو بالكراء صادر عن العميل لفائدة البنك.

– أن هذا الوعد يكون ملزما للعميل بمجرد امتلاك البنك للعين محل التمويل بالمرابحة أو الإجارة ، وبعبارة أخرى فإنه يسوغ للواعد التحلل من وعده خلال المرحلة السابقة لامتلاك العين من طرف البنك.

– لا يجوز أن يقترن الوعد الأحادي بالشراء أو بالكراء الصادر عن العميل بوعد ملزم بالبيع أو بالكراء صادر عن البنك لفائدة العميل.

– ينقضي الوعد الأحادي الصادر عن العميل بمجرد ثبوت عدم تسليم البنك للعين لفائدة العميل داخل الأجل المحدد في الوعد أو في الحالة التي يقع فيها التسليم دون أن يتم ذلك وفقا للكيفيات المشترطة بشأن عملية التسليم أو عندما تختلف مواصفات العين عن تلك المنصوص عليها في الوعد أو أي وثيقة ملحقة به [٢].

– يجوز للعميل التراجع عن الوفاء بوعده بالشراء أو بالكراء مقابل اقتطاع البنك من هامش الجدية إن وجد مبلغا لا يتجاوز في جميع الأحوال مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله نتيجة امتناع الزبون عن الوفاء بوعده.

يتبين من هذه المقتضيات أن الوعد الأحادي بالشراء أو بالكراء الصادر عن العميل لا يكتسي في واقع الأمر الصبغة الإلزامية والشاهد على ذلك أن المنشور المذكور وإن اعتبره ملزما بحسب أحكام الفقرة

---

[١]– ويتعلق الأمر بالقانون رقم ١٠٣,١٢ المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ١,١٤,١٩٣ المؤرخ في فاتح ربيع الأول ١٤٣٦ هجرية الموافق ل ٢٤ ديسمبر ٢٠١٤، منشور بالجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد : ٦٣٢٨ ، الصادرة بتاريخ ٢٢ يناير ٢٠١٥ ، ص : ٤٦٢ .

[٢]– ونمثل لذلك ببيان المقايسة المحرر من قبل المالك الأصلي للعين.

٢ من المادتين ١١ و٢٤ غير أنه – بالمقابل – نظم بالمادتين ١٣ و٢٦ الأحكام المطبقة على الحالات التي يتراجع فيها العميل عن الوفاء بالوعد مقتصرا في هذا الصدد على تخويل البنك اقتطاع مبلغ نقدي مطابق لمقدار الضرر الفعلي الذي أصاب البنك جراء التخلف عن الوعد.

في السياق نفسه، تطرح هذه المقتضيات التنظيمية إشكالا محوريا يتعلق بالحالة التي لا يشترط فيها البنك مسبقا توصله بهامش الجدية لضمان تنفيذ العميل لوعده بالتعاقد، فهل يسوغ هنا للبنك المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالوفاء بالوعد؟ أم يجوز له رفع دعوى قضائية في مواجهة العميل ترمي إلى إتمام البيع أو الكراء عن طريق القضاء؟ وما هي الوضعية القانونية السليمة بشأن الحالة التي يشترط فيها البنك غرامة تهديدية أو تعويض اتفاقي كبديل عن هامش الجدية؟ علما أن منشور والي بنك المغرب لم يلزم البنوك والنوافذ التشاركية بهامش الجدية، بحيث يسوغ للعميل إنشاء وعد بالتعاقد دون أن يلزم بدفع هامش الجدية شريطة موافقة البنك على ذلك.

نوجز القول هنا لنؤكد على أن التعويض عن الإخلال بالوفاء بالوعد يجد سنده بالمنشور الصادر عن والي بنك المغرب المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء ، بينما يستند في دعوى إتمام التعاقد على الأحكام العامة المنصوص عليها بالفصول ١٨ و ٢٥٩ من قانون الالتزامات والعقود وحجتنا في ذلك هو أن المادتين ١٣ و ٢٦ من هذا المنشور حصرتا التعويض في حدود الضرر الفعلي اللاحق بالبنك نتيجة لامتناع العميل عن إبرام عقد المرابحة أو الإجارة دون أن تجيزا للبنك المطالبة بأي مبلغ الإضافي.

والحكم نفسه ينطبق على الحالة التي يشترط فيها البنك غرامة تهديدية أو تعويض اتفاقي في شكل شرط جزائي بحيث لا جدال في أن المبلغ الإجمالي للغرامة التهديدية أو التعويض الاتفاقي لا يمكنه أن يتجاوز حدود الضرر الفعلي الذي يظل مسألة واقع يدخل في إطار السلطة التقديرية للقضاء ، فلا معقب عليه في ذلك إلا من حيث التعليل طبقا للقواعد العامة للتقاضي.

بالمقابل ، نص الفصل ٢٥٩ من قانون الالتزامات والعقود على المقتضيات التالية : " إذا كان المدين في حالة مَطْل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين.

وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.

"لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة ".

ينظم هذا الفصل الآثار القانونية لمطل الطرف الملتزم بتنفيذ التزام معين سواء كان محله مبلغا من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل [1] ، مانحا للطرف المستفيد من إحدى هذه الالتزامات التعاقدية إما مباشرة التنفيذ العيني أو المطالبة بالتنفيذ المقابل له والمتمثل في المطالبة بالتعويض كجزاء مدني عن الإخلال بالالتزامات وذلك في الحالة التي يتعذر فيها إعمال التنفيذ العيني الذي يرمي في الواقع إلى إجبار الطرف المماطل على إتمام تعهداته عن طريق القضاء.

وبإسقاط هذه المقتضيات على الوعد بالتعاقد يتضح أنه يجوز للموعود له ، بعد إعذار الواعد كتابة من أجل إبرام العقد النهائي وثبوت مطله في تنفيذ ما تعهد به ، إرغام هذا الأخير على الوفاء بالوعد وعند تعذر ذلك ساغ للموعود له طلب التعويض عن الفسخ [2].

من الناحية العملية ، غالبا ما يتضمن المقال الافتتاحي للدعوى طلبا أصليا يلتمس من خلاله الموعود له إتمام التعاقد باعتباره التزاما للقيام بعمل يقع على عاتق الطرف الواعد ، فضلا عن تضمن هذا المقال

---

[1]- وتجدر الإشارة إلى أن عبارتي الدائن والمدين تفسران بمعناهما الواسع بحيث يقصد بهما الطرف الملتزم ونظير الملتزم له والشاهد على ذلك أن هذا الفصل جاء بالباب الثالث من القسم الرابع من الكتاب الأول لقانون الإلتزامات والعقود المغربي، بحيث عنون الباب الثالث بعدم تنفيذ الالتزامات وآثاره في حين عنون القسم الرابع بآثار الالتزامات في حين = = عنون الكتاب الأول بالالتزامات بوجه عام، مما يدل أن نية المشرع انصرفت إلى تنظيم الأحكام العامة للتنفيذ العيني والمقابل عند ثبوت مطل أحد أطراف الالتزام.

[2]- وقد استقر العمل القضائي لمحكمة النقض المغربية على أن " اتفاق طرفي الوعد بالبيع على الثمن الإجمالي للبيع ودفع جزء منه للبائع وعدم تحديد أي أجل لدفع الباقي، يخول للبائع الحق في إنذار المشتري بأداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع، وأن عدم أداء ذلك في الأجل المضروب يجعله في حالة مطل في تنفيذ التزامه المبرر للمطالبة بالفسخ ".

- قرار رقم ٢٥ صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ ٢١ يناير ٢٠١٤، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد ٧٧ لسنة ٢٠١٤، ص.١٧٠.

لطلب احتياطي يلتمس بموجبه الموعود له – في حال تعذر إتمام التعاقد – بالحكم لفائدته بتعويض مادي جابر للضرر الفعلي اللاحق به جراء تماطل الواعد عن الوفاء بالوعد.

وتجدر الإشارة إلى المادة ٤٠ من منشور والي بنك المغرب تطرقت أيضا للوعد الأحادي بتفويت أنصبة البنك لفائدة شريكه أو شركائه في المشاركة المتناقصة ، فما هي إذن خصوصيات هذا الوعد ؟ وما هو المقتضى القانوني الواجب التطبيق عندما يثبت إخلال الواعد بوعده في إطار صيغ التمويل بالمشاركة المتناقصة ؟

عموما ، تتميز المشاركة المتناقصة عن النظم القانونية للاشتراك المجانسة لها ، بوجود وعد ملزم يقضي بتخارج أحد الأطراف من المشروع الممول عن طريق تفويت أنصبته في المشروع محل التمويل إما دفعة واحدة أو بالتدرج وذلك فقا للشروط المتفق عليها بين الأطراف.

ولذلك فإن الوعد بالتخارج يشكل الآلية التنفيذية لتناقص أنصبة الطرف المتخارج [1] تدريجيا إلى أن تنتهي العملية بتملك المتخارج له لمجموع أنصبة المشروع موضوع التمويل، وهو ما يظهر أن المشاركة المتناقصة ما انعقدت إلا بناء على رغبة البنك والشريك الممول في تنظيم أحكامها التعاقدية على أساس وعد صادر من أحد الأطراف بشراء نصيب الطرف الآخر ووعد من هذا الأخير بتفويت نصيبه للمتخارج له.

وعليه ، فإن الوعد هنا لابد أن يكون ملزما لأطراف المشاركة بإتمام عملية التخارج دفعا لأي ضرر قد يلحق بأحدهما، بعلة أن البنك قد لا يحسن – مثلا – إدارة المشروع فيضطر إلى تفويته مستقبلا بخسارة لا تحتمل ، كما أن العميل لم يختر صيغة المشاركة المتناقصة المنعقدة مع البنك إلا رغبة منه بتملك المشروع الممول مستقبلا.

---

[1] – وقد ألزمت المادة ٤٠ من هذا المنشور أن يكون البنك هو الطرف المتخارج في المشاركة المتناقصة مع تحديد الأطراف لآجال التخارج وكيفياته شريطة أن تتم عملية التخارج وفقا للقيمة السوقية للأنصبة المفوتة بحيث لا يجوز أن يكون الوعد الأحادي بالتفويت بقيمة محددة مسبقا ولا يصبح ملزما إلا بعد إبرام عقد المشاركة.

كما نصت المادة ٤١ من نفس المنشور على أنه " يعتبر عقد المشاركة والوعد الأحادي بالتفويت وعقود بيع وشراء الأنصبة ثلاث وثائق منفصلة، بالنظر إلى الآثار التي تترتب عليها ".

الفقرة الثانية – الوضع في القانونين المصري والفرنسي :

نص القانون المدني المصري في مادته ١٠١ على أن " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ".

يتضح من خلال هذه المقتضيات أن القانون المدني المصري – ويشاركه أيضا القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني –اعتبر الوعد بالتعاقد بمثابة عقد تمهيدي دون أي يكتسي صبغة العقد النهائي، فهو بمثابة مرحلة تحضيرية تسبق التعاقد النهائي الذي يتم بمجرد إبداء الموعود له لرغبته في إبرام العقد النهائي بأي وسيلة قانونية معتبرة.

تأسيسا على هذا المعطى، فلا مراء أن الواعد يكون ملزما بإبرام العقد النهائي متى عبر الموعود له صراحة عن رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، وإذا توفي الموعود له انتقل هذه الحق إلى ورثته باعتبارهم من الخلف العام.

وينعقد العقد الموعود به من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول للإيجاب المتمثل في الوعد ، وبعبارة أدق فالوعد بالتعاقد في القانون المصري وغيره من القوانين العربية السالفة الذكر له أثر كاشف للعلاقة التعاقدية وليس له أثر منشئ طالما أن تمام العقد وكماله يقترن بإبداء الرغبة من قبل الموعود له في تفعيل الوعد بالتعاقد وإظهاره للوجود في شكل عقد نهائي.

والملاحظ كذلك أن التشريع المصري يشترط – تحت طائلة البطلان – تضمن الوعد بالتعاقد لجميع العناصر الأساسية المتطلبة لصحة العقد المزمع إبرامه مستقبلا من قبل الأطراف مع مراعاة الشكليات المنصوص عليها بالقانون.

ولذلك فإذا كان محل الوعد بالتعاقد أحد التصرفات التي يستلزم القانون المصري تقييدها بمصلحة الشهر العقاري والتوثيق كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات الرامية إلى إنشاء حق عيني عقاري أصلي أو نقله أو تغييره أو زواله ، فإنه يتوجب والحالة هذه تسجيل ذلك الوعد وإشهاره بهذه المصلحة وإلا لحقه

جزاء البطلان المطلق ، مع التذكير بكون التصرف الباطل يعتبر فاسدا منذ صدوره فهو كالعدم في نظر القانون.

بناء على ما سبق ذكره ، يمكن القول على أن الوعد بالتعاقد في هذه القوانين يقع في مرحلة وسطى بين الإيجاب الملزم والعقد النهائي الذي قد يتم وقد لا يتم، ويستتبع هذا الأمر أنه في حال نكول الواعد عن تنفيذ وعده يحق للطرف الآخر مقاضاته لإجباره على الوفاء بما تعهد به شريطة تحقق شروطه الموضوعية والشكلية عند الاقتضاء ، ومتى حاز الحكم أو القرار الصادر عن القضاء قوة الأمر المقضي به قام مقام العقد ومن ثم لا حاجة لإبرام العقد النهائي طبقا لمقتضيات المادة ١٠٢ من القانون المدني المصري.

أما بخصوص القانون الفرنسي، فقد عمل المشرع الفرنسي على تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ الصادر بتاريخ ١٠ فبراير ٢٠١٦ القاضي بإصلاح قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، حيث تم تنظيم كل من الوعد بالتفضيل وكذا الوعد الأحادي بالتعاقد وذلك على التوالي بموجب الفصلين ١١٢٣ و١١٢٤ من القانون المدني الفرنسي.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي في الفصل ١١٢٤ السالف الذكر سار على نفس النهج الذي اتبعه المشرع المصري بشأن الوعد الملزم لجانب واحد ، مؤكدا بهذا الخصوص على ضرورة تضمن الوعد الأحادي جميع الشروط والأحكام الجوهرية التي تخص العقد النهائي المزمع إبرامه مستقبلا تنفيذا للوعد المذكور [1]

[1]- وهو نفس التوجه المعمول به أيضا بالمملكة المغربية على مستوى القضاء المغربي حيث درجت محكمة النقض على القول بأنه " طبقا للفصول ١٩ و ٤٨٧ و ٤٨٩ من قانون الالتزامات والعقود ، فإن عقد البيع يشترط في انعقاده إذا ما أبدى الموعود له رغبته في إتمام البيع ، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها العقد ، والذي يجب أن يتم فيه هذا التوافق كتابة في بيع العقارات وما يمكن رهنه رهنا رسميا ، ومحكمة الموضوع حين استخلصت أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، الذي لم يعين في العقد ، فإن قضاءها الذي انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان العقد الذي هو الثمن ، وصرحت من تلقاء نفسها ببطلان الوعد بالبيع بطلانا مطلقا بقوة القانون لا الحكم بفسخه ، يكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني سليم ".

- قرار رقم ٤٠٤ صادر عن محكمة النقض المغربية بتاريخ ٣١ يناير ٢٠١١، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد ٧٤ لسنة ٢٠١٢، ص.٤٥.

كشرط لصحته من الناحية القانونية ، كما أجاز للموعود له اللجوء إلى القضاء المختص بغاية المطالبة بالتنفيذ الجبري لمحل الوعد وذلك عندما يثبت أن الواعد عازم على التخلف عن الوفاء بوعده الأحادي.

وفيما يتعلق بالوعد بالتفضيل، فقد نص الفصل ١١٢٣ من القانون المدني الفرنسي على أنه يجوز للطرف المستفيد من الوعد بالتفضيل مطالبة الواعد بالتعويض الجابر للضرر اللاحق به بسبب خرقه للوعد المذكور وتفضيله لشخص أخر غير الموعود له.

كما منح هذا الفصل للموعود له إمكانية إقامة دعوى قضائية ضد الواعد والغير اللذين أبرما عقدا معينا دون مراعاة الوعد بالتفضيل، ترمي إلى بطلان هذا العقد أو يلتمس بموجبها من القضاء إحلاله محل الغير في العقد المبرم بين هذا الأخير والطرف الواعد شريطه إثباته لسوء نية ذلك الغير في الحالتين معا وذلك عبر تقديمه لدليل قاطع يؤكد علم الغير مسبقا بوجود وعد بالتفضيل.

المستخلص من المقاربة القانونية للوعد بالتعاقد هو وجود اختلاف بين الأحكام العامة المستمدة من النظرية العامة للالتزام كما هي منظمة بموجب القوانين المدنية المقارنة وبين الأحكام الخاصة المقننة للوعد الذي يكون موضوع إحدى صيغ التمويل الإسلامي ، ذلك أن التشريعات التي لا يوجد بها تقنين خاص بالمعاملات المالية الإسلامية ظلت وفية للإطار القانوني للتصرفات الانفرادية التي تلزم الواعد فقط بالوفاء بالتزامه الاحادي ، بينما يظل الموعود له في حل من أمره إلا أن يعبر عن رغبته في تفعيل الوعد داخل الأجل المتفق عليه.

وعلى العكس من ذلك ، نظم القانون البنكي المغربي الوعد الأحادي الصادر عن العميل مقننا بدقة الآثار والالتزامات المترتبة عنه ، خالقا بذلك نوعا من التوازن بين الزبون والبنك التشاركي ، مما يبرز مدى الحاجة إلى إقرار قوانين بنكية تكون متلائمة مع خصوصيات المالية الإسلامية في أفق ترسيخ مبدأ مراعاة المصلحة المشتركة لأطراف العملية التمويلية المستمد من النظم القانونية المعاصرة.

١,٣ المنطلق المنهجي للبحث في موضوع الوعد الملزم

د. محمد لفريخي

مقدمة:

الوعد والمواعدة لهما أهمية كبيرة في المعاملات المصرفية لأن من شأنهما حفظ الحقوق، ودرء العبث والخسارة التي قد تلحق أحد الطرفين، وتحقيق الجدية لقوله صلى الله عليه وسلم "لاضرر ولاضرار".[١]

وإذا ماثبتت هذه الأهمية فإن التساؤل الذي ينبغي الجواب عنه في شق تصوري وتصويري هو: مفهوم المواعدة، وتمييزها عن غيرها تميزا مفهوميا وفقهيا، قبل الحكم بمعرفة الآثار المترتبة على ذلك شرعا؛ لأن الحكم عن الشيء فرع تصوره، وللجواب على الإشكال الدقيق اقتُرحت المحاور الآتية:

المحور الأول: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين العقد ومدى تأثيرها شرعا.

المحور الثاني: الفرق بين المواعدة الملزمة والبيع المعلق والبيع المضاف.

المحور الثالث: التخريج الفقهي للوعد الملزم لطرف واحد ولطرفين والفروق بينهما.

المحور الأول: الفروق الفقهية بين المواعدة الملزمة لطرفين وبين العقد ومدى تأثيرها شرعا.

المواعدة في اللغة من الوعد، قال ابن فارس رحمه الله تعالى: "الواو والعين والدال كلمة صحيحة تدل على ترجية بقول"[٢] فالمواعدة في اللغة: ترجية متبادلة بين طرفين.

والمواعدة الملزمة في الاصطلاح: التزام طرفين بأن يبيع أحدهما للآخر شيئا مقابل أن يشترى هذا الأخير منه ذلك. وتكون ملزمة متى علقت على شرط أو سبب أو دخل الموعود في كلفة أو صُرح بذلك.

أما العقد لغة، فقال فيه ابن فارس أيضا: "العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شَد وشدة ووثوق..... والعقد في البيع إيجابه"[٣]

---

[١]– رواه الإمام مالك وصححه الحاكم على شرط مسلم و رواه ابن ماجه والدارقطني.

[٢]معجم المقاييس في اللغة، باب الواو والعين وما يثلثهما.

[٣]المرجع السابق، باب العين والقاف وما يثلثهما في الثلاثي