

التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والفقه الإسلامي

رسالة تقدم بها الطالب
قاسم هيال رسن

الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ المساعد
د. إيمان طارق الشكري

آذار 2009م

ربيع الأول 1430هـ

فهرست المواضيع

الصفحة	الموضوع
3	المقدمة
21-6	المبحث التمهيدي : تعريف الوقف
8	المطلب الأول : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي
13	المطلب الثاني : تعريف الوقف في القانون العراقي
19	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
19	الفرع الأول : عدم اشتراط قبول الموقوف عليه
20	الفرع الثاني : تملك العين الموقوفة لشخصية الوقف المعنوية
21	الفرع الثالث : تعريف الوقف المختار
56-22	الفصل الأول : أطراف التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

41-24	المبحث الأول : مؤجر العقار الموقوف
25	المطلب الأول : مؤجر العقار الموقوف في الفقه الإسلامي
31	المطلب الثاني : مؤجر العقار الموقوف في القانون العراقي
36	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
36	الفرع الأول : شروط متولي الوقف المختارة
38	الفرع الثاني : تولية الفقيه في التولية غير المشروطة
40	الفرع الثالث : المركز القانوني لمتولي الوقف
56-42	المبحث الثاني : مستأجر العقار الموقوف
43	المطلب الأول : مستأجر العقار الموقوف في الفقه الإسلامي
49	المطلب الثاني : مستأجر العقار الموقوف في القانون العراقي
53	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
53	الفرع الأول : جواز تأجير العقار الموقوف الى المتولي وسائر أقاربه
56	الفرع الثاني : عدم اشتراط أمر إضافي في التأجير الى المتولي وأقاربه
94-57	الفصل الثاني : قيود التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف
72-59	المبحث الأول : شروط الواقف
61	المطلب الأول : شروط الواقف في الفقه الإسلامي
65	المطلب الثاني : شروط الواقف في القانون العراقي
69	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
69	الفرع الأول : وجوب العمل بشروط الواقف الصحيح
70	الفرع الثاني : جواز مخالفة شرط الواقف للضرورة
الصفحة	الموضوع
71	الفرع الثالث : أثر الشريعة والقانون في شرط الواقف
94-73	المبحث الثاني : شروط العقد النموذجية
73	المطلب الأول : شروط العقد النموذجية في الفقه الإسلامي
73	المطلب الثاني : شروط العقد النموذجية في القانون العراقي
91	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
92	الفرع الأول : أثر شروط العقد النموذجية في التراضي
93	الفرع الثاني : ترجيح العمل بشروط العقد النموذجية
94	الفرع الثالث : مقترحات تطوير شروط العقد النموذجية
123-95	الفصل الثالث : عناصر التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف
110-97	المبحث الأول : أجرة العقار الموقوف
98	المطلب الأول : أجرة العقار الموقوف في الفقه الإسلامي
103	المطلب الثاني : أجرة العقار الموقوف في القانون العراقي
108	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
108	الفرع الأول : بطلان عقد إيجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش
109	الفرع الثاني : إستثناء حالة الضرورة ومصلحة الوقف
110	الفرع الثالث : الرجوع الى أهل الخبرة في تقدير الغبن الفاحش
123-111	المبحث الثاني : مدة إيجار العقار الموقوف
112	المطلب الأول : مدة إيجار العقار الموقوف في الفقه الإسلامي
117	المطلب الثاني : مدة إيجار العقار الموقوف في القانون العراقي
122	المطلب الثالث : نتيجة المقارنة
122	الفرع الأول : عدم تحديد مدة إيجار العقار الموقوف
123	الفرع الثاني : صحة عقود الاجارة الطويلة والاجاريتين والحكر
131-124	الخاتمة
125	أولاً : نتائج البحث
130	ثانياً : مقترحات البحث

149-132	ملاحق البحث
132	ملحق رقم (1) : وثائق من ديوان الوقف
141	ملحق رقم (2) : إستفتاءات بعض فقهاء الامامية في النجف الاشرف
156-150	قائمة مصادر البحث
157	ملخص البحث باللغة (الانكليزية)

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم
اللهم صل على محمد وآله الطيبين الطاهرين الغرباء في الارضين

ان نظام الوقف من الانظمة الاسلامية العريقة ، وقد أنتشر استخدامه منذ عصر صدر الرسالة والى العصر الحديث ، وساهم في ردف الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، من خلال توفيره مصادر إنفاق ثابتة تقريباً من غلات العقارات الموقوفة . ويمثل عقد إيجار العقار الموقوف أهم صور استثمار الوقف لتحقيق أغراضه مع إبقائه على طبيعته من حبس الاصل أي الرقبة وتسبيل المنفعة ، ومن أهم أركان عقد الإيجار هو ركن التراضي ، وهذا هو موضوع هذه الرسالة . وسنتناول في هذه المقدمة اهمية البحث وهدفه ونطاقه ومنهجه وخطته وكما يأتي :-

أولاً : اهمية البحث

تأتي أهمية البحث من :-

(1) أثر إيرادات الوقف على الناحية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع وللموقوف عليهم ، خاصة في الوقت الراهن ، الذي يسمح بالتعرف على حالة العقارات الموقوفة وكيفية ادارتها ، وبالتالي اقتراح افضل السبل لتطوير استثمار هذه الاوقاف.

(2) ندرة الدراسات القانونية في العراق حول نظام الوقف ، فاغلب دراسات الفقه القانوني التي تناولت الوقف تناولته من وجهة نظر الفقه الاسلامي ، وبالخصوص المذهب الحنفي ، باعتباره المذهب السائد في الدولة العثمانية ومن ضمنها العراق ، وكونه مصدر مجلة الاحكام العدلية ، التي كانت تطبق في العراق قبل نفاذ القانون المدني.

ثانياً : هدف البحث

(1) اعداد دراسة تحليلية مقارنة عن ركن التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف بين القانون العراقي والفقه الإسلامي.

(2) بيان نتائج المقارنة ، ومحاولة تبني واقتراح الحلول القانونية للمسائل النظرية والعملية في مرحلة التراضي بين مؤجر ومستأجر العقار الموقوف.

ثالثاً : نطاق البحث

(1) من ناحية نظام الوقف ، لن نبحت في إنشاء الوقف وأركانه وشروط الموقوف والموقوف عليه وانتهاء الوقف وغيرها من مسائل الوقف الكثيرة ، لان بحثنا يفترض وجود عقار موقوف بشكل صحيح وحسب الشروط الشرعية والقانونية ونسعى لفهم التراضي في عقد إيجاره ، نعم سنبحث في تعريف الوقف ، كتمهيد للبحث ، لأهمية ذلك في بيان مسائل تتعلق بالتراضي.

(2) من ناحية العقار الموقوف ، لن نبحت في الوقف غير الصحيح وهو حق التصرف والعقر في الاراضي الاميرية ، لان الوقف غير الصحيح لا يعد وقفاً في حقيقة الامر ، وان أطلق عليه

المشرع مصطلح الوقف تجوزاً ، بل هو من قبيل التخصيصات ، ولن نبحت كذلك في وقف المسجد ، لعدم إمكانية تأجيرها.

(3) من ناحية الفقه الاسلامي ، سيتم اعتماد فقه المذاهب المشهورة ، وهي الفقه الامامي والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، ولان الاحاطة بجميع مؤلفات هذه المذاهب امر متعذر ، لذلك سنختار عينة من اشهر مؤلفات كل مذهب ، مع التوسع في مصادر الفقه الامامي ، وذلك لقلّة الدراسات القانونية عنه ، حيث تناولت في اغلب الاحيان المذاهب الاربعة ، وأيضا سنتوسع في الفقه الحنفي ، لتأثر الفقه القانوني العراقي كثيراً به.

ان دراستنا قانونية ، ولكن مع ذلك سنقدم البحث اولاً في الفقه الاسلامي لانه مصدر التشريع العراقي في نظام الوقف ، فبعد معرفة موقف الفقه الاسلامي ، سيتضح موقف القانون العراقي تبعاً لذلك ، وسنقتصر في ذلك على عرض ما يناسب الفهم القانوني المعاصر ويصب في خدمته.

(4) من ناحية القانون العراقي ، سنبحث في نصوص التشريع ثم موقف الفقه القانوني ثم موقف القضاء.

ففي النصوص القانونية ، سنبحث في قانون إدارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1929 ونظام إدارة المعابد رقم (24) لسنة 1930 ونظام تشكيلات إدارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1947 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل ومرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (1) لسنة 1955 المعدل وقانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم (40) لسنة 1999 وقانون إدارة العتبات المقدسة رقم 25 لسنة 1966 ونظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 ونظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 وقانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل وقانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل وقانون إطفاء حقوق الإجارة الطويلة في العقارات الموقوفة رقم (87) لسنة 1986 وقانون هيئة إدارة واستثمار الأوقاف رقم (18) لسنة 1993 وقانون إدارة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريفة رقم (19) لسنة 2005.

وفي الفقه القانوني ، سنتناول ما كتبه فقهاء القانون من العراق ، ولكن سنضيف إليهم اثنين من الفقهاء الأتراك ، الأول هو عمر حلمي أفندي احد واضعي مجلة الأحكام العدلية ، والثاني علي حيدر وهو من شراح مجلة الأحكام العدلية ، لما لهما من تصانيف موسعة في الوقف باعتبار ان الفقه القانوني العراقي هو ما كان سائداً في العراق وان لم يكتب بأقلام عراقية.

وفي القضاء العراقي ، سيتم التركيز على ذكر قرارات محكمة التمييز ، ومع ذلك سنذكر قرارات محاكم البداية والاحوال الشخصية ، وقرارات لمحاكم منحلة ، مثلاً قرارات مجلس التمييز الشيعي والسني ، أو قرارات المحاكم الشرعية الجعفرية والسنية السابقة.

رابعاً : منهج البحث

سيكون المنهج اتباع الدراسة التحليلية المقارنة ، حيث سيتم بيان موقف الفقه الاسلامي بمذاهبه الخمسة ، ثم بيان موقف القانون العراقي من نصوص التشريع والفقه القانوني والقضاء ، وبعد اكتمال المقارنة ، نصل الى بيان نتائجها وحسب الرأي المختار.

خامساً : خطة البحث

ستقسم خطة البحث على ثلاثة فصول ، مسبقة بمبحث تمهيدي يتناول تعريف الوقف ، وسيكون الفصل الاول حول أطراف التراضي وهو بمبحثين ، الأول في مؤجر العقار الموقوف والثاني في مستأجر العقار الموقوف ، وسيبحث الفصل الثاني في قيود التراضي وهو بمبحثين أيضاً ، الأول في شروط الواقف والثاني في شروط العقد النموذجية ، وسيكون الفصل الثالث في عناصر التراضي وهو بمبحثين ، الأول في أجرة العقار الموقوف والثاني في مدة ايجار العقار الموقوف ، ونختتم البحث بخاتمة ، سنعرض فيها اهم نتائج البحث ومقترحاته.

المبحث التمهيدي

تعريف الوقف

المبحث التمهيدي تعريف الوقف

قبل الدخول في صلب بحث التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف ، ينبغي تناول تعريف الوقف كتمهيد ، لاننا نحتاج الى بيان مسائل سنعتمد عليها في أثناء بحث التراضي ، فأول ما نحتاج إليه ، هو معرفة المقصود من نظام الوقف ، حيث لم يسلط الضوء عليه من الناحية القانونية ، وان كان الخلاف فيه واسعا في الفقه الإسلامي.

ففي الفقه الإسلامي ، اختلف في هل ان الوقف عقد أم إيقاع ؟ ، وكذلك اختلف في تحديد مالك العين الموقوفة ، ومن تأثير ذلك على بحث التراضي ، مثلا في حالة سكوت الواقف عن تعيين المتولي ، فعلى الرأي القائل ببقاء ملكية الواقف فالأنسب ان تكون التولية للواقف ، وعلى من يقبل بانتقال ملكية العين الموقوفة الى الموقوف عليه تكون التولية للموقوف عليه ، بينما على من يرى ان الملكية تنتقل الى الله تعالى ستكون التولية الى الحاكم الشرعي أو القاضي ، واختلف أيضا في لزوم الوقف وعدمه ، وتأبيده وتوقيته ، واشتراط نية القرية وعدمها ، واشتراط قبض العين الموقوفة من قبل الموقوف عليه وعدم اشتراطه ، وغيرها.

أما في القانون العراقي ، فقد استقى أحكامه في الوقف من الفقه الإسلامي مباشرة (1).

إلا ان بحث هذه الأمور لا يناسب حجم التمهيد ، لذا سنقتصر على بحث قبول الموقوف عليه وتحديد مالك العين الموقوفة ، لارتباطهما الشديد بتعريف الوقف.

في البداية نقول ، ان الوقف لغة هو الحبس ، يقال وقف الدار على المساكين وفقا أي حبسها (2) ، أما التعريف الاصطلاحي للوقف ، فسنتناوله في الفقه الإسلامي أولاً ، ثم في القانون العراقي ثانياً ، وبعد ذلك نبين نتيجة المقارنة ثالثاً.

(1) انظر: القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل ، الأسباب الموجبة ، ص5 ومحمد شفيق العاني ، أحكام الأوقاف ، ط3 ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1965 ، ص3.

(2) ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 ، ص749 ومحبد الدين الزبيري ، تاج العروس ، ج12 ، دار الجديد ، (لم يذكر مكان الطبع ولا تاريخه) ، ص528 وإبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج1 ، انتشارات صادق ، طهران ، 1426 هجرية ، ص1051.

المطلب الأول تعريف الوقف في الفقه الإسلامي

تبني كل مذهب فقهي تعريفا خاصا به للوقف ، بل ان الفقه الحنفي تبني تعريفين ، وهذا راجع الى تشعب الآراء حول مسائل الوقف المتعددة ، ولإحاطة بهذه التعاريف ، نقسم هذا المطلب على خمسة فروع بحسب المذاهب الفقهية الخمسة المشهورة.

الفرع الأول : الفقه الامامي

يعرف الوقف في الفقه الامامي بأنه (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) (1) ، فالوقف بحسب هذا التعريف يمنع التصرفات الناقلة لملكية العين الموقوفة ، كما ان العين الموقوفة لا تورث ، والمنفعة تكون من نصيب الموقوف عليه.

أما بالنسبة الى قبول الموقوف عليه ، فتوجد ثلاثة أقوال ، الأول عدم الاشتراط مطلقا (2) ، وهذا ما ذهب إليه بعض مراجع وفقهاء الامامية المعاصرون (3) ، والثاني اشتراط القبول على من يمكنه القبول وعدم اشتراطه إذا كان الوقف على جهة عامة (4) ، والثالث اشتراط القبول مطلقا (5).

(1) محمد بن إدريس الحلبي ، السرائر ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص223 وأبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج2 ، ط20 ، دار الزهراء ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص226 وعبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الأحكام ، ج22 ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، 1984 ، ص3 ومحمد باقر الصدر ، منهاج الصالحين ، ج2 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1980 ، ص237 وعلي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج2 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2001 ، ص388 ومحمد إسحاق الفيض ، منهاج الصالحين ، ج2 ، (لم تذكر الدار الناشرة ولا مكان الطبع) ، 1426 هجرية ، ص441 وباقر الأيرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي ، ج2 ، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر ، قم ، 1427 هجرية ، ص543 إلا أنه أضاف في بداية التعريف (إنشاء يتضمن) ، وجعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج1 ، ط10 ، مركز الرسول الأعظم ، بيروت ، 1998 ، ص455 ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، ج10 ، مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي ، بيروت ، 1992 ، ص5 لكنهما أضافا (عقد ثمرته) في بداية التعريف.

(2) يوسف البحراني ، الحقائق الناضرة ، ج22 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، المشرفة ، 1405 هجرية ، ص130-131 ومحمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، ج2 ، مطبعة الحيدري ، طهران ، 1377 هجرية ، ص185 ومحمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج5 ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، 2005 ، ص144.

(3) الخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص227 والسبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص11-12 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص240 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص391 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص442 وباقر الأيرواني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص545.

(4) محمد بن مكي العاملي ، الدروس الشرعية ، ج2 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص264 وزين الدين العاملي ، الروضة البهية ، ج2 ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ، 1424 هجرية ، ص138-139.

(5) علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد ، ج9 ، ط2 ، مؤسسة آل البيت (ع) ، قم ، 1415 هجرية ، ص13 ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج10 ، ص8.

وفي تحديد مالك العين الموقوفة ، ثلاثة أقوال ، الأول ان المالك هو الموقوف عليه (1) ، وهو المشهور (2) ، وقد ذهب إليه أيضاً بعض فقهاء الامامية المعاصرون (3) ، والثاني ان كان الوقف على معين فالمالك هو الموقوف عليه وان كان على جهة عامة فالملك ينتقل الى الله سبحانه وتعالى (4) ، والثالث البقاء على ملك الواقف (5).

فعلية نجد ان ما ذهب إليه بعض الباحثين (6) من ان الراجح عند الامامية عدم خروج العين الموقوفة من ملك الواقف ، غير صحيح حيث ان المشهور عندهم هو انتقال الملكية الى الموقوف عليه.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

يوجد تعريفان للوقف لدى الحنفية ، التعريف الأول منسوب الى أبي حنيفة ، بانه (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) (7) ، فالعين الموقوفة تبقى في ملك الواقف ، وله ان يتصرف فيها كيفما يشاء من بيع أو هبة ، حيث يكون تصرفه هذا رجوعاً مشروعاً عن وقفه (8) ، وإذا مات الواقف أصبحت العين الموقوفة ميراثاً لورثته (9).

(1) محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، ج3 ، المكتبة المرتضوية ، طهران ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص287 وجعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ج1 ، ص463 ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج10 ، ص66.

(2) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، المصدر السابق ، ج10 ، ص66.

(3) الخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص240 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص237-238 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص388 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص461.

(4) الحسن بن سعيد الدين المشتهر بالعلامة الحلبي ، قواعد الأحكام ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص371 والكركي ، جامع المقاصد ، مصدر سابق ، ج9 ، ص64-65.

(5) تقي الدين بن نجم الدين عبدالله الحلبي ، الكافي في الفقه ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص51 ومحمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، مصدر سابق ، ج2 ، ص233 ومحمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج5 ، ص140.

(6) محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، 1959 ، ص106 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص12 ود.احمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ص44 ود. السعيد بوركية ، الوقف الإسلامي وأثره في الحياة الاجتماعية في المغرب ، ندوة مؤسسة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1983 ، ص233.

(7) علي بن أبي بكر الفرغاني الميرغيناني ، الهداية ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001 ، ص19 وزين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 ، ص313.

(8) محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص9.

(9) د.احمد فراج حسين ود.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص301.

والتعريف الثاني منسوب للصاحبين أبي يوسف ومحمد ، حيث عرفا الوقف بأنه (حبس العين على حكم ملك الله تعالى) (1) ، فتخرج العين الموقوفة من ملك الواقف الى حكم ملك الله تعالى أي لا تدخل في ملك احد من الناس (2) ، ويمنع من التصرف فيها فلا تباع ولا توهب ولا تورث ، وتجعل منفعتها صدقة لازمة للموقوف عليه (3).

بالنسبة للقبول عند الحنفية ، لا يشترط القبول إذا كان الوقف على غير معين كالفقراء ، أما إذا كان الوقف على معين فانه يشترط القبول (4) ، فعليه نجد ان ما ذهب إليه بعض المعاصرين (5) من ان الوقف على المعين عند الحنفية إيقاع حيث لا يشترط القبول ، غير صحيح لمخالفة ذلك تصريح فقهاء الحنفية المتقدم باشتراط القبول في الوقف على المعين.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

عُرِف الوقف عند المالكية بأنه (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده ، لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً) (6) ، أي ان الوقف عند المالكية لازم ببقاء العين على ملك الواقف فلا تخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، فلا يقطع الوقف حق الملكية في العين الموقوفة وانما يقطع حق التصرف فيها ، فلا يستطيع بيعها أو هبتها (7) ، مع صرف المنفعة الى الموقوف عليه.

- (1) علي بن أبي بكر الفرغاني الميرغيناني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 19 وابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 313.
- (2) زهدي يكن ، قانون الوقف الذري ، مكتبة صادر ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 20 وانظر : مصطفى الزرقاء ، أحكام الأوقاف ، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة الجامعة السورية ، 1947 ، ص 25 حيث يرى ان عبارة على حكم ملك الله تعالى تعني تملك الجهة الموقوفة عليها أي جهة البر الدائمة كالفقراء والمسجد والمدرسة بعد انقراض الموقوف عليه الموقت من الأشخاص الطبيعيين كذرية الواقف وأغلبه . لكن هذا يخالف ظاهر العبارة المذكورة ، حيث ان الملكية بموجبها تثبت لله تعالى وليس الى الجهة الموقوفة عليها ، لذا لا يمكن الأخذ بهذا الرأي.
- (3) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، 1963 ، ص 326.
- (4) إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإيساف في أحكام الأوقاف ، ط 2 ، مصر ، 1902 ، ص 17 ومحمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار ، ج 6 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003 ، ص 525.
- (5) محمد سلام مذكور ، موجز الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1961 ، ص 19 و.د.محمد عبيد عبدالله الكبسي ، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ، ج 1 ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1977 ، ص 171 و.د.احمد فراج حسين و.د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مصدر سابق ، ص 315 ومحمد كمال الدين إمام ، الوصايا والأوقاف ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 239.
- (6) محمد الخرشبي ، الخرشبي على مختصر سيدي خليل ، ج 7 ، دار صادر ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 78 وصالح عبد السميع الأبي الأزهر ، جواهر الإكليل ، ج 2 ، دار إحياء الكتب العربية ، (لم يذكر مكان و تاريخ الطبع) ، ص 205.
- (7) محمد سلام مذكور ، مصدر سابق ، ص 86 و.د.وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، ط 3 ، دار الفكر ، دمشق ، 1989 ، ص 156.

بالنسبة للقبول ، لا يشترط القبول إذا كان الوقف على غير معين كالفقراء ، أما إذا كان الوقف على معين كزيد مثلاً فانه يشترط القبول في صحة الوقف (1) ، وانتهى بعض الباحثين (2) الى ان القبول لا يشترط عند المالكية إذا كان الوقف على معين ، وهذا غير صحيح لأنه يخالف بشكل واضح تصريح فقهاء المالكية بالاشتراط .

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

عُرِف الوقف عند الشافعية بأنه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته ، على مصرف مباح موجود) (3) ، فالوقف يمنع التصرف الناقل لملكية العين الموقوفة فلا تباع ولا توهب ولا تورث ، أما المنفعة فتصرف الى الموقوف عليه الموجود.

أما قبول الموقوف عليه ، فلا يشترط القبول إذا كان الوقف على جهة عامة كالفقراء ، أما إذا كان الوقف على معين فيشترط قبوله على الأصح (4) ، وهذا يخالف ما ذهب إليه بعض الباحثين (5) من ان القبول ليس بشرط في الوقف على معين عند الشافعية.

أما ملكية العين الموقوفة ففيه قولان ، الأول ، وهو الظاهر ان الملك ينتقل الى الله تعالى أي ينفك عن اختصاص الأدمي ، فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه (6) ، والثاني ينتقل الى الموقوف عليه (7).

-
- (1) الخرشي ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 92 والأزهري ، جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 208.
- (2) د.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 176 ومحمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، دار الجواد ، بيروت ، 1984 ، ص 591 .
- (3) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1978 ، ص 376 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج 2 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 ، ص 488.
- (4) الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 383 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 496-495.
- (5) د.احمد فراج حسين ود.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مصدر سابق ، ص 315 ومحمد كمال الدين إمام ، مصدر سابق ، ص 239.
- (6) الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 389 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 507.
- (7) إبراهيم بن محمد الشيرازي ، المهذب ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001 ، ص 115.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

عُرِفَ الوقف في الفقه الحنبلي بأنه (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) (1) ، وعرف أيضا بأنه (تحبيس مالك مطلق التصرف ، ماله المنتفع به مع بقاء عينه ، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ، يُصرف ريعه الى جهة بر ، تقربا الى الله تعالى) (2) ، والتعريف الثاني يتحد تقريبا مع التعريف الأول في المضمون وان كان بألفاظ أخرى ، والتعريف الأول هو تعريف الامامية المتقدم.

أما بالنسبة الى القبول ، فيرى فقهاء المذهب الحنبلي ، ان الوقف لا يفتقر الى القبول ، سواء كان الموقوف عليه معين أم غير معين (3).

وفي تحديد مالك العين الموقوفة ، ثلاثة أقوال ، الأول ان ملك العين الموقوفة ينتقل الى الموقوف عليه وهو ظاهر المذهب والثاني انها لا تُملَك في رواية عن احمد (4) ، أي تبقى الملكية للواقف ، والثالث ان ملك العين الموقوفة ينتقل الى الله تعالى ان كان الوقف على مسجد ونحوه ، والى الموقوف عليه ان كان ادميا معيناً أو جمعا محصورا (5).

(1) عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، العدة شرح العمدة ، ج 1 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005 ، ص 261.

- (2) موسى بن احمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي ، الإقناع لطالب الانتفاع ، ج3 ، ط3 ، دار الملك عبد العزيز ، الرياض ، 1423 هجرية ، ص63 ومنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج2 ، عالم الكتب ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص489.
- (3) عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج5 ، مطبعة الإمام ، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص491 والمقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج3 ، ص69.
- (4) ابن قدامة ، المغني ، المصدر السابق ، ج5 ، ص492.
- (5) المقدسي ، الإقناع ، المصدر السابق ، ج3 ، ص70.

المطلب الثاني

تعريف الوقف في القانون العراقي

لم يورد المشرع العراقي تعريفاً للوقف ، بينما أورد الفقه القانوني عدة تعاريف له ، وتبع القضاء العراقي الغالب من آراء الفقه القانوني ، لذا سنتناول موقف التشريع والفقه القانوني والقضاء في ثلاثة فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

لم نجد تعريفاً للوقف في النصوص التشريعية المتعلقة بالأوقاف ، وقد ذكر احد الباحثين (1) ، ان المشرع العراقي عرف الوقف من خلال تعريف الوقف الصحيح في نص المادة (4/1) من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل (العين التي كانت ملكاً فوقفت الى جهة من الجهات ويشمل العقر الموقوف) ، لكن هذا الاستنتاج غير تام ، لان المشرع إنما أراد هنا تمييز الوقف الصحيح عن الوقف غير الصحيح ، فالوقف الصحيح الذي تكون عينه مملوكة ملكية خاصة قبل الوقف بينما الوقف غير الصحيح الذي يكون في الأراضي الأميرية ، ومما يؤيد ذلك ان المشرع استخدم (وقفت) في التمييز ، وإلا فكيف يعرف الوقف بانه وقف ، فهذا دور واضح (2).

وبالنسبة للقبول ، لم نجد كذلك تصريحاً في النصوص التشريعية بشأنه ، ولكن يمكن القول ان المشرع العراقي اعتبر الوقف من التصرفات التي تنشأ بإرادة منفردة من الواقف ، وذلك للتقارب بين نظام المؤسسة وبين نظام الوقف ، حيث تعرف المادة (51) من القانون المدني العراقي المؤسسة بأنها (شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية دون قصد الى أي ربح مادي) ، والفرق بينهما ، ان المؤسسة نظام حديث وأكثر مرونة من الوقف في كثير من الأمور ، كما في إنشاء المؤسسة أو تعديلها أو إلغائها (3) ، فالمؤسسة نظام استحدثه القانون المدني العراقي ليحل محل نظام الوقف (4).

(1) محمد رافع يونس محمد ، متولي الوقف ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، 2005 ، ص23.

(2) زياد خالد المرفجي ، التنظيم القانوني لإدارة الأوقاف في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، 2003 ، ص8.

(3) انظر : القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، الأسباب الموجبة ص10 ود.محمود المظفر ، نظرية الإرادة المنفردة ، دار حافظ ، جدة ، 2002 ، ص167 وغازي فيصل مهدي ، الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1985 ، ص105-107 ود.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ط3 ، دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص70-72 وعلي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ، معهد الدراسات العربية العالية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1964 ، ص235 ود.محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 ، ص189.

(4) د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، ط5 ، مطبعة نديم ، بغداد ، 1977 ، ص451 ود.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971 ، ص407.

بل يوجد من انتقد القانون المدني العراقي باستعارته نظام المؤسسة المدنية من العوائل الشرعية الغربية بدلاً من محاولة تدوين أحكام الوقف الإسلامي تدويناً يحمل طابع الجدة والتقدم (1). ونصت المادة (1/52) من القانون المدني العراقي (يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية) ، وهذا النص يدل على ان المؤسسة تنشأ بإرادة منفردة من منشئ المؤسسة (2) ، فعليه يمكن القول كذلك ان الوقف ينشأ بإرادة منفردة ، وذلك لمشابهته لنظام المؤسسة ، فلا يشترط فيه القبول مطلقاً.

أما ملكية العين الموقوفة ، أيضا لم نعثر على نص تشريعي صريح يحدد المالك ، ولكن يظهر من نص المادة (7/11) من نظام تشكيلات ادارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1947 الملغي المتعلقة ببيان مهام شعبة الأملاك في (جمع المستمسكات التي لها مساس بإثبات عائدة الأملاك لجهة الوقف) ونص المادة الخامسة من قانون إطفاء حقوق الإجارة الطويلة في العقارات الموقوفة رقم (87) لسنة 1986 (تصدر المحكمة في ختام المرافعة حكما بإطفاء الحقوق وبتمليك جهة الوقف المحدثات بقيمتها المقدرة) ، ان المالك للعين الموقوفة هو جهة الوقف ، خاصة بعدما أعطى المشرع الشخصية المعنوية للأوقاف بحسب المادة (47/فقرة هـ) من القانون المدني.

قد يقال ان المشرع العراقي يُملك العين الموقوفة للموقوف عليه ، بحسب نص المادة (4/د) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم واحد لسنة 1955 (إذا حُكم بتصفية الوقف واكتسب الحكم درجته القطعية صار الوقف ملكا للمستحقين) ، ونص المادة التاسعة من المرسوم نفسه (يعود المصفي من الوقف ملكا للمرتزقة فيه فعلا عند نفاذ هذا المرسوم). ولكن هذا غير تام ، لاننا نبحث في تحديد المالك أثناء فترة الوقف ، وليس بعد انتهاء الوقف وتصفيته ، لان المالك بعد تصفية الوقف ليس بالضرورة ان يكون هو المالك نفسه أثناء فترة الوقف ، فمثلا أموال الشركة بعد حلها تكون من نصيب الشركاء ، لكن هذه الأموال قبل حل الشركة لم تكن ملكا للشركاء ، بل كانت ملكا للشركة باعتبارها شخصا معنويا مستقلا.

(1) د. صلاح الدين الناهي ، مؤسسة الوقف ومصالح الأقليات في مختلف أرجاء العالم ، ندوة مؤسسة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1983 ، ص 52-56.

(2) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 451 ود. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 407.

أما قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 فقد نص في المادة (256) على ان الوقف يسجل (1- باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي ان كان من الأوقاف الملحقه. 2- باسم دائرة الأوقاف ان كان من الأوقاف المضبوطة مع ذكر شروط الواقف)، والوقف الملحق هو الوقف الذي يديره المتولي بحسب المادة (7/1) من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل ، أما الوقف المضبوط فيديره ديوان الأوقاف بحسب المادة الثانية منه.

إن كان يُفهم من التسجيل العقاري هو التملك لمن سُجل الوقف باسمه ، فما هو المسوغ ان تكون ملكية الوقف الملحق شائعة بين الواقف والموقوف عليه ؟ ، فعليه نرى ان ذكر الواقف والموقوف عليه ونوع الوقف وشروطه والمتولي إنما هو للإشارة الى حدود الشخصية المعنوية للوقف ، فكأنما أراد المشرع ان يقول يُسجل باسم الوقف باعتباره شخصية معنوية مستقلة ، ومن خصائص هذه الشخصية ، انها نشأت من قبل الواقف لخدمة الموقوف عليه والتي سيمثلها المتولي . لكن هذا التفسير لا يمكن تطبيقه مع الوقف المضبوط ، لصراحة النص بتسجيل الوقف باسم دائرة الأوقاف ، فتكون ملكية العين الموقوفة لدائرة الأوقاف ، لكن قد يعترض على ذلك بان دور دائرة الأوقاف يكمن في إدارة الوقف كالمتولي ، فلذا لا يوجد مسوغ لتمليكها العين الموقوفة.

وجاء في كتاب رسمي صادر من الدائرة القانونية في ديوان الوقف الشيعي (..... مفاتحة مديرية التسجيل العقاري المختصة (بعد التأكد من الحجة الوقفية (1)) والطلب منها تغيير ملكية الأوقاف المذكورة من وزارة الأوقاف المنحلة الى رئاسة ديوان الوقف الشيعي (.....) (2) ، فيُفهم من ذلك ان

التسجيل العقاري للأوقاف باسم ديوان الوقف الشيعي ، هو جعل ديوان الوقف الشيعي مالكا لهذه الأوقاف (3).

(1) الصحيح : حجة الوقفية.

(2) انظر : ملحق رقم (1) ، الكتاب المرقم 6775 بتاريخ 2006/5/11.

(3) انظر : ملحق رقم (1) ، للتعرف على نموذج من التسجيل العقاري باسم ديوان الوقف الشيعي.

ونص كتاب رسمي لاحق من دائرة المفتش العام في ديوان الوقف الشيعي (.....) أولاً : عدم وجود أي نص قانوني أو شرعي يعطي الحق لإدارة الأوقاف في تسجيل العين الموقوفة باسمها بعد ضبطها (باستثناء ما يتعلق بإدارة الوقف المضبوط) . حيث ان تحويل العين الموقوفة باسم الأوقاف هو تصرف بنقل حق عيني (دون وجود مركز قانوني لهذا الحق) مما يرتب آثار (1) قانونية في جعل يد إدارة الأوقاف مطلقة في إجراء التصرفات القانونية خلافاً لأحكام نقل الملكية. ثانياً : ان تحويل العين الموقوفة باسم ادارة الاوقاف يتعارض مع طبيعة الوقف (.....) (2).

ونحن نؤيد الدعوة بعدم جعل ادارة الاوقاف مالكة للعين الموقوفة للوقف الملحق ، وكذلك للوقف المضبوط ، وذلك للمحذور الذي أشار إليه هذا الكتاب بوضوح.

من كل هذا ، يمكن القول ان المشرع العراقي جعل العين الموقوفة في الوقف الملحق ملكاً للشخصية المعنوية المستقلة التي تمثل الوقف ، بينما في الوقف المضبوط تكون ملكاً لدائرة الأوقاف.

ولبيان اثر التسجيل العقاري على انعقاد الوقف ، نصت المادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) ، وحيث ان الوقف تصرف عقاري طبقاً للمادة (1/68) من القانون المدني مع المادة (1/3) من قانون التسجيل العقاري ، فيكون التسجيل ركناً في الانعقاد ، وبالتالي يصبح الوقف تصرفاً شكلياً.

ويوجد رأي في ان هذا التسجيل للإثبات والتوثيق وليس للانعقاد (3) ، الا ان هذا الرأي غير مقبول ، لانه يعد من باب الاجتهاد في مقابل النص ، فنص المادة أعلاه قاطع باعتبار اثر التسجيل في الانعقاد لا في الإثبات.

(1) الصحيح : يرتب آثاراً.

(2) انظر : ملحق رقم (1) ، الكتاب المرقم 624 بتاريخ 2006/8/9.

(3) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1973 ، ص 51-55 وانظر : القرار القضائي المرقم

588 / مدنية أولى / 1976 بتاريخ 1976/12/30 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 4 ، السنة السابعة ، ص 124-126.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

عرف الفقه القانوني العراقي الوقف بعدة تعاريف ، منها : (حبس العين على وجه تعود منفعتها الى العباد ومنعها عن التملك والتملك لتكون في حكم ملك الله تعالى) (1) و(حبس العين المملوكة عن التملك والتملك قولا وجعلها على حكم ملك الله تعالى على وجه التأبيد ، والتصدق بمنافعها أو تصرف الواقف بهذه المنافع على الوجه الذي يريد) (2) و(حبس العين على ملك الله والتصدق بالمنفعة) (3) و(حبس العين عن تملكها لأحد من الناس والتصدق بمنفعتيها على الفقراء ولو في الجملة أو على وجه من وجوه البر سواء أكان ابتداء وانتهاء أو انتهاء فقط) (4) و(تصرف قانوني صادر من جانب واحد هو الواقف ، ومن شأنه ان يغير من ملكية العقار الموقوف ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد ، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين) (5) و(تحييس الأصل وتسبيل الثمرة) (6) و(الوقف حالة من التأبيد المانعة من إجراء التصرفات القولية أو الفعلية على عينه المؤدية الى خروج الوقف عن حده ، دون تسبيل المنفعة التي أطلقها الواقف) (7).

ونجد ان هذه التعاريف وان اختلفت في الألفاظ لكنها ترجع من حيث المضمون الى تعريف صاحبيين من مذهب الحنفية.

بالنسبة الى القبول ، يذهب الفقه القانوني الى ان إيجاب الواقف وحده كاف لانعقاد الوقف لانه تصرف من جانب واحد (8) ، بل ان الوقف حالة متميزة من حالات الإرادة المنفردة (9) ، فعليه لا يشترط قبول الموقوف عليه مطلقا.

- (1) عمر حلمي أفندي ، إتحاف الاخلاف في أحكام الأوقاف ، ترجمة محمد كامل الغزي الحلبي ، مطبعة البهاء ، حلب ، 1327 هجرية ، ص3.
- (2) علي حيدر ، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف ، ترجمة أكرم عبد الجبار ومحمد أحمد العمر ، ج1 ، مطبعة بغداد ، بغداد ، 1950 ، ص9 ومحمد أحمد العمر ، التطبيقات الشرعية والصكوك ، مطبعة بغداد ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع) ، ص107.
- (3) عارف العارف ، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1948 ، ص4.
- (4) حسن رضا ، أحكام الأوقاف ، ط2 ، مطبعة التقيض الأهلية ، بغداد ، 1938 ، ص3 وشاكر ناصر حيدر ، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1942 ، ص46 و د. أحمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 43.
- (5) مصطفى مجيد ، مصدر سابق ، ج1 ، ص52.
- (6) د.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج1 ، ص88 وفي ص219 أضاف : ان ملكية العين الموقوفة تكون على حكم ملك الله سبحانه وتعالى.
- (7) د.محمود المظفر ، مصدر سابق ، ص167.
- (8) محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص12-13 ومصطفى مجيد ، مصدر سابق ، ج3 ، ص179 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج1 ، ص182.
- (9) محمود المظفر ، مصدر سابق ، ص162 وص169.

أما تحديد مالك العين الموقوفة ، فمن التعاريف أعلاه نجد ان المالك هو الله تعالى أي تحرير العين الموقوفة من الملكية الاعتبارية ، وهذا الموقف يتفق مع موقف صاحبيين من الحنفية وظاهر مذهب الشافعية ، وهنالك من يرى ان المقصود من الوقف والتحييس تجريد الأموال الموقوفة من كونها محلا للملكية الفردية ، بجعلها مرصدة على غايات ومصالح إنسانية واجتماعية (1) ، ويقترب هذا الرأي كثيرا من الرأي الأول ، وفي المقابل يوجد رأي آخر يقول ان الرقبة في الاوقاف الصحيحة والتصرف بها يعود الى الجهة الموقوف عليها (2) ، فعليه يكون المالك هو الموقوف عليه.

الفرع الثالث : موقف القضاء

بالنسبة للقبول ، لا يشترط القضاء قبول الموقوف عليه مطلقا ، فقد جاء في قرار قضائي (يتم الوقف بإرادة منفردة بصيغة تدل على إنشائه) (3) ، وفي قرار آخر (وينعقد الوقف بصدور لفظ من ألفاظه الخاصة الصادرة من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ومستوفيا شرائط الصحة وبمجرد انعقاد الوقف صحيحا يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصير الوقف لازما) (4) ، فعليه موقف القضاء يتفق

مع الظاهر من نصوص التشريع ومع الفقه القانوني ومع موقف فقهاء الامامية المعاصرين والفقه الحنبلي ، بعدم اشتراط القبول مطلقا.

وأما ملكية العين الموقوفة ، نجد ان موقف القضاء هو تملكها الى ديوان الوقف ، ففي قرار حديث لمحكمة التمييز يقرر بان المالك للعقار الموقوف هو ديوان الوقف الشيعي ، حيث جاء فيه (....لإخلاله ببنود العقد لذا فان عودة العقار موضوع عقد المساطحة الى مالك الرقبة (الوقف الشيعي) لا يتعارض وقرار مجلس الحكم....) (5) .

-
- (1) د. صلاح الدين الناهي ، مؤسسة الوقف ومصالح الأقليات في مختلف أرجاء العالم ، مصدر سابق ، ص55.
(2) د.عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 ، ص139.
(3) القرار المرقم 171 / مدنية أولى / 77 بتاريخ 1977/5/31 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 لسنة 1977 ، ص 79-83.
(4) القرار المرقم 588 / مدنية أولى / 1976 بتاريخ 1976/12/30 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 4 ، السنة السابعة ، ص124-126.
(5) قرار غير منشور لمحكمة تمييز العراق ، العدد 35/الهيئة الاستئنافية عقار/2007 ، بتاريخ 2007/2/13.

المطلب الثالث نتيجة المقارنة

بعد اكتمال عناصر المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، نصل الى بيان نتائجها من خلال ثلاثة فروع ، الأول في قبول الموقوف عليه ، والثاني في تحديد مالك العين الموقوفة ، والثالث في تعريف الوقف المختار.

الفرع الأول : عدم اشتراط قبول الموقوف عليه

بالنسبة لقبول الموقوف عليه ، وجدنا في الفقه الاسلامي ثلاثة أقوال ، الأول عدم الاشتراط مطلقا ، والثاني اشتراط القبول في الوقف على المعين وعدم اشتراطه في الوقف على غير المعين ، والثالث اشتراط القبول مطلقا (1) . أما في القانون العراقي ، فالظاهر من نصوص التشريع عدم اشتراط القبول مطلقا ، وكذلك الفقه القانوني والقضاء العراقي ذهبا الى عدم الاشتراط مطلقا.

ونرجح عدم اشتراط القبول مطلقا ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان الوقف يضيف الحق الى الموقوف عليه ولا يرتب زيادة في التزاماته ، والقبول إنما يكون ضروريا في زيادة الالتزامات وليس في زيادة الحقوق. فلا يوجد خلاف في اشتراط القبول في عقد البيع مثلا ، بينما يوجد خلاف في اشتراط القبول في الهبة والوصية.

(2) لو أراد الموقوف عليه رفض الحق الذي يأتيه من الوقف لسبب ما ، مثلا تخوفا من منة الواقف ، فان بإمكانه رفض الوقف ورده .

(3) إجماع غالبية فقهاء المذاهب الخمسة على عدم اشتراط القبول إذا كان الوقف على غير المعين كالفقراء ، يدل على عدم اشتراط القبول في الوقف على المعين ، لان الوقف نظام واحد ، واختلاف الموقوف عليه لا يؤثر في كنهه وحقيقة الوقف (2).

(1) انظر بخلاف ذلك : محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 13 ود. محمود المظفر ، مصدر سابق ، ص 170 حيث ذهب الى ان الراجح عند جمهور فقهاء المسلمين عدم اشتراط القبول في الوقف على المعين ، بل قيل ان الوقف مطلقا ينشأ بإرادة منفردة على جميع المذاهب بلا خلاف انظر : علي الخفيف ، مصدر سابق ، ص 145 وص 151 ، وهذا الاستنتاج غير صحيح كما تقدم.

(2) انظر ما يقارب ذلك ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 491-492 نقلا عن أبي الخطاب.

الفرع الثاني : تملك العين الموقوفة لشخصية الوقف المعنوية

في تحديد مالك العين الموقوفة ، هنالك أربعة اتجاهات في الفقه الاسلامي ، الأول يذهب إلى ان المالك هو الموقوف عليه (1) ، والثاني انه الواقف ، والثالث انه الله سبحانه وتعالى بمعنى تحرير العين الموقوفة من الملكية الاعتبارية ، والرابع انه الموقوف عليه ان كان الوقف على معين والله تعالى ان كان الوقف على جهة عامة . وفي القانون العراقي ، الظاهر من نصوص التشريع ان المالك هو الوقف بما له من شخصية معنوية مستقلة في الوقف الملحق ، أما في الوقف المضبوط فالمالك هو دائرة الاوقاف ، وغالب الفقه القانوني يذهب الى ان المالك هو الله سبحانه وتعالى أي التحرر من الملكية ، والقضاء العراقي يُملك العقار الموقوف الى ديوان الوقف.

ونرجح ان يكون المالك هو الشخصية المعنوية المستقلة التي تنشأ من الوقف مطلقا ، في الوقف الملحق وفي الوقف المضبوط ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان من أهم أدلة بقاء ملكية الواقف للعين الموقوفة ، هو ان ملك الواقف ثابت قبل الوقف بيقين ، والمعلوم بالوقف عدم جواز البيع ونحوه ، فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الملك ثابتا للواقف ، حتى يوجد ما يزيله يقينا (2) ، ولكن يوجد دليل على إزالة ملك الوقف يقينا ، الا وهو إرادة الواقف نفسه ، فلو سألنا الواقف الذي وقف عقاره للفقراء مثلا ، هل أنت ما تزال مالكا لذلك العقار؟ لأجاب باستغراب باني قد أوقفت العقار للفقراء فانه الآن أصبح وقفا ، وكأنه يريد ان يقول أنا لا تربطني بالعقار رابطة بعد الوقف ، وهذا دليل وجداني واضح على إزالة الملكية عن الواقف.

(2) على القول بانتقال الملكية الى الموقوف عليه ، وكون هذه الملكية لا تبيح التصرف ، فلا يمكن بيع العين الموقوفة ولا هبتها ، وإذا مات الموقوف عليه لا تورث عنه ، فهو ملك غير تام ، أي انه ملك شكلي فقط (3) ، فعليه نسأل ما فائدة هذه الملكية للموقوف عليه والتي وجودها وعدمها سواء ؟ ، فالعقلاء لا يعدون مثل هذه ملكية (4).

(1) انظر بخلاف ذلك : مصطفى الزرقاء ، أحكام الأوقاف ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 26 حيث يرى ان إجماع الفقهاء في الوقف على الأشخاص الطبيعيين منعقد على انهم لا يملكون رعية الموقوف وانما يملكون الغلة والمنفعة ، وهذا الاستنتاج غير صحيح لأنه يخالف مواقف الفقهاء الصريحة المتقدمة في تملك الموقوف عليهم.

(2) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 40.

(3) محمد سلام مذکور ، مصدر سابق ، ص 85 ود. احمد فراج حسين ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مصدر سابق ، ص 306.

(4) محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 232-233 وكان كلامه على بقاء الملكية للواقف مع منعه من التصرف بالعين والمنفعة بعد الوقف . ونجد ان الكلام نفسه يجري أيضا في ملكية الموقوف عليه مع منعه من التصرف بالعين.

(3) أما القول بان الوقف يحرر العين الموقوفة من الملكية الاعتبارية ، فنجد انه لا ينسجم مع ضمان تلف العين الموقوفة أو ظهور نماء لها (1) ، حيث ان الحق لا بد له من صاحب ، لذا تعين نسبة المال الموقوف الى شخص معنوي يكون مالكا لهذا المال (2) ، وليتملك بعد ذلك الضمان والنماء.

(4) ان تملك العين الموقوفة للشخصية المعنوية للوقف يحقق قصد الواقف في الوقف ، وينسجم مع نظام الوقف في التأييد والاستمرار ، حيث تستمر الملكية مادام الوقف موجودا.

الفرع الثالث : تعريف الوقف المختار

ونرجح أخيراً ، عدم اشتراط الشكلية في انعقاد الوقف ، خلافاً للمادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 ، وذلك لأننا نريد زيادة أعداد الاوقاف ، لان معظمها تصب في المصلحة العامة ، وبالتأكيد ان الشكلية وما تتطلبه من إجراءات مطولة ، تعد عائقاً أمام الواقف.

فعليه يمكن تعريف الوقف بأنه (تصرف بإرادة منفردة ، يكون بمقتضاه ، إنشاء شخصية معنوية مستقلة تملك العين التي يمنع التصرف فيها ، وإنشاء حق للموقوف عليه في المنفعة).

فالواقف حينما يقول عمارتي التجارية هذه وقف للأيتام ، يُنشئ بهذا التصرف الانفرادي أمران ، الأول شخصية معنوية مستقلة ، تمثل هذا الوقف ، وهذه الشخصية تملك العمارة التجارية ، والثاني حق للأيتام في منفعة هذه العمارة.

ومن خلال هذا التعريف يتضح ، ان الوقف نظام قانوني خاص ، يفترق عن الهبة المشروط عدم التصرف فيها ، لان مالك العين الموقوفة ليس الموقوف عليه ، ويختلف عن شرط المنع من التصرف ، وذلك لزوال ملكية العين الموقوفة عن الواقف.

(1) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج10 ، ص 66.
(2) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج2 ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1970 ، ص 534.

الفصل الأول

أطراف التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

المبحث الأول : مؤجر العقار الموقوف

المبحث الثاني : مستأجر العقار الموقوف

الفصل الأول

أطراف التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

يبحث عادة في موضوع تراضي أطراف العقد ، عن وجود الرضا من إيجاب وقبول وتطابقهما ، وأيضا يبحث عن صحة الرضا ، بان يصدر من شخص ذي أهلية مع خلوه من عيوب الرضا.

ان وجود الرضا و عيوب الرضا في عقد الإيجار تحكمها القواعد العامة في نظرية الالتزام (1) ، والقواعد العامة لعقد الإيجار تنطبق على إيجار العقار الموقوف الا في بعض الموارد الخاصة (2) والتي سنتناولها في هذه الرسالة . وأما تطابق الإيجاب والقبول فيتم عن طريق المزايدة العلنية ، وهذا ما سنبينه في الفصل الثاني.

فلذا سنركز البحث على أهلية المتعاقدين ، وعلى كل الشروط والقيود التي يجب توافرها في طرفي عقد إيجار العقار الموقوف.

ومؤجر العقار الموقوف ، يختلف في الفقه الإسلامي بحسب تقسيم التولية الى مشروطة وغير مشروطة ، ففي الأولى يقوم متولي الوقف بدور مؤجر العقار الموقوف ، وفي الثانية قد يختلف الفقه الإسلامي فيمن يتولى أمور الوقف وإيجاره . وأما وفقا للقانون العراقي ، فيختلف المؤجر بحسب تقسيمه للوقف الى وقف ملحق ووقف مضبوط ، ففي الوقف الملحق يكون مؤجر العقار الموقوف هو متولي الوقف ، وفي حالة الوقف المضبوط يكون ديوان الوقف.

أما مستأجر العقار الموقوف ، فقد وقع الخلاف في الفقه الإسلامي والقانون العراقي في من له حق الاستئجار ، فهل يجوز ان يكون متولي الوقف مستأجرا للعقار الموقوف ؟ وهل يمكن لأصول وفروع المتولي استئجار العقار ؟ وكذلك زوجة المتولي ؟ وهل يشمل منع الاستئجار فئات أخرى ، مثل الموقوف عليهم أو من يعمل في ديوان الوقف ؟ فعليه ، سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، الأول في مؤجر العقار الموقوف ، والثاني في مستأجر العقار الموقوف.

(1) د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 ، ص301 وكمال قاسم ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد الإيجار ، جامعة بغداد ، بغداد ، 1975 ، ص44 ود.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، (لم تذكر الدار الناشرة) ، عمان ، 1997 ، ص202-203 والسنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج6 ، ص118-119 وسمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1969 ، ص65 ود.توفيق حسن فرج ، عقد الإيجار ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1984 ، ص103-104 ود.محمد يحيى مطر ، عقد الإيجار ، الدار الجامعية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1990 ، ص90 ود.محمود مرشحة وفارس سلطان ، القانون المدني (العقود المسماة) ، منشورات جامعة حلب ، دمشق ، 1996 ، ص329.

(2) محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، 54 ود.محمد عبيد الله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج2 ، 59 وعبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، كتاب الوقف ، ط2 ، مطبعة الرجاء ، مصر ، 1935 ، ص214 وعبد الوهاب خلاف ، أحكام الوقف ، ط2 ، مطبعة النصر ، مصر ، 1948 ، ص261.

المبحث الأول

مؤجر العقار الموقوف

الأصل ان يقوم متولي الوقف بدور مؤجر العقار الموقوف ، ومتولي الوقف هو الشخص المعين لإدارة أمور ومصالح الوقف وفق شروط الوقف وضمن الأحكام الشرعية (1).

والتولية قسمان ، تولية مشروطة بان يعهد بها الواقف لشخص معين بالاسم أو الوصف وفقاً لشروط الواقف الخاصة ، وتولية غير مشروطة وهي التي لم يشترطها الواقف لأحد (2).

ومن اجل تسليط الضوء على مؤجر العقار الموقوف ، سنبحث في أمور كثر الخلاف حولها في الفقه الإسلامي والقانون العراقي.

حيث وقع الاختلاف في الشروط العامة لمتولي الوقف ، وهي غير الشروط الخاصة التي يشترطها الواقف في المتولي ، فوقع الاختلاف في وجوب اتصاف المتولي بالأمانة أو العدالة ، أو كونه بالغاً أو مميزاً ، أو كونه مسلماً ، وما الى ذلك.

ووقع الاختلاف أيضاً في تعيين من تكون له الولاية في حال التولية غير المشروطة ، فهل تكون الولاية الى الواقف ؟ أم الى الموقوف عليه ؟ أم الى الحاكم ؟ أم الى الموقوف عليه والحاكم معا ؟ أم الى القاضي ؟ أم الى ديوان الوقف ؟.

ووقع الاختلاف في المركز القانوني لمتولي الوقف ، فهل هو وكيل عن الواقف ؟ أم وكيل عن الموقوف عليه ؟ أم نائب عن الوقف ؟ أم غير ذلك؟.

فعليه سنتناول في هذا المبحث ثلاث نقاط ، الأولى تعيين الشروط العامة في متولي الوقف ، والثانية تعيين جهة الولاية في الولاية غير المشروطة ، والثالثة تحديد المركز القانوني لمتولي الوقف ، ونبدأ أولاً بالفقه الإسلامي ، ثم القانون العراقي ، وبعد ذلك نبين نتيجة المقارنة.

(1) علي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 58.

(2) علي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 59 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 41.

المطلب الأول

مؤجر العقار الموقوف في الفقه الإسلامي

تطرق الفقه الإسلامي الى بيان شروط متولي الوقف ، كذلك حدد بوضوح تعيين الولاية عند سكوت الواقف ، ولكن بالنسبة الى مسألة مركز المتولي انفرد الفقه الحنفي بالتصريح فيها ، أما بقية المذاهب الفقهية فلم نعث على تصريح بشأنها ، لذا بحثنا عن قرائن من النصوص الفقهية لإيضاح موقف هذه المذاهب ولو عن جزء من هذه المسألة بعد ان تعذر علينا معرفة موقفها الصريح الكامل. وسنتناول بحسب خطة البحث موقف المذاهب الفقهية الخمسة في فروع خمسة.

الفرع الأول : الفقه الامامي

ذكر فقهاء الامامية الشروط العامة الآتية في متولي الوقف:-

- (1) الأمانة بمعنى عدم الخيانة وكونه ثقة (1) . ومن فقهاء الامامية من لم يكتف بالأمانة بل اشترط العدالة (2) ، ويعرفون العدالة بانها ملكة نفسانية باعثة على ملازمة التقوى أي القيام بالواجبات وترك المنهيات الكبيرة مطلقاً والصغيرة مع الإصرار عليها ، وملازمة المروءة أي محاسن العادات واجتناب مساوئها وما يُنقَر عنه من المباحات ويؤذن بخسة النفس (3).
- (2) الكفاية بمعنى الاهتداء الى التصرف (4).

(3) العقل (5).

وهناك رأي فقهي يقول بعدم اشتراط البلوغ ، فلو كان غير البالغ واجدا للأمانة والكفاية جاز جعله متوليا (6) ، إلا انه يشترط البلوغ في المتولي عندما يكون هو الموقوف عليه نفسه (7) . ولا نجد خصوصية في ذلك ، فكيف يشترط البلوغ في المتولي إذا كان هو الموقوف عليه والمنافع من الوقف ، ولا يشترط البلوغ في المتولي إذا كان أجنبيا عن الوقف ، فالخصوصية ان كانت موجودة فهي تقتضي العكس ، لان المتولي الأجنبي عن الوقف هو الذي ينبغي زيادة الاحتياط منه.

- (1) الخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص232 والسبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص107-108 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص247 ومحمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، ج60 ، ط2 ، دار العلوم ، بيروت ، 1988 ، ص43 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص398 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص450.
- (2) محمد بن مكي العاملي ، الدروس الشرعية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص271 وزين الدين العاملي ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص144 ويوسف البحراني ، الحقائق الناضرة ، مصدر سابق ، ج22 ، ص184.
- (3) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج1 ، ص316.
- (4) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص144 والسبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص107-108 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص398.
- (5) السبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص107-108.
- (6) السيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص398. (7) السيستاني ، المصدر السابق ، ج2 ، ص400.
- وذكر بعض الباحثين ان جمهور فقهاء الامامية يشترطون الإسلام في المتولي (1) ، لكن هذا النقل غير صحيح ، لعدم تبني فقهاء الامامية لشرط الاسلام في المتولي.

أما بالنسبة لجهة الولاية في التولية غير المشروطة ، فقد فصلها فقهاء الامامية ، ففي الوقف العام (2) ، تكون الولاية للحاكم الشرعي (3) ، وفي الوقف الخاص ، اختلف في من يملك الولاية وكالاتي :-

(1) الواقف (4).

(2) الموقوف عليه (5).

(3) الحاكم الشرعي (6).

(4) الموقوف عليه والحاكم الشرعي معا (7).

- (1) د.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص178 وأشار الى كتاب شرائع الإسلام ، ومحمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص51 وأشار الى كتاب مذهب الأحكام لعبد الأعلى السبزواري كمصدر للتوثيق. ولقد راجعنا المصادر التي أشاروا إليها فلم نجد صحة لهذه النسبة ، ففي كتاب شرائع الإسلام لم يتم التطرق في كتاب الوقف الى شروط المتولي ، وصاحب مذهب الأحكام لم يشترط الإسلام في المتولي ، وانما ناقش رواية ذكر فيها الإسلام في سياق استدلاله على شرط الأمانة ، لكنه لم يتبن شرط الإسلام.
- (2) الوقف العام هو ما كان على جهة ومصلحة عامة كالمساجد والقنابر أو على عنوان عام كالفقراء والأيتام ، والوقف الخاص هو ما كان وقفا على شخص أو أشخاص كالوقف على زيد وذريته ، انظر : السبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص50-51.
- (3) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص144 ومحمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج5 ، ص170 والخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص232 والسبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص115 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص247 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص400-401 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص450.
- (4) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج5 ، مصدر سابق ، ص170.
- (5) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، ج2 ، مصدر سابق ، ص144 وجعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ج1 ، ص458 ، والخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص232-233 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص450 ، هذا إذا كان الوقف على نحو التملك ، عند الجميع عدا صاحب الروضة البهية.
- (6) الخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص232-233 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص247-248 والفيض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص450 ، هذا إذا لم يكن الوقف على نحو التملك ، بان كان على نحو التصرف.
- (7) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج10 ، ص21-22 ، والسبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص115 فتكون الولاية للحاكم الشرعي في المسائل الأساسية الراجعة لحفظ أصل الوقف ومصلحة البطون اللاحقة ، وتكون الولاية للموقوف عليه في تنميته وإصلاحاته الجزئية المتوقفة عليها حصول النماء الفعلي ، ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص247-248 إذا كان الوقف على نحو تملك العين الموقوفة فتكون الولاية على المنفعة للموقوف عليه والولاية فيما زاد على ذلك تكون للحاكم الشرعي والموجود من الموقوف عليه ، والشيرازي ، مصدر سابق ، ج60 ، ص41 فالولاية للموقوف عليه باعتبار ان الوقف له وللحاكم باعتبار انه ولي البطون ، والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص400-401 إذا كان الوقف على أفراد معينة على نحو التملك فيجوز للموقوف عليهم التصرف في العين الموقوفة بما يتوقف عليه انتفاعهم فيما إذا كانوا بالغين عاقلين رشدين وان لم يكونوا كذلك كان زمام ذلك بيد وليهم وأما التصرف بما يرجع الى مصلحة الوقف الأساسية فالأمر بيد الحاكم الشرعي وفي غير هذه الحالة يكون الوقف الخاص بيد الحاكم الشرعي.

أما بالنسبة لمركز المتولي ، فلم نجد تصريحاً من فقهاء الامامية ، والظاهر من كلامهم ان المتولي ليس وكيلاً للواقف ، حيث انهم اتفقوا على ان الواقف ليس له عزل المتولي إذا جعل توليته حين إنشاء الوقف أو في عقد الوقف نفسه (1) ، بينما الموكل قادر على ان يعزل وكيله.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

الشروط العامة لمتولي الوقف عند فقهاء الحنفية هي:-

(1) الأمانة أي عدم الخيانة (2).

(2) القدرة بمعنى عدم العجز (3).

وبعض الفقهاء لا يشترط في المتولي البلوغ إذا إذن له القاضي وكان قادراً على التصرف وأهلاً للحفظ (4).

والولاية في التولية غير المشروطة عند فقهاء الحنفية ، تكون الى :-

(1) الواقف (5).

(2) القاضي بعد موت الواقف وعدم وجود وصي له (6).

أما مركز المتولي عند فقهاء الحنفية ، ففيه اتجاهان :-

(1) وكيل عن الواقف (7).

(2) وكيل عن الموقوف عليه (8).

(1) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 144 ويوسف البحراني ، الحقائق الناضرة ، مصدر سابق ، ج 22 ، ص 185 ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 19 والخوئي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 233 والسبزواري ، مصدر سابق ، ج 22 ، ص 107 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 248 والشيرازي ، مصدر سابق ، ج 60 ، ص 44 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 398 والفيض ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 450-451 والإيرواني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 554.

(2) هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، أحكام الوقف ، مجلس دائرة المعارف العثمانية ، الهند ، 1355 هجرية ، ص 102 واحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، أحكام الاوقاف ، مطبعة ديوان عموم الاوقاف المصرية ، 1904 ، ص 202 وابن الهمام ، شرح فتح القدير ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 61 وإبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف في أحكام الاوقاف ، مصدر سابق ، ص 49.

(3) إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف ، المصدر السابق ، ص 49.

(4) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 579 ويرى كذلك ان الأمانة والقدرة هي شرائط أولوية وليست شرائط صحة ، وانظر أيضاً : إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 52 حيث ذكر ان وصية الواقف بالولاية الى الصبي باطلة ما دام صغيراً فإذا كبر تكون الولاية له.

(5) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص 101 والخصاف ، مصدر سابق ، ص 202.

(6) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص 103 والخصاف ، مصدر سابق ، ص 202 ومحمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، كتاب المبسوط ، ج 12 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2001 ، ص 52 وإبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 50.

(7) عند أبي يوسف انظر : إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 49 وابن عابدين ، رد المحتار ، ج 6 ، ص 641 وكذلك عند هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص 103 والخصاف ، مصدر سابق ، ص 201 والسرخسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج 12 ، ص 52.

(8) عند محمد انظر : إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 49 وابن عابدين ، رد المحتار ، ج 6 ، ص 641.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

ذكر الفقه المالكي الشروط العامة الآتية في المتولي :-

(1) الأمانة بمعنى عدم الخيانة (1).

(2) حسن النظر على الوقف (2).

والولاية في التولية غير المشروطة عند فقهاء المالكية ، تكون الى :-

(1) الموقوف عليه إذا كان معيناً ورشيداً (3).

(2) الحاكم إذا لم يكن الوقف على معين رشيد (4).

(3) القاضي مطلقاً (5).

بالنسبة لمركز المتولي ، لم نعثر على تصريح بذلك ، لكن وجدنا ان فقهاء المالكية يجعلون المتولي بمنزلة وكيل للواقف ، وذلك لأنهم يمنحون الواقف حق عزل المتولي ولو لغير جنحة (6).

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

شروط المتولي العامة في الفقه الشافعي هي :-

- (1) العدالة (7) ، والعدالة تعني اجتناب الكبائر بأجمعها واجتناب الإصرار على الصغائر بأنواعها (8).
- (2) الكفاية أي قوة الشخص وقدرته على التصرف أو الاهتداء الى التصرف (9).

(1) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج6 ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، (لم يذكر تاريخ الطب) ، ص37 نقلا عن سماع بن القاسم.
(2) الحطاب ، المصدر السابق ، ج6 ، ص37 نقلا عن سماع بن القاسم.
(3) عبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني ، ج7 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 ، ص156 والخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص92 والحطاب ، مصدر سابق ، ج6 ، ص37.
(4) الزرقاني ، مصدر سابق ، ج7 ، ص156 والخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص92 والحطاب ، مصدر سابق ، ج6 ، ص37.
(5) محمد بن احمد بن جزي الكلبي ، القوانين الفقهية ، ط21 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2006 ، ص274.
(6) ابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996 ، ص475 والحطاب ، مصدر سابق ، ج6 ، ص39-40.
(7) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الشافعي ، منهاج الطالبين ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001 ، ص131 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص393 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص514.
(8) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج4 ، ص427.
(9) يحيى بن شرف الشافعي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص131 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص393 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص515.

والولاية في التولية غير المشروطة عند فقهاء الشافعية فيها قولان :-

- (1) الى القاضي (1).
- (2) الى الموقوف عليه (2).

أما مركز المتولي ، أيضا لم نجد تصريحاً من الفقهاء حول ذلك ، لكن توجد قرائن على ان فقهاء الشافعية لا يعدون المتولي وكيلا للواقف ، فليس للواقف عزل المتولي ان شرط نظره حال الوقف (3) ، ولو تم عزل الناظر ، فتولية غيره الى الحاكم لا الى الواقف (4).

ولكن في المقابل توجد قرائن معاكسة ، أي على اعتبار المتولي كوكيل للواقف ، لأنهم يعطون لقبول المتولي المشروط له النظر حكم قبول الوكيل بجامع اشتراكهما في التصرف وفي جواز الامتناع منهما بعد القبول (5) ، وان فوض الواقف الى المتولي بعض الأمور لم يتعدها إتباعاً للشرط كالوكيل (6).

ونجد ان اعتبار المتولي وكيلا للواقف لا ينسجم مع اتجاه الشافعية في مالك العين الموقوفة ، حيث ان لهم قولين كما مر في المبحث التمهيدي ، الأول وهو ظاهر المذهب ان الملك ينتقل الى الله تعالى ، والثاني ينتقل الى الموقوف عليه ، فالواقف على كلا القولين ، تنقطع صلته بالموقوف رقبة ومنفعة ، فلا معنى لان يكون المتولي وكيلا عنه.

(1) يحيى بن شرف الشافعي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص131 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص393 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص514.

(2) إبراهيم بن علي الشيرازي ، التنبيه في الفقه الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995 ، ص200.

(3) يحيى بن شرف الشافعي ، مصدر سابق ، ج5 ، ص131 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص394 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص516.

(4) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 395.

(5) الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 393 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 514.

(6) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 394.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

ذكر فقهاء المذهب الحنبلي الشروط العامة الآتية في متولي الوقف :-

- (1) الأمانة (1) ، والبعض يشترط العدالة إذا كانت ولاية المتولي من الحاكم او من الناظر السابق لغير الموقوف عليه (2).
- (2) الكفاية في التصرف (3).
- (3) التكليف (4) ، وهذا الشرط يغني عن شرطي البلوغ والعقل ، حيث ان الصغير والمجنون لا تكليف بحقهما.
- (4) الإسلام (5).

والولاية في التولية غير المشروطة عند فقهاء المذهب الحنبلي ، تكون الى :-

- (1) الموقوف عليه ان كان معيناً مكلفاً رشيداً (6).
- (2) الحاكم إذا كان الوقف على غير المعين أو على مدرسة أو مسجد (7).

بالنسبة الى مركز المتولي ، أيضاً لم نعثر على تصريح من الفقه الحنبلي ، لكن الظاهر ان المتولي لا يعد وكيلاً عن الواقف ، لان الواقف ليس له عزل المتولي المشروط له (8) ، وان مات المتولي المشروط له في حياة الواقف ، لم يملك الواقف نصب غيره (9).

-
- (1) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 530.
 - (2) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 80 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، ج 4 ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 328.
 - (3) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 80 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504 ، ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 328 لكنه أضاف الخبرة والقوة على التصرف.
 - (4) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 80 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504 ، ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 328 الا انه أضاف الرشد كذلك.
 - (5) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 80 ، وكذلك البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 328 لكنهما قيذا هذا الشرط بحالة كون الوقف على مسلم او جهة من جهات الإسلام.
 - (6) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 529-530 والحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 79 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504-505 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 324-325.
 - (7) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 530 والحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 79 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504-505 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 324-325.
 - (8) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 81 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 504.
 - (9) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 505.

المطلب الثاني

مؤجر العقار الموقوف في القانون العراقي

اهتم المشرع العراقي بتنظيم الولاية على الوقف لأهمية ذلك في ادارة العقار الموقوف وحفظه ، فأشارت النصوص التشريعية الى تحديد جهة الولاية على الوقف في حالة عدم تعيين متولي الوقف من قبل الواقف ، وأيضاً تطرق الفقه القانوني وبشكل أوضح الى شروط المتولي والولاية غير المشروطة والى المركز القانوني للمتولي ، وكان للقضاء موقف من هذه المسائل ، لذلك سنتناول موقف القانون العراقي في ثلاث فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

بالنسبة لشروط المتولي ، جاء في المادة الأولى من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (توجه التولية في الوقف الصحيح وفقا لاصولها الشرعية الى الشروط له بوقفية أو بتعامل ثابت بحكم متى تحققت أهليته وثبت صلاحه) ، فنجد من خلال هذا النص ، ان المشرع العراقي أحال الامر الى الفقه الإسلامي.

وهذا الموقف منتقد ، لان الفقه الإسلامي كما تقدم قد اتفق على بعض الشروط كالكفاية واختلف في بعضها الآخر كالعدالة والإسلام ، فكان ينبغي للمشرع العراقي تجنباً للارتباك في تطبيق النص التشريعي ، وتجنباً لاختلاف التفسير ، ان ينص صراحة على شروط متولي الوقف.

ويرى احد الباحثين (1) ان المشرع العراقي ذكر شروطاً أخرى ، وهي ان لا يكون المرشح للتولية محكوماً بجناية عادية أو جنحة مخلة بالشرف أو سيرة أعماله تخالف الأحكام الشرعية أو انه متول معزول حسب المواد (19/8 و9) و (25) من نظام المتولين. ولكن نرى ان هذه ليست شروطاً إضافية في المتولي ، بل ما هي الا مصاديق لما اشترطه الفقه الاسلامي ، فارتكاب جناية أو مخالفة الشريعة أو العزل السابق تدل على انتفاء شرط العدالة أو الأمانة في المتولي.

(1) محمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص52-53.

أما التولية غير المشروطة ، فتكون قانوناً بيد ديوان الوقف ، حيث جاء في المادة الثانية من قانون ادارة الاوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل (يدير الديوان الاوقاف الآتية : 1- المضبوطة 2- الملحقة خلال انحلال توليتها أو سحب يد المتولي عنها بقرار من مجلس المحاسبة أو من المحكمة الشرعية ويستوفى 20% من مجموع وارداتها لقاء الادارة) ، ونصت المادة (1/6/1) من القانون نفسه على إحدى حالات الوقف المضبوط وهي (الوقف الصحيح الذي لم تشترط التولية عليه لأحد أو انقطع فيه شرط التولية).

وبالنسبة لمركز متولي الوقف ، لم نعرثر على نص تشريعي يتناول هذه المسألة.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

ذكر الفقه القانوني العراقي الشروط العامة الآتية في متولي الوقف:-

- (1) الأمانة (1) ، بينما يشترط احد الباحثين العدالة في المتولي (2).
- (2) القدرة على القيام بشؤون الوقف أو الكفاية (3).
- (3) العقل (4).
- (4) البلوغ (5).
- (5) الإسلام ان كان الموقوف عليه مسلماً أو جهة بر مسلمة (6).
- (6) الرشيد (7).

ويمكن إرجاع شرط الرشيد الى الشروط السابقة ، وذلك للتلازم بين هذه الصفات ، فيُعد عرفاً الشخص الأمين القادر العاقل البالغ ، بانه شخص رشيد.

(1) عمر حلمي أفندي ، إتخاف الاخلاف في أحكام الاوقاف ، مصدر سابق ، ص233 وعلي حيدر ، ترتيب الصنوف ، مصدر سابق ، ج1 ، ص17 و27 ومحمد احمد العمر ، التطبيقات الشرعية والصكوك ، مصدر سابق ، ص157 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص39 ومحمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، (مستل من مجلة القضاء ، العددان 3 و4 السنة 32) ، مطبعة الشعب ، بغداد ، 1977 ، ص53 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص161 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص175 وزيايد خالد المفرجي ، مصدر سابق ، ص75.

(2) محمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص53.

(3) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 233 وحسين علي الاعظمي ، أحكام الأوقاف ، مطبعة الاعتماد ، بغداد ، 1949 ، ص 153 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 39 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 161 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 177-178 ومحمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص 53.

(4) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 233 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 152 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 39 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 161 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 162-161 ومحمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص 53.

(5) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 233 ، وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 152 وأضاف ان الواقف إذا أقام صبيا على وقفه أو وصيا كان للقاضي ان يولي غيره حتى إذا بلغ الرشد كانت الولاية له ، ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 39 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 161 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 163-164 ومحمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص 53.

(6) محمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، مصدر سابق ، ص 53 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 178-181 ومحمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص 53.

(7) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 161.

بالنسبة للولاية في التولية غير المشروطة ، تكون من حق :-
(1) الواقف أو وصيه المختار (1).

(2) القاضي عند موت الواقف وعدم وجود وصي له (2).

ف نجد ان الفقه القانوني في التولية غير المشروطة اتبع اتجاه الفقه الحنفي.

بالنسبة لمركز المتولي ، اختلف الفقه القانوني الى أربعة اتجاهات :-

(1) وكيل عن الواقف (3).

(2) وكيل أو ممثل عن الموقوف عليه (4).

(3) ممثل عن الوقف (5).

(4) نائب عن الواقف في حياته وعن الوقف بعد وفاته (6).

(1) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 235-237 وعلي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 59 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 151-152 ومحمد احمد العمر ، التطبيقات الشرعية والصكوك ، مصدر سابق ، ص 156 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 40 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 162 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 139.

(2) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 235-237 وعلي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 59 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 151-152 ومحمد احمد العمر ، التطبيقات الشرعية والصكوك ، مصدر سابق ، ص 156 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 40-41 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 161 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 143-147 ولكنه أضاف إلا إذا كان الموقوف عليهم معينين راشدين ، حيث تكون الولاية لهم ، ولا حق للقاضي فيها.

(3) حسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 174 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 52 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 167، وقد قيدوا ذلك فيما إذا كان المتولي منصوباً من قبل الواقف.

(4) محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 46 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 248.

(5) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 174 وزيايد خالد المفرجي ، مصدر سابق ، ص 89 وص 122.

(6) محمد رافع يونس ، مصدر سابق ، ص 35.

الفرع الثالث : موقف القضاء

يشترط القضاء العراقي في متولي الوقف الشروط العامة الآتية :-

(1) الأمانة ، اشترطت العديد من القرارات القضائية الأمانة في المتولي ، فإذا فقد المتولي هذا الشرط ، بان ثبتت خيانتة ، فانه يتعرض للعزل (1).

(2) القدرة على إدارة الوقف ، حيث أشار قرار قضائي (.....) وحيث ان هذه الأسباب المذكورة من إهمال للوقف وعدم قيام المتولي المذكور بالتعميرات المقتضية لأكثر مستغلات هذا الوقف ولثبوت تصرف المتولي من ناحية إيجار المسققات بأجرة أقل من بدل المثل لهذه الأسباب كلها اقتنعت المحكمة لخيانة هذا المتولي وعدم قدرته على إدارة هذا الوقف (.....)(2).

(3) تزكية المجتهد الديني الأعلى في الوقف الجعفري ، ذكرت قرارات قضائية متلاحقة اشتراط حصول متولي الوقف على تزكية المجتهد الأعلى في خصوص الوقف الجعفري تطبيقاً لنص المادة الرابعة من قانون ادارة العتبات المقدسة رقم (25) لسنة 1966 (3).

(1) انظر : قرار لم يذكر رقمه بتاريخ 26/ ذو القعدة/ 1360 هجرية ، مجلة القضاء ، العدد 1 لسنة 1942 ، ص 222-223 حيث جاء فيه (.....) فان تولية المدعى عليه مستندة على شرط الوقف فلا يجوز عزله إلا بخيانة تثبت شرعاً بحكم حاكم (.....) ، وأيضاً قرار لم يذكر رقمه بتاريخ 24/ 11/ 1942 ، مجلة القضاء ، العدد 1 لسنة 1943 ، ص 97-99 والقرار المرقم 201 بتاريخ 30/ 10/ 1946 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 3 لسنة 1947 ، ص 452-453 والقرار المرقم 46/ 378 بتاريخ 1/ 2/ 1947 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 1 لسنة 1947 ، ص 127-129 والقرار المرقم 122/ هيئة عامة ثانية/ 74 بتاريخ 6/ 8/ 1974 ، النشرة القضائية ، العدد 3 السنة الخامسة ، ص 105-107.

(2) القرار المرقم 201 بتاريخ 30/ 10/ 1946 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 3 لسنة 1947 ، ص 126-127 ، وانظر أيضاً : القرار المرقم 1945/ 406 بتاريخ 7/ 4/ 1946 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 3 لسنة 1947 ، ص 461-462.

(3) انظر : القرار المرقم 54/ حجة شرعية/ 1969 بتاريخ 26/ 1/ 1970 ، النشرة القضائية ، العدد 1 لسنة 1970 ، ص 122-123 حيث جاء فيه (.....) ان المحكمة الشرعية لم تراعى حكم المادة الرابعة من قانون ادارة العتبات المقدسة رقم 25 لسنة 966 وذلك بتعيين المتولي بعد تزكيته من المجتهد الديني الأعلى لذا قرر نقض الحجة الصادرة (.....) ، وكذلك القرار المرقم 216 و 217 / هيئة عامة ثانية/ 74 بتاريخ 22/ 2/ 1975 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 1 لسنة 1975 ، ص 117-118 والقرار المرقم 581/ شخصية/ 75 بتاريخ 16/ 6/ 1975 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 لسنة 1975 ، ص 111 والقرار المرقم 125/ هيئة عامة ثانية/ 1976 بتاريخ 18/ 9/ 1976 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 3 لسنة 1976 ، ص 73-74 والقرار المرقم 604/ شخصية/ 78 بتاريخ 4/ 7/ 1978 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 3 لسنة 1978 ، ص 65 والقرار المرقم 601/ شخصية/ 1978 بتاريخ 16/ 4/ 1978 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 لسنة 1978 ، ص 83-84.

ان شرط تزكية المجتهد الديني الأعلى في الوقف الجعفري ، تم حذفه بصور قانون التعديل رقم (108) لسنة 1983 ، وأصبح نص المادة الرابعة من قانون ادارة العتبات المقدسة رقم (25) لسنة 1966 (يعين المتولي على وقف العتبات المقدسة بقرار من محكمة الأحوال الشخصية وفق الشروط المحددة في الوقفية) ، وأخيراً الغي قانون ادارة العتبات المقدسة رقم (25) لسنة 1966 بصور قانون ادارة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريفة رقم (19) لسنة 2005 ، ولم يشر القانون الجديد الى شرط تزكية المجتهد الأعلى.

وبالنسبة للتولية غير المشروطة ، حكم القضاء بان الولاية تكون الى دائرة الاوقاف (1) ، وهذا الحكم يوافق نص المادة الثانية من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل.

أما مركز المتولي قضائياً ، فيظهر من خلال القرارات القضائية وجود ثلاثة اتجاهات :-

(1) وكيل عن الواقف ، حيث حكم القضاء بأحقية الواقف بتبديل المتولي الذي يعينه ، فقد جاء في قرار قضائي (.....) ان المحكمة قررت رد دعوى المميز المتعلقة باعتراض الغير على القرار الذي أصدرته بخصوص تبديلها المتولي بناء على أحقية الواقف بتبديل المتولي الذي يعينه ولما كان الواقف محقاً بتبديل المتولي الذي عينه في حال حياته فرد المحكمة الدعوى من هذا الوجه صحيح (.....)(2).

(2) ممثل عن الموقوف عليه ، حيث ذكر قرار قضائي (.....) ظهر ان المعارض اعتراض الغير هو احد المرتزقة وان الحكم المعارض عليه الصادر من هذه المحكمة كان قد صدر

بحضور متولي الوقف ولما كانت القضية موضوعة البحث تتعلق برقبة الوقف والمتولي يمثل كافة المرتبة في المحاكم بهكذا قضايا (3).

(3) ممثل عن الوقف ، حيث نص قرار قضائي (..... لان الحكم على المتولي في الدعوى الأصلية لم يصدر عليه بصفته الشخصية وإنما صدر عليه بصفته ممثلاً للوقف....) (4).

فعليه نجد ان اختلاف القضاء العراقي في تحديد مركز المتولي الوقف ، انعكاس لاختلاف الفقه الاسلامي والفقه القانوني في هذه المسألة.

(1) القرار المرقم 46/472 بتاريخ 19/1/1947 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 1 لسنة 1947 ، ص 122-123.

(2) انظر : الاضبارة المرقمة 936/752 لم يذكر تاريخ القرار ، مجلة القضاء ، العدد 5 لسنة 1936 ، ص 154-155.

(3) القرار المرقم 1935/150 بتاريخ 20/1/1936 ، مجلة القضاء ، العدد 2 لسنة 1936 ، ص 252-255.

(4) القرار المرقم 1953/271 بتاريخ 21/11/1953 ، مجلة القضاء ، العدد 3 لسنة 1954 ، ص 158-159.

المطلب الثالث نتيجة المقارنة

نتناول نتائج مقارنة مؤجر العقار الموقوف بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي في الفروع الثلاثة الآتية:-

الفرع الأول : شروط متولي الوقف المختارة

من خلال هذه المقارنة ، أتضح لدينا ان الشروط العامة لمتولي الوقف في الفقه الاسلامي هي ، الأمانة (1) والكفاية والعقل والبلوغ ، ومن الفقهاء من اشترط العدالة كالشافعية وبعض الامامية ، وكذلك بعض فقهاء المذهب الحنبلي إذا كانت ولاية المتولي من الحاكم أو من الناظر السابق لغير الموقوف عليه ، ومنهم من اشترط الإسلام كما في الفقه الحنبلي ، أما من ناحية القانون العراقي ، فقد وجدنا ان التشريع أحال الأمر الى الفقه الإسلامي ، والفقه القانوني اعتمد شروط الأمانة والقدرة والعقل والبلوغ والإسلام والرشد ، والقضاء ذكر شروط الأمانة والقدرة وتزكية المجتهد .

ونرجح الشروط الآتية في متولي الوقف :-

(1) الأمانة ، فلا يسرق من غلة الوقف ولا يغش في المعاملة الخاصة بالوقف ، ولكنه مع ذلك يخالف بعض الأحكام الشرعية . ولم نشترط العدالة لندرة من يتصف بها في عصرنا الحاضر ، فاعلم الناس ضعف التزامهم بتعاليم الإسلام ، وهذا يؤكد ما جاءت به الروايات من ان الدين الاسلامي ولد غريباً وسيعود غريباً ، وان الماسك على دينه كالماسك على جمرة ، فالعدالة شرط صعب التطبيق من الناحية العملية خاصة إذا أضفنا إليها شرط القدرة على ادارة الوقف ، أي اننا سنطالب المتولي ان يكون صاحب دين ودنيا في الوقت نفسه ، وما اقل اجتماعهما (2).

(1) انظر بخلاف ذلك : وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص 232 حيث ذهب الى ان العدالة شرط عند جمهور الفقهاء.

(2) محمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، مصدر سابق ، ص 54 ود. محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 175-176 ومحمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، ص 374.

(2) القدرة على ادارة الوقف ، بمعنى ان لديه خبرة في المعاملات المالية ، فهو مطلع على احتياجات السوق وتقلباته وأسعاره ، ولديه مرونة في التعامل مع المتعاقدين ، ويعرف الأنسب للوقف من ناحية اختيار المستأجر الذي يحافظ على العقار وفي الوقت نفسه يدفع الأجرة بحسب المواعيد ، ولديه قابلية على تفسير وفهم الإجراءات الإدارية التي يفرضها ديوان الوقف وهكذا . لان المتولي إذا لم يكن قادرا على إدارة الوقف ، فان ذلك سيؤدي الى ضياع الوقف ، وهذا أمر واضح ، لذا يمكن القول ان الدليل على اشتراط الأمانة والكفاءة في متولي الوقف هو إجماع العقلاء والفطرة (1).

(3) الإسلام إذا كان الموقوف عليه جهة إسلامية ، مثلا فقراء المسلمين او مصالحهم او مساجدهم ، وذلك للأسباب الآتية :-

أ - تنص المادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (المتولي مسؤول عن ادارة الوقف بموجب شرط الواقف ووفق الأحكام الشرعية والقوانين والأنظمة) ، وتنص المادة (27) من نظام المتولين (تطبق الأحكام الشرعية في أي أمر لم يرد به نص في هذا النظام) ، ولإثبات أهلية المتولي في معرفة الأحكام الشرعية فان عليه ان يجتاز امتحاناً بذلك من قبل جهة مختصة بحسب المادة الثالثة من نظام المتولين المذكور ، لذا على المتولي بحسب هذه النصوص معرفة العديد من الأحكام الشرعية ، مثلا عليه معرفة ما يخالف الشرع من شروط الواقف ليتجنب تطبيقه ، أو ان يعرف شروط الفقير والمسكين الشرعي أو معرفة وجوه البر والإحسان في نظر الشرع أو ما يحقق المصلحة الإسلامية ، وهذا مما لا يتيسر معرفته بشكله الصحيح للمتولي غير المسلم.

ب - ان المتولي المسلم اشد حرصا على منافع المسلمين من المتولي الكافر ، وبهذا سيكون المتولي المسلم انفع للوقف ، وهذا يتطابق مع القاعدة الفقهية المتفق عليها بتحقيق ما هو أصلح وانفع للوقف.

ج - إن الولاية على المسلم لا تكون إلا من مسلم (2).

د - إذا كان الواقف مسلما ، فنستطيع القول انه يشترط الاسلام ضمنا في المتولي ، لان غرض الواقف من الوقف غالبا هو التقرب لله تعالى ، والكافر لا يؤتمن على مثل هذا الغرض.

(1) السبزواري ، مصدر سابق ، ج22 ، ص108.

(2) محمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، مصدر سابق ، ص53.

ولم نذكر شرطي البلوغ والعقل ، لان شرطي القدرة والأمانة يغنيان في الغالب عن ذلك ، فالكفاية والأمانة يتطلبان وجود البلوغ والعقل (1) ، فلا يحتمل ان يكون الصغير أو المجنون أمينا وقادرا على ادارة الوقف ، ولعل لهذا السبب لم يشر معظم الفقهاء لشرطي البلوغ والعقل.

ولان الوقف نظام خاص ويتطلب أقصى درجات الحيطة والحذر للمحافظة عليه ، لذا لا نرى ان يكون غير البالغ متوليا وان إذن له القضاء بذلك ، خوفا من التسامح في ادارة الوقف مما يعرضه للضياع .

الفرع الثاني : تولية الفقيه في التولية غير المشروطة

بالنسبة للتولية غير المشروطة ، اختلف الفقه الاسلامي في ان الولاية تكون الى الواقف أو الموقوف عليه او الحاكم أو الموقوف عليه والحاكم معا أو القاضي ، والمراد من الحاكم أما الفقيه الجامع للشرائط أي المجتهد العادل (2) أو القاضي (3) أو ولي الأمر وصاحب السلطة (4) . ومن ناحية القانون العراقي ، ذهبت نصوص التشريع وكذلك القضاء الى ان الولاية تكون لديوان الوقف ، والفقه القانوني

تبنى موقف الفقه الحنفي حيث جعل الولاية للواقف في حياته أو وصيه المختار بعد مماته وعند عدم وجود الوصي تكون الولاية الى القاضي .

ونرجح ان تكون الولاية على الوقف في حالة التولية غير المشروطة الى الفقيه الجامع للشرائط مطلقا في الوقف الخاص والعام أو الوقف على معين وغير المعين ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان الفقيه الجامع للشرائط يمتلك شرط العدالة فضلا عن الأمانة ، ويمتلك شرط الإيمان فضلا عن الإسلام.

(2) ان الفقيه أعلم بالأحكام الشرعية ، وبما ان المادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 أناطت ادارة الوقف وفقا للإحكام الشرعية والقوانين والأنظمة ، فالفقيه سيكون الأقدر على الادارة من هذه الناحية والأكثر احتياطا بمراعاتها.

(1) د.وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص232 ود. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 ، ص513.

(2) السيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص32.

(3) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، مصدر سابق ، ج5 ، ص43.

(4) محمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، ص378 و381 و382.

(3) ان جعل الولاية للفقيه يوافق قصد الواقف ، لان الواقف يختار الاعدل والأقدر والأصلح لإدارة وقفه ، فكأنما الواقف بسكوته جعل الولاية الى الفقيه.

(4) ان جعل الولاية بيد الواقف أمر غير مقبول ، لان الواقف بعد الوقف يكون أجنبيا عن العقار الموقوف ، وذلك لانقطاع صلته برقبة العين والمنفعة ، كما تقدم ذلك في تعريف الوقف.

(5) ان من محاذير تولية الموقوف عليهم ، احتمال تضرر البطون اللاحقة من المستحقين ، لان الموقوف عليهم سيبدلون جهدهم في استنزاف منفعة الوقف لمصلحتهم لأنهم يملكون المنفعة ، وهذا الضرر يتنافى مع غرض الواقف ، لان مصلحة الوقف لا تقتصر على الطبقة الأولى فحسب وإنما تتعداهم الى البطون اللاحقة (1) ، كما ان تولية الموقوف عليهم يثير المنازعات بينهم لكثرتهم واختلاف مصالحهم عادة.

(6) لا يمكن القبول بجعل ولاية الوقف الى ولي الامر أي صاحب السلطة ، لان يد ولي الامر والسلطة كانت السبب في ضياع الأوقاف وإدخالها في أملاكهم الشخصية ، كما اثبت التاريخ ذلك (2).

(7) ان جعل التولية الى القضاء أمر فيه احتمال الخطورة على الوقف ، وذلك لارتباط القضاء في النهاية بولي الامر وصاحب السلطة (3) ، مما ينتج محذور النقطة السابقة ، والمحذور نفسه يجري إذا أعطيت الولاية الى ديوان الوقف.

ان الضرورة الفعلية تحتم الاستناد الى توجيهات المرجعية الدينية المتعلقة بالوقف سواء كان على مصلحة عامة أم خاصة ، لضمان مشروعية التصرفات المتعلقة بالوقف ، فان تحقيق الهدف الأسمى من الوقف لا يتحقق إلا تحت إشراف المرجعية الدينية العليا (4) ، وإلا فان ضياع الأوقاف ، كان نتيجة غياب الإشراف المرجعي (5).

(1) محمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، مصدر سابق ، ص52-53.

(2) حسين بركة الشامي ، التعدي على الأوقاف في العراق ، جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 2006 ، ص13 وص59 وص72-79 ومحمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، ص17 على يد الناصر محمد بن قلاوون وص20 على يد الظاهر بيبرس وص28 على يد محمد علي باشا.

(3) محمد قدرى باشا ، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف ، ط5 ، مكتبة الأهرام ، مصر ، 1928 ، ص100.

(4) بشير النجفي ، رسالته التوجيهية الى الملئقى الأول للوقف الجعفري في الكويت ، 2005 ، ص3-4.

وتأييدا لهذا الاتجاه ، فقد تم تثبيت رئيس الكنيسة الكلدانية في العراق والعالم متوليا على أوقافها (1).

ولكن كيف يتسنى للفقيه ادارة هذه الاوقاف مع كثرة مشاغله وواجباته الدينية ؟ قد يقال يمكن ذلك بان يوكل عنه وكيل لكل وقف ، لكن المشكلة تبقى ، فمن سيقوم بمتابعة هؤلاء الوكلاء ؟ ، فبحسب إحصائية للأوقاف أجريت عام 1997 بلغ عدد الاوقاف المضبوطة (13083) وقفا وعدد الأوقاف الملحقة (1948) وقفا (2) ، وان إدارة هذا العدد الكبير من الاوقاف يتطلب إنشاء دائرة متكاملة وبأقسام متخصصة من قانونية لمتابعة التجاوزات ، وهندسية للصيانة ، ومحاسبة وغيرها ، فلا بد من توظيف خبراء اقتصاديين ومدراء أكفاء يكونون على اتصال مباشر مع المرجعية الدينية (3).

وبذلك نقرب من هيكلية ديوان الوقف الحالي ، لكن النقطة الفارقة ان هذه الدائرة يجب ان ترتبط مباشرة بالفقيه الجامع للشرائط ، ولو حققنا ذلك لأقبل الناس على زيادة الاوقاف ، لكون أوقافهم ستكون بيد أمينة.

الفرع الثالث : المركز القانوني لمتولي الوقف

لم نجد تصريحاً من فقهاء المذاهب في هذه المسألة باستثناء الفقه الحنفي حيث اختلف في كون المتولي وكيلاً عن الواقف أو وكيلاً عن الموقوف عليه ، أما من ناحية القانون العراقي ، فقد جاءت نصوص التشريع ساكنة عن ذلك ، والفقه القانوني اختلف على اتجاهات ، بانه وكيل عن الواقف أو وكيل عن الموقوف عليه أو ممثل للموقف أو نائب عن الواقف في حياته وعن الوقف بعد مماته ، واختلف القضاء أيضا على اتجاهات ، بانه وكيل عن الواقف أو ممثل عن الموقوف عليه أو ممثل للموقف.

ونرجح بان المتولي نائب عن الوقف مطلقاً في حياة الواقف وبعد مماته ، والمفروض ان تكون هذه النيابة قانونية ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان اعتبار المتولي نائباً عن الوقف يحقق مصلحة الوقف ، فالمتولي لن يسعى لمصلحة الواقف أو الموقوف عليهم ولن يتلقى الأوامر من احد ، بل يسعى الى ادارة الوقف طبقاً لشروط الواقف ووفق الأحكام الشرعية والقوانين والأنظمة بحسب المادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970.

(1) انظر : القرار رقم (4) لسنة 2004 ، صباح صادق جعفر الانباري ، دليل التشريع العراقي ، (لم يذكر جهة النشر ولا مكان النشر) ، 2008 ، ص25.

(2) زياد خالد المفرجي ، مصدر سابق ، ص86. (3) عبد العظيم المهدي البحراني ، مصدر سابق ، ص6.

(2) توجد أسباب تمنع ان يكون المتولي وكيلاً عن الواقف ، وهي :-

أ - انقطاع صلة الواقف بالعين الموقوفة رقبة ومنفعة ، كما سبق توضيحه في مبحث تعريف الوقف.

ب - تنص المادة (942) من القانون المدني العراقي (حقوق العقد تعود الى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه) ، لكن في عقود المتولي نجد ان حقوق العقد لا تعود الى الواقف ، بل تعود الى الوقف.

ج - حسب المادة (946) من القانون المدني (تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بخروج احدهما عن الأهلية أو بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة) ، لكن المتولي لا ينعزل بموت الواقف أو بفقدانه الأهلية.

(3) توجد أسباب تمنع ان يكون المتولي وكيلاً عن الموقوف عليهم ، وهي :-

أ - تنص المادة (927) من القانون المدني (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) ، لكن المتولي ينصب اما عن طريق الواقف أو القاضي أو الحاكم ، أما الموقوف عليه فليس من حقه تنصيب المتولي.

ب - تنص المادة (1/930) من القانون المدني على انه (يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقا) ، ومن المعلوم انه قد يكون الموقوف عليه مجنوناً او صبياً غير مميز ، فعليه لا يصح ان يكون المتولي وكيلاً عنهما.

ج - ان العقد يقع للموكل بحسب المادة (942) من القانون المدني ، لكن حقوق العقد في عقود المتولي لا تعود الى الموقوف عليه ، بل تعود الى الوقف.

د - تنتهي الوكالة بموت الموكل أو بفقدانه الأهلية بحسب المادة (946) من القانون المدني ، لكن المتولي لا ينزل بموت الموقوف عليه أو بفقدانه الأهلية.

و - تنص المادة (1/947) من القانون المدني (للموكل ان يعزل الوكيل أو ان يقيد من وكالته) ، لكن الموقوف عليه ليس له حق عزل المتولي ، بل هو حق القاضي أو الحاكم أو الواقف بحسب اختلافات المذاهب الفقهية.

المبحث الثاني مستأجر العقار الموقوف

وقع البحث والخلاف في من له حق استئجار العقار الموقوف ، فهل يجوز لمتولي الوقف ان يكون مستأجراً ؟ وفي حالة الجواز ، وقع الخلاف في شروط التعاقد معه ، فهل تُشترط شروط إضافية في التعاقد ؟ مثلاً هل يُشترط في الأجرة ان تكون أكثر من أجرة المثل ؟ أو هل يُشترط إذن القاضي ؟.

ووقع الخلاف أيضاً في حالة كون المستأجر من أقارب المتولي كأصوله وفروعه وزوجته.

وكذلك وقع الخلاف ولكن بدرجة اقل في حالة كون المستأجر هو الموقوف عليه.

وهل توجد فئات أخرى ممنوعة من حق الاستئجار ؟ كما صنع المشرع العراقي في منع الموظفين في ديوان الوقف من دخول المزايدة العلنية لإيجار العقار الموقوف.

فعليه سينصب هذا المبحث في بحث إمكانية كون مستأجر العقار الموقوف هو متولي الوقف ، أو من أقارب المتولي ، أو من الموقوف عليهم ، أو من فئات خاصة ، أما غير هؤلاء فقد تم الاتفاق على انه هو القدر المتيقن من مستأجر العقار الموقوف ، فلذا يصح التعاقد معه من دون التقيد بالقيود التي قد تفرض في الحالات السابقة.

وسنتناول موقف الفقه الإسلامي أولاً ، ثم نتناول موقف القانون العراقي ثانياً ، ثم نصل الى نتيجة المقارنة ثالثاً.

المطلب الأول مستأجر العقار الموقوف في الفقه الإسلامي

بعض المذاهب الفقهية في كتاب الوقف تعرضت مباشرة لبحث حالة كون متولي الوقف مستأجراً كالفقه الحنفي والشافعي ، والبعض الآخر لم يتطرق الى هذه المسألة ، فأحالتها الى القواعد العامة .

لهذا اضطررنا للبحث عن ذلك في مسألة أخرى ، وهي مسألة جواز تولي طرفي العقد لمن له حق الولاية ، وقد بُحثت هذه المسألة في عقد الوكالة وبعض الفقهاء بحثها في عقد البيع ، وحيث ان الظاهر من كلمات الفقهاء عدم وجود خصوصية لهذه العقود (1) ، لذا يمكن تعميمها الى عقد ايجار العقار الموقوف ، ومنها بالأولية سنعرف حكم التأجير الى أقارب المتولي كأصوله وفروعه وزوجته ، بعد ان نكون قد عرفنا حكم التأجير الى متولي الوقف.

الفرع الأول : الفقه الامامي

لم يتطرق فقهاء الامامية في كتاب الوقف الى من له حق الاستئجار ، فلذا انتقلنا الى مسألة من له حق تولي طرفي العقد.

وقد اختلف فقهاء الامامية في ذلك ، فالغالب منهم يجيز لمن له الولاية أو الوكالة تولي طرفي العقد (2).

وبعض الفقهاء لا يجيز للوكيل ان يبيع مال الموكل لنفسه وكذلك لا يجيز ان يشتري مال الموكل لابنه الصغير ، لانه يكون في ذلك البيع قابلاً وموجباً فتلحقه التهمة ، ولكن يجوز ان يبيعه لابنه الكبير أو والده لان الملك يقع لغير الوكيل فهو مثل الأجنبي (3).

(1) يوسف البحراني ، الحقائق الناضرة ، ج18 ، ص417.

(2) الشهيد الثاني ، الروضة البهية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص195 والركبي ، جامع المقاصد ، مصدر سابق ، ج8 ، ص204 ومحمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، مصدر سابق ، ج8 ، ص168 ومحمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، مصدر سابق ، ج2 ، ص149.

(3) الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج2 ، ص381.

ومن اجل معرفة موقف فقهاء الامامية المعاصرين من هذه المسألة ، فقد وجهنا استفتاءات الى ثلاثة فقهاء في النجف الاشرف ، واتضح انه يجوز التأجير لأي أحد من المتولي أو اصوله وفروعه أو الموقوف عليهم ما لم يكن هناك تقييد على خلاف ذلك في الوقفية مع مراعاة مصلحة الوقف والموقوف عليهم في الأجرة (1) ، فيجوز للمتولي واصوله وفروعه استئجار العقار الموقوف باجر المثل أو بأكثر ، ولا يجوز بأقل من أجرة المثل (2) لان ذلك خارج حدود المصلحة (3).

أما الموقوف عليه ، فرأي يرى انه يجوز له الاستئجار ولو بأقل من أجرة المثل ، لأنه ليس في ذلك تجاوز عن حدود الصلاح (4).

لكن التأجير بأقل من أجره المثل للموقوف عليهم ، وان لم يكن فيه تجاوزا لمصلحة خصوص المستأجرين من الموقوف عليهم ، الا انه يعد تجاوزا لحدود مصلحة بقية الموقوف عليهم ، حيث ستخفض عوائدهم من الوقف ، بل حتى لو كان الموقوف عليه المستأجر هو المستحق الوحيد للوقف في وقته ، فانه لا يحقق مصلحة الوقف ، لان المبالغ المخصصة لتعمير الوقف وصيانته ستخفض مما يضر بالوقف ومصالح البطون اللاحقة من الموقوف عليهم.

وهناك رأي آخر يرى انه إذا كان الموقوف عليه معلوما ، فلا بد ان يصرف عليه ريع العقار الموقوف ، ولا معنى لإجارته له (5).

ونجد انه قد يكون من المسوغ جعل الموقوف عليه مستأجرا ، رغم انه المستفيد من ريع العقار الموقوف ، فقد يرغب الموقوف عليه بان يستأجر العقار الموقوف ، ويدفع الأجرة لكونه مستأجرا ، والتي يُستقطع منها اجور التعمير والصيانة للوقف مثلا ، ثم يدفع إليه حصته من ريع الوقف لكونه موقوفا عليه ، وبذلك يكون الموقوف عليه مدينا للوقف بالأجرة ودائنا له بمقدار استحقاقه وقد تقع المقاصة بين الدينين إذا توفرت شروطها (6).

من كل ذلك يتضح ، ان الرأي الغالب في الفقه الامامي ، هو جواز تأجير العقار الموقوف الى متولي الوقف وسائر أقاربه ، وكذلك الى الموقوف عليهم والى الغير بالأولوية.

-
- (1) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء علي الحسيني السيستاني حول مستأجر العقار الموقوف.
 - (2) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء محمد إسحاق الفياض واستفتاء باقر الايرواني حول مستأجر العقار الموقوف.
 - (3) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول مستأجر العقار الموقوف.
 - (4) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول مستأجر العقار الموقوف.
 - (5) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء محمد إسحاق الفياض حول مستأجر العقار الموقوف.
 - (6) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج6 ، ص1413.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

توجد ثلاثة آراء في الفقه الحنفي حول تأجير العقار الموقوف الى المتولي ، وهي :-

- (1) عدم جواز إجارة المتولي الوقف لنفسه (1) ، أي مطلقا.
- (2) لا يجوز ان يكون المتولي مستأجرا ولو باجرة المثل ، لان الواحد لا يتولى طرفي العقد الا إذا تقبله من القاضي لنفسه فحينئذ يتم العقد لقيامه باثنين (2) ، فعليه لابد من إذن القاضي ولو كانت الأجرة أضعاف أجره المثل (3).
- (3) يُنقل عن أبي حنيفة انه يجيز الاجارة الى المتولي إذا كانت خيرا للوقف (4) ، بان تكون أكثر من أجره المثل مثلا ، وطبقا لهذا النقل تصح الاجارة للمتولي عند أبي حنيفة إذا كانت الأجرة أكثر من أجره المثل ولا حاجة الى إذن القاضي (5).

وكذلك اختلف في جواز التأجير الى ابن المتولي أو أبيه ، بحسب المواقف الآتية :-

- (1) فعن أبي حنيفة يوجد نقلان ، الأول لا يجوز ان يكون ابن المتولي أو أبوه مستأجرا (6) ، أي مطلقا وان كان أكثر من اجر المثل ، والنقل الثاني لا يجوز الا بأكثر من أجره المثل (7).

(1) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص208.

(2) الطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص56 و ص65.

- (3) احمد إبراهيم بك ، أحكام الوقف والمواثيق ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، 1937 ، ص115-116.
- (4) محمد بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي ، جامع الفصولين ، ج2 ، المطبعة الأزهرية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1300 هجرية ، ص27.
- (5) انظر بخلاف ذلك : د.أنور احمد الفزيع ، الحماية المدنية للوقف ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني لسنة 1999 ، ص101 حيث ذكر ان رأي أبي حنيفة ، هو منع المتولي من تأجير الوقف لنفسه.
- (6) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص208 والخصاف ، مصدر سابق ، ص206 والطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص69.
- (7) محمد بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي ، جامع الفصولين ، مصدر سابق ، ج2 ، ص27.
- ونرجح النقل الثاني ، وذلك:-

أ - ان النقل الأول مطلق ، بينما النقل الثاني مقيد ، والقاعدة تقتضي تقديم العمل بالمقيد على المطلق.

ب - ان النقل الأول في احد مصادره ورد معللا بالتهمة ، حيث ذكر بان منع التأجير الى ابن وأب المتولي للتهمة (1) ، والنقل الثاني يرفع التهمة ، وذلك لان الاجارة بموجبه تجوز بأكثر من أجره المثل لا مطلقا ، فلذا يقدم النقل الثاني لانه يحقق علة النقل الأول.

(2) يجوز عند صاحبين ان يكون ابن أو أب المتولي مستأجرا (2) ، دون التقييد بان تكون الأجرة أكثر من أجره المثل.

أما بالنسبة الى الموقوف عليه ، فيجوز ان يكون الموقوف عليه مستأجرا (3).

فخلاصة موقف الفقه الحنفي ، انه اختلف في جواز تأجير العقار الموقوف الى المتولي ، بينما أجاز ذلك بالنسبة الى ابنه وأبيه ، ومنه يمكن التعدي الى جواز التأجير الى زوجة المتولي وسائر أقاربه ، وذلك بنفي خصوصية الابن والأب في حكم المسألة أو بالأولوية ، وأجاز الفقه الحنفي التأجير الى الموقوف عليه ، وكذلك الى الغير بالأولوية.

(1) انظر : الطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص56 وذكر ذلك ولم ينسبه الى أبي حنيفة ، ولكنه أشار الى ان الخلاف في هذه المسألة سيذكر في باب الاجارة ، وفي باب الاجارة في ص69 نقل عبارة المنع المتقدمة نفسها في ص56 ونسبها الى أبي حنيفة ولكن من دون ذكر تعليل التهمة ، ونستنتج من ذلك ان مورد الكلام واحد ، وان المنع عند أبي حنيفة من التأجير ، علته التهمة.

(2) الطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص69 وكذلك هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص208 والخصاف ، مصدر سابق ، ص206 لكنهما أجازا ذلك عند أبي يوسف فقط.

(3) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص210 والطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص66.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

يرى فقهاء المالكية ، انه لا يجوز ان يبيع الوكيل لنفسه ما وُكِّل في بيعه ولو كان بغير محابة (1).

بينما يجوز ان يبيع الوكيل لزوجته ما وُكِّل به ، ان لم يكن في البيع محابة ، فان حابى في ذلك فباع ما يساوي عشرة بخمسة مثلاً ، فانه لا يجوز ، وذلك لان الزوجة مستقلة بالتصرف لنفسها (2).

فنستنتج من ذلك ، ان الفقه المالكي لا يجيز تأجير العقار الموقوف الى المتولي ، بينما يجيز التأجير لابن المتولي البالغ ولأبيه وزوجته وللموقوف عليه والغير ، لأنهم مستقلون بالتصرف لأنفسهم ، ولكن بشرط ان لا تقل الأجرة عن أجره المثل.

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

بالنسبة للتأجير الى المتولي ، يُمَيِّز فقهاء الشافعية بين متولي الوقف إذا لم يكن هو الموقوف عليه وبين المتولي إذا كان هو الموقوف عليه نفسه ، فلا يؤجر العقار الموقوف الى الأول ، وان أذن له وعُيِّن له البدل ، لئلا يلزم تولي طرفي العقد من شخص واحد (3) ، بينما يصح ان يستأجر المتولي العقار الموقوف إذا كان هو الموقوف عليه ، ولو بدون أجره المثل (4).

وبالنسبة لاصول وفروع المتولي ، يرى فقهاء الشافعية ان الوكيل بالبيع مطلقا يجوز ان يبيع لأبيه وسائر اصوله وابنه البالغ وسائر فروعه المستقلين ، لانه يبيع بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لكان صحيحا ، فلا توجد تهمة حينئذ (5).

فعليه يمكن القول ان الفقه الشافعي لا يجيز تأجير العقار الموقوف الى متولي الوقف إذا كان من غير الموقوف عليهم ، ويجيز التأجير الى أصول وفروع المتولي وكذلك زوجته والموقوف عليه والغير بشرط أجره المثل ، وذلك لاستقلالهم عن شخصية المتولي.

(1) الازهري ، جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص128 والخرشي ، مصدر سابق ، ج6 ، ص77-78 وابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص68-69.

(2) الازهري ، جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص128 والخرشي ، مصدر سابق ، ج6 ، ص77-78.

(3) ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص328-329.

(4) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص389-390 وص395.

(5) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص224-225 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج2 ، ص328-329.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

في الفقه الحنبلي ، توجد روايتان :-

الرواية الأولى : ان من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتريه لنفسه ، ووجهها أمران (1) :-

1. ان العرف في البيع يقضي بان يبيع الوكيل لغيره لا لنفسه ، كما لو صرح الموكل فقال للوكيل :
بع هذا الشيء لغيرك.

2. لان التهمة تلحق الوكيل بهذا البيع.

والرواية الثانية عن احمد : انه يجوز الشراء ، بشرطين (2) :-

1. ان يزيد الوكيل على مبلغ ثمن الشيء في النداء.

2. ان يتولى النداء غير الوكيل.

والظاهر ان المراد بالنداء ما يشبه المزايدة العلنية في زماننا ، ونرجح الرواية الثانية ، وذلك :-

1. لوجود الأسباب نفسها في ترجيح النقل الثاني عن أبي حنيفة في التأجير لابن وأب المتولي.

2. ان الموكل حينما يقول للوكيل : قم ببيع هذا العقار ، فهدفه هو ان يقوم الوكيل بالبيع دون حدوث خسارة له من البيع بأقل من ثمن المثل مثلا ، أما تعيين شخص المشتري فهو أمر مسكوت عنه ، فنجري الإطلاق ، وبذلك يجوز ان يشتري الوكيل هذا العقار لنفسه ، وقرينة تقييد العرف بالبيع الى غير الوكيل ، قرينة غير مسلمة ، بدليل تجويز بعض المذاهب الفقهية المتقدمة للوكيل بالشراء لنفسه.

وهناك رأي فقهي يرى انه لا يصح بيع الوكيل لنفسه ، ولو زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وُكِّل من يبيع وكان هو احد المشترين ، الا بإذن الموكل ، والحكم نفسه يتبع مع ناظر الوقف (3). لكننا نجد بناء على النقطة الثانية أعلاه ، انه يوجد إذن من الموكل للوكيل بالشراء لنفسه ، وهذا الإذن مستمد من إطلاق كلام الموكل بالبيع.

والخلاف نفسه يجري مع ابن وأب المتولي ، حيث ان بيع الوكيل لولده الكبير أو والده يُخَرَّج على روايتين (4) ، أي الروايتين المتقدمتين. نستنتج من هذا كله ، ان الفقه الحنبلي يجيز تأجير العقار الموقوف الى المتولي والى ابنه وأبيه ، بشرطي الرواية الثانية المتقدمة ، ويمكن بالأولوية تعميم حكم الجواز الى سائر أقارب المتولي والى الموقوف عليه والى الغير.

(1) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 97-98. (2) ابن قدامة ، المغني ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 97-98. (3) الحجاوي المقدسي ، الاقتناع ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 429. (4) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 99.

المطلب الثاني

مستأجر العقار الموقوف في القانون العراقي

تطرق المشرع العراقي الى مستأجر العقار الموقوف ، فتشدد النص التشريعي في منع المتولي وأقربائه وفئات خاصة من استئجار العقار الموقوف ، وكان الفقه القانوني أكثر مرونة حيث سمح بالتأجير الى المتولي وأقربائه ولكن بشروط خاصة ، وعثرنا على قرارات قضائية في هذه المسألة ، وسنبين موقف المشرع العراقي من مستأجر العقار الموقوف في ثلاثة فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

نصت المادة (19/ فقرة 7) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 على احدى حالات عزل المتولي وهي فيما (إذا اجر الموقوف لنفسه أو زوجته أو لأحد أقاربه الى الدرجة الرابعة).

هذا وقد نصت المادة (39) من القانون المدني العراقي على تقسيم القرابة الى مباشرة وحواشي ومصاهرة ، ويمكن توضيح درجات القرابة الى الدرجة الرابعة (1) ، بالجدول التالي:-

نوع القرابة	الدرجة الأولى	الدرجة الثانية	الدرجة الثالثة	الدرجة الرابعة
المباشرة تنازلياً	الأولاد	الأحفاد	أولاد الأحفاد	أحفاد الأحفاد
المباشرة تصاعدياً	الوالدان	الأجداد	والدا الأجداد	أجداد الأجداد
الحواشي	لا توجد	الأخ والأخت	أولاد الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة	أولاد العم والعمة والخال والخالة
المصاهرة	الزوجة ووالداها وأولادها	أخو وأخت الزوجة	أولاد أخ وأخت الزوجة وعم وعمة وخال وخالة الزوجة	أولاد عم وعمة وخال وخالة الزوجة

جدول رقم (1)

يبين أنواع ودرجات القرابة الى الدرجة الرابعة ، (الأولاد والأحفاد والأجداد تشمل الذكور والإناث)

فعليه يظهر بوضوح ان المشرع العراقي لا يجيز تأجير العقار الموقوف الى متولي الوقف ، ولا الى أقاربه المباشرين والى الدرجة الرابعة.

(1) انظر : عبد الرحمن العلام ، قواعد المرافعات العراقي ، ج 1 ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1961 ، ص 411-412 و. د. ادم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1988 ، ص 41-43.

ولا يكتفي المشرع بذلك ، فهو يوسع المنع الى حالات لم يشر إليها أي مذهب من المذاهب الإسلامية ، حيث شمل المنع قرابة الحواشي وقرابة المصاهرة الى الدرجة الرابعة.

بل وزاد المشرع العراقي من درجات منع تأجير العقار الموقوف ليشمل حالات أخرى ، حيث نصت المادة (18) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 على

(1- لا يجوز للأشخاص المذكورين أدناه الاشتراك في المزايدات والمناقصات والتعهدات أو إجارة الموقوف أو شراؤه :

أ- رئيس الوزراء ونوابه والوزراء.

ب- أعضاء المجلس والموظف المعرف بالفقرة (أولاً-7) من المادة الأولى وأعضاء لجنة المزايدات والمناقصات ولجنة التقدير.

ج- أقرباء المذكورين في الفقرتين أعلاه لحد الدرجة الرابعة ومستخدموهم.

د- المدينون للأوقاف إلا إذا وثقوا ديونهم بكفالات مصرفية أو بكفالة شخص ملئ موثقة ملاءته بصك مصدق من الكاتب العدل على ان يتعهد المدين وكفيله بتسديد الدين خلال السنة التي تلي سنة الدين.

2- استثناء من حكم الفقرة السابقة ، يجوز بتعليمات تصدر لهذا الغرض تخصيص دور في كل مديرية تؤجر الى الموظف من غير مزايدة وببديل ايجار شهري يعادل 10% من راتبه على ان لا يكون مالكا لدار في المدينة التي يعمل فيها).

وقد نصت المادة الأولى في الفقرة (أولاً-7) من النظام أعلاه (الموظف – أي موظف أو عامل يتقاضى راتباً من ميزانية الاوقاف والشؤون الدينية).

فلذا يمنع من استئجار الاوقاف جميع موظفي الاوقاف حتى عامل التنظيف البسيط ، وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة ، بل حتى المستخدمين لديهم ، إضافة الى الفئات المذكورة في النص أعلاه ، وهذا من باب التشدد في الاحتياط على أموال الوقف.

أما بالنسبة للتأجير الى الموقوف عليه ، فلم نجد موقفاً منه ضمن النصوص التشريعية المتعلقة بإدارة الاوقاف ، فعليه يكون حكمه الجواز ، لان الأصل في شخص المتعاقد الجواز ما لم يرد نص يمنعه.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

يرى الفقه القانوني العراقي ، انه لا يجوز لمتولي الوقف ان يستأجره لنفسه ، ولو باجرة المثل ، لان فيه موضع شبهة وريبة ولعدم جواز تولي طرفي العقد لشخص واحد ، الا إذا رفع الامر الى القاضي ليتولى القاضي احد طرفي العقد معه ، واستأجره منه باجر المثل (1).

فيقترب موقف الفقه القانوني من أحد آراء الفقه الحنفي في التأجير الى متولي الوقف كما مر ، ولكنه يخالف وبوضوح نص المادة (19/ فقرة 7) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 ، التي تضمنت عزل المتولي الذي يؤجر العقار الموقوف لنفسه.

وبالنسبة لأقرباء المتولي ، يرى الفقه القانوني انه لا يصح للمتولي ان يؤجر الوقف لأحد من اصوله أو فروعه أو زوجته ، سدا للذريعة وأخذاً بالاحتياط ، إلا إذا كان الأجر أكثر من أجرة المثل (2).

وهذا هو المنقول عن أبي حنيفة ، ولكنه أيضا يخالف المادة (19/ فقرة 7) من نظام المتولين والتي نصت على عزل المتولي الذي يؤجر الموقوف لزوجته أو لأحد أقاربه الى الدرجة الرابعة.

وبالنسبة للموقوف عليه ، يصح ايجار عقار الوقف له (3).

ف نجد ان موقف الفقه القانوني ، جواز التأجير الى المتولي باجر المثل وبأذن القاضي ، والى أقارب المتولي بأكثر من أجره المثل ، والى الموقوف عليه ، والى الغير من باب أولى.

- (1) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 297 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 122 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 47.
- (2) حسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 122 ، ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 47 لكنه حصر ذلك بأصول المتولي أو فروعه ، بينما يرى عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 297-299 انه لا يصح للمتولي ان يؤجر العقار الموقوف لواحد من أصوله أو فروعه أو زوجته ولو كان الإيجار بأجر المثل ، ونجد ان موقفه هذا لا ينسجم مع موقفه من التأجير الى المتولي نفسه ، حيث ان المتولي أولى بالتشدد والاحتياط.
- (3) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 297.

الفرع الثالث : موقف القضاء

يرى القضاء العراقي انه لا يجوز للمتولي ان يؤجر دار الوقف لنفسه أو لأحد اصوله أو فروعه بأقل من بدل المثل ، حيث جاء في قرار قضائي (ان المحكمة لاحظت في دفتر واردات المتولي وجود دار مرقمة 5/19 والعائدة لهذا الوقف ، قد أجرها المتولي لامه سوريا وأصبح يسكنها ويدفع بدل ايجار زهيد وضئيل جدا لا يعادل بدل المثل لإيجارها ان المتولي على الوقف لا يجوز له ان يتصرف مثل هذه التصرفات ولا يجوز له ان يؤجر دار الوقف لنفسه أو لا حد اصوله وفروعه بأقل من بدل المثل) (1).

وهذا القرار يقترب مع المنقول عن أبي حنيفة ، ولكنه يخالف المشرع العراقي بحسب المادة (7/19) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 ، حيث أوجبت عزل المتولي اذا اجر العقار الموقوف لنفسه أو لأحد أقاربه الى الدرجة الرابعة بغض النظر عن مقدار الأجرة.

وأبطل قرار قضائي حديث نسبيا إجراءات الاحالة والتسجيل في مزايده لاستبدال ارض موقوفة ، وذلك لان المحال إليهم ، هم والد وخال احد موظفي وزارة الأوقاف (2).

وهذا القرار القضائي تطبيق للمادة (18) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 ، وبهذا يُمنع التأجير إلى المتولي من باب أولى.

ولا توجد خصوصية لمزايدة الاستبدال ، فحكم القرار يجري على مزايدة عقد الإيجار أيضا ، لان المادة (18) من النظام المذكور تمنع الموظف وأقاربه من الاشتراك في المزايدات والمناقصات والتعهدات وإجارة الموقوف وشرائه.

ف نجد ان للقضاء موقفين ، الأول موقف قديم حيث حكم بجواز استئجار المتولي وأقاربه للوقف باجرة المثل ، والثاني حديث حيث حكم ببطالان عقد الإيجار الى هؤلاء ، والتعويل على الموقف الحديث.

(1) القرار المرقم 201 بتاريخ 1946/10/30 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 3 لسنة 1947 ، ص 126-127.

(2) الاضبارة المرقمة 1096/2 بتاريخ 2000/9/17 ، مجلة القضاء ، العدد (1-2) ، السنة السابعة والخمسون ، ص 75-78.

نتيجة المقارنة

يجوز تأجير العقار الموقوف الى المتولي في الفقه الامامي ، ويجوز بإضافة شرط ما مثل الزيادة عن أجره المثل أو إذن القاضي في احد مواقف الفقه الحنفي وكذلك الفقه الحنبلي والفقه القانوني ، ويجوز إذا كان المتولي هو الموقوف عليه في الفقه الشافعي ، ولا يجوز التأجير الى متولي الوقف في الفقه المالكي وفي الموقوف الثاني في الفقه الحنفي وكذلك بحسب نص التشريع والقضاء. ويجوز التأجير الى أقارب المتولي في الفقه الامامي وعند الصاحبين من الحنفية وفي الفقه المالكي والشافعي ، ويجوز بأكثر من أجره المثل في المنقول عن أبي حنيفة وفي الفقه الحنبلي والفقه القانوني ، ولا يجوز التأجير بحسب نص التشريع والقضاء. ويجوز التأجير الى الموقوف عليه في الفقه الاسلامي والقانون العراقي. ويجوز الى الغير في الفقه الاسلامي والفقه القانوني ، ولا يجوز لفئات خاصة عددها النص التشريعي.

ونرجح جواز تأجير العقار الموقوف الى متولي الوقف وسائر أقاربه ، من دون اشتراط شيء إضافي كالزيادة عن أجره المثل أو الحصول على إذن القاضي ، فضلا عن الموقوف عليه والغير ، وذلك في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول : جواز تأجير العقار الموقوف الى المتولي وسائر أقاربه

ان ترجيح جواز تأجير العقار الموقوف الى متولي الوقف وسائر أقاربه ، يستند الى:-

1) انتفاء التهمة عن متولي الوقف ، لأنه :-

أ- قد تقدم في مبحث مؤجر العقار الموقوف ، ان من شروط متولي الوقف ان يكون أمينا وقادرا ، ومعنى ذلك عدم الخيانة وسوء الإدارة للوقف مطلقا ، سواء كانت الاجارة التي يجريها المتولي مع الغير أم مع أقاربه أم لنفسه ، وإلا فحينما منعه عن الاجارة الى أقاربه أو لنفسه ، نكون قد حكمنا عليه بالخيانة وسوء الإدارة ، وهذا خلاف تعيينه متوليا للوقف بشرط الأمانة والقدرة.

ب- نصت المادة (7) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (ليس للمتولي إيجار الموقوف لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بموافقة المجلس وعليه ان يعلن عن الإيجار في إحدى الصحف المحلية ان وجدت وإلا فبطرق الإعلان المتيسرة وان يجري مزايدة علنية بعد مرور عشرة أيام من اليوم التالي ليوم النشر في مكان وزمان يعينهما في الإعلان على ان يستوفي تأمينات لا تقل عن (10%) عشرة من المائة من بدل السوم وان يستحصل موافقة دائرة الأوقاف على بدل الاحالة إذا كان بدل الإيجار السنوي يزيد على ألف دينار).

فعليه ستنتفي التهمة عن المتولي لأنه سيدخل المزايدة مع غيره من المزايديين، كما ان بدل الاحالة يقرر من قبل دائرة الأوقاف ، هذا في الوقف الملحق.

أما في الوقف المضبوط الذي يدار من دائرة الأوقاف ، فاجراءات التأجير تكون أكثر تعقيدا ، وقد بينها نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969

المعدل ، حيث ان تأجير العقار الموقوف يتم عن طريق إجراء المزايدة العلنية بحسب المادة (13) من النظام المذكور ، وبإدارة لجنة المزايدات والمناقصات الخاصة بديوان الوقف بحسب المادة (9/1) ، وتقدر الأجرة من قبل لجنة التقدير الخاصة بديوان الوقف بحسب المادة (8/1) ، وان ترفع قرارات لجنة التقدير الى الوزارة للموافقة عليها بحسب المادة (19) ، وان الاحالة لن تتم إلا بالبدل اللائق بحسب المادة (1/10) ، ولا بد من تصديق الاحالة من قبل الوزارة بحسب المادة (5) من نظام المزايدات.

فمع هذه الاجراءات المشددة ، ستنقضي التهمة عن متولي الوقف في الوقف المضبوط ، أي العاملين في ديوان الوقف ، وبصورة أوضح مما عليه في الوقف الملحق.

ت- نصت المادة (2و1/4) من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل (1)- يراقب الديوان الأوقاف الملحقة ويحاسب متوليها ويستوفى 10% من مجموع وارداتها مقابل ذلك ويقيم الدعوى لمنع تحويل الوقف الى ملك تجاوزا. 2- على متولي الأوقاف الملحقة ان يقدموا حساباتهم خلال شهر نيسان ومايس وحزيران من كل سنة لتدقيقها وتصديقها من قبل الديوان وإذا لم تقدم خلال المدة المذكورة دون عذر مشروع يضع الديوان يده على الموقوفات من غير انذار وتعاد إليهم بعد ان يتم تدقيق الحساب) ، كما نصت المادة (13) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (1)- على المتولي ان يقدم الى دائرة الوقف حسابات الوقف من وارد ومصروف لكل سنة مالية خلال الأشهر الثلاثة الأولى من السنة التالية. 2- يجب ان تكون الواردات والمصروفات معززة بالوثائق والمستندات).

فمع هذه المحاسبة الدورية الدقيقة ، لن يعرض المتولي نفسه للتهمة ، وإلا سيتم عزله ان ثبتت عليه ، بحسب المادة (19) من نظام المتولين.

ث- افتراض انتفاء التهمة ، يتفق مع الأصل ، حيث ان الأصل هو صحة عمل المتولي ، فعليه ينبغي حمل إجارة المتولي على الصحة ، ما لم تثبت خيانتة بأدلة قاطعة.

(2) لا يوجد محذور من تولي طرفي العقد لشخص واحد ، فالقانون المدني العراقي مثلاً أجاز للأب تولي طرفي العقد بالنسبة لولده الصغير ، حيث نصت المادة (1/588) من القانون المدني (يجوز للأب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده ، وله ان يشتري مال ولده لنفسه ، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش) ، وكذلك أجاز في المادة (1/1289) من القانون المدني للأب تولي طرفي عقد الرهن التأميني ، وعلة هذا الحكم بالجواز هو انتفاء تهمة الخيانة (1) ، وذلك لان الأب من طبيعته المحافظة على مصلحة ولده الصغير. وهذه العلة وهي انتفاء تهمة الخيانة متحققة في المتولي كما بيّن في النقطة السابقة.

(3) ان التأجير الى المتولي يحقق النفع للوقف ، من سهولة إدارة وصيانة الوقف من قبل المتولي ، فهو المستأجر وهو المتولي في آن واحد ، وبهذا نتجنب المشاكل العديدة التي تنتج عادة من عدم التعاون بين مستأجر العقار الموقوف ومتولي الوقف.

الفرع الثاني : عدم اشتراط أمر إضافي في التأجير الى المتولي وأقاربه

نرجح جواز التأجير الى متولي الوقف وأقاربه من دون اشتراط شيء إضافي كالزيادة عن أجره المثل أو الحصول على إذن القاضي ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان اشتراط الزيادة عن أجره المثل عند التأجير الى المتولي أو أقاربه ، وان كان يحقق أكثر من مصلحة الوقف ، لكن فيه ضرر للمستأجر ، والمفروض هو تحقيق العدالة بين طرفي التعاقد ، التي تتحقق عادة باجرة المثل.

(2) ان اشتراط إذن القاضي في التأجير الى المتولي أو أقاربه ، أمر لا مسوغ له ، بعد وجود الضمانات النافية للتهمة عن المتولي ، من إجراء المزايدة العلنية ومحاسبة المتولي ، بل وفيه مضيعة للوقت ، فالمفروض ان وظيفة القاضي الأساسية هي الفصل بين النزاعات ، لا انه يراقب أو يأذن للمتولي في أعماله الاعتيادية الدورية (1).

(1) انظر بخلاف ذلك : عكرمة سعيد صبري ، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، 2001 ، ص 304 حيث يرى إلزام متولي الوقف بأخذ موافقة القاضي قبل إجراء عقد الاجارة ، حفظا للوقف وبعدا للشبهات التي تحوم غالبا حول المتولي . وكلامه كان مطلقا أي سواء كان المستأجر هو متولي الوقف أم الغير .

الفصل الثاني

قيود التراضي

في عقد إيجار العقار الموقوف

المبحث الأول : شروط الواقف

المبحث الثاني : شروط العقد النموذجية

الفصل الثاني

قيود التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

بعد ان فرغنا في الفصل الأول من تحديد أطراف التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف ، وعرفنا من هو المؤجر ومن له الحق بان يكون مستأجرا ، سنحاول في هذا الفصل معرفة القيود التي قد تقيد إرادة هذين الطرفين في عملية إبرام عقد الإيجار.

هنالك نوعان من قيود التراضي ، النوع الأول هو القيود العامة للتراضي ، من نصوص التشريع وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية ، لان المشرع العراقي أحال الامر إليها عند افتقاد النص ، إذ نصت المادة (27) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (تطبق الأحكام الشرعية في أي أمر لم يرد به نص في هذا النظام).

لذا على المتعاقدين عدم مخالفة نصوص التشريع وأحكام الشريعة ، من اجل الوصول الى عقد صحيح ونافذ وتترتب عليه الآثار.

وكذلك يجب عليهما عدم مخالفة النوع الثاني من قيود التراضي ، وهي قيود التراضي الخاصة ، والتي تمثلها شروط الواقف التي يشترطها عند إعداد وثيقة الوقف ، وشروط العقد النموذجية المعدة مسبقا ضمن عقد ايجار العقار الموقوف.

ونحن سنقتصر في هذا الفصل على دراسة قيود التراضي الخاصة ، وذلك لوضوح كيفية التعامل مع القيود العامة من قبل المتعاقدين ، وسنقسم هذا الفصل على مبحثين ، الأول في شروط الواقف ، والثاني في شروط العقد النموذجية.

المبحث الأول شروط الواقف

ان شروط الواقف تعني تلك الشروط التي يشترطها الواقف بمحض إرادته واختياره في وثيقة الوقف، أو التي يحتفظ لنفسه في هذه الوثيقة بإلحاقها أو إدخالها على أصل إيجابه فيما بعد (1).

فشروط الواقف تُعَيّن الموقوف عليهم ، وكيفية ترتيبهم ، وكيفية توزيع غلة الوقف ، وكيفية ادارة الوقف ، وهكذا.

ان الدراسة المتكاملة لموضوع شروط الواقف ، تعقد عند دراسة إنشاء الوقف أو عقد الوقف ، حيث يبحث هناك عن جميع تفاصيل الشروط وأحكامها ، فيبحث مثلاً في أقسام الشروط من صحيح وباطل ومبطل ، والمدار في هذا التقسيم من كونه مثلاً مخالفاً للشرعية أو لمقتضى الوقف ، وفي كيفية تفسير هذه الشروط وبيان القصد الحقيقي للواقف ، وغير ذلك من المواضيع المتعلقة بهذه الشروط.

أما هنا في بحث التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف ، فلن نتطرق الى مثل هذه الأمور ، لان بحثنا لا ينصب على إنشاء الوقف ، بل ينصب على عقد إيجار العقار الموقوف ، حيث يُفترض وجود وقف صحيح يحتوي على شروط صحيحة ، اشترطها الواقف في وقفه ، ونحن نحاول معرفة تأثير هذه الشروط ، كقيد على تراضي المؤجر والمستأجر.

وشروط الواقف قد تكون صريحة وذلك بان تكتب في وثيقة الوقف أو يُشهد الواقف عليها الشهود عند إنشاء الوقف ، وقد تكون ضمنية ، تفهم من القرائن المحيطة بالوقف كغرض الواقف والعرف ، فغرض الواقف يخصص عموم كلامه (2) ، كما ان للعرف دور في تكييف أحكام الوقف (3).

(1) د. احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 106.

(2) عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان ، منازل الأوقاف والاحكار ، مطبعة شركة آلات ولوازم المكاتب ، الإسكندرية ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 47.

(3) أ.د. عبد الأمير كاظم زاهد ، مشروعات الوقف ، ملتقى الوقف الجعفري الثاني ، الكويت ، 2007 ، ص 8.

فمثلاً عمارة وقف الرفاعي في بغداد ، تم إيجارها الى دائرة الجنسية والأحوال المدنية في الاعظمية ، ببديل إيجار سنوي مقداره (2000) دينار عراقي (1).

ان هذه الأجرة ، التي هي والمجان سواء ، فيها تعطيل لغرض الواقف في صرف غلة الوقف على الموقوف عليهم ، كما ان العرف يعد ذلك انتهاكا وتعديا على الوقف ، ومن هذه القرائن نفهم ان للواقف شرط ضمنى وهو ان يؤجر عقاره باجرة المثل على اقل تقدير.

كما ان شروط الواقف متنوعة وكثيرة ، ومن أبرزها الشروط العشرة (2) ، التي أجازها الفقه الحنفي ، وكثرت في أوقاف المتأخرين (3).

إلا ان هذه الشروط العشرة لا تمثل قيودا على ايجار العقار الموقوف ، بل هي تتعلق بكيفية صرف غلة الوقف واستبدال العين الموقوفة.

وسنقتصر على دراسة شروط الواقف المقيدة لتراضي المؤجر والمستأجر في إبرام عقد ايجار العقار الموقوف ، مثلا الشروط المحددة للأجرة ، بان لا تقل عن مبلغ مليون دينار شهريا ، أو التي تقيد المدة ، بان لا تزيد عن خمس سنوات ، أو القيود التي تحدد نوعية المستأجر ، بان لا يكون من غير المحامين ، كون الواقف محاميا مثلا ، أو ان يؤجر العقار لاستيفاء منفعة خاصة ، بان يؤجر العقار الموقوف كصيدلية ، وهكذا.

وسينصب البحث على كيفية التعامل مع هذه الشروط ، فهل يجب العمل بها مطلقا كقيد على تراضي المتعاقدين ؟ ، أم ان هنالك حالات يجوز فيها مخالفة تلك الشروط ؟.

والبحث سيكون في الفقه الاسلامي أولاً ، والقانون العراقي ثانياً ، ثم نعرض الى بيان نتيجة المقارنة ثالثاً.

(1) زياد خالد المفرجي ، مصدر سابق ، ص93 ، ويبدو ان بدل الإيجار السنوي هذا ، كان ساريا حتى عام 2003 ، وهو تاريخ تقديم رسالة الباحث للمناقشة.

(2) وهي شروط (الزيادة والنقصان) و (الإعطاء والحرمان) و (الإدخال والإخراج) و (التفضيل والتخصيص) و (الإبدال والاستبدال) ، وتسميتها بالشروط العشرة تسمية اصطلاحية ، لأنها اقل ، فبعضها مكرر مع البعض الآخر ، كالإخراج فانه الحرمان عينه والبديل هو الاستبدال نفسه انظر : حسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص76-77 ، وقد يغني عن الشروط العشرة تعبير (التغيير والتبديل) ، فالتغيير يشمل تغيير مصارف الوقف والتبديل يشمل إحلال عين محل عين أخرى انظر : محمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص29-30 وشاكر بك الحنبلي ، موجز في أحكام الأوقاف ، ط2 ، مكتبة الاعتماد ، دمشق ، 1348 هجرية ، ص29.

(3) محمد أبو زهرة ، مصدر سابق ، ص169.

المطلب الأول شروط الواقف في الفقه الإسلامي

اهتم الفقه الاسلامي ببيان حكم شرط الواقف ، بل اعتبرته بعض المذاهب الفقهية كنص الشارع في وجوب العمل به ، وتطرق الفقه كذلك الى حالات الاستثناء من وجوب إتباع شرط الوقف ، وسنبين ذلك في الفروع الآتية:-

الفرع الأول : الفقه الامامي

من فقهاء الامامية من يرى وجوب العمل بشروط الواقف ولم يحدد أي استثناء على ذلك (1) ، ومنهم من اوجب العمل بها فيما إذا كانت سائغة ، فلو شرط الواقف ان لا يؤجر الوقف أكثر من عام ، فان شرطه يكون واجب الإتياع (2) ، ومنهم من اوجب العمل بشروط الواقف إذا كانت مشروعة ، فإذا اشترط ان لا يؤجر الوقف على غير أهل العلم ، فلا تصح إجارته بخلاف الشرط (3). وتستثنى حالة الضرورة من وجوب العمل بشرط الواقف ، حيث يجوز تغيير شرطه عندها (4). ونجد ان المراد من الشروط السائغة هو المراد نفسه من الشروط المشروعة.

ومن أجل اتضاح الصورة أكثر ، فقد وجهنا استفتاءات الى بعض مراجع وفقهاء الامامية في النجف الأشرف ، فوجدنا ان منهم من يوجب العمل بشرط الواقف الموافق للشرعية حتى في حالة كون المخالفة للضرورة (5) ، ومنهم من يجيز مخالفة شرط الواقف للضرورة (6).

أما عن المخالفة لأجل مصلحة الوقف ، فقد أفتى الفقهاء بعدم جواز مخالفة شرط الواقف إذا كانت انفع وتحقق مصلحة اكبر للوقف (7).

فلذا يمكن القول ، ان الأصل في الفقه الامامي وجوب إتباع شرط الواقف المشروع ، والاستثناء هو حالة الضرورة في الرأي الغالب ، لأنه يوافق قاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

-
- (1) الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 295.
(2) الشهيد الأول ، الدروس الشرعية ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 270-271.
(3) الخوئي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 245 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 264 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 420 والفيض ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 468.
(4) محمد بن النعمان الحارثي البغدادي المعروف بابن المعلم والشيخ المفيد ، المقنعة ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 17.
(5) انظر الملحق رقم (2) ، استفتاء علي الحسيني السيستاني ومحمد إسحاق الفيض حول شروط الواقف.
(6) انظر الملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول شروط الواقف.
(7) انظر الملحق رقم (2) ، استفتاء علي الحسيني السيستاني ومحمد إسحاق الفيض وباقر الايرواني حول شروط الواقف.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

يرى فقهاء الحنفية ، ان شروط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع ، فلو شرط الواقف ان لا يُؤجر الوقف مطلقا أو شرط ان لا يُؤجر الا لمدة ثلاث سنوات ، فلا تجوز مخالفة هذه الشروط (1) ، فان شرط الواقف كنص الشارع (2).

ولكن تجوز مخالفة شرط الواقف إذا كانت المخالفة انفع للوقف وبإذن القاضي ، فلو شرط الواقف ان لا يُؤجر العقار الموقوف أكثر من سنة ، والناس لا يرغبون في استئجارها مع هذا الشرط ، وكانت إيجارها أكثر من سنة انفع للفقراء ، وهم الموقوف عليهم ، فليس للمتولي ان يؤجرها أكثر من سنة ، بل يرفع الامر للقاضي حتى يؤجرها (3).

وأضاف احد الباحثين حالة أخرى لجواز مخالفة شرط الواقف في الفقه الحنفي ، وهي فيما إذا كانت مخالفة الشرط لا تفوت غرض الواقف (4) ، لكن بحسب حدود اطلاقنا على مصادر الفقه الحنفي لم نعثر على تصريح لفقهاء الحنفية حول هذه الحالة.

مما سبق نجد ان موقف الفقه الحنفي ، إتباع شرط الواقف إذا لم يخالف الشرع ، باستثناء حالة كون مخالفة شرط الواقف انفع للوقف ولكن مع إذن القاضي.

(1) الخصاف ، مصدر سابق ، ص 270 والطرابلسي الحنفي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 63 وابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 527 ، نقلا عن الفتوح.

(2) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 605 وص 649 وص 735.

(3) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 605.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

يذهب فقهاء المالكية الى وجوب إتباع شرط الواقف ان جاز ، وهو كنص الشارع (1).

ولا يجوز العدول عنه الا ان يتعذر (2) ، إي يجب إتباع شرط الواقف بحسب الإمكان (3) ، وأيضا تجوز مخالفة شرط الواقف بالمصلحة (4).

وعليه فالأصل في الفقه المالكي وجوب إتباع شرط الواقف إذا كان جائزا أي مشروعاً ، ولكن تجوز مخالفة شرط الواقف في حالتين ، الأولى تعذر تنفيذ الشرط ، وهنا سيحكم بمخالفة شرط الواقف من باب الضرورة لعدم القدرة على التنفيذ ، والحالة الثانية كون مخالفة شرط الواقف تصب في مصلحة الوقف.

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

لفقهاء الشافعية قولان بالنسبة لشرط الواقف ، والقول الأصح ان الواقف إذا وقف بشرط ان لا يؤجر العقار أصلاً أو ان لا يؤجر أكثر من سنة ، صح الوقف وأتبع شرطه كسائر الشروط التي لم تخالف الشرع والمتضمنة للمصلحة (5) ، والقول الثاني لا يتبع شرط الواقف ، لانه حَجَرٌ على المستحق في المنفعة (6).

وعلى القول الأصح وهو وجوب إتباع شرط الواقف ، تستثنى حالة الضرورة ، كما لو شرط الواقف ان لا يؤجر الدار أكثر من سنة ، ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة الا بإيجارها لعدة سنوات ، فانه في هذه الحالة تجوز مخالفة شرط الواقف ، لان شرطه يؤدي الى تعطيل الدار (7).

فعلى القول الأصح في الفقه الشافعي يجب إتباع شرط الواقف إذا لم يخالف الشرع والمتضمن للمصلحة ، مع جواز المخالفة في حالة الضرورة.

(1) خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي ، مختصر خليل ، الموسوعات الفقهية ، الوقف والوصايا ، ج 5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001 ، ص 76 والأزهري ، جواهر الاكلیل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 208 والخرشي ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 92 وابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 5 ، ص 475.

(2) الازهري ، جواهر الاكلیل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 208.

(3) الخرشي ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 92.

(4) ابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 5 ، ص 475.

(5) الحزامي النوري الشافعي ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 130 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 385 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 498-499.

(6) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 385.

(7) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 385 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 498.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

في الفقه الحنبلي ، يجب العمل بشروط الواقف في عدم ايجار الوقف وفي تحديد مدة الإيجار (1) ، فلو لم يجب إتباعها ، لم يكن في اشتراطها فائدة ، ولذا يجب إتباع شرط الواقف ، إلا عند الضرورة أو إذا أدى العمل بالشرط الى الإخلال بالمقصود الشرعي (2).

وأيضا تجوز مخالفة شرط الواقف ، إذا كانت المخالفة في مصلحة الوقف (3).

ولكننا نجد ان الإخلال بالمقصود الشرعي يعني مخالفة الشرط للشريعة ، ومخالفة الشريعة بحد ذاتها كاشفة عن عدم صحة الشرط من الأساس ، لا انها حالة استثناء من وجوب إتباع شرط الواقف بعد افتراض كون الشرط صحيحاً.

وعليه فالأصل في الفقه الحنبلي وجوب إتباع شرط الواقف ، ولكن تجوز مخالفة شرط الواقف للضرورة أو لمصلحة الوقف.

(1) الحجاوي المقدسي ، الاقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 72-73 وص 86 ومصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهى ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 315.

(2) الحجاوي المقدسي ، الاقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 75 ومصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهى ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 312 ، ص 315 والبهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 501-502 ، كلهم نقلا عن الشيخ تقي الدين فيما يتعلق بالإخلال بالمقصود الشرعي.

(3) محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين ، ج 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996 ، ص 80-81.

المطلب الثاني

شروط الواقف في القانون العراقي

أشار النص التشريعي الى وجوب تطبيق شروط الواقف ، وكذلك فعل الفقه القانوني مع بيان حالات الاستثناء ، ولكننا لم نعثر على قرارات قضائية كافية لاستنتاج موقف القضاء من شروط الواقف ، وسنتناول ذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

نصت المادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (المتولي مسؤول عن ادارة الوقف بموجب شرط الواقف ووفق الأحكام الشرعية والقوانين والأنظمة ويشمل ذلك الوصي في الوصايا التي تخرج مخرج الوقف) ، وكذلك نصت المادة (11) من قانون هيئة ادارة واستثمار الاوقاف رقم (18) لسنة 1993 المعدل (للهيئة موازنة مستقلة عن الموازنة العامة للدولة تمول ذاتيا ، وتحدد بموجبها مواردها ونفقاتها السنوية وفق الأحكام الشرعية وشروط الواقفين لتحديد أهدافها).

نجد من هذين النصين ، ان المشرع يوجب إتباع شروط الواقف في ايجار العقار الموقوف ، لان ايجار العقار الموقوف هو ابرز طرق ادارة الوقف ، كما ان موارده تشكل النسبة الأساسية لإيرادات هيئة ادارة واستثمار الأوقاف.

ونصت المادة (2/أ،ب،ج) من قانون هيئة ادارة واستثمار الاوقاف رقم (18) لسنة 1993 المعدل (تتولى الهيئة ما يأتي:-

أ-ادارة أموال الاوقاف على وفق الأحكام الشرعية وشروط الواقفين لضمان الحفاظ عليها طبقا لأساليب الادارة الحديثة والمتطورة.

ب-استثمار أموال الاوقاف بما يضمن تنميتها لتحقيق الجدوى الاقتصادية.

ج-العناية بتنفيذ شروط الواقفين بما يضمن سلامة التصرف بالأموال الموقوفة على الأوجه الشرعية).

فمن هذا النص ، يؤكد المشرع أيضا على وجوب إتباع شروط الواقف ، ولكن هل يُفهم من الفقرة (ب) ان الاستثمار الذي يضمن التنمية جائز وان خالف شروط الواقف ؟ ، ونجد ان التمتع بنص المادة ينفي هذا الاحتمال ، وذلك لان المادة كررت وجوب العناية بشروط الواقف في الفقرتين (أ ، ج) ، فلو أراد المشرع ان يجيز مخالفة شروط الواقف بما يضمن تنمية الوقف لأشار الى ذلك صراحة.

كما نصت المادة (12) من نظام ادارة المعابد رقم (24) لسنة 1930 الملغي (يجري التصنيف (1) بمعرفة لجنة تؤلفها مديرية الاوقاف العامة وتراعي هذه اللجنة في التصنيف شرط الواقف الموافق للزمان والمكان والمحقق لأنفعية الوقف وتكون مقرراتها تابعة لتصديق مجلس الشورى).

وهذا النص يوجب إتباع شرط الواقف أيضا ، بشرط ان يكون موافقا للزمان والمكان ومحققا لأنفعية الوقف ، ولكن النص ورد في مسألة تصنيف موظفي المعابد ، فهل يمكن التعدي من هذا المورد ليشمل مورد ايجار العقار الموقوف ؟ وبهذا يمكن القول ان المشرع يجيز مخالفة شرط الواقف في ايجار العقار الموقوف إذا لم يوافق الزمان والمكان أو إذا كانت المخالفة انفع للوقف. ونجد انه لا يمكن التعدي ، وذلك :-

- 1) لقدم هذا النص حيث ورد في نظام ادارة المعابد رقم (24) لسنة 1930 ولم يرد في نص حديث.
- 2) ان مسألة مخالفة شرط الواقف في ايجار العقار الموقوف ، مسألة مهمة ولها نتائج عملية مؤثرة ، فلو أراد المشرع السماح بمخالفة شرط الواقف ، لذكر ذلك صراحة في الأنظمة الخاصة بإدارة الأوقاف مثل قانون هيئة ادارة واستثمار الاوقاف رقم (18) لسنة 1993 او نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970.

والكلام نفسه يجري مع نص المادة الخامسة من القانون المدني (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) ، فهل يمكن الاستعانة بهذا النص على مخالفة شرط الواقف ، إذا لم يكن متناسبا مع العصر الحديث ، خاصة وان الكثير من الأوقاف تم وقفها منذ مئات السنين؟ ونجد ان المناسب عدم الإمكان ، وذلك لان :-

- 1) الوقف نظام خاص أحيط بكثير من ضمانات الاحتياط ، فلو أراد المشرع العراقي مخالفة شرط الواقف لتغير الزمان ، لنص عليه صراحة في القوانين الخاصة بإدارة الأوقاف ، كما مر في المسألة السابقة.

- 2) ان السماح بهذه المخالفة ، يؤدي الى تعرض غرض الواقف للانتهاك والتغيير ، لان تفسير المناسبة الزمانية من عدمها ، أمر مرن وقابل للاجتهاد والتأويل والخطأ.

(1) أي التصنيف للموظفين من أئمة ومدرسين وواعظين وخدم ، في المعابد من جوامع ومساجد وتكايا.

والمحصلة النهائية ، ان المشرع العراقي أوجب العمل بشروط الواقف في ايجار العقار الموقوف ، ولم يصرح باستثناءات على ذلك.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

يذهب الفقه القانوني الى وجوب العمل بشرط الواقف المعتبر الموافق للشرع ، فهو كنص الشارع ، الا إذا اشترط شروطا مخلة بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم ، فتكون مخالفة الشرط انفع للوقف وللمتولي ان يخالف شرط الواقف برأي الحاكم أي القاضي (1).

وأيضاً يجوز للمتولي بعد أخذه لرأي القاضي ان يخالف شروط الواقف ، إذا ما استلزمت ذلك الضرورة (2).

وعليه فإن موقف الفقه القانوني هو وجوب العمل بشرط الواقف المعتبر الموافق للشرع ، وتجاوز المخالفة في حالتين ، الأولى إذا كانت المخالفة لمصلحة الوقف ، والثانية عند للضرورة ، ولا بد من أخذ إذن القاضي في الحالتين.

(1) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 107 و ص 109 وحسن رضا ، مصدر سابق ، ص 81 و ص 96 وحسين علي الأعظمي ، مصدر سابق ، ص 74-75 و ص 87 وعارف العارف ، مصدر سابق ، ص 143-144 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 27-28 و ص 31 و ص 36 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 109 و ص 112 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 195-196 وانظر أيضاً : عبد الرحمن البزاز ، مذكرات في أحكام الأراضي في العراق ، مطبعة التفويض الأهلية ، بغداد ، 1941 ، ص 33 وشاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 50 ود.عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975 ، ص 138-139 إلا أنهم لم يذكروا جواز المخالفة لمصلحة الوقف.

(2) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 303 وعلي حيدر ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 377 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 95 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 177.

الفرع الثالث : موقف القضاء

ان القضاء يرى اعتبار شرط الواقف إذا كان موافقا للزمان والمكان ومحققا النفع للوقف (1) ، وهذا الرأي جاء تطبيقاً للمادة (12) من نظام ادارة المعابد رقم (24) لسنة 1930 بشأن رواتب موظفي المعابد ، وقد سبقت الإشارة الى هذه المادة في موقف التشريع ، وتوصلنا هناك الى عدم إمكانية شمولها لحالة إيجار العقار الموقوف.

وذهب القضاء الى ان العقار الموقوف يباع بإذن القاضي في حالة الضرورة ، حيث جاء في احد القرارات القضائية (لا يباع الموقوف إلا إذا اشترط الواقف الأصلي للمتولي بالاستبدال أو إذا أذن القاضي به عند انتفاء شرط الواقف ، ويقيد إذن القاضي بوجود الضرورة وهي انعدام منفعة الوقف وعدم وجود ريع يُعَمَّر به ، فيجوز بيع قسم منه لتعمير القسم الآخر) (2) ، ويمكن القول انه من باب أولى يمكن تأجير العقار الموقوف للضرورة ، وان خالف شرط الواقف ، لان البيع من أعمال التصرف بأصل العقار بينما الإيجار من أعمال إدارة العقار مع بقاء أصله.

وهذه القرارات القليلة التي استطعنا العثور عليها ، لا تمكننا من إعطاء صورة واضحة عن موقف القضاء من مسألة شروط الواقف.

(1) القرار المرقم 44/2153 بتاريخ 14/5/1945 الصادر من محكمة بداءة بغداد والقرار المرقم 931/ص/1945 بتاريخ 11/7/1945 الصادر من محكمة تمييز العراق ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد 3 لسنة 1947 ، ص 20-21.

(2) رقم القرار 1 و 2/هيئة عامة ثانية/73 موعدة بتاريخ 73/3/17 ، النشرة القضائية ، العدد 1 السنة الرابعة ، ص 114-118.

المطلب الثالث

نتيجة المقارنة

من خلال المقارنة ، يتضح لنا اتفاق الفقه الاسلامي والقانون العراقي على ان الأصل في شروط الواقف هو وجوب الإتياع ، الا ان الاختلاف قد حدث في تعيين الاستثناءات على هذا الأصل ، فذهب الغالب من الفقه الامامي وكذلك الفقه المالكي والشافعي والحنبلي والفقه القانوني الى جواز مخالفة شرط الواقف للضرورة ، بينما ذهب الفقه الحنفي والمالكي والحنبلي والفقه القانوني الى جواز مخالفة شرط الواقف لمصلحة الوقف ، وقيد الفقه الحنفي والفقه القانوني جواز المخالفة بالحصول على إذن القاضي.

ونرجح وجوب العمل بشرط الواقف الصحيح ، مع استثناء حالة الضرورة فقط حيث تجوز المخالفة بدون الحاجة الى إذن القاضي ، فلا تجوز مخالفة شرط الواقف لمصلحة الوقف ، ونبين أخيراً أثر الشريعة والقانون في شرط الواقف ، في الفروع الآتية.

الفرع الأول : وجوب العمل بشرط الواقف الصحيح

ان أسباب وجوب العمل بشرط الواقف الصحيح هي :-

(1) لان الواقف هو الذي يُنشئ الوقف ، فكما نقبل منه أصل الوقف ، علينا الالتزام بشروطه الصحيحة ، فلذا ليس من العدل ان نقبل الجزء الذي نريده من وثيقة الوقف ونرفض الجزء الآخر الذي يريده الواقف (1).

(2) إذا لم نحكم بوجوب إتياع شرط الواقف ، فسيتعطل نظام الوقف ، لان الواقف سيعلم مقدماً ان الغرض من وقفه سيتم تبديله ، ولن يتم تحقيق ما كان يصبو إليه ، فعليه سيشعر الواقف انه من الأفضل ان يترك العقار لورثته بدلاً من وقفه.

(1) انظر ما يقارب ذلك : البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 501 والشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 393.

الفرع الثاني : جواز مخالفة شرط الواقف للضرورة

أما استثناء حالة الضرورة ، فذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، قاعدة مسلمة في التعامل مع النص الشرعي ، فيجوز إتلاف ملك الغير اضطراراً ، رغم وجود نص بالتحريم ، لكنه يعطل لأجل الضرورة ، فعنوان الضرورة عنوان اتفاقي في أصل مفاد الخطاب الشرعي (1) ، حيث ان التكليف بغير المقدور مرفوع ، ولذا من باب أولى ان يعطل شرط الواقف للضرورة.

(2) ان عدم مخالفة الشرط للضرورة ، قد يعرض أصل الوقف للزوال ، فلو فرضنا ان الواقف اشترط ان لا يؤجر عقاره الموقوف إلا كسفارة أجنبية وبمبلغ كبير وبالعملة الصعبة ، وذلك لان عقاره مثلا يقع في منطقة المنصور في بغداد حيث تكثر السفارات ، لكن لم يتقدم احد لإيجاره بهذه المنفعة ، وفي الوقت نفسه احتاج العقار الى نفقات ضرورية لصيانة أسسه ، لقدّم العقار وإلا تعرض للانحيار ، فهنا تجوز مخالفة شرط الواقف للضرورة.

(3) يمكن القول ان مخالفة شرط الواقف الصريح للضرورة ، توافق إرادة الواقف الضمنية ، فالواقف حتما يريد المحافظة على أصل وقفه ، فهو لا يريد تعطيل وقفه ، فلذا لا بد من الاعتماد على الشرط الضمني الإرتكازي العقلاني (2).

(4) ان حالات الضرورة نادرة الوقوع ، ومن السهل تحديدها ، فلذا لن يكون شرط الواقف عرضة للمخالفة والانتهاك الخاضع للمصالح.

وأما عن عدم الحاجة الى إذن القاضي في مخالفة شرط الواقف للضرورة ، فذلك :-

- (1) لكون وظيفة القاضي الأساسية هي فض النزاعات ، فلا يوجد مسوغ لإشغاله بقضايا قد تكون ثانوية بالنسبة الى أعماله الأخرى.
- (2) ان المتولي بمخالفته شرط الواقف للضرورة ، يكون خاضعا لمراقبة ومحاسبة ديوان الوقف بحسب المادة الرابعة من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل.

(1) احمد قبلان ، الولاية الحسبية في إدارة المؤسسات الوقفية ، ملتقى الوقف الجعفري الثاني ، الكويت ، 2007 ، ص 11 ، وكان كلامه عن مفاد الخطاب الشرعي لأدلة الحسبية ، ونحن عممنا الكلام لعدم الخصوصية في ذلك.

(2) احمد قبلان ، الوقف ، ملتقى الوقف الجعفري الأول ، الكويت ، 2005 ، ص 27-28.

أما عن عدم جواز مخالفة شرط الواقف إذا كانت المخالفة تحقق مصلحة أكبر للوقف ، فذلك للأسباب الآتية :-

(1) قد يكون الواقف عالما بان شرطه لا يحقق المصلحة القصوى ، وقد ضحى بهذه المصلحة من أجل غرض نجهله ، فعلىنا احترام إرادته هذه ، ولا نكون أحرص على مصلحة وقفه منه ، فلذا لا يمكن ان ندعي بان مخالفة الشرط للمصلحة تتفق مع إرادة الواقف الضمنية.

(2) ان حالة تحقيق مصلحة أكبر للوقف بمخالفة شرط الوقف ، يمكن تصورها بحالات كثيرة ، كما ان تقدير هذه المصلحة مختلف وغير منضبط ، ولذا لو سمحنا بجواز مخالفة شرط الواقف لتحقيق مصلحة أكبر ، فقد نعرض شروط الواقف للانتهاك الكيفي التابع للأهواء.

بقي ان نعلم معيار التفرقة بين الضرورة والمصلحة ، فمتى تعد حالة مخالفة شرط الواقف بانها للضرورة ومتى تعد المخالفة لمصلحة الوقف ؟ وللإجابة عن ذلك ، نرى ان درجات مصلحة الوقف متفاوتة ، وأعلى درجات المصلحة هي الضرورة ، فكل ما هو ضروري للوقف يحقق مصلحة الوقف ، لكن العكس غير صحيح ، فليس كل ما فيه مصلحة للوقف يكون ضروريا.

الفرع الثالث : أثر الشريعة والقانون في شرط الواقف

وأخيراً نتناول علاقة شرط الواقف مع الشريعة الإسلامية والقانون معا ، من حيث الموافقة والمخالفة ، وتأثير ذلك في كيفية التعامل معه.

ان شرط الواقف إذا وافق الشريعة والقانون ، فهو شرط صحيح ويجب العمل به ، وإذا خالف الشريعة والقانون ، فهو شرط غير صحيح ولا يُعمل به ، ولكن ما هو الموقف لو خالف الشرط أحدهما ووافق الثاني ؟ ، فلدينا إذن حالتان :-

الحالة الأولى : ما هو الحكم لو وافق شرط الواقف الشريعة ولكنه خالف القانون ؟ ومثاله اشتراط الواقف تأجير العقار الموقوف من دون إجراء مزايدة علنية.

ان الحكم هو وجوب إتباع شرط الواقف وان خالف القانون (1) ، لانه شرط صحيح ، الا إذا فرض القانون مخالفته ، فان وصل الامر الى حالة الضرورة ، فتجوز المخالفة حينئذ للضرورة (2) وليس إتباعا للقانون.

إضافة الى ذلك ، فان النصوص التشريعية في إدارة الواقف تجعل المدار على الشريعة أولاً ، إذ نصت المادة (1/2) من قانون هيئة ادارة واستثمار الاوقاف رقم (18) لسنة 1993 المعدل على ان (تتولى الهيئة ما يأتي:- أ- ادارة أموال الاوقاف على وفق الأحكام الشرعية وشروط الواقفين لضمان الحفاظ عليها طبقاً لأساليب الادارة الحديثة والمتطورة) ، وكذلك المادة (11) من قانون الهيئة أعلاه والمادة الرابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970. ومن هذا يتضح ان الرأي الذي يذهب الى العمل بنص القانون إذا تعارض مع شرط الواقف (3) ، رأي غير صحيح إذا كان شرط الواقف موافقا للشريعة.

الحالة الثانية : ما هو الحكم لو خالف شرط الواقف الشريعة ولكنه وافق القانون ؟ ومثاله ما لو شرط الواقف ان يؤجر العقار الموقوف كمصرف للتعامل بالقروض الربوية ، حيث أجاز القانون المدني العراقي في المادة (171) الفوائد القانونية وحدد نسبة الفائدة ، خلافاً للشريعة الإسلامية.

ان الحكم هو عدم إتباع شرط الواقف ، لان مخالفة شرط الواقف للشريعة تجعل الشرط غير صحيح من الأساس ، فلا يجوز إتباعه وان وافق القانون (4) ، ويمكن القول ان هذا الحكم مستمد من النصوص القانونية أعلاه والتي تجعل المدار أولاً على الشريعة ، فيفهم من ذلك ان الشرط المخالف للشريعة هو شرط باطل قانوناً.

من هذا كله نجد ، ان شروط الواقف الصحيحة تشكل قيداً حقيقياً على التراضي في إبرام عقد إيجار العقار الموقوف ، فلا بد من التقيد الدقيق بشروط الواقف الا عند الضرورة . ولهذا ينبغي ان تكون صياغة شروط الواقف بمراجعة لجنة شرعية وقانونية كفوءة ولها خبرة عملية في شؤون الاوقاف ، من اجل رفع الغموض عن هذه الشروط ، وذلك باستخدام مفردات لا تحتمل التأويل والاجتهاد الشخصي وبلغة عربية صحيحة (5) وإيضاح مراد الواقف بصيغة شرعية وقانونية محددة ، كي يسهل تطبيقها عملياً.

(1) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء علي الحسيني السيستاني ومحمد إسحاق الفياض وياقر الايرواني حول شروط الواقف.

(2) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول شروط الواقف.

(3) احمد جمال الدين ، الوقف (مصطلحاته وقواعده) ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، 1955 ، ص118.

(4) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء علي الحسيني السيستاني ومحمد إسحاق الفياض وياقر الايرواني حول شروط الواقف.

(5) حسين بركة الشامي ، التعدي على الاوقاف في العراق ، مصدر سابق ، ص81 واحمد إبراهيم بك ، الوقف ، مكتبة عبدالله وهبة ، مصر ، 1944 ، ص113.

المبحث الثاني

شروط العقد النموذجية

النوع الثاني من القيود الخاصة على التراضي ، هو شروط العقد النموذجية ، وهي شروط يعدها مؤجر العقار الموقوف مسبقا ، ضمن عقد نموذجي لإيجار العقار ، فتصب هذه الشروط في مصلحة المؤجر ، فالمؤجر يمثل الطرف القوي في التعاقد ، لذا تعد شروط العقد النموذجية قيودا على مستأجر العقار الموقوف بشكل خاص.

المطلب الأول

شروط العقد النموذجية في الفقه الإسلامي

لم نجد في الفقه الإسلامي نماذج لعقود إيجار مسبقة تضم شروطا خاصة ، بل أعطى الفقه الإسلامي قواعد عامة في الشروط ، فلذا لا يوجد في الفقه الإسلامي شروط عقد نموذجية.

المطلب الثاني

شروط العقد النموذجية في القانون العراقي

أعد ديوان الوقف نماذج موحدة لعقود إيجار العقار الموقوف ، وتضم هذه العقود الشروط النموذجية ، وسنقتصر على دراسة نموذج (قائمة مزايدات وعقد إيجار المسققات الوقفية) (1) ، وذلك لتشابه الشروط النموذجية في هذه العقود ، وتبلغ شروط العقد في هذا النموذج (30) شرطا ، ومن خلال الاطلاع على هذه الشروط ، يتضح انها مُعدة لعقد إيجار وقف مضبوط ، تحت إدارة ديوان الوقف.

ومن اجل معرفة اثر شروط العقد النموذجية الواردة في عينة البحث المختارة كقيد خاص على التراضي ، سنقوم بأخذ كل شرط على حدة ، ونقارنه بالمادة القانونية التي أخذ منها الشرط أو التي تقترب منه ، فإذا تطابق الشرط مع المادة القانونية ، فهذا يعني ان الشرط لا يشكل قيودا خاصا على التراضي بل القيد يرجع في الحقيقة الى المادة القانونية مباشرة ، ويكون ذكر ذلك الشرط ضمن العقد النموذجي بمثابة تذكير للمتعاقدين بالمادة القانونية.

(1) انظر : ملحق رقم (1)

أما إذا لم يطابق الشرط المادة القانونية ، فقد يكون في الشرط إضافة جديدة على المادة القانونية لم تكن موجودة ، أو يقوم الشرط بحذف بعض فقرات المادة القانونية ، أو يكون في الشرط تضيق على المزايد أو المستأجر ، مثلا بإلزامه بأحد الخيارات التي تنص عليها المادة القانونية ، وقد يصدق على عدم المطابقة أكثر من وصف ، فمثلا قد يصدق على الإضافة بانها تضيق ، ولكننا سنكتفي بالوصف الأوضح والأهم لعدم المطابقة.

وفي كل هذه الحالات نبحث في أثر الشرط كقيد على التراضي ، فالشرط قد يكون مؤثرا على التراضي ، أو يكون قليل التأثير ، أو عديم التأثير.

وعقد إيجار العقار الموقوف قد يكون للسكنى ، فيطبق عليه قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل (1) ، إذا تحققت شروط المادة (1/أ) منه ، والتي تنص (تسري أحكام القانون على العقارات المبنية المؤجرة لأغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات) . أما إذا كان عقد الإيجار لغرض ذلك كالأغراض التجارية أو الصناعية ، فيطبق عليه القانون المدني العراقي . وفي الحالتين تطبق أولا القوانين الخاصة بإدارة الأوقاف.

وعليه سنبحث في إيجاد المادة القانونية المقابلة للشرط النموذجي في القوانين أعلاه ، إضافة الى القوانين الأخرى ، كقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 وقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 وقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.

وفي ما يلي نستعرض تحليل الشروط الثلاثين الواردة في قائمة مزايدات وعقد إيجار المسقفات الوقفية ، وان كان العديد من هذه الشروط لا يتعلق بعقد الإيجار بل ينظم المرحلة التي تسبق العقد ، ولكن سنقوم بتحليلها لأجل ورودها في النموذج ولتأثيرها على تراضي المتعاقدين :-

الشرط رقم (1) :

(تؤجر أملاك الاوقاف بالمزايدة العلنية ، وتجري المزايدة في دوائر الاوقاف التي يقع المأجور ضمن حدودها الإدارية ، وللوزير ان يقرر إجراءاتها في مكان اخر عند الضرورة).

وهذا الشرط يقابله نص المادة (13) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 (يؤجر الموقوف ويبيع المنقول ويستبدل العقار بالمزايدة العلنية) ، ونص المادة (5/4) من نظام المزايدات (تجري المزايدات والمناقصات في دوائر الاوقاف وللوزير ان يقرر إجراءاتها في مكان اخر عند الضرورة).

(1) انظر : قانون ايجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل ، المذكرة الإيضاحية ، ص18.

ومن خلال المقارنة نجد : ان الشرط أضاف تحديد دائرة الاوقاف التي تجرى فيها المزايدة ، بانها التي يقع المأجور ضمن حدودها الإدارية ، وهذه الإضافة عديمة الأثر عمليا على التراضي ، لأنها معلومة مسبقا ، فالذي يريد ان يؤجر عقارا موقوفا في النجف الأشرف ، لا يتصور ان المزايدة ستكون في دائرة أوقاف البصرة مثلا.

الشرط رقم (2) :

(مدة المزايدة (7) أيام ويجوز تمديدها بقرار من لجنة المزايدات لمدة سبعة أيام أخرى).

وهذا الشرط يقابله نص المادة (2) من نظام المزايدات (مدة المزايدة لإيجار الموقوف وبيع المنقول منه سبعة أيام وللاستبدال ثلاثون يوما ، وتبدأ هذه المدد من تاريخ النشر قابلة للتجديد سبعة أيام) ، ونص المادة (1/10) من نظام المزايدات (تقرر لجنة المزايدات والمناقصات الاحالة في المزايدات باسم صاحب الضم الأخير إذا وجدت ان البديل بلغ الحد اللائق وإلا فعليها ان تقرر تمديد المدة).

ومن خلال المقارنة نجد : ان الشرط يطابق المواد القانونية المقابلة له ، فلا يوجد قيد إضافي.

الشرط رقم (3) :

(لا يجوز للأشخاص المذكورين في أدناه الاشتراك في المزايدة العلنية: أ- رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ومن هم بدرجة وزير. ب- أعضاء هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف. ج- العاملون في وزارة الاوقاف والشؤون الدينية سواء كانوا على الملاك أم مؤقت. د- أقرباء المذكورين في أعلاه حتى الدرجة الرابعة داخل على ان يقدم المشارك بالمزايدة تعهدا خطيا بذلك. هـ- المدينون للأوقاف إلا إذا سددوا ديونهم. و- من صدر قرار من لجنة مختصة يقضي بمنعه من الاشتراك في المزايدات).

وهذا الشرط يقابله نص المادة (18) من نظام المزايدات (1- لا يجوز للأشخاص المذكورين أدناه الاشتراك في المزايدات والمناقصات والتعهدات أو إجارة الموقوف أو شراؤه :

أ- رئيس الوزراء ونوابه والوزراء. ب- أعضاء المجلس والموظف المعرف بالفقرة (أولا-7) من المادة الأولى وأعضاء لجنة المزايدات والمناقصات ولجنة التقدير. ج- أقرباء المذكورين في الفقرتين أعلاه لحد الدرجة الرابعة ومستخدموهم. د- المدينون للأوقاف إلا إذا وثقوا ديونهم بكفالات مصرفية أو بكفالة

شخص ملئ موثقة ملاءته بصك مصدق من الكاتب العدل على ان يتعهد المدين وكفيله بتسديد الدين خلال السنة التي تلي سنة الدين.....).

وقد نصت المادة الأولى في الفقرة (أولاً-7) من نظام المزايدات (الموظف – أي موظف أو عامل يتقاضى راتباً من ميزانية الاوقاف والشؤون الدينية).

ومن خلال المقارنة نجد : ان الشرط أضاف (من هم بدرجة وزير) ، أما أعضاء هيئة ادارة واستثمار الاوقاف فانها داخله في الفقرة (ج) وهم من العاملين في الاوقاف ومن الممنوعين بنص المادة القانونية في الفقرة (ب) ، والعاملون على الملاك المؤقت مشمولون بنص المادة (1/أولاً-5) لأنهم يتقاضون راتباً من ميزانية الاوقاف ، لكن الشرط حذف (مستخدموهم) من الفقرة (ج) من المادة القانونية ، وأضاف الشرط التعهد الخطي بعدم القرابة الى الممنوعين في الفقرة (د) ، وضيق الشرط على المزايد ، وذلك بإبدال توثيق الدين في المادة القانونية في فقرة (د) الى تسديد الدين في الفقرة (هـ) ، وأخيراً أضاف الفقرة (و).

ونجد ان هذه التغييرات تشكل قيوداً مؤثراً على التراضي ، بزيادة عدد الممنوعين من دخول المزايدة ، وبالتشديد على المدينين للأوقاف ، أما حذف المستخدمين فانه يزيد من عدد المزايد ، لكنه قليل الأثر لقلة المستخدمين في الوقت الحاضر ، ويلاحظ عدم دقة صياغة الشرط في الفقرة (ج) حيث كان ينبغي ان يُعبّر (....على الملاك الدائم أم الملاك المؤقت) ، وكذلك في الفقرة (د) حيث كان ينبغي حذف كلمة (داخل) منها.

الشرط رقم (4) :

(لا يجوز الاشتراك في المزايدة ما لم يبرز المشترك وصل شراء نسخة من شروط المزايدة مع صورتين واضحتين من بطاقتي السكن والغذائية لتدوين المعلومات الواردة فيهما في قائمة المزايدات).

ويقابله نص المادة (6) من نظام المزايدات (تجري المزايدات والمناقصات بموجب الاستثمارات والشروط العامة والخاصة المصدقة من المجلس).

ومن المقارنة نجد : إضافة في هذا الشرط ، وهي إبراز وصل شراء شروط المزايدة وتقديم صورتين بطاقة السكن والغذائية ، ولكن هذه الإضافة قليلة الأهمية كقيود على التراضي ، كونها أموراً تنظيمية بحتة يتطلب توفرها في أبسط المراجعات مع دوائر الدولة.

الشرط رقم (5) :

(تعد قائمة المزايدة مفتوحة لمدة (7) أيام تبدأ من تاريخ نشر الإعلان ويقبل سوم الراغبين خلال هذه المدة وتستوفي (1) منهم تأمينات قدرها 20% عشرون من المائة من بدل التقدير بصك مصدق وبدون (2) ذلك في قائمة المزايدة رقماً وكتابة).

ويقابل هذا الشرط نص المادة الثانية من نظام المزايدات والتي تقدم نصها في الشرط الثاني ونص المادة الثالثة من نظام المزايدات (تستوفي تأمينات نقدية لا تقل عن 10% من بدل السوم حين المزايدة للمسققات والمنقولات و 20% للمستغلات الأخرى وللاستبدال . ويجوز قبول الكفالات المصرفية والصكوك المقبولة من المصارف كتأمينات) ، والمقصود بالمسققات ما له سقف كالدور والدكاكين ، أما المستغلات الأخرى ، فتعني غير المسققات كالأراضي والبساتين.

وبالمقارنة نجد : تضيقاً على المزايد بزيادة نسبة التأمينات من (10%) لتصبح (20%) للمسقات واستيفائها من بدل التقدير قبل المزايدة عوضاً عن بدل السوم حين المزايدة ، وتضييق قبول التأمينات بصورة الصكوك المصدقة فقط . ونجد ان هذا كله يؤثر على التراضي ، فزيادة نسبة التأمينات وكونها بصك مصدق مسبق قبل المزايدة ، ستؤثر على عدد المتقدمين للمزايدة ، ويلاحظ التكرار غير المسوغ لبداية الشرط الذي ذكر سابقاً في الشرط رقم (2).

الشرط رقم (6) :

(يُعد صاحب الضم مسقطاً لجميع خياراته ومشاهدات المأجور بمجرد ضمه وتوقيعه على القائمة ، وقابلاً به بالحالة التي هو عليها عند المزايدة).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (8) من نظام المزايدات (يعتبر صاحب الضم مسقطاً لخيار الرؤية ومشاهدات للموقوف بمجرد ضمه وتوقيعه على القائمة).

ومن المقارنة نجد : إضافة إسقاط جميع الخيارات بدلاً عن إسقاط خيار الرؤية فقط ، أما إضافة قبول صاحب الضم بالمأجور بالحالة التي هو عليها عند المزايدة فتعد تفسيراً لاعتبار مشاهدة المأجور ، والإضافة الأولى تؤثر على التراضي ، كونها تزيد من القيود المفروضة على المزايد.

(1) الصحيح : وتستوفى.

(2) الصحيح : ويدون.

الشرط رقم (7) :

(إذا وجدت لجنة المزايدات في الساعة المقررة للإحالة ان البديل بلغ حده اللائق على ضوء بدل التقدير فلها ان تقرر الاحالة على صاحب الضم الأخير حاضراً كان أم غائباً ويعتبر الضم الذي لا يُزاد عليه خلال مدة (خمس) دقائق نهاية للمزايدة وعندئذ يكلف المحال عليه بإكمال التأمينات لتصبح (20%) عشرين من المائة من بدل الاحالة ، أما إذا لم يبلغ البديل حده اللائق فتقرر اللجنة تمديد المزايدة لمدة (7) سبعة أيام أخرى ، وفي حالة عدم حصول راغب بالبديل اللائق بعد انتهاء مدة سبعة أيام فيصار الى إعادة التقدير والإعلان عن الإيجار مجدداً).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (10) من نظام المزايدات (1- تقرر لجنة المزايدات والمناقصات الاحالة في المزايدات باسم صاحب الضم الأخير إذا وجدت ان البديل بلغ الحد اللائق وإلا فعليها ان تقرر تمديد المدة . وفي المرة الثانية عليها اما ان تقرر الاحالة أو ان تقرر إبقاء القائمة مفتوحة وتخبر الوزارة بذلك وتعيد الى المزايد تأميناته بطلب منه ، وذلك إذا رأت ان البديل الأخير لا يزال قليلاً وهناك احتمال للحصول على راغبين ببديل أكثر. 2- تكون قرارات الاحالة وإبقاء القائمة مفتوحة معلقة على تصديق الوزارة ، وللوزير تحويل المدراء صلاحية تصديق القرارات. 3- إذا ظهر راغب بعد تقرير إبقاء القائمة مفتوحة تبدأ إجراءات المزايدة مجدداً) ، ونص المادة (3) من نظام المزايدات والتي ثبتنا نصها سابقاً عند ذكر الشرط رقم (5).

وبالمقارنة نجد : إضافة وصف (حاضراً أو غائباً) لصاحب الضم الأخير ، وهذا الوصف مستمد أيضاً من الإطلاق في المادة القانونية لصاحب الضم الأخير ، وإضافة مدة (خمس دقائق) كحد لنهاية المزايدة ، وهذه الإضافة أمر تنظيمي لا بد منه للمزايدة ، ونجد تضيقاً على المزايد بإبدال الإجراء في حالة عدم الوصول الى البديل اللائق من (الاحالة أو بقاء القائمة مفتوحة) الى (إعادة التقدير والإعلان). وهذا الشرط قليل الأثر في التراضي ، لأنه عادة ما يؤجر العقار الموقوف ضمن مدة المزايدة الأولى.

الشرط رقم (8) :

(لا يجوز لصاحب الضم الأخير الانسحاب من المزايدة ما لم يكن هناك من يقبل الاستئجار لابلد (1) الذي رسا عليه وفي هذه الحالة يدون الانسحاب في قائمة المزايدة ويوقع عليه ، أما إذا وجد من يقبل الإيجار بأقل من البديل الذي رسا على صاحب الضم الأخير ، فعلى من يريد الانسحاب دفع الفرق بين البديلين ويدون ذلك في قائمة المزايدة ويوقع عليه ويستوفى الفرق من تأميناته ، وإذا لم تكف فَيُستحصل المبلغ المتبقي من سائر أمواله الأخرى وفقا لقانون تحصيل الديون الحكومية).

(1) الصحيح : بالبديل.

ويقابل هذا الشرط نص المادة (9) من نظام المزايدات (على من يريد الانسحاب من المزايدة تدوين ذلك في القائمة وتوقيعه عليها ولا يجوز لصاحب الضم الأخير الانسحاب ما لم يكن هناك شخص آخر يوافق على الاستئجار أو الشراء بالبديل الذي رسا عليه أو بأكثر منه . أما إذا وجد من يقبل بأقل من البديل الذي دفعه صاحب الضم الأخير ، فعلى من يريد الانسحاب دفع الفرق بين المبلغ الذي رسا عليه والمبلغ الذي عرضه الشخص الآخر وعند الامتناع يستوفى ذلك من تأميناته وإذا لم تكف تطبق عليه أحكام قانون جباية الديون المستحقة للحكومة).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يطابق المادة القانونية ، فلا يشكل قيذا إضافيا على التراضي.

الشرط رقم (9) :

(إذا نكل من رست عليه المزايدة عن دفع بدل الإيجار والمصاريف فيعرض المأجور على المزايد قبل الأخير الذي كف يده بالبديل الذي كان قد عرضه ، فإذا وافق على قبوله يضمن الناكل بقرار من لجنة المزايدات الفرق بين البديلين ومصاريف المزايدة ويستوفى من تأميناته وان لم تكف فَيُستحصل المبلغ المتبقي من أمواله الأخرى وفقا لقانون تحصيل الديون الحكومية).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (19/أولا) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 (إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل البيع والمصاريف في حالة البيع وبديل الإيجار والمصاريف في حالة الإيجار. فيعرض المال غير المنقول على المزايد الأخير الذي كف يده قبله بالبديل الذي كان قد عرضه ، فإذا وافق على أخذه ، يضمن الناكل بقرار من لجنة البيع أو الإيجار ، الفرق بين البديلين من تأميناته. وان لم تكف فمن أمواله الأخرى ، ويستوفى ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومية).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يضيف مصاريف المزايدة الى ضمان الناكل ، مما يزيد من التزاماته ، لأن مصاريف المزايدة تكون على من ترسو عليه المزايدة نهائيا ، سواءا كان الناكل أم غيره ، وهذه الإضافة تشكل قيذا على التراضي ، وان كان تأثيره ضعيفا لقلّة مصاريف المزايدة عادة ، ولقلّة حالات النكول في المزايدات.

الشرط رقم (10) :

(إذا رفض المزايد قبل الناكل قبول المأجور بالبديل الذي كان قد عرضه فتجري المزايدة مجددا لمدة (7) سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان ويضمن الناكل بقرار من لجنة المزايدات الفرق بين البديلين ومصاريف المزايدة ويستوفى من تأمينه وان لم تكف فَيُستحصل المبلغ المتبقي من أمواله الأخرى وفقا لقانون تحصيل الديون الحكومية).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (19/ثانيا) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 (إذا رفض المزايد قبل الناكل اخذ المال غير المنقول بالبديل الذي كان قد عرضه ، فتجري المزايدة مجددا لمدة خمسة عشر يوما تبدأ من اليوم التالي لنشر الإعلان في الصحيفة ، ويضمن الناكل بقرار

من لجنة البيع والإيجار الفرق بين البدلين ومصاريف إعادة المزايدة ويستوفى ذلك من تأميناته وان لم تكف فمن أمواله الأخرى وفق قانون تحصيل الديون الحكومية).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يُضَيَّق على المزايد بجعل مدة المزايدة الثانية (7) أيام بدلا من خمسة عشر يوما ، وفي هذا تأثير ضعيف في التراضي ، لان المزايدة الأولى كانت لمدة (7) أيام أيضا ، وكان الأولى دمج الشرط (10) مع الشرط (9) ، كما صنعت المادة القانونية ، لأنهما يعالجان حالة واحدة ، وهي حالة نكول من رست عليه المزايدة.

الشرط رقم (11) :

(يجوز الضم على بدل الاحالة (كسر قرار) خلال (5) أيام من اليوم الذي يلي تاريخ الاحالة على ان لا يقل الضم (1) عن 15% (خمسة عشر من المائة) من بدل الاحالة وعندئذ يعلن عن بداية مزايدة جديدة لمدة (7) سبعة أيام تبدأ من تاريخ نشر الإعلان ثم تجري بعدها الاحالة ولا يجوز الضم عن هذه الاحالة).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (12) من نظام المزايدات (1) - يقرر المدير فسخ قرارات الاحالة خلال خمسة أيام من اليوم الذي يلي تاريخ الاحالة على ان لا تقل الزيادة في المزايدات والنقصان في المناقصات العلنية عن 10% من بدل الاحالة ان كان البديل لا يتجاوز الف دينار و5% لما زاد على الألف. 2- بعد فسخ قرار الاحالة يعلن مجددا لمدة سبعة أيام ، ولا يجوز فسخ القرار مرة أخرى).

(1) الصحيح : لا تقل الزيادة في الضم.

ومن المقارنة نجد : ان في الشرط تضيقاً ، وذلك بزيادة النسبة الى 15% ، وهذا يؤثر في تراضي من يريد كسر قرار الاحالة.

الشرط رقم (12) :

(لا تعد الاحالة قطعية إلا بتصديق الوزير عليها أو من يخوله).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (5) من نظام المزايدات (تقرر لجنة المزايدات والمناقصات الاحالة على من ترسو عليه وترفع قرارها الى الوزارة لتصديقه أو نقضه).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يطابق المادة القانونية ، فلا يزيد من قيود التراضي.

الشرط رقم (13) :

(تكون مدة العقد سنة واحدة تبدأ من 1/1 وتنتهي في 12/31 من تلك السنة وإذا كانت الاحالة خلال السنة فتكون مدة العقد من تاريخ المصادقة على الاحالة ولغاية 12/31 من تلك السنة).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (2/8) من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 (يجوز إجارة العقار الموقوف مدة تزيد على ((3)) ثلاث سنوات بقرار من مجلس إدارة هيئة واستثمار أموال الأوقاف (1) المشكل بموجب قانون هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف المرقم ب(18) لسنة 1993).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط لا يسمح بان تكون مدة الاجارة أكثر من سنة ، رغم ان المادة القانونية تسمح بذلك ، فالشرط يُضَيَّق المادة القانونية ، وهذا التضيق يؤثر في التراضي.

الشرط رقم (14) :

(تعد هذه القائمة عقد ايجار يتم برسو المزايدة وتصديق قرار الاحالة وفقا للفقرة (12) من هذا العقد).

لم يصف هذا الشرط امرا جديدا على الشرط رقم (12) ، أما اعتبار القائمة كعقد ايجار ، فهذا أمر واضح ولا يحتاج الى بيان ، حيث تم تثبيت عنوان القائمة بانها (قائمة مزايدات وعقد ايجار المسققات الوقفية) ، فعليه نجد ان حذف هذا الشرط أولى.

(1) الصحيح : مجلس هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف

الشرط رقم (15) :

(إذا كان المستأجر أكثر من شخص واحد فيعدون متكافلين ومتضامنين بجميع شروط هذا العقد).

نصت المادة (320) من القانون المدني العراقي (التضامن ما بين المدينين لا يُفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون).

من المقارنة نجد : ان هذا الشرط فيه تضيق على المستأجرين ، بسبب فرض حالة التكافل والتضامن بينهم ، وهذا يؤثر في تراضيه ، فمثلا إذا اتفقوا ان تكون مساهمتهم في الإيجار بنسب متفاوتة ، كأن يدفع المستأجر الأول ربع الأجرة والمستأجر الثاني المبلغ المتبقي ، فالمستأجر الأول لولا هذا الشرط يضمن ربع الأجرة فقط ، ولا يضمن كامل الأجرة ، والأمر نفسه يقال مع الكفالة ، إذ قد لا يرغب المستأجر الأول كفالة المستأجر الثاني.

الشرط رقم (16) :

(تكون أجرة المنادي والإعلان وأجور الخدمات والمصاريف الأخرى على من ترسو المزايدة عليه وتحمل دوائر الأوقاف هذه المصاريف ان لم تقرر الاحالة على احد مع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة (10) من هذا العقد).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (11) من نظام المزايدات (تُدفع أجرة المنادي والإعلان من قبل المستأجر أو المشتري بعد الاحالة وتحمل دوائر الأوقاف هذه المصاريف ان لم تقرر الاحالة على احد).

ومن المقارنة نجد : إضافة اجور الخدمات والمصاريف الأخرى من دون بيان المقصود منهما، وهذا الشرط يزيد من التزامات المستأجر ، فهو يؤثر في تراضيه ، وان كان تأثيره ضعيفا، لقلّة أجور الخدمات والمصاريف الأخرى قياسا الى أجرة المنادي والإعلان.

الشرط رقم (17) :

(يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار السنوي صفقة واحدة خلال مدة (30) ثلاثين يوما من تاريخ الاحالة القطعية وإذا امتنع يعد ناكلا وتطبق بحقه أحكام الفقرة (9) من هذا العقد).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (10) من قانون ايجار العقار رقم (87) لسنة 1979 (تُدفع سلفا أجرة العقارات المشمولة بأحكام هذا القانون بأقساط شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الإيجار ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك ، وإذا كان المؤجر هو الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ، فللمستأجر ان يدفع الأجرة شهريا أو بقسط واحد أو أكثر) ، ونص المادة (765) من القانون المدني (يصح اشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها وتقسيطها الى أقساط تؤدي (1) في أوقات معينة).

ومن المقارنة نجد : ان هذا الشرط فيه تضيق على المستأجر بإلزامه بتعجيل دفع الأجرة صفقة واحدة ، مما يؤثر في تراضيه المستأجر ، إذ ليس كل مستأجر قادرا على دفع كامل الأجرة السنوية مقدما ،

علما ان المؤجر في (قائمة مزایدات وعقد ايجار المسققات الوقفية) هو ديوان الوقف ، وهو من الأشخاص المعنوية العامة.

الشرط رقم (18) :

(للهيئة الحق بفسخ العقد في أي وقت تشاء خلال مدة الإيجار وعلى المستأجر أخلاء المأجور وتسليمه خالياً من الشواغل خلال مدة (30) ثلاثين يوماً من تاريخ إنذاره وفقاً لأحكام القانون المدني).

نصت المادة (726) من القانون المدني العراقي (يصح ان يكون عقد الإيجار مقترنا بشرط الخيار فيجوز الإيجار والاستئجار ، على ان يكون احد الطرفين أو كلاهما مخييراً في فسخ الإيجار في مدة معلومة).

من المقارنة نجد : تضيقاً على المستأجر بإعطاء حق الفسخ للهيئة ، وهو حق يؤثر في تراضي المستأجر ، إذ يجعله مهتداً في أي وقت بفسخ العقد ، وهذا الشرط مثال لعدم التوازن بين المتعاقدين.

(1) الصحيح : تؤدى.

الشرط رقم (19) :

(تكون قيمة شراء نسخة شروط المزايدة وعقد الإيجار بمبلغ قدره () دينار غير قابل للرد).

نصت المادة (6) من نظام المزايدات (تجري المزايدات والمناقصات بموجب الاستثمارات والشروط العامة والخاصة المصدقة من المجلس).

من المقارنة نجد : ان الإضافة هي في تحديد ثمن نموذج العقد ، لانه عادة لا توزع هذه العقود مجاناً ، وهذه الإضافة لا تشكل قيداً على التراضي لقلّة ثمن نموذج العقد.

الشرط رقم (20) :

(ليس للمستأجر ان يستعمل المأجور لغير الغرض الذي تم الإيجار من اجله الا بموافقة الهيئة التحريرية وإذا خالف ذلك فيعد العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة الى انذار أو حكم قضائي بفسخه ويضمن المستأجر الضرر المتولد عن مخالفته مع عدم الإخلال بحق الهيئة بتطبيق أحكام المواد (12) ، 13 ، 14) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

نصت المادة (5/17) من قانون ايجار العقار على أحد أسباب طلب تخلية المأجور (إذا استعمل المستأجر المأجور خلافاً للغرض المبين في عقد الإيجار) ، ونصت المادة (762) من القانون المدني (أيما كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار ، فان سكنت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف) ، ونصت المادة (178) من القانون المدني (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى (1) من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) ، ونصت المادة (2/764) من القانون المدني (واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعدّ فيضمن الضرر المتولد عنه).

ومن المقارنة نجد : ان هذا الشرط فيه تضيق على المستأجر ، بجعل العقد مفسوخا من تلقاء ذاته عند المخالفة ، وهذا التضيق يؤثر في تراضي المستأجر.

(1) الصحيح : لا يعني

الشرط رقم (21) :

(لا يجوز للمستأجر ان يؤجر المأجور الى الغير كلاً أو جزءاً ولا يمكن لغيره من الانتفاع به كلاً أو جزءاً الا بموافقة الهيئة التحريرية وزيادة بدل الإيجار وفق تقدير لجنة تقدير المال الموقوف وبما ينسجم والأسعار السائدة).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (11) من قانون ايجار العقار (يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان تحريريا على خلاف ذلك) ، ونص المادة (1/775) من القانون المدني (للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول ، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره).

ومن المقارنة نجد : في حالة تطبيق قانون ايجار العقار ، فهذا الشرط فيه إضافة ، بمنع حتى انتفاع الغير ، وبزيادة بدل الإيجار عند الموافقة ، وهذا كله يؤثر في تراضي المستأجر.

وفي حالة تطبيق القانون المدني ، فهذا الشرط فيه تضيق على المستأجر بمنعه من التأجير ، كما فيه إضافة بمنع انتفاع الغير ، وبزيادة بدل الإيجار ، وفي هذا كله تأثير اكبر في تراضي المستأجر.

الشرط رقم (22) :

(ليس للمستأجر الحق في تنفيذ أعمال ديكور للمأجور أو تحويله أو إضافة أي بناء جديد إليه وإذا ثبت ذلك يعد مخالفاً ويطبق بحقه قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

نصت المادة(4/17) من قانون ايجار العقار على أحد أسباب طلب تخلية العقار (إذا أحدث المستأجر تغييرا جوهريا في المأجور دون موافقة المؤجر التحريرية) ، ونصت المادة (1/774) من القانون المدني (إذا انقضت الاجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو غرس فيه أشجارا أو قام بتحسينات أخرى مما يزيد في قيمته وكان ذلك على الرغم من معارضة المؤجر أو دون علمه ، الزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات ، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور جاز للمؤجر ان يمتلك ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع).

ومن المقارنة نجد : انه في حالة تطبيق قانون ايجار العقار ، فعلى فرض ان الشرط يعتبر أعمال الديكور والتحويل والإضافة من التغييرات الجوهرية ، فيكون في الشرط تضيق على المستأجر ، حيث سمحت المادة القانونية بالتغيير الجوهري عند موافقة المؤجر التحريرية ، أما الشرط فيمنعه مطلقا.

وأما في حالة تطبيق القانون المدني ، فعلى فرض ان الشرط يعتبر أعمال الديكور والتحويل من التحسينات ، نجد ان الشرط فيه تضيق على المستأجر ، حيث منع من إجراء التحسينات من البداية، بينما المادة القانونية سمحت به . فعلى التقديرين يعتبر الشرط مؤثرا في تراضي المستأجر.

الشرط رقم (23) :

(ليس للمستأجر الحق في إفراز المأجور أو تحويله أو إضافة أي بناء جديد وإذا ثبت ذلك يعد مخالفاً ويطبق بحقه قانون إدارة الأوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

ينطبق على هذا الشرط كل ما ذكر في الشرط رقم (22) ، بإبدال (أعمال الديكور) مع (إفراز المأجور) ، وكان ينبغي دمج الشرطين معاً.

الشرط رقم (24) :

(يتم تسليم المأجور الى المستأجر من قبل لجنة بموجب محضر يتضمن وصف المأجور ومشتملاته والحالة العمرانية له والنواقص ان وجدت ويوقع عليه من قبل اللجنة والمستأجر).

ونصت المادة (742) من القانون المدني (على المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله ، ان يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد.....).

ومن المقارنة نجد : إضافة طريقة التسليم عن طريق لجنة بموجب محضر ، وهذه الإضافة تصب في مصلحة المتعاقدين ولا تؤثر سلباً في التراضي ، بل هي طريقة عملية مرغوبة لحفظ حقوق الطرفين.

الشرط رقم (25) :

(على المستأجر ان يقوم بجميع ما يتطلبه الملجور (1) من الترميمات التي يقضي العرف قيام المستأجر بها وكذلك إصلاح الأضرار التي يكون هو سبباً في إحداثها وكا (2) ما يتعلق بصيانة وإدامة الأجهزة الميكانيكية والمساعد وأجهزة التبريد وغيرها ، وتنفيذاً لذلك يستوفى من كل مستأجر مبلغ قدره (دينار عند التعاقد).

نصت المادة (763) من القانون المدني (1- الترميمات التي يقوم بها المستأجر بإذن المؤجر ان كانت عائدة الى إصلاح المأجور وصيانته ، رجع بها عليه وان لم يشترط الرجوع ، وان كانت عائدة لمنافع المستأجر ، فلا يرجع بها الا إذا اشترط ذلك. 2- وعلى المستأجر إجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يضيق على المستأجر بإبدال (الترميمات الطفيفة) الى (الترميمات) ، وهذا ما يزيد من التزاماته ، كذلك تسمح المادة القانونية بالرجوع على المؤجر بينما الشرط يمنع ذلك ، وأضاف الشرط المبلغ المستوفى عند التعاقد . وهذا كله يؤثر في تراضي المستأجر.

الشرط رقم (26) :

(على المستأجر دفع اجور الماء والكهرباء والنفقات الأخرى ، وفي حالة عدم تسديده فيستقطع من التأمينات المدفوعة).

هذا الشرط لا مسوغ له ، وكان الأولى إلحاقه بالأمثلة التطبيقية في الشرط رقم (25) ، والمقصود من النفقات الأخرى ، ما شابه اجور الماء والكهرباء ، مما يعدها العرف من منافع المستأجر.

الشرط رقم (27) :

(على المستأجر عند انتهاء عقد الإيجار ان يخلي المأجور ويسلمه الى الهيئة خاليا من الشواغل وسالما من الأضرار كما تسلمه ، وإذا استمر في الإشغال تطبق بحقه أحكام المادة /14 من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

(1) الصحيح : المأجور.

(2) الصحيح : وكل.

نصت المادة (1/771و2) من القانون المدني (1- إذا انقضى عقد الإيجار ، وجب على المستأجر ان يخلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه ، إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكانا اخر. 2- فإذا أبقى المستأجر المأجور تحت يده دون حق ، كان ملزما ان يدفع للمؤجر تعويضا) ، ونصت المادة (1/772) من القانون المدني (على المستأجر ان يرد المأجور في الحال التي تسلمه عليها الا ما يكون قد أصابه من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه).

ومن المقارنة نجد : ان الشرط يطابق المواد القانونية المقابلة له.

الشرط رقم (28) :

(إذا ثبت للهيئة ان المستأجر قد ترك المأجور نهائيا ولم يسلمه لها بعد انتهاء (1) مدة إيجاره ان تقوم بفتح المأجور بحضور ممثل من الشرطة ومختار المحلة التي يقع المأجور فيها واحد أعضاء مجلس الشعب في المنطقة (2) وتنظيم محضر بذلك يشتمل على وصف المأجور والموجودات التي فيه ان وجدت وإيداعها الى شخص ثالث تمهيدا لإعلان بيعها بالمزايدة العلنية وفق أحكام قانون التنفيذ وتقوم الهيئة بتسليم (3) المأجور والتصرف به دون الإخلال بحق الهيئة باتخاذ الإجراءات القانونية الأخرى بحق المستأجر وفقا لأحكام قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

ويقابل هذا الشرط نص المادة (55) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 المعدل (يكون حجز مال المدين ورفع وبيعه بطلب من الدائن وقرار من المنفذ العدل) ، ونص المادة (63) من قانون التنفيذ (يقوم المنفذ العدل ، أو من ينييه من موظفي مديريته ، بتنفيذ قرار حجز أموال المدين المنقولة) ، ونص المادة (65) من قانون التنفيذ (يكون تنفيذ قرار الحجز ، بحضور مختار المحلة ، ان كان موجودا أو شاهدين لا علاقة لهما ولا قرابة بالموظف القائم بالحجز ، ولا بأحد الطرفين ، وينظم الموظف محضرا يدون فيه جنس الأموال المحجوزة وأنواعها ومقدارها وقيمتها بمعرفة خبير ان وجد ضرورة لذلك ، وبيان المكان الذي حفظت فيه أو بإيداعه في يد عدل).

(1) الصحيح : انتهاء.

(2) لم يعد وجود لمجلس الشعب في الوقت الحاضر ، لكن انظر : رئاسة ديوان الوقف الشيعي ، ديوان الوقف الشيعي (التأسيس والانجازات) ، ديوان الوقف الشيعي ، بغداد ، 2005 ، ص92 حيث ذكر انه تم طبع نماذج جديدة لاستمارات وسجلات وعقود الإيجار. ويبدو ان النماذج الجديدة هذه اقتصرت على تبديل العناوين الرئيسية فقط دون تغيير بعض التفاصيل التي ألغى العمل بها.

(3) الصحيح : بتسلم.

ومن المقارنة نجد : ان هذا الشرط فيه تضيق على المستأجر ، وذلك بمنح الهيئة سلطات المنفذ العدل في إصدار قرار الحجز وتنفيذه ، مع تغيير الأشخاص الذين يحضرون تنفيذ الحجز ، وهذا يؤثر في تراضي المستأجر ، حيث فيه تقوية غير مسوغة للمؤجر خاصة مع وجود المنفذ العدل.

الشرط رقم (29) :

(يمنع المستأجر من استغلال المأجور لبيع المشروبات الكحولية أو ارتكاب الأفعال المخالفة للقانون والنظام العام والآداب أو القيام بالتصرفات التي تسيئ الى سمعة الوقف ، وبعبكسه يعد العقد مفسوخا من

تلقاء ذاته دون الحاجة الى انذار أو حكم قضائي بفسخه وتتولى الهيئة تطبيق أحكام المادة (13) من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم 40 لسنة 1999).

إضافة الى ما تم ذكره في الشرط رقم (20) ، يقابل هذا الشرط نص المادة (6/17) من قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل على احد أسباب طلب التخلية (إذا ترتب على استعمال المستأجر للمأجور إساءة الى سمعة المؤجر) ، ونص المادة (1/132) من القانون المدني (يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أو للأداب) ، والمادة (178) من القانون المدني والتي نقلنا نصها في الشرط رقم (20).

ومن المقارنة نجد : ان هذا الشرط يفترض ان العقد عُقد صحيحا ، والسبب كان صحيحا ، ولكن أثناء تنفيذ العقد أراد المستأجر استغلال المأجور خلافا للقانون ولما ذكر ، فهنا يمنع ويطلب فسخ العقد لإخلال المستأجر بأحد التزاماته ، وهو مشروعية الاستغلال.

أما إذا ثبت ان المستأجر منذ البداية التزم لسبب غير صحيح ، فان العقد يعد باطلا من الأساس ، ويمكن القول ان بيع المشروبات الكحولية أو القيام بالتصرفات التي تسيء الى سمعة الوقف هي تطبيقات لمخالفة الآداب . ومع ذلك فان هذا الشرط فيه تضيق ويؤثر في تراضي المستأجر باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء ذاته عند ارتكاب المخالفة.

الشرط رقم (30) :

(تكون محكمة منطقة هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف أو فرع الهيئة التي يقع المأجور ضمن حدودها الإدارية لها الصلاحية في النظر بجميع الدعاوي الناشئة عن تنفيذ هذا العقد).

نصت المادة (1/ 37) من قانون المرافعات المدنية (تقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن المدعي (1) عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى).

من المقارنة نجد : ان هذا الشرط فيه تضيق لدائرة الخيارات المطروحة ، وهذا التضيق لا يؤثر في التراضي ، كون المستأجر عادة لا يهيمه تحديد المحكمة المختصة بفض النزاع وهو في بداية عقد الإيجار ، الذي يأمل فيه عدم حدوث النزاع مع المؤجر.

وبهذا انتهينا من تحليل ودراسة اثر شروط العقد النموذجية في التراضي ، وفق نموذج (قائمة مزايدات وعقد ايجار المسققات الوقفية).

أما بالنسبة للفقهاء القانوني ، فلم نجد في المصادر التي بين أيدينا من تطرق الى بيان أثر شروط العقد النموذجية كقيد على التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف.

وأما القضاء العراقي ، فقد أشار في بعض قراراته الى وجوب إجراء المزايدة فيما تؤجره دائرة الوقف من عقارات (2) ، وان عدم إجراء المزايدة يؤدي الى بطلان عقد الاجارة الطويلة (3).

والقضاء في هذين القرارين يوافق نص المادة (13) من نظام المزايدات القاضية بتأجير العقار الموقوف بالمزايدة العلنية.

وجاء في قرار قضائي آخر ، ان المزايدة التي تجريها الجهات الحكومية لا تكون نهائية ما لم يصادق على الاحالة رئيس الدائرة المختصة (4).

وهذا القرار تطبيق لنص المادة الخامسة من نظام المزايدات التي توجب موافقة الوزارة على قرار الاحالة.

(1) الصحيح : المدعى.

(2) القرار المرقم 1110/حقوقية/59 بغداد ، (لم يذكر تاريخ القرار) ، سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج 2 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1962 ، ص 167.

(3) الاضبارة المرقمة 228/ح 967 بتاريخ 1967/4/25 ، مجلة القضاء ، العدد 3 لسنة 1967 ، ص 104-109.

(4) القرار المرقم 1104/إدارية ثالثة/82 بتاريخ 1982/4/28 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد 2 لسنة 1982 ، ص 34.

وفي احد القرارات القضائية ، إذا نكل من رست عليه المزايدة ، فإنه يتحمل الفرق ما بين البديل الذي أحيل عليه والبديل الذي عرضه المزايد الذي كف يده قبله (1).

وهذا تطبيق لنص المادة (19 / أولا) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 التي تلزم الناكل بالفرق بين البديل الذي رسا عليه والبديل الذي عرضه المزايد قبله.

وأخيراً حكم قرار قضائي باستيفاء المصاريف الفعلية التي أنفقت على المزايدة الأولى من تأمينات المزايد الأول الناكل ويعاد إليه المتبقي من تأميناته (2).

وهذا الحكم يوافق الشرط التاسع من شروط العقد النموذجية ، الذي أشار الى ضمان الناكل لمصاريف المزايدة.

فنجد ان غالب القرارات القضائية لا تتعلق بشروط العقد النموذجية التي لا تطابق المواد القانونية ، والتي تشكل قيداً خاصاً على التراضي.

المطلب الثالث نتيجة المقارنة

لم نجد في الفقه الإسلامي شروط عقد ايجار نموذجية ، أما في القانون العراقي فقد وجدنا هذه الشروط معدة من قبل ديوان الوقف ، وقمنا بدراسة نموذجاً منها لمعرفة أثرها في التراضي ، ولم يتطرق الفقه القانوني لبحث اثر شروط العقد في التراضي ، أما القضاء فقد أشار غالباً الى بعض الشروط التي تطابق المواد القانونية.

ونبين اثر شروط العقد النموذجية في التراضي ، وترجيح العمل بها ، مع الدعوة الى تطويرها ، في ثلاثة فروع.

(1) القرار المرقم 108/هيئة عامة/971 بتاريخ 1971/10/23 ، إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني) ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 2007 ، ص 606.

(2) القرار المرقم 2000/3 بتاريخ 2000/1/13 ، مجلة العدالة ، العدد (1) لسنة 2001 ، ص 143-144.

الفرع الأول : أثر شروط العقد النموذجية في التراضي

لبيان أثر شروط العقد النموذجية في التراضي ، تم تلخيص نتائج دراسة شروط العقد النموذجية الواردة في نموذج (قائمة مزايدات وعقد ايجار المسقفات الوقفية) ، بالجدول رقم (2).

رقم الشرط	المادة القانونية المقابلة للشرط	نتيجة المقارنة	أثر الشرط في التراضي
1	المادة (13) والمادة (5/4) من نظام المزايدات	إضافة	عديم الأثر
2	المادة (2) والمادة (1/10) من نظام المزايدات	تطابق	عديم الأثر
3	المادة (18) من نظام المزايدات	إضافة وحذف وتضييق	مؤثر
4	المادة (6) من نظام المزايدات	إضافة	ضعيف الأثر
5	المادة (2) والمادة (3) من نظام المزايدات	تضييق	مؤثر
6	المادة (8) من نظام المزايدات	إضافة	مؤثر
7	المادة (3) والمادة (10) من نظام المزايدات	إضافة وتضييق	ضعيف الأثر
8	المادة (9) من نظام المزايدات	تطابق	عديم الأثر
9	المادة (19 / أولاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة	إضافة	ضعيف الأثر
10	المادة (19 / ثانياً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة	تضييق	ضعيف الأثر
11	المادة (12) من نظام المزايدات	تضييق	مؤثر
12	المادة (5) من نظام المزايدات	تطابق	عديم الأثر
13	المادة (14) من نظام المزايدات والمادة (2/8) من قانون إدارة الأوقاف	تضييق	مؤثر
14	المادة (5) من نظام المزايدات	إضافة	عديم الأثر
15	المادة (320) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
16	المادة (11) من نظام المزايدات	إضافة	ضعيف الأثر
17	المادة (10) من قانون إيجار العقار والمادة (765) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
18	المادة (726) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
19	المادة (6) من نظام المزايدات	إضافة	عديم الأثر
20	المادة (5/17) من قانون إيجار العقار والمواد (762) و(178) و(2/764) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
21	المادة (11) من قانون إيجار العقار والمادة (1/775) من القانون المدني	إضافة وتضييق	مؤثر
22	المادة (4/17) من قانون إيجار العقار والمادة (1/774) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
23	المادة (4/17) من قانون إيجار العقار والمادة (1/774) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
24	المادة (742) من القانون المدني	إضافة	عديم الأثر
25	المادة (763) من القانون المدني	تضييق وإضافة	مؤثر
26	المادة (763) من القانون المدني	تطابق	عديم الأثر
27	المادة (201/771) والمادة (1/772) من القانون المدني	تطابق	عديم الأثر
28	المادة (55) والمادة (63) والمادة (65) من قانون التنفيذ	تضييق	مؤثر
29	المادة (1/132) والمادة (178) من القانون المدني	تضييق	مؤثر
30	المادة (1 / 37) من قانون المرافعات المدنية	تضييق	عديم الأثر

جدول رقم (2)

يبين أثر شروط العقد النموذجية في التراضي.

ومن جدول رقم (2) نجد : ان عدد الشروط المؤثرة كقيد في التراضي (15) أي بنسبة 50% من الشروط ، وعدد الشروط العديمة الأثر في التراضي (10) أي بنسبة 33% ، وعدد الشروط الضعيفة الأثر في التراضي (5) أي بنسبة 17% .

فنستنتج من ذلك كله ان شروط العقد النموذجية قيد خاص في التراضي ، وتضاف الى قيد شروط الواقع ، كقيود مؤثرة في تراضي المتعاقدين في عقد إيجار العقار الموقوف.

الفرع الثاني : ترجيح العمل بشروط العقد النموذجية

ونرجح العمل بشروط العقد النموذجية ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) لمساهمة شروط العقد النموذجية بزيادة الاحتياطات المقبولة في حفظ العقار الموقوف ومنع التجاوز عليه.

(2) ليكون طرفا التعاقد على علم مسبق بواجباتهما وحقوقهما ، وخاصة مستأجر العقار الموقوف.

(3) لتسهيل إثبات التعاقد ، حيث تنظم شروط العقد النموذجية بصيغة واضحة ومطبوعة ، مما يقلل حالات التنازع المستقبلية.

(4) لزيادة الوعي القانوني للمتعاملين مع العقارات الموقوفة ، إذ إن أغلب هذه الشروط مستمدة من قوانين عدة ، وبمراجعة هذه القوانين يتحقق الوعي المطلوب.

الفرع الثالث : مقترحات تطوير شروط العقد النموذجية

ومن أجل الوصول الى تطوير شروط العقد النموذجية الحالية في نموذج (قائمة مزايدات وعقد ايجار المسققات الوقفية) ، نوصي بالملاحظات الآتية :-

(1) الحفاظ على التوازن التعاقدي بين المؤجر والمستأجر ، فقد وجدنا في بعض الشروط ما يقوّي جانب المؤجر على حساب إضعاف جانب المستأجر ، مثلا الشرط رقم (6) ورقم (18) ورقم (20) ورقم (28).

(2) حذف الشروط التي خالفت المواد القانونية الأمرة ، لأنها بهذه المخالفة تعد شروطا باطلة ، فالشرط رقم (3) خالف مادة قانونية أمرة بتحديد الفئات الممنوعة من دخول المزايدة ، وذلك بإضافة (من هم بدرجة وزير) وحذف (مستخدموهم) ، وكذلك الشرط رقم (28) خالف مادة قانونية أمرة متعلقة بالنظام العام ، حيث منح الشرط بعض سلطات المنفذ العدل لهيئة إدارة واستثمار أموال الاوقاف.

(3) إذا كان الشرط يطابق المادة القانونية ، فالأولى إيراد نص المادة القانونية فقط ، مع الإشارة الى رقمها ومن أي قانون أخذت ، ليميز المتعاقد بين ما يجب عليه إتباعه لأنه من القانون ، وبين شروط العقد النموذجية ، والتي ربما يستطيع التفاوض بشأنها.

(4) حذف بعض الشروط ، لأنه لا مسوغ لها ، مثلا الشرط رقم (14) ورقم (26) ، وكذلك مقدمة الشرط رقم (5) لوجود ما يدل عليها في الشرط رقم (2).

(5) دمج بعض الشروط لوحدة الموضوع المتناول فيهما ، مثلا الشرط رقم (9) مع الشرط رقم (10) والشرط رقم (22) مع الشرط رقم (23).

(6) معالجة الأخطاء اللغوية والإملائية العديدة ، مثلا في الشرط رقم (3) ورقم (8) ورقم (28).

(7) حذف الأمور التي كانت متداولة في الماضي وتم إلغاؤها حاليا ، مثلا الشرط رقم (28) الذي يذكر اسم (مجلس الشعب) بالرغم من إلغائه.

الفصل الثالث

عناصر التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

المبحث الأول : أجرة العقار الموقوف

المبحث الثاني : مدة إيجار العقار الموقوف

الفصل الثالث

عناصر التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

بعد ان عرفنا أطراف عقد الإيجار من مؤجر ومستأجر في الفصل الأول ، وعرفنا القيود التي تقيد تراضيهما في الفصل الثاني ، نتعرف في هذا الفصل على عناصر التراضي ، أي ما ينصب عليه تراضي المتعاقدين.

ان تطابق الإيجاب والقبول يكون على عناصر الإيجار المتمثلة في ماهية العقد والعين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار (1) ، بينما هناك من يذهب الى حذف ماهية العقد ، فيرى ان عناصر التراضي هي الشيء المؤجر والأجرة ومدة الإيجار (2) أو ان عناصر الإيجار هي التمكين من الانتفاع والأجرة والمدة (3).

ونرجح الرأي الثاني ، لان ماهية العقد لا تشكل عنصرا من عناصر التراضي أو عناصر الإيجار ، لأنه خلاف فرض جلوس مؤجر ومستأجر على مائدة التراضي لإبرام عقد الإيجار ، فهما متفقان على ماهية العقد جزما ، فلا يوجد احتمال وجود عقد غير عقد الإيجار كعقد البيع أو عقد المقولة.

أما العين المؤجرة أو العقار الموقوف ، فيعد عنصرا في التراضي ، إذ قد يفاوض المستأجر على عقار معين بينما يقصد المؤجر عقارا آخرأ ، لكن غالبا ما يكون الخطأ في تحديد العقار الموقوف بين المؤجر والمستأجر ضعيفا جدا ، فلذا سنستبعد هذا العنصر من البحث.

أما التمكين من الانتفاع ، فنجد انه ليس عنصرا من عناصر التراضي ، لأنه التزام يقع على عاتق مؤجر العقار الموقوف ، كما انه لا توجد مراتب ودرجات من التمكين من الانتفاع كي يجرى التفاوض والتراضي بشأنها.

ويبقى من عناصر التراضي ، الأجرة ومدة الإيجار ، وهذا ما سنبحثه في هذا الفصل ، وبمبحثين ، الأول في أجرة العقار الموقوف ، والثاني في مدة إيجار العقار الموقوف.

- (1) د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص301 ود.كمال قاسم ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص13 والسنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج6 ، ص73 والسنهوري ، عقد الإيجار ، دار الفكر ، (لم يذكر مكان الطبع ولا تاريخ الطبع) ، ص48.
- (2) د.توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص145.
- (3) سمير عبد السيد تناغو ، عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص3 ود.محمد لبيب شنب ، الوجيز في شرح أحكام الإيجار ، دار النهضة العربية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1967 ، ص26.

المبحث الأول أجرة العقار الموقوف

الأجرة في عقد الإيجار ، تارة تبحث كركن مستقل لعقد الإيجار (1) ، وتارة تبحث ضمن ركن المحل في العقد (2).

أما هنا فسنتناول أجرة العقار الموقوف ضمن ركن التراضي (3) ، فلن نتطرق مثلا الى حالة تعديل الأجرة فيما لو حدثت زيادة أو نقصان في أجرة المثل أثناء فترة العقد ، لان هذه الحالة تدخل في آثار عقد الإيجار الصحيح ولا تدخل في ركن التراضي ، وسينصب البحث للإجابة عن الأسئلة الآتية :-

ما هو مقدار الأجرة في العقار الموقوف ؟ ، وهل هي أكثر من أجرة المثل ؟ أو مساوية لها ؟ أو يمكن ان تكون اقل ؟ ، وفي الحالة الأخيرة ، هل تقبل الأجرة مع الغبن اليسير ؟ وهل تقبل مع الغبن الفاحش ؟ وهل توجد حالات استثنائية في ذلك ؟.

وماذا يترتب على عقد الإيجار مع الغبن الفاحش ، فهل يكون العقد باطلا ؟ أم فاسدا ، أم صحيحا ؟ وعلى القول بالفساد أو الصحة ، فهل يُطالب بإكمال النقص عن أجرة المثل ؟ ومن هو المُطالب بإكمال النقص ؟ ، هل هو المتولي ؟ أم المستأجر ؟ أم كليهما ؟.

وأخيراً ، ما هو مقياس الغبن اليسير والغبن الفاحش؟.

ونفترض هنا عدم وجود شرط للواقف بشأن تحديد الأجرة ، فلن نتطرق الى حالة تحديد الأجرة من قبل الواقف ، حيث تناولنا هذه الحالة في مبحث شروط الواقف.

كما لن نتطرق الى تحديد الأجرة في حالات كون مستأجر العقار الموقوف هو متولي الوقف أو أحد أقاربه أو الموقوف عليه ، لأنه تم بحث هذه الحالات في مبحث مستأجر العقار الموقوف.

- (1) د.عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص299 والسنهوري ، عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص46 وزهدي يكن ، عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص12.
- (2) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص210 ود.كمال قاسم ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص11 والسنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ج6 ، ص37 وسمير عبد السيد تناعو ، عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص68 ود.توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص145 وص257.
- (3) انظر : د.محمود مرشحة وفارس سلطان ، مصدر سابق ، ص331 حيث بحثا أيضا الأجرة ومدة الإيجار ضمن ركن التراضي.

المطلب الأول

أجرة العقار الموقوف في الفقه الإسلامي

تطرق الفقه الاسلامي الى حدود الأجرة المقبولة في عقد إجارة العقار الموقوف ، وعدت بعض المذاهب الفقهية عقد الاجارة باطلا مع الغبن الفاحش بينما عدته مذاهب أخرى عقدا صحيحا لكن مع ضمان النقص الحاصل عن أجرة المثل وعده الفقه الحنفي عقدا فاسدا ، واختلف الفقه الاسلامي في معيار أو ضابطة تقدير الغبن الفاحش ، وسنرى كل ذلك في الفروع الآتية:-

الفرع الأول : الفقه الامامي

لم يذكر فقهاء الامامية في كتاب الوقف مسائل خاصة لأجرة العقار الموقوف ، إلا انهم في سياق الكلام على ولاية الأب والجد على أموال الصغير ، ذكروا انه يصح بيع الولي لمال الصغير مع المصلحة (1) ، بل ذكروا انه لو تصرف الولي باعتقاد المصلحة ، فتبين انه ليس كذلك في نظر العقلاء ، بطل التصرف (2).

ويمكن تعميم هذا الحكم على حالة تأجير المتولي العقار الموقوف باجرة لا يتغابن الناس فيها غالبا ، فيحكم ببطلان العقد لكون تصرف المتولي خلاف مصلحة الوقف ، وذلك لعدم وجود خصوصية في عقد البيع من قبل الأب والجد ، بل يشمل الحكم ايجار متولي الوقف أيضا.

ودليل صحة تعميم حكم البطلان على متولي الوقف ، هو تصريح احد فقهاء الامامية بان ولاية المتولي أو أجرة المتولي منوطة بالمصلحة ، فإذا لم توافق المصلحة تكون باطلة (3).

ولتحديد موقف فقهاء الامامية المعاصرين حول هذه المسألة ، قمنا بتوجيه استفتاءات الى بعض فقهاء النجف الأشرف ، فوجدنا ان هنالك رأي يحكم ببطلان العقد ، حيث لا ولاية لمتولي الوقف الا في حدود المصلحة ، فيقع العقد بما لا يتغابن الناس به عادة أي مع الغبن الفاحش باطلا ، لان المتولي قد تجاوز حدود المصلحة ، وهو فضولي في هذا التصرف (4). ولكن يستثنى من هذا الحكم حالة اقتضاء المصلحة التأجير مع الغبن الفاحش في مورد خاص (4).

- (1) الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ج2 ، ص163 والركبي ، جامع المقاصد ، مصدر سابق ، ج4 ، ص87.
- (2) الخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص23 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص30 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص31.
- (3) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص41.
- (4) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة.

بينما هنالك رأي مقابل ، حكم بصحة العقد بما لا يتغابن الناس به عادة (1) ، ولم يبين سبب هذا الحكم ، لكنه أجاب عن السؤال الثالث من الاستفتاء ، بانه يجوز إجارة الوقف بأجرة المثل ولا يجوز بالأقل.

ونجد ان هذا الرأي غير متناسق ، إذ مع عدم جواز إجارة الوقف بأقل من أجرة المثل ، كيف نحكم بصحة العقد بما لا يتغابن الناس به عادة أي مع الغبن الفاحش؟.

أما بالنسبة لمعيار تقدير الغبن الفاحش ، فيرى فقهاء الامامية ان المدار في تحديد الغبن هو ما يجري به العرف والعادة ، بان يكون مقدارا لا يتسامح به عند غالب الناس (2) ، فلا يمكن تحديد الغبن بنسبة معينة لاختلافه باختلاف المعاملات ، فلا يمكن إعطاء ضابط عام لذلك ، فالمعاملات التجارية الكبيرة قد يكون الواحد بالألف غبنا بينما في المعاملات العادية المتداولة يوميا لا يكون التفاوت بهذه النسبة

غبنا ، ففي كل مورد لابد من ملاحظة حجم المعاملة ونسبة التفاوت بالسعر (3) . ومرادهم من الغبن هنا هو الغبن الفاحش.

ونستنتج من هذا كله ، ان الفقه الامامي يحكم ببطلان عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، باستثناء حالة تحقق مصلحة للوقف مع الغبن الفاحش ، وان العرف العام هو الذي يقدر ذلك الغبن.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

ذهب فقهاء الحنفية الى ان الإجارة جائزة إذا كانت الأجرة بما يتغابن الناس في مثله ، ولا تجوز ان كانت الأجرة بما لا يتغابن الناس في مثله (4) ، أي لا تصح الإجارة إذا كانت بغبن فاحش (5).

فلذا تكون الاجارة غير صحيحة مع الغبن الفاحش ، ولكن هل عقد الإجارة يُعدُّ باطلاً أم فاسداً ؟ ، والجواب هو ان العقد يُعدُّ فاسداً (6) .

- (1) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء محمد إسحاق الفياض حول الأجرة والمدة.
- (2) الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج2 ، ص87 والمحقق الحلي ، شرائع الإسلام ، مصدر سابق ، ج1 ، ص287 ومحمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج4 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1425 هجرية ، ص228 والخوئي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص33 ومحمد باقر الصدر ، مصدر سابق ، ج2 ، ص44 والسيستاني ، مصدر سابق ، ج2 ، ص45.
- (3) الفياض ، مصدر سابق ، ج2 ، ص150.
- (4) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص208 والخصاف ، مصدر سابق ، ص205 والطرابلسي ، الإصعاف ، مصدر سابق ، ص68.
- (5) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج6 ، ص608.
- (6) هلال الرأي البصري ، مصدر سابق ، ص208 وإبراهيم بن علي الطرسوسي ، انفع الوسائل ، مطبعة الشرق ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1926 ، ص172 نقلا عن فتاوى قاضيخان.

ولكن تجوز الإجارة مع الغبن الفاحش ، كاستثناء في الحالات الآتية:-

- (1) الضرورة (1).
- (2) إذا نابت الوقف نائبة أو كان عليه دين (2).
- (3) إذا لم يرغب فيه إلا بأقل من أجرة المثل (3).

ويلاحظ ان الاستثناء الأخير لا يعد نزولا عن أجرة المثل ، لان أجرة المثل إنما تحدد بالرغبات ، فإذا كان لا يُرغب بالعقار إلا بأقل من أجرة المثل ، صار الأقل هو أجرة المثل (4).

وفي تحديد مقدار الغبن الفاحش آراء عدة ، أبرزها :-

- (1) الخمس في العقار (5).
- (2) ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (6).

ونجد ان المعيار الثاني لتحديد الغبن الفاحش يختلف عن معيار الفقه الامامي ، فالرجوع هنا ليس الى غالب الناس والعرف العام ، بل الى المختصين والعارفين في المجال الذي يقع فيه عقد الإيجار ، أي الى العرف الخاص.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

في الفقه المالكي ، إذا أجر الناظر الوقف بغير أجرة المثل ، ضمن الناظر تمام أجرة المثل ان كان ملياً ، وإلا رجع الى المستأجر لأنه مباشر ، هذا ما لم يعلم المستأجر بان الأجرة غير أجرة المثل ، وإلا فكلأ منهما ضامن (7).

إذن يرى فقهاء المالكية ان عقد ايجار العقار الموقوف بأقل من أجرة المثل عقد صحيح ، ويضمن الناظر ما نقص عن أجرة المثل ان كان متمكنا من الناحية المالية وإلا يضمن المستأجر النقص ، ويشتركان في الضمان إذا علم المستأجر ان الأجرة اقل من أجرة المثل.

- (1) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 593.
 - (2) ابن عابدين ، رد المحتار ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 608 نقلا عن فتاوى الحانوتي.
 - (3) الدر المختار ، المطبوع مع رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 608.
 - (4) د. محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 80 واحمد إبراهيم بك ، أحكام الوقف والمواريث ، مصدر سابق ، ص 137 وزهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1388 هجرية ، ص 97 هامش (1).
 - (5) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 609 وأضاف : وعليه عمل الناس اليوم . وهذا ما تبنته مجلة الأحكام العدلية في المادة (165).
 - (6) محمود بن إسماعيل ، جامع الفصولين ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 31.
 - (7) علي العدوي ، حاشية الشيخ علي العدوي ، المطبوع مع حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل ، ج 7 ، دار صادر ، بيروت (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص 99 ومحمد علي حسين المالكي ، فرة العين بفتاوي علماء الحرمين ، مصدر سابق ، ص 260 وعبر عن هذا الحكم بأنه الأصح.
- ونجد ان الفقهاء يحملون الناظر ضمان ما نقص عن أجره المثل ، لكونه مؤجر العقار الموقوف ، وكان عليه المحافظة على مصلحة الوقف بان لا يؤجره بأقل من أجره المثل ، فتكون إجارته تعديا وعليه الضمان . أما إذا لم يمكن إكمال النقص من ذمة الناظر لإعساره ، فيكمله المستأجر ، لان حق الوقف لا يمكن التفريط به ولان المستأجر هو المستفيد المباشر من العقد.

ويثبت الضمان أيضا على المستأجر إذا ثبتت سوء نيته بان علم ان الأجرة اقل من أجره المثل ، ومع ذلك أقدم على التعاقد إضرارا بالوقف ، فيشترك في التقصير بحق الوقف مع الناظر ، ويتحملان الضمان معا.

وأجرة المثل هو ما يقوله أهل المعرفة (1) ، وهذا المعيار في تحديد أجره المثل يقترب من المعيار الثاني للفقهاء الحنفي في تقدير الغبن الفاحش بأنه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، حيث الرجوع في كليهما الى العرف الخاص.

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

في الفقه الشافعي ، يجوز للموقوف عليه إذا كان ناظرا للوقف تأجير العقار الموقوف الى الغير بدون أجره المثل ، لان الموقوف عليه يملك منفعة الوقف ، وله ان يستوفيها بنفسه وبغيره عن طريق الإعارة أو الاجارة (2).

لكن هذا الموقف الفقهي منتقد ، لان التأجير بأقل من أجره المثل يضر بمصلحة الوقف إذا كان محتاجا للعمارة والصيانة ، وان انحصر استحقاق المنفعة بالموقوف عليه ، وكذلك يضر بمصلحة البطون اللاحقة من المستحقين (3) ، وهذا خلاف غرض الواقف.

أما إذا اجر الناظر غير الموقوف عليه العقار بدون أجره المثل ، فعقد الاجارة باطل (4).

فعليه يكون عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش عقدا باطلا ان كان المؤجر هو متولي الوقف من غير الموقوف عليهم ، وعقدا صحيحا ان كان المؤجر هو متولي الوقف وفي الوقت نفسه هو من الموقوف عليهم.

- (1) علي العدوي ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 99.
 - (2) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 389-390.
 - (3) محمد زيد الايباني ، كتاب مباحث الوقف ، ط 3 ، عبدالله وهبة الكتبي ، مصر ، 1924 ، ص 109 واحمد إبراهيم بك ، أحكام الوقف والمواريث ، مصدر سابق ، ص 135 وعبد الوهاب خلاف ، مصدر سابق ، ص 262 وزهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، مصدر سابق ، ص 96 وعبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، مصدر سابق ، ص 218.
 - (4) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 395 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 518.
- وبالنسبة لتقدير الغبن الفاحش ، يرى فقهاء الشافعية انه ما لا يُحتمل غالبا ، أي يقدر بالرجوع الى العرف المطرد (1) ، وهذا يماثل المعيار الذي اعتمد عليه فقهاء المذهب الامامي ، وذلك بالرجوع الى العرف العام في تقدير الغبن الفاحش.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

في الفقه الحنبلي ، إذا أجر ناظر الوقف العين الموقوفة بأقل من أجره المثل ، صح عقد الإجارة ، وضمن الناظر النقص (2).

وفي هذا يقترب الفقه الحنبلي من الفقه المالكي ، إلا أن ضمان الناظر هنا يكون اشد ، حيث يكون ضمانه مطلقا ، مليا كان الناظر أم لا ، علم المستأجر بالنقص عن أجره المثل أم لم يعلم.

ويضمن الناظر النقص إن كان المستحق غير الناظر ، لأنه يتصرف في مال غيره فيضمن ما ينقصه بعقده ، كالوكيل إذا أجر بدون أجره المثل (3).

ف نجد أن فقهاء الحنابلة يفصلون في الضمان بين الناظر الأجنبي عن الوقف والناظر إذا كان هو الموقوف عليه ، فيثبت الضمان على الأول لأنه يتصرف في مال غيره ، أما الثاني فلا ضمان عليه ، وذلك لأن ظاهر المذهب الحنبلي أن ملك العين الموقوفة ينتقل إلى الموقوف عليه ، كما مر في مبحث تعريف الوقف ، فإذا كان الناظر هو الموقوف عليه فلا ضمان عليه ، لأنه يتصرف في ماله.

لكن عدم ضمان الناظر إذا كان هو الموقوف عليه - وإن كان صحيحا بالنسبة إلى حصة الناظر من غلة الوقف - أمر غير صحيح إذا احتاج الوقف إلى عمارة وصيانة ، لأن الوقف يجب أن يستمر لتحقيق منفعة بقية البطون من الموقوف عليهم ، فملكية الناظر الموقوف عليه للعقار ليست مطلقة ، بل هي ملكية ناقصة وشكلية.

ويضمن الناظر النقص الذي لا يتغابن به عادة (4) ، فمعيار تحديد النقص أو الغبن الفاحش في الفقه الحنبلي هو العرف العام ، وهذا هو معيار الفقه الإمامي والفقه الشافعي.

(1) ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 327-328 ومحمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 224.
(2) الحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 79 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب أولي النهى ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 340.
(3) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 506 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب أولي النهى ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 340.
(4) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 506 ومصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب أولي النهى ، مصدر سابق ، ج 4 ، ص 340.

المطلب الثاني

أجرة العقار الموقوف في القانون العراقي

نص القانون المدني على بطلان عقد إيجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، بينما ذهب الفقه القانوني تبعا للفقه الحنفي إلى فساد العقد ، وكذلك خالف الفقه القانوني النص التشريعي بشأن معيار تقدير الغبن الفاحش ، وتبع القضاء العراقي النص التشريعي النافذ في حينه ، فتارة حكم بفساد العقد مع الغبن الفاحش تطبيقا لمجلة الأحكام العدلية ، وأخرى حكم ببطلان العقد تطبيقا للقانون المدني. وسنتناول هذه التفاصيل في ثلاثة فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

نصت المادة (2/124) من القانون المدني العراقي (على أنه إذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلا).

وهذا النص صريح ببطلان عقد إيجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش.

ويبدو ان الحكم ببطلان العقد يعارض نص المادة (3/124) من القانون المدني (لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية) ، فإذا تم الإيجار عن طريق المزايدة العلنية ، فان الإيجار يكون صحيحاً و نافذاً ، حتى لو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الوقف (1).

فالمادة (2/124) تحكم ببطلان العقد مع الغبن الفاحش في مال الوقف سواء تم بمزايدة علنية أم بغير المزايدة العلنية ، بينما المادة (3/124) تحكم بصحة العقد مع الغبن الفاحش الذي يتم عن طريق المزايدة العلنية سواء كان محل العقد مال الوقف أم غيره ، فيحدث التعارض في مادة الاجتماع ، أي إذا كان المحل مال الوقف وتم العقد مع الغبن الفاحش عن طريق المزايدة العلنية ، فالمادة (2/124) تحكم ببطلان العقد بينما المادة (3/124) تحكم بصحته ، فأى المادتين تطبق في هذه الحالة؟.

(1) د.كمال قاسم ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد الإيجار ، مصدر سابق ، ص28 ، هامش26.
توجد طريقتان لحل هذا التعارض ، الأولى ان نحكم ببطلان العقد ، وذلك بالحفاظ على إطلاق المادة (2/124) وتخصيص المادة (3/124) بغير حالة مال الوقف ، والطريقة الثانية ان نحكم بصحة العقد ، وذلك بالحفاظ على إطلاق المادة (3/124) وتخصيص المادة (2/124) بغير حالة المزايدة العلنية.

ونرجح الطريقة الأولى أي الحكم ببطلان العقد ، وذلك :-

(1) لان الطريقة الثانية تجعل المادة (2/124) لغواً وبلا فائدة في خصوص مال الوقف ، وذلك لان كل عقارات الوقف من الأوقاف المضبوطة والملحقة تؤجر عن طريق المزايدة العلنية بحسب المادة (13) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 المعدل والمادة (7) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970.

(2) أهمية مال الوقف ، وحاجته الى الحماية بصورة مطلقة.

بالنسبة لمعيار تقدير الغبن الفاحش ، لم يحدد المشرع العراقي مقدار الغبن الفاحش (1) ، ويرى بعض الفقهاء ان المشرع أحال أمر تقدير الغبن الفاحش الى مبادئ الشريعة الإسلامية (2) ، طبقاً لنص المادة (2/1) من القانون المدني (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

ونجد ان هذا الرأي غير صحيح ، لأنه يخالف نص المادة التي استندوا عليها ، فالمشرع يحيل المحكمة عند عدم وجود النص الى العرف أولاً وليس الى مبادئ الشريعة الإسلامية ، والعرف قادر على تحديد الغبن الفاحش وتمييزه عن الغبن اليسير ، بدليل ان اغلب المذاهب الإسلامية تُرجع أمر تحديد الغبن الفاحش الى العرف كما تقدم ، فعليه لن تصل النوبة الى مبادئ الشريعة الإسلامية ، لان النص قيد الرجوع الى مبادئ الشريعة في حالة عدم قدرة العرف على حسم المسألة.

(1) أما المادة (2/1077) من القانون المدني فهي تختص بتقدير الغبن الفاحش في حالة القسمة الرضائية فقط ، لان المشرع لو أراد اعتبار هذا التقدير في كل حالات الغبن الفاحش ، لأورده بمادة قانونية مستقلة مع المواد الخاصة بغير التغيرير مع الغبن.

(2) د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ج1 ، ص208 ود.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1986 ، ص87.

ويوجد رأي آخر يقول بما ان القانون المدني لم يحدد مقدار الغبن الفاحش ، لذلك يجب ان تترك هذه المسألة الى تقدير المحكمة واجتهادها (1).

وهذا الرأي أيضا لا يمكن قبوله ، لأنه يتعارض مع نص المادة (2/1) من القانون المدني العراقي المتقدمة ، والتي ألزمت المحكمة بالرجوع الى العرف (2).

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 171.

(2) ومن الجدير بالذكر ان الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي كانت تشير بوضوح الى تقديم الفقه الإسلامي على العرف في حالة فقدان النص ، وكان نص المادة (2/1) من مشروع القانون المدني العراقي المطبوع في عام 1945 (فإذا لم يوجد نص طبقت أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين . فإذا لم توجد أحكام ملائمة في الفقه الإسلامي طبق العرف . فإذا لم يوجد عرف طبقت قواعد العدالة) ، وأيضا ذكر منير القاضي في المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني المطبوعة عام 1948 تقديم الفقه الإسلامي على العرف.

بل ان السنيهوري عندما علم بتأخير الشريعة الإسلامية الى المرتبة الثالثة ، أرسل رسالة الى (حسن عبد الرحمن) وهو عضو في لجنة مراجعة مشروع القانون المدني وعضو أيضا في اللجنة الحقوقية في مجلس النواب جاء فيها (في المادة الأولى : لاحظت أنكم أخرتم مكان الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الى المرتبة الثالثة تمثيلا مع القانون المصري ، والقانون العراقي يستمد من الشريعة بنصيب أوفر ، فلم يكن غريبا ان يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية) للتفاصيل أعلاه انظر : ضياء شيت خطاب وآخرون ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج 4 ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2002 ، ص 10-12.

وبعد كل هذا ، من حقنا ان نسأل ، من الذي غير ترتيب المصادر ، وقدم العرف على الشريعة الإسلامية في اللحظات الأخيرة ، ومن دون علم حتى واضعي مشروع القانون المدني العراقي ؟ وما هي الأسباب التي دعتهم الى هذا التحريف ؟.

وأخيراً ، نصت المادة (2/18) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 (استثناء من حكم الفقرة السابقة ، يجوز بتعليمات تصدر لهذا الغرض تخصيص دور في كل مديرية تؤول الى الموظف من غير مزايدة وببديل ايجار شهري يعادل 10% من راتبه على ان لا يكون مالكا لدار في المدينة التي يعمل فيها).

ونجد ان الأجرة المقدرة بحسب هذه المادة تتضمن الغبن الفاحش الواضح في الوقت الحاضر ، فمثلا لو كان راتب الموظف (300) الف دينار ، فان نسبة 10% منه تعادل (30) الف دينار ، ولا يوجد الآن في عموم العراق دار إيجاره الشهري (30) الف دينار.

وأيضا ما هو المسوغ لإلغاء المزايدة في حالة التأجير الى الموظفين ؟ فان كانت هذه الدور تخصص لموظفي الأوقاف حصرا ، فعلى الأقل نسمح بإجراء المزايدة العلنية بين الموظفين أنفسهم من اجل الوصول الى أعلى أجرة ممكنة.

وربما من اجل هذه السلبيات ، اقتصر كتاب رسمي حديث صادر من الأمانة العامة لإدارة واستثمار أموال الوقف الشيعي ، في تحديد الدور الواردة وفق المادة (2/18) من نظام المزايدات على (الدور والشقق السكنية المشيدة لإسكان الموظفين والتي يتم تخصيصها لهم بموافقة من السيد رئيس الديوان حصرا) (1) ، أي ان هذا الكتاب حاول تقليل عدد هذه الدور من خلال كونها مشيدة أصلا لإسكان الموظفين ، ومن خلال الحصول على موافقة رئيس الديوان.

لكننا نجد ان هذه المعالجة جزئية ، ونرى ان المادة (2/18) من نظام المزايدات صيغت من اجل تحقيق مصلحة موظفي الأوقاف على حساب مصلحة الوقف ، وهذا أمر مرفوض ، بل يُعد خيانة للوقف ، لذا نرى من الضروري إلغاء هذه المادة بأكملها ، حفظا لمال الوقف من الضياع.

نستنتج من كل ما مر ، ان المشرع العراقي حكم ببطلان عقد إجارة العقار الموقوف مع الغبن الفاحش وان جرى العقد بالمزايدة العلنية ، وارجع أمر تقدير الغبن الفاحش الى العرف.

(1) انظر : ملحق رقم (1) ، رقم الكتاب 6214 بتاريخ 2007/5/9.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

يذهب الفقه القانوني العراقي ، الى ان المتولي إذا أجر العقار الموقوف باجرة تنقص عن أجره المثل ، فيأجاره صحيح ان كان النقص يسيرا ، وغير صحيح ان كان النقص فاحشا (1).

وإذا اجر المتولي العقار باجرة تنقص عن اجر المثل نقصا فاحشا ، كان العقد فاسدا ، فعلى المستأجر إكمال اجر مثله (2) ، فلو امتنع عن ذلك يفسخ المتولي إجارته ويؤجر العقار لغيره بأجر مثله (3).

والنقص الفاحش في الإجارة هو ان تنقص الأجرة عن مثله قدر الخمس أو أكثر ، والنقص اليسير هو ان تنقص الأجرة عن مثله قدرا اقل من خمسها (4). فنجد ان موقف الفقه القانوني العراقي يتبع الفقه الحنفي ، في اعتبار فساد عقد الإيجار مع الغبن الفاحش ، وفي تقدير الغبن الفاحش.

الفرع الثالث : موقف القضاء

يذهب القضاء العراقي في احد قراراته ، الى ان إيجار الوقف في الغبن الفاحش لا يجوز (5)، وهذا القرار جاء قبل صدور القانون المدني العراقي ، تطبيقاً لنص المادة (441) من مجلة الأحكام العدلية (.....) لو اجر الوصي أو المتولي عقار اليتيم أو الوقف بأقل من اجر المثل فسدت الاجارة ولزم المستأجر اجر المثل) . وجاء في قرار اخر ، لا بد في بدل إجارة الوقف ان يكون مساويا لأجر المثل ، وإذا كان الغبن فاحشا وكان المال الذي حصل في الغبن مال الوقف فان العقد يكون باطلا (6) ، وفي هذا القرار تم تطبيق المادة (2/124) من القانون المدني ، القاضية ببطلان العقد مع الغبن الفاحش في مال الوقف.

وعدّ قرار قضائي آخر إيجار المسقفات الموقوفة باجرة اقل من بدل المثل ، خيانة من المتولي ، ويثبت بذلك عدم مقدرته على إدارة الوقف (7). وهذا يؤكد عدم جواز ايجار العقار الموقوف بالغبن الفاحش ، حيث رتب اثر خيانة المتولي ، وذلك لإضراره بالوقف.

من هنا نجد ان القضاء كان يطبق مجلة الأحكام العدلية ، ثم اخذ بتطبيق حكم القانون المدني ببطلان العقد مع الغبن الفاحش ، وهذا هو الموقف المعمول عليه.

(1) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص217 وص299 وحسن رضا ، مصدر سابق ، ص97-98 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص124-125 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص56-57 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص177.
(2) حسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص124-125 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص56-57.
(3) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص301.

- (4) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص 301 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص 124 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص 56-57.
 (5) الاضبارة المرقمة س/122 سنة 1943 بتاريخ 1943/11/11 ، مجلة القضاء ، العدد (1) لسنة 1944 ، ص 69-71.
 (6) القرار المرقم 427/حقوقية ثالثة/970 بتاريخ 1970/4/28 ، النشرة القضائية ، العدد (2) لسنة 1971 ، ص 114-115.
 (7) القرار المرقم 201 بتاريخ 1946/10/30 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد (3) لسنة 1947 ، ص 126-127.

المطلب الثالث

نتيجة المقارنة

من خلال المقارنة ، وجدنا ثلاثة أقوال في عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، الأول بطلان العقد في الفقه الامامي والفقه الشافعي - ان كان المتولي غير الموقوف عليه - والقانون المدني والقضاء العراقي ، والثاني فساد العقد في الفقه الحنفي والفقه القانوني العراقي ، والثالث صحة العقد في الفقه المالكي والفقه الشافعي - ان كان المتولي هو الموقوف عليه - والفقه الحنبلي.

وبشأن معيار تقدير الغبن الفاحش، توجد ثلاثة أقوال، الأول الرجوع الى العرف العام في الفقه الامامي والشافعي والحنبلي وموقف التشريع العراقي ، والثاني الرجوع الى أهل الخبرة والعرف الخاص في الفقه الحنفي على رأي والفقه المالكي ، والثالث نسبة الخمس في العقار في الفقه الحنفي على رأي اخر وعند الفقه القانوني العراقي.

ونرجح بطلان عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، ولكن مع استثناء حالة الضرورة ومصلحة الوقف ، والرجوع الى أهل الخبرة في تقدير الغبن الفاحش ، في الفروع الآتية:-

الفرع الأول : بطلان عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش

ونرجح بطلان عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، وذلك للأسباب الآتية :-

(1) ان تصرف من له الولاية على مال الوقف منوط بتحقيق المصلحة للوقف ، ولا توجد مصلحة في ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، ولذلك يقع العقد باطلا (1) ، حيث ان المتولي تجاوز حدود صلاحياته في التأجير مع الغبن الفاحش ، فيكون عقد الإيجار فضوليا (2) ، وبما انه لا يمكن إجازة هذا التصرف ، لا من قبل الأصيل أي الوقف لفرض انه شخص معنوي ، ولا من قبل ممثل الوقف لان ممثله هو المتولي وهو بعينه الذي تجاوز صلاحيات التأجير ، ومع عدم إمكان الإجازة يقع العقد باطلا.

(2) ان الوقف شخص معنوي لا يستطيع الدفاع عن نفسه عند إبرام العقود ، خاصة عند قيام ممثله بإبرام عقد ايجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، فإذا لم ينطل مثل هذا العقد ، فان الوقف سيتعرض للضرر (3).

- (1) د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 206 وانظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة.
 (2) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة.
 (3) د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ج 1 ، ص 171.

(3) ان الفقه الحنفي حكم بفساد عقد إجارة العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، لكن القول بالعقد الفاسد كمرتبة بين العقد الصحيح والباطل ، مما انفرد به الفقه الحنفي ، وقد الحق القانون المدني العقد الفاسد عند الفقه الحنفي بالعقد الباطل ، فنصت المادة (1/137) (العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية)، ونرجح موقف بقية المذاهب الإسلامية والقانون المدني ، فلذا نحكم ببطلان العقد بدلا من فساد.

(4) ان الفقه المالكي والفقه الحنبلي حكما بصحة العقد ، ولكن مع ضمان المتولي للنقص عن أجرة المثل ، ونجد ان هذا الحكم يلحق الضرر بالمتولي حسن النية من غير مسوغ ، لأنه يمكن تدارك المشكلة وإصلاح الامر ، من خلال الحكم ببطلان العقد ، حيث تعود الحال على ما كانت عليه.

ومع الحكم ببطلان العقد مع الغبن الفاحش ، لا يصل الكلام الى ضمان النقص عن أجرة المثل ، حيث ان وجود العقد الباطل كعدمه ، فعليه يجب السعي لتأجير العقار الموقوف بعقد جديد صحيح من غير غبن فاحش ، وإذا ثبتت سوء نية المتولي في التأجير مع الغبن الفاحش ، فقد يكون ذلك سببا لإثبات خيانتة للوقف ومن ثم يحكم بعزله ، ليقوم المتولي الجديد الأمين بعقد الإيجار الصحيح حفاظا على مصلحة الوقف.

الفرع الثاني : استثناء حالة الضرورة ومصلحة الوقف

وبالنسبة الى استثناءات عدم جواز التأجير مع الغبن الفاحش ، أشار الفقه الامامي الى استثناء حالة المصلحة ، وصرح الفقه الحنفي باستثناء حالة الضرورة والنائبة والدين على الوقف وعدم وجود راجب بالإجارة بأجرة المثل ، ونرجح وجود الاستثناءات الآتية :-

- (1) حالة الضرورة ، وبالأسباب نفسها التي ذكرت في جواز مخالفة شرط الواقف للضرورة.
- (2) الأجرة التي تحقق مصلحة للوقف (1) ، لقد قبلنا استثناء مصلحة الوقف في مخالفة حدود الأجرة المقبولة ، ولم نقبله في مخالفة شرط الواقف ، وذلك لاختلاف المدار والهدف في الحالتين ، فالمدار والهدف من الأجرة هو تحقيق مصلحة الوقف ، فنحكم بأجرة المثل أو أكثر بهدف تحقيق مصلحة الوقف ، فإذا كان التأجير مع الغبن الفاحش فيه مصلحة الوقف ، تحقق هدف الأجرة ، فنحكم به.

(1) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة.

بينما المدار في شرط الواقف ليس هو مصلحة الوقف بل غرض الواقف ، وليس من الضروري ان تحقق مصلحة الوقف غرض الواقف ، لكون الواقف في بعض الأحيان يضحى بمصلحة الوقف المهمة في نظرنا من اجل غرض أهم في نظره ، ولأننا نجهل في كثير من الأحيان غرض الواقف ، لعدم التصريح به ، لذا علينا ان نلتزم بشرط الواقف وان خالف مصلحة الوقف.

ويمكن عدّ استثناء الفقه الحنفي في حالة وجود النائبة والدين على الوقف ، أمثلة للأجرة التي تحقق مصلحة للوقف ، فمن مصلحة الوقف سداد ديونه ولو بإيجار العقار الموقوف مع الغبن الفاحش ، خاصة مع ترتب الفوائد على الدين بحسب القوانين الوضعية . بل يمكن ادخال حتى استثناء حالة الضرورة في مصلحة الوقف ، فمصلحة الوقف تتحقق إذا كانت الضرورة قاضية بتأجير العقار مع الغبن الفاحش.

الفرع الثالث : الرجوع الى أهل الخبرة في تقدير الغبن الفاحش

ونرجح ان يكون المعيار في تقدير الغبن الفاحش ، هو تقدير أهل الخبرة ، وذلك للأسباب التالية :-

- (1) كون التقدير بنسبة ثابتة لكل العقود ، كالخمس في العقار ، أمر لا ينسجم مع الحياة الاقتصادية الحديثة ، فمثلا الغبن في عقد ايجار محل تجاري في وسط شارع الرشيد في بغداد يختلف قطعاً عن الغبن في عقد ايجار محل تجاري في حي صغير من أحياء بابل.
- (2) قد يتعرض الوقف للضرر في حالة الرجوع الى العرف العام في تقدير الغبن الفاحش ، فمثلا لو كان العقار الموقوف يحمل ميزة خاصة ، كما لو سكن العقار الموقوف الشاعر محمد مهدي

الجواهري في فترة من حياته ، وكتب قصائده المشهورة فيه وبعضها في وصف العقار نفسه ، فالعرف العام قد لا يرى ميزة لهذا العقار ، لكن أهل الخبرة والاختصاص قد يقدرّون أجره هذا العقار بضعف الأجرة التي يقدرها العرف العام.

المبحث الثاني مدة إيجار العقار الموقوف

تُبحث مدة إيجار العقار كركن مستقل لعقد الإيجار ، وقد تبحث ضمن ركن المحل ، كما هو الحال تماماً في الأجرة.

وهنا سنبحث في مدة إيجار العقار الموقوف ضمن ركن التراضي في العقد ، باعتبارها أحد عناصر التراضي الأساسية بين المؤجر والمستأجر ، وسنحاول الإجابة عن الأسئلة الآتية:-

هل يوجد حدٌ لمدة إيجار العقار الموقوف ؟ ، وما هو ذلك الحد ؟ ، فهل هو حدٌ لمدة قصيرة كتلاث سنوات ؟ ، أم هو حدٌ لمدة طويلة كتلاثين سنة ؟ ، وهل يختلف حدُّ المدة باختلاف نوع العقار ، من المباني والأراضي ؟.

وهل عقود الاجارة الطويلة (1) وعقد الاجارتين (2) والحكر (3) ، المتميزة بطول مدة الإيجار ، والتي يكثر استخدامها في ايجار الاوقاف ، عقود صحيحة كحالة طبيعية في عقد ايجار العقار الموقوف ؟ ، أم هي ثابتة كاستثناء بسبب الضرورة مثلاً ؟.

(1) يعرف الفقه القانوني الاجارة الطويلة (الاجارة الواحدة القديمة) بأنها : عقد إجارة واحدة لمدة غير معينة ، ويتصرف فيها المستأجر مدة حياته لقاء أجرة سنوية يدفعها الى جهة الوقف ، وينتقل حق التصرف الى ورثته بعد وفاته . انظر : شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص58 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص150 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص61.

(2) يعرف الفقه القانوني عقد الاجارتين بأنه : عقد إجارة لمدة غير معينة ، وبأجرة معجلة تعادل قيمة الموقوف على ان تصرف لعمارتها ، وبأجرة مؤجلة زهيدة يدفعها المستأجر للوقف سنوياً . انظر : شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص55 ومحمد احمد العمر ، الدليل لإصلاح الأوقاف ، مصدر سابق ، ص125 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص148 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص59 ومصطفى مجيد ، مصدر سابق ، ج3 ، ص182 ، ود.عبود عبد اللطيف البلداوي ، مصدر سابق ، ص143 إلا انه لم يشترط ان تصرف الأجرة المعجلة على عمارة الوقف ، ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص181 لكنه لم يصف الأجرة المؤجلة بأنها زهيدة . ونجد من هذا التعريف ان مصطلح (عقد الاجارتين) غير دقيق ، وكان الأولى ان يكون المصطلح (عقد الأجرتين) ، حيث يوجد في هذا العقد أجرتان ، أجرة معجلة وأجرة مؤجلة ، لكن عقد الإيجار واحد ، ولا يوجد لدينا عقدان.

(3) يعرف الفقه القانوني الحكر بأنه : عقد إجارة على ان تبقى الأرض الموقوفة تحت يد المستأجر للبناء والغرس أو لأحدهما ما دام يدفع اجر المثل سنوياً عن الأرض . انظر : شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص57 ومحمد احمد العمر ، الدليل لإصلاح الأوقاف ، مصدر سابق ، ص125 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص149-150 واحمد جمال الدين ، مصدر سابق ، ص92 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص60 ود.عبود عبد اللطيف البلداوي ، مصدر سابق ، ص143 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص179.

وكما في مبحث أجرة العقار الموقوف ، لن نتطرق الى مدة ايجار العقار الموقوف في حالة وجود شرط الواقف القاضي بتحديد مدة ايجار العقار الموقوف ، حيث بُحثت هذه المسألة سابقاً في مبحث شروط الواقف ، وتبين لنا وجوب إتباع شرط الواقف في تحديد مدة ايجار العقار الموقوف إلا في حالات استثنائية.

وبحسب خطة البحث ، سنتناول مدة ايجار العقار الموقوف في الفقه الإسلامي أولاً ، ثم نتناول موقف القانون العراقي منها ثانياً ، وسنبين نتيجة المقارنة ثالثاً.

المطلب الأول

مدة إيجار العقار الموقوف في الفقه الإسلامي

أختلف الفقه الاسلامي في مسألة تحديد مدة إجارة العقار الموقوف ، لكن الرأي الغالب عند فقهاء المذاهب الإسلامية يذهب الى عدم تحديد مدة الإيجار بحد معين ، وتطرقت بعض المذاهب الإسلامية الى جواز الإجارة لمدة طويلة في حالات خاصة ، ونُبيّن ذلك في الفروع الآتية:-

الفرع الأول : الفقه الامامي

لم نجد لدى فقهاء الامامية تحديداً لمدة ايجار العقار الموقوف في كتاب الوقف ، وهذا معناه ارجاعهم الامر الى القواعد العامة في مدة ايجار العقار المذكورة في كتاب الاجارة ، حيث لا توجد خصوصية للعقار الموقوف تميزه عن غيره من حيث مدة الإيجار (1).

وذكر فقهاء الامامية ان للإنسان ان يؤجر داره أو ضيعته ما شاء من الزمان ، ان شاء سنة وان شاء ثلاثين أو ما زاد عليه ، ولا عدد في ذلك لا يجوز أكثر منه (2) ، وذلك لعدم تحديد مدة الاجارة شرعا ، فالإجارة صالحة للقليل والكثير (3) ، فالإنسان حر في ملكه يتصرف فيه كيف يشاء والناس مسلطون على أموالهم ، فلو أراد الرجل المسن ان يؤجر داره مائة سنة كان له ذلك سواء كانت الغبطة فيه أم لا (4) ، أما مال الوقف ، فلا يبعد القول بان تصرف الولي فيه منوط بالمصلحة ، فربما لا تكون المصلحة بإجارته أكثر من سنة أو سنتين (5).

(1) انظر ملحق رقم (2) ، استفتاء محمد إسحاق الفياض حول الأجرة والمدة.

(2) الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ج3 ، ص225.

(3) المحقق الكركي ، جامع المقاصد ، ج7 ، ص226.

(4) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص89-90.

(5) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، مصدر سابق ، ج2 ، ص89-90 وانظر الملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة. وبالنسبة للإجارة لمدة طويلة ، هنالك رأي فقهي يقول ، ان أمكن تعمير العين الموقوفة بعد تعرضها للخراب ، كان تؤجر لمدة معينة ولو كانت طويلة نسبيا ، ويصرف بدل الإيجار على تعميرها ، لزم وتعين ذلك (1).

وبشأن عقد الاجارتين والحكر ، أجاب بعض فقهاء النجف الأشرف على استفتاء وجه إليهم بهذا الخصوص ، بانه لا محذور فيهما بشرطين ، الأول تحديد فترة الاجارة فان جهالة المدة مبطللة للعقد ، والثاني ان تكون مصلحة الوقف مقتضية لذلك (2).

من كل ذلك يتضح ، ان الفقه الامامي ، لا يشترط حد معين لمدة ايجار العقار الموقوف ، والضابطة في تحديد المدة هي مراعاة مصلحة الوقف ، فتجوز عقود الإجارة لمدة طويلة والاجارتين والحكر ان حققت مصلحة للوقف بشرط تحديد مدة الإيجار في هذه العقود.

الفرع الثاني : الفقه الحنفي

بشأن تحديد مدة إجارة العقار الموقوف ، ذكر فقهاء المذهب الحنفي الآراء الآتية :-

(1) عدم تحديد الاجارة بمدة أي عدم التوقيت (3) ، بان تكون المدة في عقد الاجارة غير محدودة ، مهما طالت تلك المدة (4).

(2) تقييد مدة الاجارة بسنة مطلقا ، أي في الدار والأرض (5) ، فلا يجوز إجارة الوقف أكثر من سنة إلا من عارض يحتاج الى تعجيل الأجرة (6).

(3) لا يجوز في الدور أكثر من سنة ، إلا إذا كانت المصلحة في الجواز ، وفي الضياع يجوز الى ثلاث سنين ، إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز (7).

(1) السيستاني ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 416.

(2) انظر الملحق رقم (2) ، استفتاء باقر الايرواني حول الأجرة والمدة ، وكذلك استفتاء محمد إسحاق الفياض حول الأجرة والمدة ولكنه اقتصر على الشرط الأول ، وهو تحديد مدة الاجارة.

(3) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 606 نقلا عن قول المتقدمين من الحنفية وإبراهيم بن علي الطرسوسي ، انفع الوسائل ، مصدر سابق ، ص 198.

(4) د.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 88-89.

(5) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 605.

(6) الطرابلسي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 64 نقلا عن الشيخ أبي القاسم البلخي.

(7) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 606 نقلا عن الصدر الشهيد.

(4) ان الدور لا تؤجر أكثر من سنة ، لان المدة إذا طالت تؤدي الى إبطال الوقف ، فان من رأى المستأجر يتصرف فيها تصرف المالك على طول الزمان يظنه مالكا ، أما في الأرض فان كانت تزرع في كل سنة فلا يؤجرها أكثر من سنة ، وان كانت تزرع في كل سنتين أو في كل ثلاث سنوات مرة ، جاز له ان يؤجرها مدة يتمكن المستأجر من زراعتها (1).

(5) تجوز إجارة الوقف ثلاث سنوات من غير تمييز بين الدار والأرض ، فان اجر أكثر من ثلاث سنوات ، يرفع الامر الى القاضي حتى يبطله (2).

(6) ان الاجارة لمدة طويلة ليست فاسدة ، لكن الحاكم ينظر فيها ، فان حصل للوقف فيها ضرر أبطلها (3) ، وتجاوز الاجارة الطويلة عند الاضطرار لحاجة الوقف ، فعند وجود الضرر المتحقق ، يزول المحذور الموهوم بإبطال الوقف لطول المدة (4).

والذي عليه الفتوى في الفقه الحنفي ، ان مدة الاجارة سنة في الدار وثلاث سنوات في الأرض ، وذلك خوفا من ضياع الوقف بطول المدة ، إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك (5) ، فتجاوز الاجارة لمدة طويلة عند الاضطرار.

الفرع الثالث : الفقه المالكي

ان فقهاء المالكية يميزون في تحديد مدة إجارة العقار الموقوف بين حالة كون المتولي من الموقوف عليهم وحالة كونه من غير الموقوف عليهم ، ففي الحالة الأولى ، ذكر الفقهاء الآراء الآتية :-

(1) يجوز للمتولي ان يؤجر العقار الموقوف للغير لمدة سنتين ونحوها (6) ، وهذا ما عليه القضاء (7).

(2) تجوز الاجارة لمدة أربعة أعوام ، خوفا من اندراس الوقف بطول مكثه بيد مستأجره (8).

(1) الطرابلسي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 63 نقلا عن الفقيه أبي جعفر.

(2) الطرابلسي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 64 نقلا عن الفقيه أبي الليث.

(3) الطرابلسي ، الإسعاف ، مصدر سابق ، ص 64 نقلا عن الفقيه أبي بكر البلخي والإمام أبي الحسن علي السغدري.

(4) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 607-608.

(5) ابن عابدين ، رد المحتار ، مصدر سابق ، ج 6 ، ص 606.

(6) الخرشي ، مصدر سابق ، ج 7 ، ص 99 وجواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 211 وقال في رواية عن ابن القاسم سنتين لا أكثر ، وابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج 5 ، ص 487 وقال السنتين والثلاث.

(7) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 211.

(8) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 211 واستحسنه قضاء قرطبة.

(3) ان كان الوقف على قوم غير معينين كالفقراء ، وكان المتولي من الموقوف عليهم ، فانه يجوز للمتولي ان يؤجر العقار لمدة أربعة أعوام ونحوها (1).

(4) ان كان الوقف على فقراء ونحوهم ، جاز للمتولي ان يؤجر العقار لمدة أربعة أعوام لا أكثر ان كان أرضا ، والعام لا أكثر ان كان دارا ونحوها ، فان اجر أكثر من ذلك ، مضى العقد ان كان نظرا ، أي فيه مصلحة للوقف ، ولا يُفسخ (2).

(5) تجوز الاجارة لمدة خمسة وعشرين سنة (3).

(6) إذا وقف دار على زيد ثم على عمر ، فيجوز لزيد إيجار الدار لعمر عشرة أعوام (4).

أما في الحالة الثانية ، أي حالة كون المتولي من غير الموقوف عليهم ، نجد ان فقهاء المالكية يُجيزون للمتولي ان يؤجر العقار لمدة أطول من حالة كون متولي الوقف من الموقوف عليهم ، لان الاجارة لا تنفسخ بموت المتولي (5) ، ولم تُحدد مدة للإجارة في هذه الحالة.

وفي الحالتين ، إذا دعت الضرورة ، يجوز ان تكون مدة الاجارة أكثر من ذلك ، تحقيقاً لمصلحة الوقف (6) ، فإذا خربت دار موقوفة على الفقراء ، ولم يوجد ما تصلح به ، فيجوز إيجارها سنوات كثيرة بشرط إصلاحها من الأجرة (7) ، ولو كانت مدة الاجارة أزيد من أربعين عاما ، وذلك خير من ضياع الوقف واندراسه (8).

يتبين من كل ذلك ، ان الفقه المالكي يُميّز في تحديد مدة الإيجار بين المتولي الموقوف عليه والمتولي غير الموقوف عليه ، ففي الحالة الأولى تُحدد مدة الاجارة بحد معين ، وفي الحالة الثانية لا تُحدد المدة ، وأجاز في حالة الضرورة الإجارة لمدة طويلة.

(1) الخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص100.

(2) ابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص487 نقلا عن ابن القاسم.

(3) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص211 في سماع أشهب.

(4) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص211 والخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص100 وابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص488 وأضاف كالعشر ونحوها من السنين لخفة الغرر لان المرجع له.

(5) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص211 والخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص100.

(6) جواهر الإكليل ، مصدر سابق ، ج2 ، ص211.

(7) الخرشي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص100.

(8) ابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، ص487-488 وعلي العدوي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص100.

الفرع الرابع : الفقه الشافعي

لم يتطرق فقهاء الشافعية في كتاب الوقف الى تحديد مدة الإجارة ، لذا انتقلنا الى كتاب الاجارة للتعرف على موقفهم من تحديدها . فذكر الفقهاء ، انه يصح عقد الاجارة بمدة معلومة تبقى فيها العين المؤجرة غالبا ، لإمكان استيفاء المعقود عليه ، ولا يقدر العقد بمدة إذ لا توقيف فيه ، والمرجع في المدة التي تبقى فيها العين غالبا الى أهل الخبرة (1).

لكن الفقهاء اختلفوا في تحديد مدة الاجارة بحسب قول أهل الخبرة الى أقوال ، فقول يرى ان مدة الاجارة في الدار ثلاثين سنة ، وفي الأرض مائة سنة أو أكثر ، وفي قول اخر ، لا يزداد على سنة لإندفاع الحاجة بها ، وفي قول ثالث ، لا يزداد على ثلاثين سنة لأنها نصف العمر الغالب أو لان الغالب تغير الأشياء بعدها (2) ، وذكر هذه المقادير للتمثيل لا للتقييد (3).

وفي قول رابع ، يجوز ان تكون مدة الاجارة في الدار مائة وخمسين سنة ، وفي الأرض خمسمائة سنة فأكثر (4) ، وفي قول خامس ، يجوز بلوغ مدة الاجارة في الأرض الف سنة (5).

ولا فرق في تحديد مدة الاجارة بين عقار الوقف والعقار المطلق ، وهو المشهور (6).

من كل هذا نجد ، ان الفقه الشافعي لا يتقيد بمدة محددة للإجارة ، والمرجع في تحديد المدة هو بقاء العين غالبا بنظر أهل الخبرة ، وبهذا يقترب الفقه الشافعي من الفقه الامامي.

الفرع الخامس : الفقه الحنبلي

كما في الفقه الشافعي ، لم يتطرق فقهاء المذهب الحنبلي في كتاب الوقف الى ذكر تحديد مدة الاجارة ، لذا انتقلنا الى كتاب الاجارة ، حيث يرى فقهاء الحنابلة جواز إجارة العين المدة التي تبقى فيها أو يغلب على الظن بقاء العين فيها ، وان كثرت وطالت (7).

وهنا نجد ، ان الفقه الحنبلي لا يشترط مدة محددة للإجارة ، حيث تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها ، وبهذا يقترب الفقه الحنبلي من الفقه الامامي والفقه الشافعي.

-
- (1) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 349 وابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 458.
(2) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 349.
(3) ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 458-459.
(4) ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 458 نقلا عن ابن كج.
(5) ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 458 نقلا عن الشامل.
(6) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 349.
(7) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 360 والحجاوي المقدسي ، الإقناع ، مصدر سابق ، ج 2 ، ص 506.

المطلب الثاني

مدة إيجار العقار الموقوف في القانون العراقي

بيّن المشرع العراقي وبنصوص صريحة ، موقفه من تحديد مدة إيجار العقار الموقوف والإجارة الطويلة وعقد الاجارتين والحكر ، وتطرق الفقه القانوني الى ذلك أيضا ، ولكنه خالف النص التشريعي في كثير من التفاصيل ، وللقضاء العراقي موقفه من هذه المسائل ، وسنتناول ذلك كله في ثلاثة فروع.

الفرع الأول : موقف التشريع

بالنسبة لتحديد مدة إيجار العقار الموقوف ، نصت المادة (14) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 المعدل (لا يجوز تأجير الموقوف أكثر من سنة إلا بعد موافقة الوزارة) ، ونصت المادة السابعة من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (ليس للمتولي إيجار الموقوف لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بموافقة المجلس.....) ، ويرى أحد الباحثين ان النص الثاني قد نسخ وألغى حكم النص الأول (1).

لكننا نجد ان حل التعارض بين هذين النصين ، يمكن ان يكون بطريق اخر ، وهو الجمع بينهما ، وذلك بجعل النص الثاني خاصا بالوقف الملحق ، بقرينة كون النص جاء ضمن نظام المتولين ، والمتولي يدير فقط الوقف الملحق ، أما النص الأول فيكون مقتصر على الوقف المضبوط ، وهذا يناسب الإجراءات التي ذكرت في نظام المزايدات والتي تختص بالوقف المضبوط مثل اشتراط وجود لجنة المزايدات والمناقصات وانها هي التي تقوم بالإحالة بحسب المادة الخامسة من نظام المزايدات ، بينما في الوقف الملحق لا وجود لمثل هذه اللجنة بحسب المادة السابعة من نظام المتولين (2).

(1) زياد خالد المفرجي ، مصدر سابق ، ص 89.

(2) انظر كذلك : قرار محكمة القضاء الإداري المرقم 2000/28 بتاريخ 2000/11/11 ، مجلة العدالة العدد (4) لسنة 2001 ، ص100-101 والذي جاء فيه ان النظام الواجب التطبيق على الأوقاف الملحقة هو نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 وليس نظام المزايدات والمنقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969.

ومن جهة أخرى ، نصت المادة (2/8) من قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل (يجوز إجارة العقار الموقوف مدة تزيد على ((3)) ثلاث سنوات بقرار من مجلس إدارة هيئة واستثمار أموال الأوقاف (1) المشكل بموجب قانون هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف المرقم ب(18) لسنة 1993).

ونجد ان هذا النص مطلق وحديث نسبيا حيث صدر بموجب قانون التعديل رقم (40) لسنة 1999، ولا توجد قرائن لحمله على الوقف المضبوط أو الوقف الملحق ، لأنه جاء ضمن قانون إدارة الأوقاف الشامل لإدارة ديوان الوقف للوقف المضبوط ولإدارة المتولي للوقف الملحق ، فمثلا نصت المادة السادسة من قانون إدارة الأوقاف (للدیوان والمتولي استبدال الموقوف) ، فلذا يطبق هذا النص على الوقفين معا.

وأخيراً ، نص المشرع العراقي على حالات خاصة في تحديد مدة إيجار العقار الموقوف ، فقد نصت المادة (15) من مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم واحد لسنة 1955 المعدل (لا يجوز إيجار الوقف الذي أقيمت فيه دعوى تصفية ، واستغلاله بأية طريقة كانت لأكثر من سنة واحدة) ، وطبقا لهذا النص ، لا يجوز ان تكون مدة الإيجار أكثر من سنة واحدة في حالة خاصة وهي حالة تصفية الوقف.

وكذلك نصت المادة (13) من نظام المزايدات والمنقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 المعدل (2) - تأجير الموقوف للدوائر الحكومية الرسمية وشبه الرسمية بضمنها المؤسسات والمصالح الحكومية والجمعيات ذات النفع العام والنقابات لأغراضها الأساسية 3 - يجوز للوزارة بقرار من المجلس الاتفاق مع الجهات الواردة في الفقرة 2 على إنشاء مبان توجر لها لإغراضها الأساسية وفق الشروط الآتية ب - لا تقل مدة الإيجار عن عشر سنوات) ، ففي حالة الاتفاق مثلا مع وزارة العدل على إنشاء محكمة على ارض موقوفة في بغداد ، فتحدد مدة الإيجار لها ، بان لا تقل عن عشر سنوات.

وبالنسبة للإجارة الطويلة ، نصت المادة (68) والمادة (740) من القانون المدني والمادة (2/229) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل ، على جواز العمل بالإجارة الطويلة باعتبارها حقا عينيا أصليا ، بل هنالك من يرى ان القانون المدني شطر عقد الاجارة الطويلة الى عقدين ، الأول سمي بعقد المساطحة ، والثاني سمي بعقد المغارسة (2).

(1) الصحيح : مجلس هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف.

(2) عبدالله غزاي العزاوي ، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منها ، المكتبة القانونية ، بغداد ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص4.

وبشأن عقد الاجارتين والحكر ، نصت المادة السابعة من قانون إدارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1929 الملغي (لا تعطى مسقفات الأوقاف ومستغلاتها بالاجارتين والمقاطعة ، بل يمكن ان تستبدل بعقار أو بنقد بعد تحقق المنفعة وانتهاء الرغبات بالمزايدة بحكم شرعي وإرادة ملكية يستحصلها وزير الأوقاف) ، والمقصود بالمقاطعة هو عقد الحكر (1) ، وبهذا النص مُنع العمل بعقد الاجارتين وعقد الحكر في إيجار العقار الموقوف.

ولم يتطرق القانون المدني العراقي وقانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل الى عقد الاجارتين والحكر ، ويُفهم من ذلك إمضاء المنع المذكور في قانون إدارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1929.

نجد من هذا كله ، ان النصوص التشريعية ، حددت مدة الإيجار في العقار الموقوف بثلاث سنوات قابلة للزيادة بقرار من مجلس هيئة إدارة واستثمار أموال الأوقاف ، وأجازت الاجارة الطويلة ، ومنعت عقد الاجارتين والحكر.

الفرع الثاني : موقف الفقه القانوني

للفقه القانوني العراقي في تحديد مدة إجارة العقار الموقوف ، الآراء الآتية :-

(1) ان مدة الاجارة لا تزيد عن سنة في المسققات كالدور والحوانيت ، ولا تزيد عن ثلاث سنوات في المستغلات كالأراضي والبساتين (2) ، مع استثناء حالتين من هذا التحديد ، الأولى إذا كانت المصلحة تقتضي خلاف ذلك (3) ، والحالة الثانية هي الضرورة (4).

(1) انظر : شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص57 ومحمد احمد العمر ، الدليل لإصلاح الأوقاف ، مصدر سابق ، ص125 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص149-150 واحمد جمال الدين ، مصدر سابق ، ص92 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص60 ود.عبود عبد اللطيف البلداوي ، مصدر سابق ، ص143 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص178.

(2) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص217 وحسن رضا ، مصدر سابق ، ص97 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص123 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص55 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص177 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص101.

(3) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص217 وحسن رضا ، مصدر سابق ، ص97 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص123 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص55 ود.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، مصدر سابق ، ج2 ، ص101.

(4) حسن رضا ، مصدر سابق ، ص97 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص123.
(2) لا ينبغي ان تزيد مدة إجارة أعيان الوقف مهما كان جنسها على ثلاثين سنة دفعا لكل شبهة ، مراعاة لجانب الوقف (1).

(3) لا يجوز للمتولي ان يؤجر العقار الموقوف لأكثر من ثلاث سنوات (2).

أما بالنسبة للإجارة الطويلة والاجارتين والحكر ، فالفقه القانوني يرى بان هذه العقود وجدت بسبب الضرورة ، فالإجارة الطويلة عُرِفَتْ قديماً للحاجة إليها مراعاة لمصلحة الوقف (3) ، وعقد الاجارتين طريقة وضعتها الدولة العثمانية لتجديد خرابات المستغلات الموقوفة ، فجوّزت عقد الاجارتين للضرورة (4) ، وكذلك الحكر ، إنما أُجيز للحاجة والضرورة (5).

وذكر الفقه القانوني شروطاً لعقد الاجارتين أو عقد الحكر ، من فقدان الانتفاع من الموقوف كأن تكون الدار خربة والأرض سبخة ، وألا يكون هناك ريع يكفي لتعمير الوقف ، وألا يمكن إجارته لمدة طويلة بأجرة معجلة تصرف على تعميره ، وان يتعذر استبداله ، وان يأذن القاضي بالعقد ، وان يقترن بإرادة سلطانية أو ملكية أو بصدور مرسوم جمهوري (6).

وأخيراً ، يمكن تلخيص موقف الفقه القانوني ، بان الرأي الغالب فيه ، يحدد مدة الاجارة بان لا تزيد عن سنة في المسققات ، ولا تزيد عن ثلاث سنوات في المستغلات ، إلا في حالة المصلحة والضرورة ، فتجوز في حالة الضرورة عقود الاجارة الطويلة والاجارتين والحكر.

(1) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص177.

(2) د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار ، مصدر سابق ، ص327.

(3) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص183.

(4) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص127 وشاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص56 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص178.

(5) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص180 ، وزينة غانم يونس العبيدي ، حق المساطحة ، دار مكتبة الحامد ، عمان ، 2002 ، ص77 وأضاف المصلحة الى جانب الضرورة.

(6) عمر حلمي أفندي ، مصدر سابق ، ص219-221 وحسين علي الاعظمي ، مصدر سابق ، ص148-150 ومحمد شفيق العاني ، مصدر سابق ، ص59-60 ود.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص178 وص181-182.

الفرع الثالث : موقف القضاء

بالنسبة لتحديد مدة ايجار العقار الموقوف ، جاء في قرار قضائي حول عقد إجارة بستان ، إذا لم يعين الواقف مدة الاجارة ، فتتعين المدة بان لا تزيد على ثلاث سنوات ، وما زاد على ذلك يكون بإذن القاضي (1) ، وفي قرار اخر ، ان المتولي لا يستطيع ان يؤجر ارض الوقف لأكثر من ثلاث سنوات إلا بإجازة من المحكمة الشرعية (2).

من هذين القرارين ، نجد ان القضاء يحدد مدة الإيجار بان لا تزيد على ثلاث سنوات إلا بموافقة الجهات المختصة ، وهذه المدة تم تحديدها في المستغلات الموقوفة ، أي في الأراضي والبساتين.

وبالنسبة للإجارة الطويلة ، ذكر قرار قضائي ، ان عقود الاجارة الطويلة تنظمها أحكام الوقف وهي مستمدة من الأحكام الشرعية والفقهية ولم يبحث فيها القانون المدني (3).

ونجد ان هذا القرار تجاهل نص المادة (68) والمادة (740) من القانون المدني ، والتي نصت على جواز الإجارة الطويلة باعتبارها حقا عينيا أصليا.

أما بالنسبة للحكر ، فقد عرّف قرار قضائي حق الحكر بأنه عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة تحت يد المستأجر للبناء وللغراس أو لأحدهما ما دام يدفع اجر المثل (4) . وجاء في قرار ثان ، الحكر حق عيني منصب على الرقبة ويتصف باستقرار واستمرار دائمين ، وتكون المدة فيه غير معينة (5). وجاء في قرار ثالث ، تطبق أحكام الحكر الواردة في الشريعة الإسلامية لعدم النص عليها في القانون المدني (6).

من كل هذه القرارات ، نجد ان القضاء العراقي ، حكم بان مدة إيجار العقار الموقوف لا تزيد على ثلاث سنوات في المستغلات إلا بموافقة الجهة المختصة ، ويذهب الى تطبيق أحكام الشريعة على الاجارة الطويلة والحكر.

(1) القرار المرقم س/1946/71 بتاريخ 1946/2/11 ، المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، العدد (3) لسنة 1947 ، ص61-62.

(2) القرار المرقم 498/ح/1954 بتاريخ 1954/5/30 ، مجلة القضاء ، العدد (3) لسنة 1954 ، ص37-38.

(3) القرار المرقم 1958/صلحية/968 بتاريخ 1968/10/24 ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الخامس ، 1968 ، ص174-175 والقرار المرقم 1646/صلحية/1968 بتاريخ 1968/10/24 ، قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الخامس ، 1968 ، ص177-178.

(4) القرار المرقم 427/حقوقية ثالثة/970 بتاريخ 1970/4/28 ، النشرة القضائية ، العدد (2) لسنة 1971 ، ص114-115 والقرار المرقم 1548/مدنية ثانية عقار/72 بتاريخ 72/12/24 ، النشرة القضائية ، العدد (4) لسنة 1974 ، ص322-323.

(5) الاضبارة المرقمة 784/ح/1966 بتاريخ 1967/5/13 ، مجلة القضاء ، العدد (3) لسنة 1967 ، ص131-133.

(6) القرار المرقم 427/حقوقية ثالثة/970 بتاريخ 1970/4/28 ، النشرة القضائية ، العدد (2) لسنة 1971 ، ص114-115.

المطلب الثالث نتيجة المقارنة

يوجد اتجاهان لتحديد مدة إيجار العقار الموقوف ، الاتجاه الأول يرى عدم تحديد المدة بحد معين ، وهذا اتجاه الامامية والمتقدمين من الحنفية والمالكية - ان كان المتولي من غير الموقوف عليهم - والشافعية

والحنابلة ، والاتجاه الثاني يرى تحديد مدة الإيجار ، وهو ما عليه الفتوى في الفقه الحنفي وكذلك ما عليه المالكية - ان كان المتولي من الموقوف عليهم - والمشرع العراقي والفقه القانوني والقضاء.

وبالنسبة للإجارة الطويلة وعقد الاجارتين والحكر ، وجدنا من خلال المقارنة ، ان الفقه الإسلامي عموما لم يتناول هذه المصطلحات ، وان بين حكمها في بعض الأحيان اعتمادا على مضمون هذه العقود ، فحكم الفقه الامامي والحنفي والمالكي بصحة عقد الإجارة لمدة طويلة للضرورة ، أما المشرع العراقي فقد نص على جواز الاجارة الطويلة ومنع عقد الاجارتين والحكر ، بينما الفقه القانوني أجاز هذه العقود للضرورة ، والقضاء ارجع الامر في الإجارة الطويلة والحكر الى أحكام الفقه الإسلامي.

ونرجح عدم تحديد مدة ايجار العقار الموقوف ، وصحة الإجارة الطويلة وعقد الاجارتين والحكر في حالة الضرورة ، في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول : عدم تحديد مدة ايجار العقار الموقوف

ان ترجيح عدم تحديد مدة ايجار العقار الموقوف بحد معين ، يرجع للأسباب الآتية:-

(1) ان عقد ايجار العقار الموقوف يختلف من حالة الى أخرى ، ولا يمكن إعطاء مدة محددة واحدة لجميع العقود ، فمثلا للمحلات التجارية ، قد يكون من الأفضل ان تكون مدة الاجارة قصيرة ، وذلك لتبدل أجرة المثل بسرعة ، بينما في دور المجمعات السكنية الشعبية ، قد يكون من الأفضل ان تكون مدة الإيجار أطول ، وذلك لعدم تبدل أجرة المثل بسرعة في الطرف الطبيعية.

(2) لا يوجد دليل على تحديد مدة الاجارة بسنة واحدة أو ثلاثين سنة ، وليس ذلك بأولى من التحديد بزيادة على ذلك المقدار أو بنقصانه (1).

(3) تحديد مدة ايجار العقار الموقوف ، يشكل قيда على إرادة المتعاقدين ، ولا ينسجم مع مبدأ سلطان الإرادة.

وعلى اتجاه تحديد مدة الإيجار بحد معين ، يترتب القول بوجود استثناءات على تحديد المدة من الضرورة والحاجة ومصلحة الوقف ، أما على الاتجاه الذي رجحناه وهو عدم تحديد مدة الإيجار ، فلا يصل الكلام الى وجود الاستثناءات ، لأنه أصلا لا يوجد تحديد للمدة كي يرد فيه الاستثناء.

الفرع الثاني : صحة عقود الإجارة الطويلة والاجارتين والحكر

ونرجح صحة هذه العقود ، في حالة الضرورة فقط ، وذلك للأسباب الآتية:-

(1) ان أهم أسباب الحكم ببطلان هذه العقود ، راجع الى كون مدة الإيجار غير معينة فيها ، فالحكر مثلا، عقد غير صحيح أصلا ، لأنه عبارة عن إجارة لمدة مجهولة (2) ، فيبطل كل اتفاق على عقد إجارة غير محدود المدة (3) ، ولكننا نجد ان قاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، قاعدة مطلقة فتشمل هذه العقود ، وتجعلها صحيحة بعد ان كانت باطلة.

(2) ان الحكم ببطلان هذه العقود رغم وجود الضرورة إليها ، يؤدي الى ضياع الأوقاف.

-
- (1) ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج 5 ، ص 360.
- (2) د.احمد علي الخطيب ، مصدر سابق ، ص 180.
- (3) أحمد جمال الدين ، مصدر سابق ، ص 94 وانظر الملحق رقم (2) ، استفتاء محمد إسحاق الفياض وبقاير الايرواني حول الأجرة والمدة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا
قَلِيلًا ۖ ۚ ۚ ۚ ۚ)

صدق الله العظيم

إقرار المشرف

اشهد ان رسالة الماجستير الموسومة (التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف – دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والفقه الإسلامي) قد أعدها الطالب (قاسم هيال رسن) بإشرافي في كلية القانون – جامعة بابل ، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

المشرف
أ.م.د.
إيمان طارق الشكري
كلية القانون – جامعة بابل

بناءً على التوصيات المتوافرة ، أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

الدكتور:

م. العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا
التاريخ : / /

إقرار المقوم اللغوي

اشهد بان رسالة الماجستير للطالب (قاسم هيال رسن) الموسومة (التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف – دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والفقہ الإسلامي) ، قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وانها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية.

التوقيع :
المقوم اللغوي :
الكلية :

قرار لجنة المناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة قد أطلعنا على الرسالة الموسومة (التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف – دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والفقہ الإسلامي) المقدمة من قبل الطالب (قاسم هیل رسن) ، وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وفيما له علاقة بها ، وقررنا قبولها لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

أ.م.د.
هادي حسين عبد علي الكعبي
كلية القانون – جامعة بابل
عضواً

أ.د.
عزيز كاظم جبر الخفاجي
كلية القانون – جامعة الكوفة
رئيساً

أ.م.د.
إيمان طارق مكي الشكري
كلية القانون – جامعة بابل
مشرفاً

أ.م.د.
سلام عبد الزهرة عبدالله الفتلاوي
كلية القانون – جامعة بابل
عضواً

صدقت من قبل مجلس كلية القانون – جامعة بابل

أ.م.د.
منصور حاتم محسن
عميد كلية القانون وكالة – جامعة بابل

الإهداء

إلى كُلِّ مَنْ يُؤْمِنُ بأنَّ الحقَّ
أحقُّ أن يُتَّبَعَ

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساهم في هذا البحث بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، ومنهم :-

(1) أ.م.د إيمان طارق الشكري لإشرافها على البحث ومتابعته منذ ان كان مجرد فكرة الى ان تم.

(2) جميع الأساتذة الأفاضل في كلية القانون في جامعة الكوفة وفي جامعة بابل.

(3) مراجع وفقهاء النجف الاشرف الذين اغنوا البحث بإجاباتهم على الاستفتاءات الموجهة إليهم.

(4) كادر مكتبة كلية القانون في جامعات بابل والكوفة وكربلاء وبغداد والنهرين والقادسية ، ومكتبات الروضة الحيدرية والحسن(ع) والإمام الحكيم العالمة وأمير المؤمنين(ع) ودار العلمين وكلية الفقه وكلية الآداب في النجف الاشرف ، ومكتبات وزارة العدل ونقابة المحامين والمعهد القضائي والمتحف العراقي والروضة الكاظمية في بغداد ، ومكتبات الروضة الحسينية والعباسية في كربلاء.

(5) موظفو ديوان الوقف في النجف الاشرف وفي الكاظمية ، وموظفو محكمة التمييز في بغداد وبداءة الكاظمية ، وموظفو قسم الدراسات العليا في جامعة بابل.

(6) الأخ محمد رافع يونس محمد من كلية القانون في جامعة الموصل لتزويدنا ببعض الوثائق والمصادر حول الوقف.

(7) من أسهم في مراجعة وتدقيق وطباعة مسودات البحث.

The Consent In The Lease Contract Of Al-wakf's Premise

Comparative Study Between The Iraqi Legislation and The Islamic Jurisprudence

Al-wakf is one of ancient Islamic systems and started from the beginning of Islam until these days. The lease contract is the most important procedure to invest it and the consent is the main part of the lease contract.

The objective of this research is to prepare comparative study between the Iraqi Legislation and the Islamic Jurisprudence about the consent in the lease contract of al-wakf's Premise.

The plan of this study will be divided into three chapters. The chapter one will deals with parties of consent, which they are the lessor and the lessee. The chapter two will talks about the restriction of consent from al-waqeef conditions and from the model contract conditions. The chapter three will contains the components of the consent from the rent and the duration in the lease contract.

The main results of this research are :-

- 1) The Iraqi Legislation and its Judicial System followed the Islamic Jurisprudence by 67%.
- 2) The Iraqi Jurisprudence followed the Islamic Jurisprudence by 100%.

The main suggestions of this study are :-

- 1) Amendment the article no (124 - 3) from the Iraqi Civil Code.
- 2) Amendment the model contract conditions.
- 3) Prepare the ideal model document for al-wakf, which contains the necessary information about it. This document must be checked by special committee from the lawyers and Islamic jurists to avoid any problems in the future.

الخاتمة

أولاً : نتائج البحث
ثانياً : مقترحات البحث

الخاتمة

سُـدُ بَيِّن في هذه الخاتمة نتائج البحث ومقترحاته.

أولاً : نتائج البحث

إضافة الى (نتائج المقارنة) التي تم التوصل إليها في نهاية كل مبحث ، سنحاول هنا التوصل الى النتائج الكلية للمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي حول التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف ، ولأجل الوصول الى ذلك ، سنلخص أولاً النتائج الفرعية للبحث ، والتي تم تنظيمها في الجدول رقم (3).

ومن نتائج الجدول رقم (3) ، سيتم تنظيم الجدول رقم (4) الذي يبين موافقة ومخالفة القانون العراقي للفقهاء الإسلامي.

ت	المسألة الأصلية	المسائل الفرعية	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء
1	تعريف الوقف	قبول الموقوف عليه مالك	يوافق الفقه الحنبلي	يوافق الفقه الحنبلي	يوافق
		العقار الموقوف شروط	يخالف الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الشافعي	يخالف الفقه الإسلامي
2	مؤجر العقار الموقوف	متولي الوقف	يوافق الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي
		الولاية في التولية غير المشروطة	يخالف الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الحنفي	يخالف الفقه الإسلامي
		مركز متولي الوقف	لا يوجد تصريح	يقترب من الفقه الحنفي	يقترب من الفقه الحنفي
3	مستأجر العقار الموقوف	متولي الوقف	يوافق الفقه المالكي	يوافق الفقه الإسلامي	يوافق الفقه المالكي
		أقارب المتولي	يخالف الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي	يخالف الفقه الإسلامي
		الموقوف عليه	يوافق الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي	لم نعثر على قرار
		الغير	يخالف الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي	لم نعثر على قرار
4	شروط الواقف	الأصل	يوافق الفقه الإسلامي	يوافق الفقه الإسلامي	القرارات غير كافية
		الاستثناء	لا يوجد تصريح	يوافق الفقه الإسلامي	القرارات غير كافية
5	شروط العقد النموذجية	لا توجد	لا توجد في الفقه الإسلامي	لا توجد في الفقه الإسلامي	لا توجد في الفقه الإسلامي
6	أجرة العقار الموقوف	حكم العقد مع الغبن الفاحش	يوافق الفقه الإمامي	يوافق الفقه الحنفي	يوافق الفقه الإمامي
		استثناء حكم العقد مع الغبن الفاحش	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لم نعثر على قرار
		معياري تقدير الغبن الفاحش	يوافق الفقه المالكي	يوافق أحد آراء الفقه الحنفي	لم نعثر على قرار
		تحديد مدة الإيجار	يوافق الفقه الحنفي	يوافق الفقه الحنفي	يوافق الفقه الحنفي
7	مدة إيجار العقار الموقوف	حكم الإجارة الطويلة وعقد الإجارين والحكر	لا يوجد تصريح في الفقه الإسلامي	لا يوجد تصريح في الفقه الإسلامي	لا يوجد تصريح في الفقه الإسلامي

جدول رقم (4)

يبين موافقة ومخالفة القانون العراقي للفقهاء الإسلامي حول التراخي في عقد إيجار العقار الموقوف ومن الجدول رقم (4) ، سننظم الجدول رقم (5) ، الذي يبين النسبة المئوية لموافقة ومخالفة القانون العراقي للفقهاء الإسلامي.

عدد ونوع مسائل المقارنة	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء
عدد المسائل التي توافق الفقه الإسلامي أو أحد مذاهبه	8	14	6
عدد المسائل التي تخالف الفقه الإسلامي	4	لا توجد	3
عدد المسائل التي لا يوجد تصريح فيها من أحد الجانبين	5	3	8
عدد المسائل الداخلة في حساب النسبة المئوية	12	14	9
نسبة المسائل التي توافق الفقه الإسلامي أو أحد مذاهبه	67%	100%	67%

نسبة المسائل التي تخالف الفقه الإسلامي	%33	لا توجد	%33
--	-----	---------	-----

جدول رقم (5)

يبين النسبة المئوية لموافقة ومخالفة القانون العراقي للفقه الإسلامي حول التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف

ومن جدول رقم (5) ، يمكن التوصل الى النتائج الكلية للمقارنة بين القانون العراقي والفقه الاسلامي حول التراضي في عقد ايجار العقار الموقوف ، وكالاتي :-

(1) مخالفة التشريع العراقي للفقه الإسلامي بنسبة 33% ، وهذا يدل على ان التشريع العراقي لم يستق أحكامه من الفقه الإسلامي مباشرة في خصوص التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف ، نعم ان الفقه الإسلامي هو احد مصادر التشريع الرئيسية ، وذلك لان نسبة الموافقة بلغت 67% ، ولكنه ليس المصدر الوحيد.

(2) موافقة الفقه القانوني العراقي للفقه الإسلامي بنسبة 100%.

(3) موافقة القضاء العراقي للفقه الإسلامي بنسبة 67%.

ثانياً : مقترحات البحث

ان من أهم مقترحات البحث ، ما يلي :-

(1) تعديل المادة (256) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 والتي نصت على ان الوقف يسجل (1- باسم الجهة الواقفة والموقوف عليها مع ذكر نوع الوقف وشروطه والمتولي ان كان من الأوقاف الملحقة. 2- باسم دائرة الأوقاف ان كان من الأوقاف المضبوطة مع ذكر شروط الواقف) ، بان تنص على تسجيل الوقف باسم الشخصية المعنوية المستقلة للوقف.

(2) تعديل المادة (1) من نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970 (توجه التولية في الوقف الصحيح وفقاً لاصولها الشرعية الى المشروط له بوقفية أو بتعامل ثابت بحكم متى تحققت أهليته وثبت صلاحه) ، بان تنص صراحة على الشروط العامة المطلوبة في متولي الوقف، للأسباب المتقدمة في مبحث مؤجر العقار الموقوف.

(3) تكون إدارة الأوقاف في حالة التولية غير المشروطة بيد الفقيه الجامع للشرائط ، وللغاية أيضاً الإشراف على إدارة المتولي في الأوقاف الملحقة ، وذلك للأسباب المتقدمة في مبحث مؤجر العقار الموقوف.

(4) إلزام الواقف في حجية الوقف بان يُعَيِّن المتولي على وقفه بشكل صريح ، كما نلزمه بتعيين العقار الموقوف والموقوف عليهم ، وذلك لتجنب الخلاف الدائر حول تعيين متولي الوقف في حالة التولية غير المشروطة.

(5) إعداد نص نموذجي للوقفية ، يذكر فيه : اسم الواقف وتعيين العقار الموقوف والموقوف عليهم وبيان التولية على الوقف وشروط الواقف النموذجية المتكررة وغيرها من البيانات الضرورية ،

وكذلك مراجعة شروط الواقف الإضافية من قبل لجنة قانونية وشرعية مختصة ولها خبرة عملية طويلة في مجال الاوقاف ، من اجل تجنب المشاكل المستقبلية في إدارة الوقف ، والناجمة عن غموض الوقفية.

(6) تعديل شروط العقد النموذجية المثبتة في نموذج (قائمة مزايدات وعقد ايجار المسققات الوقفية) ، كما تقدم في مبحث شروط العقد النموذجية.

(7) تعديل نص المادة (3/124) من القانون المدني (لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية) ، بتخصيص هذا النص بغير حالة مال الوقف ، وذلك للأسباب التي تقدمت في مبحث أجره العقار الموقوف.

(8) إلغاء المادة (2/18) من نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 والتي نصت على : (استثناء من حكم الفقرة السابقة ، يجوز بتعليمات تصدر لهذا الغرض تخصيص دور في كل مديرية تؤجر الى الموظف من غير مزايدة وببدل ايجار شهري يعادل 10% من راتبه على ان لا يكون مالكا لدار في المدينة التي يعمل فيها)، للأسباب المتقدمة في مبحث أجره العقار الموقوف.

وآخر دعوانا
ان الحمد لله رب العالمين

ت	المسألة الأصلية	المسائل الفرعية	الفقه الامامي	الفقه الحنفي	الفقه المالكي	الفقه الشافعي	الفقه الحنبلي	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء	نتيجة المقارنة
1	تعريف الوقف	قبول الموقوف عليه	عدم الاشتراط مطلقا ، التفصيل ، الاشتراط مطلقا	التمييز بين المعين وغيره	التمييز بين المعين وغيره	الأصح التمييز بين المعين وغيره	الاشتراط مطلقا	عدم الاشتراط مطلقا	عدم الاشتراط مطلقا	عدم القضاء	عدم الاشتراط مطلقا
		مالك العقار الموقوف	الموقوف عليه ، التمييز بين المعين وغيره ، الواقف ، الله تعالى	الواقف	ظاهر المذهب الله تعالى ، وقول الموقوف عليه	الموقوف عليه ، الواقف ، التفصيل	التمييز بين الوقف الملحق والمضبوط	الراي الغالب الله تعالى ، وقول الموقوف عليه	ديوان الوقف	الوقف	
2	مؤجر العقار	شروط متولي الوقف	الأمانة والكفاية والعقل	الأمانة والقدرة	الأمانة وحسن النظر	العدالة والكفاية	الأمانة والكفاية والتكليف والإسلام	الرجوع الى الفقه الإسلامي	الأمانة والقدرة والعقل والبلوغ والإسلام والرشد	الأمانة والقدرة وتزكية المجتهد	الأمانة والقدرة والإسلام
		الولاية في التولية غير المشروطة	التمييز بين الوقف العام والوقف الخاص	للاوقف في حياته و للقاضي بعد مماته مع عدم وجود الوصي	التمييز بين المعين وغير المعين ، للقاضي	القاضي ، الموقوف عليه	التمييز بين المعين وغير المعين	الى ديوان الوقف	للاوقف في حياته وللقاضي بعد مماته	الى ديوان الوقف	الى الفقيه الجامع للشرائط مطلقا
		مركز متولي الوقف	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	فيه أربعة أقوال	فيه ثلاثة أقوال	نائب عن الوقف مطلقا
3	مستأجر العقار	متولي الوقف	يجوز	لا يجوز ، يجوز بأذن القاضي يجوز بأكثر من المثل	لا يجوز	يجوز بان يكون هو الموقوف عليه	يجوز بشرطين	لا يجوز	يجوز بأذن القاضي وأجرة المثل	لا يجوز	يجوز
		أقارب المتولي	يجوز	يجوز ، يجوز بأكثر من المثل	يجوز	يجوز	يجوز بشرطين	لا يجوز	يجوز بأكثر من أجرة المثل	لا يجوز	يجوز
		الموقوف عليه	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	لم نعثر على قرار	يجوز
		الغير	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	لا يجوز لفئات خاصة	يجوز	لم نعثر على قرار	يجوز

جدول رقم (3) : يبين خلاصة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي حول التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

ت	المسألة الأصلية	المسائل الفرعية	الفقه الامامي	الفقه الحنفي	الفقه المالكي	الفقه الشافعي	الفقه الحنبلي	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء	نتيجة المقارنة
4	شروط الواقف	الأصل	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	الأصح وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	القرارات غير كافية	وجوب الإتياع
		الاستثناء	الضرورة في الرأي الغالب	المصلحة بأذن القاضي	الضرورة أو المصلحة	الضرورة	الضرورة أو المصلحة	لا يوجد تصريح	الضرورة أو المصلحة بأذن القاضي	القرارات غير كافية	الضرورة
5	شروط العقد النموذجية	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	العمل بها حسب المادة (6) من نظام مزادات	تطرق للشروط المطابقة للتشريع	تطرق غالبا للشروط المطابقة للتشريع	العمل بها مع المقترحات
6	أجرة العقار الموقوف	حكم العقد مع الغبن الفاحش	العقد باطل	العقد فاسد	العقد صحيح	التمييز بين المتولي الموقوف عليه	العقد صحيح	العقد باطل	العقد فاسد	العقد باطل	العقد باطل

					والأجنبي						
	استثناء حكم العقد مع الغبن الفاحش	مصلحة الوقف	الضرورة والناتبة والدين وقلة الرغبة	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لم نعثر على قرار	الضرورة ومصلحة الوقف	
	معياري تقدير الغبن الفاحش	العرف	الخمس ، ما لا يدخل تحت تقويم المقومين	أهل المعرفة	العرف	العادة	العرف	الخمس في العقار	لم نعثر على قرار	أهل الخبرة	
	تحديد مدة الإيجار	عدم التحديد	الفتوى على التحديد	التحديد ان كان المتولي موقوف عليه	عدم التحديد	عدم التحديد	التحديد	التحديد	التحديد	عدم التحديد	
7	حكم الإجارة الطويلة و الاجارتين والحكر	جائزة بشروط	الإجارة لمدة طويلة جائزة للضرورة	الإجارة لمدة طويلة جائزة للضرورة	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	التميز بين الاجارة الطويلة وغيرها	جائزة للضرورة	الرجوع الى الفقه الإسلامي في الاجارة الطويلة والحكر	جائزة للضرورة	

تكملة جدول رقم (3) : يبين خلاصة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي حول التراخي في عقد إيجار العقار الموقوف

ت	المسألة الأصلية	المسائل الفرعية	الفقه الامامي	الفقه الحنفي	الفقه المالكي	الفقه الشافعي	الفقه الحنبلي	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء	نتيجة المقارنة
1	تعريف الوقف	قبول الموقوف عليه	عدم الاشتراط مطلقا ، التفصيل ، الاشتراط مطلقا	التمييز بين المعين وغيره	التمييز بين المعين وغيره	الأصح التمييز بين المعين وغيره	الاشتراط مطلقا	عدم الاشتراط مطلقا	عدم الاشتراط مطلقا	عدم القضاء	عدم الاشتراط مطلقا
		مالك العقار الموقوف	الموقوف عليه ، التمييز بين المعين وغيره ، الواقف ، الله تعالى	الواقف	ظاهر المذهب الله تعالى ، وقول الموقوف عليه	الموقوف عليه ، الواقف ، التفصيل	التمييز بين الوقف الملحق والمضبوط	الراي الغالب الله تعالى ، وقول الموقوف عليه	ديوان الوقف	الوقف	
2	مؤجر العقار	شروط متولي الوقف	الأمانة والكفاية والعقل	الأمانة والقدرة	الأمانة وحسن النظر	العدالة والكفاية	الأمانة والكفاية والتكليف والإسلام	الرجوع الى الفقه الإسلامي	الأمانة والقدرة والعقل والبلوغ والإسلام والرشد	الأمانة والقدرة وتزكية المجتهد	الأمانة والقدرة والإسلام
		الولاية في التولية غير المشروطة	التمييز بين الوقف العام والوقف الخاص	للاوقف في حياته و للقاضي بعد مماته مع عدم وجود الوصي	التمييز بين المعين وغير المعين ، للقاضي	القاضي ، الموقوف عليه	التمييز بين المعين وغير المعين	الى ديوان الوقف	للاوقف في حياته وللقاضي بعد مماته	الى ديوان الوقف	الى الفقيه الجامع للشرائط مطلقا
		مركز متولي الوقف	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	فيه أربعة أقوال	فيه ثلاثة أقوال	نائب عن الوقف مطلقا
3	مستأجر العقار	متولي الوقف	يجوز	لا يجوز ، يجوز بأذن القاضي يجوز بأكثر من المثل	لا يجوز	يجوز بان يكون هو الموقوف عليه	يجوز بشرطين	لا يجوز	يجوز بأذن القاضي وأجرة المثل	لا يجوز	يجوز
		أقارب المتولي	يجوز	يجوز ، يجوز بأكثر من المثل	يجوز	يجوز	يجوز بشرطين	لا يجوز	يجوز بأكثر من أجرة المثل	لا يجوز	يجوز
		الموقوف عليه	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	لم نعثر على قرار	يجوز
		الغير	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	لا يجوز لفئات خاصة	يجوز	لم نعثر على قرار	يجوز

جدول رقم (3) : يبين خلاصة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي حول التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

ت	المسألة الأصلية	المسائل الفرعية	الفقه الامامي	الفقه الحنفي	الفقه المالكي	الفقه الشافعي	الفقه الحنبلي	موقف التشريع	الفقه القانوني	موقف القضاء	نتيجة المقارنة
4	شروط الواقف	الأصل	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	الأصح وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	وجوب الإتياع	القرارات غير كافية	وجوب الإتياع
		الاستثناء	الضرورة في الرأي الغالب	المصلحة بأذن القاضي	الضرورة أو المصلحة	الضرورة	الضرورة أو المصلحة	لا يوجد تصريح	الضرورة أو المصلحة بأذن القاضي	القرارات غير كافية	الضرورة
5	شروط العقد النموذجية	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	لا توجد	العمل بها حسب المادة (6) من نظام مزادات	تطرق للشروط المطابقة للتشريع	تطرق غالبا للشروط المطابقة للتشريع	العمل بها مع المقترحات
6	أجرة العقار الموقوف	حكم العقد مع الغبن الفاحش	العقد باطل	العقد فاسد	العقد صحيح	التمييز بين المتولي الموقوف عليه	العقد صحيح	العقد باطل	العقد فاسد	العقد باطل	العقد باطل

					والأجنبي						
	استثناء حكم العقد مع الغبن الفاحش	مصلحة الوقف	الضرورة والناتبة والدين وقلة الرغبة	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	لم نعثر على قرار	الضرورة ومصلحة الوقف	
	معيّار تقدير الغبن الفاحش	العرف	الخمس ، ما لا يدخل تحت تقويم المقومين	أهل المعرفة	العرف	العادة	العرف	الخمس في العقار	لم نعثر على قرار	أهل الخبرة	
	تحديد مدة الإيجار	عدم التحديد	الفتوى على التحديد	التحديد ان كان المتولى موقوف عليه	عدم التحديد	عدم التحديد	التحديد	التحديد	التحديد	عدم التحديد	
7	حكم الإجارة الطويلة و الاجارتين والحكر	جائزة بشروط	الإجارة لمدة طويلة جائزة للضرورة	الإجارة لمدة طويلة جائزة للضرورة	لا يوجد تصريح	لا يوجد تصريح	التميز بين الاجارة الطويلة وغيرها	جائزة للضرورة	الرجوع الى الفقه الإسلامي في الاجارة الطويلة والحكر	جائزة للضرورة	

تكملة جدول رقم (3) : يبين خلاصة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي حول التراضي في عقد إيجار العقار الموقوف

قائمة مصادر البحث

- أولاً : الكتب القانونية والفقهية العامة
- ثانياً : كتب الفقه الإسلامي المتخصصة
- ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية
- رابعاً : المقالات والبحوث
- خامساً : القوانين والأنظمة والمجاميع القانونية
- سادساً : مجاميع القرارات القضائية

قائمة مصادر البحث

- أولاً : الكتب القانونية والفقهية العامة
- (1) أحمد إبراهيم بك ، أحكام الوقف والمواريث ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، 1937.
- (2) أحمد إبراهيم بك ، الوقف ، مكتبة عبدالله وهبة ، مصر ، 1944.
- (3) أحمد جمال الدين ، الوقف (مصطلحاته وقواعده) ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، 1955.
- (4) د.أحمد علي الخطيب ، الوقف والصايا ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978.
- (5) د.أحمد فراج حسين ود.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005.
- (6) د.آدم وهيب النداي ، المرافعات المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1988.
- (7) د.توفيق حسن فرج ، عقد الإيجار ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1984.
- (8) د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، (لم تذكر الدار الناشرة) ، عمان ، 1997.
- (9) حسن رضا ، أحكام الأوقاف ، ط2 ، مطبعة التقيض الأهلية ، بغداد ، 1938.
- (10) حسين بركة الشامي ، التعدي على الأوقاف في العراق ، جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 2006.
- (11) حسين علي الاعظمي ، أحكام الأوقاف ، مطبعة الاعتماد ، بغداد ، 1949.

- (12) رئاسة ديوان الوقف الشيعي ، ديوان الوقف الشيعي (التأسيس والانجازات) ، ديوان الوقف الشيعي ، بغداد ، 2005.
- (13) د.رمضان علي السيد الشرنباصي و د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.
- (14) زهدي يكن ، عقد الإيجار ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (15) زهدي يكن ، قانون الوقف الذري ، مكتبة صادر ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (16) زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1388 هجرية.
- (17) زينة غانم يونس العبيدي ، حق المساطحة ، دار مكتبة الحامد ، عمان ، 2002.
- (18) سمير عبد السيد تتاغو ، عقد الإيجار ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1969.
- (19) شاكر بك الحنبلي ، موجز في أحكام الأوقاف ، ط2 ، مكتبة الاعتماد ، دمشق ، 1348 هجرية.
- (20) شاكر ناصر حيدر ، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1942.
- (21) ضياء شيت خطاب وآخرون ، القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 مع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج4 ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2002.
- (22) عارف العارف ، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1948.
- (23) د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956.
- (24) عبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، كتاب الوقف ، ط2 ، مطبعة الرجاء ، مصر ، 1935.
- (25) عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان ، منازعات الأوقاف والاحكار ، مطبعة شركة آلات ولوازم المكاتب ، الإسكندرية ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (26) د.عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج2 ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1970.
- (27) عبد الرحمن البزاز ، مذكرات في أحكام الأراضي في العراق ، مطبعة التقيض الأهلية ، بغداد ، 1941.
- (28) عبد الرحمن العلام ، قواعد المرافعات العراقي ، ج1 ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1961.
- (29) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، عقد الإيجار ، دار الفكر ، (لم يذكر مكان الطبع ولا تاريخ الطبع).
- (30) د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط3 ، دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000.
- (31) د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، ط5 ، مطبعة نديم ، بغداد ، 1977.
- (32) د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مطبعة جامعة بغداد ، 1986.
- (33) عبد الوهاب خلاف ، أحكام الوقف ، ط2 ، مطبعة النصر ، مصر ، 1948.
- (34) د.عبود عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975.
- (35) علي حيدر ، ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف ، ترجمة أكرم عبد الجبار ومحمد احمد العمر ، ج1 ، مطبعة بغداد ، بغداد ، 1950.
- (36) علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ، معهد الدراسات العربية العالية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1964.
- (37) عمر حلمي أفندي ، إتحاف الاخلاف في أحكام الأوقاف ، ترجمة محمد كامل الغزي الحلبي ، مطبعة البهاء ، حلب ، 1327 هجرية.
- (38) د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971.
- (39) كمال قاسم ثروت الوندائي ، شرح أحكام عقد الإيجار ، جامعة بغداد ، بغداد ، 1975.
- (40) محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، 1959.
- (41) محمد احمد العمر ، التطبيقات الشرعية والصكوك ، مطبعة بغداد ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع).
- (42) محمد احمد العمر ، الدليل لإصلاح الأوقاف ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1948.
- (43) محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، دار الجواد ، بيروت ، 1984.
- (44) د.محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004.
- (45) محمد زيد الابياني ، كتاب مباحث الوقف ، ط3 ، عبدالله وهبة الكتبي ، مصر ، 1924.
- (46) محمد سلام مذكور ، موجز الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1961.
- (47) محمد شفيق العاني ، أحكام الأوقاف ، ط3 ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1965.
- (48) د.محمد عبيد عبدالله الكبيسي ، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1977.
- (49) محمد قدرى باشا ، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف ، ط5 ، مكتبة الأهرام ، مصر ، 1928.
- (50) محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والأوقاف ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002.
- (51) د.محمد لبيب شنب ، الوجيز في شرح أحكام الإيجار ، دار النهضة العربية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1967.
- (52) محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون ، مطبعة دار التأليف ، مصر ، 1963.
- (53) د.محمد يحيى مطر ، عقد الإيجار ، الدار الجامعية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1990.
- (54) د.محمود مرشحة وفارس سلطان ، القانون المدني (العقود المسماة) ، منشورات جامعة حلب ، دمشق ، 1996.

- (55) د.محمود المظفر ، نظرية الإرادة المنفردة ، دار حافظ ، جدة ، 2002.
- (56) مصطفى الزرقاء ، أحكام الأوقاف ، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة الجامعة السورية ، 1947.
- (57) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1973.
- (58) د.وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، ط 3 ، دار الفكر ، دمشق ، 1989.
- ثانياً : كتب الفقه الإسلامي المتخصصة**
- أ : الفقه الإمامي**
- (59) أبو القاسم الموسوي الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، ط 20 ، دار الزهراء ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (60) باقر الأيرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي ، ج 2 ، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر ، قم ، 1427 هجرية.
- (61) تقي الدين بن نجم الدين عبدالله الحلبي ، الكافي في الفقه ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (62) جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام ، ج 1 ، ط 10 ، مركز الرسول الأعظم ، بيروت ، 1998.
- (63) الحسن بن سعيد الدين المشتهر بالعلامة الحلبي ، قواعد الأحكام ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (64) زين الدين العاملي ، الروضة البهية ، ج 2 ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم ، 1424 هجرية.
- (65) عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الأحكام ، ج 22 ، مطبعة الآداب ، النجف الاشرف ، 1984.
- (66) علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، 2001.
- (67) علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد ، ج 9 ، ط 2 ، مؤسسة آل البيت (ع) ، قم ، 1415 هجرية.
- (68) محمد بن إدريس الحلبي ، السرائر ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (69) محمد إسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، (لم تذكر الدار الناشرة ولا مكان الطبع) ، 1426 هجرية.
- (70) محمد باقر الصدر ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار التعارف للمطبوعات ، بيروت ، 1980.
- (71) محمد جواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج 14 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، 1425 هجرية.
- (72) محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، ج 3 ، المكتبة المرتضوية ، طهران ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (73) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، ج 10 ، مؤسسة المرتضى العالمية ودار المؤرخ العربي ، بيروت ، 1992.
- (74) محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، ج 60 ، ط 2 ، دار العلوم ، بيروت ، 1988.
- (75) محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج 5 ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية ، طهران ، 2005.
- (76) محمد بن النعمان الحارثي البغدادي المعروف بابن المعلم والشيخ المفيد ، المقتعة ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 1 ، دار التراث ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (77) محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ، ج 2 ، مطبعة الحيدري ، طهران ، 1377 هجرية.
- (78) محمد بن مكي العاملي ، الدروس الشرعية ، ج 2 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (79) يوسف البحراني ، الحقائق الناضرة ، ج 22 ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم الشرفة ، 1405 هجرية.

ب : الفقه الحنفي

- (80) أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف ، أحكام الأوقاف ، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية ، 1904.
- (81) إبراهيم بن علي الطرسوسي ، انفع الوسائل ، مطبعة الشرق ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1926.
- (82) إبراهيم بن موسى الحنفي ، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، ط 2 ، مصر ، 1902.
- (83) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي ، البحر الرائق ، ج 5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997.
- (84) علي بن أبي بكر الفرغاني الميرغيناني ، الهداية ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001.
- (85) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، المبسوط ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2001.
- (86) محمد بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة الحنفي ، جامع الفصولين ، ج 2 ، المطبعة الأزهرية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1300 هجرية.
- (87) محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار ، ج 6 ، ط 2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003.
- (88) محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج 5 ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مصر ، 1316 هجرية.
- (89) هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، أحكام الوقف ، مجلس دائرة المعارف العثمانية ، الهند ، 1355 هجرية.

ج : الفقه المالكي

- (90) خليل بن إسحاق بن موسى الجندي المالكي ، مختصر خليل ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج 5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001.
- (91) صالح عبد السميع الأببي الأزهرى ، جواهر الإكليل ، ج 2 ، دار إحياء الكتب العربية ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع).

- (92) عبد الباقي بن يوسف بن احمد بن محمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني ، ج7 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002.
- (93) علي العدوي ، حاشية الشيخ علي العدوي ، المطبوع مع حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ج7 ، دار صادر ، بيروت (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (94) محمد بن أحمد بن جزي الكلبي ، القوانين الفقهية ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2006.
- (95) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996.
- (96) محمد الخرشي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ج7 ، دار صادر ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (97) محمد علي حسين المالكي ، قرّة العين بفتاوي علماء الحرمين ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، 1937 .
- (98) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج6 ، مكتبة النجاح ، ليبيا ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

د : الفقه الشافعي

- (99) إبراهيم بن علي الشيرازي ، التنبيه في الفقه الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995.
- (100) إبراهيم بن محمد الشيرازي ، المذهب ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001.
- (101) أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج2 ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005.
- (102) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، دار الفكر ، بيروت ، 1978.
- (103) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الشافعي ، منهاج الطالبين ، الموسوعات الفقهية ، الوقوف والوصايا ، ج5 ، دار التراث ، بيروت ، 2001.

هـ : الفقه الحنبلي

- (104) عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، العدة شرح العدة ، ط2 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005.
- (105) عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج5 ، مطبعة الإمام ، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (106) محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين ، ج3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1996.
- (107) مصطفى السيوطي الرحباني ، مطالب اولي النهي ، ج4 ، منشورات المكتب الإسلامي ، دمشق ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- (108) موسى بن احمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي ، الإقناع لطالب الانتفاع ، ج3 ، ط3 ، دار الملك عبد العزيز ، الرياض ، 1423 هجرية.
- (109) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الارادات ، ج2 ، عالم الكتب ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية

- (110) زياد خالد المفرجي ، التنظيم القانوني لإدارة الأوقاف في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2003.
- (111) عكرمة سعيد صبري ، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، 2001.
- (112) غازي فيصل مهدي ، الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1985.
- (113) محمد رافع يونس محمد ، متولي الوقف ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2005.

رابعاً : البحوث والمقالات

- (114) احمد قبلان ، الوقف ، فعاليات الملتقى الأول للوقف الجعفري ، الكويت ، 2005.
- (115) احمد قبلان ، الولاية الحسينية في إدارة المؤسسات الوقفية ، ملتقى الوقف الجعفري الثاني ، الكويت ، 2007.
- (116) د.أنور احمد الفزيع ، الحماية المدنية للوقف ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، 1999 .
- (117) بشير النجفي ، رسالته التوجيهية الى الملتقى الأول للوقف الجعفري في الكويت ، 2005 .
- (118) د. السعيد بوركية ، الوقف الإسلامي وأثره في الحياة الاجتماعية في المغرب ، ندوة مؤسسة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1983.
- (119) د. صلاح الدين الناهي ، مؤسسة الوقف ومصالح الأقليات في مختلف أرجاء العالم ، ندوة مؤسسة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، 1983.
- (120) أ.د. عبد الأمير كاظم زاهد ، مشروعات الوقف ، ملتقى الوقف الجعفري الثاني ، الكويت ، 2007.
- (121) عبد العظيم المهدي البحراني ، في التجديد لثقافة الوقف الشرعي ، ملتقى الوقف الجعفري الثاني ، الكويت ، 2007.
- (122) عبدالله غزاي العزاوي ، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منها ، المكتبة القانونية ، بغداد ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

(123) محمد صادق الصدر ، الوقف في الإسلام ، (مستل من مجلة القضاء ، العددان 3 و 4 السنة 32) ، مطبعة الشعب ، بغداد 1977.

خامساً : القوانين والأنظمة والمجاميع القانونية

ملاحظة :- تم ترتيب القوانين والأنظمة حسب تأريخ صدورها.

- (124) مجلة الأحكام العدلية الصادرة عام 1876.
- (125) قانون إدارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1929 الملغي.
- (126) نظام إدارة المعابد رقم (24) لسنة 1930 الملغي.
- (127) نظام تشكيلات ادارة الأوقاف رقم (27) لسنة 1947 الملغي.
- (128) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- (129) مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم (1) لسنة 1955 المعدل.
- (130) قانون إدارة الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 المعدل بالقانون رقم (40) لسنة 1999.
- (131) قانون إدارة العتبات المقدسة رقم 25 لسنة 1966 الملغي.
- (132) نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم (45) لسنة 1969 المعدل.
- (133) قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
- (134) نظام المتولين رقم (46) لسنة 1970.
- (135) قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل.
- (136) قانون إيجار العقار رقم (87) لسنة 1979 المعدل.
- (137) قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 المعدل.
- (138) قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986.
- (139) قانون إطفاء حقوق الإجارة الطويلة في العقارات الموقوفة رقم (87) لسنة 1986.
- (140) قانون هيئة إدارة واستثمار الأوقاف رقم (18) لسنة 1993.
- (141) قانون إدارة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريفة رقم (19) لسنة 2005.
- (142) ذاكر خليل العلي ، مجموعة تشريعات الأوقاف ، ط2 ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، 2006.
- (143) صباح صادق جعفر الانباري ، دليل التشريع العراقي ، (لم يذكر جهة النشر ولا مكان النشر) ، 2008.
- (144) عبد الرزاق هوبي محمد ، التشريعات في إدارة الأوقاف ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، 1989.

سادساً : مجاميع القرارات القضائية

- ملاحظة :-** تم تثبيت رقم العدد وتاريخه بالنسبة للمجلات والنشرات القضائية في متن البحث.
- (145) قضاء محكمة تمييز العراق ، المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، وزارة العدل ، بغداد.
 - (146) مجلة ديوان التدوين القانوني ، يصدرها ديوان التدوين القانوني ، وزارة العدل ، بغداد.
 - (147) مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، بغداد (والأعداد الأولية من مجلة القضاء كانت تصدرها لجنة مشكلة بأمر من وزير العدلية ، بغداد).
 - (148) مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الإعلام القانوني ، وزارة العدل ، بغداد.
 - (149) المجموعة الرسمية لمقررات المحاكم ، لجنة نشر مقررات المحاكم بوزارة العدلية ، مطبعة الحكومة ، بغداد.
 - (150) النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق ، وزارة العدل ، بغداد.
 - (151) إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني) ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 2007.
 - (152) سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج2 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، (لم يذكر مكان الطبع) ، 1962.