

تحلیل جبران‌های قرارداد معارض*

علیرضا باریکلو**

استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۳/۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۲/۷)

چکیده

یکی از راهکارهای حقوقی جلوگیری از انعقاد قراردادهای معارض، استفاده از جبران‌های مناسب است، چون جبران‌های مناسب می‌توانند طوری ایفای نقش کنند که از سویی از زیان‌دیده قراردادی حمایت شود و از سوی دیگر، مانع بهره‌مندی طرف متخلف از کسب منافع نامشروع شود. در این مقاله جبران‌های قراردادهای معارض در حقوق قراردادهای حقوق اسلام و ایران، بررسی و ثابت شد که اولاً قواعد مسئولیت قراردادی خسارت قرارداد غیرمعتبر را، که عدم اعتبار آن متناسب به یکی از طرفین قرارداد است، شامل می‌شود؛ ثانیاً به استناد قواعدی مانند اصل حرمت مال می‌توان طرف متخلف را از منافع نامشروع ناشی از آن محروم کرد و به استناد قواعدی مانند قاعده غرور، ضمان ناشی از اقرار متعارض، ضمان درک و ضمان ناشی از معاوضات، منافع انتظاری زیان‌دیده قراردادی را قابل جبران و حمایت شمرد.

واژگان کلیدی

اصل حرمت مال، ضمان ناشی از اقرار متعارض، قاعده غرور، منافع نامشروع، منافع انتظاری.

* این مقاله از طرح پژوهشی «جبران‌های قرارداد غیرمعتبر» به شماره ۱/۱۰۸ / ۲۰۱۲ / ۲۲۰۲۰۱۲ که با حمایت مالی معاونت پژوهشی پردیس فارابی دانشگاه تهران انجام گرفته استخراج شده است.

Email: bariklou@ut.ac.ir

** فاکس: ۰۲۵-۳۶۱۶۶۲۱۷

مقدمه

یکی از موضوعات مهم حقوق قراردادهای معاصر، جبران‌ها یا ضمانت اجرای حقوقی مترتب بر آن است که در این حوزه، جبران‌های معامله معارض از اهمیت خاصی برخوردار است، زیرا با رواج این‌گونه معاملات، خصوصاً در مورد املاک، مثلاً شخصی آپارتمانی را به چندین نفر پیش‌فروش می‌کند یا می‌فروشد و بعد معاملات مزبور به علت تعارض، غیرمعتبر اعلام می‌شود، باید بر چنین معامله‌ای جبران‌های مناسبی مترتب شود تا از سویی از قربانیان به طور کامل حمایت شود و از سوی دیگر، هزینه انعقاد این نوع معامله برای معامله‌کننده طوری بالا رود که از حیث اقتصادی برای او صرفه‌ای نداشته باشد.

لذا باید دید به استناد چه قواعدی می‌توان جبران‌های مناسبی را بر این نوع معامله مترتب کرد. هرچند حکم وضعی معامله در مباحث حقوقی - فقهی با معیار تقدم زمان انعقاد قرارداد بررسی شده و معامله مؤخر، فضولی یا باطل محسوب شده است، چون در جوامع گذشته محتمل بود، معامله موکل و وکیل یا وکلای تام‌الاختیار معارض شود، تشخیص عقد معتبر از غیرمعتبر از طریق معیار تقدم زمانی انعقاد روشن شده است. به این بیان که اگر تاریخ انعقاد هر دو معامله معارض معلوم باشد، معامله اول معتبر و دومی فضولی است. اگر تاریخ انعقاد یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، به استناد اصل تأخر حادث که در ماده ۸۷۴ ق.م. شناسایی شده، معامله تاریخ مجهول، در حکم معامله مؤخر محسوب شده و احکام عقد فضولی بر آن مترتب می‌شود. در نهایت اگر تاریخ انعقاد هیچ‌کدام معلوم نباشد، به استناد اصل لزوم وجود موضوع برای هر عقدی حکم به بطلان هر دو عقد شده است. این ضمانت اجرا تا زمانی که عوض در قرارداد غیرمعتبر به معامله‌کننده پرداخت نشده مناسب است، ولی زمانی که عوض پرداخت شده و مدت زمان نسبتاً طولانی نیز از انعقاد معامله گذشته باشد، نسبت به طرفی که منافع او قربانی تصرفات معارض شده چندان عادلانه نیست، زیرا روند رشد قیمت کالا و خدمات، به‌خصوص املاک از یک سو و سیر کاهش شدید ارزش پول ملی از سوی دیگر، موجب شده که ضرر فاحش بر او وارد شود. همچنین دو عامل مذکور و ضمانت اجرای عدم اعتبار صرف، موجب پایین آمدن ریسک این نوع معاملات و افزایش انعقاد آن در جامعه می‌شود، چون تنها خطری که از حیث اقتصادی متوجه معامله‌کننده می‌شود، استرداد پول طرف دیگر معامله یا در نهایت همراه با نرخ تورم سالانه به استناد ماده ۵۲۲ ق. آ. د. م. است که آن به نسبت رشد زیاد قیمت در بخش مسکن و املاک چندان تهدیدی برای منافع نامشروع معامله‌کننده نیست. از این رو در این مقاله بحث جبران‌های مناسب معامله معارض غیرمعتبر بررسی می‌شود. بنابراین، سؤال اصلی مقاله این است که به استناد چه قواعدی می‌توان جبران‌هایی مناسب بر قرارداد معارض غیرمعتبر مترتب کرد؟

فرضیه مقاله مبتنی بر این است که می‌توان به استناد قواعد و مقررات قراردادی، خسارت وارده بر مشتری را آن‌گونه جبران کرد که گویی قرارداد غیرمعارض معتبر منعقد شده و او از تمام منافع قراردادی مورد انتظار بهره‌مند شود. رویکرد مقاله رویکردی ادله‌گراست که به استناد ادله و قواعد حقوقی جبران‌های مؤثر را اثبات کرده است. لذا جبران‌های مناسب به استناد ادله و قواعد حقوقی آن بررسی می‌شود.

۱. جبران‌های مناسب

مراد از جبران‌های مناسب، آن است که از زیان‌دیده طوری حمایت شود که از حیث منافع قراردادی، گویی معامله معتبر است. تأثیر این جبران، علاوه بر حمایت از زیان‌دیده، کارآمدتر شدن رژیم حقوقی جبران‌های قراردادی است، زیرا مانع اشخاص از انعقاد معامله غیرمعتبر به سودای کسب منافع نامشروع می‌شود. جبران‌های قراردادی در دو سطح عام و خاص مطرح می‌شود. نخست جبران‌هایی که اجرای قرارداد یا رفع عیب از مورد معامله را شامل می‌شود، مانند الزام بایع به تسلیم یا رفع عیب مبیع که این مرحله موضوعاً از بحث خارج است، زیرا این جبران‌ها بر قرارداد معتبر مترتب است؛ دوم جبران‌هایی که ناظر بر ترمیم محروم شدن از منافع قراردادی است و آن در موردی است که قرارداد به عللی که مستند به طرف دیگر قرارداد است، امکان اجرایی ندارد. از این‌رو باید خسارت ناشی از عدم اجرای آن را پرداخت کند (Mak, 2009:55). بعضی این زیان را به غرامت^۱ از دست دادن منافع قراردادی تعبیر کرده‌اند که اگر قرارداد اجرا می‌شد، به زیان‌دیده عاید می‌شد (Ribeiro, 2002: 3)، ولی جبران مورد نظر اعم از فوت منافع قراردادی است و شامل جبران‌های استرداد^۲ (Samuel, 2001: 135) خصوصاً استرداد ثمن معاملی یا عوض آن نیز می‌شود. بنابراین، جبران‌های راجع به اجرای عین تعهد از موضوع مقاله خارج است، چون قرارداد غیرمعتبر است، اما علاوه بر استرداد ثمن که در ماده ۳۹۰ ق. م به استناد اصل حرمت حق مالکیت و بقای ثمن در دارایی مشتری بر قرارداد غیرمعتبر مترتب شده، جبران‌های مربوط به منافع نامشروع حاصله توسط معامله‌کننده و جبران‌های ناظر بر منافع فوت‌شده مشتری بررسی می‌شود.

۲. جبران به منافع مکتسبه

مسلماً هدف معامله‌کننده از انعقاد قرارداد معارض اکتساب منافع نامشروعی است که باید این هدف در جبران‌های معامله غیرمعتبر مورد توجه قرار گیرد. به این بیان که منافع

1. Damages
2. Restitutionary

مکتسبه معامله‌کننده متعلق به مشتری و قربانی محسوب شود تا از طرفی انگیزه انعقاد معامله معارض از بین برود و از طرف دیگر، از قربانی حمایت شود. برای تحقق این هدف لازم است استرداد و مالکیت مشتری نسبت به ثمن نه عوض آن در روند رسیدگی قضایی مورد حکم قرار گیرد. لزوم حمایت از حق مالکیت مشتری نسبت به عین ثمن معامله معارض که اغلب پول رایج کشور می‌باشد، از موضوعاتی است که شک و شبهه‌ای نسبت به آن وجود ندارد، زیرا از سویی، اصل حرمت مال مسلم (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۵۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۹۰؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۶۲۵) که از اصول بنیادین و زیربنایی حقوق اموال و قراردادهای مالی است، و حکم وضعی عدم اعتبار قرارداد معارض، اقتضا دارند که تصرفات بایع نیز در عین ثمن، نامشروع و غیرنافذ باشد. لذا در ماده ۳۶۶ ق. م. به این حکم تصریح و مقرر شده بایع ضامن عین ثمن و منافع آن و مشتری نیز ضامن مضمن و منافع آن است و باید آن را به مالک مسترد کند. از سوی دیگر، اصل انحصاری سلطه مشتری نسبت به ثمن اقتضا دارد، تمام معاملات مترتب بر آن فضولی و برای مشتری محسوب شود، همان‌گونه که در ماده ۱۹۷ ق. م. به این موضوع تصریح شده است. نتیجه اعمال این اصول آن است که منافع اکتسابی معامله‌کننده معارض از ثمن معامله معارض غیرمعتبر به اختیار مشتری واگذار شود تا او با اجازه آن معاملات، منافع را مالک شود. این جبران مهم که ناظر بر عین ثمن و مضمن است، در معاملات معاصر نسبت به ثمن پولی در رویه قضایی مورد غفلت قرار گرفته است، زیرا بایع را به پرداخت مثل مقدار عددی واحد ثمن پولی محکوم می‌کند که به‌نحوی عملاً به پرداخت مثل منجر می‌شود، درحالی‌که از زمان انعقاد معامله تا زمان صدور حکم غالباً مدت زیادی گذشته و پول از اموال مثلی مبادله‌ای است که از حیث منطق اقتصادی قابل ذخیره نیست (باریکلو، ۱۳۹۰: ۸۳) و معامله‌کننده با آن معاملاتی را در جهت اکتساب سود نسبت به ثمن انجام داده است. لذا حکم به پرداخت نرخ تورم مازاد بر مقدار عدد واحد پولی پرداخت شده که بعضی به آن معتقد شده‌اند (متظری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۲۲۸)، هرچند از حیثی عادلانه است که ضرر وارده به مشتری را کمی جبران می‌کند، اما از مشتری حمایت مؤثر نمی‌شود، زیرا ضرر او را به‌طور کامل جبران نمی‌کند و از حیث دیگر، نه تنها به ضرر معامله‌کننده معارض نیست، بلکه به نفع اوست، زیرا او مدت زیادی از پول مشتری استفاده کرده و اکنون ملزم به بازپرداخت مثل واحد عددی آن شده است. افزون بر این، بعضی دادگاه‌ها فقط به مقدار واحد پولی حکم کرده و حتی از صدور حکم به نرخ تورم نیز خودداری می‌کنند، برای مثال در پرونده کلاسه ۸۸/۷۳۳۳/ح/۲، شعبه دوم دادگاه حقوقی ماکو در دادنامه شماره ۸۸/۹۱۴ - ۸۸/۱۳۸۸/ح حکم به پرداخت تفاوت قیمت مبیع از روز انعقاد معامله تا روز رسیدگی قضایی کرده، اما شعبه سوم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی به این استدلال که تورم موجود در جامعه که موجب افزایش قیمت مبیع

می‌شود، داخل در غرامت قرار نمی‌گیرد و فقط جبران هزینه‌های انعقاد عقد مشروع است، آن را نقض کرد. ولی در پرونده کلاسه ۸۹/۸۹۰۰۸۶ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر همان استان، رأی شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو طی دادنامه ۸۸/۹۵۰ - ۱۱/۹/۱۳۸۸ به این استناد که غرامات مقرر در ماده ۳۹۱ ق.م. مطلق است و شامل افزایش قیمت ملک با توجه به تورم و کاهش ارزش پول نیز می‌شود و نباید آن را به هزینه‌های دلالتی و نگهداری و امثال آن محدود و مقید کرد، رأی را تأیید کرده است. در نتیجه صدور آرای متعارض در خصوص موضوع واحد و ارسال گزارش آن توسط رئیس دادگستری استان به دیوان عالی، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ - ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبتنی بر در نظر گرفتن نرخ تورم صادر شده است.

در این پرونده‌ها که دادگاه بدوی تا دیوان عالی کشور درگیر شده‌اند، موضوع مالکیت مشتری نسبت به ثمن و اینکه بایع چه تصرفاتی در آن کرده، مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً تمام محاکم، رابطه بایع و مشتری را رابطه بدهکار و طلبکار فرض کرده و لذا بایع محکوم به پرداخت مثل ثمن شده و فقط بحث اختلافی این بود که آیا تفاوت قیمت مبیع از روز معامله تا روز صدور حکم یا کاهش ارزش پول را بایع ضامن است، درحالی‌که موضوع نخست در رویه قضایی باید حمایت از حق مالکیت مشتری بر ثمن باشد و به این موضوع توجه شود که بایع با ثمن دریافتی چه معامله‌ای کرده است؟ اگر احراز شود که بایع ثمن را سرمایه‌گذاری کرده و مثلاً ملکی با آن خریده که اغلب این‌گونه است، آن ملک متعلق به مشتری است اگر به آن راضی شود.

لذا رویه قضایی باید با قواعد و اصول حقوقی منطبق شود و به‌جای استناد به مقدار پول و حکم به بازپرداخت آن به مشتری با نرخ تورم یا عدم آن، باید به حق مالکیت مقدار ثمن پرداختی استناد، و معامله‌کننده را وادار به احترام به مالکیت مشتری نسبت به آن کنند. اقتضای احترام به مالکیت مشتری به ثمن پولی این است که محکمه قضایی متعرض معاملات بعدی معامله‌کننده با پول پرداختی شود و چنین معاملاتی را به استناد ماده ۱۹۷ ق.م. متعلق به مشتری محسوب کنند، چون اغلب کسانی که معامله معارض منعقد می‌کنند، کارشناس این نوع معاملات هستند و پول‌های جذب‌شده از مشتری را فوراً در بازار مفیدتری سرمایه‌گذاری کرده یا اقدام به خرید ملک مشابه می‌کنند. بنابراین، محاکم قضایی باید برای حمایت از مشتری به اصول مرتبط با لزوم حرمت مال مسلم توجه کنند و با توجه به عدم اعتبار معامله معارض لاحق یا هر دو مجهول تاریخ، به استناد حرمت مال مسلم مطابق ماده ۲۴۷ ق.م. معاملات معامله‌کننده معارض در ثمن پولی مشتریان را فضولی و مطابق اصل معاوضی بودن عقد به استناد ماده ۱۹۷ ق.م. معامله را برای مشتری مالک ثمن پولی محسوب کنند، اعم از اینکه

متخلف ثمن پولی را عیناً موضوع معامله قرار دهد یا آن را به حساب خود واریز، و بعد آن را برداشت کند یا از ثمن پولی به عنوان وسیله ایفای تعهدات قراردادی استفاده کند، چون پول از اموال اعتباری و معنوی است که تجسم عینی ندارد و فقط کارکرد مبادلاتی و ارزش اقتصادی آن برای مالک قابل حمایت است. در این مورد نیز باید به منافع اقتصادی حاصل از مبادله ثمن پولی توسط معامله کننده معارض توجه شود.

در این فرض احتمال قوی مشتری قربانی معاملات معارض معامله ای که با پول او انجام گرفته، را اجازه می کند و به استناد ماده ۲۵۶ ق.م. از روز انعقاد آن، که همان زمان انعقاد قرارداد معارض است، مالک منافع شده و از او جبران خسارت می شود، چون املاک برخلاف گذشته جنبه سرمایه پیدا می کند و ارزش اقتصادی املاک برای مشتریان مهم است، و از این حیث تفاوتی بین ملک مورد معامله معارض و ملکی که به ثمن پولی آن خریده شده است، وجود ندارد. این روش اگر مورد توجه دادگاهها قرار گیرد، مؤثرترین جبران قراردادی مرتب بر قرارداد معارض غیرمعتبر است، زیرا از سویی مشتری از مثل منافع قراردادی مورد انتظار بهره مند شده و خسارت او به طور کامل جبران می شود و از سوی دیگر، با توجه به اینکه از انعقاد معامله معارض هیچ گونه منفعت نامشروعی به بایع عاید و واصل نمی شود، انگیزه انجام معاملات معارض را از آنان سلب می کند. در نتیجه، این رویکرد طوری جبران را مؤثر و کارا می نماید که علاوه بر حفظ نظم عمومی معاملات، از زیان دیده نیز به طور کامل جبران خسارت می کند. با توجه به مواد ۱۹۷، ۲۴۷ و ۲۵۶ ق.م. که مبتنی بر نظریه حرمت مال مسلم است، می توان از مشتری قربانی معاملات معارض غیرمعتبر به حداکثر ممکن حمایت کرد و نیز ریسک و خطر انعقاد معامله معارض برای معامله کننده را بالا برد که لازم است در رویکرد رویه قضایی تحولی ایجاد شود.

این نوع جبران که کاملاً مطابق با قواعد حقوق اسلامی خصوصاً اصل حرمت مال مسلم است، در مواردی قابل اعمال است که احراز شود بایع ثمن دریافتی معامله معارض را سرمایه گذاری کرده یا آن را در جهت ایفای تعهدات معاملات تجاری مصرف کرده است، اما اگر این موضوع اثبات نشود یا آن را مصرف شخصی کرده باشد، علاوه بر لزوم اعاده ثمن، باید به جبران منافع مورد انتظار مشتری نیز توجه شود که بررسی می شود.

۳. جبران منافع انتظاری

حمایت از منافع قراردادی مشتری زیان دیده نیز یکی دیگر از جبران های مؤثر حقوق قراردادهاست که نسبت به معامله معارض غیرمعتبر نیز قابل اعمال است. به این بیان که در حقوق معاصر با توجه به تعابنی و سودجویی بودن موضع طرفین قرارداد معاوضی و نیز سیر

سریع و فاحش رشد قیمت بعضی از اموال از جمله املاک و تأثیر منفی آن بر منافع یک طرف، اگر عدم اعتبار عقد متناسب به عمل یکی از طرفین باشد، او باید نسبت به جبران منافع انتظاری طرف مقابل ضامن باشد. مراد از منافع انتظاری منافی است که از دیدگاه عقلایی و متعارف در صورت اجرای قرارداد برای یک طرف حاصل می‌شود، ولی به علت عدم اعتبار عقد از آن محروم شده است (Charman, 2007: 226). به عبارت دیگر، منافع انتظاری عبارت از منافع قابل وصول برای هر طرف در صورت اعتبار عقد است.

هرچند این نوع جبران، از مهم‌ترین جبران‌های حقوق قراردادهای توصیف شد (felemegas, 2007: 211)، اما در حقوق اسلامی غالباً در حمایت از منافع طرفین به حق مالکیت مالی توجه شده که شخص آن را موضوع عقد قرار داده است. لذا مشهور حکم به ضمان بائع نسبت به ثمن و ضمان مشتری نسبت به مبیع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۱۴۶؛ حلی، ۱۴۲۸، ج ۱: ۲۹۹)، اما شایان توجه است که در معاملات معاوضی روابط طرفین مبتنی بر تعابن و سودجویی است و هر یک به دنبال اکتساب منافی است که در قرارداد انتظار تحقق آن را داشته است. لذا باید در قلمرو مسئولیت قراردادی متعهد متخلف توسعه داد تا جبران منافع مورد انتظار طرف دیگر را نیز شامل شود (felemegas, 2007: 211)، به عبارت دیگر، در مسئولیت قراردادی ضمان متخلف محدود به اعاده عین مال یا جبران ضرر ناشی از تلف آن نیست، بلکه شامل منافی نیز می‌شود که اگر متعهد تخلف نمی‌کرد و قرارداد اجرا می‌شد، برای متعهدله حاصل می‌شد. البته در نظریه‌های فقهی در مواردی به اقتضای دلیل به منافع قراردادی مورد انتظار توجه شده، برای مثال در خریدار جاهل مال غیر، اگر مالک به او رجوع کرده و قیمت‌المثل منافع را دریافت کند، نسبت به منافع مستوفات این شبهه وجود داشت که بائع فضول ضامن نیست، زیرا خریدار در قبال استفاده منفعت، قیمت پرداخته و ضرری به او وارد نشده تا حق رجوع داشته باشد، ولی مشهور معتقدند بائع فضول ضامن منافع مستوفات توسط مشتری است، زیرا مشتری مال را خریده که مجاناً از آن منتفع شود (خویی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۶۳؛ قارپوزآبادی قزوینی، ۱۴۱۴: ۸۵). به نظر می‌رسد این وجه در معامله معارض غیرمعتبر نیز قابل اعمال است و باید به منافع مورد انتظار زیان‌دیده نیز توجه شود. لذا در مواردی که معلوم نیست بائع با ثمن پولی دریافتی چه معامله‌ای کرده، باید حکم به پرداخت معادل منافع مورد انتظار معامله به مشتری کرد، زیرا اگر معامله‌کننده، قرارداد را معارض منعقد نکرده و معامله صحیح بود، مشتری مالک عین مورد معامله یا منافع مورد انتظار ناشی از آن می‌شد، حال که او معامله را معارض منعقد کرده و به علت حق ثالث، غیرنافذ شده، مشتری از این منافع محروم شده که باید قیمت مال مورد معامله یا مابه‌تفاوت ثمن قراردادی با قیمت عین مبیع در روز رسیدگی را به‌عنوان خسارت قراردادی پرداخت کند. بنابراین، می‌توان با اعمال قواعد مسئولیت قراردادی نسبت به

قرارداد معارض غیرمعتبر از مشتری حمایت کرد و معامله‌کننده معارض را به پرداخت مثل منافع مورد انتظار مشتری محکوم کرد. این‌گونه جبران‌ها از سویی، از مشتری قربانی کاملاً حمایت می‌کند و از سوی دیگر، جبران‌های قراردادی را کارایی می‌دهد تا نظم حقوقی معاملات حفظ شود. ولی با توجه به اینکه نظام حقوق قراردادهای ایران مبتنی بر حقوق اسلامی است که نظامی ادله‌گراست، باید دید که آیا ادله شرعی یا عقلی بر مشروعیت چنین جبران‌هایی دلالت می‌کند؟ اگر ادله اقتضای این‌چنین جبرانی را داشته باشد، با اعمال آن رژیم جبران‌های قراردادی دارای کارایی مؤثر است. از این‌رو عمده اصول و قواعد و نیز نظریاتی که می‌توان این جبران‌ها را اثبات کرد، بررسی می‌شود.

۳.۱. قاعده غرور

یکی از قواعد عامی که می‌توان به استناد آن مسئولیت معامله‌کننده معارض را به جبران منافع قراردادی مشتری ثابت کرد، قاعده غرور است. قاعده غرور در حوزه حقوق قراردادهای و قواعد مسئولیت مدنی قابل اعمال است. از این‌رو بعضی علاوه بر ادله نقلی، اعتبار عقلایی را نیز به مستند قاعده اضافه کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۲۸۱) که در حقوق عرفی به نظریه اعتماد عقلایی یا متعارف معروف است (Samuel, 2001: 119). دلالت قاعده غرور به ضمان معامله‌کننده معارض به این شرح است که بر مبنای این قاعده اگر کسی به شخص دیگری منافع خاصی را وانمود کند که واقعیت ندارد، ولی طرف مخاطب به‌طور متعارف یا عقلایی بر آن اعتماد کند، وانمودکننده نسبت به منافع وانمودشده در قبال مخاطب ضامن است. برای مثال شخصی، دیگری را به مالی اطعام می‌کند. متصرف بعد از مصرف متوجه می‌شود که آن موهوبه نبوده بلکه مال خود او بوده، حکم شده که واهب فضول ضامن مثل مال است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۲۸۱). حکم به ضمان واهب در این قضیه، مبتنی بر ضمان او نسبت به منافع مورد انتظار قراردادی است که منشأ تأسیس قاعده غرور در حقوق اسلامی شده است، چون شخص فضولی مال مالک را مال خود وانمود، و آن را به مالک قانونی هبه کرده بود. مالک قانونی بعد از مصرف مال متوجه می‌شود که آن متعلق به خود متصرف است، ولی حکم به ضمان معامله‌کننده شده است. با همین رویکرد بعضی با توسعه در قلمرو این قاعده معتقدند موارد زیادی، مانند مسئولیت فضولی که مال دیگری را به‌عنوان مال خود فروخته، در قبال مالک مال و مشتری قراردادی، ضمان شاهد زور در قبال زیان‌دیده، ضمان مدعی وکالت به نصف مهر در عقد نکاح، ضمان تدلیس‌کننده در بیع و نکاح و خلاصه هر غرامت و ضرری که بر جاهل به واقعیت وارد شود طوری که منشأ آن فریب و اقدامات غیر مطابق واقع، طرف دیگر باشد، مشمول قاعده غرور می‌شود (حسینی المراه‌ای، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۴۴۰).

بعضی نیز به دلالت این قاعده به مسئولیت بایع فضول به جبران خسارت استناد کرده و معتقدند برای مثال اگر کسی زمینی را بفروشد و مشتری در آن احداث بنا کند و بعد مالک مستحق زمین را ضبط کند، مشتری می‌تواند علاوه بر قیمت بنا، قیمت زمین را نیز از بایع مطالبه کند (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱: ۲۶۲). حتی بعضی اجماع فقهی در مورد حق رجوع مشتری نسبت به خسارتی که در قبال آن نفعی به او نرسیده، را مستند به این قاعده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۴۹۴). به همین سبب بعضی در بیع به وکالت که وکیل ادعای حق مالکیت نسبت به منافع مبیع به عقد اجاره بر مشتری کرده، معتقدند به استناد قاعده غرور وکیل معامله‌کننده حقی نسبت به منافع ندارد و نمی‌تواند مشتری را از انتفاع منافع عین مبیع محروم کند یا او را نسبت به آن ضامن بداند (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۴۱). مطابق این دیدگاه، وکیل معامله‌کننده، ضامن منافع قراردادی مشتری است و لذا نمی‌تواند به استناد مالکیت منافع، مشتری را از آن محروم کند. با توجه به دلالت قاعده و نیز موارد اعمال آن در حقوق اسلامی می‌توان به استناد این قاعده، منافع قراردادی مورد انتظار را قابل جبران دانست، زیرا از سویی، چون بایع مشتری را نسبت به منافع موجود در عقد مغرور کرده باید آن منافع را به مشتری عاید و واصل کند. از سوی دیگر، از حیث موضوع، فوت منافع مورد انتظار متعارف یا عقلایی نیز عرفاً ضرر محسوب می‌شود. در نتیجه، به استناد قاعده غرور می‌توان معامله‌کننده معارض را به دادن منافع مورد انتظار در راستای جبران ضرر وارده ملتزم دانست.

۳.۲. ضمان درک

یکی دیگر از دلایلی که می‌توان جبران منافع قراردادی و ضمان معامله‌کننده معارض را توجیه کرد، ضمان درک است. درک همان‌گونه که بعضی معتقدند اسم مصدر به معنی تدارک است یا به معنی ما یتدارک به الشیء، و غرامت می‌باشد. (فارپوز، ۱۴۱۴ق: ۸۹). هرچند مشهور صاحب‌نظران حقوق اسلامی، خسارت قابل جبران به استناد ضمان درک را محدود به استرداد عوض یا مثل و قیمت آن کرده‌اند، ولی اگر قاعده، با رویکرد مناسب و هدفمند اعمال شود، زیان ناشی از عدم وصول منافع انتظاری را شامل می‌شود، چون در گذشته که ثبات بر قیمت بازاری کالا حاکم بود، میزان زیان و خسارت قراردادی محدود به عوض و خسارت احتمالی مالک عین می‌شد، اما امروزه به دلیل رشد سریع قیمت‌ها، قلمرو خسارت در اغلب موارد به منافع انتظاری یا افزایش قیمت مالی که معامله آن معتبر نیست، توسعه یافته است. از این رو با توجه به اینکه بیشتر صاحب‌نظران حقوقی، اعم از اسلامی و عرفی، بیم خطر حقوقی یا مادی ناشی از عیب مخفی در مورد معامله را مبنای شناسایی ضمان درک در رژیم حقوقی قراردادها دانسته‌اند، جبران منافع انتظاری از معامله مشمول ضمان درک می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۵: ۱۷).

برای اثبات این موضوع به بعضی نظریه‌ها اشاره می‌شود. برای مثال در حقوق اسلامی بعضی تأمین نیاز حقوقی جامعه را موجب مشروعیت و شناسایی ضمان درک دانسته‌اند^۱ (محقق الثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۳۲۲؛ حلی سیوری، ۱۴۰۳ق: ۱۱۸) و حتی بعضی ضرورت را به‌عنوان اصل مستقل توصیف کرده و معتقدند: «دفع ضرر و حاجت، اصل مستقلاً از اصول شرعیه، در اثبات احکام است که مستند مشروعیت ضمان درک است (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۴۴۴). از این رو، بعضی معتقدند علی‌رغم نقل ذمه به ذمه بودن ضمان، این نوع ضمان نیز معتبر است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ۳۴۵). بعضی دیگر نیز مبنای آن را امنیت و ثبات رابطه قراردادی دانسته و معتقدند توثیق معامله مبنای مشروعیت ضمان درک است، زیرا مشتری یا بایع نگران است که مال منتقل شده، مال غیر باشد. لذا با ضمانت از آن مطمئن می‌شوند که مال ضایع نمی‌شود^۲ (طباطبایی حکیم، ج ۱۳: ۳۵۰). همچنین بیم طرفین معامله، مبنای مشروعیت تضمین توسط ثالث محسوب شده، زیرا مشتری و بایع ترس و بیم دارند که مبیع یا ثمن، کلاً یا بعضاً، مال غیر درآید. لذا شخصی ضامن درک می‌شود تا شرعاً از عهدهٔ ثمن یا ثمن برآید. اگر عین مورد معامله موجود باشد، آن را اعاده کند والا عوضش را برگرداند، اگر کلی باشد، مثل آن را بدهد (بهیانی، ۱۳۱۰ق: ۱۴۸). بعضی دیگر معتقدند ضمان عهدهٔ ثمن به نفع مشتری صحیح است و ظاهر عبارات بعضی این است که دلیل اعتبار آن، اجماع یا ضرورت است. اگر این ضمان توثیقی نباشد، لازم می‌شود که بعضی از معاملات تعطیل شود، چون در بسیاری از موارد انسان محتاج به انجام معاملاتی است که طرف مقابل موثق نیست که در صورت بطلان عقد، ثمن را باز گرداند^۳ (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ۳۶).

بنابراین توجه به اینکه بیم طرفین نسبت به فوت منافع قراردادی، عامل مشروعیت ضمان درک محسوب شده، این قاعده باید در راستای تحقق این هدف تفسیر و اعمال شود. لذا در حقوق موضوعه عرفی معاصر به بیم طرفین از فوت منافع انتظاری استناد شده و ضمان درک به‌علت احتمال خلع‌ید طرف قرارداد از موضوع معامله توسط دارندهٔ حق یا احتمال وجود عیب مخفی در آن توجیه شده و برای بایع یا مشتری از این حیث تعهداتی مقرر شده است. برای مثال در مادهٔ ۱۶۰۳ ق.م.ف. آثار بیع در دو تعهد اساسی تسلیم و تضمین خلاصه شده و در مادهٔ ۱۶۲۵ ق.م.ف. دو نوع تضمین برای بایع مقرر شده، نخست اینکه تصرف و مالکیت

۱. «سوغه مسیس الحاجة إليه».

۲. إذا وقع البيع و قبض البائع الثمن يخاف المشتري من ضياع ثمنه إذا تبين بعد ذلك أن المبيع لغير البائع، فيأخذ المالك من المشتري و يتمرد البائع عن دفع الثمن إليه، فحينئذ يضمن ضامن للمشتري ثمنه الذي دفعه إلى البائع، ليكون المشتري واثقاً بعدم ضياع ماله.

۳. الضرورة فإنه لو لم يجز مثله لزم تعطيل بعض المعاملات، فان كثيراً ما يحتاج الإنسان إلى المعاملات مع من لا يوثق به في تلف الثمن، على تقدير بطلان البيع و عمل المسلمين.

انتقالی به مشتری بلامنازع باشد. [کسی نسبت به آن ادعایی نداشته باشد] این تضمین به‌عنوان جبران مقابله با تخلیه یا رفع تصرف احتمالی توصیف شده تا مشتری از بیم و نگرانی تخلیه احتمالی آسوده شود (Mazeaud, 1998: 227). دوم اینکه مبیع سالم و فاقد عیب موجب خیار باشد که بعضی هدف از آن را تضمین اجرای کامل قرارداد توصیف کرده‌اند (98: Rousseau, 1986). همچنین در مواد ۴۱ و ۴۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی مقرر شده بایع باید مالی را تسلیم کند که ثالث نسبت به آن ادعا یا حقی نداشته باشد. در ماده ۲:۳۰۵ طرح اصول مشترک مرجع اروپایی (dcfr) نیز مقرر شده کالا باید آزاد از هر گونه حق یا ادعای ثالث باشد (von bar, 2009: 81-196). همچنین مطابق ماده ۱۰۲ قانون بیع مشترک اروپایی cesl کالا باید از هر گونه حق یا ادعای ثالث آزاد باشد و لزوم تطابق مبیع در بند c ماده ۹۱ آن و در بند ۲۱ ماده ۴۳۳ ق.م. آلمان (dannemann & vogenauer, 2013: 556-559) به لزوم نبود هیچ‌گونه عیبی در مبیع، اعم از مادی یا حقوقی، تصریح شده که تمام این مقررات به‌نحوی ناظر بر حمایت از منافع قراردادی مشتری است. در نتیجه، اگر ضمان درک در راستای رویکرد و هدف شناسایی از آن تفسیر و اعمال شود، از سویی، مطابق با اصول منطق حقوقی تفسیر است، زیرا هر قاعده‌ای باید در راستای رسیدن به هدف آن تفسیر و اعمال شود. از سوی دیگر، اگر منافع انتظاری مورد حکم قرار گیرد، به‌طور کامل از زیان‌دیده چنین قراردادی حمایت می‌شود و همچنین موجب کارایی حقوق قراردادهای می‌شود، زیرا معامله‌کننده معارض اگر منفعی از این قرارداد عاید او نشود، اقدام به انعقاد آن نمی‌کند. بنابراین، یکی از قواعد استنادی ضمان معامله‌کننده معارض به منافع انتظاری، اعمال ضمان درک در راستای هدف اجتماعی شناسایی آن است.

۳.۳. ضمان ناشی از اقتضای معاوضه

هرچند ضمان ناشی از عقود معاوضی بیشتر در مورد تلف قبل از قبض یا تسلیم، اعمال و مجری است که به ضمان معاوضی مشهور است. علاوه بر این، اقتضای معاوضی بودن عقود معوض یکی از دلایل ضمان است که به قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» معروف است و در معاملات معارض غیرمعتبر نیز قابل اعمال است. از این رو بعضی معتقدند یکی از اسباب ضمان، قبض به عقد فاسد است، چون تمام عقود معاوضی ضمان‌آور است. برای مثال بیع صحیح مضمون به ثمن المسمی و بیع فاسد ضمان‌آور به مثل یا قیمت است. اما عقود مجانی صحیح و فاسد آن ضمان‌آور نیست. پس، سبب ضمان معاوضات قاعده ید است و سبب عدم ضمان در عقود مجانی تسلیط مجانی است که مسقط ضمان ید است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱: ۸۹-۸۸). حتی بعضی قاعده را به هر رابطه

حقوقی یا عمل حقوقی توسعه داده تا شامل عقد لازم و جایز و ایقاع مانند خلع و جعاله نیز بشود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۸۳). بعضی مبنای اعتبار قاعده را به اراده طرفین عقد مستند کرده که هر یک با انعقاد عقد اقدام به ضمان کرده‌اند (طوسی، ۱۳۷۸ق، ج ۳: ۵۸، ۶۵، ۶۸، ۸۵ و ۸۹).

با این حال دیدگاه‌ها در خصوص مقصود از اصل قاعده متفاوت است، برای مثال بعضی معتقدند مطابق اصل قاعده همان‌گونه که در بیع صحیح، اگر مبیع در تصرف مشتری تلف شود، خسارت به مشتری وارد، و او باید ثمن را به بائع پرداخت کند، در بیع فاسد نیز مشتری باید مبیع را به بائع مسترد نماید (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸: ۲۵۴). مطابق این دیدگاه ضمان اصل قاعده در بیع صحیح، ضمان معاوضی است که با تلف معوض، باید عین عوض آن به طرف قرارداد برگردانده شود، اما ضمان در معامله معوض باطل، ضمان قهری است که متصرف باید عین مورد معامله را به مالک آن مسترد نماید. هرچند بعضی حقوقدانان نیز تحت تأثیر این وجه معتقدند هر عقدی که در صحیح آن خسارت و تلف و نقص مورد معامله به شخص متصرف تحمیل شود، در باطل آن نیز خسارت مزبور به متصرف تحمیل می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۹ق، ج ۲: ۹۳).

دیدگاه مذکور قابل اعتماد نیست، چون قاعده را از اعتبار و استقلال خارج می‌کند، زیرا نسبت به ضمان ناشی از معامله صحیح، ضمان معاوضی و نسبت به ضمان ناشی از معامله باطل، قاعده حرمت مال غیر و علی‌البد کافیه است و نیازی به تأسیس قاعده جدیدی نیست. لذا بعضی (قزوینی، ۱۴۱۹ق: ۱۹۲-۱۹۱) اشکال کرده که اگر ضمان به معنای تلف از دارایی مالک باشد، لازمه آن، تفکیک و تعدد در معناست، زیرا در صورت فساد عقد، تلف مبیع در تصرف مشتری از دارایی بائع است و نهایت اینکه پرداخت مثل یا قیمت آن از دارایی مشتری است، ولی خسارت بر بائع وارد می‌شود. درحالی‌که عبارت قاعده قابلیت این وجه را ندارد، چون عبارت «کذلک یضمن بفاسده» صریح در این است که مبیع و منافع آن باید به بائع مسترد شود. علاوه بر این، هدف از تأسیس قاعده، تضمین متصرف به مثل یا قیمت است که این وجه آن را نمی‌رساند. اگر ضمان به معنای وجوب رد تفسیر شود، باز هم اشکالاتی وارد است، زیرا اولاً در این فرض اعتبار مسئولیت مشتری نسبت به مالیت مبیع لغو است، چون اقتضای عقد صحیح لزوم رد ثمن است؛ ثانیاً متعلق ضمان در مقدم و تالی متفاوت می‌شود، چون در اولی ثمن و در دومی مبیع است. بنابراین، مناسب‌تر این است که ضمان در هر دو به معنای وجوب رد عوض اعم از عوض توافقی و عوض واقعی مانند مثل یا قیمت تفسیر شود. در نتیجه، معنای آن این است، در هر عقدی که در صحیح آن عوض باید داده شود، اعم از تلف معوض یا موجودیت آن، در فاسد آن هم باید عوض پرداخت شود که عوض به معنای عام، شامل توافقی و واقعی است. پس اصل قاعده به عقود معاوضی و عکس آن بر عقود امانی و مجانی ناظر است.

هرچند این اشکالات بر تفسیر مزبور وارد است، اما تفسیر قاعده به معنای وجوب رد عوض موجه نیست، زیرا در معامله صحیح، مبنای لزوم رد عوض، ادله لزوم وفای به عقد یا مالکیت طرف دیگر قرارداد نسبت به مورد معامله است و در عقد باطل نیز حق مالکیت و قاعده علی‌الید است. علاوه بر این، در معامله باطل تا زمانی که عین موجود است، متصرف تکلیفی به رد عوض ندارد، بلکه باید عین را رد کند. از این رو بعضی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲: ۲۵۸) معتقدند همان‌گونه که در معامله صحیح، مشتری باید ثمن را پرداخت کند، در فرض بطلان آن نیز باید عین مبیع و منافع آن را به بایع مسترد کند، چون آن در دارایی بایع باقی است و اگر تلف شود، مشتری ضامن است. ولی همان‌گونه که واضح است، با این تعبیر نیازی به تأسیس قاعده جدید نیست، زیرا اصل لزوم وفای به عقد در فرض صحت و حرمت تصرف در مال دیگری در فرض بطلان، برای اثبات چنین ضمانتی کافی است.

بعضی دیگر اصل قاعده را به عقود معاوضی ناظر دانسته (سیزوری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰: ۱۶۶) و معتقدند مراد از ضمان، معنای عرفی و رایج آن، یعنی وجود شی بر ضمن عهده است، اعم از اینکه سبب آن فعل شخص، حکم شارع با عرف باشد. پس، معنای قاعده این است در هر موردی که عهده مورد عقد صحیح بر طرفین آن باشد، عقد باطل آن نیز ضمان آور است (سیزوری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۶: ۲۵۳). در این تعبیر مراد از عهده روشن نشده که ضمان معاوضی است یا لزوم تسلیم عوض در قبال اخذ معوض است. هرچند ظاهر در این است که در فرض صحت معاوضه، ضمان معاوضی و در فرض بطلان آن، ضمان قهری است که اشکالات سابق بر این دیدگاه نیز وارد می‌باشد. لذا بعضی از اقتضای ذاتی معوض بودن معاوضه صحیح برای ضمان آور بودن معاوضه باطل استفاده کرده و معتقدند اصل قاعده بر عقد باطل و تلف مورد آن حاکم است، زیرا اگر عین موجود باشد، مالک می‌تواند به استناد قاعده سلطه آن را مطالبه کند، ولی در مورد فساد با توجه به اینکه مالک آن را تسلیم کرده، دلیل شرعی رجوع مالک به متصرف این قاعده است (مامقانی، ۱۳۱۶ق، ج ۳: ۴۰۲). در این توجیه از اقتضای ذاتی معوض بودن معاوضه صحیح برای ضمان آور بودن معاوضه باطل تنقیح مناط شده که اگر عین مقبوض به معاوضه باطل بدون تعدی و تفرط متصرف تلف شود، او ضامن است و اذن یا تسلیم مالک مانع مسئولیت متصرف نیست، برخلاف عقد مجانی فاسد که اذن مالک یا تسلیم او مانع ضمان متصرف در فرض تلف است. هرچند این تقریب با ظاهر قاعده مطابق است، با روح قاعده و نیز ضمان موضوع بحث قابل تطبیق نیست. به همین سبب بعضی ضمان را در این قاعده به غرامت که در عقد صحیح عوض المسمی و در عقد فاسد، عوض واقعی است تفسیر کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۹۴-۹۳). بعضی دیگر، خسارت ناشی از بطلان عقد مجانی به شرط عوض را نیز به عنوان فرض سوم مطرح کرده و معتقدند مراد از ضمان، جبران خسارت وارده

است که باید تدارک شود. پس، مراد از ضمان، تلف از دارایی ضامن نیست، چون انسان ضامن اموال خودش نیست. اما نحوه تدارک آن، گاهی به عوض توافقی است که شارع نیز امضا کرده است، مانند ضمان ناشی از عقد معاوضی صحیح و گاهی به عوض واقعی مثل یا قیمت است اگر شارع توافق طرفین را امضا نکند. گاهی به اقل بین عوض واقعی و توافقی است، مثل تلف عین موهوبه به شرط عوض که محدود به عوض شرط است. (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۸۴). اگر این مفهوم از ضمان در قاعده استفاده شود، غرامت عنوان عرفی است که خسارت ناشی از عدم نفوذ معامله را در معامله معارض شامل می‌شود، زیرا در این فرض علت عدم نفوذ معامله، انعقاد معامله معارض توسط معامله‌کننده است و حکم شارع به استقلال و ابتداء نیست. به همین دلیل بعضی درباره ضمان ناشی از قاعده معتقدند اگر یکی از طرفین جاهل به فساد و دیگری عالم به آن باشد گفته شده که جاهل ضامن نیست، چون مغرور است و حق رجوع به غار دارد، بلکه اگر هر دو جاهل باشند، ولی محرک دیگری در انعقاد عقد باشد، این مورد نیز مشمول قاعده غرور است و تحریک‌کننده ضامن خسارت طرف مقابل است. ولی باید گفت که مغرور جاهل به ضمان نیست، بلکه جاهل به فساد عقد است، اما اقدام کرده به ضمان بله اگر که ثمن توافقی کمتر از ثمن المثل یا قیمت بازاری باشد، به استناد قاعده غرور حق رجوع به مازاد را خواهد داشت. (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۴۲۷-۴۲۶). بنابراین، با توجه به اینکه معامله‌کننده معارض طرف قربانی را فریب داده، چون ظاهر این بوده که معامله را غیرمعارض انشاء نموده، قربانی می‌تواند جبران فوت منافع انتظاری را که عرفاً زیان محسوب می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۳: ۷۵). از معامله‌کننده معارض مطالبه کند.

بعضی دیگر درباره قلمرو ضمان معتقدند اصل ضمان از مسلمات این قاعده است که نسبت به قلمرو آن دو وجه قابل احتمال است. نخست اینکه هر طرف قرارداد، به مقدار قیمت مالی که به آن اقدام و اراده کرده، ضامن باشد. دوم اینکه هر یک قیمت مال را بدون تقید به هر مقداری که برسد ضامن باشد. این معنا از قاعده ظاهر است، چون ضمان محدود و مقید به آن قدر که هر طرف اراده کرده، از قاعده استفاده نمی‌شود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۰ق: ۱۴۳)، هرچند بعضی این تفسیر را در نهایت ضعف و سستی توصیف کرده، چون ضمان به عوض توافقی عقد را از وضعیت بطلان خارج می‌کند و تدارک در عقد صحیح به امضای شارع به عوض توافقی است نه اینکه معنای ضمان در صحیح مغایر با فاسد باشد که تفکیک معنا در عبارت را لازم شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ۱۸۵)، اما این تعبیر چندان از ظاهر قاعده دور نیست، چون اگر ضمان در قاعده به معنای خسارت توصیف شود نه عوض توافقی یا عوض واقعی که تعدد معنای مضمون به در عقد صحیح و باطل را لازم آید. معنای قاعده این است که هر عقدی که در فرض صحت برای طرف قرارداد ضمان‌آور باشد، در فرض بطلان و انحلال نیز ضمان‌آور

خواهد بود (باریکلو، ۱۳۹۴: ۲۷۲). برای مثال عقد بیع در فرض صحت برای بایع نسبت به مبیع و مشتری نسبت به ثمن ضمان‌آور است، به این معنا اگر آن را تلف کنند، باید مثل یا قیمت آن را به طرف دیگر قرارداد پرداخت کند، در فرض بطلان و عدم اعتبار نیز باید مثل یا قیمت آن را پرداخت کند. این معنا از قاعده مناسب‌ترین است، زیرا اولاً این قاعده در کنار سایر قواعد مورد مستقل خواهد داشت که در این صورت تأسیس آن لغو و زائد نیست؛ ثانیاً معنای ضمان در قاعده لزوم جبران خسارت است که در فرض صحت و بطلان معاوضه، مضمون به مثل یا قیمت مال تلف شده است. اما تطبیق قاعده بر موضوع بحث این‌گونه است که معامله‌کننده با انعقاد عقد به حالت معارض موجب ورود خسارت ناشی از فوت منافع قراردادی به قربانی طرف قرارداد شده است و مطابق این قاعده باید مثل یا قیمت آن را به‌عنوان جبران خسارت تسلیم کند.

۳.۴. ضمان ناشی از اقرار معارض

یکی دیگر از مواردی که می‌توان ضمان معامله‌کننده معارض را به جبران منافع قراردادی اثبات کرد، ضمان ناشی از اقرار معارض است. هرچند این یک قاعده دادرسی است، ولی قابلیت اعمال نسبت به جبران منافع قراردادی را نیز دارد. از آنجا که در روند قضایی یک پرونده، اقرار از مهم‌ترین و محکم‌ترین دلایل دادرسی است، از دیدگاه فقهی اگر دادرس به استناد اقرار حکم را صادر کند، چنین اقراری ولو خلاف واقع باشد، به مشروعیت حکم صادره لطمه‌ای وارد نمی‌کند. برای مثال نظریه مشهور فقهی بر این قرار گرفته که اگر کسی مثلاً اقرار به تعلق مالی به «الف» کند و بعد اقرار کند که همان مال متعلق به «ب» است، عین مال را باید به «الف» و مثل یا قیمت آن را باید به «ب» تحویل دهد (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۸۹؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ج ۲: ۱۰۴۴؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ج ۳: ۳۳۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۳: ۱۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۱: ۲۳۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ج ۵: ۴۰۹؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ج ۳: ۱۰۷؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ج ۳: ۲۲۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ج ۲: ۳۷۹؛ شیرازی، ۱۴۲۷: ج ۱: ۵۱۱).

به هر حال اعتبار هر دو اقرار مورد قبول مشهور فقها قرار گرفته و به استناد آن حکم به ضمان مقرر در قبال مقرله اول و دوم کرده‌اند، که مستند نظریه و نحوه اعمال آن بر موضوع بررسی می‌شود. درباره مستند نظریه، هرچند بعضی (بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ج ۵: ۴۰۹) آن را به اطلاق ادله حجیت هر دو اقرار مستند کرده‌اند، اما ظاهراً استناد آن، اطلاق اعتبار اقرار و عدم امکان عقلی ترتب اثر دو اقرار نسبت به شیء واحد است، زیرا از سویی ادله اعتبار اقرار مطلق است و نمی‌توان حکم به عدم اعتبار هر دو یا یکی از آن کرد. از سوی دیگر، امکان اجرای هر دو اقرار به عین مقربه عقلاً ممکن نیست. لذا حکم به مالکیت مقرله اول نسبت به عین مال و

مقرله دوم نسبت به مثل یا قیمت مال شده و مقر را نسبت به عین در قبال مقرله اول و نسبت به مثل یا قیمت آن در قبال مقرله دوم ضامن دانسته‌اند.

هرچند بعضی (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۲۶) قاعده اتلاف و تسبیب را برای توجیه نظر مشهور واسطه گرفته، به این بیان که وقتی مقر مال را به نفع مقرله اول اقرار می‌کند، مالکیت او نسبت به مال احراز می‌شود و وقتی دوباره نسبت به همان مال به نفع مقرله دوم اقرار می‌کند، اقرار دوم نسبت به مقرله اول، اقرار و نسبت به مقرله دوم اتلاف است. ولی این توجیه قابل اعتماد نیست، زیرا اگر هر اقرار به تنهایی مورد توجه قرار گیرد، وقتی که با اقرار اول مالکیت مقرله نخست احراز شد، اقرار دوم، چون اخبار به ضرر مالک یا مقرله اول است، موضوعاً از حیث حقوقی اقرار شمرده نمی‌شود، بلکه نوعی ادعا نسبت به مال غیر است.

اما ارتباط نظریه بر موضوع مورد بحث این‌گونه است که مطابق قواعد نمی‌توان هر دو معامله معارض را مؤثر دانست، زیرا مال از اموال خارجی است که موضوع دو معامله به‌طور کامل واقع شده درحالی که به مقتضای ادله عقلی و ماده ۱۹۰ ق.م. هر معامله‌ای باید موضوع مستقل از معامله دیگر داشته باشد و چون مال واحد ابتدائاً موضوع معامله مقدم قرار گرفته، معامله مؤخر غیرمعتبر است، اما از حیث ادله دادرسی معامله‌کننده با انشای معاملات معارض، به‌طور ضمنی اقرار کرده که مال را به هر دو نفر فروخته است. لذا به اقتضای این نظریه می‌توان حکم به تعلق عین به مشتری معامله مقدم و تعلق مثل یا قیمت عین به مشتری معامله معارض غیرمعتبر کرد. بنابراین، از حیث جبران‌ها می‌توان گفت که وقتی معامله‌کننده معارض مال را به دو نفر ایجاب نموده، در ضمن ایجاب اقرار کرده که مال را به هر دو فروخته است و اکنون که مالکیت مورد معامله بین مشتریان شناور است، می‌توان از نظریه ضمان ناشی از اقرار متعارض استفاده کرد و معامله‌کننده معارض را محکوم به دادن عین به یکی از مشتری‌ها و قیمت روز پرداخت آن به سایرین محکوم کرد، به‌خصوص در مواردی که تاریخ معاملات معارض مجهول است.

دوباره نحوه اعمال نظریه و تعلق عین و قیمت آن می‌توان در مواردی که به دلیل یا اصل تقدم و تأخر زمانی بین دو معامله احراز شود، بایع را به تسلیم عین به مشتری معامله مقدم و مثل یا قیمت آن به مشتری معامله مؤخر ملزم کرد. در مواردی که تقدم و تأخر زمانی انعقاد معاملات احراز نشود، به معیار تقدم عقلایی اعتبار سند رسمی بر عادی و نیز احتمال تطابق بیشتر سند رسمی با واقع نسبت به سند عادی، می‌توان عین را به مشتری محسوب کرد که معامله او مستند به سند رسمی است و قیمت را برای مشتری دانست که معامله او مستند به سند عادی یا شهادت شهود است، زیرا غالباً معاملاتی که مستند به سند عادی یا شهادت شهود است، متأخر از عقدی است که ملک به سند رسمی از دارایی فروشنده منتقل شده است و

معامله‌کننده برای جبران خسارت ناشی از افزایش بعدی قیمت ملک یا آسیب به خریدار دارای سند رسمی، اقدام به تنظیم سند عادی یا شهادت شهود به تاریخ مقدم بر تاریخ سند رسمی می‌کند تا از این طریق اعتبار معامله و سند رسمی را مخدوش کند. از این‌رو برای حمایت از حقوق مشتری دارنده سند رسمی و نیز لزوم حفظ اعتبار سند رسمی به منظور حفظ نظم معاملات می‌توان حکم به تعلق عین به دارنده سند رسمی و پرداخت قیمت آن به دارنده سند عادی یا شهادت شهود کرد تا از سویی حمایت مؤثر از مشتریان قربانی معامله معارض و حفظ اعتبار اسناد رسمی شود و از سوی دیگر ریسک انعقاد معامله معارض افزایش یابد تا کسی فکر انعقاد آن را نداشته باشد.

همان‌گونه که بعضی اقرار را شامل تصرفات عقدی و ایقایی و مادی دانسته‌اند که مقرر ملزم به انجام تکلیفی می‌شود که اگر اقرار نبود، به آن الزام نمی‌شد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳: ۳۳۳) می‌توان رابطه مشتریان قربانی معامله معارض با معامله‌کننده را مصداق رابطه مقرر به اقرار معارض توصیف کرد و به استناد نظریه مشهور مبنی بر ضمان مقرر نسبت به هر دو مقرلهما، قربانیان معامله معارض غیرمعتبر را حداقل مستحق مطالبه قیمت مال موضوع معاملات معارض دانست تا از این طریق از آنان حمایت حقوقی شود و جبران مناسب به آنان تعلق گیرد. البته بعضی مسئولیت مقرر را منوط به تسلیم مال به یکی از مقرله کرده، ولی اگر به حاکم تسلیم کند، ضامن نیست (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۷) که در مورد بحث نیز چون مال را به یکی از مشتریان تحویل داده، این نظریه بر مورد منطبق است.

در نتیجه توجه به نظریات فقهی و نیز اعتبار حقوقی آن مطابق اصل ۱۶۷ ق.ا. لازم است قضات به صرف عدم اعتبار معامله معارض به رد و بازگرداندن ثمن اکتفا نکنند، بلکه به منافع مشتری قربانی معامله معارض نیز توجه کنند، زیرا با توجه به لزوم صدور ایجاب و قبول مطابق ماده ۳۳۹ ق.م.، معامله‌کننده معارض با صدور ایجاب یا قبول، ضمناً اقرار به معامله مال با طرف قرارداد کرده و به استناد این اقرار باید مثل یا قیمت مورد معامله را به طرف قرارداد معارض غیرمعتبر پرداخت کند.

نتیجه

در جبران‌های مترتب بر قراردادهای معارض غیرمعتبر دو هدف اصلی و اساسی باید مورد توجه قضات و دست‌اندرکاران امور دادرسی اعم از دولتی و خصوصی قرار گیرد؛ نخست عدم بهره‌مندی معامله‌کننده معارض از منافع نامشروع ناشی از انعقاد قرارداد، چون اکثر کسانی که اقدام به انعقاد معامله معارض می‌کنند، منافع نامشروعی را از این طریق به دست می‌آورند که انگیزه اصلی آنان از انعقاد عقد است. از این‌رو باید این انگیزه مورد توجه قرار گیرد و طوری

حکم قضایی صادر شود که منافع نامشروع او تأمین نشود. از این حیث اصل حرمت مال مسلم که از اصول مسلم حقوق ایران است، توانایی و کارایی لازم برای بهره‌مند نشدن معامله‌کننده معارض از اکتساب منافع نامشروع را داراست. به این بیان که چون معامله معارض غیرمعتبر محسوب شده، ثمن در دارای مشتری باقی مانده و در نتیجه معامله‌کننده معارض هر معامله‌ای که بر روی آن انجام دهد، مطابق ماده ۱۹۷ ق.م. متعلق به مشتری مالک ثمن است و معامله‌کننده از آن نفعی نمی‌برد. از این رو از حیث اصول حقوقی در این زمینه مشکلی وجود ندارد و فقط اشکال در رویه و صدور آراست که این قاعده را مورد توجه قرار نمی‌دهند.

درباره هدف دوم، با اینکه غالب نظریات فقهی - حقوقی و مواد قانونی ناظر و متمرکز بر حق مالکیت است که نتیجه آن اختیار استرداد ثمن یا مورد معامله توسط قربانی معامله معارض است، ولی می‌توان بر مبنای قاعده غرور و ضمان ناشی از اقرار معارض، معامله‌کننده را نسبت به منافع انتظاری ملتزم دانست و در کنار جبران استرداد، جبران ترمیمی را نیز اعمال نمود. همچنین به استناد ضمان درک مشروط به اینکه قاعده با توجه به هدف شناسایی از آن، که امنیت رابطه قراردادی است اعمال شود، ضمان معامله‌کننده نسبت به منافع قراردادی قابل اثبات است. افزون بر این، به استناد ضمان ناشی از معاوضات که در ادبیات فقهی به قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده» تعبیر شده، ضمان معامله‌کننده معارض نسبت به منافع قراردادی توجیه‌پذیر است مشروط بر اینکه اولاً این قاعده ناظر بر روابط حقوقی ناشی از قرارداد غیرمعتبر حمل شود، چون در موارد صحت قرارداد، ادله لزوم وفای به عقد کافی است؛ ثانیاً به اصل قاعده که ضمان قرارداد غیرمعتبر منوط به ضمان در معتبر آن شده برای احراز مسئولیت معامله‌کننده معارض استناد شود. به این بیان که همان‌گونه که در عقد نافذ، اگر یک طرف قرارداد موضوع عقد را تلف کند، در مقابل طرف دیگر ضامن است که متضمن منافع قراردادی است، در عقد غیرمعتبر که عدم اعتبار منتسب به عمل یکی از طرفین قرارداد است، باید منافع انتظاری طرف دیگر را ضامن باشد.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۴۲۵ق). *کتاب القضاء*، قم: انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی.
۲. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق). *المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۳. ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). *دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.
۴. باریکلو، علی‌رضا (۱۳۹۴). *حقوق قراردادها: عقود معین (۱)*، ج اول، تهران: میزان.
۵. ----- (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی*، ج پنجم، تهران: میزان.
۶. ----- (۱۳۹۰). *اموال و حقوق مالی*، ج اول، تهران: سمت.

۷. ----- (۱۳۹۵). «تحلیل رویکرد حقوق اسلام و فرانسه به ضمان درک»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۱، ص ۲۱-۱.
۸. بحرانی، حسین بن محمد (بی تا). *الأنوار اللوامع*، قم: مجمع البحوث العلمیة.
۹. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق). *بلغة الفقیه*، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۰. بصری بحرانی، زین‌الدین محمد امین (۱۴۱۳ق). *کلمة التقوی*، قم: سید جواد وداعی.
۱۱. بهبهانی، محمد باقر (۱۳۱۰ق). *رسالة عملیه متاجر*، تهران: حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.
۱۲. حائری حسینی، سید کاظم (۱۴۲۳ق). *فقه العقود*، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۳. حسینی المرافی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق). *العناوین*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۴. حلی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری (۱۴۲۸ق). *ایضاح ترددات الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی.
۱۵. حلی سیوری، مقداد بن عبد الله (۱۴۰۳ق). *نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة*، قم: انتشارات کتابخانه آیة‌الله مرعشی.
۱۶. حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷). *مصباح الفقاهة*، محمدعلی توحیدی، قم: مؤسسه انصاریان.
۱۸. سبزواری، سید عبد‌العلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار.
۱۹. سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*، قم: دفتر آیة‌الله سیستانی.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: عصر حقوق.
۲۱. شیرازی حسینی، سید صادق (۱۴۲۷ق). *المسائل الإسلامیة مع المسائل الحدیثیة*، قم: منشورات رشید.
۲۲. طباطبایی حائری، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل‌البت (ع).
۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۴. ----- (۱۴۲۱ق). *حاشیة المکاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط*، تهران: المکتبه المرتضویة.
۲۶. کاشف‌الغطاء، محمد حسین بن علی (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله*، نجف اشرف: المکتبه المرتضویة.
۲۷. کاشف‌الغطاء نجفی، جعفر بن خضر مالکی (۱۴۲۰ق). *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه*، مؤسسه کاشف‌الغطاء - الذخائر.
۲۸. قارپوزآبادی، ملاعلی (۱۴۱۴ق). *صیغ العقود و الإیقاعات (محشی)*، قم: انتشارات شکوری.
۲۹. قزوینی، سید علی موسوی (۱۴۱۹ق). *رسالة قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بغاسده»*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۰. مامقانی، محمدحسن (۱۳۱۶ق). *غایة الأمل*، قم: مجمع الذخائر الإسلامیة.
۳۱. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، قم: مؤسسه آل‌البت (ع).
۳۲. موسوی بجن‌وردی، سید حسن بن آقا بزرگ (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیة*، قم: نشر الهادی.
۳۳. میرزای قلی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق). *جامع الشتات*، تهران: مؤسسه کیهان.
۳۴. منتظری، حسین علی (۱۳۸۳). *رسالة استفتاءات*، قم: سایه.
۳۵. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲ق). *رسائل و مسائل*، قم: کنگره نراقیین.
۳۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام*، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
۳۷. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق). *منهاج الصالحین*، قم: مدرسه امام باقر (ع).

(ب) خارجی

38. Mary Charman, (2007). *Contract Law, Fourth edition*, London, Willan Publishing.
39. Dannemann Gerhard and vogenauer Stefan (2013). *the Common European salesLaw in contact: interaction with English and German law*, oxford scholarship online.
40. Felemegas John (2007). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, New York, Cambridge University Press.

41. Geoffrey Samuel, (2001). LAW of Obligations and Legal Remedies, London, Cavendish Publishing Limited.
42. Mak Vanessa, (2009). *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, OXFORD and PORTLAND, OREGON
43. Mazeaud, Henri et Leon par François Chabas, (1998). *Leçons de droit civil obligation*, Paris t. 2, Montchrestien.
44. Ribeiro Robert (2002). *Damage and other remedies for breach of commercial contracts*, London: Thorogood,
45. Rousseau Thérèse -Houle(1986). Précis du droit de la vente et du louage, Presses Université Laval.
46. von Bar Christian, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem†, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zollr, (2005). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Newyork, Springer Wien.