تنازع القوانين في اموال الوقف

م.ازهار محمود لهمود نهار
العراق / جامعة تكريت / كلية الحقوق

Conflict of laws in endowment funds

Azhar Mahmoud Lahmoud
Iraq / Tikrit University / College of Law

المستخلص/ ان الوقف من المؤسسات القديمة التي كانت موجودة منذ العصور القديمة في الاسلام، وقبل الاسلام، ونظرا للتطورات الطارئة التي تحدث في العالم ادى ذلك الى وجود نزاعات يكون احد اطرافها عنصرا اجنبيا فبدأت كل دولة بوضع حلولا مناسبة مما يؤدي الى ايجاد القانون المناسب لتطبيقه على اموال الوقف ولكن بدون ان تمس التشريعات والنظام العام للدولة المعروض عليها هذا النزاع، لذا سوف نتناول تعريف الوقف في العموم ومدى توافق قوانين الوقف مع الفقه الاسلامي واركان وشروط الوقف وانواع الوقف وما هو القانون الواجب تطبيقه في قضايا الوقف. **الكلمات المغتاحية:** تنازع , قوانين, وقف

Abstract /The endowment is one of the ancient institutions that existed since ancient times in Islam, and before Islam, and due to the urgent developments that occur in the world, this led to the existence of disputes in which one of the parties is a foreign element, so each country began to develop appropriate solutions, which leads to finding the appropriate law to apply to the dispute, but Without affecting the legislation and general order of the state to which this dispute is presented, we will therefore discuss the definition of endowment in general, the extent to which endowment laws are compatible with Islamic jurisprudence, the pillars and conditions of endowment, types of endowment, and what is the law to be applied in cases of endowment. Keywords: conflict, laws, stop

المقدمة/ مدخل تعريفي : اصبح الانتقال حول العالم من الامور اليسيرة والسهلة في وقتنا الحالي بفضل التجارة الدولية في بداية الامر والتي جعلت الدولة الواحدة تضم الكثير من الجنسيات بالإضافة الى ابناء الدولة، وكان هناك علاقات بين ابناء الدولة وبين تلك الافراد من الجنسيات المختلفة في العديد من المسائل ولا سيما المسائل التي يوجد فيها علاقات قانونية فتنوعت القوانين في الدولة الواحدة بين قوانين افراد الدول الأخرى وقانون الدولة المتواجدين فيها، ان هذا الاختلاف في القوانين اثار بالطبع تنازعا فيما بين القوانين عندما تكون العلاقات ذات اتصال قانوني، ومن

ضمن المسائل والامور التي يكون احد طرفيها عنصر اجنبي هي اموال الوقف والتي يمكن ان يحدث فيها تنازعاً للقوانين.

اهمية البحث:

١- يعد نظام الوقف في الدول العربية على وجه العموم وفي العراق في الخصوص من الامور التي اهتمت بها الشريعة الاسلامية وقد قامت التشريعات القانونية في البلاد العربية بتبني طرق معالجة الشريعة الاسلامية فيما يخص هذه الامور.

٢- ان الطريقة الواحدة لحل المشكلات التي تخص الاموال المادية والمعنوية في اعتبار التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي والتي تكون مشوبة بعنصر اجنبي هو القانون الدولي الخاص وضوابط الاسناد.

٣- هناك بعض الحالات التي يستوجب فيها استبعاد القانون الاجنبي وعدم تطبيقه، لذا سوف يتم توضيح هذه الاستثناءات في ضوء التشريع العراقي وبعض التشريعات العربية.

٤- تعتبر الاهمية الاساسية في هذه الدراسة هو معرفة القانون الواجب تطبيقه فيما يخص اموال الوقف في التشريع العراقي عندما يكون احد طرفي النزاع عنصر اجنبي مع الاخذ في الاعتبار عدم ضياع حق الاجنبي وكذلك عدم المساس بالنظام العام ومخالفته في القانون العراقي.

مشكلة البحث: تتجلى مشكلة البحث في معرفة القانون الواجب تطبيقه فيما يخص اموال الوقف عندما يكون احد طرفي النزاع عنصر اجنبي والذي يعرف بتنازع القوانين في مسألة الوقف، ومعرفة كيفية تعامل المشرع العراقي مع مثل هذه الامور، وكذلك ما هو دور النظام العام كأداة استبعاد القانون الاجنبي، وكيف يتم تطبيق العدالة في مثل هذه المسائل دون مخالفة او المساس بمبادئ وتشريعات القانون العراقي، ونظرا لكون اموال الوقف احدى الامور التي تتعلق بمبادئ النظام العام فما هي الشروط العامة للدفع بالنظام العام وفقا للقانون العراقي.

منهجية الدراسة : اتعبت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، من خلال وصف الحقائق العلمية وتحليلها، والرجوع إلى مصادرها في القانون، لتعزيز البحث من الجانب العلمي والعملي.

خطة البحث:وقد تم بناء خطة الدراسة لكي تكون مستوفية لجميع جوانب الدراسة، لذا فقد تم تقسيم الدراسة الى مبحثين مقسمين كالتالي:

- **المبحث الاول:** ماهية اموال الوقف ويضم هذا المبحث ثلاث مطالب وهما:

- **المطلب الاول:** تعريف اموال الوقف.
- **المطلب الثاني:** موقف اموال الوقف في القانون العراقي.
- **المطلب الثالث:** اقسام الوقف في القانون العراقي.
- **المبحث الثاني:** وجاء هذا المبحث تحت عنوان تنازع القوانين في القانون العراقي، ويتكون هذا المبحث من ثلاث مطالب وهما:
- **المطلب الاول:** الحالات التي لا يمكن تطبيق القانون الاجنبي فيها وفقا للتشريع العراقي.
- **المطلب الثاني:** شروط الدفع بالنظام العام.
- **المطلب الثالث:** القانون الواجب تطبيقه في مسألة اموال الوقف.

المبحث الاول

ماهية اموال الوقف

لعبت الأوقاف دورا فعال في تطوير المجتمعات الإسلامية اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا،بل إن اهتماماتها امتدت لتشمل معظم أوجه الحياة المختلفة،وللوقف دور كبير في إثراء الحضارة الإسلامية ورعاية المجتمع المسلم، الأمر الذي أدى إلى توجه الكثير من الدول الإسلامية إلى إحياء هذا المرفق الحيوي والإهتمام به والعمل على دعمه وتطويره حتى يتواكب مع متطلبات العصر الراهن وتحقيق الإستفادة القصوى من هذه المؤسسة الإسلامية العريقة.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب وهي كالاتي :

المطلب الاول

تعريف اموال الوقف

<u>الوقف في اللغة:</u> يعرف الوقف في اللغة على انه الحبس، اذا الحبس في اللغة بضم الباء هو جمع حبيس، والمراد بها هو ما كان اهل الجاهلية يحبسونه من سبايا وما شبة ذلك.[١]

يعني في اللغة الحبس ومرادفة التسبيل والتحبيس، وأحبس اقوسي من حبس ولكن الوارد في العبارات الصحيحة هو حبس وأوقف لغة رديئة.[٢]

<u>الوقف في الاصطلاح:</u> يختلف الوقف في الاصطلاح باختلاف اراء المذاهب الاربعة، حيث انه:

١- **في المذهب الحنفي:** يعرف الوقف انه حبس العين على ملك الله عز وجل بشرط ان تعود المنفعة على العباد.[١]

[١] ابن منظور، لسان العرب، ط٤،بيروت، دار صادر، ٢٠٠٥، ص١٤

[٢] شمس الدين محمد ابي العباس المشهور بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج في شرح المنهاج في الفقه علي مذهب الامام الشافعي رضي اله عنه ،ج٥،ط٣، بيروت ،دار الكتب العلمية،٢٠٠٣، ص٣٥٨

٢- **المذهب الشافعي:** يعرف الوقف انه حبس مال مع امكانية الانتفاع به مع بقاء عين هذا المال بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود، وتسبيل المنفعة.[٢]

٣- **المذهب المالكي:** في هذا المذهب جعل منفعة مال الوقف حتى وان كان بأجر او غلة لمستحق بصيغة ما يراه المحبس.[٣]

٤- **المذهب الحنبلي:** الوقف و تحبيس المال لمالك مطلق التصرف فيه مع بقاء عينة بقطع تصرف الواقف في رقبته وجعل المنفعة سبيل الى وجه الله.[٤]

الوقف في القانون: ان قانون الاوقاف العثماني الذي صدر في عام ١٢٨٠ هجريا لم يأتي بأي تشريع يخص تعريف الوقف كما ان قوانين نظام مستغلات الاوقاف الذي اصدر عام ١٢٨٧ هجريا جاء ايضا غير منصوص فيه تعريفا للوقف وذلك يمكن القول ان تلك القوانين لم تصدر أي نصا للوقف في تشريعاتها لان المذهب الفقهي السائد وقتها كان الحنفي وكان ينص تشريعات الوقف، لذا اكتفوا بتلك النصوص الفقهية، وكذلك قانون التشريع العراقي لسنه ١٩٢٩ وقانون ادارة الاوقاف عام ١٩٦٤ لم يأتوا بتعريف للوقف، فقد اكتفت تلك القوانين بتوضيح انواع الوقف، والقانون المدني المعمول به في العراق حاليا لم يأتي ايضا بتعريف للوقف ولكنه ذكر الوقف من ضمن الحقوق العينية الاصلية[٥]، حيث تنص المادة(٦٨)من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لعام(١٩٥١) على انه :"الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجازة الطويلة"[٦]، وقد عرف القانون المدني الاردني على ان الوقف هو حبس عين مال المملوك عن التصرف، مع الاخذ في الاعتبار ان يتم تخصيص المنفعة من هذا المال للبر، وقد جاء في جواز تصفية الوقف الذري رقم(١) لعام (١٩٥٥) ايضا يخلوا من تعريف الوقف وقانون ادارة الاوقاف المعدل رقم(٦٤)لعام (١٩٦٦) لم يذكر ايضا تعريفا يوضح مفهوم الوقف ولكنه ذكر بعض معاني ملكية الوقف كونها ملكية عين واشار الي معنى الوقف الصحيح " الوقف الصحيح هو

---

[١] ، ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير في اقرب المسالك الي مذب الامام مالك، وهامش لغة السالك في اقرب المسالك،ج٤،القاهرة، دار المعارف المصرية ،١٩٧٤، ص٩٧

[٢] ، منصور ابن يونس ابن ادري البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق: محمد امين الضناوي، ج٣، ط١،بيروت، عالم الكتب، ١٩٩٧.ص٤٤٧

[٣] ، ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين، ط١،ج٢، مطبعة الآداب، النجف الاشراف، ١٩٧٢، ص٢٦٧.

[٤] ابو القاسم الموسوي ، المصدر نفسه، ص٤٤٧

[٥] ، زياد خالد المفرجي ، التنظيم القانوني لإدارة الاوقاف في العراق، ط١، الكويت، الامانة العامة للأوقاف، ٢٠١١ص١٥-١٦

[٦] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ الفقرة الاولي المادة ٦٨

العين التي كانت ملك شخصا ما ثم وقفت الى أي جهة من الجهات مثل العقر الموقوف" [١]، وفي قانون التسجيل العقاري في التشريع العراقي للقانون رقم(٤٣)لسنه(١٩٧١)ينص في المادة السادسة" ان العقارات الموقوفة هي تلك العقارات التي كانت مملوكة ثم بعد ذلك اوقفت الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية" [٢].

وقد عرف الفقه القانوني العراقي الوقف على انه " حبس العين المملوكة على حكم ملك الله عز جل مع مراعاة التصدق بمنفعتها وفقا لشروط الواقف" ، ويمكن تعريف الوقف من خلال تلك التعريفات ان الوقف هو" حبس العين المملوكة على وجه التأبيد واللزوم مع منع التصرف في العين على ان تملك منفعتها الى جهة موقوف عليها وفقا لشروط الواقف، كما انها لابد ان تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر بحيث يكون منفعة العين تصدق لوجه الله ولو مالا.[٣]

المطلب الثاني

موقف اموال الوقف في التشريع العراقي

اولا: اركان الوقف وشروطه في القانون:

الركن الاول رضا الواقف: هذا الركن لابد ان يكون فيه ارادة للواقف، ومن تتوافر لديه تلك الارادة واهلا لذلك يعبر عن ذلك بالإيجاب، ولابد ان يكون الواقف متوفرة فيه الاهلية الكاملة ولا تتعارض أهليته مع أي من عوارض الاهلية مثل الجنون والغفلة والعته والسفه ، كما انه لابد ان تكون ارادة الواقف ارادة حرة. [٤]

وقد نصت المادتين(١٠٩)و(١١٠)من القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنه(١٩٥١) والتي تشير الى لا فارق في المعاملات بين السفيه المهجور والسفيه المميز، لذا فإن السفيه المحجور الذي يقوم بإخراج الوصية والتي تعامل معامله الوقف فإنها تصح وصاياه بثلث المال وينطبق حكم السفيه على ذو الغفلة[٥]، وعند المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والأردني نجد ان الاخيرين حيث نص القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنه (١٩٤٨) ، و القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة(١٩٧٦) علي" انه يكون تصرف المحجور عليه لسفيه او ذو الغفلة بالوصية او الوقف صحيحا عندما تأذن المحكمة في ذلك.[٦]

---

[١] القانون العراقي، قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤، لسنه ١٩٦٦، المادة١ /٤

[٢] القانون العراقي، قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لعام ١٩٧١، المادة ٦/أ

[٣] ، السيد محمد رافع يونس محمد ، اركان الوقف وشروطه" دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين العربية، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد٤٠، المجلد١١، السنه ٢٠٠٩،ص١٣٠.

[٤] مرجع سابق، اركان الوقف وشروطه" دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين العربية، ص١٥٢

[٥] القانون العراقي، القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١، المادة ١٠٩ والمادة ١١٠

[٦] القانون المصري، القانون المدني المصري ،رقم ١٣١، لسنه ١٩٤٨، المادة ١١٦، والقانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنه ١٩٧٦.

الركن الثاني محل الالتزام: ويقصد به المال الذي يوقفه الواقف وكان لابد على الواقف ان يقوم بتمليك منفعة هذا المال الي الموقوف عليه، كما انه لابد ان يكون هذا المال مشروعا وموجودا ومعينا، وعليه فإن محل التزام الواقف هو نقل الملكية لعين يملكها فرد ما وتكون العين مملوكه ومشروعة وعينية وقت الوقف بإرادة تلك الفرد ارادة منفردة، لذا فإن القضاء العراقي يعمل على تحديد الموقع للعقار الذي يريد الشخص ان يوقفه ورقم العقار وكل ما يخص العقار وذلك عند اصدار حجة الوقف، كما انه يشترط ان يكون محل الوقف قابلا للتعامل حيث انه لا يجوز وقف أي شيء خارج التعامل من حيث القانون او الشرع والفقه وذلك لان تلك الاشياء لا تكون قابله للتملك والانتفاع بها شرعا.

وقد عرف الموقوف في التشريع العراقي " انه المال الموقوف ان كان منقولا او عقار او أي حق اخر" [1]، لذا من خلال هذه المادة يتضح ان الموقوف يمكن ان يكون عقارا او شيء منقول كسيارة مثلا او كتب او أثاث او أي حق اخر وتركت الاخيرة هكذا(مطلقة) لان يمكن ان يكون هذا الحق حق معنوي من انتاج عقل الانسان مثل حقوق الملكية الشخصية حيث تنص المادة(٧٠)من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)" ان الاموال المعنوية هي تلك الاموال التي ترد على شيء يكون غير مادي مثل حقوق المؤلف والمخترع والفنان"[2]

الركن الثالث سبب الالتزام: ان السبب الاساسي والاهم في وقف العين وجعل منفعتها لوجه الله النية الصادقة والتقرب الى الله عز وجل في الصدقة الجارية في جميع اوجه البر، لذا فإن هذا السبب هو الاساس في الوقف الذي يجعل رجل يقوم بالوقف بالمساجد والمدارس والفقراء فهذا سبب مشروع، اما بالنسبة للسبب غير المشروع عندما تكون جهة الوقف غير شرعية او جهة معصية، وهذا ما أشار اليه المشرع الليبي في القانون الليبي رقم(١٢٤) لسنة(١٩٧٢) والذي شرع "ان هناك مواقف يبطل فيها الوقف من ضمنها اذا كان على معصية"[3]، والوقف على معصية مثل الوقف على الالعاب السحرية والقمار والخمر فهو محرم شرعا وقانونا ومن ضمن المحظورات قانونيا ايضا والوقف على اجنبي فهو لا يصح الوقف حيث تنص المادة (٥)من قانون تملك الاجنبي للعقار في العراق رقم (٣٨) لسنة(١٩٦١) انه لا يجوز للأجنبي ان يوقف عقاره على جهة اجنبية خارج العراق او يوصي به اليها"[4].

[1] العراق،نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥لسنه ١٩٦٩ ،المادة٩/١
[2] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١المادة ١/٧٠
[3] القانون الليبي رقم ١٢٤ لسنه ١٩٧٢ بشأن احكام الوقف، مادة٤/١٠
[4] العراق، قانون تملك الاجنبي للعقار في العراق رقم ٣٨ لسنه ١٩٦١المادة٢/٥

الركن الرابع الشكلية: ان التصرفات القانونية الرضائية هي الاصل وليس الشكلية، لكن هناك بعض التشريعات يكون احدى اركان التصرف الشكلية وذلك عندما يكون التصرف القانوني مهم وخطير وله علاقة بحماية الغير، ومن هنا يكون الوقف هو تصرف قانوني يتعلق بالرضا ولا يتطلب شكلية الا اذا نص القانون على ذلك.

وعليه يمكن تلخيص ما سبق ذكره في اركان الوقف انه لابد على الواقف ان تتوافر لديه الرضا على الوقف، والاشارة بالإيجاب في ذلك ان كان اهل لهذا الامر، وان يكون هذا المال الموقوف مملوكا وموجودا وايضا يكون مال مشروع وذلك لتحقيق هدف الوقف وهو التقرب الى الله عز وجل.

المطلب الثالث

اقسام الوقف في القانون العراقي

يقسم الوقف على عدة اعتبارات، لذا يمكن تقسيم انواع الوقف على حسب تلك الاعتبارات كالتالي:

اولا / على حسب مصرف الوقف: يقسم الي وقف ذري وخيري ومشترك.

١- **الوقف الذري:** حدد مرسوم جواز الوقف الذري مفهوم الوقف الذري رقم(١) لسنة(١٩٥٥) انه" هو ما وقفه الواقف على نسفه او على ذريته او عليها الاثنين او ما يوقفه الواقف على شخص يعنيه او ذريته او عليهما او على الوقف وذريته مع شخص معين وذريته"[١].

النتائج المتوقفة على الوقف الذري:

- بناء على طلب المستحقين او احد منهم من المرتزقة او احد ورثته الذي يستحقون بموجب المرسوم تصفية الوقف الذري او المشترك ان كان منشأ قبل نفاذ المرسوم او بعد نفاذه.[٢]
- في قانون المرافعات المدنية العراقية(٨٣) لسنة (١٩٦٩) المادة (٣٠٠) تختص محكمة الاحوال الشخصية كلا من التولية على الوقف الذري، وعزله المتولي ونصبه ومحاسبته.[٣]
- وفي مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة (١٩٥٥) في المادة (١٤) لو اراد الواقف الرجوع في الوقف فله الحق ان كان حيا وذلك عن طريق طلب يقدمه الى محكمة البداءة لكي يحصل علي قرار بإبطال حجة الوقف واعادة الموقوف الى ملكيته.[٤]

[١] العراق، مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، المادة١/أ نشر في جريدة الوقائع العراقية، عدد ٣٦٦٥، تاريخ ١٩٥٥/٧/١٩.
[٢] مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، المادة٣.
[٣] قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المادة ٣٠٠ الفقرة الثالثة.
[٤] مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، الماده١٤

- وفي مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم(١)لسنة(١٩٥٥)، المادة (٤)عندما يتم الحكم بتصفية الوقف واعتبار الدرجة القطعية هي جهة اكتساب الحكم فيكون الوقف ملكا للمستحقين.[١]

٢- **الوقف الخيري:** ويقصد بالوقف الخيري انه تلك "الوقف الذي يوقف على جهة الخير في حين انشائه او آل اليه نهائيا"[٢]وهذا ما جاء مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم(١) لسنة (١٩٥٥)، المادة١ ولم يوضح المرسوم ما يقصد بالجهة الخيرية ولكن عرف قانون الاوقاف العراقي حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة الاولى من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤)لسنة(١٩٦٦)" ان المؤسسات الدينية والخيرية هي المساجد والمدارس الدينية والتكايا ودور التهذيب والملاجئ والمياتم واي أي مؤسسات يقوم الواقفون بإنشائها او يقوم ديوان الاوقاف بإنشائها والتي تهدف الى البر او النفع العام"[٣].

النتائج المترتبة على الوقف الخيري:

- لتكون الشخصية الاعتبارية للوقف مكتملة لابد ان يقوم الوقف تبعا لأحكام الشريعة الاسلامية لذا لابد من تعين من يتولى ارادته ويقوم بتسيير شؤون الوقف وتنفيذ شروط الواقف، وعليه فيكون لكل وقف في الاسلام شخصية مستقلة وذو ذمة مالية مستقلة ايضا.[٤]
- وفي نظام الموالين رقم(٤٦)، لسنه(١٩٧٠)يتم تولية المعني بالوقف الخيري من قبل المحكمة الشرعية عن طريق ترشيحها للمولي ومن خلال قرار من المجلس العلمي ويقوم المجلس بالمصادقة عليه.[٥]
- وفي قانون التنفيذ في القانون العراقي رقم (٤٥)لسنه (١٩٨٠) لا يجوز بيع الاموال والاعيان المبنية على الوقف الصحيح.[٦]

٣- **الوقف المشترك:** يقصد به ما يوقفه الواقف على جهة خير وعلى الافراد والذرية وتكون نسبة الاشتراك فيه اما ان تكون معينة او غير معينة ومثال على ذلك الاوقاف الموقوفة على جهة خيرية ويكون شرط الوقف فيها صرف فضل الشيء الموقوف على الافراد والذرية او العكس، كما انه لا يتم الخصومة في هذا الوقف الا بحضور مدير الاوقاف او من ينوب عنه وهذا كما جاء في نص مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم واحد لسنه (١٩٥٥)المادة (١) [٧].

---

[١] مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، الماده٤

[٢] مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، المادة١/ب

[٣] قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦، المادة٨/١

[٤] جمعة محمود الزريقي ، دراسة حجج الوقف، مجلة آفاق الثقافة والتراث، العدد ٣١، السنه الثامنة، الامارات مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، ٢٠٠٠، ص١٣

[٥] نظام الموالين رقم ٤٦، لسنه ١٩٧٠(متولي الوقف) ، المادة٢

[٦] قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنه ١٩٨٠في القانون العراقي، مادة٦٢/ ثانيا

[٧]القانون العراقي، مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم واحد لسنه ١٩٥٥، المادة١/ج

النتائج المترتبة على الوقف المشترك:

- في المادة الثانية من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنه (١٩٥٥) اجازة تصفية الوقف المشترك حيث انه يشمل احكام مرسوم تصفية الوقف الذري.[١]

ثانيا على حسب ملكية العين الموقوف: يقسم الى صحيح وغير صحيح.

١- **الوقف الصحيح:** يعرف الوقف الصحيح انه "العين التي كانت ملك فرد ما ثم قام بوقفها الي جهة من الجهات، ويشمل العقار الموقوف" وذلك كما جاء في قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة (١٩٦٦) [٢]، وعرف الوقف الصحيح في قانون التسجيل العقاري في العراق رقم (٤٣) لسنه (١٩٧١) على انه" هي التي كانت مملوكة ثم اوقفت الى جهة من الجهات بمسوغات شرعية"[٣]

٢- **الوقف غير الصحيح:** عرف في قانون ادارة الاوقاف العراقي رقم (٦٤) لعام (١٩٦٦) انه" و حق التصرف والعقر في الاراضي الاميرية المرصدان والمخصصات الى جهة من الجهات" [٤]

وجاء في القانون المدني العراقي، رقم (٤٠) لسنه (١٩٥١) المادة رقم(١٢٨٤) وتعامل الاوقاف غير الصحيحة معاملة الاراضي الاميرية في الاحكام ولكن الاختلاف يكون في ان رسوم الانتقال والفراغ وبدل المحلولات والاعشار تنتقل الى جهة الوقف في الاوقاف الغير صحيحة اما في الاراضي الاميرية فهي تنتقل الى خزينة الدولة.[٥]

المبحث الثاني

تنازع القوانين في التشريع العراقي

سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وهي كالاتي :

المطلب الاول

الحالات التي لا يمكن تطبيق القانون الاجنبي فيها وفقا للتشريع العراقي

على الرغم من ان القانون الدولي الخاص وقواعد الاسناد والتي تقر بضرورة تطبيق القانون الاجنبي لحكم النزاع والمرفوع امام المحكمة لذا على القضاء الوطني التوصل الى القانون الواجب تطبيقه في المسألة المعنية، ولكن هناك بعض الحالات التي لا يمكن تطبيق القانون الاجنبي فيها وتلك الحالات تتلخص في ثلاث عناصر وهما:

١- ان كان القانون الاجنبي يصطدم بمبدأ القانون العام والنظام المقرر به في المحكمة.

---

[١] القانون العراقي، مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم واحد لسنه ١٩٥٥، المادة ٢
[٢] القانون العراقي، قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ ،المادة٤/١
[٣] القانون العراقي، قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنه ١٩٧١، المادة ٦ /أ
[٤] القانون العراقي، قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦، المادة٥/١
[٥] القانون العراقي، القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١، المادة ١٢٤٨

٢- ان كان في تطبيق القانون الاجنبي غش نحو القانون.

٣- ان كان القانون الاجنبي يضر بالمصلحة الوطنية للمحكمة.[١]

وتعتبر اموال الوقف من المسائل التي تتعلق بمبدأ النظام العام، وتعتبر فكرة النظام العام هي فكرة غير ثابتة وانما هي مرنة ومتحركة، فهي يمكن ان تتغير من وقت لأخر او من مسألة الى اخرى ومن مكان لأخر وقد تم تعريف النظام العام من قبل الفقه على انه سلاح الدفاع ضد أي قانون اجنبي لزم تطبيقه، وظهر تعارض لأحكامه مع المفاهيم الوطنية الجوهرية.[٢]

ويعتبر تحديد مفهوم واضح وصريح للنظام العام امر صعب لان هذا النظام يتمتع بالمرونة كما ان هذا المفهوم يتغير تبعا للزمن وذلك لان هناك تغيرات اجتماعية واقتصادية وسياسية سريعة لذلك فإن التشريعات القانونية العربية وضعت عبء هذا التعريف على الفقه، وقد عرف النظام العام من قبل بعض الباحثون انه تلك الركائز الاساسية التي يقوم عليها كيان الدولة الاقتصادي والسياسي والاجتماعي فهي تلك القوانين التي تؤدي الى تحقيق المصلحة العامة للدولة وتهتم بحقوق المجتمع. وعرف ايضا ان النظام العام في دولة ما يكون الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي في تلك الدولة فيما يخص هذا الكيان من معتقدات وركائز متعلقة بالأمن والحرية والمعتقدات الدينية والاجتماعية واحترام تلك المعتقدات الدينية والمعتقدات التي تتعلق بالمذاهب الاقتصادية مثل الاشتراكية والرأسمالية.[٣]

المطلب الثاني

شروط الدفع بالنظام العام

١- تعارض القانون الاجنبي مع الاسس الجوهرية لقانون القاضي: ان وجود تعارض وتنافر بين القانون الاجنبي والقانون الوطني لدولة القاضي هو من احدى الشروط التي تؤدي بالدفع لتطبيق النظام العام، فيقوم القاضي تحديد تلك العوارض وتحديد اهميتها، لكن هذا الشرط لا يعني انه لابد من استبعاد القانون الاجنبي ولكن لابد من النظر الى النتيجة التي يمكن ان تحدث عند تطبيق هذا القانون كما انه ينبغي على القاضي ان يقوم بتحليل القانون الاجنبي تحليلا مجردا لإمكانية معرفة مدى التطابق بين هذا القانون والنظام العام او تعارضه.

---

[١] ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفقا للقانون العراقي والمقارنط٢، بغداد، دار الحرية، ١٩٧٧، ص٣٢٧

[٢] حسن الهداوي ، غالب علي الداوودي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ج٢، العراق، مديرية دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص١٢٢

[٣] ختام عبد الحسن ، موانع تطبيق القانون الاجنبي ، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، المجلد٣ العدد ٦، ٢٠٠٩،ص٢٨٥

٢- وجود ترابط بين النزاع المطروح ودولة القاضي: كما ذكرنا انه عند مخالفة القانون الاجنبي للنظام العام لدولة القاضي لا يعني استبعاد القانون الاجنبي وانما على القاضي ان يتحقق من وجود صدام في التنازع وافتراض ان هذا النزاع يكون رابطة مع دولة القاضي، لذا فإن اغلب التشريعات قد اشترطت انه لابد من وجود رابطة مباشرة للنزاع مع دولة القاضي ومن ضمن تلك التشريعات التشريع المصري و التشريع العراقي ، حيث اشترط وجود هذه الصلة خاصة في مسائل الاحوال الشخصية.[١]

وقد اتخذ القانون المدني العراقي مبدأ القانون العام في تطبيق بعض التشريعات التي يتعلق الأمر بها بمخالفة النظام العام والخل من الآداب في الجمهورية العراقية، وقد نصت عليه المادة (٣١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنه (١٩٥١) حيث تشير الى" اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه فقط احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص والفقرة الثانية من هذه المادة تنص على ان" واذا كان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعهد فيها الشرائع فإن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أي شريعة يجب تطبيقها.[٢]، وقد اشارت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠)سنه(١٩٥١)الى انه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة ان كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق"[٣]

المطلب الثالث

القانون الواجب تطبيقه فيما يخص اموال الوقف

ولكي يتم وضع الاطار المحدد لمبدا النظام العام لابد من ان يتجرد هذا المبدأ من خصائصه ، وكون هذا النظام مرنا يجعل هذا الامر صائب وصحيح يمكنه ان يتماشى مع روح النظام العام، كما انه عمل على تجنب ان يكون هذا المبدأ من ضمن مفردات قد لا تتسع حتى تشمل بعض الحالات التي ان امكن ان تستجد في المستقبل، لذا فإن هناك العديد من التشريعات التي تجنبت تحديد مفهوم قاطع وواضح للنظام العام حتى لا تقضي على هذه الميزة وجعل هذا القانون مرنا يتماشى مع طبيعة القضية ومن ضمن تلك التشريعات القانون المدني العراقي حيث قام بإيضاح بعض التطبيقات للنظام العام في المادة(١٣٠)من القانون المدني رقم(٤٠)سنه (١٩٥١)والتي تنص على " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال

[١] مرجع سابق ، موانع تطبيق القانون الاجنبي، ص ٢٨٦
[٢] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنه ١٩٥١، المادة ٣١
[٣] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنه ١٩٥١، المادة ٣٢

الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي يتم اصدارها لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"[١]

وبالنسبة للقانون الأردني في مادته (١٦٣) في الفقرة الثالثة من القانون المدني رقم (٤٣) لسنه(١٩٧٦) والذي نص على نفس ما نصت عليه المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي.

اما في التشريع الجزائري فقد شرع القانون الجزائري فيما يخص مسألة تنازع القوانين في الاموال التي يتم تنفيذها بعد الموت وكذلك الهبة والوقف حيث جاء في المادة (١٦) من القانون المدني الجزائري الامر رقم ٧٥–٥٨ المؤرخ في (١٩٧٥) في الفقرة الثانية والتي تنص على" يسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب او الواقف وقت اجرائها"[٢]

الخاتمة

ان تطبيق القانون الوطني على حساب القانون الاجنبي في مسائل تنازع القوانين يتماشى بها معظم دول العالم ان كانت في التشريعات الغربية مثل التشريع الايطالي والفرنسي او في التشريعات العربية مثل التشريع المصري والتونسي والعراقي، وهذا ان كان القانون الاجنبي يخالف العرف والآداب في دولة القاضي او يمس القانون الوطني لدولته، وكان تطبيق النظام العام في تلك الدول بمثابة نفعا للدولة، حيث انه كلما اتضح للقاضي ان قانون الدولة الاجنبية غير مقبول في دولته وتتعارض مع الافكار السياسية في تلك الدولة فإن القاضي يمتنع عن تطبيق تلك القوانين.

ان العراق يتواجد به عدد كبير من الموقوفات والتي تختلف في انواعها من مساجد ودور عبادة واراضي وبساتين وعقارات سكنية وغيرها من الموقوفات ومن الواضح ان تلك الموقوفات لها علاقة كبيرة باقتصاد العراق، لذا فإن الوقف في العراق يتمتع بمرونة لأنه يعتبر من الصيغ التنموية للتمويل وتلك المرونة تمنحه القائم بأدوار تنموية معاصرة تعاصر الزمان الموجود فيه ومن خلال العرض لهذا الموضوع يتضح ان اموال الوقف في التشريع العراقي تعتبر من النظام العام والذي لا يمكن تطبيق القانون الاجنبي في المسائل المتعلقة بأموال الوقف حتى وان كان سبب نشوء تنازع القوانين عنصر اجنبي ذلك لان عند النظر الى التشريع العراقي الخاص بموضوع اموال الوقف نجد انه من ضمن النظم العامة في العراق.

ومن خلال هذه الدراسة تم التوصل الى الاستنتاجات الاتية:

[١] القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنه ١٩٥١ المادة١٣٠

[٢] القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لسنه (١٩٧٥) المادة ١٦ الفقرة الثانية

١- برغم ان القانون الدولي الخاص وقواعد الاسناد هي من تحكم مسائل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق الا ان هناك بعض الامور التي لا يمكن تطبيق القانون الاجنبي فيها وانما يتم الدفع بالنظام العام.

٢- وهناك بعض الامور التي يمكن فيها تطبيق القانون الاجنبي ولكن ببعض الشروط وملخص تلك الشروط كما جاء في القانون المدني العراقي انه يمكن تطبيق القانون الاجنبي في حالة عدم مخالفته للآداب والنظام العام في العراق، والا يصطدم القانون الاجنبي مع مبدأ النظام العام، كما انه لا يتم تطبيق القانون الاجنبي في حالة ان كان في تطبيق القانون الاجنبي غش نحو القانون.

٣- وقد كان من ضمن المسائل التي يتم فيها تطبيق مبدأ النظام العام وعدم النظر الى القانون الاجنبي على حسب ماجاء في القانون المدني العراقي هو ما يتعلق بالوقف واموال الوقف.

وعلى فحوى الاستنتاجات التي تم التوصل اليها فإن هناك بعض التوصيات يجب النظر اليها من قبل المشرع العراقي فيما يخص تنازع القوانين وهي:

- يجب تحديد الامور المخالفة للنظام العام والتي لا يجوز تطبيق احكام القانون الاجنبي فيها في ضوء التشريع العراقي.
- اعادة النظر في المادة(١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام (١٩٥١)، وذلك فيما يتعلق في تطبيق النظام العام لان نص القانون به يتواجد بعض الحالات التي يستثني فيها تطبيق القانون الاجنبي والتي تعتبر من النظام العام فإن كانت الفكرة في نص هذا القانون هو الحصر او الاستثناء فهذا يتعارض مع مبدأ النظام العام والصفة المميزة له وهي المرونة والتغير بتغير الزمان والمكان، بالإضافة انها انك كانت جاءت على سبيل الاستثناء فيوجه لها نفس النقد وكذلك انها جعلت بعض الحالات تتمتع بالخصوصية عن حالات اخرى.
- على الرغم من ان هناك العديد من المحاولات بوضع تعريف كامل وشامل للنظام العام الا ان المشرع العراقي لم يقوم بوضع تعريفا له، وعليى فإن على المشرع العراقي وضع تعريف واضح للنظام العام الدولي مع الاخذ في الاعتبار بيان اركانه وعناصره وشروط تطبيقه.

المراجع

١- حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة،ط٢، الاردن، مكتبة الثقافة ،١٩٩٧

٢- عبد القادر شرفي ، محاضرات في القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين" جمعة الاخوة منتوري قسنطينة، ٢٠٢١
٣- اسماعيل نجم الدين زنكنه ، واخرون، تنازع القوانين في الدولة الفدرالية جمهورية العراق نموذجا، ٤th International Legal Issues Conference-ILIC٢٠١
٤- هشام علي صادق ، حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٦
٥- ابن منظور، لسان العرب، ط٤،بيروت، دار صادر، ٢٠٠٥
٦- شمس الدين محمد ابي العباس المشهور بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج في شرح المنهاج في الفقه علي مذهب الامام الشافعي رضي اله عنه ،ج٥،ط٣، بيروت ،دار الكتب العلمية،٢٠٠٣
٧- ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير في اقرب المسالك الي مذب الامام مالك، وهامش لغة السالك في اقرب المسالك،ج٤،القاهرة، دار المعارف المصرية ،١٩٧٤
٨- منصور ابن يونس ابن ادري البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق: محمد امين الضناوي، ج٣، ط١،بيروت، عالم الكتب، ١٩٩٧.
٩- ابو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين، ط١،ج٢، مطبعة الآداب، النجف الاشراف، ١٩٧٢
١٠- زياد خالد المفرجي ، التنظيم القانوني لإدارة الاوقاف في العراق، ط١، الكويت، الامانة العامة للأوقاف، ٢٠١١
١١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
١٢- القانون العراقي، قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤، لسنه ١٩٦٦
١٣- القانون العراقي، قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لعام ١٩٧١
١٤- السيد محمد رافع يونس محمد، اركان الوقف وشروطه" دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين العربية، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد٤٠، المجلد١١، السنه ٢٠٠٩
١٥- القانون المصري، القانون المدني المصري ،رقم ١٣١، لسنه ١٩٤٨
١٦- والقانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنه ١٩٧٦
١٧- العراق، نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم ٤٥لسنه ١٩٦٩
١٨- القانون الليبي رقم ١٢٤ لسنه ١٩٧٢ بشأن احكام الوقف
١٩- العراق، قانون تملك الاجنبي للعقار في العراق رقم ٣٨ لسنه ١٩٦١
٢٠- العراق، مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥، المادة١/أ نشر في جريدة الوقائع العراقية
٢١- قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٢٢- جمعة محمود الزريقي ، دراسة حجج الوقف، مجلة آفاق الثقافة والتراث، العدد ٣١، السنه الثامنة، الامارات مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، ٢٠٠٠
٢٣- نظام الموالين رقم ٤٦، لسنه ١٩٧٠(متولي الوقف)
٢٤- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنه ١٩٨٠في القانون العراقي
٢٥- ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفقا للقانون العراقي والمقارن ، ط٢، بغداد، دار الحرية، ١٩٧٧
٢٦- حسن الهداوي - غالب علي الداوودي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ج٢، العراق، مديرية دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٢.
٢٧- ختام عبد الحسن ، موانع تطبيق القانون الاجنبي ، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، المجلد٣ العدد ٦، ٢٠٠٩