

ضرورت قهری دانستن ضمان درک

پژمان محمدی*

تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۱/۳۰

تاریخ دریافت: ۹۱/۹/۷

چکیده

قواعد حقوقی با هدف تنظیم روابط اجتماعی و برقراری تعادل میان حقوق و تکالیف افراد مختلف وضع می‌شوند. ابزارهای قانون‌گذار برای نیل به این هدف متعدد است. گاهی افراد را به اجرای قرارداد خویش ملزم می‌سازد و هرگاه اجرای این قرارداد منتفی شود، متخلف به جبران خسارات وارده برطرف مقابل، اجبار می‌گردد. برخی اوقات، قرارداد معتبری در میان نیست ولی ضرری وارد شده است. در این موارد، ضمانت اجرای مسئولیت غیرقراردادی اعم از مسئولیت مدنی و کیفری مطرح می‌شود. شرایط تحقق، قلمرو، اثبات و استثنائات هر یک از این مسئولیت‌ها، در بسیاری از مصادیق، از دیگر موارد متفاوت است، به همین جهت، تشخیص این که مسئولیت حقوقی یک رفتار، کدام مورد است، اهمیت زیادی در برقراری عدالت و تنظیم روابط حقوقی افراد مرتبط دارد. یکی از مواردی که تعیین مبنای مسئولیت آن، محل اختلاف است، "ضمان درک" می‌باشد. در این تحقیق، با استدلال نتیجه‌گیری می‌شود که "ضمان درک" نوعی مسئولیت مدنی غیرقراردادی یا قهری است. هم‌چنین در نتیجه‌گیری، این ذهنیت القاء شده و نادرست مبنی بر این که "ضمان درک" با اعتبار عقد قابل جمع نیست، تصحیح می‌شود و پس از اعلام اینکه "رد کردن معامله فضولی از سوی مالک" شرط تحقق ضمان درک نیست، حذف یا حداقل اصلاح مواد قانون مدنی در باب "ضمان درک"، پیشنهاد می‌گردد.

واژه‌های کلیدی: ضمان درک، معامله فضولی، فضول، اصیل، مسئولیت مدنی غیرقراردادی

مقدمه

با وجود اختلاف آراء، امروزه تقریباً تمایز مسئولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی، حداقل در حقوق ایران، پذیرفته و بر این جدایی آثار عملی متعددی بار می‌شود. دست یافتن به همین نتایج عملی است که توسل به مبانی مسئولیت در موارد اختلافی را توجیه می‌کند. این موارد اختلافی اندک، اما پر اهمیت می‌باشند. یکی از آنها "ضمان درک" است که در قانون مدنی به‌عنوان اثر دوم ناشی از عقد بیع صحیح ذکر شده (بند ۲ و صدر ماده‌ی ۳۶۲) و احکام آن تحت عنوان فقره سوم در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ بیان شده‌اند. اما این چند ماده تنها مواردی نیست که قانون مدنی از "ضمان درک" صحبت کرده است بلکه احکام دیگری در این قانون دیده می‌شود (مواد ۶۲۵ و ۶۹۷، ۷۰۸، ۸۱۷ و ۸۲۰) که از این نوع مسئولیت و قواعد آن بحث می‌کنند. اما جالب این است که در مورد "ضمان درک" احکام تکراری زیادی در قانون مدنی وجود دارد که به‌نظر می‌رسد، کمتر مورد توجه نویسندگان حقوقی بوده‌اند. مراجعه به مقررات احکام معاملات فضولی و احکام غضب در قانون مدنی و مواد فصل اول باب دوم جداول آن قانون تحت عنوان "کلیات"، که به بحث ایفاء ناروا و دارا شدن بلاجهت می‌پردازند (مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵)، از جمله در بردارنده‌ی احکام "ضمان درک" می‌باشند.

این تحقیق درصدد اثبات این امر است که مسئولیت مدنی در بحث "ضمان درک"، مسئولیتی غیرقراردادی یا قهری است و برای اثبات این امر لازم می‌داند، مفهوم، شرایط و قلمرو "ضمان درک" را بیان و سپس با ملاحظه‌ی آثار قانونی آن، به نتیجه مذکور دست یابد.

گفتار اول - مفهوم ضمان درک

قانون مدنی در ماده‌ی ۳۹۰ اعلام کرده است "اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید بایع ضامن است ...". ماده‌ی ۳۲۳ قانون مدنی نیز بیان کرده است "اگر کسی ملک معصوب را از غاصب بنبرد آن کس نیز ضامن است ..."

و ماده‌ی بعد می‌افزاید "در صورتی که مشتری عالم به غصب باشد حکم رجوع هر یک از بایع و مشتری به یک‌دیگر در آنچه مالک از آنها گرفته است حکم غاصب از غاصب بوده تابع مقررات فوق خواهد بود". ماده‌ی ۳۲۵ نیز اضافه می‌کند: "اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند اگر چه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد...". ماده‌ی ۲۶۲ قانون مدنی نیز بیان کرده است: "در مورد ماد قبل مشتری حق دارد که برای استرداد ثمن عیناً یا مثلاً یا قیمتاً به بایع فضولی رجوع کند. " ماده‌ی بعد نیز حکم مشتری جاهل و عالم بر فضولی بودن معامله را بیان نموده است. به این ترتیب، مشخص می‌شود که "ضمان درک" حکم رابطه‌ی میان اصیل (کسی که با فضول قرارداد بسته است) و فضول (کسی که در انعقاد قرارداد سمتی نداشته است) را بیان می‌کند. برای تحلیل موضوع لازم است که یک معامله فضولی را در نظر بگیریم: این معامله از سوی مالک بی اعتبار است ولی او می‌تواند بدون محدودیت آن را تنفیذ یا رد نماید. حقوق چنین مالکی در هر حال محفوظ است و فضول و اصیل در مقابل وی پاسخگو هستند. اما "ضمان درک"، به رابطه‌ی مالک با اصیل و فضول که هر دو در مقابل وی حکم غاصب دارند، ارتباط ندارد. "ضمان درک" بیانگر حقوق و تکالیف دو غاصب مذکور (از منظر حقوق مالک)، در مقابل یک‌دیگر، است. بنابراین، برای فهم بهتر مفهوم "ضمان درک"، ارایه تعریف و شرایط آن ضروری است.

۱. تعریف ضمان درک

به لحاظ حقوقی و با در نظر داشتن ویژگی‌های ضروری برای تحقق "ضمان درک" می‌توان آنرا به ملزم بودن فضول در عقد معوض به استرداد مالی که به ناروا از اصیل اخذ کرده است تعریف کرد. بنابراین تعریف، "ضمان درک" خود نوعی مسئولیت مدنی است: ملزم بودن به استرداد مال به ناروا اخذ شده. براین اساس، می‌توان آن را نمونه‌ای از مصادیق ماده‌ی ۳۰۱ قانون مدنی دانست که مقرر می‌دارد

"کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند". ملاحظه می‌شود وقتی مورد معامله متعلق به غیر باشد، به حکم مواد ۲۴۷ و ۱۹۷ قانون مدنی*، معامله فضولی محسوب می‌گردد. در معامله فضولی، رابطه صاحب مال مورد معامله با اصیل و فضول، رابطه مالک با غاصب است (در فرض سطره ی آنها بر مال). ولی ضمان درک رابطه ی دو شخصی است که ظاهراً قرارداد معوض را در مورد مال غیر منعقد کرده‌اند: فضول (کسی که بدون سمت در مورد مال یا شخصیت دیگری قرارداد می‌بندد) و اصیل (کسی است که اصالتاً یا از طریق نماینده ی خویش قراردادی منعقد نموده است). قانون‌گذار به لحاظ این‌که معامله فضولی قبل از تنفیذ مالک، (از منظر مالک)، اعتبار حقوقی ندارد برای جلوگیری از دارا شدن غیرعادلانه و نامشروع فضول از محل اموال اصیل، وی را ملزم به استرداد مالی می‌داند که من غیر حق اخذ کرده است. البته تکلیف فضول- که قانون‌گذار در بحث "ضمان درک" او را به عنوان "بایع" معرفی کرده است- منحصر به این دوره نیست و پس از رد معامله فضولی و حتی بعد از تنفیذ عقد، بدون تنفیذ اخذ ثمن، نیز پابرجاست.

۲. اوصاف "ضمان درک"

با ملاحظه‌ی احکام "ضمان درک" در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی و احکام معاملات فضولی به ویژه در مواد ۲۵۹ تا ۲۶۳ و احکام و مقررات الزامات غیرقراردادی به طور خاص در بحث دارا شدن بلاجهت (مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵) و غصب (از جمله مواد ۳۲۳ تا ۳۲۷)، چندین ویژگی بارز برای "ضمان درک" قابل استنباط است:

۱-۲. "ضمان درک" قاعده است

اگر چه قانون مدنی این مسئولیت را به عنوان یکی از آثار بیع صحیح معرفی و متعاقباً احکام آنرا بیان کرده است ولی با توجه به تعریف فوق مشخص می‌شود که "ضمان درک" نه تنها ویژه مبیع نیست بلکه خاص بیع نیز نمی‌باشد. این قاعده کلی است که هر کس مالی به ناروا اخذ کرد، باید آن را به صاحبش مسترد نماید و در این راستا، تفاوتی نمی‌کند، منشأ دریافت مال عقد بیع باشد یا اجاره یا غیره (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۶ و ۴۷- امامی، ۱۳۶۸: ۴۶۹) (ماده‌ی ۳۰۱ قانون مدنی). تفاوت در این است که برای تحقق حکم ماده‌ی ۳۰۱ قانون نیازی نیست تا قرارداد ظاهری و بی‌اعتبار بسته شود بلکه حتی اگر کسی به میل خویش و به اشتباه بدون تراضی با دیگری مالی به وی بدهد، مستحق استرداد آن است. ماده‌ی ۳۲۷ قانون مدنی نیز اعلام کرده است «اگر ترتیب ایادی بر مال مغضوب به معامله دیگری غیر از بیع باشد احکام راجعه به بیع مال مغضوب ... مجری خواهد بود».

۲-۲. "ضمان درک" نتیجه بی‌اعتباری عقد فضولی و قبض مال توسط فضول

است

اگر چه قانون مدنی، در بند ۲ ماده‌ی ۳۶۲ "ضمان درک" را از آثار بیع صحیح معرفی کرده است، ولی در محل بحث "ضمان درک" (مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی) صراحتاً از فساد معامله یاد می‌کند. هم‌چنین کمتر فقیه یا حقوق‌دانی است که صحت عقد و تحقق ضمان درک را قابل جمع بدانند. به عبارت بهتر، از نظر این عده یا عقد صحیح است که در آن صورت "ضمان درک" قابل تصور نیست بلکه در نتیجه عقد صحیح طرفین باید به تعهدات ناشی از عقد پای بند باشند یا آن‌که به دلیل تعلق مال موضوع معامله به غیر (مستحق للغير)، عقد فضولی است. در این صورت، روشن است که معامله فضولی از سه حالت خارج نیست. این حالات عبارتند از: (۱) قبیل از تنفیذ یا رد توسط مالک. در این فرض به حکم ماده‌ی ۲۴۷ قانون مدنی معامله غیرنافذ است. قرارداد غیرنافذ حداقل از حیث حقوق مالک

بی اعتبار است. اما از منظر اصیل، به حکم ماده‌ی ۲۵۲ قانون مدنی، می توان او را به عقد ملتزم دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۰) اما این نکته روشن است که فصول در هر حال طرف عقد محسوب نمی شود و ثالث تلقی می گردد. آثار عقد قانوناً متوجه ثالث نخواهد شد و بنابراین با تنفیذ یا رد و قبل از هر یک از آنها، وضع فصول از حیث آثار قراردادی، تغییر نخواهد کرد و او در هر حال در عقدی که فصولتاً منعقد نموده، بیگانه محسوب می شود (ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی. ۲) پس از رد معامله توسط مالک نیز، معامله از روز انعقاد فصولی آن، بی اعتبار می شود (ماده‌ی ۲۵۸ قانون مدنی) در این فرض نیز ضمان درک محقق است (۳) حتی پس از تنفیذ معامله توسط مالک نیز "ضمان درک" قابل تصور است. توضیح آن که صرف تنفیذ معامله‌ی فصولی توسط مالک، مجوز اخذ مال اصیل توسط فصول، نمی باشد. با تنفیذ طبق نظر قابل قبول، فصول نماینده‌ی مالک در انعقاد عقد است ولی نمایندگی در انعقاد عقد، مجوز اخذ مال توسط نماینده محسوب نمی شود (ماده‌ی ۶۶۵ قانون مدنی)، ماده‌ی ۲۶۰ قانون مدنی حالتی را مطرح می کند که مالک معامله فصولی را تنفیذ کرده ولی قبض مال توسط فصول را نمی پذیرد. براساس این ماده "در صورتی که معامل فصولی عوض مالی را که موضوع معامله بوده است گرفته و در نزد خود داشته باشد و مالک با اجازه معامله، قبض عوض را نیز اجازه کند دیگر حق رجوع به طرف دیگر نخواهد داشت". مفهوم این ماده این است که صرف تنفیذ، موجب زوال "ضمان درک" فصول نمی شود. هر چند در این حالت، بخشی از مسئولیت فصول در مورد پرداخت غرامات اصیل، مرتفع می گردد. بنابراین، مشخص می شود که "ضمان درک" بیش از هر چیز ناشی از بی اعتباری اخذ مال توسط فصول می باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۳۴). پس بر خلاف نظر مشهور حقوق دانان، امکان جمع "ضمان درک" و اعتبار عقد (پس از تنفیذ) وجود دارد.

۳-۲. "ضمان درک" قاعده آمره نیست

با این که "ضمان درک" از آثار معاملات معوض صحیح نمی‌باشد ولی مبنای آن جلوگیری از اکل مال به باطل و دارا شدن بدون جهت است. طبیعی است مالک مال به ناروا داده شده، می‌تواند از حقوق خود چشم پوشی کند. (نیک فر، ۱۳۷۷: ۹۴- کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۲۸ و بعد). زیرا فلسفه‌ی وجود این مسئولیت حمایت از حقوق مالکیت افراد می‌باشد و این امر ارتباط تجزیه ناپذیر با نظم عمومی ندارد. با وجود این، آزادی اصیل برای اسقاط حق مطالبه مالی که به ناروا به فصول داده است، هرگز به منزله تجویز کلاهبرداری و اکل مال به باطل توسط فصول آگاه از وضع خود، نمی‌باشد.

۴-۲. تحقق "ضمان درک" مستلزم توافق بر ضمان نمی‌باشد

ماده‌ی ۳۹۰ قانون مدنی اعلام می‌کند: "اگر بعد از قبض ثمن مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید بایع ضامن است اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد" قدر متیقن، از این ماده استنباط می‌شود که حتی بدون هیچ گونه قرارداد اعم از خود معامله فضولی یا عقد و توافق ضمنی، "ضمان درک" به صرف معامله نسبت به مال غیر و نه حتی کشف آن، محقق می‌گردد. بنابراین، حتی اگر فصول و اصیل هیچ توافقی برای استرداد مال به ناروا داده و اخذ شده ننموده باشند، باز هم "ضمان درک"، محقق می‌گردد. با این حال بر خلاف نظر عده‌ای از نویسندگان (امامی، ۱۳۶۸: ۴۷۰) تصریح بر ضمان درک بی فایده نیست زیرا با توجه به محدودیت آثار "ضمان درک" (از حیث خسارات قابل جبران توسط فصول) طرفین می‌توانند با توافق، بر دامنه ضمان فصول بیافزایند یا از آن بکاهند.

۵-۲. ضمان درک در مراحل ایجاد و بقاء قابل تجزیه است

ممکن است مالک بخشی از معامله فضولی و قبض عوض آن بخش را تنفیذ نماید یا با وجود تنفیذ تمام معامله عمل فصول در اخذ عوض را به صورت جزئی

بپذیرد. هم چنین ممکن است مال مورد معامله ی فضولی به چند مالک از جمله خود فضول متعلق باشد و یک یا بعضی از آنها معامله و اخذ مال توسط فضول را تنفیذ نمایند (از جمله ماده ی ۲۵۶ قانون مدنی). به علاوه، قابل تصور است که اصیل، فضول را از بخشی از مسئولیت رد مال یا جبران بخشی از "گرامات وارده" معاف می‌سازد. می‌توان گفت عالم بودن اصیل به معامله فضولی نیز به نوعی موجب تجزیه مسئولیت فضول و اختصاص آن به رد مال اخذ شده می‌گردد. در این حالات، ضمان درک (مسئولیت فضول در مقابل اصیل) نسبت به بخشی از مورد معامله یا بخشی از تعهدات خویش منتفی می‌گردد.

۶-۲. قاعدتاً رابطه ی مالک و اصیل و مالک و فضول در "ضمان درک" فضول، بی‌تأثیر است

عقد فضولی موجب حق مراجعه ی مالک به هر دو شخص فضول و اصیل می‌شود (مفهوم ماده ی ۲۶۰ و مواد ۳۱۷ و ۳۲۳ و ... قانون مدنی). این دو در مقابل مالک غاصب هستند (ماده ی ۳۲۴ قانون مدنی). از این قاعده نتیجه می‌شود که: (۱) ابراء ذمه یکی از غاصبین (فضول یا اصیل) نسبت به منافع زمان تصرف او موجب ابراء ذمه ی دیگری از حصه وی نمی‌شود (ماده ی ۳۲۲ قانون مدنی) (۲) تلف یا ناقص شدن مال متعلق به مالک یا کسر قیمت آن نزد اصیل جاهل بر فضولی بودن معامله، مانع از مراجعه وی به فضول و اعمال قواعد "ضمان درک" نمی‌شود (مواد ۳۲۵ و قسمت آخر ماده ی ۳۹۲ قانون مدنی). (۳) ابراء ذمه اصیل برای پرداخت خسارات مال متعلق به مالک، ارتباطی با فضول ندارد و فضول در هر حال باید مال به ناروا اخذ کرده را به اصیل مسترد نماید. با این حال ابراء ذمه ی فضول نسبت به رد ثمن، پس از تنفیذ معامله فضولی، موجب زوال ضمان درک می‌شود. (۴) افزایش بها یا الحاق عین به مال متعلق به مالک، توسط اصیل، ارتباطی با فضول ندارد مگر در فرضی که عمل اصیل بدون پرداخت بها از سوی مالک تصاحب شده و اصیل جاهل بتواند آنرا به عنوان گرامت از فضول مطالبه کند. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۷). (۵)

صرف تنفیذ معامله‌ی فضولی و چشم پوشی مالک از عمل نامشروع فضول، مسئولیت فضول به استرداد مال اصیل را منتفی نمی‌کند. هر چند در این فرض ممکن است مالک قبض عوض توسط فضول را نیز بپذیرد. همچنین باید در نظر داشت که تنفیذ معامله از سوی مالک بحث مسئولیت جبران "غرامات وارده" بر اصیل را نیز منتفی می‌سازد. ۶) اسقاط حق مراجعه مالک به اصیل، مسئولیت فضول به رد مال به ناروا گرفته شده و جبران غرامات اصیل را از بین نمی‌برد. با همه این‌ها، تنفیذ معامله فضولی و اخذ عوض توسط فضول، ولو اینکه به هر دلیلی تعهد فضول به رد ثمن به مالک ساقط شود، "ضمان درک" را به‌طور کامل منتفی می‌سازد.

۳. شرایط تحقق "ضمان درک"

برای محقق شدن مسئولیت فضول به استرداد مالی که بدون حق و در قالب یک قرارداد فاسد دریافت کرده است، وجود چند شرط ضروری است:

۱-۳. برای تصور لزوم استرداد، باید فضول مال مورد معامله را از اصیل اخذ کرده باشد

ماده‌ی ۳۶۵ قانون مدنی در حکمی عام اعلام کرده است "بیع فاسد اثری در تملک ندارد" و ماده بعد می‌افزاید: "هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید ...". معامله فضولی حداقل از منظر فضول مصداقی از بیع فاسد است زیرا فضول در هر حال طرف عقد نیست تا با تصور احتمال تنفیذ، او را از مسئولیت استرداد مال اخذ شده معاف بدانیم. اما ماده‌ی ۳۹۰ قانون مدنی با صراحت بیشتری "قبض ثمن" را شرط تحقق مسئولیت فضول (بایع گیرنده‌ی ثمن)، می‌داند. بنابراین، در فرضی که معامله فضولی صورت می‌گیرد ولی اصیل عوض معامله را به فضول نداده باشد، علی‌رغم امکان تصور غصب نسبت به مورد

معامله فضولی (مال متعلق به مالک)، مسئولیتی برای استرداد باقی نمی ماند. بنابراین، فضول در حدی که به اموال اصیل استیلاء یافته، الزام به استرداد پیدا می کند. با این حال، هم عقیده با اکثریت که بدون تمایز بین حالات "ضمان درک" نظر می دهند، مسئولیت فضول برای جبران خسارات وارده به اصیل جاهل که در نتیجه رد معامله فضولی توسط مالک، حاصل می شود (یکی از دو مصداق عمده "ضمان درک") نیز با قبض عوض توسط فضول ملازمه دارد. تأثیر علم و جهل اصیل بر فضولی بودن معامله در حق مطالبه‌ی "غرامات" وارده بر وی، ظاهر می شود ولی این امر موجب استقلال هر یک از دو حق مذکور (استرداد اصل یا بدل مال و مطالبه‌ی خسارات و غرامات) نمی شود.

۲-۳. مورد معامله در لحظه‌ی انعقاد عقد "مستحق للغير" باشد

آنچه فضول، مال خود معرفی کرده یا مال کسی که از جانب وی مدعی نمایندگی شده است، در واقع باید در همان زمان متعلق به غیر باشد بدون این که فضول سمتی از ناحیه وی داشته باشد. "هرگاه مالی (از اعیان یا منافع) مورد معامله در یکی از عقود واقع شود و پس از عقد معلوم گردد که آن مال متعلق به ناقل نبوده بلکه مال شخص ثالث بوده می گویند آن مال مستحق للغير درآمده است یعنی متعلق حق غیر است نه ناقل..." (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۴۷).

البته، باید گفت هر مالی اعم از عین یا منافع یا حقوق بر اموال مادی یا غیرمادی مانند حق مخترع و علامت تجارتي و غیره می تواند، مستحق للغير درآید. در بحث تعلق مال به غیر، نیازی نیست کل مال مورد معامله متعلق به غیر باشد بلکه تعلق جزئی نیز، در همان جزء، به "ضمان درک" منتهی می شود.

هم چنین باید در نظر داشت که مراد از تعلق به غیر، اختصاص مالکیت مال به غیر است نه بعضی از حقوق مالکانه. بنابراین اگر کسی مال خود را که منافع آن موقتاً واگذار شده یا حق انتفاعی بر آن مال به سود غیر برقرار شده باشد، بفروشد، معامله فضولی نیست هر چند خریدار، بخشی از حقوق مالکانه را به دست نمی آورد. در

این حالت با فرض جهل منتقل‌الیه به نقصان حقوق مالکانه مورد معامله، می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۲۴). با این حال، بعضی از نویسندگان "هر نوع تعلق حق غیر به" مال مورد معامله از جمله حق ارتفاق، حق انتفاع و غیره کافی می‌دانند (باقری، جوادی، ۱۳۸۸: ۳۷).

مصادره و ضبط مال بلافاصله پس از عقد، موجب تحقق ضمان درک نمی‌شود. ادعاهای اشخاص ثالث نسبت به مالکیت مال مورد معامله به تنهایی موجب ضمان درک نمی‌شود مگر اینکه موجب "مستحق للغير برآمدن" کل یا جزء مورد معامله بشود. بالعکس، کافی است در لحظه‌ی انعقاد عقد فضولی مورد معامله متعلق به فضول نباشد هر چند بعد از انعقاد آن مال به مالکیت وی درآید (ماده‌ی ۲۵۴ قانون مدنی).

۳-۳. اخذ مال توسط گیرنده، نتیجه انعقاد ظاهری عقد باشد

اگر چه قانوناً هر کس به ناروا مالی را اخذ کند، ملزم به استرداد آن به مالک می‌باشد (ماده‌ی ۳۰۱ قانون مدنی) ولی تحقق "ضمان درک" به وجود ظاهری یک قرارداد موکول است که در نتیجه آن فضول خود را مالک یا نماینده مالک مالی معرفی و در مقابل عوض آن را از اصیل اخذ نماید.

بنابراین "ضمان درک" مصداقی از مصادیق دارا شدن بلاجهت است ولی شرایط تحقق آن متفاوت است. به عبارت بهتر، دارا شدن بلاجهت با انعقاد عقد فاسد یا حداقل مبادله اموال در این راستا ملازمه ندارد ولی "ضمان درک" قطعاً چنین است.

با این حال، انعقاد هر عقد فاسد به تحقق "ضمان درک" ختم نمی‌شود بلکه لازم است عقد مورد نظر عقدی معوض باشد. فرض قانون این است که کسی که فضولتاً مال دیگری را معامله می‌کند، به جای آن مالی از اصیل اخذ می‌نماید و "ضمان درک" مربوط به استرداد همین مال است.

در فرضی که فضول مال دیگری را مجاناً تملیک می‌کند، عمل وی فضولی است ولی در مقابل تملیک ظاهری، مالی از اصیل اخذ نمی‌کند تا مسئولیت استرداد آن را بر عهده داشته باشد. او و اصیل در مقابل مالک و صاحب مال مسئولند و ممکن است با فرض استیلاء بر مال مذکور غاصب محسوب شوند ولی فضول در مقابل اصیل مسئولیت استرداد هیچ مالی را به عهده ندارد. در این فرض، اگر اصیل جاهل باشد و در نتیجه انعقاد ظاهری عقد فضولی متحمل خساراتی شده باشد، براساس قاعده غرور و تسبیب حق مراجعه به فضول را خواهد داشت ولی این امر به معنای "ضمان درک" نیست. با این حال، معاملات معوض اعم از عقود معین معوض یا قراردادهای بی‌نام معوض می‌باشند. هم چنین، به نظر می‌رسد مسامحتاً، مفهوم معوض به عقود مجانی با شرط عوض به سود فضول نیز قابل تسری می‌باشد: به عبارت بهتر، از آنجا که شرط عوض پاره ای از عقد مجانی تلقی می‌شود و در فرض ما فضول با تملیک ظاهری مال متعلق به غیر، در نتیجه شرط کردن ضمن آن عقد، مالی از اصیل برای خود اخذ می‌نماید و این اخذ مال به واسطه بی‌اعتباری عقد و شرط ضمن آن، دریافت ناروا محسوب می‌شود و ممکن است مشمول قاعده‌ی "ضمان درک" باشد.

۴-۳. "ضمان درک" به معامله راجع به عین معین یا کلی در معین متعلق به غیر، از سوی فضول، مشروط است

آنچه که فضول بدون مالکیت یا نمایندگی از مالک مورد معامله قرار می‌دهد، لزوماً باید عین معین یا کلی در معین باشد زیرا تنها در این حالت است که می‌توان از وجود یک معامله فضولی نسبت به مال غیر صحبت کرد. مال کلی مالک خاصی ندارد و کسی نمی‌تواند خود را مالک انحصاری یا مشاع مال کلی بداند. به عبارت بهتر، مال کلی، اعتباری است و به صرف انعقاد عقد، از کسی به کسی منتقل نمی‌شود. پس در نتیجه انعقاد عقد معوض نسبت به مال کلی، هیچ مالی از دارایی هیچ شخصی خارج یا به دارایی هیچ شخصی اضافه نمی‌شود و تنها تعهد مربوط

به آن قابل تصور است. مالکیت واقعی به برقراری رابطه‌ی اعتباری با مال معین برمی‌گردد (صفایی، ۱۳۷۹: ۱۶۸- کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۰۶). بنابراین، منطقی‌اً امکان تصور معامله‌ی فضولی نسبت به مال کلی وجود ندارد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۹۵۲) و حتی اگر کسی مال کلی را معامله نماید و سپس مصداق متعلق به غیر را به عنوان وفای به عهد تسلیم کند، وفا به عهد محقق نمی‌شود و تعهد متعهد پا برجا باقی می‌ماند. علاوه بر این که تعهد به قوت خود باقی می‌ماند، معامله‌ی معتبر سابق نیز تبدیل به معامله‌ی فضولی نمی‌شود. از این رو، چون "ضمان درک" با انعقاد معامله‌ی فضولی ملازمه دارد، در این فرض، علی‌رغم تکلیف گیرنده‌ی مال متعلق به غیر به استرداد مال به صاحب آن، ضمان درک مطرح نمی‌شود. دهنده‌ی مال غیر نیز به لحاظ اعتبار و بقای عقد اصلی کماکان متعهد به تسلیم مصداق مورد تعهد به طرف مقابل است و اگر مالی در این چارچوب اخذ کرده باشد، متعلق به خود او محسوب می‌شود. بالعکس، اینکه فضول در معامله‌ی فضولی چه مالی (کلی یا معین) از اصیل اخذ کرده باشد تأثیری در ضمان وی ندارد. اگر مالی که در عقد فضولی به سود فضول تعهد شده مال کلی باشد و سپس اصیل مصداق آن را تعیین و تسلیم نماید از مسئولیت فضول به استرداد عین یا بدل و منافع آن کاسته نمی‌شود.

۵-۳. عوامل بی‌تأثیر در تحقق "ضمان درک"

در فرض وجود تمام شرایط فوق ضمان درک، به وجود می‌آید و فقدان هر یک یا تمام آن‌ها، علی‌رغم امکان تصور مسئولیت غیر قراردادی برای گیرنده‌ی مال، مانع از تحقق "ضمان درک" می‌شود. با وجود این، برخی از موارد، در پیدایش این مسئولیت بی‌تأثیرند: ۱) تسلیم یا عدم تسلیم مال متعلق به مالک (مال مورد معامله فضولی) به شخص اصیل، تأثیر ندارد. به عبارت بهتر، برخلاف غصب، استیلا‌ی اصیل بر مال متعلق به غیر، شرط نیست. وضع فضول در مقابل اصیل، قبل یا بعد از تسلیم مال متعلق به غیر، تفاوت عمده‌ای ندارد. با این حال بسیاری از خسارات

یا غرامات وارده بر اصیل مربوط به زمانی هستند که مال غیر به وی تسلیم شده و او در آن تصرف نموده باشد. (۲) کشف و اثبات مستحق للغير بودن و زمان این امر، در مسئولیت مدنی فضول در مقابل اصیل، تأثیر ندارد. از لحاظ مبانی حقوق مدنی، فضول حتی قبل از کشف نیز ضامن استرداد مال اصیل است هر چند به لحاظ عملی تنها پس از کشف و اثبات تعلق مال به غیر است که اصیل به فضول مراجعه می کند. (۳) نوع و میزان مالی که اصیل به فضول داده در مسئولیت فضول بی اثر است. مثلی، قیمی، مصرف شدنی یا قابل بقاء، منقول یا غیر منقول بودن و سایر عوارض و اوصاف اموال در این مقوله موثر نیست. فضول به هر میزان و هر مال که اخذ کرده باشد مکلف به رد عین یا در فرض نبود آن مثل یا قیمت مال مأخوذه می باشد. (۴) فضول به عنوان دفاع نمی تواند به رابطه ی اصیل و مالک یا توافقات میان آنها استناد نماید. (۵) صرف تنفیذ معامله ی فضولی از سوی مالک (بدون تأیید قبض عوض) مانع از پیدایش "ضمان درک" یا موجب زوال آن نمی گردد. (مفهوم ماده ی ۲۶۰ قانون مدنی) (۶) مصادره ی مال پس از معامله آن توسط مالک یا طرح ادعای اشخاص ثالث نسبت به آن مال در زمان پس از عقد، موجب پیدایش ضمان درک نمی شود. (۷) علم و جهل فضول و حسن نیت یا سوء نیت در "ضمان درک" بی تأثیر است. (۸) صرف اطلاع مالک از انعقاد معامله فضولی نسبت به مال خود "ولو باطناً راضی باشد"، مانع از تبلور "ضمان درک" نمی شود (ماده ی ۲۴۷ قانون مدنی). (۹) رد معامله فضولی از سوی مالک شرط تحقق ضمان درک نمی باشد و قانون مدنی صرف مستحق للغير در آمدن مبیع یا بخشی از آن را کافی دانسته است. برای دیدن نظر مخالف تقریباً همه منابع مورد استفاده ی این تحقیق مفید هستند (از جمله، باقری، جوادی، ۱۳۸۸: ۳۷).

علاوه بر همه این ها، در صورت پیدایش "ضمان درک" زوال آن نیازمند وجود یکی از دلایل سقوط تعهدات می باشد و گرنه رابطه ی اصیل و مالک از جمله پس نگرفتن مال توسط مالک، هیچ ارتباطی با بقای مسئولیت فضول ندارد. (برای دیدن نظر مخالف: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۲۰۵)

گفتار دوم- قلمروی "ضمان درک"

با ملاحظه شرایط و اوصاف "ضمان درک" مشخص می‌شود که این مفهوم، علی‌رغم نزدیکی با مباحث غصب و دارا شدن بلاجهت، تفاوت‌هایی با آنها دارد. از جمله بر خلاف غصب، رابطه‌ی اصیل و مالک ارتباطی با فضول ندارد و برخلاف دارا شدن بلاجهت، وجود یک قرارداد ظاهری برای ضمان درک ضروری است و مسئولیت ضامن درک لزوماً مبتنی بر منافع حاصل شده برای وی نمی‌باشد و چه بسا بر خلاف دارا شدن بلاجهت بسیار بیشتر از آنچه که به وی رسیده است ملزم به پرداخت شود. شکل‌های متفاوت ضمان درک و رابطه‌ی آنها با یکدیگر را بررسی می‌کنیم.

۱. حالات ضمان درک

ضمان درک به دو شکل متصور می‌باشد:

۱-۱. استرداد مال به ناروا اخذ شده

این تکلیف که بر حرمت اکل مال دیگری به شیوه‌ی نامشروع، استوار است، در هر حال بر عهده فضول مستقر می‌شود و در این راستا، علم و جهل خود وی و اصیل، تأثیری ندارد و در هر سه حالت قابل تصور در یک عقد فضولی (قبل از تنفیذ یا رد، بعد از رد، حتی بعد از تنفیذ صرف عقد توسط مالک) پابرجاست. قبل از تنفیذ یا رد نیز، علی‌رغم پای بندی اصیل به عقد که ناشی از سلامت اراده و قصد تعهد اوست، وی می‌تواند برای استرداد مالی که به ناحق به فضول داده است به وی مراجعه نماید. احتمال تنفیذ عقد از سوی مالک ارتباطی با تکلیف فضول به استرداد ندارد زیرا فضول در هر حال بیگانه محسوب می‌شود. بنابراین، قبل از اعلام نظر مالک، فضول نمی‌تواند در مقابل اصیل به احتمال تنفیذ مالک به‌عنوان دفاع عدم استرداد، متوسل شود. لزوم پای بندی اصیل به عقد فضولی در این مرحله، به فضول مربوط نیست بلکه در مقابل مالک قابل استناد است. پس از تنفیذ

عقد فضولی، بدون اینکه عمل فضول در اخذ بها تنفیذ شده باشد، نیز تعهد به استرداد مال مذکور به صاحبش، پابرجاست. به عبارت بهتر، صرف تنفیذ معامله فضولی، پیدایش تعهدات قراردادی اصیل در مقابل مالک (در حد تنفیذ شده) را موجب می‌گردد و اینکه اصیل مدعی پرداخت به فضول باشد، موجب برائت وی از تعهدات عقد تنفیذ شده نمی‌شود. با این حال، ممکن است مالک، اخذ عوض توسط فضول را تماماً یا جزئاً بپذیرد که در حد مذکور، برائت ذمه اصیل در مقابل مالک از تعهدات قراردادی و برائت ذمه فضول در مقابل اصیل از "ضمان درک"، حاصل می‌شود. وضعیت "ضمان درک" در فرض رد معامله فضولی نیز مشخص است. بنابراین، این تعهد فضول در هر حال پابرجاست و جز با اراده صاحب حق مطالبه یا تنفیذ وصول آن از سوی مالک، زایل نمی‌شود. با وجود این، هم چنان که گفته شد، ممکن است "ضمان درک" صرفاً نسبت به بخشی از مورد معامله حادث شده باشد، در این صورت فضول ملزم است متناسب با ارزش همان بخش از معامله، عوض را به صاحب آن مسترد نماید.

قلمرو استرداد، "عین" مال و در فرض عدم امکان رد عین، مثل یا قیمت آن (ماده ۲۶۲ قانون مدنی) را از یک سو و منافع مال در مدت پس از انعقاد عقد ظاهری تا زمان استرداد آن، را از سوی دیگر، شامل می‌گردد. ماده‌ی ۳۰۳ قانون مدنی می‌گوید "کسی که مالی را من غیر حق دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل". قانون مدنی در ماده‌ی ۳۲۶ در بحث رابطه فضول و اصیل عالم بر غصب (شامل معامله فضولی) نیز اعلام کرده است: "اگر عوضی که مشتری عالم بر غصب در صورت تلف مبیع به مالک داده است زیاد بر مقدار ثمن باشد به مقدار زیاده نمی‌تواند رجوع به بایع کند ولی نسبت به مقدار ثمن حق رجوع دارد". بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که علم اصیل به فضولی بودن معامله، ممکن است حتی موجب شود از دریافت بهای کامل پرداختی بابت تلف مال مالک، محروم شود و صرفاً معادل مال پرداختی به فضول حق مراجعه به وی داشته باشد.

قانون مدنی در بحث "ضمان درک" از لزوم پرداخت منافع مال به اصیل نام نبرده است ولی روشن است که هیچ دلیلی برای تصاحب منافع مال متعلق به اصیل توسط فضول وجود ندارد و وی مکلف است همه منافع مال اصیل را مسترد نماید. این امر ناشی از تبعی بودن مالکیت منافع از یک سو و ممنوعیت دارا شدن بی جهت از سوی دیگر است. مال اصیل در تمام مدتی که نزد فضول است هم چنان متعلق به اصیل باقی مانده و استیلا نامشروع فضول بر آن مال رابطه حقوقی مالک (اصیل) و مال را قطع نکرده است. بنابراین به حکم ماده‌ی ۳۲ قانون مدنی «تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیر منقوله که طبعاً یا در نتیجه عملی حاصل شده باشد بالتبع مال مالک اموال مزبوره است».

۲-۱. پرداخت "گرامات وارده"

مصادق دیگر "ضمان درک" پرداخت "گرامات" اصیل است. تحقق این مسئولیت فضول علاوه بر سایر شرایط "ضمان درک" به "جاهل بودن اصیل" نسبت به معامله فضولی، موکول است. علم و جهل خود فضول تأثیری در این تکلیف ندارد. اگر اصیل عالم به فضولی بودن معامله باشد، براساس قاعده‌ی اقدام حق مطالبه "گرامات" ندارد (قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۲۰۶-۲۰۷، بادینی، ۱۳۸۴: ۱۷۰) ولی اگر جاهل باشد علاوه بر اصل و منافع مال خود، حق مطالبه‌ی "گرامات وارده" را دارد. اما مفهوم "گرامات وارده" چیست؟ قانون‌گذار در مواد ۲۶۳ و ۳۹۱ از اصطلاح "گرامات" استفاده کرده است و در ماده‌ی ۳۲۵ در بحث غصب در مورد همین رابطه (فضول و اصیل) از اصطلاح "خسارات" استفاده کرده است. به نظر می‌رسد "گرامات وارده" کلیه خساراتی است که در نتیجه انعقاد عقد فضولی و بی‌اعتباری آن که موجب زوال منافع مسلم از دارایی اصیل می‌گردد، می‌باشد. به عبارت بهتر، خسارات ناشی از انعقاد و عدم اعتبار عقد فضولی را "گرامات وارده" می‌گویند و این خسارات هزینه‌های لازم برای انعقاد عقد مانند حق دلالتی بنگاه و تنظیم سند و مالیات و حمل مورد معامله و غیره و هزینه‌های تعمیر و نگهداری

مال مورد معامله، خسارات دادرسی و تفاوت ثمن و قیمت مال تلف شده که اصیل به مالک داده و خسارات ناشی از قلع و قمع و تخریب اعیانی ایجاد شده توسط اصیل را شامل می‌گردد (امامی، ۱۳۶۸: ۳۸۳) هم چنین عوض منافع استفاده نشده‌ای که اصیل به مالک می‌دهد، توسط وی قابل مطالبه است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۰۶) این‌که آیا منافع مورد انتظار اصیل از انعقاد معامله فضولی یا بهای روز مورد معامله فضولی در زمان استرداد آن به مالک، از سوی اصیل قابل مطالبه است یا خیر، محل اختلاف است. منطقی‌تر آن است که این‌گونه خسارات قابل انتساب به فضول نیستند و از این رو نمی‌توان آنها را تحت عنوان "غرامات" مطالبه نمود. مثلاً بهای مال فضولی در لحظه عقد X ریال بوده و در زمان استرداد آن به مالک، قیمت واقعی آن $X+Y$ ریال بوده است. به نظر می‌رسد این افزایش بها ناشی از سیاست‌های اقتصادی دولت باشد و مستقیماً قابل انتساب به عمل فضول نیست. از سوی دیگر، چون مال مذکور هیچ‌گاه به مالکیت اصیل در نیامده است، از دست دادن آن معنا ندارد تا نسبت به ارزش افزوده حقی برای اصیل ایجاد شود.

مبنای مراجعه اصیل به فضول، قاعده ی غرور و در واقع تسبیب است فضول با رفتار فریبکارانه (حتی در فرض جاهل بودن به عدم مالکیت خویش) (لطفی، ۱۳۷۹: ۴۲) سبب تحمیل خسارات به اصیل گردیده و طبق قاعده باید خسارات وی را جبران نماید (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۷- قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۱۱۳-کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۳۸- صفایی، ۱۳۸۲: ۱۸۳- امامی، ۱۳۶۸: ۳۸۴) در پایان این قسمت اضافه شود که علم و جهل اصیل تنها معیار تشخیص استحقاق یا عدم استحقاق وی به دریافت خسارات مذکور می‌باشد. علم و جهل فضول در مسئولیت وی بی‌تأثیر است و حتی خریدار با حسن نیت مال مغضوبه یا مسروقه در زمان معامله بعدی آن، فضول تلقی و مسئول جبران خسارات طرف معامله (ظاهری) با خود می‌باشد. (علوی قزوینی، ۱۳۷۵: ۱۲۰)

۳-۱. ارتباط شکل های متفاوت ضمان درک با هم

دو حالت ضمان درک به شرح فوق با هم ارتباط تنگاتنگی دارند. در هر ضمان درکی بدون شک استرداد مال به ناروا اخذ شده وجود دارد و هیچ‌گاه نمی‌توان با وجود شرایط "ضمان درک"، فضول را از این مسئولیت معاف دانست مگر به میل خود صاحب مال (اصیل). حتی فضول ناآگاه از فضولی بودن معامله یا به تعبیری جاهل بر غصب یا کسی که خود را به اشتباه مالک یا نماینده از طرف مالک می‌دانسته نیز ملزم به استرداد مال به صاحبش می‌باشد. در این میان، تلف مال یا انتقال و تسلیم آن به دیگران مسئولیت وی را منتفی نمی‌کند. اما، شکل دوم "ضمان درک"، بر حسب علم و جهل اصیل مستقر می‌شود یا نمی‌شود. به عبارت بهتر، این مسئولیت ضامن درک، همیشگی و در همه موارد نیست. بلکه اصیل باید ناآگاه باشد تا بتواند "گرامات وارده" بر خود را مطالبه کند. سؤال این است که آیا امکان تصور یکی از این دو مسئولیت بدون دیگری وجود دارد؟

پاسخ روشن است. استرداد اصل یا بدل مال و منافع آن در هر ضمان درکی وجود دارد و همیشگی است. پس بدون شک این مسئولیت تابع مسئولیت دوم (جبران گرامات و خسارات) نمی‌باشد. ولی شکل دوم "ضمان درک" تنها در فرضی قابل تصور است که شکل اول وجود داشته باشد. به عبارت بهتر، هر جا نتوان حکم به لزوم استرداد مال به ناروا اخذ شده داد، هر چند از بهم خوردن معامله فضولی ضرری به اصیل وارد می‌شود ولی، "ضمان درک" مصداق ندارد. جبران خسارت، به اخذ مال توسط فضول، موکول است و اگر مالی به قبض فضول داده نشده باشد، "ضمان درک" متصور نیست هر چند جبران خسارات براساس قواعد مسئولیت مدنی و به ویژه قاعده غرور و تسبیب، ضروری باشد. پس استرداد مال به ناروا اخذ شده اصلی و جبران خسارات تبعی و وابسته است. اولی بدون دومی قابل تصور است ولی دومی بدون مسئولیت اول، محقق نمی‌شود. قانون مدنی نیز جبران خسارت را متفرع بر تسلیم مال به فضول و تبعاً لزوم استرداد آن می‌داند (مواد ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی). تنفیذ عقد فضولی از سوی مالک، مسئولیت جبران

"غرامات وارده" را از بین می‌برد ولی ممکن است به دلیل عدم تنفیذ قبض مال توسط مالک، فضول کماکان ضامن استرداد مال به ناروا اخذ شده به اصیل باقی بماند.

۲- زمان و مکان "ضمان درک"

تشخیص زمان دقیق پیدایش و تحقق "ضمان درک"، بسیار مهم است. این امر در مورد مکان نیز مصداق دارد. گذشته از این که، قراردادی بودن یا نبودن مسئولیت فضول و چگونگی اجرای تعهدات از سوی وی با زمان و مکان عقد و قرارداد ادعایی ارتباط عمده‌ای دارد، تعیین زمان باعث می‌شود فهم عینی‌تری از موضوع حاصل شود.

به نظر می‌رسد لحظه‌ی دقیق پیدایش "ضمان درک" برای فضول، همان زمان تکمیل شرایط ضمان درک است که لزوماً انعقاد عقد فضولی به تنهایی، نیست. علاوه بر انعقاد عقد فضولی، تسلیم مال و عوض به فضول نیز شرط است. معمولاً این جزء آخرین جزء تکمیل زنجیره‌ی ارکان "ضمان درک" می‌باشد ولی همواره چنین نیست. به هر حال وقتی تمام شرایط فراهم باشد، ضمان درک محقق است. در این لحظه "ضمان درک" بر عهده ضامن مستقر می‌شود هر چند فضولی بودن معامله کشف و اثبات نگردد و تا مدتها به تأخیر افتد. پس کشف فضولی بودن شرط ثبوتی "ضمان درک" نیست.

مکان وقوع ضمان درک نیز بسته به تکمیل اجزاء آن است. جایی که آخرین جز (معمولاً تحویل مال به فضول) محقق می‌شود همان محل تحقق "ضمان درک" است هر چند این محل با محل انعقاد عقد اصلی فضولی متفاوت باشد. مثلاً عقد بیع فضولی در تهران منعقد شود و ثمن در شیراز به فضول تسلیم گردد. در اینجا، "ضمان درک" در شیراز محقق شده است و چنانچه آن را قراردادی بدانیم و طرفین محلی برای اجرای تعهد تعیین نکرده باشند که در بسیاری از موارد چنین است، محل استرداد ثمن، شیراز است (به عنوان محل وقوع عقد و محل اجرای

آن- ماده‌ی ۲۸۰ قانون مدنی) در همین فرض اگر ضمان درک را ناشی از قانون بدانیم، استرداد مال توسط فضول باید در محل اقامت صاحب مال و اصیل انجام پذیرد تا تعهد و تکلیف فضول ساقط شود.

با توجه به توضیحات فوق، پذیرش نظریه قراردادی بودن ضمان درک دشوار است زیرا در حالی که لحظه پیدایش "ضمان درک" همان زمان تکمیل ارکان آن و معمولاً هم زمان با عقد فضولی است، به استناد قراردادی موهوم، به فضول فرصت داده می‌شود تا لحظه‌ی کشف فضولی بودن معامله، مال را بدون مسئولیت نزد خود نگه دارد در حالی که قانون در این مدت وی را مکلف به استرداد می‌داند و سپس اصیل باید به محل انعقاد عقد ادعایی (اصلی یا ضمنی) مراجعه و حق خود را مطالبه کند.

گفتار سوم- آراء راجع به مبنای "ضمان درک"

با توجه به آثار متعددی که تعیین مبنای ضمان درک در بردارد، اختلاف در معرفی مبنای مذکور مشهود است: عده ای پایه و اساس مسئولیت فضول به استرداد مالی که به ناروا از اصیل اخذ کرده است و تدارک خسارت وی در فرض عدم آگاهی او از فضولی بودن معامله، را، قرارداد می‌دانند. اما این عده یکسان نمی‌اندیشند: بعضی معتقدند همان‌گونه که قانون مدنی در بند ۲ ماده‌ی ۳۶۲ بیان کرده است ضمان درک از آثار بیع (و در واقع هر عقد معوض فضولی) است زیرا به ویژه نمی‌توان عمل قانون‌گذار در وضع قانون به شکل فعلی را عبث و لغو دانست. به اعتقاد این گروه هر عقد تملیکی با این تعهد ملازمه دارد که متعهد (در بحث ضمان درک، فضول) باید مال را به مالکیت طرف مقابل درآورد، در غیر این صورت باید خسارات وارده به طرف مقابل را جبران نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۳- امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۷۰- کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۴).

بعضی نیز معتقدند هر طرف عقد ملزم است مال مورد معامله را به طرف مقابل تسلیم نماید و در فرض مستحق للغير درآمدن معلوم می‌شود که وی تعهد خود

مبنی بر تسلیم را وفا نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۴). حکم ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی که "ضمان درک" را از آثار خود بیع می‌داند، مؤید این دیدگاه است. اما در کنار این‌ها، عده دیگری به حق دریافتند که با وجود عدم نفوذ و یا رد معامله فضولی از سوی مالک یا حتی تنفیذ صرف قرارداد (بدون تنفیذ دریافت عوض توسط فضول) از سوی مالک، نمی‌توان رابطه‌ی فضول و اصیل را رابطه‌ای مبتنی بر قرارداد فضولی اصلی، دانست. این‌ها، برای برخوردار کردن اصیل از حقوق قراردادی معتقدند، آنچه فضول را ملزم به استرداد مال به ناروا اخذ شده می‌نماید نه عقد اصلی فضولی (مثل بیع) است بلکه توافق ضمنی و مستقلاً است که فضول با اصیل منعقد کرده تا چنانچه مال مورد معامله متعلق به غیر باشد، آنچه فضول اخذ کرده است، مسترد نماید. این توافق برای زمانی موثر می‌شود که کشف شود مورد معامله متعلق به غیر بوده است. بنابراین نمی‌توان آن را به عنوان شرط ضمن عقد فضولی و بی‌اعتبار دانست بلکه قراردادی است مستقل و معتبر و موثر در زمان مورد توافق (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۴- کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۵- طالب احمدی، ۱۳۸۹: ۲۰۸- کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۵). حسن این نظر آن است که اصیل را محق می‌سازد در پناه قرارداد معتبر (مفروض، [توافق ضمنی (طالب احمدی، ۱۳۸۹: ۲۰۸)] یا شرط بنایی (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۵)، برای استرداد مالی که به ناروا داده است، اقدام نماید و از مزایای کیفیت اثبات مسئولیت قراردادی بهره مند شود. با این حال، بعضی از طرفداران دیدگاه مسئولیت قراردادی با تمایز میان حالات دوگانه "ضمان درک"، صرفاً استرداد عین یا بدل مال را مبتنی بر قرارداد می‌دانند و جبران و تدارک "غرامات" را ناشی از حکم قانون تلقی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۹۵- و نظر متفاوت ایشان، ۱۳۷۶: ۲۹۷) ایراد عمده‌ی این نظر مطرح کردن تمایزی است که در هیچ یک از احکام قانونی مرتبط با بحث دیده نمی‌شود و باعث می‌گردد "ضمان درک" قانون مدنی به دو پاره‌ی متفاوت الاثر منحل گردد.

۱. پذیرش قهری بودن "ضمان درک"

اگر چه در قانون مدنی، "ضمان درک" از آثار بیع دانسته شده است و همین امر جمع اندکی از نویسندگان را متقاعد کرده که مسئولیت فضول به استرداد مالی که به ناروا اخذ کرده و جبران خسارات طرف اصیل (در فرض جهل فرد اخیر) را مبتنی بر قرارداد بدانند (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸: ۷۰؛ طالب احمدی، ۱۳۹۰؛ کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۴۶) ولی به حق، اکثریت حقوق دانان معاصر این نگرش ظاهری به بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی را برنمی‌تابند و این عده هر کدام به نحوی سعی کرده است با توجه به بی‌اعتباری عقد فضولی (قبل از تنفیذ یا بعد از رد) و در نتیجه عدم تصور عقد واقعی در این شرایط (جعفری لنگرودی (الف)، ۱۳۸۲: ۹۳؛ جعفری لنگرودی (ب)، ۱۳۸۲: ۴۳) "ضمان درک" را قهری یا حداقل ناشی از توافق مستقلی غیر از عقد فضولی بدانند. به اعتقاد نگارنده، هم عقیده با اکثریت حقوق دانان، اما با استدلال‌هایی متفاوت، "ضمان درک" مسئولیتی غیرقراردادی (اعم از آن که ناشی از عقد فضولی اصلی باشد- حکمی که ظاهر بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی القاء می‌کند- یا ناشی از توافق ضمنی مستقل از سرنوشت عقد فضولی اصلی که در فرض کشف مستحق للغير بودن مورد معامله اصلی به کار می‌افتد)، می‌باشد. روشن است پذیرش این نظر علاوه بر مخالفت با ظاهر بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی، از برخی جهات خوشایند اصیل نمی‌باشد. ولی آن‌چنان که خواهیم دید، با تحلیل قهری بودن "ضمان درک" شاید منافع اصیل بهتر از قراردادی دانستن آن تأمین گردد و علاوه بر آن، قاعده‌ی "ضمان درک" منطبق با اصول و احکام حقوقی، بررسی می‌گردد. ایرادات متعددی به نظریه قراردادی بودن "درک ضمان" وارد می‌شود.

۲- نتایج قراردادی بودن ضمان درک

به عنوان نتیجه قراردادی بودن ضمان درک، می‌توان نکات زیر را ذکر کرد:

۱) قراردادی دانستن "ضمان درک" مستلزم آن است که فضول را طرف عقد یا عقد ضمنی با اصیل، برای استرداد مال وی و جبران خسارات متعلقه بدانیم. در این صورت، تا زمان کشف تعلق مال مورد معامله به غیر، فضول، امین محسوب می‌شود. او امین قراردادی است و باید طبق تعهد، مال امانی معین و به ناروا اخذ شده را در اولین فرصت متعارف مسترد نماید. در این صورت، تأخیر در استرداد صرفاً حق مطالبه ی خسارات به اصیل می‌دهد و قاعدتاً تلف و نقص بدون تقصیر فضول، برای وی مسئولیت آور نیست. ماده‌ی ۲۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد، موجب براءت متعهد می‌شود اگر چه کسر و نقصان داشته باشد مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده باشد...". اگر چه پذیرش این نظر با موازین قانون مدنی سازگار نیست ولی تلاش بعضی از نویسندگان برای اثبات قراردادی بودن ضمان درک فی نفسه سود عمده‌ای برای اصیل ندارد.

۲) قراردادی دانستن "ضمان درک" مستلزم پذیرش حقوق قراردادی برای فضول در مقابل اصیل است. در این صورت فضول حق دارد برای اثبات قوه قاهره تلاش نماید و مثلاً در فرض اثبات آن، حداقل از جبران خسارات وارده بر اصیل جاهل، معاف شود بالعکس در فرض تلف یا نقص قاعدتاً به لحاظ امانی بودن مال نزد فضول (به لحاظ وجود قرارداد با اصیل، حداقل تا زمان متعارف استرداد آن) بار اثبات تعدی و تفریط به دوش اصیل قرار می‌گیرد. امری که ذهن متعارف اهل جامعه ی ما برنمی‌تابد. اگر گفته شود که در قرارداد فضولی، فضول پذیرفته است که در صورت کشف مستحق للغير بودن مورد معامله، تمامی خسارات وارده بر اصیل را جبران کند، در این صورت نیز فضول طبق مقررات حاکم بر بحث

مسئولیت قراردادی باید بتواند با اثبات قوه قاهره یا اثبات نقش خود اصیل در وقوع خسارات، از مسئولیت برهد یا آن را تخفیف دهد.

۳) قراردادی دانستن "ضمان درک"، مستلزم پذیرش این امر است که هر گاه به لحاظ حقوقی ثابت شود طرفین قصدی برای ایجاد چنین قراردادی نداشته‌اند، مسئولیت و ضمانی نیز وجود نداشته باشد.

۴) قراردادی دانستن "ضمان درک" با این امر نیز ملازمه دارد که اهلیت فضول در لحظه انعقاد عقد سنجیده شود و براساس قانون، نسبت به قرارداد آنها اقدام شود. چنانچه فضول در لحظه عقد اهلیت لازم برای دریافت مال اصیل نداشته باشد مسئولیت قراردادی و در واقع "ضمان درک" وجود نخواهد داشت.

۵) قراردادی دانستن مبنای "ضمان درک" به طلبکاران فضول فرصت می‌دهد قبل از کشف تعلق مال مورد معامله به غیر، مال به ناروا اخذ شده توسط وی را بابت طلب خویش در اختیار بگیرند و در زمان کشف و مراجعه اصیل، مالی برای وی باقی نماند. علت این حکم آن است که وقتی قرارداد معتبر باشد و مال در نتیجه یک قرارداد صحیح در ید فضول قرار گرفته است می‌توان وی را در لحظات قبل از کشف، مالک دانست.

۶) قراردادی دانستن رابطه‌ی مذکور با پذیرش اختیارات، امکان اقاله و انفساخ و غیرقابل اجرا شدن تعهد از سوی متعهد و قابلیت انتقال مال توسط فضول قبل از کشف فضولی بودن معامله و ... ملازمه دارد و ...

۳- اشکالات قراردادی بودن ضمان درک

تحلیل رابطه فضول و اصیل به یک قرارداد ضمنی یا یکی از عقود اصلی نه با مقررات متعدد قانون مدنی سازگار است نه با واقعیت موجود در هنگام وقوع یک معامله‌ی فضولی:

۱) اگر چه در بند ۲ ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی ضمان درک از آثار بیع صحیح دانسته شده است و در همین حد التزام به کلام قانون‌گذار مانع از پذیرش ادعای وجود یک قرارداد ضمنی و مستقل است، صراحت قسمت اخیر ماده‌ی ۳۹۰ قانون مدنی که

می گوید "اگر چه تصریح به ضمان نشده باشد". مانع از قراردادی دانستن رابطه‌ی فضول و اصیل می‌گردد. مراد قانون‌گذار در قسمت اخیر ماده‌ی ۳۹۰ این است که "ضمان درک" نیاز به توافق ندارد و امری که با توافق یا بدون آن قابل تحقق باشد، بدون شک، ناشی از حکم قانون است. نباید تصور کرد "تصریح" در ماده‌ی فوق در مقابل بیان ضمنی یا "قرارداد ضمنی" است و چنین پنداشت که قانون‌گذار توافق ضمنی را برای مسئولیت فضول کافی می‌داند. اگر چنین باشد، وجود توافق ضمنی نیاز به اثبات دارد و هر آینه اصیل نتواند آن را به اثبات برساند، حق استرداد مالی که بدون مبنای قانونی به فضول داده است را ندارد و اگر توافق را مفروض بدانیم با اثبات عدم وجود توافق، حق مراجعه نیز وجود نخواهد داشت. این نتیجه به حکم عقل متعارف قابل تأیید نیست. بنابراین، چنین نتیجه می‌شود که مقنن وجود یا عدم وجود قرارداد (اعم از اصلی یا ضمنی و فرعی) را شرط "ضمان درک" نمی‌داند. اگر چه از حکم مذکور این نتیجه نیز قابل استنباط است که توافق طرفین بی‌تأثیر نیست و می‌تواند بر دامنه و قلمرو تعهدات فضول بیافزاید یا از آن بکاهد.

۲) با توجه به تحلیل "ضمان درک" به عنوان رابطه‌ی فضول و اصیل این سؤال مطرح می‌شود که آیا اصولاً حتی در فرض تنفیذ معامله از سوی مالک، فضول طرف قرارداد محسوب می‌شود؟! طرف قرارداد کسی است که مال یا شخصیت وی موضوع قرارداد باشد و فضول حتی در فرض تنفیذ معامله، در رابطه اصیل و مالک، ثالث محسوب می‌شود. قبل از تنفیذ یا رد و بعد از رد نیز وضع فضول بهتر از این نخواهد بود. بنابراین تصور قرارداد میان فضول و اصیل ولو به صورت عقد ضمنی و مستقل، به سادگی میسر نمی‌شود.

۳) ماده ۳۹۲ قانون مدنی اعلام نموده است: "... بایع (فضول) باید از عهده تمام ثمنی که اخذ نموده است نسبت به کل یا بعض برآید اگر چه بعد از عقد بیع به علتی از علل در مبیع کسر قیمتی حاصل شده باشد" قسمت اخیر این ماده حاکی از آن است که رابطه‌ی اصیل با مالک ارتباطی با فضول ندارد. این در حالی است که

طبق نظر قراردادی بودن "ضمان درک"، قاعداً بایستی اصیل را مسئول استرداد صحیح و سالم مورد معامله به مالک بدانیم و معتقد باشیم چنانچه در این مال کسر و نقصانی حاصل شود به همان نسبت از مالی که به فصول داده شده، کاسته شود. این امر به ویژه با در نظر داشتن این که فصول نیز در مقابل مالک مسئول می‌باشد، و ممکن است مال نزد اصیل تلف یا ناقص شود و فصول پاسخگوی مالک باشد، قابل تأیید است. براساس ماده‌ی ۳۲۵ قانون مدنی حتی اگر مورد معامله فضولی نزد اصیل جاهل تلف شده باشد وی می‌تواند برای استرداد مالی که به فصول داده است به او مراجعه کند. این مطلب وقتی روشن می‌شود که در نظر داشته باشیم به موجب ماده‌ی ۳۱۸ قانون، مسئولیت تلف بر عهده کسی قرار می‌گیرد که تلف نزد وی صورت پذیرفته است. اگر رابطه را قراردادی بدانیم حداقل باید به فصول حق داده شود به اصیلی که مال نزد وی تلف شده است مراجعه یا بخشی از خسارات را از وی بگیرد یا به وی خسارت ندهد یا

۴) اگر رابطه قراردادی باشد و پس از انعقاد عقد فضولی، مال موضوع معامله به شخص فصول انتقال یابد و فصول مالک آن شود، طبق قرارداد مفروض، اصیل نباید فرصت مراجعه به فصول را داشته باشد. به عبارت دیگر، باید صرف انتقال مال به فصول موجب تنفیذ عقد فضولی شود زیرا مال در زمانی قبل از استرداد عوض آن به اصیل، به مالکیت فصول درآمده و بنابراین شرط معلق علیه، برای مراجعه اصیل به فصول، فراهم نیست. ولی ماده‌ی ۲۵۴ قانون مدنی اعلام کرده است "هرگاه کسی به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود". در نتیجه این حکم، فصول در لحظات قبل از استرداد مال اصیل به او، با این که مالک مالی است که به اصیل انتقال داده ولی به قرارداد خویش ملتزم نیست. آیا با وجود مالکیت فعلی فصول می‌توان به اصیل حق مراجعه و مطالبه اصل مال و خسارات را اعطاء کرد؟ نظریه قراردادی بودن "ضمان درک" قاعداً پاسخ منفی می‌دهد ولی قانون مدنی این نظر را نپذیرفته است. پس فصول سابق که در حال حاضر مالک

شده است حق دارد معامله فضولی خود را رد نماید و مال فعلی خود را از اصیل پس بگیرد. ولی آیا اصیل می‌تواند قبل از رد یا تنفیذ از سوی خود فضول، مال خویش را از وی مطالبه کند؟

۵) طبق قانون، فضول در هر حال ضامن درک است اعم از اینکه خود وی به فضولی بودن معامله آگاه باشد یا از آن بی‌خبر باشد. علم و جهل فضول هیچ تأثیری بر ضمان وی در مقابل اصیل ندارد. در این صورت باید پرسید چگونه باید فضولی که خود بر فضولی بودن جاهل است به‌ویژه اگر اصیل عالم باشد را طرف قرارداد ضمنی، دانست؟ اگر اصیل نیز جاهل باشد چگونه قصد انعقاد چنین قراردادی موجود بوده است؟ آیا کسی که به اشتباه خود را مالک می‌پندارد (فضول جاهل) قصد متعهد شدن در مقابل اصیل عالم به فضولی بودن دارد؟!

۶) در اخذ به شفعه که یک ایقاع از جانب شفیع است و حتی مخالفت خریدار مال غیر منقول در حقوق شفیع تأثیر ندارد و اراده مشتری نقشی در اخذ به شفعه ندارد، چگونه تراضی حاصل می‌شود؟! ماده‌ی ۸۱۷ قانون مدنی گفته است "در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع...". دریافت ثمن از سوی مشتری یا واریز آن به حساب وی، علیرغم مخالفت او، به منزله توافق با شفیع نیست. پس چگونه می‌توان "ضمان درک" وی را مبتنی بر قرارداد با شفیع دانست؟!

۷) فضول طبق قانون باید از عهده همه‌ی "غرامات" اصیل برآید. بسیاری از خسارات در لحظه انعقاد عقد فضولی محقق نشده یا حتی قابل تصور نیست مثلاً اگر زمینی فضولتاً فروخته شود و خریدار پس از سالها در آن بنایی منحصر به فرد و گران قیمت احداث کند و سالها بعد مالک زمین مراجعه نماید، فضول باید خسارات ناشی از قلع و قمع مستحدثات و اعیانی اصیل را بپردازد. این موارد به عنوان "ضمان درک حادث" شناخته می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۵). سؤال این است که آیا فضول به هنگام انعقاد قرارداد مفروض می‌توانسته خود را به جبران همه‌ی این خسارات ملتزم کند؟ آیا موضوع

قرارداد در آن لحظه معلوم بوده است؟! آیا پذیرش قرارداد میان فضول و اصیل تن سپردن فضول به اقیانوس امیال و خواسته های بی پایان اصیل در انجام تصرفات مادی دلخواه در مورد معامله و پذیرش همه ی مسئولیتهای مربوطه نیست؟ آیا چنین قراردادی قابل قبول است؟! در حالی که در بحث مسئولیت قراردادی گفته می شود که طرف قرارداد ملزم به جبران خساراتی است که قابلیت پیش بینی داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۰۹) آیا قراردادی دانستن ضمان درک بیش از آنکه به سود اصیل باشد، دامنه ی حقوق وی در باب جبران خسارات را محدود نمی کند؟!

۸) قهری دانستن "ضمان درک" متضمن این معناست که فضول از لحظه دریافت نابجای مال ملزم به استرداد عین و منافع مال به صاحبش و جبران خسارات وی می باشد در حالی که قراردادی بودن این ضمان با کشف مستحق للغير بودن مورد معامله ملازمه دارد و از آن تاریخ خسارات تأخیر در انجام تعهد بر عهده متعهد قرار می گیرد که لزوماً معادل خسارات قابل دریافت در فرض قهری بودن مسئولیت نمی باشد.

۹) به موجب قانون راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸، هرکس مال دیگری را به عنوان مال خود معرفی و انتقال دهد، در حکم کلاهبردار و ملزم به رد مال است. انتقال گیرنده نیز طبق قانون با شرایطی مجرم تلقی شده است. با این وصف چگونه می توان در این موارد از وجود قرارداد میان این مجرمان گفتگو کرد؟! آیا ارتکاب عمل مجرمانه می تواند قرارداد محسوب شود؟

۱۰) در فرض مستحق للغير در آمدن مورد معامله، روشن است که از لحظه تراضی ظاهری فضول و اصیل، عقدی به وجود نیامده است. در واقع، در همین لحظه مال متعلق به فضول نیست و او استحقاق دریافت عوض را ندارد هر چند طرفین یا یکی از آنها این امر را ندانند یا این که هر دو مطلع باشند. کشف موضوع حاکی از بی اعتباری قرارداد از لحظه ی عقد است. در این صورت معلوم می شود که قرارداد ضمنی مفروض هم زمان با انعقاد عقد اصلی فضولی موثر بوده است. از

لحاظ حقوق مدنی، صرفنظر از بحث اثبات موضوع، هم زمان اصیل مال را به فصول داده و از وی تعهد استرداد گرفته است. در این صورت باید پرسید وقتی قرارداد اصلی بی اعتبار است و اصیل تعهدی به دادن مال خود ندارد چه نیازی به انعقاد قرارداد برای استرداد همان مال دارد؟! مگر نه این که هرکس عمداً یا به اشتباه مالی بپردازد حق استرداد آن را دارد (۳۰۲ قانون مدنی) و از منظر فصول آیا بدون قرارداد او ملزم به استرداد نبوده است؟ پاسخ، به حکم ماده ۳۰۱ قانون مدنی، مثبت است. پس اثر قرارداد مذکور چیست؟ ایجاد کدام اثر حقوقی که بدون قرارداد قابل تصور نبوده است؟! اگر اصیل عالم باشد چگونه می توان وی را در انعقاد قرارداد ضمنی قاصد دانست؟! مگر نه اینکه اثر قرارداد ایجاد تعهدی است که قبلاً وجود نداشته است (ماده ۱۸۳ قانون مدنی)، "ضمان درک" قراردادی کدام تعهد را به وجود می آورد؟

(۱۱) اگر مبنای استرداد مال توسط فصول قرارداد وی با اصیل باشد، به محض کشف فصولی بودن (تحقق معلق علیه - طالب احمدی، ۱۳۸۹: ۲۰۸) فصول به اجرای قرارداد خود با اصیل ملزم می گردد. در این صورت اگر معامله از سوی مالک تنفیذ و اخذ عوض توسط فصول تأیید گردد، تکلیف قرارداد لازم الاجرای مذکور چه می شود؟ با تحلیل قهری بودن ضمان درک، تنفیذ مذکور کاشف از اعتبار اخذ مال توسط فصول سابق است و لذا وی مکلف به استرداد آن به اصیل نمی باشد بلکه ملزم به رد آن به مالک طرف عقد تنفیذ شده است. ولی قرارداد ضمنی پس از تنفیذ چه سرنوشتی دارد؟ آیا هم چنان به قوت خود باقی است یا منحل شده است؟ اگر چنین است انحلال آن به چه مبنایی توجیه می شود؟ آیا سرنوشت این قرارداد ضمنی به اراده ی ثالث (مالک) وابسته است؟! با این توضیحات به نظر می رسد بدون هیچ تمایزی همه ی آثار معامله فصولی که تحت عنوان "ضمان درک" مطرح می شوند، ضمان قهری و ناشی از حکم قانون می باشند. با این حال، هیچ تردیدی نیست که اشخاص آزاد هستند در مورد "ضمان درک" و میزان خسارات و زمان پرداخت و آثار و شرایط و خصوصیات آن

توافق نمایند. چنین توافقی آثار مفیدی در بردارد و می‌تواند بر دامنه حقوق و تعهدات طرفین بیافزاید یا از آن بکاهد. بدون چنین توافقی "ضمان درک" به حکم قانون و با شرایط و محدودیتهای قانونی محقق می‌گردد. (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۱۵؛ نوین؛ خواجه پیری، ۱۳۷۸: ۲۴۳؛ باریکلو، ۱۳۸۷: ۳۹)

۱۲) چنانچه معتقد باشیم "ضمان درک" مسئولیت قراردادی فضول است و به موجب آن در نتیجه شرط ضمن قرارداد اصلی یا عقد تبعی مستقل، فضول متعهد به استرداد مالی شده که به ناحق از اصیل گرفته است، این سؤال مطرح می‌شود که این مال از لحظه عقد یا پس از آن متعلق به کیست. بدون شک فضول مالک آن نیست پس آیا استرداد مال دیگران به قرارداد خاصی نیاز دارد؟ آیا فضول که ثابت شده است بر مال اخذ کرده حقی ندارد، به استرداد بدون چون و چرای آن ملزم نمی‌باشد؟ بنابراین، وقتی حقی برای فضول نسبت به مال اخذ کرده قائل نباشیم، و او متصرف چنین مالی باشد، بی‌نیاز از قرارداد او را مکلف می‌دانیم. و این همان قهری بودن "ضمان درک" است.

۱۳) این نکته مسلم است که مال مأخوذه توسط فضول، بدون استحقاق در ید او می‌باشد. اگر وی را به موجب قرارداد متعهد به استرداد بدانیم پس احتمال نقض قرارداد را باید پذیرفت. اگر فضول مال اصیل را مورد معامله قرار دهد حکم معامله وی چیست؟ اگر معتقد باشیم فضول به استرداد مال به شخص اصیل متعهد شده است نتیجهی نقض قرارداد الزام به جبران خسارات است حال آنکه قانون مدنی در ماده‌ی ۲۵۷ می‌گوید «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود مالک می‌تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند...» اگر چه حکم مذکور مربوط به رابطه اصیل با مالک می‌باشد ولی از حیث ملاک عدم انتقال مالکیت مال، به رابطه مال داده شده به فضول شبیه است. نتیجه حکم این است که معاملات بعدی فضول نسبت به مال اصیل غیر نافذ است نه آن گونه که بحث قراردادی بودن ضمان درک اقتضاء می‌کند، معتبر انگاشته شود.

۱۴) در صدر ماده‌ی ۳۶۲ قانون مدنی و بند ۲ آن ماده، "ضمان درک" از آثار بیع صحیح تلقی شده است. تحقق بیع به تسلیم ثمن موکول نیست. در ماده‌ی ۳۹۰ قانون مدنی "ضمان درک" تنها مربوط به زمان پس از تسلیم ثمن به فصول است. پس، صرف بیع حتی فضولی، قبل از قبض ثمن توسط فصول، موجب "ضمان درک" نمی‌شود. در نتیجه، ادعای وجود قرارداد ضمنی که اثرش معلق بر فساد عقد اصلی است، با حکم قانون مدنی در تعارض است. زیرا نه تنها "ضمان درک" منحصر به فساد عقد نیست (بلکه گاهی با وجود تنفیذ عقد بدون تنفیذ وصول عوض از سوی مالک، "ضمان درک" پابرجا می‌ماند) بلکه صرف فساد عقد نیز به پیدایش "ضمان درک" منتهی نمی‌شود. بی‌اعتباری اخذ عوض توسط فصول در نتیجه عقد معوض فضولی، شرط تحقق ضمان درک است نه صرف فساد عقد به تنهایی.

۱۵) زمان پیدایش و آغاز "ضمان درک"، لحظه‌ی تکمیل شدن شرایط این ضمان است که قاعدتاً اخذ عوض به ناروا آخرین جزء آن می‌باشد. بنابراین، کشف فضولی بودن معامله، در پیدایش "ضمان درک" بی‌تأثیر است به‌ویژه آنکه اگر کشف را شرط بدانیم، در بسیاری موارد سالها به فصول اجازه داده‌ایم از مال اصیل استفاده نماید و تنها پس از کشف فضولی بودن معامله و طبق نظر غالب، رد معامله از سوی مالک، وی را ملزم به استرداد بدانیم. قراردادی دانستن رابطه فصول و اصیل به معنای تجویز استفاده از منافع مال اصیل، توسط فصول در مدت پس از انعقاد عقد فضولی تا زمان کشف و اثبات این امر است. حتی می‌توان جلوتر رفت و مدعی شد در تمام این مدت فصول حق تصرفات مالکانه در مال به ناروا اخذ کرده را دارد. بدون شک اصیل قبل از کشف فضولی بودن انگیزه‌ای برای مراجعه به فصول ندارد و حتی برای ذیحقی خود دلیلی نمی‌بیند. ولی باید پرسید حق فصول در تمام این مدت که ممکن است بسیار طولانی باشد، براساس کدام مبنای ایجاد حقوق مبتنی می‌باشد؟!

۱۶) طبق دیدگاه فقها که بدون شک مبنای اصلی قانون مدنی است، ضمان درک مبنای قراردادی ندارد (باقری؛ جوادی، ۱۳۸۸: ۳۲؛ علوی قزوینی، ۱۳۷۵: ۱۱۸).

نتیجه گیری

"ضمان درک" به معنای تکلیف فضول در عقد معوض فضولی به استرداد مال به ناروا اخذ شده و جبران خسارتهای وارده بر اصیل می‌باشد. این تکلیف مختص بیع یا مبیع و ثمن نیست و در هر عقد معوض که فضول منعقد می‌نماید، با وجود سایر شرایط، قابل تصور است. در بسیاری از موارد، کسانی که عقد فضولی را ایجاد می‌کنند، تصور و قصد واقعی برای ایجاد قرارداد "ضمان درک" با اصیل ندارند و بدون اطلاع از واقعیت فضولی بودن، معامله می‌کنند و بر این اساس قصد ایجاد تضمین و توافق ضمنی برای حالت "ضمان درک" ندارند. با این حال، این عبارت معروف که ضمان درک با اعتبار عقد قابل جمع نیست صحیح نمی‌باشد زیرا صرف نظر از این که قبل از تنفیذ یا رد معامله فضولی از سوی مالک ضمان درک محقق است، ممکن است عقد فضولی تنفیذ شود ولی اخذ بها توسط فضول تنفیذ نشود. حکم قانون نیز بی توجه به تراضی طرفین، "حتی اگر به ضمان تصریح نشده باشد"، فضول را ملزم می‌شناسد. قراردادی دانستن مسئولیت فضول نیز کمک ویژه‌ای به اصیل نمی‌کند تا وی را به اثبات وجود قرارداد ضمنی ترغیب نماید. تعدد احکام "ضمان درک" در مباحث معاملات فضولی، غصب، ایفاء ناروا، دارا شدن بلاجهت و بیع این نکته را روشن می‌سازد که قانون‌گذار به جای وضع قواعد یکنواخت و واحد، احکام آن را در مباحث پراکنده‌ای بیان نموده است ولی در تمام این احکام تکلیف فضول، الزامی قانونی است و ریشه‌ی قراردادی ندارد. با این حال و علی رغم وجود ضمان درک قانونی، انعقاد قرارداد میان فضول و اصیل بی‌فایده نیست و می‌تواند در قلمرو "ضمان درک" موثر باشد. حذف مواد مربوط به "ضمان درک" از قانون مدنی، توصیه می‌شود.

یادداشت ها

۱- با وجود مشابهت های فراوان، هرگز نمی توان اختلافات زیاد و عمده میان این نهادها و مفاهیم حقوقی را انکار کرد. در ادامه بعضی از این موارد، حسب مورد، ذکر می شوند. با این حال، رابطه ی میان "ضمان درک" و مسئولیت فضول در مقابل اصیل در عقد فضولی، رابطه ی عموم و خصوص مطلق است یعنی هر ضامن درک، فضول است ولی هر فضول، لزوماً ضامن درک نیست زیرا شرایط تحقق این دو متفاوت است.

۲- ماده ی ۲۴۷ قانون مدنی اعلام کرده است "معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ...". ماده ی ۱۹۷ نیز می گوید "در صورتی که ثمن یا مضمن معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود".

۳- ماده ی ۲۵۲ قانون مدنی با پیش بینی امکان فسخ برای اصیل این امر را هویدا می سازد که عقد فضولی، حتی قبل از تنفیذ و رد، او را مقید می سازد. این ماده مقرر می دارد: "لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد اگر تأخیر موجب تضییع طرف اصیل باشد مشارالیه می تواند معامله را بهم بزند".

۴- ماده ی ۶۶۵: "وکالت در بیع وکالت در قبض ثمن نیست مگر این که قرینه قطعی دلالت بر آن کند".

۵- ماده ی ۳۲۳ قانون مدنی مقرر می دارد: "اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده مطالبه نماید".

۶- شاید یکی از تفاوت های عمده مسئولیت فضول در معامله فضولی و "ضمان درک" در همین امر می باشد که برای "ضمان درک" اخذ مال از اصیل شرط است ولی در بحث معامله فضولی و مسئولیت فضول به جبران خسارات، اخذ مال اصیل شرط نیست. ماده ی ۲۶۰ قانون مدنی این امر را بیان می کند.

۷- هر چند قابل تصور است که در نتیجه مستحق للغير درآمدن مال موضوع عقد مجانی به ویژه در فرض استرداد مال مذکور توسط گیرنده‌ی آن (به مالک) و در فرضی که گیرنده تعمیراتی در مال انجام داده یا باعث افزایش بهای آن شده باشد، مسئولیت غیر قراردادی برای فضول مطرح شود ولی این مسئولیت متفاوت از ضمان درک می‌باشد.

۸- یکی از تفاوت‌های "ضمان درک" و معامله فضولی در همین نکته نهفته است که مسئولیت بهم خوردن بعضی معاملات فضولی بدون تحقق "ضمان درک" که با تسلیم مال به فضول ملازمه دارد، قابل تصور است. به عبارت دیگر، گاهی اصیل حق مطالبه‌ی خسارت از فضول دارد بدون این که "ضمان درک" محقق شده باشد. علت این امر، عدم تسلیم مال به فضول از سوی اصیل است که مانع از پیدایش "ضمان درک" می‌شود ولی مانع مسئولیت مدنی فضول نمی‌گردد.

۹- ماده‌ی ۲۸۰ قانون مدنی اعلام کرده است "انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضاء نماید".

منابع

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۸)، *حقوق مدنی*، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامییه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات*، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- انصاری، مسعود- طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج ۲، چاپ اول، تهران، محراب فکر.
- بادینی، حسن (۱۳۸۴)، *فلسفه مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- باریکلو، علی رضا (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی*، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- باقری، احمد، جوادی، محمدحسن (۱۳۸۸)، "ضمان درک"، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، صفحات ۳۹-۲۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹)، *حقوق تعهدات*، ج اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- (۱۳۷۰)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- (۱۳۸۱)، *فلسفه عمومی حقوق*، *تئوری موازنه*، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج.
- (الف) (۱۳۸۲)، *فن استدلال، منطق حقوق اسلام*، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- (ب) (۱۳۸۲)، *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات عصر حقوق.
- (۱۳۸۲)، *حقوق مدنی ۶*، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی ۳ تعهدات*، چاپ پنجم، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.

- صفایی، سیدحسین (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- (۱۳۸۲)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۹)، *قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک*، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- علوی قزوینی، سیدعلی (۱۳۷۵)، "نگرشی بر ضمان درک مبیع در حقوق مدنی ایران"، نامه مفید دانشگاه مفید قم، ش ۷ قم، صفحات ۱۰۷ تا ۱۲۶.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۳)، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی: الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، چاپ چهارم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *حقوق مدنی، معاملات معوض و عقود تملیکی*، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار.
- (۱۳۷۱)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- (۱۳۷۴)، *الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی اموال و مالکیت*، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
- (الف) (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه های دین*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار.
- (ب) (۱۳۸۷)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، محمود (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی قراردادهای ویژه*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- لطفی، اسدالله (۱۳۷۹)، *ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران*، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
- نوین، پرویز، خواجه پیری، عباس (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی ۱*، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.

نیک فر، مهدی (۱۳۷۷)، *قانون مدنی در آراء دیون عالی کشور*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات کیهان.