



A Comparative Study of Measuring the Condition of Intensifying the Guarantee of Understanding in Imamiyya Jurisprudence, Iranian and Iraqi Laws

Mehdi Miri¹, Seyyed Mohsen Mousavifar², Seyyed Mojtaba Jalali³, Ahmad Saberi Majd⁴

1. PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran.
(Corresponding author): Email: mirimahdi276@gmail.com

2. Assistant Professor, Law Department, Razavi University of Islamic Sciences-Mashhad, Iran, Email: dr.moosavifar@gmail.com

3. PhD Student, Other, Law Department, Razavi University of Islamic Sciences-Mashhad, Iran, Email: smjalali313@gmail.com

4. PhD in Other, Iran, Email: ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

Abstract

Among the challenges under the topic of guarantee of understanding is the question of whether the requirement to intensify the guarantee of understanding of the sold parties in the event that the third party is entitled to the sale proceeds or the price in accordance with jurisprudential and legal criteria is correct? The necessity of studying this issue, in addition to the lack of a comprehensive and comparative background that is accompanied by practical suggestions, is the length of the trial process to prove the entitlement of the third party, the increase in the price of real estate, the lack of knowledge of the sold parties from each other, and other obstacles that justify the agreement of the parties to intensify responsibilities. The assessment of this condition in Imami jurisprudence was not assessed as contrary to jurisprudential criteria and principles, and the objections to its validity are rejected. In the provisions of the Iranian Civil Code, it is valid and influential in accordance with Articles 10 and 230, and the objections to its validity are rejected. The Iraqi legislator confirms this issue in Article 556 of the Civil Code. The present study, which is based on a descriptive-analytical method and relies on systematic library studies, believes that: the correctness approach is more consistent with jurisprudential and legal standards. This view can be justified and strengthened by relying on reasons such as the principle of correctness, primary and secondary general rules, the lack of deterrence of the legislator, creating guarantees and certainty for creditors, and compatibility with the goal of legal science.

KeyWords: Strengthening the Guarantee of Understanding, Imamiyya Jurisprudence, Principle of Authenticity, Iranian Law, Iraqi Law.

Received: 10/03/2025; **Revised:** 07/05/2025; **Accepted:** 07/06/2025; **Published online:** 18/06/2025

How To Cite: Miri, M; Mousavifar, SM; Jalali SM& Saberi Majd, A (2024). A Comparative Study of Measuring the Condition of Intensifying the Guarantee of Understanding in Imamiyya Jurisprudence, Iranian and Iraqi Laws, *The Doctrine of Private Law in Islamic Countries*, 2(1), 61-78. <http://www.http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.12705.1053>

Published by: University of Qom

The Author(s)

Article type: Research





بررسی مقارنه‌ای سنجش شرط تشدید ضمان درک در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق

مهدی میری^۱، سید محسن موسوی فر^۲، سید مجتبی جلالی^۳، احمد صابری مجد^۴

۱. دکترای تخصصی مربی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول): رایانامه: mirimahdi276@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی-مشهد، ایران، رایانامه: dr.moosavifar@gmail.com

۳. دانشجوی دکترا، گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی-مشهد، ایران، رایانامه: smjalali313@gmail.com

۴. دکترای تخصصی، رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، رایانامه: ahmad.saberimajd@ut.ac.ir

چکیده

ازجمله چالش‌هایی که در ذیل مبحث ضمان درک وجود دارد، این پرسش است که آیا اشتراط تشدید ضمان درک متبایعین در فرض مستحق‌لغیر درآمدن مبیع یا ثمن موافق ضوابط فقهی و حقوقی صحیح است؟ ضرورت مطالعه این مسئله علاوه بر فقدان پیشینه جامع و تطبیقی که همراه با پیشنهادهایی کاربردی باشد، طولانی بودن فرایند دادرسی در جهت اثبات استحقاق غیر، افزایش قیمت املاک و مستغلات، عدم شناخت متبایعین از یکدیگر و سایر محذوریت‌هایی است که توافق طرفین در تشدید مسئولیت‌ها را توجیه می‌نماید. سنجش این شرط در فقه امامیه منافی با ضوابط و مبانی فقهی ارزیابی نگردید و اشکالات وارده بر صحت آن مردود است. در مقررات قانون مدنی ایران، منطبق بر ماده ۱۰ و ۲۳۰ معتبر بوده و نفوذ دارد و اشکالات وارده بر اعتبار آن مردود است. قانون‌گذار عراق در ماده ۵۵۶ قانون مدنی بر این مسئله مهر تأیید می‌زند. پژوهش حاضر که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی و با تکیه بر مطالعات کتابخانه‌ای سامان یافته بر این باور است که نگرش صحت با موازین فقهی و حقوقی تناسب بیشتری دارد. این نگاه با تکیه بر دلایلی مانند اصل صحت، قواعد عام اولیه و ثانویه، عدم ردع شارع، ایجاد تضمین و اطمینان برای طلبکاران و سازگاری با هدف علم حقوق قابلیت توجیه و تقویت دارد.

واژگان کلیدی: ضمان درک، شرط تشدید مسئولیت، عدالت معاوضی، وجه التزام نامتعارف، رأی وحدت رویه ۷۳۳ و ۸۱۱.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۲۰؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۲/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۳/۲۸.
استناد: میری، مهدی؛ موسوی فر، سید محسن؛ جلالی، سید مجتبی و صابری مجد، احمد (۱۴۰۴). بررسی مقارنه‌ای سنجش شرط تشدید ضمان درک در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق، *آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی*، ۲(۱)، ۶۱-۷۸. <http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.12705.1053>





The Doctrine of Private Law in Islamic Countries

<https://diplic.qom.ac>

EISSN:6365-3060



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

قرارداد بیع، یکی از پرکاربردترین عقود معین در روابط مالی افراد است که موجب شده قانون‌گذاران نسبت به آن شرایط، احکام و آثاری را مشخص نمایند تا حقوق و تکالیف متعاقدين در این باره تعیین گردد. از جمله مهم‌ترین دغدغه‌ها و نگرانی‌هایی که هر کدام از طرفین قرارداد ممکن است داشته باشند، مالکیت بایع و مشتری نسبت به مبیع و ثمن است. اهمیت این مسئله موجب گردیده که قانون‌گذار ایران در ماده ۳۹۰ قانون مدنی به بعد و قانون‌گذار عراق از ماده ۵۵۰ به بعد ورود نموده و حکم مسئله را در فرض عدم مالکیت طرفین تعیین کرده است. متفرع بر این مسئله چالشی که وجود دارد این است که چنانچه متعاقدين هنگام انعقاد قرارداد، چالشی که وجود دارد این است که چنانچه متعاقدين هنگام انعقاد قرارداد، شرطی مبنی بر تشدید مسئولیت خویش نسبت به ضمان درک مبیع یا ثمن درج نمایند، وضعیت حقوقی چنین شرطی از حیث صحت و بطلان در فقه و حقوق ایران و عراق چگونه است؟

تعمّق و سنجش این مسئله در فقه امامیه و حقوق ایران و عراق تحلیل‌های مختلفی را در این باره نشان می‌دهد. اهمیت پرداختن به موضوع حاضر با عنایت به شدت افزایشی که در قیمت املاک وجود دارد و طرح دعوا و اثبات استحقاق غیر در مبیع یا ثمن به جهت طولانی بودن فرایند دادرسی زمان زیادی می‌برد و قیمت املاک نیز از روز استرداد ثمن با قیمت آن در روز انعقاد قرارداد دچار قیمت فاحشی می‌گردد؛ بنابراین استرداد ثمن المسمی موجب اجحاف به مشتری می‌گردد. حال با عنایت به این مسئله، طرفین قرارداد برای جلوگیری از اجحاف مزبور، با تراضی و توافق یکدیگر به دنبال راهکارهای قراردادی، از جمله شرط تشدید مسئولیت فروشنده مال غیر هستند. ضرورت پرداخت به این مسئله علاوه بر توضیحاتی که گذشت، فقدان پیشینه‌ای است که این مسئله را با رویکردی تطبیقی و مقارنه‌ای مورد بحث و بررسی قرار دهد تا با شناسایی خلاها و استفاده از تجربیات سایر کشورها، پیشنهادهایی جامع و کاربردی به قانون‌گذار ارائه دهد. این پژوهش که مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی است به دنبال آن است که با احصاء نگرش‌های مربوطه در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق و تحلیل و بررسی دلایل و مبانی هر کدام، نگرشی صحیح و جامع را در این باره ارائه نماید که هم پاسخگوی ابهامات و چالش‌های این مسئله بوده و هم در جهت وضع قانونی جامع و کاربردی مورد استفاده قانون‌گذار قرار گرفته و در مقام تحقیق و قضاوت نیز مرجعی مجزی برای پژوهشگران و قضات محاکم قرار گیرد. بررسی پیشینه بحث حاضر وجود پژوهش مستقلی با این عنوان را نشان نمی‌دهد، جز اینکه برخی پژوهش‌ها مانند مقاله «اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک» (داورزنی و همکاران، ۱۳۸۹) و مقاله «ضمان درک با نگاهی بر شرط کاهش، افزایش و اسقاط آن» (اکبرپورشاهی و ابوالفضل، ۱۳۹۷) و پایان‌نامه «شرط عدم مسئولیت در ضمان درک در فقه امامیه و حقوق ایران» (احمدی‌آذر، ۱۳۹۵) به صورت مختصر و بدون تحلیل و مطالعه مقارنه‌ای به این موضوع پرداخته‌اند، اما هیچ‌کدام به‌طور جامع و کامل به بررسی این مسئله نپرداخته‌اند. این

پژوهش با رویکردی تحلیلی و تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق بر آن است تا با ارائه پاسخی مستدل و قابل اتکا به پرسش اصلی پژوهش حاضر، دیدگاهی نوین و قابل انطباق بر نیازهای امروز ارائه دهد.

۱. مفهوم‌شناسی ضمان درک

اصول و مبانی نظری پژوهش اقتضاء می‌کند ابتدا مفهوم ضمان درک در فقه و حقوق موضوعه مورد بحث و بررسی قرار گیرد. ضرورت ورود به این مسئله با عنایت به ضرورت شناخت ماهیت پدیده مورد بحث و نقشی که در فرایند منطقی پاسخ به چالش اصلی تحقیق و تدوین نتایج نهایی تحقیق داشته و سبب تحدید و تضییق نظام‌مند موضوع اصلی پژوهش است، توجیه می‌گردد.

۱-۱. مفهوم ضمان درک در فقه

فقها ضمان درک را مترادف با ضمان عهده تبیین کرده‌اند.^۱ موافق این نگاه ضمان درک یعنی اینکه شخصی از بایع ضمانت می‌کند تا در صورتی که استحقاق غیر در مبیع محرز گردید، ثمن به مشتری مسترد گردد. این تحلیل ضمان درک را مشابه معنای ضمان عقدی تلقی می‌نماید (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۳، ۳۴۷). در این معنا شخص ضامن در چارچوب عقد ضمان، متعهد به رد ثمن در فرض استحقاق غیر در مبیع می‌گردد. برخی فقها ضمان درک یا عهده را جزء اقسام ضمان عقدی دانسته و قسیم ضمان ید قرار داده‌اند که نسبت به بایع فضولی در اخذ ثمن صورت می‌گیرد (نجفی، ۱۳۵۹ق: ج ۱، ۲۴۱).

برخی دیگر در مبحث اخذ به شفعه، هنگام بطلان شفعه و کشف استحقاق غیر در حصه مشاع، بر این باورند که شفیع برای استرداد ثمن پرداختی خویش می‌تواند به مشتری رجوع نماید (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۲، ۱۲۴؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ج ۱، ۴۵۵)؛ بنابراین ضمان درک در فقه امامیه در معنای ضمان عهده یا عقد ضمان نسبت به استرداد ثمن مورد بحث قرار گرفته که قاعده نیز اقتضاء می‌کند که مورد ضمانت دین باشد، درحالی که ضمان درک در اکثر مصادیق، آنچه مضمون به است، دین نیست، بلکه عین متعلق به غیر است. لذا از جهت مضمون به می‌تواند به ضمانت دین و ضمانت درک قابلیت تقسیم داشته باشد (قزوینی، ۱۴۱۴: ۹۱). ضمان بایع در استرداد ثمن و پرداخت غرامات وارده به مشتری در مباحث غصب، ضمان مقبوض به عقد فاسد و بیع فضولی مورد بررسی قرار گرفته است. برخی نیز ذیل بحث «ضمان مقبوض به عقد فاسد» به تحلیل مسئولیت بایع و اصیل در

۱. علامه حلی در (تذکره الفقهاء، ۱۴۱۴ ق، ۳۲۹/۱۴-۳۳۰) در تحلیل ضمان درک، آن را مترادف ضمان عهده دانسته است. ایشان در تحلیل این مسئله بیان می‌دارد: «مَنْ بَاعَ شَيْئاً فَخَرَجَ الْمُبِيعُ مُسْتَحَقّاً لَغَيْرِ الْبَائِعِ، وَجَبَ عَلَى الْبَائِعِ رَدُّ الثَّمَنِ وَلَا حَاجَةَ فِيهِ إِلَى شَرْطٍ وَالتَّزَامُ... وَانْ ضَمِنَ عَنْهُ ضَامِنٌ لِرَجْعِ الْمَشْتَرِي عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقّاً فَهُوَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ وَ يَسْمَى إِضْماً ضَمَانُ الدَّرَكِ... وَهَذَا الضَّامِنُ صَحِيحٌ عِنْدَنَا إِنْ كَانَ الْبَائِعُ قَدْ قَبِضَ الثَّمَنَ...». از نگاه علامه حلی: «هرگاه شخصی چیزی را بفروشد و مبیع مستحق للغیر درآید، بایع متعهد است که ثمن را به مشتری رد کند. در این امر نیازی به شرط و التزام نیست. هرگاه شخصی از ثمن ضمانت کند تا در صورت مستحق للغیر بر آمدن مبیع، مشتری برای دریافت ثمن به او رجوع کند، این ضمان در نزد ما (امامیه) صحیح است و نام آن ضمان عهده است که به آن ضمان درک نیز گفته می‌شود».

مقابل مالک و مسئولیت بایع در قبال مشتری پرداخته‌اند (مامقانی، ۱۳۱۶: ج ۲، ۲۶۷؛ خویی، بی تا: ج ۳، ۸۵؛ خمینی، ۱۴۲۱: ج ۱، ۳۷۱؛ روحانی، ۱۴۲۹: ج ۳، ۲۵۳). از نگاه برخی فقهای امامیه، مسئولیت بایع در استرداد ثمن، هرگونه مبنا و جهتی را که سبب معدوم شدن اعتبار بیع گردد، مانند عدم اهلیت طرفین قرارداد یا مجهول بودن مورد معامله را شامل گردیده و بایع را مکلف به استرداد ثمن دریافتی می‌داند (قزوینی، ۱۴۲۴: ج ۲، ۶۲۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۴۳).

۲-۱. مفهوم ضمان درک در حقوق ایران

در حقوق ایران، برای تبیین مفهوم «ضمان درک» می‌توان به تعریف دکتر جعفری لنگرودی استناد کرد. ایشان «درک» را مترادف با غرامت و «ضامن درک» را ضامن غرامت می‌دانند. از نظر وی، دامنه شمول این ضمان موارد زیر را در برمی‌گیرد: الف. اگر مبیع یا ثمن، مستحق‌للغیر درآید؛ ب. اگر بیع به یکی از دلایل قانونی، فاسد باشد. این غرامت، در فرض مستحق‌للغیر درآمدن مبیع، عبارت است از بازگرداندن ثمن به همراه منافع و خسارات وارد شده به خریدار (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۴۱۴). همچنین در نظام حقوقی ایران، ضمان مترادف با مسئولیت بوده و موافق ماده ۳۶۲ قانون مدنی گاهی به معنای تعهد تفسیر شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ... عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد.» قانون‌گذار در ماده ۶۹۷ نیز ضمان عهده از خریدار یا فروشنده را نسبت به درک ثمن یا ثمن در فرض استحقاق مجاز دانسته است. توجه به مقررات اخیر نشان می‌دهد که درک به معنای تدارک است.

در تحلیل این مسئله می‌توان افزود: ضمان درک یعنی در قالب عملی حقوقی که به صورت معوض است، یکی از عوضین مستحق‌للغیر در آید که طرفی که در مقابل چیزی دریافت نموده مکلف به استرداد آن است؛ بنابراین، موضوع ضمان درک جزء قواعد عمومی قراردادها در قانون مدنی است که البته مورد انتقاد برخی نیز قرار گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۷۳). در اصطلاح حقوقی مقصود از درک مبیع این است که «معامله متعلق به شخص دیگری غیر از فروشنده در آید» واژه «ضمان» هم در این ترکیب در معنای «ضمان معاوضی» است به این ترتیب، در صورتی که مبیع متعلق به دیگری باشد، بایع ضامن است پولی را که بابت ثمن چنین کالایی دریافت نموده است، به مشتری مسترد نماید. چنانکه شق اول ماده ۳۹۱ قانون مدنی ایران نیز بیان می‌دارد: «در صورت مستحق‌للغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد...» (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۲۲).

در حقوق ایران ضمان درک صرفاً فرضی را شامل می‌گردد که مبیع یا ثمن کالا جزئاً مستحق‌للغیر درآید و مالک اصلی قرارداد مزبور، قرارداد را تنفیذ نکند که وضعیت حقوقی معامله فضولی است که مالک اختیار تعیین سرنوشت آن را دارد. فرضی که در مبیع یا ثمن حق انتفاع یا ارتفاق باشد، قرارداد باطل نبوده و ضمان درک فرضی

ندارد. مشتری که جاهل به وضعیت مزبور است، دارای حق فسخ است. مقرر ۳۹۰ قانون مدنی در تحلیل ضمان درک بیان داشته: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌للغیر درآید بایع ضامن است، اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد». قانون مدنی در بند دوم ماده ۳۶۲ قانون مدنی، ضمان درک را به‌عنوان یکی از آثار قرارداد صحیح تلقی نموده است؛ مسئله‌ای که از نگاه بسیاری مورد انتقاد قرار گرفته و بر این باورند که ضمان درک جزء آثار بیع باطل است (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۶؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۱۱۴؛ امامی، ۱۳۷۸: ج ۱، ۴۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴: ج ۱، ۲۲۳). درنهایت می‌توان گفت که ضمان درک در نظام حقوقی ایران دارای منشأ قراردادی بوده و نتیجه تراضی طرفین است. البته برخی به دنبال توجیه حکم قانون‌گذار در چارچوب انتساب ضمان درک به توافق طرفین برآمده‌اند (محمدی، ۱۳۹۱: ۱۸۵-۲۰۷-۲۲۲). این رویکرد اختلافی به رویه قضایی نیز تسری یافته است به‌عنوان نمونه: «در دعوی که مشتری به مسروقه بودن موضوع معامله، به طرفیت بایع، دعوای استرداد ثمن نموده است، دادگاه به جهت مستحق‌للغیر بودن مبیع، بطلان بیع را احراز کرده و حکم به استرداد ثمن به صورت قهری به مشتری کرده است. شعبه ۱۵ دیوان عالی نیز طی دادنامه شماره ۵۷۰/۱۵ مورخ ۱۴/۹/۱۳۷۱ رأی مزبور را عیناً ابرام کرده است» (بازگیر، بی‌تا: ۲۹۳). البته شعبه ۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۹۱۴ مورخ ۱۸/۸/۱۳۸۱، ضمان درک را دارای مبنای قراردادی دانسته؛ زیرا اعتقاد دارد که ضمان درک مقتضای ذات عقد نیست، بلکه مقتضای اطلاق عقد است (متین، ۱۳۸۱: ۷۲).

۳-۱. مفهوم ضمان درک در حقوق عراق

در موازین حقوقی عراق، ضمان درک یعنی انتقال ملکیت مبیع از بایع به مشتری و اجرای تعهد بایع نسبت به تسلیم مبیع به صورتی که طرفین قرارداد توافق کرده‌اند در تحقق اهداف مشتری در انعقاد قرارداد و خرید مبیع کفایت نکند، بلکه بایستی به مشتری امکان بدهد تا امکان تصرفات مالکانه را به نحو مستمر و بدون مانع داشته باشد و این مسئله نیز هنگامی تحقق می‌یابد که بایع ضامن امتناع از هرگونه رفتاری باشد که سبب محرومیت جزئی یا کلی مشتری می‌شود (خضر، ۱۹۸۴: ۱۸۸). همچنین پابندی به ضمان نیز محدود به صرف قرارداد بیع نیست، بلکه هرگونه قرارداد ناقل حق می‌تواند محل جریان ضمان درک قرار داشته باشد. تعهد نسبت به ضمان درک (ضمان استحقاق مال غیر) نوعی تعهد احتیاطی است؛ زیرا هنگام عدم امکان تعهد فروشنده نسبت به ضمان تعرض، اجرای تعهد به صورت جبران خسارت جایگزین اجرای عینی قرارداد می‌گردد، همچنان که مبنای التزام بایع در جبران خسارت نیز مسئولیتی با منشأ قراردادی دارد (سلطان و العدوی، ۱۹۶۶: ۲۲۸). نتیجه بررسی حقوق عراق نشان می‌دهد که ضمان درک یعنی اینکه مشتری از تمام یا بخشی از حقوق خویش در مبیع محروم گردد؛ زیرا ثالث در اختلافی که با مشتری نسبت به مبیع یا حصول حقی که ادا آن مزاحمت برای مشتری است موفق گردد. لذا ضمان درک یا استحقاق یا به تعبیر دیگر «اجرای تعهد به صورت جبران خسارت»، حق رجوع مشتری به بایع موافق توافق طرفین پس از احراز استحقاق غیر برای جبران خسارت است.

۲. وضعیت حقوقی شرط تشدید ضمان درک

متعاقدين در ضمن یک قرارداد گاهی توافق می‌کنند که علاوه بر احکامی که قانون‌گذار نسبت به ضمان درک بر ایشان لازم نموده، بر عهده یکدیگر قرار دهند. این مسئله موجب می‌گردد که اقدام به اندراج شرط تشدید ضمان درک نمایند. مصادیق تشدید شرط ضمان درک متفاوت است، به نحوی که گاهی در مواردی در قراردادهای تنظیمی شرط می‌شود که در فرض استحقاق غیر در مبیع یا ثمن عین معین، طرفین متعهد گردند که قیمت روز مبیع یا ثمن عین معین را بپردازند. مورد دیگر اینکه استحقاق غیر در مبیع یا ثمن موجب گردد که فروشنده یا خریدار علاوه بر رد ثمن موظف به پرداخت مبلغ مشخصی تحت عنوان وجه التزام باشد. حال در ذیل، این مسئله در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق با تحلیل و تطبیق به صورت مقارنه‌ای مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۱. شرط تشدید ضمان درک در فقه امامیه

تحلیل و بررسی شرط تشدید ضمان درک در فقه امامیه، نیازمند تحلیل مصادیق مرتبط و نزدیک با فرض مسئله و ملاک گیری از آن در چارچوب ضوابط است. توضیح اینکه در بیع فضولی در فرض عدم تنفیذ عقد توسط مالک و آگاهی مشتری به فضول بودن بایع و مسلط نمودن وی بر ثمن به نحوی که سرانجام این مسئله تلف ثمن باشد، مشهور فقها اعتقاد به عدم امکان رجوع مشتری به فضول دارند. حتی برخی نیز ادعای اتفاق در این باره میان فقها دارند (شیخ انصاری، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۰، ۱۸؛ ۱۴۱۳: ج ۵، ۵۵-۵۶؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷: ج ۱، ۴۲۱؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ج ۴، ۷۷، ج ۶، ۳۲۶؛ عاملی، ۱۴۱۳: ج ۳، ۱۶۰؛ ۱۴۱۰: ج ۳، ۲۳۵؛ المحرر البحرانی، ۱۴۰۵: ج ۱۸، ۳۹۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۰: ج ۱۷۶). علاوه بر اتفاق فقها مبنای عدم رجوع مشتری عالم به بایع فضولی آن است که در این فرض مشتری با اقدام خویش، بایع را به نحو بلاعوض بر مال خویش مسلط نموده است (حلی، ۱۴۱۰: ج ۲، ۲۲۶-۳۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۰، ۱۸؛ ۱۴۱۹: ج ۲، ۴۷۸؛ عاملی، ۱۴۱۳: ج ۳، ۱۶۰؛ ۱۴۱۰: ج ۳، ۲۳۵؛ الطباطبائی، بی تا: ج ۱، ۵۱۳؛ نجفی، ۴۰۴: ج ۲۲، ۳۰۵). حال در تحلیل این مسئله و ارتباط آن با فرض شرط تشدید باید افزود: اگر در ضمن قرارداد بایع در ضمن شرطی ملتزم شود که اگر مالک مبیع را از مشتری مسترد کرد، خریدار می‌تواند به بایع برای دریافت ثمن خویش مراجعه نماید؛ چنین شرطی مبنی بر ضمانت فروشنده قوی بوده و او بایستی ثمن را به خریدار مسترد کند (شیخ انصاری، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۶)؛ بنابراین از نگاه فقها در فرضی که فروشنده ضمانتی ندارد، با سازوکار شرط ضمن عقد امکان جعل ضمان برای وی وجود دارد، استدلال اصلی برای صحت شرط تشدید ضمان، نه یک استدلال اولویت‌محور، بلکه تمسک به اصول کلی حاکم بر قراردادها، به‌ویژه اصل حاکمیت اراده است. مبنایی که به طرفین اختیار می‌دهد تا مسئولیت قراردادی را از طریق «شرط تبری» کاهش داده یا ساقط کنند، همان مبنایی است که به آن‌ها اجازه می‌دهد آن را

با «شرط تشدید مسئولیت» افزایش دهند. هر دو شرط، جلوه‌ای از اراده آزاد متعاقدين در شکل‌دهی به آثار قرارداد است. از این رو، چنین توافقی تا زمانی که با قواعد آمره و نظم عمومی در تضاد نباشد، در پرتو عمومات صحت شروط (مانند قاعده «المؤمنون عند شروطهم»)، معتبر ارزیابی می‌شود. در نتیجه، مخالفت این شرط با کتاب و سنت منتفی است، زیرا در چارچوب اختیاراتی قرار می‌گیرد که خود شارع به طرفین قرارداد اعطا کرده است.

شاید گفته شود که وقتی قرارداد فاسد باشد، چنین شرطی نیز به تبع اصل قرارداد از بین می‌رود خصوصاً که ماهیت رابطه عقد و شرط اصل و فرع است و فساد اصل، به حیات حقوقی فرع نیز خاتمه می‌دهد. به علاوه هدف متعاقدين از چنین توافقی آن است که ضمان بایع در استرداد ثمن در هنگام تحقق شرایط مسئولیت، تشدید گردد. در حقیقت جزئی از پیکره و جوهره اصلی قرارداد است که به آن وابستگی دارد؛ حال در صورتی که ثابت گردد که قرارداد بیع به جهت اینکه جهتی نامشروع دارد، باطل است. بر این اساس، شروط ضمن آن از جمله تعهد بایع به تسلیم مبیع در موعد مقرر نیز خاتمه می‌یابد؛ زیرا بطلان اصل، بطلان فرع را در پی دارد. به تعبیر واضح‌تر، چارچوب اراده و توافق طرفین فرضی را شامل می‌گردد که بطلان عقد قطعی است و تبعاً تملیکی نیز تحقق نیافته است؛ بنابراین چنین شرطی را باید توافقی مستقل شمرد که مشمول عمومات و جوب وفای به عقد مانند عمومات المسلمون عند شروطهم (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۷، ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۸، ۱۶) و «... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مانده، آیه ۱) است و ایراد به بطلان آن به جهت فساد عقد نمی‌تواند پذیرفته شود. برخی فقهای معاصر نیز در مورد شرط تشدید ضمان درک به نحوی که دو برابر ثمن قرار داده شود، بر نفوذ و اعتبار آن تصریح کرده‌اند. متن استفتاء و جوابیه ایشان این است: «زید ملکی می‌فروشد و در قباله می‌نویسند: بایع به حسب عقد لازم، ملتزم شد الی پنجاه سال قمری از عهده عوض ما ظهر فساد و غرامت وارده بر مشتری الی ضعف الثمن (تا دو برابر قیمت) از عهده بر آید. این التزام چه صورت دارد؟ منافی با ضمان درک نیست و عیبی ندارد یا خیر؟ پاسخ: بلی التزام مذکور در ضمن عقد ضرر ندارد. بلکه مؤکد ضمان درکی است که اگر این التزام هم نبوده ثابت بود.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ق: س ۲۸۲، ۱۷۳).

با عنایت به اینکه شرط ضمن عقد با اینکه مندرج در ضمن یک قرارداد فاسد است، اما تبعیت نکرده و باطل نگردیده است. باید گفت: منای تبعیت شرط از عقد در صحت و بطلان، اراده متعاقدين است؛ بنابراین اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند در فرضی که اراده طرفین اعتبار چنین شرطی را مورد توافق قرار دادند، آن را معتبر و لازم‌الاجراء دانست.

۲-۲. شرط تشدید ضمان درک در حقوق ایران

موافق ماده ۲۳۰ قانون مدنی، طرفین قرارداد می‌توانند به جهت جبران خسارت هرگونه تخلف از ناحیه متعاقدين، طرف قراردادی را به هر مبلغی ملزم نمایند (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۰۰). این مسئله ذیل ماده ۱۰ قانون

مدنی و قراردادهای نامعین خصوصی که در چارچوب حاکمیت اراده طرفین صورت می‌گیرد، قابل توجیه است و موجب الزام ایشان به وفای به آن می‌گردد. این مسئله با عنایت به اینکه در تضاد با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست از اعتبار و نفوذ مؤثری در روابط معاملی برخوردار است؛ بنابراین با تکیه بر مقرر ۲۳۰ قانون مدنی می‌توان در ضمن قرارداد شرط نمود که هر گاه طرفین قرارداد از تعهدات خویش تخلف ورزیدند، مثلاً مبیع مستحق‌للغیر درآید، مبلغی به‌عنوان وجه التزام در جهت تشدید ضمان درک بردارند. علی‌رغم اینکه نسبت به امکان تشدید ضمان درک در مقررات صراحتی یافت نمی‌شود، اما ماده ۱۰ قانون مدنی که قاعده کلی لزوم تعهدات را بیان می‌نماید، شامل مورد مزبور می‌شود. علاوه‌بر آنکه به دستور ماده ۲۳۰ قانون مدنی طرفین معامله می‌توانند خسارات ناشیه از بطلان قرارداد را قبلاً با توافق یکدیگر معین نمایند، اگرچه چندین برابر خسارت واقعی باشد و در مورد مستحق‌للغیر برآمدن مبیع مبلغ زائد بر ثمن که به‌عنوان وجه التزام قرار داده می‌شود، به‌عنوان خساراتی است که در اثر بطلان معامله متوجه مشتری شده است» (امامی، بی‌تا: ج ۱، ۴۷۳). در این رویکرد، ضمان درک نتیجه تخلف فروشنده در انجام تعهدات قراردادی خویش در تملیک و تسلیم مبیع است که موجب گردیده طرفین موافق ماده مزبور میزان خسارت وارده به خریدار را از قبل تعیین نمایند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۳۲).

در نقد این رویکرد شاید گفته شود: استدلال به ماده ۲۳۰ قانون مدنی برای اعتباربخشی به شرط تشدید ضمان درک صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا علاوه‌بر اینکه مقصود قانون‌گذار، شرط ضمن عقد است و با فساد اصل قرارداد، فرع نیز باطل می‌گردد که البته پاسخ این مسئله داده شد. چالش دیگری که می‌تواند بر استناد به ماده مزبور وارد گردد این است که ماده مزبور ناظر به عقود صحیحی است که نقض یکی از تعهدات طرفین با جرمه وجه التزام مواجه گردیده است و شامل فرض حاضر که فروشنده متعهد به پرداخت مبلغی به جهت فساد بیع است، نمی‌شود. حال با عنایت به این مسئله، مقدار مبلغ اضافی که به جهت شرط تشدید پرداخت می‌گردد، نوعی خسارت وارده به یکی از طرفین در اثر استحقاق غیر است «هرچند 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 مهم‌ترین 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.

(البته) 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» (داورزنی و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۵۰-۱۵۱). چالش دیگری که می‌تواند طرح گردد، این است که

وقتی استحقاق غیر در مبیع یا ثمن احراز می‌گردد، اصل قرارداد باطل می‌گردد و با فرض بطلان اصل قرارداد، شرط ضمن آن نیز به تبع از بین خواهد رفت (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۲۹). این نگاه در حقیقت متکی به اجرای قاعده تبعیت شرط از عقد در مانحن فیه است که مستند به ماده ۲۴۶ قانون مدنی است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله به به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود.»

هرچند ماده ۲۳۰ قانون مدنی به طرفین قرارداد اختیار می‌دهد تا خسارت ناشی از تخلف را به هر مبلغی تعیین نمایند، اما پذیرش مطلق این اختیار با اصول بنیادین حقوقی مانند عدالت معاوضی، نظم عمومی و اخلاق حسنه در تعارض است و این پرسش را مطرح می‌کند که حدود پذیرش شرط تشدید مسئولیت تا کجاست؟ اعتبار این شروط با محدودیت‌هایی مواجه است که در ادامه به تفصیل بررسی می‌شود.

نخستین مورد نقض عدالت معاوضی و وجه التزام نامتعارف است. یکی از مهم‌ترین ایرادات قابل طرح بر اعتبار مطلق شرط تشدید ضمان، احتمال نقض عدالت معاوضی است. هدف از وجه التزام، جبران خسارت است، نه ابزاری برای سوداگری یا دارا شدن ناعادلانه. در صورتی که مبلغ توافق شده به قدری گزاف و نامتعارف باشد (مانند شرط پرداخت ده برابر قیمت روز ثمن)، تعادل اقتصادی عقد را به نحو فاحشی برهم زده و آن را از ماهیت معاوضی خود خارج می‌کند. در چنین شرایطی، شرط مذکور به دلیل برهم زدن اساس معامله و تبدیل آن به یک توافق غیر منصفانه، ممکن است اعتبار خود را از دست بدهد؛ دیگر ایراد قابل طرح، مخالفت با نظم عمومی اقتصادی و اخلاق حسنه است.

اصل حاکمیت اراده که در ماده ۱۰ قانون مدنی تجلی یافته، توسط اصول بالادستی محدود می‌شود. شرط تشدید مسئولیت اگر مخالف نظم عمومی اقتصادی یا اخلاق حسنه باشد، فاقد اعتبار خواهد بود. وجه التزام‌های بسیار سنگین که جنبه کیفری صرف پیدا کرده و موجب اخلال در روابط متعارف اقتصادی می‌شوند، می‌توانند مصداقی از شروط مخالف نظم عمومی اقتصادی تلقی شوند؛ مورد سوم، امکان تعدیل قضایی وجه التزام است. این سؤال مطرح است که آیا دادگاه در حقوق ایران می‌تواند وجه التزام نامتعارف را تعدیل کند؟ با وجود ظاهر ماده ۲۳۰ قانون مدنی که به نظر می‌رسد دست دادگاه را بسته است، دکترین حقوقی و رویه قضایی به سمت پذیرش امکان تعدیل در شرایط استثنایی حرکت کرده است. هنگامی که عدم تناسب فاحش میان وجه التزام و خسارت واقعی وجود داشته باشد و اجرای شرط منجر به نتایج آشکارا ناعادلانه گردد، دادگاه می‌تواند با استناد به اصول کلی حقوقی مانند قاعده «لاضرر»، «منع سوءاستفاده از حق» و لزوم رعایت انصاف، در جهت تعدیل مبلغ وجه التزام اقدام نماید. این رویکرد از تبدیل شدن قرارداد به ابزاری برای ظلم و اجحاف جلوگیری کرده و عدالت را تأمین می‌کند. بنابراین، اگرچه شرط تشدید ضمان درک در حقوق ایران معتبر است، اما این اعتبار نامحدود نیست. دادگاه در مواجهه با شروطی که به صورت فاحش عدالت معاوضی را نقض کرده و با نظم عمومی در تضاد باشند، می‌تواند نسبت به تعدیل یا ابطال آن‌ها اقدام کند.

از نگاه پژوهش حاضر مبتنی بر فقه امامیه و حقوق ایران، تبعیت شرط از عقد در بطلان محل مناقشه است؛ زیرا منشأ ضمان درک حکم قانون‌گذار بوده و منشأ قانونی دارد. به همین جهت قانون مدنی در ماده ۳۹۰ مقرر می‌دارد: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌للغیر در آید، بایع ضامن است، اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد» بنابراین تصریح نمودن به آن ضرورتی ندارد. تلقی به بطلان چنین شرطی، در واقع به معنای این است که شرط ضمان ناشی از استحقاق غیر باطل اعلام گردد که مخالف نص صریح قانون‌گذار است؛ زیرا ضمان درک، حکمی قانونی است که طرفین با درج چنین شرطی، صرفاً در جهت تشدید مسئولیت خویش گام برداشته‌اند. به علاوه این انگاره که با ثبوت فساد بیع، شرط تشدید ضمان نیز منتفی گردد با مانع مواجه است؛ زیرا مقصود طرفین قرارداد از چنین توافقی آن است که مسئولیت بایع در هنگام تحقق مسئولیت رد ثمن تشدید گردد، یعنی توافق مزبور ناظر به فرضی است که فساد عقد مسجل گردیده و به تبع آن تملیکی نیز صورت نگرفته است.

۲-۱. تحلیل آرای وحدت رویه شماره ۷۳۳ و ۸۱۱ در خصوص نحوه جبران غرامات

یکی از مهم‌ترین چالش‌ها در مبحث ضمان درک، نحوه محاسبه «غرامات» وارده به مشتری جاهل موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی بود. برای سال‌ها، شعب مختلف دادگاه‌ها در این خصوص رویه‌های متفاوتی داشتند؛ برخی صرفاً حکم به استرداد ثمن معامله می‌دادند و برخی دیگر، با توجه به تورم شدید و کاهش ارزش پول، فروشنده را به جبران کاهش ارزش ثمن نیز محکوم می‌کردند. این اختلاف رویه منجر به صدور دو رأی وحدت رویه مهم از سوی دیوان عالی کشور گردید.

رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ (مورخ ۱۵/۷/۱۳۹۳): این رأی به اختلاف نظرهای پایان داد و به صراحت اعلام کرد که عبارت «غرامات» در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، کاهش ارزش ثمن را نیز شامل می‌شود. طبق این رأی، در صورتی که مبیع مستحق‌للغیر درآید و مشتری به فساد معامله جاهل باشد، بایع علاوه بر بازگرداندن اصل ثمن، مکلف است کاهش ارزش آن را نیز جبران کند؛ زیرا ثمن در اختیار بایع بوده و جبران خسارت مشتری جاهل ضروری است. باین حال، این رأی در خصوص نحوه محاسبه این کاهش ارزش سکوت کرده بود که این امر خود موجب بروز اختلاف جدیدی شد: آیا کاهش ارزش باید بر اساس شاخص تورم اعلامی بانک مرکزی (موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی) محاسبه شود یا بر اساس قیمت روز ملک مشابه؟^۱

رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱ (مورخ ۱/۴/۱۴۰۰): این رأی در تکمیل رأی قبلی و برای رفع ابهام از نحوه محاسبه غرامت صادر شد. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این رأی تکلیف را به طور کامل مشخص کرد و مقرر داشت: میزان غرامت (کاهش ارزش ثمن) باید بر اساس میزان افزایش قیمت (تورم) اموالی که از نظر نوع و اوصاف مشابه همان مبیع هستند، تعیین گردد. این رأی به صراحت موضوع را از شمول ماده ۵۲۲ قانون آیین

1. qavanin.ir/Law/TreeText/?IDS=9622329446005305931

دادرسی مدنی خارج کرد و تأکید نمود که دادگاه باید در صورت لزوم با ارجاع امر به کارشناس، قیمت روز ملک مشابه مبیع را مشخص و فروشنده را به پرداخت آن محکوم نماید. هدف این رأی، جبران کامل خسارت مشتری و بازگرداندن قدرت خرید اوست، به نحوی که بتواند ملکی مشابه آنچه از دست داده است را تهیه کند.^۱ قاعده حقوقی استخراج شده از این دو رأی وحدت رویه دارای ماهیت آمره است و توافقی برخلاف آن اعتبار ندارد. هدف این آراء، حمایت از خریدار جاهل، جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه فروشنده و حفظ نظم عمومی اقتصادی است. بنابراین، طرفین نمی‌توانند ضمن قرارداد شرط کنند که در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، فروشنده از پرداخت غرامت معاف است یا اینکه غرامت صرفاً بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه شود. این قاعده یک حداقل برای جبران خسارت تعیین می‌کند؛ لذا شرطی که این حداقل را نادیده بگیرد باطل است، اما همان‌طور که پیش‌تر بحث شد، توافقی بر تشدید مسئولیت و تعیین مبلغی فراتر از آنچه در این آراء آمده (مانند پرداخت قیمت روز ملک مشابه به علاوه درصدی به عنوان وجه التزام) کاملاً معتبر خواهد بود.

۳-۲. شرط تشدید ضمان درک در حقوق عراق

در تحلیل و بررسی این مسئله در حقوق عراق باید گفت: گاهی طرفین قرارداد نسبت به افزایش احکام ضمان با یکدیگر توافق می‌نمایند، به نحوی که فروشنده متعهد به بیشتر از چیزی که قواعد کلی بر عهده وی گذاشته است، ملتزم می‌گردد که حالتی نادر است. زیرا ضوابط و قواعد مربوط به ضمان، مشتمل بر احکام حمایتی از حقوق خریدار در قبال فروشنده (در فرض احراز استحقاق غیر) نسبت به رجوع خریدار به وی است و ضرورت دارد تراضی طرفین نسبت به تشدید مسئولیت طرفین، در قرارداد تصریح گردد تا به توافقی مزبور که مازاد بر تصریح قانون‌گذار است، رسمیت بخشیده شود و منصوص اراده طرفین باشد (منصور، ۲۰۰۶م: ۳۰۶). قانون‌گذار عراق در ماده ۵۵۶ به این مسئله تأکید کرده و مقرر می‌دارد: «متعاقدين می‌توانند با توافقی خاص، ضمان استحقاق را افزایش داده یا از آن بکاهند یا آن را ساقط نمایند».^۲ ازجمله مصادیقی که می‌توان برای تشدید ضمان متبایعین فرضی است که نسبت به آن طرفین قرارداد توافق می‌کنند، تشدید مسئولیت پرداخت قیمت هزینه‌های اضافی انجام شده توسط خریدار است که حتی در فرضی که فروشنده دارای حسن نیت باشد (قداده، ۲۰۰۰م: ۳۹۳-۳۹۴).

مشتری می‌تواند تمامی هزینه‌هایی را که برای مبیع نافع بوده و پرداخت کرده است مطالبه نماید. البته نسبت به هزینه‌های ضروری، باید خریدار موافق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به مستحق رجوع کند.^۳ البته در صورتی که

1. <https://qavanin.ir/Law/TreeText/?IDS=5338894400642826892>

۲. ماده ۵۵۶: «۱. يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص ان یزیدافی ضمان الاستحقاق او ان ینقصا منه او ان یسقطا هذا الضمان...».
۳. ماده ۱۱۶۷: «۱. علی المالك الذي رد الیه ملكه ان یؤدی الی الحائز جميع ما انفقه من المصروفات الاضطراریة والمصروفات الاضطراریة هی المصروفات غیر العتیادیة التي یضطر الشخص الی انفاقها لحفظ العین من الهلاك؛ ۲. اما المصروفات النافعة فتسري فی شأنها احکام المواد (۱۱۱۹ و ۳۱۱۲۰)». وإذا كانت المصروفات کمالیة فلیس للحائز ان یطالب بشيء منها وعلی ذلك یجوز له ان ینزع ما استحدثه منها علی ان یعید

فروشنده در قرارداد خرید و فروش حسن نیت داشته باشد، مطابق اصل، خریدار حق رجوع به وی در خصوص هزینه‌های اضافی که نسبت به مبیع کرده است، نخواهد داشت. اگرچه در صورتی که نسبت به این مسئله توافق بر تشدید ضمان گردد، رجوع خریدار به فروشنده صحیح است. بنابراین توافق بر تشدید مسئولیت بایع، خروج از قواعد کلی ضمان می‌باشد و موجب می‌گردد که فروشنده دارای مسئولیتی فراتر از چارچوب قواعد و ضوابط کلی مسئولیت گردد. ماده ۵۵۷ قانون مدنی عراق در این باره بیان می‌دارد: «۱. اگر در خصوص عدم ضمان با هم توافق کرده باشند، باز هم بایع در قبال هرگونه استحقاقی که ناشی از فعل خود وی باشد مسئول باقی خواهد ماند و هر شرطی که به خلاف این مطلب باشد باطل خواهد بود؛ ۲. ولی اگر استحقاق مبیع ناشی از فعل شخص ثالث باشد بایع فقط نسبت به باز پس دادن ثمن مسئول خواهد بود»^۱ بنابراین شایسته است که در تفسیر ماده مزبور، توسعه‌ای صورت نگیرد؛ زیرا افزایش ضمان موجب افزایش مسئولیت بایع خواهد بود (الزعی، ۱۹۹۳م: ۳۹۳-۳۹۴).

۲-۴. دیدگاه برگزیده

پژوهش حاضر علاوه بر تقویت مبانی و ادله نگرش صحت در مباحث فوق‌الذکر و پاسخ به رویکردهای بطلان شرط تشدید در تحکیم رویکرد صحت، ادله ذیل را نیز در این باره مفید ارزیابی می‌کند:

۲-۴-۱. اصل صحت

نسبت به صحت شرط تشدید ضمان درک، آیه یا روایتی به صورت خاص وارد نگردیده است. از این رو، نسبت به امکان اشتراط افزایش مسئولیت متبایعین تردید می‌شود که آیا عمل حقوقی صحیح است یا خیر؟ موافق قواعد و ضوابط عمومی فقهی حمل بر صحت می‌شود. چراکه اصل مزبور مبتنی بر اجماع، سیره عقلا و ظهور حال مسلمانان است.^۲

۲-۴-۲. ایجاد تضمین و اطمینان برای طلبکاران

یکی از اصول مهم در مبادلات تجاری، وجود اطمینان و اعتماد متقابل می‌باشد. اعتباربخشی به شرط تشدید ضمان درک متبایعین به عنوان یک ابزار حقوقی می‌تواند به این مهم تحقق بخشد. این رویکرد علاوه بر تطابق با نیاز جامعه اقتصادی و بازاری، جایگاه مهمی در تحکیم و تقویت اطمینان متقابل روابط معاملی اشخاص ایفا می‌نماید، همچنان که نتیجه آن رشد تولید و افزایش سرمایه‌گذاری خواهد بود؛ زیرا هنگامی که اعتماد و اطمینان حاکم بر روابط معاملی باشد، سرمایه‌گذار نیز از بازگشت سرمایه خویش اطمینان بیشتری

الشيء إلى حالته الأولى إل إذا أثر المالك أن يستقيها في نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع».

۱. ماده ۵۵۷: «۱. إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

۲. أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط ضمان العيوب الخفية».

۲. جهت آشنایی با مبانی و دلایل اصل صحت به مفهوم وضعی ر. ک: محقق داماد، قواعد فقه، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ۱۹۹.

خواهد داشت. در نتیجه، نفوذ و اعتبار توافق طرفین قرارداد بر تشدید مسئولیت متبایعین، در راستای ضرورت‌های اجتماعی و اطمینان بخشی به روابط اقتصادی کلان و خرد جامعه می‌باشد.

۲-۴-۳. اقتضاء قواعد عام اولیه و ثانویه

دلیل دیگری که می‌تواند این نگاه را تقویت کند، تمسک به عمومات ادله‌ای مانند «اوفوا بالعقود» و «الزعیم غارم» و اصل جواز معاملات مسلمانان، ضرورت، مصلحت و نیاز مسلمانان به چنین قراردادهایی است. در کیفیت استناد به قاعده عام اولیه اوفوا بالعقود باید گفت: با عنایت به اینکه شارع نسبت به این مسئله رویکرد صریحی ندارد، موافق اصل صحت چنین توافقی معتبر است. بر این اساس، باید توافق مزبور از ناحیه طرفین قرارداد معتبر شمرده شده و به آن وفا نماید و تخلف از آن برای طرف مقابل حق طرح دعوا و مطالبه خسارت را به دنبال خواهد داشت. به فرض که کسی استدلال به عمومات اوفوا بالعقود مبنی بر اعتبار شرط تشدید ضمان را نپذیرد، این رویکرد با توجه به قواعد عام ثانویه‌ای مانند ضرورت، اصل جواز معاملات مسلمانان و مصلحت تجاری بازار مسلمانان، قابل اعتبار است؛ زیرا علاوه بر اینکه وقتی اعتبار چنین شرطی در ضوابط فقهی تأیید می‌گردد و در چارچوب توافق طرفین گنجانده می‌شود، عدم وفای به آن سبب اختلال در امور تجاری و نظم متداول میان تجار و ورود ضرر می‌گردد، همچنان که ثبات و استحکام قراردادها را از بین می‌برد.

به علاوه با توجه به شرایط و اوضاع و احوال پیچیده‌ای که حاکم بر انعقاد قراردادهای امروزی استوار است و قرارداد نویسی امری حرفه‌ای و تخصصی است و درج چنین شروطی می‌تواند از خطرات ضرر و خسارات احتمالی به شدت جلوگیری نماید، خصوصاً در جایی که طرفین قرارداد به یکدیگر اعتماد چندانی ندارند. بنابراین مطابق قواعد ثانویه می‌توان در تصحیح برخی از فروع فقهی به ضرورت و مصلحت توجه نمود و آن را ملاک فتوا قرار داد. این مسئله در فقه نیز سابقه دارد، از جمله برخی فقها در مشروعیت بخشی به ضمان عهده با تکیه بر ضرورت و نیاز مسلمین بر این باورند با توجه به نیاز مسلمانان به ضمن عهده در روابط معاملی و اینکه بطلان چنین توافقاتی سبب تعطیلی برخی قراردادهای معاملی می‌گردد، باید قائل به صحت چنین قراردادهایی گردید، خصوصاً در فرضی که شناختی میان طرفین قرارداد وجود ندارد و پذیرش صحت شرط تشدید، تضمینی برای اطمینان بخشی به روابط معاملی طرفین قرارداد است (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۹، ۲۹۷). برخی دیگر نیز بیان می‌دارند: «ولعل تجویز ضمانه لعموم البلوی ودعاء الحاجه وإطباق الناس علی ضمان العهده» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۳، ۳۲۶). عده‌ای نیز، کثرت وقوع و نیاز به چنین قراردادهایی را به عنوان مبنای اتکای خویش در اعتبار و مشروعیت چنین قراردادهایی تلقی کرده‌اند (بحرالعلوم، ۱۴۰۴ق: ۳۴۲).

اعتبار بخشی به رویکرد صحت شرط تشدید در راستای هدف علم حقوقی یعنی حفظ نظم و امنیت حقوقی در جامعه دلیل دیگری قابل طرح است. این دلیل مبتنی بر عدالت و انصاف می‌باشد؛ زیرا نظم و پیشرفت در بستر گزاره‌های حقوقی هنگامی است که همگامی حقوق و ضرورت‌های اجتماعی و واقعیت‌های بازار تحقق

یابد و نهادهای حقوقی از انعطاف لازم در تسهیل امور مالی تجار در چارچوب قواعد عمومی قراردادهای برخورداری گردند. از جمله سازوکارهایی که می‌تواند در تسهیل سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه‌های سنگین نقش جدی داشته باشد، تشدید ضمان متبایعین در این باره می‌باشد. این نگرش می‌تواند تضمینی جدی برای جبران خسارات وارده بر زیان‌دیده بوده و از متضرر شدن و عدم جبران خسارات وی در چارچوب قواعد مسئولیت مدنی بکاهد. نتیجه اینکه پذیرش نگرش صحت، همگام با ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی بوده و می‌تواند در افزایش انگیزه طلبکاران و سرمایه‌گذاران نقش مؤثری ایفاء نماید (میری و همکاران، ۱۴۰۳: ۱۲۴).

دلیل دیگر در اعتباربخشی به این نوع از توافقات قراردادی، عدم ردع شارع و عدم نیاز به تداول این عقود در زمان شارع است. در تشریح این دلیل باید افزود: سؤالی وجود دارد که آیا اساساً عدم ردع شارع در مشروعیت یک عمل حقوقی چه نقشی دارد؟ آیا تشریع احکام توسط شارع، منحصر به قراردادهای متداول در زمان شارع بوده یا از حیث از تکازی شامل موارد دیگری نیز می‌گردد؟ پاسخ به این پرسش‌ها با رجوع به اصول و عموماً کلی شریعت مانند «أوفوا بالعقود، المسلمون عند شروطهم، والتجارة عن تراضٍ» نشانگر آن است که ماندگاری و ابدیت قوانین و مقررات و ضوابط شرعی و اعتباربخشی به توافقات در چارچوب آن‌ها یک اصل خدشه‌ناپذیر در نگاه شارع است. به همین جهت، برنامه‌ریزی شارع به نحوی است که در بستر تشریع قواعد مزبور بتواند پاسخ چالش‌ها و مسائل مستحدثه را تا ابدیت بدهد، به‌ویژه که دیگر بشر به وحی دسترسی ندارد. بر این اساس با تمسک به اصول کلی حاکم بر قراردادهای مانند عموماً المسلمون عند شروطهم (طوسی، ۱۴۰۷: ج ۷، ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۸، ۱۶) و «... أَوْفُوا بِالْعُقُود...» (مانده، آیه ۱) می‌توان مفاد اصول مزبور را به تمامی قراردادهایی که در زمان شارع وجود داشته یا ارتکاز آن موجود بوده تسری داد و در صحت انتساب همین کفایت می‌کند که شارع ردع نکرده است (درس خارج فقه استاد صانعی (کتاب رهن)، درس ۷۲، ۱۳۹۹/۱۰/۲۰)؛ حال با عنایت به توضیحات اخیر، نیازی به تداول عقودی مانند تشدید ضمان درک در زمان شارع نیست و صرف اینکه قراردادی مبتنی بر عموماً و ضوابط کلی فقه اسلامی باشد، معتبر است. در فرض حاضر نیز چنین توافقاتی با عنایت به عدم ردع شارع و با توجه به نقشی که در تحکیم و تقویت اعتماد متعاملین و رشد سرمایه‌گذاری دارد، بایستی معتبر شمرده شود و رویکرد تفسیری مضیق از روایات و توقف در عقود زمان شارع در تضاد با پویایی فقه اهل بیت (ع) است.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با هدف سنجش اعتبار شرط تشدید ضمان درک، به نتایج دقیقی در سه حوزه فقه امامیه و حقوق ایران و حقوق عراق دست یافت. در فقه امامیه، یافته‌ها نشان می‌دهد که شرط تشدید ضمان معتبر و صحیح است. اعتبار این شرط نه بر پایه استدلال‌های اولویت‌محور، بلکه بر اصول بنیادینی همچون اصل حاکمیت اراده و عموماً فقهی استوار است. مبنایی که به طرفین اجازه اسقاط ضمان را می‌دهد، همان مبنایی

است که اختیار تشدید آن را نیز فراهم می‌آورد و در نتیجه، این شرط مخالف کتاب و سنت تلقی نمی‌شود. در حقوق ایران، قانون‌گذار با به رسمیت شناختن اصل آزادی قراردادی، اعتبار شرط تشدید ضمان درک را تأیید می‌کند. با این حال، این اعتبار مطلق نیست و با محدودیت‌های مهمی روبه‌روست. در پاسخ به چالش وجه التزام‌های نامتعارف، مشخص شد که این شروط توسط اصول بالادستی مانند عدالت معاوضی و نظم عمومی اقتصادی محدود شده و از طریق امکان تعدیل قضایی قابل کنترل هستند. علاوه بر این، در خصوص نحوه جبران خسارت، آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور یک قاعده آمره ایجاد کرده‌اند که بر اساس آن، غرامت وارده به مشتری جاهل باید حداقل معادل قیمت روز مبیع مشابه باشد. این قاعده، کف تعهدات فروشنده را مشخص می‌کند و شرط تشدید مسئولیت می‌تواند بر مبنای آن، مبلغی فراتر را مقرر نماید.

در نظام حقوقی عراق، قانون‌گذار با رویکردی صریح، تکلیف موضوع را روشن ساخته و به طرفین قرارداد صراحتاً اجازه داده است که میزان ضمان درک را از طریق توافق، افزایش، کاهش یا حتی ساقط نمایند که این امر نشان‌دهنده پذیرش کامل اصل حاکمیت اراده در این حوزه است.

در یک جمع‌بندی نهایی، رویکرد صحت مقید (صحیح دانستن شرط همراه با پذیرش محدودیت‌های آن) با موازین فقهی و حقوقی تطابق بیشتری دارد. این دیدگاه که با ادله‌ای چون اصل صحت، قواعد عمومی قراردادها و ایجاد تضمین در روابط اقتصادی تقویت می‌شود، نه تنها به اراده آزاد طرفین احترام می‌گذارد، بلکه با تعیین چارچوب‌هایی نظیر عدالت معاوضی و نظم عمومی، از بروز نتایج ناعادلانه جلوگیری می‌کند.

منابع

قرآن کریم

- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان**. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۸). **حقوق مدنی**. جلد ۱، چاپ بیستم. تهران: کتابفروشی اسلامییه.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۵). **المکاسب**. چاپ چهارم. قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
- بازگیر، یدالله (بی تا). **آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی**. تهران: ققنوس.
- بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۴ق). **بلغة الفقیه**. چاپ چهارم. تهران: نشر مکتبه الصادق.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). **مجموعه محشی قانون مدنی**. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (بی تا). **ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (القديمة)**. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی، ابن ادریس (محمد بن احمد) (۱۴۱۰ق). **السرائر**. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). **مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة**. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). **تذکره الفقهاء**. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۹ق). **نهاية الإحكام فی معرفة الأحکام**. چاپ اول. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی، فخرالمحققین محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). **ایضاح الفوائد**. چاپ اول، جلد ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خضری، خمیس (۱۹۸۴). **العقود المدنية الكبيرة: البيع والتأمين والإيجار**. القاهرة: دار النهضة العربية. الطبعة الثانية.
- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱ق). **کتاب البيع**. چاپ اول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). **مصباح الفقاهة (المکاسب)**. بی جا: بی نا.
- داورزنی، حسین و رضوی، سید محمد (۱۳۸۹). «اثر قرارداد در تعدیل ضمان درک». **دوفصلنامه تخصصی اسلام پژوهی**، شماره ۴.
- روحانی قمی، سید صادق (۱۴۲۹ق). **منهاج الفقاهة**. چاپ پنجم. قم: انوار الهدی.
- الزعبی، محمد یوسف (۱۹۹۳م). **العقود المسماة - شرح عقد البيع فی القانون المدني**. الأردن: مکتبه اتحاد الامارات المجموعات العامة. الطبعة الأولى.
- سلطان، أنور و العدوی، جلال (۱۹۶۶م). **العقود المسماة، عقد البيع**. الإسکندرية: مطابع رمسيس.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). **حقوق مدنی: ۶ عقود معین یک**. تهران: مجد.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). **حقوق مدنی**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طرابلسی، عبدالعزيز بن براج (۱۴۰۶ق). **المهذب**. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. چاپ سوم. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. چاپ چهارم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشّی کلانتر)*. چاپ اول. قم: کتابفروشی داوری.

عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*. چاپ اول. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد في شرح القواعد*. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *تفصيل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
قداده، خلیل أحمد حسن (۲۰۰۰م). *الوجيز في شرح القانون المدني - العقود المسماة*. مصر: بی‌نا. کتاب الأول.
قزوینی، سید علی (۱۴۲۴ق). *ینایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

قزوینی، ملا علی (۱۴۱۴ق). *صیغ العقود و الإیقات (محشّی)*. قم: شکوری.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *عقود معین*. جلد ۱. چاپ سیزدهم. تهران: چاپخانه حیدری.
مامقانی، محمدحسن (۱۳۱۶). *غایة الآمال*. چاپ اول. قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
متین، احمد (۱۳۸۱). *مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، نظرات دیوان عالی کشور از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰*. تهران: رهام.
محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه*. چاپ دوازدهم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محمّدی، پژمان (۱۳۹۱). «ضرورت قهری دانستن ضمان درک». *دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی*، دوره ۱، شماره ۲.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). *أنوار الفقاهة - کتاب البیع*. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
منصور، محمدحسین (۲۰۰۶م). *أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك*. مصر: دار الفكر الجامعی للنشر.
میری، مهدی، کرمی، فرزانه و ناصری‌فورگ، محمدیوسف (۱۴۰۳). «واکاوی فقهی حقوقی وثیقه‌گذاری برای دیون آینده». *فصلنامه علمی پژوهشی فقه*، دوره ۳۱، شماره ۱، پیاپی ۱۱۷.

نجفی، جعفر بن خضر مالکی کاشف‌الغطاء (۱۴۲۰ق). *شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر.

نجفی، محمد حسین بن علی بن محمد رضا کاشف‌الغطاء (۱۳۵۹ هـ.ق). *تحریر المجلة*. چاپ اول. نجف: المكتبة المرتضوية.
نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۵ق). *سؤال و جواب*. چاپ اول. تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.