

دوفصلنامه تخصصی «اسلام پژوهی»

شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۸۹: ۱۵۵-۱۳۹

تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۰/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۰۳/۲۳

## اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک

\* حسین داورزنی

\*\* سید محمد رضوی

### چکیده

ضمان درک عبارت است از ضمان بایع، نسبت به مبیع و یا مشتری نسبت به ثمن در صورتی که مستحق للغير درآید و مالک نیز چنین معامله‌ای را که ماهیتی غیر نافذ دارد، اجازه و تنفیذ نکند. این ضمان یک ضمان قهری است و در عین حال متعاملین شروطی را در ارتباط با آن مطرح می‌کنند. در ارتباط با مفسد بودن یا مفسد نبودن این شروط نظرات و احکام مختلف و گاه متناقض از سوی فقیهان مطرح شده است. نکته اصلی این است که همه شروط مطرح در ارتباط با ضمان درک را به راحتی نمی‌توان پذیرفت و جای بحث و مناقشه دارد.

**واژه‌های کلیدی:** ضمان درک، عقد فضولی، شرط اسقاط، شرط تشدید، شرط

تخفیف.

---

\* نویسنده مسئول: استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران

Davarzani@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دوره دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران

Razavisayyed@gmail.com

### طرح مسئله

بیع فضولی از جمله مسائل مهم فقهی است که بحث‌های تفصیلی فراوانی در متون فقهی به خود اختصاص داده است. شیخ انصاری در کتاب مکاسب این بحث را به غایت رسانده و مسئله را در فروع مختلفی مطرح کرده است. پرواضح است که بیع فضولی ممکن است توسط مالک تنفیذ نشود، در این صورت پس از رجوع مالک به مشتری و أخذ مبیع از او و نیز رجوع به منافع مستوفات و غیر مستوفات، ممکن است مشتری متحمل غرامت‌هایی هم شده باشد. با وجود شرایط خاصی، مشتری حق رجوع به بایع فضولی را دارد و می‌تواند ثمن را از وی مسترد کند. همچنین اگر نسبت به فضولی بودن معامله جاهل باشد، اجرت منافع غیر مستوفات و غرامات را هم می‌ستاند. حال سؤال این است که آیا می‌شود بایع فضولی در ضمن عقد، این ضمان را از خود ساقط کند و در متن عقد نامه بنویسد: «بایع نسبت به استحقاق غیر در این مال هیچ مسئولیتی نخواهد داشت». همچنانکه از نظر فقهی - حقوقی شخص ثالث می‌تواند به صورت قراردادی همان درک را عهده دار شود که آن را ضمان عهده می‌گویند. (ماده ۶۹۷ ق.م) گاهی نیز شرط «تخفیف مسئولیت» مطرح می‌شود. این تخفیف گاهی در زمان ضمان است و گاهی در قسمتی از مبیع و گاهی هم در اعمال خود بایع (ونه اعمال آیدادی ماقبل) آیا این تخفیف مسئولیت هم از نظر تحلیل فقهی درست خواهد بود یا نه؟ شرط دیگر، شرط تشدید مسئولیت بایع در صورت ظهور استحقاق است. بدین صورت که بایع تعهد کند اگر بعد از معامله استحقاق غیر بر مبیع معلوم شود، مبلغی بالاتر از ثمن پرداختی از سوی مشتری را به او رد نماید یا حتی تعهد به انجام عملی به نفع او نماید. این مسئله که آیا این شروط به‌عنوان شروط ضمن عقد چه تأثیری بر انعقاد معامله دارند و حکم صحت یا عدم صحت آن‌ها به چه نحو است؟ در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفته است.

### ماهیت ضمان درک

مراد از ماهیت یک عنوان فقهی - حقوقی حقیقتی است که توسط شارع یا واضع برای آن اعتبار شده است. (باقری، ۱۳۸۲: ۱۵۷) برخی در تعریف ضمان درک گفته‌اند:

«ضمان درک این است که هر گاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است پولی را که بابت ثمن چنین کالایی گرفته است به خریدار پس بدهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱: ۱۰۶) به عبارت دیگر ضمان درک مسئولیتی است که برای فصول به هنگام ظهور استحقاق غیر در مبیع پدید می‌آید. هر چند به این علت که در غالب فروض عقد بیع از جانب بایع، فضولی تصور می‌شود ضمان درک را غالباً با عنوان ضمان درک بایع مطرح می‌کنند، اما باید دانست در فرض مستحق للغير درآمدن ثمن، این ضمان متوجه مشتری خواهد بود. از این رو هم اصطلاح «ضمان درک مبیع» در متون فقهی مورد استفاده واقع شده و هم «ضمان درک ثمن». این استحقاق ممکن است در کل مبیع باشد و نیز ممکن است بعضی از مبیع را در بر بگیرد. یکی از ویژگی‌های مهم ماهیت این نهاد، قهری بودن آن است. به عبارت دیگر نیاز به تصریح در ضمن عقد ندارد و به محض ظهور استحقاق حاصل می‌شود. این تعریف از ضمان درک بر مبنای برگزیده ما یعنی استحقاق ارایه شده است. هر چند بر اساس مبانی دیگر می‌توان تعارف دیگری نیز ارائه داد. از سوی دیگر می‌دانیم هر کس آزاد است در اموال خود به هر نحو که مایل است به انجام تصرفات حقوقی بپردازد و این امری عقلایی است که این اختیار صرفاً برای مالک باشد و غیر از او کسی حق مداخله در اموالش را نداشته باشد. پس مراد از عقد فضولی آن است که انسان در ملک غیر بوسیله بیع یا شراء یا تصرفات دیگر تصرف کند، بدون آنکه مأذون یا وکیل یا ولی از جانب مالک باشد. (حسنی، ۱۴۱۶ق: ۲۷۶) اما مشهور فقیهان معامله فضولی را عقدی صحیح می‌دانند که به صورت غیر نافذ واقع می‌شود<sup>(۱)</sup> و به عبارت دیگر باطل نیست. (انصاری، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۶۷) مستمسک آنها نیز علاوه بر عموم «اوفوا بالعقود» ماجرای عروه بارقی است (نوری، ۱۴۰۷ق، ج ۲: ۴۶۲) و حتی بر این اساس فضولی را به سایر عقود و قراردادهای نیز سرایت می‌دهند. (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ۴۲۲ و نجفی، ۱۳۶۸: ۲۸۰) قانون مدنی نیز از نظر این گروه از فقیهان تبعیت کرده است.

اما عقدی که با این شرایط واقع می‌شود واجد آثار نیست و این تنفیذ مالک است که باعث جریان یافتن آثار آن می‌شود. برخی از فقیهان هم صراحتاً بیع فضولی را باطل دانسته‌اند. (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۱۶) شیخ طوسی در یکی از اقوالش می‌گوید:

«اگر کسی برای دیگری بدون امر او چیزی بخرد موقوف بر اجازه نیست و باطل است» (شیخ طوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ۲۵۸).

در فقه عامه نیز نظرات یکسان نیست پاره‌ای از فقیهان قائل به عدم نفوذ بیع فضولی هستند<sup>(۲)</sup> و گروهی قول به بطلان را ترجیح می‌دهند. در فقه حنفی و مالکی عقد فضولی را غیر نافذ و موکول به اجازه مالک می‌دانند ولی در فقه شافعی قول به بطلان مورد قبول واقع شده است. در توجیه آن هم نظرات مختلف است. بعضی آن را از باب جهل به ثمن می‌دانند و گروهی بطلان آن را از جهت جمع حلال و حرام در عقد و غلبه حرمت بر حلیت می‌دانند (الجزیری، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۶۴).

اما فرض مورد نظر زمانی است که مالک معامله را تنفیذ نمی‌کند. در این صورت عقد غیر نافذ تبدیل به عقدی باطل می‌شود که آثار خاصی من جمله استرداد ثمن و خسارات را در پی دارد و در واقع ضمان درک فروشنده مبتنی بر عقد باطل بوده و الزام او به استرداد ثمن با توجه به «ضمان مقبوض به عقد فاسد» است و خصوصاً با عنایت به قاعده «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده و بالعکس» توجیه می‌شود. لذا اگر بیع صحیح باشد، فروشنده موظف است در ازای ثمنی که می‌گیرد مبیع را به خریدار تحویل دهد و خریدار نیز در برابر مبیع باید ثمن را تأدیه کند؛ منتها اگر بیع باطل باشد از آنجایی که فروشنده حقی بر ثمن ندارد مکلف است آن را به خریدار عودت دهد.

از دیدگاه فقیهان کسی که در اثر عقد فاسدی که گمان به صحت آن می‌رفته مالی را گرفته باشد، غاصب محسوب می‌شود و ضمان او هم همان ضمان غاصب خواهد بود. (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۳۲۶) پس کسی که در اثر عقدی فاسد مالی را قبض کرده به حکم قاعده ید ملزم به رد مال به مالک واقعی آن می‌شود و تا زمان رد به مالک ضامن است. حاصل آن شد که ضمان درک مبیع مبنای قراردادی ندارد و از آثار عقد فاسد بحساب می‌آید و این نکته در کلام فقیهان به وضوح روشن می‌باشد.

### تصریح به ضمان درک در عقد

از آنجایی که ضمان درک امری است قهری و به‌صرف ظهور استحقاق ظاهر می‌شود، تصریح به آن در ضمن عقد هیچ ضرورتی نخواهد داشت و از این حیث مانند شرط

تأجیل ثمن در ضمن عقد بیعی که به صورت مطلق واقع شده است خواهد بود. به عبارت دیگر تصریح در ضمن عقد بیان حکمی قانونی است و تذکری بیش ارزش ندارد. (امامی، بی تا، ج ۱: ۴۷۰) در همین مورد ماده ۳۹۰ ق. م مقرر می‌دارد: «اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد.» در این مورد باید گفت چنین شرطی، شرط تأکیدی است و نمی‌توان به صورت مطلق فایده آن را نفی کرد. همانطور که فقیهان برای شرط تعجیل ثمن در عقد بیعی که به صورت مطلق واقع شده فوایدی بر شمرده اند. (شهید ثانی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۹۵)

اما ممکن است همواره با این نحوه تصریح مواجه نباشیم و شروط مربوط به ضمان درک به گونه‌ای دیگر شرط شده باشند. شرط اسقاط، انقاص یا همان تخفیف و نیز شرط تشدید ضمان درک از این گونه شروط هستند. در بند ۲ ماده ۳۶۲ ق. م آمده است: «... ۲- عقد بیع بایع راضی‌امن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد. « اما در مواد ۳۰۱ تا ۳۹۴ قانون مدنی نیز از ضمان درک سخن به میان آمده است و مربوط می‌شود به عقدی که به علت استحقاق غیر نسبت به مبیع، از اساس باطل شود. حال شروط مطرح در ارتباط با ضمان درک چه حکمی خواهند داشت، مسئله‌ای است که مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این معنا اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، بایع ضامن است اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد. (ماده ۳۹۰ ق. م) در این ضمان بایع باید ثمن را به مشتری رد نماید و در صورت جهل مشتری به فساد بیع، از عهده کلیه غرامات وارده نیز برآید. در اینجا پس از اثبات مستحق للغير درآمدن مبیع مشتری می‌تواند استرداد ثمن را از بایع بخواهد خواه آنکه مالک مبیع را مسترد داشته یا نزد مشتری باشد. زیرا استرداد ثمن اثر بطلان عقد است و مترتب بر استرداد مبیع از سوی مالک آن نمی‌باشد. حتی از این بالاتر می‌توان گفت با رد عقد از سوی مالک اصلی و کشف بطلان آن از اساس، این مطلب نیز آشکار خواهد شد که ثمن، مقبوض به عقد فاسد بوده و باید سریعاً به مالکش مسترد شود و بر مبنای فقیهان که مقبوض به عقد فاسد را در احکام مثل قبض می‌دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ج ۲: ۳۲۶) حتی نیاز به درخواست استرداد از سوی وی نیز نمی‌باشد؛ چون هر چند در نگاه اول ممکن است این تصور بشود که مورد از موارد امانت مالکانه است اما باید

دانست اذنی که در اینجا مالک برای قبض مالش داده است در واقع اذن به قبض مالی است که به تصور او با وقوع عقد ملکیت آن به قابض منتقل شده و با چنین اذنی امانت محقق نخواهد شد (بجنوردی، ۱۴۱۱ق، ج ۱: ۱۸).

### شرط اسقاط ضمان درک

**الف - ماهیت شرط اسقاط:** قرار دادن این شرط بدین معنا خواهد بود که اگر بعد از وقوع ایجاب و قبول عقد، ثمن یا مثنی مستحق للغیر در آید مشروط له نسبت به این استحقاق هیچگونه مسئولیتی نداشته باشد. برخی از اندیشمندان حقوقی در تحلیل این شرط می‌گویند: در تعهدی که در آن رفع مسئولیت درک شده است متبایعین قرار می‌دهند که در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع ثمنی را که در مقابل آن قرار می‌گیرد بدون عوض و مجاناً متعلق به بایع باشد (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۴۷۳). اما این تحلیل بنا به دلایلی که ذکر می‌کنیم درست به نظر نمی‌رسد:

دلیل اول: باید گفت هر چند این شرط با توافق طرفین و در ضمن عقد لازم شرط شده است لکن از آنجایی که خلاف مقتضای ذات عقد بیع است شرطی باطل خواهد بود و چون شروط خلاف مقتضای عقد بیع مبطل آن نیز می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۳۸۸، ج ۳: ۱۷) این شرط نیز مبطل بیع خواهد بود.<sup>(۳)</sup> دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد بیع این است که مضمون عقد بیع جز «إنشای تملیک عین در مقابل عوض مالی» چیزی نیست و با وجود این شرط، انشاء تأثیری بر جای نخواهد گذاشت. چراکه شکی نیست که عند العرف و حتی عندالشرع عقدی مؤثر است که شرایط صحت آن موجود و موانع مفقود باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۱ق، ج ۳: ۲۶۷)

به علاوه از جهت دیگر هم این شرط خلاف مقتضای عقد است و آن اینکه منافی با جمیع آثار عقد می‌باشد. البته این شرط را با تحلیل آن می‌توان به همان جهت اول برگرداند. اگر بگوییم نفی همه آثار مستلزم نفی مؤثر می‌باشد. خصوصاً زمانی که مؤثر از امور اعتباری باشد یعنی شارع به آن اعتبار بخشیده باشد که در این صورت با نفی همه آثار، اعتباری که به آن بخشیده هم لغو خواهد بود.

جهت دیگری که بدان طریق می‌توان این شرط را خلاف مقتضای عقد دانست این است که این شرط با اثر ظاهر عقد بیع که دادن عوض در مقابل تحصیل معوض باشد مخالفت دارد و اگر شرط را بپذیریم به این معنا خواهد بود که هر یک از طرفین می‌تواند مالک چیزی بشود که استحقاق آن را نداشته است؛ چون به تعهدی که در مقابل طرف خود دارد پایبند نبوده است و ملکیت او بر عوض یا معوض نیز صرفاً بر پایه‌ی همان تعهد استوار بوده است.

از ظاهر عبارت شیخ در مکاسب بدست می‌آید که اگر متبایعین در عقد بیع شرط نمایند در صورتی که مبیع در دست مشتری تلف شود، بایع ضامن باشد چنین شرطی موجب تحقق ضمان است (انصاری، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۸۵).

فرق جهت سوم با جهت اول در این است که در جهت اول، این شرط علاوه بر اینکه باطل است مبطل نیز می‌باشد اما در جهت سوم در یک حالت شاید بتوان قائل به مبطل نبودن آن شد و آن در صورتی است که بگوییم چه بسا در جمع بین عدم قصد اثر ظاهر و قصد اصل مضمون عقد تنافی نباشد.

برخی نیز در بیان ضابطه برای شناخت شرط خلاف مقتضای عقد گفته‌اند، باید دلیل اثری که خلاف آن در عقد شرط می‌شود را مورد ملاحظه قرار داد. اگر اطلاق و عموم آن به گونه‌ای است که هر گاه خلاف آن اثر در عقدی شرط شود، با ادله‌ی وجوب وفا درگیر می‌شود، به طوری که باید آن اطلاق و عموم را بوسیله‌ی دلایل وجوب وفا تخصیص و تقیید زد، در این صورت شرط عدم آن در عقد، فاسد و خلاف مقتضای عقد است. (همان، ج ۳: ۱۸) از این جهت مخالفت این شرط با مقتضای عقد بسیار واضح است؛ چراکه شرط عدم مسئولیت به هنگام ظهور استحقاق دقیقاً در نقطه‌ی مقابل عموم وجوب وفا قرار می‌گیرد.

یکی از فقیهان امامیه نیز در پاسخ به این پرسش که «اگر در ضمن عقد شرط شده باشد در صورتی که مبیع مستحق للغير درآید فروشنده ضامن نباشد آیا چنین شرطی صحیح است یا خیر؟» بیان داشته‌اند که شرط مذکور بلا اشکال باطل است. پس اگر مبیع مستحق للغير در آید و مالک مبیع را امضا نکند خریدار حق رجوع به فروشنده را خواهد داشت. عین سؤال و جواب را در ذیل ذکر می‌کنیم:

سؤال: زید قطعه ملکی را به عمرو فروخت و در ضمن آن عقد شرط کرده است که اگر مستحقاً للغير برآید من درک نیستم. آیا چنین شرط صحیح است یا نه؟  
 جواب: شرط مذکور در این سؤال بلاشکال باطل است. پس اگر چنین مال مستحقاً للغير برآید و مالک امضا نکند می‌تواند رجوع کند به بایع و می‌تواند رجوع کند به مشتری. مشتری می‌تواند ثمن را از بایع مطالبه کند اگرچه تلف شده باشد. لکن از برای منافع، مشتری خسارت بکشد و از عهده مالک برآید در اینجا رجوع مشتری در این خسارت به بایع مشکل است. (اشرفی، ج ۱: ۲۶) در حقوق کشورهای عربی نیز این شرط را به دلیل اینکه نمی‌توان از فعل خود و نسبت به آن سلب مسئولیت کرد باطل دانسته‌اند (السنهوری، بی تا، ج ۴: ۶۴۰).

ب- تأثیر علم و جهل بایع به استحقاق: عدم صحت شرط اسقاط زمانی که بایع به عدم ملکیت خود عالم باشد آشکارتر خواهد بود؛ چراکه بنابر آنچه اندیشمندان حقوقی هم بیان داشته‌اند: «در مواردی که شخصی به عمد باعث ورود خسارت می‌شود یا آگاهانه به اعمالی دست می‌زند که در نظر عرف در حکم عمد است، شرط عدم مسئولیت نمی‌تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت بکاهد. زیرا در جامعه منظم هیچ کس حق ندارد در پناه قراردادی که به سود خود تحصیل کرده است، در ضرر زدن به دیگران آزاد باشد. فراهم آوردن زمینه بدطینتی و مردم آزاری از نمونه‌های بارز تجاوز به نظم عمومی است: به‌عنوان مثال بر فرض که شرط حذف ضمان درک درست باشد، در موردی که شخص به عمد ملک دیگری را می‌فروشد و برای گریز از رد ثمن شرط می‌کند که ضمان درک را بر عهده نمی‌گیرد، باید آنرا به دلیل برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل شمرد. ولی اگر خریدار نیز آگاه از خطری باشد که نفوذ بیع را تهدید می‌کند، نفوذ شرط را باید پذیرفت» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۳).

پس با وجود چنین شرطی اضرار به دیگران با فروش اموال غیر به آنها امری ممکن و حتی راحت خواهد شد و بدان‌دیشان در پناه آن به دلیل ثابت نشدن قصد اضرار به آزار دیگران خواهند پرداخت. نیز هرگاه ثابت شود فروشنده با آگاهی به وضع حقوقی خود ملک دیگری را فروخته و کلاهبرداری کرده است، فروشنده نمی‌تواند در پناه شرطی که با خدعه بدست آورده است از رد ثمن خودداری کند. زیرا هیچ قرارداد خصوصی



نمی‌تواند به یکی از دو طرف اختیار دهد تا به میل خود و به‌عمد به‌دیگری ضرر بزند و از عواقب آن مصون بماند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱: ۲۳۲).

دلیل دوم - برخی، از اتفاق فقیهان بر عدم تصریح به عدم ضمان در عقد بیعی که ایجاب آن به‌صورت «بعثک بلا ثمن» باشد خبر داده‌اند (شیخ انصاری، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۷) که این خود می‌تواند مؤید ما باشد، چراکه وجود عوضین از شرایط ضروری عقود معاوضی خصوصاً عقد بیع می‌باشد.

دلیل سوم: می‌توان به نحو دیگری هم بر این امر استدلال کرد و آن اینکه جمع بین عوض و معوض به اجماع فقیهان امامیه جایز نیست. (شهید اول، بی‌تا: ۳۱۸) لذا اگر بخواهد در یک عقد بیع، عوض داخل در اموال بایع شود و معوض از اموال او خارج نشود اکل مال به باطل خواهد بود (همان).

نکته مهمی که در اینجا وجود دارد این است که نباید از تأثیر علم و جهل مشتری به استحقاق غیر در صامن بودن یا نبودن بایع غافل شد؛ چراکه به سختی می‌توان پذیرفت که مشتری جاهل به استحقاق غیر هر چند با اختیار خود درک بایع را ساقط کرده باشد در عقدی که واقع می‌کند در مقابل عوضی که می‌دهد، معاوضی دریافت نکند. به علاوه همین اشکال در سمت بایع نیز وجود دارد. چون زمانی که مالک اصلی با مراجعه به مشتری مبیع را از او پس می‌گیرد مشتری بر اساس این شرط حق مراجعه به بایع را نخواهد داشت و این امر بدین معناست که بایع فضولی با شرط اسقاط ضمان درک مالک چیزی بشود که استحقاق آن را نداشته است زیرا عوضی که در عقد پرداخته مال غیر بوده و در نتیجه ثمنی که گرفته است در حکم اکل مال به باطل می‌باشد و این نیز حرام است.

از این بیان می‌توان نتیجه گرفت که شرط اسقاط ضمان درک چون برای بایع فضولی نسبت به مال غیر که آن را فروخته ایجاد ملکیت نمی‌کند شرطی باطل خواهد بود. این امر خصوصاً در جایی که بایع به وجود استحقاق غیر آگاه است روشن‌تر می‌باشد. به‌عنوان مثال بایعی که مال خود را می‌فروشد و در ضمن آن به‌طور مطلق شرط اسقاط ضمان درک می‌کند و در عین حال از استحقاق غیر در مبیع آگاه است و آن را مخفی می‌کند، به‌رغم این که ضمان درک خود را ساقط کرده است در مقابل

مشتری ضامن خواهد بود. دلیل آن هم همان چیزی است که در معنای اول بیان شد. یعنی بر فرض که شرط ضمان درک درست باشد، در موردی که شخص به عمد ملک دیگری را می‌فروشد و برای گریز از رد ثمن شرط می‌کند که ضمان درک را بر عهده نمی‌گیرد باید آن را به دلیل برخورد با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل شمرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۳) در واقع در این جا بایع با چنین شرطی و در پناه آن می‌خواهد با فریب دادن دیگری مال او را ببرد که این نوعی تدلیس است و از این باب باطل خواهد بود. در ماده ۳۰۱ ق. م هم آمده است: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند».

فرض دیگری که می‌توان شرط اسقاط ضمان درک را در آن پذیرفت جایی است که بایع به استحقاق غیر جاهل و مشتری بدان عالم باشد. در این صورت چون خود مشتری اقدام به این بیع احتمالی کرده است و با وجود علم به استحقاق غیر باز دست به این خطر زده است بایع در مقابل او ضامن چیزی نمی‌باشد یعنی شرط اسقاط ضمان درک به این نحو را می‌توان پذیرفت. نظیر این مسئله را در فرضی که مشتری عالم به استحقاق غیر باشد و از سویی ثمن در دست بایع تلف شود مشاهده می‌کنیم چون در آنجا هم مشتری امکان رجوع به بایع برای ثمن را ندارد. از سوی دیگر برخی از فقیهان که شرط اسقاط ضمان درک به این معنا را پذیرفته‌اند<sup>(۴)</sup> شاید به همین امر نظر داشته‌اند.

به نظر می‌رسد فرضی که هم مشتری و هم بایع جاهل به استحقاق غیر باشد را بتوان داخل در فرضی کرد که مشتری جاهل و بایع عالم باشد؛ چرا که به نظر نمی‌رسد علم و جهل بایع در غاصبانه بودن ید وی تأثیری داشته باشد. حال چرا در این جا می‌گوییم «غاصبانه بودن ید بایع» چون در صورتی که وی به‌عنوان امانت (شرعی یا مالکانه) مال را در اختیار داشته باشد احتمال جهل او به نوع یدش کم و خلاف ظاهر خواهد بود. بر عکس جایی که به عقدی فاسد مبیع را قبض کرده باشد که معمولاً و در شرایط عادی افراد در مقابل عوض المثل حاضر به قبض فاسد نیستند مگر اینکه نسبت به آن جاهل باشد.

### شرط تشدید ضمان درک

**الف - ماهیت این شرط:** در بیع مال غیر یا همان بیع فضولی در صورتی که مالک مبیع، عقد را تنفیذ نکند و خریدار به استحقاق غیر آگاهی داشته باشد در امکان یا عدم امکان رجوع مشتری به ثمن در میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد (اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۹). اما اگر مشتری به فضول بودن بایع آگاهی داشته باشد و در عین حال با او معامله نماید و او را بر ثمن مسلط سازد و او نیز ثمن را تلف کند، چند قول مهم وجود دارد که سابقاً به مناسبت مطرح شد. در میان این اقوال، قول مشهور این بود که در چنین فرضی برای مشتری امکان رجوع به فضول وجود ندارد. دلیل این امر هم همان طور که محقق حلی، علامه و دیگران گفته‌اند این است که در این فرض مشتری بایع را به صورت بلاعوض بر مال خود مسلط کرده است (شیخ انصاری، همان، ج ۲: ۲۵). در این زمینه توجه به نکات زیر ضروری است:

اگر خریدار بر فروشنده شرط کرده باشد که اگر مالک مبیع را از خریدار گرفت او (خریدار) حق مراجعه به ثمن را داشته باشد، حکم به ضامن بودن فروشنده قوی است و او بایستی ثمن را به خریدار برگرداند. (شیخ انصاری، همان: ۲۶) پس به نظر فقیهان جایی که فروشنده ضامن نیست می‌توان به وسیله درج شرط ضمان او را ضامن دانست. بنابراین در موردی که کسی به حکم قانون ضامن است به طریق اولی می‌توان ضمان او را تشدید کرد. در نتیجه به نظر می‌رسد در فقه امامیه چنین شرطی از شروط مخالف کتاب و سنت نباشد. در اینجا نمی‌توان اشکال کرد که با ثبوت فساد بیع، شرط تشدید ضمان فروشنده هم از بین می‌رود، چراکه منظور طرفین از چنین توافقی تشدید مسئولیت بایع به رد ثمن در زمان تحقق شرایط مسئولیت است. به عبارت دیگر توافق طرفین برای حالتی است که فساد عقد مسجل شده و تبعاً تملیکی نیز صورت نگرفته باشد. پس چنین شرطی توافق مستقل محسوب شده و مشمول عموم «أوفوا بالعقود» و ماده ۱۰ ق. م می‌باشد و ایراد بطلان آن به علت بطلان عقد قابل پذیرش نیست. در سایر شروط مطرح در مورد ضمان درک نیز این اشکال به همین صورت مندرج می‌شود؛ چراکه همیشه چنین نیست که هر توافق ضمن عقدی شرط ضمن عقد باشد به نحوی که اثر آن متوقف بر لزوم و نفوذ معامله باشد.

**ب - موارد شرط تشدید:** برای شناخت مصداقی شرط تشدید ضمان درک به این معنا، می‌توان گفت: بر اساس این شرط مشتری می‌تواند بائع را ملتزم نماید در صورتی که مبیع مستحق للغیر درآید (و نیز در مورد بائع) علاوه بر ثمن پرداختی موارد دیگری از ضمانت را نسبت به وی متحمل شود. این موارد بسته به نظر متعاقدين خواهد بود و هر آنچه بر آن توافق نمایند می‌تواند به‌عنوان شرط قرار بگیرد. حتی می‌توان در قرارداد شرط کرد که متخلف علاوه بر جبران تمام خسارات ناشی از کار خود، مبلغی مقطوع هم به‌عنوان وجه التزام بپردازد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۳۶). به علاوه بر اساس ماده ۲۳۰ ق. م طرفین معامله می‌توانند برای جبران خسارات ناشی از هر گونه تخلف یکی از طرفین به هر مبلغی که بخواهند طرف دیگر را در ضمن عقد ملزم نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱: ۲۰۰) و این امر تابع ماده ۱۰ ق. م و قراردادهای نامعین خواهد بود و بین طرفین الزام آور می‌باشد. به عبارتی جز در مواردی که به دلایل خاص، اجرای شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات ندارد، در نفوذ حقوقی این شروط نباید تردید کرد. (همان: ۷۳۰) آنچه به نظر می‌رسد این است که استدلال به ماده ۲۳۰ ق. م برای درستی شرط تشدید ضمان درک درست نباشد چون اولاً شرطی که در این ماده از آن نام برده شده شرط ضمن عقد است و سابقاً بیان کردیم که شرط ضمن عقد در صورتی که اصل عقد فاسد باشد منتهی به فساد خواهد شد و همان اشکالی که ابتدای بحث مطرح شد بر آن وارد است. ثانیاً از ظاهر ماده ۲۳۰ ق. م استنباط می‌شود که این ماده ناظر به قراردادهای عهدی صحیح است که در ضمن آن برای نقض یکی از تعهدات آن وجه التزام از طریق درج شرط در عقد پیش بینی شده است و شامل موردی است که طرف قرارداد (فروشنده) متعهد شده که در صورت فساد بیع مبلغی را به طرف دیگر (خریدار) بپردازد، نمی‌شود.

از حیث تحلیل حقوقی این مقدار اضافی که با شرط تشدید پرداخت می‌شود را می‌توان به‌عنوان خسارتی دانست که یکی از طرفین بخاطر ظهور استحقاق متحمل شده است. هر چند این شرط در عمل و در عرف معاملاتی کمتر مورد استفاده متعاملین قرار می‌گیرد اما باید دانست وجود آن در ضمن عقد فوایدی به دنبال خواهد داشت که مهم ترین آنها عدم اقدام غاصب (یا غیر مالک) بر بیع ملک غیر و یا ترس وی از ضمانات

بعدی او خواهد بود و این خود یک ثمره عملی مهم محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد در اینجا نیز بتوان علم و جهل بایع را در میزان ضمان دخیل دانست، بدین گونه که بگوییم اگر بایع عالم به استحقاق غیر باشد نسبت به تمام آنچه بدان ملتزم شده است ضامن خواهد بود. اما اگر بایع جاهل بوده باشد در این صورت فقط حق مراجعه بر اساس قواعد عمومی ضمان درک را خواهد داشت؛ جز در مواردی که شرط کرده باشند، حتی در صورت حسن نیت بایع باز مشتری پس از ظهور استحقاق بتواند به آنچه به آن ضامن شده رجوع نماید. تأکید ضمان درک نیز ممکن است در ضمن عقدی شرط شود. سؤالی که از یکی از فقیهان متأخر شده است، گویای این مطلب می‌باشد.

سؤال - زید ملکی را می‌فروشد و در قباله می‌نویسد بایع به حسب عقد ملتزم شد الی پنجاه سال قمری از عهده ما ظهر فساد و غرامت وارده بر مشتری برآید. این التزام چه صورت دارد؟ منافی با ضمان درک نیست و عیبی ندارد یا خیر؟  
جواب - بلی التزام مذکور در ضمن عقد ضرر ندارد بلکه مؤکد ضمان درکی است که اگر این التزام نبود هم ثابت بود (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۷۳).

### شرط تخفیف ضمان درک

**الف - صحت این شرط:** آنچه به نظر می‌رسد این است که به دلیلی که شرط اسقاط ضمان درک در معنای اول را باطل دانستیم، نمی‌توانیم شرط تشدید یا تخفیف آن را باطل بدانیم. از سوی دیگر عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» بر آن حکومت دارد. در نتیجه به عنوان مثال اگر در عقد بیع مراد مشتری انتفاع از مبیع در جهات معین و به نحو خاصی باشد برای وی این امکان وجود دارد که بایع را از انجام اعمال معینه ای که با این انتفاعات در تعارض باشد نهی کند.

**ب - موارد شرط تخفیف:** مثال برای این نوع از شرط این است که بایع در ضمن عقد شرط کند در صورت ظهور استحقاق غیر فقط نسبت به ثمن ضامن خواهد بود و خسارات و غرامات را از خود دفع کند. یا شرط کند نسبت به برخی از این غرامات و خسارات ضامن باشد و نسبت به برخی دیگر ضامن نباشد. نیز متبایعین می‌توانند شرط کنند که این ضمان تا مدت معینی باشد یا فقط نسبت به

اعمال خود عهده دار شوند (و نه اعمال غیر) و از ضمان قبل از آن و ایادی سابق بر خود برائت جوید. همچنانکه بایع می‌تواند نسبت به قسمتی از مبیع تعهد به ضمان درک نماید و نسبت به قسمت دیگر از خود رفع مسئولیت نماید. (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۴۷۳) این شرط حتی در صورتی که سبب استحقاق از جانب بایع و نسبت به آینده باشد هم صحیح خواهد بود. نیز بایع می‌تواند شرط سقوط ضمان درکی کند که ناشی از رهنی است که قبل از بیع بر مبیع مترتب شده است.

**ج - تأثیر علم و جهل بایع به استحقاق:** باید دانست در این مورد نیز برای تثبیت شرط، بین علم و جهل بایع به استحقاق غیر تفاوت زیادی وجود دارد. یعنی اگر بایع عالم به استحقاق غیر باشد و در عین حال ضمان خود را تخفیف دهد این شرط باطل خواهد بود مگر آنکه مشتری هم به آن علم داشته باشد که در این صورت می‌توان راهی برای صحت آن پیدا کرد. هرچند در این حالت نیز امکان دارد بگوییم درست است که مشتری به استحقاق غیر عالم بوده و لکن چون این توقع و این امید را داشته که بایع به نحوی از عهده حق غیر برآید باز می‌توان او را ضامن دانست.

### نتیجه‌گیری

در صورتی که پس از عقد بیع معلوم شود که مبیع یا ثمن مستحق‌الغیر بوده است و مالک این عقد را اجازه نکند، طرف فصول، ضامن درک خواهد بود. حال آیا می‌توان در ضمن عقد اصلی شرط اسقاط، تخفیف و یا تشدید ضمان درک را کرد یا چنین چیزی امکان ندارد؟ در این مورد به بررسی مصادیق مطرح در آن پرداختیم و مثال‌هایی برای هر کدام ذکر شد و نظرات مختلف فقیهان و حقوق دانان مورد بررسی قرار گرفت و بیان شد که شرط اسقاط ضمان درک چون با مقتضای ذات عقد منافات دارد مورد قبول واقع نمی‌شود. از سوی دیگر شرط تشدید و تخفیف ضمان درک را بخاطر عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» پذیرفتیم.

### پی‌نوشت

۱ - در مقابل مشهور شیخ در خلاف و صاحب غنیه و ابن ادریس و نیز فخرالمحققین در ایضاح، قرار دارند. حتی شیخ در خلاف بر آن ادعای اجماع کرده است (محقق قمی، جامع الشتات، ج ۲: ۲۶۸).

۲ - عقد الفضولی: ۶۶، نقل از شرح الدر المختار، ج ۲: ۲۳۷، حصکفی.

۳ - مرحوم شهید اول در کتاب گرانسنگ خود القواعد و الفوائد در قاعده ۲۴۵ می‌گویند: «هر عقدی که در آن شرط خلاف مقتضای آن یعنی رکنی از ارکان عقد بشود باطل است مثل عقد بیع و تسلیم مبیع به مشتری و تسلیم ثمن به بایع و نیز انتفاع از یکی از این‌ها از منتقل‌إلیه؛ چراکه این‌ها هر چند از ارکان نیستند لکن از مکملات آن بشمار می‌روند» (شهید اول، بی‌تا: ۲۹۶).

۴ - شیخ انصاری در بحث مسقطات خیار غبن به «امکان اسقاط آن بعد از عقد و قبل از ظهور غبن اشاره می‌کنند و می‌گویند: حتی بنا بر اینکه ظهور غبن را شرط ثبوت و حدوث خیار بدانیم می‌توانیم آن را قبل از ظهور غبن اسقاط کرد. چون سبب مقتضی خیار که همان غبن واقعی باشد سابقاً به وجود آمده هر چند مغبون در آن موقع به آن عالم نبوده است. مگر ما شرط برائت بایع از عیوب مبیع را نمی‌پذیریم در اینجا نیز می‌توان آن را درست بدانیم و این امر اسقاط مالم یجب و اسقاط مالم یتحقق نخواهد بود. به همین صورت شرط برائت از ضمان درک به هنگام ظهور استحقاق غیر را نیز درست می‌دانیم» (شیخ انصاری، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۷۳).

Archive

## منابع

- اشرفی، ملامحمد (۱۳۸۵) شعائر الاسلام، تصحیح و تعلیق دکتر احمد باقری، تهران، دانشگاه تهران.
- امامی، سید حسن (بی تا) حقوق مدنی، تهران، دانشگاه تهران.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۵) مکاسب، چاپ چهارم، قم، مؤسسه مطبوعات دینی.
- باقری، احمد (۱۳۸۲) بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی (ضمن، حواله و کفالت)، تهران، آن.
- باقری، احمد (۱۳۸۲) عقود تملیکی (بیع - اجاره)، تهران، سمت.
- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۰ق) الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- حسنی، هاشم معروف (۱۴۱۶ق) نظریه العقد فی الفقه الجعفری، بیروت دارالتعارف.
- حصکفی، محمد علاءالدین (بی تا) عقد الفضولی، مصر، مطبعه الواعظ.
- حلی، ابن ادریس (محمد بن احمد) (۴۱۰ق) السرائر، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن [محقق حلی] (۱۹۶۹م). شرایع الاسلام، نجف، مطبعه الآداب.
- حلی، حسن بن یوسف [علامه حلی] (۱۴۱۰ق) إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۱) مصباح الفقاهه، چاپ سوم، بی جا، وجدانی.
- السنهوری، عبدالرزاق (بی تا) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، قاهره، دارالنهضة العربیه.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی (بی تا) القواعد و الفوائد، قم، مکتبه الداوری.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی (۱۳۷۴) اللمعه دمشقیه، چاپ پنجم، قم، مؤسسه دارالفکر.
- شهید ثانی (۱۳۸۲) الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه، چاپ سوم، قم، دارالتفسیر.
- طباطبایی یزدی (۱۳۷۶) سید کاظم، سؤال و جواب (فارسی)، بی جا، مرکز علوم اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۵ق) الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوم.
- فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح القواعد (۱۳۸۷) تهران، کوشانپور.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱) جامع الشتات، تهران، کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) الزامهای خارج از قرارداد، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) عقود معین، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق) القواعد الفقهیه، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۲ق) القواعد الفقهیه، قم، دلیل ما.



نجفی، محمد حسن (۱۳۶۸) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

نوری، حسین (۱۴۰۷ق) مستدرک الوسائل، مؤسسه آل البيت، لإحياء التراث.

Archive of SID