جمهوريــة العــراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعـــة ميســـان
كليـــة القانـــون
قسـم القانون الخـاص

الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)

رسالة تقدمت بها الطالبة

شروق كريم مسلم

إلى مجلس كلية القانون – جامعة ميسان
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بأشراف

أ. د. حيدر حسين كاظم الشمري

١٤٤٦هـ ٢٠٢٤م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

{فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ}

صَدَقَ اللهُ العَلِيُّ العظيمُ

(الكهف/ الآية ١٩)

الإهــداء

... إلى قسيم الجنة والنار يعسوب الدين وقائد الغر المحجلين

سيدي ومولاي علي بن أبي طالب عليه السلام.

... إلى من تَشرق الارضُ بنوره، وينتشر العدلُ بظهوره، إلى صاحب الطلعة الرشيدة، والغرة الحميدة، إلى من يملأ الارض قسطا وعدل، صاحب العصر والزمان الأمام المهدي عجل الله تعالى فرجه

... إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء.. إلى من حكيا سعادتي بخيوط منسوجة من قلبيهما.. إلى من سعيا وشقيا لكي أنعم بالراحة والهناء.. الذين لم يبخلا بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح.. الذين علماني ان ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر..

إلى والدتي ووالدي الغاليين.

... إلى أخي الكبير وسندي د. سيف كريم مسلم.

... إلى من نشأت وترعرعت بينهم اخوتي واخواتي سندي في الحياة...

... إلى كل من ساهم في نشر رسالة العلم والدين.

... إلى من رفعوا رؤوسنا عاليا وبذلوا أرواحهم ودمائهم للوطن.

... إلى من دافع عن الوطن والمقدسات.

.... إلى الشهداء الذين رووا بدمائهم ارض العراق.

...إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي.

الباحثة

شروق كريم

الشكـــر والعــرفان

الحمد لله الأول الذي لا أولاً لاوليته، والأخير الذي لا آخر له حمداً كثيراً كما ينبغي لجلال وجه الكريم.

والصلاة والسلام على رسوله محمد القائل (من أتى اليكم معروفاً فكافئوه فأن لم تجدوا فادعوا له).

فيحتم علي وانا أنجز رسالتي تحت اشراف استاذي الفاضل الاستاذ الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري أن أتقدم له بوافر الشكر والامتنان على ما اسداه من معروف بقبوله الإشراف على كتابة هذه الرسالة فما يسعني إلا أن أتوجه له بالدعاء من الله سبحانه وتعالى أن يديم له التوفيق ويرزقه الصحة والعمر المديد.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة السيمنار لإقرار عنوان الرسالة، واتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الاساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لما سيقدموه من ملاحظات قيمة تهدف إلى رفع مستوى البحث.

والشكر موصول إلى رئيس قسم القانون الخاص الاستاذ الفاضل حسن علوان لفته، وكذلك اتقدم بشكري لرئاسة جامعة ميسان وبالأخص عمادة كلية القانون المتمثله بالسيد العميد الدكتور جعفر كاظم والدكتور حيدر عرس عفن معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي في كلية القانون جامعة ميسان بفرعيها العام والخاص الذين كان لهم الفضل في تدريسهم لي في مرحلة دراسة البكالوريوس والماجستير فجزاهم الله خير الجزاء.

الباحثة

الملخص

يتخلص موضوع البحث في الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون العراقي والقوانين العربية المقارنة في أن يقوم شخص آخر غير الأصيل في العقد بأبرام عقد الزواج وتنصرف جميع آثار العقد إلى الموكل وهو الطرف الأصيل في العقد، وهذا قد يكون الاصيل في ظروف لا يستطيع ابرام العقد ،فيها أجاز الإسلام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، حيث أن أصل مشروعية الوكالة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، ومن شروط الموكل أن يكون ممن يملك التصرف الذي يوكل فيه حيث لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز فيحق للزوج توكيل غيره بتزويجة ولكن يجب أن يكون تصرف الوكيل بالحدود التي حددها له الموكل، كما لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن موكله، كما أن الوكيل هو سفير ومعبر عن الموكل تنتهي مهمته باتمام العقد لا ينصرف اليه شيء من حقوق العقد فأن كان وكيلاً عن الزوجة لا يحق له طلب المهر وان كان وكيلاً عن الزوج لا يحق له طلب الدخول بالمرأة وكذلك إن كان وكيلاً عن الزوج في الطلاق لا يحق له تطليق الزوجة من ذات نفسه من دون اتجاه إرادة موكله للطلاق بشكل واضح وصريح، ومهمة الوكيل تنتهي بتنفيذ الأمر الموكل به أو بالعزل هو يعزل نفسه، أو يقوم الموكل بعزله أو بالوفاة الموكل أو الوكيل وذلك لأن الوكالة قائمة على الاعتبار الشخصي لا تنتقل إلى الخلف أما إذا كانت قد أنشأت من طرف عدة موكلين فأنها لا تنتهي إلا بالنسبة لمن مات منهم وتنتهي بتغير حالة الموكل أو الوكيل عند فقد أحدهم لأهليته.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة.	١-٤
الفصل الأول: مفهوم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٥-٧٣
المبحث الأول: ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٧-٤٠
المطلب الأول: التعريف بالوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٨-١٨
الفرع الأول: تعريف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٨-١٥
الفرع الثاني: تمييز الوكالة بالإنشاء والانحلال عما يشتبه بها من الأوضاع.	١٥-١٨
المطلب الثاني: مشروعية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	١٩-٤٠
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الزواج.	٢٠-٣٠
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الطلاق.	٣١-٤٠
المبحث الثاني: أركان الوكالة وانواعها في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٤١-٧٨
المطلب الأول: أركان الوكالة	٤١-٦١
الفرع الأول: اطراف عقد الوكالة	٤٢-٥١
الفرع الثاني: الصيغة ومحل الموكل فيه.	٥١-٦١
المطلب الثاني: أنواع الوكالة من حيث إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٦١-٧٣
الفرع الأول: الوكالة المطلقة في ابرام عقد الزواج وانحلالها.	٦٢-٦٨
الفرع الثاني:الوكالة المقيدة من حيث انحلال الرابطة الزوجية.	٦٩-٧٣
الفصل الثاني: احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٧٤-١٢٤
المبحث الأول: آثار الوكالة في انشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٧٦-٩٩
المطلب الأول: الاحكام الشرعية والقانونية الضابطة لتصرف الوكيل في الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٧٦-٩٣
الفرع الأول: الاحكام الشرعية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٧٧-٨٥

الفرع الثاني: الاحكام القانونية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٨٦-٩٣
المطلب الثاني: الاحكام الشرعية والقانونية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٩٣-٩٩
الفرع الأول: الاحكام الشرعية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٩٤-٩٦
الفرع الثاني: الاحكام القانونية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٩٦-٩٩
المبحث الثاني: حالات الانقضاء والأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	٩٩-١٢٤
المطلب الأول: حالات انقضاء عقد الوكالة.	٩٩-١١٢
الفرع الأول: الطرق الطبيعية لانقضاء عقد الوكالة.	١٠٠-١٠٥
الفرع الثاني: الطرق الاستثنائية لأنقضاء عقد الوكالة.	١٠٦-١١٢
المطلب الثاني: الأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.	١١٢-١٢٤
الفرع الأول: الاحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية.	١١٢-١١٩
الفرع الثاني: الاحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنحلال الرابطة الزوجية.	١١٩-١٢٤
الخاتمة.	١٢٥-١٢٨
النتائج.	١٢٦-١٢٧
المقترحات.	١٢٧-١٢٨
المصادر.	١٢٩-١٣٩
الملخص باللغة الإنكليزية.	A-B

المقدمـــــة

المقدمة

إنّ بحث موضوع الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها دراسة قانونية مقارنة بالفقة الإسلامي يقتضي تسليط الضوء على جوهرة فكرة البحث وبيان موقف التشريع العراقي وموقف الفقه الاسلامي وتحديد أهميته واهدافه، والمشكلة التي دعت إلى دراستة، كما يقتضي رسم هيكلية ومنهج لبحثه لذا سنقسم المقدمة إلى عدة محاور:

أولاً: التعريف بموضوع البحث

الأصل سواء في انشاء الرابطة الزوجية أو انحلالها هو حضور الطرفين الأصل في عقد الزواج هو أن يكون بطريق مباشر بحضور طرفي عقد الزواج والتلفظ بالايجاب والقبول الصادر من كلا طرفي العقد فكما الأصل فيه يتم ابرامه من قبل طرفيه الرجل والمرأة، اللذين يريدان ان يتزوجا لكن في بعض الأحيان أحد الطرفين يوكل آخر لأبرام عقد الزواج نيابه عنه فيقوم الوكيل بابرام عقد الزواج نيابه عنه فالزواج من الناحية الشرعية يمكن ان يبرم من طريق الوكالة وقد تكون الوكالة من الرجل او من المرأة فيحق للرجل توكيل غيره بتزويجه وكذلك بالنسبة للمرأة لكن يجب ان يكون تصرف الوكيل بالحدود التي حددها له الموكل وذلك حسب الوكالة قد تكون مطلقة من دون قيد او شرط أو قد تكون مقيدة ببعض الاوصاف والشروط وهنا يكون الوكيل ملزماً بمباشرة عقد الوكالة ضمن ما هو محدد له دون تجاوز، فالشريعة الإسلامية نظمت احكام الوكالة المتعلقة بعقد الزواج، وكذلك فيما يخص التوكيل في ايقاع الطلاق الأصل في ايقاع الطلاق ان يوقعه الزوج إلا ان ذلك ليس بالمطلق بل له ان يوكل غيره.

فنلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل أشار إلى الوكالة في عقد الزواج الا انه لم ينظم احكامها وذلك في نص المادة الرابعة "ينعقد الزواج بأيجاب يفيده لغة أو عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه".

اما فيما يخص التوكيل في ايقاع الطلاق فقد اصبحت من المسائل التي اثير حولها النقاش بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل منع وقوع الطلاق وكالة وذلك وفق نص المادة الرابعة والثلاثين جاء فيها الفقره الثانية "لايعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق".

ثانياً: أهمية الدراسة وأهدافها

يمكن ابراز اهمية البحث من خلال تسليط الضوء على احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وذلك أن وقتنا الحالي يشهد العديد من التطورات والمستجدات في ابرام عقد الزواج إذا لم يتبق الوضع كما هو عليه في السابق في ابرام العقد بين طرفين حاضرين مجلس العقد بل قد تكون هناك أسباب وعوائق تمنع حضور أحدهما مما يضطره إلى اللجوء لتوكيل شخصاً آخر ينوب عنه لأبرام عقد الزواج، وكذلك الأمر بالنسبة للطلاق فقد أقيمت العديد من الدعاوى حول الزواج والطلاق بطرق الوكالة الأمر الذي دفعنا لمعرفة احكام الوكالة التي يتم من خلالها إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

وتسليط الضوء على موقف الفقه والقضاء المقارن من هذه المسائل والوقوف على مواطن القوة والضعف في التشريع العراقي ومحاولة إيجاد الحلول لكثير من الطروحات التي وقفت على ساحة القضاء في مواجهة الواقع الاجتماعي وقلة القرارات القضائية المعنية بهذا الآمر.

بغية وضع حل لمشكلة البحث ارتأينا إن نبحث موضوع الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها في دراسة مستقلة يكون الهدف منها هو التركيز على:

١- تحليل موقف الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي والقوانين المقارنة من احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

٢- مقارنة مدى الاختلاف بين احكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية في تطبيق احكام الوكالة على الزواج والطلاق.

ثالثاً: اشكالية الدراسة

تكمن الاشكالية الرئيسية في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، ان المسائل التي اثير حولها النقاش وتضاربت الأراء الفقهية والتوجيهات التشريعية بين مجيز وغير مجيز للوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

١-هل كانت معالجة المشرع العراقي والتشريعات المقارنة موفقه في موضوع الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها. ام نحن أمام اشارات قليلة؟ وهل يتم الرجوع إلى القانون المدني ام الى احكام الشريعة الإسلامية؟ وماهو الحل المتخذ من قبل القضاء عندما يتم عرض مثل هذا الأمر عليه.

٢-ما حكم تجاوز الوكيل لحدود صلاحية الوكالة سواء في إنشاء الرابطة الزوجية أو انحلالها؟ وعلى من تقع المسؤولية هل تسري على الموكل؟ ام يعتبر أمر ضار ولايسري عليه.

٣-هل يمكن أن يكون الشخص وكيلا عن كلا الطرفين سواء في إنشاء الرابطة الزوجية أو انحلالها.

٤-هل يصل تعارض تنظيم احكام الوكالة في انحلال الرابطة الزوجية في قانون الأحوال الشخصية العراقي أن وجد هذا التعارض مع احكام الشريعة الإسلامية إلى درجة عدم صحة الطلاق من الناحية الشرعية.

خامساً: صعوبات البحث

أبرز الصعوبات التي واجهتنا في مسيرة هذا البحث هوقلة المراجع الخاصة بموضوع الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

سادساً: منهجية البحث ونطاقه

سنتبع المنهج الوصفي التحليلي والدراسة المقارنة وذلك ان طبيعة الدراسة تقتضي الجمع بين المنهج الوصفي والتحليلي اتباع المنهج الوصفي من خلال ادراج الأراء الفقهية والنصوص التشريعية في بعض مواضع هذه الدراسة كما هي ومن ثم أقوم بوصفها من دون تغيير أي شي في مضمونها.

أما المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص القوانين وبعض الأراء الفقهية والاحكام والقرارت القضائية.

سيكون بين قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته وقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل وقانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة٢٠٠٦.

اضافة إلى القوانين ذات العلاقة مثل القانون المدني وقانون المحاماة والمرافعات المدنية اضافة إلى عرض موقف الفقه والقضاء المقارن.

وستكون الدراسة مقارنة بين هذه القوانين من جهة وبين الفقه الاسلامي بمذاهبة الفقه الامامي والمذاهب الأربعة الكبرى الحنفية – المالكية – الشافعية – الحنابلة مع الخوض في اراء المذاهب الأخرى كالظاهرية والزيدية حسب الحاجة من اجل بيان الرأي الاكثر ملاءمة لنصوص القانون.

سابعاً: خطة البحث

سنتولى دراسة موضوع الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها على وفق خطة بحثية تشتمل على مقدمة وفصلين وخاتمة خصص الفصل الأول.

لمفهوم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها لبيان ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها في مبحث أول واركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها في مبحث ثان.

أما الفصل الثاني: فسنخصصه لدراسة احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين سنفرد المبحث الأول لدراسة آثار الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها. والمبحث الثاني حالات انقضاء الوكالة والاحوال الطارئة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

أما خاتمة الرسالة فسوف نلخص فيها نتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها من خلال الدراسة والتي نرى وجوب الأخذ بها من قبل المشرع العراقي للوصول إلى حل الكثير من العقبات التي تواجه الزوج والزوجة سواء في إنشاء الرابطة الزوجية أوفي انحلالها فالوكالة هي الطريقة آلتي تسهم في تيسير أمورهم.

وكل ما سنذكره في المتن أو الخاتمة إنما هو جهد بشري عرضة للزيادة والنقصان والخطأ والصواب فأن أصبت فمن الله تعالى وان أخطأت فمن نفسي والله ولي التوفيق.

الفصل الأول

مفهوم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

الفصل الأول

مفهوم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

الأصل في انشاء الرابطة الزوجية يتم بحضور طرفي عقد الزواج والتلفظ بالايجاب والقبول الصادر من الطرفين (الرجل والمرأة) اللذين يريدان ان يتزوجا لكن في بعض الأحيان يقوم أحد الطرفين بتوكيل آخر لأبرام عقد الزواج نيابه عنه فيقوم الوكيل بابرام عقد الزواج نيابة عنه.

فالزواج من الناحية الشرعية: يمكن أن يبرم من طريق الوكالة وقد تكون الوكالة من الرجل أو من المرأة (أومن كليهما) لكن يجب أن يكون تصرف الوكيل بالحدود التي حددها له الموكل وذلك حسب الوكالة التي قد تكون مطلقة من دون قيد اوشرط أو قد تكون مقيدة ببعض الاوصاف والشروط وهنا يكون الوكيل ملزماً بمباشرة عقد الوكالة ضمن ما هو محدد له دون تجاوز، فالشريعة الإسلامية نظمت احكام الوكالة المتعلقة بعقد الزواج.

اما عن موقف التشريع: فأن قوانين الأحوال الشخصية تباينت في تنظيم احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية البعض منها نظم احكامها كاقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وقانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ والبعض الاخر أغفل الاشارة إليها وفضل عدم الخوض فيهاو احال تنظيمها للفقه الإسلامي كاقانون الأحوال الشخصية المصري

والبحث في مفهوم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، يتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الاول نتطرق فيه لماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، والمبحث الثاني نتحدث فيه عن اركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، وذلك وفقا لما يلي:

المبحث الأول: ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

المبحث الثاني: أركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

المبحث الاول

ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

للشريعة الإسلامية دور كبير في ظهور مبدأ العقد بطريق الوكالة، وذلك من خلال تعاليم الدين الاسلامي الحنيف التي فتحت المجال لأنتشار كل أشكال الحريات من حرية التعبير إلى الاختيار، وهذه تمثل بصمات ساهمت في إنتشار عقد الوكالة ومن هنا برزت اهمية عقد الوكالة من الناحية الشرعية فهي تساعد الناس على تسهيل امورهم وقضاء حوائجهم سواء المادية أم غير المادية اذ تبرز كنظام نافع يسهل على الناس امور حياتهم عن طريق تمكينهم من إجراء تصرفاتهم في حال تعذرهم عن ابرامها بأنفسهم، ولان كل من كان أهلا لمباشرة عقد من العقود كان له الحق في التوكيل فيه أيضاً سواء فيما يتعلق بالتوكيل لأبرام عقد الزواج أو التوكيل لإيقاع الطلاق، كما تقتضي مشروعية الوكالة البحث في ادلتها ولأجل تسليط الضوء على ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول نتناول فيه التعريف بالوكالة، والمطلب الثاني نتناول فيه مشروعية الوكالة.

المطلب الأول: التعريف بالوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

المطلب الثاني: مشروعية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها.

المطلب الأول

التعريف بالوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

من أجل الوقوف على تعريف يبين معنى التوكيل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها ربما بشكل يحمل شيء من الدقة لابد لنا من بيان مفهوم الوكالة بصورة عامة لان ضبط المفاهيم مهم و هو موقع حجر الزاوية من البناء الفكري لأي نسق معرفي، ومفهوم الوكالة له دلالات لغوية واصطلاحية في الشريعة الإسلامية السمحاء وكذلك في النصوص القانونية النافذة لذا سنحاول في هذا المطلب وضع تعريف للوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، عبر بيان موقف الفقه والتشريع من التوكيل، وقياسا على ذلك سنحاول بيان المقصود به كما أن لكل شيء ذاتية خاصة به يميزه عن غيره مما يتشابه ولبيان ذلك في اطار عقد الوكالة،سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الاول، نخصصه لتعريف بالوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها، والثاني نتناول فيه تميز الوكالة بالانشاء والانحلال عما يشتبه بها من الاوضاع كما يلي:-

الفرع الأول

تعريف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

سيكون العرض مقتضباً بمقدار حاجة البحث وبيان تعريف الشريعة الإسلامية لمفهوم الوكالة ومن ثم تعريف القانون لمفهوم الوكالة لذلك سنتاول هذا الفرع في جانبين: الأول نشير فيه إلى التعريف الاصطلاحي للوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية، والثاني نوضح فيه التعريف الاصطلاحي للوكالة في انحلال الرابطة الزوجية وعلى وفق الآتي:

أولاً: تعريف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية

للوكالة معنى لغوي[1]، واخر اصطلاحي وقد أهتم "فقهاء الإسلام وتتبعتهم في ذلك بعض القوانين المدنية ببيان معنى الوكالة كما سنبينه فيما يأتي":

---

[1] الوكالة في اللغة اسم مصدر من التوكيل "وتصح بفتح الواو وكسرها"، ينظر مختار الصحاح، محمد بن ابي بكر الحنفي الرازي، زين الدين، ص٣٤٤، حققه، يوسف الشيخ محمد، الناشر-المكتبة العصرية -الدار النموذجية، بيروت - صيدا، وجاء في لسان العرب، ابن منظور، ٧٣٤/١١: ووكيل الرجل: أي الذي يقوم بأمره وسمي وكيلا لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر، والوكيل على هذا القول: فعيل بمعنى مفعول.،وتطلق ويراد بها عدة معان اهمها الحفظ ومنه قوله تعالى "وقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ"سورة ال عمران أية ١٣٧والتفويض ومنه قوله تعالى "فَسَتَذْكُرُونَ مَا أَقُولُ لَكُمْ ۚ وَأُفَوِّضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ" سورة غافر الاية ٤٤أي اسلم امري إلى الله وأتوكل.

١-التعريف الفقهي للوكالة في الزواج

لم يعط الفقهاء تعريفا معينا للوكالة في الزواج وأنما اوردوا بعض الالفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى الوكالة في الزواج وهذا ماسنتولى بيانه تباعا.

لم يعط فقهاء المذهب الحنفي تعريفا معينا للوكالة في الزواج ولكن عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"[١].

ويستفاد من تعريف الفقه الحنفي للوكالة اصطلاحا أن الوكالة انابة في التصرف وظهر ذلك من قوله: إقامة الغير بمعنى انابة الغير، وفي قولهم تصريح بالوكيل وفي قوله مقام نفسه إشارة إلى الموكل [٢].

وكذلك لم يضع فقهاء المالكية تعريفاً معيناً للوكالة في الزواج وانما عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها نيابة ذي حق غير ذي امره ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته[٣].

ونلاحظ من خلال تعريف المالكية للوكالة أنها انابة وقولهم ذي حق إشارة إلى الموكل وهذا قيد أخرج به من لاحق له فأنه لا نيابة له [٤].

فيما يخص الشافعية فأنهم لم يخصصوا تعريفا للوكالة في الزواج بشكل خاص وانما عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "تفويض شخص لغيره ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته"[٥].

ونلاحظ من خلال تعريف الشافعية للوكالة أنها تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

عليه وأستعينه، والتعريف بهذا المعنى يبدو أنه هو الأقرب لأن معظم كتب الفقه الاسلامي قد اعتمدت عليه..ينظر كتب الحنفية الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ص١٩،ومن كتب الشافعية الشيخ محمد الزهري الغمراوي، انوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك، ط٢، مطبعة مصطفى الباني الحلبي، مصر، ١٩٤٨، ص١٧٤ ؛ ومن كتب الحنابلة، العلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع بشراح زاد المستقنع، مراجعة وتحقيق وتعليق محمد عبد الرحمن عوض، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٩٠ج ١، ص ٣٠٥.

[١] فخرالدين عثمان بن علي، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، القاهرة، دار الكتب الإسلامية ١٣١٣هـ، ص ٢٥٤.

[٢] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين ٢٠١٥، ص ٢٢ رسالة منشورة على موقع مركز المعلومات الرقمية الالكتروني https://www.library.alkafeel.net

[٣] محمد بن احمد بن محمد بن عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج٣، دار صادر، بيروت، بلاسنة نشر، ص٣١٥.

[٤] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢٥.

[٥] محمد بن الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٣، ط١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٣٥.

وايضاً "لم يعط فقهاء الحنابلة كذلك تعريفاً محدداً وواضحاً للوكالة في الزواج لا أنهم عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة [١].

وطبقاً لتعريف الحنابلة للوكالة فهي عقد نيابة حيث بدأ هذا التعريف بكلمة استنابة وبقوله جائز التصرف إشارة إلى أن الموكل يملك التصرف الذي يوكل غيره فيه وبوجود هذا القيد خرج من لا يملك التصرف في هذا الأمر بنفسه ومن باب أولى الغير[٢].

والإمامية كذلك لم يعرفوا الوكالة في الزواج بشكل خاص وانما أطلقوا الأمر وعرفوا الوكالة بشكل عام بأنها استنابة في التصرف [٣].

وبعد أن استعرضنا مختلف التعاريف التي قيلت في الوكالة نستطيع تعريف الوكالة في الزواج، بأنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه أو كليهما (الرجل والمراة) في إنشاء الرابطة الزوجية في الحدود المسموح بها شرعاً وقانونا يقول له: وكلتك في زواجي، يقول الوكيل، قبلت الوكالة.

شرح عناصر التعريف:

قولنا إقامة أي إشارة إلى الوكالة بأنها أنابة في التصرف إذا يجوز لشخص سواء رجل أو امرأة أن يقيم غيره بموجب عقد بأبرام عقد الزواج نيابة عنه، وقد شمل التعريف اطراف الوكالة قولنا مقام أحد العاقدين أو كلاهما الرجل أو المرأة أي إشارة إلى الموكل وقولنا الشخص أي إشارة إلى الوكيل وقولنا في انشاء الرابطة الزوجية اي إشارة لمحل الوكالة وقولنا في الحدود المسموح بها أي يكون التوكيل في الزواج عند الضروره وذلك أن الضرورات تبيح المحظورات والزواج مودة ورحمة وصلة فالواجب في ديننا ان يكون بالتعارف بين الزوجين وهو مايسمو به إن يعقد بتوكيل وقول طرف العقد وكلتك في زواجي هنا عينا محل التصرف وهو عقد الزواج.

---

[١] منصور بن يونس بن صلاح الدين ادريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، ج٢، دار الغد الجديد، ص٢٩٩.

[٢] محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، مصدرسابق، ص ٢٥.

[٣] أبو قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط٢، اضواء الحوزة، الغد الجديد، ص٢٩٩.

٢-الاساس القانوني للوكالة في الزواج:

على الرغم من أنه لا يوجد تعريف واحكام لتنظيم الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية في القوانين العربية غير أنها عرفت الوكالة [١]، بصورة عامة فقد إعطت هذه المواد الحق لأي شخص، ان يوكل عنه الغير في كافة التصرفات القولية المعلومة والمحددة ومن هذه التصرفات موضوع الزواج.

كذلك عند بحثنا في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ تبين أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى ذكر تعريف معين وواضح للوكالة في الزواج سوى ماشار اليه في المادة الرابعة والتي نصت على: – ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفاً – من أحد العاقدين وقبول من لآخر ويقوم الوكيل مقامه.

وكذا الحال بالنسبة القانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بالرغم من كثرة القوانين المعمول بها في مجال تنظيم الأسرة إلا أنه لم يتناول تعريف واحكام الوكالة في إنشاء عقد الزواج وبناء على ذلك فإنه يتم الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية فالقانون المصري يستند الى المذهب الحنفي في بعض المسائل التي لم ينص عليها هذا القانون وذلك استنادا لما جاء في نص المادة الثالثة من القانون أعلاه رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد خلا من نص يشير إلى تعريف الوكالة في الزواج إلا ان هذا القانون باعتبار تأثره بالفقه الحنفي بحسب نص المادة الثالثة التي تنص على انه تصدر الاحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يورد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام ابي حنيفة.

وعلى الرغم من أن التشريع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ لم يرد تعريفا لعقد الوكالة في الزواج إلا أنه اورد له تنظيما تشريعا في صيغة نصوص قانونية وبالاشارة إلى التنظيم التشريعي الإماراتي كان له اهمية في تنظيم عقد الوكالة في الزواج فقد نصت المادة السابعة والثلاثون منه:

١- يجوز التوكيل في عقد الزواج.

٢- ليس للوكيل ان يزوج نفسه إلا إذا نص على ذلك بوكالة.

---

[١] الوكالة في الاصطلاح القانوني تعددت التعريفات التشريعية المدنية في بيان معنى الوكالة إلاانها اتفقت على معنى واحد وهو التفويض،فقد عرف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عقد الوكالة في المادة ٩٢٧عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"، اما القانون المدني لمصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ لمادة ٦٩٩ على ان الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، اما قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل رقم ١لسنة ١٩٨٧قد عرف الوكالة في نص المادة ٩٢٤ "عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"اما بالنسبة للقانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ قد نص على عقد الوكالة في المادة ٧١٦ "عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

٣- إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان العقد موقوفاً.

وكذلك فيما يتعلق بالتشريع القطري في قانون الأسرة رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ لم يرد تعريفا لعقد الوكالة في الزواج وانما اورد له تنظيما في نص المادة التاسعة عشرة والتي نصت على أنه يجوز التوكيل في عقد الزواج بوكالة خاصة مصدقا عليها من الجهة المختصة، وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان فضوليا، وفي هذه الحالة لاينفذ العقد في حق صاحب الشأن إلا باجازته أو باجازة وليه حسب الأحوال ولايجوز للوكيل ان يزوج نفسه من موكله الااذا نص عقد الوكالة على ذلك.

نلاحظ أن كثيراً من قوانين الدول العربية لم تعرف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية لذا اعتقد من الأفضل أن يتجنبه المشرع العراقي أيضاً لأنه من اختصاص الفقهاء وليس من اختصاص المشرعيين عليه فأن هذا لا يعد نقصا تشريعيا بل لأن المشرع لا يكترث بالتعاريف وانما يحليها على الفقه وشروحات القوانين

ثانياً: تعريف الوكالة في انحلال الرابطة الزوجية

الإسلام عندما شرع الزواج قد أخذ بنظر الاعتبار احتمالية عدم التوافق بين الزوجين والانسجام لسبب أو لاخر الامر الذي يصل بهما إلى إنهاء الرابطة الزوجية، ولاتنحل عن طريق واحد فهناك عدة طرق لأنهائها، ومن طرق هذا الانتهاء الطلاق [١]، ويسمى الفرقة بارادة أحد الزوجين وهو اكثر الطرق شيوعاً في حلها بل اضافه إلى الطلاق فان حل الرابطة الزوجية يتم بواسطة الخلع [٢] ويسمى الفرقة بارادة الزوجين أو الاتفاق اوعن طريق التفريق القضائي[٣].

ويسمى الفرقه بارادة القاضي، إذ أن هذه الوسائل الثلاث هي من أكثر الطرق التي يتم بموجبها انهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين، إذ الأصل الزوج هو الذي يملك حق ايقاع الطلاق بنفسه حيث أن الطلاق بيد من أخذ بالساق إذ الطلاق حق من حقوق الزوج التي يملكها اصالة والزوجة استثناء فإنه

---

[١] الطلاق: في اطلاح الفقهاء "هو رفع قيد الزواج الثابت شرعا بالنكاح،حيث عرفه الأمامية بأنه ازالة قيد النكاح بصيغة طالق، اما الاحناف فعرفوه بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مخصوص، اما المالكية عرفه بانه صفه حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، وعرفه الحنابلة بكونه حل قيد النكاح أو بعضه، اما الشافعية عرفوه بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه،وعرفه الزيدية بأنه قول مخصوص اوما في معناه يرتفع به النكاح أو ينثلم، اما الاباضية عرفه بانه رفع قيد الزواج في الحال أو في المال وله مراجعة الزوجة مادامت في العدة كرهت ام رضيت" نقلا عن . د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط١، مطبعة دار الوراث -كربلاء المقدسة،٢٠٢٠، ص٩٨.

[٢] الخلع: يعرف اصطلاحا بأنه "ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في ذلك معناه مقابل عوض"، انظر رد المحتار على الدار المختار في تنوير الابصار المعروف ب حاشية ابن عابدين مصدر سابق، ص ٤٣٩.

[٣] التفريق القضائي: هو تطليق الزوجه من زوجها بواسطة القضاء عند توفر الحالات التي يقررها القانون وحالات قد تقع من كلا الزوجين وقد تقع احيانا من الزوجة فقط وقد نظمها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩في المواد من ٤٠-٤٥.

يقبل التوكيل و الإنابة[١]، أن يوكل غيره فيه وعرفت الوكالة في الطلاق بشكل خاص بأنها انابة الزوج غيره في طلاق زوجته منه،كان يقول رجل لآخر وكلتك بطلاق زوجتي فلانة، فطلقها أو ان يقول لزوجته نفسها وكلتك بطلاق نفسك، فطلقت نفسها، ولاتكون في هذا أقل من الاجنبي، والتوكيل اما ان يكون للغير الاجنبي أو للزوجة[٢]، وكل من التفويض والتوكيل لا يسقط حقه ولا يمنعه من استعماله متى شاء، عليه سوف نخصص هذا الجانب للتعريف الفقهي والقانوني للتوكيل في الطلاق.

١-التعريف الفقهي للوكالة في الطلاق:

لفقهاء المذاهب اصطلاحات في انابة الزوج غيره في الطلاق وهي مايأتي:

أ-مذهب الحنفية: ذهبوا للقول بأن ايقاع الطلاق من غير الزوج بأذنه يكون اما توكيلاأو تفويضا أورسالة،فالتوكيل:هو انابة الزوج عنه غير الزوجه بتطليق زوجته كأن يقول وكلتك في طلاق زوجتي فإذا قبل الوكيل الوكالة وقال لزوجة موكله أنت طالق وقع الطلاق[٣]، اما التفويض: هو جعل الأمر باليد أو تمليك الطلاق لزوجته بطلاق نفسها منه او تعليقه بمشيئة شخص اجنبي، كأن يقول له طلق زوجتي ان شئت، اما الرسالة: تعني نقل كلام المرسل إلى المرسل إليه، فالرسول معبر وسفير وناقل لكلام المرسل لاغير، كأن يقول الزوج لرجل: اذهب الى فلانة، وقل لها: ان زوجك يقول لك: اختاري[٤].

ب-مذهب المالكية: يذهب إلى أن النيابة في الطلاق أربعة: توكيل وتمليك وتخير ورسالة، فالتوكيل هو جعل إنشاء الطلاق بيد الغير[٥].

ج-مذهب الشافعية: لم يعط فقهاء الشافعية تعريفا للتوكيل في الطلاق لكن اوردو بعض الالفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى التوكيل وهو حق الزوج في ان يوكل غيره في طلاق زوجته شرط عدم مخالفه الوكيل شروط الموكل وهم بقولهم هذا يتفقون مع فقهاء الجمهور، فعند تقيد الوكيل بشروط معينة فطلقها الوكيل حسب هذه الشروط وقع الطلاق وان خالف الموكل الشروط لم يقع الطلاق[٦].

---

[١] الانابة في الطلاق في الفقه الاسلامي تقسم إلى ثلاثة أقسام القسم الأول التوكيل وهو أن يوكل الزوج غيره بتطليق زوجته كأن يقول له وكلتك في تطليق زوجتي، والقسم الثاني التمليك تمليك الزوج الزوجة بطلاق نفسها اوتمليك الغير بطلاق زوجته كقوله لها طلاقك أو امرك بيدك، والتخيير هو ان يقول الزوج لزوجته اختاري نفسك

[٢] د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٠٦.

[٣] علاء الدين أبو بكر مسعود، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦ مصدر سابق، ص ١١٣.

[٤] هذا يمنح المرأة حق الاختيار بين الطلاق الرجعي وغيره، وهو يفيد التمليك، ويتم بارداة المملك وحده، ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ص ٤١٥.

[٥] محمد بن أحمد بن عرفة، الدسوقي، حاشية الدوسقي على الشرح الكبير، ج ٢، دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ٤٠٥-٤٠٦.

[٦] يوسف إلاردبيلي، الانوار لاعمال الابرار مع حاشيتي الكمثري والحاج ابراهيم، ج ٢، ط الحلبي -القاهرة، ص ٩٣.

د-مذهب الحنابلة: لم يضع فقهاء الحنابلة تعريفا للتوكيل في الطلاق إلا أنهم اوردو بعض الالفاظ والعبارات التي يمكن من خلالها بيان معنى التوكيل وهو استنادا للقاعدة الفقهية من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صح توكله فيه، وعليه من صح طلاقه صح توكيله فيه وللوكيل ان يطلق متى ما شاء مالم يقيده الموكل بوقت أو مكان فلا يملك الطلاق في غيره يقول المرداوي "وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه وله ان يطلق متى شاء الا ان يحدد له الزوج تاريخا معينا فلا يملك الطلاق في غيره"[١].

هـ-مذهب الأمامية: مع أنّ فقهاء الأمامية لم يخصصوا تعريفا للوكالة في الطلاق الانهم عرفوا الوكالة اصطلاحا ولقد ذكرنها سابقاً عند حديثنا عن الوكالة في الزواج.

مذهب الظاهرية: لم يعرف الوكالة في الطلاق وذلك لعدم جواز التوكيل في الطلاق عندهم.

٢-الاساس القانوني للوكالة في الطلاق

فيما يتعلق بتعريف الوكالة في الطلاق في الاصطلاح التشريعي نلاحظ بأن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ لم يعرف الوكالة في الطلاق إلا أنه اشار إليها بصورة واضحة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على تعريف الطلاق بأنه "رفع قيد الزواج بأيقاع من الزوج أو من الزوجة أن وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعاً".

اما بالنسبة لموقف القوانين العربية المقارنة: لم تعالج بعض التشريعات موضوع تعريف الوكالة في الطلاق ومنها القانون المصري وعليه لابد من الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية، ويأخذ القانون المصري بالارجح من أقوال المذهب الحنفية ما بالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ لم يعرف الوكالة في الطلاق وانما أشار إلى الوكالة في الطلاق في المادة (١٠٠)[٢].

وكذلك بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ فإنه لم يورد تعريفا للوكالة في الطلاق سوى ماأشار إليه بأن التوكيل في الطلاق في نص المادة (١٠٩)[٣].

---

[١] المرداوي، علاء الدين بن علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٨، ط ١، سنة الطبع ١٣٧٦هـ، مطبعة السنة المحمدية، تصوير دار أحياء التراث العربي -بيروت، ص٤٤٤.

[٢] المادة (١٠٠) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نصت على أن يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة، أومن الزوجة ان ملكها الزوج أمر نفسها.

[٣] المادة (١٠٩) من القانون الاحوال الشخصية القطري نصت على "يقع الطلاق من الزوج او من وكيله بوكالة خاصة او من الزوجة ان ملكها الزوج امر نفسها".

وفيما سبق عرضه لأهم الإشارات الفقهية والقانونية التي قيلت في معنى الوكالة في الطلاق يمكن أن نعرفها بأنها هي إقامة أحد الزوجين أو كلاهما غيره في إنهاء الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الخلع وسواء كان الغير هي الزوجة ام أجنبي عن العقد.

قولنا أقامة أي إشارة إلى الوكالة بأنها أنابة في التصرف الزوج مالك حق انهاء الرابطة الزوجية بزوجته سواء كان طلاق أو خلع وسواء كان الغير هي الزوجة نفسها عندما تكون مفوضة من قبل زوجها بطلاق نفسها أما قولنا أجنبي عن العقد أي الغير الذي يوكله الزوج في طلاق زوجته.

الفرع الثاني

تميز الوكالة بالانشاء والانحلال عما يشتبه بها من الاوضاع

لتمييز الوكالة بالانشاء والانحلال عما يشتبه بها من الاوضاع من خلال توضيح وجهة الاختلاف والتشابه بينها وبين الوكالة لاجل إنشاء الزواج وتصديقه، وبين التوكيل وتصديق الطلاق.

وجب علينا مناقشة هذا الفرع في جانبين: الأول نخصصه لتميز الوكالة بانشاء الرابطة الزوجية عن الوكالة لأجل إنشاء الزواج وتصديقه، والثاني نخصصه لتميز الوكالة بأنحلال الرابطة الزوجية عن التوكيل بالطلاق وتصديق الطلاق.

أولاً: تميز الوكالة بأنشاء الرابطة الزوجية عن الوكالة لأجل إنشاء الزواج وتصديقه

الأصل في العقود كلها أن يتولى إنشاءها عاقدان: أحدهما يصدر عنه الإيجاب والآخر يصدر عنه القبول، وإذا كانت هذه هي ميزة جميع العقود، فإن الزواج لا يخضع لهذه القاعدة دائما فقد يتم عقده بطرفين الزوج والزوجة وقد يعقده طرف واحد سواء كان وليا أو وكيلا ويمكن للولي إن يبرم العقد عن كلا الطرفين أو أحدهما ويعد وكيلاً عنهم كما يتم إنشاء هذا العقد بالرسالة أو بالكتابة بل يمكن إنشاؤه عن طريق الوكالة المركبة بمعنى أن الوكيل في الزواج يمكن أن يوكل غيره فيه الزواج بالوكالة هو أن يقوم الشخص المقبل على الزواج إلى توكيل شخص يقربه أو شخص تطمئن نفسه إليه قصد توكيله في القيام باجراءات الزواج حسب ما اتفقا عليه الوكيل ينفذ ماتفقا عليه في إطار المساعدة ورفع الحرج عن الموكل اذا قد يكون الموكل بعيداً عن مجلس انعقاد العقد ويخاف أن تضيع عليه فرصة الزواج بمن أراد فيوكل عنه من يقوم بهذه المهه اذا كانت الوكالة مقيدة أما اذا كانت مطلقة يكفي أن يعطي الوكالة في الزواج للشخص الذي احب وعلى الوكيل أن يقوم مقامه في كل شيء يتعلق بالزواج وله كامل الصلاحية

بل اختيار والضابط في الوكالة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع حقوقه إلى الموكل وكذا الحال في التوكيل في الزواج [١].

أما بالنسبة للوكالة بتصديق الزواج:

فهي الوكالة التي تعطى للمحامي يقوم باعطائها الموكل إلى المحامي لغرض السير بكل مايخصه من مراجعة للدوائر الحكومية والغير حكومية وتيسير الإجراءات القانونية وأحياناً قد يتم كتابة حق التوكيل للغير والبيع والشراء وبعض المافهيم التي يحتاجها المحامي من موكله ويتم احيانا وضع صيغة مجتمعا أو منفرداً قرب اسم الوكيل والقصد من هذه العبارة هو ممكن أن يشترك في الوكالة محاميين أو ثلاثة في التوكل لغرض العمل بها أما مجتمعين أو منفردين.

بعد اعطاء وكالة للمحامي سوف يقوم بالاجراءات في الدعوى والترافع بها أمام القضاء لتصديق زواج خارجي وتشتمل لائحة الدعوى على دعوى تقدم إلى السيد قاضي محكمة الاحوال الشخصية يطلب فيها المدعي الحكم على المدعى عليه باثبات الزواج الذي تم بينهما بتاريخ كذا، على مهر معجله كذا مقبوض أو غير مقبوض ومؤجله كذا مقبوض او غير مقبوض، تحال للرسم يعين يوم للمرافعة يبلغ به الطرفين في اليوم المحدد للمرافعة، اما أن تجرى المرافعة حضورية و يسال القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فأن تصادق على الزوجية والدخول وعلى تاريخ الزواج ومقدار المهر معجله مقبوض أو غير مقبوض والمؤجل باقي بذمة الزوج عند اقرب الاجلين الفراق او الطلاق او عند الطلب حسب المذهب الحنفي او عند المقدرة والميسرة او بعد مضي اثنا عشر سنة فبها او حين الطلب حسب المذهب الجعفري.

ويجب أن تتأكد المحكمة من عدم وجود مانع من موانع الزواج كالزواج من المحارم او اختلاف الدين بالنسبة للزوجة المسلمة، وذا جرت غيابيا بحق المدعى علية فعلى المدعي إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات وعند ذاك يصدر الحكم غيابيا قابلا للاعتراض والتميزوكالة المحامي بتصديق عقد زواج هي إثبات عقد زواج وليس انشاء عقد.

---

[١] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج١ الزواج والطلاق، بدون سنة طبع، دار النهضة بيروت، ص ١٥٥.

ثانياً: تمييز الوكالة في إنحلال الرابطة الزوجية عن تفويض الزوجة في إنحلال الرابطة الزوجية.

الزوج إذا أناب عنه غيره في تطليق زوجته كان هذا توكيلا أما إذا أناب عنه الزوجة في تطليق نفسها منه يكون تفويضا والتفويض ليس معناه توكيل للزوجة لأنه يخالف التوكيل في بعض الاحكام:

أولاً: الوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برأي الموكل، فهو يعمل بمشيئته وعلى حسب مايراه، فهو مكلف أن يفعل ما وكل به وليس له اختيار أن لا يفعل بعد قبوله الوكالة وهو لا يكون ممتثلا إلا إذا فعل ما وكل به حسب رغبة الموكل وارداته، لأنه معبر عن لسان الموكل ولا يوقع من الطلاق إلا ماحدده له الزوج فهو ينوب عن الموكل ويمثله ولا يملك الحق الموكل فيه.

أما المفوض فأنه يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب مايختار لأنه متصرف عن ملك فالمرأة في التفويض تتصرف لنفسها وهي عاملة لنفسها لترفع قيد الغير عنها بخلاف الوكيل فإنه عامل لغيره لأن منفعة عمله عائدة إلى غيره.[١]

ثانياً: التوكيل لا بد لتمامه القبول من الوكيل أما التفويض يتم بعبارة المفوض ولا يحتاج إلى عبارة المفوض إليه.[٢]

فالتوكيل لا بد فيه من قبول الوكيل، اما التفويض لا يتوقف على القبول وعليه فإن التفويض لازم من جهة الزوج غير لازم من جهة الزوجة لأنه من ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك، فلما جعل امرها بيدها فقد خيرها بين اختيار نفسها في التطليق وبين اختيار زوجها والتخير ينافي اللزوم[٣] ، فيكون الطلاق لازما إذا اختارت نفسها أما إذا ملك الزوج زوجته أن تطلق نفسها منه فاختارت عدم الطلاق فهذا يقتضي عدم لزوم وقوع الطلاق، وإذا نفذ الوكيل ما وكل به فإنه يلزم.[٤]

ثالثاً: أما المفوض لا يملك العزل في التفويض بينما يملكه في التوكيل ففي التفويض لا يملك الزوج عزل من فوض إليه الطلاق لأن التفويض تميلك ولا يجوز العزل فيه بينما في التوكيل يملك الموكل عزل وكيله بالطلاق لأن الطلاق معلق على إرادة المفوض فالتفويض يتضمن التعليق وعزل المفوض إليه يعني رجوع المفوض عن تفويضه.[٥]

رابعاً: التوكيل لا يتقيد بالمجلس فيجوز للوكيل بالطلاق أن يطلق في مجلس التوكيل وبعده.

أما التفويض فمقيد إلا إذا كان مؤقتاً أو عاماً يعم جميع الأوقات.

---

[١] الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٦٦.
[٢] شلبي، احكام الأسرة في الإسلام، ص ٥٢٢.
[٣] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص ٢٤٨.
[٤] د. احمد الغندور الطلاق في الشريعة والقانون، ط ٢، الاردن -عمان، ١٩٧٦، ص ٣٨٦.
[٥] بن عابدين، رد المحتار، ج ٤، مصدر سابق، ص٥٥٥.

خامساً: التفويض لا يبطل بجنون المفوض إليه بخلاف التوكيل لأن الزوج حين التفويض لم يعلق إلا على كلام عاقل، فأذا طلق وهو مجنون لم يوجد شرط التطليق بخلاف ما إذا فوضه إلى مجنون ابتداء فإنه يبطل التفويض لأنه لم يعقل أصلا معناه.

أما التوكيل لو جن الوكيل بالبيع جنونا يعقل فيه البيع والشراء ثم باع لا ينعقد بيعه لأن العهدة فيه على الوكيل وبعدما جن تكون العهدة على الموكل فلا ينفذ أما إذا وكل مجنوناً بالبيع ينفذ لأنه وكل بيع عهدته على الموكل فينفذ عليه[١] .

تمييز الوكالة في انحلال الرابطة الزوجية عن وكالة المحامي:

سبق وأن وضحنا كيف يتم انحلال الرابطة الزوجية هي التي يتم فيها تلفظ الوكيل لصيغة الطلاق اما الوكالة التي تعطى للمحامي هي لتصديق الطلاق الذي وقع من قبل الزوج تلفظ بصيغته فهنا تكون الوكالة قيام بل إجراءات فليس له الحق بتلفظ صيغة الطلاق.

وتكون الوكالة في اجراءات تصديق الطلاق الخارجي الطلاق الرجعي[٢]، بأقامة دعوى وتحديد موعد المرافعة واجراء التبليغ وفي موعد المرافعة يحضر المحامي او المدعي مع الشهود الذي حضرو في واقعة الطلاق، وفي حال التبليغ ولم تحضر يجري محاكمتها غيابيا وتتبلغ بقرار الحكم.

يجوز للوكيل رفع دعوى الطلاق والترافع فيها فقط.

مثال ذلك شخص يريد طلاق زوجته عليه الحضور بنفسه أمام المحكمة المختصة لإيقاع الطلاق ولكن لا يمنع ذلك من أن يقوم وكيله المحامي برفع الدعوى إلا أن مباشرة الصيغة يجب أن تكون من قبل الأصيل أي الزوج أو الزوجة المفوضة.

---

[١] أبن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ص٥٥٦.

[٢] الطلاق الرجعي هو الذي يمكن للزوج أن يعيد زوجته له دون عقد جديد أو مهر.

المطلب الثاني

مشروعية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

أبرام عقد الزواج قد يكون بالاصالة وقد يكون بالوكالة وقد اتفق الفقهاء على ان الرجل كامل الاهلية بالغ عاقل له ان يزوج نفسه بمن يشاء ويصح عقده وينفذ دون توقف على إجازة احد،اذ الأصل بعقد الزواج ان يتولى ابرامه الطرفي بنفسيهما بمعنى الرجل والمراة الذين يريدا إن يتزوجا يتولان بأنفسيهما أبرام عقد زواجهما هذا هو الأصل، ولابد من توفر الارادة فيه لكن بسبب ظروف استثنائية معينه لم يتمكن الشخص من الحضور لأبرام عقد الزواج كالعجز المرض السفر فإنه بالإمكان أن يقوم احد الطرفين الرجل أو المرأة بتوكيل آخر ليتولى أبرام عقد الزواج نيابة عنهم، بناء على القاعدة الفقهية إن كل من صح تصرفه في شيء بملك أو ولاية مما تدخله النيابة صح ان يوكل غيره فيه [١]، وأيضا بخصوص الطلاق مادام هو حق من الحقوق التي يملكها الزوج اصالة والزوجة استثناء،فانه يقبل التوكيل والانابة.

اما فيما يخص قوانين الأحوال الشخصية في تنظيمها للوكالة في الزواج فبعض منها نظم موضوع الوكالة في الزواج في حين اغفل البعض الآخر الاشارة للوكالة وفضل عدم الخوض فيها تاركا ذلك للفقه الإسلامي الذي افاض في تفصيل احكامها، كما هو الحال بالنسبة لموقف القوانين من ايقاع الطلاق،فقد اختلفت القوانين هي الأخرى في إجازة التوكيل في انقضاء الرابطة الزوجية، ومن هنا كان الزاما علينا ان نقسم هذا المطلب لفرعين الأول نخصصه لموقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الزواج، والثاني نخصصه لموقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الطلاق.وذلك وفقا لما يلي:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من مشروعية الوكالة في الزواج

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من مشروعية الوكالة في الطلاق

---

[١] عبد الله بن احمد بن محمد القدامة المقدسي، المغني، ج ٥، الناشر مكتبة القاهرة سنة النشر ١٣٨٨-١٩٦٨م، ص ٦٣.

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من مشروعية الوكالة في الزواج

إنّ عقد الزواج كباقي العقود يقبل التوكيل، فليس هنالك مايمنع سواء في القانون أو الشرع بأن يوكل الإنسان غيره ليتولى أبرام عقد الزواج نيابة عنه وبما أنه كذلك فتصح الوكالة فيه ولاخلاف بين الفقهاء في ذلك، لأن كل من كان أهلا لمباشرة عقد من العقود كان له الحق في التوكيل فيه، والوكالة قد تكون من الرجل أي الزوج، فيجوز ان يوكل غيره فيه، كما يجوز للولي الذي توافرت فيه شروط الولاية أن يوكل في هذا العقد أيضا لان له ان يتولاه بنفسه فيجوز ان يوكل غيره فيه، إذ كان طرفا عقد الزواج أو أحدهما من ناقصي اوعديمي الاهلية هذا بالنسبة للشرع ، أو كان الولي أحد طرفي العقد لامرأة بالغة عاقله على رأي الفقهاء الذين يرون إن عبارة المرأة لاتصح اصلا أن تكون ايجابا أو قبولا في عقد الزواج، وعلى هذا يصح التوكيل في عقد الزواج،من الرجل والمراة عند الحنيفة والامامية، اذ كان كل منهما كامل الاهلية لأن كلا منهما له الحق في ان يتولى العقد بنفسه فيجوز له ان يوكل غيره فيه،[١] فالمشرع العراقي عندما تكلم عن اركان عقد الزواج اشار إلى امكانية أبرام عقد الزواج عن طريق الوكيل فنجد إن المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي نصت على أنه "ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفاً – من احد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

أولاً: موقف الفقه الاسلامي

الوكالة جائزة في الفقه الإسلامي ودل على جوازها أدلة شرعية من القران الكريم والسنة النبوية والمعقول وفيما يأتي سنبين أدلة مشروعيتها.

أ: مسألة جوا توكيل الرجل غيره في إنشاء الزواج من الرجل:-

---

[١] أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط ٢، اضواء الحوزة، القسم الأول والثاني، بيروت،٢٠١٠، ص ١١٦.

اتفق الفقهاء من الحنفية [١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والامامية[٥]، بأن الرجل متى كان أهلا لمباشرة العقد بنفسه، يجوز له ان يوكل غيره لأنه كامل الاهلية، أي بالغا عاقلا حرا، وهنالك أحاديث كثيرة دلت على مشروعية الوكالة بصوره عامه وسنقتصر على بيان مشروعية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية من قبل الزوج.

أ-السنة النبوية: عن أبي رافع (رضي الله عنه قال إن الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، تزوج ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرسول بينهما[٦].

وجه الدلالة: دلّ الحديث على مشروعية الوكالة في الزواج، وظهر ذلك من فعل الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، حيث جعل ابا رافع وكيلا عنه في عقد زواجه من ميمونه في الحج[٧]، وعليه يجوز توكيل الزوج غيره في عقد الزواج.

- وعن عروة بن الزبير عن ام حبيبة أنها كانت عند أبن جحش فهلك عنها، وكان فيمن هاجر إلى أرض الحبشة فزوجها النجاشي -النبي محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) وهي عندهم[٨].

وجه الدلالة: دلّ الحديث على مشروعية الوكالة في الزواج،وظهر ذلك من فعل الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، حين عقد قرانه على إم حبيبة بنت أبي سفيان من خلال توكيل النجاشي في تزويجه اياها وهي في أرض الحبشة بعد أن توفي زوجها وانقضت عدتها، وفي هذا دلالة على جواز أن يوكل الزوج غيره في الزواج[٩]، فإن كان قد فعل ذلك بأمر الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)،

---

[١] ابوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، ط ٢، ١٤٠٦- ١٩٨٦، الناشر دار الكتب العلمية، ص ٢٣١.

[٢] محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٤، الناشر دار الحديث -القاهرة سنة النشر:١٤٢٥ – ٢٠٠٤، ص ٨٥.

[٣] البكري، عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، اعانة الطالبين على حل الفاظ المعين، ج٣، ط ١، ١٤١٨-١٩٩٧م، دار الفكر، ص ٣٧٠.

[٤] عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الحنبلي، المغني، ج ٧، الناشر مكتبة القاهرة سنة النشر، ١٣٨٨-١٩٦٨، ص ١٩.

[٥] سيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٣، ط ١٩، حقوق الطبع محفوظة، سنة الطبع ٢٠١٣، دار المؤرخ العربي، م ٤٥، ص٢١.

[٦] محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج ٣، ص١٩١، الناشر، دار أحياء التراث العربي - بيروت تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون الأحاديث مذيله بأحكام الالباني عليها ص ١٩١حديث رقم ٨٤١.

[٧] ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج٧، الناشر: مكتبة القاهرة، سنة النشر ١٣٨٨ - ١٩٦٨م، ص ١٩.

[٨] أبو داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق، السجتاني، ج ٢، دار الكتب العربي - بيروت، مذيل في التعليق حكم الالباني، ص ١٩١.

[٩] الشوكاني محمد بن علي بن بن محمد بن عبد الله، نيل الاوطار، ج ٦، ط ١، الناشر دار الفكر الحديث - مصر، ص ٢٠٢.

أي النجاشي، فهو وكيله، وأن كان مافعله بغير امره فقد اجاز الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) العقد إذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [١]، وعليه يجوز توكيل الزوج غيره في عقد الزواج.

ب: الأجماع: انعقد على جوازها فان الحاجة أيضا داعيه إليها لأن بعض الناس لا يستطيعون مباشرة أعمالهم[٢]، إذ ترفع الحرج عن الناس، فمثلاً قد يكون الرجل الذي يريد الزواج مسافر او في السجن، فأن توكيل الزوج غيره لعقد الزواج يرفع الحرج عن هذا الزوج وهذا يتماشى مع روح الشرع الحنيف.

ب: مسألة جواز توكيل الولي غيره في إنشاء الزواج وادلتهم:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية [٥]، والحنابلة [٦]، على جواز أن يوكل الولي الغير في عقد الزواج، واستدلوا على ذلك بعموم ادلة الوكالة في إنشاء عقد الزواج.

أ: من السنة النبوية

- ماورد عن الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم، وكل ابا رافع في قبول نكاح ميمونة[٧]، وورد أيضاً أن الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، قد وكل عمرو بن امية الضمري في قبول نكاح ام حبيبة[٨]، قد بينا وجه الدلالة في هذه الأحاديث عند تطرقنا إلى مسألة جواز توكيل الزوج غيره في عقد الزواج.

ب: من الاثار: روي بأن رجلاً قد قام بترك بنته عند عمر بن الخطاب وقال: اذا وجدت كفؤا فزوجه اياها ولو بشراك نعله، فزوجها عمر بن الخطاب من عثمان بن عفان وجه الدلالة: من الحديث ان ولي

---

(١) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، مصدر سابق، ص٢٣١.
(٢) عبد العزيز رمضان سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي المال -الملكية-العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٣٠-٢٠٠٩، ص ٣٣٢ ومابعدها.
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، مصدر سابق، ص٢٣.
(٤) الصاوي، احمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك القرب المسالك، ج ٢، الناشر دار الكتب العلمية - لبنان، سنة النشر ١٤١٥ -١٩٩٥، ص ٣.
(٥) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ٩، ط ١، ١٤١٩-١٩٩٩م الناشر دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ص ١.
(٦) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الأقناع، ج ٥، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤٠٢، مكان النشر بيروت، ص ٥٦.
(٧) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج ٣، مصدر سابق، ص١٩١.
(٨) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح أبي داود، ج٢، ط ١، ١٤٢٣ -٢٠٠٢م، الناشر مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ص١.

المرأة قد وكل عمر بن الخطاب ان يزوج له ابنته، ويقول أبن قدامة مستدلا بهذا الاثر على التوكيل المطلق في الزواج وقد اشتهر ذلك ولم ينكر[١].

ج: من المعقول:

بما أنّ الولي له ولاية فيثبت له الاستقلال، فيصبح كالمالك المتصرف في حق نفسه، وقد ثبت جواز توكيل الرجل أي الزوج غيره في عقد الزواج فقياس على توكيل الزوج يقاس توكيل الولي[٢].

ج: مسألة جواز توكيل المرأة في إنشاء الزواج

اختلف الفقهاء في جواز توكيل المرأة البالغة العاقلة غيرها في عقد الزواج على قولين ومسألة هذا الخلاف مرتبطة بمسالة اشتراط وجود الولي في عقد الزواج معنى ذلك هل يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها من غير وجود ولي، إذا قلنا يجوز معنى ذلك قد اجزنا لها توكيل غيرها لعقد زواج سواء كان ولي أو غير ولي، استنادا إلى القاعدة التي ذكرنها سابقا، اما إذا قلنا لايجوز لها ان تزوج نفسها معنى ذلك انه ليس لها أن تزوج نفسها ولا ان توكل غيرها لذلك.

ذهبوا الفقهاء بخصوص مسالة توكيل المرأة إلى قولين:

أولاً: القول الأول: القائلين بالجواز وادلتهم:

وهو قول فقهاء الحنفية[٣]، وبعض من الامامية[٤]، وهم لا يشترطون وجود الولي في النكاح: أذ للمرأة العاقلة البالغة حق تزويج نفسها من دون اذن وليها، فلها ان تنشأ العقد بعبارتها ويعتبر العقد صحيحا، وذلك لأن المرأة عندهم لها الحق ان تزوج نفسها بنفسها فلها ان توكل غيرها، إلا أنه خلاف المستحب للأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤا لها، وقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة من القران الكريم:

---

[١] ابن قدامة، المغني، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٩.
[٢] البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف الأقناع على متن الأقناع، ج ٥، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤٠٢، مكان النشر بيروت، ص ٥٦.
[٣] السرخي، محمد بن أحمد بن ابي سهل، المبسوط، ج ١٩، الناشر دار المعرفة - بيروت تاريخ النشر:١٤١٤-١٩٩٣م، ص١١٧.
[٤] سيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٣، ط ١٩، حقوق الطبع محفوظة، سنة الطبع ٢٠١٣، دار المؤرخ العربي، م ٤٥، ص٢١.

١-قوله تعالى: **{فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ}**[١].

وجه الدلالة: أنه اضاف الزواج إلى المرأة وهذا دليل على صحة زواج المرأة بلاولي[٢]، ومعنى ذلك بما أنّ المرأة تملك تزويج نفسها فايضاً يحق لها توكيل من ينوب عنها بأبرام عقد الزواج لذلك الوكالة في الزواج مشروعة بالقران الكريم.

٢-وقوله سبحانه وتعالى **{إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ}** [٣].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى قد اضاف الزواج إليها، فدل ذلك على جواز انعقاد عقد الزواج بعبارتهن من غير شرط الولي وأيضاً نهى الاولياء عن العضل وهذا النهي يدل على ابطال ولايتهم [٤].

نوقش هذا الدليل:

بأنه أضاف النكاح إليها لأنها محل له. ثم إن عضلها هو الامتناع عن تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي فزوجها [٥].

٣-كما استدلوا على ذلك بما روي عن الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) حيث جاء في حديث أبن عباس (رضي الله عنه) بأن الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) قال الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها [٦].

---

[١] سورة البقرة الآية ٢٣٤.

[٢] الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع، ج ٢، ط ٢، ١٤٠٦-١٩٨٦، الناشر دار الكتب العلمية، ص٢٤٨.

[٣] سورة البقرة الآية ٢٣٢.

[٤] أحمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، تحقيق محمد صادق قمحاوي، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٢- هـ، ١٩٩٢م، ص١٠٠.

[٥] موفق الدين بن قدامه المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج ٧، ط ١، ١٤٠٥، دار الفكر، بيروت، ص ٣٣٧.

[٦] صحيح مسلم، ج ٢، رقم الحديث ١٤٢١، ص١٠٣٧.

وجه الدلالة: أنّ الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) قد أثبت للمراة والولي حق عقد الزواج في قوله الايم[١]، أحق ومن المتعارف عليه انه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه بهذا الحق وهو عقد الزواج[٢]، وعليه يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها من غير ولي.

نوقش الاستدلال بما يلي:

بأن لاهل اللغة في الأيم قولين:

القول الأول: التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، وأن لم تنكح قط يقال: امرأة ايم، إذا كانت خلية من زوج ورجل أيم إذا كان خليا من زوجة.

والقول الثاني: أنها لا يقال لها: أيم إلا إذا نكحت ثم حلت بموت أو طلاق بكرا كانت أو ثيباً.

فأما الأيم في هذا الخبر فالمراد بها الثيب من الخاليات الأيامى دون الأبكار[٣].

٤-حديث أم سلمة (رضي الله عنها) قالت: إذ دخل علي رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) بعد وفاة أبي سلمة فخطبني إلى نفسي فقلت له: يا رسول الله إنه ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال: إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك ثم قالت: قم يا عمر فزوج الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) فتزوجها [٤].

وجه الدلالة من الحديث:

أن أمر التزويج إليها، إذ إن ابنها كان طفلا صغيرا فكأنها عقدت لنفسها، قال صاحب اللباب: " والصغير لا ولاية له وقد ولته هي أن يعقد النكاح عليها، ففعل فرآه رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) جائزا، وكان عمر بتلك الوكالة قام مقام من وكله، فصارت أم سلمة كأنها عقدت النكاح على نفسها، فعدم انتظار رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) حضور أوليائها دليل أن بضعها إليها دونهم" [٥]، ومنها استدل الأمامية في ماهية وصحة عقد وكالة الصبي أي الصبي ماهو إلا آلة محضة لاجراء صيغة.

---

[١] الايم هي من لازوج لها سواء كانت بكرا اوثيبا وقد افاد بأنه فيه حقين، حقه بمباشرة عقد الزواج برضاها إذ جعلها أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت بغير رضاه ينظر: محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، ج ٣، ط١٤١٤،١هـ، دار أبن كثير دمشق، ص ٢٥٩.

[٢] ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٣، ط ٢، الناشر دار الكتاب الإسلامي، ص ١١٧.

[٣] ابو الحسن الماروردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ٣، ط ١، ١٩٩٩م، دار الكتب العلمية، ص ٤٣.

[٤] رواه النسائي في سننه كتاب النكاح، باب إنكاح الابن لأمه، ج ٦، رقم الحديث ٣٢٥٤، ص ٨١.

[٥] اللباب، في الجمع بين السنة والكتاب، ج ٢، ص ٦٦٣.

نوقش الاستدلال:

بأنه على فرض صحة الرواية، فقد قيل: إن الذي زوجها هو ابنها عمر بن أبي سلمة، وهو أكبر ولدها. وساغ هذا لأن أباه ابن عمها، فللابن ولاية أمه إذا كان سببا لها من غير جهة البنوه بالاجماع وكذا اذ كان معتقا أو حاكما [١].

٥-كذلك قالوا بالقياس على سائر العقود والتصرفات، بان المرأة العاقلة البالغة تملك حق التصرف في جميع العقود والتصرفات المالية من دون حاجة إلى اذن وليها، فاولى إن يكون لها الإستقلال بتزويج نفسها وهو حق خالص لها [٢].

ثانياً/ القول الثاني: القائلين بعدم جواز توكيل المرأة في انشاءالزواج وادلتهم

وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، إذ يشترط عندهم وجود الولي في النكاح بانه لا يصح للمرأة توكيل غير وليها في زواجها لأنها لاتملك ابرام عقد الزواج بنفسها فلا توكل غيرها فيه، أذ إن مباشرة عقد زواجها حق من حقوق وليها ولاعبارة لها في الزواج مطلقا وان عقدته فهو باطل وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون اذن وليها. واستدلوا بالادلة من القران الكريم والسنة والمعقول

١-قوله سبحانه وتعالى **{إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ}**.

---

[١] إسماعيل بن عمر بن كثير، السيرة النبوية، ج ٣، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٦م، ص ١٧٤.

[٢] "وقد احتاط فقهاء الحنفية لحق الولي في إطلاق حرية المرأة في تزويج نفسها،قد اشترطوا الكفاءة للزوم العقد بالنسبة للولي أو صحته،كما اشترطوا أن يكون المهر مهر المثل، فان زوجت المرأة نفسها بغير كفء كان للولي الاعتراض وطلب فسخ العقد،وفي رواية بأن العقد يكون غير صحيح دفعا للضرر الذي يلحق الولي من مثل هذا الزواج،اما إذا زوجت نفسها بالكفء وبأقل من مهر المثل صح العقد، ولكنه لايكون لازما بالنسبة للولي فله حق الاعتراض ليكمل المهر أو يفسخ العقد وان حق الولي في الاعتراض على الزواج لعدم الكفء يسقط بالحبل الظاهر وبالولادة لأن حق الولد في هذه الحالة مقدم على حق الولي"، ينظر: أبن نجيم،البحر الرائق،ج ٣، ص ١١٧-١٣٨.

[٣] احمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج ٢، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢م، ص٣٣٥.

[٤] شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٦، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، ص ٢٢٤.

[٥] موفق الدين بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج ٧، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥، ص ٣٣٧.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى ذكره منع الولي من عضل المرأة إن أرادت النكاح ونهاه عن ذلك، فلو كان للمرأة إنكاح نفسها بغير إنكاح وليها إياها أو كان لها تولية من أرادت توليته في إنكاحها لم يكن لنهي وليها عن عضلها معنى مفهوم؛ إذ كان لاسبيل له إلى عضلها وذلك أنها إن كانت متى أرادت النكاح جاز لها إنكاح نفسها أو إنكاح من توكله إنكاحها فلا عضل هنالك لها من أحد فينهى عاضلها عن عضلها[١].

-وقوله سبحانه وتعالى **{وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا}**[٢].

وجه الدلالة:

ان الخطاب موجه إلى الاولياء قد امرهم الله سبحانه وتعالى بأن لايزوجوا المؤمنات إلى الكفار ولم يخاطب النساء فيه كأنه يقول لاتنكحوا أيها الاولياء من تولون أمر نكاحهن من المشتركين، فدل ذلك على ان النكاح يكون بيد الولي، ليس بيد المرأة نفسها وقال القرطبي: في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي [٣].

٢-عن أبي موسى الاشعري قال: النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم: "لانكاح إلا بولي" [٤].

وجه الدلالة:

إن الرسول محمد صلى الله عليه وآله وسلم قد نفى صحة النكاح من غير ولي اذن فاالنكاح بغير ولي باطل [٥].

-"وعن أبي هريرة قال: رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تنكح نفسها" [٦].

---

[١] محمد بن جرير الطبري، تحقيق أحمد محمد شاكر، جامع البيان في تأويل القرآن تفسير الطبري، ج ٥، ط ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠م، مؤسسة الرسالة، ص ٢٧.

[٢] سورة البقرة الاية ٢٢١.

[٣] شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، ج ٣، ط ٢، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، دار الكتب المصرية، القاهرة، ص ٧٢.

[٤] محمد بن يزيد أبن ماجه القزويني، سنن أبن ماجه، ج ١، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر دار أحياء الكتب العربية، ص ٦٠٥.

[٥] ابن حجر، فتح الباري، ج ٩، ص١٨٤.

[٦] سنن أبن ماجه ج ١/ص ٦٠٦، السنن الكبرى، البيهقي ١٧٨/٧، وقال في خلاصة البدر رواه أبن ماجه من رواية أبي هريرة بسند ضعيف، والدار قطني باسناد على شرط مسلم لكن لفظه بغير نفسها، انظر: سراج الدين أبو حفص بن احمد الشافعي المصري، خلاصة البدر المنير، ج ٢/ ط ١, ١٤١٠- ١٩٨٩م، مكتبة الرشد للنشر، ص١١٣.

وجه الدلالة: يفهم من هذا الحديث بأنه ليس للمرأة ولاية في انكاح نفسها ولا غيرها فلا عبارة في الزواج ايجابا أو قبولا فلا تزوج نفسها بأذن الولي ولا من غيره ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة ولا تقبل الزواج بوكالة ولا بولاية [١].

٣-الادلة من المعقول:

من المتعارف عليه بأن المرأة سريعة الاغترار قد تخدع بالمظاهر وتغلب عليها العاطفة بحالة اساءت الاختيار لاتقتصر الإساءة فقط لها إذا تمتد إلى الأهل والاقارب خلاف لما عليه بالنسبة لتصرفها في الأموال فالمرأةغير مأمونة على البضائع لسرعة انخداعها فلم يجز تفويض عقد الزواج إليها كالمبذر في المال وان الاولياء اقدر على معرفة الرجال[٢].

رأي الباحثة:

وبعد عرض الاقوال والادلة في المسالة أرى أن الراي الراجح ماذهب إليه الفقة الحنفي والامامية بجواز التوكيل من الرجل والمرأة أن كان كلاهما كاملي الاهلية وأيضاً للمرأة حق تزويج نفسها وتوكيل غيرها، بغير اشتراط وجود وليها حتى وأن كانت الولاية مشتركة لأنه احيانا قد تكون هذه الولاية مضره لها على العكس من نفعها، ذلك لأن المرأة في الوقت الحاضر تختلف عن المرأة سابقا وعليه لايلزم تقيدها بالولي لأنها بالغة عاقلة مدركة بأتخاذ قراراتها فهي في هذا الوقت صاحبة المجتمع بما أنها قد شغلت عدة مناصب في الدولة فهذا يفرض عليها أن تأخذ بقراراتها لا بقرار وليها كذلك عندما تريد تزويج نفسها فلا تأخذ برأي وليها وذلك على اعتبار أنها تتخذ قررات اصعب قياس على هذا الشيء، فالمرأة يجب أن يكون لهاالحرية والاستقلال في اختيار الزوج على اعتبار أن حقها في الزواج من الحقوق الشخصية.

ثانياً: موقف التشريعات من الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية

لأجل تسليط الضوء على مواقف هذه التشريعات سنستعرض في هذا الفرع بيان موقف التشريعات التي لم تتطرق إلى الوكالة في الزواج والاحكام الخاصه بها، وثم نبين موقف التشريعات التي عنيت بالوكالة في الزواج ونضمت احكامها.

---

[١] محمد بن اسماعيل الامير الكحلاني الصنعاني، ج ٣، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، ص١٢٠.
[٢] البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج ٥، الناشر دار الفكر، سنة النشر ١٤٠٢هـ، مكان النشر بيروت، ص٤٩.

١- موقف التشريعات التي لم تنظم الوكالة في الزواج:

لم تعالج بعض التشريعات موضوع الوكالة في الزواج من حيث بيان الاحكام الخاصه بها ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث لم يتطرق إلى ذكر احكام الوكالة سوى ما اشار إليه في المادة الرابعة والتي نص المشرع العراقي على أنه ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفاً – من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه.

ترى الباحثة من خلال هذا النص أن المشرع العراقي اجاز ابرام عقد الزواج عن طريق الوكالة الانه لم ينظم الوكالة في عقد الزواج تنظيما خاصا بها وانما احال الرجوع إلى احكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية بموجب نص المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي نص المشرع العراقي إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، حيث أن اتجاه مذهب الحنفية والأمامية هو الأقرب روحاً إلى التشريع العراقي فيتعين الرجوع إلى هذين المذهبين بالذات في هذه النقطة وذلك لكون جمهور الفقهاء لا يجوزون للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها وهذا خلاف موقف القانون وفقهاء الأمامية والحنفية.

وكذا الحال القانون المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بالرغم من كثرة القوانين المعمول بها في مجال تنظيم الأسرة إلا أنه لم يتناول احكام الوكالة في إنشاء عقد الزواج وبناء على ذلك فإنه يتم الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية فالقانون المصري يستند الى المذهب الحنفي في بعض المسائل التي لم ينص عليها هذا القانون وذلك استنادا لما جاء في نص المادة الثالثة من "قانون المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فقد خلا من نص يشير الى تعريف الوكالة في الزواج إلا ان قانون المصري باعتبار تأثره بالفقه الحنفي بحسب نص المادة الثالثة" التي تنص على انه تصدر الاحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها،ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام ابي حنيفة.

ترى الباحثة هذا النص أن القانون المصري تأثر في احكام الوكالة بالراجح من اراء المذهب الحنفي، وذلك لأنه عند عقد القران المرأة تقول لمن تريد الزواج منه زوجتك نفسي، والرجل يقول قبلت الزواج على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان يقولان الزوجين هذه الصيغة ويلتزمان بها تحسب لأي خلاف يقع بينها و يحكم القاضي بالقانون المأخوذ من المذاهب الإسلامية وفي مقدمتها مذهب أبي حنيفة ويرجع في بعض المسائل التي لم ينص عليها القانون إلى مذهب أبي حنيفة وبما ان فقه المذهب

الحنفي أشار إلى صحة التوكيل في عقد الزواج سواء من الرجل أو المرأة فقعد الزواج وكالة عندهم يكون صحيحا.

٢_ موقف التشريعات التي نظمت الوكالة في الزواج:

نظمت بعض التشريعات العربية الوكالة في الزواج من حيث الاشارة إليها بشكل واضح وصريح وبيان احكامها ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المادة السابعة والثلاثين نصت في فقراتها على:

١- يجوز التوكيل في عقد الزواج.

٢- ليس للوكيل أن يزوج نفسه إلا إذا نص على ذلك بوكالة.

٣- اذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان العقد موقوفاً.

يتضح لنا من خلال النص ان المشرع الاماراتي قد اجاز ابرام عقد الزواج عن طريق الوكالة، بصوره صريحة وواضحة اضافة إلى ذلك قد منح الوكيل حق تزويج نفسه لو كانت الموكل امرأة في حالة النص على ذلك في عقد الوكالة أما عند عدم النص لم يجز له ان يزوج موكلته من نفسه، وايضا يلتزم بعدم تجاوزه لحدود صلاحية الوكالة الممنوحه له والاعد تصرفه فضوليا والعقد يكون موقوف على اجازة الموكل.

وعلى نفس الاتجاه سار قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ المادة التاسعة عشر نصت على "يجوز التوكيل في عقد الزواج بوكالة خاصة مصدقا عليها من الجهة المختصة، واذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان فضوليا، وفي هذه الحالة لاينفذ العقد في حق صاحب الشأن إلا باجازته أو باجازة وليه حسب الأحوال ولايجوز للوكيل ان يزوج نفسه من موكله الااذا نص عقد الوكالة على ذلك".

يتضح لنا من خلال النص بأن القانون القطري متفق مع القانون الاماراتي بأجازة التوكيل في الزواج والوكيل ليس له مطلق التصرف في عقد الزواج بالتجاوز اوالتعدي عن اذن موكله لان كلا النصين الزما الوكيل بعدم مجاوزته لحدود الوكالة والا عد تصرفه فضوليا ولاينفذ العقد إلا بأجازة الموكل

الفرع الثاني

موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من مشروعية الوكالة في الطلاق

اختلف فقهاء المسلمين بشأن جواز التوكيل بالطلاق إذ الجواز به مسألتين التوكيل قد يكون للزوجة نفسها وذلك ما يسمى بتفويض الزوجة بالطلاق وتوكيل الغير قد ذهبوا الفقهاء على ثلاثة اقوال:

القول الأول: يرى جواز التوكيل والتفويض بالطلاق وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية [١]، الشافعية [٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤].

القول الثاني: منع التوكيل والتفويض وهو رأي أبن حزم[٥] الظاهري.

القول الثالث: يرى جواز التوكيل دون التفويض وهو القول الراجح عند الشيعة الأمامية[٦].

وقد استدل كلا الفرقين بأدلة من القران الكريم والسنة النبوية لدعم رأيهم وقد انعكس هذا تباين على مواقف قوانين الأحوال الشخصية التي اختلفت مواقفها بحسب المدرسة الفقهية التي تاثرت بها.

أولاً: أدلة القائلين بجواز التوكيل والتفويض

١-يرى الفقه الحنفي بأن ايقاع الطلاق من غير الزوج وبأذنه أما توكيل أو تفويض أو رسالة، حيث إن التفويض هو جعل الأمر باليد أو تمليك الطلاق لزوجته بتطليق نفسها منه، أو تعليقه بمشيئة شخص أجنبي، كان يقول له طلق زوجتي أن شئت، اماالتوكيل هو أنابة الزوج غير الزوجه بتطليق زوجته، كان يقول له: قد وكلتك في طلاق زوجتي، فاذ قبل الوكيل الوكالة وقال لزوجة موكله أنت طالق وقع الطلاق، اما الرسالة تعني نقل كلام المرسل إلى المرسل إليه، فالرسول معبر وسفير لكلام المرسل لاغير[٧].

٢-أما بالنسبة لفقهاء المالكية فالتفويض عندهم هو أنابة الزوج غيره في الطلاق، حيث ينقسم إلى ثلاثة أقسام توكيل، تمليك، تخيير، التوكيل هو جعل الزوج حق إنشاء الطلاق لغيره، سواء كانت زوجته ام غيرها، مع حق بقاء الحق له في منع الوكيل من ايقاع الطلاق وعزله، أما التمليك فهو أن يملكها أي الزوجة أمر نفسها وليس له أن يعزلها عن ذلك ولها أن تجعل بيدها من طلقة واحدة أو أكثر ،وله إن

---

[١] علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٣، ط ١، لسنة ١٣٢٨هـ، القاهرة، تصوير ونشر دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م، ص ١١٣.

[٢] أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ح ٨، ط ٢، المكتب الاسلامي، بيروت، ص.٤٦

[٣] الشيخ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج ٣، ط ٢، دار صادر، بيروت، ص ٢٠٩.

[٤] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، المغني على مختصر الخرقي، ج ٧، ط ١، لسنة ١٤٠٤هـ، دار الفكر، بيروت، ص ٣٣٦.

[٥] أبن حزم، المحلى بالآثار، ج ١٠، الطبعة المتيرية القاهرة، لسنة ١٣٥٠هـ، ص ١٩٦.

[٦] ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص ٢٩.

[٧] وهبه الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، ج ٧، ص٤١٤-٤١٥.

ينكارها فيما زاد على الطلقة الواحدة إذا أطلق القول ،[١] اما التخيير، يعني إن يخير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق كما لو قال لها اختاريني، او اختاري نفسك [٢].

٣-اما المذهب الشافعي، فهو يرى بأن تفويض الطلاق هو تمليك، اذ يشترط لوقوعه تطليق الزوجه لنفسها على الفور إذ ماملكت أمر نفسها، فلا رجعه عليها فيه، والتفويض اما ان يكون صريح أو كناية، صريحا مثل طلقي نفسك، اما الكناية مثل ابيني نفسك أو اختاري نفسك، فاذ قالت طلقت، وقع الطلاق، لانها فوضت الطلاق وقد فعلت في الحالتين [٣].

٤-أما فيما يخص الفقه الحنبلي، فهم يرون بأن من صح طلاقه صح توكيله، فاذا وكل الزوج المرأة الطلاق صح توكيلها وطلاقها لنفسها، وللوكيل الحق في إن يطلق متى ما شاء، الا في حالة حدد له الموكل حد كاليوم أو الشهر أو المكان ام غيره، فلا يملك الطلاق في غيره، ولايطلق الوكيل أكثر من واحده إلا أن يجعل الموكل اليه أن يطلق أكثر من واحدة بالنية أو اللفظ، فلو وكله ثلاث، فطلق واحده وقع ولو وكله في طلقه واحدة فطلق ثلاث، طلقت واحده عملا بالمحدد له[٤].

وقداستدل جمهور الفقهاء على جواز التوكيل والتفويض بالطلاق بما يلي:

١- استدل بالادلة العامة على جواز التوكيل في سائر التصرفات وبالتالي تجوز الوكالة في الطلاق كما تجوز في غيره من التصرفات وذلك وفقا للقاعدة الفقهية "كل من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه" [٥]، إذا جاء عندهم من صح طلاقه صح توكيله فيه وصح توكله فيه بناء على من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتكوله فيه[٦].

نوقش الاستدلال: من قبل أبن حزم

بأن ماذكروه من أدلة عامة أو مطلقة في الوكالة لايصح الاستدلال بها هنا، لان الله سبحانه وتعالى، جعل الطلاق للرجال لا للنساء، وعليه لايصح القول بالجواز الابدليل من القران الكريم أو السنة النبوية، ولم يوجد [٧].

٢_مشروعية الوكالة في الطلاق هي جائزة أيضا في الكتاب.

---

[١] ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، داؤ ابن حزم، بيروت، ط ١، ٢٠١٣، ص ٣٩٧.
[٢] وهبه الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، ج ٧، مصدر سابق، ص ٤١٦-٤١٧.
[٣] وهبه الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، ج ٧، مصدر سابق، ص٤١٧.
[٤] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، ج ٧، ص٤١٨.
[٥] عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الاشباه والنظائر، ج ١، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، دار الكتب العلمية، ص ٤٦١.
[٦] الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ط١، ١٣١٣هـ، الناشر المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق، القاهرة، ص ٢٥٤.
[٧] ابو محمد علي بن سعيد بن حزم، المحلى، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٠١.

-قوله سبحانه وتعالى {وَإِنْ **خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**} {٣٥}.

وجه الدلالة: إنه في حال العلم بوجود خلاف بين الزوجين وطالت خصومتهما امر الله سبحانه وتعالى أن يبعثوا حكمين صالحين من اهل الزوج أو أهل الزوجة ليفعلان مافيه المصلحة من التوفيق اوالتفريق بينهما[١]، فدل هذا على جواز التوكيل في الطلاق.

٣-واما التفويض بالطلاق فيدل على جوازه مما ورد من تخيير الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم لزوجاته حين نزول قوله سبحانه وتعالى **{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا}** {٢٨}.

وجه الدلالة: ان الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم خير زوجاته بين البقاء على عصمته أو ان يطلقهن، فاخترن البقاء [٢]، وهذا دليل على جواز تفويض الزوجه بالطلاق.

ونوقش هذا الاستدلال: من قبل أبن حزم على عدم التفويض بالطلاق.

وذلك بأن مااستدلوا به على جواز التفويض لايستقيم لهم لأن هذا من خصوصيات الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم وعلى فرض أسلمنا به فإنه لا دلالة فيها على المدعى، اذ التخيير كان بين الدنيا والاخره، فان اخترن الدنيا فارقهن من نفسه مختاراً للطلاق، لانهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا هذا مايدل عليه من نص الآية الكريمة فنسبة التمتع والتسريح إلى الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم يدل على ان الفرقه ستكون من جانبه إذ اخترن الحياة.

٤- فقد ورد حديث عن أم المؤمنين عائشة قالت خيرنا رسول الله محمد صلى الله عليه واله وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقاً [٣].

وجه الدلالة: إن الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم عندما أمر أن يخير زوجاته بدأ بعائشه وخيرها بين البقاء على عصمته وبين اختيار نفسها [٤]، وهذا دليل على جواز التفويض في الطلاق.

---

[١] اسماعيل أبن كثير ابي الفداء، تفسير القران العظيم، ج١، ط ١، ١٩٦٣، دار الكتب العلمية- بيروت، ص٤٩٣.
[٢] الرازي، محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين بن عمر، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج ١٣، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، دار الفكر، ص ٢٤٧.
[٣] الامام مسلم، كتاب صحيح مسلم، دار أحياء التراث العربي - بيروت رقم الحديث ١٤٧١.
[٤] ابوزكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٥، ط٤، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، دار الحديث -القاهرة، ص ٣٣٧.

٥-القياس:

قياس صحة التفويض بالطلاق على صحة التوكيل بالبيع والزواج، وغيرهما، فان الادلة على مشروعية الوكالة عامة ومطلقه، تدل على جواز التوكيل بالطلاق، كما تدل على جواز التوكيل في غيره كما استدلوا بالقاعدة الفقهية العامة "كل تصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة [١].

نوقش الاستدلال:

بأن ماذكره فقهاء الجمهور من أدلة عامة أو مطلقة في الوكالة لا يصح الاستدلال بها، لان الله سبحانه وتعالى قد جعل الطلاق بيد الرجل وليس بيد النساء، ولايصح القول بالجواز إلا بدليل من القران أو السنة ولم يوجد دليل[٢]، ومن ثم أن القائلين بجواز التوكيل في الطلاق قياس فيلزمهم ان لا يجيزوا التوكيل في الطلاق قياسا على عدم جواز التوكيل في اللعان والظهار والايلاء لان كلا منهما كلام صادر من الزوج يقتضي الفرقه بينه وبين زوجته [٣].

ثانياً: ادلة القائلين بالمنع:

لم يرد في الفقه الظاهري معنى للتوكيل أو التفويض في الطلاق ويرجع سبب ذلك لمنعهم توكيل الغير وتفويض الطلاق للزوجه وذلك لأنه لم يثبت عندهم التوكيل لا في الكتاب ولا السنة النبوية مايشير إلى جواز التوكيل في الطلاق.

استدل ابن حزم لرأيه في منع التفويض والتوكيل بما يلي:

١-استدل أبن حزم على عدم جواز التوكيل في الطلاق بأنه لم يرد في القران الكريم ولافي السنة شيء في اباحة التوكيل والتفويض في الطلاق وجوازه، وقوله سبحانه وتعالى **{ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظلمون}**[٤].

وجه الدلالة: ان الله سبحانه وتعالى قد خاطب الأزواج لاغيرهم في الطلاق عليه فلا يجوز ان ينوب غيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها وإلا كان تعديا لحدود الله سبحانه وتعالى.

نوقش الاستدلال: من قبل الجمهور:

بأن لا حجة لهم فيما ادعوه من عدم جواز التوكيل في الطلاق وذلك لأن الادلة الدالة على جواز التوكيل عامه ومطلقة فتخصيصها أو تقيدها يحتاج إلى دليل ولم يوجد الدليل.

---

[١] د. احمد الغندور الطلاق في الشريعة والقانون، ط ٢، الاردن -عمان،١٩٧٦، ص ١١٤-١١٥.
[٢] ابن حزم، المحلى بالاثارج ٩، ص٤٥٣.
[٣] ابن حزم، المحلى بالاثار، مصدر سابق، ص ٤٥٤.
[٤] سورة البقرة الآية ٢٢٩.

٢- اما فيما يخص التفويض بالطلاق فقد جاء في المحلى مانصه "من جعل إلى امراته ان تطلق نفسها لم يلزم ولا تكون طالقا طلقت نفسها أو لم تطلق إنما الطلاق جعله الله للرجال لا للنساء" [١]، فمن خلال هذا النص يتضح لنا بأن الطلاق لا يقع وأن فوضت الزوجه به.

وقد استدل أبن حزم على عدم جوازه بادلة من القران الكريم، كما في قوله سبحانه وتعالى **{ولاتكسب كل نفس إلا عليها}** [٢].

وجه الدلالة: ان الآية عامة بأن الانسان لا يكتسب شيئا من عمل غيره، والطلاق هو من كسب الزوج لا من كسب الزوجة، لان الله سبحانه وتعالى قد جعله حقاً له، بدليل جعل القوامة بيده.

نوقش الاستدال: من قبل الجمهور

بأن قولهم هذا بعدم جواز التفويض في الطلاق لايصح أيضا، لانه قد روي عن السيدة عائشة أنها قالت: خيرنا رسول الله محمد صلى الله عليه وآله وسلم فاخترناه، فلم يعدها شيئا.

-قوله سبحانه وتعالى **{الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم}** [٣].

وجه الدلالة:

إن الله سبحانه وتعالى في كل موضع قد ذكر فيه الطلاق، كان يخاطب الرجال على انه أمر خاص بهم، لا بالمرأة، وبتالي ليس له ان يفوضها فيما خصه الله به.

٣-ويدل على عدم جواز التفويض بالطلاق بأن بعض من الصحابة والتابعين قالوا بعدم جواز التفويض بالطلاق، منهم طاووس ومن الصحابة عثمان بن عفان، وابن عباس[٤].

-ما قد روي عن يزيد بن حبيب بأن رميسة الفارسية كانت تحت محمد بن عبد الصمد بن أبي بكر الصديق، فملكها امرها، فقالت: أنت طالق ثلاث مرات، فقال عثمان بن عفان: أخطأت لا طلاق لها، إلا أن المرأة لاتطلق [٥].

---

[١] ابن حزم، المحلى بالاثار، ج ١٠، مصدر سابق، ص٢١٦.
[٢] سورة الانعام الآية ١٦٤.
[٣] سورة النساء الآية.٣٤.
[٤] أبن حزم، المحلى بالاثار، ج ١٠، مصدر سابق، ص ١١٦-١٢٤.
[٥] ابن حزم، المحلى بالاثار، ج ١٠، مصدر سابق، ص ١٢٠.

-بينما أخرج عبد الرزاق عن مجاهد بأن رجلا قد جاء إلى أبن عباس فقال له: لقد ملكت امرأتي فطلقتني ثلاثا، فقال له أبن عباس: خطأ الله نوءها عليك، انما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك [١].

وأيضا قد أخرج عبد الرزاق عن أبن جريح قال: سألت عبد الله بن طاووس، كيف كان ابوك يقول في رجل قد ملك امراته امرها، اتملك إن تطلق نفسها ام لا، قال: كان يقول: ليس إلى النساء طلاق، فقلت له: فكيف إذ كان ابوه يقول في رجل ملك رجلا امراته، ايملك الرجل إن يطلقها؟ قال: لا يملك[٢].

نوقش الاستدلال -من قبل الجمهور:

بأن مانقلوه عن بعض الصحابة معارض بما روي عن البعض الآخر، اذ قد حكى الترمذي، انها اذا اختارت نفسها فواحدة بائن، وان اختارت زوجها فواحدة رجعيه، وعن زيد بن ثابت أنها اذاختارت نفسها فثلاث، وان اختارت زوجها فواحدة بائنة، وعنه رجعية وان اختارت زوجها فلاشيء[٣].

ثالثاً: أدلة القائلين بجواز التوكيل دون التفويض:

١-ذهب الأمامية إلى أن التوكيل بالطلاق جائز لكن تم حصره بالزوج الغائب على رأي البعض بأن الزوج الغائب هو الزوج المفقود المنقطع خبره عن أهله الذي لا تعلم زوجته حياته ولا موته ان كان له مال ينفق منه عليها أو يقوم وليه بالانفاق عليها من مال نفسه لزمها الصبر والانتظار إلى أن يرجع إليها أو يأتيها خبر موته أو طلاقه وليس لها المطالبة بالطلاق قبل ذلك وان طالت المدة.

وأما إذا لم يكن للزوج مال ينفق منه على زوجته ولا ولي يُنفِق عليها من مال نفسه جاز لها ان ترفع امرها إلى الحاكم الشرعى فيؤجلها أربع سنين ويأمر بالفحص عنه خلال هذه المدة فان انقضت السنوات الاربع ولم تتبين حياته ولا موته أمر الحاكم وليه بطلاقها فان لم يقدم على الطلاق ولم يمكن إجباره عليه طلّقها الحاكم بنفسه أو بوكيله فتعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام فاذا خرجت من العدة صارت أجنبية عن زوجها وجاز لها أن تتزوج ممن تشاء، فإن جاء في العدة فهي له وإلا فلا سبيل له عليها تزوجت أم لا، وقصروا طلاق الحاكم الشرعي على هذه الصورة [٤].

---

[١] مصنف عبد الرزاق ج ٦، ص ٥٢١، رقم الحديث ١١٩١٣.
[٢] مصنف عبد الرزاق ج ٦، ص ٥٢١، رقم الحديث ١١٩١٣، وابن حزم، المحلى، ج١٠، مصدر سابق، ص ١٢٤.
[٣] الشيخ محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى من احاديث سيد الأخبار، ج ٦، ط ٢، لسنة ١٩٦١م، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ص ٢٥٦.
[٤] الطوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن علي، المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٦.

-كما إن هناك رواية عن الامام الصادق عليه السلام بأن الوكالة في الطلاق لا تجوز. [١]

أما بالنسبة لسيد علي الحسيني السيستاني يقول اذا خير الزوج زوجته وقصد تفويض الطلاق اليها فاختارت نفسها بقصد الطلاق لم يقع به الطلاق على الاظهر- أي ان هذا الحكم هو الواضح والبارز من الادلة [٢]، إذ رفض فقهاء الأمامية أن يفوض الزوج زوجته في ايقاع الطلاق لان الطلاق لايكون الابيد الزوج أو وكيله [٣].

رأي الباحثة:

وبعد عرض الاقوال والادلة في المسالة أرى أن الراي الراجح ما ذهب إليه فقهاء الجمهور بجواز التوكيل في الطلاق لكن يكون التوكيل مقيدا لا مطلقاً عند الأمامية متى ماكان الزوج غائبا ولم يتمكن من الحضور يجوز له التوكيل في الطلاق وذلك لما للتوكيل في الطلاق من أهمية بالغة في رفع الحرج عن الناس لأنه قد تأتي بعض الضرورات خاصة في حال غياب الزوج ووجد المبرر الشرعي لتطليق زوجته وهو غائب فالتوكيل يكون هو الحل في ايقاع الطلاق.

٢-موقف القانون:

كما هو الحال بالنسبة للفقه الإسلامي، فقد اختلفت القوانين هي الأخرى في اجازة التوكيل في انحلال الرابطة الزوجية ولكي نحدد موضع الخلاف من هذه المسألة لابد لنا من التعرض لهذه القوانين وكالاتي:

فإن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي بعد صدور قانون تعديل الخامس رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٠ فقد عدلته بموجبه المادة (٣٤) حيث نصت تلغى المادة الرابعة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ويحل محلها مايلي:

أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة، إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً.

---

[١] الشيخ محمد حسن الجواهري، جواهر الكلام، ج٢٣، ط ٢، سنة الطبع: ١٣٦٦، بلا دار نشر ولا سنة نشر، ص ٣٣.
[٢] السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ص ١٠٢.
[٣] المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ج ٣، كتاب الطلاق، ص ١٣.

ثانيا: لا يعتد بالوكالة في إجراء البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق[١].

يلاحظ على النص المشار إليه في اعلاه بأن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل منع وقوع الطلاق وكالة

فالمشرع العراقي بعدم اجازته التوكيل في الطلاق لأن ايقاع الطلاق أصبح يستلزم حضور الزوج والزوجة امام القاضي وذلك لتلفظ بصيغة الطلاق من قبل الزوج، ومعرفة فيما إذ كانت الزوجه حامل ام لا في حالة طهر ام حائض وهذه معلومات شخصيه خاصة بالزوجة لذلك اجاز المشرع عدم التوكيل في الطلاق وأيضا إن التوكيل سيمنع من إمكانية الاصلاح بين الزوجين لذلك يستوجب الحضور الشخصي للزوجين لما له من دور ايجابي في انجاح محاولة الصلح بين الزوجين فأساس عدم اجازه التوكيل في الطلاق هو حفاظ على كيان الأسرة وعدم تشتتها والحد من حالات طلاق قدر الامكان وعدم اطلاع الوكيل على الاسرار، اما الوكالة التي تعطى للمحامي اوغيره فهي لاقامه دعوى الطلاق والمرافعة فيها فقط.

فلا يعتبر الطلاق مستوفيا لشروطة القانونية وان كان مستوفيا لشروطة الشرعية اخذ بمذهب الظاهرية في عدم جواز توكيل في الطلاق لان الله سبحانه وتعالى يقولو لا تكسب كل نفس إلا عليها [٢]، فالله سبحانه وتعالى قد خاطب الأزواج بالطلاق ولم يخاطب غيرهم وعليه لايجوز ان ينوب عنهم فيه غيرهم لا بوكالة ولابغيرها.وانما فقط له ان يفوض لزوجته ايقاع الطلاق على نفسها نيابة عنه وبصفتها وكيله عنه في ذلك ومتى وكل الزوج الطلاق لزوجته،كان لها ان تفعل ماوكلت عليه، واذا تلفظت بالطلاق يقع الطلاق صحيحا كأنما الزوج هو الذي اوقعه، وبتالي ترتب جميع الآثار الناتجه عن الطلاق، والتفويض لايسلب الزوج حقه في ايقاع الطلاق، ومن هذه الناحية فإنه يشبه التوكيل، اذ من يوكل غيره في تصرف ما يبقى له الحق في مباشرة هذا التصرف بنفسه، كذلك بالنسبة للتفويض من يفوض غيره يبقى له الحق في ايقاعه بنفسه لكنه لايمكن للزوج الرجوع فيه، لأنه تمليك لها بهذا الحق،فإذا فوض الزوج زوجته بالطلاق، تعذر عليه بعد ذلك أن يرجع فيه، وصار حقاً من حقوق الزوجة، ولها

---

[١] اما بالنسبة للمشرع في اقليم كردستان العراق قد نص على "ثانيا/ لا يعتد بالوكالة في اجراءت البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق مالم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين" وقد ايد ذلك القضاء العراقي حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية إلى أنه لايعتد بالوكالة في ايقاع الطلاق إنما يتطلب حضور الزوجة المطلقة لغرض استجوابها وبيان حالتها النسائية ومدة الترك لكونها من الحقوق الشخصية البحته رقم القرار ٥٨٢٣/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٥ في ٨-٩-٢٠١٥،ينظر:- د.حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما،مصدر سابق،ص ١٠٨

[٢] سورة الانعام الآية ١٦٤.

إيقاعه متى شاءت، فتفويض الزوج لزوجته بالطلاق، يخوّلها حق تطليق نفسها متى شاءت، دون أن يكون للزوج حق الرجوع بما فوضّها، وهو أمّا أن يكون مقترناً بعقد الزواج، وأمّا أن يكون بعد تمام العقد[١].

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي:

قد كان القضاء العراقي يعمل على وفق نص الفقرة ثانياً من المادة الرابعة والثلاثين من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق المذكورة ومنها قرار محكمة الاحوال الشخصية في حي الشعب المرقم ١٤١/ش/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٩ الذي قضى بعدم وقوع طلاق الوكيل وتوجد حالات مغايرة لنص القانون العراقي حول طلاق الوكيل في التشريعات العربية التي اجازت ايقاع طلاق الوكيل متماشية مع احكام الشريعة الاسلامية أما بالنسبة إلى تفويض الزوجه فقد صدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية يقضي بجواز التفويض في الطلاق اذ تضمن القرار في فحواه بأن هناك امرأة ادعت بواسطة وكيلتها أنها مفوضه من قبل زوجها بحق تطليق نفسها متى تشاء وكما مثبت في عقد الزواج وبناء على ذلك طلبت الحكم بالتفريق من قبل المحكمة، واستنادا لما ورد في الدعوى مما يثبت ادعاء الزوجه لما ورد في عقد الزواج قررت المحكمة قبول الدعوى كون الزوجه مفوضه من قبل الزوج بالطلاق وان ذلك موافق لاحكام الشرع ونص القانون فقررت المحكمة ايقاع الطلاق لتوافر الشروط الشرعية والقانونية [٢].

اما بالنسبة لموقف القوانين العربية المقارنة / الأخرى لم تعالج بعض التشريعات موضوع الوكالة في الطلاق ومنها القانون المصري وعليه لابد من الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية، ياخذ القانون المصري بالارجح من أقول مذهب الحنفية الذي اجاز التوكيل في الطلاق وعليه لافرق بين ان يوكل

---

[١] محسن، ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢٨٠.

[٢] قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية، العدد /٩٨٢٧/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ٢٠١٩. قرار محكمة الاحوال الشخصية في حي الشعب المرقم ١٤١/ش/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٩.

الزوج شخصاً آخر أو يوكل زوجته في تطليق نفسها، اما بالنسبة لموقف قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ اجاز التوكيل في الطلاق في المادة (١٠٠) [١].

يلاحظ من نص المادة بأنها اشارت إلى جواز توكيل في الطلاق بصوره صريحة حيث منح النص الحق للزوج ان يوكل الغير في ايقاع الطلاق نيابة عنه بشرط ان تكون وكالة خاصه إذا كانت لشخص آخر فعند تلفظ الوكيل بصيغة الطلاق بحق الزوجه بعد اطلاع الزوجه على سند الوكالة فيقع الطلاق صحيحا كأنما الزوج هو الذي اوقعه وأيضا يقع الطلاق من الزوجه ان ملكها أمر نفسها.

وكذلك بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ فإنه أشار إلى التوكيل في الطلاق في نص المادة (١٠٩) [٢]، بصوره صريحة والتي جاءت مشابهة لما ورد في قانون الأحوال الشخصية الاماراتي.

مما تقدم نلاحظ بان القوانين العربية لم تمنع طلاق الوكيل متماشية مع أحكام الشريعة الإسلامية ومنها قانون الأحوال الشخصية الاماراتي والقطري حيث اجمعت هذه القوانين على جواز توكيل الزوج الغير بايقاع الطلاق نيابة عنه وعلى أن تكون الوكالة خاصه ويجوز تمليك الزوجة حق ايقاع الطلاق بنفسها،على خلاف المشرع العراقي حصرها بيد الزوج فقط لكن بالرغم من معظم التشريعات التي اشارت واجازت التوكيل في الطلاق إلا أنها ذكرتها بصورة عامة ولن تدخل بتفاصيلها واحكامها وانما احالت ذلك إلى احكام الشريعة الإسلامية التي تتناسب وظروف كل مجتمع.

---

[١] المادة (١٠٠) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نصت على "يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة، أومن الزوجة ان ملكها الزوج أمر نفسها".

[٢] المادة (١٠٩) من القانون الاحوال الشخصية القطري نصت على "يقع الطلاق من الزوج او من وكيله بوكالة خاصة او من ازوجة ان ملكها الزوج امر نفسها".

المبحث الثاني

أركان الوكالة وانواعها في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

عند تعريفنا للوكالة بأنّها عقد فمن البديهي أنّها لا تصح ألا باستيفاء أركانها، وهذا الأمر متفق عليه بين فقهاء المسلمين وواضعي القوانين المأخوذه من الفقه الاسلامي وأنّ لكل ركن منها شروط معينة لا يصح العقد إلا بتوافرها، والوكالة تصنف إلى وكالة عامة ووكالة خاصه وهذا بالنظر إلى التصرفات القانونية التي تكون محلا لها، لذلك يتطلب تقسيم هذا المبحث على مطلبين نستعرض في الأول أركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها ومن ثم نستعرض في الثاني أنواع الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأول: أركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

المطلب الثاني: أنواع الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

المطلب الأول

أركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

كل عقد من العقود له أركان وشروط، فالأركان بها قوام الشي، ولا تتحقق ماهيته إلا بها لكونها جزءا من حقيقة، بحيث إذا انعدمت جميعها أو بعضها، انعدم العقد ولم تتحقق الوكالة وأنّ الأركان بالنسبة لعقد الوكالة وعقد وكالة الزواج والطلاق حسب الفقه الاسلامي، هي ثلاثة اركان العاقدان أي الموكل والوكيل والمعقود عليه أي محل الوكالة والصيغة اي الإيجاب والقبول وهذه هي الوكالة عند جمهور الفقهاء من الشافعية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة والامامية[٣]، والزيدية[٤]، اما فقهاء الحنفية حيث ذهب بالقول إلى أن اركان الوكالة تتمثل بأثنين فقط هما الإيجاب والقبول[٥]، وعليه سنتناول هذا المطلب

---

[١] الخطيب محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سنة ١٣٧٧-١٩٥٨، ص ٢١٧.

[٢] أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٥، طبع ونشر مكتبة النجاح في طرابلس - لبيا، ص ١٩٠.

[٣] الحلي، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي، تذكرة الفقهاء، ج ٢، نشر المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، ص ١١٤.

[٤] أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج ٥، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨-١٩٤٩م، ص ٥٥.

[٥] علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، ط ٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦، ص ٢٠.

في فرعين سنتحدث في الأول عن الركن الأول وهو أطراف عقد الوكالة والثاني نتحدث فيه عن ركن الصيغة ومحل الموكل فيه وذلك وفقا لما يلي:-

الفرع الأول: أطراف عقد الوكالة.

الفرع الثاني: ركن الصيغة ومحل الموكل فيه.

الفرع الأول

أطراف عقد الوكالة

كل عقد لا بد له من عاقدين وعليه عقد الوكالة لا يقوم إلا بوجود العاقدان الموكل والوكيل والعاقد من يباشر العقد لنفسه أو لغيره سنتاول هذا الفرع في جانبين: الأول نشير فيه إلى الركن الأول لعقد الوكالة الموكل، والثاني نوضح فيه الركن الثاني لعقد الوكالة الوكيل.

أولاً/الركن الأول: الموكل

وهو الطرف الأول في عقد الوكالة وهو من يقيم غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، ولكن ليس لكل شخص حق ان يوكل بل اتفق فقهاء الجمهور بأن شروط الموكل هي الملكية للشيء الموكل فيه والعقل والبلوغ والحرية لكن اراء الفقهاء متباينه في بيان هذه الشروط بين مشترط كمال هذه الشروط، وبين مخفف ومشدد، وبين مكتف ببعضها، وهناك شروط الموكل:

اولاً: إن يكون الموكل له حق التصرف في الشيء الذي يريد التوكيل فيه، وتلزمه احكام ذلك التصرف ولأن التوكيل تفويض مايملكه من التصرفات إلى غيره أي بمعنى آخر أن يكون مالكا له أو له ولايه عليه كولي الصغير والسفيه، او يكون وكيلا عنه في التصرف مأذون له في توكيل غيره، فاذا لم يكن له وليس عليه ولاية ولا وكالة فلا يصح تصرفه فيه بنفسه ويصبح توكيله لغوا لأن فاقد الشيء لا يعطيه.[1]

[1] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني بغداد،١٩٧٥، ص ١٣٥.

ثانياً: إنّ يكون الموكل اهلا للتصرف فيما وكل به، اي عاقلا، يرى جمهور فقهاء الحنفية [١]، والشيعة الزيدية [٢]، بأنه لا تجوز وكالة فاقد الاهلية كا المجنون والصبي الغير مميز ومن في حكمهم كالنائم حال نومه والمغمى عليه وقت الاغماء، والسكران وقت ذهاب عقله؛ لأن الشخص وقت النوم والاغماء والسكر يصدر منه اقوال لا يعقلها ولا يقصدها فالمغمى عليه والسكران يهذي والنائم يحلم وكل من الاحلام والهذيان تكون خارجه عن ارادة الانسان فلا يؤخذ عليه ولايبنى عليه احكام.

ولا تصح وكالة الفاسق فيما لايملك التصرف بنفسه فيه ولايجوز له أن يتولى الإيجاب في عقد نكاح من له الولاية عليها وكذلك لايصح توكيله في ذلك[٣]، واما مايجوز له التصرف فيه بنفسه كالبيع والشراء والايجار فتصح وكالته فيه.

شرط الموكل فيما يخص توكيل الصبي المميز فيه ثلاثة أنواع اولها ماقد يلحق بفعل الموكل خسارة ماديه أو معنويه أي تصرفات ضاره به منها كان يوكل شخصًا يطلق زوجته فلا يصح توكيله لأنه لاينفذ تصرفه بالشيء نفسه فلا ينفد تصرف وكيله من باب أولى في ذلك. لكن يصح تصرفه في التصرفات النافعة النافذة وله أن يوكل فيها كقبول الهبة من غير اذن وليه لأنه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه وعليه يملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل، ويصح التوكيل منه باجازة من وليه في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالشراء والبيع، وان كان محجورا فيتوقف على إجازة وليه وهذا ماقد ذهب إليه الفقه الحنفي[٤]، وايضاً من التصرفات المتوقفه على إجازة وليه هي عقد النكاح حيث قال السرخسي في المبسوط اذا تزوج الصغير امرأة فاجاز وليه ذلك جاز عندنا، لأن الصبي العاقل هو من اهل العبارة عندنا،لكن يحتاج إلى انضمام رأي الولي إلى مباشرته ليحصل تمام النظر فاذ اجاز الولي ذلك صح، وهناك قول للشافعي لاينفذ بأجازة الولي لأن من اصله أي أن عبارة الصبي غير معتبرة في المعقود عليه وكذلك الأصل أن العقود لاتتوقف على الإجازة فلو زوجت الصغيرة نفسها واجاز الولي ذلك لها جاز عندنا وعند الشافعية لم يجز وان عبارة النساء لاتصلح عنده لعقد النكاح [٥].

---

[١] علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، ط ١٤٠٩،١-١٩٨٩، الناشر المكتبة الحبيبية كاسني رود، ص ٢٠.
[٢] احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج ٤، ط ٢، ١٣٦٨-١٩٧٥، ص ٢٤١.
[٣] محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج ٢، مطبعة مصطفى الباني الحلبي،١٩٥٨، ص ٢١٧.
[٤] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص٢٣.
[٥] شمس الائمة محمد بن احمد بن سهل، المبسوط السرخي، ج ٤، ط ١، مطبعة السعادة، بدون سنة طباعة، ص٢٦٦.

بينما عند المالكية تصح وكالة الصبي في حال أذن له وليه وبدون الاذن لا تصح لكن تصح وكالة الصبي في طلب حقوقه أي في الخصومة جائزة، وعند الحنابلة تصح وكالة المميز في الطلاق بغير اذن وليه اذا عقله على الصحيح، اما توكيل الصبي غيره في قبول عقد النكاح فقياسا على المميز لأنه يجوز له أن يباشر بنفسه فجاز له أن يوكل فيه حيث قال في المغني: وان كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول أي قبول النكاح إليه حتى يتولاه بنفسه كما يفوض امر البيع إليه ولانه يملك ايقاع الطلاق بنفسه [١]، بما أنه يجوز للصبي قبول النكاح فيصح أن يوكل فيه لان من ملك تصرف ملك التوكيل فيه.اماايجاب عقد النكاح من قبل الصبي المميز لنفسه لايصح ان يوكل غيره فيه [٢].

وأيضاً يصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو لغفله فيما يباح له من التصرفات كالطلاق والخلع لأن السفيه ليس محجورا فيها لذلك فهو يملك حق توكيل الغير وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الشافعية [٣]، والصاحبان من الحنفية [٤]، والمالكية [٥]، والحنابلة [٦]، الامامية [٧]، والزيدية [٨].

اما فيما يخص وكالة المحجور المفلس فإنها تصح في التصرفات التي لا تؤدي إلى نقص امواله كالخلع والطلاق... ونحوها، اما نكاح المدين فإنه جائز عند الشافعية حيث قال ابن حجر الهيثمي: "ويصح نكاحه ورجعته وطلاقه وخلعه أن كان زوجا والالم ينفذ من الزوجة والاجنبي بالعين"[٩].

وعليه يجوز للمدين المفلس التوكيل في نكاحه وذلك لصحة مباشرته ذلك التصرف بنفسه من دون توقف على إجازة الغرماء، اما المالكية فأنه يجوز للمدين المفلس أن يوكل في نكاحه بشرط اعطائها مهر المثل وعند الحنابلة لايجوز أن يوكل المدين المفلس في النكاح الا إذا كان المهر ليس من اعيان

---

[١] ابن قدامة، ابو محمد عبد الله بن احمد، المغني، ج ٥، مطبعة الأمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس، تحقيق الزيني، ص ٥١.
[٢] البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع على متن الأقناع، ج ٣، نشر مكتبة النصر الحديثة في الرياض - السعودية، ص ٤٦٢.
[٣] شمس الدين محمد بن شهاب الدين، للرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٥، مطبعة الباني الحلبي،١٩٣٨، ص ١٥.
[٤] شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج ٢٤، مصدر سابق، ص١٥٧.
[٥] الحطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، طبع ونشر مكتبة النجاح في طرابلس -ليبا، ص ١٣١.
[٦] ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٧٢-٧٣.
[٧] الطوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن علي، المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، نشر مكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، ص ٣٤٤.
[٨] احمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج ٥، مطبعة السنة المحمدية ١٩٤٩، ص ٥٧.
[٩] تحفة المحتاج، ج ٥، ص١٢٤.

ماله إلا بأجازة الغرماء وعند الصاحبين يجوز للمفلس أن يوكل في نكاحه بشرط اعطاء الزوجة مهر المثل اما على رأي ابي حنيفه وهو رأي الظاهرية فتجوز وكالة المفلس في جميع تصرفاته سواء كانت ماليه وغير مالية [١].

وأيضاً يصح للمرأة أنّ توكل الغير في مباشرة عقد زواجها وتكون وكيله عن غيرها في مباشرة عقد الزواج وهذا عند الاحناف [٢]، والامامية كما وضحناه سابقا أما فقهاء الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة [٣]، لا يصح التوكيل من الصبي مطلقا لأنه عندهم لا يصح له مباشرة أي تصرف، كما لا يصح عندهم للمرأة ان توكل امرأة أخرى في ابرام عقد زواجها. ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك. فلو لاحظنا عقد ام سلمه انها اعطت الأذن لابنها على اختلاف طرق الرواية نجد بأنه من الممكن أن تجري العقد لنفسها مع النبي محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) لكنها ارتأت بأن يجريه ولدها الصبي المميز.

"استنادا إلى المبدأ القانوني من الفقره الأولى من المادة (٩٣٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي بينت من خلال نصها الشروط الواجب توافرها في الموكل وهي ١-يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به فلا يصح توكيل المجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا محضا ولو اذن به الولي ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا اذن من وليه وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر أن كان ماذونا فان كان محجورا ينعقد موقوفا على اذن وليه".

من خلال هذا النص يتضح لنا بأن القانون متفق مع ماذهب إليه الفقهاء وخاصه الفقه الحنفي.

"وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (٤٦) من القانون المدني العراقي "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ١٤٤-١٤٥.
[٢] ابن قدامه، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٨٨.
[٣] عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج٣، ط الثانية، الناشردار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ص ٢٣٦، محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج ٢، مصدر سابق ص٢١٧، ابو إسحاق أبراهيم المهذب، ج١، مصدر سابق ص٣٤٩.

عليه طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية العاقل هو من يستقيم كلامه وتصرفاته أما المجنون هو عكس ذلك وعليه إذا أكمل الرجل والمرأة الثامنة عشر من العمر يصبح كل واحد منهما حرا في نفسه وله حق التوكيل في ابرام عقد الزواج سواء رضي الولي ام لم يرضى.

ولم ينص القانون المدني العراقي بشأن تصرف السكران على شيء والظاهر انه لا تصح تصرفاته والذي يؤيد ذلك نص المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يوقع طلاق السكران حيث جاء في النص السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض لا يقع طلاقهم.

وعليه وفقا لهذا النص لا يصح توكيلهم فيه والقانون متفق مع الامامية ورواية عند الحنابلة، وكذلك فيما يخص وكالة الزواج حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية مايشترط في اهلية الزواج العقل والبلوغ.

وبما أن السكران لايعقل فلا يجوز له تولي عقد الزواج وهو سكران وعليه لاتصح وكالته فيه.

أما القوانين العربية المقارنة فالقانون المدني المصري قد اشار في المادة (٧٠٠) [١]، والتي تضمنت في فحواها على وجوب ان تتوفر في الوكالة الشكل اللازم الذي يتطلبة العمل القانوني مالم يوجد نص آخر يقضي بغير ذلك، فالملاحظ ان القانون لم ينص على شروط الموكل عند معالجته لموضوع الوكالة فيرجع في ذلك الى القواعد العامة وهي متفقه عموما مع القانون العراقي.

في حين نص المشرع الاماراتي في المادة (٩٢٥) [٢]من قانون المعاملات المدنية، التي جاء في مضمونها لا تصح الوكالة الابوجود العاقدان أي الموكل وقد اشترط بأن يكون الموكل مالكا لحق التصرف بنفسه حتى يتمكن من توكيل شخص غيره والافلا يجوز له التوكيل.

---

[١] المادة (٧٠٠) نصت "يجب أن تتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[٢] المادة (٩٢٥) من قانون المعاملات المدنية تنص "يشترط لصحة الوكالة ١-ان يكون الموكل مالكا حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه".

اما القانون القطري فقد اشار الى اركان الوكالة وشروطها في المادة (٧١٧) [١]، منه والتي جاء في مضمونها ان الوكالة كأي عقد يلزم لصحتها ان يكون الموكل ممتع بالاهلية اللازمة لمباشرة التصرفات، اي يكون الموكل مالكا لحق التصرف بنفسه حتى يتمكن من توكيل غيره.

ثانياً/الركن الثاني: الوكيل

الوكيل هو الطرف الثاني في عقد الوكالة واهم عناصرها وهو المعهود إليه تنفيذ عقد الوكالة، أي هو الشخص الذي ينوب عن الموكل في القيام بأجراء التصرفات المنوطة به من قبل الموكل بموجب عقد الوكالة. ولا بد من توافر عدة شروط في الوكيل وهي أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه، اي يشترط فيه العقل وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء فلا يصح توكيل المجنون ومن في حكمه كالمعتوه وذو الغفلة والنائم لأن تصرفاتهم لنفسهم لا تنفذ فبطلان تصرفاتهم فيما وكلو فيه أولى، وكذلك لا يصح توكيل الصبي الغير مميز لأن تصرفاته لنفسه باطلة كذلك تبطل تصرفات ماوكل فيه فالمجنون ومن في حكمه ليس لديهما العقل الذي يميزان به النافع ليعملانه والضار ليجتنباه[٢].

أما الشرط الثاني وهو البلوغ قد عرفنا من شروط اهلية الوكيل العقل، وهنا السؤال الذي يطرح نفسه هل البلوغ من الشروط التي بها تتحقق اهلية الوكيل، اي هل يجوز توكيل الصبي المميز؟.

قد اختلف الفقهاء في صحة هذا التوكيل حيث ذهب الحنفية [٣] إلى صحة توكيل الصبي المميز سواء اذن له وليه او لم ياذن له قد استدلوا على قولهم هذا بما رواه احمد عن ام سلمة "ان الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) –عندما خطبها قالت له: ليس لي أحد من اوليائي شاهدا،فقال – الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) – ليس احد من اوليائك شاهد ولاغائب يكره ذلك،فقالت لابنها: اذن ياعمر قم فزوج رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) فزوجه" [٤]، وكان عمر حين العقد صبيا

---

[١] المادة (٧١٧) من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ تنص "يلزم لصحة الوكالة ان يكون الموكل اهلا لاداء العمل محل الوكالة".

[٢] محمد بن علي السبهين، الوكالة في الفقة الاسلامي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، جامعة القرى/مكة المكرمة، ص٣٣.

[٣] عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الانهر في شرح ملتقى الإبحار، ج ٢، دار احياء التراث العربي، ص ٢٢٢.

[٤] سند الأمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج ٦، طبعة ١٣١٣، ص ٢٩٥.

ولأن العقل هو شرط من شروط صحة التصرفات الشرعية، والصبي المميز عاقل وتصرفه صحيح وعليه يصح توكيله في جميع التصرفات سواء كانت ماليه أو غير مالية ولو بغير أذن وليه.

في حين ذهب الحنابلة إلى صحة توكيل الصبي المميز في حال أذن له وليه في التصرفات التي لايشترط لها البلوغ ومنها قبول عقد النكاح، واما مايشترط فيه البلوغ كايجاب النكاح فلا يصح فيه توكيله، واما فيما يخص الطلاق فاذا كان يعقله فإنه يصح توكيله فيه من غير أذن وليه[١].

وذهب المالكية والشافعية والامامية والظاهرية إلى أن وكالة الصبي المميز لا تصح، وذلك لأن البلوغ هو شرط لصحة التصرفات ولم يتحقق في الصبي[٢].

ترجح الباحثة: ما ذهب إليه الحنابلة بجواز توكيل الصبي المميز المأذون، وذلك لأن الوكالة الصبي المميز خاصة إذا كان التصرف من التصرفات النافعة وكالته هنا تكون تدريبا له على التصرف أما إذا كان التصرف ضار فيكون العقد باطل

ولا يكفي لتحقق اهلية الوكيل أن يكون عاقلا بل يجب أن يكون رشيداً [٣]، وكالة السفيه بأذن وليه لاخلاف في جوازها لكن اختلف الفقهاء في حكم جواز وكالة السفيه بغير اذن وليه ذهب فقهاء الجمهور بشأن وكالة السفيه في النكاح قياسا على صحة نكاح السفيه بنفسه من عدمه إذ ذهب الاحناف والحنابلة في احدى الروايتين الى صحة نكاح السفيه سواء اذن له وليه ام لم يأذن له، فذهب إلى جواز نكاح السفيه من غير اذن وليه لانه عقد غير مالي كما يقول ابن قدامة فيصح من السفيه كصحة طلاقه وخلعه.

وعليه فأن وكالة السفيه في نكاحه صحيحة وأن لم يأذن الولي حسب رأي هذا الفقه، اما الشافعية والمالكية وابو الخطاب من الحنابلة والامامية ذهب إلى القول بأن نكاح السفيه لايصح الابأذن وليه لأن تصرف النكاح فيه مال فلا يصح الا بأذن من الولي، وعليه فان وكالة السفيه في نكاحه حسب هذا

---

[١] المنصور البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، مصدر سابق، ص ٤٦٣.
[٢] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ١٥٩.
[٣] الرشد هو "حسن التصرف في المال، السفه هو صفه تعتري الإنسان فتبعثه على العمل خلاف موجب الشرع"، ينظر:-

الرأي لاتصح من دون اذن وليه، أما الحنفي والظاهرية لا يجوزون الحجر على السفيه فتصح تصرفاته سواء كانت ماليه أو غير مالية وفقا لذلك تصح وكالة السفيه مطلقاً[١].

أما فيما يخص شروط الذكورية: فكما هو معلوم أنّ الشريعة الاسلامية لم تفرق بين الرجل والمراة سواء في الحقوق أم الواجبات الشريعة، فالشريعة جعلت للمراة ذمة مالية مستقلة إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة فلها الحق في مباشرة العقود سواء لها او عليها و كان تكريمها هذا محل اعجاب كل المفكرين لكن بعض الفقهاء قد اشترطت شرط الذكورية في بعض التصرفات ومنها عقد الزواج حيث ذهب فقهاء الجمهور من الحنفي[٢]، من الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى عدم جواز توكيل المرأة في عقد الزواج مطلقا لأنها لا تملك مباشرته لنفسها، من دون اذن وليها، فاولى أن لا تكون وكيله عن غيرها فيه اما الحنفية ذهب إلى صحة توكيل المرأة في عقد الزواج أي يجوز لها أن تتوكل عن غيرها في عقد الزواج قياساً على جواز زواج المرأة نفسها لأن من جاز له تصرف جاز أن يتوكل فيه لغيره[٣].

والامامية كذلك ذهب إلى أن المرأة تملك مباشرة عقد الزواج لنفسها وعليه تملك مباشرة هذا العقد لغيرها أي يصح ان توكل فيه[٤].

والواقع أنّ رأي الفقه الحنفي والامامية هو الأولى بالقبول هنا لأنها عندهم تملك حق مباشرة زواجها لنفسها وعليه تملك التوكيل والتوكل فيه وذلك لأن المرأة في الوقت الحاضر تختلف عن المرأة سابقا وعليه لايلزم تقيدها بالولي لأنها بالغة عاقله مدركة بأتخاذ قراراتها فهي في هذا الوقت صاحبة المجتمع.

وفيما يخص شروط الإسلام فقد يرى جمهور الفقهاء[٥]، ضرورة اشتراط إسلام الوكيل في التصرفات التي لا يجوز مباشرتها من غير مسلم كأنكاح المرأة المسلمة.

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص١٦٠-١٦١.
[٢] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٣، مصدر سابق، ص٢٣١.
[٣] أبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدار المختار في شرح تنوير الابصار، ج ٣، ط ٢، ١٩٩٢، دار الفكر، بيروت، ص٥٥.
[٤] تذكرة الفقهاء، ج ٢، مصدر سابق، ص ١١٦.
[٥] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص٢٠، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢١٥، ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٠٢.

يتضح لنا من ذلك ان من لايصح تصرفه في شي يختص به بنفسه فغالبا ليس له ان يتوكل فيه عن غيره والقصد من غالبا لأن هذه القاعدة قد خرج منها صور وهي:

المرأة لا تملك طلاق نفسها ولا طلاق غيرها لكن استثناء إذا وكلها زوجها في طلاق نفسها اووكلها شخص زوجها اوغيره في طلاق غيرها صح التوكيل.

وأيضاً يجوز للشخص أن يتوكل عن غيره في قبول نكاح اخته اوعمته لذلك الغير مع أنهن من المحرمات عليه وممنوع قبول نكاح الأخت والعمة لنفسه وايضاً فيما يخص الحر الذي له القدرة على نكاح الحرة ولايخاف العنت لايجوز له نكاح الأمة لكن مع ذلك يصح له أن يتوكل في قبول نكاح الأمة للعبد أو الحر الذي لا يجد مهر الحرة ويخاف على نفسه من العنت [١].

اما على الصعيد القانوني: فنجد ان التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي قد اشترطت في الوكيل أن يكون عاقل مميز ولا يشترط أن يكون بالغ يصح ان يكون وكيلا مميزا وان لم يكن ماذون وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٩٣٠) "يشترط في الوكيل أن يكون عاقلا مميزا ولا يشترط أن يكون بالغا فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلا وأن لم يكن ماذونا" فالقانون قد أخذ براي المذهب الحنفي لكن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في نص المادة ٥١ فقرة الأولى نصت "ويحضر الخصوم بأنفسهم أو بمن يوكلونه عنهم من ازواجهم واصهارهم واقاربهم حتى الدرجة الرابعة وذلك في الدعاوي الصلحية والشرعية وفي دعاوي الاحوال الشخصية"، فقانون المرافعات قد حصر الوكالة بالخصومة في طائفتين من الناس وهما المحامين والاقارب الى الدرجة الرابعة وذلك في الدعاوي الصلحية والشرعية ودعاوي الاحوال الشخصية.

أما فيما يخص القانون المدني المصري فلم ينص على شروط الوكيل وانما يرجع في ذلك الى القواعد العامة حيث نجد فيها ان مناط اهلية الوكيل هو التمييز[٢]، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٧٤ من المشروع التمهيدي للقانون على اهلية الوكيل بقولها "أما الوكيل فيكتفي فيه ان يكون قادراً على التميز لكن إذا كان ناقص الاهلية كان مسؤولا قبل الموكل بالقدر الذي يمكن أن تتحقق مسؤوليته على الرغم من نقص اهليته".

---

[١] محمد بن علي السبهين، الوكالة في الفقة الاسلامي، مصدر سابق، ص ٣٥.

[٢] المقصود بهذه الاهلية هي اهلية الأداء، اي قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية لذلك كان مناط هذه الاهلية التميز والارادة، ينظر: بكر محمد أحمد، التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون في باسيوط، المجلد الرابع، العدد ١٩، ٢٠٠٧، دار المنضومة، ٢٠٢٠، ص ٣٠٧.

ويتبين من ذلك أنّه إذا كانت أهلية التصرّف القانوني محلّ الوكالة؛ يجب أن تتوافر في الموكّل، فإنّه لا يجب توافرها في الوكيل؛ لأنّ أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه هو، بل ينصرف إلى الموكّل؛ هذا إذا كان الوكيل يعمل باسم الموكّل.

في حين نص المشرع الاماراتي على اركان وشروط الوكيل في المادة (٩٢٥) [١]، والتي جاء في مضمونها يشترط في الوكيل أن يكون غير ممنوع من القيام بالتصرفات الموكول بها.

اما القانون القطري فعند الاشارة إلى اركان الوكالة وشروطها لم نرى فيها نص يشير إلى الشروط الواجب توافرها في الوكيل وعليه يجب الرجوع إلى القواعد العامة.

الفرع الثاني

الصيغة ومحل الموكل فيه

عقد الوكالة كغيره من العقود الثنائية الاطراف، لابد فيها من التراضي – والمحل – والسبب والتراضي ركن من أركان عقد الوكالة، ويتضمن عنصري الإيجاب والقبول، اللذين يصدران من العاقدين، فيرتبط أحدهما بالآخر فيتحقق عقد الوكالة وكل عقد بل إضافة إلى وجود العاقدين لابد من وجود الصيغة، ومعقود عليه، يتطلب منا البحث في هذا الفرع تقسيمه على جانبين: الأول نتطرق فيه لركن الصيغة وشروط تحققها، والثاني نتطرق فيه الى محل الموكل فيه وشروط.

أولاً: الصيغة الإيجاب والقبول:

الصيغة:– هي الالفاظ والعبارات التي يتركب منها العقد أي العبارات المتقابلة التي تدل على اتفاق الطرفين وتراضيهما على إنشاء العقد ويعبرعنها بالايجاب والقبول فالايجاب يكون من الموكل كأن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا والقبول يكون من الوكيل كأن يقول قبلت وعلى ذلك قد عرفها الفقهاء والمحدثين بقوله: ما يكون به العقد من قول أو كتابة أو اشارة أو تبيينا لارادة العاقدين وكشفا عن كلامه النفسي[٢]، وهذا ماقد ذهب اليه فقهاء الحنفية بأن أركان الوكالة متمثله بأثنين هماالإيجاب والقبول

---

[١] المادة (٩٢٥) من قانون دولة الامارات تنص "ب ان يكون الوكيل غير ممنوع من التصرفات فيما وكل به".
[٢] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٠.

فقط[١]، ويعبر بهما عن التراضي الذي هو ركن في عقد الوكالة كسائر العقود الأخرى وجب ان يرضي بها كل من الموكل والوكيل.

إنّ الوكالة تنعقد وتصح بكل مادل عليها في العرف، إذ لا يشترط لأنعقادها لفظاً مخصوصاً، فالمعنى المتبادر هنا يمكن أن تكون الرسالة طرفا في العقد من قبل الموكل للوكيل لكن هنا يرد السؤال هل تكون معتبرة؟

تختلف الوكالة عن الرسالة التي هي تبليغ أحد كلام الآخر لغيره من دون أن يكون له دخل في التصرف، الرسالة موضوعه لغرض نقل العبارة وايصال كلام المرسل إلى المرسل اليه.

وبناءً على ذلك ليست الرسالة من قبيل الوكالة، ومن أهم الفروق بين الرسالة والوكالة في الرسالة الرسول ملزم بإضافة العقد إلى مرسله، بأن يقول: إنّي مرسل، وأني بعتك هذا المال بكذا اما في الوكالة الوكيل مخير بإضافة العقد أن شاء اضافة إلى موكله وأن شاء اضافة إلى نفسه.

وان حقوق العقد في الوكالة تعود إلى الوكيل، لأنه مباشر العقد، اما في الرسالة فلا تعود للرسول حقوق العقد وذلك لأنه مبلغ لمباشرة العقد، بل تعود جميعها للمرسل، لأنه هو المباشر له[٢].

وعليه تنعقد الوكالة بالايجاب الصادر من الموكل والقبول الصادر من الوكيل، حيث يشترط في الصيغة ان تكون بالايجاب والقبول وهي التي تعبر عن التراضي ويمكن أن يكون ذلك بكل مايفهم منه إذ المراد بالموافقة على عقد الوكالة سواء كان لفظاً ام سكوتاً ام اشارة ام كتابة وهذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والحنابلة[٥]، خلافا للشافعية[٦]، يشترطون في الإيجاب الالفاظ الصريحة او المقصودة في التوكيل ولا يشترط القبول من الوكيل لفظاً.

---

(١) ايناس مكي عبد، الوكالة في الزواج والطلاق - دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإسلامية، المجلد ٢٧، العدد ٢، ٢٠١٩، ص ٢٧.

(٢) د. هيثم حميد عبد الامير، د. أحمد جبار عبد، فلسفة عقد وكالة النكاح دراسة فقهية تفسيرية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية/جامعة ذي قار، الملجد ٨، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٥١٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٩٠.

(٥) ابن قدامه، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، مصدر سابق، ص٢٤١.

والتوكيل في عقد الزواج لا يشترط فيه أن يكون مكتوبا في نموذج معين كما هو الشأن بالنسبة لتوكيل في عقد البيع والشراء والخصومة، بل يصح بالعبارة او الكتابة ولا تتوقف صحته على الاشهاد عليه بل يجوز من دون شهود لانه ليس جزءا من عقد الزواج المشترط فيه الاشهاد لكن يكون الاشهاد عليه مستحسنا حتى لايكون عرضة للانكار لأن لا تشترط الشهادة على التوكيل في الزواج وقت صدوره وانما يستحين ان يشهد الوكيل على ان فلانا قد وكله في مباشرة عقد زواجه على فلانه وذلك كما قلنا للاحتياط خوفا من الجحود عند النزاع [١].

ويشترط الشافعية بالاصح عندهم بأن تكون الوكالة منجزه أي لاتكون معلقة على شرط ولامضافة الى وقت كقول الوكيل وكلتك ببيع الدار الفلانية، فهنا الوكالة منجزة صيغتها لانها لم تعلق على شرط ولا مضافة الى وقت على خلاف ماذهب إليه الحنفي[٢]، والحنابلة[٣]، لم يشترطوا التنجيز بل يمكن أن تكون الوكالة معلقه كقول الموكل للوكيل إذا طلب اهلي منك شيئا فادفعه اليهم، اما المالكية[٤]، في قول لهم يشترط بأن قبول الوكالة يكون على الفور فلا يصح تراخي القبول عن الإيجاب بالزمن الطويل خلافا لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية والزيدية الذين يقولون بجواز تراخي القبول عن الإيجاب كقول الموكل للوكيل: وكلتك ببيع البيت، فيسكت الوكيل،وبعد يومين يقول قبلت التوكيل فيصح توكيله [٥].

وقد اتفق الفقهاء على أنّ عقد الوكالة ينعقد بالإيجاب والقبول وذلك باللفظ الذي يدل على ذلك ومايقوم مقام هذا اللفظ والايجاب هو الكلام الذي يصدر من أحد العاقدين أي الموكل دالا على ارادته في إنشاء العقد، اي يكون بكل لفظ يدل على الأذن والتوكيل فيما وكل فيه.

حيث جعل فقهاء المسلمون التوكيل في لفظين من الفاظ الطلاق هما "طلقي نفسك" والأمر باليد " كأن يقول الزوج الموكل لآخر أي الوكيل: وكلتك بطلاق زوجتي فلانه، فطلقها، فاذ قبل الوكيل الوكالة

---

[١] د. عبد الحليم محمد حسين، الوكالة في الشريعة الاسلامية، سلسلة ٢٣ اصدارات المجمع، القاهرة - مدينه نصر - الحي العاشر، ص ٢٥٠.
[٢] الكاساني، بدائع صنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص٢٠.
[٣] المرداوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٥، ط ٢، دار أحياء التراث العربي، ص ٣٥٥.
[٤] الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٧٤.
[٥] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص١٨٢.

ثم قال لزوجة موكله أنت طالق، أو طلقت زوجة موكلي وقع الطلاق او يجعل الطلاق لزوجته نفسها، كأن يقول لها امرك بيدك توكيلا، أو وكلتك بطلاق نفسك، أو اختاري نفسك هذا تفويض للزوجه حق طلاق نفسها[١].

ويجب أن تكون الوكالة في الطلاق برضا الموكل وليس مكرها على التوكيل في الطلاق، اذا اكره السلطان رجلا ليوكله بطلاق امراته، فقال: الرجل مخاف الحبس او الضرب، انت وكيلي فطلق الوكيل امراته، فقال الزوج لم ارد بقولي أنت وكيلي في الطلاق لا يصدق وتطلق امراته، لأن كلام الزوج قد خرج جوابا لكلام السلطان وكلني بطلاق امراتك وهذا ماقاله أبو حنيفة [٢].

أما الفاظ وكالة الزواج كأن يقول وكيل الزوجة زوجت نفس موكلتي فلانة بنت فلان إلى نفس موكلك فلان ابن فلان، ويقول وكيل الزوج قبلت تزويج نفس موكلتك فلانة بنت فلان من نفس موكلي فلان بن فلان، ويقاس على ذلك.

الأصل في عقد الزواج أن يقع بألفاظ صحيحة دالة على المقصود كغيره من العقود، فينعقد الزواج بالإيجاب والقبول ويجب أن يكون لفظهما بصيغة الماضي أو أحدهما للماضي والثاني للمضارع الدال على الحال، وعند الجعفرية ينبغي أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الماضي فقط[٣].

وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي ان يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال.

واوضحنا أنّ صيغة الوكالة تتكون من الإيجاب والقبول، إذ يتمثل الإيجاب وفقا للقانون بعدة صور وقد بينا بعض الصور التي تصح أن تكون ايجابا للتوكيل كالأذن والامر مع وجود قرينه تفيد ارادة التوكيل ومع اعتبار الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، لكن مع عدم اعتبار الإرسال توكيلاً وهذا ماقد جاء به القانون المدني العراقي في نص المادة (٩٢٨) الأذن والأمر يعتبران توكيلاً إذ دلت القرينه عليه، والاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، اما الرسالة فلا تعتبر توكيلاً.

---

[١] استاذنا د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ١٠٦-١٠٧.
[٢] د. عبد الحليم محمد حسين، الوكالة في الشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص ٢٧٤.
[٣] حسين على الاعظمي، احكام الزواج، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٤٨ – ١٩٤٩، ص ١٧.

أما القبول فيتمثل بعدة صور منها مباشرة التصرف من قبل الوكيل، أو أن يقوم الوكيل بعرض خدماته ومنها أن تكون الوكالة داخله في مهنة الوكيل فأن توكيله يُعد مقبولا مالم يرد الوكالة في الحال وذلك صريح في المادة من القانون المدني العراقي (٩٢٩) ونصها ١ – تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها. لكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك. ٢ – وإذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل أو كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ولم يرد الوكالة في الحال عدت مقبولة..

وعليه فأن المحامي يكون قابلاً للوكالة من موكله مالم يرد الوكالة حالاً وذلك لأن المحامي ممن يعرض خدماته فيكون قبوله حاصلا بداهه.

يتضح لنا بأن الشروط الخاصة بالصيغة تتمثل ضمن حدود الصورة الخاصة بكل من الإيجاب والقبول، فلو تخلف صورة من تلك الصور أي في حالة عدم وجود قرينه تدل على وجود الأذن بالايجاب الصادر من الموكل او تمثل الإيجاب بارسال رسالة للوكيل فان كل ذلك لا يعد ايجابا لتخلف شرط صحة الإيجاب، وكذلك بالنسبة للقبول.

لكن الملاحظ بأن المشرع العراقي قد سكت عن صدور الإيجاب والقبول في الوكالة ويفهم من هذا السكوت هو اكتفاء المشرع بما جاء من قواعد العامة في صيغ العقد عند معالجته مسالة العقد كمصدر من مصادر الالتزام، وكما أشرنا له سابقا.

لم يعالج المشرع المصري مسالة صيغة عقد الوكالة ويتم ارجاع ذلك إلى ماذكرته القواعد العامة في القانون المدني[١]، وكذلك لم يتعرض المشرع المصري لمسألة القبول بالوكالة، إلاّ أنّ المحاكم المصرية قد ذهبت في احكامها إلى جواز أن يكون التوكيل ضمنياً[٢].

وكما جاء في مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري المادة (٩٧٣) من مشروع القانون نصت على انه لا يجوز ان يكون قبول الوكيل ضمنيا كما لو قام بتنفيذ الوكالة ٢- وتعود الوكالة مقبولة إذا تعلقت باعمال تدخل في مهنة الوكيل أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها هذا مالم يرد الوكالة في الحال، وفقا لما جاء به المشرع بأن يكون قبول الوكالة ضمنيا وأنّ قيام الوكيل بتنفيذ الموكل فيه يعُد قبولا ضمنيا لكن تم حذف هذا النص وذلك لاكتفاء المشرع بالقواعد العامة الواردة في القانون[٣].

ثالثاً/الركن الثالث: الموكل فيه:

هو التصرف او الشيء الماذون فيه من الموكل للوكيل بمقتضى عقد الوكالة، كاابرام عقد الزواج وايقاع الطلاق وغير ذلك، حيث يشترط فيه ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أنّ يكون الموكل وقت التوكيل مالكا لما يريد التوكيل فيه، فلو قال الموكل للوكيل وكلتك في طلاق فلانة إذا تزوجتها، او كوكالة الوكيل فيقول وكلتك في تزويج ابنتي إذا طلقها زوجها وانتهت من عدتها.

---

(١) "فالاركان هي التراضي والمحل والسبب، اما عن التراضي هو الذي يقوم بما يدل عليه من تطابق الإيجاب مع القبول صراحة او ضمننا أي بكل مايدل عليه كقيام الوكيل يتنفيذ عقد الوكالة اومن السكوت"، انظر: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج ٧، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ط١، ١٩٨٩، ص ٤٩١-٥٠٨.
"لكن يجب لرضا الموكل أن يسبق عمل الوكيل والا في هذه الحالة سوف نكون امام فضالة الفضالة في اللغة مشتقة من الفضول هومن يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه من الأمور المعجم الوسيط/فضل والفضة لي في اصطلاح الفقهاء هو من يباشر التصرف لغيره دون أن تكون له صفة في هذه المباشرة كمن يبيع مال غيره دون ان تكون له ولاية عليه الوكالة عنه"، انظر:المغني، ج ٤، ص ١٥٥، ويجب التراضي على التصرف القانوني المطلوب القيام به وعلى كل من ماهيه العقد والاجر المتفق عليه الذي يتقاضاه الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر،الانه يجب مراعاة جواز عدم الاتفاق على الاجر، ومع ذلك يفهم من القرائن والضروف الخاصة مثل مهنة الوكيل مما يجعلها وكالة بأجر وهنا القضاء يتولى تقدير الاجر، انظر د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق،ص ٩٤٣.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٣٦٣.

(٣) نص المشرع المصري على هذه القواعد في المادة ٩٠ من القانون المدني المصري رقم١٣٣لسنة ١٩٤٨ والتي نصت على ١- التعبير عن الارادة يكون بالفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا. ٢- يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا.
ينظر:- م.د ثامر نجم عبدالله العكيدي، مشروعية عقد الوكالة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ١، ج ٢٠٢٠، ص ٢٠٢.

فهنا الموكل اناب الوكيل في فعل تلك الأشياء التي ذكرناها، والموكل ليس له حق وقت التوكيل بالتصرف فيها لأنه لايقدر على التصرف فيها بنفسه وقت التوكيل وعليه لايجوز له التوكيل فيها أي

لا يجوز له أن يأذن لأحد في شيء لم يملك هو التصرف بنفسه فيه هذا في حال إذا افراد مالا يملكه بالتوكيل، اما إذا كان التوكيل فيما سيملكه تابعا لما يملكه وقت التوكيل، كقول الموكل: وكلتك في بيع داري وشراء دار فلان بثمنها وتأجيرها، فأن ذلك جائز لان التوكيل فيما سيملكه الموكل وقت التوكيل مبني على التوكيل فيما يملكه عليه يجوز التوكيل فيه تبعا لما بني عليه[١].

الشرط الثاني: إنّ يكون الموكل فيه معلوما أي غير مجهول لكن إذا كانت الجهالة قليلة بحيث علم الموكل فيه فإنه يجوز توكيل وذلك لان الجهالة اليسيرة مغتفرة في الوكالة يكفي فيها علم الموكل فيه من وجهه يقلل معه الغرر فلو قال الموكل: وكلتك في بيع اموالي وقبض ديوني مع مطالبة من اعتدى على املاكي برفع يده عنها، صح التوكيل لأن هذه الجهالة يسيرة أي يعرف الموكل امواله وديونه ومن اعتدى على املاكة، لكن إذا كانت الجهالة كثيرة فإنه لا يصح التوكيل لكثره الغرور وماقد يترتب عليه من الضرر فلو قال الموكل: وكلتك في كل اموري، فهنا قد يتصرف الوكيل بوكالته المطلقة بتصرفات لم يفكر الموكل في فعلها كطلاق زوجته، وكذلك لوقال الموكل: وكلتك في ان تزوج لي امرأة،فان هذا التوكيل لايصح بل لابد من ذكر المرأة التي يريد ان يتزوجها ألا في حال تفويض الأمر الى الوكيل فقال له:تزوج لي امرأة وقد اذنت لك في اختيار من شئت من النساء لتكون زوجة لي [٢].

الشرط الثالث: إن يكون الموكل فيه قابل للنايبة شرعا وهو كل ماتصح فيه النيابة من العقود كالبيع والشراء، والنكاح والعبادات غير المحضة، كالحج والزكاة، والكفارات، ولاتصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالطهارة والصلاة من الحدث لأن مقصود منها الاختبار والابتلاء وذلك لايحصل بالتوكيل، ولايصح التوكيل باليمين لأن المقصود منها اظهار صدق الحالف وتعتمد على الاجلال والتعظيم والعبودية لله تعالى[٣].

لبيان هذا الشرط بالتفصيل سنتكلم على مايصح التوكيل فيه ومالايصح التوكيل فيه من الأحوال الشخصية وتشمل مايصح التوكيل فيه ومالايصح من الأمور التالية:

---

[١] محمد بن علي السبهين، الوكالة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٤٧.
[٢] محمد بن علي السبهين، الوكالة في الفقة الاسلامي، مصدر سابق، ص ٤٨.
[٣] أبن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٦٣.

أ- يصح التوكيل بأيجاب النكاح وقبوله بأتفاق العلماء فيقول الموكل لوكيله، وكلتك في تزويج ابنتي فلانة على فلان، او يقول وكلتك في قبول نكاح فلانة، فيصح التوكيل وينفذ تصرف الوكيل.

ب- يصح التوكيل في الطلاق والخلع فيقول الموكل لوكيله: وكلتك في طلاق زوجتي فلانة طلقه واحدة، او يقول وكلتك فخالع زوجتي فلانة أن ابرئتني من الديون التي في ذمتي لها، فطلقها، أو يوكل الزوج زوجته في الطلاق فيقول وكلتك في طلاق نفسك، او يقول إن تنازلت لي عن مافي ذمتي لك فقد وكلتك في طلاق نفسك [١]، ويكون التوكيل في الخلع أما من الزوج لغيره اومن الزوجة لغيرها على أن يتولى طرفا واحد الخلع عن الزوج والزوجة بالوكالة.

ج- لا يصح التوكيل في اللعان ولافي الايلاء لأن اللعان والايلاء ايمان واليمين من الأمور التي تتعلق بالحالف وتتوجه إليه دون سواه وعليه لايصح التوكيل فيها ولايصح وينفذ تصرف الوكيل[٢].

د- الظهار اختلف في صحة التوكيل فيه على قولين.

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ذهب الى عدم صحة التوكيل في الظهار[٣]، لأنه منكر من القول وزور، وفيه معنى اليمين لان المظاهر يأخذ على نفسه عهدا بتحريم زوجته عليه.

القول الثاني: يذهب إلى صحة التوكيل فيه، فيقول الموكل لوكيله وكلتك على ظهار زوجتي فلانة، فيقول لها الوكيل: أنت على موكلي كظهر امه [٤].

---

[١] الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، مصدر سابق، ص ١٥٦، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٤، مصدر سابق، ص١٨، البهوتي، كشاف الأقناع على متن الأقناع، ج ٥، مصدر سابق، ص ٢١٢.

[٢] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٣٩، الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص٢٣٧، ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص.٦٦

[٣] الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، مصدر سابق، ص ١٦١، عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ٦، ص٣٦٥، الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٣٧، ابراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج ٤، ط ١، ١٤١٨-١٩٩٧، الناشر دار الكتب العلمية بيروت -لبنان، ص ٣٢٧.

[٤] القاضي قيس الحسناوي، طلاق الوكالة، ط ١، ١٤٤٤-٢٠٢٢، ص ٤٦.

لكن بعض هذه الحقوق التي يصح التوكيل فيها لا يصح للوكيل أنّ يسندها لنفسه بل لا بد من اسنادها الى الموكل ومن العقود التي لايصح اسنادها الى الموكل، كالزواج فان الوكيل لابد ان يقول قبلت الزواج من موكلي أو زوجت فلانة موكلتي، فاذا قال قبلت الزواج ولم يصفه، أو قال قبلت الزواج لنفسي فإنه ينعقد له لا لموكله، خلاف إذا كان وكيلا في الطلب فاذا اضافه إلى نفسه فإنه يصح أي يقول امرأة فلان طالق، اما إذا قال امراتي طالق فانها تطلق إذ ليس معنى الاضافة إلى نفسه ان يقول امراتي بل معناها ان يسند طلاق امرأة موكله الى نفسه ولايشترط أن يقول فلان وكلني في ان اطلق امراته [1].

اما على الصعيد القانوني:

"يشترط القانون المدني العراقي في الموكل فيه أن يكون مملوكا للموكل وذلك وفقا لنص المادة (٩٠) الفقره الأولى نصت يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكله به ويشترط في الموكل فيه ان يكون معلوما وما يؤكد ذلك نص المادة (٩٢٧) على انه الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، فالمراد بالعمومية هي معلومية الموكل فيه وذلك لكفاية دفع الجهالة الفاحشة ونفيها،ونصت المادة (١٢٨١) – يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. ٢ – على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر. ٣– فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل".

على انه قد جاء في نص المادة (١٢٩) من القانون العراقي مايلي ١– "يجوز ان يكون محل الإلتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعينا نافيا للجهالة والضرر".

يفهم من خلال هذا النص بأنه يقتضي جواز التوكيل بما لأيملكه الموكل حين التوكيل وقت إنشاء العقد إذا تم تعينه تعينا نافيا للجهالة.

---

[1] د. عبد الحليم محمد حسين، الوكالة في الشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص ١٠٨-١٠٩.

ويشترط في الموكل به أن يكون قابلا للنيابة هذا وفقا لما جاء في المادة (١٢٦) لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، بما ان حكم الوكالة هو نيابة الوكيل عن موكله في التصرف بشرط أن يكون الموكل فيه قابلا للنيابة كالبيع والزواج والطلاق وذلك حسب نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية المعدل ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفا – من أحد العاقدين، وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه، من خلال ذلك نرى بأن القانون المدني العراقي وقانون الاحوال الشخصية العراقي يتفق عموما مع ماذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية ألا أن هنالك مسألتين ينبغي الاشارة اليهما.

الأولى: إنّ إجازة كون محل العقد بين الموكل والوكيل معدوم حين التعاقد كما فهمناه من المادة (١٢٩) يخالف رأي جمهور الفقهاء من اشتراطهم كون التصرف مملوك للموكل حين التوكيل لاحين التصرف لذلك كان ينبغي على القانون أن يأخذ به.

الثانية: الفقرة الأولى من المادة (١٣٠) المنع فيها يختلف عن المنع الشرعي فإنه لا يتفق معه في بعض الأمور، مثال ذلك كالمعاملات الربوية فالتوكيل فيها جائز قانونا لكن ممنوع التوكيل فيها شرعا لانه الأصل الموكل ممنوع عن مباشرة هذا التصرف [١].

اما القوانين العربية المقارنة فالقانون المدني المصري لم ينص على شروط الموكل فيه وانما يتم الرجوع الى القواعد العامة اذ تنحصر صحة شروط التصرف القانوني محل الوكالة في الشروط العامة الواجب توافرها في كل تصرف قانوني ومنها أن يكون التصرف ممكنا ومعيننا ومشروعا وذلك وفقا لما جاء في مصادر الالتزام من الضوابط والشروط، واذا لم تتوفر هذه الشروط كلا او بعضا منها بطلت الوكالة ويترتب على البطلان اعتبار الوكالة كان لم تكن، ويستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بهذا البطلان مع مايترتب من آثار من هذا البطلان[٢]، تتفق مع القانون العراقي.

في حين نص المشرع الاماراتي في المادة (٩٢٥) [٣]، والتي جاء في مضمونها يشترط أن يكون محل تصرف معلوم وقابل النيابة فيه.

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٢١١.
[٢] عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٤٥-٥٤٤.
[٣] المادة ٩٢٥ من قانون دولة الامارات تنص: "ان يكون محل الوكالة معلوما وقابلا للنيابة فيه".

أما القانون القطري فقد اشار في المادة (٧١٨) [١]، منه والتي جاء في مضمونها ان يتوافر في الوكالة الشكل اللازم توافره في العمل القانوني محل الوكالة.

نستدل مما سبق بأن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الاسلامي في أغلب شروط صحة الوكالة الواجب توافرها في العاقدين الموكل والوكيل ومحل الوكالة وذلك لأن القانون المدني قد استسقى معظم قواعد الاهلية من الفقه الإسلامي، إلاّ أنّ القانون يختلف عن الفقه الاسلامي في صحة وكالة الصبي المميز الذي لاتقره الشريعة الاسلامية ألا استثناء ووفق ضوابط محدده وفي تصرفات معينة.

المطلب الثاني

انواع الوكالة من حيث إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

الوكالة نوعان وكالة عامة وكالة خاصة فالوكالة الخاصة هي مجال بحثنا حيث انها الانابة في تصرف معين كأن يقول له: أنت وكيلي في تزويجي من أي امرأة،او أنت وكيلي في طلاقي، وهي جائزة بالاتفاق وليس للوكيل أن يتصرف في غير ماوكل به[٢]، إذ التوكيل بالزواج والطلاق قد يكون مقيداً كأن يقول الرجل لآخر: وكلتك في تزويجي بفلانة لامرأة بعينها أو يوكله في تزويجه من أسرة معينة أو بمهر معين، أو تقول لرجل: وكلتك في تزويجي من فلان أو بمهر معين، أو يقول وكلتك في طلاق زوجتي فلانة أو ما شاكل ذلك، وقد يكون مطلقاً كأن يقول: وكلتك في أن تزوجني دون أن يعين له امرأة أو مهراً، أو تقول لرجل: وكلتك في أن تزوجني دون أن تزيد على ذلك شيئاً، أويأمره أن يطلق زوجته يوم الخميس،

تتحدد صلاحيات الوكيل بحسب نوع الوكالة وذلك لأن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، فلا يملك ألا ما وكله، وينفذ عليه تصرفه فيما وكله فيه، ويكون فضوليا فيما عداه، فيتوقف نفاذ التصرف على إجازة الموكل والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ومن هذه القواعد تتخلص لنا أنواع الوكالة في ابرام عقد الزواج وانهائه.

---

[١] المادة (٧١٨) تنص "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني محل الوكالة".

[٢] ابن عابدين، رد المحتار على الدار المحتار، ج ٥، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ،١٣٢٦ه، ص ٥٠٩.

وعليه لابد لنا من الكلام على هذه الانواع بأعتباراتها المختلفة وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتحدث في الأول عن ألوكالة المطلقة، وفي الثاني نتطرق إلى الوكالة المقيدة وذلك وفقا لما يلي:

الفرع الأول: الوكالة المطلقة:

الفرع الثاني: الوكالة المقيدة:

الفرع الأول

الوكالة المطلقة في انشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

هي الوكالة آلتي يكون للوكيل فيها مطلق الحرية، اي أنها لا تتقيد بأي تقييد حيث يوكل الشخص شخصًا آخر في تزويجه دون ان يقيده بأمرأه معينة او بمهر معين أو وصف معين، فهذا التوكيل جائز عند جمهور الفقهاء، ويرى البعض بانه غير جائز لما فيه من الجهالة المؤدية الى النزاع والضرر[١].

وهنا يثار سؤال في حالة الوكالة المطلقة هل تشترط الكفاءة ومهر المثل لنفاذ زواج الوكيل؟

الأمر هنا يختلف بين ما إذا كان التوكيل من جانب الرجل، وبين ماذا كان من جانب المرأة، فإذا كان التوكيل من جانب الرجل، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥]، والامامية[٦]، يشترط لصحة العقد أن يزوجه من امرأة كفء له وبمهر المثل لأن التوكيل بالاطلاق يتقيد بالعرف الجاري، والوكالة انما هي لغرض الاستعانة برأي الوكيل ورأيه في اختيار الاصلح فإذا زوجه من امرأة لا تكافئه كونها عمياء، او مقطوعة اليدين، او مجنونة سواء كانت تكافئة ام لا فالعقد لايصح ولايلزم الموكل، وذلك لأن التوكيل بالإطلاق يتقيد بالعرف والمعروف عرفا كالمشروط شرطا،اذ يقتضي العرف ان يتزوج الرجل بأمرة سليمه صالحه ذو حسب ونسب وكفء للرجل وبمهر لايزيد عن مهر المثل[٧].

---

[١] ا مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٩٠.

[٢] ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٣، مكتبة دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص ١٥١.

[٣] يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي، ج ٢، الناشر مكتبة الرياض الحديثة، ص ٥٢٠.

[٤] محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٣، مطبعة مصطفى الباني الحلبي سنة ١٣٧٧-١٩٥٨، ص١٥٨.

[٥] ابن قدامة، ابو محمد عبد الله بن احمد، المغني، ج ٧، مطبعة الأمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس، ص٣٥٣.

[٦] زين الدين الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٤، ط ١، منشورات جامعة النجف الدينية، العراق، ص ٣٧١.

[٧] د. محمد يوسف، احكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٨، ص١٦٣.

كذلك بالنسبة للمهر فيجب أن لايزيد عن مهر المثل إلا بزيادة يتسامح فيها عادة، اما في حالة مخالفة الوكيل العرف في حسن الاختيار فالعقد يكون موقوفا على إجازة الموكل فأن إجازه نفذ وأن لم يجزه يبطل.

وذهب ابوحنيفة[١]، بأن الوكيل عند إطلاق الوكالة لا يتقيد بأي قيد فلو زوج الوكيل موكله بأمره معيبة كأن تكون عمياء شهلاء مجنونة اوغير ذلك من العيوب، أو غير كفء، أو بمهر أكثر من مهر المثل، جاز ذلك وكان العقد صحيحاً نافذ.

حجة ابي حنيفة أن الوكالة مطلقة، وطالما أن الوكيل غير متهم في الزواج فيلزم الزواج الموكل، والعرف مشترك، فان الإنسان يتزوج الكفء وغير الكفء طلبا لتخفيف المؤنه فلايجوز تقيد الوكالة المطلقة [٢].

أما إذا كان التوكيل من جانب المرأة، وكانت الوكالة مطلقة غير مقيدة برجل معين أو مقدار محدد من المهر فمثلا: قالت المرأة للوكيل: وكلتك في ان تزوجني فإذا زوجها الوكيل برجل فيه مرض اوعيب او بأقل من مهر المثل، فالصحيح أنه لايجوز عند ابي حنيفة وصاحبيه قولا واحد وقيل على الخلاف السابق الامام يجيزه والصاحبان لا يجيزوه[٣].

وقد رجح صاحب الفتح وغيره اتفاق ابي حنيفة مع الصاحبين في عدم الجواز ويكون ابو حنيفة قد خالف في هذه المسألة أصله السابق من ان مطلق التوكيل لا يتقيد بالكفاءة وحجته في ذلك هنا بأن المرأة على العكس من الرجل تتعير بالزواج من غير كفء فيتقيد اطلاقها بالكفء خلاف للرجل فإنه لا يتعير بالزواج من امرأة لا تكافئة[٤]، اما عند الامامية يكون موقوف على إجازتها[٥]، فالرأي الراجح هو الأول لأن المرأة تتعير بالزواج من غير الكفء.

ترجيح الباحثة: رأي الجمهور لأنه مبني على الاستحسان على العكس من رأي أبي الحنفية مبني على القياس، والقاعدة إذا تعارض القياس مع الاستحسان قدم الاستحسان.

---

[١] ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٣، مصدر سابق، ص ١٥١.

[٢] الحنفية يتعرضون لهذه المسألة في حال إذا امره امير اوغيره بتزويج امرأة فزوجة امه جاز عند الأمام وذلك لاطلاق اللفظ وعدم التهمة، وقال الصاحبان: لايصح وهو الاستحسان، ينظر كمال الدين ابن همام، شرح فتح القدير، ج ٣، ط ١، الناشر دار الكتب العلمية،١٤٢٤-٢٠٠٣، ص ٢٠٢.

[٣] الفتاوي الخانية، ج ١، مصدر سابق، ص٣٤٦.

[٤] ابن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج ٣، ط ١، بولاق - طبعة اوفست مكتبة المثنى لقاسم الرجب- بغداد، ص٢٠٢.

[٥] المحقق الحلي، ابو القاسم نجم الدين، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٢، ط ١١، ١٤٢٥-٢٠٠٤، دار القارىء بيروت - لبنان، ص ١٠.

اذن هنالك مسائل قد اتفق عليها أبو حنيفة مع صاحبيه وهي:

في حال كان التوكيل من جانب المرأة فعلى الوكيل أن يزوجها بكفء، لان المرأة لاترغب الافي الكفء وذلك لمصلحتها ولكي لا يعترض عليها اولياؤها، اما إذا كان التوكيل من جانب الرجل ووكل غيره ان يزوجه من امرأة عمياء، فزوجه الوكيل من امرأة مبصرة فان العقد صحيح ينفذ عليه، لانها مخالفة الى خير ماعين الموكل اما إذا وكله من دون تعين فزوجه صغيرة لايجامع مثلها، جاز ذلك اتفاقا.

وهنا يثار سؤال هل يحق للوكيل ان يزوج موكلته من نفسه أو من أحد اصوله أو فروعه؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الوكيل بالزواج وكالة مطلقة، ليس له أن يزوج موكلته من نفسه ألا إذا نصت على ذلك صراحة، لانها لو ارادت زواجها منه لذكرت ذلك، كذلك لووكل رجل امرأة وكالة مطلقة بأن تزوجه امرأة من دون تعين، فزوجته نفسها، فأن العقد يبقى موقوفا على إجازة الموكل في كلتا الحالتين، اما الشافعية[١]، وزفر[٢]، لم يجيزوا تزويج الوكيل موكلته من نفسه.

أما بالنسبة للفقه الأمامية قد ذهبوا بهذا الخصوص إلى مسألتين

١- مسألة ٤٦: إذا وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها ليس له أن يزوّجها من نفسه إلّا إذا صرّحت بالتعميم أو كان كلامها بحسب متفاهم العرف ظاهراً في العموم بحيث يشمله نفسه.

٢- مسألة ٤٧: يجوز أن يكون شخص واحد وكيلاً عن الطرفين، كما يجوز أن يكون الرجل وكيلاً عن المرأة في أن يعقدها لنفسه دواماً أو متعة، وإن كان الأحوط استحباباً أن لا يتولّى شخص واحد كِلا طَرَفَيِ العقد.[٣]

وقد اختلف الفقه الحنفي في جواز تزويج الوكيل موكلته ممن لاتقبل شهادته كاصوله وفروعه، حيث قال أبي حنيفة بأنّه لا يجوز للوكيل أن يزوج موكلته لأحد فروعه او اصوله وذلك خشية المحباة، فقد لا يكون كفء لها وقد يزوجها بمهر أقل من مهر المثل، اذ قام الوكيل بتزويج موكلته من ابيه أو ابنه، لا ينفذ العقد لتحقق التهمة بسبب البنوه اما عند الصاحبين ينفذ العقد، لأن البنوة ليست من التهمة، وقال أبو يوسف ومحمد ابن الحسن والحنابلة للوكيل أن يزوج موكلته من احد اصوله أو فروعه إذا توافر فيهما عنصر الكفاءة ومهر المثل، اما المالكية قد تلافى بعض هذه الخلافات فقالوا إذا وكلت المرأة وليها

---

[١] الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، مصدر سابق، ص١٦٣.
[٢] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الاوطار، مصطفى الباني الحلبي، ص ٢٦٧.
[٣] السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، ط ١٩، دار المؤرخ العربي ٢٠١٣، ص٢١.

غير المجبر ان يزوجها ممن احب، وجب عليه أن يعين لها الزوج قبل العقد، وذلك لاختلاف اغراض النساء في اعيان الرجال، اما إذا لم يعين لها الزوج يكون العقد موقوفا على إجازتها، سواء زوجها من نفسه أن كان وكيلاً عنها كأبن العم والحاكم عند غياب الولي توكله المرأة في زواجها فيقوم بتزويجها من نفسه، ام يزوجها من غيره، لاختلاف اغراض النساء من الرجال[١].

ثانياً: الوكالة المقيدة

وهي التي تكون مقيدة بتصرفات الوكيل أو بزمن معين أو بشروط خاصة مما يجب وكيله بعمل معين ضمن أعمال الإدارة أو بعض من هذه الأعمال دون غيرها بحيث لا يجوز للوكيل أن يباشر غير الأعمال التي حددتها الوكالة والوكالة المقيدة تقييد الوكيل بتنفيذ التعليمات الصادرة إليه من الموكل حرفياً[٢].

إنّ يوكل شخص آخر في تزويجه ويقيده بأمراة معينة، أو من اسرة معينة،اوبقدر معين من المهر، اي يضع الوكيل فيها حدودا وقيودا لوكيله يتصرف على ضوئها، فلو وكله أن يزوجه امرأة بعينها على مهر معين لم يجز له أن يخالفه الا إذا كانت المخالفة الى ماهو خير وافضل واجمل من الزوجة التي عينها له أو يكون المهر أقل من المهر الذي عينه،فاذا كانت المخالفة إلى غير ذلك كان العقد صحيحا غير لازم على الموكل فأن شاء قبله وان شاء ابطله[٣]، فلو وكله بأن يزوجه من فلانة بألف دينار وزوجه منها بخمسمائة دينار، فالمخالفة هنا لمصلحة الموكل، والعقد صحيح.

اما أن وكله بتزويجه من فاطمة فزوجه من امرأة غيرها كان العقد موقوفا على إجازة الموكل، فأن شاء قبله وأن شاء أبطله لأن العاقد كان فضوليا، خرج عن حدود وكالته[٤]، ونفس الحكم فيما إذا كان الموكل هي المرأة وخالف الوكيل قيد الوكالة فالعقد يكون صحيحا إذا كان فيه مصلحة للمراة، وهنا قد يرد تسأول هل يحق للوكيل في عقد الزواج ان يوكل غيره؟

---

[١] د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، مصدر سابق، ص ٢٢٣-٢٢٤.
[٢] د.سوزان علي حسين ،الاطار القانوني للوكالة في العمولة بالنقل ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠٠٣ ص ٤٨
[٣] السرخسي المبسوط، ج ١٩، ص ١٤٧، فتح القدير، ج ٣، ص ٣٠٣، المغني ج ٩، ص ٢٤٢.
[٤] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٥.

من المعلوم أن الشخص عندما يوكل غيره في اجراء تصرف عنه بالوكالة فأن ذلك يعني أن الموكل قد رضى برأي من وكله ولكن يمكن أن يكون هناك مانع قد يمنع الوكيل من القيام بما تم توكيله فيه،فهنا يحتاج إلى توكيل غيره في اجراء ذلك التصرف وعليه اتفق الفقهاء على أنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره في اجراء تصرف عنه بالوكالة لكن جواز ذلك من عدمه يتوقف على صيغة التوكيل المتبادلة بين كلا طرفي الوكالة،لو اطلق الموكل في توكيله العبارة كما لو قال: وكلتك في زواجي ولك أنت توكل من تشاء أو يقول: فوضت امر زواجي لك ففي هذه الحالة يملك الوكيل الحق في توكيل غيره لأبرام عقد الزواج ولا يجوز في حال نهاه الموكل عن ذلك صراحة كان يقول له لاتوكل غيرك [١].

واختلف الفقهاء في حالة جواز اوعدم توكيل الوكيل غيره وهي بأن يقول الموكل للوكيل: تصرف كيف شئت أو أعمل برأيك أو اصنع ماشئت.

فذهب فقهاء الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة[٤]، إلى جواز توكيل الوكيل الغير، وذلك لاطلاق التفويض الى رأيه اما الشافعية التفويض عندهم بهذه الالفاظ لا يكون اذنا بالتوكيل فلا يجوز للوكيل أن يوكل غيره، وذلك لأن مثل هذه الالفاظ محتملة ومع الاحتمال لا يجوز التوكيل[٥].

اما اذا صدرت الوكالة مطلقة من دون اذن للوكيل بالتوكيل أو مقيدة بعدم توكيله لأي شخص غيره فأختلف الفقهاء في هذه المسألة على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٦]، والمالكية[٧]، والشافعية[٨]، والحنابلة[٩]، الى عدم جواز توكيل الوكيل غيره بالاطلاق، لكن استثنى بعض الفقهاء من هذا الحكم حالات حيث إجازوا للوكيل توكيل غيره فيها.

---

[١] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٦، ص ٧٨.
[٢] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٥.
[٣] الخرشي، شرح مختصر خليل، ج ٦، ص ٧٨.
[٤] البهوتي، كشاف القناع على متن الأقناع، ج ٣، ص ٤٦٦.
[٥] الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٣٩.
[٦] العيني، البناية شرح الهداية، ج ٩، ص٢٨٤.
[٧] عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ٦، ص٣٩٠.
[٨] الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، مصدر سابق، ص٢٤٧.
[٩] ابن قدامه، المغني، ج ٥، ص٦٩.

قال الحنفية[١]، بعدم جواز توكيل الوكيل غيره إلا في حالة كان التوكيل بمحضر من الموكل لانعقاده برأيه، أيضاً أن تم عقده بغيره حضوره فأجازه الوكيل الأول جاز، لأن مقصود الموكل حضور رأيه.

والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، في المعتمد اجازوا توكيل الوكيل لغيره إذا كان الشيء الموكل فيه لايليق بالوكيل القيام به كالاعمال الدنيئة في حق اشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة فيجوز له أن يوكل من يقوم مقامه، أو في حالة عجز الوكيل عن العمل الذي وكل فيه لكونه لا يحسنه، أو يكون الموكل فيه كثيراً ويعلم بقرينة العادة بأن الوكيل لا يستقل بالتصرف فيه، فيجوز له أن يوكل من يعينه فيه، وذلك لأن الاذن ينصرف الى ما جرت به العادة ولأن التفويض في مثل هذه الحالة انما يقصد منه الاستنابة.

الاتجاه الثاني: ذهب الحنابلة[٥]، إلى صحة جواز توكيل الوكيل غيره مطلقا.

عليه ترجح الباحثة ماذهب إليه ابو حنيفة بأنه لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره، إلا إذا كان التوكيل بمحضر من الموكل لانعقاده برأيه، او ان عقد بغير حضرته فأجازه الوكيل الأول.

فإن هذه الاحكام التي تناولتها تساق على احكام الوكالة في عقد الزواج وعليه ترى الباحثة جواز أن يوكل الوكيل غيره في عقد الزواج في حال اطلاق الموكل في توكيله عبارة وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء، فهنا الوكيل يملك الحق في توكيل غيره لأبرام عقد الزواج ويكون الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل الاصلي، فإذا عزل الوكيل الأول قبل الزواج فالوكيل الثاني لا يعزل لأنه مستمد وكالته من الموكل الاصلي، لذلك يبقى على وكالته مالم يتم عزله منها، اما في حالة عدم اطلاق الموكل صيغة التوكيل، اي كانت مقيدة بعدم توكيله لأي شخص غيره، فهنا لا يحق للوكيل ان يوكل غيره لان وكالة الوكيل مستمده من الموكل، فالولاية له وحده دون غيره، إلا في حالة رضى الموكل رايه دون سواه، فلو

---

[١] الزيلعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، ط ١، ١٣١٣، الناشر المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، القاهرة، ص٢٧٦.
[٢] الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٥، ص٢٠١.
[٣] المطيعي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج ١٤، ص١١٣.
[٤] بن قدامه، المغني، ج ٥، ص٧١.
[٥] عبد الرحمن بن ابراهيم بن احمد، ابومحمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، الناشر دار الحديث، القاهرة، ص٢٨١.

فعل الوكيل وتولى وكيل الوكيل العقد يكون موقوفا على إجازة الموكل الاصلي إذا يعد فضوليا في تصرفه [١].

واجازت التشريعات كالقانون العراقي والمصري والاماراتي والقطري التوكيل في الزواج، وان كان بعضها لم ينظم احكامها ويتناولها بصورة صريحة كالقانون العراقي والمصري، بناء على ذلك يتم الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة،ينما لم يجز القانون الاماراتي والقطري ان يزوج الوكيل موكلته من نفسه ألا إذا نص على ذلك في عقد الوكالة، "فقد نصت المادة (٢٢) من القانون الاماراتي على: ١-يجوز التوكيل في عقد الزواج، ٢-ليس للوكيل ان يزوج موكلته من نفسه ألا إذا نص على ذلك في الوكالة.وايضا نصها في المادة (٢٣) على أن: ١-زواج الفضولي متى وقع صحيحا يتوقف على إجازة صاحب الشأن.٢-واذا جاوز الوكيل في الزواج حدود وكالته كان فضوليا وكذلك تنص المادة (٣٧) في الفقرة الثالثة على ان"الزواج غير النافذ هو الذي ينعقد موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة". أما القانون القطري كما قلنا متفق مع القانون الاماراتي، بخصوص التزام الوكيل بحدود الوكالة وعدم تجاوزها والا كان فضوليا والعقد موقوفا وهذا ماجاء في نص المادة (١٩) "يجوز التوكيل في عقد الزواج بوكالة خاصة مصدقا عليها من الجهة المختصة، واذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان فضوليا، وفي هذه الحالة لا ينفذ العقد في حق صاحب الشأن الابأجازته أو بأجازة وليه حسب الاحوال ولايجوز للوكيل ان يزوج نفسه من موكله ألا إذا نص عقد الوكالة على ذلك".

---

[١] ايناس مكي عبد، الوكالة في الزواج والطلاق، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الاسلامية، المجلد ٢٧، العدد٢، ٢٠١٩، ص ١٣.

الفرع الثاني

أنواع الوكالة من حيث انحلال الرابطة الزوجية

يجوز التوكيل في كل حق آدمي، من العقود، فالتوكيل في الطلاق جائز عند من يجيزون وكالة الطلاق يكون عمله مقيد برأي الموكل، فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل، عليه تكون صيغة التوكيل في الطلاق مطلقة امامقيدة بزمن معين اوعامة في جميع الازمان. وسنتطرق لهذه الانواع فيما يلي:

أولاً: الوكالة المطلقة بانحلال الرابطة الزوجية:-

تكون عبارة التوكيل خالية من القيود سواء من حيث المجلس أو الوقت، أو من حيث عدد الطلقات الواقعة به، أي غير مقيدة بزمن معين [١]، مثل قوله قد وكلتك في طلاق زوجتي فلانة، فله ان يطلقها على الفور والتراخي، فلو قال له: طلقها ثلاثا، فقال لها: أنت طالق ثلاثا،[٢] طلقت ثلاثة، ولو قال لها أنت طالق ونوى طلاقها ثلاثا، ففيه قولان:

الأول: نية الثلاث تقوم مقام التلفظ بالثلاث، عليه تطلق ثلاثا.

الثاني: لا تطلق ثلاثا ولا تقوم نيته مقام نية الزوج؛ وذلك لأن الزوج مدين بالطلاق ومعمول على نيته فيه، والوكيل غير مدين بالطلاق فلم يعمل على نيته فيه، هكذا لو طلقها الوكيل بالكناية مع النية، اما لووكله ثلاثا فطلقها واحدة، ففي ايقاع الطلاق وجهان:

الأول: يقع الطلاق صحيح لأنه بعض ماوكل به.

الثاني: لا يقع لأنه وكل بطلاق بائن، وهذا الطلاق غير بائن فصار غير ماوكل به.

أما في حال وكله في طلاق واحدة من نسائه من دون تعين، ايضا فيه قولين.

الأول: يقع صحيح على أي واحده يطلقها، لأنّ وقوع الطلاق المبهم جائز.

---

[١] احمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، اركان الطلاق، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون، ١٩٨٠، ص ٥٥.

[٢] الطلاق بلفظ ثلاث سواء كان بكلمة واحدة أو بكلمات في مجلس واحد بدعي عمد جمهور الفقهاء وخالفهم في ذلك الشافعي والامامية والصادق من الزيدية قد ذهبوا بالقول بعدم وقوعه اذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على زيادته على الواحد لفظا أو اشارة لانه طلاق بدعي والبدعي عندهم لايقع أما إذا كان بألفاظ متفرقات في مجلس واحد أو أكثر من مجلس في عدة وحده دون أن يفصل بين كل تطليق واخر مراجعه فأن اللفظ الأول يقع ذا كان مشروعا ينظر :-محمد أمين حاشية ابن عابدين رد المحتار،ج ٢،مصدر سابق ص٤١٩، المغني ج ٧،مصدر سابق ،ص ٣٠٣ ونيل الاوطار ج ٦مصدر سابق ص٢٤٥ ابي زهره ، الأحوال الشخصية ،ص ٣٥٨ كمال الدين محمد بن همام ،وشرح فتح القدير ،ج ٣،ص٣٣٠ ابن حزم المحلى ج ٩،ص ٣٦٥

الثاني: يجوز أنّ يطلق واحدة قبل أنّ يعينها الزوج، فاذا طلق واحدة منهن قبل أنّ يعينها الزوج، لا يصح طلاقة، لأن ايهام الطلاق جائز من جهة الزوج لأنه موقوف على خياره في التعين، على خلاف طلاق الوكيل المبهم فهو غير جائز؛ لأنه موقوف على خيار الزوج بالتعين[١].

أما من حيث تحديد المجلس إذا لم يحدده الموكل بالمجلس او بزمان ومكان معينين فللوكيل ان يطلق عن موكله في المجلس وفي غيره[٢]، أيضاً فيما يخص تفويض الزوجة قد يكون التفويض مطلق غير مقيد بزمن كما لو قال لها: طلقي نفسك متى شئت، فلها ان تطلق نفسها في أي وقت شاءت.

ثانياً: الوكالة المقيدة بانحلال الرابطة الزوجية:

وهو أنّ يوكله في طلاقها على صفة، وهو أنّ يأمره أنّ يطلقها يوم الخميس، فلا يجوز أنّ يطلقها ألا في هذا اليوم، فأن طلقها في غيريوم لم تطلق، أو يأمره أنّ يطلقها طلاق البدعة[٣]، فأن طلقها طلاق السنة [٤] لم تطلق، أو يأمره أنّ تطلق للسنة، فأن طلقها للبدعة لم تطلق، فلو قال الزوج: لوكيله طلقها ان شئت، لم يقع طلاقه حتى يقول قد شئت، وايقاعه للطلاق لايكون مشيئه منه، لانه قد يقع الطلاق بمشيئه وغير مشيئة، والمشيئة لا تعلم الا بالقول، وليس من شرط مشيئته الفور، بخلاف لو علق الطلاق على مشيتها، لأن تعليق الطلاق على مشيتها تمليك لها يستوجب الفور[٥].

أيضاً لو وكله بأيقاع طلقة واحدة وحدد بأنها رجعية، فليس له أن يوقعها بائنه وليس له ان يوقع أكثر منها[٦]، وكذلك قال الاحناف أنّ وكله أنّ يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا أو اثنتين لم يقع الطلاق، لأن الثلاث غير الواحدة، ولم يضر متمكنا من ايقاع الثلاث بتفويض الواحدة، فلا يقع الثلاث لعدم تمكنه من ايقاعها، ولا الواحدة لأنه ما اوقعها [٧].

فعندما تكون الوكالة مقيدة ويوقع الوكيل الطلاق من دون مراعاة القيد يقع الطلاق باطلا ولايمكن امضاءه من قبل الزوج[٨].

---

[١] القاضي العلامة فخر الاسلام الأمام ابي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل، بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي، ج ١٠، تحقيق طارق فتحي، دار الكتب العلمية، ص٦٣.

[٢] أستاذنا د.حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، مصدر سابق، ص ١٠٧.

[٣] والطلاق البدعي: إذا طلقها وهي في الحيض وهو يعلم، أو في النفاس وهو يعلم، أو في طهر جامعها فيه ولم يتبين حملها، هذا بدعي، إذا طلقها في طهر قد جامعها فيه ولم يتبين حملها هذا بدعي. أما إذا تبين حملها فهو طلاق شرعي. فطلاق الحامل وطلاق الآيسة اللي ما يجيها الحيض كل هذا طلاق شرعي.

[٤] أن يطلق واحدة طلقةً واحدة لا يزيد عليها.

[٥] القاضي العلامة فخر الاسلام، بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي، مصدر سابق، ص ٦٤.

[٦] د. أحمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، اركان الطلاق، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون، ١٩٨٠، ص١١٥.

[٧] السرخسي، شمش الائمة محمد بن سهل، المبسوط، ج ١٩، ط ٢، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ص ١٢٥.

[٨] السيد علي السيستاني، المنشور في جمعية آل البيت الخيرية، منشورعلى شبكة الانترنيت وعلى الموقع الإلكتروني الاتي.

وهنا يثار سؤال هل يحق للوكيل في الطلاق توكيل غيره؟

لا يجوز للوكيل أنّ يوكل غيره في ايقاع ما توكل فيه لا عن نفسه ولا عن الموكل ألا بأذن الموكل ويجوز بأذنه بكلا النحوين فأن عين الموكل في اذنه احدهما بأن قال له: وكل غيرك عني اوعنك فهو المتبع ولا يجوز له التعدي عما عينه ولو اطلق فأن وكله في أنّ يوكل كما إذا قال: وكلتك في أنّ توكل غيرك، فهو اذن في توكيل الغير عن الموكل وان كان مجرد الأذن فيه كما إذا قال وكل غيرك فهو اذن في توكيله عن نفسه على تأمل[١]، لذلك إذ تم توكيل وكيلين في طلاق زوجة واحدة وجعل لكل واحد منهما حق ايقاع الطلاق، فأيهما سبق بطلاقها ثلاثا، بطلت وكالة الاخر، ولو جعل إلى كل واحد منهما حق ايقاع طلاقها طلقة واحدة فإذا سبق احدهما الآخر فطلقها واحدة لم تبطل وكالة الآخر ويجوز له أن يطلقها أخرى،اما في حال توكيل واحد في طلاقها ثلاثا، ثم قام الزوج فطلقها ثلاثا بطلت الوكالة، ولو طلقها الزوج واحدة، فالوكالة تبقى صحيحة، اما اذا طلقها الوكيل ثلاثا وقع منهما طلقتان، لانهما الباقيتين من طلاق الزوج بعد الطلقة الواحده التي اوقعها، اما توكيل شخص واحد في طلاقها طلقة واحدة ثم قام الزوج فطلقها واحدة لم تبطل الوكالة مالم تنقضي العدة، فأن طلقها الوكيل واحدة في العدة، طلقت سواء ارجعها الزوج من طلقته، أو لم يرجعها، فلو انقضت عدتها من طلقة الزوج ثم استئنف نكاحها ففي بقاء الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها قولين:

الأول: طلاق الوكيل صحيح والوكالة باقية.

الثاني: الطلاق غير صحيح والوكالة باطلة[٢].

أنواع الوكالة في القانون:

قد نصت المادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي على مايلي يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل وتعميمها بتعميمه، فمن وكل غيره توكيلا مطلقا مفوضا بكل حق له وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم[٣].

"وفقا لهذا النص فان الوكالة قد تكون عامة وقد تكون خاصة وكلاهما صحيح، ونصت المادة (٩٣٢) على مايلي يصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تقيده بتصرف

---

[١] السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، ج ٢١، مطبعة الاداب في النجف الاشرف، ١٤٠٣-١٩٨٣، مكتبة الروضة الحيدرية، مسألة رقم ٢٠، ص٢١.

[٢] القاضي العلامة فخر الاسلام، بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي، مصدرسابق، ص ٦٤.

[٣] المادة منقولة نصا عن المادة ٨٩٩ من مرشد الحيران.

مخصوص[١]، وفقا لنص هذه المادة فالوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة وكلاهما صحيح فالتوكيل العام مقتضاه وفقا للنص القانوني المتقدم أن يجري على عمومه، إلاّ أنّ محكمة التمييز العراق قد تابعت الفقه الإسلامي فخصصت العموم بغير الطلاق والوقف والتبرعات في بعض قراراتها[٢]، إذ اصدرت المحكمة وفق نص المادة (٥٢) من قانون المرافعات المدنية.

أولا: الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض خاص حق ممارسة الحقوق الشخصية البحته كالطلاق القرار رقم ٣١٠٤ /شرعية /١٩٧٠/بتاريخ ١٩٧٠/٧/١٢.

القرار: لدى التدقيق والمداولة –وجد ان المحكمة اصدرت بحجة الطلاق الرجعي دون أن تثبت إذا كان الوكيل العام مخولا حق ايقاع الطلاق ام لا إذ ان الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض خاص حق ممارسة الحقوق الشخصية البحته كالطلاق وذلك استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من قانون المرافعات المدنية، وعليه قرر نقض الحكم الصادر وإعادة الاوراق إلى محكمتها للنظر في الدعوى وفق ماتقدم وصدر القرار بالاتفاق في ١٣ جمادي الأول سنة ١٣٩٠ الموافق ١٩٧٠/٧/١٢[٣]".

القانون المدني المصري نصت المادة (٧٠٢): ١–لابد من وكالة خاصة في كل عمل من أعمال الادارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ٢–الوكالة الخاصة نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا اذا كان العمل من التبرعات.

أما قانون القطري نصت المادة (٧٢١) على أنه: ١–لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من اعمال الادارة وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين أمام القضاء.

٢–تصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية، ولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا اذا كان العمل من التبرعات.

---

[١] منقولة نقلا حرفي نصا عن المادة ٩٠٠ من مرشد الحيران.

[٢] ينظر النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق العدد الثاني للسنة الأولى، ص ٢١ والعدد الثالث للسنة الأولى ص ٣٥.

[٣] ينظر النشرة القضائية، العدد الثالث للسنة الأولى، ص ٣٥ -٣٦، نقلا عن د. محمد عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٢٢٩-٢٣٠.

أما قانون المعاملات المدنية الإمارات نصت المادة (٩٢٦) على أنه يصح أن تكون الوكالة مطلقة أو مقيدة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى وقت مستقبل.

المادة (٩٢٧) منه نصت: ١-تكون الوكالة خاصة إذا اقتصرت على أمر معين وعامة اذا شملت كل أمر يقبل النيابة.

٢-اذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها ومايتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعية التصرفات الموكل بها أو العرف الجاري.

٣-اذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاوضات التصرفات عدا التبرعات فلا بد من التصريح بها.

الفصل الثاني

احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

الفصل الثاني

احكام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

تمهيد وتقسيم:

يتعلق مدار البحث بكل مايقوم به الوكيل من تصرفات قولية وفعلية قد تعود بالنفع على الموكل وقد تعود بالضرر، وكل ذلك يترتب على ضوء المقاصد والمعاني التي تصدر من الموكل والوكيل والتي تكون ايجابا بركن الصيغة وكيف يفهم ويرتب عليه اثرا من الطرف الثاني من العقد وهو الزوجة أو الزوج كقبول وكمحل عند الاحناف لأنه كما مر يعتبرون الايجاب والقبول الاساس في العقد. وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نتطرق في المبحث الأول الى اثار عقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها اما المبحث الثاني نتكلم فيه عن الانقضاء والأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وذلك وفقا لما يلي:-

المبحث الأول/ آثار الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

المبحث الثاني/ الانقضاء والاحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

المبحث الأول

آثار الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

ويرتب عقد الوكالة التزامات متعددة على طرفي العقد المتمثلين بالجهة المالكة الموكل، والمتعاقد معها الوكيل، إلاّ أنّ الوكيل عندما يمارس دوره كشريك متعاقد يكون في موقع أعلى من الموكل بسبب السلطات التي يمارسها، ألا أن هذا الأمر لايمنع من أن يكون للموكل حقوقا تعد بدورها لتزامات على عاتق الوكيل ويجب الوفاء بها وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتطرق فيه لأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

وفي المطلب الثاني نتكلم عن الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لألتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها وذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأول

الأحكام الفقهية والقانونية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

عندما تتحقق شروط الوكالة الصحيحة الواجب توافرها ويتم انعقادها فإن العقد سيرتب عليها اثره،ومن أبرز آثارها هي حلول الوكيل محل الموكل في إجراء التصرف الموكل به، إن سلطة الوكيل في عقد الوكالة متأصلة من طبيعة العقد ذاته وأصبحت من المبادئ الراسخة في القانون المدني إلا أن هذه السلطة لا تمنع من أن تكون على الموكل التزاماته وعليه الوفاء بها وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في الاول عن الأحكام الفقهية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها وفي الثاني نتحدث عن الأحكام القانونية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وكما يأتي:-

الفرع الاول

الأحكام الفقهية الضابطة لتصرف الوكيل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

من المعلوم حين يوكل الشخص غيره في إجراء تصرف بالنيابة عنه فإن الموكل يعني قد رضي برأي الوكيل وائتمنه واختيار الموكل له دون غيره يعني رضاه بأن يجري الوكيل التصرف بنفسه لا بواسطة غيره وذلك لأن الناس متفاوتون في الآراء والامانه، لذلك ينبغي على الوكيل أن يجري العمل الموكل به والذي اناطه الموكل بنفسه ولا يوكل غيره في إجراءه لكن احيانا ظروف التنفيذ قد تقتضي تعذر تنفيذ الوكيل للوكالة بنفسه مع قيام تلك الضروف يكون الوكيل مضطراً إلى توكيل غيره في إجراء التصرف الموكل به.

فالأحكام الفقهية التي تحكم تصرف وعمل الوكيل وعلاقته بالموكل، أحكام فقهية مضبوطة مبنية على المصلحة الشرعية التي تدعو الشريعة الإسلامية السمحاء إلى العمل والتمسك بها متى كانت وأينما وجدت وفي أي مجال، سواء في الزواج أو في الطلاق أو البيع شريطة أن تحترم ضوابطها وبما أن عمل الوكيل يدخل ضمن هذا الإطار والذي يتوخى منه تحقيق المصلحة ورفع الحرج عن الموكل، فإن عمله إما أن يكون محكوما بتحديد أنواع الوكالة مطلقة كانت أو مقيدة وإما أن يعتري تصرفه أحكام أخرى.

لذلك من هذا المنطلق قد تكلم الفقهاء على جواز توكيل الوكيل غيره وعدم جوازه في حالات منها:

في حالة صرح الموكل بمنع الوكيل عن توكيل غيره في التصرف الذي وكله فيه كأن يقول له لاتوكل غيرك أو أفعله بنفسك فهنا لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره في مباشره عقد الزواج.

أما في حالة الاذن للوكيل بتوكيل الغير في التصرف الموكل به فإنه يجوز للوكيل ان يوكل غيره وبتالي يكون تصرف الوكيل الثاني نافذا على الموكل لأن الوكيل الاول وكله بالاذن من الموكل بمعنى الموكل قد رضي برأي غير وكيله الاول في مباشرة عقد الزواج[١].

فعمل الوكيل يدخل ضمن هذا الإطار والذي يتوخى منه تحقيق المصلحة ورفع الحرج عن الموكل، فإن عمله إما أن يكون محكوما بتحديد أنواع الوكالة مطلقة كانت أو مقيدة أما إذا كانت

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٩٤.

الوكالة المطلقة فأن حكمها كما سبق وأن ذكرناه هي التي تصدر من الموكل بدون قيود بحيث لا يتقيد فيها الموكل بامرأة بعينها أو مهر معين أوصاف معينة بذاتها[١].

كأن يقول مثلا وكلتك في أن تزوجني بالصيغة المطلقة دون تحديد الوصف أو النوع، فإذا زوجه الوكيل في هذه الحالة بامرأة تحل له شرعا سواء كانت كفئا له أو غير كفئ، وسواء زوجه بمهر المثل أو بأكثر منه بغبن يسير أو بغبن فاحش سواء كانت سليمة من العيوب والعاهات، أو غير سليمة فعقد الزواج يكون صحيحا نافذا على الموكل عند أبي حنيفة وذلك لأن التوكيل صدر مطلقا غير مقيد بامرأة معينة ولا مهر معين والمطلق يشمل أي امرأة وأي مهر، سواء كان قليلا أو كثيرا فينفذ تصرف الوكيل ولا يتوقف على إجازة الموكل أو عدم إجازته.

أما المالكية فلا يجيزون الزواج بالوكالة المطلقة إذا كانت فيه مخالفة، أي مخالفة الوكيل لما تعارف عليه الناس لو زوج الوكيل موكله من امرأة لا تليق به، أو أنه زوجه على مهر لا يماثلها، فالموكل في هذه الحالة على الخيار أي أنه مخير بين أن يقبل أو أن يرجع على الوكيل[٢].

اما الصاحبان [٣]، فإن العقد لا يكون صحيحا نافذا بدون توقف على إجازة الموكل إلا إذا كانت المرأة سليمة من العاهات ولعيوب وكانت كفء للموكل فالتوكيل عند الصاحبان وإن كان مطلقا بحسب لفظه إلا أنه مقيد بالعرف أي بما تعارف عليه الناس في التوكيل في الزواج [٤].

نستخلص مما سبق بأنه ينبغي على الوكيل في الوكالة المطلقة أن يعمل ما أمكن من أجل تحقيق الأصلح لموكله ولا يكون ذلك إلا بتقيده بالكفاءة والسلامة حتى لا يدخل في دائرة التهمة والمخالفة التي تلحق الأذى بالموكل.

أما فيما لو كانت الوكالة المطلقه للمرأة في الزواج فهي تختلف بناء على اختلاف الفقهاء في اشتراط الولي فالذين فالحنيفة الذين يجيزون نكاح المرأة لنفسها من غير وليها، أجازوا لها أن توكل من

---

[١] بدران أبو العينين بدران: "الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، دار النهضة بيروت بدون ذكر سنة الطبع، الجزء الأول الزواج والطلاق، ص١٥٦.

[٢] محمد ابن معجوز "أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م، ص ٩٣.

[٣] عندما يطلق الصاحبان في مذهب الحنفية يراد بهذا المصطلح محمد بن الحسن، وأبو يوسف صاحبا أبي حنيفة، وهما أكثروا من روى عنه الأحكام.

[٤] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي كتاب "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" دار الكتاب العربي الطبعة الأولى والطبعة الثانية ١٣٩٣ هجرية/ ١٩٧٤ ميلادية، ج ٦، ص ٢٦.

تشاء، الذي يملك التصرف بنفسه يملك التوكيل فيه. وقد قسم الحنفية الوكالة إلى قسمين، وكالة المرأة ووكالة الرجل.

فإذا كانت المرأة هي الموكل، التزم الوكيل بالوكالة المطلقة، لأن المرأة تعير بزوجها إن كان دونها وغير كفء لها، أما الرجل فإنه لا يعير بعدم كفاءتها له، فلو زوجه الوكيل عمياء أو ارتقاء لا تصلح للنكاح جاز عند أبي حنيفة خلافا لصاحبيه، حيث قال الصاحبان أن الوكالة وإن كانت مطلقة إلا أنها مقيدة بالمعتاد كما سبق وأن ذكرت[١].

أما الشافعية ومن معهم من المالكية وجمهورالحنفية فيرون أن المرأة لا تملك أن توكل لأنها توكل في أمر لا تملكه أصلا، لأن مباشرة عقد الزواج لا تقوم به المرأة وإنما يقوم به الولي وذلك استنادا للحديث النبوي الذي يقول فيه النبي محمد صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أنكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل[٢].

نستخلص من ذلك بأن الفقهاء قد بنوا حكمهم على علة مفادها، أن المرأة لا يمكن أن توكل في زواجها بل أمرها لوليها، فالذي له الحق في التوكيل هو الولي، وقد قسم الفقهاء ماعدا فقهاء الحنفية والامامية الولي إلى قسمين ولي مجبر[٣] وغير مجبر[٤]

والحنابلة أيضاً بدورهم أجازوا توكيل الولي لغيره مطلقا ومقيدا غير أن إذن المرأة ليس شرطا في صحة الوكالة، لأن الولي عندهم ليس وكيلا بل إنه يلي شرعا، فكان له التوكيل[٥].

فإذا كان الحنفية قد أجازوا للمرأة أن توكل غيرها بناء على أصلهم في عدم اشتراط الولي فالحكم يختلف حسب نوع الوكالة بين مطلقة ومقيدة.

---

[١] الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنابع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط ١، ١٣٣٨-١٩١٠، مطبعة الجمالية، مصر، ص ٢٦.

[٢] محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري "المستدرك على الصحيحين" رقم الحديث ٢٧٠٦ كتاب النكاح باب الولي، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٠م ١٤١١هـ، الطبعة الأولى، تحقيق عبد القادر عطا، الجزء الأول، ص ١٨٢.

[٣] ولي المجبر أي ولاية الإجبار في الزواج وهي التي تثبت لصاحبها جبراً على المولى عليه وتخوله الحق في تزويجه من غير توقف على إذنه ورضاه ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره بلا رجوع إلى من له الولاية عليه ، فالمولى عليه ليس له أي اختيار في الزواج ففي هذه الولاية ينفرد الولي بإنشاء عقد الزواج برضاه واختياره بلا رجوع إلى من له الولاية عليه ، فالمولى عليه ليس له أي اختيار في الزواج .ينظر:-ساهرة حسين كاظم أل ربيعة ، التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس ،أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ،٢٠٠٤ ، ص ١٣٧.

[٤] الولي الغير مجبر أي الذي تكون ولاية استحباب وهي الولاية التي تملك فيها المرأة العاقلة البالغة تزويج نفسها من غير توقف على رأي الولي ورضاه، فهي تملك أن تزوج نفسها بمحض اختيارها لا أنه يستحب للمرأة أن تفوض أمر زواجها لوليها فإنَ ذلك من محاسن الشريعة التي يجب أن تراعى وتحصيلاً لمقاصد النكاح على الوجه الأكمل. ينظر:- زكي الدين شعبان ، الزواج والطلاق في الإسلام ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص٥٠ .

[٥] ابن قدامه، ابو محمد عبد الله، المغني، ج ٥، مطبعة الإمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس، ص ٢٥٢.

يرد هنا السؤال هل يقوم التفويض مقام الاذن الصريح بالتوكيل فيجوز للوكيل ان يوكل غيره بموجب هذا التفويض، كما لو قال له وكلتك فلك أن توكل ماشئت؟

قد ذهب الجمهور وهم الحنيفة [١]، والحنابلة [٢]، والشافعية[٣]، والمالكية [٤].

في الوكالة العامة أن الوكيل العام يملك جميع التصرفات والحقوق المتعلقة بالموكل ومنها توكيل الوكيل غيره، وهذا قول إبن أبي ليلى ومن وافقه إما الفقهاء الآخرون الذين قالوا بجواز الوكالة العامة كالحنفية والمالكية والزيدية[٥]، فأنهم قد استثنوا بعض التصرفات من شمول عموم الوكالة لها ولم يكن من بين هذه المستثنيات توكيل الوكيل غيره. لذا فأن عموم الوكالة عند هؤلاء كما يظهر يخول الوكيل توكيل غيره في أجراء التصرفات الموكل بها أو بعضها ولا حاجة إلى أذن صريح من الموكل، لان الوكالة العامة تنتظم تحت التفويض كما هو صريح كلام إبن عابدين في تكملته حيث يقول وحاصل ما يقال في التفويض: لو قال رجلا للآخر فوضت أمر مالي اليك صار وكيلا في الحفظ، ولو قال فوضت أمري اليك قيل باطل، وقيل يصير وكيلا بالحفظ والنفقة، ولو قال أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك فهو وكيلا بالحفظ والبيع والشراء لأنه فوض إليه التصرفات عامه فصار كأنه قال: ما صنعت من شيء فهو جائز فيملك أنواع التصرفات، والحاصل أن التفويض ينتظم به التوكيل كالأذن ولا ينتظم الطلاق والعتاق على ما فيه من الخلاف[٦].

فواضح من كلام إبن عابدين أن التفويض ينتظم توكيل الوكيل غيره كما لو أذن الموكل له، وان ما مثل له إبن عابدين للتفويض يفيد التوكيل العام فيكون للوكيل العام حق توكيل غيره بموجب الوكالة العامة. وقد حصر إبن عابدين ما يستثنى من صلاحيات الوكيل العام بقوله وحاصل ما يقال: أن الوكيل وكالة عامه يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة على المفتي به، وينبغي أن لا يملك الهبة والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع، وينبغي إلا يملك الإقراض والهبة بشرط العوض وان كان معاوضة انتهاء[٧]، فمذهب الحنفية أن الوكيل وكالة عامة يملك توكيل غيره ولا حاجة لتصريح الموكل

---

[١] الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٨.
[٢] ابن قدامه، ابو محمد عبد الله، المغني، ج ٥، مطبعة الإمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس، ص ٨١.
[٣] الشيرازي، ابو اسحق ابراهيم بن علي، المهذب، ج ١، نشر عيسى البابي الحلبي، ص ٣٥١.
[٤] صالح عبد السميع الآبي الزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني، ج١، المكتبة الثقافية، بيروت – لبنان، بلا سنة طبع، ص ٦٦.
[٥] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٢٩٤.
[٦] إبن عابدين محمد علاء الدين بن محمد أمين قرة عيون الإخيار تكملة الدر المختار رد المحتار المسماة تكملة إبن عابدين محمد علاء الدين بن محمد أمين ١٣٠٦هـ، ط ٢، مطبعة ألبابي الحلبي، ج ٧، ص ٣٥٤.
[٧] تكملة إبن عابدين، ج ٧، ص ٣٥٧.

بالأذن له بذلك، لان كلام إبن عابدين صريح في أن الوكيل العام يملك كل شيء إلا المستثنيات التي ذكرها، وهي التي وردت على سبيل الحصر كما يدل عليه سياق كلامه وليس منها توكيل الغير [١]، و كذلك يجوز للوكيل العام توكيل غيره بموجب وكالته العامة عند بعض المالكية على الأظهر. قال إبن رشد كما ينقله عنه الحطاب في مواهب الجليل وكلام إبن رشد الذي أشار إلية في نوازل عيسى من كتاب الوكالة ونصه: "لا اختلاف في أن الوكيل على شيء مخصوص لا يجوز له أن يوكل، ثم قال:- وإما الوكيل المفوض إليه في جميع الأشياء فلا أحفظ في انه هل له أن يوكل أو لا قولا منصوصا لأحد العلماء المتقدمين، وكان الفقهاء المتأخرين يختلفون فيها والأظهر أن له أن يوكل" [٢].

أما بالنسبة للوكالة المقيدة هي التي يقيد فيها الموكل الوكيل بامرأة معينة ومهر معلوم[٣].

فإذا وكل الرجل غيره بأن يزوجه وقيده بامرأة معينة أو من أسرة معينة فزوجه كما طلب كان العقد نافذا صحيحا وإن خالف الوكيل فيها الموكل كان فضوليا ويكون العقد موقوفا على إجازة الموكل، إن أجازه الموكل نفذ وإن لم يجزه بطل[٤].

ماالحكم لوقام الوكيل بتوكيل غيره دون اذن موكله:

كما ذكرنا سابقاً أن للوكيل حق توكيل غيره في التصرف الموكل به إذا أذن له موكله أو فوض له وفي حال كانت وكالته عامه حسب رأي من أجاز الوكالة العامة، اما في حالة عدم الأذن له بتوكيل غيره فلا يجوز له ذلك لكن في حال أطلق الموكل فلم يأذن للوكيل بتوكيل ولم يفوض الأمر اليه، وكذلك في حال لم ينهاه عن التوكيل هنا يرد سؤال هل له توكيل غيره؟

ماذهب إليه جمهور الفقهاء أن الأصل أن الوكيل لايجوز له توكيل غيره، حيث قال أبن ابي ليلى يجوز للوكيل توكيل غيره من دون إذن الموكل[٥]، لكن في بعض الروايات رأي ابن أبي ليلى رأيه

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، مصدر سابق، ص ٢٩٤.
[٢] الحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، ج ٥، ص ٢٠١.
[٣] محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، م.س، ص: ٢١٢.
[٤] وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء السابع، مطبعة دار الفكر الطبعة الثالثة، ١٩٨٩، ص: ٢٢٢.
[٥] شمس الائمة محمد بن احمد بن سهل، المبسوط للسرخسي، ج ١٩، ط الأولى، مطبعة السعادة، ص ٣١_٣٢.

مقيد بوجود عذر للوكيل كمرض الوكيل أو سفره[١]، وحجه هذا القول بأن الوكيل لما ملك التصرف عن الموكل فإنه بذلك ملك التفويض إلى غيره في الوكالة كما لو وكل عن نفسه [٢].

يرد على هذا القول إن الوكيل ليس كالمالك، لان المالك يتصرف بملك نفسه كيفما شاء، اما بالنسبة للوكيل فليس له ذلك فإن تصرفه في ملك غيره يلزمه أن يتصرف فيه وفق مااذن به، والذي اذن به هو تصرف الوكيل لاغيره، وقد ذهب الحنابله [٣]، في إحدى الروايتين إلى القول أبن أبي ليلى إذا مرض الوكيل اوغاب فإن له التوكيل من غير إذن الموكل.

وقال الزيدية [٤]، إذا حضر الوكيل الاول مع الوكيل الثاني حين إجراء التصرف الذي وكل له جاز التوكيل.

أما بالنسبة للجمهور وهم الحنيفة[٥]، والشافعية[٦]، والمالكية[٧]، والحنابلة[٨]، والامامية[٩]، لهم تفصيل في هذه المسألة لكن لحنيفة لهم تفصيلا غير تفصيل غيرهم.

وعلى هذا سوف نبين رأي الجمهور اولا ومن ثم نتبعه برأي الحنيفة.

الأصل عند المذهب الشافعي والمالكي والحنبلي والأمامية أنه لا يجوز للوكيل ان توكيل غيره من دون اذن وموافقة موكله إلا أنهم قد استثنوا حالتين يجوز للوكيل فيهما توكيل غيره في التصرف بدون اذن الموكل وهما:

---

[١] بن قدامه، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٨٢.
[٢] شمس الأئمة محمد بن احمد بن سهل، المبسوط، ج ١٩، مصدر سابق، ص ٣١-٣٢.
[٣] أبن قدامه، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٨٢.
[٤] أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج ٥، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨-١٩٤٩، ص ٥٨.
[٥] زين الدين بن ابراهيم لابن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، مكتبة دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ص ١٧٥.
[٦] الرملي، شمس الدين محمد بن شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٥٧-١٩٣٨، ص ٣٨.
[٧] الحطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، طبع ونشر في مكتبة النجاح في طرابلس - ليبيا، ص ٣٠١.
[٨] ابن قدامه، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٨٠.
[٩] الحلي، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي، تذكرة الفقهاء، ج ٣، نشر المكتبة المرتضوية بأحياء الاثار الجعفرية، ص ١١٥.

١- في حال كان التصرف الموكل به من التصرفات التي لم يأت فعلها من قبل الوكيل، كان يكون الموكل به مما لا يليق فعله من قبل الوكيل،كما لو وكله في بيع دابه وهو من أشراف الناس ومن ذوي المكانة الرفيعة، فحينئذ يجوز له توكيل غيره ليفعله، وكذلك لو كان التصرف الموكل به مما يتعذر فعله من قبل الوكيل لعدم دخوله في اختصاصه واحتياجه إلى درايه وفن خاص كما لو وكله في وضع تصميم لبناء دار وهو ليس من أهل هذا الفن، فهنا يجوز له أن يوكل مهندساً لفعل ذلك.على إن جواز توكيل الوكيل هنا كما صرح المالكية والشافعية مشروط بعلم الموكل بحال وكيله حين توكيله فيكون ذلك بمثابة قرينه الأذن للوكيل لأن يوكل غيره، اما إذا لم يكن الموكل يعلم حاله من عدم اللياقة وتعذر الفعل منه فلا يجوز له التوكيل.

إلا أن المالكية قد أضافوا في حالة عدم علم الموكل بحاله فإنه إن كان الوكيل مشهوراً وقد عرف بين الناس أنه لا يلي العمل الموكل بنفسه فإن له أن يوكل غيره في التصرف ويحمل على أن الموكل علم بحاله ولا يصدق في أنه لا يعلم، اما في حال لم يكن الوكيل مشهوراً بين الناس ولم يعرف أنه لا يلي العمل الموكل به بنفسه فليس له التوكيل، وان وكل يكون متعديا حدود الوكالة، كل الذي تم ذكره بالنسبة لقول المالكية هو في الوكيل المخصوص أما بالنسبة للوكيل المفوض يريدون به الوكيل العام فإن له توكيل غيره.

٢- في حال كان التصرف الموكل به كثيراً وذا جوانب متعددة مما يعجز الوكيل معها عن القيام به لوحده، فحينئذ يجوز للوكيل توكيل غيره وذلك لاقتضاء تنفيذ الوكالة.

هنا يرد السؤال أيضا ما الذي يترتب على توكيل الوكيل غيره بدون إذن ومن غير تفويض، ماهو حكم تصرفه وهل يعد تصرفه تصرف فضولي؟

الجواب:

قد ذكرنا سابقاً أنه يشترط إذن الموكل ليجوز للوكيل توكيل غيره في التصرف الموكل به، وذلك عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية في غير ما استثنوه فإذا تصرف الوكيل الثاني وباشر العقد يحضره الوكيل الاول فإن عقده يكون جائز والسبب في ذلك أن المقصود الموكل الاول حضور رأي وكيله وقد حضر، فصار كأن الوكيل الأول هو الذي أجرى التصرف بنفسه،والمعتمد أنه لابد من اجازه الوكيل الأول

لتصرف الوكيل الثاني ولايكفي بحضرته، وهذا إذا كان الوكيل في العقود أما في حال كان الوكيل في الخصومة أو قضاء دين أو في إبراء وتصرف الوكيل الثاني بحضرة الأول فلا يكفي حضوره لابد من الإجازة[١].

اختلف الفقه الحنفي في حقوق العقد على من تعود هل تعود على الوكيل الأول أما على الوكيل الثاني الصحيح منها أن الحقوق تعود إلى العاقد وهو الوكيل الثاني وهذا القول يتفق مع الفقه الحنفي بأن الحقوق تعود إلى الوكيل لانه العاقد الحقيقي.

أما إذا عقد الوكيل الثاني بغياب الوكيل الأول لم يجز لأن رأي الوكيل الأول قد فات بغيابه فلم يحصل للموكل الأول مقصده الا في حال بلغ خبر التصرف الوكيل الثاني إلى الوكيل الأول فاجازه هنا يصح تصرفه أما في حال باشر التصرف أجنبي أي فضولي وبلغ خبره إلى الوكيل الاول فاجازه فإنه يصح وكذلك لو اجازه تصرفه الموكل الأول وقد ذهب الإمام زفر إلى عدم صحة تصرف الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول أو غيابه [٢]، والظاهر أن الإمام زفر يمنع توكيل الوكيل إلا بإذن منه.

اما غير الحنفية من الجمهور فلم يصرحوا برأيهم فيما يرتب على توكيل الوكيل غيره بدون إذن إلاّ أنهم قالوا لا يجوز له توكيل غيره ولكن لو وكل فعلاً فهل يكون توكيله موقوفاً على إجازة الموكل؟، الذي يظهر لنا من أجاز تصرف الفضولي من الفقهاء كما ذكرناه سابقاً فإنه يعتبر التوكيل هنا تصرف فضولي فأن توكيل الوكيل غيره بدون إذن يُعد باطلاً، فلا تفيده إجازة الموكل، لأنّ الإجازة تلحق الموقوف من العقود لا الباطل وعلى هذا فإنهم يتفقون مع رأي الامام زفر في هذا الخصوص.

إذن على ذلك ليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره؛ لأنه يستمد ولايته من الموكل والموكل أعطاه وحدة الولاية ورضي برأيه فقط. فإذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه في هذا التزويج من شاء، أوكله بصيغة التفويض بأن قال له: فوضت أمر زواجي إلى رأيك في كل ما تفعله، ففي هاتين الحالتين للوكيل أن يوكل غيره عنه [٣]، وأما فيما يخص توكيل الوكيل غيره في الطلاق يكون عمله مقيد برأي الموكل فإن خالف لم ينفذ تصرفه الا باجازة الموكل، لكن للوكيل ان يطلق متى شاء مالم يقم الموكل بتقيده بزمن معين[٤].

---

[١] أبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدار المختار في شرح تنوير الابصار، ج ٣، ص٥٥.
[٢] الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، مصدر سابق، ص ٣٢.
[٣] عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصيه في الشريعة الإسلامية، ط الثانية، ١٣٥٧هـ ١٩٣٨، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة، ص ١٦٥.
[٤] ابو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، ج ١، مكتبة أمير المؤمنين، اصفهان،١٩٨٢، ص ٢.

خلاصة القول بإن الفقهاء متفقون على جواز توكيل الوكيل مع إذن الموكل له، وليس له توكيل غيره في حال نهاه عن ذلك فإذا وكل بدون اذن فقد ذهب الجمهور إلى عدم جواز توكيله الا فيما استثنوه وأجاز ابن أبي ليلى توكيله مع وجود العذر كالسفر والمرض الوكيل اما الزيدية يجيزون توكيل الوكيل غيره بشرط حضوره أما الحنفية فاجازوا توكيل الوكيل غيره بدون إذن.

فيما ترجح الباحثة:- رأي الجمهور وهو عدم جواز التوكيل من غير إذن ولا يعتبر حضور الوكيل الأول حين مباشره الوكيل الثاني التصرف الموكل به قائماً مقام الاذن وذلك لأن الاذن اما يكون صراحة أو دلالة من عرف أو قرينه ولم يتحقق أي من ذلك فلا يكون الموكل اذنا واما حضور رأي الوكيل الأول فإنه وإن كان محل اعتبار في اختيار الموكل له إلا أن تنفيذها التصرف ليس في الرأي فقط بل قد يحتاج إلى مهرات وقدرات وقابليات خاصه بشخص الوكيل الأول وغير متحققه في غيره وقد لايرغب الموكل بأن يجري الوكيل الثاني التصرف الذي وكل الوكيل الأول به نعم لو اجاز الموكل يصح توكيله لأن المنع حق للموكل وقد ابطل هذا الحق.

هنا يرد السؤال ما هو حكم زواج وكيل الوكيل.

يمكن القول إن الفقه يسمح بهذا الزواج ويجيزه، فلو وكل الوكيل غيره في تصرف من التصرفات، فإن تصرفه هذا لا يخلو إما إن يكون مأذونا به من قبل الوكيل وإما أن لا يكون مأذونا به، فإذا كان مأذونا له في التوكيل، فيجوز للوكيل أن يوكل عنه غيره في مباشرة عقد الزواج لوجود الرضى حينئذ برأي غيره.

أما إذا كان غير مأذونا له في التوكيل فليس له أن يوكل غيره فيما وكل به، لأن الموكل فوض إليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه حينئذ، ولأن الموكل رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء ومبنى الوكالة على الخصوص، لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الوكيل فيملك قدر ما أفاده، فإذا وكل الوكيل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز، لأن المقصود حضور الرأي وقد حصل.

أما إذا عقد الثاني في غيبة الأول فإنه لا يجوز لفوات رأيه إلا أن يبلغه فيجيزه كما لو زوجه أجنبي فبلغه فأجابه، وكذلك يجوز بإجازة الموكل لوجود التصرف من أهله[1].

---

[1] أحمد فراج حسين، "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية"، مطبعة الدار الجامعية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، ص ٢٢١-٢٢٢.

الفرع الثاني

الأحكام القانونية الضابطة لتصرف الوكيل في الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

إذا كان القانون الوضعي في جل فروعه يتوافق مع المبادئ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بخصوص الأسرة، فإن القانون الذي يلامس أكثر هموم ومشاكل المجتمع هو قانون الأحوال الشخصية فهذا القانون وإن كان يصنف ضمن القوانين الوضعية إلى أنه أقرب في معظم أحكامه إن لم نقل كلها إلى الفقه الإسلامي على غرار الفقه الإسلامي فإن القانون الوضعي بدوره أخذ بالوكالة في الزواج، لأن الضرورة دعت إلى ذلك، إذ في كثير من الأحوال نجد الشخص مضطرا ومحتاجا إلى غيره لينوب عنه في كثير من التصرفات، ومنها إبرام عقد الزواج.

إذا كان الوكيل ملزما بتنفيذ الوكالة فيجب عليه أن يقوم بذلك التنفيذ في الحدود التي رسمها الموكل له فقد تشمل الوكالة نوعا معين من أنواع التصرفات القانونية مع تحديد المحل الذي يرد عليه هذا التصرف كالتوكيل في الزواج من امرأة معينة وقد تكون تعليمات خاصة من حيث نوع التصرف، من حيث المحل الذي يرد عليه التصرف من الإلتزامات التي تقع على عاتق الوكيل تنفيذ تعليمات الموكل التي تلقاها منه إذا يعتبر تنفيذ تعليمات من اهم التزاماته أي يعتبر محلا لعقد الوكالة وقد اكدت التشريعات على هذا الإلتزام[١] ، وهذه التعليمات قد تكون أمره أو ارشادية أن أعمال التصرف لا تحتمل إلا وكالة خاصة مثل (البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء).

وهذا ما قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن مجاوزة الوكيل حدود وكالته، (للموكل اجازة هذا التصرف للوكيل وللغير المتعامل مع الوكيل طلب أبطال التصرف)[٢] .

ويعني ذلك استبعاد الفرض الذي تكون فيه مهمة الوكيل البحث عن متعاقد يبرم معه عقدا لحساب موكله، فالواقع أنه في مثل هذه الحالة إذا لم يتمكن الوكيل من ابرام هذا العقد المأمول من قبل

---

[١] تنص المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ على (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة على أنه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المعتذر عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات وعلى الوكيل في هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)، يقابلها نص المادة (٧٠٣) من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.

[٢] الطعن رقم ١٢٥سنة ٤٨ ق جلسة ٢/٥/١٩٧٩، س ٣٠، ص٢٣٦.

الموكل يصعب النظر إلى ذلك باعتباره مخالفة من قبل الوكيل لتعليمات الموكل المتعلقة بحدود الوكالة أو خروجا على حدودها وانما يكون ذلك اخلالا بالتزام آخر.

ولأن الهدف من التزام الوكيل بتنفيذ العمل الموكل به وفق الحدود التي رسمها له الموكل بتوفير الجهد والوقت على الموكل عن طريق التوسط لابرام الصفقات والقيام بالأعمال المكلف بها مع الغير ومن ثم يجب على الوكيل إلا يلحق ضررا بالموكل عند قيامه بتنفيذ العمل الموكل به وبخلافه يلتزم بتحمل الضرر عليه فعلى الوكيل عند تنفيذ العمل الموكل به أن يلتزم باليقضة وبذل العناية وهذا الاتجاه يؤيده الفقه والاحكام القضائية وقد اكد الفقه القانوني على هذا الاتجاه بالقول أن الوكيل ملزم بأن يبذل في ادارة العمل أو الأعمال المكلف بها عناية رب الأسرة الحريص[١] ، وهو مايؤكده البعض الآخر بالقول (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة)[٢] ، فنطاق مسؤولية الوكيل عن الاخطاء التي تصدر منه عند التنفيذ سواء كان الوكيل مأجورا ام غير مؤجور يكون دائما مسؤولا عن العمل أو الخطأ الجسيم[٣] ، حتى وأن اتفق مع الموكل على اعفائه اذا وكل محام بالطعن في حكم ولم يرفع الطعن في الميعاد المناسب يعد ذلك خطأ جسيم يوجب المسؤولية، وقد منع قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المحامي أن يقبل الوكالة عن خصم موكله أثناء قيام الدعوى التي وكل فيها وذلك في المادة (٤٤) من القانون وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأنه (لاتصح وكالة المدعي في الدعوى اذا كان موكله وكيلا عاماً لطرفي الدعوى[٤] .

وعليه سنتكلم عن توكيل الوكيل غيره في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنه وذلك لأن قانون الاحوال الشخصيه لم يتطرق إلى هذه المسألة في مواده.

عليه ينص القانون المدني العراقي على أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره في التصرف الموكل به إلا في حالتين:

الأول: إذا اذن له الموكل في التوكيل.

---

[١] د. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة (دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة) الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠١٦، ص ١٧١.

[٢] د. محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، ط ٢، سنة ١٩٩٥، بدون دار نشر، ص ٢١٥.

[٣] الخطأ الجسيم هو عبارة عن عدم ادارك أو توقع ما يتحتم على كل فرد ادراكه أو توقعه هو الخطأ الذي لا يستطيع أقل الناس حظا من الفطنة والحرص والتبصر. د حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، بغداد، مطبعة العزة، سنة ٢٠٠١ ص١٧٦-١٧٧.

[٤] انظر القرار المرقم (٣٤٩٧) الصادر في ٨/٨/١٩٨٥ اورده د. عباس العبودي، النظام القانوني للوكالة بالخصومة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية القانون، العدد الثاني، سنة ١٩٩٩.

الثاني: إن يفوض الأمر إلى الوكيل فيحنها يجوز له أن يوكل بموجب هذا التفويض وإذا وكل الوكيل فإن الوكيل الثاني يكون وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الأول فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته فقد نصت المادة (٩٣٩) من القانون المدني العراقي على الآتي:

"ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون قد أذنه الموكل في ذلك اوفوض الأمر لرأيه ويعتبر الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بموته".

وبذلك يكون القانون المدني العراقي قد أخذ برأي الحنفية.

هذا وقد أباح قانون المحاماة العراقي لوكيل الخصومة من المحامين أن يوكل غيره من دون "اشتراط إذن الموكل في هذا التوكيل إلا أنه إذا وجد في سند الوكالة ما يقتضي منع توكليله غيره فلا يجوز له التوكيل فقد نصت المادة (٢٥) من قانون المحاماة على مايلي للمحامي سواء كان خصماً أصيلاً أو وكيلاً في دعوى أن ينيب عنه في الحضور أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محامياً اخر تحت مسؤوليته بكتاب غير خاضع لرسم الطابع يرسله إلى المحكمة مالم يكن في سند الوكالة مايمنع ذلك".

مسلك قانون المحاماة في هذه المادة يعتبر إستثناء على المادة (٩٣٩) من القانون المدني والتي لا تجيز للوكيل توكيل غيره الابأذن أو تقويض.

والباحثة لا ترى موجبا لخروج قانون المحاماة عن احكام القانون المدني بهذا الخصوص وذلك لأن منع الوكيل من التوكيل الغير متحققة في الوكالة في الخصومة وفي غيرها وهي أن الموكل رضي برأي الوكيل الذي وكله لا برأي غيره فلا ترتفع هذه العله الا إذا رضي الموكل بتوكيل الوكيل غيره.

لم يتطرق قانون الاحوال الشخصية العراقي إلى ذكر هذه المسألة في مواده وعليه يكون العمل بما هو الراجح من رأي الجمهور وهو عدم جواز التوكيل من غير إذن ولا يعتبر حضور الوكيل الأول حين مباشره الوكيل الثاني التصرف الموكل به قائماً مقام الاذن وذلك لأن الاذن اما يكون صراحة أو دلالة من عرف أو قرينه ولم يتحقق أي من ذلك فلا يكون الموكل اذنا واما حضور رأي الوكيل الأول فإنه وإن كان محل اعتبار في اختيار الموكل له إلا أن تنفيذها التصرف ليس في الرأي فقط بل قد يحتاج إلى مهرات وقدرات وقابليات خاصه بشخص الوكيل الأول وغير متحققه في غيره وقد لايرغب الموكل بأن يجري الوكيل الثاني التصرف الذي وكل الوكيل الأول به نعم لو اجاز الموكل يصح توكيله لأن المنع حق للموكل وقد ابطل هذا الحق.

ما نلاحظ عليه قانوناً قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته لم يعالج موضوع احكام الوكالة في الزواج بصوره صريحة بل أشار إليها بشكل موجز في المادة ٤ منه والتي نصت على "ينعقد الزواج بايجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه" يتضح من خلال هذا النص أن الزواج في الأصل ينعقد بركنيه الإيجاب والقبول، غير أنه وتخفيفا على الخاطبين فالمشرع العراقي يسمح لهما أن يوكلا في زواجهما.على ذلك نستدل بأن المشرع العراقي أحال الرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي لاستنباط الأحكام المتعلقه بالوكالة في الزواج.

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية المقارنة:

"فقد نصت المادة (٧٠٨) من القانون المدني المصري على مايلي: إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية. ٢- أما إذا رُخِّص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يُعيِّن شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات. ٣- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرةً على الآخر".

وهذا خلافاً ماذهب إليه القانون المدني العراقي، اذ الأصل فيه كما ذكرنا أن الوكيل لا يجوز له التوكيل إلا بأذن الموكل او تفويضه ورأي القانون العراقي لأن الموكل حين وكله إنما رضي برأيه لا برأي غيره فلايجوز له انابه غيره الابأذن موكله.

اما الفقره الثانية من المادة فإنها تحمل الوكيل عند توكيل غيره باذن الموكل المسؤولية عند خطأه في اختيار الوكيل الثاني إلا إذا عينه الموكل ولعل هذا قريب من مذهب الجمهور الفقهاء حينما اشترطوا على الوكيل عند الاذن له بتوكيل غيره أن يوكل أميناً إلا أن يعينه الموكل ولم يتطرق القانون العراقي إلى ذلك كما هو ظاهر فيرجع فيه إلى القواعد العامة أو إلى احكام الفقه الإسلامي.

أما فيما يخص تعاقد الوكيل مع نفسه أحكامها في الشريعة الإسلامية تختلف عن القانون فيما يخص الوكالة الخاصة المطلقة فتعاقد الوكيل مع نفسه قانوناً له صورتان:

الأولى: إن يكون أصيلا من جانب ونائبا من جانب آخر.

الثانية: ان يكون نائباً عن الجانبين فالاولى في القانون المدني العراقي ممتنعه كمبدأ عام، اما إذا باشر الوكيل التصرف فتزوج ماوكل بتزويجه مثلاً فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل، فأن اجازة نفذ وان رده فهو باطل، "وبذلك قد صرحت المادة (٥٢٩) بأنه ليس للوكلاء إن يشتروا الأموال الموكلين هم

ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين ببيعها أو آلتي يكون بيعها على ايديهم وليس لوكلاء التفاليس ولا الحراس المصفين إن يشتروا أموال التفليسه الا أموال المدين المعسر وليس للسماسره ولا للخبراء أن يشتروا ألاموال التي يصفونها وليس للسماسره ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود اليهم ببيعها أوفي تقدير قيمتها،وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه الا بأسم مستعار ماهو محظور عليه شراءه ٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقره السابقة يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه متى كان وقت الإجازة حائزه للاهلية الواجبه أما إذا لم يجزه ويبيع المال من جديد تحمل المشتري الأول مصروفات الثاني وماعسى إن يكون قد نقص من قيمة المبيع".

الأصل الظاهر من هذه المادة هو منع تعاقد الوكيل مع نفسه حين يكون أصيلا من طرف ونائبا عن طرف آخر الان هذا التعاقد يصح إذا أذن الموكل ذلك لأن المادة لم تبطل تصرف الوكيل إذا قدم عليه بل اوقفته على أجازه صاحب الشأن والقول بالصحة مع الاجازه اللاحقة هو قول بالصحة مع الاذن السابق بالأولى.

عليه يكون القانون المدني العراقي متفقا مع مذهب المالكية ومن وافقهم في صحة تعاقد الوكيل مع نفسه إذ إذن له الموكل بذلك.

أما بالنسبة لكون الوكيل متعاقدا نيابة عن طرفين فلم ينص عليها القانون المدني العراقي وهذا ماجعل شرح القانون المدني العراقي يختلفون في توجيهه رأي القانون في هذه المسألة، يمنع قانون المحاماة العراقي جواز توكيل شخص آخر عن خصمين في دعوى واحده ولا يجوز لوكيل الخصومة إبداء اية معونة أو مساعدة لخصم موكله حتى وان كان ذلك بعد انتهاء الوكالة فقد جاء في المادة[١]، تعليل ذلك ماذهب اليه القانون واضح من سياق المادة إذ أن توكل شخص واحد عن شخصين واضح التناقض وهو في نفس الوقت يتعارض مع الغاية من التوكيل لأن كون الوكيل مخاصماً في وقت واحد أمر يضطرب معه الوفاء بالوكالة على وجهها المطلوب.

---

[١] المادة ٤٤ من قانون المحاماة العراقي نصت على "يحظر على المحامي أن يقبل الوكالة عن خصم موكله أثناء قيام الدعوى آلتي وكله فيها كما لا يجوز له أن يبدي لخصم موكله مشوره في الدعوى نفسها أو في دعوى أخرى ذات علاقة بها ولو بعد انتهاء الوكالة ولا يجوز له بصفه عامه أن يمثل مصالح متعارضة ويسري هذا الحظر على كل من يعمل مع المحامي في مكتبة من المحامين بأيه صفه كانت".

والقانون في هذا موافق للفقه الاسلامي عند الأمامية يجوز ان يكون شخص واحد وكيلاً عن الطرفين، كما يجوز ان يكون الرجل وكيلاً عن المرأة في ان يعقدها لنفسه دواماً أو متعة، وان كان الاحوط استحباباً ان لا يتولى شخص واحد كلا طرفي العقد[١]

ذلك فريق من الفقهاء كون الشخص الواحد وكيلاً عن المتخاصمين في أن واحد.

وفي ذلك الخصوص ذهبت محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها وفقاً للمادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي[٢]

"إن البائع للأبنية المشيده على الملك تسلسل ٢٥ رأس الجسر كان قد وكل المميز وكيلا دوريا بموجب وكالة مصدقه من كاتب العدل على أن يحضر أمام الموظف المختص ويفرغ الابنية المبيعة باسم" "المميز عليهم ومن تدقيق مضمون الوكالة ظهر أن للمييز عليهم حقا تعلق بها فلا يجوز للوكيل المميز عزل نفسه من الوكالة صراحة أو ضما دون رضا الغير من جهة أخرى أن المادة (٥٩٢) بفقرتها الأولى والثانية تمنع الوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها مالم يحصلوا على إجازة من تم البيع لحسابه، وحيث إن الإجازة لم تصدر من المميز عليهم المشتركين يصبح القرار الصادر موافقا للقانون قرر تصديقه" ١٩٥٩/٧/٦.

أما بالنسبة لموقف القوانين المدنية العربية المقارنة

بينما القانون المدني المصري في المادة ١٠٨ [٣]، فالاصل إن الوكيل لا يملك التعاقد مع نفسه لأنه يؤدي إلى تعارض المصالح فإذا ما اقدم الوكيل على مثل هذا التصرف فإنما يكون قد جاوز حدود وكالته[٤]، وقد ذكر السنهوري أن منع النائب من شراء ما توكل به إنما يقوم على قرينه وهي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله فإنه لا يقصد أن يتوسع في الإنابة إلى الحد إن يكون المشتري هو

---

[١] السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، مسألة ٤٧ص٢١، منشور على موقع الالكتروني www.basrahcity.net

[٢] قرار صادر من محكمة تميز العراق بالعدد ١٢٢١ حقوقية ٥٩ بغداد.

[٣] قانون المدني المصري نص المادة ١٠٨لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٠٤-٢٠٥.

النائب والا لكان قد باعه مباشره دون حاجه لانابته فإذا ماباع النائب لنفسه ماستنيب في فإنه يكون قد جاوز حدود نيابه فلا ينفذ في حق الأصيل الا بإجازته[١].

الواضح من هذه المادة أنها تمنع تعاقد الوكيل مع نفسه في صورتيها المتقدمتين فتكون هذه القوانين قد حسمت النزاع في المسألة وقطعته وهذا ما ينبغي أن يسلمه القانون المدني العراقي إذا أنه قد نص على منع تعاقد الوكيل مع نفسه أصيلا من جهة ونائبا من جهة أخرى وسكت عن تعاقد الوكيل نيابة عن طرفين.

اما بالنسبة للقانون المعاملات المدنية الإمارات نصت المادة (٩٣٤) ١-ليس للوكيل أن يوكل غيره فيما وكل به كله أو بعضه إلا اذا كان مأذونا من قبل الموكل او مصرحا له بالعمل برايه ويعتبر الوكيل الثاني وكيلا عن الموكل الأصلي.

٢-فأذا كان الوكيل مخولا حق توكيل الغير دون تحديد فإنه يكون مسؤولا تجاه موكله عن خطئه في توكيل غيره أو فيما اصدره له من توجيهات.

٣-يجوز للوكيل في الوكالة الخاصة إذا كثرت أعماله أن يوكل غيره على سبيل المعاونة أو على سبيل الاستقلال بالتصرف.

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية:

لم تختلف القوانين المقارنة في موضوع الزواج بالوكالة فقد جاءت معظم هذه القوانين متناغمة مع الشرع الإسلامي ومنها قانون الأحوال الشخصية المصري بالرغم من كثرة القوانين المعمول بها في مجال تنظيم الأسرة الا انه لم يتناول موضوع أحكام لوكالة في إبرام عقد زواج بناء على ذلك يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا سيما الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة استناداً إلى نص المادة (٣)[٢].

الملاحظة التي يمكن أن أبديها بداية هو أن جل الدول العربية عالجت موضوع الوكالة في الزواج ومنها قانون الاحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة٢٠٠٥ المعدل فقد نص على الوكالة في عقد زواج في المادة (٣٧) [٣]، بصوره صريحة وواضحة فضلا عن ذلك نجد أن

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٢١٨-٢١٩.

[٢] تصدر الاحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام ابي حنيفة.

[٣] ١- يجوز التوكيل في عقد الزواج. ٢-ليس للوكيل ان يزوج نفسه إلا إذا نص على ذلك بوكالة. ٣-اذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان العقد موقوفا.

المشرع الإماراتي أشار إلى أنه لو كانت المرأة هي الموكل فلا يحق للوكيل ان يزوج نفسه لها إلا إذا نص ذلك في الوكالة وكما نص على عدم تجاوز الوكيل لحدود وكالته والاكان العقد موقوفاً.

أما قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنه ٢٠٠٤ فقد نص في المادة (١٩) [١]، منه يتضح لنا من ذلك أن القانون القطري متفق مع القانون الإماراتي بأنه أشار إلى جوزا التوكيل في الزواج بصوره صريحة فضلاً عن التزام الوكيل بحدود الوكالة وبكل ما يرد في مضمونها وإلا عد تصرفه فضوليا ولا ينفذ العقد الا بإجازة صاحب الحق أو وليه حسب الأحوال.

المطلب الثاني

الأحكام الشرعية والقانونية الضابطة لألتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

كما هو معروف أن العقد يرتب اثرا على طرفيه بما اننا تناولنا أثره بلنسبة للوكيل، سنوضح الأثر المترتب على الموكل من حيث ما يتمتع به من حقوق وما يقع عليه من التزامات يتعين عليه مراعاتها، قد يتضمن العقد نصوصاً صريحة تشير إلى التزامات الموكل مع الوكيل.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الاول سيكون لبيان الأحكام الشرعية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها فقها والثاني سنتحدث عن الأحكام القانونية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها قانوناً وكما يلي:

الفرع الاول

الأحكام الفقهية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

لقد تحدثنا عن الأحكام الفقهية والقانونية الضابطة لتصرف الوكيل وكما توجد على الوكيل أحكام ضابطه لتصرفاته، فكذلك توجد على الموكل أحكام ضابطة لالتزاماته، وذلك لأن مقتضى العقود ترتب التزامات على كل من طرفي العقد قبل الآخر مقابل الحقوق التي لكل منها قبل الآخر.

---

[١] "يجوز التوكيل في عقد الزواج بوكالة خاصة مصدقا عليها من الجهة المختصة، واذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان فضوليا، وفي هذه الحالة لاينفذ العقد في حق صاحب الشأن إلا باجازته أو باجازة وليه حسب الأحوال ولايجوز للوكيل ان يزوج نفسه من موكله الااذا نص عقد الوكالة على ذلك".

أولاً: دفع الأجرة:

إنّ الوكالة كما قلنا قد تكون بأجرة، وقد لاتكون بأجرة، في حالة كون الوكالة بغير أجر فإن ماقد يقوم به الوكيل لموكله من تصرفات إنما تكون بمثابة تبرع ومعروف يبديه الوكيل له، وحينئذ ليس للوكيل المطالبة بأجرة على ما اجراه لموكله.

أما في حالة كانت الوكالة بأجر فأن الوكيل يستحق أجرته ويكون الموكل ملزما بدفع الأجر لوكيله عند قيامه بإجراء التصرف الموكل به واتمامه ذلك لأن الوكيل استحقاقه لأجرته مرهون بتسليمه العمل الذي وكل فيه لأن الاجر عوض فلا يستحقه إلا بتسليم العوض.

حيث جاء في المغني لقول ابن قدامة يجوز التوكيل بجعل وغير جعل، فإن كانت الوكالة بجعل يستحق الوكيل الجعل بتسليم ماوكل فيه إلى الموكل أن كان يمكن تسليمه كثوب يقصره أو يخيطه فمتى سلمه فله الأجر وان وكل في شراء أو بيع استحق الاجر إذا علمه وان قال إذا بعثت الثوب وقبضت ثمنه وسلمته إلى فلك الاجر لم يستحق شيئاً حتى يسلمه إليه فإن فاته التسليم لم يستحق شيئاً لفوات الشرط[١].

هنا يرد سؤال هل يستحق الوكيل الأجر من دون اشتراطه؟

يلزم لا ستحقاق الوكيل الأجرة بأن يكون قد اشترط مع التعاقد على كون الوكالة مأجوره، اما إذا لم يشترط ذلك في العقد، فليس للوكيل أجره ولا يملك مطالبة بها[٢].

الا انه لو لم يشترط الأجرة في العقد وكان الوكيل ممن يعمل بأجر كالدلال و المحامي فهل يستحق هؤلاء اجرة على الوكالة؟.

الذي عليه الحنفية أن الوكيل في مثل هذه الحالة يستحق أجرته ويستطيع مطالبة الموكل بها وتقدر عاده بأجرة المثل[٣]، لكن المذهب الشافعي على مايظهر من أقوالهم يذهبون إلى منع الوكيل من استحقاق الأجرة الا في حالة اشتراطها حتى وإن كان ممن لا يعمل الا بأجرة وقد جاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج قوله "ويشكل على ذلك ما يأتي في الأجرة من عدم لزوم الأجرة حيث لا لفظ يشعر بالتزامتها ولو كان العامل ممن لا يعمل الا بأجرة"[٤].

---

[١] ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٧٨.
[٢] الفتاوي الحامدية، ج ١، ص ٣٣٤.
[٣] شرح المجلة لعلي حيدر، ج ٣، ص ٥٩٤، مرشد الحيران المادة ٦٠٣.
[٤] حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج ٥، ص ٤٥.

الراجح هو المذهب الحنفي وذلك لأن الوكيل الذي لا يعمل الا بأجرة يكون اشتراط الأجرة له موجودا دلاله حتى وان لم يصرح بها في العقد.

معلومية الأجرة:

في العمل الموكل به ينبغي أن كانت الوكالة بأجر أن يكون معلوما وكذلك ينبغي أن يكون الاجر مشروطا في العقد ومعلوم أيضا بناء على أنها إجازة، ووفقاً لذلك قد صرح الشافعية بعدم صحة كون أجرة الوكيل جزءا من الموكل به فلو كان وكيلا ببيع شيء وكانت أجرته عشر ثمن المبيع أو كانت أجرته عن كل دينار من ثمن المبيع درهما لم يصح وذلك لأن الأجرة في هذه الصورة تكون مجهوله [١]، وعليه فإن الأجرة تفسد ويستحق الوكيل اجر المثل.

وأيضاً صرح الأمامية بعدم صحة كون أجرة الوكيل بالبيع وعشرة بالمئة من ثمن المبيع لعدم معلومية الأجرة[٢].

أما بالنسبة لموقف الفقهاء الآخرون فإنهم وأن لم يصرحوا بعدم صحة كون أجرة الوكيل جزءا من التصرف الموكل به، الا إن عدم صحة ذلك مستفاد مما ذكروه في الاجازه من أجرة المستأجر لا يجوز أن تكون جزءًا من المؤجر عليه لعدم معلومية الأجرة.

فقد صرح الفقه الحنفي أن المستأجر شخصا ليضع له تنشأ وبيعه يتنصف الربح لزمه أجر المثل [٣].

وكذلك صرحوا أن من استأجر شخصاً على غنمه يرعاها ويقوم عليها بجزء معين من صوفها وولدها فقام عليها مده معلومة له أجر المثل[٤].

وصرح المالكية بعدم جواز استأجار شخص على الذبح مقابل جزء من المذبوح كاكراعه أو رأسه ولا يجوز كذلك استئجار شخص لطحن حنطة وأجرته تكون نخالها وذلك لعدم المعلومية[٥].

وصرح الحنابلة بأنه لو استأجر شخص رجلاً ليسلخ له بهيمة بجلدها لم يجز كذلك لعدم المعلومية[٦].

---

[١] روضة الطالبين، ج ٤، ص ٣٠١.
[٢] تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ١١٤.
[٣] الفتاوي الحامدية، ج ٢، ص ١٠٥.
[٤] الفتاوي الحامدية، ج ٢، ص١١٠.
[٥] شرح الخرشي، ج ٧، مصدر سابق، ص ٥.
[٦] المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

ذهب بعض الزيدية مذهب الجمهور الفقهاء وقالوا بعدم جواز كون أجرة حمال الشيء بعض المحمول أما البعض الآخر منهم ذكروا أنه قول ابن ليلى إلى أن كون أجرة الحامل جزءًا من المحمول أو العامل جزءا من المعمول جائز[١].

فهي تتمثل في إلتزامه بدفع الأجر في حالة تم الإتفاق أن تكون الوكالة مأجورة، وأن يكون ملزماً بدفع النفقات التي أنفقها الوكيل من ماله الخاص لإتمام أعمال الوكالة كما ويكون مسؤولاً عن تعرض الوكيل لضرر ويكون ملزماً بالتعويض فيما لو كان الوكيل كان قد التزم بحدود الوكالة، أما لو كان الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة واصابه الضرر نتيجة اهمال منه فلا يكون هناك مسؤولية على الموكل.

يُستخلص من ذلك بأن جمهور الفقهاء لا يجيزون كون أجرة الوكيل جزءا من الموكل به وذلك بناء على أن هذه الأجرة مجهولة وأجرة الأجير لا تصح جهالتها لدفع الغرر والضرر وعليه فلا نرى سداد ماقد ذهب إليه ابن ابي ليلى وبعض الفقه الزيدية، لكي يستحق الوكيل أجرته يلزمه ذاك تنفيذ الوكالة تنفيذاً صحيحاً فإن تم تنفيذها بالوجه الغير صحيح فلا يستحق أجرته.

الفرع الثاني

الأحكام القانونية الضابطة لالتزامات الموكل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

يمكن القول: إنّ قانون الأحوال الشخصية العراقي لم ينظم قانوناً لاحكام الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها، عليه يجب الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني العراقي فقد عالج هذا القانون التزامات الموكل بصورة عامة في المادتين ٩٤٠-٩٤١ فقد نصت المادة ٩٤٠في فقرتها الأولى[٢]، حسب نص هذه المادتين فإن الوكيل يستحق أجرته متى أوفى العمل الموكل به وكانت الأجرة مشروطه في العقد أما في حالة لم يتم اشتراط الأجرة في عقد الوكالة فلا أجرة للوكيل وليس له مطالبة الموكل بها ويكون متبرعا إلا إذا كان الوكيل ممن يعمل بأجرة كالمحامي الدلال فإن له أجر المثل والقانون متفق مع ماتم ذكره عن فقهاء الشريعة الإسلامية.

---

[١] البحر الزخار، ج ٤، ص ٥٢.

[٢] تنص المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي على أنه "إذا اشترطت الأجرة في الوكالة ووفى الوكيل العمل يستحقها وان لم تشترط فإن كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله أجر المثل والاكان متبرعا".
٢-"وإذا أتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير المحكمة إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة".

اما فيما يخص الفقرة الثانية فإنها تخضع لتقدير المحكمة فيما يخص الاجرة فالقانون قد حذر في حالة وقوع الموكلين في حالات الضرورة والاظطرار من وقوعهم تحت سطوة الوكلاء.

أما المادة ٩٤١ من القانون المدني العراقي تضمنت[١]، هذه المادة يلزم الوكيل برد ما انفقه الوكيل من جراء تنفيذ الوكالة أما الشق الثاني يلزم الوكيل بأن يرد كل الفوائد الربوية عن النفقات التي انفقها الوكيل فلو تم انفاق مئتان ألف دينار فعل الوكيل أن يرد المائتنان ألف دينار وفوائدها خلال المدة من تاريخ إنفاقها إلى يوم ردها.

نستخلص من ذلك بأن الشق الأول جاء موافق لرأي الفقه الاسلامي بالشروط التي تم ذكرها أما فيما يتعلق بالشق الثاني وهو أخذ الفوائد الربوية(الربا) من الموكل فإنه لا يجوز شرعاً لذلك لم يذكر الفقهاء ذلك لأنهم لا يلزمون أحدا بالمحرم وكان ينبغي للقانون تجنبها أيضاً.

حيث الزمت المادة الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته وان يقدم الموكل للوكيل مبالغ للأنفاق منها في شؤون الوكالة إذ اقتضى تنفيذها وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ متى ما طلب الوكيل ذلك.

وقد نصت المادة (٦٠) من قانون المحاماة العراقي حق الوكيل في استحقاق اتعابه، حتى لو كان العزل في وقت غير لائق فانه لا يؤثر في استحقاق الوكيل كامل اتعابه.

والملاحظة في قانون المرافعات المدنية انه أخذ من أحكام الفقه الاسلامي بما يضمن حقوق جميع الاطراف، ولا سيما ان هذه القوانين تتعامل مع الواقع التطبيق ي القائم في المحاكم العراقية، وليس على أساس النظرية المجردة وتعدد الآراء، بل أخذت تلك القوانين موقفاً حازماً إتجاه كل الاحتمالات المتوقعة عند عزل الوكيل، بما يضمن سير الدعوى وعدالة الاجراءات القضائية، لذلك فان هذا القانون أخذ من فحوى الاراء الفقهية، واستفا د من رأي بعض فقهاء المالكية الداعي الى كون الوكالة لازمة اذا ناشب الوكيل الخصوصة، أو حضر ثلاث جلسات، بل جلستين، عندئذ تكون وكالته لازمة، ولايملك للموكل عزله، كما لا يملك الوكيل عزل نفسه، إلا بعذر مقبول ومعقول.

والذي فهمناه من القوانين المدنية المذكورة [٢] انها لم تنص صراحة على عدم صحة عزل الوكيل من قبل موكله اذا تعلقت مصلحة الوكيل بالموكل، بل اكتفى بالنص على عدم صحة العزل اذا تعلقة

---

[١] تنص المادة ٩٤١ من القانون المدني العراقي"على الموكل أن يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك".

[٢] على الموكل أن يخلص ذمة الوكيل مما عقد باسمه الخاص من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة.

بها حق الغير، إلا اذا رضى هذا الغير. وان الاتجاه العام في عموم الفقه الاسلامي بغض النظر عن التنطح في القيل والقال لم نجد فيه من يقول صراحة بان تعليق حق الوكيل بالوكالة يمنع الموكل من عزل وكيله بدون رضا الموكل.

وهذا ما نجده في آراء معظم الفقهاء في جميع المذاهب الاسلامية المذكورة، بشأن لزوم الوكالة عند تعلق حق الغير، واشتراطه . الفقه الاسلامي . علم الطرف الآخر بحصول العزل لصحة وقوعه.

وقد أوضح القانون حق الوكيل في الوكالة المأجورة، اذ أوجب تعويضاً على من صدر منه العزل للطرف الاخر عند حصول العزل، وفي وقت غير مناسب، وبدون عذر مقبول، بينما اعتبر الكثير من الفقهاء كما تقدم انها لاتكون . الوكالة المأجورة . لازمة، لذا فان للموكل عزل وكيله وللوكيل اعتزال الوكالة في أي وقت شاء، ودون وضع ضوابط واضحة ومتفق عليها في عموم الفقه الاسلامي.

وقضت محكمة التمييز العراق في قرار لها بأن "المحكمة أجرت التحقيقات المقتضية وثبت لها تصرف المدعي بالشراء عندما كانت وكالته قائمة عن المدعي عليه ودفع المبلغ المدعى به إلى المبالغ الذي أيد استلامه لهذا المبلغ وان المدعي لم يكن متبرعا وحيث أن على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة ٩٤٢ مدني، وهذا يعني ألزام المدعي عليه بالمبلغ المدعى به" [١].

اما بالنسبة للقانون المدني المصري نصت المادة (٧٠٩) اولاً: بأن الوكالة تبرعية، مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل.

ثانياً: إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعا لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة.

القانون القطري نصت المادة (٧٢٣) على أنه:

١-إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون يكلف في ذلك ازيد من عناية الشخص العادي.

٢-فإذا كانت بأجر، وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الشخص العادي.

قانون المعاملات المدنية الإمارات نصت المادة (٩٤٨) منه على الموكل أداء الاجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل فأن لم يتفق على الاجر وكان الوكيل ممن يعملون به فله اجر المثل والاكان متبرعاً.

---

[١] ١- ينظر قرار حكم محكمة تمييز العراق بالعدد ٢١٨ / موسوعة أولى /١٩٩٠ في ١٩٩١/١٠/٢١. إبراهيم ألمشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ج ٤، نائب رئيس محكمة التمييز، بغداد سنة ٢٠٠٠ م، ص١٦٣، وينظر القاضي لفته هامل دور القاضي في تعديل العقد. ط٢ ٢٠١٠ بغداد، ص١٠٢ وما بعدها.

نص المادة (٩٥٠) على الموكل إن يرد إلى الوكيل ما انفقه بالقدر المعتاد في تنفيذ الوكالة.

المبحث الثاني

حالات انقضاء الوكالة والاحوال الطارئة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

رأينا بأن عقد الوكالة يرتب التزامات على عاتق طرفي العقد وبما أن مبدأ تأبيد الالتزام شي مستحيل فلا يمكن أن تكون هناك التزامات إلى الأبد عليه لابد وأن تكون لهذه الالتزامات نهاية، قد تكون انقضاء عقد الوكالة انقضاء طبيعي وذلك من خلال تنفيذ الالتزامات أي بإتمام العمل الموكل فيه فإذا مانفذ الوكيل الوكالة وفق مارسمه له الموكل فإن الوكالة تعتبر منتهيه حكماً وقد تكون نهاية هذه الوكالة غير طبيعية قبل تنفيذ الالتزامات، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة، كما تنتهي بموت الوكيل، وتنتهي كذلك بموت الموكل إلاّ إذا تقررت الوكالة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير أو أريد إتمامها بعد وفاة الموكل.

وعليه سنتناول في هذا المبحث حالات انقضاء عقد الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها ومايترتب على ذلك من أثر وسيكون المطلب الاول حالات انقضاءعقد الوكالة، والمطلب الثاني الأحوال الطارئة لعقد الوكالة وكما يأتي:-

المطلب الاول

حالات انقضاءعقد الوكالة

ذُكر سابقاً أنّ عقد الوكالة في أصله عقد غير لازم عليه فأن للوكيل أو الموكل أن يقدم على انهاء الوكالة فالوكيل يملك اعتزال الوكالة وذلك من خلال عزل نفسه منها وأيضاً الموكل يملك الاعتزال وكيله وقد يؤدي إلى إنهاء الوكالة أمور قهريه تخرج عن إرادة الموكل والوكيل عن أهلية التصرف كالجنون والموت وغيرها وقد تنتهي بأسباب أخرى على أنها من مبطلات عقد الوكالة.

عليه سنتناول في هذا المطلب حالات انقضاء عقد الوكالة ومايرتب على ذلك من أثر في فرعين سيكون الأول للطرق الطبيعة لإنقضاء عقد الوكالة والفرع الثاني الطرق الاستثنائية لأنقضاء عقد الوكالة وكما يلي:

الفرع الاول

الطرق الطبيعيه لانقضاء عقد الوكالة

تنقضي الوكالة نهاية طبيعة وذلك بإتمام العمل الموكل به أو بعزل الموكل لوكيله أو بأعتزال الوكيل للوكالة.

أولاً: اتمام العمل الموكل به:

الوكالة تنتهي بأتمام العمل الموكل به فإذا كان المطلوب من الوكيل أن يزوج موكله فزوجه فقد انتهت وكالته وفي حال تم طلاق الموكل لزوجته فلا يحق للوكيل أن يزوجه منها مرة أخرى إلا بوكالة جديدة، وذلك لأن هذا الأمر لا يقتضي التكرار [١].

تناول القانون القطري في المادة (٧٣٤) حالات انتهاء الوكالة حيث نصت المادة على:

١-للموكل في أي وقت ان ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.

٢-على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح الغير فلا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه.

اما بالنسبة القانون المعاملات المدنية الإمارات نصت المادة (٩٥٤) منه على أن الوكالة تنتهي

أ-باتمام العمل الموكل به.

ب-بانتهاء الاجل المحدد لها.

ج -بوفاة الموكل أو بخروجة عن الاهلية وان تعلق بالوكالة حق الغير الافي الوكالة ببيع الرهن إذا كان الراهن قد وكل العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل.

د-بوفاة الوكيل أو بخروجة عن الاهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير أن الوارث أو الوصي إذا علم بالوكالة توافرات فيه الاهلية فعليه أن يخطر الموكل بالوفاة وأن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الحال لمصلحة الموكل.

ثانياً: عزل الوكيل

عقد الوكالة عقد غير لازم عليه يصح للموكل أن يعزل وكيله متى شاء من التصرف الموكل به ويتم العزل من خلال القول للوكيل عزلتك أو اخرتك أو أبطلت الوكالة أو رفعتها مما يشعر الوكيل بإرادة الموكل بعزله من قول أو فعل لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الإ بعد العلم به كما ذكرنا يتحقق العلم بعزل الموكل لوكيله أما شفاهه بحضوره فيقول له اخرجتك أو عزلتك من الوكالة أو بواسطة

---

[١] الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٣٩.

كتابة كتاب يرسل اليه إذا كان غائباً اويتم إرسال رسول يبلغه بالعزل فيقوم الرسول بتبليغه أما في حالة عدم علم الوكيل بالعزل فإن تصرفه قبل العلم كتصرفه قبل العلم هنا يرد السؤال هل يشترط لانعزال الوكيل من قبل موكله علمه بالعزل وكل تصرف يتم إجراءه من قبل الوكيل يكون نافذا على الموكل لحين حصول علمه بالعزل ام انه لا يشترط علم الوكيل بالعزل فكل تصرف يتم إجراءه من قبل الوكيل بعد العزل لا ينفذ على الموكل؟.

الفقهاء مختلفين في ذلك:

ذهب الفقه الحنفي والظاهرية وهو أحد القولين عند كل من المالكية والشافعية والامامية والحنابلة إلى أن علم الوكيل بالعزل هو شرط لصحة عزله [١]، عليه فيكون كل تصرف يتم مباشرته من الوكيل بموجب عقد الوكالة نافذاً على الموكل إلى حين علم الوكيل بالعزل، ويستدل أصحاب هذا القول بأن العزل يعني فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الإ بعد العلم به ففي حالة عزل الموكل لوكيله وهو غائب وتم وقوع العزل فلربما يؤدي ذلك إلى تضرر الوكيل لانه قد يتصرف ببعض التصرفات فتقع باطله أو تنفذ عليه لأنه معزول ولا يمكن للوكيل إعادة ماتصرف به لفواته مثلاً لو كان وكيلاً في بيع طعام فقام المشتري بأستهلاكه فهنا الضمان سيكون على الوكيل.

أما ماذهب إليه فقهاء المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والامامية[٤]، والحنابلة[٥]، في القول الآخر لكل منهم يوافقهم في قولهم الزيدية إلى أن علم الوكيل بالعزل ليس شرطاً لصحة عزله بل إن العزل يقع من حين صدوره من الموكل وعليه يكون كل تصرف قد أجراه الوكيل لحساب موكله باطلاً من لحظة العزل علم به الوكيل ام لم يعلم، وحجتهم في هذا القول إن العزل رفع عقداً لا يفتقر فيه إلى رضا الوكيل فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق على أن المالكية[٦]، قد اشترطوا لصحة وقوع العزل من غير علم الوكيل فيما إذا تم اعلان الموكل واشهد على العزل الوكيل وتعذر عليه اعلام وكيله بالعزل لوجود عذر كأن يكون

---

[١] محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٤٣٠.
[٢] الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٨٣.
[٣] الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ١، مطعبة مصطفى البابي الحلبي، سنة ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م، ص ٢٣٢.
[٤] محمد الجواد بن محمد الحسني، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، ج ٢، مطبعة الشورى بالفجالة – مصر، ص٢٥٦.
[٥] ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، ط ١ مطبعة الصدق الخيرية -مصر سنة ١٣٥٢-١٩٣٣، ص من ١١٠قاعده ٦٠.
[٦] المرداوي، علاء الدين ابو الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٦٨.

العذر هو بعد الوكيل عن الموكل فإن ترك اعلام من قبل الموكل لوكيله مطلقاً لم يصح عزله سواء اشهد ام لم يشهد على ذلك أيضاً إذا تم ترك اعلامه لعذر ولم يشهد على عزله لم يصح العزل وكذلك إذا تم العزل سرا لا يصح عزله حتى وإن أشهد على ذلك.

هنا يرد السؤال في حال ان الزوج فوض زوجته على طلاق نفسها ويريد الغاء هذه الوكالة مع العلم ان الوكالة كانت لفظية وليست خطية هل من الممكن ذلك؟

الجواب: يجوز الغاؤها الا اذا كانت الوكالة بصورة شرط في ضمن عقد كما لو قالت ضمن عقد النكاح زوجتك نفسي بشرط ان اكون وكيلة في تطليق نفسي متي شئت فهذه الوكالة لا يمكن الغاؤها[١].

الراجح من القول.

هو القول الأول وهو علم الوكيل بعزله من قبل موكله شرطا لصحة انعزاله والقول بعدم الاشتراط فيه لأن الوكيل تصرفه إنما تصرف بالاذن مستفاد من الموكل لا يرتفع هذا الأذن الا بعلمه برفعه ولأنه لا يجوز إيقاع الضرر على أحد بسبب أحد لأن الوكيل قد يتضرر من جراء تصرفه بموجب الوكالة مع أن قد تم عزله وذلك لأن الأصل هو بقاء الوكيل على وكالته حتى يثبت عزله وعزله لا يتم إثباته الا بعلمه

فعلم الوكيل بالعزل لا يكفي لو قوع العزل بل يلزم لذلك أن لا يكون هنالك حق متعلق بالوكالة للغير فإن كان وجود حق للغير متعلق بالوكالة لم يقع العزل حتى وان علم به الوكيل فالوكالة تبقى قائمة لحين أن يستوفي الغير حقه مثال على ذلك هو تعلق حق الغير بالوكالة كالذي يرهن ماله لدى رجل يدين له عليه وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل هو وكيلاً على القبض أو بيعه عند حلول الأجل فإذا تم عزل الراهن الوكيل على البيع لا يصح العزل وذلك لتعلق حق الغير بالوكالة وهو المرتهن هذا ماتم ذكره عند الحنفية [٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة [٤]، في قولهم الآخر.

---

[١] العلامة الشيخ عبد المهدي الكربلائي ٢٦ ربيع الاول ١٤٣٩/الموافق ٢٠١٧/١٢/١٥ استفتاءات شرعية منشور على موقع مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني دام ظله https://www.sistani.org/arg تاريخ زيارة موقع ٢٠٢٤/٤/١٣ ساعه ٩:٤٦مساءا

[٢] الكاساني، بدائع الصانع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٣٨.

[٣] الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٨٧.

[٤] ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، ط ١ مطبعة الصدق الخيرية -مصر سنة ١٣٥٢-١٩٣٣، ص من ١١٠قاعده ٦٠.

إلا أن الشافعية والحنابلة قد اجازوا عزل الراهن للوكيل وذلك باعتباره وكيله في البيع فيتم عزله بعزل الوكيل في بيع غير الرهن [١]، ولتعلق حق المرتهن بالوكيل فلا يجوز عزله دفعا لما قد يصيب المرتهن من ضرر جزاء العزل.

أما بالنسبة للظاهرية فإنه يجوز عندهم عزل الموكل لوكيله إذا كانت وكالة خصومة من دون توقف هذا العزل على رضا أحد حيث جاء في المحلى ليس للخصم أن يمنع من يخاصمه من عزل وكيله وتولية أخر لأن التوكيل في ذلك قد صح ولا برهان على أن للخصم منعه من عزل من شاء توليه من شاء فإن قبل أن في ذلك ضرراً كبيراً على الخصم لا ضرر عليه في ذلك أصلا بل الضرر كله هو المنع من تصرف المرء في طلب حقوقه بغير قرآن أوجب ذلك ولا سنة [٢].

ونرى أن قول الضاهرية هنا قول وجيه وذلك لأن تقيد العزل برضا الخصم قد ينافي الغرض المقصود من الوكالة في الخصومة لأن الخصم حتى وإن التمس خصمه في التوكيل فأن للموكل عزله سواء رضي الملتمس ام لم يرضى وذاك لأن الموكل يرغب في توكيل وكيل يكون حاذق يدافع خصمه وقد لا تكون هذه الصفة في وكيله وعليه يجوز له عزله.

فالذي ينبغي أن يقال إن تعلق حق الغير بالوكالة ظاهر في مسألة الراهن حين يقدم على عزل الوكيل ببيع المرهون عند حلول الأجل وذلك لتعلق حق المرتهن به ومن الأمثلة على ذلك هو لو قام شخص بتوكيل شخص آخر وقر عنه في دائرة الطابو بأنه قد باع داره وقبض الثمن فلا يجوز عزل الوكيل وذلك لتعلق حق المشتري بهذه الوكالة لأن بيع العقار لا يصح ولا ينفذ إلا بعد تسجيله في سند الطابو.

اما بالنسبة القانون المعاملات المدنية الإمارات نصت المادة (٩٥٥) نصت (على أن للموكل أن يعزل أو يقيد وكيله متى اراد الا إذا تعلق بالوكالة حق الغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل فأنه لايجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من صدرت لصالحة).

ثالثاً: اعتزال الوكالة:

كما ذكرنا سابقاً بأن عقد الوكالة هو عقد غير لازم من الطرفين وعليه يحق للوكيل اعتزال الوكالة كما أن للموكل أن يعزل وكيله.

---

[١] أبو اسحق ابراهيم بن علي، الشيرازي، المهذب، ج ١، نشر عيسى البابي الحلبي، ص ٣٥٦.
[٢] ابن حزم، ابو محمد علي بن أحمد، المحلى بالاثار، ج ٨، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

الفقهاء لم يختلفوا في جواز اعتزال الوكيل نفسه إذا تم هذا العزل بحضور الموكل وذلك لأن علمه بالعزل قد حصل وتحقق أما في حالة عزل الوكيل لنفسه من دون علم الموكل أي بغيابه فما هو صحة هذا العزل؟.

لقد أختلف الفقهاء في ذلك فقد ذهب الشافعية [١]، والحنابلة[٢]، والأمامية[٣]، وبعض من الزيدية[٤]، إلى أن للوكيل عزل نفسه من عقد الوكالة سواء حضر الموكل ام لم يحضر بمعنى ذلك أن الفقهاء لا يشترطون علم الموكل بأعتزال الوكيل لو كالته، وحجتهم في ذلك أن الوكيل قد فسخ العقد وهذا العقد لا يحتاج للرضا فيه ومالا يحتاج للرضا فيه لا يحتاج إلى العلم به كذلك.

لكن يرى الشافعية بأن حرمة عزل الوكيل نفسه إذا علم أنه لو عزل نفسه لترتبت مفسدة على اعتزاله سواء كان ذلك في حضور الموكل او عدم حضوره كما هو الحال لو علم أنه إن عزل نفسه فأنه سيتولى على مال الموكل جائر أو ظالم أو علم بأن مال الموكل سيتعرض للتلف[٥]،وقد جاء في حواشي تحفة المحتاج قوله "كذا لو ترتب على عزل نفسه في حضور الموكل الاستيلاء المذكور أي لم ينعزل وان كان الموكل حاضراً فيما يظهر فقيده في شرح المنهاج الحكم المذكور بما إذا كان العزل تم في غياب الموكل ليس بقيد"[٦].

الذي يستفاد من رأي الشافعية أنه يجب على الوكيل أن يوصل التصرف الموكل فيه إلى الموكل سالماً وتلزمه المحافظة عليه لحين استلامه من قبل الموكل وذلك احتياط سديد من الفقه الشافعي لأن الوكيل قد عزل نفسه تاركاً التصرف الموكل به عرضة للهلاك أو التلف تعدما لا سيما إذا كانت اسباب عزله الوكالة أسبابا غير عاديه فحينها لا ينفذ عزل الوكيل نفسه.

أما الفقه الحنفي فأنهم لا يشترطون علم الموكل باعتزال وكيله الا اذا كانت الوكالة في الخصومة أو في شراء شيء بعينه أما لو كانت الوكالة في الزواج والطلاق فلا يشترط علم الموكل وذلك لعدم تضرر الموكل من ذلك.

اما المادة (٧١٦) من قانون المدني المصري تنص على أنه: ١-يجوز للوكيل أن ينزل في اي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل باعلانه للموكل. فأذا كانت الوكالة بأجر فأن الوكيل

---

[١] الرملي، شمس الدين محمد بن شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ٥٥.
[٢] ابن قدامة، المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٠٣.
[٣] الحلي، جمال الدين الحسن، تذكرة الفقهاء، ج ٢، مصدر سابق، ص١١٣.
[٤] المرتضى أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج ٥، ص ٦٤.
[٥] الرملي، شمس الدين محمد بن شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ٥٢.
[٦] الشرواني، تحفة المحتاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول

٢-غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الاجنبي بالتنازل وان يمهله وقتنا ليتخذ مايلزم لصيانة مصالحة.

اما بالنسبة للقانون الاماراتي في نص المادة (٩٥٧) بأنه:(١- للوكيل أن يقيل نفسه من الوكالة آلتي لا يتعلق بها حق لغيره وعليه أن يعلن موكله وان يتابع القيام بالأعمال التي بدأها حتى تبلغ مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل)

أما المادة (٩٥٨) من القانون نفسه (١- يضمن الوكيل ماينجم عن تنازله عن التوكيل في وقت غير مناسب أو بغير مبرر من ضرر للموكل إذا كانت الوكالة بأجر.

٢- فإذا تعلق بالوكالة حق لغيره وجب على الوكيل أن يتم ماوكل به مالم تقم اسباب جديه تبرر تنازله وعليه في هذه الحالة أن يعلن صاحب الحق وأن ينتظره إلى أجل يستطيع فيه صيانه حقه).

اما بالنسبة للقانون القطري نصت المادة (٧٣٦) على أنه (للوكيل أن يتنحى في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ويتم التنحي بأعلانه للموكل ويكون الوكيل ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنحي في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

٢-غير أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى كان لأحد من الغير مصلحة فيها إلا أذا وجدت اسباب جديه تبرر ذلك على أن يخطر الغير بهذا التنحي ويمهله وقتا كافياً ليتخذ ما يراه مناسبا لرعاية مصالحه.

الفرع الثاني

الطرق الاستثنائية لأنقضاء عقد الوكالة

إن عدَّ تصرفات الأشخاص والاعتداد بها شرعا مرهون بما لهم من أهلية التصرف من المعلوم متى كان الشخص متمتعا بل الأهلية التامه فإن تصرفاته تكون صحيحة ومعتبره شرعاً وقانونا أي يتم ترتب آثارها عليها لكن متى انعدمت لسبب ما فأن ذلك له أثر مهم على وقوع تصرفات ذاك الشخص ومدى صحته ومدى اعتباره شرعا وعليه ولما كانت الوكالة واحده من هذه التصرفات آلتي تتم مباشرتها بواسطة الأشخاص لذا فإن صحتها واستمرارها متوقف على تمتع الموكل والوكيل باهليه التصرف الكامله وقد تطرقنا إلى ذلك في بداية الفصل الأول لذا فإن الأهلية المطلوبة في الوكيل والموكل يجب أن تتحقق عند ابتداء الوكالة وطيله استمرار هذه الوكالة لأن ما يشترط لا بتداءة يشترط لا ستمراره ومن هذه الأسباب هي الموت والجنون والاغماء والسكر والفسق والحجر والمرض والردة.

١-وفاة الموكل أو الوكيل:

إن آخر المراحل هو الموت الذي يمر به الإنسان في دنياه ولا يرتجي بعده ان يعود إلى الحياة وهذا يعني أن أهلية الإنسان الميت قد انعدمت فلا يتصور رجوعها اليها في الدنيا وعليه في حال موت الوكيل أو الموكل فإن الوكالة تعتبر منتهيه لأن موت الموكل او الوكيل يؤدي إلى انعدام مصدر الولاية آلتي يستفيدها الوكيل من موكله والتي بموجبها يتصرف نيابه عنه والوكيل لايستطيع الزام ورثته الموكل بتصرفاته لأنهم لم يوكلوه وموت الوكيل أدى إلى انعدام أداة تنفيذ الوكالة آلتي وضع الموكل ثقته فيها وأن ورثه الوكيل لا يملكون التصرف بموجب وكالة مورثهم وذلك لأن الموكل لم يوكلهم عليه لا يملكون إلزام الموكل بما يجرونه له من التصرفات.

وهنا يرد السؤال هل يشترط علم الوكيل بموت موكله.

إن موت الموكل يؤدي إلى انقضاء الوكالة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهم الحنفية والشافعية واحدى الروايتين عند الحنابلة وعند المالكية ويوافقهم في الرأي الزيدية والظاهرية إن الوكيل ينعزل بموت الموكل من حين موته والعزل لا يتوقف على علم الوكيل بالموت [1].

---

[1] محمد عبد الرضا جبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

حجتهم في ذلك أن الملك الذي يتصرف فيه الوكيل قد انتقل الى ورثه الموكل فبطل الاذن الصادر من الموكل له بانابته في التصرف والورثة لم يكونوا قد وكلوه عليه لا يحق له التصرف نيابه عنهم ومن دون توكيل.

ماقد ذهب اليه الحنابلة[١]، والمالكية[٢]، إلى أن علم الوكيل بموت الموكل يكون شرطا لصحة عزله عليه أن تصرف الوكيل بعد موت الموكل وقبل العلم بموته يعتبر نافذاً على الموكل.

عليه نرجح رأي الجمهور وذلك لما استدلوا به لأن موت هو إنهاء لاهلية الموكل وانهاء لوجوده أصلا عليه لايصح تصرف الوكيل نيابة عن موكله أي عن شخص معدوم الأهلية لكن مع هذا الرأي وترجيحه لا أرى مانعا من الأخذ برأي الحنابله في إحدى الروايتين والمالكية في أحد الوجهين في حالة عمل الوكيل في مكان بعيد يصعب العلم بخبر موت موكله عليه تكون تصرفاته نافذه في تركة الموكل لأن الزام الوكيل بالتصرفات آلتي قد يجريها لموكله لا تتفق مع عدم علمه بالموت من بتصرف له لأن الأصل هو قيام الوكالة إلا أن يصل أو يثبت العلم بأنتهائها.

٢- الجنون:

معناه انعدام العقل لفترة زمنيه قد تطول وقد تقصر فالعقل هو قوام أهلية التصرف في الإنسان فإن انعدامه عند الموكل او الوكيل بجنون أحدهما يؤدي إلى البطلان أي بطلان الوكالة ويلحق بالجنون المعتوه الذي ذهب عقله.

بطلان الوكالة بجنون الوكيل أو الموكل قبل انجاز العمل لا يختلف فيه الفقهاء ماعدا خلاف الحنابلة في غير الصحيح من مذهبهم أن الجنون على هذا القول لا يبطل الوكالة وأن كان مطبقا أي غير متقطع[٣].

الحنيفه والحنابلة قد ذهبوا إلى القول انه يلزم أن يكون الجنون مطبقا لكي يتم عزله أما في حال كان متقطعا فهو كالاغماء لا تبطل الوكالة فيه.

أما المالكية قولهم الوكيل لا ينعزل بالجنون أو بجنون موكله إلا أن يطول كثيراً ويتم النظر له من قبل الحاكم [٤].

---

[١] أبن قدامه المغني، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٠٢.
[٢] شرح الخرشي، ج ٦، مصدر سابق، ص ٨٦.
[٣] المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٥، مصدر سابق، ص ٣٦٨.
[٤] ابو البركات للدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

أما الشافعية قد ذهبوا بقولهم أن الوكاله تبطل بالجنون الحاصل سواء الوكيل أو الموكل لا يشترط اطباقه[١].

دليلهم في ذلك ان الوكيل أو الموكل لو اتصف بالجنون من حين إبرام العقد لادى ذلك إلى منع انعقاد الوكالة الظاهر من ذلك مقتضى مذهب الأمامية يريدون بالجنون المبطل للوكالة الجنون مطلقاً سواء كان مطبقا اوغير مطبق لأنهم يبطلون الوكالة في الاغماء[٢].

لكن ما قد نلاحظه على الزيدية فإنهم لم يفرقوا بين الجنون المطبق والجنون غبي المطبق بل أطلقوا القول إن الجنون يكون مبطل للوكالة [٣].

ترجح الباحثة القول الذي يرى بطلان الوكالة سواء بجنون الموكل او الوكيل إذا كان جنون مطبقا لأنه يكون يكون معدما للاهلية أما إذا كان الجنون متقطعا لا يعدم أهلية التصرف نهائيا بل تكون موجودة أثناء الافاقه لذلك يصح التصرف في فتره افاقة الموكل او الوكيل.

ايضاً لم يشر قانون الاحوال الشخصية العراقي لكيفية انتهاء الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها عليه نطبق قواعد الشريعة الإسلامية وذلك لأن المشرع العراقي بموجب قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩، في المادة الأولى من الفقرة الثانية نصت (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمةلنصوص هذا القانون).

والمشرع العراقي قد أعطى الحق للوكيل والموكل بأن يعزل الموكل وكيله، أو يعزل الوكيل نفسه، ولكن دون الاضرار بأي حق من حقوق الطرفين حيث نصت المادة (٩٤٧) من القانون المدني العراقي على ما يلي [٤].

يتبين من ذلك أن المشرع قد انطلق من قاعدة ان الوكالة غير لازمة، والموكل وكل وكيله لمصلحته، لذلك له الحق في عزله، وفي أي وقت يشاء، ولكن ضمن المحافظة على الحقوق المذكورة كما يكون العزل بأي لفظ يفيد معناه، ك عزلتك أو اخرجتك من الوكالة، وقد يكون بتصرف الموكل، كقيام الموكل باجراء التصرف بالموكل به.

---

[١] نهاية المحتاج، ج ٥، مصدر سابق، ص ٥٥.

[٢] الحلي، شرائع الإسلام، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

[٣] المرتضى، البحر الزخار لجامع المذاهب علماء الامصار، ج ٥، مصدر سابق، ص ٦٥.

[٤] "١ـ للموكل ان يعزل الوكيل أو ان يقيد من وكالته، وللوكيل ان يعزل نفسه، ولا عبرة بـأي اتفـاق يخالف ذلك، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقيد دون رضا هذا الغير. ٢ـ ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثاني. ٣ـ اذا كانت الوكالة بأجرة فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب، وبغير عذر مقبول".

واشترطت المادة المذكورة لصحة العزل الحاصل من الموكل أو الوكيل علم الطرف الآخر به، وإلا فان الوكالة تبقى قائمة، وينفذ تصرف الوكيل على الموكل الى حين تحقق هذا العلم وإذا تعدد الموكلون وأقدم أحدهم على عزل الوكيل فان الوكيل لاينعزل إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة، أما إذا كانت الوكالة تقبل التجزئة فأن الوكيل ينعزل بالنسبة لمن عزله كذلك إذا أراد الوكيل التنحي عن الوكالة مع تعدد الموكلين فأنه لايجوز التنحي وكالة أحدهم، إلا إذا كانت الوكالة تقبل التجزئة، أما إذا كانت الوكالة لا تقبل التجزئة فأن الوكيل لا يستطيع ان يعزل نفسه، إلا بالنسبة لجميع الموكلين.

وقد قيدت المادة المذكورة حق الموكل والوكيل بقيدين هما [١]، نصت المادة (٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على عزل وكيل الخصومة كما في الآتي[٢].

لقد عالجت الفقرة الاولى من المادة المذكورة مسألة اعتزال وكيل الخصومة وكالته، ويشترط لنفاذ هذا العزل اعلام موكله هذا الاعتزال، مع لزوم كون هذا الاعتزال في وقت مناسب أو لائق، ويعود تقدير كون الاعتزال في وقت لائق أو غير لائق الى محكمة الموضوع وحين تقتنع المحكمة ان الاعتزال قد حصل في وقت غير لائق، كما لو قصد الوكيل من اعتزال الوكالة تعطيل المدعي المنتهية وكالته لاصدار الحكم، فلا يقبل منه التنازل أو الاعتزال حتى يصدر الحكم فيها فاذا قصد تعقيد المرافعة واطالة أمدها ليؤخر عملا مهيئاً فيها ويحول دون نفاذه فان المحكمة ترفض اعتزاله وتعتبر الوكاله باقية[٣].

أما الفقرة الثانية فهي ضمنت حق الموكل في المواجهة بالدعوى، في حالة اعتزال الوكيل الوكالة، أو عزله، وضمان حقوق الموكل يمكن لمحكمة الموضوع تقديره، أما بمباشرة الموكل الدعوى بنفسه، أو بتعيين وكيلاً آخر.

أقر القانون المدني العراقي انتهاء الوكالة بطرق ما يؤدي الى فقدان أهلية أحد طرفي الوكالة أنقصانها. فقد جاء في المادة (٩٤٦) من القانون المذكور ما يلي: [٤]، ويستفاد من هذه المادة انتهاء

---

[١] "الاول: اذا تعلق بالوكالة حق لانسان، فانه ليس للموكل عزل وكيله، وليس للوكيل اعتزال الوكالةوليس للوكيل اعتزال الوكالة، إلا ازمة، لكن الطرف الذي يقدم على العزل في وقت غير مناسب، وبغ ير عذر مشروع ومعقول يكون الثاني: حين تكون الوكالة باجرة فان لكل من الموكل والوكيل حق العزل، أي ان الوكالة باجرة غير يرضا هذا الانسان ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل، وحتى لو لحق الضرر انساناً آخر".

[٢] "١ـ للوكيل ان يعتزل الوكالة بشرط ان يبلغ موكله هذا الا عتزال ولايجوز له ذلك في وقت غير لا ئق، ويعود تقدير ذلك للمحكمة".

٢ـ "اعتزال الوكيل أو عزله لايمنع من سير الاجراءات في مواجهته، إلا اذا أبلغت المحكمة كتابةً بذلك، وبتعيين بدله، أو يعزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه".

[٣] شرح قانون المرافعات المدنية: عبد الرحمن العلام.٢/١٣٢ شرح أحكام المرافعات المدنية: الدكتور سعدون القشطيني ١/١٠٨.

[٤] تنتهي الوكالة بموت الوكيل أوالموكل أو بخروج احدهما عن الاهلية.

الوكالة عند فقدان اهلية الوكيل أو الموكل في حالة الموت، أو الجنون، أو ما أشبه ذلك، كالإفلاس والسفه من جانب الوكيل، خشبة هدر الموكل به، وهذا ما قاله الفقهاء في آرائهم الفقهية [١]

"حيث أصدرت محكمة تمييز العراق وفق المادة (٩٤٦) القانون المدني العراقي العراق القرار[٢] لدى التدقيق والمداولة وجد ان مورث الطرفين فلان كان قد توفي في شهر تمور سنة،١٩٦٣ كما هو مؤيد بالقسام الصادر من المحكمة الشرعية في وان القوانين تخضع وتتفق مع أحكام الفقه الاسلامي البصرة بعدد /٦١ق١٩٦٣/ وبتاريخ ١٣/٧/١٩٦٣ وان معاملة بيع الدار موضوع الدعوى جرت من قبل الوكيل العام عن مالك الدار المومى اليه فلان بتاريخ ١٠/٦/١٩٦٤ ولذا كان حكم الوكالة ينتهي بموت الموكل، وذلك بحكم المادة (٩٤٦) من القانون المدني، فيكون الوكيل العام الذي اجرى معاملة البيع معزولاً عن الوكالة عند اجرائه المعاملة، ويكون تصرفه عن موكله باطلاً، وغير معتبر، لذا يكون الحكم المميز القاضي بابطال معاملتي البيع الجاريتين بدائرة الطابو على الدار موضوع الدعوى موافقاً للقانون من حيث النتيجة. قرر تصديقه، ورد الاعتراضات التمييزية، وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق" في ١٩/٤/١٩٦٦.[٣]

اما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد نصت المادة (٧١٥):

١-يجوز للموكل في اي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فاذا كانت الوكالة باجر فأن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت مناسب أو بغير عذرمقبول.

٢-على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح اجنبية فلا يجوز الموكل إن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه.

اما المادة (٧١٦) تنص على أنه:

١-يجوز للوكيل أن ينزل في اي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل باعلانه للموكل. فاذا كانت الوكالة بأجر فأن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول.

---

[١] علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، مصدر سابق، ص ٣٨، شمس الدين محمد بن شهاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، مصدر سابق ص ٥٥، ابو محمد عبد الله، ابن قدامه المغني، ج ٥، مصدر سابق ص ١٠٢، ابو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الخرشي، ج ٦، مصدر سابق، ص ٨٦، احمد بن يحيى المرتضى، لبحر الزخار، ج ٥ مصدر سابق، ص ٦٥، ابو محمد بن علي ابن حزم، المحلى ج ٨، مصدر سابق ص ٢٨٥.

[٢] رقم القرار/٢٨٧٨ حقوقية، ٩٦٥/ تاريخ القرار:١٩/٤/١٩٦٦.

[٣] انظر: قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع، ص١٤٠، القضاء المدني العراقي لسلمان بيانات في قرارات مماثلة ٢/٣٥٨- ٣٥٩.

٢-غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك على أن يخطر الاجنبي بالتنازل وان يمهله وقتنا ليتخذ مايلزم لصيانة مصالحه.

وتنص الفقرة الثانية من المادة (٧١٧) وفي حالة انتهاء الوكالة يموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توفرت فيهم الاهلية وكانوا على علم بالوكالة، ان يبادروا إلى اخطار الموكل بموت مورثهم وان يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.

نلاحظ بأن القانون المصري اوجب على ورثة الوكيل إذا مات أن يبادروا إلى ابلاغ خبر الوفاة، وأن يقوموا بالاجراءات والقيام بكل ماتقتضيه.

اما بالنسبة القانون المعاملات المدنية نصت الفقرة د. من المادة (٩٥٤) منه على أن الوكالة تنتهي.

د-بوفاة الوكيل أو بخروجة عن الاهلية ولو تعلق بالوكالة حق الغير، غير أن الوراث أو الوصي إذا علم بالوكالة توافرات فيه الاهلية فعليه أن يخطر الموكل بالوفاة وأن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الحال لمصلحة الموكل.

اما بالنسبة للقانون القطري نصت المادة (٧٣٤) على أنه تنتهي الوكالة باتمام العمل الموكل فيه، أو بأنتهاء الاجل المعين للوكالة، كما تنتهي بموت الوكيل وتنتهي كذلك بموت الموكل إلا اذا تقررت الوكالة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير أو اريد اتمامها بعد وفاة الموكل.

والفقره الثانية من المادة (٧٣٧) من القانون القطري نصت على أنه في حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توفرت فيهم الاهلية، وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى اخطار الموكل بموت مورثهم وان يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.

نلاحظ بأن القانون المدني المصري والاماراتي والقطري اوجب على ورثة الوكيل إذا مات أن يبادروا إلى ابلاغ خبر الوفاة، وان يقوموا بالاجراءات والقيام بكل ما تقتضية الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل. وتعتبر الوكالة قائمة فيما يتعلق بهذه الأعمال ويترتب على قيامها بقاء التزامات كل من الوكيل والموكل، فيكون الوكيل أو ورثته ملتزمين ببذل العناية الواجبة وغيرها من متطلبات التنفيذ ويكون الموكل او ورثته ملتزمين بالاجر وبرد المصروفات وبالتعويض عن الضرر[١].

---

[١] محمد رضا العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص ٤٧٢.

ولم ينص القانون المدني العراقي عليه والظاهر من مقتضى القواعد العامة هو يوافق الشريعة الإسلامية لا عتبار مايؤول الى يد الورثه من أموال موكل مورثهم يكون أمانة شرعية في ايديهم يلزمهم مايلزم الامناء من المحافظة عليه وايصاله إلى يد موكله سالماً واتخاذ كل الاجراءت الضرورية في سبيل ذلك.

المطلب الثاني

الاحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها

إن الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية يسمح للشخص المقدم على الزواج أن يوكل من تطمئن إليه نفسه ليعقد قرانه نيابة عنه، كما يسمح للولي في أن يوكل من يعقد نكاح وليته على العكس من وكالة الطلاق فالبعض من الفقهاء أجازوا للزوج أن يوكل غيره لطلاق زوجته أما قانون الاحوال الشخصية العراقي قد منع التوكيل في الطلاق وذلك لأسباب سأتناولها في هذا المطلب.

عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سيكون الأول الأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية والفرع الثاني سنتحدث فيه عن الاحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنحلاء الرابطة الزوجية وفقاً لما يلي:

الفرع الاول

الأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية

قانوناً قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته لم يعالج موضوع احكام الوكالة في الزواج بصوره صريحة بل أشار إليها بشكل موجز في المادة ٤ منه والتي نصت على "ينعقد الزواج بايجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه"، تطرح المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي عدة إشكالات فقهية.

ومن بين الإشكالات التي كانت مطروحة ولا زالت قائمة إلى الآن لم تبين المادة ٤ من من قانون الاحوال الشخصية العراقي حكم الوكالة وهل هي عامة أم خاصة؟ ولم تبين ما المقصود بالتوكيل هل هو توكيل عن الإيجاب والقبول أو توكيل في الإجراءات التي ينعقد بها الزواج.

اولاً: مخالفة الوكيل للموكل:

لم تتطرق المادة (٤) إلى المخالفة التي يمكن أن تقع من الوكيل، في وكالة الزواج كما لم تتطرق إلى النزاع الذي يمكن أن يحصل بين الوكيل والزوج الآخر، بعد الموافقة والإذن له بالزواج.

حكم مخالفة الوكيل للموكل في وكالة الزواج.

إن العمل الذي يقوم به الوكيل هو عمل تطوعي وطبيعة العمل البشري أنه يمكن للمرء أن يصيب فيه أو يخطئ، ولكن الإشكال يتمثل في طريقة التعامل التي يمكن للقاضي أو القانوني أن يعالج به هذه المخالفة في غياب النص الذي يمكن أن يحكم به أو يحاجج به عند المناقشة.

فالمادة الرابعة لم تتطرق إلى هذه المخالفة، مع الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي ناقش هذه القضية وبتفصيل: حيث عالج هذه المخالفة في الوكالة المطلقة والوكالة المقيدة.

فإذا كانت الوكالة مطلقة فإن هذه المخالفة تبقى موقوفة فعلى الموكل أن يجيزها أو يردها[١].

وان الوكالة المطلقة هي التي يعطي فيها الموكل للوكيل الحق في أن يزوجه مما شاء وعلى أي مهر شاء، وبعبارة أخرى هي التي يخلو لفظها من كل قيد يحدد للوكيل صفة التصرف الذي أنيط به، فمتى كان إيجاب الموكل خاليا من تحديد المرأة وصفتها اعتبرت الوكالة وكالة مطلقة[٢].

وإذا كان التوكيل بالوكالة المقيدة، كما لو قال الشخص للوكيل وكلتك بأن تزوجني فلانة على صداق قدره كذا، لم يكن للوكيل حينئذ أن يخالف ما قيد به وإن فعل لم يلزم الموكل ذلك، لأنه وكله على شيء معين وخاص[٣].

البعض من الفقهاء من يعدون هذه المخالفة على أنها تصرف ضولي الذي ينعقد موقوفا على إجازة من له حق الإجازة.

والمالكية يجيزون عمل الفضولي [٤]، إذا كانت فيه مصلحة فالحكم بالجواز أو بالرد يتأرجح في نظرهم بين المصلحة والضرر كما سبق ذكره.

فإذا كانت المخالفة قد ألحقت الضرر بالموكل بأن زوجه بمهر أكثر من مهر المثل أو بامرأة ليست كفئا له يجب في هذه الحالة رد عمل الوكيل، وبالتالي التصرف الذي أجراه يكون باطلا، وإذا كانت المخالفة إلى خير وأجازها الموكل فالعمل يكون صحيحا، ومن ثم تصنف الوكالة ضمن العمل

---

[١] محمد سمارة "أحكام وآثار الزوجية"، رقم ٢٣، ص ٥٨.
[٢] محمد أبو زهرة: "محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، ص ١٧٩.
[٣] محمد الشافعي: أحكام الأسرة في ضوء مدونة ح.ش، مصدر سابق، ص: ٥٧.
[٤] ابن رشد: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، مصدر سابق، ص: ١٧١.

الجائز، قد يقول قارئ: إن الوكيل هو مجرد سفير ومعبر عن ما جاء في هذه الوكالة، فكيف يمكن أن تحدث المخالفة منه.

لكن السؤال الذي يطرح هنا هو ماهي المخالفة آلتي أغفلها المشرع المخالفة تكمن في عدة صور منها

١- امتناع الوكيل بعد حصوله على التوكيل عن تنفيذ ما جاء في الوكالة، أو التماطل فيه وهذا يخلق للموكل إرهاقا ويسبب له قلقا ويجعل مصير زواجه في خطر.

مطالبة الوكيل بعرض وبأجر مقابل ما سيقوم به وتهديد الموكل بأنه في حالة إذا لم يستجب لهذا الطلب فإن زواجه لا يمكن أن يتم عن طريق الوكالة، وهذا الأمر يجعل الموكل في حيرة من أمره، فإما أن يستجيب لطلبه وإما أن يبطل الوكالة التي بيده، أو يقوم هو بتزويج نفسه أو يبحث عن وكيل آخر[١].

وإذا كانت هاتين الصورتين تمثل مخالفة من الوكيل ولم تعالجهما المادة (٤) فكيف يمكن أن يتم التعامل في حالة حصول هذا الخلاف؟.

الجواب على هذا التساؤل يتحدد في التالي: بما أن الفقه الإسلامي ناقش هذه المخالفة وعالجها بشكل دقيق، فإن حكم هذه المخالفة التي يمكن أن تحدث يجب أن يكون خاضعا للفقه الإسلامي أو للقواعد العامة، مادام قانون الاحوال الشخصية العراقي يحيل على ذلك في المادة.

الوكالة في الزواج وعلاقتها بالإيجاب والقبول:

لم تبين المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ما المقصود بالتوكيل هل هو توكيل على الإيجاب والقبول، أم توكيل في الإجراءات التي يعقد بها الزواج، أولاً ولم تبين حكم الوكالة في الزواج وهل هي وكالة عامة؟ أم وكالة خاصة؟ ثانياً.

أ-علاقة الوكالة بالإيجاب والقبول.

إذا كان الرجل في الأصل هو الذي يتولى عادة عقد الزواج لنفسه، لكونه هو الذي يفصح عن رغبته ورضاه في العقد ويصرح بعبارته بما يفيد التزامه وقبوله لهذا الزواج، وإذا كانت المرأة أصبحت لها نفس الحق الذي يتمتع به الرجل شرط أن تتوفر فيها شروط الزواج.

فإن قانون الاحوال الشخصية العراقي سمحا لهما استثناء في أن يوكلا من ينوب عنهما في إبرام عقد زواجهما، فإن الإشكال الذي يطرح وهو أن قانون الاحوال الشخصيه العراقي من خلال نص المادة (٤)

---

[١] لقد ناقش الفقه الإسلامي مخالفات أخرى وإشكالات عميقة تتعلق بوكالات الزواج المخالفة في الكفاءة وما قيل في ذلك.

لم يبين ما المقصود بالوكالة في الزواج؟ أم أن التوكيل ينصرف إلى الإجراءات التي ينعقد بها الزواج؟ أم إليهما معا؟

لم توضح المادة (٤) على هذا الإشكال ولكن هذا لا يمنعنا من القول بأن الوكالة في الزواج إنما تنصرف إلى الإيجاب والقبول، وأيضا ينصرف مغزاها إلى الإجراءات وهذا يعني أن هذه الوكالة تشمل كل من الإجراءات والتوكيل على الإيجاب والقبول، وهذا أيضا ما قال به أحد الباحثين: حيث عنون إحدى مباحث كتابه ب: التوكيل على الإيجاب والقبول [١]، فهو إن قصد أو لم يقصد فالتوكيل حقيقة ينصرف إلى التوكيل في الإيجاب والقبول

والإيجاب والقبول عادة يتم بالعبارة وبالكتابة وبإشارة الأخرس وبالتبليغ[٢].

اما العبارة في الإيجاب فيلزم أن تكون بما اشتق من لفظ الزواج من الأفعال فقط عند الشافعية والحنابلة لأن عقد الزواج عقد له خطورته، لذا يلزم أن تستعمل لأجله ألفاظ واضحة الدلالة.

حكم الوكالة في الزواج وفق المادة الرابعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي

لم تبين المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي المقصود بالوكالة في الزواج في هذه المادة هل هي وكالة عامة أو خاصة الا الإشارة "ظروف خاصة"، وهذه الإشارة لا يمكن الحكم بها على أن الوكالة في هذه المادة هي وكالة عامة أو خاصة، غير أن هناك من زعم بأن الأحكام التي جاءت بها هذه المادة هي أحكام خاصة وبالتالي فالوكالة هي وكالة خاصة.

لكن يتبين لنا بأن قانون الاحوال الشخصية العراقي في المادة الرابعة قيدت الوكالة في الزواج وجعلتها وكالة خاصة فإلزام الموكل بتعيين اسم الزوج الآخر ومواصفاته والمعلومات المتعلقة بهويته والصداق المسمى والمعجل منه والمؤجل تدل على أن هذه الوكالة هي وكالة خاصة.

نعلم أن الأحكام تختلف من وكالة خاصة إلى وكالة عامة مطلقة، فوصف المشرع هذه الوكالة بأنها وكالة خاصة تنبني عليه أحكام من قبيل أنه لا يجوز للوكيل أن يخرج عن بنود هذه الوكالة بل المطلوب منه التقيد بحرفيتها، وإلا اعتبر عمله مخالفا وبالتالي بطلان حكم الزواج بها.

---

[١] "تنص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي ينعقد الزواج بايجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

[٢] "يصدر الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين".

الإشكالات القانونية

هناك إشكالات قانونية وتساؤلات لم تتطرق إليها المادة الرابعة منها: الطريقة والكيفية التي يمكن أن تبرم بها الوكالة التي تكون أداة ووسيلة من أجل إبرام العقد نيابة عن الغير، وأيضا لم تبرز العلاقة بين عقد الوكالة وعقد الزواج الفقرة الأولى كما أنها لم تتطرق إلى أثر عقد الزواج الذي يتم بعقد الوكالة الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: إشكال تحرير الوكالة والعلاقة القائمة بينها وبين عقد الزواج.

سأعالج في هذه الفقرة نقطتين هما: الطريقة التي تنجز بها الوكالة.

أولاً: الطريقة الإجرائية التي تنجز بها الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية.

لم تشر المادة الرابعة من قانون الاحوال الشخصيه العراقي إلى الطريقة التي يمكن أن تبرم بها وكالة الزواج وذا يطرح تساؤلا منطقيا، وهو هل الإجراءات والطريقة التي تحرر بها وكالة الزواج هي نفس الإجراءات التي تحرر بها باقي الوكالات؟ وإذا كان الجواب بنعم فماذا يمكن أن نقول حول الوكالات التي تنجز خارج العراق والتي نعلم أنها تختلف إجرائيا وتقطع مراحل حتى تصير صالحة من أجل العمل بها؟ وتطرح بالتالي عدة إشكالات.

كان على المشرع العراقي أن يفصل ولو قليلا في هذه النقطة ولم يكتف بذكر التوكيل فقط حيث تنص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي "ينعقد الزواج بايجاب يفيده لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

والسبب الذي دعاني إلى طرح هذا الإشكال هو ما يعانيه بعض المواطنيين الساكنين خارج العراق فعندما تضطر الظروف أحدهم في أن يوكل في زواجه يصطدم مع عدة إجراءات، وهي إجراءات معقدة نوعا ما وتطول، مما يكون سببا في إحراجهم وسببا أيضا في مناقشتهم لهذه الإجراءات فبعض منهم يتذرع بأن هذه الإجراءات غير منصوص عليها في المادة السابقة والتي تنظم وكالة الزواج فلماذا يطلب منا تتبع هذه الإجراءات.

وإذا كانت الإجراءات التي تنجز بها الوكالة في العراق سهلة نوعا ما فإن الإجراءات التي تحرر بها الوكالات في الخارج والمراحل التي تقطعها هي على خلاف ذلك.

آثار عقد الزواج الذي ينعقد بالوكالة:

عقود الوكالة منها مايصح أن ينسب فيها الوكيل العقد إلى موكله ،ومنها مالايصح فيها ذلك والوكالة في الزواج من العقود التي لا يصح فيها اضافة العقد إلى الوكيل بل لابد من اضافتها الى الموكل إذا الحقيقة أن الوكيل في هذا العقد ا سفير وناقل لرغبة موكله لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ولا يطالب بالمهر إذا كان وكيل الزوج ولا يتسلم المهر إذا كان وكيلا للزوجة ولا يضمن شيئا مما يتعلق بذلك إلا إذا كانت هناك كفالة صريحة، من جانب الوكيل وأيضا لا يقبض الوكيل المهر إلا إذا كان مأذونا بذلك صراحة أو دلالة، ويكون قبضه في هذا الحال، بتوكيل آخر غير توكيل الزواج[١].

ومما ينبغي الإشارة إليه أن وكيل البكر الراشدة، سواء كان أبوها أو جدها، فإنه يكون مأذونا له بقبض المهر دلالة، فلو قبضه مثلا أبوها أو جدها بالقبض فيصح قبضه وتبرأ ذمة الزوج وليس لها أن تطالب بعد ذلك، وبالقول إن العادة أن يقبض الآباء مهور بناتهم ويقوموا بتجهيزهم.

أما إذا كانت الموكلة ثيبا أو كان الوكيل في العقد غير الأب والجد فقبض المهر وسكتت فلا يعد سكوتها رضا بالقبض بل لابد من الإذن الصريح ولا تبرأ ذمة الزوج بتسليم الوكيل المهر، إذ هي لا تستجيب في ذلك[٢]. وعليه تكون عبارة الوكيل الوكيل في عقد الزواج أن ينسب العقد إلى موكله كأن يقول حين ابرام العقد عن الموكل:- قبلت زواج فلانه لفلان أي وكيله. ولايصح أن يقول تزوجت فلانه، لانه ينصرف إليه أثر العقد أي أن الزواج يكون للوكيل حينئذ لا للموكل، ولان الوكيل في هذه الحالة يكون سفيراً ومعبرا محضا عن الموكل [٣]

ماأخذت به قوانين الأحوال الشخصية

لم يبين قانون الأحوال الشخصية العراقي موضوع التوكيل في عقد الزواج واثاره.

وانما أشار إليه إشارة مقتضبة في المادة (٤) منه على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفا- من أحد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

معنى ذلك أن القانون ترك التفصيل لقواعد الفقه الاسلامي والتشريعات المختلفة ومن القواعد المقررة شرعاً أن من ملك تصرفا جاز له أن يوكل غيره فيه.

---

[١] أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص: ١٣٥٢.

[٢] بدران أبو العنين بدران، لفقه المقارن للأحوال الشخصية مصدر سابق، ص: ١٥٩.

[٣] عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٥٨، محمد أمين بن عمر عبد العزيز بن عابدين، رد المحتار على الدار المختار في شرح تنوير الابصار حاشية أبن عابدين، ج ٥، مصدر سابق، ص ٥١٤، محي الدين يحيى، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج ٤مصدر سابق، ص ٣٢٥، منصور بن يونس ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج ٣ مصدر سابق، ص ٤٦٤، وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، مصدر سابق، ص٣٠٠٩.

ونصت أيضاً المادة الخامسة منه على أنه: تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين أو من يقوم مقامهما.

أما قانون الأحوال الشخصية المصري ،بالرغم من كثرة القوانين المعمول بها في مجال تنظيم الأسرة إلا أنه لم يتناول موضوع الوكالة في الزواج وآثارها ،بناء على ذلك يتم الرجوع الى احكام الشريعه الاسلاميه ،لا سيما الراجح من أقوال المذهب الحنفي وذلك استناداً لما جاء في نص المادة (٣) من قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ [١] وبما أن فقهاء المذهب الحنفي ذهبوا بصحة عقد الزواج المبرم بطريق الوكالة سواء كان التوكيل من الرجل أو المرأة على ذلك القضاء يعمل بنظام الوكالة في عقد الزواج، وذلك لأنه يأخذ برأي الراجح لدى المذهب الحنفي استناداً لهذا النص عليه فأنه لايجوز في الوكالة في الزواج اضافة العقد إلى الوكيل بل لابد من اضافته إلى الموكل.

أما قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل

فقد نص على الوكالة في عقد الزواج في المادة (٣٧) منه [٢].

أما قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ فقد نص المادة ١٩ منه [٣] نجد إن المشرع الاماراتي والقطري اشار إلى عدم تجاوز الوكيل لحدود الوكالة والاكان العقد موقوفاً، اي لايحق له المطالبة بالمهر إذا كان وكيلاً للزوجة إلا إذا كان مأذونا بذلك صراحة لأنه لا ينصرف إليه شيء من حقوق العقد.

والحقيقة أن المشرع العراقي وإن نص على الوكالة وأجازها في قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٥٩، إلا أنه مع ذلك لم ينظم هذه الوكالة التنظيم الدقيق، لأن هذه الوكالة في عقد الزواج والتي يعتبر من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته يجب أن تحدد أحكامها سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

وأن تطبق القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي في موضوع هذه الوكالة، وذلك حتى تنسجم مع طبيعة هذا العقد ومميزاته الخاصة والتي يختلف فيها عن باقي العقود المسماة الأخرى فالوكالة

---

[١] المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠والذي تنص (تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الأمام أبي الحنفية).

[٢] المادة من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات (٣٧) (١- يجوز التوكيل في عقد زواج ٢- ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة. إذا جاوز الوكيل في الزواج حدود وكالته كان العقد موقوفاً).

[٣] المادة (١٩) من قانون الأسرة القطري تنص على :(يجوز التوكيل في عقد الزواج بوكالة خاصة مصدقا عليها من الجهة المختصة، وإذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان فضولياً، وفي هذه الحالة لا ينفذ العقد في حق صاحب الشأن إلا بإجازته، أو بإجازة وليه حسب الأحوال، ولا يجوز للوكيل أن يزوج نفسه ممن وكله إلا إذا نص عقد الوكالة على ذلك).

في هذا العقد ينبغي أن تكون محددة المعالم ومضبوطة بشكل دقيق تبعد عن هذا العقد كل الاحتمالات والتأويلات التي هو في غنى عنها أصلا.

الفرع الثاني

الأحوال الطارئة لعقد الوكالة في إنحلال الرابطة الزوجية

وإذا وصل الحال بالأسرة إلى أن أصبحت العلاقة الزوجية فيها علاقة مستحيلة الدوام بسبب الخلاف والنزاع الذي دب إليها وحولها من أسرة سعيدة إلى أسرة تعيسة فإن الشرع والقانون أباحا لأطرافها حق الانفصال عن بعضهما البعض وحق الانفصال، لحل الرابطه الزوجية، ثابت لكل من الرجل والمرأة. فالطلاق أصل للرجل والخلع والتخيير والتمليك أصل للزوجة وإذا كان الطلاق حق من حقوق الزوج، لأنه ثابت له بالشرع لما له من القوامة على الزوجة. فله أن يتولاه بنفسه كما له أن ينيب غيره فيه، استنادا لقاعدة أن من ملك حقا ملك التوكيل فيه إذا كان يقبل الإنابة في ذاته [١].

لذلك يجوز للشخص أن يوكل غيره في طلاق زوجته كما له أن يوكل زوجته نفسها في إيقاع الطلاق عنها.

والوكالة في الطلاق تعني: أن يقول الشخص المتزوج الموكل لشخص آخر الوكيل وكلتك في طلاق زوجتي، فاذا قبل الوكيل الوكالة ثم قال لزوجة موكله أنت طالق وقع الطلاق [٢].

ويرى الحنفية[٣]، أن المقصود بملك الموكل فيه هو ما يعرف بملك الولاية الشرعية في إجراءه بأن لا يكون الموكل محجوزا عليه أو به عذر شرعي يمنعه من القيام بهذا التصرف وهذا الحكم يتعلق بالوكالة في الطلاق.

فالمالكية[٤]، يقولون بجواز الوكالة في الطلاق، ما دام أنها ثابتة بالكتاب والسنة. وأنها تدخل ضمن التصرفات المباحة ويروى أنه ليس كل تصرف يتفق الطرفان على النيابة فيه يصلح أن يكون

---

[١] محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطبع والنشر، مصر، ص ٢٣٩.
[٢] وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج ٧، مصدر سابق، ص ٤١٤.
[٣] علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت،١٩٨٢.
[٤] أبو البركات: أحمد بن محمد الدردير المتوفى ١٢٠١هـ "الشرح الكبير" بهامشه الدسوقي دار الفكر ن الطبعة والسنة.

محلا للوكالة، بل لابد أن يتوفر هذا الفعل على شروط، لكي يصح التوكيل فيه بل إنهم فرقوا بين الأعمال التي تدخلها الوكالة والتي لا تدخلها.

أما الحنابلة: فذهبوا إلى أن التوكيل لا يجوز إلا ممن يصح تصرفه في الموكل فيه. فلكي يصح التوكيل من شخص في شيء ما، لابد أن يكون الموكل مالكا لذلك الشيء، بالولاية الشرعية عليه أي: ما يجوز التصرف فيه شرعا أو أن تكون له أهلية مباشرته بنفسه. فإذا كان الموكل على هذا الحال صح توكيله، إذ أن من يملك شيئا يملك أن يملكه لغيره[١]، والطلاق في التصرفات التي يملكها الشخص وبالتالي يجوز له أن يوكل فيه شرعا.

وإذا كان معظم الفقهاء يقرون بالوكالة في الطلاق ويقولون في حكمها بالجواز، فإن الإمام ابن حزم لا يجوزها فقد قال رحمه الله: لا يجوز للمرأة أن تطلق نفسها حتى وإن فوضها زوجها بذلك، فإن فعلت، فلا يلزمه الطلاق. "لأن الله جعل للرجال حق القوامة وأعطاه حق الطلاق". دون المرأة[٢]

وإذا كان ابن حزم لا يجيز الوكالة في الطلاق، فمذهب الإمامية تجيز الوكالة والتفويض في الطلاق يمكن للزوج أن يفوض للمرأة إما بتخيرها نفسها، أو جعل أمرها بيدها أو بتفويضه لمشيئتها بأن يقول لامرأته: اختاري نفسك، أمرك بيدك ناويا تفويض الطلاق إليها وللمرأة أن تختار نفسها بقولها: "أنا طالق وإن كان في مجلس آخر فلو قالت اخترت نفسي فلا يقع الطلاق ولو قالته في المجلس لأن باختيارها نفسها يعني اختيارها البقاء على عصمته.

والتفويض في مذهب الإمامية يبطل خيارها بمضي الوقت ولو لم يرجع حتى ولو كانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد فوات الأوان والوقت.

ويمكن للزوج الرجوع على التفويض بعد إيجابه قبل جواب المرأة لأنه توكيل وإذن منه في الطلاق فله العدول عنه[٣].

وهناك من يقيس الوكالة في الزواج على الوكالة في الطلاق ويقول إذا كانت الوكالة في الزوج ثابتة بحكم الشرع، فالطلاق جنس من الزواج يجوز التوكيل فيه سواء كان الشخص أجنبيا أو للمرأة نفسها بأن يفوض لها بإيقاع الطلاق منه إن شاءت وتسمى المرأة المفوضة وفي كلا الحالتين يقع الطلاق في الموكل ومن المفوضة وينفذ على الزوج[٤].

---

[١] ابن قدامة: المعنى مصدرسابق، ج ٥، ص: ٢٠٣.
[٢] ابن حزم المحلي مصدر سابق، ج ١٠، ص: ٢١٦.
[٣] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، الجزء الأول، ص: ٣٨٧.
[٤] مصطفى السباعي شرح قانون الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص: ٢١٨.

فإذا قبل الآخر ذلك التوكيل ثم قال لزوجة موكله: أنت طالق، أو طلقت زوجة موكلي وقع الطلاق. وكذلك يقع الطلاق إذا جعل الرجل أمر زوجته بيدها وقبلت ذلك، انعقدت الوكالة وصح تصرفها نيابة عنه. وهذا هو الحكم الشرعي الذي عليه الوكالة في الطلاق فإذا توفرت شروطها فإن الطلاق يتم بها، وهذا ما قال به معظم الفقهاء.[١]

لقد عالج الفقه الإسلامي الوكالة في الطلاق معالجة شمولية حسب ما هو معهود فيه: على الرغم من أن الوكالة في الطلاق، هي مسألة خطيرة وحساسة لأنها ستؤدي في المطاف إلى جعل نهاية لعلاقة زوجية جمعت بين شخصين جمعهما الله في السماء قبل أن يجمع شملهما في الأرض بعقد قران مقدس. فالشرع الحكيم يسمح لكل شخص وصل به الحال إلى أن ينهي علاقته الزوجية أن يوكل من ينوب عنه في إيقاع طلاقه، وقد ناقش الفقهاء الأحكام التي يمكن أن تتم بها هذه الوكالة. بذكر دليلها وحكمها والطريقة التي تتم بها. وإذا كان الفقه ثابتا في قضية الوكالة في الطلاق فما هو موقف التشريع منهاأما فيما يخص التشريع لم يعتد بالوكالة بإيقاع الطلاق وذلك لأنه ليس للوكيل الإقرار بالحقوق الشخصية البحته والتحقق من الصيغة التي رددها الزوج وتدوين أقواله لأن شاهدي مجلس الطلاق لم يذكروا ذلك والصيغة كونها ركنا في الطلاق [٢].

فإن الوكالة في الطلاق، وإن لم يجزيها المشرع إلا أنها بحكم الظروف موجودة، لأن الفقه الإسلامي يجيزها، ومن أجازه الشرع وغفل عنه القانون يرجع فيه على الفقه بنص القانون نفسه، الذي يحيل على ذلك في غياب النص ويبقى أن أشير إلى أن الوكالة في الطلاق تلعب دورا مهما رغم ما قيل عنها.

فهناك حالات أسرية وصل بها الأمر إلى أن اتفقت على إنهاء الرابطة الزوجية، ولكن ولظروف المرض المزمن لم يتم هذا الطلاق. لأن المشرع كما هو معلوم لا يسمح بالطلاق الانفرادي بل يلزم الطرفين بالحضور إلى جلسة الصلح، وهذا الإلزام بالحضور فيه إرهاق وبالتالي أن الطلاق لم يتم.

وخلاصة القول أن الوكالة في الطلاق هي جائزة بتصريح معظم الأئمة، والمذاهب الذين أجمع أغلبهم على جوازها بالنسبة للمرأة والرجل وذلك من أجل تحقيق الغاية التي توخاها الشرع الحكيم من أجلها وهي: رفع الحرج عن الناس والتوسيع عليهم. لذلك كان على القانون أن يأخذ بها أسوة بالمذاهب الفقهية التي أجازتها لكن يضمنها شروط والوكيل في الطلاق يعتبر سفيراً ومعبرا عن الموكل فلا ترجع

---

[١] خالد الوجدي، الو كالة في الزواج والطلاق، رسالة دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الأول، وجدة، ص ١٠٨.
[٢] المادة الرابعة والثلاثون من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨، لسنة ١٩٥٩.

إليه الحقوق المترتبة عن الطلاق مدفع مؤخر الطلاق أو نفقة العدة بل ترجع كل هذه الأمور إلى الموكل مباشرة، لأهمية الوكالة ودورها في تحقيق التكافل ورفع الحرج قد نصت العديد من الدول العربية على الوكالة في الطلاق، وخصتها بنصوص خاصة حيث تحدثت عن هذه الوكالة وعن الطريقة الإجرائية التي يمكن أن تتم بها وهي: إما توكيل، أو تمليكا، أو تخييرا.

نصت المادة ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه "لايعتد بالوكالة في إجراء البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق

يلاحظ على النص المشار إليه في اعلاه جاء مخالف لما اتفقت عليه المذاهب الخمسة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية إلى جواز ايقاع الطلاق عن طريق التوكيل وقولهم بذلك بدليل جواز التوكيل في انشائه وبما أن التوكيل جائز في حال الانشاء فهو جائز في الانهاء بطريق أولى، فالمشرع قد منع وقوع الطلاق وكالة فلا يعتبر الطلاق مستوفيا لشروطة القانونية وان كان مستوفيا لشروطة الشرعية اخذ بمذهب الظاهرية في عدم جواز توكيل في الطلاق.

لكن الراجح عندنا هو رأي الجمهور وذلك لعدم وجود دليل يمنع التوكيل في الطلاق.

وقد "تم تعديل هذا النص بموجب التعديل رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ وقد اضيفت له عبارة ما لم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين بموجب هذه الاضافة يسمح للزوج بتطليق زوجته عن طريق التوكيل في حالة وجود مانع يمنع من حضور احد الزوجين كونه مصابا بمرض او في بلد آخر يمنعه من الحضور وفي رأينا هذا التعديل ايجابي لأنه اجاز التوكيل في حالة العذر فقط ومنع المشرع التوكيل في الطلاق هو لكي لا يصددم التوكيل مع مؤسسة الإصلاح لكن ما نراه دور مؤسسة الإصلاح في حل مشكلات الزوج والزوجة ضعيف بالمقارنة مع عدد الدعاوي المرفوعه قصد إيقاع الطلاق والإحصاءات تثبت ذلك"

ومن الدول التي نصت على هذه الوكالة.

دولة الإمارات العربية المتحدة[1]، حيث جاء في المادة (١٠٠): "يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة أو من الزوجة إن ملكها أمر نفسها"

توضح هذه المادة أن الأصل في الطلاق أن يقع من الزوج، غير أنه وبما أنه حق من حقوقه يجوز له شرعا أن يوكل فيه إما زوجته أو شخصا آخر بشرط أن يكون أهلا للوكالة.

ومن الواضح أن الوكالة التي عليها قانون الإماراتي هي الوكالة الخاصة في الطلاق، بمعنى أن الوكالة العامة لا تقبل في إيقاع الطلاق وهذا معطى إيجابي لأن الوكالة الخاصة تكون أضبط وأوثق في التعبير

---

[1] دولة الإمارات العربية المتحدة: قانون رقم ٢٠٠٥/٢٨ بمثابة قانون الأحوال الشخصية.

عن الوكالة العامة، وتنص هذه المادة أيضا على أن الزوج يمكن أن يملك حق عقدة الزواج لزوجته وذلك عن طريق التمليك.

نجد أن القضاء العراقي اتجه إلى عدم الاعتداد بالوكالة في الطلاق فلما الزم المشرع العراقي القضاء بضرورة القيام بمحاولات الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وذلك بحسب ما جاء بنص المادة الرابعة والثلاثون بفقرتها الثانية (لا يعتد بالوكالة في إجراء البحث الاجتماعي، والتحكيم، وفي إيقاع الطلاق)، لأن المحكمة سوف تستدعي الزوجين لمحاولة الإصلاح بينهما، وصدر قرار محكمة التمييز العراقية لم تأخذ بوكالة شقيق الزوجه حيث أن طلاق المدعية من زوجها المدعى عليه حصل بواسطة وكيله شقيقة (هـ،ع ،م)، وحيث لا يعتد بالوكالة في إيقاع الطلاق استناداً لأحكام المادة (٣٤/ثانياً)، من قانون الاحوال الشخصية ، وعليه تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني.[١]

وفي قرار آخر تناول وجوب استجواب الطرفين من دون الإعتماد على الوكالة حيث جاء فيه (أن الواجب استجواب الطرفين عن واقعة الطلاق من حيث الصيغة والتاريخ والحالة النسائية للمدعى عليها، لأن الوكالة العامة لا تخول الوكيل حق الإقرار بالحقوق الشخصية البحته دون تفويض خاص المادة (٥٢) من القانون المرافعات المدنية الفقرة الثانية وأيضاً لتعلق الموضوع بالحل والحرمة [٢]، لغرض التحقق من الصيغة التي رددها الزوج، وتدوين اقوال المطلق عن ذلك لأن شاهدي مجلس الطلاق لم يذكروا ذلك كون الصيغة ركنا في الطلاق.

نلاحظ بأن القانون والقضاء العراقي قد حسم الأمر بعدم جواز ايقاع الطلاق بموجب وكالة ممنوحة من قبل الزوج إلى أحد الأشخاص الغرض منها إيقاع الطلاق نياية عن الزوج بحق زوجته، من خلال استعراض اقوال الفقهاء في حكم الوكالة بالطلاق ومدى مشروعية نحن مع القول القائل بجواز التوكيل في الطلاق لأنه يتفق مع ثوابت الاسلام والفقهاء مجتمعين على جوزاه فعلى المشرع العراقي الأخذ بالوكالة في الطلاق وأن يحذو حذو التشريعات العربية المقارنة بل أخذ بالتوكيل في الطلاق وذلك قد تكون هناك ظروف ومبررات قوية واسباب تستوجب وتحتم على القضاء الأخذ بالوكالة في الطلاق وذلك مراعاة منه لهذه الظروف فرفع الحرج على أطراف العلاقة الزوجية لعدة أسباب كما لوكان احدهم

---

[١] قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٥٧٣٨، هيئة الاحوال الشخصية في ٨/٩/٢٠١٤، منشور على الانترنت، القاضي قيس الحسناوي، مصدر سابق، ص ١٠٨.
[٢] القاضي قيس الحسناوي، الوكالة في الطلاق، مصدر سابق، ص ١٠٨، نقلا عن القاضي رزاق جبار علوان، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ـقسم الأحوال الشخصية، ج ٢، بغداد ،٢٠١١، ص ٢٧١.

حبيس الدار أو مريض الفراش نتيجة مرض عضال أو عدم قدرته على التنقل للمحكمة لبعدها عن مقر سكناه أو كون احد الزوجين معتقل في مؤسسة السجن أو غيبة أحد الزوجين غيبة مطولة تعذر معه استدعائه بكل الوسائل وذلك بعد أن وكل شخص ينوب عنه بأيقاع الطلاق.

وأما مخالفة ابن حزم فإنه لا يستند إلى أدلة ونصوص وحجج كافية لأن اجماع الفقه منعقد على جواز التوكيل في الطلاق.

الخاتمـــــــة

الخاتمـــة

توصلنا في ختام هذه الرسالة إلى بعض النتائج والمقترحات وكما يلي:-

أولا/النتائج:

بعد أن قمت بدراسة الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها بدراسة مقارنة توصلت إلى بعض النتائج وكما يأتي:

١- تعد الوكالة ذات أهمية في الحياة العملية وذلك لأن من خلالها يستطيع الشخص أن يبرم العقد في كل ظروفه وعن طريقها ينيب شخص آخر نيابة عنه يعبر عن إرادته في إجراء التصرف القانوني.

٢- إن محل عقد الوكالة دائماً يكون عمل قانوني وعقد الزواج من التصرفات القانونية لانه عقد يكون صادر من ارداتين كذلك بالنسبة للطلاق أيضا تصرف قانوني صادر من إرادة واحده وهو الزوج.

٣- أجمع الفقه الإسلامي بمذاهبه الفقهية المعروفة على جواز الوكالة في عقد الزواج وفق ضوابط شرعية تحدد دور الوكيل في إبرام عقد الزواج الذي يختلف حسب طبيعة الوكالة، فإذا كانت مطلقة كان للوكيل دور أوسع في الاختيار، أما إذا كانت مقيدة، فدور الوكيل يكون أضيق ويتحدد نطاقه بالضوابط التي قيدت وكالته، وإذا تجاوز حدود هذا التقييد كان عمله فضوليا ويكون العقد موقوفا على إجازة الموكل.

٤- عقد وكالة الزواج لا يمكن له الالتزام والنفاذ إذا كان مقترن بشرط من الشروط يكون غير نافذ على الرغم من اكتمال اركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب.

٥- لا يمكن توكيل ناقص الأهلية في ابرام عقد الزواج وانحلاله ولا يستطيع أن يدير امور نفسه فكيف بغيره.

٦- الوكالة تجوز في جميع الأعمال التي يبيحها المشرع، ومن الأعمال التي تجوز فيها، "الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع. ولم يثبت أن أحدا خالف في وكالة إلا الإمام ابن حزم، فإنه لا يجيز الوكالة في الطلاق.

٧- احكام الوكالة المتعلقة في الزواج لا تختلف عن أحكام الوكالة في الشريعة الإسلامية وعن أحكامها في القانون المدني العراقي لأن كلا القانونيين يستمدان احكامهم من الفقه الاسلامي

وبما أن قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتناول الأحكام المتعلقة بالوكالة في الزواج بشكل واضح وصريح مما يستوجب بنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للأخذ بما ورد فيها من أحكام بناء على نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨الفقرة الثانية نصت "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

٨- جمهور الفقهاء يأخذون بمبدأ الوكالة في الطلاق وأن حصرها بعضهم بغياب الزوج لكن الظاهرية اخذوا بمبدأ المنع عن الوكالة في الطلاق سواء كان للزوجة أو لغيرها فالقانون العراقي وتطبيقاته قد أخذ بمذهب الظاهرية منذ صدور التعديل الخامس لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٥٦ في ١٩٨٠/٩/٢٢.

ثانياً- المقترحات:

١- تقترح الباحثة على المشرع العراقي النص صراحةً أنه يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محلاً للوكالة.

٢- تقترح الباحثة على المشرع العراقي إيراد نص واضح وصريح يتناول فيه تنظيم احكام الوكالة في ابرام عقد الزواج من خلال تعديل نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

٣- تقترح الباحثة على المشرع العراقي أن يقتدي بتشريعات الدول العربية والإسلامية لأن أغلبها قد أخذ بمبدأ الوكالة في الطلاق ومنها قانون الأسرة القطري وقانون الأحوال الشخصية الاماراتي وقانون الأحوال الشخصية الاردني وقانون الأحوال الشخصية الكويتي لأن الوكالة اصبحت ضرورة ملحة في الوقت الحاضر لكثرة الا نشغال والاسفار.

٤- تقترح الباحثة على المشرع العراقي إيجاد بدائل أخرى للزيادة من فاعلية مؤسسه البحث الاجتماعي ومنها إعداد فضاءات مخصصة بين الزوجين بعيداً عن ردهات المحاكم وسخطها والزيادة في عدد المحاولات تكوين قضاة متخصصين في الإصلاح والتوفيق بين طرفي العلاقة الزوجية وتحسيس وتوعية المجتمع والافراد بأهمية الأسرة.

٥- تقترح الباحثة على المشرع العراقي أن ينص على التوكيل في الطلاق وان يكون بيد الرجل لكن لا يعني ذلك أن يكون له مطلق الحريه في إيقاعه بل ايقاعه يكون بقيود تفرض عليه فهو مقيد

في عدده وفي زمن إيقاعه ومقيد أيضا في حكم وقوعه فكل هذه القيود تحمي الزوجة من تعسف الزوج إذا خرج عن حدوده أو إساءة استعمال حقه.

المصـــادر والمراجـــع

المراجع

أولا–القران الكريم

ثانياً كتب اللغة:

١– ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٥٣، ج١٦.

٢– محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، حققه يوسف الشيخ محمد، الناشر، المكتبة العصرية – الدار النموذجية بيروت – صيدا، ط ٥، ١٤٢٠/١٩٩٩.

ثالثاً كتب التفسير:

١– أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر، بلا مكان طبع،١٩٩٥.

٢– إسماعيل بن عمر بن كثير، السيرة النبوية، ج ٣، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٦م.

٣– الرازي، محمد الرازي فخر الدين بن علامة ضياء الدين بن عمر، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج ،١٣، دار الفكر، ١٤٠١هـ–١٩٨١م.

رابعاً كتب الحديث النبوي الشريف وشروحه:

١– أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٥، ط٤، الناشر دار الحديث، القاهرة. ١٤٢٢هـ–٢٠٠١م.

٢– أبو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه ج١، مكتبة أمير المؤمنين، اصفهان،١٩٨٢.

٣– أحمد بن الجسم بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الناشر مكتبة دار الباز، مكة المكرمة من سنة نشر

٤– أحمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران، تحقيق محمد صادق قمحاوي، ج ٢، دار أحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي،١٤١٢هـ.

٥– إسماعيل بن عمر بن كثير، السيرة النبوية، ج ٣، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٦م.

٦- الشيخ محمد بن يعقوب الكليني، اصول الكافي ثقة الاسلام، ج، ط ١٦، دار الكتب الإسلامية، بيروت – لبنان.
٧- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري "المستدرك على الصحيحين" رقم الحديث ٢٧٠٦ كتاب النكاح باب الولي، الجزء الأول، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٠م ١٤١١هـ، الطبعة الأولى، تحقيق عبد القادر عطا.
٨- محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج ٣,ص١٩١، الناشر دار أحياء التراث العربي –بيروت تحقيق أحمد محمد شاكر واخرون الاحاديث مذيله بأحكام الالباني عليها.
٩- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح أبي داود، ج٢، ط ١، ١٤٢٣ –٢٠٠٢م، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت.

خامساً كتب الفقه الاسلامي:

١-كتب الفقه الأمامي

١- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط٢، أضواء الحوزة القسم الاول والثاني، بيروت، ص٢٠.
٢- أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، ج٢، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بلا مكان طبع، بلا سنة نشر.
٣- الحلي، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي، تذكره الفقهاء، ج٣، نشر المكتبه المرتضويه باحياءالاثار الجعفرية.
٤- السيد زين الدين العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج ٦، ط ٤، دار التفسير، قم،١٣٨٢هـ.
٥- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، ط١٩، دار المؤرخ العربي ٢٠١٣
٦- السيد هاشم الموسوي دام ظله، تلخيص المرام في معرفة الأحكام، ج٢، ط٢، دار المؤرخ العربي، بيروت – لبنان، ٢٠٠٢ م.

٧- محمد الجواد بن محمد الحسني، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، ج ٢، مطبعة الشورى بالفجالة، مصر.

٨- محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج٧، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، بلا مكان طبع، ١٤٢٧هـ.

كتب الفقه الحنفي

١- أبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدار المختار في شرح تنوير الأبصار، ج٣، ط٢، ١٩٩٢، دار الفكر، بيروت.

٢- الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٤، القاهرة، دار الكتب السالمية، ١٣١٣هـ.

٣- زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج، ط، دار المعرفة، بيروت – لبنان، بلاسنة طبع.

٤- علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.

٥- فخر الدين حسن بن منصور، الفتاوي الحانية لقاضي خان، مطبوع بهامش الفتاوي الهندية.

كتب الفقه المالكي:

١- احمد بن محمد الخلوتي الصاوي، بلغة السالك القرب المسالك، ج ٢، الناشر دار الكتب العلمية – لبنان، سنة النشر ١٤١٥ –١٩٩٥.

٢- ابن ابي زيد القيرواني، الثمرالداني في تقريب المعاني، ج١، المكتبة الثقافية، بيروت_ لبنان، بلا سنة طبع.

٣- أبو بركات الشيخ الكبير الدردير، الشرح الكبير، ج٢، دار الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

٤- أبو عبد الله بن محمد عبد الله، الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر.

٥- أحمد بن محمد بن عليش، شرح منح الجليل على مختصر العالمة خليل، ج٣، دار صادر، بيروت، بلاسنة نشر.

٦- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدوسقي على الشرح الكبير، ج٢، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٧- محمد بن احمد بن محمد بن عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج٣، دار صادر، بيروت، بلاسنة نشر.

٨- يوسف بن عبد الدين القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، بدون سنة طبع، الناشر دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤.

٩- يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي، ج ٢، الناشر مكتبة الرياض الحديثة.

كتب الفقه الشافعي:

١- أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، بلا سنة طبع.

٢- أبو اسحق ابراهيم بن علي، الشيرازي، المهذب، ج ١، نشر عيسى البابي الحلبي.

٣- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج، دار الكتب العلميه، بيروت – لبنان، بلا سنة طبع.

٤- الدمياطي الشافعي، اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين، ج٣، دار الفكر ط١، ١٩٩٧.

٥- الرملي، شمس الدين بن محمد شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة البابي الحلبي ١٣٥٧-١٩٣٨م.

٦- الشرواني شهاب الدين أحمد بن حجر، تحفة المحتاج يشرح المنهاج الهيثمي، ج٥، نشر دار صادر بيروت.

٧- محمد الزهري الغمراوي، انوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك، ط٢، مطبعة مصطفى الباني الحلبي، مصر، ١٩٤٨.

٨- محمد بن الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج٣، ط١، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠١٠.

٩- يوسف الاردبيلي، الانوار الأعمال الابرار مع حاشيتي الكمثري والحاج ابراهيم، ج٢، ط١، الحلبي -القاهرة.

كتب الفقه الحنبلي:

١- ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، ط ١ مطبعة الصدق الخيرية -مصر سنة ١٣٥٢-١٩٣٣.

٢- ابو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٥، طبع ونشر في مكتبة النجاح في طرابلس – ليبيا.

٣- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٨، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع، بلامكان طبع، بلا سنة طبع.

٤- أحمد بن حنبل، مستند الامام احمد بن حنبل، حققه شعيب الازنؤوط وآخرون، الناشر مؤسسة الرسالة ط ٢، ١٤٢٠ /١٩٩٩.

٥- شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامه المقدسي، الشرح الكبير، ج ٨، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بلامكان طبع، بلاسنة طبع.

٦- علاء الدين بن علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج،١ ط٨، سنة الطبع ١٣٧٦هـ، مطبعة السنة المحمدية، تصوير دار أحياء التراث العربي، بيروت.

٧- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج ٥، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان،١٩٩٩.

٨- منصور بن يونس بن صالح الدين ادريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، ج٢، دار الغد الجديد.

كتب الفقه الزيدية:

١- أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصا، ج ٥، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨-١٩٤.

كتب الفقه الظاهرية:

١- أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج٩، دار الفكر، بلا مكان الطبع، بلا سنة طبع.

سادساً المراجع الفقهية المتفرقة:

١- ابن عابدين: محمد علاء الدين بن محمد أمين، قرة عيون إلاخيار تكملة الدر المختار رد المحتار، ج ٧، ط ٢، مطبعة ألبابي الحلبي.

٢- أبو داود سليمان بن الاشعث السجتاني، ج ٢، دار الكتب العربي – بيروت، مذيل في التعليق حكم الالباني.

٣- أحمد فراج حسين، "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية"، مطبعة الدار الجامعية الطبعة الأولى ١٩٨٦.

٤- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية الطبعة التالية عن الطبعة ١٤٠٦هـ/ ١٩٩٦م.

٥- بدران أبو العينين بدران: "الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، دار النهضة بيروت بدون ذكر سنة الطبع، الجزء الأول الزواج والطلاق.

٦- سيد سابق " فقه السنة " دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع طبعة ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.

٧- السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، ج ٢١، مطبعة الاداب في النجف الاشرف،١٤٠٣-١٩٨٣، مكتبة الروضة الحيدرية، مسألة رقم ٢٠.

٨- عبد العزيز رمضان سمك، النظريات العامة في الفقه الإسلامي المال –الملكية–العقد دار النهضة العربية، القاهرة،١٤٣٠-٢٠٠٩.

٩- عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الاشباه والنظائر، ج ١، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، دار الكتب العلمية.

١٠- وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء السابع، مطبعة دار الفكر الطبعة الثالثة، ١٩٨٩.

الكتب القانونية :-

١- أحمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، اركان الطلاق، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون،١٩٨٠.

٢- أحمد الغندور الطلاق في الشريعة والقانون، ط ٢، الاردن -عمان، ١٩٧٦.

٣- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية الطبعة التالية عن الطبعة ١٤٠٦هـ/ ١٩٩٦م.

٤- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة الاسكندريه ،٢٠٠٧.

٥- حسين على الاعظمي، احكام الزواج، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٤٨ – ١٩٤٩.

٦- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج،١ الزواج والطلاق واثارهما، المكتبة القانونية، بغداد،١٩٩٠.

٧- د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط١، مطبعة دار ٢١ الوراث – كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠.

٨- د. سوزان علي حسين، الاطار القانوني للوكالة في العمولة بالنقل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،٢٠٠٣.

٩- د. عبد الحليم محمد حسين، الوكالة في الشريعة الاسلامية، سلسلة ٢٣ اصدارات المجمع، القاهرة – مدينه نصر -الحي العاشر.

١٠- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ١٩٨٩.

١١- د. فاروق عبد الله عبد الكريم الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة١٩٥٩ المعدل والنافذ، ط ١، جامعة السليمانية، كلية القانون،٢٠٠٤.

١٢- د. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة (دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٦.

١٣- د. محمد يوسف، احكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، دار الكتاب العربي- مصر،١٩٥٨.

١٤- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، ط ٢، سنة ١٩٩٥، بدون دار نشر.

١٥- عبد الرحمن بن ابراهيم بن احمد، ابومحمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، الناشر دار الحديث القاهرة.

١٦- عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الاشباه والنظائر، ج ١، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، دار الكتب العلمية.

١٧- عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصيه في الشريعة الإسلامية، ط الثانية،١٣٥٧هـ-١٩٣٨، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة.

١٨- عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصيه في الشريعة الإسلامية، ط الثانية، مطبعة دار الكتب المصريه بالقاهرة،١٣٥٧هـ- ١٩٣٨.

١٩- فاروق عبد الله كريم الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل والنافذ، ط ١، جامعة السليمانية، كلية القانون،٢٠٠٤.

٢٠- فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، مطبعة الشعب، بغداد، ١٩٨٢.

٢١- القاضي العلامة فخر الاسلام الأمام ابي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل، بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي، ج ١٠، تحقيق طارق فتحي، دار الكتب العلمية.

٢٢- القاضي لفته هامل دور القاضي في تعديل العقد. ط٢ ٢٠١٠ بغداد.

٢٣- قيس الحسناوي، طلاق الوكالة، ط ١، ١٤٤٤-هـ٢٠٢٢ م.

٢٤- محمد ابن معجوز "أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

٢٥- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية مطبعة النجاح الجديدة، بلاسنه طبعه، بلاسنة نشر.

٢٦- محمد بن اسماعيل الامير الكحلاني الصنعاني، ج ٣، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، القاهرة.

٢٧- محمد بن علي بن بن محمد بن عبد الله، الشوكاني نيل الاوطار، ج ٦، ط ١، الناشر دار الفكر الحديث -مصر.

٢٨- محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط ١،الشركة الأهلية -بغداد ١٣٧٨-١٩٥٨.

٢٩- محمد رضا العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني بغداد، ١٩٧٥.

٢-الرسائل والاطاريح:

١- خالد الوجدي، الوكالة في الزواج والطلاق، رسالة دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الأول، وجدة.

٢- محمد بن علي السبهين، الوكالة في الفقة الاسلامي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، جامعة القرى/مكة المكرمة.

٣- محمد عوني محمد الطويل، الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين ٢٠١٥.

٣-البحوث:

١- ايناس مكي عبد، الوكالة في الزواج والطلاق-دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الاسلامية -بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الاسلامية، المجلد ٢٧، العدد٢، ٢٠١٩.

٢- بكر محمد أحمد، التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون في باسيوط، المجلد الرابع، العدد ١٩، ٢٠٠٧، دار المنضومة،٢٠٢٠.

٣- بكر محمد أحمد، التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون في باسيوط، المجلد الرابع، العدد ١٩، ٢٠٠٧، دار المنضومة،٢٠٢٠.

٤- د. ثامر نجم عبد الله العكيدي، مشروعية عقد الوكالة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٥، المجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢٠.

٥- د. عباس العبودي، النظام القانوني للوكالة بالخصومة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية القانون، العدد الثاني، سنة ١٩٩٩.

٦- د. هيثم حميد عبد الامير، د. أحمد جبار عبد، فلسفة عقد وكالة النكاح دراسة فقهية تفسيرية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية/جامعة ذي قار، المجلد ٨، العدد٢ ٢٠١٨.

٧- ياسين صالح عبد الكريم، أحكام الولاية في عقد الزواج، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ٣، ع٥، ٢٠٠١.

القوانين المدنية:

١- القانون المدني المصري رقم ١٣٣ لسنة ١٩٤٨.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٣- قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣لسنة ١٩٦٥.

٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩المعدل.

٥- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل رقم ١ لسنة ١٩٨٧.

٦- قانون المدني القطري ٢٢ لسنة ٢٠٠٤.

قوانين الاحوال الشخصية:

١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

٢- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

٣- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

٤- وقانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.

المواقع الإلكترونية:

١- احمد الجيزاني، ملخص الوكالات القانونية، ص ٢١ منشور على قناة الفكر القانوني https://t.me/Iraqilegal٢٠١٨

٢- الوكالة في الزواج، محمد الشافعي، مقال منشور على الانترنت وعلى الموقع الالكتروني Https://www.ahamdliah.com

٣- سالم روضان الموسوي في بحثه الموسوم به "قانون الاحوال الشخصية والوكالة في الطلاق" المنشور في الحوار المتمدن بالعدد ٢٢٩١ في ٢٤/٥/٢٠٠٨ المنشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع الالكتروني الاتي Https://www.ahewar.org

٤- العلامة الشيخ عبد المهدي الكربلائي ٢٦ ربيع الاول ١٤٣٩/الموافق ٢٠١٧/١٢/١٥ ، استفتاءات شرعية منشور على موقع مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني دام ظله.

https://www.sistani.org/arg

Abstract

The subject of the research is the agency in establishing the marital bond and its dissolution, a comparative study between Islamic law, Iraqi law, and comparative Arab laws, in that a person other than the principal in the contract concludes the contract, and all effects of the contract go to the principal, who is the principal party to the contract, and this may be the principal in circumstances where he cannot Concluding the contract therein. Likewise, the husband may appoint another person to effect the divorce, so the agent divorces the wife on behalf of the husband. This is the subject of the dispute that occurred between Islamic jurisprudence and the Iraqi Personal Status Law. Sharia law permits the agency in divorce for the wife and for someone other than the wife to effect the divorce.

As for the Iraqi Personal Status Law, it only permits the wife to effect a divorce through agency from the husband. Islam has permitted agency in establishing the marital bond and its dissolution, as the basis of the legitimacy of agency is the Qur'an, the Sunnah, consensus, and reasonableness, and one of the conditions for the client is that he be one of those who owns the disposition in which he is entrusted. He owns or As a guardian, it is not permissible to appoint an insane person or an indiscernible child, so the husband has the right to appoint someone else to marry him, but the agent's action must be within the limits set by the principal's pleasure, and it is not permissible for the agent to appoint someone else except with the permission of his principal.

Likewise, the agent is an ambassador and representative of the principal. His mission ends with the completion of the contract, and none of the rights of the contract are transferred to him. If he is an agent on behalf of the wife, he is not entitled to demand the dowry, and if he is an agent on behalf of the husband, he is not entitled to request consummation of the wife. Likewise, if he is an agent on behalf of the husband in divorce, he is not He has the right to divorce his wife on his own initiative, without his client's clear and explicit will for divorce.

The agent's mission ends with the implementation of the order entrusted to him, or with his dismissal, or with the principal removing him, or with the death of the principal or the agent. This is because the agency is based on personal

consideration and does not transfer to a successor. However, if it is given by several clients, it does not end except for those of them who die, on being.remored.and it ends with a change in the client's condition or The agent when someone loses his legal capacity.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Misan
College of Law
Department of Private Law

Agency in establishing and dissolving the marital bond
(A comparative legal study of Islamic jurisprudence)

Thesis submitted by the student

Shorouk Kareem Muslim

To the Council of College of Law - University of Misan

as part of the requirements for obtaining a master's Certificate in private law

Supervised by

. Prof. Dr. Haider Hussein Kazem Al Shamry

AD 2024 **AH 1446**