



## وضعیت حقوقی شرط تشدید و تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع

محمود عربشاهی کرپز \*

### چکیده

ضمان درک عبارت است از ضمان هر کدام از بايع و مشتری نسبت به مبیع و ثمن عین معین در صورت مستحق للغير در آمدن آن، البته در فرضی که مالک واقعی معامله مذکور را تنفیذ ننماید. ضمان درک منشأ قراردادی نداشته بلکه نوعی ضمان قهری است، در مواردی طرفین معامله شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک رامطرح می نمایند که سکوت قانونگذار در خصوص صحت یا بطلان شروط مذکور موجب بروز نظرات مختلف بین علمای حقوق و احکام متفاوت در محاکم قضایی شده و در نتیجه تشتت آراء و سردرگمی اصحاب دعوی را در پی داشته است.

در این مقاله برآنیم پس از ذکر مفهوم ضمان درک و تبیین احکام آن به تحلیل مبنای حقوقی و فقهی ضمان درک پرداخته و در نهایت به تجزیه و تحلیل شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک، بپردازیم تا این تصور که شروط مذکور به تبعیت از بطلان عقد، باطل هستند از ذهن، بر طرف شود.

### واژگان کلیدی:

ضمان درک، شرط تشدید، شرط تخفیف.



## مقدمه

عقد بیع، به عنوان یکی از پر کار بردترین عقود معین می باشد قانونگذار شرایط ویژه و احکام و آثار آن را معین نموده و طرفین نیازی به پیش بینی تمام حقوق و تکالیف خاص عقد را ندارند و قانون خود به این امر توجه نموده است. مهمترین امری که ممکن است موضوع دغدغه و نگرانی هر کدام از طرفین باشد مالکیت بایع نسبت به مبیع و مالکیت خریدار نسبت به ثمن است که قانونگذار نیز این اهمیت را درک نموده و حکم مسأله را در فرض عدم مالکیت هر کدام از طرفین بیان نموده که از آن به « ضمان درک » تعبیر شده است.

عقد بیع عقد تملیکی و رضایی است که به محض ایجاب و قبول، فروشنده مالک ثمن و خریدار مال مبیع می شود اما در فرضی که فروشنده مال دیگری را بدون اذن مالک بفروشد یا مال خود را به همراه مال دیگری که در فروش آن اذن ندارد به دیگری منتقل نماید عقد بیع غیرنافذ است.<sup>۱</sup> یعنی اثر حقوقی نداشته مگر اینکه مالک تنفیذ نماید و در صورت رد معامله توسط مالک معامله از اصل باطل می شود و در فرضی که مالک بیع را اجازه نکند و فضول مبیع را به مشتری داده باشد مالک می تواند آن را از مشتری پس بگیرد و در برابر، مشتری حق دارد برای اخذ ثمنی که به بایع فضولی داده است و همچنین در صورت جهل او به مستحق للغير بودن مبیع، برای گرفتن غراماتی که در این راستا متحمل شده است به فروشنده رجوع کند.

گاهی بخشی از مبیع مستحق للغير در می آید در این فرض بیع در قسمتی که متعلق به فروشنده می باشد صحیح و در قسمتی که مالک نبوده غیر نافذ و منوط به تنفیذ مالک است. لیکن از جهت آثار عدم تنفیذ مالک تفاوتی بین عدم استحقاق جزئی و کلی وجود ندارد تنها مطلبی که قابل ذکر است اینکه به لحاظ تبعیض معامله به دو قسمت صحیح و باطل، خریدار جاهل حق فسخ کل معامله را به استناد خیار تبعض صفقه دارد.<sup>۲</sup>

در خصوص اینکه ضمان درک منشأ قراردادی دارد یا دارای مبنای غیرقراردادی است بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی اشاره به ضمان درک دارد البته ماده ۳۶۲ با آنچه در مواد ۳۹۰ به بعد آمده است تعارض دارد به این نحو که ضمان درک در بند ۲ ماده ۳۶۲ از آثار بیع صحیح ولسی در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ از آثار بیع باطل محسوب شده است. تعارض این مواد از تعدد منابع آن ناشی می شود، زیرا ظاهر این مواد حکایت از آن دارد که حکم بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی از مواد ۱۶۰۳ و

۱. نجفی، محمدبن حسن، جواهرالکلام فی شرایع الاسلام، جلد سیزدهم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

۲. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد دوم، بیروت، دارالاضواء.

۱۶۲۵ قانون مدنی فرانسه و حکم مواد ۳۹۰-۳۹۱ قانون مدنی از نظریات فقهی مرتبط با مقبوض به عقد باطل و بیع فضولی اقتباس شده است.<sup>۳</sup>

مشهور حقوقدانان معتقد هستند ضمان درک از آثار عقد فاسد می باشد.<sup>۴</sup> به عبارتی در فرض بطلان عقد بیع است که انتقال مالکیتی صورت نگرفته و بایع ملزم به رد ثمن به خریدار می باشد. همچنین در فرضی که ثمن از آن غیر باشد و مشتری بدون اذن آن را در عوض مبیع به بایع بپردازد، بیع وضعیتی مشابه خواهد داشت با این تفاوت که مسئولیت بطلان معامله در صورت رد مالک ثمن، با خریدار غیر مآذن است و باید مبیع را به بایع برگرداند و خسارات و غرامات وارد شده به او را نیز بپردازد.

بنابراین، پس از آنکه مبیع یا ثمن مستحق للغیر درآید بایع ملزم به رد ثمن به خریدار و خریدار ملزم به رد مبیع و همچنین جبران غرامات وارده به طرف مقابل در صورت جهل به وجود فساد می باشد که البته در خصوص غرامات و دایره شمول آن اختلاف عقیده بین علمای حقوق و محاکم وجود داشت که منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ گردید که رأی مذکور خود نیز مورد انتقاد قرار گرفته است.<sup>۵</sup>

البته در این پژوهش قصد نداریم که قلمرو عنوان غرامات و دایره شمول آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم و یا نقاط ضعف و قوت رأی وحدت رویه اخیرالصدور دیوان عالی کشور را تعیین نماییم بلکه آنچه محور این تحقیق می باشد این است که چنانچه طرفین قرارداد، از ابتدا و ضمن قرارداد منعقد شده مسئولیت خود را نسبت به ضمان درک مبیع یا ثمن عین معین با ذکر شرطی افزایش یا کاهش دهند، شرط مذکور از لحاظ صحت و بطلان چه وضعیتی خواهد داشت؟

با توجه به اینکه در کشور ما قیمت املاک گاهی به شدت افزایش می یابد و اثبات مستحق للغیر بودن مبیع، ممکن است چند سال طول بکشد و قیمت ملک در روز استرداد ثمن با قیمت آن در روز معامله (ثمن المسمی) اختلاف فاحش خواهد داشته، بنابراین مسترد کردن ثمن المسمی اجحاف آشکاری به خریدار است.

طرفین ممکن است جهت جلوگیری از این اجحاف با توافق یکدیگر، مسئولیت فروشنده مال غیر را تشدید نمایند و یا حتی در فرضی مسئولیت را تخفیف دهند، آنچه در این تحقیق به دنبال آن هستیم پاسخ به این سؤال است که آیا شروط مذکور به

۳. باریکلو، علیرضا، تحلیل رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به ضمان درک، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره سیزدهم، شماره اول، ۱۳۹۵، ص. ۲.

۴. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، تهران: چاپخانه حیدری، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴، ص. ۲۲۳.

۵. امیر محمدی، محمد رضا، غرامات ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره سیزدهم، شماره دوم، ۱۳۹۵، ص. ۲۹۸.



تبعیت از بطلان عقد باطل هستند و غیر قابل اجرا یا نافذ و قابل ترتیب اثر می باشند.

## ۱- مفهوم ضمان درک

### ۱-۱- معنای لغوی ضمان

واژه ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن و کفالت کردن است.<sup>۶</sup> و در معنای مختلفی چون التزام، اشمال و احتواء به کار رفته است.<sup>۷</sup> قدر جامع همه این معانی قراردادن چیزی در ضمن چیز دیگر است.

### ۱-۲- معنای حقوقی ضمان

در اصطلاح حقوقی ضمان در معانی زیر به کار رفته است.<sup>۸</sup>

الف: تعهد به مالی که در ذمه ی شخص دیگر ثابت است.<sup>۹</sup> ضمان به این معنا در شمار عقود معین است که از آن به ضمان عقدی نیز تعبیر می شود.

ب: تعهد بر رد مثل یا قیمت تمام شده، چنانچه در ضمان اتلاف گفته می شود هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن خواهد بود.<sup>۱۰</sup>

ج: تلف مال از ملک خود مالک، مثل اینکه در تلف مبیع گفته شده است چنانچه پیش از قبض باشد بایع ضامن است یعنی از جیب خود او رفته است و در صورتی که پس از قبض، تلف شود از ملک مشتری محسوب است، زیرا به واسطه قبض ضمان از بایع به مشتری منتقل می گردد.<sup>۱۱</sup>

د: تعهد به رد مال معین، چنانچه در ضمان غاصب گفته شده است وی باید عین مال غصب شده را برگرداند و در صورتی که عین مال تلف شده باشد غاصب ملزم به پرداخت مثل آن در فرضی است که مثلی باشد و چنانچه قیمی باشد یا رد مثل معتذر گردد متعهد به پرداخت قیمت خواهد بود.<sup>۱۲</sup>

مفهوم از ضمان در این بحث، معنای اخیر یعنی لزوم باز گرداندن ثمن از سوی بایع غیر مأذن به مشتری است.

واژه درک در کتابهای لغت به معنی قهر شیء و لحوق (ضمیمه شدن و تابع گردیدن) آمده است ولی در اصطلاح حقوق مقصود از درک مبیع این است که مورد معامله متعلق

۶. فیروز آبادی، محمدبن یعقوب، القاموس المحيط، جلد چهارم، بیروت: دارالعلم، ص. ۲۴۳.  
۷. ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، جلد چهارم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص. ۳۶۴.  
۸. باقری، احمد-جوادی، محمد حسن، ضمان درک، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق وعلوم سیاسی، دوره سی و نهم، شماره اول، بهار ۱۳۸۸، ص. ۲۵.  
۹. امام خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، جلد دوم و سوم، قم مؤسسه الهادی، ص. ۲۲.  
۱۰. مراغی، میر فتاح، العناوین الفقیه، جلد دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ص. ۴۳۴.  
۱۱. شهید اول، شمس الدین محمدبن مکی العاملی، اللعنه دمشقیه، بیروت: دارالناصر، ص. ۱۳۲.  
۱۲. شهید ثانی، زین الدین علی العاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد هفتم، مؤسسه معارف اسلامی، ص. ۱۳۲.

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 که پولی را که بابت ثمن چنین کالای گرفته است به خریدار باز گرداند.<sup>۱۳</sup> ماده ۳۹۱ قانون مدنی نیز در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورت مستحق للغیر در آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد». در خصوص «ضمان عهده» در ماده ۶۹۷ قانون مدنی آمده است «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است».

در فقه طبق نظر علامه در تذکره «ضمان درک» مترادف «ضمان عهده» اعلام شده است، به این نحو که «من باع شیئاً فخرج المبیع مستحقاً للغير بايع وجب البایع رد الثمن و لاجاه فیه الی شرط و التزام ... و ان ضمن عنه ضامن لیرجع مشتری علیه بالثمن لو خرج مستحقاً فهو ضمان العهده و یسمى ایضاً ضمان الدرک ... وهذا الضمان صحیح عندنا ان كان البایع قد قبض الثمن ...»

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.

همانطور که ملاحظه می‌شود معنایی که نویسندگان قانون مدنی از ضمان درک ارائه کرده اند با مفهوم فقهی این عبارت متفاوت است چرا که طبق نظر علامه در تذکره، ضمان درک نام دیگری از ضمان عهده است حال آنکه طبق معنای برداشت شده از ماده مذکور ضمان درک عبارت است تعهد بایع و خریدار به رد ثمن یا مبیع در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع یا ثمن و عدم تنفیذ مالک.<sup>۱۴</sup>

## ۲. مبنای ضمان درک

منظور از مبنای ضمان درک این است که چه توجیهی برای اجرای ضمان درک وجود دارد به عبارتی چه نیرویی پشتیبان قواعد ضمان درک است و چه جاذبه ای ما را به اجرای احکام ضمان درک وادار می‌نماید. در واقع نیازهای اجتماعی و حقوقی که موجب شناسایی نهاد ضمان درک می‌شود چیست؟

۱۳. کاتوزیان، ناصر، همان منبع، صص. ۲۲۱-۲۲۲.

۱۴. علوی قزوینی، علی، نگرشی بر ضمان درک در حقوق مدنی ایران، نامه مفید، ۱۳۷۵، شماره هفتم، صص. ۱۲۶-۱۰۷.



عده ای تأمین نیاز حقوقی جامعه را موجب مشروعیت نهاد ضمان درک دانسته اند.<sup>۱۵</sup> عده ای معتقدند دفع ضرر و حاجت اصل مستقلاً از اصول شرعیه، در اثبات احکام است و ضمان درک را بعنوان اصل مستقل توصیف کرده اند.<sup>۱۶</sup>

عده ای دیگر معتقدند توثیق مبنای مشروعیت ضمان درک است چرا که هر کدام از طرفین نگران مستحقق للغیر در آمدن موضوع معامله می باشد و با ضمان درک است که اطمینان خاطر حاصل می شود.<sup>۱۷</sup>

در حقوق معاصر نیز در بیان مبنای ضمان درک به بیم طرفین از تفویت منافع انتظاری استناد شده و ضمان درک به علت احتمال خلع ید طرف قرارداد از موضوع معامله توسط مالک واقعی پیش بینی شده است. بعنوان مثال در ماده ۱۶۲۵ قانون مدنی فرانسه دو نوع تضمین برای بایع مقرر شده است نخست اینکه تصرف و مالکیت انتقالی به مشتری بلامنازع باشد و کسی نسبت به آن ادعایی نداشته باشد. دوم اینکه مبیع سالم و فاقد عیب موجب خیار باشد که بعضی هدف از آن را تضمین اجرای کامل قرارداد توصیف کرده اند. همچنین در مواد ۴۱ و ۴۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا مقرر شده است بایع باید مالی را تسلیم نماید که ثالث نسبت به آن ادعای حقی نداشته باشد. در ماده ۲:۳۰۵ طرح اصول مشترک مرجع اروپایی نیز مقرر شده است کالا باید از هرگونه حق یا ادعای ثالث آزاد باشد.

در نتیجه، مبنای ضمان درک از سویی، تضمین رابطه حقوقی و منافع قراردادی ناشی از آن است، زیرا اگر چنین ضمانی شناسایی نشود، امنیت معاملی ایجاد نمی شود. چون هرکس که معامله تغابنی یا تجاری منعقد می کند، قصد افزایش منافع خود را دارد و این بیم که احتمالاً منافع او به علت تعلق مال مورد معامله به دیگری ضایع شود باید برطرف شود.<sup>۱۸</sup>

## ۱-۲. ضمان درک در قانون مدنی

قانون مدنی در فقره سوم از مبحث چهارم از فصل اول باب سوم تحت عنوان «ضمان درک» در ماده ۳۹۰ مقرر داشته است:

«اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزء مستحق للغیر در آید، بایع ضمان است، اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد». در ماده ۳۹۱ ق.م نیز تصریح شده است: «در صورت مستحق للغیر بر آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در

۱۵. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، جامع المقاصد، جلد پنجم، قم: مؤسسه آل البیت، ص. ۳۲۲.

۱۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، جلد دوم، تهران: مؤسسه کیهان، ص. ۴۴۴.

۱۷. طباطبائی حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، جلد سیزدهم، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، ص. ۳۵۰.

۱۸. باریکلو، علیرضا، همان منبع، صص. ۸-۹.



صورت جهل به فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید». در اینکه آیا ضمان درک ویژه عین معین است یا مبیع کلی فی الذمه را نیز در بر می گیرد باید گفت آنچه از مواد ۳۹۰-۳۹۱ قانون مدنی برداشت می شود ضمان درک ویژه مبیع عین معین است و در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد و فروشنده در مقام ایفای تعهد، مال دیگری را به عنوان فردی از افراد مبیع به خریدار تسلیم نماید، مقررات ضمان درک جاری نخواهد شد، چرا که انتخاب و تسلیم مبیع، تملیک مستقل و جداگانه نیست بلکه دنباله تعهدی است که فروشنده ضمن عقد پیدا کرده است تا راه مشروع مالکیت خریدار را تأمین نماید. در موردی که مبیع کلی فی الذمه می باشد چنانچه بایع مال غیر را غصب و به عنوان موضوع تعهد به خریدار تحویل دهد در واقع به تعهد قراردادی خود مبنی بر تحویل مبیع با شرایط و اوصاف قراردادی آن به درستی عمل نکرده است، پس خریدار می تواند الزام او را به انتخاب فردی که قابل تملک برای وی باشد از دادگاه بخواهد.<sup>۱۹</sup>

در خصوص اینکه ضمان درک منشأ قراردادی دارد یا قهری و غیر قراردادی می باشد بین حقوقدانان اختلاف نظر می باشد عده ای با توجه به ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را در ردیف آثار بیع صحیح به حساب آورده معتقد به مبنای قراردادی برای ضمان درک می باشند با این استدلال که به موجب عقود تملیکی، طرف قرارداد آنچه را منتقل ساخته باید تسلیم طرف دیگر نماید. پس بایع بر اساس بیع، متعهد به تسلیم مبیع به خریدار می گردد. این تعهد زمانی به انجام می رسد که آنچه بایع در مقام وفای به عهد داده از آن خود او باشد و لازمه تعهد به تسلیم این است که فروشنده عیوب پنهانی یا درک مبیع را تضمین کند. بر این مبنا این گروه ضمان درک را از توابع تعهد به تسلیم و از آثار عقد می دانند و در واقع برای ضمان درک مبنای قراردادی قائل می شوند.<sup>۲۰</sup>

لیکن مشهور حقوقدانان از منتقدین ماده مذکور می باشند و اینکه ضمان از آثار عقد صحیح دانسته شده را مورد مناقشه قرار داده اند.<sup>۲۱</sup> با بررسی سابقه امر در فقه و تأمل در سایر مواد قانون مدنی ایران اینکه ضمان درک را از آثار بیع صحیح بدانیم، صحیح به نظر نمی آید و فقیهان برای ضمان درک مبنای قراردادی قائل نیستند، چرا که تحقق ضمان درک و الزام فروشنده به رد ثمن و پرداخت خسارت به محض عدم تنفیذ مالک

۱۹. کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ص. ۱۱۷.

۲۰. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین: بحر العلوم، ۱۳۷۹، ص ۲۳۵؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی: تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹، ص. ۲۸۰.

۲۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ بیستم، ۱۳۷۸، ص. ۴۵۶؛ کاتوزیان، ناصر، همان، ص. ۲۲۳.



و بطلان بیع است.<sup>۲۲</sup> و در واقع منشأ آن ممنوع بودن اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه است.<sup>۲۳</sup>

نکته دیگر اینکه، مبنای قراردادی قائل شدن برای ضمان درک با مواد دیگر خود قانون در تعارض است.<sup>۲۴</sup> مثلاً در ماده ۳۹۳ ق.م.آ.م آمده است: «راجع به زیادتى که از عمل مشتری در مبيع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ مجرى خواهد بود». ماده ۳۱۴ از احکام مربوط به غصب است که زیر مجموعه ضمان قهری است. از سوی دیگر علی‌رغم وحدت موضوع در ماده ۲۶۳ و ۳۹۱ قانون مدنی، قانونگذار ضمان درک را از آثار بیع صحیح بر شمرده است (ماده ۳۹۱) ولی ضمان بایع فضولی را نسبت به رد ثمن و پرداخت غرامات را در بحث معامله باطل آورده است (ماده ۲۶۳) که قابل توجیه به نظر نمی‌رسد.<sup>۲۵</sup> علت این که در قانون مدنی ضمان درک را از آثار عقد بیع صحیح دانسته است اینگونه بیان شده که چون در زمان‌های گذشته تفکیکی بین عقد باطل و صحیح قانونی با دقت تحلیلی به عمل نمی‌آمده، عقد بیع مربوط به مال شخص بیگانه نیز عقد بیع به شمار می‌آمده و ضمان بایع نسبت به درک مبیع از آثار این عقد محسوب می‌شده است.<sup>۲۶</sup>

برخی از اساتید حقوق مدنی با تأکید بر قهری بودن ضمان درک در توجیه ماده ۳۶۲ قانون مدنی می‌نویسند، «می‌توان منشأ آن که بعضی قوانین، ضمان درک را از آثار بیع صحیح به شمار آورده با مطالعه در سیر تاریخی بیع یافت. در ادواری که بشر فرق بین مالکیت و تصرف نمی‌گذاشت و به مفهوم مالکیت کنونی آشنا نبود، بیع عبارت بود از تصرف دادن مبیع به مشتری و حمایت او از تعرض دیگران و مشتری ثمن را در مقابل تصرف مبیع و حمایت بایع از او می‌داده است به تدریج که بشر توانست با مفهوم مالکیت آشنا شود و آن را تصرف فرق گذارد و جامعه آن را معتبر بدانند، از نظر انس و عادت دست از روش دیرین خود برداشته و ثمن را در مقابل تصرف بدون معارض به بایع می‌پرداخته، یعنی بایع با تسلیم مبیع حمایت مشتری را عهده دار می‌گشت و هرگاه از عهده حمایت او بر نمی‌آمد ثمن را مسترد می‌داشت».<sup>۲۷</sup>

بنابراین هم عقیده با مشهور حقوقدانان بهتر این است که ضمان درک را نتیجه فساد

۲۲. محمدی، پژمان، ضرورت قهری دانستن ضمان درک، دو فصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، سال اول، شماره دوم، ص. ۲۰۷.

۲۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران: مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۴۶.

۲۴. ابو عطا، محمد، تحلیل مفهوم و مبنای ضمان درک در حقوق ایران و فرانسه، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، سال پنجم، شماره چهاردهم، تابستان ۱۳۸۵، صص. ۲۴-۲۵.

۲۵. باقری، احمد و جوادی، محمد حسن، همان منبع، صص. ۲۹.

۲۶. شهیدی، مهدی، همان منبع، ص. ۴۷.

۲۷. امامی، سید حسن، همان منبع، ص. ۴۶۹.



معامله و ناشی از حکم قانون بدانیم نه از آثار بیع درست.

## ۲-۲. مبنای فقهی ضمان درک

بنابر آنچه در فقه گفته شده، چنانچه کسی در عقد فاسدی که تصور صحت آن را داشته مالی را اخذ نماید غاصب محسوب می شود و ملزم به رد آن به مالک اصلی می باشد و تفاوتی نمی کند به فساد عقد آگاه باشد یا جاهل.<sup>۲۸</sup>

در فقه امامیه ضمان درک مبیع، مبنای قراردادی ندارد و از آثار عقد فاسد شمرده می شود. از این رو فروشنده فضولی که ثمن را از خریدار دریافت نموده است در صورت رد بیع بوسیله مالک، غاصب تلقی شده و مشمول قاعده ید و خصوصاً قاعده «کل عقد یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده» می شود.<sup>۲۹</sup> البته این اشکال مطرح شده است که چگونه امر باطل و معدوم موجب ضمان می شود؟ در پاسخ گفته شده که عقد فاسد علت تامه ضمان نیست بلکه تحقق ضمان منوط به قبض مال است و اینکه عقد فاسد سبب ضمان تلقی شده به این جهت است که عقد فاسد منشأ قبض مال شده است یعنی عقد فاسد در ردیف اسباب ضمان قرار می گیرد زیرا عقد فاسد منشأ قبض بوده و قبض هم ضمان را ایجاد کرده است. لذا به این ترتیب در شمول قاعده فوق بر ضمان درک اشکالی وجود ندارد.<sup>۳۰</sup>

در فقه برای اثبات مسئولیت فروشنده نسبت به جبران خسارات و غرامات به چند قاعده فقهی استناد شده است. که در ادامه به شرح آن می پردازیم.

### ۱-۲-۲- قاعده غرور

مطابق با قاعده مذکور اگر کسی دیگری را فریب دهد و در اثر این فریب خسارتی به او وارد شود، فریبنده (غار) ضامن جبران خسارت فریب خورده مغرور است. (المغرور یرجع الی من غره) در موضوع بحث ما نیز که فروشنده مال غیر را به مشتری فروخته و مبیع مستحق للغير در آمده و مالک مبیع با عدم تنفیذ بیع، مبیع را از خریدار گرفته است، موجب خسارت مشتری شده لذا باید خسارات وارده به مشتری را جبران نماید چرا که در واقع خریدار را فریب داده و از این جهت موجب ورود ضرر به خریدار شده است.<sup>۳۱</sup> البته در فرضی که خریدار عالم به عدم مالکیت فروشنده نسبت به مبیع است حق رجوع برای دریافت خساراتی که متحمل شده است ندارد زیرا با آگاهی و اطلاع او از حقیقت قضیه قاعده غرور محقق نشده است لذا مشمول قاعده غرور نمی شود بلکه با توجه به اقدام خریدار بر علیه خود، موضوع مشمول قاعده اقدام می باشد.

۲۸. نجفی، محمد بن حسین، جواهر الکلام و شرح شرایع الاسلام، جلد سی و هفتم، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ص. ۱۷۵.

۲۹. محقق کرکی، همان منبع، جلد سوم، ص. ۳۲۴.

۳۰. انصاری، مرتضی، مکاسب، جلد سوم، قم: مؤسسه الهادی، ص. ۱۷۸.

۳۱. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، جلد اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ص. ۱۷۹.



## ۲-۲-۲- قاعده لاضرر

قاعده دیگری که در توجیه ضمان درک در فقه مطرح شده، قاعده نفی ضرر است که بنابر نظر عده ای از فقها بر مبنای این قاعده نیز خریدر می تواند برای مطالبه خسارت به فروشنده مراجعه کند چرا که قاعده فوق نیز نافعی هر گونه ضرر است و با اجرای این قاعده می توان جلوی ورود ضرر را گرفت.<sup>۳۲</sup>

البته عده ای از فقها توسل به قاعده نفی ضرر را برای اثبات حکم حق مراجعه مشتری به فروشنده جهت گرفتن خسارت را مردود اعلام نموده اند با این استدلال که قاعده لاضرر صرفاً نفی حکم ضرری را بدنبال دارد و از اثبات حکم ناتوان است لذا در مانحن فی نیز قاعده مذکور نمی تواند برای اثبات مسئولیت فروشنده نسبت به جبران خسارت مورد استناد قرار گیرد.<sup>۳۳</sup>

## ۳-۲-۲- قاعده تسبیب

قاعده دیگری که در توجیه ضمان درک در فقه مطرح شده قاعده تسبیب میباشد مطابق قاعده مذکور هر کس سبب تلف مال دیگری شود ضامن و مسئول جبران خسارت میباشد خواه این سببیت از روی عمد باشد یا غیر عمد و بواسطه فعل مثبت باشد یا ترک فعل. بنابراین در ما نحن فیه که شخصی مال متعلق به دیگری را به دیگری می فروشد و خریدار آگاه به عدم مالکیت فروشنده نیست و پس از مراجعه مالک و استرداد مبیع مشتری متحمل خسارت می شود در واقع این فروشنده است که با فروش مال متعلق به دیگری سبب ورود خسارت به او شده است. البته این اشکال مطرح گردیده که زمانی قاعده تسبیب جاری می شود که بین سبب و ضرر، عامل دیگری وجود نداشته باشد حال آنکه در مانحن فیه، اقدام خریدار، وجود دارد و در واقع خریدار مباشر ورود ضرر است که در پاسخ به این اشکال گفته شده که اگرچه، مشتری مباشر ورود ضرر است ولی در جمع سبب ومباشر در فرضی مباشر مسئول ضرر است که سبب اقوی از مباشر نباشد حال آنکه در موضوع بحث ما سبب اقوی از مباشر است.<sup>۳۴</sup>

## ۳. شرط تشدید و تخفیف ضمان درک

همچنانکه سابقاً مطرح گردید در فرض فروش مال غیر یا به عبارتی در معامله فضولی در صورتی که مالک معامله را تنفیذ ننماید، خریدار جهت دریافت ثمن پرداختی حق رجوع به فضول را دارد و حتی در صورت جهل خریدار به مالکیت غیر، حق دریافت

۳۲. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب ف جلد اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ص. ۲۹۴.

۳۳. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد چهارم، چاپ سوم، قم: ناشر وجدانی، ص. ۳۵۰.

۳۴. میرزای قمی، همان منبع، ص. ۲۸۸.

گرامات را نیز دارد و در این امر بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظری وجود ندارد آنچه محل اختلاف نظر است و موضوع این پژوهش را تشکیل می دهد وضعیت حقوقی شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت فصول در معامله فضولی از لحاظ صحت و بطلان می باشد و به عبارتی به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که آیا شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت ناشی از مستحق للغیر در آمدن صحیح و لازم الاجرا می باشد یا باطل و غیرقابل ترتیب اثر است.

در واقع باید گفت در این که بایع فضولی در هر حال ملزم به رد ثمن و در صورت عدم اطلاع خریدار از مالکیت غیر، ملزم به پرداخت گرامات ( البته در دایره شمول گرامات اختلاف نظر است) می باشد، تردیدی نیست.

سؤال این است که آیا این مسئولیت قابل تشدید یا تخفیف می باشد یاخیر؟

### ۱-۳. مصادیق شرط تشدید و تخفیف ضمان درک

در مواردی در قراردادهای تنظیمی طرفین توافق می نمایند که در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع یا ثمن عین معین، طرفین ملزم به پرداخت قیمت روز مبیع یا ثمن عین معین باشند و یا مقرر می شود در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع، فروشنده علاوه بر استرداد ثمن، موظف به پرداخت مبلغ مقطوعی بعنوان وجه التزام باشد یا همین تعهد بر عهده خریدار در فرض مستحق للغیر در آمدن ثمن عین معین شرط می شود.

بر عکس، گاهی مسئولیت طرفین تخفیف می یابد، ضمن عقد شرط می شود که در صورت مستحق للغیر در آمدن مبیع، بایع فقط نسبت به ثمن ضامن خواهد بود و مسئولیتی بیش از این بعنوان گرامت و خسارت بر عهده او نخواهد بود یا شرط می شود که فروشنده نسبت به برخی از خسارات و گرامات ضامن است و نسبت به برخی دیگر مسئولیتی ندارد و گاهی نیز طرفین شرط می کنند که ضمان تا مدت معینی بر عهده آنان خواهد بود و یا حتی در مواردی بایع نسبت به قسمتی از مبیع ضمان درک را می پذیرد و نسبت به قسمت دیگر از خود سلب مسئولیت می نماید.

موارد فوق مصادیقی از شرط تشدید یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع یا ثمن است که متعاملین ضمن قرارداد نسبت به آن توافق می نمایند.

در این که آیا شروط مذکور صحیح است یا خیر، نظرات مختلف و متناقضی صادر شده است و این اختلاف نظر در روبه قضایی نیز مشهود است و موجبات تشتت آراء و سر درگمی مردم را فراهم آورده است. عده ای شرط مذکور را مخالف قانون دانسته و معتقد به بطلان شرط مذکور می باشند و این گونه استدلال نموده اند که مطابق ماده



۳۰۱ قانون مدنی شخصی (فروشنده ای) که بدون استحقاق ثمن را به اشتباه یا به عمد اخذ نموده ملزم به استرداد است. لذا شرطی که مسئولیت ضامن درک را از بین می برد خلاف احکام ضمان درک و همچنین ماده ۳۰۱ قانون مذکور است و به لحاظ مخالفت شرط مذکور با قانون شرط مذکور را باطل اعلام نموده اند.<sup>۳۵</sup> درمقابل معتقدین به صحت شرط مذکور به ماده ۲۳۰ استناد جسته اند که بر اساس ماده مذکور طرفین قرارداد می توانند میزان خسارت ناشی از تخلف فروشنده درباره تملیک و تسلیم مبیع از پیش تعیین نمایند. به علاوه به استناد اصل آزادی قراردادها که موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد این شرط را مؤثر می دانند.<sup>۳۶</sup>

دلیل دیگری که معتقدین به بطلان شرط مذکور آورده اند استناد به ماده ۲۴۶ قانون مدنی میباشد و اینکه شرط ضمن عقد، از عقد تبعیت می نماید و در نتیجه به تبع عقد شرط را نیز باطل می دانند. در مقابل عده ای با این استدلال که چنین شرطی توافقی مستقل محسوب شده و مشمول عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی که بیانگر اصل حاکمیت اراده است، می باشد؛ شرط مذکور را صحیح و لازم الوفا می دانند.

در ادامه به تفصیل به بیان جهاتی که در بطلان شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع بیان شده پرداخته و با تجزیه و تحلیل شروط مذکور، جهات مذکور را مورد تردید دانسته و صحت شروط مذکور به اثبات می رسد. بدیهی است پذیرش هریک از دو نظر (صحت - بطلان) منشأ آثار مهمی می باشد که در ادامه به آن پرداخته شده است.

## ۲-۳- جهات بطلان شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک

جهاتی که موجب شده است عده ای قائل به بطلان شرط تشدید یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع شوند به شرح ذیل می باشد:

### ۱-۲-۳- مخالفت شرط با قانون

یکی از جهاتی که در اثبات بطلان شرط مذکور قید شده است مخالفت شرط با قانون است به این ترتیب که مطابق ماده ۳۰۱ قانون مدنی شخصی (فروشنده ای) که بدون استحقاق ثمن را به اشتباه یا به عمد اخذ نموده ملزم به استرداد است. مضافاً اینکه ضمان درک ریشه قراردادی ندارد بلکه قهری و به حکم قانون است. لذا شرطی که مسئولیت ضامن درک را از بین می برد خلاف احکام ضمان درک و همچنین ماده ۳۰۱ قانون مذکور است و به لحاظ مخالفت شرط مذکور با قانون شرط مذکور را باطل

۳۵. کاتوزیان ناصر، همان منبع، ص. ۲۳۱.

۳۶. امامی، همان منبع، ص. ۴۷۳؛ کاتوزیان، همان منبع، ص. ۲۳۲.



اعلام نموده اند.<sup>۳۷</sup> در رد استدلال فوق گفته شده است که اولاً ماده ۳۰۱ قانون مدنی در زمره قواعد تکمیلی است و توافق بر خلاف آن مجاز می باشد و در واقع طرفین توافق می کنند که در صورت بطلان بیع ثمن به طور رایگان به فروشنده تملیک شود و این تملیک منافاتی با اخلاق حسنه و نظم عمومی ندارد و با توسل به اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) باید این توافق و شرط مذکور را معتبر دانست مگر اینکه اثبات شود فروشنده عالماً و عامداً ملک دیگری را فروخته که در این فرض شرط مذکور فاقد اعتبار می باشد چرا که هیچ قرارداد خصوصی نمی تواند به یکی از دو طرف قرارداد جواز اضرار عمدی به دیگری بدهد. این نوع قرارداد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است، قراردادهای خصوصی تا حدی که مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشند معتبر و قابل ترتیب اثر می باشد.<sup>۳۸</sup>

به علاوه تخفیف یا تشدید ضمان فروشنده را می توان به خوبی از ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز استنباط کرد که مقرر می دارد «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی تواند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». ضمان درک، به نوعی نتیجه تخلف فروشنده درباره تملیک و تسلیم مبیع است که در مانحن طرفین میزان خسارتی را که در نتیجه این تخلف به خریدار وارد می شود از پیش تعیین نموده اند.<sup>۳۹</sup>

### ۲-۲-۳- بطلان شرط به تبعیت از بطلان عقد

جهت دیگری که در اثبات ادعای بطلان شرط مذکور مطرح شده است اینکه، با توجه به اینکه در موارد فوق به لحاظ مستحق للغیر در آمدن مبیع و به عبارتی عدم مالکیت فروشنده (بر فرض عدم تنفیذ مالک واقعی) اصل قرارداد باطل می باشد شرط ضمن آن نیز به تبعیت از عقد باطل و غیر قابل ترتیب اثر است.<sup>۴۰</sup>

در واقع معتقد به اجرای قاعده تبعیت شرط از عقد در مانحن فیه می باشند و در اثبات ادعای خود به ماده ۲۴۶ قانون مدنی استناد می نمایند. ماده مذکور مقرر میدارد «در صورتی که معامله به بواسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود».

اینکه شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک را تابع عقد بدانیم و باطل اعلام نماییم محل تردید و مناقشه است چرا که ضمان درک، در فقه و قانون مدنی، منشأ قانونی

۳۷. کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ص. ۲۳۱.

۳۸. امامی، همان منبع، ص. ۴۵۹؛ داورزنی، حسین و رضوی، سید محمد، اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک، دوفصلنامه تخصصی اسلام پژوهی، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص. ۱۵۰.

۳۹. کاتوزیان، همان منبع، ص. ۲۳۲.

۴۰. کاتوزیان، همان منبع، ص. ۲۲۹.



دارد به عبارت دیگر ضمان درک امری قهری است به همین جهت است که ماده ۳۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير در آید بایع ضامن است اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد» لذا تصریح به آن ضرورت ندارد. البته در فرض درج شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت، ضمان صراحتاً شرط شده است و همچنین با توافق یکدیگر مسئولیت بایع را در فرض مستحق للغير در آمدن مبیع تشدید نموده یا تخفیف داده‌اند. در واقع اگر بخواهیم آنچنان که عده‌ای استنباط نمودند شرط مذکور را باطل تلقی نمائیم، در واقع شرط ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع را باطل اعلام نموده ایم که خلاف نص صریح قانون است چرا که ضمان درک، هم چنان که معروض گردید قهراً و به حکم قانون است و طرفین با درج شرط تشدید یا تخفیف، صرفاً مسئولیت قانونی بایع را تشدید نموده یا تخفیف داده‌اند.

در واقع از آثار عقد باطل این است که چون ثمن، مقبوض به عقد فاسد است بایع ملزم به رد ثمن است بنابراین چون بایع به حکم قانون ضامن است، تشدید ضمان او نیز پذیرفته است و آنچه از فقه امامیه بر می‌آید چنین شرطی خلاف کتاب و سنت نیست، ضمناً مخالفتی با اخلاق و نظم عمومی نیز ندارد.

نمی‌توان اشکال وارد کرد که با ثبوت فساد بیع، شرط تشدید ضمان فروشنده هم از بین می‌رود چرا که منظور طرفین از چنین توافقی، تشدید مسئولیت بایع به رد ثمن در زمان تحقق مسئولیت است به عبارت دیگر توافق طرفین برای حالتی است که فساد عقد مسجل باشد و تبعاً تملیکی نیز صورت نگرفته باشد چنین شرطی توافقی مستقل محسوب شده و مشمول عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی که بیانگر اصل حاکمیت اراده است، می‌باشد. لذا ایراد بطلان آن به علت بطلان عقد غیر قابل پذیرش است. کما این که اگر طرفین مسئولیت بایع را تخفیف داده بودند نیز وضع به همین عنوان بود و شرط تخفیف نیز مؤثر و قابل ترتیب اثر می‌باشد.

همچنانکه هم در فقه این نظر تأیید شده است و مشهور علمای حقوق نیز بر این عقیده هستند. در واقع در این فروض (تشدید و تخفیف مسئولیت بایع در ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع) خریدار و فروشنده برای حالتی که بیع باطل است روابط خود را تنظیم می‌کنند، توافق طرفین هر چند به صورت شرط ضمن عقد می‌آید لیکن تابع عقد قرار نمی‌گیرد، خود قراردادی مستقل است که با آثار ویژه‌ای که دارد باید بررسی شود.

البته سقوط ضمان درک به طور کلی، می‌تواند مخالف قانون تلقی شود لیکن



تخفیف یا تشدید ضمان فروشنده را می توان به خوبی از ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز استنباط کرد که مقرر می دارد «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی تواند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». ضمان درک، به نوعی نتیجه تخلف فروشنده درباره تملیک و تسلیم مبیع است که در مانحن طرفین میزان خسارتی را که در نتیجه این تخلف به خریدار وارد می شود از پیش تعیین نموده اند لذا باید مفاد توافق آنها محترم شمرده شود.

اگرچه در قانون مدنی ایران تصریحی به نفوذ شرط تشدید ضمان درک نشده است ولی باتوجه به اینکه در مواردی قانون مذکور مقتبس از قانون فرانسه است و ماده ۱۶۲۷ قانون مدنی نیز کاهش یا افزایش مسئولیت ضامن درک را صحیح تلقی و قابل ترتیب اثر می داند.<sup>۴۱</sup> لذا می توان علیرغم سکوت قانون، صحت شرط مذکور را استنباط نمود. اینکه شرط ضمن عقد تابع عقد می باشد و ماهیت اعتباری مستقل ندارد بلکه ماهیتی وابسته به عقد دارد حرف درستی است و مورد تأیید ما نیز می باشد.<sup>۴۲</sup> لیکن در فرضی می توان قائل به تبعیت شرط از عقد اصلی شد که شرط مذکور در ضمن عقد، در زمره توابع عقد باشد و مربوط به اوصاف مورد معامله باشد و یا زمان و مکان وفای به عهد را معین کند و یا شیوه اجرای تعهد اصلی را بیان نماید و به طور کلی ناظر به تغییر و یا تکمیل تعهد اصلی باشد و به عبارتی همچنانکه در فقه گفته شده شرط به نوعی جزئی از عوضین باشد. لیکن در حالتی که شرط ناظر به تشدید یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع است هیچ ارتباطی با تعهد اصلی ندارد، خود قراردادی مستقل و منشأ آثار می باشد.

البته باید توجه داشت که در رابطه با شرط تخفیف مسئولیت ضمان ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع، بین فرضی که بایع عالم به مستحق للغير بودن مبیع است با فرضی که جاهل به این امر می باشد باید قائل به تفاوت شد به این صورت که اگر بایع عالم به عدم مالکیت خود باشد و علیرغم آن، شرط تخفیف مسئولیت او در قرارداد درج شود این شرط باطل است، مگر آنکه مشتری هم به آن علم داشته باشد که در این صورت می توان قائل به صحت شرط مذکور شد.

آنچه اهمیت تشخیص و پذیرش هریک از دو نظر صحت - بطلان شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع را روشن می نماید این است که پذیرش هر یک از دونظریه، منشأ آثار مهمی می باشد، به این نحو که چنانچه قائل

۴۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵، ص. ۴۸.

۴۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شرط ضمن عقد) جلد چهارم، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۹۴، ص. ۲۳.



به صحت شرط مذکور باشیم، شرط مذکور لازم الوفاء و مشروط علیه (فروشنده مال غیر) پایبند به شرط مذکور و متعهد به انجام مفاد شرط، می باشد و از طرفی محاکم قضائی نیز مستنداً به ماده ۲۳۰ قانون مدنی نمی توانند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه ملزم شده است محکوم کنند. در مقابل چنانچه نظریه بطلان شرط تشدید یا تخفیف مسئولیت ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع، را بپذیریم همانند این است که اساساً طرفین چنین شرطی را در قرارداد دج ننموده و تعهد الزام آوری بر عهده مشروط علیه ایجاد نمی شود و دادگاه نیز شرط مذکور را نادیده گرفته و صرفاً بر اساس موازین قانونی و صرف نظر از شرط مذکور روابط حقوقی طرفین را مشخص می نماید.

## نتیجه گیری

ضمان درک به این مفهوم است که چنانچه در عقد بیع مبیع یا ثمن عین معین مستحق للغیر درآید فروشنده ملزم به استرداد ثمن، در هر حال و همچنین پرداخت غرامات در فرضی که خریدار جاهل به مالکیت غیر است، می باشد و همین الزام نیز متوجه خریداری می باشد که ثمن عین معین متعلق به شخص ثالث را به عنوان ثمن تحویل بایع داده است.

در فرضی که طرفین با درج شرط ضمن قرارداد، مسئولیت ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع را تشدید می نمایند یا تخفیف می دهند، در صحت یا بطلان شرط مذکور اختلاف نظر وجود دارد که عده ای به دو جهت شرط مذکور را باطل می دانند اول اینکه شرط مذکور (شرط اسقاط یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع) مخالف قانون است، به این شرح که مطابق ماده ۳۰۱ قانون مدنی شخصی که مالی را مستحق دریافت آن نبوده ملزم به رد آن است. لذا شرط سقوط یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع، خلاف ماده مذکور و باطل است.

در رد استدلال فوق گفتیم که اولاً ماده ۳۰۱ قانون مدنی در زمره قواعد تکمیلی است و توافق بر خلاف آن مجاز می باشد و از طرفی این توافق منافاتی با اخلاق حسنه و نظم عمومی ندارد و با توسل به اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) باید این توافق و شرط مذکور را معتبر دانست. علاوه بر این تخفیف یا تشدید ضمان فروشنده را می توان به خوبی از ماده ۲۳۰ قانون مدنی نیز استنباط کرد که مقرر می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی تواند او را به کمتر یا بیشتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». ضمان درک، به نوعی نتیجه تخلف فروشنده درباره تملیک و تسلیم مبیع است که در مانحن طرفین میزان خسارتی را که در نتیجه این تخلف به خریدار وارد می شود از پیش تعیین نموده اند.

جهت دیگری که در بطلان شرط مذکور مطرح شده است، بطلان شرط به لحاظ بطلان عقد است به لحاظ تبعیت شرط از عقد که در



رد این استتلال نیز باید گفت که شرط مذکور اگرچه ضمن قرارداد اصلی آمده لیکن خود توافقی مستقل است که طرفین از ابتدا برای فرض بطلان قرارداد اصلی، انشاء نموده اند و در واقع طرفین با درج شرط تشدید یا تخفیف، ضمان ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع را که به حکم قانون وجود دارد تعدیل نموده اند لذا اگر بخواهیم شرط را باطل اعلام نمائیم در واقع ضمان درک را نپذیرفته ایم که خلاف نص صریح قانون است چرا که ضمان درک ناشی از حکم قانون و قهری است.

اینکه گفته شده شرط ضمن عقد ماهیت اعتباری مستقلی ندارد بلکه ماهیتی وابسته به عقد دارد حرف صحیحی می باشد لیکن ناظر به فرضی است که، شرط، در زمره توابع عقد باشد و مربوط به اوصاف مورد معامله است و یا زمان و مکان وفای به عهد را معین می کند و یا شیوه اجرای تعهد اصلی را بیان می نماید و به طور کلی ناظر به تغییر و یا تکمیل تعهد اصلی است و به عبارتی همچنانکه در فقه گفته شده شرط به نوعی جزئی از عوضین باشد. لیکن شرط تشدید یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغیر در آمدن مبیع، توافقی مستقل محسوب شده و مشمول عموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین ماده ۱۰ قانون مدنی که بیانگر اصل حاکمیت اراده است، می باشد. لذا ایراد بطلان آن به علت بطلان عقد غیر قابل پذیرش است.

## فهرست منابع

۱. ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، جلد چهارم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲. ابوعطا، محمد، تحلیل مفهوم ومبنای ضمان درک در حقوق ایران و فرانسه، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، سال پنجم، شماره چهاردهم، تابستان ۱۳۸۵.
۳. امام خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، جلد های دوم وسوم، قم: مؤسسه الهادی.
۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتاب فروشی اسلامیة، چاپ بیستم، ۱۳۷۸.
۵. امیر محمدی، محمد رضا، غرامات ناشی از مستحق للغير در آمدن مبیع، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره سیزدهم، شماره دوم، ۱۳۹۵.
۶. باریکلو، علیرضا، تحلیل رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به ضمان درک، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره سیزدهم، شماره اول، ۱۳۹۵.
۷. باقری، احمد و جوادی، محمد حسن، ضمان درک، فصلنامه حقوق خصوصی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره سی و نهم، شماره اول، بهار ۱۳۸۸.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹.
۹. داورزنی، حسین و رضوی، محمد، اثر قرارداد در تعدیل احکام ضمان درک، دوفصلنامه تخصصی اسلام پژوهی، شماره چهارم، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
۱۰. شهید اول، شمس الدین محمدبن مکی العاملی، اللمعه الدمشقیه، بیروت: دارالناصر.
۱۱. شهید ثانی، زین الدین علی العاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد هفتم، مؤسسه معارف اسلامی.
۱۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، جلد چهارم، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
۱۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۵.
۱۴. طباطبائی حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، جلد سیزدهم، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۵. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین: بحرالعلوم، ۱۳۷۹.



۱۶. علوی قزوینی، سید علی، **نگرشی بر ضمان درک در حقوق مدنی ایران**، نامه مفید، ۱۳۷۵، شماره هفتم.
۱۷. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، **القاموس المحیط**، جلد چهارم بیروت، دارالعلم.
۱۸. کاتوزیان، ناصر،  **عقود معین**، جلد اول، تهران چاپخانه حیدری، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴.
۱۹. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، **جامع المقاصد**، جلد پنجم، قم: مؤسسه آل البیت.
۲۰. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد دوم، بیروت: دارالاضواء.
۲۱. محمدی، پژمان، **ضرورت قهری دانستن ضمان درک**، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، سال اول، شماره دوم، ۱۳۹۱.
۲۲. مراغی، میر فتح، **العناوین الفقیه**، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات**، جلد دوم، تهران: مؤسسه کیهان.
۲۴. نجفی، محمد بن حسین، **جواهرالکلام و شرح شرایع الاسلام**، جلد سیزدهم و سی و هفتم، تهران: دارالکتب الاسلامیه