Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 1- March 2025 المجلد ١٥ـ العدد ١ ــ اذار ٢٠٢٥

Agency in establishing and dissolving the marital bond, a comparative legal study with Islamic jurisprudence

[1] Prof. Dr. Haider Hussein Kazim Al-Shammari [2] Shorouk Karim Muslim
[1] University of Karbala / College of Law [2] Department of Private Law, University of Maysan, College of Law

Abstract:

Agency in establishing and dissolving the marital bond, a comparative study between Islamic law, Iraqi law and comparative Arab laws, in which a person other than the principal in the contract concludes the contract and all the effects of the contract are transferred to the principal, who is the principal party in the contract. This may be the principal in circumstances in which he cannot conclude the contract. Likewise, the husband may delegate another person to pronounce 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 pronounce the divorce. As for the Iraqi Personal Status Law, it only permits the wife to pronounce the divorce through the agency of the husband. Islam permits the agency in establishing and dissolving the marital bond.

1: Email:
heyder.hosin@uokerbala.edu.iq
2: Email:
alisabashorouq@gmail.com

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.153380.1347

Submitted: 29/8/2024
Accepted: 29/8/2024
Published: 8/09/2024

Keywords:
Agency
Establishment of marital bond
Dissolution of marital bond
Islamic jurisprudence.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

[١] ا.د حيدر حسين كاظم الشمري [٢] شروق كريم مسلم

[١] جامعة كربلاء / كلية القانون [٢] فرع القانون الخاص / جامعة ميسان / كلية القانون

الملخص:

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 العقد وتنصرف جميع آثار العقد إلى الموكل وهو الطرف الأصيل في العقد وهذا قد يكون الاصيل في ظروف لا يستطيع ابرام العقد فيها وكذلك قد يوكل الزوج شخص آخر في إيقاع الطلاق فيقوم الوكيل بطلاق الزوجة نيابة عن الزوج وهذا هو محل الخلاف الذي حصل بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي، فالشريعة تجيز الوكالة في الطلاق للزوجة ولغير الزوجة أن تقوم بأيقاع الطلاق، اما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي فلا يجيز إلا للزوجة فقط في إيقاع الطلاق من طريق الوكالة من الزوج أجاز الإسلام الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

الكلمات المفتاحية:

الوكالة ، إنشاء الرابطة الزوجية ، انحلال الرابطة الزوجية ، الفقه الاسلامي.

المقدمة

أولاً: أهمية الدراسة :-

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 يبقى الحال كما هو عليه في السابق في ابرام العقد بين طرفين حاضرين مجلس العقد بل قد تكون هناك أسباب وعوائق تمنع حضور أحدهما مما يضطر إلى اللجوء لتوكيل شخصاً آخر ينوب مكانه لأبرام عقد الزواج، وكذلك الأمر بالنسبة للطلاق فقد حصلت العديد من الدعاوي بطرق الوكالة الأمر الذي دفعنا لمعرفة احكام الوكالة التي يتم من خلالها إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

ثانياً: 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

ثالثا: منهجية البحث ونطاقة

سنتبع المنهج الوصفي التحليلي المقارن 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 الأحوال الشخصية المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المعدل وقانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.

اضافه الى القوانين ذات العلاقة مثل القانون المدني وقانون المحاماة والمرافعات المدنية اضافة ألى عرض موقف الفقه والقضاء المقارن

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

رابعاً:-خطة البحث

سنتولى دراسة موضوع الوكالة في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها على وفق خطة بحثية تشتمل على

مبحثين ومطلبين وخاتمة

ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها في مبحث أول واركان الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وشروط تحققها في مبحث ثاني

I. المبحث الاول

ماهية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

التوكيل في عقد الزواج جائز لأنه عقد من العقود السائدة كالبيع ونحوه، 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.

I.أ. المطلب الأول

التعريف بالوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

في ظل عدم وجود تعريف دقيق يوضح المقصود بالوكالة سواء في إنشاء الرابطة الزوجية ام انحلالها بصورة خاصة على حسب علمنا،ومن 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 والقضاء 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:-

I.أ.١. الفرع الأول

تعريف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

أولا:- تعريف الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية

للوكالة معنى لغوي[١]، واخر اصطلاحي وقد أهتم "فقهاء الإسلام وتتبعتهم في ذلك بعض القوانين المدنية ببيان معنى الوكالة كما سنبينه فيما يأتي":-

١-التعريف الفقهي للوكالة في الزواج

لم يعط الفقهاء تعريفا معينا للوكالة في الزواج وانما 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"[٢].

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 [٣]

---

(١) الوكالة في اللغة اسم مصدر من (التوكيل) "وتصح بفتح الواو وكسرها"، ينظر: محمد بن ابي بكر الحنفي الرازي، زين الدين، *مختار الصحاح* ، حققه، يوسف الشيخ محمد، (بيروت –صيدا: المكتبة العصرية -الدار النموذجية) ، ص٣٤٤، 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 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، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٢)، ص١٩،ومن كتب الشافعية الشيخ محمد الزهري الغمراوي، *انوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك*، ط٢، (مصر: مطبعة مصطفى الباني الحلبي، ١٩٤٨)، ص١٧٤ ؛ ومن كتب الحنابلة، العلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي، *الروض المربع بشراح زاد المستقنع*، مراجعة وتحقيق وتعليق محمد عبد الرحمن عوض، ط٢، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٩٠)، ص ٣٠٥.

(٢) الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي، *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ج ٤، (القاهرة: دار الكتب الإسلامية ١٣١٣هـ)، ص ٢٥٤.

(٣) - محمد عوني محمد الطويل ،"الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية ،دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير ،جامعة الخليل ،فلسطين ٢٠١٥)، ص ٢٢.

وكذلك لم يضع فقهاء المالكية تعريفا معينا للوكالة في الزواج وانما عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "نيابة ذي حق غير ذي امره ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته"[١] .

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 [٢]

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"[٣].

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

وايضاً "لم يعط فقهاء الحنابلة كذلك تعريفا محددا وواضحا للوكالة في الزواج" لا أنهم عرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة"[٤].

وطبقا 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 [٥]

والامامية كذلك لم يعرفوا الوكالة في الزواج بشكل خاص وانما أطلقوا الأمر وعرفوا الوكالة بشكل عام بأنها "استنابة في التصرف"[٦].

والتعريف الذي نختاره هو :إن الوكالة اصطلاحا هي إقامة الغير إجراء تصرف معلوم قابل للنيابة من ذي حق في حياته [٧] فهذا التعريف يكاد أن يكون تعريفا جامعا لما جاء في تعريفات تعريفات المذاهب الخمسة من شروط

حيث الوكالة في الاصطلاح الشرعي يراد بها تفويض شخص لغيره ليقوم مقام نفسه في تصرف معين يحق له فعله ويكون قابلا للنيابة أما إذا كان الموكل فيه مما لايقبل النيابة كالشهادة واليمين وغيرهما فلا تصح الوكالة [٨].

---

(١) ا محمد بن احمد بن محمد بن عليش، *شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل*، ج٣، (بيروت: دار صادر، بلا سنة نشر)، ص٣١٥.

(٢) محمد عوني محمد الطويل ،الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية ،مصدر سابق ،ص٢٥.

(٣) محمد بن الشربيني، *مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج*، ج ٣، ط١، (بيروت: دار أحياء التراث العربي، ٢٠١٠)، ص٢٣٥.

(٤) منصور بن يونس بن صلاح الدين ادريس البهوتي الحنبلي، *الروض المربع في شرح زاد المستنقع*، ج٢، دار الغد الجديد، ص٢٩٩.

(٥) محمد عوني محمد الطويل ،الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية ،مصدر سابق ،ص ٢٥.

(٦) أبو قاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، ط٢، (اضواء الحوزة، الغد الجديد)، ص٢٩٩.

(٧) هذا التعريف هو للدكتور أيمن عبد الحميد البدراين المحاضر في جامعة الخليل ذكره أثناء مناقشة رسالة رسالة الماجستير للطالب محمد عوني محمد الطويل ،الوكالة في مسائل الأحوال الشخصية ،مصدر سابق ،ص ٢٥-٢٦

(٨) جابر عبد الهادي سالم الشافعي ،*احكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء ،دراسة لقوانين الأحوال الشخصية* ، (الاسكندريه: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧)، ص٢٦٣.

٢-التعريف 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 الجائزة والمعلومة والمحددة ومن هذه التصرفات موضوع الزواج.

كذلك عند بحثنا في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ تبين أن المشرع العراقي "لم يتطرق إلى ذكر تعريف معين وواضح للوكالة في الزواج سوى" ما اشار اليه في المادة الرابعة والتي نصت على "ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفاً – من أحد العاقدين وقبول من" "الآخر ويقوم الوكيل مقامه"، وهذا أمر حسنا فليس من مهمة المشرع ان يرد تعريفات للمصطلحات الفقهية وانما هي من مهمة الفقه الاسلامي.

"وكذا الحال بالنسبة القانون المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠ 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 قانون المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فقد خلا من نص يشير إلى 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".

وعلى الرغم من ان التشريع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨لسنة 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 اشارت المادة السابعة والثلاثون منه:

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 موقوفاً.

وكذلك فيما يتعلق بالتشريع القطري في قانون الأسرة رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ لم يرد تعريفا لعقد الوكالة في الزواج وانما اورد له تنظيما في نص المادة التاسعة عشر نصت على "يجوز

(١) "الوكالة في الاصطلاح القانوني تعددت التعريفات التشريعية المدنية في بيان معنى الوكالة إلا انها اتفقت على معنى واحد وهو التفويض، فقد عرف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عقد الوكالة في المادة ٩٢٧ "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"، اما المشرع المدني المصري 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".

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".

نلاحظ بأنه لايوجد تعاريف للوكالة في الزواج وهذا لا يعد نقصا تشريعيا بل لأن المشرع لا يكترث بالتعاريف وانما يحليها على الفقه وشروحات القوانين

وبعد أن استعرضنا مختلف التعاريف التي قيلت في الوكالة نستطيع تعريف الوكالة في الزواج بأنها

"إقامة الغير مقام احد العاقدين أو كلاهما (الرجل والمراة)في إنشاء الرابطة الزوجية في الحدود المسموح بها شرعاً وقانونا يقول له: وكلتك في زواجي، يقول الوكيل، قبلت الوكالة.

عناصر التعريف:-

قولنا إقامة أي إشارة إلى الوكالة بأنها أنابة في التصرف اذا يجوز لشخص سواء رجل أو امرأة ان 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 الغير 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 ديننا ان يكون بالتعارف بين الزوجين وهو مايسمو به إن يعقد بتوكيل وقولنا وكلتك في زواجي هنا عينا محل التصرف وهو عقد الزواج.

ثانياً:- تعريف الوكالة في انحلال الرابطة الزوجية:-

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 توكيل أو تفويض أو رسالة، 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[١]، 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 لا غير، كأن يقول الزوج لرجل: اذهب الى فلانة، وقل لها: ان زوجك يقول لك: اختاري[٢]. **ب-مذهب المالكية:** يذهب إلى أن النيابة في الطلاق أربعة: توكيل وتمليك وتخير ورسالة، فالتوكيل هو جعل إنشاء الطلاق بيد الغير[٣].

---

(١) الكاساني علاء الدين أبو بكر مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج ٦ مصدر سابق، ص ١١٣.

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

(٣) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، *حاشية الدوسقي على الشرح الكبير*، ج ٢، دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ٤٠٥-٤٠٦.

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(١).

د-مذهب الحنبلي:- 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"(٢).

ه-مذهب الأمامية:- مع إن 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

٢-التعريف القانوني للوكالة في الطلاق

فيما يتعلق بتعريف الوكالة في الطلاق في الاصطلاح التشريعي نلاحظ بأن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة 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 شرعا".

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي :-

القضاء ليس من واجبه إيراد أو سرد تعاريف بل هو يضع الحكم القانوني للواقعة محل النزاع عندما يعرض عليه لذا لم أجد أي تعريف قضائي بهذا الخصوص وعليه لجأت إلى الاستشهاد ببعض القرارات القضائية آلتي تصدت للوكالة في الطلاق منها :-

"فقد صدر قرار من محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية يقضي بجواز التوكيل أو 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 الزوجة 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" (٣).

---

(١) يوسف إلاردبيلي، *الانوار لاعمال الابرار مع حاشيتي الكمثري والحاج ابراهيم*، ج ٢، (القاهرة: ط الحلبي)، ص ٩٣.

(٢) المرداوي، علاء الدين بن علي بن سليمان، *الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، ج ٨، ط ١، سنة الطبع ١٣٧٦هـ، مطبعة السنة المحمدية، (بيروت: دار أحياء التراث العربي)، ص٤٤٤.

(٣) قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية، العدد /٩٨٢٧/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ٢٠١٩.

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، يأخذ 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)[١]

وكذلك بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ فإنه لم يرد تعريفا للوكالة في الطلاق سوى ماأشار إليه بأن التوكيل في الطلاق في نص المادة (١٠٩)[٢]

وفيما سبق عرضه لأهم الإشارات آلفقهية والقانونية التي قيلت في معنى الوكالة في الطلاق يمكن ان نعرفها بأنها الوكالة في الطلاق هي ". إقامة أحد الزوجين غيره في إنهاء الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الخلع أو التفريق 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 أو تفريق وسواء كان الغير هي الزوجة نفسها عندما تكون مفوضه من قبل زوجها بطلاق نفسها أما قولنا أجنبي عن العقد أي الغير الذي يوكله الزوج في طلاق زوجته

I.أ.٢. الفرع الثاني

تميز الوكالة بالانشاء والانحلال عما يشتبه بها من الاوضاع

سنَاقش 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.

أولا:- 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 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

أما بالنسبة للوكالة التي تعطى للمحامي بتصديق الزواج:-

الوكالة التي تعطى للمحامي الموكل يقوم باعطائها 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

(١) المادة (١٠٠)، من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نصت على أن يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة، اومن 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".

ويتم احيانا وضع صيغة مجتمعا أو منفرداً قرب اسم الوكيل والقصد من هذه العبارة هو ممكن أن يشترك في الوكالة محامين أو ثلاث 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 لا ئحة 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 او غير مقبوض) ومؤجله (كذا مقبوض او غير مقبوض)، تحال للرسم يعين يوم للمرافعة يبلغ به الطرفين في اليوم المحدد للمرافعة، اما ان تجرى المرافعة حضورية و يسال القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي فان تصادق على الزوجية والدخول وعلى تاريخ الزواج ومقدار المهر معجله مقبوض او غير مقبوض والمؤجل باقي بذمة الزوج عند اقرب الاجلين الفراق او الطلاق او حسن 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 فعلي المدعي إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات وعند ذاك يصدر الحكم غيابيا قابلا للاعتراض والتميزا وكالة المحامي بتصديق عقد زواج هي إثبات عقد زواج وليس انشاء عقد.

ثانياً:- تميز الوكالة في انحلال لرابطة الزوجية عن وكالة في تصديق طلاق

سبق وان وضحنا كيف يتم انحلال الرابطة الزوجية هي التي يتم فيها تلفظ الوكيل لصيغة الطلاق اما وكالة التي تعطى للمحامي لتصديق طلاق هي وكالة قيام بل إجراءات فليس له الحق بتلفظ صيغة الطلاق.

وتكون الوكالة في اجراءات تصديق الطلاق الخارجي الطلاق الرجعي[١]، 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

I.ب. المطلب الثاني

مشروعية الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

نقسم هذا المطلب لفرعين الأول نخصصه لموقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الزواج، والثاني نخصصه لموقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الطلاق.وذلك وفقا لما يلي:

I.ب.١. الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الزواج

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

(١) الطلاق الرجعي هو.. الذي يمكن للزوج أن يعيد زوجته له دون عقد جديد أو مهر.

أولاً: القائلون بجواز التوكيل في إنشاء الزواج من الرجل وادلتهم:

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.

١-السنة النبوية:-عن أبي رافع رضي الله عنه قال "إن الرسول محمد" صلى الله عليه واله وسلم"، تزوج ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال،وكنت أنا الرسول بينهما"[٦]

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

وعليه يجوز توكيل الزوج غيره في عقد الزواج.

٢-الأجماع:- انعقد على جوازها فان الحاجة أيضا داعيه إليها لأن بعض الناس لا يستطيعون مباشرة أعمالهم [٨] إذ ترفع الحرج عن الناس، فمثلا قد يكون الزوج في سفر أو في السجن، فأن توكيل الزوج غيره لعقد الزواج يرفع الحرج عن هذا الزوج وهذا يتماشى مع روح شرعا الحنيف.

ثانيا:- القائلون بجواز توكيل الولي غيره في إنشاء الزواج وادلتهم:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[٩]، والمالكية[١٠]، والشافعية [١١]، والحنابلة [١٢]، على جواز أن يوكل الولي الغير في عقد الزواج، واستدلوا على ذلك بعموم ادلة الوكالة في إنشاء عقد الزواج.

---

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

(٢) محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، ج ٤، (القاهرة: دار الحديث،١٤٢٥ – ٢٠٠٤)، ص ٨٥.

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

(٤) عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الحنبلي، *المغني*، ج ٧، (مكتبة القاهرة سنة النشر، ١٣٨٨-١٩٦٨)، ص ١٩.

(٥) سيد علي الحسيني السيستاني، *منهاج الصالحين*، ج ٣، ط ١٩، حقوق الطبع محفوظة، (دار المؤرخ العربي، ٢٠١٣)، م ٤٥، ص٢١.

(٦) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، *سنن الترمذي*، ج ٣، (بيروت: دار أحياء التراث العربي) تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون الأحاديث مذيله بأحكام الالباني عليها، ص ١٩١، حديث رقم (٨٤١).

(٧) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، *المغني*، ج٧، (مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ - ١٩٦٨م)، ص ١٩.

(٨) عبد العزيز رمضان سمك، *النظريات العامة في الفقه الإسلامي (المال -الملكية-العقد)*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٤٣٠-٢٠٠٩)، ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، مصدر سابق، ص٢٣.

(١٠) الصاوي، احمد بن محمد الخلوتي، *بلغة السالك القرب المسالك*، ج ٢، (لبنان: دار الكتب العلمية ، ١٤١٥-١٩٩٥)، ص ٣.

(١١) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، *الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي*، ج ٩، ط ١، (بيروت – لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٩-١٩٩٩م)، ص ١.

(١٢) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، *كشاف القناع عن متن الأقناع*، ج ٥، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢)، ص ٥٦.

١-من السنة النبوية

-ماورد عن الرسول محمد (صلى الله عليه واله وسلم)، وكل ابا رافع في قبول نكاح ميمونة[١]، وورد أيضاً أن الرسول محمد (صلى الله عليه واله وسلم)، قد وكل عمرو بن امية الضمري في قبول نكاح ام حبيبة (رضي الله عنها) [٢]، قد بينا وجه الدلالة في هذه الأحاديث عند تطرقنا إلى مسألة جواز توكيل الزوج غيره في عقد الزواج.

٢-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 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[٣].

٣-من المعقول:

بما ان 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[٤].

ثالثا: القائلون بالجواز والمنع من التوكيل 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، اذا 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 ان تزوج نفسها ولا ان توكل غيرها لذلك.

ذهبوا الفقهاء بخصوص مسالة توكيل المرأة إلى قولين:-

أولاً/القول الأول: القائلون بالجواز وادلتهم:-

وهو قول فقهاء الحنفية[٥]، وقسم من الامامية[٦]، 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) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، ج ٣، مصدر سابق، ص١٩١.

(٢) محمد ناصر الدين الألباني، *صحيح أبي داود*، ج٢، ط ١، ١٤٢٣ -٢٠٠٢م، (الكويت: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع)، ص١.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٩.

(٤) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، *كشاف الأقناع على متن الأقناع*، ج ٥، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢)، ص ٥٦.

(٥) السرخي، محمد بن أحمد بن ابي سهل، *المبسوط*، ج ١٩، (بيروت: دار المعرفة ، ١٤١٤-١٩٩٣م)، ص١١٧.

(٦) سيد علي الحسيني السيستاني، *منهاج الصالحين*، ج ٣، ط ١٩، حقوق الطبع محفوظة، (دار المؤرخ العربي، ٢٠١٣)، 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 ان المرأة تملك تزويج نفسها فايضا يحق لها توكيل من ينوب عنها بأبرام عقد الزواج لذلك الوكالة في الزواج مشروعة بالقران الكريم.

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 [٣].

ثانيا/ القول الثاني: القائلون بالمنع و ادلتهم:-

وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، إذ يشترط عندهم عندهم وجود الولي في النكاح بانه لايصح 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 اجنبي عنها بدون اذن وليها.

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

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 لا سبيل له إلى

---

(١) سورة البقره الاية ٢٣٤

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

(٣) "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 لا يكون 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.

(٤) احمد بن محمد الصاوي المالكي، *حاشية الصاوي على الشرح الصغير*، ج ٢، (مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٥٢م)، ص٣٣٥.

(٥) شهاب الدين الرملي، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، ج ٦، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م)، ١٩٨٤م)، ص ٢٢٤.

(٦) موفق الدين بن قدامة المقدسي، *المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل*، ج ٧، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٥)، ص ٣٣٧.

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].

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 فالمراة غير مامونه على البضائع لسرعة انخداعها فلم يجيز 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 ما ذهب 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 وان كانت الولاية مشتركة لأنه احيانا قد تكون هذه الولاية مضره لها على العكس من نفعها، ذلك لان المرأة في الوقت الحاضر تختلف عن المرأة سابقا وعليه لا يلزم تقيدها بالولي لأنها بالغة عاقله 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.

موقف التشريعات من الوكالة في إنشاء الرابطة الزوجية

"تباينت مواقف قوانين الأحوال الشخصية في تنظيم الوكالة 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 ولأجل تسليط الضوء على مواقف هذه التشريعات سنتطرق في هذا الفرع لبيان موقف التشريعات التي لم تتطرق إلى الوكالة في الزواج والاحكام الخاصه بها"، وثم نبين موقف التشريعات التي عنيت بالوكالة في الزواج ونضمت احكامها.

أ – 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 رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل والنافذ حيث لم يتطرق إلى ذكر احكام الوكالة سوى مااشار اليه في المادة الرابعة والتي نصت على "ينعقد الزواج بإيجاب – يفيده لغة أو عرفاً – من احد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه".

ترى الباحثة من خلال هذا النص ان المشرع العراقي اجاز ابرام عقد الزواج عن طريق الوكالة الاانه لم ينظم الوكالة في عقد الزواج تنظيما خاصا بها وانما احال الرجوع إلى

---

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

(٢) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، *كشاف القناع عن متن الاقناع*، ج ٥، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ)، ص٤٩.

احكام الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية بموجب نص المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ نصت "اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة 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 ٢٠٠ 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 ان القانون المصري تأثر في احكام الوكالة بالراجح من اراء المذهب الحنفي،وذلك لانه 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 صحيح.

ب- 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 ان يزوج نفسه إلا إذا نص على ذلك بوكالة.
٣- اذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان العقد موقوفا.

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 أو وليه حسب الأحوال.

I.ب.٢. الفرع الثاني

موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعية من الوكالة في الطلاق

اختلف فقهاء المسلمين بشان 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].

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.

.

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

---

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج ٣، ط ١، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٢م)، ص ١١٣.

(٢) أبو زكريا يحيى بن شرف، *روضة الطالبين*، ح ٨، ط ٢، (بيروت: المكتب الاسلامي)، ص٤٦.

(٣) الشيخ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، *حاشية الخرشي على مختصر خليل*، ج ٣، ط ٢، (بيروت: دار صادر)، ص ٢٠٩.

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

(٥) أبن حزم، *المحلى بالآثار*، ج ١٠، (القاهرة: الطبعة المتيرية ، 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.

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 [١].

اما بالنسبة لموقف القوانين العربية المقارنة / 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 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)[٢].

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)[٣]، 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 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 وضروف كل مجتمع، لكن بالرغم من إقرار بعض التشريعات التوكيل في الطلاق الان البعض منها رغم اقراها واجازتها للتوكيل الانها وضعت لها حدود وحصرتها بيد الزوجة فقط أن وكلت به أو فوضت ومنها قانونا العراقي.

---

(١) قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية، العدد /٩٨٢٧/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ٢٠١٩.

(٢) 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".

(٣) 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".

II. المبحث الثاني
اركان الوكالة وانواعها في إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها
II.أ. المطلب الأول
اركان الوكالة وشروط تحققها

كل عقد من العقود له اركان 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 وان الاركان 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 في فرعين سنتحدث في الأول عن الركن الأول وهو العاقدان والثاني نتحدث فيه عن ركن الصيغة ومحل الموكل فيه وذلك وفقا لما يلي:-

الفرع الأول:-العاقدان (الموكل والوكيل)

الفرع الثاني:-ركن الصيغة ومحل الموكل فيه

II.أ.١. الفرع الأول
العاقدان

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

أولا/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 وخلو الموكل من الاحرام في عقد الزواج،لكن اراء الفقهاء متباينه في بيان هذه الشروط بين مشترط كمال هذه الشروط،وبين مخفف ومشدد،وبين مكتف ببعضها.واول شرط هو ان يكون الموكل له حق التصرف في الشيء الذي يريد التوكيل فيه،وتلزمه احكام ذلك التصرف ولأن التوكيل تفويض مايملكه من

---

(١) الخطيب محمد الشربيني، *مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج*، ج ٢، (مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٧-١٩٥٨)، ص ٢١٧.

(٢) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، *مواهب الجليل لشرح مختصر خليل*، ج٥، (طرابلس – لبيا: مكتبة النجاح)، 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.

التصرفات إلى غيره أي بمعنى آخر ان يكون مالكا له اوله 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 لايعطيه.

ثانيا: ان يكون الموكل اهلا للتصرف فيما وكل به، اي عاقلا، يرى جمهور فقهاء الحنفية [١]، والشيعة الزيدية [٢]، بأنه لاتجوز 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 لايعقلها ولايقصدها فالمغمى عليه والسكران يهذي والنائم يحلم وكل من الاحلام والهذيان تكون خارجه عن ارادة الانسان فلا يؤخذ عليه ولايبنى عليه احكام.

"استنادا الى 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 مطلقا 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 ان 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.

أما القوانين العربية المقارنة فالقانون المدني المصري قد اشارفي المادة ٧٠٠ [٣]، 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 [٤]، التي جاء في مضمونها لاتصح الوكالة الابوجود العاقدان أي الموكل وقد اشترط بأن يكون الموكل مالكا لحق التصرف بنفسه حتى يتمكن من توكيل شخص غيره والافلا يجوز له التوكيل.

اما القانون القطري فقد اشار الى اركان الوكالة وشروطها في المادة ٧١٧ [٥]، منه والتي جاء في مضمونها ان الوكالة كأي عقد يلزم لصحتها ان يكون الموكل ممتع بالاهلية

---

(١) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) احمد بن يحيى المرتضى، *البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار*، ج ٤، ط ٢، ١٣٦٨-١٩٧٥، ص ٢٤١.

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

(٤) المادة ٩٢٥، من قانون دولة الامارات العربية المتحدة المعدل رقم ١ لسنة ١٩٨٧ تنص "يشترط لصحة الوكالة ١-ان يكون الموكل مالكا حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه".

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

اللازمة لمباشرة التصرفات، اي يكون الموكل مالكا لحق التصرف بنفسه حتى يتمكن من توكيل غيره.

ثانيا/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.ولابد 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 لاتنفذ فبطلان تصرفاتهم فيما وكلو فيه أولى،وكذلك لايصح توكيل الصبي الغير مميز لان تصرفاته لنفسه باطلة كذلك تبطل تصرفات ماوكل فيه فالمجنون ومن في حكمه ليس لديهما العقل الذي يميزان به النافع ليعملانه والضار ليجتنباه [١].

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؟.

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 قادرا 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"، (رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، جامعة القرى/مكة المكرمة)، ص٣٣.

(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 يرجع إلى القواعد العامة.

II.أ.١. الفرع الثاني

الصيغة ومحل الموكل فيه

أولا/الركن الثالث: الصيغة الإيجاب والقبول

الصيغة:-

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[٢].

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

قد عرفنا ان صيغة الوكالة تتكون من الإيجاب والقبول، اذ يتمثل الإيجاب وفقا للقانون بعدة صور وقد بين 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 توكيلا وهذا ماقد جاء به القانون العراقي في نص المادة ٩٢٨ الأذن والأمر يعتبران توكيلا إذ دلت القرينه عليه، والاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة، اما الرسالة فلا تعتبر توكيلا).

اما القبول فيتمثل بعدة صور منها مباشرة التصرف من قبل الوكيل، او ان يقوم الوكيل بعرض خدماته ومنها ان تكون الوكالة داخله في مهنة الوكيل فان توكيله يعد مقبولا مالم يرد الوكالة في الحال وذلك صريح في المادة 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.).

---

(١) المادة ٩٢٥، من قانون دولة الامارات تنص "ب ان يكون الوكيل غير ممنوع من التصرفات فيما وكل به".

(٢) حسين على الاعظمي، *احكام الزواج*، ط ٢، (بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٤٨ – ١٩٤٩)، ص ١٧.

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

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

ثالثا/الركن الثالث:-الموكل فيه:

هو التصرف او الشيء الماذون فيه من الموكل للوكيل بمقتضى عقد الوكالة، كاابرام عقد الزواج وايقاع الطلاق وغير ذلك

اما على الصعيد القانوني:-

"يشترط القانون المدني العراقي في الموكل فيه ان 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،وذلك يفهم من نص المادة ١٢٨(١ – 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

---

(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 بتنفيذ عقد الوكالة اومن السكوت"، ينظر: 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"، ينظر: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، 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.

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 لا يملكه الموكل حين التوكيل وقت إنشاء العقد إذا تم تعينه تعينا نافيا للجهالة.

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 ان 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 ما يترتب من آثار من هذا البطلان[١]، تتفق مع القانون العراقي.

في حين نص المشرع الاماراتي في المادة ٩٢٥ [٢]، والتي جاء في مضمونها يشترط أن يكون محل تصرف معلوم وقابل للنايبة فيه.

أما القانون القطري فقد اشار في المادة ٧١٨ [٣]، منه والتي جاء في مضمونها ان يتوافر في الوكالة الشكل اللازم توافره في العمل القانوني محل الوكالة.

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

II.ب. المطلب الثاني

انواع الوكالة من حيث إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها

II.ب.١. الفرع الأول

الوكالة المطلقة في ابرام عقد الزواج وانحلالها

ان 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 [٤].

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٤٥-٥٤٤.

(٢) المادة ٩٢٥، من قانون دولة الامارات تنص: "ان يكون محل الوكالة معلوما وقابلا للنيابة فيه".

(٣) المادة ٧١٨ ، تنص "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني محل الوكالة".

(٤) الفتاوي الهندية، ج ١، مصدر سابق، مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٩٠.

وهنا يثار سؤال في حالة الوكالة المطلقة هل يشترط 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[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والامامية[٥]، يشترط لصحة العقد أن يزوجه من امرأة كفء له وبمهر السلامة والمثل 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 كفؤا أو غير كفء 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[٦].

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

وذهب الأمام ابوحنيفة[٧]، بأن الوكيل عند اطلاق الوكالة لا يتقيد بأي قيد فلو زوج الوكيل موكله بأمره معيبة كأن تكون عمياء شهلاء مجنونة اوغير ذلك من العيوب، او غير كفء، أو بمهر اكثر من مهر المثل، جاز ذلك وكان العقد صحيحا 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 [٨].

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 زوجها الوكيل برجل فيه مرض او عيب او بأقل من مهر المثل، فالصحيح أنه لايجوز عند ابي حنيفة وصاحبيه قولا واحد وقيل على الخلاف السابق الامام يجيزه والصاحبان لا يجيزوه[٩].

---

(١) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ص ١٥١.
(٢) يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي، *الكافي*، ج ٢، مكتبة الرياض الحديثة، ص ٥٢٠.
(٣) محمد الشربيني، *مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج*، ج ٣، (مطبعة مصطفى الباني الحلبي سنة ١٣٧٧-١٩٥٨)، ص١٥٨.
(٤) ابن قدامة، ابو محمد عبد الله بن احمد، المغني، مصدر سابق، ص٣٥٣.
(٥) زين الدين الجبعي، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، ج٤، ط ١، (العراق: منشورات جامعة النجف الدينية)، ص ٣٧١.
(٦) د. محمد يوسف، *احكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي*، (مصر: دار الكتاب العربي، ١٩٥٨)، ص١٦٣.
(٧) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٣، مصدر سابق، ص ١٥١.
(٨) 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، (دار الكتب العلمية،١٤٢٤-٢٠٠٣)، ص ٢٠٢.
(٩) الفتاوي الخانية، ج ١، مصدر سابق، ص٣٤٦.

ثانيا: الوكالة المقيدة في ابرام عقد الزواج

ان يوكل شخص آخر في تزويجه ويقيده بأمراة معينة، او من اسرة معينة،اوبقدر معين من المهر،اي يضع الوكيل فيها حدودا وقيودا لوكيله يتصرف على ضوئها،فلو وكله ان 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 او يكون المهر أقل من المهر الذي عينه،فاذا كانت المخالفة إلى غير ذلك كان العقد صحيحا غير لازما على الموكل فان شاء قبله وان شاء ابطله[١]، فلو وكله بأن يزوجه من فلانة بألف دينار وزوجه منها بخمسمائة دينار،فالمخالفة هنا هنا لمصلحة الموكل، والعقد صحيح.

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 ملائمة،بينما لم يجز القانون الاماراتي والقطري ان يزوج الوكيل موكلته من نفسه ألا إذا نص على ذلك في عقد الوكالة، "فقد نصت المادة (٢٢) من مشروع 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 والاكان 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 لاينفذ 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".

II.ب.٢. الفرع الثاني

انواع الوكالة من حيث انحلال الرابطة الزوجية

يجوز التوكيل في كل حق ادمي، من العقود، والطلاق، فالتوكيل بالطلاق جائز، حيث ان التوكيل جائز بل الانشاء، فجائز بالانهاء بطريق أولى[٢]، والوكيل في الطلاق مقيد بالعمل برأي الموكل، فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل، عليه تكون صيغة التوكيل في الطلاق مطلقة ومقيدة بزمن معين اوعامة في جميع الازمان. وسنتطرق لهذه الانواع فيما يلي:-

أولا: التوكيل المطلق عن التقيد والتعميم:-

تكون عبارة التوكيل خالية من القيود سواء من حيث المجلس او الوقت، او من حيث عدد الطلقات الواقعة به، أي غير مقيدة بزمن معين وليس فيها مايدل على التعميم في كل

(١) المبسوط، ج ١٩، ص ١٤٧، فتح القدير، ج ٣، ص ٣٠٣، المغني ج ٩، ص ٢٤٢.
(٢) البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص٣٨٣.

وقت[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، طلقت ثلاثة، ولو قال لها أنت طالق ونوى طلاقها ثلاثا

ثانيا: الوكالة المقيدة من حيث انحلال الرابطة الزوجية:

وهو ان يوكله في طلاقها على صفة، وهو ان يأمره ان يطلقها يوم الخميس، فلا يجوز ان يطلقها ألا في هذا اليوم، فأن طلقها في غيريوم لم تطلق،او يأمره ان يطلقها طلاق البدعة،فان طلقها طلاق السنة لم تطلق، أو يأمره ان تطلق للسنة،فان 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[٢].

أيضاً لو وكله بأيقاع طلقة واحدة وحدد بأنها رجعية، فليس له أن يوقعها بائنه وليس له ان يوقع أكثر منها[٣]، وكذلك قال الاحناف أن وكله ان 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 [٤].

فعندما تكون الوكالة مقيدة ويوقع الوكيل الطلاق من دون مراعاة القيد يقع الطلاق باطلا ولايمكن امضاءه من قبل الزوج[٥].

انواع 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)[٦].

"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 مخصوص)[٧]، وفقا لنص هذه المادة فالوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة وكلاهما صحيح فالتوكيل العام مقتضاه وفقا للنص القانوني المتقدم أن يجري على عمومه، الا ان محكمة التمييز العراق قد تابعت الفقه الاسلامي فخصصت العموم بغير الطلاق

(١) احمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، *اركان الطلاق، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون*، ١٩٨٠، ص ٥٥.

(٢) القاضي العلامة فخر الاسلام، بحر المذهب في فروع الفقه الشافعي، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٣) د.احمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، اركان الطلاق، مصدر سابق، ص١١٥.

(٤) السرخسي، شمش الائمة محمد بن سهل، *المبسوط*، ج ١٩، ط ٢، (بيروت – لبنان: دار المعرفة)، ص ١٢٥.

(٥) السيد علي السيستاني، المنشور في جمعيعة ال البيت الخيرية، منشورعلى شبكة الانترنيت وعلى الموقع الإلكتروني الاتي.

(٦) المادة منقولة نصا عن المادة ٨٩٩، من مرشد الحيران.

(٧) المادة منقولة نصا عن المادة ٩٠٠، من مرشد الحيران.

والوقف والتبرعات في بعض قراراتها[١]، حيث 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 ان 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 الى الفقرة الثانية من المادة (٥٢) من قانون المرافعات المدنية، وعليه قرر نقض الحكم الصادر واعادة الاوراق إلى محكمتها للنظر في الدعوى وفق ماتقدم وصدر القرار بالاتفاق في ١٣ جمادي الأول سنة ١٣٩٠ الموافق ١٩٧٠/٧/١٢[٢]"

الخاتمـــــــة

تشتمل الخاتمة اهم النتائج وتوصيات الباحث:-

النتائج:-

بعد أن قمت بدراسة التوكيل في إنشاء الرابطه الزوجية وانحلالها في الفقة الأسلامي والتشريع العراقي، فقد لخصت اهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث:-

١- الوكالة تعد من العقود المهمة وذات أهمية في الحياة العملية وذلك لأن من خلالها يستطيع الشخص أن يبرم العقد في كل ظروفه عن طريقها ينيب شخص آخر نيابة عنه يعبر عن إرادته في إجراء التصرف القانوني.

٢- إن محل عقد الوكالة دائماً يكون عمل قانوني وبما أن عقد 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.

ثانياً- المقترحات:

١- تقترح الباحثة على المشرع العراقي النص صراحتا أنه يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محلاً للوكالة.

---

(١) ينظر النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق العدد الثاني للسنة الأولى، ص ٢١ والعدد الثالث للسنة الأولى ص ٣٥.

(٢) 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.

٢- تقترح الباحثة على المشرع العراقي إيراد نص واضح وصريح يتناول فيه تنظيم احكام الوكالة في ابرام عقد الزواج في نص المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته

٣- تقترح الباحثة على المشرع إعادة النظر في مسألة حصر حكم التوكيل في الطلاق بيد الزوجة في حالة توكيل الزوج لها حق تطليق نفسها، لان عقد الوكالة كأي عقد عملي يحل شخص محل أخر للقيام بتصرفات معينة جائزة ومعلومة عليه لابد أن يكون النص مطلق وغير مقيد بالزوجة فقط.

٤- تقترح الباحثة على المشرع العراقي أن يقتدي بتشريعات الدول العربية والإسلامية لأن أغلبها قد أخذ بمبدأ الوكالة في الطلاق آلتي اصبحت ضرورة ملحة في الوقت الحاضر لكثرة الا نشغال والاسفار.

تقترح الباحثة على المشرع العراقي إيجاد بدائل أخرى لزيادة من فاعلية مؤسسه البحث الاجتماعي ومنها إعداد فضاءات مخصصه بين الزوجين بعيداً عن ردهات المحاكم وسخطها الزيادة في عدد المحاولات تكوين قضاة متخصصين في الإصلاح والتوفيق بين طرفي العلاقة الزوجية وتحسيس وتوعية المجتمع والافراد بأهمية الأسرة.

المراجع

- القران الكريم

أولاً: كتب اللغة:-

١- ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد، *لسان العرب*، بيروت: دار صادر، ١٩٥٣، ج١٦.

٢- محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي، *مختار الصحاح*، حققه يوسف الشيخ محمد، بيروت- صيدا: المكتبة العصرية – الدار النموذجية ، ط ٥، ١٤٢٠/١٩٩٩.

ثانياً: كتب التفسير:-

١-أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، *جامع البيان عن تأويل القرآن*، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر، بلا مكان طبع،١٩٩٥.

ثالثاً: كتب الفقه الاسلامي :

- كتب الفقه الأمامي

١- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، *المبسوط في فقه الأمامية*، ج٢، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بلا مكان طبع، بلا سنة نشر.

٢- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، ط٢، بيروت: أضواء الحوزة القسم الاول والثاني، ص٢٠.

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، قم: دار التفسير، ١٣٨٢.

٥- السيد علي الحسيني السيستاني، *منهاج الصالحين*، ج٣، ط١٩، حقوق الطبع محفوظة، سنة الطبع ٢٠١٣، دار المؤرخ العربي

٦- الشيخ محمد بن يعقوب الكليني، *اصول الكافي ثقة الاسلام*، ج، ط ١٦، بيروت – لبنان: دار الكتب الإسلامية.

٧- محمد الجواد بن محمد الحسني، *مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة*، ج ٢، مصر: مطبعة الشورى بالفجالة.
٨- محمد علي الأنصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج٧، ط١، مجمع الفكر الإسلامي، بلا مكان طبع، ١٤٢٧هـ.
٩- السيد هاشم الموسوي (دام ظله)، *تلخيص المرام في معرفة الأحكام*، ج٢، ط٢، بيروت – لبنان: دار المؤرخ العربي، ٢٠٠٢ م.

- كتب الفقه الحنفي

١- أبن عابدين، *حاشية رد المحتار على الدار المختار في شرح تنوير الأبصار*، ج٣، ط٢، دار الفكر، بيروت: ١٩٩٢.
٢- الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي، *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ج٤، القاهرة: دار الكتب السالمية، ١٣١٣ه.
٣- زين الدين بن نجيم الحنفي، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، ج، ط، بيروت –لبنان: دار المعرفة، بلا سنة طبع.
٤- علاء الدين بن مسعود الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج٦، ط٢، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٢.
٥- فخر الدين حسن بن منصور، *الفتاوي الحانية لقاضي خان*، مطبوع بهامش الفتاوي الهندية.

- كتب الفقه المالكي :-

١- ابن ابي زيد القيرواني، الثمرالداني في تقريب المعاني، ج١، بيروت_ لبنان: المكتبة الثقافية، بلا سنة طبع.
٢- أبو بركات الشيخ الكبير الدردير، *الشرح الكبير*، ج٢، دار الكتب العربية عيسى البابي وشركاؤه، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.
٣- ابو عبد الله بن محمد عبد الله، الخرشي، *شرح الخرشي على مختصر خليل*، ط٢، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.
٤- احمد بن محمد بن عليش، *شرح منح الجليل على مختصر العالمة خليل*، ج٣، دار صادر، بيروت، بلاسنة نشر.
٥- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، *حاشية الدوسقي على الشرح الكبير*، ج٢، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.
٦- الصاوي، احمد بن محمد الخلوتي، *بلغة السالك القرب المسالك*، ج ٢، لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥ -١٩٩٥.
٧- لقرطبي، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، ج٤، بدون سنة طبع، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٤.
٨- منصور بن يونس بن صالح الدين ادريس البهوتي الحنبلي، *الروض المربع في شرح زاد المستنقع*، ج٢، دار الغد الجديد
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، بيروت لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر، بلا سنة طبع.

٢- ابو زكريا يحيى بن شرف النووي، *روضة الطالبين*، ج، بيروت – لبنان: دار الكتب العلميه، بلا سنة طبع.
٣- أبو اسحق ابراهيم بن علي، الشيرازي، *المهذب*، ج ١، نشر عيسى البابي الحلبي.
٤- الدمياطي الشافعي، *اعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين*، ج٣، ط١٩٩٧،١، دار الفكر.
٥- الرملي، شمس الدين بن محمد شهاب، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، مطبعة البابي الحلبي ١٣٥٧-١٩٣٨.
٦- الشرواني شهاب الدين أحمد بن حجر، *تحفة المحتاج بشرح المنهاج الهيثمي*، ج٥، بيروت: نشر دار صادر.
٧- محمد الزهري الغمراوي، *انوار المسالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك*، ط٢، مصر: مطبعة مصطفى الباني الحلبي، ١٩٤٨.
٨- محمد بن الشربيني الخطيب، *مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج*، ج٣، ط١، بيروت: دار أحياء التراث العربي، ٢٠١٠.
٩- يوسف الاردبيلي، *الانوار الأعمال الابرار مع حاشيتي الكمثري والحاج ابراهيم*، ج٢، ط١، القاهرة: الحلبي.

- كتب الفقه الحنبلي

١- ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن، *القواعد في الفقه الاسلامي*، ط ١، مصر: مطبعة الصدق الخيرية، ١٣٥٢-١٩٣٣.
٢- ابو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، *المغني*، ج ٨، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.
٣- احمد بن حنبل، *مستند الامام احمد بن حنبل*، حققه شعيب الازنؤوط وآخرون، الناشر مؤسسة الرسالة، ط ٢، ١٤٢٠ /١٩٩٩.
٤- الحطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد، *مواهب الجليل لشرح مختصر خليل*، ج ٥، طرابلس – ليبيا: مكتبة النجاح.
٥- المرداوي، علاء الدين بن علي بن سليمان، *الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، ج٨،ط١سنة الطبع ١٣٧٦ه، مطبعة السنة المحمدية، بيروت: دار أحياء التراث العربي.
٦- 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.
٧- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج ٥، ط ١، بيروت – لبنان: دار احياء التراث العربي، ١٩٩٩.

- كتب الفقه الزيدية

١- احمد بن يحيى، *البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار*، ج ٥، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨-١٩٤.
٢- المرتضى، *البحر الزخار لجامع المذاهب علماء الامصار*، ج٥، بلا طبعه، بلامكان طبع، بلاسنة نشر.

- كتب الفقه الظاهرية

١- أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، *المحلى بالآثار*،ج٩، دار الفكر، بلا مكان الطبع، بلا سنة طبع.

رابعاً: الكتب القانونية

١- أبن عابدين، محمد علاء الدين بن محمد أمين (١٣٠٦هـ)، *قرة عيون الإخيار تكملة الدر المختار رد المحتار المسماة تكملة إبن عابدين* ، ط ٢، مطبعة ألبابي الحلبي، ج ٧.

٢- ابو صلاح الحلبي، *الكافي في الفقه* ، ج١، اصفهان: مكتبة أمير المؤمنين، ١٩٨٢.

٣- احمد اسماعيل عيساوي أبو الريش، *اركان الطلاق*، جامعة الازهر كلية الشريعة والقانون، ١٩٨٠.

٤- أحمد فراج حسين، *"أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية"*، مطبعة الدار الجامعية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦.

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

٦- د. حيدر حسين كاظم الشمري، *المختصر في احكام الزواج والطالق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي*، ط١، كربلاء المقدسة: مطبعة دار الوراث، ٢٠٢٠.

٧- د. فاروق عبد الله عبد الكريم، *الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة١٩٥٩ المعدل والنافذ*، ط ١، جامعة السليمانية: كلية القانون، ٢٠٠٤.

٨- السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري، *مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام*، ج٢١، مطبعة الاداب في النجف الاشرف،١٤٠٣-١٩٨٣،مكتبة الروضة الحيدرية، مسالة رقم ٢٠.

٩- عبد الرحمن بن ابراهيم بن احمد، ابومحمد بهاء الدين المقدسي، *العدة شرح العمدة*، القاهرة: دار الحديث.

١٠- عبد الوهاب خلاف، *احكام الاحوال الشخصيه في الشريعة الإسلامية*، ط الثانية،١٣٥٧هـ ١٩٣٨، القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية.

١١- 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.

١٢- محمد ابن معجوز *"أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية"*، مطبعة النجاح الجديدة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦.

١٣- محمد الكشبور، *الوسيط في قانون الأحوال الشخصية*، مطبعة النجاح الجديدة، بلا سنه طبعه، بلا سنة نشر.

١٤- محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، *"المستدرك على الصحيحين" رقم الحديث ٢٧٠٦ كتاب النكاح باب الولي*، بيروت: مطبعة دار الكتب العلمية، ١٩٩٠م ١٤١١هـ.

١٥- وهبة الزحيلي، *"الفقه الإسلامي وأدلته" الجزء السابع*، مطبعة دار الفكر الطبعة الثالثة، ١٩٨٩.

خامساً: البحوث

١٦- 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).

سادساً: القوانين المدنية:-
١- القانون المدني المصري رقم(١٩) لسنة ١٩٤٨
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل.
٤- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل رقم ١لسنة ١٩٨٧.
٥- قانون المدني القطري ٢٢لسنة ٢٠٠٤.
سابعاً: قوانين الاحوال الشخصية
١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
٢- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.
٣- وقانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.
٤- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ المعدل.