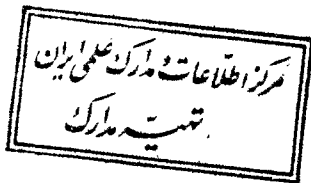


الله
الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على
سيدنا محمد وآله الطيبين
الطاهرين



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

موضوع :

بررسی تطبیقی ضمان درک مبییع

استاد راهنما :

دکتر سید محمود کاشانی

نگارش :

سید تقی حاجی سیدرضی

زمستان - ۱۳۷۱

۱۷۴۹۷

" به نام خدا "

با سپاس فراوان از :

جناب آقای دکتر سید محمود کاشانی

بررسی تطبیقی ضمان درک مبییع

فهرست

مقدمه

کلیات

الف: مفهوم ضمان درک

۱- مفهوم ضمان درک در حقوق ایران

۲- مفهوم ضمان درک در حقوق فرانسه

۳- مفهوم ضمان درک در حقوق انگلیس

ب: قلمرو ضمان درک

۱- ضمان درک ویژه عین معین است

۲- قلمرو ضمان درک در حقوق ایران

۲-۱ - ضمان درک نسبت به ثمن

۲-۲ - ضمان درک نسبت به حق انتفاع

۲-۳ - ضمان درک نسبت به حق ارتفاق

۲-۴ - ضمان درک نسبت به حق ناشی از رهن

۲-۵ - ضمان درک نسبت به حق ناشی از عقدا جاریه

۳- قلمرو ضمان درک در حقوق فرانسه

۴- قلمرو ضمان درک در حقوق انگلیس

ج: سابقه تاریخی ضمان درک

۱- ضمان درک در حقوق روم

۲- ضمان درک در حقوق قدیم فرانسه

۳- ضمان درک در فقه اسلام

۵۱ - ۳-۱ - تملیکی بودن عقد بیع

۵۲ - ۳-۲ - اثر مالک نبودن فروشنده نسبت به تمام مبیع در عقد بیع

۶۰ - ۳-۳ - وضع بیع ، در صورتیکه قسمتی از مبیع مستحق للغیر
برآید

۶۴ - بخش اول: مبنای حقوقی ضمان درک

۶۵ - فصل اول : مبنای حقوقی ضمان درک در حقوق خارجی

۶۵ - گفتار اول : مبنای حقوقی ضمان درک در حقوق فرانسه :

۶۶ - الف : انواع تعهدات فروشنده و مبنای قراردادی آنها :

۶۷ - ۱- ضمان ناشی از عمل شخص فروشنده

۷۰ - ۲- ضمان ناشی از عمل شخص ثالث

۷۲ - ب : شرایط تضمین عمل شخص ثالث

۷۳ - ۱- ادعای شخص ثالث - شکایت به دادگاه توسط شخص ثالث

۷۳ - ۲- عدم اطلاع خریدار - حسن نیت او - جهل قانونی و مشروع

۷۳ - به خطر خلع ید

۷۵ - ۳- مسئولیت قابل انتساب به فروشنده

۷۵ - ج : تضمین تبعی یا فرعی و تضمین اصلی

۷۷ - د : نقض تعهدات قراردادی

۷۸ - ذ : وضع فروش مال غیر در حقوق فرانسه

۸۴ - ر : دعوی ضمان درک و دعوی ابطال در حقوق فرانسه

۸۵ - گفتار دوم: مبنای حقوقی ضمان درک در حقوق انگلیس

الف : شرط یا تعهد عمده (Condition) و مبنای

۸۵ - حقوقی آن

ب: ضمان درک و فروش مال غیر در حقوق انگلیس
 ج: شرط تعهد غیر عمده (Warranty) و مبنای حقوقی

آن

فصل دوم: مبنای حقوقی ضمان درک در حقوق ایران

گفتار اول: مبنای حقوقی ضمان درک در فرقه

الف: مسئولیت فروشنده نسبت به ردشمن

ب: مسئولیت فروشنده نسبت به پرداخت خسارات

۱- قاعده ضمان غرور

۲- قاعده لاضرر

۳- قاعده تسبیب

ج: مسئولیت فروشنده در صورتیکه قسمتی از مبیع

مستحق للغیر در آید.

گفتار دوم: مبنای حقوقی ضمان درک در قانون مدنی ایران

الف: ضمان درک دارای ریشه قراردادی است

ب: ضمان درک ناشی از ضمان بید علی رغم درستی بیع

ج: منشاء ضمان درک، فساد عقد و قانون است

د: نظر قانون مدنی درباره مبنای حقوقی ضمان درک

ذ: میزان انطباق ضمان درک با بیع فضولی

ر: شمردن ضمان درک از آثار بیع صحیح در نظر نویسندگان

قانون مدنی

بخش دوم: آثار حقوقی ضمان درک

فصل اول: آثار حقوقی ضمان درک میان مالک و خریدار

گفتار اول : افزایش مادی خریدار

۱۳۶

گفتار دوم : افزایش غیرمادی خریدار

۱۳۹

گفتار سوم : اجرای ضمان میان مالک و خریدار نسبت به خسارات

۱۴۱

فصل دوم : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار

گفتار اول : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت

۱۴۱

به رد ثمن

الف : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت

۱۴۱

به رد ثمن در قانون مدنی ایران

ب : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت به

۱۴۰

رد ثمن در فقه

ج : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت به

۱۵۰

رد ثمن در حقوق فرانسه

د : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت به

۱۵۶

رد ثمن در حقوق انگلیس

گفتار دوم : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت

۱۵۹

به پرداخت خسارات

۱۶۳

الف : انواع خسارات قابل مطالبه

ب : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت به

۱۷۴

پرداخت خسارات در حقوق فرانسه

ج : آثار حقوقی ضمان درک میان فروشنده و خریدار نسبت به

۱۷۹

پرداخت خسارات در حقوق انگلیس

۱۸۱ فصل سوم : اثر قرارداد در تشدید ، تخفیف و سقوط ضمان درک
گفتار اول : شرط تشدید و تخفیف و سقوط ضمان درک در حقوق

۱۸۲ ایران

۱۸۳ الف : شرط تشدید ضمان درک

۱۸۷ ب : شرط تخفیف ضمان درک

۱۸۸ ج : شرط سقوط ضمان درک

۱۹۳ گفتار دوم : شرط تشدید ، تخفیف و سقوط ضمان درک در حقوق فرانسه

الف : شرط تشدید ، تخفیف و سقوط ضمان نسبت به عمل

۱۹۳ فروشنده

ب : شرط تشدید ، تخفیف و سقوط ضمان نسبت به عمل شخص

۱۹۵ ثالث

گفتار سوم : شرط تشدید ، تخفیف و سقوط ضمان درک در حقوق

۱۹۷ انگلیس

۲۰۰ نتیجه

مقدمه

حقوق ، دانشی اجتماعی است و موضوع آن ، انسان اجتماعی میباشد یعنی انسان از آن جهت که در جامعه زندگی می کند ، هدف حقوق تاء مین عدالت در سطح جامعه و توزیع آن ، بر افراد اجتماع است . هر چند ، حقوق منحصر به مجموعه قواعد و قوانین نیست اما ، قوانین دارای نقش عمده ای در تکوین حقوق و تحقق هدف آن یعنی عدالت ، می باشد . همیشه سعی قانونگذاران در جوامع مختلف برایین بوده که قانونی وضع نمایند که عدالت را تاء مین نماید و شاید ، این ، عمده هدفی بوده که از خاطر آنان می گذشته است . بنا بر این ، در اجرای این مهم ، آنان ، علاوه بر توجه به اصول سنتی و رعایت قواعد مذهبی و اخلاقی حاکم بر جامعه از برخی تاء سیس های حقوقی مفید جوامع دیگر غافل نبوده اند . برای مثال ، هر چند ، فرانسه دارای سیستم حقوقی مستقلی است اما تاء ثران از حقوق رم در زمینه قوانین کم نیست . حتی ، برخی قانونگذاران در بعضی از کشورها ، پاره ها از اینهم فرا تر گذاشته ، بسیاری از قوانین خود را عیناً " از قوانین کشورهای دیگر اقتباس نموده اند . برای مثال ، قانون گذار مصر ، در وضع مواد قانون مدنی ، بسیاری از مواد این قانون را از قانون مدنی فرانسه عیناً " گرفته است و در واقع ، آنها ترجمه مواد قانون مدنی فرانسه می باشد . در هر حال ، در نزد قانونگذاران ، در جامعه های مختلف ، چنین ضرورتی انگار نشدنی بوده است . اما ، در برابر این ضرورت ، مصلحتی نیز خود را می نمایانده است . قانونی در جامعه قابل اجراست و مردم به آسانی به آن گردن می نهند که آن ، در قلمرو اعتقادات آنها قرار گرفته باشد و ضامن اجرای آن ، علاوه بر دولت ،

وجدان انسانها باشد. قانونی که در آن، اعتقادات جامعه و فرهنگ حاکم بر آن، ملحوظ نگردد، از کتب قوانین تجاوز نخواهد کرد در فاصله زمانی اندک، به بوته فراموشی سپرده خواهد شد. حتی، آنجا ثیکه چینی — قوانینی از سوی مردم رعایت میشود، بر پایه اعتقادات آن به الزامی بودن قانون مورد نظر نیست، بلکه قدرت دولت و اعمال زور، از ناحیه و سبب رعایت این قوانین از جانب افراد است. برای مثال، در جامعه ما، قوانین مربوط به مالیات که دارای ریشه فقهی و مذهبی نیستند تاکنون مورد توجه عامه قرار نگرفته است و مردم، کوچکترین اعتقادی به الزامی بودن مقررات آن نسبت به خود ندارند و صرفاً "ضامی" برعکس اجرای چنین قوانینی، قدرت دولت و حمایت او می باشد. اما، برعکس قوانین مربوط به نکاح و طلاق و سایر قوانینی که دارای ریشه مذهبی هستند، کاملاً از سوی مردم مورد رعایت قرار می گیرد و اعتقادات درونی آنان علاوه بر قدرت دولت، ضامن اجرای آنهاست و افراد جامعه در اجرای آن قوانین کمتر به خود تردید راه می دهند و حتی، شاید کوچکترین تردیدی نسبت به الزامی بودن آنها نسبت به خود نداشته باشند. همین مصلحت بزرگ است که نویسندگان قانون مدنی ایران را وادار نموده که در وضع مواد قانون مدنی به مقررات فقه امامیه و گفته های بزرگان حقوق امامیه توجه بسیار مبذول داشته باشند تا ثیکه بسیاری از عبارات مواد قانون مدنی، عیناً، ترجمه کتب فقهای امامیه باشد. صرف نظر از اینکه، نویسندگان قانون مدنی بر پایه اصول قانون اساسی میبایست از مقررات مغایر با فقه امامیه خودداری نمایند، اساساً، "برایین مصلحت بزرگ نیز واقف بوده اند که قانون تدوین شده از ناحیه آنان در صورتی قابل اجرا است که رعایت فرهنگ و مذهب حاکم بر جامعه را در وضع و تصویب

آن بنمایند .

در حال ، به نظری رسد که در وجود چنین مصلحتی کمتر بتوان تردید کرد ، و غالب قانونگذاران با رعایت این مصلحت ، قوانین جامعه خود را وضع نموده اند . با وجود این ، در کنار این مصلحت ، تاء مین عدالت که هدف حقوق و وضع قوانین می باشد ، ضرورتی را می طلبیده ، که آن بهره گیری از ثمرات زحمات دیگران است .

مبحث ضمان درک ، نتیجه جمع این ضرورت و آن مصلحت است . نویسندگان قانون مدنی ایران ، ضمان درک را از تعهدات ناشی از عقد بیع صحیح شمرده اند و در این مورد از قانون مدنی فرانسه (حتی اگر عمیق تر بنگریم ، از حقوق رم) پیروی کرده اند . شاید ، به نظر آنان ، ضمان درک ، تاء سیس حقوقی مفیدی بوده که وارد شدن آن را در قانون مدنی ایران ، ضروری می پنداشته اند . اما ، آنان در وضع مواد مربوط به ضمان درک (مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی ایران) ، از مقررات فقه اما میه ، در مورد فروش مال غیر پیروی کرده اند و به نظری رسد که به همین دلیل است که آن را ، علاوه بر مبیع ، شامل ثمن نیز دانسته اند . در این رساله ، ضمان درک در حقوق ایران ، حقوق فرانسه و حقوق انگلیس مورد بررسی قرار گرفته و احکام و مقررات آن ها ، با یکدیگر مقایسه شده است .

در آغاز ، مفهوم ضمان درک در حقوق ایران و حقوق خارجی بیسان شده و سپس ، ضمان درک در حقوق ایران به " التزام فروشنده به رد ثمن در صورت مستحق للغیر برآمدن مبیع " تعریف گردیده است . از قلمرو ضمان درک در حقوق ایران و حقوق خارجی سخن گفته شده است .

ضمان درک به عنوان یکی از آثار بیع صحیح در حقوق

رم و حقوق قدیم فرانسه دارای سابقه است ، بنا براین ، ضرورت داشت که بحثی تحت عنوان سابقه تاریخی ضمان درک مطرح گردد و سابقه تاریخی ضمان درک در این دو سیستم بررسی شود . اما ، با توجه به اینکه محتوای موادناظر به ضمان درک (مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ قانون مدنی ایران) از فقه گرفته شده ، به سابقه تاریخی ضمان درک در فقه اسلام نیازی پرداخته شد . این مطالب ، در کلیات آورده شده است . رساله حاضر ، دارای دو بخش ، علاوه بر مطالب طرح شده در کلیات می باشد . بخش اول به مبانی حقوقی ضمان درک و بخش دوم به آثار حقوقی آن اختصاص یافته است . در بخش اول ، این بحث مطرح شده که آیا ضمان درک دارای ریشه قراردادی است یا منشاء آن قانون می باشد ؟ در این مورد ، آراء و نظریات مختلف بیان شده و مورد نقد و بررسی قرار گرفته است ، و در بخش دوم ، تعهد فروشنده به برگرداندن ثمن و پرداخت خسارات از ناحیه او و نیز انواع خسارات قابل مطالبه تحت عنوان آثار حقوقی ضمان درک بحث شده است . از آنجا که ، موضوع رساله ، بررسی تطبیقی ضمان درک است ، در کنار ، نظریات ابراز شده درباره ضمان درک در حقوق ایران ، از آراء ارائه شده در این باره ، در حقوق فرانسه و انگلیس نیز در همه مباحث سخن به میان آمده است .

در مبحث حقوق ایران ، به نظریات فقهای اسلام پرداخته شده و سعی شده که در هر مبحثی علاوه بر مطرح نمودن نظرقانون مدنی ایران و عقیده حقوقدانان داخلی ، اعتقاد فقها نیز بیان شود تا اینکه وضع و جایگاه ضمان درک در قانون مدنی ایران ، حتی الامکان ، روشن گردد . در پایان نیز ، نتیجه همه بحثها ، در چند صفحه ، مختصراً بیان شده است و پیشنهادهای در زمینه مبحث ضمان درک داده شده است .

این رساله ، نتیجه تلاش صادقانه و خالصانه نگارنده است و هیچگاه مدعی نیستم آنچه را که نوشته‌ام و گاهی اوقات ، نظر دیگران را در مورد ضمان درک مورد انتقاد قرار داده‌ام ، مقرون به صحت است ، بلکه ، سعی من بر این بوده ، آنچه را که با بضاعت علمی اندکم ، نوشته‌ام ، تراوش ذهنم باشد و از تکرار و تقلید کورکورانه گفته‌های دیگران بپرهیزم . در زمینه حقوق خارجی بیشتر ، تلاش بر این بوده که مبحث ضمان درک در حقوق خارجی فهمیده شود و با حقوق ایران مقایسه گردد . در اینجا برای این مهم ، کوشش در زمینه امانت در ترجمه و برگرداندن متون حقوق خارجی شده است .

در هر حال ، از اساتید بزرگوار ، بخاطر توجه به این رساله و یادآوری ایرادات و اشکالات که موجب راهنمایی نگارنده می شود ، کمال سپاسگزاری را دارم . .

کلیات

الف : مفهوم ضمان درک : در این مبحث از مفهوم ضمان درک در حقوق ایران حقوق فرانسه و حقوق انگلیس بحث می شود .

۱- مفهوم ضمان درک در حقوق ایران

کلمه " ضمان " در لغت به معنی " برعهده گرفتن " و " کفالت کردن " است .^۱ نیز به معنی تعهد به رد بدل مال تلف شده ، در صورتی که ، آن مثلی بود ، مثل آن و در صورت قیمی بودن ، قیمت آن است .^۲

کلمه " درک " در لغت به معنی " آنچه از پی درآید " ، " حقوق " و " ته و قعر هر چیز " است .^۳ در فقه " درک " به معنی " تدارک " و " خسارت " آمده است .^۴

در قانون مدنی ایران ، درک به دو معنی به کار رفته است : نخست به معنی مستحق للغير برآمدن ، دوم ، به معنی تدارک . در بند دوم ماده ۳۶۲ قانون مدنی که با یع راضا من درک مبیع و مشتری راضا من درک ثمن قرارداد ، و در مبحث چهارم ، فقره سوم : " در ضمان درک " و نیز ماده ۷۰۸ قانون مدنی ، " درک " به معنی " مستحق للغير " برآمدن است . اما در ماده ۶۹۷ قانون مدنی که مقرر می دارد : " ضمان عهده

۱- ضامن ك ، ضمنا " و ضمانا " الشیء وبه : كفله - الضامن :
الكفيل والملتزم . المنجد فی اللغة والاعلام - المعجم الوسيط .
۲- المنجد فی اللغة والاعلام .
۳- مرجع سابق - منتهی الارب فی لغة العرب - فرهنگ نفیسی -
المعجم الوسيط .

۴- در عبارت " لوضمن للمشتري عهده الثمن ای درکه علی تقدیرا احتیاج الی رده ، لزمه ضمانه " درک به معنی تدارک است . و در عبارت " لوضمن له ای للمشتري ضامن عن البائع درک ما یحدثه - المشتري " درک به معنی خسارت آمده است . شهید ثانی ، شرح لمعه ، ج ۱ ، ص ۳۶۴ .

از مشتری یا با یع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر
 درآمدن آن جایز است " ، " درک " به معنی
 تدارک است . .

در هر حال ، از نظر قانون مدنی ، معنی " ضمان درک " تعهد با یع
 در صورت مستحق للغیر برآمدن مبیع است (مستنبط از عنوان " در ضمان
 درک " و ماده ۳۹۰ قانون مدنی ایران) .

در اصطلاح حقوقی ، از ضمان درک تعاریف مختلفی شده است که به طور
 مستقل مورد بررسی قرار می گیرد . ابتداءً تعریف قانون مدنی ایران را ،
 با توجه به مواد مربوط ، به عنوان میزان و معیار سایر تعاریف آورده -
 می شود :

برابر ماده ۳۹۰ قانون مدنی : " اگر بعد از قبض ثمن ، مبیع کلاً
 یا جزءاً " مستحق للغیر درآید ، با یع ضامن است ، اگرچه تصریح به ضمان
 نشده باشد " و مطابق ماده ۳۹۱ قانون مدنی : " در صورت مستحق للغیر
 برآمدن کل یا بعض از مبیع ، با یع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت
 جهل به فساد ، با یع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید " .
 از جمع بین این دو ماده ، ضمان درک عبارت می شود از : " تعهد و التزام
 با یع به رد ثمن و خساراتی که بر عهده اوست ، در صورتیکه مبیع مستحق
 للغیر برآید " ، زیرا ، ماده ۳۹۰ مقرری دارد که در صورت مستحق للغیر
 درآمدن ، با یع ، ضامن است و " ضمان " را ماده ۳۹۱ به تعهد با یع
 به برگرداندن ثمن و در مواردی ، خسارات ، بیان کرده است .

در فقه ، ضمان درک ، به معنی تعهد به تدارک ثمن (یا مبیع) است .
 در صورت فروش مال دیگری ، اگر غیر ، معامله فضولی را تنفیذ نکند ، بیع
 باطل است و با یع ، بایستی ثمن معامله را به مشتری پس بدهد ، زیرا ،