# معامله با خود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان

 عصمت الله "همدمی"[[1]](#footnote-1)

## چکیده

معامله باخود، یکی از مسایل مهم در مناسبات حقوقیِ است که واسطه در آن نقش اساسی دارد. در اصطلاح، به رابطه حقوقی اطلاق می­گردد که ناظر بر روابط مالی اشخاص بوده و در اثر صدور دو اراده از یک شخص، توأماً با دو عنوان و با نقش دوگانه (ایجاب کننده و قبول کننده) به طوری که اصالتا از طرف خود و نیابتا از طرف اصیل ایجاد شده و منشاء اثر حقوقی قرار می­گیرد. تئوری نمایندگی، موجبات پذیرش آن را در نظام حقوقی کشور های مختلف فراهم ساخته است. چنانچه در قانون مدنی ایران و قانون مدنی و قانون نمایندگی تجارتی افغاانستان نیز انعکاس یافته است. در حقوق ایران، نویسندگان، تاحدودی به آن پرداخته اند اما حقوق افغانستان از این حیث در خلاء معرفتی قرار دارد. پرسشی که مطرح است این که، معامله با خود در حقوق ایران و افغانستان چیست؟ پاسخ نگارنده مبتنی بر مفهوم معامله با خود در مفهوم اخص آن است. هدف مقاله، تبیین مفهوم و ماهیت معامله با خود و کمک به پویایی راهکارهای قانونی، در حقوق افغانستان است. در تدوین و گرداوری محتویات؛ روش کتابخانه­ای و در پردازش و تحلیل داده ها روش توصیفی با رویکرد تطبیقی ملاک قرار گرفته است.

 یافته ها، حاکی از اشتراک دو نظام حقوقی، در ماهیت عقدی معامله باخود و عدم لزوم ابراز اراده در تحقق آن است. البته در حقوق ایران، راهکارهای قانونی، بر پایه­ای اصل جواز معامله باخود طرح شده و در فرض اطلاق اختیار، در خصوص تشخیص راه حل، از صراحت، انسجام و جامعیت لازم برخوردار نیست. در مقابل راهکار های حقوقی افغانستان، مبتنی بر اصل ممنوعیت معامله با خود مقرر شده و در مقام تردید، از شفافیت، انسجام و کارایی بیشترِ بر خوردار هست. نظریه مشهور فقها و اساتید برجسته­ای حقوق ایران نیز، همسو با موقف حقوق افغانستان است.

**واژگان کلیدی:** معامله باخود، اختیار، واسطه، وحدت، تعدد،اراده،

##  مقدمه

معامله با خود، یکی از مسائل مهم و مورد توجّه در قواعد عمومی ناظر برقردادها و روابط معاملاتی است که نماینده در آفرینش آن ها نقش اساسی دارد. منظور از آن رفع محدودیت اختیارات نماینده و توسعه گستره کارایی بیشتر قصد و اراده در تصرفات حقوقی است. قراراداد یا معامله اساساً چارچوب قانونی متعارف برای تضمین منافع طرفین هست که در فرض تعدد واقعی منبع صدور قصد، تأمین منافع طرفین مفروض است. اما، در فرض معامله شخص باخود یا وحدت منبع صدور اراده ایجاب و قبول، تضاد منافع و درمواردی ترجیح منافع اصیل مطرح است. از طرفی هم دنیای معاملات مقتضی سرعت چرخش سرمایه و رفع نیاز های آنی شخصی و تجاری اشخاص هست که نمایندگان نیز به عنوان مصرف کننده یا تاجر بخشی از افراد جامعه تلقی می­شوند، چنانچه این مهم در مواردی که کالای مورد معامله انحصاری است بیشتر اتفاق خواهد افتاد. چالش فوق، مقتضی راهکارها و تدابیر قانونی است که در عین تضمین منافع به سرعت و امنیت و اعتبار در دنیایی معاملات کمک نماید**.** از آنجا که معاملات در عرف قبل از اسلام جریان داشته لذا بحث از معامله با خود و مسائل پیرامون آن از صدر اسلام تا به امروز در میان فقها و حقوق‌دانان مطرح بوده، ولی تاهنوز بصورت تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان مطرح نشده و هیچ پژوهش تطبیقی در این مورد صورت نگرفته است. بنابراین با توجه به اهمیت و جایگاه ویژه‌ی معامله با خود در هردو نظام حقوقی(ایران و افغانستان) در این نوشتار به مباحثی چون (مفهوم شناسی، امکان معامله با خود در نظام حقوقی ایران و افغانستان، لزوم ابراز و اظهار اراده در معامله با خود در سیستم حقوقی ایران و افغانستان) پرداخته خواهد شد. این پژوهش از جهت شیوۀ نگارش به صورت تطبیقی به رشتۀ تحریر در آمده و به تحلیل و توصیف داده‌ها در هردو نظام حقوقی پیرامون معامله پرداخته و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق هردو نظام حقوقی پیرامون معامله با خود اشارات قابل ملاحظه‌ی صورت گرفته است.

 مسئله معامله با خود، در حقوق ایران و افغانستان، به رغم اشتراکات این دو نظام حقوقی با تفاوت های انعکاس یافته است، پرسش اساسی که مطرح است که مسئله معامله با خود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان چیست؟

## مفهوم شناسی

## 1/1 واکاوی اصطلاح معامله با خود

### 1/1/1 معامله با خود در مفهوم عام

در ادبیات حقوق ایران، اندیشمندان، مصطلحات مترادف و هم معنای دیگری نیز برای اصطلاح معامله باخود به به کار برده اند، نظیر: «انشای عقد به وسیله شخص واحد(شهیدی، 1398: ص- 138)، «عمل حقوقی خود» و «عقد با خود» (قائم‌مقامی، 1378:ص131).اما آنچه در نص قانون به آن توجه شده؛ «معامله باخود» است ماده1240ق.م.ایران.البته معادل آن در نصوص قانونی افغانستان، «عقد برای خود» است (ماده541 ق.م.افغانستان). در مصطلحات حقوقی کشورهای عربی از جمله مصر " التعاقد الشخص مع نفسه" تعبیر شده است(سنهوری، 1998م : ج1، ص227).

 در بدو امر آنچه از اصطلاح معامله با خود و مصطلحات مشابه آن، به ذهن متباد می شود، ایجاد یک رابطه حقوقی خود با خود است، که در قلمرو حقوق، معنای مراد نیست، زیرا چنین عملی نه تنها معامله با خود نمی‌باشد، بلکه اصولاً عمل چنین شخصی یک عمل حقوقی محسوب نگردیده و در نتیجه کدام اثر حقوقی بر آن مترتب نمی‌گردد، زیرا تغییری در مالکیت ایجاد نمی‌شود و منفعتی را نمی‌توان برای چنین معامله‌ای تصور کرد.

آنچه از نص ماده 198 ق.م. دانسته می شود اینکه، یک شخص به وکالت از دو طرف، معامله ای را به دو اعتبار با خود انجام دهد. لذا منظور از معامله با خود، در اصطلاح حقوقی این است که شخص به تنهای ولی به دو اعتبار در انعقاد یک عقد دخالت نماید. چنانچه برخی از پژوهشگران، در مقام تبیین مفهوم اصطلاح معامله با خود تعریف ذیل را برگزیده اند: قرارداد یا معامله با خود، وضعیت حقوقی است که به هنگامی ایجاد می‌شود که یک شخص به دو عنوان توأماً و با نقش دوگانه اقدام به انجام یک عمل حقوقی بنماید(حاتمی، ورزنه، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی 1399: صص61- 76.).

به نظر می رسد تعاریف مزبور ناظر به تبیین اصطلاح معامله با خود در مفهوم اعم هست که شامل عقود مالی و غیر مالی هردو می شود، ولی نسبت به تعریف معامله با خود در مفهوم مورد نظر این پژوهش ساکت است. مزیت این دو تعریف آنست که با قید «دو عنوان توأماً و با نقش دوگانه» ایقاع از تعریف مزبور خارج می‌شود، زیرا منظور از عمل حقوقی صرفاً عقود هست نه ایقاع. همچنان می توان از آن در اصل وحدت منبع صدور قصد استناد نمود، اما در تبیین مفهوم مورد نظر این پژوهش، رساء نیست.

### 2/1/1معامله باخود در مفهوم اخص

معامله در معنای اخص، فقط به عقود و قراردادهای مالی اطلاق می شود(شهیدی،1398: ج1، ص41). لذا معاملات غیرمالی نظیر نکاح و وقف را شامل نمی گردد، زیرا آثارمالی این دسته از عقود جنبه فرعی دارد. اصطلاح" باخود" نقطه مقابل با غیر بکار رفته و قید احترازی است، لذا سایر معاملاتی که توسط اراده طرفین واقعی ایجاد می شوند مورد بحث نخواهد بود. همچنان در فرضی که یک شخص به نمایندگی از دو طرف عقدی را ایجاد می نماید شامل بحث نیست بلکه منظور نگارنده مفهوم معامله با خود در معنای اخص است، البته با این فرض که شخصی که با خود معامله می نماید، شخصا یک طرف واقعی معامله باشد. مثلاً نماینده تجاری که مذاکرات مقدماتی، بازاریابی، انعقاد و یا ایجاد معاملات و خدمات بازرگانی دیگری را بر عهده دارد، بخواهد همان کالا یا خدمات را بجای دیگری برای خود معامله یا عرضه نماید. در این رابطه نماینده به عنوان مصرف کننده و یا تاجر، خدمات و یا کالای مورد نیاز خویش را از طرف خود اصالتا در جایگاه مشتری و به اعتبار سمت نمایندگی از طرف اصیل اقدام به انعقاد قرارداد یا ارائه خدمات نماید. لذا نماینده از یک طرف به‌عنوان نماینده اصیل فروشنده و عرضه کننده خدمات(موجب) و از طرف دیگر به‌عنوان مشتری، بهره گیرنده خدمات(قابل)، نقش ایفاء می‌کند. در این‌جا از لحاظ ظاهری چنین شخصی با خود معامله نموده و یک اراده در آفرینش ماهیت حقوقی نقش داشته است اما از لحاظ حقوقی این شخص به دو اعتبار و عنوان متفاوت در انعقاد عقد دخالت داشته است.

بنا براین می توان قرارداد یا معامله با خود را در مفهوم اخص چنین تعریف نمود: معامله باخود، رابطه حقوقی است که ناظربر روابط مالی بوده و در اثر صدور دو اراده از یک شخص، توأماً با دو عنوان و با نقش دوگانه ایجاد شده و منشاء اثر حقوقی قرار می گیرد.

ثمره تفکیک معنای اخص از معنای اعم در این است، خطر مطرح در مفهوم نخست ناشی از احتمال تبانی با یک طرف و ترجیح منفعت یک طرف بر دیگری است اما در معنای اخص احتمال سوء استفاده و احتمال ترجیح منفعت خود بر منافع اصیل است.

### 2/1 ماهیت حقوقی معامله با خود

 از آنجاکه، ایجاد، انعقاد و تشکیل هر عقد، معامله و قراردادی بستگی به سازش، همکاری و نقش آفرینی حد اقل دو اراده ضرورت دارد، بگونه ای که هریک از دو اراده، نماینده یک نفع خاص می‌باشد. مسلما لازمه تعدد طرف قرارداد، تعدد واقعی و عینی اراده آفریننده ماهیت حقوقی است. از این حیث، در مواردی که یک شخص به نمایندگی از دو طرف عقد یا به نیابت از یک طرف و به اصالت از طرف خود قراردادی را منعقد می‌کند، این پرسش مطرح می‌گردد که ماهیت حقوقی اقدام شخص واحد چیست، عقد است یا ایقاع؟ اگر ماهیت حقوقی چنین عملی عقد باشد، چگونه ممکن است در آفرینش آن یک اراده نقش ایفا کند، چون از یک فرد جز یک اراده صادر نمی‌شود.

در خصوص پاسخ به ماهیت حقوقی معامله با خود نظریاتی متفاوتی از طرف حقوقدانان ارائه شده است که ذیلا به آنها پرداخته می­شود.

1. نظریه تحول مفهومی عقد: این نظریه مبتنی بر مفهوم اجتماعی و مادی عقد است، از نقطه نظر این دیدگاه، قرارداد از مفهوم پیشین خود، همان که شخص به عنوان مدیون وثیقه انجام تعهد تصور می­گردید و برای وجود خارجی یک دین وجود حد اقل دو نفر حتمی دانسته می شد، فاصله گرفته و به رابطه بین دو دارای مبدل شد، لذا، عنصر سازنده قرارداد وجود دو دارایی و نفع مستقل است، باآنکه یک شخص متصدی پشتیبانی از آنها باشد. مبالغه در برجسته سازی و صف مالی قرارداد و فقدان وجه تمایز عقد با سایر اعمال حقوقی در نظم بخشی رابطه بین دو دارایی، ایراداتی اند که نسبت به این نظریه مطرح شده است. چنانچه چشم پوشی از آن موجب خلط با اعمال حقوقی دیگر نظیر ایقاع می گردد(کاتوزیان،1391:ج2،ص 91 به نقل از گوژه رساله دکتری، 1903م، ص 62-73 و آرنو(Arno)،نقل از ریپر و بولانژ،ج2،ص234).
2. نظریه ایقاعی که در آثار، شبیه عقد است: در این دیدگاه توافق دو اراده توأم با نفع مستقل، رکن بنیادین عقد قلمداد شده، ولی تحقق آن را در «معامله باخود» به لحاظ عملی غیر ممکن تلقی شده است، چون در واقع یک اراده است که تصمیم اتخاذ می نماید، ولی اراده مذبور به علت دارا بودن صلاحیت نمایندگی از دو طرف یا یکی از آنها، منشاء همه آثار عقد است(کاتوزیان، همان، به نقل از روملن، باراسی و مازونی(نقل از دموگ)، تعهدات بطور کلی، ج1،ش42).
3. **نظریه تعدد اعتباری:** مدعای این دیگاه این است که در «معامله با خود» نیز دو اراده متصور است، ولی به دو عنوان و دو اعتبار متفاوت در تشکیل عقد نقش ایفا می نماید، از آنجا که نماینده دارای اراده مستقل است نه صرف ابزار بیان و نقل اراده، لذا به موجب اقتضای هر عنوان می تواند منشاء صدور دو اراده مستقل قرار گیرد(کاتوزیان، همان).

 در حقوق ایران، ماده 198 ق.م یک نوع معامله شخص با خود یعنی معامله به وکالت از طرفین عقد را صراحتاً پذیرفته است. در این خصوص ماده مزبور چنین صراحت دارد: «ممکن است طرفین یا یکی از آن‌ها به وکالت از غیر اقدام نماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد». حقوقدانان نیز با اتکا به نص ماده مذبور، معتقدند که چون رابطه قراردادی و معاملی یک امر اعتباری و رابطه سببیت اراده نسبت به ماهیت حقوقی نیز یک رابطه اعتباری و غیر واقعی و عینی است، لذا حرکت اراده یک شخص در جایگاه دو طرف قرارگرفته، می تواند سبب تراضی و تشکیل عقد در عالم حقوق شود، هرچند که منبع صدور آن یکی باشد. لذا صدور اراده از یک شخص به نحوی که نمایندگی از دو نفع متضاد نماید در حکم دو اراده محسوب شده و فرایند دخالت یک شخص به جای دو نفر یعنی به نمایندگی از طرفین آن را از ماهیت قراردادی بیرون نمی نماید(امامی، 1362ش، ج1، ص262؛ لنگرودی، 1357ش، ج1، ص531؛ شهیدی، 1398ش، ج1، ص1138؛ کاتوزیان، 1391، ص82). مشهور فقهای امامیه نیز معتقد به ماهیت عقدی معامله با خود هستند(علامه حلی، 1414ق، ج2، ص121؛ طباطبائی، 1414ق، ج1، ص149).

در حقوق افغانستان، در قانون مدنی، قانون نمایندگی تجارتی و فقه حنفی(ماده 1497مجله الاحکام)، هر چند با محدویدت های مورد پذیرش بوده است ولی این محدویت ها نمی تواند آن را از ماهیت عقدی آن بیرون نماید از طرفی هیچ ابراز نظر مبنی بر تردید در ماهیت عقدی آن به نظر نرسید.

به نظر می رسد در سیستم حقوقی دو کشور، اساسا هیچ تردیدی نسبت به ماهیت عقدی«معامله با خود» مطرح نیست. بنابراین یک شخص به تنهای می تواند یک یا چند ایجاب و قبول را با هم محقق سازد. همچنان، اعلان ایجاب و قبول یا به عبارت بهتر اعتبار کردن دو قصد انشاء موجب و قابل توسط شخص به تنهای به نمایندگی، نیز خالی از ایراد خواهد بود. البته باید گفت که نماینده از جانب خود صلاحیت ندارد، تا در اموال دیگری تصرف نماید؛ بلکه منشاء آن، اختیاری است که به‌موجب قرارداد به وی تفویض‌شده است.

## امکان معامله با خود در سیستم حقوق ایران و افغانستان

 در خصوص مسئله معامله با خود در مفهوم اخص، این پرسش مطرح می شود که،آیا یک شخص می تواند به نمایندگی از دیگری با ـ خود معامله کند؟ ممکن است یک شخص کالایی را که خود مکلف به فروش آن است، برای خودش خریداری نماید و یا با لعکس در قرارداد کالایی که باید برای اصیل بخرد در مقام فروشنده باشد. با توجه به خطرات احتمالی این نوع معامله در عین برخورداری آن از برخی جاذبه ها، پاسخ به این مسئله نیازمند بررسی قواعد و راهکارهای حقوقی ناظر به ایجاد و اعتبار رابطه حقوقی مذبور در سیستم حقوقی دو کشور هست، که ذیلا به آن پرداخته می­شود.

### 1/2 امکان معامله با خود در حقوق ایران

در سیستم حقوقی ایران، امکان معامله با خود در محور چند فرض مورد توجه واقع شده است:

 ***1/1/2* فرض تصریح به اختیار نماینده در انجام معامله باخود یا منع از آن (اختیار مقید)**

در مناسبات قراردادی، این فرض ناظر به حالتی است که اصیل به نماینده صراحتا اختیار داده است که خود شخصاً می تواندطرف معامله قرارگیرد و یا وی را از انجام معامله باخود صراحتا منع نموده باشد، نظیر اینکه شخصی به نماینده خود بگوید: تو می توانی این کالا را به هرکسی بفروشی حتی به شخص خودت، یا می توانی این کالا را به هرکسی بفروشی جز شخص خودت.

 در این فرض اساتید حقوق معتقدند که برابر ماده 198ق.م. در صورتی که به وکیل اذن صریح داده شود، هیچگونه تردیدی در صحت، اعتبار و نفوذ نماینده یا وکیل باقی نمی ماند، و اگر چنانچه صراحتاً منع شده باشد، در بطلان معامله نیزهیچ تردید نیست(کاتوزیان، 1391: ج2، ص96).

ایرادی که در خصوص استناد به ماده 198 وجود دارد اینکه، ماده مزبور، ناظر به حالتی است که یک شخص به نیابت از دو طرف، اقدام به انجام معامله نماید که خطر عدم تعادل میان منافع و مصالح طرفین مطرح است، نماینده در مظان آن قراردارد که در تبانی بایک طرف مصالح یکی را بر دیگری ترجیح دهد، چون بنا هست هرکس وکیل خود را حافظ منافع خود می­داند.

#### 2/1/2 فرض تردید در اختیار نماینده نسبت به انجام معامله باخود یا منع از آن (اختیار عام یا مطلق)

چانچه در فرضی که اختیار داده شده مطلق باشد، آیا انجام معامله با خود نماینده ممکن است؟ به عبارتی، آیا معامله نماینده با خود می تواند مشمول عموم و اطلاق اذن و اختیار اصیل قرارگیرد؟ مانند اینکه: شخص "الف" به شخص "ب" اختیار هر نوع تصرف حقوقی را در تمام امور مالی خود یا ملک و کالای معینی خود، اعطا نماید یا به او بگوید که این ملک و یا کالا را می توانی به هرکسی بفروشی یا به اجاره بدهی، در اینجا سوال که مطرح است این که انجام معامله با خود مشمول حکم عام«هرنوع تصرف» و نماینده شخصاً، مشمول حکم اطلاق«به هرکسی» قرار گیرد یا خیر؟

قانون مدنی در این مورد حکم صریحی ندارد، لذا در خصوص امکان معامله با خود، حقوقدانان دیدگاه ها و راهکارهای متفاوتی ارائه داشته اند، در اینجا نگارنده، در محور سه نظریه، ذیلاً به آنها می­پردازد:

##### **1/2/1/2 نظریه عدم شمول "معامله باخود" در مصادیق اختیار**

 چنانچه برخی از حقوقدانان، با استناد به وحدت ملاک از مادة 1072ق.م که راجع به عقد نکاح چنین صراحت دارد: «در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر اینکه این اذن صریحاً به او داده شده باشد»، ممنوعیت معامله باخود را به سایر روابط حقوقی که واسطه در ایجاد آن نقش دارد تسری بخشیده و قائل به ممنوعیت معامله نماینده باخود در فرض اطلاق اختیار هستند. البته با تأکید بر اینکه استناد به ماده مزبور، بستگی به این دارد که در مقام تفسیر، اراده موکل، جنبة عمومی دارد یا مختص به وکالت در نکاح است. مشهور فقهای امامیه نیز با استناد به اینکه اطلاق اختیار وکیل در عرف دلالت به مورد اختیار معامله با خود ندارد بناءً ظاهر اراده موکل، ناظر بر حق معامله با دیگران است. چون تصرف در مال غیر خلاف اصل و منوط به اذن است، در مقام تردید، لزوما وکیل از مباشرت در عقد منع شود، زیرا در این صورت هم وکیل از مظان اتهام بدور می ماند و هم از حقوق موکل در مقابل خود خواهی وکیل صیانت می شود. افزون بر این برخی روایات وکیل را به طور مطلق و یا در جای که در مظان تهمت قرار می گیرد از معامله با خود منع می نماید(کاتوزیان،1391: ج2، ص97).

 نکته ای که در این دیگاه مهم می نماید اینکه، ممنوعیت وکیل از معامله با خود، به عنوان قاعده و اصل قرار داده و جواز آن، استثاءٌ مربوط به اذن موکل قلمداد شده است. لذا در فرض اطلاق اختیار نماینده، معامله با خود اساساً منتفی است، مگر اینکه در این زمینه اذن صریح از طرف اصیل مبنی بر اختیار احراز شود. البته در مقام احراز و تفسیر، افزون به تصریح موکل به اختیار وکیل در انجام معامله باخود، اختیار ضمنی موکل، قرائین و اوضاع و احوالی که وجود یا عدم آن را می­رساند به عبارتی تردید را برطرف می نماید، کافی تلقی شده است (1391: ج2، ص99).

#### 2/2/1/2 نظریه شمول، معامله باخود در مصادیق اختیار

برخی معامله با خود را مشمول اطلاق اختیار وکیل دانسته و آن را ابتدا به ساکن از مصادیق اختیار مطلق وکیل می پندارند، این گروه، معتقد به جواز معامله نماینده با خود در صورت اطلاق اختیار بوده و منع معامله با خود را مربوط به اراده صریح موکل مبنی بر قیدی که منع وکیل را از معامله باخودش افاده نماید، دانسته اند. در تائید این مدعا به ماده 198ق. م استناد شده است. چون قانونگذار، در جایگاه بیان قواعد عمومی، امکان چنین معامله­ای رامطلقاً پذیرفته است. چنانچه برخی از فقهای امامیه نیز معتقد به جواز معامله باخود در فرض فقدان قید منع در اذن موکل هستند و روایات منع را حمل بر کراهیت نموده اند(کاتوزیان، 1391: همان، به نقل از سید محمد جواد آملی، مفتاح الکرامه، ج7، ص570و 571)

همچنان، در تقویت این نظر، به رأی شماره 108/9-29/2/63، دیوان کشور(شعبه9) نیز استناد شده است، وجه استدلال اینکه، در قواعد کلی ناظر بر وکالت(مواد656 تا 665) معامله وکیل با خود از اختیارات وکیل، استثناء نشده است و پیش بینی آن در ماده 1072ق.م به صورت استثناء مؤید اعتبار معامله و کیل با موکل بوده، اعلام می­نماید، هرگاه موکل به وکیل اختیار دهد که باهر کسی می خواهد معامله کند، خود وکیل نیز می تواند از مصداق های این عبارت کلی قرار گیرد».

 اما، حقوقدانان، از جمله دکتر کاتوزیان، نظریه نخست را به دلیل هماهنگی آن با نظر مشهور فقهای امامیه و سازگاری آن به مصالح اجتماعی ترجیح داده اند. راهکار پیشنهادی آنها این است که در مقام تردید، راه حل، بسته به تعبیر ارادة طرفین در عقد وکالت و ظهور عباراتی هست که آنها بکار برده اند. قانوگذار در مقام وضع قانون تکمیلی و تفسیری آنهم در فرض ضرورت و دادرس در جایگاه اجرای توافق، می توانند مفاد تراضی دو طرف را در چنین حالت مشخص نموده و دلالت های عرفی و لفظی را مرعی بدارند. افزون بر این، ایرادات مدللی را نیز بر مستندات نظریه دوم وارد نموده جهت اطلاع بیش تر به (کاتوزیان، 1391: ج2ص 98) مراجعه شود.

#### 3/2/1/2 نظریه اعتبار شخصیت

این نظریه، ناظر به فرضی است که شخصیت و کیل یا طرف معامله برای اصیل معتبر و ارزشمند باشد، چنانچه اگر این مزیت شخصیتی نباشد، او حاضر به معامله نبوده و وکیل را هم به وکالت بر نمی گزیند.

 برخی از حقوقدانان، در مقام تردید در وجود یا عدم اختیار انجام معامله باخود، راهکار حقوقی دیگر را برای تشخیص ممنوعیت و جواز معامله باخود، ارائه نموده اند وآن اینکه، اگردر مواردی که امکان سوء استفاده از طرف نماینده نمی­رود؛ شخصیت طرف معامله به لحاظ اقتصادی و اخلاقی در معامله نقش نداشته و امانت داری وکیل در سرنوشت معامله بی اثر باشد: نظیر خرید و فروش کالای که در بازار بهای معین دارد و به صورت نقد مورد داد و ستد قرار می­گیرد، بی اهمیتی نقش وکیل و بی اعتنای موکل به شخصیت طرف معامله، قرینه­ای بر اذن و اختیارعام است، لذا، معامله وکیل با خود می تواند از مصادیق آن قلمداد شود. مستند این نظریه ملاک است که از مفهوم مخالف ماده 373 ق.ت مورد استنباط قرار گرفته است. اما در صورتی که عکس آن مطرح باشد، یعنی در صورتی که، شخصیت طرف معامله مهم تلقی شود و نقش وکیل در تأمین منافع موکل موثر باشد، چون در این حالت، در واقع وکیل طرف مقابل اصیل قرارمی­گیرد، لذا نمی توان اختیار وکیل را متعارف تلقی نمود. طرفداران این نظریه با توجه به فقدان رضای موکل، اصل را عدم صلاحیت و اختیار قرارداده لذا، جز در مواردی که اراده موکل بیان شود یا قرینه قطعی برآن وجود داشته باشد، اصل عدم اختیار معامله با خودحاکم است. چنانچه قانونگذار در ماده 1072ق.م، وکیل را از تزویج موکل با خود، اساساً به دلیل اهمیت شخصیت اخلاقی و مالی طرف قرارداد، منع نموده و جواز آن را منحصر به اذن موکل دانسته است، زیرا وکیل نقش موثر در گزینش شخصیت مورد نظر موکل دارد.

 در این نظریه راهکار ارائه شده، همانند دو نظریه که قبلا مطرح گردید، در پی جستجو و استناد مستقیم به اصل قاعده و ظابطه کلی که از مواد قانونی بطور استقراء استنباط شده باشد، نیست، بلکه، مقدمتاً برای دست یابی به اصل که در مقام تردید کارای داشته باشد و بتواند، منع یا جواز معامله باخود را افاده نماید، نیازمند آن است که دادرس به اوضاع و احوال شخصی و اجتماعی توجه نماید و بسته به مورد مهم بودن شخصیت طرف و وکیل یا مهم نبودن آنها برای اصیل، تصمیم جداگانه اتخاذ نماید.

بنا بر این برخی حقوقدانان باوردارند، در مواردی که وکالت به صورت مطلق اعطا شود، نباید بیم خارج شدن وکیل از حدود امانت را در این گونه معاملات نادیده گرفت و حمایت از حقوق موکل و لزوم تعبیر ارادة او براین مبنا ایجاب می کند که معاملة با خود، محدود به موردی باشد که او آن را به صراحت مجاز شمارد، یا شخصیت و ابتکار وکیل مؤثر در عقد نباشد؛ برای مثال، اگر وکیل مامور خرید کالا یا اوراق تجارتی و سهامی شود که در بازار قیمت معین دارد و امکان هیچ سوء استفاده ای برای او نمی رود، می­توان این قرینه را دلیل بر اذن موکل بر شمرد. همچنان اظهار می دارد که ممنوعیت معامله با خود مربوط به فرضی است که شخصیت وکیل در عقد مؤثر است (قاعده) و مجاز دانستن معامله با خود، مربوط به حالت و اوضاعی است که شخصیت وکیل اثری ندارد، وی این رویکرد را باروح و ملاک قوانین سازگار می داند (کاتوزیان، 1398: 83).

###  2/2 امکان معامله باخود در حقوق افغانستان

#### 1/2/2 در قانون عام

در خصوص امکان معامله با خود، ماده541 ق.م راجع به نیابت چنین صراحت دارد : «نائب نمی­تواند عقدی را برای خود یا به نام اصیل انجام دهد، مگر اینکه اصیل قبلاً به او اجازه داده یا بعداً آن را تائید نماید». از ظاهر ماده فوق چنین استنباط می­گردد که قانونگذار افغانستان معامله باخود را که عقود مالی مصداق بارز آن محسوب می شود، اساساً مشمول اختیارات نایب ندانسته، لذا امکان معامله با خود را مربوط به اذن منوب عنه دانسته است. نکته ای مهم دیگری که در ماده مذبور، ملاحظه می­شود اینکه قانونگذار، اذن منوب عنه را به اذن قبل و بعد دسته بندی نموده و هرکدام را در اعتبار و نفوذ عقد موثر دانسته است. به این معنا که اگر برای نایب اختیارانجام عقد برای خود، از قبل صراحتاً داده شده باشد و یا نظر به حالات، اقدامات او مورد تائید منوب عنه قرار گیرد، صحیح و معتبر تلقی می­شود.

همچنان ماده 1583ق.م.اف. چنین صراحت دارد:«وکیل به خرید شی معین نمی تواند شی مورد نظر را در غیاب مؤکل برای خود خریداری نماید. مگر اینکه آن را به ثمن بیشتر از ثمن معینه یا به جنس دیگر خریداری نموده باشد». ماده 1584 ق.م. اف. نیز چنین بیان می­دارد:«وکیل به خرید نمی تواند مال خود را به مؤکل خود بفروشد». همچنان ماده 1590ق.م. اف. تصریح می­نماید: «وکیل نمی تواند شی را که به فروش آن مامور است برای خود خریداری کند گرچه مؤکل به آن تصریح نموده باشد».

ماده 1588ق.م.اف. افزون بر منع و کیل از معامله باخودش وی را داد و ستد با اشخاص که شهادت آنها به نفع وی مسموع نیست منع نموده است، البته جز در صورتی که ثمن از قیمت آن بیشتر باشد.

#### 2/2/2 در قانون خاص

چنانچه بند1 ماده 17 ق.ن.ت. چنین صراحت دارد: نمایندة خرید نمی­تواند، مالی را که به خرید آن برای صاحب معامله توظیف گردیده، برای خود خریداری کند. بند2 ماده مزبور نیز چنین مقرر می­دارد: «نمایندة خرید، نمی تواند مال خود را به صاحب معامله به فروش رساند.» بند 3 ماده17 افزون برمعامله نماینده با خود، معامله با برخی از اقارب دیگر را نیز ممنوع دانسته است : «نماینده فروش نمی تواند مالی را که به فروش آن توظیف است، برای خود خریداری یا آنرا به (والدین، اجداد، اولاد و همسر) خود یا به شخص یا شرکت که خود در مفاد آن سهیم و یا به شخصیکه در ارزش واقعی مال تخفیفی را قایل گردد، به فروش برساند، مگر اینکه قیمت فروش بالاتر از قیمت منصفانه باشد. در این صورت نماینده می­تواند، مال متذکره را به قیمت عادلانه و با رضایت صاحب معامله، بعد از افشای رابطة خویش به خریدار مورد نظر، به فروش برساند.»

به نظر می رسد، از آنجا که قانونگذار افغانستان در فرض اطلاق و یا عام بودن اختیار نایب، ممنوعیت انجام عقد با خود را به عنوان قاعده عام، پذیرفته است، دیگر جای برای بحث از ضابطه کلی و ملاک قراردادن اعتبار و عدم اعتبار شخصیت برای احراز جواز یا منع معامله باخود آنگونه که در سیستم حقوق ایران مطرح است، وجود ندارد.

 چنانچه در برخی از پژوهش ها، اذعان شده است که در حقوق ایران، اصل، جواز معامله نماینده باخود، در حقوق افغانستان، اصل، ممنوعیت معامله باخود، موردپذیرش واقع شده است. قانونگذار افغانستان به رغم ممانعت نایب، وکیل بطور عام و نمایندة تجاری بطور اخص، از معامله باخود، آنها را از معامله با برخی اشخاص حقیقی که نسبت قرابت با او دارند، شهادت آنها به نفع نماینده مسموع نباشد، اشخاص حقوقی که نماینده سهم دار آن است، دیگرانی که در مظان تهدید منافع اصیل قراردارند، نیز منع نموده است.(همدمی، 1399: ص126).

 به هر حال، چنانچه نماینده بر خلاف این ممنوعیت اقدام نماید و با خودش قرارداد منعقد کند، این قرارداد باطل قلمداد می­شود، لکن بطلان آن نسبی(غیر نافذ) است و به دلیل رعایت منافع اصیل است. لذا اگر اصیل عقد را اجازه دهد بطلان منتفی خواهد شد (سماواتی،1394 :ص177)

### لزوم و یا عدم لزوم ابراز قصد و اراده در انجام معامله باخود

قرارداد یا عقد اساسا با قصد انشایی تحقق می یابد که توأم با ابراز آن باشد، لذا در فرض وحدت واقعی منبع صدور اراده و تعدد اعتباری آن، که منتج به انعقاد عقد به وسیله شخص واحد می­گردد، پرسشی که به ذهن می­رسد این هست که آیا ابراز اراده شخص واحد که در جایگاه هریک از طرفین رابطه حقوقی انجام می­شود، مستلزم ابراز آن در عالم واقع هست یا خیر؟

در حقوق ایران، برخی اساتید حقوق، با استناد به مفاد ماده 191 ق.م. اذعان نموده اند که مورد لزوم ابراز قصد، نسبت به دو مورد وحدت و تعدد قاصد، در موقعیت دو طرف عقد مطلق و شامل مورد وحدت شخص منشیء عقد نیز دانسته، هرچند که معتقد به ناسازگاری این پندار با منطق عقل هست.(امامی، 1351: ج1: ص263).

در مقابل، برخی دیگر از حقوقدانان، بر پایه­ای مفاد ماده 191 و تحلیل که از ماهیت و ارکان عقد دارند، به این نظر هستند که ابراز اراده انشایی در موردی که انشاء کننده عقد شخص واحد باشد، برای تشکیل عقد لازم نیست و دخالتی در مرحله ثبوتی ندارد. زیرا انشاء کننده واحد عقد در درون خود به حرکت اراده خویش در جهت ایجاب و قبول آگاه می باشد. البته آنچه از ماده 191 استنباط می گردد، ابراز اراده موضوعیت ندارد، بلکه از حیث کاشفیت آن از اراده طرف عقد یا تحقق دلالت ابزار ابراز، بر وجود قصد و حکایت از اراده طرف معامله، برای طرف دیگر لازم تلقی شده است در حالی که این امر در مورد انشاء عقد بوسیله شخص واحد منتفی است. زیرا انشاء کننده واحد عقد در درون خود به حرکت اراده خویش در جهت ایجاب و قبول آگاه می­باشد و ابراز اراده در خارج نمی­تواند برای دلالت بر اراده خود او داشته باشد. لذا ماده 191 ناظر به مواردی هست که تعدد واقعی طرفین متصور است و شمول مورد وحدت انشاء کننده معامله که استنثاء و نادر است، اصولاَ قابل پذیرش نیست.(شهیدی، 1398:ج1، ص143).

در سیستم حقوقی افغانستان، قانونگذار، در بند 1 ماده 502 ق.م انعقاد قرارداد را مربوط به وجود سه شرط دانسته است : (1) رضایت طرفین، (2) ایجاب و قبول، و (3) موضوع قرارداد. همچنان در بند 2 ماده مزبور لزوم مربوط به احراز شرایط صحت قرارداد عنوان نموده است که عبارتند از: (1) اهلیت متعاقدین، (2) قابلیت معقود علیه و (3) مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه(Alep، 2012م، ص16).

همچنان در ماده 509 ق.م، طرق قانونی ابراز اراده، نظیر: گفتار، نوشتار، اشاره، داد و ستد که دلالت صریح بر انعقاد عقد نماید، تصریح شده داشته است، ماده 510 ق.م نیز از امکان اظهار اراده به صورت ضمنی سخن گفته، و طی ماده 511 ترتب آثار اظهار اراده منوط به علم طرف قرارداد، دانسته شده است که و صول اظهار، قرینه احراز علم به آن قلمدادشده است.

 آنچه از مدلول ماده501 ق.م و محتوای ماده511 ق.م. می توان استنباط نمود اینکه: منظور از اظهار اراده بازتاب قصد یک طرف به طرف دیگر و احراز آگهی و علم او از ماهیت قصد طرف دیگرهست، اما در فرض وحدت انشأ کننده قرارداد، مطلوب ما، با تحرک اراده باطنی شخص حاصل می گردد و در عالم واقع نیاز به اظهار آن دیده نمی­شود. لذا، اظهار اراده در این فرض به دلیل فقدان مقتضی از اساس منتفی هست و لزوم اظهار آن محصور بر فرض تعدد واقعی طرفین معامله است**.**

##  نقاط اشتراک و تمایز معامله با خود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان.

### الف - نقاط اشتراک

1. ماهیت حقوقی معامله با خود، در سیستم حقوقی ایران و افغانستان عقد است و هیچ جای تردیدی در این خصوص وجود ندارد.
2. قواعد و راهکارهای حقوقی ناظر بر امکان تحقق و اثر بخشی عقد یا رابطه حقوقی معامله با خود، در فرض تصریح به اختیار و صلاحیت انجام معامله با خود یا امتناع از آن در دو نظام حقوقی یکسان به نظر می­رسد.
3. همسوی نظریه مشهور فقهای امامیه و دیدگاه راجح حقوقدانان ایران با موقف حقوق افغانستان، مبنی برمنع معامله با خود در فرض اطلاق.

### ب- نقاط تمایز

1. به لحاظ تعبیراز این ماهیت حقوقی، در ادبیات حقوقی ایران، از آن به معامله با خود و در ترمنولوژی حقوق افغانستان، عقد برای خود، تعبیر شده است.
2. نوعیت و مصداق فرض معامله باخود، ایران تمرکز بر فرض نمایندگی یک شخص از دو طرف و تسری قواعد و راهکارهای ناظر برآن به فرض که نماینده اصالتاً از طرف خود و نیابتاً از طرف دیگری عقد را منعقد نماید. افغانستان تمرکز بر فرض که نماینده به نیابت از یک طرف و اصالتاً از طرف خود قراردادی را منعقد نماید.
3. اصل ناظر برمعامله با خود، در سیستم حقوقی ایران، جواز معامله با خود، اما درحقوق افغانستان، اصل ممنوعیت معامله با خود قلمداد شده است.

## نتیجه گیری

آنچه می­توان از مباحث مطرح شده دراین تحقیق نتیجه گرفت اینکه، تاسیس حقوق معامله با خود محصول کارایی اراده در خلق و آفرینش ماهیت حقوقی است که با توجه به ماهیت و خصوصیات ویژه حاکم بر آن، نسبت به سایر عقود و قراردادها، متمایز است. خطرات و جاذبه های آن مبنای تفاوت دیدگاه ها در ماهیت آن پنداشته شده و موجبات رویکرد متفاوت نظامهای حقوقی را نسبت به آن فراهم ساخته است.

چنانچه تمرکز برشناسایی مفهوم و ماهیت، سنجش امکان معامله باخود و لزوم ابراز اراده برای تحقق و اعتبار آن، در دو نظام حقوقی می رساند که، اذعان به ماهیت عقدی معامله باخود و منتفی دانستن ابراز اراده در آن از نقاط برجسته اشتراک دو نظام حقوقی به شمار می­روند. اما، تعبیر متفاوت از این اصطلاح حقوقی، ایران معامله باخود و افغانستان عقد برای خود، تشخیص و تعیین مصداق اصل کلی ناظر براین رابطه حقوقی و استثنآت آن، ایران اصل کلی را جواز معامله با خود دانسته و افغانستان اصل ممنوعیت معامله با خود را ملاک قرار داده شده است و همچنان ارائه راه­کار های قانونی در خصوص ایجاد، اعتبار و تحقق آن، از نکات بارز تمایز این مسئله در دو نظام حقوقی به چشم می خورند.

نگارنده معتقد است، منع و جواز معامله در هیچ یکی از دو نظام حقوقی ایران و افغانستان قطعی نیست. چنانچه در نظامی حقوقی ایران که اصل، جواز معامله قلمداد شده، بسته به مورد تصریح بر منع، مهم بودن شخصیت نماینده، منع آن نیز مطرح بوده است در مقابل، در نظام حقوقی افغانستان، اصل ممنوعیت معامله با خود مورد پذیرش واقع شده است ولی جواز آن استثناء در موارد چون اذن اصیل، ملاک نبودن شخصیت طرف و نماینده و انتفاء احتمال سوء استفاده، مورد پذیرش واقع شده است.

## فهرست منابع

**الف: کتب، مقالات و پایان نامه**

1. **امامی، حسن،(1362) حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ هفتم.**
2. امیر قائم‌مقامی، عبدالمجید،(1378) اعمال حقوقی (تشکیل عقد)، تهران، میزان، چاپ اول.
3. **پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان،(**Alep**)،( 2014م) آشنایی با مبادی حقوق وجایب افغانستان، دانشکده حقوق ستانفورد، کلفورنیا، چاپ اول**.
4. **جعفری لنگرودی، محمدجعفر،(2014م) دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.**
5. حاتمی، صدیقه و ورزنه، عبدالله باقر،(1399)، باز پژوهی ماهیت و مشروعیت فقهی ـ حقوقی "معامله با خود، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره 13، شماره 3، صص61- 76.
6. ژوبل، محمد عثمان،(1384ش.) مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجله الاحکام، ج4، کابل، پروژه عدلی و قضای، چاپ دوم.
7. سماواتی، حشمت الله،(1394) قراردادهای تجارتی، تهران، جنگل: جاویدانه، چاپ اول.
8. سنهوری، عبد الرزاق،(1998م) نظریه العقد، منشورات الحلبیه الحقوقیه بیروت- لبنان.
9. شهیدی، مهدی،(1398هـ) تشکیل قراردادها و تعهدات، ج1، تهران، مجد، چاپ14.

**10. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم،(1414ق.) تکمله العروه الوثقی، قم، کتاب‌فروشی داودی، چاپ اول.**

**11. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی،(1420ق) تحریر الاحکام شرعیه علی مذهب امامیه، قم، موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.**

12. کاتوزیان، ناصر،(1398) دوره مقدماتی عقود معین،ج2، تهران، گنج دانش، چاپ 32.

**13. کاتوزیان، ناصر، (1391) قواعدعمومی قراردادها، ج2، تهران، انتشار، چاپ دوم.**

14. همدمی، عصمت الله،(1399 ه ش) نمایندگی تجاری در نظام حقوقی ایران و افغانستان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه بین المللی المصطفی- نمایندگی گلستان.

ب- قوانین

15. قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران،1311

16. قانون قراردادهای تجارتی، و فروش اموال، جریده رسمی وزارت عدلیه، شمارة مسلسل (949)، 1387.

17. قانون مدنی ، جمهوری اسلامی ایران،1307

18. قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی شماره 353، 15/10/1355

19. قانون نمایندگی تجارتی افغانستان، شماره مسلسل جریده رسمی 1140، 30/4/1393

1. [**https://law.alep.stanford.edu**](https://law.alep.stanford.edu)
2. [**https://jfil.srbiau.ac.ir/article\_16346.htm**](https://jfil.srbiau.ac.ir/article_16346.htm)
1. . دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه ص - نمایندگی گلستان [↑](#footnote-ref-1)