




University of Tehran Press

## A comparative study of the contract attribution theory and its effects in modern French law and Iranian law

Ali Kazemi<sup>1✉</sup> 

1. Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, The University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [kazemiali@ut.ac.ir](mailto:kazemiali@ut.ac.ir)

Article Info	Abstract
<p><b>Article Type:</b> Research Article</p> <hr/> <p><b>Received:</b> 2022/07/27</p> <p><b>Received in revised form:</b> 2022/12/24</p> <p><b>Accepted:</b> 2022/12/25</p> <p><b>Published online:</b> 2023/06/22</p> <hr/> <p><b>Keywords:</b> <i>Attribution of contract, Ain, attribution of contract, obligation, borrowed name, hidden contract.</i></p>	<p>Proposing and proving the theory of representation in Iranian and French law is only for the purpose of proving the possibility of concluding a contract by another means. After that, topics such as assigning the main and secondary works of the contract or, in other words, attaching the rights and provisions of the contract to the overt and hidden actors of the contracts (representative and proxy) and the possibility of third parties referring to them, were debated by Iranian and French jurists in a way that in There are numerous examples of similar transactions in Iranian law and in French law, contracts such as a transaction with a borrowed name or a hidden contract that results from the implementation of incomplete representation, the subject of Article 1154 of the New French Civil Code; There is a lot of disagreement and the agency theory does not answer all the issues raised in different examples of exchange contracts. Designing the theory of "assignment of contract" in order to establish the attribution of the main effect of the contract and to create a direct relationship between the main actors of the contract and to assign the secondary effects of the contract to both the overt and hidden actors of the contract in order to create the right of third party to implement the secondary effects of the contract to both the overt and Concealed contract is considered a new theory with high efficiency and was approved by the French legislator in Article 1201 of the Civil Code of 2016, and as a result, it is in line with the French law of new obligations and organizes and creates a single procedure in referring third parties to the explicit and implicit parties of the contract in various cases. Transactions will be mentioned and this theory does not have the objections raised in the traditional debates raised in Iranian jurisprudence and law, such as transferring the original work to the obvious actor and then transferring it to the hidden actor.</p>
<b>How To Cite</b>	Kazemi, Ali (2023). A comparative study of the contract attribution theory and its effects in modern French law and Iranian law. <i>Comparative Law Review</i> , 14 (1), 433-457. DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346409.634402">https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346409.634402</a>
<b>DOI</b>	10.22059/jcl.2022.346409.634402
<b>Publisher</b>	University of Tehran Press. 



University of Tehran Press

## مطالعات حقوق تطبیقی

شاپا الکترونیکی: ۲۴۲۳-۳۴۰۴

دوره: ۱۴، شماره: ۱

بهار و تابستان ۱۴۰۲

Homepage: <https://jcl.ut.ac.ir>

### مطالعه تطبیقی نظریه انتساب عقد و آثار آن در حقوق نوین فرانسه و حقوق ایران

علی کاظمی<sup>۱</sup>

۱. گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [kazemiali@ut.ac.ir](mailto:kazemiali@ut.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۵</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۳</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: انتساب عقد، ذمه، عین، قرارداد پنهان، نام قرضی.</p>	<p>طرح و اثبات نظریه نمایندگی در حقوق ایران و فرانسه تنها به منظور اثبات امکان انعقاد قرارداد به وسیله دیگری است. پس از آن، مباحثی همچون انتساب آثار اصلی و فرعی قرارداد یا به عبارتی الحاق حقوق و احکام قرارداد به بازیگران آشکار و پنهان قراردادهای (نماینده و منوب عنه) و امکان مراجعه ثالث به ایشان، معرکه آرای حقوق دانان ایرانی و فرانسوی قرار گرفت؛ به نحوی که در مصادیق متعدد معاملات به عین و ذمه در حقوق ایران و در حقوق فرانسه، در خصوص قراردادهایی مانند معامله با نام قرضی و یا قرارداد پنهان که ناشی از اجرای نمایندگی ناقص موضوع ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی نوین فرانسه است، اختلاف نظر زیادی وجود دارد و نظریه نمایندگی پاسخگوی تمام مسائل مطرح در مصادیق مختلف قراردادهای مبادله‌ای نیست. طرح نظریه «انتساب عقد» به منظور ایجاد انتساب اثر اصلی عقد و ایجاد رابطه مستقیم میان بازیگران اصلی قرارداد و انتساب آثار فرعی قرارداد به هر دو بازیگر آشکار و پنهان قرارداد به منظور ایجاد حق مراجعه ثالث برای اجرای آثار فرعی قرارداد به هر دو نفر آنها، نظریه‌ای نو با کارایی بالا محسوب می‌شود و مورد تأیید قانون‌گذار فرانسوی در ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی جدید مصوب ۲۰۱۶ قرار گرفته و در نتیجه با حقوق تعهدات نوین فرانسه منطبق است و موجب ساماندهی و ایجاد رویه واحد در مراجعه ثالث به شخص آشکار و پنهان قرارداد در مصادیق گوناگون معاملات پیش گفته خواهد شد. این نظریه ایرادات مطرح شده در مباحث سنتی موجود در فقه و حقوق ایران، از قبیل انتقال اثر اصلی به بازیگر آشکار و سپس انتقال آن به بازیگر پنهان را ندارد.</p>
استناد	کاظمی، علی (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی نظریه انتساب عقد و آثار آن در حقوق نوین فرانسه و حقوق ایران. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i> ، ۱۴ (۱)، ۴۳۳-۴۵۷.
DOI	DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346409.634402">https://doi.com/10.22059/jcl.2022.346409.634402</a>
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



## ۱. مقدمه

مطالعه تطبیقی تاریخ حقوق مدنی حاکی از این است که افراد شخصاً در انعقاد قراردادها دخالت دارند و امکان انعقاد قرارداد به وسیله نماینده شناخته شده نبود و عمدتاً تحت تأثیر اندیشه‌های حاکم بر مکاتب حقوقی همچون فردگرایی و شخصی بودن تعهدات افراد، چنین ممنوعیت‌هایی توجیه می‌شد. با توسعه تجارت و تخصصی شدن بازارهای اقتصادی، لزوم استفاده از متخصصان امر در انعقاد قراردادها شدت گرفت، به نحوی که در حقوق فرانسه و کالت در انعقاد قرارداد به صورت محدود، مجاز شمرده شد. در عین حال، در حقوق اسلام، منعی برای انعقاد قرارداد از سوی نماینده مشاهده نمی‌شد و به نوعی از حقوق فرانسه پیشرفته‌تر بود و بعدها در حقوق فرانسه نظریه نمایندگی مطرح شد و این نظریه حاوی این پیام بود که امکان انعقاد قرارداد از جانب نماینده وجود دارد. با توجه به سابقه تاریخی یادشده، مصادیق گوناگون معاملات صورت گرفته به عین و یا ذمه با نظریه نمایندگی قابل توجیه نبود و معاملاتی مانند *prête-nom* به مفهوم معامله با «نام قرضی» و *contre-lettre* به معنای «توافقنامه پنهان» در حقوق فرانسه و مشابه آن، معامله به ذمه برای خود و دیگری بدون ذکر نام دیگری در حقوق ایران و نیز در معامله به عین متعلق به غیر، در فرضی که ثمن و مثنی در مجلس عقد به عنوان عوضین معرفی می‌شوند، یا در فرضی که در زمان انعقاد قرارداد مورد معامله عین کلی است ولی بعد از تشکیل قرارداد در مقام وفای به عهد، عین متعلق به غیر ایفا می‌شود و ... با نظریه نمایندگی ساماندهی نمی‌شوند. مقالات ارزشمند متعددی به منظور کاربردی کردن نظریه نمایندگی برای توجیه مبنای معاملات فضولی با نظریه نمایندگی و اداره قرارداد به رشته تحریر درآمد (صفایی، ۱۳۹۳: ۲۴۶؛ ره‌پیک، ۱۳۷۷؛ خوباری و طباطبایی، ۱۴۰۰: ۱۳۶-۱۰۹؛ طباطبایی و خوباری، ۱۳۹۸) و نه تنها اختلافات راجع به انتساب حقوق و تعهدات قراردادی به بازیگران آشکار و پنهان قرارداد حل نشد، بلکه بر ابهامات آن هم افزوده شد و نظر دادن به انتقال مالکیت از ثالث به نماینده یا فضول یا شخص آشکار و سپس انتقال از مالکیت ایشان به شخص پنهان و پشت صحنه، خود بر پیچیدگی و اختلافات در این زمینه دامن می‌زد. برای ساماندهی مسئله انتساب آثار اصلی و فرعی و پاسخگویی بازیگران پنهان و آشکار قرارداد در برابر طرف قرارداد و به منظور جلوگیری از اختلاف نظر میان حقوق دانان و ایجاد وحدت رویه میان قضات محاکم دادگستری در برخورد با مصادیق متنوع قراردادی، طرح نظریه نوینی با عنوان «نظریه انتساب عقد» با سادگی و کارایی زیادی که در عمل دارد ضروری است. این مقاله در دو مبحث مفهوم نظریه انتساب عقد (مبحث اول) و مصادیق نظریه انتساب عقد (مبحث دوم) در حقوق ایران و فرانسه به صورت توصیفی-تحلیلی تنظیم شده است.

۱. واژه *Prête* به معنی وام و قرض و واژه *nom* به معنی نام است و «نام قرضی» ترجمه تحت‌اللفظی این عبارت است.

## ۲. مفهوم نظریه انتساب عقد

به منظور روشن نمودن مفهوم، جایگاه و کارایی نظریه انتساب عقد، تبیین هرچه بهتر مفاهیم و نظریه‌های مشابه و مطرح در حقوق مدنی ضرورت دارد. در همین راستا با مطالعه تاریخ حقوق تعهدات فرانسه تا آخرین تحولات قانون‌گذاری در حقوق تعهدات فرانسه، نگارنده مقاله سه دوره نظریه‌پردازی را به شرح زیر قابل بررسی می‌داند: طرح «نظریه پیک» (دوره حقوق روم)<sup>۱</sup>، طرح «نظریه نمایندگی» (دوره کلاسیک<sup>۲</sup> حقوق فرانسه)، و طرح «نظریه انتساب عقد» (دوره حقوق نوین<sup>۳</sup> فرانسه).

### ۲.۱. دوره یکم، نظریه پیک بودن واسطه

در دوره حقوق رومی، ماهیت کاملاً شخصی تعهد موجب شد که اجازه و امکان تشکیل قرارداد برای دیگری و به واسطه دیگری به شدت متوقف و مورد تردید واقع شود (Bufflelan, 2021: n189؛ فیلیپ لوی، ۱۳۸۶: ۲۷۸) و این قاعده وجود داشت که «امری که میان اشخاص انجام گرفته است نمی‌تواند صدمه یا نفعی به دیگران وارد آورد» (فیلیپ لوی، همان: ۲۸۸؛ philipe levy, 2010: 902). کینتوس موسیوس اسکاولا<sup>۴</sup> در سال ۹۵ پیش از میلاد بیان کرد که «کسی نمی‌تواند با قرارداد صلح، شرط ضمن عقد و شرط عقد، ترتیبی را برای دیگری درپیش گیرد»<sup>۵</sup> (فیلیپ لوی، همان؛ philipe levy, ibid) و این قاعده حاکم بود که کسی نمی‌تواند عمل دیگری را قبول کند<sup>۶</sup> و این تعهد باطل است (فیلیپ لوی، همان: ۲۹۲؛ philipe levy, ibid: 906). فضای حاکم بر حقوق تعهدات موجب طرح «نظریه پیک»<sup>۷</sup> در حقوق رومی گردید. در این نظریه، پیک یا پیام‌رسان حاوی اراده پیام‌دهنده بود و هیچ‌گونه اراده‌ای از خویش نداشت و تنها یک ابزار بود و عقد با تمام آثار خود منتسب به پیام‌دهنده بود (planiol et ripert, 1952: n 57).

### ۲.۲. دوره دوم، نظریه نمایندگی

پس از سپری شدن دوره حقوق روم و شکل‌گیری حقوق کلاسیک فرانسه، توسعه تجارت و لزوم انجام معاملات برای افراد ناتوان و محجور، نمایندگی در قراردادها در قالب وکالت مورد پذیرش قرار گرفت (فیلیپ لوی، ۱۳۸۶: ۴۴۴؛ flour et luc auber et savaux; 2014: 444؛ philipe levy, 2010: 907).

1. époque droit romain.

2. époque classique

3. moderne droite

4. Quintus Mucius Scaevol

5. "Ni par un pacte, ni par une clause du contrat, ni par une stipulation, nul ne peut faire prendre une disposition en faveur d'autrui"

6. "Nemo alterum factum promittere potest"

7. Théorie de messenger

(؛ و برای شخص واسطه نیز قائل به وجود اراده انشایی شدند و نظریه نمایندگی کامل یا مستقیم<sup>۱</sup> مطرح شد (فیلیپ لوی، همان؛ philipe levy, ibid). این در حالی است که در حقوق اسلامی از همان اوان ظهور اسلام، نظریه نمایندگی مورد پذیرش واقع شده بود و از این جهت بر سایر نظام‌های حقوقی برتری داشت (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۹۸). نظریه نمایندگی در قانون مدنی ایران تصریح نشده، ولی به‌عنوان یک نظریه قابل قبول در ایران قابل پذیرش است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۵؛ رهپیک، ۱۳۷۷: ۱۲۰). این نظریه برای توجیه و کالت ظاهری، معامله فضولی و معامله نماینده با خود و... مورد توجه حقوق دانان کشورمان واقع شده است (صفایی، ۱۳۸۰: ۷۴؛ رهپیک، همان؛ امینی، ۱۳۹۳: ۶۳؛ میرکو و همکاران، ۱۳۹۹: ۳۸۹). از ابتدای تصویب قانون مدنی ایران، امکان انشای عقد از سوی نماینده تصریح شده است و پذیرش نظریه نمایندگی با مانع جدی روبرو نبود. در سال ۲۰۱۶ تحول شگرفی در حقوق فرانسه رخ داد و یکی از آن اصلاحات، تصریح به نظریه نمایندگی در ماده ۱۱۵۳ به بعد در قانون مدنی آن کشور بود.<sup>۲</sup> این نظریه صرفاً در صدد اثبات امکان انعقاد عقد از سوی نماینده و رهایی از شکل‌گرایی در حقوق رومی بوده است (Mainguy, 2020: 626) و عملاً مفهوم و هدف کاربردی دیگری نداشته و ندارد.

### ۳.۲. دوره سوم، طرح نظریه انتساب عقد

پس از طرح نظریه نمایندگی در حقوق ایران و تمسک به آن برای حل مسائلی همچون معامله به مال غیر و کارایی اقتصادی آن (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۲۳؛ امینی، ۳۹۴: ۴۱)، این نظریه مورد انتقاد شدید سایر حقوق دانان واقع شد؛ به این شرح که این نظریه در مواردی همچون معامله غاصب و یا معامله بدون قصد انشا برای مالک و معامله جاهل به استحقاق خود و ... کارایی ندارد (رهپیک، همان). به‌دنبال آن، اختلافات زیادی در خصوص الحاق حقوق و تکالیف عقد به اشخاص مطرح شد که نظریه نمایندگی پاسخگوی مباحث پیچیده مطرح‌شده در این زمینه نبود، چراکه اساساً این نظریه تکنیکی برای نمایندگی اراده اشخاص و مباحثی همچون حق‌العمل‌کاری در حوزه حقوق تجارت و مباحث اقتصادی بود (Menjucq, 2017: 62). در نتیجه، اختلاف عقاید میان حقوق دانان در حقوق ایران و حقوق فرانسه در انتساب آثار قرارداد شدت گرفت. ماده ۱۹۶ از قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید ...» و به‌دنبال آن، ماده ۱۹۷ همان قانون

1. La représentation parfaite ou directe

2. Art. 1153 Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés. et Art. 1154 Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant.

مقرر می‌دارد: «در صورتی که ثمن یا مثنی معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود». دو جمله «آن معامله برای خود آن شخص محسوب است» و «آن معامله برای صاحب عین خواهد بود»، از تأثیر اندیشه‌های حاکم در دو مکتب متفاوت «نظریه شخصی تعهد<sup>۱</sup>» در تنظیم ماده ۱۹۶ در معاملات به ذمه و «نظریه مادی تعهد<sup>۲</sup>» در قراردادهای به عین معین متعلق به غیر در تنظیم ماده ۱۹۷ در حقوق ایران و فرانسه حکایت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶-۳؛ Gaiardo, 2020: 19). به نحوی که در ماده ۱۹۶ قانون مدنی، اراده طرفین حاکم و ملاک انتساب عقد و آثار آن به اشخاص است و در ماده ۱۹۷ اراده طرفین در نفس انعقاد عقد مؤثر است و عوضین ملاک انتساب عقد و آثار آن به اشخاص دانسته شد (کاتوزیان، همان؛ شهیدی، همان). در این زمینه برخی از حقوق دانان کشورمان نیز از این حالت به «طرح عقد» یاد کرده‌اند که بعدها مالک به آن می‌پیوندند و در آخر مطلب به ماهیت قراردادی همین طرح اذعان داشته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۲۸۹). نظر ایشان نه تنها تأثیری بر قابلیت یا عدم قابلیت طرح نظری انتساب عقد در حقوقی ایران ندارد، بلکه امکان طرح نظریه انتساب عقد یا انتساب طرح عقد به اشخاص را تسهیل و تقویت می‌کند و چنان که خواهد آمد، شاهدی بر اصالت و کارایی نظریه انتساب عقد در این مقاله خواهد بود. گستردگی تجزیه و تحلیل و تفسیر دو ماده قانونی یادشده با مبانی خاص خود، سبب حدوث اختلاف در انتساب عقد به اصیل و نماینده گردید. در حقوق ایران و فرانسه، حیات یک عقد و یا تعهد در چهار مرحله قابل بررسی است: «تشکیل عقد»<sup>۳</sup>، «آثار عقد»<sup>۴</sup>، «اجرای عقد»<sup>۵</sup>، و «انحلال عقد»<sup>۶</sup> (Philippe Levy, ibid). دومین مرحله یعنی آثار عقد، در دو بخش «آثار اصلی» و «آثار فرعی» مورد مطالعه حقوق دانان ایرانی و فرانسوی قرار گرفته است و از «آثار اصلی» به «احکام عقد»<sup>۷</sup> یا «مقتضای ذات عقد» و از «آثار فرعی» به «حقوق عقد» یا «مقتضای اطلاق عقد» یاد می‌شود (شهیدثانی، ۱۴۰۱: ۲۷۴؛ شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۱۹۷؛ اسلامی پناه، ۱۳۸۰: ۳۲-۳؛ کاتوزیان، همان؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۲۰۶). انتساب

1. théorie subjective

2. théorie objective

3. formation de contrat

4. Effets de contrat

5. Exécution de contrat

6. Dissolution de contrat

7. Cette théorie constitue une vaste matière du droit civil, au sens moderne, dont l'idée est que les obligations *naissent* (d'où l'étude de leurs *sources*), qu'elles *vivent* (d'où l'étude de leurs *effets*, de leur *transmission*, etc.) et qu'elles *s'éteignent*.

۸... هذا بحسب الظاهر، بمعنى أن البائع يأخذ منه الثمن، ويلحقه بالنسبة إليه جميع الأحكام، لعدم تكليفه بالأمر الباطنة...

نک: شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۵: ۲۷۴. همچنین بحث طرح عناوین حقوق و احکام عقد

را به فقهای اهل سنت نیز نسبت داده‌اند، رک. عبدی پور، ابراهیم (۱۳۸۷)، قواعد اختصاصی انعقاد عقد توسط نماینده،

مجله فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۷.

عقد به این معنا و مفهوم است که پس از تشکیل قرارداد (خواه اصالتاً، خواه نیابتاً و یا فضولتاً) اصولاً عقد منتسب به هرکسی باشد، آثار آن را تحمل خواهد کرد و ایشان مسئول نهایی اجرای حقوق و تکالیف ناشی از قرارداد است. قانون‌گذار فرانسوی در آخرین تحولات قانون مدنی در ماده ۱۱۵۴، اجرای نمایندگی را به دو روش امکان‌پذیر دانسته که در هر کدام انتساب عقد و آثار آن به اشخاص متفاوت است؛ در روش اول نماینده به نام و حساب اصیل<sup>۱</sup> معامله می‌کند و در اینجا شخص اصیل مسئول اجرای تعهدات در قبال شخص ثالث است و عقد منتسب به اصیل است و در روش دوم نماینده اعلام می‌کند که به حساب دیگران عمل می‌کند، ولی به نام خود قرارداد می‌بندد<sup>۲</sup> و در اینجا خود نماینده به تنهایی در قبال شخص ثالث مسئول است. روش اول، ناشی از اعمال نمایندگی کامل<sup>۳</sup> و روش دوم ناشی از اجرای نمایندگی ناقص<sup>۴</sup> است (flour et al, 2014: n 428; Boustani, 2021: 124). در نمایندگی ناقص چنین عمل می‌شد که نماینده بعد از انعقاد قرارداد، حقوق و تکالیف را به منوب‌عنه منتقل می‌کرد و ظاهراً حقوق و تکالیف به نماینده و سپس به منوب‌عنه منتقل می‌شد (Dionisi-Peyrusse, 2008: 28-30)؛ ولی در خصوص کیفیت انتقال حقوق و تکالیف، این سؤال مطرح است که آیا حقوق و تکالیف ناشی از انعقاد عقد، ابتدا وارد مالکیت نماینده و سپس از مالکیت نماینده به مالکیت منوب‌عنه منتقل می‌شود؟ در این مسئله سکوت تأمل‌برانگیزی وجود دارد و موجب بروز اختلافات فراوانی در این زمینه شده است. با این حال، مصادیق دیگری در حقوق فرانسه همسان با مصادیق مربوط به مواد ۱۹۶ و ۱۹۷ از قانون مدنی ایران مطرح است که به ظاهر در ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی فرانسه نیامده است و این ماده قانونی حکمی برای آنها ندارد (ر.ک. بند ۲-۱ از مبحث دوم). در انتساب عقد در روش دوم در حقوق ایران و فرانسه اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی اندیشمندان فقهی - حقوقی کشورمان چنین بیان کرده‌اند که در نظام رومی - ژرمنی در قرارداد بین ثالث و عامل مانند حق‌العمل‌کاری، حقوق و احکام عقد به نماینده تعلق دارد و اصیل در قلمرو اصل نسبت قرارداد قرار نمی‌گیرد، ولی در حقوق اسلامی مانند کامن‌لا احکام عقد بین اصیل و ثالث ایجاد می‌شود (محقق داماد، همان: ۲۰۹). در نظریه انتساب عقد، اجرای آثار قرارداد له و علیه منتسب‌الیه است و در این نظریه در فرض نمایندگی مستقیم و غیرمستقیم و همچنین در قراردادهای فاقد نمایندگی در معامله به عین شخصی و کلی فی‌الذمه متعلق به غیر (اعم از مستقر و یا غیر مستقر بر ذمه غیر) آثار اصلی و فرعی عقد را منتسب به اصیل و یا مالک عین شخصی و کلی می‌دانند و مبنای آن نیز اندیشه‌های حاکم بر نظریه

1. au nom et pour le compte du représenté
2. compte d'autrui mais contracte en son propre nom
3. La représentation parfaite
4. La représentation imparfaite
5. Dans cette hypothèse, c'est bien le représentant qui est engagé à l'égard du tiers. Dans les rapports entre le représentant et le représenté, la situation est différente puisque *tous les droits et obligations découlant du contrat doivent être transmis au représenté par le représentant...*

مادی تعهد و مکتب واقع‌گرایی در حقوق ایران و فرانسه است (کاتوزیان، همان؛ Gaiardo, ibid). در مورد معامله به ذمه تحت حاکمیت اندیشه‌های شخصی تعهد و مکتب شکل‌گرایی در حقوق، قصد عاقد تعیین‌کننده انتساب عقد به اشخاص است و اگر محرز شود که موقع عقد قصد دیگری را داشته، آثار اصلی و فرعی قرارداد منتسب به اصیل است. اهمیت توانگری اقتصادی اشخاص برای اجرای تعهدات ناشی از عقد، به‌ویژه در معاملات به ذمه، ممکن است در مواردی چون قرارداد با نام قرضی در حقوق فرانسه و معاملات به ذمه در حقوق ایران (مبحث دوم)، آثار فرعی قرارداد به عاقد منتسب شود و مبنای آن شرط ضمنی و قاعده غلبه برگرفته از ظاهر معاملات در بازار است که از عبارت قسمت اول ماده ۱۹۶ قانون مدنی نیز برمی‌آید و در حقوق فرانسه نیز همین استدلال مورد پذیرش واقع شده است (philipe levy, ibid: 907).<sup>۱</sup> بنابراین، منظور از انتساب عقد، انتساب اثر اصلی عقد است و به تبع انتساب عقد به اشخاص، حقوق و تکالیف یا آثار فرعی قرارداد را به ایشان منتسب می‌دانیم؛ هرچند نام شخص پنهان یا نام واقعی وام‌گیرنده نام دیگران افشا شود یا نشود و یا هنگام معامله محرز باشد که مورد معامله عین (شخصی و کلی) متعلق به غیر است یا نیست، که در اینجا فقیهان و حقوق‌دانان ایرانی و فرانسوی (Maluri, 2016: 294)<sup>۲</sup> و اخیراً قانون‌گذار فرانسه در قانون مدنی نوین فرانسه از امکان مراجعه به اصیل یا عاقد و یا هر دو سخن گفته‌اند و بعضاً اختلاف نظر زیادی در امکان و عدم امکان مراجعه به این اشخاص مشاهده شده است. در حقوق فرانسه در نمایندگی غیرمستقیم یک پیچیدگی با این کیفیت وجود دارد که ادعا شده که آثار قرارداد به صورت مستقیم بین نماینده و ثالث است و بعداً نماینده باید با منوب‌عنه خود وارد قرارداد دیگری شود و از طرفی ادعا شده است که بعد از قرارداد اگر آمر یا منوب‌عنه اعلام کند که حساب خود را می‌پذیرد، جایگزین نماینده شده، طرف عقد واقع می‌شود (Blance et les collègues, 2022: 65; Menjucq, ibid; Renault-Brahinsky, 2021: 52) و همین مسئله امکان سوءاستفاده نماینده از وضعیت مطلوبش را فراهم خواهد کرد؛ درحالی که در نظریه انتساب عقد، چنین پیچیدگی‌هایی وجود ندارد و آثار اصلی قرارداد مستقیم برقرار می‌شود و تنها آثار فرعی آن است که اختیاری برای ثالث در مراجعه به نماینده یا شخص پنهان ایجاد می‌کند، چنان که در حقوق فرانسه نیز با اعلام پذیرش حساب از سوی آمر تبدیل طرف قراردادی از نماینده به آمر یا منوب‌عنه اتفاق می‌افتد (Renault-Brahinsky, ibid)<sup>۳</sup> که البته اعلام

1. Le principe était que les actes ne produisaient d'effet que pour ou contre ceux qui les accomplissent..
- 2....Le plus difficile fut l'hypothèse où le mandataire était une persona extranea (un tiers) ; on a finalement abouti à une représentation imparfaite, où le mandataire était obligé envers le tiers, et le mandant était engagé envers le mandataire, soit que le mandataire eût un recours contre le mandant, soit même que le tiers pût agir directement contre le mandant...
- 3 Lors de la conclusion du contrat, les effets de celui-ci se produisent chez le commissionnaire/représentant. Le représenté est alors tiers au contrat. Lorsque le contrat est



پذیرش حساب و تبدیل طرف قراردادی خود اختلاف برانگیز است. اختلافات پراکنده یادشده نه تنها ناقضی برای نظریه انتساب عقد محسوب نشده، بلکه در جهت توسعه و تکمیل و تبیین هرچه بهتر و ساده‌تر این نظریه است. از نظر نگارنده برای ساماندهی مصادیق مختلف قرارداد و جلوگیری از اختلاف نظر میان حقوق دانان و ایجاد وحدت رویه میان قضات محاکم دادگستری در برخورد با مصادیق متنوع قراردادی، طرح نظریه نوینی با عنوان «نظریه انتساب عقد» با سادگی و کارایی زیادی که در عمل دارد ضروری است.

### ۳. مصادیق انتساب عقد

چنان که گذشت، در نظریه انتساب عقد، آثار اصلی قرارداد برای بازیگران اصلی قرارداد است و در معامله به عین معین، عوضین ملاک انتساب عقد به اشخاص است و در معاملات کلی قصد انشای طرفین قرارداد ملاک انتساب به عقد است و ویژگی نظریه انتساب عقد در این است که در هر فرض که ثابت شود قرارداد برای بازیگر پنهان و پشت صحنه عقد است، بازیگر آشکار (نماینده‌ای که نمایندگی خود را پنهان نموده، ولی در حقیقت قصد انشای معامله برای دیگری را داشته است) آثار فرعی عقد به ایشان نیز منتسب و در نتیجه مسئول اجرای آثار فرعی قرارداد است و البته تسویه حساب بعدی‌اش با منوب‌عنه خود امری بدیهی است. با توجه به اینکه اغلب قراردادهای روزمره ما از نوع عقود معوض از جمله بیع است، تأکید مقاله حاضر بر مسائل مطرح‌شده در این زمینه است. انتساب عقد به شخص معامله‌کننده یا نماینده<sup>۱</sup> یا شخص ثالث یا منوب‌عنه<sup>۲</sup> در دو فرض معامله به ذمه و معامله به عین به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۳.۱. انتساب عقد در فرض معامله به ذمه

در اغلب معاملات روزمره در معامله به ذمه به این نحو عمل می‌شود که طرفین قرارداد یا یکی از آنها بابت عوض قراردادی در مقابل دیگران مشغول‌الذمه می‌گردد و پس از تشکیل قرارداد، ملزم به اجرای آثار قرارداد به صورت فوری یا مؤجل خواهد بود. مطابق با ماده ۱۹۶ قانون مدنی، اصل بر اصیل بودن طرفین قراردادی است و ادعای خلاف آن قابل اثبات است و این امر تنها در فرضی متصور است که معامله به ذمه صورت پذیرد، نه معامله به عین (بند دوم، انتساب عقد در فرض معامله به عین). در چنین مواردی در حقوق ایران و فرانسه اختلاف زیادی بر روی انتساب عقد به «شخص معامله‌کننده» یا «دیگری» وجود دارد.

conclu et que le commettant/représenté déclare le prendre à son compte, il devient partie à la place du commissionnaire/représentant.

1. représenté

2. représentant

### ۳.۱.۱. انتساب عقد به «خود شخص معامله کننده»

در حقوق ایران با توجه به مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ و ۱۹۶ قانون مدنی و در حقوق فرانسه مطابق «اصل حاکمیت اراده»<sup>۱</sup>، قصد انشای معامله به نام و حساب خود<sup>۲</sup> یا دیگری در زمان انعقاد قرارداد، ملاک انتساب عقد به اشخاص دانسته شده است (شهیدی، همان: Malaurie et les collègues, 2020: 804). طرفین قرارداد، ایجاب و قبول قرارداد را جاری می‌کنند و در فرض ایجاد اختلاف که ابراز ایجاب از طریق به‌کارگیری عبارات «تملیک کردم، فروختم و ...» و ابراز قبول از طریق به‌کارگیری عبارت «تملک کردم، خریدم و ...» برای خود متعاملین بوده است یا دیگری، در حقوق ایران عقد را منتسب به خود معامله می‌دانند (شهیدی، همان) و در فقه حرف و کیل معتبر است<sup>۳</sup>. ولی در حقوق فرانسه به سبب تقسیم نمایندگی به کامل و ناقص، معتقدند که اگر نماینده اعلام کند که برای دیگری عمل می‌کند، آثار عقد مستقیماً به دیگری می‌رسد و نماینده تعهدی ندارد<sup>۴</sup> و اگر نماینده اعلام نکند که برای دیگری معامله می‌کند نمایندگی را ناقص می‌دانند و عقد را به خود معامله منتسب می‌کنند (Malaurie et les collègues, ibid). دلیل انتساب عقد به خود معامله، اذعان شخص معامله نیست، بلکه مستنداً به قاعده غلبه است که ظهور عرفی دارد (شهیدثانی، همان: ۲۷۶)<sup>۵</sup>. در واقع اگر دلیل انتساب عقد را اظهار «شخص معامله کننده» یا همان «معامل» یا ایجاب کننده بدانیم، ممکن است معامله کننده هرگاه که معامله را به صلاح خود نبیند، برای شانه خالی کردن از بار آثار عقد از جمله اصله‌اللزوم، به این شیوه متوسل شود و بگوید که در موقع عقد ایجاب و یا قبول را برای غیر جاری کردم و به راحتی عقد را منتسب به دیگری اعلام کند و طرف قراردادی را درگیر قواعد ناظر به معاملات برای دیگری نماید و در نتیجه خودش را از دایره مسئولان قراردادی کنار بکشد. در این زمینه، ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «...وقتی نماینده اظهار می‌دارد که از طرف دیگران عمل می‌کند اما به نام خود قرارداد

1. Le principe de l'autonomie de la volonté

2. l'intention d'agir pour le compte du représenté

۳. ... إذا اشتری إنسان سلعة و ادعی أنه وکیل لإنسان فأنکر کان القول قوله مع یمینه و یقضى علی المشتري بالثمن سواء اشتری بعین أو فی الذمة إلا أن یکون ذکر أنه یتتاع له فی حالة العقد . و لو قال الوکیل ابتعت لک فأنکر الموکل أو قال ابتعت لنفسی فقال الموکل بل لی فالحقول قول الوکیل لأنه أبصر بنیته....

4. ...Lorsque la représentation est parfaite, le contrat passé par le représentant produit immédiatement et directement tous ses effets sur la personne et le patrimoine du représenté (art. 1154, al). Symétriquement, le représentant n'a acquis aucun droit, et n'est tenu d'aucune obligation envers celui avec lequel il a contracté... (Malaurie, Aynes, Munck; 2020: n 804)

۵. ... و این کان الشراء فی الذمة و ذکر الموکل وقع له باطنا إن کان محققاً و بطل ظاهراً فیأخذ قصاصاً و إن لم یذکره لفظاً و لا نیة فالشراء للوکیل ظاهراً و باطناً....

می‌بندد، به‌تنهایی نسبت به طرف متعاقد ملزم است». به نظر نگارنده، در این فرض هر دو ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایران و ۱۱۵۴ قانون مدنی فرانسه در انتساب «اثر اصلی» قرارداد به غیر هماهنگ هستند؛ برای نمونه در عقد بیع، خریدار واقعی «دیگری»<sup>۱</sup> محسوب است و مستقیماً عقد برای ایشان منعقد شده و این شخص واقعی است که مالک مبیع می‌شود و اختلاف ظاهری در اجرای «آثار فرعی» از قبیل پرداخت ثمن و تحویل مبیع و... است که در نظریه انتساب عقد حق مراجعه برای اجرای آثار فرعی (تا جایی که ممکن باشد) به هر دو طرف امکان‌پذیر دانسته شده است.

### ۳.۱.۲. انتساب عقد به دیگری در قرارداد با عنوان «نام قرضی»

در حقوق فرانسه ممکن است شخص اصیل یا همان «دیگری» نخواهد نامش در قرارداد نوشته شود یا به عبارت دیگر می‌خواهد نام خود را پنهان کند؛ مثلاً و کیلی (از طرف موکل خود) که بازیگر آشکار قرارداد است این تصور را ایجاد می‌کند که به نام خود عمل می‌کند و آثار ناشی از آن را برعهده می‌گیرد (Puigelier, 2017: n 4455).<sup>۲</sup> نگارنده با تحقیق و تأمل و احتیاط بالا، عبارت «نام قرضی» را معادل مناسبی برای عبارت *prête-nom* در حقوق ایران دانسته است. عبارات دیگری همچون *contrat fictive* و *déguisement* نیز در مباحث مربوط به معامله با نام قرضی مطرح می‌گردد که به مفهوم قرارداد صوری یا ساختگی و قرارداد پوششی هستند (Debard et les collègues, 2021)؛ به این مفهوم که اگر شبیه‌سازی با هدف پنهان شدن خود قرارداد ظاهری باشد، به آن «قرارداد ساختگی» گفته می‌شود<sup>۳</sup> و اگر با هدف آراستن طبیعت و ماهیت حقوقی قرارداد باشد «استتار» نام دارد (Debard, ibid).<sup>۴</sup> ژاک فلور، استاد دانشگاه پاریس دو فرانسه، بیان می‌کند که قرارداد *prête-nom* با قراردادی که نماینده در آن اعلام می‌کند که به حساب دیگری عمل می‌کند ولی نام او را فاش نمی‌سازد، متفاوت است (flour, ibid: n 429) و در قرارداد با «نام قرضی» اساساً از معامله برای غیر، بحثی به‌میان نمی‌آید، ولی شخص معامله‌کننده که نام خود را به‌منظور انعقاد قرارداد برای منوب‌عنه به‌کار می‌گیرد و به صورت پنهانی با اصیل یا همان منوب‌عنه توافقنامه‌ای تنظیم می‌کند که در حقوق فرانسه به آن «توافقنامه پنهان»<sup>۵</sup> گفته می‌شود<sup>۶</sup> که در آن قید

1. autre personne

2. prêtant son nom afin d'accomplir des actes parce qu'une autre personne ne veut pas que le sien y figure (par exemple, un mandataire qui conclut pour le compte d'un mandant). En pareil cas, le mandataire (ou le prête-nom) laisse croire qu'il agit en son nom et assume les charges qui en découlent.

3. Si la simulation porte sur l'existence même de l'acte apparent, elle rend le *contrat fictif*

4. si elle sert à en maquiller la nature juridique, il y a un *déguisement*

5. contre-lettre

۶ ترجمه تحت‌اللفظی عبارت *contre-lettre* «ضد نامه» است که در مقابل *contrat apparent* به معنای قرارداد ظاهری

می‌گردد معامله برای اصیل است؛ یعنی اثر اصلی آن مستقیماً برای اصیل است و اگر بابت آثار فرعی قرارداد چیزی برعهده نماینده قرار گرفت حق رجوع به اصیل را داشته باشد و همچنین ژاک فلور بر این باور است که شخص ثالث با اثبات توافق پنهان، شخص پنهان پشت صحنه را شناسایی و اگر منفعت وی را احراز کرد می‌تواند به وی رجوع نماید (flour, ibid). بنابراین به نظر می‌رسد در حقوق فرانسه نیز اگر معامله‌کننده یا به عبارتی بازیگر آشکار قرارداد، نمایندگی در انعقاد قرارداد داشته باشد و موقع عقد، قصد معامله برای دیگری را پنهان کند، اثر اصلی عقد به «دیگری» یا به عبارتی بازیگر پنهان قرارداد منتسب است، ولی معامله‌کننده ملزم به اجرای آثار فرعی قرارداد است و بعداً با دیگری حساب می‌کند. وجود و فاش شدن contre-lettre در حقوق فرانسه استناد به خلاف نامه در دو فرض متصور است: فرض اول اینکه شخص ثالث از طریق نماینده نتواند همه حقوق خویش را استیفا کند و تمایل داشته باشد و به نفع وی باشد که به شخص پنهان مراجعه کند. در این فرض مطابق با نظریه انتساب قرارداد، حق مراجعه وجود دارد و این فرض مورد تأیید حقوق دانان فرانسوی قرار گرفته است. فرض دوم این است که نماینده بخواهد به ضرر طرف قراردادی از زیر بار تعهدات قانونی خود شانه خالی کند که در این فرض برای حفظ حقوق قانونی طرف قراردادی، خلاف نامه قابل استناد نبوده، شخصاً مسئول اجرای تعهدات فرعی است؛ چنان‌که ماده ۱۲۰۱ قانون مدنی جدید فرانسه مصوب ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد: «هنگامی که طرفین قرارداد ظاهری را به‌منظور مخفی نمودن قرارداد پنهان منعقد می‌کنند، قرارداد اخیر که به آن قرارداد پنهان گفته می‌شود بین طرفین مؤثر است، ولی در مقابل شخص ثالث قابل استناد نیست، ولی می‌تواند از آن به نفع خود استفاده کنند»<sup>۱</sup>. بنابراین از مفاد ماده قانونی یادشده محرز است که عدم اعتبار «قرارداد پنهان» تا حدی است که حق ثالث را ضایع کند (Martin, 1981: 286). در حقوق ایران برخی از حقوق دانان مستند به ماده ۱۹۶ قانون مدنی در فرض احراز وجود قصد اعلام‌شده یا نشده در قرارداد برای دیگری، عقد را منتسب به دیگری می‌دانند و اجرای آثار فرعی را هم برعهده دیگری می‌دانند و معتقدند که معاملی هیچ تعهدی نخواهد داشت (شهیدی، همان) و برخی دیگر در فرض وجود قصد پنهان برای دیگری، عقد را منتسب به خود معامل می‌دانند که مطابق با تبیین نظریه انتساب این نظر قابل انتقاد است، چراکه آنان این نظر را رد نکرده‌اند که معامل می‌تواند به دیگری رجوع کند و اگر نظر ایشان را مطابق با نظریه انتساب عقد ساماندهی کنیم این نتیجه حاصل می‌شود که در حقوق ایران و فرانسه اگر قصد انشای عقد برای دیگری محرز شود عقد

آمده است، بنابراین با توجه به تفاوت واژه contrat و convention، به کارگیری عبارت «توافقنامه پنهان» به جای «ضد نامه» و یا «قرارداد پنهان» مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

1. Art. Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. 1201 (Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016).

منتسب به دیگری است و تنها اختلاف ظاهری در حقوق ایران و فرانسه بر روی آثار فرعی است که به نظر نگارنده، قانون‌گذار در ماده ۱۹۶ در مقام بیان اعتبار قصد در انتساب معامله به ذمه بوده و در خصوص اجرای آثار فرعی قرارداد در این ماده قانونی سکوت کرده است. اجرای آثار فرعی در حقوق فرانسه برعهده معامل یا همان بازیگر آشکار در صحنه است و در حقوق ایران با توجه به سکوت قانون‌گذار در این مورد خاص، امکان رجوع به منابع معتبر فقهی وجود دارد و فقیهان در موردی که قصد معامله به ذمه برای دیگری پنهان است عقد را به دیگری منتسب دانسته، ولی مانند مسئله احراز «قرارداد پنهان» در حقوق فرانسه، امکان رجوع ثالث به معامل و دیگری را مجاز شمرده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۴).<sup>۱</sup> به نظر نگارنده در حقوق ایران تنظیم «قرارداد پنهان» موافق با مواد ۱۰، ۱۸۳، ۱۹۰ و ۱۹۱ بوده، قاعده «المومنون عند شروطهم» صحیح است و به ضرر ثالث قابل استناد<sup>۲</sup> نیست، ولی ثالث می‌تواند از آن بهره‌مند شود.

### ۲.۳. انتساب عقد در فرض معامله به عین

چنان که گذشت در اغلب معاملات روزمره معاملات ما به ذمه است، چه آن دسته از معاملاتی که نقداً بدهی خود را پرداخت می‌کنیم و چه آنها که پرداخت ثمن به صورت مؤجل است؛ با این حال در موارد نادر ممکن است ثمن یا مضمن معامله، عین باشد که دو فرض زیر مورد بررسی واقع می‌شود:

### ۱.۲.۳. انتقال عین معین در مقام تعیین عوض یا معوض

در موارد نادر ممکن است عوض یا معوض معامله، عین متعلق به غیر باشد، در این مورد ماده ۱۹۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در مواردی که ثمن یا مضمن معامله، عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود». در حقوق تعهدات نوین فرانسه، انعقاد معامله به عین متعلق به غیر متصور است و در صورت احراز مالکیت ظاهری فروشنده و حسن نیت خریدار، قرارداد منتسب به مالک عین است. برخی بر این باورند که مالک واقعی در این فرض حق ابطال آن را ندارد (Boustani, 2021: 55).<sup>۳</sup> در فقه نیز قاعده فقهی «یدخل العوض فی ملک من یخرج من ماله المعوض» در مورد معاوضه و سایر

۱. ....و إن كان الشراء فی الذمه و ذکر الموكل وقع له باطنا إن كان محققاً و بطل ظاهراً فيأخذ قصاصاً و إن لم يذكره لفظاً و لا نيّة فالشراء للوكيل ظاهراً و باطنا...

2. opposable

3. C'est le cas aussi lorsque le vendeur est le propriétaire apparent de la chose vendue, la vente ayant été jugée valable dès lors que l'acheteur est de bonne foi et que l'erreur aurait pu être commise par toute autre personne normalement diligente... Le véritable propriétaire de la chose vendue n'est pas non plus recevable à demander la nullité du contrat qui a été conclu au mépris de ses droits. Il peut seulement exercer une action en revendication si les conditions sont réunies. Parfois, la demande en nullité de la vente émanant de l'acquéreur ne pourra pas aboutir.

قراردادهایی که عوض و معوض عین متعلق به غیر باشد جاری است<sup>۱</sup> (انصاری، ۱۴۱۰: ۲۸؛ خوانساری، ۱۳۷۳: ۸۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۲۸: ۲۴۸؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۵۰؛ شیرازی، ۱۳۶۷: ۳)؛ در نتیجه، ماده ۱۹۷ مطابق با قاعده است و در سایر معاوضات و مبادلات قابلیت اجرا دارد. ماده ۱۹۷ ناظر به فرضی است که عوضین در زمان معامله به‌عنوان ثمن و مئمن تعیین شده باشند و به عبارت دیگر، طرفین معامله، عوض و معوض قراردادی را در زمان ایجاب و قبول در مجلس عقد حاضر نموده یا به‌طور مشخص به آن اشاره و بیان می‌کنند که با این مال مشخص که ملاحظه می‌کنید قصد معامله دارند. برای نمونه، اگر ایجاب چنین باشد: «با این چند سکه‌ای که در مجلس عقد حاضر و مشخص است ماشین شما را خریدم»<sup>۲</sup>، در اینجا عقد منتسب به صاحب سکه‌ها است و ایجاب‌کننده نمی‌تواند ادعای انتساب عقد به خودش را داشته باشد. انتساب عقد در این فرض تابع اندیشه‌های حاکم بر نظریه مادی تعهد است (Gaiardo, ibid) و حقوق دانان ایرانی نیز به این امر اذعان داشته، بر این باورند که از نگاه مادی و تحقیقی، عقد رابطه بین دو دارایی است و تکیه بر اجرای تعهد ناشی از عقد بیش از تراضی است و اعلام اراده‌ها کارساز است، نه خواسته بطنی (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۸۳). در حقوق قدیم فرانسه این نوع قرارداد باطل و بلااثر بوده، به مالک منتسب نمی‌گردد<sup>۳</sup>. در حقوق ایران از مفهوم «آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» چنین برداشت شده که منظور توانایی مالک در رد و تنفیذ است، نه تحمیل عقد به مالک عین، و در توجیه ماده ۱۹۷ برخی آورده‌اند که اجازه مالک در ماده ۱۹۷ چهره دیگری از نظریه نمایندگی است (کاتوزیان، همان) و برخی دیگر بر این باورند که نظریه نمایندگی با احکام زمان انعقاد معامله فضولی، معامله جاهل و معلوم بودن شرایط عقد در قانون مدنی در تعارض است (ره‌پیک، ۱۳۷۷: ۱۲۰). به نظر نگارنده، مطابق با نظریه انتساب عقد، عقد را به صاحب عین منتسب می‌دانیم، نه اینکه عقد به او تحمیل گردد؛ چراکه طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...»، با تشکیل قرارداد «آن معامله برای صاحب عین خواهد بود» و نظریه انتساب عقد در این برهه اعمال می‌شود و به عبارت دیگر، فرض رد و یا تنفیذ عقد در مرحله بعد از تشکیل قرارداد مطرح است و مالک عین می‌تواند با رد

۱. نعم مقتضی طبع المعاوضة دخوله فی ملک مالک المبیع، و حیث ان المبیع ملک للمجیز واقعا فیدخل العوض فی ملکة كذلك فی فرض الاجازة، و حیث انه مالک ادعاء و... لغيره فایجاب البیع ساکت عنه فیرجع فیہ الی ما یقتضیه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فی ملک مالک المعوض تحقیقا لمعنی المعاوضة و المبادلة و حیث أن البائع... ملک لمالکة واقعا... منهاج الفقاهة، ج ۴: ۵۰.

۲. چنان که در فقه نیز به همین صورت مثال زده شده است: ...لو دفع إليه ألفاً و قال: اشتر بها بعینها شیئاً... علامه حلی، تذکره، ج ۱۵: ص ۱۱۳، مسألة ۷۲۴.

3. ... Enfin, il faut que l'acheteur puisse en devenir réellement propriétaire et par conséquent est nulle l vente de la chose d'autrui... Kanner Marcelle 1938, p 183 Le droit, simple et complet Author Publisher :Librairie générale de droit et de jurisprudence.

معامله از تحمیل عقد به خودش جلوگیری کند و در فرضی که قرارداد تنفیذ می‌گردد اثر فرعی قرارداد به شخص فضول نیز منتسب می‌شود.

### ۳.۲.۲. انتقال دادن عین کلی فی الذمه

یکی از مصادیق اجرای نظریه انتساب عقد، مبحث دقیق و ظریف مربوط به معاملات بر ذمه است. این نوع از معاملات به لحاظ اینکه مبیع به صورت کلی است و تنها قصد انشای طرفین معامله تعیین‌کننده انتساب قرارداد است، ظرفیت بالایی برای طرف قرارداد وجود دارد که از مفاد ماده ۱۹۶ برای انتساب قرارداد به خودش یا دیگری استفاده کند و مصادیق متعددی در این زمینه وجود دارد که ضرورت دارد به دقت مورد بررسی قرار گیرد. از مطالعه حقوق فرانسه به این نتیجه می‌رسیم که در منابع آثار قدیمی و نوین حقوق مدنی، امکان فروش مال آینده متصور است (Collart Dutilleul et Delebecque, 135: 2019). در مورد مبیع چنین گفته شد که فروش مال آینده راجع به مالی است که هنوز وجود ندارد یا هنوز ساخته نشده است اما در آینده ساخته یا همچون محصول آینده یک روزی وجود خواهد داشت (Kanner, 1938: 183; mainguy, 2020: 116) و به اقتباس از حقوق آلمان واژه Schuld به معنای «دین» را یکی از دو عنصر تعهد دانسته و در این مباحث از عبارت le prius debitum یاد کرده‌اند که معادل مال «کلی فی الذمه» در حقوق ایران است و قابلیت نقل و انتقال از یک ذمه به ذمه دیگر را دارد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۷۲-۱۷۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۹۵؛ philipe levy, 2011: 1059et). جعفری لنگرودی در خصوص نقل و انتقال کلی فی الذمه بیان می‌دارد: «...آنان که کلی فی الذمه را مال می‌دانند، مورد انتقاد از جهت فقدان شروط بیع قرار گرفته‌اند زیرا می‌گویند اگر کلی فی الذمه مال باشد، عقد بیع سبب مالیت آن شده است و حال آن که مالیت مورد بیع باید پیش از عقد مسلم باشد، از این دقت‌ها در حقوق فرانسه و کشورهای تابع فقه رومی کوچکترین اثر و نشان دیده نشده است و از مختصات حقوق اسلام است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ج ۴: ۳۰۲). مطابق مواد ۳۳۸ و ۳۵۰ قانون مدنی ایران، کلی فی الذمه یکی از مصادیق عین محسوب می‌شود. در فقه و حقوق فرانسه نیز تفاوتی بین مال شخصی و کلی قائل نیستند و امکان معامله به چنین مالی متصور است (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳: ۲۲۹)². در این مقاله در صدد تحلیل حکم این معامله نیستیم. بر فرض وقوع این قرارداد (اگرچه

1. L'obligation (Haftung) n'est plus la même, elle est nouvelle (nova). Mais le prius debitum (la Schuld) subsiste, et n'est que transféré.

۲. آنه لا فرق علی القول بصحّه بیع الفضولی بین کون مال الغیر عینا أو فی ذمه الغیر قوله قدس سره بقی هنا أمران الأول أنه لا فرق علی القول بصحّه بیع الفضولی بین کون مال الغیر عینا أو فی ذمه الغیر إلى آخره لا يخفى أن لبيع ما فی الذمه صورتین الأولى أن يتعلّق العقد الصادر من الفضولی علی الثمن أو المثلن الذی یکون فی الذمه فعلا کأن یشتري عینا من

در حد نظریه طرح عقد مدنظر جعفری لنگرودی)، به دنبال شناسایی مصادیق این نوع معامله و انتساب آن به اشخاص هستیم. این فرض در دو حالت زیر متصور است.

### الف) انتقال عین کلی مستقر بر ذمه

هر مالی اعم از مادی یا غیرمادی در جایی قرار دارد. مال فیزیکی یا مادی در دنیای خارج جا اشغال کرده، ملموس، مادی و قابل اشاره است؛ برای نمونه اگر مبیع خودرو باشد، می‌گوییم خودرو در نمایشگاه مستقر است؛ به همین نحو در مورد اموال غیرمادی مثل مال کلی می‌توان از استقرار آن در جایی سخن گفت. گفته شد که عین خارجی و مکان آن ظرف و مظروف واقعی‌اند و در فقه و حقوق که از مباحث اعتباری سخن گفته می‌شود، ظرف و مظروف اعتباری پدید آمده است (جعفری لنگرودی، همان: ۳۰۱). در حقوق فرانسه نیز ژان فیلیپ لوی در مبحث تبدیل تعهد به وسیله ترسیم دو ظرف و محتوای آن چنین بیان داشته است که محتوا یا همان مظروف از یک ظرف به ظرف دیگر منتقل می‌شود و ظرف‌ها تغییر پیدا می‌کنند، ولی مظروف همان است (Philippe Lévy, ibid: 1059)، که دقیقاً به مبحث ذمه و ما فی الذمه پرداخته و همچون حقوق کشورمان، این مبحث نیز در آثار مربوط به تاریخ حقوق مدنی مورد توجه حقوق دانان فرانسوی قرار گرفته است.<sup>۱</sup> بنابراین در دنیای اعتبار برای مال کلی قائل به وجود و مالیت هستیم (خمینی، ۱۳۷۶: ۱۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۲۸: ۳) و مال کلی در ظرف خود یعنی در «ذمه» بدهکار مستقر است. در نتیجه، مال کلی مظروف<sup>۲</sup> اعتباری است و ذمه ظرف<sup>۳</sup> اعتباری است. فرض این است که ایجادکننده به سه صورت ایجاد می‌کند: «یک تن گندم که به صورت کلی ثابت بر ذمه شخص «الف» متعلق به شخص

زید بدین کان لعمرو فی ذمه بکر او فی ذمه نفسه أو بیع الحنطه أتی فی ذمه زید لعمرو بدراهم موجوده من بکر...

1. Pour bien comprendre cette définition, il faut recourir à la décomposition de l'obligation en ses deux éléments : Schuld et Haftung. L'obligation (Haftung) n'est plus la même, elle est nouvelle (nova). Mais le prius debitum (la Schuld) subsiste, et n'est que transféré. Le contenant a changé, mais le contenu est le même.... Philippe Lévy, Jean; André Castaldo, 2010; *Droit Prive. Histoire du droit civil*, 2e édition p. 1060.

۲. مالیه کل شیء بحسب اعتبار العقلاء ذلک فیہ، فالدینار الرائج فعلاً لیس إلأ ورقاً محضاً لا قیمه له، و مالیتہ من جهة اعتبار العقلاء ذلک فیہ، و الکلی عیناً من هذا القبیل، العقلاء یعتبرون المالیة للکلی لمن کان موسراً و واجداً للمال، و یجعلون بإزاء ذمته قیمه دون غیره. و بعبارة اخرى: کما اینکه دینار پشتوانه دارد و آن طلا است کذلک ذمه هم پشتوانه دارد و آن خروار گندم خارجی است مثلاً.

۳. مسأله ۱: یشرط فی المبیع أن یكون عیناً، سواء کان موجوداً فی الخارج أم فی الذمه، وسواء أکانت الذمه ذمه البایع أم غیره، کما إذا کان له مال فی ذمه غیره فیبیعه علی شخص ثالث. کما یشرط فیہ أن یكون مالاً، بحيث یتنافس علیه العقلاء

4. contenu

5. contenant



«ب» را به شما فروختم» (صورت اول)<sup>۱</sup>؛ یا «یک تن گندم را که به صورت کلی ثابت بر ذمه خودم متعلق به شخص «ب» است به شما فروختم» (صورت دوم)<sup>۲</sup>؛ و یا «یک تن گندم به صورت کلی فی الذمه را به شما فروختم» (صورت سوم). در فرض اول و دوم، مبیع کلی فی الذمه و در مالکیت شخص «ب» است، در نتیجه در اینجا اثر اصلی عقد را به شخص «ب» منتسب می‌دانیم چراکه در حقوق ایران و فرانسه برای کلی فی الذمه قائل به مالیت و وجود شده‌اند (خویی، ۱۴۱۰: ۲۳؛ mainguy, 2020: 116). در این زمینه دانیل مانگه، استاد دانشگاه مونپلیه فرانسه، در سال ۲۰۲۰ در کتاب *قراردادهای ویژه* چنین بیان داشته است که فروش مال دیگران یک فرضیهٔ مکتبی محض نیست و امکان معامله به مال غیر را متصور دانسته است (mainguy, ibid).<sup>۳</sup> در نتیجه، معامله به مال کلی فی الذمه متعلق به غیر امکان‌پذیر است (انصاری، ۱۴۱۰: ۲۵۱)<sup>۴</sup> و در مورد اثر اصلی قرارداد، مفاد مادهٔ ۱۹۷ قانون مدنی اعمال می‌شود و نافی مسئولیت شخص فضول (یا نماینده یا بازیگر حاضر در صحنه) بابت اجرای آثار فرعی قرارداد نیست. در فرض سوم، اگر ایجاب‌کننده مدعی باشد که یک تن گندم کلی که فروختم همان یک تن گندم کلی فی الذمه شخص «الف» به نفع و در مالکیت شخص «ب» است، در اینجا مطابق با مطالب پیش گفته (فرض معامله به ذمه)، اگر ایجاب‌کننده ثابت کند که موقع عقد قصد فروش مال کلی فی الذمه متعلق به دیگری را داشته، در حقوق ایران و فرانسه اثر اصلی عقد منتسب به صاحب مال کلی است و تنها بحث آثار فرعی قراردادها مطرح است که در تبیین نظریهٔ انتساب عقد تکلیف آن را مشخص کردیم. نکتهٔ حائز اهمیت در فرض سوم اینست که ممکن است خریدار مال کلی فی الذمه واکنش نشان دهد که اطمینان از ایفای تعهدات به ذمه، بستگی به شخصیت یا وضعیت مالی طرف قراردادی دارد که در این فرض، اهمیت وضعیت مالی، نظریهٔ انتساب معامله‌کننده را مسئول اجرای آثار فرعی دانسته و ایراد مرتفع است، و اگر بحث شخصیت طرف معامله در میان باشد که در این فرض اساساً قصد خرید مال کلی فی الذمه از شخص «ب» را نداشته، مدعی عدم تطابق بین ایجاب و قبول و عدم انعقاد عقد یا بطلان عقد باشد، بحث حکم معامله مطرح و از موضوع این مقاله خارج است.

۱. (الاول): أن يبيع الفضولي الكلي الثابت للمالك على غير المالك كأن يقول: بعتك طنا من الحنطة الثابتة لزيد و الذي هو في ذمه عمرو بعشرة دنانير انصاری، مرتضی بن محمد امین. محقق محمد کلانتر، ۱۴۱۰ ه.ق.، المکاسب (انصاری - کلانتر)، قم: - ایران، دار الکتاب، ج ۸: ۲۵۱.

۲. (الثانی): أن يبيع الفضولي الكلي الثابت في ذمته و الذي هو لعمرو كما لو اسلف زيد عمرا طنا من الحنطة فباع زيد هذا الطن الذي في ذمته من قبل عمرو فضولا: بأن قال: بعتك طنا من الحنطة الذي هو في ذمته بعشرة دنانير. انصاری، همان.

3. ... en principe la chose appropriable est la propriété du vendeur à moins qu'il ne vende la chose d'autrui dont le regime est largement favorable à la circulation des bien. on observera que la vente de la chose d'autrui n'est pas une hypothèse d'école...

۴. الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو ديناً، أو في ذمه (الغیر..

**(ب) انتقال عین کلی غیر مستقر بر ذمه**

یکی از شرایط عقد بیع وجود مبیع در زمان عقد است؛ اعم از اینکه عین معین و در عالم خارج وجود داشته باشد یا کلی فی الذمه و موجود بر ذمه اشخاص باشد (خویی، ١٤١٠: ٢٣)<sup>١</sup> و مانند اکثر قراردادهای بیع باید ملک محسوب شود (خویی، همان: ٢٥)<sup>٢</sup>. کلی غیرمستقر بر ذمه به این نحو است که در زمان تشکیل قرارداد هیچ نوع مال کلی بر ذمه کسی نیست یا به عبارتی ثابت بر ذمه کسی نیست و ایجاب کننده در زمان انعقاد قرارداد بر ذمه دیگری است؛ مثلاً ایجاب کننده در مقابل شخص ثالث می گوید: «١٠ سکه بر ذمه الف به شما فروختم...»<sup>٣</sup> و ثالث این پیشنهاد را قبول می کند. در اینجا در صحت و بطلان قرارداد دو استدلال شده است: اول اینکه بیع باطل است، زیرا ایجاد مال کلی با وقوع عقد امکان پذیر نیست؛ چراکه در عقود معوض و مبادله ای، شرط است که عوضین قبل از عقد موجود و مالیت داشته باشند (طباطبایی حکیم، همان: ٧)<sup>٤</sup> و در این فرض، کلی غیرمستقر بر ذمه، تنها یک مفهوم اعتباری بدون ارزش اقتصادی است. دوم اینکه چنین قراردادی با معامله مال کلی مستقر بر ذمه قبل از وقوع عقد تفاوتی ندارد (انصاری، ١٤١٥: ٣٣٠)<sup>٥</sup> و مهم این است که در زمان قرارداد ایجاد شود و با ایجاب و قبول به ذمه اشخاص متصل و مستقر می شود و از مفهوم اعتباری بی ارزش خارج و با اتصال به ذمه اشخاص در دنیای اعتبار آفریده شده، دارای ارزش اقتصادی است (خمینی، ١٣٧٦: ١١). شیخ انصاری در دو فرض جعل ثمن و مثن بر ذمه غیر، اثر اصلی عقد را به غیر منتسب می داند و ایشان حق رد یا تنفیذ دارد<sup>٦</sup> (انصاری، ١٤١٠: ٢٥٣). دیگر فقیهان بین مال کلی مستقر بر ذمه قبل از عقد و مستقر بر ذمه هم زمان با انعقاد عقد تفاوتی قائل نیستند و معامله فضولی را بر هر دو کلی متصور می دانند (خوانساری،

١. یشرط فی المبیع أن یکون عیناً سواء أ کان موجوداً فی الخارج أم فی الذمه، و سواء أ کانت الذمه ذمه البائع أم غیره، كما إذا کان له مال فی ذمه غیره فباعه لشخص ثالث ..

٢. یشرط أن یکون کل واحد من العوضین ملكاً، مثل أكثر البیوع الواقعة بین الناس، أو ما هو بمنزله، کبیع الکلی فی الذمه...

٣. ... (الثالث): أن يجعل الفضولی الکلی متعلقاً بذمه المالك بواسطة البیع أن یقول: بعتک طناً من الحنطة الذی هو فی ذمه زید... أو اشتری زید فی ذمه کان یقول: اشتریت طناً من الحنطة لزید بعشرة دانیر فی ذمتی... فیما إذا اشتری بمال الغیر

شیئا، و جعل العوض فی ذمه الغیر... فیما إذا باع مال الغیر، و جعل المبیع فی ذمه الغیر... انصاری، همان: ٢٥٢.

٤. وإن کان هو الملك، بمعنی کونه مملوئاً لصاحبه قبل المعاوضه علیه فمن الظاهر أن ذلک غیر معتبر فی المقام، لاختصاصه بالأعیان الخارجیه دون الذمیه، لظهور أن الإنسان لا یملك فی ذمه شیئاً...

٥. الثانی - أن لا یکون صاحب الذمه مذکوراً، بل منویاً، بأن یکون الفضولی قد نوى وقوع المعامله له. فهنا أيضاً إن أجاز - ذلک الشخص المنوی - المعامله، صحت کسائر الموارد...

٦. ... بعت کراً من طعام فی ذمه فلان (هذا مثال لجعل المثن فی ذمه الغیر باضافه الذمه الی الغیر) بكذا، أو بعت هذا بكذا فی ذمه فلان (هذا مثال لجعل الثمن فی ذمه الغیر باضافه الذمه الی الغیر) و حکمه أنه لو أجاز فلان یقع العقد له، و إن رد بطل راساً.

۱۳۷۳: ۲۲۹)؛ مگر نه این است که در حقوق ایران و فرانسه فروش مال کلی تجویز شده است. این سؤال نیز ممکن است مطرح شود که چه تفاوتی بین دو قرارداد وجود دارد که ایجاب کننده به ذمه خودش مال کلی را متصل کند و بفروشد یا به ذمه دیگری متصل سازد و بفروشد؟ بنابراین، اصل انعقاد چنین قراردادی با مانع قانونی روبرو نیست و اثر اصلی قرارداد برای غیر و اثر فرعی آن برای هر دو نفر (غیر و نماینده) ایجاد می‌شود.

### ۳.۳. رفع یک ابهام؛ انتقال عین در مقام ایفای ثمن و مثن

در موارد نادر ممکن است ثمن و مثن یا عوض و معوض، عین متعلق به غیر باشد، ولی اغلب این فرض متصور است که معامله صورت گرفته از سوی طرف قراردادی و برای خودش بوده و یک آن به ذمه است و نیک می‌دانیم که در حقوق ایران و فرانسه زمان اجرای تعهد، حال و نقدی است (صفایی، ۱۳۹۷: ۲۶۳)؛ ولی بلافاصله بعد از وقوع عقد، متعهد در مقام اجرای تعهدات فرعی ناشی از عقد، اقدام به دادن مال متعلق به غیر می‌نماید که با فروض پیش گفته همسانی ظاهری دارد، ولی در حقیقت متفاوت است و بعضاً در آرای که از محاکم قضایی در این مورد صادر می‌شود خلط مبحث شده، این فرض را با سایر فروض و مصادیق، همسان تلقی نموده، ماده ۱۹۷ قانون مدنی را در این فرض نیز اعمال می‌کنند.<sup>۳</sup> ایفا بدون ضمیمه کلمه دیگر به معنی اجرای تعهد مضمون (کلی فی الذمه) به وسیله خود مدیون (متعهد) یا وکیل او است (توکیل در ایفا) (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۴۷۲). در این زمینه ماده ۲۷۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر متعهد در مقام وفای به عهد مالی تأدیه نماید دیگر نمی‌تواند به عنوان اینکه در حین تأدیه مالک آن مال نبوده استرداد آن را از متعهدله بخواهد مگر اینکه ثابت کند که مال غیر و یا مجوز قانونی در ید او بوده بدون اینکه اذن در تأدیه داشته باشد». بنابراین، وقتی که مورد معامله عین کلی باشد در زمان انعقاد قرارداد، طرف قراردادی برای یک لحظه معامله به ذمه کرده است، ولی در مقام وفای به عهد اقدام به دادن مال متعلق به دیگری می‌کند. در اینجا ثمن یا مثن، کلی فی الذمه است، نه عین متعلق

۱. ...الثانية أن يجعل الثمن أو المثل دينا في ذمه غيره كما إذا اشترى عينا وجعل ثمنها في ذمه زيد أو باع منا من الحنطة

سلما في عهده زيد بدراهم لبكر و حكم الصورتين حكم ما لو باع العين الخارجيه بدراهم خارجيه في أنه لو أجاز مالك

الكلي أو من جعل الكلي في ذمته بيع الفضولي يقع للمجيز لعدم الفرق بين العين الشخصية والكليّة

2. ...L'obligation est essentiellement *temporaire*. Elle n'est pas destinée à durer... philipe levy, 2101:1054 .

۳. در هر حال، روشن است که ایفای فضولی و یا اداره فضولی مال دیگران با معامله فضولی مال دیگری متفاوت است.

برای مطالعه بیشتر در زمینه اداره فضولی، رک. خدانی، سید پدram (۱۳۹۵)، مطالعه تطبیقی اداره فضولی امور دیگری

در حقوق اروپا و ایران، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، ش ۱، بهار و تابستان: ۹۷-۱۲۲ .

به غیر، و هدف قانون گذار از عدم امکان استرداد کالای داده شده در ماده ۲۷۰ قانون مدنی این امر نبوده است که تفاوتی بین مواد ۱۹۷ و ۲۷۰ نیست یا ماده ۲۷۰ مصداقی از ماده ۱۹۷ است و قواعد معاملات فصولی در این فرض حاکم می باشد؛ در واقع، در اینجا ایفای فصولی تحقق یافت، نه معامله فصولی راجع به مال غیر، و تفاوت این دو محرز است. معامله فصولی به مال غیر یا برای غیر و در مرحله اول حیات یک قرارداد، یعنی در مرحله تشکیل قرارداد اتفاق می افتد، ولی ایفای فصولی با مال و حق غیر در مرحله سوم حیات یک قرارداد است، یعنی مرحله اجرای قرارداد، و گفته شده که معامله به مال غیر نشده است و این اقدام در حقوق ایران اعتبار ندارد (جعفری لنگرودی، همان: ۴۷۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۱۴). ناگفته نماند که در برخی موارد ممکن است ایجاب کننده در زمان انعقاد قرارداد مأمور به خرید کالایی برای موکلش باشد با این فرض که موکل عین معینی را بابت ثمن قرارداد به وکیل می دهد و به او اختیار می دهد که این عین را بابت خرید کالای مقصود هزینه کند و بعداً ایجاب کننده اقدام به انعقاد معامله به ذمه نماید و مال موکل را در زمان تأدیه ثمن پرداخت کند. در اینجا ممکن است بین وکیل و موکل در انتساب اثر اصلی عقد اختلاف پیش بیاید و وکیل مدعی باشد که یک آن به ذمه و با قصد معامله برای خودش اقدام کرده است و موکل مدعی انتساب عقد به خودش باشد. به نظر می رسد وکیل در این معامله در راستای تکمیل مأموریت خود خرید به ذمه را برای موکل انجام داده است و عین معین متعلق به موکل را بابت ثمن به فروشنده پرداخت کرده و عقد به مالک عین منتسب است (حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۴).

#### ۴. نتیجه گیری

آثار قرارداد شامل اثر اصلی و فرعی منتسب به هر کسی است که قرارداد را منعقد می کند و طرح نظریه انتساب عقد به منظور انتساب اثر اصلی قرارداد به طرف واقعی عقد و انتساب اثر فرعی قرارداد به هر دو طرف واقعی و حاضر در صحنه عقد است. در قرارداد بیع، مالکیت بیع و ثمن مستقیماً به صاحب آنها منتقل می شود؛ اعم از اینکه شخصاً مبادرت به انعقاد عقد نماید یا به واسطه نماینده قرارداد را منعقد کند. همچنین در قراردادهای با نام قرضی یا قرارداد برای دیگری در حقوق ایران و فرانسه که نماینده نام دیگری را ذکر نمی کند یا فضولتاً برای دیگری منعقد می شود، مالکیت عوضین مستقیماً برای دو طرف اصلی قرارداد واقع می شود و عقد منتسب به ایشان است و شخص مداخله گر نیز بابت اجرای آثار فرعی قرارداد مسئولیت دارد. اختلاف حقوق دانان مربوط به اجرای آثار فرعی قرارداد از قبیل پرداخت ثمن و

۱. ... و لو سلم إليه ألفاً و قال: اشتر كذا بألف، و لم یقل: بعینه، و لا قال: فی الذمه، بل قال: اصرف هذا فی الثمن، فالأقرب: إن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينها أو فی الذمه لأنه على التقديرين يكون أتياً بالمأمور به و يجوز أن يكون غرضه من تسليمه إليه مجرد انصرافه إلى ثمن ذلك الشيء...

تحویل مبیع و... است که این امر ناقضی برای طرح نظریه انتساب عقد محسوب نمی‌شود. در مواردی که شخص پنهان و ذی‌نفع اصلی شناسایی شود، مانعی برای مراجعه ثالث برای مطالبه حقوق ناشی از عقد نیست. نظریه انتساب عقد با سادگی و کارایی بالایی که دارد می‌تواند در کنار نظریه نمایندگی به حل مسائل مطرح پس از اثبات نظریه نمایندگی بینجامد.

## منابع

### الف) فارسی

۱. اسلامی پناه، علی (۱۳۸۰). تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۵۲، ۳۶-۳.
۲. امینی، منصور و عبدی مونا (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی حقوقی-اقتصادی نظریه نمایندگی ظاهری. *مطالعات حقوق تطبیقی*، (۱)۱، ۵۹-۴۱.
۳. امینی، منصور و عبدی، مونا (۱۳۹۳). بررسی تطبیقی تئوری نمایندگی ظاهری. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۸(۴)، ۹۰-۶۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹). *دوره حقوق مدنی-حقوق تعهدات*. چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). *الفارق*. جلد اول و سوم. چاپ سوم، تهران: گنج دانش
۶. خندان، سید پدram (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی اداره فصولی امور دیگری در حقوق اروپا و ایران. *مطالعات حقوق تطبیقی*، (۱)۷، ۱۲۲-۹۷.
۷. خویباری حامد و طباطبایی، سید محمدصادق (۱۴۰۰). بررسی مبانی و احکام معامله به مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان. *آموزه‌های فقه مدنی*، ۳۴(۳)، ۱۳۶-۱۰۹.
۸. ره‌پیک، سیامک (۱۳۷۷). نقد نظریه نمایندگی در معامله به مال غیر در حقوق مدنی ایران. *دیدگاه‌های حقوقی*، ۹، ۱۲۹-۱۲۰.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. چاپ پنجم، تهران: مجد
۱۰. صفایی، سید حسین (۱۳۹۳). معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی. در: حسن، جعفری تبار، بر منهج عدل: مقالات اهداشده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان. چاپ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. صفایی، سید حسین و همکاران (۱۳۹۶). *حقوق بیع بین‌المللی، بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰*، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا. چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۲. صفایی، سید حسین؛ نفرشی، محمد عیسی؛ قناتی، جلیل (۱۳۸۰). تحلیل نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلیس، اسلام و ایران. *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ۲۱(۴)، ۱۰۴-۷۹.
۱۳. طباطبایی، محمدصادق و خویباری، حامد (۱۳۹۸). بررسی آثار معامله فصولی در فقه امامیه، حقوق ایران و

- حقوق انگلیس. پژوهش حقوق اسلام و غرب، ۳(۳)، ۵۴-۳۱.
۱۴. عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین (۱۴۰۱۳). مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام. جلد پنجم. قم: مؤسسه معارف الاسلاميه.
۱۵. عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸۷). قواعد اختصاصی انعقاد عقد توسط نماینده. حقوق اسلامی، ۱۷(۲)، ۹۱-۶۶.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات. چاپ پنجم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۸. محقق داماد، مصطفی و همکاران (۱۳۷۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه. جلد دوم. چاپ اول، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۹. میرکو، حمیدرضا و همکاران (۱۳۹۹). واکاوی در حکم «معامله با خود» در نهاد نمایندگی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۳(۲)، ۴۱۴-۳۸۹.

### ب) عربی

۱. انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵). الموسوعه الفقهيّه الميسره. جلد هفتم. قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۰). المكاسب (انصاری - کلاتر). جلد هشتم. قم: دار الكتاب.
۳. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء (ط الحدیثه). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۶). البيع (محرر محمدحسن قدیری). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵. خوانساری، موسی (۱۳۷۳). منیه الطالب. جلد اول. تهران: المکتبه المحمديه.
۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهاج الصالحين. جلد دوم. قم: مدينه العلم آيت الله العظمی الخوئی.
۷. روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹). منهاج الفقاهه. جلد چهارم. قم: أنوار الهدی.
۸. شیرازی، محمدکاظم (۱۳۶۷). بلغه الطالب. جلد دوم. تهران: مطبعه بوذرجمهری.
۹. طباطبایی، محمدسعید (۱۴۲۸). مصباح المنهاج (التجارة). جلد دوم. نجف: مؤسسه الحکمه الثقافه الاسلاميه.

### ج) فرانسوی

1. Blanc Nathalie; Mathias Latina; Denis Mazeaud (2022). *Droit des obligations*. 3<sup>e</sup> edition, LGDJ, Collection: CRFPA
2. Boustani –Aufan, Diane (2022). *L'essentiel du droit des contrats spéciaux*. Grand Format Edition 2021-2022, Gualino . <https://www.decitre.fr>
3. Buffelan-lanore Yivan & Iarribau-terneyre (2021). *Droit civil. les obligations*. 22<sup>e</sup> edition, Sirey Collection , Sirey université. <https://www.lgdj.fr>
4. Code civil français, 2016.
5. Collart Dutilleul, François & Philippe Delebecque (2019). *Contrats civils et commerciaux*. 11<sup>e</sup> edition, dalloz. [www.editions-dalloz.fr](http://www.editions-dalloz.fr).
6. Debard, Thierry & Guinchard, Serge (2021). *Lexique des termes juridiques*. 3<sup>e</sup> édition [www.editions-dalloz.fr](http://www.editions-dalloz.fr)

7. Dionisi-Peyrusse, Amélie (2022). *Droit Civil tome 2. Les obligations*. 2<sup>e</sup>edition, CNFPT. <https://www.amazon.fr>
8. Flour Jacques; Jean-Luc Aubert; Eric Savaux (2014). *Droit civil : les obligations L'acte juridique*. 16 édition, Sirey Collection , Sirey université. <https://www.lgdj.fr>
9. Gaiardo, Paul (2020). *LES THÉORIES OBJECTIVE ET SUBJECTIVE DU CONTRAT (ÉTUDE CRITIQUE ET COMPARATIVE (DROITS FRANÇAIS ET AMÉRICAIN)*, Lextenso,tome 599, LGDJSous-collection : Bibliothèque de droit privé.<https://www.lgdj-editions.fr>
10. Kanner, Marcelle (1938). *Le droit, simple et comple*. Librairie générale de droit et de jurisprudence. <https://books.google.com>
11. Mainguy, Daniel (2020). *Contrat spéciaux* . 12 édition, Cours Dalloz-Série Droit privé. <https://www.boutique-dalloz.fr/>.
12. MALAURIE ,Philippe; Laurent AYNÈS; Pierre-Yves (2016). *DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX*. 8e edition, LGDJ. <https://www.lgdj.fr>
13. MALAURIE, Philippe & AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK (2020). *DROIT DES – OBLIGATIONS*. 11<sup>e</sup> édition Editeur: LGDJ. <https://www.lgdj.fr>
14. Martin, Luis (1896). *Droit civil*. Paris, Bibliothèque nationale de France <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56745700#>.
15. Menjuco, Michel (2017). *Droit commercial et des affaires*. 10e éd , Paris : Gualino-Lextenso Fac universités Série Mémentos. <https://menjucoq.fr>
16. Philippe Lévy, Jean & André Castaldo (2010). *Droit Prive. Historié du droit civil*. 2 edition, Dalloz. <https://www.boutique-dalloz.fr/histoire-du-droit-civil-p.html>
17. Planiol ,Marcel et Georges Ripert (1954). *Traité pratique de droit civil français*. 2 édition,Vol. 1, Librairie générale de droit & de jurisprudence. <https://books.google.com/books>.
18. Puigelier, Catherine (2017). *Dictionnaire juridique*. 2 édition,,collection paradigm. <https://books.google.com>
19. Renault-Brahinsky, Corinne (2021). *Droit des obligations*. 18e, Gualino. <https://www.lgdj.fr/>

## د) انگلیسی

1. Aamili (Shahid Thani), Zainuddin (2022). Masalak al-Afham al-Tankih Shar'i al-Islam, vol. 5, Qom: Islamic Studies Institute (In Arabic).
2. Abdipour, Ibrahim (2008). "Specific rules for concluding a contract by a representative" Islamic Law, No. 17, Summer, 66-91 (In Persian).
3. Amini Mansour and Abdi Mona; Mona Abdi (2014). "Legal-Economic Comparative Study of the Theory of Apparent Representation", Comparative Law Studies, Vol. 1, Farvardin, pp. 41-59 (In Persian).
4. Amini, Mansour and Abdi, Mona (2013). "A Comparative Study of the Theory of Apparent Representation", Judiciary Legal Journal No. 88, Winter, 63-90 (In Persian).
5. Ansari, Morteza (1989). Al-Makasab (Ansari - Kalantar), Volume 8, Qom: Dar Al-Katab (In Arabic).
6. Ansari, Muhammad Ali (1994). Al-Musua'a al-Fiqhiyyah al-Misra, vol. 7, Qom: Islamic Thought Forum (In Arabic).
7. Damad, Mostafa et al. (1999) "Laws of Contracts in Imami Jurisprudence", Vol. 2, Ch.

- 1, Tehran: Hohza and University Research Institute ([In Persian](#)).
8. Hali, Hasan bin Yusuf (1993). Tazikrah al-Fiqha (Ta al-Hadith), Qom: Al-Al-Bayt Foundation, peace be upon them ([In Arabic](#)).
9. Islamipناه, Ali (2010). "Conflict of main and secondary obligations in the contract", Journal of Faculty of Law and Political Sciences, Vol. 0, July, 36-3 ([In Persian](#)).
10. Jaafari Langroudi Mohammad Jaafar (2016) Al Faraq, 3rd edition, Tehran Ganj Danesh ([In Persian](#)).
11. Jaafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2010). Course of civil rights-laws of obligations, fourth chapter, Tehran: Ganj Danesh ([In Persian](#)).
12. Jaafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2016). Al Faraq, Volume 1, Chapter 3, Tehran: Ganj Danesh ([In Persian](#)).
13. Katouzian, Nasser (2009). Civil rights course. General Rules of Contracts, first chapter, Tehran: Sahami Sahami Co., Ltd ([In Persian](#)).
14. Katouzian, Nasser (2010). Civil rights. General theory of obligations, 5th chapter, Tehran: Mizan Legal Foundation ([In Persian](#)).
15. Khandani, Sidpadram; Comparative study of Fozuli administration of other affairs in European and Iranian law, comparative law studies, volume 7, volume 1, spring and summer 2015, pages 97 to 122 ([In Persian](#)).
16. Khansari, Musa (1994). Maniya al-Talib, Vol. 1, Tehran: Al-Maktabeh Al-Muhammadiyah ([In Arabic](#)).
17. Khobyari Hamed, Tabatabai, Seyyed Mohammad Sadegh (2021). Examining the principles and rulings of transaction with other's property in Imami jurisprudence, Iranian law and English law, Civil Jurisprudence Teachings, Vol. 34, Fall, page 109 to page 136 ([In Persian](#)).
18. Khoei, Seyyed Abulqasem (1989). Minhaj al-Salehin, vol. 2, Qom: Madinat al-Alam Ayatollah Azmi al-Khoei ([In Arabic](#)).
19. Khomeini, Ruhollah (1997). Al-Bay (Editor: Mohammad Hassan Qadiri), Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute ([In Arabic](#)).
20. Mirko, Hamidreza et al.(2019). "Analysis on the rule of "dealing with oneself" in the institution of representation", Fiqh and Islamic Law Studies, Autumn and Winter, No. 23, 389-414 ([In Persian](#)).
21. Reh Pik, Siamak (1998). "Criticism of the theory of agency in the transaction for other's property in Iran's civil law" Legal Perspectives, Vol. 9, 120-129 ([In Persian](#)).
22. Rohani, Mohammad Sadegh (2008). Minhaj Al-Fiqahah, Volume 4, Qom: Anwar Al-Hadi ([In Arabic](#)).
23. Safaei, Seyed Hossein et al. (2016). International sales law, review of the 1980 international sales convention, with a comparative study in the laws of Iran, France, England, and the United States of America, Ch. 7, Tehran: University of Tehran Press ([In Persian](#)).
24. Safaei, Seyed Hossein and Tafarshi, Mohammad Isa and Qanawati, Jalil (2010). "Analysis of representation due to enforcement in British, Islamic and Iranian law", Comparative Law Studies, No. 21, Winter, 79-104 ([In Persian](#)).
25. Safai, Seyed Hossein (2013). "The transaction of a lawyer in his own name in Iranian law with a comparative study" in: Hasan, Jafari Tabar, on the method of justice: articles donated to professor Dr. Nasser Katouzian, second grade, Tehran: University of Tehran Publications Institute ([In Persian](#)).



- 
26. Shahidi, Mehdi (2006). Formation of contracts and obligations, fifth chapter, Tehran: Majd (In Persian).
27. Shirazi, Mohammad Kazem (1988). Bagh al-Talib, vol. 2, Tehran: Bouzarjamehri Press (In Arabic).
28. Tabatabai, Mohammad Sadeq, Khobyari, Hamid (2018). Examining the works of Fozuli transaction in Imami jurisprudence, Iranian law and British law, Islamic and Western law research, Vol. 3, Autumn, 54 (In Persian).
29. Tabatabai, Mohammad Saeed (2007). Misbah al-Manhaj (Al-Tijara), vol. 2, Najaf: Al-Hikma Al-Taqwa al-Islamiya Institute (In Arabic).