**فصل اول**

**تعاریف و مفاهیم کلی**

* 1. **وکالت**
     1. **تعریف لغوی وکالت**

وکالت به کسر و فتح اوّل ، مصد از ریشه ثلاثی وکل بر وزن ضرب است. معنای لغوی آن واگذاشتن است و سپردن کار به دیگری از قبل خود. برخی وکالت را به معنای نیابت، خلافت و جانشینی میدانند و وکالت ، تفویض کردن تصرف در مال است به غیر و آن غیر اصطلاحاً وکیل نامیده میشود یعنی وکالت آن است که کسی غیر خود را به جای خود قرار دهد در تصرفات شرعی معلوم[[1]](#footnote-1) وکالت به حسب لغت تفويض را افاده مي‌کند و در شرع به استنابه در تصرف هم تفسير شده است [[2]](#footnote-2) و مي‌بينيم که در کتب فقهي ما در باب وکالت و در ماهيت آن بيان نموده‌اند که «همانا طلب نيابت در تصرف ذاتي است»[[3]](#footnote-3)، وکيل هم در فقه اسلامي به گفته‌ي يكي از نويسندگان به کسي گفته مي‌شود که از طرف موکل خود در کليۀ امور و عقود و احکام و دعاوي نيابت و اختيار دارد، به شرط ناتواني موکل بالفعل و توانايي وي بالقوّه».[[4]](#footnote-4) در حالي كه فقهاء به قيد توانايي بالقوه‌ي وكيل و ناتواني بالفعل موكل توجهي نداشته و معتقدند كه وكالت عقدي مركب از ايجاب و قبولي است كه دلالت بر استنابه‌ي در تصرف مي‌كند.[[5]](#footnote-5)

* + 1. **تعریف فقهی وکالت**

در فقه اسلامی وکیل به کسی گفته شده که از طرف موکل خود ، در کلیه امور و عقود و احکام و دعاوی نیابت و اختیار دارد به شرط ناتوانی موکل به فعل و توانایی وی بالقوه[[6]](#footnote-6).

فقها در تعریف وکالت گفته اند: و هی تولیة الغیر ما یملکه من امضاء أمراً و استنابة فی تصرف یقبل الاستنابة[[7]](#footnote-7).

در جای دیگری گفته شده: الوکالة عقد شرع للاستنابة فی التصرف و هی جائزة بالکتاب و السنة و الاجماع بل العقل ایضاً .البته فقهای عامه در تعریف وکالت به تفویض امر توجه میکنند و همانطور که شیعه تفویض امر در وکالت را نپذیرفته بلکه توکیل را قبول دارد: الوکالة بفتح الوا و کسرها لغة التوفیضو المراعاة و الحفظ و هی تفویض شخص أمره إلی آخر فیما یقبل النیابة[[8]](#footnote-8): بنابراین در جاهایی که فقهای شیعه در تعریف وکالت از تفویض نام برده اند باید حمل بر مسامحه نمود: وهی تفویض الامر إلی الغیر لیعمل له حال حیاته أو ارجاع تمشیة الامر من الامور[[9]](#footnote-9).

* + 1. **تعریف قانونی وکالت**

به موجب قانون مدنی وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نائب خود می نماید و باید وکالت در امری داده شود که شخص موکل اصالتاً بتواند آنرا به جا آورد[[10]](#footnote-10).

* + 1. **تعریف حقوقدانان**

تعریف حقوقدانان برای عقد وکالت به این صورت است که عبارت است از عقدی که به موجب آن شخص به دیگری اختیار انجام عملی را به نام و نفع خود میدهد. وکالت دهنده را موکل و وکالت گیرنده را وکیل می­نامند. دکتر جعفری لنگرودی در تعریف وکالت آورده اند که: وکالت ايقاعي است که به موجب آن يکي تفويض اختيار در تصرف معين(از امور خويش) را به ديگري(=نايب) مي‌کند (= إنابه) و تفويض کننده منوب عنه است[[11]](#footnote-11) استاد، اين تعريف را از وكالت، در كتب ديگر خود از جمله انديشه و ارتقاء، المدوّنه، سيستم‌شناسي و... نيز آورده است و ليكن تعريف ايشان از وكالت با عنون ايقاع برخلاف قول مشهور فقهاء و اكثريت حقوقدانان است، به گونه‌اي قانونگذار هم نظر مشهور در فقه و حقوق را مورد تأييد قرار داده است. و در وكالت هر فعل مشروعي که شخص خود مي‌تواند انجام دهد به وسيلۀ شخص ديگري نيز مي‌تواند آن را صورت دهد، بدين معنا که آن ديگري را نايب خود در آن فعل قرار داده و يا به او امر کند که او انجام دهد، اينها همه در حالي است که آن فعل از افعال قائم به شخص نباشد. منظور از فعل قائم به شخص هم اين است که بايد فقط توسط همان شخص موکّل انجام گيرد و وکالت دادن براي انجام آن به ديگري امکانپذير نيست، مثل ترسيم يک نقشۀ ساختماني که فقط توسط همان شخص نقاش بايد صورت پذيرد. فعلي که مورد نيابت قرار مي‌گيرد «موکل فيه» نام دارد و متعلّق آن فعل«موکل به» خوانده مي‌شود. نيابت دهنده «موکّل» است و فعل او «توکيل» و نايب او«وکيل» ناميده مي‌شود. موکل فيه شامل عقود و ايقاعات از جمله نکاح و طلاق مي‌باشد؛ امر آمر به انجام دادن فعل معين، وکالت و استنابه نيست ولي از آن رو که اذن را در بر دارد به وکالت شبيه است. در هر استنابه و توکيل اذني وجود دارد که به موجب آن، به مأذون(= وکيل) اختيار قيام به امر مورد وكالت داده مي‌شود كه هما نا آن عمل را تفويض اختيار گويند[[12]](#footnote-12).

دكتر كاتوزيان نيز با استناد به ماده 656 ق.م. اثر عقد وكالت را اعطاي نيابت در امور اعتباري و اداري داشته است.[[13]](#footnote-13) به عبارت ديگر وکالت مصدري است به معناي واگذاردن و به لسان فقهاء يعني نايب گرفتن براي انجام کاري[[14]](#footnote-14) و معناي اصطلاحي آن، قائم مقام ساختن و مأذون نمودن غير و کفايت و اعتماد کردن به اوست. پس موکّل کسي است که کاري را به ديگري وا مي‌گذارد و به او اعتماد و کفايت مي‌کند و وکيل کسي است که کار را به او مي‌سپارند و به او اعتماد مي‌کنند و با توجه به تعريف فقهاء از وکالت با عنوان استنابه در تصرّف، نيابت، صفت وکيل و استنابه، صفت موکّل خواهد بود.

* 1. **طلاق**
     1. **معنی لغوی**

از جمله واژگان ديگري که به وفور در اين تحقيق ديده مي‌شود، لفظ طلاق است، که به شرح و بسط آن میپردازیم. طلاق یعنی رها شدن زن از عقد نکاح[[15]](#footnote-15). از آنجایی که کلمه طلاق ریشه در ادبیات عرب دارد، میبایست به لغت عرب مراجعه کرد، تا اینکه مقصود از آن چیست، در لغت روشن شود، از این رو لازم است به نظرات صاحب نظران که تعابیر مشابهی طلاق را معنی کرده اند، هرچند بطور اجمالی اشاره شود.

بنابراین لغت دانان و صاحب نظران ، طلاق را در لغت مصدر و یا اسم مصدر برای مصدر تطلیق دانسته[[16]](#footnote-16) به معانی همچون از بین بردن قید نکاح و ازدواج، بازکردن عقد نکاح است از جانب زوج به علتی و اصل آن از انطلاق (کنار شدن) میباشد[[17]](#footnote-17).

فرهنگ فارسی عمید [[18]](#footnote-18)، در معنای طلاق آورده است : طلاق به معنای جدا شدن زن از شوهر است از ریشه طلق به معنای رها و آزاد و غیر مقید گرفته شده است.

* + 1. **تعریف طلاق در اصطلاح**

تعاریف واژه طلاق در کتب فقهی و حقوقی میتوان نتیجه گرفت که در میان معنای لغوی و اصطلاحی آن تفاوتی وجود ندارد چون معانی که فقها و حقوق دانان از طلاق در اصطلاح شرع آورده اند برگرفته و مطابق با معنای لغوی آن است. درنتیجه میتوان گفت معنای اصطلاح شرعی با معنی لغوی در یک ردیف قرار دارد ، لذا صاحب نظران در مقام تعریف به خاطر عدم تشتّت معنی و بحث های بی مورد لغوی با توجه به کلیه منابع و اسناد معتبر بالاجماع معنای واحدی را ارائه داده اند[[19]](#footnote-19).

**1-2-3 تعریف طلاق در اصطلاح فقهی**

چنانکه شهید ثانی از اکابر و معاریف فقها در کتاب مسالک الافهام، طلاق را «ازاله قید نکاح و بصیغة طالقٌ و شبهه»[[20]](#footnote-20) دانسته است یعنی زایل نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوص «طالق» و مثل آن است.

طبق علم المیزان هر تعریفی باید عکس و طرد داشته باشد. یعنی جامع افراد و مانع اغیار شود، فقها هم با آوردن قید «صیغه مخصوص» در تعاریف مذکور خواسته اند موارد فسخ نکاح و اتمام و بذل مدت[[21]](#footnote-21) در عقد موقت را از تعریف طلاق خارج کنند.

به هر حال طلاق یعنی انحلال عقد نکاح دائم با صیغه مخصوص و رعایت تشریفات ویژه است و لذا لازم به ذکر است طلاق یک ایقاع تشریفاتی است و چون عقد نیست و اراده مرد میتواند به تنهایی و بی آنکه به قبول زن نیاز باشد عقد نکاح را که به ایجاب و قبول نیاز مند است منحل کند[[22]](#footnote-22).

* + 1. **طلاق و افتراق جسمانی در ایران**

در ایران نیز طلاق مورد قبول قانونگذار است ولی افتراق جسمانی موردی ندارد. در اسلام با توجه به واقب شومی که از طلاق ناشی می­شود و در عین حال با در نظر گرفتن اینکه در برخی موارد طلاق یک ضرورت اجتماعی می­باشد، طلاق را به عنوان یک تأسیس حقوقی پذیرفته اند منتها برای اینکه این امر به حد اقل برسد موانعی بر سر راه اندیشیده اند تا زوجین را از اقدام عجولانه و بی مطالعه در مورد استفاده از طلاق بازدارند. پیامبر اکرم(ص) فرموده:«ما خلق ا... شیئاً علی وجه الارض ابغض من الطلاق[[23]](#footnote-23).» بنابراین شارع مقدس، طلاق را امری ناپسند دانسته وآن را مبغوض ترین حلال ها معرفی می کند و در قرآن نیز آمده است که «اگر زنان خود را دوست نمی دارید باز هم آنها را طلاق مگوئید زیرا ممکن است از چیزی کراهت داشته باشید، خیر و نیکوئی فراوانی برای شما قرار داده باشد[[24]](#footnote-24).

* + 1. **اقسام طلاق**

ققهای عظام و حقوقدانان برای طلاق به اعتبار های مختلف تقسیمات مختلفی را ذکر کرده اند. از جمله :

گفتار اول – اقسام طلاق به لحاظ شرعی

1. طلاق حرام
2. طلاق مکروه
3. طلاق واجب
4. طلاق مستحب[[25]](#footnote-25)

**1-2-4-1 طلاق حرام**

از نظر شرعی حرام است و آن طلاق زن حائض است و همچنین طلاق نفساء و طلاق دادن زنی که در طهر مواقعه است و سه طلاقی که به یک بار بدهند که آن را طلاق مرسل گویند در حالی که بین آنها رجوع نباشد که به این طلاق، طلاق بدعی می­گویند .

**1-2-4-2 طلاق مکروه**

آن طلاقی است که بدون دلیل واقع میشود یعنی میان زوجین هیچ نزاعی نباشد و اخلاقاً باهم هیچ مشکلی ندارند این نوع طلاق زمانی است که هیچ سببی برایش وجود نداشته باشد و کراهت این نوع طلاق بدان جهت است که از امور حلال هیچ امری نزد خداوند منفورتر از طلاق نمیباشد.

**1-2-4-3 طلاق واجب**

و آن طلاق ایلاء[[26]](#footnote-26) و ظهار کننده[[27]](#footnote-27)، که واجب تخییری است، زیرا بر مولی و مظاهر تخییراً یکی از دو کار، واجب است یا به زن رجوع کند یا او را طلاق دهد[[28]](#footnote-28).

**1-2-4-4 طلاق مستحب**

طلاقی است که بین زن و شوهر اختلاف باشد و امید سازش و الفت وجود نداشته باشد و ترس از وقوع مصیبت در بین باشد.چنانکه درباره آن گفته شده : وهو طلاقٌ مع الشقاق و عدم رجاء الاجتماعه و الخوف من الوقوع المعصیه[[29]](#footnote-29).در مورد طلاق مباه بین علما اختلاف عقیده وجود دارد مشهور فقها آنرا جزء اقسام طلاق به اعتبار تکلیف نشمرده اند. چونکه طلاق هرگز حالت مباه ندارد که جایز الطرفین باشد یعنی فعل و ترکش مساوی باشد[[30]](#footnote-30).ولی در مقابل برخی از فقها آنرا از اقسام این نوع طلاق دانسته و گفته اند طلاق مباه آنست که زن در آن هنگام حائض نباشد و یا طلاق زنی که در طهر مواقعه نباشدو یا طلاق زن حامله که گرچه شوهرش با او مجامعت کرده باشد.

1. علي اکبر دهخدا؛ لغت نامه دهخدا، زير نظر محمّد معين و سيد جعفر شهيدي، جلد 15، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، 1377، تهران، ص 23231. [↑](#footnote-ref-1)
2. . محمود شهابي، ادوار فقه، جلد دوم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ دوم، تابستان 1366، تهران، ص 127. [↑](#footnote-ref-2)
3. .«هي استنابة في التصرّف بالذّات»، عليرضا اميني و سيد محمّدرضا آيتي، تحرير الروضة في شرح اللمعة الدمشقية (با مقدمه استاد گرجي)، سازمان مطالعه و تدوين کتب علوم انساني دانشگاه‌ها(سمت) و مؤسسۀ فرهنگي طه، چاپ اوّل، تابستان 1377، تهران، ص 288. [↑](#footnote-ref-3)
4. . حسينقلي کاتبي، وکالت (مجموعه مقالات)، انتشارات آبان، چاپ دوم، ارديبهشت ماه 1357، تهران، ص 18، به نقل از التعريفات مير سيد جرجاني متوفي 816 هـ، ق «الوکيل هو الذي يتصرّف لغيرة لعجز موکلّة». [↑](#footnote-ref-4)
5. . محمد حسن نجفي، جواهرالكلام في شرح شرائع الاسلام، جلد 27، چاپ هفتم، انتشارات دار احياء التراث العربي،بيروت،ص 347؛ فخرالمحققين ابي‌طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن مطهر الحلّي، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، جلد2، موسسه اسماعيليان،قم، ص333؛ سيد احمد خوانساري، جامع المدارك في شرح المنافع، جلد3، موسسه‌ي اسماعيليان، قم، ص476؛ محقق حلّي، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، جلد2، منشورات الاعلمي، تهران، ص193. [↑](#footnote-ref-5)
6. . کاتبی ، حسینقلی، تعریف و سند وکالت مجله کانون وکلا، سال نوزدهم، شماره104-107، صص11-15. [↑](#footnote-ref-6)
7. الردبیلی، احمد، 1412هـ.ق، (مجمع الفائدة و البرهان، قم، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولی، جزء التاسع، ص.488 [↑](#footnote-ref-7)
8. الدمیاطی، البکری 1418هـ.ق، أعانة الطالبین، بیروت، دارالفکر، الطبعة الاولی، الجزء الثالث، ص101. [↑](#footnote-ref-8)
9. الموسوی الخمینی، سید روح ا... 1417 هـ.ق، تحریر الوسیله، قم، موسسة النشر الاسلامی، الطبعة السادسة، الجزء الثانی، ص 39 [↑](#footnote-ref-9)
10. ماده 656 ق.م «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نائب خود می نماید.» [↑](#footnote-ref-10)
11. . محمّد جعفر جعفري لنگرودي، وسيط در ترمينولوژي حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، 1388، تهران، ص 752، شمارۀ 4957. [↑](#footnote-ref-11)
12. محمّد جعفر جعفري لنگرودي، الفارق جلد 5، کتابخانۀ گنج دانش، چاپ اوّل، تهران، 1386، ص 425. [↑](#footnote-ref-12)
13. ناصر كاتوزيان، دوره مقدمات حقوق مدني (درسهايي از عقود معيّن)، جلد دوم، كتابخانه‌ي گنج دانش، چاپ هشتم، 1385، تهران، صص57 و 58. [↑](#footnote-ref-13)
14. محمّد علي آقايي، شرح مختصر اصطلاحات حقوقي(مدني و کيفري)، انتشارات خطّ سوم، چاپ سوم، 1386،تهران، ص 40. [↑](#footnote-ref-14)
15. لغت نامه دهخدا، علی اکبر دهخدا، ج 20 ص 791. [↑](#footnote-ref-15)
16. مجمع البحرین، الشیخ فخرالدین، الطریحی، ج5، ص 107. [↑](#footnote-ref-16)
17. قاموس قرآن، سید علی اکبر قرشی،ج 4، ص 232 . [↑](#footnote-ref-17)
18. فرهنگ فارسی عمید، حسن عمید،ج2،ص1675. [↑](#footnote-ref-18)
19. طلاق قضایی و آرای دیوان عالی کشور، هوشنگ گل محمدی، ص17. [↑](#footnote-ref-19)
20. مسالک الافهام، زین الدین، ابن علی العاملی(معروف به شهید ثانی)، ج9، ص9- این تعریف در جواهر الکلام نیز آمده است. جواهر الکلام، شیخ الفقها و امام المحدثین الشیخ محمد حسن النجفی، ج 12، ص 2 [↑](#footnote-ref-20)
21. یکی از راه های پایان دادن به نکاح بذل مدت است که مختص ازدواج موقت است. [↑](#footnote-ref-21)
22. احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم، فقه علی المذاهب الخمسه، مترجمان دکتر مصطفی جباری و حمید مسجدسرایی، ص142 [↑](#footnote-ref-22)
23. **وسائل الشیعة، ج 15، ص 266- 268. احادیث مثنوى، از طریق عامه، ص 58** [↑](#footnote-ref-23)
24. سوره نساء آیه 9 [↑](#footnote-ref-24)
25. جواهرالکلام، الشیخ محمد حسن النجفی، ج32، ص116 [↑](#footnote-ref-25)
26. واژه «ایلاء» از «الیه» بر وزن فتنه به معنای سوگند است و اسم فاعل آن مولی میباشد و آن عبارت از اینکه شوهری از روی خشم قسم یاد کند که به منظور ضرر زدن به همسر خویش با وی نزدیکی نکند. [↑](#footnote-ref-26)
27. واژه «ظهار» مصدر دوم بابا مفاعله و بر وزن «قتال» است این کلمه از «ظهر» به معنی پشت گرفته شده و اسم فاعل آن مظاهر است چرا که مرد به همسر خود میگوید «انت علی کظهر امی» تو بر من مانند پشت مادرم هستی یعنی تو مانند مادرم بر من حرام هستی. [↑](#footnote-ref-27)
28. اصباح الشیعه بمصباح الشرعیه، نظام الدین ابن الحسن سلمان بن الحسن بن سلیمان الصهرشتی، به نقل از سلسله الیتابیح الفقهیه، علی اصغر مروارید، ج20، ص281 [↑](#footnote-ref-28)
29. اللمعه الدمشکیه، محمد بن جمال دین علی العاملی (معروف به شهید اول)، ص208. [↑](#footnote-ref-29)
30. الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیه، السید محمد حسن ترحینی العاملی، ج 7، ص 42 [↑](#footnote-ref-30)