

تفويض الزوجة في الطلاق

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون

د. نشوان زكي سليمان الحليم

جامعة الموصل/كلية الحقوق

المقدمة

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل، ولكن استثناءً يمكن جعله بيد المرأة ويكون ذلك بتفويض من الزوج وقت إنشاء عقد الزواج أو بعده وقد أجاز الفقهاء المسلمين هذا الحق للزوجة كشرط مقترن بعقد الزواج باعتباره من الشروط الصحيحة التي لا تتعارض مع مقتضى العقد وليس للزوج التراجع عن هذا التفويض إذا ما قبلت الزوجة تفويض الزوج لها تملكاً أو تخبيراً وأوقعت طلاقها واختارت نفسها، ولكن إذا ما وكل الزوج زوجته أو غيرها في تطليقها جاز له العدول عن توكيله قبل تنفيذ الوكالة أو تعلق حق الغير بها، إلا أن ذلك لا يمنع الزوج حقه في إيقاع الطلاق بنفسه قبل أن توقع الزوجة طلاقها بنفسها.

أولاً: أهمية البحث

إن اختيار موضوع بحث تفويض الزوجة في الطلاق لما له من الخصوصية والأهمية ولعلاقته الوثيقة التي تربط الزواج بالطلاق وتؤثر فيه والتي تتدرج ضمن حق المرأة في أن تشتترط ما تشاء من شروط مشروعة يتضمنها عقد زواجها كتفويض الزوج

لها في تطبيق نفسها عند إنشاء العقد، مما يساهم هذا الاختيار للمرأة في أن تكون أكثر ثقة وقوة بنفسها لتوثيق علاقتها الزوجية مما يجعل حياتها الأسرية بينها وبين زوجها أكثر استقراراً وطمأنينة من وجهة نظرها.

ثانياً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لم يتناول موضوع تفويض الزوجة وتوكيلها الطلاق إلا بصورة مقتضبة في الفقرة (١) من المادة (٣٤)، إلا أن قانون الأحوال الشخصية لم ينظم أحكام التفويض، إنما أحال هذه المسألة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، مما كان سبباً في اختياري هذا الموضوع لذلك كان من الضروري البحث في هذا الموضوع واقتراح النصوص القانونية بشكل يلائم واقع الحياة في الوقت الحاضر ومعالجة المشاكل التي قد تظهر نتيجة تطور الحياة وتغير فكرة العلاقة الزوجية خاصة بالنسبة إلى المرأة في الوقت الحاضر .

ثالثاً: فرضية البحث

تكمن فرضية البحث من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ١- ما المقصود بالتفويض؟ وهل أن يختلف تفويض الزوج زوجته الطلاق تملكياً أو تخبيراً أو توكيلاً؟
- ٢- وهل تفويض الزوج زوجته الطلاق يسلب حقه في إيقاع الطلاق بنفسه؟
- ٣- وهل أن تخبير الزوج زوجته الطلاق أو تملكه لها في حالة إيقاعه يقع طلاقة واحدة رجعية أم بائنة؟
- ٤- وهل يمكن للزوج العدول عن تفويضه والرجوع فيه عند تملك الزوج أو تخبيرها أو توكيلها طلاق نفسها؟

رابعاً: منهجية البحث

استلزم دراسة هذا الموضوع إتباع المنهج المقارن ما بين الشريعة الإسلامية وما سطره الفقه الإسلامي الحنيف من أحكام بمذاهبه الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والاستئناس بآراء المذاهب الأخرى عند الحاجة، والقوانين محل الدراسة كل

من قانون الأحوال الشخصية العراقي ومدونة الأسرة المغربية، وما قيل بشأن موضوع تفويض الزوجة الطلاق من آراء فقهية ونصوص في القوانين المقارنة، واقتراح ما يتيسر لنا من النصوص القانونية بما يتلاءم وواقع مصلحة الزوجين عند إبرام عقد الزواج وبعده في هذا البحث من الدراسة.

خامساً: خطة البحث

سيتم تناول موضوع تفويض الزوجة في الطلاق (دراسة مقارنة) ضمن خطة البحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية التفويض في الطلاق مشروعيته وألفاظه

المطلب الأول: التعريف بالتفويض ومشروعيته

المطلب الثاني: ألفاظ التفويض وتمييزه عما يشته به من ألفاظ

المبحث الثاني: وقت إنشاء التفويض والرجوع فيه ورده

المطلب الأول: وقت إنشاء التفويض

المطلب الثاني: الرجوع عن التفويض ورده

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المبحث الأول

ماهية التفويض في الطلاق مشروعيته وألفاظه

إن مفهوم التفويض في الطلاق اتسع التداول به في الوقت الحاضر في الدراسات الشرعية والقانونية، لذلك لا بد من التعريف بالتفويض ومشروعيته في المطلب الأول، وبيان ألفاظ التفويض وتمييزه عن غيره من الألفاظ في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم التفويض في الطلاق ومشروعيته

يتطلب دراسة موضوع التفويض في الطلاق في مجال البحث الشرعي والقانوني الرجوع إلى المعجم اللغوي لبيان معنى التفويض لغةً ومن ثم معناه اصطلاحاً وقانوناً، هذا ما نتناوله في الفرع الأول، ومشروعية التفويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التفويض في الطلاق^(١) لغةً وشرعاً وقانوناً

أولاً: التفويض لغةً: يعني فوض إليه الأمر تفويضاً رده إليه، والتفاوض المساواة والمجاراة في الأمر^(٢)، وتفاوض القوم أي فاوض بعضهم بعضاً، ففوض كل منهما أمره إلى صاحبه وهو راضٍ بما صنع وفوض إليه الأمر رده وجعله إليه^(٣).

ثانياً: التفويض اصطلاحاً: عرف التفويض بتعريفات عديدة، فقد عرفه الكاساني من فقهاء الحنفية^(١)، بأنه جعل أمر الطلاق بيد الزوجة.

(١) الطلاق لغة الطاء واللام والقاف لفظ يدل على التخلية والارسال يقال طلقت المرأة من زوجها اي بانث فهي طالق والجمع طوالق . ينظر: الزبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.ت، باب القاف فصل الطاء، ج٦، ص٤٣٤. وعرف الفقه الإسلامي الطلاق بأنه(رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص). ينظر: ابن عابدين، محمد امين عابدين بن عبد العزيز، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ، ج٣، ص٦٢٦.

بينما عرف المشرع العراقي الطلاق في الفقرة (١) من المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بأنه (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة ان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً)، وتقابله المادة (٧٨) من مدونة الأسرة المغربية رقم (٦٣-٧٠) لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٢) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت، مادة فوض، ص٥٨٥.

(٣) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور الانصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٥٦، مادة فوض، ج١٠، ص٣٤٩.

وعرفه فقهاء المالكية^(٢)، بأنه جعل إنشاء الطلاق بيد الغير .

وعرفه فقهاء الشافعية^(٣)، بأنه تملك الزوجة طلاق نفسها .

بينما عرفه فقهاء الحنابلة^(٤) بأنه توكيل الزوجة بإيقاع الطلاق .

ويلاحظ أن التعريفات التي وردت بشأن التفويض تتفق على أنه جعل أمر الطلاق بيد الزوجة، إلا أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في وصف هذا التفويض باعتباره تملكاً للزوجة أم تخبيراً أم توكيلاً لها .

ثالثاً: تعريف التفويض في القوانين المقارنة: لم يعرف المشرعان العراقي في

قانون الأحوال الشخصية، والمغربي في مدونة الأسرة التفويض في الطلاق، إلا أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية أشار إليه ضمناً، حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٣٤) منه على أن الطلاق (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي).

وهذا يعني أن إيقاع الطلاق من الممكن أن يقع من الزوجة إذا وكلت أو فوضت به .

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص على التفويض وأحكامه في المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بانحلال عقد الزواج بعد تعريف التفويض ليكون النص بالشكل الآتي:

(١) الكاساني، علاء الدين ابو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ، ج٣، ص١١٥ .

(٢) الدردير، ابو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٢هـ، ج٢، ص٤٠٥ .

(٣) الشربيني، محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩٣هـ، ج٣، ص٢٨٥ .

(٤) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ، ج٥، ص٢٥٤ .

١- التفويض تملك الزوج زوجته إيقاع الطلاق بنفسها وقت إنشاء العقد أو بعده.

الفرع الثاني: مشروعية التفويض في الطلاق شرعاً وقانوناً

أولاً: مشروعية التفويض شرعاً:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين بشأن مشروعية التفويض في الطلاق إلى رأيين:

الرأي الأول: جواز تفويض الزوجة إيقاع الطلاق

يرى جمهور فقهاء المسلمين من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤)

جواز تفويض الزوجة في إيقاع الطلاق بنفسها، واستدلوا برأيهم من الكتاب والسنة والاجماع.

أولاً: الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ

الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا﴾^(٥)، وتدل الآية الكريمة على

تخيير زوجات الرسول (ﷺ) بين البقاء على الزوجية معه وبين الطلاق منه، فإن اخترن

الدنيا وزينتها كن مختارات الطلاق؛ لأن المتعة إنما هي بعد اختيارهن الطلاق، وهذا

دليل على جواز تفويض الزوجة في الطلاق^(٦).

ثانياً: السنة النبوية: ما روي عن أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوفٍ أَنَّ عَائِشَةَ

قَالَتْ: (لَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ بِتَخْيِيرِ أَزْوَاجِهِ بَدَأَ بِي فَقَالَ إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمْرًا فَلَا عَلَيْكَ أَنْ لَا

تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبِيكَ قَالَتْ قَدْ عَلِمْتُ أَنَّ أَبِيَّ لَمْ يَكُونَا لِيَأْمُرَانِي بِفِرَاقِهِ قَالَتْ فَقُلْتُ

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص٤١٥.

(٢) الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، مصدر سابق، ج٢، ص٤٠٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨٥.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٥، ص٢٥٨.

(٥) سورة الاحزاب، الآية (٢٨).

(٦) الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ج٣، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار احياء

احياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص٤٦٧؛ ابن كثير، اسماعيل بن عمر بن كثير

الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠١هـ، ج٣، ص٤٨٦.

في أيّ هذا أسْتَأْمِرُ أَبَوِيَّ فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالِدَارَ الْأَخْرَةَ قَالَتْ ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ رَسُولِ اللَّهِ (ﷺ) مِثْلَ مَا فَعَلْتُ^(١)، ويدل الحديث على ان النبي (ﷺ) أمر بتخيير زوجاته وبدأ بالسيدة عائشة فاخترت البقاء مع رسول الله (ﷺ) وفي هذا جواز للتفويض وأن من خير امراته فاخترت نفسها طُفقت منه^(٢).

ثالثاً: الإجماع: وقد أجمع الفقهاء المسلمين^(٣) على صحة التفويض في الطلاق قياساً على صحة التوكيل في الزواج والبيع والعتق، وان الأدلة على مشروعية الوكالة جاءت عامة مطلقة وتدل على جواز التوكيل بالطلاق كما تدل على جواز التوكيل في غيره.

الرأي الثاني: عدم جواز تفويض الزوجة إيقاع الطلاق

يذهب ابن حزم الظاهري^(٤) إلى عدم جواز تفويض الزوجة الطلاق، واستدل في رأيه إلى قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا

(١) أخرجه مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، باب ان تخيير امراته لا يكون طلاقاً الا بالنية، رقم الحديث (١٤٧٥)، ج٢، ص١١٠٣.

(٢) الزيلعي، عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، دار الحديث للنشر، مصر، ١٢٥٧هـ، ج٣، ص٢٣٠.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٥، ص٥٢٨؛ الإمام مالك، انس بن مالك، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، د.ت، ج٧، ص١٧٣؛ الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، دار المعرفة للنشر، بيروت، ١٣٩٣هـ، ج٥، ص١١٧؛ ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، المكتب الاسلامي، بيروت، د.ت، ج٣، ص١٧٦.

(٤) ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، المحلى، دار الافاق الجديدة، بيروت، د.ت، ج١٠، ص١٩٦.

عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا^(١)، وتدل الآية حسب رأيه بأن الله سبحانه وتعالى قد خص الرجال وقوامهم على النساء بما فيه الطلاق، وليس للرجل أن يفوض غيره فيما خصه الله به، ولأن الطلاق كاللعان والظهار والإيلاء جميعها تتطلب ألفاظ لا يجوز للرجل الإنابة بها، كذلك الطلاق لا يجوز الإنابة والتفويض به وأن في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعْنَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾^(٢)، تدل الآية برأيه على تخيير أزواج النبي (ﷺ) بين الدنيا والآخرة وليس تخييرهن طلاق أنفسهن.

ومما تقدم أتفق مع من ذهب إلى إجازة التفويض في الطلاق، صحيح أن الله سبحانه وتعالى قد جعل القوامة للرجل والعصمة بيده ويملك إيقاع الطلاق، إلا أنه هناك من الضرورات التي تحتم على الزوج أن ينيب غيره في الطلاق، باعتبار أن الطلاق حق كسائر الحقوق الأخرى التي يجوز فيها التفويض أو التوكيل، فضلاً عن أن التفويض لا يسلب حق الزوج بالطلاق في كل الأحوال فله أن يوقعه بنفسه وإن كان قد وكل غيره إيقاعه^(٣).

ثانياً: مشروعية التفويض في القوانين المقارنة: فقد أقر المشرعان العراقي في الأحوال الشخصية، والمغربي في مدونة الأسرة بمشروعية تفويض الزوج زوجته إيقاع الطلاق بنفسها، أو توكيل الزوج لها إيقاعه، وهذا يفهم من المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على أن (أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت).

ويتبين من النص أن المشرع العراقي أقر بمشروعية تفويض الزوجة إيقاع الطلاق، كذلك أجاز للزوج أن يوكل زوجته إيقاع الطلاق بنفسها، كما أعطى المشرع

(١) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٢) سورة الاحزاب، الآية (٢٨).

(٣) اسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠٠٩، ص ٤٣.

المغربي في المادة (٨٩) من مدونة الأسرة الحق للزوجة في إيقاع طلاقها بنفسها إذا ملكها الزوج هذا الحق.

المطلب الثاني

ألفاظ التفويض وتمييزه عما يشته به من ألفاظ

ألفاظ التفويض في الطلاق قد تكون بلفظ صريح أو كنائي، هذا ما نتناوله في الفرع الأول، وقد يشتهب التفويض بغيره من ألفاظ، كالتخيير والتملك والتوكيل، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ألفاظ تفويض الزوجة الطلاق شرعاً وقانوناً

اللفظ في الطلاق إما أن يكون بشكل صريح من غير حاجة إلى نية لوضوح دلالاته ومعناه، وأما كنائي وهو ما يحتمل الطلاق وغيره ولا يقع الطلاق به إلا بالنية، فما هو اللفظ الصريح والكنائي للتفويض في الطلاق؟

أولاً: اللفظ الصريح:

ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة^(١)، إلى أن الزوج إذا قال لزوجته طلقي نفسك أو طلقي نفسك إن شئت أو جعلت طلاق نفسك بيدك، فمثل هذه العبارات تفويض صريح للزوجة بإيقاع طلاقها بنفسها ولا يحتاج إلى نية، وإذا ما اتفق الزوج مع زوجته على عدد الطلقات فإنه يقع ما اتفقا عليه من عدد الطلقات، فإذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وقعت طلقة واحدة، وإذا قال لها طلقي نفسك اثنتين وقعت طلقتين، وإذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً وقعت ثلاث طلقات، ما دامت بمجلسها، ولا اعتبار بمجلس الرجل حتى لو قام الرجل من مجلسه، ولكن إذا خرجت الزوجة من مجلسها خرج المجلس من يدها؛ لأنه تمليك للفعل والتملكيات تقضي جواباً

(١) ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الامام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥ هـ، ج ١٠، ص ٣٩٥؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٩٣.

في المجلس كالبيع، ولكن الزوج إذا قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده؛ لأن لفظ الزوج جاء مطلقاً دون تحديد مجلس الطلاق بوقت معين^(١).

ولكن ماذا لو اختلف الزوجان في عدد الطلقات التي فوض بها الزوج؟ إن الزوجين إذا ما اختلفا في عدد الطلقات كأن يقول لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقتُ نفسي ثلاثاً وقعت طلقة واحدة، لأن الزوج قد فوضها بواحدة والطلقات الزائدة غير مأذون بها، لا سيما أن الطلاق السني يقع واحدة في طهر لم يجامعها فيه، وإن قال لها الزوج طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت الزوجة نفسها واحدة وقعت طلقة واحدة لأنها فوضت بثلاث طلقات فاستعملت واحدة من ضمن الطلقات الداخلة في التفويض^(٢).

يرى فقهاء الحنفية^(٣) بأن الزوج إذا فوض زوجته فلها أن تطلق نفسها واحدة وليس لها أكثر من ذلك؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه من طلقات باعتبار أن الزوجة المفوضة كالوكيل الأجنبي، إلا إذا جعل لها بلفظ صريح مع نيته في إيقاع أكثر من طلقة واحدة في الوقت ذاته، كأن يقول لها طلقي نفسك وكانت نيته الثلاث فطلقت نفسها منه وقعت ثلاث طلقات، وإذا كانت نيته واحدة تقع طلقة واحدة، ولكن إذا قال لها طلقي نفسك ثلاث فطلقت نفسها واحدة تقع واحدة؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث فملكته إيقاع الطلقة الواحدة، إلا أن الزوج إذا قال لها طلقي نفسك ما شئت فإن طلقت نفسها ثلاثاً وقعت ثلاث طلقات ولا يقبل قوله بأن أراد واحدة؛ لأن قوله من الكنايات الظاهرة التي تقضي ثلاث طلقات.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٤، ص٢٥٧.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٣٢٥؛ ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج٣، ص١٧٦.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج٤، ص٥٥١؛ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٣، ص٢٠٢.

ثانياً: اللفظ الكنائي:

يرى فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة^(١)، أنه إذا ما قال الزوج لزوجته اختاري نفسك أو قال لها أمرك بيدك أو أبيني نفسك مني أو فوضت أمرك إليك أو ملكتك نفسك فكلها ألفاظ كناية للطلاق لا يقع بها إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها تحتل الطلاق وغيره، فإن قال الزوج لزوجته أمرك بيدك لزم هذا الأمر الزوج وجعل أمر الزوجة بيدها ولا يملك الرجوع عنه، لأنه ملكها طلاق نفسها، فإذا طُلقَت نفسها وهي في المجلس وقع طلاقها فإن وضع الزوج الأمر بيد الزوجة وطلقت نفسها وقع طلاقاً بائناً، حتى وإن لم ينوي الزوج طلاقها ثلاثاً؛ لأنه جعل أمر نفسها بيدها فاخترت نفسها جواباً على تفويضه لها، بمعنى أن لها الثلاث فاخترت نفسها فيقع طلاقها من زوجها بائناً، وأما إذا قامت وخرجت من مجلسها بطل تخييرها.

بينما يرى فقهاء الشافعية^(٢) أن في ألفاظ التفويض الكنائي يجب أن تكون هناك نية مشتركة بعدد الطلقات بين الزوج والزوجة عند جعل الأمر بيدها، وإلا لا يقع الطلاق، فإذا نواه الزوج دون الزوجة أو الزوجة دون الزوج لا يقع الطلاق بينهما. فإذا كان تفويض الزوج بلفظ صريح كقوله طلقي نفسك وكانت إجابة الزوجة له، بلفظ كنائي، كقولها له أبيت نفسي أو أنا خلية، فالعبرة هنا بنية الزوجة لا بنية الزوج، فإن كانت تنوي تطبيق نفسها طُلقَت؛ لأن اللفظ الكنائي مع النية يقوم مقام الصريح بغير نية^(٣).

(١) المرادوي، علاء الدين بن سليمان بن أحمد المرادوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، ج٨، ص٤٩٣؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٩٥.

(٢) النووي، ابو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج٨، ص٤٩؛ الماوردي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير، دار الكتب العننية، بيروت، ١٤١٩هـ، ج١، ص١٧٥.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج١، ص١٧٥.

وأما إذا كان لفظ تفويض الطلاق كنائي من الزوج، وبلفظ جواب صريح من الزوجة، كأن يقول لها أبيني نفسك أو فوضت إليك أمرك فأجابته طلقْتُ نفسي منك، فالعبرة هنا بنية الزوج لا بنية الزوجة؛ لأن لفظ الكناية الذي أطلقه الزوج يفترق إلى نيته، فإذا كان ينوي الطلاق وطلقت نفسها وقع الطلاق، وإن لم ينوي الطلاق لم يقع، وإذا ما تنازعا في نية أحدهما فالقول قول من نوى على الطلاق^(١).

ويذهب ابن قدامة من فقهاء الحنابلة^(٢)، إلى أن الزوج إذا خير زوجته بالطلاق فاختارت نفسها لا يقع إلا واحدة رجعية، فإن قال لها اختاري فاختارت نفسها وقعت طلقة واحدة رجعية، إلا إذا كررها ثلاث مرات وإن قالت اخترت زوجي أو اخترت البقاء على نكاحك لم يقع شيء، وأما إذا قالت اخترت الأزواج أو اخترت أهلي، فباختيارها الأزواج يقع الطلاق؛ لأنهم لا يطلون عليها إلا بمفارقة الزوج، فإذا ما اختارت أهلها ونوت الطلاق وقع مثلما يقول الزوج لزوجته الحقي بأهلك فذلك هي.

وإذا قال لها الزوج طلقي نفسك فأجابته الزوجة قبلت، أو قال لها أمركِ بيدكِ فقالت قبلت، أو اختاري قالت قبلت لا يقع شيء، لأن جعل الزوج أمر الزوجة بيدها يكون بمثابة توكيل وقولها قبلت ينصرف إلى قبول التفويض مثلما تقول قبلت الوكالة فلا يقع شيء، لأنه لا بد من ذكر اللفظ مع الاختيار، أي اختاري نفسك فتقول قبلت اختيار نفسي فيقع الطلاق مع نية الزوجة بذلك^(٣).

وأما فقهاء المالكية^(٤)، يرون بأن التفويض إما أن يكون تخبيراً أو تملكاً أو

(١) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ، ج٦، ص٤٤١؛ الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨٦.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٩٣.

(٣) المرادوي، الانصاف، مصدر سابق، ج٨، ص٤٩٤.

(٤) الامام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٣، ص٤٠٥؛ الدسوقي، محمد ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٢هـ، ج٢، ص٤١١.

توكيلاً، فإذا قال الزوج لزوجته اختاري نفسك ويحدد لها عدد الطلقات بطلقة واحدة أو اثنتين فإن أجابته بالطلاق وقع، أو يقول لها ملكتك نفسك أو أمرك بيدك طلقي نفسك فإذا ما أجابته الزوجة بلفظ صريح يُعمل به ويقع لأنه طلاق صريح، ولها أن ترد التفويض وتقول له اخترتك أنت فيُرد التفويض إلى الزوج، أو تقول رددت إليك ما ملكتني به، أو رددت إليك ما جعلته لي.

ومن الممكن أن يكون رد الزوجة المخيرة أو المملكة للتفويض بفعالها لا قولها، فإذا مكنته هي من نفسها سقط ما فوضت به بعد أن مكنت نفسها من زوجها، وإذا وكل الزوج زوجته في طلاق نفسها، بأن يقول لها وكنتك في طلاق نفسك، يُعد ذلك إنابة للزوجة بالطلاق توكيلاً لها من زوجها، كما ويصح توكيل الزوج غيره بإقاع طلاقه من زوجته^(١).

والوكالة يمكن أن تكون مطلقة، ويكون للوكيل أن يُطلق متى شاء على التراخي باعتبار أن لفظ التوكيل جاء مطلقاً وهو الأصل، كأن يقول الزوج للوكيل أمر زوجتي بيدك أو اختار طلاقها، ويمكن أن يكون التوكيل مقيداً، كأن يقيد الزوج بيوم أو نحوه؛ لأن ثبوت الوكالة تكون بحسب لفظ الموكل، إلا أن الوكيل لا يملك الطلاق تعليقاً على شرط، لأن معنى الوكالة ليس فيه معنى التعليق لفظاً ولا عرفاً^(٢).

ثالثاً: ألفاظ تفويض الزوجة الطلاق في القوانين المقارنة: إن المشرع العراقي

في قانون الأحوال الشخصية قد استعمل لفظ التوكيل والتفويض دون استعماله لألفاظ التخيير أو التملك، فقد نص في الفقرة (١) من المادة (٣٤) على أن (... أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت).

بينما استعمل المشرع المغربي في مدونة الأسرة لفظ التملك للدلالة على تفويض الزوج زوجته الطلاق، هذا ما تضمنته الفقرة (١) من المادة (٨٩) التي نصت على أن (إذا ملك الزوج زوجته حق إقاع الطلاق...).

(١) الدردير، الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٣١٠.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٥، ص ٢٣٨.

الفرع الثاني: التفويض وتمييزه عن التملك والتخيير والتوكيل شرعاً وقانوناً

قد يشتهر لفظ التفويض مع ألفاظ التملك والتخيير والتوكيل^(١) وقد يفترق عنهما في بعض الأمور التي يمكن إجمالها كالآتي:

أولاً: التفويض والتملك والتخيير:

يتفق التفويض والتملك والتخيير، في أن كل منهم يجعل الحق للزوجة في إيقاع طلاقها بنفسها، ولكنهم يفترقان في بعض الأمور كما يلي:

أ- أن التفويض يتم من جانب الزوج وحده بعد تعليق مشيئة الطلاق من جانبه إلى من فوض إليه، وإذا ما رجع عن إيجابه قبل قبول الآخر صح رجوعه لعدم تمام شرط التفويض في العقد، أما التملك والتخيير فإنه لا يتم إلا بإيجاب من الزوج المملك والمخير وقبول من الزوجة المملكة والمُخيرة، ولا يصح الرجوع في التملك والتخيير إذا ما قبلت الزوجة تملكها وتخييرها^(٢)،

ب- وإذا ما فوض الزوج زوجته بقي التفويض في المجلس وبعده إن غابت الزوجة عن المجلس، وأما التملك والتخيير فإنه لا بد أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس العقد^(٣).

(١) التفويض: تملك الزوجة طلاق نفسها باللفظ الصريح والكنائي، وأما التملك: جعل إنشاء الطلاق بيد الغير .

وأما التخيير: تخيير الزوج الزوجة بين النكاح والطلاق . وعرف التوكيل بأنه إقامة شخص الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم بما يملكه. ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٣، ص١١٨؛ ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج٢، ص٣١٥؛ الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨٦.

(٢) بدران ابو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، د.ت، ج١، ص٣٨٧.

(٣) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الاسلامي، مكتبة الفلاح للنشر، دون مكان أو سنة نشر، ص٣٨٧؛ اسماء عبد الله طباسي، مصدر سابق، ص٥٨.

وهنا نتساءل هل هناك ما يميز التملك عن التخيير أم انها لفظان يشتركان في نفس المعنى ويختلفان في اللفظ ؟

يرى فقهاء المالكية^(١)، أن التملك والتخيير يشتركان في أحكامهما من حيث أنه ليس للزوج أن يعزل زوجته المملكة بألفاظ التملك أو المخيرة بألفاظ التخيير، لأن ألفاظ التملك والتخيير تتقيدان بزمن محدد، كأن يقول الزوج لزوجته ملكتك طلاق نفسك شهر واحد أو خيرتك نفسك بشهر واحد، كما يمكن أن يقع التملك والتخيير منجزاً ومضاف إلى أجل أو إلى أمر ممكن الوقوع، كأن يقول الزوج لزوجته إذا جاء والدي ملكتك نفسك، أو إن حضر أخوك اختاري نفسك، ويعمل بجواب الزوجة ويقع طلاقها.

إلا أن التملك والتخيير يفترقان في بعض الأمور كما يلي:

أ- أن الزوج إذا ملك زوجته الطلاق فطلقت نفسها قبل الدخول أو بعده تقع طلاق واحدة رجعية، وأما المخيرة لها الحق في إيقاع ما شاءت من الطلاقات واحدة رجعية أو اثنتين أو ثلاث بائنة.

ب- للزوج منكرة الزوجة المملكة إذا استعملت أكثر من طلاق ويملك الزوج مراجعتها، وأما في التخيير فإذا كان الزوج قد دخل بالمخيرة ليس للزوج مراجعتها بعد أن أبانت منه أو منكرتها في عدد ما طلقت به نفسها.

ثانياً: التفويض والتوكيل:

ينفق كل من التفويض والتوكيل في أن كل منهما لفظان يمنحان الزوج الحق بتملك وإنابة الزوجة في تطبيق نفسها، إلا أنهما يفترقان في بعض الأمور كما يلي:

أ- تعمل المفوضة بمشيئة نفسها لرفع قيد الزواج عنها، وأما الوكيل فانه يعمل برأي ومشيئة موكله.

(١) الامام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج٣، ص٩٨٦؛ العدوي، علي بن أحمد بن مكرم العدوي المالكي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق شيخ يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، ج٢، ص١٤٠.

ب- لا يتوقف صحة التفويض على قبول المفوضة، بينما تتوقف صحة الوكالة على قبول الوكيل، وليس للوكيل أن يتصرف خلاف ما وكل به بعد قبوله الوكالة، ولا يوقع من الطلاقات إلا ما حدده له الزوج الموكل بموجب وكالته.

ج- لا يملك الزوج الرجوع عن تفويضه، لأنه فوض أمر الطلاق إلى زوجته، ولكن لا يمنعه ذلك من إيقاع الطلاق بنفسه، وأما الزوج الموكل إذا وكل غيره في إيقاع طلاق زوجته له الرجوع عن وكالته، وعزل الوكيل عن وكالته، ما دام الوكيل لم ينفذ بعد ما وكل به^(١).

د- يلزم أن يكون المفوض في مجلس العلم، بينما لا يتقيد الوكيل بمجلس العلم بالتوكيل.

هـ- لا يشترط في التفويض أن تكون الزوجة المفوضة بالغة، لأن التفويض يصح وإن كانت الزوجة صغيرة، بينما يُلزم أن يكون الوكيل بالغ عاقل لإيقاع الطلاق بالوكالة على أن لا يُطلق الوكيل بأكثر من طلقة واحدة، ولكن الزوج إذا وكله بثلاث طلاقات فطلق بواحدة وقعت لدخول الطلقة ضمن ما وكل به، أما إذا وكله بواحدة فطلق الوكيل ثلاثة وقعت واحدة^(٢)، وتصح الوكالة بالطلاق إلى غير الزوجة^(٣).

ثالثاً: تمييز التفويض عن التخيير والتوكيل في القوانين المقارنة: لم يميز المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية بين التفويض والتخيير والتوكيل، إنما ميز بين التفويض في الطلاق والتوكيل به، إلا أنه لم يبين كيفية إيقاع الزوجة طلاقها من زوجها إذا وكلت أو فوضت به، وأيضاً لم يحدد عدد الطلاقات التي يقع بها الطلاق

(١) ابن نجيم، زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج٤، ص٣٥٣؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٤، ص٢٤٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٤، ص٢٤٧.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٢، ص٤٧٦؛ الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٢، ص٤١٥؛ الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص٢٣٨.

بالتفويض أو بالتوكيل، وأحال هذه المسألة إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية^(١).
لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في فقرة خاصة من المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المقترحة بأن يكون النص بالشكل الآتي:

٢- إذا وكل الزوج زوجته أمر طلاقها فلها في حدود وكالتها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين أو ثلاث طلاقات.

٣- للزوج الذي أناب زوجته بإيقاع الطلاق لنفسها توكيلاً الرجوع عن وكالته وعزلها قبل تنفيذ الوكالة ما لم يتعلق حق للغير بها.

وهذا يعني بأن التوكيل الذي توقعه الزوجة على نفسها يحدده التوكيل الصادر لها فإذا وكلها الزوج في أن تطلق نفسها طلاقاً واحدة، يكون طلاقها مقيد بما وكلها به الزوج بموجب التوكيل الصادر عنه الذي يحدد فيه وصف الطلاق، فإن حدد لها الزوج بأن تطلق نفسها طلاقاً واحدة رجعية أو بائمة كان لها، ويكون للزوج الرجوع عن الوكالة وعزلها، بشرط أن يكون قبل تنفيذ الزوجة وكالتها، فضلاً عن عدم تعلق حق زائد للغير بهذه الوكالة، كأن يدرج الزوج في التوكيل عبارة إذا تزوجت عليك فأمرك بيدك وأمر من تزوجتها بيدك، أي تطلقين نفسك أو تطلقين ضرتك، ففي مثل هذه الوكالة ليس للزوج عزلها، لأنه تعلق حق للغير بها، فيكون للزوجة بهذه الوكالة دفع الضرر عن نفسها بزواج زوجها من امرأة ثانية عليها^(٢).

إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة (٢) من المادة (٣٤) التي نصت على أن (لا يُعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق).

نجد في هذا النص أن المشرع العراقي قيد الزوج في إيقاع الطلاق بالوكالة نيابة عنه، وأعطى الحق فيه للزوجة فقط دون غيرها؛ لأنه لم يعتد بتوكيل الزوج الأجنبي غير الزوجة بإيقاع الطلاق وكالة عنه، وما يؤيد ذلك نص الفقرة (١) من المادة (٣٤) التي نصت على أن (...أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت...)، وهذا يعني أن

(١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص ١٥٧.

الوكالة التي ينظمها الزوج إلى زوجته في إيقاع الطلاق بنفسها جائزة قانوناً، ولا يعتد بوكالة أخرى ينظمها الزوج للأجنبي في إيقاع طلاق زوجته نيابة عنه.

بينما جعل المشرع المغربي تفويض الزوجة الطلاق، تملكاً لها من الزوج، بعد أن أعطاها الحق في إيقاع الطلاق بنفسها، ولكن المشرع المغربي قيد الزوجة استعمالها حق تملك نفسها بأن يكون ذلك عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة المختصة، وعلى المحكمة أن تتأكد من شروط التملك المتفق عليها بين الزوجين^(١).

وهذا يعني أن تفويض الزوج زوجته تملك الطلاق لا يكون إلا بالكتابة وأن تكون شروط التملك واردة في عقد الزواج، بعد أن تتأكد منها المحكمة قبل أن تفصل في طلب الإذن بالطلاق^(٢).

باعتبار أن الأصل في الشريعة الإسلامية أن صاحب الحق في الطلاق هو الزوج الذي يملك هذا التصرف وكل شخص يملك تصرفاً يملك أن يقيم غيره مقامه، وهذا الغير إما أن يكون الزوجة أو غيرها، فإذا كان التوكيل إلى الزوجة سميت الإنابة تفويضاً أو توكيلاً، وأما إذا علق الطلاق على مشيئة شخص أجنبي غير الزوجة فهذه الإنابة لا تكون تفويضاً بل توكيلاً^(٣).

المبحث الثاني

وقت إنشاء التفويض والرجوع فيه ورده

إن التفويض قد يكون من الشروط التي تفرضها الزوجة على زوجها عند إنشاء العقد أو بعده، هذا ما نتناوله في المطلب الأول، وعن إمكانية رجوع الزوج عن هذا التفويض، وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني.

(١) ينظر: الفقرة (١) من المادة (٨٩) من مدونة الأسرة المغربية.

(٢) أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ١٢٨.

(٣) د. عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط ١، طبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦،

المطلب الأول

وقت إنشاء التفويض

يمكن أن يكون التفويض وقت إنشاء عقد الزواج أو بعده، هذا ما نتناوله في الفرع الأول، إلا أن الزوج قد يحاول مناصرة زوجته عند إيقاعها الطلاق بعد الطلاقات التي فوض بها الزوجة، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: وقت التفويض في عقد الزواج شرعاً وقانوناً

يمكن أن يكون تفويض الزوج زوجته الطلاق عند إنشاء عقد الزواج أو أن يكون بعده وكالآتي:

أولاً: التفويض وقت إنشاء عقد الزواج:

إن الزوج يمكنه تفويض زوجته تطبيق نفسها عند إنشاء عقد الزواج إذا طلبت الزوجة منه إدراج هذا التفويض، كشرط مقترن بعقد الزواج، ولكن هل يُعد مثل هذا الشرط من الشروط الصحيحة التي تقترن بعقد الزواج؟

ذهب فقهاء الحنفية^(١)، إلى أن الزوج إذا نكح المرأة بشرط أن يكون أمرها بيدها، صح الشرط والعقد، ولكن يُلزم لتحقيق هذا الأمر أن يكون الإيجاب صادر من المرأة ابتداءً لصحة الشرط، كأن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسي على أن يكون طلاق نفسي بيدي فيجيب الرجل بالقبول يصح شرط التفويض، ذلك أن الزوجة إذا كانت هي من ابتدأت الإيجاب بتفويض نفسها صح التفويض لأنها اشترطت أن يكون أمرها بيدها وتمليكها الطلاق فقبل الزوج هذا الشرط، بمعنى موافقته على الزواج من هذه المرأة وقبوله شرط تمليك نفسها الطلاق، باعتبار أن التفويض قد تم عند إنشاء عقد الزواج.

(١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٢، ص٢١٧؛ المرغيناني، علي بن ابو بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الاسلامية للنشر، د.ت، ج٢، ص٢٥٠؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٤، ص٥٧٣.

وأما إذا بدأ الزوج بتفويض الطلاق وجعل أمرها بيدها ابتداءً، كأن يقول لها تزوجتكِ على أن يكون أمرك بيدك، أو أن تطلقني نفسك، يصح العقد ويبطل شرط التفويض، لأنه إذا بدأ الزوج بتفويض الزوجة الطلاق عند إنشاء العقد لم يصح التفويض، ولا تمتلك الزوجة تطبيق نفسها؛ لأن الزوج قد ملكها الطلاق قبل أن يملكه، وفاقده الشيء لا يعطيه؛ ولأن ملك الطلاق يترتب على ملك الزواج ويعد أثراً من آثاره^(١).

ثانياً: التفويض بعد إنشاء عقد الزواج وقبله:

يكون من الجائز أن يفوض الزوج زوجته بعد العقد تطبيق نفسها لأنه إذا ملك الزوج النكاح ملك الطلاق فبإمكانه تمليكه لزوجته بعد العقد^(٢). ويرى فقهاء الحنفية^(٣) أنه من الجائز أيضاً أن يكون التفويض قبل إنشاء عقد الزواج ويتم ذلك بلفظ من الرجل كأن يقول يوم أتزوجك فاختراري نفسك فلها ذلك في المجلس الذي يتزوجها فيه ومرد هذا التفويض أنه يتضمن التعليق، وتعليق الطلاق عند الحنفية أمر جائز لأن المعلق بشرط كالتفويض المنجز.

بينما يرى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٤)، بطلان هذا الشرط

(١) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص ٥٢٤؛ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٩٤؛ د. عبد الستار حامد، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٩٨؛ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٣٤٨؛ أسماء عبد الله طباسي، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٣) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢١٧.

(٤) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢١٢؛ الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج ١، ص ١٧٥؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٦١؛ ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج ٩، ص ٥١٦.

وبطلان العقد المقترن به ووجوب فسخه قبل الدخول فإن تم الدخول بهذا العقد يثبت النكاح ويسقط الشرط، واستدلوا برأيهم ما روي عن النبي (ﷺ) قال: (ما بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ)^(١).

باعتبار أن شرط التفويض يرفع مقصود العقد من الاستدامة، لأن العقد به يكون مقدر المدة ويجري مجرى نكاح المتعة فيكون باطلاً، وأن العقد قد علقت صحته على هذا الشرط، وبما أن الشرط قد بطل فإن العقد يبطل هو الآخر الذي علقت صحته على وجوده^(٢).

ثالثاً: وقت تفويض الزوجة الطلاق في القوانين المقارنة: لم ينص المشرعان العراقي في قانون الأحوال الشخصية، والمغربي في مدونة الأسرة على وقت إنشاء التفويض، إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة (٣) من المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أن المشرع العراقي عد الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها، وبما أن شرط تفويض الزوجة الطلاق مشروعاً، يكون للمرأة الحق في أن تشترط عند إنشاء عقد زواجها تطليق نفسها، وعلى الزوج الالتزام بهذا الشرط والإيفاء به، ويكون من حق الزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترطته في العقد من تفويض إيقاع الطلاق بنفسها^(٣).

الفرع الثاني: منكرة الزوج في طلاقات التفويض شرعاً وقانوناً

إن الزوجة إذا اشترطت تفويض الزوج لها تطليق نفسها حين العقد ورضي الزوج

(١) أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري صحيح البخاري، دار ابن كثير للنشر، بيروت، ١٤٠٧هـ، باب ذِكْرِ النِّعَةِ وَالشَّرَاءِ عَلَى الْمُنْبَرِ فِي الْمَسْجِدِ، رقم الحديث (٤٤٤)، ج ١، ص ١٧٤.

(٢) ابن حزم الظاهري، المحلى، مصدر سابق، ج ٩، ص ٥١٦.

(٣) ينظر: الفقرة (٤) من المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والفقرة (١) من المادة (٩٨) من مدونة الأسرة المغربية .

بشرطها، التزم به، وإلا يكون العقد بالنسبة إلى الزوجة غير لازم، ولها طلب فسخه، والسؤال هنا هل يستطيع الزوج مناصرة ما فوض به الزوجة تملكاً أو تخبيراً في عدد الطلاقات التي أوقعتها الزوجة؟

أولاً: مناصرة الزوج في طلاقات التفويض شرعاً:

يرى بعض الفقهاء المسلمين^(١) أنه إذا فوض الزوج زوجته تطبيق نفسها على سبيل التملك فله مناصرتها سواء كان قد دخل بها أم لم يدخل إذا زادت عن طلاقة واحدة، والحال ذاته إذا كانت الزوجة قد خيرت قبل الدخول بها فله أيضاً مناصرتها إذا زادت عن طلاقة واحدة، وأما المخيرة بعد الدخول فليس للزوج مناصرتها بشرط أن لا يكون تملك الزوجة أو تخبيرها مشروطاً في عقد الزواج، لأنه إذا اشترطت الزوجة تفويضها الطلاق حين العقد واستعملت حقها في تطبيق نفسها فليس للزوج مناصرتها سواء كان قبل الدخول بها أم بعده.

وللزوج الحق في الرجعة إذا بقي له شيء من عدد الطلاقات بعد إيقاع ما هو مشروط للزوجة في العقد سواء كان التفويض وقت إنشاء عقد الزواج أو بعده، بمعنى أن التفويض إن كان بطلبها حين عقد الزواج، أو كان التفويض تبرعاً من الزوج بعد العقد، فالحكم واحد في عدم إجازة مناصرة الزوج لها، كأن يشترط الزوج لزوجه تفويض نفسها في عقد الزواج ويجعل أمرها بيدها إن تزوج عليها، فيتزوج بالفعل من غيرها فأوقعت عليه زوجته المفوضة ثلاث طلاقات فلا مناصرة له على زوجته سواء دخل بها أم لم يدخل.

ولكن على الزوج إن أراد المناصرة في عدد الطلاقات أن يناكر زوجته فور سماعه الزيادة عن الطلاقة الواحدة فإن تأخر يسقط حقه في المناصرة، ولا يكون عذراً له بشرط أن يكون قد نوى الطلاقة التي يناكر فيها، وأن يحلف بأنه كان يريد بها طلاقة واحدة دون

(١) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٢، ص ٣٦٢؛ الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي، مختصر سيدي خليل من حاشية الخرشي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ج٤، ص ٥٣٥.

غيرها، فإن لم يحلف يقع ما أوقعته الزوجة ولا يرد اليمين عليها، وأما إن كان لا ينوي شيئاً، فلا منكرة ويلزم بما أوقعته عليه الزوجة من طلاقات، ويلزم الزوج بأن لا يردد القول أمرك بيدك كلما شئت أو طلقي نفسك كلما شئت لأنه عبارة (متى شئت) موضوعة للزمن ووصف للعموم وجعل الزوج الأمر بيدها في أي وقت شاعت فلها الخيار في المجلس وفي غيره، لأن الزوج جعل مشيئة الطلاق بيدها في كل الأوقات ومتى شاعت، ولكن حكم ذلك أن الزوجة لا تملك أن تختار إلا مرة واحدة في المجلس أو غيره، فإذا قال لها أمرك بيدك إذا شئت، أو قال لها اختاري ثم اختاري ثم اختاري، ونوى بذلك الطلاق فاخترت نفسها فهي ثلاث تطليقات؛ لأن وقوع الطلاق بهذه الألفاظ عند اختيار نفسها يكون جملة واحدة واختيارها نفسها جواب للكلمات الثلاث^(١).

ف تكرار التفويض من الزوج يقرر الحق للزوجة في إيقاع ما شاعت من التطليقات إذا كرر الزوج الأمر باليد ولا يحق له منكرتها، إلا إذا نوى الزوج بان ما يريد الواحد ولا يقصد من التكرار الثلاث إلا طلاقة واحدة^(٢) لأنه يحتمل أنه أراد بذلك التكرار التأكيد على التفويض وليس إيقاع الثلاث ومرد ذلك إلى نية الزوج^(٣).

ثانياً: منكرة الزوج في عدد طلاقات التفويض في القوانين المقارنة: لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى منكرة الزوج زوجته بعدد ما فوضت من طلاقات، وأحال هذه المسألة إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون^(٤).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٤، ص٥٦٢؛ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٢، ص٢١٤؛ العيني، محمود بن أحمد العيني الحنفي، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ، ج٥، ص١٣١.

(٢) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٢، ص٣٦٣؛ الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٩٣.

(٤) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

لذلك نقترح للمشرع العراقي أن ينص في المادة (٣٤) المقترحة بفقرة خاصة لمعرفة عدد الطلاقات التي يتم إيقاعها من الزوجة عند مناكرة الزوج لها ليكون النص بالشكل الآتي:

٤- يعمل لمعرفة عدد الطلاقات في التوكيل والتفويض بالمعنى الصريح لعبارة المرأة عند مناكرة الزوج لها مع يمينها.

وأما المشرع المغربي في مدونة الأسرة فقد أوجبت على من يريد الطلاق ان يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين في المحكمة التي يوجد فيها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها التي أبرم فيها عقد الزواج^(١)، وأوجب أن يتضمن الطلب المقدم من الزوجة التي فوضت أمر نفسها بالطلاق جملة من البيانات التي حددها المشرع المغربي^(٢)، لأن تملك الزوجة حق تطليق نفسها قد يرد في عقد الزواج، كما يصح أن يكون بعد عقد الزواج وأثناء قيام الزوجية.

وإن تملك الزوجة يمكن أن يرد على طلبة واحدة رجعية، أو بائنة وقد يكون لأكثر من طلبة واحدة، لذلك ألزم المشرع المغربي القاضي أن يتأكد من شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين قبل الإذن بالإشهاد عليه على أن تحاول المحكمة الإصلاح بينهما قبل أن تأذن بالإشهاد على الطلاق، وعلى القاضي أن يفصل في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء^(٣).

ولكن ما هو الحكم إذا ملك الزوج زوجته حق طلاق نفسها دون أن يبين وصف هذا الطلاق؟

(١) ينظر: المادة (٧٩) من مدونة الأسرة المغربية.

(٢) نصت المادة (٨٠) من مدونة الأسرة المغربية على أن (يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق هوية الزوجين ومهنتهما وعنوانهما وعدد الأطفال إن وجدوا وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي ويرفق الطلب بمستند الزوجية والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية)

(٣) ينظر: المادة (٨٩) من قانون المدونة المغربية

إن الطلاق يملكه الزوج على زوجته وله إيقاعه بطلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاث، لذلك يكون للزوجة عند تفويض الزوج لها إيقاع طلاق نفسها بطلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاث، وللزوج أن يناكرها في أنه كان ينوي طلقة واحدة إذا أوقعت الزوجة الطلقات الثلاث، ويكون القول قوله مع يمينه^(١).

وأجد أنه لا فائدة من تفويض الزوج زوجته تطليق نفسها إذا أوقعت الزوجة بهذا التفويض طلقة واحدة رجعية، لأنه يكون بإمكان الزوج مراجعتها، لذلك يكون من الأفضل أن يكون القول قول الزوجة ونيتها في إيقاع طلاقها إذا ملكها الزوج تطليق نفسها ثلاث طلقات.

المطلب الثاني

الرجوع عن التفويض ورده

اختلف الفقهاء المسلمين بشأن جواز رجوع الزوج عن تفويضه لزوجته، هذا ما نتناوله في الفرع الأول، ويكون للزوجة أن ترد ما فوضت به من تطليق نفسها، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الرجوع عن التفويض شرعاً وقانوناً

أولاً: الرجوع عن التفويض شرعاً:

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين بشأن جواز رجوع الزوج عن تفويض الزوجة إيقاع الطلاق بنفسها إلى عدة آراء وكالاتي:

الرأي الأول: عدم إجازة الزوج الرجوع عن التفويض:

يرى فقهاء الحنفية^(٢)، أنه ليس باستطاعة الزوج الرجوع عما فوض به الزوجة طلاق نفسها، واستدلوا برأيهم بأن الزوج في الوقت الذي فوض فيه زوجته الطلاق قد

(١) أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٤٩؛ ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر

سابق، ج ٣، ص ٣٥٣.

ألزم نفسه ولا يمكنه الرجوع فيه أو فسخه سواء كان بلفظ طلقي نفسك أو اختاري نفسك أو أمرك بيدك، لأن هذا التفويض فيه معنى اليمين، واليمين تصرف لازم وفيه تعليق من الزوج للزوجة في إيقاع الطلاق بنفسها وهو كسائر التعليقات لا يقبل الرجوع والفسخ، ولأن التفويض فيه معنى التمليك، إذا قال لها ملكتك نفسك بخلاف قوله لها طلقي ضرتك أو طلقي زوجتي فيكون هذا بمثابة توكيل وإنابة لها يمكن له الرجوع عنه. بينما يرى فقهاء المالكية^(١)، أن الزوج إذا فوض الزوجة تخييراً أو تمليكاً ليس له الرجوع عن تفويضه، إلا أن للزوج الذي فوض زوجته توكيلاً جاز له الرجوع عن هذه الوكالة، لأنه إذا وكل الزوج زوجته وأتابها في تطليق نفسها فله عزلها قبل إيقاعها الطلاق بالوكالة، إلا إذا تعلق حق زائد لغيرها على التوكيل.

ويذهب ابن رشد القرطبي^(٢) أن الرجل إذا فوض زوجته الطلاق على وجه التمليك فأوقعته ثلاثاً أو قالت طلقت نفسي وأرادت به ثلاث طلاقات، فالقول قول الزوجة، إلا أن يناكرها الزوج بأنه لم يريد في هذا التفويض إلا تمليكها طلاقة واحدة فيحلف على ذلك، ويمكنه الرجوع إلى زوجته، لأنه يكون أملك بها ما دامت في العدة، باعتبار أن ما ملكها الزوج من تفويض طلاقة واحدة رجعية، بخلاف قوله لها جعلت أمرك بيدك فقد جعل بيدها في هذا اللفظ ما كان بيده من طلاقها ويحتمل به واحدة أو اثنتين أو ثلاثة، والقول هنا قول الزوجة فيما أرادت به طلاقها من طلاقة واحدة أو اثنتين أو ثلاث.

الرأي الثاني: إجازة الزوج الرجوع عن التفويض:

يذهب فقهاء الشافعية والحنابلة^(٣)، إلى أنه يكون للزوج الرجوع عن تفويضه

(١) الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٢، ص٤٠٦؛ الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، ج٤، ص٩٩.

(٢) ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، دت، ج٢، ص٥٣.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، مصدر سابق، ص٢٧٩؛ البهوتي، كشف القناع، ج٥، مصدر سابق، ص٢٣٨.

لزوجته في تطليق نفسها قبل قبولها التفويض، واستدلوا برأيهم بأن التفويض تمليك ومن ملك آخر شيء يتوقف عليه ويستطيع الرجوع عن تمليكه كالهبة التي يستطيع الواهب الرجوع عنها قبل قبولها من الموهوب له، ولكن إذا ما خير الزوج زوجته أو ملكها الطلاق ثم وطاها قبل اختيارها لنفسها فيبطل التخيير والتملك وهو أشبه بعزل الموكل لوكيله.

وأما الزوجة المخيرة فلا يُعد طلاقها إلا ثلاثاً إذا اختارت الثلاث وكانت مدخول بها، كما لها أن تختار واحدة أو اثنتين أو ثلاث، فإن اختارت طلقة واحدة كانت رجعية وله الرجوع إليها، وأما إن كانت الزوجة غير مدخول بها، فالقول قول الزوج مع يمينه بأن نيته في التفويض كانت واحدة رجعية وله الرجوع إليها، فإن لم تكن له نية فيما فوض به الزوجة من عدد الطلقات، فالقول قول الزوجة كما هو الحكم في التملك.

والملاحظ أنه في حالة تفويض الزوج زوجته أمر تمليكها أو تخييرها واستعملت حقها في تطليق نفسها فانه من الواجب أن يحال بينها وبين زوجها وأن لا يقربها ولا يطأها حتى تُبين موقفها من تطليقها منه فأما أن تطلقه وتبين منه أو ترد تفويضه وترجع إليه^(١).

ثانياً: رجوع الزوج عن تفويضه أو توكيله الزوجة في القوانين المقارنة: لم يتطرق المشرع العراقي إلى مسألة كيفية رجوع الزوج عن تفويضه أو توكيله الزوجة تطليق نفسها، وأحال هذه المسألة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية^(٢)، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي، نجد أن الإذن والأمر يعدان توكيلا إذا دلت القرينة عليه والإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة^(٣)، وإذا ما نفذت الوكالة يعد قبولا

(١) أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص ١٢٨؛ د. محمد الحسن مصطفى البغاء، إذن الزوج بإيقاع

الطلاق من الغير، دون مكان أو سنة نشر، ص ٣٥٥.

(٢) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣) ينظر: المادة (٩٢٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل

لها، ولكن إذا ردت الوكالة بعد العلم بها ارتدت ولا عبرة بتنفيذها بعد ذلك^(١)، وهذا يعني بأن المشرع العراقي يجيز للزوج الرجوع عما وكل به زوجته أمر تطليق نفسها. بينما لم يجيز المشرع المغربي في مدونة الأسرة للزوج الرجوع عن تملكه الزوجة والذي يكون بموجبه للزوجة المملكة الحق في إيقاع الطلاق بنفسها، باعتبار أن تملك الزوجة يقيد الزوج ولم يجيز له الرجوع عن هذا التملك، متى ما اختارت الزوجة نفسها، إلا أنه يكون للزوج الرجوع إلى زوجته بموافقتها بعد أن أبانت نفسها من زوجها بينونة صغرى من جهتها^(٢).

الفرع الثاني: رد التفويض شرعاً وقانوناً

أولاً: رد التفويض شرعاً:

تباينت آراء الفقهاء المسلمين^(٣) بشأن رد الزوجة ما فوضت به من زوجها في تطليق نفسها في التفويض المنجز سواء كان التفويض بنوعيه المطلق أو المؤقت.

أولاً: التفويض المنجز المطلق: الذي يطلق فيه الزوج لفظ التفويض لزوجته دون أن يقيد بزمان، بقوله لها أمرك بيدك فيبقى الأمر بيدها، وكذا المخيرة، كأن يقول لها خيرتك نفسك متى شئت، أو أمرك بيدك متى شئت، مما يجعله لا يقتصر على المجلس لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاعت.

ثانياً: التفويض المنجز المؤقت: الذي يطلق فيه الزوج لفظ التفويض لزوجته، إلا أنه مؤقت بزمان معين، كأن يقول لها اختاري نفسك اليوم فيكون لها الخيار إلى غروب الشمس ولا يبطل خيارها بقيامها من المجلس؛ لأنه جعل لها خيار محدد إلى أن

(١) ينظر: المادة (٩٢٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر: المادة (٨٩) من مدونة الأسرة المغربية.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٤، ص٢٦٦؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٤، ص٥٧٢؛ الأزهرى، جواهر الاكليل، مصدر سابق، ج١، ص٣٦٠؛ النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج١، ص٥٧؛ البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج٧، ص٣٥٦.

ينتهي وقته فيبطل، أو يقول لها أمرك بيدك اليوم وغداً أو شهر من الآن فلها الأمر من الوقت الذي أوجب فيه الزوج التفويض إلى مثله من اليوم أو الغد أو الشهر الذي حدده لها؛ لأن ذلك التفويض يقع صحيحاً على كل يوم تام أو شهر تام أو سنة تامة ولا يتقيد تفويضها خلال المدة التي فوضت بها، بل لها الأمر في الوقت كله فإن شاءت طلقت نفسها على الفور أو التراخي، وإذا ما ردت الزوجة التفويض في اليوم الذي فوضت به طلاقها، لم يبق لها الخيار إلى يوم غد؛ لأنه تفويض واحد لم يفصل بينهما فاصل، وأيضا إلى علق الزوج التفويض إلى أمر ممكن الحدوث في المستقبل، كأن يقول لها أمرك بيدك إذا قدم أخوك فقدم أخوها يكون الأمر بيدها، وأما إذا كان المستقبل غير محتمل الوقوع فلا يقع التفويض، كأن يقول لها إذا لمست السماء أمرك بيدك، فلا يقع التفويض لأنه علق التفويض على مستقبل مستحيل الوقوع^(١).

ويرى ابن عابدين من فقهاء الحنفية^(٢)، أن الزوجة إذا ما فوضت تطليق نفسها يكون تمليكا لها ومن الممكن أن ترد ما فوضت به بقولها اخترتك أنت، إذا أراد الزوج جواب زوجته في ذات المجلس، وأما إذا قامت من المجلس فلا يعد جواباً منها في رد التفويض ما لم تجيب اخترتك زوجي، ولكن إذا قال لها اختاري لنفسك في يومين فاخترته في اليوم الأول، يكون للزوجة أن توقع طلاقها في اليوم الثاني، فإذا أوقعت الطلاق بعد اختيارها له في اليوم الأول فليس لها رد تفويضه لأنها اختارت نفسها بطلاقها من زوجها في هذا اليوم ولم يبق لها الخيار، لأن المؤخر بين شيئين لا يملك إلا أن يختار أحدهما ولا يملك الأثنين معاً.

بينما يرى فقهاء المالكية^(٣)، أن رد الزوجة ما فوضت به من زوجها في تطليق نفسها يكون أما بالقول أو بالفعل، ويكون الرد القولي للزوجة إيجابتها بمقتضى اللفظ

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج٢، ص ٢٢٣.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٤، ص ٥٨١.

(٣) ابن عرفة، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٢، ص ٥٣١؛ الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر

سابق، ج٤، ص ٥٣١.

الذي استعمله الزوج فيعمل بمقتضاه كأن ترد بالقول، اخترتك زوجاً لي جواباً على الزوج، بقوله لها اختاري نفسك، وأما الرد الفعلي، فيكون بتمكين الزوجة المخيرة أو المملكة نفسها من زوجها في الاستمتاع بها، ويسري هذا الأمر حتى وإن كانت لا تعلم بتفويض الزوج لها أو جاهلة الحكم في أمر تفويضها فإنه يسقط حقها ويبطل ما بيدها. ويذهب فقهاء الشافعية^(١)، إلى أن من حق الزوجة أن ترد ما فوضت به من زوجها في تطليق نفسها، لأنه تمليك لها، والمُملَك من حقه أن يقبله أو يرده، وإذا ردت الزوجة ما جعل بيدها بطل خيارها في التفويض، لأن التفويض أشبه بالوكالة التي تبطل برجوع الموكل عنها وعزلها^(٢)، فإذا أوقع الوكيل الطلاق وادعى الزوج رجوعه عن الوكالة قبل الإيقاع قبلت دعواه وفي رواية عن الإمام أحمد لا يقبل إلا ببينة^(٣)، باعتبار أنه ينبغي على الوكيل النظر في المصلحة فإذا لم يفعل ذلك انتقل الحق إلى الحاكم لينظر المصلحة بنفسه^(٤).

ثانياً: رد التفويض في القوانين المقارنة: نجد أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لم يتطرق إلى مسألة رد الزوجة تفويض الزوج لها، إنما أحال هذه المسألة إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية^(٥).

ولكن هذا لا يمنع المشرع العراقي من قبوله رد الزوجة ما فوضت به من زوجها في تطليق نفسها واختيارها البقاء مع زوجها، ولكن ليس للزوج إذا ما فوض زوجته أن

(١) البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ١٣١٩هـ، ج٤، ص١٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٨١.

(٣) البهوتي، كشاف الفناع، مصدر سابق، ج٥، ص٢٣٩.

(٤) د. محمد الحسن مصطفى، مصدر سابق، ص٣٥٨.

(٥) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة (٤٠٠) من مدونة الأسرة المغربية.

يعزلها عن ذلك التفويض إن كان تخبيراً أو تملكياً، إلا أنه بإمكانه عزل ما أناب به زوجته في تطبيق نفسها توكيلاً.

لذلك نقترح على المشرع العراقي أن ينص في المادة (٣٤) المقترحة ليكون النص بالشكل الآتي:

٥- إذا ملك الزوج زوجته أمر نفسها أو خيرها فليس له أن يعزلها عن ذلك ولها أن تفعل ما جعل بيدها.

٦- إذا خير الزوج زوجته بين البقاء أو الفراق فلها أن تختار البقاء معه أو الفراق منه .

٧- يقع تطبيق الزوجة المفوضة من زوجها تخبيراً أو تملكياً نفسها بائن بينونة صغرى. بينما أجاز المشرع المغربي لقاضي الموضوع أن يتأكد من شروط التملك المتفق عليها بين الزوجين، ولكن على القاضي أن يحاول الصلح بينهما وإقناع الزوجة الرجوع إلى حياتها الزوجية بعد أن ترد الزوجة ما فوضت به من تملك نفسها وتختار البقاء مع زوجها^(١).

(١) ينظر: الفقرة (٢) المادة (٨٩) من مدونة الأسرة المغربية.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من البحث في موضوع تفويض الزوجة في الطلاق توصلت إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولاً: النتائج

- ١- أجاز الفقهاء المسلمين ومشرعي قوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة منح الزوج تفويض وتوكيل الزوجة نفسها في إيقاع الطلاق بنفسها .
- ٢- يُعد تفويض الزوج لزوجته تخييراً أو تملكاً لا يمكنه الرجوع عنه ولها إيقاع ما خُيرت أو ملكت به من طلاقات.
- ٣- يمكن للزوج أن يرجع عن إنابة الزوجة تطليق نفسها توكيلاً بعزلها ما لم تنفذ الوكالة أو تعلق بحق زائد يخص غيرها.
- ٤- يمكن أن يكون التفويض منجزاً مطلقاً أو مؤقتاً أو مضافاً إلى مستقبل متحقق الوقوع.
- ٥- أجاز بعض الفقهاء المسلمين رجوع الزوج عن تفويضه بينما لم يجيز المشرع المغربي في مدونة الأسرة للزوج الرجوع عن تملك زوجته في تطليق نفسها .
- ٦- يتفق الفقهاء المسلمين على جواز رد الزوجة ما فوضت به من زوجها في تطليق نفسها واختيارها البقاء مع زوجها.

ثانياً: المقترحات

- ١- التفويض تملك الزوج زوجته تطليق نفسها وقت إنشاء العقد أو بعده.
- ٢- إذا وكل الزوج زوجته أمر طلاقها فلها في حدود وكالتها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين أو ثلاث طلاقات.
- ٣- للزوج الذي أناب زوجته بإيقاع الطلاق لنفسها توكيلاً الرجوع عن وكالته وعزلها قبل تنفيذ الوكالة ما لم يتعلق حق للغير بها.

- ٤- لمعرفة عدد الطلاقات في التوكيل والتمليك يعمل بالمعنى الصريح لعبارة الزوجة عند مناكرة الزوج لها مع يمينها.
- ٥- اذا ملك الزوج زوجته أمر نفسها أو خيرها فليس له أن يعزلها عن ذلك ولها أن تفعل ما جعل بيدها.
- ٦- إذا خير الزوج زوجته بين البقاء أو الفراق فلها أن تختار البقاء معه أو الفراق عنه.
- ٧- يقع تطليق الزوجة المفوضة من زوجها تخبيراً أو تملكاً نفسها بائن بينونة صغرى.



المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير:

- ١- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القران، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٢- ابن كثير، اسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠١هـ.

ثانياً: كتب الأحاديث والشروح والاصول:

- ١- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير للنشر، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- ٢- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

ثالثاً: الفقه الإسلامي:

الفقه الحنفي:

- ١- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للنشر، ط٢، بيروت، ١٤١٢هـ.
- ٢- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للنشر، ط٢، د.ت.
- ٣- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، دار الكتب الاسلامي للنشر، القاهرة، ١٣١٣هـ.
- ٤- السرخسي، شمس الدين السرخسي الحنفي، المبسوط، دار المعرفة للنشر، بيروت، د.ت.
- ٥- الكاساني، علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي للنشر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

- ٦- العيني، محمود بن أحمد العيني الحنفي، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ.
- ٧- المرغيناني، علي بن ابو بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الاسلامية للنشر، د.ت .

الفقه المالكي:

- ١- الامام مالك، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، د.ت.
- ٢- الدردير، ابو البركات أحمد الدردير المالكي، الشرح الكبير على مختصر خليل، تحقيق محمد عيش، دار الفكر للنشر، بيروت، د.ت.
- ٣- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم العدوي المالكي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق شيخ يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.
- ٤- ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، دار الفكر للنشر، بيروت، د.ت.
- ٥- الخرشي، محمد بن عبدالله بن علي الخرشي المالكي، مختصر سيدي خليل من حاشية الخرشي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

الفقه الشافعي:

- ١- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للنشر، بيروت، ١٤٠٤هـ.
- ٢- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية للنشر، القاهرة، ١٤١٥هـ.
- ٣- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق الشيخ علي محمد معوض واخرون، دار الكتب العلمية للنشر، ط١، بيروت، ١٩٩٩.
- ٤- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي للنشر، ط٣، عمان، ١٤١٢هـ.

٥- البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، ١٣١٩هـ.

الفقه الحنبلي:

١- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الحنبلي، المغني، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، وآخرون، عالم الكتب للنشر، ط٣، الرياض، ١٤١٧هـ.

٢- _____، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي للنشر، بيروت، ١٤٠٨هـ.

٣- البهوتي، منصور ابن يونس بن ادريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصلي مصطفى هلال، دار النشر للفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٤- المرادوي، علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، د.ت.

الفقه الظاهري :

١- ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، دار الفكر للنشر، بيروت، د.ت.

رابعاً: كتب المعاجم اللغوية:

١- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين بن منظور الانصاري الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت، ١٩٥٦.

٢- الزبيدي محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.ت.

٣- الفيروزي ابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت.

خامساً: كتب الفقه المعاصر والقانون الحديث:

- ١- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح للنشر، د.ت .
- ٢- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٣- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
- ٤- _____، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- ٥- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، د.ت.
- ٦- عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، ط ١، طبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦.
- ٧- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، ٢٠٠٠ .
- ٨- محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧.
- ٩- محمد الحسن مصطفى البغا، أذن الزوج بإيقاع الطلاق من الغير، لانا، د.ت .
- ١٠- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.

سادساً: الرسائل الجامعية:

- ١- أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٩ .

سابعاً: القوانين المقارنة:

- ١- قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٣- مدونة الأسرة المغربية رقم (٦٣-٧٠) لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

المخلص:

إن الحق في الطلاق هو ملك للزوج يوقعه في أي حال ما دام أهلاً لإيقاعه، ولكن لظروف معينة قد يفوض الزوج زوجته في إيقاع طلاقها بنفسها، تملكاً أو تخبيراً أو توكيلاً، بما فوضت به الزوجة من طلاقات ثلاث يملكها الزوج عليها، وهذا التفويض أما أن يكون بلفظ صريح أو كنائي، ويمكن أن يكون التفويض مطلق أو مؤقت، باعتبار أن التفويض له حقيقته الشرعية وألفاظه التي يقع بها وأثاره المترتبة عليه في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية محل الدراسة، إلا أن هذا التفويض لا يمنع الزوج من منكرة زوجته في عدد الطلاقات التي فوضت بها وله مراجعتها، ولا يمنع التفويض امتلاك الزوج حقه في إيقاع طلاق زوجته بنفسه قبل استعمال الزوجة تفويضها وتنفيذ توكيلها في تطبيق نفسها .

ABSTRACT :

The right to divorce is possessed by a husband. However, for certain conditions a husband may authorize his wife to divorce herself possessively, optionally or by procuracy in the three divorces he possesses over her. Authorizing a wife by her husband may be express or metonymic absolutely or temporarily, in that authorization has its shariite fact and its words through which it occurs and from which effects result. However, such an authorization shall not prevent the husband from taking issue with his wife in the number of divorces to which she is authorized and in approaching her. That the husband possesses the right to make a divorce by himself shall not be sufficient after authorizing and delegating her wife to divorce her self .