

## نگاهی نو به مفهوم، مبنا و آثار ضمان درک در فقه امامیه و قانون مدنی

محمدهادی جواهرکلام

### چکیده

در این مقاله، مفهوم، مبنا و آثار ضمان درک با رویکردی جدید در فقه امامیه و قانون مدنی با روش تحقیق تحلیلی-توصیفی و به منظور تعیین قلمرو و آثار ضمان درک مورد بازنگری قرار گرفته است. مطالعه در متون فقهی نشان می‌دهد که ضمان درک در فقه امامیه به معنای ضمان عهده است؛ اما قانون مدنی ضمان درک را به معنای مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن و جبران غرامات در فرض مستحق للغیر در آمدن مبیع به کار برده است. منتها نباید مفهوم و قلمروی ضمان درک در قانون مدنی را در حصار تنگ و مضیق گذشته، محدود و محصور کرد؛ بلکه ضمان درک در مفهوم جدید خود در قانون مدنی، دارای ریشه قراردادی است و اختصاص به بطلان بیع و مستحق للغیر در آمدن مبیع ندارد؛ بلکه بایع متعهد است حتی در فرض صحت بیع و وجود حق انتفاع یا ارفاق در مبیع نیز از مالکیت بلامعارض خریدار دفاع کند. شروع تعهدات بایع نیز از زمان انعقاد عقد است، نه زمان رد بیع توسط مالک.

کلیدواژه: ضمان درک، بیع فضولی، مستحق للغیر در آمدن مبیع، تعهد قراردادی.



قانون مدنی در بند دوم ماده ۳۶۲ ضمان درک را یکی از آثار بیع صحیح معرفی کرده و مقرر نموده است: «عقد بیع بایع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد». مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی نیز به مفهوم و احکام و آثار ضمان درک پرداخته است. از ماده ۳۹۰ قانون مدنی چنین بر می‌آید که ضمان درک به معنای «مسئولیت ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع» است. مطابق این ماده: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغیر در آید، بایع ضامن است؛ گرچه تصریح به ضمان نشده باشد». به این ترتیب، هرگاه مبیع متعلق به شخص ثالثی باشد و مالک بیع را اجازه نکند، بایع باید ثمنی را که گرفته، به خریدار بازگرداند. مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی هم فروشنده را ضامن درک مبیع شمرده و ذیل عنوان ضمان درک، دو مسئولیت برای او پیش‌بینی کرده است: ۱- تعهد به رد ثمن، ۲- تعهد به جبران خسارات و غرامات. بر این اساس، هرگاه عقد بیع به جهت مستحق للغیر در آمدن مبیع باطل باشد، فروشنده باید ثمن را به خریدار برگرداند و خسارت وارد بر او را هم جبران کند. قانون مدنی از این مسئولیت، به عنوان «ضمان درک» نام برده و آن را به عنوان یکی از آثار عقد بیعی که صحیحاً واقع شده، ذکر کرده است.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا ضمان درک به این معنا در فقه امامیه نیز استعمال شده است یا ضمان درک در فقه معنای دیگری دارد؟ به علاوه، آیا ضمان درک در معنایی که قانون مدنی به کار برده، خود مبنای مستقلی برای ضمان بایع فضولی به رد ثمن و جبران غرامات است یا ضمان درک از زیرشاخه‌های ضمان قهری است؟ در صورتی که ضمان درک مبنای جداگانه و مستقلی برای ضمان بایع باشد، آیا این ضمان، اثر بیع صحیح است یا از آثار بیع صحیح محسوب نمی‌شود؟ در صورتی که نتوان ضمان درک را از آثار بیع به شمار آورد، آیا می‌توان آن را دارای ریشه قراردادی و نوعی توافق (به صورت قرارداد بی‌نام یا شرط ضمن عقد) دانست؟ چنانچه برای ضمان درک مفهوم و مبنای مستقلی قائل باشیم، نتایج و آثار این ضمان چیست و چه تفاوتی با تفاسیر مرسوم و موجود دارد؟

برای پاسخ به پرسش‌های فوق می‌باید مفهوم و مبنای ضمان درک را جداگانه بررسی کرد. به این ترتیب، ابتدا مفهوم ضمان درک در فقه امامیه و قانون مطالعه می‌شود. آنگاه مبنای ضمان درک بر اساس مفهوم منتخب، تحلیل و بررسی می‌شود.

## ۱-۱- مفهوم ضمان درک در قانون مدنی

ماده ۳۹۱ قانون مدنی در مقام بیان مفهوم ضمان درک و محدوده مسئولیت بایع مقرر می‌دارد: «در صورت مستحق للغير در آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». از این ماده چنین استفاده می‌شود که ضمان درک به معنای مسئولیت بایع به رد ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن مبیع است. در حقیقت، در این معنا ضمان درک از توابع بیع فضولی است و در فرض بطلان بیع اجرا می‌شود.

برخی از حقوق‌دانان در تعریف ضمان درک گفته‌اند: مقصود از «درک» مبیع این است که مورد معامله متعلق به شخص دیگری غیر از فروشنده در آید. کلمه «ضمان» نیز در این ترکیب به معنی ضمان معاوضی است؛ بدین ترتیب که هرگاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است ثمن معامله را به خریدار بازگرداند.<sup>۱</sup> قانون مدنی در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ نیز همین دیدگاه را تأیید می‌کند و ضمان درک را به معنای مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن در فرض بطلان بیع به علت مستحق للغير در آمدن مبیع به کار برده است. به همین دلیل، سایر نویسندگان حقوق مدنی نیز ضمان درک را به همین صورت تعریف کرده‌اند. از این رو، برخی گفته‌اند:

«ضمان درک عبارت است از مسئولیت هر یک از بایع و مشتری نسبت به مستحق للغير در آمدن مبیع و ثمن، بنابراین و مثلاً اگر شخصی خودرویی را بفروشد و پس از عقد معلوم شود که مبیع متعلق به به دیگری بوده است و فروشنده از جانب مالک نمایندگی یا اذن در فروش نداشته است، بایع را ضامن درک مبیع می‌نامند، در این صورت خریدار می‌تواند برای استرداد ثمن به بایع مراجعه کند. همچنین در صورتی که ثمن عین معین، متعلق به شخصی غیر از خریدار باشد یا خریدار بدون اذن یا نمایندگی آن را در عقد بیع مورد معامله قرار دهد».<sup>۲</sup> بعضی دیگر از مؤلفان نیز معتقدند: «درک... به مسئولیتی که برای بایع در مورد مستحق للغير در آمدن مبیع حاصل می‌شود، گفته شده است».<sup>۳</sup>

به همین دلیل هم غالب نویسندگان حقوق مدنی، حکم ماده ۳۶۲ قانون مدنی را مورد انتقاد قرار داده و بر این باورند که ضمان درک از آثار بیع باطل است، نه بیع صحیح.<sup>۴</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، ج ۱، معاملات معوض عقود تملیکی، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۲۱ و

طلهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۴، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۱۱۴.

۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین یک، مجد، تهران ۱۳۸۸، ص ۴۶.

۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، اسلامیه ۱۳۸۵، ص ۴۵۶.

۴. شهیدی، پیشین، ۱۳۸۸، صص ۴۷ و ۴۶ و امامی، پیشین، ص ۴۵۶ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، پیشین، ص ۲۲۳.



## ۲-۱- مفهوم ضمان درک در فقه امامیه

درک در لغت به معنای قعر و انتهای چیزی است.<sup>۱</sup> برخی از واژه‌شناسان و فرهنگ‌نویسان نیز گفته‌اند درک به معنای تبعه و لحوق، و قعر چیزی و نیز وصول و رسیدن است.<sup>۲</sup> و تبعه نیز به معنای مطالبه و مؤاخذه است یا چنان‌که برخی گفته‌اند: تبعه در لغت دارای دو معناست، یکی به معنای گناه و یا چیزی که در آن گناه است که در ادعیه به این معنا به کار می‌رود و دوم، به معنای مظلومه است، یعنی حق الناس که به اعتبار ظلم بر انسان وارد می‌شود و در این مقام به این معنا به کار می‌رود. به اضافه، می‌توان گفت: درک به معنای هر گونه غرامت مالی است که به سببی از اسباب اختیاری یا قهری متوجه انسان می‌شود.<sup>۳</sup> برخی نیز معتقدند «درک به معنای تبعه، یا اسم مصدر است به معنای تدارک» یا به معنای ما یتدارک به الشیء، که عبارت از غرامت است و مراد از غرامت مبیع، ثمن آن است با عوض منافع آن و خسارات وارد شده در خصوص آن یا بدون آنها. همچنین، عوضی که ضامن در ضمان درک برای رد ثمن می‌گذارد، مثل قریة دیگر در درک قریه مبیعه که به آن هم درک می‌گویند و آن به منزلة رهن است.<sup>۴</sup>

در معنای اصطلاحی، ضمان درک در فقه امامیه به معنایی که در قانون مدنی به کار رفته، استعمال نشده است، بلکه مترادف با «ضمان عهده» به کار می‌رود؛ به این معنا که شخصی از بایع در برابر مشتری ضمانت می‌کند که در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع، ثمن را به مشتری بازگرداند<sup>۵</sup> به عبارت دیگر،

۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، لبنان - سوریه، دارالعلم، الدار الشلمیة، ۱۴۱۲ هـ ق، ص ۳۱۱ و ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴، ص ۲۶۹ و صاحب بن عباد، کفای الکناف، اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، ج ۶، بیروت: عالم الکتاب، ۱۴۱۴، ص ۲۰۸ و طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۵، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶، ص ۲۶۴.

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۴، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰، ص ۱۵۸۲ و فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، ج ۲، قم، منشورات دار الرضی بی‌تا، صص ۱۹۳ ۱۹۲ فرهمیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۵، قم، هجرت ۱۴۱۰، ص ۳۲۷ و ابن منظور، جمال الدین، لسان العرب، ج ۱، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴، ص ۴۱۹ و عبد الرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ج ۲، بی‌جا، بی‌تا، ص ۴۱۶ و ابن اثیر (جزری)، مبارک بن محمد، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۲، قم، اسماعیلیان، بی‌تا، ص ۱۱۴.

۳. قزوینی، سیدعلی، ینبایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۲۴ هـ ق، ص ۸۸۹.

۴. قزوینی، ملا علی، صیغ العقود و الإیقات (محشی)، قم، شکوری، ۱۴۱۴ هـ ق، ص ۸۹.

۵. حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، قم، آل البیت (ع)، ۱۴۱۴، ص ۳۲۹ و نائینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب، مقرر، موسی خونساری، ج ۱، تهران، المکتبه المحمدیة، ۱۳۷۳، ص ۲۹۹ و طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، عروه الوثقی، ج ۲، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹، بحرانی، یوسف، الحدائق الناصر، ج ۲۱، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۰۵، صص ۳۹-۴۰، مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق (ع)، ج ۴، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱، ص ۵۲ و ترحینی، سید محمدحسین، الزبدة الفقهیة، ج ۵، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷، ص ۱۴۸ و عاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم، کتابفروشی مفید بی‌تا، صص ۲۸۶ و ۲۵۸/۲ و ۲۶۹ سیوری حلی، مقداد، نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳، ص ۱۱۸ و بحرانی، حسین، الأنوار اللوامع، قم، مجمع البحوث العلمیة، بی‌تا، ج ۱۲ صص ۳۶۶ ۳۶۴ و مجلهد، سیدمحمد، کتاب المنامل، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، بی‌تا، ص ۱۳۸ و حکیم، سید محسن،

ضمان درک در فقه به معنای ضمان عقدی است<sup>۱</sup>، یعنی شخصی از بایع در مقابل خریدار به موجب عقد ضمان تعهد می‌کند که در صورت تعلق مبیع به غیر، او از عهده رد ثمن بر آید. صاحب تحریر المجله نیز ضمان عهده یا ضمان درک را از اقسام ضمان عقدی می‌شمارد و آن را در برابر ضمان ید که برای بایع فضولی در اخذ ثمن حاصل می‌شود، قرار می‌دهد.<sup>۲</sup>

لازم به ذکر است فقهای امامیه در بحث اخذ به شفعه، زمانی که شفیع اخذ به شفعه می‌کند و ثمن را به مشتری می‌پردازد و بعد معلوم می‌شود که بیع به علت مستحق للغير بودن حصه مشاع، باطل بوده و اخذ به شفعه نیز به تبع آن باطل است، به شفیع حق داده‌اند برای استرداد ثمنی که به مشتری پرداخته، به او رجوع کند. رجوع شفیع به خریدار با عنوان «ضمان درک» معرفی شده و گفته‌اند: «درک بر عهده مشتری است»، نه بایع.<sup>۳</sup> از این تعبیر بر می‌آید که ضمان درک علاوه بر ضمان عهده، گاهی اوقات به معنای مسئولیت به رد ثمن (به معنای مذکور در قانون مدنی) نیز به کار رفته است. البته حتی در بحث شفعه نیز، ضمان درک به معنای ضمان عهده در متون فقهی به کار رفته است؛ چنان که برخی از فقها گفته‌اند: شفعه با وکالت و ضمان درک باطل نمی‌شود.<sup>۴</sup> مراد این است که اگر یکی از شرکا برای فروش حصه خود به شخص ثالث، به شریک دیگر وکالت بدهد و او سهم موکل را به ثالثی بفروشد یا شریک دیگر (شفیع) برای درک مبیع یا ثمن ضامن بایع یا مشتری شود، قبول وکالت یا ضامن شدن از فروشنده

مستمک العروة الوثقی، ج ۱۳، قم، مؤسسه دار التفسیر ۱۴۱۶، صص ۳۵۰، ۳۴۹ و سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحكام، ج ۲۰، قم، مؤسسه المنار ۱۴۱۳، صص ۲۸۷ و لشتهاردی، علی پناه، مدارک العروة، ج ۲۸، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر ۱۴۱۷، صص ۴۲۴ و موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الشریکه و کتاب التأمین، قم، منشورات دارالعلم ۱۴۱۴، صص ۵۱۴۰ و نیز ر. ک.: نصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۵، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ نصاری، ۱۴۱۵، صص ۱۸۵ و خوبی، سیدابوالقاسم، موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۱، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸، صص ۴۶۹ و بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، بلغة الفقہیہ، ج ۲، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳، صص ۳۴۵.

۱. همدانی، أقارضا، مصباح الفقہیہ، ج ۱۴، قم، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث، ۱۴۱۶، صص ۶۱۰ و خوافساری، سیداحمد، جامع المدارک، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵، صص ۳۴۷.

۲. نجفی، محمدحسین، تحریر المجله، ج ۱، قسم ۲، نجف، المکتبه المرتضویة، صص ۲۴۱.

۳. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، ج ۳، تهران، المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷، صص ۱۲۴ و طرابلسی، عبدالعزیز، المهذب، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶، صص ۴۵۵ و حلی، جعفر بن حسن، شرافع الإسلام، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸، صص ۲۰۶ و حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، ج ۴، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰، صص ۵۷۶ و علملی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة (المحشی کلاتر)، ج ۳، قم، دآوری، ۱۴۱۰، صص ۴۱۱ و علملی، زین الدین، مسالک الأفهام، ج ۱۲، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳، صص ۳۲۳ و علملی کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصدی شرح القواعد، ج ۶، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴، صص ۴۱۶.

۴. علملی، محمد بن مکی، غایة المراد، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴، صص ۱۶۹ و طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷، صص ۴۴۷ و طوسی، محمدبن حسن، المبسوط، ج ۳، پیشین، صص ۱۲۵ و علملی، زین الدین، حاشیة الإرشاد، ج ۲، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴، صص ۱۶۸، ۱۶۷ و علملی کرکی، پیشین، ۱۴۱۴، صص ۴۴۰، ۴۴۱ و حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، ج ۴، پیشین، صص ۵۹۱.

یا خریدار، با فوریت اعمال حق شفعه منافات ندارد. از این مباحث معلوم می‌شود که حتی در شفعه نیز ضمان درک خریدار در برابر شفیع به معنای رد ثمن، در مفهوم اصطلاحی آن (یعنی ضمان عهده) به کار نرفته است، بلکه شیخ طوسی آن را در معنای مجازی یا لغوی به کار برده و سایرین هم از شیخ پیروی کرده‌اند. لازم به ذکر است که در فقه عامه، ضمان درک به معنای رد ثمن به مشتری در صورت استحقاق مبیع است<sup>۱</sup> و احتمال می‌رود شیخ با توجه آشنایی کامل با فقه اهل سنت، ضمان درک را به معنای مورد نظر آنان به کار برده باشد.

در نتیجه، ضمان درک در فقه شیعه به معنای ضمان عهده یا عقد ضمان نسبت به رد ثمن است. ضمان درک در این مفهوم که به معنای ضامن شدن شخصی از بایع در برابر مشتری نسبت به رد ثمن است، در فقه شیعه بسیار محل بحث واقع شده و دلیلش آن است که طبق قاعده، مورد ضمانت باید دین باشد؛ در حالی که در ضمان عهده یا درک، مضمون به غالباً دین نیست، بلکه عین مال متعلق به دیگری است. بنابراین از حیث مضمون، ضمانت به ضمانت دین و ضمانت درک قابل تقسیم است.<sup>۲</sup>

### ۳-۱- تفاوت ضمان درک فقهی و حقوقی

بر اساس آنچه گفته شده در ضمان درک به معنای فقهی، موضوع ضمانت ضامن، رد ثمن است و ضمان درک به معنای ضمان عقدی است، نه اینکه ضمان درک به معنای ضمان قهری باشد یا ضمان درک خود مبنای مستقلی برای مسئولیت بایع به رد ثمن و جبران غرامات باشد. به همین دلیل، ضمان درک اختصاص به تعلق مبیع به غیر دارد، چرا که مفاد عقد ضمان، ضمانت از بایع در صورت مستحق‌اللتغیر بودن مبیع است (مگر آنکه به موجب عقد ضمان، ضامن امور دیگری را نظیر ضمانت از بایع به رد ارزش در صورت معیوب بودن مبیع نیز به عهده گرفته باشد). اما در قانون مدنی که ضمان درک به معنای رد ثمن و جبران غرامات است نه ضمان عهده، ضمان درک نباید ویژه بطلان بیع در اثر مستحق‌اللتغیر درآمدن مبیع می‌شد؛ بلکه به هر دلیل که عقد باطل باشد، ضمان درک به معنای مذکور پدید می‌آید؛ در حالی که قانون مدنی با توجه به سوابق ضمان درک در متون فقهی (به معنای ضمان عهده) در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ به اشتباه افتاده و آن را مختص مستحق‌اللتغیر در آمدن مبیع دانسته است.

افزون بر آن، در فقه امامیه مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن و احیاناً جبران غرامات وارد بر مشتری ذیل عنوان ضمان درک نیامده است و اساساً باب مستقلی تحت عنوان ضمان درک به معنای مذکور در قانون

۱. واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی، تاج العوس من جواهر القاموس، ج ۱۸، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع،

۱۴۱۴، ص ۳۵۰ و بوجیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸، ص ۲۲۵.

۲. قزوینی، ملاعلی، صیغ العقود و الإیقاعات (محشی)، قم، شکوری، ۱۴۱۴، ص ۹۱.

مدنی، در کتب فقهی نیست؛ بلکه ضمان درک به معنی ضمان عهده ذیل عقد ضمان مطرح شده است. با توجه به نبود باب مستقلی برای ضمان درک به معنای قانون مدنی در متون فقهی، مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن و جبران غرامات، ذیل غصب، ضمان مقبوض به عقد فاسد و به ویژه بیع فضولی مطرح شده است.<sup>۱</sup> به همین دلیل است که بر خلاف قانون مدنی، مسئولیت بایع به رد ثمن ویژه بطلان معامله در اثر تعلق مبیع به غیر نیست، بلکه به هر دلیلی که معامله باطل باشد، از جمله اینکه طرفین اهلیت برای معامله نداشته باشند یا مورد معامله مجهول باشد، بایع ملزم است ثمن را بازگرداند.<sup>۲</sup> به علاوه، در صورت مستحق للغير در آمدن مبیع نیز بحث اختصاص به رابطه خریدار و فروشنده ندارد، بلکه از رابطه مالک با فضول و اصیل هم گفت‌وگو می‌شود و بر این اساس، مشتری که بر مبیع مسلط شده است، در برابر مالک ضامن است.<sup>۳</sup>

با توجه به مطالب فوق، معلوم می‌شود که قانون مدنی در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ دست به جعل اصطلاح زده و ضمان درک را به معنی مسئولیت بایع به رد ثمن در فرض مستحق للغير بودن مبیع و جبران خسارات به کار برده است. ضمان درک به این معنا از توابع معامله فضولی و ناظر به حالتی است که مالک معامله را رد کرده باشد. در این جعل اصطلاح، نویسندگان قانون مدنی بر خلاف فقها ضمان بایع به رد ثمن را ویژه تعلق مبیع به غیر دانسته‌اند و برای اینکه تکلیف ثمن را در سایر موارد بطلان عقد روشن کنند و نیز

۱. برخی از فقهای اهلیمیه تحت عنوان «ضمان مقبوض به عقد فاسد» مسئولیت بایع و اصیل در برابر مالک را مورد بحث قرار داده و در ذیل آن، از مسئولیت بایع در برابر مشتری نیز سخن گفته‌اند. نصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۵، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ نصاری ۱۴۱۵، ص ۱۸۰ و مامقانی، محمدحسن، غایه الآمال، ج ۲، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، ۱۳۱۶، ص ۲۶۷ و نقینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب، مقرر: موسی خوانساری، پیشین، ص ۱۱۶ و خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، بی‌نا، بی‌جا، بی‌تا، ص ۸۵ و خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱، ص ۳۷۱ و روحانی، سیدصادق، منهاج الفقاهة، ج ۳، قم، نور الهدی ۱۴۲۹، ص ۲۵۳.

۲. علامه حلی، پیشین، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۲۵۹ و حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، پیشین، ص ۲۰۹؛ علملی، زین‌الدین، مسالک الأفهام، ج ۳، پیشین، ص ۱۵۴ و مجاهد، سیدمحمد، پیشین، ص ۲۹۷ و قزوینی، سیدعلی، ینابیع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، قم، دفتر نشرات اسلامی ۱۴۲۴، ص ۶۲۱ و مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة کتاب البیع، قم، مدرسه الإمام علی بن‌ابی‌طالب (ع)، ۱۴۲۵، ص ۱۴۳.

۳. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام، ج ۲، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۹ و نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۳۰۱ و حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، قم، آل البیت (ع)، ۱۴۱۴، صص ۱۹ و ۲۹۲ و علملی، محمدبن‌مکی، الدروس، ج ۳، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۴ و علملی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة (المحشی کلانتر)، ج ۳، پیشین، ص ۲۳۵ و بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، ج ۱۸، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۰۵، ص ۳۹۱ و مجاهد، سیدمحمد، پیشین، ص ۲۹۷ و قزوینی، سیدعلی، ینابیع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۲۴، ص ۸۸۴ و بعد و نقینی، میرزا محمدحسین، المکاسب و البیع، ج ۲، قم، دفتر نشرات اسلامی ۱۴۱۳، ص ۲۵۲ و بعد و مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة کتاب البیع، پیشین، ص ۲۵۴ و بعد و سبزواری، سید عبدالأعلی، مهذب الأحکام، ج ۱۶، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳، ص ۲۵۲.

سایر احکام مربوطه را تعیین کننده ناچار شده‌اند در مواد دیگر قانون مدنی به وضع قاعده بپردازند. از همین روست که در مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی الزام به رد ثمن در هر موردی که عقد باطل باشد، مجری دانسته شده و مقرر گردیده است که: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند». همچنین، ذیل معامله فضولی و احکام غصب، روابط مالک با اصیل و بایع فضولی و همچنین، رابطه خریدار با بایع فضولی در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع به تفصیل بیان شده است.<sup>۱</sup> در نتیجه اگر هدف از ذکر مقررات مربوط به ضمان درک در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی، تعیین مسئولیت بایع فضولی در صورت مستحق‌الغیر بودن مبیع باشد، باید انصاف داد که اصلاً نیازی به وضع این مواد در این قسمت از قانون مدنی نبود، چرا که پیش از آن با تفصیل بیشتر و تعیین فروض مختلفه حکم قضیه بیان شده بود. همین امر سبب شده است که قانون‌گذار ناچار شود ذیل ضمان درک و به دلیل پرهیز از تکرار مطالب، حکم مسئله را به بحث غصب و معاملات فضولی ارجاع دهد (ماده ۳۹۳ قانون مدنی).

با عنایت به آنچه گفته شد باید تأیید کرد که ضمان درک آن‌گونه که در فقه امامیه مطرح بوده و به معنای ضمان عهده است، «مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن» را در بر نمی‌گیرد، بلکه این مسئولیت فروشنده مستند به قاعده ضمان ید و اکل مال به باطل است و «مسئولیت او به جبران خسارات وارد بر مشتری» نیز از باب قاعده اتلاف و تسبیب و غرور است.<sup>۲</sup> بدین ترتیب ضمان درک در قانون مدنی که بر اساس آن حکم به رد ثمن توسط فروشنده فضولی و جبران خسارات خریدار شده، مبنای مستقلی برای ضمان به حساب نمی‌آید و از توابع و شاخه‌های ضمان قهری (ضمان ید و اتلاف و غرور) است. از این رو، تلاش گروهی از استادان حقوق مدنی برای تعریف و تبیین معنای ضمان درک و اینکه ضمان در این اصطلاح به معنای ضمان معاوضی است، قابل ایراد است، چرا که واژه ضمان در ضمان درک به مفهوم رد ثمن به خریدار و جبران خسارات او، به معنای ضمان قهری است.

منتها، حال که قانون مدنی ضمان درک را به معنای مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن و جبران غرامات به کار برده است، باید دید مبنای مسئولیت مذکور بایع چیست؟ در ادامه، به این سؤال پاسخ داده خواهد شد.

۱. (ر. ک. مواد ۲۵۹، ۲۶۱، ۲۶۲، ۲۶۳ و ۳۲۵ قانون مدنی)

۲. قزوینی، ملاعلی، صیغ العقود و الإیقاعات (محشی)، قم، شکوری، ۱۴۱۴، سبزواری، سیدعبدالعزیز پیشین، ص ۸۵ و محقق داماد، سیدمصطفی، ایقاع، اخذ به شفعه، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۲۶، ص ۹۵.

۳. «مستند فقهی ضمان درک، قاعده ضمان ید است؛ بدین معنا که... با معامله فاسد بر ثمن... وضع ید کرده و بنابراین باید آن را مسترد دارد».

## ۲-۱- تبیین مبنای ضمان درک به معنای مذکور در قانون مدنی

با توجه به مطالب فوق معلوم شد که ضمان درک در فقه امامیه به مفهوم ضمان عهده است نه مسئولیت بایع به رد ثمن، و حتی اگر ضمان درک را به معنای ضمان بایع به رد ثمن که در قانون مدنی استعمال شده بدانیم، باز هم ضمان درک مبنای مستقلی برای رد ثمن محسوب نمی‌شود، بلکه مبنای آن قاعده ضمان ید است. با وجود این، آنچه ابتکار نویسندگان قانون مدنی را توجیه می‌کند، آن است که در بند دوم ماده ۳۶۲ قانون مدنی، ضمان درک به عنوان یکی از آثار صحت عقد بیع شمرده شده و به موجب آن، بایع ضامن درک مبیع و مشتری ضامن درک ثمن قرار گرفته است. به عبارت دیگر، در فرص تعلق مورد معامله به دیگری، بایع ضامن ثمن و مشتری ضامن مبیع قلمداد شده و در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی احکام و آثار این ضمان تشریح شده است.

اما بسیاری از حقوق‌دانان بر حکم قانون‌گذار انتقاد کرده و بر این باورند که ضمان درک از آثار بیع باطل است<sup>۱</sup>، چرا که با تعلق مبیع به شخص ثالث و عدم تنفیذ او کشف می‌شود که معامله باطل بوده است. آنچه این ایراد را پررنگ‌تر می‌کند، آن است که در فقه امامیه نیز ضمان درک (به معنای ضمان عهده) از فروع بیع فضولی است و در صورت عدم تنفیذ مالک جاری می‌شود<sup>۲</sup>. استادان حقوق مدنی معتقدند که نویسندگان قانون مدنی در مبحث ضمان درک از مواد ۱۶۰۳ و ۱۶۲۵ به بعد قانون مدنی فرانسه تبعیت کرده و به همین دلیل، ضمان درک را از آثار بیع صحیح شمرده است، زیرا ضمان درک در حقوق فرانسه معنای گسترده‌تری از مفاد مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی دارد و از آثار بیع صحیح است، چرا که ممکن است مورد معامله مستحق للغير نباشد، بلکه ثالث در مبیع حقی مانند حق انتفاع یا ارتفاق داشته باشد. در این صورت، بیع صحیح است، ولی بایع ضامن است و باید پاسخ‌گو باشد<sup>۳</sup>.

بهرغم ایرادات فوق، به نظر می‌رسد ضمان درک به معنایی که قانون مدنی از آن به دست داده و به حقیقت قانونی تبدیل نموده، ریشه قراردادی دارد و از آثار توافق صحیح و ضمنی است. درک در اصطلاح

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵، ص ۴۵۶ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، ج ۱: معاملات معوض عقود تملیکی، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۲۳ و شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶: عقود معین یک، مجد، تهران، ۱۳۸۸، ص ۴۶ و محقق دلماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم نسلی، ۱۳۸۳، ص ۲۲۳ و طلهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۴، قم: دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۱۸، ص ۱۱۴.

۲. حسینی علملی، سیدجواد، مفتاح الکرامة، ج ۱۶، قم، دفتر نشرات اسلامی، ۱۴۱۹، ص ۴۱۵ و میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۲، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳، ص ۳۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۲۳ ۲۲۲.

قانون مدنی در یکی از معانی لغوی خود یعنی قعر و عمق و انتهای چیزی به کار رفته و ضمان نیز به مفهوم تعهد و مسئولیت آمده است. بنابراین، عبارت «ضمان درک» در قانون مدنی کنایه از تعهد و مسئولیت بایع تا انتهای معامله آمده است. در زبان عوام و لسان عرف، این مسئولیت و تعهد این گونه بیان می‌شود که «هر کس معامله‌ای می‌کند و مالی را به دیگری منتقل می‌سازد، تا آخر پای معامله‌ای که منعقد کرده، ایستاده است». پس، در هر بیعی فروشنده به طور ضمنی متعهد می‌شود مالی را که منتقل کرده، بلامعارض است و در صورتی که خلاف آن اثبات شود و کسی ادعایی نسبت به آن مال مطرح کند، فروشنده پاسخ می‌دهد و مسئولیت آن را می‌پذیرد. پس، اگر ثابت شود مبیع متعلق به بایع نیست، فروشنده متعهد می‌شود خسارت بپردازد و ثمن را بازگرداند و هرگاه شخص ثالثی ادعای حقی در مبیع کند، مانند مالکیت منفعت یا حق انتفاع یا ارتفاق، بایع متعهد به پاسخ‌گویی است. این تعهد و مسئولیت بایع در برابر مشتری «ضمان درک» نام دارد.

برای اثبات اینکه ضمان درک ریشه قراردادی دارد، باید به ارتکاز عرفی از معاملات و مفاد قصد مشترک دو طرف عقد توجه کرد. در حقیقت، در هر بیعی این شرط ضمنی وجود دارد که بایع مال خود را می‌فروشد و چنانچه معلوم شود که مال شخص دیگری را منتقل کرده، در برابر خریدار مسئول است و متعهد می‌شود ضمن رد ثمن، خسارات مشتری را نیز جبران کند. خریدار نیز در هر بیعی جز به این نمی‌اندیشد که مالی را که از بایع خریده، مال خود فروشنده بوده و در صورت کشف خلاف آن، بایع باید ثمن معامله را پس دهد و خسارات خریدار را نیز تدارک ببیند. بنابراین، در قصد مشترک طرفین در هر قرارداد خرید و فروشی این تعهد به صورت ضمنی وجود دارد. این تعهد گرچه به صورت ضمنی مورد توافق قرار گرفته است، ولی جنبه اساسی دارد و در هر عقد بیعی، مشهود و قابل احراز است.

ذکر این نکته لازم است که برخی از حقوق‌دانان ما نیز تلاش کرده‌اند تا حکم قانون مدنی در خصوص ضمان درک را به توافق ضمنی طرفین منسوب سازند<sup>۱</sup> و در مقابل، برخی از ضرورت قهری بودن ضمان درک دفاع کرده‌اند.<sup>۲</sup> افزون بر آن، این اختلاف که ضمان درک دارای منشأ قراردادی است یا به حکم قانون بر طرفین تحمیل می‌شود، به رویه قضایی نیز سرایت کرده است. برای نمونه، در دعوی که خریدار به استناد مسروقه بودن اتومبیل موضوع معامله به طرفیت فروشنده طرح و استرداد ثمن را درخواست نموده است، دادگاه به دلیل مستحق لغیر بودن مبیع معامله را باطل تشخیص داده و حکم داده

۱. طالب احمدی، حبیب، «قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک»، مطالعات حقوقی، ش ۱۱۳۸۹، صص ۲۱۰-۱۸۵.

۲. محمدی، پژمان، «ضرورت قهری دانستن ضمان درک»، دانش و پژوهش حقوقی، ش ۲، ۱۳۹۱، صص ۲۲۲-۱۸۵، ۲۰۷.

است که ثمن «قهراً» باید به مشتری برگردد. شعبه ۱۵ دیوان عالی نیز طی دادنامه شماره ۱۵/۵۷۰ مورخ ۱۳۷۱/۹/۱۴ رأی مزبور را عیناً ابرام کرده است.<sup>۱</sup> بر عکس، شعبه چهار دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۹۱۴ مورخ ۱۳۱۸/۸/۱۸ برای ضمان درک مبنای قراردادی قائل است، زیرا آن را مقتضای اطلاق عقد شمرده است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲- قلمرو و آثار ضمان درک با توجه به مبنای مذکور

از آثار قراردادی دانستن منشأ ضمان درک، زمان شروع ضمان است، به این صورت که چون ضمان درک ریشه قراردادی دارد، ضمان و تعهدی که از این قرارداد ضمنی ناشی می‌شود، از زمان انعقاد عقد آغاز می‌شود، نه از تاریخ رد معامله توسط مالک. به همین خاطر است که به محض توافق بایع و مشتری، چنانچه شخص ثالثی ادعایی نسبت به مبیع داشته باشد، تعهد قراردادی بایع شروع می‌شود و باید خلاف ادعای ثالث را ثابت و بدین نحو از خریدار دفاع کند. برای نمونه، چنانچه «الف» ملکی را به «ب» بفروشد و «ج» مدعی مالکیت آن باشد، فروشنده به موجب تعهد قراردادی ضمنی خود باید از مالکیت بلامعارضی که به خریدار منتقل کرده، دفاع کند. همچنین، اگر «د» مدعی وجود حق ارتفاق در آن ملک باشد، فروشنده باید در برابر ادعای او نیز از خریدار دفاع کند. تعهدات مذکور از لحظه انعقاد عقد آغاز می‌شوند، نه از زمان رد معامله توسط مالک و بطلان بیع.

بدین ترتیب رجوع به قصد مشترک دو طرف در قرارداد بیع نشان می‌دهد که دامنه تعهد بایع در فروش مال خود گسترده‌تر از رد ثمن و پرداخت غرامت است. هر بایعی به صورت ضمنی متعهد است اگر شخص ثالثی در مال او ادعایی داشته باشد، در برابر خریدار پاسخ‌گو باشد و به دفاع از مالکیتی که به خریدار منتقل کرده است، بپردازد. در نتیجه، قلمروی تعهد بایع در خصوص ضمان درک از تعلق مالکیت مبیع به دیگری و مستحق‌الغیر بودن آن فراتر می‌رود و بر خلاف آنچه مشهور شده است،<sup>۳</sup> اگر شخص ثالثی ادعای حق انتفاع یا حق ارتفاق بر مال مورد معامله داشته باشد، فروشنده متعهد است در برابر ادعای ثالث پاسخ دهد. به این ترتیب، گرچه در قانون مدنی، ظاهراً دامنه ضمان درک به دلیل اختلاط آن با ضمان درک به معنای فقهی، اختصاص به تعلق مالکیت مبیع به شخص دیگری دارد و از این حیث بین قانون مدنی ما و قانون مدنی فرانسه که قلمروی گسترده‌تری برای ضمان درک قایل شده است، تفاوت وجود دارد؛ ولی چنان که گفتیم، باید از ظاهر قانون گذشت و مراد واقعی مقنن را کشف کرد و بر این نظر بود که در حقوق ما نیز باید قلمروی تعهد بایع را گسترش داد و از اختصاص آن به مستحق‌الغیر در آمدن مبیع پرهیز کرد.

۱. بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، ج ۱، ققنوس، بی‌تا، ص ۲۹۳ به بعد.  
 ۲. متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، نظرات دیوان عالی کشور از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ۱۳۸۱، ص ۷۲.  
 ۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، پیشین، ص ۲۲۳ محمدی، پژمان، پیشین، ص ۱۹۴.

از نتایج این تحلیل از حیث آیین دادرسی مدنی آن است که چنانچه شخص ثالثی مدعی وجود حقی در مبیع باشد و بر خریدار اقامه دعوا کند، خریدار می‌تواند فروشنده را به دادرسی جلب کند و در این صورت، فروشنده مکلف به حضور و دفاع از خریدار است. در غیر این صورت، فروشنده تعهد قراردادی خود را نقض کرده و در برابر خریدار از باب نقض تعهد مسئولیت دارد.

### ۳-۲- ضمان درک به عنوان اثر بیع یا اثر قرارداد صحیح؟

پس از تبیین منشأ قراردادی ضمان درک، باید دید ضمان درک از آثار بیع صحیح است یا خیر. در این باره باید گفت که صحت در متون قانونی و فقهی ما به دو معنا به کار می‌رود: گاهی صحت به معنای صحت فعلی است، یعنی قراردادی دارای کلیه شرایط صحت بوده و به صورت بالفعل صحیح است. گاهی قراردادی به‌منحو بالقوه صحیح است، یعنی قرارداد قابلیت و اهلیت صحیح شدن را داراست؛ همان‌گونه که ممکن است باطل شود. به دیگر سخن، قرارداد از این قابلیت و اهلیت برخوردار است که یک عقد صحیح بشود. وضعیت این دسته از قراردادها اصطلاحاً صحت تأهلی است. در قانون مدنی هم وقتی قانون‌گذار در ماده ۳۶۲ می‌گوید «بیعی که صحیحاً واقع شده»، منظور بیعی است که صحت تأهلی دارد، اعم از اینکه به صحت فعلی برسد یا نرسد. عقد غیرنافذ پیش از رد و تنفیذ این‌گونه است و می‌تواند با تنفیذ مالک، صحیح و با رد او باطل شود. پس، تمام قراردادهای غیرنافذ که اهلیت صحیح شدن را دارند، به صورت بالقوه و به صحت تأهلی صحیح هستند. در ضمان درک نیز که از توابع معامله فضولی است و قرارداد به مال غیر واقع شده، مالک می‌تواند معامله را تنفیذ یا رد کند. پس، این معامله به صورت بالقوه صحیح است و اهلیت برای صحیح شدن دارد. به همین اعتبار، قانون‌گذار ضمان درک را از آثار بیع صحیح (به معنای صحت تأهلی نه فعلی) بر شمرده است. بنا بر مراتب فوق، «ضمان درک» با قلمرویی که برای آن بیان شده از آثار بیع صحیح (به معنای صحت تأهلی) و فراتر از آن، هر نوع معامله تملیکی معوض است و افزون بر آن، دارای منشأ قراردادی است و می‌توان از آن به عنوان «تعهد قراردادی» یاد کرد، نه ضمان قهری.

منتها باید توجه داشت که صحت تأهلی برای تعیین وضعیت عقد از تاریخ انشاء تا تنفیذ یا رد مالک قابل استفاده است. پس از رد مالک که معامله باطل می‌شود و ضمان درک نیز اصولاً در این مرحله ایجاد می‌شود، نمی‌توان عقد را متصف به صحت تأهلی دانست. بنابراین، استفاده از نظریه صحت تأهلی برای این مرحله از عقد صحیح نیست و به همین دلیل، ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را یکی از آثار بیع در این مرحله معرفی کرده، قابل انتقاد است.

از این‌رو، نمی‌توان ضمان درک را از آثار بیع صحیح دانست. منتها چنان‌که گفته شد، ضمان درک (حتی پس از رد معامله توسط مالک و باطل شدن بیع) ریشه قراردادی دارد و توافق صحیحی است که بین



طرفین در فرض بطلان بیع منعقد شده است: در هر عقد بیعی، این شرط به صورت ضمنی مورد توافق بایع و مشتری قرار می‌گیرد که فروشنده مسئول مالکیت بلامعارضی است که به خریدار منتقل کرده است. در واقع، بایع به طور ضمنی پذیرفته است که مبیع متعلق به خود اوست و شخص دیگری ادعایی بر مبیع ندارد و مشتری نیز جز به همین نمی‌اندیشد و آن را به‌طور ضمنی قبول کرده و به این ترتیب، توافق ضمنی بین فروشنده و خریدار شکل می‌گیرد. در اثر این شرط ضمنی که در عقد بیع گنجانده شده فروشنده می‌پذیرد که هرگاه ثالثی ادعایی بر مبیع داشته‌باشد، در برابر این ادعا پاسخ‌گو بوده و مکلف به رد ادعای شخص ثالث است و چنانچه ادعای شخص ثالث به اثبات برسد، بایع در برابر مشتری مسئولیت دارد. نباید چنین پنداشت که این شرط ضمنی به علت بطلان بیع، باطل است. در حقیقت درست است که هرگاه عقد اصلی باشد، شرط ضمن آن نیز باطل است؛ منتها این قاعده دارای استثنائاتی است و مواردی وجود دارد که بطلان عقد به شرط سرایت نمی‌کند. این‌گونه شروط، به «شرط مستقل» موسوم‌اند. شرط مستقل (اعتبار شرط ضمن عقد در فرض بطلان عقد اصلی) در فقه امامیه و قوانین ما پذیرفته شده است: برخی از فقیهان شرط ضمان در ضمن بیع فاسد به علت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع را صحیح شمرده‌اند.<sup>۱</sup> بند نخست ماده ۱۶ قانون داورى تجارى بین‌المللى مصوب ۱۳۷۶ نیز شرط رجوع به داورى ضمن عقد را مستقل از عقد دانسته و حتی در فرض بطلان عقد، شرط رجوع به داورى را نافذ می‌شمرد. مطابق این ماده: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داورى اتخاذ تصمیم کند. شرط داورى که به صورت جزئى از یک قرارداد باشد، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الایر بودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داورى مندرج در قرارداد نخواهد بود». بنابراین، در مواردی که از اراده طرفین بر می‌آید که آنان می‌خواهند ضمن عقد اصلی، توافقاتی را در فرض بطلان بیع منعقد کنند یا اراده آنان بر این است که حتی در فرض بطلان عقد اصلی نیز شرط ضمن آن باقی بماند، باید شرط را مستقل دانست و به اعتبار آن حکم کرد. شرط ضمنی تعهد فروشنده در برابر خریدار در فرض مستحق‌الغیر در آمدن مبیع از مصادیق شروط مستقل است که حتی در فرض بطلان بیع نیز دارای اعتبار خواهد بود.

حال با مشخص شدن منشأ ضمان بایع به رد ثمن و غرامات، معلوم می‌شود که تعهد او به رد ثمن و جبران خسارات مبنای قراردادی دارد و بایع فضولی به استناد توافق ضمنی خود با خریدار، باید ثمن را بپردازد و به ادعاهای اشخاص ثالث پاسخ گوید و خسارات وارد بر مشتری را نیز به عنوان جزئی از تعهدات قراردادی خود جبران کند.

۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی ۱۴۱۵، صص ۱۷۳ و ۱۶۷.

## نتیجه‌گیری:

با مطالعه و بررسی ضمان درک در فقه امامیه این نتیجه حاصل می‌شود که ضمان درک در متون فقهی به معنای ضمان عهده است؛ یعنی شخصی به موجب «عقد ضمان» از بایع در برابر مشتری ضمانت می‌کند که در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع، ثمن را به خریدار بپردازد. منتها قانون مدنی در مواد ۳۶۲ و ۳۹۰ تا ۳۹۳ دست به جعل اصطلاح زده و آن را به حقیقت قانونی تبدیل کرده و به معنای «مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن در فرض مستحق للغیر در آمدن مبیع» به کارد برده است. در این معنا، به نظر می‌رسد ضمان درک ریشه قراردادی دارد و فروشنده به صورت ضمنی در برابر خریدار پذیرفته است که در صورت تعلق مبیع به دیگری، ثمن را بازگرداند و خسارات مشتری را نیز جبران کند. افزون بر آن، بایع در برابر مشتری متعهد می‌شود که به ادعاهای اشخاص ثالث بر مبیع پاسخ دهد و مالکیت بلامعارض خریدار را تعهد می‌کند. بنابراین، ضمان درک در این معنا اختصاص به مستحق للغیر در آمدن مبیع ندارد و وجود حق انتفاع یا ارتفاق برای دیگری بر مبیع نیز موجب تعهد بایع می‌شود. همچنین، ضمان درک در مفهوم یادشده مختص بطلان بیع نیست. به علاوه، نقطه آغاز مسئولیت بایع زمان انعقاد عقد است، نه رد بیع توسط مالک. در نتیجه، ضمان درک به معنایی که گفته شد، از حیث قلمروی تعهد بایع و زمان آغاز تعهدات او در برابر مشتری با ضمان درک به معنای مرسوم تفاوت دارد.

## الف - منابع فارسی:

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامیه.
۲. بازگیر، یدالله (بی تا)، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد اول، ققنوس.
۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، حقوق مدنی ۶: عقود معین یک، یازدهم، مجله تهران.
۴. طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۹)، «قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک»، مطالعات حقوقی، شماره ۱۵.
۵. طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ هـ.ق)، حقوق مدنی، جلد چهارم، دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۶. طباطبایی یردی، سید محمدکاظم (۱۴۱۵)، سؤال و جواب، چاپ اول، تهران، مرکز نشر العلوم اسلامی.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: عقود معین، جلد اول، معاملات معوض - عقود تملیکی، دهم، تهران، سهامی انتشار.
۸. متین، احمد (۱۳۸۱)، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، نظرات دیوان عالی کشور از ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳)، قواعد فقه، جلد دوم، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم انسانی.
۱۰. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۲۶ هـ.ق)، ایقاع، اخذ به شفعه، اول، قم، مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۱. محمدی، پژمان (۱۳۹۱)، «ضرورت قهری دانستن ضمان درک»، دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۲.

## ب - منابع عربی:

۱۲. ابن اثیر (جزری)، (بی تا)، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الأثر، چاپ اول، جلد دوم، قم، اسماعیلیان.
۱۳. ابن منظور، جمال الدین (۱۴۱۴ هـ.ق)، لسان العرب، جلد اول، سوم، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۱۴. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ هـ.ق)، معجم مقائیس اللغة، چاپ اول، جلد دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۵. ابو جیب، سعدی (۱۴۰۸ هـ.ق)، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحا، دوم، دمشق، دار الفکر.
۱۶. اشتهاودی، علی پناه (۱۴۱۷ هـ.ق)، مدارک العروة، ۳۰ جلد، اول، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر.

۱۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ هـ.ق)، کتاب المکاسب، جلد پنجم، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.

۱۸. بحر العلوم، محمد بن محمدتقی (۱۴۰۳ هـ.ق)، بلغة الفقهیه، ۴ جلد، جلد دوم، چهارم، تهران، مکتبه الصادق.

۱۹. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ هـ.ق)، الحدائق الناضره، ۱۸ و ۲۱، اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

۲۰. بحرانی، حسین (بی تا)، الأنوار اللوامع، ۶ جلد، اول، قم، مجمع البحوث العلمیه.

۲۱. ترحینی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ هـ.ق)، الزبده الفقهیه، جلد پنجم، چهارم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر.

۲۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح (۱۴۱۰ هـ.ق)، تاج اللغة و صحاح العربیه، چاپ اول، جلد چهارم، بیروت: دار العلم للملایین.

۲۳. حسینی حنفی، سید محمدمرتضی (۱۴۱۴ هـ.ق)، تاج العروس، جلد هجدهم، اول، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.

۲۴. حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ هـ.ق)، مفتاح الکرامه، جلد پنجم، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۲۵. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ هـ.ق)، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ جلد، اول، قم، مؤسسه دار التفسیر.

۲۶. حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ.ق)، شرائع الإسلام، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۲۷. حلی (علامه) حسن بن یوسف (۱۴۲۰ هـ.ق)، تحریر الاحکام، جلد دوم و چهارم، اول، قم، مؤسسه امام صادق (ع).

۲۸. حلی (علامه) حسن بن یوسف (۱۴۱۴ هـ.ق)، تذکره الفقهاء، جلد دهم و چهاردهم، اول، قم، آل البیت (ع).

۲۹. حلی (علامه) حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ.ق)، قواعد الأحکام، جلد دوم، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۳۰. خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ هـ.ق)، کتاب البیع، جلد اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

۳۱. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ هـ.ق)، جامع المدارک، جلد سوم، دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۳۲. خوبی، سیدابوالقاسم، (بی تا)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، جلد سوم، بی تا، بی جا.

۳۳. خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۸ هـ.ق)، موسوعة الإمام الخوئی، جلد ۳۱، چاپ اول، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.

۳۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ هـ.ق)، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.

۳۵. روحانی، سیدصادق (۱۴۲۹ هـ.ق)، منهاج الفقاهة، ۶ جلد، جلد سوم، پنجم، قم، انوار الهدی

۳۶. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ هـ.ق)، مهذب الأحكام، ۱۶ و ۲۰، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.

۳۷. سیوری حلی، مقداد (۱۴۰۳ هـ.ق)، نضد القواعد الفقہیة علی مذهب الإمامیة، اول، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.

۳۸. صاحب بن عباد، کافی الکفاهة، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ هـ.ق)، المحيط فی اللغة، چاپ اول، جلد ششم، بیروت: عالم الكتاب.

۳۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ هـ.ق)، عروه الوثقی، ۲ جلد، جلد دوم، دوم، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

۴۰. طرابلسی (قاضی ابن براج)، عبدالعزیز (۱۴۰۶ هـ.ق)، المهذب، جلد اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۴۱. طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ هـ.ق)، مجمع البحرین، چاپ سوم، جلد پنجم، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

۴۲. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ هـ.ق)، الخلاف، ۶ جلد، جلد سوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۴۳. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ هـ.ق)، المبسوط، جلد سوم، سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۴۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۳ هـ.ق)، مسالك الأفهام، ۱۵ جلد، جلد سوم و دوازدهم، اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية.

۴۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۴ هـ.ق)، حاشیة الإرشاد، ۴ جلد، جلد دوم، اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.

۴۶. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ هـ.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ششم، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۴۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، جلد اول و دوم، اول، قم، کتابفروشی مفید.

۴۸. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ هـ.ق)، الدرر، جلد سوم، دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۴۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۴ هـ.ق)، غایة المراد، جلد دوم، اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.

۵۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ هـ.ق)، الروضة البهیة (المحشى کلانتر)، ۱۰ جلد، جلد سوم و چهارم، اول، قم، داوری.

۵۱. عبد الرحمان، محمود (بی تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، ۳ جلد، بی جا، بی تا.
۵۲. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ هـ.ق)، کتاب العین، چاپ دوم، جلد پنجم، قم: هجرت.
۵۳. فیومی، احمد بن محمد (بی تا)، المصباح المنیر، جلد دوم، اول، قم، منشورات دار الرضی.
۵۴. قزوینی، سیدعلی (۱۴۲۴ هـ.ق)، ینابیع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵۵. قزوینی، ملا علی (۱۴۱۴ هـ.ق)، صیغ العقود و الإیقات (محشی)، اول، قم، شکوری.
۵۶. کاشف الغطاء (نجفی)، محمدحسین (۱۳۵۹ هـ.ق)، تحریر المجلة، جلد اول، قسمت دوم، اول، نجف، المكتبة المرتضوية.
۵۷. مامقانی، محمدحسن (۱۳۱۶ هـ.ق)، غایة الآمال، جلد دوم، اول، قم، مجمع الذخائر الإسلامية.
۵۸. مجاهد (حائری)، سیدمحمد (بی تا)، کتاب المناهل، یک جلد، اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۵۹. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ هـ.ق)، فقه الإمام الصادق (ع)، جلد چهارم، دوم، قم، مؤسسه انصاریان.
۶۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ هـ.ق)، أنوار الفقاهه - کتاب البیع، چاپ اول، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۶۱. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۱۴ هـ.ق)، فقه الشریکه و کتاب التأمین، اول، قم، منشورات دارالعلم.
۶۲. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ هـ.ق)، جامع الشتات، جلد دوم، اول، تهران، مؤسسه کیهان.
۶۳. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳)، منیه الطالب، مقرر: موسی خوانساری، جلد اول، اول، تهران، المكتبة المحمدية.
۶۴. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ هـ.ق)، المکاسب و البیع، جلد دوم، اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۶۵. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ هـ.ق)، جواهر الکلام، جلد بیست و دوم، هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۶۶. واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی (۱۴۱۴ هـ.ق)، تاج العوس من جواهر القاموس، جلد هجدهم، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۶۷. همدانی، آقارضا (۱۴۱۶ هـ.ق)، مصباح الفقیه، جلد چهاردهم، اول، قم، مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث.

## A new look at the concept, basis and effect for “ZAMAN DARAK”

### in Imamiyya jurisprudence and civil law

Hadi Shabani Kandsari<sup>۱</sup>

**Abstract:** In this paper, the concept and basis for “ZAMAN DARAK” with a new approach in Imamiyya jurisprudence and civil law have been reviewed. The study in the jurisprudential texts shows that the “ZAMAN DARAK” in Imamiyya jurisprudence is a “ZAMAN OHDEH”, however, the civil code has used the “ZAMAN DARAK” as the responsibility of the general practitioner to reimburse and compensate for the indemnity in the supposed desirability of coming to justice. However, the concept and scope of the “ZAMAN DARAK” in civil law should not be limited and confined to the narrow and narrow boundary of the past; instead, the “ZAMAN DARAK” in his new concept in civil law has a contractual root and does not devote to despicable and deserving righteousness. However, it is obliged, in the event of the existence of the right to exploit or to acquire, in defense of the unclaimed ownership of the buyer. The start of a lien is also the time of the conclusion of the contract, not the time for the rejection by the owner.

**Key words:** “ZAMAN DARAK”, Dealing with another person's property, The transaction will belong to someone else, Contractual Obligations, Condition in Contract.

۱. PhD in private law, University of Tehran.