

توکیل اذنی^۱

علمی - پژوهشی

محمد آزادی *

محمد جعفری فشارکی **

چکیده

مشهور علماء در فقه بر این عقیده است که وکالت عقد است منتها قبول لفظی شرط نیست و قبول فعلی کفایت می‌کند به اینکه کسی به دیگری بگوید «توکیلی در فروش خانه ام» و او در مقام قبول بفروشد، این پژوهش با تعلیل در عبارات مشهور، صحت بیع در چنین توکیلی را نه از جهت تحقق وکالت به ایجاب و قبول، بلکه از جهت مشروعیت اذن و امر معتبر میداند. بعلاوه صحت توکیل غایب، توکیل استفهامی و اکتفاء به اشاره ی مفهمه در حالت اختیار و عدم عجز از نطق، مستند این است که توکیل صرفاً متوقف بر عقد نیست بلکه صحت افعال وکالت بر اذن هم مترتب است، و تشبیه وکالت تنها از این جهت به اباحه طعام معنا پیدا می‌کند. لذا توکیل دو نوع است توکیلی که در آن قبول مطلقاً لازم است و توکیلی که قبول لفظی در آن شرط نیست و قبول فعلی هم مطلقاً حاصل نیست.

کلید واژه‌ها: توکیل غایب، استفهام، اشاره مفهمه، قبول فعلی، توکیل اذنی

۱- مقدمه

- ۱- تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۰۶/۱۶) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۲/۲۰)
- * دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. mohammad.azadi@khuisf.ac.ir
- ** استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) dr.fesharki@yahoo.com

مشهور علماء در فقه بر این عقیده است که وکالت عقد است و نیاز به ایجاب و قبول دارد منتها قبول مشهور این است که قبول لفظی شرط نیست و قبول فعلی کفایت می‌کند مانند اینکه موکل به دیگری بگوید «تو را وکیل کردم در بیع خانه ام» پس وکیل (در مقام قبول) بفروشد. بعلاوه حتی مشهور بر این عقیده است استفهام و اشاره مفهمه در حالت اختیار و عدم عجز از نطق در انشاء وکالت کفایت می‌کند مانند اینکه وکیل بگوید وکلنتی؟ و موکل بگوید «بله» یا «اشاره» کند به آنچه که دلالت بر تصدیق نماید. همچنین مشهور بر این عقیده است که در وکالت چون توکیل غایب جایز است موالات بین ایجاب و قبول شرط نیست.

حال سوال این است که آیا صحت بیع در موردی که موکل به دیگری بگوید «تو را وکیل کردم در بیع خانه ام» و او بفروشد ناشی از عقد وکالت است یا اینکه صحت بیع مبتنی بر اذن است؟ آیا لازمه صحت این بیع این است که قبول لفظی در توکیل شرط نیست و قبول فعلی کفایت می‌کند؟ آیا در این توکیل، قبول فعلی در مقام انعقاد عقد حاصل است تا اینکه صحت بیع از توکیل عقدی استنباط شود؟ یا اینکه قبول مطلقاً حاصل نیست؟

بعلاوه در عقد مقارنه‌ی ایجاب و قبول معتبر است حال آنکه مشهور معتقدند که موالات بین ایجاب و قبول در وکالت شرط نیست چون توکیل غایب جایز است. در اینجا سوال است که آیا عدم اشتراط موالات در وکالت مبتنی بر توکیل غایب است؟ یا اینکه چون توکیل غایب جایز است موالات در توکیل شرط نیست؟ لذا اینکه ما تأخیر قبول را بنابر توکیل غایب جایز بدانیم این تعلیل خالی از دور نیست زیرا توکیل غایب فرع بر عدم اشتراط موالات و تأخیر در قبول است زیرا اگر ما موالات را در ایجاب و قبول لازم بدانیم توکیل غایب صحیح نیست.

سوال دیگر این است که آیا استفهام در مقام انشاء توکیل کافی است؟ آیا در مقام انعقاد عقد، اشاره در صورت اختیار و عدم عجز از نطق کفایت می‌کند؟ واضح است که اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط ندانیم کتابت و پیغام و مأذون بودن در تصرف کفایت می‌کند و اذن؛ ایجاب و قبول لفظی ندارد که ایجاب بلفظ شرط باشد لذا استفهام و اشاره در توکیل کفایت می‌کند. اما اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط بدانیم، ایجاب و قبول لفظی همانند در بیع شرط است و آن وقت این سوال مطرح می‌شود که آیا استفهام برای انشاء دلالت بر مقصود در عقد مجرای خطاب صحیح است؟ و آیا در مقام انعقاد عقد اشاره در صورت اختیار و عدم عجز از نطق کفایت می‌کند؟ لذا این پژوهش در پی آن است، به سوالات فوق که محور آن موضوع توکیل اذنی است پاسخ دهد.

۲- مفهوم شناسی

۲-۱- مفهوم لغوی

وکالت بفتح و کسر واو به معنای تفویض به غیر است، لغتاً مشتق از «وکل الأمر إلیه» (یعنی در لغت وکیل و موکل که دو وصف هستند از فعل ماضی «وَكَلَّ» ساخته می‌شوند مثل ضارب که اسم فاعل است از ضَرَبَ که فعل ماضی است ایجاد می‌شود) بدین معناست که کسی نسبت به انجام کاری اظهار عجز کرده در انجام آن کار به دیگری اعتماد کند، چه اظهار عجز بخاطر ضعف و ناتوانی باشد چه بخاطر این که انجام آن کار برای او سخت باشد و برای آسودگی، انجام کار را به دیگری واگذار کند، و در حدیث «اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا= خداوندا ما را به خودمان وامگذار» و نیز حدیث «وإن أعطيتها عن مسألة وکلت إلیها= در اعطای حاجات به سوی تو تکیه می‌کنیم» لفظ وکالت نوعی تفویض (در نیاز و اعطای حاجات) به خداوند است و به همین معنا می‌باشد. از دیگر معانی لغوی وکالت «حفظ» است مانند وکیل در آیهی شریفه «حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ»^۱ یعنی برای ما خداوند کافی است و او بهترین وکیل یعنی حفظ کننده (ما) از شر و بلا یاست. در آیه مذکور «نعم الوکیل» به معنای «نعم الحفیظ» آمده است (محمود عبدالرحمان، بی تا، ۳، ۴۹۷-۴۹۶؛ نک جوهری، ۱۴۱۰، ۵، ۱۸۴۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱۱، ۷۳۶؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ۵، ۴۰۵؛ طریحی، ۱۴۱۶، ۵، ۴۹۴؛ فیومی، بی تا، ۲، ۶۷۰؛ واسطی، ۱۴۱۴، ۱۵، ۷۸۶). و نیز اسم مصدر است به معنی توکیل. و در شرع اقامه و برپا داشتن شخص در غیر مقام خود بصورت مطلق و مقید معنا شده است یعنی شخصی کارش را به دیگری واگذار می‌کند و او را در انجام آن کار قائم مقام خود قرار می‌دهد، که به شخص واگذار کننده «موکل» و به کسی که، قائم مقام در انجام کار قرار می‌گیرد «وکیل» و به کاری که موکل در انجام آن، دیگری را قائم مقام خود قرار داده است «مُوکَلُّ به» گفته می‌شود (ابوجیب، ۱۴۰۸، ۳۸۷).

۲-۲- مفهوم اصطلاحی

برخی از علماء وکالت را چنین تعریف کرده اند که وکالت عبارت است از ایجاب و قبول که دلالت بر استنباه در تصرف دارد.^۲ و در جایی دیگر نیز آورده اند: «الأول فی العقد و هو استنباه فی التصرف...» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۵۱). یعنی نخست عقد است و آن استنباه (نایب گرفتن^۳) در

^۱ - سورة آل عمران، آیه: ۱۷۳

^۲ - «الوکالة، عبارة عن الإيجاب و القبول الدالین علی الاستنباه فی التصرف» (محقق حلی، ۱۴۱۸، ۱، ۱۵۴).

^۳ - Representation

تصرف است. برخی دیگر از علماء کلمه‌ی «عقد» را در تعریف بکار نبرده اند و صرفاً آن را استنباه‌ی در تصرف می‌دانند: «وَهِيَ اسْتِنَابَةٌ فِي التَّصَرُّفِ» (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۵۹). جمعی دیگر نیز در تعریف وکالت آورده اند وکالت عقد شرعی و استنباه‌ی در تصرف است که نیاز به ایجاب و قبول دارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۳، ۲۱؛ ۱۴۱۴، ۱۵، ۵؛ ۱۴۱۳، ۲، ۳۴۹؛ فقحانی، ۱۴۱۸، ۱۶۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۸، ۱۷۷؛ ۱۴۰۹، ۱، ۱۹۶). برخی دیگر معتقدند آنچه مردم از کلمه وکالت می‌فهمند تفویض و اعتماد و ایکال امر است که همه این‌ها ظهور در قیام معنای وکالت در شخص واحدی یعنی موکل دارد (سبزواری، سید عبد‌الاعلی، ۱۴۱۳، ۲۱، ۱۹۶).

۳- ادله‌ی صحت و مشروعیت وکالت

۳-۱- آیاتی که خداوند متعال در آن به صحت وکالت اشاره نموده اند بشرح ذیل است:

«إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا»^۲ یعنی صدقات از آن فقراء و مساکین و کارگزاران امر صدقات است در این آیه که عمل بر صدقات تجویز شده است لا محاله به حکم نیابت از مستحقین است.

«فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ»^۳ یعنی فرمود بفرستید یکی از خودتان را با پولتان به شهر تا بنگرد از هر کدام که طعام پاکیزه تری دارند برایتان بیاورد.

«ادْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا فَأَلْقُوهُ عَلَى وَجْهِ أَبِي يَأْتِ بَصِيراً»^۴ فرمود ببرید این پیراهن مرا و بیفکنید آن را بر صورت پدرم بینا خواهد شد. در آیه دوم که مربوط به بیع است کلام خداوند به صورت امر است و قرینه‌ی دال بر این که سبب خاصی بر تحقق وکالت مترتب شده باشد وجود ندارد.

۳-۲- روایات -از جابر بن عبدالله انصاری روایت شده است که گفته است قصد رفتن به خیبر را کردم. از این رو نزد رسول خدا صلی الله علیه وآله وسلم رفتم، سلام کردم و گفتم: من می‌خواهم به خیبر بروم. پس فرمود: وقتی ملاقات کردی وکیل مرا از او پانزده وسق خرما بگیر و اگر از تو نشانه

۱ - «الوكالة عقد شرع للاستنباه في التصرف ... و تفتقر إلى الإيجاب و القبول».

۲ - سوره توبه آیه ۶۰.

۳ - سوره کهف آیه ۱۹.

۴ - سوره یوسف آیه ۹۳.

ای خواست، دستت را بر روی ترقوه ی او بگذار. و روایت شده است که پیامبر (ص) وکیل فرمودند عمروبن امیه الضمری را در قبول نکاح ام حبیبه دختر ابی سفیان و وکیل کردند ابا رافع را در نکاح میمونه. و نیز روایت شده است از عروه بن جعد بارقی که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم یک دینار به من داد و فرمود: با آن یک گوسفند بخر. من با آن یک دینار دو گوسفند خریدم. پس هنگامی که بازمی گشتم در راه مردی به من رسید و خواست تا یکی از گوسفندان را به او بفروشم و من یکی از گوسفندان را به یک دینار به او فروختم و با یک دینار و یک گوسفند نزد پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم بازگشتم. پیامبر فرمودند چگونه عمل کردی و من عرض کردم چگونه (خرید و فروش) کردم، پس پیامبر فرمودند بارالها به معامله ای که او انجام دادند برکت ده (ابی جمهور، ۱۴۰۵، ۳، ۲۰۵ و ۲۵۶-۲۵۷).

ملاحظه- در روایت عروه بن جعد بارقی عمل به خریدن دلالت بر امر دارد یعنی به صرف اذن دادن امر وکالت در خرید محقق شده است.

۳-۳- اجماع - همه ی امت اسلامی در جمیع اعصار و امصار بر صحت وکالت اتفاق نظر دارند. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۲، ۳۶۰؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲، ۸۱؛ علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۵؛ جمال الدین حلی، ۱۴۰۷، ۳، ۳۰-۲۹؛ نک بحرانی، ۱۴۰۵، ۳، ۲۲) در واقع نیاز شدید به توکیل در بین مردم دلیل اجماع برجواز وکالت است زیرا هر کسی نمی تواند خود شخصاً تمام کارهایی را که نیاز دارد انجام دهد. از این رو ضرورت و احتیاج شدید به توکیل وادار ساخت مردم را به استنابت تا در انجام کارهای خود نایب بگیرند پس استنابه مشروعیت یافت. (یعنی شارع بنا بر نیاز مردم استنابه را امضاء نمودند. پس وکالت حقیقت عرفیه است). (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۵، ۷)

۳-۴- عقل - از دیگر ادله‌ی جواز صحت وکالت «عقل» است.^۱ یعنی عقلاً سبب مشروعیت وکالت ناشی از شدت حاجت به توکیل است؛ زیرا این که مردم در جمیع افعال خود مباشر باشند ممکن نیست پس وکالت عقلاً نیز جایز است.

۴- عبارات مشهور در توکیل عقدی

مشهور علماء معتقدند که وکالت عقد است و نیاز به ایجاب و قبول دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۵، ۹؛ ۱۴۲۰، ۳، ۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۵، ۲۳۷؛ ۱۴۱۰، ۴، ۳۶۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۱، ۱۹۶؛ نک طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۱۹؛ ایروانی، ۱۴۲۷، ۲، ۲۰۳). و مراد از ایجاب آن چیزی است که مطلقاً بر اذن دلالت کند خواه لفظ باشد یا اشاره یا کتابت. بلکه اگر رضای کسی در تصرف در مالش بدون لفظ، اشاره و کتابت معلوم باشد جواز تصرف در مال او و اینکه متصرف (مأذون) وکیل او باشد بعید نیست. و قبول نیز در تحقق وکالت همانند ایجاب معتبر است و ظاهر این است که مراد به قبول نیز اعم است یعنی لازم نیست به لفظ باشد بلکه می‌تواند به اشاره و کتابت باشد. و نیز در تحقق قبول به چیزی قبل از انجام فعل مورد وکالت نیازی نیست بلکه خود فعل و انجام کار موضوع وکالت (قبول فعلی) کفایت می‌کند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹، ۵۲۵؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۱، ۶۷۰). مانند آنکه موکل بگوید «تو را وکیل کردم در بیع» پس وکیل (در مقام قبول) بفروشد. و یا موکل امر کند وکیل را در خرید، و وکیل بخرد، ادله مشهور در اعتبار تحقق قبول با فعل این است که از وکلاء پیامبر (ص) چیزی غیر از امتثال امر نقل نشده است، بخاطر این که توکیل از جانب موکل اذن در تصرف است و موکل اذن داده به وکیل در تصرف، پس جایز است قبول در توکیل با انجام کاری که موکل اذن داده در انجام آن چنانچه در اذن در اکل طعام است که چون اذن است قبول لفظی نمی‌خواهد و مأذون می‌تواند به مجرد اذن صاحب طعام، طعام را بخورد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۵۱؛ علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۰؛ ۱۴۱۳، ۳، ۳۴۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۸، ۱۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۴۱۰، ۱۵۹؛ سیوری، ۱۴۰۴، ۲، ۲۷۹؛ بحرانی، بی تا، ۱۳، ۱۶۶). بعلاوه مشهور بر این عقیده است: اگر قائل بگوید «وکلتنی؟» = «آیا وکیل می‌کنی مرا؟» و مخاطب بگوید «بله» یا «اشاره» کند به آنچه که دلالت بر تصدیق نماید در ایجاب کفایت می‌کند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۵۱؛ علامه، ۱۴۱۳، ۳، ۳۴۹؛ ۱۴۱۴، ۱۵، ۹). مثل این که وکیل سوال کند که مرا وکیل کردی؟ و موکل سرش را به

^۱ - محقق اردبیلی که عقل را بعنوان دلیل چهارم احصاء کرده اند می‌فرمایند «و أما الرابع: فلان شدة الحاجة الى الوكالة ظاهرة، إذ لا يمكن لكل أحد مباشرة جميع ما يحتاج اليه من الافعال، و هو ظاهر». (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹، ۴۹۰؛ نک حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱، ۹؛ کتاب مناهل حائری، بی تا، ۴۰۶)

علامت قبول تکان دهد. جمعی از علماء نیز در تحقق ایجاب وکالت با اشاره‌ی مُفهمه و قبول وکالت با فعل، ادعای اجماع کرده اند (فیض کاشانی، بی تا، ۳، ۱۸۹؛ بحرانی، بی تا، ۱۳، ۱۶۵؛ نک حائری، ۱۴۱۸، ۱۰، ۵۳).

اعتبار تحقق وکالت با «بله» و «اشاره» در استفهام از دیدگاه مشهور این است که «بله» در کلام تقریر دارد و به این معناست «بله؛ وکیل کردم تو را» و «بله» کلمه‌ی جواب سوال است و جمله «وکیل کردم تو را» که دنباله‌ی جواب است محذوف است و ذکر نشده است یعنی این که موکل می‌گوید بله، بدین معناست که «بله وکیل کردم تو را» و کلمه‌ی «بله» نائب مناب جمله‌ی محذوف (تو را وکیل کردم) است. و همچنین «اشاره» ای که در جواب واقع می‌شود و دلالت بر مراد دارد به همین دلیل کفایت می‌کند. و قول قائل که می‌گوید «مرا وکیل کردی؟» استفهام است که ادات آن (آیا) حذف شده است یعنی قول قائل این بوده که آیا مرا وکیل کردی؟ و غرض از این استفهام سوال برای طلب فهم نیست بلکه درخواست انشاء وکالت به نحو استفهام تقریری است. یعنی اینکه قائل می‌گوید وکیل کردی مرا؟ یعنی وکیل کن مرا (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۸، ۱۷۸-۱۷۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۵، ۲۳۸). پس بنابر نظر مشهور این که قائل می‌گوید «وکلنتی؟» مرا وکیل کردی؟ می‌خواهد از مخاطب اقرار بگیرد که او را وکیل کرده است. و وقتی که مخاطب می‌گوید «بله» یا «اشاره» می‌کند این به معنای اقرار به وکیل کردن قائل است.^۱

۵- واکاوی عبارات مشهور

۵-۱- اکتفاء به استفهام در انشاء توکیل

در این مبحث فرض بر این است که اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط ندانیم کتابت و پیغام و مأذون بودن در تصرف کفایت می‌کند و اذن؛ ایجاب و قبول لفظی ندارد که ایجاب بلفظ شرط باشد لذا استفهام و اشاره در توکیل کفایت می‌کند. اما اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط بدانیم، ایجاب و

^۱ - مراد از حقیقت استفهام طلب فهم است که در این معنا استفهام حقیقی است. دومین صورت، استفهام انکاری ابطالی است و مقتضای این نوع استفهام انکار و ابطال مابعد جمله است یعنی مابعدش واقع نشده است مانند آیه ۱۴۹ صافات «أَلرَّیْکَ الْبَنَاتُ وَ لَهُمُ الْبَنُونَ» یعنی آیا پروردگارت دخترانی دارد و پسران از آن آنهاست؟ سومین صورت، استفهام انکاری توییحی است که مابعد آن واقع شده و فاعل و انجام دهنده مابعد این استفهام مورد توییح و ملامت است مانند آیه ۹۵ صافات «أَتَعْبُدُونَ مَا تَنْحِتُونَ» یعنی آیا چیزی را می‌پرستید که با دست خود می‌تراشید؟ چهارمین نوع، استفهام تقریری است که محل بحث ما است؛ معنای این استفهام برانگیختن مخاطب است برای اعتراف و اقرار به آنچه که نفی یا ثبوتش نزد او استقرار پیدا کرده است مانند این که قاضی بگوید «أُضْرِبْتُ زَيْدًا» آیا زید را زد؟ یعنی می‌خواهد مخاطب را به اعتراف و اقرار وادار نماید (المصری الانصاری، ۱۲۹۱، ۷-۴).

قبول لفظی همانند در بیع شرط است و مستلزم این است که در استفهام نیز قبول حاصل شود و استفهام برای انشاء در عقد مجرای خطاب صحیح باشد. و در مقام انعقاد عقد و ربط بین ایجاب و قبول، به اشاره در صورت اختیار و عدم عجز از نطق اکتفاء شود.

بنابراین اگر در توکیل قبول را شرط بدانیم استناهی در تصرف صرفاً مترتب بر وکالت است زیرا وکالت عقد است و در عقد ایجاب و قبول لازم است لذا استدعاء کفایت نمی‌کند به این که وکیل به موکل بگوید: «وکیل کن مرا» پس موکل بگوید: «وکیل کردم تو را»، بلکه قبول از طرف وکیل شرط است، پس وکیل بعد از این که استدعا کرد و موکل گفت «وکیل کردم تو را» باید بگوید: «قبول کردم» و مجرد استدعاء در قبول، قبل از این که موکل بگوید «وکیل کردم تو را» کفایت نمی‌کند. (علامه، ۱۵، ۱۴۱۴، ۱۳) در استفهام نیز به همین صورت است؛ اگر در توکیل، قبول را شرط دانستیم، استفهام (در قبول) کفایت نمی‌کند به اینکه وکیل به موکل بگوید: «مرا وکیل کردی؟» پس موکل بگوید نعم یا اشاره کند، بلکه قبول از طرف وکیل شرط است پس وکیل بعد از این که گفت «وکلنتی» و موکل گفت نعم یا اشاره کرد باید بگوید: «قبول کردم» حال اینکه در وکالت استفهامی، قبول بصورت صریح همانند در عقد حاصل نیست و استفهام تقریری است. یعنی وکیل میخواهد از مخاطب اقرار بگیرد که او را وکیل کرده است. و هنگامی که می‌گوید مرا وکیل کردی(؟) در مقام استخبار است، و آنگاه که موجب یا موکل می‌گوید نعم یا اشاره می‌کند بر آنچه که دلالت بر تصدیق پرسش دارد، تازه «ایجاب» وکالت محقق می‌شود. بنابراین اگر قبول را شرط بدانیم وکالت عقد است و مجرد استفهام در تحقق قبول، و توکیل عقدی کفایت نمی‌کند. زیرا جملات استفهامی مؤثر در مقام انشاء نیستند بنحوی که «نعم» در جواب استفهام احتمال خبر دارد یعنی کفایت نمی‌کند الا اینکه در جایی که بدانیم مخاطب قصد انشاء دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱، ۱۵-۱۴). زیرا حمل نظر مخاطب بر تثبیت و اقرار مطلبی، اخبار از گذشته است و کسی که خبر می‌دهد قصد انشاء ندارد مثلاً این که قائل می‌گوید مرا وکیل کردی؟ و مخاطب در جواب می‌گوید بله، و جمله بنابر قول مشهور این می‌شود که «بله تو را وکیل کردم» این اقرار، اخبار از وکیل کردن قائل در گذشته است و احتمال صدق و کذب نیز دارد حال آنکه انشاء چنین نیست.^۱ بعلاوه در عقود، عبارتی برای انشاء دلالت بر مقصود متعاقدين صلاحیت دارد که در آن عبارت مجرای خطاب صحیح جاری باشد.^۲ لذا استفهام در

۱ - «لأن الإقرار و الإنشاء يتنافيان، إذ الإقرار إخبار عن ماض و الإنشاء إحداث، و لأن الإقرار يحتمل الصدق و الكذب بخلاف الإنشاء» (شهید اول، بی تا، ۱، ۱۶۴؛ سیوری، ۱۴۰۳، ۱۳۹).

۲ - مقصود از جاری بودن مجرای خطاب صحیح این است که عبارت از مجازات مستنکره نباشد یعنی از مجازاتی نباشد که منکر شمرده می‌شوند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷، ۲۰۵ و ۳۵۰). مثل استفهام که از مجازات مستنکره است. و بر همین اساس است که علماء تحقق اعمال حقوقی مانند نکاح و طلاق را با استفهام صحیح نمی‌دانند (نک شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۱۹۴-۱۹۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸، ۱۴۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴، ۳۷۷؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۵؛ حلبی، ۱۴۱۷، ۳۴۱).

عقد مجرای خطاب صحیح نیست. اما اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط ندانیم کتابت و پیغام و مأذون بودن در تصرف کفایت می کند و اذن؛ احتیاج به ایجاب و قبول لفظی ندارد که ایجاب بلفظ شرط باشد لذا آن وقت استفهام و اشاره در توکیل ادنی کفایت می کند.

۲-۵- اکتفاء به اشاره در حالت اختیار و عدم عجز از نطق در انشاء توکیل

چنانکه اشاره شد در این مبحث سوال این است که آیا استفهام در مقام انشاء توکیل کافی است؟ آیا در مقام انعقاد عقد، اشاره در صورت اختیار و عدم عجز از نطق کفایت می کند؟ مرحوم علامه در «تحریر» آورده اند اشاره در صورت عجز از لفظ کفایت می کند (علامه، ۱۴۲۰، ۳، ۲۱). اما در «تذکره» و «قواعد» چون در وکالت قبول لفظی را شرط نمی دانند^۱ اشاره را بدون قید «عجز از لفظ» در ایجاب وکالت کافی دانسته است (علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۹؛ ۱۴۱۳، ۲، ۳۴۹). بنابراین اگر در توکیل، قبول لفظی را شرط بدانیم به قرینه ی اشتراط قبول لفظی، ایجاب و قبول لفظی همانند در بیع شرط است و مطلقاً کتابت و اشاره در توکیل کفایت نمی کند. زیرا یکی از عناصر اساسی در تحقق عقد لزوم تراضی است که به وسیله ی ایجاب و قبول صورت می گیرد یعنی خود ایجاب و قبول نیز که دلالت بر قصد باطنی دارد، کاشف از تراضی است،^۲ لذا در مقوله ی بین متعاقدين، الفاظ و اشارات بعنوان وسائل تعبیر اراده کاشف از تراضی است منتها در مقام کاشفیت از عقد، قاعده این است که اشاره تنها در صورت عجز از نطق طرفین یا یکی از آنها کفایت می کند^۳ (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۳، ۲۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷، ۳۴۸). یعنی مادامی که طرفین قادر به تلفظ باشند، اشاره در مقام کاشفیت از قصد و رضای باطنی کافی نیست^۴ (ماده ۱۹۲ ق.م). زیرا افعال و اشارات محل ظن است و عمل بر طبق ظن در بسیاری از موارد

۱ - علامه در تذکره بعد از بیان اقوال شافعیه مبنی بر اشتراط و عدم اشتراط قبول لفظی در وکالت می فرمایند این عدم اشتراط قبول لفظی در نزد ما صحیح تر است (علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۳). این دو وجهی که نقل کردیم یعنی اینکه یک دسته قبول لفظی را معتبر می دانند و دسته ی دیگر لازم نمی دانند در جایی است که موکل توکیل کند به صیغه عقد مانند این که بگوید: «وکلتک» یا «استبتکت» یا «فوضت الیک»، و اما اگر توکیل کند به صیغه ی امر - مثل این که بگوید: «بفروش» یا «بخر» - قبول لفظی در آن بصورت جزم و یقین شرط نیست، بلکه اطاعت از امر و انجام کار بنحو متعارف در آن کفایت می کند. (علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۱)

۲ - «یشترط فی العقد بعد تکلیف المتعاقدين، ما يدل علی الإیجاب و القبول من اللفظ، الدال علی القصد الباطنی صریحاً...» (فیض کاشانی، بی تا، ۲، ۲۵۹).

۳ - «و یکفی الإشارة الدالة علی الرضا علی الوجه المعین مع العجز عن النطق لخرس و غیره، و لا تکفی مع القدرة».

۴ - برخی از علماء در نکاح و طلاق اشاره را تنها در صورت عجز صحیح دانسته اند: «أما مع العجز عن النطق بها فیجوز العدول إلى ما يدل علی معناها و ینعقد النکاح و لو کان إشارة کما فی حق الأخرس» (محقق حلی، ۱۴۱۳، ۲۹۹).

«و لا یقع الطلاق بالکتابة و لا بغير الریبة مع القدرة علی التلفظ باللفظة المخصوصة و لا بالإشارة إلا مع العجز عن النطق».

و لا یقع الطلاق بالکتابة من الحاضر و هو قادر علی التلفظ نعم لو عجز عن النطق فکتب ناویا به الطلاق صح و قبل یقع بالکتابة إذا کان غائباً عن الزوجة و لیس بمعتدماً (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۳، ۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۴، ۶۰؛ ۱۴۱۳، ۳، ۱۲۷؛ محقق ثانی، ۱۴۰۹، ۱، ۲۰۱؛ جزیری و همکاران، ۱۴۱۹، ۴، ۳۹۹).

موجب اختلاف و تنازع است. پس تا زمانی که طرفین قادر به تلفظ باشند اصلاً اشاره برای انشاء در عقد صحیح نیست.^۱ تا در مقام انعقاد عقد به اشاره در حالت اختیار و عدم عجز از نطق اکتفاء شود. لذا آنچه را که علامه و جمعی از علماء گفته اند که در ایجاب وکالت، به اشاره در حالت اختیار اکتفاء می‌شود مقتضای این عبارت دلالت بر اباحه دارد (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۵، ۲۳۹). یعنی در اباحه ی تصرف و اذن احتیاجی به ایجاب و قبول لفظی نیست که ایجاب بلفظ شرط باشد لذا کتابت و پیغام و اشاره و بلکه اشاره در حالت اختیار و عدم عجز در توکیل اذنی کفایت می‌کند.

۵-۳- عدم اشتراط قبول لفظی و اکتفاء به قبول فعلی

چنانکه اشاره شد مشهور معتقد است که وکالت عقد است اما اگر کسی به دیگری گفت: «وکیل کردم تو را در فروش خانه ام» و او خانه را بدون قبول فروخت بیع صحیح است. ظاهر اطلاق این کلام علماء صحت بیع است ولو اینکه بیع قبل از قبول باشد. و قرارداد خود بیع بعنوان قبول، خلاف متبادر و متفاهم از کلمات فقهاء است، بله می‌توان گفت این کلام فقها مطلق است و اطلاق آن انصراف دارد به صورت تقدم قبول بر بیع یعنی انصراف دارد به آنجا که اول قبول کرده بعد خانه را فروخته، اما بدون قبول لفظی، توکیل عقدی محقق نشده و علی هذا باید گفت اگر قبول حاصل نشده، بیع فضولی واقع شده است حال آنکه فقها نمی‌گویند که بیع فضولی است (نک سبزواری، ۱۴۱۳، ۲۱، ۱۹۶؛ ۲۰، ۳۰۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۱، ۱۱۹). حال سوال این است که آیا لازمه ی صحت این بیع این است که قبول لفظی در توکیل شرط نیست و قبول فعلی در مقام انعقاد عقد کفایت می‌کند؟ آیا قبول فعلی حاصل است؟ تا اینکه صحت بیع از توکیل عقدی استنباط شود؟ یا اینکه قبول مطلقاً حاصل نیست؟ و فعل فروش متعلق وکالت از این جهت صحیح واقع است که صحت فعل مترتب بر وکالت بر امر و اذن هم مترتب است. لذا در این مبحث اکتفاء به قبول فعلی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۳-۵- قبول لفظی

مشهور که وکالت را عقد می‌دانند بر این عقیده است که قبول لفظی در وکالت شرط نیست و قبول فعلی کفایت می‌کند. در این مبحث قول علامه رحمه الله راجع قبول وکالت را که اکثریت علماء آن را پذیرفته اند و در فقه شهرت یافته است مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

^۱ - زیرا علماء بر اعتبار لفظ در صورت «تمکن از لفظ» اجماع کرده اند و چون اجماع مختص تمکن است در صورت عدم عجز اشاره کفایت نمی‌کند (نائینی، ۱۴۱۳، ۱، ۲۷۳).

علامه در تذکره می‌فرماید؛ قبول دو معنا دارد یک معنا رضا و رغبت (وکیل) است که نقیض رد است و معنای دیگر قبول به صورت لفظ است، که در بیع و سایر معاملات معتبر است، در وکالت قبول در معنای نخست معتبر است... و اما قبول به معنای دوم (قبول لفظی) در این جا شرط نیست زیرا وکالت اباحه و رفع حجر وکیل در تصرف است پس شبیه اباحه‌ی طعام است و نیاز به قبول لفظی ندارد، و این نیز یک قول شافعیه است.. قول دوم شافعیه این است که قبول لفظی شرط است... و وجه صحیح نزد ما این است که قبول به معنای دوم در توکیل شرط نمی‌باشد، چرا که وکالت اباحه‌ی تصرف و رفع حجر وکیل در تصرف در مال موکل است (یعنی قبل از توکیل، وکیل حق تصرف در مال موکل را نداشت موکل مباح کرد تصرف را برای او به توکیل پس توکیل اباحه تصرف و رفع منع از تصرف وکیل است) پس توکیل شبیه اباحه طعام است که احتیاج به قبول لفظی ندارد... پس بنا بر آنچه ذکر کردم وکیل اگر خواست قبول می‌کند بلفظ و می‌گوید قَبِلْتُ و اگر خواست تصرف می‌کند و عمل را انجام دهد بدون اینکه لفظاً قبول کند و همین تصرف و انجام عمل از جانب وکیل، قبول خواهد بود... و توکیل به قبول لفظی و قولی احتیاج ندارد زیرا توکیل امر و اباحه است (علامه، ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۱-۱۰). بنابراین موکل در توکیل امر می‌کند و مباح می‌کند تصرف را برای وکیل پس محتاج قبول لفظی نیست. حال سوال است که آیا در وکالت قبول مطلقاً شرط است؟ یعنی آیا وکالت هم با قبول لفظی مبتنی بر عقد حاصل است و هم با قبول فعلی مبتنی بر عقد حاصل است؟ اگر چنین باشد برخلاف عبارتی است که فرموده قبول دو معنا دارد و در وکالت قبول در معنای اول یعنی رضا و رغبت وکیل معتبر است. زیرا فرموده است که قبول لفظی در وکالت شرط نیست. اما آیا مقصود این است که به قبول فعلی توکیل مبتنی بر عقد حاصل است؟ یعنی همین که بفروشد، آیا صحت فعل فروش ناشی از عقد وکالت است؟ یا اینکه مقصود این است که صحت فعل وکالت هم بر صیغه‌ی ایجاب و قبول حاصل است و هم صحت فعل با امر و اذن که در آن قبول لفظی شرط نیست صحیح است؟ اگر چنین باشد علامه بنا بر اینکه از وکلاء پیامبر (ص) چیزی غیر از امتثال امر نقل نشده است، صحت فعل فروش را مبتنی بر اذن و امر ترجیح داده است چرا که فرموده است در وکالت قبول فعلی کفایت می‌کند.

۲-۳-۵- قبول فعلی

بنا بر آنچه ذکر شد از کلام علامه استنباط می‌شود که توکیل دو نوع است؛ توکیلی که در آن قبول لفظی شرط است و توکیلی که در آن قبول فعلی کفایت می‌کند.

حال سوال این است که مقصود در موردی که می‌فرمایند اگر کسی به دیگری بگوید «وکیلی در فروش خانه ام» و او بفروشد بیع صحیح است آیا صحت بیع مبتنی بر قبول فعلی وکالت است؟ حالا اگر قبول فعلی مراد است آیا در این توکیل، قبول فعلی حاصل است تا اینکه صحت بیع از توکیل

عقدی استنباط شود یا اینکه قبول حقیقتاً شرط نیست؟ لذا در این مبحث صحت و سقم قبول فعلی را در چنین بیعی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در فرض مسئله، اگر صحت بیع را ناشی از توکیل عقدی بدانیم جواز صحت فعل متوقف بر تحقق وکالت است یعنی اگر کسی به دیگری گفت: «وکیل کردم تو را در فروش خانه ام» فروش خانه وقتی جائز و صحیح است که وکالت محقق شده باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۱۷، ۲۰۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷، ۳۴۹). پس اگر کسی ادعا کند و بگوید تحقق وکالت مقارن با تحقق بیع است یعنی به محض تمام شدن بیع، وکالت هم محقق می‌شود و همین مقدار مقارنه کفایت می‌کند در این که فعل وکالتاً از عقد واقع شده باشد، ما می‌گوییم منع این دعوا واضح است زیرا این دعوا با اصل بقاء مال بر ملک موکل منافات دارد (نجفی، همان). یعنی ما شک داریم به این فروش که بتمام شدن آن وکالت محقق می‌شود و مال از ملک موکل به ملک مشتری منتقل شد، در این جا اصل بقاء مال در ملک موکل و عدم انتقال آن به مشتری است.

بعلاوه فعل در مورد مذکور مانند قبول معاطاتی در بیع که به فعل واقع می‌شود نیست چرا که در بیع بین تمامیت فعل و تمامیت بیع منافاتی نیست برخلاف محل بحث ما که صحت فعل مفروض بعنوان قبول، متوقف بر تحقق عقد وکالت است، یعنی تا فعل محقق نشود وکالتی در کار نیست. پس فعل وقتی واقع می‌شود، وکالت موکل ناشی از عقد نیست چرا که هنوز وکالت محقق نشده است و از این جهت است که علامه گفته اند به قبول فعلی اکتفاء می‌شود (نجفی، همان). یعنی همین که علامه فرموده اند اکتفاء می‌شود به قبول فعلی خود دلیل است بر اینکه فعل حقیقتاً قبول نیست لکن این فرمایش علامه محل اشکال واقع است اول اینکه فرمایش ایشان منافات دارد با آنچه فقها بر آن اجماع نموده اند که عبارت است از اینکه وکالت از عقود است؛ عقودی که کفایت نمی‌کند در قبول آنها مثل این قبول یعنی فعلی که مانند امثال اوامر و قضاء حوائج محتاجان و اجابت التماس اشخاص است، بلکه این افعال مانند این است که کسی از ما درخواست و استدعایی کند و ما درخواست او را اجابت کنیم و این چنین افعالی معلوم است که قبول عقد نیستند. اشکال دوم بر فرمایش مرحوم علامه این است که آنچه مورد اتفاق علماء است وقوع قبول وکالت بصورت عقد یا وقوع قبول وکالت بصورت معاطات بسبب فعل است و لازمه‌ی این فرمایش و اجماع علما این نیست که قبول، فعلی است که از آثار وکالت و متعلق وکالت است بلکه قبول معاطاتی می‌باشد به انجام کاری غیر از انجام متعلق وکالت از اشاره و یا انجام کارهایی است که مقدمات وکالت هستند... (نجفی، همان).

بعلاوه اگر قیام اتیان وکیل را در آنچه وکیل شده در آن، انشاء قبول بدانیم ترتیب وکالت بر

قبول فعلی به نحو ترتیب عقد بر ایجاب و قبول است و این بدان معناست که وکالت محقق می‌شود قبل از سبب آن که ایجاب و قبول باشد پس لازمه‌ی آن این است که فعل به اعتبار وکالت عقدی محقق نشده است زیرا بنا بر اعتبار قبول فعلی در اینجا وکالت مترتب بر فعل است در صورتی که وکالت مؤخر از فعل است. یعنی اگر بگوییم قبول معتبر است چون فعل باید کاملاً به اتمام برسد تا با انجام عمل قبول محقق شود، فعل از سبب که اتمام کار باشد (قبول فعلی) ناشی نشده است. زیرا زمانی قبول فعلی محقق می‌شود که فعل به اتمام برسد، چرا که به ضرورت معقول نیست که محقق شیء متحقق از آن شیء باشد (بهبهانی، ۱۴۰۵، ۲، ۴۸۲). زیرا چیزی که یک چیز دیگری را بوجود می‌آورد نمی‌تواند از آن چیز بوجود آمده باشد. فعل وکالت را بوجود می‌آورد آن وقت فعل از وکالت بوجود آمده است! تا فعل تمام نشود توکیل از عقد محقق نمی‌شود.

اصولاً وجود متأخر قبل از وجود متقدم، بودن متأخر را در عنوان متأخر نقض می‌کند. لذا بنا بر رابطه‌ی «تقدم و تأخر رتبی»^۱ بیع که متأخر است قبل از وکالت عقدی بوجود آمده است در صورتی که وکالت سبب بیع است یعنی اگر به بیع عنوان تأخر دهیم که بیع ناشی از وکالت است و بیع متأخر است لازمه‌اش این است که هرگز نتواند قبل از عقد وکالت وجود پیدا کند. لذا اگر صحت بیع را ناشی از توکیل عقدی بدانیم، مسبب قبل از سبب بوجود می‌آید و این نیز محال است. با این توضیح در چنین بیعی که قبول لفظی شرط نیست قبول فعلی هم حقیقتاً حاصل نیست پس لازم می‌آید که چنین بیعی فضولی باشد اما علماء چنین بیعی را فضولی ندانسته‌اند بنابراین آنچه از عبارت علامه در تذکره ظاهر است اینکه صحت فعل (فروش) را از این جهت معتبر بدانیم که صحت فعل مترتب بر وکالت بر امر و اذن هم مترتب است. پس مقصود علامه از عدم اشتراط قبول لفظی و اکتفاء به رضای وکیل (بصورت فعل) این است که در چنین بیعی توکیل، عقدی محض نیست بلکه اباحه محض است (نک حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱، ۱۳-۱۲). زیرا عقد لفظی در مورد اذن و امر وجود ندارد و معنای عقد هم ربط بین ایجاب و قبول است و اذن و امر رخصت و اباحه تصرف در انجام کار است. منتها چون در مشروعیت امر و اذن و صحت افعالی که بر اساس آنها واقع می‌شود اختلافی نیست همانند وکالت، بر مجرد اذن و امر صحت فعلی که اذن داده شده یا امر شده مترتب می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷، ۳۴۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۳، ۴۷۶). بنابراین چنین بیعی فضولی نیست چون صحت فعل مترتب بر وکالت بر امر و اذن هم مترتب است و از این جهت در چنین بیعی توکیل اذنی هم حاصل است یعنی همانطور که فعل وکیل با تحقق وکالت صحیح است فعل مأمور و مأذون هم با تحقق امر و اذن صحیح است.

^۱ - رک شهید صدر؛ دروس فی علم الاصول، ج اول، ص ۱۲۰-۱۱۹.

و مبنای تحقق قبول با فعل و اکتفاء به آن علی رغم عدم تحصیل حقیقت قبول در فقه این است که از وکلاء پیامبر (ص) چیزی غیر از امثال امر نقل نشده است، یعنی در روایات نیامده است که وکلاء پیامبر وکالت را لفظاً قبول کرده باشند و چنانکه اشاره شد از دیدگاه مشهور چون توکیل از جانب موکل اذن در تصرف است و موکل اذن داده به وکیل در تصرف، پس قبول در توکیل با انجام کاری که موکل اذن داده در انجام آن جایز است. زیرا اگر در بیعی که محل بحث است قائل به این شویم که «قبول فعلی» حاصل است و صحت بیع از «توکیل عقدی» استنباط می شود چنین استدلالی با این اعتقاد علامه که در وکالت به قبول فعلی اکتفاء کرده است و اینکه وکالت شبیه اباحه طعام باشد در تضاد است. زیرا در اکل طعام که اباحه تصرف است ایجاب و قبول وجود ندارد بعلاوه معنا پیدا نمی کند که فرد وکیل در اکل طعام باشد بلکه معنا پیدا می کند که مأذون در اکل طعام باشد و این عبارت علامه مستلزم این است که توکیل در این بیع حاصل نیست مگر به اعتبار ترتب صحت افعال وکالت بر اذن و اینکه صحت فعل مترتب بر وکالت بر اذن و امر هم مترتب است.

۵-۴- قول به عدم اشتراط موالات در وکالت بنا بر جواز توکیل غایب

در وکالت مشهور علماء با توجه به جواز توکیل غایب، موالات و اقتران بین ایجاب و قبول را لازم ندانسته اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۲، ۳۶۷-۳۶۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲، ۸۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۱۵۱؛ سیوری، ۱۴۰۴، ۲، ۲۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۵۹؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۱، ۶۷۱). لذا سوال این است که آیا جواز تأخیر قبول از ایجاب یا عدم اشتراط موالات در وکالت با استناد به جواز توکیل غایب صحیح است؟

برخی معتقدند در وکالت فوریت قبول و مقارنه‌ی قبول با ایجاب شرط نیست بلکه تأخیر قبول از ایجاب جایز است به نحوی که اگر کسی به دیگری در بیع چیزی وکالت دهد و خبر این وکالت پس از یک سال به قابل برسد و او بیع را انجام دهد یا بگوید قبول کردم یا بعد از مدت زیادی فعل امر شده را انجام دهد صحیح است زیرا قبول وکلاء پیامبر (ص) به فعل و با تأخیر از توکیل همراه بوده است (علامه، ۱۴۱۳، ۳، ۳۴۹؛ ۱۴۲۰، ۳، ۲۲؛ ۱۴۱۰، ۱، ۴۱۷؛ ۱۴۱۴، ۱۵، ۱۱؛ نک فیض، بی تا، ۳، ۱۸۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۸، ۱۷۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۲۱، ۱۵). برخی دیگر معتقدند ظاهر کلام علامه در تذکره این است که این حکم مبتنی بر اجماع است چرا که ایشان تأخیر در قبول را اگرچه تا یک سال باشد جایز دانسته و به اصحاب نسبت داده است. اما معتقدند تعلیل ایشان در جواز تراخی در قبول بنا بر توکیل غایب، خالی از دور نیست، زیرا جواز توکیل غایب فرع جواز تراخی و تأخیر در قبول است چرا که اگر گفتیم فوریت در قبول لازم است توکیل غایب صحیح نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳،

۵، ۲۳۹). بنابراین سزاوار است که وکیل قبل از انجام عمل به وکالت راضی باشد تا وکالت به رضای قبل از فعل حاصل شود نه بنحو فعل - ولی این احتمال نیز وجود دارد که وکالت به خود فعل حاصل شود چنانچه مرحوم علامه فرموده چرا که توکیل به منزله‌ی امر است و شکی نیست در حصول امتثال با انجام عمل مأموریه و همین معنا ظاهر است (یعنی ظاهر این است که توکیل به منزله‌ی امر است و لذا قبول فعلی هم در آن کفایت می‌کند) و علی‌هذا نیازی نیست که وکالت قبل از فعل حاصل شود و وکیل قبل از فعل وکیل باشد بلکه در زمان فعل هم لازم نیست وکیل باشد چرا که فعل بنابر اذن موکل کفایت می‌کند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹، ۵۲۹).

لذا مقتضای عقد وکالت نیست که بین ایجاب و قبول فاصله بیفتد بلکه چنین فاصله‌ای ممکن است از باب امر و اعلام و اذن باشد و سزاوار نیست که از توکیل غایب، صحت تأخیر قبول استفاده شود و یا بر مبنای اعتبار توکیل غایب صحت تأخیر قبول وکیل حاضر استفاده گردد بنحوی که در وکالت حاضری که موکل به قابل می‌گوید تو را وکیل کردم او سکوت کند و جوابی ندهد اما بعد از یک سال بگوید قبول کردم، ما بگوییم چون توکیل غایب جایز است پس تأخیر این قبول نیز جایز است زیرا چنین تأخیری در قبول، در عرف عرب قبول تلقی نمی‌شود لذا در فساد استدلال مذکور تأمل لازم نیست، بله اگر اجماعی باشد حجت است و می‌توان گفت که قبول در وکالت می‌تواند با تأخیر صورت گیرد و فوریت در قبول لازم نیست اما اگر اجماعی نباشد تأخیر قبول مقطوع الفساد است و آنچه از موکل غایب صادر می‌شود اذن و امر است نه توکیل و عقد وکالت با قبول متأخر (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷، ۳۵۱). لذا در مورد عدم اشتراط مقارنه بین ایجاب و قبول در وکالت بنابر صحت توکیل غایب، ظاهر این است که قول به صحت توکیل غایب مبتنی است بر عدم توقف توکیل غایب بر عقد و الا اگر ما صحت توکیل غایب را ناشی از عقد بدانیم در عقد موالات بین ایجاب و قبول شرط است لذا باید ملتزم شویم به عدم جواز توکیل غایب. از طرفی نیز این که غایب بتواند توکیل داشته باشد مبتنی است بر مبنای ما در صحت توکیل اذنی، زیرا واضح است اگر صحت توکیل غایب را ناشی از اذن بدانیم قبول مطلقاً مؤثر نیست تا اینکه از توکیل غایب، صحت تأخیر قبول افاده شود.

علی‌هذا توکیل غایب متوقف بر عقد نیست. به فرع نمی‌توان استناد کرد برای اصل. اگر توکیل صرفاً متوقف بر عقد باشد نیاز به ایجاب و قبول دارد و موالات نیز شرط است اما اگر توکیل متوقف بر عقد نباشد و موالات شرط نباشد غایب می‌تواند توکیل کند. بنابراین نتیجه می‌شود؛ اینکه غایب می‌تواند توکیل کند اینجا بین ایجاب و قبول فاصله می‌افتد و این دلیل است بر اینکه منشاء اعتبار توکیل غایب، اذن موکل است چرا که موالات بین ایجاب و قبول در عقد شرط است. از طرفی اعتقاد به اینکه باید بین ایجاب و قبول موالات باشد با اعتقاد به اینکه وکیل می‌تواند از مجلس توکیل، غایب

باشد و اینکه غایب را می‌توان وکیل کرد قابل جمع نیست.

لذا اگر ما قائل به این شویم که توکیل متوقف بر عقد است و در عقد هم موالات شرط است غایب را نمی‌توان وکیل کرد مگر اینکه ثابت کنیم که توکیل صرفاً مبتنی بر عقد نیست یا اگر مبتنی بر عقد است باید ثابت کرد که موالات در عقد وکالت شرط نیست تا اینکه قائل به این شویم که غایب را می‌توان وکیل کرد ثانیاً اینکه غایب را می‌توان وکیل کرد یا نه؟ فرع بر مبنای ماست که ما یا بگوییم توکیل صرفاً متوقف بر عقد نیست یا موالات در عقد شرط نیست. ملاحظه کنید که غایب را می‌توان وکیل کرد با فرض این که ایجاب و قبول پشت سرهم نمی‌تواند باشد. اینکه یا توکیل صرفاً متوقف بر عقد نباشد یا در عقد وکالت موالات بین ایجاب و قبول شرط نباشد آن وقت است که غایب را می‌توان وکیل کرد اما اگر قائل شویم به اینکه توکیل صرفاً متوقف بر عقد است و بین ایجاب و قبول هم باید موالات باشد غایب را نمی‌توان وکیل کرد چون موالات در توکیل غایب حاصل نمی‌شود.

لذا این استدلال که از توکیل غایب صحت تأخیر قبول و عدم اشتراط موالات در توکیل و عقد افاده شود، مصادره بر مطلوب است زیرا فرع مدعی بعنوان دلیل مدعی مطرح می‌شود؛ علی‌هذا غایب را در صورتی می‌توان وکیل کرد که توکیل متوقف بر عقد نباشد یا موالات در عقد شرط نباشد پس اینکه غایب را می‌توان وکیل کرد فرع و متفرع است بر این که توکیل متوقف بر عقد نباشد یا موالات در عقد شرط نباشد و فرع مدعی را نمی‌توان به عنوان دلیل بر مدعی ذکر کرد.

الحاصل توکیل صرفاً متوقف بر عقد (وکالت) نیست بلکه چنانکه سابقاً اشاره شد صحت فعل وکالت بر اذن و امر هم مترتب است لذا به این اعتبار توکیل غایب هم صحیح است مثلاً اگر ما قائل به این شویم که وکالت مبتنی بر ایجاب و قبول است و موالات عرفی هم شرط است اینکه کسی به دیگری در بیع چیزی وکالت دهد و خبر این وکالت پس از یک سال به قابل برسد و او بیع را انجام دهد یا بگوید قبول کردم و بیع را انجام دهد و در نزد عرف بنا بر گذشتن چنین مدت زیادی موالات حاصل نباشد و چنین بیعی بنا بر عقد و شرایط آن صحیح نباشد صحت چنین بیعی بنا بر اذن و امر مشروعیت دارد یعنی همین که مخاطب یا قابل، فعل امر شده را انجام دهد بیع صحیح است چرا که قبول و کلاء پیامبر (ص) به فعل و با تأخیر از توکیل همراه بوده است و در روایات چیزی غیر از امثال امر نقل نشده است، لذا صحت توکیل غایب هم می‌تواند ناشی از امر و اذن باشد. و صرفاً از این جهت است که غایب را بدون وجود موالات می‌توان وکیل کرد.

۶- وکالت به نحو شرط نتیجه

سوالی که در این مبحث مطرح است اینکه آیا وکالت از اموری است که برای تحقق آن از طرف شارع صیغه ی (لفظ) خاص شرعی مقرر شده است یا اینکه وکالت صیغه ی خاصی ندارد و به شرط نتیجه محقق می شود؟

برخی از علماء در شرط نتیجه می فرمایند که اگر شرط از اموری باشد که بنا بر دلیل شرعی جز با سبب شرعی خاص محقق نشود مانند زوجیت و طلاق که به شرط فعل بر می گردد و دلالت بر صیغه ی خاص دارد، بدلیل مخالفت آن با کتاب و سنت شرط فاسد است. اما اگر شرط از اموری باشد که از طرف شارع سبب خاصی نداشته باشد مانند وصیت و وکالت اشکالی ندارد و به نفس اشتراط واقع می شود. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۶۰-۵۹) در نکاح و طلاق چون شارع صیغه و سبب خاص قرار داده است نکاح و طلاق نتیجه ی اجرای صیغه ی آنهاست مثلاً چنانچه بایع به همسرش بگوید ماشینم را به تو فروختم به شرط اینکه تو مطلقه باشی در اینجا شرط باطل است و طلاق واقع نمی شود. اما اگر بایع به خریدار بگوید من ماشینم را می فروشم به شما به شرط اینکه شما وکیل من باشی در فروش خانه ام و خریدار بپذیرد، در اینجا وکالت به نفس اشتراط حاصل می شود. بنابراین اگر قائل شویم به اینکه توکیل صرفاً متوقف بر عقد است وکالت به نحو شرط نتیجه محقق نمی شود زیرا در این صورت وکالت مبتنی بر سبب است و نتیجه عقد بدون سبب محقق نمی شود. بنابراین اعتقاد به اینکه توکیل صرفاً متوقف بر عقد وکالت است با اعتقاد به اینکه توکیل به شرط نتیجه واقع می شود قابل جمع نیست مگر اینکه قائل شویم به اینکه توکیل علاوه بر صیغه ی عقد با اذن و امر هم نافذ است که در اینصورت نیاز به سبب عقدی ندارد و به نحو شرط نتیجه واقع می شود منتهی باید آثار اذن را بر توکیل مترتب نمود حتی اگر در ضمن عقد لازم باشد.

۷- نتیجه گیری

لذا از آنچه در مورد وکالت از کلام مشهور بیان شد وکالت عقد است و به صیغه ی ایجاب و قبول واقع میشود منتها در جایی که موکل دیگری را وکیل کرده است در بیع و او بدون قبول لفظی می فروشد یا می خرد بیع صحیح است البته نه از جهت تحقق وکالت به ایجاب و قبول، بلکه از جهت اینکه از وکلاء پیامبر (ص) چیزی غیر از امتثال امر نقل نشده است، افعال توکیلی که بر اساس امر و اذن واقع می شود مشروعیت دارد و لذا صحت فعل مترتب بر وکالت، بر امر و اذن هم مترتب است و از این جهت توکیل اذنی هم حاصل است.

بعلاوه صحت توکیل غایب، توکیل استفهامی و اکتفاء به اشاره ی مفهمه در حالت اختیار و عدم عجز از نطق مستند است به اینکه صحت افعال وکالت بر اذن مترتب است و در این موارد توکیل اذنی

حاصل است.

۸- فهرست منابع

- ۱- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، (۱۴۰۵)، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة*، دار سید الشهداء للنشر، قم.
- ۲- ابن ادریس، حلی محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
- ۳- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع- دار صادر، بیروت، چاپ سوم.
- ۴- ابن هشام جمال الدین ابی محمد عبدالله بن یوسف المصری الانصارى، (۱۲۹۱)، *معنی اللیب الاعاریب*، المكتبة العلمية الاسلامیة، طهران.
- ۵- اردبیلی، احمد بن محمد، (۱۴۰۳)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۶- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۵)، *کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (ط- الحدیثه)*، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
- ۷- ایروانی، باقر، (۱۴۲۷)، *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، چاپ دوم.
- ۸- بحرانی، آل عصفور حسین بن محمد، (بی تا)، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)*، مجمع البحوث العلمیة، قم.
- ۹- بحرانی، آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵)، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، جلد ۲۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۱۰- بهبهانی، سید علی، (۱۴۰۵)، *الفوائد العلیة- القواعد الکلیة*، جلد ۲، کتابخانه دارالعلم، اهواز.
- ۱۱- جزیری، عبدالرحمن - غروی، سید محمد- یاسر مزاح، (۱۴۱۹)، *الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، دار الثقلین، بیروت.
- ۱۲- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰)، *الصحاح - تاج الفه و صحاح العربیة*، دار العلم للملایین، بیروت.
- ۱۳- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل، موسسه آل البيت علیهم السلام*، قم.
- ۱۴- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، (۱۴۱۹)، *مفتاح الكرامة (ط- الحدیثه)*، جلد ۱۷ و ۲۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

- ١٥- حلبى، ابن زهره حمزة بن على حسينى، (١٤١٧)، *غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع*، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم.
- ١٦- حلبى، جمال الدين احمد بن محمد اسدى، (١٤٠٧)، *المهذب البارع فى شرح المختصر النافع*، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، قم.
- ١٧- حلبى، مقداد بن عبدالله سيورى، (١٤٠٤)، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى- ره، قم.
- ١٨- خوانسارى، سيد احمد بن يوسف، (١٤٠٥)، *جامع المدارك فى شرح مختصر النافع*، مؤسسه اسماعيليان، قم، چاپ دوم.
- ١٩- سيزوارى، سيدعبدالأعلى، (١٤١٣)، *مهذب الأحكام فى بيان الحلال و الحرام*، جلد ٢١ و ٢٠، موسسه المنار، قم، چاپ چهارم.
- ٢٠- سعدى ابو جيب، (١٤٠٨)، *القاموس الفقهي لغته و اصطلاحها*، دار الفكر، دمشق، چاپ دوم.
- ٢١- صدر، شهيد سيد محمد باقر، (١٤٣٦)، *دروس فى علم الاصول*، جلد ١، انتشارات دار الصدر، قم، چاپ هشتم.
- ٢٢- طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، (١٤١٤)، *تكملة العروة الوثقى*، جلد ١، كتابفروشى داورى، قم.
- ٢٣- طباطبايى حكيم، سيد محسن، (١٤١٦)، *مستمسك العروة الوثقى*، جلد ١٣ و ١٤، موسسه دار التفسير، قم.
- ٢٤- طريحي، فخرالدين، (١٤١٦)، *مجمع البحرين*، كتابفروشى مرتضوى، تهران، چاپ سوم.
- ٢٥- طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن، (١٣٨٧)، *المبسوط فى فقه الإمامية*، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران، چاپ سوم.
- ٢٦- عاملى، شهيد اول محمد بن مكى، (١٤١٠)، *اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية*، دار التراث-الدار الإسلامية، بيروت.
- ٢٧- عاملى، شهيد ثانى زين الدين بن على، (١٤١٠)، *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر)*، جلد ٤ و ٣، كتابفروشى داورى، قم.
- ٢٨- عاملى، شهيد ثانى زين الدين بن على، (١٤١٣)، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، مؤسسه المعارف الإسلامية، قم.
- ٢٩- عاملى، كركى محقق ثانى على بن حسين، (١٤١٤)، *جامع المقاصد فى شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چاپ دوم.
- ٣٠- عاملى، كركى محقق ثانى على بن حسين، (١٤٠٩)، *رسائل*، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى و دفتر نشر اسلامى، قم.
- ٣١- علامه حلبى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، (١٤١٤)، *تذكرة الفقهاء (ط - الحديثية)*، مؤسسه

- آل البيت عليهم السلام، قم.
- ۳۲- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰)، **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه**، جلد ۴ و ۳، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم.
- ۳۳- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳)، **قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام**، جلد ۳ و ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۳۴- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۰)، **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**، جلد ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۳۵- فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، **کتاب العین**، نشر هجرت، قم، چاپ دوم.
- ۳۶- فقہانی، علی بن علی بن محمد بن طلی، (۱۴۱۸)، **الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود - رساله فی العقود و الإیقات**، مکتبه امام العصر (عج) العلمیه، قم.
- ۳۷- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (بی تا)، **مفاتیح الشرائع**، جلد ۳ و ۲، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم.
- ۳۸- فیومی، احمد بن محمد مقری، (بی تا)، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی**، منشورات دار الرضی، قم.
- ۳۹- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۱۳)، **الرسائل التسع**، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم.
- ۴۰- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد ۳ و ۲، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم.
- ۴۱- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، (۱۴۲۳)، **کفایة الأحكام**، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۴۲- محمود عبدالرحمان، (بی تا)، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیة**، بی جا.
- ۴۳- موسوی خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۸)، **موسوعة الإمام الخوئی**، جلد ۳۳ و ۳۱، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم.
- ۴۴- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۱۳)، **المکاسب و البیع**، جلد ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- ۴۵- نجفی، کاشف الغطاء حسن بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲)، **أنوار الفقاهة - کتاب النکاح**، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف.
- ۴۶- نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- ۴۷- واسطی، زبیدی حنفی، (۱۴۱۴)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت.



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی