

نگرشی بر

## ضمان درک مبیع در حقوق مدنی ایران

سید علی علوی قزوینی

### دیباچه

بی‌گمان، قانون مدنی ایران در نظام حقوقی این مرز و بوم از امتیاز و اتقان چشمگیری برخوردار است، بگونه‌ای که از بدو تصویب آن تاکنون به ندرت دستخوش تغییرات و تحولات قانونگذاری واقع شده است، و البته این امر معلول عوامل گوناگونی است که مهمترین آنها، انطباق این قانون با اعتقادات جامعه و فرهنگ حاکم بر آن می‌باشد. چرا که نویسندگان قانون مدنی، در تدوین این مجموعه، به غیر از قوانین اروپایی مانند فرانسه و سویس تا حد بسیار زیادی تحت تأثیر مقررات فقهی و آراء فقهای شیعه بوده‌اند تا جائی که بسیاری از عبارات این قانون برگردان لفظ به لفظ عبارات فقهای امامیه است، به ویژه آنکه به موجب اصل ۱۱ متمم قانون اساسی سال ۱۳۲۵ ق (۱۲۸۵ ش، ۱۹۰۷ م) تصویب قوانین مخالف شرع اسلام و مذهب شیعه دوازده امامی ممنوع اعلام شده بود. از اینرو تلاش و سعی نویسندگان این قانون بر این بوده است که هنگامی از مفاهیم حقوق خارجی بهره گرفته شود که این مفاهیم با مقررات حقوق امامیه سازگار و قابل انطباق باشد. ولی متأسفانه این تلاش در همه زمینه‌ها موفق نبوده و ورود برخی مقررات حقوق خارجی در پیکره قانون مدنی باعث نوعی ناهمگونی و احیاناً تعارض میان برخی مواد شده است.

به هر حال یکی از مسائلی که در این قانون آمده است مبحث ضمان درک است که

نویسندگان این قانون آن را در شمار تعهدات ناشی از عقد بیع صحیح شمرده‌اند (ماده ۳۶۲ ق.م.) که در این مورد از حقوق مدنی فرانسه پیروی شده است ولی از سوی دیگر در وضع قوانین مربوط به ضمان درک (مواد ۳۹۳ - ۳۹۰ ق.م.) از مقررات فقه امامیه در خصوص مقررات مربوط به فروش مال غیر (معاملات فضولی) و اختیار تبعض صفتقه و غضب تبعیت شده که این امر باعث نوعی تعارض در برخی مواد مربوط به ضمان درک (م ۳۹۱ ق.م.) با برخی از مواد بیع فضولی (مواد ۲۶۴ - ۲۴۷ ق.م.) شده است.

از اینرو به عقیده نگارنده اگر پیشنهاد حذف مقررات ناظر به ضمان درک را مطرح نماییم سخنی به گزاف نگفته‌ایم زیرا قانون مدنی را از داشتن تناقض در مبنای حقوقی در مورد فروش مال غیر، حفظ کرده‌ایم به ویژه آنکه با داشتن سایر مقررات راجع به فروش مال غیر، از قوانین ناظر به ضمان درک بی نیاز خواهیم بود.

هدف این مقاله، مدلل ساختن مدعای فوق می‌باشد که در این راستا به بررسی تطبیقی ضمان درک در حقوق ایران و فرانسه، پرداخته و در پایان نیز به ارائه نتیجه خواهیم پرداخت.

بدین منظور مباحث این مقاله را به دو بخش تقسیم کرده‌ایم:

بخش نخست: بررسی ضمان درک در حقوق ایران و اسلام

بخش دوم: بررسی ضمان درک در حقوق فرانسه و در پایان نیز به نتیجه‌گیری خواهیم پرداخت.

## کلیات

### الف - مفهوم ضمان درک

واژه «ضمان» در لغت به معنای «برعهده گرفتن»<sup>۱</sup> و «کفالت کردن»<sup>۲</sup> است و در اصطلاح فقیهان کلمه مزبور به معانی گوناگونی آمده است<sup>۳</sup> که عبارتند از:

۱. تعهد شخص نسبت به مالی که به آن مدیون نیست؛ ضمان در این معنی، یکی از عقود معینه است که به آن ضمان به معنای اخص نیز گفته می‌شود و گاهی نیز ضمان بر مفهوم جامع‌تر از مفهوم نخست اطلاق می‌گردد، که شامل تعهد شخص نسبت به مال یا نفس خواهد بود که در این صورت، عقد حواله و کفالت را نیز در بر می‌گیرد.

۲. تعهد به رد مثل یا قیمت مال تلف شده؛ چنانچه در ضمان اتلاف گفته می‌شود هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن است.

۳. لزوم رد مال مخصوص (اعم از عین، مثل یا قیمت) چنانچه در ضمان غاصب گویند: غاصب ضامن است، یعنی غاصب متعهد به رد عین مال مغضوب، در صورت بقاء آن عین، و یا رد مثل یا قیمت مال مغضوب در صورت تلف شدن آن مال می‌باشد.

۱ - المنجد: مادة (ضمن).

۲ - همان.

۳ - رساله مال مقبوض به عقد فاسد، تألیف نگارنده، ص ۱۰.

۴. در مواردی نیز واژه ضمان به مفهوم «ذهاب عن المالك» یا خروج مال از ملک مالک آمده است؛ چنانچه در تلف مبیع قبل از قبض گفته می‌شود: اگر مبیع قبل از قبض تلف شود بایع ضامن است، یعنی مال (مبیع) در ملک بایع تلف می‌شود و همین‌گونه است در مورد قبض که گویند: قبض مبیع موجب انتقال ضمان از بایع به مشتری است، یعنی هرگاه مبیع بعد از قبض تلف شود خسارت بر مشتری وارد می‌آید و مال از ملک مشتری تلف می‌شود.

کلمه «درک» در لغت به معنای «لحوق و وصول شی‌ای به شیء دیگر»<sup>۱</sup> و «ته و قعر هر چیز»<sup>۲</sup> و در عبارات فقهاء به معنای «خسارت»<sup>۳</sup> و «تدارک»<sup>۴</sup> آمده است.

در قانون مدنی ایران، کلمه درک در ماده ۶۹۷ که مقرر می‌دارد «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است» کلمه درک به معنای تدارک استعمال شده است.

و اما واژه ترکیبی ضمان درک، در اصطلاح فقهاء، مترادف با ضمان عهده است علامه در تذکرة آورده است:

«من باع شیئاً فخرج المبیع مستحقاً لغير البایع وجب علی البایع رد الثمن و لا

۱ - معجم مقاییس اللغة، ج ۲، ماده (درک). ۲ - منتهی الارب فی لغة العرب، ماده (درک).

۳ - در قواعد علامه آمده است: «ضمن درک ما یحدثه مشتری من بناء او غرس لم یصح لانه ضمان ما لم یجب...» واژه درک در عبارت فوق به معنای خسارت آمده است و صاحب مفتاح الکرامه نیز در این زمینه آورده است «و المراد بدرک ذلك تفاوت ما بین قیمته ثابتاً و مقلوعاً لو ظهرت الارض مستحقه و قلع المالك غرسه و خرب بنیانه...» (مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۳۹۱، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۸، الروضة البهیة، ج ۱، ص ۳۶۴).

و نیز در کتاب الشفعه، آورده است: «فان تقابل المتبايعان او رد بعیب للشفیع فسخ الاقالة والرد و الدرک باقی علی مشتری» (مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۷۳ و جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۴۹) و نیز در شرایع الاسلام آمده است: «لو وقفه مشتری او جعله مسجداً للشفیع أزاله ذلك كله و اخذه بالشفعه، والشفیع يأخذ من مشتری و درکه علیه» (جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۵۵، مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۷۶).

صاحب ریاض در توضیح عبارت «الشفیع يأخذ من مشتری و درکه علیه...» درک را به معنای خسارت دانسته و گوید: «ای درکه علی مشتری فیرجع علیه بالثمن و بما اغترمه لو اخذه منه المالك...» (ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۷۱).

در همین زمینه ر.ک: جواهر الکلام، ج ۳۷، صص ۳۵۳، ۳۵۶ و ۴۵۲ و نیز ر.ک: مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۷۷.

۴ - در عبارت: «بجوز عتدهم بلا خلاف بینهم ضمان درک الثمن للمشتری اذا ظهر کون المبیع مستحقاً للغير او ظهر بطلان البیع لفقد شرط من شروطه...» (عروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی، ج ۲) کلمه درک بمعنی تدارک آمده است و همچنین است عبارت: «اذا ضمن الثمن لزمه درکه فی کل موضع یثبت بطلان البیع من رأس...» (جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۶).

و نیز در توضیح عبارت: «و ضمان العهده للبايع عن مشتری بأن یضمن الثمن الواجب بالبیع قبل تسلیمه و ضمان عهده ان ظهر عیب او استحق» صاحب مفتاح الکرامه گوید: «ای یصح ضمان عهده الثمن ای درکه علی تقدیر ظهور عیب فيه او ظهور استحقاقه...» (مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۳۷۳).

حاجة فيه الى شرط و التزام ... و ان ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج مستحقاً فهو ضمان العهدة و يسمى ايضاً ضمان الدرک ..... و هذا الضمان صحيح عندنا ان كان البايع قد قبض الثمن...<sup>۱</sup>

هرگاه شخصی چیزی را بفروشد و مبیع مستحق للغير بر آید بايغ متعهد است که ثمن را به مشتری رد کند و در این امر نیازی به شرط التزام نیست و هرگاه شخصی از ثمن ضمانت کند تا در صورت مستحق للغير بر آمدن مبیع، مشتری برای دریافت ثمن به او (ضامن) رجوع کند، این ضمان در نزد ما (امامیه) صحیح است و نام آن ضمان عهده است که به آن ضمان درک نیز گفته می شود.

قانون مدنی در مبحث چهارم، فقرة سوم، تحت عنوان «در ضمان درک» در ماده ۳۹۰ قانون مدنی مقرر داشته، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزاً مستحق للغير درآید، بايغ ضامن است، اگر چه تصریح بضمن نشده باشد» و در ماده ۳۹۱ ق.م آمده است:

«در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، بايغ باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل به فساد، بايغ باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

از پیوند دو ماده مآز الذکر نتیجه می شود که مفهوم ضمان درک از دیدگاه قانون مدنی عبارتست از: «تعهد و التزام بايغ به رد ثمن و خساراتی که بر عهده اوست، در صورتی که مبیع مستحق للغير درآید».

همان طور که ملاحظه می شود معنایی که نویسندگان قانون مدنی از ضمان درک ارائه کرده اند مغایر با مفهوم فقهی این واژه است زیرا همان گونه که در عبارت علامه در تذکره گذشت، ضمان درک نام دیگری برای ضمان عهده است و از آنجایی که یکی از منابع عمده تدوین قانون مدنی، کتب معتبر فقهی و نیز آراء و نظریات فقیهان امامیه است، از اینرو بعید به نظر نمی رسد که نویسندگان قانون مدنی در تدوین این مواد از همان عبارت علامه در تذکره استمداد جسته اند. (همان گونه که مقایسه ماده ۳۹۱ ق.م، با عبارت تذکره، گواه این مطلب است) ولی در ترجمه عبارت تذکره، دقت نظر لازم را مبذول نداشته و از این رو عنوان ضمان درک که در عبارت تذکره نام دیگری برای ضمان عهده است را برای تعهد بايغ به رد ثمن و خسارات در صورت مستحق للغير بر آمدن مبیع، انتخاب کرده اند. [و اساساً در هیچ موردی درک در فقه به معنای مستحق للغير بر آمدن بکار نرفته است]

بدین جهت مقرراتی که قانون مدنی تحت عنوان ضمان درک، از مواد (۳۹۰ تا ۳۹۳) مقرر داشته است چیزی جز مقررات مربوط به فروش مال غیر (مقررات فضولی) و تبعض صفقه و برخی احکام راجع به مقبوض به عقد فاسد نیست، که این مطلب در فصول بعدی آشکارتر

۱ - تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، ص ۹۱.

خواهد شد.

شارحین قانون مدنی نیز هر یک به سهم خود تعریفی از ضمان درک ارائه نموده‌اند<sup>۱</sup> که نقل و بررسی یکایک آنها مغایر با رعایت اختصار است، ولی به عنوان نمونه تعریف یکی از ایشان را که خود دست اندرکار تهیه قانون مدنی بوده است را در اینجا نقل می‌کنیم که بنوبه خود حاوی نکته جالبی است که نشانگر تأثیر پذیری تدوین‌کنندگان این مواد از حقوق فرانسه است. مصطفی عدل (منصور السلطنة) در تعریف ضمان درک آورده است:

«بایع ضامن درک مبیع است، یعنی هرگاه مبیع مستحق للغير درآمد، و از ید مشتری خلع شد، بایع باید بدل آن را بدهد، زیرا «درک» به معنای «بدل» است.»

### فصل اول: قلمرو ضمان درک در حقوق ایران

#### الف - ضمان درک ویژه عین معین است

بی تردید ضمان درک، در حقوق ایران، ویژه عین معین است و در صورتی که مبیع کلی فی الذمة و فروشنده در مقام ایفاء تعهد خود مال دیگری را به عنوان فردی از افراد مبیع انتخاب و به خریدار تسلیم نماید، مقررات مربوط به ضمان درک مجری نخواهد بود زیرا انتخاب و تسلیم مبیع، تملیک مستقل و جداگانه‌ای نیست و بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که فروشنده مال دیگری را فروخته است. بلکه انتخاب مبیع دنباله تعهدی است که فروشنده ضمن عقد پیدا کرده است تا از راه مشروع و به گونه‌ای که مالکیت خریدار را باعث شود، انجام دهد؛ پس اگر مال دیگری را غصب و به عنوان موضوع تعهد به خریدار بدهد به درستی به وفای خود عمل نکرده است و خریدار می‌تواند الزام او را به انتخاب فردی که قابل تملک برای خریدار باشد از دادگاه بخواهد.<sup>۲</sup>

#### ب - ضمان درک نسبت به ثمن

همان‌گونه که در بند (الف) بیان شد مقررات ضمان درک ویژه عین معین است و در مورد معین کلی مصداق پیدا نخواهد کرد، حال به دنبال این مطلب این سؤال مطرح است که آیا مقررات ضمان درک نسبت به مضمن هم جاری است یا خیر؟ پاسخ بدین پرسش موکول به بررسی وضعیت ثمن در حقوق ایران است، بدین معنی که آیا ثمن می‌تواند علاوه بر ثمن کلی

۱ - ر.ک: ترمینولوژی حقوق، دکتر لنگرودی، ش ۲۲۷۷ و نیز، دوره حقوق مدنی (عقد ضمان)، دکتر لنگرودی، ش ۲۴۶ و ۲۴۷، ص ۲۳۷ و نیز، حقوق مدنی، دکتر حسن امامی، ج ۱، ص ۴۶۹، و نیز دوره مقدماتی حقوق مدنی، دکتر سید حسین صفایی، ج ۲، صص ۲۹۹-۲۹۸، عقود معین، دکتر کاتوزیان، ج ۱، ش ۱۲۳ و ۱۳۴، تاریخ حقوق ایران، دکتر لنگرودی، صص ۳۰۶-۳۰۵،  
۲ - دکتر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۱۲۶.

فی الذمه، عین معین نیز باشد یا خیر؟

قانون مدنی در مواد مختلفی از ثمن معین نام برده است (مانند مواد ۱۹۷، ۳۶۳، ۴۳۷ و ۴۳۹ ق.م) و نیز در ماده ۳۳۸ ق.م در تعریف بیع گوید:

«بیع عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم، که از اطلاق کلمه عوض معلوم در ماده فوق استفاده می شود اموالی که می توانند ثمن واقع شوند محدود به ثمن کلی نیست بلکه ثمن همان طور که ممکن است کلی فی الذمه باشد به صورت عین معین نیز واقع شود، از سوی دیگر، از نظر فقه امامیه که منبع اصلی قانون مدنی است، در اینکه ثمن می تواند معین باشد، کوچکترین تردید و ابهامی وجود ندارد،<sup>۱</sup> از اینرو می توان گفت که مقررات ضمان درک در مورد مستحق تغییر بر آمدن ثمن نیز قابل اجراء خواهد بود، مشروط بر اینکه ثمن عین معین باشد.»

### ج - وضعیت ضمان درک نسبت به حق انتفاع (ضمان درک و حق انتفاع)

حق انتفاع را در ماده ۴۰ ق.م این گونه تعریف شده است:

«حق انتفاع عبارت از حقی است که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند.»

حال سخن در این است که اگر شخصی مالی را بفروشد، در حالی که شخص ثالثی نسبت به آن مال دارای حق انتفاع می باشد آیا مقررات راجع به ضمان درک، یعنی پس دادن ثمن و خسارت از سوی بایع به مشتری، مجری خواهد بود یا خیر؟  
در این خصوص ماده ۵۳ ق.م مقرر می دارد:

«انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت»

همان گونه که ملاحظه می شود، عقد بیع سبب از بین رفتن حق انتفاع ایجاد شده، نخواهد بود زیرا موضوع عقد بیع تملیک عین مبیع و مورد عقد حق انتفاع، انتفاع از عین است و از اینرو تعارضی بین عقد بیع و عقد حق انتفاع نخواهد بود و بر همین اساس قانونگذار در ماده ۴۹۸ ق.م مقرر می دارد:

«اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود، اجاره به حال خود باقی است...»

فقیهان امامیه نیز نسبت به عدم بطلان سکنی<sup>۲</sup> (که یکی از انواع حق انتفاع است) به

۱ - جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۰۹.

۲ - ماده ۴۳ ق.م مقرر می دارد: «اگر حق انتفاع عبارت از سکونت در مسکنی باشد، سکنی یا حق سکنی

نامیده می شود و این حق ممکن است به طریق عمری یا به طریق رقبی برقرار شود.»

سبب بیع ادعای اجماع<sup>۱</sup> و یا برخی نیز ادعای عدم خلاف<sup>۲</sup> کرده‌اند.

ولی باید دانست که در صورتیکه خریدار از حق انتفاع دیگری نسبت به مبیع، بی اطلاع باشد، به استناد م ۵۳ ق.م حق فسخ بیع را خواهد داشت. مبنای حق فسخ خریدار در فرض بالا، قاعده نفی ضرر و یا خیار عیب می‌باشد به این توجیه که فوات منفعت مبیع، از عیوب مبیع محسوب شده و مجوز فسخ معامله خواهد بود.<sup>۳</sup>

هم چنین به عقیده گروهی از فقها بیع مالی که دیگری نسبت به آن حق انتفاع به صورت حبس مطلق دارد، موجب انفساخ حبس مطلق می‌شود. همچنان که این انفساخ، در هر عقد جایزی قابل تحقق است، این نظر را شاید بتوان از قسمت اخیر ماده ۴۴ ق.م نیز استنباط نمود. با این توجیه که: فروش مالی را که منتفع بر آن مال دارای حق حبس مطلق است می‌توان رجوع مالک تلقی نمود و انفساخ عقد را بر این اساس توجیه نمود.

نتیجتاً، مطابق اصول و مواد قانون مدنی و نیز بر پایه آراء بسیاری از فقیهان امامیه، بیع مالی که دیگری نسبت به آن حق انتفاع دارد، صحیح بوده و با بیع ملزم به رد ثمن و خسارات به

۱ - از میان فقهاء علامه در مختصر النافع، محقق کرکی در جامع الفوائد، شهید ثانی در مسالک الافهام، فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع، محقق سبزواری در کفایة الاحکام و بالاخره فاضل تیموری در التفتیح الرائع نسبت به عدم بطلان سکنی (خواه بطریق عمری باشد یا رقبی) بوسیله بیع ادعای اجماع کرده‌اند، بنگرید به جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۱۴۶.

۲ - فقیهانی از قبیل شهید اول در دروس نیز نسبت به حکم فوق ادعای عدم خلاف شده است، در همین زمینه نیز، شیخ صدوق و شیخ طوسی، روایتی را به طریق صحیح از حسین بن نعیم از امام ابی الحسن موسی علیه السلام روایت کرده‌اند:

قال: سألت عن رجل جعل سکنی داره لرجل ایام حیوته او جعلها له ولعقبه من بعده قال هی له ولعقبه کما شرط، قلت فان احتاج الی بیعها ابیعها؟ قال: نعم، قلت فینقض بیعه الدار السکنی؟ قال: لا ینقض البیع السکنی کذلک سمعت ابی علیه السلام یقول: قال ابو جعفر لا ینقض البیع الاجارة و لا السکنی و لکنه بیعه علی ان الذی یشرته لا یملک ما اشتری حتی تنقض السکنی علی ما شرط و الاجارة الحدیث.

ولی باید دانست در خصوص صحت فروش مالی که دیگری نسبت به آن دارای حق سکنی، به طریق عمری باشد اختلاف نظر می‌باشد، و گروهی از فقهاء از قبیل علامه در مختلف الشیعه و تذکره الفقهاء و نیز در ابضاح الفوائد فخر المحققین، و التفتیح الرائع و دروس و کفایة و مفاتیح الشرایع، به بطلان چنین بیعی فتوی داده‌اند به دلیل آنکه اولاً: مقصود از بیع انتفاع از مبیع است از اینرو فروش اموالی که فاقد منفعت هستند باطل است، و ثانیاً: به دلیل مجهول بودن، زمان استحقاق منفعت در عمری، مبیع نیز مجهول خواهد شد از اینرو بیع چنین مالی باطل است. (ر.ک: مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۱۴۰).

بر پایه نظریه فوق، در فرض بالا با بیع ملزم به رد ثمن و خسارات وارده به مشتری می‌باشد و به عبارت دیگر: با بیع در چنین صورتی ضامن درک مبیع خواهد بود. (ر.ک: مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۸۹. مناهل، سید محمد مجاهد، ص ۵۱۴).

۳ - صاحب مفتاح الکرامه در این زمینه گوید:

«...ان فوات المنفعة عیب مجوز للفسخ لکونه ضرراً منقياً بالاجماع و غیره». در این زمینه ر.ک: جواهر

الکلام، ج ۲۸، ص ۱۴۷. و نیز به مسالک الافهام، ج ۱، ص ۸۹).

مشتری نیست و بعبارت دیگر با بایع ضامن درک مبیع، در این مورد نمی‌باشد.

#### د - ضمان درک و بیع مال مرهون (ضمان درک و حق ناشی از رهن)

پرسشی که در این مقام خودنمایی می‌کند این است که آیا مقررات ویژه ضمان درک، در زمینه فروش مالی که در رهن شخص ثالثی است، نیز جریان خواهد داشت یا خیر؛ یعنی: آیا در چنین موردی با بایع متعهد به رد ثمن و خسارات به مشتری می‌باشد یا خیر؟ پاسخ به سؤال فوق متوقف بر تبیین وضعیت حقوقی بیع رهن (فروش مالی که به رهن گذاشته شده است) می‌باشد که در این زمینه اختلاف آراء و نظریات وجود دارد. برخی از فقیهان امامیه فروش عین مرهونه را از سوی راهن غیر نافذ دانسته و آن را در حکم بیع فضولی تلقی کرده‌اند<sup>۱</sup> این گروه که اکثریت فقهاء شیعه را تشکیل می‌دهند در توجیه نظریه خود علاوه بر اجماع گفته‌اند:

«هدف و مقصود از رهن، وثیقه دین است که این هدف با تسلط مالک بر بیع و غیر آن از تصرفاتی که موجب نقص یا اتلاف مال می‌شود سازگار نیست»<sup>۲</sup> و برخی نیز چنین استدلال کرده‌اند که:

«رهن وثیقه دین مرتهن است و وثیقه در صورتی به صورت کامل تحقق می‌یابد که راهن از هرگونه تصرفی در عین مرهونه ممنوع گردد و سلطه مالکانه او (مالک) از آن مال قطع شود تا این امر باعث شود که او به اداء دین تحریک شود»<sup>۳</sup>

و عده‌ای نیز علت ممنوعیت بیع را مزاحمت آن با حق مرتهن که از قبل موجود شده است، می‌دانند<sup>۴</sup>

گروه دیگری از فقیهان، بیع رهن را باطل دانسته و برای آن هیچ موجودیت حقوقی قایل نشده‌اند (بطلان به معنی خاص) از این گروهند شیخ اسدالله تستری در کتاب مقایسه<sup>۵</sup> و این زهره در غنیه می‌باشد.

در مقابل دو گروه یاد شده، برخی از فقهاء معاصر به صحت چنین بیعی فتوا داده‌اند و آن را صحیح و کامل شمرده‌اند، وی بعد از نقد اجماع و روایاتی که ممکن است دلیل عدم صحت واقع شود، آورده است که:

«مفهوم رهن عبارتست از این که عین وثیقه دین باشد و بیع عین مرهونه مانع این

۱ - شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۳۶، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۸۴، جواهر الکلام، ج ۲۵، صص ۱۹۹-۱۹۵.  
۲ - دروس، شهید اول، به نقل از جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۹۵.  
۳ - مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۸۴، و نیز جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۹۵.  
۴ - مکاسب، شیخ انصاری، ص ۱۸۱.  
۵ - برای آگاهی از استدلال و نقد این نظریه رک: مکاسب شیخ انصاری، ص ۱۸۲.



هدف نیست، لذا رهن عاریه صحیح است، در نهایت ممکن است شرط شود که این مبیع آزاد نیست بلکه متعلق حق دیگران است در صورت عدم فک رهن برای مشتری خیار تخلف شرط ثابت باشد بلکه اگر چنین شرطی را هم در عقد مندرج نکنند باز هم عقد بیع صحیح خواهد بود در نهایت مشتری خیار عیب خواهد داشت چراکه وجود حق رهن در مبیع عیب محسوب می‌شود و در هر حال بیع صحیح است»<sup>۱</sup>.

به هر حال به نظر اکثریت فقهای شیعه بیع رهن غیر نافذ است و در صورتی که مرتهن آن را امضا نکند باطل و بلا اثر خواهد بود که در این صورت مقررات ضمان درک را می‌توان بر حق ناشی از رهن نیز سرایت داد.

به موجب ماده ۷۹۳ قانون مدنی نیز راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد ولی در این قانون مصادیق تصرفات منافی با حق مرتهن تبیین نشده است از اینرو برای تفسیر ماده فوق باید به منبع آن یعنی فقه امامیه رجوع شود.

#### هـ. ضمان درک و حق ناشی از اجاره

هر گاه موجر عین مستأجره را در زمان اجاره به شخص ثالث بفروشد آیا چنین بیعی صحیح است یا فاسد؟ و آیا فروشنده ملزم به رد ثمن و خسارات به مشتری است یا خیر؟ و به تعبیر دیگر آیا مقررات مربوط به ضمان درک در این مورد مجری خواهد بود؟ ماده ۴۹۸ ق.م. در این زمینه مقرر داشته است که:

«اگر عین مستأجره به دیگری منتقل شود اجاره به حال خود باقی است، مگر این که موجر حق فسخ در صورت نقل را برای خود شرط کرده باشد».

در ماده فوق هر چند صریحاً به صحت بیع منعقد شده در مورد بحث اشاره نشده است ولی از آنجایی که حکم ماده فوق مقتبس از فقه امامیه است و فقها در این مورد حکم به صحت بیع مزبور کرده‌اند<sup>۲</sup> و از نظر تحلیلی نیز می‌توان گفت که مالکیت عین و مالکیت منافع دو امر مستقل و مجزا از یکدیگرند و موضوع بیع، مالکیت عین و موضوع اجاره، مالکیت منافع است بنابراین بین این دو هیچ تنافی و تعارضی وجود ندارد<sup>۳</sup>، بنابراین بیع و اجاره در مورد بحث صحیح و نافذ هستند و مبیع در زمان اجاره به صورت مسلوب المنفعة به خریدار

۱ - مصباح الفقاهه، خوئی، ج ۵، ص ۲۳۹، نیز در همین زمینه ر.ک: نهج الفقاهه، سید محسن حکیم، ص ۳۸۷.

۲ - شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۴۱۳. مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۵۴. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۲۰۶. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۴۵ و نیز علامه در تذکره بر صحت بیع ادعای اجماع کرده و همچنین است در ریاض در این زمینه ر.ک: مفتاح الکرامة، ج ۷، ص ۷۵. الحدائق الناظرة، ج ۲۱، ص ۵۳۶.

۳ - مفتاح الکرامة، ج ۷، ص ۷۵، مستند عروة الوثقی، سید ابوالقاسم خوئی، ص ۱۱۵.

منتقل می‌شود.

آری در صورت جهل مشتری به این امر (در اجاره بودن مبیع) وی اختیار خواهد داشت که بیع را فسخ کند.<sup>۱</sup> برخی از روایات وارده از معصومین علیهم‌السلام نیز بر صحت بیع منعقدۀ دلالت دارند<sup>۲</sup> از میان فقیهان تنها علامه در کتاب ارشاد الاذهان تمایل به بطلان بیع منعقدۀ شده در مورد بحث پیدا کرده است باری با توجه به اجماع فقیهان و حکم ماده ۴۹۸ ق.م.می‌توان بر این نظر بود که از نظر قانونی نیز مقررات ضمان درک در زمینه حق ناشی از اجاره مبیع مجری نخواهد بود.

**نتیجه:** قلمرو زمان درک از نظر قانون مدنی و فقه امامیه منحصر به مواردی است که ثمن یا مبیع عین معین بوده و بیع به علت مستحق‌الغیر برآمدن ثمن یا مبیع باطل باشد که البته موارد مستحق‌الغیر برآمدن نیز در فصول گذشته تبیین شد.

## فصل دوم: مبنای فقهی و حقوقی ضمان درک

در این فصل به طور جداگانه به بررسی مبنای ضمان درک در فقه امامیه و قانون مدنی خواهیم پرداخت، چرا که مبنای ضمان درک در فقه امامیه با آنچه که در قانون مدنی ایران آمده مغایر است زیرا قانون مدنی ضمان درک را ناشی از بیع صحیح دانسته (م ۳۹۱ ق.م) در حالی که در فقه امامیه مبنای ضمان درک فساد بیع است از اینرو ناگزیریم هر یک از دو مبحث را به صورت مجزا بررسی کنیم.

### الف - مبنای فقهی ضمان درک:

در این فراز ابتداء مسئولیت فروشنده را در ارتباط با رد ثمن بررسی خواهیم نمود و سپس به بیان مبنای فقهی ضمان درک نسبت به خسارات می‌پردازیم

#### ۱. مسئولیت فروشنده نسبت به رد ثمن:

هرگاه مال متعلق به غیر فروخته شود و سپس مالک حقیقی آن معامله را تنفیذ نکند آیا

۱- برخی از فقیهان این حق فسخ را از نوع خیابار عیب تلقی کرده‌اند مانند سید محمد کاظم یزدی در عروة الوثقی (ج ۲، ص ۳۷۸، مسئله ۱) و برخی آن را از نوع خیابار تخلف از شرط ضمنی، ر.ک: عروة الوثقی، خوبی، کتاب الاجاره، ص ۱۱۶.

۲- در این زمینه سه روایت وجود دارد؛ حدیث اول روایت ابی همام از امام ابی الحسن علیه‌السلام ر.ک: وسایل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۶۶، حدیث ۱. حدیث دوم روایت حسین ابن نعیم الصحاف از امام موسی کاظم علیه‌السلام ر.ک: وسایل، ج ۱۳، ص ۲۶۷، حدیث ۳. و حدیث سوم روایت یونس از امام رضا علیه‌السلام ر.ک: وسایل، ج ۱۳، ص ۲۶۷، حدیث ۴.

مشتری می تواند برای استرداد ثمن به فروشنده مراجعه کند یا خیر؟ برخی از فقهاء امامیه در این خصوص، بین علم مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع و جهل آن بدین امر، و در صورت جهل نیز بین صورت بقاء عین ثمن و تلف آن قائل به تفصیل شده‌اند.

و اما در صورت جهل مشتری به فساد بیع و استحقاق غیر نسبت به مبیع، اجماع فقیهان<sup>۱</sup> شیعه بر آن است که مشتری می تواند برای استرداد ثمن به فروشنده مراجعه کند خواه عین ثمن موجود باشد یا تلف شده باشد زیرا بیع به واسطه عدم تنفیذ از سوی مالک، عقدی باطل خواهد بود از اینرو ناقل و سبب قانونی برای خروج ثمن از ملکیت مشتری وجود نخواهد داشت لذا به استناد قاعده ضامن ید (علی الید ما اخذت حتی تؤدیه) بایع ضامن ثمن دریافتی است و می بایست در صورت بقاء عین ثمن آن را به مشتری رد کند و در صورت تلف آن، مشتری استحقاق دریافت بدل آن را (مثل یا قیمت) خواهد داشت.<sup>۲</sup>

ولی هرگاه مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع آگاه باشد در این صورت به نظر برخی از فقیهان شیعه<sup>۳</sup> مشتری حق مراجعه به فروشنده جهت استرداد ثمن را نخواهد داشت، ولی گروه دیگری از فقهاء در این فرض بین صورت بقاء عین ثمن و تلف آن قایل به تفصیل شده و گفته‌اند:

«در صورت بقاء عین ثمن، مشتری حق رجوع به فروشنده را جهت استرداد ثمن خواهد داشت زیرا سبب قانونی برای انتقال مالکیت عین ثمن موجود، از سوی مشتری به فروشنده وجود ندارد مگر بیعی که به شکل فاسد بین طرفین واقع شده است و از آنجایی که بیع فاسد اثری در تملک ندارد از اینرو مشتری می تواند عین ثمن را استرداد کند»<sup>۴</sup>

۱- مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۱۹۹. و نیز فخر المحققین در ابضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۰ گوید: «فان كان المشتري جاهلاً رجع بالثمن اجماعاً». و نیز علامة در مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۵۶ آورده است: «لو رجع علی المشتري الجاهل بالعین و المنافع رجع المشتري علی البایع اجماعاً».

۲- نهج الفقاهه، سید محسن حکیم، ص ۲۶۵.

۳- فخر المحققین در ابضاح الفوائد این نظر را به اصحاب امامیه نسبت داده است (ج ۱، ص ۴۲۱)؛ شهید ثانی در مسالک نیز نظریه فوق را به مشهور فقهای امامیه منتسب کرده است (ج ۱، ص ۱۷۲)؛ و نیز علامه در مختلف الشیعه قول مزبور را به اصحاب نسبت داده و چنین آورده است: «اذا رجع علی المشتري العالم، قال علمائنا لم یکن للمشتري الرجوع علی الغاصب البایع لانه علم بالغصب فیکون دافعاً للمال بغیر عوض و اطلقوا القول فی ذلك» (مختلف، ج ۱، ص ۱۵۵).

۴- فخر المحققین در ابضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۱ آورده است: «و اختار المصنف الرجوع مع بقاء العین لانه لم یوجد عقد ناقل مملک اذ لم یوجد سوی هذا البیع و هو باطل و لم یوجد سوی ذلك من الاسباب الناقله...» و نیز رک: مکاسب شیخ انصاری، ص ۱۴۵ و نیز علامه در مختلف، ج ۵، ص ۵۶ در فرض علم مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع گوید: «والوجه عندی التفصیل و هو ان الثمن ان كان موجوداً قائماً بعینه كان للمشتري الرجوع به ... لنا: انه مع بقاء العین یکون متسلطاً علی اخذها، لعدم انتقالها عنه، اذ لا عقد یوجب الانتقال، فان العقد الذی وقع کان باطلاً...»

«ولی در صورتی که عین ثمن تلف شده باشد و مشتری نیز به استحقاق غیر نسبت به مبیع آگاه باشد در این صورت حق مراجعه به فروشنده را نخواهد داشت زیرا عمل مشتری در حقیقت نوعی تسلیط از سوی مشتری است که باعث مالکیت فروشنده نسبت به ثمن خواهد شد»<sup>۱</sup>.

نظریه فوق از سوی شیخ انصاری این گونه تقویت شده است که:

«دلیل ضمان فروشنده نسبت به ثمن ممکن است یکی از دو امر باشد: ۱- قاعده ضمان ید (قاعده علی الید) ۲- اقدام فروشنده نسبت به ضمان ثمن، و آنگاه بر هر دو دلیل احتمالی چنین ایراد می‌کند که:

اولاً؛ قاعده علی الید در موارد امانات از قبیل ودیعه و عاریه تخصیص خورده است و اگر موارد امانات از عموم قاعده خارج باشد، خروج مورد بحث از عموم قاعده مزبور به طریق اولویت خواهد بود، زیرا در مورد امانات تسلیط امین بر مال مورد امانت مقید بر حفظ مال و عدم تصرف و اتلاف آن می‌باشد، در حالی که در مورد بحث تسلیط فروشنده بر ثمن از ناحیه خریدار محدود به هیچ قید، و مشروط به هیچ شرطی نیست از اینرو خروج مورد بحث از تحت عموم قاعده علی الید به طریق اولویت خواهد بود.

و ثانیاً؛ در مورد بحث بایع اقدام بر ضمان ثمن در مقابل مال خود نکرده است بلکه فروشنده در حقیقت اقدام به قبض ثمن بدون تضمین کرده است»<sup>۲</sup>.

نظریه فوق از سوی فقیهان متأخر مورد انتقاد قرار گرفته است، زیرا تسلیم ثمن از ناحیه خریدار به فروشنده یک تسلیط مجانی و ابتدائی نیست بلکه این تسلیم ادامه معامله واقع شده بین طرفین است و در حقیقت این تسلیم به انگیزه وفاء به عقد بیع واقع شده بین طرفین انجام می‌گیرد، هر چند که فروشنده خود را به ناروا مالک مبیع قلمداد می‌کند و مشتری نیز به این امر واقف است ولی این قصد ناروا سبب مجانی بودن تملیک نخواهد بود، از اینرو قیاس این مورد به موارد استیمان صحیح نیست و بنابراین قاعده ضمان ید (قاعده علی الید) در مورد بحث به قوت خود باقی است و مشتری حق مراجعه به بایع جهت استرداد بدل ثمن تلف شده را خواهد داشت»<sup>۳</sup>.

۱- ر.ک: مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۵۶، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۲۰۱، مکاسب شیخ انصاری، ص ۱۴۵ و نیز علامه در تذکره الفقهاء به نقل از نهج الفقاهه، ص ۲۶۵.

۲- مکاسب شیخ انصاری، ۱۴۵.

۳- در این زمینه ر.ک: مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم خوئی، صص ۳۲۷-۳۴۶، نهج الفقاهه، سید محسن حکیم، صص ۲۶۸-۲۶۶؛ وی در پایان بحث خود آورده است: «والمتحصل ان مقتضى القواعد الاولية الضمان باليد في المقام كما هو حكم المقبوض بالمعد الفاسد»، و در مصباح الفقاهه نیز گوید: «فتحصل ان قاعدة اليد لم تخصص في المقام...»

نتیجه: بنابراین در پایان این فراز از بحث، همگام با گروهی از فقهاء امامیه، می‌توان بر این عقیده بود که مقتضای قاعده ضمان ید (قاعده علی الید) این است که مشتری در تمام فروض و حالات می‌تواند برای استرداد ثمن به بائع رجوع کند خواه مشتری عالم بعدم استحقاق غیر نسبت به مبیع باشد یا خیر و نیز اعم از اینکه عین ثمن موجود باشد یا تلف شده باشد، زیرا بیع واقع شده اثری در تملک ندارد و مقتضای قاعده علی الید نیز، ضمان بائع نسبت به ثمن دریافتی خواهد بود.

## ۲. مسئولیت فروشنده نسبت به خسارات:

هرگاه مبیع مستحق للغير درآید و مالک حقیقی، بیع را تنفیذ نکند، آیا مشتری می‌تواند برای گرفتن خسارات<sup>۱</sup> و غرامات وارده، به فروشنده مراجعه کند؟ به اجماع فقیهان امامیه هرگاه مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع جاهل باشد، مشتری حق مراجعه به فروشنده را خواهد داشت<sup>۲</sup> فقهای امامیه، افزون بر اجماع برای اثبات مسئولیت فروشنده نسبت به جبران خسارات، به چند قاعده فقهی استناد کرده‌اند که ذیلاً آنها را باختصار و به عنوان مبنای حقوقی ضمان درک نسبت به خسارات مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف) قاعده نفی ضرر: گفته شده است:

«خریدار می‌تواند برای مطالبه خسارات به فروشنده مراجعه کند زیرا در غیر اینصورت، به ناروا ضرری بر مشتری تحمیل خواهد شد که قاعده نفی ضرر این ضرر را نفی می‌کند»<sup>۳</sup>.

ولی شایان ذکر است که استدلال به قاعده نفی ضرر برای اثبات حکم فوق (حق مراجعه خریدار به فروشنده جهت گرفتن خسارات) خالی از ایراد نیست، زیرا؛

اولاً: قاعده نفی ضرر فاقد صلاحیت اثبات حکم می‌باشد و تنها در موارد نفی احکام ضرری می‌توان بدان استناد نمود، و به تعبیر واضح‌تر، در مواردی که از عدم جعل حکمی ضرری بر شخص متوجه می‌شود، نمی‌توان از قاعده نفی ضرر برای اثبات حکم مزبور استمداد جست، مثلاً در مورد زوجه غایب مفقود الاثر، نمی‌توان گفت که چون عدم طلاق وی از سوی حاکم، سبب تحمیل ضرر ناخراسته‌ای بر زوجه خواهد بود، از اینرو به استناد قاعده نفی ضرر طلاق حاکم صحیح می‌باشد، چرا که قاعده نفی ضرر، از اثبات حکم ناتوان است و تنها صلاحیت نفی حکم ضرری را دارد، از اینرو در مورد بحث نیز نمی‌توان از قاعده نفی ضرر برای اثبات مسئولیت

۱ - منظور از خسارات، غراماتی غیر از ثمن است که مشتری هنگام مراجعه مالک حقیقی مبیع بوی می‌پردازد از قبیل عوض منافع مستوفات و غیر مستوفات، اضافه قیمت ثمن المثل از ثمن المسمی در صورتی که مبیع تلف شده باشد و ...

۲ - جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳۰۱.

۳ - منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۹۴، مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۳۵۱، حاشیه، مکاسب شیخ محمد حسین غروی، ج ۱، ص ۱۹۱.

فروشنده نسبت به جبران خسارات کمک گرفت.<sup>۱</sup>

ثانیاً: بر فرض جریان قاعده نفی ضرر در مورد بحث، تحمیل خسارات بر بایع خود نوعی ضرر بر او است که قاعده نفی ضرر آن را نیز نفی می‌کند، از اینرو قاعده نفی ضرر در ناحیه بایع و مشتری با یکدیگر متعارض خواهد بود و نتیجتاً قاعده مزبور، صلاحیت استدلال را از دست خواهد داد.<sup>۲</sup>

ب) **قاعده تسبیب:** مطابق این قاعده، هر کس به صورت غیر مستقیم سبب تلف مال دیگری شود یا موجبات ورود خسارت به او را فراهم آورد، اعم از این که از روی عمد باشد یا مسامحه و نیز اعم از اینکه در نتیجه انجام فعل مثبتی باشد (مانند حفر چاه در معبر عمومی) یا ترک فعلی که وظیفه او انجام آن است (مانند ترک مواظبت از حیوان)، ضامن خواهد بود و باید از عهده خسارات وارده برآید در مورد بحث نیز گفته شده است:

«هرگاه کسی که مال غیر را می‌فروشد در حالی که خریدار بدین امر جاهل می‌باشد و نتیجتاً در اثر مراجعه مالک و استرداد مبیع و غرامات، خریدار متحمل خسارت می‌شود در حقیقت فروشنده سبب ورود خسارت بر مشتری بوده، بنابراین ضامن نهایی بر عهده فروشنده است و خریدار در صورت پرداخت خسارت می‌تواند به فروشنده مراجعه کند».<sup>۳</sup>

استدلال فوق از سوی برخی فقیهان<sup>۴</sup> مورد انتقاد قرار گرفته است چرا که به عقیده ایشان قاعده تسبیب در مواردی جریان خواهد یافت که میان سبب (عامل ورود خسارت) و ضرر، فعل انسان باشعوری قرار نگرفته باشد و در مورد بحث نیز چون بایع سبب تام ورود خسارت بر مشتری نیست، بلکه عمل وی صرفاً انگیزه‌ای است برای تحمل خسارات از ناحیه مشتری، از این رو قاعده تسبیب مجری نخواهد بود.

ج) **قاعده غرور:** مفاد این قاعده چنین است که هرگاه کسی دیگری را فریب دهد و در اثر این عمل خساراتی بیار آید، فریب‌دهنده ضامن جبران خسارت است بعنوان مثال، میزبانی که غذای متعلق به دیگری را به عنوان مال خود نزد میهمان می‌گذارد و او به تصور اینکه غذا متعلق به میزبان است آن را می‌خورد و متعاقباً مالک غذا به او مراجعه کرده و مطالبه خسارات می‌نماید، در این صورت او نیز می‌تواند به استناد قاعده غرور به میزبان که او را فریب داده مراجعه و خسارات وارده را مطالبه کند، به فریبنده غار و به شخص فریب خورده مغرور گویند.

۱- ر.ک: منیة الطالب، تقریرات نائینی، ج ۱، ص ۲۹۴.

۲- مصباح الفقاهه، خوئی، ج ۴، ص ۳۵۰.

۳- مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۳۵۱، منیة الطالب، ج ۱، ص ۲۹۴، حاشیه مکاسب، سید محمد کاظم یزدی،

ج ۱، ص ۱۸۰.

۴- منیة الطالب، تقریرات نائینی، ج ۱، ص ۲۹۴، مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۳۵۳.

در مورد بحث نیز گفته شده است که:

«فروشنده که مال متعلق بغير را به مشتری می‌فروشد و سپس مبيع مستحق للغير درمی‌آید و مالک مبيع آن را به انضمام خسارات از خریدار می‌گیرد، فروشنده باید خسارات وارده به مشتری را جبران کند، زیرا در حقیقت او (فروشنده) خریدار را فریفته است و باعث ورود خسارات به وی شده است»<sup>۱</sup>. لازم به توضیح است که برخی از فقیهان<sup>۲</sup> قاعده غرور را زمانی قابل استناد می‌دانند که فریبنده (غار) آگاه بر واقع باشد، یعنی در مورد بحث، باید به استحقاق غیر نسبت به مبيع آگاه باشد، زیرا در غیر اینصورت عمل فریفتن (گول زدن) تحقق نخواهد یافت. در مقابل گروه دیگری صرف عمل فریبنده را در تحقق غرور کافی دانسته‌اند خواه فریبنده (غار) آگاه بر استحقاق غیر باشد یا خیر.<sup>۳</sup> در هر حال برای اجرای قاعده غرور، جهل خریدار ضروری است.

### ۳. مستحق للغير بر آمدن قسمتی از مبيع:

هرگاه قسمتی از مبيع مستحق للغير برآید، در اینصورت عقد واحد به اعتبار تعدد مورد معامله، به دو عقد صحیح و باطل تجزیه می‌شود (قاعده انحلال عقد واحد بعقود متعدد) و نسبت به سهم فروشنده صحیح و نسبت به سهم خریدار باطل می‌شود، و فروشنده موظف به رد بخشی از ثمن که در مقابل مبيع متعلق بغير قرار گرفته است خواهد بود و خریدار نیز، اگر از استحقاق غیر نسبت به مبيع بی‌اطلاع باشد، می‌تواند بیع را نسبت به تمام مبيع بر هم بزند (خیار تبعض صفقه) و در این صورت فروشنده ملزم به رد تمام ثمن خواهد بود، بنابراین مبنای ضمان درک نسبت به قسمتی از مبيع که مستحق للغير در می‌آید همانند موردی است که تمام مبيع مستحق للغير برآمده است.

نتیجه: از مباحث پیشین به خوبی روشن می‌شود که ضمان درک در فقه امامیه مبنای قراردادی نداشته و ناشی از بیع صحیح نیست بلکه برعکس التزام فروشنده بر رد ثمن در صورت مستحق للغير بر آمدن مبيع ناشی از فساد بیع و نتیجتاً الزام قانون به رد مال غیر می‌باشد چراکه عقد فاسد اثری در تملک ندارد از اینرو ثمن بدون مجوز قانونی در اختیار فروشنده قرار گرفته است و مقتضای قاعده ضمان ید (قاعده علی الید) رد مال غیر به صاحبش می‌باشد و همچنین

۱ - منابع سابق، حاشیه مکاسب، سید محمد کاظم یزدی، ص ۱۷۹.

۲ - نهج الفقه، ج ۱، ص ۲۷۳ وی آورده است: «و انه يمكن استفادتها في خصوص علم الغار من نصوص تدليس الزوج...»، حاشیه مکاسب، آخوند خراسانی، ص ۱۷۱ وی گوید: «فالظاهر اعتبار العلم في الغار عند اطلاق نسبتة اليه...»

۳ - حاشیه مکاسب، سید محمد کاظم یزدی، ص ۱۷۹؛ وی آورده است: «و لا فرق بين كون الغار عالماً او جاهلاً و نیز ر.ک: عناوین - میرفتاح مراغی - ص ۳۲۴.

مبنای ضمان درک نسبت به خسارات نیز ریشه غیر قراردادی داشته و عوامل خارج از قرارداد از قبیل قاعده نفی ضرر، تسبیب غرور... سبب مسئولیت بایع نسبت به خسارات می باشد. بنابراین آشکار می گردد که نویسندگان قانون مدنی، که ضمان درک را از آثار بیع صحیح دانسته اند (م ۳۹۱ ق.م) در حقیقت از مبانی فقهی مورد پذیرش خود در زمینه فروش مال غیر (معاملات فضولی، موضوع مواد ۲۴۷ ق.م) و نیز مواد مربوط به ضمان مقبوض به عقد فاسد (م ۳۶۶ ق.م) و همچنین مقررات مربوط به غصب و تبعض صفقه (م ۴۴۱ ق.م) تخطی کرده اند.

### ب - بررسی مبانی حقوقی ضمان درک در قانون مدنی:

مطابق بند ۲ ماده ۳۶۲ ق.م ضمان درک از آثار بیعی است که صحیحاً واقع شده است. ماده فوق مقرر می دارد:

«آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است» و سپس در بند ۲ همین ماده آمده است: ۲ - عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد» و آنگاه در فقره سوم از مبحث چهارم، تحت عنوان «ضامن درک» به تفصیل از مواد مربوطه سخن گفته است.

در تدوین مواد دیگری از قانون مدنی نیز از همین مبانی حقوقی تبعیت شده است از جمله ماده ۷۰۸ ق.م که مقرر می دارد:

«کسی که ضامن درک مبیع است، در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار، از ضمان بری می شود»

مطابق ماده فوق، بر اثر عقد بیع فروشنده ضامن درک مبیع خواهد بود، هرگاه شخص ثالثی به موجب عقد ضمان این تعهد را (ضامن درک بایع) بر ذمه خود بپذیرد، هنگامی که عقد بیع به سببی از اسباب فسخ شود، تعهد فروشنده (ضامن درک) نیز از بین رفته و نتیجتاً این تعهد (ضامن درک) که بر اثر عقد ضمان بر عهده ضامن قرار گرفته است نیز منتفی و ذمه ضامن نیز در برابر خریدار بری خواهد شد.

پوشیده نیست که مستفاد از واژه برائت، این است که عقد ضمان تا مدتی صحیح بوده و حیات حقوقی داشته و سپس به علت از بین رفتن سبب دین، این نهاد حقوقی (عقد ضمان) پایان یافته است، و از سوی دیگر موضوع فسخ یا اقاله همیشه عقد صحیح خواهد بود چرا که عقد باطل فاقد موجودیت حقوقی است، از این رو با توجه به دو نکته فوق مفاد ۷۰۸ ق.م چنین خواهد شد که:

«ضمانت شخص ثالث از تعهد بایع نسبت به درک ثمن (ضامن درک) بر فرض درستی بیع نیز صحیح است، ولی هرگاه عقد بیع به عللی فسخ یا اقاله شود، عقد ضمان نیز خاتمه یافته تلقی شده و ذمه ضامن نیز بری می شود و مشتری باید به خریدار مراجعه کند».



و این حکم جز با پذیرش اینکه ضمان درک از آثار بیع صحیح می‌باشد، قابل توجیه نیست زیرا چنانچه ضمان درک از آثار بیع فاسد باشد، ضمانت از آن (ضمان درک) در فرض صحت بیع، از مصادیق ضمان مالم یجب خواهد بود، که قانون مدنی آن را باطل اعلام کرده است. (م ۶۹۱ ق.م)

برخی از شارحین قانونی مدنی، حکم ماده فوق را منسوب به قول مشهور فقهای امامیه کرده‌اند و برائت ضامن را ناظر به این معنا دانسته‌اند که «ضمان عهده» شامل اقاله و فسخ نمی‌شود.<sup>۱</sup>

در حالی که با مراجعه به منابع فقهی به وضوح روشن می‌شود که نه تنها ماده فوق الذکر مطابق قول مشهور نیست بلکه اساساً فاقد مستند فقهی است و آراء فقیهان نیز برخلاف آن می‌باشد، زیرا ایشان (فقهاء) گفته‌اند که هرگاه بیع به سبب اقاله یا فسخ منحل شود، ضمانت از درک ثمن صحیح نیست و خریدار باید به مشتری رجوع کند زیرا عقد ضمان زمانی صحیحاً منعقد خواهد شد که دین یا تعهد در هنگام عقد ضمان وجود داشته باشد و ضمانت از دینی که ایجاد نشده باطل است و مصداق ضمان مالم یجب خواهد بود<sup>۲</sup> در حالی که از ظاهر ماده ۷۰۸ ق.م استفاده می‌شود که عقد ضمان به شکل صحیح منعقد شده ولی به علت فسخ یا اقاله بیع، تعهد ناشی از عقد بیع (ضمان درک با بیع) نیز منتفی شده و نتیجتاً ذمه ضامن بری می‌شود. پس به طور خلاصه؛ ملاحظه می‌شود که قانون مدنی ضمان درک را ناشی از بیع صحیح دانسته از اینرو ضمانت شخص ثالث از این تعهد را هم در فرض درستی بیع مصداق ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد نشده است، تلقی ننموده و لذا آن را صحیح پنداشته است در حالی که فقیهان امامیه، از آنجائی که ضمان درک را از آثار بیع فاسد می‌دانند لذا در فرض صحت بیع ضمانت از درک مبیع را از مصادیق ضمان مالم یجب تلقی کرده و حکم به بطلان آن نموده‌اند. باری مفاد ماده ۷۰۸ ق.م فاقد مبنای فقهی است و در اینجا قانونگذار از مبنای خود که ضمان درک را از آثار بیع صحیح می‌داند پیروی کرده است. همچنین در قسمت اخیر ماده ۳۷۹ ق.م که مقرر می‌دارد:

«... و اگر با بیع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند مشتری حق فسخ خواهد داشت...».

ضمان درک از آثار بیع صحیح شمرده شده است چراکه در غیر اینصورت انجام و اجرای شرط از نظر حقوقی غیر مقدور خواهد بود زیرا برابر ماده فوق، فروشنده متعهد است در صورت

۱ - عقود معین، کاتوزیان، ج ۲، ص ۲۹۹.

۲ - جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۲۶، وی در شرح عبارت شرایع که گفته است: «اما لو تجدد الفسخ بالتقابل او تلف المبیع قبل القبض لم يلزم الضامن و رجع علی البایع» آورده است: لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان فی صحته ... و ادامه داده است: فضا منه حیثین من ضمان ما لم یجب - و نیز ر.ک: مستمسک عروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۳۵۰، مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۳۹۸.

مستحق للغير برآمدن مبیع، ثمن را به خریدار بازگرداند، حال در ضمن عقد بیع بر او شرط می‌شود که برای این تعهد (تعهد به رد ثمن) ضامن معرفی کند، حال چنانچه ضامن درک از آثار بیع صحیح محسوب نشود و التزام فروشنده به بازگرداندن ثمن ناشی از فساد عقد بیع باشد، پس در صورتی که ثمن هیچگاه مستحق للغير در نیاید فروشنده نیز التزامی به رد ثمن نخواهد داشت و دادن ضامن برای درک مبیع، با توجه به اینکه دین یا تعهدی در این صورت (بر فرض درستی بیع) موجود نیست باطل خواهد بود (ضمان ما لم یجب خواهد بود، و برابر ماده ۶۹۱ ق.م.ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده است باطل است) و از اینرو اجرای شرط غیر مقدور خواهد بود.

ولی چنانچه ضامن درک از آثار بیع صحیح باشد، از آنجائی که عقد بیع صحیح فروشنده را ضامن درک مبیع می‌سازد پس هرگاه در ضمن عقد بیع شرط شود که وی برای این تعهد خود (ضمان درک) ضامن معرفی کند، با توجه به این که این تعهد فروشنده (ضمان درک) به سبب بیع صحیح ایجاد شده است از اینرو معرفی ضامن از سوی فروشنده به موجب عقد ضمان امکان پذیر خواهد بود و از مصادیق ضمان ما لم یجب نخواهد بود. به هر حال، در قانون مدنی ایران موادی وجود دارند که در آنها ضمان درک صراحتاً یا ضمناً از آثار بیع صحیح شمرده شده است.

برعکس در مواد دیگری از همین قانون، نویسندگان قانون مدنی، ضمان درک را از آثار بیع فاسد معرفی کرده‌اند از جمله ماده ۳۹۱ ق.م. که مقرر می‌دارد:

«در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع با بیع باید ثمن مبیع را مسترد دارد، و در صورت جهل مشتری به وجود فساد با بیع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

در این ماده کلمه «فساد» به معنی بطلان بیع است از اینرو به موجب ماده فوق الذکر، هرگاه بیع به سبب مستحق للغير برآمدن مبیع باطل شود، با بیع ملتزم به رد ثمن (ضمان درک) خواهد بود و هرگاه مشتری به فساد معامله جاهل باشد با بیع علاوه بر رد ثمن، ملتزم به جبران خسارات نیز خواهد بود، پس همان گونه که ملاحظه می‌شود در این ماده ضمان درک ناشی از فساد بیع و بطلان معامله شمرده شده است.  
و نیز در ماده ۳۹۳ ق.م. آمده است:

«راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ مجری خواهد بود».

در ماده ۳۱۴ ق.م. مقررات ناظر به افزایش قیمت مال مغضوب در اثر عملیات غاصب بر روی مال مغضوب، پیش بینی شده است، از اینرو از نظر نویسندگان قانون مدنی در صورتی که مبیع مستحق للغير برآید خریدار نسبت به مبیع به منزله غاصب بوده از اینرو در خصوص افزایش قیمتی که در اثر عمل وی بر روی مبیع حاصل می‌شود مقررات راجع به غصب در این

زمینه مجری خواهد شد، و به عبارت روشن تر، به منزله غاصب شمردن خریدار توسط ماده ۳۱۴ ق.م، مشعر بر این معنا است که عقد بیع بر اثر مستحق للغیر برآمدن مبیع فاسد بوده و لذا مبیع به خریدار منتقل نشده از اینرو مبیع بدون مجوز قانونی در اختیار خریدار بوده و لذا وی متعهد به بازگرداندن آن می باشد (ضمان درک مبیع) بنابراین ضمان درک از آثار عقد فاسد خواهد بود.

و همچنین در ماده ۶۹۷ ق.م نیز ضمان درک از آثار عقد بیع فاسد به شمار آمده است در این ماده آمده است:

«ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن، در صورت مستحق للغیر برآمدن آن جایز است».

برابر ماده فوق از آنجائی که فروشنده در صورت مستحق للغیر برآمدن مبیع متعهد به رد ثمن به خریدار است از اینرو ممکن است شخص ثالثی این تعهد را به موجب عقد ضمان بر عهده بگیرد، که این ضمانت از ضمان درک در فقه امامیه به ضمان عهده معروف است<sup>۱</sup>، مفاد ماده فوق برخلاف ماده ۷۰۸ ق.م، دارای مستند فقهی بوده و مورد اتفاق آراء فقیهان امامیه است<sup>۲</sup> در فقه امامیه به لحاظ آنکه ضمان درک از آثار بیع فاسد به شمار آمده است از اینرو ضمانت از درک ثمن تنها در صورتی صحیح است که بیع به علت مستحق للغیر برآمدن مبیع و عدم تنفیذ آن از سوی مالک، یا به هر دلیل دیگری فاسد باشد، زیرا در غیر این صورت ضمان ما لم یجب خواهد بود که در فقه امامیه این گونه ضمانت باطل می باشد.

حال برابر ماده فوق ضمان عهده از درک ثمن، در صورت مستحق للغیر برآمدن مبیع جایز شمرده شده است و این مشعر بر این معنا است که ضمان درک ثمن یا مبیع از آثار بیع فاسد است زیرا در غیر این صورت ضمانت باطل خواهد بود چرا که به موجب ماده ۳۹۱ ق.م ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد نشده است باطل است (ضمان ما لم یجب).  
و نیز در ماده ۸۱۷ ق.م آمده است:

«در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می کند، مشتری ضامن درک است نه بایع»

در این ماده قانونی نیز ضمان درک از آثار بیع فاسد قلمداد شده است زیرا برابر ماده فوق، زمانی که شفیع اخذ به شفعه کرده و حصه مبیعه را در ازاء پرداخت ثمن تملک می کند، اگر معلوم شود که حصه مبیعه متعلق به غیر می باشد، خریدار متعهد به رد ثمن به شفیع می باشد زیرا خریدار در این صورت ثمن را بدون مجوز از شفیع دریافت نموده است زیرا عقد بیع، به علت مستحق للغیر برآمدن حصه مبیعه باطل بوده و از اینرو برای شفیع نیز در واقع حق شفعه ای به وجود نیامده است و لذا دریافت ثمن از شفیع توسط خریدار بدون مجوز قانونی است، پس وی

۱ - جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۲۶؛ مفتاح الکرامه، ج ۵، ص ۳۷۳؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۹۱ مستمسک عروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۳۴۹.  
۲ - همان.

متعهد به رد ثمن به شفیع خواهد بود (ضمان درک) پس همان گونه که ملاحظه می‌شود در این ماده نیز ضمان درک از آثار بیع فاسد به شمار آمده است. لازم به توضیح است که مفاد ماده ۸۱۷ ق.م مطابق با آراء فقیهان امامیه نیز می‌باشد.<sup>۱</sup>

نتیجه: از مطالب گذشته به وضوح روشن می‌گردد که قانون مدنی در مورد ضمان درک از دو مبنای متعارض پیروی کرده است چرا که در برخی از مواد این قانون، ضمان درک از آثار بیع صحیح شمرده شده است و در برخی دیگر از مواد، آن را (ضمان درک) از آثار بیع فاسد دانسته است. و به نظر می‌رسد که این تعارض در مبنای حقوقی ناشی از آن است که نویسندگان قانون مدنی در وضع مقررات مربوط به ضمان درک از حقوق خارجی (حقوق فرانسه) پیروی کرده‌اند و در حقوق فرانسه ضمان درک از آثار بیع صحیح شمرده شده است، یعنی فروشنده علاوه بر اینکه متعهد است مبیع را تسلیم خریدار نماید، بایستی آن را به تصرف مسالمت آمیز و مفید خریدار نیز بدهد<sup>۲</sup> و به عبارت دیگر تعهد او (فروشنده) منحصر در به تصرف دادن مبیع نیست بلکه شامل تضمین ادامه تصرف از سوی خریدار نیز هست، به هر حال این اقتباس از حقوق خارجی قانون مدنی را دچار نوعی ناهمگونی و تناقض در مبنای حقوقی کرده است که برای احتراز از این تناقض راهی جز حذف مقررات ناظر به ضمان درک و سایر موادی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح شمرده است نیست. در پایان امیدواریم که در شماره‌های بعدی ادامه این مقاله را دنبال کنیم و به بررسی ضمان درک در حقوق فرانسه پردازیم تا هر چه بیشتر به حقایق مدعی این مقاله واقف شویم.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱- مسالک الافهام، ج ۲، ص ۱۲۲۴ ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۱۲.  
۲- عقود معین - کاتوزیان - ج ۲، ص ۱۸۹، نقل از مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، شماره ۹۵۲ به بعد.