The Agency in Marriage and Divorce A comparative study between Iraqi law and Islamic Sharia

Enass Makki Abid
Private Law Branch,College of Law, University of Babylon, Iraq.
enassmekee@gmail.com

Submission date: 31/7/2018 **Acceptance date**: 19/2/2018 **Publication date**: 8/4 /2019

Abstract

The subject of research in the agency in concluding the contract of marriage and divorce concludes a comparative study between the Iraqi law and the Islamic law in that a person other than the original in the contract concludes the contract and all the effects of the contract are disposed of to the principal, the original party in the contract. This may be inherent in circumstances that may not be possible. The contract is concluded in the circumstances that surround it, and the husband may also assign another person to divorce. The agent will divorce the wife on his behalf. This is a dispute between the Iraqi law and the Islamic law. The Sharia allows the agency for the wife and non-wife to divorce. The wife is allowed to divorce through the agency from the husband, so we will separate the subject of the agency in marriage and divorce in two sections devoted to the first section of the concept of the Agency and we will discuss in the second section of the agency in marriage and divorce and if we finished all of this research concludes with the most important results and proposals.

Key words: Agency, marriage contract, divorce, law, Islamic law.

الوكالة في الزواج والطلاق دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة والإسلامية

إيناس مكي عبد
فرع القانون الخاص / كلية القانون / جامعة بابل / محافظة بابل/العراق.

الخلاصة:

يتخلص موضوع البحث في الوكالة في إبرام عقد الزواج والطلاق دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الاسلامية في أن يقوم شخص آخر غير الاصيل في العقد، بإبرام العقد وتنصرف جميع آثار العقد الى الموكّل وهو الطرف الأصيل في العقد، وهذا قد يكون الاصيل في ظروف لايستطيع إبرام العقد فيها، وكذلك قد يوكل الزوج شخص آخر في إيقاع الطلاق فيقوم الوكيل بطلاق الزوجة نيابة عنه وهذا خلاف بين القانون العراقي والشريعة الاسلامية فالشريعة تجيز الوكالة للزوجة ولغير الزوجة، أن تقوم بإيقاع الطلاق، أما قانون الاحوال الشخصية فلا يجيز إلاّ للزوجة فقط في إيقاع الطلاق من طريق الوكالة من الزوج، وعليه فسوف نفصل موضوع الوكالة في الزواج والطلاق في مبحثين نخصص المبحث الاول لمفهوم الوكالة وسنتناول في المبحث الثاني الوكالة في الزواج والطلاق واذا انتهينا من كل ذلك نصل البحث بخاتمة نسجل فيها اهم النتائج والمقترحات.

الكلمات الدالة : الوكالة، عقد الزواج، الطلاق، القانون، الشريعة الاسلامية

Journal of University of Babylon for Humanities (JUBH) by University of Babylon is licensed under a
Creative Commons Attribution 4.0 International License

1-المقدمة

تعد الوكالة من العقود ذات الأهمية البارزة، فهي تساهم في تطوير النشاط القانوني، فمن خلالها يستطيع الشخص القيام بالتصرفات القانونية من دون أن يضطر لحضور حقيقي من جانبه لانه يكون حاضرا حكمًا بواسطة وكيله ، كما أن الوكالة عقد من العقود التي نظمها المشرع العراقي في القانون المدني العراقي مع الاشارة اليها في القوانين الخاصة كقانون المرافعات المدنية وقانون الاحوال الشخصية.

تعد الوكالة من العقود الرضائية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك،أو أتفق المتعاقدان على جعل الوكالة تتم بشكل معين، فينبغي الالتزام بهذا الشكل، والوكالة بحد ذاتها يكون موضوعها تصرف قانوني، وكما هو معلوم أن الزواج يعد من التصرفات القانونية لأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعًا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل، فالزواج أذن قد يبرم من طريق الوكالة، وتكون الوكالة من الزوج أو من الزوجة .وقد تكون مطلقة من دون قيد أو شرط وقد تكون مقيدة ببعض الشروط والاوصاف، فكل ذلك أيضا نظمته الشريعة الاسلامية ببيان أحكام هذا العقد المتعلقة بالزواج، كما ان الطلاق كتصرف صادر من جانب الرجل بشكل عام قد يقع من طريق الوكالة حينما يوكّل الزوج شخصًا آخرًا تتوفر فيه الشروط القانونية والشرعية في إيقاع طلاق زوجته. وأما في ظل قانون الاحوال الشخصية فقد أجاز بصريح العبارة ايقاع الطلاق من الزوج أو من القاضي حينما يكون بناء على دعوى صادرة من الزوج أو الزوجة وهذا مايسمى التفريق القضائي بينهما، وقد يقع من الزوجة إنَ وكّلت، أو فوضت به.

2-مشكلة البحث

تتضمن مشكلة البحث في أن هناك خلاف بين موقف القانون العراقي في قانون الاحوال الشخصية والشريعة الاسلامية في موضوع الوكالة في الزواج والطلاق.

3- أهمية البحث

يشهد وقتنا الحاضر أبرام عقود الزواج عن طريق الوكالة، لأنه قد لايكونواالزوجان موجودين في نفس المكان والزمان المراد ابرام العقد بينهما، فيتم ابرام هذا العقد بطريق الوكالة، كذلك إيقاع الطلاق حصلت العديد من دعاوى الطلاق بطرق الوكالة الامر لابد من معرفة احكام هذه الوكالة التي يحصل بطريقها الزواج والطلاق.

4- هدف البحث

1- بيان موقف قانون الاحوال الشخصية العراقي والشريعة الاسلامية من الوكالة في الزواج والطلاق.
2- بيان موقف الفقه القانوني والاسلامي من الوكالة في الزواج والطلاق.
3- معرفة اسباب اللجوء الى الوكالة في الزواج والطلاق والجوانب المتعلقة بها.
4- اقتراح التوصيات لإغناء النص القانوني ليصبح أكثر فعالية للتطبيق على الواقعة المعروضة.

5-المبحث الاول/مفهوم عقد الوكالة

عقد الوكالة من المفاهيم القانونية التي أوضحت معالمه أغلبية القوانين العربية المدنية ومن بينها القانون المدني العراقي، وكذلك بحث الفقهاء المسلمين الوكالة في مؤلفاتهم الزاخرة وعلى أختلاف المدارس الفقهية، في هذا المبحث سوف نبين تعريف عقد الوكالة ومن ثم بيان أركان عقد الوكالة، عليه سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، سنخصص الاول لتعريف عقد الوكالة، والمطلب الثاني سنتناول فيه مشروعية الوكالة، والمطلب الثالث سنتناول فيه أركان الوكالة:

1-5 المطلب الاول/ تعريف عقد الوكالة

الوكالة في اللغة اسم مصدر من التوكيل وتصح بفتح الواو وكسرها، ولها في اللغة معان عدة منها القيام بأمر الغير او اقامة الغير في التصرف [1،ص751]، وتأتي بمعنى "الحفظ "[2،ص85]، كقول أحد لآخر قد وكلتك في مالي فاذا لم يذكر التصرفات التي وكله بها، فعلى الشخص أن يحافظ على ذلك المال وليس له ان يتصرف فيه بأي وجه آخر من التصرفات، ولها معنى بانها الكفالة فالوكيل هو المقيم بأرزاق العباد وحقيقته انه يستقل بأمر الموكول اليه.

وقد جاء هذا المعنى في الكتاب العزيز ((وأن لاتتخذوا من دوني وكيلا)) [سورة الاسراء، 3]، وكذلك ذكر بعض الفقهاء في تعريفهم للوكالة في اللغة بانها بمعنى التفويض حيث جاء في مؤلفات فقهاء الحنفية "يراد بها تفويض الامر " اي القيام بأمر الغير او اقامة الغير في التصرف، وتأتي بمعنى الاعتماد " والتوكل اظهار العجز، والاعتماد على غيرك " [3،ص1019].

أما الوكالة في الاصطلاح فهي نيابة في التعاقد والنيابة هي سلطة تثبت لشخص النائب وتخوله ابرام العقود والتصرفات القانونية عموما باسم ولحساب شخص آخر الاصيل بحيث تنصرف آثار العقد المبرم الى هذا الاصيل لا الى النائب الذي ابرم العقد يعتبر الاصيل هو المتعاقد وهو طرف العقد، والنيابة انواع منها قانونية كنيابة الولي والوصي والقيم وقد تكون نيابة اتفاقية كما هو الحال في الوكالة فمصدرها اتفاق الاصيل والنائب ويحدد الاتفاق نطاقها[4،ص259-260]، وعرفتها التشريعات المدنية كالقانون المدني العراقي والقوانين المقارنة المدنية فقد عرف القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة1951عقد الوكالة في المادة (927)[*] منه ويتضح أن الوكالة عقد ينيب بموجبه شخص غيره لإجراء ما ينطيه به من تصرفات جائزة للموكل قانونا ،مع اشتراط كون ان يكون الموكل به معلوم لان الجهالة في علم الموكل به مما يعسر على الوكيل مباشرة التصرف على الوجه المطلوب. وعرفها الفقه القانوني بانها: ((تفويض الغير إجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممكن يملكه غير مشروط بموته)) [5-ص53]، وعرفها البعض الاخر بانها اما في القانون المدني المصري فقد ذهب في تعريف الوكالة في المادة (699)[**] منه. نلاحظ على تعريف القانون المدني العراقي للوكالة انه لم يذكر أن يكون محل التصرف تصرفا قانونيا بل ترك الباب مفتوحا للموكل بإبرام عقد وكالة يكون محله تصرفا قانونيا او مادياً[6-ص341]، ولكن اشترط أن يكون جائزا أو معلوما. في حين القانون المدني المصري في تعريف للوكالة قد ذكر ان يكون محل التصرف ان يكون عمل قانوني الا انهما قد ركز في تعريف الوكالة على التزام الوكيل تجاه الموكل في متن التعريف وبذلك فانه نظر الى العقد على أساس الأثر المترتب على العقد نفسه وليس على أساس ماهيته[5،ص56]، وعرفها بعض الفقهاء بانها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل[7،ص6] أما بالنسبة للالتزام الواجب على الوكيل القيام به هي التزامه ببذل عناية في تنفيذ الوكالة[8-ص11].

وفي هذا السياق ينبغي القول ان عقد الوكالة يجب ان يتوافر فيها الشكل اللازم توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، فالأصلأن تعد الوكالة من التصرفات القانونية الرضائية لكن اذا كان العمل

---

[*] نصت المادة 927 من القانون المدني العراقي على انه ((الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)).

[**]نصت المادة (699) من القانون المدني المصري على انه ((الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكّل))

القانوني مما يتطلب ابرامه إلى شكل خاص فينبغي توافره في الوكالة، أيضًا، فالوكالة في الزواج تكون رضائية لان عقد الزواج لايتطلب القانون عند ابرامه شكل معين ، وأما الكتابة وتسجيل العقد فهي لأثبات العقد ، فمتى ما توافرات لعقد الزواج شروطه الشرعية والقانونية ترتبت عليه آثاره سواء سجل العقد أم لم يسجل[9–ص79]، أما الفقهاء المسلمون فقد أتفقوا على المعنى الاصطلاحي للوكالة وهو إنابة الغير في إجراء التصرف الا انهم اختلفوا في تحديد أبعاد الوكالة [10،ص12]، ولكل فقه وجهة نظره، فقد عرفها فقهاء الحنفية بانها:((اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)) [11،ص108]، فمعلوم من هذا التعريف ان الوكالة هي انابة في التصرف اذ يجوز لشخص ان يقيم غيره بموجب عقد لإجراء تصرف ما نيابة عنه وعرفها فقهاء المالكية بانها ((نيابة ذي حق غير ذي أمره ولاعبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته)) [12–ص351]، الوكالة بموجب هذا التعريف إنابة في حق يملكه المنيب لشخص اخر ليقوم به له مع عدم اشتراط كون الوكالة بعد موت المنيب، وعرفها فقهاء الشافعية بانها: ((تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما يقبل النيابة)) [13، ص235]، وأما الحنابلة فقد قالوا عن الوكالة بانها ((إستنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة))[14،ص299].

وأما فقهاء الامامية فقد عرفوا الوكالة:((هو مادل على الاستنابة في التصرف))[15،ص299]. يتضح ان الفقهاء المسلمين، أيضًا، قد بينوا معنى الوكالة فانهم وان اختلفوا في اللفظ الا أنهم قد اتفقوا على أن الوكالة هي أنابة شخص محل شخص آخر لاجراء تصرف معين .

2–5 المطلب الثاني /مشروعية الوكالة

أستدل الفقهاء على مشروعية الوكالة بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والاجماع وسوف نذكر منها:

اولًا: الكتاب الكريم

قوله تعالى ((فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة)) [سورة الكهف، 19]، وجه الاستدلال بالاية الكريمة ان البعث الحاصل من اهل الكهف لواحد منهم هو بعث بطريق الوكالة وذكر الالوسي في تفسيره ان البعث بالورق دليل على مشروعية الوكالة [16، ص531].

كذلك قوله تعالى ((فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها)) [سورة النساء، 35]، وهذا يدل على أن الحكمين وكيلان.

ثانيا: السنة النبوية

ان كتب الحديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم مليئة بالأخبار المروية على مشروعية الوكالة فقد روي عن أبي داود والبيهقي والدارقطني عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فسلمت عليه وقلت له أني أردت الخروج إلى خيبر فقال: ((إذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقًا فان ابتغى منك اية– اي بينة– فضع يده على ترقوته))[17،ص281]، فالحديث دال وصريح على مشروعية الوكالة أذ أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يتخذ الوكلاء في المناطق.

ثالثا: الأجماع

أجمعت الامة الاسلامية منذ صدر الاسلام الى يومنا هذا على مشروعية الوكالة ومتى ما أجمعت الامة على أمر من الامور فانه يكون تشريعًا للمسلمين لأن الاجماع حجة مشروعة[18، ص150].

أما حكم مشروعية الوكالة والحكمة منها فيرى غالبية فقهاء المسلمين أن الاصل في الوكالة باعتبارها حكمًا تكليفيًا هو الجواز ومعنى الجواز الاباحة اذ يجوز لكل شخص ان يباشر التوكيل في التصرفات التي يريد ان يقوم له بها غيره ويمكن بها النيابة من جهة الموكل ومن جهة الوكيل كذلك فيجوز له قبول التوكيل عن غيره ويجوز كذلك عدمه.

ومع أن هذا الاصل في الوكالة هو الاباحة فانها كذلك تسري عليها باقي الاحكام التكليفية في بعض الحالات وعلى السياق الاتي:

1-تكون الوكالة واجبة اذا كان في الوكالة اعانة على واجب كالتوكيل في احضار طعام لدفع ضرورة الجوع فاذا كان الموكل عاجزا عن الحصول على طعام يدفع به الجوع فان توكيله لآخر في شراء الطعام يكون واجب ويجب على الوكيل قبول الوكالة.

2-تكون الوكالة مندوبة اذا كان فيها اعانة على مندوب كان يكون الموكل به طاعة يعجز الموكل عن مباشرتها كما لو ان شخصا عنده اموال يريد التصدق بها على وجه الندب والاستحباب ويفتقد القدرة على مباشرة هذا التصرف فانه يندب له ان يوكل غيره ويندب للوكيل قبول الوكالة.

3-تكون الوكالة محرمة اذا كان الموكل به حراما ويحرم على الوكيل قبولها كالتوكيل في القتل والسرقة وكذا تحرم الوكالة اذا كان فيها اعانة على حرام كتوكيل شخص اخر ليشتري له شيئا على شراء غيره لنهي الشارع عن شراء المسلم على شراء أخيه.

4-تكون الوكالة مكروهة اذا كان بها اعانة على مكروه او فيها تأخير لمندوب كان يوكل شخص اخر وقت النداء للجمعة فان الوكالة في هذا الوقت مكروه.

5-تكون الوكالة مباحة خلافا لاصلها وهو الندب عند فقهاء الشافعية في حالة ماذا لم تكن هناك حاجةللموكل فيها ولا معونة له من الوكيل كما لو وكل غيره ترفها [5، ص70]، أما الحكمة من تشريع الوكالة من المعلوم ان مقصد الشريعة الاسلامية من تشريع الاحكام هو تحقيق مصالح العباد ودفع الشر عنهم ومحاسن شريعة الوكالة ظاهرة ففيها تقضي حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لايستطعيون القيام بها بانفسهم ،فالله سبحانه وتعالى خلق الناس على همم مختلفة وطبائع شتى فمن هنا مست الحاجة الى شرعيتها فليس من المعقول ان يهمل التشريع الاسلامي الذي يتوقف عليه الامر في تحقيق مصالح الناس مع حاجتهم اليه ووجود المصلحة فيه لهم فضلا عن ذلك فان الوكالة فيها رفع للحرج حين يعجز الناس عن مباشرة تصرفاتهم بانفسهم ومعلوم ان دفع الحرج عن الناس مرغوب فيه في الشرع ففيها نوع من الترابط بين افراد المجتمع[5،ص71].

3-5المطلب الثالث/أركان الوكالة

الركن في الاصطلاح هو مابه قوام الشيء الذي لايتحقق ولا يوجد الا به [19،ص239]، والقانون المدني العراقي لم يحدد أركان العقد في نص معين[20،ص58] وعليه فان لكل عقد اركان يقوم بها، وبالنسبة للوكالة فان أركانها أربعة حسب رأي الفقه وهي الصيغة والموكل والوكيل والموكل به وقد وقع خلاف بين الفقهاء المسلمين بشأن اركان عقد الوكالة فقد ذهب جمهور الفقهاء بان الوكالة تتمثل في اربعة اركان وهي الصيغة والموكل والوكيل والموكل به في حين ذهب فقهاء الحنفية بان الوكالة تتمثل في ركنين وهما الايجاب والقبول.

على أية حال ان صيغة الوكالة ينبغي ان نبين صيغة العقد في بادئ الامر أي أن صيغة العقد في القانون المدني العراقي تتكون من الايجاب والقبول كما يفهم من نص المادة (73)[*] من القانون المدني العراقي وبما أن الوكالة عقد كسائر العقود فان حكم هذه المادة ينسحب على الوكالة ايضا فتكون صيغتها متكونة من الايجاب والقبول وقد اوضح القانون العراقي في باب الوكالة بعض صور التي تصح ان تكون إيجابا للتوكيل كالأذن والامر مع وجود قرينة تفيد ارادة التوكيل مع اعتبار الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة مع الاعتبار بعدم اعتبار الارسال توكيلا وذلك بحسب نص المادة(928)[**] من القانون المدني العراقي ، كذلك فقد بين القانون المدني العراقي في المادة (929)[***] منه بعض الصور التي تصح ان تكون قبولا للوكالة كمباشرة اجراء التصرف من قبل الوكيل او ان الوكيل هو الذي يعرض خدماته او ان الوكالة تدخل في مهنة الوكيل فان توكيله يعتبر توكيلا مقبولا مالم يرد الوكالة في الحال .

تجدر الإشارة أن القانون المدني العراقي قد سكت عن صور الايجاب والقبول الاخرى في الوكالة ويجدر ان هذا السكوت اكتفاء من المشرع بما جاء من قواعد عامة عند معالجته مسألة العقد كمصدر من مصادر الالتزام .

وأما الركن الثاني وهو الموكل فهو أحد العاقدين في عقد الوكالة وهو الذي يصدر منه ارادة التوكيل وليس كل شخص يملك توكيل غيره في إجراء تصرفاته وانما يشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف الذي يريد التوكيل فيه، فان لم يكن الموكل مالكا للتصرف الموكل فيه فأن توكيله يكون لغوًا لان فاقد الشيء لايعطيه .

وقد نصت المادة (930)[****]على شروط صحة الوكالة، وكذلك عالج القانون المدني العراقي شروط الوكيل فيالمادة، فهنا القانون أجاز وكالة الصبي غير المميز وأن لم يكن ماذوناً لأن حقوق العقد تنصرف إلى الموكل وليس بعائده له[21،ص59].

وأما الطرف الاخر وهو الوكيل وهو الطرف الثاني من عقد الوكالة وهو الشخص الذي ينوب في القيام بإجراء التصرفات المنوطة به من قبل الموكل بموجب عقد الوكالة ويشترط ان يكون له أهلية مباشرة التصرف الذي يوكل فيه وكذلك يشترط فيه ان يكون عاقلا فلا يصح وكالة المجنون والمعتوه والصبي الذي لايعقلو ذلك لسلب ارادتهم في اجراء التصرف. واما الموكل به هو التصرف الذي أذن الموكل للوكيل القيام

---

[*] المادة 73 من القانون المدني العراقي بقولها: ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)).

[**] نصت المادة (928) من القانون المدني العراقي بقولها: ((الأذن والامر يعتبران توكيلاً إذا دلت القرينة عليه، والاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة اما الرسالة فلا تعتبر توكيلاً)).

[***] نصت المادة (929) من القانون المدني العراقي على انه :((1 – تنفيذ الوكالة يعتبر قبولاً لها، لكن اذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك. 2 – واذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل او كان الوكيل قد عرض خدماته علناً بشأنها ولم يرد الوكالة في الحال عدت مقبولة)).

[****] نصت المادة (930) من القانون المدني العراقي على انه ((1 يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً، ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو اذن به الولي، ويصح توكيله بالتصرف الدائر بين النفع والضرر ان كان مأذوناً بالتجارة فان كان محجوراً ينعقد موقوفاً على اذن وليه.

2 – ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً.....))

به نيابة عنه[22،ص105]، أما ما يشرط توافره في الموكل به أن يكون قابلا للنيابة أي يمكن أن يحل في اجراءه شخص مكان شخص اخر، لان الوكالة تكون في تصرف جائز معلوم والجواز هو الجواز القانوني وهو لايكون الا اذا كان الموكل ذا ولاية قانونية على التصرف وذلك بانه يملك الموكل به كما هو الحال في ولاية الاب على الصغير فاذا تصرف شخص من غير توكيل فان تصرفه يكون موقوفا على اجازة المالك وهذا ما نصت عليه المادة (944)[*]، من القانون المدني العراقي وكذلك أشترط القانون ان يكون الموكل فيه معلومًا والمعلومية كون بحيث يقدر الوكيل على الامتثال الذي قصده الموكل ومن ثم يكون مسؤولا تجاه موكله في مدى وفائه بالتزامه .

6-المبحث الثاني/الوكالة في الزواج والطلاق

تهدف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية المقارنة من الزواج تحقيق مصلحة الأسرة فعنيت بها وأقامتها على العلاقة الإنسانية من المودة والألفة والرحمة مع الاخذ بأبغض الحلال وهو الطلاق[23،ص95]، عليه نجد أن هذا العقد قد يعقد اصالة بين المتعاقدين انفسهما، بل وقد يعقد بالنيابة فيكون من تطبيقات الوكالة والذي استعملت كثيرًا في حياتنا العملية وهو الوكالة في الزواج والطلاق لمساس هذين الموضوعين في الحياة الاسرية وعليه سوف نبحث في هذا المبحث عن الوكالة في الزواج والوكالة في الطلاق وذلك في مطلبين أثنين:

6-1 المطلب الاول/الوكالة في الزواج

أسلفنا أن الوكالة تعد صورة من صور النيابة في التعاقد فالنيابة بالإضافة الى الوكالة تشمل كلا من النيابة القانونية كالولي والنيابة القضائية كالحارس القضائي والنيابة هي حلول إرادة النائب محل ارادة الاصيل في تصرف قانوني جائز معلوم على ان تضاف آثار هذا التصرف إلى الاصيل لا إلى النائب، والوكالة كما عرفها القانون المدني العراقي هي عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم، وبما ان الزواج كسائر العقود الاخرى يتكون من إيجاب وقبول فانه كما يجوز ان يتم التعبير عن الارادة فيه اصالة يجوز ان يتم التعبير عن الارادة فيه بطريق النيابة التي تعد الوكالة أحد انواعها .

فعقد الزواج اذن ينعقد بالوكالة كما ينعقد بالأصالة وقد صرحت بذلك المادة (4)[**] من قانون الاحوال الشخصية بقولها، أحكام الوكالة المتعلقة بعقد الزواج لم تختلف في قانون الاحوال الشخصية عنه في الشريعة الاسلامية وكذلك في القانون المدني العراقي وذلك لان كلا القانونين مستمدين احكام الوكالة من الشريعة الاسلامية، والقاعدة العامة في الوكالة انه من ملك التصرف كان له ان يتولاه بنفسه ان يوكل به غيره ومن لا يملك تصرفًا فليس له أن يوكل به غيره بناءًا على ذلك يجوز لكلا الزوجين اذا كان بالغا عاقلا ان يوكل شخصًا آخرًا في إبرام عقد زواجه من شخص آخر،كما يجوز له ان يباشر بنفسه وإلى هذا ذهب الحنفية والجعفرية وكذلك قانون الاحوال الشخصية العراقي، ولكن جمهور فقهاء المسلمين ذهبوا بالقول ان المرأة البالغة لاتملك حق توكيل غيرها في زواجها، لأنه لا تملك حق مباشرة زواجها بنفسها. وبما أن الوكيل يكون سفيرًا ومعبرًا فان شخصيته تختفي بعد ابرام عقد الزواج لذلك لايرجع اليه حقوق العقد، ومعنى ذلك بانه لا

---

[*]نصت المادة 944 من القانون المدني العراقي على انه((1 – اذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة، أو عمل احد دون توكيل اصلاً، فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً عن اجازته. 2 – ويجوز لهذا الغير ان يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد، فان لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد، تحلل من العقد.)).

[*] نصت المادة (4) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه :((ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة او عرفًا من أحد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه))

يلتزم ولا يكتسب حقا فاذا كان الشخص وكيلا بإبرام العقد فليس له القيام بقبض المهر اذا كان وكيلًا عن الزوجة كما انه لايجوز له ان يطالب الزوج بتسليم المهر الى الزوجة اذا كان وكيلا عن الزوج الا اذا التزم بذلك وعندئذ يلتزم بتنفيذ مالتزم به بناء على التزامه وليس بناء على وكالته [24،ص213].

وحتى يكون تصرف الوكيل نافذا في حق الموكل ان يكون قد قام بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة له من قبل موكله، اما اذا لم يلتزم الوكيل بحدود الوكالة فان تصرفه ينعقد موقوفا على اجازة الموكل ومن هذه القواعد تتخلص لنا انواع الوكالة في الزواج:

أولا: الوكالة المطلقة في إبرام عقد الزواج

1-اذا كانت الزوجة هي التي قامت بالتوكيل وكان الوكالة غير مقيدة بشي اي مطلقة برجل معين او مقدار محدد من المهر فقام الوكيل بزواجها من رجل به عيب أو مريض فان العقد يكون صحيح وعقد نافذ عن ابي حنفية، ويكون موقوفا على اجازة الزوجة عند فقهاء الجعفرية وبعض من فقهاء الحنفية.

3- اذا كان الزوج هو الموكل وكانت الوكالة مطلقة فزوجه الوكيل من امراة غير سليمة او بمهر يزيد عن مهر المثل او زوجه بمن يكون في زواجها تهمة تعود على الوكيل فان العقد يكون موقوفا على اجازة الزوج لان الاطلاق في الوكالة مقيد بالعرف والمعروف عرفا كالمشروط شرطا[9،ص94].

ثانيًا : الوكالة المقيدة

هي الوكالة التي يقيد بها الموكل الوكيل بعمل معين من اعمال الادارة، او بعض من هذه الاعمال دون البعض الاخر بحيث لايجوز للوكيل ان يباشر غير هذه الاعمال التي حددتها الوكالة[25،ص57]، فالوكالة المقيدة على الوكيل أن ينفذ التعليمات الصادرة اليه من الموكل وينفذها حرفيا [26،ص48]، فمثلا اذا وكله شخص بالزواج من امرأة معينة او بصفة بعينها او بمهر معين او من اسرة معينة [27،ص129]، وخالف الوكيل في ذلك احكام الوكالة يكون العقد موقوفًا على اجازة الموكل الا اذا كانت المخالفة فيه خير للموكل كان يزوجه باقل من المهر الذي حدده فحينئذ يكون عقد الزواج موقوفا[26،ص94].

2- اذا كانت الزوجة هي الموكلة وكانت الوكالة مقيدة كان تقول زوجني برجل معين او بمهر معين وخالف الوكيل فزوجها باقل من المهر المتفق عليه يكون العقد موقوفا على اجازة الزوجة.

وهنا قد يرد تساؤل مفاده هل للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به؟

الحقيقة ان جواز ذلك وعدمه يتوقف على صيغة التوكيل. فإذا أطلق له الموكل في توكيله بأن قال له: وكلتك في زواجي ولك أن توكل من تشاء، أو قال: فوضت أمر زواجي إلى رأيك. ففي هذه الحالة يملك الوكيل توكيل غيره، ويكون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأصلي، فإذا عزل الموكل الوكيل الأول قبل الزواج فإن الوكيل الثاني لا ينعزل بعزله، لأن وكالته مستمدة من الموكل فيبقى على وكالته ما لم يعزله عنها، أما إذا لم يطلق في وكالته فليس له أن يوكل غيره، لأن ولاية الوكيل مستمدة من الموكل فالولاية له وحده دون غيره. حيث رضي الموكل رأيه هو دون سواه، فإن فعل وتولى وكيل الوكيل العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل الأصلي لأن متوليه في هذه الحالة فضولي[28، ص1].

2-6المطلب الثاني/الوكالة في الطلاق

عرف الطلاق بانه رفع قيد الزواج الصحيح في الحال او في المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة او كتابة، او بما يقوم مقام اللفظ من الكناية والاشارة [29،ص302]، وعند تتبع كتب الفقه نجدهم متفقون في الجملة على ان الطلاق انما يرفع قيد النكاح ومنهم من اشترط اللفظ المخصوص، ومنهم من اعتبر انه يكون بموجب صفة

حكمية [30،ص247]، أما بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية العراقي الطلاق في المادة(34/ ف1)[*] يتضح من نص هذه المادة انها تناولت عن الوكالة في الطلاق ولكنها حصرته بيد الزوجة دون ان يقوم الزوج بتوكيل شخص اخر بطلاق زوجته، كما ان نص من نفس المادة نص المشرع ان الطلاق يكون من الزوج كأصل عام كما يمكن ان يكون من الزوجة اذا كانت الزوجة قد وكلت بايقاع الطلاق او فوضت اي ان القانون العراقي وفق هذه المادة قد منع وكالة غير الزوجة[31،ص1]، كما انه منع الوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم بين الزوجين عند الاصلاح بينهما[32،ص132].

أما موقف الفقه الاسلامي من الوكالة في الطلاق فعندهم الأصل أن الطلاق بيد الزوج فهو يملك ايقاعه بنفسه ولكن هل يجوز له أن يوكل غيره في ايقاعه فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للزوج أن يوكل غيره من باب من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله فيه. والوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برآي الموكل فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل وللوكيل أن يطلق متى شاء مالم يقيده الموكل بزمن معين، فقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين أن المرأة يجوز أن تكون وكيلة في طلاق غيرها من النساء أي تقوم في اجراء صيغة الطلاق عن امرأة اخرى، أما ان تكون وكيلة في طلاق نفسها ففيه اشكال[15،ص62].

في حين ذهب فقهاء الظاهرية إلى خلاف ذلك بعدم جواز الوكالة في الطلاق فقد قال ابن حزم الظاهري. ولا تجوز الوكالة في الطلاق ولم يأتي في طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة، والمخالفون لنا أصحاب القياس بزعمهم فبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام والظهار كلام واللعان كلام والايلاء كلام ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ولا أن يلاعن أحد عن أحد ولا أن يولي أحد عن أحد لا بوكالة ولا بغيرها.وقد رد الشيخ على الخفيف على مخالفة الظاهرية لجمهور الفقهاء فقال رحمه الله: ولست أدري أن الطلاق كالظهارأو كاللعان والإيلاء واللعان أيمان ولا تجوز النيابة في الأيمان اتفاقاً إذ لا يصح أن يقسم شخص بالنيابة عن آخر، أما الظهار فالأقدام عليه جريمة لأنه باطل من القول وزور، فلا تجوز الوكالة فيه.كما إن بعض من الفقهاء يرى إن الوكالة في الطلاق لا تجوز إذا كان الطرفين حاضرين، وإنما تجوز في حالة الغياب فقط[33،ص2].

7-المناقشة والاستنتاجات

بعد ان انتهينا من بحث الوكالة في الزواج والطلاق دراسة مقارنة في ظل القانون العراقي والشريعة الاسلامية "نتوصل الى بعض النتائج والتوصيات.

7-1 النتائج

1- تعد الوكالة من العقود المهمة في الحياة العملية وذات اهمية سامية لان من خلالها يستطيع الشخص أن يبرم العقد في كل ظروفه بطريقها فينيب شخص آخر نيابة عنه ومعبرًا عن ارادته في اجراء التصرف القانوني.

2- أوضحنا تعريف الوكالة بانها تفويض الغير لإجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممكن يملكه غير مشروط بموته.

3- عرفنا أن محل عقد الوكالة يكون دائما عمل قانوني ويعد عقد الزواج من التصرفات القانونية،لأنه عقد صادر من ارادتين، وكذلك الطلاق تصرف قانوني صادر من ارادة واحدة وهو الزوج وبخلاف عقد المقاولة وعقد العمل فانه يكون محلها عمل مادي.

[*] نصت المادة (34) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً..(ثانياً: لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق)).

4- للوكالة أربعة اركان تقوم وتستند عليها وهي الموكل والوكيل والموكل به والصيغة وذلك لأنها تحتاج من يعبر عنها من خلال ارادة الموكل والوكيل، وموكل به وهو العمل القانوني المعلوم والجائز، وصيغة كأن تكون عبارة واشارة او كتابة او تعبيرات ضمنية.

5-ذكرنا أن أحكام الوكالة المتعلقة بعقد الزواج لم تختلف في قانون الاحوال الشخصية عنه في الشريعة الاسلامية وكذلك في القانون المدني العراقي وذلك لان كلا القانونين مستمدين احكامهما المتعلقين بالوكالة من الشريعة الاسلامية.

2-7التوصيات

نقترح على المشرع المدني العراقي أن ينظم أحكام عقد الوكالة في عقد الزواج بمواد صريحة وعدم الاشارة لها بصورة مقتضبة كما فعل بنص المادة (3) من قانون الاحوال الشخصية حينما نص "... ويقوم الوكيل مقامه "، كذلك ان ينظم احكام الوكالة في الطلاق وعدم حصرها بيد الزوجة ان وكلها الزوج وذلك لان عقد الوكالة عقد عملي به احلال شخص مكان شخص اخر للعقد او للقيام بتصرف قانوني يكون فيه الاصيل غير موجود في العقد او قد يكون مسافر او مريض وماشابه ذلك.

CONFLICT OF INTERESTS

There are no conflicts of interest

8- المراجع

1-ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1953،ج16.

2-عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج3، ط1، دار الكتاب العربي، 2005.

3- محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط1، مؤسسة المختار القاهرة، 2008.

4-د.محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.

5-د. محمد رضا العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني بغداد،1975.

6- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج1، ج7،العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، نهضة مصر، 2011.

7-زهدي يكن ،شرح قانون الموجبات والعقود، ج13،الوكالة، ط1، دار الثقافة، دون سنة نشر.

8- قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوكالة، منشاة المعارف، الاسكندرية ، 2005.

9-د.فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقية، جامعة السليمانية،2004.

10-رعد عداي حسين، الوكالة المدنية الغير قابلة للعزل، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.

11-ابن الهمام الحنفي، فتح القدير، ج6، ط1، المطبعة الكبرى، ببولاق، 1996.

12-محمد بن أحمد بن محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج3، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر.

13-محمد بن الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 2001.

14-البهوتي، الروض المربع في شرح زاد المستنقع، ج2، دار الغد الجديد، 2003.

15-أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ط2،أضواء الحوزة القسم الاول والثاني، بيروت،2010.

16-الالوسي شهاب الدين السيد محمود، روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني،ج15، دار احياء التراث العربي، بدون مكان وسنة نشر.

17–الأزدي السجستاني سليمان بن الأشعث، سنن ابي داود، ج2، كتاب الاقضية، حديث3632، دار الفكر، بدون مكان وسنة نشر.
18–د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط6، بدون مكان وسنة نشر.
19–محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه والعقود، ط1، دار النهضة العربية ، 1985.
20–د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
21–د. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات،المصادر الارادية،مطبعة البيت العربي، عمان،1984.
22– رمضان علي الشرنباصي، النظرية العامة في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.
23 د. شهبالدزيى، العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق، دراسة تأصيلية وتحليلية وقانونية واجتماعية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر،2010.
24–زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الاحوال الشخصية والقانون المدني، دار الكتب القانونية ، مصر،2012.
25– د. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة دراسة قضائية مقارنة في ضوء تطور عقد الوكالة، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية ،2016.
26–د.سوزان علي حسن، الاطار القانوني للوكالة بالعمولة بالنقل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.
27–د.اسماعيل أمين نواهضة ود.أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.
28–الوكالة في الزواج، محمد الشافعي، مقال منشور على الانترنت وعلى الموقع الالكتروني التالي https://www.alhamdlilah.com.
29–د.بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1976.
30–د.ماهر نعيم سرور، التوثيق وآثاره في الزواج والطلاق، دراسة فقهية مقارنة، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان2016.
31–سالم روضان الموسوي في بحثه الموسوم به "قانون الاحوال الشخصية والوكالة في الطلاق" المنشور في الحوار المتمدن بالعدد 2291 في 5/24 / 2008 المنشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع الالكتروني الاتي http://www.ahewar.org.
32–د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، الزواج والطلاق واثارهما، المكتبة القانونية، بغداد، 1990.
33–أبو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، مكتبة أمير المؤمنين اصفهان عام 1982، ج 1، ص 337 اشار اليه سالم روضان الموسوي في بحثه الموسوم به "قانون الاحوال الشخصية والوكالة في الطلاق" المنشور في الحوار المتمدن بالعدد 2291 في 2008/5/24 المنشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع الالكتروني الاتي http://www.ahewar.org .