



## The validity or invalidity of the condition of waiving the guarantee of understanding; a comparative analysis in Imamiyya jurisprudence, Iranian and Iraqi law

Mahdieh Najafpour <sup>1</sup>, Seyyed Abolghasem Hosseini Zaidi <sup>2</sup>, Mehdi Najafpour <sup>3</sup>,

1. Master's degree, Department of Law, Razavi University of Mashhad, Mashhad, Iran. (Corresponding author): Email: najafpournajafpouri@gmail.com

2. PhD, Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: abolghasem.6558@yahoo.com

3. Master's degree, Other University of Judicial Sciences and Administrative Services. Iran, Email: dr.gudge.mahdi@gmail.com

### Abstract

The warranty of understanding (the seller's commitment to return the price if the object of sale becomes entitled to another person) is one of the important effects of the contract of sale in various legal systems. However, the possibility of waiving this warranty through a clause in the contract has always been a matter of debate. This study, using a descriptive-analytical method and a comparative approach, examines the validity or invalidity of the condition of waiving the warranty of understanding in Imami jurisprudence, Iranian law, and Iraqi law. The findings of the study show that despite the existence of different views, the dominant theory in Imami jurisprudence and Iranian judicial practice (although there is no explicit legal text) is based on the invalidity of this condition. The Iraqi legal system, while accepting the possibility of limiting the warranty, also considers the condition of waiving or reducing it to be invalid in the event of the seller intentionally concealing a defect (or entitlement). This article argues that the approach to invalidating the clause of rescission is more robust for reasons such as opposing the requirements of the nature of the exchange contract, contradicting the rule prohibiting the addition of consideration and compensation, and conflicting with public order and the need to prevent fraud and the sale of property belonging to others. Accepting the validity of such a clause can lead to weakening public trust and the spread of economic disorder. Also, the effect of the buyer's knowledge and ignorance on his right of recourse to the seller has been examined.

**keywords:** Condition for waiver of guarantee, guarantee of understanding, entitled to another, public order, Imami jurisprudence.

**Received:** 03/02/2025; **Revised:** 07/05/2025; **Accepted:** 05/06/2025; **Published online:** 10/06/2025.

**How To Cite:** Najafpour M, Hosseini Zaidi SA& Najafpour M (2024). The validity or invalidity of the condition of waiving the guarantee of understanding; a comparative analysis in Imamiyya jurisprudence, Iranian and Iraqi law, *The Doctrine of Private Law in Islamic Countries*, 2(1), 79-96. <http://www.diplic.qom.ac>. doi.org/10.22091/diplic.2025.13301.1060

**Published by:** University of Qom **The Author(s)**

**Article type:** Research



## اعتبار یا بطلان شرط اسقاط ضمان درک؛ تحلیل تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق

مهدیه نجف پور<sup>۱</sup>، سید ابوالقاسم حسینی زیدی<sup>۲</sup>، مهدی نجف پور<sup>۳</sup>

۱. کارشناسی ارشد، گروه حقوق دانشگاه رضوی-مشهد، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول). رایانامه: najafpourmahdiye@gmail.com
۲. دکترای تخصصی دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی-مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: abolghasem.6558@yahoo.com
۳. کارشناسی ارشد سایر دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری. ایران، رایانامه: dr.gudge.mahdi@gmail.com

### چکیده

ضمان درک به معنای تعهد بائع به استرداد ثمن در صورت مستحق‌للغیر درآمدن میبایع، یکی از آثار مهم عقد بیع در نظام‌های حقوقی مختلف است. با این حال، امکان اسقاط این ضمان از طریق شرط ضمن عقد، همواره محل بحث بوده است. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و رویکردی تطبیقی، به بررسی اعتبار یا بطلان شرط اسقاط ضمان درک در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق عراق می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که علی‌رغم وجود دیدگاه‌های مختلف، نظریه غالب در فقه امامیه و رویه قضایی ایران (هرچند نص صریح قانونی وجود ندارد) بر بطلان این شرط استوار است. اگرچه شرط تحدید ضمان درک توافقی صحیح و مستقل بوده و مشمول عمومات وجوب وفای به عهد است. نظام حقوقی عراق نیز ضمن پذیرش امکان تحدید ضمان، شرط اسقاط یا کاهش آن را در صورت اخفای عمدی عیب (یا استحقاق) توسط بائع، باطل می‌داند. این مقاله استدلال می‌کند که رویکرد بطلان شرط اسقاط، به دلایلی همچون مخالفت با مقتضای ذات عقد معاوضی، مغایرت با قاعده منع جمع عوض و معوض و تعارض با نظم عمومی و لزوم جلوگیری از تقلب و فروش مال غیر، از استحکام بیشتری برخوردار است. پذیرش اعتبار چنین شرطی می‌تواند به تضعیف اعتماد عمومی و گسترش بی‌نظمی اقتصادی منجر شود. همچنین، تأثیر علم و جهل خریدار بر حق رجوع وی به بائع، نیز مبتنی بر فروض متعددی از جهل هر کدام از بائع و مشتری یا یکی از آن دو تحلیل می‌گردد.

واژگان کلیدی: شرط اسقاط ضمان، ضمان درک، مستحق‌للغیر، نظم عمومی، فقه امامیه.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۱۵؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۲/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۵؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰.  
استناد: نجف پور، مهدیه؛ حسینی زیدی، سید ابوالقاسم و نجف پور، مهدی (۱۴۰۴). اعتبار یا بطلان شرط اسقاط ضمان درک؛ تحلیل تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و عراق، *آموزه‌های حقوق خصوصی کشورهای اسلامی*، ۲(۱)، ۹۶-۷۹. <http://www.doi.org/10.22091/dplic.2025.13301.1060>



## مقدمه

اطمینان از مالکیت در معاملات، به ویژه در خرید و فروش اموال، یکی از ارکان اساسی ثبات اقتصادی و حقوقی است. ضمان درک، به عنوان تعهد قانونی فروشنده مبنی بر استرداد ثمن و جبران خسارات در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع (تعلق مال به دیگری)، نقشی حیاتی در تأمین این اطمینان ایفا می‌کند (ماده ۳۹۰ قانون مدنی ایران) پرسش مهمی که در قراردادها مطرح می‌شود آن است که آیا طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر، این ضمانت قانونی را ساقط کنند؟ به عبارت دیگر، «شرط اسقاط ضمان درک» از نظر فقهی و حقوقی چه وضعیتی دارد؟ اهمیت این پرسش با توجه به افزایش مبادلات و پیچیدگی‌های معاملات امروزی و همچنین بروز مواردی چون فروش مال غیر با توسل به شیوه‌های متقلبانه یا بدون اذن مالک، دوچندان می‌شود. فقدان نص صریح قانونی در حقوق ایران در این خصوص و وجود دیدگاه‌های متفاوت در فقه و حقوق، بر ابهام موضوع افزوده است. همچنین، نقش علم و جهل طرفین به خصوص خریدار، نسبت به وضعیت مالکیت مبیع در اعتبار یا عدم اعتبار این شرط محل تأمل است. پژوهش حاضر با هدف رفع این ابهامات و با استفاده از روش توصیفی تحلیلی، به مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی شرط اسقاط ضمان درک در سه نظام فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق عراق می‌پردازد. در حالی که پژوهش‌های پیشین به صورت گذرا به موضوع پرداخته‌اند، این تحقیق می‌کوشد با تحلیل عمیق مبانی فقهی و اصول حقوقی، ضمن تبیین دیدگاه‌های موجود، استدلال نماید که نظریه بطلان شرط اسقاط ضمان درک، با موازین عدالت، نظم عمومی و فلسفه وجودی ضمان درک، سازگاری بیشتری دارد و راهکاری جامع برای قانون‌گذار و رویه قضایی ارائه دهد.

موضوع ضمان درک و امکان تغییر احکام آن از طریق شروط قراردادی، پیش‌تر نیز مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است. از جمله، داورزنی و رضوی (۱۳۸۹) در مقاله «اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک» به بررسی تأثیر توافقات طرفین بر این ضمان و دیدگاه‌های مختلف در خصوص شروط تخفیف و تشدید مسئولیت پرداخته‌اند. همچنین، اکبر پورشالی (۱۳۹۷) در مقاله «ضمان درک با نگاهی بر شرط کاهش، افزایش و اسقاط آن» به‌طور خاص سه شرط کاهش و افزایش و اسقاط را در پرتو اصول حقوقی و با توجه به خلأ قانونی تحلیل کرده و به امکان اعتبار آن‌ها نظر داده است. نوآوری این پژوهش در تحلیل «شرط اسقاط ضمان درک» با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و رویکردی «مقارنه‌ای» میان فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق عراق است. این تحقیق در پی اثبات این مدعاست که دیدگاه «بطلان» شرط اسقاط، انطباق بیشتری با موازین فقهی و اصول حقوقی داشته و با ارائه نگرشی نوین که با در نظر گرفتن مبانی چون مخالفت با مقتضای ذات عقد، محذوریت جمع عوضین، تنافی با شرایط اساسی عقد معاوضی و نظم عمومی تقویت

می‌شود، در جهت پاسخگویی به نیازهای امروز و جلوگیری از افزایش بی‌اعتمادی و جرائم اقتصادی گام برمی‌دارد.

### 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

واژه ضمان در لغت به معنای بر عهده گرفتن و کفالت کردن است (فیروزآبادی، بی‌تا: ج ۴، ۲۴۳). همچنین در معانی متعددی مانند التزام، اشتغال و احتواء به کار رفته است (ابن منظور، بی‌تا: ج ۴، ۳۶۴). درک در لغت نیز به معنای قعر و انتهای هر چیزی است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۳۱۱؛ ابن زکریا، ۱۴۰۴ق: ج ۲، ۲۶۹؛ ابن عباد، ۱۴۱۴ق: ۲۰۸؛ طریحی، ۱۴۱۶ق: ج ۵، ۲۶۴). ضمان درک در متون فقهی مترادف ضمان عهده به کار رفته است؛ یعنی شخصی که از فروشنده نسبت به مستحق‌لغیر درآمدن مبیع در مقابل مشتری ضمانت می‌کند تا در فرض استحقاق، ثمن را به وی مسترد کند. به تعبیر دیگر ضمان درک در فقه به معنای ضمان عقدی است (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۳، ۳۴۷)، موافق معنای عقدی ضمان، شخصی از فروشنده در مقابل خریدار به موجب قرارداد ضمان تعهد می‌نماید که در فرض تعلق مبیع به غیر، وی از عهده رد ثمن برآید. از نگاه فقهای امامیه در بحث اخذ به شفعه، هنگام اعمال شفعه و پرداخت ثمن به مشتری و کشف استحقاق غیر در حصه مشاع و بطلان شفعه، به شفیع حق رجوع به مشتری را در جهت استرداد ثمن پرداختی خویش داده‌اند. مسئله رجوع شفیع به مشتری در چارچوب ضمان درک تحلیل گردیده و درک بر عهده مشتری قرار داده شده است نه بایع (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۲، ۱۲۴؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ج ۱، ۴۵۵).

نتیجه اینکه ضمان درک در فقه امامیه به معنای ضمان عهده یا عقد ضمان نسبت به رد ثمن مورد بحث قرار گرفته که اقتضای قاعده نیز دین بودن مورد ضمانت است، در حالی که در مورد ضمان عهده یا درک، در اکثر مصادیق، مضمون به دین نیست، بلکه عینی است که به دیگری تعلق دارد؛ لذا از جهت مضمون به می‌تواند قابل تقسیم به ضمانت دین و ضمانت درک باشد (قزوینی، ۱۴۱۴: ۹۱).

مسئله دیگری که در تبیین ماهیت ضمان درک در فقه امامیه باید مورد توجه قرار گیرد آن است که مسئولیت بایع فضولی در رد ثمن و جبران غرامات وارده به مشتری ذیل ضمان درک مورد بحث قرار نگرفته است و مانند قانون مدنی تحت عنوان باب مستقلی به نام ضمان درک وجود ندارد، بلکه ضمان درک در معنای ضمان عهده

ذیل عقد ضمان طرح گردیده است. در فقه امامیه تحلیل این مسئله یعنی مسئولیت بایع در رد ثمن و جبران غرامات وارده به مشتری، ذیل ابواب غصب و ضمان مقبوض به عقد فاسد مورد بحث قرار گرفته است. همچنین مسئولیت بایع و اصیل را در مقابل مالک و در ذیل آن مسئولیت بایع در مقابل مشتری نیز محل بحث و نظر فقها است (مامقانی، ۱۳۱۶: ج ۲، ۲۶۷؛ خویی، بی تا: ج ۳، ۸۵؛ خمینی، ۱۴۲۱: ج ۱، ۳۷۱؛ روحانی، ۱۴۲۹: ج ۳، ۲۵۳). به همین جهت برخلاف قانون مدنی در متون فقهی، ضمان بایع در رد ثمن خصوصاً باطل شدن قرارداد در اثر استحقاق غیر در مبیع نیست، بلکه هرگونه جهتی که موجب از بین رفتن اعتبار بیع می گردد؛ مانند جایی که متعاقدین واجد اهلیت نبوده یا مورد معامله مجهول است، بایع متعهد به باز پس دادن ثمن است (قزوینی، ۱۴۲۴: ج ۲، ۶۲۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۴۳). همچنین در فرضی که استحقاق غیر در مبیع احراز گردد، منحصر به رابطه حقوقی فروشنده و خریدار نیست، بلکه به رابطه میان مالک با فضول و اصیل نیز پرداخته می شود و بر این اساس، مشتری که تسلط بر مبیع دارد، در برابر مالک مسئولیت دارد (حلی، ۱۴۱۳: ج ۲، ۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲، ۳۰۱؛ عاملی، ۱۴۱۷: ج ۳، ۱۹۴).

## ۲-۱. مفهوم ضمان درک در حقوق ایران

در حقوق ایران درک یعنی غرامت و معنی ضامن درک، ضامن غرامت است و این غرامت عبارت است از بازگرداندن ثمن و منافع و خسارات در صورتی که مبیع مستحق للغیر درآید (ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و مبیع با منافع و خسارت اگر ثمن مستحق للغیر درآید مفهوم ضمان درک شامل موارد ذیل است: الف. اگر مبیع یا ثمن مستحق للغیر در آید؛ ب. بیع به جهتی از جهات باطل باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۴۱۴). غالباً در حقوق، ضمان مترادف با مسئولیت بوده و گاهی نیز به معنای تعهد و به عهده گرفتن تفسیر گردیده است. ماده ۳۶۲ قانون مدنی در این باره مقرر می دارد: «آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد از قرار ذیل است: ۱. به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می شود؛ ۲. عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می دهد؛ ۳. عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع ملزم می نماید؛ ۴. عقد بیع مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می کند.» همچنین منطبق بر ماده ۶۹۷ قانون مدنی، ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک ثمن یا مبیع در فرضی که مستحق للغیر درآید جایز است. لحاظ این دو مقرر نشانگر آن است که درک به معنای تدارک است. مقصود از ضمان درک یعنی اینکه در چارچوب یک عمل حقوقی معوض، یکی از عوضین مال غیر درآید که در این صورت طرفی که در ازای آن چیزی گرفته باید آن را بازگرداند؛ بنابراین موضوع ضمان درک از قواعد عمومی معاوضات در قانون مدنی است که ذیل مقررات عقد بیع مورد بررسی قرار گرفته و البته برخی منتقد این رویکرد قانون گذار شده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۷۳).

در اصطلاح حقوقی مقصود از درک مبیع این است که «معامله متعلق به شخص دیگری غیر از فروشنده درآید» واژه «ضمان» هم در این ترکیب در معنای «ضمان معاوضی» است. به این ترتیب در صورتی که مبیع

متعلق به دیگری باشد، فروشنده ضامن وجهی است که بابت ثمن چنین کالایی اخذ نموده است و باید به خریدار مسترد نماید. چنان که شق اول ماده ۳۹۱ قانون مدنی ایران بیان می‌دارد: «در صورت مستحق‌للغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد...» (رک: کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۲۲). ضمان دَرک در حقوق ایران منحصر به موردی است که مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌للغیر درآید و مالک قرارداد را تنفیذ نکند، زیرا در این صورت مانند معامله فضولی است که مالک از حق رد کردن آن برخوردار است. اما در فرضی که مبیع مستحق‌للغیر نباشد، بلکه دیگری دارای حق انتفاع یا ارتفاق باشد، بیع باطل نیست و ضمان دَرک تحقق نمی‌یابد. نهایت اینکه مشتری جاهل به این مسئله از حق فسخ قرارداد برخوردار خواهد بود.

ضمان در ترکیب ضمان دَرک یعنی هرگاه که مبیع در مالکیت شخص دیگری غیر از بایع باشد، فروشنده مسئولیت استرداد ثمنی که در مقابل مبیع را گرفته به مشتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲۲۲). قانون‌گذار در مقرر ۳۹۰ قانون مدنی در معرفی ضمان دَرک بیان می‌دارد: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌للغیر درآید بایع ضامن است، اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد» بر این اساس، در فرضی که مبیع به شخص ثالثی تعلق داشته باشد و مالک بیع را اجازه نکند، بایع باید اقدام به استرداد ثمنی که گرفته به مشتری نماید همچنان که مقررات مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ نیز در تبیین این مسئله دو مسئولیت برای فروشنده ضامن دَرک مبیع در نظر گرفته است: نخست تعهد به استرداد ثمن و دیگری تعهد به جبران خسارات و غرامات. ضمان دَرک از نگاه قانون‌گذار در بند دوم ماده ۳۶۲ قانون مدنی، به‌عنوان یکی از آثار عقد صحیح شمرده شده است امری که مورد انتقاد بسیاری از اندیشوران حقوقی قرار گرفته و ضمان دَرک را از آثار بیع باطل شمرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۸: ۴۶؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۱۱۴). استادان حقوق مدنی بر این باورند که نویسندگان قانون مدنی در بحث ضمان دَرک از مواد ۱۶۰۳ و ۱۶۲۵ به بعد قانون مدنی فرانسه تبعیت کرده‌اند و به همین دلیل، ضمان دَرک از آثار بیع صحیح شمرده شده است؛ زیرا ضمان دَرک در حقوق فرانسه معنای گسترده‌تری از مفاد مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی دارد و از آثار بیع صحیح است؛ زیرا ممکن است که مورد معامله مستحق‌للغیر نباشد، بلکه شخص ثالث استحقاق حقی مانند حق انتفاع یا ارتفاق را داشته باشد که در این صورت بیع صحیح است، اما بایع ضامن بوده و باید پاسخ دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ج ۱، ۲۲۲-۲۲۳).

ظاهر مسئله نشان می‌دهد که ضمان دَرک در معنای مورد نظر قانون‌گذار مدنی ایران، ریشه قراردادی داشته و جزء آثار توافق صحیح و ضمنی طرفین قرارداد است؛ البته برخی تلاش دارند تا حکم قانون‌گذار در مورد ضمان دَرک را منتسب به توافق طرفین سازند (محمدی، ۱۳۹۱: ۱۸۵-۲۰۷-۲۲۲). این رویکرد اختلافی به رویه قضایی نیز تسری یافته است، به‌عنوان نمونه: «در دعوایی 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 ۱۳۷۱/۹/۱۴ رأی مزبور را عیناً ابرام کرده است (بازگیر، بی‌تا: ۲۹۳)، البته شعبه

۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۹۱۴ مورخ ۱۸/۸/۱۳۱۸ برای ضمان درک مبنای قراردادی قائل است؛ زیرا آن را مقتضای اطلاق عقد شمرده است» (متن، ۱۳۸۱: ۷۲).

### ۳-۱. مفهوم ضمان درک در حقوق عراق

در حقوق عراق ضمان درک به معنای محرومیت خریدار از تمام یا بخشی از حقوق خویش در مبیع در نتیجه موفقیت شخص ثالث در اختلافی که با مشتری نسبت به مبیع یا حصول حقی که ادای آن مزاحمت برای مشتری تلقی می‌گردد، تفسیر می‌گردد. به عبارت دیگر، ضمان درک یعنی انتقال ملکیت مبیع از بایع به مشتری. یعنی فروشنده متعهد است که مبیع را موافق توافق قراردادی به وی تسلیم نماید؛ لذا بایستی مشتری از وضعیتی برخوردار باشد که بتواند تصرفات مالکانه لازمه استفاده از مبیع است را داشته و به نحوی برایش تضمین گردد. در واقع خریدار بدون مانع و با سهولت و به صورت مستمر متمتع از مبیع باشد و فرض تحقق این امر نیز هنگامی است که بایع نسبت به امتناع از هرگونه عملی که سبب محرومیت جزئی یا کلی مشتری مسئولیت داشته باشد (خضر، ۱۹۸۴: ۱۸۸). به علاوه التزام به ضمان محدود به قرارداد خرید و فروش نیست، بلکه در تمامی قراردادهای ناقل حق جریان دارد. تعهد نسبت به ضمان درک (ضمان استحقاق مال غیر) را باید تعهدی احتیاطی دانست؛ زیرا وقتی انجام تعهد فروشنده نسبت به ضمان تعرض (یعنی ممانعت و بازداشتن مشتری در انتفاع از مبیع) ممکن نباشد، اجرای عینی قرارداد مزبور به اجرای تعهد به نحو جبران خسارت مبدل می‌گردد، همچنان که مبنای تعهد بایع در جبران خسارت را نیز باید، مسئولیتی با منشأ قراردادی دانست (سلطان و العدوی، ۱۹۶۶: ۲۲۸).

### ۲. تحلیل وضعیت حقوقی شرط اسقاط ضمان درک در فقه امامیه

تحلیل و بررسی شرط اسقاط ضمان در فقه امامیه نیازمند تحلیل و بررسی عناصر مختلفی برای رسیدن به پاسخ نهایی است که گام به گام در ذیل مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. اندراج شرط اسقاط ضمان درک در ضمن قرارداد این اثر را ایجاد می‌کند که اگر پس از وقوع ایجاب و قبول، مبیع یا ثمن مستحق للغیر درآید، مشروطه نسبت به آن مسئولیتی نخواهد داشت که در نهایت چنین تعهدی با وصف رفع مسئولیت درک، ضمان بایع را به دنبال نداشته و ثمن مجاناً و بدون عوض به بایع تعلق خواهد داشت. این رویکرد با موازین فقهی امامیه سازگاری نداشته و مبتنی بر مبانی و دلایل فقهی ذیل صحیح به نظر نمی‌رسد:

#### ۲-۱. خلاف مقتضای ذات عقد بودن شرط اسقاط ضمان درک

علی‌رغم اینکه شرط مزبور با تکیه بر تراضی و توافق طرفین قرارداد و در ضمن عقد لازم شرط گردیده است، اما با عنایت به اینکه خلاف مقتضای ذات عقد بیع است، چنین شرطی باطل خواهد بود (رک: شیخ انصاری، ۱۳۸۸: ج ۳، ۱۷)، در نتیجه درج چنین شرطی موجب پایان یافتن حیات حقوقی قرارداد می‌شود. مبنای تضاد

چنین شرطی با مقتضای عقد نیز آن است که مضمون قرارداد بیع صرفاً «انشای تملیک عین در قبال عوض مالی» است و با توجه به چنین شرطی، انشاء توان تأثیرگذاری خود را از دست می‌دهد، زیرا بدون شک از لحاظ عرفی و شرعی، قراردادی می‌تواند مؤثر باشد که شرایط صحت آن موجود و موانع آن مفقود باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ ق: ج ۳، ۲۶۷). به علاوه، با توجه به اینکه اعتباربخشی به این شرط مساوی نفی جمیع آثار عقد به‌عنوان مؤثر خواهد بود و مسلماً نفی جمیع آثار، در نهایت اعتبار مؤثر را نیز با چالش مواجه می‌سازد که این مسئله نیز مؤیدی برخلاف مقتضای ذات عقد بودن چنین شرطی است. ضمناً نفوذ چنین شرطی اثر ظاهری عقد بیع یعنی اعطا عوض در مقابل تحصیل معوض را نیز با مانع روبه‌رو می‌کند، زیرا معنای صحت شرط اسقاط آن است که بایع بتواند مستحق چیزی گردد که استحقاقی نسبت به آن ندارد. چراکه با توجه به مستحق‌الغیر در آمدن مبیع، بایع به تعهد خویش مبنی بر تسلیم مبیع وفا نکرده است، لذا نمی‌تواند مالک عوض یا معوضی شود که پایه و اساس قراردادی آن را انجام نداده است.

مبنای دیگری که برخلاف مقتضای عقد بودن چنین شرطی مهر تأیید می‌گذارد، تطبیق آن با ضوابطی است که برخی فقها برای شرط خلاف مقتضای عقد بیان کرده‌اند، از جمله اینکه از نگاه ایشان باید به دلیل اثری که شرط خلاف آن در عقد توافق می‌شود، مورد توجه قرار گیرد و در فرضی که اطلاق و عموم آن به نحوی است شرط خلاف آن، در تضاد با ادله وجوب وفا است؛ یعنی باید اطلاق یا عموم آن را به وسیله دلایل وجوب وفا تخصیص و تقیید زد، در این صورت شرط عدم این اثر، فاسد بوده و خلاف مقتضای ذات عقد ارزیابی می‌گردد (همان، ۱۳۸۵: ج ۳، ۱۸). در تطبیق این مسئله بر شرط ضمان درک نیز باید افزود که شرط مذکور هنگامی که استحقاق غیر آشکار می‌گردد دقیقاً در نقطه مقابل عموم وجوب وفای به عقد قرار می‌گیرد. یکی از فقهای امامیه در قالب یک پرسش و پاسخ به سنجش صحت این شرط پرداخته است: ایشان در پاسخ به این پرسش که اگر در ضمن قرارداد شرط شود که در صورت استحقاق غیر در مبیع فروشنده مسئولیتی نداشته باشد، آیا چنین شرطی صحیح است یا خیر؟ با نفی اشکال در بطلان شرط، بر این باور است که اگر مبیع مستحق‌الغیر درآید و مالک قرارداد فروش مبیع را امضاء نکند، خریدار حق رجوع به فروشنده را دارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲. تنافی شرط اسقاط ضمان درک با شرایط اساسی عقد معاوضی

فقیهان تصریح کرده‌اند که بیع بدون ثمن باطل است. بر عدم تصریح به عدم ضمان در قرارداد بیعی که ایجاب آن به نحو «بعثک بلا ثمن» باشد، اشاره کرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۷). این مسئله مهر

۱. «سؤال زید قطعه ملکی را به عمرو فروخت و در ضمن آن عقد شرط کرده است که اگر مستحق‌الغیر برآید من درک نیستم. آیا چنین شرط صحیح است یا نه؟ جواب شرط مذکور در این سؤال بلا اشکال باطل است، پس اگر چنین مال مستحق‌الغیر 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، ملا محمد، شعائر الاسلام، ۱۳۸۵، ۲۶/۱).

تأییدی بر ضرورت وجود عوضین به عنوان شرایط اساسی عقود معاوضی مانند بیع اشاره می‌کند، حال آنکه این شرط از عدم تعهد فروشنده نسبت به تأمین مثنی در فرض استحقاق آن حکایت دارد. امری که وجود عوضین قراردادی را به عنوان یکی از ارکان اساسی عقد معاوضی با چالش مواجه می‌سازد.

## ۳-۲. تضاد شرط اسقاط با محذوریت جمع میان عوض و معوض

جمع شدن میان عوض و معوض در مالکیت یک شخص به اجماع فقهای امامیه صحیح نیست (عاملی (شهید اول)، بی تا: ۳۱۸)؛ بنابراین نمی‌توان در ضمن یک قرارداد بیع عوض قراردادی در اموال فروشنده داخل گردد، در حالی که معوض به جهت استحقاق غیر از آن خارج نگردد. بر این اساس شرط اسقاط ضمان با تأثیری که در قرارداد گذاشته و موجب جمع میان عوض و معوض در ملکیت یک شخص یعنی بایع فضولی می‌گردد، از اعتبار برخوردار نیست.

## ۴-۲. تحلیل صور علم و جهل بایع و مشتری به عدم استحقاق

نسبت به علم و جهل بایع و مشتری بر عدم استحقاق و تأثیر آن بر اعتباربخشی یا عدم آن باید سه فرض مختلف را مورد تحلیل و بررسی قرار داد:

### ۴-۱- جهل مشتری به عدم استحقاق

در فرضی که مشتری به عدم استحقاق بایع آگاهی ندارد، به سختی می‌توان با تکیه بر حاکمیت اراده و قاعده اقدام به چنین شرطی اعتبار بخشید و وی را ملزم به اعطاء عوض قراردادی نمود که معوض آن را دریافت نکرده است. به ویژه هنگامی که مالک اصلی از مشتری مطالبه مبیع را می‌کند که در این صورت، اعتبار شرط اسقاط ضمان درک، موجب سلب حق مشتری در مراجعه به بایع فضولی خواهد بود، امری که نتیجه‌اش مالکیت بایع بر ثمنی خواهد بود که معوض آن را نپرداخته و مستحق دریافت آن نخواهد بود؛ امری که در حکم اکل مال به باطل بوده و حرام است. در نتیجه با عنایت به توضیحی که گذشت وقتی چنین شرطی نمی‌تواند ایجاد مالکیت برای بایع فضولی نماید از درجه اعتبار ساقط گردیده و حیات حقوقی نخواهد داشت.

### ۴-۲. جهل بایع به عدم استحقاق و آگاهی مشتری

این فرض جزء مصادیقی است که می‌تواند معتبر شمرده شود، زیرا مشتری علی‌رغم آگاهی از عدم استحقاق و تهدیداتی که متوجه این بیع احتمالی است، خطر نموده و به چنین قراردادی ورود نموده است و اقدام به ضرر خویش نموده که نتیجه آن عدم امکان مراجعه به فروشنده خواهد بود. نظیر این فرض جایی است که مشتری به استحقاق غیر آگاهی دارد و از سویی ثمن قراردادی نیز در دست بایع تلف می‌گردد که در این فرض نیز مشتری امکان رجوع ندارد. امری که موجب گردیده برخی فقها (قمی، ۱۴۰۰: ج ۴، ۲۱۲؛ فشارکی، ۱۴۱۳: ۵۰۵؛ قمی، ۱۴۲۰: ج ۱، ۳۱۴) شرط ضمان درک به معنای اخیرالذکر را بپذیرند. به عنوان مثال برخی

فقها در بحث مسقطات خیار غبن، به امکان اسقاط آن پس از عقود و قبل از ظهور غبن اشاره کرده و بیان می‌دارند: «حتی بر فرضی که ظهور غبن شرط ثبوت و حدوث خیار تلقی گردد، امکان اسقاط آن قبل از ظهور غبن صحیح است، زیرا سبب مقتضی خیار که همان غبن واقعی است قبلاً به وجود آمده اگر چه مغبون نسبت به آن آگاهی نداشته است». در ادامه در تأیید این مسئله اشاره می‌کنند: «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 دَرک به هنگام ظهور استحقاق غیر را نیز درست می‌دانیم» (شیخ انصاری، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۷۳)، البته برخی فقها در تحلیل فرض اخیر بر این باورند که صحت اسقاط ضمان دَرک در صورتی است که ثمن تلف گردیده باشد، در غیر این صورت در فرض موجود بودن آن باید به مالک مسترد گردد (روحانی، ۱۴۲۹: ج ۵، ۴۳۷). عده‌ای نیز در تحلیل این موضوع، امکان تعمیم شرط مزبور را به فرض موجود بودن عین نیز تسری داده‌اند به این صورت که هدف از درج شرط عدم ضمان، اشتراط ملکیت بر ثمن باشد یا اینکه هدف، تملک ثمن در فرض مستحق‌الغیر درآمدن مبیع است یا اینکه هدف، عمومیت تملیک فعلی (که تملیک ثمن است) در هر فرضی که باشد اعم از اینکه تملیک ثمن همراه با عوض باشد و در فرض دیگر به صورت مجانی (ایروانی، ۱۴۰۶: ج ۲، ۳۳).

### ۲-۳. جهل بایع و مشتری به استحقاق

در این فرض که علاوه بر مشتری بایع نیز به استحقاق غیر آگاهی ندارد می‌تواند در فرضی که مشتری جاهل و بایع عالم بود داخل گردد؛ زیرا به نظر نمی‌رسد که علم و جهل بایع را در غاصبانه بودن ید وی مؤثر ارزیابی نمود. غاصبانه بودن ید وی از این جهت است که اگر مالی را به‌عنوان امانت اعم از مالکانه یا شرعی در اختیار داشته باشد، احتمال عدم آگاهی وی به استحقاق خلاف ظاهر است.

### ۳. تحلیل وضعیت حقوقی شرط اسقاط ضمان دَرک در حقوق ایران

پژوهش حاضر با بررسی‌هایی که انجام داده متکی بر مقررات قانونی، اصول حقوقی و قواعد عمومی قراردادی، بطلان این شرط را نتیجه گرفته است. این مسئله متکی به دلایل ذیل قابل توجه است:

با عنایت به قسمت آخر ماده ۳۹۰ قانون مدنی،<sup>۱</sup> ضمان دَرک مبتنی بر حکم قانون بوده و امری قهری است و ضرورتی به تصریح کردن آن در ضمن قرارداد نیست؛ بنابراین تصریح به آن در قرارداد صرفاً بیان حکمی قانونی است (نوین و خواجه‌پیری، ۱۳۸۲: ۱۰۱-۱۰۴). بر این اساس ماهیت ضمان دَرک را باید ضمانتی شمرد که با حکم قانون‌گذار ایجاد گردیده و جزء طبیعت بیع است، البته حکم قانون‌گذار مانع آن نیست که طرفین قرارداد در چارچوب اصل حاکمیت اراده قلمرو ضمان را گسترش یا تضییق نمایند. به تعبیر

۱. ماده ۳۹۰ قانون مدنی: اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌الغیر درآید بایع ضامن است اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد.

دیگر ضمان درک مبتنی بر ماهیت بیع یعنی «تسلیم در برابر تسلیم» است. با توجه به مطالبی که گذشت، شرط اسقاط ضمان درک، شرطی خلاف مقتضای عقد بوده و مفسد قرارداد نیز است. مبتنی بر مفهوم مخالف قسمت پایانی ماده ۳۹۱ قانون مدنی، خریدار در فرض علم به مستحق‌الغیر بودن مبیع، صرفاً از حق رجوع نسبت به ثمن برخوردار خواهد بود، زیرا علی‌رغم اینکه مشتری با علم و آگاهی اقدام زیانباری را به ضرر خویش مرتکب شده است، اما متوجه حکم قانون‌گذار مبنی بر ضمان درک بوده است. بنابراین در صورتی که مشتری علاوه بر آگاهی به مستحق‌الغیر بودن مبیع، شرط اسقاط ضمان درک را بپذیرد حق رجوع به ثمن را نخواهد داشت.

### ۳-۱. اشکال به مخالفت شرط اسقاط با قانون

نسبت به بطلان شرط به جهت مخالفت آن با حکم قانون امکان دارد گفته شود که ضمان ریشه قراردادی نداشته و ناشی از قرارداد خرید و فروش صحیح نیست و قانون‌گذار با وضع ماده ۳۰۱ قانون مدنی، فروشنده‌ای را که بدون استحقاق، ثمن را به عمد یا اشتباه اخذ کرده، ملزم به استرداد ثمن می‌نماید. حال این انگاره که آیا خریدار و فروشنده می‌توانند در ضمن یک قرارداد خصوصی حکم مزبور را معدوم سازند وجود دارد یا خیر؟ به تعبیر واضح‌تر آیا حکم ماده ۳۰۱ قانون مدنی در زمره قواعد امری یا تکمیلی قرار دارد که توافق خلاف آن معتبر باشد؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد که دلیلی بر امری بودن حکم مزبور وجود ندارد. به علاوه از بستر تحلیل مفهوم شرط اسقاط ضمان درک، تکمیلی بودن آن را می‌توان استنباط نمود به این صورت که طرفین قرارداد توافق می‌کنند که در فرض بطلان بیع، مبیع به تملیک بایع درآید. تملیک مزبور که به نحو معلق صورت گرفته در تنافی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست؛ بنابراین متکی به اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) قرارداد مزبور را باید محترم شمرد. به علاوه اگر همان‌گونه که قانون مدنی مقرر داشته ضمان درک، نتیجه توافق طرفین قرارداد و شرط ضمنی در بیع باشد، توافق مزبور از قدرت اخذ این شرط از عقد و حذف ضمان برخوردار است (احمدی آذر، ۱۳۹۵: ۱۲۶).

علی‌رغم این توجیه باید گفت: هنگامی که بایع از وضعیت استحقاق مبیع آگاهی دارد و مشتری را که جاهل به وضعیت مزبور است، فریب داده و با خدعه و نیرنگ، اقدام به فروش مال غیر و اخذ ثمن برای خویش می‌نماید، آیا می‌توان چنین مسئله‌ای را مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه ارزیابی نکرد؟ آیا حقیقتاً وقتی اثر چنین قراردادی در جایی که طرفین هر دو آگاه یا بایع آگاهی به استحقاق دارد منتهی به فروش مال غیر و تولید پرونده‌های بسیار می‌گردد، صرف اندراج چنین شروطی می‌تواند به منزله قراردادی ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی شمرده شده و از اعتبار حقوقی برخوردار باشد؛ به عکس اتخاذ چنین رویکردی در تضاد محض با حکم قانون‌گذار است. بنابراین، باید حکم قانون‌گذار را به جهت احتراز از چنین محذوریت‌هایی امری تلقی نموده و از بسترهای فسادزا که از درون چنین مقررات مبهمی تولید می‌گردد، جلوگیری کرد.

## ۳-۲. اشکال به دلیل مخالفت شرط اسقاط با مقتضای ذات عقد

در مخالفت شرط اسقاط ضمان دَرک شاید گفته شود که در عقد بیع، خریدار ثمن قراردادی را به فروشنده می‌دهد تا در مقابل آن مبیع را تحصیل کند، زیرا به قصد مبادله وارد قرارداد گردیده است؛ بنابراین در صورتی که در ضمن قرارداد شرط شود که در فرض عدم امکان تملک مبیع، ثمن در تملک فروشنده باشد، این شرط در تنافی با قصد مبادله خواهد بود و با جوهر بیع سازگار نیست (احمدی آذر، ۱۳۹۵: ۱۲۵).

در پاسخ به اشکالی که شرط اسقاط ضمان دَرک را صرفاً مخالف با قصد مبادله و نه مقتضای ذات عقد می‌داند، باید گفت: مقتضای عقد بیع، تبادل میان عوضین یعنی مثن و ثمن است و معنی شرط اسقاط ضمان درک، عدم تبادل مزبور نیست. اندراج شرط اسقاط ضمان دَرک با پیش‌بینی این مسئله صورت گرفته که اگر مبادله انجام نگیرد، فروشنده موافق قواعد موظف به استرداد ثمن به مشتری است. حال با پیش‌بینی شرط اسقاط ضمان درک، توافق گردیده که ثمن در ملکیت بایع باقی بماند و استرداد صورت نگیرد. به عبارت دیگر، اجرای چنین شرطی مشروط به این است که عدم وقوع یک قرارداد به معنای قانونی خویش اثبات گردد. در نتیجه چگونه می‌توان آن را منافی با مقتضای مبادله دانست؟ دیوان عالی کشور نیز در حکم شماره ۱۹۱۴-۱۸/۸/۱۸ شعبه ۴، ضمان دَرک را جزء مقتضای عقد بیع محسوب نکرده است؛ به همین جهت، اعتقاد به اعتبار شرط اسقاط ضمان دَرک پیدا کرده است.

مسئله دیگری که در سنجش عدم صحت شرط اسقاط تأثیرگذار است، هنگام آگاهی فروشنده به عدم مالکیت خویش است، زیرا در مواردی که شخص عمداً یا آگاهانه اقداماتی را انجام می‌دهد و منجر به ورود خسارت می‌گردد، شرط عدم مسئولیت توان کاستن از تعهدات وی نسبت به جبران خسارت را نخواهد داشت؛ زیرا اینکه در یک جامعه با تمسک به قرارداد به سود خویش، از اختیار و آزادی اضرار به دیگران برخوردار باشد، در تضاد با نظم عمومی حاکم بر تبادلات مالی قراردادی است و منتهی به رواج بی‌اعتمادی و بد اخلاقی و سوء استفاده می‌گردد. بر این اساس، شرط اسقاط ضمان دَرک به جهت فراهم آوردن زمینه سوء استفاده افراد از موقعیت قراردادی خویش در جهت ضربه زدن به دیگران و مواجهه‌ای که با نظم عمومی و اخلاق حسنه دارد از درجه اعتبار ساقط است خصوصاً در جایی که شخص با آگاهی کامل به این عدم استحقاق به دنبال درج چنین شرطی در ضمن قرارداد و رهایی خویش از مسئولیت است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۲۳).

در حقیقت فروشنده، با تکیه بر چنین شرطی به دنبال فریب دیگری برای بردن اموال وی است؛ امری که نوعی تدلیس بوده و باطل است. در ماده ۳۰۱ قانون مدنی هم تصریح می‌کند که «کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است، دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند» در نتیجه با وجود چنین شرطی، وارد کردن زیان به دیگران با فروش اموال غیر به ایشان به راحتی ممکن خواهد شد و افراد سودجو با سوء استفاده از این مسئله و با تکیه بر عدم اثبات شدن قصد اضرار به آزار دیگران مبادرت

می‌ورزند. به علاوه حتی در فرضی که کلاهبرداری و آگاهی فروشنده به استحقاق غیر اثبات گردد نیز امکان فرار از مسئولیت استرداد ثمن به واسطه شرط اسقاط امکان‌پذیر نخواهد بود، زیرا هیچ قرارداد خصوصی نمی‌تواند به یکی از دو طرف اختیار بدهد که با عمد و آگاهی به دیگری زیان وارد کند و از مسئولیت جبران خسارت معاف گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ج ۱، ۲۳۲).

#### ۴. تحلیل وضعیت حقوقی شرط اسقاط ضمان درک در حقوق عراق

تحلیل و بررسی امکان اسقاط شرط ضمان درک در حقوق عراق می‌تواند با تکیه بر سایر مقررات مرتبط با امکان اسقاط ضمان بایع در مقررات مرتبط و سنجش و تطبیق آن با فرض حاضر صورت گیرد؛ بنابراین ابتدا به بررسی مقررات مرتبط و احکام و آثار آن و سپس انطباق آن با فرض مسئله پرداخته می‌شود تا پاسخ به سؤال پژوهش حاضر منطبق بر رویکرد قانون‌گذار عراق تحصیل گردد و سپس با حقوق ایران به صورت مقارنه‌ای مقایسه گردد.

در حقوق عراق، ضمان فروشنده نسبت به عیوب مخفی کالا صرفاً در مواردی ساقط می‌گردد که توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده یا توسط اراده متعاقدين یا اراده ضمنی مشتری صورت گرفته باشد. اراده ضمنی مشتری که منجر به سقوط ضمان فروشنده می‌شود، در موارد ذیل صورت می‌گیرد:

۱. عدم اهتمام لازم در بررسی مبیع توسط خریدار: هنگام انعقاد عقد بیع، بایستی مشتری مبیع را به دقت بررسی نماید تا در صورت معیوب بودن، عیب آن را به فروشنده اطلاع دهد؛ حال در فرضی که مشتری اهتمام لازم و متعارف را در این جهت نداشته باشد، موافق بند ۱ ماده ۵۶۰ قانون مدنی عراق<sup>۱</sup> حق مشتری در ضمان بایع نسبت به خسارات و غرامات وارده از بین می‌رود. مقرر اخیر بیان می‌دارد: «اگر خریدار کالای فروخته شده را تحویل بگیرد، باید به محض اینکه بتواند وضعیت آن را بررسی کند. اگر عیبی را کشف کند که فروشنده مسئول آن است، باید فوراً آن را به فروشنده اطلاع دهد. اگر هر یک از این موارد را نادیده بگیرد، فرض بر این است که فروش را پذیرفته است. باین حال، اگر عیب از آن دسته عیوبی باشد که با بررسی عادی قابل کشف نیست و خریدار آن را کشف کند، باید به محض ظاهر شدن آن، فروشنده را از آن مطلع کند، در غیر این صورت فرض بر این است که فروش را پذیرفته است (و باید به آن پایبند باشد)»؛

۲. تصرف نمودن خریدار در مبیع پس از آگاهی از وجوب عیب: در فرضی که مشتری عیبی که از گذشته در مبیع وجود داشته را کشف نماید و پس آن تصرف مالکانه‌ای در مبیع انجام دهد، حق وی نسبت به ضمان فروشنده از بین می‌رود. اعم از اینکه شخص ثالث در مبیع حق عینی مانند رهن یا حق شخصی مانند اجازه به مبیع داشته باشد یا خیر. همچنین این مسئله در فرضی که خریدار پس از اطلاع از عیب کالا، عملی انجام

۱. ماده ۵۶۰: «إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقاً إذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يبادر بإخباره عنه، فإن أهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلاً للمبيع. أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه أن يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلاً للمبيع»

دهد که دلالت بر پذیرش کالای معیوب دارد، حق وی ساقط خواهد شد.<sup>۱</sup> همچنان که ماده ۵۶۶ قانون مدنی عراق بر این مسئله مهر تأیید می‌زند؛ زیرا ماده مزبور مقرر داشته که اگر مشتری بر وجود عیبی قدیمی در کالا آگاهی یابد اما با این وجود تصرف مالکانه در آن داشته باشد، خيار فسخ وی ساقط می‌گردد؛<sup>۲</sup>

۳. انصراف مشتری از حق ضمان: پیش‌بینی تعهد بایع نسبت به عیوب مخفی مبیع، ازجمله حقوق حمایتی قانون‌گذار عراق در جهت پشتیبانی از مصالح مشتری است؛ لذا در صورتی که مشتری با اراده و اختیار خویش از اعمال چنین حقی صرف‌نظر کند، موافق ماده ۵۶۷ قانون مدنی عراق مانعی نداشته و حق رجوع مشتری را ساقط می‌کند. لذا ماده ۵۶۷ در دو مورد، مورد استفاده قرار گرفته است: اول، انصراف مشتری و دوم، شرط برائت از عیوب که در بند بعدی مورد بحث قرار می‌گیرد؛

۴. شرط نمودن برائت از عیوب مبیع توسط بایع: موافق ماده ۵۶۷ قانون مدنی عراق،<sup>۳</sup> شرط برائت از عیوب مبیع معتبر و لازم‌الاجراست. البته قانون‌گذار عراق میان دو حالت تفکیک قائل شده است:

الف. حالت اول فرضی که مشتری حق رجوع به بایع را نسبت به ضمان تمامی عیوب ظاهر شده در مبیع از دست می‌دهد اعم از عیوبی که در هنگام قرارداد وجود داشته یا پس از قرارداد و قبل از قبض حادث گردیده است؛

ب. حالت دوم نیز جایی است که حق مشتری در رجوع به بایع صرفاً نسبت به عیوبی که موجود در مبیع در هنگام قرارداد است، ساقط می‌گردد اما حق وی در خصوص ضمان عیوبی که پس از قرارداد و قبل از قبض حادث می‌گردد، باقی است.

۵. گذشتن مدت‌زمانی که در طول آن مدت، خریدار اگر تمایل به رجوع به بایع برای ضمان عیوب مخفی می‌داشت، باید به بایع اطلاع می‌داد. قانون‌گذار عراق نیز به این مسئله در ماده ۵۷۰ قانون مدنی<sup>۴</sup> اشاره کرده و مقرر داشته: ضرورت دارد دعوی ضمان طی مدت ۶ ماه از هنگام تسلیم مبیع اقامه گردد. البته علی‌رغم این مسئله، نسبت به مدت (مرور زمان) در قوانین مختلف اختلاف وجود دارد، اگرچه ظاهر امر نشان می‌دهد که تعیین مدت مرور زمان باید با تبعیت از ماهیت قراردادها و ماهیت عیب و عرف مکانی صورت گیرد که انعقاد قرارداد خرید و فروش یا اقامه دعوا در آن انجام گرفته است (الفضل، ۱۹۸۹: ۱۴۰-۱۴۱). قانون‌گذار

۱. ر.ک: رأی دیوان عالی عراق، شماره ۳۰۶، ماده ۱، ۱۹۷۴، مورخ: ۱۹۷۴/۱۲/۳۱، انتشارات القضاة، شماره ۴، سال پنجم، ص ۴۳.

۲. ماده ۵۶۶ «إذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف المالك، سقط خياره»

۳. ماده ۵۶۷: «۱- إذا ذكر البائع ان في المعيب عيباً فاشتره المشتري بالعيب الذي سماه له، فال خيار له في رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر. ۲- وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب، او من كل عيب موجود بالمبيع، صح البيع والشروط وان لم يسم العيوب، ولكن في الحالة الاولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث»

۴. ماده ۵۷۰- ۱ لا تسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع، حتى لو لم يكشف المشتري العيب الال بعد ذلك، ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان مدة اطول. ۲- وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة لمروور الزمان اذا ثبت ان اخفاء العيب كان يغش منه. ۳- التزامات المشتري.

عراق در ماده ۹۶۸ قانون مدنی عراق<sup>۱</sup> این گونه مقرر نموده است که ۱. طرفین قرارداد می توانند با توافق میان خویش، مقدار ضمان را تعیین نمایند؛ ۲. با این حال در فرضی که فروشنده به عمد اقدام به مخفی نمودن عیب نماید، هر گونه شرطی که ضمان را ساقط نموده یا موجب کاستن آن گردد، باطل است.

موافق مقرر اخیر، طرفین قرارداد می توانند نسبت به مقدار ضمان ترازی نمایند یا نسبت به معافیت یا اسقاط آن توافق کنند؛ بنابراین قانون گذار عراق، این حق را به متعاقدين داده که می توانند در قبال هر گونه عیبی که در مبيع وجود دارد نسبت به اسقاط ضمان توافق نمایند و بایع را از هر گونه مسئولیتی مبرا کنند. همچنان که در موارد قراردادی خرید و فروش به شرط آزمایش و چشیدن مبيع نیز فروشنده نسبت به ضمان عیوب مخفی معاف از مسئولیت نیست و این امر به منزله شرط عدم ضمان ارزیابی نمی شود، مگر اینکه اراده خریدار از این مسئله به اسقاط ضمان از فروشنده تعلق گیرد. نسبت به اعتبار توافق و ترازی متعاقدين در معافیت از ضمان، تحقق چندین شرط ضرورت دارد: اولاً بایع عمداً اقدام به اخفای حق ثالث در مبيع نکرده باشد. بر این اساس اگر بایع علی رغم علم به این مسئله، اقدام به اندراج شرط معافیت از ضمان نموده باشد، مرتکب غش در قرارداد گردیده که در تنافی با اصل حسن نیت است؛ بنابراین بایع حق اشتراط عدم مسئولیت خویش را در این باره با غش و فریبکاری ندارد و لذا اگر تعرض ثالث موجب گردد که استحقاق وی در مبيع محرز گردد، شرط معافیت از ضمان مندرج در قرارداد باطل بوده و مورد عمل قرار نخواهد گرفت و ذمه بایع نسبت به ضمان درک مشغول است (ابو دلو، ۲۰۰۰: ۱۹۷).

ثانیاً تعرض و استحقاق مبيع نشئت گرفته از فعل فروشنده نباشد؛ یعنی اگر در فرضی فروشنده در ملکی که اقدام به انتقال مالکیت آن به شخصی نموده، تصرف نمود و آن را به خریدار دومی نیز منتقل کرد و خریدار دوم زودتر اقدام به ثبت نمود. معافیت از ضمان را نمی توان شرط نمود؛ زیرا بایع با عمل خویش مبنی بر انتقال مجدد ملک به خریدار دیگری سبب گردیده است که استحقاق مبيع نسبت به خریدار دوم صورت گیرد، زیرا مشتری نخست مالکیت دارد و ملک وی توسط بایع منتقل گردیده، لذا شرط معافیت از ضمان بایع در قبال مشتری دوم قابل استناد نیست (منصور، ۲۰۰۶: ۳۰۸)، البته گاهی توافق میان متبایعین به نحوی است که فروشنده نسبت به استحقاق مبيع نسبت به ثالث از هر گونه مسئولیتی معاف می گردد. البته قوانین کشورهای عربی نسبت به معافیت کامل از ضمان با یکدیگر اختلاف دارند به ویژه در فرضی که مشتری نسبت به استحقاق غیر در مبيع آگاهی دارد یا خرید مبيع را به همراه اسقاط خیار انجام داده است که در این فرض، توافق بر معافیت متعهد از مسئولیت قراردادی جایز است و ضرورت دارد انجام تعهدات هر کدام از متعاقدين همراه با حسن نیت باشد و در فرض انتفای حسن نیت و تقصیر فاحش یا غش از جانب متعهد، شرط معافیت بایع از ضمان باطل است و متعهد در مقابل متعهده مسئولیت دارد (انور، ۲۰۰۵: ۶۳۰).

۱. ماده ۵۶۸-۱ «يجوز ايضا للمتعاقدین باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان. ۲- علی ان کل شرط يسقط الضمان او ينقصه، يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب».

## نتیجه‌گیری

تحلیل تطبیقی شرط اسقاط ضمان درک در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق عراق نشان داد که علی‌رغم پذیرش اصل آزادی قراردادی، اعتبار این شرط با موانع جدی فقهی و حقوقی روبه‌روست. دیدگاه غالب در فقه امامیه و محاکم ایران، بر بطلان این شرط تمایل دارد، هرچند خلأ قانونی در این زمینه احساس می‌شود. حقوق عراق نیز با وجود شناسایی امکان توافق بر تحدید ضمان، در موارد سوءنیت بایع (اخفای عمدی)، شرط اسقاط را بی‌اعتبار می‌شمارد.

این پژوهش با بررسی مبانی مختلف، استدلال نمود که بطلان شرط اسقاط ضمان درک، با اصول بنیادین حقوق قراردادهای و نظم عمومی سازگارتر است. دلایل اصلی این نتیجه‌گیری عبارت‌اند از: ۱. مخالفت با مقتضای ذات عقد بیع به‌عنوان یک قرارداد معاوضی که مستلزم انتقال مالکیت سالم است؛ ۲. مغایرت با قاعده فقهی و عقلی منع جمع عوض و معوض در ملکیت بایع؛ ۳. تعارض با شرایط اساسی صحت معامله و لزوم معلوم و معین بودن موضوع تعهد؛ و ۴. مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه به دلیل تسهیل امکان تقلب، کلاهبرداری و فروش مال غیر و تضعیف امنیت معاملات. همچنین مشخص شد که حتی علم مشتری به عدم استحقاق بایع، لزوماً موجب صحت شرط اسقاط نمی‌شود، زیرا اعتبار قراردادهای نمی‌تواند ناقض قواعد آمره و نظم عمومی باشد، هرچند بر میزان خسارات قابل مطالبه توسط مشتری (طبق ماده ۳۹۱ ق.م. ایران) تأثیرگذار است.

با توجه به یافته‌های پژوهش و خلأ قانونی موجود در ایران، پیشنهادهای زیر ارائه می‌گردد:

۱. قانون‌گذار ایران با افزودن ماده‌ای صریح، تکلیف شرط اسقاط ضمان درک را روشن نماید. متن پیشنهادی می‌تواند چنین باشد: «شرط خلاف ضمان درک (موضوع مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ این قانون) یا شرطی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم موجب معافیت بایع از استرداد ثمن در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع گردد، باطل است» اتخاذ رویکرد بطلان مطلق، نسبت به رویکرد مقید (مانند حقوق عراق)، به دلیل دشواری اثبات سوءنیت بایع و لزوم حمایت قاطع از خریدار و نظم معاملاتی ارجحیت دارد.

۲. در کنار اعلام بطلان شرط، قانون می‌تواند تصریح کند که بطلان این شرط، تأثیری بر اصل عقد بیع (که به دلیل مستحق‌الغیر بودن مبیع، ذاتاً باطل است) ندارد و حق خریدار برای استرداد ثمن همواره محفوظ است؛ اما حق مطالبه خسارات (غرامات) تابع احکام علم و جهل خریدار مطابق ماده ۳۹۱ خواهد بود.

۳. تا زمان اصلاح قانون، رویه قضایی با استناد به مبانی فقهی، اصول حقوقی (مانند اصل منع سوءاستفاده از حق و قاعده لاضرر) و نظم عمومی، به‌طور یکپارچه حکم به بطلان شرط اسقاط ضمان درک صادر نماید.

## منابع

- ابن منظور، جمال الدين محمد (بی تا). لسان العرب، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- أبو دلو، بدر محسن عواد (۲۰۰۰). ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان-الأردن.
- احمد بن فارس بن زكريا، ابوالحسن (۱۴۰۴ق). معجم مقاييس اللغة. قم: دفتر تبليغات اسلامی.
- احمدی آذر، مریم (۱۳۹۵). شرط عدم مسئولیت در ضمان درك در فقه امامیه و حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان.
- اشرفی، ملامحمد (۱۳۸۵). شعائر الاسلام، تصحیح و تعلیق احمد باقری، تهران: دانشگاه تهران.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۵). المکاسب، چاپ چهارم، قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
- ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بازگیر، یدالله (بی تا). آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی. تهران: ققنوس.
- بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية، چاپ اول، قم: نشر الهادی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خضر، خمیس (۱۹۸۴). العقود المدنية الكبيرة: البيع والتأمين والإيجار، الطبعة الثانية، القاهرة: دار النهضة العربية.
- خمينی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱ق). کتاب البيع. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارك في شرح مختصر النافع. چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب). بی جا، بی نا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. لبنان-سوریه: دارالعلم الدارالشامیه.
- روحانی قمی، سید صادق (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهة. چاپ پنجم، قم: انوار الهدی.
- سلطان، أنور و عدوی، جلال (۱۹۶۶). العقود المسماة: عقد البيع. الإسكندرية: مطابع رمسيس.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: مکتبه الداوری.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۶، عقود معین یک. تهران: مجد.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة. بیروت: عالم الکتاب.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طرابلسی، عبدالعزیز بن براج (۱۴۰۶ق). المهذب. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). مجمع البحرين. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طلبه، أنور (۲۰۰۵). المسؤولية المدنية، جلد ۲ (الطبعة الأولى). مصر: المکتب الجامعی الحديث للنشر.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط في فقه الإمامية، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فشارکی، سید محمد بن قاسم طباطبایی (۱۴۱۳). الرسائل الفشاركية. چاپ اول، قم- ایران: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم.

الفصلی، جعفر (۱۹۸۹). *الوجیز فی العقود المدنیة - البیع - الإیجار - المقاوله*. القاهرة: العاتک لصناعة الكتاب  
فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا). *القاموس المحيط*. جلد ۴، بیروت: دارالعلم  
قزوینی، سید علی (۱۴۲۴). *ینایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین  
حوزه علمیه قم.

قزوینی، ملا علی (۱۴۱۴). *صیغ العقود و الإیقات (محشی)*. قم: شکوری.  
ققی، سید تقی طباطبایی (۱۴۰۰). *دراساتنا من الفقه الجعفري*. چاپ اول، قم - ایران: مطبعة الخيام.  
ققی، سید صادق حسینی روحانی (۱۴۲۹). *منهاج الفقاهة*. انوار الهدی، نوبت چاپ پنجم، قم - ایران.  
ققی، سید محمد حسینی روحانی (۱۴۲۰). *المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخيارات*. چاپ اول، تهران - ایران: مؤسسة الجلیل  
للتحقیقات الثقافية (دار الجلی).

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *الزامهای خارج از قرارداد*. چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *حقوق مدنی: عقود معین، معاملات معوض، عقود تملیکی*. تهران: سهامی انتشار.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). *عقود معین*، جلد ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.  
مامقانی، محمدحسن (۱۳۱۶). *غایة الآمال*. چاپ اول، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.  
متین، احمد (۱۳۸۱). *مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، نظرات دیوان عالی کشور از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰*، تهران: رهام.  
محمدی، پژمان (۱۳۹۱). *ضرورت قهری دانستن ضمان درک*. دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره ۱، شماره ۲.  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). *أنوار الفقاهة - کتاب البیع*. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.  
منصور، محمدحسین (۲۰۰۶). *أحكام البیع التقليدية والالکترونیة والدولیة وحماية المستهلك*. مصر: دار الفكر الجامعی  
للنشر.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهرالکلام*. چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.  
نوین، پرویز، و خواجه پیری، عباس (۱۳۸۲). *حقوق مدنی ۶، عقود معین*. چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی