

٤, ١ النظرات الفقهية الأولية للمواعدة الملزمة:

- المواعدة الملزمة في السلم؛
 - المواعدة الملزمة في الاستصناع؛
 - المواعدة الملزمة في إجارة الموصوف في الذمة.
- الدكتور محمد والسو

بما أن الأحكام من قبيل التصديقات، فلا بد من التعرض للتصورات قبل الشروع في التصديقات ولو باختصار شديد فنقول:

لدينا هنا مصطلحات^١ متقاربة لا بدمن التمييز بينها باختصار، وهما: الوعد؛ والالتزام؛ والعقد. وفي الأول نميز بين الوعد والمواعدة. وفي الوعد نميز بين الوعد المجرد والوعد الملزم. ثم نميز بين الوعد والالتزام، ثم بين هذه كلها وبين العقد، وكل ذلك باختصار قدر الإمكان.

المبحث الأول الوعد وحكم الوفاء به:

المطلب الأول: تعريف الوعد والفرق بينه وبين الالتزام:

المسألة الأولى: تعريف الوعد:

الوعد يكون من طرف واحد، والمواعدة: أن يعد كل من الطرفين الآخر. وقد عرّف ابن عرفة المالكي الوعد بقوله في مختصره الفقهي: "العدة: إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل، فيدخل الوعد بالحماله وغيرها، الوفاء بها مطلوب اتفاقاً."^٢ والوعد هنا كما يشير إليه التعريف وعد من طرف واحد لموعد بما وعد به الواعد، وهنا يؤخذ من التعريف ما يلي:

١ _ أن الوعد إخبار عن إنشاء وليس بإنشاء.

^١ هناك مصطلحات أخرى كالعهد والاتفاق واتفاقية الإطار، والاتفاق التمهيدي... لكن بما أن الاختصار مطلوب طلباً جازماً تركتها واكتفيت بما لا بد منه في نظري.

^٢ المختصر الفقهي لابن عرفة ٩/ ٤٣، ٤٢.

٢ _ أن الوعد الذي قصده ابن عرفة هنا الوعد المتعلق بالمعروف كوعود التبرعات من الهبات وغيرها.

٣ _ أن قوله مطلوب الوفاء به أعم من قوله واجب أو مستحب، والأعم لا يستلزم أخص بعينه.

المسألة الثانية: الوعد والالتزام:

عرّف الحطاب الالتزام في سياق أركانه فقال: "وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية.^١ ونظم الفقيه علي الأجهوري _ فيما نقله عنه عليش _ الفرق بين الوعد والالتزام فقال:

قرائن الأحوال أو سوق الكلام \equiv مورد فرق بين وعد والالتزام^٢

المطلب الثاني: حكم الوفاء بالوعد:

المسألة الأولى: أنواع الوعد:

الوعد من حيث وجوب الوفاء به يمكن تقسيمه إلى قسمين:

١ _ وعد مجرد؛

٢ _ وعد ملزم.

فأما الوعد المجرد _ أو مجرد الوعد كما سماه القراني على ما يأتي قريباً _ فلا خلاف في كونه مطلوب الوفاء به ديانة وأخلاقاً، وأن من صميم أخلاق المسلم الوفاء بالوعد عكس المنافق الذي إذا وعد أخلف،

^١ تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص: ١٦ ط: دار الكتب العلمية تح: السيد يوسف أحمد.

قلت: ولا حاجة إلى مناقشة تعريفه بما فيه من دور أو ترديد قد يجاب عنه بالتنوع...

^٢ منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٢٩/٤

كما دلت على ذلك نصوص شرعية متضافرة.^١ قال الإمام القرافي: " أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق"^٢

المسألة الثانية: حكم الوعد الملزم:

الوعد والعقد:

لدينا مقدمات ممهّدات قبل الحديث عن الفرق بينهما انطلاقاً مما يلي:

__ الأصل في تعدد الألفاظ تعدد المعاني؛

__ من القواعد الفقهية: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛^٣

__ من القواعد الأصولية اللغوية: الكلام محمول على عرف المخاطب أبداً؛^٤

ومن الكليات الفقهية المقرية:

كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة.^٥

أن صيغ العقود إنشاء عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة، قال ابن السبكي في جمع الجوامع:

^١ منها قوله سبحانه: (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)

قال القرافي: والوعد إذا أخلف قول لم يفعل، وقال - صلى الله عليه وسلم - : " علامات المنافق إذا أوّمن خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف" فذكره في سياق الذم دليل التحريم ويروى قال - صلى الله عليه وسلم - " وأي المؤمن واجب" وهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً. يراجع: (الذخيرة للإمام القرافي ٥/٤٢٠، ٤١٩ ط: دار الكتب العلمية.

^١ الفروق للقرافي (٤/٢٥)

منها: (يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون)

قال القرافي: والوعد إذا أخلف قول لم يفعل، وقال - صلى الله عليه وسلم - : " علامات المنافق إذا أوّمن خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف" فذكره في سياق الذم دليل التحريم ويروى قال - صلى الله عليه وسلم - " وأي المؤمن واجب" وهذه الأدلة تقتضي وجوب الوفاء مطلقاً. (الذخيرة للإمام القرافي ٥/٤٢٠، ٤١٩ ط: دار الكتب العلمية.

^٢ الفروق للقرافي (٤/٢٥)

^٣ ذكرها الرجاعي في مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل ١/٨٠ و ٢١٧ وذكرها التسولي في البهجة في شرح النخبة ٢/٤٦ و ٤٣٨ ط: دار الكتب العلمية تح: شاهين؛ وتطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال البهجة في شرح النخبة ص: ١٤٢ ؛ وذكرها والباجي في المنتقى ٤/٢٨٢ ط: السعادة وابن العربي في القبس ٢/٧٠٩ تح: ولد كريم - كلهم بألفاظ متقاربة.

^٤ يراجع جمع الجوامع في أصول الفقه للتاج السبكي بشرح المحلي وحاشية البناني ١/٣٢٨

^٥ الكليات الفقهية للإمام المقرئ ص: ١٢٥ ط: الدار العربية للكتاب تح: أبو الأحفان.

"وصيغ العقود كبعث إنشاء خلافا لأبي حنيفة."^١

وأما المواعدة بالسلم في المستقبل فليست إنشاء بل إخبار بالعزم على إنشاء.
فالحاصل أن لزوم الوفاء بالوعد قضاء فيه عند المالكية الأقوال الآتية:
قال الزقاق في المنهج:

هل يلزم الوفاء بالوعد، نعم \equiv ولا نعم بسبب أو أن لزم^٢

"أى هل يلزم الوفاء بالعدة أم لا؟ أربعة أقوال:^٣

الأول: يلزم مطلقا وهو معنى قوله نعم، أى نعم يلزم.

الثاني: لا يلزم مطلقا، وهو معنى قوله: لا، أى لا يلزم.

الثالث: يلزم أن وقعت على سبب وهو معنى قوله: نعم بسبب أي مع سبب.

الرابع: يلزم أن وقعت على سبب ودخل في ذلك السبب بخلاف غير الواردة عليه، وبخلاف إن لم يدخل فيه وهو معنى قوله: "أو ان لزم" يعنى السبب وذلك بوقوعه، والدخول فيه، أي قيل نعم، وقيل لا، وقيل نعم أبسبب ووقع ذلك السبب."^٤

قال ابن بطال: "واختلف الفقهاء فيما يلزم من العدة وما لا يلزم منها:

فقال الكوفيون، والأوزاعي، والشافعي: لا يلزم من العدة شيء؛ لأنها منافع لم تقبض، فلصاحبها الرجوع فيها.

وقال مالك: أما العدة مثل أن يسأل الرجل أن يهب له هبة، فيقول له: نعم، ثم يبدو له ألا يفعل، فلا أرى ذلك يلزمه، قال مالك: ولو كان ذلك في قضاء دين، فسأله أن يقضى عنه، فقال: نعم، وثم رجال يشهدون عليه، فما أحرأه أن يلزمه إذا شهد عليه اثنان.

^١ جمع الجوامع لابن السبكي بشرحه تشنيف المسامع للزركشي ١٠٢٧/٢

^٢ المنهج المنتخب للزقاق بشرح المنجور ١/ ٤٤٣ تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين.

^٣ تراجع الأقوال أيضا في نوازل ابن هلال ص: ٤٥٣ ط: نجيبويه.

^٤ شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/ ٤٣٩ وما بعدها.

وقال ابن القاسم: إذا وعد الغرماء، فقال: أشهدكم أني قد وهبت لهذا من أين يؤدي إليكم؟ فإنه يلزمه، وأما أن يقول: نعم أنا أفعل ثم يبدو له، فلا أرى ذلك.

وقال سحنون: الذي يلزمه من العدة في السلف والعارية، أن يقول للرجل: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنيها به، أو اخرج إلى الحج، وأنا أسلفك ما يبلغك، أو اشترى سلعة كذا أو تزوج وأنا أسلفك، ذلك كما يدخله فيه وينشئه به، فهذا كله يلزمه، قال: وأما أن يقول: أنا أسلفك وأنا أعطيك بغير شيء يلزمه المأمور نفسه، فإن هذا لا يلزمه منه شيء.

قال أصبغ: يلزمه في ذلك كل ما وعد به.^١

ومعلوم أن سياق كلام المالكية في هذا كله في التبرعات لا في المعاوضات، وهناك فروق بين البابين. المطلب الثالث: من صور المواعدة في السلم:

(١) أن يتواعدة مواعدة ملزمة _ مثلا في ذي القعدة على عقد سلم في شهر محرم، _ فإن هذه مواعدة غير ملزمة، ولا يعد هذا تعاقدًا شرعيًا ولو جرى الوعد مجرى العقد عرفًا؛ لما فيه من تأجيل العوضين.

^١ شرح صحيح البخاري لابن بطال ١١٤/٧

إذ من شروط بيع السلم تعجيل رأس المال كله، قال ابن أبي زيد في مختصره: " ... " ونهى عن الكالئ بالكالئ^١ فوجب تعجيل النقد في المضمون^٢ إلا إن تأخر كاليومين أو الثلاث بالشرط فلا بأس. أن المواعدة منهما على عقد سلم في المستقبل فوق ثلاثة أيام مواطأة على ممنوع تنزل منزلة شرط تأخير رأس المال وهو ينافي حكمة مجيء السلم على خلاف الأصل وهي دفع حاجة البائع إلى المال وهو ثمن المبيع قبل إحضاره.

وقد قال الباجي: "وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم فلا يخلو أن يكون عينا أو غير عين، فإن كان عينا فاختلف فيه قول ابن القاسم، فقال: . مرة . يفسد السلم؛ ثم رجع عنه وقال: لا يفسد السلم ما لم يكن شرطا، وبه قال أشهب.

وجه القول بفساده؛ لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين؛ لأن عملها إليه آل. ووجه القول الثاني أن عقدهما سلم من الدين بالدين، وهذا مما لا يفسده التفرق قبل القبض. وقال ابن وهب إن تعمد أحدهما تأخير رأس المال لم يفسد السلم، وإن لم يتعمده أحدهما فسد السلم، ومعنى

١ هو حديث مالك في الموطأ برواية يحيى (جامع بيع الثمر) شرح الزرقاني للموطأ ٣/٣٢٣ ط: دار الفكر ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م؛ وأخرجه البيهقي في الصغرى ٥/٦٥ (باب ما لا ربا فيه، وكل ما عدا الذهب والورق والمطعم) رقم: ١٨٦٣ و في الكبرى ٥/٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين. رقم: ١٠٨٤٢

والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٢١ (باب بيع المصراة) رقم: ٥٥٥٤؛ قال في البدر المنير: "هذا الحديث مروى من طرق، عن ابن عمر رضي الله عنه أحدها؛ من طريق عبد الله بن دينار عنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو بيع الدين بالدين» رواه عبد الرزاق قال: ثنا الأسلمي، ثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر ... فذكره، والأسلمي هذا إن كان ابن أبي يحيى فالجمهور على تضعيفه، وإن كان الواقدي فكذلك.

ثانيها: من طريق نافع عنه «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهي عن بيع الكالئ بالكالئ» رواه الحاكم في «مستدرکه»، والدارقطني في «سننه» من حديث عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن موسى بن عقبة، عن نافع به، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم. قلت: وعبد العزيز من رجال الصحيحين لكنه معزوف بسوء الحفظ كما قاله أبو زرعة. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري المعروف بابن الملقن ٦/٥٦٧، تح: مصطفى أبو الغيط و عبد الله بن سليمان وياسر بن كمال الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع؛ الرياض؛ السعودية ط ١: ٢٠٠٤-١٤٢٥

٢ اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني ٢/٤١٥ تح: عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

ذلك أن يكون أحدهما فترّ ليفسد السلم، فإذا وقع العقد صحيحاً وتعلق به حق الآخر لم يكن للتأني أن ينفرد بإفساده، وهذا مبني على قولنا إنّ الفأرّ من الأداة في الصّرف لا يبطل الصّرف، وإذا لم يفرّ أحدهما فقد رضياً بإفساده فيجب أن يفسد^١

نعم إن كان وعداً غير ملزم على أن الخيار لهما عند حلول الأجل المتفق عليه، فهذا لا بأس به ويندب الوفاء به ديانة.

(٢) أن يتوعدا على عقد سلم تختل فيه بعض الشروط كأن يكون المسلم فيه معيناً، فهي مواعدة على ممنوع فحكمها حكمه، إذمن القواعد الفقهية عند المالكية: "الأصل منع المواعدة فيما لا يصح وقوعه في الحال حماية"^٢

(٣) أن يعلق السلم على شيء مترقب حدوثه في المستقبل، كأن يقول إن تسلمت تعويضات مادية عن أمر معين خلال شهر محرم فسأشتري منك كذا سلماً وتوعدا على ذلك، فهذا لا يصح ولو جرى العرف بتنزيل الوعد منزلة العقد، وذلك لما يلي:

١. أن فيه التعليق في البيع وهو لا يصح عند المالكية،^٣ ففي الزرقاني:

لا يقبل البيع تعليقاً إلا في مسألة وهي من اشترى عرضاً أو حيواناً أو عقاراً كما في صرّ ٤ وطلب البائع الإقالة، فقال له المشتري: أخاف أن تبعه لغيري فقال: إن أو إذا بعته لغيرك فهو لك بالثمن الأول، أو بالذي أبيعه به فأقاله المشتري، فإذا باعه البائع لغيره فهو له إن باعه بالقرب كيوم ونحوه قياساً على القرب في بيع الثنيا كذا استظهره عج ٥ ... ومسائل التعليق ثلاث الأولى تعليق البيع وهذا لا ينعقد به إلا في المسألة السابقة وكذا لا ينعقد به النكاح قال عج:

لا يقبل التعليق بيع ونكاح ... فلا يصح بعت ذا إن جا فلاح

^١ المنتقى شرح موطأ مالك لأبي الوليد الباجي ٤ / ٣٠٠ مطبعة السعادة ١٣٣٢ تصوير دار الكتاب العربي بيروت.

^٢ ينظر اليواقيت الثمينة لعلي الأنصاري بشرح السجلماسي ٥٠٩/٢ فقد نظمها بأمثلتها، لولا خوف التطويل لذكرتها. وإيضاح المسالك للونشريسي ص: ١١٤ قاعدة: ٦٩ تج: الصادق الغرياني.

^٣ ينظر قواعد الفقه للمقري ص: ٤٠٧ قاعدة: ٨٤٨ تج: محمد الدردابي ط: دار الأمان ودار ابن حزم.

^٤ هو رمز للناصر اللقاني

^٥ هو رمز لعلي الأجهوري

أي إن ذلك ليس بعقد لا حالاً ولا مآلاً.^١

وهنا تجب الإشارة إلى أن العقد المعلق ليس كالوعد المعلق، فالوعد في غير ما يمنع وقوعه حالاً _ على ما سبق _ المعلق من الواعد على سبب يصدر عن الموعد باختياره إذا كان السبب تعلق حق الغير بذمة الموعد بسبب الوعد لازم الوفاء لما يلي:

١ _ أنه في حكم الالتزام، وذلك بسبب التعليق المؤدي إلى توريث الموعد.

٢ _ إعمالاً لعمومات النصوص الموجبة للوفاء بالوعد.

٣ _ مراعاة الخلاف قبل الوقوع أو بعده _ على الخلاف _ بمراعاة قول من أُلزم به مطلقاً.

والراجح عندي لزومه في الصور الآتية بالقيود السابق:

إن علق الموعد بذمته حقاً للغير بسبب الوعد، سواء تعلق الحق بالموعد به أو بغيره في ذمة الموعد بسبب الوعد، وهو ما يستفاد من تشهير الخطاب في التحرير إذ قال: "والرابع يقضى بما إن كانت على سبب ودخل الموعد بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور من الأقوال."^٢
أن يجرى عرف بإجراء الوعد مجرى الالتزام؛ لأنه إذ ذاك التزام لا وعد، وقد فرق العلامة الخطاب بين الوعد والالتزام فقال:

"وأما الفرق بين ما يدل على الالتزام وما يدل على العدة فالمرجع فيه إنما هو إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، فحيث دل الكلام على الالتزام أو على العدة عمل بذلك..."^٣
ج) أن يجري الوعد مجرى العقد عرفاً بمعنى إذا كان التواعد ملزماً عرفاً فإنه لازم لما يلي:
١ . قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٢ . الكلية الفقهية القائلة: كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة.^٤

المبحث الثاني: - المواعدة الملزمة في الاستصناع.

^١ شرح الزرقاني لمختصر خليل بحاشية البناي ج: ٥ / ٤ _ ٥ بتصرف.

^٢ يراجع كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام للخطاب ص: ١٤٥ ط: دار الكتب العلمية.

^٣ تحرير الكلام ص: ١٥٣

^٤ الكليات الفقهية للإمام المقري ص: ١٢٥

الاستصناع طلب الصنعة، وهو من العقود الجائزة على خلاف الأصل، لأنه مندرج عند الجمهور ضمن عقد السلم، رخص فيه رفقا بالناس. وعليه، فبما أن الاستصناع عقد لا وعد في راجح أقوال الفقهاء التي لم أستعرضها طلبا للاختصار فالوعد خلاف العقد، كما أن المواعدة خلاف الوعد، فالذي أراه _ والله أعلم _ بيانه بالإيجاز المطلوب فيما يلي:

١ _ لزوم الوعد ذي السبب دون المواعدة، وذلك كأن يعد المستصنع بالكسر الصانع بالشراء فيقوم الصانع بشراء المواد الأولية من أجله، فهذا توريط للصانع، فيجب على المستصنع الوفاء بالوعد، وهو جار على قول من ألزم بالوعد السببي من المالكية، ومن ألزم به مطلقا.

٢ _ المواعدة على الاستصناع إن عدت عقدا عرفا جرت عليها أحكامه لما يلي:

_ العبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

_ العرف في ألفاظ العقود مقدم على اللغة.

ومن أحكامه تعجيل رأس المال (الأجرة) أو تأخيره لنحو ثلاثة أيام.

وإن لم تتضمن معنى العقد لم يلزم الوفاء بها، وإلا أدى إلى الكالئ بالكالئ جريا على أحكام السلم. إذ من أهم شروطه: التعجيل المذكور في مجلس العقد أو حين المدة المذكورة، وتحديد أجل لتسليم الشيء المصنوع، وأن لا يعين الصانع، ولا الشيء المصنوع، (وقول الإمام أشهب بجواز هذا أرفق بالناس)^١ كما تشترط بقية شروط السلم.

المبحث الثالث: المواعدة على إجارة^٢ الموصوف في الذمة:

المطلب الأول: عقد الإجارة عقد معاوضة:

معلوم أن الإجارة مندرجة تحت البيع بمدلوله العام، لأنها بيع منافع، وهو نوع من أنواع مطلق البيع، وعليه فالإجارة تسري عليها جل أحكام البيع، جاء في الجامع لابن يونس: المتكاريان كالمبتاعين فيما يحل

^١ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢١٦/٣

^٢ يطلق مصطلح "الإجارة" على بيع منافع الآدمي، ومصطلح "الكراء" على بيع منافع حيوان لا يعقل وغير حيوان.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

ويجزم؛ لأنها بيع منافع، فهي كبيع الأعيان.^١ فكراء ما في الذمة يعبر عنه عند المالكية بكراء المضمون، وهو يجري على أحكام السلم، ويعبر عنه بالسلم في المنافع، قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: ... وصورته إلى أجل مثل: أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول: اكتريت منك كراء في ذمتك إلى الحج بعشرين ديناراً أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس، فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتباراً بالسلم؛ لأن في تأخيره كونه ديناً بدين...^٢ فأما إذا كان الكراء المضمون حالاً، وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استيفائه...^٣

المطلب الثاني: من صور المواعدة في إجارة الموصوف في الذمة:

وعليه فالمواعدة عليه تأخذ الصور الآتية:

١ _ أن يتواعدا على على عقد كراء في الشهر القادم لشيء بهذه الشروط:

أ_ غير معين. ب_ غير واحد لا يعينه من أشياء حاضرة.

ج _ غائب عن مجلس المواعدة. د _ موصوف بأوصاف لا تؤدي إلى تعيينه.

فإن نزلت المواعدة منزلة العقد عرفاً أدى الأمر إلى عقد فيه تأجيل البدلين وهو الكالئ بالكالئ. قال

ابن رشد: من شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين.^٤

^١ الجامع لمسائل المدونة لابن يونس الصقلي ٢٩/١٦

^٢ قال بعد هذا: فأما في الحج فعنه روايتان:

إحداهما: أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه، والآخر أنه يجوز ويكتفي فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة. فوجه الأولى أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لا حكم له.

ووجه الثانية أن تقدم العربان يخرج عن باب الدين بالدين، فقد تعجل الشيء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيفة الغرر لأن المكري قد ينتفع في الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم، فكان الأصلح عقد العربان ليخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة عند المكري أو كالرهن.

^٣ المعونة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١/١٠٩٥/١٠٩٦ بتصرف.

^٤ بداية المجتهد ٤/١٤٧ ط: دار الكتب العلمية.

وقال ابن أبي زيد في مختصره: بانيا على حديث النهي عن الكالئ بالكالئ " ... " ونهى عن الكالئ بالكالئ^١ فوجب تعجيل النقد في المضمون^٢

فحكم الكراء المضمون حكم السلم في جواز التأخير ثلاثة أيام، وإنما جاز التأجيل مع الشروع في استيفاء المنافع ولو حكماً لأن قبض أوائل المنفعة قبض لأواخرها ، فلا يلزم ابتداء الدين بالدين المرتب على التأجيل وعدم الشروع، وهذا إذا كان العمل المشروع فيه يسيراً، فإن كان كثيراً وجب تعجيل الأجر، سواء شرع أم لا؛ إذ لا يكون قبض الأوائل كقبض الأواخر إلا في اليسير^٣.

وإن بقيت المواعدة على حقيقتها حيث لم تتضمن حكم الالتزام لم يجب الوفاء قضاء وإن وجب ديانة، وإلا فلا فرق بين المواعدة والعقد، نعم إن كان الوعد من طرف واعد وتعلق بذمة الموعود حق بسبب الوعد ألزم الواعد بالوفاء، لكونه متسبباً في ذلك.

٢ _ أن يتواعدا على عقد إجارة بالتعليق على شرط كإن جاءني سيارة من كذا في الشهر القادم أكربها لك بكذا، ويتواعدا على ذلك، ففي تعليق الكراء ما في تعليق البيع على المشهور من أقوال أهل العلم.

وأخيراً فقد اقتصر على المذهب المالكي مع الانتقاء منه خشية تجاوز القدر المطلوب من الصفحات.

وأعتذر عن التأخر في إرسال هذه السطور، كما أعتذر عن أي خلل أو نقص نظراً لالتزامات كثيرة سابقة صعب علي جداً التحلل منها، ولظرف صحي طارئ شغل بالي أياماً. لذا وذاك أختتم بقول الشيخ خليل في مقدمة مختصره:

^١ تقدم تحريجه.

^٢ اختصار المدونة والمختلطة لابن أبي زيد القيرواني ٤١٥/٢ تح: عبد الكريم نجيب ط: مركز نجيبويه

^٣ ينظر البهجة في شرح التحفة ٢٩٣/٢ _ ٢٩٤ بتصرف

((ثم أعتذر لذوي الألباب، من التقصير الواقع في هذا الكتاب، وأسأل بلسان التضرع والخشوع، وخطاب التذلل والخضوع، أن ينظر بعين الرضا والصواب، فما كان من نقص كملوه ومن خطأ أصلحوه، فقلما يخلص مصنف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات.))
والسلام عليكم ورحمة الله.

الحقائق القانونية والفنية وأثرها في الاجتهاد الفقهي المعاصر

وفيه من المطالب:

- حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة، ومجالات استخداماتها.
- ٢ حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة ومجالات استخداماتها

د/ عبد الحميد أخريف

مدخل :

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،
ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد



الخيطة الناظم بين هذه المفاهيم موضوع الدراسة هو الالتزام بمعناه القانوني. فهو الأثر والنتيجة التي تُفضي إليها المفاهيم الأخرى من وعد واتفاق وعقد. فالالتزام هو الرباط القانوني المكون من شقين: الدين (schuld) والمسؤولية عن عدم التنفيذ أو الإيجابار على التنفيذ (hafting). و يترتب عنه حق شخصي (créance) لفائدة الدائن في ذمة المدين.

إن الالتزام في الاصطلاح القانوني العام هو ذلك الواجب القانوني التي يتعين القيام به ويمكن الإيجابار عليه قضاء وتترتب مسؤولية قانونية عن عدم القيام به. وفي الاصطلاح القانوني الخاص يرتبط مفهوم الالتزام تحديداً بمجال المعاملات المدنية. وقد تأسس مفهوم الالتزام في بداية نشأته على علاقة الدائنية التي تربط بين المدين والدائن، والتي تمكن هذا الأخير من إلزام الأول بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. لذلك تم تعريف الالتزام بموجب هذه النظرية الشخصية بأنه رابطة قانونية بين المدين (وهو الذي يقع عليه تنفيذ محل الالتزام) والدائن (صاحب الحق في استيفاء محل الالتزام) يكون بموجبها المدين ملزماً بالوفاء بمحل الالتزام، الذي لا يخرج عن كونه قياماً بعمل أو امتناعاً عن عما أو تسليم شيء.

ومقتضى كون الالتزام رابطة قانونية يستوجب أن يكون له محل مشروع وسبب مشروع. فلا يسوغ إلزام شخص من قبل شخص آخر بالقيام بعمل خارج عن دائرة التعامل القانوني. كما لا يسوغ هذا الإلزام إذا كان السبب أو الباعث عليه غير مشروع.

وإذا كان اشتراط المشروعية في كل من محل الالتزام وسببه أمراً ضرورياً ولا غنى عنه، فإن اشتراط الرابطة الجامعة حتماً بين شخصين أصبح أمراً متجاوزاً في تحديد مفهوم الالتزام. فماهية الالتزام تكمن في موضوعه لا في أشخاصه. من هنا تطورت نظرية مادية في تعريف الالتزام تعتبره وضعياً قانونية يلتزم بموجبها شخص محدد بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء معين للطرف المستفيد. بهذه النظرة تتحقق مرونة كبيرة في المعاملات تتمثل في ما يلي :

- إمكانية انتقال الالتزام إلى غير الأطراف المؤسسين له عن طريق حوالات الحق والدين والإنابات القانونية والحلول.

- إمكانية إنشاء التزامات قانونية في غياب الدائن أثناء نشوء الالتزام، ويدخل في ذلك جل التصرفات القانونية الأحادية الجانب الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والوصايا والتأمين لمصلحة أطراف غير موجودين أثناء إبرام عقد التأمين. إلا أنها التزامات معلقة على شروط واقفة (التزامات موصوفة) أي أن آثارها القانونية لا تسري في جانب الطرف المستفيد إلا عند تحقق الشرط المعلق عليه الالتزام، كوقوع الولادة أو موت الموصي أو العثور على الشيء الموعود بجائزته.^١

وللالتزام القانوني مصادر (أو أسباب) تنشئه. منها ما هو غير إرادي (كالعمل غير المشروع الذي يترتب المسؤولية المدنية) **ومنها ما هو إرادي** (كالاتفاقات والإرادة المنفردة) ومنها ما يكون مصدره القانون مباشرة.^٢

وواضح أن الذي يهمننا في هذا البحث هو **المصادر الإرادية للالتزام**، وهي المناسبة التي ستمكنا من بيان حقيقة كل من الوعد والعقد والاتفاقية (أو الاتفاق) من الناحية القانونية.

والمصادر الإرادية للالتزام تقوم على فكرة أن إرادة الفرد لها سلطان وقدرة على ترتيب آثار يحميها القانون ويجعلها سببا للالتزام والإلزام. وإذا كان الغالب أن إرادة الفرد تحتاج إلى أن تلتقي مع إرادة شخص أو أشخاص آخرين لتتوافق على ترتيب التزامات قانونية (الاتفاقات عموما)، فإن الإرادة المنفردة يعترف بها القانون كمصدر مستقل لإنشاء التزامات قانونية (الوعد بجائزة الموجه للجمهور مثلا).

وسينحصر اهتمامنا في هذه الدراسة تحديدا، من داخل المصادر الإرادية للالتزام، على **الاتفاقات عموما**، وهو المصدر الذي ينقسم إلى اتفاقات تمهيدية واتفاقات نهائية.

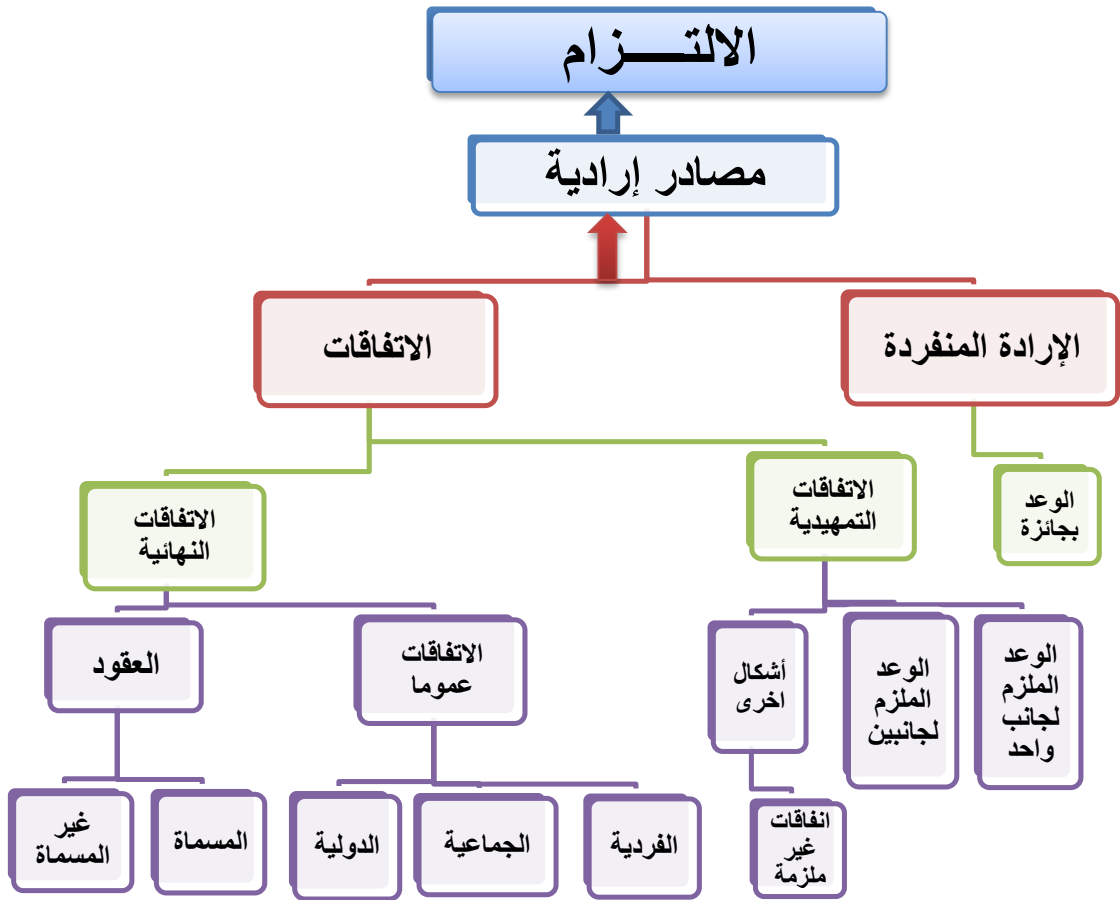
^١ - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (الكتاب الأول : نظرية العقد) دار الأمان، الرباط، ٢٠١٣، ص ١٦

^٢ - الالتزامات لا تقع تحت الحصر خاصة حينما يكون مصدرها الإرادة. فهذه الأخيرة لا يقيد حريتها في إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو إنهاؤها إلا مشروعية المحل والسبب (إلى جانب الخلو من عيوب الإرادة بالطبع). لكن دأب فقهاء القانون على تصنيفها إلى تصنيفات نذكر منها ما يلي: الالتزامات الإيجابية والالتزامات السلبية، الالتزامات الأصلية والالتزامات الفرعية، الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة أو غاية. المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

وسنعالج في إطار الاتفاقات التمهيديّة مكانة الوعد من الناحية القانونية ومفهومه ودوره وأصنافه وأهم تطبيقاته، على أن نعالج في الاتفاقات النهائية مفهوم الاتفاق عموماً ومختلف أصنافه وتطوراته إلى جانب مفهوم العقد تحديداً وأهم التطورات التي حصلت في هذا المفهوم. ولتوضيح مختلف العلاقات والروابط التي تجمع بين المفاهيم موضوع هذه الدراسة، آثرنا أن نبدأ بالخطاطة الآتية :



أولاً : الاتفاقات التمهيديّة (أو الأوليّة)

١- الوعد من منظور قانون الالتزام

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة، ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

يندرج الوعد من منظور قانون الالتزام ضمن المرحلة التمهيدية لإبرام العقد أو ما يسمى بالمرحلة ما قبل التعاقدية (phase précontractuelle). فهذه المرحلة تكتسي أهمية كبرى في ما أصبح يعرف بالمسلسل التعاقدية، خاصة في العقود ذات الأهمية الاقتصادية والمالية الكبرى. حيث يكون من المتعذر إبرام العقد دفعة واحدة. لذلك تسبقه اتفاقات تمهيدية تتخذ صيغا ومسميات متعددة، وترتبت التزامات قانونية إما ناجزة أو معلقة على شروط أو محددة بآجال.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة التمهيدية، فقد عملت القوانين الحديثة على تنظيمها تنظيميا حديثا. حيث تُفرض فيها التزامات (كالاتزام بالإعلام والتبصير) وتُمنح حقوق (كالحق في التراجع أو الندم) حسب الحالات والأوضاع. وقد تميزت قوانين الاستهلاك الحديثة في تنظيم هذه المرحلة وذلك من أجل توفير أقصى ما يمكن من الحماية للمستهلك المقبل على إبرام مختلف عقود الاستهلاك مع المهني.

وفي هذا السياق يقوم الوعد "بمفهومه القانوني" بدور هام في تغطية التزامات هذه المرحلة. وهو في حقيقته تعهد منشئ للالتزام من الناحية القانونية (المادة ١٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي)^١ إذا لم يكن مجردا عن شروطه. لذلك ينبغي تعليقه على تحقق واقعة معينة. فمجرد الوعد لا ينشئ التزاما كما تنص على ذلك المادة ١٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وقد يكون الوعد ملزما لجانب واحد (ويكون الموعود له بالخيار)، كأن يتعهد المالك ببيع شيء لشخص إذا عبر عن عزمه الشراء دون أن يكون الموعود له متعهدا بالشراء. ويسمى في هذه الحالة اصطلاحا بالوعد بالتعاقد **Promesse de contrat**. والتزام الواعد هنا معلق على خيار الموعود له. لذلك فهو تعاقد غير نهائي لكنه يؤدي بشكل محقق إلى المرحلة النهائية إذا تحققت شروط تنفيذ الوعد (الالتزام). وقد يكون الوعد ملزما لجانبين، كأن يتعهد شخص بالبيع لشخص يتعهد بالشراء إذا تحققت وقائع محددة في أجل معين. وفي هذا الحالة يسمى اصطلاحا بالعقد الابتدائي أو التمهيدي -avant- **contrat / compromis/ arrangement**.^٢ فدرجة قربه من الوصول إلى العقد النهائي تكون

^١ - الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له.

^٢ - هناك حالات يسبق العقد الابتدائي عقد التخصيص أو الحجز **contrat de réservation**. وهو قابل للتراجع عنه في أجل معين. كما هو في بيع العقار في طور الإنجاز. (المادة ٦١٨-٣ من قانون الالتزامات والعقود المغربي)

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

أكبر لالتزام طرفي العقد واتفاقها على إبرام العقد بمجرد تحقق وقائع معينة. ومحل الالتزام هنا يكون معلقاً على تحقق الشرط أو الأجل.

وبذلك فالوعد يرتب من الناحية القانونية حقوقاً شخصية تمكن الدائن بها من إجبار المدين على تنفيذها ولا حق له في الرجوع عن التزامه وإلا تحمل المسؤولية التعاقدية عن عدم تنفيذ التزامه.

والوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين، فإنه يتخذ صورة اتفاق (convention). لأن الوعد الموجه لفائدة شخص محدد لا بد أن يوافق عليه هذا الأخير. فالوعد ليس مجرد إيجاب أو دعوة للتعاقد، وإنما تعهد منشئ للالتزام (أو سبب من أسباب الالتزام) لذلك تلزم موافقة هذا الشخص. ومن هنا ضرورة تأطير هذه العملية باتفاق بين طرفي الوعد تحدد التزامات وحقوق كل طرف إضافة إلى سائر الشروط التي تصف هذه الالتزامات.^١ وأطراف هذا الاتفاق هما المتعهد والمتعهد له. هذا في حالة الوعد الملزم لجانب واحد. أما في حالة الوعد الملزم لجانبين فيكون كل طرف متعهداً ومتعهد له في نفس الوقت. وقد اعتبرت بعض القوانين^٢ أن الاتفاق الذي يعدُّ بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

إن القوانين الحالية وفي إطار بحثها عن ما يسمى "بالأمن التعاقدية"، مدعمة من طرف الفقه والقضاء القانونيين، تفرض أن تكون أية التزامات سابقة عن مرحلة إبرام العقد النهائي مؤطرة باتفاقات يترك للأطراف تحديد مضمونها أو يرجع فيها إلى النصوص القانونية التي تتدخل لتنظيمها في بعض الحالات.

^١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي اتفاق كامل لا مجرد إيجاب. ولكنه ليس عقداً نهائياً وإنما خطوة أولية نحوه، لا يحول دون تحقيقها إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢٠٢/١.

^٢ - المادة ١٠١ من القانون المدني المصري.

وقد وضع القانون المدني المصري أحكاما عامة للوعد بالتعاقد عموما حيث يأخذ حكم العقد الموعد بإبرامه. وتكون شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة مطلوبة في عقد الوعد ذاته. كما حظي الوعد بالبيع بتنظيم حديث من طرف المشرع الفرنسي يحذر فيه على الواعد بالبيع من جانب واحد أن يطلب من الموعد له أي أداء وإلا كان وعده باطلا، بينما في الوعد الملزم لجانبين (المسمى أيضا بالبيع الابتدائي) يتعين على المشتري أن يودع مبلغا من ٥% إلى ١٠% من ثمن البيع.^١ أما في المغرب فقد حظي بيع العقار في طور الإنجاز بتنظيم مفصل تطرق إلى مرحلة الوعد وقبلها مرحلة الحجز أو التخصيص ثم مرحلة البية النهائي.^٢ وفي الأخير نشير أنه لا جدال في القانون في إلزامية الوعد بالتعاقد كيفما كان الشكل الذي يتخذه. وهو لا يندرج في خانة الإرادة المنفردة وإنما في خانة الاتفاقات عموما كمصدر من مصدر الالتزام. إلا أن طبيعة الالتزام فيه غالبا ما يكون موصوفا (أي معلقا على شرط أو أجل) كما انه لا يرتب للموعد له سوى حقوق شخصية (الالتزام بالقيام بعمل) وليس حقوقا عينية (انتقال الملكية مثلا). ويطبق الوعد بالعقد على نطاق واسع في المجال العملي نظرا لتعذر إبرام العقد النهائي منذ الوهلة الأولى، إما بسبب الحاجة إلى توفير التمويل المناسب أو انتظار انتهاء الأشغال أو هما معا، وإما بسبب الحاجة إلى استصدار بعض الرخص أو الوثائق الإدارية، وغير ذلك من الحاجيات والمصالح. ومن أكثر المجالات التي نجد فيها انتشارا واسعا للوعد بالتعاقد، مجال البيوع العقارية عامة وبيع العقار في طور الإنجاز خاصة. ففي البيوع العقارية خاصة منها الخاضعة لنظام الشهر العقاري العيني أصبح من المستقر عمليا أن يُبرم عقد البيع عبر مرحلتين : مرحلة الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين (compromis de vente) ومرحلة البيع النهائي. ونظرا للانتشار الواسع للوعد بالبيع في المجال العقاري فإن القانون الجبائي يعتبره خاضعا لرسوم التسجيل في أحوال معينة، كما أن قانون التحفيظ العقاري يسمح بتقييده تقييدا احتياطيا لفائدة الموعد له بالشراء بالمحافظة العقارية. وفي حالة تحقق شروط تنفيذ الوعد وتقاعس المتعهد بالبيع وتحقق كل أركان وشروط البيع، يحق للمتعهد له بالشراء أن يرفع دعوى

١- المادة ١٥٨٩-١ من القانون المدني الفرنسي.

٢- القانون رقم ٤٤-٠٠ المعدل بالقانون ١٢-١٠٧ المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز (مؤرخ في ٣ فبراير ٢٠١٦).

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

قضائية تسمى "دعوى إتمام إجراءات البيع". ويعتبر الحكم النهائي الصادر فيها بمثابة عقد بيع نهائي قابل للتقييد في المحافظة العقارية.

ومن المجالات الأكثر شيوعاً أيضاً لممارسة الوعد بالتعاقد هناك الإيجار الائتماني بأشكاله المختلفة (في المنقول والعقار)، ويتعلق الأمر بالإيجار المصحوب بوعد بالبيع مع منح خيار الشراء والإيجار المفضي للملك. وهذه عقود تمويلية محضه تستعمل تقنية الإيجار لإبقاء الملكية للمؤمّل كضمان إلى حين استيفاء كامل الثمن عند نهاية الإيجار، فيكون المؤمّل ملزماً بنقل الملكية إن رغب المستأجر في ذلك إن كان له حق الخيار.

٢- صور أخرى من الاتفاقات التمهيدية : الاتفاقات "غير الملزمة"

تجدر الإشارة إلى أنه توجد اتفاقات لا تترتب عليها التزامات قانونية (*les conventions non-obligatoires*) وتندرج ضمنها أعمال المجاملات كتوجيه الدعوات وقبولها مثلاً، حيث لا يترتب على الإخلال بهذا القبول مسؤولية تجاه موجه الدعوة.

كما تندرج ضمنها الأعمال المتعلقة بسير ومواصلة المفاوضات المؤدية إبرام العقود والصفقات، ماعداً إذا تم وقفها بشكل تعسفي أو بسوء نية من طرف واحد أو في مرحلة متقدمة من هذه المفاوضات. وتتعلق بها أيضاً الخدمات المجانية أو التطوعية أو أعمال المساعدة (*actes d'assistance*) على خلافٍ في ذلك بين الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث تُكَيَّف أحياناً بمثابة أشباه عقود (*quasi-contrat*) (فضالة بالتحديد / *gestion d'affaire*) أو عقود خدمة مجانية (*contrat de service gratuit*)^١.

ومثالها أيضاً التعهدات في المجال السياسي. وهو مجال خصص للتعهدات والاتفاقات غير الملزمة قانوناً. ومن الأشكال المتداولة في هذا المجال نجد مذكرة التفاهم. وهي وثيقة رسمية تُعدّ إيداناً ببدء العمل بين أطراف الاتفاق أكثر منها التزاماً قانونياً. ومن وظائفها أن تُحدّد المجالات التي يمكن أن تكون محل

^١ - François TERRE et autres, Droit civil, les obligations, Dalloz Delta, 1996, p 46 et s.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

اتفاقات أو عمل مشترك وشروط هذا العمل المشترك ووضع جدولته لذلك. ولذلك تعتبر مذكرة التفاهم اتفاق شرف يفتقد للإلزام القانوني كما في الاتفاقيات والعقود مثلاً. كما نجد ما يسمى أيضاً بالتوقيع بالأحرف الأولى، وهو مصطلح سياسي قانوني يتصف بصفة العمومية لا ينتج عنه أي نوع من الالتزام الفوري والقانوني، ولا ينتج أثراً قانونياً ولا ينشأ عنه حق أو التزام لأي طرف من الأطراف الموقعة. والغرض منه إعطاء فرصة لأطراف الاتفاق للتفكير والتروي والاستشارة والقيام بالتعديلات اللازمة قبل التوقيع النهائي أو التصديق على التوقيعات والأحكام من قبل الجهات المختصة.

ثانياً : الاتفاقات النهائية

١- الاتفاق عموماً

الاتفاق في الاصطلاح القانوني عموماً (convention) (Agreement) أصلٌ ومصدرٌ رئيسي لترتيب الالتزامات القانونية. وجوهره هو تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنجائه. ويمكن أن تتمخض عنه سائر أصناف الالتزامات (مالية وغير مالية ، خاصة وعمامة). ولا يكون الاتفاق عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإن كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد. لذلك يقال كل عقد هو اتفاق لكن ليس كل اتفاق عقد. فالاتفاق جنس genre والعقد نوع espèce من الجنس.¹

والاتفاقات لها مجالات واسعة في التطبيق بخلاف العقود، حيث لم تعد مقتصرة على المجال الفردي فقط وإنما ظهرت ما يسمى بالاتفاقات الجماعية. وحقيقتها أنها اتفاقات تشارك في إبرامها والتوقيع عليها أطراف محددة لكن آثارها تنصرف وتشمل أطراف أخرى ولو لم تكن موقعة. ومثالها اتفاقيات الشغل الجماعية التي تبرمها النقابات مع أرباب العمل وتمتد آثارها إلى سائر العمال سواء كانوا موقعين أو غير موقعين عليها منحرفين أو غير منحرفين في هذه النقابات.

ومثالها الأنظمة الداخلية والقوانين (اللوائح) الأساسية للجمعيات والاتحادات والشركات وما في حكمها. فأساسها اتفاقات تُعقد بين المؤسسين وتخضع أحياناً لإجراءات قانونية معينة لتصبح ملزمة.

¹- François TERRE et autres, op.cit, p 40.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

وإذك يخضع لمقتضياتها كل عضو منخرط أو مشترك أو منضم بشكل لاحق على التأسيس. وهذا الأثر الممتد لا يمكن للعقد بالمعنى الخاص أن يرتبه لأنه محكوم بمبدأ النسبية الذي يجعل آثاره مقتصرة على طرفيه فقط.

وفي مجال العلاقات بين الدول نجد مفهوم الاتفاقية، وهو اصطلاح يطلق على الاتفاق الدولي. ويقصد به وضع قواعد قانونية في إطار القانون الدولي ملزمة لأطرافها. وهي تستهدف إما ضبط وتوثيق الالتزامات بين الدول أو تقرير مبادئ وقواعد دولية عامة تتعهد الدول الموقعة باحترامها ورعايتها وإما تحقيق أهداف اقتصادية أو تجارية أو اجتماعية أو عسكرية أو تسوية نزاع بين الطرفين.

والاتفاقيات في القانون الدولي إما ثنائية أو متعددة الأطراف أو دولية تضم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة مثل اتفاقيات حقوق الإنسان.^١ وهي ملزمة متى صادقت عليها الأجهزة الوطنية المختصة في كل دولة. وتنص بعض الدساتير (ومنها الدستور المغربي) على سموها على القانون الوطني لكن في نطاق أحكام الدستور وقوانين الدولة وهويتها.

لكن القوة الإلزامية للاتفاقية الدولية ليست كالاتفاقات العادية بين الأفراد، إذ أن مبدأ سيادة الدولة يبقى راجحاً ويمكن للدولة الطرف أن تلجأ إليه للانسحاب من الاتفاقية أو تجميد عضويتها وما إلى ذلك من الآليات المتوفرة في مجال العلاقات الدولية.

٢- العقد

العقد (Contrat/Contract) من الناحية الاقتصادية هو العجلة التي تحرك دواليب المعاملات التجارية والمالية وغيرها. أما من الناحية القانونية فهو أخص من الاتفاق كما اشرنا إلى ذلك أعلاه. وقد عرّفه القانون المدني الفرنسي سابقاً في المادة ١١٠١ الشهيرة بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو على نقله". و من ذلك يتضح أن الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له. وهذا اتجاه كلاسيكي قديم في القوانين اللاتينية يميز بين الاتفاق والعقد، نُقل عن الفقيهين عن بواتيه ودوما، لا ترى القوانين الحديثة أهمية في الإبقاء عليه. لذلك برز اتجاه في تعريف العقد دون تمييز بينه وبين

١- وقد تكون هناك بروتوكولات تابعة لاتفاقيات معينة تعمل على تعديل أو إضافة أو حذف بند من هذه الاتفاقية أو زيادة مدتها.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

الاتفاق. فقيل إن "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها". وقد قصد من إيراد هذا التعريف نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً^١. وقد هجر القانون المدني الفرنسي الحالي التفرقة بين الاتفاق والعقد مسائرا التوجه الجديد في هذا المجال. وأصبحت صياغته لتعريف العقد في المادة ١١٠١ (تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦) كما يلي: "العقد اتفاق بين إرادات شخصين أو أكثر يرمي إلى إنشاء أو تعديل، أو نقل أو إنهاء التزامات"^٢. ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة الركيزة الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في القوانين اللاتينية. ويعني أن الإرادة الحرة للفرد هي أساس الدخول أو عدم الدخول في العلاقة التعاقدية. وهي التي يحرص على وجودها القانون للقول بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهي أساس القوة الملزمة للعقد. وهذا المبدأ تقف وراءه فلسفة ليبرالية تؤمن بحرية المبادرة وبقدرة الإرادة على خلق التوازن بين المصالح والدفاع عن هذه المصالح. غير أن إرادة الطرف الواحد لا تكفي لقيام العقد في القانون. بل لا بد من توافقها وتطابقها مع إرادة طرف آخر أو أكثر على محل وسبب مشروعين، وإن كان الأثر القانوني المترتب قد لا يلزم سوى طرف واحد. ولهذا يعرف القانون عقودا ملزمة لجانبيين وهذا هو الأصل وعقودا ملزمة لجانب واحد. كما يعرف عقودا عوضية كالبيع وعقودا تبرعية كالهبة مثلا. لكن كلاهما يعتبر عقدا يتطلب لإبرامه إيجابا وقبولا من طرفين. وهذا بخلاف الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام التي تعترف بها القوانين كمصدر مستقل للالتزام إلى جانب العقد^٣.

وبفضل مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، استطاعت الممارسة التعاقدية ترسيخ العديد من العقود الجديدة في مجالات عدة التي لم تكن معروفة من قبل كعقود التوزيع وعقود السفر وعقود الاشتراك في

^١ - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج ١، ص ٧٩ وما بعدها.

^٢ - «*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*».

Article 1101 du code civil modifié par: Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

^٣ - *MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) & CHABA (François), Leçons de droit civil*, Les obligations, Montchrestien-Delta, 2000, p349 et s.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

الخدمات العامة وغيرها كثير. ولم تعقد دائرة العقود محصورة في ما تنظمه التشريعات كعقود مسماة (contrats nommés).

غير أن هذا التمجيد المفرط في الإرادة والحرية التعاقدية سرعان ما اصطدم بواقع التفاوت الاقتصادي والمؤسسي بين أطراف العلاقة التعاقدية، فأفرز واقع التعاقد عقودا إذعانية تغيب فيها كل فرص التفاوض وتتوارى فيها مظاهر التوازن العقدي، وانتشرت ظاهرة البنود التعسفية في العديد من العقود. ومن هنا بدأ الحديث عن أزمة العقد.

أمام هذا الوضع اضطرت القوانين الحديثة للتدخل من أجل تنظيم مجموعة من العقود بمقتضى قواعد وأحكام آمرة لا تترك لإرادة الأطراف هامشا لمخالفتها. فأصبحت التزامات الأطراف في بعض العقود محددة بنصوص قانونية الهدف منها حماية الطرف الطريف وتحقيق التوازن العقدي (كعقود العمل وعقود الاستهلاك). وذهبت بعض القوانين إلى حد منح القضاء سلطة مراجعة بنود العقد في حدود معينة إذا كانت محففة أو تعسفية (كالشروط الجزائية مثلا)^٢. وكذا إمكانية تخفيف بعض الالتزامات المرهقة بسبب ظروف موضوعية طارئة. وتكرست مجموعة من المبادئ في النظرية الحديثة للعقد كمبدأ التعاون العقدي والتضامن العقدي ومبدأ الاحتياط وواجب النصح والتبصير ومبدأ المسؤولية الاجتماعية بالنسبة للمقاولات، ونظرية الإهمال أو الميسرة وما إلى ذلك من المبادئ المشبعة بروح اجتماعية أو باعتبارات حمائية.

وكل هذه المبادئ أصبحت تشكل قيودا على مبدأ الحرية التعاقدية أو تخفيفا من مبدأ سلطان الإرادة، إلى جانب القيود الكلاسيكية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والقيود الجديدة المتعلقة بالشكلية (formalisme) في بعض العقود التي يتطلب القانون إفراغها في أشكال معينة كالكتابة الرسمية (actes authentiques ou solennels) والشهر والتقييد في سجلات معينة (كالشهر العقاري أو السجل التجاري). وفي هذه الحالة نكون أمام عقود شكلية وليست رضائية.

^١ - العقد المسمى هو العقد المنظم من طرف المشرع بحيث يخصه باسم معين ويحدد شروطه وآثاره القانونية. أما العقد غير المسمى فهو العقد الذي لم يحظ بتنظيم خاص من طرف المشرع ويترك فيه المجال للإرادة لتحديد الالتزامات والشروط والآثار.

^٢ - "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي". المادة ٢٦٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد

في ظل هذه التطورات أصبحت الممارسة التعاقدية فعلا مجتمعا مسؤولا، لا يستحضر فقط المصالح الذاتية لأطرافه، وإنما يراعي المصالح الموضوعية للمجتمع، تحت طائلة ما يمكن أن نسميه بالمسؤولية عن الفعل التعاقدية.

أما في القوانين الانجلوسكسونية فحقيقة العقد لا تتمثل في الإرادة بشكل مجرد وإنما في المصلحة أو المقابل أو الاعتبار (*consideration*) والذي سيحنيه (*benefit*) المتعاقد ويكون سببا في التزامه تجاه الطرف. فالعقد ينشأ بالأساس من خلال تبادل اقتصادي يوصف بالصفقة (*bargain*) أو *affaire* والالتزام المجاني لا يرتب أثرا قانونيا ولا يمكن الإكراه على تنفيذه لعدم وجود المقابل كيفما كانت طبيعته.¹

¹ - « *A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other* ».

« *Une considération ayant de la valeur consiste, en droit anglais, en un droit, intérêt, profit ou bénéfice revenant à une partie, ou une tolérance, préjudice, perte ou responsabilité donné, souffert ou souscrit par l'autre.* »

Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of contract, Oxford University Press, Aug 2010

هذا في العقود الرضائية (*simple contract, promise, agreement*) أما في العقود الشكلية (*act under seal, deed, covenant*) فلا ضرورة " للاعتبار" فيه.

التحرير الفقهي والقانوني للاتفاقية الوثيقة والعقد والإرادة المنفردة،

ومذكرة التفاهم، والالتزام والوعد والمواعدة والتعهد