أثر شرط الواقف على الوقف (مستل)

أ.م.د. زياد خلف عليوي
كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك
عامر حمد احمد
باحث ماجستير

THE EFFECT OF THE WAQIF CLAUSE ON THE WAQF[Quoted]

Assist. Prof. Dr. Ziad Khalaf Aliwi
College of Law and Political Science/University of Kirkuk
Amer Hamad Ahmed
Master's Researcher

المستخلص

شرط الواقف هو الشرط الذي يضعه الواقف والذي يكون له اثر في تحديد الاحكام الموضوعية للوقف واثار هذه الاحكام، وهذه الشروط التي يشترطها الواقف في الوقف تنقسم الى عدة اقسام وتقوم على اسس للتقسيم منها ما يتعلق بموفقتها لمقتضى الوقف من عدمها او تعلقها باركان الوقف واحترام ارادة الواقفين.

وشرط الواقف يختلف عن الشرط الواقف فشرط الواقف هو شرط تقييدي يضعه الواقف يقيد فيه سلطات المنتفع او توزيع الغلة ويعدل فيه من الاحكام الموضوعية للوقف، بينما الشرط الواقف والذي هو وصف من اوصاف الالتزام هو شرط تعليقي يعلق عليه وجود الالتزام او زواله.

والشروط التي يشترطها الواقف لها قوة كبيرة في الفقه الاسلامي ولها اثر كبير في تعديل الاحكام الموضوعية للوقف، وتحظى باحترام كبير من قبل الفقهاء الى الحد الذي نتج عنه قاعدة مفادها شرط الواقف كنص الشارع، الا ان هذه الشروط قد يكون هناك تعارض فيما بينها او بينها وبين الاحكام الموضوعية للوقف وهذا يتطلب رفع هذا التعارض خصوصاً مع ما تحظى به هذه الشروط من قوة وهذا يتطلب تنظيم تشريعي

يبين الية رفع التعارض فيما بين هذه الشروط او بينها وبين الاحكام الموضوعية للوقف. **الكلمات المفتاحية:** وقف، شرط، الواقف

Abstract

The endower's condition is a condition set by the endower, which has an impact in determining the endowment's subjective provisions and their effects. These conditions may be divided into several sections and are based on several bases, some related to its harmony with endowment, or its attachment to the pillars of endowment or respecting the will of endowers.

Generally speaking, endower's condition differs from holding condition. On the one hand, the endower's condition is a restrictive condition set by the endower by which he restricts the beneficiary power or yield's distribution when he modifies the subjective provisions of the endowment. On the other hand, the holding condition is a condition that describes contractual obligation, on which the existence or termination of the obligation is attached. The conditions stipulated by the endower have great power in Islamic jurisprudence and have great effect in modifying the subjective provisions of the endowment. Moreover, they are highly respected by the jurists to the extent that resulted the rule that says "the endower's condition is like the legislator's text". However, these conditions may contradict themselves or have conflicts with the endowment's subjective provisions. This is to say that this conflict has to be removed within the strength of these conditions, as this finally necessitates a legislative regulation that shows the mechanism for such removal.

Keywords: endowment, condition, standing

المقدمة

اولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: الوقف هو "حبس العين المملوكة ومنع التصرف فيها والتصدق بمنفعتها في وجوه البر والخير لوجه الله تعالى على وجه التابيد"، وعندما يوقف الواقف الملك العائد له فانه يشترط بعض الشروط التي تتعلق بكيفية التصرف بواردات الوقف وبالمال الموقوف والجهة التي تتولى ادارة الوقف، وهذه الشروط يطلق

عليها (شرط الواقف)، ان القارئ القانوني عند قراءته للعنوان اعلاه وبالاخص عبارة (شرط الواقف) سينصرف ذهنه مباشرة الى الشرط الواقف كوصف من اوصاف الالتزام الا اننا لا نريد به هذا المعنى, فشرط الواقف هو ما يشترطه الواقف يقيد فيه السلطات التي ترد على المال الموقوف من تصرف واستعمال واستغلال وهو ما يمثل المضمون الرئيسي لهذا البحث.

والشروط التي يشترطها الواقف قد يكون هناك تعارض او تناقض فيما بينها، مما يثير مشكلة ضرورة وجود قواعد لحل التعارض والتناقض فيما بين هذه الشروط ويزداد الامر صعوبة عندما تختلف اقوال الفقهاء ازاء هذه الشروط مع احالة المشرع تنظيم احكام الوقف الى قواعد الفقه الاسلامي.

ثم إن لشروط الواقف قوة تفرض احترامها من خلال قاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) فما المقصود من هذه القاعدة، هل تعني كل شروط الواقف يجب الوقوف عندها باعتبارها كنصوص الشرع ام إن هناك تفصيل في هذا الموضوع اسوة بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) التي تحكم العقود.

ثانياً: اهمية الموضوع وسبب اختياره:ان لدراسة موضوع الوقف وبالاخص الاثار المترتبة على الشروط التي يضعها الواقف اهمية كبيرة من الناحية القانونية وذلك لما يمثله الوقف من اهمية سواء في حياة الافراد وتعاملاتهم او من حيث تنظيمه في المجتمع، ومن بين اكثر المواضيع اهمية في الوقف شرط الواقف الذي يكون له من الاهمية والاحترام الى الحد الذي دفع الفقه الى وضع قاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) فما المقصود من هذه القاعدة، هل تعني كل شروط الواقف يجب الوقوف عندها باعتبارها كنصوص الشرع ام إن هناك تفصيل في هذا الموضوع، وهل نص القانون عليها ام لا، وما هو الحكم في حالة تعارض شروط الواقفين فيما بينها او فيما بينها وبين احكام الفقه والقانون، كما ان التشريعات المنظمة للوقف جاءت اغلبها باحكام تنظيمية واحالت المسائل الموضوعية الى اراء فقهاء الفقه الاسلامي وهناك اختلاف في مواقف الفقه ازاء شروط الواقفين مما يزيد من تعقد مشكلة تناقض شرط

الواقف، هذه المواضيع والاجابة على هذه التساؤلات هي التي دفعتنا الى اختيار موضوع البحث.

ثالثاً: منهجية البحث: لقد اتبعنا في منهجية البحث اسلوب البحث المقارن بين الفقه الاسلامي بمذاهبه الرئيسية والقوانين العربية العراقية والمصرية والجزائرية معززة بتطبيقات قضائية حسب توافرها واقتصرنا في بعض المواضع على التشريع العراقي، مع تحليل النصوص والقرارات القضائية قدر الامكان.

رابعاً: خطة البحث: لقد قسمنا هذا البحث الى مبحثين كالاتي:

المبحث الاول: ماهية شرط الواقف

المطلب الأول: تعريف شرط الواقف

المطلب الثاني: اقسام شرط الواقف

المطلب الثالث: تمييز شرط الواقف عن الشرط الواقف

المبحث الثاني: أثر التعارض في احكام شرط الوقف

المطلب الأول: تعارض احكام القانون مع الشريعة

المطلب الثاني: قواعد حل تعارض شروط الواقفين

المطلب الثالث: شرط الواقف كنص الشارع

الخاتمة

المبحث الاول

ماهية شرط الواقف

ان شرط الواقف هو من بين اهم المواضيع التي يلزم بحثها ودراستها فيما يخص الوقف، فمن خلال شرط الواقف نستطيع ان نميز الوقف عن غيره؛ وهو الذي يحدد نوع الوقف ، فالواقف هو الذي يختار نوع الوقف الذي ينشأه ومن ثم نطبق عليه الاحكام التي تتلائم معه، فمن خلال شرط الواقف نميز ما اذا كان الوقف مؤقت ام مؤبد، ومن خلال شرط الواقف نستطيع ان نعرف ما اذا كان الوقف صحيح ام لا، وبذلك فان لشرط الواقف اثر في الوقف المتصل به، لذلك سوف نتناول في هذا المبحث تعريف شرط الواقف وبيان اقسامه، وتمييزه عن الشرط الواقف كمصطلح قانوني.

المطلب الاول

تعريف شرط الواقف

يعرف الشرط في اللغة بانه إلزام الشيء والتزامه وجمعها شروط او شرائط، والشرط هو العلامة، فاشراط الساعة أي علاماتها[١]، اما الشرط في اصطلاح الفقه الاسلامي فانه ما يلزم من عدمه عدم وجود الشيء، ويكون خارجا عن حقيقته[٢]، اما في الاصطلاح القانوني فان الشرط هو وصف من اوصاف الالتزام يراد به (امر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام او زواله[٣].

لقد اعطت الشريعة الإسلامية للإنسان الحرية فيما يوقفه من اموال، واعطت له كذلك حرية وارادة في ان يشترط في وقفه ما يشاء من شروط، وتكون ارادته محترمة في هذا الشأن، غير ان حريته في ما يتعلق بالاشتراط ليست مطلقة، وانما مقيدة بحدود الشريعة الإسلامية لا ينبغي للواقف ان يتعدى تلك الحدود[٤]، وقد اكتفى الفقهاء المتقدمين باعطاء امثلة على شروط الواقفين وتبيان احكامها، ولم يعطوا تعريفا لها، الا اننا يمكن ان نلتمس له تعريفا عند المتاخرين من الباحثين، فقد عرف شرط الواقف بانه (كل ما تفيده وتشتمل عليه صيغة الوقف من القواعد التي يضعها الواقف للعمل بها في وقفه من بيان مصارفه، وطريقة استغلاله، وتعيين جهات الاستحقاق وكيفية توزيع الغلة عليهم، وبيان الولاية على الوقف، والانفاق عليه، وما الى ذلك)[٥]، وقد تكون الصيغة

---

[١] ابن منظور، لسان العرب، ط١، دار المعارف، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ٢٢٣٥.

[٢] د. زكي زكي حسين زيدان، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، ٢٠٠٣م، بلا ناشر ولا مكان نشر، ص ٨٠.

[٣] محمد رافع يونس محمد، اركان الوقف وشروطه(دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين العربية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد١١، عدد٤٠، سنة ٢٠٠٩م ، ص ١٢٧.

[٤] د. ناصر بن عبدالله الميمان، (مخالفة شرط الواقف- المشكلات والحلول) بحث منشور على موقع المستودع الدعوي الرقمي على الرابط التالي: https://dawa.center/file/4470 تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢١/٤/٢٩.

[٥] د. محمد عبد الحليم عمر، ضوابط صرف ريع الاوقاف الخيرية وترتيب اولويات وقواعد الصرف، بحث منشور على موقع (واقف) على الرابط التالي https://waqef.com.sa/site_books_show.php?show=84 تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٥/١٤، ص٥.

اللفظية للوقف صريحة متضمنة لفظ الشرط او احد مشتقاته، كلفظ اشترط، ونحو ذلك، وقد تكون صيغة الاشتراط باداة من ادوات الشرط اللغوية، كان يقول الواقف (وقفت ملكي الفلاني على من يصلي من اولادي منهم، ومن لا يصلي فلا شيء له)، وغير ذلك من المخصصات والمقيدات اللفظية من استثناء ونحو ذلك من الصيغ اللفظية الدالة على ادخال شيء او اخراجه او تقديم او تاخير او ترتيب او جمع او مساواة او تفضيل او اعطاء او حرمان الخ....[١]، ومن جانبنا نعتقد ان شرط الواقف يدور حول مفهوم التقييد وبهذا يكون مفهومه هو الشرط الذي يضعه الواقف والذي يكون له اثر في تحديد الاحكام الموضوعية للوقف واثار هذه الاحكام.

وشروط الواقفين هي المحور الاساسي الذي يدور حول تحقيق المقصد المطلوب من الوقف، وهو تنفيذ غرض الواقفين من اوقافهم حسب الضوابط الشرعية للوقف.

اما القوانين المقارنة فلم نجد فيها تعريف لشرط الواقف رغم ما له من اهمية فيما يتعلق بتشريعات الاوقاف.

المطلب الثاني

اقسام شرط الواقف

ان لشروط الواقفين تقسيمات بحسب اعتبارات عديدة سنوضحها بشكل موجز فيما يلي:

اولا: من حيث موافقتها لمقتضى الوقف وعدمها: ويمكن تقسيمها من خلال هذا الاعتبار الى صحيحة وغير صحيحة، اما الشروط الصحيحة فهي التي لا تخل باصل الوقف ولا تنافي حكمه ولا تخالف الشرع، وحكمها وجوب العمل بها ولزوم رعايتها، كان يشترط الواقف صرف غلة الوقف على الفقراء، اما الشروط غير الصحيحة وهي الشروط الباطلة او الفاسدة، لانها تخل باصل الوقف او تنافي حكمه او تخالف الشرع، كان يشترط الواقف ان له ان يرجع عن الوقف، او ان لورثته ان يرثوا من الموقوف، او

[١] علي بن عباس الحكمي، شروط الواقفين واحكامها، بحث مقدم لندوة الوقف في الشريعة الاسلامية ومجالاته- وزارة الاوقاف والشؤون الدينية بالسعودية- محرم ١٤٢٣، ص ١٥٥.

ان يشترط الواقف بيع الموقوف بما بدا من ثمن، وحكم هذا الشرط البطلان ويبطل معه الوقف، او يبطل الشرط وحده دون الوقف[١].

ثانيا: تقسيم شروط الواقفين من حيث ما يتعلق به من اركان الوقف: فشروط الواقفين اما تكون متعلقة بالموقوف عليهم من حيث الاعطاء والمنع والاستحقاق، او متعلقة بالولاية على الوقف وادارة شؤون الموقوف، او متعلقة بالموقوف نفسه من حيث صيانته والانفاق عليه او ابقائه وتغييره، لذلك يمكن تقسيمها حسب هذا الاعتبار الى ثلاثة اقسام، القسم الاول: شروط تتعلق بالموقوف عليهم، كان يشترط بان تصرف غلة الموقوف على الفقراء او على جهة كالمساجد، او لورثة محددين ويحدد حصة كل منهم، اما القسم الثاني: شروط تتعلق بالولاية على الوقف من حيث تحديد من يكون متوليا على الوقف يتولى ادارة شؤون الوقف، كما لو اشترط بان تكون التولية لشخص محدد كان يشترط بان تكون التولية لفلان، او ان يحدد اوصاف من يكون متوليا دون تحديده شخصيا، كان يشترط التولية للاصلح والاكفأ من ورثته، او ان يشترط بان تكون التولية له ما دام حيا، وغير ذلك فيما يخص التولية، واما القسم الثالث: شروط تتعلق بالموقوف، كان يشترط ان يكون له استبدال الموقوف، او ان يشترط اذا كان الموقوف عقارا بان يرمم الوقف من غير غلته، وغيرها من الشروط المتعلقة بالموقوف [٢].

ثالثا: تقسيم شروط الواقفين من حيث مدى جواز احترام ارادة الواقفين: ووفقا لهذا التقسيم قسم الفقهاء شروط الواقفين من حيث مدى جواز احترام ارادة الواقفين، وجواز اشتراطها من عدمه، وامكانية مخالفتها ام عدمه الى ثلاثة اقسام هي:

١: **الشروط الممنوعة على الواقفين:** وهذه الشروط لا تحترم ارادة الواقفين فيها، وحكمها البطلان، ويرجع المنع فيها الى عدة اسباب هي:

أ- الشروط المخالفة لقواعد الشرع او مصلحة الوقف: كان يشترط الواقف عدم عزل المتولي حتى اذا ارتكب ما يستوجب العزل، فهنا يمنع الواقف من اشتراط ذلك، وحتى

---

[١] د.زكي الدين شعبان و د. احمد الغندور، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٤م، ص ٥١٩.

[٢] علي بن عباس الحكمي، المصدر السابق، ص ١٥٨.

اذا اشترط ذلك فلا تحترم ارادة الواقف في هذا الشرط، ويخالف هذا الشرط كونه باطلا، ولا يكتسب القوة التي تحصنه من المخالفة، لذلك صرح الفقهاء بان الواقف نفسه لو كان هو المتولي على الوقف، وارتكب ما يستوجب العزل، فانه يعزل عن ادارة الوقف، ويعين غيره[١].

ب- الشرط الذي يضر بمصلحة الوقف وصيانته: كان يشترط الواقف عدم تعمير الوقف حتى اذا كان محتاجا للصيانة والتعمير، وكذلك اذا اشترط الواقف بان لا يستبدل الوقف بآخر، ولم يمكن تعميره او الانتفاع به الا باستبداله[٢]

ج- الشروط التي تضر بمصلحة وحقوق الموقوف عليهم : كان يشترط إن لا يؤجر الموقوف، فالشرط هنا لغو، ويؤجر الموقوف رغم اشتراط عدم تاجيره[٣].

د- الشروط التي لا فائدة منها شرعا: كان يشترط إن يتصدق من الوقف على من يسال في المسجد، لانه متساوي في ذلك مع الصدقة في المعنى[٤].

٢: **الشروط الجائزة في اصلها ويمكن مخالفتها عند الضرورة:** فهنا تكون مخالفة شرط الواقف عند الضرورة للمحافظة على الوقف، او تحقيق احسن انتفاع من الوقف، وهذه الشروط لا تخالف احكام الشريعة، وتعبر عن ارادة محترمة للواقف، لذلك لا تعتبر باطلة في اصلها، بل هي صحيحة يجب العمل بها، ما لم يعرض من الأحوال ما يوجب التقيد بها اضرارا بالوقف، فيسوغ مخالفتها، ويمكن تصنيفها الى اربعة انواع :

اما النوع الاول فهي الشروط التي تؤول الى تعطيل استثمار الوقف او قلة ثمرته كان يشترط الواقف منع استبدال الوقف بعقار، فيعمل بهذا الشرط قدر الامكان، فاذا تخرب الوقف او لم يكن له غلة تكفي لتعميره، فيستبدل بإذن القاضي، ويخالف الشرط، اما **النوع الثاني** فهو الشروط التي تؤول الى التعذر في مصاريف الوقف كان يشترط الواقف بان يصرف من واردات الوقف على يتامى قرية معينة، فيعمل بهذا الشرط مادام

---

[١] د. محمود عبدالكريم احمد ارشيد، مقترح لانشاء صندوق الوقف التعليمي في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، بلا ناشر ولا تاريخ نشر ص٢٤.

[٢] مصطفى احمد الزرقا، احكام الوقف، ط١، دار عمار، عمان، ١٩٩٧م، ص ١٤٤.

[٣] ناصر بن عبدالله الميمان، المصدر السابق، بلا رقم صفحة.

[٤] مصطفى الزرقا، المصدر السابق، ص ١٤٥.

هناك يتامى في هذه القرية، فان لم يكن فيها يتامى فيصرف على ايتام اخرين وان لم يكونوا من هذه القرية، اما **النوع الثالث** فيتمثل بالشروط التي تؤدي الى غبن القائمين على ادارة الوقف باعمال الوقف الضرورية في اجورهم، كان يشترط إن للمتولي اجر محدد، كخمسة دنانير مثلا، ثم بعد ذلك تتضائل فتصبح اقل من اجر المثل، لانخفاض قيمة العملة، فللقاضي رفع اجرته الى اجر المثل وعدم التقيد بشرط الواقف هذا، اما **النوع الرابع** فهي الشروط التي تكون مخالفتها اسهل تنفيذا من دون الاخلال بغرض الوقف ومقصده كان يشترط إن اجرة المتولي تكون عينا، فللمتولي الخيار بين اخذ الاجرة عينا او نقدا بتقييم العين بالنقد[١].

٣: **الشروط الجائزة ولا يجوز مخالفتها بحال:** وهذه المجموعة تشمل كل الشروط التي تخرج عن الطائفتين السابقتين من الشروط، وهذه الشروط يجب العمل بها، واحترام ارادة الواقفين فيما يخصها سواء من حيث ادارة الوقف وفق ارادة الواقفين، او تعيين المال الموقوف، وكيفية توزيع غلة الوقف، كان يشترط الواقف بان توزع غلة الوقف على ورثته بالتساوي فهذا الشرط يجب العمل به ولا يجوز مخالفته[٢].

اما في القوانين المقارنة فقد نص المشرع المصري في القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ على ان (يبطل شرط الواقف اذا قيد حرية المستحق في الزواج او الاقامة او الاستدانة الا اذا كانت لغير مصلحة ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب على عدم مراعاته تفويت مصلحة الواقف او الوقف او المستحقين)[٣]، الا ان نفس القانون اجاز للزوجة ان تشترط لاستحقاق الزوج في حجة الوقف، تقييد حرية الزوج بان لا يتزوج عليها او ان لا يطلقها [٤]، اما المشرع الجزائري فقد خصص الفصل الثالث من قانون الاوقاف رقم (١٠/٩١) لسنة ١٩٩١ لشروط الواقفين فنص على (اشتراطات الواقف التي يشترطها

---

[١] محمود عبدالكريم احمد ارشيد، المصدر السابق، ص ٢٥ ومابعدها.

[٢] مصطفى الزرقا ، المصدر السابق، ص ١٥٢.

[٣] المادة (٢٢) من قانون الاوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦ المنشور في الوقائع المصرية بالعدد ٦١ في ١٩٤٦/٦/١٧.

[٤] المادة (٢٧) من قانون الاوقاف المصري.

في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)[١]، واعطى للقاضي صلاحية الغاء الشرط اذا كان منافيا لمقتضى الوقف او لم يحق مصلحة الموقوف عليهم او الموقوف وذلك في نفس القانون حيث جاء فيه (يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، اذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم او ضارا بمحل الوقف او بمصلحة الموقوف عليهم)[٢]، اما القضاء الجزائري فقد جاء في قرار للمحكمة العليا (اذا كانت مبادئ واحكام الشريعة الاسلامية تقضي بخضوع عقد الحبس لارادة المحبس الذي يجوز له ان ياخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الاسلامية فان مخالفة هذه المبادئ تقضي بطلان ما يترتب عليها من احكام مخالفة)[٣]، ففي هذا القرار اجازة للواقف لاشتراط ما يشاء من الشرط في الحجة الوقفية، والتي جائت بها المذاهب الاسلامية المتنوعة والتي تعتبر مبادئ للشريعة الاسلامية، وان الشروط المخالفة لهذه المبادئ مصيرها البطلان.

اما المشرع العراقي فلم يتطرق الى شرط الواقف في قوانين الاوقاف الا انه نص في مرسوم جواز تصفية الوقف الذري على(شرط الحرمان في الوقف التشريكي باطل، فالمحروم يشارك من في درجته من المرتزقة المستحقين، للذكر مثل حظ الانثيين)[٤]، أي ان شرط الحرمان وحده هو الذي يبطل دون الوقف الذي يبقى صحيحا، فيجدر بالمشرع ان يعطي اهمية لشرط الواقف كون هذا الشرط هو قوام الوقف وهو الذي يحدد صنف الوقف ومن ثم تحدد على ضوئه الاحكام التي تطبق عليه، وان يعطيه القوة القانونية التي يستحقها اسوة بشروط العقد التي تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

---

[١] المادة (١٤) من قانون الاوقاف الجزائري رقم ١٠/٩١ المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢١) في ١٩٩١/٥/٨.

[٢] المادة (١٦) من قانون الاوقاف الجزائري.

[٣] قرار المحكمة العليا الجزائرية بالعدد ٤٠٥٨٩ في ١٩٨٦/٢/٢٤ مشار اليه لدى صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للاملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى لكية الحقوق قي جامعة الحاج لخظر –باتنة-، السنة الجامعية ٢٠٠٩- ٢٠١٠، ص ٨٦

[٤] المادة (٩ فقرة ب) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥، منشور بالوقائع العراقية بالعدد ٣٦٦٥ في ١٩٦٤/٧/١٩.

المطلب الثالث

تمييز شرط الواقف عن الشرط الواقف

ان ما يمكن ملاحظته على عنوان هذا المطلب هو التشابه الكبير بين لفظ (شرط الواقف) الذي نحن بصدد البحث فيه، و(الشرط الواقف في القانون المدني) الذي هو وصف من اوصاف الالتزام، الا ان هناك اختلاف بينهما فالشرط الواقف هو شرط تقييدي وليس شرطا تعليقيا، ويعرف الشرط التقييدي بانه (كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقتهما وتحديد التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها)[١]، وعرف ايضا بانه (الشرط الذي لا يؤثر على اصل العقد بقاءً وزوالاً ولا على اثاره الاصلية وانما يؤثر على اثاره الفرعية)[٢]، اما الشرط التعليقي فيعرف بانه (امر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الحق او زواله)[٣]، ويتفرع منه الشرط الواقف الذي يعرف بانه (امر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام)[٤]، وحيث ان هناك فرقا بين الشرط التقييدي والشرط التعليقي فهما يختلفان من حيث قابلية الاضافة فالشرط التعليقي لا يمكن ان يضاف الى عقود التمليكات كون الملكية لا يمكن تعليقها على شرط تعليقي[٥]، اما الشرط التقييدي فيمكن اضافته على عقود التمليك[٦]، اما من حيث التسمية القانونية فان الشرط التقييدي يعد من ضمن بنود العقد، ولذلك يطلق عليه (الشرط المقارن للعقد) او (البند العقدي)[٧]، اما الشرط التعليقي وان كان من اوصاف الالتزام الا انه يضاف الى العقد بعد تمامه، اما من

---

[١] د. صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني (الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام)، مطبعة نهضة مصر، بلا مكان نشر، ١٩٥٨، ص ٥٧.

[٢] د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ج٢، ط٤، بغداد القبطان للخدمات الطباعية، ١٩٩٩، ص ٤٣.

[٣] د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام والاثبات)، بلا ناشر ولا مكان نشر، ٢٠٠٨، ص ٩٣.

[٤] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف –الحوالة-الانقضاء)، ج ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص ٧.

[٥] د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته،ج٤، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥،ص ٤٦١.

[٦] د.عبد الستار ابو غدة، التعليق في عقود المعاوضات، بلا ناشر ولا مكان ولا تاريخ نشر،ص٦و٨.

[٧] د. عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مع الفقه والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٧٠.

حيث الاثر، فان الشرط التعليقي لا يؤثر في احكام العقد المقترن به، فعند تحققه ينعقد العقد او يفسخ، اما الشرط التقييدي فانه يتمثل باثار العقد أي ان العقد تام منعقد فيتم تنفيذ اثاره المتمثلة بالشرط التقييدي الذي قد يمثل تقييدا لهذه الاثار او توكيدها او توثيق لما يقتضيه هذا العقد، اما من حيث الانواع فانواع الشرط التعليقي هما الشرط الواقف والشرط الفاسخ[١]، اما انواع الشرط التقييدي فهي الشرط المؤكد لمقتضى العقد، والشرط الذي يلائم العقد، والشرط الجاري به العرف او العادة، واخيرا الشرط الذي فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير[٢]،ويمكن ان نستخلص مما سبق ان شرط الواقف والشرط الواقف كلاهما شرط، أي انهما يجتمعان في وصفهما بانهما شرط الا ان شرط الواقف هو شرط تقييدي، بينما الشرط الواقف هو شرط تعليقي يعلق عليه انشاء الالتزام، والوقف لا يقبل التعليق، فمن شروطه التنجيز، وعدم القابلية على التعليق، وعلى ذلك لا يمكن وصف الشروط التي تضمنها انشاء الوقف الا انها شروط تقييدية.

وبناءً على مفهوم شرط الواقف واختلاف مفهومه عن مفهوم الشرط الواقف فقد ظهر في الفقه ما يسمى الشروط العشرة في الوقف وهي الزيادة والنقصان، والادخال والاخراج، والاعطاء والحرمان، والتغيير والتبديل، والابدال والاستبدال، ومن خلال هذه الشروط يستطيع الواقف ان يضع شروطه المعدلة لاحكام الوقف والمؤثرة فيه.

المبحث الثاني

أثر التعارض في احكام شرط الواقف

ان تقنين احكام الوقف عملية لا تخلو من الصعوبة وذلك لكثرة مسائل الوقف وتشعبها وصعوبة الاحاطة بها هذا من جهة، ومن جهة اخرى يتوجب في عملية تقنين احكام الوقف ان تكون مستمدة ومتوافقة مع احكام الشرع، فقد تتعارض احكام القانون واحكام الشرع، او تتعارض شروط الواقفين مع احكام الشرع والقانون او تتعارض فيما بينها والوقوف على تحديد اليه رفع هذا التعارض يتطلب تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة

---

[١] د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص ٢٣٨.

[٢] وليد طارق فيصل العزاوي، الشرط المقترن بعقد الايجار (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة كربلاء، ٢٠٠٩م، ص ٦٠.

مطالب نتناول في المطلب الاول تعارض احكام القانون مع الشريعة ونتناول في الثاني قواعد حل تعارض شروط الواقفين اما الثالث فسوف نتناول فيه قاعدة شرط الواقف كنص الشارع.

المطلب الاول

تعارض احكام القانون مع الشريعة

لما كانت اغلب مسائل الوقف اجتهادية ومختلف فيها[١]، فان اعتماد المشرع لاحد الاراء الفقهية في مسالة معينة يمثل مخالفة لبقية الآراء في نفس المسالة، لذلك فان تعارض احكام القانون للاحكام الشرعية وخاصة القطعية منها يؤدي بالوقف الى ترك واجب او فعل محرم او التناقض مع مقتضى الوقف، فايهما يتبع القانون ام احكام الشريعة فيما يتعلق بالوقف ؟.

سوف نقتصر في هذا البيان على التشريع العراقي حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ على ترتيب مصادر القانون وصنفها الى مصادر رسمية ومصادر تفسيرية، اما المصادر الرسمية فقد جعل المشرع التشريع في مقدمة تلك المصادر، فاذا لم يوجد نص تشريعي يحكم مسالة ما وجب على القاضي ان يبحث في المصادر الرسمية الاحتياطية، فالمصدر الاحتياطي الاول هو العرف، ثم احكام الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون المدني من غير التقيد بمذهب معين، ثم مبادئ العدالة[٢]، وتتفاوت اهمية هذه المصادر بتفاوت فروع القانون، حيث انه لما كان الوقف يتعلق بالحالة الشخصية، لذلك فان المصدران الرسميان الوحيدان لما يتعلق بالاحوال الشخصية هما التشريع ثم يليه مبادئ الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر التاريخي لمسائل الاحوال الشخصية، وبناءا على ذلك تطبق احكام التشريع ان وجد في المسالة المتعلقة بالوقف، فان لم توجد فتطبق احكام الشريعة الاسلامية واحكام الشريعة الاسلامية الغنية باحكام تفصيلية للوقف، واذا ما كان هناك تعارض بين تشريعين وجب اتباع التشريع الاعلى في ترتيبه الهرمي، فالتشريع

[١] عبدالله بن ناصر بن عبدالله السدحان، المصدر السابق، ص١٧.
[٢] المادة الاولى الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

الفرعي[١]، يجب ان لا يخالف في احكامه التشريع العادي والتشريع الدستوري، والتشريع العادي يجب ان لا يتعارض في احكامه التشريع الدستوري، فان كان هناك تعارض في احكام التشريع الادنى للتشريع الاعلى، طبقت احكام التشريع الاعلى ويهمل التشريع الادنى[٢]، وهنا يمكن ملاحظة قصور التشريع فيما يخص الوقف حيث نص المشرع على احكام الشريعة كمصدر من المصادر الرسمية ولم يحدد المذهب وانما حدد الوصف الذي هو (الأكثر ملائمة لاحكام هذا القانون)، وهذا النص يعطي للقضاء سلطة تقديرية واسعة تتمثل بترجيح راي على اخر من اراء المذاهب الإسلامية في المسائل المختلف فيها، وهنا يمكن ان يلاحظ ان هذه العبارة – أي ترجيح أي من المذاهب الاكثر ملائمة– في الوقت الذي تبدو فيه حل ومرونة في ايجاد الحكم من قبل القاضي الا انها في نفس الوقت تمثل مشكلة كبيرة في كثير من الاحيان، لان احكام الوقف مختلف عليها ما بين مذاهب الفقه الاسلامي ولا يوجد تنظيم قانوني للوقف حتى يستطيع القاضي الملائمة بينه وبين المذاهب الاسلامية مما يعني ان هذ العبارة مع مرونتها الا انها لا تساعد القاضي على ايجاد الحكم القانوني، وهذا ما يستدعي تدخل المشرع بتنظيم قانوني لاحكام الوقف وبعد هذا يمكن الملائمة ما بينه واحكام الفقه الاسلامي التي تناسبه في حالة الرجوع احكام هذا الفقه وهذا يبين ضرورة واهمية اصدار تشريع ينظم الاحكام الموضوعية للوقف.

المطلب الثاني

قواعد حل تعارض شروط الواقفين

قد يضع الواقف في وقفه مجموعة من الشروط، وهذه الشروط من الممكن ان يكون هناك تعارض فيما بينها بحيث ان احد هذه الشروط لا يمكن تطبيقه لانه يتعارض ويتناقض حكمه واثره على الوقف مع غيره من الشروط، لذلك فان تعارض شروط

[١] يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من تخويل بموجب الدستور، بغية تنفيذ التشريع العادي او تنظيم المرافق والخدمات العامة، عبدالباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص ٩٤.

[٢] د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الاول، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢١٦.

الواقف امر وارد، فقد تتعارض شروط الواقفين فيما بينها في نفس الوقف، بان يذكر الواقف في الحجة الوقفية شرط يعارض شرطا اخر مذكور في نفس الحجة، او قد تتعارض مع مقتضى الوقف، حيث ان هناك احدى الحجج الوقفية في دائرة الوقف اشترط الواقف فيها بان يكون نوع الوقف الذي يوقفه هو وقف ذري، والوقف الذري يجوز تصفيته في التشريع العراقي، ثم اشترط الواقف في نهاية الحجة الوقفية بان لا يباع ولا يصفى ولا يجوز ان يجرى عليه أي تصرف اخر، فمن خلال اشتراطات الواقف هذه وجد تعارض يتمثل بعدم جواز التصرف بالوقف حسب اشتراطه ذلك وبين اعتباره ذريا وما يستتبع ذلك من جواز تصفيته أي امكانية التصرف به، فكيف يتم حل هذا التعارض اذا قدم احد مستحقي الوقف طلب تصفيته وفقا لمرسوم جواز التصفية؟ وهل نصت القوانين المقارنة على قواعد لحل هذا التعارض؟ وهذا هو الموضع الذي نجد فيه قصور في احكام التشريع فيما يتعلق بشرط الواقف حيث ان التشريع العراقي لم ينص على قواعد حل التعارض فيما بين شروط الواقفين مما يؤدى الى صدور احكام قضائية متناقضة لعدم وجود قواعد موحدة لحل التعارض في شروط الواقف.

لقد وضع الفقهاء شروطا لا يصح الوقف إلا بها، ولم يجيزوا من شروط الواقفين ما يخالف هذه الشروط– شروط صحة الوقف– لذلك فان ما يخالف قواعد وشروط صحة الوقف يكون مصيره البطلان، إلا إن منها ما يبطل ويبطل معه الوقف[1]، وهذه الشروط ليست مدار بحثنا لأنها مبطلة للوقف ولا ينشأ معها الوقف بالمعنى الصحيح، ومن هذه الشروط ما يبطل وحده دون الوقف، او قد يفهم شرط الواقف على غير مراده بعد زمن تغيرت فيه اعراف زمن الواقف، وقد لا يجد شرط الواقف تطبيقا له بسبب عدم فهمه بشكل يطابق ارادة الواقف، وقد تتعارض شروط الواقف في نفس الوقف فيما بينها، فأي ما هذه الشروط نعمله وأي منها نهمله، لذلك لا بد من ان تكون هناك قواعد وضوابط يتم إتباعها لرفع هذا التعارض في الشروط غير المبطلة للوقف وهذه القواعد وضعها بعض الفقهاء وهي كالأتي:

[1] زكي الدين شعبان و احمد الغندور، المصدر السابق، ص ٥١٨.

أولا: (شرط الواقف كنص الشارع) وهذه القاعدة تطبق على الشروط الجائزة والتي لا يجوز مخالفتها بحال من الأحوال، حيث يعتبر شرط الواقف من حيث لزوم إتباعه وعدم جواز مخالفته، كنص الشارع، وهذه القاعدة من أشهر القواعد او الضوابط التي تحكم شروط الواقفين، ومقصد الفقهاء ضبط زمرة شروط الواقفين الجائزة، ولا تشمل شروط الواقفين التي يجوز او يتوجب مخالفتها، لأن هذه الاخيرة اما ان تكون باطلة باصلها، واما صحيحة تجوز مخالفتها عند الحاجة، وهذه القاعدة تعزز ثقة المجتمع بنظام الوقف، وان مخالفتها من خلال تدخل الدولة في ارادة الواقفين–شروط الواقفين– يؤدي الى اضعاف الثقة بين المجتمع والدولة، ومن ثم العزوف عن الوقف، وهذه القاعدة سوف نفرد لها مطلب كامل وان ذكرها هنا تكرار للمعلومات لذا سوف يتم التفصيل فيها في المكان المخصص لها[١].

ثانيا: (عرف الواقف في زمانه هو المعبر في فهم مراده، دون أصل اللغة) فلكل زمان عرفه ولغته الخاصة يرجع اليها ليفهم المراد منها، لذلك قال الفقهاء (يحمل كلام كل واقف وحالف وعاقد على لغته وعرفه، وان خالفت لغة الشرع وعرفه)[٢]، فاذا شرط الواقف إن يكون لوقفه ناظر من ذريته، وكان يقصد بالناظر في عرفه: المتولي، كما تعارف عليه قديما، اعتبر متوليا[٣]،.

ثالثا: (يحمل كلام الواقف على حقيقة معناه، والا فعلى المجاز، والا فانه يهمل) فلو وقف الواقف على اولاده ثم على القراء، فان الوقف ينصرف على اولاده الصلبيين، ولا يشمل احفاده، لان لفظ الولد ينصرف الى الصلبيين ،الا اذا كان هناك قرينة تصرفه اليهم، كان يقول وقفت على اولادي نسلا بعد نسل وبطنا بعد بطن[٤].

---

[١] محمود عبد الكريم احمد ارشيد، المصدر السابق، ص ٢٦.

[٢] محمود عبد الكريم احمد ارشيد، المصدر السابق، ص ٢٧.

[٣] من المباد التمييزية في القضاء العراقي انه اذا نصت حجة الوقف على من يكون متوليا ومن يكون ناظرا على الوقف فيتوجب إن يعين شخص يكون متوليا واخر ناظرا للوقف، القرار التمييزي ٥٤٤/شرعية في ١٩٦٧/٢/٢٦. القاضي ربيع محمد الزهاوي، الوقف، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٨٥٨.

[٤] مصطفى الزرقا، المصدر السابق، ص ١٥٦

رابعا: (اذا تعارض في صك الوقفية شرطان يعمل بالمتأخر منهما) فاذا كان الشرطان متعارضان ولم يمكن التوفيق بينهما من خلال ازالة التعارض، فان الشرط الاخير يعتبر ناسخا للأول او السابق منهما، وهذه القاعدة يطبقها علماء الاصول عند تعارض نصان تشريعيان، فاللاحق ينسخ السابق ويلغيه[١]، ويمكن ان نلاحظ ملائمة هذه القاعدة لشروط الواقفين التي يمكننا القول بانها نصوص تشريعية فيما يخص الوقف الخاص بها، طبقا للقاعدة الاولى التي اسلفنا ذكرها قبل قليل، وهي (شرط الواقف كنص الشارع) حيث شبه شرط الواقف بنص الشارع، لذلك فمن الملائم ان تنطبق على شرط الواقف القواعد التي تنطبق على نصوص الشرع ومنها قاعدة (اللاحق ينسخ السابق).

فلو وقف الواقف على ذريته بالتساوي بين الذكور والاناث، ثم قال فيما بعد على الفريضة في الشريعة الاسلامية، فيلغى الشرط بالتساوي ويعمل بالشرط اللاحق على وفق الفريضة في الشرع الاسلامي، او ان يشترط بان الوقف هو وقف ذري في الحجة الوقفية ثم يشترط بعد هذا الشرط شروط تدخل في مفهوم الوقف المضبوط، فان الوقف ياخذ حكم الوقف المضبوط وليس الوقف الذري، عملا بالقاعدة اعلاه اللاحق ينسخ السابق[٢]، وقد نص محمد قدري باشا على ذلك في مادة (١٠٢) من قانون العدل والانصاف[٣].

خامسا : ويمكن ان نظيف الى القواعد التي تحكم شروط الواقف يمكنها ان تحل بعض ذلك التعارض من خلال قوة او ضعف شرط الواقف، حيث ان فقهاء الشريعة وضعوا قواعد تحكم شروط الواقفين منها القاعدة التي تقضي بان كل شرط يخالف الشرع فهو لغو، وكذلك قاعدة كل شرط يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف او تفوت مصلحة الموقوف عليهم فهو غير معتبر، وكذلك كل شرط لا يخل بحكم الوقف ولا فساده فهو جائز ومعتبر، فاذا تعارض شرطان احدهما صحيح والاخر يفوت مصلحة الموقوف عليهم

---

[١] القاضي ربيع محمد الزهاوي، المصدر السابق، ص ٣٨.

[٢] محمود عبد الكريم احمد ارشيد، المصدر السابق ، ص ٢٦.

[٣] محمد قدري باشا، المصدر السابق، ص ٧٥.

يعمل بالشرط الصحيح ويهمل الاخر، واذا تعارض شرط صحيح واخر مخالف لاحكام الشريعة يعمل بالشرط الصحيح ويهمل الشرط المخالف لاحكام الشريعة.

وبعد الانتهاء من بيان هذه القواعد التي يمكن من خلال النص من قبل المشرع عليها يستطيع القاضي ان يزيل أي غموض او تعارض بين شروط الواقفين دون اي عناء، ويجنب القضاء تعارض الاحكام القضائية الناتج عن سلوك كل قاضي مسلك يختلف عن مسلك الاخر في حل هذا التعارض.

المطلب الثالث

شرط الواقف كنص الشارع

إن لشروط الواقفين قدسية عند فقهاء الشريعة تستلزم احترامها، وعدم تغييرها، وضرورة احترام رغبة الواقف فيما اراد الوقف عليه، ولما كان للواقف حرية فيما يشترط في وقفه، إلا إن هذه الحرية غير مطلقة وانما مقيدة بضرورة موافقة هذه الشروط للشرع وعدم مخالفتها له، حيث إن الوقف شرع لخدمة الخلق وتحقيق مصالحهم، والتيسير عليهم، ورفع الضيق والحرج عنهم، واذا لم يتضمن الوقف هذه الاهداف فيعمل به اذا لم يخالف شرط الواقف مقتضى الوقف من حيث كونه تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة.

وبناء على اتفاق الفقهاء على حق الواقف في اشتراط ما يشاء من الشروط ولزوم اتباع هذه الشروط الى الحد الذي جعل الفقهاء يضعون ضابطا في هذا الشان، يحمي قدسية شروط الواقفين وهو قولهم (شرط الواقف كنص الشارع)[١]، وبالتالي فقد اصبحت هذه القاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) جزء من فقه الوقف وبناء نظامه، ولكن اعمال هذه القاعدة يحتاج الى ضبط وبيان المقصد منها[٢]، لذلك اختلفوا في تفسير هذا القول وتحديد نطاقه ودلالته الى ثلاثة اقوال، القول الاول يذهب الى إن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب إتباعه والعمل به، فهذا القول يستوجب العمل بشرط الواقف بعمومه،

---

(١) محمد عبد الحليم عمر، ضوابط صرف ريع الاوقاف الخيرية وترتيب اولويات وقواعد الصرف، المصدر السابق، ص ٥.

(٢) د.عبد العزيز قاسم محارب، الوقف الاسلامي اقتصاد وادارة وبناء حضارة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١م، ص ٣٥.

ولم يقيده بشيء، وممن قال به الخرشي من المالكية، وصاحب مطالب اولي النهى من الحنابلة، اما الثاني فيذهب الى إن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة، من دون وجوب العمل به واتباعه، ومن الذين قال به ابن تيمية وابن القيم [١].

وبذلك لا يمكن تفسير (شرط الواقف كنص الشارع) بصورة المساواة وضرورة الاتباع، ومن فسرها بذلك ولو عارضت الشريعة، فهو محض اختلاف من عند نفسه، وليس من الشرع في شيئ، اما القول الثالث فيذهب الى إن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة وفي وجوب العمل به واتباعه ويلاحظ ان هذا القول يمزج بين القولين السابقين، فهو يذهب الى إن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب العمل به واتباعه، وهذا يتوافق مع القول الاول، وفي نفس الوقت الى اعتبار شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة وهذا يتوافق مع القول الثاني، لذلك فيجب إن يفهم شرط الواقف كنص الشارع من حيث تقييد مطلقها بمقيدها، وتقديم خاصها على عامها، والاخذ فيها بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ومراعاة شروط الواقف الخاصة بالتشريك والترتيب، وضرورة كون شرط الواقف مما لا يعارض نصوص الشارع، ومن بعد مراعاة ما تقدم من قواعد يتم العمل بشرط الواقف واتباعه كما يتبع ويعمل بنص الشارع، وهذا يقتضي عدم الاجتهاد في الوقف وغلته ونظارته بما يخالف شرط الواقف، وهذا المعنى هو الذي ينبغي إن تحمل عليه جملة (شرط الواقف كنص الشارع)[٢].

ويتصور لاول وهلة ان هناك تباين بين القول الاول والقول الثاني في تفسير هذه الجملة وهذا التصور غير دقيق ، ، اذ ان ما وضعه الفقهاء من احكام لتنظم شروط الواقفين تبين انهم متفقون على إن من شروط الواقفين ما هو صحيح، ومنها ما هو باطل، وانهم متفقون ان الشرط الباطل لا يجب الوفاء به، ولم يبطلوا كل شرط بل اتفقوا على إن من شروط الواقفين ما يجب مراعاته ولا يجوز مخالفته، ومنها ما لا يجوز

---

[١] شيخ الاسلام احمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجلد ٣١، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ٢٠٠٤م، ص ٤٧.

[٢] علي بن عباس الحكمي، المصدر السابق، ص ١٨٥

اشتراطه اصلا، ومنها ما تجوز مخالفته في بعض الحالات، لذلك يلزم الجمع بين القولين ليتكامل المعنى الصحيح للقاعدة[١].

وبذلك فان تفسير جملة إن شرط الواقف كنص الشارع في وجوب العمل به، محمول على ما استوفى شروط صحته، لان الفقهاء يشترطون في شرط الواقف ان يكون جائزا وليس فيه مخالفة للشرع، ولا يتعارض مع مصلحة الوقف او المستحقين فيه[٢]، وان الالتزام بشرط الواقف يقتضي تحقيق ما ينفع الوقف فان لم تتحقق هذه المنفعة اجاز مخالفة شرط الواقف وذلك في الاحوال التالية:

١- اذا ادى العمل بشرط الواقف الى عدم تحقيق مصلحة الوقف. مثالها ان لا يوجد من يرغب في تاجير ارض الوقف لمدة سنة كما اشترط الواقف فهنا اجاز الفقه مخالفة هذا الشرط.

٢- اذا اصبح العمل بشرط الواقف في غير مصلحة الموقوف عليهم. كما لو اشترط الواقف ان يبقى الموقوف عليه اعزب كشرط للاستحقاق في الوقف.

٣- اذا اصبح العمل بشرط الواقف يفوت الغرض الذي ابتغاه الواقف من وقفه، كان يشترط الواقف شخصا معينا للامامة في المسجد الذي وقفه، ثم يتبين ان هذا الشخص غير اهل للامامة،

٢- اذا اقتضت مخالفة شرط الواقف تحقيقا لمصلحة ارجح، كما لو اوقفت ارض للزراعة ثم دخلت حدود البلدية وامكن الانتفاع منها بالبناء عليها تحقيقا لمصلحة انفع مما لو استغلت في الزراعة[٣].

وبعد كل ما مر ذكره يمكن ان نلاحظ ان قاعدة (شرط الواقف كنص الشارع) متناظرة مع قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) غير ان الاخيرة تحكم العقود بينما الاولى تخص الوقف، اذ ان كل منهما تعطي الشروط التي تضمنها التصرف الخاص بها قوة تفرض على الكافة احترام تلك الشروط ضمن حدود وقيود معينة.

---

(١) ناصر بن عبدالله الميمان، المصدر السابق، بلا رقم صفحة.

(٢) الكبيسي، المصدر السابق، ص ٢٩٠.

(٣) د.عيسى زكي، موجز احكام الوقف،ط٢،الامانة العامة للاوقاف في دولة الكويت،١٩٩٥م،ص ٨.

اما موقف التشريعات المقارنة من هذه القاعدة، فالمشرع المصري لم يشر اليها، الا انه اشار الى ان شرط الاستبدال في الوقف لا ينفذ وانما يكون من اختصاص المحكمة الشرعية هي التي تفصل فيه على ضوء مصلحة الوقف)[١]، مما يعني ان المشرع المصري لم ياخذ باطلاق هذه القاعدة.

اما المشرع الجزائري ايضا لم يشر الى هذه القاعدة، الا انه نص على قاعدة هامة تبين اهمية شرط الواقف في تنظيم الوقف، حيث جاء في قانون الوقف (اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)[٢]، كما نص على (يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه)[٣]، ويمكن القول ان ما اشتملت عليه هاتين المادتين هو تفسير لقاعدة شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل به.

اما المشرع العراقي فلم نجد ما يشير الى النص على هذه القاعدة لا من قريب ولا من بعيد، لذلك يجدر بالمشرع العراقي بيان اهمية شرط الواقف من خلال هذه القاعدة في تشريع خاص يتضمن احكام الوقف، لا سيما وان الواقفين قد يكونون اشخاص ليس لهم أي دراية او احاطة باحكام الشرع، كما ندعو المشرع العراقي القاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها تعديل اثار شروط الواقفين بما يتناسب مع الغرض من الوقف وتحقيق مصلحة المنتفعين من الوقف وان لا يتم تطبيق قاعدة شرط الواقف كنص الشارع بشكل مطلق.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع اثر شرط الواقف على الوقف فإننا نبين اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وكما يلي:

---

[١] المادة (١٣) من قانون الاوقاف المصري.
[٢] المادة (١٤) من قانون الاوقاف الجزائري.
[٣] المادة (١٤) من قانون الاوقاف الجزائري.

أولاً: النتائج:

١.ان الشروط التي يشترطها الواقف في الوقف تنقسم الى عدة اقسام وتقوم على اسس للتقسيم منها مايتعلق بموفقتها لمقتضى الوقف من عدمها او تعلقها باركان الوقف واحترام ارادة الواقفين.

٢.ان لشروط الواقفين اثر كبير فيما يتعلق بالاحكام الموضوعية للوقف ولها دور كبير في تعديل احكام الوقف وتلقى احترام كبير الى الحد الذي نتج عنه قاعدة اساسية مفادها (شرط الواقف كنص الشارع).

٣.لم يتطرق المشرع العراقي في القوانين المنظمة للوقف لموضوع شرط الواقف حاله حال الاحكام الموضوعية للوقف التي احال فيها الحكم الى احكام الفقه الاسلامي.

٤.ان احالة المشرع العراقي تنظيم الاحكام الموضوعية للوقف الى اراء مذاهب الفقه الاسلامي ومنها شرط الواقف يولد ارباكاً كبيراً نظراً لاختلاف اراء الفقهاء حول احكام الوقف ومنها احكام شرط الواقف.

٥.هناك مجموعة من القواعد لحل تعارض وتناقض شروط الواقفين منها تفسير شرط الواقف بما يتلائم وباقي الشروط وموضوع الوقف، وكذلك احترام شرط الواقف الذي يكون كنص الشارع والغاء ما يعارضه.

ثانياً: التوصيات:

١.اصدار تشريع ينظم احكام الوقف بشكل كامل ومنها الاحكام الموضوعية للوقف وتنظيم الاحكام المتعلقة بشروط الواقفين بحيث تزيل كل اختلاف او تناقض في التعامل مع هذه الشروطوحل المتعارض منها او المتناقض مع احكام الوقف.

٢.اعطاء القاضي سلطة تقديرية لرفع التعارض بين شروط الواقفين فيما بينها او بينها وبين احكام الوقف وذلك بالاستناد الغرض من الوقف وتحقيق مصلحة المنتفعين من الوقف وان لا يتم تطبيق قاعدة شرط الواقف كنص الشارع بشكل مطلق.

المصادر

القسم الاول: مصادر اللغة

١.ابن منظور، لسان العرب، ط١، دار المعارف، القاهرة، من دون سنة نشر.

القسم الثاني: مصادر الفقه الاسلامي

اولاً: الكتب

١- شيخ الاسلام احمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجلد ٣١، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ٢٠٠٤م،

٢- د. زكي زكي حسين زيدان، الوجيز في اصول الفقه الاسلامي، ٢٠٠٣م، بلا ناشر ولا مكان نشر.

٣- د.زكي الدين شعبان و د. احمد الغندور، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٤م.

٤- د.عبد العزيز قاسم محارب، الوقف الاسلامي اقتصاد وادارة وبناء حضارة، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١١.

٥- د. عيسى زكي، موجز احكام الوقف،ط٢،الامانة العامة للاوقاف في دولة الكويت، ١٩٩٥م.

٦- د. محمود عبدالكريم احمد ارشيد، مقترح لانشاء صندوق الوقف التعليمي في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، بلا ناشر ولا تاريخ نشر.

٧- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، ج٢، ط٤، بغداد القبطان للخدمات الطباعية، ١٩٩٩.

٨- مصطفى احمد الزرقا، احكام الوقف، ط١، دار عمار، عمان، ١٩٩٧م.

٩- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته،ج٤، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

١-علي بن عباس الحكمي، شروط الواقفين واحكامها، بحث مقدم لندوة الوقف في الشريعة الاسلامية ومجالاته- وزارة الاوقاف والشؤون الدينية بالسعودية- محرم ١٤٢٣.

٢-د. محمد عبد الحليم عمر، ضوابط صرف ريع الاوقاف الخيرية وترتيب اولويات وقواعد الصرف، بحث منشور على موقع (واقف) على الرابط التالي https://waqef.com.sa/site_books_show.php?show=84 تاريخ اخر زيارة ٢٠٢١/٥/١٤.

٣-د. ناصر بن عبدالله الميمان، (مخالفة شرط الواقف- المشكلات والحلول) بحث منشور على موقع المستودع الدعوي الرقمي على الرابط التالي: https://dawa.center/file/4470 تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢١/٤/٢٩.

القسم الثالث: المصادر القانونية:

اولاً : الكتب:

١-د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام والاثبات)، بلا ناشر ولا مكان نشر، ٢٠٠٨.

٢-القاضي ربيع محمد الزهاوي، الوقف، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

٣-د. صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني (الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام)، مطبعة نهضة مصر، بلا مكان نشر، ١٩٥٨.

٤-عبدالباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩.

٥-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام (الاوصاف –الحوالة-الانقضاء)، ج ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت.

٦-د. عبد الستار ابو غدة، التعليق في عقود المعاوضات، بلا ناشر ولا مكان ولا تاريخ نشر.

٧-د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة.

٨-د. عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مع الفقه والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
٩-د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الاول، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

ثانياً: الرسائل والاطاريح:

١-صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للاملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى لكية الحقوق قي جامعة الحاج لخظر –باتنة-، السنة الجامعية ٢٠٠٩- ٢٠١٠.
٢-وليد طارق فيصل العزاوي، الشرط المقترن بعقد الايجار (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة كربلاء، ٢٠٠٩م.

ثالثاً: البحوث والمقالات:

١-محمد رافع يونس محمد، اركان الوقف وشروطه(دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقوانين العربية)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد١١، عدد٤٠، سنة ٢٠٠٩.

رابعاً: القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (١) لسنة ١٩٥٥، منشور بالوقائع العراقية بالعدد ٣٦٦٥ في ١٩٦٤/٧/١٩.
٣- قانون الاوقاف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦.
٤- من قانون الاوقاف الجزائري رقم ١٠/٩١