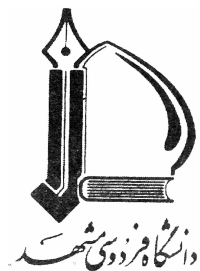


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده الهیات و معارف اسلامی

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

عنوان :

بررسی ضمان درک در حقوق ایران معاصر و فقه مقارن

استاد راهنما

جناب آقای دکتر عباسعلی سلطانی

استاد مشاور

جناب آقای دکتر محمدتقی فخلعی

نگارش

روح ا... خدایی

تابستان ۱۳۸۹

فهرست مطالب :

مقدمه	یک
طرح مساله.....	یک
پیشینه پژوهش	دو
پرسش‌ها	دو
فرضیه	دو
ضرورت پژوهش	سه
روش پژوهش	چهار
ساختار پژوهش	چهار

فصل اول : ماهیت شناسی

مبحث اول: تعریف ضمان	۲
گفتار اول: ضمان در لغت:	۲
گفتار دوم: ضمان در اصطلاح:	۳
گفتار سوم: عناصر و ارکان ضمان	۵
مبحث دوم: تعریف درک	۷
گفتار اول: درک در لغت.....	۷
گفتار دوم: درک در اصطلاح	۷
مبحث سوم: مفهوم ضمان درک و ماهیت آن	۸
مبحث چهارم: تعریف عهده	۹
گفتار اول: عهده در لغت:	۹
گفتار دوم: عهده در اصطلاح:	۹
مبحث پنجم: مفهوم ضمان عهده	۱۰
مبحث ششم: شباهت‌های ضمان درک و ضمان عهده:	۱۳
گفتار اول: بیان برخی شباهت‌ها.....	۱۳
مبحث هفتم: تفاوت‌های ضمان درک و ضمان عهده:	۱۴
گفتار اول: بیان برخی تفاوت‌ها.....	۱۴
مبحث هشتم: ضمان درک ما یحدث	۱۷
مبحث نهم: مبنای فقهی و حقوقی ضمان درک و قلمرو آن.....	۱۸
گفتار اول: استحقاق	۱۸

۱۹	گفتار دوم: بیع فضولی.....
۲۲	گفتار سوم: قرارداد.....
۲۴	مبحث دهم: بطلان معامله از اساس.....
۲۵	مبحث یازدهم: بررسی تعارض مواد قانون مدنی در انتخاب مبنای ضمان درک.....
۲۶	مبنای قانون مدنی در مبحث غضب.....
۲۸	مبحث دوازدهم: ضمان درک در سایر عقود معاوضی.....
۳۲	مبحث سیزدهم: ضمان درک در عین معین.....
۳۲	مبحث چهاردهم: ضمان درک ثمن.....
۳۳	مبحث پانزدهم: تصور ضمان درک پس از قبض ثمن.....
۳۴	مبحث شانزدهم: استحقاق غیرنسبت به بخشی از مبیع.....
۳۵	مبحث هفدهم: کشف حق انتفاع برای ثالث در مبیع فروخته شده.....

فصل دوم : ادله ضمان درک

۳۸	مبحث اول: دلیل اول - قاعده کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و بالعکس».....
۳۹	گفتار اول: حقیقت ضمان در این قاعده:.....
۴۱	مبحث دوم: دلیل دوم - قاعده غرور.....
۴۳	گفتار اول: نحوه دلالت قاعده بر مراد:.....
۴۴	مبحث سوم: دلیل سوم - قاعده علی الید:.....
۴۴	گفتار اول: نحوه دلالت قاعده بر مراد:.....
۴۶	مبحث چهارم: دلیل چهارم - قاعده لاضرر:.....
۴۷	گفتار اول: نظریه شیخ انصاری:.....
۴۷	گفتار دوم: نظریه آخوند خراسانی:.....
۴۸	گفتار سوم: نظریه شریعت اصفهانی:.....
۴۸	گفتار چهارم: نظریه نراقی و فاضل تونی:.....
۴۹	مبحث پنجم: دلیل پنجم - قاعده اقدام:.....

فصل سوم: آثار ضمان درک

۵۴	مبحث اول: آثار مربوط به عقد.....
۵۵	گفتار اول: تصریح به ضمان درک در عقد.....
۵۶	گفتار دوم: شرط اسقاط ضمان درک.....
۶۱	گفتار سوم: شرط تشدید ضمان درک.....
۶۴	گفتار چهارم: شرط تخفیف ضمان درک.....

۶۵	گفتار پنجم: انتقاد بر قانون مدنی.....
۶۵	مبحث دوم: آثار مربوط به طرفین و عوضین عقد.....
۶۶	گفتار اول: در رابطه‌ی مالک و مشتری.....
۶۶	الف: استرداد مبیع توسط مالک.....
۶۷	ب: رجوع به منافع.....
۶۹	یک: اشکال بر ضمان منافع غیرمستوفات.....
۷۰	ج: مسؤولیت مشتری نسبت به عیب و نقص وارد بر عین.....
۷۲	گفتار دوم: در رابطه با بایع و مشتری.....
۷۲	الف: رد ثمن به خریدار.....
۷۴	ب: حکم نمآت بعد از ظهور استحقاق.....
۷۵	ج: الزام فروشنده به پرداخت خسارات و غرامات به مشتری.....
۷۶	اول: ادله الزام.....
۷۶	- قاعده‌ی غرور.....
۷۷	- نحوه دلالت:.....
۷۸	- قاعده‌ی لاضرر.....
۷۹	- قاعده‌ی تسبیب.....
۸۰	- نحوه‌ی دلالت قاعده تسبیب بر الزام فروشنده به پرداخت خسارات و غرامات به مشتری:.....
۸۰	دوم: تفاوت قاعده غرور و قاعده تسبیب.....
۸۱	سوم: بررسی و تحلیل ماده ۳۶۶ قانون مدنی.....
۸۲	د: مراد از غرامات وارده بر مشتری.....

فصل چهارم :

۸۵	مبحث اول: بررسی ماهیت پول به عنوان ثمن.....
۹۲	گفتار اول: نتیجه‌گیری از این بحث.....
۹۲	مبحث دوم: بررسی مساله پول و ربا.....
۹۵	مبحث سوم: ربا‌ی معاملی پول.....
۹۸	مبحث چهارم: تأثیر تورم.....
۱۰۰	۳- قاعده‌ی غرور؛.....
۱۰۱	مبحث پنجم: احتساب مبیع به نرخ روز.....
۱۰۳	گفتار اول: بیان یک قاعده در مورد احتساب مبیع به نرخ روز.....
۱۰۴	مبحث ششم: اجباری نمودن ثبت رسمی املاک بدواً و استمراراً.....
۱۰۵	مبحث هفتم: بررسی رویه دادگاه‌ها در برخورد با مسأله.....

۱۰۹	رای دادگاه تجدیدنظر
۱۱۲	رای شعبه تشخیص
۱۱۲	مبحث هفتم: نقد و بررسی
۱۱۶	مبحث نهم: نتیجه گیری پایانی و پیشنهادها:
۱۱۸	منابع و مأخذ:



بسمه تعالی

مشخصات رساله/پایان نامه تحصیلی دانشجویان
دانشگاه فردوسی مشهد

عنوان رساله/پایان نامه: بررسی ضمان درک در حقوق ایران معاصر و فقه مقارن

نام نویسنده: روح ا... خدائی

نام استاد(ان) راهنما: جناب آقای دکتر عباسعلی سلطانی

نام استاد(ان) مشاور: جناب آقای دکتر محمدتقی فخلعی

دانشکده: الهیات و معارف اسلامی	گروه: فقه و مبانی حقوق اسلامی	رشته تحصیلی: فقه و مبانی حقوق اسلامی
تاریخ تصویب: ۲۶ شهریور ۱۳۸۹	تاریخ دفاع:	
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد ●	دکتری	تعداد صفحات:

چکیده:

تبیین مفهوم ضمان درک در فقه مقارن و قانون مدنی معاصر، موضوع این پایان نامه را تشکیل می دهد. مفهوم ضمان درک را این گونه میتوان تبیین کرد که هرگاه عینی مورد استحقاق دیگری درآید و مالک، معامله فضولی انجام شده را اجازه ننماید، به طورمثال در آن عقد بیع، بایع یا مشتری، ضامن درک مبیع یا ثمن هستند یعنی بایع موظف به بازگرداندن ثمن و مشتری موظف به بازگرداندن مبیع است. تفکیک بین عناوین ضمان درک و ضمان عهده و ضمان درک ما یحدث و بیان وجوه اشتراک و تمایز آنها، بررسی دقیق ادله و مبانی ضمان درک و وضعیت قانون مدنی در این باره، تبیین آثار ضمان درک در ناحیه عقد، طرفین و عوضین، بررسی کاربردی مسائل مربوط به ضمان درک، از جمله چگونگی پرداخت ثمن و غرامات ها با در نظر گرفتن تاثیر تورم در مورد پول رایج، از دیگر مباحثی است که در این پایان نامه به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

کلید واژه:	امضای استاد راهنما:
۱. ضمان درک	
۲. عهده	
۳. ضامن	
۴. مسئولیت مدنی	تاریخ:
۵. عقدبیع	

مقدمه :

طرح مساله

ضمان درک عنوانی فقهی - حقوقی است که توسط شارع معتبر شناخته شده است. موضوع این حکم جایی است که عوض یا معوض معین از آن شخص ثالث بوده باشد که در این صورت بایع یا مشتری ضامن درک آن خواهد بود. به طور مثال هرگاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است پولی را که بابت ثمن چنین کالایی گرفته است به خریدار عودت دهد، یا چنانچه ثمن از آن دیگری باشد مشتری موظف است مبیعی را که بابت چنین ثمن معینی گرفته است به فروشنده پس دهد. همواره طرفین یک عقد یا قرارداد، در عرف معاملاتی ممکن است با عقود و قراردادهایی مواجه باشند که توسط شخصی غیر از مالک منعقد شده است. در چنین قراردادهایی اجازه‌ی مالک شرط لزوم آن خواهد بود. ممکن است گاهی مالک آن را رد نماید و گاهی نیز آن را تنفیذ کند. موضوع این تحقیق مربوط به موردی است که مالک عقد را اجازه نمی‌نماید و آن را رد می‌کند. بدیهی است در این صورت فضول در مقابل طرف معامله و مالک وظایف و تعهداتی بر عهده خواهد داشت. عمده ترین تعهد او بازگرداندن عوض معامله است که پس از بطلان عقد فضولی باید به طرف دیگر معامله برگردد. اما تغییر اوضاع و احوال عوض یاد شده و احیاناً تأثیر نوسان ارزش آن و همچنین احوال متعهد و متعهد له موجب خواهد شد که فرآیند استرداد با چالش‌هایی روبرو گردد. به عنوان مثال در بحث استرداد ثمن ممکن است ارزش آن کاهش پیدا کرده باشد. یا در فرض استرداد مبیع، کالای مورد نظر دچار نقصان یا تلف شده باشد و مسائلی از این قبیل، بدیهی است که طرح و بررسی مسائلی این چنینی موجب نقد و بررسی آراء مختلف فقیهان و در نهایت منجر به ارائه‌ی راهکارهای راهبردی برای حل مسائل و چالش‌های پیش رو خواهد بود.

پیشینه پژوهش

در بحث‌های فقهی اصطلاح ضمان درک بصورت مستقل و تحت عنوانی جداگانه به کار نرفته است و فقیهان تنها بصورت پراکنده و ذیل مسأله بیع فضولی به بررسی آثار آن پرداخته‌اند. در حالی که در مورد ضمان عهده بحث‌های مختلفی را مطرح کرده‌اند. در این زمینه پایان‌نامه‌ای با عنوان «بررسی تطبیقی ضمان درک در قوانین ایران و فرانسه» و نیز پایان‌نامه‌ی دیگری با عنوان «بررسی تطبیقی ضمان درک در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران» در رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران و شهید بهشتی تدوین شده و به رشته تحریر درآمده است که البته آنچه محل بحث ما است بررسی تطبیقی آن در فقه مقارن و قانون مدنی می‌باشد تا با بررسی مبانی فقهی آن بتوانیم تعارضات قانون مدنی را حل نموده و به راه حل‌های منطقی‌تر و بهتر برسیم.

پرسش‌ها

- ۱- منشأ ضمان درک چیست و چه تفاوتی با ضمان عهده دارد؟
- ۲- آیا ضمان درک منحصر در بیع است یا سایر عقود معاوضی را نیز در بر می‌گیرد؟
- ۳- مبنای صحت ضمان درک در فقه چیست؟
- ۴- آیا ضمان درک از آثار بیع صحیح است یا در فرض بطلان بیع متصور است؟
- ۵- ضمان درک مسئولیتی قراردادی است یا غیر قراردادی؟
- ۶- آیا ضمان درک از قواعد عمومی قراردادها پیروی می‌کند؟

فرضیه

۱- هر چند ضمان عهده معنایی اعم از ضمان درک دارد اما باید دانست ضمان عهده‌ی ثمن با ضمان درک مبیع در مواردی اختلاف دارند. از جمله اینکه ضمان درک تعهدی است که ناشی از حکم قانون بوده و به اصطلاح قهری است و منشأ آن استحقاق است، در حالی که ضمان عهده ناشی از قرارداد و تراضی است که در زمره‌ی ضمان قراردادی و عقدی محسوب است و در هر جایی معنا

خواهد داشت که معامله از اساس (و نه از اثناء) باطل باشد. یا ضمان عهده ثمن هم از جانب بایع و هم از جانب ثالث صحیح است.

۲- با بررسی مبانی فقهی و حقوقی ضمان درک و دلیل صحت آن می توان نتیجه گرفت که ضمان درک با شرایطی خاص کلیه عقود معاوضی را در بر می گیرد.

۳- مبنای ضمان درک می تواند قواعد فقهی چون نفی ضرر، نفی غرور و ... باشد.

۴- در فقه ضمان درک از آثار بیع باطل محسوب می شود در حالی که قانون مدنی در برخی مواد آن را از آثار معامله صحیح دانسته و در برخی دیگر مبنای فقه را برگزیده است.

۵- مراد از غرامات کلیه خسارات و هزینه هایی است که مشتری در مبیع کرده است و در فرض جهل به فضولی بودن معامله، می تواند مطالبه کند و در صورت افزایش نرخ تورم در یک فرض است که مشتری می تواند برای ثمن به نرخ روز به بایع فضول مراجعه نماید.

ضرورت پژوهش

موضوع ضمان درک یکی از مباحث مهم و مطرح در عقود است. از آنجایی که این بحث در تمامی قراردادهای به علت استحقاق عوض ممکن است مطرح شود و نیز در میان کتب فقهی و حقوقی به صورت بسیار مختصر و گذرا بدان اشاره رفته است، جای بحث های فراوانی از آن خالی است و نیازمند پژوهش، تحقیق و بررسی می باشد. احکام مختلف آن و آثار متعددی که بر آن بار می شود و نیز اثر مبانی مختلف در چگونگی این احکام از موارد ضروری برای کار فقهی حقوقی است. همچنین بیان کمبودها و نقص های مواد قوانین موضوعه در این زمینه راهگشای بسیار خوبی برای دادگاه ها و صدور آراء آنان خواهد بود. شاهد بر این مطلب آراء متفاوت و مختلف و حتی متناقض دادگاه ها در این مبحث می باشد که در ضمن مباحث بطور ضمنی بدان اشاره خواهد شد. تأثیر مستقیم تورم بر این موضوع را نباید نادیده گرفت و از این حیث موضوع ضمان درک موضوعی مهم قلمداد خواهد شد. گستره و قلمرو ضمان درک نیز بحث مهم دیگری است که ضرورت پرداختن به آن اجتناب ناپذیر است.

روش پژوهش

روش تحقیق در پژوهش، روش تحلیلی که ابزار آن کتابخانه است با مراجعه به منابع دست اول و متقدم و متأخر فقه و آرای فقیهان صورت می پذیرد. روش تحقیق با این اوصاف بیشتر جنبه‌ی توصیفی خواهد داشت و در بررسی أدله از روش تجزیه و تحلیل داده‌ها استفاده شده است. ابزار و فنون گردآوری اطلاعات به صورت فیش برداری از کتب فقهی اندیشمندان حوزه و استفاده از معاجم فقهی و در نهایت تنظیم فیش‌ها و استفاده از آن‌ها در امر تحقیق و نگارش پایان نامه می‌باشد.

ساختار پژوهش

این پژوهش در چهار فصل تنظیم شده است، فصل اول به بررسی کلیاتی در تعریف ضمان و درک و عهده و شناخت ماهیتهای آنها و نیز مبانی مختلف ضمان درک مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل دوم ادله‌ی ضمان درک بررسی شده است در فصل سوم از آثار فقهی و حقوقی فراوانی که مترتب بر این بحث می‌باشد می‌پردازد در فصل چهارم بررسی کاربرد ضمان درک به صورت مفصل باب سخن گشوده‌ایم.

فصل اول - ماهیت شناسی

فصل دوم - ادله‌ی ضمان درک

فصل سوم - آثار ضمان درک

فصل چهارم - بررسی کاربردی ضمان درک

فصل اول

مبیت شناسی

مبحث اول: تعریف ضمان

گفتار اول: ضمان در لغت:

ضمان به فتح ضاد در کتب لغت معانی گوناگونی را در بر می‌گیرد در قاموس چنین آمده است: تضمین او از من به معنی آن است که من او را مدیون نمودم و اول ملتزم به آن شد^۱ همچنین به معنای تعهد التزام و اشمال نیز آمده است^۲. چنانچه «ضمنت المال» به صورت ثلاثی مجرد گفته شود بدان معناست که گوینده ضامن مال شده و آن را بر گردن گرفته است^۳. ضمان به معنای تاوان‌دار، پذیرفتار، ناقه باردار، پذیرفتن، قبول کردن و بر عهده گرفتن وام دیگری نیز آمده است^۴. در میان فقیهان اهل سنت نیز عده‌ای ضمان را مشتق از «ضمن» دانسته و دلیل می‌آورند که ذمه ضامن در ضمن ذمه مضمون عنه قرار می‌گیرد^۵. در مورد اشتقاق ماده ضمن اکثریت فقهای شیعه معتقدند که ضمان مشتق از «ضمن» می‌باشد به ۲ دلیل:

۱- چون مال را از ذمه انتقال داده و بر ذمه‌ی دیگری قرار می‌دهد.

۲- چون ذمه ضامن متضمن حق می‌شود

اما فقهای اهل تسنن البته اکثریت آنان، آن را به ضم و التزام معنا کرده‌اند^۶ چرا که ضمان یعنی ضمیمه شدن و پیوستن ذمه‌ای به ذمه‌ی دیگری است با پذیرفتن نظر اخیر لام الفعل «حرف میم» بوده و «ن» در آن زائده محسوب می‌گردد و «م» مشدده محسوب گشته چرا که فعل کمتر از ۳ حرف نیست. در ردّ این قول گفته شده وجود «ن» در تمام تصاریف این کلمه «ضمن» تضمین، ضامن و ضمن» حاکی از این مطلب است که این موارد صرفی مشتمل از «ضمن» می‌باشند^۷ در مقابل عده‌ای

1 - فیروزآبادی، محمدبن یعقوب، قاموس المحيط، ذیل واژه ضمن

2 - ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، ج ۸، ص ۸۹

3 - فیومی، المصباح المنیر، ذیل واژه ضمن

4 - دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، ماده ضمن، ج ۳۱ ص ۶۶ معین، فرهنگ فارسی، ج ۱، ص ۱۶۵۰

5 - مراودی، الانصاف، ج ۵، ص ۱۸۸

6 - الشربینی، محمد، مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۱۹۸.

7 - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۱۳

قلیلی از فقهای اهل سنت^۱ که ضمان را مشتق از «ضمن» دانسته اند، همان نتیجه ضم و ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه را دارد و از این حیث با نظر اکثریت فقیهان شیعه به لحاظ نتیجه همان تضاد و دوگانگی را داراست.

ناگفته نماند بحث از ماده اشتقاق «ضمن» استطرادی بوده و ناظر به ضمان عقدی می باشد و ضمان درک که ضمانی قهری و به محض ظهور استحقاق حاصل می شود را در بر نمی گیرد.

گفتار دوم: ضمان در اصطلاح:

ضمان اصطلاحی نیز از معنای لغوی خود دور نگردیده و در اصطلاح فقهاء به معنی «تعهد» و بر عهده گرفتن آمده است.^۲

در جابجایی کتب فقهی واژه ضمان به صورت پراکنده استعمال گردیده است. از این استعمالات آنچه به صورت عمده و غالب در فقه و قانون مدنی به آن پرداخته اند: ضمان عقدی، ضمان معاوضی، ضمان قهری بوده است.

ضمان عقدی که فقیهان آن را به «تعهد به مال از جانب بری»^۳ و یا «عقدی که برای تعهد به مال یا نفس تشریع شده است»^۴ تعریف کرده اند، اولی ضمان به معنای خاص و دومی ایضا ضمان به معنای اعم که شامل حواله و کفالت می شود را در بر می گیرد. عده ای نیز ضمان عقدی را که به موجب قراردادی شخص ملتزم می شود که دین دیگری را بپردازد یا مدیونی را در دادگاه حاضر کند و ضمان به این معنی شامل عقد ضمان و حواله و کفالت می شود.^۵

1 - البهوتی، منصور بن یوسف، **الروض المرعب**، ج ۲، ص ۱۸۰؛ مرادوی، **الانصاف**، ج ۵، ص ۱۸۸

2 - شهید ثانی، زین الدین بن علی، **شرح لمعه**، ج ۴، ص ۱۱۳

3 - شهید اول، محمد بن مکی، **اللمعه دمشقیه**، ص ۱۱۳

4 - محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرایع الاسلام**، ج ۲، ص ۱۰۷ - نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام**، ج ۲۶، ص ۱۱۴.

5 - کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین**، ج ۴، ص ۲۲۲

شربینی در **مغنی المحتاج** در معنی اصطلاحی ضمان، ضمان را اعم از ضمانت حق ثابت در ذمه غیر یا احضار کسی که بر عهده او حقی است یا ضمانت عین مضمونه و ملتزم به این التزامات را ضامن- تضمین - حمیل - زعیم - کافل - صبیر و قبیل نامیده‌اند.^۱

قانون مدنی نیز از تعریف اول پیروی کرده است، ماده ۶۸۴ ق.م. در تعریف این عقد می‌گوید «عقد ضمان عبارتست از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

در تعریف ضمان معاوضی چنین گفته شده است، ضمانی که در نتیجه محقق نشدن خواست طرفین و بر مبنای قصد معاوضی آنان ایجاد می‌شود مانند ضمان معاوضی ناشی از تلف مورد معامله پیش از تسلیم. معنی ضمان در این گونه اصطلاح، تعهدی است که یکی از دو طرف، به دلیل تلف معوض، در بازگرداندن عوض دارد، چنانکه فروشنده ملزم است در صورت تلف مبیع بیش از عقد ثمنی را که گرفته است به خریدار برگرداند.^۲ و ماده ۳۸۷ ق.م. ناظر به همین ضمان است و اگر مبیع قبل از تسلیم، بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

نوع سوم ضمان اصطلاحی، ضمان قهری است، ضمانتی که بدون رضای متعهد به حکم شرع و قانون بر شخصی بار می‌شود مانند ضمان ناشی از غصب یا اتلاف و در این صورت ضامن، قصد ندارد خود را ملتزم به امری کند و قانون در ایجاد تعهد، به نتیجه اجتماعی کار او توجه دارد نه به قصد ایجاد دین.^۳

1 - الشربینی، محمد، **مغنی المحتاج**، ج ۲، ص ۱۹۸.

2 - کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین**؛ ج ۴، ص ۲۲۳

3 - همان، ص ۲۲۲

در بیان موجبات این ضمان بین فقیهان اختلاف نظر فراوانی وجود دارد و معمولاً به صورت پراکنده و تحت عناوین مختلفی از آن یاد می‌شود. ماده ۳۰۷ ق.م می‌گوید: «امور ذیل موجب ضمان قهری است:

۱- غصب و آنچه در حکم غصب است؛

۲- اتلاف؛

۳- تسبیب؛

۴- استیفاء؛

در میان فقیهان شیعه میرفتاح در **العناوین** موجبات ضمان را تحت عناوین زیر آورده است: لاضرر، ید، غرر، تعدی و تغریط، اتلاف، تلف مبیع قبل از قبض، قبض به عقد فاسد و تکالیف ثابت به امر شارع و این ضمان حاصل به اصل شرع بر مکلفین به معنی تکالیف مالیه خواهد بود مشروط به قصد قربت باشد یا نباشد از این قسم است زکات ابدان، زکات اموال با شرایط مقرر در شرع و خمس آنچه که انسان به طریق نذر، عهد و یمین متلزم می‌شود و آنچه به سبب افعالی که از او صادر شده به عنوان کفارات مالیه غرامت می‌دهد مانند کفاره حج، کفاره روزه، قتل، ظهار، ایلاء و ... و از همین قسم است نفقات اولاد، آباء و ازواج، ضمان عاقله برای دیه، این ضمانات یا به خطاب شرع به صورت ابتدائی حاصل شده (نفقات) یا بعد از عارض شدن سببی توسط خود مکلف است (کفارات)^۱ در واقع ضمان به این معنا هم آثار وضعی و هم آثار تکلیفی را متکفل است.

گفتار سوم: عناصر و ارکان ضمان

برای تحقق هر ضمانی وجود عناصری لازم است. این عناصر عبارتند از:

۱- موجبات و اسباب ضمان

۲- شخص ضامن

۳- شخص مضمون له

1 - حسینی مراغه‌ی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین الفقیهه**، عنوان ۶۴ تا ۵۷.

۴- شیء مضمون

البته این عناصر و ارکان درضمان درک هم موجود است اگرچه در اینجاذگری از شخص مضمون عنه نیامده به این علت است که جای بحث آن بیشتر در ضمان عقدی است تا ضمان درک چرا که با توضیحاتی که بعداً خواهد آمد ضمان درک ناظر به مال درک است و ضمان عقدی ناظر به شخص مستحق.

حال به توضیح این ارکان می‌پردازیم.

موجبات ضمان: مقصود از موجبات ضمان، عوامل و اسبابی است که با تحقق آن‌ها ضمان بوجود می‌آید مانند اتلاف مال غیر، غصب، فروش مال غیر و ...

موجبات ضمان در حقیقت علل فاعلی ضمان و مقتضی آن محسوب می‌شود و با فقدان آن‌ها ضمان متحقق نمی‌گردد ولی وجود آنها برای اثبات ضمان کافی نیست و باید عناصر دیگری با وجود مقتضی تحقق بیابد.^۱

در تعبیرات فقهی گاه کلمه سبب و موجب به معنای علت تامه اطلاق می‌گردد. نکته‌ای که در مورد موجبات ضمان وجود دارد مشخص نبودن تعداد واقعی آنها در بحث‌های فقهی است و با توجه به اینکه موجبات به صورت پراکنده مورد بحث قرار گرفته است، این امر ضرری به مراد ما نمی‌زند. به عنوان مثال مستحق للغير بودن از موجبات ضمان درک است.

ضامن: با توجه به اینکه ضمان یکی از احکام وضعی است و دارای آثار تکلیفی می‌باشد مسلماً با فعل مکلف در ارتباط نزدیک خواهد بود. در نتیجه بدون فرض ضامن نمی‌توان مفهوم ضمان را به عنوان یکی از احکام وضعی فرض کرد. و در فرض مسأله ضامن کسی است که ضمان درک علیه او وجود دارد.

شخص مضمون له: مضمون له در واقع همان شخص است که صاحب حق و منتفع از ضمان می‌باشد و در واقع کسی است که ضمان درک له او وجود دارد.

شیء مضمون: به شیء مضمون، متعلق یا موضوع ضمان نیز اطلاق می‌شود و ناظر به اموال، حقوق و دیون که از امور مالی محسوب می‌شود، می‌باشد. و در ما نحن فیه شیء مضمون نیز همان مالی که متعلق به غیر بوده است را شامل می‌گردد.

مبحث دوم: تعریف درک

گفتار اول: درک در لغت

درک در لغت به معنای نهایت گودی چیزی مانند ته دریا و غیره، لحوق و رسیدن به چیزی، دورترین نقطه از انتهای هر چیز و ... استعمال شده است.^۱ در آیه ۱۴۵ سوره نساء هم آمده است:

«انَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ تَجِدَهُمْ نَصِيراً»^۲

« منافقان در پایین ترین درکات دوزخ قرار دارند و هرگز یابوری برای آنها نخواهی یافت »

بعضی از حقوقدانان نیز درک را به معنی شر و ضرر و نیز غرامت معنی کرده‌اند و این غرامت عبارت است از ثمن با منافع و خسارات در صورتیکه مثلاً مبیع مستحق للغير درآمد و مبیع با منافع و خسارت اگر ثمن مستحق للغير در آید.^۳

گفتار دوم: درک در اصطلاح

فقیهان نیز عنوان ضامن درک را در عبارات خود بکار برده‌اند. درک در اصطلاح فقهی به «آنچه در پی می‌آید» می‌گویند. مرحوم شیخ انصاری در باب خیارات تحت عنوان خیار تأخیر ثمن، قاعده ملازمه بین نما و درک را مطرح می‌کند^۴، که مراد از نما در قاعده مذکور منافع مال است و مراد از درک خسارات وارده بر آن. در جایی دیگر درک را به معنای «مستحق للغير در آمدن» و «تدارک» هم گرفته‌اند.^۵

1 - دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، ج ۷، ماده درک؛ معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، ص ۱۵۱۲

2 - قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۱۴۵: «منافقین در پایین ترین درجات دوزخ هستند و هرگز برای آنها یابوری نخواهی یافت».

3 - لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۸۷ و ۴۱۴ و ۲۲۷۶ و ۳۳۰۹

4 - شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۲، ص ۲۹۱

5 - شیرازی، سیدمحمد، الفقه، ج ۵۱، ص ۱۹۱

مبحث سوم: مفهوم ضمان درک و ماهیت آن

بعد از اینکه واژه های ضمان و درک بررسی شد به شناخت ماهیت ضمان درک و تعریف آن می پردازیم. مراد از ماهیت ضمان درک یک عنوان فقهی - حقوقی و در واقع حقیقتی است که توسط شارع یا واضع برای آن اعتبار شده است.^۱ برخی در تعریف ضمان درک گفته اند: ضمان درک این است که هرگاه مبیع از آن دیگری باشد، فروشنده ضامن است پولی را که بابت ثمن چنین کالایی گرفته است به خریدار پس بدهد.^۲ و در واقع الزام به بازگرداندن ثمنی است که فروشنده به دلیل تعلق مبیع به دیگران، سزاوار گرفتن آن نبوده است. و به عبارت دیگر ضمان درک مسئولیتی است که برای فصول به هنگام ظهور استحقاق غیر در مبیع پدید می آید. البته این استحقاق ممکن است در کل مبیع باشد و نیز ممکن است بعضی از مبیع را در بر بگیرد.

یکی از ویژگی های مهم ماهیت این نهاد، به پیروی از نظرات فقهای مشهور شیعی، قهری بودن آن است، به عبارت دیگر نیاز به تصریح در ضمن عقد ندارد و به محض ظهور استحقاق حاصل می شود. این تعریف از ضمان درک بر مبنای برگزیده ما یعنی استحقاق ارائه شده است. البته براساس مبانی دیگر که در جای خود بحث می شود می توان تعاریف دیگر نیز ارائه داد. در حقوق فرانسه در تعریف ضمان درک آمده است: ضمان درک عبارت است از ضمان فروشنده نسبت به محروم ماندن خریدار از تملک مبیع.^۳ دیده می شود که در تعریف ارائه شده عبارت «محروم ماندن خریدار از تملک مبیع» آورده شده و این معنایی اعم از استحقاق و غیر آن را دارد. مثلاً مواردی که مبیع قبل از قبض تلف شود که در واقع در حوزه ضمان معاوضی بحث شود را نیز در بر می گیرد.

1 - - باقری، احمد، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی، ضمان، حواله و کفالت، ص ۱۵۷

2. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۰۶

3 - همان، ص ۱۰۷

به نظر می‌رسد از این حیث بتوان آن را با ضمان عهده مورد مقایسه قرار داد؛ چرا که ضمان عهده نیز معنایی اعم دارد و در هر فرضی که عقد از اساس باطل باشد متصور خواهد بود. برخی از فقیهان نیز ضمان درک را «ضمان العقد» هم نامیده‌اند.^۱

مبحث چهارم: تعریف عهده

گفتار اول: عهده در لغت:

در لغت برای عهده معانی گوناگونی وجود دارد که مشهورترین آنها «تعهد» و «ذمه» می‌باشد. به معنای «درک» و ضعف و سستی^۲ هم آمده است و کسی که ضامن عهده مبیع می‌شود بدین معناست که اگر مظلّم‌ای باشد و صاحب مال آن را بگیرد یا ضعف و سستی در معامله آشکار شود او جبران کند و اصلاحش با او باشد.^۳

محقق قمی می‌گوید: عهده در اصل اسم وثیقه است و اسم کاغذی که در آن نوشته می‌شود وثیقه بیع و شرا، یعنی محکم کاری آن و نوشته می‌شود در آن، مقدار ثمن و اوصاف آن و معجل بودن یا مؤجل آن چنان که علما ذکر کرده‌اند.^۴

گفتار دوم: عهده در اصطلاح:

هر گاه ضامن به مشتری بگوید که عهده آنچه می‌خرد بر من است یعنی اگر مظلّم‌ای به هم رسد و ظلم و نقصانی برسد از جهت این مبیع، مثل اینکه مبیع مال غیر بر آید یا فساد آن بیع ظاهر شود اصلاح امر و نقصانی که عاید بشود به او از باب قیمتی که داده است بر عهده وی باشد.^۵ پس عهده در اصطلاح فقیهان تعهد به بازگرداندن ثمن به خریدار است در هر موضعی که عقد از اساس باطل شود.^۶

1 - همدانی، آقارضا، مصباح الفقیه، ج ۳، ص ۳۱۹

2 - ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، ج ۳، ص ۳۱۲

3 - فیروزآبادی، محمد، القاموس المحیط، ج ۱، ص ۳۲۰

4 - محقق قمی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۶۲

5 - همان.

6 - شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح لمعه الدمشقیه، ج ۲، ص ۱۴۴