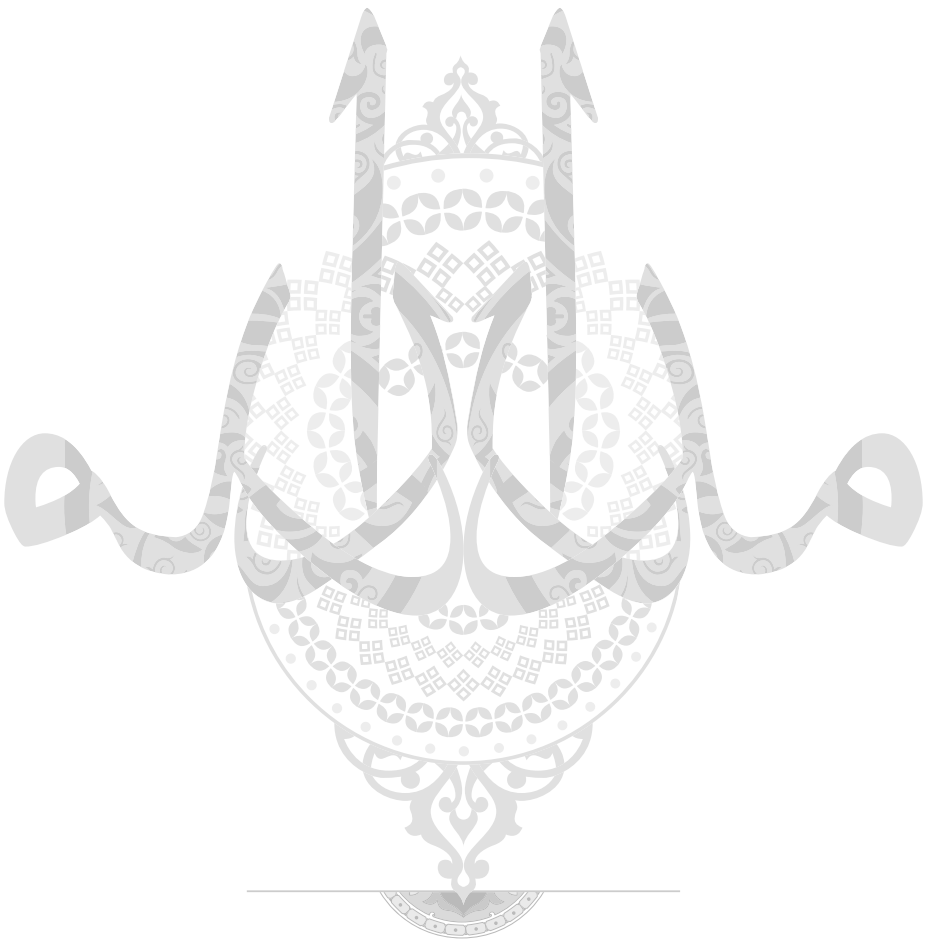
الفصل الأول

البناء الفكري والقانوني للحجة الوقفية



الفصل الأول

البناء الفكري والقانوني للحجة الوقفية

يرتبط البناء الفكري والقانوني للحجة الوقفية بالعديد من المعطيات التي ترتبط بالمنهجية الفقهية في حرصها ضمن ما تقرره في منظومتها من إثبات حقوق الناس وحفظها من التعدي عليها، سواء أكانت حقوقاً خاصة أم عامة؛ ولا شك أن اهتمام الشارع الحكيم بحفظ حقوق الناس من خلال منظومة متكاملة ومترابطة ينطلق مما انبنت عليه هذه الحقوق من مبدأ المشاححة الذي يتطلب التعاطي معها وتوثيقها وبناءها وفق مقتضيات نظرية التعاقد في الفكر الإسلامي، مع مراعاة المتطلبات والاعتبارات في ذلك.

إن توثيق المعاملات التي تجري بين العباد تقرره الكثير من الدلائل الشرعية المرعية التي تؤكد أهمية التوثيق بأقوى أساليبه متمثلاً بالكتابة حتى بين الذين آمنوا ممن يفترض فيهم الحرص على تطهير الذمة من الاعتداء على حقوق الناس وممتلكاتهم، حيث تتقرر الحكمة من ذلك متمثلة بحفظ الحقوق وتثبيت معالمها والمقتضيات التي أنشئت من أجلها، وذلك على اختلاف طرق التوثيق لها، التي ينبغي أن ترتبط بمعطيات الواقع وإفرازاته.

ولما كان التوثيق ضرورة تستدعيها مصلحة حفظ حقوق الناس واستقرارها، فقد ارتبطت منظومته من خلال تطوره عبر الحقب التاريخية المختلفة بما يقرر الكثير من الحقائق التي تبين أهميته عبر العصور والدهور في العالم الإسلامي، ولا شك أن مملكة البحرين – باعتبارها جزءًا لا يتجزأ من منظومة العالم الإسلامي – تعكس خلفيتها التاريخية جزءًا لا يتجزأ من تجربة العالم الإسلامي لتوثيق الحجج الوقفية، وذلك وفقًا لما تقرره المعطيات والمتطلبات في سبيل حفظ حقوق الناس من أجل الحيلولة دون الشقاق والمشاحنة على متاع وعرض الحياة الدنيا بين أبناء المجتمع الإسلامي.

أولاً: فلسفة توثيق الوقف ونظرية التعاقد في الفكر الإسلامي

يعرف الوقف لغة بأنه: من مصدر وقفت الشـــيء وقفاً، ويطلق على الوقف والمنع[١]، يقال: وقّف فلاناً عن الشيء منعه[٢]، ويقال: وقّف الدار: إذا حبسها في سبيل الله. قال ابـــن فارس: «الواو والقاف والفاء أصل واحد يدل على تمكّث في شـــيء»[٣]. أما تعريف الوقف اصطلاحاً فهو: «تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف المالك وغيره في رقبته بصرف ريعه إلى وجهة بر تقرباً إلى الله تعالى»[٤].

أما تعريف التوثيق فهو مصدر وله معان منها:

١- **الإحـــكام: تقـــول:** وثقت الشـــيء أي أحكمته. قال ابن فارس: «وثّـــق: الواو والثاء والقاف كلمة تدل على عقد وإحكام»[٥].

٢- **العهـــد: تقول:** واثق فلاناً: أي عاهده. قال ابن فارس: «والميثاق العهد المحكم»[٦]، والمواثقة: المعاهدة[٧].

٣- **الائتمان:** تقول: وثق بفلان يثق به وثاقه وثقه أي: ائتمنه[٨].

---

(١) انظر لسان العرب لابن منظور (٣٥٩/٩)، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١١١٢.

(٢) المعجم الوسيط، ص ١٠١٥.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (١٣٥/٦).

(٤) المطلع على أبواب المقنع للبعلي ص ٢٨٥، وانظر تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ١٩٨، والإقناع للحجاوي (٢/٣)، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٤٨٩/٢) وما بعدها، وكشاف القناع للبهوتي (٢٤٠/٤) وما بعدها، وللاطلاع على تعارف المذاهب ينظر: الهداية للمريغاني (١٣/٣)، والإسعاف في أحكام الوقف للطرابلسي ص ٥، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع (٥٣٩/٢)، وتيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف للمناوي (١٧/١)، وأحكام الوقف في الشريعة الإسلامية للكبيسي (٨٥/١ – ٨٨).

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور (٣٧١/١٠).

(٦) انظر: لسان العرب (٣٧٠/١)، والقاموس المحيط ص ١١٩٧، والمعجم الوسيط ص ١٠١١.

(٧) انظر: وسائل الإثبات للزحيلي ص ٢٧، ومذكرات في علم التوثيق لأحمد الفاضلي ص ٤، وعلم التوثيق الشرعي للحجيلي ص ٣٩.

(٨) انظر: توثيق الديون د. صالح الهليل ص ٢٢، وعلم التوثيق الشرعي ص ٤٠.

والمعنى المراد هنا هو الأول، فالوقف يصبح محكماً ثابتاً بالتوثيق له.

أما تعريف التوثيق اصطلاحاً فقد اختلفت عبارات المعرفين للتوثيق تبعاً للغرض من التعريف، فمنهم من نظر إليه على أنه علم مستقل من العلوم[1]، ومنهم من نظر إليه حين عرّفه من جهة حفظ الديون، فجاء تعريفه قاصراً على ما يتصل بالوسائل المتعلقة بحفظ الدين فحسب[2].

وبما أن المراد في هذا البحث توثيق الوقف، فإن تعريف الوقف يتحقق بما أضيف إليه ليكون تعريف توثيق الوقف بأنه: «تدوين ثبوت الوقف أو تسجيل إنشائه على وجه يحتج به شرعاً»[3].

أ) **فلسفة توثيق الوقف:** لقد نظر الفقهاء إلى الوقف (الحجة) التي تُحرّر فيها إدارة الوقف على أنها دستور يجب الرجوع إليه في كل صغيرة وكبيرة في شؤون الوقف، وما قد يرتبط به من أنشطة ومؤسسات وأعمال مختلفة[4]، وليس هذا فحسب، بل إنهم جعلوا طرق تفسير حجج الوقف هي الطرق التي يسلكها الفقهاء في تفسير النصوص الشرعية، فحملوا المطلق على المقيد، والعام على الخاص، وذلك متى ما وجد مسوّغ للحمل[5].

إن الحجة الوقفية هي دليل إثبات قانوني مكتوب يحتوي على تفاصيل ما يتعلق بالمال الموقوف، ويرتبط في الكثير من معطياته بالكثير من المسائل التي تحكم المنتفعين به، وما يتصل باستثماره وما يتعلق باستبداله؛ ومن أجل ذلك كان لا بد أن تكون هذه المعلومات التي تحتويها الحجة الوقفية معلومات دقيقة ومفصلة.

---

(١) الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف للشيخ عبد الله آل خنين (٢٧١/١)، من ثبت ندوة الوقف والقضاء، وأنظر: أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعية ص ١١٧.

(٢) القاموس المحيط ص ١١٧٩.

(٣) لسان العرب (٢٧٩/١٠).

(٤) الأوقاف والسياسة في مصر، إبراهيم البيومي غانم، ص ٥٤.

(٥) محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، ص ١٤٥.

وبناء على الأهمية التي تقررها دقة المعلومات التي تحتويها الحجج الوقفية، فإن مشكلة الغموض وعدم الضبط فيما يرجع إلى المصادر المتوافرة عن قطاع الأوقاف، وخاصة في الفترة الحديثة فيما تتضمنه هذه الحجج من شأنه أن يؤثر على اقتصاديات المجتمع الإسلامي، الشيء الذي يزيد من صعوبة إنشاء دراسات حول موضوع الوقف في المجتمع الإسلامي، ويؤخر النهوض بهذا القطاع على مستوى تعميم ثقافة وقفية علمية بديلة في الفترة المعاصرة؛ وعليه فإن اعتماد الوثائق المحدودة والجزئية أو المبتورة يجعل المعرفة في هذا الباب قاصرة، سواء تعلق الأمر بالتاريخ أم بالواقع[1] أم حتى بالمستقبل.

إن الحجة الوقفية باعتبارها من أبرز أساليب التوثيق تبرز أهميتها نظرًا إلى أن القاضي يستند دائمًا في أحكامه في الدعاوى المرتبطة بالوقف إلى ما يرد فيها من شروط ومحددات، الأمر الذي يجعل الواقف يطمئن لسلطة القاضي التي ستعمل دائمًا على تحقيق شروط وقفه المقيّدة في حجة الوقف كما وردت[2].

ومن جانب آخر، فإن من الجوانب التي تبرز أهمية الحجة الوقفية ما تحتويه من عناصر ما فصل فيه الحنفية القول في مسألة استبدال الوقف[3]، وذلك فيما يتعلق بما عدا المساجد، حيث ربط الأحناف حكمه بما جاء في كتاب الحجة

(١) الوقف الإسلامي الحديث بين تحديات الواقع وضرورة الإصلاح، د. مهدية أمنوح، ص ١٤، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني لمركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية – فقه الوقف على الرابط الإلكتروني: www.kantakji.com/fiqh/Wakf.htm .

(٢) مباني الأوقاف الإسلامية وأثرها في استدامة الأنسجة الحضرية للمدن التاريخية / حالة دراسية: البلدة القديمة في مدينة نابلس، أمل شفيق محمد العاصي، أطروحة ماجستير في الهندسة المعمارية، كلية الدراسات العليا – جامعة نابلس، ص ١٤٥، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني للجامعة ضمن الرابط الإلكتروني: www.najah.edu/thesis/5171729.pdf.

(٣) أطلق مصطلح الاستبدال على جعل العين الموقوفة مكان الأخرى وفقاً للمنفعة بشروط وضوابط محددة حسب المنافع والمفاسد المترتبة.

الوقفية وشـــروط الواقف، وهو إما أن يشـــترط فيه الواقف البيع وإما ألا يشترطه وفق حالات معينة[1].

وبناء على ما ســـبق، فإن فلســـفة توثيق الوقف ترتبط بمعطيات آنية ومعطيات مســـتقبلية تتعلق بالإبـــدال والاســـتبدال[2]. الذي قد يخضع له المـــال الموقوف في المســـتقبل، حيث يتعين على الجهة المشـــرفة على اســـتثمار الوقف الالتزام بما ورد ضمن الوثيقة من بنود واشتراطات.

ولعـــل من نافلة القول في هذا المقام تأكيـــد الأهمية التي تقررها عملية التوثيق للوقف وهي ارتباطها بأهمية التحديث للمعلومات الواردة في الحجة الوقفية بالنسبة لمكان بعض العقارات الموقوفة، حيث إن تغيير مســـميات ومعالم الأماكن الواردة في حجج بعض الأوقاف يؤدي إلى صعوبة الاســـتدلال إلى مكانها حســـب المســـميات الحديثـــة، خصوصًـــا بعد مرور فترة من الزمن، وهو ما من شـــأنه أن تعريض هذه الأوقـــاف للاغتصاب؛ وهذا ما يبرر ضرورة التحديـــث للبيانات الواردة في الحجة الوقفية لضمان الانتفاع بها.

ومـــن جانب آخر، فإن الأعيان الموقوفة التي فُقدت أو سُـــرقت حججها الوقفية، أو لم يعد لدى الجهات المســـؤولة عنها ما يثبت أنها أوقاف، ولا معلومات إحصائية تحصر وتبين مواقعها، تعرضت للاستيلاء من قبل بعض الناس الذين وضعوا أيديهم عليها، وذلك في ظل وجود فجوة في قنوات الاتصال بين الهيئات القائمة على شؤون

(١) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط.٢، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، (٣٨٧/٣).

(٢) الإبدال والاستبدال كما ورد في كتاب (المصطلحات الوقفية) – من إصدار الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، ص ١٣ –: (مصطلح يستعمله الفقهاء غالباً ويعنون به بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفاً بدل الأولى، والاستبدال يأتي بمعنى أخذ العين الثانية مكان الأولى، فكل واحد من الإبدال والاستبدال في الحقيقة يستلزم معنى الآخر، فإذا نظرنا إلى بيع العين الموقوفة فهو إبدال، وإذا نظرنا إلى شراء أو أخذ بدلها فهو استبدال، والحكم لكل منهما واحد عند الفقهاء).

الأوقاف في الدول الإسلامية للإفادة من التجارب والخبرات والآراء من جانب، وتوثيق روابط التعاون الفني فيما بينها من جانب آخر؛ وهذا ما يستلزم تأكيد أهمية التوثيق في حفظ الأعيان الموقوفة من الاعتداء وضرورة العمل على تسجيل العقارات الوقفية في السجلات الرسمية بأوصافها وحدودها، مع تسجيل كلمة (وقف) في السجلات الرسمية منعًا من تلاعب المتلاعبين، وهذا ما يستلزم تيسيرًا للإجراءات القانونية اللازمة لإنشاء الأوقاف، وإعادة النظر في الشروط والقيود الشكلية القائمة في هذا الخصوص[1]، وهذا في رأيي هو المنهج الذي ينبغي تبنّيه في اعتماد تصوّر لتوثيق الحجج الوقفية يزاوج بين المتطلبات الشرعية والتطور التكنولوجي،ومقتضياته على نحو ما سنتعرض له في ختام هذا الفصل.

ب) **ارتباط فلسفة توثيق الوقف بنظرية التعاقد في الفكر الإسلامي:** إن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على اعتبار الصيغة[2] المعبّر عنها بالإيجاب والقبول ركن العقد الأهم إن لم يكن ركنه الوحيد[3]، وهذا ما يعني – وفق ما أرى – أن العقد باعتبار ركنه الأهم يتكون من إيجاب وقبول من كلا المتعاقدين، ولا يمكن وفق ما استقر في الفقه الإسلامي أن يتحقق

---

(١) التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته، د.محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث" قضايا مستجدة وتأصيل شرعي"، ط٢، ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م، ١١-١٣ ربيع الثاني ١٤٢٨هـ – ٢٨-٣٠ أبريل ٢٠٠٧م، الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، ص ٣٣٠.

(٢) صيغة الوقف- كما ورد في كتاب (المصطلحات الوقفية)، الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، ص ١٦١ – هي عبارة عن: (الألفاظ والعبارات التي تعرب عن إرادة الواقف ونوع تصرفه. ومن الجدير بالذكر أن بعض الفقهاء قد ذكروا ألفاظاً وصيغاً خاصة ينعقد بها الوقف، وعدها بعضهم إلى ستة وعشرين لفظاً، لكن أكثر الفقهاء على أن العرف هو المحكم في صيغ الوقف، وإن كانت تخالف الصيغ المعدودة عند الفقهاء، بل إن بعضهم صرح بصحة الوقف بصيغة الوصية، كما قرر الفقهاء بأن صيغة الوقف تصح بالعبارة وبالكتابة وبالإشارة من الأخرس، وكذلك بالفعل الدال على الوقف).

(٣) حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة – الهاتف، البرقية، التلكس في ضوء الشريعة والقانون، محمد عقلة الإبراهيم، ط.١، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، دار الضياء للنشر والتوزيع، الأردن – عمان، ص ٣٣.

دون تكامـــل كل منهما، بل وفـــي مجلس واحد يوجد فيـــه المتعاقدان كعقود الزواج، وذلك باعتبار أن نظرية التعاقد تقرر بأن العقد هو عبارة عن: «ربط بين كلامين ينشـــأ عنه حكم شـــرعي بالتزام لأحد الطرفين أو كليهما»، وهو كما يعرّفه القانونيون بأنه: «توافق بين إرادتين على إنشـــاء التزام أو نقله أو إنهائـــه»؛ وبذلك فإن أكثـــر الفقهاء يطلقون على الطـــلاق والإبراء والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني اســـم العقد، وكذلـــك يطلقـــون على البيع والهبة والزواج والإجـــارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد.

وهناك من الكتّاب في الفقه من يعمم اســـم العقد على كل تصرف شـــرعي ســـواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون إن كل ما عقد الشـــخص العزم عليه بإلزام نفسه به فهو عقد، بل إن الإمام الرازي يعتبر كل ما التزم فيه الشـــخص الوفاء بأمر في المستقبل عقدًا، سواء أكان في ذلك بإلزام نفســـه أم كان باتفاق مع شـــخص آخر، وعلى هذا الإطلاق كثير من الفقهاء، ومتـــى ما كان العقد التزاماً بإرادة واحدة منفـــردة، فإنه يكون مرادفاً للتصرف ومســـاويًا له في الدلالة والمعنى؛ ذلك لأن التصرف الشرعي يتمثل في كل ما يكون من تصرفات الشـــخص القولية ويرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًا في المستقبل. وبذلك فإن كتب الفقه تقرر نظرية العقد وتريد بها أحيانًا المعنى العام وهـــو المراد بالتصرف، وتذكرها أحيانًـــا وتريد بها المعنى الخاص وهو ما لا يتم إلا بربط كلامين يترتب عليه أثر شـــرعي يقرره الشارع، وهذا هو المعنى الشائع الكثير المشهور[1].

(١) الملكيـــة ونظرية العقد في الشـــريعة الإســـلامية، الإمام محمد أبو زهرة، جمـــادى الأولى ١٣٦٩هـ - ١٩٧٦م، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ص ١٧٩.

وضمن ارتباط فلسفة توثيق الوقف بنظرية التعاقد في الفكر الإسلامي، فقد اختلف الفقهاء في طبيعة الوقف وذلك باعتبار أن الوقف تصرف بإرادة منفردة وليس توافقًا بين إرادتين، حيث قرر الإمام أبو حنيفة بناء على تعريفه للوقف بأنه: «حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة» على اعتبار أن الوقف تبرع بالمنفعة دون العين، في حين عرفه صاحباه – أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني – الوقف بأنه: «حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة»، وذلك بناء على أن الموقوف يخرج من ملك الواقف، سواء على اعتبار نظرية التبرع بالعين أم على نظرية إسقاط الملكية، حيث إن الإمام أبو حنيفة يرى بأن الوقف عقد غير لازم يجيز للواقف الرجوع عنه طيلة حياته، وكذلك ورثته إلا إذا حكم به القاضي أو أخرجه مخرج الوصية، بينما يرى صاحباه بأن الوقف عقد لازم لا يمكن الرجوع فيه من قبل الواقف[1].

أما المالكية فقد رأوا بأن ملكية العين الموقوفة لا تخرج عن ملك الواقف وتبقى في ملكه، أما المنفعة فتكون ملكاً للموقوف عليهم، حيث قرروا بأن الوقف تصرف في غلة الأعيان الموقوفة، ولم يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذي يلزم لاستيفاء الغلة منها، وذلك لا يقتضي أن تخرج الغلة من ملك صاحبها لعدم السبب، فهي أشبه بالوصية بالمنافع.

في حين أن الشافعية لهم في المسألة أكثر من قول، والراجح عندهم أن الوقف يدخل في ملك الله تعالى، حيث يقول الإمام النووي: «فالأظهر أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى، أي ينفك عن اختصاص الآدمي، فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه»[2].

---

(١) المرجع السابق (٣٥٨/٣).

(٢) منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ليحي بن شرف النووي، دار المنهاج، ص ٣٢٢.

وقد ذهب الإمام أحمد وفقـاً للرأي الراجح عند الحنابلة بأن الوقف يخرج عن ملك الواقف إلى ملك الموقوف عليهم، حيث عنون ابن قدامة في كتابه المغني فقال: «فصل: وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب»[1].

ومـن خلال الآراء السـابقة التي تعددت فيها توصيفـات معاملة الوقف ما بين اعتباره عقدًا للتبرع لازمًا أو غير لازم، أو وصية بالمنفعة، فإن ما يمكن ترجيحه أن الوقف عقد لازم يخرج الموقوف من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى، وذلك وفق ما أورده الواقف من اشـتراطات وردت في الحجة الوقفية، وذلك بحيث يتقرر الالتزام بها إن وجدت، وإلا فوفق ما تقتضيه المصلحة التي يقررها القاضي.

ومـن جانب آخر فـإن الوقف باعتبار لزومه عقد تبرعـي لازم بإرادة منفردة لا تسـتلزم القبول من الطرف المقابل، فهو أشـبه – وفقًا لمـا أراه – بعقود الإذعان[2] التـي يضع فيه الموجب اشـتراطاته على الطرف الذي إمـا أن يقبل بالخدمة التي يقدمهـا لـه أو لا يقبل، ولا يكون له الطعـن فيها إلا إذا كانت تعسـفية. وقد قرر د.محمد عبدالرحيم سـلطان العلماء في دراسته حول (التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته) مقتضيات هذه المشابهة تعريضًا لا تصريحًا، وذلك من خلال تأكيده أن الواقف يكون ملزماً بتقرير شروط تحقق مصلحة معينة أو هدفًا مشروعًا، ولا يخل بأصـل الوقف وحكمته، ولا يعطل مصالحه ولا مصالح الموقوف عليهم، ولا مخالفة فيه للشـرع ولا اعتساف، وأن المقصود بقول الفقهاء: (شرط الواقف كنص الشارع)

(١) المغني لابن قدامة (١٨٨/٨).

(٢) عقد الإذعان: هو عقد يقوم بتحريره الموجب من خلال تضمينه شروطًا مسبقة لا يكون للقابل سوى قبولها جميعًا أو رفضها دون تعديل، مع إمكان الطعن على هذه الشروط باعتبارها تعسفية أمام القضاء. ولا شك أن مقارنة هذا النوع من أنواع العقود المدنية بتصرف الوقف يتحقق التشابه من خلاله باعتبار ما يتقرر للواقف من صلاحيات في وضع شروط للانتفاع بالعين الموقوفة دون توقف ذلك على قبول المنتفع بالوقف، وإن كان المنتفع في ذلك لا يمكنه الطعن في شروط الواقف باعتبارها شروطاً تعسفية كما هو الحال في شروط عقد الإذعان، حيث يكون ذلك بتقدير القاضي.

هــو أن يعامل معاملة النص في فهم المراد منه مــن حيث تنزيله مثلاً على مقتضى العرف أو بحســب ما احتفّ به من قرائن، وإلا بحسب دلالته اللغوية، كما أكد على أنه إذا نص الواقف في شروطه على أن أحدًا لا يشارك الناظر في الكلام على هذا الوقف، ورأى القاضي أن يضمّ إليه مشاركًا جاز ذلك[1].

وبذلــك فإن الوقف باعتبــاره تصرفًا قانونيًا يتم بموجــب عقد تبرعي يعني أن الواقــف يلتزم بتنفيذ عقــد الوقف دون مقابل، وفي ذلك يشــبه عقد الوقف عقد العارية والصدقة، ولكنه يختلف عنهما في أن العارية ينتقل محلها إلى المعير بغرض الاســتعمال فقط، ويختلف عن الصدقة في أن ملكية المــال المتصدق به تنتقل إلى المتصدق إليه، فالوقف بذلك يعتبر تصرفًا تطوعيًا بدون مقابل.

وقد قرر أحمد خطاش في دراســته حول النظــام القانوني للوقف، وذلك من خلال اســتقراء تكييفه عند فقهاء الشريعة وفقهاء القانون بأن الوقف يعد نظامًا متميــزًا قائمًا بذاته موجود في أغلب القوانين الوضعية بآليات وكيفيات متفاوتة، إلا أنه مفصّل تفصيلاً دقيقًا في الشــريعة الإســلامية، وينشــأ بموجب عقد له أركانه، وذلك باعتبار أن العقد هو عبارة عن اتفاق يلتزم بموجبه شــخص أو عدة أشــخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين بمنح شــيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[2].

ومن جانب آخر، فقد تقرر وفقًا لنظرية التعاقد الإســلامية بأن الوقف عقد له أركانه المنشــئة التي اختلف فيها الفقهاء، وذلك في مدى لزومها لنشــوء الوقف من عدمه، فالجمهور – الشــافعية والمالكية والحنابلة – يرون بأن الوقف لا يصح دون تحقق الأركان الأربعة المتمثلــة بالواقف، والموقوف له، والمال الموقوف والصيغة، أما

(١) التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته، د.محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٠.
(٢) نظرية الالتزام، سمير عبد السيد، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون ذكر المطبعة والسنة، ص ١٧.

الحنفية فيرون أن الصيغة وحدها كافية لإنشاء عقد الوقف، وأن الواقف والموقوف عليه والمال الموقوف ليست أركانًا للعقد، إنما تعتبر لازمة لوجود الصيغة.

ويرجع اختلاف الفقهـــاء في أركان عقد الوقف إلى اختلافهم في تعريف الركن باعتباره مما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءًا منه، حيث يرى الأحناف أن تحقق ذلك متأتٍ في الصيغة المنشئة وحدها، وغير متحقق في الأركان الأخرى؛ لذلك فإن الصيغة وحدها هي ركن عقد الوقف.

ولعـــل من نافلة القول تأكيد أن الفلســـفة التي يتقرر مـــن خلالها التوثيق لعقود الوقـــف تتمثل من خلال ما تقـــرره الأحكام الشـــرعية أو الوضعية، حيث تقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الإثبات لعقد الوقف بالإقرار والشهادة.

فأمـــا الإقـــرار فإن المرء مؤاخذ بإقراره وهو حجة قاصـــرة عليه، ولا تتعداه إلى غيره، فإذا أقر شـــخص بأنه وقف دارًا أو أرضًا فإنه يثبت وقفه ويقضى به ويكون ملزمًا به، إلا أنه لما كان الإقرار في بداية الأمر لا تشترط فيه الكتابة ويعتبر صحيحًا لو كان خارج مجلس القضاء، فإن توثيق الوقف بموجب الإقرار يتحقق أمام مجلس القضاء بموجب عقد رسمي مكتوب[1]، وبالنسبة لإثبات الوقف بالشهادة فإنها تعتبر الوســـيلة الثانية التي يثبت من خلالها الوقف ويمكن توثيقه بناءً عليها، حيث يجوز في إثبات الوقف الشهادة ولو كانت تسامعًا.

ومن جانب آخر، فإن الأصل في الإثبات وفق ما تقرره القوانين الوضعية بالنسبة للتصرفات التي تعني اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين لا يكون إلا بالكتابة، أما إثباتها بشـــهادة الشـــهود فإنه يجوز استثناء، وهذا هو الشـــأن بالنسبة للوقف باعتباره تصرفًا قانونيًا، حيث لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، سواء أكانت الكتابة متمثلة بالعقود الرسمية التي تثبت بمعرفة شخص ذي صفة عمومية، حيث يقوم بتدوين ما

(١) المغني لابن قدامة (١٦٤/٥).

لديه من وقائع، أو من خلال ما يدلي به ذو الشأن في ذلك، وذلك متى ما كان هناك قانون معتمد في الدولة لتنظيم الوقف في توثيقه ونظارته وإدارة استثماره.

وعليه فإن الموثق بصفته الرسمية معني بتدوين المعلومات والتصريحات التي يدلي بها الواقف بحضور شاهدين أمام الموثق، كما أنه يقوم بتسجيلها بعد التأكد من هوية الواقف والشاهدين، ومن أصل الملكية ثم الإمضاء، ومن ثم يقوم بعد ذلك بتسجيل العقد.

أما بالنسبة للإثبات وفقًا للعقد العرفي فإنه يعتبر شرطًا للإثبات في العقود التي لا يشترط فيها القانون التوثيق الرسمي، ومتى ما قرر القانون المنظم للوقف اشتراط الإثبات للوقف كتابة أمام موظف رسمي، فإن الإثبات والتوثيق للأملاك الموقوفة لا يكون إلا وفق ما تقرره القوانين الوضعية حفظًا للأموال الموقوفة وصيانة لها من مختلف الادعاءات التي من شأنها أن تثار في المستقبل[1].

وبذلك فإن اشتراط التوثيق بالكتابة في إثبات المعاملات التي يتم الوقف بناءً عليها تتحقق بمختلف وسائل الإثبات رسمية كانت أو عرفية، إلا أن مقتضيات المصلحة واعتباراتها تحتم الالتزام بمقتضيات ما تفرضه القوانين الوضعية في تنظيم توثيق هذه الأموال الوقفية وفق ما تؤصله اعتبارات الملاءمة، لا سيما أن بعض القوانين التي تنظم الوقف - كالقانون المصري - تشترط لصحة الوقف والرجوع فيه، والتغيير في شروطه، والاستبدال به إصدار إشهاد رسمي أمام الجهة المختصة بسماعه ممن يملكه، وذلك طبقًا للمادة الأولى من قانون الوقف المصري رقم (٤٨ لسنة ١٩٤٦م)، فمتى ما صدر إشهاد الوقف طبقًا لما جاءت به هذه المواد،

(١) النظام القانوني للوقف، أحمد حطاش، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، ص ٤٢، ص٧٨، كلية الحقوق والعلوم الإدارية - بن كعنون، جامعة الجزائر - جمهورية الجزائر، ومنشور على الرابط الإلكتروني: ....ser-bu.univ-alger.dz/thesenum/HATTATA

وضبط بدفتر المحكمة كان الوقف صحيحًا دون أن يتوقف ذلك على التسجيل، ويكون لمن عقد لمصلحته الوقف جميع الحقوق التي من شأنه أن يرتبها له من استحقاق للغلّة والنظر، وهذا دون إخلال بالأحكام التي ترتبت على التسجيل، كما أن اشتراط التوثيق الذي جاء به القانون قد صدر عامًا شاملًا للوقف بنوعيه: «الأهلى والخيرى»[1].

ثانيًا: أدلة مشروعية التوثيق وحكمه وحكمته

لما كان التوثيق للمعاملات فيه تثبيت للحقوق وحفظ لها من أجل تقرير استقرار العلاقة وأمنها داخل المجتمع، فقد قررت الدلائل الشرعية المرعية ضرورة التوثيق بأدق طرقه وأضبطها من أجل حفظ التعاملات واستقرارها جملة وتفصيلاً.

أ- **أدلة مشروعية توثيق الوقف باعتباره عقدًا من العقود:** لما كان الوقف عقدًا من العقود، وكانت كتابة العقود وتوثيقها بمختلف أنواعها أمرًا مطلوبًا شرعًا، فإن مما يدل على مشروعية ذلك قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِۢبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِۢبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ

(١) أحكام الوقف وحركة التقنين في دول العالم الإسلامي المعاصر – حالة جمهورية مصر العربية، عطية فتحي الويشي، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف لسنة ٢٠٠٠م، ط١، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م، الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، ص ١٦٤.