University of Thi-Qar Journal of Law Research
Website: law.utq.edu.iq / Email: UTJlaw@utp.edu.iq

Acompratire study of jurisprudence Islamic and law postural

Prof. Dr. Hussam Abud Al-Wahid

Majeed.M.naser

dr.sord@gmail.com

انعقاد وقف الحصة الشائعة

دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بحث مقدم من قبل

أ.م.د.حسام عبد الواحد كاظم

الباحث /مجيد محسن ناصر

ABSTRACT

The Islamic law defines *Waqf* as a way of keeping things as it is and liberation of its benefit.

Legally, it is defined as unilateral conduct for whoever in charge in *waqf*, whereas Muslim scholars permit *waqf* of the common share and transfer its property and partnership as a full- authorized ownership. On the other hand, Iraqi legislator does not regulate the *waqf* of common share. Moreover, Iraqi judicial has already issued the *waqf* of common share on the ground of general common rules. Nevertheless, Iraqi jurist allows the *waqf* of common share by any one of the partners.

الملخص

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في كيفية وقف الحصة الشائعة فذهب اتجاه منهم الى اعتبار الوقف منعقدا بمجرد ايجاب الواقف دون الحاجه الى قبول الموقوف عليهم . وذهب اتجاه اخر الى اعتبار قبول الموقوف

علـــيهم وقبضـــهم للموقـــوف حتـــى ينعقـــد الوقـــف . ولـــم يتطـــرق المشـــرع العراقـــي باعتبـــار الوقـــف تصـــرف قـــانوني هـــل ينعقـــد بنشـــأ بـــالإرادة المنفـــردة (ايجـــاب الواقـــف فقـــط) ام انـــه مـــن العقـــود التـــي يســـتلزم انعقادهـــا تطـــابق ارادتـــين. وقـــد تـــين لنـــا ومـــن خـــلال التعـــاريف التـــي وضـــعها المشـــرع العراقـــي لـــبعض انـــواع الوقـــف ، ان المشـــرع العراقـــي يعـــد انعقـــاد وقـــف الحصـــة الشـــائعة تصـــرفا قانونيـــا يتم بارداه الواقف فقط.

المقدمة

لقد تحدث الفقهاء عن انعقاد الوقف وعن الصيغة التي يتم بها الوقف وبيّنوا إنه لايتم بدون صيغة تعبّر عن إرادة الواقف، كما هو شأن في غيره من العقود والإيقاعات التي لاسبيل إلى التعبير فيها عن إرادة المتكلم إلا بالألفاظ المبينة لمراده، اما بذاتها او بواسطة ما يحيط بها من القرائن والملابسات، وبلا شك فان التعبير عن وقف الحصة الشائعة بلفظ [وقفت] من أصرح الألفاظ دلالة على وقفها، واختلف الفقهاء المسلمون في كيفية انعقاد الوقف، فهل ينشأ الوقف بالارادة المنفردة، أي بايجاب الواقف دون توقفه على قبول الموقوف عليه، وهو ما يسمى في الاصطلاح الفقهي (الايقاعات) وفي الاصطلاح القانوني (الإرادة المنفردة) ام ان انعقاد الوقف يفتقر الى الايجاب والقبول، أي انه من العقود وهل يشترط لانشاء الوقف صيغة معينة (لفظ معين) ام ان الوقف ينشأ حتى ولو لم يتلفظ الواقف، كأن ينعقد الوقف بالمعاطاة، وهل حدد المشرع العراقي كيفية نشوء الوقف وطرق انعقاده ام ان المشرع العراقي لم يتطرق الى ذلك؟

ـ أهمية اختيار الموضوع.

اقتضت طبيعة المال ان يكون قابلاً للتداول بين الناس تحقيقاً لمعاني الانتفاع الكامل، فاقتضى مفهوم التملك، حرية التصرف في المال بمختلف الوجوه الناقلة للملكية، والوقف هو من الحالات الاستثنائية التي ترد على المال كمحل للملك وتخرجه من قابليته للتداول، حيث يبقى محبوساً عن التداول والانتفاع من يد ليد، على جهة معينة تستفيد من غلته بصورة دائمة ومستمرة، دون ان تملك هذه الجهة حق التصرف بأصل المال.

ـ مشكلة البحث.

إن الكثير من مواضيع الوقف لم تعالج بصورة قانونية مفصلة، سواء على مستوى التشريع او مستوى القضاء والفقه، وهو أمر يواجه العاملون في دواوين الأوقاف، وكذلك القضاة والمحامون، وأدى ذلك الى كثير من الصعوبات في معرفة موقف المشرع العراقي من تلك المواضيع ولم يبين القانوني العراقي هل ان الوقف ينعقد بمجرد ايجاب الواقف لم لابد من قبول الموقوف عليه او قبول الشركاء في المال الشائع . لذا فان البحث يعالج هذه المشكلة ويضع لها الحلول المقترحة.

ـ المنهج المعتمد.

اعتمدنا في دراستنا لموضوع [انعقاد وقف الحصة الشائعة] المنهج المقارن، حيث قمنا بمقارنة الموضوع ما بين الفقه الإسلامي بمذاهبه الخمسة [الحنفي والشافعي والحنبلي والمالكي والأمامي]، مع القوانين الوضعية العربية في العراق ومصر والأردن. والسبب

في اختيارنا للقانونين المصري والأردني، انهما عالجا موضوع وقف الحصة الشائعة، وكان هناك اختلاف في بعض مواطنهما لاساليب العلاج، الأمر الذي يثري المشرع العراقي اذا بادر الى وضع نصوص قانونية لمعالجة وقف الحصة الشائعة.

ـ خطة البحث.

من اجل الإحاطة بالموضوع، قمنا بتقسيمه الى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول انعقاد وقف الحصة الشائعة وقمنا بتقسيمه الى فرعين تكلمنا في الاول عن شروط انعقاد وقف الحصة الشائعة وفي الثاني لزوم وقف الحصة الشائعة اما المطلب الثاني فقد قمنا بتقسيمة الى فرعين ايضا تناونا في الاول الصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة وفي الثاني الصيغ الضمنية لوقف الحصة الشائعة .

انعقاد وقف الحصة الشائعة وصيغه

لقد تحدث الفقهاء عن انعقاد الوقف وعن الصيغة التي يتم بها الوقف وبيّنوا إنه لايتم بدون صيغة تعبّر عن إرادة الواقف، كما هو شأن في غيره من العقود والإيقاعات التي لاسبيل إلى التعبير فيها عن إرادة المتكلم إلا بالألفاظ المبينة لمراده، اما بذاتها او بواسطة ما يحيط بها من القرائن والملابسات، وبلا شك فان التعبير عن وقف الحصة الشائعة بلفظ [وقفت] من أصرح الألفاظ دلالة على وقفها، واختلف الفقهاء المسلمون في كيفية انعقاد الوقف، فهل ينشأ الوقف بالارادة المنفردة، أي بايجاب الواقف دون توقفه على قبول الموقوف عليه، وهو ما يسمى في الاصطلاح الفقهي (الايقاعات) وفي الاصطلاح القانوني (الإرادة المنفردة) ام ان انعقاد الوقف يفتقر الى الايجاب والقبول، أي انه من العقود وهل يشترط لانشاء الوقف صيغة معينة (لفظ معين) ام ان الوقف ينشأ حتى ولو لم يتلفظ

الواقف، كأن ينعقد الوقف بالمعاطاة، وهل حدد المشرع العراقي كيفية نشوء الوقف وطرق انعقاده ام ان المشرع العراقي لم يتطرق الى ذلك؟ لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول منه انعقاد وقف الحصة الشائعة، وفي الثاني صيغ وقف الحصة الشائعة.

المطلب الاول

انعقاد وقف الحصة الشائعة

سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الاول منه، شروط انعقاد وقف الحصة الشائعة، وفي الثاني، لزوم وقف الحصة الشائعة.

الفرع الاول

شروط انعقاد وقف الحصة الشائعة

بالنظر لما للوقف من احكام خاصة تتمثل في التأبيد وعدم جواز بيعه، وبما ان الشيوع حالة مؤقتة، فقد اختلف الفقهاء في شروط انعقاد وقف الحصة الشائعة، فهل يكفي في انعقاد وقف الحصة الشائعة ايجاب الواقف فقط، ام لابد من وجود القبول، وهل يشترط في القبول ان يكون صادراً من الموقوف عليهم ام من باقي الشركاء؟ وهل يشترط قبض الحصة الشائعة من الموقوف عليهم حتى يتم الوقف ام ان الوقف يتم بمجرد انشاء صيغة الوقف ، لذا سوف يتم بحث ما يلي:-

اولا-الايجاب والقبول في وقف الحصة الشائعة

انقسم الفقهاء في اشتراط الايجاب والقبول في انشاء الوقف الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: يرى اصحاب هذا الاتجاه، ان ركن الوقف هو الايجاب فقط، لان الوقف من قبيل الاسقاط الذي لايحتاج الى قبول. وحينئذ ينعقد بصدور لفظ من الالفاظ الخاصة به. فاذا قال الواقف، غلة حصتي الشائعة في العقار المعين هي وقف على الفقراء، انعقد الوقف بمجرد قوله هذا من غير حاجة الى قبول احد. أي ان الوقف اذا كان في اولى طبقاته على جهة غير محصورة يكتفي بانشائه بالعبارات الدالة عليه الصادر من الواقف.

وذهب الى هذا الاتجاه الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وبعض الإمامية[٥].

ويعد الوقف وفقاً لهذا الاتجاه من مجالات تطبيق الإرادة المنفردة، فالالتزام بالوقف ينشأ بمجرد صدور الصيغة الدالة عليه، أي انه لايفتقر الى قبول، وانما يكفيه الإرادة المنفردة الصادرة عن الواقف، والتي توجب الإلتزام بجميع مقتضياته الشرعية وما يترتب عليه من الآثار. وبالتالي يعد الوقف تصرفاً قانونياً، لان التصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه الى احداث اثر قانوني معين، وهذا التصرف او العمل القانوني اما ان يكون نتيجة تطابق ارادتين، وهذا هو العقد، واما ان يكون نتيجة ارادة واحدة وهذه هي الإرادة المنفردة[٦].

الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه، انه لابد من قبول الموقوف عليهم في الوقف، اذا كان الموقوف عليه ممن يمكن ان يصدر منهم القبول. لان ادخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في اتمام سبب التملك بدون رضا الغير، فيستصحب

بقاء الملك لمالكه لو وقع الوقف بدون قبول. وعلى هذا يعتبر في الوقف ما يعتبر في العقود اللازمة من اتصال القبول بالايجاب وذهب الى هذا الاتجاه بعض الامامية[٧].

اما بخصوص قبول الموقوف عليه المعين وهل كونه شرطاً في صحة الوقف او في استحقاق الموقوف عليه لغلة الوقف. فقد انقسم الفقهاء بشأنه الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: يرى اصحاب هذا الاتجاه، ان اشتراط قبول الموقوف عليه المعين، لم يكن لانعقاد الوقف وصحته، وانما هو شرط لاستحقاق الموقوف عليه لغلة الوقف، لان الوقف يعد من التبرعات والاسقاطات لذا كان ايجاب الواقف وحده كافياً لانعقاده، واما قبول الموقوف عليه، سواء كان معيناً او غير معين، فليس شرطاً لصحة الوقف، وانما هو للاستحقاق في غلة الوقف، فاذا رد الوقف، الموقوف عليه المعين بطل استحقاقه فيه، ولكن لايبطل الوقف نفسه، ويستحق الريع من يليه في الاستحقاق، فاذا قال الواقف: وقفت غلة حصتي الشائعة على (زيد) ومن بعده لاولاده ومن بعدهم للفقراء، فان قبل (زيد) صرف له الريع ما دام في الحياة، وان لم يقبل صرف الى الفقراء ما دام حياً، فاذا مات صرف الريع الى من سماهم الواقف بعده، وهم اولاده، ومن بعدهم الفقراء، اما سبب عدم صرف الغلة الى اولاد (زيد) بعده عند عدم قبوله، لان الواقف لم يجعل لهم حقاً في الغلة الا من من بعده.

وذهب الى هذا الاتجاه الحنفية[٨]، والشافعية[٩]، والحنابلة[١٠].

الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه، اشتراط قبول الوقف على المعين لاستحقاق الغلة، ان كان أهلاً للقبول، وقبول وليه ان لم يكن اهلاً لذلك، فان لم يقبل هو او وليه انتقل الوقف لمن يليه ان

ذكر جهة تليه، ويعود للواقف ان شرط ان يعود اليه بعد موت الموقوف عليه المعين. وذهب الى هذا الاتجاه المالكية، لان مالك، لايشترط التأبيد في الوقف، بل يجيزه مؤقتاً كما اجازه مؤبداً[١١].

اما موقف التشريعات القانونية من اعتبار القبول في انعقاد الوقف من عدمه، فقد اختلف موقفها وحسب التفصيل التالي:-

١. **موقف المشرع العراقي:** لم يتطرق المشرع العراقي الى اشتراط قبول الموقوف عليه لصحة الوقف، كذلك لم يتطرق المشرع، هل ان الوقف باعتباره تصرفاً قانونياً، هو عقد وينطبق عليه تعريف العقد الذي اورده في المادة (٧٣) من القانون المدني[١٢]. ام ان الوقف تصرف قانوني يتم بارادة واحدة؟

ويبدو لنا ان المشرع العراقي، يعد الوقف تصرفاً قانونياً يتم بارادة منفردة، وهذا ما يمكن استنتاجه من خلال التعاريف التي وضعها لبعض انواع الوقف (كالوقف الصحيح والوقف الذري والخيري والمشترك)[١٣].

فالمشرع العراقي، لم يشترط لانشاء الوقف، قبول الموقوف عليه، سواء كان معيناً ام غير معين، وهو بهذا الموقف، قد اخذ برأي الاتجاه الاول الذي يرى ان ركن الوقف هو الايجاب فقط.

اما موقف القضاء العراقي فانه لايشترط قبول الموقوف عليه لانشاء الوقف. فقد قضت محكمة التمييز بما يلي [والوقف يلزم بمجرد القول، لانه اسقاط للملك لا الى مالك..][١٤]. وكذلك قضت [وقف المقبرة ينعقد بمجرد القول، ويعتبر الدفن فيها باذن المالك تسليماً، فلا يحتاج في لزوم وقفها، تسجيل او تسليم الى متولي..][١٥].

ويبدو لنا، ان ما ذهب اليه الاتجاه الثاني، من اشتراط قبول الموقوف عليهم في الوقف هو الارجح، وعلى ضوء ذلك، يكون الوقف عقداً من حيث احتياجه الى القبول، وهذا ما ذهب اليه اكثر فقهاء الامامية، كما في الوقف على الاشخاص مثلاً، لان ادخال شيء في ملك الغير او ما يشبه الملك بدون رضاه هو من التسلط ولم يجعل الله لاحد سبيلاً على غيره. وان يكون ايقاعاً في الموارد التي يتم فيها بانشاء الايجاب كالوقف على الجهات العامة والمساجد والمقابر وغيرها مما جرت السيرة فيها على الاكتفاء بالايجاب وحده(١٦).

٢. **موقف المشرع المصري:** نصت المادة (٩) من قانون احكام الاوقاف، على انه [لايشترط القبول في صحة الوقف، ولا يشترط كذلك في الاستحقاق.. ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً، فانه يشترط في استحقاقها القبول، فان لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد، وان لم يوجد اصلاً، اخذ الوقف حكم الوقف المنتهي..]. فالمشرع المصري لم يشترط القبول في صحة الوقف، وبالتالي الوقف ينعقد بايجاب الواقف فقط، واشترط القبول في الاستحقاق في حالة واحدة، وهي اذا كان الوقف على جهة لها من يمثلها قانوناً، كما هو الحال لو اوقف سهامه الشائعة في شركة (الحرير الصناعي) على جامعة الازهر، او على الطلبة الفلسطينيين بالازهر، فهنا اشترط القانون المصري القبول الصريح لاستحقاق الغلة والا بطل الاستحقاق وعلل بعض الشراح(١٧)، ان هذا القبول يعد من قبيل سد الذرائع(١٨)، امام تدخل الواقفين بشؤون هذه الجهة او محاولة السيطرة عليها لاغراض معينة بقصد العبث والفساد. فان لم يقبل من يمثل الجهة، انتقل الاستحقاق لمن يليلها متى

وجد، وان لم يوجد اصلاً، اخذ الوقف حكم المنتهي. ورد الوقف او عدم قبوله امر طبيعي، حيث لاتجيز الشريعة دخول المال في ملك احد دون ارادته الا في الميراث[١٩].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى اعتبار الوقف ينشأ بارادة الواقف، فقد نصت بان [الوقف كائن تخلقه ارادة الواقف ويبقى قائماً على اصله ابداً يتعامل ويدين ويستدين وتكون له حقوق وعليه واجبات في الحدود التي قررها الفقهاء، وكل كائن يجمع هذه الخواص هو شخص قانوني اعتباري بحسب اصطلاح الفقهاء][٢٠].

كما قضت بانه [متى كان الاستحقاق في الوقف متنازع فيه فان مسؤولية ناظر الوقف او غيره من المستحقين عن ريع الحصة المتنازع عليها لايكون إلا من وقت ان يصبح سيء النية وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه بالاستحقاق][٢١].

٣. **موقف المشرع الاردني:** لم ينص القانون المدني الاردني على اشتراط القبول لصحة الوقف، ولا على كيفية تعبير الممثل القانوني للجهة الموقوف عليها عن قبوله او رفضه. ويذهب بعض الشراح الى القول [لم يشترط القبول لانشاء الوقف عملاً بالقول الراجح لجمهور الفقهاء، بان الوقف ليس عقداً وانما هو تصرف قانوني ينشأ بارادة منفردة، وان ركن الوقف هو الايجاب من الواقف وحده][٢٢].

وقد نصت المادة (١٢٤٤) من القانون المدني الاردني على انه [تسري على شروط صحة الوقف

وشـــروط الواقـــف وقواعـــد الاســـتحقاق احكـــام الشـــريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بالوقف].

وقـــد كـــان القضـــاء الاردنـــي قبـــل صـــدور القـــانون المـــدني، يـــذهب الـــى تبنـــي الاتجـــاه الاول الـــذي يـــرى بـــان الوقـــف يـــتم بمجـــرد ايجـــاب الواقـــف، فقـــد قضـــت محكمـــة الاســـتئناف الاردنيـــة، بـــان [..الوقـــف يـــتم بمجـــرد قـــول الواقـــف، وقفـــت، لانـــه اســـقاط الملـــك لا الـــى مالـــك، فاشـــبه الاعتـــاق وهـــذا الـــرأي الـــراجح المفتـــى بـــه، وعليـــه عمـــل المحاكم الشرعية..][٢٣].

ثانيا -القبض في وقف الحصة الشائعة

اختلف الفقهاء المسلمون في اشتراط قبض الموقوف من قبل الموقوف عليهم وهل يعد القبض شرط لتمام الوقف وصحته، ام لايعد كذلك، وانقسم الفقهاء المسلمون في ذلك الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: ويرى ان القبض من شروط تمام الوقف. أي يجب تسليم العين الموقوفة الى الموقوف عليه وقبضها او حيازتها، وقد ذهب الى هذا الاتجاه الامامية[٢٤]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٢٥]، والمالكية [٢٦]على احدى الروايتين.

ويرى الإمامية ان قبض المشاع في الوقف كقبضة في البيع، وقد ذكروا كيفية قبض المبيع المشترك، وقالوا اذا كان المبيع مشتركاً بين البائع وغيره، وقد باع البائع حصته، فاذا كان المبيع منقولاً وكان القبض متوقفاً على التصرف في حصة الشريك كوضعه في اليد او نقله فلابد من اذن الشريك حينئذ والا فلا، وان كان المبيع غير منقول فقبضه بالتخلية ورفع اليد عنه، لايوجب تصرفاً في

حصة الشريك فلا داعي لاذنه، فاذا وقف ولم يحصل القبض فللواقف ان يرجع. واذا وقف على جهة عامة لايلزم الوقف الا باستلام المتولي او الحاكم الشرعي او الصلاة في المسجد او بتصرف الفقير مع اذن الواقف. واذا لم يحصل القبض في نحو من الانحاء جاز للواقف الرجوع عن الوقف واذا وقف على جهة خاصة كاولاده الكبار فلا يتم الوقف الا باستلامهم باذنه، وان كانوا صغاراً فلا داعي لقبض جديد.

والمالكية لايكتفون بمطلق قبض المتولي، بل لابد من حيازة المتولي للعين الموقوفة لمدة سنة كاملة، فان لم يحز الوقف، وحدث مانع، كموت الواقف او مرض متصل بالموت بطل الوقف. واذا لم يعد الموقوف الى الواقف الا بعد سنة، فلا يبطل الوقف بحال من الاحوال. ويشترط المالكية ومحمد بن الحسن الشيباني في وقف الحصة الشائعة ان يكون المال الشائع قابلاً للقسمة(٢٧).

واستدل اصحاب هذا الاتجاه، القائلون باشتراط القبض لتمام الوقف بما يلي:-

١ـ حديث عمر الذي جعل وقفه بيد ابنته حفصة. وقد فعل ذلك ليتم الوقف[٢٨].

٢ـ ان حق الله، انما يثبت في الوقف عند التسليم للموقوف عليه، لان التمليك الى الله ـ عند من يقول بان الملكية تنتقل الى الله ـ لايتحقق المقصود منها ما لم يسلم الموقوف الى الموقوف عليه[٢٩].

٣ـ ان الوقف تبرع بالمال، فلم يلزم بمجرد التبرع، وانما لابد من قبضة كالهبة.

ويبدو لنا ان التكييف القانوني لوصف الوقف وقفاً لهذا الاتجاه، بانه عقد عيني لاينعقد بمجرد التراضي، بل يجب تسليم العين الموقوفة الى الموقوف عليه وقبضها[٣٠].

الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الاتجاه، ان القبض ليس بشرط لتمام الوقف والى هذا الاتجاه، ذهب الشافعية[٣١]، واحمد بن حنبل[٣٢]على الرواية الثانية، وابو يوسف من الحنفية[٣٣].

والوقف عند هؤلاء يتم بمجرد اللفظ من غير حاجة الى قبض او تسليم، واستدل اصحاب هذا الاتجاه بعدم اشتراط القبض بما يلي:-

١ـ بحديث عمر حين وقف ارضه بخيبر، فقد تصدق بها على الفقراء وذوي القربى وليس في الاثر ما يدل على اشتراط التسليم لتمام الوقف[٣٤].

٢ـ ان الوقف يشبه الاعتاق، لان كل منهما ازالة الملك الى غير مالك من العباد ولان كليهما من آثاره منع التصرف بالبيع والهبة والوصية وغير ذلك، واذا كان الاعتاق، يلزم بوجود العبارات الدالة عليه، كذلك شبيهه وهو الوقف، يثبت ويلزم بوجود العبارات الدالة عليه[٣٥].

٣ـ ان تسليم عمر وقفه لابنته حفصة، هو تسليم صوري، وفعل ذلك لكثرة اعماله ولانه خاف التقصير، وليكون في يدها بعد موته، اما انه فعل ذلك لاتمام الوقف فليس في الخبر ما يدل عليه.

ويبدو لنا ان ادلة الاتجاه الاول ارجح من ادلة الاتجاه الثاني، حيث يمكن الرد على حجج الاتجاه الثاني بما يلي:-

١ـ فيما يتعلق بالحجة الاولى فالحديث ساكت عن القبض وليس فيه ما يوحي الى عدم اشتراط القبض.

٢ـ واما عن الحجة الثانية فالوقف يختلف عن العتق رغم كونهما تصرفيين ايقاعيين، لان الاول، تصرف منشئ والثاني تصرف مسقط.

٣ـ اما عن الحجة الثالثة فقاعدة (اعمال الكلام، اولى من اهماله) تقتضي ان نحمل التسليم لحفصة على انه تسليم حقيقي لا صوري.

اما عن موقف المشرع العراقي من اشتراط قبض الموقوف عليهم للموقوف حتى يتم الوقف، فلم يتطرق المشرع الى قبض الوقف لتمامه، ولكن يبدو لنا ان المشرع قد ميز بين الوقف الذري والمشترك وبين الوقف الخيري فقد اجاز المشرع العراقي للواقف ان يرجع في الوقف الذري والمشترك عن وقفه، وحق الواقف في الرجوع عن الوقف جاء بصورة مطلقة، سواء تم قبض الموقوف من قبل الموقوف عليهم او لم يتم القبض. اما الوقف على جهة خيرية فلم يجز المشرع العراقي للواقف الرجوع عنه[٣٦].

الفرع الثاني

لزوم وقف الحصة الشائعة

تنقسم العقود الى انواع متعددة تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها، فاذا نظرنا اليها من حيث الانعقاد، فهي اما رضائية او شكلية او عينية، واذا نظرنا اليها من حيث الاثر، فهي اما ملزمة لجانب واحد او ملزمة لجانبين، ويقصد بالعقد اللازم هو ان احد المتعاقدين لايملك فسخ العقد الا برضا الطرف الاخر، وغير اللازم، هو ان لاحد المتعاقدين ان يستقل بفسخه بدون توقف على رضا الاخر. والعقود انواع: منها غير لازمة قبل القبض او بعده كالاعارة، ومنها لازمة قبل القبض وبعده كالبيع والاجارة، ومنها

غير لازمة قبل القبض ولازمة بعده كالرهن[٣٧]. فهل الوقف لازم قبل القبض او بعده؟ لذا سوف يتم تقسيم هذا الفرع الى مايلي،

اولا_لزوم وقف الحصة الشائعة في الفقه الاسلامي

انقسم الفقهاء المسلمون في لزوم الوقف الى اتجاهين:

الاتجاه الاول: يرى اصحاب هذا الاتجاه ان الوقف غير لازم. وذهب الى هذا الاتجاه ابو حنيفة[٣٨]، فالوقف عنده، حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وهو عنده بمنزلة العارية ليس عارية حقيقية، وذلك لان الاعارة لاتتم الا بتسليم المعير العين المعارة الى المستعير. بينما عين الوقف يجوز ان تبقى في يد الواقف، وهو الذي يتولى صرف منفعتها الى المستحقين، وله تسليمها الى متول ينوب عنه في ذلك، وللواقف ان يرجع فيه متى شاء، وان يتصرف به كل التصرفات من بيع او هبة او غير ذلك. واذا مات بدون رجوع عنه، انتقل ملك العين الموقوفة الى ورثته، ويصنع بتلك العين كل ما يصنع باموالة المورثة عنه. ولا يلزم الوقف عند ابي حنيفة الا في ثلاث حالات:-

١- ان يكون الموقوف مسجداً، ويكون لازماً متى ما افرز واذن فيه للصلاة، لان احياء الشعائر الدينية باقامة الصلاة لاتتم في المسجد الا اذا كان خالصاً لله، فيخرج عن ملكية الواقف الى ملكية الله تعالى، لانقطاع حق العباد فيه انقطاعاً تاماً[٣٩].

٢- اذا حكم الحاكم بلزوم الوقف في دعوى استوفت شروطها واركانها، فيصبح الوقف لازماً بسبب هذا الحكم[٤٠].

٣ـ ان يخرجه الواقف مخرج الوصية، كان يقول الواقف: غلة حصتي الشائعة في العقار المعين هي وقف على الفقراء بعد وفاتي. فالوقف في هذه الحالة غير لازم بالنسبة للواقف، وحكمه حكم الوصية، يجوز له الرجوع عنه في حياته، فاذا مات من غير رجوع عنه، فليس للورثة ان يملكوه لتأبد الوصية فيه، اذا كان الوقف في حدود ثلث التركة[٤١].

واستدل ابو حنيفة بعدم لزوم الوقف بالادلة التالية:-

١ـ ما روي عن بكر بن حازم ـ مرسلاً ـ قال: ان عبد الله بن زيد بن عبد ربه، جاء الى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقال: يا رسول الله، ان حائطي هذا صدقة الى الله ورسوله، فجاء ابواه فقالا: يا رسول الله، كان قوام عيشنا، فرده رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عليهما، ثم ماتا فورثهما ابنهما بعدهما[٤٢].

ووجه الاستدلال في هذا الحديث، ان الوقف لو كان لازماً لما رده رسول الله(ص).

٢ـ ما روي عن الزهري، ان عمر بن الخطاب قال: [لولا اني ذكرت صدقتي لرسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها][٤٣].

ووجه الاستدلال: ان نفس الايقاف للارض لم يكن يمنعه من الرجوع فيها، وانما منعه من الرجوع فيها ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، امره فيها بشيء، فكره ان يرجع في ذلك، وجواز الرجوع دليل على عدم اللزوم.

٣ـ لايمكن قياس الوقف على المسجد، ذلك ان المسجد غير مملوك لاحد من العباد، بل جعل محرراً خالصاً لله، وليس لاحد من العباد حق الانتفاع به بغير العبادة فيه. اما سوى المسجد من

الموقوفات، فليس كذلك، بل للموقوف عليه ان ينتفع بها زراعة او سكنى، كما ينتفع بسائر المملوكات[٤٤].

٤ـ ان للواقف حق الولاية على الموقوف ونصب من يتولاه وعزله وتوزيع الغلة على وفق الشروط التي يشترطها وحقوق الواقف هذه لم يستمدها من ولاية طارئة، فوجب ان يكون مردها ملكه، فكان شبيهاً بالعارية، والعارية جائزة غير لازمة[٤٥].

الاتجاه الثاني:- يرى اصحاب هذا الاتجاه، ان الوقف متى صدر من اهله مستكملاً شرائطه لزم وانقطع حق الواقف او الموقوف عليه او المتولي في التصرف بعينه باي تصرف مخل بالمقصود من الوقف وهو حبس العين والتصدق بالمنفعة.

والى هذا الاتجاه، ذهب الشافعية[٤٦]، والمالكية[٤٧]، والحنابلة[٤٨]، والامامية(٤٩)، والصاحبان من الحنفية[٥٠]، واستدل القائلون بهذا الاتجاه بالادلة التالية:-

١ـ حديث ابن عمر، في وقف عمر، فقد جاء فيه قول النبي (ص): [تصدق بثمرة، واحبس اصله، لايباع ولا يورث].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، هو قطع التصرف في المال الموقوف من قبل الواقف، حيث لايباع ولا يورث.

٢ـ اجماع الصحابة على الوقف، ولم ينقل عنهم انهم رجعوا في وقفهم او تصرفوا فيه، واشتهر ذلك عندهم، ولم ينكره احد منهم، فكان اجماعاً[٥١].

٣ـ ان الوقف [صدقة] وهو بمنزلة الهبة المعوضة، لأن الهبة اذا حصل لها عوض لايجوز الرجوع فيها مطلقاً، والصدقة تستلزم العوض دائماً، وهو القربى، فكان كالمعوض عنها[٥٢].

وقد ناقش الفقهاء جميع الادلة التي استند اليها ابو حنيفة وتم ردها[٥٣].

ويبدو لنا ان الادلة التي استند اليها الاتجاه الثاني، هي ارجح من الادلة التي استند اليها الاتجاه الاول. مما يعني ان الوقف متى صدر مستكملاً لشرائطه اصبح لازماً، وان اختلف الاتجاه الثاني في وقت لزوم الوقف ما بين وقت الانشاء والقبض.

ثانيا_لزوم وقف الحصة الشائعة في التشريع

اختلفت التشريعات القانونية في بعض الدول الاسلامية، حول لزوم الوقف من عدمه. فقد اخذت قسم من التشريعات بالاتجاه الاول الذي ذهب اليه ابو حنيفة، والذي يرى عدم لزوم الوقف، ويحق للواقف الرجوع عنه. بينما ذهبت بعض التشريعات الى الاخذ بالاتجاه الثاني، الذي يرى لزوم الوقف. ومنها من اخذ بالاتجاهين مميزاً في الرجوع بين الوقف الذري والخيري. وقد ساير القضاء في تلك الدول موقف التشريعات الوطنية لكل دولة وحسب التفصيل الاتي:-

١. موقف المشرع العراقي من لزوم الوقف.

لم يرد نص خاص في التشريعات الوطنية يبين هل ان الوقف عندما ينشئه الواقف يكون لازماً لايصح الرجوع عنه او انه غير لازم. والمشرع العراقي ميز بين الوقف الذري والوقف الخيري في مسألة لزوم الوقف، فهو قد نص صراحة على حق الواقف في الوقف الذري في الرجوع عن وقفه، والنص جاء مطلقاً، أي سواء تم قبض الموقوف من قبل الموقوف عليهم ام لم يتم القبض. فقد نصت المادة (١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١)

لسنة ١٩٥٥ على انه [اذا كان الواقف حياً فله الرجوع عن وقفه بطلب يقدمه الى محكمة البداءة لاستحصال قرار بابطال حجة الوقف واعادة الموقوف الى ملكيته، على ان ترسل صورة من القرار الى المحكمة التي اصدرت حجة الوقف للتأشير على سجلها والى دائرة الطابو لتصحيح القيد وقرار المحكمة بذلك يكون قطعياً].

اما في الوقف الخيري فان المشرع العراقي وان لم ينص صراحة على عدم جواز الرجوع عنه، الا انه أرجع الوقف الخيري الى الاحكام الشرعية، ورأينا سابقاً ان جمهور الفقهاء يذهب الى لزوم الوقف، فقد نصت المادة (٢) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري، على انه [يشمل هذا المرسوم الوقف الذري والمشترك اما الوقف الخيري فيبقى تابعاً للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به].

اما موقف القضاء العراقي، فقد ميز في الرجوع بين الوقف الذري والوقف الخيري. فقد قضت محكمة التمييز بانه [يجوز للواقف في الوقف الذري اذا كان حياً ان يرجع عن وقفه واعادة الموقوف الى ملكه][٥٤].

وقضت محكمة التمييز بانه [ليس للواقف حق الرجوع عن الوقف الخيري بعد اصدار حجة شرعية به وتسليمه له باعتباره متولياً عليه][٥٥].

وقد حسم القضاء العراقي الجدل المثار حول انعقاد الوقف، هل يتم بارادة واحدة ام لابد من اقتران الايجاب بقبول الاخر (الموقوف عليه) وهل يشترط في لزومه التسليم والقبض ام لايشترط ذلك؟ فقد قضت محكمة التمييز بما يلي [.. والوقف يلزم بمجرد القول، لانه اسقاط للملك لا الى مالك، فلا يحتاج الى حكم او قبض وتسليم

بخلاف الصدقة المنجزة، لانها اخراج من ملك الى مالك فتحتاج قبض العين الى تملك.. فالوقف من التبرعات وينشأ بارادة منفردة من الواقف نفسه تعبيراً عن ارادته واعلاناً عن نيته، وهو يثبت بطرق الاثبات كلها من اقرار وشهادة حتى اذا وردت على التسامع من الشهود او كتابة او تعامل][٥٦].

ويبدو لنا ان موقف المشرع بجواز الرجوع عن الوقف الذري هو بحاجة الى اعادة النظر فيه لاسيما بعد ان بينا ان جمهور فقهاء المسلمين يعدون الوقف لازماً متى تحققت شرائطه، لذا ندعو المشرع العراقي الى اعتبار الوقف لازماً متى صدر من اهله وتم قبضه من قبل الموقوف عليهم سواء كان الوقف على الذرية او على جهة خيرية او على جهة مشتركة.

٢. موقف المشرع المصري.

اخذ المشرع المصري في القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٨، برأي أبي حنيفة في عدم لزوم الوقف.. ولا يلزم الوقف في القانون المصري الا في الحالات التالية:

١ـ وقف المسجد، بشرط ان يكون الواقف قد قصد وقف المسجد ابتداءً، وكذلك يلزم الوقف في حالة الوقف على المسجد، كما لو اوقف حصته الشائعة لتصرف غلتها على مسجد معين لغرض صيانته او اقامة الشعائر فيه، وعلل بعض الشراح سبب المنع عن الرجوع في وقف المسجد، هو ان الارض اذا صارت مسجداً اصبحت لله وخلوصها ينافي بقاء حق للعباد فيها[٥٧].

٢ـ اذا مات الواقف قبل الرجوع عن الوقف، لان الوقف يكون لازماً بالموت.

٣ـ اذا صدر حكم قضائي بالوقف.

٤ـ ان يكون الوقف قد صدر قبل صدور قانون الاوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، منعاً للأثر الرجعي للقانون. لان الوقف لايكون لازماً بعد صدور هذا القانون الا في الحالات الثلاثة اعلاه. ويشترط في الوقف الذي كان صادراً قبل صدور هذا القانون، ان يكون الواقف قد جعل الاستحقاق في الغلة للغير ابتداءً مقابل عوض او ضمان لحقوق ثابتة للغير اتجاه الواقف، على ان يكون الواقف حرم نفسه وذويه من الاستحقاق، لان المشرع المصري قد الغى الوقف الذري (الاهلي) واحترز المشرع بعدم التحايل على القانون والعودة الى الوقف الذري بصورة اخرى.

وفيما عدا هذه الحالات، فان القانون المصري اخذ برأي ابي حنيفة، بعدم لزوم الوقف، وقد برر المشرع المصري ذلك في مذكرته الايضاحية بالقول [ان الحوادث قد دلت على ان بعض الواقفين قد تطرأ عليهم ضرورات لايمكن تلافيها الا باجازة الرجوع فيما وقفوه كله او بعضه. فقد يكون الواقف حين اوقف تاجراً حسن الحال ثم يشرف على الافلاس، ولا يكون له ما يفك به عسره ليحفظ سمعته المالية والتجارية، وقد تكون العين الموقوفة مرهونة معرضة للبيع في الدين بالغبن، ولو كان الواقف حراً في تصرفه لاستطاع بيع بعضها وتخليص باقيها، لكل ذلك رؤي عدم لزوم الوقف سواء أكان مؤبداً او مؤقتاً][٥٨].

واشترط المشرع المصري لصحة الرجوع ما يلي:-

١ـ ان يكون الرجوع صادراً من الواقف نفسه، فهو حقٌ ذو طابع شخصي لاينتقل الى ورثته بل يلزم الوقف بوفاته.

٢ـ ان يكون الرجوع صريحاً وبالصورة التي وضعها القانون.

٣ـ ان لايكون الموقوف مسجداً او ما اوقف عليه.

وقد بينت المادة (١١) من قانون احكام الاوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، تلك الاحكام. فقد نصت على ان [للواقف ان يرجع في وقفه كله او بعضه، ويجوز له ان يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك، على ان لاينفذ التغيير الا في حدود القانون، ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره، اذا كان قد حرم نفسه او ذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له او ثبت ان هذا الاستحقاق كان بعوض مالي او لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداءً ولا فيما وقف عليه ابتداءً، ولا يصح الرجوع او التغيير الا اذا كان صريحاً].

وقد ايد القضاء المصري قاعدة لزوم الوقف بعد موت الواقف الا انه اجاز لوزير الاوقاف الحق في تغيير مصرف الوقف الخيري بعد موت الواقف وبما يراه اوفى بتحقيق القربة الى الله تعالى دون التقييد بشرط الواقف. فقد قضت محكمة النقض المصرية بانه [اذا لم يعين الواقف جهة البر الموقوف عليها او عينها ولم تكن موجودة، او وجدت مع وجود جهة بر اولى منها، جاز لوزير الاوقاف بموافقة مجلس الاوقاف الاعلى، ان يصرف الريع كله او بعضه على الجهة التي عينها دون تقيد بشروط الواقف، بما يراه اوفى بتحقيق معنى القربة الى الله تعالى..][٥٩].

٣. موقف المشرع الاردني.

اخذ المشرع الاردني بالاتجاه الثاني، والذي يرى ان الوقف لازم ولا يسوغ الرجوع عنه سواء كان الوقف على الذرية او على جهة خيرية او على جهة مشتركة. فقد نصت المادة (١٢٤٣) من القانون المدني الاردني على انه [بعد اتمام الوقف، لا يوهب الموقوف ولا

يورث ولا يوصى به ولا يرهن ويخرج من ملك الواقف ولا يملك للغير]. أي ان الموقوف يخرج من ملك الواقف، وبالتالي يتعذر عليه الرجوع فيه.

وقد ذهب القضاء الاردني الى اعتبار الوقف المنجز وقفاً صحيحاً لا يجوز الرجوع عنه. فقد قضت محكمة الاستئناف الاردنية بان [الوقف المنجز وقف صحيح لازم لا يسوغ الرجوع عنه][٦٠]. وكذلك قضت بان [الوقف اذا تضمن صيغة منجزة، يلزم، ويزول ملك الواقف عنه، ولو لم يقترن بالحكم. وفقاً للمادتين الثالثة والرابعة من قانون العدل والانصاف وهو الراجح في المذهب (المذهب الحنفي)][٦١].

المطلب الثاني

صيغ وقف الحصة الشائعة

لقد تحدث الفقهاء عن الصيغة التي يتم بها الوقف، بعد اتفاقهم على انه لا يتم بدون صيغة تعبر عن إرادة الواقف. كما هو الشأن في غيره من العقود والإيقاعات، التي لا سبيل الى التعبير فيها عن ارادة المتكلم الا بالالفاظ المبينة لمراده، اما بذاتها، او بواسطة ما يحيط بها من القرائن. على شرط ان يكون اللفظ قابلاً للدلالة على قصد المتعاقدين واراداتهما.

وصيغ وقف الحصة الشائعة اما ان تكون صريحة تعبر بوضوح عن ارادة الشريك بوقف حصته الشائعة. واما ان يكون وقف الحصة الشائعة يفهم ضمناً من جملة القرائن والتصرفات التي يقوم بها الشريك، وإن عقد الوقف ليس عقداً شكلياً، فالصيغة التي نتحدث عنها ليست ركناً فيه.

ولا يمنع الشريك من اجراء صيغة الوقف لحصته الشائعة، اتفاقه مع شركائه الاخرين على البقاء في الشيوع مدة معينة، فهذا الاتفاق انما يمنعه من طلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها[٦٢].

ومع الشك في وقف الحصة الشائعة، سواء اكان مصدر الشك هو قصور الصيغة والالفاظ عن الدلالة عليها او كان لا سباب اخرى، فهنا يتعين الرجوع الى استصحاب بقاء الحصة الشائعة على ملك مالكها، وعدم ترتيب آثار الوقف عليها.

لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الاول منه، الصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة، وفي الثاني، نتناول الصيغ الضمنية لوقف الحصة الشائعة.

الفرع الاول

الصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة

وضع الفقهاء المسلمون للوقف صيغاً او ألفاظاً يتم بها الوقف، كما وضع المشرع طرقاً قانونية لانشاء الوقف، لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى ما يلي:-

اولا_الصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة في الفقه الإسلامي

بما ان الوقف من التصرفات الناقلة للملك على وجه اللزوم - كما يرى اغلب الفقهاء المسلمين - فانه يحتاج الى لفظ يدل عليه صراحة كغيرة من التمليكات. ولعل التعبير عنه بلفظ (وقفت) من اصرح الألفاظ دلالة

على الوقف. كأن يقول الواقف: وقفت حصتي الشائعة في العقار المعين لسكنى الفقراء. وقد اشترط الفقهاء في صيغة الوقف عدة شروط نذكر منها:-

١. التأبيد: يشترط في صيغة انشاء وقف الحصة الشائعة ان تكون مؤبدة، فلا ينعقد الوقف اذا كان مؤقتاً بمدة معينة، كان يقول الواقف: حصتي الشائعة في العقار المعين وقف لمدة سنتين على سكنى (زيد). وبما ان الشيوع حالة مؤقتة فكيف يتم التوفيق بين تأبيد وقف الحصة الشائعة، وبين الشيوع باعتباره حالة مؤقتة؟ وللإجابة على ذلك التساؤل، يمكننا القول ان تأبيد الوقف في المال الشائع لايتعارض مع حالة الشيوع المؤقتة، لانه لو تم إزالة شيوع المال الشائع فيتحول الوقف عن طريق الابدال والاستبدال الى وقف آخر.

وقد ذهب الى اشتراط التأبيد في صيغة الوقف الحنفية[٦٣]، والشافعية[٦٤]، والحنابلة[٦٥]، والإمامية[٦٦].

٢. التنجيز: يشترط في صيغة وقف الحصة الشائعة ان تكون منجزة، أي تدل على انشاء الوقف وترتب آثاره في الحال، فلا يصح قول الواقف: وقفت حصتي الشائعة اذا جاء ولدي زيد من السفر. والعلة في ذلك، ان الوقف فيه معنى تمليك المنفعة والغلة في الحال، كما ان تعليق الوقف يبطله للجهالة، فلا يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

وقد ذهب الى هذا الشرط فقهاء المذاهب الإسلامية، من الشافعية[٦٧]، والحنفية[٦٨]، والحنابلة[٦٩]، والإمامية[٧٠].

٣. ان لايكون في صيغة وقف الحصة الشائعة خيار الشرط، سواء كانت مدة الخيار معلومة او مجهولة، فاذا قال الواقف: وقفت

حصتي الشائعة على الفقراء واني بالخيار لمدة ثلاثة أيام بطل الوقف. وذهب الى ذلك الشافعية[٧١]والحنفية[٧٢]، والحنابلة[٧٣]، والإمامية[٧٤]. وقد استدل اصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

أ- ان الوقف ازالة ملك، فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعتق[٧٥].

ب- ان الخيار اذا دخل في العقد منع من ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار[٧٦].

اما المالكية، فيرون صحة وقف الحصة الشائعة بصورة مؤقتة، لأنهم لايشترطون التأبيد في الوقف، وان موقفهم هذا ينسجم مع حالة الشيوع المؤقتة، كما لو اوقف الشريك حصته الشائعة لمدة خمسة سنوات، فهو ينسجم مع البقاء على الشيوع لمدة لاتزيد على خمسة سنوات، كما يرى المالكية صحة صيغة وقف الحصة الشائعة المعلق وكذلك صحة اشتراط الخيار في وقف الحصة الشائعة، فيصح الوقف والشرط[٧٧].

والالفاظ الصريحة في صيغة وقف الحصة الشائعة هي التي لاتحتمل غير المعنى المعروف للوقف، وتنصرف الى وقف الحصة الشائعة متى صدرت من الشريك، وهي ثلاثة [وقفّت، وحبّست، وسبّلت]. كأن يقول الواقف [وقفت حصتي الشائعة في العقار المعين على سكنى الفقراء].

ثانيا_الصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة في القانون

يقصد بالصيغ الصريحة لوقف الحصة الشائعة في القانون، هي الطرق التي نص عليها القانون لانشاء الوقف، وقد حدد المشرع العراقي الطرق التي يجب ان يسلكها الواقف عند انشاء الوقف، ومن اهم هذه الطرق هي:-

١. انشاء وقف الحصة الشائعة عن طريق حجة الوقف.

حجة الوقف او الحجة الشرعية هي الوثيقة المحتوية على إقرار احد الطرفين وتصديق الطرف الآخر، وتسمى الحجة الشرعية [بالسند الشرعي]. أي ان صاحبها يستند عليها لدى الحاجة ويتخذها دليلاً لاثبات مدعاه(٧٨).

وتختص محاكم الأحوال الشخصية بإصدار حجة الوقف استناداً لأحكام المادة(٣٠١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي تنص على انه [تنظم محكمة الأحوال الشخصية حجج الوصايا والأوقاف..]. ولعل انشاء وقف الحصة الشائعة عن طريق حجة الوقف هو ابرز طريق لوقف الحصة الشائعة، حيث يتمثل بقيام الشريك في المال الشائع بمراجعة المحكمة المختصة في موقع العقار الشائع، ويقدم طلباً الى تلك المحكمة بإصدار حجة وقف في حصته الشائعة، وتقوم المحكمة بإجراءات معينة، كالإنتقال الى موقع العقار المراد وقف حصة شائعة فيه وبيان موقعه ومساحته ومقدار حصة الشريك فيه، ولكن هل يجب على المحكمة أخذ موافقة باقي الشركاء على قيام الشريك بوقف حصته الشائعة؟

وللإجابة على ذلك التساؤل، يبدو لنا عدم وجود نص قانوني يفرض على محكمة الأحوال الشخصية موافقة باقي الشركاء في المال الشائع عندما يقوم الشريك بوقف حصته الشائعة استناداً للقواعد التي اجازت للشريك ان يتصرف بحصته الشائعة بجميع التصرفات القولية والفعلية بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء(٧٩).

ثم تقوم المحكمة بعد ذلك وبعد قيامها بباقي الإجراءات(٨٠)، بإصدار حجة وقف بجميع سهام الواقف او بمقدار السهام التي قام

بوقفها، كما هو الحال لو اوقف نصف حصته المشاعة. ويتم تأشير او تسجيل الحصة الشائعة في دوائر التسجيل العقاري بعد ان تم صدورها من المحكمة المختصة. حيث اجاز قانون التسجيل العقاري النافذ رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، تسجيل وقف الحصة الشائعة مع الملك الصرف في الوحدة العقارية[٨١]. فقد نصت المادة (٨٠) منه على انه [١- يجوز ان يجتمع في تملك حقوق الوحدة العقارية اصناف مختلفة في تسجيل عقاري واحد. كالوقف والملك الصرف. ٢- كما يجوز ان تجتمع في الوحدة العقارية ملكية شائعة وملكية مستقلة].

ولكن التساؤل الذي يمكن ان يثار هنا، هو هل يجوز تسجيل الوقف الوارد على الحصة الشائعة اذا كانت تلك الحصة بعد افرازها لاتكون لها اوصاف وميزات الوحدة العقارية التي اشترطها قانون التسجيل العقاري والقرارات التنظيمية لحدود المساحات الدنيا في الوحدات السكنية او في الأراضي الزراعية[٨٢]. كما لو اوقف المالك على وجه الإستقلال مساحة (٥٠)م٢ من العقار العائد له لغرض اقامة مسجد عليه، او كانت حصة الشريك بمقدار (٥٠)م٢ مثلاً؟ فقد اشترطت المادة (٢٨٣) من قانون التسجيل العقاري شروطاً في العقار حتى يمكن افرازه وهذه الشروط هي [... ١- ان يكون الإفراز حاصلاً فعلاً في الوحدة العقارية. ٢- ان يكون لكل جزء مفرز أوصاف وميزات الوحدة العقارية بموجب أحكام هذا القانون].

وللاجابة على ذلك التساؤل يمكننا القول، ان قانون التسجيل العقاري استثنى من شروط الإفراز المذكورة في المادة (٢٨٣) فيما اذا كان الإفراز تنفيذاً لحكم قضائي حائز درجة البتات[٨٣]، فلا يخضع التسجيل لمصادقة أي جهة رسمية ولا يشترط ان يكون

الافراز واقعاً فعلاً، وبالتالي يحق للشريك او المالك بصورة مستقلة ان يقف مساحة او جزءاً من ملكه، حتى ولو كان اقل من المساحة المطلوبة للوحدة العقارية، وفي حالة امتناع دائرة التسجيل العقاري عن تسجيل ذلك الوقف بحجة عدم توفر شروط الوحدة العقارية، فللواقف ان يلجأ للقضاء لإستحصال حكم قضائي يكون قابلاً للتنفيذ بعد اكتسابه الدرجة القطعية استناداً لأحكام المادة (٢٨٨) من قانون التسجيل العقاري.

ويترتب على صدور حجة الوقف بالحصة الشائعة زوال ملك الواقف عن تلك الحصة، بشرط ان تكون الحجة مكتسبة الدرجة القطعية. وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق، حيث قضت بما يلي [... ويترتب على صدور حجة الوقف زوال ملك الواقف عن الموقوف، فيمتنع عليه التصرف به، اذ لايباع ولا يرهن ولا يورث، اما اذا استند مدعى الغلة عن حصة له بالوقف على حجة منقوضة (اعلام منقوض) فليس لها اثر الحجة المكتسبة الدرجة القطعية][٨٤].

ويبدو لنا ان الحجة التي يترتب عليها زوال ملك الواقف ويمنع عليه التصرف بها والذي ذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها اعلاه، ان الجهة الموقوف عليها في تلك الحجة هي جهة خيرية، لأنه لو كانت الجهة الموقوف عليها هي الذرية، لجاز للواقف الرجوع عن وقفه حسب ما نصت عليه المادة (١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل، هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان ذلك التوجه من قبل القضاء العراقي بلزوم الوقف وعدم التصرف به كان سابقاً لصدور مرسوم جواز تصفية الوقف الذري، فقد لاحظنا سابقاً ان القضاء العراقي يميز بين الوقف الذري والوقف الخيري في جواز رجوع الواقف عن وقفه.

وتعتبر حجة الوقف من السندات الرسمية، وهي حجة على الناس بما مدون فيها من امور ما لم يتبين تزويرها بالطرق القانونية(٨٥).

وبالنظر لأهمية حجة الوقف المتضمنة وقف الحصة الشائعة، كونها تحتوي على شروط الواقف اثناء انشاء الوقف، ولما لهذه الشروط من اهمية كبيرة كونها تمثل [دستور الوقف] كما يعبر عنه الفقهاء، فهي المرجع في حل كثير من المسائل والمشاكل التي تظهر فيما بعد، لاسيما بعد وفاة الواقف، لذا يتطلب الأمر من الجهات القائمة على تنظيمها وتسجيلها ابراز تلك الشروط بصورة واضحة، واذا لم تبين تلك الشروط ابتداءً من قبل الواقف عند تقديمه طلباً للحصول على تلك الحجة، فعلى الجهات المنظمة لها، ان تطلب منه بيان شروط وقف الحصة الشائعة مفصلة من حيث الجهة الموقوف عليها واسم المتولي وكيفية صرف إيرادات الحصة الشائعة واعمارها وكيفية ادارتها وكل ما له علاقة بالوقف. [فشروط الواقف يجب الوفاء بها ما لم تحلل حراماً او تحرم حلالاً](٨٦).

٢. وقف الحصة الشائعة بالاستناد إلى حكم قضائي:

ويمكن تصور هذه الحالة، فيما لو قام الشريك بوقف حصته الشائعة من ناحية شرعية، دون ان يكمل اجراءات الوقف من ناحية قانونية، ولم يحصل على حجة وقف بذلك، ثم حصل نزاع حول وقف الحصة الشائعة اثناء حياة الواقف او بعد وفاته، وبعد الترافع امام المحكمة المختصة، يصدر قرار قضائي بصحة وقف الحصة الشائعة، وقد نصت المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، على انه [يسجل الوقف الوارد على حق الملكية المسجل بالاستناد الى حجة شرعية او حكم قضائي حائز درجة البتات..].

وان عدم تسجيل حجة الوقف او الحكم القضائي الوارد على الحصة الشائعة، لاينفي الوقف او الحكم بصحته. وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق، حيث قضت بان [عدم تسجيل الوقفية او الحكم الصادر بصحتها بدائرة الطابو لاينفي هذا الوقف او الحكم بصحته][٨٧].

ويبدو لنا ان موقف القضاء العراقي باقرار الوقف او الحكم بصحته حتى وان لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري هو حماية للأموال الموقوفة التي تكون اهدافها في الغالب اجتماعية ودينية، على الرغم من نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري النافذ والتي لاتعتد باي تصرف عقاري الا بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري[٨٨].

ويذهب بعض الفقه القانوني الى القول [لايجوز تسجيل الوقف في السجل العقاري بالاستناد الى إقرار الواقف امام الموظف المختص، وان كان الوقف يعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد، لان تسجيل الوقف يجب ان يستند الى حجة شرعية او حكم قضائي][٨٩].

ويبدو لنا ان هذا الرأي قابل للنقاش للأسباب الآتية:

١ـ ان المشرع العراقي وان نص صراحة في المادة (٢٥٦) من قانون التسجيل العقاري على تسجيل الوقف بالاستناد الى حجة شرعية او حكم قضائي، الا انه لم يجعلهما الطريقين الحصريين لتسجيل الوقف. فهو لم ينص صراحة على عدم جواز تسجيل الوقف بالاستناد الى إقرار الوقف امام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري، اذا كان يروم وقف عقاره الذي يمتلكه على وجه الإستقلال او الذي يملك فيه حصة شائعة، ولان الأصل في الأشياء الإباحة، وان المنع او التقييد هو الإستثناء فيجب ان يرد فيه نص.

٢ـ ان الوقف باعتباره تصرفاً قانونياً يحق للمالك القيام، فلا يشترط في ذلك ان يكون عن طريق المحاكم المختصة [سواء عن طريق حجة وقف او حكم قضائي] وان كان ذلك يعد حماية للموقوف إلا انه يضع القيود والعراقيل امام الواقفين، وبالتالي يبدو لنا انه للواقف ان يراجع دائرة التسجيل ويجري تصرفه القانوني امام الموظف المختص شأنه شأن بقية التصرفات الأخرى كالبيع والرهن.

٣ـ ان الوقف ينشأ وتترتب عليه آثاره حتى وان لم يسجل العقار الموقوف في سجلات التسجيل العقاري ولم تصدر به حجة وقف او حكم قضائي، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق، حيث قضت بانه [اذا كانت العقارات غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري، وقد ثبت من الشهادات والكشف انها كانت موقوفة وان وارداتها تصرف لطلاب العلوم الدينية وللفقراء في المدرسة التي استخرجت من تلك العقارات، فتكون هذه العقارات موقوفة][٩٠].

وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء في مصر حيث قضت محكمة استئناف اسيوط بأنه [من المقرر فقهاءً وقضاءً ان الوقف نظام شرعي خاص خاضع في شروطه واحكامه للشريعة الإسلامية الغراء، فليس للمحاكم عند الفصل في صحة انشاء الوقف، سوى تطبيق تلك القواعد بصرف النظر عن قواعد التسجيل الحديثة التي وان اوجبت تسجيل الوقف ليكون حجة على الغير...][٩١].

٣. وقف الحصة الشائعة عن طريق التسجيل المجدد[٩٢].

نصت المادة (٥٦) من قانون التسجيل العقاري على ما يلي [١ـ يسجل مجدداً العقار الموقوف غير المسجل استناداً إلى الحجج او الأحكام الشرعية الحائزة درجة البتات بأسم الجهة الواقفة والموقوف

عليها اذا لم يكن من الأوقاف المضبوطة، وبأسم دائرة الأوقاف ان كان من الأوقاف المضبوطة. ٢ـ تسجل مجدداً المساجد والمؤسسات الدينية والخيرية والعقارات غير المسجلة الموقوفة على جهة خيرية باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها او بإسم دائرة الوقف ان لم تكن الجهة معلومة].

ونصت المادة (٥٤) من قانون التسجيل العقاري على انه [اذا تحقق ان العقار غير المسجل مقسوم بين الشركاء قسمة فعلية وكان كل متقاسم يتصرف في القسم الذي أصابه مدة التقادم فيسجل كل قسم من العقار بصورة مستقلة باسمه على ان لايتعارض ذلك مع التشريعات الخاصة بالتنظيمات البلدية وإلا يسجل عموم العقار مشاعاً بين الشركاء].

ويمكن تصور تسجيل وقف الحصة الشائعة عن طريق التسجيل المجدد، كما لو حاز عدة اشخاص عقار معين، وقام احدهم او اكثر من واحد بوقف حصته بعد مضي المدة المطلوبة لتملكها بالتقادم(٩٣)، ثم سجل العقار عن طريق التسجيل المجدد، فهنا يتم تسجيل الحصة الموقوفة او الحصص الموقوفة ابتداءً بأسم الواقف والجهة الموقوف عليها اذا لم يكن من الأوقاف المضبوطة، ويجوز لدواوين الوقف تسجيل الحصة باسمها بعد تحقق شروط الحيازة ان كان من الأوقاف المضبوطة.

وليس لمتولي الوقف، بصفته متولياً على أموال الوقف ان يكتسب ملكيتها بالتقادم، لانه لم يضع يده الا بصفته وكيلاً عن جهة الوقف، ويد الوكيل لاتؤدي الى الملكية إلا اذا تغيرت صفتها(٩٤).

ولكن هل يمكن تملك عقار بالتقادم، غير مسجل فيه حصة موقوفة؟

يبدو لنا انه لايمكن تملك العقار غير المسجل استناداً الى الحيازة مع تحقق مدة التقادم المكسب اذا كانت فيه حصة شائعة موقوفة، الا اذا تم استبدال تلك الحصة. وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض في مصر حيث قضت [لئن كان التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فانها تكفي بذاتها سبباً مستقلاً لكسب الملكية... إلا انه لما كان من شروط التملك بوضع اليد ان يكون العقار محل الحيازة مما يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم، وكانت المادة (٩٧٠) من القانون المدني... تقضي بعدم جواز تملك الاوقاف الخيرية او كسب أي حق عيني عليها بالتقادم، وكان الثابت بعقد الطاعن الخاص باستبدال مساحة .... مشاعاً في الأرض الموقوفة ... المقام عليها الدكانان موضوع الدعوى مملوكة لوقف ... الخيري المشمول بنظارة الأوقاف ومن ثم فانه لايقبل من الطاعن الادعاء لكسب ملكية هذه الحصة من ارض الوقف بوضع اليد المدة المطلوبة المكسبة للملكية قبل زوال صفة الوقف الخيري عنها، بتمام استبدالها][٩٥].

وعلل جانب من الفقه ذلك، لأنه يشترط ان تقع الحيازة على محل قابل للتملك، فاذا كانت جميع الحصص مما يجوز تملكها بالتقادم، جاز اكتساب احداها بالتقادم، أما وجدت حصة منها لايجوز اكتسابها بالتقادم فان مدة التقادم بالنسبة للحصص التي يجوز تملكها بالتقادم تبدأ من تاريخ القسمة، ولا يكون للقسمة اثر رجعي، فاذا كان الحائز يضع يده على مالٍ شائع واستمرت حيازته مدة خمسة عشر سنة مستوفية شرائطها القانونية وكان هذا المال يتضمن حصة شائعة لايجوز تملكها بالتقادم كوجود حصة شائعة موقوفة او تابعة للدولة، فأن هذه الحصة تختلط بالحصة محل حيازته باعتبار ان كل شريك في الشيوع يمتلك في كل ذرة من ذرات المال الشائع جميعه مما

يمتنع على الحائز ان يتمسك بتملكه الحصة محل حيازته بالتقادم[٩٦].

ولكن اذا كان وقف الحصة الشائعة باطلاً من الناحية الشرعية كما لو اوقفها على نفسه وكان امامي المذهب ثم سجل وقف الحصة الشائعة في دائرة التسجيل العقاري واكتسب التسجيل شكله النهائي، فهل يجعل ذلك التسجيل الوقف صحيحاً؟

يرى جانب من الفقه ان المادة (٩٠) من القانون المدني تقضي بصحة التصرف متى استوفى شكله القانوني، ولكن المادة (١٣٢) من القانون المدني تقضي بلزوم توفر السبب الصحيح في التصرف، وبالتالي فان تسجيل وقف الحصة الشائعة يكون تابعاً لصحة وقفها شرعاً، فاذا كان الوقف باطلاً فان التسجيل لايجعله صحيحاً، لأن التسجيل وضع لحماية الحق، والقانون لايحمي الباطل[٩٧].

الفرع الثاني

الصيغ الضمنية لوقف الحصة الشائعة

يمكن ان يستدل على وقف الحصة الشائعة من خلال قرائن وظروف معينة لم تكن بوضوح الصيغ الصريحة لوقفها. لذا سوف يتم تقسيم هذا الفرع الى ما يلي:-

اولا: الصيغ الضمنية لوقف الحصة الشائعة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون في انعقاد وقف الحصة الشائعة دون استعمال الفاظ الوقف. كما لو قام الشخص بافعال يفهم منها انه قد

اوقف حصته الشائعة، مثلاً يجعل غلة الحصة الشائعة للفقراء دون ان ينشأ صيغة الوقف، او بنى مسجداً في جزء من العقار الشائع تقل او تساوي حصته الشائعة دون اعتراض من باقي الشركاء. او قد ينشأ الوقف بكلمات لاتدل صراحة على الوقف، كقوله [تصدقت او حرمت او أبدت حصتي الشائعة]. لأن ألفاظ الصدقة والتحريم مشتركة، فان الصدقة تستعمل بالاضافة الى معنى الوقف في الهبة والزكاة، والتحريم يستعمل في الظهار، وهكذا. وانقسم الفقهاء المسلمون في جواز الوقف بدون صيغة صريحة تدل عليه وذهبوا في ذلك الى اتجاهين:-

الاتجاه الأول: يرى اصحاب هذا الإتجاه، ان الوقف لايصح الا بصيغة لفظية صريحة تدل عليه من ناطق يعلم ما يقول، قياساً على العتق. كأن يقول الواقف [وقفت حصتي الشائعة في العقار المعين على سكنى الفقراء]. وقد ذهب الى هذا الإتجاه الشافعية. وقد استثنوا من ذلك حالة واحدة، وهي قيام الواقف ببناء مسجد في أرض موات ونوى جعله مسجداً، فانه يصير مسجداً ولم يحتج إلى لفظ، لأن الفعل مع النية مغنيان عن اللفظ(٩٨).

الاتجاه الثاني: يرى اصحاب هذا الإتجاه، صحة الوقف، اذا تم بالتعاطي او بصدور كلمات لاتدل على الوقف مباشرة، ولكنها اضيفت اليها قرائن يحصل من خلالها الوقف، ومن هذه القرائن:-

١- ان ينظم الى لفظة الصدقة لفظة أخرى هي لفظة [محبّسة] مثلاً أي تصبح الصيغة هكذا مثلاً [حصتي الشائعة في العقار المعين هي صدقة محبّسة على سكنى الفقراء]. او يقوم الشريك الواقف بتسليم المنقول المشاع الى الجهة الموقوف عليها مع أذن الشريك الأخر او بتخلية الموقوف اذا كان عقاراً مشاعاً إلى الجهة الموقوف

عليها. وهكذا تضاف مثلاً لفظة اخرى، لباقي الألفاظ الغير صريحة في الدلالة على الوقف، فتصبح اللفظ [صدقة محبّسة] او [صدقة مسبلة].

٢- ان يصف الواقف [الصدقة] مثلاً بصفات الوقف، فيقول [حصتي الشائعة في العقار المعين لاتباع ولا توهب ولا تورث].

وذهب الى هذا الإتجاه، الحنفية[٩٩]، والمالكية[١٠٠]، والحنابلة[١٠١]، والإمامية[١٠٢]. ويبدو لنا ان الاتجاه الثاني هو الأرجح.

ثانيا_الصيغ الضمنية لوقف الحصة الشائعة في القانون

اختلفت القوانين في التعاطي مع الوقف عند عدم وجود صيغة صريحة للوقف. منها ما منع الوقف بدون اشهاد رسمي [تسجيل رسمي] ومنها ما تضمن نصوصاً تشير الى وجود الوقف في صيغ ضمنية غير صريحة بالوقف. وحسب التفصيل الآتي:-

١. موقف المشرع العراقي.

بعد ان بينا سابقاً الطرق التي حددها او بينها المشرع العراقي لانشاء الوقف وتسجيله وقد رأى بعض الفقه[١٠٣]، ان تلك الطرق هي الطرق الحصرية لتسجيل الوقف، إلا ان المشرع نص على حالة أخرى للوقف وهي [الوصية المؤبدة بالخيرات] والتي عدها نوعاً من انواع الوقف الملحق[١٠٤]. إلا ان المشرع العراقي ذهب في قانون التسجيل العقاري الى اعتبار [الوصية المؤبدة بالخيرات] نوعاً من انواع الوصايا[١٠٥]، وقد اوضح قانون التسجيل العقاري بان هناك نوعين من الوصايا وهي:

١- الوصية المؤقتة وتشمل:

أ) وصية التمليك: وهي الوصية بملكية الحصة الشائعة المملوكة ملكاً صرفاً او الوصية بملكية العقار المملوك على وجه الإستقلال الى جهة من الجهات، وحسب ما نصت عليه المادة (٦٨) من قانون الأ؛وال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥١ المعدل[١٠٦].

ب) الوصية بالعين: وهي الوصية بصرف ثمن العقار او الحصة الشائعة فيه في وجه البر والخير بعد بيعها.

٢ـ الوصية المؤبدة الشبيهة بالوقف: وهي الوصية بصرف ريع العقار او الحصة الشائعة فيه على وجه البر والخيرات مثلاً.

وفي الوصية المؤبدة الشبيه بالوقف اختلف الفقه القانوني، فهل تعد وقفاً ام وصية. فقد ذهب بعض الفقه الى القول [... واذا كانت الوصية بالمنافع وحدها لجهات دائمة لا لشخص معين، تخرج عن معنى الوصية وتعتبر في معنى الوقف الدائم، الذي تسقط به الملكية الخاصة لرقبة المال، وترصد ابداً لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها لها الواقف. فلو اوصى بغلة دارة (او حصته الشائعة) للفقراء ابداً، كان ذلك وقفاً مضافاً الى ما بعد الموت، بحكم الضرورة نظراً للتأبيد، وان كان بلفظ الوصية، اذا لم يبقى لملكية الورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم][١٠٧].

بينما يرى البعض الأخر من الفقه، ان الوصية المؤبدة هي وصية وليست وقفاً، فيقول [اما اذا كان الموصى لهم غير المحصورين، يظن انقطاعهم، استحق الموصى لهم المنفعة الى انقراضهم، وان لم تكن له مدة معلومة][١٠٨].

ويبدو لنا ان المشرع العراقي لم يكن موقفه واضحاً في اعتبار [الوصية المؤبدة بالخيرات] هل هي وقفٌ ام وصية. فقد عدها المشرع العراقي في قانون إدارة الأوقاف نوعاً من انواع الوقف

الملحق[١٠٩]، في حين عدها نوعاً من انواع الوصايا في قانون التسجيل العقاري فقد نصت المادة (٢٥٣) منه على ان [الوصية بالريع تتضمن الايصاء بصرف ريع العقار على وجه التأبيد وتسجل في السجل العقاري وفقاً لشروط الموصي ولا يجوز اجراء التصرفات العقارية عليها التي تخل بالوصية].

وكان الأجدر بالمشرع العراقي ان يمنع الوقف المضاف الى ما بعد الموت فلا يصح ان يقول الشخص [حصتي الشائعة في العقار المعين وقف بعد وفاتي] لانه لايجوز تعليق الوقف، لأنه يشترط في صيغة الوقف ان تكون منجزة إلا اذا فهم من الواقع والعرف ان الموصى اراد الوصية بالوقف فيجب العمل بها عند تحقق شرائطها فيوقف بعده[١١٠]، كأن يقول الموصي [إذا مت فيخرج ثلث أموالي ويشترى به عقاراً يوقف لسكنى الفقراء مثلاً] فيكون هنا وصية بالوقف لاوقف لساعته. [وقد استثنى الفقهاء من عدم صحة الوقف المعلق على شرط الحياة، الوقف المعلق على الموت، كما اذا قال: ان مت فارضي هذه موقوفة على الجهة الفلانية، كان هذا يصح على انه وصية بالوقف، لا على انه وقف لساعته، وعندئذ يجري فيه حكم الوصية من كل وجه][١١١].

اما القضاء العراقي فاعتبر الوصية بوقف عقار (وصية) يجب ان تتوافر فيها شروط المادة(٦٤) من قانون الأحوال الشخصية[١١٢]. في حين قضت محكمة التمييز باعتبار الوقف المضاف الى ما بعد الموت يخرج مخرج الوصية. ولم تنفِ عنه صفة الوقف[١١٣].

٢. موقف المشرع المصري.

كان العمل في المحاكم المصرية، قبل صدور قانون الوقف المرقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦، يعتبر الوقف صحيحاً سواء وجد فيه اشهاد رسمي (تسجيل رسمي) ام لم يوجد. فتسمع الدعوى به ما دام المدعى عليه مقراً بالوقف. ولم يشترط الاشهاد الرسمي الا في حالة انكار المدعى عليه، ولكن اعتبار الوقف صحيحاً من دون اشهاد رسمي ادى الى وجود كثير من الدعاوى الباطلة، يتم بها الاستعانة بشهود زور، فكان الشخص يدعي هذا العقار وقف، وانه يستحق من غلته، ويؤيد دعواه بشهادة شاهدي زور. كما ان اعتبار الوقف صحيحاً من غير اشهاد رسمي يجعل الوقف غير متناسق مع التصرفات العقارية الاخرى، حيث ينفرد بحكم خاص لامبرر لوجوده. لذا يرى الفقه ان كل ذلك كان السبب في وجود نص المادة (١) من القانون المذكور التي اشترطت لصحة الوقف ان يصدر به اشهاد رسمي[١١٤].

وقد نصت المادة (١) من قانون احكام الوقف رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ على انه [من وقت العمل بهذا القانون لايصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير في مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف الا اذا صدر بذلك اشهاد ممن يملكه لدى احدى المحاكم الشخصية..].

وبهذا النص فان المشرع المصري قد حسم الأمر بعدم الأخذ بالصيغ الضمنية للوقف ولا ثبوت الوقف بالمعاطاة.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ما يلي [انه يشترط بالوقف اشهاد رسمي ممن يملكه لدى احد المحاكم الشرعية فاذا لم يصدر اشهاد بالوقف على هذا النحو كان التصرف غير صحيح ولا يعتبر موجوداً في نظر القانون][١١٥]. ويضفي الاشهاد الرسمي على

الوقف حماية له من تملكه بالتقادم او كسب أي حق عيني عليه بالتقادم[١١٦].

٣. موقف المشرع الإردني.

لم يأخذ المشرع الأردني بالصيغ الضمنية للوقف، حيث اشترط لانشاء الوقف او التغيير في مصارفه وشروطه ان يكون ذلك باشهاد رسمي لدى المحاكم المختصة. كما الزم الواقف بتسجيل الوقف في دوائر التسجيل العقاري اذا كان الموقوف عقاراً. وقد نصت على تلك الأحكام المادة (٣/٢/١٢٣٧) من القانون المدني الأردني، [...٢- يتم الوقف او التغيير في مصارفه وشروطه باشهاد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية. ٣- ويلزم تطبيقاً للقانون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري اذا كان الموقوف عقاراً..].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة [انه يجب لاتمام الوقف ان يسجل لدى المحكمة المختصة - الشرعية - باشهاد رسمي - حجة وقف - منعاً للتزوير والتلاعب وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة][١١٧].

اما القضاء الأردني فقد كان قبل صدور القانون المدني الأردني، يسمع الشهادة على اثبات اصل الوقف ولو كانت من المستحقين. فقد قضت محكمة الإستئناف الاردنية بان [..المحكمة استمعت الى شهادة شاهدين من اهل الوقف، فاذا كان المقصود من ذلك اثبات جهة الوقف وشروط فلا تكون شهادة المستحقين في الوقف مقبولة.. وان كان المقصود اثبات اصل الوقف فتقبل شهادة المستحقين..][١١٨].

الخاتمة

اولا_ الاستنتاجات

١ـ اختلف الفقهاء المسلمون في كيفية انعقاد وقف الحصة الشائعة، فذهب اتجاه منهم الى انعقاد الوقف بايجاب الواقف فقط، دون الحاجة الى قبول الموقوف عليه، اما الاتجاه الآخر فاشترط قبول الموقوف عليه المعين لتمام الوقف.

٢ـ لم يتطرق المشرع العراقي الى كيفية انعقاد الوقف، فهل ينشأ الوقف بمجرد ايجاب من الواقف (أي بالارادة المنفردة) ام يشترط قبول الموقوف عليه [أي اعتبار الوقف من العقود]. وقد رجحنا ان المشرع العراقي اعتبر الوقف تصرفاً قانونياً يقع بإرادة واحدة.

٣ـ لم يشترط الفقهاء المسلمون موافقة باقي الشركاء لوقف الحصة الشائعة في العقار لان تسليم الموقوف الى الموقوف عليهم يتم بالتخلية ولا تحتاج الى اذن الشريك الآخر.

اما وقف الحصة الشائعة في المنقول فأيضاً تتم بدون موافقة الشركاء إلا ان تسليمها يكون بإذن الشريك الآخر فاذا لم يأذن بطل الوقف.

٤ـ لم يتطرق المشرع العراقي الى كيفية تسليم الحصة الشائعة الموقوفة لا في العقار ولا في المنقول.

٥ـ اعتبر القضاء العراقي ان الوقف يتم بإرادة واحدة وهي إرادة الواقف.

٦ـ انقسم الفقهاء المسلمون في لزوم الوقف، فمنهم من اعتبر الوقف غير لازم للواقف ويحق له الرجوع عنه ومنهم من اعتبر الوقف اذا تم بشرائطه، يكون لازماً لايسوغ الرجوع عنه.

٧- ان المشرع العراقي وان لم ينص صراحة على لزوم او عدم لزوم الوقف، إلا انه اجاز للواقف في الوقف الذري الرجوع عن وقفه. اما الوقف الخيري فأرجع المشرع العراقي أحكامه الى الشريعة الإسلامية.

٨- وضع الفقهاء المسلمون صيغاً صريحة للوقف كلفظ [وقفت]، كما بينوا ان للوقف صيغٍ ضمنية، وقد اختلف الفقهاء المسلمون في وقوع وقف الحصة الشائعة بالصيغة الضمنية او المعاطاة، وذهبوا في ذلك الى اتجاهين، احدهما يرى وقوع الوقف بالصيغ الضمنية ومنها المعاطاة، والآخر يشترط في الوقف الصيغة الصريحة.

٩- اجاز المشرع العراقي وقوع الوقف بالطرق التي بينها قانوناً لإنشاء الوقف [كحجة الوقف او الحكم القضائي] وكذلك اقر المشرع وقوع الوقف عن طريق الوصية به [الوصية المؤبدة الشبيهة بالوقف] اما القضاء العراقي فقد أقر بوجود الوقف حتى وان لم يسجل في المحكمة المختصة أو لم يصدر به حكم قضائي ما دام الوقف واقع فعلاً من ناحية شرعية حتى وان كان العقار غير مسجل.

ثانيا_ التوصيات

١. نوصي المشرع العراقي بتعديل قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل وان تضاف مادة قانونية تنص على ما يلي (١-يعد الوقف منعقدا بقبض الموقوف عليهم في الوقف الخاص . ٢-ينعقد الوقف بمجرد انشاء صيغة الوقف من قبل الواقف في الوقف العام).

٢. نوصي المشرع العراقي بإضافة مادة قانونية الى قانون ادارة الاوقاف المذكور انفا تنص على ما يلي (١-يثبت الوقف بكافة طرق الاثبات. ٢-لا ينحصر تسجيل الوقف في دائرة التسجيل العقاري بالاستناد الى حجة الوقف او حكم قضائي).

References

١. - ينظر في ذلك، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (رد المحتار على الدر المختار)، ج٦، ص٥٢٤، حيث يقول (لا يشترط قبول الموقوف عليه اذا كان غير معين كالفقراء..) وينظر كذلك، الطرابلسي، الاسعاف في احكام الاوقاف، ص١٧-١٩.
٢. - ينظر في ذلك، محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٧، ص٩٢، حيث يقول (ان الوقف اذا كان على غير معينين كالفقراء والمساجد وما اشبه ذلك فانه لا يشترط قبوله لتعذر ذلك من المساجد ونحوها). وينظر كذلك، الدسوقي، حاشية الدسوقي دار الفكر بيروت ٢٠٠٢ ج٤، ص١٣٦.
٣. ينظر في ذلك، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني اللفاظ المنهاج دار المعرفة بيروت ط١ ١٩٩٧، ج٢، ص٤٩٣-٤٩٥، حيث يقول (اما الوقف على جهة عامة كالفقراء او على مسجد او نحوه فلا يشترط فيه القبول جزماً لتعذره) وينظر كذلك، الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٧٢-٣٧٣، وينظر كذلك، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٥، ص٣٢٤.
٤. ينظر في ذلك، ابن قدامة، المغنيعلى مختصر الخرقي، ج٦، ص١٨٨-١٨٩، حيث يقول (انه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ لان الوقف يحصل به.. انه لايفتقر الى القبول من الموقوف عليه..) وينظر كذلك، السيوطي الرحيباني، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج٢، ص٢٩٦.
٥. ينظر في ذلك، المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، ص٢٥٦، حيث يقول (ويصح الوقف على المصالح كالقناطر والمساجد، لان الوقف في الحقيقة على المسلمين، لكن هو صرف على

بعض مصالحهم) وفي هذا الصدد يقول السيد السيستاني [الظاهر عدم اعتبار القبول في الوقف بجميع انواعه وان كان الاعتبار احوط لاسيما في الوقف الخاص، كالوقف على الذرية، فيقبله الموقوف عليهم وإن كانوا صغاراً قام به وليهم، ويكفي قبول الموجودين ولا يحتاج الى قبول من سيوجد منهم بعد وجوده] منهاج الصالحين، المعاملات، المسألة (١٤٧٠)، ج٢، ص٢٦٢.

٦. ينظر، د. محمود المظفر، الالتزامات الشرعية الناشئة عن الإرادة المنفردة، بحث منشور في مجلة المنهاج، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، بيروت، العدد الثامن، السنة الثانية، ١٩٩٧، ص٧، وينظر كذلك د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٥.

٧. ينظر في ذلك، محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، ج٢٨، ص٦، حيث يقول (وربما توهم من عدم تعرض المصنف للقبول، عدم اعتباره فيه، وكذا غيره. ولكن فيه انه يمكن اكتفاء المصنف عنه بذكر كونه عقداً، ومن المعلوم اعتباره في معناه، وعدم ذكره بالخصوص لعدم النزاع في خصوص الفاظ له، اذ هو يدل على قبول ذلك الايجاب، ولذا ترك ذكره المصنف فيما تقدم من بعض العقود الجايزة المعلوم اعتباره فيه). وينظر كذلك، زين الدين العاملي، مسالك الافهام، ج٥، ص٣١٤، حيث يقول (كما لاينعقد بالايجاب مجرداً عن القبول). وينظر كذلك، محمد حسن ترحيني العاملي، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، ج٤، ص٢١٦.

٨. ينظر في ذلك، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٦، ص٥١٥-٥٢٥، وينظر كذلك، الطرابلسي، الاسعاف، مصدر سابق، ص١٧-١٩، وللمزيد ينظر حسين علي الاعظمي، احكام الاوقاف مطبعة المعارف بغداد، ص١٥-١٦.

٩. ينظر في ذلك، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٩٣-٤٩٥، وينظر كذلك، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥، ص٣٢٤.

١٠. ينظر في ذلك، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص١٨٨-١٨٩، وينظر كذلك، السيوطي الرحيباني، مطالب اولي النهى، منشورات المكتب الاسلامي، دمشق، ط١، ١٩٦١، ج٤، ص٢٩٩-٣٠١.

١١. ينظر في ذلك، محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، ٢٠٠٢، ج٤، ص١٢١-١٢٢، وينظر كذلك محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٧، ص٩٢، وينظر كذلك، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، مواهب

الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصدر، ط١، ١٣٢٠هـ، ج٦، ص٢٢.

١٢. عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي، العقد: (هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).

١٣. ينظر في تعاريف الوقف المذكوره قانون دارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل. وكذلك مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥.

١٤. ينظر قرار محكمة التمييز المرقم (١٧١/ مدنية اولى/، ٧٧ في ١٩٧٧/٥/٣١) منشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ وزارة العدل، بغداد، العدد الثاني، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص٨٢.

١٥. ينظر القرار المرقم (٤٨٨/مدنية اولى/٧٤ في ١٩٧٤/٤/٢٤) اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، مصدر سابق، ص٨٦٠، وينظر كذلك، القرار المرقم (٢٢١٩/مدنية ثانية عقار/ ٧٤ في ٧٥/٦/١٤) منشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ وزارة العدل، بغداد، العدد الثاني، ١٩٧٥، ص١٢٣.

١٦. تنظر مصادر الامامية المشار اليها سابقاً، وللمزيد في آراء الإمامية، ينظر هاشم معروف الحسني ،الوصايا والاوقاف ،دار القلم بيروت ط١ لسنة ١٩٨٠، ص١٣٣ـ١٣٧.

١٧. ينظر، د. محمد كمال الدين إمام، مسائل الاحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لسنة ٢٠٠٣، ص١٩٣، وينظر كذلك، د. وهبة الزحيلي، مصادر الفقة الاسلامي وادلته،دار الفكر المعاصر، دمشق، ط٨ لسنة ٢٠٠٥، ص٧٦٠٧.

١٨. يقصد بسد الذرائع عند علماء الاصول [منع الافعال المؤدية الى الفساد، أي منع الوسائل المؤدية الى فعل المحرم واعطائها حكمه بصرف النظر عن قصد اصحابها]. ينظر في تفصيل ذلك. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٢٢.

١٩. د. محمد كمال الدين إمام، مصدر سابق، ص١٩٣.

٢٠. ينظر قرار النقض (٣/٧٣ ق، س١ ص٣٣٨) اشار الى القرار، احمد الجندي، مبادئ القضاء في الاحوال الشخصية، مكتبة صادر ناشرون، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٨٢٤.

٢١. ينظر، القرار المرقم (١١،٣٤ ق، س١٨١٨/١٩) نفس المصدر، ص٢٨٥٢.

٢٢. منذر عبد الكريم القضاة، احكام الوقف،دار الثقافة لنشر والتوزيع ،عمان الاردن،ط٢ لسنة ٢٠١١ ، ص٥٣.
٢٣. ينظر القرار المرقم (٨٤٦٥ في ١٩٥٤/٧/٦) اشار اليه د. احمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠١١، ص٥٨٢.
٢٤. ينظر في ذلك، المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج٢، ص٢٥٤، وينظر كذلك، محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، مصدر سابق، ج٢٨، ص٢٠، وينظر كذلك، زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام، مصدر سابق، ج٥، ص٣٢١، وينظر كذلك، محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج٣، ص١٧٦.
٢٥. ينظر في ذلك، عثمان بن علي الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ومعه حاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر، ١٣١٣هـ، ج٣، ص٣٢٦. وينظر كذلك، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٦، ص٣٥٨.
٢٦. ينظر في ذلك، محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٧، ص٨٤، وينظر كذلك، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٤، ص١٢٣-١٢٧.
٢٧. ينظر في كيفية قبض المشاع ، الطرابلسي ، الاسعاف في احكام الاوقاف ،مصدر سابق .ص ٢٥.
٢٨. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٥، ص٢١٢.
٢٩. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢، ص٣٦.
٣٠. محمد ابو زهرة، محاضرات في الوقف ، مطبعة احمد علي مخيمير، ص٦٩.
٣١. ينظر في هذا الاتجاه، محمد رافع يونس، اركان الوقف وشروطه، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١١) العدد (٤٠) لسنة ٢٠٠٩، ص١٣٢.
٣٢. محمد الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢، ص٤٩٣-٤٩٠.
٣٣. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، مصدر سابق، ج٤، ص٣٢٢-٣٣٤.
٣٤. الطرابلسي، الاسعاف، مصدر سابق، ص١٥. وللمزيد ينظر في تفصيل ادلة الإتجاهين، د.محمد عبيد الكبيسي، احكام الوقف ،مطبعة الارشاد ، بغداد لسنة ١٩٧٧ ،ج١، ص١٩٢-١٩٧.
٣٥. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص٣٥-٣٦.
٣٦. ينظر في ذلك، الشربيني، المغني، مصدر سابق، ج٢، ص٤٩٣، وينظر كذلك، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٥، ص٢١٢.

٣٧. ينظر محمد ابو زهرة، محاضرات في الوقف، مصدر سابق، ص٦٦-٧٠.
٣٨. تنظر المواد (٢، ١٤) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥ المعدل.
٣٩. ينظر في تقسيم العقود، د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ،المكتبة القانونية، بغداد لسنة ٢٠١٢، ص٢٩-٣٦، وينظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية ـ بغداد، ٢٠٠٧، ص٤٥، وينظر كذلك، حسين علي الاعظمي، مصدر سابق، ص٢١.
٤٠. ينظر في ذلك، الطرابلسي، الاسعاف، مصدر سابق، ص٣، وينظر كذلك، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج١٢، ص٣١-٣٣.
٤١. ينظر في ذلك، د.محمد كمال الدين إمام ود.جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص٥١٤.
٤٢. المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
٤٣. ينظر، حسين علي الأعظمي، مصدر سابق، ص٢٦-٢٩.
٤٤. ابو بكر احمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ـ الهند، ج٦، ص١٦٣.
٤٥. ينظر في ذلك، محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار، مصدر سابق، ج٦، ص٢٠.
٤٦. د.محمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ج١، ص٢٠١.
٤٧. المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
٤٨. ينظر في ذلك، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥، ص٣٤٢.
٤٩. ينظر في ذلك، الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٧، ص٧٩.
٥٠. ينظر في ذلك، ابن قدامة، الكافية، مصدر سابق، ج٢، ص٣٢٧.
٥١. ينظر في ذلك، المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج٢، ص٢٦٦.
٥٢. ينظر في ذلك، ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج٥، ص٢١٢.
٥٣. د. محمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ج١، ص٢٠٥.
٥٤. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام، مصدر سابق، ج٥، ص٤٠٩.

٥٥. ينظر للمزيد من ادلة الاتجاهين ومناقشتهما، د. محمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص٢٠٥-٢٠٦، وكذلك محمد ابو زهرة، مصدر سابق، ص٥١-٥٤.
٥٦. ينظر القرار المرقم (١٩٢٣/ حقوقية/ ٩٦٥ في ١٩٦٥/٣/١٨) اشار الى القرار، القاضي ربيع محمد الزهاوي الوقف ،مكتبة السنهوري ، بغداد،ط١ لسنة ٢٠١٥، ص٨٥٧.
٥٧. ينظر القرار المرقم (١٤٩٧/ شخصية/ ٧٧ في ١٩٧٧/٨/٨) اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر نفسه، نفس الصفحة.
٥٨. ينظر القرار المرقم (١٧١/مدنية اولى/ ٧٧ في ١٩٧٧/٥/٣١) منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص٧٩.
٥٩. د. رمضان علي السيد الشرنباصي، ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص٢٥٨.
٦٠. المصدر نفسه، نفس الصفحة.
٦١. ينظر القرار المرقم (نقض ١٩٩٦/١/٢٩ طعن ٧س ٦٢ ق[احوال]). اشار اليه انور طلبه، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ج١٢، ص٦٩٥.
٦٢. ينظر القرار المرقم (٨٤٦٥ في ١٩٥٢/٧/٦) اشار اليه، د. احمد محمد علي داود، القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية، مصدر سابق، ج٢، ص٣٩٨.
٦٣. ينظر القرار المرقم (٤٩ في ٥١/١٠/١) اشار اليه د. احمد محمد علي داود، المصدر نفسه، ص٥٧٧.
٦٤. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، منشأة المعارف الاسكندرية ، لسنة ٢٠٠٤، ج٨، ص٨٤٣ هامش رقم (٣)، وينظر كذلك، د. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص١٧٩-١٩٤.
٦٥. ينظر في ذلك، الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص١٦.
٦٦. - ينظر في ذلك، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج٣، ص٦٧٦.
٦٧. ينظر في ذلك، ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج٢، ص٤٥٠.
٦٨. ينظر في ذلك، المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج٢، ص٢٥٩.
٦٩. ينظر في ذلك، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥، ص٣٢٩، وينظر كذلك، الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج٣، ص٦٧٦.
٧٠. ينظر في ذلك، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج٦، ص٥٢٣.
٧١. ينظر في ذلك، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص٢٢١.
٧٢. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الإفهام، مصدر سابق، ج٥، ص٣٥٧.
٧٣. ينظر في ذلك، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥، ص٣٢٨-٣٢٩.
٧٤. الطرابلسي، الاسعاف، مصدر سابق، ص٢٤-٢٥.
٧٥. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص١٩٥.
٧٦. العاملي، المسالك، مصدر سابق، ج٥، ص٣٥٣.
٧٧. د.محمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ج١، ص٢٢٦.

٧٨. المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
٧٩. ينظر في ذلك، محمد الخريشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٧، ص٩١.
٨٠. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج٤، مطبعة الزهراء ـ بغداد، ١٩٩٠، ص٦٤٨
٨١. تنظر المواد (١٠٦١ و ١٠٦٢) من القانون المدني العراقي.
٨٢. كالاستماع الى البنية الشخصية التي تؤيد قيام الشريك بوقف حصته الشائعة او تقوم المحاكم بإحالة الواقف الى اللجنة الطبية للتأكد من سلامة قواه العقلية للقيام بالوقف. وان كنا لانؤيد ذلك الإجراء لعدم وجود نص قانوني به ولأنه يفرض قيوداً على الواقفين مما يؤدي الى احجام البعض عن القيام بالوقف.
٨٣. يقصد بالوحدة العقارية حسب احكام المادة (٢/٧٩) من قانون التسجيل العقاري، هي عقار واحد مخصص له تسلسل واحد من سجلات الأساس او رقم قطعة من المقاطعة باعتباره عقار مستقلاً وقائماً بحدود وموقع ومساحة معينة.
٨٤. فقد صدرت قرارات من مجلس قيادة الثورة المنحل كالقرار المرقم (٩٤٠) في ١٩٨٧/١٢/٢ والذي حدد المساحة في الوحدة السكنية بان لاتقل عن (٢٠٠)م٢ في مركز المحافظة و (٢٥٠)م٢ في مركز القضاء و(٣٠٠)م٢ في الناحية.
٨٥. تنظر المادة (٢٨٨) في قانون التسجيل العقاري التي نصت على انه (اذا كان الإفراز تنفيذاً لحكم قضائي او قرار قانوني فلا يخضع التسجيل لمصادقة أي جهة رسمية ولا يشترط ان يكون الإفراز واقعاً فعلاً).
٨٦. ينظر القرار المرقم (٩٤٢/٢٤٥ في ١٩٤٢/٢/٢٢) اشار اليه عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، مطبعة العاني، ١٩٥٧، ص٣٥٧.
٨٧. ينظر قرار محكمة التمييز المرقم (٦٤/هيئة عامة/ ٨٥ في ١٩٨٦/٥/١٣) اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، مصدر سابق، ص٨٧٦.
٨٨. هاشم معروف الحسني، مصدر سابق، ص٢٣٣ـ٢٣٥.
٨٩. ينظر القرار المرقم (١١٣٥/ملحق/ في ١٩٦٩/٩/١٤) اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، مصدر سابق، ص٨٥٩.
٩٠. والتصرف العقاري كما عرفته المادة أعلاه هو [كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية او نقله او تعديله او زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة].
٩١. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،ط٤، ج٣، ص١٨٤.
٩٢. ينظر القرار المرقم (٣٥/ هيئة عامة اولى/٧٤ في ١٩٧٤/٦/١) اشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، مصدر سابق، ص٨٦٠.
٩٣. أشار الى قضاء المحكمة، احمد جمال الدين، الوقف مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٥، ص١٠١.
٩٤. يقصد بالتسجيل المجدد، هو تثبيت حق الملكية او الحقوق العينية الأصلية الأخرى لأول مرة للعقارات غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري او التي هي بحكم غير المسجلة، استناداً الى الحيازة بسبب صحيح وبحسن نية مع تحقق مدة التقادم المكسب للملكية.
٩٥. تنظر المادة (١١٥٨) من القانون المدني العراقي.

٩٦. د. محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، ١٩٤٢، ج٥، ص١٢٣.
٩٧. ينظر (نقض ١٩٨٦/٤/١ طعن ١٨٠٧ س٢ ٥ق] اشار اليه، أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ج١٢، ص٧١٢.
٩٨. انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ج١١، ص٣٤٩، وتنظر، المادة (٧١) من القانون المدني العراقي.
٩٩. احمد جمال الدين، مصدر سابق، ص٣٢.
١٠٠. ينظر في ذلك، النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٥، ص٣٢٢. وينظر كذلك الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج٥، ص٣٧٠.
١٠١. ينظر في ذلك، الطرابلسي، الإسعاف، مصدر سابق، ص٥٩،
١٠٢. ينظر في ذلك، الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٧، ص٨٨.
١٠٣. ينظر في ذلك، ابن قدامة، الكافي، مصدر سابق، ج٤، ص٤٥٣-٤٥٤.
١٠٤. ينظر في ذلك، زين الدين بن علي العاملي، مسالك الإفهام، مصدر سابق، ج٥، ص٣١٠.
١٠٥. تنظر المادة (٧/١) من قانون ادارة الأوقاف التي عرفت الوقف الملحق بانه [الوقف الذي يديره متول.. ويشمل الوقف الذري.. وكذلك الوصية بالخيرات التي تخرج مخرج الوقف].
١٠٦. تنظر المادة (٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري.
١٠٧. نصت المادة (٦٨) من قانون الأحوال الشخصية على انه (يشترط في الموصى له ١- ان يكون حياً حقيقة او تقديراً حين الوصية وحين موت الموصى، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام. ٢- ان لا يكون قاتلاً للموصى).
١٠٨. مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطبعة الجامعة السورية،ط٣، ١٩٥٢، ص١٧٩.
١٠٩. محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، مطبعة مخيمر، الناشر، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص١٤٨.
١١٠. تنظر المادة (٧/١) من قانون ادارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل.
١١١. ينظر في ذلك، ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، مكتبة دار المجتبى ـ النجف الأشرف، ط١، ٢٠٠٩، المسألة (١١٢٢)، ص٢٣٥
١١٢. ينظر في اقوال فقهاء المسلمين، د. محمد عبيد الكبيسي، احكام الوقف، مصدر سابق، ج١، ص٢٣٠-٢٣٦.
١١٣. ينظر القرار المرقم (٥١٣/شرعية/٦٤ في ١٩٦٤/١٠/١٤) فقد قضت محكمة التمييز بان (الإيصاء بوقف عقارات يعتبر وصية ويجب توافر شروط المادة [٦٤] من قانون الأحوال الشخصية). القرار منشور في قضاء محكمة التمييز، مجلد٢، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٤، مطبعة الإدارة المحلية ـ بغداد، ١٩٦٨، ص٦٠.
١١٤. ينظر قرار محكمة التمييز المرقم (٢٠٧/ مدنية ثالثة عقار/٧٢ في ١٩٧٢/٩/١٣) والقاضي (الوقف المضاف الى ما بعد الموت يخرج مخرج الوصية). اشار الى القرار، القاضي ربيع محمد الزهاوي، مصدر سابق، ص٨٦٢.

١١٥. د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص٥٠٨-٥٠٩.
١١٦. ينظر في ذلك (نقض ٣٨/٢٨ ق س٢٣/ ١٩٧٢) اشار اليه، احمد الجندي، مبادئ الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢٨٢٧-٢٨٢٨.
١١٧. ينظر (نقض مدني ١٩٨٢/٢/١٨ طعن ١٤١٦) اشار اليه، شريف الطباخ، الموسوعة الشاملة في شرح الشهر العقاري والسجل العيني والتوقيف في ضوء الفقه والقضاء، ج١، مطبعة ابو الخير، بلا مكان طبع، ص٢٣٣.
١١٨. منذر عبد الكريم القضاة، مصدر سابق، ص٦٩.