

# بررسی فقهی - حقوقی موضوع نمایندگی با نگاهی به نظام حقوقی انگلیس

تاریخ دریافت: ۸۸/۴/۲۷

تاریخ تأیید: ۸۸/۸/۱۳

جلیل قنواتی\*  
مصطفی نصرآبادی\*\*

۶۳

حقوق اسلامی / سال ششم / شماره ۲۳ / زمستان ۱۳۸۸

## چکیده

در قلمرو نمایندگی از جهت موضوع، سه شرط مطرح است که عبارت‌اند از: ۱. قابلیت نمایندگی؛ ۲. توانایی اصیل بر انجام موضوع نمایندگی؛ ۳. معلوم بودن موضوع نمایندگی. درباره شرط اول، سه نظریه از سوی فقیهان و حقوقدانان ایران بیان شده است که در این مقاله اصل کلی قابلیت نمایندگی در هر امری - جز مواردی که قانونگذار استثنا کرده باشد - مورد پذیرش قرار گرفته است، در حالی که در حقوق انگلیس به دلیل آشکار بودن مسئله از نگاه حقوقدانان شان، چندان به آن پرداخته نشده است. درباره شرط دوم نیز با توجه به مبنای نمایندگی در هر سه نظام حقوقی مذکور، دیدگاه یکسانی وجود دارد؛ یعنی فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن باشد. درباره شرط سوم، علم اجمالی به موضوع نمایندگی در هر سه نظام حقوقی کافی است و با توجه به لزوم رعایت امانت و غبطه اصیل و داشتن حسن نیت در انجام معاملات توسط نماینده، غرر احتمالی منتفی دانسته شده است.

**واژگان کلیدی:** اصل قابلیت نمایندگی، اصل عدم قابلیت نمایندگی، امور مادی و عبادی،

امور اعتباری و تکوینی.

\* استادیار دانشکده حقوق، پردیس قم دانشگاه تهران (j\_ghanavati@yahoo.com).

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد دانشکده حقوق، پردیس قم دانشگاه تهران (mostafanasrabadi@yahoo.com).

## مقدمه

هر نهاد حقوقی درباره موضوعی به گفت‌وگو می‌نشیند و در آن موضوع به تنظیم روابط اجتماعی و ارائه راهکار در برون‌رفت از مشکلات می‌پردازد. از این رو، موسع و مضیق کردن موضوع در تعیین و تشخیص دامنه آن نهاد مؤثر است. همچنین برای نظریه‌پردازی در یک نهاد ناگزیر از ارائه اصول درباره موضوع آن هستیم تا از این رهگذر به اصول و قواعد کلی‌تری در آن نهاد حقوقی نایل شویم. گرچه در قلمرو نمایندگی، بسیاری از موارد از جهت موضوع مورد بحث واقع شده است، ولی با توجه به موارد مبهم و مورد اختلاف، منطقی به نظر می‌رسد که این مسئله بررسی شود و مبانی آن تحلیل شود تا در صورت امکان با ارائه قاعده و اصل کلی، وضعیت موارد مبهم و مورد اختلاف را روشن کنیم؛ مثلاً اینکه چه اعمالی قابلیت دارند تا به نمایندگی از اصیل واقع شوند؟ آیا نمایندگی فقط در قلمرو اعمال حقوقی امکان اجرا می‌یابد یا در اعمال مادی نیز امکان نمایندگی وجود دارد؟ اگر قلمرو نمایندگی به اعمال مادی گسترش داده شود، چه نوع اعمال مادی قابلیت انجام به وسیله نماینده را دارند؟ ضرورت بررسی این موضوع زمانی بیشتر می‌شود که در قوانین کشورهای گوناگون و در نظام‌های حقوقی در تعریف نمایندگی و تبیین موضوع آن از واژه‌های عام و کلی استفاده شده است؛ به عنوان مثال، قانونگذار در قانون مدنی ایران در ماده ۶۵۶ مقرر می‌دارد: «وکالت، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌سازد» یا در حقوق انگلیس، در تعریف نمایندگی گفته می‌شود: «نمایندگی رابطه‌ای حقوقی است که به موجب آن، شخصی (وکیل) عملی را از طرف دیگری (اصیل) انجام می‌دهد، به نحوی که وضعیت وی را تحت تأثیر قرار می‌دهد» (R. Anson, 1929, P.404) یا در فقه اسلامی، بیشتر فقیهان وکالت را «استنابه در تصرف» تعریف می‌کنند.

واژه «امر»، «تصرف» و «عمل» از کلیت و عمومیت برخوردارند و به خودی خود معلوم نمی‌کنند در چه امور یا تصرفات و یا چه اعمالی می‌توان نمایندگی داد. در این

نوشتار در جست‌وجوی موارد گوناگون نمایندگی برای اصطیاد قاعده‌ای کلی تلاش می‌کنیم و اذعان داریم که یافتن پاسخ مناسب پرسش‌های مذکور با بررسی شرایط موضوع نمایندگی امکان‌پذیر است.

با این توضیح، نوشتار حاضر بدین صورت ارائه می‌شود: نخست به بررسی شروط سه‌گانه موضوع نمایندگی در حقوق اسلام و ایران می‌پردازیم که مشتمل بر سه قسمت است و در هر قسمت، یکی از شروط از دیدگاه فقیهان و حقوقدانان مورد بررسی قرار می‌گیرد.

پس از آن، شروط مزبور در حقوق انگلیس بررسی می‌شود و در پایان، مقایسه‌ای میان این نظام‌ها در موضوع مورد بحث ارائه خواهد شد. از آنجا که حقوق انگلیس نماینده یک خانواده حقوقی بزرگ یعنی نظام حقوقی کامن‌لا است، نگاه تطبیقی می‌تواند نقاط مشترک و اختلافی این نظام‌ها را روشن کند و قانونگذار را در امر تقنین یاری دهد.

## ۱. حقوق اسلام و ایران

### ۱-۱. قابلیت نمایندگی

در نمایندگی، اراده نماینده جانشین اراده اصیل می‌شود و حقوق و مسئولیت‌هایی برای وی ایجاد می‌کند؛ بنابراین موضوع نمایندگی باید از اموری باشد که شخص دیگری بتواند به جای اصیل انجام دهد و قانونگذار مباشرت اصیل را در اجرای آن موضوع لازم نداند. به عبارت دیگر، موضوع قابلیت نمایندگی داشته باشد (شهید اول، [بی‌تا]، ج ۲، قاعده ۳، ص ۲۵۱ / نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۷، ص ۳۳۷ / مروارید، ۱۴۱۰، ج ۱۶، ص ۶۲ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۴ / آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱، ج ۴، ص ۹۱ / مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۳۴ / شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۳۷۱ / العانی، ۱۹۷۵، ص ۱۸۰). پس آنچه اهمیت دارد بیان اموری است که اجرای نمایندگی و نیابت در آنها امکان دارد.

بسیاری از فقیهان بدون ارائه اصل کلی در این باره، موارد متعددی را که نمایندگی در آنها ممکن است و نیز مواردی را که نمایندگی در آنها قابلیت اجرا ندارد، شمارش می‌کنند، ولی برخی نیز این موضوع را بررسی می‌کنند که آیا یک اصل کلی برای تعیین

موضوعات قابل نیابت وجود دارد یا خیر؟ آیا اصل، امکان نمایندگی در همه امور جز در موارد استثنایی است یا اصل، عدم قابلیت نمایندگی جز در موارد استثنایی است یا در هیچ یک از دو طرف، اصلی وجود ندارد؟ در این باره چند دیدگاه کلی در فقه اسلامی مطرح شده است که بررسی خواهد شد:

### ۱-۱-۱. اصل عدم قابلیت نمایندگی

برخی از فقیهان وجود قاعده‌ای کلی در قابلیت نمایندگی در هر امری جز موارد استثنایی را انکار کرده‌اند. به اعتقاد آنها ضابطه کلی در موضوع نمایندگی این است که هر فعلی که غرض شارع انجام آن به مباشرت فاعل نیست، قابلیت نمایندگی دارد و هر فعلی که غرض شارع انجام آن به مباشرت فاعل است، قابلیت نیابت ندارد (شهید اول، [بی تا]، ج ۲، قاعده ۳، ص ۲۵۱)، ولی در تشخیص غرض شارع قاعده‌ای کلی وجود ندارد و برای تعیین غرض شارع باید به طور موردی به ادله نقلی توسل جست. شهید ثانی در این باره می‌گوید: «با مراجعه به ادله نقلی می‌توان غرض شارع را شناخت، ولی قاعده کلی ای بدون استثنا وجود ندارد» (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۲۷۱).

فقهای نیز که در مقام تبیین شرط قابلیت نمایندگی به ارائه ضابطه‌ای پرداخته‌اند، قاعده‌ای کلی به عنوان مرجع در هنگام شک ارائه نداده‌اند و حتی وجود چنین قاعده‌ای را نپذیرفته‌اند. فقیهان عامه در این باره افعال شرعی را به سه دسته تقسیم می‌کنند:

اول، افعالی که با قطع نظر از فاعل و مباشر، دارای مصلحت‌اند و مصلحت به خود فعل تعلق می‌گیرد. انجام این افعال از راه نمایندگی مجاز است؛ اعمالی مانند بیع، اجاره، رد مال مغضوب، قضای دین و فسخ عقود از این دسته‌اند؛ زیرا مصلحت در این افعال، رساندن حقوق به صاحبان آنها و بهره‌مند شدن آنهاست و این غرض همچنان‌که به مباشرت حاصل می‌شود، به نمایندگی نیز ممکن‌الحصول است.

دوم، افعالی که مصلحت مورد نظر آنها در صورتی حاصل می‌شود که به مباشرت شخص انجام شوند و در غیر این صورت، مصلحت مورد نظر محقق نمی‌شود. نمایندگی در این دسته از افعال ممکن نیست؛ به عنوان مثال، مصلحت در نماز، خشوع

و تعظیم در برابر ذات باریتعالی است که به غیرمباشرت مُکَلَّف حاصل نمی‌شود. سوگند قاطع در دعوی برای اثبات حق، روزه و نکاح به معنای نزدیکی و وطی نیز از غیرمباشرت و مُکَلَّف، مصلحت مورد نظر را تحصیل نمی‌کند.

سوم، افعالی که مردد میان دو قسم بالا هستند. فقیهان در اینکه این افعال در کدام یک از دو دسته پیش‌گفته قرار می‌گیرند، اختلاف نظر دارند؛ به عنوان مثال، حج به اعتقاد فقیهان مالکی، قابلیت نمایندگی ندارد و ملحق به دسته دوم است، در حالی که دیگران نمایندگی در حج را می‌پذیرند (ابن‌رشد، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۴۴ / العانی، ۱۹۷۵، ص ۱۸۰ / ابن‌قدامه، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۲۰۲-۲۰۸).

این فقیهان پس از ارائه تقسیم مذکور می‌گویند: «برای تشخیص این امر که هر فعلی در کدام دسته از سه دسته بالا قرار دارد، باید به نصوص و دلایل نقلی مراجعه کرده، حکم هر مورد را استنباط نمود» (همان).

به همین دلیل، فقیهان به طور جزئی و موردی به بیان موارد قابل نمایندگی و موارد غیرقابل نمایندگی می‌پردازند.

یکی از فقیهان امامیه که خود منکر قاعده‌ای کلی در این باره شده است، نخست به ارائه تقسیمی کلی برای افعال شرعی می‌پردازد و پس از آن، وجود قاعده کلی را انکار می‌کند. این فقیه می‌گوید: افعال دارای اثر شرعی، چند دسته‌اند: دسته اول، افعالی‌اند که آثار مترتب بر آنها مربوط به ذات فعل است و اینکه چه کسی فعل را انجام می‌دهد، اهمیت ندارد. حتی لازم نیست شخص انسانی آن را انجام دهد و اگر عمل مزبور به خودی خود یا بر اثر عوامل طبیعی هم انجام شود، دارای اثر است (رشتی، ۱۴۰۱، ص ۵۲).

دسته دوم، افعالی‌اند که توسط شخص انجام می‌شود و اثر شرعی بر آنها بار می‌شود. این گونه افعال، خود دو قسم‌اند: برخی به گونه‌ای‌اند که انجام آنها به مباشرت و تسبیب ممکن است و غرض مورد نظر در هر دو صورت حاصل می‌شود و در برخی دیگر، غرض مورد نظر به انجام مباشری آنها تعلق گرفته است (همان). از میان دسته‌های مذکور، فقط افعال قسم دوم از دسته دوم قابلیت نمایندگی را ندارند و افعال دسته اول و قسم اول از دسته دوم، قابلیت نیابت و نمایندگی را دارند.

فقیه مزبور می‌گوید:

اگر معلوم باشد فعلی از کدام یک از اقسام پیش‌گفته است، قابلیت یا عدم قابلیت نیابت در آن روشن است، ولی در صورت جهل و تردید در اینکه فعل مورد نظر از کدام یک از اقسام مذکور است، هیچ‌گونه قاعده کلی و مرجع وجود ندارد تا تردید و جهل را منتفی کند؛ از این رو ناگزیر باید به دنبال اجرای اصل عملی باشیم و اصل عدم وکالت و نمایندگی، اصل حاکم در این موارد خواهد بود.

بنابراین دیدگاه فقیه مزبور این است که در هر موردی باید با مراجعه به دلایل نقلی معلوم کنیم فعل مورد نظر از کدام یک از اقسام مذکور است و در صورت شک و تردید، در صدق وکالت تردید می‌شود و اصل عدم وکالت حاکمیت خواهد داشت. این اصل عملی بر مبنای کسانی که اساس نمایندگی را تنزیل اراده نمایند به منزله اراده اصیل می‌دانند، روشن‌تر است؛ زیرا در تنزیل وکیل به منزله موکل یا تنزیل فعل نمایند به منزله فعل منوب‌عنه، دلیل تنزیل اعم از تأسیسی یا امضایی ضرورت دارد و در صورت فقدان دلیلی که مصحح تنزیل باشد، اصل عدم تنزیل و عدم نمایندگی حاکم خواهد بود (برای مطالعه درباره مبانی نمایندگی، ر.ک به: قنوتی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۱).

با توجه به این به نظر می‌رسد دیدگاه اول مورد پذیرش اکثریت قاطع فقیهان امامیه قرار گرفته است (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۳۴ / مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۵۱۴). هرچند برخی بر این باورند که فقیهان امامیه هیچ‌یک از دو اصل (اصل کلی جواز نمایندگی یا اصل کلی عدم جواز نمایندگی) را ترجیح نداده‌اند؛ زیرا در صورت ترجیح یکی از دو اصل آن را بیان می‌کردند و به دلیل فقدان بیان، عدم ترجیح یکی از دو اصل را می‌توان به فقیهان نسبت داد (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۲۳۵).

در اینجا به منظور تبیین بیشتر دیدگاه اول، دلایلی که برخی فقیهان بر ترجیح اصل عدم جواز نمایندگی مطرح کرده‌اند، بیان می‌شود:

### ۱-۱-۱-۱. اصل عدم ترتب اثر شرعی

شکی نیست که ادله شرعی مواردی را که شخصی به عنوان اصیل، اعمال و تکالیف متوجه به خود را خودش انجام دهد، شامل می‌شود و به همین دلیل با وجود شرایط، درستی این اعمال قطعی است و آثار شرعی بر آنها مترتب می‌شود، ولی تحقق آثار

شرعی در مواردی که این افعال و تکالیف را دیگری به وکالت از اصیل انجام می‌دهد، مورد شک و تردید است و اصل عدم ترتب اثر به نادرستی چنین عملی حکم می‌کند.

#### ۲-۱-۱-۱. استصحاب بقای اشتغال ذمه

در مواردی که اصیل خود تکالیف یا اعمال خویش را انجام می‌دهد، تکلیف او ساقط می‌شود و در صورتی که عمل او را شخص دیگری به وکالت از وی انجام دهد، این شک و تردید وجود دارد که آیا تکلیف او ساقط شده است و فعل انجام‌شده اثری دارد یا خیر؟ اقتضای اصل بقای اشتغال ذمه این است که تکلیف ساقط نشده و اثر مورد نظر بر آن عمل بار نشده است.

#### ۳-۱-۱-۱. اصل فساد

وکالت از عقود معهود و معروف میان مردم است و اصل اولی در معاملات و عقود فساد است و تا زمانی که درستی آنها در موردی به دلیل خاص اثبات نشود، صحیح و معتبر نخواهد بود و فقط مواردی که دلیل خاصی بر صحت نمایندگی بیان شده است، از قلمرو اصل فساد خارج می‌شوند.

#### ۴-۱-۱-۱. اجماع

ظاهراً فقیهان بر عدم جواز نمایندگی در موارد مشکوک، اتفاق و اجماع دارند و به همین دلیل است که برای اثبات جواز نمایندگی به دنبال دلایل خاص شرعی هستند و با اقامه دلیل، حکم به درستی آن می‌کنند. از این رو موارد جواز نمایندگی را ذکر کرده‌اند و دلایلی بر درستی آن بیان می‌کنند.\*

#### ۵-۱-۱-۱. ظاهر اوامر شرعی

توضیح اینکه اشخاص در انجام اعمال و تکالیف خویش مباشرت داشته باشند و مباشرت به عنوان قیدی در تکالیف و اوامر لحاظ می‌شود و به بیان دیگر، مقتضای قاعده، شرط مباشرت و عدم جواز نمایندگی و وکالت است و فقط در مواردی که دلیل خاص بر جواز نمایندگی اقامه شده است، انجام اعمال به نمایندگی صحیح است.

\* ان الظاهر من فتاوی الاصحاب انما هو الاجماع علی عدم الجواز الا فیما کان هناک دلیل... (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۲۳۵).

به نظر می‌رسد هیچ‌یک از دلایل پیش‌گفته برای ترجیح اصل کلی عدم جواز نمایندگی کافی نیست؛ زیرا اولاً، با وجود ادله عام بر درستی وکالت در موارد مشکوک مانند اصل صحت و اصل وفای به عقود و بنای عقلا، نوبت به اصل عدم ترتب اثر و استصحاب بقای اشتغال ذمه نمی‌رسد؛ ثانیاً، براساس دیدگاه اکثریت قاطع فقیهان در جریان اصل صحت، در موارد مشکوک پس از تحقق وکالت و شک در درستی آن، اصل صحت اجرا می‌شود و محلی برای جریان اصل فساد باقی نمی‌ماند؛ ثالثاً، با وجود مخالفانی در میان فقها که اصل کلی جواز نمایندگی را مطرح کرده‌اند، تحقق اجماع در این مورد مشکوک می‌شود. به علاوه، این اجماع ممکن است به اصل عدم ترتب اثر یا اصل بقای اشتغال ذمه مستند باشد که در نتیجه اجماع مزبور، اجماع مدرکی خواهد شد که اعتباری ندارد؛ رابعاً، دلیلی بر اشتراط مباشرت وجود ندارد و در صورت تردید در اشتراط مباشرت یا عدم آن، اصل عدم مباشرت است.

## ۲-۱-۱. اصل قابلیت نمایندگی

براساس این نظریه، اصل، قابلیت نمایندگی و نیابت است و فقط در موردی که دلیل خاصی بر عدم قابلیت نمایندگی اقامه شود، نمایندگی ممکن نیست و در موارد دیگر از جمله موارد مشکوک، اصل در جواز نمایندگی است. طرفداران این نظریه دلایلی به شرح ذیل مطرح کرده‌اند:

### ۱-۲-۱-۱. شیوه استدلال فقیهان

با مراجعه به آثار فقهی آشکار می‌شود که فقیهان در مبحث شرایط «موکل فیه» (موضوع وکالت) برای مواردی که وکالت در آنها مجاز نیست، به اقامه دلیل پرداخته‌اند و در موارد صحت وکالت، خود را نیازمند به ارائه دلیل ندانسته‌اند. چنین روش‌هایی نشان می‌دهد که فقها اصل اولی را درستی نمایندگی در همه امور جز موارد استثنایی دانسته‌اند. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «دقت در آثار فقهی امامیه نشان می‌دهد که اصل اولی، جواز وکالت در هر امری است. اینکه فقیهان در موارد عدم درستی وکالت، به ذکر دلیل پرداخته‌اند و بر اعتبار مباشرت از نصوص و مانند آن کمک گرفته‌اند، به همین اصل اشاره می‌کند» (نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۷، ص ۴۷۷).

## ۲-۲-۱-۱. استقراء

مطالعه موارد گوناگون و فراوانی که در آنها وکالت و نمایندگی جایز است، این قاعده کلی را مطرح می‌کند که اصل، جواز وکالت در هر امری است. یکی از فقیهان در جواز وکالت در حیازت مباحات به این دلیل استناد جسته است. وی می‌گوید: «انه يجوز التوكيل في امور كثيرة تقدم اليها الاشارة فيجوز في الامور المفروضة هنا عملاً بالاستقراء» (طباطبایی، [بی تا]، ص ۴۳۹).

این استدلال از این جهت قابل انتقاد است که استقرای مزبور، استقرای کامل نیست و از استقرای مزبور فقط می‌توان غلبه امور قابل وکالت را استنباط کرد (مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۳).

## ۳-۲-۱-۱. اصل عدم مباشرت

بی‌شک اگر در انجام امری مباشرت شرط باشد، واگذار کردن آن امر به دیگری مجاز نخواهد بود. در صورت علم و آگاهی از شرط بودن مباشرت یا عدم آن، تردیدی در جواز یا عدم جواز نیابت در آن امر باقی نمی‌ماند، ولی در صورتی که در شرط بودن مباشرت در موردی تردید شود، اصل عدم مباشرت جاری می‌شود و در نتیجه، انجام آن امر به نمایندگی مجاز و صحیح خواهد بود. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «وقد يستفاد من التأمل في كلام الاصحاب ان الاصل جواز الوكالة ... و لعل مرجع ذلك الى دعوى اشتراط المباشرة و نحوها مما يمنع الوكالة والاصل عدمها؛ شاید مرجع این شیوه استدلال فقیهان که در موارد عدم جواز وکالت به ذکر دلیل بر اعتبار مباشرت می‌پرداختند، همین اصل عدم مباشرت باشد» (نجفی، ۱۴۱۸، ج ۲۷، ص ۳۷۷).

به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی فقیهان گفته‌اند، اصل عدم مباشرت برای حکم به جواز وکالت به طور کلی کافی نیست، بلکه دلیل عام لفظی برای جواز وکالت در مواردی که مباشرت شرط نیست، ضرورت دارد. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «... و فيه أن أصالة عدم اشتراط المباشرة لا تنفع إلا بعد وجود عموم يدل على الصحة و ليس و لا يمكن اثباتها بالاصل ...» (طباطبایی یزدی، [بی تا]، ج ۲، ص ۱۳۱).

#### ۴-۲-۱-۱. آیات و روایات عام در باب معاملات

روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم» (حرّ عاملی، ۱۳۶۷، ج ۱۷، ص ۳۵۳ / همان، ج ۱۵، ص ۳۰)، بر التزام طرفین عقد وکالت دلالت می‌کند. این حکم کلی در مواردی نیز که قابلیت نیابت مورد شک و تردید است، جاری می‌شود؛ زیرا با انعقاد قرارداد وکالت، موکل و وکیل در مقابل یکدیگر ملتزم به انجام امری شده‌اند که طبق قاعده «المؤمنون عند شروطهم» باید وفا شود.\* همچنین در این باره به آیه «اوفوا بالعقود» نیز استناد شده است. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «نعم يمكن التمسك بعموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) و نحوه بدعوى شموله للوكالة على ان المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها إن كان لازماً فلازماً و إن كان جائزاً فجائزاً» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۷، ص ۳۷۸).

#### ۵-۲-۱-۱. روایات خاص باب وکالت

در اینجا به دو روایت که صاحب جواهر به عنوان مستند اصل کلی جواز نمایندگی و وکالت مطرح می‌کنند (همان)، اشاره می‌شود:

اول، در روایت صحیحی از امام صادق علیه السلام نقل شده است: «هرکس فردی را برای انجام امری وکالت دهد، تا زمانی که او را از عزل مطلع نسازد، آن‌گونه که به وی خبر داخل شدن در وکالت داده بود، وکالت ثابت است».\*\*

دوم، در روایت صحیح دیگری نیز امام صادق علیه السلام فرمودند: «وکیل هنگامی که به وکالت انتخاب شود و از مجلس برخیزد همیشه عملش نافذ است و وکالت ثابت است تا اینکه فرد ثقه‌ای عزل وی را ابلاغ کند»\*\*\*.

اگرچه در نظر اول این روایات در صدد بیان زمان تأثیر عزل وکیل توسط موکل‌اند، صاحب جواهر بر این باور است که روایات علاوه بر این نکته، در صدد بیان

\* استناد به روایت نبوی «المؤمنون عند شروطهم» قابل انتقاد است؛ زیرا قاعده مزبور به نظر بیشتر فقیهان فقط شامل شروط ضمن عقد می‌شود و شروط ابتدایی را دربر نمی‌گیرد (طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۴۴۰ / بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۲۵۶).

\*\* عن ابی عبدالله علیه السلام: انه قال: من وكل رجلاً علی امضاء امر من الامور فالوكالة ثابتة ابدًا حتی یعلمه بالخروج منها كما اعلمه بالدخول فیها (حرّ عاملی، ۱۳۶۷، ج ۱۳، ص ۲۸۵).

\*\*\* ان الوکیل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامرہ ماض ابدًا والوكالة ثابتة حتی یبلغه العزل عن الوكالة بثقة (حرّ عاملی، ۱۳۶۷، ص ۲۸۶).

مشروعیت وکالت نیز هستند. به اعتقاد ایشان این روایت‌ها حتی مواردی را شامل می‌شوند که قابلیت نمایندگی در آنها محل تردید است. اگر موکل در این موارد نیز نمایندگی بدهد، در واقع امری را به وکالت داده است که تا زمان علم وکیل به عزل، همچنان وکالت باقی است (همان، ص ۳۷۷).

صاحب‌جواهر می‌گوید: «اگر کسی در این نصوص و مانند اینها دقت و تأمل نماید، قطع پیدا می‌کند که اصل کلی، جواز وکالت است و اگر روش فقیهان امامیه در تمسک به عموماً در هر عقد لازم و جایزی را نیز ملاحظه نماییم، پی می‌بریم که این نصوص عام و خاص بر مشروعیت هر عقدی دلالت می‌کنند، مگر اینکه فساد آن عقد معلوم شود» (همان، ص ۳۷۸).

#### ۶-۲-۱-۱. اصل صحت

از عبارت‌های برخی فقیهان استنباط می‌شود در مواردی که در قابلیت نمایندگی تردید می‌شود، به استناد اصل صحت، نمایندگی را درست دانسته‌اند (همان).

بر این اساس، در مواردی که در درستی وکالتی تردید شود، پس از تحقق عرفی آن به استناد اصل صحت، عقد مزبور صحیح تلقی می‌شود.

به طور کلی اعمال موکل به طور کلی مشمول عموماً صحت و لزوم وفا است و به این دلیل از اعتبار و لزوم برخوردار است. اعمال حقوقی وکیل نیز چون به اذن موکل است همچون عمل حقوقی موکل محسوب می‌شود و به این اعتبار، مشمول عموماً صحت و لزوم قرار می‌گیرد. یکی از فقیهان در این باره می‌گوید: «ممکن است به عموماً خاص در هر مورد استناد کنیم به این بیان که عقد وکیل چون به اذن موکل است، مانند عقد موکل است؛ به همین دلیل مشمول عموماً صحت و لزوم وفاست» (طباطبایی یزدی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۳۱).

#### ۷-۲-۱-۱. سیره عقلا

روش معهود و مرسوم میان عقلا این است که وکالت را در هر امری که مباشرت در آن شرط نیست، جایز می‌دانند و در مواردی که انجام عمل به مباشرت لازم است، وکالت نمی‌دهند. شارع نیز این روش را تأیید کرده است و منع و ردعی نسبت به آن نداشته

است. یکی از فقیهان در این باره می‌نویسد: «کل امر لایشترط فيه المباشرة ان العقلا فی امورهم من المعاملات و اوامر الموالی و غیره تصح فیها الوكالة الا ما اخرجہ الشرع و اشترط فيه المباشرة؛ در هر امری که نزد عقلا مباشرت شرط نیست، از قبیل معاملات و اوامر موالی و غیره، وکالت در آن صحیح است، مگر اینکه شارع مباشرت را لازم بداند» (همان).

### ۸-۲-۱-۱. ادلة احکام وضعی

در مواردی که متعلق نمایندگی امور مالی و معاملاتی است، هرگاه عمل مورد نمایندگی انجام شود، مشمول ادله آن عمل می‌شود؛ به عنوان مثال، اگر مورد نمایندگی انجام بیع یا اجاره یا صلح باشد، با انجام آن توسط وکیل یا موکل، مشمول ادله بیع، اجاره و صلح می‌شود و از صحت و درستی برخوردار می‌شود. در صورتی که عمل مزبور از امور عبادی باشد، اگر قصد و نیت نماینده انجام عمل مزبور برای اصیل باشد، براساس روایت «لکل امرئ ما نوى» (حرّ عاملی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۳۴)، این مقصود حاصل می‌شود و عمل مزبور برای اصیل واقع شده است و آثار مربوط بر آن مترتب می‌شود؛ بنابراین براساس ادله احکام وضعی مربوط به اعمال مورد نمایندگی، عمل مزبور صحیح تلقی می‌شود. روشن است که در صورت وجود دلایلی بر عدم جواز نمایندگی، در آن مورد خاص نمایندگی ممنوع خواهد بود (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۱۸).

نتیجه: با استناد به اصل وفای به عقد، اصل صحت، سیره عقلا و شیوه فقیهان می‌توان قاعده‌ای کلی بر جواز نمایندگی تأسیس کرد. مطابق این قاعده می‌توان هر عمل یا امری را به نمایندگی داد، مگر دلیل خاصی عدم قابلیت نمایندگی را بیان کند.

### ۳-۱-۱-۱. نظرات تفصیلی

برخی از فقیهان در هیچ‌یک از جواز و عدم جواز نمایندگی، اصل کلی بیان نکردند، بلکه نخست حوزه افعال را جدا ساختند و سپس به ارائه اصل کلی در هر یک از آنها پرداختند.

### ۱-۳-۱-۱. تفصیل میان امور مالی و عبادی

براساس این نظریه در معاملات و امور مالی، قابلیت نمایندگی، اصل و قاعده است؛

زیرا هدف و غرض اصلی در معاملات، تبادل اموال و بهره‌مند شدن افراد از حقوق ناشی از آنهاست و این منظور همان‌گونه که به مباشرت حاصل می‌شود، به‌طور تسبیبی نیز به دست می‌آید. به‌ویژه آنکه بسیار اتفاق می‌افتد که انجام معاملات به وسیله نمایندگان دارای منافع و فواید بسیار برای طرفین آن است.

یکی از فقیهان امامیه در این باره می‌گوید: «مقتضای تحقیق عمیق این است که در امور مالی و نقل و انتقال و کسب تحصیل اموال، وکالت صحیح است. عموم ادله سلطنت بر اموال و اباحه و حلّیت و مانند آن، بر این امر دلالت می‌کند. به همین دلیل وکالت در همه معاملات و اختیارات و ایقاعات اعتبار دارد. در عقد نکاح و توابع آن (مثل طلاق، عتق، ابراء و مانند آن)، وکالت جاری می‌شود؛ بنابراین این امکان وجود دارد که اصل کلی صحت وکالت را در همه امور مالی جز آنچه به دلیل خاص قابلیت وکالت ندارد، مطرح ساخت» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ص ۱۳).

فقیه مزبور در امور عبادی، اصل را بر مباشرت و عدم قابلیت نمایندگی جز در موارد استثنایی می‌داند؛ زیرا غرض اصلی شارع در عبادات، خضوع و خشوع و تکامل روحی و فردی هر شخصی است که با نمایندگی چنین غرضی حاصل نمی‌شود. وی می‌گوید: «در عبادات، شهادات، سوگند، نذر و عهد، اصل، مباشرت است و وکالت در آنها جریان ندارد». این فقیه درباره نیابت در حقوق مانند حق قصاص و حدود و استیفای آنها به وجود قاعده‌ای کلی اعتقاد ندارد و می‌گوید: «اما الحقوق فالنظر فی صحة التوكيل علی استيفاءها والعمل بها فهو موقوف علی مراجعة دلیل کل واحد منها و النظر فی اطلاقه و تقييده و عمومه و خصوصه و هل يظهر منه اعتبار المباشرة فيه ام لا؛ در مورد حقوق، درستی یا نادرستی نمایندگی را با مراجعه به دلیل آنها کشف می‌کنیم. با ملاحظه دلیل آنها و توجه به اطلاق و تقييد و عموم و خصوص آنها به شکل استیفای آنها دست می‌یابیم و معلوم می‌سازیم که آیا در تحقق آنها مباشرت لازم است یا نه».

طبق این نظر، اصل در امور مالی و معاملات قابلیت نمایندگی است و در امور عبادی، اصل بر عدم قابلیت نمایندگی است، در حالی که درباره حقوق، اصلی وجود ندارد (همان).

### ۲-۳-۱-۱. تفصیل میان امور اعتباری و تکوینی

یکی از فقیهان، جواز وکالت در امور اعتباری را مطابق قاعده دانسته است و جز در مواردی که به دلیل خاص قابلیت نمایندگی ندارد، در موارد دیگر اصل را جواز نمایندگی می‌داند (صدر، ۱۴۱۱، ص ۷۱۸). این فقیه در بحث حیازت مباحات در صورتی که شخصی برای دیگری حیازت می‌کند، بر این اعتقاد است که برای مالکیت شخصی که برای وی حیازت صورت گرفته است، سه تحلیل می‌توان ارائه داد:

فرض اول، فرض حیازت تبرعی است. در این صورت، نه شخص حائز و نه شخصی که برای او حیازت صورت گرفته است، مالکیت بر مال حیازت شده ندارند.

فرض دوم، فرض اجاره است. در این حالت نیز مستأجر، مالک مال حیازت شده نمی‌شود.

فرض سوم، فرض وکالت است؛ یعنی حائز، وکیل دیگری می‌شود و به وکالت از او حیازت می‌کند. فقیه مزبور در این فرض نیز مالکیت شخصی را که حیازت برای او واقع شده است، نمی‌پذیرد.

وی در استدلال بر این امر می‌گوید: اصولاً در امور اعتباری، عمل وکیل، عمل موکل محسوب می‌شود. اگر وکیل، خانه موکل را به وکالت بفروشد، موکل می‌تواند بگوید «خانه‌ام را فروختم» با اینکه خانه را واقعاً وکیل فروخته است؛ بنابراین قاعده این است که وکالت در امور اعتباری صحیح است و نیازمند هیچ‌گونه دلیلی نیز نیست، ولی در امور تکوینی مانند حیازت مباحات، عمل وکیل عمل موکل نیست، بلکه فعل وکیل است. اگر شخصی برادرش را برای عیادت مریضی به عنوان وکیل خود بفرستد، عیادت از مریض، فعل موکل نیست، بلکه فعل وکیل است و به موکل استناد داده نمی‌شود، در حالی که این استناد در امور اعتباری درست است.

ممکن است از این دیدگاه چنین انتقاد شود که در امور اعتباری نیز فعل وکیل زمانی فعل موکل محسوب می‌شود که عمل وکیل به منزله عمل موکل تلقی شود؛ بنابراین نیاز به تنزیل وجود دارد و در تنزیل، وجود دلیل تنزیل ضرورت دارد و باید دلیل شرعی تأسیسی یا امضایی، این تنزیل را ممکن سازد و به تعبیر دیگر، تنزیل نیازمند مصحح است و مصحح آن، دلیل شرعی تأسیسی یا امضایی است. بدون این دلیل نمی‌توان عمل

وکیل را به منزله عمل موکل دانست. نتیجه اینکه در امور اعتباری نیز اصل عدم تنزیل و عدم وکالت جاری است و در صورت وجود دلیل تنزیل و دلیل وکالت، عمل وکیل عمل موکل خواهد شد.

در پاسخ از این انتقاد گفته شده است: در امور اعتباری، درستی وکالت مبتنی بر تنزیل نیست، بلکه فعل وکیل به طور حقیقی به موکل نسبت داده می‌شود. استناد مزبور مجازی نیست، بلکه استنادی حقیقی است. وجدان حکم می‌کند که در امور اعتباری، فعل وکیل حقیقتاً فعل موکل است و نیازی به دلیل برای تصحیح وکالت وجود ندارد (همان). بنابراین براساس این نظریه، در همه امور اعتباری اصل بر قابلیت نمایندگی و وکالت است و در امور تکوینی و مادی اصل بر عدم وکالت است.

### ۳-۱-۱. تفصیل میان امور مالی، عبادت‌های بدنی و عبادت‌های دارای دو

#### جنبه مالی و بدنی

برخی از حقوقدانان اسلامی تکالیف را به سه دسته تقسیم می‌کنند: ۱. تکالیف مالی مانند معاملات که قابلیت نمایندگی دارند؛ ۲. عبادت‌های بدنی مانند نماز و روزه که قابلیت نمایندگی ندارند؛ ۳. عبادت‌هایی که در صورت وجود عذر، قابلیت نمایندگی دارند و در حالت عادی، نمایندگی در آنها ممکن نیست. این عبادت‌ها دارای دو جنبه بدنی و مالی اند؛ مانند حج که در صورت وجود عذر، قابلیت نمایندگی دارد (زحیلی، [بی تا]، ج ۱، ص ۶۱ / ابن‌قدامه، ۱۴۰۳، ص ۲۰۳ / ابن‌رشد، ۱۴۱۵، ص ۲۴۴).

در حقوق ایران نیز بیشتر حقوقدانان با ارائه قاعده‌ای کلی، اصل را قابلیت نمایندگی در همه امور جز موارد استثنایی دانسته‌اند. یکی از حقوقدانان در تعبیری می‌گوید: «در موردی که تردید شود مباشرت در امری لازم است، طبق اصل حقوقی اصالةالعدم، عدم لزوم مباشرت و اصالةالصحة در عقد، وکالت در آن صحیح است؛ زیرا مقصود از عمل، نتیجه حاصل از آن عمل است، اگرچه حصول آن از شخص معینی مورد طلب باشد، مگر آنکه قانون به لزوم مباشرت تصریح کند و یا از اعمالی باشد که از طبیعت آن و با قرینه قطعیه، دلالت بر لزوم مباشرت نماید (امامی، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸).

براساس این دیدگاه با استناد به اصل عدم مباشرت به ضمیمه اصل صحت، وکالت

در هر امری از صحت و اعتبار برخوردار است، جز در موارد استثنایی که قانونگذار به لزوم مباشرت تصریح می‌کند.

همچنین یکی از حقوقدانان با توجه به نظریه کلی نمایندگی در حقوق جدید، می‌گوید: «اصولاً توسل به نمایندگی برای انجام دادن هر امری مقدور است. این نتیجه از قبول نظریه نمایندگی در حقوق جدید استنباط می‌شود. معذک استثنائاً انجام دادن برخی از امور قابل واگذاری به نمایندگی نیست. این قبیل امور مستلزم حصول اطمینان در صدور اعلام اراده ذی‌نفع برای انجام دادن آنهاست» (قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۵).

یکی از حقوقدانان نیز که ظاهراً وکالت را ویژه انجام عمل حقوقی می‌داند، قاعده کلی بر نمایندگی را پیشنهاد کرده است. وی می‌گوید: «از استقراء در مواد قانونی و ارتباط اعمال حقوقی با شخصیت اشخاص می‌توان به زودی دریافت که به ندرت مسائلی وجود دارد که قانونگذار نیابت را در آن منع کرده باشد. پس براساس غلبه می‌توان گفت برای انجام همه اعمال حقوقی، توکیل امکان دارد، مگر در جایی که قانون یا ضرورت‌های ناشی از اخلاق یا نظم عمومی آن را ممنوع کرده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۱۵۳).

با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد حقوقدانان در تبیین قاعده کلی، دو استدلال مطرح کرده‌اند:

۱. اصل عدم لزوم مباشرت به ضمیمه اصل صحت؛
  ۲. استقراء و همان‌گونه که پیش از این گذشت، استقراء مزبور، استقراء ناقص است و نمی‌تواند دلیل مناسبی برای تأسیس قاعده کلی قابلیت نیابت در هر امری باشد، ولی دلیل اول که اصل عدم لزوم مباشرت به ضمیمه اصل صحت است، درست به نظر می‌رسد.
- از مواد گوناگون قانونی نیز می‌توان وجود قاعده کلی در قابلیت نمایندگی را استنباط کرد؛ به عنوان مثال، قانون مدنی در مبحث عقود و تعهدات به طور کلی در شرایط اساسی صحت معامله در ماده ۱۹۸ مقرر کرده است: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد». قاعده مقرر در ماده ۱۹۸ از قواعد عام

محسوب می‌شود که به طور کلی انجام وکالت از غیر را تجویز کرده است. به همین دلیل، قانونگذار در عقود خاص دیگر جز در چند مورد استثنایی مثل طلاق و نکاح - به دلیل اهمیت - از امکان وکالت سخن نگفته است و به همان قاعده کلی مقرر در ماده ۱۹۸ اکتفا کرده است. البته باید توجه داشت که از ماده ۱۹۸ قاعده کلی قابلیت نمایندگی در قلمرو اعمال حقوقی استنباط می‌شود.

به علاوه از روش تقنین در موارد عدم امکان وکالت نیز این قاعده کلی استنباط می‌شود؛ به عنوان مثال، قانونگذار در ماده ۱۳۳۰ قانون مدنی مقرر کرده است: «تقاضای قسم قابل توکیل است و وکیل در دعوی می‌تواند طرف را قسم دهد، لیکن قسم یادکردن قابل توکیل نیست و وکیل نمی‌تواند به جای موکل قسم یاد کند».

همچنین در تبصره ۲ ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «سوگند، شهادت، اقرار و لعان و ایلاء قابل توکیل نمی‌باشد»؛ بنابراین شیوه قانونگذار همانند شیوه فقیهان بر این است که موارد عدم امکان نمایندگی و وکالت را تصریح می‌کند و موارد امکان نمایندگی را به عنوان قاعده مطرح کرده است و به طور موردی جز در موارد استثنایی از امکان وکالت سخن به میان نمی‌آورد.

همچنین از ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز وجود قاعده کلی در قابلیت نمایندگی در قلمرو اعمال حقوقی قابل استنباط است. در این ماده مقرر شده است: «هر معامله‌ای که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود». منظور از وقوع معامله، وقوع عرفی یا وقوع ظاهری معامله مزبور است. وکالت نیز از معاملات تلقی می‌شود و در هر موردی که این عقد واقع شد و وقوع عرفی یا ظاهری آن احراز شد، اگرچه شرایط دیگر قانونی محقق نباشد با جریان اصل صحت، آن وکالت صحیح خواهد بود، مگر اینکه به تصریح قانونگذار آن مورد خاص فاسد و نادرست باشد؛ بنابراین به استناد اصل صحت نیز می‌توان قاعده کلی بر قابلیت نیابت در همه امور جز موارد استثنایی را استنباط کرد.

می‌توان گفت بنا بر یک تفسیر از ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز وجود قاعده کلی قابلیت نیابت استنباط می‌شود، براساس این تفسیر از ماده مذکور، طرفین عقد باید به مفاد و مقتضای آن احترام بگذارند و آن را رعایت کنند و این امر درباره عقد جایز و لازم

یکسان است (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۲۵۵). براساس این نظر که در فقه نیز طرفدارانی دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۷۷ / نجفی خوانساری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۶۲ و ۱۱۰ و ۳۷۹ / بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۶۵)، لزوم وفای هر عقدی اعم از لازم و جایز استنباط می‌شود؛ بنابراین در هر موردی که عقد وکالت منعقد می‌شود، طبق قاعده کلی مزبور باید مفاد آن را رعایت کرد. حتی در مواردی که قابلیت نمایندگی مشکوک است، این اصل جاری می‌شود و فقط مواردی که قانونگذار فساد آن را تصریح کرده است یا فساد آن معلوم شود، از مفاد اصل وفای به عقد خارج می‌شود (قنواتی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۲)، ولی به نظر می‌رسد استناد به اوفوا بالعقود برای اثبات قابلیت نمایندگی صحیح نباشد؛ زیرا حتی براساس برداشت مذکور از آیه، نمی‌توان صحت نمایندگی و قابلیت آن را در موارد مشکوک ثابت کرد؛ چون پس از صحیح‌بودن و قابلیت نمایندگی داشتن امری، نوبت به التزام به آن نمایندگی می‌رسد.

از سوی دیگر، اطلاق واژه «امر» در ماده ۶۵۶ قانون مدنی نیز مؤید چنین استنباطی است. در این ماده آمده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام (امری) نایب خود می‌نماید». از اطلاق واژه «امر» نیز قاعده کلی قابلیت نمایندگی در هر امری استنباط می‌شود.

نتیجه مطالب پیش‌گفته این است که هم در اعتقاد حقوقدانان و هم در مواد گوناگون قانونی، قاعده کلی قابلیت نمایندگی در هر امری جز موارد استثنایی استنباط می‌شود و با استعانت از این اندیشه، نظریه کلی نمایندگی، تأیید و تقویت می‌شود.

## ۱-۲. توانایی اصیل در انجام عمل مورد نمایندگی

یکی از شرایط سه‌گانه موضوع نمایندگی در آثار فقهی که مورد اتفاق و اجماع فقیهان نیز هست، توانایی انجام آن توسط اصیل است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۴ / آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۱، ص ۱۰ و ۱۱ / بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۵ / علامه حلی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۲۵۴ / کرکی، ۱۴۱۰، ج ۸، ص ۲۰۷). تحلیل منطقی این شرط این است که نماینده، جانشین اصیل است و اختیارات خود را از وی کسب می‌کند. در صورتی که اصیل خود توانایی انجام عملی را از نظر عقلی یا شرعی و قانونی نداشته باشد، چگونه می‌توان تصور کرد

که جانشین وی چنین قدرتی را داشته باشد. به عبار دیگر، معطی شیء باید واجد آن نیز باشد و با فقدان توانایی اصیل نمی‌توان انجام آن به نمایندگی را تصویر کرد؛ پس اصیل باید توانایی انجام عمل مورد نمایندگی را داشته باشد.

گفتنی است فقها این شرط را با عنوان «مالکیت اصیل بر موضوع نمایندگی» مطرح کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۴ / کرکی، ۱۴۱۰، ج ۸، ص ۲۰۷ / بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۵ / علامه حلی، [بی تا]، ج ۱، ص ۲۵۴) و منظور آنها آن‌گونه که برخی فقیهان گفته‌اند، توانایی انجام موضوع نمایندگی توسط اصیل است.\* باید توجه داشت که منظور از شرط مزبور، اهلیت قانونی اصیل نیست، بلکه با فرض اهلیت قانونی (بلوغ، رشد و عقل) اصیل، شرایط سه‌گانه\*\* از جمله شرط توانایی انجام عمل توسط اصیل باید وجود داشته باشد. به همین دلیل، فقها این شرط را از زمره شرایط موضوع وکالت - و نه شرایط اصیل - مطرح کرده‌اند و مبحث اهلیت قانونی اصیل را در شرایط موکل و اصیل بیان می‌کنند؛ بنابراین براساس شرط دوم، اعطای نمایندگی برای طلاق همسری که اصیل با او ازدواج خواهد کرد یا برای فروش کالایی که پس از این خواهد خرید یا برای ادای دینی که پس از این بر عهده او قرار خواهد گرفت، اعتبار نخواهد داشت. با وجود این، اعطای نمایندگی در خرید کالا و فروش آن یا فروش کالا و قبض ثمن یا فسخ آن صحیح و معتبر تلقی می‌شود. همچنین اعطای نمایندگی در سه طلاقه کردن همسر که با نمایندگی در دو رجوع میان طلاق‌ها ملازمه دارد، از مواردی است که اصیل توانایی بر انجام آن را دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۴).

بعضی از فقیهان در پاسخ این اشکال که در مثال اخیر شرط توانایی اصیل در انجام عمل مورد وکالت (مربوط به رجوع در دو طلاق) وجود ندارد، می‌گویند: درستی وکالت در این باره بعید به نظر نمی‌رسد؛ زیرا وکالت در رجوع، تابع وکالت در سه طلاقه کردن است؛ همان‌گونه که وکالت در خرید دو کالا و فروش یکی از آن دو چنین وضعیتی دارد، در حالی که اعطای نمایندگی در جایی که اصیل به طور

\* اقول ینبغی ان یعلم ان المراد بكون متعلق الوکالة مملوئاً للموکل بمعنی کونه مما یمکن للموکل التصرف فیہ و مباشرته بنفسه عقلاً و شرعاً... (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۴).

\*\* «قابلیت نمایندگی»، «توانایی اصیل در انجام مورد نمایندگی» و «معلوم بودن موضوع نمایندگی».

استقلالی در آن مالکیت و توانایی تصرف ندارد - مانند طلاق همسری که بعداً با او ازدواج می‌کند - اعتبار ندارد. فقیه مزبور ضابطهٔ درستی وکالت در رجوع (در مثال اخیر) و نادرستی وکالت در طلاق (در مثال نخست) را در تفاوت میان «اصل» و «تابع» تحلیل می‌کند. به نظر وی موارد فراونی در فقه وجود دارد که به طور مستقل و بالاصاله عملی بی‌اعتبار است، در حالی که به طور تبعی و باواسطه، صحیح و معتبر است؛ مانند وقف بر معدومان به طور استقلالی و وقف بر آنان به طور تبعی؛ زیرا «تابع» پس از حکم به صحت و درستی وکالت، مکمل و کامل‌کننده است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۴). به تعبیر دیگر، در مواردی که اصیل از حقی برخوردار است، ولی شرایط اجرای آن حق فراهم نشده است، اعطای نمایندگی ممکن و مجاز است؛ مانند وکالت در رجوع میان طلاق‌ها و یا اعطای نمایندگی برای طلاق در زمان طهر موقوفه یا نمایندگی در خرید و فروش خانه، ولی در مواردی که اصیل هنوز از حقی برخوردار نشده است و از نظر قانونی و شرعی حق تصرف در امری را ندارد، نمی‌تواند برای آن نمایندگی و وکالت دهد؛ مانند نمایندگی در طلاق زنی که بعداً با او ازدواج می‌کند.

این دیدگاه مورد انتقاد برخی فقها قرار گرفته است. اینان بر این باورند که وجود نظایری مثل وقف بر معدومان و مانند آن نمی‌تواند به عنوان ملاک درستی یا بطلان نمایندگی مطرح شود، بلکه مشروع بودن مضاربه که در واقع وکالت نیز در آن وجود دارد، جواز توکیل در زمان حیض برای طلاق بعد از طهر، جواز توکیل در همهٔ امور با اینکه موکل مالک اموال آینده نیست، دلیل بر این است که توانایی اصیل برای انجام مورد نمایندگی در زمان عقد نمایندگی ضرورت ندارد (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۵ / بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۵).

از این رو در مواردی که نمایندگی معلق بر امر دیگری است، نمایندگی از جهت تعلیق باطل خواهد بود، ولی در مواردی که تعلیق وجود ندارد و اصیل، دیگری را وکیل و نمایندهٔ خود در آنچه خود صلاحیت دارد، قرار می‌دهد، اگرچه سبب آن بعد از عقد نمایندگی ایجاد شود، نمایندگی صحیح و معتبر است؛ مثلاً اگر شخصی را وکیل در خرید کالایی قرار داده است و دیگری را وکیل در فروش کالای خریداری شده قرار

دهد، وکالت و نمایندگی صحیح است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۵).

یکی از فقها در پاسخ این پرسش که آیا جایز است سید، غیرسید را وکیل نماید در گرفتن خمس از جانب او در مدت معلومه از هرکس که بخواهد به او بدهد و غیرسید هم سید را وکیل کند در اخذ زکات، با اینکه شاید خمس یا زکات هنوز به ارباب اموال تعلق نگرفته و بر تقدیر تعلق گرفتن، مملوک موکل نیست؟ می‌گوید: «اظهر، مختار صاحب جواهر است، بلکه اگر اجماع نبود بر بطلان تعلیق در وکالت، بر وجه تعلیق نیز صحیح بود...» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص ۳۲۹ و ۳۳۰).

نتیجه مطالب پیش گفته این است که اکثریت قاطع فقها توانایی اصیل را بر انجام مورد نمایندگی، شرط لازم موضوع نمایندگی می‌دانند،\* ولی در این نکته اختلاف دارند که آیا اصیل باید در زمان انعقاد قرارداد نمایندگی چنین توانایی داشته باشد یا در زمان اجرای موضوع نمایندگی این توانایی باید وجود داشته باشد؟ مشهور فقها توانایی اصیل را در زمان قرارداد نمایندگی شرط می‌دانند و برخی این حکم را مورد اجماع و اتفاق فقیهان دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۴)، در حالی که در مقابل، برخی فقها توانایی اصیل در زمان اجرای مفاد نمایندگی را نیز کافی دانسته‌اند؛ بنابراین در مواردی که اصیل به دلیل ممنوعیت قانونی و شرعی یا عقلی، توانایی انجام عملی را ندارد، نمی‌تواند در انجام آن امر به دیگری اعطای وکالت و نمایندگی دهد.

در حقوق ایران و قانون مدنی نیز دیدگاه‌هایی درباره شرط دوم مطرح شده است. قانون مدنی در ماده ۶۶۲ مقرر کرده است: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جای آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت

\* با وجود این، برخی از فقیهان می‌گویند: تنها دلیل شرط توانایی اصیل بر انجام مورد نمایندگی، اجماعی است که یکی از فقیهان نقل کرده است و این اجماع مورد تردید است: نعم بیقی الکلام فی الدلیل الدال علی هذا الشرط ولا اعلم لهم دلیلاً زیاده علی ما یفهم من الاتفاق الذی ادعاه المحقق الشیخ علیه و فیه ما عرفت فی غیرمقام ما تقدم فالمسئله غیرخالیة من الاشکال (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۳۶).

به نظر می‌رسد بنای خردمندان بر این است که نمایندگی را از شخصی می‌پذیرند که خود توانایی انجام آن را داشته باشد؛ به علاوه، مقتضای جانشینی و اعطای اختیار به وسیله اصیل به نماینده نیز همین امر باشد.

داشته باشد». حقوقدانان برجسته به درستی به این ماده برای اثبات اهلیت موکل و اصیل استناد نکرده‌اند (امامی، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸). ایشان در تفسیر ماده مزبور می‌گویند: «امری که موکل خود حق انجام آن را ندارد، نمی‌تواند نمایندگی به دیگری دهد که به جای او به جای آورد؛ زیرا معطی شیء باید واجد آن باشد؛ مثلاً مالی که از طرف مقامات صالحه بازداشت شده و مالک، ممنوع از انتقال آن است، نمی‌تواند به دیگری وکالت دهد که آن مال را به غیر منتقل کند؛ زیرا نمایندگی در امری است که از نظر قانون انجام آن برای موکل ممنوع است و ممنوع قانونی در عالم حقوق، مانند محال عادی در عالم عادی و محال عقلی در عالم عقلی است. در اموری که قانون انجام آن را منع نکرده است، ولی در اثر عوامل خارجی عملاً موکل نمی‌تواند آن را انجام دهد و وکالت به دیگری در انجام آن ممکن است (مثلاً ملکی مورد غصب واقع شده است و مالک نمی‌تواند آن را از غاصب بگیرد، ولی دیگری که سابقه‌آشنایی با غاصب دارد، می‌تواند آن را بگیرد و به او انتقال دهد)، در این صورت مالک می‌تواند به شخص مزبور در گرفتن مال از غاصب و یا انتقال به او وکالت و نمایندگی بدهد» (همان).

همچنین گفته شده است ناتوانی عملی اصیل نیز از موانع نفوذ وکالت نیست؛ بنابراین اگر شخصی به دلیل بیماری یا زندانی شدن نتواند برای تنظیم سند رسمی یا انجام معامله‌ای حاضر شود و به دیگری وکالت دهد، هیچ‌کس در نفوذ چنین وکالتی تردید ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۱۵۱).

از سوی دیگر، یکی از نویسندگان حقوقی پس از بیان جمله اول ماده ۶۶۲ قانون مدنی می‌گوید: «مقصود از ماده، اهلیت قانونی داراشدن و اجرای حقوقی و همچنین در برخی موارد، عدم وجود منع قانونی برای حقوقی است که موکل می‌خواهد به وکالت انجام گیرد» (قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۴۹).

یکی از حقوقدانان در بیان دیگری می‌گوید: «عمل حقوقی که به نام و حساب موکل انجام می‌شود، هرچند به وسیله وکیل و اراده اوست، در واقع موکل نیز با واسطه آن را واقع می‌سازد». نیابت به همین منظور داده می‌شود و وکیل نیز وسیله این اقدام قرار می‌گیرد و سود و زیان آن نصیب موکل خواهد شد؛ بنابراین اهلیت موکل برای اعطای نمایندگی با اهلیت برای انجام کار موضوع وکالت ارتباط نزدیک می‌یابد و نمی‌توان این

دو صلاحیت را از یکدیگر جدا کرد. نویسندگان قانون مدنی نیز با توجه به همین حقیقت، اهلیت موکل را با صلاحیت انجام کاری که به وکیل واگذار می‌شود، پیوند زده‌اند، به گونه‌ای که معیار اهلیت موکل در این قانون، اهلیت انجام عمل حقوقی مورد وکالت است. چنان‌که در ماده ۶۶۲ آمده است: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را انجام دهد...». بدین ترتیب، سفیه می‌تواند برای انجام امور غیرمالی مانند طلاق، به دیگری وکالت دهد و صغیر ممیز برای قبول هبه و صلح بدون عوض، کسی را وکیل خود سازد، ولی مجنون یا صغیر غیرممیز چون اهلیت انجام هیچ عمل ارادی را ندارد، هیچ‌گاه نمی‌تواند طرف عقد وکالت قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۱۴۲).

به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از حقوقدانان استنباط کرده‌اند (امامی، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸ / حائری شاهی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۵۹۵)، ماده ۶۶۲ قانون مدنی که از فقه امامیه اقتباس شده است، یکی از شرایط موضوع وکالت را بیان می‌کند، نه شرط مربوط به یکی از طرفین عقد وکالت را (موکل). فقها نیز شرط توانایی انجام عمل توسط اصیل را از شرایط موضوع وکالت دانسته‌اند؛ بنابراین استنباط حقوقدانانی که اهلیت قانونی موکل و اصیل را از صدر ماده مذکور استنباط کرده‌اند، محل تردید و اشکال است. فرض ماده ۶۶۲ اصیلی است که دارای اهلیت قانونی (بلوغ، رشد و عقل) است. چنین اصیلی باید علاوه بر شرایط دیگر، توانایی انجام موضوع وکالت را نیز داشته باشد. از این رو، ادعای ارتباط میان اهلیت موکل برای اعطای نمایندگی با اهلیت برای انجام کار موضوع وکالت به استناد ماده ۶۶۲ قابل انتقاد به نظر می‌رسد. در هر حال، صدر ماده ۶۶۲ ق.م.م.ب. از شرایط موضوع وکالت است، نه شرط موکل.

همچنین حقوقدانان در این باره که آیا توانایی اصیل در زمان انعقاد قرارداد نمایندگی، شرط صحت عقد است یا کافی است در زمان اجرای نمایندگی این توانایی را داشته باشد، بر این باورند که: «ظاهر ماده ۶۶۲ قانون مدنی نظر کسانی را (مشهور فقیهان) تأیید می‌کند که توانایی موکل را هنگام انعقاد عقد نمایندگی شرط می‌دانند، ولی برای منطبق ساختن این ظاهر با اصول حقوقی باید توجه داشت که مقصود از توانایی موکل در انجام کاری که به نیابت می‌دهد، این نیست که به‌جای آوردن آن نیاز به عقد و تمهید اسباب نداشته باشد، بلکه کافی است که تمهید مقدمه و اسباب

نیز در حد توان او باشد؛ چنان‌که مضاربه نیز با اینکه مضارب هیچ کالایی برای خرید و فروش ندارد، به عامل برای معاملات مکرر نیابت می‌دهد و هیچ‌کس نیز در مقصود آن تردید نمی‌کند؛ زیرا صاحب سرمایه نیز خود توانایی حقوقی برای انجام آن معاملات را دارد؛ بنابراین:

۱. در موردی که موکل حقی را داراست، ولی شرایط اجرای حق فراهم نیامده است، وکالت درست است؛ برای مثال، شوهری که حق طلاق زن را دارد و در طهر مواجهه به دیگری وکالت در طلاق می‌دهد.

۲. در موردی که انجام عمل حقوقی منوط به کاری است و موکل برای هر دو وکالت می‌دهد، نباید او را نسبت به عمل حقوقی ناتوان پنداشت...» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۱۵۲)\*.

در نهایت باید به این نکته توجه داشت که در نمایندگی‌های قانونی، این شرط لازم‌الرعايه نیست؛ زیرا ناتوانی اصیل در انجام موضوع نمایندگی، دلیل بر تأسیس چنین نمایندگی است، ولی در صورتی که ولی یا وصی به انتخاب وکیل تصمیم بگیرند، خود باید توانایی انجام موضوع نمایندگی را داشته باشند.

از مجموع مطالب پیش‌گفته در فقه امامیه و حقوق ایران چنین استنباط می‌شود که فقیهان و حقوقدانان یکی از شرایط موضوع نمایندگی را توانایی اصیل در انجام موضوع نمایندگی می‌دانند، هرچند در زمان لزوم توانایی اختلاف نظر دارند.

### ۳-۱. معلوم‌بودن موضوع نمایندگی

از شرایط اساسی قراردادها معلوم‌بودن موضوع آنهاست؛ بنابراین جهل به موضوع قرارداد، باعث بطلان آن خواهد شد. قرارداد نمایندگی نیز جزء معاملات است که طبق قاعده باید متضمن شرط مزبور باشد. با وجود این، قرارداد نمایندگی به منظور همکاری و تعاون و رفع نیازها تشریح شده است و از این جهت باید آن را عقدی مبنی بر مسامحه دانست، نه مغایره؛ بنابراین معلوم‌بودن تفصیلی موضوع قرارداد، ضرورت ندارد

---

\* با توجه به مطالب پیشین روشن می‌شود حقوقدان مزبور دیدگاه صاحب جواهر و صاحب عروه را پذیرفته است.

و در صورت علم اجمالی به مورد نمایندگی، غرری که مبطل معامله است به دلیل مسامحی بودن عقد، ایجاد نمی‌شود، پس در عقد نمایندگی علم به موضوع نمایندگی باید به گونه‌ای باشد که وکیل بتواند به انجام وظیفه‌اش مبادرت ورزد و بداند در چه اموری دخالت کند.\*

با وجود این، برخی فقهای امامیه در درستی وکالت عام، تردید کرده‌اند. دیدگاه مشهور فقیهان بر درستی نمایندگی عام است، ولی برخی لزوم غرر شدید و احتمال ضرر را دلیلی بر بطلان نمایندگی عام دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۲۵۹).

در حقوق ایران در ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر شده است: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». عقد وکالت جزء عقود است که باید شرایط عمومی قراردادها از جمله شرط معلوم بودن مورد معامله در آن رعایت شود، ولی با توجه به ماده ۶۶۰ قانون مدنی که وکالت عام را پذیرفته است، به نظر می‌رسد علم اجمالی به مورد وکالت کفایت می‌کند و عقد وکالت از مصادیق استثنای مذکور در ماده ۲۱۶ پیش‌گفته است.

با وجود این، برخی از حقوقدانان بر این باورند که «در عقد وکالت باید امری که به وکیل نمایندگی انجام آن داده می‌شود، معلوم شود؛ مثلاً هرگاه کسی دیگری را وکیل در خانه خود کند، باید امری را که انجام آن به عهده وکیل گذاشته شده است، از فروش، اجاره‌دادن، گرفتن مال الاجاره یا نگهداری و تعمیرات لازم تعیین شود، وگرنه بدون تعیین آن، مورد وکالت مبهم و عقد وکالت باطل است؛ زیرا طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، موضوع وکالت که مورد معامله است باید معین باشد، همچنان‌که به دستور ماده ۲۱۶ قانون مدنی، باید مبهم نباشد» (امامی، ۱۳۶۸، ص ۲۲۰).

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۶۶۰ قانون مدنی، علم اجمالی به مورد وکالت کافی است. به همین دلیل یکی از حقوقدانان در شرح ماده ۶۶۰ قانون مدنی وکالت را به سه

\* «والثانی من الامور المعتبرة فی الموکل فیہ ان یکون معلوماً بنوع من العلم کما عرفت تفصیل البحث فیہ سابقاً علی هذا الفصل» (نجفی، همان، ۳۸۴) و «ان المعلومات المعتبرة لیست کالمعلومات فی باب البیع والاجاره و نحوهما بل یکفی المعلومات فی الجملة» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱، ص ۲۲).

قسم خاص، عام و مطلق تقسیم کرده است و در وکالت عام از جهت تصرف و از جهت متعلق و نیز در وکالت مطلق از جهت تصرف و از جهت متعلق، معتقد به درستی وکالت شده است. پذیرش وکالت عام و مطلق و خاص نشان می‌دهد حقوقدان مزبور علم اجمالی به مورد وکالت را برای صحت این قرارداد کافی دانسته است (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ص ۵۹۴).

همین دیدگاه مورد پذیرش مشهور فقهای امامیه قرار گرفته است (نجفی، ۱۳۶۷، ص ۳۸۴).

## ۲. حقوق انگلیس

در نظام حقوق انگلیس نیز شرایط سه‌گانه موضوع نمایندگی، مورد توجه حقوقدانان و قضات قرار گرفته است که در ذیل مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

### ۲-۱. قابلیت نمایندگی

در حقوق انگلیس، اختیار اعطایی اصیل به نماینده، مبنای مسئولیت اصیل در مقابل اشخاص ثالث تلقی می‌شود. با اعطای این اختیار، نماینده جانشین اصیل می‌شود و معامله وی معامله اصیل تلقی می‌شود (قنوتی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۱). نتیجه منطقی این اندیشه آن است که عمل مورد نمایندگی به گونه‌ای باشد که قانونگذار مباشرت اصیل را در انجام آن لازم نداند. به همین دلیل برخی از حقوقدانان کامن‌لا در عبارتی موجز می‌گویند: «نماینده ممکن است برای تنظیم یک سند یا انجام هر عملی از سوی اصیل انتخاب شود که خود اصیل بتواند تنظیم کند یا انجام دهد، مگر اینکه برای اجرای حق، امتیاز یا اختیار اعطایی یا انجام یک وظیفه قانونی، مباشرت اصیل لازم باشد یا انجام یا اجرای آن نیازمند دقت و مهارت شخص خاصی باشد یا برای اجرای عملی باشد که قانون مدون، اصیل را شخصاً به انجام آن ملزم دانسته است» (Bowstead, 1996, P.44).

از این تعبیر به وضوح یک قاعده کلی در قابلیت نمایندگی استنباط می‌شود. هر عملی قابلیت نمایندگی و نیابت دارد جز اموری که قانون مباشرت شخص را در انجام

آن عمل ضروری بداند یا در اجرای مفاد نمایندگی خدمات شخصی و مهارت نماینده لازم باشد یا قانون مدون اصیل را شخصاً به انجام عملی ملزم نماید. به همین دلیل گفته می‌شود: «به‌طور کلی هر قراردادی را می‌توان به‌وسیله نماینده منعقد یا اجرا کرد، مگر اینکه خصوصیات شخصی اصیل شرط باشد یا به روش دیگری صریحاً یا ضمناً اجرای نیابتی عمل استثنا شود» (Ibid, P.45)؛ به عنوان مثال، تراستی‌ها\* نمی‌توانند وظایفشان را به دیگری واگذار کنند و قانون مباشرت آنها را در انجام وظایفشان شرط کرده است، البته استثناهایی نیز وجود دارد (Ibid, P.46).

همچنین تصریح حقوقدانان کامن‌لا به امکان نمایندگی در قبض مورد معامله و اقرار، تأییدی بر قاعده کلی قابلیت نمایندگی در هر امری جز موارد استثنایی است (Fridman, 1990, P.316).

با وجود این، سوگند وکیل از امور قابل نیابت تلقی نشده است و در پرونده‌ای رأی داده شد که سوگند نماینده نمی‌تواند اصیل را متعهد و ملزم سازد (Ibid).

همچنین براساس بند ۱ ماده ۱۶ قانون ورشکستگی سال ۱۹۱۴ رأی داده شده است که نماینده نمی‌تواند پیشنهاد برای قرارداد ارفاقی (composition) را امضا کند و امضای اصیل ضرورت دارد.

چنان‌که گفته شد، در حقوق انگلیس تفاوتی میان اعمال مادی و اعمال حقوقی در قابلیت نمایندگی وجود ندارد. به همین دلیل، حقوقدانان برگرداندن کالای مسروقه، قبض ثمن و مثن، اداره زمین و مانند آن را که اعمال مادی‌اند یا متضمن اعمال مادی‌اند، بدون هیچ‌گونه تردیدی می‌پذیرند (Bowstead, 1996, P.119 / Chitty, 1989, N. 2539)؛ همچنان‌که میان امور انشایی و اخباری تفاوتی نمی‌گذارند. همه حقوقدانان کامن‌لا نمایندگی در اقرار را همانند نمایندگی در بیع مجاز می‌دانند (Fridman, 1990, P.316 / Bowstead, 1996, P.525).

\* تراست، نهادی قانونی در حقوق کامن‌لا می‌باشد که براساس آن شخصی (truster) مال یا اموالی را جهت استفاده از منافع آن افراد معین و یا اهداف عام‌المنفعت، اختصاص می‌دهد. شخصی که متولی رسیدگی به مورد تراست است (trustee) موظف است مال مورد نظر را به روشی که مصلحت است، اداره کند و منافع حاصل از آن را مطابق شروط گنجانده‌شده در سند تراست هزینه کند (Campbell Black, 1990, P.1508).

## ۲-۲. توانایی اصیل

روشن است که نمایندگی، جانشینی نماینده از اصیل است. در صورتی که اصیل توانایی انجام عمل را نداشته باشد، اعطای اختیار برای انجام آن عمل غیرمعقول خواهد بود. به دلیل همین بداهت است که همه حقوقدانان و قضات کامن‌لا این امر را از شرایط نمایندگی تلقی می‌کنند و زیر عنوان اهلیت اصیل (capacity) برای انجام عمل مورد نمایندگی بررسی و مطالعه می‌کنند (-Ludwig, 1948, P.35 / Stevens, 1987, P.120 / Treitel, 1995, P.629).\*

حقوقدانان انگلیسی بر این اعتقادند که به عنوان یک قاعده کلی، اصیل زمانی می‌تواند شخصی را به عنوان نماینده برگزیند که خود وی اهلیت و صلاحیت انجام آن عمل را داشته باشد. به همین دلیل یک شرکت تجاری نمی‌تواند نماینده‌ای را برای انجام عمل در خارج از قلمرو اختیارات مندرج در اساسنامه و یا خارج از موضوع شرکت انتخاب کند (Ibid)؛ همچنان که یک بیگانه دشمن معمولاً نمی‌تواند نماینده‌ای انتخاب کند (Ibid).

گفتنی است حقوقدانان کامن‌لا، هم شرط توانایی اصیل را و هم موارد عدم اهلیت قانونی (صغر و اختلال مشاعر) و هم مواردی را که شخص قانوناً یا عقلاً توانایی انجام عملی را ندارد، ذیل عنوان اهلیت (capacity) مورد بررسی قرار می‌دهند. به همین دلیل بر این باورند که دیوانگان و افراد مختل‌المشاعر که خود توانایی انجام عمل مورد نمایندگی را ندارند، قادر به اعطای نمایندگی برای انجام آن عمل نیستند. به اعتقاد حقوقدانان کامن‌لا، افراد مختل‌المشاعر نه تنها در قراردادهای باطل، بلکه در قراردادهای قابل فسخ خود نیز صلاحیت انتخاب وکیل و اعطای وکالت‌نامه به وکیل را ندارند (Treitel, 1995, P.629)، ولی صغار در قراردادهایی که خود توانایی انعقاد آن را دارند، می‌توانند به دیگری نمایندگی دهند و در اعمالی که از نظر قانونی قادر به انجام آن نیستند، صلاحیت اعطای نمایندگی ندارند (Treitel, 1995, P.626 / Stevens, 1987, )

\* Those who do not have Legal capacity to make contracts can not get ride of Their disabilities by the employment Ofagents ... .

P. 120)؛ البته صغار نمی‌توانند نمایندگانی انتخاب کنند که به طور غیرقابل فسخ آنها را ملزم کنند (Ibid)؛ بنابراین در قراردادهایی که صغیر منعقد می‌کند و کامن‌لا آنها را قابل فسخ می‌داند، صغیر می‌تواند وکالت‌نامه تنظیم کند و وکیل استخدام کند، ولی اقدامات این وکیل قابل فسخ توسط صغیر است.

با وجود این، در قانون وکالت‌نامه دائمی مصوب ۱۹۸۵ مقرر شده است در مواردی که شخص به دلیل اختلال مشاعر قادر به اداره امور مالی و غیرمالی خود نیست، می‌تواند وکالت‌نامه دائمی تنظیم کند یا دادگاه می‌تواند صلاحیت اداره وی را بپذیرد. این صلاحیت به وسیله برخی قضات دادگاه انصاف و رئیس دادگاه حمایت (قانون بهداشت روانی ۱۹۸۳) اعمال می‌شود. در صورتی که اموال مریض در اختیار دادگاه است، مریض نمی‌تواند نسبت به آنها قرارداد ببندد و این قرارداد، دادگاه و مریض را ملزم نمی‌کند، ولی دادگاه می‌تواند قرارداد را تأیید کند. همچنین در قانون وکالت‌نامه دائمی ۱۹۸۵ مقرر شد هر شخص می‌تواند اختیار اداره اموالش را به دیگری اعطا کند و اگر بعد از اعطای وکالت‌نامه، اصیل مختل‌المشاعر شود، وکالت از بین نمی‌رود و فقط وکیل ملزم است وکالت‌نامه مزبور را در دادگاه به ثبت برساند. این وکیل اختیار انجام هرگونه معامله‌ای را در اموال محجور دارد (Bowstead, 1996, P. 663 & 670).

### ۲-۳. معلوم‌بودن موضوع نمایندگی

یکی از شرایط درستی قراردادها، به طور کلی معلوم‌بودن مورد معامله است. جهل و ابهام در مورد معامله، قرارداد را بی‌اعتبار خواهد ساخت. با وجود این، در برخی قراردادها علم تفصیلی ضرورت ندارد و علم اجمالی کافی است.

قرارداد نمایندگی از جمله این عقود است. به همین دلیل حقوقدانان کامن‌لا در یک تقسیم‌بندی، نمایندگی را به عام، خاص و مطلق تقسیم کرده‌اند و هر سه قسم را معتبر و صحیح تلقی می‌کنند (Stevens, 1987, P. 1190).

نمایندگی خاص، نمایندگی کسی است که اختیار انجام عمل خاصی مانند خرید کالای خاصی را دارد. نمایندگی مطلق آن است که نماینده می‌تواند در قلمرو خاصی از سوی اصیل، هر اقدامی را انجام دهد؛ مانند نمایندگی برای اداره یک تجارت. نمایندگی

عام آن است که نماینده می‌تواند از سوی اصیل هر اقدامی را انجام دهد و اختیارش مقید و محدود به قلمرو خاصی نیست. روشن است که در نمایندگی عام و مطلق، علم تفصیلی به مورد نمایندگی وجود ندارد و با وجود این، مورد پذیرش حقوقدانان کامن‌لا قرار گرفته است؛ بنابراین به نظر می‌رسد در حقوق انگلیس نیز علم اجمالی به مورد نمایندگی برای درستی قرارداد کافی است. همچنین با توجه به اینکه رابطه نمایندگی در حقوق انگلیس یک رابطه امانی است و رعایت مصلحت و حسن نیت در انجام معاملات توسط نماینده الزامی است (Fridman, 1990, P. 316 / Bowstead, 1996, P. 663 & 670)، احتمال ضرر ناشی از فقدان علم تفصیلی، قابل جبران به نظر می‌رسد.

## نتیجه

از مباحث پیشین روشن می‌شود که در هر سه نظام حقوقی مورد بررسی یعنی حقوق اسلام، ایران و انگلیس، رعایت شرایط سه‌گانه (قابلیت نمایندگی، توانایی اصیل و معلوم بودن مورد نمایندگی) در موضوع نمایندگی ضرورت دارد، ولی باید به این نکته توجه کرد که در حقوق اسلام، به دلیل جدانبودن مباحث فقهی عبادی از مباحث حقوقی و مالی، فقها موضوعات گوناگون را در قلمرو عبادات و امور مالی به طور کلی مطرح می‌کنند. به همین دلیل در برخی نظریه‌های مطرح شده در اصل کلی نمایندگی، فقیهان میان امور مالی و عبادی تفصیل داده‌اند، در حالی که در نظام حقوقی انگلیس و ایران به دلیل جدایی امور عبادی از امور حقوقی، حقوقدانان فقط در قلمرو امور حقوقی و مالی به بررسی موضوع پرداخته‌اند و همان‌گونه که گفته شد، در حقوق اسلام سه دیدگاه در وجود یا عدم اصل کلی نمایندگی مطرح شده است.

مشهور، نظریه اول (اصل عدم قابلیت نمایندگی) را ترجیح داده است، در حالی که برخی فقیهان اصل کلی نمایندگی را پذیرفته‌اند که همین نظریه مورد پذیرش در این نوشتار قرار گرفته است. در حقوق انگلیس و ایران نیز اصل کلی نمایندگی مورد پذیرش حقوقدانان واقع شده است. شاید این وحدت دیدگاه میان فقها و حقوقدانان ناشی از استناد اصل کلی نمایندگی به بنای عرف و عقلاست که در همه نظام‌های سه‌گانه به عنوان یکی از منابع فقه و حقوق مورد توجه قرار گرفته است.

با وجود این، همان‌طور که ملاحظه شد، موضوع قابلیت نمایندگی در فقه اسلامی و حقوق ایران، به مراتب بیش از آنچه در نظام حقوق انگلیس مطرح شده است، مورد بررسی و تحلیل فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. در واقع این اصل کلی در حقوق انگلیس به عنوان امری بدیهی و روشن تلقی شده است و حقوقدانان بر پایه چنین اصل روشنی به بررسی سایر احکام نمایندگی پرداخته‌اند، در حالی که در فقه اسلامی مباحث نظری فراوان و نیز دیدگاه مشهور در پذیرش اصل کلی عدم نمایندگی باعث شده است تردیدهای جدی دربارهٔ ارائه اصل کلی در قابلیت نمایندگی مطرح شود و دیدگاه‌ها و نظریه‌های گوناگونی مطرح و مورد تجزیه و تحلیل فقها قرار گیرد.

به نظر می‌رسد به دلیل بنای عقلا، اصل وفای به عقد (طبق نظر ارائه‌شده، این اصل نمی‌تواند مدعا را ثابت کند) و اصل عدم مباشرت که در هر سه نظام حقوقی به عنوان مبانی و منابع حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است، اصل کلی قابلیت نمایندگی در هر امری جز موارد استثنایی از استحکام بیشتری برخوردار است. وجود همین مبانی و منابع باعث وحدت دیدگاه‌ها شده است.

درباره شرط دوم (توانایی اصیل در انجام موضوع نمایندگی)، هر سه نظام حقوقی علم اجمالی به موضوع نمایندگی را کافی می‌دانند؛ زیرا با توجه به امانی بودن رابطه نمایندگی و لزوم رعایت امانت، مصلحت و غبطه اصیل و داشتن حسن نیت در انجام معاملات توسط نماینده، جهل و غرر احتمالی قابل جبران به نظر می‌رسد و براساس همین مبنای عقلایی است که وحدت نظر هر سه نظام حقوقی توجیه می‌پذیرد. دربارهٔ تفکیک میان امور انشایی و اخباری نیز با توجه به اصل کلی قابلیت نمایندگی که مورد قبول هر سه نظام حقوقی است، تفکیک مزبور بر مبنای حقوقی استواری مبتنی نیست. همچنین تفکیک میان امور مادی و حقوقی در نظام حقوقی انگلیس و ایران به عنوان یک اصل مطرح نشده است و حقوقدانان اصل کلی قابلیت نمایندگی در هر امری را پذیرفته‌اند و جز در موارد استثنایی، اجرای نمایندگی را منتفی ندانسته‌اند. در حقوق اسلام نیز هر چند تردیدهایی از سوی برخی فقها مطرح شده است، ولی آنچه در فقه اسلامی از مبانی قوی‌تری برخوردار است، تعمیم نمایندگی در همهٔ امور جز امور استثنایی است و تفکیک میان امور مادی و اعتباری بر استدلال‌های استواری مبتنی نیست.

## منابع

١. ابن رشد، محمد بن احمد؛ بداية المجتهد و نهاية المقتصد؛ ج ٢، بيروت: دارالفكر، ١٤١٥ق.
٢. ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ المغنى؛ ج ٥، بيروت: دارالكتب العربى، ١٤٠٣ق.
٣. اردبيلى [مقدس اردبيلى]، احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ٩، مؤسسة النشر الاسلامى، ١٤١٢ق.
٤. آل كاشف الغطاء، محمد حسين؛ تحرير المجله؛ ج ٤، تهران: مكتبة النجاج، ١٣٦١.
٥. امامى، سيد حسن؛ حقوق مدنى؛ ج ٢، تهران: انتشارات اسلاميه، ١٣٦٨.
٦. بجنوردى، محمد حسن؛ قواعد الفقيهيه؛ ج ٣، قم: الهادى، ١٣٧٧.
٧. بحراني، يوسف؛ الحدائق الناظره؛ ج ٢٢، بيروت: دارالاضواء، ١٤٠٥ق.
٨. حائرى شاهباغ، سيد على؛ حقوق مدنى؛ ج ٢، تهران: گنج دانش، ١٣٧٦.
٩. حرّ عاملى، محمد بن حسن؛ وسائل الشيعه؛ ج ١، ١٥ و ١٧، تهران: انتشارات اسلاميه، ١٣٦٧.
١٠. حلى [علامه]، حسن بن يوسف؛ تذكرة الفقهاء، ج ١ و ٢، تهران: منشورات مكتبة المرتضويه، [بى تا].
١١. رشتى، حبيب الله؛ كتاب القضاء؛ محقق سيد احمد حسيني؛ قم: دارالقرآن الكريم، ١٤٠١ق.
١٢. زحيلي، وهبه؛ اصول الفقه الاسلامى؛ ج ١، دمشق: دارالفكر، [بى تا].
١٣. شهيد اول (محمد بن جمال الدين عاملى)؛ القواعد والفوائد؛ ج ٢، محقق سيد عبدالهادى حكيم، قم: مكتبة المفيد، [بى تا].
١٤. شهيد ثانى (زين الدين بن على عاملى)؛ الروضة البهيّه؛ ج ٤، بيروت: دار احياء التراث العربى، ١٤٠٣ق.

۱۵. \_\_\_\_\_؛ مسالك الافهام؛ ج ۵، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۴ق.
۱۶. صدر، محمدباقر؛ اقتصادنا؛ لبنان: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۱ق.
۱۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ سؤال و جواب؛ محقق سیدمصطفی محقق داماد؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
۱۸. \_\_\_\_\_؛ ملحقات العروة الوثقی؛ ج ۲، قم: مكتبة الداوری، [بی تا].
۱۹. طباطبایی، سیدمحمد؛ مناهل؛ قم: مؤسسه آل البيت، [بی تا].
۲۰. العانی، عبدالجبار؛ الوكالة فی الشریعة والقانون؛ بغداد: مطبعة العانی، ۱۹۷۵م.
۲۱. قائم مقامی، عبدالمجید؛ حقوق تعهدات؛ ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
۲۲. قنواتی، جلیل؛ نظریه کلی نمایندگی در حقوق ایران و انگلیس (رساله دکتری)؛ دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
۲۳. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین؛ ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۲۴. \_\_\_\_\_؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، تهران: بهنشر، ۱۳۶۸.
۲۵. کرکی [محقق ثانی]، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ ج ۸ و ۹، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۰ق.
۲۶. مراغی، میرفتاح؛ العناوین؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
۲۷. مروارید، علی اصغر؛ الینایع الفقهیه، ج ۱۶، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ق.
۲۸. نجفی خوانساری، موسی؛ منیة الطالب؛ ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
۲۹. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۲۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
30. Bowstead and Reynolds, *the Law of Agency*, 16th /ed, London, Sweet and Maxwell, 1996.
31. Chitty Joseph, *Chitty on contract*, 20th /ed, London, Sweet and Maxwell, 1989.
32. Fridman, G. H. L, *The Law of Agency*, 6th /ed, London, Butterworths, 1990.
33. Ludwig, Teller, *Agency*, New york, **Harmon Publications**, 1948.
34. R. Anson, William; "**Principle of the English Law of Contract**

**Severnteenth Edition, by Milles and Brierly" Oxford, 1929.**

35. Stevens and Flexner, Lenore, Cray bauk, **The Random House Dictionary of the English Language**, New york, Random House, 1987.
36. Treitel, G. H., **The Law of Contract**, 9th /ed, London, Sweet and Maxwell, 1995.
37. Henry Campbl Black, M. A., "**Black's Law Dictionary**", Sixth Edition, West Publishing co, 1990 (Printed in the US).