

ضمان درک

احمد باقری*

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران

محمد حسن جوادی

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه ارومیه

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۱۱/۳ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۱/۲۴)

چکیده:

هر چند امروزه معاملات، پیچیدگی و تنوعی خاص یافته، اما دغدغهی طرفین معامله نسبت به احتمال استحقاق هر یک از عوضین آنقدر قابل اعتنا و اهمیت است که همه‌ی مکاتب حقوقی برای رفع آن و اطمینان خاطر متعاملین از این بابت چاره اندیشی کنند. مکتب حقوقی اسلام نیز از این مهم غفلت نکرده و ضمان درک را برای حل این معضل طرح و کارسازی کرده است. در این جستار علاوه بر مفهوم شناسی ضمان درک، سعی شده است از طریق تبیین صحیح مبانی و شرایط تحقق آن، هم تصور ترادف آن با ضمان عهده، باطل گردد و هم از رهگذر تعمیم آن به سایر عقود معوض و تملیکی، توهم انحصار آن در بیع برطرف شود.

واژگان کلیدی:

ضمان - درک - عهده - مستحق للغیر - خسارت - غرامت - بیع - ثمن.

Email: a_bagheri41@yahoo.com

فکس: ۸۸۷۴۲۶۳۴

* مسئول مقاله

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«بازپژوهی متون قرآنی و روایی در باب دیه زن و مرد» سال ۱۳۸۵، شماره ۷۴. «نقد و بررسی ادلهی بطلان شرط ضمان

مستأجر»، سال ۱۳۸۷، شماره ۳.

طرح مسأله

ضمان بایع نسبت به درک مبیع، فرع بر تعهدی است که وی بر انتقال ملکیت مبیع به مشتری دارد، چه آنکه بیع عقد مملک است و باید به نحوی برگزار گردد که پس از آن ملکیت کامل مبیع به خریدار منتقل شود. از این رو چنانچه مبیع به طور کلی در ملکیت بایع نبوده و به دیگری تعلق داشته باشد (فرضی که استحقاق کلی است) بایع در حقیقت مال غیر را فروخته و چیزی را به ملکیت مشتری منتقل ننموده و در نتیجه تعهد خود را به انجام نرسانده است. و چنانچه بخشی از مبیع در ملک بایع نبوده و متعلق به غیر باشد (فرضی که استحقاق جزئی است) باز هم از این حیث که ملکیت کامل مبیع را به مشتری منتقل نکرده به تعهد خود وفا نکرده است. در هر دو حال، وی ضامن و مسئول خواهد بود، چون یکی از آثار بیع و بلکه مهم‌ترین آن انتقال ملکیت کامل مبیع به مشتری است. بنابراین، ضمان درک مبیع در فرضی مطرح است که بیع فضولی باشد و مالک معامله را تنفیذ نکند.

در سیستم حقوقی اسلام بیع، عقدی تملیکی و رضایی است که به محض انشای ایجاب و قبول، فروشنده مالک ثمن می‌شود و خریدار هم مبیع را تملک می‌کند. اما در صورتی که فروشنده بدون إذن، مال غیر را بفروشد یا مال خود را به همراه مالی که در فروختن آن إذن ندارد در ضمن یک عقد واگذار نماید مشهور فقیهان بر این نظر هستند که بیع باطل نیست بلکه غیرنافذ است (نجفی، ۱۹۹۲: ۱۴۰/۸). یعنی اثری از خود به جا نمی‌گذارد، مگر اینکه مالک عقد را تنفیذ نماید به گونه‌ای که در صورت رد مالک، معامله از اصل باطل می‌شود. از این رو، اگر مالک بیع را اجازه نکند و بایع مبیع را به مشتری داده باشد مالک می‌تواند آن را از مشتری پس بگیرد و در برابر مشتری هم حق دارد برای گرفتن ثمنی که به بایع غیرمأذون پرداخته و هم چنین در فرض جهل او به استحقاق، برای گرفتن غراماتی که متحمل شده است به فروشنده رجوع کند (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۰۱/۲۲).

گاهی بخشی از مبیع مستحق‌لغیر درمی‌آید. در این صورت، بیع در حصه مملوک صحیح و نافذ است ولی در حصه غیرمملوک، غیرنافذ و بی‌اثر و منوط به اجازه مالک است. ولی به هر روی از جهت آثار عدم تنفیذ مالک و ابطال معامله تفاوتی بین استحقاق جزئی و کلی وجود ندارد، هر چند در فرض استحقاق جزئی برای مشتری جاهل حق فسخ کل معامله به سبب اختیار تبعض صفت حاصل می‌شود که به مشتری عالم به استحقاق بعض مبیع به غیر، چنین حقی داده نشده است و او باید به همان اندازه از مال که به طور صحیح به او تملیک شده است اکتفا کند و ملتزم به عقد بماند (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۴/۲).

هم چنین 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، متوجه مشتری غیرمأذون است که باید مبیع را به بایع برگرداند و خسارات و غرامات وارد شده به او را بپردازد.

گفتنی است که قانون مدنی در ماده‌ی ۳۶۲ ذیل مبحث آثار بیع از این تعهد بایع و مشتری به ضمان درک یاد کرده است. در حالی که در آثار مکتوب فقیهان در کتاب بیع از این تعبیر استفاده نشده و تنها در کتاب ضمان ذیل مبحث ضمان عهده واژه‌ی درک به کار رفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۳/۴).

مفهوم ضمان درک

واژه ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن و کفالت کردن است (فیروزآبادی، ۲۴۳/۴) و در معانی مختلف چون التزام، اشتغال و احتواء به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۸۹/۸ فیومی، بی‌تا: ۳۶۴). قدر جامع همه‌ی این معانی قرار دادن چیزی در ضمن چیز دیگر است.

باید دانست قرائت ضمان با فتح حرف اول (یعنی ض) صحیح است که در زبان فارسی به غلط با کسر آن یعنی ضمان مصطلح شده است و به نظر می‌آید زمانی که این لغت وارد زبان فارسی شده است برای اینکه با واژه‌ی "زمان" اشتباه نشود، حرف ض را کسر داده‌اند که باید از این استعمال پرهیز کرد. به هر روی در زبان فارسی از لغت "تعهد" و "مسئولیت" نیز به جای ضمان استفاده می‌شود هر چند دقیقاً به یک معنا نیستند.

در اصطلاح فقه و حقوق اسلامی ضمان در معانی زیر به کار می‌رود:

الف- تعهد به مالی که در ذمه‌ی شخص دیگر ثابت است (امام خمینی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲). ضمان به این معنا در شمار عقود معین است که از آن به ضمان عقدی نیز تعبیر می‌شود.

ب- تعهد بر ردّ مثل یا قیمت مال تلف شده، چنانکه در ضمان اتلاف گفته می‌شود هر کس مال دیگری را تلف کند ضامن خواهد بود (مراغی، ۱۴۱۸: ۴۳۴/۲).

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 واسطه‌ی قبض ضمان از بایع به مشتری منتقل می‌گردد (شهید اول، ۱۴۰۶: ۱۳۲).

د- تعهد به ردّ مال معین، چنانکه 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 ردّ مثل متعذر گردد متعهد به پرداخت قیمت خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۶۷).

مقصود از ضمان در این بحث معنای اخیر یعنی لزوم بازگرداندن ثمن از سوی بایع غیرمأذون به مشتری است.

اما واژه‌ی درک در لغت به معنی پایین‌ترین عمق و در برابر درج به معنی بالاترین ارتفاع است. یعنی در معنای درک، سقوط و پستی اعتبار شده و در معنای درج، صعود و بلندی. از این روست که در مقابل درج اعلی تعبیر درک اسفل به کار می‌رود (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۳۳۷/۴). شاید به همین مناسبت است که برخی از فقیهان (قمی، ۱۴۱۳: ۶۲/۳) آن را به تبعه یعنی مظلومه معنا کرده‌اند. بنابراین درک در اصطلاح، ظلم و نقصانی است که از ناحیه‌ی مبیع (در فرضی که مبیع مال غیر درآید) بر مشتری وارد آید. یا از ناحیه‌ی ثمن (در صورتی که ثمن ملک دیگری بوده) متوجه بایع شود.

حاصل آنکه ضمان درک مبیع یعنی تعهد و التزام بایع به بازگرداندن ثمن معامله، به جهت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع. و ضمان درک ثمن یعنی تکلیف و تعهد مشتری به بازگرداندن مبیع به بایع، به جهت مستحق‌الغیر در آمدن ثمن.

در فقه اهل سنت (زحیلی، بی‌تا: ۳۱۷/۴) و حقوق کشورهای عربی (سنهوری، بی‌تا: ۶۱۸/۴) از ضمان درک به ضمان تعرض و استحقاق هم تعبیر شده است، چه آنکه این ضمان هنگامی محقق است که پس از استحقاق، مالک حقیقی مبیع (نه بایع غیرمأذون) به مشتری تعرض کند و مبیع را از او بازستاند. از این رو ضمان درک مبیع را به التزام بایع به سلامت مبیع از حیث حقوق و علاقه‌ی غیر از بایع به آن تعریف کرده‌اند.

تفاوت ضمان درک با ضمان عهده

چنانچه شخص ثالثی از طرف بایع ضمانت کند که در صورت مستحق‌الغیر در آمدن مبیع یادر هر فرضی که بیع باطل شود و نیاز به بازگرداندن ثمن باشد، ثمن را به مشتری بازگرداند، این نوع ضمان را ضمان عهده ثمن می‌گویند. همچنانکه اگر به موجب عقد ضمان تعهد کند که در فرض مستحق‌الغیر در آمدن ثمن یا در هر صورتی که بیع باطل شود و نیاز به بازگرداندن مبیع باشد، مبیع را به بایع برگرداند، آن را ضمان عهده‌ی مبیع نامند. اما هر چند برخی از فقیهان ضمان درک و ضمان عهده را یکی انگاشته‌اند (بهرانی، ۱۳۶۳: ۳۹/۲۱؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۲۲۳/۱) اما گروهی دیگر (قمی، ۱۴۱۳: ۶۲/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۵ و ۱۲۴/۴) و به پیروی از آنها نویسندگان قانون مدنی به درستی تفاوت این دو مفهوم را مورد توجه قرار داده‌اند، چه آنکه ضامن عهده یک طرف عقد ضمان و ضامن درک، یک طرف عقد بیع است. دلیل نامگذاری این نوع ضمان به عهده آن است که ضامن ملتزم می‌شود ثمن را که در عهده‌ی بایع است به مشتری رد کند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹۱/۲). از این رو آن را ضمان عهده‌ی ثمن هم می‌نامند (شهید اول، ۱۴۰۶: ۱۴۴).

همچنانکه اگر ثمن مستحق للغير درآید و مالک آن بیع را اجازه نکند و بیشتر کسی بازگرداندن مبیع را ضمانت کرده باشد، ضمان اوبه ضمان عهده‌ی مبیع موسوم است.

حاصل آنکه ضمان درک، قهری است و به محض عقد بیع و با ملاحظه‌ی شرایط آن تحقق می‌یابد، بی آنکه اشتراط آن در ضمن عقد بیع لزومی داشته باشد که در صورت اشتراط، صرفاً تأکید آن ضمان خواهد بود و اثر دیگری ندارد.

اما ضمان عهده، ضمان عقدی است و تحقق آن متوقف بر قصد انشای ضامن و مضمون له خواهد بود. در ضمان عهده‌ی ثمن ضامن ممکن است خود بایع یا شخص ثالث باشد ولی مضمون له در هر حال مشتری است. در ضمان عهده‌ی مبیع نیز ممکن است شخص ثالث یا خود مشتری ضامن شود در حالی که مضمون له بایع خواهد بود. به عبارت دیگر در این حال دو عقد وجود دارد:

یکی عقد بیع که طرفین آن بایع و مشتری و عوضین آن مبیع و ثمن هستند و بدیهی است که از قواعد عمومی و اختصاصی بیع تبعیت می‌کند که از جمله آن ضمان درک است که در فرض استحقاق مبیع یا ثمن متوجه هریک از بایع و مشتری خواهد بود.

عقد دوم، عقد ضمان است که موضوع آن استرداد مثل یا قیمت ثمن یا مبیع در فرض مستحق للغير در آمدن آنهاست که شخص ثالث آن را به عهده می‌گیرد و بایع یا مشتری می‌پذیرد. پس مثلاً اطراف عقد ضمان عهده‌ی ثمن عبارت‌اند از شخص ثالث به عنوان ضامن، مشتری به عنوان مضمون له و بایع به عنوان مضمون عنه. بدل ثمن نیز مضمون به خواهد بود. پر واضح است که چنانچه خود بایع در ضمن عقد ضمان، تدارک ثمن را عهده دار شود، مسئولیت استرداد ثمن از دو جهت یا دو منشأ متوجه اوست، یکی برخاسته از بیع و به عنوان بایع و دیگری به سبب عقد ضمان و به عنوان ضامن. مشتری نیز شخصیت دومی تحت عنوان مضمون له می‌یابد.

تفاوت دیگر که میان این دو نوع ضمان وجود دارد در میزان تعهد ضامنان است. در ضمان درک مبیع، بایع هم متعهد به بازگرداندن ثمن است و هم در فرض جهل مشتری به فضولی بودن معامله باید از عهده‌ی کلیه خسارات و غرامات وارده بر او بر آید. در حالی که در ضمان عهده، موضوع تعهد با توافق طرفین عقد یعنی ضامن و مضمون له مقرر می‌گردد که ممکن است رد ثمن به تنهایی یا صرفاً استرداد غرامات و خسارات، یا مجموع آنها باشد.

تقدم و تأخر زمانی این دو ضمان، تفاوت دیگر آنهاست. به این معنا که ضمان عهده باید مترتب بر بیع باشد، چرا که در غیر این صورت مصداق ضمان مالم یجب خواهد بود که فقیهان آن را باطل دانسته‌اند. توضیح آنکه ضمان عهده‌ی ثمن یک توافق و قرارداد تبعی محسوب می‌شود که موضوع آن باید پیشتر در ذمه‌ی بایع ثابت شده باشد. از این رو چون بایع

به محض تحقق بیع، متعهد به تدارک خسارتی است که از ناحیه‌ی مستحق‌الغیر در آمدن مبیع به مشتری وارد می‌آید، همین تأخر زمانی باعث شده است که فقیهان، ضمان عهده را از حکم ضمان مالم یجب خارج ساخته و به صحت آن رأی دهند، چه آنکه سبب دین پیش از عقد ضمان وجود داشته و ذمه‌ی بایع به محض عقد بیع مشغول شده است. بنابراین اجماع فقیهان امامیه بر صحت ضمان عهده منحصر به موردی است که عقد بیع انجام شده و مشتری ثمن را به قبض بایع داده باشد. در این صورت با توجه به استحقاق و از آنجا که قبض ثمن در حکم مقبوض به عقد فاسد است، ذمه‌ی بایع به ردّ ثمن مشغول است و در نتیجه به موجب ضمان عهده، این تعهد را ضامن به عهده می‌گیرد (باقری الف، ۱۳۸۲: ۹۲).

ممکن است پرسیده شود در فرضی که خود بایع ضامن عهده شود چه فایده‌ای بر آن مترتب است؟ برای اینکه چه او ضامن بشود و چه ضمانت نکند قهراً و به حکم قانون ضامن است از این رو ضمان عهده‌ی وی لغو و بی اثر است و همان حکم ضمان درک بر الزام او به تأدیه‌ی ثمن کفایت می‌کند.

فقیهان (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۵/۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۷/۲) ضمن طرح این پرسش در پاسخ به آن گفته‌اند که فایده این دو سبب در فرضی نمایان می‌شود که مشتری یکی از آن دو را بنا به دلیلی ساقط نماید در این صورت سبب دیگر برای وی محفوظ است و می‌تواند به واسطه‌ی آن بایع را ملزم به بازگرداندن ثمن نماید. درست مانند فرضی که طرف معامله به واسطه‌ی دو سبب دارای دو نوع خیار است که با اسقاط یا سقوط یکی از آن دو، از طریق خیار باقی مانده می‌تواند معامله را فسخ کند. به عنوان مثال، اگر شخصی حیوانی خریده است و مجلس عقد همچنان برقرار است، وی هم به سبب عدم تفرق از خیار مجلس برخوردار است و هم به جهت حیوان بودن مبیع از خیار حیوان بهره‌مند است، حال به واسطه‌ی تفرق از مجلس عقد یا اسقاط خیار مجلس، اعمال خیار مجلس منتفی است اما وی می‌تواند با استناد به خیار حیوان معامله را فسخ کند.

ضمان درک در حقوق ایران

قانون مدنی در بحث چهارم، فقره سوم، تحت عنوان «ضمان درک» در ماده ۳۹۰ مقرر داشته است:

«اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزءً مستحق‌الغیر درآید، بایع ضامن است، اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد». در ماده ۳۹۱ ق.م. نیز تصریح شده است: «در صورت مستحق‌الغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل به فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

از این دو ماده معلوم می‌گردد ضمان درک ویژه عین معین است و در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه 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، چه آنکه انتخاب و تسلیم مبیع، تملیک مستقل و جداگانه نیست بلکه دنباله تعهدی است که فروشنده ضمن عقد پیدا کرده است تا از راه مشروع مالکیت خریدار را تامین نماید. اما اگر مال غیر را غصب و به عنوان موضوع تعهد به خریدار بدهد به تعهد خود به درستی عمل نکرده است، پس خریدار می‌تواند الزام او را به انتخاب فردی که قابل تملک برای وی باشد از دادگاه بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۲۶۱).

از طرف دیگر در قانون مدنی ایران، ضمان درک از آثار بیع صحیح به حساب می‌آید و مبنای قراردادی می‌یابد، نه از آثار عقد فاسد. چنانکه مقنن در ماده ۳۶۲ ق.م. به این مهم تصریح کرده و ضمان بایع و مشتری نسبت به درک مبیع و ثمن را به همراه انتقال ملکیت عوضین و الزام به تسلیم مبیع و تأدییهی ثمن در شمار آثار بیع صحیح ذکر کرده است. بر این اساس ضمان درک مبنای قراردادی یافته و از عقد بیع ناشی می‌شود.

اما به لحاظ سابقه امر در فقه و تأمل در سایر مواد قانون مدنی ایران این نظر صحیح به نظر نمی‌آید و فقیهان برای ضمان درک مبنای قراردادی قائل نیستند، چه آنکه تحقق ضمان درک فروشنده و الزام او به رد ثمن و پرداخت خسارت به محض عدم تنفیذ مالک و بطلان بیع است.

وانگهی مبنای قراردادی قایل شدن برای ضمان درک با مواد دیگر خود قانون در تعارض است. مثلاً در ماده ی ۳۹۳ ق.م. آمده است: «راجع به زیادتی که از عمل مشتری در مبیع حاصل شده باشد مقررات ماده ۳۱۴ مجری خواهد بود». ماده ۳۱۴ نیز از احکام مربوط به غصب است که زیرمجموعه ضمان قهری است. از سوی دیگر به رغم وحدت موضوع در ماده ۲۶۳ و ۳۹۱ قانون مدنی، قانون‌گذار ضمان درک را از آثار بیع صحیح برشمرده است (ماده ۳۹۱) ولی ضمان بایع فضولی را نسبت به رد ثمن و پرداخت غرامات را در بحث معامله باطل و رد شده آورده است (ماده ۲۶۳) که قابل توجیه به نظر نمی‌رسد.

بنابراین همان‌طور که برخی از اندیشمندان (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۲۳/۱) اظهار داشته‌اند بهتر این است که قانون مدنی ضمان درک را نتیجه فساد معامله و ناشی از حکم قانون بداند نه از آثار بیع درست.

ضمان درک ثمن

پس از این بیان که ضمان درک ویژه عین معین است و در مورد کلی فی‌الذمه مصداق ندارد این سؤال مطرح می‌شود که آیا مقررات ضمان درک نسبت به ثمن هم جاری است یا نه؟ علت طرح این سؤال این است که در ماده ۳۹۰ ق.م. ضمان درک به مبیع اختصاص داده شده است و در خصوص ضمان درک ثمن، قانون متضمن حکمی نیست. دلیل سکوت می‌تواند این باشد که در بیع غالباً مبیع با مبلغی پول که مال کلی است تبادل می‌شود و کمتر پیش می‌آید که عوض مبیع عین متعلق به دیگری باشد.

در پاسخ به این سؤال باید مشخص شود که آیا ثمن می‌تواند علاوه بر کلی فی‌الذمه، عین معین هم باشد؟ یا نه؟ در این باره باید گفت که از نظر فقه امامیه هیچ تردیدی وجود ندارد که ثمن می‌تواند عین معین باشد (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۰۹/۲۲). از این رو الزامی وجود ندارد که ثمن بیع حتماً وجه نقد باشد، بلکه هر مالی می‌تواند عوض مبیع واقع شود، اعم از اینکه معین یا کلی فی‌الذمه باشد. علاوه بر این هر حکمی که ناظر به مبیع معین باشد و خاص خود مبیع نباشد در ثمن معین هم جاری می‌شود. مانند آنچه در احکام بیع درباره انتقال ملکیت، تسلیم، خیارات و غیره بیان شده است (انصاری، ۱۴۱۸: ۲/۲۴۰). از اطلاق ماده ۳۳۸ ق.م. نیز می‌توان دریافت که عوض معلوم منحصر در ثمن کلی نیست.

حاصل آنکه مقررات ضمان درک در مورد مستحق‌لغیر درآمدن ثمن نیز قابل اجرا خواهد بود، مشروط بر اینکه ثمن عین معین باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹۱/۲).

ضمان عهده نسبت به درک مبیع یا ثمن

ضمان عهده از بایع نسبت به درک مبیع به این معناست که کسی از بایع نزد مشتری ضمانت نماید که اگر مبیع مستحق‌لغیر درآید، عین ثمنی را که بایع گرفته به مشتری رد کند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را بدهد.

ضمان عهده از مشتری نسبت به درک ثمن، نیز به این معنی است که کسی از مشتری نزد بایع ضمانت نماید که اگر ثمن مستحق‌لغیر درآید، عین مبیع را به بایع مسترد کند و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را بدهد.

گرچه فقیهان در صحت ضمان از اعیان مضمونه اختلاف نظر دارند (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۸۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۹۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۵/۲) و به رغم اینکه ضمان عهده در شمار ضمان از اعیان مضمونه محسوب است ولی بر صحت این نوع از ضمان اتفاق نظر دارند (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۳۱/۱۳؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۷/۹). قانون‌گذار نیز به این اجماع فقیهان توجه داشته و در ماده ۶۹۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع

یا ثمن در صورت مستحق‌الغیر درآمدن جایز است». اما نباید پنداشت که حکم به صحت ضمان عهده منحصر در مستحق‌الغیر درآمدن مبیع یا ثمن است، بلکه در همه‌ی مواردی که در اثر فقدان یکی از شرایط صحت، عقد بیع از اساس باطل باشد و بازگرداندن ثمن یا مبیع لزوم یابد ضمان عهده صحیح است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۳/۴).

دلایل صحت ضمان عهده عبارتند از: عموم ادله ضمان از جمله «أوفوا بالعقود»، اجماع و بنای عقلا.

شاید بتوان گفت که عمده‌ترین دلیل بر صحت ضمان عهده ضرورتی است که از جهت نیاز مردم به آن احساس می‌شود، زیرا در برخی از موارد، در ابتدای معامله تشخیص اینکه معامله، فاسد است یا صحیح، امری دشوار و بعضاً غیرممکن خواهد بود، پس ضمان ثالث به منظور جلوگیری از ضرر احتمالی امری عقلایی و پسندیده است (باقری الف، ۱۳۸۲: ۹۰).

به هر روی ضمان عهده و نفوذ آن در فقه امامیه به اتفاق آراء پذیرفته شده است. ولی در قلمرو و شقوق آن نظرات مختلفی ارایه شده است. این اختلافات ناشی از اشکالاتی است که بر ضمان عهده وارد شده است. از جمله این که رکن اصلی در ضمان، وجود دین سابق است در حالی که در این نوع ضمان، چنین دینی در رتبه سابق وجود ندارد تا ضامن، آن را ضمانت کند، زیرا آنچه که مورد ضمانت واقع شده، هنگام ضمان در ذمه ثابت نشده است. در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت: در حقیقت ضمان عهده استثنایی بر ضمان مالم یجب است و از طرف دیگر با توجه به کاربرد فراوان ضمان عهده و لزوم احتیاط و رفع نگرانی طرفین عقد و سیره عقلا می‌توان از شمول و عموم ممنوعیت ضمان مالم یجب در این مورد دست برداشت (محقق کرکی، ۱۴۰۸: ۳۲۵/۵). علاوه بر اینکه به گفته‌ی برخی از فقیهان بر بطلان ضمان مالم یجب نه اجماع و نه نصی وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۰۵/۲). هر چند به طور کلی ادله‌ی قایلین به بطلان مورد نقد علمی قرار گرفته و بر صحت ضمان مالم یجب استدلال شده است (باقری ب، ۱۳۸۲: ۸۷).

آنچه که در این میان به نظر می‌رسد از اهمیت قابل توجه برخوردار باشد این است که در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، اگر عین ثمن هنوز در ید بایع باشد، چه کسی در مقابل مضمون‌له (مشتری) مسئولیت دارد؟ آیا فقط بایع مسئول است؟ یا بایع و ضامن هر دو مسئول هستند؟ در این صورت مشتری به چه کسی می‌تواند رجوع کند؟

پاسخ به این سؤال با ملاحظه‌ی مبنای فقیهان شیعه در ضمان که قایل به نقل ذمه به ذمه هستند قدری مشکل خواهد بود، چه آنکه بر اساس این نظریه مضمون‌له فقط باید به ضامن رجوع کند، زیرا دین از ذمه‌ی مضمون‌عنه یعنی بایع به ذمه‌ی ضامن که شخص ثالث باشد منتقل شده است. از سوی دیگر در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، بقای ثمن در ید بایع

فاقد وجهت قانونی و شرعی و در حکم غصب است و بائع به موجب ضمان ید مسئول بازگرداندن آن به مشتری است، از این رو مشتری که مالک ثمن است حق رجوع به بائع و استرداد ثمن را دارد. نتیجه آنکه یا باید حداقل در این مورد بخصوص دست از نظریه‌ی نقل شست یا ید بائع نسبت به عین ثمن را ضامن ندانیم، که به نظر می‌آید پذیرش ضم ذمه به ذمه در ضمان، حداقل در این مورد موجه‌تر باشد، آنچنانکه علامه‌ی حلی همین گزینه را انتخاب کرده و اعلام داشته است که: «و فی ضمان الاعیان المضمونه العهده اشکال اقربه عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه بالعین المضمونه اما الضامن للضامن و اما المضمون عنه لوجود العین فی یده او تلفها فیه فان شاء مشتری طالب البایع و ان شاء طالب الضامن» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۹۲/۲).

مبنای فقهی ضمان درک

در دیدگاه فقیهان چنانچه کسی در عقد فاسدی که گمان صحت آن می‌رفته، مالی را گرفته باشد، غاصب محسوب شده و ضمان او همان ضمان غاصب است و تفاوتی نمی‌کند که به فساد عقد آگاه باشد یا جاهل (نجفی، ۱۳۶۵: ۱۷۵/۳۷).

در فقه اسلامی ضمان درک مبیع، مبنای قراردادی ندارد و از آثار عقد فاسد شمرده می‌شود. از این رو فروشنده فضولی که ثمن را از خریدار دریافت نموده است در صورت رد بیع به وسیله‌ی مالک، غاصب تلقی شده و مضمول قاعده ید و خصوصاً قاعده «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۰۸: ۳۲۴/۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۶۰/۳).

ممکن است پرسیده شود که عقد فاسد چگونه می‌تواند ضمان آور باشد؟ مگر با رد مالک، عقد فضولی باطل و معدوم نمی‌شود؟ پس چگونه امر باطل و معدوم، ضمان را ایجاد می‌کند؟ در پاسخ به این پرسش گفته شده است 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 خاطر است که عقد فاسد، منشاء قبض مال شده است یا عقد فاسد سبب حکم به ضمان، به شرط قبض بوده است. یعنی عقد فاسد در ردیف اسباب ضمان قرار می‌گیرد، زیرا عقد فاسد، منشاء و سبب قبض بوده و قبض هم ضمان را ایجاد کرده است (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۷۸/۳).

به این ترتیب در شمول قاعده فوق بر ضمان درک اشکالی وجود ندارد. بر پایه‌ی آن از یک سو خریدار در مقابل مالک ضامن است و از دیگر سو فروشنده نیز در برابر خریدار جاهل، ضامن تمام غرامات و خساراتی خواهد بود که وی آنها را متحمل شده است.

مسئولیت فروشنده نسبت به رد ثمن

هر گاه کسی مال غیر را بی آنکه از او اذن داشته باشد، بفروشد و آنگاه مالک آن مال معامله را تنفیذ نکند، مشتری حق دارد برای بازپس گرفتن ثمن به فروشنده مراجعه کند. اما در این میان فقیهان امامیه بین حالت علم و جهل مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع، تفصیل قایل شده و گفته‌اند: هر گاه مشتری به استحقاق غیر نسبت به مبیع آگاه باشد، وی حق مراجعه به فروشنده جهت استرداد ثمن را نخواهد داشت (خویی، ۱۳۷۱: ۳۵۱/۴؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱/۲۹۴). ولی برخی دیگر از فقیهان در این فرض بین حالت بقای عین ثمن و تلف آن قایل به تفصیل شده و گفته‌اند: در صورت بقای عین ثمن، مشتری حق رجوع به فروشنده برای استرداد ثمن خواهد داشت، چه آنکه سبب شرعی برای انتقال مالکیت ثمن موجود، از مشتری به فروشنده وجود ندارد و بیع فاسد اثری در تملک ندارد لذا مشتری می‌تواند عین ثمن را استرداد کند (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۴۲۱/۱). اما در صورتی که عین ثمن تلف شده باشد و مشتری نیز به استحقاق غیر به مبیع آگاه باشد، حق مراجعه به فروشنده را نخواهد داشت، چه آنکه عمل مشتری به نوعی تسلیط بایع توسط اوست که سبب مالکیت فروشنده نسبت به ثمن می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۷؛ عاملی، ۱۹۹۱: ۲۰۱/۴). البته این نظریه از سوی برخی از فقیهان مورد انتقاد قرار گرفته است که تسلیم ثمن به فروشنده تسلیط مجانی و ابتدایی نیست، بلکه این تسلیم ادامه معامله واقع شده بین طرفین است که به انگیزه وفای به بیع واقع شده، انجام می‌گیرد ولی فروشنده خود را به ناحق مالک مبیع نشان می‌دهد، هر چند مشتری هم به این امر علم داشته اما این قصد ناروا و ناحق سبب مجانی بودن تملیک نیست، پس مشتری حق مراجعه به بایع جهت استرداد بدل ثمن تلف شده را خواهد داشت. بنابراین، قاعده ید در این مورد تخصیص نمی‌خورد (خویی، ۱۳۷۱: ۳۴۷/۴).

اما در صورت جهل مشتری به فساد بیع و استحقاق غیر نسبت به مبیع، مشتری می‌تواند برای استرداد ثمن به فروشنده مراجعه کند، خواه ثمن موجود باشد یا تلف شده باشد، چه آنکه بیع به واسطه عدم تنفیذ از سوی مالک، باطل خواهد بود و چون سبب ناقل و قانونی برای خروج ثمن از ملکیت مشتری وجود ندارد، پس به استناد قاعده ضمان ید، بایع ضامن ثمن دریافتی است و باید در صورت بقا، عین ثمن را به مشتری رد کند و در صورت تلف، مشتری استحقاق دریافت بدل مثل یا قیمت را خواهد داشت (حکیم، بی‌تا: ۲۵۶).

مسئولیت فروشنده نسبت به خسارات و غرامات وارد بر مشتری

آثار ضمان درک محدود به الزام فروشنده به رد ثمن نیست، بلکه وی علاوه بر آن هم ملزم به پرداخت خسارات وارد بر مشتری است و هم باید با شرایطی خاص غرامات او را بپردازد.

مقصود از خسارت، هزینه‌هایی است که وی از بابت توهمی که نسبت به صحت معامله داشته، پرداخت کرده است. دستمزد دلال، هزینه‌ی رفت و آمد و حمل و نقل و نیز اجرت کیل و وزن و تبدیل ارز از این قبیل هستند. علاوه بر این مشتری بر اساس نظر فقیهان نه تنها نسبت به اصل مبیع، بلکه در برابر منافع آن نیز اعم از مستوفات یا غیر مستوفات در مقابل مالک مسئول است (نجفی، ۱۳۶۵: ۳۰۱/۲۲؛ قمی، ۱۴۱۳: ۳۵/۲). بدیهی است که خسارت ناشی از استرداد اصل مبیع به مالک از طریق رجوع او به بایع برای بازپس گرفتن ثمن جبران می‌گردد و عوض منافع مستوفات نیز که خسارت محسوب نمی‌شود، چون در قبال اجرتی که پرداخته از منفعت مبیع استفاده کرده است. اما آنچه که به عنوان بدل منافع غیر مستوفات به مالک تأدیه کرده است، غرامت محسوب می‌شود که در فرض جهل او به فضولی بودن معامله، حق دارد از فروشنده مطالبه نماید. حتی ممکن است در مبیع که تصور ملکیت آن را داشته، تغییراتی در جهت کمال به وجود آورده و چیزهایی را به آن اضافه نموده و هزینه‌هایی را تقبل کرده باشد. مانند اینکه اگر مبیع حیوان بوده، برای آن زین و سایر ملزومات خریده و بیماری او را مداوا کرده و هزینه‌های نعل و آب و علف و نگهداری را پرداخته باشد. طبعاً جز در موردی که وسایل اضافه شده را می‌تواند بدون آسیب زدن به اصل مال برگیرد، در سایر موارد وی دچار غرامت شده است که حق دارد در فرض جهل به فضولی بودن معامله، آنها را از بایع فضول مطالبه کند. پس غرامت در فرضی مطرح است که شخص متحمل پرداخت هزینه گردد بی آنکه کمترین انتفاعی برده باشد یا عوضی به دست آورده باشد.

به هر روی مشتری هم در فرض تحمل خسارت، بدون در نظر گرفتن علم یا جهل او به فضولی بودن معامله و هم در فرض پرداخت غرامت منتهی به شرط جهل او به استحقاق، حق رجوع به بایع غیرمأذون دارد. فقیهان امامیه برای اثبات مسئولیت فروشنده نسبت به جبران خسارت و غرامت علاوه بر اجماع به چند قاعده فقهی استناد کرده‌اند که عبارتند از:

قاعده‌ی غرور

بر پایه‌ی این قاعده اگر کسی دیگری را فریب دهد و در اثر این عمل خسارتی به او وارد شود غارّ (فریبنده) ضامن جبران خسارت مغرور (فریب داده شده) است. در فرضی که فروشنده، مال غیر را به مشتری فروخته و مبیع مستحق‌الغیر درآمده و مالک مبیع، آن را به انضمام خسارات از خریدار گرفته است پس فروشنده باید خسارات وارده به مشتری را جبران نماید، چه آنکه در حقیقت او خریدار را فریب داده و باعث ایراد ضرر به وی شده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۷۹/۱). برخی از فقیهان علم غارّ را شرط صحت استناد به قاعده غرور دانسته‌اند (حکیم، بی‌تا: ۲۷۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۸۱). اما گروهی دیگر صرف عمل فریبنده را در

تحقق غرور کافی می‌دانند و بر این نظرند که علم یا جهل غار در ضمان او بی تأثیر است (مراغی، ۱۴۱۸: ۴۴۱/۲). به هر روی برای اعمال قاعده غرور، جهل خریدار ضروری است، ولی درباره جهل فروشنده به استحقاق غیر نسبت به مبیع اختلاف وجود دارد. اما آنچه مسلم است این است که خریدار بر اثر خدعه و فریب فروشنده، وی را مالک پنداشته و بیع را منعقد ساخته و از این بابت متحمل هزینه و مخارج شده است. پس با بیع موظف است خسارات وارده به خریدار جاهل را جبران نماید. اما خریدار عالم، حق رجوع برای دریافت خساراتی که متحمل شده است ندارد، زیرا با آگاهی او از واقع امر، طبعاً غرور محقق نشده است از این رو مشمول قاعده اقدام خواهد شد (مغنیه، ۱۴۰۴: ۱۱۲/۳) نه قاعده‌ی غرور، چه آنکه وقتی با آگاهی به استحقاق، اقدام به خرید می‌نماید به این معنی است که عالمانه و با قصد و اراده‌ی خود همه‌ی تبعات ناشی از عدم تنفیذ مالک را پذیرفته است مگر آنکه فروشنده او را در تحصیل اجازه‌ی مالک نیز فریفته باشد.

قاعده‌ی نفی ضرر

بنا به نظر برخی از فقیهان مشتری می‌تواند برای مطالبه خسارات به فروشنده مراجعه کند، چه آنکه در غیر این صورت وی متحمل ضرر و زیانی می‌شود که می‌توان با قاعده نفی ضرر، جلوی ورود این ضرر را گرفت و آن را نفی کرد (نائینی، ۱۴۱۸: ۲۹۴/۱؛ خویی، ۱۳۷۱: ۳۵۱/۴). ولی استدلال به قاعده نفی ضرر برای اثبات حکم حق مراجعه مشتری به فروشنده جهت گرفتن خسارت به نظر برخی از فقیهان محل اشکال است چه آنکه قاعده نفی ضرر از اثبات حکم ناتوان است و فقط صلاحیت نفی حکم ضرری را دارد و در مورد بحث نیز نمی‌توان از این قاعده برای اثبات مسئولیت فروشنده نسبت به جبران خسارت کمک گرفت. علاوه بر این لازمه جریان قاعده نفی ضرر در مورد بحث، تحمیل ضرر و زیان بر بایع است که این قاعده می‌تواند آن ضرر را نیز نفی نماید، پس با تعارض نفی ضرر در ناحیه مشتری و فروشنده قاعده مذکور صلاحیت استدلال را در محل بحث از دست می‌دهد (خویی، ۱۳۷۱: ۳۵۰/۴).

قاعده‌ی تسبیب

طبق این قاعده، هر کس موجبات ورود خسارت به دیگری را فراهم کند و به طور غیرمستقیم سبب تلف مال او شود ضامن خواهد بود. خواه این سببیت برای ورود خسارت یا تلف مال از روی عمد باشد یا غیرعمد، و اعم از اینکه به واسطه فعل مثبت (مانند حفر چاه در معبر عمومی) باشد یا ترک فعلی که باید انجام می‌داد (مانند مواظبت از حیوان). بنابراین در مقام استناد به این قاعده می‌توان گفت کسی که مال غیر را می‌فروشد در حالی که مشتری به

این امر جاهل است و آنگاه با مراجعه مالک و استرداد مبیع و غرامات، مشتری متحمل خسارت می‌شود، در واقع این فروشنده است که سبب ورود خسارت به او شده است. از این رو باید ضمان را متوجه فروشنده دانست.

این استدلال را برخی از فقیهان مخدوش دانسته و بر این باورند که قاعده تسبیب در مواردی جریان می‌یابد که میان سبب (عامل ورود خسارت) و ضرر، فعل انسان با شعوری قرار نگیرد، اما در مورد بحث بایع سبب تام ورود خسارت بر مشتری نیست، بلکه عمل وی صرفاً باعث ایجاد انگیزه در مشتری برای تحمل خسارت است (نائینی، ۱۴۱۸: ۱/۲۹۴).

در پاسخ به این اشکال باید گفت درست است که مشتری مباشر اتلاف و ضرر است، اما از سبب ضعیف‌تر است و بدیهی است که در فرض اقوی بودن سبب از مباشر، ضمان متوجه سبب خواهد شد نه مباشر (قمی، ۱۴۱۳: ۲۸۸/۲). وانگهی اگر بایع فضول مسئول خسارت نباشد، پس به این معنی است که تصرف غیر در ملک دیگری بدون اجازه و اذن صحیح است و معنای صحت این است که آثار عقد صحیح بر آن مترتب خواهد شد که تالی فاسد چنین استدلالی یکی شدن تصرفات مالک و غیر است که هیچ کس آن را نمی‌پذیرد، زیرا قبیح و غیر معقول است (فخر المحققین، ۱۳۸۹: ۱/۴۳۰). پس رجوع مشتری جاهل به عدم ملکیت بایع نسبت به مبیع، برای دریافت غرامات پرداخت شده جایز است.

نتیجه

در عقد بیع، علاوه بر اینکه بایع ضامن سلامت مبیع است و باید هر نوع خسارت ناشی از عیب و نقصان آن را جبران و تدارک کند، متعهد است که مبیع را در شرایطی به خریدار بفروشد که خالی از تعلق حق غیر به آن باشد. از این رو، خریدار حق دارد در صورت مستحق للغیر درآمدن مبیع، علاوه بر مطالبه‌ی ثمن، در فرض جهل به استحقاق، خسارات و غرامات وارد بر خویش از این ناحیه را، از فروشنده بخواهد. حتی وی می‌تواند به این ضمان که قهری است اکتفا نکرده و برای رفع نگرانی و دغدغه‌ی خود از احتمال استحقاق مبیع، بلافاصله پس از انعقاد بیع، از فروشنده بخواهد که شخص ثالثی ثمن او را ضمانت کند که در صورت استحقاق، عهده‌دار بازگرداندن آن به مشتری باشد. این ضمان موسوم به ضمان عهده و بر مبنای قرارداد میان مشتری و شخص ثالث محقق می‌گردد و نباید با ضمان درک مرادف پنداشته شود بلکه برای توثق بیشتر و تأمین خاطر خود از بابت ثمن، مشتری می‌تواند از بایع رهن بگیرد بی آنکه شائبه‌ی مالم یجب بودن رهن و ضمان عهده بتواند خدشه‌ای به صحت این دو قرارداد وارد آورد.

ضمان درک در صورتی تحقق می‌یابد که شرایط آن حاصل گردد. یکی از عمده‌ترین این شرایط استحقاق است که هر چند مقصود از آن مستحق للغير درآمدن همه‌ی مبیع (استحقاق کلی) یا بخشی از آن عنوان شده است، اما می‌توان به هر نوع تعلق حق غیر به مبیع که در تعارض با اطلاق ملکیت مشتری باشد تعمیم داد. مانند حق الرهانه، حق ارتفاق، حق انتفاع و... اساساً علت نامگذاری به استحقاق همین توسعه و تعمیم مفهومی آن بوده است و تضییق دایره‌ی آن از باب تغلیب است نه تعیین و انحصار آن به ملکیت غیر بر مبیع. ناگفته پیداست که احتمال استحقاق در تحقق ضمان کافی نیست بلکه فعلیت آن مورد اعتبار است.

شرط دیگر تحقق ضمان درک آن است که استحقاق پیش از بیع و مقدم بر آن باشد به این معنا که اگر دعوی استحقاق پس از بیع باشد ضمان درک متوجه بایع نخواهد بود. توضیح آنکه ادعای حق باید حجتی در برابر مشتری و علیه او باشد. بنابراین چنانچه پس از عقد بیع که توسط مالک حقیقی تنفیذ شده است، شخص ثالث یا همان مالک، مال موضوع بیع را به رهن دیگری گذارد مرتهن نمی‌تواند به استناد حق الرهانه ادعای استحقاق نماید، زیرا مستحق شدن او پس از بیع و لاحق بر آن است و صرفاً می‌توان علیه طرف دیگر عقد رهن یعنی رهن طرح دعوی نمود.

تعرض مالک به مشتری و رد معامله توسط او، سومین شرط برای تحقق ضمان درک است. یعنی اگر مالک با فعل یا قول خود بیع را اجازه کند، نه مشتری حق دارد معامله را باطل کند و نه ضمانی متوجه بایع خواهد بود. بنابراین چنانچه مالک در ثمن معامله‌ای که واقع شده است، تصرف کند به معنی رضایت به معامله است.

نباید پنداشت که ضمان درک ناشی از عقد صحیح و از آثار آن به شمار می‌رود، بلکه تحقق آن در فرضی است که مالک مبیع معامله را تنفیذ نکند و در نتیجه‌ی آن، عقد بیع باطل گردد. در این صورت است که بایع ضامن خواهد بود. بنابراین بازنگری در ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح قلمداد کرده است، ضروری می‌نماید. به ویژه آنکه قانون‌گذار در ماده‌ی ۲۶۳ همین قانون با وجود وحدت موضوع، رد ثمن و جبران تمامی خسارات را بر بایع فضولی لازم دانسته و در ماده‌ی ۲۹۳ نیز زیادتی حاصل از عمل مشتری در مبیع را مشمول مقررات ماده‌ی ۳۱۴ نموده است که از احکام غضب و ضمان قهری است. به هر روی با تحقق این شرایط سه گانه، ضمان درک متوجه بایع خواهد بود و در صورت فقدان حتی یکی از این شرایط، بایع در برابر مشتری مسئولیتی نخواهد داشت.

سرانجام آنکه تعبیر شایع فقیهان در مورد ضمان درک مبیع و نویسندگان قانون مدنی و اندیشمندان حوزه‌ی حقوق، نباید این توهم را به وجود آورد که این نوع ضمان صرفاً متوجه

بایع و از ناحیه‌ی مستحق للغير در آمدن مبیع است بلکه همه‌ی مقررات و شرایط آن عیناً در باره‌ی ثمن و تعلق حق غیر به آن نیز جاری و ساری است و مشتری هم در برابر بایع، ضامن درک ثمن خواهد بود. پندار نادرست دیگر که ممکن است از این تعبیر شایع و معمول به وجود آید، توهم اختصاص ضمان درک به بیع است که با ملاحظه‌ی ادله و اصول و قواعدی که در متن به تفصیل از آنها سخن رفته است، می‌توان دریافت که ضمان درک در هر عقد ناقل ملکیت، بلکه هر عقد معاوض دیگر مانند اجاره و صلح به عوض و حتی هبه‌ی معوضه قابل تعمیم و تسری است. اما از آنجا که این نوع ضمان غالباً در عقد بیع به وجود می‌آید و از سوی دیگر بیع شایع‌ترین معامله‌ی معاوض و در حقیقت الگو و شاخص سایر معاملات مشابه است، تعبیرات فقیهان در چارچوب بیع و مبیع شکل گرفته است نه اینکه به معنای انحصار باشد درست مانند بحث از خیارت که در متون فقهی در ضمن کتاب بیع مورد بحث قرار می‌گیرد در حالی که به جز خیار مجلس و خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن و صرف نظر از اختلافات جزئی، سایر خیارات در همه‌ی معاملات مشابه جریان دارد.

منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶)، حاشیه‌ی مکاسب، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمد (۱۴۰۵)، لسان‌العرب، جلد ۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳. امام خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۴)، تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: مؤسسه‌ی النشر الاسلامی.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۸)، مکاسب، جلد ۲ و ۳، قم: مؤسسه الهادی.
۵. باقری (الف)، احمد (۱۳۸۲)، ضمان، حواله، کفالت، تهران: انتشارات آن.
۶. باقری (ب)، احمد (۱۳۸۲)، «ضمان مالم یجب»، در: مجله نشریه‌ی مقالات و بررسی‌ها دانشکده هیات دانشگاه تهران، سال سی و ششم، دفتر ۷۴ (۳)، ۷۷-۹۰.
۷. بحرانی، یوسف (۱۳۶۳)، الحدائق الناضره فی احکام المعتره الطاهره، جلد ۲۱، قم: مؤسسه‌ی النشر الاسلامی.
۸. حکیم، سید محسن (بی تا)، نهج‌الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۹. خوبی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، مصباح‌الفقاهه، جلد ۴، چاپ سوم قم: ناشر وجدانی.
۱۰. زحیلی، وهبه (بی تا)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۴، بی جا.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۲. شهید اول، شمس‌الدین محمد بن مکی العاملی (۱۴۰۶)، اللمعه‌ی دمشقیه، بیروت، دارالناصر.
۱۳. شهید ثانی، زین‌الدین جبعی عاملی (۱۴۱۰)، الروضه‌ی البهیة فی شرح اللمعه‌ی دمشقیه، جلد ۳ و ۴، قم، داورى.
۱۴. شهید ثانی، زین‌الدین جبعی عاملی (۱۴۱۳)، مسالك الأفتاهم الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۷، مؤسسه معارف اسلامی.
۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹)، العروه‌ی الوثقی، جلد ۹، بیروت: مؤسسه‌ی الاعلمی.
۱۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، حاشیه‌ی مکاسب، جلد ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. عاملی، سید محمد جواد (۱۹۹۱)، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه، جلد ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۸. علامه‌ی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴)، تذکره‌ی الفقهاء، جلد ۲، قم: مؤسسه آل‌البيت.
۱۹. علامه‌ی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، جلد ۵، قم: مؤسسه‌ی النشر الاسلامی.

٢٠. فخرالمحققين، محمدبن حسين (١٣٨٩)، **ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد**، جلد ١ و ٢، قم: اسماعيليان.
٢١. فيروزآبادي، محمدبن يعقوب (بي تا)، **القاموس المحيط**، جلد ٤، بيروت: دارالعلم.
٢٢. فيومي، احمد بن محمد بن علي (بي تا)، **المصباح المنير**، بيروت: دارالفكر.
٢٣. قمي، ابوالقاسم بن حسن (١٤١٣)، **جامع الشتات**، جلد ٢، تهران: كيهان.
٢٤. كاتوزيان، ناصر (١٣٧٧)، **عقود معين**، جلد ١، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
٢٥. محقق اردبيلي، شيخ احمد (١٤٠٣)، **مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان**، جلد ٩، قم: جامعه المدرسين.
٢٦. محقق حلي، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن (١٤١٨)، **شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، جلد ٢، بيروت: دارالاضواء.
٢٧. محقق كركي، نورالدين بن علي بن عبدالعلي (١٤٠٨)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، جلد ٥ و ٦، قم: مؤسسه آليت.
٢٨. مراغي، ميرفتاح (١٤١٨)، **العناوين الفقيهيه**، جلد ٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
٢٩. مغنيه، محمدجواد (١٤٠٤)، **فقه الامام جعفر الصادق**، جلد ٣، بيروت: دارالجواد و دارالتيار الجديد.
٣٠. نائيني، محمد حسين (١٤١٨)، **منيه الطالب**، جلد ١، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
٣١. نجفي، محمدبن حسن (١٣٦٥)، **جواهرالكلام في شرح شرايع الاسلام**، جلد ٢٢، ١٣ و ٣٧، تهران: دارالكتب الاسلاميه.
٣٢. نجفي، محمدبن حسن (١٩٩٢)، **جواهرالكلام في شرح شرايع الاسلام**، جلد ٨، بيروت: مؤسسه المرتضى العالميه و دارالمورخ العربي.