



دانشکده علوم انسانی  
گروه حقوق

## پایان نامه

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد  
در رشته حقوق خصوصی  
عنوان:  
تئوری نمایندگی ظاهری

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر عباسعلی دارویی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر عباس زراعت

به وسیله:

مونا استادی

بهمن 1387

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسمه تعالی



تاریخ:  
شماره:  
پیوست:

### مدیریت تحصیلات تکمیلی دانشگاه

صور تجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

نام و نام خانوادگی دانشجو: مونا استادی	شماره دانشجویی: ۸۵۲۳۶۱۰۰۰۱
رشته: حقوق خصوصی	دانشکده: علوم انسانی
عنوان پایان نامه: تئوری نمایندگی ظاهری	

این پایان نامه به مدیریت تحصیلات تکمیلی به منظور بخشی از فعالیتهای تحصیلی لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد ارائه می گردد. دفاع از پایان نامه در تاریخ ۸۷/۱۲/۱۴ مورد تأیید و ارزیابی اعضای هیأت داوران قرار گرفت و با نمره  $\frac{۱۹۰}{۲۰۰}$  به عدد و با درجه عالی به تصویب رسید. *نوزدهم* به حروف

اعضاء هیأت داوران:

عنوان ، نام و نام خانوادگی	مرتبه علمی	امضاء
۱. استاد راهنما: دکتر عباسعلی دارویی	استادیار	
۲. استاد مشاور: دکتر عباس زراعت	استاد	
۳. متخصص و صاحب نظر از داخل دانشگاه: دکتر محمد اخوان	استادیار	
۴. متخصص و صاحب نظراز خارج دانشگاه: دکتر عباس محمدی	استادیار	
۵. نماینده تحصیلات تکمیلی دانشگاه : دکتر علی اکبر عباسیان	استادیار	

مدیریت تحصیلات تکمیلی دانشگاه

## «من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق»

از تمامی اساتید فرهیخته و والامقام که توفیق کسب فیض از محضر آنان به لطف الهی نصیب این حقیر شد، بویژه استاد معزز راهنما جناب آقای دکتر عباسعلی دارویی و استاد محترم مشاور جناب آقای دکتر عباس زراعت که در انتخاب موضوع و تدوین این تحقیق از هیچ گونه راهنمایی و ارشادی دریغ نورزیدند، نهایت تشکر و سپاسگذاری را می نمایم و از خداوند منان سرافرازی روزافزون ایشان را خواستارم.

## چکیده :

نماینندگی ظاهری نهادی است که از یک سو مورد حمایت اصل انصاف و حسن نیت بوده و از سوی دیگر استقرار نظام معاملات ، مستلزم آن است .به موجب این تئوری در مواردی که نماینده فاقد اختیار است، هر گاه اصیل به واسطه ی گفتار یا رفتار خود ، ظهوری ایجاد نماید که در نتیجه آن شخص ثالث تصور کند نماینده کاملاً مجاز به انعقاد قرارداد می باشد و با اعتماد براین عقیده اقدام به انعقاد قرارداد با وی نماید، اصیل در نتیجه اقدامات نماینده در مقابل شخص ثالث متعهد خواهد شد. بدین ترتیب ، گر چه نماینده در واقع فاقد اختیار بوده است اما اصیل به حکم قانون نخواهد توانست در مقابل شخص ثالث از دفاع فقدان اختیار نماینده ، استفاده کند و شخص ثالث از همان مقدار حمایتی برخوردار خواهد شد که اگر یک قرارداد او را در مقابل اصیلی که واقعاً وجود داشت، متعهد می کرد.

تئوری نمایندگی ظاهری بر دو عنصر اساسی استوار است:

- 1) گفتار یا رفتار اصیل که موجب اعتماد شخص ثالث به وجود نمایندگی شده است و
  - 2) حسن نیت شخص ثالث و عدم تقصیر او در اطلاع از واقع . در نتیجه ی نمایندگی ظاهری تنها اصیل در مقابل شخص ثالث مسئول انجام تعهدات قراردادی خواهد بود و در صورتی خواهد توانست اجرای تعهدات را از طرف معامله بخواهد که قرارداد را تنفیذ نماید.
- هر چند نهاد نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایران فاقد مستند خاص قانونی است اما می توان آن را از استقراء در قوانین مختلف و نیز اصول حقوقی چون قاعده ضمان غرور بدست آورد.

## فهرست علائم و اختصارات (Abbreviations)

قانون مدنی	ق.م
قانون تجارت	ق.ت
لایحه اصلاح قانون تجارت	ل.ا.ق.ت
رجوع کنیده شماره	ر.ک.ش
Principles of European Contract Law	PECL
Principles of International Commercial Contracts	PICC

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه .....
	فصل اول: تبیین تئوری نمایندگی ظاهری
۶	1-1- مفهوم و اقسام نمایندگی .....
۶	1-1-1- مفهوم نمایندگی .....
۸	1-1-2- اقسام نمایندگی .....
۸	1-1-2-1- نمایندگی واقعی .....
۸	1-1-2-1-1- نمایندگی ارادی .....
۹	1-1-2-1-1-1- نمایندگی قراردادی .....
۱۱	1-1-2-1-1-2- نمایندگی ناشی از تنفیذ .....
۱۲	1-1-2-1-1-2-1-1- نمایندگی قانونی .....
۱۳	1-1-2-2-1-1- نمایندگی ظاهری .....
۱۳	1-1-2-2-1-1-1- مفهوم نمایندگی ظاهری .....
۱۵	1-1-2-2-2-1-1- قلمرو نمایندگی ظاهری .....
۱۷	1-1-2-2-3-1-1- نمایندگی ظاهری در حقوق کشورهای مختلف .....
۱۹	1-2-1- شرایط تحقق نمایندگی ظاهری .....
۲۰	1-2-1-1- شرایط مربوط به اصیل .....
۲۰	1-1-2-1- ایجاد ظهور نمایندگی .....
۲۷	1-2-1-2-1- ایجاد ظهور باید از سوی اصیل یا نماینده او باشد .....
۲۹	1-2-2-1- شرایط مربوط به شخص ثالث .....

- ۲۹ ..... 1-2-2-1-باور و اعتماد
- ۳۰ ..... 2-2-2-1-تغییر وضعیت حقوقی
- ۳۱ ..... 3-2-2-1-حسن نیت ثالث
- ۳۲ ..... 1-3-2-2-1-مفهوم کلی حسن نیت
- ۳۴ ..... 2-3-2-2-1-حسن نیت درارتباط با نمایندگی ظاهری
- ۳۸ ..... 3-2-1-شرایط مربوط به نماینده ظاهری
- ۳۸ ..... 1-3-2-1-فقدان رابطه نمایندگی
- ۴۰ ..... 2-3-2-1-اقدام نماینده به عنوان نمایندگی
- ۴۰ ..... 3-1-3-1-مبنا و ماهیت نمایندگی ظاهری
- ۴۰ ..... 1-3-1-1-مبنای نمایندگی ظاهری
- ۴۱ ..... 1-1-3-1-نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر
- ۴۲ ..... 2-1-3-1-نظریه انتفاع
- ۴۳ ..... 3-1-3-1-نظریه مسئولیت ناشی از فعل غیر
- ۴۴ ..... 4-1-3-1-اصل انصاف
- ۴۶ ..... 5-1-3-1-قاعده استاپیل
- ۴۷ ..... 1-5-1-3-1-تعریف و ماهیت قاعده استاپیل
- ۴۸ ..... 2-5-1-3-1-قلمرو قاعده استاپیل
- ۵۰ ..... 3-5-1-3-1-جایگاه قاعده استاپیل
- ۵۱ ..... 4-5-1-3-1-انواع استاپیل
- ۵۲ ..... 1-4-5-1-3-1-استاپیل ناشی از سابقه
- ۵۳ ..... 2-4-5-1-3-1-استاپیل ناشی از سند
- ۵۴ ..... 3-4-5-1-3-1-استاپیل ناشی از رفتار
- ۵۶ ..... 5-5-1-3-1-نقد نظریه استاپیل



۵۷	..... ماهیت نمایندگی ظاهری	2-3-1
۵۹	..... اهمیت و فایده نمایندگی ظاهری	3-3-1
۶۰	..... آثار نمایندگی ظاهری	4-1
۶۱	..... رابطه اصیل و شخص ثالث	1-4-1
۶۲	..... رابطه اصیل و نماینده ظاهری	2-4-1
۶۳	..... رابطه نماینده ظاهری و شخص ثالث	3-4-1
۶۳	..... نمایندگی ظاهری و نهادهای مشابه	5-1
۶۴	..... نمایندگی ظاهری و نمایندگی ضمنی	1-5-1
۶۶	..... نمایندگی ظاهری و نمایندگی اضطراری	2-5-1
۷۰	..... نمایندگی ظاهری و اداره فضولی مال غیر	3-5-1
۷۲	..... نمایندگی ظاهری و نهاد اصیل افشا نشده	4-5-1

### فصل دوم: مصادیق نمایندگی ظاهری

۷۸	..... نمایندگی ظاهری در حقوق خارجی	1-2
۷۸	..... نمایندگی ظاهری در حقوق شرکتها	1-1-2
۷۸	..... تئوری اثباتی اطلاع حکمی	1-1-1-2
۸۲	..... تئوری فعلی اختیار ظاهری نماینده یک شرکت	2-1-1-2
۸۴	..... اصلاح تئوری نمایندگی ظاهری باتوجه به شخصیت حقوقی شرکت	3-1-1-2
۸۵	..... نمایندگی ظاهری در مشارکت انتفاعی	2-1-2
۸۶	..... تعریف مشارکت انتفاعی	1-2-1-2
۸۸	..... بررسی نظریه های مختلف	2-2-1-2
۸۸	..... عدم وجود نمایندگی ظاهری	1-2-2-1-2
۸۹	..... اعمال اصول نمایندگی ظاهری کامن لا	2-2-2-1-2
۹۱	..... اعمال قواعد نمایندگی ظاهری قانون متحد الشکل شرکتها	3-2-2-1-2

۹۲	..... 3-2-1-2-نقد نظریه های ارائه شده
۹۵	..... 4-2-1-2-نظریه پیشنهادی: اختلاط دو تئوری
۹۸	..... 3-1-2-نماینده گی ظاهری در قلمرو حقوق عمومی
۱۰۰	..... 1-3-1-2-تئوری مدیریت داخلی و اصل صحت
۱۰۲	..... 1-3-1-2-نماینده گی ظاهری مقامات عمومی
۱۱۱	..... 3-3-1-2-تئوری کارمند یا مامور مشغول به کار
۱۱۲	..... 4-1-2-نماینده گی ظاهری در تجویز بازرسی اماکن و منازل
۱۱۲	..... 1-4-1-2-تئوری اختیار مشترک
۱۱۴	..... 2-4-1-2-تئوری نمایندگی ظاهری
۱۱۷	..... 5-1-2-نماینده گی ظاهری در اسناد بین المللی
۱۱۷	..... 1-5-1-2-قلمرو اسناد بین المللی
۱۱۸	..... 2-5-1-2-اسناد بین المللی و حقوق شرکتها
۱۱۹	..... 3-5-1-2-اختیار ظاهری نماینده
۱۲۱	..... 4-5-1-2-شرایط نمایندگی ظاهری در اسناد بین المللی
۱۲۳	..... 2-2-نماینده گی ظاهری در حقوق ایران
۱۲۳	..... 1-2-2-در حقوق موضوعه
۱۲۳	..... 1-1-2-2-در قانون مدنی
۱۲۳	..... 1-1-1-2-2-نماینده گی ظاهری وکیل معزول
۱۲۷	..... 2-1-1-2-2-نماینده گی ظاهری در نتیجه فوت و جنون موکل
۱۲۹	..... 3-1-1-2-2-نماینده گی ظاهری در نتیجه تجاوز از حدود اختیارات
۱۳۱	..... 2-1-2-2-در قانون تجارت
۱۳۱	..... 1-2-1-2-2-اختیار ظاهری قائم مقام تجارتي و سایر نمایندگان تجارتي
۱۳۲	..... 1-1-2-1-2-2-مفهوم

- ۱۳۳ ..... ماهیت حقوقی ..... 2-1-2-1-2-2
- ۱۳۴ ..... نمایندگی ظاهری در نتیجه تجاوز از حدود اختیارات ..... 3-1-2-1-2-2
- ۱۳۶ ..... نمایندگی ظاهری در نتیجه عزل قائم مقام تجارتمی ..... 4-1-2-1-2-2
- ۱۳۷ ..... نمایندگی ظاهری در نتیجه فوت یا حجر رئیس تجارتخانه ..... 5-1-2-1-2-2
- ۱۳۸ ..... نمایندگی ظاهری مدیران شرکتهای تجاری ..... 2-2-1-2-2
- ۱۳۸ ..... وضعیت حقوقی مدیران شرکتهای ..... 1-2-2-1-2-2
- ۱۴۰ ..... نمایندگی ظاهری مدیران شرکت بامسئولیت محدود ..... 2-2-2-1-2-2
- ۱۴۲ ..... در لایحه اصلاح قانون تجارت ..... 3-1-2-2
- ۱۴۳ ..... نمایندگی ظاهری در نتیجه عدم رعایت تشریفات انتخاب و عزل مدیر ..... 1-3-1-2-2
- ۱۴۵ ..... نمایندگی ظاهری در نتیجه تجاوز از حدود اختیارات ..... 2-3-1-2-2
- ۱۴۷ ..... در فقه امامیه ..... 2-2-2
- ۱۵۰ ..... نتیجه گیری ..... 3-2
- ۱۵۲ ..... منابع و مأخذ ..... 2-2-2

## مقدمه

از آثار مهم مالکیت و اصول حاکمیت و آزادی اراده این است که هیچ کس نمی تواند بدون رضایت مالک، مال او را از تصرفش خارج (ماده 31 ق.م) و بدون رضایت اشخاص، آنها را به قراردادی ملتزم سازد. (ماده 219 ق.م) به نظر می رسد ماده 247 ق.م نیز بر این اساس تنظیم شده است که مقرر می دارد: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست.» پس قراردادها صرفاً زمانی شخص را ملتزم می کنند که اراده او اصالتاً یا نیابتاً در تشکیل آن دخالت داشته باشد. بنابراین اگر شخصی از طرف دیگری قراردادی منعقد کند، بدون اینکه هیچگونه نمایندگی داشته باشد، عمل او نسبت به اصیل، فضولی و در صورت رد او باطل خواهد شد. این حکم که ریشه در عقاید افراطی فردگرایانی دارد که معتقدند فقط اراده واقعی اشخاص می تواند آنها را ملتزم سازد، امروزه تعدیل شده است. امروزه پیچیده شدن و گسترش روابط اجتماعی سبب شده است که آمال و اهداف فردگرایان جای خود را به افکار و عقاید جامعه گرایانی بدهد که معتقدند حقوق جامعه و نظم اجتماعی بر حقوق فردی اولویت داشته و در مقام تعارض میان حقوق فردی و اجتماعی، باید حقوق فردی را فدای حقوق و نظم اجتماعی ساخت.

این تحول فکری در علم حقوق تاثیر شگرفی بر جا گذاشت. اگر زمانی حقوق تحت تاثیر عقاید فردگرایان، کارگزار و عامل اراده اشخاص بود، امروزه اراده در خدمت حقوق است و اگر زمانی تحت تاثیر عقاید فردگرایی، منبع و منشاء التزام به قراردادها، اراده اشخاص بود امروزه این التزام بطور غیرمستقیم ریشه در حکم قانونگذار دارد و اراده نیروی خود را از حکم

قانون می گیرد. گرچه در حقوق جدید نیز اصل بر حاکمیت و آزادی اراده است لیکن این امر ناشی از آن است که دولت ها به این نتیجه رسیدند که اصل آزادی قراردادی بهترین وسیله توزیع سرمایه و ثروت است. اما هر جا نظم عمومی و اجتماعی مداخله دولت را در روابط خصوصی اشخاص اقتضا کند بدون هیچ تردیدی مداخله خواهد کرد. گسترش قلمرو قواعد آمره و عقود تحمیلی گواه بر این ادعاست. به همین دلیل نیز اقتصاد ارشادی دولت ها جانشین اقتصاد سرمایه داری شده است. یکی از مصادیق تحولات مذکور در بحث معامله از طرف غیر بدون اینکه واقعا اختیاری باشد یا از حدود اختیار تجاوز شده باشد، است. مطابق نظریه کلاسیک چنین معامله ای قطعا فضولی و غیر نافذ خواهد بود و اگر مورد معامله مالی باشد که موضوع معاملات متعددی قرار گرفته، کلیه معاملات بعدی نیز فضولی و در صورت عدم تنفیذ مالک باطل خواهد شد.

بی شک این حکم مبتنی بر حمایت مالک و مالکیت و ترجیح حقوق فردی (مالک) بر حقوق گروهی بوده و اعمال آن به این اطلاق قطعا بر خلاف نظم عمومی می باشد. چون از یک طرف بدون توجه به اعتماد و اطمینان اشخاص، با برهم زدن معاملات متعدد، ثبات و امنیت معاملات را که اساس نظم عمومی اقتصادی است به مخاطره می اندازد و از سوی دیگر طرح دعاوی متعدد و اشتغال دستگاه قضایی را سبب می شود. لذا در تئوری جدید برای جلوگیری از این عواقب زیانبار و حفظ ثبات و امنیت روابط معاملاتی، کلیه معاملات صحیح خواهد بود و مالک می تواند برای جبران خسارت به انتقال دهنده نخست فضولی مراجعه کند، حتی ممکن است عمل او متضمن عنوان مجرمانه ای مانند فروش مال غیر قرار گیرد ولی معاملات بعدی در صورتی که اشخاص باحسن نیت باشند، صحیح خواهد بود.

گر چه هضم نظریه جدید دشوار است اما فراموش نکنیم که هدف حقوق، تنظیم عادلانه روابط اجتماعی و یافتن نقطه تعادل میان منافع متقابل اشخاص در زندگی اجتماعی است. در نظریه جدید، حمایت دارنده ظاهری به زیان دارنده حقیقی، نقطه تعادل مناسبتری تلقی گردیده است. هدف و مبنای نظریه مزبور که به تئوری عمل به ظاهر مرسوم است، حمایت از اعتماد کننده به ظاهر است. نمایندگی ظاهری یکی از آثار تئوری عمل به ظاهر است. چون به موجب آن اگر شخصی بواسطه گفتار یا رفتار خود شرایطی ایجاد نماید که اشخاص متعارف ثالث

تصور کنند، شخصی به نمایندگی او عمل می کند بدون اینکه واقعا رابطه نمایندگی در میان باشد یا در فرضی که نماینده از حدود اختیاراتش تجاوز می کند بدون اینکه این تجاوز مشهود باشد، حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت که به این ظاهر اعتماد کرده اند و ثبات معاملات اقتضا می کند آثار اقدامات چنین نماینده ای دامنگیر اصیل شده و وی را همانند اصیل واقعی متعهد نماید. چنین نماینده ای را نماینده ظاهری می گویند، چون میان او و اصیل رابطه نمایندگی واقعی وجود ندارد در حالیکه برابر نظریه سنتی عمل چنین شخصی (نماینده ظاهری) فضولی و غیرنافذ است.

تئوری نمایندگی ظاهری در سیستم های بزرگ حقوقی مانند کامن لا و رومی-ژرمنی یک تئوری شناخته شده است و در برخی کشورها مانند فرانسه، سوئیس، آلمان حتی برخی کشورهای اسلامی مانند مصر مبنای قانونی داشته و قانون مدنی قواعد آن را به عنوان یک قاعده عام بیان داشته است و رویه قضایی و دکترین نیز دائما در حال افزایش قلمرو آن هستند. با این وجود در حقوق ایران این تئوری تقریبا ناشناخته است و سبب آن هم یکی، عدم توجه خاص قانونگذار به این نهاد و عدم تصریح آن است و دیگری، خو گرفتن دکترین و محاکم به نظریه سنتی در باب نمایندگی و اموال است که به موجب آن اصل بر عدم نمایندگی است مگر اینکه اثبات و احراز شود که شخصی از طرف دیگری واقعا نمایندگی دارد. دلیل دیگر هم شاید سنتی بودن و غیرعلمی بودن و مستقل ساختن حقوق از سایر علوم مانند اقتصاد و جامعه شناسی است. شالوده حقوق ایران هنوز بر یک سری قواعد و اصول خشک حقوقی بدون توجه به عواقب زیانبار ناشی از اعمال آن و بویژه بدون توجه به هدف اصلی حقوق (نظم روابط اجتماعی) استوار است که تغییر و تبدیل آن نیازمند تلاش بیشتر است، امری که بر عهده پژوهشگران حقوقی است.

انگیزه اصلی حقیر در این مختصر نیز همین است. برای این منظور سعی شده تئوری نمایندگی ظاهری که به اعتقاد ما یک تئوری بسیار کارآمد و مفید است، آنگونه که در کشورهای مبدا آن وجود دارد و اجرا می شود، معرفی و تبیین شود. (فصل اول) سپس وضع و جایگاه این تئوری در نظام حقوقی ایران بررسی گردد. (فصل دوم) در فصل اخیر فرض ما این است که هر چند قانونگذار ایرانی به این نهاد توجه خاص نکرده است ولی از یک طرف

رگه هایی از این تئوری در قوانین مختلف مشاهده می شود که از استقراء آن می توان نظر واقعی قانونگذار را کشف کرد و دست به وضع یک قاعده زد. از طرف دیگر، اصول کلی حقوقی حاکم بر حقوق ایران مانند قاعده لاضرر و ضمان غرور به اندازه ای منعطف می باشند که می توان احکام بسیاری را بر آن منطبق و از آن تنقیح نمود.

## فصل اول :

### تبيين تئورى نمايندگى ظاهرى



## 1-1 - مفهوم و اقسام نمایندگی

با توجه به اینکه نمایندگی ظاهری از اقسام نمایندگی به شمار می آید، لازم است ابتدا به توضیح مفهوم نمایندگی و اقسام آن پرداخته شود تا بتوان در ادامه، تعریفی جامع و مانع از نمایندگی ظاهری ارائه داد، به گونه ای که از خلط آن با مفاهیم مشابه جلوگیری شود.

### 1-1-1 - مفهوم نمایندگی

نمایندگی در لغت به معنی نماینده بودن، وکالت، کارگزاری، وکالت مجلس و آژانس به کار رفته است.<sup>1</sup> مرادف انگلیسی آن agency یا representation است. agency از ریشه لاتین agree و ago مشتق شده است.<sup>2</sup> نویسندگان حقوق عرب زبان از واژه های «نیابت»، «نابه» و «تمثیل» برای توضیح این لفظ استفاده کرده اند.

اما نمایندگی در اصطلاح حقوقی زمانی مصداق می یابد که «محتویات اراده موجد عمل حقوقی از طرف کسیکه طبیعتاً باید اعلام شود، اعلام نگردیده بلکه از ناحیه شخص دیگری اعلام شود و معهداً آثار حقوقی آن مانند موردی باشد که اعلام اراده از ناحیه شخص اولی صادر شده است».<sup>3</sup> از جمله نتایج اصل حاکمیت اراده، این است که هر شخص تنها به اراده خود ملتزم شود. رومیان چنان به این اصل پای بند بودند که نظریه نمایندگی در حقوق روم پذیرفته نشده بود. در حقوق فرانسه نیز ابتدائاً نمایندگی مردود بود، اما به تدریج اعتبار آن

<sup>1</sup> - محمد معین، فرهنگ معین، جلد 4، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ هفتم، 1364، ص 4813، علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، چاپخانه دولتی ایران، تهران، 1337، حرف نون، ص 778

2-Harold Gill, Reuschlein and William A Gregory, Hand Book on the law of Agency and Partnership, 1976.

به نقل از جلیل قنواتی، نظریه کلی نمایندگی در حقوق ایران و انگلیس، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، سال 1380، ص

<sup>3</sup>-Demogue Rene, Traite des obligations en general, Paris, Rousseau, 1921, n.89

به نقل از دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، جلد دوم، نشر میزان، چاپ اول، 1378، ص 107

مورد شناسایی قرار گرفت. گرچه قانون مدنی ناپلئون نسبت به نظریه کلی نمایندگی که حاوی قواعد حاکم بر انواع نمایندگی می باشد، ساکت است، اما به ذکر مصادیقی از آن پرداخته است.<sup>1</sup>

در حقوق ایران، ماده 196 قانون مدنی مقرر می دارد: «کسی که معامله می کند، آن معامله برای خود آن شخص محسوب است...» لذا ظاهر این است، هر کس در پیمانی که می بندد، اصیل است نه نماینده. این ماده در ادامه با پذیرش نظریه کلی نمایندگی مقرر می دارد: «... مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعداً خلاف آن ثابت شود...» ماده 247 ق.م نیز مقرر می دارد: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد...» قانون مدنی علیرغم پذیرش نظریه نمایندگی، تعریف عامی از آن ارائه نداده است. این سکوت در سایر قوانین نیز جبران نشده و تنها به تقلید از فقه امامیه و قانون مدنی فرانسه، تنها به ذکر مصادیقی از نمایندگی، اکتفا شده است.

با توجه به تعاریف متعددی که نویسندگان از نماینده و نمایندگی ارائه داده اند، می توان گفت: نمایندگی رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی اختیار پیدا می کند که به نام و به حساب شخص دیگر، اقداماتی انجام دهد به گونه ای که تمام آثار اقدامات انجام شده دامنگیر شخص دوم شود. به شخص اول اصطلاحاً «نماینده یا نایب» و به شخص دوم اصطلاحاً «اصیل یا منوب عنه» می گویند. بنابراین نماینده شخصی است که به نام و به حساب اصیل، عمل می کند.

گاه قانونگذار و برخی نویسندگان دو واژه نماینده و قائم مقام را به جای یکدیگر به کار برده و حتی در برخی مصادیق آنها را واحد پنداشته اند.<sup>2</sup> حال آنکه نمایندگی و قائم مقامی دو نهاد کاملاً مستقل و متفاوت می باشند به نحوی که در نمایندگی، نماینده به نام و به حساب اصیل اقدام نموده در نتیجه سود و زیان عمل وی، متوجه اصیل خواهد بود. در حالیکه در قائم

<sup>1</sup> - پیشین، ص 108

<sup>2</sup> - مواد 418، 400 و 395 ق.ت؛ دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد پنجم، انتشارات امیرکبیر، چاپ دوم، 1372، ذیل واژه های نمایندگی و قائم مقام

مقامی، قائم مقام جانشین صاحب حق شده و حق او را به نام و به حساب خود اعمال می نماید. شاید دلیل کاربرد این دو واژه بجای یکدیگر، مترادف لغوی آنها باشد.<sup>1</sup>

### **1-1-2 - اقسام نمایندگی**

نظامهای حقوقی مختلف در مبحث نمایندگی، تقسیماتی را به اعتبار و جهات گوناگون، مطرح می کنند. این تقسیمات که عمدتاً در نظامهای حقوقی رومی - ژرمنی مطرح شده، سایر نظامهای حقوقی را تحت تأثیر قرار داده است. برخی از این تقسیمات عبارتند از: تقسیم نمایندگی به اعتبار سبب و منبع آن، به اعتبار شخص اصیل، به اعتبار رابطه اصیل و ثالث، به اعتبار زمان اعطای اختیار، به اعتبار قلمرو اختیار، به اعتبار ماهیت موضوع و به اعتبار ماهیت اختیار نماینده. اما بر این اساس که آیا نماینده واقعاً دارای اختیار بوده است یا نه، می توان نمایندگی را به نمایندگی واقعی و نمایندگی ظاهری تقسیم نمود. از آنجایی که تقسیم نمایندگی به واقعی و ظاهری موضوع این رساله را تشکیل می دهد لذا از تبیین سایر تقسیمات خودداری می شود.

### **1-1-2-1 - نمایندگی واقعی (actual authority)**

منظور از نمایندگی واقعی، اختیاری است که توسط اصیل یا به موجب قانون به نماینده تفویض می شود. بنابراین نمایندگی واقعی به اعتبار منبع اعطای اختیار، به دو قسم نمایندگی ارادی و نمایندگی قانونی تقسیم می شود. منبع اعطای اختیار در نمایندگی ارادی، اراده و اذن اصیل و در نمایندگی قانونی، حکم قانونگذار می باشد. از آنجا که شناخت نمایندگی ظاهری مستلزم شناخت صحیح و دقیق نمایندگی واقعی است، ابتدا به بررسی اقسام نمایندگی واقعی می پردازیم.

### **1-1-2-1-1 - نمایندگی ارادی**

منظور از نمایندگی ارادی این است که رابطه نمایندگی به موجب اراده انشایی اصیل و نماینده به وجود آید. نمایندگی ارادی با دو ویژگی از نمایندگی قانونی متمایز می شود: (1) اقدام ارادی اصیل به منظور اعطای اختیار به نماینده (2) وصف اختیاری این نمایندگی یعنی با اینکه اصیل شخصاً قادر<sup>2</sup> به انجام مورد نمایندگی می باشد، لیکن آن را توسط نماینده انجام

1 - دکتر عباسعلی دارویی، قائم مقامی با پرداخت، رساله دکتری دانشگاه تهران، سال 1383، صص 8-9

<sup>2</sup> - منظور از قدرت در اینجا قدرت حقوقی است نه مادی.

می دهد.<sup>1</sup> قلمرو نمایندگی ارادی به مراتب وسیعتر از قلمرو نمایندگی قانونی است، زیرا نمایندگی قانونی محدود به موارد مصرح در قانون است، حال آنکه جز در مورد اعمال معدودی، کلیه اعمال حقوقی را می توان به نمایندگی انجام داد.

نمایندگی ارادی ممکن است قبل از انجام عمل مورد نمایندگی ایجاد شود. که در این صورت اصیل با اعطای اذن و اختیار همراه با قبول نماینده، نمایندگی را ایجاد می کند. همچنین ممکن است این رابطه بعد از انجام مورد نمایندگی و با اجازه و تنفیذ<sup>2</sup> اصیل ایجاد گردد. در این صورت با اجازه بعدی اصیل، شخصی فاقد اختیار، عنوان نماینده پیدا می کند. نوع اول را با عنوان نمایندگی قراردادی و نوع دوم را با عنوان نمایندگی ناشی از تنفیذ مطالعه می کنیم.

### 1-1-2-1-1- نمایندگی قراردادی

در نمایندگی قراردادی یا عهدی، شخص به دیگری اختیار می دهد تا عمل حقوقی را به نام و به حساب او بجا آورد. نمونه بارز نمایندگی قراردادی در قانون مدنی عقد وکالت است. ماده 656 ق.م.مقرر می دارد: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری، نایب خود می نماید.» بنابراین نمایندگی قراردادی ناشی از رابطه حقوقی بین اصیل و نماینده است که از طریق توافق رضایی ایجاد می شود و قلمرو آن با اعمال اصول حاکم بر تشکیل قراردادها مثل لوازم الفاظ صریح به کار رفته، عرف تجاری و جریان تجاری بین طرفین معین می شود. چنین اختیار واقعی ممکن است به سه دسته صریح، ضمنی و معمول یا متعارف تقسیم شود.

اختیار صریح آن است که اصیل با عبارات صریح به صورت کتبی یا شفاهی، به نماینده تفویض اختیار می نماید. لذا حدود اختیار نماینده بر اساس شروط مورد توافق و قراردادی که سبب ایجاد رابطه نمایندگی شده است، تعیین می شود. به عنوان مثال هیات مدیره شرکت سهامی با تصویب مصوبه ای اختیار امضای چکها را به دو نفر از مدیران اعطا می کند.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - جمال مرسی بدر، النیابه فی التصرفات القانونیه، الهیئته المصریه العامه للکتاب، 1980، ص 145

<sup>2</sup> - Ratification

<sup>3</sup> - Robert Bradgate, Commercial Law, second edition, butter worth 8, 1995, pp 100-101.