



جامعة كربلاء

كلية القانون

القانون الخاص

التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل  
( دراسة مقارنة )

إطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون/ القانون الخاص

من قبل

محمد نجم سلطان عيسى موسى الشمري

بإشراف

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري

شوال- ١٤٤٦

نيسان- ٢٠٢٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَمْالُ وَالْبُنُونِ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا  
وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ  
رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ  
سُورَةُ الْكَهْفِ / الْآيَةُ 46

### إقرار المشرف

أشهد بأن اطروحة الدكتوراه بـ ( التصرفات الناقله للملكية الواردة على العقار الموقوف غير مسجل - دراسة مقارنة ) المقدمة من قبل الطالب ( محمد نجم سلطان ) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ، مع التقدير .

 التوقيع .

الاسم أ.د. حيدر حسين كاظم

الاختصاص : القانون المدني

### إقرار المقوم اللغوي

أشهد أني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (التصرفات الناقله للملكية الوارده على العقار الموقوف غير المسجل) المقدمة من قبل الطالب (محمد نجم سلطان عيسى الشمري) إلى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

.... مع التقدير ....

التوقيع:  ٢٠٢٥/١٦

الاسم: م. د. سلام سلمان حسين الربيعي

التخصص العام: اللغة العربية – الأدب العربي

التخصص الدقيق: النقد الأدبي

التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل

إقرار لجنة مناقشة


نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير مسجل "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (محمد نجم سلطان) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتمد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (مستوى عال).

التوقيع: 

الاسم: أ.د. عادل شمran حميد

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

الاسم: أ.م.د. عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

أ.د. احمد شاكر سلمان

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

الاسم: أ.د. حسن محمد كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

الاسم: أ.د. اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع: 

الاسم: أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

الاهداء

إليك يا أبا الأحرار ... حباً وولاء

إلى والديّ الكريمين

رفيقة الدرب زوجتي الغالية

إلى عائلتي الصغيرة أولادي الأعزاء

إلى عائلتي الكبيرة أقبائي وأصدقائي

محمد

## شكر و عرفان

\* بعد حمد الله وشكره على أنعمه عليّ، لا بد من الإشارة إلى أنني لا أستطيع إيفاء شكر كل من قدم لي المساعدة في إتمام هذا العمل في بعض كلمات الشكر والعرفان، كما أنني لا أستطيع ذكرهم جميعاً.

\* أتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور حيدر الشمري الذي لولاه لم أتمكن من إنجاز هذا العمل لا سيما بعد الظرف الصحي الصعب الذي تعرضت له.

\* وشكر موصول إلى موظفي مكتبة كلية القانون – جامعة كربلاء وموظفي دائرة أوقاف كربلاء ودائرة التسجيل العقاري في كربلاء – الجزيرة ٢ لما قدموه لي من مساعدة وأظهروا من تفانٍ في أداء عملهم.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
I	آية قرآنية
II	الاهداء
III	شكر و عرفان
V – IV	المحتويات
VII-VI	المستخلص
٥ – ١	المقدمة
٨٣-٦	<b>الفصل الأول</b>
٤٦-٧	مأهية وقف العقار غير المسجل
٢٣ - ٨	التعريف بوقف العقار غير المسجل
١٤ - ٩	تعريف العقار الموقوف غير المسجل
٢٣ - ١٥	سمات وقف العقار ومقاصده الشرعية
٤٦ - ٢٤	شرائط وقف العقار غير المسجل
٣٣ - ٢٥	الشرائط الخاصة بأشخاص الوقف
٤٦ - ٣٤	الشروط الموضوعية الخاصة بالوقف
٨٣ - ٤٧	نطاق العقار الموقوف غير المسجل وتكليفه
٧٧- ٤٧	نطاق العقار الموقوف غير المسجل
٦٤ - ٤٧	النطاق الموضوعي
٧٧ - ٦٤	النطاق الشخصي
٨٢ - ٧٧	مشروعية وقف العقار غير المسجل وتكليفه
٨٢ - ٧٧	موقف الشريعة الإسلامية
٨٣ - ٨٢	موقف التشريعات المقارنة
١٥٩ - ٨٤	<b>الفصل الثاني</b>
١٣٣ - ٨٥	صور التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل
١٠٥ - ٨٦	التصرفات الصادرة من الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل
٩٧ - ٨٦	التصرفات الصادرة من الواقف اثناء الحياة
٩٧ - ٨٦	المعاوضات في الوقف
١٠٥ - ٩٧	التبرعات في الوقف
١٣٣ - ١٠٥	التصرفات الصادرة من الواقف بعد الوفاة
١٢١ - ١٠٥	الوصية بالوقف
١٣٣ - ١٢١	وقف المنافع
١٥٩ - ١٣٤	التصرفات الصادرة من الخلف بالعقار الموقوف غير المسجل
١٥٠ - ١٣٥	التصرفات الصادرة من الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل
١٤٤ - ١٣٥	انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام

التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل

١٥٠ - ١٤٤	إمكانية تصرف الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل	الفرع الثاني
١٥٩ - ١٥٠	تصرفات الخلف الخاص	المطلب الثاني
١٥٥ - ١٥١	التصرفات الصادرة من الدائن العادي على العقار الموقوف غير المسجل	الفرع الأول
١٥٩ - ١٥٥	التصرفات الصادرة من صاحب حق الامتياز على العقار الموقوف غير المسجل	الفرع الثاني
٢١٧ - ١٦٠	<b>احكام التصرفات الواردة على العقار الموقوف غير المسجل</b>	<b>الفصل الثالث</b>
١٨٦ - ١٦١	الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل في العقار الموقوف	المبحث الأول
١٧٤ - ١٦٢	الأثر المنشئ للتسجيل	المطلب الأول
١٧٠ - ١٦٤	مفهوم الأثر المنشئ للتسجيل	الفرع الأول
١٧٤ - ١٧٠	الموقف الشرعي والقانوني للأثر المنشئ	الفرع الثاني
١٨٦ - ١٧٤	الأثر الكاشف للتسجيل	المطلب الثاني
١٨٠ - ١٧٤	مفهوم الأثر الكاشف للتسجيل	الفرع الأول
١٨٦ - ١٨٠	الموقف الشرعي والقانوني للأثر الكاشف	الفرع الثاني
٢١٧ - ١٨٧	إشكالية اثبات العقار الموقوف غير المسجل والاحوال الطارئة عليه	المبحث الثاني
١٩٦ - ١٨٨	إشكالية اثبات العقار الموقوف غير المسجل	المطلب الأول
١٩٣ - ١٨٩	اثبات وقف العقار غير المسجل في الفقه الإسلامي	الفرع الأول
١٩٦ - ١٩٣	اثبات العقار الموقوف غير المسجل في التشريعات المقارنة	الفرع الثاني
٢١٧ - ١٩٦	أثر الأحوال الطارئة على مصير العقار الموقوف غير المسجل	المطلب الثاني
٢١٠ - ١٩٧	الأحوال الخاصة بفعل الواقف أو خلفه	الفرع الأول
٢١٧ - ٢١٠	الأحوال الخاصة بفعل الدولة	الفرع الثاني
٢٢٣ - ٢١٨		الخاتمة
٢٤٥ - ٢٢٤		المصادر
i - ii		abstract

## المستخلص

تناول الباحث في هذه الأطروحة موضوع العقار الموقوف غير المسجل من زاوية قانونية وشرعية، وركزت على الإشكاليات التي تنشأ نتيجة غياب التسجيل وتأثيره على حقوق الأطراف والمجتمع. هدفت الدراسة إلى بيان أهمية تسجيل العقارات الموقوفة ودوره في حماية الحقوق وتنظيم إدارة الأوقاف، مع تقديم مقترحات لتحسين الإطار القانوني للأوقاف بما ينسجم مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

واتضح للباحث أن العقار الموقوف غير المسجل مشكلة قانونية بالغة الأهمية في العراق، إذ عدم تسجيل العقار إلى غياب الحماية القانونية له، ما يعرضه للنزاعات ويؤثر على استمرارية الوقف. ومن هنا تأتي أهمية البحث في هذا الموضوع لتسليط الضوء على أبعاده المختلفة.

إذ إن فرضية المشكلة مدار البحث وما يتعلق بالوقف الخيري غير المسجل ويستثنى من الوقف الخيري الجوامع والمقابر حيث ليس من المعقول تصرفاً ناقلاً للملكية بالجوامع أو المقابر وعليه ستركز دراستنا على الوقف الخيري دون الوقف الذري وفي بعض الأحوال على الوقف المشترك.

إذ اعتمد الباحث منهجاً تحليلياً مقارناً، إذ تم تحليل النصوص القانونية العراقية المتعلقة بالأوقاف، مثل قانون الأوقاف، إلى جانب الأحكام الفقهية للمذاهب الإسلامية. استُعملت أدوات البحث المكتبية لتحليل المصادر القانونية والتشريعية والدينية، مع تقديم رؤية مقارنة بين النظام القانوني الوطني والتجارب الدولية.

توصل الباحث إلى نتائج عدة أبرزها: إن عدم تسجيل الأوقاف يؤدي إلى نزاعات قانونية واجتماعية تقلل من الاستفادة المثلى من العقارات الموقوفة، كما أن غياب الرقابة القانونية والشرعية يضعف من فعالية الوقف في تحقيق أهدافه التنموية. وأكدت الدراسة على أن التشريعات الحالية غير كافية لتوفير الحماية القانونية اللازمة للأوقاف غير المسجلة، ما يتطلب إصلاحات قانونية شاملة.

كما خلص الباحث إلى أنه على الرغم من وجود قوانين تنظم شؤون الأوقاف، إلا أن التشريعات العراقية لا تزال تفتقر إلى نصوص واضحة تتعلق بالعقارات الموقوفة غير المسجلة. هذا النقص التشريعي يُشكل دافعاً للبحث عن حلول قانونية تُسهم في تعزيز الإطار القانوني لحماية هذه الأوقاف.

لقد خرج الباحث إلى توصيات عدة منها: ضرورة إلزامية تسجيل الأوقاف العقارية لضمان استدامتها وحمايتها من التعديات، إنشاء قاعدة بيانات وطنية لإدارة وتوثيق الأوقاف، تعزيز الرقابة الشرعية

والقانونية على الأوقاف، ونشر الوعي المجتمعي بأهميتها ودورها في تحقيق التكافل الاجتماعي والتنمية المستدامة.

كما خلص الباحث أيضاً إلى أن تسجيل العقار الموقوف ضرورة قانونية واجتماعية؛ لضمان استمراريته وحمايته من التعدي، مع التأكيد على الحاجة إلى تعاون الجهات التشريعية والقضائية والدينية لتحقيق ذلك. تعد الأطروحة إسهاماً علمياً في تعزيز فهم العلاقة بين الشريعة والقانون في إدارة الأوقاف، واقتراح حلول عملية لدعم هذه المؤسسة المهمة.

## المقدمة

الحمد لله الأول قبل الإنشاء، والآخر بعد فناء الأشياء، والصلاة والسلام على نبينا محمد خير الأنبياء، وعلى أهل بيته الأصفياء، وأصحابه النجباء، وعلى من أتبعهم فكان من الأولياء، وبعد. سنتناول مقدمة هذه الأطروحة المحاور الآتية:

### أولاً: التعريف بالموضوع وبيان أهميته

- تُعد الأوقاف إحدى ركائز النظام الاجتماعي والاقتصادي في الشريعة الإسلامية، إذ تسهم في تحقيق التكافل الاجتماعي ودعم الفئات المحتاجة، فضلاً عن دورها في تعزيز التنمية الاقتصادية والتعليمية والصحية. ومع ذلك، تعاني بعض الأوقاف، ولا سيما العقارات غير المسجلة، من تحديات قانونية وشرعية تؤثر في قدرتها على تحقيق أهدافها.

- يمثل العقار الموقوف غير المسجل مشكلة قانونية بالغة الأهمية في العراق، فقد يؤدي عدم تسجيل العقار إلى غياب الحماية القانونية له، ما يعرضه للنزاعات ويؤثر على استمرارية الوقف. ومن هنا تأتي أهمية البحث في هذا الموضوع لتسليط الضوء على أبعاده المختلفة.

يُعد موضوع العقار الموقوف غير المسجل من أبرز الموضوعات القانونية والشرعية التي تنبع أهميتها من الدور المركزي الذي يؤديه الوقف في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية، ومن التحديات الكبيرة التي تواجه العقارات الموقوفة في حال عدم تسجيلها. هذه الأهمية تتجلى في محاور رئيسية عدة منها:

١. دور الوقف في تعزيز التكافل الاجتماعي: فالوقف يمثل نظاماً إسلامياً فريداً، يسهم في تحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية عبر تخصيص أصول ثابتة أو منقولة لخدمة المصالح العامة أو الخاصة. هذه المؤسسة الوقفية تُعد أحد أبرز أدوات التضامن الاجتماعي التي تُمكن الأفراد والمجتمعات من تحقيق الاستقرار والتنمية. كما أن العقارات الموقوفة، سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة، تُشكل جزءاً كبيراً من الأوقاف الإسلامية، ولكن العقارات غير المسجلة تواجه مشكلات عديدة، مثل: النزاعات القانونية أو فقدان صفة الوقفية، ما يحد من قدرتها على تحقيق أهدافها المجتمعية.

٢. الحفاظ على حقوق الوقف وضمان استمراريته: فالعقارات الموقوفة غير المسجلة تعاني من غياب الحماية القانونية الكافية، ما يعرضها لمخاطر عديدة مثل: التعدي عليها أو التصرف فيها بطرق غير قانونية. يعد تسجيل العقار الموقوف خطوة جوهرية لضمان استمراريته كأداة خدمية للمجتمع، إذ يُتيح تسجيل العقارات الوقفية توثيق ملكيتها بشكل قانوني ورسمي، ما يُجنبها الوقوع في نزاعات ملكية أو سوء استعمال.

٣. أهمية تنظيم السجلات العقارية: فالتسجيل العقاري يؤدي دوراً أساسياً في توثيق حقوق الملكية وضمان حماية الأوقاف. عدم تسجيل العقارات الموقوفة يؤدي إلى ازدواجية أو تضارب في الملكية، ما

يُعد الإجراءات القانونية عند نشوء نزاعات بين الأطراف المختلفة. لذا، تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على أهمية تسجيل العقارات الموقوفة ومعالجة الثغرات التي قد تؤدي إلى ضياع حقوق الوقف.

٤. سد الثغرات القانونية: على الرغم من أن التشريعات العراقية تُنظم شؤون الوقف، إلا أن موضوع العقارات الموقوفة غير المسجلة يظل من القضايا الشائكة التي تحتاج إلى دراسة معمقة. فالقوانين الحالية قد لا توفر حلولاً كافية لمعالجة النزاعات المتعلقة بالعقارات غير المسجلة، ما يستدعي البحث عن آليات قانونية جديدة تُسهم في سد هذه الفجوات.

### ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

١. قصور الدراسات السابقة: على الرغم من الأهمية الكبيرة لموضوع العقار الموقوف غير المسجل، إلا أن الدراسات التي تناولته بصورة تفصيلية وشاملة قليلة جداً، ما دفع الباحث إلى اختياره موضوعاً للأطروحة.

٢. التحديات القانونية في العراق: يواجه النظام القانوني العراقي صعوبات في التعامل مع العقارات الموقوفة غير المسجلة، ما يجعل هذا الموضوع ذا صلة عملية مباشرة بواقع المجتمع العراقي.

٣. أهمية الوقف في الشريعة الإسلامية: نظراً للدور الحيوي للوقف في الإسلام، فإن أي نقص في التنظيم القانوني له قد يؤدي إلى تعطيل دوره في خدمة المجتمع.

٤. الرغبة في تقديم حلول عملية: يهدف الباحث إلى تقديم توصيات عملية وقانونية لمعالجة الإشكاليات المرتبطة بالعقار الموقوف غير المسجل، ما يجعل البحث ذا طابع تطبيقي يخدم المجتمع والمؤسسات الوقفية.

٥. أهمية الوقف كمؤسسة اجتماعية واقتصادية: يُعد الوقف من أعمدة الاقتصاد الإسلامي الذي يسهم في تحقيق التكافل الاجتماعي، ومع ذلك فإن دوره يتأثر سلباً بالمشاكل القانونية التي قد تواجه العقارات الموقوفة، لا سيما غير المسجلة منها. ومن هنا، كان من الضروري تناول هذا الموضوع لإبراز أهميته وتحليل العقبات التي تعترضه.

٦. التحديات الميدانية: في الواقع العملي، تواجه كثير من العقارات الموقوفة غير المسجلة في العراق مشكلات قانونية وإدارية تعرقل استغلالها. هذه التحديات تشمل: التعدي على الأوقاف، صعوبة إثبات الملكية الوقفية، وغياب آليات تسجيل فعالة. دراسة هذه الإشكاليات تسهم في وضع حلول قابلة للتطبيق وتُساعد في حماية حقوق الوقف.

٧. الفراغ التشريعي النسبي: على الرغم من وجود قوانين تنظم شؤون الأوقاف، إلا أن التشريعات العراقية لا تزال تفتقر إلى نصوص واضحة تتعلق بالعقارات الموقوفة غير المسجلة. هذا النقص التشريعي يُشكل دافعاً للبحث عن حلول قانونية تُسهم في تعزيز الإطار القانوني لحماية هذه الأوقاف.

٨. الأثر القانوني والاجتماعي: معالجة موضوع العقارات الموقوفة غير المسجلة تُسهم في تعزيز الأمان القانوني وتحقيق العدالة الاجتماعية. حماية العقارات الوقفية وضمان استغلالها لصالح المجتمع يُعد هدفاً نبيلاً يتطلب جهوداً علمية وتشريعية لتحقيقه.

### ثالثاً: إشكالية الدراسة

تتمثل إشكالية الدراسة في بيان الوضع القانوني للعقار الموقوف غير المسجل أمام وجود قصور أو نقص تشريعي في كثير من المواد القانونية التي تنظم مسألة الوقف سواء في قانون الأوقاف أم القوانين ذات العلاقة بالوقف العقاري كقانون التسجيل العقاري وما يعكس هذا الأمر سلبيات على مسألة التعدي على العقارات الموقوفة غير المسجلة أو وضع حلول قانونية ناجعة في حال حصول النزاع على ملكية مثل هذه العقارات، الأمر الذي يؤدي دوراً كبيراً في تعطيل الدور الاجتماعي والاقتصادي للوقف.

ولا شك في أن هذه الإشكالية تنتفرع عنها إشكاليات عدة منها: ما يتعلق بالأطر القانونية للعقار الموقوف غير المسجل ومدى كفاية النصوص القانونية حالياً في حماية مثل هذه العقارات، الأمر الذي يثير جدلية بخصوص ضرورة تدخل المشرع في حسم مثل هذه الإشكاليات.

كما أن الإشكالية أيضاً تظهر في مسألة مدى تأثر الجانب الشرعي على الموقف القانوني لاسيما إذا ما علمنا أن المشرع العراقي لم يتطلب تسجيل العقار الوقف الواقع على العقار، وهذا الأمر يخلق لنا إشكالية شرعية قانونية تتمثل بكون الوقف الوارد على عقار ما إذا ما كان مستكماً لشرائطه الشرعية أو غير مستكمل لشرائطه القانونية ما يعني أن الوقف نافذ شرعاً وغير واضح المعالم من الجانب القانوني.

كما أن هناك إشكالية عملية في أن هنالك الآلاف من العقارات الموقوفة شرعاً وغير مسجلة قانوناً لاسيما في المدن ذات الأبعاد الدينية مثل محافظة كربلاء المقدسة والنجف الأشرف، ما ترتب على هذا الأمر قيام بعض الورثة من الأحفاد وإن نزلوا أو من الغير في حالة عدم وجود وارث خاص للواقف بالتصرف في مثل هذه العقارات، على الرغم من أنها واقعا هي وقف، أضف إلى ذلك إلى أن كثيراً من هذه العقارات التي تم استملاكها أو الاستحواذ عليها بشتى الطرق قد ضاعت معالمها من دون إثبات الحقوق الوقفية عليها لاسيما مع انقراض ورثتها.

كما أن الإشكالية الأخرى في مصير هذه التصرفات الواردة على هذه العقارات في حالة الطعن فيها من ذوي العلاقة، فهل ستبقى هذه التصرفات نافذة وسارية خاصة بالنسبة للغير حسن النية أم إنها ستكون عرضة للإبطال مع كل ما يترتب على ذلك من أمور.

كما تظهر إشكالية أيضاً في موقف القضاء من هذه المسألة لاسيما أن مسائل الوقف والأحوال الشخصية تعد من النظام العام على وفق المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي، وأن أي تصرف بعراض أحكام هذا النظام لا يعتد به.

#### رابعاً: الأسئلة البحثية

تدور الدراسة عن الإجابة على عدد من الأسئلة وهي كما يلي:

- ١- ما هي الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقار الموقوف غير المسجل وفقاً للفقهاء الإسلاميين؟
- ٢- كيف تعاملت التشريعات العراقية مع مسألة تسجيل العقارات الموقوفة؟
- ٣- ما هي أبرز التحديات القانونية والإدارية التي تواجه تسجيل العقارات الموقوفة؟
- ٤- كيف يمكن تعزيز الحماية القانونية للعقار الموقوف غير المسجل وضمان استمرارية الاستفادة منه؟
- ٥- ما هو دور التنسيق بين المؤسسات الوقفية والهيئات الحكومية في معالجة مشكلات العقارات غير المسجلة؟
- ٦- كيف يمكن معالجة الوضع القانوني للعقار الموقوف غير المسجل في التشريعات العراقية والفقهاء الإسلاميين؟
- ٧- كيف عالج الفقهاء الإسلاميين مسألة الوقف غير المسجل، وما هي أبرز الآراء الفقهية المتعلقة بذلك؟
- ٨- ما هي النصوص القانونية العراقية المتعلقة بالعقار الموقوف غير المسجل، وهل توفر حماية كافية؟
- ٩- كيف يؤثر غياب التسجيل على تحقيق أهداف الوقف كمؤسسة اجتماعية واقتصادية؟

#### خامساً: منهجية البحث ونطاقه

- سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المبني على أساس الدراسة المقارنة؛ وذلك من طريق عرض الآراء الفقهية وتحليلها ومناقشتها وصولاً إلى الرأي القوي أو الراجح من المرجوح كلما وجدنا إلى ذلك سبيلاً، مع بيان الدليل الشرعي والقانوني.

أما فيما يتعلق بنطاق البحث فإننا إلى جانبين: الأول موقف الفقهاء الإسلاميين، وسنبحث فيه آراء الفقهاء المسلمين من مختلف المذاهب؛ الأوائل منهم والمعاصرون عبر بيان موقف المذاهب الخمسة وهي: مذهب الفقه الإمامي، والحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي، مع الإشارة إلى موقف الفقهاء المعاصرين لاسيما في المسائل المستحدثة في الوقف الوارد على العقار. والجانب الثاني يتمثل بالموقف القانوني الذي سنأخذه من زاويتين: الزاوية الأولى: استعراض موقف فقهاء القانون إن وجد، أما الزاوية الثانية فهي الموقف التشريعي، إذ سنتناول في هذه الدراسة موقف التشريع العراقي والتشريع الأردني والتشريع المصري، وسنخوض في ضوء المنظومة التشريعية لهذه الدول سواء ما ورد منها في التشريعات المتعلقة بالوقوف أم التشريعات الأخرى ذات العلاقة مثل: القانون المدني أو قانون التسجيل العقاري أو قانون الإثبات، ولا ننسى أيضاً الموقف القضائي لهذه التشريعات كلما أمكن الحصول عليه لاسيما موقف القضاء العراقي، إذ سنستعرض القرارات القضائية الصادرة من المحاكم العراقية، فضلاً عن المقابلات الخاصة التي أجريناها مع بعض المسؤولين في الجهات ذات العلاقة كدائرة التسجيل العقاري أو الأوقاف.

**سادسا: خطة البحث**

في ضوء ما تقدم سنقسم البحث على ثلاثة فصول؛ يتضمن كل فصل مبحثين، ففي الفصل الأول نبحث مفهوم العقار الموقوف غير المسجل، ومن ثم تقسيمه على مبحثين؛ سنتناول في المبحث الأول ماهية العقار الموقوف غير المسجل. وسنخصص المبحث الثاني لنطاق وقف العقار غير المسجل وتكييفه. أما الفصل الثاني فيبين صور التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل، حيث سنتطرق في المبحث الأول إلى التصرفات الصادرة من الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل، وسنبين في المبحث الثاني التصرفات الصادرة من الواقف من الخلف بالعقار الموقوف غير المسجل، أما الفصل الثالث فيبين أحكام التصرفات الواردة على العقار الموقوف غير المسجل، وسنوضح ذلك في مبحثين الأول: سنتكلم فيه عن الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل في العقار الموقوف، أما المبحث الثاني فسنوضح فيه إشكالية إثبات العقار الموقوف غير المسجل والأحوال الطارئة عليه.

## الفصل الأول

### مفهوم العقار الموقوف غير المسجل

يُعد الوقف من المواضيع القديمة ، حيث عرفت الحضارات الأولى نظام يشبه إلى حد كبير نظام الوقف في الشريعة الإسلامية بل إن الشريعة الإسلامية قد أقرت الكثير من الأمور وخاصة ذات المنفعة العامة ومنها على وجه الخصوص نظام الوقف.

إذ هناك العشرات من آيات القرآن الكريم والكثير أيضاً من الأحاديث النبوية الشريفة التي تشير إلى أهمية الوقف حيث جاءت الشريعة ومن ثم فقهاء المذاهب الإسلامية بالأحكام التفصيلية التي تخص الوقف مع ملاحظة مهمة هو ان لا الشريعة الإسلامية ولا الفقهاء قد اشترطوا كتابة صيغة معينة لتمام الوقف أي بعبارة أخرى أن الشريعة والفقهاء لم يعرفوا نظام التسجيل المعروف في الوقت الحاضر، بل أشاروا إلى الكتابة في حالة حدوث مشكلة في الإثبات.

إن مسألة تسجيل العقار قد أوجبتها القوانين الوضعية من أجل ضمان صحة وسهولة التعامل بالعقارات ولكن بما ان هذه القوانين قد أحالت معظم مسائل الوقف إلى الفقه الإسلامي وبما إن الفقه الإسلامي لم يلزم الواقف لتسجيل العقار الموقوف فهنا سوف يبدأ الإشكال والمتمثل بوجود عقار موقوف شرعاً لكنه غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري.

إن للوقف أنواع عدة ويعتمد ذلك على الجهة المستفيدة من الوقف فهناك وقف خيري وذري (أهلي) ومشترك ولكل منهم الشروط الواجب توافرها وإنما سنركز دراستنا على الوقف الخيري.

لذلك سوف نقسم هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول: ماهية وقف العقار غير المسجل، أما

المبحث الثاني فسيكون الحديث فيه عن شرائط وقف العقار غير المسجل وكما يلي.

## المبحث الأول ماهية وقف العقار غير المسجل

إن الأرض تعتبر المادة الأساسية للعقار، حيث شملت العقارات فيما بعد الأرض وما يتصل بها من بناء وإنشاءات.

إذ ظهرت أقسام للأرض في وادي الرافدين منها ما يسمى باللغة الأكدية (أكاروروم) وهي أراضٍ تابعة إلى المعبد وبنفس المفهوم ظهرت في وادي النيل، وهذه الأراضي تعود في ملكيتها إلى المعابد وفائدتها لعامة الناس<sup>(١)</sup>، وبهذا فإنها تشبه العقار الموقوف في الوقت الحاضر من حيث الوظيفة.

واحتل الوقف درجة كبيرة من الاهتمام، وظهرت ملامحه بشكل جلي بعد ظهور الإسلام، إذ إن الدين الإسلامي يهدف إلى صلاح المجتمع وخدمته، وهذا ما أكدت عليه عشرات الآيات ومنها {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ}<sup>(٢)</sup>، والعديد من الأحاديث النبوية الشريفة.

اهتمت الشريعة الإسلامية بتفاصيل الوقف كافة على اعتبار أن له علاقة بأخرة الواقف وفائدة المجتمع (الموقوف عليهم) أي إن للوقف له دوراً مهماً في الحياة الدنيا والآخرة، فقد حددت الشريعة الشروط الواجب توفرها لكل من الواقف والموقوف عليهم والموقوف به حتى يصبح أمام وقف مكتمل من الزاوية الشرعية، وهذه الشروط تختلف باختلاف المذاهب الإسلامية، فنلاحظ أن الذي يعد شرطاً لدى مذهب معين هو غير ذلك في مذهب آخر.

إن العقارات الموقوفة تمثل قوة اقتصادية مهمة لاسيما في الدول الإسلامية ومنها العراق؛ لتوفر الظروف الاجتماعية والدينية كافة التي تساعد على نمو عقارات كهذه.

وهذه العقارات في كثير من الأحيان تصل اقيامها إلى مبالغ ضخمة، فقد تدفع الواقف أو الخلف للتصرف بها تصرفاً ناقلاً للملكية وذلك قبل تسجيل العقار الموقوف في دائرة التسجيل العقاري وهذه الإشكالية نحاول إيجاد الحلول لها لمنع العقار الموقوف غير المسجل من الزوال والضياع، وتجدر الإشارة إلى أن عدم التسجيل يكون في حالتين أولهما: إن الواقف اكتفى بإجراء صيغة الوقف الشرعية ولم يجعل هذا قانونياً وذلك باستخراج حجة الوقف وثانيهما: إن الواقف قد أكمل حجة وقف العقار قانوناً لكنه لم ينفذ هذه الحجة في دائرة التسجيل العقاري، وبعبارة أخرى لا يوجد ما يدل على وقف العقار في دائرة التسجيل العقاري بل يبقى العقار باسم المالك (الواقف) أو خلفه.

(١) د. فوزي رشيد، شرائع العراق القديمة، دار الحرية، بغداد، دط، ص ٣٩.

(٢) سورة ال عمران، آية ٩٢.

وإن تصرف الواقف أو الخلف بالعقار غير المسجل تصرفاً ناقلاً للملكية سيؤدي إلى زوال الوقف، ولا يحاسب المالك أو الورثة قانوناً، بل يكون كل من الواقف أو الخلف محاسب ديانةً إلا إذا توفرت ظروف وأحوال لإثبات الوقف، فعندها يمكن إقامة دعوة لإثبات الوقف لاسيما وأن الوقف يعد من النظام العام<sup>(١)</sup>. ولا بد لنا أن نشير إلى أن معنى العقار الموقوف غير المسجل عدم تسجيل الوقف في دائرة التسجيل العقاري فقط، وليس المقصود به العقار المجدد.

لذلك قبل معرفة مدى شرعية هذه التصرفات من عدمها سنقسم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: التعريف بوقف العقار غير المسجل، والثاني شرائط وقف العقار غير المسجل.

### المطلب الأول

#### التعريف بوقف العقار غير المسجل

اختلفت الآراء الفقهية وتباينت بشأن مفهوم وقف العقار، إذ لم يتفق الفقهاء المسلمون على تعريف موحد لوقف العقار، وإنما ذهبوا مذاهب شتى في تعريفه وبيان المراد منه. كما أن القوانين المقارنة لم تضع تعريفاً للوقف، والشروط الخاصة بالواقف والموقوف عليهم والموقوف به، بل تركت ذلك إلى الفقه الإسلامي، وهذا أحد الأسباب التي جعلت القوانين المقارنة تعاني من بعض الضعف، وفي حالات معينة تعاني من الفراغ التشريعي لاسيما في الوقت الحاضر الذي أوجدت حالات معينة في الوقف لم تكن موجودة في عصر الفقهاء المسلمين الأوائل، وعلى سبيل المثال: وقف الأراضي الأميرية (وقف غير صحيح) بل إن أغلب النصوص في القوانين الخاصة بالوقف احتوت على المسائل الإجرائية.

لذا لا بد لنا أن نبين في هذا المطلب تعريف الوقف وسماته وغاياته التي يسعى إلى تحقيقها. وذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ نتطرق في الأول إلى تعريف العقار الموقوف غير المسجل، وفي الثاني سمات الوقف ومقاصده الشرعية.

(١) المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي.

## الفرع الأول

### تعريف العقار الموقوف غير المسجل

للقوف على تعريف الوقف سيتم تقسيم هذا الفرع على فقرتين: نتطرق في الفقرة الأولى إلى بيان تعريفه اللغوي، أما في الفقرة الثانية فسننتظر إلى التعريف الاصطلاحي.

**أولاً: التعريف اللغوي:** لما كان مصطلح العقار الموقوف ينقسم على عدة كلمات فلا بد لنا من تعريف كل منهما على جانب خروجاً بتعريف لغوي جامع لهما.

١- **تعريف الوقف لغة:** الوقف لغة مشتق من وقف وقوفاً: دائم قائماً ووقفته انا وقفة اذا وقفته وفي الحج وقوف الناس في المواقف وفي الجيش ان يقف واحدا بعد واحد والوقاف والموقفة ان تقف معه ويقف معك في حرب او خصومة وواقفته على كذا استوقفته<sup>(١)</sup>.

كذلك يعرف الوقف من وقف الدابة تقف وقوفاً ووقفها غيرها من باب وعد الوقف الدار للمساكين وبابهما وعد أيضاً وواقفت الدار بالألف لغة رديئة أي اوقفت عن الأمر الذي كنت فيه أي أفلعت<sup>(٢)</sup>.

ويقال كذلك الوقف مصدره (واقفت) الكلمة وقفاً، واذا وقفت الرجل على كلمة قلت وقفته توقيفا ووقف الأرض على المساكين، ووقف الدابة والأرض وكل شيء<sup>(٣)</sup>.

٢- **العقار:** عقار: الجذر (ع ق ر) : العقار (بفتح العين) هو كل ملك ثابت كالأرض والدار ويجمع على عقارات<sup>(٤٥٦)</sup> قيل العقار: متاع البيت ونضده وفي الحديث: فرد النبي (صلى الله عليه وآله) (ذرايهم وعقار بيوتهم. أي وفود بني العنبر. قال الحربي: أراد بعقار بيوتهم أراضيهم. وقد غلط بل أراد به أمتعة بيوتهم من الثياب والأدوات. وعقار وكل شيء: خياره. ويقال: في البيت عقار حسن، أي متاع وأداة<sup>(٧)</sup>.

(١) مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي القاموس المحيط، ط١، دار الحديث، القاهرة، ص١٧٧٣ وما بعدها، مادة (وق ف)  
(٢) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨١، ص٧٣٣.  
(٣) جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج١٥، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر، ص٢٧٣.

(٣) أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: ١٤٢٤هـ) معجم الصواب اللغوي دليل المقف العربي، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ج١/ص٥٣٩، حرف العين، رقم الكلمة ٣٥٩٢.

(٥) رينهارت بيتر ان دوزي (ت١٣٠٠هـ) تكلمة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، الناشر، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، ط١، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠م، ج٧/ص٢٦٣.

(٦) عبد الهادي أبو طالب، معجم تصحيح لغة الإعلام العربي، ص١٦٤.

(٧) محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، (١٣٨٥-١٤٢٢هـ)، ج١٣ / ص١١١.

٣- السجل كتاب العهد ونحوه، والجمع سجلات، وهو أحد الأسماء المذكورة المجموعة بالتاء، ولها نظائر، ولا يكسر السجل، وقيل السجل الكاتب، وقد سجل له. وفي التنزيل العزيز: كطي السجل للكتب، وجاء في التفسري: أن السجل الصحيفة التي فيها الكتاب؛ وحكي عن أبي زيد أنه:

روى عن بعضهم أنه قرأها بسكون الجيم، قال: وقرأ بعض الأعراب السجل بفتح السين. وقيل السجل ملك، وقيل السجل بلغة الحبش الرجل، وعن أبي الجوزاء أن السجل كاتب كان للنبي، (صلى الله عليه واله)، وتمام الكلام للكتاب. وفي حديث الحساب يوم القيامة: فتوضع السجلات في كفة وهو جمع سجل، بالكسر والتشديد، وهو الكتاب الكبير.<sup>(١)</sup>

## ثانياً- التعريف الاصطلاحي:

### ١- في الفقه

يعرف الوقف فقهاً بتعريفات عدة؛ وذلك بحسب اختلاف المذاهب، ووجهة نظرهم إلى الوقف. فعرف في المذهب الإمامي أنه: (حبس الأصل واطلاق المنفعة)<sup>(٢)</sup> وكذلك عرف بنفس المعنى على أنه (تحبيس الأصل وتسييل المنفعة)<sup>(٣)</sup>. والمراد بتحبيس الأصل هو المنع من التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية وهذا التعريف يصدق على الحبس فإنه عقد يفيد ذلك، لذا فالمراد من الحبس التأييد. أما المذهب الحنفي فله رأي ان في تعريف الوقف؛ فبحسب الرأي الأول: فإن الوقف على مذهب الصاحبين (أبي يوسف ومحمد) هو إما حبس العين على أن يكون مملوكاً لأحد من الناس وجعلها على حكم ملك الله تعالى والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل. مثلاً إذا وقف الانسان عقاراً من عقاراته وتوافرت شروطه الشرعية لصحة وقفه ونفاذه، ومن ثم يترتب على ذلك إخراج العقار الذي وقفه من ملكه بحيث لا تبقى عليه يد ملكية ولا حقوق مالك وكذلك جعل هذا العقار على حكم ملك الله تعالى فلا يدخل في ملك أحد من الناس بل يكون حكمه حكم الشمس والهواء<sup>(٤)</sup> أو جعل ريعه حقاً لجهة من جهات البر والخير، إما في الحال أي ابتداء وقفه وإما في المآل لا من ابتداء وقفه كما لو وقف عقاراً على نفسه ما دام حياً ثم من بعده على من أراد نفعهم من ذريته<sup>(٥)</sup>.

(١) جمال الدين ابن منظور الانصاري، لسان العرب، مصدر سابق، (١١/٣٢٦).

(٢) المحقق الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، طهران، د.ط، (٧/٩).

(٣) محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، الناشر جاخانة دانشگاه، ١٣٤٢ هجري/شمسي، ص ٥٩٥، ٥٩٥، وزين الدين بن علي بن أحمد الجبعي العاملي، الروضة البهية، ج ٣، ص ١٦٣.

(٤) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالم كيريه، ج ٢، ط ٣، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ص ٣٥٠.

(٥) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الاسكندري المعروف بابن همام، فتح القدير على الهداية، ج ٥، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق. مصر، ١٣١٦هـ، ص ٣٧.

أما الرأي الثاني، فله موقف مغاير للمذهب السابق، فقد عرف الوقف على أنه: (حبس العين على ملك الواقف والتصرف بمنفعتها<sup>(١)</sup>)، على جهة من جهات البر في الحال أو المآل)، ومن ثم لا يكون للوقف أثر في العين الموقوفة؛ لبقاء حرите فيها طول حياته، وإرثهما بعد موته كسائر أمواله الأخرى، وإنما أثره يظهر في منفعة المال وغلته فيجعلها صدقة على الموقوف عليه في الحال أو في المآل<sup>(٢)</sup>.  
وعرف المذهب المالكي الوقف على أنه (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً)<sup>(٣)</sup>.

والملاحظ من التعريف أنه في إعطاء منفعة فقد احترز به عن إعطاء الذات، فالهبة مثلا الواهب يعطي ذات العين الموهوبة للموهوب له، وإما (شيء) بمعنى دون منفعة مال أو متمول؛ لأن الشيء أعم، إلا أنه خصصه بما جاء في التعريف من بقاء ملكه، وأما من ناحية مدة وجوده فقد احترز به عم الإعارة؛ وذلك لأن المعير له الحق في استرجاع العين المعارة متى شاء.

والملاحظ على تعريف المالكية أنه مشابه إلى تعريف الحنفية من جانب بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف فينصب الوقف على منفعة العين بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبتة بصرف ريعه إلى جهة بر وتسبيل المنفعة تقرباً إلى الله تعالى<sup>(٤)</sup>.

وهذا التعريف مقارب لتعريف المذهب الإمامي؛ لأنه عبر عن الوقف بحبس العين والتصرف بالمنفعة على وجه التأييد والباحث مع هذا الرأي .

أما الشافعية فقد عرفوا الوقف أنه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح)<sup>(٥)</sup>، مباح<sup>(٥)</sup>، وأضاف بعض منهم (بقطع التصرف في رقبتة)<sup>(٦)</sup>.

(١) محمد بن عبد العزيز عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، ج١، ط١، المغرب، ١٩٩٦، ص ٤٥.

(٢) محمد أمين الشهير بابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار بحاشية ابن عابدين، ج٦، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص٥١٩. كذلك: د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط٤، دار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٢، ص ٣٠٤.

(٣) محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ - (١٩٨٤م) (١٠٧/٨). كذلك ينظر: محمد احمد الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية واثره في تنمية المجتمع، ط١، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض ١٩٧٧، ص٧٨.

(٤) محمد رافع يونس، أركان الوقف شروطه، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، مجلد ١١، عدد ١٤، ٢٠١٩، ص ١٣٠.

(٥) شهاب الدين أحمد بن أحمد سلامة القليوبي، حاشية القليوبي على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج٣، ط٢، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص ١٤٨.

(٦) زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية ومعه حاشيتي الشريبي والعبادي، ج٦، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ص ٣٨٧؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ومعه حاشيتي الشبراملسي والمغربي الرشدي، ج٥، ط٣، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ص ٣٥٨.

وتعريف الحنابلة للوقف قريب من تعريف الإمامية إذ عرفوه بأنه (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة (الثمره)).<sup>(١)</sup>

أما في الفقه المعاصر فقد أورد الفقهاء المعاصرون تعريفات للوقف عدة، فقد عرفه بعض أنه (حبس العين فلا يتصرف فيها بالبيع والهبة ولا تنتقل بالميراث والمنفعة تصرف بجهات الوقف على مقتضى شرط الواقفين)<sup>(٢)</sup>.

والملاحظ على التعريف أنه مشابه لتعريف المذهب الإمامي والحنبلي بخروج العين الموقوفة من ملك الواقف. وعرفه بعض بأنه (حبس المال عن الامتلاك والتداول في سبيل المقاصد العامة)<sup>(٣)</sup>.

وبعد بيان تعريف الوقف في الفقه نستطيع أن نعرفه بأنه (حبس العين عن جميع التصرفات التي تخرج العين من ملكية الواقف سواء بالبيع أم الهبة أم أي تصرف آخر، أما تسبيل المنفعة أي الترع بمنفعة العين لأي جهة من الجهات الخيرية سواء كانت لمجموعة من الأشخاص المحددين، أم لم يتم تحديدهم أي سواء كان عقاراً وقفه أو وقفه صاحبه لطلبة العلم مثلاً أم مسجداً للصلاة).

## ٢- في القانون

اهتمت التشريعات في قوانينها بمسألة الوقف؛ لما له من دور كبير في حياة المجتمع، لذلك لاحظنا بعد اطلاعنا على القوانين المقارنة أنها قد تباينت في موقفها لتعريف الوقف، على اعتبار أن التعريف دائماً ما يوضح مقصود الفقه، لذلك يلاحظ أن منها لم يتطرق إلى تعريف وإنما بين أقسام الوقف وهذا ما سنبينه. فبالنسبة للمشرع العراقي فقد نص على: (الوقف الصحيح هو العين التي كانت ملكاً فوقفت إلى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف)<sup>(٤)</sup> وجاء في نص آخر: (حق التصرف والعقر في الأراضي الأميرية المرصدان والمخصصان إلى جهة من الجهات)<sup>(٥)</sup>، والملاحظ على المادة الأولى أنها لم تعط تعريفاً شاملاً للوقف، لكنني قد ذكرت أقساماً للوقف.

كما جاء في قانون آخر على: (العقارات الموقوفة تقسم على قسمين: أ - الأوقاف الصحيحة: هي التي كانت مملوكة ثم أوقفت إلى جهة من الجهات بمسوغات شرعية، ب- الأوقاف غير الصحيحة: هي ما

(١) شمس الدين أبو فرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على المغني، ج٦، دار الكتاب العربي- مصر، طبعة جديدة بالافتتاح، ١٣٩٣هـ-١٩٧٢م، ص١٨٥؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخزقي، ج٢، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، ص١٩٦.

(٢) أبو الخير نشأت عطا، مدى مشروعية الوقف المؤقت، بحث منشور في مجلة دراسات باسوان، جامعة الأزهر، العدد ٣، ٢٠٢٠، ص ٣٧٧.

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩، ص ٣٦.

(٤) المادة (١/٤) من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ الناقد والمعدل.

(٥) المادة (١/٥) من القانون نفسه.

كانت رقيبتها أميرية وحقوق التصرف فيها أو رسومها أو أعضائها أو جميعها موقوفة تخصيصاً لجهة من الجهات<sup>(١)</sup>.

في حين عد المشرع العراقي في قانونه المدني حق الوقف من الحقوق العينية الأصلية إذ نص على: (الحقوق الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف ... وحق الوقف)<sup>(٢)</sup>، وذكرت المادة (٤٧/هـ) من القانون المذكور على أن الأوقاف من الأشخاص المعنوية، وقد أحال القانون المدني العراقي في الأسباب الموجبة في الفقرة الثالثة في ما يخص الوقف إلى الفقه الإسلامي.

وإزاء خلو قانون إدارة الأوقاف العراقي النافذ من تعريف جامع ومانع للوقف، نقترح تعريفاً للوقف وهو: (حبس العين المملوكة من قبل مالكةا على أن تصرف منافعتها طبقاً لشرط الواقف بما لا يخالف الشرع). أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة، فالمشرع المصري في قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل وقانون إعادة تنظيم هيئة الأوقاف رقم (٢٠٩) لسنة ٢٠٢١ ففي كلا القانونين لم يضع تعريفاً للوقف.

بخلاف المشرع الأردني فله موقف مغاير عن المشرع المصري والعراقي؛ فقد أورد تعريف للوقف: (الوقف: حبس عين المال المملوك على حكم ملك الله تعالى على وجه التأييد وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً، ويكون الوقف خيرياً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداءً، ويكون ذرياً إذا خصصت منافعه لشخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم)<sup>(٣)</sup>. وكذلك جاء في القانون المدني الأردني: (حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً)<sup>(٤)</sup>.

أما العقار فقد عرفه المشرع العراقي: (هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من أشياء ...)<sup>(٥)</sup> وكذلك نص القانون المذكور في أعلاه بالعقار بالتخصيص لكونه يأخذ معنى العقار إذ تنص هذه المادة على أنه: (يعتبر العقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه المالك في عقار مملوك له...)<sup>(٦)</sup>.

(١) المادة (٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ والمعدل.

(٢) المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل.

(٣) المادة (٢) من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ النافذ.

(٤) المادة (١٢٣٣) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣، لسنة ١٩٧٦ النافذ.

(٥) المادة (٦٢/أولاً) من القانون المدني العراقي.

(٦) المادة (٦٣) من القانون نفسه.

وعرف القانون المصري العقار: (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول).<sup>(١)</sup>

وعرفه الأردني: (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته)<sup>(٢)</sup>. وكذلك: (قطعة الأرض والبناء المقام عليه وأي حصة شائعة في أي منهم)<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة للتسجيل العقاري فيقصد به: (مجموعة القواعد والإجراءات القانونية الرامية إلى تحديد هوية العقار وتثبيت ملكيته من جهة، وشهر الحقوق والتصرفات القانونية الجارية عليه من جهة أخرى، وذلك بواسطة سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع عليها أي ما جاء فيها)<sup>(٤)</sup>. وكذلك عرف بانه: (تثبيت الحالة المادة والقانونية للعقار، وذلك بضبط حدوده ومساحته بكل دقة، وحصر حالة القانونية بتعين مالكة وبيان جميع الحقوق العينية المترتبة عليه، وإقامة رسم ملكية له في السجل العقاري)<sup>(٥)</sup>.

وعلى أساس ذلك يمكن لنا أن نعرف التسجيل العقاري بأنه: (نظام قانوني يهدف إلى تثبيت حق الملكية العقارية وشهرها؛ وذلك عبر قيد العقارات والحقوق العينية العقارية، وكل ما يتعلق بها من تصرفات ووقائع قانونية كالبيع والوصية والوقف وغيرها وذلك عبر سجلات خاصة يمكن لكل شخص الاطلاع عليها).

فالتسجيل يجب أن يتم في سجل خاص به بما يتناسب مع الأهمية التي أولاها المشرع له، فقد نص المشرع العراقي على (السجل الذي تثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند إليه في إصدار السند)<sup>(٦)</sup>.

والمشرع المصري نص على: (مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به)<sup>(٧)</sup>.

أما المشرع الأردني فقد عرف السجل العقاري بأنه: (مجموعة الصحائف والوثائق والمستندات الورقية والإلكترونية والخرائط الموجودة لدى الدائرة التي تبين أوصاف العقار وتعين حالته القانونية، وتنص على الحقوق المترتبة له عليه، وتبين المعاملات المتعلقة به وما يطرأ عليه من تعديلات وتغييرات)<sup>(٨)</sup>.

(١) المادة (٨٢/أولاً) من القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨.

(٢) المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٢) من قانون الملكية الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٩.

(٤) د. حسين عبد اللطيف حمدان، نظام التسجيل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، لبنان، ٢٠٠٣، ص ١٩.

(٥) د. معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٦، ص ١٦.

(٦) المادة (١) من القانون التسجيل العقاري العراقي.

(٧) المادة الأولى من قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ النافذ والمعدل.

(٨) المادة (٣) من القانون الملكية العقارية الأردني.

## الفرع الثاني

### سمات وقف العقار ومقاصده الشرعية

يمتاز العقار الموقوف غير المسجل بكونه عقاراً موقوفاً من الناحية الشرعية وغير موقوف من الناحية القانونية (الوقف غير مسجل) إذ نحن أمام حالة توفر كل أركان الوقف من الناحية الشرعية، كصيغة الوقف وشروط الواقف والموقوف عليه وغيرها من الشروط التي أوجبتها الشريعة؛ كي نكون أمام عقار موقوف، ولكن الوقت نفسه إن وقف العقار غير مسجل في السجل العقاري الخاص بالعقار محل التصرف، وبما أن القانون العراقي لا يعتد بأي تصرف عقاري غير مسجل<sup>(١)</sup> وكذلك القانون الأردني، إذ أوجب تسجيل حجة الوقف في السجل العقاري<sup>(٢)</sup> لكن القانون المصري لم يوجب ذلك بل بالعكس أجاز الرجوع بالوقف<sup>(٣)</sup>.

وعلى أساس ذلك فإن العقار الموقوف شرعاً وغير موقوف قانوناً يستطيع الواقف أو ورثته التصرف به بالتصرفات كافة بما فيها الناقلة للملكية.

وعليه سوف نتعرض إلى السمات الشرعية للوقف من دون سماته القانونية لأن السمات الشرعية طاغية على السمات القانونية، مثل عدم اكتساب الوقف الشخصية المعنوية<sup>(٤)</sup>.

**أولاً: السمات الشرعية للعقار الموقوف:** للوقوف سمات عدة تبرز في الجوانب الآتية:

#### ١- السمة الإلهية

لم يكن نظام الوقف في الإسلام مستجلباً أو تجميعاً لعادات عرفية سبقت الإسلام بل إنه نظام رباني يستمد إطاره العام من القرآن الكريم وأصوله المباشرة من السنة النبوية الشريفة. مع ملاحظة وجود الوقف في الأديان الأخرى، ولكن ما يهمنا هو الوقف في الدين الإسلامي فهو شرع إسلامي جاء به محمد (صلى الله عليه واله)

كما جاء بالصلاة والزكاة والصيام، ولولاه (عليه الصلاة والسلام) ما عرفنا شيئاً من هذه الشرائع، إذ قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة؛ صدقة جارية، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)<sup>(٥)</sup>، والصدقة الجارية فسرها العلماء بالوقف. والوقف بدافعه الديني المتضمن التقرب إلى الله تعالى لم يظهر إلا بظهور الإسلام كقول الإمام الشافعي (رحمه الله) عن الوقف (لم تحبس

(١) الفقرة (١/٣) من القانون التسجيل العقاري العراقي.

(٢) المادة (٣ / ١٢٣٧) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١١) من القانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.

(٤) الفقرة (هـ) من المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي.

(٥) أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٢هـ-١٩٩١م. رواه مسلم من رواية العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رفعه إذا مات الإنسان وفيه تقديم صدقة جارية والباقي سواء (٢٤٠١).

أهل الجاهلية فيما علمته - دارا ولا أرضا وإنما حبس أهل الإسلام<sup>(١)</sup> ويعدُّ الوقف جزءا من التشريع الرباني الذي فعله النبي وأهل بيته (عليهم السلام) والتابعون إلى يومنا هذا. وهو قائم على الإحسان وهو أعلى مراتب العبادة. وتضفي الخاصية الربانية على الوقف الإسلامي أصوليته وفضله فهو شعيرة إسلامية من أنواع الصدقات الجارية التي يتقرب بها الواقف إلى ربه طلباً للأجر والثواب<sup>(٢)</sup>.

روي عن الرسول (صلى الله عليه وآله): (إذا مات ابن آدم ينقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو عمل ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)<sup>(٣)</sup>. والمقصود بالصدقة الجارية هي الوقف الدائم الذي ينتفع به الناس مادام موجودا، وهي أبرز خصائص الوقف، إذ إن العين الموقوفة تبقى آثارها منتجة الحسنات للواقف حتى بعد مماته وليس في حياته فقط، وهذا يقتضي أن الوقف يتميز بالديمومة والاستمرارية، ولا يتحقق ذلك إلا بصرف ريعه على وجه من أوجه البر الخير<sup>(٤)</sup>. (وتعكس هذه السمة استقلالية الوقف عن أوقفه وعن ذريته وعن الحاكم<sup>(٥)</sup>، فإن حبس مال أو عقار مأل المال الموقوف يعود على وجوه البر والخير والخير كمساعدة الفقراء والمعوزين لقوله تعالى: { لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ }<sup>(٦)</sup>).

## ٢- سمة التأييد

التأييد اصطلاحاً: تقييد التصرف إلى الأبد، يعني على الدوام أي عدم جواز توقيته بمدة معينة وعده الفقهاء من أهم الشروط لصحة وقف العقار أن يكون مؤبداً لا رجوع عنه وغير مؤقت بمدة معينة. ويعد التأييد من أهم السمات التي تميز الوقف؛ إذ بواسطته يؤدي الوقف الغرض المطلوب منه وهو تسهيل منفعة العقار مع الحفاظ على أصل العقار<sup>(٧)</sup>.

إن قواعد الشرع الإسلامي لا تجيز إجراء تصرفات على العقار الموقوف التي تؤدي بطريقة وأخرى إلى نقل ملكيته إلى الغير كالبيع والهبة وقسمة التملك، إن الأصل العام هو عدم التصرف بالعقار

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٠، ط ٤، دار الفكر المعاصر - دمشق، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م، ص ٣٢٤.

(٢) سالم روضان الموسوي، تصفية الوقف وحالات إنهائه / دراسة معززة بتطبيقات قضائية، ٢٠٢٠، ص ٧٨.

(٣) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، (٢٣٤١).

(٤) د. يسرى وليد ابراهيم على بك، إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٣ م، ص ٢١١.

(٥) تيماء محمود فوزي الصراف، دور المدعي العام في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ١١٥.

(٦) سورة البقرة، الآية ١٧٧.

(٧) الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوقف وأحكامه، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٤٥.

الموقوف، ولكن توجد استثناءات على هذا الأصل؛ فقد أجاز الفقهاء استبدال الوقف ضمن شروط من أجل استمرار العطاء وتحقيق المصلحة<sup>(١)</sup>، أما الاستثناء الآخر الذي يجيز إجراء التصرفات على العقار الموقوف يعتمد على مدى كون الوقف لازماً أو غير لازم، فإذا كان الفقه يعد الوقف غير لازم كما هو الحال في المذهب الحنفي فيستطيع كل من الواقف أو ورثته التصرف بكافة التصرفات على الوقف بما فيها الناقل للملكية<sup>(٢)</sup>، والمذهب المالكي يعد التصرف لازماً لكن الواقف يشترط لنفسه الحق في الرجوع عن وقفه<sup>(٣)</sup>، أما المذاهب الأخرى؛ الإمامية والشافعية والحنبلية فقد عدت أن الوقف لازم ولا يجوز التصرف به<sup>(٤)</sup>.

### ٣- سمة الشمول

من قراءة ما كتبه من العلماء عن الوقف الإسلامي وأنواعه وغاياته يلاحظ خاصية الشمول التي يتميز بها الوقف الإسلامي، فهو يشمل على الوقف الذري (العائلي) الذي له مسميات عدة منها: الوقف الأهلي والوقف الخاص والوقف العائلي، وهو الذي جعل الربيع يستحق للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعنيين بالذات أو بالوقف سواء هم من الأقارب أو غيرهم<sup>(٥)</sup>. ويشمل أيضاً الوقف الخيري المخصص ريعه لكي يتم صرفه على جهات البر مثل الوقف على المساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها.

كما أن الوقف يتميز بأنه شامل من الناحية الزمنية فهو غير مقتصر على مدة معينة، ولكنه يمتد ليشمل جميع الأجيال القادمة فيه الموقوف عليها، ويجوز أن يستبدل الوقف إذا تعرض للتلف، وإذا كان منعدم الفائدة، وقد يوفر الوقف استمرار الثواب للواقف بعد موته. والوقف الإسلامي يتميز بأنه شامل لكثير من المجالات التي تتفق فيها، فلم يوجد قيوداً على مجالات التخصيص، فهذه الأحباس التطوعية طالما كانت من مقاصد الشرع المباحة كحاجات ضرورية أو كفائية أو تكميلية دينية أو اقتصادية أو اجتماعية أو تربوية أو جماعية. فقد تم إشباعها، ولم تتحدد في الوقف وجوه معينة من الخير قد تقتصر على تسهيل الثمرة عليها دون غيرها من الوجوه، وإنما في ذلك الأمر إرسالاً ليشمل الوقف بكل ما فيه مصالح حقيقية لبني الإنسان، فإذا كان الدين جملة فهو جاء لتحقيق مصالح الإنسان جميعها يصح أن يوقف لأجلها الوقوف على سبيل ابتغاء الثواب منها، ولذا قيل في مصارف الوقف إنه قد يشترط فيه أن تكون من جهات البر، والبر: هو اسم جامع لكل الخير وأصل لطاعة الله تعالى، ويشمل كل وجوه الخير، (فمثلاً وقف مكتبة

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٠، ص ٢٢٤.

(٢) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مطبعة هندية، مصر، ١٩٠٢، ط ٢، ص ٧٨.

(٣) محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، مصدر سابق، (١٨٥/٨).

(٤) أبو القاسم نجم الدين الحلبي، شرائع الإسلام، مطبعة الآداب - النجف الأشرف ١٩٦٩، ص ٢١٦، منصور بن يونس إدريس الدهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتقع، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٧٥هـ، ص ١٥٢، أبو بكر السيد البكري الدماطي، حاشية عانة الطالبين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة، ١٩٣٨م، ص ٢٠٥.

(٥) د. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٩١.

لكي يُفادَ منها القراءة بالمجان) لكل الباحثين، الفقراء منهم أو الأغنياء هي وقف عام متميز بالشمول، والمدرسة كذلك والجامعة والمسجد وجميع المرافق والأصول العامة تعد أوقافاً خيرية وعامة<sup>(١)</sup>.

#### ٤- سمة الاستقلالية:

إن للوقف الإسلامي سمة يتميز بها، وهذه السمة هي الاستقلال عن من تم وقفه عن ذريته وعن الراعي والرعية، فإذا قام مسلمٌ بوقف مال أو عقار أو أي شيء يعد من الممتلكات العامة، وذلك لعدم خضوعها لجور الجائرين عليها ولا سلطان السلاطين، والواقف لا يمكنه أن يرجع لنفسه ما حبسه الله (سبحانه وتعالى) وهذا هو السبب الرئيسي لبقاء كثير من الأوقاف بجميع أراضي العالم الإسلامي على مر العصور والأزمنة وذلك للمحافظة عليها من أن تستغل، وأن لا تخضع لأنظمة وضعية واستقلال الأوقاف وهذا يعد سبباً من أسباب العزة والتمكين لكل المسلمين والأمة القوية التي تكفي لنفسها وذاتها عن غيرها<sup>(٢)</sup>.

تمثلت خاصية الاستقلالية في كون أن الوقف الإسلامي خدم المسلمين حين تعرضوا لكثير من المحن والشدائد، فالوقف كان سبيلاً لاستمرار الأعمال الخيرية واستقلالها حين استمرار المؤسسات الدعوية والتعليمية والإغائية والإنفاق على المدارس والمساجد ودور الأيتام... ولم تتوقف الخدمات بسبب ضيق اليد أو تقلص الإنفاق ما يؤثر سلباً على ما أنيط بالأمة من واجبات وأعمال، وتأكيداً على أن الوقف قد يتميز دون غيره بالاستقلالية فهو تمثلٌ للقوة الذاتية لنظام الوقف، إذ إن تاريخ الوقف الإسلامي قد أثبت قدرته على احتضان التعليم والارتقاء به من طريق إنشاء المدارس والمعاهد وتوفير جميع مستلزمات العملية التعليمية واحتضان الطلبة المحتاجين<sup>(٣)</sup>.

#### ٥- سمة الإنسانية

يتميز الوقف الإسلامي بخاصية السمو الأخلاقي والإنساني، تأكيداً لذلك أن هناك في الإسلام دعوة صريحة إلى تربية النفس من طريق الإنفاق في سبيل الله والوقف منها فإنه يعود النفس البشرية على البذل والإنفاق<sup>(٤)</sup>.

فمؤسسات الوقف الإسلامي قامت بفتح أبوابها لكل إنسان مهما كان بصرف النظر عن جنسه أو لغته أو بلده أو مذهبه، ما يدل على النزعة الإنسانية في أمتنا ومؤسساتنا الوقفية التي (كان اهتمامها بالفئات المحرومة كالمعوزين، والأيتام من ذوي الحاجات من الضعفاء)، (والسعي نحو أن يتم توفير سبل العيش

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٠، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢) هلال بن يحيى بن مسلم الرأي، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٠، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٤) د. صالح عبد الهادي، الوقف الإسلامي التراحم في الحياة وصدقة جارية بعد لقاء الله بدون دار نشر، بدون سنة طباعة، ص ٢٧.

الكريم وإعدادهم إعداداً مناسباً للحياة، وحرصت أن تحافظ على الفئات الضعيفة، فوقف الخيرون كثيراً من الأوقاف لصالح الأيتام واللقطاء والقيام برعايتهم حتى إذا بلغوا مرحلة سن الرشد وغيرها كثير من المعاني التربوية التي لا وجود لها عند الغربيين. كما أن للوقف له دوراً كبيراً في مجال التعليم، فلم يقتصر على المتعلمين من المسلمين فقط بل تعداهم إلى الإنسانية بجميع المعاني الشاملة فقد كان هناك الطلبة من غير المسلمين في أوقاف التعليم في جامعات المسلمين وجوامعهم كما كان في الأندلس التي كانت محطة للدارسين ومعبراً للعلم الذي مهد للنهضة العلمية الحديثة لاحقاً). ومعنى ذلك أن الوقف ذو منفعة متغيرة تشمل منفعة الوقف وريعه جميع الناس، ولا تقتصر على المسلمين فقط لكونه يمتد من الشريعة الإسلامية، لكنه يشمل حتى غير المسلمين، إذ يمكن للواقف أن يقوم بوقف ماله في أي من البلدان، إذا رأى أن فيه منفعة للموقوف عليه<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: مقاصد الوقف الشرعية

إن الوقف تشريع إسلامي يستمد مشروعيته من آيات الذكر الحكيم والسنة النبوية (القولية والفعلية والتقريرية)، ويُعد من أحسن القربات في الشريعة الإسلامية، إذ هو المعني في الحديث الشريف بـ (الصدقة الجارية)، ولا تصبح الصدقة جارية فيما بعد الموت إلا بالوقف، ولما كانت لفروع هذا الدين مقاصد وغايات تنطلق منها هذه الأحكام على وفق شريعة الله، لزم الكشف عن هذه المقاصد وتأصيلها، لئنزل الأحكام على وفق مقاصدها التي شرعت لتحقيقها، فضلاً عن حسن الفهم والتصور لأحكام الوقف<sup>(٢)</sup>، واختيار الحلول المناسبة والبدايل النوعية القيمة التي تتحقق بها مقاصده وغاياته، وقد يتميز الوقف عن جميع عقود التبرعات الأخرى بأنه ذو فاعلية كبيرة في تحقيق ما يتوخاه الإنسان من جراء تبرعه في حياته وبعد مماته<sup>(٣)</sup>.

تتنوع هذه الغايات بين الشخصية، والاجتماعية والاقتصادية التي تُسهم في دعم الدولة من الجانب الاقتصادي، وفيما يأتي نتناول أهم هذه المقاصد بشيء من التفصيل:

١- **الغايات الشخصية:** وهي الأهداف التي يسعى بها الواقف إلى تحقيق مصلحة شخصية للواقف نفسه، أو لورثته عبر الإنفاق عليهم، والحفاظ على الثروة.

أ- **تحقيق عبودية الله تعالى وتقرير الامتثال له:** هو بمثابة القصد الأعلى الذي يجمع كل ما قد يليه من المقاصد والغايات والأهداف، وهذا مستفاد من حقيقة الإسلام التي تقرر أصلية العقيدة والعبودية

(١) يحيى بن أبو الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن عمران العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي، تحقيق: د. احمد حجازي احمد السقا، ج ٢، ط ١، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م، ص ٣٢١.

(٢) عبد الجليل عبد الرحمن عشوب، كتاب الوقف، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٠، ص ٣٤.

(٣) حقي إسماعيل الندوي، الوقف في الشريعة والقانون، د. ط، ٢٠١٦، ص ٨٩.

والامتثال لكل ما يتم تفرعه وتوزعيه من الأحكام والأعمال والأحوال، قال تعالى: {إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ} (١). وقوله تعالى: {وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ} (٢)، فالوقف من أكثر التبرعات تحقيقاً لمرضاة الله سبحانه وتعالى؛ إذ هو يندرج تحت التصدق في وجوه الخير المأجور به شرعاً، وفي الوقت نفسه يتجدد الانتفاع بالموقوف على مدى الأزمنة فهو من القربات التي يسري ثوابها للمحسنين في حياتهم الدنيا وبعد مماتهم (٣).

**ب- الأجر:** الوقف من القرب العالية والطاعات الجليلة التي يبلغ العبد بها رضوان الله والجنة بعدم انقطاع أجره بموته، قال ابن عبد البر (وهذا من فضل الله على عباده المؤمنين أن يدركهم بعد موتهم عمل البر والخير بغير سبب منهم)، الوقف من الصدقة الجارية التي أخبر الرسول (صلى الله عليه وآله) أنها من الأعمال التي لا تنقطع، وقام العلماء بتحميل الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت المذكورة في الخبر على الوقف (٤).

وعلى هذا الأساس يكون الوقف من مجموعة الصدقات الأكثر أجراً؛ لأن الموقوف محبوس على ما قصد له، فثوابه مستمر لواقفة حياً وميتاً إلى يوم الميعاد.

**ج- صلة الأرحام:** الوقف على ذوي الأرحام والأحباب يحقق للإنسان ما يشعر به من لزوم الإحسان إلى ذويه أو فئات معينة من المجتمع، بطريقة برّ صحيحة، تعود عليه بالنفع في آخرته، وتتيح له فرصة تنفيذ ما يرغب فيه من البر وإيصال الخير.

فقد جاء عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه: (تصدق أمير المؤمنين على (عليه السلام) بدار له بالمدينة في بني زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حيّ سويّ، تصدق بداره التي في بني زريق، صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشنّ وعاش عقبهنّ، فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين) (٥).

(١) سورة الفاتحة: الآية (٤).

(٢) سورة الذاريات: الآية (٥٦).

(٣) د. الشيخ عبدو قطايا، الأحوال الشخصية بين الشرائع وقوانين الطوائف في لبنان (الوقف)، ج ٣، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠٢٠، ص ٢٩.

(٤) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، شَرْحُ صَحِيحِ مُسْلِمٍ لِلْقَاضِي عِيَاضِ الْمُسَمَّى إِكْمَالُ الْمُعْلِمِ بِفَوَائِدِ مُسْلِمٍ، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط ١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، (٣٧٣/٥)، تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الحصري الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ١/٣٠٤، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع، (٤٥٨/٢). محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ٣/٨٧، الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تخريج أحمد إبراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، بيروت. بدون سنة طبع، (٢٨/٦). أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ٨/٨٦، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، (٥٢١/٤).

(٥) محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام، نشر دار الكتب الإسلامية، طهران، ط ٤، ١٤٠٧هـ.ق، ج ٩، ص ١٣٢.

ت- **المحافظة على الاموال:** ذلك بما يقوي جانب المسلمين المالي والمادي والتقني، وبما يسد الضروريات ويقضي الحوائج ويجنب الفقر والمرض والجهل وغير ذلك مما ينجم عن عدم المال أو قلته، ومعلوم أن المجال المالي للأعمال الوقفية مجال رحب وواسع، ويُعد وسيلة لحفظ أصول الأموال من الضياع من أبرز مقاصد الشرع في المجال الوقفي المالي، إذ تبقى الأصول تدر بمنافعها وخيراتها، وتبقى الأعيان محفوظة، لا تباع ولا توهب ولا تورث، لا تأتي عليها النفقات والمصروفات واستهلاك ريعها وعائدها<sup>(١)</sup>، فالوقف قد يحقق رعاية للأولاد والذرية بأن يتم الحفاظ على أموال المورث بعد الوفاة من الضياع؛ وذلك لأن كثيراً من الورثة يقومون بإتلاف الأموال التي ورثوها إسرافاً وبداراً، ثم يظل أحدهم عالية يتكفف الناس؛ ولهذا قال زيد بن ثابت رضي الله عنه: (لم نر خيراً للميت ولا للحي من هذه الحبس الموقوفة، أما الميت فيجري أجرها عليه، وأما الحي فتحبس عليه ولا توهب ولا تورث، ولا يقدر على استهلاكها)<sup>(٢)</sup>، الوقف يضمن بقاء المال والانتفاع به لجيل بعد جيل.

## ٢- غايات اجتماعية.

أ. **رفع المستوى التعليمي:** للوقف دور ملحوظ في تحسين المستوى التعليمي والثقافي للموقوف عليهم، فالوقف إن كان على طلبية العلم من الذرية أو سواهم، أو كان على معهد، أو دار علم ما، كان ذا أثر مباشر، أما إن كان وقفاً على الذرية أو على الفقراء يرفدهم بدخل ثابت، فيغنيهم عن السؤال فهو ذو أثر غير مباشر على تفرغ الراغب في العلم للتعلم واستغنائه عن طول ساعات العمل، وكثير من الهم والتفكير في صعوبات الحياة وتأمين سبل العيش الكريم<sup>(٣)</sup>، ولعل الوقف يسهم مساهمة غير مباشرة في التقليل من ظاهرة عمالة الأطفال التي يشكل الفقر أحد أهم أسبابها، فضلاً عن تأمين الدخل المناسب بتأمين الغذاء المناسب الذي يسهم بدور أثبتته العلم والبحث، وخبراء التغذية في تشكيل الذكاء اللازم للمتعلم وأهمية هذا الدور الذي يقوم به الوقف في التنمية، إنما مرده أنه يرقى بالإنسان ويعنى به، والإنسان هو أهم عناصر الإنتاج، فيجب استثماره بشكل متميز ليؤدي دوره، واستثمار الإنسان كمورد منتج فعال لا يكون إلا بالاهتمام بزيادة علمه وثقافته، فكما يؤثر الإنسان بالتنمية فإنه يتأثر بها، فالعلاقة بينهما وثيقة جداً؛ لأن الإنسان غاية التنمية وسيلتها.

ب- **الحد من البطالة:** العمل في الإسلام قيمة سامية دعا إليها الإسلام وشجعها، ورفع من شأن العامل وقدره حق قدره، ورفع منزلته، ولا يعيش من نتاج يده، والعمل عبادة نتقرب به إلى الله فنأكل منه في الدنيا ونوثر عليه في الآخرة، والعمل وسيلة لمحاربة الفقر، وهو من مظاهر رقي المجتمع وتطوره؛

(١) د. صالح عبد الهادي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) نقلاً عن: الطرابلسي، مصدر سابق، ص ٩.

(٣) د. الشيخ عبدو قطايا، مصدر سابق، ص ٥١.

لذلك حث عليه الإسلام وفرضه على القادرين عليه، وفي حين أنه أمرٌ واجبٌ للمسلم القادر على العمل، يجب على الدولة توفير فرص العمل للقادرين عليه غير الحاصلين عليه، وذلك من طريق إقامة المشاريع الاستثمارية التي تؤمن فرص العمل للقادرين عليه، والعدل بين المتقدمين لممارستها، والمفاضلة بينهم بالحق وبما يخدم مصلحة المسلمين، وهذا هو هدف التنمية الاقتصادية، ومما لا شك فيه أن للوقف دوراً فاعلاً في أن يحدّ من البطالة، بتشغيل الأيدي العاملة وتوفير فرص عمل لها، وذلك بإقامة المشاريع الاستثمارية.<sup>(١)</sup>

٣- **غايات اقتصادية:** إن الغايات التي يحققها الوقف لا تتعلق بشخص الواقف وورثته، بل تحقق أهدافاً أخرى تصب في مصلحة المجتمع، وتبرز بشكل أكبر في الوقف الخيري، ندرجها بحسب الآتي:

أ. **تحقيق تدوير المال في المجتمع وتفتيت الثروة:** يُعد من أهم المقاصد الشرعية حفظ الضروريات<sup>(٢)</sup>، ومن أهمها حفظ المال، وترتيباً على ذلك المقصود تدوير المال وما له من أهمية للمجتمع من الغني إلى الفقير والمستحق إليه بجميع صورته؛ وذلك لكي لا يكون المال دولة بين الأغنياء، أي مركزاً بيد الأغنياء، وحتى لا ينشأ الفقر متجزراً في المجتمع ما يؤدي إلى حصول المرض الاجتماعي والجرائم التي تنتج عن الفقر مثل السرقة والاعتداء على الأموال بطرق كثيرة منها: السرقة والاختلاس والرشوة وغيرها من الطرق، ومبدأ تدوير المال بين الأغنياء والفقراء، وتفتيت الثروة قد يسهم في عمل توازن بين طبقات المجتمع، والوقف الإسلامي بجميع أبعاده المختلفة من أهم الأسباب الشرعية المتعلقة بالمال لتحقيق هذا المبدأ.

ب. **الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة في المجتمعات الإسلامية:** إن التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة هي فعل اقتصادي معناه: أن يتم تحويل المال في المجتمعات إلى مشاريع تخدم البنية التحتية للمجتمعات من صناعة وزراعة وتجارة، وغيرها من مجالات التنمية، ويضاف إلى ذلك أن توجيه هذه المشاريع الأساسية إلى تنمية المجتمعات، بمعنى أن تكون هناك مشاريع ضخمة تمتد لمدد

(١) د. حمدي رجب عبد الغني، الوقت بين التأييد والاستبدال في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦٢.

(٢) ومن الضروريات حفظ الدين:- وذلك من جهتين: الأولى تتعلق بتطبيق الوقف نفسه، باعتباره أحد تكاليف هذا الدين. والثانية- تتعلق بالأوقاف ذاتها: كالوقف على المساجد والمدارس القرآنية والجامعات الشرعية، بينائها وتأثيرها ورعايتها، والوقف على أهل العلم وطلابه والفقهاء والقراء والمؤذنين والوعاظ والدعاة والمفتين، فكلها تخدم الدين في صميمه وحقيقته. وحفظ النفس بحفظ حياتها وصحتها وأمنها الغذائي والمادي، وذلك بوقف المستشفيات وتمويلها، والوقف على تطوير العلوم الطبية وتقديم الخدمات المائية والطعام. وكذلك حفظ العقل بحفظه من معوقات ومبطلات رسالته في العلم والنظر والفهم والترجيح والاجتهاد والابتكار إيجاباً وعمداً، كالوقف على أهل العلم والفكر، ومؤسسات التدريس والتعليم، وهيئات التنظير ومراكز البحث وتكوين الملكات العقلية وتطوير المهارات الذهنية، ومن ذلك كذلك الوقف على الإعلام والمعلوماتية التي تواجه حركات التجهيل والدجل.

زمنية طويلة تمتد إلى مئات السنوات، ومن أفضل الأدوات المالية التي يمكن أن تحقق مشاريع الأوقاف، فهي تحقق ريعاً للمستفيدين، وتحقق تنمية اقتصادية مستدامة للمجتمعات، وذلك يجعل الوقف أداة فاعلة في تحقيق القصد الاقتصادي المهم في المجتمعات الإسلامية<sup>(١)</sup>.

**ج - مساعدة الدولة في تحقيق الأمن الاقتصادي:** من المتعارف عليه أن الدول في زماننا تعاني من مشاكل اقتصادية كبيرة، ولو كانت الدول غنية فإنها تعاني أيضاً، وأصبحنا نشاهد معاناة الدول في سد الحاجات الاجتماعية والأمنية، وكان للوقف الإسلامي في تاريخ الأمة دوراً عظيماً في أن يغطي الجوانب الاجتماعية ويقوم بسداد احتياجات الفقراء والمحتاجين وطلب العلم ومعالجة المرضى في المستشفيات، ففي زماننا هذا يمكن أن يسهم الوقف بأي شيء يسهم كونه أداة اقتصادية قد تحقق الأمن الاجتماعي، و تقوم بتخفيف بعض النفقات عن الدولة في هذا الجانب المهم، مما سيعمل على التقليل من الفقر والبطالة و أيضاً التقليل من الجرائم والاعتداءات في المجتمع، وتقوية اقتصاد الدول، وهذا الدور سيحقق الأمن المجتمعي والاقتصادي<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط وقف العقار غير المسجل

إن الوقف كتصرف لا بد من توفر الأركان الشرعية والقانونية فيه كي ينعقد صحيحاً منتجاً لآثاره<sup>(٣)</sup>.

وإن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في تعداد أركان الوقف بسبب اختلافهم في تعداد العناصر الداخلة في الوقف<sup>(٤)</sup>، فمنهم من عدّ للوقف ركناً واحداً وهو الصيغة وهم الأحناف<sup>(٥)</sup>.  
وأما جمهور الفقهاء من الإمامية والشافعية والحنبلية والمالكية فقد عدّوا أركان الوقف أربعة: الواقف والموقوف عليه والموقوف به والصيغة<sup>(٦)</sup>.

(١) محمد نبيل الشيمي: التنمية الاقتصادية في الدول النامية ووسائل تمويلها، مقالة منشورة على الرابط:

<https://www.ahewar.org> تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/١٢/٥ .

(٢) شرف شمس الدين - "تمويل التنمية في ضوء السياسات الاقتصادية واستراتيجيات النمو"، دراسة حالة لبعض الدول الأعضاء في اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا الإسكوا (ASCWA) حزيران ٢٠٠٥ نقلاً عن: كاظم عبادي حمادي الجاسم، التنمية المستدامة واثرها في النمو الاقتصادي العراقي <http://www.alhudamissan.com.jpg>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/١٢/٥ .

(٣) د. علي عبد العالي الأسدي، الأوقاف في التشريعات العراقية، ط١، مطبعة الكتاب، ٢٠٢٢، ص٧.

(٤) القاضي سالم روضان، مصدر سابق، ص٢٣.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣/٣٥٩).

(٦) الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكتاب في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، طهران، ط٦، ١٣٧١هـ، ص٢٣٧. أبو بكر السيد البكري، حاشية إعانة الطالبين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٣٨م، ص١٥٦. منصور بن

إن شرائط الوقف متعددة، وكل ركن له شروطه الخاصة به مع ملاحظة وجود بعض التداخل فيما بينها<sup>(١)</sup>.

وعليه سنقسم المطلب على فرعين؛ الفرع الأول سنخصصه للشرائط الخاصة بأشخاص الوقف وسيقسم على فقرتين؛ الفقرة الأولى: شرائط الواقف، والفقرة الثانية: شرائط الموقوف عليه، أما الفرع الثاني فنخصصه للشرائط الموضوعية للوقف، وسيقسم على فقرتين أيضاً؛ الفقرة الأولى: شرائط الموقوف به (المحل)، والفقرة الثانية: الشرائط الخاصة بالصيغة.

## الفرع الأول

### الشرائط الخاصة بأشخاص الوقف

من أركان الوقف الواقف والموقوف عليه، فالواقف: هو الشخص الذي يملك العقار ومن ثم يحبسه ويجعل منفعته لمصلحة الموقوف عليه، إذ لا بد أن تتوفر شروط شرعية في كل من الواقف والموقوف عليه كي ينتج الوقف الشرعي حكمه الشرعي، وللوقوف على هذه الشرائط سنقسم هذا الفرع على فقرتين، الفقرة الأولى: سنخصصها لشرائط الواقف والفقرة الثانية: سنخصصها لشرائط الموقوف عليه.

#### أولاً: شرائط الواقف

إن الوقف عبارة عن تبرع (إسقاط) ولأجل القيام بالتبرع لا بد من توفر الأهلية الكاملة وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل<sup>(٢)</sup> ويمكن إجمال الشروط الخاصة بأهلية الواقف بما يأتي:-

#### (١) البلوغ

لقد اتفق الفقهاء على علامات البلوغ الطبيعي واختلفوا في بعض آخر فاتفقوا مثلاً على خروج المني من الموضع المعتاد سواء في النوم أو في اليقظة<sup>(٣)</sup> مستدلين بقوله تعالى: {إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ} <sup>(٤)</sup>.

يونس البيهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، منشورات مكتبة النصر الحديثة في الرياض، بدون سند نشر، ص ١٣٨. الشيخ على العدوي، حاشية العدوي، المكتبة التجارية في القاهرة، ١٣٧٣هـ، ص (٢١٠ - ٢١١).

(١) د. منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع (١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ص ٦٥.

(٢) أحمد الكبيسي، أحكام الوقف، ج ١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣١١.

(٣) د. الشيخ محمد جعفر، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٤) سورة النور: الآية ٥٩.

ومن الأمور التي اختلفوا فيها مسألة إنبات الشعر الخشن على العانة<sup>(١)</sup> وسن البلوغ فذهب كل من الإمامية والشافعية والحنابلة إلى أن سن البلوغ للذكر هو خمس عشرة سنة هلالية<sup>(٢)</sup> وذهب الحنفية والمالكية والمالكية إلى أن سن بلوغ الذكر هو ثماني عشرة سنة<sup>(٣)</sup> وسن البلوغ للأنثى هو تسع سنين هلالية لدى الإمامية<sup>(٤)</sup> وخمس عشرة سنة لدى الحنابلة والشافعية وأبو يوسف بن الحنفية<sup>(٥)</sup> والمالكية ثماني عشرة سنة والحنفية سبع عشرة سنة<sup>(٦)</sup>.

فلا يصح وقف الصبي الذي لم يبلغ وإن أذن له القاضي؛ لأن البلوغ هو مضنة كمال العقل ولا يكون كذلك قبل البلوغ<sup>(٧)</sup>.

أما في القوانين محل البحث فالتشريع العراقي فأوجب إكمال ثماني عشرة سنة لكي يعتبر الواقف بالغاً<sup>(٨)</sup>.

والتشريع الأردني عدّ سن البلوغ ثمانية عشرة سنة شمسية<sup>(٩)</sup>. ولم يتفق المشرع المصري مع المشرع العراقي والأردني في مسألة سن الرشد؛ إذ حدده بإحدى وعشرين سنة<sup>(١٠)</sup>.

## ٢) العقل

إن من أهم الشروط الخاصة لصحة الوقف هو كون الواقف عاقلاً، فلا يصح بأي حال من الأحوال وقف المجنون ومن هو في حكمه<sup>(١١)</sup> لأن العقل هو ما يجعل الواقف مسؤولاً عن نتيجة وقفه، فغياب العقل

(١) الشيخ الطوسي، مصدر سابق، ص ٢٠٣. للخرشي، مختصر الجليل وشرح الخرشي عليه، ٢٩١/٥. البهوتي، مصدر سابق، ٤٤٤/٣. الإنصاف للمرداوي، ٣٢٠/٥.

(٢) يراجع: الشهيد الثاني الشيخ زين الدين العاملي، مسالك الإفهام في شرح شرائع الإسلام، دار الهدى للطباعة والنشر، قم، كزرخان، ١٤١٣هـ، (١٤٤/٤). الرملي، نهاية المحتاج، ٣٤٦/٤. علاء الدين علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج ١٦، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٢٠. الحجاوي المقدسي، الإقناع، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٤) الشهيد الثاني، مسالك الإفهام، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٥) الألباني، أخصر المختصرات، ص ٢٦٥. المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ص ٣٢٠. عبد الغني طالب الغنيمي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، ج ٣، دار السراج، ط ٢، المدينة المنورة، ١٤٣٥ هـ، (٢٠/٢).

(٦) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨، ط ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠. (١٧٢/٧). عبدالله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي-بيروت، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، (٩٥-٩٦).

(٧) د. منذر عبد الكريم القضاة، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٨) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٩) المادة (٤٣/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(١٠) المادة (٤٤/٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(١١) الكببسي، مصدر سابق، ص ٣١٣.

يجعل مسؤولية الواقف منعدمة ومن ثم لا يصح الوقف<sup>(١)</sup>. وهذا الشرط اتفق عليه فقهاء المذاهب الإسلامية<sup>(٢)</sup> لكن الفقهاء قد ميزوا فيما بين الجنون المطبق وغير المطبق فلا يصح الوقف في جنون المطبق، ويصح في الجنون غير المطبق (المتقطع)<sup>(٣)</sup>.

وبالنسبة للقانون العراقي فقد عدّ المجنون محجوراً لذاته ولا يحتاج إلى صدور قرار أو حكم قضائي لإعلان حالة الجنون<sup>(٤)</sup> ولذلك يعدّ أي تصرف من المجنون باطلاً وتصرف المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل<sup>(٥)</sup>.

وأما بالنسبة للقانون الأردني فقد أجاز وقف المجنون جنوناً غير مطبق في أوقات استفاقته<sup>(٦)</sup>. ولا بد أن يعلن القاضي عن قرار الحجر الخاص بالمجنون، فتكون تصرفاته قبل قرار الحجر نافذة وبعده غير نافذة<sup>(٧)</sup>.

أما القانون المصري فقد أوجب تسجيل قرار الحجر على المجنون، إذ تكون التصرفات كافة غير نافذة بعد إعلان الحجر ونافذة بعد إعلان الحجر<sup>(٨)</sup>.

### ٣) عدم الحجر لسفه أو لذي غفلة (الرشد)

عند مراجعة تعريف الفقهاء للرشد نلاحظ أنهم انقسموا على فريقين؛ الفريق الأول: وهم الإمامية والحنفية والمالكية والحنابلة ويرون أن الرشد هو إصلاح المال فقط<sup>(٩)</sup>.

أما الفريق الثاني وهم الشافعية فيرون أن الرشد أمرٌ مركبٌ من أمرين؛ إصلاح المال، وإصلاح الدين<sup>(١٠)</sup>.

اتفق الفقهاء على أن كلاً من السفه وذي غفله بعد الحجر بقرار من القاضي يكون وقفهما باطلاً؛ لأن الوقف تبرع والتبرع لا يصدر إلا عن رشيد<sup>(١١)</sup>.

(١) د. حقي إسماعيل النداوي، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٢) د. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٣) د. الشيخ عبدو قطايا، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٤) المادة (٩٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٥) المادة (١٠٨) من القانون نفسه.

(٦) المادة (١٢٨/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(٧) المادة (١٢٧/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(٨) ينظر المادة (١١٣) و (١١٤/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٩) الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط٢، دار المعارف - بيروت ١٣٩٨ هـ، ٤١٧/١، الكاساني،

بدائع الصنائع، (١٧٠/٧). محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٣،

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م)، (٢٢/٢).

(١٠) محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م)، (٢١٥/٣).

(١١) أبو بكر أحمد الخصاف، أحكام الأوقاف، مطبعة ديوان، عموم الأوقاف المصرية، مصر، ١٩٠٤، ط١، ص ٢١٣.

لقد ساوى القانون العراقي بين السفية وذي الغفلة من حيث الحكم<sup>(١)</sup> لكنه أجاز التصرف للسفيه وذي الغفلة للوصية فقط على ألا تزيد عن ثلث المال<sup>(٢)</sup>.

أما القانون الأردني فساوى بين السفية وذي الغفلة من حيث اعتبار تصرفاتهم تصرفات الصبي المميز<sup>(٣)</sup> وأجاز لهم التصرف بالمال بالوقف أو الوصية بعد موافقة المحكمة المختصة<sup>(٤)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للقانون المصري إذ أجاز كلاً من الوقف والوصية بعد موافقة المحكمة المختصة<sup>(٥)</sup>.

#### ٤) الاختيار والحرية

يشترط في الواقف أن يكون مختاراً وليس مكرهاً على التصرف، فقد أجمع الفقهاء على أن التصرفات المكرهة تعد باطلة استناداً إلى حديث الرسول (صلى الله عليه وآله): (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)<sup>(٦)</sup>.

وإن الوقف من التصرفات القولية عند جميع فقهاء الذي يجب أن يكون الواقف قاصداً للوقف<sup>(٧)</sup>. أما بالنسبة إلى شرط الحرية فقد اشترط الفقهاء إجماعاً على تحققه؛ لأن الوقف إزالة الملك، والعبد ليس له من أهل الملك<sup>(٨)</sup>.

وفيما يخص القوانين محل المقارنة فقد اتفقت على عدم نفاذ وقف المكره إذ يعد الإكراه عيباً من أهم عيوب الإرادة<sup>(٩)</sup>.

#### ٥) أن لا يكون الواقف مديناً

المدين هنا هو المفسر الذي لديه أموال ولكن عليه من الديون للغماء مال يستغرق تلك الأموال ويزيد عليها<sup>(١٠)</sup>. وقد اشترط الفقهاء على أن الحجر على المدين لا يكون إلا بأمر من القاضي وبطلب من الغرماء وأن تكون هذه الديون حالة غير مؤجلة.

(١) المادة (١١٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) المادة (١٠٩/٢) من القانون نفسه.

(٣) المادة (١٢٩/١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(٤) المادة (١٣٠/١) من القانون نفسه.

(٥) المادة (١١٦/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٦) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، المكتبة الإسلامية - طهران، ١٣٩٧ قمري (٢٩٣/٣).

(٧) د. الشيخ عبدو قطايا، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٨) د. الشيخ محمد جعفر، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٩) ينظر المواد (١١٥) مدني عراقي، ١٤١ مدني أردني، ١٢٧/١ مدني مصري.

(١٠) السيد على الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ج ١، ٢٠٠٨ ص ٣٢.

إن وقف المدين غير نافذ بعد الحجر عليه ولا ينفذ إلا بموافقة الغرماء<sup>(١)</sup> لأن وقف المدين للعين الموقوفة يسبب ضرراً للدائنين، وهذا الأمر يخالف القاعدة الفقهية: (لا ضرر ولا ضرار) ولكن هذه الحال لو كان الدين يستغرق العين الموقوفة، فإذا كان دينه غير مستغرق للعين الموقوفة صح وقفه ونفذ<sup>(٢)</sup>. وفيما يخص القانون العراقي وقد نص على: (إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية، وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً)<sup>(٣)</sup>. أما القانون المصري فقد نص على: (أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً)<sup>(٤)</sup>. وقد نص القانون الأردني على: (إذا حاط الدين حالاً أو مؤجلاً بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه، فإنه يمنع من التبرع تبرعاً لا يلزمه لم تجر العادة به، وللدائن أن يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه)<sup>(٥)</sup>.

## ٦) لا يكون الواقف مريضاً مرض الموت

إن المقصود بمرض الموت هو المرض الذي ينتهي به الموت وله شروط لا اعتبره مرض الموت<sup>(٦)</sup>. وقد اهتم الفقهاء بمرض الموت؛ لأنه يتعلق بأموال الواقف حقوق الدائنين ويتعلق بحقوق الوارثين في الثلثين الباقيين<sup>(٧)</sup>. وسنتعرض إلى الموضوع بشكل من التفصيل في الفصل الثاني.

### ثانياً: شرائط الموقوف عليه

الموقوف عليه: هو الشخص أو الأشخاص أو الجهة أو العنوان الذي يستحق الانتفاع بالعقار الموقوف شخصاً طبيعياً كان أو شخصاً حكماً (معنوياً) والذي يحدده الواقف في الوقف كما يطلق عليه اسماً آخر في التشريع العراقي وهو المرتزقة: وهم الموقوف عليهم فيما يتعلق بالوقف الذري والمشترك<sup>(٨)</sup>.

(١) الطرابلسي، مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) د. سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٣٥.

(٣) المادة (٢٦٤/٢) مدني عراقي.

(٤) المادة (٢٣٨/٢) مدني مصري.

(٥) المادة (٣٧٠) مدني أردني.

(٦) أولاً: أن يكون مريضاً يحدث فيه الموت غالباً. ثانياً: أن يولد عند المريض شعور بالخوف من الموت. ثالثاً: أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به قبل مضي سنة على بدئه.

(٧) د. محمد كمال الدين، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٨) أحمد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٧، ج ٢، ط ١، ص ٣٩٦.

وأن بعض المسميات قد استقاها المشرع العراقي من كتب الفقه واقتبس بعضاً منها في التشريع السوري<sup>(١)</sup>.

وركن الموقوف عليه له شروط شرعية كباقي أركان الوقف، لا بد من مراعاتها حتى يقع الوقف صحيحاً وهذه الشروط كما يأتي:-

#### ١) أن يكون موجوداً وقابلاً للتملك.

لا بد أن يكون الموقوف عليه موجوداً حين الوقف، فلا يصح الوقف ابتداءً على المعدم<sup>(٢)</sup> كأن يقول يقول الواقف أوقفت داري على من سيولد من أولادي أو على مسجد سيبنى .....

فقد نص فقهاء الإمامية على بطلان الوقف في هذه الحال، فقد جاء في آرائهم: (يكون موجوداً .... ولو وقف على معدم ابتداءً لم يصح)<sup>(٣)</sup>. وكذلك اتفق معهم في هذا الرأي كل من الحنابلة والشافعية<sup>(٤)</sup>.

أما المالكية فقالوا بصحة الموقوف على المعدم ابتداءً بشرط وقف الغلة (منفعة العين) إلى أن يوجد الموقوف عليه، فإذا لم يوجد الموقوف عليه خلال مدة معينة بطل الوقف<sup>(٥)</sup>.

وقد شذ الحنفية عن فقهاء الجمهور؛ فقد أجازوا الوقف على المعدم<sup>(٦)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على صحة الوقف إذا كان الموقوف عليه معدوماً تبعاً لموجود وقت إنشاء الوقف مثل وقف العقار على الأولاد الموجودين فعلاً، وعلى من سوف يوجد من ذريتهم<sup>(٧)</sup>.

أما بالنسبة إلى قابلية الموقوف عليه على التملك فقد اتفق الفقهاء انه لا يصح الوقف على العبد والدابة؛ لأنهم ليسوا أهلاً للملك<sup>(٨)</sup>.

واختلفوا في الوقف على الحمل، فكل من الإمامية والشافعية والحنبلية قد أبطلوا الوقف إذ إن الحمل لا قابلية فيه للتملك إلا بعد خروج الجنين حياً بعد الولادة<sup>(٩)</sup>.

(١) أحمد شفيق العاني، أحكام الأوقاف، الطبعة الثالثة، ١٩٦٥، مطبعة الرشاد، ص ١٢٦.

(٢) د. علي الأسدي، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٤) الشربيني، الإقناع، ج ١، مصدر سابق، ص ٨. الدمياطي، أعانة الطالبين، ج ٢، مصدر سابق، ص (١٦٢-١٦٣).

(٥) العدوي، حاشية العدوي، مصدر سابق، ص ٢١١.

(٦) د. محمد كمال إمام، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(٧) حسين علي الأعظمي، أحكام الأوقاف، ط ٣، مطبعة المعارف، بغداد، د. ط، ص ٦٠.

(٨) د. الشيخ محمد جعفر، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٩) الجواهري، جواهر الكلام، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٦. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م)، (٣٧٩/١). الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، ص ٦.

والمالكية أجازوا الوقف على الحمل إذ وجود الموقوف عليه وقت إنشاء الوقف ليس شرطاً لصحة الوقف بل للزوم الوقف، فإذا مات الحمل أو يأس من الحمل بطل الوقف ورجع العقار إلى ورثة المالك أو إليه<sup>(١)</sup>.

وبخصوص الحنفية قد جوزوا الوقف على الحمل؛ لأنهم أصلاً أجازوا الوقف على المعدوم<sup>(٢)</sup>. وقد يعد إشكال على أن الوقف على المدارس أو المستشفيات وغيرها من المصالح العامة يعد باطلاً لعدم قابلية الموقوف عليه على التملك بوصفها جمادات، إلا أن الفقهاء قد اقرروا بصحة الوقف لأن الحقيقة أن الناس هم الذين ينتقدون من الوقف<sup>(٣)</sup>.

وأما بالنسبة للقوانين فقد منحت هذه المصالح العامة الشخصية المعنوية التي عرفها القانون العراقي: (كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون الشخصية المعنوية)<sup>(٤)</sup>.

ومن ضمن خصائص الشخصية المعنوية أن لها ذمة مالية مستقلة<sup>(٥)</sup> فتكون أهلاً للتملك.

## ٢) أن لا يكون جهة معصية :

إن الغاية المنشودة من الوقف هي القرية إلى الله سبحانه وتعالى؛ وذلك بحبس العين (العقار) وتسهيل منفعتها ومن غير المقبول أن يكون الموقوف عليه جهة عاصية تخالف شرع الله. فقد نص فقهاء الإمامية على اشتراط أن لا يكون الموقوف عليه جهة معصية كمساعدة شارب الخمر والزناة وغيرهم<sup>(٦)</sup>.

وعند بعض مراجع الإمامية والوقف على جهة بر الإطلاق وعدم التعيين يصرف إلى الفقراء كنفع طلبة العلم وعمارة المساجد والمدارس والقناطر والسدود وينبني على ذلك أن الإسلام ليس شرطاً للواقف، فيصح وقف الذمي على أولاده ونسله، ويجوز أن يعطي المساكين المسلمين وأهل الذمة من باب أولى ولو كان أجنبياً كقوله تعالى: {لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوا من دياركم ان تبروهم وتقسطوا إليه}<sup>(٧)</sup>.

(١) العدوي، حاشية العدوي، مصدر سابق، ص ٢١١.

(٢) د. محمد كمال إمام، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٣) الجواهري، جواهر الكلام، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٤) المادة (٤٧/ح) من القانون المدني العراقي.

(٥) المادة (٢/٤٨) مدني عراقي، المادة (٥١/٢/أ) مدني أردني، المادة (٥٣/٢/أ).

(٦) الجواهري، جواهر الكلام، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٧) سورة الممتحنة : الآية ٣ .

إلا أنه لا يصح وقف المسلم على الكنائس ومعابد اليهود والنصارى، ولا يصح وقفه على الحربي مطلقاً ولو كان له رحماً قريباً<sup>(١)</sup>.

كذلك يصح وقف المسلم وغير المسلم على المستشفيات والمدارس ودار العجزة وغيرها، ولا يصح الوقف من المسلم وغير المسلم على المحرمات والمنكرات، ويصح وقف المسلم فقط على المساجد وسائر الشعائر الإسلامية، ولا يصح وقف غير المسلم على المسجد ويستثنى من ذلك المسجد الأقصى، فالوقف صحيح من المسلم والمسيحي واليهودي<sup>(٢)</sup>.

كما اشترط المالكية والشافعية في الموقوف عليه أن لا يكون جهة معصية<sup>(٣)</sup>.

واشترط الحنابلة والحنفية أن يكون الموقوف عليه جهة البر فجاء في المغني: (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل)<sup>(٤)</sup>.

أما بالنسبة للقانون الأردني فقد نص على: (الوقف حبس عين المالك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً)<sup>(٥)</sup> وقد حدد جهات البر وقسمها على جهات ثلاثة<sup>(٦)</sup> كما أحال المشرع الأردني كل من من صحة الوقف وشروط الواقف وشروط الموقوف عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(٧)</sup>.

وعند ملاحظة النصوص التشريعية في القانون المصري إذ نص على: (إذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها، أو عينها ولم تكن موجودة أو وجدت جهة بر أولى جاز لوزير الأوقاف بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى أن يصرف الربح كله أو بعضه على الجهة التي يعينها دون تقليد بالشرط الواقف...)<sup>(٨)</sup> نلاحظ أن الموقوف عليه يكون جهة بر دائماً.

وقد خلا التشريع العراقي من أية إشارة إلى هذا الأمر.

### ٣) أن لا يعود الوقف على الواقف:

أول وأهم ما يترتب على الوقف هو رفع يد المالك على العين الموقوفة، فالعين قبل الوقف هي في ملك الواقف يتصرف بها كل التصرفات الجائزة شرعاً وقانوناً، سواء بالاستغلال أو بالاستعمال أو بالتصرف.

فعندما توقف العين ويكون الموقوف عليه هو الواقف يصبح الوقف لغواً وغير ذي فائدة.

(١) الطباطبائي، مستدرك الوسائل، مصدر سابق، ص ١٣٠-١٣٥.

(٢) د. سمير صبحي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ٣٨١/٢.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٢٣٩/٦).

(٥) المادة (١٢٣٣) مدني أردني.

(٦) المادة (١٢٣٤) من القانون نفسه.

(٧) المادة (١٢٤٤) من القانون نفسه.

(٨) المادة (١) من القانون (٢٤٧) المصري لسنة ١٩٥٣.

وقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في مسألة جواز أن يعود الوقف على الواقف من عدمه، فمنهم من منع ذلك ومنهم من أجازة.

فالإمامية لم يجيزوا رجوع الوقف على الواقف؛ لأنه لا يجوز على الإنسان أن يملك نفسه بنفسه<sup>(١)</sup> ولكنهم أجازوا الوقف إذا أوقف العين على الفقراء ثم أصبح الواقف فقيراً جاز له أن يكون من ضمنهم<sup>(٢)</sup>. أو مقبرة يدفن المسلمين فيها جاز له أن يدفن فيها أو ير موقوفة له الحق أن يسقي منها. ولو كان الوقف خاصة نفسه بحيث يكون نفع الموقوف به عائداً عليه وليس عليه كان وقفه غير صحيح استناداً لقول الرسول (صلى الله عليه وآله): (حبست الأصل وتصدقت بها) لأنه إذا تصدقت بها امتنع ان يكون له حق فيها إذ يفهم من قصده خروج نفسه<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن الوقف على النفس باطل، وقد عللوا ذلك بأن الوقف صدقة ولا تصح الصدقة على النفس<sup>(٤)</sup>.

والحنابلة قد أبطلوا الوقف على النفس<sup>(٥)</sup> وفيما يخص الحنفية فقد انقسموا على قسمين؛ القسم الأول: الأول: قد أجاز الوقف على النفس مطلقاً وهو رأي أبي يوسف، معللاً ذلك أن الوقف على النفس قربي<sup>(٦)</sup> والقسم الثاني لم يجيزوا مطلقاً الوقف على النفس وهو رأي محمد الشيباني، معللاً ذلك أن وقف المرء على نفسه يناقض أصل الوقف.

أما المالكية فعندهم لا يجوز الوقف على النفس، إذ ذهب فقهاءه إلى عدم صحة وقف الإنسان على نفسه؛ لما فيه من تحجير على نفسه، وعلى وارثه بعد الموت، وهو ما نقل عن الباجي وابن شاش وابن عبد السلام من فقهاء المالكية، ونسب بعض إلى أن ابن شعبان المالكي ذهب إلى صحة الوقف على النفس إذا ما اشرك الواقف غيره مع نفسه إلا أن الراجح لدى الفقه المالكي عدم صحة افراد نفس الواقف عليها وحتى في حالة اشراك الغير<sup>(٧)</sup>.

أما في التشريعات محل المقارنة فلا يوجد نص يمنع أو يجيز الوقف إذا كان عائداً على الواقف، ولكن يمكن الاستفادة من بعض النصوص على أن الوقف على النفس غير جائز.

فقد نص المشرع العراقي على: (الوقف الصحيح: هو العين التي كانت ملكاً فوفقت إلى جهة من الجهات....) وكذلك نص على (الوقف غير الصحيح: هو حق التصرف والعقر... والمخصصان إلى جهة

(١) على الأسدي، مصدر سابق، ص ٢٢ .

(٢) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ص ٣١٤ .

(٣) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ص ٣١٨ .

(٤) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية، ٤٢١/١ .

(٥) ابن النجار الفتوح، منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، د.ط، ص ٤٤٢ .

(٦) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مطبعة السادة - مصر، د.ط، (٤/١٣).

(٧) محمد بن أحمد بن محمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل، مصدر سابق، (٨ / ١٠٧).

من الجهات<sup>(١)</sup> فالعبارة: (كانت ملكاً وقفت إلى جهة....) تدل على ان المالك قبل الوقف هو ليس الموقوف عليه بعد الوقف.

وكذلك المشرع الأردني الذي نص على: (الوقف حبس العين المملوك ... وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً)<sup>(٢)</sup> فكلمة البر يراد بها تقديم الخير إلى الغير، وهذا يعني أن الواقف ليس هو الموقوف عليه.

أما في التشريع المصري أيضاً فكلمة البر تعني تقديم الخير إلى الغير<sup>(٣)</sup>.

#### ٤) عدم انقطاع الجهة الموقوف عليها :

إن اختلاف الفقهاء في مسألة التأييد في الوقف قد جرهم إلى الاختلاف بمسألة وجود الموقوف عليه بشكل دائم، ففي بعض الأحيان قد يصار إلى انتهاء الموقوف عليهم بعد مدة من الوقف فما هو مصير الوقف فهل الوقف صحيح أم غير صحيح.

فالإمامية والمالكية ورأي للحنفية والشافعية قد ذهبوا إلى أن جهة البر دائمة الوجود، أي إن الوقف معلوم ابتداءً والانتهاً غير منقطع<sup>(٤)</sup> وإن الوقف غير المنقطع غير صحيح.

والرأي الآخر للحنفية والحنابلة قد ذهبوا إلى صحة الوقف إذا كان الموقوف عليه جهة تنقطع<sup>(٥)</sup>.

لقد نهج المشرع العراقي خلاف الفقه الإسلامي؛ إذ لم يشترط التأييد في الفقه، والدليل على ذلك أن الواقف الحي أجاز الرجوع عن وقفه بطلب يقدمه إلى المحكمة المختصة وهي محكمة البداية على وفق المادة (١٤) من نظام جواز تصفية الوقف الذي رقم (١) سنة ١٩٥٥ المعدل.

وقد سار القضاء العراقي إلى الإشارة إلى شرط التأييد في الوقف؛ إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها (مقتضى الوقف التأييد...)<sup>(٦)</sup>.

أما في التشريع المصري فقد نص على: (وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً، ويجوز أن يكون الوقف على ما عده من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً، وإذا أطلق كان مؤبداً، أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً، ولا يجوز على أكثر من طبقتين...)<sup>(٧)</sup>.

وبحسب التشريع الأردني فلم يشر إلى هذه المسألة.

هذه هي أهم الشروط الخاصة بالموقوف عليه في الفقه الإسلامي<sup>(٨)</sup>.

(١) المادة (٤ و ٥) من القانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل.

(٢) المادة (١٢٣٣) مدني أردني.

(٣) المادة (١) من القانون (٢٤٧) المصري لسنة ١٩٥٣.

(٤) الطباطبائي، مصدر سابق، ١٣١/١. محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م، (٥٣٥/١). الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ٤٤٢/١.

(٥) السرخسي، المبسوط، ٤١/١. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٢٣٩/١).

(٦) قرارها ذي العدد ٢٤٢ / هيئة موسعة / ٢٠٠٧. تاريخ القرار، ٢٠٠٧/٧/٣. منشور على الرابط [qanonun.Iraqja.iq](http://qanonun.Iraqja.iq) تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/١٢/١٤.

(٧) المادة (٥) من قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.

(٨) توجد شروط أخرى مثل موافقة الموقوف عليه كشرط لصحة الوقف عند المذاهب التي ترى ذلك وأيضاً من الشروط الأخرى أن يكون الموقوف عليه معيناً غير مبهم.

## الفرع الثاني

### الشرائط الموضوعية الخاصة بالوقف

مثلما هناك شرائط شخصية خاصة بالوقف فهناك شرائط موضوعية وهذه الشرائط تتعلق بركني الوقف الآخرين وهما: الموقوف به وصيغة الوقف، وتنقسم على أكثر من قسم، فقسم منها يتعلق بصحة الوقف، والقسم الآخر يتعلق بنفاذ الوقف، وهذا الاختلاف مرده إلى اختلاف نظرة فقهاء المذاهب الإسلامية إلى هذه الشرائط<sup>(١)</sup>.

وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين؛ الفقرة الأولى: خاصة بشرائط الموقوف به والفقرة الثانية سنخصصها لشرائط صيغة الوقف وكما يأتي:

#### أولاً / شرائط الموقوف به (المحل)

الموقوف به هو: (نفس العين التي ينصب عليها إنشاء الوقف من قبل الواقف، سواء كانت ثابتة أو منقولة)<sup>(٢)</sup> وعرفه آخر: (هو العين المحبوسة التي تجري عليها أحكام الوقف يستوي في ذلك العقار والمنقول ويستوي في الحكم ما دخل في الوقف أصلاً وما دخل في تبعاً، سمّاه الواقف أو لم يسمه متى كان متصلاً بالوقف اتصال قرار وكان من مصلحته)<sup>(٣)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على أن هناك شرائط خاصة بالموقوف به يجب توفرها حتى ينشأ الوقف صحيحاً وهي كما يأتي:

#### ١) أن يكون عيناً مالاً متقوماً

هو أن يكون للموقوف به مظهرٌ خارجيٌّ يمكن حبسه<sup>(٤)</sup>.

فقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>(٥)</sup> إلى اشتراط تحبب الموقوف به وعليه لا يصح وقف الدين مطلقاً سواء كان حالاً أو مؤجلاً، وسواء كان المدين موسراً أو معسراً<sup>(٦)</sup>.

كما لا يجوز وقف من يقابل العين وهو المنفعة والحقوق المجردة حق الشرب وحق المرور وغيرها لأن وقفها: (منافٍ للغاية المطلوبة من الوقف من الانتفاع به مع بقاء عينه؛ لأن الانتفاع به يستلزم استهلاكها

(١) حسين على الاعظمي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) د. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٣) د. محمد كمال الدين إمام، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٤) د. الشيخ عبدو قطايا، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٥) الجواهري، جواهر الكلام، ١٤/١. الشربيني، الإقناع، ٧/١. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٧/١. الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي - القاهرة ١٩٣٧، (٢٤٠/٣). العدوي، حاشية العدوي، ص ٢١١.

(٦) د. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

شيئاً فشيئاً، ولا يكفي مجرد إمكان الانتفاع مع بقاء العين محتبسة ولجواز التصرف في العين فتنبعها المنافع فيفوت الغرضان<sup>(١)</sup>.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز وقف المنفعة والحقوق المجردة ما عدا الملكية؛ إذ أجازوا وقف المستأجر منفعة المأجور المستحقة له بالإجارة مدتها<sup>(٢)</sup>.

وضمن شرائط العين الموقوف هو أن يكون العين مالا متقوماً<sup>(٣)</sup>.

فالعين المراد وقفها يجب أن تتوفر فيها خصائص عدة وهي أن تكون في حيازة الإنسان، فالأشياء التي ليست في حوزته لا تعتبر مالا متقوماً كأشعة الشمس والطيور في الهواء.

كما يجب أن يكون هذا المال من الأموال المحللة شرعاً، ولا يجوز وقف الأموال المحرمة مثل المواد المخدرة والسلاح الحربي والكتب البديئة والمخلة بالأداب والخمر والخنزير<sup>(٤)</sup>.

أما بالنسبة إلى التشريعات المقارنة فنلاحظ أن أهم ما تتميز به التشريعات عن الفقه الإسلامي هو جواز وقف الأموال التي لا يمكن حبسها أي ليس لها مظهر خارجي كالأموال المعنوية إذ نص التشريع العراقي: (الأموال المعنوية التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان)<sup>(٥)</sup>.

## ٢) أن يكون معلوماً مملوكاً للواقف

لا بد للموقوف أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة وقت إنشاء الوقف، كأن يكون مقداره معلوماً أو نسبته إلى معلوم مثلاً، يقول الواقف: وقفت داري في بغداد وهو ليس لديه سواها، أو يقول: وقفت نص وأملاكي، فتحسب كل أملاكه ومن ثم يستخرج نصفها<sup>(٦)</sup>.

فإذا قال: وقفت داري أو أرضي وسكت وكان له أكثر من دار أو أرض بطل الواقف؛ لأن الوقف متى ما وقف غير صحيح لا ينقلب إلى صحيح وإن حددها فيما بعد<sup>(٧)</sup>.

إن الموقوف به إذا كان مجهولاً وغير معلوم سيؤدي إلى حصول النزاع ويتعذر الحكم فيه<sup>(٨)</sup> إذاً فتحديد الموقوف به شرط لصحة الوقف إذ اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على ضرورة تحديد الموقوف به بشكل

(١) الشهيد الثاني، مسالك الإفهام، مصدر سابق، (٣١٩/٥).

(٢) أحمد بن محمد بن أحمد الدرديري - الشرح الكبير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، القاهرة، دار المعارف المصرية، ١٩٧٤ هـ، (٥٧/٤).

(٣) هو ما كان في حيازة الإنسان وجاز به الانتفاع به شرعاً في حالة السعة والاختيار. د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٣٥١.

(٤) الطباطبائي، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٥) المادة (٧٠/١) مدني عراقي يقابلها المادة (٧١/٢) مدني أردني (٨٦) مدني مصري.

(٦) حسين على الأعظمي، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٧) د. محمد كمال إمام الدين، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

(٨) د. حقي اسماعيل الندوي، مصدر سابق، ص ٥١.

واضح وجلي حتى لا يصار إلى النزاع ومن ثم وبالتالي عدم إتمام الوقف<sup>(١)</sup>.  
ولكن أجاز الفقهاء وقف العين إذا كانت العين مشهورة: (وكلما وقف وكان معروفاً بالشهرة دون تحديد لا يلتبس بغيره صح الوقف ولا حاجة إلى ذكر حدوده)<sup>(٢)</sup>.  
ومن الجانب الشرعي لا يشترط لصحة وقف العقار بيان حدوده وأبعاده إن كان معلوماً قدره ونسبته معروفاً بالشهرة بحيث لا يلتبس مع غيره من العقارات وإلا وجب تحديد أبعاده وموقعه<sup>(٣)</sup>.  
وفيما يتعلق بملكية الموقوف به فقد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على اشتراط أن ملكية العين الموقوفة يجب أن تعود إلى الواقف<sup>(٤)</sup>.  
ولا يهم مصدر الملكية من أي طريق أنت سواء الميراث أو العقد أو الوصية أو الهبة أو وضع اليد، ولكن المهم أن الملكية متحققة باتة غير متوقفة على شرط وقت إنشاء الوقف لا قبله ولا بعده<sup>(٥)</sup>.  
وفي حالة وقف عين مملوكة للغير كان الوقف فضولياً، فالوقف غير صحيح بإجماع الفقهاء، بل قسم من الفقهاء قد زاد أن الوقف باطل ولو أجاز المالك بتصرف فضولي<sup>(٦)</sup>.  
كما لا يصح وقف العين الموصى بها قبل موت الموصي ولا العين الموهوبة قبل قبضها ولا العين المشتراة وأخذت من المشتري للعين الواقف بالشفعة؛ لأن الواقف لا يملك العين الموقوفة وقت الوقف، ولا يصح وقف المشتري للعين بشرط الخيار للبائع في مدة الخيار وإن أجاز البائع؛ لأن الملكية لم تنقل إلى المشتري الواقف نقلاً باتاً غير قابل للنقض من البائع وقت الوقف، إلا إذا انتهت مدة الخيار للبائع من غير فسخ فإن الملكية تنقل نقلاً باتاً للمشتري وله إيقافها<sup>(٧)</sup>.  
أما في التشريعات محل المقارنة فلم نجد نصوصاً تخص هذا الشرط لا في القوانين العامة (قانون مدني) ولا في القوانين الخاصة (قانون الأوقاف) على اعتبار أن التشريع قد ترك تنظيم هذه الحالات إلى الفقه الإسلامي.  
فقد نص التشريع الأردني على: (تسري على شروط صحة الوقف وشروط الواقف وقواعد الاستحقاق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بالوقف)<sup>(٨)</sup>.

(١) د. منذر عبد الكريم القضاة ، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٢) الطرابلسي ، مصدر سابق ، ص ١٧.

(٣) د. سمير صبحي ، مصدر سابق ، ص ٤٧.

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام ، ٢١٣/٢ . الشريبي، مغني المحتاج ، ٣٧٧/٢ . الشريبي، الإقناع ، ٢/١ . الكاساني، بدائع الصنائع ، ٢٢١/١.

(٥) محمد زين الأبياني بك، مباحث الوقف د. ط ، ٣ ، ١٩٢٤ ، ص ٤٤ .

(٦) أبو القاسم نجم الدين الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ص ٢١٣ . العدوي، حاشية العدوي ، مصدر سابق، ص ٢١١ .

(٧) محمد رافع يونس محمد ، مصدر سابق، ص ١٤٤-١٤٥ .

(٨) المادة (١٢٤٤) مدني أردني .

### ثالثاً: أن يكون الموقوف صالحاً للبقاء

ذكر الفقهاء في هذه المسألة أنه لا بد في المال الموقوف أن يكون قابلاً بطبيعته للوقف، لكي يصح وقفه. وفي طبيعة المال الموقوف آراء عدة.

إذ يرى الأحناف والحنابلة أن أصل الوقف التأييد، ويجب أن تكون العين الموقوفة سالحة للبقاء، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانت العين الموقوفة عقاراً؛ لأن الوقف يرد للدوام ليكون صدقة جارية، ولا يوجد ذلك فيما لا تبقى عينه<sup>(١)</sup>. أما المالكية فقد قالوا بصحة وقف المنافع والحقوق لعدم اشتراطهم التأييد في صحة الوقف<sup>(٢)</sup>. وعند الإمامية لا يجوز وقف الدين ولا المبهم؛ لأن مقتضاه وجود الموقوف في الخارج حين العقد، وهما ليسا كذلك، فيكون وقفهما في الخارج من قبيل وقف المعدوم غير الجائز<sup>(٣)</sup>. أما عن وقف المنقول لوحده، فقد جوزه بعض فقهاء الحنفية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، والفقهاء المحدثين<sup>(٦)</sup>، فذهبوا إلى أن ما كان مستهلكاً لا ينتفع به إلا بذهاب عينه كالطعام ونحوه فإنه لا يصح وقفه لعدم بقاءه. والوقف يراد به البقاء، ومن ثم فإن السلاح والعتاد والأثاث والكتب والمنقول الذي يبقى ولا يزول عينه باستخدامه جائز، ولزم الواقف ما وقفه بحيث لا يصح تصرفه فيه بعد وقفه ذلك. وإن كان المنقول تابعاً للعقار في الانتفاع به صح وقفه تبعاً لوقف العقار من دون ذكره. فمن وقف أرضاً عليها بناء وفيها أشجار دخل البناء والشجر في وقف الأرض من دون ذكرهما، ودخل كذلك كل ما مثبت في البناء من أخشاب أو أبواب أو نوافذ. أما إذا كان المنقول التابع للعقار ليس متصلاً به، لم يجز وقفه إلا بالنص عليه، لأنه ليس كجزء منه، فمن وقف أرضاً زراعية لا يدخل في وقفه ما فيها وقت الوقف من زرع أو ثمر أو مواشٍ أو آلات حراثة<sup>(٧)</sup>. والأصل في العين الموقوفة هو أن يكون غير منقول، كالأراضي والدور والحوانيت والعمارات سواء ورد عليها الوقف ابتداءً أو تبعاً، كتشييد أبنية عليها. وهو ما أشارت إليه المادة (٨ / ١) من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ التي نصت: ((يؤجر الموقوف ويباع المنقول... بتعليمات يصدرها وزير الأوقاف)). ففهم من ذلك جواز أن يكون الموقوف عقاراً أو منقولاً. والمعنى نفسه ذهب إليه المادة (١ / ١) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٩ المعدلة بموجب نظام التعديل

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٢٩١/٨.

(٢) أشار إلى رأي المالكية، د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

(٣) الطباطبائي، مستدرک الوسائل، صدر السابق، ص ١١٩.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، مصدر السابق، ٥١٥ / ٣.

(٥) إذ يقول البهوتي الحنبلي في كشافه (.. أو منقولاً كالحيوان كفرس وقفه على الغزاة وكالأثاث كبساط يفرش في مسجد ونحوه وكالسلاح كسيف أو رمح أو قوس على الغزاة والمصحف وكتب العلم ونحوه..)، الإقناع، مصدر سابق، (٢٠٣/٨).

(٦) د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، أحكام لزوم العقد، كنوز أشبيلية للنشر والتوزيع، ١٤٢٨ هـ، ص ١٦٥.

(٧) د. سمير صبحي، المصدر السابق، ص ٤٥.

الثالث رقم (٣) لسنة ١٩٨٢<sup>(١)</sup>. كما أجاز المشرع المصري وقف العقار والمنقول مطلقاً، وهو ما ذهب إليه المادة الثامنة من قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ بقولها ((يجوز وقف العقار والمنقول..)). والاتجاه ذاته ذهب إليه المشرع الأردني في قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية المعدل رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ في المادة الثالثة التي نصت: ((تعني عبارة الأوقاف... أ – الأراضي والعقارات والأموال المنقولة وغير المنقولة))، وشاع العمل في القضاء العراقي على وقف غير المنقول<sup>(٢)</sup>، من غير تحديد موقع العقار الذي يتم وقفه ورقمه ومشمولاته عند إصدار حجة الوقف<sup>(٣)</sup>.

ويستثنى العقار إذا كان أرضاً أميرية إذ نصت القوانين على عدم جواز وقفها إذ نص القانون العراقي على: (لا يجوز للمتصرف في الأراضي الأميرية أن يقفها أو يتصرف بها) كما نص على (لا يجوز تسجيل الوقف على حق التصرف في الأراضي الأميرية وما في حكمها ولا على المنشآت أو المغروسات القائمة عليها)<sup>(٤)</sup>.

ونص القانون الأردني: (حق التصرف في الأراضي الأميرية لا يوصل به ولا يوقف إلا إذا تملك صاحب حق الأرض....)<sup>(٥)</sup>.

والعلة في ذلك أن الواقف صاحب حق التصرف لا يملك رقبة العين التي تكون ملكيتها إلى الدولة. أما في القانون المصري فلا يوجد هكذا نوع من الأراضي.

#### ٤) أن يكون الموقوف متميزاً غير مشاع غير

إن حق الملكية أن يرد على الأشياء وهذا الحق قد يكون لمالك واحد مستقل أو يكون لأكثر من مالك إما بالتساوي أو بنسب معين، ففي هذه الحال يكون حق الملكية مشاعاً بين المالكين<sup>(٦)</sup>. ويكون حق الملكية مشاعاً خاصة في العقارات بسبب ارتفاع ثمن العقارات قد يدفع الناس إلى المشاركة في ملكية العقار ويكون اختيارياً. أو قد يكون نتيجة لسنة الحياة المتمثلة في الموت ومن ثم الميراث ويكون الشيعاء إجبارياً<sup>(٧)</sup>.

(١) والمنشور في الوقائع العراقية، العدد ٢٨٧٠ في ١٩٨٢/٢/٨.

(٢) إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية (لا يجوز الرجوع عن الوقف للعقار الموقوف..)، تاريخ القرار ٢٠٠٧/٢/٢١ (غير منشور).

(٣) الحجة الوقفية الصادرة عن محكمة الأحوال الشخصية والمرقمة ١٤٦، بتاريخ ٢٠/٨/٢٠٠٦، نقلاً عن، محمد رافع يونس محمد، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٤) المادة (١١٧٢) مدني عراقي، المادة (٢٥٧) تسجيل عقاري عراقي.

(٥) المادة (١٢٠٣) مدني أردني.

(٦) (المشاع : هو ما تعلقت الملكية فيه بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد).

(٧) على حيدر، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، ج ١، بغداد، ١٩٥٠، ص ٢٣.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على عدم جواز وقف المشاع مثل الشيوع في المسجد أو المقبرة لأن الشيوع فيهما مبطل لوقفهما<sup>(١)</sup>.

لكنهم اختلفوا على صحة وقف المشاع من حيث كون المشاع يقبل القسمة أو لا. فالإمامية أجمعوا على صحة وقف المشاع سواء كان قابلاً للقسمة أو لا<sup>(٢)</sup>؛ لأنهم قد نفوا أن يكون المشاع من جنس ما لا يمكن قبضه بل يصح قبضه، عندهم كما يصح قبضه في البيع<sup>(٣)</sup>. أما جمهور فقهاء المسلمين فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنبلية على جواز وقف المشاع غير القابل على القسمة<sup>(٤)</sup>.

أما المالكية فلا يصح وقف المشاع غير القابل للقسمة<sup>(٥)</sup>. أما وقف المشاع القابل للقسمة فقد أجاز جمهور المسلمين ما عدا محمد الشيباني من الأحناف الذي لم يجز وقف المشاع القابل للقسمة<sup>(٦)</sup>.

وفيما يخص قوانين محل المقارنة فقد جاء في القانون الأردني: (يجب أن يكون القدر الموقوف في العقار مفرزاً مستقلاً بذاته لا شائعاً إذا كان مسجداً أو مقبرة) و (أما إذا كان القدر الموقوف في العقار غير المسجد والمقبرة أو في منقول فيصبح وقفه شائعاً)<sup>(٧)</sup>.

أما القانون المصري فقد جاء فيه (....) ولا يجوز وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقي منهم موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها أو كانت الحصة مخصصة لمنفعة عين الموقوفة...<sup>(٨)</sup> وكذلك المادة (٤/ثانياً/أ) من قانون إعادة تنظيم هيئة الأوقاف المصرية رقم ٢٠٩ لسنة ٢٠٢٠ التي نصت ((للملاك على الشيوع في العقارات التي بها حصص خيرية))<sup>(٩)</sup>. وأجاز القضاء العراقي وقف الأعيان الشائعة سواء تقبل القسمة أم لا<sup>(١٠)</sup>.

ثانياً/ شروط صيغة الوقف والشروط المقترنة

- (١) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ط٤، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، (٤٦/٥).
- (٢) الجواهري، جواهر الكلام، مصدر سابق، ١٩/١.
- (٣) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، ٢١٣/٢.
- (٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٢٠/٢. الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٧/٢. الشربيني/الإقناع، ص ١٧١.
- (٥) العدوي، حاشية العدوي، ٢١١/٢.
- (٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٢/٢.
- (٧) الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٢٤٢) مدني أردني.
- (٨) المادة (٨) من قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.
- (٩) منشور في الجريدة الرسمية، العدد ٤٨، في ١ ديسمبر ٢٠٢٠.
- (١٠) الحجة الوافية الصادرة عن محكمة الأحوال الشخصية والمرقمة ٣٤٠، بتاريخ في ١٠/١١/١٩٩٦، نقلاً عن محمد رافع يونس محمد، المصدر السابق، ص ١٥٥.

الصيغة بشكل عام هي: (الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه)<sup>(١)</sup> وصيغة الوقف هي (الألفاظ والكلمات المنشئة للوقف ولهذا اعتبرها الفقهاء شرطاً لازماً)<sup>(٢)</sup>.

والوقف ينعقد بالإرادة المنفردة للواقف فهو مكون من أي جار الواقف فقط الذي لا يحتاج إلى قبول، وهذا ما يميز الوقف كونه أي قاعاً لا عقداً<sup>(٣)</sup>.

وتعد صيغة الوقف من أهم أركان الوقف التي لا بد من توفر شرائط شرعية كي يصح الوقف<sup>(٤)</sup> فصيغة الوقف ما هي إلا المظهر الخارجي لإرادة الواقف الباطنية<sup>(٥)</sup> والتي يعبر فيها الواقف عن إرادته النهائية وغير المترددة في حبس العين وتسييل منفعتها مع بيان الموقوف به بشكل واضح وصريح بحيث تكون هذه العين معلومة ولا يثار حولها أي نزاع والموقوف عليهم وكيفية استفادتهم وأي شروط أخرى يضعها الواقف لا تتعرض مع الشرع وغاية الوقف<sup>(٦)</sup>.

فقد يكون المظهر الخارجي (صيغة الوقف) على شكل لفظ مثل (وقفت) (حبست) (أوقفت) وغيرها من الألفاظ التي لا تقبل التأويل لمعنى آخر بل تدل دلالة قطعية على الوقف أو بالكتابة كأن يكتب الواقف ما يدل على أنه أنشأ وقفه وأمضاه<sup>(٧)</sup>.

أو يكون بالإشارة المفهمة إذا كان الواقف أحرص ولا يمكنه الكتابة فقد نص الإمامية على: (... أما مع العجز عنه كالأخرس لا إشكال عندهم في قيام الإشارة مقامه...)<sup>(٨)</sup>.

وقد تكون الصيغة على شكل فعل مع وجود القرائن التي تدل على الوقف مثل قيام شخص ببناء إنشآت وهذه الإنشآت على طراز العمارة الإسلامية كما في المساجد وسمح للناس أن يصلوا فيه أو كقطعة أرض يسمح للناس أن يدفن موتاهم فيها وكل ذلك دلالة على أنه أنشأ وقفاً كالمسجد والمقبرة<sup>(٩)</sup>.

(١) د. الشيخ عبدو قطايا ، مصدر سابق، ص ٨٩.

(٢) د. الشيخ محمد جعفر شمس الدين ، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٣) (العقد : وجود طرفين وله التزامين أحدهما موجب والآخر قابل مثل البيع، أما الإيقاع : وجود طرف واحد هو الموجب فقط مثل الطلاق).

(٤) (عد الحنفية الصيغة الركن الوحيد في الوقف بينما عده جمهور الفقهاء أحد أركان الوقف الأربعة).

(٥) نلاحظ في الفقه الإسلامي والفقه الجعفري بشكل خاص أن رجاله قد اعتمدوا نظرية الإرادة الظاهرة إلا أنهم في نفس الوقت لم يهملوا الدافع الباطني الذي هو القصد إلى إحداث الشيء لأثره في الخارج، كما هو ظاهر كلماتهم في كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري، واللمعة شرحها للشهيدين قسم المعاملات ومصباح الفقاهة للتوحيد والجواهر للشيخ محمد حسن وغيرهم كثير.

(٦) حسين على الأعظمي ، مصدر سابق ، ص ٤٨.

(٧) د. سمير صبحي ، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٨) الشيخ الأنصاري ، المكاسب، مؤسسة النور للطبوعات، بيروت- لبنان، ط ١، ١٤١٥ هـ، (٩٣/١). حافظ الدين عبدالله بن أحمد بن محمود الحنفي المعروف بـ (أبن نجيم)، كنز الدقائق بشرح البحر الرائق، حققه وعلق عليه: أحمد عزو عناية الدمشقي، ط ١، دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م. (٢١٦/١). الخرشي، حاشية الخرشي، ١٧٣/٢ . النووي، شرح المنهاج ، (٣١٥/١).

(٩) القاضي سالم روضان الموسوي، مصدر سابق، ص ٤٣.

وصيغة الوقف إما تكون مجردة أو تقترن بشرط أو شروط معينة لذا سنتناول كل من شروط الصيغة وشروط المقترنة:

### (أ) شروط الصيغة

يمكن إجمال أهم شروط الصيغة بما يأتي:

#### (أ) أن تكون الصيغة منجزة

أي غير معلقة على أمر مستقبلي للحصول أو احتمالي الحدوث ولكن الواقف لا يعلم بحصوله فقد اتفق جمهور فقهاء المسلمين على اشتراط التنجيز في الوقف، فلو قال الواقف: (وقفت إذا جاء رأس الشهر أو إن قدم زيدٌ لم يصح)<sup>(١)</sup> أي إن الوقف لا يصح؛ لأنه لا يجوز عند الجمهور تعليق الوقف على شرط الحياة<sup>(٢)</sup>.

فقهاء المالكية وحدهم ذهبوا إلى القول بعدم اشتراط التنجيز في الوقف، فإذا قال الواقف: (إذا جاء رأس الشهر فداري وقف) صح الوقف<sup>(٣)</sup>. وفي القوانين المقارنة لا يوجد هكذا؛ لأنه كما ذكرنا سابقاً أن أكثر التشريعات قد تركت تنظيم الوقف في أغلب شروطه إلى الفقه الإسلامي.

#### (ب) التأييد

والمقصود به عدم جواز توقيت الوقف بمدة معينة كسنة أو خمس سنوات مثلاً أكثر أو أقل، كأن يقول الواقف: (داري هذه وقف على طلبة العلوم الدينية عشر سنوات) فإن الوقف باطل عند كل المذاهب الإسلامية<sup>(٤)</sup> ما عدا المالكية إذ ذهبوا إلى صحة الوقف المؤقت، ودليلهم على ذلك أن الوقف تبرع وصدقة وكمال يجوز التبرع مؤبداً فإنه يجوز مؤقتاً<sup>(٥)</sup> فالتأييد ليس بشرط عندهم فيجوز أن يقيد بمدة ثم يرجع ملكاً<sup>(٦)</sup>.

إن الوقف يجوز على من ينقطع كأن يكون الوقف على أولاده وأولاد أولاده، وهو ما يعرف بالوقف المنقطع الآخر، فإذا انقرضوا رجع الوقف إلى ورثته من الموت لا حين الانقراض<sup>(٧)</sup>. وإذا اشترط الواقف في صيغة الوقف عودة عين الموقوفة عند الحاجة ففي مثل هذه الحال نكون أمام حبس للعين وليس وقفاً،

(١) الجواهري، جواهر الكلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٦٨/٢٨. الحصكفي، الدر المختار، ص ٣٦٠. الدمياطي، إعانة الطالبين عليه (١٦٢/٣). الشريبي، الإقناع، ص ٦.

(٢) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٦٥٨.

(٣) العدوي، حاشية العدوي (٢١١/٢).

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، ص ٢١٦. ابن عابدين (٣٦٥/٣). الدمياطي، إعانة الطالبين عليه (١٦١/٣). البهوتي، البهوتي، كشف الإقناع (٢٥٤/٤).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، (٩١/٧).

(٦) العدوي، حاشية العدوي، (٢١٠/٢).

(٧) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

فإن العين تبقى على ملك صاحبها الأول والمنفعة لمن اختاره المالك إلى أن يرجع أو يموت، فإذا مات ترجع إلى ورثته<sup>(١)</sup>.

فقد جاء في رواية الشريفة عن أبي عبدالله (عليه السلام): (عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير قال: إن احتجت إلى شيء من مال فأنا أحق به ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة قال: (يرجع ميراثاً على أهله))<sup>(٢)</sup>.

أما في التشريعات المقارنة فنلاحظ أن التشريع المصري أشار إلى مسألة تأقيت أو تأبيد الوقف إذ نص على: (وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً، ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً، وإذا أطلق كان مؤبداً، أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً، ولا يجوز على أكثر من طبقتين. ويُعدّ الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف، رتب بينهم أم لم يرتب، وإن كانوا غير معينين بالاسم عد كل بطن طبقة، ولا يدخل الواقف في حساب الطبقات. وإذا أقت الوقف على غير الخيرات بمدة معينة وجب ألا تتجاوز ستين عاماً وقت وفاة الواقف...)<sup>(٣)</sup>.

#### ج) ان تكون الصيغة جازمة

يجب أن تكون الصيغة دالة على أن الواقف أراد وبشكل نهائي وقطعي وقف العين، أي إن الصيغة جازمة ولازمة متجاوزة مرحلة التفكير إلى مرحلة إمضاء الوقف<sup>(٤)</sup> وكذلك إذا كانت الصيغة على شكل وعد، فإن الوقف غير صحيح؛ لأن الوعد غير ملزم<sup>(٥)</sup>.

أما إذا جاءت الصيغة لخيار الشرط للواقف (نفسه) أو لغيره بطل الوقف أيضاً، ويستثنى من ذلك إذا كانت العين الموقوفة مسجداً أو مقبرة فيبطل شرط الخيار وينعقد الوقف<sup>(٦)</sup>. فلو قال الواقف: (أوقفت داري على أن لي الخيار لمدة شهر) بطل الوقف.

فقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية بشأن هذه المسألة، إذ ذهب الإمامية والحنابلة والشافعية إلى بطلان الوقف إذا لم تكن الصيغة جازمة أو اقترنت بخيار الشرط<sup>(٧)</sup>.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الوقف صحيح والشرط صحيح<sup>(٨)</sup>.

(١) الشهيد الثاني، مسالك الإفهام، مصدر سابق (٢٣٧/٥).

(٢) محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام، مجلد ٩، كتاب الوقوف والصدقات، ط ٤، مطبعة خورشيد، ١٤٠٦ هـ، ص ١٣٥.

(٣) المادة (٥) من قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.

(٤) محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص ٢١.

(٥) د. منذر عبد الكريم القضاة، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٦) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (ع) (عرض استدلال) ط ١، بدون دار نشر، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، ٦٧/٥.

(٧) الجواهري، جواهر الكلام، ص ٩٧. ابن عماد الفتوح، شرح غاية المنتهى، ج ٤، ص ٢٩٤. الشيرازي، المهذب، ص ٤٢٣.

(٨) الخرشبي، حاشية الخرشبي، مصدر سابق ٩٢/٧.

في حين ذهب الحنفية أكثرهم<sup>(١)</sup> إلى أن الوقف صحيح والشرط باطل<sup>(٢)</sup>.

أما في التشريعات المقارنة فلا يوجد نص بخصوص هذه المسألة.

#### د) أن لا تقترن الصيغة بشرط يؤثر على أصل الوقف

كما لو اشترط الواقف بأن له الحق في بيع الموقوف به أو رهنه أو أي تصرف آخر ناقل للملكية فإن الوقف لا يصح؛ لأن ذلك يتناقض مع مفهوم الوقف الذي هو انقطاع علاقة الواقف بالموقوف به<sup>(٣)</sup>.  
فقد اتفقت المذاهب الإسلامية على أن الصيغة المقترنة بشرط يؤثر في أصل الوقف ومقاصده تجعل من الوقف باطلاً، ويستثنى الأحناف عند وقف المسجد، وكان يوجد شرط يؤثر على أصل الوقف فيصح الوقف ويبطل الشرط<sup>(٤)</sup>.

فإذا كانت الشروط لا تؤثر على أصل الوقف وغير مخالفة لأحكام الشريعة في الوقف فإنها عندئذ تعد شروط معتبرة ويجب مراعاتها<sup>(٥)</sup>.

#### هـ) أن يكون الوقف حالاً

يعني أن الوقف يكون في حياة الواقف لا بعد موته، فإذا قال الواقف: (أوقفت داري المرقم كذا والكائن في كذا .... بعد موتي) فوقفه باطل؛ لأن ذلك يعد وصية بالوقف لا وقفاً<sup>(٦)</sup>.  
وعند توفر شروط الوصية فإنها تأخذ حكم الوصية<sup>(٧)</sup>.  
وبالنسبة إلى التشريعات المقارنة فإن أي تصرف يقصد به التبرع (مثل الوقف) مع توفر أهلية التصرف يأخذ حكم الوصية بما لا يتجاوز ثلث المال<sup>(٨)</sup>.

#### ٢) الشروط المقترنة

(١) ماعدا أبو يوسف عد الوقف إذا جاء بصيغة غير لازمة صحيح إذا كان معلوماً.

(٢) الطرابلسي، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٣) د. أحمد محمود الشافعي، الوصي والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢١٨.

(٤) الجواهري، جواهر الكلام، مصدر سابق، ص ١٥٠. البهوتي، كشف القناع، ص ٢٠٥. العدوي، حاشية العدوي، ص ٢٣٥. الدمياطي، إعانة الطالبين عليه، ص ١٦٣. الخصاف، ص ١٢٨.

(٥) أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

(٦) سوف نتناول بشيء من التفصيل الوصية بالوقف في الفصل الثاني.

(٧) السيد السيستاني، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٨) المادة (١١٠٩/١) مدني عراقي، المادة (١١٢٨) مدني أردني، المادة (٩١٦/١) مدني مصري.

الأصل أن يكون لكل واقف الحق في وضع ما يراه مناسباً من الشروط من أجل تنظيم وقفه بالشكل الذي يتناسب مع رغباته وإرادته، لكن هذا الحق يجب أن لا يتجاوز الشريعة الإسلامية وتمليه مصلحة الوقف<sup>(١)</sup> منها ما يتعلق بتحديد الجهة وكيفية توزيع الغلات ومالهم عليها من حقوق والمتولي وغير ذلك من الأمور تسيير عمل الوقف ومن ثم تحقيق الغاية المرجوة من الوقف<sup>(٢)</sup>.

وإن الشروط التي يشترطها الواقف عند إنشائه للوقف تأخذ مأخذ الشروط في العقود<sup>(٣)</sup> وبالشكل العام تنقسم هذه الشروط على ثلاثة أقسام:

**القسم الأول:** الشروط التي تخل بأصل الوقف وتتنافى مع حكمه مثل: إذا اشترط الواقف أن يبيع أو يرهن العين الموقوفة متى ما شاء أو أي تصرف به المالك، فوجود هكذا شرط يؤدي إلى بطلان الوقف؛ لأنه تتنافى مع الوقف من حيث مفهوم الوقف الأصلي الذي هو حبس العين وتنفي عنه حكمه القاضي باللزوم<sup>(٤)</sup>

**القسم الثاني:** الشروط التي لا تخل بأصل الوقف ولا تنافي حكمه، ولكنها تخل بمنفعة الموقوف أو بمصلحة الموقوف عليهم أو تخالف الشريعة الإسلامية فهكذا شروط تعد لغواً (كأن لم يكن) والوقف صحيح وهذا ما يطلق عليه عند بعض المذاهب الإسلامية بالشرط الفاسد، مثال على ذلك اشتراط الواقف عدم عزل المتولي وإن كان خائناً<sup>(٥)</sup>.

فقد روي في الحديث الشريف عن الإمام الصادق (عليه السلام) أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: (من اشترط شرطاً سوى كتاب الله (عزوجل) فلا يجوز له، ولا عليه)<sup>(٦)</sup>. وروي عن الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام): (... فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)<sup>(٧)</sup>.

**القسم الثالث:** وهي تلك الشروط التي لا تؤدي إلى الإخلال بأصل الوقف أو بالانتفاع أو مصلحة الموقوف عليهم ولا تخالف الشريعة فهذا النوع من الشروط يسمى بالشروط المعتبرة التي يجب التقيد بها وعدم مخالفتها تطبيقاً للقاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) روي عن الإمام الحسن (عليه السلام): (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله)<sup>(٨)</sup>.

(١) محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص ٤٧

(٢) د. محمد كمال الدين، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٣) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٤٦١.

(٤) سمير صبحي، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٥) د. منذر عبد الكريم القضاة، مصدر سابق، ص ٧٩.

(٦) الحر العاملي، اللعة الدمشقية، مصدر سابق، ص ٣٠/٢.

(٧) الحر العاملي، المصدر نفسه، ص ٣١.

(٨) الحر العاملي، اللعة الدمشقية، مصدر سابق، ص ١٥٦.

ومثال على ذلك إذا اشترط الواقف بأن يبدأ صرف الغلة على إعمار العين الموقوفة ومن ثم توزيع باقي الغلة على المستحقين<sup>(١)</sup>.

وهناك مجموعة من الشروط اعتاد أكثر الواقفين على إدراجها في صك وقفياتهم، وقد تناولها الفقهاء لكثرة تكرارها، وقالوا إنها من الشروط الصحيحة المعتبرة التي تجيز الواقف تغيير مصارف الوقف واستبدالها<sup>(٢)</sup>.

وقد وردت في كتب الواقفين وفي فتاوى المتأخرين وفي لغة المحاكم ما يطلق عليها بالشروط العشرة وهي الآتي:

#### • الزيادة والنقصان

الزيادة هي أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره أن يزيد في نصيب بعض المستحقين متى شاء والنقصان عكسه<sup>(٣)</sup>.

#### • الإدخال والإخراج

ويراد بالإدخال أن يجعل الواقف لنفسه أو لغيره حق إدخال من لم يكن مستحقاً بالوقف ويجعله من جملة المستفيدين والإخراج عكسه<sup>(٤)</sup>.

#### • الإعطاء والحرمان

ويراد بالإعطاء أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره حق منح بعض المستحقين حصتهم من منفعة العقار بشكل دائم أو منقطع والحرمان عكسه<sup>(٥)</sup>.

#### • التفضيل والتخصيص

يقصد بالتفضيل تمييز بعض المستحقين على بعض في العطاء، أما التخصيص فهو جعل ريع الأعيان الموقوفة أو عين ما لشخص معين أو لجهة معينة<sup>(٦)</sup>.

#### • الإبدال والاستبدال

(١) د. حقي اسماعيل النداوي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٢) د. سمير صبحي، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٣) د. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٤) د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٥) د. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م، ص ٥٩.

(٦) محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص ٣٠.

والمقصود بالإبدال بيع عين من أعيان الوقف ببديل من النقود أو الأعيان، أما الاستبدال فهو شراء عين الوقف بالبديل الذي بيعت به عين من أعيانه<sup>(١)</sup>.

ان الشروط العشرة متداخلة فيما بينها وتعطي المعاني نفسها وقد تكون مكررة في بعض الأحيان ويمكن أن تفيد معنى واحدا وهو (التغيير والتبديل).

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فقد ورد في التشريع الأردني أكثر من نص يتناول شروط الصيغة أو الشروط المقترنة، وقد نص على: (إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبذل والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في إسهاد الوقف). (يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية). (ويلزم تطبيقاً للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً). (لواقف تغيير المتولي ولو لم يشترط لنفسه ذلك حين الوقف)<sup>(٢)</sup>.

وكذلك نص على انه: (إذا اقترن الوقف بالشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط)<sup>(٣)</sup>.

وكذلك نص على: (كل شرط مخالف لحكم الشرع أو يوجب تعطيلاً لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم فهو غير معتبر)<sup>(٤)</sup>.

وكذلك نص على: (شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة)<sup>(٥)</sup>.

أما في التشريع المصري فنص على (إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح صح الوقف وبطل الشرط)<sup>(٦)</sup>.

كما نص على: (لواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة أو ما يشاء منها وتكرارها، على ألا تنفذ إلا في حدود هذا القانون)<sup>(٧)</sup>.

كما نص على (فيما عدا حق الواقف الذي شرطه لنفسه يكون الاستبدال في الوقف من اختصاص المحكمة الشرعية، ولها ذلك متى رأت المصلحة فيه)<sup>(٨)</sup>.

(١) د. زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٢) الفقرات (١)(٢)(٣)(٤) من مادة (١٢٣٧) مدني أردني.

(٣) المادة الثانية من المادة (١٢٣٨) مدني أردني.

(٤) المادة (٢٤٠) مدني أردني.

(٥) الفقرة (١) من المادة (١٢٤١) مدني أردني.

(٦) المادة (٦) من قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.

(٧) المادة (١٢) من القانون نفسه.

(٨) المادة (١٣) من القانون نفسه.

## المبحث الثاني

### نطاق العقار الموقوف غير المسجل و تكييفه

يكتسب العقار أهمية بالغة؛ وذلك لأن الأرض هي من عناصر الإنتاج وترتبط بسيادة الدولة. ويكتسب أهمية كبيرة بالنسبة للعقارات؛ ذلك لأنه يحقق الاستقرار والثبات كما أن له دعائم اقتصادية كبيرة لذلك سوف ندرس في هذا المبحث كيفية نشوء الوقف للعقار الموقوف غير المسجل من حيث دراسة نطاقه الموضوعي أي مدى صحة وقف الأبنية والمشيدات ومدى صحة وقف الأراضي وأراء الفقهاء في ذلك ودراسة نوع الوقف من حيث أنه وقف خيري أو وقف ذري أو إذا كان وقفاً مشتركاً ودراسة تكييف الوقف من حيث موقف الفقه الإسلامي وموقف القانون بشأنه و ذلك في مطلبين متتاليين نوضحهم على النحو الآتي:-

المطلب الأول : نطاق العقار الموقوف غير المسجل.

المطلب الثاني : مشروعية وقف العقار غير المسجل وتكييفه.

## المطلب الاول

### نطاق العقار الموقوف غير المسجل

إن الوقف مصدر عظيم لتحقيق مصالح خاصة ومنافع عامة، وله دور ومساهمة في قيام مساجد ومدارس وغيرها من أعمال الخير الأخرى والمحافظة عليها وسنقوم بدراسة نطاق وقف العقارات عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ نتطرق في الأول إلى النطاق الموضوعي وبيان أحكام وقف الأبنية

والعقارات وأيضاً الأراضي بأنواعها أيضاً والثاني هو النطاق الشخصي وبيان أنواع الأوقاف تفصيلاً بحسب الآتي:

## الفرع الأول

### النطاق الموضوعي

للقوقف على بيان النطاق الموضوعي للعقار الموقوف غير المسجل سيتم تقسيم هذا الفرع إلى فئتين؛ الأولى منها: هي وقف الأبنية والمشيدات، أما الثانية فهي وقف الأراضي بحسب الآتي:-

#### أولاً: الأبنية والمشيدات

##### ١ - وقف الأبنية الملك

إن الوقف قد يصح على الأبنية والمشيدات مثل العقارات بما تحويه من حوانيت ودور وأرض وبساتين؛ لأن ثلثة من الصحابة وقفوها. مثال لذلك ما تقدم به عمر من وقف لأرضه في خيبر، ولأن الأبنية والمشيدات قد تبقى على الدوام والتأبيد<sup>(١)</sup> وقد جعل النبي الحوائط السبع وقفاً وهي (الْعَوَافِ وَ الدَّلَالِ وَ البُرْقَةِ وَ الْمَبِيتِ وَ الْحَسْنَى وَ الصَّافِيَةِ وَ مَالِ أُمِّ إِبْرَاهِيمَ) وروى الشيخ الطوسي والصدوق أن هذه الحوائط كانت وقفاً وكان رسول الله (صلى الله عليه وآله) يأخذ منها ما ينفقه على أضيافه ومن يمر به، فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة (عليها السلام) فيها، فشهد على (عليه السلام) وغيره أنها وقف عليها<sup>(٢)</sup>.

وكان للإمام موسى بن جعفر (عليه السلام) أرض فأوقفها على ذريته كما روى لنا عبد الرحمن بن الحجاج قال: (أَوْصَى أَبُو الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِهَذِهِ الصَّدَقَةِ هَذَا مَا تَصَدَّقَ بِهِ مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ تَصَدَّقَ بِأَرْضِهِ فِي مَكَانٍ كَذَا وَ كَذَا كُلُّهَا وَ حَدُّ الْأَرْضِ كَذَا وَ كَذَا تَصَدَّقَ بِهَا كُلُّهَا وَ نَخْلُهَا وَ أَرْضِهَا وَ قَنَاتِهَا- وَ مَائِهَا وَ أَرْحَابِهَا وَ حُقُوقِهَا وَ شَرِبِهَا مِنَ الْمَاءِ وَ كُلُّ حَقٍّ هُوَ لَهَا فِي مَرْفَعٍ أَوْ مَطْهَرٍ أَوْ عَرْضٍ أَوْ طُولٍ أَوْ مِرْفَقٍ أَوْ سَاحَةِ أَوْ أَسْفِيَةٍ أَوْ مُتَشَعَّبٍ أَوْ مَسِيلٍ أَوْ عَامِرٍ أَوْ غَامِرٍ تَصَدَّقَ بِجَمِيعِ حُقُوقِهِ مِنْ ذَلِكَ عَلَى وَ لِدِ صَلْبِهِ مِنَ الرَّجَالِ وَ النِّسَاءِ يَفْسِمُ وَ إِلَيْهَا مَا أَخْرَجَ اللَّهُ عَرَّ وَ جَلَّ مِنْ غَلَّتِهَا بَعْدَ الَّذِي يَكْفِيهَا فِي عِمَارَتِهَا وَ مَرَافِقِهَا وَ بَعْدَ ثَلَاثِينَ عَدَقًا تُفْسِمُ فِي مَسَاكِينِ الْقَرْيَةِ بَيْنَ وَ لِدِ مُوسَى لِلذَّكْرِ مِثْلَ حَطِّ الْأُنثِيِّينَ فَإِنْ تَزَوَّجَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَنَاتِ مُوسَى- فَلَا حَقَّ لَهَا فِي هَذِهِ الصَّدَقَةِ)<sup>(٣)</sup>.

(١) ابن عابدين - رد المختار على الدر المختار - ٣ / ٤٠٨ ، ابن عرفه - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - مصدر سابق - ٤ / ٧٦ ، ابن جزري - القوانين الفقهية - تحقيق / ماجد الحموي - دار ابن حزم - ط ١ - ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣ م ص ٣٦٩ ، ابن قدامه، المغني ، مصدر سابق، (٥/٥٨٥).

(٢) الحر العاملي، وسائل الشيعة ، مصدر سابق (١٩ / ١٩٨).

(٣) الطوسي، تهذيب الاحكام، مصدر سابق، ٩ / ١٤٩.

فالوقف يراد به للدوام، فهو حبس للأصل، وفي جمع النبي (صلى الله عليه واله) بين لفظي التحبب والتسبيل في قوله (صلى الله عليه واله): (أحبس أصلها وسبب ثمرتها)<sup>(١)</sup> .. لأيضاً حالة الابتداء والدوام؛ فحقيقة الوقف بداية حبسه و ضمان لتسبيل المنفعة منه ؛ لكي يكون صدقة جارية لا تنقطع، و يستمر الثواب منها للواقف طول حياته ومن بعد موته، واستمرار الانتفاع للموقوف عليهم، ومن أنفع ما ينطبق عليه كل هذا هو العقار<sup>(٢)</sup>.

ولكن المذهب الحنفي قد أوضح أنه لا يشترط تعيين الأبنية لصحة الوقف، وقد يصح الوقف إذا كان البناء معروفاً كما قال الكمال بن الهمام في الفتح فإذا لم يعين يستغني عن تعيينه بشهرتها .  
وقد أفتى متأخرو الحنفية بعدم قيام المنافع بضمنان غصب البناء الموقوف وغصب منافعه وإتلافها مثال لذلك (إذا سكن به شخص بلا استئذان أو قيام ناظر الوقف بإسكان شخص بغير أجر وعليه أجر المثل والمال المعد للاستغلال بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف فيه أهل العلم<sup>(٣)</sup> .

وبناء على ما سبق بيانه يتضح لنا أن الحنفية قرروا أن الأصل في الوقف أن يكون بناءً لكي يكون الوقف مؤبداً لذلك لم يجز مطلقاً مشروعية وقف المنقول و السبب في ذلك أن من شروط الوقف هو الدوام و التأبيد و المنقول ليس مما يقبل الدوام و التأبيد و لكنه أجاز ذلك في حالة إذا كان ذلك المنقول تابعاً للعقار .  
ويترك القياس به لخبر ابن مسعود: (ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن)<sup>(٤)</sup>، و بما أن الثابت بالعرف ثابت بالنص، مع العلم أن وقف البناء وأصبح متعارف عليه، وذلك بعكس ما لا تعامل فيه كمتاع و ثياب، و هذا هو قول محمد الذي عليه الفتوى.

وما يدخل من ضمن وقف البناء تبعاً هو وقف البناء بكامل حقوقه، أو بكل ما فيه، (دخلت الدار والأرض وما فيها من الأبواب والسلالم والأبنية والأشجار والزرور والثمار)، وإذا تم وقفه واستثنى منه جزءاً معلوماً صح الوقف والاستثناء. وإذا وقف البناء وأطلق دخل في الوقف ما كان داخلاً في البيع، وما لا

(١) أخرجه النسائي ٣٦٠٥، وابن ماجه ١٩٥٦، وذكره الألباني في صحيح النسائي وابن ماجه، وأصله في الصحيحين.  
(٢) أبو محمد البغدادي المالكي، المعونة، ٣/ ١٥٩٣، الدميطي، إعانة الطالبين، ٣/ ١٥٩، البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٤/ ٢٤٣)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، مصدر سابق، (٤/ ٢٧٣).  
(٣) ابن عابدين -حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ٤٠٨/٣.  
(٤) أخرجه، الإمام أبو عبدالله أحمد بن محمد بن محمد ابن الشيباني، مسند الإمام أحمد ابن حنبل، باب: مسند عبدالله ابن مسعود، (القاهرة: مؤسسة قرطبة، ط١) ٣٧٩/١، حديث رقم ٣٦٠٠، والحاكم محمد ابن عبدالله أبو عبدالله، النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م)، ٨٣/٣، حديث رقم: ٤٤٦٥، و قال الحاكم، (صحيح الاسناد و لم يخرجاه)، و قال الذهبي: (صحيح)، و قال ابن حجر: (لم اجده مرفوعاً، وأخرجه أحمد موقوفاً بإسناد حسن). ابن حجر، أبو الفضل أحمد ابن علي ابن محمد العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني، (بيروت: دار المعرفة، ط١)، ١٨٧/٢.

فلا<sup>(١)</sup>، فإذا تم وقف دار تناول بالتالي أرضها، وبناءها، وما هو متصل بمصلحتها مثل السلالم والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة.

## ٢- وقف الأبنية المشاعة

يقصد بالشيوع هو: (ما تعلقت الملكية فيه بجزء نسبي دون تحديد من شيء مملوك لأكثر من واحد)<sup>(٢)</sup>. ولا يوجد اختلاف بين جميع الفقهاء في أن اشتراطهم أن يبقى الموقوف مسجداً أو مقبرة و أن يكون مفرزا غير مشاع، وأيضاً عدم جواز وقفهم على الشيوع، فإن حدث ذلك فلا يتم ولا يرتب عليه أثره إلا بعد أن يفرز؛ وذلك لأن المشاع قد يمنع خلوصهما لله تعالى، و أيضاً يجعلهما عرضة؛ لأن تتغير جهة الانتفاع المقصودة منها؛ قد لا يكون النفع بهم إلا من طريق المهاية الزمانية، وهي أن يتناوب الشركاء في الاستخدام، فمن الممكن أن يصبح المسجد مصلى تارة وتارة مسكناً أو حانوتاً تارة أخرى، والمقبرة تصبح للدفن تارة وللزراعة تارة أخرى، وذلك الأمر لا يسوغ في الشرع. فإذا كان قابلاً للقسمة فلا يجوز الوقف إلا بعد أن يقسم، وإذا كان غير قابلٍ للقسمة فلا يجوز ذلك الوقف<sup>(٣)</sup>.

وأختلف الفقهاء في حكم أن يوقف أحد من الشركاء نصيبه من الشيوع في ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز أن يوقف الشيوع في المطلق، سواء كان قابلٍ للقسمة أو غير قابلاً و هو قول من

أبي يوسف من الحنفية تبعه عليه مشايخ بلخ<sup>(٤)</sup>، وهو قول المالكية<sup>(٥)</sup>، والشافعية<sup>(٦)</sup> والحنابلة<sup>(٧)</sup>، والإمامية<sup>(٨)</sup>.

قال العيني من الحنفية: (ولا يتم الوقف حتى يقبض المتولي، وهو قول محمد، ولا يتم أيضاً حتى

يفرز، وهو قول محمد أيضاً، احترز به المشاع، فإنه لا يجوز وقفه، وعند أبي يوسف يجوز)<sup>(٩)</sup>.

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي: (ويصح وقف المشاع)<sup>(١٠)</sup>.

(١) فخر الدين عثمان بن علي الزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ومعه حاشية الشلبي، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ٣/٣٢٧.

(٢) محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر - اسكندرية، ط١، ٢٠٠١ ص ٦٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ٣٧/١٢. ٥- ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، ط١، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ٦/٢١١، القرافي، الذخيرة، دار العربي الإسلامي، بيروت ١٩٩٤م، ٦/٣١٤، علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، مطبعة التضامن الاخوي - القاهرة، ١٣٤٨-١٣٥٢هـ، ١٥/٣٢٣، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٥/٦٤٣).

(٤) الخصاف، أحكام الأوقاف، ١٩٥، السرخسي، المبسوط، ٣٧/١٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٢٢٠.

(٥) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق (٦/٣١٤).

(٦) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق (١/٥٧٥).

(٧) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (١٦/٣٧٢).

(٨) الطوسي، كتاب الخلاف، مصدر سابق، (٣/٥٤٢).

(٩) محمد محمود العيني، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المنهاج القويم / دمشق- سوريا، ط١، ١٤٤٤هـ-٢٠٢٣م، ١/٣٤٤/١.

وقال البيهقي الشافعي: (ولو وقف نصف عبده أو نصف داره مشاعاً جاز؛ سواء كان النصف الآخر له أو لم يكن)<sup>(١)</sup>.

وقال المرادوي الحنبلي: (قوله (ويصح وقف المشاع) هذا المذهب نص عليه، وعليه الأصحاب قاطبة)<sup>(٢)</sup>.

وقال الطوسي من الإمامية: (ويجوز وقف المشاع كما يجوز وقف المقسوم)<sup>(٣)</sup>.  
أدلة هذا القول هي :-

١- ما رواه الشيخ الطوسي في باب جواز وقف المشاع عن أبي بصير قال: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ الصَّادِقَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ صَدَقَةٍ مَا لَمْ يُقَسَّمْ وَلَمْ يُقَبَّضْ فَقَالَ: (جَائِزَةٌ إِنَّمَا أَرَادَ النَّاسُ النُّحْلَ فَأَخْطُئُوا)<sup>(٤)</sup>.

وجه الدلالة: إن السائل سأل عن حكم المشاع؛ لأنه لم يقسم وما لم يقسم لا يمكن أن يقبض، فأجاز الإمام ذلك.

٢- قول كعب بن مالك (رضي الله عنه)-: قلت ((يا رسول الله، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله - صلى الله عليه واله-، فقال: (أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك)، قلت: أمسك سهمي الذي بخبير))<sup>(٥)</sup>.

٣- إن الوقف حبس الأصل وأن تكون المنفعة سببياً، وذلك يحدث في المشاع حدوثه في المفرز<sup>(٦)</sup>.

٤- إن كل ما يصح بيعه من ذوات المنافع الباقية يصح وقفه، والمشاع يجوز بيعه ومن ثم يجوز وقفه كالمفرز<sup>(٧)</sup>.

٥- القياس على العنق؛ لاشتراكهما في أن كلا منهما يعد إسقاطاً للملك، والشروع لا يقوم بمنع الإعتاق لذلك لا يمنع الوقف أيضاً<sup>(٨)</sup>.

القول الثاني: جواز وقف المشاع إذا كان لا يقبل القسمة، فإن كان يقبلها لا يصح وقفه على جهة الشروع، وهو القول الآخر عند الحنفية، قاله منهم محمد بن الحسن الشيباني، وأنتى أو ثنى؟ فأنتى من

(١) القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط ١، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م، ٦٧٢ / ٢.

(٢) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق ٢١٣ / ٨.

(٣) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، ٨ / ٧.

(٤) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ٢٨٨ / ٣.

(٥) الطوسي، التهذيب، مصدر سابق، ١٣٥ / ٩.

(٦) صحيح البخاري، ٢٧٥٧، وصحيح مسلم، ٢٧٦٩.

(٧) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٢٣٣ / ٨)، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (١ / ٥٧٥).

(٨) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ٢٣١ / ٨.

(٩) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق ٣١٤ / ٦.

الإشادة والمدح. وأثني عليه مشايخ بخاري<sup>(١)</sup>، وورد في شرح الأزهار: (وقال المؤيد بالله في الظاهر من قوليه: إنه يصح إن كان لا يحتمل القسمة، أو كان الشياخ مقارناً)<sup>(٢)</sup>. أدلة هذا القول هي :-

١- إن شرط الوقف هو القبض والحرز، والشيوخ قد يتنافي مع القبض؛ لأن صحة القبض فيما يحتمله بالقسمة قياساً على ذلك الصدقة المنفذة<sup>(٣)</sup>.

٢- قالوا: إن القسمة هي بيع، وأن بيع الوقف ممنوع، وبيناً لذلك أن كل جزء من أجزاء المملوك المشاع قد يرد عليه أنه موقوف، ويتحقق ذلك عند القسمة والفرز بالأجزاء الموقوفة أيضاً، والقسمة هي بيع، فتم منعه فيما يقبل القسمة لذلك الأمر<sup>(٤)</sup>.

القول الثالث: عدم جواز وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة، وهذا قول في مذهب المالكية، اختاره منهم أبو الحسن اللخمي<sup>(٥)</sup>، كما جاء في التاج: (ولا يجوز في مشاع الإضرار بالشريك، ولا يصح فيه قسم إلا لموقفٍ ما حيي؛ وإن حكم به جاز)<sup>(٦)</sup>. أدلة هذا القول هي:-

قاموا بالاستدلال بمبدأ وهو دفع الضرر عن الشريك، و أجمعوا فيه: أنه لا يكون له القدرة على البيع، ولو فسد أي شيء في الموقوف الشائع لا يتواجد من يقوم بإصلاحه<sup>(٧)</sup>.

وبناء عليه فقد يشترط في وقف العقارات أن تكون مفرزة وليست شائعة، وقد تبني ذلك الرأي المشرع الأردني في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٢٤٢) إذ اشترط في القدر الموقوف في البناء أن يكون مفرزاً مستقلاً بذاته إذا كان الموقوف مسجداً أو مقبرة وذلك لأن الشيوخ فيهما مبطل يمنع الخلوص لوجه الله تعالى ولأن المهياة فيهما في غاية القبح إذ تستلزم أن يقبر الموتى في المقبرة سنة و تزرع سنة و يصلى في المسجد طوراً و يستخدم إسطبلاً مثلاً في طور آخر<sup>(٨)</sup>.

وقد نص أيضاً التشريع المصري في المادة الثامنة منه (يجوز وقف العقار والمنقول ولا يجوز وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة إلا إذا كان الباقي منه موقوفاً واتحدت الجهة الموقوف عليها أو كانت الحصة مخصصة بالمنفعة عين موقوفة).

### ٣- الأبنية المشاعة الموقوف بعضها

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق ٣٧ / ١٢، ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق ٦ / ٢١١.

(٢) عبد الله بن ابي القاسم بن مفتاح، شرح الازهار، مكتبة أهل البيت (ع)، ط ١، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، ٥ / ١٧٧.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ٥ / ٤٥٤.

(٤) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٩، (٥ / ٤٥٤).

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ٤ / ٧٦.

(٦) عبد العزيز بن ابراهيم الثميني، التاج على المنهاج، طبع في سلطنة عمان، د. ط، (٦ / ١٠٦).

(٧) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، ٦ / ٣١٤.

(٨) عبد الجليل عبد الرحمن عشوب- كتاب الوقف - مصدر سابق، ص ١٨

لكي نقول بصحة وقف المشاع، فيتم تقسيمه اختياريًا أو إجباريًا إذا طلب أحدهم القسمة، وهي من ضمن المسائل التي درج الفقهاء على ذكرها تحت مسألة وقف المشاع، وفيها نقطتان:

### النقطة الأولى: تمييز الموقوف عن غير الموقوف بالقسمة:

إذا قام شخص بوقف نصيبه من مشاعٍ يمكن قسمته من غير ضرر - مسجدًا أو مقبرة - ومتاحاً قسمته؛ فإن ذلك الشئوع يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولتعيين القسمة طريق للانتفاع بها؛ فإن التهايو فيها قد يؤدي إلى أمرٍ قبيحٍ، وهو أن يكون مقبرة في وقت وميضأة في وقت آخر<sup>(١)</sup>.

أما إذا تم وقف نصيبه من المشاع الذي يمكن قسمته من دون أي ضرر على جهة أخرى، كأن يقفه على أقربائه أو على طريق الخير، و تم طلب القسمة أو طلبها شريكه صاحب غير الموقوف، فلا يخلو: أو أن يكون فيها رد عوض، أولاً، وذلك على النحو الآتي:

١- إذا لم يكن في القسمة رد عوض فقد اختلف الفقهاء في حكم قسمة المشاع الذي يكون بعضه وقف وبعض آخر طلق إذا لم يوجد في هذه القسمة رد على قولين:

**القول الأول:** هو جواز قسمة المشاع، وضرورة إجابة الطالب للقسمة، وبه قال صاحبه أبي حنيفة وهو المذهب عند الحنفية<sup>(٢)</sup>، وقال به المالكية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup>، وهو أحد القولين عند الشافعية<sup>(٥)</sup>، وهو مذهب مذهب الإمامية<sup>(٦)</sup>.

وأدلة هذا القول هي :-

- ١- إن القسمة هي إفرازٌ وتمييزٌ للوقف عن غيره لا بيع<sup>(٧)</sup>، ودليلٌ على أنها إفرازه وما يأتي:-
- إن القسمة قد تنفرد عن البيع بكل من اسمها وأحكامها فلم تكن بينما.
- إن القسمة لا تفترق إلى لفظ التملك، ولا تجب الشفعة فيها، و قد يدخل فيها الإجمار، وتلزم بإخراج القرعة، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر، ولا يجوز في البيع شيء من ذلك<sup>(٨)</sup>.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ٣/ ٣٢٦، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ٢/ ٥٧٤.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق ٦/ ٢١٢.

(٣) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، (٦/ ٢٣٩)، الدسوقي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، مصدر سابق ٤/ ٧٦.

(٤) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٢٩/ ٧٦ - ٧٩)، إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، (١٠/ ١٣١).

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ٤/ ٥٣٦.

(٦) على بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، مصدر سابق، (٩/ ١١٣).

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤/ ٧٦)، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (٢/ ٣٩١)، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ٨/ ٢٣٨.

(٨) ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، (١٤/ ١٠٠ - ١٠١)، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ٨/ ٢١٢.

٢- إن القسمة لا ضرر فيها على أحد، و الشركاء بحاجة إليها؛ لكي يتمكن كل واحد منهما من التصرف في ماله بالكامل، ويتخلص من الأيدي الكثيرة ومن سوء المشاركة التي في الغالب نهايتها النزاع والمخاصمة<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** عدم جواز قسمة المشاع، وقال به أبو حنيفة<sup>(٢)</sup>، وهو القول الآخر عند الشافعية<sup>(٣)</sup>.

قالوا: لأن القسمة تعد بيعاً، والبيع في الوقف غير جائز، و دلالة على أنها بيع أنه لا يوجد جزء من هذا المال إلا وهو مشترك بينهما، فإذا تم قسمته بدل كل واحد منهم نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر، وهذه تعد حقيقة البيع<sup>(٤)</sup>.

٣- إذا كان في القسمة رد عوض

إذا كان هناك في القسمة المشاعة بين الوقف والطلق رد، مثال أن يأخذ أحدهما ثلثا الأرض ويأخذ شريكه ثلثي مع ألف، فإذا كان الرد من أصحاب الوقف جازت في هذه الحالة القسمة؛ لأنه يعد شراءً لشيء من الطلق، وإن كان من أصحاب الطلق لا يجوز؛ لأنه يعد شراء لشيء من الوقف و صاحب الطلق يبذل المال عوضاً عن ما يحدث له من مال الوقف، وبيع الوقف يعد غير جائز<sup>(٥)</sup>.

#### النقطة الثانية: قسمة الوقف بين الموقوف عليهم

إذا قام شخص بوقف دارٍ أو بستانٍ على جماعة؛ فإنهم إما أن ينتفعوا به جميعهم مع إبقائه على المشاع، أو إنهم يقتسمونه فيما بينهم، وأن تكون هذه القسمة مهياًة أو أن تكون قسمة تملك، ولكلٍ منهما حكم:-

والمهياًة هي: (قسمة المنافع على التعاقب والتناوب)<sup>(٦)</sup>، وحددها ابن عرفة فقال: (هي اختصاص كل شريك بالمشترك فيه عن شريكه فيه زمناً معيناً، من متحد أو متعدد، يجوز في نفس منفعتة لا في غلته)<sup>(٧)</sup>.

(١) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ٢ / ٣٩١، الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ٤ / ٥٣٢.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ٦ / ٢١٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ٤ / ٣٥٣.

(٣) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق ٨ / ٢١٢.

(٤) الشيرازي، المهذب، المصدر نفسه، ٨ / ٢١٢. ابو الحسن تقي الدين على بن عبد الكافي السبكي، فتاوي السبكي، دار المعرفة - بيروت (اعتماداً على طبعة مكتبة القدسي بالقاهرة، مع اختلاف في ترقيم الصفحات)، ١٣٥٦ هـ، (٢ / ٤٦٣).

(٥) فتاوي قاضيخان ٣ / ٣٠٤، الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٢٧، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م. (١١ / ٢١٦)، الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق (٤ / ٥٣٦)، ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق (٦ / ١٣٩)، الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق (٩ / ١١٣).

(٦) الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ٥ / ٢٧٥.

وتقسم على نوعين وهما<sup>(٢)</sup>:-

- ١- مهياةً زمانية: عبارة عن التبادل في أن ينتفع بالعين المشتركة بالكامل، لمدة محددة من الوقت، و هذه المدة تكون متناسبة مع نصيب هذا الشريك في العين المشتركة بينهم.
  - ٢- مهياةً مكانية: عبارة عن أن يكون كل واحد من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في أن ينتفع بجزء معين من المال المشترك بينهم، وذلك مع إبقاء الشركة في عين المال بذات الحال.
- والحكم في قسمة المهياة هو بحسب الآتي:-

أن التهايو هو إما أن يكون على المنفعة من الموقوف أو يكون على المنفعة من غلته.

- ١- فالتهايو على المنفعة من الموقوف: يكون إذا كان الوقف على معينين، وقد اتفق الموقوف عليهم على أن ينتفعوا بذلك الوقف من طريق المهياة الزمانية؛ و ذلك بأن ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة والآخر ينتفع بها مدة أخرى، أو من طريق المهياة المكانية، إذا كان تهاياً في دار فيسكن أحدهما ناحية والآخر في الناحية الأخرى منها.. ففي صحة ذلك أو الامتناع عنه خلاف في قولين:-

#### القول الأول: جواز قسمة الوقف مهياةً

وقال بذلك القول الحنفية<sup>(٣)</sup>، والشافعية<sup>(٤)</sup>، والحنابلة<sup>(٥)</sup>، وهو ظاهر مذهب المالكية<sup>(٦)</sup>،

وهو قول الإمامية<sup>(٧)</sup>.

وأدلة هذا القول هي<sup>(٨)</sup>:-

- ١- يجوز الحق للموقوف عليهم بما يتراضون عليه من المهياة الزمانية أو المكانية.
- ٢- ففي تهايو الموقوف عليهم نفع لهم، وحفظ للوقف و عمارة له؛ لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع.

(١) أبي عبدالله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الاجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، ط١، ١٩٩٣، (٢/٤٩٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، (٧/٣١)، محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، مصدر سابق، (٧/٢٤٩)، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، مصدر سابق، ٤/٣٣٧، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٤/٥٣٨)، البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق (٦/٣٧٣).

(٣) الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٢٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/٣٥٣).

(٤) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (٢/٣٩٤)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (١١/٢١٧).

(٥) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (١٩/٦١، ٦٣، ٦٤)، البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، (٦/٣٧٣).

(٦) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المعروف بالحطاب العيني المالكي، دار الفكر، بيروت. ط. ٣، ١٩٩٢ م، (٥/٣٣٦).

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩/١١٤).

(٨) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (٢/٣٩٤)، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (١٤/١١٩)، البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، (٦/٣٧٣).

٣- إن المنافع كالأعيان، فيجوز لمالكيها أن يقتسموها؛ كالأعيان.

**القول الثاني:** عدم جواز قسمة الوقف بين الموقوف عليهم قسمة مهايأة، وهذا القول في مذهب المالكية<sup>(١)</sup>، ومن الممكن أن يستدلوا لهم بأن صحة المهايأة قد تؤدي إلى الغرر والجهالة، وهما قد يؤثران في العقود في العموم.

٢- وأما التهايؤ على غلة الوقف: كأن يتهاياً اثنان في الحيوان اللبون؛ لكي يحلب هذا يوماً وذلك يوماً آخر، أو في الشجرة المثمرة، لهذا عامٌ ولهذا عامٌ آخر، ففي ذلك قولان:-

**القول الأول:** عدم الجواز في قول جمهور العلماء؛ لما في ذلك تفاوت ظاهر في المعادلة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** جواز هذا قد يظهر في مذهب الإمامية؛ لأنهم أجازوا المهايأة في شركة المنافع بالتراضي أو بحكم الحاكم<sup>(٣)</sup>.

قسمة الوقف بين الموقوف عليهم قسمة تملك:

اختلف أهل العلم في حكم قسمة الوقف على جهة واحدة بين الموقوف عليهم قسمة تملك، بحيث يختص كل واحد منهم بجزء من الموقوف على الدوام، على قولين:-

**القول الأول:** عدم جواز قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم قسمة تملك، وبه قال الحنفية<sup>(٤)</sup>، والمالكية<sup>(٥)</sup>، وهو المذهب عند الشافعية<sup>(٦)</sup>، وعند الحنابلة<sup>(٧)</sup>، والإمامية<sup>(٨)</sup>.

أدلة القول :

١- إن القسمة تكون في الملك المشترك، لا تكون في الموقوف عليهم حقاً بالعين الموقوفة، وإنما لهم حق في الغلة<sup>(٩)</sup>.

(١) الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، (٥/ ٣٣٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٣/ ٤٤٩).

(٢) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (٢/ ١٧٢)، الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، (٥/ ٣٣٥)، الشربيني، مغني

المحتاج، مصدر سابق، (٤/ ٥٣٨)، البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، (٦/ ٣٧٤).

(٣) السيد على الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، (٢/ ١٩٠).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/ ٣٥٥).

(٥) الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، (٥/ ٣٣٦).

(٦) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (١١/ ٢١٦).

(٧) أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية، ١٤٢٥هـ -

- ٢٠٠٤م، (٣١/ ١٩٧).

(٨) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩/ ٣٨٦ - ٣٨٧).

(٩) الزيلعي، الحقائق، مصدر سابق، (٣/ ٣٢٧).

٢- الحق ليس منحصراً في المتقاسمين؛ وذلك لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة بالموقوف، وفي القسمة بين أفراد طبقة معينة قسمة تملك أن تضيع الحق للطبقات الأخرى، وقد جعل للواقف نصيباً منها؛ وذلك أن طول الوقت قد يؤدي إلى دعوى الملكية، أو دعوى كل منهم أو بعضهم أن ما في يده موقوف عليه بعينه<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** يري بجواز قسمة الوقف بين الموقوف عليهم قسمة تملك، وهذا القول في مذهب الحنفية<sup>(٢)</sup>، ووجه عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، قيل عند الحنابلة<sup>(٤)</sup>، والإمامية<sup>(٥)</sup>.  
أدلة القول:-

فإن هناك صلاحاً للوقف؛ فينقسمه يُبقي كل صاحب جزء بعمارة له نصيبه وصيانتها، وذلك على خلاف ما لو تُرك، لتواكلوا في ذلك، وأدى ذلك إلى الخراب وانقطاع الربح.

#### ٤- وقف البناء المعين غير المحدد

إذا قام شخص بوقف بناء معين و لكنه غير محدد؛ فإن وقفه يبقى صحيحاً، وذلك متفق عليه من فقهاء المذاهب الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة<sup>(٦)</sup>.  
ويدل على هذا ما يأتي:

١- ما روى أنس بن مالك قال: ((كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب ماله إليه ببيحاء، مستقبلة المسجد، وكان النبي (صلى الله عليه واله) يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس: فلما نزلت {لَنْ تَأْلُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ}<sup>(٧)</sup>؛ قام أبو طلحة فقال: يا رسول الله، إن الله يقول: {لَنْ تَأْلُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ}، وإن أحب أموالي إليّ ببيحاء، وإنها صدقة أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها حيث أمرك الله، فقال: (بخ، ذلك مال رابح))<sup>(٨)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/٣٥٣)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (١١/٢١٦)، احمد احمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، (٣١/١٩٧).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/٣٥٥).

(٣) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (١١/٢١٦).

(٤) علاء الدين على بن سليمان المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م، (٦/٤٤١).

(٥) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩/٣٨٧).

(٦) الخصاف، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص ٢٣٧، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٥/٢١٧)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/٣٦١)، المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (١٦/٣٧٥).

(٧) سورة آل عمران، آية ٩٢.

(٨) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار البشري، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، رقم الحديث، (١٤٦١ و ٢٧٦٩)، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ٩٩٨.

وجه الدلالة: أن أبا طلحة لم يبين حدود أرضية التي تصدق بها لشهرتها، وأقرَّ النبي - صلى الله عليه واله- صدقته، وقبلها منه، وقد ترجم البخاري على هذا الحديث: (باب إذا وقف أرضاً ولم يبين الحدود فهو جائز، وكذلك الصدقة)<sup>(١)</sup>.

قال ابن حجر: (كذا أطلق الجواز، وهو محمول على ما إذا كان الموقوف أو المتصدق به مشهوراً متميزاً بحيث يؤمن أن يلتبس بغيره، وإلا فلا بدَّ من التحديد اتفاقاً)<sup>(٢)</sup>.

٢- فإن العقار المعين هو مال متقوم، و مملوكٌ لصاحبه، وقد يحصل من وقفه على فائدة، وتعيينه قد يرفع الجهالة المؤدية إلى النزاع، وتمنع من تسليمه وانتفاع الموقوف عليهم به، وأما التحديد فهو لأجل الإشهاد عليه والحكم به، فإذا قال الشهود: إنه وقف أرضه التي بجهة كذا ولم يحددها لنا، فغاية ما في الأمر أن يقوم بطلب شهودٍ غيرهم للشهادة بحدودها، وبيانها البيان الكافي<sup>(٣)</sup>.

#### ٥- وقف البناء المبهم

إن كان للشخص أكثر من عقار معلوم، وقام بوقف واحدٍ منهما ولم يعينه، كأن يقول: إحدى دارَيَّ التي في مكة وقف لله تعالى، فأبهم ولم يعين المراد وقفها، فهل يصح وقفه؟

قد اختلف العلماء في ذلك على قولين هما:

**القول الأول:** عدم جواز ذلك، وهذا هو مذهب الحنفية<sup>(٤)</sup>، والصحيح من مذهب الشافعية<sup>(٥)</sup>، والحنابلة<sup>(٦)</sup>، والإمامية<sup>(٧)</sup>.

الأدلة: و بنوا استدلالهم ببيانهم على ما يأتي:

١- قالوا: إن الوقف هو نقل ملك و ذلك على وجه الصدقة؛ فلا يبقى صحيحاً في غير معين مثل الهبة<sup>(٨)</sup>.

٢- القياس على البيع، قالوا: بأنه لا يجوز بيع العين و هي مبهمة ومن ثم لا يجوز وقفها<sup>(٩)</sup>.

(١) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المصدر نفسه، (١١ / ٤).

(٢) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مصدر سابق، (٤٦٥ / ٥).

(٣) عبد الرؤوف المناوي الشافعي، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف، د. ط، ٢٠٠٩، (٤١ / ١).

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٢٠٣ / ٥)، الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٥) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (١ / ٥٧٥).

(٦) البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٣ / ٦٤).

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٣٨٩ / ٩).

(٨) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، (٨ / ٤).

(٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٣٧٥ / ١٦)، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (١ / ٥٧٥).

**القول الثاني:** يجوز وقف المبهم إذا كان من أحد شيئين معينين، والموقوف يتم تعيينه بالقرعة، وذهب لذلك قول المالكية<sup>(١)</sup>، وهو وجه في مذهب الشافعية<sup>(٢)</sup>، واحتمال عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>، وهو مذهب الإمامية، اختاره صاحب جواهر الكلام<sup>(٤)</sup>.

الأدلة: استدلوا على قولهم ببيانهم ما يأتي:

١- قول الله تعالى: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ<sup>(٥)</sup>، ووجه الدلالة: أن الأية هنا صريحة في أنه يجوز إنكاح المبهمة من معينات، وذلك الأمر جائز في الفروج وهي أعظم، ومبناه على المعاوضة، فيجوز ذلك أيضاً في الوقف لاعتباره تبرع.

٢- القياس على صحة وقف المشاع المنافي لدعوى التشخيص<sup>(٦)</sup>.

٣- ولتحقق الحبس والتسبيل فعلاً في أحدهما؛ كالوصية به لشخص، والجهل بعينه<sup>(٧)</sup>.

## ٦- وقف الأبنية والمشيدات المرهونة

أجاز الحنفية وقف الأبنية والعقارات المرهونة وذلك لكونه مملوكاً، إلا أن حق المرتهن يبقى متعلقاً بالمرهون، فعند وفاء الدين خلصت العين المرهونة من تعلق حق المرتهن بها وإلا فيكون له الحق في إبطال الوقف وبيع المرهون وبناءً على ذلك فالقاضي له إجبار الراهن على أداء ما عليه لو كان ميسراً، أما إذا كان معسراً فيكون الوقف باطلاً وتباع العين المرهونة بما عليها من دين وكذلك لو مات فإن كان له ما يوفي عنه الدين فقد ظل الشيء موقوفاً وإلا أنه يباع ويبطل الوقف، وقد قال الجمهور بأنه لا يصح أن يوقف المرهون وذلك بخلاف ما ذهب إليه الحنفية<sup>(٨)</sup>.

فبناءً على ذلك فالفقهاء أربعة أقوال في صحة وقف الأبنية والمشيدات المرهونة نوضحها فيما يلي:

**القول الأول:** يبقى الوقف صحيحاً إذا كان الواقف موسراً، ويبقى باطلاً إذا كان معسراً، وهذا قول الحنفية، فيبقى صحيحاً لو تم وقف المرهون بعد تسليمه، والقاضي يجبره بدفع ما عليه إن كان موسراً،

(١) على بن عبد السلام أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م. (٢/ ٢٢٢).

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ٣١٥ / ٥.

(٣) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٩ / ٧).

(٤) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢٨ / ١٥ - ١٦).

(٥) سورة القصص، آية ٢٧.

(٦) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، مصدر سابق، (٢٨ / ١٦).

(٧) محمود حسن النجفي، المصدر نفسه، (٢٨ / ١٦).

(٨) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٣ / ٤٠٨)، ابن جزي، القوانين الفقهية، مصدر سابق، ص ٣٦٩، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٥ / ٥٨٥).

ويبطل الوقف ويبيع فيما عليه إذا كان معسراً، وفي حالة الوفاة إذا مات الواقف الراهن عن الوفاء قد يعود الموقوف إلى الجهة، وإلا يباع ويبطل الوقف<sup>(١)</sup>.

**القول الثاني:** الوقف يكون صحيحاً ولا يمكن إسقاطه. وهذا رأي عند الشافعية، قال الشيرازي: (وإن وقف المرهون ففيه وجهان: أحدهما أنه كالعقود؛ لأنه حق لله تعالى، لا يصح إسقاطه بعد ثبوته، فصار كالعقود)<sup>(٢)</sup>.

**القول الثالث:** إن الوقف الصحيح يكون هو المرهون والمقيد بإذن الراهن، فإن أعطاه الأذن يبقى صحيحاً، وأن لم يعطه الأذن لا يبقى صحيحاً؛ وذلك لأن الوقف هو تصرف بإزالة الملك فيما لا يصح بيعه، وهذا هو الرأي الثاني لدى الشافعية<sup>(٣)</sup>.

**القول الرابع:** عدم صحة وقف المرهون وذلك لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير لذلك لا يصح؛ كالبيع والهبة، وهذا رأي المالكية، والمعتمد عند الشافعية<sup>(٤)</sup>، وسبب عدم صحة وقف المرهون عند المالكية المالكية هو أنه إذا أراد الواقف وقف المرهون من الآن مع بقائه مرتهاً، أما لو وقف المرهون و كان يقصد بوقفه من الآن بعد الخلاص من الرهن فيبقى ذلك صحيحاً؛ إذ لا يشترط عندهم في الوقف التنجيز<sup>(٥)</sup>. وهذا اتجاه الإمامية إلا أنهم ذهبوا إلى أن التصرف الناقل للملكية لا يجوز إلا بإذن المرجع وإن وقع توقفت صحته على إجازته فإن أجاز بطل الرهن<sup>(٦)</sup>.

#### ٤- وقف الأبنية والمشيدات المؤجرة

رأي كل من الحنفية والحنابلة بأنه ليس للمستأجر وقف منفعة العين المستأجرة وذلك لاشتراطهم التأييد والإجارة هي مؤقتة وغير مؤبدة<sup>(٧)</sup>. أما الشافعية فقد قالوا إنه لا يصح وقف مالك المنفعة دون الرقبة كالموصي له بالمنفعة والمستأجر، ولكنه إذا وقف المستأجر بناءً فيصح في هذه الحالة والموصي له بالمنفعة، وقال المالكية أن للمستأجر وقف منفعة المأجور طوال مدة الإجارة المقررة له، ولا يشترطون تأييد الوقف بل جعلوه يجوز ولو لمدة معينة ولكن لا يجوز للمؤجر وقف المأجور<sup>(٨)</sup>. وقد أجاز الحنفية والحنابلة للمؤجر وقف العين المؤجرة وذلك لأنه

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٣٩٧/٤ - ٥١٠).

(٢) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، (٣١٣/١).

(٣) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المصدر نفسه، ٧٩/٤.

(٤) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، مصدر سابق،

(٢٣٩ / ١٣)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، (٧٧ / ٤).

(٥) أبو إسحاق الشيرازي - مصدر سابق، ٧٧/٤.

(٦) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ١٤٤٥ هـ، المسألة ١٠٤٧.

(٧) ابن جزى - القوانين الفقهية - مصدر سابق، ص ٣٦٩.

(٨) الدرديري - الشرح الكبير، مصدر سابق، (٩٨/٤).

لأنه وقف لما يملكه والمستأجر له الحق في الانتفاع بالعين المستأجرة؛ وذلك لحين انقضاء مدة الإجارة أو لحين تراضيه مع المؤجر على أن يتم فسخ الإجارة قبل انتهاء مدتها.<sup>(١)</sup>

فيمكننا تلخيص آراء الفقهاء في صحة وقف الأبنية والمشيدات المؤجرة في قولين:-

**القول الأول:** إن الوقف قد يصح بعد الإجارة وبعد تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، وهذا رأي الجمهور من حنفية، وشافعية، وحنابلة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** إن الوقف غير صحيح؛ وذلك لتعلق حق الغير به<sup>(٣)</sup>، وهذا المذهب أخذه المالكية، وقد استثنوا من ذلك إذا كان قصد الواقف وقف العين المؤجرة بعد أن يخلص من الإجارة فيبقى الوقف صحيحاً حينئذٍ<sup>(٤)</sup>.

ومما سبق يتضح أن وقف الأبنية والمشيدات من أرض ودور وغيرها قد يصح واستدلوا على صحة ذلك بفعل الصحابة ويأتي ذلك بخلاف للحنفية الذين قد اشترطوا في صحة الوقف تحديد العقار. في الفقه الإمامي لا يصح الوقف إلا بالقبض إذا كانت العين الموقوفة من الأوقاف الخاصة بهذا العين إن قبض الوقف امر يرتبط بإرادة المستأجر وبدونه لا يقع الوقف<sup>(٥)</sup>.

#### ثانياً : وقف الأراضي الزراعية

ذهب الحنفية إلى أن يدخل كل ما فيها من البناء والشجر بكل أنواعها، وأن لا يدخل ما موجود فيها من زرع، و أيضاً لا يدخل الثمر الذي يتواجد على الشجر في وقت الوقف، مؤبداً كان أو غير مؤبداً<sup>(٦)</sup>. والمالكية ذهبوا إلى: أن يدخل كل ما فيها من البناء والشجر، وأن لا يدخل ما فيها من زرع، و أيضاً لا يدخل فيها الثمر بعد التأبير<sup>(٧)</sup>.

وقال الشافعية والحنابلة: إنه يدخل ما يوجد فيها من البناء والشجر في واحد من القولين عند الشافعية وأحد الوجهين موجود عند الحنابلة، ولا يدخل فيها الزرع الذي لا يتم حصاده إلا مرة واحدة، ولا يدخل الجزة الظاهرة من الزرع الذي يُجز مراراً، أما الأصل في الزرع فأن حكمه هو حكم الشجر، ولا يدخل فيها الثمر بعد التأبير<sup>(٨)</sup>.

(١) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين مصدر سابق - ٤٠٠/٣

(٢) الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص ٢١

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٧٧/٤).

(٤) الدسوقي، المصدر نفسه، (٧٧/٤).

(٥) ينظر: السيد السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٢، مصدر سابق، مسألة ١٢٧٧.

(٦) الخصاف، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ٢٢٢ - ٢٢٣، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، (١٦٤ - ١٦٥).

(٧) شهاب الدين احمد القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، (٣/ ٢٨٣ - ٢٨٤).

(٨) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (١/ ٣٦٩ و ٣٧١)، ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، (٣/ ١٠١ و ١٠٨)، ابن مفلح، مفلح، المبدع، مصدر سابق، (٤/ ١٥٨-١٦٢).

إن الأراضي الزراعية توجد على أصناف عدة منها ما هو مملوك ملكاً تاماً لأصحابها فلا توجد مشكلة في وقفها؛ لأن ملكية الأرض عائدة إلى الواقف، ولكن يوجد صنف ثانٍ من الأراضي منتشر بشكل كبير على وجه الخصوص في العراق والأردن وهو ما يعرف بالأراضي الأميرية.

ورد لفظ الأراضي الأميرية بكثرة في التشريعات العراقية، فقد عرّف المشرع العراقي الأراضي الأميرية: (هي الأراضي الأميرية الصرفة الخالية من حقوق التملك والتفويض)<sup>(١)</sup>، وكذلك عرف الأراضي الأميرية الصرفة بأنها (الأراضي الأميرية الصرفة الخالية من حقوق التملك أو تفويض واللمزة)<sup>(٢)</sup>، كما عرف الأراضي الأميرية بأنها (الأرض التي تعود رقبته للدولة وتكون على ثلاثة أنواع ..)<sup>(٣)</sup>.

أما الفقه القانوني فعرفها بأكثر من تعريف تقترب في معانيها إلى ما عرفه المشرع، منها: (هي التي تعود رقبته إلى الدولة أما حق التصرف بها أو الانتفاع منها، فأما ما يبقى بيد الحكومة وتسمى الأراضي بهذه الحالة بأمرية صرفة، أو تفوضه إلى الأشخاص أو تمنحه باللمزة حسب أحكام القوانين وتسمى الأراضي الأميرية المفوضة أو الأميرية المفوضة أو الأميرية الممنوحة باللمزة)<sup>(٤)</sup>، ومنها أيضاً (هي الأراضي التي تعود رقبته للدولة أو الأراضي المملوكة للدولة ولكن للأفراد حق التصرف)<sup>(٥)</sup>.

في حين أن المشرع الأردني لم يورد تعريفاً صريحاً للأراضي الأميرية، وإنما يمكن استخلاصه ضمناً، حيث نص على: (يجوز للدولة أن تمنح حق التصرف في الأراضي المملوكة لها (الأميرية)<sup>(٦)</sup>، أي إن الأراضي الأميرية هي الأراضي المملوكة للدولة، فضلاً عن أن القانون الأردني النافذ لم يبلغ المادة الأولى من قانون الأراضي لسنة ١٨٥٨م، ومن ثم فإن قانون الأراضي يعد قانوناً خاصاً بالنسبة إلى القانون الأردني)<sup>(٧)</sup>، ومن مفهوم المخالفة للنص العثماني فإن الأراضي التي تقع داخل مناطق التنظيم لا يمكن إلا أن تكون مملوكة ملكية خاصة والأراضي الأميرية هي الأراضي التي تقع خارج تنظيم المدن)<sup>(٨)</sup>.

(١) المادة الأولى الفقرة (١) من قانون ضريبة الأرض رقم (٧٣) لسنة ١٩٣٦ الملغى.

(٢) المادة الأولى من تعليمات وزارة المالية رقم (٢) لسنة ١٩٦٢ على قانون ضريبة الأرض الزراعية رقم (٣٥) لسنة ١٩٦١ الملغى.

(٣) المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ والمعدل.

(٤) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، الجزء الأول، دار العاتك للنشر، دت، ص ١٢٣.

(٥) كاظم حسن الربيعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة العاتك، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠، ص ١١٩.

(٦) المادة (١/١١٩٨) في القانون المدني الأردني.

(٧) ألغى المشرع الأردني قانون الأراضي العثماني لسنة ١٨٥٤ بصدور قانون الملكية العقارية رقم (١٣) في ٢٠١٩.

(٨) نصت المادة (٣) من قانون الأراضي العثماني لسنة ١٨٥٤ أن الأراضي الأميرية هي: (ما كان عانداً لبيت المال من المزارع والمراعي والمسارح والمشاني والمحاطب وأمثال ذلك من الأراضي التي كان يحصل التصرف بها عند حصول الفراغ والمحولات بإذن وتفويض أصحاب التيمار والزعامة الذين كانوا يعدون أصحاب الأراضي وبعض الأحيان بالإذن والتفويض من الملتزمين والمحصلين وقد حصل الغاء ذلك فأصبح يجري بها التصرف على هذا الحال بإذن الذات المأجورة وتفويضها بهذا الخصوص من طرف الدولة العلية ويعطي ليد الذين يتصرفون بها سندات الطابو).

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرار لها إذ جاء فيه: (إن الأحكام السارية المفعول من قانون الأراضي هي القانون الخاص بالنسبة إلى الأراضي الأميرية...)<sup>(١)</sup>.

وان الأراضي الأميرية تنقسم إلى تقسيمات عدة فنجد أن المشرع العراقي قد انفرد بتنوع الأراضي الأميرية بخلاف المشرع الأردني، إذ قسم هذه الأراضي إلى ثلاثة أنواع<sup>(٢)</sup> وأكد على هذا التقسيم القانون العراقي إذ نص على: (يبقى نافذاً قانون تسوية حقوق الأراضي رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ وتعديلاته وقانون اللزمة رقم (٥١) لسنة ١٩٣٢ وقانون أصول تسجيل الأموال غير المنقولة في الطابو رقم (٥٩) لسنة ١٩٣٥ هذا كله ما لم تتعارض أحكام هذه القوانين مع نص هذا القانون)<sup>(٣)</sup>.

وقد ورد التقسيم ذاته في القانون العقاري العراقي<sup>(٤)</sup> بحسب الآتي:

- ١- الأراضي الأميرية الصرفة (التي تعود رقبته وجميع حقوقها إلى الدولة)<sup>(٥)</sup>.
- ٢- الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو: (هي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها إلى الأشخاص وفقاً للأحكام)<sup>(٦)</sup>.

٣- الأراضي الأميرية الممنوحة باللزمة (هي الأراضي المملوكة للدولة التي منح حق اللزمة فيها للأفراد بموجب القوانين النافذة)<sup>(٧)</sup>.

إلا أنه وبعد صدور قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ فقد وحد جميع الأصناف المذكورة من الأراضي تحت تسمية واحدة هي الأراضي المملوكة للدولة، وبهذا قضت الهيئة العامة في محكمة التمييز في قرار لها إذ جاء فيها: (... جميع الأراضي الأميرية الصرفة والمفوضة بالطابو والممنوحة باللزمة والأراضي المتروكة تعد من صنف الأراضي المملوكة للدولة استناداً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ النافذ)<sup>(٨)</sup>.

(١) القرار رقم (٩٠/٩٩٦) - محكمة التمييز الأردنية - منشور في مجلة نقابة المحامين العدد (٧) لسنة ١٩٩٠م، ص ٨٩.  
(٢) الفقرة (٥) من قانون التسوية رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٢ الملغى بقانون التسوية رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ الملغى بقانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠.

(٣) المادة (١٢٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. حسن على الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٣٦. د. سعيد مبارك، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، مطبعة جامعة بغداد، د.ب، ص ٢٠. شاعر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة الاعتماد، بغداد، ط ١، ١٩٤٧، ص ٣٥-٣٦.

(٥) المادة (٧/أ) من القانون العقاري العراقي.

(٦) المادة (٧/ب) من القانون العقاري العراقي.

(٧) المادة (٧/ج) من القانون العقاري العراقي.

(٨) قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٤٥/هـ. ع أولى ٧٧/ في ١٩٧٨/٤/٢٢ منشور في مجلة الحقوقي العديدين (٤، ٣) السنة العاشرة، ١٩٧٨، ص ١٦٧-١٦٨.

كما منع المشرع من تحويل الأرض الأميرية إلى مقبرة، فقد ورد هذا القيد أصلاً في قانون الأراضي العثماني لسنة ١٨٥٨م<sup>(١)</sup>، الذي هو قانون نافذ بالنسبة للقانون الأردني<sup>(٢)</sup>، كما يمكن القول إن هذا هذا الأمر مضر بالصحة العامة ويسري على الأراضي الأميرية والمملوكة ويكون الدفن فقط في الأماكن المخصصة من قبل الدولة وبحسب القوانين النافذة<sup>(٣)</sup>. وقد يثار تساؤل مفاده هل يجوز للمتصرف أن يوقف المحدثات والغراس الموجود في الأرض الأميرية دون حقه في التصرف؟ والجواب على ذلك بأن المحدثات والغراس المنشأة قبل نشر قانون التصرف لسنة ١٩١٣م يجوز وقفها؛ لأنها مملوكة للمتصرف ملكاً صرفاً وله التصرف بها ما شاء من التصرفات وتنتقل بموت المتصرف إلى الورثة بحسب القسام الشرعي. أما المحدثات والغراس المنشأة بعد نشر قانون التصرف<sup>(٤)</sup> فلا يجوز وقفها؛ لأنها تابعة للأرض الأميرية من حيث الانتقال والتبعية<sup>(٥)</sup>.

لقد اتفقت التشريعات المقارنة على عدم جواز وقف الأرض الأميرية<sup>(٦)</sup> بسبب كون رقبة الأرض الأميرية تعود للدولة. إذ إن مصطلح العين الذي ورد في تعريف الوقف يقصد به الرقبة دون المنفعة<sup>(٧)</sup>. ولكن في التشريع الأردني يمكن وقف الأرض الأميرية بعد أن يتم تملكها للمتصرف من قبل مجلس الوزراء<sup>(٨)</sup>.

وإن هذا الاستثناء لا يشمل الوصية ولا الوقف الذري<sup>(٩)</sup>.

يعتقد الباحث بضرورة إلغاء النصوص القانونية كافة التي تمنع من وقف حق التصرف في الأراضي الأميرية<sup>(١٠)</sup> وذلك للأسباب الآتية:

- (١) المادة (٣٣) التي نصت (ليس للمتصرف في الأراضي الأميرية ولا لغيره دفن ميت فيها وإذا فعل فللحكومة نقله إذا لم يكن متفسخاً، أما إذا كان متفسخاً فيدرس).
- (٢) ألغى قانون الأراضي العثماني بصدور قانون الملكية العقارية الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٩م النافذ.
- (٣) ينظر نظام المقابر العراقي رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥م النافذ والمعدل.
- (٤) نشر قانون التصرف في ١٩ نيسان ١٩١٣م.
- (٥) عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٥٣، ص٢٩.
- (٦) المادة (١١٧٢) عراقي، تقابلها المادة (١٢٠٣) أردني.
- (٧) د. على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دار الحامد، الحامد، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص١٩٠.
- (٨) نصت المادة (٢) من قانون تحويل الأراضي من النوع الأميري إلى ملك رقم (٤١) لسنة ١٩٥٣م الأردني على (يجوز لصاحب أية أرض أميرية يرغب في تحويلها من ميري إلى ملك بقصد وقفها على جهة خيرية أن يطلب إلى مجلس الوزراء إصدار أمراً بتمليك هذه الأرض تملكاً صحيحاً، فإذا توفرت لدى المجلس المشار إليه المسوغات الشرعية يجوز له أن يقرر إجراء التحويل ويأمر بنشر قراره هذا في الجريدة الرسمية، يعد هذا القرار المذكور ملغياً إذا لم ينفذ لدى دائرة التسجيل خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره، ولا يدخل في حساب هذه المهلة أي تأخير في المعاملة ينشأ عن أية إجراءات تقوم بها دائرة التسجيل).
- (٩) على هادي العبيدي، مصدر سابق، ص١٩١.
- (١٠) المادة (١١٧٢) مدني عراقي، المادة (٢٥٧) تسجيل عقاري عراقي.

- ١- إن حق التصرف كحق عيني يجوز فيه التصرفات الناقلة للملكية وغير ناقلة للملكية كالإفراغ والإجارة والإعارة والرهن، لذلك من الطبيعي أن يتم وقفه طالما يصاحب حق التصرف إجراء هذه التصرفات.
- ٢- الخلط الموجود بين حق التصرف والأرض الأميرية التي يرد عليها هذا الحق ويرجع سبب ذلك إلى عدم إتقان الصياغة القانونية بالشكل المطلوب.
- ٣- إن وقف حق التصرف في الأراضي الأميرية يساعد كثيراً في معالجة تفتيت الأراضي الأميرية، إذ بموجب الوقف ستتوقف عملية تجزئة الأرض بسبب الانتقال، كما أن الأرض الأميرية سوف تكون في مأمن من عملية التفتيت، فضلاً عن أن الأرض سوف تستغل للإنتاج الزراعي وبشكل أفضل من أجل الحصول على العائدات التي سوف تخصص إلى جهة من جهات الوقف.

## الفرع الثاني

### النطاق الشخصي

قسم قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ الوقف إلى وقف صحيح، ووقف غير صحيح، وقد يدخل هذا التقسيم ضمن الوقف المضبوط أو ضمن الوقف الملحق، وسنتعرف عليها فيما يأتي:-

#### ١. الوقف الصحيح

المقصود به هو العين الملك التي تم وقفها إلى جهة من الجهات شاملاً العقارات الموقوفة<sup>(١)</sup>، وهو أيضاً له حق التصرف القديم في الأراضي الأميرية التي تركها أصحابها، ولم يقوموا باستغلالها فقامت الدولة بوضع يدها عليها، وقامت باستغلالها بشرط أن تعطيم نسبة من الحاصل وذلك تعويضاً عن حق التصرف<sup>(٢)</sup>، وهذه الأوقاف تم تسميتها بالأوقاف الصحيحة؛ وذلك لأنها قد ترد على الأرض المملوكة ملكاً صرفاً، ثم تم وقفها إلى جهة من الجهات وذلك وفقاً للأحكام الشرعية ولشروط الواقف.

#### ٢. الوقف غير الصحيح

المقصود به حق التصرف في الأراضي الأميرية المرصودة والمخصصة لجهة من الجهات<sup>(٣)</sup>، والمقصود بحق التصرف هنا هو أنه حق قد يخول لصاحبة التصرف بالأراضي الأميرية المفوضة بالطابو، أو الأراضي الأميرية غير صحيحة من الممنوحة باللزمة، أو الموقوفة وفقاً غير صحيح من حيث أن ينتفع بها، ويتم استغلالها بالوجه المقرر بالقانون ويتم إجراء كل التصرفات القولية والفعلية المسموحة، وأيضاً ينتقل بعد وفاة المتصرف إلى ورثته مع بقاء رقبته ملكاً للدولة، وحق التصرف يعد من الحقوق العينية

(١) الفقرة (١/٤) من قانون إدارة الأوقاف العراقي، الفقرة (٦/أ) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(٢) د. حامد مصطفى - الملكية العقارية في العراق - المطبعة العالمية - القاهرة - ج ٢ - ط ١ - ص ٦٥.

(٣) الفقرة (١/٥) من قانون إدارة الأوقاف العراقي.

الأصلية<sup>(١)</sup> وقد يرجع سبب تسمية هذا الوقف بأنه غير صحيح بسبب أن رقبة الأرض تكون عائدة فيه إلى بيت المال.

### ٣. الوقف المضبوط

يشمل ذلك الوقف الصحيح الذي لم يشترط التولية عليه لأحد أو انقطع فيه شرط التولية، ويشمل الوقف غير الصحيح والوقف الذي تمضي على إدارته خمس عشرة سنة من قبل وزارة الأوقاف أو من مديرية الأوقاف العامة أو من ديوان الوقف وأوقاف الحرمين الشريفين، ماعدا أوقاف الأغوات المشروط لهم وأيضاً أعيان الجهات الخيرية الآيلة للأوقاف وفقاً لمرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥<sup>(٢)</sup>.

### ٤. الوقف الملحق

المقصود به أنه الوقف الذي يديره المتولي والمشروط صرف غلته أو على الأقل جزء منها على المؤسسات الدينية، وقد يشمل الوقف الذري الذي يدار من المتولي والمشروط صرف غلته إلى من هم معينون من الواقف من ذريته أو غيرهم، وأيضاً الوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف<sup>(٣)</sup>، وتعرف الوصية بالخيرات بأن الموصي يوصي بجزء من عقاره إلى ذريته والجزء الآخر إلى أوجه البر والخيرات، ففي هذه الحال تخرج الوصية مخرج الوقف، وتكون أيضاً بمثابة وقف مشترك بين الذرية والخيرات، وفي هذا الاتجاه قد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها (... أن الوصية المنسوبة للمتوفى على فرض صحتها هي وصية على أوجه الخيرات فهي تخرج مخرج الوقف وذلك استناداً لأحكام الفقرة السابعة من المادة الأولى من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ في جزء منها، أما الجزء الثاني فقد يتعلق بالوصية لذريته من بعده، وإن المحكمة قد عدت الوصية جزءاً من حيثيات الحكم، وهذا نظر من المحكمة غير وارد إذ يقتضي الأمر تعيين ما توصلت إليه المحكمة بفقرة حكومية تدرج في صلب قرار الحكم، وعدم جواز إحالة الحكم إلى ورقة عرفية أو تقرير؛ لأن الأحكام من الواجب أن تكون واضحة وقطعية وليس فيها أي غموض لكي تصبح صالحة للتنفيذ ولدفع الجهالة<sup>(٤)</sup>.

### ٥. وقف المؤسسات الدينية والخيرية

(١) المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) الفقرة (١/٦) من قانون إدارة الأوقاف العراقي.

(٣) الفقرة (١/٧) من القانون نفسه.

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٣١٧ / شخصية / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١٢/١٥ غير منشور.

والمقصود بهذا الوقف هو وقف المساجد والتكايا والمدارس الدينية ودور التهذيب والسقايا والميتم والملاجئ وغيرها من المؤسسات التي قام الواقفون بإنشائها أو التي قام ديوان الأوقاف والأشخاص الآخرون بإنشائها، ويكون الهدف منها البر والمنفعة العامة.<sup>(١)</sup>

وهذا النوع من الأوقاف قد يدخل من ضمن الأوقاف الخيرية، ووفقاً للتصنيف الذي جاء به مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل.

وهناك من يرى تقسيم الوقف على وقف لازم ووقف غير لازم، فالوقف اللازم هو ذلك الوقف الذي لا يمكن فسخه، ومن الواجب أن يتم الحكم به من طريق المحكمة المختصة بدعوى تجري فيها مرافعة وتصدر حكماً أو إعلاناً بالوقفية، وذلك الوقف لا يمكن فسخه؛ لأنه مبني على حكم قضائي. والوقف غير اللازم: هو الذي قد يصدر بناء على حجة شرعية لا بناءً على حكم قضائي، وهذا النوع من الوقف يمكن فسخه.<sup>(٢)</sup>

وقد أخذ المشرع العراقي تقسيم النطاق الشخصي للوقف مثل ما جاء بالتقسيم الفقهي وذلك بتقسيمه على ثلاثة أنواع وبحسب مرسوم جواز تصفية الوقف في المادة الأولى وهي الوقف (الذري والخيري والمشارك) ولكنه لم يخض في تفاصيل وقوع الوقف على عقارٍ أو منقولٍ وترك ذلك للقواعد العامة بالعقود وتقسيمها حسب مرسوم جواز تصفية الوقف الذري تبعاً للجهة الموقوف عليها إذ إن المادة الأولى قسمت الوقف على ثلاثة أنواع:

### أولاً: الوقف الخيري

فالوقف الخيري: هو ما وقف على جهة الخير حين إنشائه أو آل إليها نهائياً<sup>(٣)</sup>.

فهو ما كان قد وقف بداية على جهة من جهات البر والخير، مثال ذلك، لو تم وقف العين المملوكة على مدرسة أو مسجد.

ومصطلح الخيرية هنا يقصد به كل ما فيه إيصال منفعة أو درء ضرر، فالوقف الخيري قد يتعلق بالمنفعة العامة، ونفع ذلك الوقف قد يكون لبعض الناس أو لجميع الناس.<sup>(٤)</sup>

والقانون الأردني عرف الوقف الخيري بأن يكون خيراً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداءً<sup>(٥)</sup>.

(١) الفقرة (١/٨) من قانون إدارة الأوقاف العراقي.

(٢) مصطفى مجيد - شرح قانون التسجيل العقاري - مصدر سابق - ص (٥٢ - ٥٣).

(٣) الفقرة (ب/١) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل بقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠١٦.

(٤) حسين على الأعظمي - أحكام الأوقاف - مصدر سابق، ص ٤٦.

(٥) المادة (١٢٣٤) من القانون المدني الأردني.

والوقف الخيري في القانون المصري قد يكون جميعه وفي أوجه البر وعلى المصارف الشرعية والقانونية التي يتوجه لها و المنصوص عليها بحجة الوقف والوقف بالنسبة للمساجد قد يكون مؤبداً ولا يجوز الرجوع فيه، وذلك لأنه خرج من ملك الواقف إلى ملك الله.

وذلك الوقف هو على عكس الوقف الذري، فلا يكون ذلك الوقف محددًا بذرية الواقف أو محددًا بأشخاص معينين بالذات كمثل أن يقوم الواقف بوقف العين الموقوفة للصلاة أو للذكر أو للدعاء أو غير ذلك، كأن يقول: وقفت هذا المكان على المصلين أو الذاكرين أو الداعين.<sup>(١)</sup>

فالعين في هذه الحالة قد تصبح موقوفة للصلاة أو الذكر، وذلك النوع من الوقف لا يجوز فيه للواقف الرجوع فيه أو إبطاله على وفق ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية (إن الوقف الخيري لا يجوز الرجوع عنه حتى عند المسيحين)<sup>(٢)</sup>.

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار جديد بمناسبة تنازع سلبي حصل بين محكمة بداءة الموصل و بين محكمة الأحوال الشخصية في الموصل بشأن نظر دعوى بطلب إبطال صحة الوقف الخيري وأشارت إلى أن الاختصاص ينقذ حصرياً بمحكمة الأحوال الشخصية في الموصل بوصفها المحكمة التي أصدرت حجة الوقف الخيري ولا ولاية لأي محكمة أخرى نظر الدعوى وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.<sup>(٣)</sup>

والقول المهم هو أنه لا يجوز إطلاقاً للواقف الرجوع عن الوقف وقد تخضع أحكام ذلك الوقف إلى أحكام الشريعة الإسلامية لكون أن مجال تطبيق مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ يتعلق بالوقف الذري أو المشترك فقط.

وبناء على ما سبق بيانه يتضح لنا أن الواقف للوقف الخيري لا يستطيع الرجوع عن الوقف؛ لأن الموقوف يخرج من ملكيته و يصبح ملكاً للوقف وذلك بموجب أحكام الوقف وهذا النوع من الوقف أيضاً لا يجوز تصفيته أو بيعه، ويكون للخصم فيه رئيس ديوان الوقف السني أو الشيعي بحكم تقليد الواقف الخيري ومباشرة المتولي المعين من الأوقاف تكفي للقبض فيه، إذ ينصرف قصد الواقف إلى التأييد مطلقاً، فالواقف هنا ينظر إلى وقفه على أنه لله (عزوجل) و ما جعل لله (عزوجل) فلا رجعة له فيه.

(١) السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي - منهاج الصالحين المعاملات - إيران، قم - بدون دار نشر، ط ٣٠ - ٢٠٠٣ - ص ٢٣١

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٥ / هيئة موسعة / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢/٢١ (غير منشور)

(٣) قرار المرقم ٤٠٣/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٦ (غير منشور)

وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بأنه: (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية تبين أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، وعند عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد بأنه غير صحيح و مخالف للشرع والقانون، إذ إن العقار موضوع الدعوى كان قد أوقفه المدعي وفقاً خيرياً بموجب حجة الوقف عدد ٢٨٦/سجل ١٤١٢ وفي تاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧ الصادرة عن محكمة الأحوال الشخصية في الموصل، إذ إن من ضمن أحكام الوقف الخيرية هي زوال ملك الواقف عن الملك الموقوف بعد وقفه ولا يسوغ له بعدئذ الرجوع عن الوقف الذي أصبح ملكاً لجهة الوقف و ليس للواقف، ولذا فدعواه المتعلقة بطلب إبطال حجة الوقف وإعادة الوقف إلى ملكه، هي دعوى بدون سند شرعي أو قانوني ويقتضي ردها، وعليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الإضبارة إلى محكماتها لاتباع ما تقدم، على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدرَ القرار بالاتفاق في تاريخ ١٦/رجب / ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٧/٣٠ م<sup>(١)</sup>).

والوقف على الجهات الخيرية قد يتم بناء على شروطٍ قد تعين ما هي الجهة الموقوف عليها وأيضاً بيان مصرفها:-

هناك قولان في شروط تعيين الجهة الموقوف عليها، و بيان مصرفها وهما بحسب الآتي:

**القول الأول:** قد يشترط أن تعين الجهة الموقوف عليها وبيان مصرفها: و ذهب إلى ذلك القول الشافعية في المذهب، والحنابلة في المذهب، والإمامية في المذهب.

فعند الشافعية في المذهب اشترط المذهب تعيين الجهة الموقوف عليها وبيان مصرفها<sup>(٢)</sup>.

فإن قال: ((وَقَفُّهُ عَلَى مَا شَاءَ زَيْدٌ كَانَ بَاطِلاً، وَهَكَذَا لَوْ قَالَ: وَقَفُّهُ فِيمَا شَاءَ اللهُ، كَانَ بَاطِلاً لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ مَثْبُتَةً اللهُ تَعَالَى فِيهِ<sup>(٣)</sup>، وكذا لو وقف على أحد رجلين على الإبهام فهو فاسد<sup>(٤)</sup>)).

وذهب الحنابلة في المذهب إلى أنه من الضروري أن تحدد الجهة التي يصرف الوقف لها. ولا يصح الوقف إلا أن يكون على جهة صرف محددة (فرداً أو جماعة، أو جهة) كولده، وأقاربه، ورجل معين،

(١) محكمة التمييز الاتحادية، حكم مدني رقم ٢٤٢ / وقف / ٢٠٠٧، قرار غير منشور.

(٢) محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مصدر سابق، ٣٦١ / ٢، الشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية - مصر ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م، (٦/ ٢٣٥ و ٢٤٢ و ٢٥٤)، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع، (١/ ٤٤٢)، الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، (٥/ ٣٦٤ - ٣٦٥)، الشربيني، الإقناع، مصدر سابق، (٢/ ٣٦٢)، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط ١، ١٤١٧ هـ، (٤/ ٢٥٠)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٥/ ٣١٩ و ٣٣١)، الإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، كنز الراغبين شرح منهج الطالبين، دار المنهاج، ط ٢، ١٤٣٤ هـ - ٢٠١٣م، ص ٣٤١.

(٣) أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي - الحاوي الكبير - تحقيق و تعليق / على محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م. (٧/ ٥١٩ - ٥٢٠).

(٤) محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، مصدر سابق، (٤/ ٢٤٣).

ولا يبقى صحيحاً إذا كان على غير معين كرجل وامرأة؛ وذلك لأن الوقف هو تملك للعين أو للمنفعة، ولا يصح على شيء غير معين مثل البيع والإجارة<sup>(١)</sup>، ولا يبقى صحيحاً أيضاً على مجهول كرجل، ولا على أحد هذين الرجلين أو المسجدين لتردده<sup>(٢)</sup>.

هذا المذهب هو أن الوقف غير المعين جهة صرفة تكون صحيحة (حتى وإن كان هناك من قال ببطلانه)<sup>(٣)</sup>. ولو تم جهل شرط الواقف في الصرف تم العمل بعادة جارية، ثم العمل بعرف، وذلك لأن العادة المستمرة والعرف المستقر في الوقف قد يدل على شرط الواقف أكثر مما قد يدل لفظ الاستفاضة، فمن قام بالوقف على أحد أولاده وله أولاد عدة وتم جهل اسمه فإنه يميز بالقرعة، ثم إن لم تكن هناك عادة ولا عرف في بلد الواقف كمن ببادية فالمساواة، فيتم التساوي فيما بين جميع المستحقين لثبوت الشركة دون التفضيل بينهم<sup>(٤)</sup>.

هذا المذهب يقول بصحة الوقف على القبيلة العظيمة كقريش وبني هاشم وبني تميم وبني وائل ونحوهم، كما جاز الوقف أيضاً على أهل إقليم ومدينة كالشام ودمشق ونحوهم، فيجوز أن الرجل يقف على عشيرته و على أهل مدينته، بل جواز الوقف على المسلمين جميعهم<sup>(٥)</sup>.

والإمامية ذهبوا إلى فهذا المذهب يري أنه من الضروري أن يذكر ويعين الموقوف عليه (سواء كان جهة أم فرداً معيناً)<sup>(٦)</sup>، فلو تم الوقف على أحدي الشخصين، أو إحدى القبيلتين، أو تم الوقف على رجل رجل أو امرأة غير معينين فكان الوقف باطلاً، وذلك لأن الوقف قد يعني التملك و من غير المعقول تملك غير المعين<sup>(٧)</sup>، وهناك قولاً ضعيف في المذهب و لا دليل عليه قد يقول بصحة الوقف غير المعين، ويصرف عندها إلى الفقراء والمساكين، و قد يتم البدء بالأقارب المحتاجين إليه؛ وذلك لأنهم من أولى الناس بصدقته<sup>(٨)</sup>، وأيضاً هناك من الفقهاء في هذا المذهب من يروا أنه يصرف في البر، فجرى مجرى ما لو وقف على مصلحة فبطل رسمها، ولم يمكن الصرف إليها<sup>(٩)</sup>.

(١) المقدسي، المغني، مصدر سابق، (٣٧٦ / ٥).

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (٢ / ٤٠٣ - ٤٠٤)، البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، (١٠ / ٢٤ - ٢٥)، المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٧ / ٢٠).

(٣) البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (١٠ / ٢٦ و ٤٥).

(٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، (٢ / ٤١٢)، نصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (١٠ / ٨٥).

(٥) المقدسي، المغني، مصدر سابق، (٥ / ٣٧٣).

(٦) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣ / ٢٩٤)، العلامة الحلبي أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسيدي، إرشاد إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي، ط١، ١٤١٠هـ، (١ / ٤٥١ و ٤٥٤)، الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩ / ٣٨ و ٤٠).

(٧) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩ / ٣٩).

(٨) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣ / ٢٩٤).

(٩) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩ / ١١٥).

القول الثاني: يري عدم اشتراط تعيين الجهة الموقوف عليها ولا بيان مصرفها: وقد ذهبوا إلى ذلك القول المالكية في المذهب، ورأي عند الشافعية.

رأي المالكية في المذهب في هذا المذهب لم يتم اشتراط تعيين الجهة الموقوف عليها، و تحديد بيان مصرفها، وبناء على هذه الحالة فإن الوقف قد يصرف إلى الفقراء (وهناك من يرى من فقهاء المذهب أنه يصرف في وجوه الخير والبر<sup>(١)</sup>)، ومن يرى أنه يحمل على المقصود بأحباس تلك الجهة ووجه الحاجة الحاجة فيها)<sup>(٢)</sup>.

وعند الشافعية هناك قول يري جواز عدم اشتراط تعيين الجهة الموقوف عليها<sup>(٣)</sup>. قَلَوْ قَالَ (وَقَفْتُ هَذِهِ الدَّارَ، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى هَذَا فِي مَصْرِفِهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ: أُولَٰهَا: أَنَّهُ يَصْرِفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْوَقْفِ الْقُرْبَى، وَمَقْصُودَ الْقُرْبَى فِي الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، وَيَكُونُ أَقْرَبُ النَّاسِ نَسَبًا وَدَارًا مِنْ دَوِي الْحَاجَةِ أَحَقَّ بِهَا. وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَصْرِفُ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْبِرِّ لِعُمُومِ النَّفْعِ بِهَا. وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الْأَصْلَ وَقْفٌ، وَالْمَنْفَعَةُ لَهُ وَلَوْرَثَتِهِ وَوَرَثَتِهِ مَا بَقُوا، فَإِذَا انْقَرَضُوا كَانَتْ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ)<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً : الوقف الذري

والمقصود بالوقف الذري هو ما يوقفه الواقف على نفسه أو على ذريته أو على الأثنين معاً أو يوقفه على شخص ما بعينه أو على ذريته أو على الأثنين معاً أو على الواقف و ذريته مع شخص معين بالذات و ذريته.<sup>(٥)</sup>

بمعنى آخر فهو ما يوقف على شخص أو جهة معينة ابتداء و لو جعل آخره لجهة البر مثل من يوقف على نفسه أو على أولاده و من بعدهم على الفقراء أو البلد أو تعمير مساجد القرية.

وبناءً على ما سبق بيانه فيفهم المقصود من الوقف الذري بأنه يكون مصرف الوقف على أشخاص معينين بالذات قد يكونوا موجودين في حياه الواقف أو أنهم موجودين في المستقبل مثل للواقف على ذريته و أولاد ذريته فهم لم يكونوا موجودين بالفعل من الوقف و قد ينتفعون به مستقبلاً.

(١) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، (٦ / ٣٢٦)، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى، الرياض – مكة المكرمة، بدون سنة طبع، (١ / ٥٤٩).

(٢) القرافي، الذخيرة، مصدر سابق، (٦ / ٣١٢).

(٣) انظر الرأيان في: محمد الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، (٤ / ٢٥٠)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٥ / ٣١٩ و ٣٣١ و ٣٤١).

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٧ / ٥٢٠ و ٥٢٢).

(٥) م (١/أ) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل.

وبناءً عليه فإن العين الموقوفة في الوقف الذري تكون ملكاً للموقوف عليه و كذلك منافعها تكون ملكاً له و قد يشترط الواقف مباشرة الموقوف عليه بالانتفاع بالعين الموقوفة مثل لو وقف الدار على زيد و أولاده ليسكنوا فيها بأنفسهم أو وقف البستان عليهم لكي يأكلوا من ثماره ولا يشترط في صحته درجة القرابة و لكن يشترط في صحته قبض الوقف عليه أو قبض وكيله أو قبض وليه إذا كان الموقوف عليه قاصراً و إذا مات قبل القبض بكل و كان ميراثاً و إذا كان الموقوف عليهم هم أولاد الواقف القاصرين وكانت العين الموقوفة بيده كان ذلك كافياً لتحقيق القبض الذي يصح به الوقف.

وجديرأ بالذكر أن ذلك الوقف يصح بالمنقولات و غير المنقولات كما أنه يجوز في هذا النوع من الوقف أن يرجع الواقف عن وقفه إذا كان حياً أي أن الواقف إذا ما أستحصل على حجة شرعية بالوقفية من محكمة الأحوال الشخصية المختصة والتي يقع العقار ضمن اختصاصها، فإنه يستطيع طالما بقي حياً أن يرجع عن الوقف الذري و ذلك بطلب يقدمه إلى محكمة البداية التي يقع العقار ضمن اختصاصها المكاني فيصدر قراراً بأبطال حجة الوقفية و إشعار محكمة الأحوال الشخصية التي أصدرت الحجة بذلك و إشعار التسجيل العقاري أيضاً بذلك و كما أيضاً يجوز في هذا النوع من الوقف التصفية عند وفاة الواقف و ذلك عن طريق دعوى أمام محكمة البداية التي يقع العقار ضمن اختصاصها المكاني.<sup>(١)</sup> وفي ذلك الوقف فإن التولية قد تكون للواقف نفسه أو تكون إلى من يعينه.

وقد يعرف القانون الأردني الوقف الذري بذات المعني إذ يقول بأن الوقف يكون ذرياً إذا خصصت منفعة إلى شخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم.

وهذا الوقف كان مسمي بالوقف الأهلي في القانون المصري و تم إلغاؤه بموجب المرسوم بالقانون (١٨٠) لسنة ١٩٥٢م.

والقسمة بين الأولاد في الوقف الذري بها قولان وهما:

القول الأول: التساوي في القسمة بين الأولاد في الوقف: و اذهب إلى ذلك القول الكثير من الفقهاء من الحنفية، والمالكية، ورأي عند الحنابلة، واتجه إلى ذلك الإمامية في المذهب، وهذا القول تم تقريره في منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني.

القول الثاني: التفاضل بين الأولاد (حسب قسمة الميراث): وذهبوا إلى ذلك القول بعض الفقهاء من الحنفية، والحنابلة في المذهب.

وتفاصيل القولين على ذلك النحو الآتي بيانه :-

القول الأول: التساوي في التقسيم بين الأولاد في الوقف و تفصيله كالتالي:-

(١) المادة ١٤ من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل، و المادة ٣٦ من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

أولاً: ذهب الكثير من فقهاء الحنفية إلى أنه من الضروري أن يتم عدل الواقف بين كل أولاده في قسمة الوقف، وهناك رأيين في طريقة التقسيم بالعدل: أولهما: والرأي الآخر يذكر من ضمن القول الثاني، أنه يصبح بالتساوي بينهم، وهو قول أبي يوسف والكثير من العلماء في هذا المذهب، وأنه يكون هناك آثماً في التخصيص وفي التفضيل<sup>(١)</sup>.

وفي حالة أن الواقف لم يوضح ما هي طريقة صرف الوقف فالمذهب فإنه يتم في هذه الحالة يتم اتباع العرف الذي كان يصرف عليه، (وَإِنْ أَشْكَلَ عَلَى الْوَصِيِّ عَرَفَ الْوَاقِفُ فِي صَرْفِ الزَّائِدِ عَنِ الْحَاجَةِ فَيَصْرِفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ)<sup>(٢)</sup>.

وذهب المالكية إلى أن يتم الصرف للموقوف عليهم وفقاً لشروط الواقف بكتاب وقف أو ببينة تشهد به ولو كان بالشيوخ. وإن لم يعلم شرط الواقف واثبت له عادة قديمة فيتم صرف الوقف على حسب ما جرت عليه العادة القديمة إذا كانت غير مخالفة للوجه الشرعي. وإذا لم يكن ثابت للواقف شرطاً أو عادة واثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم في كل سنة على السوية إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره<sup>(٣)</sup>.

والرأي عند الحنابلة يتجه إلى الرأي القائل أن الواقف إذا تم وقفه على أولاده، وأولاد أولاده، تساوي فيه إن كان ذكراً أو أنثى؛ لأنه مشاركة بينهم، وإطلاق المشاركة يقتضي المساواة، كما لو أقر لهم بشيء<sup>(٤)</sup>. فالمستحب المساواة بين الذكر والأنثى؛ لأن القصد القرابة بشكل دائم، وقد استتوا في القرابة. فإن خالف الواقف فساوي بين الذكر والأنثى، أو فضلها عليه، أو قام بتفضيل بعض البنين أو بعض البنات على بعض، أو أختص بعضهم بالوقف دون البعض الآخر، فذكر أحمد في رواية (أنه يكرهه إن كان على طريق الأثرة، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به)<sup>(٥)</sup>.

وذهب الإمامية إلى أن الأشخاص الذين تم تعيينهم من الواجب التساوي والاستيعاب فيهم، ولو في الامكان يبدأ الوقف استيعابهم ثم الانتشار فالأقرب وجوب التعميم فيمن يمكن التسوية؛ لأن الواقف أراد التسوية والتعميم لإمكانه، فإن تعذر بعد ذلك وجب العمل بما أمكن، بخلاف المنتشرين ابتداء<sup>(٦)</sup>. هذا المذهب لو قام بدراسة شروط الواقف وتجاهل مقادير السهام، أو إجهال ترتيبهم ما بين الطبقة الأولى والثانية قسم بينهم بالتساوي، فليس بعضهم يكون أولى بالتقدم والتفضل من بعضهم البعض<sup>(٧)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤ / ٤٤٤).

(٢) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢ / ٣٨٤).

(٣) الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، (٧ / ٦٧٣).

(٤) المقدسي، المغني، مصدر سابق، (٥ / ٣٥٩).

(٥) المقدسي، المغني مصدر سابق، (٥ / ٣٦٠ - ٣٦١).

(٦) الكركي، جامع المقاصد، مصدر سابق، (٩ / ١٠١).

(٧) الكركي، المصدر نفسه، (٩ / ١١٥).

فقد نصَّ على أنه: (يتم توزيع ريع الوقف الذري بحسب شرط الواقف وصيغته، وتفسر حجة الوقف بحسب لغة الواقف وعرف البلد، ويوزع الريع بين الذرية بالتساوي ما لم يشترط الواقف غير ذلك، ويكون ترتيب الطبقات بحسب نص الواقف)<sup>(١)</sup>، والذرية مقصود منها الأولاد سواء كانوا ذكور وإناث وأولادهم ما تناسلوا، والمقصود بالأولاد من ينسبوا إليهم سواء ذكراً وإناً<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً : الوقف المشترك

يقصد بالوقف المشترك بأنه هو ما يوقفه الواقف على جهة خير من الذراري أو الأفراد و قد تكون نسبه الاشتراك فيه معينه أو تكون غير معينه و ذلك كالأوقاف الموقوفة على إحدى جهات الخير أو الأوقاف المشتركة فيها صرف الزائد من غلتها على الذراري أو الأفراد أو عكس ذلك.<sup>(٣)</sup>

فيعني ذلك بأنه هو ما كان في البدء بجزء منه لمعين و في الجزء الآخر لجهة بر و ذلك يعني أنه وقفاً أهلياً و خيرياً في آن واحد.<sup>(٤)</sup>

وفي ذلك الوقف لا تتم الخصومة قانوناً إلا بحضور مدير الأوقاف أو من يمثله. مثلاً لذلك أن يقوم الواقف بوقف العين على الذرية على جهة من جهات الخير، كأن يكون قسماً من العقار للذرية و القسم الآخر للصلاة .

وقد أجاز مرسوم جواز تصفية الوقف الذري الرجوع عن هذا النوع من الوقف و بنفس الطريقة التي تم وقفه فيها مع اختلاف المحكمة المختصة في حجة الرجوع عن الوقف كون الحجة الوقفية تصدر عن محكمة الأحوال الشخصية و حجة الرجوع بالوقف من محكمة البداة التي يقع العقار الموقوف من اختصاصها المكاني و لكن في هذه الحالة على قاضي البداة أن يحدد نسبة الوقف الذري من الوقف الخيري المشترك معه، فإذا كان بالإمكان معرفة نسبتها من العقار الموقوف دون أن يؤثر على حقوق الجهة الخيرية المشتركة في هذا الوقف يقرر إبطال حجة الوقف بالنسبة للوقف الذري فقط دون الخيري المشترك معه، و ذلك لأن

(١) منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني الذي نظّمته دوله الكويت في الفترة من ٢٩ ربيع الأول - ٢ ربيع الثاني ١٤٢٦ هـ (٨-١٠ مايو ٢٠٠٥ م ) القرار رقم (٢) من قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني حول موضوع: الوقف الذري، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف، ٤٠٣ .

(٢) القرار رقم (١) من قرارات وتوصيات منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني حول موضوع: الوقف الذري، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف، ٤٠٣ .

(٣) الفقرة (ج/١) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل.

(٤) د. وهبه الزحيلي - رؤية إجتهدية في المسائل الفقهية المعاصرة للوقف، دار المكتبي ، سوريا- دمشق ، ط ١ ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م - ص ١٢ و ما بعدها، د. محمد مصطفى الحسيني - الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية و الوقف ، مطبعة دار التأليف، مصر - القاهرة، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص ١١٦ ، سليمان بن جاسر الجاسر - الوقف و أحكامه في ضوء الشريعة الإسلامية ، مدار الوطن للنشر، ط ١، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م - ص ٨ .

الوقف المشترك بعد إفرازه من الذري قد يصبح بحكم الوقف الخيري و يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و لا يمكن الرجوع فيه و ذلك لأن الرجوع فيه هنا يكون بالنسبة للقسم المتعلق بالوقف الخيري أما إذا استحال إفرازها عن بعضها البعض بحكم قواعد الإفراز المعمول بها في دوائر التسجيل العقاري فلا يجوز و الحالة هذه الرجوع بهذا النوع من الوقف<sup>(١)</sup>.

وفي القانون الأردني بالمادة رقم (١٢٣٤) من القانون المدني وضحت المقصود بالوقف المشترك بأنه يكون مشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية و جهة البر معاً .  
و الوقف المشترك وضحة القانون المصري في المادة الثالثة من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ بأن الواقف يكون قد أوقف جزءاً خيرياً لوجه الله و جزءاً أهلياً للمستحقين و المنصوص عليهم في الحجة .  
بالنسبة لتوزيع الربح الوَقْف المشترك بين الذرية والخيرات لهما صورتان هم:-

#### الصورة الأولى: حالة أن الواقف حدد قسمة معينة بينهم

وهذه الصورة وردت لدى الحنفية في المذهب، والحنابلة في المذهب، أنه قام بالتقسيم بين الذرية والخيرات حسب قسمة الواقف، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الحنفية في المذهب رأوا أنه يُعطى للموقوف عليه صاحب التسمية (سواء أكان من الذرية، أم من الخيرات، أم منهما معا) ما سمى الواقف له، والباقى للذري لم يُسم له؛ ومن الأمثلة على ذلك:

١- (لَوْ سَمَى الْوَاقِفُ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا، وَجَعَلَ النِّصْفَ لِزَيْدٍ وَالثُّلُثَيْنِ لِعَمْرٍو وَسَكَتَ؛ فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةٍ عَلَى طَرِيقِ الْعَوْلِ، لِزَيْدٍ ثَلَاثَةً وَلِعَمْرٍو أَرْبَعَةً).

٢- لَوْ قَالَ الْوَاقِفُ: (لِزَيْدٍ النِّصْفُ وَلِعَمْرٍو الثُّلُثُ، وَسَكَتَ، يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مَّا سَمَى وَالْبَاقِي نِصْفَيْنِ).

٣- إِذَا قَالَ الْوَاقِفُ: (أَرْضِي هَذِهِ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَلِعَمْرٍو مِنْهَا الثُّلُثُ: أَوْ قَالَ: لِعَمْرٍو مِنْهَا مِائَةٌ دِرْهَمٍ، فَلِعَمْرٍو مَّا سَمَى وَالْبَاقِي لِمَنْ سَكَتَ عَنْهُ)<sup>(٢)</sup>.

٤- إِذَا قَالَ الْوَاقِفُ (لِزَيْدٍ مِنَ الْعَلَّةِ مِائَةٌ وَلِعَمْرٍو مِنْهَا مِائَتَانِ، فَتَقَصَّتِ الْعَلَّةُ قُسَمَ الْحَاصِلِ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا، فَإِنْ زَادَتِ الْعَلَّةُ عَلَى الْمُسَمَى كَانَ الزَّائِدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ يُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، لَا عَلَى الْمُسَمَى، فَإِنْ قَالَ: هِيَ صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ لِزَيْدٍ مِنْهَا مِائَةٌ دِرْهَمٍ وَلِعَمْرٍو مِائَتَانِ، أُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَّا سَمَى لَهُ وَالْبَاقِي لِلْفُقَرَاءِ، وَلَوْ قَالَ: صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى أَنْ لِزَيْدٍ مِائَةٌ وَلِعَمْرٍو مِائَتَانِ، فَلَمْ تَكُنِ الْعَلَّةُ إِلَّا مِائَةً لَمْ يَكُنْ لِعَمْرٍو شَيْءٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: لِزَيْدٍ مِائَةٌ، وَلَمْ يُسَمَّ شَيْئًا لِعَمْرٍو، فَإِذَا الْعَلَّةُ مِائَةٌ فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو)<sup>(٣)</sup>.

(١) قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٩٨٠) لسنة ١٩٨٤ و الذي حدد مساحات الإفراز داخل المحافظة و القضاء و الناحية و بما لا يقل عن مائتي متر مربع في مركز المحافظة و مائتان و خمسون في القضاء و ثلاثمائة في الناحية .

(٢) الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢/ ٤٢٧).

(٣) شيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢/ ٤٢٧ - ٤٢٨).

٥- إِذَا قَالَ الْوَاقِفُ (صَدَقَّةٌ مَوْقُوفَةٌ لِعَبْدِ اللَّهِ نِصْفُهَا وَلِزَيْدٍ مِنْهَا مِائَةٌ، يُعْطَى عَبْدُ اللَّهِ نِصْفُهَا، وَيُعْطَى زَيْدٌ مِنَ النَّصْفِ الْبَاقِي مِائَةً، وَالْفَضْلُ لِلْفُقَرَاءِ، وَلَوْ لَمْ تَكُنِ الْغَلَّةُ إِلَّا مِائَةً فَالْغَلَّةُ كُلُّهَا لِزَيْدٍ وَلَا شَيْءٌ لِعَبْدِ اللَّهِ، وَلَوْ كَانَتْ الْغَلَّةُ مِائَتَيْنِ دِرْهَمٍ فَلِعَبْدِ اللَّهِ مِائَةٌ وَلِزَيْدٍ مِائَةٌ وَلَا شَيْءٌ لِلْفُقَرَاءِ، وَلَوْ كَانَتْ الْغَلَّةُ مِائَةً وَخَمْسِينَ فَلِزَيْدٍ مِائَةٌ وَمَا بَقِيَ فَلِعَبْدِ اللَّهِ) (١).

٦- وَلَوْ قَالَ: (أَرْضِي صَدَقَّةً مَوْقُوفَةً عَلَى فَقْرَاءِ قَرَابَتِي، يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ مَا يَكْفِيهِ بِالْمَعْرُوفِ، وَيَتَحَاصُّونَ فِي ذَلِكَ؛ يُضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا بِمَا يَكْفِيهِ، وَإِنْ وَقَّتِ الْغَلَّةُ بِكَفَايِ تِهِمْ يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كِفَايَتَهُ، وَإِنْ نَقَصَ يَتَضَارَبُونَ بِذَلِكَ، وَإِنْ فَضَلَتْ الْغَلَّةُ عَلَى الْكِفَايَةِ كَانَ الْفَضْلُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ، وَلَوْ قَالَ: أَرْضِي صَدَقَّةً مَوْقُوفَةً، فَمَا أَخْرَجَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ غَلَاتِهَا أُعْطِيَ مِنْ ذَلِكَ كُلُّ فَقِيرٍ مِنْ قَرَابَتِهِ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَا يَكْفِيهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ بِالْمَعْرُوفِ، وَفَضَلَتْ الْغَلَّةُ عَلَى ذَلِكَ؛ فَالْفَضْلُ يَكُونُ لِلْفُقَرَاءِ) (٢).

٧- فَإِنْ قَالَ (لِعَبْدِ اللَّهِ وَلِلْمَسَاكِينِ، فَانْصَفْ لِعَبْدِ اللَّهِ وَنِصْفِ لِلْمَسَاكِينِ) (٣).

٨- وَإِنْ قَالَ: (أَرْضِي صَدَقَّةً مَوْقُوفَةً فَمَا أَخْرَجَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ غَلَّتِهَا فَهِيَ لِعَبْدِ اللَّهِ وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ؛ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَهَلَالَ النَّصْفِ لِعَبْدِ اللَّهِ وَالنَّصْفِ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَتُلْتِ الْغَلَّةُ لِعَبْدِ اللَّهِ وَالتُّلْتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالتُّلْتُ لِلْمَسَاكِينِ، وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَالْغَلَّةُ تَنُمُو عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ سَهْمٌ لِعَبْدِ اللَّهِ وَسَهْمَانِ لِلْفُقَرَاءِ وَسَهْمَانِ لِلْمَسَاكِينِ) (٤).

٩- وَلَوْ قَالَ: (الْغَلَّةُ لِقَرَابَتِي وَجِيرَانِي وَمَوَالِيِ وَالْمَسَاكِينِ، يَضْرَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَرَابَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْجِيرَانِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِيِ بِسَهْمٍ وَالْمَسَاكِينِ بِأَسْرِهِمْ بِسَهْمٍ) (٥).

١٠- وَلَوْ قَالَ: (الْغَلَّةُ لِقَرَابَتِي وَالْمَسَاكِينِ، ضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَرَابَةِ بِسَهْمٍ وَالْمَسَاكِينِ بِسَهْمٍ).

١١- وَلَوْ قَالَ (لِلْفُقَرَاءِ وَالْعَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَفِي الرِّقَابِ، يَضْرَبُ كُلُّ فَرِيْقٍ مِنْ هَؤُلَاءِ بِسَهْمَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ بِسَهْمٍ).

١٢- فَإِنْ قَالَ (عَلَى وُجُوهِ الصَّدَقَاتِ وَوُجُوهِ الْبِرِّ، يَضْرَبُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ بِسَهْمٍ وَلِلرِّقَابِ بِسَهْمٍ وَلِلْعَارِمِينَ بِسَهْمٍ وَلِسَبِيلِ اللَّهِ بِسَهْمٍ وَابْنِ السَّبِيلِ بِسَهْمٍ وَلِوُجُوهِ الْبِرِّ بِثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ).

١٣- فَإِنْ قَالَ (لِلْفُقَرَاءِ وَالْعَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْحَجِّ، وَسَمَى لِكُلِّ وَجْهِ دَرَاهِمَ مُسَمَّاهُ فَرَادَتِ الْغَلَّةُ قُسَّمَتْ عَلَى عَدَدِ الْوُجُوهِ).

(١) شيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢/ ٤٢٨).

(٢) الشيخ نظام، المصدر نفسه، (٢/ ٤٢٨).

(٣) شيخ نظام، المصدر نفسه (٢/ ٤٢٨).

(٤) شيخ نظام، المصدر نفسه (٢/ ٤٢٨).

(٥) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢/ ٤٢٩).

١٤ - (رَجُلٌ وَقَفَ ضَيْعَةً عَلَى رَجُلٍ وَشَرَطَ أَنْ يُعْطَى كِفَايَتَهُ كُلَّ شَهْرٍ وَلَيْسَ لَهُ عِيَالٌ فَصَارَ لَهُ عِيَالٌ فَإِنَّهُ يُعْطَى لَهُ وَلِعِيَالِهِ كِفَايَتَهُمْ) (١).

وقد ذهب الحنابلة إلى المذهب أنه على حسب ما قسم الواقف يقسم بين الذرية وغيرهم (٢)، فإن كان وقف داره على جهتين مختلفتين، مثلاً لذلك أن يوقفها على أولاده وعلى المساكين، نصفين، أو ثلاثة، أو حسبما كان جائزاً (٣).

### الصورة الثانية: حالة أن الواقف لم يحدد قسمة معينة بينهم

والمذهب الشافعي والحنبلي لهما في ذلك الشأن قولان و هما على النحو الآتي:

القول الأول: أنه تتم القسمة بالتساوي بينهم: وقد ذهب الشافعية في المذهب (ومثاله: أنه لو جمع بين سبيل الله تعالى، وسبيل الثواب، وسبيل الخير: صرف الثلث إلى الغزاة، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب) (٤)، وقال الحنابلة في المذهب (ومثاله) (٥): أنه لو أطلق الوَقْفَ فقال: وقفت داري هذه على أولادي وعلى المساكين، فهي بينهما نصفين؛ لأن إطلاق الإضافة إليهما تقتضي التسوية بين الجهتين، ولا تتحقق التسوية إلا بالتنصيف. وإن قال: وقفتها على زيد وعمر والمساكين، فهي بينهم أثلاثاً (٦).

القول الثاني: وهو رأي الحنابلة ويرون أن ذلك قد يرجع للعادات والعرف السائد (٧).

لا توجد إشارة إلى الفقه الإمامي ولكن بالإطلاع على آراء الفقه الإمامي بخصوص الوقف انه قريب من القول الأول.

## المطلب الثاني

### مشروعية وقف العقار غير المسجل وتكليفه

سوف نتناول في هذا المطلب بيان التكليف الشرعي و التكليف القانوني للعقار الموقوف غير المسجل ففي بيان التكليف الشرعي سوف نقوم بدراسته من الناحية الفقهية مع بيان آراء الفقهاء ثم بعد ذلك نقوم ببيان التكليف القانوني مع بيان نصوص القانون في ذلك الخصوص. من خلال تقسيم هذا المطلب على

- (١) شيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٢/ ٤٢٩).
- (٢) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٧/ ٧٩)، البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (١٠/ ٤١).
- (٣) المقدسي، المغني، مصدر سابق، (٥/ ٣٧٥).
- (٤) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٥/ ٣٢١).
- (٥) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٧/ ٧٨ - ٧٩)، البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (١٠/ ٤١).
- (٦) المقدسي، المغني، مصدر سابق، (٥/ ٣٧٥).
- (٧) المرادوي، الإنصاف، مصدر سابق، (٧/ ٧٨).

فرعين نتطرق في الأول إلى التكييف الشرعي للعقار الموقوف غير المسجل والثاني التكييف القانوني للعقار الموقوف غير المسجل.

## الفرع الأول

### التكييف الشرعي للعقار الموقوف غير المسجل

قد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup> والشافعية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup> إلى التطرق إلى الحكم الشرعي للعقار الموقوف وقاموا بالاستدلال على مشروعية هذا الوقف بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول سوف نقوم بسردهم تفصيلاً فيما يأتي بيانه:-

#### أولاً: القرآن الكريم

١- قول الحق عز وجل { لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ }<sup>(٥)</sup>.

ووجه الدلالة:

ما رواه الشيخان عن أنس بن مالك قال: [كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً و كان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت آية (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ) قام أبو طلحة إلى رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) فقال: يا رسول الله، إن الله تعالى يقول في كتابه: (لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ)، و إن أحب أموالي إلي بيرحاء، و إنما صدقة الله أرجو برها و ذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث شئت فقال (بخ، ذلك مال رائج، ذلك مال رائج، قد سمعت ما قلت فيها، و أرى أن تجعلها في الأقربين)<sup>(٦)</sup>.

٢- قوله جل وعلا: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ }<sup>(٧)</sup>.  
ووجه الدلالة:-

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (٢٨/١٢)

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي مصدر سابق، (٧٥/٤). الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق (١٨/٦).

(٣) الشيرازي، المهذب مصدر سابق، (٣٢٢/٢)

(٤) البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٢٤١/٤).

(٥) آل عمران: الآية ٩٢.

(٦) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوكالة، باب إذا قال الرجل لوكيله: ضعه حيث أراك الله، ١٠٢/٣، حديث رقم

٢٣١٨

(٧) سورة الحج: الآية ٧٧.

أن الآية الكريمة نذبت إلى فعل الخير عامة دون تخصيص شيء فصيغة (وأفعلوا الخير) تفيد العموم لأن الخير هو أسم عام، و الأظهر أنه لا حجة فيه و أنه أقرب إلى الاحتمال لكثرة ما أخرج بالأدلة المخصصة عنه.<sup>(١)</sup>

### ثانياً: السنة الشريفة

١- قول النبي - صلى الله عليه وآله - : (إِذَا مَاتَ الْمُؤْمِنُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ)<sup>(٢)</sup>.

دلالة القول:- فالحديث (يدل على جواز الوقف على وجوه الخير واستحبابه، وهو المراد بالصدقة الجارية)<sup>(٣)</sup>، وقد حملها العلماء على الوقف<sup>(٤)</sup>، (لأنها غير كالوقف، و شبيهة بما يدوم نفعه، و يتجدد و يتكرر، كبناء المدرسة والمسجد، والرباط، و البئر، وأمثال ذلك)<sup>(٥)</sup>.

٢ - قول النبي (صلى الله عليه وآله) لعمر: (حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَّلَ الثَّمَرَ)<sup>(٦)</sup>.

### دلاله القول:-

قال الترمذي: (والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وغيرهم لا

نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً في إجازة وقف الأراضين و غير ذلك)<sup>(٧)</sup>، و حديث عمر بن

الخطاب (هذا أصل في مشروعية الوقف)<sup>(٨)</sup>.

### ثالثاً: الإجماع

(١) أبو محمد عبدالمنعم بن عبد الرحيم المعروف بابن الفرس الأندلسي ، أحكام القرآن ، تحقيق الجزء : د/ طه بن على بوسريح ، تحقيق الجزء الثاني: د/ منجية بنت الهادي النفري ، تحقيق الجزء الثالث : صلاح الدين بو عفيف ، (بيروت : دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، ط١ ، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م ، (٣/٣١٥).

(٢) ابن أبي جمهور الأحسائي، عوالي اللآلئ العزيرية في الأحاديث الدينية، تحقيق: الحاج آقا مجتبی العراقي، ط١، ١٤٠٣-١٩٨٣ م. (١/٩٧).

(٣) أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدادي الشافعي ، شرح السنة ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش ، (دمشق - بيروت : المكتب الإسلامي ، ط٢ ، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م). (١/٣٠٠).

(٤) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ، مصدر سابق، (٢/٤٥٧).

(٥) صفى الرحمن المباركفوري ، منة المنعم في شرح صحيح مسلم، (المملكة العربية السعودية ، الرياض : دار السلام للنشر و التوزيع، ط١، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م)، (٢/٩٢).

(٦) الاحسائي، عوالي اللآلئ، مصدر سابق، (٢/٢٦٠).

(٧) الترمذي ، الجامع الصحيح سنن الترمذي - باب الوقف ، (٣/٦٥١).

(٨) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مصدر سابق، (٥/٤٠٢).

قد أجمع الصحابة على انعقاده، قال القرطبي (رحمه الله): (المسألة إجماع من الصحابة، و ذلك أن أبابكر، وعمر، وعثمان، وعلياً، وعائشة، وفاطمة، وعمرو بن العاص، وابن الزبير، وجابرا كلهم وقفوا الأوقاف وأوقافهم بمكة و المدينة معروفة ومشهورة)<sup>(١)</sup>.

وبعد إيضاح التكيف الشرعي للوقف بحسب الكتاب والسنة والإجماع فسوف نقوم بإيضاح ما اختلف عليه فقهاء المسلمين في تحليل ماهية العقار الموقوف غير المسجل وبيان حقيقته وهناك آراء مختلفة منهم رأي فقهاء المسلمين القدامى أولاً وبعدها رأي الفقهاء المعاصرين وسنوضح ذلك على النحو الآتي:-

### أولاً: رأي فقهاء المسلمين القدامى من تكيف العقار الموقوف غير المسجل

ظهر هناك اختلاف بين فقهاء المسلمين القدامى حول مسألة تكيف العقار الموقوف وهذا الاختلاف يأتي على وفق نظريتين:-

١. **نظرية التبرع:** وهذه النظرية هي ألا يأخذ المتبرع مقابلاً لما أعطاه كالهبة، و الوصية و العارية ... و الوقف: تبرع بمنفعة العين للموقوف عليه دون رقبته، وقال الشافعي<sup>(٢)</sup>: (هذه العطية الصدقات المحرمات الموقوفات على قوم بأعيانهم أو قوم موصوفين).

وقد اختلف فقهاء المسلمين في هذه العطية (التبرع) إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: بوصف الوقف عقد تبرع عارية غير لازم، وهو قول أبي حنيفة، وعنده أن الوقف هو: (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة)<sup>(٣)</sup>، أي حبس العين على ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلق بموته، أو وقف المسجد، والتبرع بالمنفعة للموقوف عليه فهو تبرع غير لازم بمنزلة العارية يحق للواقف الرجوع فيه و يورث بموته ويمكن وصفه على وفق هذا الرأي بأنه (عقد تفضل دون أن يتجرد المتبرع من ملكية العين الموقوفة).

الرأي الثاني: بوصف الوقف عقد تبرع ملزماً لجانب واحد يتم بالتراضي بإرادة الواقف بأي جابه وقبول الموقوف عليه، وقد اختلف فقهاء المسلمين في مسألة قبول الموقوف عليه فلبعض من الإمامية<sup>(٤)</sup> في ذلك قولان:-

القول الأول: يشترطون فيه القبول المطلق؛ أي قبول متولي الوقف في الوقف على الجهات العامة كالقراء والمساجد، وقبول الموقوف عليهم الموجودين في الوقف على الجهات الخاصة كالأولاد .

(١) محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن : تحقيق : أحمد البردوني ، (القاهرة : دار الكتب المصرية ، ط ٢) ، (٣٣٩/٦).

(٢) أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي القرشي، الام، تحقيق: علي محمد و عادل أحمد، ج ٤، دار احياء التراث العربي ، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١ م ، ص ٣٧٤.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق ، مصدر سابق، (٣٠٠/٥).

(٤) محمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق ، مصدر سابق، (٥٦-٥٥/٥).

القول الثاني: هو القبول على الجهات الخاصة.

وهناك رأي راجح عند الشافعية<sup>(١)</sup> و هو أن الوقف على معين يشترط فيه قبوله متصلاً بالإيجاب، ووجه عند الحنابلة<sup>(٢)</sup> بأنهم يرون اشتراط القبول كالهبة والوصية لأنه تبرع لآدمي، وذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلا إن الوقف يفتقر إلى قبول الموقوف عليهم إذا كان على معين مخصوص؛ لأنهم يأخذون بالوقف المؤقت.

الرأي الثالث: وهو وصف الوقف عقدا عينيا لا يتم انعقاده بمجرد التراضي بل لأبد من أن تسلم العين الموقوفة إلى الموقوف عليه وقبضها أو حيازتها كالصدقة المنفذة وتبقى ربة العين محبوسة ويمنع بها التصرف، وقد يشترط المالكية<sup>(٤)</sup> لتمام الوقف قبض المتولي للعين الموقوفة و حيازتها لمدة سنة، وذهب محمد الحسن من الحنفية<sup>(٥)</sup> إلى أن الوقف لا يتم إلا بالتسليم إلى المتولي والقبض بما يليق بالشيء، وذهب الحنابلة<sup>(٦)</sup> في إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل إلى أن الوقف لا يتم إلا بأن تخرج العين الموقوفة من يد الواقف والقبض كالهبة والوصية، وذهب الإمامية<sup>(٧)</sup> إلى اشتراطهم القبض لتمام الوقف ويكون قبض المتولي أو الحاكم في الوقف العام، وقبض الموقوف عليهم الموجودين في الوقف الخاص.

## ٢. نظرية الإسقاط :

قد ينشأ الوقف بالإرادة المنفردة وهي إيجاب الواقف من دون انتظاره قبولا أو أي رد من الجانب الآخر، أي إسقاط ملك كالعق و ليس تبرعا وهي تأتي بخلاف الصدقة المنفذة، فالواقف يسقط حق ملكيته من العين الموقوفة من دون تملكها لأحد وحبسها ويمنع فيها التصرف على نحو تعود منفعتها إلى الموقوف عليه، وقد ذهب جمهور الفقهاء<sup>(٨)</sup> باستثناء بعض الإمامية<sup>(٩)</sup> إلى أن الوقف على الجهات العامة، أي على جهة غير محصورة كالفقراء والمساكين أو لا يمكن القبول منها كالمساجد والقناطر إيقاع وليس عقدا.

وقد ذهب الحنفية<sup>(١٠)</sup> والمالكية<sup>(١١)</sup> والرأي الراجح عند الحنابلة<sup>(١٢)</sup> وقول للشافعية<sup>(١٣)</sup> إلى أن الوقف الوقف على الجهات الخاصة كالأولاد لا يحتاج إلى قبول، ويتم بإرادة الواقف المنفردة وإذا رد الموقوف

(١) الرملي - نهاية المحتاج ، مصدر سابق، (٥ / ٣٧٢).

(٢) ابن قدامة - المغني ، مصدر سابق، (٦ / ١٨٨ - ١٨٩).

(٣) الدرديري - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك و بهامشه بلغه السالك لأقرب المسالك - ج ٤ -

(د . ط) - دار المعارف المصرية - القاهرة - ١٩٧٤ م - ص ١٠٦ .

(٤) الخرشي - حاشية الخرشي ، مصدر سابق، (٥ / ٣٧٠ - ٣٧١).

(٥) الزيلعي - تبيين الحقائق، مصدر ساق، (١ / ٢٦١).

(٦) ابن قدامة - المغني، مصدر سابق، (٦ / ١٨٨).

(٧) محمد جواد مغنية - فقه الأمام جعفر الصادق، مصدر سابق، (٥ / ٥٨).

(٨) الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

(٩) عبد الأعلى الموسوي السبزواري - مهذب الأحكام في بيان الحلال و الحرام - ج ٢٢ - (د . ط) - مطبعة الآداب -

النجف الأشرف - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م - ص ١٣ .

(١٠) ابن نجيم - البحر الرائق ، مصدر سابق، (٥ / ٥٢٥).

عليهم الوقف ذهب إلى الطبقة التي تليهم أو إلى مصرف الوقف الفقراء؛ لأنه يمنع البيع والهبة والوصية والميراث وهو يفترق عن الهبة والوصية بأن الوقف لا يختص بمعين وإنما يتعلق به حق البطون اللاحقة.

وإذا كان أصحاب هذا الرأي يذهبون إلى أن الوقف لا يحتاج إلى القبول، فمن باب أولي أنه لا يحتاج إلى التسليم و القبض والحيازة، وذهب إلى هذا الرأي الشافعية<sup>(٤)</sup> والرواية المشهورة عن الحنابلة<sup>(٥)</sup> وأبو يوسف من الحنفية<sup>(٦)</sup>.

### ثانياً: رأي فقهاء المسلمين المعاصرين من تكييف العقار الموقوف غير المسجل

اختلف فقهاء المسلمين المعاصرين في تكييف العقار الموقوف غير المسجل وانقسموا على آراء مختلفة وهي بحسب الآتي:

الرأي الأول: ذهب أصحاب<sup>(٧)</sup> ذلك الرأي إلى أن الوقف هو انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الجهة الخيرية الموقوف عليها التي لا بد من تواجدها في البداية والنهاية وذلك بوصفها شخصاً حكماً دائماً، وذلك الرأي هو محل للنظر؛ لأن الجهة الخيرية الموقوف عليها ليس لديها إلا حق المنفعة في الغلة وليس لها بعينها فقط بل لها ولغيرها من البطون اللاحقة، فهي مستقلة عن الموقوف، الشخصية الحكيمة المعنوية التي يديرها المتولي.

الرأي الثاني: ذهب أصحابه<sup>(٨)</sup> إلى أن لفظ حكم الوارد في تعريف الحنفية للوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الله (سبحانه وتعالى) المراد به هو أن الأشياء قبل إيقافها وبعدها محبوسة على ملكه تعالى، وبالإيقاف أصبح أثر حكم الملك الموقوف خالصاً لله تعالى لا غيره، وذلك يأتي بخلاف ما قبل الإيقاف فإنه تعالى فوض واستخلف أحكام الملك من بيع وهبة وغيرها لعباده مع كونه المالك الحقيقي وذلك نظر دقيق ومستقيم.

=

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق - ص ٣٨٥ - ٣٨٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٣) النووي - روضة الطالبين، مصدر سابق، (٣٨٩/٤).

(٤) الماوردي - الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٥١٤/٧-٥١٥).

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٦) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣٦-٣٥/١١).

(٧) مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الأوقاف، ج ١، ط ٢، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، ص (٢٦-٢٧).

(٨) د. أحمد الكبيسي - أحكام الوقف، مصدر سابق، (٧٦/١).

الرأي الثالث: رأي أصحابه وهم جزء من فقهاء المسلمين المعاصرين<sup>(١)</sup> إلا أن الوقف لا يعد إسقاط ملك لا إلى مالك كالعق، لأنه كالسائبة بل الوقف أثراً للتصرف الانفرادي من نوع خاص، وقد يترتب عليه انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الشخصية الحكيمة بحكم الشرع ووجوب التصديق بالمنفعة أو الربيع على وجه اللزوم والتأييد، وذلك الرأي متفق مع فقهاء القانون<sup>(٢)</sup> بأن ملكية رقبة العين الموقوفة للشخص المعنوي وملكيتها منفعتها للمستحقين.

## الفرع الثاني

### موقف التشريعات المقارنة

إن المشرع العراقي عدّ حق الوقف من الحقوق العينية الأصلية<sup>(٣)</sup> وعدّه كذلك تصرفاً قانونياً يتم هذا التصرف بإرادة منفردة، واستنتاجاً مما أورده المشرع العراقي في قانون إدارة الأوقاف تعريفاً لمصطلحات الوقف<sup>(٤)</sup>.

تبين أن الأصل هو إن الانسان حر التصرف في ماله في إعطائه لأي جهة من الجهات البر فيما لم يخالف القانون والشريعة الإسلامية والآداب العامة، وبناء على ذلك فإن القضاء العراقي قد عدّ أن الوقف المضاف لما بعد الموت وصية ولا تنفذ إلا في الثلث لما في ذلك من ضرر بحقوق الورثة<sup>(٥)</sup>.

وقد نص المشرع العراقي على أن الوقف من الأشخاص المعنوية<sup>(٦)</sup>. ولم يوضح كيفية نشوء هذا الحق، وأحال ذلك إلى الفقه الإسلامي مباشرة<sup>(٧)</sup>.

وبمجرد الوقف قد يلزم بإسقاط ملك المالك ولا يحتاج ذلك إلى حكم أو قبض أو تسليم ويأتي ذلك على خلاف الصدقة المنجزة، وذلك لأنها إخراج من ملك إلى ملك.

وإيضاحاً لأخذ القضاء العراقي بنظرية الإسقاط فقد جاء ذلك في قرار لمحكمة التمييز العراق (والوقف يلزم بمجرد القول لأنه إسقاط للملك لا إلى مالك، فلا يحتاج إلى حكم، أو قبض وتسليم بخلاف الصدقة المنجزة؛ لأنها إخراج من ملك إلى مالك فتححتاج إلى قبض العين تملك، وهذا هو الراجح المفتى به وعليه العمل)<sup>(٨)</sup>.

(١) فتحي الدريني - دراسات و بحوث في الفكر الاسلامي المعاصر- ج ٢ - ط ١- دار قتيبية - بيروت - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م - ص ٦٧١ - ٧١٤.

(٢) محمد طه البشير ، د/ غني حسون طه - الحقوق العينية - (د. ط) - وزارة التعليم العالي و البحث العلمي - بغداد - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، (٢٦/١).

(٣) المادة (٦٨/١) مدني العراقي ويقابلها نص المادة (٧٠/١) مدني اردني.

(٤) المواد (٤ ، ٥ ، ٦) من قانون إدارة الأوقاف العراقي.

(٥) المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ والمعدل.

(٦) المادة (٤٧/هـ) من القانون المدني العراقي و يقابلها المادة (٥٢/٣) مدني مصري. و أيضاً المادة (٥٠/٣) مدني اردني.

(٧) الشق الأخير من الفقرة (٣) من الأسباب الموجبة لللائحة القانون المدني العراقي.

(٨) رقم القرار ١٧١/مدنية اولى /٧٧ في ٧٧/٥/٣١ - منشور في مجموعة الاحكام العدلية تصدرها وزارة العدل العراقية - بغداد - العدد الثاني - السنة الثامنة - ١٩٧٧ - ص ٨٢.

وبالنسبة لموقف القانون الأردني فإنه من طريق نصوص المواد المتعلقة بالتصرف الإرادي في القانون المدني الأردني تبين لنا أن المشرع الأردني قد ذهب في تصوره القانوني للوقف إلى أنه تصرف بالإرادة المنفردة للواقف بأن يحبس ماله المملوك عن التصرف على حكم ملك الله تعالى، فلا يوهب ولا يورث ولا يوصي به ولا يرهن ويخرج عن ملكه ولا يملك للغير، ولا يجوز فيه الرجوع ويقوم أيضاً بتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً ولا يحتاج على قبول الموقوف عليه؛ لأنه لا يلزمه بشيء كما لا يرتد بالرد؛ لأنه إسقاط محض لوجه الله تعالى<sup>(١)</sup>، وهذا مذهب الإمام أبي يوسف المفتي به والذي تم العمل به في القضاء الأردني قبل صدور القانون المدني بأن الوقف يتم بمجرد قول الواقف: وقفت، وذلك لأنه إسقاط ملك لا إلى مالك<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يشترط القبول في صحة الوقف والاستحقاق ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً فإنه يشترط في استحقاقها القبول<sup>(٣)</sup>.

والفقهاء المعاصرون يرون أن الوقف تصرف بإرادة منفردة تنتج آثارها ولا ترتد هذه الإرادة بالرد<sup>(٤)</sup>. وقد ذهب أحد شراح القانون إلى أن الوقف هو إسقاط محض لا يمكن الرجوع فيه<sup>(٥)</sup>.

وبناءً على كل ما تقدم فإن تصور التكييف القانوني للوقف هو أن الوقف ينشأ بإيجاب الواقف وهو التزام تنشأه الإرادة المنفردة للواقف بإسقاط محض لرقبة العين المملوكة بحبسها ومنع التصرف فيها ولا تحتاج إلى قبول، ومنفعتها إسقاط فيه تملك للموقوف عليه ترد برده ولا تبطل، ولكنها تنتقل إلى من يليه، وبذلك يكون الوقف الموقوف شخصية معنوية مستقلة يرعاه متول عليه، ومنفعته للموقوف عليه على وفق شرط الواقف.

## الفصل الثاني

### صور التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل

- (١) المواد (٢٥٠ - ٢٥٣)، (١٢٣٣ - ١٢٤٣) من القانون المدني الأردني، و المادة (٢) من قانون الأوقاف والشؤون و المقدسات الإسلامية الأردني رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠١.
- (٢) قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية المرقم ٨٤٦٥ لسنة ١٩٥٤ والمنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية - السنة الثالثة - العدد الأول، ص ٣٧.
- (٣) المادة (٩) من قانون أحكام الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.
- (٤) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الموسوعة الفقهية - ج ٣ - ط ٢ - طباعة ذات السلاسل - الكويت - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م - ص ٦.
- (٥) يسري وليد إبراهيم على بك - إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الموصل - ٢٠٠٣ م - ص ٧٨.

لقد تعرضنا في الفصل الأول إلى مفهوم العقار غير المسجل، وفي هذا الفصل سنتناول التصرفات الناقلة للملكية التي ترد على العقار الموقوف غير المسجل سواء كانت هذه التصرفات صادرة من الواقف أو من خلفه، وسواء كانت هذه التصرفات بعوض (معاوضة) أو من دون عوض (تبرع).

لقد سبق أن ذكرنا أن العقار الموقوف غير المسجل هو ذلك العقار الذي توفرت الشروط الشرعية لوقفه كافة ولكن من الزاوية القانونية قد تخلف شرط التسجيل (الشكلية) على اعتبار أن قانون التسجيل العقاري العراقي قد اعتبر التصرف العقاري وهو الوقف غير منعقد إلا بالتسجيل، ومن ثم لا نستطيع القول أن العقار من الناحية القانونية موقوف؛ لأن الوقف كالتصرف لم يتم تسجيله في السجل العقاري الخاص بالعقار، ومن ثم سنكون أمام حالة ولو مؤقتاً يكون العقار فيها موقفاً من الناحية الشرعية وغير موقوف من الناحية القانونية، وفي هذه المرحلة بالذات سيكون الوقف مهدداً بالزوال، سواء بإرادة الواقف وعلمه أو بإرادة خلفه، وهذا الأمر كثير الحصول في الحياة العملية، إذ أن أغلب خلف الواقفين سيستغلون عدم وجود حجة وقف، أو كونها موجودة ولكنها غير منفذة في دائرة التسجيل العقاري، فيقدمون على بيع العقار من أجل الاستفادة من ثمن العقار ولا سيما إذا كان الوقف خيرياً وليس ذرياً، لذا فإن هذه العقارات الموقوفة غير المسجلة ستعرض إلى الضياع والزوال بمرور الزمن.

ولأجل بيان هذه التصرفات سنتناولها بشيء من التفصيل، وذلك بتقسيم هذا الفصل على مبحثين؛ المبحث الأول: التصرفات الصادرة من الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل. والمبحث الثاني: التصرفات الصادرة من الخلف بالعقار الموقوف غير المسجل.

## المبحث الأول

### التصرفات الصادرة من الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل

إن عدم تسجيل العقار لدى دائرة التسجيل العقاري الخاصة بموقع العقار بكونه وقفاً يعطي للواقف صلاحية كاملة من حيث إجراء التصرفات كافة ولا سيما الناقلة للملكية على اعتبار أن الوقف كتصرف قانوني لا يأخذ ولا يعتد به؛ لعدم تسجيله، كما نص قانون التسجيل العقاري الذي يعد قانوناً خاصاً بالنسبة للقانون المدني ولكن من الناحية الشرعية فإن الوقف يكون قائماً، وذلك عند توفر الشروط الشرعية الخاصة بالوقف.

لذا فإن جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية يمنعون الواقف من إجراء أي تصرف في العقار الموقوف ولا سيما التصرفات الناقلة للملكية إلا ضمن الحدود التي رسمتها حجة الوقف سواء بالاستبدال أو الإبدال.

### إن الواقف لا يخرج عن حالة من الحالات الثلاث الآتية:

الحالة الأولى: العقار الموقوف من قبل الواقف ومن دون وجود شهود أو حجة وقف، ومن ثم يتصرف الواقف بالعقار تصرفاً ناقلاً للملكية، ففي هذه الحال لا يمكن من الناحية القانونية منع الواقف من التصرف، ويكون الواقف أثماً من الناحية الشرعية وتصرفه بالعقار يكون صحيحاً من الناحية القانونية (بيع، هبة.....).

الحالة الثانية: العقار الموقوف بوجود شهود، فعند تصرف الواقف تصرفاً ناقلاً للملكية فعندئذ يقوم الشهود بإثبات كون العقار قد تم وقفه سابقاً ومن ثم سيصار إلى إبطال تصرف الواقف.

الحالة الثالثة: العقار الموقوف، وتوجد حجة وقف للعقار، ولكن لسبب ما سواء أراد ذلك أم لم يرد الواقف عدم تنفيذ حجة الوقف بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، ففي هذه الحال يصار إلى تنفيذ حجة الوقف، إذ نص القانون على: (يسجل الوقف الوارد على حق الملكية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات....)<sup>(١)</sup>

إن من حق كل شخص لديه المصلحة في الطعن في تصرفات الواقف ولا سيما الناقلة للملكية التي تؤدي إلى زوال الوقف كالموقوف عليهم أو حتى من الغير، على اعتبار أن الوقف يعد من النظام العام، إذ نص القانون على: (ويعد من النظام العام بوجه خاص.... والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في المال المحجور....)<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن منع التصرف بالعقار الموقوف غير المسجل يحقق المصلحة العامة، لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: التصرفات الصادرة من الواقف أثناء الحياة. والمطلب الثاني: التصرفات الصادرة من الخلف بعد الوفاة.

## المطلب الأول

### التصرفات الصادرة من الواقف في أثناء الحياة

(١) المادة (٢٥٦) تسجيل  
(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٣٠) قانون مدني عراقي.

إن تصرف الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل تصرفاً ناقلاً للملكية سواء بإبداله أو استبداله بعقار آخر جديد ووقف هذا العقار، لا إشكال فيه؛ لأن العقار الموقوف الجديد في المحصلة يحقق غاية الوقف بشروط أفضل إذ نظمت المذاهب الفقهية الإسلامية وكذلك قوانين المقارنة مسألة استبدال الوقف على الرغم من اختلاف الشروط المطلوبة من مذهب إلى مذهب آخر، وهذا الأمر سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

إنما تثار الإشكاليات عند تصرف الواقف بالعقار الموقوف غير المسجل تصرفاً ناقلاً للملكية وهو في نيته إما تحويل العقار الموقوف إلى مال منقول (ثمن العقار) أو شراء عقار جديد من دون أن تكون النية في وقفه، بعبارة أخرى ستكون محصلة تصرف الواقف زوال الوقف، لذلك سنتناول في الفرع الأول من هذا المطلب المعاوزات في الوقف.

## الفرع الأول

### المعاوزات في الوقف

إن المعاوزات في الوقف والناقلة للملكية تكاد تنحصر في البيع، وما في حكم البيع، والثاني قد يكون تبديلاً للوقف وهو ما يشبه المقايضة أو الاستبدال.  
وعليه فإننا سنقسم هذا الفرع على فقرتين؛ الأولى: نتطرق إلى بيع العقار الموقوف غير المسجل، والثاني: نتطرق إلى استبدال العقار الموقوف غير المسجل<sup>(١)</sup>.

### أولاً: بيع العقار الموقوف غير المسجل

لاشك أن الصورة البارزة للمعاوضة في التصرف بأموال الوقف هي البيع، فبيع أموال الوقف هو من المواضيع التي تثير العديد من النقاشات الفقهية والقانونية، إذ أشرنا فيما سبق إلى أن الوقف هو تصرفٌ يوقف فيه الشخص جزءاً من ماله لصالح جهة معينة أو من أجل غرض معين، سواء كان دينياً أو اجتماعياً أو إنسانياً. وعادةً ما يُمنع بيع أموال الوقف، لأن الهدف من الوقف هو أن تظل هذه الأموال مخصصة للغرض الذي أوقف من أجله، ولا يجوز التصرف فيها بأي شكل من الأشكال قد يؤدي إلى تغييره. وعموماً فإن هذه المسألة سنبحثها في إطار الفقه الإسلامي أولاً والتشريعات المقارنة ثانياً.

### ١- موقف الفقه الإسلامي من بيع أموال الوقف:

---

(١) وهناك صور أخرى تعد بحكم نقل الملكية إلا أننا لن نتطرق إليها كرهن الوقف أو الشفعة على المال الموقوف وتبديل الوقف.

القاعدة العامة والأصل في أموال الوقف لدى الفقهاء المسلمين هو عدم جواز بيعها أو التصرف فيها بشكل يغير غرض الوقف. فإذا تم وقف شيء معين مثل أرض أو عقار، يجب أن تبقى هذه الأموال مخصصة للمصلحة الموقوفة من أجلها، سواء كانت لصالح مسجد، مستشفى، أو أي غرض آخر خيرياً. إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل يجوز من طريقها بيع أموال الوقف، وهذه الحالات غالباً ما تتعلق بالحفاظ على مصلحة الوقف واستمراره في تحقيق الهدف الذي أوقف من أجله. فقد ذهب الحنفية إلى أن بيع أموال الوقف غير جائز إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة، مثل تلف المال الموقوف أو عدم صلاحيته للاستعمال، وفي هذه الحال يمكن بيع المال واستبداله بما هو أفضل<sup>(١)</sup>. أما المالكية والشافعية فإنهم يُشددون على عدم جواز بيع أموال الوقف إلا في حالات خاصة، مثل تلف العين الموقوفة أو الحاجة إلى إجراء بيع لضمان الحفاظ على غرض الوقف<sup>(٢)</sup>. وكذلك الحنابلة، فإنهم يشددون على تحريمه بشكل عام، ولا يُسمح ببيع الوقف إلا إذا كان البيع يحقق المصلحة العامة للوقف بشكل واضح<sup>(٣)</sup>. أما الفقه الإمامي فقد شدد على احترام أموال الوقف وحمايتها من البيع أو التصرف فيها إلا في حالات استثنائية للغاية<sup>(٤)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٥٧٧/٦).

(٢) الدسوقي: الشرح الكبير، مصدر سابق، (٦٥/٣).

(٣) الزركشي، شرح الزركشي، مصدر سابق، (٢٨٥/٤). وأشار ابن قدامة في المغني (٢٢٥/٦) إلى أن (الوقف إذا خرب، وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت مواتاً، ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه، وصار في موضع لا يصلح فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه. أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته. وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه، ببيع جميعه. قال أحمد في رواية أبي داود: إذا كان في المسجد خشبتان، لهما قيمة، جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه. .... ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله، وتكون الشهادة في ذلك على الإمام. قال أبو بكر: وقد روى علي بن سعيد، أن المساجد لا تباع، وإنما تنقل آلتها. قال: وبالقول الأول أقول؛ لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت، فلم تصلح للغزو، وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر، مثل أن تدور في الرحي، أو يحمل عليها تراب، أو تكون الرغبة في نتاجها، أو حصاناً يتخذ للطراق، فإنه يجوز بيعها، ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو. نص عليه أحمد....).

(٤) يمكن تلخيص آراء فقهاء الإمامية الأوائل من مسألة بيع أموال الوقف بما أشار إليه العلامة الحلي أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسيدي، تذكرة الفقهاء مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ط ١، ١٤١٤ هـ، ص ٤٤٤، بالقول (وقال المفيد ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع ولا هبة ولا يغيروا شيئاً من شروطه إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه، وكذا إن حصلت بهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حل أو لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضرورات وقال السيد المرتضى مما انفردت به الإمامية القول بان الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وإن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقدان المصنف؟ ومثله قال سلال وابن حمزة وقال ابن البراج وأبو الصلاح إذا كان الشيء وفقاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد شرط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه وإن كان وفقاً على قوم مخصوصين فيه وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه وحصل الخوف من هلاكه وإفساده أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم أو يخاف من وقوع خلاف بينهم يؤدي إلى فساد فإنه يجوز حينئذ بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم بحسب استحقاقهم فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه أيضاً على وجه من الوجوه فقد اتفق هؤلاء العلماء من

أصحابنا على جواز بيعه وفي الجملة أطلق ابن الجنييد المنع من البيع وقال ابن إدريس لا يجوز البيع سواء خرب أو لا وسواء خيف وقوع فتنة بين أربابه أو لا. وأما العامة فقال الشافعي ومالك: لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث. ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها كالعبد إذا أعتق وأشبه الأشياء بالعتق المسجد لان في بيعه إبطال حرمة وقال أحمد: إذا خرب الوقف وبطلت منافعه كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا ولا يمكن عمارتها أو كمسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق باهله ولم يمكن توسعه في موضعه أو تشعت؟ جميعه ولا يمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه ليعمر به بقيته وإذا لا يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه. ويجوز تحويل المسجد خوفا من اللصوص، وإذا كان موضعه قدرا بحيث يمنع من الصلاة فيه ويجوز بيعه عرصه وتكون الشهادة في ذلك على الإمام. وجوز بيع الفرس الموقوف على الغزوة إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل ان تدور في الرحال أو يحمل عليها تراب ويكون للرغبة في نتاجها أو حصادنا؟ يتخذ للطواق فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو وقال محمد بن الحسن إذا خرب المسجد الوقف عاد إلى ملك واقفه لان الوقف انما هو تسهيل المنفعة فإذا زالت المنفعة زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه والشافعية فرقوا بين الشجرة إذا جفت أو الجذع إذا انكسر أو الحصير إذا خلق وبين المسجد إذا انهدم أو خربت المحلة أو تفرق عنها الناس أو تعطل المسجد فإنه لا يعود ملكا بحال ولا يجوز بيعه كالعبد إذا أعتقه ثم رض؟ ولا يشبه جفاف الشجرة لان توقع عود الناس والعمارة قائم وهذا كما لو وقف على تغر فانتسعت رفقة الإسلام فان ربع الوقف يحفظ الاحتمال عوده تغرا ولان الانتفاع في الحال بالصلاة في العرصه ممكن والوجه ان يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكن من عمارته أو مع خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه لان الغرض من الوقف استيفاء منافعه وإذا تعذرت يجوز اخراجه عن حده تحصيلها للغرض منه والبقاء على العين مع تعطيلها لتضييع للغرض وابطال العقد الواقف كما لو عطل الهدي ذبح في الحال وان اختص بموضع فلما تعذر المحل ترك مراعاة الخاص المتعذر ولما رواه علي بن مهزيار في الصحيح قال كتبت إلى (جعفر ان قدما)؟ ابتاع صيغة فوقفها وجعل لك من الوقف الخمس ويسأل عن رأيك في بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشترها أو يدعها موقفه فكتب (ع) إلى: أعلم فلانا أي أمره ببيع حقي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إلي، وإن ذلك رأيي إن شاء الله أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أرفق له، وكتبت إليه أن الرجل كتب ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا وأنه ليس يا من أن يتفاهم ذلك بينهم بعده، فإن كان يرى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما كان وبقائه من ذلك، أمر به فكتب بخطه إلي واعلم أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس. واحتج المانعون من علمائنا بما رواه علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن (ع) قلت جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب صيغتي فلما وفيت المال خبرت؟ أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك ارفعها إلى من أوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتنا ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها كالعتق والجواب القول بموجب الرواية فان المقضي تسويغ البيع هو الخراب أو وقوع فتنة بين أربابه، والتقدير حصول علة منها وعدم معرفة أربابها فانتفى المعينان، فهذا نهاء (ع) عن شرائها والفرق بين العتق والوقف ظاهر؛ فإن العتق إخراج عن الملك بالكلية لله تعالى، والوقف تمليك للموقوف عليه لطلب النفع منه وكان ابن البراج وأبا الصلاح عولا على ما رواه جعفر بن حبان قال سألت الصادق (ع) عن رجل أوقف غلة له على قرابته من أبيه وقرابته من امه فلورثة ان يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولمتكفهم ما يخرج عن الغلة قال نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا فان مفهوم هذه الرواية عدم التأييد واما المسجد فالوجه انه لا يجوز تبديله ولا تحويل ولا بيعه بحال من الأحوال لأنه خرج عن ملك صاحبه الله تعالى فأشبهه العبد الذي أعتق إذا تعطل فإنه لا يعود ملكا لاحد البتة كذا هذا وقول محمد بن الحسن غلط فان واقف المسجد يزول ملكه على كل حال فلا يعود إلى ملكه كالعبد المعتق واحتج أحمد بان عمر كتب إلى سعيد لما بلغه ان قد نقب بيت المال الذي بالكوفة ان نقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لا يزال في المسجد مصل ولان فيما ذكره استبقاء الوقف بمعناه عند التعذر وابقائه بصورته فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قبلها أو غيره وقول عمر ليس حجة ونمنع تعذر استبقاء المنفعة بصورته لأنه قد يمكن بعد ذلك عود العمارة مسألة كل صورة جاز بيع الوقف فيها فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف فان أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى وهل يكون واجبا؟ قال بعض العامة: لا يجب بل اي شيء اشترى بقيته مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه؛ لأن المقصود المنفعة لا الجنس لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع امكان المحافظة كما عليه لا

- مواقف الفقهاء الإمامية في مسألة بيع أموال الوقف تعتمد على مبادئ أساسية، أهمها الحفاظ على غرض الوقف ووصية الواقف. فالأصل عندهم عدم جواز بيع أموال الوقف مطلقاً،<sup>(١)</sup> وذلك لعدة أسباب:
- غرض الوقف ثابت: عندما يوقف شخص مالا، فإن الهدف من ذلك هو تحقيق مصلحة معينة سواء كانت دينية، اجتماعية، أو خيرية. بيع الوقف يتعارض مع هذا الغرض، حيث يؤدي إلى تحويل المال الموقوف عن الهدف الذي أوقف من أجله.
  - حق الموقوف عليهم: المال الموقوف لا يعود للواقف ولا لأهله، بل يتم تخصيصه لجهة معينة، مثل بناء مسجد، أو تقديم المساعدات للفقراء. وبيع الوقف يعني تغيير هذه المصلحة.
- فالفقه الإمامي، لا يجوز بيع أموال الوقف إلا في حالات استثنائية جداً، مثل تعذر الانتفاع بها أو إذا كان البيع يحقق مصلحة أكبر للوقف. يجب أن يتم هذا البيع تحت إشراف قضائي أو فتوى من العلماء المختصين، مع ضمان أن المال المبيع يتم استبداله بما يعزز مصلحة الوقف ولا يغير غرضه.

=

يجوز تغيير الوقف بالبيع مع الانتفاع وما قلناه أولى لما فيه من متابعة شرط الواقف بحسب الإمكان إذا عرفت هذا فإنه أن أمكن شراء شيء بالثمن يكون وقفاً على أربابه كان أولى، فإن اتفق مثل الوقف كان أولى، وإلا جاز شراؤهما كان مما يصح وقفه فإن لم يمكن صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ومراعاة الخصوصية بالكلية تقضي إلى فوات الغرض بأجمعه ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع أنهم يستحقون من الواقف كما يستحق البطن الأول ويقدر وجودهم حالة الوقف وقال بعض علمائنا وبعض الشافعية أن ثمن الوقف يكون كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن إلى الموقوف عليهم ملكاً على رأي وإذا قيل به فإذا قال الموقوف عليه لا يتبعوها وأقلبوها إلى ملكي فعند الشافعية لا يجاب ولا ينقلب عن الوقف ملكاً بل ارتفاع الوقف موقوف على البيع وقال بعض الشافعية انه يجاب إليه وزعم أنه ينقلب ملكاً من غير عقد وقول قالب مسألة لو لم يكف ثمن الفرس الحبيس للوقف لشراء فرس أخرى للغزو أعين به في شراء فرس أحسن يكون بعض الثمن لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفائها وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذا الطريق فيتعين ولو لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلبت وكان غيره أنفع منه لم يجز بيعه لأصالة تحريم بيع الوقف وإنما أبيع المصنف صيانة المقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله).

(١) فيرى الشيخ الطوسي: في كتابه "المبسوط" ج ٥، ص ٢٢٨، إلى أن بيع أموال الوقف لا يجوز بشكل عام، لكنه ذكر بعض الحالات التي يجوز فيها البيع إذا كان المال الموقوف لا يمكن الاستفادة منه أو أن البيع يحقق مصلحة أكبر للوقف. أما العلامة الحلي: في "منتهى المطلب"، أكد على أنه لا يجوز بيع الوقف، لكنه أقر بأنه يمكن اتخاذ بعض الإجراءات لاستبدال الأموال الموقوفة في حالات نادرة. وكذلك الشهيد الأول: في "اللمعة دمشقية"، ص ٨٩، شدد على أن بيع الوقف محظور إلا في حالات معينة يترتب عليها مصلحة للوقف نفسه. أما الوقف في الفقه الإمامي المعاصر، فيظل موقف العلماء المحافظ على مبدأ عدم جواز بيع الوقف، لكن مع بعض التسهيلات في حالات استثنائية يمكن أن يُنظر فيها من قبل الجهات المختصة. بعض القوانين الحديثة في بعض البلدان الإسلامية قد تتيح في حالات نادرة بيع الأوقاف إذا كانت تساهم في تطوير الوقف وزيادة مداخيله. في حين ذهب الشيخ كاشف الغطاء إلى أنه لا يصح بيع الوقف العام؛ لعدم الملك، لرجوعه إلى الله، ودخوله في مشاعره، لكن مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة، يؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة إن كان مسجداً، وعلى إحكام السجلات، وتصرف فائدها فيما ياتلها. كما انه يرى عدم جواز بيع المسجد بما هو مسجد، وأما بعض الأحكام الأخرى الثابتة للوقف العام الذي لا يكون منافياً للمسجدية، فالمقتضي له موجود، والمانع عنه مفقود، كإجارته للزراعة، وصرف أجرته في تعميره، أو إحداث مسجد آخر، والمفروض عدم منافاته للمسجدية؛ لعدم التمكن من الانتفاع به في الصلاة وعبادة أخرى ينظر: المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٧: ٥٤ - ٥٥. شرح القواعد، كاشف الغطاء ٢: ٢٢٠ - ٢٢١.

وقال الشيخ الطوسي، والمحقق الحلي، والعلامة الحلي: (لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، وإذا خيف خرابه وبطلانه جاز بيعه)<sup>(١)</sup>.

وإن السيد السيستاني<sup>(٢)</sup> قال: إذا تم الوقف بشرائطه الشرعية خرج المال الموقوف عن ملك الواقف، وأصبح مالا لا يوهب ولا يورث ولا يباع إلا في موارد معينة يجوز فيها البيع، وللواقف أن يجعل - ضمن إنشاء الوقف - حق جعل المتولي لنفسه أو لغيره، كما أن له أن يجعل نفسه متولياً ما دام على قيد الحياة، وله أن ينصب غيره للتولية، ولكن لا يجب على الغير القبول، فإن قبل تعين يوجب عليه العمل بما قرره الواقف من الشروط وإن لم ينصب أحداً للتولية ولم يجعل حق نصبه لنفسه أو لغيره فالمال الموقوف إن كان موقوفاً على أفراد معينة على نحو التمليك كأولاد الواقف مثلاً جاز لهم التصرف في العين الموقوفة بما يتوقف على انتفاعهم منها فعلاً من دون أخذ إجازة أحد فيما إذا كانوا بالغين عاقلين، وإذا لم يكونوا بالغين أو عاقلين كان زمام ذلك ونحوها، وكذلك الوقف على العنواوين العامة من الناس كالفقراء أو العلماء ونحوهما، بل وكذا الأوقاف الخاصة كالوقف على الذرية.

ومن طريق استعراض موقف الفقه الإسلامي يمكن بيان حالات بيع أموال الوقف وهي:

أ- إذا كانت الأموال الموقوفة غير صالحة للانتفاع: في حال كان المال الموقوف غير قادر على تحقيق الغرض الذي أوقف من أجله، مثل الأراضي الزراعية التي أصبحت غير صالحة للزراعة أو العقارات التي أصبحت مهددة بالانهيار.

ب- إذا كانت مصلحة الوقف تقتضي بيع المال الموقوف: إذا كان بيع المال الموقوف يساعد في الحفاظ على الوقف وزيادة مداخيله، مثل بيع عقار غير مستثمر على أن يتم شراء عقار أفضل وأكثر قدرة على تحقيق عوائد مالية لخدمة الغرض الموقوف من أجله.

ت- عند الضرورة أو الحاجة الملحة: في حالات استثنائية، مثل وجود حاجة لتسديد ديون أو حالات الطوارئ التي تهدد استمرارية الوقف.

ث- إجازة الولي أو القاضي الشرعي: في بعض الحالات، قد يُسمح ببيع أموال الوقف بشرط الحصول على إذن من الجهة القضائية المختصة أو من المسؤولين عن الوقف، وذلك بناءً على ما يراه القاضي من مصلحة للموقوف.

إلا أنهم وضعوا شروط بيع أموال الوقف: في حالة إجازة بيع أموال الوقف، هناك بعض الشروط التي يجب مراعاتها، وهي: أن يُحقق البيع مصلحة الوقف. وأن يتم بيع المال الموقوف بموافقة الجهة

(١) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣/٣٠٠)، المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢/٢٧٠)، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، تحرير الأحكام، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهاري، مطبعة اعتماد - قم، ط ١، ١٤٢٠هـ، (٢/٢٧٩).

(٢) السيد السيستاني، المسائل المنتخبة، مسألة ١٢٧٤، منشورة على الرابط <https://www.islam4u.com> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/٢٦. رائد العبيدي، الوقف قانوناً وشرعاً، مطبعة ستاره، ط ١، ٢٠٠٠، ص ١٤٢.

المشرفة على الوقف، مثل الأوقاف الرسمية أو مجلس إدارة الوقف. وأن يتم استبدال المال المبيع بمال آخر يعود بالنفع على الوقف ويحقق الغرض نفسه.

عليه يمكن القول بأن بيع أموال الوقف هو أمر محظور في الغالب، إلا إذا كانت هناك ظروف استثنائية تستدعي ذلك.

هذه الظروف تشمل حالات الضرورة أو المصلحة التي تضمن الحفاظ على الوقف وتحقيق غرضه، ويجب أن يتم البيع وفقاً لضوابط دقيقة تحت إشراف الجهات المعنية.

## ٢- موقف التشريعات المقارنة

في القانون الأردني وبحسب ما وضحنا أنه لا يجوز بيع الوقف على اعتبار أن الوقف عند تحقق أركانه وشرائطه، فالوقف إن كان منقولاً على وفق القانون المدني الأردني فإنه يكون خاضعاً على وفق الأحكام التي يسري عليها الموقوف في ظل هذا القانون، فإن رجعنا إلى المادة (١٢٤٤) من القانون المدني الأردني نجد أنها أشارت إلى أن الأحكام الشرعية هي التي تجري على الوقف إذا تعلق بالمنقول. أما بخصوص بيع الموقوف أو توريثه أو الإيصال به أو رهنه استناداً لأحكام المادة (١٢٤٣) من القانون المدني على وبعد إتمام الوقف لا يصح وهب الموقوف أو الإرث أو الإيصال به أو رهنه بل يخرج عن ملك الواقف ومن ثم لا يجوز أن يملك الغير ماذا يعني عدم جواز بيع العقار الموقوف سواء من المالك الواقف أو من الغير أو من الخلف العام أو الخاص أو حتى من قبل المتولي الشرعي على الوقف وإن أجاز القانون استبدال العقار الموقوف عند وجود مسوغ شرعي وبإذن المحكمة كما سنوضح ذلك لاحقاً.

أما موقف المشرع المصري فنجد في قانون الأوقاف المصري، إذ نص على (لواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك، على أن لا ينفذ التغيير إلا في حدود هذا القانون. ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف. ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحاً)<sup>(١)</sup>. ما يعني عدم جواز التصرف بالعقار الموقوف غير المسجل سواء من قبل الواقف أم خلفه العام أو الخاص.

أما موقف القانون العراقي فقد نص على: (تضاف الفقرة التالية إلى المادة الثالثة عشرة من النظام، وتكون الفقرة الأولى لها ويعدل تسلسل بقية الفقرات)<sup>(٢)</sup>.

(١) المادة (١١) قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٢) المادة (٥) من نظام التعديل الثالث لنظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩.

بيع الموقوف لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي ببديل تقدره لجنة التقدير وبقرار من المجلس ومصادقة الوزير.

أما ما يخص العقار فإن العقار الموقوف وغير المسجل على وفق الإجراءات الأصولية التي حددها قانون التسجيل العقاري فإنه وإن يقع شرعا هذا الوقف عند تحقق أركانه إلا أنه من الناحية القانونية يعد سند ملكية العقار، وكأنما هو ملك خاص للواقف، أي بمعنى أن الواقف بحياته يستطيع أن يتصرف به تصرفات المالك على وفق القانون طالما أنه لم يعلم بالوقف أو يؤشر أن العقار موقوف. ومن ثم يمكن القول بصحة بيعه وهذا الأمر أيضا في القانون العراقي ينطبق على ورثة الواقف بعد وفاته، أي يستطيعون أن يتصرفوا بالعقار الموقوف غير المسجل وكأنه ملك خاص بمورثهم (الواقف)، ومن ثم باستطاعتهم أن يقوموا بعملية انتقال الملكية من مورثهم الواقف إليهم والتصرف به شتى التصرفات الناقلة للملكية، ومنها البيع. ولا شك أن موقف المشرع العراقي سواء في قانون التسجيل العقاري وقانون إدارة الأوقاف العراقي النافذ هو موقف محل انتقاد برأي الباحث، ذلك بأن الوقف يستمد أحكامه من الشرع، ومتى تحققت شروط الوقف وأركانه انتقلت ملكية المال الموقوف من الواقف إلى ملك الله تعالى، آخذين بالجدية التحايل على الأحكام الشرعية لا سيما إذا ما علمنا أن مسائل الأحوال الشخصية ومنها الوقف تعد من قبيل النظام العام الذي أشارت إليه المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي فهي تدخل في أحكام الحل والحرمة، وعليه يقترح الباحث أن يوجد نص بموجبه دائرة التسجيل العقاري تضع إشارة في سجل العقار المراد استخراج حجة الوقف له وذلك ان يرد طلب من القاضي المطلوب فيه بيان عائدة العقار والحقوق المترتبة عليها كي يستطيع القاضي بيان عائدة العقار إلى المالك (الواقف) ومن ثم تقوم دائرة التسجيل العقاري بمتابعة مراحل إكمال حجة الوقف، فإذا اكتملت قضائياً تقوم دائرة التسجيل العقاري بتسجيل حجة الوقف من تلقاء نفسها حتى اذا لم يقم الواقف بذلك، كما يطلب القانون منه. وبذلك فإن فرص التصرف بالعقار الموقوف غير المسجل تكون أقل إذا لم تكن معدومة؛ لأن دائرة التسجيل العقاري سيكون لديها علم بأن العقار في طريقه إلى الوقف.

#### ثانياً: استبدال العقار الموقوف غير المسجل

ان استبدال<sup>(١)</sup> الوقف والذي يعد من المعاوزات هو من أكثر الموضوعات التي أثارت جدلاً واسعاً بين الفقهاء؛ لأهميتها بالنسبة للوقف، ويقصد باستبدال الوقف بيع عين من أعيانه وشراء عين أخرى للوقف بدلاً من تلك التي تم بيعها وللاستبدال عند الفقهاء صورتان هما:

(١) الاستبدال لغة من بدله ببده بدلاً: غيره وبه أو منه: منه بدلاً، أي عوضاً وخلفاً، وبدل الشيء شيئاً آخر جعله بدله واستبدله وبه؛ أخذه مكانه. والبديل العوض والخلف والقائم مقام الشيء. (القاموس المحيط للبيهقي؛ مادة بدل) ولا يخرج استعمال من تحدث عن استبدال الوقف من الفقهاء والقانونيين عن معناه اللغوي وإن اشترطه بعض الشروط. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوقف وأحكامه، مصدر سابق، ص ٢٧١.

الأولى: وهي القيام ببيع عين من أعيان الوقف وشراء عين أخرى بثمن العين بدلاً منها، لتحل محلها في الوقف، وهذه الصورة يطلق عليها الاستبدال<sup>(١)</sup>.

الثانية: وهي القيام بمقايضة عين موقوفة بأخرى لتحل محلها في الوقف، وهذه الصورة يطلق عليها الإبدال<sup>(٢)</sup>.

فسيتم تقسيم الموضوع على وفق موقف فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، وموقف القانون ثانياً.

#### أولاً: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية

إن في الاستبدال حالتين تمثلان المعالم العامة لقاعدة الاستبدال في الأوقاف وهما:

الحالة الأولى: في حالة وجود موقف من الواقف في موضوع الاستبدال

١. حالة الإذن بالاستبدال:-

اختلف الفقهاء في استبدال الوقف في هذه الحال على آراء:

أ- في المذهب الحنفي: إذ اختلف الحنفية في مدى صحة شرط الاستبدال من عدمه على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الشرط صحيح استحساناً وبه قال ابو يوسف.

الرأي الثاني: الشرط باطل قياساً، غير ان هذا البطلان لا يؤثر على صحة الوقف، وهو إلى محمد

بن الحسن<sup>(٣)</sup>.

الرأي الثالث: الشرط والوقف باطلان<sup>(٤)</sup>.

وإن الرأي الأول هو الصحيح رواية ودراية<sup>(٥)</sup>.

ب- في المذهب المالكي: يرى المالكية جواز الاستبدال في هذه الحالة<sup>(٦)</sup>.

ت- في المذهب الشافعي: جوز الشافعية أن يشترط الواقف لغيره أو لنفسه استبدال الوقف<sup>(٧)</sup>

ث- في المذهب الحنبلي: ذهب الحنابلة إلى صحة الوقف مع فساد الشرط<sup>(٨)</sup>.

خلاصة القول أن المالكية والشافعية وأبا يوسف من الحنفية يرون أن استبدال الوقف جائز، ولكن

الحنابلة ومحمد بن الحسن ذهبوا إلى أن العقد صحيح وأن الشرط فاسد، وانفرد رأي من الحنفية في أن

الشرط والوقف يبطلان. حالة النهي عن استبدال الوقف:-

(١) د. أحمد الكبيسي، المصدر السابق، ص ٩. وليد رمضان عبد التواب، الوقف شرعاً وقانوناً، ج ١، ط ١، دار شادي، القاهرة، ص ٣٩٩.

(٢) وليد رمضان عبد التواب، المصدر نفسه، ص ٣٩٩.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، (٤٣٩/٥).

(٤) الطرسوسي نجم الدين إبراهيم، الفتاوى الطرسوسية، مطبعة الشرق، مصر، ١٩٢٦، ص ١١٣.

(٥) فخر الدين قاضيخان الحنفي، الفتاوي الخانية، ٣/٣٠٦.

(٦) عبدالله بن عبدالله بن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، بهامش تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط (١٠٥/٢).

(٧) الرملي، فتاوي الرملي، (٤١/٣).

(٨) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م،

(٢٩٥/٤).

إن آراء الفقهاء اختلفت في حكم استبدال الوقف في هذه الحالة كما يأتي:

أ- في المذهب الحنفي: إذ اشترط أن لا يستبدل الوقف ورأى الحاكم أن المصلحة تتحقق للوقف في استبداله، يكون قد اجتمع رأي الحاكم مع قول الواقف، فإذا تم الأخذ بشرط الواقف تفوت المصلحة من الوقف على الموقوف عليهم، وإذا أخذ رأي الحاكم تتحقق المصلحة، فقد قيل ان الشرط باطل لا فائدة منه وإن للقاضي الكلام؛ لأن نظره أعلى وهذا شرط غير موافق للشرع فلا يعمل به<sup>(١)</sup>.

ب- في المذهب المالكي: يرى المالكية إذا اشترط الواقف في وثيقة الوقف عدم بيع الوقف واستبداله غيره، وجب العمل بشرطه لأنه جائز، فأى تصرف يعد باطلاً ووجب رده، وإن امتنع الناظر زجره الحاكم<sup>(٢)</sup>.

ت- في المذهب الشافعي: لا يُجيزُ الشافعية التصرف عند النهي عنه؛ لأن المسلمين عند شروطهم<sup>(٣)</sup>.

ث- في المذهب الحنبلي: يرى الحنابلة أنه إذا كان الوقف لا يرجى منه خير، فإنه يجب بيعه ولو اشترط الواقف عدم بيعه<sup>(٤)</sup>.

ج- أما الإمامية فعندهم جواز الاستبدال للوقف بالبيع وهو حكم شرعي يقوم به من هو مرتبط بالوقف أولاً، فإن قام به الناظر والمتولي الذي تكون نظارته وتوليته على الوقف من مداراة العين الموقوفة وشؤونها، فهو فرد قام بحكم شرعي جائز مرتبط بولايته على الوقف، وإن قام به الموقوف عليهم فهو أيضاً جائز لأنهم امتثلوا للحكم الشرعي الذي هو جواز البيع والاستبدال لشيء مرتبط بهم وهو الوقف. فإن لم يقم به هؤلاء فإن الحاكم الشرعي له نحو ارتباط بالوقف الذي لولا تعيين الواقف ناظراً أو متولياً على الوقف لكانت الولاية له، فهو الذي يقوم بالإبدال والبيع، فإن لم يقم به لكثرة انشغالاته ولم يعين وكياً له في ذلك وقام به عدلٌ من المؤمنين أو عدولهم فهو أيضاً جائز؛ لأنه حكم شرع كفاي، بل إذا قام به فساقهم فهو جائز إذا كان عملهم على طبق الضوابط<sup>(٥)</sup>.

خلاصة القول أن المالكية والشافعية لا يجيزون استبدال الوقف إذا نهى عنه الواقف، لكن الحنفية والحنابلة يجيزونه إذا كانت فيه مصلحة.

الحالة الثانية: في حالة سكوت الواقف عن موضوع الاستبدال

إن الفقهاء في هذه الحال يميزون بين استبدال المسجد وغيره، وفي غير المسجد بين تام المنفعة ومنقطع المنفعة على مسألتين:

المسألة الأولى: استبدال الوقف غير المسجد

(١) الطرسوسي، الفتاوي الطرسوسية، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٢) أبو عبد الله محمد عليش، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت. دبط، (١٥٩/٢).

(٣) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٨٢/٥).

(٤) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصدر سابق، (٣٦٧/٤).

(٥) الشيخ حسن الجواهري، كتاب الوقف، شابك (ردمك) ط ١، ١٤٣٩هـ، ص ٤٩٤.

إن الوقف قد يكون تام المنفعة وقد يكون غير تام المنفعة، والحكم فيهما مختلف كما يأتي:

### ١. حكم استبدال العقار الموقوف منقطع المنفعة

أ- في المذهب الحنفي يوجد رأيان:

الرأي الأول: يجوز استبدال العقار الموقوف اذا انقطعت منفعته، إذا كان باذن القاضي وتتحقق فيه المصلحة<sup>(١)</sup>.

الرأي الثاني: لا يجوز استبداله<sup>(٢)</sup>؛ لأن الوقف لا تطلب به التجارة، وما سميت العين الموقوفة وقفاً إلا لأنها لا تباع، والقول بالجواز هو الأصح<sup>(٣)</sup>.

ب- في المذهب المالكي: إن المالكية فرقوا في حكم بيع العقار منقطع المنفعة واستبداله، إذ أجازوا بيعه بالاتفاق وهو ما انقطعت منفعته ولم يرخ أن تعود وفي إبقائه ضرر، وقسم لم يجيزوا بيعه بالاتفاق وهو ما يرجى عود منفعته ولا ضرر في بقاءه<sup>(٤)</sup>.

ت- في المذهب الشافعي: لا يرى الشافعية جواز بيع الأرض الموقوفة في جميع الأحوال حتى وإن انقطعت منفعتها، واختلفوا في استبدال الدار الموقوفة إذا أشرفت على الانهدام أو انهدمت على ثلاثة آراء<sup>(٥)</sup>:

الرأي الأول: يجوز بيعها واستبدالها سواء كانت موقوفة على المسجد أو غيره.

الرأي الثاني: يجوز ذلك في الموقوفة على المسجد دون غيرها.

الرأي الثالث: لا يجوز مطلقاً، وبهذا أفتى الشيخ أبو زكريا لبقاء الانتفاع أرضها وإمكان عمارتها<sup>(٦)</sup>.

ث- في المذهب الحنبلي: القول الصحيح عندهم هو الجواز وعليه أغلب الحنابلة<sup>(٧)</sup>.

ج- في المذهب الإمامي: الإمامية يرون جواز استبدال ما بطل نفعه<sup>(٨)</sup>.

### ٢. حكم استبدال الوقف تام المنفعة

أ- وعند الإمامية إذا تضرر المسجد لا يجوز بيعه وان تعذر تعميره وأما غير المسجد من الأعيان الموقوفة البستان والدور تبطل وقفيتها بالخراب الموجب العنوان وان امكن تعميرها عمرت مع امكان المادة والعنوان وإلا يبيعت والاحوط أن يشتري بثمنها بيت آخر ويوقف على نهج الوقف الأول<sup>(٩)</sup>.

ب- في المذهب الحنفي: الحنفية لا يجيزون بيع الوقف إذا كان له ربيع واستثنوا حالتين؛ الأولى تتعلق بوقف

يجاور مسجدا ضاق بأهله، والثانية إذا وجدت عين أخرى أدر نفعاً وأثر نفعاً، ففي الحالة الأولى يباع

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٥٨٤/٦).

(٢) الطرسوسي نجم الدين إبراهيم، الفتاوى الطرسوسية، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٥٨٤/٦).

(٤) علي بن محمد اللخمي، التبصرة، دراسة وتحقيق: د. احمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط ١، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م. ص ٢٤٥.

(٥) الرملي، فتاوى الرملي، مصدر سابق، (٦٥/٣).

(٦) زكريا بن محمد الانصاري، فتاوى شيخ الاسلام، مطبعة القرقي، دمشق، ١٢٥٥هـ، ص ١١٦.

(٧) مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى، مصدر سابق، (٣٦٦/٤).

(٨) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٢، مصدر سابق، مسألة ١٢٨٥.

(٩) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، مسألة ١٢٤٨.

- الوقف ليوسع به المسجد<sup>(١)</sup>، إذا لا يوجد مسجد آخر، والثانية اختلفوا فيها على رأيين؛ الأول: لا يجوز استبداله من قال به هلال وهو الأصح المختار<sup>(٢)</sup>، والرأي الثاني: يجوز استبداله وقال به أبو يوسف<sup>(٣)</sup>.
- ت- في المذهب المالكي: إن المالكية يرون بعدم جواز بيع الموقوف إذا كان قائم المنفعة.
- ث- في المذهب الشافعي: إن الشافعية لا يجوزوا بيع الوقف إذا كان عامر.
- ج- في المذهب الحنبلي: إذا كان غيره أفضل منه يجوز استبداله لوجود المصلحة<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: الموقف القانوني

إن التشريع العراقي والتشريعات الأخرى محل المقارنة لم تكن بمعزل عن تنظيم استبدال الوقف إذ إن هذا الموضوع تم تنظيمه تشريعياً وإن المشرع العراقي في قانون إدارة الأوقاف تطرق إلى ذلك، فقد أجاز استبدال الشيء الموقوف بشرط المصلحة، ويكون من المتولي أو الديوان<sup>(٥)</sup> بقرار من المجلس<sup>(٦)</sup>. استناداً إلى النص الآتي: (لديوان وللمتولي استبدال الموقوف الذي تتحقق المصلحة في استبداله بعقار أو بنقد أيهما أنفع للوقف ويتم ذلك بقرار من المجلس وموافقة رئيس ديوان الوقف السني أو مجلس ديوان الوقف الشيعي أو مجلس ديوان الديانات المسيحية واليزيدية والصابئة المندائية من دون الحاجة إلى الحصول على حجة من محكمة الأحوال الشخصية بذلك)<sup>(٧)</sup>. وإن العقار يستبدل بالمزايدة العلنية<sup>(٨)</sup>.

وقام التشريع الأردني هو الآخر بتنظيم ذلك إذ أجاز الاستبدال، ويكون الاستبدال من المجلس وبإذن من المحكمة الشرعية بشرط وجود المسوغ الشرعي استناداً إلى النص الآتي: (الموافقة على استبدال العقارات الوقفية بإذن من المحكمة الشرعية المختصة عند وجود المسوغ الشرعي)<sup>(٩)</sup>.

أما التشريع المصري فقد عالج ذلك إذ أجاز الاستبدال من الأوقاف بشرط صدور إسهاد بذلك ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية استناداً إلى النص الآتي: (من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه، ولا التغيير في مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الأوقاف، إلا إذا صدر بذلك إسهاد

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٥٧٧/٦).

(٢) ابن عابدين، المصدر نفسه، (٥٨٤/٦).

(٣) ابن عابدين، المصدر نفسه، (٥٨٨/٦).

(٤) تقي الدين أبي العباس أحمد الحراني، الفتاوى الكبرى، الجزء الخامس، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠. (٥١٤/٤).

(٥) ديوان الأوقاف.

(٦) مجلس ديوان الوقف الشيعي أو السني أو الديانات الأخرى.

(٧) الفقرة (٦/١) قانون إدارة الأوقاف العراقي.

(٨) المادة (١٣) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ النافذ والمعدل.

(٩) الفقرة (٧/أ) من القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم (٣١) لسنة ٢٠١٢.

ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدقتر المحكمة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### التبرعات في الوقف

التبرع هو: (تمليك العين بلا عوض)<sup>(٢)</sup>، أو هو: (تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض)<sup>(٣)</sup>، وأشار موضوع التبرع بالمال بالمال الموقوف خلافاً فقهاءً وتشريعياً، لاسيما في ملكية الواقف للعين الموقوفة من عدمها، وراح كل يسوق حججه وأدلته ليبرر موقفه.

لذلك ومن أجل بيان الخلاف بخصوص التبرع بالمال الموقوف، فإننا نستعرض الآراء الفقهية والتشريعية من طريق تقسيم الفرع إلى فترتين مستقلتين كما يأتي:

#### أولاً/ الموقف الفقهي من التبرع بالمال الموقوف:

اختلف فقهاء جمهور المسلمين بخصوص التبرع بالمال الموقوف، وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهاً:-

#### الأول/ الاتجاه المانع:-

وهذا الاتجاه تبناه جمهور فقهاء المسلمين وذهبوا إلى عدم جواز التبرع بالمال الموقوف؛ لأن الوقف يصبح لازماً متى صدر عن الواقف مستكماً شرائطه<sup>(٤)</sup>، ولا مجال فيما بعد التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف ناقل لمليتها، ووجب حبسها والتصدق بمنفعتها، مع بعض الاختلافات في شرط اللزوم ومداه<sup>(٥)</sup>.

فالحنفية في لزوم الوقف رأيان مشهوران؛ أحدهما رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن وجمهورهم، وهم يرون الوقف لازماً بالتسليم، وقد أشار الكاساني بالقول: (وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء يجوز حتى لا يباع ولا يورث ولا يوهب...)<sup>(٦)</sup>.

(١) المادة الأولى من قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ النافذ والمعدل.

(٢) د. عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ط١، دار النفائس، الأردن، عمان، ٢٠٠٨، ص٢٦.

(٣) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، الفناع، مصدر سابق، (٢٩٨/٤).

(٤) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص٣٠.

(٥) د. محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص٣١٠.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، (٢١٨/٦).

واشترط محمد حتى تزول الملكية عن الواقف القبض أو التسليم، وفي المسجد اشترط أبو حنيفة ومحمد الإفراز والأذان بالصلاة، واكتفى أبو يوسف بالقول<sup>(١)</sup>.

ويرى المالكية أن الواقف لا يستطيع أن يتصرف في الوقف ببيع أو هبة أو غيرهما من التصرفات الناقلة للملكية؛ وذلك لقولهم بلزوم الوقف وامتناع الرجوع فيه إجمالاً، ولا يتوقف على حكم القاضي حتى يقبض ويصبح لازماً بعد التسليم كالصدقة المنجزة التي تملك بها العين المتصدق بها في الحال، ومن ثم فهم يعدون القبض شرطاً من الشروط الواجب توفرها للزوم الوقف ولا يتحقق القبض إلا بالتسليم، فتسليم المسجد يكون بالصلاة فيه، والمقبرة بدفن الميت فيها، أما الأعيان الأخرى فتكون بتنصيب المتولي وتسليمها العين الموقوفة إليه. إلا أن لديهم تفصيلاً في المسألة، قال اللخمي من فقائهم: (الحبس أصناف: صنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ولا يحتاج إلى حائز مخصوص كالمساجد، وصنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ويتعين حائزه، وهو المحبس على معين، وصنف يصح بقاء يده عليه إذا نفذه في ما حبسه عليه كالخيل يغزى عليها والكتب، فإذا لم يكن الحبس على معين صح أن يعود إلى يده بعد قبضه؛ ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاذه للجهد أو الكتب للقراءة.... حتى مات المحبس، وقيل يبطل الحبس، ولو كان يركب الدابة إذا عادت إليه لرياضتها لم يفسد حبسها، ولو كان يركب حسب ما كان يفعل بطل حبسه)<sup>(٢)</sup>. أما بداية لزومه فإنها متعلقة بحياسة الموقوف، فإن لم يخرج من يده حتى مات لم يجز؛ لأنه يأخذ حكم الوصية عند الملكية إلا بالإيضاء<sup>(٣)</sup>.

وعلى الرغم من إن الشافعية اتفقوا مع المالكية والحنابلة وغيرهم في لزوم الوقف، إلا أنهم اعتبروه لازماً في الحال، ولو إضافة إلى ما بعد الموت، ولو لم يسلمه، كما هي شروط غيرهم عملاً بقاعدة: (إذا صح لزوم) ويمتنع الوقف عن التصرف فيه ولا يملك صاحبه الرجوع فيه؛ لأن الملكية في العين الموقوفة زالت<sup>(٤)</sup>، فالوقف عندهم بمنزلة الهبة والصدقة ولا يرتب آثاره إلا بالتسليم إلى الجهة الموقوف عليها، إلا أن الوقف إذا كان على معين لا يلزم إلا بقبول الموقوف عليه. قال النووي في متن المنهاج (وإن الوقف على معين يشترط فيه قبوله، ولو رد بطل حقه، شرطنا القبول أم لا)<sup>(٥)</sup>.

(١) د. عكرمة سعيد صبري، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) اللخمي، التبصرة، مصدر سابق، ص ١٠٦. عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ج ٧، دار الفكر، بيروت، د. ط، ص ٦٧.

(٣) الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي، دار الفكر، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٣٤٦.

(٤) زكريا الانصاري، الغرر البهية مصدر سابق، (٣٨٧/٦).

(٥) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التبيين، ط ١، دار القلم، دمشق، د. ط، ص ٢٣٧. والشيخ محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج للنووي، دار الجيل، لبنان، بيروت، ١٩٨٤، ص ٣٠٤. شهاب الدين القليوبي، حاشية القليوبي مصدر سابق، (١٤٨/٣).

ويرى أبو يوسف صاحب أبي حنيفة أن الوقف يصبح لازماً بمجرد صدوره من دون الحاجة لصدور حكم بوجوبه أو تسليم الموقوف إلى المتولي، وبحسب رأيه فإن الوقف هو إسقاط الملكية عن العين الموقوفة كالعق، إذ إن هذا الأخير يتم ويلزم بمجرد القول<sup>(١)</sup>.

وسلك الحنابلة مسلك الجمهور في لزوم الوقف، واشتروا لذلك القبض وفاقاً للملكية في الحبس على معين، فعن أحمد لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده، كما انتقد ابن قدامة ما ذهب إليه أبو حنيفة وما احتج به من رأى رأيه. وأضاف (إن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح)<sup>(٢)</sup>.  
أما الإمامية مع قبض الوقف وإلا بطل<sup>(٣)</sup>.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء في أوقافهم على اللزوم بالأدلة الآتية:

١. قوله (ص) (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)<sup>(٤)</sup>. فلا تكون صدقة جارية إلا إذا كانت لازمة مؤبدة، وإلا كانت مما يتصرف فيه فيخرج من حكم الصدقة الجارية إلى حكم الصدقة العادية.

٢. وقف عمر بن الخطاب عن قول الرسول (ص) له (إن شئت حبست أصله، ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن لتنفق ثمرته)<sup>(٥)</sup>. ولا معنى عندئذ لتسمية الوقف حبساً أو وقفاً ما لم يكن لازماً.

٣. عن جابر بن عبد الله قال: (ما أعلم أحد له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله صدقة مؤبدة لا توهب ولا تورث)<sup>(٦)</sup>.

٤. إن الوقف عطية تلزم بالوصية بعد الوفاة، فجاز أن يلزم الوقف بالعطية في الحياة كالهبات<sup>(٧)</sup>.

٥. إن الفقهاء بما فيهم أبو حنيفة قد ذهبوا إلى أن وقف المسجد يكون ملزماً من دون حاجة إلى حكم القاضي ولا إلى إضافة ما بعد الموت، فيقاس هذا على سائر الموقوفات<sup>(٨)</sup>.

(١) أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٤، (٣/٣٧٥).

(٢) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج٦، مصدر سابق، ص١٨٦.

(٣) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، مسألة ١٢٧٧.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، مصدر سابق، (٦/١٠٩). وصحيح مسلم، ج٢، ص١٢٥٥، كتاب الوصية. وسنن أبي داود، ج٣، ص٣٠٠.

(٥) البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، مج٢، دار الزهراء للأعلام العربي، القاهرة، الحديث رقم ٢٧٣٧، ص٢٥٥.

(٦) د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا، مصدر سابق، ص٣١٤.

(٧) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص٣٠.

(٨) د. عكرمة سعيد صبري، مصدر سابق، ص٥٩-١٦٠.

## الثاني/ الاتجاه المجيز:-

وهذا الاتجاه تبناه أبو حنيفة وتلميذه زفر بن الهذيل<sup>(١)</sup>، ويذهب إلى جواز التصرف بالمال الموقوف سواء أكان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة، ذلك لأن الوقف عندهم لا يعد لازماً، فتظل العين الموقوفة على ملك الواقف يجوز له التصرف فيها كما يشاء بأي تصرف سواء ناقل للملكية أم لا، ويرى أن الوقف يحبس العين على الملك وتصرف بالمنفعة إلى الجهة التي سماها، وأن الوقف عنده بمثابة العارية التي تعد جائزة غير لازمة<sup>(٢)</sup>، فتصرف إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف، ومن ثم للواقف أن يرجع فيه متى شاء، وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة وغير ذلك<sup>(٣)</sup>. غير أن الوقف عند أبي حنيفة يخرج عن قاعدة عدم اللزوم في ثلاث حالات هي:

١. إذا حكم القاضي بلزومه:- وذلك كما لو أراد الواقف الرجوع، بحجة عدم اللزوم، على رأي أبي حنيفة، وخاصمه الموقوف عليه، ف قضى القاضي باللزوم، ومنع الواقف من الرجوع، فإن الوقف يصبح متفقاً على لزومه، في سائر الاجتهادات، وهذا متفرع عن نظرية فقهية متفق عليها، هي: (إن القضاء في فصل مجتهد فيه، يرفع الخلاف). فالقضاء بلزوم الوقف، يجعل الوقف المقضي فيه لازماً، في نظر أبي حنيفة، وإن كان مذهبه فيه عدم اللزوم<sup>(٤)</sup>.

٢. أن يكون الوقف مسجداً:- فهو لازم بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه<sup>(٥)</sup>.

٣. أن يخرج الوقف مخرج الوصية:- كما لو قال الواقف إذا مت، فداري هذه وقف على كذا وكذا، فهذا يعدّ من قبيل الوصية. وهذا عند أبي حنيفة، إنما يلزم بعد موت الواقف من ثلث تركته، فإن لم يخرج من الثلث، توقف الزائد على إجازة الورثة، مع ملاحظة أن لا يكون في الموقوف عليه وارث، وإلا طبق فيه حكم الوقف على الوارث<sup>(٦)</sup>.

ويستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة كثيرة من بينها:

(١) برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ مع فتح القدير، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ٤٠.

(٢) د. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص ٥٩٩.

(٣) رمضان على السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩٧.

(٤) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

(٥) د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٦) د. محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف والوقف (في الفقه والقانون والقضاء)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٥١٧.

- (١) عن ابن عباس (رض) أن النبي (ص) لما نزلت آية الفرائض قال " لا حبس عن فرائض الله"<sup>(١)</sup>.
- (٢) إن الوقف تمليك منفعة دون العين فلا يلزم كالعارية<sup>(٢)</sup>.
- (٣) إن للواقف حق الولاية على وقفه، وله تعيين متولٍ عليها وعزله، وله توزيع ريعه كما يشاء على مقتضى الشرط، وهذه الصلاحيات ما كانت من ولأية طارئة فوجب أن يكون مردها ملكه، فكان شبيها بالعارية والعارية جائزة غير لازمة<sup>(٣)</sup>.
- (٤) إن الملكية تقتضي حرية التصرف بالبيع والهبة والرهن وتنويع الاستغلال، فكل عقد يمنع تلك الحرية التي هي لازمة للملكية يجب أن يكون باطلاً؛ لأنه يفصل اللزوم عن ملزومه<sup>(٤)</sup>.
- (٥) لا يمكن قياس الوقف على المسجد؛ لأن المسجد غير مملوك لأحد من العباد لقوله تعالى (وأن المساجد لله)<sup>(٥)</sup>. وليس لأحد الانتفاع به بغير العبادة فيه، فكان غيره من الموقوفات ليس كذلك، وللموقوف وللوقوف عليه أن ينتفع بها زراعةً وسكنى، كما ينتفع بسائر المملوكات.
- (٦) إن الشيء إذا وقع في ملك أحد يخرج عن ملكه إلى غير ملك، وفي الحبس مناقصة، لذلك إذا قلنا إن الملكية تكون للواقف أو الموقوف عليهم كما يرى المالكية والحنابلة، فإن ذلك يناقض القاعدة الأولى؛ لأن حق الانتفاع فقط<sup>(٦)</sup>.

#### ثانياً/ الموقف التشريعي من التبرع بالمال الموقوف:

لم يكن الموقف التشريعي بمعزل عن الخلاف الفقهي بخصوص التبرع بالمال الموقوف، فلم يأت متفقاً في لزوم الوقف من عدمه؛ وذلك لاختلاف المذاهب السائدة في كل بيئة تشريعية، وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

- (١) أبو جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية، د. ط. (٩٦/٤)، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى الحافظ، سنن البيهقي، كتاب الوقف، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله (عز وجل): ١٦٢/٦، رقم الحديث ١١٩١٣.
- (٢) د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا، مصدر سابق، ص ٣٠٢.
- (٣) د. محمد مصطفى شلبي، المصدر نفسه، ص ٣٠٢.
- (٤) أحمد فراج حسين، نظام الإرث والوصايا في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان، ٢٠١١، ص ٢٣٥.
- (٥) سورة الجن، الآية (١٨).
- (٦) د. عكرمة سعيد صبري، مصدر سابق، ص ١٦٧.

### الأول/ الاتجاه المانع:-

وهذا الاتجاه تبناه القانون المدني الأردني إذ كان موافقاً لموقف الجمهور في لزومية الوقف وعدم السماح بالتصرف فيه، سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرعاً، فقد نص على: (١) - بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف، ولا يُملك للغير<sup>(١)</sup>.

يتضح من النص المتقدم، أن حكم الوقف وأثره هو اللزوم، بمعنى عدم جواز الرجوع فيه مطلقاً، وتحت أي ذريعة حتى ولو كانت اشتراطات الواقف نفسه، فهذه المادة تقرر مبدأ التأييد في الوقف. إذا تم على وفق الإجراءات الأصولية، علماً أن الوقف لا يتم إلا بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة على وفق الأحكام الشرعية، كما أنه يلزم تطبيقاً للقانون تسجيل العين الموقوفة في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً، وهو ما جاء في المادة (١٢٣٧) من القانون المذكور.

### الثاني/ الاتجاه المميز:-

وهذا الاتجاه تبناه القانون العراقي، فقد جاء قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ وفقاً لرأي مذهب أبي حنيفة في عدم لزومية الوقف وإجازة التصرف فيه، فقد نصت المادة (١/٦) على أنه: (للدیوان وللمتولي استبدال الموقوف الذي تحقق المصلحة في استبداله بعقار أو ينقذ أيهما أنفع للوقف، ويتم ذلك بقرار من المجلس وموافقة مجلس الوزراء)<sup>(٢)</sup>.

ونصت المادة (٨) على أنه: (١) - يؤجر الموقوف ويبيع المنقول وتجرى التعهدات وفق نظام خاص. ٢- يجوز إجارة الموقوف لأكثر من ثلاث سنوات بقرار من المجلس)<sup>(٣)</sup>.

وفي الاتجاه نفسه أشار نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٣) منه التي نصت على أنه: (يؤجر الموقوف ويبيع المنقول ويستبدل العقار بالمزايدة العلنية...)<sup>(٤)</sup>.

كذلك ما أشارت إليه المادة (٥) من نظام التعديل الثالث لنظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ على أنه: (تضاف الفقرة التالية إلى المادة الثالثة عشرة من النظام وتكون الفقرة الأولى لها ويعدل تسلسل بقية الفقرات).

١. بيع الموقوف لدوائر الدولة والقطاع الإشتراكي ببدل تقدره لجنة التقدير وبقرار من المجلس ومصادقة الوزير.

(١) المادة (١٢٤٣) مدني أردني.

(٢) المادة (٦/١) قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦.

(٣) المادة (٨) من القانون نفسه.

(٤) المادة (١٣) نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٦.

يلاحظ على النصوص المتقدمة، أنها وإن أجازت التصرف بالمال الموقوف، لكن من دون الإشارة صراحة إلى حق التبرع بالمال الموقوف.

ولكن برأي الباحث فإن ما قيل عن موقف المشرع العراقي من بيع العقار الموقوف غير المسجل يمكن قوله هنا؛ فالعقار الموقوف غير المسجل وإن كان من الناحية الشرعية وقفا لا يصح التصرف به هبة إلا أنه من الناحية الواقعية يمكن التحايل على الجهات المختصة والتصرف به هبة من طريق انتقال ملكية هذا العقار الموقوف من المورث الواقف إلى الورثة، طالما أن دائرة الأوقاف المختصة لا علم لها بالوقف أو لم يحرك لها ساكن بخصوص هذا التصرف، ما يؤكد توصياتنا السابقة بخصوص القانون المشار إليه في أعلاه.

وما يلاحظ على موقف المشرع المصري في قانون الأوقاف المصري أنه أثر رأي أبي حنيفة من النص على إمكانية رجوع الواقف عن وقفه، ومن ثم حق التصرف به وذلك إذ نص على: (لواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك، على أن لا ينفذ التغيير إلا في حدود هذا القانون. ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف. ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحا)<sup>(١)</sup>.

وأما بالنسبة للقضاء فقبل التطرق إلى الموقف القضائي من لزوم الوقف، لأبد من الإشارة إلى المحكمة المختصة بمسائل الوقف، فالأخير يعد بحسب الأصل من مسائل الأحوال العينية التي تدخل في اختصاص محكمة البدعاء، ولكن المشرع وجد أن الوقف والوصية من عقود التبرعات التي تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب ديانةً، لذا أدخلت هذه المسائل ضمن اختصاص محكمة الأحوال الشخصية<sup>(٢)</sup>. فقد نصت المادة على أنه: (تختص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور الآتية: المادة(٤): التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك)<sup>(٣)</sup>.

كما نص القانون على أنه: (تنظم محكمة الأحوال الشخصية حجج الوصايا والوقف والحجج الأخرى التي تختص بها وتسجلها وفق القانون.....)<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة ١١ قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٢) ينظر: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٩١.

(٣) المادة (٣٠٠/٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ والمعدل.

(٤) المادة (٣٠١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ والمعدل.

وأيضاً نص القانون على: (لا تقام الدعوى على المتولي نيابة عن ذوي العلاقة بالوقف ولا تقام إلا بعد الإذن الشرعي)<sup>(١)</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن طلب الرجوع عن الوقف ليس من اختصاص محكمة الأحوال الشخصية، وإنما من اختصاص محكمة البداية، وهو ما جاء في حكم محكمة التمييز العراقية بأن: (محكمة الأحوال الشخصية غير مختصة بنظر طلب الرجوع عن الوقف، وإنما تختص بذلك محكمة البداية طبقاً للمادة (١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥)<sup>(٢)</sup>. كما قضت بأنه: (تكون دائرة الوقف هي الخصم في دعوى ترشيح المتولي، فإن لم يطلب إدخالها شخصاً ثالثاً فعليها إدخالها شخصاً ثالثاً للاستيضاح والتحقق عن الجهة التي تدير الوقف بعد وفاة المتولين الذين كان الواقف قد عينهم وبيان حال الوقف)<sup>(٣)</sup>.

وبالرجوع إلى الموقف القضائي من لزوم الوقف، نجد أن محكمة التمييز الاتحادية العراقية جاءت بحكم مخالف للتشريع؛ وذلك بعدم جواز التصرف بالعقار الموقوف بعد تسجيله، إذ جاء في حكم لها بأن: (١- لا يمكن المساس بالعقار الموقوف وقفاً خيرياً بعد وقفه وتسجيله بأي تصرف آخر ينفي عنه صفة كونه عقاراً موقوفاً وقفاً خيرياً؛ لأن المالك بقيامه بوقف العقار وقفاً خيرياً مؤبداً قد خرج الملك عنه إلى ملك الله (سبحانه وتعالى) ولا يجوز الرجوع عنه. ٢- القيد العقاري الذي سجل بموجبه العقار موضوع الدعوى وقفاً خيرياً بالاستناد إلى حجة الوقف الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية لا يجوز إبطاله بالاستناد إلى حكم قضائي صادر من محكمة البداية بإبطال حجة الوقف الخيري؛ لأن الحكم البدائي يعد معدوماً لصدوره خلافاً لقواعد الاختصاص الوظيفي، وجميع القيود اللاحقة تعد معدومة؛ لأن ما بني على الانعدام يعد منعدماً حتى ولو استند بذلك إلى حكم قضائي)<sup>(٤)</sup>. ومما تقدم، يمكن القول إن الآراء المؤيدة لزوم الوقف أكثر تماسكاً من الرأي القائل بعدم لزومه لما استندوا لعدد من الأدلة، وهو موقف حسن؛ لأن القول بعدم اللزوم يترك الباب مفتوحاً أمام عدم استقرار الأوقاف واضطراب نظامها، وكذلك تراجع أصحاب الوقوف الذين قد تتغير نزواتهم من حين إلى حين مما يجعل الوعاء العقاري الوقفي مضطرباً. وهو ما يتنافى مع نظرية الوقف القائم على التأييد.

## المطلب الثاني

### التصرفات الصادرة عن الواقف بعد الوفاة

- (١) الفقرة (٣٠٦/١) من  
(٢) ينظر: حكمها المرقم ٤٦٨٧/٤٦٨٧ في ٢٠١١/١٢/٢٣، أشار إليه المصدر السابق، ص ١٥٨.  
(٣) ينظر: حكمها المرقم ٤٦٨٧/٤٦٨٧ في ٢٠١١/١٢/٢٣، أشار إليه المصدر السابق، ص ١٥٨.  
(٤) حكمها المرقم ١٣٢/١٣١ في ٢٠١٨/٦/١١. منشور في الموقع، مجلس القضاء الأعلى، [www.legiliban.ul.edu.lb](http://www.legiliban.ul.edu.lb)، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/١٧، الساعة العاشرة ليلاً.

إن وفاة الشخص تؤدي إلى زوال شخصيته القانونية. فمن غير المعقول أن الشخص يتصرف أي تصرف بعد وفاته، ولكننا مجازاً نطلق على بعض التصرفات التي يقوم بها الشخص في أثناء حياته ولكن أثرها يمتد إلى ما بعد الموت بالتصرفات الصادرة عن الواقف بعد الوفاة. وهناك حالة من التداخل والتشابك فيما بين تصرف الشخص بالوقف أو الوصية. إذ إن هناك حالات من الوقف تؤخذ مأخذ الوصية وحالات من الوصية تؤخذ مأخذ الوقف. لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول: هو الوصية بالوقف، والفرع الثاني: هو الوصية بالمنافع.

## الفرع الأول الوصية بالوقف

### أولاً: التعريف بالوصية

١- الوصية لغةً: تعني العهد (أوصى الرجل ووصاه عهد إليه... وأوصيت له بشيء، وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيك، وأوصيته ووصيته إيضاء وتوصية بمعنى، وتوآصى القوم أي أوصى بعضهم بعضاً)<sup>(١)</sup>. وأصله من الوصل إذ قال ابن فارس: (الواو والصاد والحرف المعتل أصل يدل على وصل شيء بشيء... ووصيت الليلة باليوم: وصلتها، وذلك في عمل تعلمه، والوصية من هذا القياس، كأنه كلام يوصى أي يوصل، يقال: وصيته توصيته، وأوصيته إيضاء)<sup>(٢)</sup>. وتطلق الوصية على فعل الموصي، كذلك تطلق على المال الموصى به<sup>(٣)</sup>.

٢- الوصية اصطلاحاً: اختلف فقهاء المذاهب في تعريف الوصية إلا أن تعريفاتهم بشكل عام متقاربة وقد يكون من أوضحها تعريفاً: هو الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بعده<sup>(٤)</sup>.

### ٣- التعريف بالوصية بالوقف

(١) جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، (٤/٤٩٩). احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ص ١٠٥٥. مجد الدين محمد يعقوب الفيروز ابادي، معجم القاموس المحيط، مصدر سابق، ص ١٣٤٣.

(٢) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ص ١٠٥٥.

(٣) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص ١٣٤٣.

(٤) شرف الدين موسى بن احمد موسى الحجاوي، الاقناع لطالب الانتفاع، ج٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٣٢ هـ، ص ١٢٧. تقي الدين محمد الفتوحى، منتهى الإرادات، الجزء الثاني، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٧ هـ، ص ٥. سعدي أبو جيب، معجم لغة الشريعة، الجزء الرابع، دار البشائر، ط١، بيروت، ١٤٤٠ هـ، ص ٥٤١.

المنفعة هي الفائدة الناتجة عن الأعيان، كسكنى الدار وغلة الأرض والبستان وثمرتهما<sup>(١)</sup> قيل في المنفعة: إنها الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل في الدار بسكناها تستحصل في الدابة بركوبها<sup>(٢)</sup>. المنافع: جمع منفعة، وتطلق على كل ما يُنتفع به، ومنها الانتفاع بالأعيان؛ كسكنى الدور، وركوب الدواب<sup>(٣)</sup> وتعرف الوصية بالمنافع بأنها<sup>(٤)</sup>: (أن يعهد شخص لغيره بتحصيل فوائد الأعيان وثمراتها والتصرف فيها دون ملك رقابها بعد موته)<sup>(٥)</sup>.

أوضحنا في ما سبق أن الوقف هو تحبيس الأصل وتسييل الثمرة أي أن تكون المنفعة إلى جهة الوقف مع بقاء الرقبة لله تعالى، وأوضحنا أن الوقف هو في الأصل أن يكون في الحياة وأن يكون بصيغة منجزة، ولكن ممكن أن يكون الوقف بعد الوفاة على رأي من يرى ذلك كما سنوضحه لاحقاً، وهو ما يعرف بالوصية بالوقف، والتي يمكن تعريفها بأنها قيام الموصي بحبس جزء من عقاره بعد وفاته لكي تصرف على إحدى جهات البر وعلى بعض وغلته أو كلهم وحسب الوصية وشروط الموصي على أن تكون في حدوث ثلث التركة، وواضح من هذا التعريف أن هناك خلافاً بين الوقف والوصية بالوقف إذ إن الأول يكون في الحياة وما كان مقداره وإن تجاوز الثلث التركة ويكون في صيغة التنجيز، أما الثاني فكما واضح يكون بعد الوفاة ويدخل في حكم الوصية ويكون في حدود الثلث، وينطبق عليه ما ينطبق على الوصية<sup>(٦)</sup> كما أنه لا يكون منجزاً بل مضافاً إلى ما بعد الموت، أضف ذلك في أن الوقف لا يمكن الواقف الرجوع عليه كأصل عام مع بعض الاستثناءات التي سنشير إليها لاحقاً بخلاف الوصية بالوقف التي يمكن الرجوع عنها قبل الوفاة<sup>(٧)</sup>.

## ثانياً: تمييز الوصية بالوقف عن الوصية بالعقار

- (١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، (٥٢٢/٧).
- (٢) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي: القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، (٤٣/١).
- (٣) شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي الفتح البلي، المُطلع على ألفاظ المقنع، مكتبة السوادى للتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص ٤٩١.
- (٤) ظلال أم الخير كعيد وإسماعيل كاظم العيساوي: الوصية بالمنافع والحقوق (حق التأليف أنموذجاً)، دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مجلد ١٨ - ع ٢، ٢٠٢١، ص ١٧٠.
- (٥) السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، البدر للطباعة، بيروت - لبنان، ١٤٢٨، (١٩١/٦).
- (٦) البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (ص ١٠، ٢٤، ١٤٨، ٢١٢). د. خالد بن علي بن محمد المشيخ: الجامع لأحكام الوقف والهيئات والوصايا، إدارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م، (١٧٨/١). صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية للنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤١٧هـ، نبذة في الأوقاف مع بعض النماذج الخاصة بها. ابن قدامه: المغني، مصدر سابق، (٨ / ٤١٥). البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٢١٢/١٠).
- (٧) وتعد الوصية على رأي الفقه الإمامي معاملة فقهية تتضمن الإيجاب وقد تتضمن القبول بمعنى أن القبول متردد بين الوجود والعدم ومن ثم فالوصية تبرع يجري الإنسان ومثلها كأن يوصي بداره، أو ثلث ماله، أو ربما يوصي بمنفعة كسكن الدار أو غلة البستان ويتحقق التملك للموصى له بعد موت الموصي وقد عبر عنها الإمامية بأنها تملك عين أو منفعة بعد الموت: محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ط ٥، طهران، ١٩٩٨، ص ٥٨٥.

قد يلتبس الأمر بين الوصية بالوقف والوصية بذاتها خاصة الوصية بالأعيان أو الوصية بملك الرقبة الموصى بالانتفاع بالوقف له حق الانتفاع بالعين الموقوفة في حين أن الموصى له بالوصية يملك ذلك ما لم يوجد شرط من قبل الموصي يقيد بمدة معينة وهو ما يعرف بشرط المنع من التصرف كما أن الوصية بالوقف لا تصح إلا بعين يمكن بيعها مع بقاء الانتفاع بها بخلاف الوصية المطلقة التي تصح بكل ما يصح تملكه ولا يحتاج القبول في الوصية مع الوقف بخلاف الوصية المطلقة التي يكون الأصل فيها القبول مع بعض الاستثناءات فيها<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت الوصية بالوقف تلتقي مع وقف الوصية بالعقار بأنهما يردان على عقار، والغالب فيه عدم التسجيل، وأنها تصرفان إراديان بلا مقابل، ويمكن أن يردان على شرط، وأن الغرض منهما الأجر والثواب وأنه يمكن أن يكلف شخص بعد وفاة الواقف أو الموصى بإدارة الوقف أو الوصية إلا أن ثمة أوجه اختلاف بينهما تكمن بالآتي:

(١) إن الوقف يعني تحبيس الأصل وتسييل المنفعة، في حين أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وسواء كان في الأعيان أم في المنافع، كما أن الوقف لازم ولا يجوز الرجوع فيه لقول رسول الله (ص) لعمر: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)<sup>(٢)</sup>، أما الوصية فإنها تلزم ويجوز للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به أو بعضه، بمعنى أن الوصية بكل أقسامها معاملة جائزة من طرف الموصي يستطيع أن يلغيها أو يفسخها متى شاء حتى ولو قبلت الأطراف الأخرى ممن يحتاج إلى قبولهم كالوصي أو الموصى له.

(٢) تمليك منفعة الوقف، وهذه يظهر حكمها في أثناء حياة الواقف، وبعد مماته، أما التمليك في الوصية فلا يظهر حكمه إلا بعد موت الموصي.

(٣) لا يمكن أن نحد الوقف مهما كثر، لكن الوصية ينبغي ألا تتجاوز الثلث إلا بإجازة الورثة.

(٤) يجوز الوقف للوارث إلا إذا كان الموقف في مرض الموت، في حين أن الوصية لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة<sup>(٣)</sup>.

(١) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، (٤١٥/٨). البهوتي: الإقناع، مصدر سابق، (٢١٢/١٠). المشيخ: الجامع لأحكام الوقف والهيئات والوصايا، مصدر سابق، (١٧٨/١). صالح السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، مصدر سابق، نبذة في الأوقاف مع بعض النماذج الخاصة بها.

(٢) والرواية أن: (عمر قال يا رسول الله اني اصبت مالا بخبير لم اصب قط مالا انفس عندي منه فما تامرني فيه، قال: ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها، غير انه لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث)، الراوي عبدالله بن عمر، المحدث الألباني، المصدر صحيح ابن ماجه، الصفحة (١٩٥٥)، أخرجه ابن ماجه (٢٣٩٦) واللفظ له، وأخرجه البخاري (٢٧٧٢)، ومسلم (١٦٣٢) باختلاف يسير.

(٣) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والموارث، ط٢، ٢٠٢٠، ص٨. د. صالح السدلان، احكام الوقف والوصية والفرق بينهما، مصدر سابق، ص٢٧.

ويلحظ أن هذه أبرز الأحكام التي تجمع وتفرق بين الوصية والوقف<sup>(١)</sup>، وهذا يؤكد على وجود التشابه الكبير بين الوقف والوصية .

### ثالثاً: مشروعية الوصية بالوقف

اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على جواز الوصية بالوقف، وهو رأي جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والإمامية حتى أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> أجازها واستثنى من ذلك الوصية بسكن الدار ركوب الدابة وخدمة العبد غير المعين كالفقراء والمساكين وإن أجاز الوصية لهم بغلاتها مستدلين في ذلك بالأدلة الآتية:

١ - قوله تعالى { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }<sup>(٣)</sup>. وقوله تعالى: { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ }<sup>(٤)</sup>.

٢ - قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ }<sup>(٥)</sup>.

٣ - عن سعد بن أبي وقاص - قال: جاء النبي-(ص) - يعودني، وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفرأ، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: (لا)، قلت: فالشطر؟ قال: (لا)، قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم ...

٤ - عن ابن عمر، أن رسول الله (ص) قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده<sup>(٦)</sup>.

٥ - إنه لما جاز تملك المنافع في عقد الإجارة والإعارة ونحوهما حال الحياة، جاز تملكها في عقد الوصية بالوقف بعد الممات من باب أولى؛ لأنه أوسع العقود، ويحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من الجهالة والعدم

(١) عبد العزيز بن سليمان بن فهد العيسى، الوقف الذي في حكم الوصية، مجلة القضاء، العدد ٢٦، الرياض، ٢٠٢٢، ص ٢٣٤.  
(٢) الدسوقي: حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤٤٧/١). الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، (١٠٥١/٨). الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٤٤٥ /٨) البهوتي: الاقناع ن مصدر سابق، (٤/٨). الزركشي، شرح الزركشي، مصدر سابق، (٧٤٠/١). الزيلعي، البحر الرائق، مصدر سابق، (٧٩١/٥). السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، (١٦٤/٢٧). الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، (٣٥٥/٧). الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٥٤٦/٨-٥٤٧). النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (١٨٦/٦)، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٤٥/٣). البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، (٤٧٦/٢).

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٠.

(٤) سورة النساء: الآية ٤.

(٥) سورة المائدة: الآية ١٠٦.

(٦) اخرجة مسلم في صحيحه كتاب الوصايا (١٢٤٩/٣).

في الموصى به، مما يفسد معه عقد الإجارة والبيع ونحوهما من عقود المعاوضات، فإذا صح الوصية بالوقف في هذا مع ما فيه من الغرر والخطر، كان القول بصحته بالمنافع أولى<sup>(١)</sup>.

٦- قياس المنافع على الأعيان بجامع صحة تملك كل بالمعاوضة والإرث، فإذا جاز للموصي أن يوصي بعين من أعيان التركة، فإنه يجوز له أن يوصي بمنفعتها فقط من باب أولى وأحرى؛ لأن الوصية برقبة الدار مثلا إعطاء للعين والمنفعة، والوصية بالمنفعة إعطاء للمنفعة فقط، فجواز الأولى يستلزم جواز الثانية<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً: صور الوصية بالوقف

للوصية بالوقف صور عدة منها ما يرجع باعتبار الموصى له ومنها ما يرجع باعتبار الموصى به. الصورة الأولى الوصية بالوقف باعتبار الموصى له: وهذا النوع من السوق يتخذ شكلين؛ الأول: يتعلق بالوصية بالوقف لجهات خيرية، والثاني: يتعلق بالوصية بالوقف على الورثة.

#### أ- الوصية بالوقف لجهة خيرية

وهذا نوع من الوقف ويتمثل بتخصيص جزء من العقار على جهات خيرية ودائمة مثل بناء مسجد أو مدرسة أو مستشفى وصورته أن يوصي شخص بأن يوقف شيء من تركته ويصرف غلته و منافعه على جهة البر العامة أو الخاصة، ولا شك في أن هذه الصورة من صور الوصية بالوقف جائزة على رأي الغالب من الفقهاء المسلمين على ان تطبق عليه أحكام الوصية لاسيما يتعلق بعدم جوازها على ثلث التركة فإن تجاوزت صحَّ بالثلث وتعلق الزائد على الإجازة من قبل الورثة على رأي من يرى ذلك من الفقهاء<sup>(٣)</sup>. وفي ما يتعلق بالوقف المعلق بعد الموت الذي يدخل بحكم الوصية فهل يجوز الواقف أو الورثة التصرف به مشت التصرفات الناقلة للملكية أو ينقله من مكان إلى آخر فكان جواب دائرة الإفتاء الدائمة: إذا كان هذا الوقف منجزاً في حال الحياة فلا يجوز لك بيعه ولا نقل الملك فيه، وأما الوقف المعلق بما بعد الموت فله حكم الوصية، لا بأس بالرجوع فيه ونقله من مكان إلى مكان في مدة حياة الموصي، وأما اشتراط النظر للواقف مدة حياته فلا بأس بذلك<sup>(٤)</sup>.

(١) زين الدين المنجي بن عثمان التنوخي ، الممتع شرح المقنع، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، المكتبة العصرية، بيروت، (٢٥٨/٣). ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، (٥٣/٦).

(٢) ابن مفلح ، المبدع، مصدر سابق، (٥٣/٦)، الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٤٥/٣).

(٣) الزيلعي: البحر الرائق، مصدر سابق، (٥٥٨/٨). الخرشي: شرح الخرشي، مصدر سابق، (١٩٥/٨). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٣٣١/١٠).

(٤) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء - السعودية - الفتوى رقم (١٨٤٩٤) / <https://al-fatawa.com/> ، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٦/٥.

أما لو جعل وصية من وجه، ووقفاً من وجه، وهذا غير صحيح، فلا يمكن أن يعطي عقداً حكيمين مختلفين، فإما أن نقول: إنه يلزم في الحال، ونلغي التعليق، وإذا قلنا بأنه يلزم في الحال: لزم، سواء كان الثلث أو أكثر أو أقل، وإما أن نقول: لا يلزم إلا بعد الموت، وحينئذ يكون من الثلث فأقل، وهذا هو الصحيح؛ لأن الرجل علق الوقف بشرط، وهو الموت، فلا يمكن أن ينفذ قبل وجود الشرط، فلا ينفذ إلا بعد الموت، ويكون من الثلث فأقل. مثال ذلك: قال رجل: إذا مت فبيتي وقف، أو إذا مت فمكتبتي وقف، فالمذهب أنه ينفذ من الآن ولا يمكن أن يبيع شيئاً من هذا؛ لأنه نفذ، لكن إذا مات: فإن أجاز الورثة الوقف: نفذ، وإن لم يجيزوه: لم ينفذ منه إلا مقدار ثلث التركة. والصواب: أنه لا ينفذ إلا بعد الموت، وأنه ما دام حياً، فله التغيير والتبديل والإلغاء، فإذا مات: فإن أجازته الورثة: نفذ، وإن لم يجيزوه نفذ منه قدر ثلث التركة فقط.<sup>(١)</sup>

قال البجيرمي: (قال العلامة الرشيدي: قال الشارح في شرح البهجة: والحاصل أنه يصح، ويكون حكمه حكم الوصايا في اعتباره من الثلث، وفي جواز الرجوع عنه، وفي عدم صرفه للوارث، وحكم الأوقاف في تأبيده، وعدم بيعه وهبته وإرثه؛ أي: بعد موت الواقف ا هـ بحروفه)<sup>(٢)</sup>. وفي الموسوعة الفقهية ( ... يستثنى عند الجمهور الوقف المعلق على الموت، كما إذا قال: إن مت فأرضي هذه موقوفة على الفقراء، فإن الوقف يصح؛ لأنه تبرع مشروط بالموت، ويعد وصية بالوقف، وعندئذ يجري عليه حكم الوصية، في اعتباره من الثلث كسائر الوصايا)<sup>(٣)</sup>.

(١) محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المسقوع، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٢٢هـ، (١١ / ٥٧). ورد سؤال إلى الدكتور- أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر - من أحد متابعي برنامج، بريد الإسلام، المذاع عبر أثير يقول: ، توفيت والدتي وتركت منزلاً، وأوصت قبل وفاتها بتخصيص حجرة في المنزل لتحفيظ القرآن، وأوصت أن تظل هذه الغرفة مخصصة لهذا الغرض حتى لو بيع المنزل، وبعد وفاتها بيع المنزل وتم توزيع الأنصبة، ولكن الحجرة المخصصة لتحفيظ القرآن لا تعمل جيداً وذلك لوجود مسجد كبير بالقربية يقوم بتحفيظ القرآن، فهل يجوز بيع الغرفة لمن اشترى المنزل؟، فأجاب السنباطي قائلاً: الواجب تنفيذ الوصية وهي عدم بيع الحجرة بعد وقفها لتحفيظ القرآن الكريم، وقد نص أهل العلم على اتباع شرط الواقف ما لم يخالف الشرع، لذا نجد في كتب الفقه هذه العبارة كثيراً (واتبع شرطه إن جاز) أي: شرط الواقف، والبعض يذكر هذا (ويتعين صرف الوقف على الجهة التي عينها الواقف حسبما أوصى). وتابع الأستاذ الجامعي قائلاً: إذا كانت الوصية في حدود الثلث فإن تنفيذها يكون واجباً حسبما أوصى به الموصي، ولا يجوز عدم تنفيذ الوصية، كما لا يجوز تبديلها أو تغييرها أو تأخيرها، موضحاً أن عدم تنفيذ الوصية مع توافر الشروط وانتفاء الموانع يوقع من يفعل ذلك في الإثم الكبير لقول تعالى في الآيات (١٨٠ - ١٨١) من سورة البقرة: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} \* فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}، وقد قال القرطبي إن الضمير في، إثمه، عائد على المبدل لا على الميت، وعلى هذا أوضح السنباطي أنه لا يجوز للورثة بيع هذه الحجرة، إذ لا ولاية لهم عليها حتى وإن قل روادها، وإذا /توقف نشاطها كلياً فإنه وفقاً لمذهب أحمد ابن حنبل وغيره يقول: إذا تعطل نفع الوقف، فإنه يباع ويشترى بثمنه ما يقوم مقامه. <https://www.masrawy.com>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/٦/٥.

(٢) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، (٣/ ٢٠٦)

(٣) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ط ١، مطابع دار الصفاة - مصر، ١٤٢٧ هـ، (٤٤/ ١٢٣).

وعند بعض الإمامية مسألة: إذا وهب المالك في مرض موته بعض أمواله وأوصى ببعض آخر ثم مات نفذا جميعاً إذا وفي الثلث بهما وكذا إذا لم يف بهما ولكن أمضاهما الورثة، وإن لم يُمضوهما أُخرجا معاً من الثلث - كما مرّ - ويبدأ أولاً بالمنجزة فإن بقي شيء صرف فيما أوصى به. إذا قال: (هذا وقف بعد وفاتي) أو نحو ذلك مما يتضمّن تعليق الإيقاع على الوفاة فهو باطل لا يصحّ وإن أجاز الورثة، فالإنشاء المعلق على الوفاة إنّما يصحّ في مقامين: أحدهما: إنشاء الملك - وهي الوصية التمليلية - وإنشاء الولاية كما في موارد الوصية العهديّة<sup>(١)</sup>.

#### ١- الصورة الثانية: الوصية بالوقف على الورثة:

تتخذ شكلين، الشكل الأول: الوصية بالوقف على الورثة بمقدار: ومثال ذلك أن يوصي شخص بوقف عقار له على أن يكون ريعه على ورثته بقدر إرثهم كمن يوصي بوقف عقاره على أولاده طبقاً لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، على أن تأخذ زوجته الثمن وكل من أبويه السدس ولا شك فإن هذا الشكل من الإيصاء جائز على رأي من يرى جواز الوصية للوارث، بخلاف من يرى عدم صحة ذلك مع ملاحظة أن هذه الوصية يجب أن لا تزيد الوصية على ثلث التركة، وإلا توقف الزائد على أجازة الواقف عندما يرى ذلك.

وهذا الشكل من هذه الصورة في الوصية بالوقف على الورثة اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

الأول: يرى صحة الوصية بالوقف مقدار إرثهم فيما دون الثلث، وهو مذهب الشافعية والحنابلة والأحناف<sup>(٢)</sup>.

أما الثاني فيذهب إلى عدم صحة ذلك وهو مذهب المالكية<sup>(٣)</sup>، واستدلوا بالآتي:

(١) السيد على السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، المسألة ١٤٥٨-١٤٥٩.  
(٢) الشيخ نظام الدين، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٤٥١/١). عبد الرحمن داماد افندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الطباعة - تركيا، ١٣٢٨ هـ، (٧٤٩/١). عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٥، ٣/٤٠، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق (٢١٠/٥). فقد قرروا صحة الوقف على الورثة في مرض الموت بما دون الثلث مع كونها في حكم الوصية، فكذا الوصية بالوقف على الورثة. انظر: الشريبي: مغني المحتاج، مصدر سابق، (١٨٤/٤). زكريا الانصاري: أسنى المطالب، مصدر سابق، (٣٤/٣). وقد حكموا بصحة الوقف على الورثة بما دون الثلث في مرض الموت مع تقريرهم أنه في حكم الوصية، فقد يخرّج عليهم حكم الوصية بالوقف للورثة. ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، (٢٨٠/١٢). البهوتي، الإقناع (١٠/ ٢١٢). منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، (٤٤٦/٤).

(٣) المالكية لم يصحوا الوقف المنجز في مرض الموت وعللوا ذلك بأنه في حكم الوصية فدل على أن الوصية بالوقف كذلك من باب أولى. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٤. (٦٣٩/٧). أبو العباس أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي، دار المعارف، د.ط، (١١٠/٤).

أ- إن الموصي يملك الوصية بالوقف لأجنبي بالثلث فما دون، فجواز وصيته بالوقف على الورثة من باب أولى.

ب- قول الرسول (ص) (إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث)<sup>(١)</sup>

الشكل الثاني : الوصية بالوقف على بعض الورثة دون بعض: وهذا الشكل من الوصية بالوقف لبعض الورثة له صور عدة، إما أن تكون تخصيصاً لهم بأعيانهم؛ أو بأوصافهم، فإن كانت بأعيان لأحد الذرية أو الورثة بسبب تعليق الاستحقاق بوصف كالمحتاج من الذرية فلا إشكال هنا، وإن كان قد يؤول الأمر إلى استحقاق بعضهم دون بقيتهم؛ لأن حقيقة الأمر هنا أنه لا تخصيص في ذلك بل كل من تصف بذلك استحق من الوقف الموصى به<sup>(٢)</sup>، وأما إن كانت الوصية بالوقف بالتعيين لشخص أو جماعة دون غيرهم من الورثة، كالوصية بالوقف على بعض أبنائه كفلان وفلان بأعيانهم دون بقيتهم، فهذا هو المقصود هنا، وقد اختلف الفقهاء المسلمين بخصوص الوصية بالوقف في هذه الصورة على رأيين:

الأول: عدم صحة الوصية بالوقف على بعض الورثة إلا بإجازة البقية، وهو مذهب الأحناف ورواية عن أحمد، والشافعية، والمالكية<sup>(٣)</sup>.

أ- أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رباحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله (ص)، فأتى رسول الله (ص)، فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رباحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا، قال: فاتقوا الله واعدوا بين أولادكم، قال: فرجع فرد عطية<sup>(٤)</sup>.

ب- إن تخصيص بعض الأولاد أو تفضيله سبب لعقوق الباقيين، وما كان سبباً للحرام فهو حرام<sup>(٥)</sup>.

ت- إن تخصيص بعض الأولاد أو تفضيله سبب للعداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، وما كان سبباً للحرام فهو حرام<sup>(٦)</sup>.

أما الإمامية ليس لهم إشارة إلى هذا الموضوع ولكن القواعد العامة في الوصية تذهب إلى أن الوصية بالوقف بالمنافع لا تصح عند الإمامية لتعلق حق الغير به.

(١) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م، حديث رقم (٢٨٧٠).

(٢) البهوتي: الاقتناع، مصدر سابق، (٤٢/١٠). الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، (٥٠٤/٤). المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، مصدر سابق، (٤٨٨/٦).

(٣) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٣٦٥/١٠). الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (١٨٣/٤). الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، (٤٩/٦). ابن مفلح: الميدع، مصدر سابق، (٤١٤/٧).

(٤) البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، رقم الحديث: (٢٥٨٧).

(٥) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٥٤٥/٧). ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، مصدر سابق، (٢٦٥/٥).

(٦) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، (٢٥٧/٨).

الثاني: صحّة الوصية بالوقف على بعض الورثة مالم تتجاوز الثلث، وهو مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup> واستدلوا بان تخصيص بعض الورثة بالوصية بالوقف جائز، وليس في حكم الهبة لوجود الفرق بينهما؛ وذلك أن الهبة تملك للعين بخلاف الوقف فهو مجرد انتفاع بالعين فلا يباع، ولا يورث، ولا يملك ملكاً تاماً؛ لتعلق حق من يأتي من البطون به<sup>(٢)</sup> قال ابن سعدي في مسألة نظيرة لهذه: (ومن الفروق الضعيفة بل الخارقة للإجماع تجويز بعض الفقهاء وقف المريض مرض الموت على بعض ورثته دون إذن الباقيين، فإن هذا هو عين الوصية للوارث الذي نص الشارع على بطلانه، وأجمع العلماء عليه)<sup>(٣)</sup>.

#### ١- أحكام الوصية بالوقف باعتبار الموصى به

إما أن تكون بعقار معيّن، أو بعقار من عقارات الموصى، أو بقدر من المال كثلث التركة أو جزء معين منها يشتري به شيء من العقارات ويوقف ذلك العقار.

#### أ- الوصية بالوقف مع تعيين الموصى به

صورة المسألة: أن يوصي بوقف عقار معيّن والتعيين إما بالإشارة إليها مثل هذه الدار، أو تعيينه باسمه، أو بوصفه الخاص الذي يميزه عن غيره من عقارات. حكم هذه المسألة: أنه يجب تنفيذ هذه الوصية ووقف هذا العقار بعينه إذا كانت قيمته لا، وإن كان قيمة الموصى<sup>(٤)</sup> تزيد على ثلث التركة، وما زاد موقوف موقوف على إجازة الورثة بوقفه تزيد على الثلث ولم يجز ذلك الورثة، بطلت الوصية فيما زاد، وصحت في مقدار الثلث<sup>(٥)</sup> واستدلوا:

١- قوله تعالى (فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)<sup>(٦)</sup>

٢- ما روي عن الرسول (ص) قوله (- أن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادةً في أعمالكم)<sup>(٧)</sup>. أعمالكم<sup>(٧)</sup>.

٣- ما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه قال: قلت: يا رسول الله، أنا ذو مالٍ، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث، والثلث كثيرٌ، إنك أن تذرَ ورثتك أغنياءَ خيرٌ من أن تذرَهُمُ عالةً يتكفّفونَ النَّاسَ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ<sup>(٨)</sup>.

(١) ابن مفلح، الفروع، مصدر سابق، (٤١٤/٧). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (١٠/١٤٨-٢١٢). البهوتي، شرح منتهى الارادات، مصدر سابق، (٤٤٦/٤).

(٢) البهوتي، الاقناع، المصدر نفسه، (١٠/١٤٨) البهوتي، شرح منتهى الارادات، المصدر نفسه، (٤١٤/٤).

(٣) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، القواعد الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، مطبعة المدني، القاهرة، ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م، ص(١٢٩).

(٤) شيخ نظام الدين، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (٤٤٦/٦). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (١٠/٢١٢). عبد الغني طالب طالب الغنيمي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ٣٦٩/٥. الشربيني، مغني المحتا (٤٩٢/٦). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (١٨٨/٤).

(٥) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، (٢/١١٤). العثيمين، أحكام من القرآن الكريم، مصدر سابق، (١/٦٣٤).

(٦) سورة البقرة: الآية ١٨١.

(٧) البيهقي، سنن البيهقي، مصدر سابق، (٦/٢٦٩).

٤- حديث عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله (ص)، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً.<sup>(٢)</sup>

ووجوب تنفيذ الوصية بعينها مطلقاً هو قول جمهور العلماء، للأدلة السابقة وخالف الحنفية في طريقة التنفيذ إذا كانت الوصية في معين لغير معين كالفقراء والمساكين فذهبوا إلى أن الخيار للورثة في إخراج الموصى به بعينه، أو بيعه وإخراج قيمته، وقال بعضهم بعدم جواز إمساكه وإخراج قيمته<sup>(٣)</sup> مستدلين في ذلك بان الوصية لمعين تحتاج إلى القبول، فإذا صدر القبول صارت ملكاً للموصى له المعين، بخلاف الوصية لغير معين، فإنها لا تحتاج إلى قبول، فيجوز للوارث تبديلها. كما إن الأصل عند الحنفية إجزاء القيمة في مسائل متعددة منها الكفارات والزكاة، وكذلك في الوصية بالمعين. وإن المقصود بالوصية للفقراء إيصال النفع لهم، وهو حاصل بتسليمهم المعين الموصى به، أو بتسليم ما يعادل قيمته

#### ب- الوصية بالوقف مع عدم تعيين الموصى به

الوصية بوقف عقار من عقارات الموصى : وهي أن يوصي شخص بوقف عقار من عقاراته، فهذه الصورة قد تدخل في كلام الفقهاء في الوصية بغير المعين كعبد من عبده، فهنا لا يخلو من حالين؛ الأولى: أن يكون مالكاً عند الوصية لشيء من الجنس الموصى بوقفه، كأن يكون في تركته عقارات؛ فهنا تصح الوصية لأن الجهالة وعدم التعيين لا تمنع من صحة، ويبقى الخلاف في القدر الواجب إخراجها على الوصي أو الوارث من أموال<sup>(٤)</sup> الوصية التركة ليكون وقفاً من التركة، فقد اختلف العلماء فيما يجب إخراجها ليكون وقفاً على ثلاثة أقوال: القول الأول: يختار الورثة الوسط من الجنس الموصى به أو قيمة الوسط ليكون وقفاً وهو مذهب الحنفية لأن الوسط فيه تنفيذ للوصية مع مراعاة حق الورثة.<sup>(٥)</sup> والقول الثاني: ينظر في نسبة العدد الموصى به للعدد الموجود يوم تنفيذ الوصية ويخرج ليكون وقفاً. فلو أوصى بعقار من عقاراته يكون وقفاً وجميع ما لديه من العقارات عشرة، فكأنه أوصى بعشر عقاراته، وإن لم يوجد يوم التنفيذ إلا فرد واحد من الموصى به فهو، ولعل هذا عندهم لأن الأخذ للوصية إن كان يتحمله الثلث، وهذا مذهب المالكية بالنسبة أقرب للعدل، إذ قد تختلف الأعيان في الجنس الواحد فالأولى والأقرب للعدل الأخذ بالنسبة، والقول

(١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن ينكفوا الناس، مصدر سابق، (٣/ ١٠٠٦)، رقم: (٢٥٩١)، ومسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث (٣/ ١٢٥٠)، أخرج الحديث بألفاظه مسلم في كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدير، رقم: (١٦٢٨).

(٢) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مصدر سابق، الرقم(١٦٦٨)..

(٣) شيخ نظام الدين، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (١٠٦/٦)..

(٤) الحال الأولى: أن يكون مالكاً عند الوصية لشيء من الجنس الموصى بوقفه، كأن يكون في تركته عقارات؛ فهنا تصح الوصية لأن الجهالة وعدم التعيين لا تمنع من صحة ، ويبقى الخلاف في القدر الواجب إخراجها على الوصي أو الوارث من أموال الوصية التركة ليكون وقفاً من التركة.

(٥) شيخ نظام الدين، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، (١٠٦/٦)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٣٩٤/١٠).

الثالث: أن الواجب أن يخرج من جنس الموصى به أقل ما يصدق عليه الاسم، فلو أوصى بوقف عقار من عقاراته يجزئ إخراج ما شاء الورثة منها مما يصدق عليه ؛ لأن لفظ الموصى تناول واحداً من هذا الجنس، فإخراج أي فرد منه يصدق عليه هذا اللفظ الاسم، ويحصل به تنفيذ الوصية<sup>(١)</sup> وهو قول، والحنابلة، وهو مذهب الشافعية.<sup>(٢)</sup>

القول الرابع: أن يكون إخراج القدر المبهم في الوصية بالقرعة، وهو رواية عن أحمد، فلو أوصى بوقف عقار من عقاراته، يقرع بينها، ويجعل ما وقعت عليه القرعة وقفاً؛ لأن الوصية مستحقة في واحد غير معيّن، وليس أحدها بأولى من الآخر، فوجب المصير إلى القرعة، فالقرعة طريق لإخراج المبهم<sup>(٣)</sup>.

ج- الوصية بوقف عقار من التركة:

صور المسألة: أن يوصي بأن يخرج من تركته عقار يجعل ريعه في كذا وكذا، أو يبنى من تركته مسجد من دون تعيين لمقدار ما يصرف في هذا العقار أو هذا المسجد، فهذا أيضاً داخل في الوصية بالمجهول، وهي وصية صحيحة؛ إذ الجهالة لا تمنع من صحة الوصية، والكلام في هذه المسألة قريب من المسألة السابقة، غير أن الفقهاء<sup>(٤)</sup> عند الفقهاء صححوا الوصية في هذه المسألة وإن لم توجد أعيان الجنس الموصى به في التركة؛ لأنه لم يعيّن كون الوصية تخرج من أعيان التركة، بخلاف ما لو قال بعقار من عقاراتي، أو بشاة من غنمي، فقد فرق الفقهاء بين المسألتين وبينوا أن الحكم يختلف في قول الموصي أوصيت بشاة من غنمي، وبين قوله بشاة من مالي؛ لأنه إذا قال من مالي دل على أن قصده إخراج ذلك الشيء وإن لم يكن موجوداً، لذا يلزم ولو لم توجد أعيان الموصى به في التركة.

اختلف العلماء في القدر الواجب إخراجه على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يخير الورثة بين إخراج العين الموصى بها من أعيان التركة، أو إخراج؛ لأن الوسط أقرب للعدل.<sup>(٥)</sup> قيمتها وتكون قيمة الوسط، وهو مذهب الحنفية.

الرأي الثاني: إن كان له أعيان من جنس الموصى به فإن الوصية تشارك الورثة بالنسبة، فلو أوصى بشاة من غنمه وله عشر من الغنم فالعشر، وإن كان له خمس فالخمس، وإن لم يوجد إلا واحدة نفذت

(١) التتوخي، المقنع، مصدر سابق، (٣٥٢/١١)، البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٢٦٩/١٠). ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، (٣٥٣/١٧).

(٢) ابن قدامه، المغني، المصدر نفسه، (٥١٢/٦).

(٣) ابن قدامه، المغني، مصدر سابق، (٣٥٣/١٧).

(٤) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (٨٨/٢٨). الزيلعي: تبين الحقائق، مصدر سابق، (١٨٩/٦). ابن عابدين، حاشية ابن

عابدين، مصدر سابق، (٣٨٩/١٠). البهوتي: الاقناع، مصدر سابق، (١٠/٢).

(٥) ابن عابدين: حاشية ابن عابدين، المصدر نفسه، (٣٩١/١٠).

منها الوصية، وإن لم توجد أعيان جنس الموصى بها في التركة؛ لأن القول بالمشاركة<sup>(١)</sup> يخرج المتوسط من الجنس الموصى به، وهذا مذهب المالكية بالنسبة أقرب للعدل من تعيين بعض أفراد الجنس الموصى به لاختلافها.

الرأي الثالث: يُخرج ما يصدق عليه الاسم بأي صفة كانت، وهو مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>؛ لأن اللفظ يتناول أي فرد من أفراد الجنس الموصى به، يتحقق به تنفيذ الوصية.

#### خامساً: صور أخرى للوقف التي يأخذ فيها حكم الوصية

١- الصورة الأولى الوقف في مرض الموت: يرى بعض الفقهاء أن أفضل الضوابط في مرض الموت هو ما ذكره ابن تيمية بقوله: (ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت... وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه، ويجوز عند حدوثه<sup>(٣)</sup>)، وعلى ذلك ولضبط الوقف الواقع في مرض الموت تقرر عند أغلب الفقهاء توفر شرطين؛ الأول: أن يتصل به الموت. والثاني: أن يكون المرض مخوفاً<sup>(٤)</sup>، وقد ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن حكم الوقف في مرض الموت هو حكم الوصية وهذا ما أخذ به الإمامية أيضاً<sup>(٥)</sup>، أيضاً<sup>(٥)</sup>، وقد ورد في أقوال هذه المذاهب عن مرض الموت ما يأتي:

أما الإمامية فقد قالوا: (إلا أن يكون الإسكان موصى به، أو منجزاً وكان في مرض موته فتعد المنفعة الخارجة من الثلث لا جميع الدار)<sup>(٦)</sup>.

الحنفية: قالوا: (ولو وقف في مرض موته، قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت)<sup>(٧)</sup>. المالكية: قالوا: (الوقف على الوارث في مرض موت الواقف باطل، وسواء حمله الثلث أم لا،

(١) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، (٥١٢/٦).

(٢) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، (٣٥٢/١٧). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٢٦٩/١٠).

(٣) الحراني، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، (٤٤٠/٥).

(٤) عبد الرحمن زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٦٩٦.

الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٥) على الطباطبائي، رياض المسائل، الجزء التاسع، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ١٤١٩ هـ،

ص ٣٦٠.

(٦) السيد على الطباطبائي، رياض المسائل، مصدر سابق، (٣٦٠/٩).

(٧) برهان الدين عليّ ابن أبي بكر الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مصدر سابق، (٢٠٨/٦).

لأنه وصية<sup>(١)</sup> الشافعية: فقد قالوا: (إذا وقف شيئاً في مرض موته فان ذلك وصية)<sup>(٢)</sup> الحنابلة: فقد قالوا: (فعطاياه ولو عتقاً ووقفاً ومحاباةً كوصية...)<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك نلاحظ ما يأتي:

أ- اتفاق الجمهور على صحة الوقف في مرض الموت للأجنبي في حدود الثلث؛ لأنه في حكم الوصية، وقد ذهب هذا المذهب الحنفية<sup>(٤)</sup> والمالكية<sup>(٥)</sup> والشافعية<sup>(٦)</sup> والحنابلة<sup>(٧)</sup>، والإمامية على أجود القولين<sup>(٨)</sup>.

ب- إن الوقف على الورثة في مرض الموت فيه قضيتان الأولى، الوقف على الورثة جميعهم بمقدار إرثهم مثالها أن يقف الإنسان في مرض موته على ابنه وزوجته<sup>(٩)</sup>، والثانية: عندما يكون الوقف على الورثة ببعض إرثهم، ومثالها كأن يقف المريض مرض الموت ماله على ابنه وزوجته بالتساوي بغض النظر عن اختلافهم في الإرث<sup>(١٠)</sup>.

أما حكم أن يوصي بالوقف على ورثته أو بعضهم بعد موته في حدود الثلث:

الرأي الأول: جواز الوقف بشرط إجازة الورثة: ظاهر الرواية الأولى عن الحنفية، وعن أصبغ من المالكية،

(١) الخرخشي، حاشية الخرخشي، مصدر سابق، (٨٥/٩).

(٢) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان، الجزء الثامن، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط ١، جدة، ١٤٢١ هـ، ص ٩٥.

(٣) شرف الدين موسى بن احمد موسى الحجاوي، الاقناع لطالب الانتفاع، مصدر سابق، (١١٧/٣).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، (٢٠٨/٦).

(٥) المالكية: يشترطون الملكية الحيازة عن الواقف أو بحسب عبارتهم الحوز عنه قبل فلسه أو موته أو مرض موته حتى يصح التصرف وإلا بطل الوقف المالكي، ٢٢٢٥ ص ٢١٢. (وشروط الوقف حوزه عنه قبل فلسه وموته ومرض موته وإلا بطل) ابن الحاجب، ٢٢٢٩ ٢٩٩، ويعتبر الحوز لديهم يكون في شكلين حسي أو حكمي، بالنسبة للحوز الحسي فيتمثل في الإخراج الصادر من اسفل يدي المحبس، أما الحوز الحكمي متمثل في أبانه و أبرزه وعينه ولم يتم خلطه بالمال الخاص به، فإذا كان في حالة مشاع ولم يخصص حصة حتى حدث المانع واصبح الوقف وصار إرث) الدسوقي، حاشيته، ٤/١٢١ (وهناك استثناء فيه بأن الحوز الحسي ليس مشروط وجوده في الوقف بالنسبة للمحجور أو بالنسبة للوارث الميت بسبب المرض، بل يتم الاكتفاء فيه بالحوز الحكمي من الأب الوصي أو أي فرد وصي أو تتم إقامته من قبل الحاكم فبذلك يصح الوقف ولو كان معتمد على الحائز على الموت أو الفلاس أو ميت المرض باشتراط ثلاثة شروط: إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناه). قال خليل مستثنيا في اشتراط الحوز الحسي:، إلا لمحجوره إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناه. الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٤٦٦/٥).

(٦) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، مصدر سابق، (٩٥/٨).

(٧) الزركشي، شرح الزركشي (٢٨٥/٤).

(٨) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مصدر سابق، (٤٥٦/١). الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح شرح اللمعة دمشقية، مصدر سابق، (١٩٦/٣).

(٩) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان، مصدر سابق، (٩٥/٨).

(١٠) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٢١٠/٥).

والشافعية، والرواية الثانية عن الحنابلة، والإمامية<sup>(١)</sup> جواز ذلك بشرط إجازة الورثة، وإن لم يجيزوه فهو ميراث<sup>(٢)</sup>.

الرأي الثاني: جواز الوقف في مقدار الثالث: ظاهر الرواية الثانية عن الحنفية، والأولى عن الحنابلة، والإمامية<sup>(٣)</sup>، جواز الوقف على الوارث وإن لم يجزه الورثة في حدود الثلث<sup>(٤)</sup>.  
الرأي الثالث: عدم جواز الوقف على الوارث: ظاهر الرواية عن ابن القاسم وابن الحاجب من المالكية منع الوقف على وارث في المرض، فإن فعل فهو ميراث<sup>(٥)</sup>.

الرأي الرابع: وجاء في ظاهر الرواية عن الإمامية جواز الوقف بشرط قبضه في حياة الواقف<sup>(٦)</sup>.  
ت- رجوع الواقف في مرض الموت، وقد اختلفوا في هذا المضمار على قولين؛ الأول: عدم جواز الرجوع في مرض الموت وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والثاني: جواز الرجوع في مرض الموت وهو قول المالكية، أما الإمامية فإن الوقف عندهم بمثابة العتق للعبد، وعلى ذلك فكما لا يمكن الرجوع بالعتق أو فسخه بضرورة الدين كذلك لا يمكن فسخ الوقف والرجوع عنه<sup>(٧)</sup>.  
٢- الصورة الثانية الوقف المعلق على الموت: كما تلتبس الوصية بالوقف مع الوقف<sup>(٨)</sup> المعلق على الموت في الأخير لا يمكن رجوع<sup>(٩)</sup> عنه بخلاف الأول<sup>(١٠)</sup> ان الوقف المعلق على الموت قد أخذ حكم الوصية وقد

(١) العلامة الحلبي، تحرير الأحكام، مصدر سابق، (٣/ ٣٤١)

(٢) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ٢، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (١٢/ ٢٩٢).

(٣) على أصغر مروريد: الينابيع الفقهية، الناشر دار التراث، بيروت - لبنان/ الدار الإسلامية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م، (١٢/ ٣٤٨).

(٤) شمس الدين محمد بن احمد المنهجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، رابطة العالم الاسلامي، الامانة الامانة العامة، مكة المكرمة، ط ١، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥، ص ٢٥٥.

(٥) ابن رشد، البيان والتحصيل، مصدر سابق، (١٢/ ٢٩٢)، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمرو جمال الدين بن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م، ص ٤٤٨.

(٦) على اصغر مروريد، الينابيع الفقهية، مصدر سابق، (١٢/ ٣٤٨).

(٧) السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، مصدر سابق، (٤/ ٢١٦).

(٨) البهوتي، الاقتناع، مصدر سابق، (١٠/ ٢٧)، البهوتي، شرح منتهى الارادات، مصدر سابق، (٤/ ٤٥٤).

(٩) ذهب الحنفية والشافعية إلى جواز الرجوع فيه وفسخه كسائر الوصايا، وأنه لا يلزم إلا بالموت. وذهب الحنابلة إلى أن الوقف يكون لازماً من حين قوله: (هو وقف بعد موتي).

(١٠) ذهب جمهور الفقهاء الى صحة الوقف المعلق بالموت وهو يأخذ حكم الوصية من حيث الثلث وما ذهب اليه الاحناف والشافعية والحنابلة في ذلك على جملة ادلة منها أولاً: لأن التعليق بالموت في التمليكات يصح وصية ثانياً: لأن الوقف تبرع معلق بالموت؛ فصح، كالهبة والصدقة المطلقة ثالثاً: لأنه اشهر في الصحابة، فلم يُنكر؛ فكان إجماعاً، الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، (٣/ ٣٢٦)، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٥/ ٢٠٨). النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٥/ ٣٢٣، ٣٤٢). زكريا الانصاري، الغر البهية، مصدر سابق، (٣/ ٣٧٢)، الدمياطي، اعانة الطالبين، مصدر سابق، (٣/ ١٩٢). ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، (٥/ ٢٤٣)، المرادوي، الانصاف، مصدر سابق، (٧/ ٢٠)، البهوتي، الاقتناع، مصدر سابق، (٤/ ٢٥٠ - ٢٥١).

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار الوقف المعلق على الموت يأخذ حكم الوصية، أما أقوالهم فقد قال الحنفية: والحاصل أنه إذا علقه بموته كما إذا قال: إذا مت فقد وقفت داري على كذا فالصحيح أنه وصية<sup>(١)</sup>، أما الشافعية فقالوا: (وإذا علق بالموت كان كالوصية)<sup>(٢)</sup>، أما الحنابلة (وإن قال هو وقف بعد موت صح... ويكون الوقف بالموت لازمة... ويعد ثلثه لأنه في حكم الوصية)<sup>(٣)</sup>، أما المالكية فلم يقولوا بذلك إلا أن الأصل عندهم هو الجواز أي جواز الوقف المعلق وأنه لا يلزم إلا بحلول الأجل<sup>(٤)</sup>.

٣- الصورة الثالثة في حالة الرجوع عن الوقف المعلق بالموت: اختلف الفقهاء في هذا الموضوع على قولين؛ الأول: صحيح بمعنى صحة الرجوع عن الوقف المعلق على الموت وقد اخذ به الحنفية<sup>(٥)</sup> والمالكية<sup>(٦)</sup> وقول عند الحنابلة<sup>(٧)</sup>، أما الثاني: وهو عدم الصحة وهذا ما أخذ به الحنابلة<sup>(٨)</sup>.

٤- صورة ما يخرج عن الوقف المعلق على الموت بالنسبة للتركة: ذهب قائلون بصحة الوقف المعلق على الموت إلى أنه ينفذ ما يعادل الثلث وما عدا ذلك يعد موقوفاً على إجازة الورثة على أساس أنه في حكم الوصية والوصية كما هو واضح لا تتجاوز الثلث إلا بإجازة الورثة<sup>(٩)</sup>، أما الإمامية فقد ذهبوا إلى وجوب التنجيز وعدم التعليق ويترتب على ذلك إذا قال: إذا مت فهذا وقف لم يصر وقف بعد الموت أما إذا قال: إذا مت فاجعل هذا وقف عند ذلك يكون وصية بالوقف وعلى الوصي أن ينفذ وينشأ الوقف<sup>(١٠)</sup>. وخالصة القول تتضح لدينا أهمية الأوقاف والوصايا لحاجة الناس لها ولأهميتها الكبيرة فيما إذا صدرت على وفق أحكام الشريعة.

#### سادساً: موقف التشريعات المقارنة

لو رجعنا على التشريعات المقارنة نجد أن فكرة الوصية بالوقف غير واضحة لاسيما إذا ما رجعنا إلى النصوص القانونية التي تنظم أحكام الوصية أو تلك التي تطرقت إلى أحكام الوقف والتي سبق الإشارة إليها لنجد أن هذه النصوص لا تعطينا لا صراحةً ولا دلالةً إشارة لفكرة الوصية بالوقف ما عدا تلك الأحوال

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٢٠٦/٥).

(٢) الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصدر سابق، (٢٥٥/٦).

(٣) البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٢٧/١٠).

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤٧٣/٥).

(٥) كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، (٢٠٨/٦). عبد الغني طالب الغنيمي الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ص ٤٥١.

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤٧٣/٥). بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الدرر في شرح المختصر، المختصر، ج ٤، تحقيق حافظ بن عبد الرحمن خير وأحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠١٤، ص ٢٦٧.

(٧) المرادوي، الإنصاف مصدر سابق، (٣٩٩/١٦). أحمد الحراني، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، (٢٥٩/٣).

(٨) المرادوي، مصدر سابق، (٣٩٩/١٦). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٢٧/١٠).

(٩) الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، (٣٢٤/٣). البهوتي، المصدر نفسه، (٢٨/١٠).

(١٠) محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، مصدر سابق، ص ٥٩٢.

التي خاصه بوقف المنافع والتي سنوضحها لاحقاً لدى بعض الإشارات إلى بعض صور الوصية بالوقف التي أشار إليها الفقه الإسلامي، فلو رجعنا إلى التشريع العراقي سنجد أن المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية قد أشارت إلى أنه يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصي ولم تشر إلى بقية الشروط الأخرى التي أوضحها الفقه الإسلامي وهذا يعني بأن المال لا يقبل التملك بأن لا يمكن أن يكون محلاً للوصية من ثم ظاهر النص يشير إلى عدم جواز الوصية بالوقف باعتبار أن الوقف يعني خروج الملك من صاحبه أي رقبة ما بقي المنفعة إلى جهة الوقف، ومن ثم أصبح المال غير قابل للتملك، ومن ثم لا يصح الإيصال به، ولكن لو أمعنا في باطن هذا النص نجد أنه إحالة حتميته على الفقه الإسلامي استناداً للمادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية ومن ثم أمكن القول أن القاضي يستطيع في هذه الحالة الرجوع على الفقه الإسلامي وضياح الحكم اللازم حيث وجدنا أن هناك اتجاهين بهذا الخصوص (المجيز والمانع) ومن ثم للقاضي الخيار في أحد هذه الاتجاهات وفقاً للمعطيات التي لديه ومع ذلك فإن قواعد العامة في القانون المدني ومن وجهة نظر الباحث لا يوجد فيها أي مانع أو حظر لهذا النوع من الوصية خاصة فيما يتعلق بالوصية بالوقف على الذرية.

أما في القانون الأردني فلا توجد أي إشارة قريبة أو بعيدة للوصية بالوقف ولا يوجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني سوى هذه النصوص المتعلقة بشروط الموصى به إذ نص القانون الأردني على انه: (أ) تجوز الوصية إذا كان الموصى به مالاً معلوماً متقوماً مملوكاً للموصي شائعاً أو معيناً أو منفعة. ب. تجوز الوصية بحق التصرف بالأراضي الأميرية).<sup>(١)</sup> كما نص القانون على (يشترط في صحة الوصية ألا تكون في معصية أو في منهي عنه شرعاً).<sup>(٢)</sup>

وعليه فلا يمكن القول إن القانون الأردني قد أشار دلالة إلى الوصية بالوقف، ولكن هذا لا يمنع من الإحالة على المذهب الحنفي الذي كما رأينا يجيز مثل هذا النوع من الوصية كما نص: (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون).<sup>(٣)</sup>

أما بالنسبة للتشريع المصري فالإشارة في المادة (١٠) من قانون الوصية المصري تبين أن شروط الموصى ثلاث هي:

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي.

(٢) أن يكون متقوماً عند الموصي إن كان مالاً.

(٣) أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات.

(١) المادة (٢٧٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

(٢) المادة (٢٧٨) من القانون نفسه.

(٣) المادة (٣٢٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ النافذ.

لكن ممكن أن نجد نصوص مقارنة للفكرة في المادة (١١) التي أشارت إلى أنه تصبح الوصية بالخلو وبال حقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر، كما أشارت المادة (١٢) إلى أنه تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرا معلوما من المال ولا تنفذ فيما زاد عن هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة.

لكننا وجدنا أن المادة (١٣) فيها إشارة قريبة من الوصية بالوقف إذ أشارت إلى أنه تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصي، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية.

## الفرع الثاني

### وقف المنافع

مشروعية وقف المنافع: اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية الوقف على صحة وقف الأعيان المنتفع بها على الدوام كالعقار، واختلفوا في وقف المنفعة وحدها دون الرقبة لمن لا يملك العين على قولين كما سنوضحهما: أولاً: القائلون بعدم جواز وقف المنافع دون الرقبة: يرى أصحابه عدم جواز وقف المنافع دون الرقبة التي تستوفي منها، سواء كانت المنفعة مؤقتة كالمستوفاة بعقد الإجارة، أو مؤبدة كالمستوفاة بالوصية بالمنافع، وإليه ذهب الحنفية وبعض المالكية، وهو مذهب الشافعية وبعض الإمامية<sup>(١)</sup> والأحناف<sup>(٢)</sup> والحنابلة<sup>(٣)</sup>

(١) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٢٨٧/٣) ..

(٢) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، (٢٠٥/٦).

(٣) الشافعية: لا يصح وقف المنفعة وحدها دون الرقبة (العين)، سواء ملكها مؤقتا كمنفعة العين المستأجرة، أو ملكها مؤبدا كالمنفعة الموصى له بها، ويصح الوقف في كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؛ كالدور والأرضين والثياب والأثاث والسلاح (الهيتمي، ١٩٣٨. الحنابلة: لا يصح وقف منفعة، والذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصل يبقى بقاء متصلا) ابن قدامة، ١٩٦٩، ص ٣٦ (قال ابن تيمية: ، ولو وقف منفعة يملكها، كالعبد الموصى له بخدمته، أو منفعة أم ولده في حياته، أو منفعة العين المستأجرة فعلى ما ذكره أصحابنا: لا يصح)، البهوتي، ١٩٩٣ (الحنفية: ، وأما الذي يرجع إلى حتى لو وقت لم يجز؛ نفس الوقف فهو التأبيد، وهو أن يكون مؤبدا لأنه إزالة الملك إلى أحد،) الكاساني، البدائع (٦/٢١٨) ( . قول عند المالكية: قول ابن الحاجب يصح في العقار المملوك المستأجر اختصار لقول ابن شاس يجوز وقف الدار المستأجرة) ابن عرفة، ٢٢١٤. الأدلة 1. :لان رقبته غير مملوكة، كما لا يهب نفسه (الشربيني، ١٩٩٤.2) لا يصح وقف المنفعة دون الرقبة مؤقتة كانت أو مؤبدة لأن الرقبة أصل، والمنفعة فرع، والفرع يتبع الأصل (الشربيني)مغنى المحتاج، ٢/٣٧٨ لا يصح وقف منفعة لأنها ليست بعين (الشربيني، مغنى المحتاج، ٢/٣٧٨. أن الوقف يستدعي أصل يحبس لتستوفي منفعته على مر الزمان ولأن الوقف يشبه التحرير، وملك المنفعة يفيد والية التحرير ( الأنصاري، ١٩٩٤)، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، حفة المحتاج إلى أدلة المنهاج على ترتيب المنهاج للنووي، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني، دار حراء، مكة المكرمة، ط ١، ١٤٠٦ هـ، ٦/٢٣٧. الشافعية: أفتى الأستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف بعد الموت، وافقه أئمة عصره، وهذا كأنه وصية، وأنه لو عرض الدار على البيع صار راجعاً فيه. وإذا علق بالموت كان كالوصية ومن ثم لو عرضه على البيع كان رجوعا ولو نجز الوقف وعلق الإعطاء للموقوف عليه بالموت جاء التعليق بالموت في التملكيات يصح وصية فالوقف أولى) وقال الشربيني الشافعي في مغنى المحتاج: «ولا يصح وقف المنفعة دون الرقبة مؤقتة كانت كالإجارة أو مؤبدة كالوصية، لأن الرقبة

وقول عند المالكية<sup>(١)</sup>.

أدلة القول: استدلال القائلون بعدم جواز وقف المنافع بما يأتي:

١ - إن وقف المنفعة تصرف في الرقبة على الجملة؛ إما بالحبس أو إزالة الملك، ولا ملك له<sup>(٢)</sup>.

٢ - إن الرقبة أصل، والمنفعة فرع، والفرع يتبع الأصل<sup>(٣)</sup>.

٣- إن وقف المنفعة لا يتلاءم مع مفهوم الوقف، فإنه تحبيس الأصل وتسييل المنفعة، والحبس لا يتصور في المنفعة، فإن الانتفاع بها إنما يكون بإتلافها شيئاً فشيئاً فلا يتصور فيها تحبيس الأصل، إذ الأصل حينئذٍ هي المنفعة<sup>(٤)</sup>.

٤- إن الوقف يقتضي نقل الموقوف إلى الموقوف عليه، فيجب الوقوف فيه على ما علم من الشارع كونه ناقلاً، وما علم كون قابلاً للانتقال، ولم يعلم من الأخبار تعلق الوقف بالمنفعة ونقلها به، والأصل عدم إلى أن يثبت الدليل<sup>(٥)</sup> وكأنه يريد القول: إن الإشكال ليس في وجود المانع من وقف المنافع، بل في عدم المقتضى لذلك.

٥- جواز التصرف في العين؛ لأن الوقف لم يتعلق بها فتتبعها المنفعة فيفوت الغرض من الوقف فضلاً عن منافاته مع التأييد، ولذا فإن المالكية وبناء على أصلهم في عدم اشتراط التأييد أجازوا وقف المنافع.

ولو استعرضنا ما قاله الفقهاء المسلمون الأوائل من مسألة إضافة الوقف لما بعد موت الواقف صورة المسألة لوجدنا أنهم أشاروا إلى هذه المسألة بجملة أقوال منها: (أوقفت داري على المساكين بعد موتي / إن مت فأرضي هذه موقوفة على الفقراء)، فإن الوقف يصح؛ لأنه تبرع مشروط بالموت، ويعد وصية بالوقف عند المذاهب، وعندئذٍ يجري عليه حكم الوصية في اعتباره من الثلث كسائر الوصايا، والدليل على صحة تعليق الوقف بالموت واعتباره وصية ابن عمر وصى فكان في وصيته: (هذا ما أوصى

أصل والمنفعة فرع، والفرع يتبع تذكرة الفقهاء ٤٣٢/٢ ط قديمة، الشريبي، مغني المحتاج ٣٧٨ /٢ ابن الهمام، شرح فتح القدير ٦/٢١٦، الكاساني: بدائع الصنائع، ٦/٢٢١. الحطاب، مواهب الجليل، ٦/٢٠. النووي. روضة الطالبين، ٥/٣١٤. الشريبي: مغني المحتاج، ٢/٣٧٨، عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي: إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ٣/١٥٨، حواشي الشرواني، ٦/٢٣٧، المبدع، ٥/٣١٦، كشف القناع، ٤/٢٤٤، البهوتي: الروض المربع، ٢/٤٥٥.

(١) الحطاب الرعيني: مواهب الجليل، مصدر سابق (٦/ ٢٠)

(٢) محمد الغزالي، الوسيط، مصدر سابق، (٤/ ٢٤٠).

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٢/ ٥١٢).

(٤) الشيخ يوسف بن أحمد البحراني، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، مؤسسة النشر الإسلامي لجماعة المدرسين بقم المقدسة - إيران، ١٣٨٥ هـ، (١٧٦/٢٢).

(٥) المحقق البحراني، المصدر نفسه، (١٧٦/٢٢)

به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث الموت أن ثمغا صدقة<sup>(١)</sup>، (ووقفه هذا كان بأمر النبي(ص) واشتهر في الصحابة ولم ينكر، فكان إجماعاً)<sup>(٢)</sup>.

ومن أقوال الفقهاء في ذلك ما يأتي: (قول آخر في المذهب: قال أبو الخطاب في الهداية: لا تصح. واختاره ابن البناء، والقاضي. وحمل كالم الخرقى على أنه قال: قفوا بعد موتي. فيكون وصية بالوقف. وأطلقهما في المذهب. فعلى المذهب: يعد من الثلث. وكالمهم يقتضي أن الوقف المعلق على الموت، أو على شرط في الحياة: لا يقع إلزاماً قبل وجود المعلق عليه. إلا ما هو معلق بالموت وصية، والوصية في قولهم لا تلزم قبل الموت، والمعلق على شرط في الحياة في معناها. فيثبت فيه مثل حكمها في ذلك. والمنصوص عن أحمد بن حنبل في المعلق على الموت: هو اللزوم)<sup>(٣)</sup>، بل حتى إن كان ذلك على سبيل التأييد لكون الوقف عندهم يقوم على وقف الأصول.

جاء في أسنى المطالب: (ولا يصح من الحر وقف نفسه ... ولا وقف منفعة دون عين سواء أملكها مؤقتاً كالمستأجر أم مؤبداً كالموصى له بالمنفعة لانتفاء ملك الرقبة. وحكمته أن الوقف يستدعي أصلاً يحبس لتستوفى منفعته على مر الزمان، ولأن الوقف يشبه التحرير، وملك المنفعة لا يفيد ولأية التحرير)<sup>(٤)</sup>.

قال العلامة الحلبي: (لا يصح وقف المنفعة من دون العين، ولا يجوز وقف المنافع، فمن ملك منافع الأعيان دون رقابها كالمستأجر والموقوف عليه فوقف تلك المنافع لم يصح، سواء ملك المنفعة مؤقتاً كالمستأجر، أو مؤبداً كالموصى له بالخدمة والمنفعة؛ لأن ملك الوقف يشبه التحرير، وملك المنفعة لا يفيد ولأية التحرير، لأن من شرط الوقف الدوام، والمنافع لا دوام لها، فإنها تحدث شيئاً فشيئاً، وتنفى كذلك، فهي كالشيء الذي يسرع إليه الفساد)<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: القائلون بجواز وقف المنافع: وهو اتجاه المالكية الذين ذهبوا إلى القول بجواز وقف المنافع<sup>(٦)</sup> وهو ما ينطبق على وقف الخدمات، سواء أكانت هذه المنافع عينية أم غير عينية مملوكة على التأييد كالموصى له بسكنى دار أبداً يقوم بوقف منفعة السكنى لهذه الدار، أم كانت مملوكة على التأقيت كدار استأجرها لمدة زمنية معلومة فيقوم بوقف منفعتها خلال تلك المدة على أن ينقضي الوقف بانقضاء مدة الاستئجار جاء في الشرح الكبير (...كدار استأجرها مدة معلومة فله وقف منفعتها في تلك المدة وينقضي

(١) البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٢٧/١٠).

(٢) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري مصدر سابق، (٤٠٣/٥).

(٣) المرادوي، الانصاف، مصدر سابق، (٢٤/٣).

(٤) زكريا الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مصدر سابق، (٤٥٨/٨).

(٥) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، (٤٣٢/٤).

(٦) تاج الدين السلمي الدُمَيْطِيُّ المَالِكِيُّ (ت ٨٠٥هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م. (٨٥٣/٢).

الوقف بانقضائها؛ لا لأنه يشترط فيه التأييد كما سيأتي، وشمل قوله بأجرة من الأول في تلك. فأخر غير مستحق استأجر دارا محبسة مدة فله تحبب منفعتها على المدة وأما المحبس عليه فليس له تحبب المنفعة التي يستحقها لأن الحبس لا يحبس<sup>(١)</sup> وفي قرار منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، إذ جاء فيه: (يجوز وقف المنافع والحقوق؛ لعموم النصوص الواردة في مشروعية الوقف، ولتحقيقه لمقاصد الشارع من الوقف، ما دامت المنافع والحقوق متقومة شرعاً)<sup>(٢)</sup>. يرى أصحاب هذا القول بجواز وقف المنافع دون الرقبة، فمن ملك منفعة بإجارة أو وصية أو نحوها مؤبداً أو مؤقتاً، ملك وقف هذه المنفعة مؤقتاً أو مؤبداً خلال مدة تملكه لها، فإن كانت ملكيته للمنفعة مؤقتة بمدة انتهى الوقف بانتهائها، وهو مذهب جمهور المالكية، وقول بعض الأحناف<sup>(٣)</sup>. وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي<sup>(٤)</sup>.

(١) أحمد الدرديري، الشرح الكبير على مختصر خليل، مصدر سابق (٧/٤).

(٢) منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

(٣) الأحناف: أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت يكون باطلاً عند أبي حنيفة مع صحة العقد إذا أضيف إلى ما بعد الموت باعتباره وصية لا وقفاً، وأنه يكون وصية الزمه من الثلث بالموت قبله، أما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا ان تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً والحاصل أنه إذا علقه بموته كما إذا قال إذا مت فقد وقفت دارى على كذا فالصحيح أنه وصية الزمته لكن لم تخرج عن ملكه فالذي يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وإنما يلزم بعد موته وإنما لم يكن وقفاً لما قدمنا من أنه يقبل التعليق بالشرط، أما إذا قال) إذا مت فاجعلوها وقفاً (فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل تعليق الوقف نفسه. وفي قول آخر في المذهب: لو علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث لأن الوصية بالمعوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الواقف باقياً فيه حكماً يتصدق منه دائماً وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال أو تجيز الورثة فإن لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثاً ثلثه للوقف وثلثاه للورثة). جاء في الشرح الكبير: وإن كان الملك المدلول عليه بمملوك بأجرة كدار استأجرها مدة معلومة فله وقف منفعتها في تلك المدة وينقضى الوقف بانقضائها؛ لأنه لا يشترط فيه التأييد). وجاء في حاشية الدسوقي:، وأما المحبس عليه فليس له تحبب المنفعة التي يستحقها لان الحبس لا يحبس) ولو (كان المملوك) حيواناً ورقيقاً (من عطف الخاص على العام أي فيصح وقفه ويلزم. قوله: فليس له تحبب المنفعة التي يستحقها؛ لأنه يملكها لما تقرر أن الموقوف عليه إنما يملك الانتفاع لا المنفعة فقول الشارح؛ لان الحبس ال يحبس أي لا يصح تحببسه ممن كان محبسا عليه لعدم ملكه لذاته ولا لمنفعته وهذا لا ينافي جواز تحببسه لمن ملك منفعته بإجارة) الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ٤/٧٦، الحطاب، مواهب الجليل، ٦/٢١، صالح الأبى: الثمر الداني، ٢/٥٥٦، البهوتي، كشاف القناع ٤/٢٤٤ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/٢١٦، الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٢٢١. النووي. روضة الطالبين، ٥/٣١٤، الشربيني، مغنى المحتاج، ٢/٣٧٨، الدمياطي، إعانة الطالبين، ٣/١٥٨، حواشي الشرواني، ٦/٢٣٧، البهوتي، كشاف القناع، ٤/٢٤٤، الروض المربع، ٢/٤٥٥.

(٤) قرار رقم: ١٨١ (٧/١٩) بشأن وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي:

أولاً: الوقف من أوسع أبواب الفقه التي تقوم على الاجتهاد وهو تصرف معقول المعنى مرتبط بمقاصد الشرع، مبتغاه تحقيق مصالح الوقف للواقف والموقوف عليهم. ثانياً: وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع ووحدات الصناديق الاستثمارية: (١) إن النصوص الشرعية الواردة في الوقف مطلقة يندرج فيها المؤبد والمؤقت، والمفرز والمشاع، والأعيان والمنافع والنقود، والعقار والمنقول؛ لأنه من قبيل التبرع وهو موسع ومرغب فيه. (٢) يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها

والحنابلة في قول<sup>(١)</sup> قال ابن شاس من المالكية: "لا يجوز وقف الدار المستأجرة"<sup>(٢)</sup>، وقال ابن الحاجب من المالكية: "يصح في العقار المملوك لا المستأجر"<sup>(٣)</sup>؛ أي لا يجوز وقف منفعة العين وحدها. وقال العمراني من الشافعية: "ويصح الوقف في كل عين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؛ كالدور والأرضين والثياب والأثاث والسلاح والكرراع"<sup>(٤)</sup>، وقال الهيثمي في التحفة: "ولا يصح وقف المنفعة وإن ملكها مؤبداً بالوصية"<sup>(٥)</sup>. وقال ابن قدامة من الحنابلة: "وجملة ذلك أن الذي يجوز وقفه ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصلاً يبقى بقاء متصلاً"<sup>(٦)</sup>. واستدل القائلون جواز وقف المنافع بما يأتي:

شرعاً، والصكوك، والحقوق المعنوية، والمنافع، والوحدات الاستثمارية، لأنها أموال معتبرة شرعاً. (٣) تترتب على وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع وغيرها أحكام من أهمها: (أ) الأصل في الأسهم الوقفية بقاءها واستعمال عوائدها في أغراض الوقف وليس المتاجرة بها في السوق المالية فليس للناظر التصرف فيها إلا لمصلحة راجحة أو بشرط الواقف فهي تخضع للأحكام الشرعية المعروفة للاستبدال. (ب) لو صفت الشركة أو سددت قيمة الصكوك فيجوز استبدالها بأصول أخرى كعقارات أو أسهم وصكوك أخرى بشرط الواقف أو بالمصلحة الراجحة للوقف. (ج) إذا كان الوقف مؤقتاً بإرادة الواقف يُصفي حسب شرطه. (د) إذا استثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك أو غيرها فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وفقاً بعينها مكان النقد، ما لم ينص الواقف على ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر فائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبب. (هـ) يجوز وقف المنافع والخدمات والنقود نحو خدمات المستشفيات والجامعات والمعاهد العلمية وخدمات الهاتف والكهرباء ومنافع الدور والجسور والطرق. (و) لا يؤثر وقف المنفعة لمدة محددة على تصرف مالك العين بملكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة. (ز) ينقضي وقف الحقوق المعنوية بانتهاء الأجل القانوني المقرر لها. (ح) يقصد بالتوقيت أن تكون للوقف مدة ينتهي بانقضائها. ويجوز التوقيت بإرادة الواقف في كل أنواع الموقوفات. (ط) يمكن لمن حاز أموالاً مشبوهة أو محرمة لا يعرف أصحابها أن يبرئ ذمته ويتخلص من خبثها بوقفها على أوجه البرّ العامة في غير ما يقصد به التعبد، من نحو بناء المساجد أو طباعة المصاحف، مع مراعاة حرمة تملك أسهم البنوك التقليدية (الربوية) وشركات التأمين التقليدية. (ي) يجوز لمن حاز أموالاً لها عائد محرم أن يقف رأس ماله منها والعائد يكون أرساداً له حكم الأوقاف الخيرية؛ لأن مصرف هذه العوائد والأموال إلى الفقراء والمساكين ووجوه البرّ العامة عند عدم التمكن من ردّها لأصحابها. وعلى متولي الوقف أن يعمل بأسرع وقت على أن يستبدل بهذه الأموال ما هو حلال شرعاً ولو خالف بذلك شرط الواقف إذ لا عبرة بشرط الواقف إذا تعارض مع نص الشارع.

ويوصي بما يأتي:

(١) دعوة الحكومات والمجالس التشريعية في البلدان الإسلامية إلى تعديل قوانين ونظم الأوقاف فيها بما يتفق مع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي. (٢) دعوة وزارات التعليم والجامعات في البلدان الإسلامية إلى تخصيص مقررات دراسية تعنى بدراسة الوقف دراسة علمية موضوعية. (٣) دراسة المجمع موضوع إدارة الوقف وأسسها وتنظيمها وضوابطها ومعايير اختيار واستمرار الإدارة في موقعها في دورات قادمة، وأن يولى هذا الموضوع عناية خاصة باعتباره أساس نجاح ونهضة الأوقاف واستثماراتها. والله أعلم.

(١) الحنابلة: فيصح في قول الخزقي. وهو المذهب. ينظر: المرادوي، الانصاف، مصدر سابق، (١٩٩/٦).

(٢) جلال الدين عبدالله بن نجم السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م. (٣/٣٢).

(٣) الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، مصدر سابق، ص ٤٥٢.

(٤) يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان، مصدر سابق، (٨/٦٠).

(٥) ابن الملقن سراج الدين الشافعي، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج على ترتيب المنهاج للنووي، مصدر سابق، (٦/٢٣٧).

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٨/٢٣١).

- ١- عموم أدلة مشروعية الوقف فهي لا تفرق بين وقف الأعيان ووقف المنافع، فلا مسوغ لقصرها على جواز وقف الأعيان دون المنافع، أو على جواز وقف المنافع العينية دون غيرها من المنافع الأخرى .
- ٢- لا فرق بين وقف المنفعة ووقف العين من حيث النتيجة ففي النهاية في كلا النوعين من الوقف هناك منفعة ينتفع الموقوف عليه، ولولا المنفعة المتأتية من العين لما جاز وقفها، ولو كانت المنفعة المتأتية من العين محرمة لما جاز وقف العين وهكذا، فالعبرة في النهاية بالمنفعة التي قد تتأتى من وقف العين كما قد تتأتى من وقف المنفعة ذاتها، وهذا ما صرح به ابن تيمية حينما قال: (... لا فرق بين وقف هذا - يقصد وقف المنفعة - ووقف البناء والغراس، ولا فرق بين وقف ثوب على الفقراء يلبسونه، أو فرس يركبونه، أو ريحان يشمه أهل المسجد (... القياس على الوصية فلما جاز لدى جمهور الفقهاء الوصية بالمنافع، جاز كذلك قياسا وقف المنافع باعتبار بجامع أن كلاً من الوصية والوقف من عقود التبرعات)<sup>(١)</sup>.
- ٣- ما رواه مسلم في صحيحه قال: حدثنا يحيى بن يحيى قال: قرأت على مالك، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر بن عبد الله أن رسول الله (ص) قال (أي ما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيتها لا ترجع إلى الذي أعطها ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وفي رواية) (من أعمار رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهي لمن أعمار ولعقبه) وفي رواية: (قال جابر: إنما العمرى التي أجاز رسول الله (ص) أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها)<sup>(٢)</sup>.
- وجه الدلالة:

القياس على صحة الوصية بالمنافع بصحة الوقف بالمنفعة دون العين.

- ٤- إن المنافع مقصودة لذاتها، والوقف تمليك للمنافع، فالأعيان إنما تحبس لأجل ما فيها من المنفعة، فلا فرق بين وقف المنفعة وحدها ووقف عين مشتملة على منفعة<sup>(٣)</sup>.
- ٥- إن المنافع أموال متقومة؛ لكونها الغرض الأظهر من جميع الأموال، ولورود العقد عليها وضمانها به.
- ٦- القياس على صحة الوصية بالمنافع، فكما تصح الوصية بالمنفعة دون العين فكذلك يصح وقفها<sup>(٤)</sup>.
- وهناك من يرى وقف منافع الأموال بصفة مؤقتة: يتصور ذلك في وجوه منها ما يأتي:-

- ١- وقف المستأجر منفعة العين المؤجرة خلال مدة الإجارة. ٢- وقف الموصي له بمنفعة شيء أبداً أو لمدة من الزمن، المنفعة خلال مدة معينة. ٣- وقف المستعير منفعة العين المستعارة خلال مدة العارية، وفقاً

(١) خالد بن علي المشيخ: النوازل في الأوقاف، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، د. ط (١٤٣٣ - ١٤٣٢ هـ)، ص ١٠٩.

(٢) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ٢٤٠/١١، ١٣٩٢، ٢٤٠/١١.

(٣) كتاب أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤/٧٦). العلامة الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢/٤٤٤)، الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣/٢٨٧).

لمذهب من يرى أن العارية تفيد ملك المستعير لمنفعة العين المعارة<sup>(١)</sup> ويتساءل هل من المقبول شرعاً والمجدي اجتماعاً واقتصاداً وقف المنافع؟ المشهور المتعامل به أن يكون المال الموقوف شيئاً مادياً محسوساً، لكننا هنا أمام عملية وقف، الموقوف فيها شيء معنوي ممثلاً في منفعة أصل مادي محسوس. والتصوير البسيط لها قيام شخص ما أو جهة ما باستئجار مبنى ثم تقوم بوقف منفعة هذا المبنى لإسكان طالبات جامعة الأزهر مثلاً. هنا نلاحظ أن المستأجر لا يملك عين المبنى، وإنما يملك منفعته عبر عقد الإجارة الذي أبرمه مع المؤجر للمبنى، ولذلك فالمستأجر لا يقف المبنى ذاته؛ لأنه لا يملكه، ولكن يقف ما يملكه فيه، وهو منفعته، المتمثلة في أهليته وصلاحيته للإسكان. وذلك طيلة مدة إجارته قلت أو كثرت أو مدة محددة منها؟ ويجب بالقول وإذا قيل إن الموقوف من المنافع هو نفسه ثمرة الموقوف وفائدته، والشأن أن يكون الموقوف شيئاً وثمرته وغلته وفائدته شيئاً آخر. قلنا إنه عند التأمل نجد أننا أمام شيئين لا شيئاً واحداً؛ فالموقوف هو منفعة الآلة أو الدار أو الأرض. بمعنى ما في تلك الأعيان من صفات تجعلها صالحة لإشباع حاجة الإنسان أو ثمره، أما انتفاع الموقوف بهذه المنفعة مثل سكنا الدار فهذا شيء آخر. والاقتصاديون يفرقون بين المنفعة وبين ما يستقيده الشخص من هذه المنفعة ويسمونه إشباعاً Satisfaction. ثم إن هذا ليس أي رأياً شرعياً يعتد به في الحكم الشرعي. على أنه قد يظهر بوضوح أكبر في وقفيات مشروعة مثل وقف الحبوب لإقراضها، فإن الموقوف عليه يستهلكها، ثم يعيد مثلها، كما يرد آخر على القول بجواز وقف المنفعة يمكن الرد عليه، مثل كونه غير مؤبد وكونه غير لازم فهذه أمور خلافية لا يُحتج به<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: موقف التشريعات المقارنة

لو رجعنا إلى القانون العراقي نجد أنه لم يتطرق أصلاً إلى الوصية بالمنافع وأحالتها على الفقه الإسلامي وإن كان هناك من يذهب إلى القول بأنه أحالتها على القواعد العامة في القانون المدني لاسيما في باب العقود الواردة على المنفعة كالإيجار والعارية، ولكننا لا نتفق معه، ونرى أن هناك قصوراً تشريعياً في تنظيم الوصية بالمنافع وعموماً فلو رجعنا إلى المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية النافذ فنجد أن القاضي يرجع إلى الشريعة الإسلامية من دون التقييد بمذهب معين، وقد أوضحنا فيما سبق موقف الفقه الإسلامي من الوصية بالوقف.

سبق وأن أوضحنا موقف المشرع العراقي من مسألة تسجيل الوقوف إلا أنه عاد وأشار إلى نوع آخر من أنواع الوصية ألا وهو الوصية المؤبدة بالخيرات التي يعدها من أنواع الوقف الملحق، لو رجعنا إلى قانون التسجيل العقاري وجدنا أن المشرع قد أشار إلى الوصية المؤبدة بالخيرات، ولا تعد نوعاً من

(١) د. ماجدة محمود هزاع أستاذ الفقه المقارن بكلية الدراسات الإسلامية بالقاهرة، الوقف المؤقت بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للوقف عن الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية للوقف التي تنظمه جامعة أم القرى بمكة المكرمة في شوال من عام ١٤٢٧ هـ.

(٢) د. شوقي أحمد دنيا أستاذ الاقتصاد وعميد كلية التجارة جامعة الأزهر، مجالات وقفية مستجدة وقف المنافع والحقوق بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية في رحاب جامعة أم القرى ١٤٢٧ هـ، ص (١٤-١٧).

أنواع الوصايا فقد نص القانون على أن الوصية المؤقتة تشمل وصية التملك: وهي تلك الوصية التي تنصب على ملكية الحصة الشائعة المملوكة ملكاً صرفاً، أو هي الوصية بملكه العقار المملوك على وجه الاستقلال إلى جهة من الجهات وحسب المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية النافذ الثاني الوصية بالعين هي التي تنصب على صرف ثمن العقار أو الحصة الشائعة فيه على وجه البر والخير بعد بيعها، أما القسم الآخر من الوصية فهو الوصية المؤبدة الشبيهة بالوقف، وقد اختلف الفقه القانوني بخصوص عدّها وقفاً أم وصية على أقوال عده؛ فقد ذهب بعض إلى القول بأنه (أما إذا كان الموصى لهم غير المحصورين، يظن انقطاعهم، استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم، وإن لم تكن له مدة معلومة)<sup>(١)</sup> بينما أشار بعض آخر إلى أن الوصية المؤبدة ليست وقفاً بل وصية ويرى (.. وإذا كانت الوصية بالمنافع وحدها لجهات دائمة لا لشخص معين، تخرج عن معنى الوصية وتعد في معنى الوقف الدائم، الذي تسقط به الملكية لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة الخاصة لرقبة المال، فلو أوصى بغلة داره أو حصته الشائعة إلى ما بعد الموت، كان ذلك وقفاً مضافاً للفقراء أبداً للتأبيد، وإن كان بلفظ الوصية، إذا لم يبقَ ملكية الضرورة نظراً للورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم)<sup>(٢)</sup>.

أما القضاء العراقي فعّد الوصية بوقف عقار وصية يجب ان تتوافر فيها شروط المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية في حين قضت محكمة التمييز باعتبار الوقف المضاف إلى ما بعد الموت يخرج مخرج الوصية. ولم تنف عنه صفة الوقف<sup>(٣)</sup> (الوصية المؤبدة بالخيرات) هل هي وقف أم وصية. فقد عدّها المشرع العراقي في قانون إدارة الأوقاف نوعاً من أنواع الوقف الملحق، في حين عدّها نوعاً من أنواع الوصايا في قانون التسجيل العقاري فقد نص القانون على (الوصية بالريع تتضمن الإيضاء بصرف ريع العقار على وجه التأبيد وفقاً لشروط الموصي ولا يجوز إجراء التصرفات العقارية عليها التي تخل بالوصية)<sup>(٤)</sup> وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يمنح الوقف المضاف إلى ما بعد الموت، فلا يصح أن يقول الشخص (حصتي الشائعة في العقار المعين وقف بعد وفاتي) لأنه لا يجوز تعليق الوقف، إلا أنه يشترط في صيغة الوقف أن تكون منجزة إلا إذا فهم من الواقع والعرف أن الموصي أراد الوصية بالوقف فيجب العمل

(١) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مطبعة مخيمر، الناشر، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، د. ط، ص ١٤٨. نصت المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية على أنه (يشترط في الموصى له ١- أن يكون حياً حقيقة أو تقديرأ حين الوصية وحين موت الموصى، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام. ٢- أن يكون للموصي (...). ينظر في أقوال فقهاء المسلمين، (د. أحمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٣٠-٢٣٦).

(٣) ينظر القرار المرقم (٥١٣/شرعية/٦٤ في ١٤/١٠/١٩٦٤) فقد قضت محكمة التمييز بأن الإيضاء بوقف عقارات يعد وصية ويجب توافر شروط المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية. (القرار منشور في قضاء محكمة التمييز، مجلد ٢، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٤، مطبعة الإدارة المحلية - بغداد، ١٩٦٨، ص ٦٠).

(٤) المادة (٢٥٣) قانون تسجيل عقاري عراقي.

بها عند تحقق شرائطها<sup>(١)</sup> فيوقف بعده فإن العقار يخرج من ملك المالك بموجب حجة الوصية ولا يجوز بيعه أو التصرف به خلاف للوصية<sup>(٢)</sup>، كأن يقول الموصي (إذا مت فيخرج ثلث أموالي) فيكون هنا وصية يوقف لسكني الفقراء مثال ويشتر به عقارا بالوقف الوقف لساعته) وقد استثنى الفقهاء من عدم صحة الوقف المعلق على شرط الحياة، الوقف المعلق على الموت، كما إذا قال: (إن مت فأرضي هذه موقوفة على الجهة الفلانية، كان هذا يصح على أنه وصية بالوقف، على أنه وقف لساعته، وعندئذ يجري فيه حكم الوصية من كل وجه)<sup>(٣)</sup>.

(١) تنظر المادة (٧/١) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ النافذ والمعدل.

(٢) (حجة وصية)

إني قاضي محكمة الأحوال الشخصية في البصرة السيد فلاح صاحب نعمة سجلت وأصدرت ما هو آت: قدم المستدعي السيد (ع.س.ص) المقلب (أ.ج) طلباً إلى هذه المحكمة يطلب فيه تصديق الوصية المتضمنة والمؤيدة بشهادة الشهود المعرفين في الوصي:

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين الحمد لله الذي أمر بالوصية قبل حلول المنية والصلاة والسلام على سيدنا محمد (ص) {كل نفس ذائقة الموت} وقال سبحانه وتعالى في كتابه الكريم بسم الله الرحمن الرحيم {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين} صدق الله العلي العظيم، وقال الرسول محمد (ص) أيضاً الوصية حق على كل مسلم.

أنا الحقير لله (ع.س.ص) الملقب (أ.ج) الساكن في محافظة البصرة حي عمان قرب مستشفى ابن غزوان للولادة قد أوصيت بسلامة عقلي واختباري من غير إجبار أو إكراه وإني أقر ..... لذا جعلت للسيدة (ف.ج.ش) و (ع.ع.س) مجتمعاً وصياً على ثلث الخيرات وهي زوجتي وولداي يكونان مختارين على ثلث الخيرات وتكون التولية من بعدي للجامع المشيد حالياً

.....

أ. تجهيز جنازتي ويزار بها مرقد الإمام الحسين ومرقد الإمام على (ع) ثم تدفن في النجف الأشرف في مقبرة خاصة للموصي، والدفان عباس حمود الخاقاني وأولاده.

ب. يصرف على الجامع المشيد باسم الموصي الحاج (ع.س.ص) على القطعة ١٠١/٧٥٦ القبلة القديمة من مصروفات على إمام وخادم الجامع وترميمات الجامع وإقامة التعازي على الإمام على (ع) في شهر رمضان المبارك والإمام الحسين (ع) في شهر محرم وفي وفيات الأئمة حسب الجدول المدرجة وفياتهم وليالي الجمع وكذلك إطعام الطعام في المناسبات الدينية وفي زيارة الإمام الحسين (ع) وفي داري الواقعة في كربلاء وفي زيارات النصف من شهر شعبان وزيارة الأربعين للحسين (ع) وعيد الأضحى والفطر المبارك وفي يوم الغدير وإن كل ما ذكرنا من مبالغ من المصروفات المطلوبة وبعد خصم الإيجار للمحلات والشقق في الجامع وحسينية البراضعية.

ج. العقارات العائدة إلى الموصي هي ٢/١٢٢ الفرسى و ٨/١٦٧ البراضعية والعباسية الغربية كربلاء ٢/٥٢١.

د. ويحصر ثلث الموصي في العقارين ٢/٥٢١ العباسية الغربية كربلاء ونصف العقارات الخليلية.

هـ. الناظر على الموصي يكون الشيخ (ع.ع) هذا ما كان من أمر آخرتي الباقية أما في فيما كان من أمر دنياي الفانية فإني أوصي ما ذكر فيه في الوصية وهي من حطام الدنيا اني أقر وأعترف وأنا في تمام الصحة والعافية ومالك جميع قواي العقلية والبدنية وتمت بحضور الشهود كل من (ر)، (ح)، (ع)، وهم أولادي فمن بدلها من بعد ما سمعها فإن إثمها على الذين يبدلونها وقد تم تحرير هذه الوصية بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٩ في اليوم الثامن والعشرين من شهر شوال لسنة ألفين وستة ميلادية. (قرار محكمة الأحوال الشخصية في البصرة) العدد (٢٠٠٦/ق/١٧٥)، التاريخ (٢٠٠٦/١١/١٩). (قرار غير منشور).

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، إحسان للنشر والتوزيع، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م، ط١، ص٢٣٥.

ومع ذلك يرى الباحث أنه على وفق التشريع العراقي وعلى وفق القواعد العامة أو من طريق استقراء النصوص في قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالوصية أنه لا مانع من الوصية بالوقف لاسيما عندما تكون جهة البر لأشخاص لا يظن انقطاعهم والتي تدخل مدخل الوقف الخيري، كذلك لا مانع من الإيصال للورث الذي يدخل مدخل الوقف الذري.

وفي الوصية المؤبدة الشبيهة بالوقف فقد اختلف الفقه القانوني، فهل هذه الوصية تعد وقفاً؟ فقد ذهب بعض الفقه إلى القول (... وإذا كانت الوصية بالمنافع وحدها لجهات دائمة لشخص معين، تخرج عن معنى الوصية وتعد في معنى الوقف الدائم، الذي تسقط به الملكية لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي الخاصة لرغبة المال، فلو أوصى بغلة داره (أو حصته الشائعة) إلى ما بعد الموت، بحكم، كان ذلك وقفاً مضافاً للفقراء أبداً للتأبيد، وإن كان بلفظ الوصية، إذا لم يبقَ لملكية الرقبة ضرورة بالنسبة للورثة ما دامت المنفعة لغيرهم)<sup>(١)</sup>.

أما في التشريع المصري فلو رجعنا إلى قانون الأوقاف فإننا نجد أنه قد أشار في المادة (٢٣) منه إلى أن (للمالك أن يقف ما لا يزيد على ثلث ماله على من يشاء من ورثته أو غيرهم أو على جهة بر. وتكون العبرة بقيمة ثلث مال الواقف عند موته، ويدخل في تقدير ماله الأوقاف التي صدرت منه قبل العمل بهذا القانون وبعده إلا إذا كانت أوقافاً ليس له حق الرجوع فيها). ومع مراعاة أحكام المادة (٢٤) يجوز له أن يقف كل ماله على من يكون موجوداً وقت موته من ذريته وزوجه أو أزواجه ووالديه. وإذا لم يوجد له عند موته أحد من المبيينين في المادة (٢٤) جاز وقفه لكل ماله على من يشاء. وأوضحت المادة (٢٤) بأنه (مع مراعاة أحكام المادة ٢٩، يجب أن يكون للوارثين من ذرية الواقف زوجة أو أزواجه ووالديه الموجودين وقت وفاته استحقاق في الوقف فيما زاد على ثلث ماله وفقاً لأحكام الميراث، وأن ينتقل استحقاق كل منهم إلى ذريته من بعده وفقاً لأحكام هذا القانون. ولا يجب هذا الاستحقاق لمن يكون الواقف قد أعطاه بغير عوض ما يساوي نصيبه من طريق تصرف آخر، فإن كان ما أعطاه أقل مما يجب له استحقاق في الوقت بقدر ما يكمله. وأشارت، كما انه يجوز استغلال الدار الموقوفة للسكنى، وتجاوز السكنى في الدار الموقوفة للاستغلال ما لم تقرر المحكمة غير ذلك إذا رفع الأمر إليها)<sup>(٢)</sup>. وبينت المادة (٣٢) إلى أنه (إذا كان الواقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره، ومن مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه. ولا تنقض قسمة ريع الوقف بانقراض أي طبقة ويستمر مآل للفرع منتقلاً في فروعه على الوجه المبين في الفقرة السابقة إلا إذا أدى عدم نقضها إلى حرمان أحد من الموقوف عليهم..

(١) د. حيدر الشمري، أحكام الوصايا والمواريث، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢) ينظر المادة (٣١) من قانون الوقف المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.

ولو رجعنا إلى قانون الوصية نجد أنه أشار إلى هذا النوع من الوقف بالقول من أنه<sup>(١)</sup>: إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم، أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي، أو خلال المدة المعينة للمنفعة، أو وجد خلال هذه المدة وانقضى قبل نهايتها، كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها بحسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر، وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي<sup>(٢)</sup> إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو بعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين، قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها. فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة<sup>(٣)</sup>. وتصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة. فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة، يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة، أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له<sup>(٤)</sup> وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة، تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية. وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة، نفذ منها بقدر الثلث الزائد من المراتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي<sup>(٥)</sup> وإذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له، يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة (٦٤) إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال، ويوقف ما يغل المراتب الموصى به على الوجه المبين في المادة (٦٥) إن كانت الوصية بمرتب من الغلة فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء، كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده. وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء، فليس له الرجوع على الورثة<sup>(٦)</sup> وإذا لم تكف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب، وإذا زادت الغلة عن المراتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصي، ويوقف ما يزيد من الغلة عن المراتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع، فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ

(١) ينظر المادة (٥٣) من قانون الوقف المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.

(٢) ينظر المادة (٦١) من القانون نفسه.

(٣) ينظر (المادة ٦٢) من القانون نفسه.

(٤) ينظر (المادة ٦٤) من القانون نفسه.

(٥) ينظر (المادة ٦٥) من القانون نفسه.

(٦) ينظر (المادة ٦٦) من القانون نفسه.

الوصية في إحدى السنوات، استوفي الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة، فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي<sup>(١)</sup> وإذا كانت الوصية بالمرتببات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة، يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة. وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها، وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصي<sup>(٢)</sup> و في الأحوال المبينة في المواد من (٦٤) إلى (٦٧) يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً، ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي. ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص<sup>(٣)</sup> ولا تصح الوصية بالمرتببات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليتين من الموصى لهم وقت موت الموصي، ويفدر الأطباء حياة الموجودين، وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعينين<sup>(٤)</sup>.

وقد ذهب القضاء المصري إلى القول بأن المادة (٨٢٣) من القانون المدني لا تبيح اشتراط حظر التصرف إلا لمدة مؤقتة وبناء على باعث مشروع، وهي الحدود التي أباح المشرع في نطاقها الخروج على مبدأ حرية تداول الأموال، وقد استخلص الحكم - المطعون فيه - من عبارات الوصية وفي استدلال سائغ أن الباعث على حظر التصرف الموقوف بحياة الموصي إليها هو حمايتها وتحقيق مصلحتها بما لا خروج فيه على قواعد النظام العام، ومن ثم فإن هذا الذي انتهى إليه الحكم لا ينطوي على خطأ في تطبيق القانون. وأضاف بأن الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة، وتعد صحيحة وفقاً لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم (٧١) لسنة (١٩٤٦م)، ولا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع. وأكد أنه إذ كانت محكمة الموضوع قد دلت وبأسباب تكفي لحمل قضائها وفي حدود سلطتها لتقدير الدليل على توافر عناصر الوصية، وكان ما تدعيه الطاعنة من انصراف نية الموصي إلى إنشاء وقف لا وصية يتنافى مع انتفاء التأييد، فإن النعي يكون على غير أساس<sup>(٥)</sup>.

(١) ينظر (المادة ٦٧) من قانون الوقف المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.

(٢) ينظر (المادة ٦٨) من القانون نفسه

(٣) ينظر (المادة ٦٩) من القانون نفسه.

(٤) ينظر (المادة ٧٠) من القانون نفسه.

(٥) محكمة النقض المصرية: الطعن ٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩ / ١ / ١٩٧٧ مكتب فني ٢٨ ج ١ أحوال شخصية ق ٥٨

أما القانون الأردني فلو رجعنا إلى قانون الأوقاف والقوانين المكملة له فلا نجد أي إشارة واضحة بخصوص الوصية بالوقف ولكن هذا لا يعني أنه لا يجوز مثل هذه الوصية وفقا لهذا القانون بالإمكان رجوع إلى قانون الأحوال الشخصية إذ نجد أنه أشار في المادة (٢٧٥): إذا كان الموصى له جهة من الجهات، فتكون أحكام الوصية على النحو الآتي:

أ. تصح الوصية للمساجد والمؤسسات الخيرية الإسلامية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة والوقف، وتصرف في عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها، ما لم يتعين الصرف بعرف أو دلالة.

ب. تصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر من دون تعيين جهة، وتصرف عندئذ في وجوه الخير.

ج. تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر التي ستوجد مستقبلاً، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية.

## المبحث الثاني

### التصرفات الناقله للملكية والصادرة من الخلف بالعقار الموقوف غير المسجل

قد لاحظنا في المبحث الأول من هذا الفصل أن هناك مجموعة من التصرفات الناقله للملكية التي يقوم بها الواقف والتي من شأنها أن تغير المراكز القانونية وهذه التصرفات على حد سواء إن كانت بعوض (البيع والمقايضة) أو كانت من دون عوض (الهبة).

لكن المشكلة التي تواجه العقار الموقوف غير المسجل هو أن مثل هذه التصرفات قد تصدر من خلف المالك (الواقف) وهذا هو الأكثر حدوثاً في الواقع العملي، فالخلف سواء كان عاماً أو خاصاً من مصلحته التصرف في العقار قد يحصل على ثمن العقار، لأنه لو ثبت وقف العقار فإنهم لا يستطيعون الحصول على بدل العقار؛ لأن العقار عندها سيكون خاضعاً من النصوص القانونية الخاصة بالوقف، والتي من أهمها على الإطلاق منع التصرف بالعقار الموقوف بسائر التصرفات الناقله للملكية وخاصة البيع. إن الاستخلاف بمعناه الفني: حلول شخص محل آخر في علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الانتقال<sup>(١)</sup>.

والخلف بمفهومه الشائع هو الشخص الذي يلي من سبقه (أي السلف) بمركزه القانوني فيما يتصل بحقوق والتزامات معينة بالذمة، أو هو بكلمات أخرى هو الشخص الذي يحتل مركز من سبقه قانوناً في الحقوق والتزامات أو من تنتقل إليه تلك الحقوق والتزامات<sup>(٢)</sup>.

وأمام بيان مدى صحة مثل هذه التصرفات الصادرة من الخلف بشقيه العام أو الخاص؟

لذا سنبين في هذا المبحث التصرفات الناقله للملكية والصادرة من الخلف بالعقار الموقوف غير المسجل، وسنقسمه على مطلبين؛ المطلب الأول لبحث تصرفات الخلف العام، أما الثاني فنبين فيه تصرفات الخلف الخاص.

(١) د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٦١.  
(٢) أكرم فاضل سعيد القصير، الخلف في العقد (دراسة قانونية مقارنة)- رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٨.

## المطلب الأول

### تصرفات الخلف العام

الخلف العام في الوقف هو من يخلف الواقف في ملكية أمواله الموقوفة بما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة في مجموعها كتلت التركة أو ربعها في الوقف الذري أو الموقوف عليهم في الوقف الخيري<sup>(١)</sup>. وقد سمي خلفاً عاماً؛ لأن خلفته لسلفه خلافة عامة في جميع عناصر ذمته المالية أو في حصة منها من دون أن تتعلق بعين محددة بذاتها من أعيان التركة، والقاعدة العامة أن آثار العقد الذي يبرمه السلف تنتقل جميعها إلى خلفه العام، فيخلفونه في الحقوق والالتزامات كافة التي ترتبت على العقود التي أبرمها السلف قبل موته، فيحق لهم مطالبة المتعاقدين مع سلفهم بالحقوق التي ثبتت له بموجب العقود التي أبرمها معهم، كالمطالبة بثمان العقار الذي باعه لهم السلف أو بالباقي من هذا الثمن، واسترداد ودائعه وتحصيل ما له من ديون في ذمتهم، كما أنهم يلتزمون بالتزامات سلفهم في العقود التي أبرمها في حدود ما آل إليهم من أموال التركة<sup>(٢)</sup>.

ولغرض بيان حكم التصرفات الصادرة من الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل نجد من المناسب تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ الأول لبحث انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام، أما الفرع الثاني فنخصصه لبحث إمكانية تصرف الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل.

## الفرع الأول

### انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام

ابتداءً نقول إن جمهور الفقهاء لا يعدون تسجيل العقار الموقوف ركناً أو شرطاً لانعقاده وصحته، إنما أن يقتصر التوثيق على التيسير في شأن إثبات التصرف عند قيام نزاع بشأنه، وهو الأمر ذاته في موقف بعض التشريعات المتعلقة بالأوقاف والتشريعات الأخرى ذات الصلة بها. مما تقدم، سنبيين في هذا الفرع موقف كل من الفقه الإسلامي وموقف التشريعات محل الدراسة من انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام، وسنبيين ذلك على النحو الآتي:

(١) د. عيد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق التي ترد على حق الملكية البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠٧، (١/٦٣٤).

(٢) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٣٥.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام

إن منفعة العين الموقوفة تكون للموقوف عليهم هي مسألة محل اتفاق بين الفقهاء، ومع ذلك فإن الأمر ليس بهذه السهولة في شأن رغبة العين الموقوفة وإمكانية التصرف فيها من الموقوف عليهم (الخلف العام)، فالفقهاء على اختلاف في مسألة دخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم أو عدم دخولها، وفي هذا السياق نجد الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في هذه المسألة إلى اتجاهات عدة، وهي بحسب الآتي:

الاتجاه الأول: ذهب الصحابان (أبو يوسف الأنصاري ومحمد بن الحسن الشيباني)<sup>(١)</sup>، والشافعية<sup>(٢)</sup>، إلى القول بانتقال ملكية العين الموقوفة إلى حكم ملك الله بمجرد اللفظ، واستدلوا بحديث عمر بن الخطاب، وإن التصدق بالأصل يقتضي خروجه من ملك الواقف لا إلى ملك أحد من العباد، ولكنها تخرج إلى حكم ملك الله سبحانه وتعالى؛ لأن المتصدق يقصد بها وجه الله سبحانه وتعالى<sup>(٣)</sup>، وذهب الشافعية في رواية<sup>(٤)</sup>، إلى القول بانتقال ملكية العين الموقوفة إلى ملك الموقوف عليهم، واستدلوا بحديث عمر بن الخطاب ففيه دلالة على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، ولا بد أن يدخل في ملك أحد وهم الموقوف عليهم، إذ ملكوا المنفعة وذلك منعا للسائبة، واستدل الشافعية كذلك بجواز القضاء في الوقف بالشاهد واليمين، فلو خرج عن حكم الأموال المملوكة وصار كالعقود الذي يزول به الملك لما حكم فيه إلا بشاهد<sup>(٥)</sup>.

الاتجاه الثاني: الحنابلة<sup>(٦)</sup> والإمامية في الوقف الخاص (الوقف الذري)<sup>(٧)</sup> وقول عند الشافعية<sup>(٨)</sup>، قالوا بانتقال ملكية العين الموقوفة إلى حكم ملك الله تعالى، إذا كان الوقف على مسجد أو مدرسة أو غير ذلك مما لا يملك، أما إذا كان الوقف على معين كزيد وعمر أو على أولاده فإن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه المعين، لا فرق في ذلك أن يكون مفرداً كزيد وعمر أو جمعاً كأولاده وأولاد أولاده أو أولاد زيد وما أشبه ذلك، لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة فملكه المنتقل إليه كالهبة، ولو كان تملك للمنفعة

(١) ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، (٤٠/٥). الزيلعي، تبیین الحقائق، مصدر سابق، (٣/٣٢٥).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٣٨٩/٢)، الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٥١٥/٧).

(٣) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، (٤٤٢/١).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ٣٨٩، إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (٤٤٢/١)، الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (٥١٥/٧).

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر نفسه، (٥١٦/٧). الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، (٣٨٩/٢).

(٦) ابن مفلح، المبدع، مصدر سابق، (٥ / ١٦٥)، البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٤٥٩/٣).

(٧) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٤٥٠/٢).

(٨) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، (٣٨٩-٣٨٨/٨).

فقط دون العين لما كان لازماً، ولما زال ملك الواقف عنه لشبهه بالعارية التي تفيد تملك المنفعة فقط دون العين التي تبقى على ملك المعير<sup>(١)</sup>.

الاتجاه الثالث: وهو رأي المالكية<sup>(٢)</sup>، ورواية عن الإمامية في الوقف المنقطع<sup>(٣)</sup>، ومفاده أن بقاء العين الموقوفة وحبسها على ملك الواقف، ولا يحق له بيعها، ولا هبتها، ولا تورث، ومن ثم لا يحق للخلف العام أن يتصرف بها عوضاً أو غيره تصرفاً للملكية وإلا عدّ هذا التصرف باطلاً.

الاتجاه الرابع: الرواية المشهورة عن أبي حنيفة أن الموقوف يبقى على ملك الواقف، لأنه تصدق بالمنفعة كالعارية، ويحق له التصرف فيها من بيع وهبة ورهن وغيرها، وتورث عنه لأنه غير لازم عنده<sup>(٤)</sup>.

الاتجاه الخامس: يرى الحنفية<sup>(٥)</sup> والأظهر عند الشافعية<sup>(٦)</sup> وبعض الإمامية<sup>(٧)</sup> إذا كان الوقف عاماً، عاماً، ورواية عن الحنابلة<sup>(٨)</sup>، ومن ثم لا يحق للخلف العام أن يتصرف بها عن طريق انتقال ملكية العين الموقوفة وحبسها على حكم ملك الله سبحانه وتعالى.

ومن الفقهاء المعاصرين من يرى (أن عبارة على ملك الله تعالى هي في الحقيقة معنى قوله على ملك الجهة الموقوف عليها ولكن الموقوف عليه لا يتمتع بخصائص الملكية بل فقط حق الانتفاع)<sup>(٩)</sup>. ومنهم أيضاً من (أن الملك في الرقبة الموقوفة ينتقل إلى الله تعالى، أي ينفك عن اختصاص الأدي، فلا يكون للواقف ولا الموقوف عليه، ومنفعة ملك الموقوف عليه)<sup>(١٠)</sup>.

مما تقدم يمكن للباحث القول أنه مع تحقق شروط الوقف الشرعية فإن المال الموقوف يصبح حبساً لله تعالى، فلا يصح معه التصرف به لا من قبل الواقف في أثناء حياته أو من قبل الورثة، ومن ثم لا يصح هذا التصرف ويقع باطلاً.

**ثانياً: موقف التشريعات من انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام:**

من المعلوم أن التشريعات متباينة في تنظيم انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الموقوف عليهم، وللوقوف على هذه الاختلافات سنبين موقف بعض من هذه التشريعات وعلى النحو الآتي:

- (١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٣١٣/١)، البيهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٤٥٩/٣).
- (٢) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، (٣٩٩/٧).
- (٣) يقصد بالوقف المنقطع إذا انقضى الموقوف عليهم كأولاد الواقف ولم يذكر الواقف المصروف بعد انقراضهم، محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، المصدر سابق، ص ٥٧-٥٨.
- (٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص ٤٠.
- (٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر نفسه، ص ٤٠.
- (٦) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ص ٣٨٨.
- (٧) الوقف العام كالوقف على المساجد والمدارس، محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص ٥٩.
- (٨) الزركشي، شرح الزركشي، مصدر سابق، (١٩٧/٢).
- (٩) د. مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص ٢٥.
- (١٠) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، (١٧٠/١٠).

١- موقف المشرع العراقي:

أشارت المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري إلى مسألة انتقال ملكية العين الموقوفة، إذ نصت: على أنه يسجل الوقف الوارد على حق الملكية العقارية بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات وقابل للتنفيذ من دون أخذ الإقرار على وفق ما يأتي: (١- باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي إن كان من الأوقاف الملحقه ٢- باسم دائرة الأوقاف إن كان من الأوقاف المضبوطة مع ذكر شروط الواقف).

فالنص في أعلاه يوضح الآلية المتبعة في تسجيل ملكية العقار الموقوف، إذ تسجل بناء على حجة شرعية أو بناء على حكم قضائي حاز درجة البتات، وهي تسجل (العقارات الموقوفة) باسم دائرة الأوقاف عندما يكون نوع الوقف من الأوقاف المضبوطة، أما في الأوقاف الملحقه فإنها تسجل باسم الجهة الواقفة والجهة الموقوف عليها.

ووفقاً لنص المادة (١٠/ثانياً) من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦، فقد قرر المشرع العراقي تسجيل الأرض الموقوفة باسم الجهة التي وقفت عليها إذا كانت موقوفة وقف غير صحيح وملكت، إذ نصت على أنه: (تسجل الأرض المملوكة موقوفة وقفاً غير صحيح، فيتم التسجيل وفقاً لما يأتي: أ- وفقاً صحيحاً باسم الجهة التي أوقف عليها حق التصرف أو حق التصرف مع الرسوم والأعشار، إذا كان الوقف منصبا على حق التصرف، أو حق التصرف مع الرسوم والأعشار. ب- ملكاً باسم صاحب حق التصرف مثقلة بحق الوقف بالرسوم والأعشار، إذا كان الوقف واقعاً على الرسوم والأعشار فقط)<sup>(١)</sup>.

مما تقدم، يتبين لنا أن المشرع العراقي قد أقر بمشروعية تسجيل العقار الموقوف باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها في دائرة التسجيل العقاري، وعلى أن تسجل باسم دائرة الوقف عندما يكون الوقف مضبوطاً، وإن تسجل فقط باسم الجهة الموقوف عليها في الوقف غير الصحيح.

أما فيما يتعلق بالوقف الذري فقد نص القانون على (إذا حكم بتصفية الوقف واكتسب الحكم درجته القطعية صار الوقف ملكاً للمستحقين)<sup>(٢)</sup>، وهذا النص أكثر وضوحاً في تقرير انتقال ملكية العقار الموقوف إلى الخلف العام.

(١) يلاحظ المادة (٢٧٧/١) من قانون التسجيل العقاري العراقي فقد نصت على أنه (إذا وقع تصحيح الصنف عيناً أو نقداً على أرض موقوفة وقفاً غير صحيح) فإن تسجيل الأرض المصحح صنفها يتم على الوجه الآتي:

أ- وفقاً صحيحاً باسم الجهة التي أوقف عليها حق التصرف أو حق التصرف مع الرسوم والأعشار إذا كان الوقف منصبا على حق التصرف أو حق التصرف مع الرسوم والأعشار.

ب- ملكاً باسم صاحب حق التصرف مثقلة بحق الوقف بالرسوم والأعشار إذا كان الوقف واقفاً على الرسوم والأعشار فقط.

(٢) الفقرة (٤/د) من مرسوم تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل.

أما موقف القضاء العراقي من انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام، يمكن بيان موقف القضاء العراقي في شأن انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام سواء وارثاً أم موصى له بجميع المال، من طريق عرض مجموعة من القرارات القضائية المتعلقة بالمسائل الخاصة بالعقار الموقوف غير المسجل، مع التأكيد على الفكرة الأساسية من أن تسجيل الوقف في دائرة التسجيل العقاري هي للإثبات وليس للانقضاء، وإمكانية إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، وهو ما يتضح لنا من القرارات الآتية:

١. قضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه (يثبت الوقف الخيري للعقار بالبينة الشخصية ويجب الحكم به استناداً لها)، وقضت أيضاً بأنه (تقضي المحكمة الشرعية بانقضاء الوقف المقبرة بمجرد القول ويعتبر الدفن فيها بإذن المالك تسليمياً لذا لا يحتاج لزوم وقفها إلى التسجيل أو تسليم إلى متول كما لا يجوز إلغاؤها ولا يباح قلبها إلى عرصة أو بستان كما لا يجوز الانتفاع فيها بغير الصورة التي وجدت من أجلها)، وقضت أيضاً بأنه (إذا كانت العقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري وقد ثبتت من الشهادات والكشف إنها موقوفة وأن وارداتها تصرف لطلاب العلوم الدينية والفقراء في المدرسة التي استخرجت من تلك العقارات فتكون هذه العقارات موقوفة)<sup>(١)</sup>.

يلاحظ وبحق أن القرارات القضائية تقرر انقضاء الوقف باللفظ فقط من دون اشتراط التسجيل، وهو ما يظهر جلياً في جواز اثبات الوقف بطرق الإثبات كافة من البينة الشخصية والكشف وتثبيت انتفاع الموقوف عليهم وغير ذلك من الوقائع المؤيدة لوجود الوقف، ويلاحظ عدم تأثير التسجيل على صحة ومشروعية وقف العقار غير المسجل.

٢. وقضت أيضاً وبصورة قاطعة بصحة الوقف ومشروعية وقف العقار غير المسجل، اذ جاء بأحد قراراتها بأنه (إذا اشترى المورث عقاراً خارج دائرة التسجيل العقاري واتخذة مقبرة له ولذويه ودفن مع آخرين فيه ودفع الضرائب والرسوم عنه.. فليس لأحد من الورثة ان يسجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري... ويكون بيع العقار ممن سجل باسمه محدداً باطلاً لبطلان التسجيل المحدد باسمه... كما أن الملك يصبح وقفاً لازماً بحسب الشريعة الإسلامية بمجرد حصول الدفن فيه بإذن مالكة من دون حاجة إلى تسجيل أو تسليم للمتولي...)، وفي شأن التصرف بالعقار الموقوف بالاستبدال فقد قضت بأنه: (الاستبدال ما هو إلا

(١) ينظر: قرارات محكمة تمييز العراق بالأعداد (٧٩/هيئة عامة/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/٤/٢٢) و (١٩٥/هيئة مدنية ثالثة عقار/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/٩/٢٥) و (٣٥/هيئة عامة اولى/١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٤/٦/١)، أشار إليها: مصطفى محمد جميل، علم الوقف، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٦، ص ٦٣-٧٢.

تصرف شرعي يقتضي بيع الموقوف وجعل بدله يقوم مقامه وقفاً، ولا يكون ذلك إلا بفقرة حكمية شرعية لتكتسب صفة اللزوم والتنفيذ<sup>(١)</sup>.

يلحظ أن القرارات في أعلاه أكدت عدم جواز المساس بالعقار الموقوف من أي شخص بما في ذلك ورثة الواقف عدا حالة استبدال الوقف المستند إلى فقرة حكمية شرعية.

٣. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بشأن الوقف الذري بأنه ((الحكم بتصفية الوقف المكتسب للدرجة القطعية يجعل الوقف ملكاً صرفاً للمستحقين في (فقرة (د) من المادة (٤) من مرسوم تصفية الوقف الذري) ومن حق الشريك الطعن في التصرف المؤدي إلى انتقال مساحة جديدة من الوقف بحق مساطحة من دون سند من القانون))، كما قضت بأنه (بعد صدور الحكم بتصفية الوقف الذري واكتسابه الدرجة القطعية يعد ملكاً صرفاً للمستحقين وتسري بحقه احكام الملك الشائع في القانون المدني)<sup>(٢)</sup>.

يلحظ أن الوقف الذري ينتهي بصدور حكم بتصفيته واكتساب الأخير الدرجة القطعية، فانتفاء الوقف الذري يترتب عليه أيلولة الموقوف إلى المستحقين فيصبح ملكاً لهم، وعندما يكون هنالك أكثر من مستحق للوقف فإن ملكيتهم للمال الموقوف تكون ملكية شائعة وتطبق بشأنها أحكام الشيوخ الخاصة بالعقارات.

كما قررت محكمة التمييز الاتحادية بأنه: (إن من ضمن أحكام الوقوف الخيرية هي زوال ملك الواقف عن الملك الموقوف بعد وقفه، ولا يسوغ له بعدئذ الرجوع عن الوقف الذي أصبح ملكاً لجهة الوقف وليس للواقف)<sup>(٣)</sup>.

مما تقدم، فإن موقف القضاء العراقي المتمثل بمحكمة التمييز الاتحادية اتجه إلى صحة وقف العقار غير المسجل ومشروعيته، وإن حصول أي نزاع بشأن إثباته فإنه يمكن والحالة هذه إثباته بالوسائل المتاحة من البيئة الشخصية وغيرها.

فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل للخلف العام، فإن القضاء أشار إلى انتقال ملكية الموقوف إلى جهة الوقف، والأخيرة هي محل خلاف كما رأينا من قبل بين الموقوف عليهم من الخلف العام أم بانتقال ملكية العقار الموقوف لله تعالى، أما في شأن الوقف الذري فإن موقف القضاء كأن واضحاً في انتقال ملكية الموقوف إلى المستحقين أي الخلف العام لكن بعد تصفية الوقف الذري.

(١) ينظر: قرارات محكمة تمييز العراق بالأعداد (٢٣٤/هيئة عامة أولى/١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٥) و (١٨٦/حجة شرعية هيئة عامة/١٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٧/٣/١٨)، أشار إليها: مصطفى محمد جميل، مصدر السابق، ص ٥٧ و ٦٥.

(٢) ينظر: قرارات محكمة تمييز العراق بالأعداد (٥٥/هيئة عامة أولى/١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٤/٤/٢٤) و (٥٢/مستعجل/١٩٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/٥/١٦)، أشار إليها: مصطفى محمد جميل، مصدر سابق، ص ٥٠ و ٦٤.

(٣) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٤٢ / موسعة مدنية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٧/٣٠)، وبالمعنى نفسه القرار بالعدد (٢٥١) / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/٢/٢٢، غير منشورة.

وتجدر الإشارة إلى أن مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ قد تم تعديله فقد نص التعديل على (١- يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والوقف المشترك التابع للوقف السني أما الوقف الخيري فيبقى تابعاً للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به. ٢- لا يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والوقف المشترك التابع للوقف الشيعي أما الوقف الخيري فيبقى تابعاً للأحكام الشرعية والقوانين المرعية)<sup>(١)</sup>.

وبذلك سمح هذا التعديل بتصفية الوقف الذري أو المشترك التابع للوقف السني ولم يسمح تصفية الوقف الذري أو المشترك التابع للوقف الشيعي بعبارة أخرى لا يجوز بعد نشر هذا القانون من تصفية الوقف الذري المشترك التابع للوقف الشيعي بل إنه سيتحول إلى خيري<sup>(٢)</sup>.

أما بخصوص رأي الباحث من موقف المشرع العراقي من التصرف بالعقار غير الموقوف فإننا سبق وأن أشرنا إلى أن العقار غير الموقوف في التشريع العراقي وإن كان هذا المال الموقوف غير المسجل يعد وفقاً صحيحاً شرعاً متى تحققت أركانه وشروطه الشرعية، أما من الناحية القانونية فلا يمكن حماية مثل هذا الوقف ذلك أن الوضع الظاهر في النظام القانوني العقاري في العراق أن التسجيل يعد قرينة ظاهرة لوضع العقار لكونه وقفاً من عدمه، ومع عدم وجود هذا التسجيل فقد يصار إلى اعتبار العقار الموقوف شرعاً أنه عقار عادي ولا يغدو من قبيل الاملاك الموقوفة لعدم وجود ما يثبت في السجلات العقارية ومن ثم تصح التصرفات القانونية التي يجريها الخلف العام على العقار الموقوف غير المسجل ومن ثم ينفذ هذا التصرف وتترتب آثاره القانونية مع أنه ينصب على وقف شرعي التساؤل في مدى صحة متى تصرف الذي يتعارض والوقف الشرعي الذي يعد القبيل النظام العام الذي أشارت إليه المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي الأمر الذي يتطلب تدخل الأوقاف بحماية هذه العقارات من طمع واستغلال بعض الورثة أو ضعاف النفوس الأمر معه وقت ما سبق ونشرنا عليه في خصوص البيع أو باقي التصرفات الناقلة للملكية من ضرورة إلزام دائرة الأوقاف أو الجهات ذات العلاقة بالتسجيل العقاري من وجوب تتبع هذه العقارات وإرجاعها إلى جهة الوقف وفقاً للأوضاع القانونية وحماية لحقوق جهة الوقف وحماية مصالح الواقفين، ويرى الباحث ضرورة تضمين نصوص في قانون إدارة الأوقاف العراقي توجب على جهة الوقف تتبع العقار الموقوف وإرجاعه ومحاسبه المقصرين أو الذين يقومون بمثل هذه التصرفات مع وجوب تضمينهم قيمه بدل منفعة العقار طوال مدة الاستغلال.

(١) المادة (١) من قانون تعديل مرسوم جواز تصفية الوقف الذري العراقي رقم (٤١) لسنة ٢٠١٦.

(٢) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية يوم ٢٨/١٢/٢٠١٦.

## ٢- موقف المشرع الأردني:

عالج المشرع الأردني ملكية المال الموقوف وإمكانية التصرف به من قبل الخلف العام بما يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي وذلك بتقرير خروج الموقوف من ملك الواقف، ولا يملك للغير، وفقاً لما نص عليه القانون: (بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف، ولا يملك للغير)<sup>(١)</sup>.

وتشير المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بأن حكم المادة (١٢٤٣) يعرف من طريق الرجوع إلى رد المختار<sup>(٢)</sup>، وإلى نص المادة (٣) من قانون العدل والإنصاف التي تضمنت ما يأتي: (بمجرد انعقاد الوقف صحيحاً يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة)<sup>(٣)</sup>، ومن ثم فإن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى حكم الله تعالى، إذ لو بقيت على ملك الواقف أو ملك الموقوف عليهم لكان ذلك مدعاة لضياع المصلحة من الوقف بقدرة مالكيها على التصرف فيها<sup>(٤)</sup>.

عليه فإنه وعلى وفق القانون الأردني لا مجال إلى الأخذ بالوقف غير المسجل على اعتبار أن التسجيل يكون لازماً في الوقوف، وقد سبقت الإشارة إليه من ثم لا ينعقد الوقف المسجل ما يعني إمكانية تصرف مالكة أو خلفه العام أو الخاص مختلف التصرفات القانونية المسموح بها أما مع التسجيل فلا يمكن القول بجواز التصرف به هبة أو تبرعاً أو بيعاً أو غيرها من التصرفات إلا في الأطر المسموح بها قانوناً وحسب ما أوضحنا، فلا يمكن للخلف العام في القانون الأردني أن يتصرف في العقار الموقوف المسجل حاله وحال الأصيل أما إذا لم يسجل اكون أمام وقف كما وضحنا كيف ما يمكن التصرف به حتى تصرفات المالك بحسب الأحكام المسموح بها القانون الأردني.

فالمشرع الأردني أكد انتقال رغبة الموقوف على ملك الله تعالى، فلا تؤول ملكية الموقوف للواقف أو المستحقين أو الورثة بأي حال من الأحوال، فلا محل للرجوع أو انتهاء الوقف خلاف من رأيناه في موقف المشرعين العراقي والمصري.

وفي نهاية هذا الفرع يمكن التساؤل عن مدى إمكانية الخلف العام التصرف في العقار الموقوف غير المسجل، وهو ما سنحاول الوقوف عليه في الفرع الثاني.

(١) المادة (١٢٤٣) مدني أردني.

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المختار (٣/٣٦٧).

(٣) د. عمار محمد القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن - عمان ، ٢٠١٥، ص٧٢٣.

(٤) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص١٠٧.

### ٣- موقف المشرع المصري:

عالج المشرع المصري هذه المسألة في بعض نصوص قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، ملكية الموقوف في الأحكام المتعلقة بانتهاء الوقف إذا خربت أعيانه أو لضالة الغلة فهنا يصير الوقف ملكاً لمستحقه، إن لم يكن الواقف حياً، فقد نصت المادة (١٧): (إذا انتهى الوقف في جميع ما هو موقوف على ذوي الحصص الواجبة طبقاً للمادة (٢٤) أو في بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً، فإن لم يكن صار ملكاً للمستحقين أو لذرية الطبقة الأولى أو الثانية بحسب الأحوال، فإن لم يكن منهم أحد صار ملكاً لورثة الواقف يوم وفاته، وإلا كان للخزانة العامة، وإن انتهى الوقف في جميع ما هو موقوف على غيرهم أو في بعضه أصبح ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً أو لورثته يوم وفاته، فإن لم يكن له ورثة أو كانوا وانقرضوا ولم يكن لهم ورثة كان للخزانة العامة).

يوضح النص في أعلاه حالة انتهاء الوقف، فإن العقار الموقوف يكون ملكاً للواقف عندما يكون حياً، أما في حال وفاته فإن ملكية الموقوف تؤول للمستحقين، فإن لم يوجد أحد منهم آلت الملكية لورثة الواقف يوم وفاته، فإن لم يوجد أحد منهم آلت الملكية للخزانة العامة لكون الدولة وراثاً لمن لا وارث له. أما المادة (١٨): (إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ولم تمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيباً في الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتاً طويلاً انتهى الوقف فيه، كما ينتهي الوقف في نصيب أي مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلاً، ويكون الانتهاء بقرار من المحكمة بناء على طلب ذي الشأن، ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه).

تشير المادة في أعلاه إلى أثر هلاك الموقوف في انتهاء الوقف، على أن يكون هذا الانتهاء مستنداً فيه إلى طلب ذوي الشأن وصدور قرار من المحكمة المختصة، وفي هذه الحال أيضاً تؤول ملكية الموقوف إلى الوقف إن كان لا يزال حياً أو تؤول تلك إلى المستحقين وقت صدور الحكم القضائي بانتهاء الوقف.

أما المادة (١١) من القانون نفسه فقد نصت على أنه: (للووقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، كما يجوز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك، على أن لا ينفذ التغيير إلا في حدود هذا القانون، ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه ولا يصح الرجوع أو التغيير إلا إذا كان صريحاً).

يلحظ أن المشرع المصري أشار إلى عدم جواز الرجوع في الوقف عندما يكون الوقف مسجداً، أما في غير هذه الحالة فالرجوع عن الوقف جائز على أن يكون هذا الرجوع صريحاً بما لا يقبل الشك في عدول الواقف عن وقفه.

## الفرع الثاني

### إمكانية تصرف الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل

لغرض بيان مدى إمكانية تصرف الخلف العام بالعقار الموقوف غير المسجل نرى من المناسب تقسيم هذا الفرع على نقطتين؛ الأولى لبحث مدى إمكانية تصرف الوارث أو الموصى له بالوقف، أما الثانية فخصصها لمدى إمكانية تصرف الوارث أو الموصى له بصفته متولي الوقف.

#### أولاً: مدى إمكانية تصرف الوارث أو الموصى له بالوقف

التساؤل الذي يطرح هنا، هل يجوز للخلف العام سواء كان وارثاً أم موصى له بكل التركة أن يتصرف في العقار الموقوف غير المسجل تصرفاً ناقلاً للملكية أي بالبيع أو الهبة؟ الحقيقة وبعد الرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي من مسألة التصرفات الشرعية الناقلة للملكية الصادرة من الخلف العام المتعلقة بالعقار الموقوف فإننا لم نجد من ينص على ذلك. والأمر نفسه بالنسبة للموقف القانوني فلم نجد حكم لهذه المسألة لا في التشريعات المتعلقة بالأوقاف ولا في آراء الفقه. إلا أنه يمكن لنا الوقوف على هذا الحكم عبر البحث عن الأشخاص أو الجهات التي يجوز لها التصرف بالوقف تصرفاً ناقلاً للملكية، وبما أن بيع العقار الموقوف أو استبداله يمثل أهم التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل فإن نطاق بحثنا هنا سيتحدد بهذا النوع من التصرفات. سبق أن أوضحنا مسألة استبدال الوقف وأشارنا إلى أن المذهب الشافعي يعد من أكثر المذاهب تشدداً في مسألة استبدال الوقف؛ لأن مذهبهم ينص على عدم جواز بيع الوقف العقار والمنقول<sup>(١)</sup>، أما مذهب الحنفية فيعد من أكثر المذاهب توسعاً في هذا الباب فأجازوه في معظم أحواله<sup>(٢)</sup> لكي لا تبقى دور الوقف مهجورة وخربة، أما المالكية ففرقوا بين العقار والمنقول، أما المنقول فمذهبهم ينص على جواز استبداله<sup>(٣)</sup>. وأما العقار فمذهبهم ينص على عدم جواز بيع العقار إلا في حالة واحدة كتوسيع مسجد أو طريق عام. أما الإمامية فقد جوزوا بيع الموقوف وشراء غيره إذا كان هنالك مصلحة للوقف<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص ١٣٨.

(٢) د. أحمد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، (٩/٢).

(٣) الشريبي، مغنى المحتاج، ٢ / ٣٩٢.

(٤) رائد العبيدي، الوقف قانوناً وشرعاً، مصدر سابق، ص ٨٠.

وأمام ما تقدم يثار التساؤل عن مدى إمكانية تصرف الخلف العام بالعقار الموقوف تصرفاً ناقلاً للملكية، وجواباً نقول إنه لدى الرجوع إلى مسألة بيع الوقف أوضحنا بأن له أو غيره حق استبدال الوقف نجد أن المسلمين قد انقسموا على ثلاثة آراء؛ الأول: يرى صحة الوقف والشرط معا وهو مذهب الأحناف والمالكية وبعض الشافعية والحنابلة الذين اشترطوا خراب العين الموقوفة، أما الثاني فيذهب إلى صحة الوقف فقط من دون الشرط ثلاثة له وهو قول بعض الأحناف والحنابلة الرأي الثالث فيذهب إلى بطلان الشرط والوقف معاً وهو اتجاه بعض الأحناف والحنابلة والشافعية<sup>(١)</sup>. ولو طبقنا الكلام وتقدم من الأصل الواقف على الفرع الخلف العام إنه لا يجوز للخلف العام أن يتصرف بالوقف وإلا كان تصرفاً باطلاً حتى مع وجود الشرط الذي يجيز للواقف استبدال الوقف أو التصرف به.

كما قد يصدر التصرف في العقار الموقوف من متولي الوقف، وهنا يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين وجود مصلحة راجحة لاستبدال الوقف من المتولي من عدمه. وهنا نجد بأنه قد اتفق جمهور الفقهاء على عدم ملكية المتولي لاستبدال الوقف إذا لم تتعطل منافعه ولم يكن هناك مصلحة راجحة في استبداله. أما إذا كانت هناك مصلحة راجحة في استبداله فهناك قولان؛ القول الأول: إن المتولي يملك استبدال الوقف إذا كان هناك مصلحة راجحة. وبهذا قال بعض الحنفية، وبعض الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية. والقول الثاني: إن الناظر لا يملك استبدال الوقف، وإن كان هناك مصلحة راجحة ما دامت منافعه قائمة<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة لموقف التشريعات ممن له الحق في استبدال الوقف فنجد أن القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ قد نص في المادة ١٢٣٧ منه على أنه: (١- إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبدال والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في إسهاد الوقف. ٢- يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية ٣- ويلزم تطبيقاً للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً).

من هذا النص نلاحظ أن المشرع الأردني قد أجاز للواقف أو لمن يختاره الواقف استبدال الوقف أو بيعه شرط أن يتم تسجيل هذا التصرف لدى دائرة تسجيل الأراضي.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فسبق الإشارة إلى أنه منع التصرف بالعقار الموقوف إلا في الحالات التي نص عليها القانون وذلك في المادة (٢٥٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ إذ جاء فيها: (لا يجوز إجراء التصرفات على العقار الموقوف أو ترتيب أية حقوق عينية عليه إلا في الحالات التي

(١) يراجع ما سبق الإشارة إليه من مصادر فقهية. كذلك ينظر: د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٩. وليد رمضان عيد التواب، الوقف شرعاً وقانوناً، (٣٩٩/١). د. خالد بن علي بن محمد، الجامع لأحكام الهبات والوقف والوصية، ج٣، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠١٣ ص ١٠.

(٢) د. خالد بن علي بن محمد، الجامع لأحكام الهبات والوقف والوصية، مصدر سابق، ص ١٦.

يجيزها القانون كإلاستبدال وتصفية الوقف الذري وإنشاء حق المساطحة) وبعد عن الحالات التي نصت عليها القوانين العراقية المتعلقة بالأوقاف فيمكن بيانها تباعا:-

١- قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦م إذ نصت المادة (٦) منه على أنه: (١- للديوان وللمتولي استبدال الموقوف الذي تتحقق المصلحة في استبداله بعقار أو بنقد أيهما أنفع للوقف، ويتم ذلك بقرار من المجلس وموافقة الرئيس الأعلى لديوان الأوقاف من دون الحاجة إلى الحصول على حجة من محكمة الأحوال الشخصية بذلك).

وهذا النص أعطى الحق في استبدال الوقف إلى ديوان الأوقاف والمتولي على أن يتم ذلك بقرار من مجلس الأوقاف الأعلى ورئيس الديوان.

٢- قانون ديوان الوقف الشيعي رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٢م إذ نصت المادة (٧) منه على أنه: (يتولى المجلس ما يأتي... تاسعا: البت في بيع الوقف واستبداله بغيره وفقا لأحكام الشرع والقانون) والمراد بالمجلس في القانون أعلاه هو مجلس ديوان الوقف الشيعي وفقا للمادة (٦) منه.

٣- قانون ديوان الوقف السني رقم (٥٦) لسنة ٢٠١٢م في المادة (٧) إذ نصت على أنه: (يتولى المجلس ما يأتي: ..... تاسعا البت في الاستبدال العيني وإجراءاته وفقا لأحكام الشرع والقانون) والمقصود بالمجلس في هذا القانون هو مجلس ديوان الوقف السني وفقا للمادة (٦) من قانون الوقف السني.

من كل ما تقدم في موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية نخلص إلى أن الذي له الحق في التصرف بالعقار الموقوف غير المسجل الواقف أو مجالس الأوقاف، ومن ذلك يتضح بعدم جواز تصرف الخلف العام بالوقف تصرفا ناقلا للملكية.

وتجد الإشارة هنا بأن محكمة التمييز الاتحادية قد حددت في أحد أحكامها الجهة المختصة باستبدال العقار الموقوف إذ قررت بأنه: (إن استبدال العقار الموقوف يتم بناءً على قرار من المجلس وموافقة الرئيس الأعلى لديوان الأوقاف دون الحاجة إلى حجة شرعية من المحكمة المختصة)<sup>(١)</sup>.

(١) رقم القرار: ١٣٢٦/استبدال عقار موقوف/٢٠٠٩ - تاريخ إصدار الحكم: ٢٠٠٩/٤/١٦ - جهة الإصدار: محكمة التمييز الاتحادية. منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط <https://www.sjc.iq/qview.1180/> ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٣.

وقد جاء في نص قرار الحكم (لدى التدقيق والمداولة ظهر أن قرار محكمة المواد الشخصية في العمارة موضوع التدقيقات التمييزية التلقائية المرقم ٢/مواد شخصية/٢٠٠٧ في ٢٩/١/٢٠٠٩ غير صحيح ومخالف للقانون، لأن المحكمة وإن كانت المحكمة قد اتبعت قرار النقض التمييزي عدد ٣٠٤٩ هيئة مدنية عقار ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ١٢/١١/٢٠٠٨ واطلعت على آخر صورة قيد للعقار، إلا أنها لم تلاحظ أن قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ قد حدد بالمادة (السادسة ١) من الجهة المختصة باستبدال الموقوف دون حاجة إلى الحصول على حجة شرعية من المحكمة الشرعية بذلك وان التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٧٠ المشار إليها بقرار النقض السابق عدد ٦٨٧/مدنية عقار/٢٠٠٨ وتاريخ ٧/٤/٢٠٠٨ قد بينت على وجه التفصيل كيفية استبدال العقار للموقوف بعقار آخر أو بنقد أيهما أنفع، وإن الاستبدال يتم على قرار من المجلس وموافقة الرئيس الأعلى لديوان الأوقاف دون الحاجة إلى

ولعل تساؤلاً آخر يطرح يتعلق بالتصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل، فما هو الحكم فيما لو قام ورثة الواقف ببيع العقار الموقوف قبل تسجيله، كما لو كان العقار الموقوف مسجداً ولم يقم الواقف بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وبعد وفاته قام الورثة بإجراء تصرف ناقل للملكية؟

للإجابة على ذلك نجد محكمة التمييز الاتحادية في حكم حديث ذهبت إلى أنه: (يقع باطلاً كل تصرف ناقل للملكية الذي يصدر من المالك أو الغير إذا حصل على أرض تم تشييد مسجد عليها قبل تسجيلها في سجلات التسجيل العقاري المختصة؛ لأن العقار عندما يتم اتخاذه مسجداً ويؤمه الناس لأداء الصلوات اليومية والأمور العبادية الأخرى يعد والحالة هذه وقفاً ولا تنتهي هذه الصفة بالتسجيل)<sup>(١)</sup> وهذا

=  
حجة شرعية من المحكمة المختصة مما يقتضي رد طلب حجة الإذن ببيع العقار الموقوف واستبداله بعقار. لذلك قرر نقض القرار موضوع الدعوى التمييزية التلقائية وإعادة الإضبارة إلى محكمتها للسبب فيها على ضوء ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠/ربيع الثاني/١٤٣٠ هـ الموافق ١٦/٤/٢٠٠٩ م).

(١) نوع الحكم: مدني - رقم الحكم: ٢٠١ / ٢٠٢ / ٢٠٣ / الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ - تاريخ إصدار الحكم: ٢٠٢٢/١/٣١ -  
جهة الإصدار: محكمة التمييز الاتحادي- نص الحكم. منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى على الرابط (٢٠٢٣ / ٣ / ٣)

<https://www.sjc.iq/ahkwsearch2.php>

(لدى التدقيق والمداولة لوحظ بأن الطعون التمييزية كافة مقدمة ضمن المدة القانونية قرر قبولها شكلاً، ولوحدة الموضوع قرر توحيدها. ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بانه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات القانونية السليمة التي جاءت فيه لان دعوى المدعي والشخص الثالث الى جانبه /إضافة لوظيفته قد انصبت على طلب ابطال قيد التسجيل العقاري للعقار المرقم ١٨٦ م الجبيلة المشيد عليه جامع الشيخ يحيى المظفر منذ سنة ١٨٥٠ م والذي تقام فيه الصلوات والمراسيم الدينية حتى الوقت الحالي وتم تسجيله باسم المدعى عليها خلافاً لأحكام القانون ولأن الثابت من وقائع الدعوى وادلتها الثبوتية ومستنداتها بان العقار موضوع الدعوى هو عبارة عن مسجد قد تم تشييده منذ سنة ١٨٥٠ م. وإلى الآن يؤمه الناس لأداء الصلوات الخمس والذكر والدعاء وغير ذلك من الامور العبادية ويدار المسجد من قبل السيد ( ا ع ي ) استناداً إلى الأمر الاداري الصادر من ديوان الوقف الشيعي بالعدد / ١٤٤٥/٥/٦/٢ في ٢٠٢١/٦/١ والذي تضمن تجديد جهة التولية إلى السيد ( ا ع ي ) على جامع الشيخ المظفر الواقع في محافظة البصرة وفقاً للتولية الشرعية الصادرة من مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) المؤرخة ٢٣/شعبان/١٤٤٢ هـ وابتداءً من تاريخ تحريرها ولمدة عام واحد على أن يقوم بتنفيذ شرط الواقف ولأن العقار موضوع الدعوى على الرغم من أنه جامع ويعد والحالة هذه وقفاً فقد تم تسجيله ابتداءً من قبل لجان التسوية سنة ١٩٦١ ومن ثم جرت عليه معاملات تصرفية عدة وأخرها تسجيله باسم المدعى عليه الاول ( ا ح خ ) بالقيد العقاري المرقم ٢١/اذار/٢٠١٩ جلد ٢٣٣ على الرغم من أن اتخاذه مسجداً كان قبل مائة سنة أو اكثر من تسجيله من قبل لجان التسوية في سجلات التسجيل العقاري خلاف الواقع ولأن الوقف باعتباره حقاً عينياً يرتكز على امرين وفقاً لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم آراء الفقهاء المسلمين من الشيعة الامامية والذين اكدوا بان الامر الأول يتعلق بالواقف والثاني يتعلق بالعين وأن وقف الارض لإتخاذها مسجداً ينعقد بالإرادة الصريحة أو الضمنية فيتحقق الوقف صراحة بلفظ (وقفت أو أوقفت) أو (حبست) ونحوها من الألفاظ اللغوية الدالة دلالة قطعية لا تقبل التأويل لمعنى آخر كما يتحقق الوقف ايضاً بالإرادة الضمنية من طريق القيام والتعاطي مع المشيدات والبناء على الأرض بأفعال تشير بما لا يدع مجالاً للشك بأن البناء المشيد على الأرض ما هو إلا مسجدٌ ومثال على ذلك تعمير الجدار أو الاسطوانة الخرية للمسجد أو أن يبني البناء على الطراز الإسلامي في فن العمارة الذي اختصت به المساجد والجوامع، فهنا تكون الأرض والمشيدات وقفاً لازماً وذلك لإنعقاد الوقف بصورة صحيحة فلا يجوز بعد ذلك إجراء تصرف عليه أو تبديله أو الرجوع عنه لأن الشخص عند قيامه بوقف عقاره لاتخاذ مسجداً حتى لو كان ذلك بالإرادة الضمنية يكون قد خرج الملك منه الى ملك الله سبحانه وتعالى، فلا يجوز إجراء أي تصرف ناقل للملكية عليه سواء صدر هذا التصرف من المالك أو الغير وإلا يعد تبديلاً

الحكم يؤكد ما انتهينا إليه قبل قليل وهو عدم صحة التصرفات الناقلة للملكية والصادرة من الخلف العام للواقف، سواء كان العقار الموقوف مسجلاً أو غير مسجل لدى الدائرة المختصة.

وإذا كان الحكم في أعلاه يتعلق بالتصرفات الناقلة للملكية من طريق البيع أو الاستبدال، فما هو حكم بقية التصرفات الناقلة للملكية التي تجري على الوقف كالهبة والمقايضة والوصية والإرث؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف عندما يتم يزول حكم الواقف ويكون لمنفعة العباد ومن ثم لا يباع ولا يورث ولا يوهب<sup>(١)</sup>.

وقد أشار المشرع الأردني إلى الحكم في أعلاه بما يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي؛ وذلك بتقرير خروج الموقوف من ملك الواقف، ولا يملك للغير، وفقاً لما نصت عليه المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، بأنه: (١- بعد إتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف، ولا يملك للغير).

لكن هل يستطيع الخلف العام للواقف أن يجري تصرفات ناقلة للملكية ليس بوصفه وارثاً بل بوصفه متولياً للوقف؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفقرة الآتية:

**ثانياً: مدى إمكانية تصرف الوارث أو الموصى له بوصفه متولي الوقف**

لوقف بدون مسوغ شرعي وما يترتب على ذلك خضوعه للزجر والتهديد الوارد في النص القرآني الذي جاء فيه ((فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)) سورة البقرة // الآية (١٨١). كما ان الفقرة (٨) من المادة الأولى من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ قد عدت المساجد من المؤسسات الدينية التي يقوم بتشيدتها الواقف أو ديوان الأوقاف أو أشخاص آخرين وتهدف الى البر أو النفع العام من ضمن الوقف اللازم الذي لا يمكن المساس به بالفسخ أو التصرف به تصرفاً ناقلاً للملكية خلافاً لشرط الواقف. ولأن مسجد الشيخ يحيى المظفر مشيد على أرض العقار موضوع الدعوى منذ أكثر من قرن ونصف القرن وبدون أي معارضة تذكر من أحد لذا تكون هذه الأرض موقوفة وفقاً لمبدأ كمسجد ولا يغير من هذا الأمر تسجيله خلاف ذلك لأن وجوب حماية الوقف واستمرار بقاءه وديمومته يتعلق بالحل والحرمة ومن النظام العام كما إن اجراء التسجيل بصفة ما لا يلغي صفة الوقف للعقار موضوع الدعوى لأنه موقوف كمسجد حقيقةً وحكماً ولأن الواقع المادي يشير بأن المسجد مشيد قبل التسجيل ولا يوجد أي قيد عقاري يسبق تشييد المسجد واتخاذ من دور العبادة لجمهور الناس لذا فان توثيق أي تصرف بالتسجيل بعد ذلك لا ينفي صفة الوقف عن العقار ويبقى موقوفاً وما يترتب على ذلك تكون كافة التصرفات الواردة على العقار موضوع الدعوى بالتسجيل ابتداءً ومروراً بالقيود العقارية اللاحقة ولغاية القيد العقاري الأخير تعتبر هذه التصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً مما يقتضي ابطال القيود العقارية التي سجلت تلك التصرفات بموجبها ولأن المدعي والشخص الثالث الى جانبه قد حصرا دعوهما بأبطال القيد العقاريين المرقمين ٢١/أذار/٢٠١٩ جلد ٢٣٣ باسم المدعى عليه (١ ح خ) والقيود ١/ نيسان/١٩٨٠ جلد ١٩٠ باسم المدعى عليها (ن ع ع) فتكون دعواهما واردتين قانوناً ويقتضي اجابتهما للأسباب المذكورة سلفاً مع الاحتفاظ بإقامة دعوى مستقلة للمطالبة بإبطال القيود العقارية الأخرى إن كان لذلك مقتضى ولما كان الحكم المميز قد التزم وجهة النظر القانونية المتقدمة وقضى بأبطال القيد العقاري في أعلاه فيكون لما استند إليه من أسباب قانونية حرياً بالتصديق وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية مع تحميل كل واحد من المميزين رسم التمييز المدفوع من قبله وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة ٢/٢١٠ مرافعات مدنية في ٢٠٢٢/١/٣١).

(١) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، ج٧، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢٠٠٠، ص ٤٢٤.

من الثابت في الفقه الإسلامي أنه يجوز للواقف في وقف غير المسجد أن يجعل في ضمن إنشاء الوقف تولية الوقف ونظارته لنفسه ما دامت الحياة أو إلى مدة محددة، وكذلك يجوز أن يجعلها لغيره، كما يجوز أن يجعل أمر التولية لنفسه أو لشخص آخر، بأن يكون المتولي كل من يعينه نفسه أو ذلك الشخص<sup>(١)</sup>. من هنا فإنه يجوز أن يكون الوارث أو الموصى له هو متولي الوقف عندما يختاره الواقف، حتى وإن كان هذا الأخير من ضمن الموقوف عليهم، لكن يجب أن تتوافر فيه شروط الولاية على الوقف التي أشار إليها الفقهاء وهذا الوارث أو الموصى له بصفته متولياً للوقف تفرض عليه التزامات تتعلق بالتصرفات التي يجريها على الوقف.

ومن أهم هذه الالتزامات التزامه بعدم التصرف بأموال الوقف، إذ يلزم متولي الوقف بعدم التصرف بأموال الوقف بالبيع أو الشراء أو الوصية أو الهبة أو توريثها<sup>(٢)</sup> أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو أي تصرف ناقل للملكية أو يرتب حقاً عينياً أو شخصياً، لأن الوقف حبس العين المملوكة ومنع التصرف فيها، كما يلزم المتولي بعدم رهن أو إعارة الموقوف، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل أعيانه عن المنفعة وضياعها وفوات حقوق المستحقين.

ويترتب على ذلك أنه يجب على المرتهن أو المستعير أجر مثل العين المرهونة أو المعارة<sup>(٣)</sup>، ويلزم بعدم صرف فضلة وارادات أحد الوقفين على الآخر عند الاحتياج إلا إذا اتحدت جهة الموقوف عليها وإن اختلف الواقف.

إلا أنه إذا كان الأصل أن يلتزم متولي الوقف بعدم إجراء التصرفات القانونية على الوقف إلا أنه يجوز له إبرام عقود استبدال الموقوف<sup>(٤)</sup> وإنشاء حق المساطحة عليه والالتزام بتنفيذها بعد استحصال الإذن ووجود المسوغ الشرعي، وبما أننا سبق وأن تطرقنا إلى مسألة الاستبدال ولأكثر من مرة، فإننا لا نخوض به اكتفاء بما تقدم وسنكتفي ببيان إنشاء حق المساطحة على الموقوف.

فلم يعرف الفقه الإسلامي حق المساطحة، وإنما عرف أنواعاً أخرى قريبة منه، ولكن متميزة عنه كحق الإجارة الطويلة وحق الحكر<sup>(٥)</sup>. وقد عرّف المشرع العراقي حق المساطحة في الفقرة الأولى من المادة (١٢٦٦) من القانون المدني بأنه: ((حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء، أو منشآت أخرى غير

(١) آية الله السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٢، مسألة ١٢٧٩.

(٢) تراجع: المادة - (١/١٢٤٣) من القانون المدني الأردني.

(٣) برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٦١. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (٢/٤٢٠).

(٤) تراجع في تفصيل ذلك: د. أحمد الكبيسي، الوقف بين الاستبدال والتأييد، بحث منشور في مجلة كلية الإمام الاعظم- بغداد،

العدد الأول، مطبعة سلمان الاعظمي-بغداد، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص ١١٤ وما بعدها.

(٥) حق الحكر: هو حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بأرض موقوفة بالبناء عليها أو الغراس فيها أو لأي غرض آخر لمدة محددة ومقابل أجره معينة، ولم ينظمه المشرع العراقي في القانون المدني ضمن الحقوق العينية الأصلية، تراجع: زينة غانم العبيدي، حق المساطحة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٤٦؛ ولمزيد من التفصيل عن حق الإجارة الطويلة وحق الحكر، تراجع المصدر نفسه، ص ١٨ وما بعدها، ص ٤٤ وما بعدها.

الغراس على أرض مملوكة للغير، وذلك بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته<sup>(١)</sup>.

وأجاز إنشاء حق المساطحة على المال الموقوف في المادة (٢٥٨) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ إذ جاء فيها: (لا يجوز إجراء التصرفات على العقار الموقوف أو ترتيب أية حقوق عينية عليه إلا في الحالات التي يجيزها القانون كالأستبدال وتصفية الوقف الذري وإنشاء حق المساطحة). ولم ينظمه قانون الأوقاف وبذلك تخضع أحكامه للقانون المدني<sup>(٢)</sup>، ومع ذلك وضع مجلس الأوقاف الأعلى<sup>(٣)</sup> سياقات عمل ثابتة لإجراءات مساطحة العقار الموقوف وأهمها وجود الجدوى الاقتصادية للمشروع المزمع إحدائه بما يحقق مصلحة الوقف من دون المساس بشرط الواقف، وتؤجر العرصات الوقفية للمساطحة بالمزايدة العلنية على وفق شروط عقد المساطحة موضحاً فيه حقوق المساطح والتزاماته التعاقدية، وكيفية مآل الأبنية والمنشآت بعد انتهاء العقد ولمدة لا تزيد عن عشر سنوات، ويوثق عقد المساطحة لدى كاتب العدل بعد مصادقة مجلس الأوقاف الأعلى عليه، ويلتزم المتولي بعد ذلك بتنفيذه. وبذلك يتضح، أن عقد إنشاء حق المساطحة على الموقوف، يقترب كثيراً من عقد إيجار الأملاك الوقفية، ولكن لمدة طويلة.

## المطلب الثاني

### تصرفات الخلف الخاص

بعد أن بيّنا في المطلب السابق التصرفات الصادرة من الخلف العام، وأثرها على العقار الموقوف غير المسجل، لا بد لنا أن نبين التصرفات الصادرة من الخلف الخاص أيضاً، وذلك لأهميتها البالغة على العقار الموقوف غير المسجل، والخلف الخاص هو من يخلف غيره في ملكية شيء معين بالذات أو حقٍ عينيٍّ على ذلك الشيء، فالمشتري خلف خاص للبائع والمرتهن يعد خلفاً خاصاً للراهن.

ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى تعريف الخلف الخاص تعريفاً قريباً من هذا التعريف على أنه: (انتقال الملكية أو الحقوق العينية من ذمة إلى ذمة بالتصرف)<sup>(٤)</sup> ونظراً لتعدد التطبيقات الخاصة بالخلف الخاص فإننا سنسلط الضوء في هذا المطلب على التصرفات الصادرة من الدائن العادي، وصاحب حق

(١) تقابلها المادة (١٢٢٥) من القانون المدني الأردني، ولم ينظمه القانون المدني المصري.

(٢) تراجع المواد (١٢٦٦-١٢٧٠) من القانون المدني العراقي.

(٣) تراجع: الفقرة (١/أولاً، ثانياً) من محضر اجتماع مجلس الأوقاف الأعلى بجلسته الثانية في ١٩/٢/١٩٩٤، غير منشور.

(٤) بدران أبو العينين، الميراث الوصية والهبّة في الشريعة الإسلامية، ط١، مطبعة مكة المكرمة، ١٩٧٠، ص ٢٣٣.

الامتياز على العقار الموقوف غير المسجل، عبر تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ نخصص الفرع الأول لبيات التصرفات الصادرة من الدائن العادي على العقار الموقوف غير المسجل، ونفرد الفرع الثاني للتصرفات الصادرة من صاحب حق الامتياز مع بيان الموقف الشرعي والقانوني من ذلك.

## الفرع الأول

### التصرفات الصادرة من الدائن العادي على العقار الموقوف غير المسجل

من المعلوم أن من شروط صحة الوقف هو أن يصدر الوقف من شخص غير مدين أو محجور عليه بسبب الدين، ومع ذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في حكم وقف المدين بين مؤيد ومعارض، فإذا ما تم الوقف من شخص مدين فهل يستطيع الدائن في هذه الحال اتخاذ الإجراءات التي حددها القانون للمطالبة بدينه، ومدى صحة الوقف الصادر من شخص المدين؟ وفي حالة كون الموقوف غير مسجل فهل يستطيع الدائن أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة تجاه ذلك الموقوف، لغرض بيان ذلك لا بد لنا من الإجابة على كل تلك التساؤلات عبر الفقرات الآتية:

#### أولاً: حكم وقف العقار غير المسجل من قبل المدين شرعاً

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى صحة الوقف الصادر من المدين بصورة عامة بين مؤيد ومعارض<sup>(١)</sup>، ولكل اتجاه الأدلة والأسانيد التي يستند عليها لتبرير موقفه، وسبب هذا الاختلاف هو الترويج بين المصالح المتعارضة بين الدائن والواقف المدين<sup>(٢)</sup>، فمن يرجح مصلحة الدائن لم يجز الوقف الصادر من قبل المدين، ومن رجح مصلحة الواقف المدين اجاز الوقف الصادر منه، وترتيباً على ذلك فقد يكون الواقف سيء النية يعمد إلى تهريب امواله بواسطة الوقف فيخرج تلك الاموال من ملكية ولا يستطيع الدائن بعد ذلك المطالبة بها<sup>(٣)</sup>.

وعموماً فإن المدين إذا أراد أن يتصرف بأمواله من طريق الوقف فهو إما أن يكون ذلك التصرف قبل الحجر عليه بسبب الدين أو بعده، وفي حالة الحجر عليه فأمّا أن يكون التصرف بالوقف في حالة كونه صحيحاً سالمًا من الأمراض وبكونه مريضاً مرض الموت<sup>(٤)</sup> وفي الحالة الأخيرة قد يكون دينه مستغرقاً لكل أمواله أو قد لا يكون دينه مستغرقاً لكل أمواله، وسنبين تلك الحالات بما يأتي:

أ – وقف المحجور عليه لدين: فالمحجور عليه لدين، لا يجوز أن يتصرف في ماله أي تصرف يضر بغرمائه، ومن ذلك تبرعاته ومنها الوقف، لكن لما كان الحجر على المدين، يتقرر حماية لحقوق الدائنين كانت تبرعات المحجور وأوقافه غير نافذة بل متوقفة على إجازتهم، فإن رفعوا الحجر عنه، أو أجازوا

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٢) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٣) د. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٤) الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٧٧.

وقفه وتبرعه نفذ، لزوال المانع من النفاذ مع وجود المقتضي لصحة التصرف؛ لأن المحجور عليه للدين ذو أهلية كاملة، وقد تحددت بعض تصرفاته نتيجة الحجر حكماً لصيانة حق غيره والمتمثلة بحقوق الدائنين، مع تمام أهلية المحجور في ذاته، فتصرفه بماله يعلق نفاذه على رضاهم؛ لأن لهم إسقاط حقهم قبل المدين المحجور.<sup>(١)</sup>

ورب تساؤل يدور في الذهن عن استحقاق دين معين على شخص صدر منه الوقف، هل يقدم الدين على الوقف أم يقدم الوقف على الدين؟

لم يجب فقهاء المسلمين على هذا التساؤل، ولكن من الممكن أن نستشف الاجابة عبر الاستعانة بحكم الوصية، فمن المعلوم أن الدين مقدم على الوصية شرعاً، وذلك لقوله تعالى {مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} <sup>(٢)</sup> وأن حكم الوقف في هذه الحالة هو حكم الوصية من حيث إن المقصود منه هو وجوه البر والخير، وهذا يعني أن الدين مقدم على الوقف، فإذا ما أوقف شخص عين معينة وكانت عليه الديون، فمن باب أولى أن سداد الديون يكون مقدماً على الوقف.

ب - وقف المدين في حالة الصحة وفي حالة مرض الموت: أما المدين الذي لم يحجر عليه إذا وقف في حال صحته لا في مرض موته، فإن الفقهاء أجمعوا على نفاذ وقفه، ولو كان ذلك الوقف بقصد تهريب أمواله من وجه الدائنين سواء أكان دينه مستغرقاً لأمواله أم غير مستغرق لثبوت حقهم في ذمته دون العين، وموقف الفقه الإسلامي هنا يقوم على اعتبار أن دينه حق شخصي متعلق بذمته حقاً عينياً في أمواله فهو مطلق التصرف تبرعاً ومعاوضة في أمواله، ما لم يحجر عليه.<sup>(٣)</sup>

أما حكم المدين الذي يوقف أمواله في حالة المرض، فوقفه صحيح ولكن مقيد بحدود ثلث أمواله، وهذه هي القاعدة العامة في تصرفات المريض مرض الموت ومنها التصرف بالوقف، ولكن تدور في الذهن فرضيات عدة فيما يتعلق بوقف المريض مرض الموت، ففي حالة الوقف الصادر منه لآحد الورثة فلا يجوز حتى لو كان في حدود الثلث إلا بإجازة باقي الورثة وذلك لقول الرسول محمد(ص) "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>(٤)</sup> ووقف المريض كالوصية فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة، وهذا ثابت لدى الأحناف والحنابلة والشافعية بينما يذهب الظاهرية والمالكية وقول للشافعية إلى بطلان

(١) تجدر الإشارة الى إن هناك نوعين من الحجر، هما الحجر للدين والحجر للسفه، فالحجر للسفه يلحق المحجور بالقاصر الصغير، لأنه مبني على عدم رشده وسوء تصرفه، بإتلاف ماله، فيصبح غير أهل للتبرع أصلاً، كالصغير القاصر وأما الحجر للدين فمبني على منع التصرف بالمال صيانة لحقوق الدائنين مع تمام أهلية المحجور في ذاته فتصرفه بماله معلق نفاذه على رضاهم، لأن لهم إسقاط حقهم، وهذا معنى عدم النفاذ.

(٢) سورة النساء: الآية ١١.

(٣) ففي "الإسعاف" من باب ألفاظ الوقف وأهله ومحله وإن لم يكن. أي المدين محجوراً عليه، يصح وقفه، وإن قصد به ضرر غرمانه، وفي فتح القدير: (وهو) - أي وقف المدين - لازم، لا ينقضه أرباب الديون، إذا كان قبل الحجر بالاتفاق، لأنه لم يتعلق حقهم بالعين في حال ومثله في الفتاوي الخيرية من كتاب البيوع، وفي غيرها من الكتب.

(٤) أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، باب الوصايا، مصدر سابق، حديث رقم (٢٨٧٠).

الوصية لو ارث مطلقاً، أما مذهب الإمامية فيجوز عندهم الوصية لو ارث مطلقاً ومن ثم فإن وقف المريض مرض الموت للوارث صحيح<sup>(١)</sup>، أما إذا وقفه على جهة بر دائمة أو أشخاص آخرين غير الورثة فإن كان الموقوف في حدود الثلث أو أقل من ذلك نفذ الوقف دون أن يتوقف على إجازة أحد، أما إذا زاد عن الثلث فيبقى موقفاً على إجازة الورثة<sup>(٢)</sup>.

ج - الوقف الصادر من المدين بدين مستغرق وبدين غير مستغرق: فإذا كان على المدين دين مستغرق بكل أمواله، فإن وقفه لماله يُعد موقفاً على إجازة باقي الدائنين فإن أجازوه أسقطوا حقهم في المطالبة بذلك الدين، وإن لم يجزيه بطل الوقف، أما إذا كان على المدين دين غير مستغرق فيعد وقفه صحيح في حدود أمواله غير المشغولة بالدين<sup>(٣)</sup>، أما أمواله الأخرى فيعد وقفه موقفاً على إجازة باقي الدائنين على التفصيل الذي بيناه سابقاً.

ولابد لنا من بيان آراء الفقه وعلى وجه التحديد في المذاهب الإسلامية الخمسة:

فيذهب الأحناف إلى صحة وقف المدين المحجور عليه بسبب الدين، ولكن وقفه لا ينفذ إلا بإجازة الدائنين، فإن أجازوه عدّ صحيحاً ونافذاً في حقهم جميعاً، وإن لم يجيزوا هذا الوقف عدّ باطلاً عندهم، وهذا هو الرأي الراجح عندهم<sup>(٤)</sup>. أما المالكية فيتشددون في مسألة الوقف الصادر من قبل المدين، فيذهبون إلى عدم صحة الوقف الصادر من شخص المدين سواء كان محجوراً عليه أم غير محجور عليه بسبب الدين، ولكن اشترطوا لذلك علم المدين بتقدم الدين على الوقف، والسبب في ذلك هو أن المالكية يعدون الوقف من التصرفات التي تحمل معنى التبرع المحض وفيه تخرج العين الموقوفة من ذمة الواقف، ونتيجة لذلك فإن المدين إذا ما أوقف مالا يملكه فإنه قد أخرج ذلك المال من ملكه مما يتسبب بضرر للدائن<sup>(٥)</sup>. أما المذهب الشافعي فذهب إلى عدم جواز قضاء الدين من الوقف، وكذلك لا يجوز للدائن في الدين المستغرق أن يوقف أمواله إلا بعد موافقة الدائنين لهذا الوقف، كما لا يجوز عندهم وقف المريض مرض الموت فيما جاوز ثلث أمواله<sup>(٦)</sup>. أما الإمامية فيذهبون إلى عدم جواز وقف المدين المحجور عليه من الحاكم، وهو مذهب جمهور

(١) نقلاً عن أستاذنا د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والموارث مصدر سابق، ص ٤٠. الكاساني في البدائع (٣٣٧/٧)، الرملي، نهاية المحتاج (٤٨/٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤٢٦/٤)، ابن قدامة، المغني (٨٠/٦).

(٢) د. أحمد الكبيسي، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٣) د. أحمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، مطبعة المعارف - بغداد، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، ص ١٠٥.

(٤) الطرابلسي، الإيعاف، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٥) أبو بكر بن حسن الكشنوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب امام الأئمة مالك، ج ١، المكتبة العصرية - بيروت، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ص ٥٦٥.

(٦) وافق ابن صلاح من الشافعية " ومنه ان يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه أو انتفاعه به لا شرط نحو شربة أو مطالعة من بئر وكتاب وقفهما. " كتاب فتح المعين في الفقه الشافعي، ص ٣٩٨، "يوقف تصرف المفلس بالوقف وما شابهه، فإن فضل ذلك عن الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء نفذ، وإلا لغا، وهذا قول للشافعية في القول المقابل للأظهر " النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق (٢٨٦/٢).

الفقهاء نفسه من المالكية والشافعية والأحناف<sup>(١)</sup>.

والخلاصة أن الوقف الصادر من المدين يكون حكمه الجواز إذا ما وافق الدائنين عليه. أما إذا لم يجيزوه فحكمه البطلان، وهذا هو موقف جمهور الفقهاء، ونحن بدورنا نرجح ما يذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين؛ وذلك لأن الغاية من الوقف تحقيق منفعة وطلب وجوه الخير والبر وهذا الأمر لا يمكن أن يتحقق إذا ما تسبب ضرراً للغير وهم الدائنين.

### ثانياً: موقف التشريع العراقي والمقارن

أصبح الوقف يشكل أحد أهم المسائل المهمة في الوقت الحاضر، ولا غرابة في أن أغلب الدول أصبحت تحيطه بعناية خاصة، وذلك عبر سن القوانين اللازمة به، فنجد أن المشرع العراقي قد نظم أحكام الوقف بموجب قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ ويعد هذا القانون الشريعة العامة لأحكام الوقف، فنظم أنواع الوقف والمسائل المتعلقة بإدارة الموقوف وكيفية التصرف به من طريق الاستبدال<sup>(٢)</sup>، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن المشرع العراقي قد اغفل مسألة في غاية الأهمية، وهي صدور الوقف من المدين على الرغم من بحث أحكامها من قبل فقهاء المسلمين القدامى. ولكن يلحظ أن بعض الانظمة المتعلقة بالأوقاف قد أشارت بصورة غير مباشرة إلى حالات معينة تتعلق بالمدينين للوقف، فنجد أن المادة (١٨) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ قد أشارت إلى منع المدينين للأوقاف من الاشتراك في المزايدات والمناقصات والتعهدات والاجارة التي تجري على الاموال الموقوفة، فنصت بأنه "١- لا يجوز للأشخاص المذكورين في أدناه الاشتراك في المزايدات والمناقصات والتعهدات وإجازة الموقوف أو شراؤه: د- المدينون للأوقاف....". والسبب واضح من ذلك فإذا كان أحد الأشخاص مديناً لجهة أوقف فإن الأولى به تسديد ما عليه من ديون قبل أن يبادر في الاشتراك بالمزايدات والمناقصات التي تتعلق بالموقوف، كما نجد ان نظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠ قد أشار إلى حالة قيام المتولي بالاستدانة لصالح الوقف إذا كانت هناك مصلحة ضرورية تبرر ذلك<sup>(٣)</sup>، فنصت المادة الثامنة بأنه: "٢- للمتولي أن يستدين للوقف إذا اقتضت ذلك مصلحة الوقف وبإذن من المحكمة الشرعية: "وواضح من النص المتقدم أن المشرع التفت إلى خطورة الدين على الوقف، باعتبار أن الوقف يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، فقيّد ذلك بشروط معينة، وهي وجود مصلحة تبرر الدين، وكذلك الحصول على موافقة المحكمة الشرعية وهي محكمة الأحوال الشخصية التي يقع ضمن دائرتها المال الموقوف<sup>(٤)</sup>. أما بخصوص موقف القوانين المقارنة المقارنة من تصرفات المدين على المال الموقوف وبالرجوع إلى القوانين الأردنية نجد أن المشرع الأردني

(١) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٢/٢٩٠).

(٢) حسن رضا، أحكام الأوقاف، ط٢، مطبعة التقيض الأهلية - بغداد، ١٩٣٨، ص٥٨.

(٣) د. منذر قحف، الوقف في المجتمع الإسلامي المعاصر، منشور على شبكة إدخال المعلومات العالمية وعلى الموقع:

(http://IIKanatakji.org / figh/ files/wakf/w - I - htm)، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٨/٧.

(٤) د. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص١٧٨.

لم ينظم هذه الحالة أيضا بموجب القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والذي بين فيه أحكام الوقف، كذلك لم يُشر إلى حكم الحالة مدار البحث بالقوانين والأنظمة الخاصة بالأوقاف، أما بخصوص موقف المشرع المصري فنجد أنه ينص بموجب قانون الأوقاف رقم (٤٧) لسنة ١٩٤٦ ينص بموجب المادة (٤٥) منه على أنه: (لا يجوز للناصر (المتولي) أن يستدين على الوقف إلا بإذن المحكمة الشرعية وذلك فيما عدا الالتزامات العادية لإدارة الوقف واستغلاله). والنص واضح وصريح وهو يقترب من نص المادة الثامنة من القانون العراقي التي أشرنا إليها سابقا فإليها نحيل.

ومن الممكن أن نتساءل عن حكم التصرف بالعقار الموقوف بالبيع أو الهبة أو الوصية والصادر من الخلف الخاص، فهل من الممكن أن ترد هذه التصرفات على العقار الموقوف غير المسجل؟ إن طبيعة الوقف تقتضي خروج ملكية العقار الموقوف من ملك الواقف على ملك الله تعالى، ومن ثم فإن طبيعة الوقف تقتضي التقييد في إجراء التصرفات القانونية التي ترد عليه ولا سيما تلك التصرفات الناقلة للملكية، ففيما يتعلق بالبيع، فالفقه الإسلامي قد أجمع على عدم جواز بيع المال الموقوف لأي سبب كان، حتى لو كان هذا البيع قد تم لمصلحة المال الموقوف أو لمصلحة الأشخاص المستفيدين من المنفعة التي تعود عليهم، ويلحظ أنه من الممكن وفي حالات خاصة معينة التصرف بالوقف من طريق الاستبدال بمقابل عيني أو نقدي، وبطبيعة الحال فإن الاستبدال لا يعد بيعاً، وذلك لأنه مقيد بتحقيق منفعة للمال الموقوف، كما أنه لا يعد مقايضة لكونه قد يكون المقابل في بعض الأحيان مقابلاً نقدياً في حين أن المقايضة تقتضي مبادلة عين بعين.

أما بخصوص التصرف بالعقار الموقوف بطريق الهبة، فهو أمر غير جائز أيضاً؛ لأن الهبة تقتضي التملك والعقار الموقوف لا يمكن أن يرد عليه تصرف ناقل للملكية كونه خرج عن ملكية الواقف وأصبح مخصصاً على ملك الله تعالى، كما أن من شروط الهبة هو أن يكون الواهب مالكاً لما يوهب؛ لأن هبة أموال الغير تكون باطلة، كما أن التصرف على العقار الموقوف بالبيع باطلة فمن باب أولى أن يكون التصرف بالهبة باطلة، أما التصرف بالعقار الموقوف من طريق الوصية فهو غير جائز أيضاً؛ لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض والموقوف خرج من ملكية الواقف ومن ثم لا يجوز التصرف به بالوصية.

## الفرع الثاني

### التصرفات الصادرة من صاحب حق الامتياز على العقار الموقوف غير المسجل

قد يكون التصرف صادراً من دائن عادي على المال الموقوف وقد بينا حكمة فيما سبق، وقد يكون التصرف صادراً من صاحب حق امتياز على العقار الموقوف غير المسجل، ولغرض بيان حكمه القانوني لابد لنا من بيان الموقف الشرعي والموقف القانوني وذلك من طريق الفقرات الآتية:

### أولاً: حكم التصرف الصادر من صاحب حق امتياز شرعاً

صاحب حق الامتياز: هو كل شخص تقرر له حق ضمان خاص على العقار الموقوف وهو يكون عادةً من له حق رهن على ذلك العقار، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية تعرف نوعاً واحداً من أنواع الرهون وهو الرهن الحيازي الذي تنتقل حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن، إذ إن الرهن الرسمي لم يكن معروفاً سابقاً، وقد ظهر مع ظهور الدولة وتحديداً مع نظام تسجيل للعقارات.<sup>(١)</sup>

وفيما يتعلق بوقف العقار المرهون فالقاعدة العامة المتفق عليها في الفقه الإسلامي هو عدم جواز إجراء التصرفات الناقلة للملكية على العقار الموقوف، فلا يجوز بيعه أو إعارته أو هبته أو انتقاله بالإرث<sup>(٢)</sup>، والسبب في ذلك هو أن المال الموقوف بمجرد وقفه فإنه يخرج من ملكية الواقف ومن ثم لا يمكن أن يتصرف به تصرفاً ناقلاً للملكية؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه، أما تقرير حق الرهن على العقار الموقوف فالمسألة محل خلاف في الفقه الإسلامي، ولغرض بيان آراء الفقهاء يقتضي بيان كل اتجاه بما يأتي:

القول الأول: يصح الوقف إن كان الواقف موسراً، ويبطل إن كان معسراً، وهذا قول الحنفية، فلو وقف المرهون بعد تسليمه صح، وأجبره القاضي على دفع ما عليه إن كان موسراً، وإن كان معسراً أبطل الوقف وباعه فيما عليه، وفي حالة الوفاة إن مات الواقف الراهن عن وفاء عاد الموقوف إلى الجهة، وإلا بيع وبطل الوقف<sup>(٣)</sup>.

القول الثاني: يصح الوقف ولا يجوز إسقاطه، وهذا وجه عند الشافعية، قال الشيرازي: (وإن وقف المرهون ففيه وجهان: أحدهما أنه كالعق؛ لأنه حق لله تعالى، لا يصح إسقاطه بعد ثبوته، فصار كالعق)<sup>(٤)</sup>.  
القول الثالث: صحة الوقف المرهون مقيدة بإذن الراهن، فإن أذن صح، وإلا لا يصح؛ لأن الوقف تصرف بإزالة الملك فيما لا يصح بيعه، وهذا هو الوجه الثاني لدى الشافعية.<sup>(٥)</sup>

(١) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية - بيروت، ١٩٨٥، ص ٣٨.

(٢) انظر: بن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، (٥/ ٢٢١)، على حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، (٢/ ٢٥١)، بن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٦/ ٤٦٦)، البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٣/ ٣٢٧)، الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، (٤/ ٧٠)، المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (١/ ٤٥٧).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤/ ٣٩٧ - ٥١٠). الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٢١. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤/ ٧٧).

(٤) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (١/ ٣١٣).

(٥) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

القول الرابع: لا يصح وقف المرهون؛ لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح؛ كالبيع والهبة، وهذا قول المالكية، والمعتمد عند الشافعية ووجه عند الإمامية<sup>(١)</sup>، ومحل عدم صحة وقف المرهون عند المالكية هو عدم إمكانية التسليم وعدم إمكانية استيفاء الدين عند حلول الأجل، إذا أراد الواقف وقف المرهون مع كونه مرتهنًا لا يصح عندهم، أما لو وقف المرهون قاصدًا بوقفه بعد الخلاص من الرهن فيصح ذلك؛ إذ لا يشترط عندهم في الوقف التنجيز<sup>(٢)</sup>.

وبقي أن نتساءل عن مسألة مهمة وهي موقف الفقه الإسلامي من توثيق الوقف، هل اشترط فقهاء المسلمين توثيق التصرف الوارد على المال الموقوف إذا كان عقارًا، وهل هذا التوثيق هو للانعقاد أم للإثبات؟

للإجابة على التساؤل المذكور نبين أن التوثيق في صيغة الوُقْف هو أن يقوم الواقف بالإشهاد على ما صدر منه من وقف، أو تسجيله لدى جهة رسمية؛ كالمحكمة الشرعية، فهل يشترط ذلك لصحة الوُقْف ولزومه؟

لم ينص الفقهاء القدامى على اشتراط التوثيق من إشهاد، أو تسجيل لصحة الوُقْف ولزومه، وإنما نصوا على استحباب التوثيق، لما له من أهمية بالغة في حفظ الحقوق، وتحديد المراكز القانونية للأشخاص والأشياء. قال ابن فرحون في الديباج المذهب في تراجم أعيان أهل المذهب، في بيان أهمية التوثيق: (هي صناعة جليلة، وبضاعة عالية منيفة، تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم)، فحجة الوُقْف أو الوقفية تتضمن كل ما يتعلق بالوقف والعين الموقوفة من حيث تحديد شروط الوُقْف، والغرض منه، وبيان جهة الوقف سواء أكانت خيرية أم ذرية<sup>(٣)</sup>، وتحديد حدود العين الموقوفة، وما قد يطرأ عليها من تطوير وتحوير واستبدال، وقد لقي توثيق حجج الوُقْف وغيرها من الحجج عناية خاصة من الفقهاء والجهات القضائية الرسمية في العصر الإسلامية منذ أقدم العصور لقوله تعالى: {وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ}<sup>(٤)</sup>، وبعد أن بينا الموقف الفقهي من رهن الموقوف لا بد لنا أن نبين الموقف القانوني في الفقرة الثانية من هذا الفرع.

(١) يذهب السيد السيستاني في كتابه منهاج الصالحين، مصدر سابق، باب احكام الرهن، المسألة (٨٩٤) إلى أنه: " في العين المرهونة أن تكون عيناً خارجية مملوكة يجوز بيعها وشرؤها، فلا يصح رهن الخمر ونحوه، ولا رهن الدين قبل قبضه، ولا رهن الوقف ولو كان خاصاً إلا مع وجود أحد مسوغات بيعه".

(٢) المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ٢٣٩ / ١٣، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ٧٧ / ٤.

(٣) إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ط ١، ١٢٢٩هـ، عدد الأجزاء: ٢ [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع]، ص ٩٣.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

### ثانياً: حكم التصرف الصادر من صاحب حق امتياز قانوناً

أما فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من صاحب حق الامتياز على العقار المرهون، وبالرجوع إلى قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ نجد أن المشرع العراقي لم يفرد نصوص خاصة تبين حكم الحالة المتقدمة، ولكن تطرق بصورة غير مباشرة لحالة معينة تتعلق باستبدال المال الموقوف للمصلحة<sup>(١)</sup>، إذ أجاز المشرع بموجب المادة السادسة من القانون المذكور استبدال العقار الموقوف لقاء قسط نقدي، وبين بموجب الفقرة الثانية بقبول تقسيط المبلغ على شكل دفعات يدفعها المستبدل وبشروط معينة، فنصت المادة المذكورة بأنه: (٢- يجوز قبول البديل النقدي مقسطاً بأن يدفع المستبدل ربع البديل ويقسط الباقي أقساطاً سنوية متساوية لا تزيد على سبعة أقساط ويسجل الوقف باسمه ولكنه يعد مرهوناً من الدرجة الأولى لقاء بدل الاقساط الباقية ويشار إلى ذلك في قيود التسجيل العقاري، وإذا تأخر دفع قسط منه تعد الأقساط كلها مستحقة وتستوفى بموجب قانون تحصيل الديون الحكومية). والغرض من تقرير الرهن على العقار الموقوف هو لضمان تسديد باقي الأقساط النقدية المستحقة بذمة المستبدل. وقد جاء في نظام المزايدات والمناقصات الخاص بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩ بأنه يجوز اشتراك المدينين للأوقاف في المزايدات والمناقصات التي تجري على العقار الموقوف إذا وثقوا ديونهم بكفالة مصرفية أو كفالة شخصية كضمان لوفاء الدين وذلك بموجب المادة (١٨) من النظام المذكور، أما بخصوص موقف القوانين المقارنة كالقانون الأردني فيلاحظ أنه قد نص بموجب المادة (١٢٤٣) منه بعدم إجراء التصرفات على العقار الموقوف التي من ضمنها الرهن، فنصت المادة المذكورة بأنه: (عند اتمام الوقف لا يوهب الموقوف ولا يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج عن ملك الواقف، ولا يملك للغير). والواضح من النص المذكور أن المشرع الأردني قد منع الرهن الوارد على العقار المرهون لخروجه من ملكية المالك<sup>(٢)</sup>. أما بخصوص المشرع المصري فلم يتضمن قانون الأوقاف رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ نصاً مماثلاً. وبقي تساءل أخير يدور في الذهن وهو، هل حق الامتياز يرد على عقار موقوف غير مسجل؟ إن طبيعة الوقف تقتضي خروج ملكية العين من ملكية الواقف وتخصيص منفعتها إلى جهات الخير والبر، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن التصرف الصادر بالرهن يقتضي أن يرد على مال مملوك للراهن، فرهن ملك الغير باطل، وهذا يعني أنه لا يجوز التصرف الصادر بالرهن على العقار الموقوف غير المسجل، وقد سلكت أغلب المذاهب الإسلامية إلى هذا الاتجاه عبر التقرير ببطلان الرهن الوارد على الوقف<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمد مصطفى الشلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، مصدر السابق، ص ٣٩.

(٢) عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

(٣) يذهب الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه أسنى المطالب الى " فلا يصح رهن ما لا يصح بيعه نحو أم ولد ومكاتب ووقف"، وقال ابن قدامة في المغني: ( ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه، كأ الولد، والوقف، والعين المرهونة، لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه).

## التصرفات الناقله للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل

---

وهنا نقترح على المشرع العراقي بضرورة تعديل قانون إدارة الأوقاف؛ وذلك بإضافة مادة قانونية تتضمن ما يأتي:

- ١- تعد التصرفات الصادرة من الواقف أو من خلفه الخاص على العقار الموقوف صحيحة ما لم يكن كل منهما مدينا بدين مستغرق للوقف أو كان العقار الموقوف مثقلا بحق رهن أو امتياز.
- ٢- استثناء من الفقرة السابقة تعد التصرفات الصادرة من الموماً إليهم صحيحة إذا أجاز التصرف من له حق ثابت على العقار الموقوف.

### الفصل الثالث

## أحكام التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار الموقوف غير المسجل

من البديهي ان تكون العقارات محلاً للتصرفات المختلفة، ومنها التصرفات الناقلة للملكية، ومن هذه العقارات الموقوفة مدار البحث، إذ أن هذه التصرفات قد تصدر من الواقف أو من خلفه (الخاص أو العام) وبموجب هذه التصرفات تترتب أوضاع جديدة، وأهم هذه الأوضاع هو انتقال ملكية العقار الموقوف سواء بإرادة الواقف وخلفه أو جبراً على الواقف وخلفه.

إذ أن هذه التصرفات هي التي تقع بين وقف العقار شرعاً إلى ما قبل تسجيل الوقف وهذه المدة تعد الخطر الذي يهدد العقار الموقوف كون العقار لم يصبح قانوناً موقوفاً إلا بعد اكتسابه التسجيل في دائرة السجل العقاري؛ لأن العقار بعد التسجيل يصبح موقوف قانوناً ولا يمكن إجراء التصرفات الناقلة للملكية عليه.

لقد اختلفت المذاهب الإسلامية وكذلك القوانين المقارنة في الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل، فمنهم من عد للتسجيل أثراً منشئاً وعدّ آخر أن للتسجيل أثراً كاشفاً ومن الطبيعي أن تكون لكل أثر من هذين الأثرين أوضاع مختلفة ومراكز قانونية مختلفة.

إن إشكالية العقار غير المسجل هي كونه موقوفاً شرعاً وغير موقوف قانوناً، على اعتبار تخلف شرط التسجيل، وهذا الذي نص عليه قانون التسجيل العقاري العراقي. وإن الاختلاف الحاصل في الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل يؤدي إلى صحة التصرفات التي يقوم بها الواقف قبل التسجيل إذا عد التسجيل ذا أثر منشئ، ويؤدي إلى كون التصرفات التي يقوم بها الواقف قبل التسجيل غير صحيحة إذا عد التسجيل ذا أثر كاشف.

إن قيام الواقف أو خلفه بالتصرف بالعقار الموقوف غير المسجل تصرفاً ناقلاً للملكية يكون نتيجة لعدم ثبوت الوقف، إذ أن إنكار الوقف يجعل من تصرفات الواقف أو الخلف تصرفات صحيحة قانوناً لذلك يجب في بادئ الأمر اثبات الوقف ومن ثم تنفيذ قرار إثبات الوقف في دائرة التسجيل العقاري كي نحافظ على العقارات الموقوفة التي تكون دائماً في خدمة العامة ولاسيما الوقف الخيري، لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين؛ المبحث الأول: الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل في العقار الموقوف، والمبحث الثاني: إشكالية إثبات العقار الموقوف غير المسجل والأحوار الطارئة التي تمر عليه.

## المبحث الأول

### الطبيعة الشرعية والقانونية للتسجيل في العقار الموقوف

يعد تسجيل التصرف في دائرة التسجيل العقاري النقطة الفارقة في مصير العقارات، كما اشترط قانون التسجيل العراقي العقاري، وبما أن الوقف أحد هذه التصرفات التي يجريها المالك وباكتمال التسجيل يصبح الوقف موجوداً من الناحية القانونية بعدما كان موقوفاً من الناحية الشرعية، وعندها تسري النصوص القانونية المختلفة الخاصة بوقف العقار<sup>(١)</sup>.

ولا توجد مشكلة في هذه الحالة إنما المشاكل تبرز في المدة الواقعة ما بين وقف العقار من الناحية الشرعية والتسجيل، فأبي تصرف من الواقف أو خلفه (الخاص أو العام) يكون إما صحيحاً أو باطلاً بحسب رؤية المذاهب الإسلامية والقوانين المقارنة لأثر التسجيل.

فإما أن تكون التصرفات صحيحة إذا كان للتسجيل أثراً منشئاً أي إن جميع التصرفات الناقلة للملكية (البيع، المقايضة، الهبة) التي يقوم بها الواقف أو خلفه صحيحة طالما كان التصرف الناقل للملكية قبل التسجيل فالتصرف صحيح ويرتب آثاره ومنها انتقال ملكية المال الموقوف إلى المشتري.

أو أن تكون التصرفات غير صحيحة إذا كان للتسجيل أثراً كاشفاً أي إن جميع التصرفات الناقلة للملكية التي يقوم بها الواقف أو خلفه تعد غير صحيحة بسبب ان الوقف موجود قبل التصرف وما أثر التسجيل إلا ليكشف عن وجود هذا الوقف.

لذا سيقسم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: نتطرق فيه إلى الأثر المنشئ للتسجيل ونتناول في المطلب الثاني: الأثر الكاشف للتسجيل وبحسب الآتي:

(١) القانون العقاري العراقي، قانون إدارة الأوقاف، القانون المدني العراقي وبقية القوانين الخاصة بالوقف.

## المطلب الأول

### الأثر المنشئ للتسجيل

من المعلوم أن التصرفات الناقلة للملكية الواردة على الأموال غير المنقولة (العقارات) لا بد أن تستوفي الشكلية اللازمة لصحة التصرفات الواردة عليها ونفاذها<sup>(١)</sup>.

(١) في مستهل الحديث لا بد لنا من القول بان الوقف يبدأ من نية الواقف لحبس عين من أعيانه لجهة الوقف التي يختارها، ويشترط فيه البلوغ واهلية التبرعات وخلو إرادته من عوارض الأهلية، ويظهر للوجود على شكل إيجاب وهو إرادة الواقف المنصرفه للعمل الوقفي بشرط حيازة شروطه وهي: أن تكون صيغة الإيجاب منجزة وغير مضافة إلى المستقبل، وأن تفيد معنى التأييد، وأن لا تقترن بشرط يؤثر على أصل الوقف، كما يشترط بالعين الموقوفة أن تكون مالاً متقوماً، وأن يكون معلوماً ومتعيناً وقت وقفه، وأن يكون مملوكاً للواقف ملكاً باتاً حين الوقف وغيرها من الشروط التي بينها في المبحث الأول من هذه الدراسة، ونتيجة لذلك ان هناك مجموعة من الإجراءات القانونية التي يجب اتباعها لإمكانية تسجيل الوقف بعد ما توافرت له شروطه، سواء أكانت تلك الاجراءات قد وردت في قوانين عامة كقانون المرافعات المدنية، وقانون التسجيل العقاري، أو في قوانين خاصة كقانون الاوقاف العراقي، لذلك سنتطرق الى هذه الإجراءات ضمن فقرات عدة وكما هو مبين أدناه:

أولاً - من بين أهم الإجراءات التي يجب القيام بها هو يقدم مالك العقار المطلوب وقفه طلباً إلى محكمة الأحوال الشخصية يبين فيه رغبته بجعل عقار معين مملوكاً له وفقاً خيراً أو ذرياً أو مشتركاً ويرفق به سند التسجيل العقاري.

ثانياً - بعد ذلك تسأل المحكمة من مديرية التسجيل العقاري المختصة عما إذا كان العقار ملكاً للمستدعي وخالياً من أي رهن أو حجز أو أي مانع من موانع التصرف أو أي نزاع.

ثالثاً - بعد ورود الجواب يحضر المستدعي ويبرز ما يعرف ذاته وبحضور شاهدين تدون إفادته متضمنة:

(أ) نوع الوقف وشروط الواقف وكيفية صرف منافع الموقوف إن كانت له منافع أو التصرف به إن كان مسجداً أو غير ذلك.

(ب) شرط الواقف في جعل المتولي وصفته وكيفية انتقال التولية بعده.

(ج) إذا كان الوقف ذرياً فيجب أن يكون المنتفعين في حالة انقطاع ذرية الواقف جهة من جهات الخير.

رابعاً - تصدر المحكمة حجة الوقف لما ذكر سابقاً وترسل نسخة منها إلى مديرية التسجيل العقاري المختصة والى دائرة الأوقاف للمحافظة التي يقع فيها العقار، فإجراءات تسجيل الوقف تكون على مرحلتين؛ فالأولى: تبدأ هذه المرحلة عندما يقدم الواقف طلباً الى محكمة الأحوال الشخصية يعلن فيه رغبته بوقف العين التي يملكها وفقاً خيراً أو ذرياً أو مشتركاً حسب رغبته، وإذا كانت العين الموقوفة عقاراً يرفق بالطلب نسخة من سند التسجيل العقاري وتقوم المحكمة المذكورة بالاستفسار من دائرة التسجيل العقاري فيما إذا كان العقار باسم طالب الوقف فعلاً وخالياً من الرهن والحجوزات أو المنازعات وموانع التسجيل، وبعد ورود الجواب بالإيجاب يحضر الواقف مع شاهدين أمام قاضي محكمة الأحوال الشخصية ويبين نوع الوقف وشروطه وكيفية صرف منافعه أو التصرف به، كذلك شرط الواقف في المتولي الذي عينه الواقف بالاسم في حجة التولية الذي يجب أن يكون راشداً عاقلاً أميناً قادراً على إدارة الوقف وخضوعه لنظام المتولين وطريقة تعيينه وانتقال التولية من بعده وغيرها من الشروط الأخرى. وبعد أن يتأكد القاضي من تحقق الشروط المطلوبة في الواقف والعين الموقوفة وجهة الوقف، تصدر الحجة الوقفية وترسل نسختين منها الى: الأولى الى مديرية التسجيل العقاري المختصة لتسجيلها في السجلات العقارية والثانية الى دائرة أوقاف المحافظة بغية اتخاذ الإجراءات القانونية فيما يتعلق بإدارة المال الموقوف (انظر بهذا الخصوص المادة (٣٠٠/٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل).

أما المرحلة الثانية: مرحلة التسجيل العقاري - فعندما تصل حجة الوقف إلى مديرية التسجيل أو الحكم القضائي المكتسب درجة البتات تباشر المديرية المذكورة بإجراءات تسجيل الوقف باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي إن كان من الأوقاف الملحقة، ويقصد بالوقف الملحق: (هو الذي يديره متولٍ ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية والخيرية ويشمل الوقف الذري الذي يديره متولٍ ومشروط صرف غلته الى من يعينهم الواقف من ذريته أو من غيرهم. وكذلك الوصية بالخبرات التي تخرج مخرج الوقف، كما يسجل الوقف باسم دائرة الأوقاف. وحيث إن تسجيل

=

الحجة الوقفية تتم في مديرية التسجيل العقاري المختصة (الطابو) على وفق أحكام المواد من (٢٥٦ - ٢٦٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، فلو رجعنا إلى أحكام المادة (٢٥٦) نرى ان الوقف يسجل على وفق حجة شرعية قد صدرت بهذا الشأن تعليمات التسجيل الإلزامي للعقارات غير المسجلة المرقمة (١) لسنة ١٩٨٦، والتي نصت المادة (٢٥) على أنه: (١ - يسجل العقار الذي يثبت كونه وفقاً بموجب قرار تثبيت العائدية باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها إذا لم يكن من الاوقاف المضبوطة وباسم دائرة الأوقاف ان كان من الاوقاف المضبوطة استناداً إلى الحجج والأحكام الشرعية الحائزة درجة البتات. ٢- تسجل المساجد ومحلات العبادة الأخرى والمؤسسات الدينية والخيرية باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها أيضاً إذا كانت هاتان الجهتان معلومتين، أما إذا كانت الجهة الواقفة غير معلومة فيسجل العقار باسم دائرة الاوقاف وفي جميع الأحوال لا يشترط وجود حجة شرعية أو حكم حائز البتات في هذا النوع من الوقف) أما المادة (٢٦) فقد نصت على: (يسجل العقار باسم الطائفة المعترف بها قانوناً أو باعتباره من اوقاف الطائفة وفقاً لما هو ثابت في محضر تثبيت الملكية). كذلك نص المادة (٢٧) والتي تنص على: (في الأحوال التي يثبت فيها بموجب قرار تثبيت العائدية وجود محدثات على أرض مملوكة أو موقوفة وفقاً صحيحاً غير مسجلة مملوكة بسبب قانوني، يجري تسجيل العقار أرضاً ومحدثات وفق ما هو في محضر تثبيت الملكية).

إذ تنص هذه المادة على أنه: ( يسجل الوقف الوارد على حق الملكية العقارية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات وقابل للتنفيذ دون أخذ الإقرار وفق ما يأتي: ١ - باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي كان من الأوقاف الملحقه. ٢ - باسم دائرة الأوقاف إن كان من الأوقاف المضبوطة مع ذكر شروط الواقف) (وهذا ما أشار إليه صراحة نص المادة (٢٥٩) من التسجيل العقاري التي نصت على أنه: (تسجل معاملات الرجوع عن الوقف بالاستناد إلى حجة صادرة من محكمة مختصة أو إلى حكم قضائي حائز درجة البتات). والمشرع المصري نص على: أن الوقف لا يكون صحيحاً بموجب قانون الأوقاف إلا إذا صدر من إسهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية في مصر. (المادة الرابعة: من قانون أحكام الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦).

وبذلك أضاف المشرع المصري الشكلية ركناً لصحة الوقف ليكون متسقاً في آثاره مع التشريعات الخاصة بالتصرفات العقارية، ولحمل الناس على العناية بتوثيق الوقف لأهميتها (د. أحمد أمين حسان، وفتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، طبعة الأولى، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٦١).

وسار المشرع الأردني على غرار المصري بأن الوقف لا يتم إلا بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة على وفق الأحكام الشرعية، وأضاف بأنه يلزم تطبيقاً للقانون تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً (انظر بهذا الخصوص المادة (٢/١/١٢٣٧) من القانون المدني الأردني المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل). وحسنا ما فعل المشرع الأردني بهذه الإضافة الزامية وعلى اساس ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة العاشرة من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ سالفة الذكر على وفق الشكل الآتي: ((١- لا يصح الوقف الا بصدر حجة وقفية من الواقف لدى احدى المحاكم الشرعية على وفق الاحكام الشرعية والقانونية ويلزم تسجيله في دائرة الاوقاف والتسجيل العقاري اذا كان عقاراً. ٢- لا تنفذ الحجج كافة الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف مالم تبلغ دائرة الاوقاف المختصة بعد صدورها)). وعلى اساس ذلك فان للوقف حتى يكون صحيحاً مرتباً لآثار شرعية وقانونية لابد ان يصدر له حجه وقفية. فما هي اجراءاتها؟ هذا ما سوف سنبينه في الفرع الآتي:

فإن ما تصدره هذه المديرية من سندات عقارية للأعيان الموقوفة تعد سنداً رسمياً معتبراً من الناحية القانونية وحجة على الناس لما دون فيه من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وقد عد القانون سجلات التسجيل العقاري من قبيل السندات الرسمية (وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢) من قانون الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل إذ نصت هذه المادة على أنه: ((أولاً - السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه او وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها طبقاً لإحكام هذا القانون. ثانياً - يعد من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك)).

ولا يخفى ان تلك الشكلية تتمثل بتسجيل العقار لدى الجهات الرسمية المختصة والمتمثلة بدائرة التسجيل العقاري، وبالنظر لخصوصية بعض التصرفات الواردة على العقار غير المسجل ولاسيما التصرف بالوقف، نجد أن أغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي لا يشترط تسجيل ذلك التصرف على العقار لصحته ونفاذه؛ كما أوضحنا فيما سبق.

كما أن الفقه الإسلامي أيضاً لم يشترط ذلك التسجيل أو الشكلية في التصرف الوارد على العقار الموقوف، وقد تبين لنا فيما سبق أن الطبيعة القانونية للوقف تتمثل بتصرف إرادي صادر من جانب واحد، إذ إن الواقف ينشئ الوقف بإرادته المنفردة ولا تتوقف صحة ذلك التصرف أو نفاذه على قبول الموقوف عليهم أو أية جهة أخرى، فيصبح التصرف نافذاً لازماً بمجرد التلفظ به من دون الحاجة إلى شكلية معينة، ولكن من الممكن أن يعهد الواقف إلى ضرورة تسجيل التصرف الصادر من جهته والمتمثل بالوقف على العقار المسجل لدى دائرة التسجيل العقاري أو لدى مديرية الأوقاف. فهل التصرف الصادر من الواقف أو من له المصلحة في ذلك بتسجيل العقار الموقوف غير المسجل يكون منشئاً أم كاشفاً، وما المقصود بالأثر المنشئ الوارد على العقار الموقوف غير المسجل؟ وما هو الأثر المترتب على ذلك التسجيل؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي والتشريع العراقي والتشريعات المقارنة من التسجيل؟ لغرض الإجابة على جميع التساؤلات السابقة لابد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول: مفهوم الأثر المنشئ للتسجيل والفرع الثاني: الموقف الشرعي والقانوني للأثر المنشئ.

## الفرع الأول

### مفهوم الاثر المنشئ للتسجيل

إن لتسجيل التصرف العقاري في دائرة التسجيل العقاري أثراً منشئاً، ويتمثل الأثر المنشئ في إيجاد أو خلق حق غير موجود سابقاً، ويعد الأثر المنشئ للتصرف العقاري من أهم الآثار المترتبة عليه، لكون أن التصرفات العقارية لا يمكن ان تحقق الغاية المرجوة قانوناً من غير توفر الشكلية التي تطلبها القانون والمتمثلة بالتسجيل في دائر التسجيل العقاري وبحسب الإجراءات القانونية، ولغرض بيان الأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف غير المسجل لابد لنا من بيان ماهية الأثر المنشئ للتسجيل، ولغرض بيان ذلك سنقسم هذا الفرع على: أولاً: ماهية الأثر المنشئ وثانياً: فكرة الأثر المنشئ.

#### أولاً: ماهية الاثر المنشئ

من المعلوم أن التصرفات القانونية تكون على نوعين؛ فهي إما أن تكون تصرفات رضائية، التي تتعقد أو تتم بمجرد تلاقي الإرادتين ومن دون الحاجة إلى إجراء معين، وهذه القاعدة العامة في التصرفات القانونية عموماً، والنوع الآخر من التصرفات هي التصرفات الشكلية التي يستلزم لها فضلاً عن تلاقي الإرادتين أن تظهر الإرادة على نحو معين كالكتابة في ورقة رسمية أو تسجيل العقد لدى جهة معينة أو

الإقرار بالحق أمام موظف مختص، ومهما يكن الأمر فإن تلك الشكلية قد يتطلبها القانون للإثبات تارة، وقد تكون ركن التصرف القانوني أي يستلزم توفرها كشرط لانعقاد العقد<sup>(١)</sup>.

ومن الثابت في علم القانون أن الشكلية المطلوبة في التصرفات العقارية هي شكلية الإنعقاد وليست الإثبات، إذ أن التصرفات العقارية تعد باطلة إذا لم تستوفِ ركن الشكل المفروض قانوناً، وهذه الحقيقة الثابتة قانوناً كان الغرض منها ولا يزال هو تثبيت الأوضاع القانونية وتحقيق الاستقرار لتلك التصرفات، وقطع دابر كل نزاع بشأن ملكية العقار في المستقبل، وعلى الرغم من أهمية الشكل في التصرفات العقارية إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في الكيفية التي يتم بها، فيذهب جانب منهم إلى أن الشكلية في التصرفات العقارية تتم بمجرد تسجيل التصرف الوارد على العقار في دائرة التسجيل العقاري، فإذا لم يتم التسجيل في تلك الدائرة فإنه لا يترتب الأثر على ذلك التصرف بمعنى أن التصرف يكون باطلاً وعديم الأثر، ولعل هذا الرأي يستند إلى بعض الاتجاهات القضائية التي تقر بهذه الحقيقة<sup>(٢)</sup>.

ونجد اتجاهاً فقهياً آخر يذهب إلى أن الشكلية العقارية تتم بمجرد إقرار الأطراف أمام الموظف المختص بالتصرف المتعلق بالعقار، أما فيما يتعلق بالتسجيل في السجل العقاري فهي مجرد إجراءات يستلزم من الدائرة استكمالها بعد إقرار أطراف بذلك التصرف، ويستند هذا الاتجاه<sup>(٣)</sup>، إلى صراحة نص المادة (١٠٩) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ والتي تنص بأنه: (١- ينعقد التصرف القانوني بمجلس عقد واحد وبإيجاب وقبول طرفي العقد أو من ينوب عنهما أمام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح الإقرار للتصرف المذكور عليهما كما درج في استمارة التسجيل).

ولدى الاطلاع على النص المذكور للوهلة الأولى يتبين أن إقرار ذوي العلاقة أمام الموظف المختص هو ركن الشكلية للتصرف العقاري، ولكن ومع وجاهة الرأي المتقدم إلا أنه لا يمكن الأخذ بذلك على إطلاقه، لأنه يتعارض مع نصوص قانونية أخرى صرحت وبما لا يقبل الشك أن التسجيل دون غيره هو ركن الشكل كصراحة نص المادة الثانية من نفس القانون التي تنص: (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائز درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام) وكذلك نص المادة الثالثة التي تنص بأنه: (٢- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

لذا ومما تقدم فإن التسجيل هو ركن الشكلية وليس الإقرار وحده، ومن الممكن القول بأن إقرار ذوي الشأن هو من الشروط اللازمة لصحة التسجيل العقاري، وليس الشكلية ذاتها، إذ إن التسجيل أعم وأوسع من

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية - بغداد، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م، ص ٥٥.

(٢) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلتة، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(٣) حسين عبد القادر محمود، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٠٠-١٠٤.

الإقرار لكون التسجيل يشمل الإقرار وإجراءات أخرى<sup>(١)</sup>، ومن الملاحظ أن القوانين المقارنة قد تضمنت موقفاً مشابهاً لموقف المشرع العراقي، فتنص المادة (٩) من قانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري المصري بأنه: (جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات، الوقف والوصية. وترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن. ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائي مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذي قضي له به، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضي له بها في قسم أو ناحية معينة. ويجوز لمن حصل على حكم نهائي لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المضي له به في قسم أو ناحية معينة. ولا تسري الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضي به من عقود المقايضة).

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الأردني وبالرجوع إلى قانون الملكية العقاري الأردني لسنة ٢٠١٩ فإنه لم يتضمن نصاً صريحاً عن التسجيل العقاري، ولكنه يعرف معاملة التسجيل بموجب المادة الثانية منه بأنها: (تسجيل تصرف أو عقد أو تغيير في الملكية أو تعديل عليها أو شطبها أو حجز أو إشارة بشأن عقار يوجب القانون تسجيل أي منها في السجل العقاري وفقاً لأحكام القانون).

لذا يمكننا أن نعرف شكلية تسجيل العقار الموقوف غير المسجل بحسب تقديرنا بأنها (إجراءات محددة قانوناً لا بد من اتباعها وإتمامها من قبل أطراف العلاقة القانونية للاعتراف بصحة التصرفات الواردة على العقار الموقوف والمتضمنة تثبيت حق الوقف على العقار لدى الجهات الرسمية المختصة).

مما تقدم يتبين لنا أن ركن الشكلية تتمثل في التسجيل في السجل العقاري وهو شرط لصحة التصرفات الوارد على العقار، ولكن ما مقصود بالأثر المنشئ لتسجيل العقار غير المسجل؟ للجواب على هذا السؤال فإن لبيان ماهية الأثر المنشئ لا بد لنا من التعرض لبيان موقف الفقه القانوني من تعريفه لكي نتوصل إلى وضع تعريف يتضمن بيان ماهية الأثر المنشئ، وعلى أية حال فإن كلمة الفقه تتفق بشأن إيراد تعريف محدد للأثر المنشئ لتسجيل العقار غير المسجل، فهناك جانب من الفقهاء عرفوا الأثر المنشئ بأنه: (الخيار الممنوح لشخص معين الذي بمقتضاه يسمح بأن يعدل مركزه القانوني وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة فهي نوع من امكانية الاختيار مستمدة). ويلحظ على التعريف المتقدم أنه بين المقصود من الأثر المنشئ عبر الخيار الممنوح للشخص بتعديل مركز قانوني قائم، ولكن نعتقد بأن الأثر المنشئ قد لا يكون

(١) محمد ابو زهرة، محاضرات في الوقف، مصدر سابق، ص ١٣٣.

بالضرورة تعديل المركز فقط وإن كان كذلك، إذ أن الأثر المنشئ يكون غالباً بإيجاد مركز قانوني لم يكن موجوداً أو معترفاً به من قبل القانون، ويلحظ كذلك أنه يصف الأثر المنشئ بأنه نوع من سلطة تقديرية ممنوحة للشخص في تعديل مركزه القانوني، في حين نجده - وفي كثيراً من الأحيان - يتجسد أساساً في إجراءات قانونية لا يسمح القانون بتعديلها أو الخروج عن مسارها.

وهناك من يعرفه بأنه: (الحق الشخصي الذي يتجه إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق آخر بتصرف إرادي للفرد)<sup>(١)</sup>.

ويلحظ على التعريف المتقدم بأنه يعرف الأثر المنشئ بالحق الشخصي، في حين أن الحق الشخصي يعرفه القانون وفقهاء القانون المدني بأنه رابطة شخصية بين شخصين يطالب أحدهما الآخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما أن إنشاء حق أو تعديله أو إنهائه هي من أهم صفات التصرفات الإرادية سواء كانت عقداً أم إرادة منفردة، كما أنه لم يميز بين التصرف الإرادي وبين الأثر المترتب عليه.

لذا نجد أن جانباً آخر من الفقهاء يعرف الأثر المنشئ بأنه: (حق إمكان التأثير في مراكز قانونية موجودة من قبل سيغير في هذه المراكز أو محوها أو إنشاء مراكز قانونية جديدة)<sup>(٢)</sup> ومن الممكن أن يحظى التعريف الأخير بالقبول والتأييد من قبلنا كونه يبين ماهية الأثر المنشئ بإنشاء أو إلغاء مراكز قانونية قائمة وهذه هي حقيقة الأثر المنشئ.

مما تقدم يمكننا أن نعرف الأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف غير المسجل بحسب تقديرنا بأنه: (قدرة الشخص على وفق القانون على إنشاء مركز قانوني غير موجود سابقاً يتجسد في التسجيل والإقرار بالعقار الموقوف غير المسجل والحقوق المترتبة عليه).

ولكن يمكننا أن نتساءل بشأن إنشاء حق الوقف على العقار غير المسجل بموجب الأثر المنشئ، هل ينشئ الحق فور التسجيل أم إن هذا الأثر ذو طابع رجعي يستند إلى الماضي؟

للإجابة على التساؤل المتقدم لا بد لنا من القول بأن هذه المسألة ليست محل اتفاق، كما أن نصوص القانون والقرارات القضائية متباينة في بيان حكم الحالة المتقدمة، وبالرجوع إلى آراء الفقه نجد أن جانبا منهم يرجح الأثر الرجعي للوقف المسجل على العقار بمعنى انسحاب أثر التسجيل إلى تاريخ إبرام التصرف بالوقف، ولقد ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج التي تستند على اعتبارات قانونية وعملية<sup>(٣)</sup>، فمن الناحية القانونية يذهب هذا الرأي إلى أن القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين

(١) د. منصور حاتم محسن، مفهوم الأثر المنشئ دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٧، العدد ١، ٢٠١٩، ص ١٢٣.

(٢) عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، (٤/٥٢٠).

المستحقين الانتفاع من العقار الموقوف قبل إتمام إجراءات التسجيل يحقق الفائدة المرجوة من الوقف، كما أن القول برجعية أثر التسجيل في نقل وإنشاء وانقضاء الحقوق العقارية الأصلية يتوافق مع القواعد العامة في القانون المدني، والتي تقضي بأن يكون للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وليس من وقت التسجيل، فمن باب أولى أن لا يحرم المستحقون من ريع الوقف إلى حين التسجيل، كذلك يدل هذا الرأي على وجوب القول بالأثر الرجعي بما يحققه ذلك من مصلحة للواقف وللمستحقين على حد سواء، ومن ذلك على سبيل المثال تمكينهم من التخلص من مزاحمة الدائنين في حالة إفلاس الواقف قبل التسجيل، وتمكينهم من تجنب مزاحمة دائني التركة المعسرة في حالة وفاة الواقف قبل التسجيل، كما استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مختلف النصوص المنظمة للتسجيل العقاري لا تحدد صراحة وقت انتقال ملكية العقار الموقوف، وهو ما يفهم منه إمكان إعمال الأثر الرجعي، ومن ثم فإن أصحاب هذا الرأي يعدون أن التسجيل ليس إلا شرطاً واقفاً لانتقال ملكية الموقوف، فإذا تحقق هذا الشرط فإن الملكية أو الحق العقاري الأصلي ينتقل فيما بين الواقف والموقوف عليهم من تاريخ الوقف<sup>(١)</sup>.

ويذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن للتسجيل أثراً فورياً يترتب من لحظة التسجيل ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون للتسجيل أثر رجعي كما يزعم أصحاب الاتجاه الفقهي السابق، وهم يسندون اتجاههم هذا عبر دحض الحجج التي استند عليها أصحاب الاتجاه الأول، وذلك بالقول أن الأثر الرجعي يتوافق مع القواعد العامة في القانون المدني التي تجعل للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وليس من وقت التسجيل، هي حجة واهية إذ لا ارتباط بين ثمار المبيع وبين ملكيته، إذ يستطيع المالك التصرف في ثمار المبيع ونماؤه استقلالاً عن العقار ذاته، وإذا كانت العقود غير المشهورة ترتب التزاماً على المشتري بدفع نفقات المبيع والتكفل بنفقات صيانته والحفاظ عليه، فإن التزام البائع بتمكين المشتري من قبض ثمار المبيع يعد المقابل العادل لتلك الالتزامات التي يؤدي إبرام العقد إلى ترتبها على عائق المشتري قبل التسجيل<sup>(٢)</sup>. أما فيما يتعلق بأن الأثر الرجعي للتسجيل يحقق الفائدة المرجوة للمستحقين من العقار الموقوف، يمكن الرد عليها بأن هذه الفائدة يجب ألا يترتب عليها الإضرار بالغير ولاسيما فيما يتعلق بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية قبل التسجيل، كما أن فائدة المستحقين من الوقف يجب أن لا يترتب عليها مخالفة صريحة للقانون، أما فيما يتعلق بالقول إن نصوص القانون لم تبين وقت انتقال ملكية العقار الموقوف فإنه يجب أن لا يستغل هذا الفراغ التشريعي لتحقيق مصالح فئة معينة على حساب فئة أخرى<sup>(٣)</sup>.

(١) د. سمير صبحي، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٢) مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٧ وما بعدها.

(٣) مصطفى أحمد الزرقا، المصدر نفسه، ص ٧١.

مما تقدم ولوجاهة حجج الاتجاه الثاني فإنه يمكننا القول إن الأثر المنشئ لتسجيل الوقف على العقار لا يمكن أن يترتب بأثر رجعي، وإنما يكون له أثر فوري من تاريخ التسجيل، ومما يدعم موقفنا هذا هو العديد من القرارات القضائية التي تذهب بأن انتقال الملكية تترتب من لحظة التسجيل نذكر منها القرار الصادر عن محكمة التمييز العراقية التي جاء في إحدى قراراتها بأنه: (العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين بتاريخ التسجيل في السجل العقاري وليس بتاريخ العقد)<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: أساس فكرة الأثر المنشئ

يعد الوقف من الحقوق العقارية الأصلية بنص القانون، وهذا ما يقرره المشرع العراقي وأغلب التشريعات المقارنة إذ تنص المادة (٦٨) من قانوننا المدني بأنه (الحقوق العقارية الأصلية هي .... الوقف) وهذا يعني أن الوقف وسائر الحقوق العقارية الأصلية وفي مقدمتها حق الملكية تخضع للنصوص القانونية المنظمة لتلك الحقوق، والحق العقاري بنظر القانون هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص تمكنه من الانتفاع بالشيء واستغلاله بإجراء سائر التصرفات الجائزة قانوناً عليه، وإذا كان الأمر كذلك فهنا يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لتسجيل الوقف بوجه عام في السجل العقاري هل لا يزال التصرف هو مصدر الحقوق العقارية الأصلي الذي تم إنشاؤه أو نقله أو تغييره أو زواله بعد التسجيل في السجل العقاري؟ أم إن التصرف بالوقف قد تراجع ليصبح التسجيل في السجل هو مصدر هذا الحق؟ ثار خلاف فقهي بشأن ذلك، وانقسم الفقه إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** يذهب إلى أن التسجيل في السجل العقاري هو مصدر الحقوق ويستند هذا الاتجاه إلى التشريعات التي تنص صراحة على اعتبار التسجيل مصدراً مباشراً للحقوق العينية العقارية، وأن التصرف بالوقف يعد مجرد وسيلة تعطي للمتصرف إليه الحق في إجراء التسجيل في السجل العقاري، وأن التصرف بوجه عام لم يعد هو مصدر الحق العقاري، ويستند هذا الرأي إلى أن قانون السجل يعطي للشهر قوة ثبوت مطلقة لا تتأثر بما قد يلحق بالتصرف من عيوب، فهناك فصل بين الحق بعد شهره والتصرف الذي تناول هذا الحق<sup>(٢)</sup>، الأمر الذي ينفي عن التصرف خاصيته كسبب من أسباب كسب الملكية أو الحقوق العقارية الأخرى، فالتسجيل وحده هو سبب كسب الملكية أي مصدرها، وهو وحده وسيلة إثبات الحقوق العقارية، فلا تقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العقاري عليه سوى الشهادات المستخرجة من السجل، هذا من جانب ومن جانب أخرى فإن الحقوق لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل في السجل العقاري، وهذا ما يقضي به مبدأ القيد المطلق ولذلك

(١) قرار قضائي لمحكمة تمييز العراق منشور على الموقع (<https://www.sirwanlawyer.com>) . تاريخ الزيارة ٦-١٢-

٢٠٢٤.

(٢) د. انور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٦٦.

لا يمكن الطعن في التصرف بعد ذلك، ليس لأن التصرف لم ينشئ حقاً، ولكن لأن واقعة التسجيل تطهره من عيوبه، وليس على المتضرر إلا المطالبة بالتعويض في هذه الحالة. والحقيقة أن نص المشرع صراحة على اعتبار التسجيل مصدراً للحق العقاري يرتبط بمدى الحجية التي يقرها التسجيل، فلا يمكن اعتبار التسجيل مصدراً للحق إلا إذا كان المشرع يتبنى مبدأ الحجية المطلقة للشهر بما يجعل التسجيل مظهراً للتصرف مما قد يكون قد شابه من العيوب؛ إذ ينص المشرع صراحة على أن التسجيل هو مصدر الحقوق العقارية، فإن التصرف يقتصر أثره على تمكين المتعاقدين من إجراء التسجيل الذي يعد المصدر الوحيد للحق، ومن الملاحظ أن معظم التشريعات المقارنة تعطي لتسجيل الوقف حجة مطلقة، كما هو عليه التشريع المصري بموجب المادة الرابعة من قانون إدارة الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، والتشريع الأردني بموجب المادة (١٢٣٧) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل، إذ جعلت تسجيل الحجة الوقفية شرطاً لصحة الوقف ومن دونها يعد الوقف باطلاً لا يترتب اثر<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** ويذهب هذا الاتجاه إلى أن تصرف الواقف بالوقف هو مصدر الحق العقاري وليس التسجيل كما يزعم الاتجاه الأول، وهذا الرأي يؤيده جانب من الفقه الذي يستند إلى التشريعات التي لم تنص أو تشير صراحة إلى اعتبار التسجيل مصدراً مباشراً للحقوق العقارية، إذ يذهب إلى اعتبار التصرف الإرادي بالوقف هو مصدر الحقوق العقارية، على أن نشوء هذه الحقوق أو نقلها أو زوالها يبقى موقوفاً على إتمام إجراءات التسجيل في السجل العقاري، فالتسجيل لا يعد مصدراً للحق، وإنما هو الشرط المادي اللازم لتنفيذ الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العقاري الذي يتضمنه التصرف، أي أن التصرف الإرادي بالوقف مازال في ظل نظام السجل العقاري هو أساس نقل الملكية إلى الموقوف عليهم ولا يترتب هذا الأثر على مجرد التسجيل في السجل العقاري، لذلك فإن تصرف الواقف ينتج آثاره القانونية كافة في السجل، ماعدا نقل الملكية من الواقف إلى الموقوف عليهم<sup>(٢)</sup>.

والباحث يؤيد الاتجاه الثاني، ويرى أن لإرادة الواقف دوراً كبيراً في إنشاء الوقف، وأن التسجيل هو كاشف لهذه الإرادة.

## الفرع الثاني

### الموقف الشرعي والقانوني للأثر المنشئ

لقد بينا فيما سبق أن هنالك أنواع للوقف، وأن من بين ضمن تلك الأنواع هو تقسيم الوقف إلى وقف خيري ووقف ذري، وعرفنا بأن الوقف الخيري هو الذي يجعله الواقف على جهة بر لا تنقطع، والوقف

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، دت، ص ٣٠.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، المكتبة القانونية، الأردن، ط١/الاصدار الأول، ٢٠٠١، ص ١٠١.

الذري هو الذي يجعله الواقف على شخص أو أشخاص معينين وذراريهم من بعدهم، وربما ينقدح تساؤل في الذهن، ما هي أهمية التمييز بين الأثر المنشئ والأثر الكاشف لتسجيل الوقف على العقار الموقوف، وهنا سنتناول الموقف الشرعي والقانوني للأثر المنشئ، وعليه سيقسم هذا الفرع إلى: أولاً: الموقف الشرعي وثانياً: الموقف القانوني.

### أولاً: الموقف الشرعي

يمكننا القول إن أهمية التمييز بين الأثر المنشئ والكاشف الخاص بالعقار الموقوف تتعلق بالدرجة الأساس بالتصرفات الواردة على العقار الموقوف، فإذا كان للتصرف بالوقف في حد ذاته أثر منشئ فإن جميع التصرفات السابقة على هذا التصرف ذات أثر صحيح ويعتد به قانوناً لسبب بسيط هو أن العقار قبل التصرف به بالوقف يعد غير موقوف، وعليه لا يمنع الوقف ذلك التصرف سواء كان بيعاً أم هبة أم وصية أم سائر التصرفات الإرادية الأخرى، أما إذا كان تسجيل العقار الموقوف أثر كاشف يعد العقار موقوفاً من تاريخ اتخاذ الواقف قرار الوقف، ويعد التسجيل في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي، الغاية منه تثبيت حالة العقار وحق الوقف عليه، مما يترتب على ذلك التصرفات الواردة على العقار من بيع أو وصية أو هبة قبل التسجيل غير ذات أثر أو إنها تصرفات باطلة؛ لأن تصرف الواقف بالوقف يترتب عليه خروج العقار الموقوف من ذمته ودخوله في ملكية أخرى، أما حبسه على ملك الله تعالى أو على ملك الموقوف عليهم. ولكن ما هو موقف الفقه الإسلامي من طبيعة تسجيل العقار الموقوف، هل يعتدون بالأثر المنشئ للتسجيل أم بالأثر الكاشف؟

هذه المسألة محل اختلاف بين الفقهاء المسلمين، فكلما الفقه لم تتفق بشأن الطبيعة الشرعية لتسجيل الوقف، ولكن الأمر لا يخرج عن الاعتداد بالبيئة الشخصية تارة والاعتداد بالوثيقة المسجل تارة أخرى ويمكن عرض آراء الفقه الإسلامي على الترتيب الآتي:

يذهب المالكية إلى الاعتداد بالبيئة الشخصية لصحة الوقف، ولا يعتد بالوثيقة المسجلة لسببين؛ الأول: إن البيئة الشخصية أسهل في استظهار الحقوق، ولا تحتاج إلى التعقيد الموجود في الوثيقة المسجلة، أما السبب الآخر فيمكن في أن الوثيقة عرضة للتغيير والتزوير ومن ثم ضياع الحقوق، فقد جاء في كتبهم بأنه: (يعتمد على السماع ويصرف النظر عن الوثيقة؛ لنص الأئمة على أن الوقف مما أثبت بالسماع الفاشي)<sup>(١)</sup>.

ويذهب الأحناف إلى موقف مقارب من الفقه المالكي في الاعتداد بالبيئة الشخصية في حالة ضياع الوثيقة الوقفية، فقد سئل أحد كبار فقهاء الفقه الحنفي بشأن واقف فقد وثيقة الوقف ومعلوم شروطها، فهل يعمل بما في الوقفية المفقودة التي تعضدها البيئة العادلة، أم يُعمل بما في السجل الحكومي الموثق (الذي هو

(١) محمد عليش، فتح العلى المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، مصدر سابق، (٢٦٢/٢-٢٦٧).

غير مأمون من التغيير والتبديل)؟، أجب: يُعمل بما ثبت بالبينة العادلة من شرط الواقف ولو خالف ما في السجل<sup>(١)</sup>.

أما مذهب الشافعية والحنابلة فإنهم يعتدون بالحجة الوقفية إذا كانت صادرة من جهة رسمية معتمدة، وأما إذا كانت عرفية فهي غير كافية للاعتداد بصحة الوقف مالم تعزز بالبينة الشخصية<sup>(٢)</sup>.

أما الإمامية فإنهم يعتدون بصحة الوقف بمجرد التلفظ به من قبل الواقف، ولا يكون لتسجيل الوقف سوى تثبيت للحقوق ومنعاً للمنازعة بين الأطراف<sup>(٣)</sup>. مما تقدم يتبين أن من اعتد بالبينة الشخصية لصحة الوقف فيكون التسجيل والتوثيق أثر كاشف وليس منشئاً، ومن اعتد بالتوثيق أمام الجهات الرسمية فيكون للتسجيل أثر منشئ، ولكن ما هو موقف الفقه الإسلامي من الاعتداد بالحجة الوقفية إذا كانت بخط يد القاضي؟ اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية بشأن الاعتداد بالحجة الوقفية فيما إذا كانت بخط يد القاضي إلى قولين:

**الاتجاه الأول:** يذهب المالكية<sup>(٤)</sup> والشافعية<sup>(٥)</sup> والحنابلة<sup>(٦)</sup> وأبو حنيفة<sup>(٧)</sup> إلى أنه لا يعتمد عليها ولا

يحكم بها مالم يتذكر ما ورد فيها واستدلوا على ذلك بالحجج الآتية:

١- إن الحكم بتذكره مع نسيانه فيه تضييع للحق لا يحكم بموجب خطه لاحتمال التزوير، ولا سيما فيما اشترطه الشافعية، والخطوط قد تشبهه ويزور عليها ما لا يكاد يفرق بينهما ويحتال على الأختام فصار إمضاء الحكم به من غير ذكر مشتبهاً ولا يجوز للقاضي إلزام حق وإمضاء حكم مع الاشتباه والاحتمال<sup>(٨)</sup>.

٢- قول الله سبحانه وتعالى: {وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ} <sup>(٩)</sup>، ووجه الاستدلال إن أمضاه القاضي بخطه ولم يذكره فقد قفا ما لم يعلمه، وهو غير صحيح، فكان الحكم به باطلاً.

لا توجد إشارة إلى الإمامية لكن وفق القواعد العامة يرى الباحث ان الامامية مع الرأي الأول.

(١) محمد العباسي الحنفي، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية، (القاهرة: المطبعة الأزهرية المصرية، ١٣٠١هـ، ج ٢)، ص ٤٤٣.

(٢) المرادوي، الانصاف، مصدر سابق، (٣٦/٧).

(٣) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣٠٠/٣). المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢٧٠/٢)، العلامة الحلي، تحرير الأحكام، مصدر سابق، (٢٧٩/٢).

(٤) محمد عليش، فتح العلي، مصدر سابق، (٣٦٦/٨).

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (١٦/٢٠٦ - ٢٠٧)، الهيثمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، (١٠/١٤٩ - ١٥٠).

(٦) السيوطي الرحيباني، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، مصدر سابق، (٦/١٥٠).

(٧) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (١٦/٩٢ - ٩٣).

(٨) الهيثمي، تحفة المحتاج، مصدر سابق، (١٦/١٤٩)، الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، (١٦/٢٠٦ - ٢٠٧)، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، مصدر سابق، (٦/١٥٠).

(٩) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

**الاتجاه الثاني:** إنه يعمل بها على تفصيل فيما بينهم، وإليه ذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد ويعمل القاضي بخطه إذا رآه ولا يتذكر الحادثة، وهو وجه عند الشافعية إذا وجد القاضي الحجة في ورقة مصونة ووثق بأنها كتبت بخطه ولم يداخله فيه ريبة<sup>(١)</sup>، ووجه الاستدلال ما يأتي:

١- إن الغلط في الخط في هذه الحالة نادر وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه، وقلما يشتبه الخط، فإذا تيقن ذلك جاز الاعتماد عليه؛ توسعة على الناس.

٢- إن هذا الحكم رخصة من القاضي، فالقاضي لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة؛ ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان، فإن الأدمي ليس في وسعه التحرز عند النسيان<sup>(٢)</sup>.

مما تقدم يتبين أن الفقهاء المسلمين<sup>(٣)</sup> اختلفوا في الاعتداد بالحجة الوقفية حتى فيما غذا كانت بخط يد القاضي ومصدقة من قبله ونحن بدورنا نرجح الاتجاه الأول لقوة الحجج التي استدلوها بها.

### ثانياً: الموقف القانوني

إن الملكية لا تنتقل فور انعقاد العقد بل إلى حين إجراء التسجيل، وجدية التسجيل في السجل العقاري، وما يترتب عليها من الأثر المنشئ للشهر لا تؤدي إلى عدم اعتبار التصرف أو العقد مصدراً للحق العيني العقاري الأصلي، لأنه يجب التفرقة بين مدلول كل من مصدر الحق والأثر المنشئ للتسجيل. فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق طبقاً للنظام القانوني في دولة ما. أما الأثر المنشئ للشهر في السجل العقاري، فينتج بعد وجود السبب القانوني الذي أنشأ الحق والذي هو مصدر الحق، وشهر هذا السبب في السجل العقاري وفي الحقوق العقارية، هناك ارتباط وثيق بين مصدر هذه الحقوق وهو العقد أو التصرف القانوني وبين التسجيل.

فالتصرفات أو العقود التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، لا تحدث أثرها في إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال هذه الحقوق إلا بعد شهرها في السجل العقاري<sup>(٤)</sup>.

ويؤيد هذا الاتجاه الفقهي بالقانون العراقي إذ يحسب قانون الأوقاف العراقي لا يعتد بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري كشرط لإنشاء الوقف وصحته إذ أن التسجيل هو شرط نفاذ الوقف وليس شرطاً

(١) الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مصدر سابق، (١٥٠/١٠).

(٢) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، (٩٢/١٦).

(٣) بحثنا عن موقف الفقه الإمامي لم نجد أي إشارة إليه لكن من خلال اطلاعنا على مجمل احكام الفقه الامامي نرى جواز ذلك ذلك متى ما كان القاضي معتمدا شرعا.

(٤) د. حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، ١٩٦٤، ص ٢٠٤، أشار إليه: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، المدني، الحقوق العينية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، عمان-الأردن/ الاصدار الثالث، ١٩٩٩، ص ١٦٣.

لصحته، وهذا ما تقرره صراحة المادة العاشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ التي تنص بأنه (لا تنفذ الحجج الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف مالم تبلغ إلى ديوان الأوقاف بعد صدورها) والنص واضح فيما يتعلق بِنفاذ الوقف يتوقف على تبليغ ديوان الاوقاف، وكذلك نص المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري التي تنص: (يسجل الوقف الوارد على حق الملكية العقارية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات وقابل للتنفيذ دون أخذ الإقرار...)، مما تقدم تبين لنا ان التصرف الصادر بإرادة الواقف هو مصدر الحق العيني بحسب القانون العراقي وليس التسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

## المطلب الثاني

### الأثر الكاشف للتسجيل

من المعلوم أن المشرع العراقي لم يوجب تسجيل العقار الموقوف في دائرة التسجيل العقاري، كما أوضحنا مسبقاً، أو بعبارة أدق لم يجعل التسجيل ركناً في انعقاد الوقف بخلاف المشرعين المصري والأردني، ومن ثم فإن عدم التسجيل لا يؤثر في وجود وقف العقار وصحته، فيقتصر دور التسجيل على الكشف عن خروج ملكية العقار الموقوف من المالك إلى ملك الله تعالى.

مما تقدم سنبيين في هذا الفرع فكرة الأثر الكاشف؛ وذلك بتقسيم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول: مفهوم الأثر الكاشف للتسجيل، والفرع الثاني: الموقف الشرعي والقانوني للأثر الكاشف.

## الفرع الأول

### مفهوم الأثر الكاشف للتسجيل

ترتبط فكرة الأثر الكاشف للتصرفات القانونية بفكرة الأثر الرجعي، إذ إن الأصل في التصرفات العقارية الناقلة للملكية تخضع للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ويكون هذا التسجيل ركناً للعقد ما يجعل من الشكلية منشئة لحق الملكية، إلا أنه إلى جانب هذا الاصل توجد استثناءات ترد عليه، إذ تكون الشكلية وسيلة للاحتجاج بالحق في مواجهة الغير، ومما تقدم سنبيين فكرة الأثر الكاشف للتسجيل بتقسيم هذا الفرع على فقرتين؛ الفقرة الأولى: ماهية الأثر الكاشف، والفقرة الثانية: فكرة الاثر الكاشف.

### أولاً: ماهية الأثر الكاشف

تُعد التصرفات القانونية هي السبب الأكثر شيوعاً في إنشاء حق الملكية العقارية وانتقالها، إلا أنها غير قادرة على ذلك إلا بعد اتباع الشكلية المفروضة في القانون<sup>(١)</sup>.

إلا أن في بعض الحالات تتجرد الشكلية من هذا الأثر فيقتصر دورها على الأثر الكاشف للملكية، وهذا ما نجده في الوقائع القانونية والقرارات الإدارية وقرارات القضاء، وكذلك ينطبق الأثر الكاشف للملكية على جميع التصرفات العقارية التي من شأنها أن تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ<sup>(٢)</sup>، فكل تصرف يكشف عن حق سابق للشريك يطبق عليه الأثر الكاشف على جميع أنواع القسمة<sup>(٣)</sup>، والجدير بالذكر أن التشريعات التي تتبع نظام التسجيل الشخصي للعقارات يقتصر أثر التسجيل العقاري فيها على كشف الحقوق العينية العقارية<sup>(٤)</sup>.

لم يعرف المشرع العراقي الأثر الكاشف للتسجيل وهو الموقف نفسه في القانونين المصري والأردني، أما على مستوى الباحثين القانونيين، فقد عرف أحدهم الأثر الكاشف بأنه: (وسيلة للكشف عن الحقوق التي ترد على العقار من دون الاعتماد بالحقوق العقارية المقيدة في السجل العقاري)<sup>(٥)</sup>، يلحظ في هذا التعريف أن الأثر الكاشف يكشف عن حق الملكية العقارية القائمة قبل التسجيل أي ليس للتسجيل أثر في نشوء الحق غير الكشف عن الحق وبيانه بشكل واضح للغير، وعرفه آخر بأنه: (التصرف الذي يقرر وضعاً قانونياً قائماً من قبل دون أن يعدل فيه)<sup>(٦)</sup> في هذا التعريف يبين الفقه أن الأثر الكاشف هو تفسير المراد من التصرف، أي إن في تسجيل العقار الذي آل إلى الشخص نتيجة القسمة يعد مالكاً للعقار منذ تاريخ بدء الشيوخ التصرفات المترتبة على العقار، ومن ثم زال الشك وبين المقصود من التسجيل.

(١) تيسير عبدالله المكيد، السجل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٩٠، د. نبيل إبراهيم أسعد، د. محمد حسين قاسم، مصادر الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ١٩٠.

(٢) محمد سلام، القسمة القضائية للمال الشائع (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ٢٠١٨، ص ٧٢.

(٣) عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ٢٢٧ وما بعدها.

(٤) المستشار معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٧٣، انظر أيضاً: د. حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري الى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٦، بمو برويز خان الدلوي النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية، ٢٠١٠، ص ٧٧.

(٥) بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل في نقل الملكية العقار (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، مجلة الرافدين، مج ١٦، العدد ٥٦، ٢٠١٨، ص ٨٧.

(٦) محمد سلام - درويش مصطفى اللواح، القسمة القضائية، مصدر سابق، ص ٧١.

فالأثر الكاشف لا يعطي حقاً جديداً للحائز وإنما يكشف حقاً قائماً أصلاً منذ بدء الحيازة، فبعد أن كان العقار غير مسجل طوال مدة الحيازة فيأتي التسجيل ليعلن ما كان قائماً، أي إن الأثر الكاشف يكون إعلاناً عن وضع سابق، وتم تسجيله فيصبح الحائز مالك العقار بالتسجيل، وبذلك فهو لا يستطيع التصرف به قبل التسجيل؛ لأنه لا يستطيع نقل ملكيته العقار إلى المشتري<sup>(١)</sup>، وساند الفقه فكرة الأثر الكاشف للملكية العقارية غير المسجلة؛ لأن الحائز قبل التسجيل لا يملك حق ملكية تامة، وبعد إتمام إجراءات التسجيل لا يخلق التسجيل وضعا قانونياً جديداً للحائز، إنما تم الكشف عن حق قائم قبل التسجيل، أي أن التسجيل يعد إعلاناً قانونياً للملكية، ولقد ذهب الفقه التقليدي إلى اعتبار الأثر الكاشف مجرد مجاز وليس حقيقة، أي إنه افتراض قانوني للتخلص من الآثار السلبية المترتبة على الحق وانتقال العقار إلى صاحبه خالياً من أي تصرف، إلا أنه انتقد هذا الاتجاه بشدة؛ لأن الأثر الكاشف أمر مستمد من القانون وليس افتراض قانوني لا حقيقته له لأن الأثر الكاشف للتسجيل العقاري كشف ما كان لصاحب الحق من قبل، وكل الذي حدث هو تحديد حصة صاحب الحق في العقار<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن التسجيل يعد كاشفاً للملكية فيكون للتسجيل أثر رجعي بشرط عدم الإضرار بالغير، ومن الحجج التي تمسك بها أصحاب الاتجاه المؤيد<sup>(٣)</sup> للأثر الكاشف لتسجيل العقار غير المسجل يرون أن حق الحائز في ملكية العقار هو حق غير ثابت، وعند تسجيل العقار يتم تثبيت حق الحائز وكشف ملكية الحائز في الوقت نفسه، وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بالأثر الرجعي للتسجيل، أي بانسحاب أثر التسجيل إلى تاريخ إبرام العقد، ولقد ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج التي تستند إلى اعتبارات قانونية وعملية<sup>(٤)</sup>، فمن الناحية القانونية يذهب هذا الرأي إلى أن القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين المشتري من التصرف في العقار قبل أن يقوم بتسجيل عقد البيع، كما أن القول برجعية أثر التسجيل في نقل الحقوق العينية العقارية الأصلية وإنشائها وانقضائها يتوافق مع قواعد القانون المدني التي تجعل للمشتري ثمار المبيع، ونماءه من وقت تمام البيع وليس من وقت التسجيل، كذلك يدل هذا الرأي على وجوب القول بالأثر الرجعي بما يحققه ذلك من مصالح للمشتري، ومن ذلك على سبيل المثال تمكينه من التخلص من مزاحمة باقي الدائنين في حالة إفلاس البائع قبل التسجيل، وتمكينه من تجنب مزاحمة دائني الشركة المعسرة في حالة وفاة البائع قبل التسجيل، كما استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مختلف النصوص المنظمة للتسجيل

(١) على الطيب مصطفى احمد، القبول الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة (دراسة تحليلية مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الرباط الوطني كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، ١٤٣٦-٢٠١٥ م، ص ٩٨-٩٩.

(٢) د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٣٨.

(٣) حول الموضوع ينظر: نادية عبد العالي كاظم، أثر قسمة المال الشائع- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد ١٦، العدد ٢، الإمارات، ٢٠١٩، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٤) د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني، مصدر سابق، ص ١٣٨.

العقاري لا تحدد صراحة وقت انتقال الملكية، وهو ما يفهم منه إمكان إعمال الأثر الرجعي، ومن ثم فإن أصحاب هذا الرأي يعدون أن التسجيل ليس إلا شرطاً وافقاً لانتقال الملكية، فإذا تحقق هذا الشرط فإن الملكية أو الحق العيني الأصلي ينتقل بين المتعاقدين من تاريخ التعاقد<sup>(١)</sup>، كذلك استند أصحاب هذا الرأي على القبول بمبدأ الأثر الرجعي للتسجيل الذي يؤدي إلى تجريد العقد من وجوده القانوني، وهو ما يخالف ما يقر به المشرع نفسه ولا يعارضه الفقه والقضاء من أن العقد يترتب على وجوده العديد من الآثار القانونية ويرتب لكل من طرفيه الحقوق والالتزامات التي يمكن المطالبة بها قضاء هذا وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أيضاً أن الطبيعة العامة لنظم التسجيل يقتصر فيها دور التسجيل على إعلام الغير بالتصرفات القانونية وأن التسجيل ليس مصدراً للحق العيني، فضلاً عما تقدم ذهب هذا الرأي إلى أن التسجيل مادام قد وُجد لتنظيم مصالح المتعاقدين والغير فإنه لا يجب أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح المتعاقدين، وهو ما يحدث في حالة رفض القبول بالأثر الرجعي للتسجيل<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً: أساس فكرة الأثر الكاشف للتسجيل

الأصل في التصرفات القانونية الرضائية، وليس الشكلية، ولكن جميع التشريعات القانونية تشترط إظهار إرادة المتصرف بشكل مخصوص لبعض التصرفات القانونية المهمة لخطورة التصرف وحماية الغير، فيكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان التصرف<sup>(٣)</sup>، فتسجيل التصرف العقاري في دائرة التسجيل العقاري يعد ركناً في انعقاده، والوقف تصرف قانوني رضائي لا يتطلب شكلية محددة ما لم ينص القانون على ذلك، والمشرع العراقي لم ينص على أي شكلية لإنشاء الوقف، والقضاء العراقي كما اشرنا سابقاً أخذ بمذهب أبي يوسف بأنه ينشأ بصيغة تدل على إنشائه، ويثبت بطرق الإثبات كافة، ومنها الشهادة على التسامع، وبالتعامل، ولا يلزم لإنشائه أو إثباته تسجيله بدائرة التسجيل العقاري<sup>(٤)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة العاشرة من قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ تنص: (لا تنفذ الحجج الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف ما لم تبلغ إلى ديوان الأوقاف بعد صدورها)، ويتضح من النص أنه يتعلق بتنفيذ الحجج الشرعية كافة، ومنها الوقفية، أو الاستبدال، أو الاستدانة، أو الإعمار..، بعد صدورها، ولعل المشرع العراقي قصد بذلك لدراسة الحجج والطعن بها وإذا كانت مخالفة للشرع والقانون من دائرة الوقف المختصة، ولتسجيل الوقف لديها، وفي دائرة التسجيل

(١) السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٢٥.

(٢) د. ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٣) ينظر: المادة (١٣٢/١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، يقابلها المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ والمادة (١٦٥/٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٤) السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٧٠ هامش رقم (١).

العقاري، ومتابعة تنفيذ الحجج بوصفه متولياً عاماً على الوقوف كافة، وحاميها من التجاوز، أو التسور عليها...<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث ضرورة تعديل هذه المادة أو إلغائها؛ وذلك لأن هذا النص قد يكون سبباً لعدم تسجيل حجة الوقف لدى دائرة التسجيل العقاري ولعدم إبلاغ الديوان بالحجة الوقفية أو على أقل تقدير تأخير التسجيل وهناك فرصة ان يُتصرف بالعقار قبل تسجيله وهذا هو الإشكال.

والمشرع المصري نص على أن الوقف لا يكون صحيحاً من وقت العمل بقانون الأوقاف إلا إذا صدر به إسهام ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية<sup>(٢)</sup>، وبذلك أضاف المشرع المصري الشكلية ركناً لصحة الوقف ليكون في آثاره مع التشريعات الخاصة بالتصرفات العقارية، ولحمل الناس على العناية بتوثيق الوقف لأهميته<sup>(٣)</sup>، وإمكانية رفض الإسهام إذا اشتمل على تصرف ممنوع، أو باطل بمقتضى أحكام قانون الوقف، والأحكام الأخرى التي تطبقها المحاكم الشرعية المصرية، أو إذا ظهر أن المشهد - الواقف فاقد الأهلية، وسار المشرع الأردني على غرار المصري بأن الوقف لا يتم إلا بإسهام رسمي لدى المحكمة المختصة على وفق الأحكام الشرعية، وأضاف بأنه يلزم تطبيقاً للقانون تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً<sup>(٤)</sup>.

ولم يسلم مبدأ الأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف غير المسجل من التعرض للنقد، وبرر أصحاب تلك الانتقادات مأخذهم حجج عدة، أبدى هؤلاء المعارضون المبررات الآتية<sup>(٥)</sup>:

(١) المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) المادة (١) من قانون احكام الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.

(٣) أحمد امين حسان وفتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، مصدر سابق، ص ٦١.

(٤) المادة (٤) من قانون احكام الوقف المصري النافذ.

(٥) في مقابل ذلك يبرر الاتجاه الراض للآثار الكاشف بالحجج الآتية: أ- إن أغلب التشريعات التي تطبق نظام السجل العيني مثل ليبيا ومصر تأخذ بالآثار المنشئ للتسجيل، في مقابل عدد قليل من التشريعات التي لا تتبنى هذا المبدأ، الأمر الذي فسره مؤيدو الأثر المنشئ أن أغلب هذه التشريعات وجدت في تطبيق الأثر المنشئ مصلحة وفائدة لإرساء الائتمان العقاري ب- يعد مبدأ الأثر المنشئ للتسجيل مبدأً منطقياً، فكما قال الفقيه الفرنسي (ريبير) بمناسبة نقل ملكية السفينة إن جوهر حق الملكية هو إمكان الاحتجاج المطلق به، فليس هناك نقل لحق الملكية إلا إذا كان في مكنة المكتسب الجديد أن يحتج بحقه في مواجهة الجميع، وليس مما يتفق مع المنطق في شيء القول بأن حق الملكية يُمكن أن ينتقل بين المتعاقدين بمجرد العقد، في حين أنه لا ينتقل في مواجهة الغير إلا بالتسجيل، إذ سيكون بذلك لذات الشيء المملوك وفي الوقت نفسه، مالكون مختلفون بحسب الأشخاص الذين يحتج في مواجهتهم بالملكية، وإذا كانت القوة التي يجب أن يقاس عليها الأثر المنشئ للتسجيل غير مرغوبة إلا في مواجهة الغير، لأنه يكون في غالب الأحيان حسن النية كما أسلفنا عند حديثنا عن الغير، وليس أدل على ذلك من أنه في حالة سوء نية الغير، لا يكون في إمكانهم أن يتمسكوا بالقوة المطلقة للتسجيل ج- أما فيما يتعلق بالاعتراض الخاص بطبيعة حق الملكية بأنه حق طبيعي ولا يحتاج لانقاله إلا لموافقة المالك، فإنه لا اعتراض على كون حق الملكية حقاً طبيعياً، ولكن ترتيب جواز انتقاله بمجرد موافقة المالك على هذه الصفة تكتنفها المخاطرة، فكثير من الحقوق الطبيعية التي تثبت للإنسان لا يمكن التعامل فيها إلا باتباع إجراءات وشكليات معينة، فمثلاً: الزواج الذي ينعقد بالتراضي بين الزوجين، لا يُعترف بوجوده إلا إذا كان موثقاً، فلا يستطيع الزوجان الاحتجاج على الغير بزواجهما إلا إذا تم تسجيله في سجلات خاصة بذلك، وعلى هذا فإن اشتراط التسجيل لانقال الملكية في العقار والحقوق العينية لا يمس في شيء بالصفة الطبيعية لحق الملكية. رداً على القائلين بأن الأثر المنشئ للتسجيل يعد إحياءاً للشكالية البائدة، فهذه

١- إن الأخذ بمبدأ الأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف عمل تحكيمي من جانب السلطة، وإنه انتهاك وتعداً على مبدأ سلطان الإرادة، ويشكل عوداً إلى النظم القديمة للعقود وتجاهل وتنتكراً لانتصارات المدنية<sup>(١)</sup>، والوقف تصرف إرادي تكفي فيه ارادة الواقف لإنشائه.

٢- هناك تشريعات مع الرغم من أنها تأخذ بنظام السجل العيني، إلا أنها لا تعترف بالأثر المنشئ لتسجيل التصرف العقاري<sup>(٢)</sup>، فالحقوق في ظل هذه التشريعات تنشأ في التصرف أو الواقعة محل التسجيل وليس من إجراء التسجيل في حد ذاته، إذ إن تسجيل العقار الموقوف لا يؤدي إلا إلى الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير، وفي ظل هذه التشريعات يعد عدم الأخذ بالأثر المنشئ للتسجيل وضعاً منطقياً؛ ذلك أن الثقة العامة للتسجيل لا يحتاجها إلا الغير الذي يستند إلى بيانات السجل العيني، ليعرف الوضعية القانونية لعقار ما يرغب بإجراء تصرف بشأنه، أما الأطراف فيربطهم التصرف أو الحكم القضائي مصدر الحق، وهو يلزمهم ولا يجوز لأي منهم أن يخل به<sup>(٣)</sup>، وهو الأمر ذاته في شأن الوقف، إذ يحتاج إلى التسجيل للاحتجاج به في مواجهة الغير، أي لنفاذه في حق هذا الأخير.

٣- إن في الأخذ بالأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف، إنكاراً وإهمالاً للحق الطبيعي في حق ملكية الواقف، كما أن الأخذ به يعدُّ موافقة المالك غير كافية لوحدها؛ لإمكان نقل الحق أو زواله أو إنشائه أو التخلي عنه<sup>(٤)</sup>.

٤- إن الواقف والموقوف عليهم أو جهة الوقف، ليسوا بحاجة إلى تقرير مبدأ الأثر المنشئ للتسجيل حتى يقبلوا على تسجيل تصرفاتهم وحقوقهم، إنما يسارعون إلى ذلك على الرغم من عدم ارتباط انتقال الحق بضرورة التسجيل؛ لأن مصلحتهم في ذلك لا تحتاج إلى بيان، فالمكتسب للحق يلجأ إلى التسجيل خوفاً من ضياع حقه نتيجة احتمال الغش في البيع، كما أن جهة الوقف تسارع إلى تسجيل العقار الموقوف حتى تتخلص من الأعباء التي تترتب عليها بصفته مسؤولة عن الموقوف<sup>(٥)</sup>.

=  
الحجة واهية لأشخاص لا يراعون المصلحة الاجتماعية والاقتصادية لحق الملكية، والذين يبالغون في النظرة الفردية والشخصية لحق الملكية، حول الموضوع ينظر: نسيم بلحو، اثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق، مقال منشور في مجلة الاستاذ الباحث للعلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٢٠.

(١) منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وادخاله في الاقليم المصري، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص ٤٣٧.

(٢) مثل القانون التونسي (مجلة الحقوق العينية لسنة ١٩٦٥)، للتفاصيل ينظر: الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية واثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ١٩٩٦، ص ٣٠٦.

(٣) منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني، مصدر سابق، ص ٤٣٩.

(٤) السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، (٥٥٣/٩).

(٥) منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني، مصدر سابق، ص ٤٣٧.

٥- توجد وسائل أخرى لحمل الواقف وجهة الوقف على تسجيل العقار الموقوف غير المسجل، وحملهم على قيده في السجل العقاري، مثل إلزام واشتراط القيد المسبق كلما رفعت دعوى أو حدث تسجيل لاحق لذات الحق، وبإلزام الموظفين العموميين وغيرهم ممن يتلقون العقود أو يحررون الأحكام، بأن يقدموها للتسجيل وعلى وجه الخصوص تسجيل العقار الموقوف، مع فرض عقوبات عليهم في حالة التأخير، وتحميلهم مسؤولية الإخلال بالزامية التسجيل<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### الموقف الشرعي والقانوني للأثر الكاشف

من أجل الوقوف على طبيعة التسجيل في العقار الموقوف، هل هو كاشف للحق في الوقف أو منشيء له؟ يجب الرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من تسجيل العقار الموقوف هل يعد ركناً لإنشاء الوقف أو شرطاً له؟ ومن ثم إذا كان الحكم بأن التسجيل ركنٌ لإنشاء وقف العقار فهنا نستطيع القول بأن طبيعة التسجيل هو أ منشيء للوقف، ومن ثم لا ينعقد الوقف من دون هذا التسجيل، ولا تصح التصرفات القانونية ولا الشرعية من دونه، أما إذا توصلنا بأن التسجيل لا يعد ركناً ولا شرطاً لانعقاد الوقف فمعنى ذلك أن للتسجيل أثراً كاشفاً للحق في الوقف، ومن ثم فإن الوقف يرتب آثاره من تاريخ انعقاده، وكل التصرفات الشرعية والقانونية التي أجريت عليه قبل التسجيل تكون صحيحة، وعليه سنقسم هذا الفرع على فقرتين؛ الأولى: الموقف الشرعي للأثر الكاشف، والثانية: الموقف القانوني للأثر الكاشف.

#### أولاً: الموقف الشرعي للأثر الكاشف

لغرض بيان الأثر الكاشف لتسجيل العقار الموقوف نجد من المناسب بيان موقف الفقه الإسلامي من تسجيل العقار الموقوف، وهنا نجد الفقهاء المسلمون لم يبحثوا مسألة تسجيل الوقف ضمن أركان انعقاد الوقف أو شروطه، بل اكتفوا عند بحثهم لانعقاد الوقف ببيان الإيجاب والقبول، وفي ذلك انقسموا على اتجاهين:-

**الاتجاه الأول:** وهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وبعض الإمامية<sup>(٢)</sup>، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن ركن الوقف هو الإيجاب فقط؛ لأن الوقف من قبيل الإسقاط الذي لا يحتاج إلى

(١) منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني، مصدر سابق، ص ٤٤٢.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٥٢٤. الطرابلسي، الاسعاف، مصدر سابق، ص ١٧-١٩. الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، (٩٢/٧). الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (١٣٦/٤). الشريبي، المغني، مصدر سابق، (٤٩٣/٢-٤٩٥). الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، (٣٧٢/٢-٣٧٣). ابن قدامة، المغني (١٨٨/٦-١٨٩). السيوطي، مطالب أولي النهى، مصدر سابق، (٢٩٦/٢). المحقق الحلبي، شرائح الإسلام مصدر سابق، (٢٥٦/٢). وفي هذا الصدد يقول السيد السيستاني (الظاهر عدم اعتبار القبول في الوقف بجميع أنواعه وان كان الاعتبار احوط لاسيما في الوقف الخاص، كالوقف

قبول، وحينئذ ينعقد بصدور لفظ من الالفاظ الخاصة به. فإذا قال الواقف: غلة حصتي الشائعة في العقار المعين هي وقف على الفقراء، انعقد الوقف بمجرد قوله هذا من غير حاجة إلى قبول أحد، أي أن الوقف إذا كان في أولى طبقاته على جهة غير محصورة يكتفي بإنشائه بالعبارات الدالة عليه الصادر من الواقف. ويعد الوقف وفقاً لهذا الاتجاه من مجالات تطبيق الإرادة المنفردة، فالالتزام بالوقف ينشأ بمجرد صدور الصيغة الدالة عليه، أي انه لا يفترق إلى قبول، وإنما يكفي الإرادة المنفردة الصادرة عن الواقف، التي توجب الالتزام بجميع مقتضياته الشرعية وما يترتب عليه من الآثار، ومن ثم يعد الوقف تصرفاً قانونياً، لأن التصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذا التصرف أو العمل القانوني إما أن يكون نتيجة تطابق إرادتين، وهذا هو العقد، وإما أن يكون نتيجة إرادة واحدة وهذه هي الإرادة المنفردة<sup>(١)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** وهو رأي بعض الإمامية<sup>(٢)</sup>، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه لا بد من قبول الموقوف عليهم في الوقف، إذا كان الموقوف عليه ممن يمكن أن يصدر منهم القبول؛ لأن إدخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في إتمام سبب التملك من دون رضا الغير، فيستصحب بقاء الملك لمالكه لو وقع الوقف من دون قبول، وعلى هذا يعد في الوقف ما يعد في العقود اللازمة من اتصال القبول بالإيجاب.

والذي يتضح من موقف الفقه الإسلامي أعلاه أنهم لم يجعلوا التسجيل ركناً لانعقاد الوقف ولا شرطاً له، ومعنى ذلك أن التسجيل عندهم ليس بركن ولا بشرط، ووفقاً لذلك يمكن القول بأن لتسجيل العقار الموقوف في الفقه الإسلامي أثراً كاشفاً، بمعنى أن دور التسجيل هنا يقتصر على الكشف عن وقف العقار فقط. إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما بينوا أحكام الوقف أفردوا أبواباً أو فصولاً مستقلة تحت عنوان إثبات الوقف وذكروا بأن الوقف يتم إثباته بالإقرار أو بالشهادة، أو بالكتابة، من هنا نستطيع القول بأن الكتابة في الوقف في الفقه الإسلامي للإثبات وليس لانعقاد.

## ثانياً: الموقف القانوني للأثر الكاشف للتسجيل

على الذرية، فيقبله الموقوف عليهم وإن كانوا صغاراً قام به وليهم، ويكفي قبول الموجودين ولا يحتاج إلى قبول من سيوجد منهم بعد وجوده) منهاج الصالحين، المعاملات، المسألة / ١٤٧٠، ج ٢، ص ٢٦٢.

(١) د. حسام عبد الواحد كاظم - حميد حسن ناصر، انعقاد وقف الحصة الشائعة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار - كلية القانون، العدد ١٥، السنة الثانية، ٢٠١٧، ص ٤٥٣.

(٢) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٦/٢٨). محمد حسن ترحيني العاملي، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، دار الكاتب العربي، دبت، ج ٤، ص ٢١٦.

من أجل بيان هذا الأثر، يجب الرجوع إلى الطرق القانونية التي وضعتها التشريعات لإنشاء وقف العقار، وهل التسجيل من ضمنها أم لا؟ والإجابة على السؤال في أعلاه هي التي تحدد بأن للتسجيل أثراً كاشفاً أم منشئاً. بعبارة أوضح إذا كانت التشريعات تشترط التسجيل لانعقاد الوقف، فمعنى ذلك أن لتسجيل الوقف أثراً منشئاً. أما إذا كانت لا تشترط التسجيل وتكتفي بالإيجاب الصادر من الواقف أو بالإيجاب من الواقف والقبول من الموقوف عليه، فمعنى ذلك أن دور التسجيل سيكون كاشفاً وليس منشئاً، كما أن فائدته تقتصر على الإثبات فقط.

### ١- موقف المشرع العراقي

فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي نجده قد حدد الطرق التي يجب أن يسلكها الواقف عند إنشاء وقف العقار، إذ نصت المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، على أنه: (يسجل الوقف الوارد على حق الملكية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات..). كما نصت المادة (٥٦) من القانون نفسه على ما يأتي: (١- يسجل مجدداً العقار الموقوف غير المسجل استناداً إلى الحجج أو الأحكام الشرعية الحائزة درجة البتات باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها إذا لم يكن من الأوقاف المضبوطة، وباسم دائرة الأوقاف أن كان من الأوقاف المضبوطة. ٢- تسجل مجدداً المساجد والمؤسسات الدينية والخيرية والعقارات غير المسجلة الموقوفة على جهة خيرية باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها أو باسم دائرة الوقف ان لم تكن الجهة معلومة).  
عليه فإن الطرق التي أشار إليها المشرع العراقي هي:-

#### أ- إنشاء وقف العقار من طريق حجة الوقف

حجة الوقف أو الحجة الشرعية هي الوثيقة المحتوية على إقرار أحد الطرفين وتصديق الطرف الآخر، وتسمى الحجة الشرعية (بالسند الشرعي). أي إن صاحبها يستند عليها لدى الحاجة ويتخذها دليلاً لإثبات مدعاه<sup>(١)</sup>. وتختص محاكم الأحوال الشخصية<sup>(٢)</sup> بإصدار حجة الوقف استناداً لأحكام المادة (٣٠١)

(١) د. أحمد الكبيسي، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٢) بسم الله الرحمن الرحيم

#### حجة وقف

اني قاضي محكمة الأحوال الشخصية في بلد السيد على حسين الخزرجي قررت تسجيل ما يأتي: بناء على الطلب المقدم من قبل الحاج (ح.م.ب) الذي طلب فيه وقف كافة سهامه في العقار المرقم ١/٤١ مقاطعة ٥/ باب الطاق في كربلاء المقدسة وفقاً خيرياً صحيحاً على أن يتخذ حسينية لإسكان زوار مولانا الإمام الحسين(ع) وأهل بيته الاطهار طيلة أيام الاسبوع واستخدام كافة موجودات الحسينية وتنصيب ابن أخته المدعو (ث.م.ح.ب) متولياً على الوقف المذكور وإفادة الشهور (ع.ح.ع.ج) و (ث.ل.ص) الذين ابدوا بان الواقف بكامل قواه العقلية والجسدية وحسب كتاب مديرية مستشفى بلد العام المرقم ١٥٩٩ في ٢٠١٠/٢/١٤ وإفادة المتولي الحاج (ث.م.ح.ب) والذي قبل التولية حسب شروط الواقف بأن تكون من بعده للارشاد والاتقى والأروع من أولاده وان عدموا فتكون التولية لمن يرشحه المرجع الديني الاعلى للطائفة الاثني عشرية في العراق وبعد الرجوع إلى صورة قيد القطعة المذكورة وثبوت ان الواقف الحاج (ح.م.ب) يمتلك نصف القطعة لذا قررت المحكمة صحة وقف سهام الواقف في القطعة ١/٤١ مقاطعة ٥ باب الطاق في كربلاء المقدسة وفقاً خيرياً صحيحاً

من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على أنه: (تنظم محكمة الأحوال الشخصية حجج الوصايا والأوقاف..). ولعل إنشاء وقف العقار من طريق حجة الوقف هو أبرز طرق وقف العقار، إذ يتمثل قيام الواقف مراجعة المحكمة المختصة في موقع العقار، ويقدم طلباً إلى تلك المحكمة بإصدار حجة وقف، وتقوم المحكمة بإجراءات معينة، كالانتقال إلى موقع العقار المراد وقفه، وبيان موقعه ومساحته ومقدار حصة الشريك فيه. ثم تقوم المحكمة بعد ذلك وبعد قيامها بباقي الإجراءات<sup>(١)</sup>، بإصدار حجة وقف. ويتم تأشير أو تسجيل الوقف في دوائر التسجيل العقاري بعد أن تم صدورهما من المحكمة المختصة.

ويترتب على صدور حجة الوقف زوال ملك الواقف على العقار، بشرط أن تكون الحجة مكتسبة الدرجة القطعية. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق من زوال ملك الواقف عن الموقوف، فيمتنع عليه التصرف به<sup>(٢)</sup>.

#### ب- إنشاء وقف العقار عن طريق حكم قضائي:

يمكن تصور هذه الحالة، فيما لو قام الواقف بوقف العقار من ناحية شرعية، من دون أن يكمل إجراءات الوقف من ناحية قانونية، ولم يحصل على حجة وقف بذلك، ثم حصل نزاع بشأن وقف العقار في أثناء حياة الواقف أو بعد وفاته، وبعد الترافع أمام المحكمة المختصة، يصدر قرار قضائي بصحة وقف الحصة الشائعة، وقد نصت المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، على أنه:

على ان يتخذ حسينية لإسكان زوار الإمام الحسين (ع) وأهل بيته الاطهار واستخدام كافة موجودات الحسينية وتنصيب الحاج (ث.م.ج.ب) ، متولياً عليها ومن بعدهه للارشاد والأتقى والأروع من أولاده وان عدموا تكون التولية لمن يرشحه المرجع الديني الأعلى للطائفة الاثني عشرية في العراق واشعار ملاحظية التسجيل العقاري المختصة وديوان الوقف الشيعي بالتنفيذ بعد مصادقة المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي استنادا لنظام المتولين رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٠ على حجة الوقف وبناء على الطلب صدرت هذه الحجة بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٨. (محكمة الأحوال الشخصية في بلد) (العدد ٣/ وقفية ٢٠١٠) بتاريخ (٢٠١٠/٢/٢٨) (غير منشورة).

(١) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، (٦٤٨/٤).

(٢) رقم القرار ٢٤٢/وقف/٢٠٠٧. (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية تبين إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، وعند عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد بأنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون إذ إن العقار موضوع الدعوى كان قد أوقفه المدعي وفقاً خيراً بموجب حجة الوقف عدد ٢٨٦/سجل ١٤١٢ وتاريخ ٢٠٠١/١٠/١٧ الصادرة عن محكمة الأحوال الشخصية في الموصل، وإن من ضمن أحكام الوقوف الخيرية هي زوال ملك الواقف عن الملك الموقوف بعد وقفه ولا يسوغ له بعدئذ الرجوع عن الوقف، الذي أصبح ملكاً لجهة الوقف، وليس للواقف، ولذا فدعواه المتعلقة بطلب إبطال حجة الوقف وإعادة الوقف إلى ملكه، هي دعوى من دون سند شرعي أو قانوني ويقتضي ردها، وعليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها لإتباع ما تقدم وعلى أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق بتاريخ ١٦/رجب/١٤٢٨هـ الموافق في ٢٠٠٧/٧/٣٠ م. نقلاً عن:

تاريخ الزيارة ١٢-٦-٢٠٢٤. <https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/244-m191>

(يسجل الوقف الوارد على حق الملكية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة البتات..).

إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا، هل عدم تسجيل حجة الوقف أو الحكم القضائي الوارد على العقار ينفي الوقف أو الحكم بصحته؟

للإجابة على التساؤل في أعلاه نقول بأن عدم تسجيل حجة الوقف أو الحكم القضائي الوارد على العقار، لا ينفي الوقف أو الحكم بصحته. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في العراق، إذ قضت بأن (عدم تسجيل الوقفية أو الحكم الصادر بصحتها بدائرة الطابو لا ينفي هذا الوقف أو الحكم بصحته)<sup>(١)</sup>. ويبدو لنا أن موقف القضاء العراقي بإقرار الوقف أو الحكم بصحته حتى وإن لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري هو حماية للأموال الموقوفة التي تكون أهدافها في الغالب اجتماعية ودينية، على الرغم من نص المادة (٣/٢) من قانون التسجيل العقاري النافذ التي لا تعتد بأي تصرف عقاري إلا بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري<sup>(٢)</sup>. هذا من جهة ومن جهة أخرى هذا تأكيد بأن أثر تسجيل الوقف حسب القانون العراقي هو كاشف وليس منشئاً.

ونوصي المشرع العراقي بالنص الصريح بتكريس فكرة الأثر الرجعي للشكلية المتبعة في إثبات الوقف للتنبيه بعدم الاعتراف بالتصرفات التي تصدر عن الورثة بالعقار الموقوف غير المسجل ويستثنى من ذلك عقد الإيجار إذا كان المستأجر حسن النية لا يعلم بان العين المستأجرة موقوفة. ومما تقدم يظهر لنا أن الوقف بحسب القانون العراقي ينشأ وتترتب عليه آثاره حتى وإن لم يسجل العقار الموقوف في سجلات التسجيل العقاري ولم تصدر به حجة وقف أو حكم قضائي أي أن طبيعة التسجيل هو أن له أثراً كاشفاً وليس منشئاً، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في العراق، إذ قضت بأنه: (إذا كانت العقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري، وقد ثبت من الشهادات والكشف أنها كانت موقوفة وأن وارداتها تصرف لطلاب العلوم الدينية وللفقراء في المدرسة التي استخرجت من تلك العقارات، فتكون هذه العقارات موقوفة)<sup>(٣)</sup>. كما ذهبت في قرار آخر إلى أنه (عدم تسجيل الوقفية أو الحكم الصادر بصحتها بدائرة الطابو لا ينفي هذا الوقف أو الحكم بصحته)<sup>(٤)</sup> كما ذهبت هذه المحكمة في قرار آخر إلى أنه: (١- إن عدم تسجيل حجة الوقف في

(١) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم (٦٤ / هيئة عامة / ٨٥ في ١٣/٥/١٩٨٦). قرار غير منشور

(٢) هاشم معروف الحسني، الوصايا والأوقاف، ط١، دار القلم بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٣٣-٢٣٥.

(٣) رقم القرار ٣٥ هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ بتاريخ القرار ١/٦/١٩٧٤. أشار إليه المحامي مصطفى محمد جميل، علم الوقف، ٢٠٠٦، ص ٦٣.

(٤) رقم القرار ١١٣٥ / صلحية / ١٩٦٩ بتاريخ القرار ١٤/٩/١٩٦٩. أشار إليه المحامي مصطفى محمد جميل، المصدر السابق، ص ٦١.

الطابو ومضي أكثر من خمس عشرة سنة على ذلك لا يسقط الوقف بالتقادم. ٢- إن مدة التقادم في الوقف هي ست وثلاثون سنة<sup>(١)</sup>.

## ٢- موقف المشرع الأردني

اشترط المشرع الأردني لإنشاء الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه أن يكون ذلك بإشهاد رسمي لدى المحاكم المختصة. كما ألزم الواقف بتسجيل الوقف في دوائر التسجيل العقاري إذا كان الموقوف عقاراً. وقد نصت على تلك الأحكام المادة (١٢٣٧/٢/٣) من القانون المدني الأردني: (١- يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية. ٣- ويلزم تطبيقاً للقانون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري إذا كان الموقوف عقاراً..).

أما القضاء الأردني فقد كان قبل صدور القانون المدني الأردني، يسمى الشهادة على إثبات أصل الوقف ولو كانت من المستحقين. فقد قضت محكمة الاستئناف الأردنية بأن: (.. المحكمة استمعت إلى شهادة شاهدين من أهل الوقف، فاذا كان المقصود من ذلك إثبات جهة الوقف وشروط فلا تكون شهادة المستحقين في الوقف مقبولة.. وان كان المقصود إثبات أصل الوقف فتقبل شهادة المستحقين)<sup>(٢)</sup>.

والذي يتضح من موقف القانون الأردني أن طبيعة تسجيل العقار الموقوف هو أن له أثراً منشئاً وليس كاشفاً لكونه جعل من التسجيل ركناً لا يتم الوقف إلا بوجوده، من هنا فان طبيعة التسجيل في هذا القانون تختلف عن موقف القانونين العراقي والمصري في طبيعة تسجيل وقف العقار، إذ إن كل من المشرع العراقي والمشرع المصري قد جعل للتسجيل أثراً كاشفاً. ويترتب على الأخذ بالأثر الكاشف لتسجيل العقار الموقوف وما يصاحب ذلك من أثر رجعي نتائج عدة نبينها فيما يأتي:-

١- إن وقف العقار وإن كان غير مسجل فإنه ينعقد صحيحاً ويرتب أثره من لحظة توفر الشروط الشرعية بالوقف، فمن هذا التاريخ تصبح كل التصرفات القانونية والشرعية التي تجري على الوقف صحيحة ما دامت صادرة ممن له الحق في التصرف فيه، أما دور التسجيل فإنه يقتصر عن الكشف عن ذلك فقط.

٢- إن العقار الموقوف يخرج من ملك الواقف منذ انعقاد الوقف لا من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

٣- إن ثمار العقار الموقوف غير المسجل تكون للموقوف عليهم من لحظة انعقاد الوقف وليس من تاريخ التسجيل.

٤- اعتبار عقود الإدارة التي أبرمها المتولي قبل التسجيل صحيحة كعقد الإيجار.

(١) رقم القرار ٣٥ هيئة عامة أولى / ١٩٧٤ بتاريخ القرار ١/٦/١٩٧٤ أشار إليه المحامي مصطفى محمد جميل ، المصدر السابق، ص ٦١

(٢) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٢) نقلاً عن: د. إيمان يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مسجل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٢، المجلد ٢، الجزء ١، ص ٢٧٥. ريام لزام عبد عمران، الحماية القانونية للحق في تملك العقار غير المسجل- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية القانون جامعة البصرة، ٢٠٢٢، ص ٦٠.

### ٣- موقف المشرع المصري

كان العمل في المحاكم المصرية، قبل صدور قانون الوقف المرقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، يعد الوقف صحيحاً سواء وجد فيه ائهاد رسمي (تسجيل رسمي) أم لم يوجد، فتسمى الدعوى به ما دام المدعى عليه مقراً بالوقف. ولم يشترط الإئهاد الرسمي إلا في حالة إنكار المدعى عليه، ولكن اعتبار الوقف صحيحاً من دون ائهاد رسمي أدى إلى وجود كثير من الدعاوى الباطلة، يتم فيها الاستعانة بشهود زور، فكان الشخص يدعي هذا العقار وقفاً، وإنه يستحق من غلته، ويؤيد دعواه بشهادة شاهدي زور. كما أن اعتبار الوقف صحيحاً من غير ائهاد رسمي يجعل الوقف غير متناسق مع التصرفات العقارية الأخرى، إذ ينفرد بحكم خاص لا مبرر لوجوده. لذا يرى الفقه أن كل ذلك كان السبب في وجود نص المادة (١) من القانون المذكور التي اشترطت لصحة الوقف أن يصدر به إئهاد رسمي إذ نصت هذه المادة على أنه: (من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير في مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف إلا إذا صدر بذلك إئهاد ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشخصية).

وقد ذهب محكمة النقض المصرية إلى ما يأتي: (إنه يشترط بالوقف إئهاد رسمي ممن يملكه لدى أحد المحاكم الشرعية فإذا لم يصدر ائهاد بالوقف على هذا النحو كان التصرف غير صحيح ولا يعد موجوداً في نظر القانون<sup>(١)</sup>. إلا أنه ومع ذلك يبقى للتسجيل أثراً كاشفاً في القانون المصري وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء في مصر، فقد قضت محكمة استئناف اسيوط بأنه: (من المقرر فقهاء وقضاء أن الوقف نظام شرعي خاص خاضع في شروطه وأحكامه للشريعة الإسلامية الغراء، فليس للمحاكم عند الفصل في صحة إنشاء الوقف، سوى تطبيق تلك القواعد بصرف النظر عن قواعد التسجيل الحديثة التي وإن أوجببت تسجيل الوقف ليكون حجة على الغير)<sup>(٢)</sup>.

(١) د. رمضان على السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص ٥٠٨ - ٥٠٩.

(٢) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق، (٣/١٨٤).

## المبحث الثاني

### إشكالية اثبات العقار الموقوف غير المسجل والأحوال الطارئة عليه

إن العقار الموقوف غير المسجل هو إما أن تكون له هناك حجة وقف، ولكن الواقف لم ينفذها في دائرة التسجيل العقاري، أو إن الواقف قد أجرى الصيغة الشرعية للوقف وتوافرت كل الشروط الشرعية لكنه لم يكمل الإجراءات القضائية الخاصة بحجة وقف العقار، كما أن الفقه الإسلامي لا يشترط من الناحية الشرعية تسجيل الوقف، فتسجيل الوقف للإثبات وليس للانعقاد.

وإن عدم تسجيل الحجة في حالة وجودها يرجع إلى أسباب عدة منها جهل الواقف بالإجراءات، أي لابد من تسجيلها أو لأن الوقف يكون في المراحل المتأخرة من حياة الإنسان فقد لا يسعفه الوقت لإكمال الإجراءات القانونية الخاصة بالوقف، إذ إن كثيراً من الأحيان يموت الواقف، وهذا يؤدي إلى عدم إكمال الحجة من قبل الواقف؛ لأن القضاء يطلب من الواقف تسجيل حجة الوقف، وفي حالة موت الواقف قبل اكتمال حجة الوقف فإن ذلك يؤدي إلى عدم وجود الوقف أصلاً، وكأنه لم يكن لعدم اكتمال الإجراءات وبذلك ينتقل العقار بملكيته إلى ورثة المالك كلٌ بحسب نصيبه الشرعي<sup>(١)</sup>.

ولكن إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإقامة دعوى إثبات الوقف فعند اكتساب دعوى اثبات الوقف الدرجة القطعية فإنه يصار إلى تنفيذ قرار المحكمة وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وبذلك يصبح الوقف موجوداً من الناحية القانونية ومن ثم تسري عليه القواعد القانونية الخاصة بالوقف.

وهناك حالات قد يتعرض لها الموقوف غير المسجل سواء بفعل الواقف أو خلفه (الخاص والعام) كتوحيد العقار مع غيره من العقارات الأخرى أو إفراز العقار الموقوف إلى عقارات عدة أو تكون هذه الحالة بفعل الدولة كالاستملاك والإطفاء (نزع الملكية للنفع العام) وهذه الأحوال تؤثر على العقار الموقوف غير المسجل من حيث المراكز القانونية في كل الأحوال ستزول يد المالك (الواقف) أو خلفه عن العقار

(١) مقابلة مع الأستاذ المشاور رئيس الشعبة القانونية في مديرية أوقاف كربلاء، تاريخ الزيارة ١٤/١١/٢٠٢٤.

الموقوف غير المسجل لأن سجل العقار في دائرة التسجيل العقاري لا يوجد فيها أي إشارة للوقف، ومن ثم فإن المستملك (الدولة) ستعوض المالك أو خلفه بالبديل النقدي أو التعويض العيني.

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: إشكالية إثبات العقار الموقوف غير المسجل، والمطلب الثاني: الأحوال الطارئة على العقار الموقوف غير المسجل.

### المطلب الأول

#### إشكالية إثبات العقار الموقوف غير المسجل

إن من أهم الوسائل لتثبيت الحقوق والالتزامات هي الدعاوى، فالدعوى (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)<sup>(١)</sup> ولكون الأوقاف من النظام العام فقد نص القانون على (ويعد من النظام العام بوجه خاص ... والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار...)<sup>(٢)</sup> فيجوز لأي صاحب علاقة كالموقوف عليهم أو ديوان الوقف (الشيعي، السني ...) من إقامة الدعاوى لإثبات الوقف من أجل المحافظة على العقارات الموقوفة في حالة إنكار حصول الوقف ولاسيما في الحالات التي لم يثبت الواقف متوليا للوقف، إذ نص القانون العراقي علي: (أولا: إدارة الأوقاف التي ليس لها متولٍ خاص ... بتنفيذ شروط الواقفين في الأوقاف إلى متولٍ خاص...)<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن دعوى إثبات الوقف عند الفصل بها وثبوت الوقف واكتساب القرار الدرجة القطعية سينفذ بصورة مباشرة في دائرة التسجيل العقاري، إذ نص القانون على (يسجل الوقف على حق الملكية العقارية المسجل بالاستناد إلى حجة شرعية أو حكم قضائي حائز درجة الثبات وقابل....)<sup>(٤)</sup>، ولكن هناك اختلاف في الإجراءات من الناحية العملية إذا كان تنفيذ حجة وقف أو كانت دعوى إثبات الوقف ففي حالة تنفيذ قرار الدعوى الخاص بإثبات الوقف يكون أسهل وأقل بالوقت في التنفيذ في دائرة التسجيل العقاري فيما لو كان هناك حجة وقف، والسبب في ذلك في حالة دعوى إثبات الوقف فإن كل الدوائر ذات العلاقة ستكون على علم وممثلة بالدعوى كمديرية التسجيل العقاري ومديرية الأوقاف، أما في حالة وجود

(١) المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (١٣٠) مدني عراقي.

(٣) المادة (٢) من قانون ديوان الوقف الشيعي رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٢ المعدل.

(٤) المادة (٢٥٦) تسجيل عقاري عراقي.

حجة وافية فإن هذه الدوائر قد لا يكون لديها علم بالدعوى أصلاً، وتكون الإجراءات أكثر تعقيداً حالها حال الإجراءات الخاصة بالبيع، الذي يتطلب إجراءات معينة مثل الكشف المشترك<sup>(١)</sup>.

إن القضاء في بعض الأحيان لا يعلم مديرية الأوقاف بوجود حجة وافية، وظلت هذه المسألة بحسب قناعة القاضي على اعتبار أن القاضي يطلب من الواقف تسجيل الحجة وإعلام الأوقاف، وهذا ما يفسر وجود عشرات الحالات التي توجد حجة وافية، ولكن مديرية الأوقاف لا علم لها على اعتبار أن الواقف هو الذي سينفذ الحجة ويخبر دائرة الأوقاف، وهنا يبرز الإشكال إذ إن الواقف إذا لم يسجل الحجة أو يخبر دائرة الأوقاف فإنه أو خلفه من الممكن أن يتجاوزوا مسألة الوقف، وهنا يرى الباحث ضرورة وجود نصوص قانونية توجب أن يقوم القاضي بإخبار دائرة الأوقاف بوجود عقار في طريقه إلى الوقف.

وهناك حالات في الواقع العملي يكون العقار الموقوف غير مسجل أصلاً، وهو ما يطلق عليه بـ (المجدد) وعليه تقوم دائرة الأوقاف أولاً: بإقامة دعوى تسجيل مجدد. ثانياً: دعوى اثبات الوقف<sup>(٢)</sup>.

وإن تنفيذ قرار إثبات الوقف أسهل بالإجراءات فيما لو كانت هناك حجة وافية، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول: اثبات وقف العقار غير المسجل في الفقه الإسلامي. والفرع الثاني: اثبات الوقف في التشريعات المقارنة.

## الفرع الأول

### إثبات وقف العقار غير المسجل في الفقه الإسلامي

إن إثبات التصرفات والعقود أمر مشروع ومندوب ويحتاج إليه الناس لحفظ الحقوق من الجحود أو الضياع، فدعوى إثبات الوقف لا بد لها من بينة من قبل المدعي ليثبت دعواه كغيرها من سائر الدعاوى؛ وذلك بوسائل عدة؛ وهي الإقرار والشهادة والكتابة واليمين.

إن دعوى إثبات الوقف تقام بسبب عدم وجود حجة وقف أو في حالة وجود حجة لكنها غير مسجلة وأولوياتها قد أتلفت نتيجة للظروف كالاختراق مثلاً، إذ لا يمكن الاعتماد على حجة وقف أولوياتها غير موجودة لدى القضاء، أي لا يمكن للمحكمة التأكد من صحة هذه الحجة أو في بعض الحالات يقوم الواقف بإجراءات الحجة وتم دفع الرسم الخاص بها ولكن قد مات، فعندها تقوم الأوقاف بتنفيذ الحجة بعد أن يتقدم بالشكوى بعض الورثة أو يصل علم إلى الدائرة بوجود الوقف<sup>(٣)</sup>.

(١) مقابلة مع الاستاذ المشاور مدير القسم القانوني / مديرية اوقاف كربلاء، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/١٢/٤

(٢) مقابلة مع الاستاذ المشاور مدير القسم القانوني / مديرية اوقاف كربلاء، تاريخ المقابلة ٢٠٢٤/١٢/١٥

(٣) المدعون: ١- (ص.ح.م.ع) ٢- (أ) ٣- (ز) ٤- (أ)، (ب.م) وكيلهم المحامي - (أ.ع.ش).

المدعى عليهم: ١- (ع) ٢- (أ) ٣- (ث) أولاد (ب.م).

### الحكم

ادعى المدعون أمام هذه المحكمة بوساطة وكيلهم المحامي بان سبق لمورثهم (ب.م.ع) وأن أوقف تمام أسهمه في العقار المرقم (١/٥٩٩م ٦١ جزيرة) حسب الحجة الوقفية المقدمة إلى محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء وسدد الرسم القانوني

وللوقوف على هذه الوسائل، نقسم هذا الفرع إلى الفقرات الآتية:

### أولاً: إثبات العقار الموقوف غير المسجل بالإقرار

يعرف الإقرار بوجه عام أنه إخبار المكلف صراحة بحق عليه لغيره على وجه اليقين<sup>(١)</sup>. والإقرار إذا صدر مستوفياً شروطه صار حجة على المقر. ويشترط في صحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً وغير محجور عليه. وتتناول الإقرار كوسيلة لإثبات وقف العقار غير المسجل في الوجوه الآتية:

#### ١- إقرار الواقف

من الناحية العملية لا وجود لحالة كهذه، إذ إن إقرار الواقف يعني عدم إنكاره للوقف ومن ثم لا ضرورة لرفع دعوى إثبات الوقف، فلا توجد مشكلة لهذا الأمر، ولكن الحال لا يخلو من أن يكون إقرار الواقف في حال صحته أو في حال مرضه. فإن كان الإقرار في حال الصحة، بأن أقر أنه وقف مالا معيناً من أمواله وفقاً صحيحاً ثبت الوقف بإقراره وينفذ الإقرار من جميع ماله، فلا يختص بالثلث فما دون، ولا يصح رجوعه عن إقراره. وأما إن كان الإقرار في مرض الموت المخوف فيثبت الوقف بإقراره كذلك، إلا أنه يعد من ثلث ماله بشرط ألا يكون في الموقوف عليه وارث، ولا كان متوقفاً على اجازة بقية الورثة<sup>(٢)</sup>. إذ جاء في المغني: (التبرعات المنجزة كالعقود والمحاباة والهبة والصدقة والإبراء من الدين والعفو عن الجناية إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً، وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال)<sup>(٣)</sup>.

=  
عنها بموجب الوصل المرقم (٧٢٣٧١٥) في ٢٠٢١/٢/١٤ إلا أنها لم تسجل لوفاته، لذا يطلبون دعوة المدعى عليهم للمرافعة والحكم بتصديق الوقفية واشعار مديرية التسجيل العقاري بتسجيلها وتنفيذها وأنهم يقدرون قيمة العقار لأغراض الرسم (بمئة مليون دينار) .... قررت المحكمة الحكم بثبوت وقفية تمام أسهم مورث طرفي الدعوى (ب.م.م.ع) بالعقار المرقم (١/٥٩٩م جزيرة) وما عليها من المشيدات الموصوفة في محضر الكشف وتقرير الخبير الفني (ع.ع.ع) المؤرخ ٢٠٢٣/٣/٢٧ واعتباره وفقاً ذرياً تصرف واردة بشكل الآتي (بنسبة ٥٠% للفقراء والمحتاجين والايام ثواباً له لوالده ووالدته وزوجته (ص.ح) و ٤٠% توزع على الورثة ذكوراً وإناً بالتساوي و ١٠% يحتفظ بها لدى المتولي بعدي تحت اشراف ومراقبة المرتزقة لغرض صيانة الوقف والقصور يستوفي من وارداته) واشعار مديرية التسجيل العقاري والوقف الشيعي في كربلاء المقدسة لتأشيريه في السجلات ومن ضمن الأوقاف الرية وتحميل المدعى عليهم الرسوم والمصروفات القانونية منها أجور حمامة لوكيل المدعين المحامي (أ.ع.ش) مبلغاً قدره (خمسمائة ألف دينار) وصدر الحكم استناداً لأحكام المواد (١٧٧ و ٢٢٢ و ٧٦ و ١٢٥ و ١٤٠ / أولاً) من قانون الاثبات والمواد (٤/٦٩ و ١٥٤ و ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦١ و ١٦٦ و ١٧٧ و ١٨٥ و ٢٠٣ و ٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية المعدل والمادة (الثالثة والسبون / ٢ / أولاً - المعادلة) من قانون المحاماة .. حكماً غيائياً قابلاً للاعتراض والاستئناف والتميز وافهم علنا في ٢٠٢٣/٤/١٢، محكمة استئناف كربلاء / محكمة بداءة كربلاء/ العدد ٧٥٢/ب/٢٠٢٣ بتاريخ ٢٠٢٣/٤/١٢. (قرار غير منشور).

(١) عبد الله على الركبان، النظرية العامة للإثبات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، بدون سنة نشر، (٢/٦٥).

(٢) الخصاص، أحكام الأوقاف، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٤٧٣/٨).

## ٢- إقرار ورثة الواقف

إذا أقر ورثة المتوفى بأن مورثهم قد وقف مالا حال حياته صح الإقرار وثبت به الوقف، وإذا أقر بعض الورثة دون بعض آخر فإن الوقف يثبت في حصة من أقر دون من أنكر<sup>(١)</sup> أي إن الوقف يسري على حصص من أقر من الورثة بوجود الوقف أما من لم يقر من الورثة فلا توقف حصته.

## ٣- إقرار الغير

والمراد به هو من ليس له علاقة بالوقف.

ولا يخلو أن يكون الوقف في يده أو لا يكون فإن لم يكن الوقف في يده فإن إقراره غير معتبر ولا يعتد به، أما إن كان الوقف في يده فلا يخلو أن يكون الإقرار في حال صحته أو في حال مرضه. فإن كان في حال الصحة وأقر بأن المال الذي في يده وقف وقد وقفه ماله فإنه يرجع إلى الواقف الأصلي أو إلى ورثته إن كان ميتاً. فإن صدقوا ما قال به ثبت الوقف من جميع المال؛ لأنه مظهر بإقراره لا منشىء، وإن أنكروا الوقف لم يثبت؛ أما إذا لم يذكر الواقف بأن المالك الذي في يده وقف ولم يزد على ذلك وليس هناك منازع له في الملكية صح إقراره ويصير وقفاً على من عينهم إن كان قد عين أحداً، فإن لم يكن قد عين أحداً من المستحقين ثبت الوقف للفقراء والمساكين<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان إقراره في مرض الموت، فإن كان قد سمي الوقف في إقراره فيرجع إليه إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً، فإن صدقوه ثبت الوقف من جميع ماله وإن أنكروا لم يثبت الوقف. وإن لم يكن قد سمي الوقف وإنما أقر به مطلقاً، فإن كان قد عين الموقوف عليه نفذ إقراره من كل ماله؛ لأن الإقرار هنا يعد بمثابة الإقرار لأجنبي والذي ينفذ جميع المال<sup>(٣)</sup>. أما إذا لم يكن قد سمي الواقف ولم يعين الموقوف عليه فإن لم يكن له ورثة نفذ الإقرار في كل ماله، وإن كان له ورثة فإن إقراره لا ينفذ إلا من ثلث ماله<sup>(٤)</sup>.

## ثانياً: إثبات العقار الموقوف غير المسجل بالكتابة

تعد الكتابة من أهم طرق الإثبات لاسيما في الوقت الحاضر الذي أصبح الاعتماد فيه على الكتابة في التوثيق والإثبات كبيراً. وقد دل على ذلك قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ

(١) الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٢) الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) السرخسي، الشرح الكبير، مصدر سابق، (١٥٤/٣).

(٤) د. أحمد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، (٣٣٤ / ٢).

أَلْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ }<sup>(١)</sup>. فبدأ بالكتابة قبل الشهادة. وهذا يبين لنا أهمية الكتابة في التوثيق والإثبات. ولذلك فإن الكتابة تكون حجة ووسيلة من وسائل الإثبات. ويجب تسجيل إثبات الوقف بما يدل عليه ككتابته.

وعلى طالب تسجيل الوقف أن يقدم طلباً بذلك إلى المحكمة المختصة مشفوعاً بوثيقة رسمية تثبت تملكه لما يريد إيقافه. فالمقصود هو تدوين ثبوت الوقف أو تسجيل إنشائه على وجه يحتج به شرعاً. وبعد توثيقه في المحكمة المختصة وثبوت تملكه العقار أو ما يريد وقفه وبعد التأكد من خلو سجل الواقف مما يمنع من إجراء التسجيل. تتولى الهيئة العامة للأوقاف تسجيل جميع الأوقاف بعد توثيقها<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: إثبات العقار الموقوف غير المسجل بالشهادة

وقد أجمع الفقهاء على مشروعية الشهادة وأنها حجة شرعية، إلا أنها تظهر الحق ولا توجبه، ولذلك فإنها تسمى بينة؛ لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه<sup>(٣)</sup>.

وتؤدي الشهادة شفهيّاً ولا يجوز الاستعانة في أدائها بأدلة مكتوبة إلا بإذن القاضي وبشرط أن تسوغ ذلك طبيعة الدعوى وللخصم الذي تؤدي الشهادة ضده أن يبين للمحكمة ما يخل بشهادة الشاهد من طعن فيه أو في شهادته.

والوقف من جملة الأموال، ولذلك فإنه ينطبق على الشهادة في الوقف ما ينطبق على الشهادة في المال من أحكام<sup>(٤)</sup>.

### رابعاً- إثبات العقار الموقوف غير المسجل باليمين أو النكول عنها

والمقصود به هو تأكيد الحكم المحلوف عليه بذكر معظم على وجه مخصوص<sup>(٥)</sup>. واتفق الفقهاء على أن اليمين من وسائل الإثبات أمام القضاء. وأنها مشروعة لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب وإثبات الحقوق أو نفيها. وهي تؤدي دوراً كبيراً في المحاكم عند عجز الأدلة والبراهين الأخرى<sup>(٦)</sup>.

ولا تكون اليمين ولا النكول عنها إلا أمام القاضي الدعوى في مجلس القضاء. وعليه فإن الوقف من جملة الأموال التي يقضى فيها بالشاهد واليمين ويقضى فيها كذلك بالنكول بعد رد اليمين على المدعي في

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢ .

(٢) بحوث ندوة القضاء والفقهاء، مكانة الوقف وأثره في الدعوة والتنمية، المنعقدة في مكة المكرمة، ١٤٢٨ هـ/١٤٤١ م.

(٣) الفتوحى، منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، مصدر سابق، ص ٣٤٧ .

(٤) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، (١٨١/٦).

(٥) البهوتي، الإقناع، مصدر سابق، (٢٢٨/٦).

(٦) د. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، ١٤٣٧ هـ-٢٠١٦ م، ط١،

(٣٥٣/١).

بعض الحالات، ويقضى فيها بالنكول وحده من غير رد اليمين في حالات أخرى وبيان ذلك. إنه لما كان المتولي على الوقف هو الخصم في الدعوى المقامة من الواقف أو عليه فان هذا المتولي لا يخلو أن يكون مدعياً أو مدعى عليه، فان كان مدعياً فإن له حق تحليف المدعى عليه عند عجزه عن إثبات دعوى الوقف، وذلك لأنه نائب عن الوقف وهو يملك اذا كان مدعياً إضافة لما سلط عليه شرعاً من طلب يمين الخصم، ولا يملك المدعى عليه رد اليمين ويقضى على المدعى عليه بنكوله عن اليمين إلا إذا كان قد باشر سبب ذلك بنفسه فترد إليه اليمين، فلو أقام متولي الوقف دعوى يطالب فيها شخصاً بأجرة إحدى مستغلات الوقف ودفع المستأجر بأداء المبلغ المذكور ونكل عن اليمين فإن له تحليف المتولي على ذلك.

أما إذا ادعى المتولي على شخص طالبا منه أداء مبلغ استدانة من المتولي السابق ودافع المدعى عليه بأدائه مبلغ الدين إلى المتولي الذي قبله وعجز عن إثبات ذلك، فليس له تحليف المتولي على المدعي على ذلك<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### إثبات العقار الموقوف غير المسجل في التشريعات المقارنة

تنثير مسألة إثبات وقف العقار غير المسجل بعض الإشكاليات في التشريعات المقارنة وعلى النحو الآتي:

#### أولاً- التشريع الأردني

فلو نظرنا إلى المادتين (٣٧٠)، (٣٧١) من القانون المدني الأردني نجد أنهما أشارتا إلى أنه لا يصح إقرار الصغير غير المميز بالوقف إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك، وإذا كان محجوراً عليه لدين توقف إقراره على إجازة الغرماء. كما أخذ المشرع الأردني بالرأي الراجح في إجماع الفقهاء على قبول الشهادة في إثبات أصل الوقف والشهادة بالتسامع على شرائط الوقف ولو كانت مبنية على التسامع دون المعاينة. إلا أنه يؤخذ على المشرع الأردني في هذه المسألة عدم ذكر الاستثناءات على عدم سماع الشهادة بالسماع ومنها قبول الشهادة بالتسامع على شرائط الواقف أو قبول شهادة من له مصلحة في غلة الوقف وريعه.

والمادة (١٢٣٧) من القانون المدني الأردني قد نصت على طرق إثبات الوقف وهي:

(١) د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، ص ٣٦٦.

- ١- إذا أعطي الواقف انشاء الوقف لنفسه ولغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبدل والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في إشهاد الوقف.
  - ٢- يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية.
  - ٣- ويلزم تطبيقاً لقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً.
  - ٤- يوافق تغيير المتولي ولو لم يشترط لنفسه ذلك حين الوقف.
- كما رفضت المادة (١٢٣٨) من القانون نفسه سماع الإشهاد إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل أو إذا ظهر أن الواقف فاقد الأهلية.

وبهذا فإن المشرع الأردني يكون قد أخذ بالشهادة والتسجيل في إثبات الوقف قانوناً، ولم يأخذ بالإقرار كوسيلة من وسائل الإثبات القضائي للوقف. عاداً أن الشهادة إحدى طرق إثبات الوقف. واشترط لصحة الوقف تسجيله في دائرة تسجيل الأراضي. غير أن المشرع الأردني عاد في قانون الأوقاف الجديد ليكون أكثر وضوحاً وتفصيلاً مع التعديل في موضوع تسجيل الوقف، فأصبح بموجب المادة (١٤) من قانون الأوقاف أن تسجل العقارات الموقوفة وفقاً خيراً إسلامياً في سندات خاصة. وتسجل أراضي الخزينة التي تخصص للوزارة أو تفوض لها وفقاً صحيحاً سواء كانت الأراضي أميرية أو مملوكة.

### ثانياً - التشريع المصري

اعتباراً من تاريخ العمل بقانون (أحكام الوقف) رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المصري لا يصح الوقف إلا بإشهاد عليه ممن يملكه لدى إحدى المحاكم الشرعية. فإنشاء الوقف - طبقاً للشرعية الإسلامية - يتم بإشهاد الواقف شاهدي عدل على إنشاء وقفه، سواء أكان شفاهةً أو بتحرير (حجة وقف). إذ لم تشترط الشرعية الإسلامية (التوثيق) لإنشاء الوقف، ولم تمنع سماع الدعوى به إذا لم يكن مكتوباً، ولذلك فقد كان من الجائز إثبات الوقف بالأدلة المقبولة شرعاً كافية. واعتباراً من تاريخ العمل بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية (بالمرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١)، فلا يتم إنشاء الوقف إلا بإشهاد على يد حاكم شرعي بالقطر المصري أو مأذون من قبله. كما نصت على أن الوقف لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان مسجلاً بسجل المحكمة التي بدائرتها العقار الموقوف.

### ثالثاً - التشريع العراقي

يمكن القول إن آلية انشاء الوقف، تمثل وسيلة إثباته بصورة غير مباشرة. فقيام الواقف بتقديم الطلب إلى محكمة الأحوال الشخصية يعلن فيه رغبته بوقف العين التي يملكها وفقاً خيراً أو ذرياً أو مشتركاً، وإذا كانت العين الموقوفة عقاراً يرفق بالطلب نسخة من سند التسجيل العقاري وتقوم المحكمة المذكورة بالاستفسار من دائرة التسجيل العقاري فيما إذا كان العقار باسم طالب الوقف فعلاً وخالياً من الرهن

والحجوزات أو المنازعات وموانع التسجيل. وبعد ورود الجواب بالإيجاب يحضر الواقف مع شاهدين أمام قاضي محكمة الأحوال الشخصية ويبين نوع الوقف وشروطه وكيفية صرف منافعه أو التصرف به. كذلك شرط الواقف في المتولي الذي عينه الواقف بالاسم في حجة التولية الذي يجب أن يكون راشداً عاقلاً أميناً قادراً على إدارة الوقف وخضوعه لنظام المتولين وطريقة تعيينه وانتقال التولية من بعده وغيرها من الشروط الأخرى<sup>(١)</sup>. وبعد أن يتأكد القاضي من تحقق الشروط المطلوبة في الواقف والعين الموقوفة وجهة الوقف، تصدر الحجة الوقفية فعندها يجب على الواقف تسجيل الحجة لدى دائرة التسجيل العقاري وإعطاء نسخة من الحجة إلى دائرة الأوقاف.

فبعض القضاة يقوم بإرسال نسخة من الحجة الوقفية إلى دائرة الأوقاف، والبعض الآخر لا يرسل الحجة الوقفية إلى دائرة الأوقاف بالاعتماد على الواقف، وفي هذه الحال إذا لم يرسل الواقف نسخة إلى الأوقاف ودائرة التسجيل العقاري فإن الحجة الوقفية تصبح كأنها غير موجودة، إذ لا تعلم بها الدوائر المعنية ومن ثم يكون العقار غير مسجل وهذا في الأغلب الأعم هو سبب عدم تسجيل الوقف<sup>(٢)</sup>.

أما في مرحلة التسجيل العقاري – عندما تصل حجة الوقف إلى مديرية التسجيل أو الحكم القضائي المكتسب درجة البتات تباشر المديرية المذكورة بإجراءات تسجيل الوقف باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي إن كان من الأوقاف الملحقة، ويقصد بالوقف الملحق هو الذي يديره متولٍ ومشروط صرف غلته أو جزء منها على المؤسسات الدينية والخيرية، ويشمل الوقف الذري الذي يديره متولٍ ومشروط صرف غلته إلى من يعينهم الواقف من ذريته أو من غيرهم. وكذلك الوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف. كما يسجل الوقف باسم دائرة الأوقاف إذا كان من الأوقاف المضبوطة مع ذكر شروط الواقف. ويقصد بالأوقاف المضبوطة هو الوقف الصحيح الذي لم تشترط التولية عليه لأحد أو انقطعت فيه شروط التولية، والوقف غير الصحيح، أو الوقف الذي مضت على إدارته خمس عشرة سنة من قبل الإدارة الوقفية وأوقاف الحرميين الشريفيين، أو أعيان الجهات الخيرية الآيلة للأوقاف وفق مرسوم تصفية الوقف الذري.

وإن تسجيل الحجة الوقفية تتم في مديرية التسجيل العقاري المختصة على وفق أحكام المواد من (٢٥٦ - ٢٦٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، فإن ما تصدره هذه المديرية من سندات عقارية للأعيان الموقوفة تعد سنداً رسمياً معتبراً من الناحية القانونية، وحجة على الناس لما دون فيه من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن

(١) المحامي هادي عزيز علي، نزاعات دواوين الأوقاف وأيلولة المال الموقوف، مقال منشور على الموقع .

<https://www.google.com/u> ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٢٠ .

(٢) مقابلة مع مدير قسم القانونية / دائرة أوقاف كربلاء، تاريخ المقابلة: ٢٠٢٤/١٢/٢١ .

في حضوره، وقد عد القانون سجلات التسجيل العقاري من قبيل السندات الرسمية. وسند التسجيل العقاري الذي اعتبرته النصوص القانونية سنداً رسمياً لا يجوز الطعن به إلا إذا كان مزوراً<sup>(١)</sup>.

لكل ذلك ندعو المشرع العراقي إلى تقرير شكلية معينة لإثبات الوقف من ذلك وجوب الإشهاد أمام المحكمة الشرعية بهدف توثيق الوقف ومنع التصرف به من قبل الورثة أم غيرهم في حال لم تراع مثل تلك الشكلية.

أما موقف القضاء العراقي من انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام، يمكن بيان موقف القضاء العراقي في شأن انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل إلى الخلف العام سواء كان وارثاً أم موصى له بجميع المال، عبر عرض مجموعة من القرارات القضائية المتعلقة بالمسائل الخاصة بالعقار الموقوف غير المسجل، مع التأكيد على الفكرة الأساسية من أن تسجيل الوقف في دائرة التسجيل العقاري هي للإثبات وليس للانعقاد، وإمكانية إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات. وهو ما يتضح لنا من قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه "يثبت الوقف الخيري للعقار بالبينة الشخصية ويجب الحكم به استناداً لها".

وقضت بأنه: (تقضي المحكمة الشرعية بانعقاد الوقف المقبرة بمجرد القول ويعد الدفن فيها بإذن المالك تسليمًا لذا لا يحتاج لزوم وقفها إلى التسجيل أو تسليم إلى متول كما لا يجوز إلغاؤها ولا يباح قلبها إلى عرصة أو بستان، كما لا يجوز الانتفاع فيها بغير الصورة التي وجدت من أجلها)<sup>(٢)</sup>.

وقضت أيضاً بأنه: (إذا كانت العقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري وقد ثبتت من الشهادات والكشف أنها موقوفة وأن وارداتها تصرف لطلاب العلوم الدينية والفقراء في المدرسة التي استخرجت من تلك العقارات فتكون هذه العقارات موقوفة)<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### أثر الأحوال الطارئة على مصير العقار الموقوف غير المسجل

(١) المادة (٢٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ الناقد والمعدل .

(٢) قرارها رقم ٢٣٤/هيئة عامة أولى/١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٥. أشار إليه مصطفى محمد جميل، المصدر السابق، ص ٥٧.

(٣) قرارها رقم ٥٢/مستعجل/١٩٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/٥/١٦. أشار إليها: مصطفى محمد جميل، المصدر نفسه، ص ٥٠ و ٦٤.

قد تمر أحوال معينة على العقار الموقوف غير المسجل تؤدي إلى حصول تغيير في العقار الموقوف كالأبعاد والشكل والاستعمال وهذه الأحوال تكون بفعل الواقف أو خلفه كالتوحيد والإفراز تارة، فالتوحيد ناتج من أن عقاراً جديداً سيلحق بالعقار الموقوف وعليه فإن العقار الموقوف سيقدم خدمة أكبر للموقوف عليهم، ومثال ذلك إلحاق العقار المجاور بالعقار الموقوف المتخذ مدرسة أو مستشفى أو أي منشأة تقدم خدماتها إلى الجهة التي حددها الواقف عند إجرائه الوقف<sup>(١)</sup>.

ولكن هل النصوص القانونية تسمح بذلك ان كل من التوحيد والإفراز الخاص بالعقارات الموقوفة مع غيرها من العقارات مشمولة بمجموعتين من الإجراءات؛ الأولى: الإجراءات الخاصة بالتوحيد والإفراز الواردة في النصوص الإجرائية في قانون التسجيل العقاري إذ لا بد من توفر الشروط الخاصة بالتوحيد والإفراز المذكورة في قانون التسجيل العقاري باعتبار القانون الذي ينظم كل احوال العقار ومنها التوحيد والإفراز<sup>(٢)</sup>.

أما المجموعة الثانية فهي الإجراءات والشروط الموجودة في القوانين التي تتعلق بالوقف كالقانون المدني وقانون ادارة الأوقاف وغيرها، ولكننا وعبر اطلاعنا على هذه القوانين لم نجد نصوصاً تجيز أو تمنع التوحيد والإفراز، لذلك يعول بالدرجة الأولى على النصوص الخاصة بالتوحيد والإفراز الواردة في قانون التسجيل العقاري.

وفي هذه الحال ستكون ملكية العقار إلى الجهة المستملكة ولكن بعد توفر الشروط، أهمها التعويض العادل وأن يكون من أجل المنفعة العامة<sup>(٣)</sup>.

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الأول: الأحوال الخاصة بفعل الواقف أو خلفه، والفرع الثاني: الأحوال الخاصة بفعل الدولة.

## الفرع الأول

### الأحوال الخاصة بفعل الواقف أو خلفه

(١) محكمة شرعية كربلاء (القاضي السيد هـ.ع)

طالبوا الحجة - (ج.ب.ح) و (ش.ح.ب.ع) و(ح.ح) حضر أمام هذه المحكمة (ج.ب.ح) و (ش.ح.ب.ع) و (ح.ح) المعروفين الذات بشهادة شهود التعريف السيد (ع.ح.ع) و (ع.م) فقد وجدوا في حال تصح منهم الاقارير الشرعية وافادوا قائلين نطلب تسجيل ووقفينا على الوجه الاتي: (وقفنا وخذنا وابدنا وسبلنا وتصدقنا قرابة إلى الله تعالى وطلباً لمرضاته وهو ملكنا وتحت تصرفنا مجموع الأرض وتامم البناء على القطعة المرقمة (٩٥/١)مقاطعة (٢٤) العباسية الشهيرة بحسينية بني حسن / فرات اوسط على ان تكون حسينية بنزول عزاء موكب عشائر بني حسن الفرات الاوسط ولنزول زائريهم في زيارة الأربعين وتكون في سائر الايام معدة لنزول الزائرين من بني حسن سكنة ابو نفاش ومجاوريهم عشيرة الاحياد وبني سالم ولنزول المشيعين لجناز بني حسن واقامة الفواتح فيها واقامة ذكريات أهل البيت (ع) في الوفيات والمواليد واقامة التعازي الحسينية .....). حجة وافية صادرة من المحكمة الشرعية في كربلاء / عدد الحجة ٦١/١٠ ، رقم السجل ٣٥ ، صحيفة ٢٤٦. (حجة غير منشورة).

(٢) تنظر المواد: (٢٨٣-٢٨٩) و (٢٩٨-٣٠٤) قانون تسجيل عقاري.

(٣) مجموعة من الشروط والاجراءات التي نص عليها قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل.

## أولاً: توحيد العقار الموقوف

التوحيد لغةً مصدر من: وحد يوحد توحيداً، إذا أفردته وجعله واحداً، أي جعل الشيء واحداً<sup>(١)</sup>. وفي الشرع التوحيد: الإيمان بالله تعالى وحده لا شريك له وتجريد الذات الإلهية عن كل ما يتصور في الأفهام ويتخيل في الأوهام والأذهان<sup>(٢)</sup>. قوله تعالى {شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَانِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ}<sup>(٣)</sup>.

إما اصطلاحاً فقد عرفه بعض فقهاء القانون (أحد الأعمال المادية أو الفعلية التي يقوم بها المالك بعقاراته بإرادته في الغالب والتي تتناول الوضع المادي للعقارات دون أن تؤثر في المركز القانوني للمالك)<sup>(٤)</sup>. وعرفه آخر: (دمج وحدات عقارية من صنف واحد والمتصلة ببعضها وجعلها وحدة عقارية واحدة)<sup>(٥)</sup>.

ولبيان موضوع توحيد العقار الموقوف مع عقار آخر، فلا بد أولاً من بيان الموقف الفقهي لهذا التوحيد، ومن ثم بيان الموقف القانوني من ذلك. وذلك بتقسيم الفرع على الفقرتين الآتيتين:

### ١- الموقف الفقهي الإسلامي من توحيد العقار الموقوف:-

لو رجعنا إلى موقف الفقه الإسلامي من مسألة توحيد العقار الموقوف لنجد أن هذه المسألة لم تغب عن الفكر الفقهاء المسلمين الذين بدورهم قسموها على اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهم القائلون بالجواز، إذ تبنى هذا الاتجاه بعض الفقهاء المسلمين الذين قالوا بجواز توحيد العقار الموقوف متى ما تحققت المصلحة المطلوبة منه سواء وقع هذا التوحيد من قبل الواقف نفسه أم من قبل غيره وسواء كان هذا الغير هم خلفه الخاص أو العام أم غيرهم أم الحاكم<sup>(٦)</sup>.

ولو رجعنا إلى الفقه الحنفي نجد أنه أشار إلى مسألة ما إذا تم الاتحاد بين الواقف والموقوف عليه وتعدد المال الموقوف فإنهما يعدان وقفاً واحدة كأن يقوم شخص الوقف داره وبستانه على مدرسه<sup>(٧)</sup> واجاز الاحناف صرف بعض منها عماره بعض آخر ويمثلان في ذلك ما لو قال الواقف هذه داري لعمارتها وبستاني لمدرسيها خدميها وإن كانوا يقولوا بأن الأصل فيه عدم الجواز إلا أنهم أجازوا ذلك للحاكم واستصواب أهل الصلاح، وحجتهم في ذلك بأن غرض الواقف كان إحياء وقفه فيصح ذلك؛ لأن

(١) ابن منظور الأنصاري محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، مصدر سابق، ص ٤٤٨.

(٢) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مصدر سابق، ص ١٠١٦.

(٣) سورة آل عمران: الآية ١٨.

(٤) عبدالله غزالي سلمان، إجراءات التسجيل العقاري، ط ٢، الناشر صباح الانباري، بغداد، ٢٠١٣، ص ١٩٣.

(٥) د. سعيد مبارك، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى: مصدر سابق، (٣٥ / ٨٤).

(٧) الطرابلسي، الإسعاف: مصدر سابق، (٤٩ - ٧٠)؛ المناوي، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف: مصدر سابق،

سابق، (٢ / ٤٤٤ - ٤٤٦)؛ ابن تيمية، مجموع الفتاوى: مصدر سابق، (٣١ / ٨٤ - ٨٨).

المسجد لله والوقف لله ولكن لو اختلف الواقف والموقوف عليه أو اتحد الواقف واختلف الموقوف عليه فهما يعداني وقفاني ولا يجوز صرف أحدهما في الآخر إلا في حالة الضرورة والمصلحة مع مراعاة قصد الواقف<sup>(١)</sup>.

واتفق الحنابلة مع رأي الأحناف في مسألة صحة توحيد الوقف في حالة ما إذا خرب أو عطل واصبح نفعه يسيراً بحيث لا يكاد يذكر، كما أجازوا أيضاً التوحيد في حالة تحقق المصلحة الراجعة<sup>(٢)</sup> مستثنين من ذلك المساجد على رأيين؛ الأول: يرى جواز ذلك في حالة خراب المسجد على أن يتم إنفاق ثمنه على مسجد آخر<sup>(٣)</sup>. والرأي الثاني: عدم الجواز ولكن ينقل آلتها<sup>(٤)</sup>.

الاتجاه الثاني: ويذهب أصحابه إلى القول بعدم جواز توحيد الوقف وعدم جواز استخدام أخذ المقبرة في غير ما وقفت به كتوسعات مسجد فالأصل عندهم أن الوقف لا يباع ولا يغت ولا يوهب ولا يستبدل بل إن هذا الوقف يبقى محبوساً على ما وقف عليه ومستدلين فيما ذهبوا إليه إلى إن ابن عمر أنه قال: إن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخبير، فأتى النبي (ص) يستأمره فيها، فقال يا رسول الله، أني أصبت أرضاً بخبير لم أصب مالأقط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال (إن شئت حبست أصلها، وتصدققت بها) قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدقق بها في الفقراء<sup>(٥)</sup> إذ اكتشف من هذا الحديث ان الوقف لا يباع ولا يوجد استثناء، فقد ذهب الشريبي إلى القول (والأصل فيها أن شروط الواقف مرعية، ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف)<sup>(٦)</sup>. وذهب الشافعي إلى عدم جواز توحيد الوقف في أي حال من الأحوال سواء كانت العين موقوفة مسجداً أم غيرها كالمدرسة فإن خربوا انتقل أهلها من حولي واستغنوا عنه؛ لأنه ما يزال الملك لله تعالى فلا يعود إلى غيره ثانية إلا أنهم تطرقوا إلى مسألة الآلات الوقف ونقضه وغلته فينظر فإن توقع عودته حفظ له وإلا صرف لجهة أخرى مماثلة<sup>(٧)</sup> إذا ما اقتنع بذلك الحاكم؛ لأنهم يرون أن نقص المسجد وغلته<sup>(٨)</sup> وآلاته تُصرف إلى مسجد آخر والله مذهب المالكية الذين رأوا عدم جواز المناقلة والتوحيد بأي حال من الأحوال حسب رواية ابن المواز وغيره وهناك رواية للحنابلة يقول ما في عدم جواز التوحيد في الأوقاف إذا كان في ساحة للسكن أو كانت الأرض تابعة للمسجد.

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، مصدر سابق، (٥ / ٢٣٤). ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٤ / ٣٦٠ - ٣٦١). السبكي، فتاوى السبكي، مصدر سابق، (٢ / ١٨٩ - ١٩٠). المرادوي، الإنصاف ، مصدر سابق، (١٦ / ٥٢٩).

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٨ / ٢٢٣).

(٣) ابن قدامة، المغني: مصدر سابق، (٨ / ٢٢٣). البهوتي، الاقناع، مصدر سابق، (٤ / ٢٩٣).

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، (٣١ / ٢١٤).

(٥) ابي عبدالله محمد بن يزيد القزويني(ابن ماجة)، السنن- ج ١، دار احياء الكتب العربية، دبت ، حديث رقم ٢٣٩٦

(٦) ابن قدامة، المغني ، مصدر سابق، (٣ / ٥٤٠).

(٧) البغوي الشافعي، التهذيب ، مصدر سابق، (٤ / ٥٢٤).

(٨) المناوي ، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف، مصدر سابق، ص ١٥٤.

ويذهب المالكية إلى عدم جواز المناقلة أو التوحيد بأي حال من الأحوال على ما روى عنه ابن المواز وغيره<sup>(١)</sup>.

وفي رأي آخر للحنابلة عدم جواز التوحيد في الأوقاف، فلا يبنى في أرض المسجد شيء إذا كان فيه سرحة للسكن فيها، إذا كانت الأرض تابعة للمسجد، بل تبقى توسعة للمسجد يصلى فيها عند كثرة الناس، ولا يؤخذ منها شيء، بل تبقى سعة للمسجد، أي المقصود أن سرحة المسجد ورحبته تبقى سعة له<sup>(٢)</sup>.

وذهب فقهاء المذهب الإمامي في رأي لهم إلى عدم جواز تغيير وجهة وقف وسبله ما دام عامراً<sup>(٣)</sup>، وفي رأي آخر وإن كان أنفع<sup>(٤)</sup>.

وعليه فمن الممكن القول: إن الوقفيات المهمة المهجورة وغلتها يمكن أن تجمع فيما يخص كل جهة على حدة، أي جمع ثمن المساجد الخربة والغلات الموقوفة عليها وفائض غلات المساجد القائمة في إناء واحد، ويقال مثل ذلك في المدارس وهكذا كل نوع على حدة؛ لتشكل وحدة واحدة يصرف منها على مصالح تلك الجهة، ويديرها إدارة واحدة، مثلها في ذلك مثل بيت المال تجمع فيه الزكاة والخراج والعشور.

وأخيراً فإنه يفترض في الذي يقدم على الوقف الجهة خيرية أن يكون له مقصدان:

**الأول، قريب:** يتمثل في الإحسان إلى الجهة التي وقف عليها ودعمها كنشر العلم من عبر وقف مدرسة أو مكتبة، أو الوقف عليهما، **والثاني، عام بعيد:** وهو رجاء الثواب من الله تعالى عبر هذه الصدقة الجارية، وهذا المقصد الأخير يتحقق في جميع أوجه القرب بينما لا يتحقق المقصد الأول إلا من عبر الجهة التي خصها بصدقته.

## ٢- الموقف القانوني من توحيد العقار الموقوف:-

لا شك في أن مسألة التوحيد تطرح فيها فرضيات أهمها:

أن يدمج العقار الموقوف مع عقار آخر موقوف يعود للمالك نفسه، أن يدمج العقار الموقوف مع عقار آخر، ووقف يعود لمالكين مختلفين، أن يدمج العقار الموقوف مع عقار آخر غير موقوف يعود لمالكين مختلفين وعموماً لو رجعنا لموقف نفسه، أن يدمج العقار الموقوف مع عقار آخر غير موقوف يعود لمالكين مختلفين وعموماً لو رجعنا لموقف التشريعات المقارنة نجد أنه لدى الاطلاع على قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦

(١) أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ج٢، دار المعرفة، لبنان، بيروت، ٢ / ١٥٠. أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليعقوبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، مصدر سابق، (٢ / ٢٩٢).

(٢) عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى، ج٣٠، إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، (٨٤-٨٣/٣٠).

(٣) الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، (٣٠٠/٣). المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢٧٠/٢)، العلامة الحلي، الحلي، تحرير الأحكام مصدر سابق، (٢٧٩/٢).

(٤) أحمد ابن إدريس الحلي، كتاب السرائر، مؤسسة النشر الإسلامي، ط٢، ١٤١٠هـ، (٣/١٥٣).

المعدل، لم نجد أي نص يجيز أو يمنع توحيد العقار الموقوف مع عقار آخر، والحال نفسه في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة العراقي رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.

أما قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، فقد جاء بنصوص عامة فيما يتعلق بتوحيد العقارات وفرزها في الحالات التي أجازها القانون، من دون الإشارة صراحة إلى توحيد العقارات الموقوفة، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٤٢) منه على أنه: (عند توحيد العقارات المترتبة لها أو عليها حقوق ارتفاق مختلفة ينتقل تسجيل جميع هذه الحقوق إلى العقار الموحد). كذلك ما نصت عليه المادة (٢٩٨) من القانون المذكور إذ جاء فيها على أنه: (١- يسجل توحيد الوحدات العقارية من صنف عقاري واحد والمتصلة ببعضها وجعلها وحدة عقارية واحدة بشرط ان تعود لمالك واحد أو ان يكون لجميع الشركاء أنصبة فيها إذا كانت شائعة. ٢- يشترط أن يكون التوحيد حاصلًا فعلاً في الوحدات العقارية المراد توحيدها. ٣- تنتقل حقوق الارتفاق التي للعقارات الموحدة و عليها إلى الوحدة العقارية الجديدة)<sup>(١)</sup>.

يعني بموجب قانون تسجيل العقار لا يجوز توحيد العقار الموقوف مع عقار آخر إلا أن يكون المالك نفسه (الواقف) فيقوم الواقف بإنشاء حجة وقف جديدة وإلغاء القديمة ويتم إدخال العقار الجديد في الوقف. أما إذا كان المالك مختلفاً في العقار الموقوف عن العقار الجديد ففي هذه الحالة يقوم مالك العقار الجديد بإنشاء حجة وقف ومن ثم نكون أمام حجتين لوقف عقارين<sup>(٢)</sup>.

ويرى الباحث ضرورة تعديل النصوص القانونية الخاصة بالتوحيد: (عقار موقوف وعقار جديد) طالما أن ذلك في مصلحة الوقف وإن أهم هذه النصوص النص الخاص بملكية العقار الذي يوجب أن يكون مالك العقارين هو نفس الشخص فيمكن إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة (٢٩٨) تسجيل عقاري وهي: (٤- تستثنى حالة الوقف من الشروط أعلاه بالقدر الذي يحقق المنفعة العامة).

وبالعموم يمكن القول اننا سبق وأن أوضحنا موقف المشرع العراقي من تسجيل العقار الموقوف والأمر نفسه نكرره هنا فنقول: إن العقار الموقوف غير المسجل وإن كان من الناحية الشرعية وفقاً إلا أنه من الناحية الفعلية يعد ملكاً خاصاً لورثة الواقف ما دام غير مؤثر حجة الوقف في سجلات العقار أو إن الوقف على علم بها ما يعني بإمكانية إجراء كلفة التغييرات على قيد العقار ومنها التوحيد متى تحققت شرائطها القانونية ولكن هذا برأي الباحث يعد احتيالياً على القانون ومتى ما علمت به جهات اوقف فبإمكانها بعد ثبوت الوقف الاعتراض على التوحيد وإعادة وضع العقار لما كان عليه.

(١) ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى القول بأن (لا يمكن المساس بالعقار الموقوف وفقاً خيراً بعد وقفه وتسجيله بأي تصرف آخر ينفي عنه صفة كونه عقاراً موقوفاً وفقاً خيراً لأن المالك بقيامه بوقف العقار وفقاً خيراً مؤبداً) رقم القرار ١٣٢/١٣١/١٣٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨- <https://www.sirwanlawyer>، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٤/١٢/١٠.

(٢) مقابلة مع الأستاذ الحقوقي مدير دائرة التسجيل العقاري في كربلاء / الجزيرة ٢، تاريخ المقابلة: ٢٠٢٤/٥/١٣.

أما فيما يخص قانون الأوقاف الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية وتعديلاته بموجب القانون المعدل رقم (٣١) لسنة ٢٠١٢، فلم يرد فيه نص يجيز أو يمنع توحيد العقار الموقوف مع عقار آخر.

لكن بالرجوع إلى القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، نجد، أنه أشار إلى عدم جواز التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على عدم جواز التوحيد أو المناقلة في الأوقاف في القانون المذكور، وذلك في نص المادة (١٢٣٩) بقولها (لا يجوز التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه).

والحال نفسه فيما يخص قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ كما لا توجد أي إشارة في القانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري المصري.

وعموماً فإن موقف هذا القانون واضح من أن التسجيل لا بد منه، ومن ثم لا يمكن القول بإمكانية التلاعب أو الاحتيال عن وضعية العقار الموقوف أما مسألة التوحيد للعقار الموقوف فإنه يترك للظروف خاصة إذا تم دمج العقار الموقوف مع عقار موقوف آخر يعود للمالك (الواقف) نفسه.

#### ثانياً: إفراز العقار الموقوف

الفرز لغة بمعنى القسمة، وأفرزته إذا قسمته، وبمعنى آخر عزل شيء عن شيء وتمييزه<sup>(١)</sup>. أما تعريف الفرز في الاصطلاح: فقد استعمله الفقهاء في المعنى اللغوي نفسه. وإن المشرع العراقي لم يعرف الفرز في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، وإنما نظم أحكام الفرز في قانون التسجيل العقاري ولكن عرفه بعض الكتاب في القانون على أنه: (تجزئة العقار المسجل إلى جزأين أو أكثر من غير أن يحصل تغيير في حقوق الملكية وعلى أن تتوفر في كل جزء مفرز أوصاف الوحدة العقارية)<sup>(٢)</sup>، وعرفه آخر: (تجزئة الوحدة العقارية إلى جزأين أو أكثر من دون أي تغيير في حقوق الملكية العقارية)<sup>(٣)</sup>، وعرفه آخر: (تجزئة الوحدة العقارية المسجلة في السجلات العقارية إلى جزأين أو أكثر من دون تغيير في حقوق الملكية العقارية وبالشروط التي حددها القانون)<sup>(٤)</sup>.

أما تعريف القسمة في اللغة فتعني النصيب، وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء متميزة، وقد تكون بالإفراز، وقد يقصد بها بيان الحصص من دون إفراز كما في المهैयाة<sup>(٥)</sup>. والمشرع العراقي عرف القسمة: (هي تعيين حصة الشريك في العقار المسجل على سبيل الشيوغ)<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٠، ص ٢١٧.

(٢) عبد الله غزاي سلمان، إجراءات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٣) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٤) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

(٥) ابن منظور، لسان العرب، ج ١١، ص ١٢٢.

(٦) المادة (٢١٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

وتستعمل القسمة في الملكية المفترزة والملكية الشائعة، ويستعمل الإفراز في الملكية المفترزة، وإن الغرض من الإفراز أو أهمية الإفراز لكي يتم توزيع الوقف على المستحقين، وكذلك ليتم بيع الجزء المفترز أو استثماره.

إن الواقف أو خلفه يلجأ إلى الإفراز عندما تحصل تغييرات في المنطقة أو في استعمال العقار كأن تتحول المنطقة من سكنية إلى تجارية أو تحول المنطقة إلى سكنية بعد أن كانت زراعية (وهذا أكثر ما يحصل في الحياة العملية) لذلك يلجأ الواقف أو خلفه إلى إفراز العقار الموقوف إلى أكثر من عقار؛ وذلك من أجل الحصول على الزيادة الكبيرة في ثمن العقار<sup>(١)</sup>.

ومن أجل بيان ذلك سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين؛ إذ نكرس الفقرة الأولى في حكم فرز العقار الموقوف إلى عقارين أو أكثر في الفقه الإسلامي، ونخصص الفقرة الثانية إلى حكم فرز العقار الموقوف إلى عقارين أو أكثر في القانون.

#### ١- الموقف الفقهي الإسلامي من فرز العقار الموقوف:-

المطالع على موقف الفقهاء المسلمين يرى أن الفقهاء لا يعرفون مصطلح الفرز أو الإفراز كما تعرفه التشريعات العقارية الحالية وهو تجزئه العقار إلى عقارين أو أكثر حسب الأحكام والأوضاع التي تسمح بالتشريعات القانونية القائمة.

ومع ذلك قد لمسنا مصطلح تقسيم مثل هذا العقار أنه قريب من مصطلح الإفراز، عرفه الفقهاء المسلمون وهو مسألة تقسيم العقار الموقوف على عدة أشخاص وبحسب الحاجة أو الحجة الوقفية للواقف.

فإن الفقهاء المسلمين في هذه المسألة مختلفين؛ إذ ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب اتباع شرط الواقف في قسمة موقوف على الموقوف عليهم من تسويه أو تفضيل أو تقديم فإن كان الموقوف داراً للسكنى مثلاً أو أرضاً زراعية وكانتا لا تستوعبان الموقوف عليهم فقد ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية<sup>(٢)</sup> إلى عدم جواز قسمة أعيان الوقف بين هؤلاء المستحقين ما يعني ذلك بأن الموقوف عليه له في العين الموقوفة وإنما ينصرف حقه في منفعة الوقف فمتى ما جازت القسمة على الموقوف عليهم جائزه قسمه المنافع. وقال أحناف عند المشهور لديهم أن الملك في الوقف إنما يكون الموقوف عليه أفصل الأحناف في ذلك فقالوا لا تصح القسمة وإنما ينتهاياً بين الموقوف عليهم، وقد اختلف الفقه المالكي في هذه المسألة بين الاعتداد بين قسمة الوقف وقسمة المهايأة قد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أما الحبس - أي الوقف - فاعلم أنه لا يجوز قسم رقابه اتفاقاً، وأما قسمته للاغتلال بأن يأخذ هذا كراءه شهراً مثلاً والآخر

(١) مقابلة مع الحقوقي مدير دائرة التسجيل العقاري في كربلاء، الجزيرة ٢، تاريخ المقابلة: ٢٠٢٤/٥/١٣.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، (٦ / ٢١٩). بن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، (٣/٣٦٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٤/٧٥)، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، (٥/٣٤٢)، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، (٤٤٩/١).

كذلك فقيل: يقسم ويجبر من أبى لمن طلب، وينفذ بينهم إلى أن يحصل ما يوجب تغيير القسمة بزيادة أو نقص يوجب التغيير، وقيل: لا يقسم بحال وهو ما يفيد كلام الإمام مالك في المدونة، وقيل: يقسم قسمة اغتلال بتراضيهم، فإن أبى أحدهم القسمة لا يجبر عليها، واستظهر الحطاب القول الثالث، وسواء على ما استظهره قسم قسمة اغتلال أو قسمة انتفاع بأن ينتفع كل واحد بالسكنى بنفسه أو بالزراعة بنفسه مدة، وإن كانت الأقوال الثلاثة إنما هي في قسمة الاغتلال<sup>(١)</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن مسألة قسمة الوقف بين أربابه لا تصح بالمطلق بما فيه تغيير لشروط الواقف وإن جاز لديهم المهايأة إن رضي بها الموقوف عليهم وعند إتفاقهم يجوز قسمة العين الموقوفة على الموقوف عليهم لأن ملكية الوقف لهم إلا إنهم اختلفوا في مسأله هذا التقسيم في حالة كون الوقف منصباً على جهة واحدة فقد جاء في شرح منتهى الإرادات<sup>(٢)</sup>: يصح قسم موقوف ولو كان موقوفاً على جهة واحدة واختاره صاحب الفروع، قال عن شيخه تقي الدين: صرح الأصحاب بأن الوقف إنما تجوز قسمته إذا كان على جهتين، فأما الوقف على جهة واحدة فلا تقسم عيه قسمة لازمة اتفاقاً لتعلق حق الطبقة الثانية والثالثة، لكن تجوز المهايأة بلا مناقلة، ثم قال: والظاهر أن ما ذكره شيخنا عن الأصحاب وجه، يعني كغيره من الوجوه المحكية، قال: وظاهر كلام الأصحاب أنه لا فرق بين كون الوقف على جهة أو جهتين، وفي المنهج: لزومها إذا اقتسموا بأنفسهم، ومعلوم أن قسمة المهايأة التي يقول بها جمهور الفقهاء إنما تكون إذا كانت على قوم أو جماعة معينين.

وعند الإمامية فإن كان الوقف مشتركاً مع الملك المطلق فيجوز قسمته وذهبوا إلى جواز القسمة في حالة تعدد الواقف والموقوف عليه أو اتحد الواقف مع تعدد الموقوف عليه<sup>(٣)</sup>.

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، (٧٥/٤).

(٢) البيهوتي، منتهى الارادات، مصدر سابق، (٥٥٠/٣).

(٣) جاء في منهاج الصالحين للسيد السيستاني (٤١٨/٢) (مسألة ١٥٧٥: إذا كانت العين مشتركة بين الوقف والملك المطلق جازت قسمتها بتمييز الوقف عن الملك المطلق ويتولى القسمة المالك للطلق ومتولى الوقف، بل الأقوى جواز القسمة إذا تعدد الواقف والموقوف عليه كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوق كل منهما نصفه المشاع على أولاده، وكذا إذا اتحد الواقف مع تعدد الموقوف عليه كما إذا وقف مالك الدار نصفها على مسجد ونصفها الآخر على مسجد آخر، وأما إذا اتحد الواقف والموقوف عليه فالظاهر عدم جواز القسمة إلا مع اشتراطها من قبل الواقف عند وقوع التشاح بين الموقوف عليهم أو مطلقاً، نعم يجوز تقسيمه بمعنى تخصيص انتفاع كل قسم منه ببعض الموقوف عليهم ما لم يكن ذلك منافياً لشرط الواقف، فإذا وقف أرضاً زراعية مثلاً على أولاده وكانوا أربعة جاز لهم اقتسامها أرباعاً لينتفع كل قسم منها، فإذا صار له ولد آخر بطلت القسمة وجاز اقتسامها أخماساً، فإذا مات اثنان منهم بطلت القسمة وجاز اقتسامها أثلاثاً وهكذا) مسألة ١٥٧٦: (لا يجوز تغيير عنوان العين الموقوفة إذا كان ظاهر الوقف إرادة بقاء عنوانها سواء فهم ذلك من كفيته كما إذا وقف داره على السكنى فلا يجوز تغييرها إلى الدكاكين أم فهم من قرينة خارجية، بل إذا احتمل ذلك ولم يكن اطلاق في إنشاء الوقف لم يجز ذلك، نعم إذا كان اطلاق في إنشاء الوقف جاز للولي التغيير فيبدل الدار إلى دكاكين والدكاكين إلى دار وهكذا، وقد يعلم من القرينة إرادة بقاء العنوان ما دام له دخل في كثرة المنفعة فيحننذ لا يجوز التغيير ما دام الحال كذلك، فإذا قلت المنفعة جاز التغيير). جاء في منهاج الصالحين للسيد الحائري- المسألة ١٣ (إذا كانت العين مشتركة بين الوقف والملك المطلق جازت قسمتها بتمييز الوقف عن الملك المطلق، ويتولى القسمة المالك للطلق ومتولى الوقف، بل الأقوى جواز القسمة إذا تعدد

## ٢- الموقف القانوني من إفراز العقار الموقوف:-

إفراز وفقاً للنظام العقاري العراقي يعني تجزئة العقار إلى أكثر من وحدة عقارية وفقاً للضوابط القانونية سواء أكانت لملك واحد أم لشركاء، وسواء أصبحت ملكية الوحدات لذات المالك أم لأكثر من مالك. وقد تعلق الأمر بموضوع دراستنا فإن إفراز العقار الموقوف يعني تجزئته لأكثر من عقار، وهذا الأمر يكون في فرضيات عدة، أهمها كون العقار الموقوف مشاعاً مع مالكين آخرين ليسوا ضمن الواقفين كأن يكون العقار مشاعاً أو عائداً لملك واحد، وتم وقف نصيب الشريك في العقار الشائع أم جزء من العقار العائد لمالك واحد وبعدها اقتضى الأمر فرز العقار الموقوف عن بقية الإجراءات، أو قسمة العقار المشاع بما فيه نصيب الوقف.

لاشك أننا لو رجعنا إلى أحكام القانون العقاري لم نجد أية إشارة إلى هذه المسألة، ومع ذلك فلو مررنا سريعاً بالقوانين النافذة نجد أنه لدى الاطلاع على قانون إدارة الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل، لم نجد أي نص يجيز أو يمنع فرز العقار الموقوف إلى عقارين أو أكثر، أما فيما يخص قانون التسجيل العقاري فنص في المادة (٢٨٣) منه (يسجل إفراز الوحدة العقارية المسجلة إلى جزأين أو أكثر من دون أي تغيير في حقوق الملكية العقارية بشرط توفر ما يأتي ١- أن يكون الإفراز حاصل فعلاً في الوحدة العقارية ٢- أن يكون لكل جزء مفرز أوصاف وميزات الوحدة العقارية بموجب أحكام هذا القانون). أي إنه أجاز الإفراز بالشروط التي تم ذكرها في هذه المادة<sup>(١)</sup>.

الواقف والموقوف عليه، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما نصفه المشاع على أولاده، وكذا إذا اتحد الواقف مع تعدد الموقوف عليه كما إذا وقف مالك الدار نصفها على مسجد ونصفها على مشهد، وكذا إذا اتحد الواقف والموقوف عليه إذا لم تكن القسمة منافية للوقف، كما إذا وقف أرضاً على أولاده وكانوا أربعة فإنه يجوز لهم اقتسامها أربعاً، فإذا صار له ولد آخر بطلت القسمة وجاز اقتسامها أخماساً، فإذا مات اثنان منهم بطلت القسمة وجاز اقتسامها أثلاثاً، وهكذا). مسألة: ١٤ (لا يجوز تغيير العين الموقوفة إذا علم من الواقف إرادة بقاء عنوانها، سواء فهم ذلك من كيفية الوقف كما إذا وقف داره على السكنى فلا يجوز تغييرها إلى الدكاكين، أم من قرينة خارجية، بل إذا احتل ذلك ولم يكن إطلاق في إنشاء الوقف أشكل ذلك) ١. (نعم، إذا كان إطلاق في إنشاء الوقف جاز للولي التغيير والتبديل، فيبدل الدار إلى دكاكين والدكاكين إلى دار، وهكذا، وقد يعلم من حال الوقف إرادة بقاء العنوان مادام له دخل في كثرة المنفعة، فحينئذ لا يجوز التغيير مادام الحال كذلك، فإذا قُلت المنفعة جاز التغيير).

(١) ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في القرار المرقم/ ٢١٤ت/حقوقية/ أستملاك ٢٠١٣/ في تاريخ : ٢٠١٣/١١/١٠ إلى القول بان (أن طلب الأستملاك ينصب حول مبادلة عقار موقوف بأخر مثله وهذا التصرف لا يخضع لقانون الإستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ وإنما يخضع لتعليمات إستبدال الموقوفات رقم (١) لسنة ١٩٧٠ الصادر بموجب قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ وحسب الأله المرسومه فيه.

اقام المستمك (المميز) الدعوى البدائية المرقمة ١١٩ب/س/ ٢٠١٣ وطلب من المحكمة استملاك تمام سهام الوقف في العقار المرقم (٥) وبعد ان جرت المرافعة الحضورية العلنية بتاريخ ٢٠١٣/١٠/١٣ قررت محكمة البداء رد دعوى المستمك ولعدم قناعة المميز بالقرار هذا فقد طعن به تمييزاً بتاريخ ٢٠١٣/١٠/٢١ ووضعت الاضبارة موضع التدقيق والمداولة. القرار: لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على قرار الحكم المطعون وجد انه صحيح من حيث النتيجة فقد وجد من وقائع الدعوى أن طلب الأستملاك ينصب حول مبادلة

ومع ذلك فمن وجهة نظر الباحث يمكن القول بأن مسألة إفراز العقار الموقوف يمكن أن تكون غير الفرضيات الآتية:

أ- أن يكون العقار الموقوف مشاعاً مع ملاك آخرين من غير الواقف، فهنا يكون الإفراز وفقاً للقواعد العامة، إما من طريق التراضي وهو القسمة الرضائية أو من طريق التقاضي وهي القسمة القضائية<sup>(١)</sup> متى تحققت شرائطها ولكن إن لم تتحقق فيصير إلى البيع، وهنا سنكون أمام مسألة استبدال الوقف وهو ما أشرنا إليه سابقاً<sup>(٢)</sup>.

ب- وقد يكون العقار الموقوف هو أسهما من عقار كامل يعود لمالك واحد، كأن يقوم شخص بوقف نصف عقاره وهنا إن أمكن الفرز وفقاً للضوابط المشار إليها أعلاه فلا مانع بذلك على وفق إجراءات الفرز القانونية<sup>(٣)</sup>.

عقار موقوف بأخر مثله وهذا التصرف لا يخضع لقانون الإستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ وإنما يخضع لتعليمات إستبدال الموقوفات رقم (١) لسنة ١٩٧٠ الصادر بموجب قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ وحسب الآله المرسومه فيه وكان على المحكمة رد الدعوى لهذا السبب إلا أنها ردت الدعوى لسبب آخر فيكون قرارها صحيحاً من حيث النتيجة قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٣/١١/١٠ .

(١) نصت المادة (١٠٧١) من القانون المدني العراقي على انه "١ - للشركاء اذا لم يكن بينهم محجورا ان يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها " بينما المادة (٨٣٥) مدني مصري "للشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فاذا كان بينهم من هو ناقص أهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون". المادة (١٠٧٠) مدني عراقي "لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشبوع بمقتضى نص او شرط ولا يجوز بمقتضى الشرط ان يمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين فاذا اتفق الشركاء البقاء في الشبوع مدة اطول او مدة غير معينة فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين وينفذ شرط البقاء في الشبوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

(٢) نصت المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على انه "تختص محكمة البداية بدرجة اخيرة قابلة للتمييز بالنظر في دعوى ازالة الشبوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما " تقام ازالة شبوع العقار في محكمة بداءة موقع العقار المادة (٣٦) مرافعات مدنية وتقام دعوى ازالة شبوع في المنقول محكمة بداءة موطن المدعى عليه او المحل الذي يختاره الطرفين لإقامة الدعوى المادة (٣٧) مرافعات مدنية .

(٣) مع ملاحظة ان هناك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٢٢) لسنة ١٩٧٧ والذي نص على انه (أولا يجوز إفراز الأراضي الزراعية، وغير الزراعية، والبساتين المملوكة ملكا صرفا لدوائر الدولة، والقطاع العام، والمنظمات الجماهيرية والمهنية، والجمعيات التعاونية لبناء المساكن، والأراضي غير الزراعي، والبساتين الموقوفة وفقاً خيراً صحيحاً، الواقعة ضمن حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية لمدينة بغداد أو البلديات، بما لا يتعارض مع الاستعمالات المقررة لها. ثانياً يمنع إفراز الأراضي الزراعية أو البساتين، مهما كان صنفها، الواقعة خارج حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية لأغراض غير زراعية، وتستثنى من ذلك المشاريع الحكومية، وبما لا يتعارض مع الاستعمالات المقررة لتلك الأراضي، بموجب التصاميم الأساسية، وبعد موافقة وزارة البلديات، أو أمانة العاصمة تبعاً لموقع الأرض ثالثاً يطفأ حق التصرف في الأراضي الزراعية، وغير الزراعية المملوكة للدولة الواقعة ضمن حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية لمدينة بغداد أو البلديات. ويدفع بدل الإطفاء من قبل الجهة المنتفعة منه (تبعاً لموقع الأرض)، وفقاً للقواعد والنسب المنصوص عليها في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦، مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) أولاً) من مادة (١٠) منه. ب- ذا كانت الأرض المطفأ حق التصرف فيها خاضعة لضريبة العرصات، أو كان صاحب حق التصرف فيها قد دفع عنها (أو تحققت عليه بسببها) مبالغ عن أجور تخطيط، أو فرضت عليها أية رسوم باعتبارها أرضاً عقارية، فتضاف

=

المبالغ المدفوعة من قبله فعلاً للأغراض المذكورة إلى بدل الإطفاء، وتشطب الرسوم والضرائب والأجور وفوائدها غير المستوفاة. رابعاً – أ يمنع إفراز الأراضي الزراعية، والبساتين الواقعة ضمن الرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية لأغراض غير زراعية، إذا كانت التصاميم المذكورة تقرر لها استعمالات زراعية، ولا يمنع ذلك من إفرازها لأغراض الزراعة أو البستنة. ب- لا يجوز أية معاملات مصرفية على البساتين والأراضي التي تشير سنداتها، إلى كونها أرضاً زراعية المملوكة ملكاً صرفاً للأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، (باستثناء الجمعيات التعاونية لبناء المساكن) الواقعة ضمن المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم المذكورة تقرر لها استعمالات غير زراعية وتملك إلى الدولة، وتسجل باسم أمانة العاصمة، أو البلديات ذات العلاقة (تبعاً لموقعها)، ويتم التعويض عنها من أراضي الإصلاح الزراعي خارج حدود أمانة العاصمة أو البلديات. وعند تعذر ذلك، أو عدم رغبة صاحبها في التعويض النقدي، على أن يتم تقدير الأرض بالدونم باعتبارها أرضاً زراعية من قبل لجنة مؤلفة من ذوي الخبرة والاختصاص، تشكل بأمر من وزير الزراعة والإصلاح الزراعي، برئاسة ممثل من وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي، وعضوية ممثلين عن وزارتي المالية والبلديات، أو أمانة العاصمة (تبعاً لموقع الأرض)، ويكون قرار اللجنة نهائياً. ج يطبق حكم الفقرة (ب ثالثاً) من هذا القرار، بالنسبة لبديل الأرض، المستملكة. د تقوم وزارة المالية بتخصيص الاعتمادات اللازمة في الميزانية لدفع مبالغ التعويض المستحقة، بموجب الفقرتين (ب) و (ج) من البند (رابعاً) من هذا القرار. هـ تستثنى من الاستهلاك العرصات غير القابلة للإفراز، من حيث مساحتها والقطع غير المشيدة المسجل إفرازها في دوائر التسجيل العقاري للأغراض السكنية أو العمرانية الأخرى (وان أشارت سنداتها إلى كونها أرضاً زراعية) الواقعة ضمن حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية. وتفرض عليها ضريبة خاصة، بنسبة (٥%) خمسة من المائة قيمتها المقدره لأغراض ضريبة العرصات، باستثناء قطعتين سكنيتين ضمن القطر لكل شخص، على أن لا تزيد مساحة القطعة الواحدة، على (٦٠٠) ستمائة متر مربع. وفي حالة الشيوخ، تفرض الضريبة الإضافية على مجموع السهام التي تزيد على مساحة قطعتين سكنيتين لكل شريك. و- تخصص الأراضي والبساتين المستملكة والأراضي المطفأ حق التصرف فيما بمقتضى أحكام هذا القرار لأغراض مشاريع الدولة والقطاع العام، وإقامة المشاريع السكنية العامة، والتصرف بما يفيض عن ذلك، وفق القوانين والأنظمة المرعية خامساً – أ – تسرى الضريبة الإضافية، اعتباراً من ١٩٧٨/١/١ وتزداد على المشمولين بها بنسبة (١%) واحد في المائة سنوياً. ب – تتولى دوائر ضريبة العقار تحقيق وجباية الضريبة المفروضة، بمقتضى هذا القرار لقاء نفقات جباية بنسبة (١٠%) عشرة في المائة مما تم جبايته، ويسجل الباقي إيراداً لحساب أمانة العاصمة، أو البلدية ذات العلاقة، تبعاً لموقع الأرض. سادساً: يجوز إفراز الأراضي المملوكة ملكاً صرفاً للأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة التي تشير سنداتها، إلى كونها أرضاً غير زراعية، إذا كانت واقعة ضمن حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية، وبما لا يتعارض مع الاستعمالات المقررة لها، وتخضع لضعف الضريبة الإضافية المنصوص عليها في البندين / رابعاً / و / خامساً / من هذا القرار حتى يتم إفرازها وشمولها بأحكامهما. سابعاً: تعامل الأراضي الزراعية، وغير الزراعية والبساتين الموقوفة وفقاً ذرياً الواقعة ضمن حدود المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الأساسية لمدينة بغداد، أو البلديات، معاملة الأراضي والبساتين المملوكة ملكاً صرفاً، لأغراض هذا القرار. ثامناً: استناداً إلى حكم الفقرة / أ – ثالثاً / من هذا القرار، تملك الجمعيات التعاونية لبناء المساكن ببديل المثل الأراضي المملوكة للدولة المثقلة بحقوق تصرفية، إذا كانت هذه الحقوق قد انتقلت إلى الجمعيات وسجلت باسمها في دوائر التسجيل العقاري قبل نفاذ قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣/ لسنة ١٩٧٦، على أن تحسم من البديل حصة الجمعيات المذكورة، وفق النسب المعينة في مادة ٥ من القانون المذكور. ويقيد البديل إيراداً لأمانة العاصمة، أو البلدية المختصة، تبعاً لموقع الأرض. تاسعاً: تعتبر باطلّة كافة البيوع الواقعة خارج دائرة التسجيل العقاري المتعلقة بالأراضي المستملكة، والمطفأ حق التصرف، بمقتضى أحكام هذا القرار. عاشراً: تمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناجمة عن تطبيق أحكام هذا القرار. الحادي عشر: يجوز إصدار تعليمات لتسهيل تنفيذ أحكام هذا القرار، تتولى إعدادها لجنة يشكلها وزير العدل، برئاسة مدون قانون، وعضوية ممثلين عن وزارات الزراعة والإصلاح الزراعي والمالية والبلديات، وممثل عن كل من أمانة العاصمة ومديرية التسجيل العقاري العامة، وتنتشر في الجريدة الرسمية، بعد اقتراحها بمصادقة رئيس الجمهورية. الثاني عشر: يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. كما صدر القرار رقم (٩٤٠) لسنة ١٩٨٧ الذي عدل القرار (٨٥٠) لسنة ١٩٧٩ والذي نص على أنه (تعديل الفقرة (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (٨٥٠) ثمانمائة وخمسين المؤرخ في (١٩٧٩/٧/٥)، الخامس من تموز عام ألف وتسعمائة وتسعة وسبعين وتقرأ على الوجه الآتي :

ج- وقد يكون العقار كله وقفاً وكله يعود لمالك واحد فهنا فرضية الإفراز تكون معقدة برأينا، لعدم معقولية الفرز، لكن برأينا لو أمكن الفرز وفقاً للضوابط القانونية وأن تكون هنالك مصلحة محققة للوقف<sup>(١)</sup> إن أمكن ذلك<sup>(٢)</sup>.

علماً أن المشرع العراقي قد اهتم بالإفراز أكثر من التوحيد فأوجد بعض النصوص القانونية التي تجيز وتمنع الإفراز<sup>(٣)</sup>.

والحال نفسه فيما يخص قانون الأوقاف الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية وتعديلاته بموجب القانون المعدل رقم ٣١ لسنة ٢٠١٢ إذ لم يتطرق إلى الإفراز. أما في مصر فلو رجعنا إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد أنها أجازت القسمة على وفق الشروط القانونية<sup>(٤)</sup> أما فيما يخص قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ فنص في المادة (٤٠)

ثانياً: تفرز الأراضي لغرض بناء المساكن المنفردة ضمن المناطق السكنية المحددة في التصميم الأساسي للمدينة إلى قطع سكنية بمساحة لا تقل عن (٢٠٠ م<sup>٢</sup>) في مركز المحافظة ولا تقل عن (٢٥٠ م<sup>٢</sup>) في مركز القضاء ولا تقل عن (٣٠٠ م<sup>٢</sup>) في مركز الناحية. ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

(١) كأن يكون هناك امتيازات ام ضمانات عقارية تستوجب الإفراز.

(٢) إن البند (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٩٤٠) لسنة ١٩٨٧ ، نص (تفرز الأراضي لغرض بناء المساكن المنفردة ضمن المناطق السكنية المحددة في التصميم الأساسي للمدينة الى قطع سكنية بمساحة لا تقل عن (٢٠٠ م<sup>٢</sup>) في مركز المحافظة ولا تقل عن (٢٥٠ م<sup>٢</sup>) في مركز القضاء ولا تقل عن (٣٠٠ م<sup>٢</sup>) في مركز الناحية ان البند (ثانياً) من المادة (الثانية) من تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٩ الصادرة بتسهيل تنفيذ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقمين (٨٥٠) لسنة ١٩٧٩ و(٩٤٠) لسنة ١٩٨٧ قد تضمن ان لا تزيد مساحة القطعة المفترزة المخصصة لبناء المساكن المنفردة عن (٨٠٠ م<sup>٢</sup>) ولا تقل عن (٢٠٠ م<sup>٢</sup>) بالنسبة لمراكز المحافظات و(٢٥٠ م<sup>٢</sup>) بالنسبة للاقضية و(٣٠٠ م<sup>٢</sup>) بالنسبة للنواحي..

(٣) أولاً: النصوص التي جازت الإفراز أ- (للجنة فرز نصيب الحكومة في حالة الشيوع في الأراضي المستولى عليها والمملوكة والأراضي الأميرية الصرفة أو المملوكة للدولة...) (٣/٨) من تعليمات رقم (٣) لسنة ١٩٧٠ المعدلة الصادرة على مجلس الزراعي الاعلى). ب- لصاحب حق التصرف في الارض المملوكة للدولة ان يطلب تملكه حصة الدولة او افراز حصته من العقارات الموصوفة ادناه الواقعة ضمن حدود امانة بغداد والبلديات) (المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٧٨١) لسنة ١٩٨٣ م.

ثانياً: النصوص التي منعت الإفراز: أ- (لا يجوز لصاحب الأرض الذي تقع ارضه كلاً او جزءاً داخل حدود التصحيح افراز الأرض المفوضة له بالطابو أو الممنوحة باللزما أو قسمتها رضاء او قضاء إلا بعد تصحيح صنفها)(المادة الحادية عشرة من قانون بيع وتصحيح صنف الأراضي الأميرية رقم(٥١) لسنة ١٩٥٩م، المغلى. ب- (لا يجوز افراز البساتين إلى مساحات نقل عن خمسة دونمات إلا بموافقة المجلس) (المادة الرابعة عشرة ب من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧، لسنة ١٩٧٠م، المعدل). ج- (لا يجوز افراز الأرض الزراعية المفوضة بالطابو على مساحات نقل عن حدود التوزيع المقررة بالمنطقة إلا بموافقة المجلس)(المادة السادسة والعشرون/ ١ من القانون نفسه). د- (يمنع افراز الأراضي والبساتين الواقعة ضمن المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الاساسية والمقررة لها استعمالات زراعية في هذه التصاميم لأغراض غير زراعية باستثناء المشاريع الحكومية ولا يمنع من افرازها لأغراض الزراعة والبستنة طبقاً لأحكام القانون) (المادة الثالثة من التعليمات المرقمة(١) لسنة ١٩٧٧م، الصادرة عن وزارة العدل حول القرار (٢٢٢) لسنة ١٩٧٧م.

(٤) المادة ٨٣٤ - لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في

منه على: (لكل من المستحقين أن يطلب فرز حصته في الوقف متى كان قابلاً للقسمة ولم يكن فيها ضرر بين ويعد الناظر على الحصة الخيرية قانوناً كأحد المستحقين في طلب القسمة وتحصل القسمة بواسطة المحكمة وتكون لازمة).

ويتضح من النص أعلاه أنه يجوز للمستحقين أن يطلبوا فرز حصتهم بشرط أن تكون قابلة للقسمة ولم يكن فيها ضرر بين، وأن الناظر على الحصة الخيرية يكون أحد المستحقين قانوناً بطلب القسمة، وتكون القسمة لازمة وتتم بواسطة المحكمة. ويمكن تعريف قرار لجنة قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف الأهلي - (بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ / ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، وبعد صدور القرار بقانون ١٨ / ١٩٥٨ بقسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف، والذي حل محله القرار بقانون ٥٥ / ١٩٦٠، الذي شكل لجنة أولي لإجراء القسمة، ولجنة ثانية ترفع إليها الاعتراضات على القسمة) - بأنه القرار الذي يصدر من لجنة القسمة المختصة بإجراء قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف بين ذوي الشأن المستحقين من غير الخيرات ثم فرز حصة الخيرات فيها ويصدر بتشكيلها وبمكان انعقادها قرار من وزير الأوقاف (المادتان ٤، ٢ ق ٥٥/١٩٦٠). وتختص لجنة الاعتراضات بالنظر فيما يقدمه أصحاب الشأن من أوجه الاعتراض على القسمة سواء أكان ذلك يتعلق بتقدير أنصبة المستحقين أو بتقويم أعيان الوقف، ويصدر بتشكيلها قرار من وزير الأوقاف (المادة ١٠)، وتعد القرارات النهائية للجان القسمة بمثابة أحكام مقررّة للقسمة بين أصحاب الشأن، وتشهر في مصلحة الشهر العقاري (مادة ١٢) (أما عن حجية قرار لجنة قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف فإن المقرر قانوناً أن أريع الحكومية ولا يمنع من إفرازها ١٨٠ / ١٩٥٢ الخاص بإلغاء الوقف على غير الخيرات > وترى المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد -" : إذا كان نصيب الطاعن في الوقف مجهلاً غير معلوم، وبسبب عدم فسخه عقد العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١، فإن ذلك لا يمس حقوق الطاعن، ولكنه يؤثر فقط في تحديد المساحة التي تستولي عليها الحكومة مكاناً وقدرًا، وإذا صح ما ينعيه الطاعن على التقدير المطعون فيه من اعتباره أن القسمة التي تمت بين المستحقين سنة ١٩٤٨ قسمة نهائية في حين أنها كانت قسمة إدارة واستغلال فإن هذا التجريح للقرار لا ينال من حقيقة أن أطيان الوقف أصبحت ملكاً حراً ملكية تامة منذ هذا التاريخ حتي لو لم يتم قسمته إلا في سنة ١٩٦٣ - والطاعن عن نفسه يقر في المذكرة التكميلية التي قدمها للمحكمة بأن ملكيته لنصيبه في الوقف أنشأها القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ولم يقررها له وقد زالت بذلك صفة الوقف عن هذه الأطيان منذ صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وأصبحت قسمتها تنصب على ملك حر مملوك للمستحقين وتتولاه لجنة

=  
حق الشريك وفي حق من يخلفه. المادة (٨٤١) - إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع.

القسمة وليس في قيام هذه اللجنة بمهمة قسمة الأعيان ما يؤثر على تكييف طبيعتها بأنها ملك حر للمستحقين من سنة ١٩٥٢ .. " كما تختص به وزارة الأوقاف بناء على طلب من صاحب الشأن وهو استثناء من (مادة ٨٣٦ مدني و م٤١ق) (٤٨/١٩٤٦) وتجري القسمة في جميع الأنصبة ولو كان الطالب واحد وتختص بإجراء القسمة لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها وبمكان انعقادها قرار من وزير الأوقاف طبقاً للمادة الثانية من ق ٥٥ / ١٩٦٠ - ٢٦١ ت . ش ٢٠٠١ ..

وتعد القرارات النهائية للجان القسمة بمثابة أحكام مقررة للقسمة بين أصحاب الشأن وتشهر بناء على طلب من صاحب الشأن أو وزارة الأوقاف (م ١٢ ق ٥٥ / ١٩٦٠) (م ٢٦٢ ت . ش ٢٠٠١).  
وينبغي الإشارة إلى أن مجرد طلب إجراء القسمة بين المستحقين في الوقف لا ينصب على أصل الحق ولا يمنع من رفع الدعوى به أمام المحكمة المختصة ولا أثر له في قطع مدة التقادم المكسب<sup>(١)</sup>..

## الفرع الثاني

### الأحوال الخاصة بفعل الدولة

لقد مرت الملكية بأدوار متعددة منذ أن تملك الإنسان لأول مرة إذ كانت الملكية جماعية وصولاً إلى الملكية الفردية مع بعض الاختلافات في الملكية في بعض الجوانب بحسب وضع الدول السياسي<sup>(٢)</sup>.  
إلا أن الملكية أصبحت حقاً خاصاً ذا وظيفة اجتماعية، فهي من جهة تحقق المصلحة الخاصة للفرد، وفي الوقت نفسه تراعي المصلحة العامة، أي بعبارة أخرى إن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً للمالك، بل إنها حق يستهدف مصلحة الجميع، فالملكية حق ذو طبيعة شرعية واجتماعية<sup>(٣)</sup>.  
وفي بعض الأحيان تلجأ السلطة (الحاكم في الشريعة الإسلامية والدولة في الوقت الحاضر) إلى نزع الملكية الخاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة<sup>(٤)</sup>.  
إن لجوء السلطة إلى نزع الملكية من أجل المصلحة العامة مقيد بشرطين أساسيين هما: التعويض العادل للمالك (الواقف) وتحقيق المصلحة العامة، فإذا تخلف أحد الشرطين تحول عمل السلطة إلى عمل غير مشروع يحاسب عليه القانون في اغلب النظم السياسية في العالم<sup>(٥)</sup>.

(١) السيد عبد الوهاب عرفه، الموسوعة الشاملة في الملكية في ضوء الفقه وقضاء النقض - المجلد الثاني - العقد المدني - ص ٣٠٦، ٣٠٧

(٢) عماد الجواهري، الاطار القانوني والسياسي لتسوية حقوق الأراضي واصلاح نظام الملكية الزراعية في العراق، بدون دار نشر، دبت، ص٧.

(٣) منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص١٦٦ وما بعدها.

(٤) (الملكية الخاصة تشمل المنقول والعقار وموضوع البحث مختص بالعقار وان العقار الموقوف يندرج تحت صنف العقار بصورة عامة).

(٥) مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك (١٢) لسنة ١٩٨١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٢، ص ١١

إن نزع الملكية إما من طريق الاستملاك (العقار المستملك يكون ملكاً صرفاً لصاحبه) (وقف صحيح) أو من طريق الإطفاء (العقار المستملك يكون ذا حق عيني غير الملكية كحق التصرف والعقار والإجارة الطويلة) (وقف غير صحيح).

لذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين؛ الفقرة الأولى: استملاك العقار الموقوف غير المسجل، والفقرة الثانية: إطفاء الحق العيني الوارد على العقار الموقوف غير المسجل:-

### أولاً: استملاك العقار الموقوف غير المسجل

لقد انقسم فقهاء المذاهب الإسلامية في مسألة استملاك العقار الموقوف<sup>(١)</sup>، فمن المذاهب التي أجازت نزع ملكية العقار الموقوف المذهب المالكي فقد أجاز فقهاء المالكية نزع العقار الموقوف للمنفعة العامة ولكن اشترطوا استبدالها بغيرها مستندين في ذلك لنظرية الضرورة إذ أجازوا بيع الملك الوقفي ولو بالإكراه.

فالمالكية يذهبون بالجواز، كما هو الحال عند توسعة المسجد أو توسعة طريق المسلمين أو مقبرة<sup>(٢)</sup>. أما الحنابلة، فإن الاتجاه ذاته عندهم فهم يرون جواز استملاك العقار الموقوف للمنفعة العامة؛ وذلك لمقتضيات الضرورة والمنفعة العامة ولكنهم اشترطوا لجواز ذلك أن لا تتعطل منافع الوقف ومصالحته. ولذلك قيدوا الاستملاك بالضرورة؛ لأن البيع للعقار الموقوف عندهم غير جائز إلا إذا كان ذلك عند الضرورة فمن باب أولى عندهم نزع الملكية العقار الموقوف للمنفعة العامة غير جائز إلا للضرورة<sup>(٣)</sup>.

أما المذاهب التي لم تجز نزع ملكية العقار الموقوف فهي كل من الإمامية والحنفية والشافعية<sup>(٤)</sup> بسبب أن من أهداف الوقف هو المصلحة العامة ولاسيما الوقف الخيري ومصحة الواقف؛ لأنه يتعلق بأمر عبادي خاص متمثلاً بالصدقة الجارية التي سوف ينالها، فمن باب أولى الحفاظ على العقار الموقوف؛ لأنه يحقق مصلتين متعلقتين بمصلحة الواقف والمصلحة العامة.

أما من الناحية القانونية فنجد أن المشرع العراقي، قد عرف الاستملاك بـ (نزع ملكية العقار لنفع عام ولقاء تعويض عادل بموجب هذا القانون)<sup>(٥)</sup>.

(١) (سوف لا نشير إلى ان العقار الموقوف سواء كان مسجلاً أو غير مسجل لأن الكتابة في الفقه الاسلامي الكتابة ليست من شروط انشاء الوقف بل هي للإثبات).

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، (٨/٩٥).

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، (٦/٢٢٧).

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، (٢/٢٨٧). ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، (٥/٢٢٧). البغوي الشافعي، التهذيب، مصدر سابق، (٤/٥٥٢).

(٥) الفقرة (١/١) من قانون الاستملاك العراقي رقم (٥٧) لسنة ١٩٦٠ الملغى.

أما قانون الاستملاك العراقي النافذ فلم يعرف الاستملاك. أما المشرع الأردني فقد عرف الاستملاك بـ (الاستملاك نزع ملكية العقار من مالكه او حق التصرف منه أو الانتفاع...)<sup>(١)</sup>. أما المشرع المصري فلم يعرف الاستملاك في قانون الاستملاك النافذ<sup>(٢)</sup>.

وعبر تتبع النصوص القانونية الخاصة بالاستملاك وتعريفات بعض فقهاء القانون<sup>(٣)</sup> يتضح لنا بأن شرط التعويض العادل شرط أساسي في الاستملاك وهو الذي نستطيع به أن نميز الاستملاك عن الأوضاع القانونية المشابهة له<sup>(٤)</sup>.

كان بدل التعويض عند الاستملاك في القانون العراقي إما يكون بدلاً نقدياً أو بدلاً عينياً، وهذا الحال استمر لغاية صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم (١٨٤) لسنة ٢٠٠٢ النافذ الذي بموجبه تم إلغاء التعويض العيني، علماً أن التعويض العيني لا يمثل خطورة على العقار الموقوف؛ لأن العقار المستمك سوف يستبدل بعقار آخر وينتقل الوقف إليه.

أما عند البديل النقدي فإن مخاطر زوال الوقف تكون كبيرة لأسباب عدة منها: إن قانون الاستملاك يمتاز باختصار الإجراءات والوقت اللازم للاستملاك فقد نص القانون العراقي على: (ثالثاً: تبسيط إجراءات الاستملاك بما يؤمن سلامة وسرعة إنجازه)<sup>(٥)</sup>. كما أن من الإجراءات المتبعة في الاستملاك هو إشعار دائرة التسجيل العقاري لوضع إشارة عدم تصرف بالعقار<sup>(٦)</sup>.

(١) المادة (٢) من قانون الاستملاك الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٩ النافذ.

(٢) قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠ النافذ.

(٣) (إجراء إداري يقصد به حرمان المالك من ملكه جبراً عنه بسبب المنفعة العامة بشرط تعويضه عنه) (محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٣، ص ٨٠١ وما بعدها). وعرفه آخر (إجراء يقصد به حرمان شخص من ملكه العقاري جبراً بدافع المنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع إليه وفقاً للقانون) (د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، ط١، دار الحرية للطباعة، ١٣٩٣ م، ص ٤٥). كما عرفه كاتب آخر (نزع الملكية الخاصة جبراً من مالكة لتحل محلها ملكية عامة تحقيقاً للنفع العام) (مصطفى مجيد، شرح قانون استملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، مصدر سابق، ص ٩-١٠).

(٤) (١- الاستيلاء المؤقت: لجوء الإدارة إلى استعمال العقار مؤقتاً من غير استئذان صاحبه من دون تطبيق إجراءات نزع الملكية على ان تعيده في نهاية المدة إلى صاحبه بالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء وتعويضه عن ذلك وعما اصابه من تلف او نقص في القيمة "د. مصطفى كمال وصفي، الاستيلاء في القانون الإداري، مجلة العلوم الادارية، عدد ٢، حزيران ١٩٦٤، ص ٤٩ وما بعدها"، ٢- التأميم: نقل ملكية المشروع أو مجموعة من المشاريع الخاصة من ملكية الافراد أو الشركات إلى ملكية الامة "د. فتحي عبد الصبور، الاثار القانونية للتأميم والحراسة على الاموال، ط٢، عالم الكتب، ١٩٦٧، ص ١٢١"، ٣- المصادرة هي نزع ملكية الشيء جبراً عن مالكه وازافته إلى ملك الدولة بغير مقابل "د. اكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارنة، ط١، مطبعة الفتیان، بغداد، ١٩٩٨، ص ٣٣٤").

(٥) الفقرة ثالثاً المادة (١) من قانون الاستملاك رقم (١٢) سنة ١٩٨١ المعدل.

(٦) الفقرة أولاً من المادة (٥) من قانون الاستملاك العراقي النافذ. الفقرة أولاً من المادة (١١) من نفس القانون.

وبما أن العقار الموقوف غير المسجل (حجة الوقف غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري) فإن المالك أو خلفه لهم مطلق الحرية في استلام التعويض النقدي؛ لأن الوقف غير ثابت إلى الآن، وهذا الأمر يمثل خطراً لزوال الوقف.

وفي بعض الأحيان يستملك عقار موقوف غير مسجل، ففي هذه الحل ستقسم دائرة الأوقاف دعوى لاستلام بدل استملاك بعد إثبات الوقف<sup>(١)</sup>.

كما يمكن من الناحية القانونية أن نستدل على مسألة جواز استملاك العقار الموقوف غير، من خلال نص المشرع العراقي على ما يدل جواز استملاك العقار الموقوف غير المسجل إذ نص على أن مالية الديوان (الشيوعي والسني) تتكون من مصادر عدة ومن بين هذه المصادر هي بدلات استملاك الأموال الموقوفة طبقاً للأحكام الشرعية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون الوقف الشيوعي التي تنص على (تتكون مالية الديوان من أولاً: ما يخصص للديوان ضمن الموازنة العامة الاتحادية. ثانياً: ريع واردات الأموال الموقوفة طبقاً للأحكام الشرعية. ثالثاً: بدلات استملاك واستبدال الأموال الموقوفة طبقاً للأحكام الشرعية. رابعاً: عوائد نشاطات الديوان).

يرى الباحث أن من ضمن الإجراءات المتخذة لحماية العقارات الموقوفة غير المسجلة هو قيام الجهة المستملكة بإشعار دائرة الأوقاف بنيتهم استملاك عقار معين للتأكد من عدم حجة وقفية أو وجود دعوى إثبات وقف ويكون ذلك بتعديل المادة (١٠) من قانون الاستملاك العراقي بإضافة فقرة رابعاً (بيان صادر من مديرية الأوقاف الذي يقع العقار ضمن اختصاصه يبين عدم وجود حجة وقفية للعقار أو وجود دعوى إثبات وقف خاصة بالعقار).

#### القرار

(١)

بناء على الطلب المقدم من طالب التسجيل المجدد إلى مديرية التسجيل العقاري في كربلاء المقدسة لغرض تثبيت عائلية للعقار المرقم (٤١٤) باب الطاق وقف حسينية اهالي زنجار الخيري) لغرض استلام بدل الاستملاك وقرر اعلان اجراء الكشف على العقار بصحيفة الدستور بالعدد ٥١٩٨ في ٢٠٢٢/٢/١٣ ص ١١ وصحيفة الشرق بالعدد ٣٧٠٦ في ٢٠٢٢/٢/١٣ ص ١١ الذي تم بتاريخ ٢٠٢٢/٣/١٦ (بعد مضي مدة الثلاثين يوماً من تاريخ النشر عملاً بالحكام المادة ٣/٤٥ من قانون التسجيل العقاري) واستمعت للجنة إلى مختار المنطقة وشهود كبار بالعمر من المجاورين موقعياً الذين أيدوا بأن العقار متخذ كحسينية يرتادها الزائرين الذين يحملون الجنسية الهندية ..... عليه وتأسيساً على ما تقدم وبالطلب قرر تثبيت عائلية العقار المرقم ٤١٤ باب الطاق الذي تبلغ مساحته ١ اولك و ٨٧.٩٣ م قبل استملاكه وتسجيله باسم (الأمانة العامة للعتبة الحسينية المقدسة) بالقيود ٧/ك/٢٠٢٠/٢٠٢٠ مجلد ١١٩٠ لطالب التسجيل المجدد (ديوان الوقف الشيوعي باعتباره وقف حسينية اهالي زنجار الخيري) على ان ينصرف اثر هذا القرار لاستلام بدل استملاك العقار المودع في صندوق محكمة بداءة كربلاء و اعلان القرار لمدة ثلاثين يوماً واشعار مديرية التسجيل العقاري في كربلاء ووزارة المالية ومديرية البلدية في كربلاء بنسخة منه و صدر القرار استناداً لأحكام المواد ٢٢ و ٧٦ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ من قانون التسجيل العقاري قراراً قابلاً للتمييز وافهم علنا في ٢٠٢٢/٤/٢٤. رئاسة محكمة استئناف كربلاء الاتحادية ، لجنة تثبيت الملكية العقارية في كربلاء، العدد ٣/ مجدد / ٢٠٢٢ ، رقم العقار ٤١٤ / عباسية، تسجيل مجد ، التاريخ ٢٠٢٢/٤/٢٥. (قرار غير منشور).

### ثانياً: إطفاء الحق العيني الوارد على العقار الموقوف غير المسجل

مصطلح الإطفاء هو مصطلح خاص بالأراضي الأميرية (رقبة الأرض للدولة حق التصرف للفرد) والفقهاء الإسلامي لم يعرف هذا المصطلح؛ والسبب في ذلك عدم وجود هذا النوع من الأراضي في الفقه الإسلامي فالأراضي في الفقه الإسلامي، أما خراجية أو عشرية أو بعبارة أخرى فإنها إما مملوكة لبيت المال أو للأفراد<sup>(١)</sup>.

لكن جرت العادة من السلاطين والولاة في زمن الدولة العثمانية من جعل الأعشار ورسوم الفراغ وبدل المحلولات إلى جهة خيرية، وهذا ما تعارف عليه بالوقف غير الصحيح<sup>(٢)</sup>.

وإن الوقف غير الصحيح سمي كذلك؛ لأن ملكية الرقبة الدولة حق التصرف للأفراد، فالأفراد في هذه الحالة لا يعدون مالكين للأرض، وبذلك أنتفى أهم شرط من شروط الموقوف به هو أن يكون مُلكاً للواقف.

فقد انفرد المشرع العراقي بإطلاق مصطلح الإطفاء للدلالة على استملاك الحقوق التصرفية التي ترد على الأرض الأميرية بحيث لا يوجد هكذا مصطلح في القانون الأردني والمصري<sup>(٣)</sup>.

فقد اطلق المشرع العراقي مصطلح الإطفاء على عملية نزع ملكية الحق العيني الأصلي، وليس ملكية الشيء ذاته الذي يرد عليه هذا الحق ويكون طلب إطفاء الحقوق التصرفية هو الأكثر شيوعاً والأكثر تطبيقاً في الحياة العملية فقد أصبح مصطلح الإطفاء خاصاً بالحقوق التصرفية وبحسب ما اصبح متعارف عليه لدى أصحاب الاختصاص<sup>(٤)</sup>.

إن مفهوم الإطفاء هو ذات مفهوم الاستملاك عند تعلقه بحق التصرف الوارد على الأراضي الأميرية ويؤديان إلى نتيجة واحدة هي نزع ملكية العقار (الرقبة وحق التصرف) وعلى الرغم من أن النتيجة واحدة إلا أن هناك جملة من الفروق ما بين دعوى الاستملاك ودعوى الإطفاء<sup>(٥)</sup>.

(١) الأراضي الخراجية: هي الأراضي التي يترتب على صاحبها دفع الخراج ويفرض الخراج ابتداءً على غير المسلمين. الأراضي العشرية: وتسمى بأرض الصدقة وهي الأراضي التي ليس لبيت المال فيها سوى العشر المفروض على الحاصلات وتشمل:-

أ- الأراضي الواقعة في بلاد العرب سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين وسواء فتحت عنوة أو صلحاً لأن النبي محمداً (ص) الخلفاء من بعده لم يأخذوا خراجاً فدل على انها عشرية.

ب- الأراضي التي اسلم أهلها طوعاً قبل الفتح وتركت ملكاً لهم كأراضي المدينة والطائف.

ت- الأراضي الموات التي احياها المسلمون.

وللتفاصيل ينظر: شاكر نصر حيدر، مصدر سابق، ص ٥ وما بعدها.

(٢) الفقرة (١/٥) من قانون ادارة الاوقاف العراقي، الفقرة (ب/٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(٣) الأراضي الأميرية موجودة في القانون الأردني وغير موجودة في القانون المصري.

(٤) القاضي لفته هامل العجيلي، أطفاء الحقوق التصرفية، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٢، ٢٠١٢، ص ٢٣.

(٥) يمكن إيجاز أهم الفروق فيما بين دعوى الاستملاك ودعوى الإطفاء بما يأتي:

إن الإطفاء يختص بالحقوق العينية الأصلية ما عدا الملكية كحق التصرف والإجارة الطويلة وحق العقر، ولكننا سنتناول إطفاء حق التصرف فقط؛ لأن إطفاء حق الإجارة الطويلة وحق العقر سيؤدي إلى أن العقار الموقوف سوف يتخلص من حق الإجارة الطويلة وحق العقر ويبقى العقار موقوفاً بيد واقفه، أما إطفاء حق التصرف فيؤدي إلى زوال حق التصرف ورجوع العقار إلى الدولة<sup>(١)</sup>.

لقد عدَّ المشرع العراقي أن الأراضي الموقوفة وقف غير صحيح هي أراضي مفوضة أميرية بالطابو إذ نص على: (تعد الأراضي الموقوفة وقفاً غير صحيح بحكم الأراضي المفوضة والطابو لأغراض هذا القانون)<sup>(٢)</sup>، كما أن الإجراءات المتخذة عند الإطفاء هي نفسها الواردة في قانون الاستملاك إذ نص القانون العراقي على (أولاً- العقارات كافة، بما فيها الأراضي الزراعية وغير الزراعية والبساتين، باستثناء

أ- تتحقق المحكمة في دعوى الاستملاك من مدى توفر الشروط القانونية في طلب الاستملاك بشأن العقار المراد استملاكه تجنباً لحالة استملاك عقار لا يجوز استملاكه قانونياً، أما في دعوى الإطفاء فيجب ملاحظة شروط الإطفاء الواردة في قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل ومجموعة من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل الخاصة بالإطفاء.

ب- يكون تقدير التعويض في دعوى الاستملاك بحسب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٨٠٠) الصادر في ١٩٨٩/١٢/١٩ والذي ينص على أن تقدير التعويض يكون بالأسعار السائدة حسب جنس الأرض في تاريخ وضع اليد عليها من قبل الجهات الطالبة الاستملاك أو من تاريخ طلب الاستملاك أيهما أسبق والذي كان تطبيق هذا القرار يشمل دعوى الإطفاء سابقاً ولكن حالياً بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٨١) و (١٨٤) في ٢٠٠٢/٨/٢٩م أخرجت الأراضي الأميرية والتي يشملها الإطفاء نقداً يستند إلى تاريخ إجراء الكشف الذي تجرّبه المحكمة والقرار (٨٠٠) خاصاً بالدعوى الاستملاكية فقط.

ج- تقدر هيئة التقدير في الدعوى الاستملاكية العقار المطلوب استملاكه حسب سعر المتر المربع الواحد للعقار مراعية القيمة ارضاً وبناء كما تسترشد الهيئة بالقيمة المقدرة للعقار في دائرة التسجيل العقاري وبأقيام العقارات المجاورة أو المماثلة أو بدلات بيعها أو إيجارها المستوى الحقيقي، أما في دعوى الإطفاء فيكون التقدير من قبل اللجنة إذا كانت الأرض تستخدم للأغراض الزراعية وفقاً لجنسها المثبت في سندها العقاري فيكون التقدير بالدونم تبعاً لاستخدامها وهذا ما ذهبت إليه الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ١٦٢/٩٠م/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١/١٦م قرار غير منشور حيث جاء فيها [ ... لدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لأن المحكمة لم تتبع قرار النقض الصادر عن هذه الهيئة بعدد ١٢٢٩م/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٥/٩م وتنفيذ ما ورد فيه من نقاط لغرض الوصول إلى التعويض العادل وكان المفترض إجراء الكشف مجدداً من قبل اعضاء هيئة الكشف والتقدير والخبراء وتثبيت واقع الحال وفقاً لجنسها المثبت في سندها العقاري فيكون تقدير قيمتها بالدونم ام انها تقع ضمن منطقة سكنية فيكون تقديرها بالمتر المربع تبعاً لاستخدامها].

د- يتحتم على المحكمة اشعار وزارة الزراعة ووزارة المالية بالأحكام والقرارات الصادرة بشأن اطفاء الحقوق التصرفية في العقارات العائدة للدولة للعلم بذلك والوقوف على الشأن الذي صدرت بمناسبة هذه الأحكام والقرارات.

(١) لقد نظم المشرع العراقي حق اطفاء الاجارة الطويلة بالقانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٨٦، واطفاء حق العقر بقانون رقم (١٥٠) لسنة ١٩٦٧.

(٢) الفقرة (٥/٢) من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.

العقارات التي تنظم التشريعات الخاصة بإجراءات نزع ملكيتها أو إطفاء الحقوق التصرفية فيها، مع مراعاة حكم المادة (٣) من هذا القانون<sup>(١)</sup>.

إن المشرع العراقي قد منع الإطفاء في بعض الحالات بحسب نصوص قانون توحيد أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦ ولكنه قد شمل هذه الحالات بالإطفاء إذ نص على (حقوق التصرف في الأراضي المملوكة للدولة المستثناة من أحكام الإطفاء بمقتضى قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦)<sup>(٢)</sup> ولكن الأراضي التي تتوفر فيها شروط الانحلال تبقى ممنوعة من الإطفاء إذ نص على: (لا يجوز إطفاء الحقوق التصرفية في الأراضي التي تتوفر فيها شروط الانحلال وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي والتعليمات الصادرة بموجبه)<sup>(٣)</sup>.

ومن المعلوم هناك فرق بين الانحلال وبين الإطفاء<sup>(٤)</sup>.

يرى الباحث انه حتى لو توفرت شروط الانحلال في الاراضي الموقوفة وقف غير صحيح يصار إلى تعويض جهة الوقف كما هو الحال في الاطفاء وذلك لأن الوقف يستهدف المصلحة العامة.

قد انقسم الفقه القانوني بخصوص الطبيعة القانونية للإطفاء قد ذهب اتجاه فقهي إلى أن الإطفاء نظام قانوني مستقل بذاته وهو يرد على الأراضي الأميرية التي تكون رقيبتها للدولة ومنفعتا لأشخاص معينين بموجب حق التصرف، وإن الأثر المترتب على الإطفاء هو انقضاء حق التصرف للمتصرف فقط، وعودة الأرض خالصة للدولة، ويترتب على ذلك عدم جواز التصرف بهذه الأرض سواء من المنتفع منها سابقاً أم من الغير، وجزاء مخالفة ذلك التعويض الذي يترتب للدولة عن الأضرار أو المنافع المتحصلة من هذه الأرض، ونجد اتجاهها فقهيّاً آخر يذهب إلى أن الإطفاء وان كان مقرر على الأراضي الأميرية إلا أنه ليس

(١) الفقرة (أولاً/٢) من قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل.

(٢) الفقرة (٢/٢) من القانون نفسه.

(٣) الفقرة (٦/٣) من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥٣) لسنة ١٩٧٦.

(٤) (أ) يتوقف حل الأرض الأميرية على إرادة المتصرف والمتمثلة باتخاذ موقف سلبي وهو عدم زراعة الأرض، أما الإطفاء فإنه يتوقف على إرادة أحد أجهزة الدولة ولا دخل لإرادة المتصرف فيه.

(ب) حل الأرض يكون من دون تعويض، في حين الإطفاء يكون مقابل تعويض مادي عادل يدفع إليه مقدماً وهو ما يقابل حصة المتصرف من الأرض الأميرية وبحسب النسب الواردة في قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم(٥٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.

(ج) حل الأرض يشمل جميع مساحتها، أما الاطفاء فإنه قد يرد على كل المساحة أو على جزء منها.

(د) إجراءات الحل إدارية، وإجراءات الإطفاء أصبحت قضائية بعدما كانت إدارية أيضاً.

(هـ) تسجل الأرض المحلولة باسم وزارة المالية حصراً، أما الأراضي المطفأة حقوقها التصرفية فتسجل باسم الجهة التي تدفع بدل الاطفاء.

(و) يكون الحل بمثابة العقوبة للمتصرف المخالف، أما الاطفاء فإنه لا يمثل عقوبة بل اجراء المقصود منه بتحقيق المصلحة العامة.

(ز) من الممكن ان تفوض الارض المحلولة الى نفس المتصرف مرة ثانية ببديل المثل أو طريق المزايدة، في حين لا يمكن تفويض الارض المطفأة حقوقها التصرفية لأن رقيبتها سوف تخرج من ملكية وزارة المالية كما لا يجوز لأي جهة أخرى تفويض الأراضي التي أطفئت حقوقها التصرفية لأن الاطفاء مشروط بتحقيق المصلحة العامة فقط.

نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته وإنما يتداخل مع أنظمة قانونية أخرى ولا سيما الاستملاك الذي يرد على العقارات المملوكة ملكاً صرفاً لأصحابها ويتم انتزاعها بتقرير المنفعة العامة<sup>(١)</sup>.

ويسند الاتجاه الأخير هذا عدد من القرارات القضائية الصادرة من محكمة تمييز العراق التي تذهب بهذا الاتجاه، نذكر من ذلك القرار الصادر منها والذي جاء فيه إن مفهوم طلب إطفاء حق التصرف هو ذات مفهوم طلب الاستملاك عند تعلقه بحق التصرف بالأرض ويؤديان إلى نتيجة واحدة وهي نزع ملكية العقار (الرقبة وحق التصرف)<sup>(٢)</sup>.

(١) القاضي لفتة هامل عجيلي، اطفاء الحقوق التصرفية، مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

(٢) رقم الحكم: ٣٨٤/ إطفاء حق التصرف/٢٠١٢ تاريخ إصدار الحكم: ٢٠١٢/١٢/٣١ " من خلال التدقيق والمداولة لوحظ بأن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق لأحكام القانون لانه قد جاء تباعاً لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد ٢٣٠/ت/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٣١ وان تمسك وكيل المميز بلائحته التمييزية بأن محكمة البداية قد اتجهت في حكمها المميز الى استملاك جزء من العقار موضوع الدعوى رغم طلبهم في عريضة الدعوى اطفاء حق التصرف فقط فهذا القول مردود قانوناً لان مفهوم طلب اطفاء حق التصرف هو ذات مفهوم وطلب استملاك عند تعلقه بحق التصرف بالأرض ويؤديان الى نتيجة واحدة الا وهي نزع ملكية العقار (الرقبة وحق التصرف) وحجتنا بذلك ان كلمة الاطفاء اشتقت لغويًا من الفعل (طفأ) اي (طفئت النار ومعناها سكن لهيبها ويرد جمرها اي انتهت ولا وجود لها) كما ونصت المادة (٣١/ثالثاً/ج) من قانون الاستملاك المعدل رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ (يقدر التعويض عن اطفاء حق التصرف في الارض المملوكة للدولة بتقدير قيمة الارض باعتبارها ملكاً صرفاً حسب الاسس المبنية في البندين (اولا وثانيا) من هذه المادة ويخصم من هذا التعويض حق الدولة بمقتضى النسب المنصوص عليها في المادة الخامسة من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٦ ووفقاً لهذا النص لا يتم تقدير قيمة حق التصرف بالأرض المملوكة للدولة باعتباره حقاً عينياً بصورة منفردة ومستقلة عن رقبة الأرض بل يتم تقدير قيمة الأرض المثقلة بحق التصرف باعتبارها ملكاً صرفاً ويتم تسديد حصة وزارة المالية باعتبارها مالكة للرقبة من الجهة طالبة اطفاء حق التصرف ويتفرع عن هذا وجوب تحرير العقار من حق التصرف ويتحول بصورة تلقائية الى ملك صرف بعد صدور قرار الاطفاء كما يجب ادخال وزارة المالية خصماً في دعوى اطفاء حق التصرف وبالنتيجة النهائية عدم وجود اي اختلاف في التكيف أو الوضع القانوني لدعوى اطفاء حق التصرف عن دعوى الاستملاك فهما وجهان لعملة واحدة وذات مدلول واحد وان اختلفت المسميات فسواء تم طلب اطفاء حق التصرف او الاستملاك في عريضة الدعوى فالنتيجة واحدة وهي نزع ملكية العقار باعتباره ملكاً صرفاً وتؤول قيمة الرقبة الى وزارة المالية حسب النسب القانونية وينفرد اصحاب حق التصرف بقيمة حق التصرف فقط ولما كانت محكمة البداية قد ادخلت وزارة المالية بصفة خصم وحكمت لها بحقها من بدل الاستملاك المقدر باعتبار الارض ملكاً صرفاً ولما كان تقدير هيئة التثمين التعويض عن العقار موضوع الدعوى قد جاء مناسباً والاسعار السائدة للعقارات المجاورة كما ان اتجاه هيئة التثمين بعدم تطبيق احكام المادة (٣٧) من قانون الاستملاك لثبوت عدم تحسن العقار وفقاً لما جاء بتقدير الخبير القضائي له ما يبرره قانوناً لان الثابت بأن العقار موضوع الدعوى ابتدأ يقع على الطريق الرئيسي لمحافظة بابل - كربلاء والتحسن حاصل به حكماً قبل طلب الاطفاء وصدور قرار نزع ملكية جزء من العقار لم يأت بشيء جديد بخصوص موضوع تحسن ما تبقى من العقار وتأسيساً على ما تقدم من اسباب قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدور القرار بالاتفاق وفق المادة (٢/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ١٧/صفر/١٤٣٤ هـ الموافق ٣١/كانون الاول/٢٠١٢م قرارات ذات علاقة".

## الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث بحمد الله يمكن أن نجمل أهم ما توصلنا إليه من النتائج والتوصيات

الآتية:

### أولاً: الاستنتاجات

١- اتضح لنا من الدراسة أن الوقف هو حبس العين المملوكة على وجه اللزوم، ومنع التصرف فيها وتمليك منفعتها إلى الجهة الموقوف عليها على وفق شروط الواقف على وجه التأييد، ويجب أن تكون على جهة بر ولو مآلاً.

٢- الوقف في الشريعة الإسلامية يعني أن الواقف اسقط استخلافه في الملك بالوقف وقيده بالحبس ومنع التصرف فيه وتسهيل منفعته للعباد، وأصبح الموقوف عينا ومنفعة لله تعالى وللذرية اذ كان وقفاً ذرياً.

٣- يتسم الوقف بسمات عدة؛ أهمها السمة الإلهية وسمة الشمولية من حيث الزمان والمكان والاستمرارية، وقد جعلت هذه السمات منه نظاماً إسلامياً تنتوع غاياته بين الشخصية بقصد العبادة والتقرب إلى الله، والاجتماعية والاقتصادية التي تسهم في دعم الدولة في الجانب الاقتصادي.

٤- حتى يصح الوقف لابد من أن تتوافر له شروط عدة، منها: ما يرجع إلى الواقف كأهليته وأن يكون حراً مختاراً وان لا يكون الوقف صادر في مرض الموت او ان يكون مديناً. ومنها ما يرجع إلى العين الموقوفة بأن تكون مآلاً متقوماً غير مشاع ومعلومة علماً نافياً للجهالة الفاحشة. ومنها ما يرجع إلى الجهة الموقوف عليها فيجب أن لا تكون جهة معصية بأن تكون جهة بر عامة في الوقف المؤبد أو يظن انقطاعها في الوقف المؤقت.

٥- لاحظنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في بيان طبيعة الوقف (تكييفه) فذكر بعض أنه تصرف صادر من جانب واحد، وذكر جانب آخر على أنه عبارة عن إسقاط للحق والأخير هو التكييف الذي يتناغم وأحكام القانون العراقي الخاصة بالوقف.

٦- لاحظنا أن الوقف يتضمن أنواعاً متعددة من حيث طبيعته ومحلّه وإدارته، ومن حيث الجدوى الاقتصادية منه بيد أن الوقف من حيث الأصل ينقسم على نوعين؛ ذري وخيري، إذ إن الأخير يتعلق بجهة بر عامة، أما الذري فيتعلق بالورثة.

٧- تبين لنا اختلاف فقهاء المسلمين بخصوص التبرع بالمال الموقوف وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان؛ الأول: اتجاه مانع تبناه الجمهور، إذ ذهبوا إلى عدم جواز التبرع بالمال الموقوف، لأن الوقف يصبح لازماً متى صدر عن الواقف مستكماً شرائطه. أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه مجيز تبناه أبو حنيفة وتلميذه زفر، إذ ذهب إلى جواز التصرف بالمال الموقوف سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة؛ ذلك لأن العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف ويجوز له التصرف فيها كما يشاء بأي تصرف ناقل للملكية أم لا فالوقف يحبس العين على المالك والتصرف بالمنفعة إلى الجهة التي سماها فهو بمثابة العارية والتي تعد جائزة غير لازمة.

٨- لم يكن الموقف التشريعي بمعزل عن الخلاف الفقهي بخصوص التبرع بالمال الموقوف فلم يأت متفقاً في لزوم الوقف من عدمه؛ وذلك لاختلاف المذاهب السائدة في كل بيئة تشريعية فظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان؛ الأول: تبناه القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ وهو اتجاه مانع معبراً عن لزومية الوقف وعدم السماح بالتصرف به سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً وذلك في المادة (١٢٤٣) منه. أما الاتجاه الثاني والذي تبناه قانون الأوقاف العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ فهو اتجاه مجيز أشار إلى عدم لزومية الوقف وأجاز التصرف فيه كما في المواد (٦، ٨) منه والمادة (١١) من قانون الأوقاف المصري.

٩- وردت النصوص المتعلقة بالعقار الموقوف في القانون المدني وقانون إدارة الأوقاف وقانون التسجيل العقاري وقد خالف المشرع العراقي في القانون الأخير بعض القواعد الواردة في القانون الأول.

١٠- لاحظنا وبعد دراسة مستفيضة لوقف العقار أن التسجيل وإن كانت له أهمية كبيرة لاسيما على المستوى العملي، إلا أنه وفقاً للقانون العراقي لا يعد عن كونه وسيلة للإثبات فقط خلافاً لقانون الأوقاف المصري والقانون المدني الأردني، إذ يعد الوقف باطلاً أن لم يتم تسجيله، كما تبين لنا أن المشرع العراقي لم يُعرف تسجيل العقار الموقوف غير المسجل لا في القوانين الخاصة بالأوقاف ولا في قانون التسجيل العقاري.

١١- اتضح لنا أن الخلف الخاص في العقار الموقوف غير المسجل هو الدائن العادي للواقف أو صاحب حق امتياز. وأن الأخير لا يخرج عن كونه صاحب رهن تأميني أو حيازي على العقار الموقوف. وأن التصرفات الصادرة من الخلف الخاص لم تكن محل اتفاق بين فقهاء المسلمين فمنهم من أجازها ومنهم من لم يجزها، كما أن تلك التصرفات تختلف فيما إذا كانت في حالة الصحة أم في حالة المرض وباختلاف فيما إذا كان هناك دين مستغرق أم لا.

١٢- تبين لنا أن المشرع العراقي لم ينظم في القوانين المتعلقة بالأوقاف حالة الوقف الصادر من المدين ولم يبين حكم الوقف الصادر على العقار المثقل بحق امتياز كالعقار المرهون رهن تأمينياً أو رهنأ حيازياً على

الرغم من أهميته في الوقت الحاضر لكثرة العقارات الموقوفة من جهة وكثرة التعامل بالرهن من جهة أخرى.

١٣- لاحظنا أن الفقهاء المسلمين على خلاف محتدم بشأن انتقال ملكية العقار الموقوف غير المسجل من الواقف إلى الخلف العام، وذلك بأيلولة الملكية إلى الله سبحانه وتعالى على رأي بعضهم وبقائها على ملك الواقف على رأي بعض وما بينهم من فرق بين وقف ما لا يملك كالمساجد والمدارس بأيلولة ملكيتها إلى الله سبحانه وتعالى، أما الوقف المعين من الناس انتقلت ملكيته الوقف إليه.

١٤- لم يشر المشرع العراقي إلى الأثر المنشئ لتسجيل العقار الموقوف على الرغم من أهمية هذا الأمر فيما يتعلق بالتصرفات الواردة على العقار.

١٥- إن اكتساب ملكية العقار الموقوف عبارة عن مجموعة من الإجراءات القانونية التي يتوجب القيام بها لأجل قيد حق ملكية عقار غير مسجل في الأصل لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة بعد التأكد من الشروط الموضوعية والاجرائية.

١٦- لم ينظم المشرع العراقي الوصية بالمنافع التي تخرج مخرج الوقف، إلا أنه يبدو أن موقفه لم يكن واضحاً في اعتبار الوصية المؤبدة بالمنافع وقف أم وصية فقد عده في قانون إدارة الأوقاف نوعاً من أنواع الأوقاف الملحقة وعدها في قانون التسجيل العقاري من أنواع الوصية.

١٧- لم يعرف الفقهاء المسلمون فكرة الأثر الكاشف في تسجيل العقار الموقوف إلا أنهم استفاضوا في معالجتها عند الحديث عن قسمة المال الشائع ورجحوها في قسمة المثليات ووازنوا بينها وبين الأثر المنشئ في قسمة القيميات.

١٨- ترتبط فكرة الأثر الكاشف بفكرة الأثر الرجعي، إذ إن القول بالأثر الكاشف لتسجيل العقار الموقوف يؤكد حقيقة مبدأ الرضائية في إنشاء الوقف وإن الوقف ينتج أثره من لحظة انعقاده، وإن التسجيل اللاحق للعقار الموقوف يستند إلى الماضي وهذه هي فكرة الأثر الرجعي.

١٩- إن التشريعين العراقي والمصري أشارا بصورة واضحة عن أيلولة ملكية الموقوف إلى المستحقين، وذلك في الوقف الذري عند تصفيته أو خراب العين الموقوفة أو استبدالها. أما المشرع الأردني فكان أكثر دقة عندما قرر صراحة على خروج الموقوف من ملك الواقف إلى حكم الله تعالى.

٢٠- لم يكن موقف الفقه الإسلامي موحداً تجاه توحيد العقار الموقوف متفق عليه، بل ظهر اتجاهان؛ الأول، تبناه أبو حنيفة وذهب إلى جواز توحيد الأوقاف مادام ذلك يحقق مصلحة، وسواء كان الموقوف عامراً أم غامراً، أما الاتجاه الثاني وهو اتجاه مانع وذهب أصحابه إلى عدم جواز توحيد الأوقاف.

٢١- لدى الاطلاع على الموقف التشريعي المتعلق بالأوقاف، فلم يتضمن قانون إدارة الأوقاف العراقي أي نص يمنع أو يجيز توحيد الأوقاف، والحال نفسه في قانون الأوقاف المصري وقانون الأوقاف الأردني،

لكن بالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجد أنه أشار إلى عدم جواز التغيير في وقف المسجد ولا فيما وقف عليه، وهذا يدل على عدم جواز التوحيد والمناقلة في الأوقاف في القانون المذكور.

٢٢- خلصنا في هذه الدراسة إلى أن مصدر الرجوع عن الوقف هو حكم المادة (١٤) من نظام جواز تصفية الوقف الذري المعدل والمادة (٢٥٩) من قانون التسجيل العقاري. الأمر الذي يعني أن الحقوق المكتسبة والمراكز التي نشأت في مدة نفاذ القانون الذي كان مصدر وجودها تكون ملزمة.

### ثانياً: المقترحات

١- إزاء خلو قوانين إدارة الأوقاف من تعريف جامع ومانع للوقف، ولأن قانون إدارة الأوقاف العراقي المعدل نافذ في الوقت الحاضر لذا نقترح أن تعدل المادة الأولى من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦، أو أن يضاف تعريف للوقف واضح وناف للجهالة مع الإبقاء على التعريفات التي أوردها القانون لأنواع الوقف، وأن يدل التعريف بالنص الصريح على انتقال ربة العقار الموقوف إلى ملك الله تعالى تماشياً مع الاتجاه الراجح من الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالوقف الخيري، على أن يكون التعريف المختار للوقف بالشكل الآتي: (حبس العين المملوكة من قبل مالكةا على أن تصرف منافعها طبقاً لشرط الواقف بما لا يخالف الشرع).

٢- نوصي المشرع العراقي بإيراد نص في قانون إدارة الأوقاف يبين من طريقه حدود الوقف، ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي: (الوقف إسقاط فإذا توافرت شروطه انتقل الحق فيه فلا يباع ولا يوهب ولا ينتقل بالوفاة).

٣- نقترح على المشرع العراقي تبني الموقف القائل بلزوم الوقف وعدم جواز التصرف به بأي تصرف ناقل للملكية؛ لأن القول بعدم اللزوم يترك الباب مفتوحاً أمام عدم استقرار المعاملات المتعلقة بالأوقاف واضطراب نظامها وهو ما يتنافى مع نظام الوقف القائم على التأييد. وذلك عبر توحيد نصوص قانون الأوقاف بنص واحد وأن يكون النص كالاتي (لا يجوز الرجوع في الوقف ولا يجوز المساس به أيّاً كان نوعه بعد تسجيله بأي تصرف آخر ينفي عنه صفة كونه وقفاً ويترتب على خلاف ذلك البطلان).

٤- قانون إدارة الأوقاف يعد قانوناً خاصاً ينظم المعاملات الوقفية لذا يفضل أن يتضمن القواعد الموضوعية. أما قانون التسجيل العقاري فيعد قانوناً خاصاً ينظم المعاملات العقارية لذا يفضل أن يتضمن الإجراءات الشكلية. ومن هنا فإننا نشيد بالمشرع العراقي أن يوحد النصوص القانونية التي تتعلق بالعقار الموقوف غير المسجل في قانون واحد في سبيل إزالة التناقض الواقع بين القانون المدني وقانون الأوقاف وقانون التسجيل العقاري.

- ٥- ندعو إلى تدخل الادعاء العام العراقي في النظر بالدعاوى المتعلقة بالأوقاف غير المسجلة والتصرفات الواردة عليها وعقد الاختصاص فيه لمحكمة البداية.
- ٦- نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لتصبح بالآتي (لا ينعقد التصرف العقاري ما عدا الوقف إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).
- ٧- نقترح تعديل المادة (٢٥٧) من القانون أعلاه لتصبح (يجوز تسجيل الوقف على حق التصرف بالأراضي الأميرية وما في حكمها والمنشآت أو المغروسات القائمة عليها).
- ٨- نقترح تعديل المادة (١١٧٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ لتصبح (يجوز للمتصرف في الأرض الأميرية أن يقف حقه بالتصرف أو يوصي به).
- ٩- نقترح على المشرع العراقي بضرورة تعديل قانون إدارة الأوقاف؛ وذلك من طريق إضافة مادة قانونية تتضمن النص على ما يأتي: (١- تعد التصرفات الصادرة من الأوقف أو من خلفه الخاص على العقار الموقوف صحيحة ما لم يكن كل منهما مدين بدين مستغرق للوقف أو كان العقار الموقوف مثقل بحق رهن أو امتياز ٢- استثناءً من الفقرة السابقة تعد التصرفات الصادرة من المومأ إليهم صحيحة إذا أجاز التصرف من له حق ثابت على العقار الموقوف).
- ١٠- نقترح على المشرع العراقي تبني موقفاً واضح بشأن جواز إجراء التوحيد في جنس العقار الموقوف، وذلك عبر تعديل المادة (٢٩٨) تسجيل عقاري لتصبح (تستثنى حالة الوقف من الشروط أعلاه بالقدر الذي يحقق المنفعة العامة).
- ١١- ندعو المشرع العراقي إلى وضع نصوص تجيز الوصية بالوقف ولاسيما عندما تكون جهة البر لأشخاص لا يظن انقطاعهم التي تدخل مدخل الوقف الذري، كذلك لا مانع من الإيصال الورثة الذي يدخل مدخل الوقف الذري.
- ١٢- نقترح على المشرع العراقي أن يبين آلية تسجيل الوقف والنص على وجوبه ضماناً لاستقرار المعاملات، كما، ندعو المشرع العراقي أن يدرج فقرة ضمن المادة الأولى من قانون التسجيل العقاري يعرف شكلية تسجيل العقار الموقوف غير المسجل بأنها (إجراءات محددة قانوناً لا بد من اتباعها واتمامها من قبل اطراف العلاقة القانونية للاعتراف بصحة التصرفات الواردة على العقار الموقوف والمتضمنة تثبيت حق الأوقف على العقار لدى الجهات الرسمية).
- ١٣- ندعو المشرع العراقي إلى النص على وجوب قيام القضاء بتبليغ دائرة الأوقاف بالحضور كطرف ثالث عند إنشاء الحجة الوقفية وعلى قيامه بتنفيذ هذه الحجة في دائرة التسجيل العقاري من تلقاء نفسها.
- ١٤- ارتباطاً بالمقترح أعلاه ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة العاشرة من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ سالف الذكر على وفق الشكل الآتي: (يصح الوقف بصدور حجة وقفية من الأوقف لدى احدى المحاكم الشرعية على وفق الاحكام الشرعية والقانونية وتعتبر نافذة وإن لم تسجل في

- دائرة التسجيل العقاري. ٢- تنفذ الحجج كافة الصادرة من المحاكم الشرعية فيما له علاقة بالوقف وان لم تبلغ دائرة الاوقاف المختصة بعد صدورها).
- ١٥- نقترح تعديل المادة (٢٥٣) من قانون التسجيل العقاري لتكون بالشكل الآتي (الوصية بالريع تتضمن الإيحاء بصرف ريع العقار في حدود الثلث على وجه التأييد وتسجل في السجل العقاري وفقا لشروط الموصي ولا يجوز إجراء التصرفات العقارية عليها التي تخل بالوصية).
- ١٦- عقد الاختصاص لمحكمة الاحوال الشخصية في إصدار الحجج الوقفية والرجوع فيها، إذ أن الاختصاص القضائي يجب ان يكون مناطاً بهذه المحكمة ابتداءً وانتهاءً، فهي صاحبة الولاية والاختصاص في تفسير الحجة الوقفية وبيان انواع الوقف (خيري، ذري، مشترك).
- ١٧- ندعو المشرع العراقي إلى تقرير شكلية معينة لإثبات الوقف ولو بصورة أقل حزما من وجوب التسجيل في دائرة التسجيل العقاري من ذلك وجوب الاشهاد أمام المحكمة الشرعية بهدف توثيق الوقف ومع التصرف به من قبل الورثة أم غيرهم في حال لم تراعى مثل تلك الشكلية.
- ١٨- نوصي المشرع العراقي بالنص الصريح بتكريس فكرة الاثر الرجعي للشكلية المتبعة في اثبات الوقف للتنبيه بعدم الاعتراف بالتصرفات التي تصدر عن الورثة بالعقار الموقوف غير المسجل ويستثنى من ذلك عقد الإيجار اذا كان المستأجر حسن النية لا يعلم بان العين المستأجرة موقوفة.
- ١٩- نوصي المشرع العراقي في قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل أن تقوم الجهة المستملكة بوجوب اشعار دائرة الأوقاف التي يقع العقار الموقوف المراد استملاكه ضمن دائرتها بنيتهم استملاك العقار للتأكد من عدم وجود حجة وقفية أو عدم وجود دعوى إثبات وقف وفي حالة وجود دعوى إثبات فيصار إلى حجز مبلغ البديل لحين البت في الدعوى.
- ٢٠- يوصي الباحث أن يقوم المشرع العراقي باستثناء الوقف الغير صحيح من الانحلال بتوفر شروطه وذلك بإعطاء الوقف البديل المساوي في حالة الاطفاء وذلك لأن الوقف يهدف إلى خدمة المصلحة العامة.

## القرآن الكريم

### المصادر

#### أولاً: كتب اللغة

١. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٢. المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، (١٣٨٥-١٤٢٢هـ).
٣. جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ت.
٤. مجد الدين بن يعقوب الفيروز ابادي القاموس المحيط، ط١، دار الحديث، القاهرة، بدون سنة نشر.
٥. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨١.
٦. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الارشاد والانباء في الكويت.

#### ثانياً: كتب الحديث

١. ابن أبي جمهور الإحسائي، عوالي اللئالي العزيزية في الأحاديث الدينية، تحقيق: الحاج آقا مجتبي العراقي، ط١، سيد الشهداء - قم، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٢. أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى الحافظ، سنن البيهقي، كتاب الوقف، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
٣. سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٤. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار البشري، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م
٥. محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١، ١٩٩٦م.
٦. محمد بن يزيد القزويني (ابن ماجة)، السنن - ج ١، دار احياء الكتب العربية، بيروت، دب .
٧. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار احياء التراث العربي- بيروت، ط٢، ١٣٩٢
٨. مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م

### ثالثا: الكتب الفقهية

١. إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت ٧٩٩هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمد أبو النور، الناشر: دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ط١، ١٢٢٩هـ، عدد الأجزاء: ٢ [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع].
٢. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٢-١٩٩٢.
٣. إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
٤. إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي - بيروت، ط٢، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
٥. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، فتاوى الشاطبي، تحقيق: محمد أبو الاجفان، الحقوق محفوظة للمحقق، تونس، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
٦. ابن النجار الفتوح، منتهى الإرادات، الناشر مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٧. ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية، ط١، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.
٨. ابن جزى - القوانين الفقهية - تحقيق / ماجد الحموي - دار ابن حزم - ط١ - ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٩. ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الفكر- بيروت، ١٩٩٩.
١٠. أبو القاسم الموسوي الخوئي - منهاج الصالحين المعاملات - أي ران، قم، بدون دار نشر - ط٣٠ - ٢٠٠٣م.
١١. أبي عبدالله الانصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد ابو الاجفان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٣.

١٢. أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤١٠هـ.
١٣. أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، تحرير الأحكام، تحقيق: الشيخ ابراهيم البهادري، مطبعة اعتماد - قم، ط١، ١٤٢٠هـ.
١٤. أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، مطبعة اعتماد - قم، ط١، ١٤١٤هـ.
١٥. أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، إرشاد الأذهان إلى أحكام الأبي مان، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي - قم، ط١، ١٤١٠هـ.
١٦. أحمد ابن إدريس الحلي، كتاب السرائر، مؤسسة النشر الإسلامي - قم، ط٢، ١٤١٠هـ.
١٧. أحمد الخصاف، أحكام الأوقاف، مطبعة ديوان، عموم الأوقاف المصرية، مصر، ١٩٠٤، الطبعة الأولى.
١٨. أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٩. أحمد بن سلامة الطحاوي، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية، د.ت.
٢٠. أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠١٤.
٢١. أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، مكتبة اهل البيت ، ١٤٤٤هـ - ٢٠٢٢م.
٢٢. الإمام جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، دار المنهاج، ط٢، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ص٣٤١.
٢٣. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوخي، دار الفكر، لبنان، بيروت، د.ت .
٢٤. برهان الدين اليعمرى، ابن فرحون (ت ٧٩٩هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدى أبو النور د، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، (ترقيم الكتاب موافق للمطبوع)، د.ت .
٢٥. برهان الدين على بن ابي بكر المرغيناني، الهداية شرح بدأية المبتدئ مع فتح القدير، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت .
٢٦. بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب امام الأئمة مالك، ج١، المكتبة العصرية - بيروت، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٧. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، الدرر في شرح المختصر، الجزء الرابع، تحقيق: حافظ بن عبد الرحمن خير، دار النوادر، لبنان - بيروت، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٢٨. تاج الدين السلمي الدَّمِيْرِيّ المَلِكِيّ (ت ٨٠٥هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٢٩. تقي الدين أبي العباس أحمد الحراني، الفتاوى الكبرى، الجزء الخامس، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.
٣٠. تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، فتاوي السبكي، دار المعرفة - بيروت (اعتماداً على طبعة مكتبة القدسي بالقاهرة، مع اختلاف في ترقيم الصفحات)، ١٣٥٦هـ.
٣١. تقي الدين محمد الفتوحى، منتهى الإيرادات، الجزء الثاني، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٧هـ.
٣٢. جلال الدين عبدالله بن نجم السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: أ. د. حميد بن محمد، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٣٣. حافظ الدين عبدالله بن احمد بن محمود الحنفي المعروف بـ (ابن نجيم)، كنز الدقائق بشرح البحر الرائق، حققه وعلق عليه: احمد عزو عناية دمشقي، ط١، دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
٣٤. الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط١، دار الكتب العلمية، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٧.
٣٥. الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، (دمشق - بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م).
٣٦. زكريا بن محمد الانصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، ج٦، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٩٧م.
٣٧. زكريا بن محمد الانصاري، فتاوى شيخ الإسلام، مطبعة القرفي، دمشق، ١٢٥٥هـ.
٣٨. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ت.
٣٩. زين الدين العاملي الشهيد الثاني، مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام، دار الهدى للطباعة والنشر، قم، كزرخان، ١٤١٣هـ.
٤٠. زين الدين العاملي الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، عدد الاجزاء ٤، ط٢، دار المعارف، بيروت، ١٣٩٨هـ.
٤١. زين الدين المنجي بن عثمان التنوخي، الممتع شرح المقنع، المكتبة العصرية، بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٤٢. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٤٣. السيد البكري، حاشية إعانة الطالبين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٣٨م.
٤٤. شرف الدين موسى بن احمد موسى الحجاوي، الاقناع لطالب الانتفاع، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٣٢هـ.
٤٥. شمس الدين ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج٢، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٤٦. شمس الدين ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج٢، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
٤٧. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المعروف بالحطاب العيني المالكي، دار الفكر، بيروت. ط٣، ١٩٩٢م.
٤٨. شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي الفتح البعلي، المُطلع على ألفاظ المقنع، مكتبة السوادي للتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٤٩. شمس الدين الرملي - نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج - ط٣ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٥٠. شمس الدين محمد بن احمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، رابطة العالم الإسلامي، الامانة العامة، مكة المكرمة، ط١، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥.
٥١. شهاب الدين احمد القرافي، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٥٢. شهاب الدين أحمد بن أحمد سلامة القليوبي، حاشية القليوبي على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج٣، ط٢، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٥٣. شهاب الدين أحمد بن حمزة الانصاري الرملي، فتاوى الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٣هـ.
٥٤. الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منقذ الأخبار، تخريج أحمد ابراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، بيروت، دت.
٥٥. الشيخ الانصاري، المكاسب، مؤسسة النور للمطبوعات، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٥هـ.
٥٦. الشيخ حسن الجواهري، كتاب الوقف، شابك (ردمك) ط١، ١٤٣٩هـ.
٥٧. صفي الرحمن المباركفوري، منة المنعم في شرح صحيح مسلم، (المملكة العربية السعودية، الرياض: دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م).
٥٨. الطرسوسي نجم الدين ابراهيم، الفتاوى الطرسوسية، مطبعة الشرق، مصر، ١٩٢٦.

٥٩. السيد عبد الأعلى الموسوي السيزواري - مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام - (د. ط) - مطبعة الآداب - النجف الأشرف - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.
٦٠. عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ج٧، دار الفكر، بيروت، د.ت .
٦١. عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية - مصر ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
٦٢. عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي: القواعد الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.
٦٣. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، القواعد الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، مطبعة المدني، القاهرة، ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م.
٦٤. عبد الرحمن داماد افندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الطباعة - تركيا، ١٣٢٨ هـ.
٦٥. عبد الرحمن زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٦.
٦٦. عبد الرؤوف المناوي الشافعي، تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف، بدون مكان طبع ٢٠٠٩.
٦٧. عبد العزيز بن إبراهيم الثميني، التاج على المنهاج، طبع في سلطنة عمان، د.ت .
٦٨. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد الرحمن بن باز، مجموع فتاوى، ج٣٠، إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، دار القاسم، ١٤٢٠ هـ.
٦٩. عبد الغني طالب الغنيمي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، الجزء الثالث، دار السراج، ط٢، المدينة المنورة، ١٤٣٥ هـ.
٧٠. عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، [النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات](#)، ط١، ج١٥، د.ت، ١٩٩٩.
٧١. عبد الله بن أبي القاسم بن مفتاح، مكتبة أهل البيت (ع)، ط١، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م.
٧٢. عبد الله بن قدامة، المغني لابن قدامة، تحقيق: طه الزيني - ومحمود عبد الوهاب فأبي د - وعبد القادر عطا - ومحمود غانم غيث، الناشر: مكتبة القاهرة، ط١، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م)، عدد الأجزاء ١٠.
٧٣. عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٥.
٧٤. عبد المنعم بن عبد الرحيم المعروف بابن الفرس الأندلسي، أحكام القرآن، تحقيق الجزء : د/ طه بن علي بوسريخ، تحقيق الجزء الثاني: د/ منجية بنت الهادي النفري، تحقيق الجزء الثالث : صلاح الدين بو عفيف، (بيروت: دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، ط١، ١٤٢٧ هـ / ٢٠٠٦ م).
٧٥. عبدالله بن عبدالله بن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، بهامش تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت .

٧٦. عبدالله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة لحبي- بيروت، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٧٧. عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمرو جمال الدين بن الحاجب الكردي المالكي، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
٧٨. علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨، ط ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
٧٩. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٤.
٨٠. علاء الدين على بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج ١٦، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٥.
٨١. علاء الدين على بن سليمان المرادوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
٨٢. على أصغر مرواريد: الينابيع الفقهية، الناشر دار التراث، بيروت - لبنان/ الدار الإسلامية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
٨٣. على الطباطبائي، رياض المسائل، الجزء التاسع، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ١٤١٩هـ.
٨٤. على الطباطبائي، مستدرك الوسائل، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم، ١٤١٩هـ.
٨٥. على العدوي، حاشية العدوي، المكتبة التجارية في القاهرة، ١٣٧٣هـ.
٨٦. على بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، أي ران، دبت .
٨٧. على بن عبد السلام أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
٨٨. على بن محمد اللخمي، التبصرة، دراسة وتحقيق: د. احمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط ١، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٨٩. على حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٩٠. السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، مكتب سماحة آية الله السيد السيستاني، قم، دبت .

٩١. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ط١٤، ٢٠٠٨م.
٩٢. علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر - بيروت - بدون تاريخ نشر.
٩٣. علي بن محمد بن حبيب الماوردي - الحاوي الكبير - تحقيق وتعليق / علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود - (د.ط) - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٩٤. عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن اليحصبي السبتي، شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمى إكمال المعلم بفوائد مسلم، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٩ هـ - ١٩٨٨ م.
٩٥. فتحي الدريني - دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر - ط١ - دار قتيبة - بيروت - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٩٦. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ومعه حاشية الشلبي، تحقيق: احمد عزو عناية، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
٩٧. القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، التلفين في الفقه المالكي، مكتبة نزار مصطفى، الرياض - مكة المكرمة، د.ت .
٩٨. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الاسكندري المعروف بابن همام، فتح القدير على الهداية، ج٥، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٦ هـ.
٩٩. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني اللفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت ط١، ١٩٩٧.
١٠٠. محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج للنووي، دار الجيل، لبنان، بيروت، ١٩٨٤.
١٠١. السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، البدر للطباعة، بيروت - لبنان، ١٤٢٨.
١٠٢. محمد العباسي الحنفي، الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية، (القاهرة: المطبعة الأزهرية المصرية، ١٣٠١ هـ، ج٢).
١٠٣. محمد امين الشهير بابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الابصار بحاشية ابن عابدين، ج٦، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٤ هـ-٢٠٠٣ م.
١٠٤. محمد بن ابي سهل شمس الدين السرخسي - المبسوط - ط١ - مطبعة السعادة - مصر - ج١١، د.ت.
١٠٥. محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: تحقيق : أحمد البردوني، (القاهرة : دار الكتب المصرية، ط٢)، د.ت .

١٠٦. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١٠٧. محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
١٠٨. محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ج٢، دار الحديث - القاهرة، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
١٠٩. محمد بن ادريس الشافعي القرشي، الام، تحقيق: علي محمد و عادل أحمد، ج٤، (د، ط)، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
١١٠. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، المكتبة الإسلامية - طهران، ١٣٩٧ قمرى (٢٩٣/٣).
١١١. محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، الناشر جاي خانه دانشگاه، ١٣٤٢ هجرى/شمسى.
١١٢. محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام، نشر دار الكتب الإسلامية، طهران، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.
١١٣. محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، شركة دار المعارف الإسلامية، قم، بدون تاريخ نشر.
١١٤. محمد بن صالح العثيمين: الشرح الممتع على زاد المسقنع، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٢هـ.
١١٥. محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي، حاشية الخرخشي على مختصر خليل، ط١، دار لكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة نشر.
١١٦. محمد بن عبدالله ابو بكر ابن العربي: عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
١١٧. محمد بن على بن محمد الشوكاني، فتح القدير، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ط٤، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
١١٨. محمد بن قاسم الانصاري، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط١، ١٣٥٠هـ.
١١٩. محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ.
١٢٠. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١٢١. محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٤.
١٢٢. محمد بن يوسف كنجي الشافعي، كفاية الطالب في مناقب علي بن أبي طالب (ع)، تحقيق: محمد هادي الأميني، المطبعة الحيدرية، ط٢، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
١٢٣. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، ط٥، طهران، ١٩٩٨.
١٢٤. محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (عرض استدلال)، ط١، (د. م) ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
١٢٥. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكتاب في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، طهران، الطبعة السادسة، ١٣٧١هـ.
١٢٦. محمد حسن ترحيني العاملي، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، دار الكاتب العربي، بدون سنة نشر.
١٢٧. محمد عlish، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون سنة نشر.
١٢٨. محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ - (١٩٨٤م)
١٢٩. محمد محمود العيني، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المنهاج القويم / دمشق - سوريا، ط١، ١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م.
١٣٠. محمود بن احمد بن موسى بن احمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، ج٧، دار الكتب العلمية - بيروت، ٢٠٠١م.
١٣١. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، ط١، دار القلم، دمشق، دت.
١٣٢. محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
١٣٣. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطبعة الجامعة السورية، ١٩٥٢، ط٣.
١٣٤. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط الأولى، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩.
١٣٥. مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ج٤.
١٣٦. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، شرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

١٣٧. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الاقناع، منشورات مكتبة النصر الحديثة في الرياض، بدون سند نشر..
١٣٨. نجم الدين المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مطبعة الآداب - النجف الاشرف ١٩٦٩.
١٣٩. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرييه، ج ٢، ط ٣، دار احياء التراث العربي- بيروت، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
١٤٠. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ط ٤، دار الفكر المعاصر - دمشق، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٤١. د. وهبه الزحيلي - رؤية إجتهادية في المسائل الفقهية المعاصرة للوقف، دار المكتبي، سوريا- دمشق، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
١٤٢. يحيى بن ابو الخير بن سالم بن اسعد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن عمران العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي، تحقيق: د. احمد حجازي احمد السقا، ط ١، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
١٤٣. يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان، الجزء الثامن، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط ١، جدة، ١٤٢١هـ.
١٤٤. الشيخ يوسف بن أحمد البحراني، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، مؤسسة النشر الإسلامي لجماعة المدرسين بقم المقدسة - أي ران، ١٣٨٥هـ.

#### رابعاً: الكتب المتخصصة

١. أحمد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٧، ط ١.
٢. احمد امين حسان وفتحي عبد الهادي، موسوعة الاوقاف، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٣. أحمد جمال الدين الوقف مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٥.
٤. أحمد شفيق العاني، أحكام الاوقاف، الطبعة الثالثة، مطبعة الرشاد، ١٩٦٥.
٥. د. احمد على الخطيب، الوقف والوصايا، مطبعة المعارف - بغداد، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.
٦. أحمد فراج حسين، نظام الارث والوصايا في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان، ٢٠١١.
٧. د. أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطبوعات، الاسكندرية، ١٩٩٤.
٨. حسن رضا، أحكام الأوقاف، ط ٢، مطبعة التقيض الاهلية - بغداد، ١٩٣٨.
٩. حسين على الأعظمي، أحكام الأوقاف، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد، بدون سند طبع.

١٠. د. حقي إسماعيل النداوي، الوقف في الشريعة والقانون، بدون اسم مطبعة، ٢٠١٦.
١١. د. حمدي رجب عبد الغني، الوقف بين التأييد والاستبدال في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٢. د. خالد بن علي المشيخ : النوازل في الأوقاف، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، د. ط (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢م)
١٣. د. خالد بن علي بن محمد المشيخ : الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ادارة الشؤون الإسلامية، دولة قطر، ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م.
١٤. رائد العبيدي، الوقف قانوناً وشرعاً، مطبعة ستاره، ط ١، ٢٠٠٠.
١٥. رمضان على السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
١٦. د. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية - بيروت، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
١٧. سالم رمضان الموسوي، تصفية الوقف وحالات انهائه / دراسة معززة بتطبيقات قضائية، ٢٠٢٠.
١٨. سليمان بن جاسر الجاسر - الوقف وأحكامه في ضوء الشريعة الإسلامية، مدار الوطن للنشر، ط ١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م
١٩. د. سمير صبحي، احكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
٢٠. شاكِر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال الغير المنقولة، مطبعة الاعتماد، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٤٧.
٢١. صالح بن غانم السدلان، احكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٦هـ.
٢٢. د. صالح بن غانم السدلان، أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما، دار بلنسية للنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤١٧هـ، نبذة في الأوقاف مع بعض النماذج الخاصة بها.
٢٣. صالح عبد الهادي، الوقف الإسلامي التراحم في الحياة وصدقة جارية بعد لقاء الله بدون دار نشر، بدون سنة طباعة.
٢٤. عبد الجليل عبد الرحمن عشوب، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
٢٥. الشيخ عبدو قطايا، الأحوال الشخصية بين الشرائع وقوانين الطوائف في لبنان (الوقف)، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.
٢٦. د. عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ط ١، دار النفائس، الأردن، عمان، ٢٠٠٨.

٢٧. على حيدر، ترتيب الصنوف في احكام الوقوف، بغداد، ١٩٥٠.
٢٨. د. على عبد العالي الأسدي، الاوقاف في التشريعات العراقية، الطبعة الاولى، مطبعة الكتاب، ٢٠٢٢.
٢٩. محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، مطبعة مخيمر، الناشر، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، دبت .
٣٠. محمد ابو زهرة، محاضرات في الوقف، ط٢، دار الفكر العربي للنشر، بيروت، ١٩١٧.
٣١. محمد أحمد سراج، أحكام الوقف في الفقه والقانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر - اسكندرية، ط١، ٢٠٠١.
٣٢. محمد بن احمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٣٣. محمد بن عبد العزيز عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، ط١، المغرب، ١٩٩٦.
٣٤. محمد جعفر شمس الدين، الوقف واحكامه في الفقه الإسلامي والقوانين اللبنانية، دراسة مقارنة، ط١، دار الهادي، ٢٠٠٥.
٣٥. محمد زين الأبياني بك، مباحث الوقف، بدون اسم مطبعة، ط٣، ١٩٢٤.
٣٦. د. محمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف (في الفقه والقانون والقضاء)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٧.
٣٧. د. محمد كمال الدين امام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت، ٢٠٠١م.
٣٨. د. محمد مصطفى الحسيني - الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية و الوقف، مطبعة دار التأليف، مصر - القاهرة، ١٣٩٦هـ-١٩٧٦م.
٣٩. د. محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاقواف، ط٤، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٢.
٤٠. مصطفى احمد الزرقاء - أحكام الاوقاف - ط٢ - مطبعة الجامعة السورية - دمشق - ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧م.
٤١. د. منذر عبد الكريم القضاة، احكام الوقف، ط٢، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠١١.
٤٢. هاشم معروف الحسني، الوصايا والاقواف، ط١، دار القلم بيروت، ١٩٨٠.
٤٣. وزارة الاوقاف و الشؤون الإسلامية - الكويت - الموسوعة الفقهية - ط٢ - طباعة ذات السلاسل - الكويت - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م .

١. د. اكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارنة، ط١، مطبعة الفتیان، بغداد، ١٩٩٨.
٢. د. انور العمروسي، الملكية واسباب كسبها في القانون المدني، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
٣. بدران ابو العينين، الميراث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الاولى، مطبعة مكة المكرمة، ١٩٧٠.
٤. تيسير عبدالله المكيد، السجل العقاري، دراسة قانونية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٥. د. حامد مصطفى - الملكية العقارية في العراق - المطبعة العالمية - القاهرة - ج٢ - ط١، بدون سنة نشر.
٦. د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار أبو المجد للطباعة، ١٩٩٦.
٧. د. حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٨. د. حسن على الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر، بغداد، ١٩٥٤.
٩. د. حسين عبد اللطيف حمدان، نظام التسجيل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، لبنان، ٢٠٠٣.
١٠. د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا والمواريث، ط٢، ٢٠٢٠.
١١. د. خالد بن على بن محمد، الجامع لأحكام الهبات والوقف والوصية، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠١٣.
١٢. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية - بيروت، ١٩٨٥.
١٣. د. سعيد مبارك، موجز احكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، مطبعة جامعة بغداد، بدون سنة نشر.
١٤. د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥.
١٥. د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٦. د. عبد الرحمن بن عثمان الجلعود، احكم لزوم العقد، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٨هـ.
١٧. د. عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الاولى، ١٩٥٣.
١٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (ج١، ج٤، ج٩)، دار احياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠٧.
١٩. د. عبد الله على الركبان، النظرية العامة للإثبات، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون سنة نشر، ط١.

٢٠. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية - بغداد، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
٢١. د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون ذكر سنة الطبع.
٢٢. عبدالله غزاي سلمان، إجراءات التسجيل العقاري، الطبعة الثانية، الناشر صباح الانباري، بغداد، ٢٠١٣.
٢٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار السنهوري، لبنان، بيروت، ٢٠١٩،
٢٤. على هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دار الحامد، الطبعة الاولى، ١٩٩٨.
٢٥. عماد الجواهري، الاطار القانوني والسياسي لتسوية حقوق الاراضي واصلاح نظام الملكية الزراعية في العراق، بدون دار نشر، بدون تاريخ.
٢٦. د. عمار محمد القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن - عمان، ٢٠١٥.
٢٧. د. فتحي عبد الصبور، الاثار القانونية للتأميم والحراسة على الاموال، ط٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٦٧.
٢٨. القاضي لفته هامل العجيلي، أطفاء الحقوق التصرفية، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠١٢.
٢٩. د. ماجد الحلو، القانون الاداري، الطبعة الاولى، دار احياء التراث العربي، القاهرة، مصر، ١٩٩٣.
٣٠. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٣١. د. محمد سليمان الاحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، المكتبة القانونية، الاردن، الطبعة الاولى/الاصدار الاول، ٢٠٠١.
٣٢. د. محمد طه البشير، د/ غني حسون طه - الحقوق العينية - ج١ - (د. ط) - وزارة التعليم العالي و البحث العلمي - بغداد - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م.
٣٣. د. محمد محمود العيني، محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٣.
٣٤. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، دمشق، ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م، ط١.

٣٥. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان - الأردن/ الاصدار الثالث، ١٩٩٩.
٣٦. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي والقانون المقارن، ط١، إحسان للنشر والتوزيع، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.
٣٧. مصطفى محمد جميل، علم الوقف، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٦.
٣٨. المستشار معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩.
٣٩. المستشار معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٦.
٤٠. د. مصطفى مجيد، شرح قانون الاستملاك (١٢) لسنة ١٩٨١، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٢.
٤١. د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، (ج١، ج٣)، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ١٩٧٣م.
٤٢. د. نبيل أبراهيم أسعد، د. محمد حسين قاسم، مصادر الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٤٣. وحيد رضا سوار، التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، معهد البحوث والدراسات العربية، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٥.
٤٤. وليد رمضان عبد التواب، الوقف شرعاً وقانوناً، ج١، ط١، دار شادي، القاهرة، بدون سنة نشر.
٤٥. د. ياسين محمد يحي، نظام السجل العيني واثره على مصادر الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

#### سادساً: الأطاريح

- ١- حسين عبد القادر محمود، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، اطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون بجامعة بغداد، ٢٠٠٤.
- ٢- عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة الازهر، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ٣- على الطيب مصطفى احمد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية الشائعة (دراسة تحليلية مقارنة) رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة الرباط الوطني كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، ١٤٣٦-٢٠١٥م.

٤- يسري وليد ابراهيم على بك، انشاء الالتزام بالارادة المنفردة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٣ م.

٥- بمو برويز خان الدلوي النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، اطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية، ٢٠١٠.

#### سابعاً: الرسائل

١- أكرم فاضل سعيد القصير، الخلف في العقد (دراسة قانونية مقارنة)- رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

٢- تيماء محمود فوزي الصراف، دور المدعي العام في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة الموصل، ٢٠٠٢.

٣- زينة غانم العبيدي، حق المساطحة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٠.

٤- منذر الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.

٥- قرني موسى، عقد الوقف وطرق اثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ١، "بن يوسف بن خدة"، ٢٠١٤.

٦- محمد سلام - درويش مصطفى اللواح، القسمة القضائية للمال الشائع (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الازهر، ٢٠١٨.

٧- نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠٠١.

٨- ريام لزام عبد عمران، الحماية القانونية للحق في تملك العقار غير المسجل- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى كلية القانون جامعة البصرة، ٢٠٢٢.

#### ثامناً: البحوث

١. أبو الخير نشأت عطا، مدى مشروعية الوقف المؤقت، بحث منشور في مجلة دراسات باسوان، جامعة الازهر، العدد ٣، ٢٠٢٠.

٢. د. أحمد الكبيسي، الوقف بين الاستبدال والتأبيد، بحث منشور في مجلة كلية الإمام الأعظم - بغداد، العدد الأول، مطبعة سلمان الاعظمي - بغداد، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٣. د. إيمان يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مسجل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٢، المجلد ٢، الجزء ١، ٢٠١٨.

٤. الهادي سعيد، تطور الملكية العقارية واثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، ١٩٩٦.
٥. بحوث ندوة القضاء والفقهاء، مكانة الوقف واثره في الدعوة والتنمية، المنعقدة في مكة المكرمة، ١٤٢٨، ٧٤/١.
٦. بمو برويز خان الدلوي، الأثر الكاشف للتسجيل في نقل الملكية العقار (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، مجلة الرافدين، ٢٠١٨.
٧. بيداء بهجت نعمان وعلياء عادل، اجراءات ابطال قيد التسجيل في السجل العقاري، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة ١٢، العدد ٣، ٢٠٢٠.
٨. د. حسام عبد الواحد كاظم - حميد حمسن ناصر، انعقاد وقف الحصة الشائعة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار - كلية القانون، العدد ١٥، السنة الثانية، ٢٠١٧.
٩. د. شوقي أحمد دنيا أستاذ الاقتصاد وعميد كلية التجارة جامعة الأزهر، مجالات ووقفية مستجدة وقف المنافع والحقوق بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية في رحاب جامعة أم القرى ١٤٢٧هـ.
١٠. ظلال أم الخير كعيد وإسماعيل كاظم العيساوي: الوصية بالمنافع والحقوق «حق التأليف أنموذجاً - دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مجلد ١٨ - ع ٢، ٢٠٢١.
١١. عبد العزيز بن سليمان بن فهد العيسى، الوقف الذي في حكم الوصية، مجلة القضاء، الرياض، ٢٠٢٢.
١٢. د. ماجدة محمود هزاع أستاذ الفقه المقارن بكلية الدراسات الإسلامية بالقاهرة، الوقف المؤقت بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للوقف عن الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية للوقف لتي تنظمه جامعة أم القرى بمكة المكرمة في شوال من عام ١٤٢٧هـ.
١٣. محمد رافع يونس، اركان الوقف وشروطه، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، عدد ١٤، ٢٠١٩.
١٤. د. مصطفى كمال وصفي، الاستيلاء في القانون الاداري، مجلة العلوم الادارية، عدد ٢، حزيران ١٩٦٤.
١٥. د. منذر قحف، الوقف في المجتمع الإسلامي المعاصر، منشور على شبكة ادخال المعلومات العالمية وعلى الموقع: (<http://IIKanatakji.org/figh/files/wakf/w-I-hm>)
١٦. د. منصور حاتم محسن، مفهوم الاثر المنشئ دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد ١، ٢٠١٩.

١٧. نادية عبد العالي كاظم، أثر قسمة المال الشائع- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد ١٦، العدد ٢، الامارات، ٢٠١٩.

### تاسعاً: القرارات القضائية

#### أ- القرارات المنشورة

١- قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية المرقم ٨٤٦٥ لسنة ١٩٥٤ والمنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنية - السنة الثالثة - العدد الأول.

٢- قرار محكمة التمييز المرقم ٥١٣/ شرعية/٦٤ في ١٤/١٠/١٩٦٤ منشور في قضاء محكمة التمييز، مجلد ٢، القرارات الصادرة ١٩٦٤، مطبعة الإدارة المحلية، بغداد ١٩٦٨.

٣- قرار رقم (١٧١) / مدنية أولى / ٧٧ في ٣١/٥/١٩٧٧ - منشور في مجموعة الأحكام العدلية تصدرها وزارة العدل العراقية - بغداد العدد الثاني - السنة الثامنة - ١٩٧٧.

٤- محكمة النقض المصرية: الطعن ٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩/١/١٩٧٧ مكتب فني ٢٨، ج ١، احوال شخصية ق ٥٨.

٥- قرار رقم (٩٠/٩٩٦) - محكمة التمييز الاردنية - منشور في مجلة نقابة المحامين العدد (٧) لسنة ١٩٩٠م.

٦- قرار ذي العدد ٢٤٢٢ / هيئة موسعة / ٢٠٠٧. تاريخ القرار، ٣/٧/٢٠٠٧. منشور على الرابط

qanonun. Iraqja.iq

٧- رقم الحكم ١٣٢٦ / استبدال العقار الموقوف / ٢٠٠٩ / تاريخ اصدار الحكم ١٦/٤/٢٠٠٩ محكمة التمييز الاتحادية منشور في موقع مجلس القضاء.

٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذو الرقم (١٣٢/١٣١) في ١١/٦/٢٠١٨ منشور في موقع مجلس القضاء الأعلى، تاريخ الزيارة ١٧/٢/٢٠٢٣.

٩- رقم الحكم ٢٠١/٢٠٢/٢٠٣ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٢٢، تاريخ اصدار الحكم ٣١/١/٢٠٢٢ محكمة التمييز الاتحادية، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى.

#### ب- القرارات غير المنشورة

١- قرار محكمة الاحوال الشخصية في البصرة، العدد (١٧٥/ق/٢٠٠٦)، التاريخ (١٩/١١/٢٠٠٦).

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١١٥ / هيئة موسعة / ٢٠٠٧ في ٢١/٢/٢٠٠٧

٣- القرار ٢٥١ / الهيئة الموسعة المدنية ٢٠٠٧ في ٢٢/٢/٢٠٠٨.

- ٤- قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية، رقم الحكم ٣٨٤/اطفاء حق التصرف/٢٠١٢.
- ٥- القرار المرقم ٢١٤/حقوقية/ استملاك، ٢٠١٣ في تاريخ ١٠/١١/٢٠١٣ محكمة التمييز الاتحادية.
- ٦- قرار المرقم (٤٠٣)/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ١٦/١٢/٢٠١٨.

#### عاشراً: المقالات

- ١- المحامي هادي عزيز علي، نزاعات دواوين الأوقاف وأيلولة المال الموقوف، مقال منشور على الموقع [/https://almadapaper.net/220304](https://almadapaper.net/220304)
- ٢- محمد نبيل الشيمي: التنمية الاقتصادية في الدول النامية ووسائل تمويلها، مقالة منشورة على الرابط: <https://www.ahewar.orgD4%ED%E3%ED:>
- ٣- نسيم بلحو، أثر الشهر العقاري في انتقال الملكية العقارية بين القانون والتطبيق، مقال منشور في مجلة الاستاذ الباحث للعلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠١٧.

#### الحادي عشر: القوانين

- أ- القوانين العراقية وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل والتعليمات.
١. قانون التصرف في ١٩ نيسان ١٩١٣ م الملغى.
  ٢. قانون التسوية رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٢ الملغى.
  ٣. قانون نظام المقابر العراقي رقم (١٨) لسنة ١٩٣٥ م النافذ والمعدل.
  ٤. قانون ضريبة الأرض رقم (٧٣) لسنة ١٩٣٦ الملغى.
  ٥. بقانون التسوية رقم (٢٩) لسنة ١٩٣٨ الملغى.
  ٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل.
  ٧. مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل
  ٨. قانون تعديل جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل بقانون رقم (٤١) لسنة ٢٠١٦.
  ٩. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
  ١٠. قانون الاستملاك العراقي رقم (٥٧) لسنة ١٩٦٠ الملغى.
  ١١. قانون ضريبة الأرض الزراعية رقم (٣٥) لسنة ١٩٦١ الملغى.
  ١٢. تعليمات وزارة المالية رقم (٢) لسنة ١٩٦٢.
  ١٣. قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ النافذ والمعدل.
  ١٤. قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

١٥. قانون نظام التعديل الثالث لنظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩.
١٦. بقانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ النافذ.
١٧. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والنافذ.
١٨. قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٣/ لسنة ١٩٧٦ المعدل النافذ.
١٩. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٢٢) لسنة ١٩٧٧.
٢٠. قانون الاثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢١. قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ النافذ والمعدل.
٢٢. قانون نظام التعديل الثالث رقم (٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل لنظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٩.
٢٣. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٩٨٠) لسنة ١٩٨٤.
٢٤. تعليمات التسجيل الالزامي للعقارات غير المسجلة المرقمة (١) لسنة ١٩٨٦.
٢٥. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٩٤٠) لسنة ١٩٨٨ المعدل لقرار (٨٥٠) لسنة ١٩٧٧.
٢٦. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل (١٨٤) لسنة ٢٠٠٢.
٢٧. قانون ديوان الوقف الشيعي رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٢م النافذ.
٢٨. قانون ديوان الوقف السني رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٢م النافذ.

#### ب- القوانين الاردنية

- ١- قانون الاراضي العثماني لسنة ١٨٥٨ الملغى.
- ٢- قانون تحويل الاراضي من النوع الاميري إلى ملك رقم (٤١) لسنة ١٩٥٣م الأردني الملغى.
- ٣- القانون المدني الأردني رقم (٤٣)، لسنة ١٩٧٦ النافذ.
- ٤- قانون الاوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الاردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ النافذ.
- ٥- القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم (٣١) لسنة ٢٠١٢.
- ٦- قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ النافذ.
- ٧- قانون الملكية العقارية الأردني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٩.

#### ج- القوانين المصرية

- ١- قانون الأوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المعدل.
- ٢- قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.

- ٣- قانون تنظيم الشهر العقاري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦.
- ٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨.
- ٥- قانون إلغاء الوقف على الخيرات رقم (١٨٠) لسنة ١٩٥٢ المعدل.
- ٦- القانون بشأن النظر على الأوقاف الخيرية وتعديل مصاريفها على جهات البر رقم (٢٤٧) المصري لسنة ١٩٥٣.
- ٧- قانون السجل العيني المصري رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ النافذ والمعدل.
- ٨- قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري رقم (١٠) لسنة ١٩٩٠ النافذ
- ٩- قانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
- ١٠- قانون إعادة تنظيم هيئة الاوقاف المصرية رقم (٢٠٩) لسنة ٢٠٢٠.

#### الثاني عشر: المقابلات الشخصية

- ١- مقابلة مع الأستاذ باسم الخفاجي، مشاور أقدم، رئيس قسم الشؤون القانونية في مديرية أوقاف كربلاء، مجموعة من المقابلات.
- ٢- مقابلة مع الأستاذ المشاور القانوني احمد الخفاجي / الشعبة القانونية / مديرية أوقاف كربلاء، مجموعة من المقابلات.
- ٣- مقابلة مع الأستاذ الحقوقي منتظر الحسيني مدير دائرة التسجيل العقاري في كربلاء / الجزيرة، مجموعة من المقابلات.

## **Abstract**

In this dissertation, the researcher addressed the issue of unregistered endowed property from a legal and legitimate perspective and focused on the problems that arise as a result of the absence of registration and its impact on the rights of the parties and society. The study aimed to demonstrate the importance of registering endowed properties and its role in protecting the rights and organizing the management of endowments, while presenting proposals to improve the legal framework of endowments in a manner consistent with the principles of Islamic law.

It became clear to the researcher through the dissertation that unregistered endowed property is a very important legal problem in Iraq, as failure to register the property leads to the absence of legal protection for it, which exposes it to disputes and affects the continuity of the endowment. Therefore, the importance of the research on this topic is to shed the light on its various dimensions.

The hypothesis of the problem under study relates to unregistered charitable endowments, which exclude mosques and cemeteries from charitable endowments, as it is not reasonable to transfer ownership of mosques or cemeteries. Therefore, our study will focus on charitable endowments, excluding family endowments and, in some cases, joint endowments.

The researcher adopted a contrastive analytical approach, analyzing Iraqi legal texts related to endowments, such as the Endowments Law, along with the jurisprudential rulings of Islamic schools of thought. Desk research tools were used to analyze legal, legislative, and religious sources, providing a contrastive perspective between the national legal system and international experiences.

The researcher reached several conclusions, most notably: the failure to register endowments leads to legal and social disputes that reduce the optimal use

of endowed properties. Furthermore, the absence of legal and legitimate oversight weakens the effectiveness of endowments in achieving their development goals. The study emphasized that current legislation is insufficient to provide the necessary legal protection for unregistered endowments, requiring comprehensive legal reforms.

The researcher also concluded that despite the existence of laws regulating endowment affairs, Iraqi legislation still lacks clear provisions regarding unregistered endowed properties. This legislative deficiency constitutes a motivation to seek legal solutions that contribute to strengthening the legal framework for protecting these endowments.

The researcher made several recommendations, including: the necessity of mandatory registration of real estate endowments to ensure their sustainability and protect them from encroachment; the creation of a national database for the management and documentation of endowments; strengthening legitimate and legal censorship of endowments, and raising community awareness of their importance and role in achieving social solidarity and sustainable development.

The researcher also concluded that registering the endowed property is a legal and social necessity to ensure its continuity and protect it from encroachment, while emphasizing the need for cooperation between legislative, judicial, and religious authorities to achieve this. The dissertation is a scientific contribution to enhancing understanding of the relationship between the legitimate and the law in the management of endowments, and proposing practical solutions to support this important institution.



**University of Kerbala**

**College of Law**

**Private Law**

**The Transactions Transferring Ownership of Unregistered  
Endowed Property: A Contrastive Study**

**A Dissertation Submitted to the Council of the College of Law/ University of  
Kerbala in Partial Fulfillment of the Requirements for the Doctorate Degree  
(Ph. D.) in Law/ Private Law**

**By:**

**Mohammed Najim Sultan Essa Al-Shammary**

**Supervised by:**

**Prof. Dr. Hayder Hussein Kadhim Al- Shammary**

**1446 A. H**

**2025 A. D.**