



# پرویس بین المللی ارس گروه حقوق

پایان نامه

برای دفاع از دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان

مقایسه ضمان درک در حقوق ایران و مصر

استاد راهنما

دکتر سید محمد تقی علوی

استاد مشاور

دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

پژوهشگر

علی محمودی

تابستان ۱۳۹۳

## تشکر و سپاس

منت خدای را عزوجل که طاعش موجب قربتت و به شکر اندرش مزید نعمت.

اولین تشکر و قدر دانی خودم را به پیشگاه خالق عبدیت و عبودیت و خالق زیباییها و دوست داشتنیها عرضه داشته و حمد و ثنا گویان عرض می نمایم خدای من چقدر بخشنده و مهربانی که به ناچیز ترین بنده خود هم نظر لطف و عنایت داری و این حقیر را در تمام مراحل زندگی یار و یاور بوده ای به اندازه بزرگواریت سپاس می گویم .

دومین تشکر و قدر دانی خودم را تقدیم می کنم به استاد وارسته و شایسته و الگوی تمام نمای علم و ادب و اخلاق جناب آقای دکتر علوی که زحمت استاد راهنمایی این پایان نامه را تقبل فرموده اند .

سومین تشکر و قدر دانی خودم را تقدیم می کنم به استاد بزرگووارم جناب آقای دکتر شعاریان که زحمت استاد مشاوره این پایان نامه را تقبل فرموده اند.

چهارمین تشکر و قدر دانی خودم را تقدیم می کنم به استاد بزرگووارم جناب آقای دکتر باقری که زحمت استاد داوری این پایان نامه را تقبل فرموده اند .

پنجمین تشکر و قدر دانی خودم را تقدیم می کنم به پدر و ماد دلسوز و مهربان که همیشه یار و یاور بنده بوده اند و هرچه داشته ام به یمن دعای خیر ایشان می باشد .

ششمین تشکر و قدر دانی خودم را تقدیم می کنم به خانواده خوبم : ۱- همسر مهربان و صبورم که در تمام مراحل زندگی در کنارم بوده و این حقیر را یار و یاور بوده و تمام مشکلات را به جان خریده و مرا تحمل کرده است ۲- دخترم عزیز و نازنینم که در طول این دو سال تحصیل نهایت رنج و زحمت را متحمل شده است

در پایان از تمام دوستان و آشنایان که این حقیر را در دوران این دو سال کمک و یاری فرموده اند کمال تشکر و قدر دانی را دارم

نام خانوادگی : محمودی	نام : علی
عنوان : مقارنه ضمان درك در حقوق ایران و مصر	
استاد راهنمای اول: دکتر سید محمد تقی علوی	استاد مشاور: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری
مقطع تحصیلی : کارشناسی ارشد	رشته : حقوق
دانشکده : پردیس بین المللی ارس	
تاریخ دفاع: ۱۳۹۳/۰۶/۱۹	تعداد صفحات: ۱۰۷
کلید واژه ها : ضمان ، درك ، مستحق للغير ، غرامت ، مبيع ، تنفيذ ، معامله فضولی ، عهده	
<p style="text-align: right;"><b>چکیده:</b></p> <p>در صورت تحقق عقد واحراز فساد آن به علت مستحق للغير در آمدن مبيع بايع ضامن درك ثمن بوده و دو تکلیف بر عهده دارد . اول رد ثمن اعم از اینکه مشتری عالم یا جاهل به فساد عقد بوده باشد و دوم در صورت جهل مشتری به مستحق للغير بودن مبيع و فساد عقد باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز بر آید و مشتری نیز ضامن درك مبيع می باشد و عدم تصریح طرفین به ضمان درك هیچ خللی به مسوولیت بايع در خصوص رد ثمن و در صورت جهل مشتری به پرداخت غرامات ، وارد نمی سازد و باعنایت به اینکه نویسندگان قانون مدنی در موضوع ضمان درك از دو مبنای متعارض پیروی کرده و در موادی از قانون مدنی از جمله مواد ۷۰۸-۳۷۹ و بند ۲ ماده ۳۶۲ ضمان درك را به پیروی از قانون مدنی فرانسه از آثار عقد صحیح بر شمرده اند و از سوی دیگر در مواد ۳۹۳-۳۹۰-۳۹۱-۳۱۴-۸۱۷-۶۹۷ ق.م به تبعیت از مبانی فقهی (فقه امامیه ) ضمان درك را از آثار بیع فاسد بر شمرده اند و در فقه اهل سنت که حقوق مصر نیز از سردمداران بزرگ آن می باشد از ضمان درك به ضمان تعرض یا استحقاق هم تعبیر شده است از این رو ضمان درك مبيع را به التزام بايع به سلامت مبيع از حیث حقوق و علاقه غیر از بايع و به تبع آن ضمانت سلامت ثمن از ناحیه مشتری نیز تعریف کرده اند . بنابراین ضروری است که تعارض یاد شده در قانون مدنی هرچه زودتر اصلاح گردد.</p>	

## علايم اختصارى به زبان فارسى

ق.م : قانون مدنى ايران مصوب ۱۳۰۷

ق.م.ج : قانون مدنى مصر جديد

بى جا : بدون محل انتشار (يعنى محل انتشار معلوم نيست)

بى تا : بدون تاريخ (يعنى تاريخ چاپ معلوم نيست)

رك : رجوع كنيد به ...

ش : شماره

ه.ق : هجرى قمرى

ه.ش : هجرى شمسى

ج : جلد

فصل اول : کلیات ضمان

۱- بخش اول :

۱-۱-معنی ضمان.....	۱
۱-۱-۱-معنی لغوی ضمان.....	۱
۱-۱-۲-معنی اصطلاحی ضمان.....	۱
۱-۲-معنی درک.....	۲
۱-۲-۱-معنی لغوی درک.....	۲
۱-۲-۲-معنی اصطلاحی درک.....	۲
۱-۲-۲-۱-معنی اصطلاحی درک از نظر فقها.....	۲
۱-۲-۲-۲-معنی اصطلاحی درک از نظر قانون مدنی.....	۲
۱-۲-۲-۳-معنی اصطلاحی درک از نظر قرآن کریم.....	۳
۱-۳-معنی واژه ترکیبی ضمان درک.....	۳
۱-۳-۱-معنی ضمان درک از نظر فقها.....	۳
۱-۳-۲-معنی ضمان درک از نظر قانون مدنی.....	۳
۱-۳-۳-تفاوت دو نظر.....	۴
۱-۳-۴-تعریف ضمان درک مبیع.....	۴
۱-۳-۵-تعریف ضمان درک ثمن.....	۴

- ۴ ..... ۱-۳-۶-تعریف ضمان عهده ثمن.
- ۵ ..... ۱-۳-۷-تعریف ضمان عهده مبیع.
- ۵ ..... ۱-۳-۸-معنی ضمان درک از نظر اهل سنت.
- ۵ ..... ۱-۳-۸-۱-الامام ضامن.
- ۵ ..... ۱-۳-۸-۲-الخراج بالضمان.
- ۶ ..... ۱-۳-۸-۳-من تطب و لم يعلم منه طب فهو ضامن.
- ۶ ..... ۱-۳-۸-۴-من ضمن تاجر افلیس له الا رای ماله.
- ۶ ..... ۱-۳-۸-۵-اذا استقل البصیر بحمله فمن صاحبه.
- ۷ ..... ۱-۳-۸-۶-کل مفت ضامن.
- ۷ ..... ۱-۳-۸-۷-فان جاء طالبه فهو له ضامن.
- ۷ ..... ۱-۳-۸-۸-من اضرشی من طریق المسلمین فهو ضامن.
- ۷ ..... ۱-۳-۸-۹-بل عاریه مضمونه.
- ۷ ..... ۱-۳-۸-۱۰-لیس علی الضامن عزم.

## ۲-بخش دوم:

- ۸ ..... ۱-۲-تعریف عقد ضمان.
- ۸ ..... ۱-۲-۱-تعریف عقد ضمان از نظر قانون مدنی.
- ۸ ..... ۱-۲-۲-تعریف عقد ضمان از نظر فقها.
- ۹ ..... ۱-۲-۳-تعریف عقد ضمان از نظر حقوقدانان.

- ۹ ..... ۲-۱-۳-۱-دکتر کاتوزیان
- ۹ ..... ۲-۱-۳-۲-دکتر لنگرودی
- ۹ ..... ۲-۱-۳-۳-دکتر امامی
- ۱۰ ..... ۲-۲-اوصاف عقد ضمان
- ۱۰ ..... ۲-۲-۱-رضایی بودن عقد ضمان
- ۱۰ ..... ۲-۲-۲-منجز بودن عقد ضمان
- ۱۰ ..... ۲-۲-۳-معرض بودن عقد ضمان
- ۱۱ ..... ۲-۲-۴-تبعی بودن عقد ضمان
- ۱۱ ..... ۲-۲-۵-مسامحه ای بودن عقد ضمان
- ۱۲ ..... ۲-۲-۶-لزوم عقد ضمان
- ۱۲ ..... ۲-۳-ارکان عقد ضمان
- ۱۲ ..... ۲-۳-۱-ضامن
- ۱۳ ..... ۲-۳-۲-مضمون له
- ۱۴ ..... ۲-۳-۳-مضمون عنه
- ۱۵ ..... ۲-۳-۴-مورد ضمان
- ۱۵ ..... ۲-۳-۴-۱-مال بودن مورد ضمان
- ۱۶ ..... ۲-۳-۴-۲-موجود بودن مورد ضمان
- ۱۷ ..... ۲-۳-۴-۳-دین مورد ضمان

- ۱۷ ..... ۱-۳-۴-۲-استقرار دین
- ۱۷ ..... ۲-۳-۴-۳-تزلزل دین
- ۱۷ ..... ۳-۳-۴-۲-سبب دین
- ۱۸ ..... ۴-۳-۴-۲-مسائلی چند در مورد ضمان از دین
- ۱۸ ..... ۱-۴-۳-۴-۲-ضمان عهده نسبت به درک مبیع یا ثمن
- ۱۹ ..... ۲-۴-۳-۴-۲-ضمان عهده از ثمن یا مبیع در صورت فسخ
- ۲۱ ..... ۳-۴-۳-۴-۲-نفقه زوجه دائمه و اقارب
- ۲۱ ..... ۴-۴-۳-۴-۲-معین بودن مورد ضمان
- ۲۲ ..... ۵-۴-۳-۴-۲-علم تفصیلی به مورد ضمان
- ۲۲ ..... ۶-۴-۳-۴-۲-ضمان حال یا موجدل
- ۲۲ ..... ۷-۴-۳-۴-۲-ضمان به مقدار بیشتر یا کمتر از دین
- ۲۳ ..... ۸-۴-۳-۴-۲-ضمانت به خیر جنس

### ۳-بخش سوم:

- ۲۴ ..... ۱-۳-تعریف ضمان قهری
- ۲۴ ..... ۲-۳-اسباب ضمان قهری از نظر حقوقی
- ۲۵ ..... ۱-۲-۳-غصب
- ۲۵ ..... ۱-۱-۲-۳-استیلاء
- ۲۵ ..... ۲-۱-۲-۳-به نحوه عدوان



۲۶	.....۳-۲-۱-۳-برحق غیر.
۲۶	.....۳-۲-۱-۳-۱-حق.
۲۶	.....۳-۲-۱-۳-۲-غیر.
۲۶	.....۳-۲-۲-اتلاف.
۲۶	.....۳-۲-۳-تسبیب.
۲۸	.....۳-۲-۴-استیفاء.
۲۸	.....۳-۲-۴-۱-استیفاء از عمل غیر.
۲۹	.....۳-۲-۴-۲-استیفاء از مال غیر.
۳۰	.....۳-۳-موجبات ضمان قهری از نظر فقه اسلامی.
۳۰	.....۳-۳-۱-ضمان ناشی از قاعده لا ضرر.
۳۰	.....۳-۳-۱-۱-دیدگاه فقهای شیعه.
۳۱	.....۳-۳-۱-۲-دیدگاه فقهای اهل سنت.
۳۱	.....۳-۳-۲-ضمان ناشی از قاعده ید.
۳۲	.....۳-۳-۲-۱-دیدگاه فقهای شیعه.
۳۲	.....۳-۳-۲-۲-دیدگاه فقهای اهل سنت.
۳۳	.....۳-۳-۳-ضمان ناشی از قاعده اقدام.
۳۳	.....۳-۳-۴-ضمان غرور.
۳۴	.....۳-۳-۵-ضمان تعدی.

۳۴	..... دیدگاه فقهای شیعه ۳-۳-۵-۱
۳۵	..... دیدگاه فقهای اهل سنت ۳-۳-۵-۲
۳۵	..... ضمان حیلوله ۳-۳-۶
۳۵	..... دیدگاه فقهای شیعه ۳-۳-۶-۱
۳۵	..... دیدگاه فقهای اهل سنت ۳-۳-۶-۲
۳۶	..... مسقطات ضمان ۳-۴
۳۶	..... قاعده جب ۳-۴-۱
۳۶	..... مبانی فقهی قاعده جب ۳-۴-۱-۱
۳۸	..... قاعده استیمان ۳-۴-۲
۳۹	..... مستندات قاعده استیمان ۳-۴-۲-۱
۴۱	..... قاعده احسان ۳-۴-۳
۴۲	..... مستندات قاعده ۳-۴-۳-۱
۴۲	..... آیه قرآنی ۳-۴-۳-۱-۱
۴۲	..... سنت ۳-۴-۳-۱-۲
۴۲	..... عقل ۳-۴-۳-۱-۳
۴۳	..... اجماع ۳-۴-۳-۱-۴
۴۳	..... قلمرو قاعده ۳-۴-۳-۲
۴۳	..... نظریه دفع ضرر ۳-۴-۳-۲-۱

۴۳	..... نظریه جلب منفعت. ۳-۴-۳-۲-۲
۴۴	..... قاعده اقدام. ۳-۴-۴
۴۴	..... مستندات قاعده اقدام. ۳-۴-۴-۱
۴۴	..... روایات. ۳-۴-۴-۱-۱
۴۵	..... بناء عقلا. ۳-۴-۴-۱-۲
۴۵	..... اجماع. ۳-۴-۴-۱-۳
۴۶	..... مواردی که استناد فقها به قاعده اقدام. ۳-۴-۴-۲
۴۶	..... قاعده اذن. ۳-۴-۵
۴۶	..... اذن صریح. ۳-۴-۵-۱
۴۶	..... اذن به فحوی. ۳-۴-۵-۲
۴۷	..... اذن در رابطه با حکم وضعی. ۳-۴-۵-۳
۴۷	..... اذن عاری از قید یا عدم قید. ۳-۴-۵-۴

## فصل دوم: ضمان درک در حقوق ایران وفقه امامیه

### ۱- بخش اول:

۴۸	..... تفاوت بین ضمان درک و ضمان عهده. ۱-۱
----	---

### ۲- بخش دوم:

۵۰	..... مبانی ضمان درک در حقوق ایران. ۲-۱
----	---

- ۱-۱-۲ مبانی حقوقی ضمان درك در قانون مدنی ایران..... ۵۰
- ۲-۱-۲ مبانی فقهی ضمان درك..... ۵۴
- ۲-۱-۲-۱ مسوولیت فروشنده نسبت به رد ثمن..... ۵۴
- ۲-۱-۲-۲ مسوولیت فروشنده نسبت به خسارات و غرامات وارده بر مشتری..... ۵۶
- ۲-۱-۲-۲-۱ قاعده نفی ضرر..... ۵۶
- ۲-۱-۲-۲-۲ قاعده تسبیب..... ۵۷
- ۲-۱-۲-۲-۳ قاعده غرور..... ۵۸
- ۲-۱-۲-۳ مستحق للغیر در آمدن قسمتی از بیع..... ۵۹

### ۳- بخش سوم :

- ۳-۱ بررسی ضمان درك در برخی عقود..... ۶۱
- ۳-۱-۱ بررسی ضمان درك در حق شفعه..... ۶۱
- ۳-۱-۲ بررسی ضمان درك در عقد اجاره..... ۶۲
- ۳-۱-۳ بررسی ضمان درك در حق انتفاع..... ۶۲
- ۳-۱-۴ بررسی ضمان درك در عقد رهن..... ۶۴

### ۴- بخش چهارم :

- ۴-۱ اثر قرارداد در تعدیل ضمان درك..... ۶۶
- ۴-۱-۱ تصریح به ضمان درك در عقد بیع..... ۶۶
- ۴-۱-۲ شرط اسقاط ضمان درك در عقد بیع..... ۶۷

- ۶۷ ..... ۴-۱-۲-۱- ماهیت شرط اسقاط ضمان درک
- ۶۸ ..... ۴-۱-۲-۲- تاثیر علم و جهل بایع به استحقاق مبیع
- ۶۹ ..... ۴-۱-۳- شرط تشدید ضمان درک در عقد بیع
- ۷۰ ..... ۴-۱-۴- شرط تخفیف ضمان درک در عقد بیع

### فصل سوم: ضمان درک در حقوق ایران و مصر

- ۷۲ ..... مقدمه

#### ۱- بخش اول :

- ۷۴ ..... ۱-۱- مبانی حقوقی اجازه در عقد فضولی
- ۷۴ ..... ۱-۱-۱- اجازه به عنوان شرط کمال
- ۷۴ ..... ۱-۱-۲- اجازه به عنوان شرط نفوذ
- ۷۵ ..... ۱-۱-۳- اجازه بعنوان اماره بر رضای تقدیری
- ۷۵ ..... ۱-۱-۴- اجازه بعنوان ایجاب جدید
- ۷۶ ..... ۱-۱-۵- اجازه بعنوان اعطای نیابت

#### ۲- بخش دوم :

- ۷۷ ..... ۲-۱- نظریات حاکم بر آثار حقوقی اجازه در عقد فضولی
- ۷۷ ..... ۲-۱-۱- نظریه اول نظریه نقل است

#### ۳- بخش سوم :

- ۷۹ ..... ۳-۱- آثار حقوقی ضمان درک در حقوق ایران و مصر

- ۳-۱-۱-۱-۳-۱-۱-۱ ..... رابطه خریدار و فروشنده ..... ۷۹
- ۳-۱-۲-۱-۳-۱-۱-۱ ..... رد ثمن به خریدار در قانون مدنی ایران ..... ۸۰
- ۳-۱-۳-۱-۳-۱-۱-۱ ..... الزام فروشنده به پرداخت خسارات ..... ۸۴

#### ۴-بخش چهارم :

- ۴-۱-۱-۱-۱-۱ ..... مبانی ضمان ..... ۸۶
- ۴-۱-۱-۱-۱-۱ ..... قاعده غرور ..... ۸۶

#### ۵-بخش پنجم :

- ۵-۱-۱-۱-۱-۱ ..... اقسام خسارات قابل وصول ..... ۸۹
- ۵-۱-۱-۱-۱-۱ ..... خسارات قابل وصول در حقوق ایران ..... ۸۹
- ۵-۱-۱-۱-۱-۱ ..... هزینه های انعقاد بیع ..... ۸۹
- ۵-۱-۱-۱-۲ ..... عوض منافع مبیع ..... ۸۹
- ۵-۱-۱-۳ ..... سایر خسارات ..... ۹۱
- ۵-۱-۲ ..... خسارات قابل وصول در حقوق مصر ..... ۹۳

#### ۶-بخش ششم :

- ۶-۱-۱-۱-۱ ..... آثار ضمان درک در رابطه با خریدار و مالک ..... ۹۴
- ۶-۱-۱-۱ ..... استرداد مبیع ..... ۹۴
- ۶-۱-۱-۱-۱ ..... فزونی غنی عینی مبیع ..... ۹۶
- ۶-۱-۱-۲ ..... فزونی غنی عینی مبیع ..... ۹۸

۱۰۰ ..... ۶-۱-۲-پرداخت خسارات به مالک

۱۰۰ ..... ۶-۱-۲-۱-منافع مبیع

۱۰۱ ..... ۶-۱-۲-۲-سایر خسارات

## ۷-بخش هفتم:

۱۰۳ ..... ۷-۱-شرط تشدید یا تخفیف اسقاط ضمان درک در حقوق ایران و مصر

۱۰۳ ..... ۷-۱-۱-شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک

۱۰۵ ..... ۷-۱-۲-شرط اسقاط ضمان درک

۱۰۶ ..... نتیجه

۱۰۸ ..... منابع

## مقدمه:

فساد معامله در عقود معاوضی منجر به تعهد شخصی است که مفسده از ناحیه وی حادث شده است بایع در صورت فساد بیع ضامن درک مبیع و مشتری در صورت فساد بیع ضامن درک ثمن میباشند. این ضمان تقریباً مترادف با ضمان عهده است اما به لحاظ شکلی در ضمان عهده لازم است که شخص ثالثی نیز ضمانت از عدم فساد بیع نموده و ضمان بر ذمه و عهده وی مستقر گردد و با عنایت به تفاوت آثار ضمان عهده با ضمان درک ترادف کامل در این دو عنوان وجود ندارد.

ضمان درک قاعده ای است که نیاز به تصریح نداشته و عملاً جزو قواعد عقود به شمار می آید و تصریح آن در ع قد موثر در مقام اثبات آن نیست اگر چه بعضی فقها بر این عقیده هستند که بایع یا مشتری علاوه بر ضمان درک میتوانند ضامن عهده نیز بشوند و در اینصورت عملاً دو ضمان له طرف جاهل به فساد ایجاد میشود که حتی با اسقاط یکی از آنها میتوانند با استناد به ضمان دیگر خواستار خسارت خود گردند. با بررسی منابع فقهی و حقوقی مشخص میگردد که شرط عدم ضمان در ضمان درک صحیح بوده و چون ضمان درک مقتضای عقد نیست لذا اسقاط آن منجر به خدشه در اصل عقد و بطلان یا عدم نفوذ آن نمی گردد.

موارد تحقق ضمان نیز در فروض مختلف قابل بررسی است

الف: شایعترین وضعیت معامله فضولی نسبت به مال غیر است که حکم عدم نفوذ بر آن صادق است و در صورت عدم اجازه مالک نتیجه بطلان عقد حاصل و بایع یا مشتری ضامن درک مبیع یا ثمن بوده و مسئولیت استرداد آن در قبال طرف دیگر متوجه ایشان میگردد اگر چه تفاوتهایی در جهل یا علم طرف دیگری در فساد عقد از حیث مطالبه صرف عوض یا خسارات و غرامات وجود دارد.

ب: صورت دیگر در اخذ به شفعه است چنانکه شخصی مال مشاعی خود در کسوت بایع یا مشتری واگذار و سپس شریک مشاعی از اخذ به شفعه استفاده نماید دریافتی وی از طرف دیگر بر ذمه وی مستقر و ضمان درک مبیع یا ثمن تحقق می یابد.



ج: حالت دیگر موردی است که در فقه و دیدگاه عموم به ضمان ردائت یا ضمان صنبه تعبیر می گردد هر دو این ضمانها مربوط به جنس موضوع ثمن یا مبیع معامله و ضمان صنبه در خصوص کمیت جنس و ضمان ردائت در خصوص کیفیت جنس میباشند این موضوعات در حقوق امروری تحت عنوان خیار عیب یا خیار تخلف از وصف یا در صورت مشروط واقع شدن کم و کیف جنس موضوع معامله در ذیل عناوین خیارات رویت یا شرط مورد بحث قرار میگیرند در صورت تحقق منجر به تحقق ضمان درک میگردند .

شقوق سه گانه فوق عموماً بخاطر تطور و فراوانی ذکر و باید گفت در کلیه عقود معاوضی که یکی از عوضین عین معین باشند در صورتی که به هر علتی از علل فساد معامله اثبات گردید ضمان درک استقرار می یابد.

## ۲- ضمان درک در حقوق ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۳۶۲ ضمان درک مبیع و ثمن را از آثار عقد بیع صحیح دانسته و در مواد ۳۹۰ الی ۳۹۲ نیز توصیفاتی از آن را ارائه نموده است با بررسی مفهوم و ماهیت ضمان درک در حقوق ایران و مشاهده نظریات فقها و حقوقدانان این نکته مسجل میگردد که اختلاف موجود در این مفهوم در صحیح یا باطل دانستن معامله فاسد است زیرا قانون مدنی ضمان درک را به صراحت از جمله آثار بیع صحیح قرار داده در حالی که برخی فقها و حقوقدانان بر این امر خرده گرفته و اعلام نموده اند که این تلقی مخالف با سایر مواد قانونی است زیرا قانون مدنی مسئولیت بایع فضولی را در صورت رد معامله از ناحیه مالک در ذیل ضمان قهری و جزو معاملات باطل ذکر نموده است و بحث از ضمان درک در مبحث آثار بیع صحیح متعارض با نظر خود مقنن بوده و صحیح بنظر نمیرسد.

علاوه بر این موضوع، تفتش در رویه قضائی و نظریات حقوق دانان در این خصوص مشخص مینماید که ضمان درک جزو ذات مقتضای عقد نبوده و طرفین می توانند آن را اسقاط و شرط عدم مسئولیت نمایند البته این شرط به لحاظ زمانی بایستی حین یا پس از عقد باشد و اسقاط ضمان درک قبل از عقد مصداق اسقاط مال لم یجب است.

در حقوق ایران بین متضرر از عقد فاسدی که علم به بطلان عقد داشته و کسی که جهل در بطلان دارد در موضوع مطالبه خسارت تفاوت وجود دارد زیرا طرف عقد جا هل علاوه بر اصل عوض میتواند خسارات وارده ناشی از عقد فاسد را مطالبه کند در حالی که اگر علم به موضوع داشته باشد صرفاً قادر به مطالبه اصل عوض خواهد بود. اگر چه منظور از خسارت در این مبحث شامل عدم النفع و ارزش افزوده عوض نمیگردد و صرفاً خساراتی که از جریان اثبات فساد و آثار حکم فساد ناشی شده است را شامل میگردد.

#### ضمان درك در حقوق مصر

قانون مدنی مصر در مواد ۴۴۳ به بعد از موضوع ضمان درك بحث نموده است بر این اساس هرگاه كل مبيع مستحق للغير در آید خریدار می تواند از فروشنده بهای مبيع در زمان مستحق للغير در آمدن آن را همراه با بهره قانونی از مقطع اثبات فساد تا استرداد ثمن مطالبه نماید مضافاً ارزش منافع حاصل از مبیعی که خریدار ملزم به استرداد آن به ذیحق است نیز شامل مطالبات خریدار می گردد. سوء نیت فروشنده منجر به مسئولیت وی در پرداخت منافی ایست که خریدار نمی تواند از شخص دیگری مطالبه کند به علاوه هزینه های ناشی از دعوای اثبات فساد و استرداد و ضمان نیز بر عهده فروشنده است و بطور کلی هر خسارتی که از معامله فاسد متوجه خریدار گردد از بايع قابل مطالبه است. اما در صورت که جزئی از مبيع مستحق للغير در آید در صورتی که خریدار مایل به استرداد جزء دیگر به فروشنده باشد نیز هزینه های اعلامی در بند قبل را میتواند از فروشنده مطالبه و آن قسمت از مبيع را که شامل استحقاق غیر نبوده به فروشنده مسترد نماید اما در صورتی که تمایل به نگهداری و استقرار مالکیت خود بر جزو صحیح مبيع باشد صرفاً حق مطالبه خسارت از حیث مستحق للغير در آمدن مبيع را خواهد داشت.

موضوع دیگر این است که بموجب قانون مدنی مصر طرفین می توانند ضمان درك را افزایش یا کاهش دهند یا این ضمان را اسقاط نمایند اما تفاوتی که وجود دارد این است که شرط عدم ضمان فروشنده با علم و سوء نیت مبادرت به نقض حقوق ثالث (مالک) نموده باشد باطل است و قابل اسقاط نیست.

علاوه بر آن فرض دیگری که مورد تصویب قانونگذار مصر قرار گرفته این است که اگر خریدار عالم به فساد عقد باشد و فروشنده اثبات نماید که خریدار با قبول ضمان انعقاد عقد نموده است ضمان درك ساقط می گردد.

# فصل اول : کلیات ضمان