



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

الوكيل القضائي دراسة فقهية مقارنة

بحث تكميلي أعد لمعادلة شهادة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب

محمد ربيع ناصر

إشراف الدكتور

أحمد حسن

١٤٤٠هـ / ٢٠١٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى خير خلق الله تعالى قاطبة سيدنا رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم

وأصحابه الأطهار.

وإلى من ربّني، وسهرت الليالي حتى توصلني إلى الدرجات العلا. والدي رحمهما

الله تعالى.

وإلى من علمني أن الحياة عمل، وجدّ، واجتهاد، حتى ينال المرء ثواب الله تعالى

والدي حفظه الله تعالى.

وإلى أخواتي الثلاثة.

وإلى صاحبة المودة والرحمة التي ضحّت بوقتها من أجلي. زوجي.

وإلى زينة الحياة الدنيا التي أسأل الله تعالى أن يجعلهم على نهج رسول الله صلى

الله عليه وسلم. أولادي.

وإلى جميع أساتذتي، ومشايخي، وجميع المسلمين إلى يوم الدين.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير لفضيلة **الدكتور أحمد حسن ، والدكتور محمد حسان**

محض الذي تكرماً بالإشراف على هذه الرسالة المتواضعة ، فمنحاني من وقتهم وجهدهما، وغمراني بلطفهما، وكرم أخلاقهما، وأمداني بالتوجيه والإرشاد والتصويب حتى تمت هذه الرسالة على أتم وجه ، فجزاهما الله تعالى عني كل خير ، وجعل هذا العمل في ميزان حسناتهما يوم القيامة.

كما وأتقدم بالشكر إلى القاضي الشرعي الأول بحلب **الأستاذ نادر كده** على

أخلاقه الكريمة المتواضعة ، وسعة علمه ، الذي أطلعني على كثير من الأمور وبالأخص النصوص القانونية التي تخص بحثي، فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء.

كما أشكر كل من قدم لي **نصيحة، أو إبدى رأياً، أو فكرة،** عن موضوع هذه

الرسالة.

كما وأتقدم بالشكر لكل **أساتذتي، ومشايعي** الأفاضل آملاً من الله تعالى أن يبقوهم

ذخراً للمسلمين.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في أحسن تقويم، وجعل تصرفاته التي تصدر عنه صحيحة ونافذة مادامت موافقة للشريعة الإسلامية؛ فبيعه وشرأؤه وإيجاره وطلاقه وصلاته وصومه كل ذلك منه صحيح ونافذ.

فإذا كان الإنسان ناقص الأهلية اختلف أمره، واختلفت تصرفاته بحسب النقص الذي يصيب أهليته، وإن الشخص ناقص الأهلية لا يستطيع التصرف في نفسه وماله تصرفاً كاملاً فيحتاج إلى من يعاونه في تصرفاته لتكون صحيحة.

وإن كل إنسان ناقص الأهلية ، أو فاقد لها تجب عليه النيابة الشرعية ، والنيابة الشرعية تنقسم إلى أربعة أقسام: إما ولاية، أو وصاية، أو قوامة، أو وكالة قضائية. فالولاية للأقارب من أب أو جد أو غيرهما ، والوصاية على الأيتام ، والقوامة على المجانين والمغفلين والسفهاء ، والوكالة القضائية على الغائبين والمفقودين والتي هي مدار بحثي.

أهمية الموضوع:

ومن هنا تأتي أهمية أحكام الوكيل القضائي في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية ، فالشخص الذي لا يستطيع التصرف في نفسه وماله تصرفاً كاملاً؛ لعجزه عن التصرف، تكون تصرفاته غير صحيحة؛ فإن لم يجد أحداً يكون عوناً له، يكون عاجزاً عن خدمة نفسه، وعن خدمة المجتمع الذي هو فيه بنفسه وماله.

فالإسلام دين خالد نظم أحكام الوكيل القضائي، بيّن أبعاده وشروطه، وأحكامه...حتى يكون المجتمع متكاملًا ، فالكثير من الناس يريد معرفة أحكام الوكيل القضائي ، وما آثاره حتى يكونوا على بينة من ذلك.

فهي رسالة لعامة الناس وخواصهم؛ حتى يتعرفوا على الحكم الشرعي الصحيح.

سبب الاختيار:

أحببت أن أتكلم عن موضوع "الوكيل القضائي دراسة فقهية مقارنة"؛ للأمور الآتية:

- ١- سؤال الكثير من الناس عن أحكام المفقود والغائب، وشروطهما.
 - ٢- ما أفرزت هذه الأزمة التي مرت بها بلادنا زيادة كبيرة وهائلة في عدد المفقودين والغائبين.
 - ٣- لتبيين شروط الوكيل القضائي، وأنواعه.
 - ٤- لتبيين ما هي صلاحيات الوكيل القضائي، وما هي الأمور التي يحظر عليه فعلها؛ حتى يكون الوكيل على بينة من هذا الأمر؟.
- كل هذه الأسئلة وغيرها، تُرد على السنة الكثير من الناس، فهذه الرسالة ستحاول الإجابة عن هذه الأسئلة، وتبين الحكم الشافي.

الهدف من الموضوع:

تهدف هذه الرسالة إلى:

- ١- دراسة مفصلة لموضوع "الوكيل القضائي دراسة فقهية مقارنة".
 - ٢- دراسة ما ينبثق عن هذا الموضوع من فروع وجزئيات.
 - ٣- بيان حكم الشريعة الإسلامية في الوكيل القضائي.
 - ٤- وما رأي قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية بشأن الوكيل القضائي؟.
- كل ذلك لتبيين وجه الحق، وآراء العلماء وأدلتهم؛ حتى يكون الناس على بينة من ذلك.

حدود البحث: تناولت في بحثي الموضوعات الآتية:

- ١- معنى المفقود والغائب، وما هو الفرق بينهما.
- ٢- بما أن الوكيل القضائي نائب عن المفقود ، بيّنت معنى النيابة وبعض المصطلحات القريبة منها.
- ٣- صلاحيات الوكيل القضائي عند الفقهاء ، وفي قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية ، (السوري ، والمصري ، والأردني ، والإماراتي ، والجزائري والعراقي، والمغربي، واليمني).
- ٤- الأمور التي ليست من مهمة وصلاحيات الوكيل القضائي ، والمختلف فيها بين الفقهاء.
- ٥- الاجتهادات المطلوب العدول عنها بشأن الغائب والمفقود.

مشكلة البحث:

- ١- هل للوكيل القضائي أن يجري المخالعة بدلاً من التفريق للغيبة أو التفريق للشقاق؟.
- ٢- وهل له أن يأخذ أجرة على عمله الذي يقوم به؟.
- ٣- وبالنسبة للتصرفات المالية هل له أن يبيع، أو يشتري، أو يتجر، أو يتبرع من مال المفقود والغائب؟.
- ٤- وهل له أن يقوم عن المفقود بالعبادات سواء أكانت بدنية، أم مالية، أم بدنية ومالية معاً؟.
- ٢- بالنسبة للمفقودين في حالة الحرب هل يُحكم بموتهم من تاريخ إصدار الحكم ، أم من تاريخ الفقد؟.

هذه بعض المشكلات يمكن أن يجاب عنها في البحث بإذن الله تعالى.

الدراسات السابقة:

من خلال بحثي عن هذا الموضوع وجدت بعض الرسائل منها:

١- " الأهلية والنيابة الشرعية على ضوء مدونة الأسرة " ، وهو بحث في الكتاب الرابع من مدونة الأسرة المغربي ، الصادر سنة ٢٠٠٤م- المغرب ، تكلم فيها الباحث عن الأهلية وأنواعها ، وعن النيابة الشرعية من خلال صلاحية النائب الشرعي في تدبير أموال القاصر. فكان جلّ اهتمام الباحث حماية أموال القاصرين والعناية بشؤون المحجورين، وأما بحثي فسيكون عن حماية أم وال المفقودين ، والعناية بشؤونهم ، من قبل الوكيل القضائي.

٢- أطروحة دكتوراه بعنوان " مسؤولية النائب الشرعي في إدارة شؤون القاصر " للباحث عبد الصمد عبو ، إشراف الدكتور : إدريس الفاخوري ، جامعة محمد الأول المغرب، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة ٢٠١٣م. اقتصر الباحث على إدارة شؤون القاصر المدنية والجنائية ، وعلى حماية ورعاية مصالحه، ومسائلة النائب الشرعي، وترتيب مسؤوليته عن أفعاله الغير مشروعة التي تمس شخص القاصر وأمواله، وأما هذه الرسالة فستكون في إدارة شؤون المفقود من قبل وكيله، وعلى رعاية مصالحه.

فهذه الأبحاث جزا الله باحثيها خير الجزاء . تكلموا عن النائب في حفظه لأموال القاصرين والمحجورين ، ولم يتكلموا عن الوكيل القضائي الذي يعينه القاضي نائباً ووكيلاً عن الغائبين والمفقودين، الذي سيكون مدار بحثي بإذن الله تعالى. وهناك قسم آخر من الدراسات تكلم فيها الباحثون عن المفقود والغائب والذي هو جزء من بحثي منها:

١- " أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة " ، للدكتور عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، وهو بحث مختصر، وموجز، من حيث الأدلة والمناقشة، بخلاف بحثي

فقد أخذت من أحكام المفقود ما يخص الوكيل القضائي، وفصلت فيه من حيث الأدلة والمناقشة، وآراء الفقهاء في ذلك.

٢- "تفصيل الكلام في أحكام الأسرى والمحبوسين والمفقودين في الإسلام" للشيخ علي الشريجي، وهو بحث مبسط، اقتصر الباحث فيه بالكلام عن أحكام المفقود.

٣- "أحكام المفقود" للدكتور محمد رجاء عبد العزيز الطويل، اهتم بالبحث بالجانب القانوني، وأسهب فيه، بخلاف بحثي فقد ذكرت فيه الجانب الفقهي والقانوني.

٤- "أحكام الغائب والمفقود" للدكتور عبد المنعم السقا، وهي أطروحة دكتوراه في جامعة دمشق، فقد تكلم الباحث عن الفرق بين الغائب والمفقود، وفصل في الحديث عن أحكام المفقود، وأما بحثي فقد تكلمت فيه عن بعض أحكام الغائب والمفقود، وفصلت الكلام عن الوكيل القضائي، مقارناً ما بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية.

٥- "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية" وهي رسالة ماجستير للباحث يوسف عطا محمد حلو، من جامعة النجاح الوطنية، الأردن، التي تمت مناقشتها بتاريخ ١٧/٨/٢٠٠٣م، فقد تكلم فيها الباحث عن الآثار المتعلقة بالمفقود كزوجته، وأمواله، ولم يتطرق إلى غيرها إلا بشكل مختصر، وأما بحثي فقد تكلمت فيه عن كل ما يخص عمل الوكيل القضائي بشأن المفقود والغائب.

وهناك بعض الأبحاث الموجزة، والمقالات القصيرة لم يتوسع فيها أصحابها، منها:

١- بحث بعنوان: "أحكام المفقود"، للدكتورة دليلة براف أستاذة الفقه المقارن بكلية العلوم القانونية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، البلدية، رسالة المسجد، العدد الخامس، شوال ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، وهو بحث مختصر اقتصر فيه الباحثة على بعض المواد القانونية، ولم تبين الحكم الفقهي في ذلك.

٢- "المفقود في القانون الجزائري" وهو مشروع تخرج للباحثة القاضية قيسة فاطمة في المدرسة العليا للقضاء، مديرية التربصات، اقتصرت فيه الباحثة في الكلام عن

المفقود في القانون الجزائري ولكن بشكل مختصر جداً ، دون الرجوع إلى أقوال الفقهاء، وبلا أدلة، ولا مناقشة.

٣- " مدة انتظار المفقود " للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، كلية الشريعة- جامعة دمشق، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة تكلم فيه الباحث عن أثر فقدان على الزوجة ، سواء من حيث العدة ، أو النفقة، دون ذكر الأدلة والمناقشة، بل اكتفى بأقوال الفقهاء، وبعض نصوص القانون.

٤- " مدة انتظار المفقود" للباحث عبد العزيز بن صالح الحميد، عضو المحكمة العليا- المملكة العربية السعودية، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، تكلم فيه الباحث عن تحديد المدة لزوجة المفقود حتى يتم فصلها عن زوجها، وحكم الزوجة بعد عودة المفقود من غيبته ، بيّن أقوال الفقهاء ، وأدلتهم، ولم يتعرض لغير هذه الأمور.

فهذه الأبحاث مبسّطة، ومنها مقتصر على حكم فقهي واحد ، كأبحاث مدة انتظار المفقود.

وكان عليّ أن أذكر هذه الأبحاث والرسائل في المقدمة والتي تكلمت عن النيابة والمفقود مع أنها لا تخص بحثي كثيراً وذلك للأمانة العلمية؛ لأنني تكلمت عن المفقود والغائب كمقدمة لضرورة وجود الوكيل القضائي عنهما ، وفصلت الكلام عن أحكام الوكيل القضائي بذكر أقوال الفقهاء مع الأدلة والمناقشة ، وذكر قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية.

فلهذا سيكون بحثي مقارناً في أحكام الوكيل القضائي بين الفقهاء في المذاهب الأربعة من ناحية، وبين قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية، من ناحية أخرى.

وأيضاً من خلال بحثي عن هذا الموضوع لم أجده موسّعاً في كتب الفقه والقانون وإنما متفرقاً وبفقرات قليلة جداً، ولم أجد أحداً تكلم عن هذا الموضوع.

وأخيراً أسأل الله تعالى أن يعينني على هذا العمل الذي يحتاج جهداً ، ووقتاً للبحث فيه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكون مفيداً لي وللمسلمين، وأن يكتب لي فيه النجاح والقبول، إنه على ما يشاء قدير، وبالإجابة جدير، والحمد لله رب العالمين

منهج البحث:

سأدرس إن شاء الله تعالى موضوع "الوكيل القضائي دراسة فقهية مقارنة " وفق المنهج التحليلي وذلك بالرجوع إلى المصادر والمراجع، وجمع ما أستطيعه من أقوال الفقهاء وآرائهم، والأدلة على ذلك من القرآن والسنة بعد تخريجها من مصادرهما ، ثم الترجيح بلا رفض للأقوال الأخرى، ولا تعصّب لمذهب، وأناقش ما فيها من شبهات إن وُجد، وأردّ على المخالفين حسب قوة الدليل ، وأهم الاجتهادات القضائية للوكيل القضائي، وصلاحياته، وذكرت قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية (السوري، والمصري، والأردني، والإماراتي، والجزائري، والعراقي، والمغربي واليمني)، وعند ذكرني لأي مصدر لأول مرة ذكرت تفاصيل الكتاب بالكامل بالهامشية وما أخرجه البخاري ومسلم اكتفيت بهما، وما أخرجه غيرهما توسعت بالتخريج منهما.

الخطّة التي يبنى عليها البحث:

قسمت هذه الرسالة إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وخمسة فصول، وخاتمة، وفهارس. ذكرت في المقدمة ما أسلفت من أهمية الموضوع، وسبب الاختيار، والهدف من الموضوع ، وحدود البحث، ومشكلة البحث، والدراسات السابقة، ومنهج البحث والخطّة التي يبنى عليها البحث.

وسأتكلم في **الفصل التمهيدي** عن مفهوم الوكالة ا لقضائية كتعريف الوكالة والقضاء، والوكيل، والمفاهيم المشتركة بينهما كالنيابة، والولاية، والوصاية، والفرق بين الغائب والمفقود، وأنواع المفقود، وحدّ الغيبة، وكيفية سير دعوى المفقود، ورأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بشأن الوكيل القضائي.

وفي **الفصل الأول** سأذكر شروط الوكيل القضائي وأنواعه، وسأقسمه إلى أربعة مباحث: مشروعية الوكالة، وشروط الوكيل القضائي المتفق عليه، والمختلف فيها بين الفقهاء، ورأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في شروط الوكيل القضائي، وأنواع الوكلاء القضائيين.

وسأتحدث في **الفصل الثاني** عن صلاحيات الوكيل القضائي عند الفقهاء، وفي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية، وسأقسمه إلى أربعة مباحث، وسأبين هل للوكيل القضائي أن يأخذ أجره على عمله، وبأن وكيل القاضي له نفس صلاحيات الوكيل المختار يتصرف في كل ما فيه نفعاً محضاً للمفقودين والغائبين باستثناء بعض الأمور يختلف فيها عنه، فليس للوكيل القضائي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المفقود، ولا أن يبيع شيئاً بخلاف الوكيل المختار.

وفي **الفصل الثالث** سأتكلم عن الأمور التي يحظر على الوكيل القضائي فعلها، وهل له أن يتصدق عن المفقود أو يتبرع عنه، أو يقرض أو يُعير، أو يطلق زوجة الغائب أو المفقود، أو يخالع؟، فهذه الأمور إن كان فيه نفعاً للمفقود جاز ذلك وإلا فلا، فهذا سأقسمه إلى مبحثين: الأمور المالية، كالقرض، والإعارة، والتبرع، والصدقة، والأيمان والنذور، والأمور الشخصية كالطلاق، والرجع، والخلع. ورأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية، وسأبين الحج والعمره عن الغائب والمفقود والخصومة بالمطالبة بالحقوق، وإثبات القصاص واستيفاءه.

وفي **الفصل الرابع** سأحدث عن انتهاء الوكالة القضائية، وبأن مهمة الوكيل تنتهي بموته، أو بموت الغائب والمفقود، أو انتهاء مدة الوكالة، أو عودة المفقود، وبم يعزل الوكيل القضائي؟، ورأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في انتهاء الوكالة القضائية، ومصير الأموال التي في عهدة الوكيل القضائي، ومحاسبة الوكلاء القضائيين.

وفي الفصل الخامس سأبين أهم اجتهادات الوكيل القضائي المطلوب العدول عنها لتحديد تاريخ موت المفقود ، وتاريخ الحكم بوفاة الغائب ، والمفقود بسبب العمليات الحربية وأمثالها، واجتهادات محكمة النقض للوكيل القضائي. وفي النهاية سأذكر الخاتمة وأهم النتائج والتوصيات. ومن ثم الفهارس. وأهمها:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

ثالثاً: فهرس الآثار.

رابعاً: فهرس الأعلام.

خامساً: فهرس المسائل الفقهية.

سادساً: فهرس المواد القانونية.

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

ثامناً: فهرس الموضوعات.

والحمد لله رب العالمين

الفصل التمهيدي

مفهوم الوكالة القضائية

ويتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: تعاريف عامة.

المبحث الثاني: مفاهيم ذات صلة.

المبحث الثالث: أنواع الفقد والغيبة، وحد الغيبة.

المبحث الأول: تعاريف عامة:

المطلب الأول: تعريف الوكالة:

الوكالة لغة: بالفتح والكسر الحفظ، والوكيل الحافظ، والوكيل في صفة الله تعالى الذي توكل بالقيام بجميع ما خلق.

والتوكيل: تفويض التصرف إلى الغير، وسمي الوكيل وكي لاً؛ لأن موكله قد فوض إليه القيام بأمره فهو موكل إليه الأمر^(١).

وفي الاصطلاح: عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة:

فعرفها الحنفية بأنها : إقامة الغير مقام نفسه - ترفهاً أو عجزاً - في تصرف جائز معلوم^(٢).

وعرفها المالكية بأنها : نيابة ذي حق - غير ذي إمرة ولا عبادة - لغيره فيه، غير مشروط بموته^(٣).

وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته^(٤).

وعرفها الحنابلة بأنها : استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين^(٥).

(١) : ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين، لسان العرب، دار صادر- بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ١١ / ٧٣٦.

(٢) : الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- القاهرة، ١٣١٣هـ، ٣ / ١٧١، والغني، عبد الغني ابن طالب بن حمادة بن إبراهيم الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان دبت، ٢ / ١٣٨.

(٣) : الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المالكي مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م، ٥ / ١٨١.

(٤) : الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، د. ط، ٢ / ٢١٧.

(٥) : الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، د. ط، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م، ١ / ٧٥، والمرداوي، علاء الدين =

إذاً من خلال هذه التعاريف يتبين بأن هاتمتقاربة ومضمونها واحد، فهي تتحدث بالجملة عن إنابة شخص غيره في التصرف بأمره، فإن الموكل فوض أمره إلى الوكيل واعتمد عليه ووثق برأيه ليتصرف له التصرف الأحسن.

المطلب الثاني: تعريف القضاء:

تعريف القضاء في اللغة: الحكم والفصل، وإحكام الشيء والفراغ منه ، يقال : قُضِيَ يقضي قضاءً فهو قاضٍ إذا حَكَمَ وفَصَلَ^(١).

وفي الاصطلاح: تعددت التعريفات بين الفقهاء.

تعريف الحنفية والمالكية: القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^(٢). وعرفه الشافعية بأنه: إلزام من له الإلزام بحكم الشرع^(٣).

وعرفه الحنابلة بأنه: تبين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات ، وقطع المنازعات^(٤).

فهذه التعريفات متشابهة ومتفقة في معناها، وتعريف الحنابلة عبّر بالتبيين بدلاً عن الإخبار فذلك أوضح.

=أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإ ن صاف في معرفة الراجح من الخلاف دار إحياء التراث العربي، ط ٢، د ب ت، ٣٥٣ / ٥.

(١) : ابن منظور، لسان العرب ١٥ / ١٨٦.

(٢) : الطرابلسي، أبو الحسن علاء الدين، علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ط ٢، ١٣٩٣ هـ، ص ٧، وابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد ، برهان الدين اليعمري، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م، ١ / ١١.

(٣) : الهيثمي، ابن حجر، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المنهاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، د ب ط، ١٣٥٧ هـ / ١٩٨٣ م، ١٠ / ١٠١، والرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت د ب ط، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م، ٨ / ٢٢٤.

(٤) : البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه حاشية الشيخ العثيمين، وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ١ / ٧٠٤ ، والفقهاء الميسر في ضوء الكتاب والسنة مجموعة من المؤلفين، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٤ هـ، ١ / ٤١٧.

المطلب الثالث: تعريف الوكيل: الوكيل لغة : فعيل من الوكالة، وهو الحافظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحفيظ، وقيل : الوكيل الكفيل، ونعم الكفيل بأرزاقنا وقال في قولهم: حسبنا الله ونعم الوكيل: كافينا الله ونعم الكافي ، كقولك : رازقنا الله ونعم الرازق^(١).

وفي الاصطلاح: الوكيل هو النائب الذي يقيمه الموكل مقام نفسه مطلقاً، فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكاً له^(٢).

فللوكيل هو المفوض والنائب عن الغير في أمر قابل للنيابة^(٣).

وعرفه المالكية: هو من ينوب عن الموكل^(٤).

وعرفه الشافعية: هو القائم بما فوض إليه فيما يقبل النيابة^(٥). وجاء في المجموع: هو من يوكله الموكل وينيبه عنه ويعتمد عليه لعجز، أو طلب للراحة^(٦).

وجاء في المادة / ٦٦٥ / من القانون المدني: "بأن الوكيل هو الذي يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"^(٧).

من خلال التعاريف السابقة يتبين بأن الوكيل هو المفوض والنائب عن الغير في أمر قابل للنيابة.

(١) : ابن منظور، لسان العرب ١١ / ٧٣٤

(٢) : السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، د. ط، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م، ١٩ / ٥، وينظر أمين، محمد، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، ٥ / ٣٩١.

(٣) : البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، قواعد لفقه، الناشر : الصدف ببلشرز - كراتشي ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦ م، ص ٥٤٦.

(٤) : المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٤ م، ٧ / ١٦١.

(٥) : الشربيني، مغني المحتاج ٢ / ٢١٧.

(٦) : النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر ١٤ / ٩٢، بتصرف.

(٧) : المادة / ٦٦٥ / من القانون المدني السوري.

المطلب الرابع: تعريف الوكيل القضائي:

اتفق الفقهاء^(١) على أن الوكيل القضائي هو الذي يعينه القاضي من قبَلِه إن لم يوص الغائب أو المفقود لأحد.

وعرف القانون الوكيل القضائي بأنه النائب الشرعي عن الغائب والمفقود ؛ لعجزهما عن التصرف بأموالهما للغيبة والفقد^(٢).

وهناك مصطلح استخدمه الفقهاء في كتبهم هو المَسَخَّر وهو : أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه^(٣).

فالوكيل القضائي يقوم مقام الغائب والمفقود في تسيير أموره وإدارة شؤونه.

رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بشأن الوكيل القضائي:

١- نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة / ٢٠٤ / منه على ما يلي :
" إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلاً قضائياً " ^(٤).

٢- وجاء في المادة / ٢٤٧ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " يعين القاضي بناء على الطلب قيماً لإدارة أموال الغائب والمفقود ".

٣- وجاء في المادة / ٩٩ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري : " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً الأهلية، أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة ".

(١) : الزيلعي، تبين الحقائق ٢٠٨ / ٦، والخطاب، مواهب الجليل ٣٨٨ / ٦، والنووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين تحقيق: زهير الشاويش المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط ٣ ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م، ٣١١ / ٦، والبهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، ١٤٠٢ هـ، ٢٨٩ / ٦.

(٢) : د. الكردي، أحمد الحج، الأحوال الشخصية (الأهلية- والنيابة الشرعية والوصية- والوقف- والتركات)، منشورات جامعة دمشق، ط ٨، ١٤٢٥ / ٢٠٠٤ م، ص ١٢٣، ويظر السباعي مصطفى شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية، والمواريث ٥٤ / ٢.

(٣) : أمين، محمد، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ٤١٥ / ٥.

(٤) : الكردي، أحمد الحج، الأحوال الشخصية، الأهلية- والنيابة الشرعية والوصية- والوقف- والتركات، ص ١٢٣.

وجاء في المادة / ١١١ / من القانون نفسه: " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود، وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب، أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث، أو تبرع ".

٤- وجاء في المادة / ٨١ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " إذا توفي شخص ولم ينصب وصياً فللقاضي نصبه في الأحوال : أ- إذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لإثباته واستيفائه ب- إذا كان عليه دين ولا وارث له لإيفائه ج- إذا كانت له وصية ولا يوجد من ينفذها د- إذا كان أحد الورثة صغيراً ولا ولي له ".

٥- وجاء في المادة / ٢٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم ". وفي المادة : / ٢٣٠ / منه: " يقصد بالنايب الشرعي: أ- الولي وهو الأب والأم والقاضي ب- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم ج- المقدم وهو الذي يعينه القضاء ".

فالقانون المغربي استخدم لفظ المقدم وهو مختلف عما عليه القانون السوري، وهو الذي يعينه القاضي عند عدم وجود ولي أو وصي، لتسيير أمور القاصر أو المحجور.

٦- وجاء في المادة / ٢٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " إذا توفي الوصي أو حجر عليه، أو أفلس، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) عن القاصر وإذا غاب الوصي، أو اعتقل، وخشي من غيابه أو اعتقاله تعرض مصلحة القاصر للضياع، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) مؤقتاً ".

إذاً يتبين من خلال النصوص القانونية بأن الوكيل القضائي هو الشخص الذي يعينه القاضي للنظر في شؤون الغائب والمفقود، من إدارة أمواله والحفاظ عليها من الضياع وتسيير أموره، وغيرها من الحقوق.

ثم إن أحكام الوكيل القضائي من حيث شروطه، وصلاحياته، وتعيينه وعزله وانتهاء نيابته ، يسري عليه فيها ما يسري على الولي والوصي ، وقد نصت المادة

/ ٢٠٦ / من قانون الأحوال الشخصية السوري على ذلك ، ونصها: (يسري على القيم

والوكيل القضائي ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص صريح). وسوف أبحث في هذه الأحكام والشروط بإذن الله تعالى، وأقيسها على الوكيل.

المبحث الثاني: مفاهيم ذات صلة:

المطلب الأول: تعريف النيابة: لغة: ناب عنه ينوب مَنَاباً إذا قام مقامه . وهي جعل الإنسان غيره نائباً عنه في الأمر.

والنائب: من قام مقام غيره في أمر أو عمل^(١).

والنيابة في الاصطلاح : عند الحنفية : أن يتولى الشخص أمور غيره . وهذه الولاية إما أن تكون اختيارية أو إجبارية:

الاختيارية: هي الوكالة أي تفويض التصرف، والحفظ إلى الغير.

والإجبارية: هي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر^(٢).

والنيابة عند المالكية: قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر^(٣).

وعند الشافعية: قيام شخص عن غيره فيما يقبل فيه النيابة ليفعله له^(٤).

وعند الحنابلة: أن ينوب عنه شخص في تصرف ليفعله له^(٥).

ونصت المادة / ١٧٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الثالثة منها

والمادة / ١٧٢ : بأن النيابة هي: " العناية بشخص القاصر، وحفظ أمواله والتصرف به

(١) : ابن منظور، لسان العرب، ١ / ٧٧٤، والرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ط ٥، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م، ص ٣٢١، ومصطفى، إبراهيم، وغيره المعجم الوسيط، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دبت، ٢ / ٩٦١.

(٢) : الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م، ٥ / ١٥٢.

(٣) : الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر دط، دبت ٢ / ١٥.

(٤) : الجمل، سليمان بن عمر، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب- حاشية الجمل على شرح المنهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ٣ / ٤٠٠.

(٥) : المرداوي، الإنصاف ٥ / ٣٥٣.

واستثماره" (١)

وكل هذه التعاريف تدور في إطار واحد وهي قيام شخص بالتصرف بأمر غير
على وجه المصلحة.

والصلة بين الوكالة التي هي مدار بحثي والنيابة، أن النيابة أعم من الوكالة فلذا ولّى
الحاكم أميراً أو قاضياً شخصاً فالمولى المذكور نائب عن ولاه وليس وكيلاً عنه (٢).

المطلب الثاني: تعريف الولاية: تعريفها لغة: بفتح الواو وكسرها مصدر، فيقال: ولي
عليه ولاية إذا أمكن أمره وقام به.

ومن معاني الولي: النصير، ومنه قول الله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ
وَلَا نَصِيرٍ ﴾، [سورة البقرة، آية: ١٠٧].

ومن معاني الولي هو الناصر، وهو المتولي لأمر العالم والخلائق القائم بها
ومن أسمائه عز وجل: الوالي، وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها (٣).

وقال سيبويه (٤): الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة
لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا (٥).

والولاية اصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى (٦).

ولكن اعترض على هذا التعريف بأنه لا يعبر عن حقيقة الولاية، وإنما عن أثرها ولم
يشمل هذا التعريف جميع أنواع الولاية بل اقتصر على تعريف ولاية الإيجاب.

(١) : السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية والمواريث، دار
الوراق، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٧، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، ٣٣ / ٢.

(٢) : الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٤ / ١٤.

(٣) : ابن منظور، لسان العرب، ٤٠٧ / ١٥.

(٤) : سيبويه: أبو بشر عمرو بن عثمان بن قنبر سيبويه، فارسي الأصل، ثم هاجر مع أهله إلى
البصرة، هو أديب نحوي، من أساتذته: الخليل بن أحمد، ويونس بن حبيب، وأبو الخطاب الأخفش أتى
بغداد وناظر بها الكسائي، من آثاره: كتاب سيبويه في النحو، توفي سنة ١٨٠هـ. [ينظر ابن خلكان
وفيات الأعيان، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر- بيروت، ٤٦٣ - ٤٦٥].

(٥) : الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق :
أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م، ٣٨٠ / ٦.

(٦) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٥٥ / ٣.

وردّ على هذا الاعتراض : بأن الفقهاء اكتفوا في تعريف المعرف بما يؤدي إلى
تصوره^(١).

وجاء في موسوعة فقه إبراهيم النخعي^(٢) الولاية: هي قيام شخص كبير راشد على
شخص في تدبير شؤونه الشخصية^(٣).
وأيضاً هذا التعريف لم يشر إلى الإيجاب والاختيار.

وهناك تعريفات أخرى تركزت أيضاً على الولاية على الغير دون النظر إلى ولاية
الشخص على نفسه وماله ، فجعل ولاية الشخص على نفسه وماله من أهلية الأداء
وولايته على الغير هي الولاية ، فقال : أهلية الأداء أنها صلاحية الإنسان لأن يباشر
شؤون نفسه، والولاية: أنها صلاحية الإنسان لأن يباشر شؤون غيره.
وبتعبير آخر هي الوصف الشرعي الذي يملك به الإنسان حق التصرف في شؤون
غيره، رضي بذلك أو لم يرض^(٤).

وجاء في كتاب " الولاية على النفس " بأن الولاية: هي قدرة الإنسان على التصرف
الصحيح النافذ لنفسه، أو لغيره جبراً، أو اختياراً^(٥).
وهنا عبّر بقدرة الإنسان بدل سلطة ، والتعبير بسلطة أولى من القدرة لأن الولاية
احتكام^(٦)، ولأنه قد توجد القدرة ولا توجد السلطة للفعل.

(١) : البخاري، كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٤هـ، ١/ ٣٢.
(٢) : النخعي (ت: ٩٦هـ) إبراهيم النخعي الإمام، الحافظ، فقيه العراق، أبو عمران، إبراهيم بن يزيد بن
النخعي، اليماني ثم الكوفي، أحد الاعلام، وهو ابن مليكة أخت الاسود بن يزيد ، روى عن مسروق
وخاله عبد الرحمن بن يزيد، وغيرهم من كبار التابعين ، وكان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي في
زمانهما، وكان رجلاً صالحاً، فقيهاً، قليل التكلف . [ينظر الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن
أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الحديث- القاهرة ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م
٥٢٠/٤].

(٣) : قلعه جي، محمد رواس، موسوعة فقه إبراهيم النخعي، مركز البحث العلمي ، ١٣٩٩هـ ،
٧١٥ /٢.

(٤) : الجبوري، حسين خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، جامعة أم القرى
١٤٠٨هـ، ص ١١٦.

(٥) : الجبوري، صالح جمعة، الولاية على النفس، مؤسسة الرسالة، ١٣٩٦هـ، ص ٣١.
(٦) : ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٥هـ، ٦/ ٤٥٧.

والتعريف الأشمل والأرجح من بين هذه التعريفات كما ظهر لي بأن الولاية : سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لنفسه، أو لغيره، جبراً أو اختياراً. فهذا التعريف جامع سالم من الاعتراضات السابقة مع شموله لجميع أنواع الولاية من ولاية قاصرة، ومتعدية، خاصة وعامة، وولاية على النفس والمال بالقول أو الفعل جبراً أو اختياراً ، سواء كانت هذه الولاية ثابتة من قبل الشارع مباشرة كالأب والجد ، أم مكتسبة كالوصي والإمام.

وبهذا يظهر المناسبة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي؛ لأن ولي الشخص قريبه وناصره يتولى النظر في شؤونه.

والصلة بين الوكالة والولاية، أن كلا منهما نيابة، ولكن الوكالة نيابة اتفاقية، أما الولاية فنيابة شرعية أو إجبارية. وذلك كما تقدم من تعريف الولاية وهي إما أن تكون اختيارية أو إجبارية.

الولاية في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

١- جاء في المادة /١٧٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري في فقرتها الأولى على أن: (للأب ثم للجد العصبي الولاية على نفس الصغير وماله، وأنهما ملزمان بالقيام بها؛ لأنها واجب شرعي بصلة الأبوة والبنوة فلا يملكان التخلي عنها. وبينت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة حدود الولاية على النفس بأنها : هي سلطة التأديب والتطبيب والتوجيه إلى حرفة اكتسابية ، والموافقة على التزويج ، وسائر أمور العناية بشخص القاصر^(١).

٢- وجاء في المادة / ١٧٨ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : " الولاية: هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر والإشراف عليه وحفظه وتربيته وتعليمه"^(٢).

(١) : المادة /١٧٠/ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) : المادة / ١٧٨ / القانون الإماراتي، الباب الثاني، الولاية، الفصل الأول : أحكام عامة، الإمارات العربية المتحدة، قانون الأحوال الشخصية الاتحادي.

٣- وجاء في المادة / ٨٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام"^(١).

إذاً يتبين لنا من نصوص قوانين الأحوال الشخصية بأن الولاية هي أن يتصرف الولي بشؤون القاصر، ويشرف عليه، ويدير أمواله.

المطلب الثالث : تعريف الوصاية : لغة : مصدر الفعل وصّى، والفعل أوصيت والاسم منه الوصاة والوصاية والوصاية^(٢)، وهي بمعنى الوصل، يقال وصيت الليلة باليوم، أي وصلتها^(٣)، والوصاية كأنها كلام يوصى، أي يوصل، وأوصى إليه بشيء أي جعله وصيّه، ووصيته توصية وأوصيته إيصال^(٤)، وتوآصى القوم أي أوصى بعضهم بعضاً^(٥)، وفي الحديث : ((استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان))^(٦)، ومعنى عوان: جمع عانية، أي أسيرة، شبّه المرأة في دخولها تحت حكم الزوج بالأسير^(٧). والوصاية اصطلاحاً: بعد النظر في التعريف اللغوي يظهر أنه لا يوجد فرق بين الوصية والوصاية فكل منهما مصدر للفعل (وصى).

-
- (١) : المادة / ٨٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري، الفصل الثاني، الولاية.
- (٢) : الفيومي، المصباح المنير، مادة وصى، ص ٣٤١، والرازي، مختار الصحاح، مادة وصى ص ٧٢٦.
- (٣) : الفراهيدي، الخليل بن أحمد، العين، تحقيق : د. مهدي المخزومي ، ود. إبراهيم السامرائي، دار الهلال، دت، مادة وصى، ١٧٧ / ٧.
- (٤) : ابن منظور، لسان العرب، مادة وصى: ٣٧ / ١٥.
- (٥) : أنيس، إبراهيم ومنتصر، عبد الحليم والصوالحي، عطية، والأحمد، محمد خلف، المعجم الوسيط دار الفكر، دمشق، ط ٢، ص ١٠٨١، والفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، بيروت، ٦٦٢ / ٢.
- (٦) : أخرجه الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، كتاب الرضاع، باب : ما جاء في حق الزوج على المرأة حديث رقم: ١١٦٣، ٤٦٧ / ٣، وابن ماجه القزويني، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د. ط، كتاب النكاح، باب حق ا لمرأة على الزوج، حديث رقم : ١٨٥١، ٥٩٤ / ١، وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح ، وله شواهد في الصحيحين . [ابن الأثير مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق : عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، دت ٥٠٤ / ٦] .
- (٧) : ابن الأثير، جامع الأصول ٥٠٤ / ٦.

أما الفقهاء فقد بينوا بأن الوصية تختلف عن الوصاية من حيث الاصطلاح، فالوصية تختص بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية تختص بالعهد إلى من يقوم على أموال وديون وشؤون الموصي بعد موته. فقد عرف الحنفية الوصاية بقولهم: " طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته ". فالوصاية عند الحنفية إنابة بعد الموت، أو الغيبة^(١). أدخل الحنفية في هذا التعريف الوكالة، وذلك عندما جعلوا الطلب في حياة الموصي وصاية.

وعرفها المالكية: بأنها: " عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته ". إن هذا التعريف يمثل نوعاً من الوصية ، إذ الوصية عند المالكية نوعان : أحدهما : عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزمه بموته ، والثاني : ما ذكر في هذا التعريف^(٢).

وأما الشافعية: فعندهم تعريفان، هما:
الأول: " إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت "^(٣).
الثاني: " العهد على من يقوم على أولاده بعده "^(٤).
إن التعريف الأول عند الشافعية يتبين فيه إثبات تصرف ، والموصي عندما يقوم بالإيصاء إنما يقوم بإنشاء تصرف لا بإثباته.

(١) : ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م، ٦ / ٦٤٧، وينظر ملا، محمد ابن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام ، دار إحياء الكتب العربية د. ط، د. ط، ٢ / ٤٢٦.

(٢) : عيش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، د. ط. ٥٠٣ / ٩.

(٣) : السنيكي، أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د. ط، ٣ / ٦٧، والجمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح المنهج، ٤ / ٦.

(٤) : الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، ٦ / ٤٠، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٤ / ٦٦.

وأمّا التعريف الثاني : فلم يحدد موضوع الوصاية ، وإنما أطلقها بقوله :
((على أولاده)) ، وأن الأولاد كلمة عامة تشمل الصغار ، والكبار ، ومعلوم أن الوصاية لا
تكون إلا على الصغار ، وغير العقلاء من الكبار .
وعرفها أكثر الحنابلة وهو المعتمد عندهم بلأنها : " جعل التصرف لغ يره بعد موته
فيما كان له التصرف فيه " (١) .

هذا التعريف جاء عاماً ينطبق أيضاً على الوصية ، إذ جعل الوصاية بمنزلة الوصية .
وتشمل الوصاية عند الحنابلة التصرفات الآتية : قضاء ديونه ، واقتضاءها
ورد الودائع ، واستردادها ، وتفريق وصيته ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم
من الصبيان ، والمجانين ، ومن لم يؤنس رشده ، والنظر لهم في أموالهم بحفظها
والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه ، وتزويج بناته ، والصلاة عليه (٢) .

وجاء في تعريف آخر عند الحنابلة بقولهم : " هي التبرع بالمال بعده " (٣) .
فتشمل الوصاية بهذا الإطلاق معنى الوصية ، فلذلك قصره على التبرع .
من خلال ما سبق يتبين أن الفقهاء سلكوا في تعريفهم للوصاية اتجاهين هما :
الاتجاه الأول : أن الوصاية أخص من الوصية ، فهي لا تصدق على التملك المضاف
إلى ما بعد الموت الذي يتضمنه تعريف الوصية . وأصحاب هذا الاتجاه هم : الحنفي
والشافعية ، وأكثر الحنابلة .

والاتجاه الثاني : أن الإيصاء والوصية بمعنى واحد ، أي أنها تشمل عقداً يوجب نيابة
عن عاقده بعد موته ، أو عقداً يوجب حقاً في ثلث عاقده ، ويلزمه بموته ، أو التبرع بالمال
بعد الموت . وأصحاب هذا الاتجاه هم المالكية ، وبعض الحنابلة .

(١) : ابن قدامة ، المغني ، ١٤٢ / ٦ ، والبهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع

٣٣٥ / ٤ .

(٢) : العاصمي ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع

١٣٩٧ هـ ، ٤٠ / ٦ .

(٣) : ابن قدامة ، المغني ، ١٤٢ / ٦ ، والبهوتي ، كشف القناع ٣٣٥ / ٤ .

فأوجه الإتفاق بين الوصاية والوصية: أن كلاً منهما عقد مضاف لما بعد الموت حيث لا يصح الشروع في تنفيذ الوصية أو الوصايا إلا بعد موت الموصي^(١)، ولا يشترط في كل منهما القبول في مجلس العقد.

وأوجه الاختلاف بينهما: أن الوصاية تصرف، والوصية تمليك، وعقد الوصاية يصح أن يكون للوارث وغير الوارث، بخلاف الوصية فيشترط أن تكون لغير الوارث^(٢). ومن خلال التعريفات السابقة يتبين معنى الوصاية بأنها : تفويض ممن له التصرف شرعاً لمكلف بالقيام بتصرف ما بعد وفاته، لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه. والصلة بين الوكيل والوصاية أن الوكيل هو إنابة في حال حياة الموكل (الغائب أو المفقود)، أما الوصاية فهي إنابة في حال موت الموصي، وأن الذي يشرف على تصرفات الوكيل القضائي والوصي هو القاضي.

تعريف الوصاية في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

- ١- جاء في المادة / ٧٥ في الفصل الثاني من قانون الأحوال الشخصية السوري :
" الإيضاء إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى به بعد وفاته"^(٣).
- ٢- وجاء في قانون الأحوال الشخصية اليمني الفصل الثالث، المادة / ٣٦: بتعريفه للوصي بأنه " الذي يقيمه المورث في تركته لتنفيذ وصاياه بقضاء ديونه، و رعاية قصّاره، وأموالهم"^(٤).

(١) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٦٤٨، وابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة : مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ٤، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م، ٤ / ١٢١، والبجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرميّ المصري الشافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب- حاشية البجيرمي على الخطيب-، دار الفكر، دبط، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م، ٤ / ٤٦، والبهوتي، كشاف القناع ٤ / ٤٠٥.

(٢) : الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ٤ / ١٦٨، والشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٤٩.

(٣) : المادة / ٧٥، في الفصل الثاني من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٤) : المادة / ٣٦ من قانون الأحوال الشخصية اليمني الفصل الثالث، قرار جمهوري بقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٧٥ م، بشأن الأحوال الشخصية.

٣- وجاء في قانون الأحوال الشخصية الجزائري في الكتاب الثاني ، المادة / ٨٨ / :
" الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، ويكون مسؤولاً طبقاً
لمقتضيات القانون العام"^(١).

وبهذا نرى بأن قوانين الأحوال الشخصية في تعريفها للوصاية وافقت الإتجاه الأول
وهو مذهب الجمهور والذي يعتبر الوصاية أخص من الوصية.

المطلب الرابع: تعريف المفقود:

أولاً: المفقود في اللغة:

كلمة (مفقود) اسم مفعول من مادة (فقد)، ففي لسان العرب : (فقد الشيء يفقده فقداً
وفقداناً وفقوداً فهو مفقود وفقيد: عدمه وأفقده الله إياه)^(٢).

وفي المعجم الوسيط: (فقد الشيء فقداً وفقداناً : ضاع منه، يقال : فقد الكتاب والمال
ونحوه: خسره وعدمه)^(٣)، قال في المغرب: (فقدت الشيء: غاب عني وأنا فاقد والشيء
مفقود، وتفقدته وافتقدته: تطلبتّه وافتقدته بمعنى فقدته)^(٤).

وفقد الشيء أيضاً : طلبه ولم يجده، قال الله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ ﴾
[سورة يوسف، آية: ٧٢]، أي طلبناه فلم نجده^(٥).

(١) : المادة / ٨٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري، الكتاب الثان ي، النيابة الشرعية، الفصل الأول، أحكام عامة، قانون الأسرة، ٢٠٠٧ م.

(٢) : ابن منظور، لسان العرب ٣/٣٣٧، والفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، إشراف محمد نعيم العرقسوسي ط ٨، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م، ص ٣٩٢.

(٣) : أنيس، المعجم الوسيط ٢/٦٩٦، والفيومي، المصباح المنير ص ٢٤٧.

(٤) : برهان الدين الخوارزمي المَطْرَزِي، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، د. ط، د. ت، ١٤٦/٢.

(٥) : ابن منظور، لسان العرب ٣/٣٣٧، والموصلي، أبو الفضل، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦ هـ / ١٩٣٧ م، ٤١/٣.

ثانياً: المفقود في الاصطلاح:

اختلفت تعريفات الفقهاء للمفقود، فكانت تعريفاتهم تدور تارة حول جهل مكانه وأخرى حول انقطاع خبره، وتارة حول الجهل بحياته.

فعرّفه الحنفية: هو "غائب لم يدر موضعه يعني لم تدر حياته ولا موته"^(١).

وجاء في تعريف آخر للحنفية: "المفقود هو الذي غاب عن أهله وبلده، أو أسرته العدو، ولم يدر أحي هو أم ميت، فلا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان"^(٢).

وعرفه المالكية: "هو من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه"^(٣).

وعرفه الشافعية بأنه: "من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال، أو عند انكسار سفينة أو غيرها، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره"^(٤).

وعرفه الحنابلة بأن المراد به: "من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره"^(٥).

وعليه لكي يعتبر الشخص مفقوداً فإنه يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط وهي:

١- أن يكون الشخص غائباً، ولا يعرف مكانه، سواء غادر بلده إلى بلد غير معلوم، أم لم يغادره، أو خرج إلى الحرب ولم يعد، أو غاب بعد كارثة من الكوارث الطبيعية، كالزلازل أو الحرائق أو غيرها.

٢- أن ينقطع خبره، أي أن لا يبلغ ذويه شيء مما هو صادر عنه، فيجهلون محل إقامته، وكل معلومة عنه.

(١): ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ق، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢، د.ت ١٧٦/٥، وداماد أفندي، عبد الرحمن المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت، ١/ ٥٣٧.

(٢): نظام الدين البلخي، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م، ١٧/ ٤٤٢.

(٣): الدسوقي، الشرح الكبير ١٠/ ١٢٢.

(٤): النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٦/ ٣٤.

(٥): ينظر البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ٣/ ٤٣.

٣- أن لا تعلم حياته أو مماته ، أي أنه لا يمكن التحقق من مصيره فيما إذا كان حياً أو ميتاً

إذن فهذه هي الشروط الواجب توافرها في الشخص لينطبق عليه وصف المفقود فلذا ما انعدمت هذه الشروط ، أو انعدم أحدها فلن الشخص لا يعد مفقوداً. وإن كان قد يوصف بوصفٍ آخر، غالباً ما يكون هو الغائب، الذي سأتكلم عنه في المطلب الثاني بإذن الله تعالى.

ونلاحظ أنه ليس بين هذه التعريفات إلا فروق طفيفة، فتكاد تتفق على أن المفقود هو الذي انقطع خبره ولا يدري حياته ولا موته.

المطلب الخامس: تعريف الغائب:

الغائب لغة: كلمة غائب اسم فاعل من غاب يغيب . جاء في معجم مقاييس اللغة : (الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء عن العيون من ذلك: الغَيْبُ: ما غاب، مما لا يعلمه إلا الله، ويقال: غَابَتِ الشمسُ تَغِيْبُ تَغِيْبَةً وَغَيْباً وَغَيْبًا، وغاب الرجل عن بلده، وأغابت المرأة فهي مُغِيْبَةٌ إذا غاب بعُها)^(١). تقول: غَابَ الرجلُ غَيْبًا وَمَغِيْبًا وَتَغَيَّبَ: سافر أو بَانَ، وغاب الأمر أي بطن وخفي^(٢).

وهو كل ما غاب عن الإنسان سواء كان محصلاً في القلوب، أم غير محصل^(٣).

تعريف الغائب في الاصطلاح: عرف بأنه: من غاب عن أهله ولكنه علم موضعه^(٤). والمفقود من لم يعلم موضعه.

(١) : ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام هارون، دار الجيل- بيروت، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، ٤/ ٤٠٣.

(٢) : ابن منظور، لسان العرب ٦٥٤/١.

(٣) : أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م، ١/ ٣٩٦.

(٤) : الخرشي، محمد المالكي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر- بيروت، د. ط. دبت، لخرشي، ٢٩٩/ ٥، وعرفة، محمد، الدسوقي على الشرح الكبير، ١٣/ ٢٧٤.

رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

١- بيّن قانون الأحوال الشخصية السوري أحكام المفقود في المواد /٢٠٢/ حتى /٢٠٦/.

وقد أدخل القانون في تعريف المفقود الغائب في بعض أحواله ، وسوى بينهما في بعض الأحكام، فقد جاء في المادة /٢٠٢/ منه: " المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان . كما جاء في المادة /٢٠٣/ منه إلحاق حالات أخرى من الغيبة بالفقد ونصها: " يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه ، أو إدارة شؤونه بنفسه ، أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه ، أو مصالح غيره " . هذا وقد عدّ قانون الأحوال الشخصية السوري من الغائب زيادة على ما تقدم من حكم بالسجن أكثر من ثلاث سنوات، كما في المادة /١٠٩/ منه^(١).

٢- جاء في المادة : /٢٤٥/ من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " الغائب : هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ، أو محل إقامته ، وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه، أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره.

وجاء في المادة: /٢٤٦/ من أيضاً: " المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته " ^(٢).

٣- وجاء في المادة: /١٠٩/ من قانون الأحوال الشخصية الجزائري : " المفقود : هو الشخص الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته، أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".

(١) : المحامون، مجلة تصدرها نقابة المحامين في سورية بإشراف الأستاذ النقيب نزار السكيف المدير المسؤول: الأستاذ الدكتور: محمد أديب الحسيني، رئيس التحرير الأستاذ : شاكر محمد أبازيد العددان ٩-١٠ أيلول- تشرين الأول ٢٠١٠- السنة ٧٥، ص ١٥٩٠، والكردي، أحمد الحجي الأحوال الشخصية، الأهلية، ص ١٢٤.

(٢) : المادتان: /٢٤٥-٢٤٦/ من قانون الأحوال الشخصية الأردني، الفصل الرابع: الغائب والمفقود.

وفي المادة : / ١١٠ / منه : " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"^(١).

٤- وجاء في المادة : / ٣٢٥ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي : " المفقود الميت حكماً، من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتاً "^(٢).

إذاً يتبين بأن المفقود : هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته ، والغائب : هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته ، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة فأكثر، وتعطلت بذلك مصالحه، أو مصالح غيره.

المطلب السادس: الفرق بين المفقود والغائب:

وبعد المقارنة بين مفهومي الغائب والمفقود نخلص إلى أن الغائب لغةً عام يدخل فيه كل من غاب عن أهله وبلده - سواء عرف مكانه أو لم يعرف -، وأن المفقود خاص ينحصر في الغائب الذي انقطع خبره ولا يدري حياته ولا موته ، وأما في الاصطلاح فالفقهاء يستعملون غالباً الغائب فيمن غاب عن البلد ولكن يعرف مكانه وحاله، والمفقود فيمن لا يعرف له مكانه، ولا يدري حياته وموته.

وعليه فلن الغيبة تكون أعم من الفقد، وإن كل مفقودٍ يعتبر غائباً، ولكن العكس ليس بصحيح ، فلا يعد كل غائبٍ مفقوداً.

فبينهما عموم وخصوص مطلق، ويترتب على ذلك أن الأحكام الخاصة بالمفقود لا تنطبق على سائر أفراد الغائب الذين ثبتت حياتهم؛ لأن الجهل الذي لا بس حياة المفقود فرض له أحكاماً جديدة خاصة.

(١) : المادتان: ١٠٩-١١٠ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

(٢) : المادة: / ٣٢٥ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي.

المبحث الثالث: أنواع الفقد والغيبة، وحد الغيبة:

قبل أن أتكلّم عن أنواع الفقد والغيبة، سأذكر كيف تسير دعوى الفقد لدى المحاكم السورية.

المطلب الأول: سير دعوى المفقود في القانون السوري:

لدى مراجعتي للمحاكم الشرعية، والمخافر بحلب، تبين بأن الشخص إذا خرج من بيته ولم يرجع، يبحث أهله عنه، فإذا مضت أربع وعشرون ساعة فأكثر يحق لهم تقديم شكوى لأحد مخافر الشرطة، والمخفر بدوره يقوم بتنظيم ضبط عن تغيب الشخص بعد أخذ معروض من المحامي العام الأول بموضوع التغيب، ومن ثم تكون مخاطبة الفروع الأمنية للسؤال عنه، وتنتشر إذاعة بحث بحقه، فإن عاد المفقود ينظم ضبط بالعثور عليه، وتسليمه إلى ولي أمره إذا كان قاصراً، والتعهد برعايته، وينشر كف بحث عنه^(١).

المطلب الثاني: أنواع المفقود:

أولاً: لم يفرق جمهور الحنفية والشافعية بين أحوال الفقد فلم يقسموا المفقود إلى عدة أنواع، سواء كان في جوف الليل، وفي السفر، وفي القتال، وفيما إذا انكسرت سفينة ولم يعلم حاله، فالحكم في الكل واحد^(٢).

ثانياً: وأما فقهاء المالكية فقد قسموا المفقود إلى أربعة أقسام:

- ١- مفقود في بلاد المسلمين.
- ٢- مفقود في بلاد الحرب، ويلحق به الأسير.
- ٣- مفقود في حروب المسلمين بعضهم ببعض.

(١) : مقابلة مع النقيب جلال، والمساعد أول زكريا عليجي، في مخفر السكري بحلب، يوم الخميس بتاريخ ١٣ / ٧ / ٢٠١٧م، من الساعة ١١، حتى ١٢ ظهراً.

(٢) : القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر، ط ١. ٤٨٥ / ٩، وينظر الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ٣ / ٣٧.

٤ - مفقود في حروب المسلمين والكفار^(١).

ثالثاً: وأما عند الحنابلة فالمفقود على قسمين:

١ - مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، كمن سافر للتجارة ، أو طلب العلم ، أو السياحة ويلحق به الأسير^(٢).

٢ - مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يفقد بين الصفيين في القتال، أو ينكسر بهم مركب فينجو بعضهم ويغرق الآخرون أو في مفازة مهلكة^(٣).

المطلب الثالث: أنواع الغيبة:

قسم العلماء الغيبة إلى نوعين: غيبة ارتجاع، وغيبة انقطاع.

أما الأولى فهي الغيبة القريبة التي لم تنقطع فيها أخبار الغائب كالخارج في تجارة أو حاجة أو ما شابه من غير استيطان ولا استقرار.

وتنقسم هذه الغيبة إلى قسمين: قريبة وبعيدة ، والحد الفاصل بينهما لدى كثير من الفقهاء هو مسافة القصر في الصلاة^(٤).

وأما الثانية: غيبة الانقطاع: فهي البعيدة التي يسافر فيها صاحبها إلى موطن بعيدٍ مثل الذين يخرجون لفتح بلاد نائية ويستقرون فيها^(٥).

(١) : ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٤٣/٢، والدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٢/١٠.

(٢) : ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق : زهير الشاويش المكتب الإسلامي، ط٧، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م، ٨٧ / ٢.

(٣) : ابن قدامة، المغني ١٣١/٩، والمرداوي، الإنصاف ٣٣٥/٧-٣٣٦.

(٤) : الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤٣٥/٣، والبهوتي، كشف القناع ٥٥/٥.

(٥) : كراسنيتشي، شوكت، مدة انتظار المفقود، رابطة العالم الإسلام ، ي، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، ص ١١.

المطلب الرابع: حدّ الغيبة:

تعددت آراء الفقهاء في حدّ الغيبة البعيدة:

ففي المذهب الحنفي- كما جاء في البدائع وغيره ، روايتان عن أبي يوسف ^(١): في رواية قال : (ما بين بغداد والريّ ، وفي الأخرى : مسيرة شهر فصاعداً وما دونه ليس بغيبة منقطعة).

وعن محمد ^(٢) روايتان أيضاً، روي عنه ما بين الكوفة إلى الريّ ، وروي عنه من الرقة إلى البصرة .

(وإذا كان غائباً في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهو غيبة منقطعة ، وإذا كانت القوافل تصل إليه في السنة غير مرة فليست بمنقطعة وهذا اختيار القدوري ^(٣)).

وذهب الشافعية إلى أن حد الغيبة دون مسافة القصر؛ لئلا يحصل الضرر بالمسافات الطويلة ^(٤).

وحدّ الغيبة القريبة عند المالكية مسافة عشرة أيام ذهاباً، وحد البعيدة ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر على اختلاف القولين ^(٥).

وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة المنقطعة هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة ، جاء في كشف القناع: (وهذا أقرب إلى الصواب، فإن التحديد بابه التوقيف ولا توقيف، وتكون

(١) : أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم، القاضي أبو يوسف صاحب أبو حنيفة، وله مصنفات في الفقه وأصوله، توفي ببغداد يوم الخميس سنة اثنتين وثمانين ومائة. [الرازي، الجرح والتعديل، ٢٠١/٩].
(٢) : محمد بن الحسن (١٣٥-١٨٩هـ) أبو عبد الله محمد بن فرقد، الشرياني الفقيه الحنفي نشأ بالكوفة وطلب الحديث، ولقي جماعة من أعلام الأئمة، وحضر مجلس أبي حنيفة سنتين، ثم تفقه على أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وصنف الكتب الكثيرة النادرة، منها : " الجامع الكبير " و" الجامع الصغير " ، وغيرهما، وكان من أفصح الناس . [القرشي، عبد القادر، الجواهر المضيئة مؤسسة الرسالة، ط ٢، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، ٣/ ١٢٢-١٢٧].
(٣) : الكاساني، بدائع الصنائع ٥٢٠/٢، والسمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م ١٥١/٢ .
(٤) : الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج ٢٦٠/٤ .
(٥) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٢٢٩ .

الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر، لأن من دون ذلك في حكم الحاضر (١). وجاء في المغني : (هي من لا يصل إل يه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لأن مثل ه ذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة)، (فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة؛ لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام) (٢).

ثم هذه الغيبة المنقطعة لها حالتان:

- ١- إن لم تكن أخباره مقطوعة بحيث كانت حياته معلومة يقيناً.
- ٢- عكس الأولى بأن كانت أخباره منقطعة بحيث جهل حياته تماماً. وهذا الأخير هو نوع من المفقود السابق تعريفه، فإذن بين المفقود والغائب علاقة العموم والخصوص المطلق فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقوداً.

(١) : البهوتي، كشف القناع ٥٥ / ٥

(٢) : ابن قدامة، المغني: ٣٨٦/٩.

الفصل الأول

شروط الوكيل القضائي، وأنواعه

ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: الحالات التي يمكن للقاضي أن يعيّن فيها وكيلاً قضائياً.

المبحث الثاني: مشروعية الوكالة.

المبحث الثالث: شروط الوكيل القضائي.

المبحث الرابع: أنواع الوكلاء القضائيين.

المبحث الأول: الحالات التي يمكن للقاضي أن يعيّن فيها وكيلاً قضائياً:

للقاضي أن يعين وكيلاً قضائياً في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان على المفقود دين، أو له، أو لتنفيذ وصيته.

ثانياً: إذا كان للمفقود ولد صغير^(١).

ثالثاً: وفيما إذا اشترى من مورثه شيئاً وأراد رده بعيب بعد فقده^(٢).

رابعاً: وفيما إذا كانت ضيعة بين خمسة ورثة وواحد منهم صغير واثنان غائبان

واثنان حاضران فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين، فطلب شريك الحاضر القسمة عند القاضي، وأخبراه بالقضية فيأمر القاضي شريكه بالقسمة ويجعل وكيلاً عن الغائب والصغير، لأن المشتري قام مقام البائع، وكان للبائع أن يطالب شريكه لأن أصل الشركة كان ميراثاً والعبرة للأصل^(٣).

خامساً: وفيما إذا اشترى الأب شيئاً من ابنه المفقود فوجد به عيباً ينصب القاضي وكيلاً حتى يرد عليه.

سادساً: وفيما إذا كان للصغير أب غائب، واحتيج إلى إثبات حق للصغير إن كانت الغيبة منقطعة وإلا فلا^(٤).

سابعاً: وفيما إذا ادعى شخص ديناً في تركة، وكل الورثة كبار غُيِّب إن كان البلد الذي فيه الورثة منقطعاً عن بلد المتوفى لا تلتقي ولا تذهب القافلة إليه نصب القاضي وصياً، وإن لم يكن منقطعاً لا ينصب.

ثامناً: وفيما لو قال الوارث: أنا لا أقضي الدين ولا أبيع التركة بل أسلم التركة إلى الدائن نصب القاضي من يبيع التركة.

(١) : أبو المعالي، برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٤ م ٥ / ٥٧٥.

(٢) : ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم م بن محمد، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه : الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م، ص ٢٢٧.

(٣) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٦ / ٧٢١.

(٤) : ابن نجيم، البحر الرائق ٦ / ٢٩٦.

تاسعاً: وفيما لو غاب عن عروض وعقار وعليه دين، وامتنع الورثة الكبار عن البيع وقضاء الدين، وقالوا لرب الدين: سلمنا التركة إليك، قيل: ينصب الحاكم وكيلاً وقيل: لا بل يأمر الورثة بالبيع فإن امتنعوا حبسهم، وإذا حبسه ولم يبيع الآن ينصب وكيلاً، أو يبيع الحاكم بنفسه.

عاشراً: وفيما لو استحق المبيع فأراد المستحق أن يرجع بثمنه وقد غاب بائعه ولا وارث له فالقاضي ينصب عنه وكيلاً ليرجع المشتري عليه^(١).

الحادية عشرة: لو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب فللقاضي ينصب وكيلاً عن الغائب^(٢).

ويزاد أيضاً أن القاضي ينصب وكيلاً عن المفقود لحفظ حقوقه^(٣).

المبحث الثاني: مشروعية الوكالة:

قبل أن أتكلم عن شروط الوكيل القضائي وأنواعه، سأبين مشروعية الوكالة. سبق تعريف الوكالة في المطلب الأول من المبحث الأول، فهي كما تبين لنا : إقامة الغير مقام نفسه - ترفهاً أو عجزاً - في تصرف جائز معلوم. والوكالة بشكل عام جائزة ومشروعة ، استدل الفقهاء على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، والإجماع.

المطلب الأول: القرآن الكريم:

أولاً: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِ هِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾. [سورة النساء ، آية: ٣٥].

فهذه الآية الكريمة تدل على مشروعية الوكالة، والحكمان وكيلان عن الزوج والزوجة.

(١) : ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٢٧ ، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ١٩٥ / ٥ .

(٢) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٢٩٦ / ٥ .

(٣) : ابن نجيم، البحر الرائق ٢٩٦ / ٦ .

ثانياً: ومنه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾، [سورة الكهف، آية: ١٩]. والبعث منهم بطريق الوكالة.

ثالثاً: وقول الله تعالى حكاية عن سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيرًا﴾، [سورة يوسف، آية: ٩٣]. فقد وكلهم في الذهاب بالقميص.

المطلب الثاني: السنة المطهرة:

أولاً: ما ورد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلّ أبا رافع (١) في نكاح ميمونة رضي الله عنها (٢).

فقد قال رضي الله عنه: ((إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً وبني بها حلالاً، وكنت السفير بينهما)) (٣). ومعنى حلالاً أنه لم يكن محرماً.

(١): أبو رافع (٣٥هـ)، هو أسلم، مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم، أبو رافع غلبت عليه كنيته واختلف في اسمه فقليل: أسلم، وهو أشهر ما قيل فيه، وقيل: اسمه إبراهيم، وكان عبداً للعباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي صلى الله عليه وسلم، فلما بشر أبو رافع النبي صلى الله عليه وسلم بإسلام العباس أعتقه، شهد أبو رافع أحداً وما بعدها، مات بالمدينة آخر خلافة عثمان رضي الله عنه. [ينظر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٥هـ، ١ / ١٥].

(٢): ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، (ت: ٥١هـ)، زوج النبي صلى الله عليه وسلم وكان اسم ميمونة برة فسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة سبع في عمرة القضاء في ذي القعدة وهو حلال، وبني بها بسرف بطريق مكّة، وماتت بسرف أيضاً حيث بنى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ودُفنت هناك. [ينظر: ابن الأثير، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، أسد الغابة، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م، ٢٧٢/٧].

(٣): أخرجه الترمذي في سننه، في كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم حديث رقم: ٨٤١، والبيهقي في السنن الكبرى، باب نكاح المحرم، حديث رقم: ١٤٢٠٧ / ٧ / ٣٤٤، والدارقطني في سننه، باب المهر، حديث رقم: ٣٦٥٨، ٤ / ٣٩٠، وأحمد في المسند، في مسند القبائل، حديث أبي رافع، حديث رقم: ٢٦٨٢٩، ٤٤ / ٤١٢، عن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الترمذي: هذا حديث حسن ولا نعلم أحداً أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق، عن ربيعة، وقال أيضاً: وروي عن يزيد بن الأصم، عن ميمونة. [ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، د. ب. ٥٢ / ٣].

ثانياً: روى جابر^(١) بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ((إذا أتيت وكيلي بـ خَيْبَر فخذ منه خُمْسَةَ عَشْرَ وَسَقاً، فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَوَقُّهٖ))^(٢). الترقوة: العظم الذي بين ثغرة النحر والمنكب^(٣).

ثالثاً: وما ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقى^(٤) رضي الله عنه أنه قال : ((دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك))^(٥).

(١) : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي يكنى أبا عبد الله وأبا عبد الرحمن وأبا محمد أقوال، (ت: ٧٨هـ)، أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم، وروى عنه جماعة من الصحابة، وله ولأبيه صحبة، وعاش أربعاً وتسعين سنة. [ابن الأثير، أسد الغابة ١/ ٣٠٧].
(٢) : أخرجه أبو داود في سننه، باب في الوكالة، حديث رقم : ٣٦٣٢، ٣ / ٣١٤، والبيهقي في السنن الكبرى، باب التوكيل في المال وطلب الحقوق، حديث رقم : ١١٤٣٢، ٦ / ١٣٢، والدارقطني في سننه، كتاب الوكالة، حديث رقم: ٤٣٠٤، ٥ / ٢٧٢، وهو من طريق وهب بن كيسان عن أبي داود بسند حسن، وعلق البخاري طرفاً منه في أواخر كتاب الخمس. [العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ / ١٩٨٩م، رقم: ١٢٧٦، ٣ / ١١٢].

(٣) : ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ١١ / ٦٢٣.
(٤) : عروة بن الجعد، ويقال ابن أبي الجعد، وصوب الثاني ابن المديني، وقيل : اسمه أبو الجعد البارقى، وقيل: أنه عروة بن عياض بن أبي الجعد، وأنه نسب إلى جدّه ، مشهور وله صحبة، سكن الكوفة، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم، وعن عمر، وسعد بن أبي وقاص، وروى عنه: شبيب بن غرقدة، والشعبي، وآخرون، وكان فيمن حضر فتوح الشام ونزلها، ثم سيره عثمان إلى الكوفة [ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٤٠٤].

(٥) : أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب : المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه وسلم آية، فأراه انشقاق القمر، حديث رقم: ٣٦٤٢، ٤ / ٢٠٧، وأبو داود في سننه، في البيوع باب في المضارب يخالف، حديث رقم: ٣٣٨٤، والترمذي في سننه، في أبواب البيوع، حديث رقم : ١٢٥٨، ٣ / ٥٥١، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم : ٢٨٢٤، ٣ / ٣٩٢، والطبراني في المعجم الكبير، أبو ليبيد عن عروة البارقى حديث رقم : ٤٢١، ١٧ / ١٦٠، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه، عن أبي ليبيد لمأزة بن زبار وقد قيل إنه مجهول لكن وثقه ابن سعد ، وقال حرب: سمعت أحمد أثنى عليه، وقال المنذري والنووي: إسناده حسن صحيح. [العسقلاني، التلخيص الحبير، رقم: ١١٢٧، ٣ / ١١].

المطلب الثالث: الإجماع: فلقد اتفقت كلمة المسلمين على جواز الوكالة في الجملة منذ

عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين. قال ابن قدامة: (أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة؛ ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها)^(١).

المطلب الرابع: حكمة تشريع الوكالة:

إن الله سبحانه وتعالى خلق الناس متفاوتين في المواهب والقدرات، وفتح لهم أبواب الأرزاق، ويسر لكل منهم سبيلاً، أو أكثر من سبل المعاش والكسب.

فقد يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه للسفر، وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته، وكثرة اشتغاله، أو لكثرة ماله، فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير أو الاستعانة بغيره أشد الاحتياج دفعا للحرج، بطريق الوكالة^(٢).

ومن الناس من أوتي من القدرة والكفاءة ما يجعله على استعداد لأن يباشر أعماله بنفسه، إلا أنه قد تتوالى عليه الشواغل، فيضطر إلى الاستعانة بالآخرين، ومنهم من لم يؤت من القدرة والكفاءة ما يؤهله للقيام بأعمال يحتاج إليها، ومنهم من يكون محققاً ولكنه عاجز عن تقديم الحجة والبيان، وخصمه أقدر وأعرف بالحجج، فلا بد حينئذ من الاعتماد على غيره والاستفادة من خبراته؛ لذلك شرع الإسلام الوكالة سداً للحاجة وتيسيراً لطرق المعاملة^(٣).

وما نحن بصدد من هذا البحث، فإن الغائب والمفقود لا يستطيع أن يقوم بأعماله بنفسه للغيب، أو للفقد، فمن رحمة الإسلام معه أن جعل له وكيلاً يقوم بتسيير أموره حتى لا تتعسر الحياة على من حوله كزوجته، أو شركاؤه بالعمل، أو من يرث منه.

(١) : ابن قدامة، المغني، ٧١/٥.

(٢) : الزيلعي، تبين الحقائق ٤ / ٢٥٤، والسرخسي، المبسوط، ١٩ / ٢.

(٣) : الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر - سورية - دمشق، ٥ / ٦٩٤.

ومن هنا نشأ الوكيل القضائي ، فحيثما وجد مفقود ، أو غائب ، وجد وكيل قضائي عنهم، فهو موجود منذ القدم، وهو إما أن يكون موكلًا من الغائب نفسه، ومن طرفه ممن يثق بهم، أو يعيّن من القاضي.

المبحث الثالث: شروط الوكيل القضائي:

لابد للوكيل القضائي من شروط يجب أن تتوافر فيه ، موضوعة لحماية أموال المفقود، وه ذه الشروط منها ما هو متفق عليها، ومنها ما هو مختلف فيها ، وهي نفسها شروط الولي والوصي.

المطلب الأول: الشروط المتفق عليها:

أولاً: الإسلام: لابد لمن يتولى شؤون المسلمين أن يكون مسلماً؛ لأن الوكيل القضائي له ولاية وسلطة، وهذه الوكالة ممنوعة من غير المسلم على المسلم^(١)؛ فإذا كان المفقود مسلماً لابد أن يكون وكيله مسلماً أيضاً؛ لأن الشرع قطع ولاية الكافرين على المسلمين لقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. [سورة النساء ، آية: ١٤١]، وقوله أيضاً: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾. [سورة التوبة ، آية: ٧١] وقوله أيضاً: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ ، [سورة آل عمران ، آية: ٢٨].

ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((الإسلام يعلو ولا يُعلو)).^(٢).

ولأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر وهذا لا يجوز.

ثانياً: العقل: إن الإسلام حافظ على أموال الناس من الضياع فلذلك كان لابد أن يكون الوكيل كامل أهلية الأداء فلا يكون القاصر ، ولا المجنون ولا المعتوه ، ولا العبد وكلاء

(١) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤ / ٤٥٢.

(٢) : أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا أسلم الصبي فمات، هل يصلى عليه، وهل يعرض على الصبي الإسلام، حديث رقم: ١٣٥٣، ٢ / ٩٣، من حديث عائذ بن عمرو المدني، قال ابن حجر في التلخيص وإسناده ضعيف. [العسقلاني، التلخيص الحبير، رقم: ١٩٢١، ٤ / ٣١٩].

ولا أولياء على غيرهم؛ لأنهم محتاجون إلى الرعاية المالية، وعاجزون حكماً عن إدارة أموالهم، فلا يجوز أن يكلفوا برعاية أموال غيرهم؛ لأن فاقده الشيء لا يعطيه. فللقاصر، إن كان غير مميز فلا خلاف بين أهل العلم في عدم جواز الوصاية إليه؛ لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا ولاية له على غيره من باب أولى^(١).

ثالثاً: القدرة على القيام بمهام الوكالة:

لابد لمن يتوكل أمر أحد سواء أكان من نفس الموكل ، أم من القاضي أن يستطيع القيام بالمهام كاملة ، وهي حفظ المال، وإدارته، فإن لم يستطع القيام بالمهام كعجزه عن ذلك، أو لمرض، أو غير ذلك عزله القاضي، وعين آخر مكانه^(٢).

المطلب الثاني: الشروط المختلف فيها:

أولاً: التمييز:

الصبي المميز هو الذي يعقل أن البيع سالب للملكية، والشراء جالب، ويقصد الربح ويميز بين الغبن الفاحش واليسير^(٣).

١- أقوال الفقهاء: اختلف الفقهاء في جواز الوكالة إلى الصبي المميز على قولين:

القول الأول : وبه قال الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) وهو الصحيح عند الحنابلة^(٧) إلى عدم صحة الوكالة إليه، وأضاف الحنفية أنه إذا أوصى إلى صبي كان الإيصاء صحيحاً، وللقاضي أن يخرج من الوصاية، ويجعل مكانه وصيلاً آخر، واختلف

(١) : نظام الدين البخاري، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ٦ / ١٣٨، والشربيني، مغني المحتاج ٦٧/٤.

(٢) : عرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤ / ٤٥٢، والكردي، أحمد الحجي الأحوال الشخصية، ص ٩٦.

(٣) : ملا، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢ / ٢٨٢.

(٤) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٧٠١.

(٥) : عرفة، محمد، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤ / ٤٥٢.

(٦) : الشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٧٤.

(٧) : الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الم كتب الإ سلامي، ط ٢، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م ٥٣٠ / ٤.

مشايخ الحنفية في نفاذ تصرفه قبل أن يخرج القاضي من الوصاية ، بين نفاذ تصرفه وبين عدم نفاذه وهو الصحيح^(١).

القول الثاني: ذهب بعض الحنابلة إلى صحة الوكالة إليه، إذا كان قد جاوز سنه عشر سنين قياساً على ما نص عليه الإمام أحمد من صحة وكالته^(٢).

٢- الأدلة:

أ- استدل الفريق الأول: بأن الصبي ليس أهلاً للولاية والأمانة، ولأنه مولى عليه ولا ولاية له على نفسه ولا على ماله، فلا تكون له الولاية على غيره وماله، فلا يكون والياً كالطفل غير المميز والمجنون^(٣)، ولأنه قاصر النظر لا يهتدي إلى وجوه المصلحة أو المنفعة.

ب- واستدل الفريق الثاني: بأنه تجوز الوكالة إليه بناء على جواز وكالته، فيما أنه يجوز توكيله فذلك تجوز الوكالة له^(٤).

٣- الترجيح: أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنه لا يجوز للوكيل القضائي أن يكون صبياً ولو كان مميزاً؛ لأنه وكيل عن الغائب والمفقود ، ولا بد لوكيل المفقود أن يكون لديه خبرة بتسيير أمور المفقود، وإدارة أمواله، وأن يكون منفعه للمفقود فيها نفعاً محضاً، والصبي قد لا يميز ذلك تماماً.

(١) : نظام، الفتاوى الهندية ٦ / ١٣٨ .

(٢) : ابن قدامة، المغني ٦ / ١٣٧ .

(٣) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٧٠١ .

(٤) : نظام، الفتاوى الهندية ٦ / ١٣٨ .

ثانياً: العدالة:

العدالة: هي الابتعاد عن الكبائر ، وعدم الإصرار على صغائر الذنوب ، وأن يلتزم المرء التقوى، وهي الأمانة والرضا فيما يصير إليه^(١).

١- أقوال الفقهاء: واختلف الفقهاء في اشتراط العدالة على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية إلى أن العدالة ليست شرطاً في الوكيل الذي يعينه القاضي ما لم تمس أمانته ، فإذا كان فاسقاً غير أمين ، سقطت وكالته لسوء أمانته ، لا لمجرد فسقه^(٢).

القول الثاني: وهو قول الشافعية والمالكية والحنابلة: إلى أن العدالة شرط مطلق ، ولا وكالة للفاسق، سواء مس فسقه أمانته أم لا^(٣).

٢- الأدلة:

أ- استدل أصحاب القول الأول وهم الأحناف: بأن الوكيل ولو كان فاسقاً فما دام يحسن التصرف ويدير أموال لغائب والمفقود ، ولا يخشى معه الخيانة ، فتجوز وكالته^(٤).

ب- واستدل أصحاب القول الثاني وهم الجمهور: إلى أن الوكيل لا بد أن يتصرف بما فيه مصلحة الغائب والمفقود بأن يكون حافظاً على أموالهم ، وإدارة شؤونهم ، ولأن الوصاية ولاية وائتمان، والفاسق غير مؤتمن، فلذلك اشترطت العدالة فيه^(٥).

(١) : الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ١٩٢ / ٨.

(٢) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٩٥.

(٣) : الشربيني، مغني المحتاج ٢٣٥/٣، وعرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

٤ / ٤٥٢، وابن قدامة، المغني، ٢٤٦/٦.

(٤) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٩٥.

(٥) : عرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤ / ٤٥٢.

٣- الترجيح:

بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط العدالة في الوكيل القضائي؛ لأنه مؤتمن على أموال المفقود ، والفاسق قد يخرج منه مخالفات شرعية، أو بسوء إدارته لأموال المفقود.

فلشروط العدالة إنما هو لإيجاد الثقة في تصرفات من تشترط فيه كالشاهد والوصي، وهي تؤدي إلى تحديد صفتين لابد منهما: الأمانة، وحسن السمعة. فمن عرف بين الناس بالخيانة، لا يصح أن توكل إليه تسيير أمور الناس وإدارة أموالهم؛ خوفاً من أكله للأموال، فتضيع حكمة الوكالة إليه. ومن عرف بسوء السمعة ، إمّا بارتكاب منكر خلقي ، أو بتصرف شاذ ، أو مخالف للمألوف، أو مناف لأعراف الناس، فهذا لا يصح أن يكون وكيلاً، ولا وصياً؛ لأنه إما أن يكون شاذ التفكير فلا يطمئن إلى حسن تصرفاته، وإما أن يكون مستهتراً بأذواق الناس وعرف المجتمع، وآداب السلوك، ومبادئ الأخلاق، وذلك نقص في التفكير وانحراف في العقل.

ثالثاً: الذكورة:

١- أقوال الفقهاء: اختلف الفقهاء في صحة الوكالة إلى المرأة على قولين:

أ- القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الوكالة للمرأة^(١).

ب- القول الثاني: ذهب الشافعية^(٢): إلى عدم صحة الوكالة إلى المرأة.

٢- الأدلة:

أ- استدل الفريق الأول على صحة الوكالة إلى المرأة بما يلي:

(١) : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣١٢/٦، والشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٢٣٤، وابن قدامة، المغني ٦ / ٢٤٤.
(٢) : الشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٢٣٣.

١- لما روي أن عمر بن الخطاب^(١) رضي الله عنه أوصى إلى حفصة^(٢) رضي الله عنها^(٣).

٢- ولأن المرأة من أهل الشهادة فصحت الوكالة إليها كالرجل^(٤).

ب- واستدل الفويق الثاني على عدم صحة الوكالة إلى المرأة ؛ لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون^(٥).

ولكن هذا القول مردود بأن الصبي ناقص التمييز ، والمرأة تامة العقل والتمييز ، بدليل جواز تصرفاتها المالية.

٣- الترجيح: بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إلى صحة الوكالة للمرأة ، لقوة أدلتهم ، لأن المرأة تامة العقل والتمييز ، فتصح شهادتها وبناء عليه تصح وكالتها.

(١) : عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي رضي الله عنه، أبو حفص أمير المؤمنين، وأمه حنثمة بنت هاشم بن المغيرة المخزومية، وروى أبو نعيم، من طريق ابن إسحاق أنها بنت هشام أخت أبي جهل جاء عنه أنه ولد بعد الفجار الأعظم بأربع سنين، وذلك قبل المبعث النبوي بثلاثين سنة، وقيل : إنه ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان إليه السفارة في الجاهلية، وكان عند المبعث شديداً على المسلمين، ثم أسلم، فكان إسلامه فتحاً على المسلمين، وفرجاً لهم من الضيق. [العسقلاني، ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٤٨٤].

(٢) : حفصة بنت عمر بن الخطاب، وأمها زينب بنت مضعون، أخت عثمان بن مظعون، ولدت حفصة وقريش تبني البيت قبل مبعث النبي صلى الله عليه وسلم بخمس سنين ، تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بعد وفاة زوجها خنيس بن حذافة . [ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد، الطبقات الكبرى تحقيق: إحسان عباس، دار صادر- بيروت، ١٩٦٨م، ٨ / ٨١].

(٣) : أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يو قف الوقف، حديث رقم : ٢٨٧٩، ٣ / ١١٧، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب أهل الكتابين، وصية عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حديث رقم: ١٩٤١٧، ١٠ / ٣٧٧، وابن أبي شيبة، في مصنفه، في الوصية إلى المرأة حديث رقم : ٣٠٧٧٠، ٦ / ٢١٣، والبيهقي، في السنن الكبرى، ك تاب الوقف، باب الصدقات المحرمات حديث رقم: ١١٨٩٣، ٦ / ٢٦٤، وهو حديث حسن.

(٤) : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣١٢/٦، والشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٢٣٤، وابن قدامة، المغني ٦ / ٢٤٤.

(٥) : الشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٢٣٣.

رابعاً: الوكالة للأعمى (البَصْرَة):

١ - أقوال الفقهاء: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

- أ- القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراط البصر في الوكيل^(١).
- ب- القول الثاني: خالف الشافعية في الوكالة إلى الأعمى ولم يروا جوازها إليه^(٢).
- ٢ - الأدلة: أ- استدل الفريق الأول: بأن الوكالة تحتاج إلى الخبرة، وحسن التصرف والأعمى لا ينفي ذلك، ولأنه من أهل الشهادة والولاية في النكاح، والخلافة إرثاً وتصرفاً وفي الولاية على أولاده الصغار، ولأنه أهل للائتمان، فصحت الوكالة إليه كالבصير^(٣).
- ب- واستدل الفريق الثاني: بعدم جواز الوكالة إلى الأعمى : لأنه لا يصح بيعه ولا شراؤه عندهم، فكيف يُكَلُّ إليه بما لا يملكه لنفسه؟.
- ولما يعجز الأعمى عن تبينه، وممارسته مما يحتاجه حفظ المال ، وتثميته مما قد يلحق الضرر بمال المفقود^(٤).

٣ - الترجيح : بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم أميل إلى عدم جواز الوكالة للأعمى لأن الوكالة تحتاج إلى حاسة البصر لتنفيذ ما وكل به ، وقد يغرر به في بعض المعاملات وقد يلحق الضرر بمال المفقود إن كان لا يبصر.

(١) : السرخسي، المبسوط، ٢٨ / ٢٥، والخرشي، شرح مختصر خليل ، ٨ / ١٩٢، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٦ / ٣١٢، والبهوتي، كشاف القناع، ٤ / ٣٩٤.

(٢) : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٦ / ٣١٢.

(٣) : السرخسي، المبسوط، ٢٨ / ٢٥، والبهوتي، كشاف القناع، ٤ / ٣٩٤.

(٤) : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٦ / ٣١٢، والشربيني، مغني المحتاج ٣ / ٢٣٣.

المطلب الثالث: رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في شروط الوكيل القضائي:

نصت المادة / ٢٠٦ / من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: (يسري على القيم والوكيل القضائي ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص صريح). وبناء على ذلك سأذكر في هذا المطلب شروط الوكيل القضائي والتي هي نفسها شروط الوصي.

أولاً: نصت المادة / ١٧٨ / من قانون الأحوال الشخصية السوري، وهو نص المادة / ٢٧ / من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم / ١١٩ / على شروط الوصي (- شروط الوكيل القضائي-) ومن ليس أهلاً للوصاية، وهي ما يلي:

١- يجب أن يكون الوكيل عدلاً، قادراً على القيام بالوكالة، ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر.

٢- لا يجوز أن يكون وكيلاً:

أ - المحكوم عليه في جريمة سرقة ، أو إساءة الائتمان ، أو تزوير ، أو جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ب - المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره.

ج - من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية.

د - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي، يخشى منه على مصلحة القاصر^(١).

ثانياً: وجاء في المادة / ٢٣١ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " يشترط في الوصي وقت تعيينه وأثناء وصايته ما يلي:

(١) : السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية، والمواريث والزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ١٠ / ٧٦.

- ١- كمال الأهلية.
 - ٢- القدرة على القيام بشؤون القاصر.
 - ٣- أن لا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالآداب، أو تمس الشرف أو النزاهة.
 - ٤- أن لا يكون قد أشهر إفلاسه، أو أعلن إعساره.
 - ٥- أن لا يكون قد سبق أن سلبت ولايته، أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.
 - ٦- أن لا يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائي.
- ثالثاً: وجاء في المادة / ٩٣ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ".
- رابعاً: وجاء في المادة / ٧٦ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " يشترط في الوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية ".
- خامساً: وجاء في المادة / ٢٤٦ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازماً ضابطاً أميناً ".
- و جاء في المادة / ٢٤٧ / من القانون نفسه : " لا يجوز أن يكون وصياً أو مقدماً :
- ١- المحكوم عليه في جريمة سرقة ، أو إساءة ائتمان ، أو تزوير ، أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق.
 - ٢- المحكوم عليه بالإفلاس، أو في تصفية قضائية.
 - ٣- من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور ".

المبحث الرابع: أنواع الوكلاء القضائيين:

ينقسم الوكلاء القضائيون إلى أنواع مختلفة، ولكل نوع أحكام خاصة وتفصيلات تختلف عن النوع الآخر، وقد اتفق الفقهاء في بعض هذه الأحكام، واختلفوا في بعضها الآخر، كالآتي:

١ -وكلاء مختارون، ووكلاء قضائيين.

٢ -وكلاء دائمون، ووكلاء مؤقتون.

٣ -وكلاء عامون، ووكلاء خاصون.

٤ -وكلاء منفردون، ووكلاء متعددون.

المطلب الأول: وكلاء مختارون، ووكلاء قضائيين:

أولاً: الوكيل المختار : هو الشخص الذي يختاره الغائب والمفقود قبل غيابه أو فقده ويختاره الأب أو الجد قبل موته وصياً على أولاده الصغار، أو المجانين والمعتوهين من الكبار^(١).

ثانياً: وأما وكيل القاضي فقد اتفق الفقهاء^(٢) على أنه الذي يعينه القاضي من قبله إن لم يوص الغائب أو المفقود لأحد؛ لأن القاضي ولي من لا ولي له، كما جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له))^(٣)، ولأن ترك ذلك يؤدي إلى ضياع أموالهم.

(١) : عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي بيروت، ص ٤٢٥.

(٢) : الزيلعي، تبیین الحقائق ٢٠٨/٦، والخطاب، مواهب الجليل ٣٨٨/٦، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣١١/٦، والبهوتي، كشف القناع ٢٨٩/٦.

(٣) : أخرجه الترمذي في كتاب النكاح عن رسول الله، باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم : ١١٠٢، وأبو داود، كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم: ٢٠٨٣، وابن ماجه، كتاب النكاح، باب : لا نكاح إلا بولي، حديث رقم : ١٨٧٩، وأحمد، باقي مسند الأنصار، حديث رقم : ٢٥٣٦٥، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

وإن وكيل القاضي كالوكيل المختار إلا في مسائل:

الأولى: للوكيل المختار أن يبيع من نفسه ويشتري لنفسه إذا كان فيه نفع ظاهر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً للصاحبين، وأما وكيل القاضي فليس له ذلك اتفاقاً؛ لأنه كالوكيل وهو لا يعقد لنفسه^(١).

الثانية: إذا خص القاضي وكيله بشيء تخصص، بخلاف الوكيل المختار.

الثالثة: إذا باع وكيل القاضي ممن لا تقبل شهادته له لم يصح، بخلاف الوكيل المختار.

الرابعة: ليس للقاضي أن يعزل وكيل المختار العدل الكافي، وله عزل وليل القاضي. الخامسة: لا يملك وكيل القاضي القبض إلا بلفظ مبتدأ من القاضي بعد الوكالة بخلاف الوكيل المختار.

السادسة: يُعمل نهي وكيل القاضي عن بعض التصرفات ، ولا يُعمل نهي الوكيل المختار.

السابعة: وكيل القاضي إذا جعل وكيلاً عند موته لا يصير الثاني وكيلًا بخلاف الوكيل المختار^(٢).

ثالثاً: ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

١- نصت المادة / ٢٠٤ / من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه : " إذا ترك المفقود وكيلًا عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلًا قضائياً "^(٣).

(١) : البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي دبط، ديت، ص ٤٠٧.

(٢) : ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٦ / ٧٢٢، وابن نجيم الأشباه والنظائر ص ٢٥٣، والبغدادي، مجمع الضمانات، ص ٤٠٧، والموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار السلاسل الكويت، ١٤٢٧هـ، ٤٣ / ١٦٩.

(٣) : المادة / ٢٠٤ / من قانون الأحوال الشخصية السوري، مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في سوريا، بإشراف النقيب الأستاذ أحمد عيدو، السنة ٦٤، العدد: ٣-٤، دمشق ١٩٩٩م ص ٢٥٨.

حرصاً من القانون على مصلحة المفقود نص على تثبيت الوكيل المعين من قبل الغائب، فإن لم يكن له وكيل، فلا بد من تعيين وكيل قضائي عنه. إذا وكل الغائب شخصاً ينوب عنه في تسيير أموره يكون وكيلاً مختاراً من قبله وإن لم يوكل أحداً وكل القاضي عنه وكيلاً يقوم بشؤونه يسمى وكيلاً قضائياً، يكون وصياً عنه.

ونصت المادة /١٧٦/ على الوصي المختار: وهو من يختاره الأب أو الجد قبل موته: يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر، أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه.

ونصت المادة /١٧٧/ على وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي: فقد أجازت (أن تعين المحكمة وصياً إذا لم يكن للقاصر، أو الحمل وصي مختار)^(١).

٢- وجاء في المادة / ٢٣٠ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "أ- للأب أن يعين وصياً مختاراً على ولده القاصر، وعلى الحمل، وعلى القاصرين من أولاد ابنه المحجور عليه، وله أن يرجع عن إيصائه ولو التزم بعدم الرجوع".

ب- إذا لم يكن للقاصر وصي مختار من الأب، أو جد لأب، أو وصي مختار من الجد لأب، يعين له القاضي وصياً لإدارة شؤونه، مراعيًا في ذلك مصلحة القاصر".

٣- جاء في المادة / ٩٩ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".

وجاء في المادة / ٩٩ / من القانون نفسه: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حال عدم وجود ولي أو وصي، على من كان فاقداً للأهلية، أو ناقصها، بناءً على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

(١) : الكوفي، محمد إبراهيم، قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٩٥ / لسنة ١٩٥٣، ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم / ٣٤ / لعام ١٩٧٥م، ص ٧٣ والسباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية والمواريث ٤١/٢.

وجاء أيضاً في المادة / ١١١ / من نفس القانون : " على القاضي عندما يحكم بالفق د أن يحصر أموال المفقود، وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب، أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما استحقه من ميراث، أو تبرع ".

٤- وجاء في المادة / ٨١ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " إذا توفي شخص ولم ينصب وصياً فللقاضي نصبه في الأحوال : أ- إذا كان للمتوفى دين ولا وارث له لإثباته واستيفائه ب- إذا كان عليه دين ولا وارث له لإيفائه ج- إذا كانت له وصية ولا يوجد من ينفذها د- إذا كان أحد الورثة صغيراً ولا ولي له ".

٥- وجاء في المادة: / ٢٣٠ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " يقصد بالنائب الشرعي: أ- الولي وهو الأب والأم والقاضي ب- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم ج- المقدم وهو الذي يعينه القضاء ".

٦- وجاء في المادة / ٢٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " إذا توفي الوصي أو حجر عليه، أو أفلس، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) عن القاصر وإذا غاب الوصي، أو اعتقل، وخشي من غيابه أو اعتقاله تعرض مصلحة القاصر للضياع، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) مؤقتاً ".

ثم إن القاضي لا يملك عزل الوكيل المختار ما لم يقر به سبب يوجب عزله بخلاف وكيله هو، فإنه يعزله لسبب وغير سبب على سواء، لأنه وكيله.

وإن وكيل القاضي إذا عزل نفسه ينبغي أن يشترط علم القاضي بعزله كما يشترط علم الموكل في عزل الوكيل نفسه، وعلم السلطان في عزل القاضي نفسه^(١).
لقد سارت قوانين الأحوال الشخصية سير الفقه الإسلامي بأنه إذا لم يعين المفقود وكيلاً وكّل القاضي من ينوب عنه بتسيير أموره.

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٦ / ٧٠٠.

وإن قانون الأحوال الشخصية السوري لم يفرق بين الوصي المختار ووصي القاضي في كل الحالات، وتبعه في ذلك القانون المصري، وأخضع تصرفات الوصي لإشراف المحكمة^(١).

المطلب الثاني: وكلاء دائمون، ووكلاء مؤقتون:

سواء أكان الوكيل مختاراً، أم معيناً من قبل القاضي، لا بد أن تكون هذه الوكالة دائمة ومستمرة استمرار الحاجة إليها، فلا تنتهي إلا بانتفاء الحاجة إليها كعودة الغائب أو المفقود، أو بظهور ما يمنع الوكيل من الاستمرار في وظيفته كموته، أو جنونه، أو عزله. إذاً فالأصل في الوكالة القضائية، أو الوصاية أن تكون مستمرة ما دام الغائب والمفقود لم يعودا، ويمكن أن تكون مؤقتة.

ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

قبل أن أذكر نصوص القوانين لا بد من ذكر بأن أحكام الوكيل القضائي تقاس على أحكام الوصي.

أولاً: جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٧٩/ ما يلي :

" ينصب القاضي وصياً خاصاً مؤقتاً عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو من يمثلهم الوصي".

ونصت المادة ١٨٨/ على حالة أخرى لتعيين وصي مؤقت، جاء في الفقرة الأولى منها:

" ١- إذا رأت المحكمة كفاً يد الوصي، عينت وصياً مؤقتاً لإدارة أموال القاصر إلى حين زوال سبب الكف، أو تعيين وصي جديد.

(١) : السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية والموارث ٤٩/٢.

- ٢- تسري على الوصي المؤقت أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون^(١).
- ثانياً: وجاء في المادة / ٣١ / من قانون الأحوال الشخصية المصري: بأن للمحكمة أن تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية:
- أ- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.
- ب لإبرام عقد من عقود المعاوضة، أو تعديله، أو فسخه، أو إبطاله، أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصي، أو أحد المذكورين في البند السابق.
- ج -إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع، وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال.
- د -إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.
- هـ- إذا كان الولي ليس بأهل لمباشرة حق من حقوق الولاية^(٢).
- ثالثاً: وجاء في المادة / ٢٧٦ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية، ولم يكن للقاصر ولي آخر، وكذلك إذا أوقفت الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته".
- رابعاً: وجاء في المادة / ٢٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " إذا توفي الوصي أو حجر عليه، أو أفلس، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) عن القاصر وإذا غاب الوصي ، أو اعتقل ، وخشي من غيابه أو اعتقاله تعرض مصلحة القاصر للضياع، فعلى المحكمة أن تعين منصوباً (وصياً) مؤقتاً"^(٣).

(١) : السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية والمواريث ٤٣/٢، والكردي، أحمد الحجي، الأحوال الشخصية، الأهلية- والنيابة الشرعية- والوقف- والتركات ص ١٠٢.

(٢) : مجموعة قوانين الأحوال الشخصية والمواريث والولاية على المال والوصايا وإجراءات

الدعوى، المطبوعات القانونية، بنك القوانين، السيدة زينب، ص ١٣٨.

(٣) : المادة / ٢٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

نرى بلنّ قوانين الأحوال الشخصية نصّوا على جواز جعل الوكالة مؤقتة في ظروف خاصة.

المطلب الثالث: وكلاء عامون، ووكلاء خاصون:

اختلف الفقهاء في الوكيل المختار، ووكيل القاضي في العموم والتخصيص:

أولاً: أقوال الفقهاء: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

١- ذهب الإمام أبو حنيفة^(١) رحمه الله تعالى إلى أن وكيل الأب لا يقبل التخصيص بل يكون وكيلاً في جميع الأشياء لقيامه مقامه ، وأما وكيل القاضي فيقبل التخصيص لأنه كالوكيل.

جاء في حاشية ابن عابدين^(٢): (جعل رجلاً وصياً فيما له بالكوفة ، وآخر فيما له بالشام، وآخر فيما له بالبصرة، فعند الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه كلهم أوصياء في الجميع، ولا تقبل الوصاية التخصيص بنوع، أو مكان أو زمان، بل تعم، وعلى قول أبي يوسف ومحمد كل وصي فيما أوصى إليه، ولو أوصى إلى رجل بدين، وإلى آخر أن ينفذ وصيته، فهما وصيان في كل شيء عند الإمام أبي حنيفة ، وقال صاحبان كل واحد وصي على ما سمي، لا يدخل الآخر معه)^(٣).

(١) : أبو حنيفة: الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي، برع في الفقه وألف وصنف، ولد في عصر الصحابة فلقي منهم جماعة كأبى بن مالك وعامر بن الطفيل، ونشأ في زمن التابعين، وكان أبو حنيفة خزازاً، ولد سنة ٨٠هـ، وتوفي سنة ١٥٠هـ. [الجرجاني، عبد الله بن عدي بن عبد الله بن مح مد أبو أحمد، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: يحيى مختار غزاوي دار الفكر ، بيروت، ط٣، ١٤٩٠هـ / ١٩٨٨م، ٥/١].

(٢) : ابن عابدين: / ١١٩٨ - ١٢٥٢ هـ = ١٧٨٤ - ١٨٣٦ م، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقيّ ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره . مولده ووفاته في دمشق . له (رد المحتار على الدر المختار) خمس مجلدات، فقه، يعرف بحاشية ابن عابدين، و (رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار) و (الرحيق المختوم) في الفرائض، و (حواش على تفسير البيضاوي) التزم فيها أن لا يذكر شيئاً ذكره المفسرون. [ينظر الزركلي، الأعلام ٦/ ٤٢].

(٣) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٦/ ٧٢٣.

فوكيل الأب أو الجد إذا خصّاه بعمل معين دون غيره، لم يتخصص فيما خصّاه فيه وأطلقت يده في المال كله، بخلاف وكيل القاضي، فإذا أوصى القاضي لشخص بإدارة أموال المفقود المنقولة فقط، لم يكن له إدارة العقارات.

٢- بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوكيل الم مختار في هذا كوكيل القاضي تماماً فيقبل التخصيص كما يقبل الإطلاق^(١).

ثانياً: الأدلة:

١- استدل أبو حنيفة بأن وكيل الأب لا يقبل التخصيص لقيامه مقامه، فيعد كأنه هو الذي يقوم بالأمر، وأما وكيل القاضي فيقبل التخصيص؛ لأن القاضي نصبه إياه قضاء والقضاء قابل للتخصيص، وهو وكيل عن القاضي لا نائب عن الغائب، ولهذا يأخذ صفة الوكيل لا صفة الولي، ولأن الوكيل يتخصص^(٢).

٢- واستدل الجمهور بأن الوكيل المختار في هذا كوكيل القاضي تماماً، فيقبل التخصيص كما يقبل الإطلاق لأنه استفاد التصرف بإذن موكله، فكان مقصوراً على ما أذن له فيه كالوکیل^(٣).

ثالثاً: ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

١- سكت قانون الأحوال الشخصية السوري عن تخصيص الأب والجد وصيهما المختار، وهنا يجب الرجوع في ذلك إلى الراجح من المذهب الحنفي وفقاً للمادة /٣٠٥/ من القانون، فيعتبر القانون موافقاً للفقهاء الحنفي في جواز تخصيص وكيل القاضي دون الوكيل المختار.

(١) : مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان د.ب ٣٣١ / ٤، والماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني تحقيق : الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م، ٣٣٩ / ٨، والرحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٥٣٦ / ٤.
(٢) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٧٢٢ / ٦، والسرخسي، المبسوط ٢٨ / ٢٦.
(٣) : الرحبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٥٣٦ / ٤.

- ٢- وجاء في المادة / ٣١ / من قانون الأحوال الشخصية المصري: بأن للمحكمة أن تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك في الأحوال الآتية:
- أ - إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي، أو زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.
- ب - إبرام عقد من عقود المعاوضة، أو تعديله، أو فسخه، أو إبطاله، أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصي، أو أحد المذكورين في البند السابق.
- ج - إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع، وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال. إذ استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.
- هـ - إذا كان الولي ليس بأهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.^(١)
- أما المادة / ٣٣ / من هذا القانون فجاء فيها : " أنه يجوز للمحكمة أن تقيم وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال"^(٢).
- ٣- وجاء في المادة / ٢٣٣ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " يتقيد الوصي بالشروط والمهام المسندة إليه ".
- ٤- وجاء في المادة / ٤٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أنه : " إذا أوصى وأطلق عمت الوصاية جميع التصرفات، وإذا أوصى وقيد بوقت أو بغيره، أو عين فليس للوصي أن يتعدى ما قيد أو عين له"^(٣).
- إذاً يتبين لنا بأن قوانين الأحوال الشخصية المصري، والأردني، واليمني، والسوري بناء على موافقته للمذهب الحنفي من أنه يجوز تخصيص الوكيل بما وكل له من أمور ويتقيد بالمهام المسندة إليه.

(١) : مجموعة قوانين الأحوال الشخصية والمواريث والولاية على المال والوصايا وإجراءات

الدعوى، المطبوعات القانونية، بنك القوانين، السيدة زينب، ص ١٣٨.

(٢) : المرجع نفسه ص ١٣٩.

(٣) : المادة / ٤٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

رابعاً: الترجيح: أرجح ما ذهب إليه المذهب الحنفي، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري من أن وكيل الأب لا يقبل التخصيص، وأما وكيل القاضي فيقبل التخصيص، لأن القاضي هو الذي نصب الوكيل وذلك بإذن من المحكمة، والقضاء قابل للتخصيص.

المطلب الرابع: وكلاء منفردون، ووكلاء متعددون:

إذا وُكِّلَ القاضي وكيلاً قضائياً واحداً عن الغائب والمفقود، كان لهذا الوكيل التصرف منفرداً في هذه الحال، ويكون تصرفه نافذاً دون توقف على إجازة أحد، ما دام تصرفه في حدود صلاحياته الشرعية.

ولكن إذا وُكِّلَ أكثر من واحد إذا دعت الحاجة كأن يكون للمفقود أموال وعقارات وأمور تحتاج لأكثر من شخص لتسيير أموره، كان ذلك جائزاً أيضاً، ولكن هل لهؤلاء الوكلاء أن يتصرف كل واحد منهم بمفرده، أم لابد من موافقة باقي الوكلاء؟ فإذا وكل اثنين فأكثر بلفظ واحد مثل: جعلتكما وكيلين، أو بلفظين في زمان واحد أو زمانين، جاز ذلك^(١).

وإذا وكل رجلين وخص كل واحد منهما بشيء لم يخص به الآخر، كأن يجعل إلى أحدهما قضاء الديون، وإلى الثاني إخراج الثلث، أو يجعل إلى أحدهما إنفاذ الوصية وإلى الثاني الولاية على الأطفال، فوكالة كل منهما تكون مقصورة على ما جعل إليه ويتفرد فيها بالتصرف، ولا يتصرف فيما جعل إلى الآخر^(٢).

أما إذا جمع بينهما في التصرف ولم يخص أحدهما بشيء: فالوكالة هنا لها عدة أنواع:

(١) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٤٥٤.

(٢) : الزيلعي، تبين الحقائق ٤ / ٢٧٥.

أولاً: النوع الأول: أن يوصي إليهما مجتمعين ومنفردين، ففي هذه الحالة يعد كل واحد منهما وكيلاً، وأيهما تفرد بإنفاذ الوكالة جاز، وإن اجتمعا عليه كان أولى، وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق كان للآخر الانفراد.

ثانياً: النوع الثاني: أن يوصي إليهما مجتمعين لا منفردين، فعليهما أن يجتمعا على إنفاذ الوكالة، ولا يجوز لأحدهما أن يتفرد بشيء منها، ولو مات أحدهما لا يصير الأمر إلى الثاني، وإنما يعين الحاكم أميناً مكانه يضمه إلى الحي، ولا يتفرد أيضاً في أمر من الأمور، ولو ماتا جميعاً رد الحاكم الوكالة إلى اثنين استتباعاً لوكالة الموكل، قال ابن قدامة^(١) بعد ذكر هاتين الصورتين: "وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً"^(٢).

ثالثاً: النوع الثالث: أن يطلق الوكالة دون أن يبين اجتماعهما أو انفرادهما كأن يقول: أوكلت إليكما.

وفي هذه الصورة يختلف الفقهاء في جواز انفراد أحدهما بالتصرف دون الآخر على قولين:

١- أقوال الفقهاء:

أ- القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وهو قول أبي حنيفة ومحمد^(٦) أنه لا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف، كما لو أمر بالاجتماع في الوصية؛ لأن هذا هو المتيقن؛ ولأنه أشرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين.

(١) ابن قدامة: الإمام العالم الفقيه المحدث، أبو عمرو محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ولد سنة ٥٢٨ هـ، بقرية جماعيل من عمل نابلس، وتحول إلى دمشق هو وأبوه وقرابته مهاجرين إلى الله تعالى لاستيلاء الفرنج، سمع أباه وأبا المكارم بن هلال، وكان من العلماء العاملين، وكتب «المغني» و«معالم التنزيل»، توفي سنة: ٦٠٧ هـ. [ينظر الذهبي، سير أعلام النبلاء، ٥/٢٢].

(٢) الزيلعي، تبين الحقائق ٦ / ٢٠٨، وابن قدامة، المغني ٦ / ٢٤٣.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤ / ٤٥٣.

(٤) النووي، روضة الطالبين ٦ / ٣١٧.

(٥) ابن قدامة، المغني ٦ / ٢٤٤.

(٦) الزيلعي، تبين الحقائق ٦ / ٢٠٩.

- وإن فسق أحدهما أو جن أو مات أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصي لم يرض بنظر أحدهما وحده، وليس للحاكم أن يفوض الجميع إلى الباقي.
- واستثنى الإمام أبو حنيفة ومحمد جواز انفراد أحد الوكيلين عند إطلاق الوكالة لهما دون تحديد في الأمور التالية:
- ١- شراء كفن الميت وتجهيزه، لأن في التأخير فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران عند ذلك.
 - ٢- في طعام الصغار وكسوتهم، لأنه يخاف م وتهم جوعا وعريا إذا انتظر تصرف الآخر.
 - ٣- في رد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا، لأن رد هذه الأشياء ليس من الولاية، فإنه يملكه المالك^(١).
 - ٤- في حفظ الأموال وقضاء الديون، لأن ذلك لا يحتاج إلى ولاية يستمدها الوكيل من الموكل، فإن صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه أخذه، وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة، ولأن الوكالة إلى الاثنين للحاجة إلى رأيهما وهذا لا يحتاج فيه إلى الرأي.
 - ٥- في تنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه، لأنه لا يحتاج في هذا إلى الرأي والمشورة^(٢).
 - ٦- في الخصومة في حق الميت، لأن الاجتماع فيها متعذر، ولو اجتماعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين.
 - ٧- في قبول الهبات، لأن في التأخير خيفة الفوات.
 - ٨- في بيع ما يخشى عليه التلف والهلاك، لأن فيه ضرورة لا تخفى.

(١) : السرخسي، المبسوط ٢٨ / ٢١.

(٢) : السمرقندي، تحفة الفقهاء ٣ / ٢١٩.

٩- في جمع الأموال الضائعة، لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يُملَّكُهُ كُلُّ من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية^(١).

كما استثنى الشافعية رد الأعيان المستحقة كالمغصوب والودائع والأعيان الموكلة بها، وقضاء دين في التركة جنسه فلا أحدهما الاستقلال به؛ لأن لصاحب الحق أن يستقل بأخذ ذلك فلا يضره استقلال أحدهما به^(٢).

ب- القول الثاني : وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز لكل واحد من الوكيلين أن ينفرد بالتصرف.

٢- الأدلة:

أ- استدل الفريق الأول على عدم جواز انفراد أحد الوكيلين بالتصرف إلا في الأمور المستثناة، بأن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض، وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد، فالقاضي حين جعل أكثر من وكيل فمعنى ذلك أنه لم يرض بتصرف أحدهم منفرداً، فلا يجوز له الانفراد بالتصرف، وما رضى القاضي إلا بالمتنى، وليس الواحد كالمتنى^(٣).

ب- واستدل الفريق الثاني على أنه يجوز لكل واحد من الوكيلين أن ينفرد بالتصرف بأن الوكالة سبيلها الولاية، وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كاملاً، كولاية النكاح للأخوين، فلكل واحد منهما أن يزوج.

ولأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق الخلافة إذا انتقلت الولاية إلى الوكيل على الوجه الذي كان ثابتاً للمفقود، وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما^(٤).

(١) : الغنيمي، الباب شرح الكتاب، ١٧٢/٤، العيني، البناية شرح الهداية، ٥١٠/١٣.

(٢) : الشربيني، مغني المحتاج ١٢٢/٤.

(٣) : البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، د. ط، دبت، ٥٠٥/١٠، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٩٣/٨.

(٤) : الزيلعي، تبين الحقائق ٢٠٩ / ٦.

٣- المناقشة والردود:

رد الفريق الأول على استدلال أبي يوسف بأن الولاية في الزواج سببها القرابة، وهي تثبت بحكم الشرع، بينما الوكالة سببها إرادة الموكل، فيجب احترام إرادته، وعدم تعطيلها بجواز انفراد أحد الوكيلين بالتصرف^(١).

كما أن الولاية لا تحتل التجزؤ، وبتكامل السبب في حق واحد من الوكيلين يثبت الحكم بالانفراد، بخلاف الوكيلين، فإن الوكالة إنابة، وقد أنابهما الموكل فلا تثبت الإنابة لكل واحد بالانفراد^(٢).

٤- **الترجيح:** من خلال أقوال الفقهاء وأدلتهم أرجح ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا يجوز لأحد من الوكيلين الانفراد بالتصرف؛ لأن الغائب قد رضي بتصرفهما معاً والقاضي أيضاً لم يرض بتصرف أحدهما منفرداً، فكان ذلك أمانة لا يجوز الخيانة فيها؛ ولأن القاضي حين عيّن أكثر من وكيل يعلم ما يصلح للغائب والمفقود، ولو كان يريد الانفراد ما عدّد الوكلاء.

٥- رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

أ- جاء في المادة / ٤٤٧ / من القانون السوري: " إذا أقام الميت وصيين، أو اختارهما قاض واحد، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا بإذن صاحبه، ماعدا الأحوال الآتية، وهي: تجهيز الميت، والخصومة في حقوقه التي على الغير، وطلب الديون المطلوبة له لا قبضها، وقضا الديون المطلوبة منه بجنس حقه، وتنفيذ وصية معينة لفقير معين، وشرا مالا بد منه للطفل، وقبول الهبة له، وتأجير الطفل لعمل، وإجارة ماله، ورد الوديعة والودائع المعينة، ورد ما اغتصبه الميت، وما اشتراه فاسداً، وقسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصي، وبيع ما يخشى عليه

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٥ / ٤٥١.

(٢) : السرخسي، المبسوط ٢٨ / ٢٠.

التلف، وجمع الأموال الضائعة ، وإن نص الموصي على الإنفراد أو الاجتماع يتبع ما نص عليه ."

ب- وجاء في المادة / ٣٠ / من قانون الأحوال الشخصية المصري ، والمادة / ٢٧٤ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : " أنه يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الإنفراد ، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم في قرار تعيينه، أو في قرار لاحق ، ومع ذلك فلكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة، أو المتمحضة لنفع القاصر، وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع ."

ج- وجاء في المادة / ٢٧٤ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي : حالات تعيين الأوصياء، وتصرفاتهم من حيث الانفراد والاختلاف وهي:

" ١- يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم في قرار تعيينه، أو في قرار لاحق، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية، أو المستعجلة، أو المتمحضة لنفع القاصر.

٢- وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع."

د- وجاء في المادة / ٩٢ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " للقاضي اختيار الأصلح من الأوصياء عند تعددهم ."

هـ- وجاء في المادة / ٧٨ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي:

" ١- إذا أقام الموصي أكثر من وصي واحد فلا يصح لأحدهم الإنفراد بالتصرف وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا بإذن الآخر.

٢- ينفذ تصرف أحد الوصيين دون إذن الآخر فيما يلي:

أ- ما لا يختلف باختلاف الآراء.

ب- ما ليس فيه قبض أو تسلم مال.

ج- ما كان في تأخيرہ ضرر.

٣- إذا نص الموصي على إنفراد الأوصياء أو اجتماعهم فيتبع ما نص عليہ.

د- إذا تشاح الأوصياء أجبرهم القاضي على الاجتماع وإلا استبدل غيره م بهم."

و- وجاء في المادة / ٢٧٥ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني:

" إذا تعدد الأوصياء فليس لأحدهم الانفراد في غير تجهيز الميت، وشراء حاجة الطفل ورد الوديعة، وبيع ما يخاف عليه من التلف، وجمع الأموال الضائعة إلا بنص من الموصي".

وجاء في المادة / ٢٧٧ / من القانون نفسه: " إذا اشترط الموصي اجتماع الوصيين ومات أحدهما بطلت وصاية الآخر، أما إذا غاب أحد الوصيين، أو تمرد، كانت الولاية للقاضي إلى أن يجتمعا أو يعود الغائب".

إذاً يتبين معنا من خلال نصوص القوانين بأنها وافقت جمهور الفقهاء من أنه إذا أقام القاضي وكيلين فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف وإن تصرف فلا ينفذ تصرفه إلا بإذن صاحبه، إلا إذا بينت المحكمة اختصاصاً لكل منهما.

الفصل الثاني

صلاحيات الوكيل القضائي

ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: أجره الوكيل القضائي.

المبحث الثاني : صلاحيات الوكيل القضائي عند الفقهاء.

المبحث الثالث: صلاحيات الوكيل القضائي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.

المبحث الرابع: الأمور التي يختلف فيها وكيل القاضي عن الوكيل المختار.

إن الوكيل القضائي له صلاحيات يستطيع أن يقوم بها نيابة عن الغائب والمفقود في مختلف المجالات، كالعبادات، والأحوال الشخصية، والمعاملات المالية، وغيرها من التصرفات، إلا أن له حدوداً، فليس المجال على إطلاقه وسوف أبين في هذا الفصل هذه الصلاحيات والحدود بإذن الله تعالى.

وقبل الخوض في هذه الصلاحيات سأبين نطاق تصرفات الوكيل.

نطاق تصرفات الوكيل القضائي:

أولاً: الضمان: الوكيل أمين على ما تحت يده من مال، فلا يضمن ما يتلف بيده إلا بتعد أو تقصير، وهو كناظر الوقف من حيث الضمان، فيقبل قوله مع اليمين^(١).

ثانياً: ضوابط تصرفات الوكيل القضائي: إن الشريعة الإسلامية وضعت ضوابط تضبط تصرفات الوكيل وتحد في وكالته؛ لأن إطلاق يده بالتصرف قد يُخَوِّن من قبل الآخرين، فتجعل العلاقات مضطربة، وتكاد ضوابط الوكالة تكون محصورة بمعنى واحد وهو جلب المصلحة للغائب، أو المفقود، ودرء المفسدة عنهم، فما من تصرف فيه مصلحة للمفقود وفق ضوابط الشريعة الإسلامية إلا ويجاز، وما من تصرف فيه مفسدة إلا ويمنع^(٢).

وقبل أن أذكر صلاحيات الوكيل القضائي سأتكلم عن أجره الوكيل، هل يستحق الأجرة، أم أن عمله تطوعاً؟.

(١) : د. الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، ط ٢، ١٩٩٨، ص ١٦١.

(٢) : الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، د. ط، دمشق ٢ / ١٠٥٠.

المبحث الأول: أجر الوكيل القضائي: إما أن يعمل الوكيل القضائي مقابل أجر يأخذه لقاء قيامه برعاية أمور المفقود بين والغائبين ، وأموالهم ، وهذا اختلف الفقهاء في أخذه للأجر ، وإما أن يعمل بلا أجر وإنما تطوعاً فالفقهاء متفقون على جواز هذه الوكالة.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في جواز أخذ الوكيل القضائي للأجرة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى أنه يجوز للوكيل القضائي أن يأخذ أجراً مقابل ما يقوم به من عمل وجهه في حفظ أموال المفقود ورعايتها، فإن تورع عن ذلك فهو خير له ، بيد أن الشافعية فرّقوا بين الوكيل الأجنبي وغير الأجنبي (الأب، والجد، والأم إذا كانت وصية)، فإذا كان الوكيل في أمر ال مفقود أجنبياً، فله أن يأخذ من مال المفقود قدر أجره المثل ، فإن أخذ أكثر من ذلك ضمن ما أخذه، ولو لكفايته، وإن كان أباً، أو جداً، أو أمّاً – بحكم الوصية لها – فلا يأخذ من ماله شيئاً إن كان غنياً ، فإن كان فقيراً فنفقته على الطفل وله أن ينفق على نفسه من ماله بالمعروف، ولا يحتاج إلى إذن حاكم.

القول الثاني : وهو قول الحنفية^(٤): ويقولون بالتفريق بين وكيل القاضي ووكيل المفقود، بحيث لا يستحق وكيل المفقود أجراً على وكالته، وأما وصي القاضي ووكيله فيجوز للقاضي أن يجعل له أجر المثل على وكالته ، ومع أن أصحاب هذا القول لا يجيزون لوكيل المفقود أن يأخذ أجراً على وكالته إلا أنهم يجيزون له أن يأكل من مال اليتيم إذا كان محتاجاً، ويركب دابته إذا ذهب في حاجته ، وأما إذا لم يكن محتاجاً فلا يأكل منه شيئاً.

(١) : المواق، التاج والإكليل، ٥٧٢/٨ .

(٢) : الشربيني، مغني المحتاج، ٧٨/٣ .

(٣) : ابن قدامة المغني، ١٤٦/٦ ، والبهوتي، كشاف القناع، ٣٩٧/٤ .

(٤) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٧١٣/٦ .

رأي قهانه الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في أجرة الوكيل القضائي :

١- يلاحظ أن المادة /١٨٧/ من قانون الأحوال الشخصية السوري في فقرتها الأولى والمادة /٤٦/ من القانون المصري المذكورتين قد نصتا: " على أن الأصل في الوصاية أن تكون بغير أجر، إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تتحدد له أجراً ثابتاً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين "، ومعلوم أن المكافأة لا تمنح إلا للأوصياء غير المأجورين الذين قاموا بعمل غير متوقع يتطلب من الجهد والتفرغ ما يستحق فاعله مثل هذه المكافأة^(١).

ونصت المادة المذكورة في فقرتها الثانية على أنه: " لا يجوز فرض أجرة عن مدة سابقة على الطلب".

وجاء أيضاً في المادة : /١٩٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الثانية " على أن للقاضي أن يلزم الوصي بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمائة ليرة سورية، وبحرمانه من أجره كله، أو بعضه" وذلك إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه.

٢- وجاء في المادة: / ٢٣٤/ من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " أ- يجب على الوصي إدارة أموال القاصر ورعايتها، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور.

ب- الوصاية حسبة وتبرع، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أن تتحدد له أجراً ثابتاً أو مكافأة عن عمل معين ".

(١) : الدجوى، محمد، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين، مطبعة دار النشر للجامعات المصري- مصر، د.ط، ص٤٧٤، وحسب الله، علي، الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية معهد البحوث والدراسات العربية، د. ط، ١٩٦٧م، ص٩٥، والحصري، أحمد الولاية والوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية، ط٢، دار الجيل- بيروت ص١٤٢-١٤٣.

٣- وجاء في المادة: / ٢٦٤ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " يمكن للوصي أو المقدم المطالبة بأجرته عن أعباء النيابة الشرعية، تحددها المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة بها " .

٤- وجاء في المادة: / ٢٨١ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني : " أجره الوصي تخرج من رأس المال مطلقاً إذا كانت أجره المثل ، فلذا زاد الموصي ، كانت الزيادة وصية ، فان كانت الوصاية مختصة بشؤون القاصرين و أموالهم كانت الأجرة من أنصبتهم لا من رأس المال " .

إذاً يتبين لنا من خلال النصوص القانونية بلأن الأصل في الوكالة القضائية أن تكون بغير أجر، إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوكيل القضائي أن تحدد له أجراً ثابتاً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين، وهذا ما عليه الفقهاء أيضاً.

المطلب الثاني: الأدلة:

أولاً: أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١- من القرآن الكريم: استدلوا بقول الله تعالى: ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾، [سورة النساء، آية: ٦] .

وجه الدلالة : إن الآية الكريمة لم تمنع أخذ الأجرة إن طلبها، وإنما حثت الغني على الاستعفاف؛ ليبقى عمله خالصاً لله تعالى^(١).

٢- ومن السنة الشريفة استدلو بما روي أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني فقيرٌ ليس لي شيء ولي يتيمٌ، قال : ((كل من مال يتيمك غير م سرف ولا مبذر، ولا مُنْثَلِّ))^(٢). ومعنى متأمل: جامع مالاً.

(١) : الحصري، أحمد، الوصاية والطلاق في الفقه الإسلامي والأحوال الشخصية ص ١٣٨ .
(٢) : أخرجه أبو داود في سننه، باب ما جاء في مال لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، حديث قم : ٢٨٧٢ ، ٣ / ١١٥ ، والنسائي في سننه، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، حديث رقم : ٣٦٦٨ ، ٦ / ٢٥٦ ، وابن ماجه في سننه، باب قوله تعالى: {ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف} [سورة النساء، آية: ٦]، حديث رقم: ٢٧١٨ ، ٢ / ٩٠٧ ، وأحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، حديث رقم: ٧٠٢٢ ، ١١ / ٥٩٤ ، وهو حديث صحيح.

وجه الدلالة : جواز الأكل من مال الموصى عليه أجره ، مقابل عمل الوصي الذي يقوم به. ومعنى متأثل: الأخذ من مال اليتيم إلى ماله، أي متخذ منه أصل مال^(١).

٣- بما أن عمل الوكيل القضائي ليس بواجب عليه ابتداءً، لذا فإنه إذا طلب أجره على إدارته لمال المفقود، فعلى القاضي أن يفرض له أجره بقدر عمله في مال المفقود^(٢).

٤- إن الوكالة تبرع وللوكيل الامتناع عنه، وقد تتضرر مصلحة الغائب والمفقود فيجوز له أخذ الأجر مطلقاً غنياً كان أم فقيراً.

٥- لأن الوكيل قد يترك أعماله الخاصة للتفرغ لأعمال الوكالة فيحرم من كسب عمله الخاص، فلا أقل من أن يعطى تعويضاً عن هذا الحرمان، إضافة إلى ما في القيام بأعمال الوكالة من جهد ومشقة^(٣).

ثانياً: أدلة القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول على عدم استحقاق الوكيل القضائي للأجرة بالأدلة الآتية:

١- من القرآن الكريم : قال الله تعالى : ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَغْفِرْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [سورة النساء، آية: ٦].

وجه الدلالة : إن الله أمر بالاستغفار؛ والاستغفار يعني الترك، وقد أمر به الغني والقائم بالمعروف ليس له أجره، وقد أمر به الفقير، وأجاز للفقير الأكل بالمعروف والأكل هنا لا يسمى أجراً^(٤).

(١) : العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق الصديقي العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم : تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٢، ١٤١٥ هـ، ٥٣/٨، وابن منظور لسان العرب، ٩/١١.

(٢) : ابن قدامة، المغني ١٤٦/٦، البهوتي، كشف القناع ٣٩٧/٤.

(٣) : الحسيني، محمد مصطفى شحاته، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف دار التأليف د.ب.ط، ١٣٩٦ هـ/١٩٧٦ م، ص ٥٧-٥٨.

(٤) : القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق : أحمد البردوني، وإبراهيم أط فيش، دار الكتب المصرية- القاهرة

ط ٢، ١٣٨٤ هـ/ ١٩٦٤ م، ٤١/٥.

٢- لأن القيام بالوكالة عبادة، ولا يجوز شرعاً أخذ الأجرة على العبادة^(١). وأما جواز الفقير المحتاج فاستدلوا له بما يلي:

أ- قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [سورة النساء آية: ٦].

ب- ومن السنة الشريفة ما روي أن رجلاً جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم قال: ((كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر ولا متأثِّل))^(٢).

وجه الدلالة من الآية والحديث: أجاز للوصي الفقير الأكل من مال الموصى عليه والأكل لا يسمى أجرة.

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة:

أولاً: مناقشة أدلة القول الأول: رد الحنفية على أدلة الجمهور على النحو الآتي:

١- روي عن مجاهد أنه قال بأن آية ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، [سورة النساء، آية: ٦] منسوخة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، [سورة النساء، آية: ٢٩].

وهذا ليس بتجارة، وقال زيد بن أسلم: إن الرخصة في هذه الآية منسوخة^(٣) بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾، [سورة النساء، آية: ١٠].

(١) : الكردي، الأحوال الشخصية، ص ١١٥.

(٢) : أخرجه أبو داود في سننه، باب ما جاء في مال لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، حديث قم : ٢٨٧٢، ٣/ ١١٥، والنسائي في سننه، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، حديث رقم : ٣٦٦٨، ٦/ ٢٥٦، وابن ماجه في سننه، باب قوله تعالى : {ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف} [النساء : ٦]، حديث رقم : ٢٧١٨، ٢/ ٩٠٧، وأحمد في مسنده مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، حديث رقم : ٧٠٢٢، ١١/ ٥٩٤، وهو حديث صحيح.

(٣) : القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٥/ ٤٢، والرفعي، عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، أفريقيا الشرق، ص ٤٤٥.

٢- وأما بأن الآية حثت الغني على الاستعفاف؛ ليبقى عمله خالصاً لله تعالى ، لكن الآية لم تمنعه منه إن طلبها، فليس كذلك؛ لأن الاستعفاف يعني الترك.

ويمكن أن يجاب على هذين الردين على النحو الآتي : الآية ليست منسوخة، وإنما جاءت لإثبات حكم وهو الأجر للوصي ، ولا يتصور أن تكون منسوخة بتلكم الآيتين لأن الآية الأولى تنهى عن أكل المال بالباطل، والوصي يأخذ مقابل جهده ، وهذا ليس باطلاً، وأما الآية الثانية فترتب العقوبة على من أكل مال اليتيم ظلماً، والوصي أو الوكيل الذي يأخذ أجر جهده لا يكون ظالماً بذلك الأخذ، إلا إذا تعدّى^(١).

٣- وأما الدليل الثاني: أن رجلاً جاء النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم قال: ((كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر ولا متأثر))^(٢). فنصّ على أن السائل يريد الأكل وهو فقير، لذا فالفقر قيدٌ يتوقف عنده، ولا تجوز مجاوزته.

٤- وأما الدليل الثالث: وهو القياس؛ فهذا قياس مع الفارق؛ لأن الوصاية تكون بعد الموت، والوكالة في الحياة.

ويجاب على هذا الدليل: بأن هذا القياس قياس صحيح، والعلة المؤثرة هي التبرع في كل منهما، ولا أثر للحياة والموت في ذلك.

٥- وأما الدليلين الرابع والخامس فيبينان أن الوكيل هو الذي اختار هذا العمل رغبة منه فلا يستحق أجره، بخلاف من عيّنه القاضي.

ويجاب على هذا : بأن الوكيل المختار كوكيل القاضي، فكلاهما يقوم بعمل يبذل فيه جهداً، فيستحق أجراً إذا طلب ذلك^(٣).

(١) : الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٤٥١.

(٢) : أخرجه أبو داود في سننه، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، حديث قم : ٢٨٧٢، ١١٥ / ٣، والنسائي في سننه، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، حديث رقم : ٣٦٦٨، ٢٥٦ / ٦، وابن ماجه في سننه، باب قوله تعالى : {ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف [النساء: ٦]}، حديث رقم : ٢٧١٨، ٩٠٧ / ٢، وأحمد في مسنده مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، حديث رقم: ٧٠٢٢، ١١ / ٥٩٤، وهو حديث صحيح.

(٣) : الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، ص ٤٥٠.

ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني: ناقش الجمهور أدلة الحنفية على النحو الآتي:

- ١- أما الآية فهي دليل على ما نقول؛ لأن الآية لم تمنع أخذ الأجرة، وإنما حثت الغني على الاستعفاف؛ ليبقى عمله خالصاً لوجه الله تعالى، لكن الآية لم تمنعه منها إن طلبها.
- ٢- وأما كون الوكالة عبادة فهذا لا يسلم؛ لأنها عمل يرجع لمصلحة الغائب أو المفقود، فيمكن أن يراد منها الأجر الأخروي، ويمكن إرادة الأجر الدنيوي، وقد يجتمعان معاً.

- ٣- وأما الاستدلال بالحديث على جواز الأكل للفقير فلا يسلم أيضاً؛ لأنه من المتفق عليه بين العلماء أن الفقير والمحتاج لا يجوز لهما الأخذ من مال اليتيم، فكذلك الحال بالنسبة للوكيل الفقير أو المحتاج، فيظهر أن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما أجاز الأكل من مال اليتيم بسبب الوصاية لا بسبب الفقر والحاجة^(١).

المطلب الرابع: الترجيح:

وبعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة ، وأدلتهم ، ومناقشتها ، أميل إلى ترجيح رأي الجمهور، وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري، وقوانين البلدان العربية، من استحقاق الوكيل القضائي للأجرة غنياً كان أم فقيراً؛ لقوة ما استدلووا به ، فالوكيل يقوم بجهد وتفرغ في سبيل الحفاظ على مال المفقود، وإن هذا العمل له به أجر عند الله تعالى من إدارة أعمال المفقود وغيرها، فكذلك لا يمنع من أن تخصص له المحكمة أجراً دنيوياً مقابل عمله.

(١): ينظر المواق، التاج والإكليل، ٥٧٢/٨، والشربيني، مغني المحتاج ٧٩-٧٨/٣، وابن قدامة المغني ١٤٦/٦، والبهوتي، كشف القناع، ٣٩٧/٤.

المبحث الثاني: صلاحيات الوكيل القضائي عند الفقهاء:

المطلب الأول: حفظ الأموال : المهمة الأساسية للوكيل القضائي هي حفظ أموال الغائب والمفقود، ووضعها في مكان آمن، فإذا قصر حتى تلف ذلك المال ، أو أصبح به عيب ضمن الوكيل ذلك ، وإذا هلك بلا تعد ، أو تقصير لم يضمن شيئاً؛ لأن يده يد أمانة^(١).

المطلب الثاني: المنقولات، والعقارات:

أولاً: المنقولات: إذا كان للمفقود منقولات، فإن وكيله الذي عينه القاضي له أن يبيع أو يشتري المنقولات من أجنبي ، أو لأجنبي بضمن المثل، أو بغبن يسير لأن عادة التجار التسامح في الغبن اليسير، أما الغبن الفاحش فلا يجوز^(٢).

ثانياً: العقارات: وإذا كان عقاراً، فلا يجوز للوكيل بيعه إلا في أحوال:

١- أن تتعلق بالتركة حقوق لا يمكن استيفائها إلا ببيع العقار، وذلك:

أ- كأن يكون على المفقود دين في التركة.

ب- أو تكون له وصية مطلقة، أي بدراهم مرسلة كألف درهم مثلاً ، وعندئذ يجوز بيع العقار لقضاء الدين، وتنفيذ الوصية، أما لو كان في التركة مال يمكن أداء الدين منه ، أو تنفيذ الوصية، فلا يجوز للوكيل بيع العقار؛ لأنه أبقى وأضمن من المنقول وأنفع للمفقود فكان في بيعه تضييع مصلحة عليه.

٢- أن يكون بيع العقار خيراً للمفقود والغائب من بقاءه، وذلك:

أ- أن يباع بضعف قيمته أو أكثر.

ب- أن تكون نفقات العقار تساوي رבעه، أو تزيد.

ج- أن يكون مال العقار معرضاً للنقصان، كالخراب.

(١) : ابن نجيم، البحر الرائق ٨ / ٥٣٥، ومالك، المدونة ٣ / ٢٧٧.

(٢) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٦ / ٧٠٩، والسباعي، مصطفى شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية، والوصية والمواريث ٤٤ / ٢.

د- أن يكون في يد متغ لب ظالم لا أمل في استخلاصه منه ، أو لا يتوصل إلى استخلاصه إلا بنفقات تزيد على قيمته.

هـ- أن يخشى عليه من متغلب لا يمكن استرداده منه إذا وضع يده عليه.

٣- أن تكون حاجة المفقود ملزمة لبيع العقار، وذلك:

أ- أن يحتاج إلى تجهيزه، وتكفينه، ولذا تجهيز من تلزمه نفقته كالزوجة وليس في التركة مال.

ب- ويلحق بذلك دفع ضريبة للدولة يخشى من تأخيرها الحجز على عقارات المفقود^(١).

١- أقوال الفقهاء في بيع مال المفقود:

أ- ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) إلى أنه ليس للقاضي بيع عقار المفقود وعروضه التي لا يتسارع إليها الفساد ، وأما ما يتسارع إليه الفساد كالثمار ونحوها، فإنه يبيعه ويحفظ ثمنه.

ب- وذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز بيع العقار إلا في موضعين : أحدهما : أن تدعو إليه الضرورة بأن يفتقر إلى النفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه. والثاني: أن يكون له في بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشترى ببعض الثمن مثله^(٤).

ج- وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز بيع العقار إذا كانت حقوق الورثة مشتركة فيه ، في قسمة إضرار، وكانوا بحاجة إلى البيع كقضاء دين، أو مؤونة لهم^(٥).

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٦ / ٧١١، والموصلي، الاختيار لتعليل المختار ٥ / ٦٨، والسباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية والمواريث، ٤٤/٢.

(٢) : السمرقندي، تحفة الفقهاء ٣ / ٣٥٠، والكاساني، بدائع الصنائع ٦ / ١٩٦.

(٣) : الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤ / ١٥٦.

(٤) : الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي دار الكتب العلمية، د. ط، د. ب، ١٢٧ / ٢.

(٥) : ابن قدامة، المغني ٤ / ١٨٥.

٢- الأدلة:

أ- استدل الحنفية والمالكية بعدم جواز بيع عقار المفقود وعروضه التي لا يتسارع إليها الفساد؛ لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ، وفي البيع لا يكون بيعه محض الحفظ عليه، وأما ما يتسارع إليه الفساد فإنه يبيعه لكيلا يضيع ولا يتلف^(١). فإن بيع العروض هو من الحفظ لها؛ لأن العروض يخشى عليه من الهلاك، وحفظ الثمن أيسر^(٢).

وبيّن المالكية بأنه يجوز للوكيل القضائي بيع مال المفقود؛ لأنه ذو صلاحية في بيع المال الذي يخاف من فساد، وبما أنه يجوز القضاء على الغائب، فيجوز بيع ماله^(٣).
ب- واستدل الشافعية بأن فيه مصلحة للمفقود، وأحفظ للعقار^(٤).
ج- واستدل الحنابلة بجواز بيع العقار بما إذا كان في ذلك مصلحة وعدم الضرر للمفقود، ويعود النفع إليه^(٥).

رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

١- جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة / ١٨١: "إذا كان للمفقود حصة شائعة في عقار فلولوكيل القضائي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي"^(٦).
وجاء في المادة / ١٨٢: "لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة التصرف بأموال المفقود بالبيع والشراء"^(٧).

(١): ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٢٩٤ / ٤، والكاساني، بدائع الصنائع: ١٩٦/٦

(٢): السرخسي، المبسوط ٢٢٦/٥.

(٣): الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ١٥٦/٤.

(٤): السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ١٩٠ / ٢.

(٥): ابن قدامة، المغني ١٨٥ / ٤.

(٦): المادة / ١٨١ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٧): المادة / ١٨٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

٢- وجاء في المادة / ٢٣٦ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير _ والوكيل في مال المفقود _ تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير، ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاثة سنوات ، وأعمال الحفظ ، والصيانة ، واستيفاء الحقوق ، وإيفاء الديون ، وبيع المحصولات الزراعية، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، والنفقة على الصغير".

٣- وجاء في المادة / ١٩١ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر تصرفاً ناقلاً لملكيته ، أو منشئاً عليه حقاً عينياً إلا بإذن المحكمة، ويكون ذلك لضرورة أو مصلحة ظاهرة تقدرها المحكمة".

٤- وجاء في المادة / ٨٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

أ- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

ب- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة".

وجاء أيضاً في المادة / ٨٩ / من القانون نفسه : " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بلمزاد العلني".

٥- وجاء في المادة / ٢٧١ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته / ١٠٠٠٠ / درهم أو ترتيب حق عيني عليه".

وجاء في المادة / ٢٧٢ / من القانون نفسه: " لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (٥٠٠٠ درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (٥٠٠٠ درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية".

إذاً يتبين من هذه النصوص بأنه يجوز بيع عقار المفقود وعروضه ولو كانت بغبن يسير ولكن بشروط:

أ - أن يكون بإذن من المحكمة.

ب - أن يراعي القاضي حالة الضرورة والمصلحة، وهذه الضرورة تقدرها المحكمة.

٣ - الترجيح:

من خلال الأقوال السابقة أرجح ما ذهب إليه الفقهاء بأنه يجوز للوكيل القضائي بيع عقار المفقود وأمواله الذي يتسارع إليه الفساد كالثمار وغيرها، وإذا كان هناك ضرورة كاشتراك الورثة بالحقوق، أو فيه مصلحة للمفقود والغائب، كل هذا بعد أخذ الإذن من المحكمة.

المطلب الثالث: الاتجار بالمال:

أولاً: أقوال الفقهاء: يجوز للوكيل القضائي الاتجار بأموال المفقود، باستثمار تلك الأموال سواء أكانت منقولات، أم عقارات، ولو في جزء من الربح عند الحنفية^(١). وقال المالكية: يكره للوكيل استثمار مال من في وصايته بجزء من الربح؛ لئلا يحابي نفسه، فإن استثمره مجاناً فلا يكره، بل هو من المعروف الذي يقصد به وجه الله تعالى^(٢). تعالى^(٢).

وذهب الشافعية إلى جواز ذلك أيضاً، وقال الشافعي: " لا ضمان عليه "^(٣). وقال الحنابلة: متى اتجر الوكيل في المال بنفسه، فالربح كله للمفقود على الصحيح^(٤). الصحيح^(٤).

إذاً فالاتجار بأموال المفقود جائز عند جمهور الفقهاء.

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٦ / ٧١٢.

(٢) : الدسوقي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤ / ٤٠٥.

(٣) : العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م، ٦ / ٢٠٨.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٤ / ١٨١.

ثانياً: الأدلة والمناقشة:

١- روى عبد الله بن عمر و بن العاص ^(١) رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((من ولي يتيماً ، وله مال فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة)) ^(٢) وروي موقوفاً على عمر وهو أصح رواية ممن رأى هذا الحديث مرفوعاً.

٢- إن الاتجار بمال المفقود له حظ منه ومكسب؛ لأنه نماء للمال ، ولتكون نفقته من الربح، لا من رأسماله ، وذلك تمييزاً لماله ^(٣)، وعلى هذا يقاس المفقود على اليتيم في الاتجار بماله.

وردّ على ذلك بأنه لا يتجر له في هذا الزم ان؛ لفساده ، بل يشتري له أرض، أو ما فيه منفعة، فإن اتجر له لم يتجر له إلا في طريق مأمون، ولا يتجر له في البحر؛ لأنه مخوف ^(٤).

فإن قيل: (إن عائشة أم المؤمنين ^(٥) رضي الله عنها كانت تُبَضِّعُ أموال بني محمد بن أبي

^(١) : عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل، يكنى أبا محمد، وقيل: يكنى أبا عبد الرحمن ، أمه ريطة بنت منبه بن الحجاج السهمية، ولم يفته أبوه في السن إلا باثنتي عشرة، ولد لعمر بن عبد الله، وهو ابن اثنتي عشرة سنة، أسلم قبل أبيه، وكان فاضلاً حافظاً عالماً، واختلف في وقت وفاته، فقيل: إن عبد الله ابن عمرو بن العاص توفي سنة خمس وخمسين بالطائف، وقيل: إنه مات بمصر سنة خمس وستين وهو ابن اثنتين وسبعين سنة. [القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل - بيروت، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م، ٣ / ٩٥٦].

^(٢) : أخرجه الترمذي في سننه، باب: ما جاء في زكاة مال اليتيم، حديث رقم : ٦٤١ ، ٢٣ / ٣، والدارقطني، في سننه، كتاب الزكاة، باب : وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، حديث رقم : ١٩٧٠ / ٣، وقال الترمذي : وإنما روى هذا الحديث من هذا الوجه ، وفي إسناده مقال . لأن المثنى بن الصباح يضعف في الحديث . [ابن الأثير ، جامع الأصول في أحاديث الرسول ، رقم : ٢٧١٥ / ٤].

^(٣) : الزيلعي، تبين الحقائق، ٢١٣ / ٦.

^(٤) : النووي، المجموع شرح المذهب، ٣٧٤ / ١٣.

^(٥) : عائشة بنت أبي بكر الصديق ، وأمها أم رومان بنت عامر ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة في شوال سنة عشر من النبوة ، قبل الهجرة بثلاث سنين ، وهي بنت ست سنين، وقيل : بنت سبع ، وابنتي بها بالمدينة، وهي ابنة تسع ، وتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ثمان

بكر^(١) رضي الله عنهم في التَّجَرُّ وهم أيتام تليهم وتؤدي منها الزكاة^(٢).

وردّ عليه: يحتمل أن يكون ذلك في موضع مأمون قريب من الساحل، أو يحتمل أنها فعلت ذلك وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك^(٣).

يتبين معنا بأن الاتجار بأموال المفقود جائز عند جمهور الفقهاء إذا كانت بثمن المثل أو بغبن يسير، فإذا كانت بغبن فاحش فسدت التجارة.

المطلب الرابع: الوديعة: يجوز للوكيل إيداع أموال المفقود، إذا لم يجد من يستقرضه فله إيداعه؛ لأنه موضع حاجة، ولو أودعه مع إمكان قرضه، جاز، ولا ضمان عليه، فإنه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض، فلا يكون مفرطاً.

ومع ذلك قرضه ثقة أمين أولى من إيداعه؛ لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت^(٤).

المطلب الخامس : الشفعة : رأينا كيف بأن الوكيل إذا أراد أن يتصرف تصرفاً لابد أن يكون هذا التصرف فيه مصلحة للغائب أو المفقود، وهنا فرق الفقهاء بين كون طلب الشفعة في صالح المفقود، وبين كون تركها في مصلحته.

عشرة سنة، كانت من ألقه الناس، وأعلم الناس، قال هشام بن عروة عن أبيه: ما رأيت أحداً أعلم بفقه ولا بطب ولا بشعر من عائشة، توفيت سنة ٥٧، وقيل: ٥٨ ليلة الثلاثاء لسبع عشرة خلت من = رمضان، وأمرت أن تدفن ليلاً فدفنت بعد الوتر بالبقيع، رضي الله عنها [القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ١٨٨١/٤].

(١) : محمد بن أبي بكر الصديق، أمه أسماء بنت عميس الخثعمية، ولد عام حجة الوداع في عقب ذي القعدة بذي الحليفة، أو بالشجرة في حين توجه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حجته، ثم كان في حجر علي بن أبي طالب، إذ تزوج أمه أسماء بنت عميس، وشهد م عه صفين، ثم ولاه مصر، فقتل بها، وذلك في سنة ثمان وثلاثين. [ينظر القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ١٣٦٦/٣].

(٢) : البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان) دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م، حديث رقم: ١١٥٢٧، ١٧١/٨.

(٣) : العمراني، البيان ٢٠٩/٦.

(٤) : ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، د. ط. د. ت، ٥٢٢/٤، وابن قدامة، المغني ١٨٤/٤.

أولاً: في الطلب مصلحة للمفقود: ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)^(١) إلى أنه إذا كانت الشفعة فيها مصلحة للغائب أو المفقود كان للوكيل أن يأخذ بها.

استدل أصحاب هذا الرأي: بأن ترك الطلب في هذه الحالة إبطال لحق المفقود فلا يصح، كالعفو عن قوده، وإعتاق عبده، وإبراء غريمه، وبأن تصرف الوكيل إنما شرع لدفع الضرر فكان في إبطاله إلحاق الضرر به فلا يملكه الوكيل^(٢).

ثانياً: في الترك مصلحة للمفقود: ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن للوكيل ترك الشفعة للمفقود إذا كان ترك الطلب في مصلحته مثل أن يكون الشراء قد وقع بأكثر من القيمة، أو لأن الثمن يحتاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم، أو لأن موضعه لا يرغب في مثله، أو لأن أخذه يؤدي إلى بيع ما إبقاؤه أولى، أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله، أو إلى ضرر وفتنة ونحو ذلك، لأن تصرف الوكيل منوط بالمصلحة، فلا يجوز له طلب الشفعة في هذه الأحوال، لانعدام حظ المفقود ولحوق الضرر به^(٣).

وجاء في المذهب الحنبلي: " وإن كان الحظ في تركها، مثل أن يكون المشتري قد غبن، أو كان في الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال المفقود، فليس له الأخذ لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للمفقود فيه.

فإن أخذ، فهل يصح؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يصح، ويكون باقياً على ملك المشتري لأنه اشترى له ما لا يملك شراءه، فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع؛ لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة، ولا شركة للولي، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه، لم يصح.

(١) : الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١/١١، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٦٤/٦، والشربيني، مغني المحتاج ٣/ ٢٣٤، والبهوتي، كشف القناع ٤/ ١٤٥.

(٢) : الزيلعي، تبیین الحقائق ٥/ ٢٦٣.

(٣) : الزيلعي، تبیین الحقائق ٥/ ٢٦٣، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٦٤/٦، والنووي، روضة الطالبين ٤/ ١٨٩، وابن قدامة، المغني ٥/ ٤٩٧.

والرواية الثانية، يصح الأخذ للمفقود؛ لأنه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى، فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل، لزيادة قيمة ملكه، ولأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه، ولا بكثرة الثمن، فسقط اعتباره، وصح البيع " (١).

المطلب السادس: الرهن:

أولاً: أقوال الفقهاء:

- ١- إذا كان على المفقود دين ، ورهن الوكيل مال المفقود بهذا الدين ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤): إلى أنه لا يجوز للوكيل رهن مال المفقود بدين عليه إلا أن يكون في ذلك مصلحة للمفقود، ويكون عند ثقة.
- ٢- وذهب الحنفية^(٥) إلى أن للوكيل أن يرهن مال المفقود عند الأجنبي بتجارة باشرها، أو رهن للمفقود بدين لزمه بالتجارة.
- ٣- أما إذا كان الدين للوكيل على المفقود: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس للوكيل أن يرهن مال المفقود بدين له عليه^(٦).

ثانياً: الأدلة:

- ١- استدل من قال بأنه لا يجوز للوكيل رهن مال المفقود بدين عليه إلا أن يكون في ذلك مصلحة للمفقود، ويكون عند ثقة.
- لأنه قد يتلف، أو يتعذر على الوكيل استيفاء دين الصبي ، أو المفقود، فيرتهن به إلى تيسيره، إذاً يفعل الوكيل ذلك لتيسير الأمور^(٧).

(١) : ابن قدامة، المغني ٥ / ٢٥٣.

(٢) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٣٤.

(٣) : النووي، روضة الطالبين ٤ / ٦٣.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٤ / ٢٧٠.

(٥) : الزيلعي، تبين الحقائق ٦ / ٧٣.

(٦) : الزيلعي، تبين الحقائق ٦ / ٧٣، وعرفة، محمد، حاشية الدسوقي ٣ / ٢٣٤، والنووي، روضة

الطالبين ٤ / ٦٣، وابن قدامة، المغني ٤ / ٢٧٠.

(٧) : النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٤ / ٦٣.

٢- واستدل الأحناف على أن للوكيل أن يرهن مال اليتيم، أو الصبي، أو المفقود عند الأجنبي بتجارة باشرها، أو رهن للمفقود بدين لزمه بالتجارة؛ لأن للوكيل التجارة بمال المفقود تثميراً له، والرهن من توابع التجارة فيملكه إيفاء واستيفاء، وزادوا : لو رهن الوكيل مال المفقود بدين على نفسه وبدين على ال مفقود جاز؛ لاشتماله على أمرين جائزين^(١).

٣- واستدل من قال بأنه ليس للوكيل أن يرهن مال المفقود بدين له عليه، لأن الرهن إيفاء حكماً، فلا يملكه الوكيل كالإيفاء حقيقة، ولأن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن، لئلا لا يتولى طرفي العقد في البيع ولأن الوكيل متهم في رهنه مال المفقود بدين لنفسه فلا يجوز له ذلك^(٢).

ثالثاً: الترجيح:

أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للوكيل رهن مال المفقود بدين عليه إلا أن يكون في ذلك مصلحة للمفقود، ويكون عند ثقة؛ لأن ذلك أحوط ، فقد لا يستطيع الوكيل أن يسترد الدين إلا بالرهن فيكون ه ذا الأمر لمصلحة الغائب والمفقود وأضمن لهما.

وإذا كان الدين للوكيل على المفقود فليس للوكيل أيضاً أن يرهن مال المفقود بدين له عليه. لأنه يكون متهماً في هذا الرهن.

وكل هذا يكون في إطار الحفاظ على أموال الغائب والمفقود من الضياع لأنه وكيل عنهما، ومهمة الوكيل الأساسية هي إدارة أموال المفقود، وعدم العبث بها.

المطلب السابع : دفع الديون ، والمطالبة به ا: للوكيل أن يدفع الديون الثابتة على الغائب والمفقود، ويجوز له أن يطالب بالدين ، ويخاصم فيه ، ويقبضه^(٣)، لأن فيه نفعاً محضاً للمفقود.

(١) : ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨ / ٢٨١.

(٢) : الزيلعي، تبين الحقائق ٦ / ٧٢، والبهوتي، كشف القناع ٣ / ٤٤٨.

(٣) : السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ٤٧/٢.

المبحث الثالث : صلاحيات الوكيل القضائي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

المطلب الأول: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون السوري والمصري:
لم يفرق القانون السوري، والمصري، بين الوكيل المختار وبين وكيل القاضي في كل الحالات، وأخضع تصرفات الوكيل لإشراف المحكمة.
وقد ذكر قانون الأحوال الشخصية السوري صلاحيات الأوصياء في المواد / ١٨٠ - ١٨٢ / منه، وهذه هي النصوص:

أولاً: نصت المادة / ١٨٠ / على أن تبرع الوصي من مال القاصر باطل.
ثانياً: ونصت المادة / ١٨١ / على أنه إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي بإذن المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء، ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي.

ثالثاً: ونصت المادة / ١٨٢ / على أنه لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية:

١- التصرف في أموال القاصر بالبيع ، أو الشراء ، أو المقايضة ، أو الشركة ، أو الإقراض، أو الرهن ، أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية ، أو المرتبة لحق عيني.

٢- تحويل الديون التي تكون للقاصر، أو المفقود، وقبول الحوالة عليه.

٣- استثمار الأموال وتصفياتها، واقتراض المال للقاصر.

٤- إيجار عقار لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، وأكثر من سنة في المباني.

٥- إيجار عقار القاصر، ومثله المفقود لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه الرشد.

٦- قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها.

٧- الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم، إلا إذا كانت النفقة محكوماً بها حكماً مبرماً.

٨- الصلح والتحكيم.

٩- الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة، أو على القاصر مالم يكن قد صدر بها حكماً مبرماً.

١٠- رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيرها ضرر للقاصر، أو ضياع حق له.

١١- التنازل عن الدعاوى، وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.

١٢- التعاقد مع المحامين للخصومة عن القاصر.

١٣- تبديل التأمينات أو تعديلها.

١٤- استئجار أموال القاصر ، أو إيجارها لنفسه ، أو لزوجته ، أو لأحد أقاربه ، أو أصهاره، حتى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه.

١٥- ما يصرف في تزويج القاصر^(١).

المطلب الثاني: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الأردني:

جاء في المادة / ٢٣٦ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير ويعتبر من عقود الإدارة بوجه خاص ، الإيجار إذا لم تزيد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ، والصيانة، واستيفاء الحقوق، وإيفاء الديون، وبيع المحصولات الزراعية ، وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف، والنفقة على الصغير.

وجاء أيضاً في المادة / ٢٣٧ / من نفس القانون: " التصرفات الصادرة من الوصي في مال الصغير والتي لا تدخل في أعمال الإدارة ، كالبيع ، والرهن ، والقرض ، والصلح وقسمة المال الشائع، واستثمار النقود، لا تصح إلا بإذن من المحكمة المختصة وبالطريقة التي تحددها " .

(١) : السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ٤٩/٢ .

وجاء أيضاً في المادة /٢٣٨/ من القانون نفسه: " أولاً: يجوز للوصي بإذن المحكمة أن يرهن مال الصغير أو المحجور عند أجنبي بدين له على أيهما.

ثانياً: لا يجوز له أن يرهن ماله عند الصغير أو المحجور، ولا ارتهان مال أيهما لنفسه".

المطلب الثالث: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الإماراتي:

وجاء في المادة / ١٩٠ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " لا يجوز إقراض مال القاصر ، أو التبرع به أو بمنافعه ، فإن وقع التصرف بشيء من ذلك كان باطلاً وموجباً للمسؤولية والضمان".

وفي المادة /١٩١/: " لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر تصرفاً ناقلاً لملكيته أو منشئاً عليه حقاً عينياً إلا بإذن المحكمة، ويكون ذلك لضرورة أو مصلحة ظاهرة تقدرها المحكمة".

وفي المادة /١٩٢/: " لا يجوز للولي الاقتراض لمصلحة القاصر إلا بإذن المحكمة وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".

وفي المادة / ١٩٣/: " لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد سنة من بلوغه راشداً".

وفي المادة / ١٩٤/: " لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفي حدود هذا الإذن".

وفي المادة / ١٩٥/: " لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات إلا

بإذن المحكمة"(١).

(١) : المواد / ١٩٠ حتى ١٩٥ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

المطلب الرابع: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الجزائري:

جاء في المادة / ١٠٠ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام "، وفي المادة / ٩٥ / من نفس القانون :

" للوصي نفس سلطة الولي في التصرفات".

والمادة / ٨٨ / من هذا القانون بينت صلاحيات الولي، والتي هي نفس صلاحيات الوكيل القضائي، وهي ما يأتي : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام ، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

أولاً: بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

ثانياً: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

ثالثاً: استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة.

رابعاً: إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو تمتد لأكثر من سنة بعد

بلوغه سن الرشد "(١).

وجاء في المادة / ٨٩ / من نفس القانون : " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة

الضرورة، والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

المطلب الخامس: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون المغربي:

وجاء في المادة / ٢٧١ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " لا يقوم الوصي أو

المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون

القاصرين:

أولاً: بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته / ١٠٠٠٠ / درهم أو ترتيب حق عيني عليه.

(١) : المادة / ٨٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

ثانياً: المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة.

ثالثاً: تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما.

رابعاً: عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر.

خامساً: قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط.

سادساً: أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ.

سابعاً: الإنفاق على من تجب نفقته على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل

للتنفيذ.

ثامناً: قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً."

وجاء في المادة / ٢٧٢ / من القانون نفسه : " لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (٥٠٠٠ درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف (٥٠٠٠ درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية ."

المطلب السادس: صلاحيات الوكيل القضائي في القانون اليمني:

وجاء في المادة / ٢٨٧ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني :

" لا يصح للوصي الإنفاق على القاصر، أو على من تجب على القاصر نفقته إلا بتقدير من القاضي ."

وفي المادة / ٢٨٨ /: " لا يجوز للوصي أن يتنازل عن دعاوى القاصر ، أو إسقاط حقوقه إلا بإذن من المحكمة مع تحقق المصلحة في ذلك ."

وجاء في المادة / ٢٨٩ /: " يجب على الوصي حفظ مال القاصر وكذا الحلي ونحوها في مقر أمين ، ويجوز له بإذن المحكمة إيداع النقود من مال القاصر الفاضل عن النفقات

للمضاربة فيها بأحد المصارف غير الربوية بضمان، ولا يجوز سحب شيء منه إلا بإذن المحكمة والمصلحة" (١).

نلاحظ بأن قانون الأحوال الشخصية السوري، والمصري، والإماراتي ذهبوا إلى عدم جواز الإقراض من مال المفقود، أو التبرع به، أو بمنافعه، فإن وقع ذلك كان باطلاً. ووافقوا بقية قوانين الأحوال الشخصية الأخرى بجواز الإقراض لمصلحة المفقود، أو الإيجار، أو التجارة، أو الوصية، أو الهبة، بعد أخذ الإذن من المحكمة ، وهذا ما عليه الفقهاء كما مر معنا سابقاً.

المبحث الرابع: الأمور التي يختلف فيها وكيل القاضي عن الوكيل المختار:

إن وكيل القاضي له صلاحيات الوكيل المختار نفسها يتصرف في كل ما كان نفعاً محضاً للقاصرين، والمفقودين، والغائبين، ويقوم بالإشراف على شؤونهم ، ويعمل على حفظ أموالهم، وتنميتها، باستثناء بعض الأمور يختلف فيها عن الوكيل المختار، وهي: أولاً: ليس للوكيل القضائي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المفقود ، ولا القاصر ، ولا أن يبيع شيئاً ، بخلاف الوكيل المختار فإنه يجوز له ذلك إذا كان فيه منفعة ظاهرة للمفقود (٢).

ثانياً: الوكيل المختار لا يقبل التخصيص على رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقد اعتبر الوصاية من الأب أو الجد عامة ، سواء قيدت أم لا ، أما وكيل القاضي فيقبل التخصيص مطلقاً (٣)، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوكيل المختار في هذا كوكيل القاضي تماماً، فيقبل التخصيص كما يقبل الإطلاق (٤).

(١) : المواد / ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني ، الفصل الثالث : ما يجوز للوصي وما لا يجوز.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ٥ / ١٥٥ ، والزيلعي، تبیین الحقائق ٦ / ٢١٢ .

(٣) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٦ / ٧٢٢ .

(٤) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٦ / ٧٢٢ ، ومالك، المدونة ، ٤ / ٣٣١ ، والموردي الحاوي الكبير ٨ / ٣٣٩ ، والرحيبياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤ / ٥٣٦ .

ثالثاً: ليس لوكيل القاضي أن يبيع مال المفقود لمن لا تقبل شهادته للوكيل ، ولا أن يشتري منه شيئاً ، بخلاف الوكيل المختار فإن له ذلك .

رابعاً: ليس للقاضي سؤال الوكيل المختار عن مقدار التركة ، وتصرفه فيها ، ولا أن يتكلم معه في أمرها ، ما لم تظهر خيانتة ، وسوء تصرفه ، بخلاف وكيل القاضي فيمكن للقاضي محاسبته ، وسؤاله عن أي تصرف مطلقاً ؛ لأنه وكيل عنه .

خامساً: إذا أوكل وكيل القاضي لآخر على تركته ، لم يكن وكيلاً على التركتين ، إلا إذا كانت وكالته عامة ، فإذا كانت خاصة ، انقضت وكالته بموته ويعين القاضي وكيلاً آخر بدلاً عنه ، بخلاف الوكيل المختار ، فإن ووكيله يكون وكيلاً في التركتين ، في تركته هو وفي تركته المتوفى الأول الذي جعله وكيلاً فيها .

سادساً: وكيل القاضي إذا كان موكلاً بالخصومة في عقار المفقود ، فليس له قبضة إلا بإذن مبتدأ من القاضي ، إلا أن يكون قد وكله بالخصومة والقبض معاً ، أما الوكيل المختار فإنه يملك القبض من غير إذن .

سابعاً: ليس لوكيل القاضي إيجار المفقود في عمل ، أو مهنة ، إلا بإذن من القاضي أما الوكيل المختار فله ذلك^(١) .

هذه أوجه الاختلاف بين وكيل القاضي ، والوكيل المختار ، أما غيرها من التصرفات التي يقوم بها وكيل القاضي فلا تختلف عن تصرفات الوكيل المختار . وعليه فإن تصرفات الوكيل المختار أوسع من تصرفات وكيل القاضي . أما القانون فلم يفرق القانون السوري ، والمصري ، بين الوكيل المختار وبين وكيل القاضي في كل الحالات ، وأخضع تصرفات الوكيل لإشراف المحكمة .

(١) : ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، حاشية ابن عابدين ، ٧٢٢/٦ ، وخلاف ، عبد الوهاب أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم الكويت ، ط ٢ ١٩٩٠ م / ١٤١٠ هـ ، ص ٢٢٩ .

الفصل الثالث

ما يحظر على الوكيل القضائي فعله

ويتضمن هذا الفصل مبحثين وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: الأمور المالية:

المطلب الأول: القرض.

المطلب الثاني: التبرع.

المطلب الثالث: الصدقة.

المطلب الرابع: الإبراء والخط عن المديون.

المطلب الخامس: الأيمان والنذور.

المطلب السادس: قبض حقوق المفقود.

المبحث الثاني: الأمور الشخصية:

المطلب الأول: الطلاق.

المطلب الثاني: الرجعة.

المطلب الثالث: الخلع.

المطلب الرابع: العبادات.

المطلب الخامس: الظهار.

المطلب السادس: الخصومة بالمطالبة بالحقوق.

المطلب السابع: إثبات القصاص، واستيفاءه.

المبحث الأول: الأمور المالية:

إن المفقود أو الغائب قد يترك بعضاً من المال، أو البضاعة، فهنا تأتي مهمة الوكيل القضائي في حفظه لهذه الأموال وكيفية استخدامها على الوجه المشروع، ولكن قد يضطر الوكيل أن يقرض بعضاً من هذا المال لشخص آخر، أو يُعْمره، أو يتبرع بجزء منه، أو يتصدق، أو يقبض حقوقاً للمفقود، أو غير ذلك من الأمور المالية ، فهل للوكيل القضائي أن يفعل شيئاً من هذه الأمور؟، هذا ما سأبينه في هذا الفصل بإذن الله تعالى.

المطلب الأول: القرض:

أولاً: أقوال الفقهاء : ١- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى أنه لا يجوز للوكيل أن يقرض مال المفقود ونحوه لغيره، ولا أن يقترضه لنفسه.

٢- وقيد الشافعية بأنه إذا كان القرض بإذن من القاضي وكان هناك ضرورة فيجوز ذلك أيضاً، وقيد الحنابلة عدم جواز الإقراض بما إذا لم يكن فيه حظ للمفقود فمتى أمكن الوكيل التجارة به، أو تحصيل عقار له فيه الحظ جاز له ذلك ، وإن لم يمكن ذلك، ولم يكن في إقراضه حظ للمفقود لم يجز^(٥).

ثانياً: الأدلة: ١- استدلل جمهور الفقهاء : أ- بحديث صلة بن زفر رضي الله عنه^(٦) قال: جاء عبد الله بن مسعود رجلاً من همدان على فرس بقاء فقال : إنه أوصي إلي في

(١) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٧١٢.

(٢) : الدسوقي، حاشية الدسوقي ٤ / ٤٠٥.

(٣) : السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م، ١/ ٢٢٥.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٤ / ١٨٣.

(٥) : المرجع نفسه ٤ / ١٨٣.

(٦) : صلة بن زفر العبسي أبو العلاء رضي الله عنه، ويقال أبو بكر الكوفي، روى عن: حذيفة بن اليمان، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن مسعود، وغيرهم، وروى عنه: إبراهيم بن يزيد النخعي وأيوب السختياني، وغيرهم، كوفي ثقة، توفي في ولاية مصعب بن الزبير رضي الله عنه. [المزي، يوسف بن عبد الرحمن أبو الحجاج، جمال الدين، تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة- بيروت، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، ١٣ / ٢٣٤].

يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه : (لا تشتري ماله شيئاً ، ولا تستقرض منه شيئاً)^(١) .
ففي هذا الأثر نهى عن الاستقراض من مال اليتيم، ويقاس عليه الصغير، والمفقود.
ب- إذا أقرض الوكيل مال المفقود كان ذلك تعطيل المال عن الاستثمار، والوكيل
مأمور بتتميته بقدر الإمكان، فهذا فيه ضرر محض للمفقود، وكل ما فيه ضرر للمفقود
فلا يجوز للوكيل فعله^(٢) .

٢- واستدل الحنابلة لقيدهم: بأنه إذا كان فيه حظ للمفقود جاز للوكيل ذلك؛ لأنه قد
يكون للمفقود مال مثلاً يريد نقله إلى بلد آخر، فيقرضه لرجل ليقضيه بدله في البلد
الآخر، يقصد حفظه من الغرر في نقله، أو يخاف عليه الهلاك من نهب ، أو غرق، أو
نحوهم، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته أو يكون حديثه خيراً من قديمه كالحنطة
ونحوها، فيقرضه خوفاً من أن يسوس، أو تنقص قيمته، فيجوز القرض؛ لأنه مما للمفقود
فيه حظ فجاز كالتجارة به، فإن لم يكن فيه حظ، وإنما قصد قضاء حاجة المقترض، فهذا
غير جائز؛ لأنه تبرع بمال المفقود، فلم يجز كهفته^(٣) .

وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه، وإن تعذر عليه أخذ الرهن، جاز تركه، في ظاهر
كلام الإمام أحمد؛ لأن الظاهر ممن يس تقرضه من أجل حفظ المفقود، أنه لا يبذل رهناً
فاشترط الرهن يفوت هذا الحظ.

وفي قول آخر للحنابلة: يقرضه إذا أخذ بالقرض رهناً، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا
برهن؛ لأن فيه احتياطاً للمال، وحفظاً له عن الجحد، والمطل ، وإن أمكنه أخذ الرهن
فالأولى له أخذه، احتياطاً على المال، وحفظاً له، فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع

(١) : أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الوصايا، الرجل يشتري ويبيع في مرضه، وما على
الموصي، والرجل يوصي بشيء واجب، حديث رقم: ١٦٤٧٩، ٩٣/٩ .

(٢) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٧١٢، والدسوقي، حاشية الدسوقي ٤ / ٤٠٥ .

(٣) : الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ٣ / ٤١٠ .

المال؛ لتفريطه، واحتمل أن لا يضمن؛ لأن الظاهر سلامته ، وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد، والصحيح من المذهب: جواز قرضه للمصلحة سواء كان برهن أو لا^(١). وكل هذه المواضع ، له قرضه ، فلا يجوز إلا لمليء أمين، ليأمن جوده وتعذر الإيفاء^(٢).

ثالثاً: الترجيح: أرجح ما ذهب إليه الحنابلة من أنه لا يجوز للوكيل القضائي إقراض مال المفقود إلا إذا كان هناك ضرورة، أو فيه نفع للمفقود، لأنه ربما يحتاج إلى نقل بعض أموال المفقود من مكان إلى آخر، وليس له ذلك إلا بقرضه لشخص فيقرضه لرجل ليقضيه بدله في البلد الآخر، يقصد حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب، أو غرق، أو نحوهم، فعندها يجوز له ذلك، لأنه لا ضرر على الأموال. وكل ما ذكر في القرض ينطبق على الإعارة؛ لأنها نوع تبرع بالمنفعة.

المطلب الثاني: التبرع:

إن التبرع الذي يصدر عن الوكيل القضائي له حالتان:
الأولى: التبرع بغير عوض، والثانية: التبرع بعوض، وسأبين تفصيل ذلك فيما يأتي:
أولاً: التبرع بغير عوض: ذهب جمهور الفقهاء^(٣) إلى أنه لا يجوز للوكيل القضائي أن يتبرع بشيء من مال المفقود، ولا أن يتصدق، ولا أن يهب، ولا أن يوصي بشيء منه بغير عوض.
واستدلوا على ذلك:

١- بلن التبرع بمال المفقود لا حظ له فيه، وأنه ينافي مقصود الوصاية من الحفاظ على المال، وتنميته، والتصرف بما فيه نفع يعود عليه والتبرع بالمال لا نفع ولا مصلحة

(١) : المرداوي، الإنصاف ١١ / ٨٦.

(٢) : ابن قدامة، المغني ٤ / ١٨٣.

(٣) : الكاساني، بدائع الصنائع ٥ / ١٥٣، والخطاب، مواهب الجليل ٥ / ٧٢، والشيرازي، المهذب ١ / ٣٢٨، والبهوتي، كشف القناع ٣ / ٤٤٧.

فيه للمفقود والغائب، بل هـ و تصرف في ماله على غير الوجه الذي أمر الله به فيكون ممنوعاً ومنهياً عنه.

٢- ولقوله صلى الله عليه وسلم : ((لا ضرر ولا ضرار))^(١). ولأنها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فلا يملكها الوكيل، ولا الولي ولو كان أباً.

ثانياً: التبرع بعوض: إذا تبرع الوكيل من مال المفقود بعوض، هنا اختلف الفقهاء في ذلك:

١ - أقوال الفقهاء:

أ- ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، إلى أنه ليس للوكيل أن يهب مال المفقود بعوض.

ونص الشافعية على أنه إن شرط ثواباً معلوماً في الهبة بغبطة جازت. والهبة بغبطة هي الهبة من مال المفقود، والتي يعود نفعها عليه، بحيث يغبطه الناس عليها^(٥).

ب- وذهب محمد بن الحسن من الحنفية : إلى أن للوكيل أن يهب مال المفقود بعوض^(٦).

(١) : أخرجه ابن ماجه، ، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم ٣٢٤٠. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم ١١١٦٦، والدارقطني، في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٨٨، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٣٤٥، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه. روي هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من أوجه كثيرة وله طرق يرتقي بها إلى الحسن أو الصحة، وحسنه النووي في الأربعين . [ينظر الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، صححه: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، ومحم د يوسف الكاملفوري، مؤسسة الريان بيروت- لبنان، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م، ٤ / ٣٨٤].

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ١١ / ٤٤٩.

(٣) : الحطاب، مواهب الجليل ٥ / ٧٢.

(٤) : السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢ / ٢١٣.

(٥) : النووي، روضة الطالبين ١٢ / ٢٧٨.

(٦) : الكاساني، بدائع الصنائع ١١ / ٤٤٩.

ج- ذهب الحنابلة: إلى أنه للوكيل هبة مال المفقود بعوض إذا كان العوض قدر قيمته فأكثر . وإنما اشترط الحنابلة ذلك الشرط ولم يجيزوا للوكيل أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب، لأنه من قبيل المحاباة، وهو لا يملكها^(١).

٢- الأدلة:

أ- استدل الفريق الأول وهم الجمهور : بلأن الهبة بعوض تبرع ابتداء يتوقف الملك فيها على القبض، وهذه من لوازم الهبة، والوكيل لا يملكها، فلا تصير عوضاً انتهاء وذلك بخلاف البيع لأنه معاوضة ابتداء وانتهاء، وهو يملك المعاوضة^(٢).
وقول الشافعية على أنه إن شرط ثواباً معلوماً في الهبة بغبطة جازت؛ لأنها إذا قيدت بثواب معلوم كان ذلك تمليكاً للعين، فكانت بيعاً^(٣)، والبيع جائز.

ب- واستدل محمد بن الحسن بجواز الهبة من مال المفقود بعوض؛ لأن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع^(٤).

ج- واستدل الحنابلة بأنه إذا كان العوض قدر قيمته فأكثر لأن فيه نفع للمفقود، ولأنه إذا كان أقل من قيمة المال الموهوب، صار من قبيل المحاباة، وهو لا يملكها، وكان فيه ضرراً للمفقود^(٥).

د- ولكن قال الإمام مالك رحمه الله تعالى : لا بأس لو وصي اليتيم ويقاس عليه أيضاً وكيل المفقود والغائب، أن يناول المسكين من مال اليتيم بالكسرة، وخلق الثوب والفلس أو يمر به سائل وهو في حائطه ، أو في حرثه فيناول له الثمرات والقبضة من الطعام

(١) : البهوتي، كشف القناع ٣ / ٤٥٠ .

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ١١ / ٤٤٩ .

(٣) : العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨ / ١٣٣، والنووي، روضة الطالبين ١٢ / ٢٧٨ .

(٤) : الكاساني، بدائع الصنائع ١١ / ٤٤٩ .

(٥) : البهوتي، كشف القناع ٣ / ٤٥٠ .

والشربة من اللبن، هذا وما أشبهه حسن ترجى بركة ذلك للي تيم ولماله
وللمفقود ولأمواله^(١).

٣- **الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه ليس للوكيل القضائي أن يهب مال المفقود بعوض؛ لأن فيه ضرراً محضاً للمفقود.
وأما قبول التبرعات للوكيل أن يقبل كل تبرع للغائب والمفقود، من هبة أو وصية، أو وقف.

المطلب الثالث: الصدقة: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للوكيل القضائي أن يتصرف في مال المفقود والغائب إلا بالمصلحة، وليس من مصلحة المفقود الصدقة التطوعية من ماله.

ويستدل على ذلك بما يأتي:

أولاً: يقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾، [سورة الأنعام، آية: ١٥٢].
ثانياً: ويقول أيضاً: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَتْكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾، [سورة البقرة، آية: ٢٢٠].

ووجه الدلالة من الآيتين واضح إذ الآية ١ الأولى تأمر باتباع الأحسن لليتم والآية الثانية تأمر بالإصلاح لهم ، والأحسن والأصلح لليتم عدم الصدقة التطوعية من ماله ويقاس عليه الوصي في مال الصغير، والوكيل في مال المفقود.

(١) : ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمرى، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م، ١ / ٤٦.

ثالثاً: إن نصب الوكيل إنما كان لتحقيق مصلحة المفقود ، فكل تصرف ليس فيه حفظ للمفقود يمنع منه الوكيل، والتصرف بالصدقة من أموال المفقود فيه إضرار به فوجب ألا يملكه الوكيل.

وبناء على ذلك لا يجوز للوكيل أن يتصدق من مال المفقود ، وإن تصدق ضمناً لأنه مفرط، ولا إذن له في ذلك؛ لأن مهمته المحافظة على أموال المفقود والغائب^(١).

فكل تصرف فيه ضرر محض للمفقود لا يجوز فعله من الوكيل.

وأما المالكية فقد وافقوا جمهور الفقهاء في القول بعدم جواز الصدقة من مال المولى عليه، محجوراً عليه، أو يتيماً، ويقاس عليه المفقود ، وقد صرحوا باسم الوصي فقالوا : ليس للوصي أن يهب من مال المحجور عليه للثواب؛ لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب فلا يلزمه إلا القيمة - عند الرجوع في الهبة- والوصي في الحكم كالحاكم لا يبيع بالقيمة إلا لضرورة بخلاف الأب^(٢)، ولما عسى أن تؤدي إليه من نقص في مال المفقود.

المطلب الرابع: الإبراء والحط عن المدينين:

الإبراء في اللغة: برئ من الدين والعيب براءة ، والجمع البراءات بالمد والبروات عامي، وأبرأته جعلته بريئاً من حق لي عليه، وبرأه صحح براءته فتبرأ، وبارأ شريكه أبرأ كل واحد منهما صاحبه^(٣).

وفي الاصطلاح هو: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله، فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص ولا تجاهه - كحق الشفعة وحق السكنى ال موصى به - فتركه لا يعتبر إبراء، بل هو إسقاط محض^(٤).

(١) : البهوتي، كشف القناع ٤٤٧ / ٣ .

(٢) : الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ضبطه وخرج أحاديثه : د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة د . ط دت، ٣ / ٣٩٠ .

(٣) : برهان الدين الخوارزمي المَطَرَزِي، المغرب، ٣٨ / ١ .

(٤) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣١٩ / ٥ .

والحط هو أن يتبرع البائع بحط شيء من الثمن^(١)، ويقر بلفه لا حق له قبله فلان^(٢). فالإبراء هو جعل المديون بريئاً من الدين، والوكيل القضائي لا يملك الإبراء والحط عن المفقود؛ لأنهما من قبيل التبرع، وأنه لا يملك التبرع^(٣)؛ ولأن فيه ضرراً محضاً على أموال المفقود.

المطلب الخامس: الأيمان والنذور:

اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في الأيمان والنذور، كأن يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقاً، فلا يجوز أن يكون نائباً فيها؛ لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر، والأيمان لا تدخلها النيابة^(٤)، فأشبهت العبادات البدنية؛ ولأن اليمين تفيد صدق الحالف بما يعلمه من نفسه.

المطلب السادس: قبض حقوق المفقود:

ليس للقاضي أن يأخذ مال المفقود الذي في يد مودعه، أو في يد الشريك المضارب ليحفظه^(٥). فليس للمدين عند جمهور الفقهاء الحنفية^(٦) والمالكية^(٧) والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) دفع الدين إلى زوجة المفقود أو ولده أو ورثته، وكذا المستأجر إذا دفع الأجرة، فلا تبرأ ذمة الدافع، ما لم يأمر القاضي بذلك، وإنما تدفع للقاضي أو السلطان.

(١) : الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م، ٧ / ٤٠٥.

(٢) : عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ٦ / ٤٦٧.

(٣) : السمرقندي، تحفة الفقهاء ٣ / ٢٨٨، والموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥ / ٢٧.

(٤) : السرخسي، المبسوط ١٤ / ١٦٣، والخرشي، شرح مختصر خليل ٦ / ٧٠، والماوردي الحاوي ٩ / ٤٩٨، وابن قدامة، المغني ٤ / ٣١٩.

(٥) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٩٤.

(٦) : السرخسي، المبسوط ١١ / ٤٣.

(٧) : ومالك بن أنس، المدونة الكبرى، ٢ / ٣٤.

(٨) : السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٣ / ٦٨.

(٩) : المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٢ / ١٧٢.

وذكر الحنابلة بأنه إن كان غائباً : سلّم إلى وكيله وإلا فإلى الحاكم، وإن كان حاضراً فإليه أو إلى وكيله، وإن علم موته : فإلى ورثته^(١).

استدل الجمهور بأن المال الذي يكون في يد المودع ، أو الشريك محفوظ عندهما وبما أنهما نائبان عن المفقود في الحفظ ، فتكون يداهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظاً بحفظه معني، فلا حاجة إلى حفظ القاضي^(٢).

وليس للمدين دفع الدين إلى زوجة المفقود أو ولده أو ورثته، وكذا المستأجر؛ لأنهم لم يرثوه بعد، ولأنه دفع مال الغير إلى الغير بغير إذن، إلا إذا كان الدفع بأمر القاضي^(٣).

المبحث الثاني: الأمور الشخصية:

بعد أن ذكرت ما يحظر على الوكيل القضاء في فعله من الأمور المالية كالقرض والهبة، والتبرع، والصدقة، وغيرها، سأبين في هذا المبحث بإذن الله تعالى الأمور الشخصية التي تصدر عن الوكيل القضائي تجاه المفقود.

المطلب الأول: الطلاق:

الطلاق لغة: رفع القيد، وهو اسم مصدره التطليق، والطلاق: تَخْلِيَةُ سَبِيلِهَا، طَلَّقَتْ تَطْلُقُ وَطَلَّقَتْ تَطْلُقُ، وهي طالقٌ، وطالقةٌ غداً ، وَرَجُلٌ مِطْلُقٌ وَمِطْلَاقٌ: كثيرُ الطَّلَاقِ للنساء^(٤).

والطلاق اصطلاحاً: الطلاق هو حل عقد النكاح، أي إزالة القيد^(٥)، وهو حق شخصي يتمتع به الزوج وحده ، ولا يمكن أن ينوب عنه غيره ، إلا إذا وكل الزوج آخر بوكالة صريحة وخاصة بالطلاق، وثبتّها في المحكمة الشرعية، فحينئذ يجوز للوكيل أن يطلق

(١) : المرجع السابق، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢ / ١٧٢.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ٦ / ١٩٦.

(٣) : السرخسي، المبسوط ٤٣/١١، والحطاب، مواهب الجليل ٤/١٥٦، والسنيني، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٣ / ٦٨، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢ / ١٧٢.

(٤) : الجوهري، الصحاح، ٤ / ١٥١٩،

(٥) : الشربيني، مغني المحتاج ٤ / ٤٥٥.

زوجة الموكل لأن الحاجة داعية إلى ذلك^(١)، وبما أن المفقود ليس موجوداً فلا توجد منه وكالة لغيره يسمح له فيها بطلاق زوجته. وهذا ما عليه الفقهاء والقانون.

وقد جاء في محكمة النقض السوري: (لابد من الوكالة الخاصة في الطلاق وطلب التفريق ، كما هي صراحة الأحكام الفقهية ، والمادتين / ٦٦٧ - ٦٦٨ / من القانون المدني)^(٢).

(والقيم على الغائب لا يملك السعي للتفريق بين الغائب وزوجته.

وعلى هذا ثبتت عدة وقائع بهذا الشأن ، فقد وكل القاضي أباً على ابنه المفقود ، فما كان من هذا الأب إلا أن طلق زوجة ابنه وطلب الحكم بتثبيت الطلاق ، ولكن لما كانت وكالة القيم لا تجيز له تحريك مثل هذه الدعوى ، وإن وكالته قاصرة عنها ، ولا تشملها ووكالته تتناول إنفاقه على عر وس المفقود وأصوله وفروعه الخ ... وليس منها السعي للتفريق بين المفقود وعمرسه، عملاً بالمادة ٥٧٦ أحوال لقدرى باشا ، ولما كانت صحة التمثيل من النظام العام، وعلى المحكمة التثبت منها في جميع الأحوال، عملاً بالمادة ١٦ أصول، كان الحكم الذي بني على تمثيل غير سليم مخالفاً للأصول)^(٣).

المطلب الثاني: الرجعة: هي بفتح الراء وكسر ها، والفتح فيه أفصح، وهي عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة^(٤)، وهي أن يطلق الزوج زوجته طليقة واحدة أو ثنتين، فهو يملك أن يراجعها ما لم تنقض عدتها، وهذه الرجعة تكون بلا تجديد عقد^(٥).
والمطلقات قسمان:

(١) : الكاساني، البدائع ٦ / ٢١، وعرفة، محمد، حاشية الدسوقي ٣ / ٣٧٧.
(٢) : أساس: ٣٩٥، قرار: ٣٧٥، تاريخ: ٣١ / ١٢ / ١٩٦٢، مكرر عام: ١٩٦٤.
(٣) : ((نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس: ٤٤١، قرار: ٤٣٣، تاريخ ١٩ / ١٠ / ١٩٦٩))،
المرشد في قانون الأحوال الشخصية: أديب استانبولي. ١ / ٧٦٢، أحوال شخصية. المرسوم ٥٩ لعام ١٩٥٣ / الكتاب الخامس: الوصية/الفصل السادس: الوكالة القضائية مادة : ٢٠٤ /، القيم على الغائب لا يملك السعي للتفريق بين الغائب وزوجته.
(٤) : الغنيمي، اللباب ٣ / ٥٣.
(٥) : السرخسي، المبسوط ٦ / ١٣، ومالك، المدونة ٢ / ٢٣٢، والدردير، الشرح الصغير، مطبوع مع حاشية الصاوي ٢ / ٦٠٤، والشافعي، الأم ٥ / ٢٥٩، والخرقي، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ١ / ١١٣.

الأول: من لم يستوف زوجها عدد طلاقها، وهي نوعان : بائن ورجعية، فالبائن هي المطلقة قبل الدخول أو بعوض، فلا يحل له إلا بنكاح جديد، والرجعية، هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض.

القسم الثاني : مطلقة استوفى عدد طلاقها، ف لا تحل له برجة ولا بنكاح إلا بعد محلل^(١).

والرجعة إما تكون بالقول كراجعتك ، وارتجعت زوجتي ، وغير ذلك ، أو تكون بالفعل كالوطء ومقدماته^(٢)، و اختلف الفقهاء في الرجعة بالفعل: فقد ذهب الحنفية إلى أن الرجعة تنصح بالفعل كالوطء ومقدماته^(٣). وذهب المالكية إلى أن الرجعة بالفعل تحتاج إلى نية، وإلا لا ترجع، قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: " إذا وطئها في العدة وهو يريد بذلك الرجعة فهي رجعة"^(٤). وذهب الشافعية إلى أنها لا ترجع بالفعل فلا بد من القول^(٥).

وعند الحنابلة ثلاث روايات : الأولى : أن الرجعة محصورة في القول، فلا تحصل بالوطء ولا بغيره، لظاهر قوله تعالى : ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، [سورة الطلاق آية: ٢]، والظاهر من الإشهاد إنما هو على القول.

والرواية الثانية : أن الرجعة تحصل بالوطء وإن لم ينو ؛ لإطلاق قوله تعالى : ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾، [سورة البقرة، آية: ٢٢٨]، والرد حقيقة في الفعل، بدليل : رددت الوديعة . وأيضا : ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [سورة الطلاق، آية: ٢]، وحقيقة الإمساك في الفعل أيضاً ولأنها مدة معلومة خير بين القول الذي يبطلها، وبين تركها حتى تمضي المدة فقام الوطء فيها مقام القول

(١) : النووي، روضة الطالبين ٨ / ٢١٤.

(٢) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٣ / ٣٩٨.

(٣) : السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢ / ١٧٨.

(٤) : مالك، المدونة ٢ / ٢٣٢.

(٥) : الشافعي، الأم ٥ / ٢٥٩.

كالبيع بشرط الخيار، والمعنى فيهما أن كلا منهما وطؤه دليل على رغبته في الموطوءة واختيار رجوعها إليه.

والرواية الثالثة : إن نوى الرجعة بالوطء حصلت، للع لم برغبته فيها، وإلا لم تحصل^(١).

والرواية الثانية هي المذهب، واختارها ابن حامد والقاضي وكثير من العلماء، بلن الرجعة تصح بالفعل كالوطء قصد أو لم يقصد، لأن سبب زوال الملك انعقد مع الخيار والوطء من المالك يمنع زواله، كوطء البائع في مدة الخيار^(٢).

والراجح أن الرجعة تصح بالفعل مع النية، لأن قد يطؤها ولا نية عنده بالرجوع. والرجعة حق خاص للزوج كالطلاق، فلا يجوز لأحد أن يتعدى على حق الزوج فيه فالوكيل القضائي ليس له أن يراجع عن الغائب أو المفقود الموكل عنه؛ لأن فيه تعدٍ على حقه، وهو حق شخصي.

رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في الرجعة:

أولاً: جاء في المادة / ١١٨ / من الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري: " الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية ، وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط ."

ثانياً: جاء في المادة / ٩٢ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال، وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً ."

ثالثاً: جاء في المادة / ١٠٨ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " للزوج أن يرجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة ."

(١) : الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، دار العبيكان، ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م، ٥ / ٤٤٩ .
(٢) : ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية ، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م، ٣ / ١٤٩ والزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥ / ٤٤٩ .

وجاء أيضاً في المادة / ١٠٩ / من القانون نفسه ما يلي : " تقع الرجعة باللفظ أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المعهودة، كما تقع بالفعل مع النية".

رابعاً: جاء في المادة / ٥٠ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ".

نلاحظ بأن قوانين الأحوال الشخصية وافقت أقوال الفقهاء، و اتفقت جميعها على أمرين: الأول: أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، والثاني : للزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل.

المطلب الثالث: الخلع:

هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه ^(١)، فهو فراق بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع، كقوله: طلقتك، أو خالعتك على كذا^(٢). ولا بد في الخلع من رضا الزوج ، ولا ينبغي أن يجبر عليه؛ لما في ذلك من انتفاء رضاه^(٣).

وبما أن الخلع حق شخصي للزوج لا يستطيع أحد أن ينوب عنه فليس للوكيل القضائي أن ينوب عن المفقود في خلع زوجته ، ولكن كما ذكر لي القاضي الشرعي الأول الأستاذ " نادر كده حفظه الله تعالى " بأنه إذا تضررت زوجة المفقود أو الغائب وتأذت من فقِّ زوجها، كأن كانت لا تطيق فراق الزوج فإنها ترفع أمرها إلى القاضي والمشرّع أعطاهما حلّين بديلين:

(١) : ابن نجيم، البحر الرائق ٤ / ٧٧.

(٢) : الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٣٤٧، والشربيني، مغني المحتاج ٤ / ٤٣٠ والمرداوي، الإنصاف ٨ / ٣٨٢.

(٣) : داماد أفندي، عبد الرحمن المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١ / ٧٥٩.

الأول التفريق لعدة غياب الزوج، (وهو حل قصير، ومدته: حيث تُطَلَّق الزوجة فيه بحوالي أربعة أشهر)، وتكون الطلقة رجعية، فإذا عاد المفقود قبل انتهاء العدة يحق له أن يراجعها.

الثاني: التفريق لعدة الشقاق، (وهو الحل الأطول، ومدته: حيث تُطَلَّق الزوجة فيه بحوالي سبعة أو ثمانية أشهر)، حيث يمهل شهراً للمصالحة، ثم إن أصرت الزوجة على التفريق يلجأ القاضي إلى التحكيم بين الزوجين، فإن تعذر الإصلاح يفرق بينهما. وسأبين حكم ذلك بإذن الله تعالى.

أولاً: الحل الأول: التفريق لغيبة الزوج:

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضررت من غيبته.

١- آراء الفقهاء: للفقهاء قولين في المسألة:

- أ- القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية ^(١): إلى أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طال غيبته.
- ب- القول الثاني: وذهب المالكية والحنابلة ^(٢) إلى جواز التفريق للغيبة إذا طال وتضررت الزوجة بها، ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب.
- ولكن اختلف هؤلاء في نوع الغيبة ومدتها:
- ففي رأي المالكية: لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم، والتجارة أم بغير عذر، ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولاً وينذره إما بالحضور، أو الطلاق، أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوماً. ويكون هذا الطلاق بائناً ^(٣).

(١) : البابرتي، العناية شرح الهداية ٦ / ١٤٧، والماوردي، الحاوي الكبير ١١ / ٣١٦.

(٢) : الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ / ٧٤٦، وابن قدامة، المغني ٧ / ٥٦٨، وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع ٦ / ٢٥٠.

(٣) : عرفة، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٤٣١.

وفي رأي الحنابلة : تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، وحدّ الغيبة ستة أشهر فأكثر، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه ، والفرقة تكون فسخاً لا طلاقاً، فلا تنقص عدد الطلقات؛ لأنها لم تصدر من الزوج، ولا بقبول منه. وهي فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخاً، ولا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي، ولا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة؛ لأنه حقها، فلم يجز من غير طلبها^(١).

والحنابلة قسموا الغيبة إلى قسمين:

١- غيبة ظاهرها السلامة.

٢- غيبة ظاهرها الهلاك.

أ- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة : كمن سافر للتجارة ، أو طلب العلم أو السياحة، ويلحق به الأسير؛ لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء. ينتظر تسعين سنة من يوم ولادته؛ لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة. وهذا هو المذهب، وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

وهذا القول أشهر الروايتين عن الإمام أحمد ، والرواية الثانية : أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته حتى يثبت يقين موته^(٢).

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : كمن فقد بين أهله ليلاً ، أو نهاراً، أو يفقد بين الصفيين في المعركة، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم، فمذهب الإمام أحمد أنه يحكم بموته بعد مضي أربع سنين؛ لأنها مدة يتكسر فيها تردد المسافرين، والتجار فانقطاع

(١) : البهوتي، كشف القناع ٥/ ٤٢٣، وابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م، ٦/ ٢٥٠.

(٢) : ابن ضويان، منار السبيل ٢/ ٨٧.

خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب على الظن هلاكه؛ إذ لو كان حياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية^(١).

٢- الأدلة:

أ - استدل أصحاب الفريق الأول بما يأتي:

- ١ - بعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأن سبب التفريق لم يتحقق ، فإن كان موضعه معلوماً بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة^(٢).
- ٢ - بأن المرأة لا حق لها في الجماع إذ الواجب مرة واحدة فقط، وهذا قضاء، فلا يكون بالمنع ظالماً، وأما ديانة فلها الحق في كل أربعة أشهر مرة؛ لأن الضرر لا يتحقق بترك الوطئ فيما دون أربعة أشهر^(٣).

ب واستدل أصحاب الفريق الثاني بما يلي:

- ١ - إن الوطء واجب على الزوج للمرأة إذا انتفى العذر ، فليس للرجل أن يقصر فيه فعلى الرجل وطء زوجته ، ويقضى عليه به حيث تضررت المرأة بتركه وقدر عليه الزوج؛ لأن الإنسان لا يكلف ما لا يطيقه، والراجح أنها إذا شكت قلة الوطء يقضى لها في كل أربع ليال بليلة^(٤).
- ٢ - بأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضرراً بالغاً، والضرر يدفع بقدر الإمكان، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٥).

(١) : الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤ / ٦٣١، وابن قدامة، المغني ٨ / ١٣١.

(٢) : البابرتي، العناية شرح الهداية ٦ / ١٤٧.

(٣) : ابن الهمام، فتح القدير ٤ / ٢٠٤، والنووي، المجموع ١٧ / ٣٠٠.

(٤) : النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢ / ٢٢، وابن قدامة، المغني ٧ / ٣٠٤.

(٥) : أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم ٣٢٤٠. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم ١١١٦٦، والدارقطني، في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٨٨، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٣٤٥، وهو حديث صحيح، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

٣- إن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بينما كان يحرس المدينة مر بالمرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسودّ جانبه
ووالله لولا خشية الله وحده
وطال عليّ أن لا حبيب ألاعبه
لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عمر عنها ف قيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله تعالى، فلوسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها، ثم دخل على حفصة أم المؤمنين - رضي الله تعالى عنها - فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهر أ، ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون شهراً راجعين^(١).

٣- رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

أ- رأي قانون الأحوال الشخصية السوري في ذلك: نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٠٩/ منه على ما يلي:

١- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي ال تفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢- هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب، أو أطلق السجين، والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

ب- وجاء في المادة ١٢ / من قانون الأحوال الشخصية المصري: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

(١) : أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق حديث رقم : ١٢٥٩٣ ، ٧ / ١٥١ ، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزى، حديث رقم ١٧٨٥٠ ، ٩ / ٥١ ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وجاء في المادة / ١٣ / من القانون نفسه : " إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً، وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضي بينهما بتطبيقه بئانه، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب أطلقها القاضي علي بلا أذار، أو ضرب أجل ". وفي المادة / ١٤ / أيضاً: " لزوجة المحبوس المحكوم علي ه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثة سنين فأكثر، أن تطلب إلي القاضي بعد مضي سنة من حبسه التخليق علي بئانه للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

ج- وجاء في المادة / ١١٩ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

وفي المادة / ١٢٠ / من القانون نفسه : " إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بعد تحليفها اليمين ".

وفي المادة / ١٢١ / من القانون نفسه: " إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى، فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بلا إذار وضرب أجل وفي حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى ".

د- وجاء في المادة / ١٢٩ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " للزوجة طلب التخليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة ".

وفي المادة / ١٣٠ / من القانون نفسه: " لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى".

هـ- وجاء في المادة / ٥٣ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: من الأمور التي يجوز للزوجة أن تطلب التفريق، " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".

و- وجاء في المادة / ٤٣ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " للزوجة طلب التفريق، إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

ز- وجاء في المادة / ٥٢ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " ١ - لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق، على أن تنصب المحكمة الأقرب فالأقرب ليتمكن من إعلان الغائب في محل معلوم في ظرف شهر بلي وسيلة.

٢- لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ، طلب فسخ عقد نكاحها ، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبس الزوج مدة لا تقل عن سنة ".

إذاً يتبين بأنه يجوز لزوجة المفقود ، أو الغائب إذا أثبتت غياب زوجها عنها سنة فأكثر، أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٤- الترجيح:

أرجح ما ذهب الحنابلة وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري إلى أنه إن غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، ويكون هذا التفريق طلاقاً رجعيّاً.

وبالمذهب المالكي إن غاب الزوج **بعذر مقبول** كتجارة، أو دراسة، أو خرج إلى صلاة ولم يرجع، ينذره القاضي إما بالحضور، أو الطلاق، أو إرسال النفقة، لأن السنة مدة كافية ليعلم نيته تجاهها، فإما أن يلم شمل عائلته، وإما أن يتركهم.

كل هذا لأن الزوجة تتضرر بالغياب أياً كان سببه، والتفريق هنا للضرر.

ثانياً: وأما الحل الثاني فهو : التفريق لعلة الشقاق : إذا حصل شقاق ونزاع بين الزوجين، وتعذر عليهما الإصلاح، ترفع الزوجة أمرها للقاضي، ويعين القاضي حَكَمَيْن، لقول الله تعالى : **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾**، [سورة النساء، آية: ٣٥]. فإن استطاعا الإصلاح وفقاً بين الزوجين، وإلا رفعا تقريرهما إلى القاضي فيحكم بالتفريق بينهما. ولكن اختلف الفقهاء في التفريق للشقاق على قولين.

١ - أقوال الفقهاء:

القول الأول: ذهب فقهاء الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى أنه لا يجوز التفريق للشقاق أو الضرر^(١).

فإذا حصل الشقاق بين الزوجين فقد ذهب الحنفية، وقول عند الحنابلة إلى أن القاضي يبعث حكَمَيْن، ومهمة هذين الحكمين الإصلاح فقط، وذلك بعودة الزوجان لبعضهما، فإن لم يعودا تركاهما لطرق أخرى كالطلاق، أو الخلع، وليس للحكمين التفريق بين الزوجين إلا أن يفوض الزوجان إليهما ذلك، فإن فوضاهما بالتفريق بعد العجز عن التوفيق، كانا وكيلين عنهما في ذلك، وجاز لهما التفريق بينهما بهذه الوكالة^(٢).

وذهب الشافعية إلى أن الحكمين إما أن يكونا وكيلين فلا يملكان التفريق إلا بإذن الزوجين، وإما أن يكونا حاكمين فلهما أن يفعلوا ما يريدان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض.

(١) : الكاساني، بدائع الصنائع، ع، ٢ / ٣٣٤، والشيرازي، المهذب ٢ / ٤٨٨، وابن قدامة، المغني

٣٢١ / ٧.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع، ٢ / ٣٣٤، وابن قدامة، المغني، ٧ / ٣٢١.

وإن غاب الزوجان فقلنا إنهما وكيلا ننفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل؛ لأن الغيبة لا تبطل الوكالة ، وإن قلنا أنهما حاكمان لم ينفذ حكمهما لأن الحكم للغائب لا يجوز^(١). وتكون هذه الفرقة طلاقاً بائناً.

القول الثاني : وذهب المالكية إلى جواز ذلك ، فمهمة الحكمين الإصلاح أولاً، فإن عجزا عنه كان لهما التفريق، ويكون تفريق الحكمين بغير توكيل من الزوجين ، ولا إذن منهما^(٢)، وتكون هذه الفرقة طلاقاً بائناً.

٢- الأدلة:

أ- استدل الفريق الأول بعدم جواز التفريق للشقاق؛ بأنه يمكن الالتجاء إلى الإصلاح بين الزوجين ، بدلاً من الطلاق ، وليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق؛ لأن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج^(٣).

ب- واستدل الفريق الثاني بجواز التفريق للشقاق منعاً للنزاع ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٤).

ولقول سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الحكمين : إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع. دلّ هذا القول على أنه ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين، ولا إذن منهما، وقد سماهما الله تعالى حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين.

(١) : الشيرازي، المذهب ٢ / ٤٨٨.

(٢) : الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤ / ١٧.

(٣) : ابن قدامة، المغني، ٧ / ٣٢٠.

(٤) : أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم ٣٢٤٠. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم ١١١٦٦، والدارقطني، في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٨٨، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، حديث رقم ٢٣٤٥، وهو حديث صحيح، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

٣- رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

أ- جاء في المادة / ١١٢ / من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي:
الفقرة الأولى: " إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به، بما لا يستطاع معه دوام
العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق".

وفي الفقرة الثانية: " وإذا ثبت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما
ويعتبر هذا التطلاق طلاقاً بائناً".

وفي الفقرة الثالثة من المادة نفسها: " إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة
مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح
عين القاضي حكماً من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح
بينهما، وحلفهما يميناً على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة"

وجاء في المادة / ١١٤ / في الفقرة الأولى منها: " عمل الحكّمين أولاً هو محاولة
الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من ال زوج، قررا
التفريق بطلاقاً بائناً".

ب- وجاء في المادة / ٦ / من قانون الأحوال الشخصية المصري: " إذا ادعت الزوجة
إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من
القاضي التفريق وحتى يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح
بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً".

وجاء في المادة / ١٠ / من القانون نفسه: " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح أ- فإن
كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطلاق بطلاقاً بائناً دون مساس بشي
من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق".

ج- وجاء في المادة / ١٢٦ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " لأي من
الزوجين أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر
يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيّاً كالإيذاء بالفعل أو با لقول

أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخلٍ بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية، بحيث:

- ١- إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وتحقق القاضي من صحة ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصررت الزوجة على دعواها أحال الأمر إلى حكيمين.
- ٢- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه ، على أن لا يزيد على المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بئنة، على أن للزوجة أن تُطالبه بغير المقبوض من مهرها وتوابعه ونفقة عدتها.
- ٣- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.
- ٤- على الحكّمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلوا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة.
- د- وجاء في المادة / ١١٧ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " ١- لكل من الزوجين طلب التطلق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك، ما لم يثبت تصالحهما.
- ٢- تتولى لجنة التوجيه الأسري الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فإن تعذرت وثبت الضرر حكم بالتطلاق".
- وجاء في المادة / ١١٨ / من القانون نفسه: " إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر على لجنة التوجيه الأسري والقاضي الإصلاح بينهما، عين القاضي بحكم حكّمين من أهليهما إن أمكن بعد أن يكلف كلا من الزوجين تسمية حكم من أهله قدر

الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، وإلا فيمن يتوسم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاح إذا تقاعس أحد الزوجين عن تسمية حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة".

وجاء أيضاً في المادة / ١٢٠ / من القانون نفسه: " إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

١ - فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج، والزوجة هي طالبة التفريق أو كان كل منهما طالباً، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائمة دون مساس بشيء من حقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

٢ - إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة.

٣ - إذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببذل يتناسب مع نسبة الإساءة .

٤ - إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالباً التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل " .

هـ- وجاء في المادة / ٥٣ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين " .

وجاء في المادة / ٥٦ / من القانون نفسه: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكماً من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين " .

يتبين معنا من خلال النصوص القانونية ما يأتي:

١ -يجوز لأحد الزوجين طلب التفريق من القاضي إذا أضر الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة.

٢ - وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر وذلك في القانون السوري والأردني، أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عيّن القاضي حكّمين للإصلاح بينهما.

٣ - وإذا ثبت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطبيق طلاقة بائلة.

٤ - **الترجيح:** أرجح ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري ، وباقي قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية وهو ما عليه المذهب المالكي بجواز التفريق للشقاق والضرر، وذلك منعاً للنزاع، وإزالة للضرر الذي يلحق بالزوجة.

المطلب الرابع: العبادات:

تنقسم العبادات إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: العبادة البدنية المحضة: كالصلاة، والصوم، والوضوء والغسل...الأصل فيها امتناع النيابة، إلا ما أخرج بدليل، كالصوم عن الميت لأن المقصود من التكاليف البدنية الابتلاء، والمشقة، وهي تحصل بإتعايب النفس و لجوارح بالأفعال المخصوصة، وهو أمر لا يتحقق بفعل نائبه، فلم تجزئ النيابة، إلا في ركعتي الطواف تبعاً للنسك، ولو استتاب فيهما وحدهما لم يصح، ولقول الله عز وجل : ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [سورة النجم، آية: ٣٩].

أما الصوم عن الميت فقد أخرج عن هذه القاعدة لدليل ورد فيه: **فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما: ((جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أُمي ماتت، وعليها صوم نذر أفأصوم عنها؟ فقال: أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان ذلك يؤدي عنها؟ قالت: نعم قال: فصومي عن أمك))**^(١).

(١) : أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، حديث رقم : ١١٤٨ / ٢ ، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب الصيام، صوم الحي عن الميت وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، حديث رقم : ٢٩٢٩ ، ٣ / ٢٥٧ ، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الصيام باب من قال يصوم عنه وليه، حديث رقم: ٨٢٢٨ ، ٤ / ٤٢٧ ، عن ابن عباس رضي الله عنه.

فلذا لا يجوز للوكيل أن يقوم بالعبادات البدنية عن الغائب والمفقود؛ لأنها تتعلق ببدن من وجبت عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها.

ثانياً: العبادة المالية : أما العبادات المالية المحضة كالصدقة، والزكاة والكفارات والنذر، والأضحية، ونحو ذلك فتصح فيها النيابة؛ لأن دفع الزكاة إلى الإمام إما واجب أو مندوب، ومعلوم أنه لا يفرقها على المستحقين إلا عن طريق النيابة، فالواجب إخراج المال وأنه يحصل بفعل النائب^(١).

فدفع الزكاة عن الغائب والمفقود اتفق الفقهاء على وجوب الزكاة على كل مسلم حر عاقل مالك للنصاب ملكاً تاماً، ولكن اختلفوا في إخراج الوكيل القضائي زكاة مال المفقود.

١ - أقوال الفقهاء في ذلك: للفقهاء ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، إلى وجوب إخراج الوكيل لزكاة المفقود وعلى الفور أيضاً.

القول الثاني: وذهب الحنفية: إلى عدم وجوب إخراج الوكيل القضائي زكاة المفقود في المال، وإنما فقط في الزروع والثمار، ووافق أصحاب هذا القول عامة أهل الرأي^(٥).

القول الثالث: وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: فهو يرى وجوب إخراج الزكاة في مال الصبي، أو المفقود، ولكن لا يخرجها الولي، ولا الوصي، وإنما ينتظر حتى يبلغ الصبي، أو يعود المفقود فيؤديها^(٦).

(١) : الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٢١٢.

(٢) : الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك دار الفكر، ط ٢، دبت، ٦/٣.

(٣) : النووي، المجموع شرح المذهب، ٥/ ٢٩٥.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٢/ ٢٥٦.

(٥) : الكاساني، البدائع ٤/ ١١، والمروزي، محمد بن نصر أبو عبد الله، اختلاف الفقهاء، تحقيق : محمد طاهر حكيم، الناشر: أضواء السلف- الرياض، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م، ص ٤٥١.

(٦) : الكاساني، البدائع ٤/ ١١، والنووي، المجموع ٥/ ٢٩٦، والماوردي، الحاوي ٨/ ٣٤٧.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد سكت عن حكم جواز توزيع الوكيل القضائي زكاة أموال الغائب والمفقود، فيرجع إلى المذهب الحنفي حسب المادة: ٣٠٥ / والتي نصها: " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي".

٢- الأدلة:

أ- استدلال الفريق الأول بما يلي:

١- عموم الآيات القرآنية الكريمة الأمرة بإيتاء الزكاة؛ لأنها تتحدث عن المال وجميعها دال على وجوب الزكاة، ومن تلك الآيات:

أ- ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، [سورة التوبة، آية: ١٠٣].

وجه الدلالة: قال ابن حزم^(١): (فهذا عموم لكل صغير وكبير، عاقل ومجنون لأنهم محتاجون إلى طهارة الله تعالى، وتزكيته إياهم، وكلهم من الذين آمنوا)^(٢).

ب- قول الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾، [سورة التوبة، آية: ٦٠].

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد فرض الزكاة للأصناف الثمانية وملكهم إياها فهي حق في المال لهذه الأصناف من غير نظر إلى مالها.

(١) : ابن حزم (٣٨٤ - ٤٥٦ هـ) : هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد عالم الأندلس في عصره، أصله من الفرس، كانت لابن حزم الوزارة وتدبير المملكة فانصرف عنها إلى التأليف والعلم، كان فقهياً حافظاً، يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر طارده الملوك، حتى توفي مبعداً عن بلده، كثير التأليف، من تصانيفه: «المحلى في الفقه» و«الأحكام في أصول الأحكام» في أصول الفقه. [ينظر الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط ١٥، ٢٠٠٢ م، ٥/٥٩].

(٢) : ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، دار الفكر - بيروت، د. ط، د. ب، ٢٠١ / ٥.

٢- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة))^(١).

وجه الدلالة : أن من ولي على مال يتيم ، ويقاس عليه الوكيل القضائي على مال المفقود أن يتاجر به، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة ، - أي الزكاة - بإخراجها منه؛ لأنها واجبة فيه^(٢).

٣- المفقود حر مسلم، فيما أنه قد ملك نصاباً وحقق شروط الزلطة، كان لوكيله إخراج الزكاة عنه، ولأن الزكاة حق واجب في المال، فيلزم أدائه^(٣).

ب- واستدل الفريق الثاني بما يلي:

قالوا لا زكاة في المال الضمار؛ لأن من شروط وجوب الزكاة في المال أن يكون مالاً نامياً، لأن معنى الزكاة هو النماء ، ولا يحصل إلا في المال النامي ، وهذا يعني أن يكون المال معداً للنماء بالتجارة . ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المفقود، لأن ماله هو مال موقوف غير نام فلا تجب فيه الزكاة^(٤).

ج- واستدل أصحاب الفريق الثالث بما يلي:

١- ما روي عن عبد الله بن مسعود^(٥) رضي الله عنه أنه قال : (أحص ما يجب في

(١) : أخرجه الترمذي في سننه، في أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، حديث رقم: ٦٤١، ٢٣/٣، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب تجارة الوصي بمال اليتيم أو إقراضه، حديث رقم: ١٠٩٨٢، ٣/٦، والدارقطني في سننه، كتاب الزكاة باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، حديث رقم: ١٩٧٠، ٥/٣، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه . وقال الترمذي : وإنما روى هذا الحديث من هذا الوجه، وفي إسناده مقال. لأن المثني بن الصباح يضعف في الحديث . [ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، رقم: ٢٧١٥، ٤/٦٢٧].

(٢) : ابن قدامة، المغني ٢/ ٢٥٦.

(٣) : الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤/ ٦٣١.

(٤) : المرغباني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ١/ ٩٦.

(٥) : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي (٣٢ هـ)، أبو عبد الرحمن من أهل مكة، من السابقين إلى الإسلام، وهاجر إلى أرض الحبشة الهجرتين، شهد بدرًا، وأحدًا، والخندق، والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان ملازماً لرسول الله صلى الله عليه وسلم، أخذ من فيه =

مال اليتيم، فإذا بلغ أعلمه، فإن شاء زكى، وإن شاء لم يزك^(١).

وجه الدلالة: أن الواجب على الولي أو الوصي أن يحصي مال الزكاة الذي يجب إخراجَه، ثم يبلغه للصبي عندما يبلغ، فإن شاء الصبي أخرجه، وإن شاء ترك إخراجَه^(٢).

قال الشافعي: ولو كان ابن مسعود لا يرى زكاة، لم يأمره بالإحصاء؛ لأن من لم تجب عليه زكاة لا يؤمر بإحصاء السنين، كما لم يأمر الصبي بإحصاء سنه في صغره للصلاة، ولكن ابن مسعود كان يرى عليه الزكاة، وكان لا يرى أن يزكيها الولي. وردّ على هذا الدليل بأنه ضعيف؛ لأن مجاهدًا لم يلق ابن مسعود، فهو منقطع ورواه ليث بن أبي سليم، وهو عند أهل العلم بالحديث غير حافظ، كثير الخطأ^(٣).

٢- وقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أيضاً: ليس للولي إخراج الزكاة عنه ويتركها في ماله حتى يبلغ الصبي، فيخرجها عن نفسه.

وينطبق هذا الكلام أيضاً على المفقود، فإنه على هذا القول عندما يعود يخرج ما عليه من زكاة.

٣- الترجيح: أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إلى وجوب إخراج الوكيل القضائي لزكاة المفقود، وذلك لعموم الآيات القرآنية الكريمة، ولأن الزكاة حق واجب في المال فيلزم أدائه.

=سبعين سورة لا ينازع فيها أحد، بعثه عمر إلى أهل الكوفة ليعلمهم أمور دينهم، له في الصحيحين ٨٤٨ حديثاً. [ينظر العسقلاني، الإصابة ٢ / ٣٦٨].

(١): أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الزكاة، من قال: ليس في مال اليتيم زكاة حتى يبلغ حديث رقم: ١٠١٢٥، ٢ / ٣٧٩، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وهو حديث ضعيف.

(٢): الصنعاني، محمد بن إسماعيل الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين المعروف بالأمر، سبل السلام، دبط، دار الحديث، دبت، ١٣٠ / ٢.

(٣): البيهقي، معرفة السنن والآثار، حديث رقم: ٨٠٢٧، ٦ / ٦٩.

ثالثاً: العبادة المترددة بين المالية والبدنية: فتصح فيها النيابة عند العجز الدائم إلى الموت، أو بعد الموت، وذلك كالحج وغيره^(١).

١- الحج:

ذهب جمهور الفقهاء: الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى مشروعية الحج عن الغير، وقابليته للنيابة، عند العجز فقط لا عند القدرة، بشرط دوام العجز إلى الموت. وذهب مالك^(٥) على المعتمد في مذهبه إلى أن الحج لا يقبل النيابة لا عن الحي ولا عن الميت، معذورا أو غير معذور. وقالوا: إن الأفضل أن يتطوع عنه وليه بغير الحج كأن يهدي أو يتصدق عنه، أو يدعو له، أو يعتق. وأما المقصر الذي مات فذهب جمهور الفقهاء^(٦) (الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة)، إلى أنه تصح الوصية بالإحجاج عنه، ولكن مع الكراهة عند المالكية. فإن حج عنه الوارث بنفسه أو باستئجار سقط الحج عن الميت، ولو فعله أجنبي جاز ولو بلا إذن^(٧).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المريض أو الكبير لا يصح الحج عنه بغير إذنه في حج الفرض عند الشافعية، والفرض والتطوع عند الحنابلة^(٨). استدلل الجمهور على مشروعية حج الإنسان عن غيره بالسنة الثابتة المشهورة والمعقول.

(١) : البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - حاشية البجيرمي على الخطيب - ١٣٤/٣، وابن قدامة، المغني ٢٢٢/٣، وابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٣٥٥/١.
(٢) : ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، دبط، دب، ١٤٤ / ٣، والكاساني، بدائع الصنائع ١٢٥ / ٥.
(٣) : الشربيني، مغني المحتاج ٢ / ٢١٨.
(٤) : ابن قدامة، المغني ٣ / ٢٢٧.
(٥) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي ١ / ١٨.
(٦) : الكاساني، بدائع الصنائع ١٢٥ / ٥، وابن رشد، بداية المجتهد ٨٤ / ٢، والشربيني، مغني المحتاج ٢ / ٢١٨، والبهوتي، كشف القناع ٢ / ٣٨٠.
(٧) : الشربيني، مغني المحتاج ٢ / ٢١٩.
(٨) : الشربيني، مغني المحتاج ٢ / ٢١٨، والبهوتي، كشف القناع ٢ / ٣٨٠.

أ- السنة:

- ١- فمنها حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه ما أنه قال : ((جاءت امرأة من خثعم عام حجة الوداع، قالت: يا رسول الله: إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يستوي على الرحلة، فهل يقضي عنه أن أحج عنه؟ قال: نعم))^(١). فدل هذا الحديث على جواز الحج عن الوالد غير القادر على الحج.
- ٢- وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنه ما أيضاً : ((أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال صلى الله عليه وسلم: نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضية؟ اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء))^(٢).
- أيضاً دل هذا الحديث على أجزاء الحج عن الميت من الولد، وشبهه بالدين.
- ٣- لأنه إذا كان قادراً على الأداء ببذنه وله مال ، فالفرض يتعلق ببذنه لا بماله، بل المال يكون شرطاً ، وإذا تعلق الفرض ببذنه لا تجزئ فيه النيابة كالعبادات البدنية المحضة^(٣).

ب- المعقول:

- ١- إن مقتضى القياس أن لا تجري النيابة في الحج ، لكن الله تعالى رخص في ذلك

(١) : أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب الحج عمن لا يستطيع الثبوت على الرحلة حديث رقم: ١٨٥٤، ٣ / ١٨، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما، أو للموت حديث رقم: ١٣٣٤، ٢ / ٩٧٣. عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) : أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب الحج والنذور عن الميت، والرجل يحج عن المرأة، حديث رقم: ١٨٥٢، ٣ / ١٨، والنسائي في سننه، كتاب مناسك الحج الحج عن الميت الذي نذر أن يحج، حديث رقم: ٢٦٣٢، ٥ / ١١٦، وأحمد في مسنده، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث رقم : ٢١٤٠، ٤ / ٤٢، عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٣) : الكاساني، بدائع الصنائع ٥ / ١٢٤.

رحمة وفضلاً، وتيسيراً على عباده، فقد قال الكمال بن الهمام ^(١): وذلك بأن يدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه، بخلاف حال القدرة فإنه لم يعذره، وإنما شرط دوامه (أي العذر) إلى الموت لأن الحج فرض العمر ^(٢).

٢- إن الحج عبادة، وتجاوز النيابة في العبادة وتجب بإفسادها الكفارة، فجاز أن يقوم غيره بفعله مقام نفسه، كالصوم إذا عجز عن افتدئ بخلاف الصلاة ^(٣). وأخذ المالكية بالأصل، وهو عدم جريان النيابة في العبادة البدنية، كالصوم ^(٤).

٢- أداء العمرة عن الغير:

ذهب الفقهاء في الجملة إلى أنه يجوز أداء العمرة عن الغير؛ لأن العمرة كالحج تجوز النيابة فيها؛ لأن كلاً من الحج والعمرة عبادة بدنية مالية ولهم في ذلك تفصيل:

أ- ذهب الحنفية ^(٥) إلى أنه يجوز أداء العمرة عن الغير بأمره؛ لأن جوازها بطريق النيابة، والنيابة لا تثبت إلا بالأمر، فلو أمره أن يعتمر فأحرم بالعمرة واعتمر جاز لأنه فعل ما أمر به.

ب- وذهب المالكية ^(٦) إلى أنه تكره الاستنابة في العمرة وإن وقعت صحت.

ج- وقال الشافعية ^(٧): تجوز النيابة في أداء العمرة عن الغير إذا كان ميتاً أو عاجزاً عن أدائها بنفسه، فمن مات وفي ذمته عمرة واجبة مستقرة بأن تمكن بعد استطاعته من

(١) : ابن الهمام (٧٩٠ - ٨٦١ هـ)، هو محمد عبد الواحد بن عبد الحميد، كمال الدين الشهير بابن الهمام، إمام من فقهاء الحنفية، مفسر حافظ متكلم، كان أبوه قاضياً بسيواس في تركيا ثم ولي القضاء بالإسكندرية، فولد ابنه محمد ونشأ فيها، وأقام بالقاهرة، كان معظماً عند أرباب الدولة اشتهر بكتابه القيم ((فتح القدير)) وهو حاشية على الهداية، ومن مصنفاته أيضاً: ((التحرير في أصول الفقه)). [ينظر الزركلي، الأعلام ٧ / ١٣٥].

(٢) : ابن الهمام، فتح القدير ٢ / ٣١٠.

(٣) : ابن قدامة، المغني ٣ / ٢٢٨.

(٤) : الخطاب، مواهب الجليل ٢ / ٥٤٣.

(٥) : الكاساني، بدائع الصنائع ٢ / ٢١٣، ٢١٤.

(٦) : عليش، منح الجليل ١ / ٤٤٩.

(٧) : الشربيني، مغني المحتاج ١ / ٤٦٨.

فعلها ولم يؤدها حتى مات. وجب أن تؤدى العمرة عنه من تركته، ولو أداها عنه أجنبي جاز ولو بلا إذن كما أن له أن يقضي دينه بلا إذن. وتجوز النيابة في أداء عمرة التطوع إذا كان عاجزا عن أدائها بنفسه، كما في النيابة عن الميت.

د- وذهب الحنابلة^(١) إلى أنه لا تجوز العمرة عن الحي إلا بإذنه؛ لأنها عبادة تدخلها النيابة، فلم تجز إلا بإذنه، أما الميت فتجوز عنه بغير إذنه. وبناء على هذا يجوز للوكيل القضائي أن يحج ويعتمر عن الغائب والمفقود لأن له الإذن من القاضي بالقيام بشؤونه.

المطلب الخامس: الظهار: وهو أن يقول الشخص المظاهر لزوجته أنت علي كظهر أمي. فلا يجوز التوكيل في الظهار عند جمهور الفقهاء^(٢)، كأن يقول الوكيل : أنت على موكلي كظهر أمه ؛ ولأن التوكيل بلظهار من التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يملكه الوكيل، ولأنه قول منكر وزور ومعصية، وبما أنه لا يجوز التوكيل في المعصية فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه، ومقابل الأصح عند الشافعية أنه يصح التوكيل فيه؛ لأن الأقرب في الظهار أنه كالطلاق لأن قول الوكيل: زوجة موكلي عليه كظهر أمه كقوله: امرأة موكلي طالق عليه، وذلك أن الظهار والطلاق إنشاء مجرد كالبيع والنكاح^(٣). إذاً لا يجوز للوكيل القضائي أن يكون وكيلاً في الظهار عن المفقود لأنه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً للمفقود، ولأن فيه معصية، ولا تجوز النيابة فيها.

(١) : ابن قدامة، المغني ٣ / ٢٣٤.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ٨ / ١٨٦، ومالك، المدونة ٢ / ٣٠٩، والرملي، نهاية المحتاج ٥ / ٢٣.

والمرداوي، الإنصاف ٥ / ٣٥٨.

(٣) : الرملي، نهاية المحتاج ٥ / ٢٣.

المطلب السادس: الخصومة بالمطالبة بالحقوق:

أولاً: أقوال الفقهاء:

١- ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية، إلى أنه يجوز للوكيل القضائي أن يكون وكيلاً عن المفقود والغائب بالخصومة بجميع الحقوق رضي الخصم، أو لم يرض، إلا أن المالكية استثنوا من هذا الحكم ما إذا كان الوكيل عدواً للخصم فلا يجوز توكيله ما لم يرض الخصم عليه^(١).

٢- وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق إلا برض الخصم، حتى يلزم الخصم جواب الوكيل إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، فللخصم أن يمتنع عن محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً، لأن حضور الموكل مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه^(٢).

٣- رأي القوانين في ذلك: أ- جاء في المادة / ٤٧٩ / من القانون السوري، الفقرة / أ/: " التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها، والدفاع فيها، والإقرار، وقبول اليمين وتوجيهها وردّها، واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها، وتبليغ الحكم وتبلغه، والطعن فيه بطرق الطعن العادية، وغير العادية، وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً".

ب- جاء في المادة / ٢٠٣ / من قانون الأحوال الشخصية السوري إلحاق حالات أخرى من الغيبة بالفقد ونصها: (يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه، أو مصالح غيره).

(١) : ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٥ / ٥١٢، وعرفة، محمد، حاشية الدسوقي ٣ / ٣٧٨، والرملّي نهاية المحتاج ٥ / ٢٤، وابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير ٥ / ٢٠٥.
(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ١٣ / ٦٢.

ج- وجاء في المادة: / ١١٠ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري عندما تكلم عن الغائب: " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته ، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"^(١). فمن لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه، سواء بالغيبة ، أو الفقد ، يمكن للوكيل القضائي أن يكون وكيلاً عنهما بالخصومة بجميع الحقوق.

ثانياً: الأدلة:

- ١- استدلل جمهور الفقهاء على جواز الوكالة بالخصومة بما يأتي:
 - أ- بإجماع الصحابة على ذلك، فقد وُكِّل علي بن أبي طالب عقيلاً ^(٢) عند أبي بكر ^(٣) رضي الله عنهم، وقال: ما قضى له فلي، وما قضى عليه فعلي.
 - ب- وبأنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة فيه ولو بغير رضا خصمه كحال غيبته، ومرضه، وكدفع المال الذي عليه.
 - ج- وبأن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقب على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين، ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي، والإنكار حق المدعى عليه، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه.

(١) : المادة: / ١٠٩- ١١٠ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري.
(٢) : عقيل بن أبي طالب (? - ٦٠ هـ)، أبو يزيد، القرشي، صحابي، أخو علي وجعفر لأبويهما . وكان أسن منهما، قال له النبي صلى الله عليه وسلم: ((إني أحبك حبين ، حباً لقرابتك، وحباً لما كنت أعلم من حب عمي إياك))، وكان عقيل ممن خرج مع المشركين إلى بدر مكرهاً فأُسِرَ يومئذ وكان لا مال له ففداه عمه العباس، ثم أتى مسلماً قبل الحديبية، وهاجر إلى النبي صلى الله عليه وسلم سنة ثمان، وشهد غزوة مؤتة، وفارق أخاه علياً في خلافته فوفد إلى معاوية في دين لحقه .
[ينظر العسقلاني، الإصابة ٢ / ٤٩٤].

(٣) : أبو بكر الصديق (٥١ ق هـ - ١٣ هـ) هو عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن عامر، أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم، ولد بمكة، ونشأ في قرية سيدة موسراً عالماً بأنساب القبائل حرم على نفسه الخمر في الجاهلية، ولي الخلافة بمبايعة الصحابة له، فحارب المرتدين، ورسخ قواعد الإسلام، ووجه الجيوش إلى الشام والعراق ففتح قسم منها في أيامه.
[ينظر العسقلاني، الإصابة ٤ / ١٤٤].

د- وأضافوا بأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإن المفقود قد يكون له حق، أو يدعى عليه بحق، وهو غير موجود^(١).

٢- استدل أبو حنيفة رحمه الله تعالى أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط، وكذا إنكار المدعي عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي، فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل ألا يلزم به جواب، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة، وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة، مع أن الناس في الخصومات على التفاوت، بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط رضاء الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه، أما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت، وهذا لا يجوز^(٢).

ثالثاً: الترجيح:

أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، والقانون بأنه يجوز للوكيل القضائي أن يكون وكيلاً عن المفقود والغائب بالخصومة بجميع الحقوق؛ وذلك لإجماع الصحابة على ذلك ولأنه من مهمة الوكيل القضائي المحافظة على كل ما يتعلق بالمفقود من أموال وحقوق والمطالبة بها إن كانت غير موجودة، أو عند الخصم؛ وذلك لأن فيها نفعاً للمفقود.

(١) : ابن نجيم، البحر الرائق ٧ / ١٤٣.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ٦٢/١٣.

المطلب السابع: إثبات القصاص، واستيفائه:

أولاً: إثبات القصاص:

قد يكون بين المفقود وشخص آخر جناية، وقد غاب المفقود ولم يعد يظهر، فهنا هل للوكيل القضائي أن يثبت القصاص عن المفقود تجاه هذا الشخص؟ اختلف الفقهاء في ذلك.

١- أقوال الفقهاء:

أ- بما أن الوكيل القضائي هو نائب عن الغائب والمفقود فيجوز له أن يثبت القصاص عن المفقود ، وهذا عند جمهور الفقهاء ، أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن الشيباني ^(١) والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهذا للوكيل عامة سواء أكان الموكل حاضراً أو غائباً.

ب- وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أنه لا يجوز التوكيل بإثبات القصاص ولا تقبل البينة فيه إلا من الموكل^(٥).

٢- الأدلة: أ- استدل جمهور الفقهاء بأن القصاص حق الآدمي، والحاجة داعية إلى التوكيل فيه، ولأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء، إما لغياب، أو لفقد، أو قد لا يحب أن يتولاه بنفسه^(٦).

ب- واستدل أبو يوسف بأن التوكيل إنابة ، وشبهة ، يتحرز عنها في الحدود والقصاص^(٧).

٣- الترجيح: أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يجوز للوكيل القضائي إثبات القصاص عن الغائب والمفقود للحاجة إلى ذلك، ولأن فيه نفعاً، ومصلحة لهما.

(١) : السمرقندي، تحفة الفقهاء ٢٢٨ / ٣.

(٢) : ابن رشد، بداية المجتهد ٣٠٢ / ٢.

(٣) : النووي، المجموع شرح المذهب ٩٨ / ١٤.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٦٥ / ٥.

(٥) : الماوردي، الحاوي الكبير ١١٢ / ١٢.

(٦) : ابن قدامة، المغني ٦٥ / ٥.

(٧) : الكاساني، بدائع الصنائع ٥٩ / ١٣.

ثانياً: استيفاء القصاص:

إن ظهر بأن للمفقود خصم، وثبتت عليه الجريمة تجاه المفقود، فهل للوكيل القضائي أن يستوفي القصاص عن المفقود؟ اختلف الفقهاء في ذلك.

١- أقوال الفقهاء: أ- ذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) وهو المذهب عند الحنابلة^(٣) إلى أن الوكيل عن الغائب والمفقود يجوز له استيفاء القصاص عنهما.

ب- وذهب الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) في قول وكذلك الحنابلة في قول^(٦) إلى أنه لا يجوز يجوز التوكيل باستيفاء القصاص إن كان الموكل غائباً، ويجوز التوكيل في الاستيفاء إن كان الموكل حاضراً.

٢- الأدلة: أ- استدل الفريق الأول بجواز استيفاء القصاص بأن كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه؛ لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه؛ لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره.

ب- واستدل الفريق الثاني بجواز التوكيل في الاستيفاء إن كان الموكل حاضراً، لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل.

ولا يجوز التوكيل في الاستيفاء إن كان الموكل غائباً، لأن احتمال العفو قائم، لجواز أنه لو كان حاضراً لعفى، فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة، لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما، والعفو مندوب إليه فيهما، وهذا المعنى منعدم حالة غياب الموكل^(٧).

(١) : ابن رشد، بداية المجتهد ٢ / ٣٠٢.

(٢) : الماوردي، الحاوي الكبير ٦ / ٥١٧.

(٣) : ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد ٢ / ١٣٧.

(٤) : الكاساني، بدائع الصنائع ١٣ / ٦١، والسرخسي، المبسوط ١٩ / ١٠٦.

(٥) : النووي، المجموع شرح المذهب ١٤ / ٩٨.

(٦) : ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد ٢ / ١٣٧.

(٧) : الكاساني، بدائع الصنائع ١٣ / ٦١، وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد ٢ / ١٣٧.

٣- الترجيح : أميل إلى الرأي الأول؛ إلى أن المؤكّل سواء أكان حاضراً أم غائباً فيجوز له أن يؤكّل شخصاً باستيفاء القصاص، والوكيل القضائي بما أنه مؤكّل من قبل القاضي فهذا يعني بأنه قد أخذ الإذن من القاضي، فحينئذ يعم ل وكأن المفقود أو الغائب موجود، وهذا ما عليه القانون السوري فقد جاء في المادة / ٦٦٧ / منه بأنه " يُعَدّ من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ، والصيانة واستيفاء الحقوق، ووفاء الديون".

الفصل الرابع

انتهاء الوكالة القضائية

يتضمن هذا الفصل خمسة مباحث وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: عزل الوكيل القضائي.

المبحث الثاني: انتهاء مهمة الوكيل القضائي.

المبحث الثالث : الفرق بين عزل الوكيل، وانتهاء الوكالة.

المبحث الرابع : الأم وال التي في عهدة الوكيل القضائي.

المبحث الخامس: محاسبة الوكلاء القضائيين.

إن كل ما يؤثر في حفظ أموال المفقود والغائب يؤدي إلى انتهاء تلك الوكالة سواء أكان انتهاءها حقيقة كعزل الوكيل، أو حكماً كموت المفقود، أو الغائب.

سأبين هذه الأمور في هذا الفصل بإذن الله تعالى.

المبحث الأول: عزل الوكيل القضائي:

إن الوكالة عقد جائز من الجانبين ما لم يتعلق بها حق للغير ^(١)، لذا فهي من العقود غير اللازمة، فيحق للموكل أن يعزل الوكيل منها، وينهاه عن التصرف الذي أمره به سواء أكان الموكل موجوداً، أم كان قاضياً، كما أن للوكيل أن يعزل نفسه منها أيضاً لأنه أذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله، وهذا باتفاق الفقهاء ^(٢).

المطلب الأول: عزل الوكيل من قبل الموكل: اتفق الفقهاء على حق الموكل إن كان موجوداً في عزل وكيله، وإن لم تظهر منه خيانة أو فسق ^(٣).

المطلب الثاني: عزل الوكيل القضائي من قبل القاضي:

بيّن الحنفية أنّ الوكيل إذا كان عدلاً كافياً فلا يعزله القاضي؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد إلا أن لا يكون عدلاً، وإن عزله انعزل؛ لأن للقاضي سطوة يد وولاية شاملة على كافة خصوصاً على مال المفقود، والميت، والصغار، فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حياً، وكعزل المفقود لو كان موجوداً، وإن كان عدلاً غير كاف، ضم إليه كافياً ولو عزله انعزل، وإذا لم يكن عدلاً عزله ^(٤).

(١) : القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وسعي د أعراب، ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت ١٩٩٤م، ٨/ ١٢٠، وابن قدامة، المغني ٥/ ٨٨.

(٢) : الكاساني، بدائع الصنائع ٣١٠/١٢، والمواق التاج والإكليل، ٥٧٥/٨، والشربيني، مغني المحتاج، ٤/ ١٢٢، وابن قدامة، المغني، ٥/ ٨٨.

(٣) : السرخسي، المبسوط، ٢٤/٢٨، والمواق التاج والإكليل، ٥٧٥/٨، والشربيني، مغني المحتاج ٤/ ١٢٢، وابن قدامة، المغني، ٥/ ٨٩.

(٤) : ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٢٢/٨.

وختلاصة المسألة عند الحنفية:

عزل الوكيل من قبل القاضي يأخذ ثلاث حالات، هي:
الحالة الأولى: وهي أن يكون الوكيل عدلاً كفؤاً: فيستحب للقاضي عدم عزله وإن عزله انعزل.

الحالة الثانية: وهي أن يكون الوكيل عدلاً غير كفءٍ : يضم إليه القاضي كفؤاً، وإن عزله انعزل.

الحالة الثالثة: وهي أن يكون الوكيل خائناً فهنا يجب عزله.

وذهب جمهور الفقهاء : المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) إلى أن للقاضي عزل الوكيل إذا حدث للوكيل حالٌ تخرجه عن الوكالة، كأن أصبح غير كافٍ لما أسند إليه أو فسق، أخرجت الوكالة من يديه؛ لوجود المنافي، ولا يعود إلى الأهلية إلا بعقد جديد وضم إليه غيره إذا كان أميناً ضعيفاً عن الكفاية ، قوياً على الأمانة، فإن ضعف عن الأمانة أخرج بكل حال.

المطلب الثالث: عزل الوكيل نفسه (استقالة الوكيل): إذا استقال الوكيل- عزل نفسه عن الوكالة- انتهت وكالته، بأن يقدم طلباً للمحكمة بإعفائه من المهمة، كأن قال : عزلت نفسي، أو رددت الوكالة، أو فسختها، أو خرجت منها، انعزل^(٤)، وتقبل استقالته، فتكون هذه حالة م ن حالات انتهاء الوكالة ، ذلك أنه إذا ردت الوكالة فإنه سيصار إلى تعيين وكيل آخر، للغائب أو المفقود من قبل القاضي

ومما يفترق به الوكيل المختار عن وكيل القاضي فيما يتعلق باستقالة الوكيل أنه يشترط في استقالة وكيل القاضي علم القاضي باستقالته، كما يشترط علم الموكل في

(١) : الخطاب، مواهب الجليل ١١١/٦-١١٢.

(٢) : الشافعي، الأم ١٢٧/٤.

(٣) : ابن قدامة، المغني ٨٩/٥.

(٤) : الشربيني، مغني المحتاج ٣/٢٥٨،

عزل الوكيل نفسه، وعلم السلطان في عزل القاضي نفسه، عند جمهور الفقهاء^(١). وذهب الشافعية، إلى أنه لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله لاستملك المال قاض جائر أو غيره فينبغي أن يلزمه البقاء على الوكالة إلى حضور موكله أو أمينه على المال^(٢). وهذا ما ذكره لي أيضاً القاضي الشرعي الأول بحلب الأستاذ نادر كده حفظه الله تعالى بأنه تقبل استقالته، وممكن إهماله مدة قصيرة مع تقديم حساب، لحين تكليف شخص بديل عنه^(٣).

المطلب الرابع : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في عزل الوكيل:

أولاً: إن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ١٩٠/ منه ، نصّ على الحالات التي يعزل فيها الوكيل، وهي:

١- إذا تحقق فيه سبب من أسباب الحرمان من الوكالة المبينة في المادة ١٧٨/ من هذا القانون.

٢- إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته حكماً مبرماً عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر، ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وكيل مؤقت.

٣- إذا رأت المحكمة في أعمال الوكيل أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر، أو ظهرت في حسابه خيانة.

٤- ونصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنّ العزل يكون بوثيقة بعد التحقيق وسماع أقوال الوكيل، وطالب العزل^(٤).

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٧٠٠/٦، والقرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق : د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م، ٨ / ٢١٤ والشربيني، مغني المحتاج ٢٥٨ / ٣، وابن قدامة، المغني ٨٩ / ٥.

(٢) : الشربيني، مغني المحتاج ٢٥٨ / ٣.

(٣) : مقابلة مع القاضي الشرعي الأول بحلب الأستاذ نادر كده، بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٣٠ م، الموافق: ١٢ / ربيع الثاني / ١٤٣٩ هـ، من الساعة الثانية عصراً وحتى الثالثة والنصف، بحلب حي الفرقان.

(٤) : الكوفي، محمد إبراهيم، قانون الأحوال الشخصية السوري ص ٧٨.

ثانياً: ذهب قانون الأحوال الشخصية المصري: في المادة /٤٨/ منه على أن للمحكمة عزل الوكيل إذا توافرت أسباب جديدة تدعو للنظر في عزله ، أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته.

كما جاء في المادة /٤٩/ منه النصّ على الحالات التي يعزل فيها الوكيل وهي:

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوكالة، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه.

٢- إذا أساء الإدارة، أو أهمل فيها، أو أصبح في بقائه خطراً على مصلحة المفقود والغائب^(١).

ثالثاً: وجاء في المادة /٢٤٢/ من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " يعزل الوصي:

١- إذا اختل شرط من الشروط الواجب توافرها فيه ، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه.

٢- إذا أساء الوصي الإدارة أو أهمل فيها ، أو صار في بقاء وصايته خطر على مصلحة القاصر "

رابعاً: وجاء في المادة / ٢٣٠/ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: " يحكم بعزل الوصي:

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه.

٢- إذا أساء الإدارة، أو أهمل فيها، أو أصبح في بقائه خطورة على مصلحة

القاصر"^(٢).

(١) : مجموعة قوانين الأحوال الشخصية والمواريث والولاية على المال والوصايا وإجراءات الدعاوى، المطبوعات القانونية، بنك القوانين، السيدة زينب، ص ١٤٦.

(٢) : المادة / ٢٣٠/ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، الفصل السابع، تصرفات الأب والجد.

خامساً: وجاء في المادة / ٩٣ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً، عاقلاً، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ".

سادساً: وجاء في المادة / ٨٤ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي: " يعزل الوصي في الحالات الآتية:

- ١- إذا حكم عليه عن جنائية أو جنحة مخلة بالشرف.
 - ٢- إذا حكم بعقوبة مقيدة للحرية سنة فأكثر.
 - ٣- إذا حدث بينه أو بين أحد أصوله، أو فروعه، أو زوجه، وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر.
 - ٤- إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي، أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر.
- إذاً يتبين لنا من خلال النصوص القانونية بأنه من حق القاضي الشرعي اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على حقوق الغائب والمفقود ومنها عزل الوكيل القضائي وتبديله بآخر^(١)، وذلك في الحالات الآتية:
- أ- إذا ظهر منه خيانة.

- ب- أو أهمل في عمله مما يهدد مصلحة المفقود.
- ج- أو حكم بعقوبة مقيدة للحرية مدة سنة فأكثر كما جاء في القانون السوري والعراقي

المطلب الخامس: الترتيب:

أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية إلى أن للقاضي عزل الوكيل القضائي إذا خان، أو أهمل أو قصر في عمله، أو إذا أراد أن يضم إليه غيره ولو كان أميناً ولكنه ضعيف عن الكفاية، قوي على الأمانة.

(١) : مجلة القانون تصدرها وزارة العدل في سوريا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض- اجتهادات محكمة النقض- القسم الأول لعامي ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م شرعية أساس ٤٢٠ قرار ٩٦ لعام ١٩٩٦، ص ٨٦١.

المبحث الثاني: انتهاء مهمة الوكيل القضائي:

إن الوكالة تنتهي بعزل الوكيل، وذلك انتهاء لوكالة الشخص القائم على الوكالة ولكن الوكالة قد تنتقل إلى غيره ليقوم مقامه، وانتهاء الوكالة في هذه الحالة يكون بفعل القاضي أو الوكيل نفسه، وسأتكلم في هذا المبحث عن انتهاء الوكالة حكماً، وبأي أمر تنتهي به الوكالة دون حاجة إلى عزل.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء: ذهب الفقهاء إلى أن الوكالة تنتهي بأحد الأمور الآتية:

أولاً: موت الوكيل: فإذا مات الوكيل انتهت وکالته، وهذا باتفاق الفقهاء^(١).
وحيث إن محل اعتبار الوكالة شخص الوكيل لا صفته فإن الوكالة مرتبطة بشخصه ولا تنتقل لورثته^(٢).

جاء في الروض المربع : (وإن غاب أحدهما أو مات أقام الحاكم مقامه أميناً)^(٣)، والمراد غياب أحد الوكيلين، أو موته، وذلك في حال تعدد الوكلاء.
ثانياً : موت الغائب والمفقود : لما كانت الوكالة لأجل الغائب ، أو المفقود فإذا مات انتهى مقصود الوكالة، وآلت أموال ذلك المفقود إلى ورثته، فإن موت المفقود ينهي وكالة الوكيل القضائي^(٤).

ثالثاً: فقد الوكيل لشرط من الشروط المعتبرة فيه : التي ذكرتها في شروط الوصي فإذا فقد الوكيل شرطاً من الشروط التي يجب توافرها لصحة الوكالة انتهت وکالته ؛ لأن هذه الشروط كما تعتبر في الابتداء تعتبر في الدوام والبقاء^(٥).

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٧٠٥/٦-٧٠٦، والخرشي، شرح مختصر خليل

٧٨ / ٦، والشربيني، مغني المحتاج ٧٧/٣، والبهوتي، الروض المربع ص ٣٦٩.

(٢) : الهاشمي، هاشم السيد احمد عبد الرحيم، الولاية على المال في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان الأردن، ١٩٩٨م، ص ١٢٤.

(٣) : البهوتي، الروض المربع، ص ٣٦٩.

(٤) : الخرخشي، شرح مختصر خليل ٧٨ / ٦، والقانون، مجلة شهرية تصدرها وزارة العدل في

سوريا، عني بوضعه وترتيبه: سليم فارس صنيح، المفتش القضائي، ١٩٦٢م، ص ٢٠.

(٥) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٧٠٥/٦-٧٠٦، وابن قدامة، المغني ١٤٦/٦.

رابعاً: انتهاء مدة الوكالة: فإذا أُوتيت الوكالة بمدة، كأن قال القاضي: وكلت لمدة سنتين أو قال: وكلت فلان مدة غياب فلان فإن الوكالة تنتهي إذا انقضت السنتان، أو حضر الشخص الغائب؛ لأن الإيصاء كالإمارة، والإمارة يصح توقيتها وتعليقها على الشرط^(١).
خامساً: انتهاء العمل الذي عهد إلى الوكيل القيام به: فإذا كانت وكالة الوكيل محددة بعمل معين انتهت وكالته بانجازه لذلك العمل.

فإن كان هذا العمل بيع بيت للمفقود من قبل القاضي انتهت الوكالة ببيع ذلك البيت، وإن كان العمل استيفاء ديونه انتهت الوكالة بذلك الاستيفاء^(٢).

سادساً: عودة المفقود: فإذا عاد المفقود ارتفعت الوكالة عنه.

المطلب الثاني: رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في انتهاء الوكالة:

أولاً: نصّ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٨٩/ منه على انتهاء مهمة الوصي بموت القاصر، أو بلوغه ثماني عشرة سنة، ويقاس عليه موت ال مفقود، أو ظهوره حياً، وكذلك تنتهي مهمة الوكالة بانتهاء العمل الذي أقيم الوكيل الخاص لمباشرته، أو انقضاء المدة التي حُدِّدَ بها تعيين الوكيل المؤقت أو بقبول استقالته، أو بزوال أهليته، أو بفقد الوكيل، أو بعزله^(٣).
وجاء في المادة /٢٠٥/: (الوكالة القضائية لا تنتهي إلا بحضور الغائب، أو موته أو بخيانة الوكيل)^(٤).

(١): الشربيني، مغني المحتاج ٧٧/٣.

(٢): حمدي، كمال، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دار المعارف- مصر د.ط، د.ت، ص ٨٦.

(٣): الكوفي، قانون الأحوال الشخصية السوري ص ٧٧-٧٨، والسباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية والميراث ٥٢/٢.

(٤): (نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس: ٢١٥، قرار: ٢١٧، تاريخ ٢٨/٣/١٩٧٧) والمرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي، ١/٧٦٨، أحوال شخصية المرسوم ٥٩ لعام /١٩٥٣/، الكتاب الخامس: الوصية، الفصل السادس: الوكالة القضائية، مادة/٢٠٥/.

ثانياً: ونصّ قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة ٤٧/ منه على أن مهمة الوصي تنتهي ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة، أو بعزل الوكيل، أو قبول استقالته أو بفقد أهليته، أو ثبوت غيبته، أو موته، أو موت المفقود^(١).

ثالثاً: وجاء في المادة ٢٤١ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " تنتهي الوصاية في الأحوال التالية:

١- إتمام القاصر الثامنة عشرة سنة شمسية من عمره إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه.

٢- عودة الولاية للولي الشرعي.

٣- فقد الوصي (الوكيل) لأهليته.

٤- ثبوت غيبة الوصي.

٥- موت الوصي.

٦- موت القاصر.

٧- ولادة الحمل ميتاً أو ولادته حياً إذا وجد الولي الشرعي عليه.

٨- انتهاء الغاية من الوصاية المؤقتة.

٩- قبول استقالة الوصي (الوكيل) أو عزله.

رابعاً: وجاء في المادة ٩٦ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " تنتهي مهمة

الوصي (الوكيل): ١- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.

٢- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

٣- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

٤- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

٥- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد

مصلحة القاصر "

(١) : مجموعة قوانين الأحوال الشخصية والمواريث والولاية على المال والوصايا ص ١٤٦ .

خامساً: وجاء في المادة / ٨٢ / من قانون الأحوال الشخصية العراقي:

" تنتهي مهمة الوصي في الأحوال الآتية:

- ١- موت القاصر.
- ٢- بلوغه الثامنة عشر إلا إذا قررت المحكمة استمرار الوصاية عليه.
- ٣- عودة الولاية للأب أو الجد بعد زوالها عنه.
- ٤- انتهاء العمل الذي أقيم الوصي المنصوب لمباشرته، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي المؤقت.
- ٥- قبول إستقالته.
- ٦- زوال أهليته.
- ٧- فقده.
- ٨- عزله "

سادساً: وجاء في المادة / ٨٢ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " تنتهي مهمة

- الوصي أو المقدم في الأحوال الآتية: ١- بموت المحجور أو موت الوصي أو المقدم أو
- ٢- ببلوغ المحجور سن الرشد إلا إذا استمر الحجر عليه قضائياً لأسباب فقدتهما.
- ٣- بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لإنجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم.

٤- بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

٥- بزوال أهليته، أو بإعفائه، أو بعزله."

سابعاً: وجاء في المادة / ٢٩٧ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " تنتهي وصاية

- الوصي بموته، أو بعزله، أو باستعفائه لعذر مقبول، ما لم يتعين عليه وجوب القيام
- بالوصية، أو خشي على المال تلفه، وبالنسبة للقاصر أيضاً بموت القاصر، أو ببلوغه
- الرشد."

إذاً من خلال النصوص القانونية يتبين معنا بأن الوكالة القضائية تنتهي بالأمر الآتية:

- ١- موت المفقود، أو ظهوره حياً.
- ٢- انتهاء المهام التي أقيم الوكيل من أجلها.
- ٣- انقضاء المدة المحددة للوكالة.
- ٤- قبول استقالة الوكيل.
- ٥- فقد الوكيل، أو موته.
- ٦- عزل الوكيل.
- ٧- زوال أهليته.

يقدم الوكيل طلب استقالة، وتقبل منه، إذا برّر تبريراً مقنعاً للمحكمة، كأن كان لا يستطيع القيام بمهامه على الوجه المطلوب في إدارة شؤون المفقود، والغائب، فحينها تمهله المحكمة مدة قصيرة، حتى يقدم حساباً عن عمله، لحين تكليف شخص غيره.

المبحث الثالث: الفرق بين عزل الوكيل، وانتهاء الوكالة:

يختلف عزل الوكيل عن انتهاء الوكالة في الأمرين الآتيين:

أولاً: لا يكون العزل إلا بقرار صريح من القاضي في حالة العزل من قبل القاضي وأما انتهاء الوكالة فيكون بغير قرار قضائي، فهو واقع ضمناً بحكم القانون.

ثانياً: إن قرار العزل قد يصدر ابتداء عند تولي الوكيل لمهام الوكالة، وقد يصدر بعد مضي الوكيل في مهامه، أما انتهاء الوكالة فلا يتم تحقيقه إلا بعد استقرار وكالة الوكيل أي تبدأ وكالته معتبرة، ثم يطرأ ما يمنعها أو يلغيها^(١).

بينما يتفق عزل الوكيل، وانتهاء الوكالة في أن كلا منهما فيه ارتفاع وكالة الوكيل.

(١) : الهاشمي، الولاية على المال في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ص ١٤٢.

المبحث الرابع: الأموال التي في عهدة الوكيل القضائي:

يترتب على انتهاء الوكالة تسليم الوكيل الأموال التي في عهده إما للمفقود إذا عاد أو لورثته إذا تحقق موته، أو للمحكمة.

المطلب الأول: آراء الفقهاء: نص الفقهاء على أن المفقود متى عاد، أو القاصر متى أنس رشده دفع إلي باقي أمواله^(١).

المطلب الثاني: رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:

أولاً: إن قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة / ١٩١ / منه، والمصري حددا بتسليم الوكيل الأموال التي في عهده إما للمفقود إذا عاد ، أو لورثته إذا تحقق موته ، أو للمحكمة وذلك : " بمدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء الوكالة، ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من خلفه ، أو إلى المفقود إذا عاد ، أو إلى ورثته إن توفي وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة".

ونصت المادة / ١٩٢ / على أن كل وصي، أو وئيل انتهت وصايته، أو وكالته وامتنع دون عذر عن تسليم الأموال لمن حل محله في الوكالة في المدة المحددة في المادة / ١٩١ / وهي ثلاثون يوماً، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الائتمان.

ثانياً: وجاء في المادة / ١٩٦ / من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:

- ١ - على الولي أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه ، وأن يودع هذه القائمة في المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه، في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى القاصر.
- ٢ - يجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة، أو التأخر في تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر".

(١) : الكاساني، بدائع الصنائع ١٧٠/٧ ، والقرافي، الذخيرة ٢٣٧ / ٨ ، والنووي، روضة الطالبين ١٨٢-١٨١/٤ .

ثالثاً: وجاء في المادة / ٩٧ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده، ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه، أو إلى القاصر الذي رشد، أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء".

رابعاً: وجاء في المادة / ١٥٩ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي: " إذا انتهت مهمة الوصي أو المقدم بغير وفاته أو فقدان أهليته المدنية، وجب عليه تقديم الحساب مرفقاً بالمستندات اللازمة، داخل مدة يحددها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، دون أن تتجاوز ثلاثين يوماً إلا لعذر قاهر تبت المحكمة في الحساب المقدم إليها".

خامساً: وجاء في المادة / ٢٩٨ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني: " متى انتهت وصاية الوصي ألزم هو أو ورثته بتقديم حساب ختامي مؤيداً بالمستندات عن وصايته بتسليم القاصر الذي بلغ رشده ما بيده من أموال، ولا تبرأ ذمة الوصي أو ورثته إلا باعتماد الحساب الختامي من المحكمة، أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد ".

وإذا توفي الوكيل، أو حجر عليه، أو فقد، فعلى ورثته، أو من يمثله تسليم أموال المفقود، وتقديم الحساب^(١).

نلاحظ من خلال نصوص قوانين الأحوال الشخصية بأنهم وافقوا الفقهاء من خلال تسليم الوكيل القضائي الأموال التي في عهده إما للمفقود إذا عاد، أو لورثته إذا تحقق موته، أو للمحكمة وذلك بمدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء الوكالة، في قانوني الأحوال الشخصية السوري، والمغربي، وشهرين في قانوني الأحوال الشخصية الإماراتي، والجزائري، من خلال تقديم حساب مؤيد بالمستندات.

(١) : السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية والمواريث ٥٣ / ٢، والكردي أحمد الحجي، الأحوال الشخصية الأهلية- والنيابة الشرعية والوصية ص ١١٨.

المبحث الخامس: محاسبة الوكلاء القضائيين:

بعد انتهاء وكالة الوكيل القضائي لسبب من أسباب انتهاء وكالته تأتي محاسبته على ما كان تحت يده من أموال لمن كان تحت وصايته، والمحاسبة تكون لإبراء جانب الوكيل ممّا في ذمته من حقوق المفقود، كما تكون ل ضمان وصول حقّ المفقود إليه كاملاً من غير تعدّ.

وقد تكون محاسبة الوكيل في كلّ سنة، وإن لم تنته وصايته، وهنا اختلف الفقهاء في محاسبة الوكيل القضائي:

المطلب الأول: أقوال الفقهاء: ذهب الفقهاء إلى وجوب محاسبة الوكيل سواء أكان وكيل الأب أم وكيل القاضي^(١).

المطلب الثاني: الأدلة: مشروعية محاسبة الوكلاء القضائيين : إن محاسبة الوكلاء على ما تحت أيديهم من الأموال أمر مشروع؛ قياساً على جباة الصدقات، بجامع أنّ كلاّ منهم مؤتمن على ما في يده ، وقد ورد عن أبي حميد الساعدي ^(٢) رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ((استعمل رجلاً من الأسد على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثبية^(٣) فلما جاء حاسبه^(٤))).

(١) : ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ٤/٤٤٨، والخرشي، شرح مختصر خليل ١٩٥/٨ والرملّي، نهاية المحتاج ٦/١٠٩، والبهوتي، كشف القناع ٣/٤٥٥-٤٥٦.

(٢) : أبو حميد الساعدي (٦٠ وقيل: بضع وخمسين)، هو عبد الرحمن بن سعد بن عبد الرحمن أبو حميد الساعدي الأنصاري، وهو مشهور بكنيته واختلف في اسمه، ف قيل إن اسمه عبد الرحمن وقيل : المنذر بن سعد، مديني له صحبة، من فقهاء أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، روى عنه جابر بن عبد الله، وعباس بن سهل، وعروة بن الزبير، وغيرهم . [ينظر العسقلاني، الإصابة ٤ / ٤٦].

(٣) : ابن اللثبية: اسمه عبد الله، واللثبية بضم اللام، وإسكان التاء المثناة من فوق، وبعدها باء موحدة منسوب إلى بني لثب بطن من الأ سد، بفتح الهمزة، وإسكان السين . [ينظر النووي، محي الدين تهذيب الأسماء واللغات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، دت، ٢ / ٣٠١].

(٤) : أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى : والعاملين عليها ومحاسبة المصدقين مع الإمام، حديث رقم : ٢، ١٤٢٩/٥٤٦، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، حديث رقم: ١٨٣٢، ٣/٤٦٣، عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه.

فهذا الحديث أصل في محاسبة المؤتمن، وأن المحاسبة تصحيح لأمانته ليُعلم ما قبضه وما صرفه^(١).

المطلب الثالث: رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في محاسبة الوكلاء القضائيين:

أولاً: بين قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /١٨٥/ ما يلي:

- ١- على الوكيل أن يقدم حساباً سنوياً مؤيداً بالمستندات .
- ٢- للقاضي أن يعفي الوكيل من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد عن خمسمئة ليرة سورية^(٢).

ثانياً: جاء في المادة / ٢٤٠ / من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " إذا تخلى الوصي عن الوصاية، فلا تقبل استقالته قبل محاسبته، وعندئذ يعين آخر مكانه".

ثالثاً: جاء في المادة / ٩٨ / من قانون الأحوال الشخصية الجزائري: " يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

رابعاً: جاء في المادة / ٢٦٠ / من قانون الأحوال الشخصية المغربي : " يتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم الحساب أو تسليم الأموال".

خامساً: جاء في المادة / ٢٩٨ / من قانون الأحوال الشخصية اليمني : " متى انتهت وصاية الوصي ألزم هو أو ورثته بتقديم حساب ختامي مؤيداً بالمستندات عن وصايته بتسليم القاصر الذي بلغ رشده ما بيده من أموال ، ولا تبرأ ذمة الوصي أو ورثته إلا باعتماد الحساب الختامي من المحكمة، أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد " .

(١) : ابن حجر، فتح الباري ٣/ ٣٦٦.

(٢) : الكوفي، قانون الأحوال الشخصية السوري ص ٧٦، والسباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية والمواريث ٢/ ٥٤.

ومما ينبغي ذكره في هذا الصدد أن القول بمحاسبة الوكيل لا يعني اتّهامه أو تخوينه لأن الوكيل أمين، والأمين لا يُخون، وإنما المقصود بحساب الوكيل بيان ما للمفقود وما عليه؛ ليبرأ الوكيل بعد ذلك.

الفصل الخامس

الاجتهادات المطلوب العدول عنها

ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث وفق الترتيب الآتي:

المبحث الأول: تحديد تاريخ موت المفقود.

المبحث الثاني : المفقود بسبب العمليات الحربية وأمثالها.

المبحث الثالث: تاريخ الحكم بوفاة الغائب.

المبحث الرابع : اجتهادات محكمة النقض للوكيل القضائي.

المبحث الأول: تحديد تاريخ موت المفقود:

إن للحي أحكام خاصة به ، وللميت أحكام خاصة به أيضاً ، والمفقود في حالة لا يعرف فيها يقيناً حياته، أو موته، فكان من الضروري معرفة متى يعتبر هذا المفقود ميتاً حتى تطبق عليه أحكام الأموات في أمواله، وفي زوجته. وبما أن المفقود كما دُكر سابقاً هو الغائب الذي لا تعلم حياته ، ولا موته ، فإن حكم الحاكم بموته ينبغي على نوع هذه الغيبة والفقد عند الفقهاء.

المطلب الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة:

سأبين بإذن الله تعالى متى يحكم بموت المفقود باعتبار نوع الفقد والغيبة؟، كأن كان بالمدة، أو حسب المكان الذي ذهب إليه.

أولاً: أقوال الفقهاء في ذلك: اختلف الفقهاء على عدة آراء:

١- الحنفية: إن العبارة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول: (إن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره). والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً لما فيه من الاستحالة ولكن معنى العبارة : أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما له فلا ت بين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة^(١).
فمذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إذا أتم مئة وعشرين سنة من يوم ولد يحكم بموته، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم تسعين، وبعضهم الآخر سبعين سنة^(٢).
فمتى حكم القاضي بموته بناءً على الأقوال السابقة ، اعتدت امرأته عدة الوفاة، وقسمت أمواله من وقت الحكم بوفاته.

٢- المالكية: رأينا سابقاً بأن فقهاء المالكية قسموا المفقود إلى أربعة أقسام:

(١): الكاساني، بدائع الصنائع ٦ / ١٩٦.

(٢): السرخسي، المبسوط ١١ / ٣٥.

أ- مفقود في بلاد المسلمين: فهذا بعد الانتهاء من البحث والتفتيش عنه تعتد زوجته بعد مضي أربع سنين.

وأما بالنسبة لأمواله فلا يحكم بموته حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش مثله وهي مدة التعمير^(١).

ب- مفقود في بلاد الحرب، ويلحق به الأسير : إن هذا المفقود لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت البيئة على ذلك ، فإن لم تظهر بيئة على موته فإنه يحكم بموته بعد أن تمضي سبعين سنة من يوم ولد وهو سن التعمير عند المالكية، واختار بعضهم ثمانين سنة وحكم بخمس وسبعين سنة.

ومعنى سن التعمير، أو بقائه للتعمير (أي أن لا تتزوج امرأته ، ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد)^(٢).

ج- مفقود في حروب المسلمين بعضهم ببعض : ففي هذا الحالة يحكم بموت المفقود بعد انفصال الصفين، ويورث ماله حينئذ.

د- مفقود في حروب المسلمين والكفار : فإنه يحكم بموته بعد مضي سنة من فقدته بعد البحث والتفتيش عنه، ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره للحاكم ، وليس بعد انتهاء التفتيش والنظر فيه^(٣).

٣- الشافعية: هناك قولان للشافعية في ذلك:

القول الأول: لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله، أو تقوم بيئة بموته.

والقول الثاني: وبه قطع الأكثرون أنه إذا مضت مدة يُعلم، أو يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

وهذه المدة ليست مقدرة عند جمهور الشافعية، بل يرجع الاعتبار فيها إلى تقدير الحاكم . وقيل أنها مقدرة بسبعين سنة، وقيل: بثمانين، وقيل: بمائة، وقيل: بمائة وعشرين ، ولا بد

(١) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي ٤٢ / ٢ .

(٢) : ابن رشد، بداية المجتهد ٤٠ / ٢ .

(٣) : المواق، التاج والإكليل ٥٠٦ / ٥ .

من حكم الحاكم ، فلا يكفي مضي المدة من غير حكم حاكم بموته وتعتبر هذه المدة المقدرة من وقت ولادة المفقود، لا من وقت غيبته، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح، بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها^(١).

٤- الحنابلة: قسم الحنابلة المفقود إلى قسمين:

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك.

ولكل نوع من هذه الأنواع الأحكام الآتية:

١- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة : كمن سافر للتجارة ، أو طلب العمل

أو السياحة، ويلحق به الأسير؛ لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء.

ينتظر تسعين سنة من يوم ولادته؛ لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة . وهذا هو المذهب، وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

وهذا القول أشهر الروايتين عن الإمام أحمد ، والرواية الثانية : أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته حتى يثبت يقين موته^(٢).

٢- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : كمن فقد بين أهله ليلاً ، أو نهراً، أو يفقد بين

الصفين في المعركة، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم، فمذهب الإمام أحمد أنه يحكم بموته بعد مضي أربع سنين؛ لأنها مدة يتكسر فيها تردد المسافرين ، والتجار فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب على الظن هلاكه؛ إذ لو كان حياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية^(٣).

(١) : الشربيني، مغني المحتاج ٤ / ٤٨ .

(٢) : ابن ضويان، منار السبيل ٢ / ٨٧ .

(٣) : الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤ / ٦٣١، وابن قدامة، المغني ٨ / ١٣١ .

ثانياً : رأي قانون الأحوال الشخصية السوري في ذلك : نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة / ٢٠٥ / منه على أن " أ- ينتهي فقدان بعودة المفقود ، أو بموته، أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر ، ب- ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية، أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة، والتي يغلب عليه فيها الهلاك؛ وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدان " (١). وبهذا فإن هذا القانون قد أخذ بمذهب الحنفية في الأحوال التي تغلب فيها السلامة وبمذهب الحنبلية في الأحوال التي يغلب فيها الهلاك.

ثالثاً: الترجيح:

أرجح ماذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي اعتبر انتهاء فقدان بعودة المفقود، أو بموته، أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر هذا إذا لم يكن فقدته بسبب عمليات حربية، فإذا كان بسبب عمليات حربية ، أو حالات مماثلة لها مما يغلب عليه فيها الهلاك؛ فإنه يجوز الحكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقدان.

المطلب الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته:

إن فقهاء المالكية، والحنابلة حددوا سناً للحكم بموت المفقود.

ولكن إذا فُقد من بلغ سن التعمير أو جاوزه فما هو حكمه؟.

أولاً: ذهب فقهاء المالكية إلى ابن السبعين إذا فقد زيد له عشرة أعوام ، وكذا ابن الثمانين، وإن فقد ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين ، وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له (٢).

ثانياً: وذهب الحنابلة إلى أن من فقد في غيبة ظاهرها السلامة أنه ينتظر به تسعين سنة يوم ولادته.

(١) : المادة / ٢٠٥ / من قانون الأحوال الشخصية السوري، الوكالة القضائية، والكردي، أحمد الحجي، الأحوال الشخصية، الأهلية، والنيابة الشرعية ص ١٢٧.
(٢) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠ / ١٤٤.

وأما إن فقد ابن التسعين سنة فقالوا: يجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره^(١).
وقيل يحتمل أوجهاً:

١- أن تنتظر عدة الوفاة.

٢- أو يرجع إلى اجتهد الحاكم.

٣- أو يرتقب أربع سنين.

وقد رجح في كتابي الفروع، والإنصاف القول الأول، وأما الحمل على الأربع سنين فهو إن كان في غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يقسم ماله، وهذا هو المذهب^(٢).

المطلب الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً؟:

هل يكون ذلك باعتبار تاريخ الغياب، أو حكم القاضي؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن الحكم بموت المفقود ليس له تعلق بيوم فقدانه؛ لأن الغالب عندهم الانتظار به مدة التعمير ، فالتعلق يكون بعمر المفقود وسنه يوم فقد وليس بتاريخ الغياب، أو الفقد^(٣).

ثانياً: المالكية: ذهب المالكية إلى أنه يبدأ اعتبار المفقود بعد الكشف والبحث عنه، فإن انتهى الكشف عنه بعد العجز فحينئذ يضرب له الأجل، إذاً ليس بمجرد الرفع إلى القاضي بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره^(٤).

قال مالك: وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين^(٥).
أما من فقد في حروب بين المسلمين والكفار فإن زوجته تعتد سنة.

(١) : البهوتي، كشف القناع ٤ / ٤٦٥.

(٢) : المرداوي، الإنصاف ١٥ / ٣٨.

(٣) : السرخسي، المبسوط ١١ / ٣٥.

(٤) : المواق، التاج والإكليل ٥ / ٥٠٦.

(٥) : مالك بن أنس، المدونة ٢ / ٣٠.

ويبدأ حساب السنة هذه من يوم رفع أمرها إلى الحاكم ، وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه^(١).

وأما من فقد في حروب المسلمين بعضهم بعضاً، ومثله المرتحل لبلد الطاعون، أو في زمنه، فإن زوجته تعتد يوم انفصال الصفين ، وبعد ذهاب الطاعون ، بعد أن تكون قد استقصت أمره، واستبرأت خبره^(٢).

ثالثاً : الشافعية : ذهب الشافعية إلى أنه يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص، وليس منذ فقده وانقطاع خبره ، وبناء عليه فإن المدة التي مضت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا تحسب في هذه المدة، وهذا هو القول الراجح في المذهب؛ لأن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم حاكم.

وقيل: يعتبر من حين انقطع خبره. والأول هو الراجح^(٣).
رابعاً: الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن ابتداء المدة منذ فقده ، وليس بعد رفع أمرها للحاكم.

فقالوا : إن من فقد في غيبة ظاهرها الهلاك انتظر به أربع سنين منذ فقده .
فالحنابلة لم يشترطوا حكم الحاكم في ضرب المدة^(٤).

المطلب الرابع: الترجيح:

أرجح ما ذهب إليه الحنابلة بأن تاريخ فقده هو ال تاريخ الذي نبداً بحساب المدة منه فقد لا يرفع أمره إلى القاضي إلا بعد سنوات عديدة، فإذا حسبنا من هذه المدة ، أي من تاريخ رفع الأمر إلى الحاكم لكان ذلك فيه حرج، وصعوبة، فلو رفع الأمر إلى القاضي مثلاً بعد خمس سنين، وانتظر بعدها أربع سنوات أيضاً لوقع الناس في ضيق ومشقة ، لا سيما زوجة المفقود، وورثته.

(١) : عرفة، محمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٨٣.

(٢) : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٨٣.

(٣) : الشيرازي، المذهب ٣/ ١٢٥، والنووي، المجموع ١٨/ ١٥٥.

(٤) : ابن قدامة، المغني ٨/ ١٣١.

المبحث الثاني: المفقود بسبب العمليات الحربية وأمثالها:

إذا رفعت دعوى موت المفقود وتبين للقاضي وتأكد من أن المعني قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كأن تكون حالة حرب أو حالة استثنائية، فإنه يمكن له الحكم بموته إذا ثبت مضي أربع سنوات من فقدانه بعد التحري، وقد اختلف في كيفية حساب هذه المدة بحيث اعتبر البعض أن بداية حساب المدة يكون من تاريخ صدور الحكم بلفقدان، ويرى البعض الآخر أن مدة أربع سنوات تحسب من يوم إجراء البحث والتحري الذي أثبت فقدان الشخص، كما رأينا في الفقرة السابقة.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /٢٠٥/ منه على أنه إذا كان الفقد بسبب عمليات حربية، أو حالات مماثلة لها التي يغلب معه الهلاك، فإنه يجوز الحكم بموته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده^(١).

المبحث الثالث: تاريخ الحكم بوفاة الغائب:

اتفق الفقهاء جميعاً على عدم جواز الحكم بوفاة الغائب ما لم يكن مفقوداً وكيف يحكم بوفاته ووفاته غير راجحة، وقد مشى على ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري أيضاً ولهذا لا توزع تركته على ورثته مطلقاً حتى يثبت موته، أو يعد مفقوداً، فتطبق عليه عندئذ أحكام المفقود التي ذكرتها من قبل. أما زوجته فهي كذلك تبقى على عصمته، حتى يموت، أو يفقد ويحكم بموته بعد ذلك^(٢).

وإذا بلغ الغائب الثمانين من عمره يحكم القاضي باعتباره ميتاً دون قيد أو شرط^(٣). وإن المحكمة الشرعية هي المختصة بإثبات الوفاة، واعتبار المفقود ميتاً وتنصيب

(١) : مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في سوريا، بإشراف النقيب الأستاذ أحمد عيدو السنة ٦٤، العدد: ٣-٤، ص ٢٥٨، والكردى، أحمد الحجي، الأحوال الشخصية الاهلية، والنيابة الشرعية، والوصية، ص ١٢٧.

(٢) : الكردى، أحمد الحجي، الأحوال الشخصية، الأهلية، والنيابة الشرعية، والوصية، ص ١٢٨.

(٣) : استانبولي، المرشد، نقض شرعي، ٣٩٧/٣٩١، لعام ١٩٦٨، ص ٩٥١.

الوكيل القضائي الذي لا مناص من مخاصمته في دعوى اعتبار المفقود ميتاً^(١).

المبحث الرابع: اجتهادات محكمة النقض للوكيل القضائي:

المطلب الأول: مجاوزة حدود الوكالة:

أولاً: إذا أبرم شخص باسم غيره دون توكيل، أو كان وكيلاً وجاوز حدود وكالته فإن العقد لا ينعقد في حق الغير، إلا إذا أقره، والوكيل لا تكون له صفة النيابة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير، وجاوز حدود الوكالة، أو عمل دون وكالة أصلاً ففي هذين الفرضين لا يكون الوكيل في تعاقد مع نفسه، أو مع الغير نائباً عن الموكل ومن ثم لا ينصرف إلى هذا الأخير أثر العقد^(٢).

ثانياً: إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته فإن تصرفه لا يسري على الموكل طالما أنه خرج عن حدود الوكالة المرسومة له، فهذا التصرف يكون موقوفاً إن أجازة الموكل نفذ وإلا لا^(٣).

ثالثاً: على الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة فلا يخرج عن هذه الحدود، لا من ناحية مدى سعة الوكالة، والتصرفات القانونية التي تتضمنها، ولا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها له الموكل^(٤).

رابعاً: إن الوكيل القضائي يدير أموال الغائب والمفقود، وكل عمل ليس من أعمال الإدارة لا بد فيه من وكالة خاصة، كما أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في

(١) : نقض شرعي، ١٠٢٨ / ١٠٠٣، لعام ١٩٨٠.

(٢) : قرار ٣٢٤ / ١٩٨٥ - أساس ٤٦٨، محكمة النقض - الدوائر المدنية - سوريا، قاعدة ١١٥ - الملحق الدوري للتقنين المدني.

(٣) : قرار ١٢٩ / ١٩٩٦ - أساس ٢٧٩ - الهيئة العامة لمحكمة النقض - سوريا، قاعدة ٢٨ - القانون ١٩٩٦ - القسم الأول.

(٤) : قرار ١٦٣ / ١٩٨٥ - أساس ٣١٠٤، محاكم النقض - سوريا، قاعدة ١١٤ - الملحق الدوري للتقنين المدني.

مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري^(١).

المطلب الثاني: الموقف الحاسم- الهيئة العامة لمحكمة النقض:

طلبت الغرفة الشرعية بمحكمة النقض العدول عن الاجتهاد الصادر بحكم محكمة النقض رقم (٢١٧) لعام ١٩٧٧، القاضي باعتبار المفقود ميتاً بتاريخ صدور الحكم ولو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد أكثر من أربع سنوات على الفقد. وذلك إلى الرأي المعتمد في المذهب الحنبلي المتضمن اعتبار المفقود في العمليات الحربية، والحالات المماثلة والتي يغلب عليه فيها الهلاك ميتاً بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقدانه دون أن يكون لتاريخ الحكم أي أثر في تقرير هذه الحقيقة، تأسيساً على أن الحكم بذلك معلن للوفاة وليس منشأ لها بحسبان أن الاجتهاد المطلوب العدول عنه يستند إلى المذهب الحنفي بينما حكم الفقرة الثانية من المادة / ١٠٥ / أحوال شخصية مستقى من المذهب الحنبلي وفق ما جاء في الأسباب الموجبة للقانون المدني.

وبعد دراسة طلب العدول من الهيئة العامة أقرت المبدأ التالي بقرارها رقم (٢٩) أساس ٤٢ لعام ١٩٨٤: إن المفقود يعتبر ميتاً بتاريخ صدور الحكم القاضي باعتباره كذلك حتى لو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد مرور أكثر من أربع سنوات على الفقدان، حملاً على أن الحكم هو الذي حدد حالة المفقود وأحدث تغييراً فيها من الفقدان إلى الموت^(٢).

(١) : استانبولي، القانون المدني، قرار ٢٩٥ / ١٩٨١، أساس ٤٠٢٧، محاكم النقض- سورية، قاعدة ٢٣٩٩.

(٢) : مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في سوريا، بإشراف النقيب الأستاذ أحمد عيدو السنة ٦٤، العدد: ٣-٤، ص ٢٥٨.

المطلب الثالث: اعتبار المفقود ميتاً:

إن المفقود يعتبر ميتاً بتاريخ صدور الحكم القاضي باعتباره كذلك حتى لو تأخر صدور الحكم إلى ما بعد مرور أكثر من أربع سنوات على الفقدان، حملاً على أن الحكم هو الذي حدد حالة المفقود، وأحدث تغييراً فيها من الفقدان إلى الموت.

أولاً: الاجتهاد المطلوب العدول عنه:

الاجتهاد المقرر في القرار رقم ٢١٥ / ٣١٧ تاريخ ٢٨ / ٣ / ١٩٧٧ الصادر عن الغرفة الشرعية لدى محكمة النقض ، والاجتهادات المماثلة ، والتي تعتبر المفقود ميتاً بتاريخ صدور الحكم، ولو تأخر إلى ما بعد أكثر من أربع سنوات على الفقدان . وكذلك اعتبار المفقود في العمليات الحربية أو الحالات المماثلة ميتاً بمرور أربع سنوات من تاريخ فقدانه، دون أن يكون لتاريخ الحكم أي أثر في تقرير هذه الحقيقة.

لذلك طلبت الغرفة الشرعية العدول عن هذا الاجتهاد السابق ذكره بموجب قرارها المؤرخ ٣٠ / ٣ / ١٩٨٣ .

ثانياً: النظر في طلب العدول:

إن الهيئة العامة لدى محكمة النقض بعد اطلاعها على القرار المؤرخ ٣٠ / ٣ / ١٩٨٣ ، الصادر عن الغرفة الشرعية لدى محكمة النقض وعلى استدعاء الطعن موضوع القرار المذكور وكافة الأوراق.

وبعد المداولة أصدرت الحكم الآتي:

مناقشة وجوه طلب العدول:

من حيث إن حكم النقض الشرعي رقم ٢١٧ تاريخ ٢٨ / ٣ / ١٩٧٧ ذهب في مجال تطبيق المادة / ٢٠٥ / أحوال شخصية إلى أن المفقود يعتبر ميتاً بتاريخ صدور الحكم القاضي باعتباره ميتاً، ولو تأخر صدور الحكم المذكور إلى ما بعد أكثر من أربع سنوات على الفقدان.

ومن حيث إن الغرفة الشرعية بمحكمة النقض ترى العدول عن هذا الاجتهاد إلى الرأي المعتمد في المذهب الحنبلي ، المتضمن : اعتبار المفقود في العمليات الحربية والحالات المماثلة والتي يغلب عليه فيها الهلاك ، ميتاً ، وذلك بمرور أربع سنوات من تاريخ فقدانه ، دون أن يكون لتاريخ الحكم أي أثر في تقرير هذه الحقيقة ، تأسيساً على أن الحكم بذلك معلن للوفاة وليس منشأً لها ، وعلى أن الاجتهاد المطلوب العدول عنه مستند إلى المذهب الحنفي ، بينما حكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ المذكور مستقى من المذهب الحنبلي وفق ما جاء في الأسباب الموجبة للقانون الذي استحدثت هذه الفقرة.

ومن حيث إن تعديل المادة ٢٠٥ أحوال شخصية اقتصر على استحداث الفقرة الثانية منها ، أما الفقرة الأولى فقديمية ويرجع في تفسي رها عند الاقتضاء إلى المذهب الحنفي عملاً بالمادة ٣٠٥ أحوال شخصية.

ومن حيث إن الأخذ بطلب العدول ، من شأنه تكريس قاعدتين مختلفتين بخصوص حالة قانونية واحدة ، هي حالة تحديد تاريخ موت المفقود تبعاً لفقدانه وإن كانت هذه الحالة القانونية ذات وجهين أحدهما يتعلق بالمفقود عند بلوغه الثمانين من عمره وثانيهما يتعلق بالمفقود بسبب العمليات الحربية وأمثالها.

ومن البين أن التحالف في الاجتهاد بشأن وجهي الحالة القانونية الواحدة المشار إليها ليس له ما يبرره.

ذلك أن المذهب الحنبلي أخذ بالنظرتين معاً ، وفق ما جاء في طلب العدول . فمن قائل بابتداء مدة فقدان من تاريخ تحديدها بحكم الحاكم ، ومن قائل بابتدائها من حين انقطاع خبر المفقود وبعد أثره ، وطالما أن النظرية الأولى المذكورة تتفق بالصدد مدار البحث والمذهب الحنفي ، واجتهاد محكمة النقض الشرعية المطلوب العدول عنه ، فلا وجه للعدول عن الاجتهاد المذكور.

ثم إنه إذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ أحوال شخصية مستقاة من المذهب الحنبلي فإن تطبيقها وأعمالها ينبغي أن يبقى متآلفاً مع بقية النصوص المتصلة بها في

قانون الأحوال الشخصية، فتثبتت فقدان المفقود يمتد أثره إلى قواعد الإرث، ويستحق الإرث بموت المورث، أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي ، ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً عملاً بالمادة ٢٦٠ أحوال شخصية.

ويوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة عملاً بالمادة ٣٠٢ أحوال شخصية.

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ المذكورة على أنه يحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية وما يماثلها بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه بمعنى أن الحكم هو الذي أوجد حالة موت المفقود مما يستدعي اعتبار تاريخ صدور الحكم تاريخاً لاعتبار المفقود ميتاً.

حماً على أن الحكم المذكور هو الذي حدد حالة المفقود وأحدث تغييراً فيها من فقدان إلى الموت.

ومن حيث أنه إذا كان الأمر كذلك فإن طلب العدول غير وارد، مما يستدعي رده لذلك حكمت المحكمة بالأكثرية رفض طلب العدول^(١).

(١) : (نقض سوري . الغرفة الشرعية، أساس ٥٠٢ قرار ٤٩٥ تاريخ ١٩٨٦/١٢/٣١) المرشد في قانون الأحوال الشخصية، أديب استانبولي ٧٦٣/١، أحوال شخصية، المرسوم ٥٩ لعام ١٩٥٣ /الكتاب الخامس: الوصية/، الفصل السادس: الوكالة القضائية، مادة: ٢٠٥/.

الخاتمة

الحمد لله الذي جعل لكل شيء بداية ونهاية، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ صاحب الرسالة ، وعلى آله وأصحابه الذين تمسكوا بها حق التمسك فكانوا مصابيح للوجود، ومرجع للبشرية إلى يوم القيامة.

وبعد: فهذه أبرز النتائج والتوصيات التي انتهت إليها:

أولاً: الوكيل القضائي هو الذي يتولى أمور الغائب والمفقود، ويقوم بشؤونهما.

ثانياً: الغائب هو: من غاب عن بلده ولكن يعرف مكانه وحاله، وأما المفقود فلا

يعرف مكانه، ولا يدري حياته وموته. وعليه فليُلبى الغيبة تكون أعم من الفقد ، وإن كل

مفقودٍ يعتبر غائباً ، ولكن العكس ليس بصحيح ، فلا يعد كل غائبٍ مفقوداً.

ثالثاً: ينتهي فقدان بعودة المفقود ، أو بموته ، أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه

الثمانين من العمر هذا إذا لم يكن فقده بسبب عمليات حربية، فإذا كان بسبب عمليات

حربية، أو حالات مماثلة لها مما يغلب عليه فيها الهلاك؛ فإنه يجوز الحكم بموته بعد

أربع سنوات من تاريخ فقدان، وهذا مذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري.

رابعاً: اختلف في تعيين مدة الـ تعمير : فقيل : مئة وعشرون سنة ، وقيل : مئة ، وقيل :

تسعون ، وقيل : ثمانون ، وقيل : سبعون ، وقيل : غير ذلك.

خامساً: ليس للوكيل القضائي بيع عقار المفقود وعروضه التي لا يتسارع إليها

الفساد، وأما ما يتسارع إليه الفساد كالثمار ونحوها، فإنه يبيعه ويحفظ ثمنه.

سادساً: توزع أموال المفقود الخاصة على ورثته الأحياء بتاريخ الحكم بوفاته، أما من

مات بعد فقده، وقبل أن يصدر الحكم بوفاته فلا يرث.

سابعاً: أما الأموال التي يمكن أن يرثها من غيره ، أو الموصى له بها

أو الهبة: فيحكم بها من تاريخ فقده، فلا يرث نصيبه الذي حجز له من تركة مورثه، ولا

ما يستحقه من وصية، أو هبة.

ثامناً : الوكيل القضائي : هو النائب الشرعي عن الغائب والمفقود؛ لعجزهما عن التصرف بأموالهما للغيبة والفقد.

تاسعاً: أحكام القيم والوكيل القضائي ينطبق عليهما أحكام الوصي بكافة فروعه إلا ما يستثنى بنص صريح.

عاشراً: إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت له وكيلاً قضائياً.

الحادية عشرة: إن وكيل الأب لا يقبل التخصيص بل يكون وصياً في جميع الأشياء لقيامه مقامه، وأما وكيل القاضي فيقبل التخصيص؛ لأنه كالوكيل، هذا ما عليه قانون الأحوال الشخصية السوري.

الثانية عشرة: للقاضي عزل الوكيل إذا حدث للوكيل حالٌ تخرجه عن الوكالة، كأن أصبح غير كافٍ لما أسند إليه، أو فسوّق، أخرجت الوكالة من يديه؛ لوجود المنافي.

الثالث عشرة: يشترط في استقالة وكيل القاضي علم القاضي باستقالته، كما يشترط علم الموكل في عزل الوكيل نفسه، وعلم السلطان في عزل القاضي نفسه.

الرابع عشرة: تنتهي الوكالة بموت المفقود ، أو ظهوره حياً، أو بانتهاء العمل الذي أقيم الوكيل الخاص لمباشرته، أو انقضاء المدة التي حُدِّدَ بها تعيين الوكيل المؤقت ، أو بقبول استقالته، أو بزوال أهليته، أو بفقد الوكيل، أو بعزله.

الخامس عشرة: يترتب على انتهاء الوكالة تسليم الوكيل الأموال التي في عهده إما للمفقود إذا عاد ، أو لورثته إذا تحقق موته ، أو للمحكمة ، وذلك بمدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء الوكالة.

السادس عشرة: لا يجوز للوكيل أن يتبرع بشيء من مال المفقود، ولا أن يهب ولا أن يتصدق ، ولا أن يوصي بشيء منه ، بغير عوض ، ولا يملك الإبراء ، والخط عن المدينين؛ لأنهما من قبيل التبرع.

السابع عشرة: ليس للوكيل القضائي أن يطلّق زوجة المفقود؛ لأنه ليس لدي ه وكالة تسمح له بذلك، وليس له كذلك أن يراجع زوجة الغائب أو المفقود لأن فيه تعدٍ على حقه.

الثامن عشرة: الوكيل القضائي يدير أموال الغائب والمفقود ، وكل عمل ليس من أعمال الإدارة لا بد فيه من وكالة خاصة.

التوصيات

أولاً: أوصي بأن تجعل المحكمة أجراً للوكيل القضائي، أو تمنحه مكافأة عن عمل معين.

ثانياً: أن يُقدّم الوكيل القضائي نشرة للمحكمة شهرياً تتضمن طبيعة عمله عن الغائب أو المفقود الذي وُكِّلَ عنهما.

ثالثاً: أن نعتبر الفقد من يوم فُتِحَ لا من تلوّخ إصدار حكم القاضي، لأنه ربما تطول المدة وتتضرر زوجة المفقود، وورثته.

ولا يسعني في البداية والنهاية إلا أن أحمد الله تعالى على إنهاء هذا العمل الذي طالما احتاج إليه الناس وخاصة في زماننا.

وأن أتقدم بالشكر لفضيلة الدكتور أحمد حسن مشرفاً، وفضيلة الدكتور محمد حسان عوض مشرفاً مشاركاً، فجزاهما الله تعالى عني كل الجزاء.

وما كان في بحثي من صواب فمن الله تعالى، أو خطأ فمني وأستغفر الله تعالى.

فאלله تعالى أسأل أن يجعل هذا العمل لوجهه خالصاً ، وإليه مقرباً ، وأن يغفر لي ولوالدي، ولجميع المسلمين، إن غفور رحيم.

والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

ثالثاً: فهرس الآثار.

رابعاً: فهرس الأعلام.

خامساً: فهرس المسائل الفقهية.

سادساً: فهرس المواد القانونية.

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

ثامناً: فهرس الموضوعات.

أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

رتبت فهرس الآيات القرآنية الكريمة حسب ترتيب سور القرآن الكريم من الفاتحة إلى الناس.

رقم الآية	اسم السورة	طرف الآية	رقم الصفحة
١٠٧	سورة البقرة	وَمَا لَكُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ	٨
٢٢٠	سورة البقرة	وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ...	٨٧
٢٢٨	سورة البقرة	وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا	٩٢
٢٨	سورة آل عمران	لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ.	٣٠
٦	سورة النساء	وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَغْفِرْ...	٥٩-٦٠-٦١
٦	سورة النساء	وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ	٦١
١٠	سورة النساء	إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا ...	٦١
٢٩	سورة النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...	٦١
٣٥	سورة النساء	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا...	٢٦-١٠١

٣٠	١٤١	سورة النساء	وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا .
٨٧	١٥٢	سورة الأنعام	وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ...
١٠٨	٦٠	سورة التوبة	إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا ...
٣٠	٧١	سورة التوبة	بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .
١٠٨	١٠٣	سورة التوبة	خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ...
١٥	٧٢	سورة يوسف	قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ
٢٧	٩٣	سورة يوسف	اذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيرًا
٢٧	١٩	سورة الكهف	فَاتَّبِعُوا أَحَدَكُمْ يَورِقْكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ .
١٠٦	٣٩	سورة النجم	وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى .
٩٢	٢	سورة الطلاق	فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ .
٩٢	٢	سورة الطلاق	وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
رتبت فهرس الأحاديث النبوية الشريفة حسب الترتيب الأبجائي.

رقم الصفحة	طرف الحديث
٢٧	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع..
٢٧	إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً.
٢٨	إذا أتيت وكيلي بخبير فخذ منه خمسة عشر وسقاً...
٣٠	الإسلام يعلو ولا يعلى
١٣٤	استعمل رجلاً من الأسد على صدقات بني سليم...
١١	استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان
٣٩	السلطان ولي من لا ولي له
١٠٩	ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له...
١١٢	أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم...

١٠٦	جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم...
١١٢	جاءت امرأة من خثعم عام حجة الوداع...
٢٨	دفع إليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً...
٦٢-٦١-٥٩	كل من مال يتيمك غير مسرف، ولا مبذر، ولا متأنل
١٠٢-٩٧-٨٥	لا ضرر ولا ضرار.
٦٩	من ولي يتيماً، وله مال فليتجر له...

ثالثاً: فهرس الآثار
رتبت فهرس الآثار حسب الترتيب الأبجائي.

رقم الصفحة	الأثر
١٠٩	أحص ما يجب في مال اليتيم...
٦٩	إن عائشة أبضعت أموال بني محمد
٣٥	أن عمر بن الخطاب أوصى إلى حفصة
٨٣	لا تشتر من ماله شيئاً...
١١٠	ليس للولي إخراج الزكاة عنه...
١١٦	وكل علي بن أبي طالب عقياً...
٩٨	يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟.

رابعاً: فهرس الأعلام

رتبت فهرس الأعلام حسب الترتيب الأبجائي، مسقطاً ابن، وأبو، والد التعريف.

العَلَم	رقم الصفحة
إبراهيم النخعي	٩
أبو بكر الصديق	١١٦
جابر بن عبد الله	٢٨
ابن حزم	١٠٨
حفصة	٣٥
أبي حميد الساعدي	١٣٤
أبو حنيفة	٤٥
أبو رافع	٢٧
سيبويه	٨
صلة بن زفر	٨٢
عائشة بنت أبي بكر الصديق	٦٩
ابن عابدين	٤٥
عبد الله بن عمرو بن العاص	٦٩
عبد الله بن مسعود	١٠٩
عروة بن أبي الجعد	٢٨
عقيل بن أبي طالب	١١٦
عمر بن الخطاب	٣٥
ابن قدامة	٤٩
الكمال بن الهمام	١١٣
ابن اللتبية	١٣٤
محمد بن أبي بكر	٧٠
محمد بن الحسن الشيباني	٢٢
ميمونة	٢٧
أبو يوسف	٢٢

خامساً: فهرس المسائل الفقهية

رتبت فهرس المسائل الفقهية حسب ورودها في الرسالة وفق الترتيب الآتي:

المسألة الفقهية	رقم الصفحة
أنواع المفقود.	٢٠
حدّ الغيبة.	٢٢
التمييز من شروط الوكيل القضائي.	٣١
العدالة.	٣٣
الذكورة.	٣٤
الوكالة للأعمى.	٣٦
وكلاء عامون، ووكلاء خاصون.	٤٥
وكلاء منفردون، ووكلاء متعددون.	٤٨
أجرة الوكيل القضائي.	٥٧
بيع مال المفقود.	٦٥
الاتجار بالمال.	٦٨
رهن مال المفقود.	٧٢
قرض مال المفقود.	٨٢
التبرع.	٨٤
الصدقة من مال المفقود.	٨٧
مراجعة زوجة المفقود.	٩١
التفريق لغيبة الزوج.	٩٤
التفريق لعدة الشقاق.	١٠١

١٠٧	إخراج الوكيل القضائي زكاة مال المفقود
١١١	الحج عن الغائب والمفقود.
١١٣	أداء العمرة عن الغير.
١١٥	الخصومة بالمطالبة بالحقوق.
١١٨	إثبات القصاص.
١١٩	استيفاء القصاص.
١٢٢	عزل الوكيل القضائي.
١٢٧	انتهاء مهمة الوكيل القضائي.
١٣١	الأموال التي في عهدة الوكيل القضائي.
١٣٤	محاسبة الوكلاء القضائيين.
١٣٨	الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة.
١٤١	إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.
١٤٢	متى يبدأ اعتباره مفقوداً؟:
١٤٤	تاريخ الحكم بوفاة الغائب.

سادساً: فهرس المواد القانونية

رتبت فهرس المواد القانونية حسب الترتيب الأبائي وفق الترتيب الآتي:

القانون	المواد
١- قانون الأحوال الشخصية الأردني.	/ ٦٦ - ٩٢ - ١١٩ - ١٢٠ - ١٢١ - ١٢٦ - ٢٢٣ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٣ - ٢٣٤ - ٢٣٦ - ٢٣٧ - ٢٣٨ - ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥٢ - ٢٥٣ ./
٢- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.	/ ١١٧ - ١١٨ - ١٢٠ - ١٢٧ - ١٢٩ - ١٣٠ - ١٣٧ - ١٦٠ - ١٦٢ - ١٦٣ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٨ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ٢٧٤ ./
٣- قانون الأحوال الشخصية الجزائري.	/ ٥٠ - ٥٣ - ٥٦ - ٥٩ - ٨١ - ٨٧ - ٨٨ - ٨٩ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٦ - ٩٧ - ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠ - ١٠٩ - ١١٠ - ١١١ - ١١٣ - ١١٥ ./

٤- قانون الأحوال الشخصية السوري.	في المواد : / ٧٥ - ١٠٥ - ١٠٩ - ١١٢ - ١١٤ - ١١٨ - ١٢٥ - ١٦٣ - ١٧٠ - ١٧٢ - ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٥ - ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ٢٠٠ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٦٠ - ٣٠٢ - ٣٠٥ - ٤٤٧ ./
٥- قانون الأحوال الشخصية العراقي.	/ ٤٣ - ٧٥ - ٧٦ - ٧٨ - ٨١ - ٨٢ - ٨٤ ./
٦- القانون المدني السوري.	/ ٦٦٥ - ٦٦٧ - ٦٦٨ ./
٧- قانون الأحوال الشخصية المصري.	/ ٥ - ٦ - ٨ - ١٠ - ١٢ - ١٣ - ١٤ - ٢١ - ٢٢ - ٢٧ - ٣٠ - ٤٦ - ٤٧ - ٤٨ - ٤٩ - ١٩١ - ٢٥٣ ./
٨- قانون الأحوال الشخصية المغربي	/ ٨٢ - ١٥٩ - ٢٢٩ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٦٠ - ٢٦٤ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٣٢٥ - ٣٢٧ ./
٩- قانون الأحوال الشخصية اليمني	/ ٥٢ - ٢٢٩ - ٢٦٢ - ٢٧٥ - ٢٧٧ - ٢٨١ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٧ - ٢٩٨ ./

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع

رتبت فهرس المصادر والمراجع مبتدئاً: بالقرآن الكريم، وتفسيره، ثم كتب الحديث الشريف وشروحه، ثم الفقه الإسلامي، حنفي- مالكي- شافعي- حنبلي، فقه عام، ثم أصول الفقه، ثم كتب الأحوال الشخصية، ثم التراجم، ثم كتب المعاجم، ثم المجالات، ثم أبحاث ودراسات، ثم قرارات محكمة النقض، ثم المقابلات.

كل هذا حسب الترتيب الألفبائي، وأسقطت ابن، وأبو، وال التعريف في الترتيب .

على النحو الآتي:

أولاً: القرآن الكريم، وتفسيره:

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري شمس الدين الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية- القاهرة، ط٢، ١٣٨٤هـ/١٩٦٤م.

ثانياً: الحديث الشريف، وشروحه:

- ٣- أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ، عادل مرشد وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١م.
- ٤- ابن الأثير مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد، جا مع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني، د.ت.
- ٥- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه صحيح البخاري تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، ١٤٢٢هـ.

- ٦- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجَردي الخراساني السنن الصغير للبيهقي ، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي ، جامعة الدراسات الإسلامية - كراتشي - باكستان، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.
- ٧- البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجَردي الخراساني أبو بكر السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط٣ ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.
- ٨- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، سنن البيهقي الكبرى تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٩- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوِجَردي الخراساني، أبو بكر البيهقي معرفة السنن والآثار، تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان) ، دار قتيبة (دمشق - بيروت) ، دار الوعي (حلب - دمشق) ، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م،
- ١٠- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي ، أبو عيسى سنن الترمذي ، تحقيق وتعليق :أحمد محمد شاكر (ج ١ ، ٢) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤ ، ٥)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط٢ ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥م.
- ١١- الترمذي، محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.
- ١٢- الحاكم ، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري ، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠م.

- ١٣- الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي ، سنن الدار قطني ، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٤ م.
- ١٤- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- ١٥- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، صححه : عبد العزيز الديوبندي الفنجاني ومحمد يوسف الكملفوري، مؤسسة الريان بيروت- لبنان، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م.
- ١٦- ابن أبي شيبة، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ، تحقيق: كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد - الرياض، ١٤٠٩ هـ.
- ١٧- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف بالأمير، سبل السلام، د.ط، دار الحديث، د.ت.
- ١٨- الطبراني ، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني ، المعجم الكبير ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد ا لسلفي ، مكتبة ابن تيمية - القاهرة، ط٢.
- ١٩- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي ابن حجر ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ / ١٩٨٩ م.
- ٢٠- العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته ، دار الكتب العلمية - بيروت، ط٢ ١٤١٥ هـ.

٢١- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، د.ت.

٢٢- مسلم، بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، في المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢٣- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، المجتبى من السنن السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة ، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط٢، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.

٢٤- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.

٢٥- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ط.

ثالثاً: الفقه الإسلامي:

الفقه الحنفي:

٢٦- البابر تي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، العناية شرح الهداية، دار الفكر د.ط، د.ت.

٢٧- البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت.

٢٨- البلخي، نظام الدين البلخي ، وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.

٢٩- الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حاشية ابن عابدين ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط٢، ١٣٨٦هـ.

- ٣٠- داماد أفندي ، عبد الرحمن المدعو بشيخي زاده ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت.
- ٣١- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- القاهرة ١٣١٣هـ.
- ٣٢- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المبسوط ، دار المعرفة- بيروت، د.ط، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
- ٣٣- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط٢، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
- ٣٤- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٣٥- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين ، البناية شرح الهداية دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د.ط، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٣٦- الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الدمشقي الميداني الحنفي اللباب في شرح الكتاب ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية بيروت- لبنان.
- ٣٧- الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
- ٣٨- أبو الم عالى، برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م.
- ٣٩- ملا ، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو ، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، د.ط، د.ت.

٤٠- الموصلي، أبو الفضل، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي القاهرة، ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م.

٤١- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت.

٤٢- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، د.ط، د.ت.

الفقه المالكي:

٤٣- الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٤٤- الخرشي، محمد المالكي، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر- بيروت، د.ط، د.ت.

٤٥- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي دار الفكر، د.ط، د.ت.

٤٦- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة: مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط٤، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

٤٧- الصاوي، أحمد بن محمد المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ضبطه وخرج أحاديثه: د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، د.ط، د.ت.

٤٨- عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، د.ط.

٤٩- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ، تحقيق : د محمد حجي وآخرون ، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م.

٥٠- الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، ط ٢، د.ت.

٥١- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية ١٤١٦ هـ / ١٩٩٤ م.
الفقه الشافعي :

٥٢- الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ط.

٥٣- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِيّ المصري الشافعي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب- حاشية البجيرمي على الخطيب- ، دار الفكر ، د.ط، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م.

٥٤- الجمل، سليمان بن عمر، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب- حاشية الجمل على شرح المنهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط.

٥٥- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد أبو المعالي، ركن الدين الملقب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق : أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب دار المنهاج، ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م.

٥٦- الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، ١٣٧٧ هـ.

٥٧- الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط، ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣ م، ٦ / ٤٠.

- ٥٨- السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- ٥٩- السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت.
- ٦٠- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة- بيروت، د.ط ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
- ٦١- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ط.
- ٦٢- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د.ت.
- ٦٣- العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ٦٤- القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر د.ط، د.ت.
- ٦٥- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد ع بد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٦٦- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب دار الفكر.

٦٧- النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان ، ط٣ ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

٦٨- الهيثمي ، أحمد بن محمد بن حجر ، تحفة المنهاج في شرح المنهاج ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ / ١٩٨٣م.

الفقه الحنبلي:

٦٩- البهوتي، منصور بن يونس الحنبلي ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م.

٧٠- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي الروض المربع شرح زاد المستقنع ، ومعه حاشية الشيخ العثيمين ، وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد .

٧١- البهوتي، منصور بن يونس ، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ.

٧٢- الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله، متن الخرقى على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، دار الصحابة للتراث، د.ط، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.

٧٣- الرحبياني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحبياني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، المكتب الإسلامي ، ط٢ ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

٧٤- الزركشي ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دار العبيكان، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م.

٧٥- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٧، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

- ٧٦- العاصمي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ١٣٩٧هـ.
- ٧٧- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي ، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٧٨- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الكتاب العربي ، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، د.ط. د.ت.
- ٧٩- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د.ت.
- ٨٠- ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
- رابعاً: الفقه العام:**
- ٨١- الزحيلي، وهبة ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناائية في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، ط٢، ١٩٩٨.
- ٨٢- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر- سوربة - دمشق.
- ٨٣- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ٨٤- الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، مجموعة من المؤلفين، الناشر : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٤هـ.
- ٨٥- قلعه جي ، محمد رواس ، موسوعة فقه إبراهيم النخعي ، مركز البحث العلمي ١٣٩٩هـ، ٢ / ٧١٥.
- ٨٦- المروزي، محمد أبو عبد الله ، اختلاف الفقهاء ، تحقيق: محمد طاهر حكيم ، د.ط. أضواء السلف- الرياض.

٨٧- الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، دار السلاسل الكويت، ١٤٢٧هـ.

خامساً: أصول الفقه:

٨٨- البخاري ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي ، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مكتب الصنائع، ١٣٠٧ هـ.

٨٩- البخاري ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي ، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٤ هـ.

٩٠- البركتي، محمد عليم الإحسان المجددي، قواعد الفقه، الناشر : الصدف ببلشرز- كراتشي ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م.

٩١- الجبوري ، حسني خلف ، عوارض الأهلية عند الأصوليين ، جامعة أم القرى ١٤٠٨هـ.

٩٢- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.

٩٣- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، د.ط، دمشق.

سادساً: الأحوال الشخصية:

٩٤- أستانبولي، أديب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ١ / ٧٦٨، أحوال شخصية المرسوم ٥٩ لعام / ١٩٥٣ /، الكتاب الخامس : الوصية الفصل السادس : الوكالة القضائية، مادة/٢٠٥/.

٩٥- الجبوري، صالح جمعة، الولاية على النفس، مؤسسة الرسالة، ١٣٩٦هـ.

٩٦- حسب الله ، علي، الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية ، معهد البحوث والدراسات العربية، د.ط، ١٩٦٧م.

٩٧- الحسيني، محمد مصطفى شحاته، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف دار التأليف، د.ط، ١٣٩٦هـ / ١٩٧٦م.

- ٩٨- حمدي، كمال، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال ، دار المعارف- مصر د.ط، د.ت.
- ٩٩- خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار القلم الكويت، ط٢، ١٩٩٠م/١٤١٠هـ.
- ١٠٠- الدجوي، محمد ، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ، مطبعة دار النشر للجامعات المصري- مصر، د.ط.
- ١٠١- السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية ، أحكام الأهلية والوصية والمواريث، دار الوراق، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٧ ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
- ١٠٢- شحاته ، محمد مصطفى الحسني ، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، دار التأليف، د.ط، ١٣٩٦هـ/ ١٩٧٦م.
- ١٠٣- عبد الحميد، محمد محيي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي بيروت.
- ١٠٤- الكردي، أحمد الحجي، الأحوال الشخصية (الأهلية- والنيابة الشرعية والوصية- والوقف- والتركات)، منشورات جامعة دمشق، ط٨، ١٤٢٥ / ٢٠٠٤م.
- ١٠٥- الكويافي، محمد إبراهيم ، قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٩٥ / لسنة ١٩٥٣، ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم / ٣٤ / لعام ١٩٧٥م.

سابعاً: التراجم:

١٠٦- ابن الأثير، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير، أسد الغابة، دار الفكر - بيروت ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م.

١٠٧- الجرجاني، عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد أبو أحمد ، الكامل في ضعفاء الرجال ، تحقيق : يحيى مختار غزاوي ، دار الفكر ، بيروت ، ط٣ ، ١٤٩٠ هـ / ١٩٨٨ م.

١٠٨- ابن خلكان، وفيات الأعيان، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر- بيروت.

١٠٩- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهب سير أعلام النبلاء، دار الحديث- القاهرة، ١٤٢٧ هـ/ ٢٠٠٦ م.

١١٠- الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي الأعلام، دار العلم للملايين، ط١٥ ، ٢٠٠٢ م.

١١١- ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر- بيروت، ١٩٦٨ م.

١١٢- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني الإصابة في تمييز الصحابة ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٥ هـ.

١١٣- القرشي، عبد القادر ، الجواهر المضيئة ، مؤسسة الرسالة ، ط٢ ، تحقيق : د. عبد الفتاح محمد الحلو، ١٤١٣ هـ/ ١٩٩٣ م.

١١٤- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل - بيروت، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢ م.

١١٥- المزي، يوسف بن عبد الرحمن أبو الحجاج، جمال الدين، تهذيب الكمال في أسماء الرجال تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسس الرسالة- بيروت، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

١١٦- النووي، محي الدين، تهذيب الأسماء واللغات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان د.ت.

ثامناً: المعاجم:

١١٧- أنيس، إبراهيم ومنتصر، عبد الحليم والصوالحي، عطية، والأحمد، محمد خلف المعجم الوسيط، دار الفكر، دمشق، ط.٢

١١٨- برهان الدين الخوارزمي المَطَرَزِيّ، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي أبو الفتح، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت.

١١٩- أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر- دمشق، ط.٢، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

١٢٠- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية بيروت - صيدا، ط.٥، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

١٢١- الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.

١٢٢- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الجيل- بيروت، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

١٢٣- الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، إشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط.٨، ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م.

١٢٤- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير مكتبة لبنان- بيروت.

١٢٥- مصطفى، إبراهيم، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، د.ت.

١٢٦- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين، لسان العرب دار صادر- بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.

تاسعاً: المجالات:

١٢٧- القانون، مجلة شهرية تصدرها وزارة العدل في سوريا، عني بوضعه وترتيبه : سليم فارس صنيح، المفتش القضائي، ١٩٦٢م.

١٢٨- مجلة القانون تصدرها وزارة العدل في سوريا، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض- اجتهادات محكمة النقض- القسم الأول لعامي ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م، شرعية أساس ٤٢٠، قرار ٩٦ لعام ١٩٩٦.

١٢٩- مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في سوريا، بإشراف النقيب الأستاذ أحمد عيدو، السنة ٦٤، العدد: ٣-٤، والقسم الاستشاري بمجلس الدولة لعام ١٩٦٩م رقم ٢٠٤٦ / ٢٧٦.

١٣٠- مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في سوريا، بإشراف النقيب الأستاذ أحمد عيدو، السنة ٦٤، العدد: ٣-٤، قرار ٣٦٨ / ٥١٠ لعام ١٩٧٥، مجموعة القواعد التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

١٣١- المحامون، مجلة تصدرها نقابة المحامين في سوريا بإشراف الأستاذ النقيب نزار السكيف، المدير المسؤول: الأستاذ الدكتور: محمد أديب الحسيني رئيس التحرير الأستاذ: شاكور محمد أبازيد، العددان ٩-١٠- أيلول- تشرين الأول ٢٠١٠- السنة ٧٥.

عاشراً: أبحاث ودراسات:

- ١٣٢- الهاشمي، هاشم السيد احمد عبد الرحيم ، الولاية على المال في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ١٩٩٨م.
- ١٣٣- كراسينيتشي، شوكت، مدة انتظار المفقود، رابطة العالم الإسلامي الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة.
- حادي عشر: قرارات محكمة النقض:**
- ١٣٤- استانبولي، القانون المدني ، قرار ٢٩٥ / ١٩٨١، أساس ٤٠٢٧، محاكم النقض- سورية، قاعدة ٢٣٩٩.
- ١٣٥- قرار ١٢٩ / ١٩٩٦- أساس ٢٧٩- الهيئة العامة لمحكمة النقض- سوريا، قاعدة ٢٨- القانون ١٩٩٦- القسم الأول.
- ١٣٦- قرار ١٦٣ / ١٩٨٥- أساس ٣١٠٤، محاكم النقض- سوريا، قاعدة ١١٤- الملحق الدوري للتقنين المدني.
- ١٣٧- قرار ٣٢٤ / ١٩٨٥- أساس ٤٦٨، محكمة النقض- الدوائر المدنية- سوريا قاعدة ١١٥- الملحق الدوري للتقنين المدني.
- ١٣٨- قرار محكمة النقض السورية رقم ٣٦ /، تاريخ ٢٥ / ١ / ١٩٧٠.
- ١٣٩- مجموعة قوانين الأحوال الشخصية والمواريث والولاية على المال والوصايا وإجراءات الدعاوى، المطبوعات القانونية، بنك القوانين، السيدة زينب.
- ١٤٠- نقض سوري ، الغرفة الشرعية ، أساس : ٢١٥، قرار : ٢١٧ ، تاريخ ٢٨ / ٣ / ١٩٧٧.

ثاني عشر: المقابلات:

- ١٤١ - مقابلة مع القاضي الشرعي الأول بحلب الأستاذ نادر كده ، بتاريخ ٢٠١٧/١٢/٣٠م، الموافق: ١٢/ ربيع الثاني / ١٤٣٩هـ، من الساعة الثانية عصراً وحتى الثالثة والنصف، بحلب، حي الفرقان.
- ١٤٢ - مقابلة مع النقيب جلال، والمساعد أول زكريا عليجي، في مخفر السكري بحلب يوم الخميس بتاريخ ١٣ / ٧ / ٢٠١٧م، من الساعة ١١، حتى ١٢ ظهراً.

ثامناً: فهرس الموضوعات

العنوان	رقم الصفحة
الإهداء.	ب
شكر وتقدير.	ج
المقدمة.	د
أهمية الموضوع.	د
سبب الاختيار.	هـ
الهدف من الموضوع.	هـ
حدود البحث.	و
مشكلة البحث.	و
الدراسات السابقة.	ز
منهج البحث.	ي
الخطة التي يبنى عليها البحث.	ي
الفصل التمهيدي: مفهوم الوكالة القضائية	١
المبحث الأول: تعاريف عامة:	٢
المطلب الأول: تعريف الوكالة.	٢
المطلب الثاني: تعريف القضاء.	٣
المطلب الثالث: تعريف الوكيل.	٤
المطلب الرابع: تعريف الوكيل القضائي.	٥
رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية بشأن الوكيل القضائي.	٥
المبحث الثاني: مفاهيم ذات صلة:	٧
المطلب الأول: تعريف النيابة.	٧
المطلب الثاني: تعريف الولاية.	٨
الولاية في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.	١٠
المطلب الثالث: تعريف الوصاية.	١١

١٤	تعريف الوصاية في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
١٥	المطلب الرابع: تعريف المفقود.
١٧	المطلب الخامس: تعريف الغائب.
١٨	رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
١٩	المطلب السادس: الفرق بين المفقود والغائب
٢٠	المبحث الثالث: أنواع الفقد والغيبة، وحد الغيبة.
٢٠	المطلب الأول: سير دعوى المفقود في القانون السوري.
٢٠	المطلب الثاني: أنواع المفقود.
٢١	المطلب الثالث: أنواع الغيبة.
٢٢	المطلب الرابع: حد الغيبة.
٢٤	الفصل الأول: شروط الوكيل القضائي، وأنواعه
٢٥	المبحث الأول: الحالات التي يمكن للقاضي أن يعين فيها وكيلاً قضائياً:
٢٦	المبحث الثاني: مشروعية الوكالة.
٢٦	المطلب الأول: القرآن الكريم.
٢٧	المطلب الثاني: السنة المطهرة.
٢٩	المطلب الثالث: الإجماع.
٢٩	المطلب الرابع: حكمة تشريع الوكالة.
٣٠	المبحث الثالث: شروط الوكيل القضائي:
٣٠	المطلب الأول: الشروط المتفق عليها:
٣٠	أولاً: الإسلام.
٣٠	ثانياً: العقل.
٣١	ثالثاً: القدرة على القيام بمهام الوكالة.
٣١	المطلب الثاني: الشروط المختلف فيها:
٣١	أولاً: التمييز.
٣١	١- أقوال الفقهاء.

٣٢	٢ - الأدلة.
٣٢	٣ - الترجيح.
٣٣	ثانياً: العدالة.
٣٣	١ - أقوال الفقهاء.
٣٣	٢ - الأدلة.
٣٤	٣ - الترجيح.
٣٤	ثالثاً: الذكورة.
٣٤	١ - أقوال الفقهاء.
٣٤	٢ - الأدلة.
٣٥	٣ - الترجيح.
٣٦	رابعاً: الوكالة للأعمى (البَصْر):
٣٦	١ - أقوال الفقهاء.
٣٦	٢ - الأدلة.
٣٦	٣ - الترجيح.
٣٧	المطلب الثالث : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في شروط الوكيل القضائي.
٣٩	المبحث الرابع: أنواع الوكلاء القضائيين.
٣٩	المطلب الأول: وكلاء مختارون، ووكلاء قضائيون.
٣٩	أولاً: الوكيل المختار.
٣٩	ثانياً: وكيل القاضي.
٤٠	إن وكيل القاضي كالوكيل المختار إلا في مسائل:
٤٠	ثالثاً: ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
٤٣	المطلب الثاني: وكلاء دائمون، ووكلاء مؤقتون.
٤٣	ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
٤٥	المطلب الثالث: وكلاء عامون، ووكلاء خاصون.
٤٥	أولاً: أقوال الفقهاء.
٤٦	ثانياً: الأدلة.
٤٦	ثالثاً: ما جاء في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية:
٤٨	رابعاً: الترجيح.

٤٨	المطلب الرابع: وكلاء منفردون، ووكلاء متعددون.
٥٢	رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
٥٥	الفصل الثاني: صلاحيات الوكيل القضائي
٥٦	نطاق تصرفات الوكيل القضائي.
٥٦	أولاً: الضمان:
٥٦	ثانياً: ضوابط تصرفات الوكيل القضائي:
٥٧	المبحث الأول: أجره الوكيل القضائي.
٥٧	المطلب الأول: أقوال الفقهاء في جواز أخذ الوكيل القضائي للأجرة.
٥٨	رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في أجره الوكيل القضائي.
٥٩	المطلب الثاني: الأدلة.
٥٩	أولاً: أدلة القول الأول.
٦٠	ثانياً: أدلة القول الثاني.
٦١	المطلب الثالث: مناقشة الأدلة.
٦١	أولاً: مناقشة أدلة القول الأول.
٦٣	ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني.
٦٣	المطلب الرابع: الترجيح.
٦٤	المبحث الثاني: صلاحيات الوكيل القضائي عند الفقهاء.
٦٤	المطلب الأول: حفظ الأموال.
٦٤	المطلب الثاني: المنقولات، والعقارات.
٦٤	أولاً: المنقولات.
٦٤	ثانياً: العقارات.
٦٥	١- أقوال الفقهاء في بيع مال المفقود:
٦٦	٢- الأدلة.

٦٦	رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
٦٨	٣- الترتيب.
٦٨	المطلب الثالث: الاتجار بالمال.
٦٨	أولاً: أقوال الفقهاء.
٦٩	ثانياً: الأدلة والمناقشة.
٧٠	المطلب الرابع: الوديعة.
٧٠	المطلب الخامس: الشفعة.
٧٢	المطلب السادس: الرهن.
٧٢	أولاً: أقوال الفقهاء.
٧٢	ثانياً: الأدلة.
٧٣	ثالثاً: الترتيب.
٧٣	المطلب السابع: دفع الديون، والمطالبة به.
٧٤	المبحث الثالث : صلاحيات الوكيل القضائي في قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
٧٤	المطلب الأول : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون السوري والمصري:
٧٥	المطلب الثاني : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الأردني:
٧٦	المطلب الثالث : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الإماراتي:
٧٧	المطلب الرابع : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون الجزائري:
٧٧	المطلب الخامس : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون المغربي:
٧٨	المطلب السادس : صلاحيات الوكيل القضائي في القانون اليمني:
٧٩	المبحث الرابع: الأمور التي يختلف فيها وكيل القاضي عن الوكيل المختار.

٨١	الفصل الثالث: ما يحظر على الوكيل القضائي فعله
٨٢	المبحث الأول: الأمور المالية.
٨٢	المطلب الأول: القرض.
٨٢	أولاً: أقوال الفقهاء.
٨٢	ثانياً: الأدلة.
٨٤	ثالثاً: الترجيح.
٨٤	المطلب الثاني: التبرع.
٨٤	أولاً: التبرع بغير عوض.
٨٥	ثانياً: التبرع بعوض.
٨٥	١- أقوال الفقهاء.
٨٦	٢- الأدلة.
٨٧	٣- الترجيح.
٨٧	المطلب الثالث: الصدقة.
٨٨	المطلب الرابع: الإبراء والخط عن المديون.
٨٩	المطلب الخامس: الأيمان والنذور.
٨٩	المطلب السادس: قبض حقوق المفقود.
٩٠	المبحث الثاني: الأمور الشخصية:
٩٠	المطلب الأول: الطلاق.
٩١	المطلب الثاني: الرجعة.
٩٣	رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في الرجعة.
٩٤	المطلب الثالث: الخلع.
٩٤	أولاً: الحل الأول: التفريق لغيبه الزوج.
٩٤	١- آراء الفقهاء.
٩٧	٢- الأدلة.
٩٨	٣- رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.

١٠٠	٤ - الترجيح.
١٠١	ثانياً: وأما الحل الثاني فهو: التفريق لعدة الشقاق.
١٠١	١ - أقوال الفقهاء.
١٠٢	٢ - الأدلة.
١٠٣	٣ - رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
١٠٦	٤ - الترجيح.
١٠٦	المطلب الرابع: العبادات.
١٠٦	أولاً: العبادة البدنية المحضة.
١٠٧	ثانياً: العبادة المالية.
١٠٧	إخراج الوكيل القضائي زكاة مال المفقود.
١٠٧	١ - أقوال الفقهاء في ذلك.
١٠٨	٢ - الأدلة.
١١٠	٣ - الترجيح.
١١١	ثالثاً: العبادة المترددة بين المالية والبدنية.
١١١	١ - الحج.
١١٣	٢ - أداء العمرة عن الغير.
١١٤	المطلب الخامس: الظهار.
١١٥	المطلب السادس: الخصومة بالمطالبة بالحقوق.
١١٥	أولاً: أقوال الفقهاء.
١١٦	ثانياً: الأدلة.
١١٧	ثالثاً: الترجيح.
١١٨	المطلب السابع: إثبات القصاص، واستيفاءه.
١١٨	أولاً: إثبات القصاص.
١١٨	١ - أقوال الفقهاء.
١١٨	٢ - الأدلة.
١١٨	٣ - الترجيح.
١١٩	ثانياً: استيفاء القصاص.
١١٩	١ - أقوال الفقهاء.
١١٩	٢ - الأدلة.
١٢٠	٣ - الترجيح.

١٢١	الفصل الرابع: انتهاء الوكالة القضائية.
١٢٢	المبحث الأول: عزل الوكيل القضائي.
١٢٢	المطلب الأول: عزل الوكيل من قبل الموكل.
١٢٢	المطلب الثاني: عزل الوكيل القضائي من قبل القاضي.
١٢٣	المطلب الثالث: عزل الوكيل نفسه (استقالة الوكيل).
١٢٤	المطلب الرابع : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في عزل الوكيل.
١٢٦	المطلب الخامس: الترحيح.
١٢٧	المبحث الثاني: انتهاء مهمة الوكيل القضائي.
١٢٧	المطلب الأول: أقوال الفقهاء.
١٢٧	أولاً: موت الوكيل:
١٢٧	ثانياً: موت الغائب والمفقود:
١٢٧	ثالثاً: فقد الوكيل لشرط من الشروط المعتبرة فيه:
١٢٨	رابعاً: انتهاء مدة الوكالة:
١٢٨	خامساً: انتهاء العمل الذي عهد إلى الوكيل القيام به:
١٢٨	سادساً: عودة المفقود:
١٢٨	المطلب الثاني : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في انتهاء الوكالة.
١٣١	المبحث الثالث: الفرق بين عزل الوكيل، وانتهاء الوكالة.
١٣١	المبحث الرابع: الأموال التي في عهدة الوكيل القضائي.
١٣٢	المطلب الأول: آراء الفقهاء.
١٣٢	المطلب الثاني : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية.
١٣٤	المبحث الخامس: محاسبة الوكلاء القضائيين.
١٣٤	المطلب الأول: أقوال الفقهاء:
١٣٤	المطلب الثاني: الأدلة:
١٣٥	المطلب الثالث : رأي قوانين الأحوال الشخصية لبعض البلدان العربية في محاسبة الوكلاء القضائيين.

١٣٧	الفصل الخامس: الاجتهادات المطلوب العدول عنها
١٣٨	المبحث الأول: تحديد تاريخ موت المفقود.
١٣٨	المطلب الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة.
١٣٨	أولاً: أقوال الفقهاء في ذلك.
١٤١	ثانياً: رأي قانون الأحوال الشخصية السوري في ذلك.
١٤١	ثالثاً: الترجيح.
١٤١	المطلب الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته
١٤٢	المطلب الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً؟.
١٤٣	المطلب الرابع: الترجيح.
١٤٤	المبحث الثاني: المفقود بسبب العمليات الحربية وأمثالها.
١٤٤	المبحث الثالث: تاريخ الحكم بوفاة الغائب.
١٤٥	المبحث الرابع: اجتهادات محكمة النقض للوكيل القضائي.
١٤٥	المطلب الأول: مجاوزة حدود الوكالة.
١٤٦	المطلب الثاني : الموقف الحاسم- الهيئة العامة لمحكمة النقض.
١٤٧	المطلب الثالث: اعتبار المفقود ميتاً.
١٤٧	أولاً: الاجتهاد المطلوب العدول عنه.
١٤٧	ثانياً: النظر في طلب العدول.
١٥٠	الخاتمة.
١٥٣	الفهارس:
١٥٤	أولاً: فهرس الآيات القرآنية الكريمة.
١٥٦	ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
١٥٨	ثالثاً: فهرس الآثار.
١٥٩	رابعاً: فهرس الأعلام.
١٦٠	خامساً: فهرس المسائل الفقهية.
١٦٢	سادساً: فهرس المواد القانونية.
١٦٤	سابعاً: فهرس المصادر والمراجع.
١٨١	ثامناً: فهرس الموضوعات.

