



## نقدی بر نظریه حکمی و استدلالی حقوقدانان از شرط ضمان مضارب در ماده ۵۵۸ قانون مدنی ایران

سید سعید مومنی<sup>۱</sup>

۱-دانش آموخته دکترای تخصصی حقوق خصوصی دانشگاه آزاداسلامی شیراز، مدرس دانشگاه آزاد اسلامی تنکابن، وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده

مطابق صدر ماده ۵۵۸ ق.م." اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود ، یا خسارت حاصله از تجارب متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است." بلافاصله ذیل ماده مذکور مقرر میدارد "..... مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند." حقوقدانان برای صدر ماده دلایل متفاوت ذکر نمودند از جمله اینکه شرط مذکور خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه می باشد در حالیکه قانونگذار آنها را باطل و موجب بطلان عقد، ندانسته است بنابراین چنین شرطی را، نباید مانع "تاثیر یا نتیجه" عقد مضاربه دانست. شاید به همین دلیل باشد که عده ای آنها را شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد و صحیح دانستند که این نیز بر خلاف صراحت صدر ماده می باشد. به نظر می رسد شروط در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. شرطی است که مانع "انشاء" عقد مضاربه است به همین دلیل قانونگذار از عبارت "عقد باطل است" استفاده نموده که ناظر به مشکلی قبل از تاثیر یا نتیجه می باشد. همانطور که "انشاء" متفاوت از تاثیر می باشد که بحث آن در عقود تعلیقی تحت عنوان "تعلیق در انشاء" و تعلیق در منشاء ( در واقع "تعلیق در تاثیر" در ۱۸۹ ق.م.) شهرت دارد لذا عقد "باطل است" نیز متفاوت از "بطلان" عقد می باشد به همین دلیل حکم قضائی "بطلان دعوی" وقتی بکار می رود که دعوی خواهان نتیجه ندهد. در کتب حقوقی و رویه محاکم ، "بطلان عقد" به جای "فسادعقد" نیز بکار می رود ،شیاع عمومی دارد اما قانوناً اینها تیز کمی متفاوت هستند. این احکام قانونی نسبت به خودعقد ( موجود حقوقی) است به "حکم قانون" است نه به "حکم دادگاه" بنابراین دادگاه آنها را احراز و اعلام می نماید.

**واژگان کلیدی:** شرط مانع انشاء ، شرط مانع تاثیر عقد باطل است ، بطلان عقد ، فساد عقد



## مقدمه

هر جامعه بشری جهت سلامت روابط حقوقی افراد خود نیاز به قواعد و قوانینی دارد که تنظیم کننده روابط آنها و حتی جوابگوی نیازهایشان باشد و به هنگام تعارض منافع آنان در انجام عقود و ایقاعات بتواند تعادل منصفانه برقرار سازد. در پاره ای از موارد، برقراری این تعادل با مشکلات و موانع بسیار مواجه شده است که گاهی راه های عملی حل مسائل طبعا به سختی اتخاذ شده است از جمله آن مشکلات، وضع صدر و ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی است در باب عقد مضاربه. مطابق ماده مذکور: "اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود، یا خسارت حاصله از تجارب متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است...." بلافاصله ذیل ماده مذکور مقرر میدارد "مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا" به مالک تملیک کند. "آیا این راه حل در تعارض با سایر قواعد و قوانین حقوقی شناخته شده قرار می گیرد و موجب توالی فاسد است؟

بعضی صاحبان سرمایه که قادر به استفاده صحیح از سرمایه خود نیستند و یا آنکه تمایل به توسعه فعالیت های خود دارند با افرادی که به نظرشان خبره در کار تجارت می باشد روابطی تحت عنوان عقد مضاربه ایجاد می کنند. از آنجائیکه صاحبان سرمایه جهت احتراز از خطرات این عقد ریسکی به سهولت راضی نمی گردند که سرمایه خود را در اختیار دیگری قرار دهند و از طرفی دیگر سیاست اقتصادی هر جامعه نیز اقتضا دارد که سرمایه هایی را که در جریان فعالیتهای اقتصادی قرار گیرد نیاز به وجود عامل اطمینان بخش برای صاحبان سرمایه از ناحیه قانونگذار دارد و بر این اساس قانونگذار به وضع ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی مبادرت نمود که بنظر حقیر جای بحث فراوان دارد. آنچه قابل ذکر است از آنجائیکه صاحبان دکتترین حقوقی و شارحین قانون مدنی نیز در مقام تفسیر ماده ۵۵۸ بر آمدند صرفا با اختصاص دادن یک الی دو سطر و یا کمی بیشتر به سرعت از آن گذشتند در استدلال و حکم اختلاف نظر دارند.

- شرط ضمان مضارب "شرط مخالف مقتضای ذات عقد مضاربه است چون مضارب نماینده صاحب کالا است شرط مذکور با مفهوم نیابت مخالف است صدر ماده در مقام دفاع از حقوق مضارب امین می باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۳) (شهبیدی، ۱۳۶۴، حائری شاهباغ، ۱۳۲۸). از نظر مقنن شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. شرط خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه تلقی شده است (بیات، ۱۳۶۴). شرط مذکور عرفا با مقتضای امانت و نمایندگی تعارض ندارد، (بیات، ۱۳۶۴) مابینت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱).

- مقتضای اطلاق عقد این است که خسارت بر مالک باشد و مضارب ضامن نگردد (مگر با تقصیر). شروط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. بر خلاف "مقتضای اطلاق" عقد می باشد لذا شروط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. و هم عقد صحیح است شرط ضمان مضارب تعهد مضارب را در حفظ مال تقویت می نماید (امامی، ۱۳۶۶).



-تردید معقولی که در باره بطلان شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. ممکن است پیدا شود در زمینه مخالفت آن با قانون آمره است (کاتوزیان، ۱۳۶۳).

هدف از تحلیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی ایران، این است تا معلوم شود که آیا قانونگذار در وضع ماده ۵۵۵ ق.م. دچار توالی فاسد، تناقض گوئی و حيله شده است که در این صورت شایسته قانونگذار و به مصلحت جامعه نمی باشد. در غیر این صورت با چه تحلیلی، قابل دفاع است در نتیجه باعث شود سرمایه های راكد جامعه با اطمینان بیشتر در جریان فعالیت های اقتصادی و در جهت شکوفائی اقتصاد قرار گیرد. می دانیم که مضاربه از جمله عقود است که در سالهای اخیر فکرای اقتصادی و حقوقی جامعه را مشغول نموده و هنوز از مسائل روز جامعه می باشد. به مراتب فوق از اساتید گرامی درخواست دارد تا نقائص این تحقیق را با سعه صدر بیشتری که در ایشان سراغ داریم نگریسته و موجب مزید امتنان خواهد بود که جهات رفع نقص را به اینجانب تذکر دهند. قصد تحلیل تمام مواد و مسائل عقد مضاربه را ندارم و ماده ای که قصد تحلیل آنرا داریم ماده ۵۵۸ قانون مدنی و مواد مربوطه می باشد که موضوع پایان نامه کارشناسی ارشد در سال ۱۳۷۲ بوده که امروزه با مذاقه بیشتر درسه بخش بررسی می شود.

### بخش اول - نقد نظریات حقوقدانان

حقوق دانان در مورد شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. نظریات متفاوتی دادند که در مقدمه به آنها اشاره شد. پاسخ آنها در چند گفتار می آید.

#### گفتار اول - شرط حمایت از مضارب

به نظر می رسد عمل قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. در مقام دفاع و حمایت از مضارب نباشد چون قانونگذار بلافاصله شرط ذیل ماده را تصویب نمود که نه تنها مفیدچنین مفهومی نیست بلکه خلاف آنرا ثابت می نماید. (ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. عنوان مقاله دیگر است).

#### گفتار دوم - شرط خلاف قانون آمره

شرط ضمان مضارب را شرط خلاف قانون آمره ندانیم چون اولاً- قانون آمره در قانون مدنی تعریف نشد لذا تعریف آن یک چالش است هرچند حقوقدانان تعریف نمودند. قانون آمره قانونی است که چه بصورت امر و چه بصورت نهی باشد (مانند قوانین راجع به نظم عمومی و اخلاف حسنه)، اراده افراد که برخلاف آن است نمی تواند اثر داشته باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳) و نیز غالب قوانین مربوط به اهلیت، قوانین اساسی، کیفری.



ثانیا- مطابق بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. شرط نامشروع ( شرط خلاف قوانین آمره)، باطل است ( اما مفسد عقد نیست یعنی موجب فساد نتیجه عقدی نمی باشد ). اگر تصور این باشد که با این شروط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. عقد مضاربه باقی می ماند در این صورت اگر ماده ۵۵۶ ق.م. ( که مقرر می دارد " مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط و تعدی " ) را از قوانین آمره بدانیم و شرط ضامن مضارب ( بدون تقصیر ) را شرط خلاف آن ( آمره ) بدانیم در این صورت شرط، باطل است ( انگار درج نشد ) مفسد عقد نیست اگر خود عقد را باقی بدانیم با ماده ۵۵۸ ق.م. سازگار نخواهد بود چون با درج شرط صدر ۵۵۸ ق.م. خود عقد " باطل است " ( و نتیجه عقدی نخواهد داشت ).

### گفتار سوم- شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد

شرط ضامن مضارب ( و نیز شرط عدم توجه خسارت به سرمایه ) را شرط منافی اطلاق عقد مضاربه ندانیم چون اولاً- حقوق دانان شرط خلاف اطلاق عقد ( مضاربه ) را صحیح می دانند و نیز خود عقد را لذا به نظر می رسد شروط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. از آن نباشد چون با درج شروط صدر ماد ۵۵۸ ق.م. عقد " باطل است " .



ثانیا- مقتضای اطلاق عقد در قانون تعریف نشد که از این حیث یک چالش حقوقی است منظور از "مقتضای اطلاق عقد" کدام مورد می باشد؟ حقوق دانان تعریف نمودند منظور آثار قانونی عقد است که هرگاه در عقد نسبت به آن، ذکری به میان نیاید عقد موجب حصول آن اثر قانونی باشد که در قانون ذکر شد مثلاً طبق ماده ۳۸۰ ق.م. مبیع در محل وقوع عقد تحویل شود. (اگر طرفین سکوت نمایند) لذا می توانند شرط نمایند تا در جای دیگری تحویل شد اگر چه درج چنین شرطی، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳) طبق ماده ۲۴۴ ق.م. از آثار قانونی عقد بیع مطلق این است که ثمن، حال است (نقدی تادیه شود) چنین اثر و اطلاقی، ذات عقد نیست لذا توافق خلاف آن (قسطی نمودن ثمن) شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است. شاید بتوان مواد ۲۴۴ و ۳۸۰ ق.م. را قانون تکمیلی نیز نامید. قانون تکمیلی، قانونی است که در صورت سکوت طرفین، جایگزین اراده طرفین می شود، وقتی حاکم می شود که خلاف آن توافق نشود. در این صورت مثل قانون امری، اجرا و تضمین می شود (کانونزبان، ۱۳۷۲) اگر خلاف آن شرط شود شرط و عقد صحیح است. مقنن شروط ضمن عقد "صحیح" را در ماده ۲۳۴ ق.م. تام برده است که در ضمن قرارداد اصلی درج می شود (که مثال قانونی آن در ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. بحث می شود) این شرط صحیح آثار و "نتیجه شرطی" خود را دارد غیر از آثار و "نتیجه عقدی" است. این شروط درج شده صحیح مذکور، خارج از ارکان عقد اصلی است در عین حال از جهت ایجاد و انشاء، استقلال ندارد در مرحله پیدایش و بقاء قاعدتا تابع قرارداد اصلی است. قاعدتا از عقد کسب صحت و نفوذ و اعتبار می نماید، التزام ایجاد می کند.

به نظر می رسد آثار قانونی عقد که "آثار لاینفک از عقد" می باشند مثل اثر عقدی مذکور در ماده ۲۲۳ ق.م. (صحت عقد) و نیز در حکم امین بودن مضارب در ماده ۵۵۶ ق.م. بحث دیگر دارند که زمینه آن با عقد است و مهم هستند اینکه شرط خلاف آنها چه پیامدی دارد بحث آن خواهد آمد.

#### گفتار چهارم - شرط خلاف مقتضای ذات عقد

شرط ضمان مضارب (و نیز شرط عدم توجه خسارت به سرمایه) را شرط خلاف مقتضای عقد مضاربه ندانیم چون اولاً- مقنن دو قسم شرط در ماده ۲۳۳ ق.م. یعنی شرط خلاف مقتضای ذات عقد (و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می گردد) را باطل و موجب بطلان عقد دانسته است در حالیکه در صدر ۵۵۸ ق.م. قانونگذار از این تکنیک که شرط، باطل است و موجب "بطلان" عقد، نیز می باشد (۲۳۳ ق.م.)، استفاده ننموده است تا چنین تصویری پیش آید. در اینجا قانونگذار حکم دیگری نموده است که با درج شرط صدر ۵۵۸ ق.م. عقد باطل است یعنی شرط موجب "بطلان" عقد (۲۳۳ ق.م.) نیست که به نظر متفاوت هستند. شرط خلاف مقتضای عقد، نقش مانع تاثیر (نتیجه) را



بازی می نماید از اول (از لحظه عقد)، امکان تا ثیر یا نتیجه عقد را برای همیشه از بین می برد و بطلان "تاثیر یا نتیجه" عقد را موجب می شود اما با درج شرط صدر ۵۵۸ ق.م. عقد "باطل است" یعنی عقد انشاء نمی شود لذا نوبت به تاثیر یا نتیجه نمی رسد تا بحث "بطلان" نتیجه پیش آید. قانونگذار نیز چنین حکم ننمود. حکم "باطل است" در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. فلسفه دیگری دارد که خواهد آمد.

ثانیا- مقتضای ذات عقد در قانون مدنی تعریف نشد از این حیث یک چالش است حقوق دانان تعریف نمودند: مقتضای ذات عقد اثری است که هدف اصلی عقد را تشکیل می دهد. اثری است که عقد بالذات تولید کننده آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳) مقتضای ذات عقد، اثری لاینفک از عقد است (شهیدی ۱۳۶۴) می خواهیم بررسی نماییم که شرط مندرج در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. که قصد تحلیل آنرا داریم نیز از آن جمله است یا شرط دیگری است؟

به نظر می رسد هر اثری از عقد، نتیجه آن عقد نیست مضافا ممکن است بین واقع شدن عقد تا تاثیر (نتیجه) آن، "فاصله" ایجاد شود (مثلا در کلی و در معلق). دانستن مقتضای ذات هر عقدی و روش قانونی فراگیری آن مهم است. به نظر می رسد مقتضای ذات عقد مضاربه (بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م.) را همچون هر عقد دیگر باید در تعریف قانونی (اولین ماده از مقررات) همان عقد جستجو نمود.

مثلا در بیع، مطابق ماده ۳۳۸ ق.م. (اولین ماده بیع)، مقتضای ذات عقد بیع (بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م.)، تملیک عین (به مشتری) به عوض معلوم است که به آن تاثیر بیع (۱۸۹ ق.م.) یا نتیجه بیع (۷۵۸ ق.م.) یا موثر شدن (۲۳۱ ق.م.) نیز می توان گفت. حال اگر عقد بیع مشروط چنین باشد که "ماشینم را به شما فروختم به ۵۰۰ م ت به شرطی که مالک عین ماشین نشوی" در حالی تعریف و تاثیر بیع مطابق ۳۳۸ ق.م. تملیک عین به عوض معلوم است (در واقع همان مالک عین خارجی شدن... است) اما با درج شرط اخیر (به شرطی که مالک عین ماشین نشوی) مانع آن تاثیر (نتیجه) می شویم یعنی بالاخره معلوم نیست که خریدار با عقد مالک عین شود یا با شرط خلاف آن، مالک نشود، نقض غرض است و از لحظه ایجاب و قبول قانونا عقد مشروط مذکور، نتیجه و یا تاثیر نخواهد داشت لذا شرط، باطل و موجب بطلان (نتیجه) عقد نیز نامیده شد (۲۳۳ ق.م.) در واقع در اینجا شرط، "مانع تاثیر" عقد شد. خلاصه اینکه "بطلان" مربوط به "نتیجه یا تاثیر عقد" می باشد یعنی وقتی که در لحظه ایجاب و قبول برای همیشه امکانی برای تاثیر عقد نباشد. این شرط، مانع مقتضای ذات عقد (بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م.) و خلاف آن نتیجه می باشد، نتیجه عقد را برای همیشه نشانه رفته و مانع آن است لذا شرط باطل و موجب بطلان (نتیجه) عقد نیز می باشد. با درج شرط، امکان تحقق تاثیر عقد از لحظه ایجاب و قبول از بین رفته است. بطلان نتیجه از لحظه عقد. شرط خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه (بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م.) باطل و موجب بطلان عقد می باشد. بنابراین به نظر می رسد که قانون مدنی "شرط ضمان مضارب" را خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه از شروط ۲۳۳ ق.م. ندانسته است (صدر ۵۵۸ ق.م.).



عقد مضاربه مطابق ماده ۵۴۶ قانون مدنی (اولین ماده) چنین تعریف شد " مضاربه عقدی است که بموجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید آنکه طرف دیگر با آن تجارب نماید و در سود آن شریک باشند". ماده مذکور مبین تاثیر عقد مضاربه ( ۱۸۹ق.م.) یا نتیجه عقد مضاربه ( ۷۵۸ق.م.) یا موثر شدن عقد مضاربه ( ۲۳۱ ق.م.) یا مقتضای ذات عقد مضاربه ( بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م.) می باشد که مندرج در تعریف قانونی عقد مضاربه در ماده ۵۴۶ ق.م. می باشد بنابراین مقتضای ذات عقد مضاربه، دادن مال به مضارب ( برای تجارت ریسکی آینده و شریک شدن در سود احتمالی) است و نه چیز دیگر. با عقد مضاربه و دادن مال به شرح فوق مقتضای ذات عقد مضاربه تحقق می یابد اگرچه بعدا عملا تجارتی نشود و اجرا نشود. شرط راجع به عدم توجه خسارت به مال سرمایه و نیز شرط ضمان ( بدون تقصیر) قانونا شرط راجع به مقتضای ذات عقد مضاربه نمی باشد، ربطی به آن ندارد زیرا با شرط ضمان مضارب ، تحقق مقتضای ذات عقد مضاربه ( دادن مال به مضارب) (برای تجارت بعدی) (و برای تقسیم سود احتمالی) ، غیرممکن نمی شود تا خلاف آن و یا موافق آن تصور شود. صدر ماده ۵۵۸ ق.م شرط راجع به ضمان و نیز خسارت است. بحث ضمان و نیز خسارت که بسیار مهم هستند اما در عقد مضاربه، جزء آن تعریف نیامدند پس نمی توانند جزء مقتضای ذات عقد مضاربه باشند. اگر به نتیجه عقد توجه شود این شرط مربوط به نتیجه عقد مضاربه نمی باشد و شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. نتیجه عقد مضاربه را نشانه نرفته است لذا ماده ۵۵۸ ق.م. حکم به بطلان ( نتیجه) عقد از لحظه ایجاب و قبول ، ننموده است . به نظر می رسد شروط صدر ۵۵۸ ق.م. را نباید شرط خلاف مقتضای عقد تصور نمود ( نه حکما و نه مفهوما). این مهم بحث دیگری دارد که خواهد آمد.

### بخش دوم- نظریه انتقادی از حکم صدر ماده ۵۵۸ ق.م.

طبق صدر ماده ۵۵۸ ق.م. با شرط ضمان مضارب ، عقد (مشروط) باطل است که به ظاهر قابل توجیه نیست مضارب که از مال دیگری سرمایه می گیرد خبره در تجارت است و به اراده خویش درگیر این معامله (ریسکی) به قصد منافع شخصی می گردد ( هر چند برای مالک سرمایه نیز نفع احتمالی داشته باشد ) و از طرف دیگر ، صاحب سرمایه جهت احتراز از خطرات این عقد (مضاربه) ریسکی به سهولت راضی نمی گردد که سرمایه خویش را در اختیار دیگری قرار دهد و از طرفی آنچه مهم است اینکه سیاست اقتصادی هر جامعه نیز اقتضا دارد که سرمایه ها در جریان فعالیت های اقتصادی قرار گیرد تا جوابگوی نیاز افراد جامعه باشد بنابراین شاید بتوان گفت که قانونگذار در صدر ماده بلاجهت مانع (باطل است) را ایجاد نمود نه از آن جهت که شرط ضمان مضارب، خلاف مقتضای ذات عقد نیست بلکه اگر قانون امین رادر صورت تقصیر ضامن می شناسد نباید نتیجه گرفت که شرط ضمان نیز برای امین اثر ندارد - عاریه چه خصوصیتی دارد که حکم ماده ۶۴۲ ق.م. (ضمان مستعیر بدون تقصیر) پذیرفته شد حکم آن می تواند ( با حذف صدر ماده ۵۵۸ ق.م) در مضاربه بر مضارب امین نیز جاری گردد (با لازم الاتباع دانستن شروط ضمن عقد و با توجه به اصل حاکمیت اراده و نیز با الهام از قاعده العقود تابعه للقصود) و از طرفی



مال به مضارب "سپرده" نمی شود بلکه "داده" می شود (مثل ودیعه نیست) هدف از مضاربه صرف نگهداری و حفاظت از مال نیست (مثل ودیعه نیست) بلکه داده شده برای معامله بعدی. اصولاً "مضاربه صرفاً" به نفع مالک نیست بلکه مضارب نیز در سود احتمالی حاصله منتفع و شریک است لذا بادرچ شرط ضمان وی اصولاً نباید گفت که عقد (مشروط) باطل است.

- اگر ایجاد ضمان (بدون تخلف و تقصیر)، اثر قانونی عقد نیست (۲۲۱ ق.م.) (۵۵۶ ق.م.) مواد اخیر الذکر می تواند از قواعد تکمیلی تلقی شود و هدف آن حفظ منافع خصوصی افراد باشد و از این حیث شرط خلاف آن (شرط ضمان) پذیرفته شود. وقتی مضارب خود شرط ضمان را ضمن العقد یا ضمن قرارداد دیگری می پذیرد اصولاً "نمی بایست اشکالی داشته باشد. احکام متعارف را نباید با مقتضای ذات عقد اشتباه گرفت.

- مضافاً شرط ضمان مضارب موجب می گردد که سرمایه های را کد در جریان فعالیت های اقتصادی جهت شکوفائی اقتصاد جامعه بکار افتد. شرط ضمان مضارب، تعهد مضارب را در حفظ مال تقویت می نماید. شرط ضمان مضارب تعهد مضارب را در اجرای هر چه بهتر مضاربه می افزاید و عقد مضاربه هر چه بهتر اجرا گردد. ضمانت از دین دیگری هر چند نفعی برای ضامن نداشته باشد در قانون مدنی و تجارت پذیرفته شده است و مضارب از شخص عادی (ضامن) در موقعیت بهتری است. مانعی ندارد به مقتضای دلالت و فاً به شروط و با اطلاقی که دارد شامل این شرط (شرط ضمان مضارب) و شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک) نیز شود.

**بخش سوم - نظریه شخصی در مقام دفاع از حکم اینکه عقد (باطل است) در صدر ماده ۵۵۸ ق.م.**  
حکم قانونی این است که بادرچ شرط ضمان مضارب و...، عقد (مشروط) مضاربه، "باطل است". به نظر می رسد چنانچه با دقت به آن توجه شود قابل دفاع می باشد لذا در چند گفتار بحث می شود.

### گفتار اول - مفهوم اینکه عقد ، باطل است

قواعد قانونی (۳۳۹ و ۶۵۸ ق.م.) عقد با ایجاب و قبول واقع می شود. عبارت "باطل است" در تفسیر ماده ۵۵۸ ق.م. نقش مهمی دارد. هر چند در قانون مدنی عبارت "باطل است" تعریف نشد اما یک تعبیری که از عقد "باطل است" وجود دارد این است که عقد واقع نشد، موجود حقوقی نشد اما قانونگذار اقرانی (در ۱۹۵ و ۳۴۸ و ۳۶۱ ق.م. غیره) بکار برده تا معنی آن معلوم باشد. ماده ۱۹۵ ق.م. مقرر می دارد "اگر کسی در حال مستی... معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است" یعنی وقتی ایجاب و قبول شود (واقع شود) اما فاقد قصد انشائی طرفین باشد عقد باطل است. نظر به اینکه قانونا و





قاعداً با عقد با ایجاب و قبول واقع می شود لذا به نظر می رسد "باطل است" حالت عقدی (ایجاب و قبولی) است که به نظر قانونگذار وجود انشائی نمی یابد، موجود مرده حقوقی است، "انگار" که بوجود نیامده است، مثل عدم است، کان لم یکن است. به عبارت دیگر عبارت "باطل است" یعنی نه تنها آن واقع شدن (ایجاب و قبول)، صحیح نیست بلکه قبل از آن، عقد جنبه انشاء نیافت لذا امکان صحت نیز ندارد بطریق اولی نمی تواند منشا آثار عقدی باشد (چه رسد به نتیجه عقدی). حکم قانونی "باطل است" قابل جبران نیست چون عقد جنبه انشائی نیافت، غیر نافذ هم نیست، امکان صحت و نفوذ ندارد، نمی توان آنرا نافذ و صحیح نمود زیرا موجود حقوقی مرده را دیگر نمی توان حیات حقوقی بخشید. این اقدام نیاز به انشاء دیگر دارد. می دانیم در فصولی ۲۴۷ ق.م. که غیر نافذ است با ایجاب و قبول، عقد واقع می شود جنبه انشائی دارد ولی هنوز صحیح و نافذ نیست اما "امکان نفوذ و صحت" هنوز وجود دارد. با رضای اصیل، صحیح و نافذ می شود هر چند ممکن است مثلاً با رد، این امکان از بین می رود. معامله "باطل شود". به نظر می رسد که باید "باطل است" (۱۹۵ ق.م.) را متفاوت از "باطل می شود" (۲۵۵ و ۲۵۷ ق.م.) دانست.

## گفتار دوم - ضمان

در قانون مدنی "قاعده کلی" این است که در تصرف بر مال غیر "ضمان قهری" ایجاد می نماید با ضرر، ضمان قهری تحقق می یابد. شواهد قانونی در این خصوص وجود دارد (ماده ۳۰۷ ق.م و بعد آن). این مواد به ضمان مذکور صراحت دارد بطوریکه مطابق ماده ۳۱۵ ق.م. غاصب (متصرف بدون مجوز) ضامن تلف مال (و خسارت وارده به مال) می باشد اگر چه تعدی و تفریط نموده باشد (اگر چه خسارت مستند به فعل وی نباشد).

مطابق ماده ۲۲۱ ق.م. "اگر کسی تعهد اقدام به امری بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف (از تعهد)، مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد." ماده ۲۲۱ ق.م. "قاعده عمومی در معاملات صحیح" این است یعنی وقتی عقود واقع شده (و ایجاد شده)، صحیح باشد تعهد ایجاد نماید با تخلف از تعهد، ضمان تخلف "ایجاد" می شود و در صورت ورود خسارت، "ضمان تخلف" وی "تحقق" می یابد.

در عقد بیع مبیع، که دچار درک باشد عقد بیع به حکم قانون بایع را ضامن درک مبیع قرار می دهد (ضمان درک ایجاد می شود) تا در صورت دریافت ثمن (تحقق ضمان)، درک را جبران نماید. (۳۶۲ و ۳۹۰ ق.م.)

در عقد ضمان، به شخص که مال در ذمه دیگری را به عهده می گیرد متعهد یا ضامن (ضامن دین دیگری) می گویند تا در سر رسید با بقای دین، تادیه نماید. (۶۸۴ ق.م. به بعد)



حال چالش این است در عقود، و در تصرف ناشی از عقد صحیح (با مجوز تصرف)، ملاک چیست؟ به نظر می رسد با عقد و تصرف عقدی، ضمان قهری تصرف، بر مال غیر، برداشته می شود. چالش بعدی این است اگر عقد، اجازه تصرف می دهد (و ضمان تصرف را بر می دارد) اما آیا متصرف را امین نیز می نماید؟ آیا اینها آثار متفاوت دارند؟ بحث آنها خواهد آمد. آیا با توافق (شرط ضمن عقد) میتوان آنها را به هم زد؟

### بنداول - مفهوم شرط ضمان

در عقد مضاربه به مضارب سرمایه داده می شود تا تجارت نماید (او متصرف عقدی است مجاز در تصرف است ضمان تصرف بر داشته می شود) حال اگر در ضمن عقد، شرط ضمان مضارب شده باشد چه وضعی پیش می آید؟ منظور از شرط ضمان مضارب این است که او (مضارب) با توجه به توافق (شرط ضمن عقد) در صورت ورود خسارت، ضامن خسارت وارده باشد (اگر چه او، تقصیر نکرده باشد و خسارت ناشی از فعل او نباشد).

طبق ماده ۶۳۱ ق.م.هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع، متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال، امین قرار داده باشد مثل مستودع است و بنا بر این مستاجر نسبت به عین مستاجر... ضامن نمی باشد مگر در صورت تعدی و تفریط و در صورت استحقاق مالک به استرداد، از تاریخ امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقصی یا عیبی خواهد بود اگر چه مستند به فعل او نباشد. "مستفاد از ماده مذکور (و مقررات عاریه و مضاربه) صرف عقد، مجوز تصرف عقدی است (د عاریه و مضاربه) اما خود بخود مفید امین بودن متصرف عقدی نیست مگر امین بودن (یا مثل امین بودن و در حکم امین بودن) در مقررات قانونی عقد مورد نظر، تصریح شده باشد. در عقد عاریه چنین مقرر ای (امین بودن) دیده نمی شود اما در مقررات مضاربه (۵۵۶ ق.م.)، به "در حکم امین بودن مضارب" تصریح شد. فایده این بحث خواهد آمد.

گفتیم عقد (عمل حقوقی)، ضمان تصرف را بر می دارد اما با تقصیر، مقصر ضمان تقصیر دارد، ضامن خسارت وارده می شود (مثل ۵۵۶ ق.م.) آیا شرط ضمان ضمن عقد (توافق بر ضمان) هم مثل تقصیر است یا خیر؟ یعنی آیا شرط ضمان مضارب در اینجا "کارکردی" مثل تقصیر دارد؟ اگر تقصیر، "سبب" ضمان است آیا شرط ضمان مضارب نیز "سبب" ضمان است تا در صورت ورود خسارت، ضامن خسارت وارده باشد (اگر چه تقصیر ننموده باشد و اگر چه خسارت ناشی از فعل او نباشد).

در مقررات بعضی عقود به امین بودن (مستودع ۶۳۱ ق.م.) و مثل امین بودن (مستاجر ۶۳۱ ق.م.) (یا در حکم امین بودن مضارب ۵۵۶ ق.م.) تصریح شد ولی در ادامه فقط در مورد اینکه با درج شرط ضمان مضارب، عقد مضاربه باطل است تصریح شد. چرا؟ چه پیامی دارد؟ یک چالش است به نظر بستگی به نوع عقد و مقررات آن دارد.



## بند دوم - شرط ضمان مستعیر

عقد عاریه (جایز ۶۳۵ ق.م.) اجازه استفاده از عین مال دیگری است. لفظ دادن مال و یا سپردن مال در "تعریف عاریه" نیامد. در عاریه، عین در مالکیت مالک می ماند، عاریه فقط به نفع مستعیر است. در عاریه قرار نیست که مستعیر مال مذکور را مورد عقدی دیگر برای "مالک عین" قرار دهد. (از این حیث مثل مضاربه نیست.)

آیا مستعیر، امین یا مثل امین (باملاک ۶۳۱ ق.م.) یا در حکم امین است؟ یک چالش است باید به مقررات عاریه توجه نمود.

در عاریه طلا و نقره، مستعیر (متصرف عقدی و با مجوز)، ضامن است حتی بدون تقصیر (۶۱۴ ق.م.) (بطریق اولی بدون نیاز به درج شرط ضمان). آیا به معنی این است که او مثل امین ۶۳۱ ق.م. نیست؟ یا مثل امین می باشد اما استثنائاً قانون او را ضامن شناخت (بدون تقصیر) (بدون شرط ضمان)؟

در عاریه (غیر طلا و نقره) مطابق ماده ۶۴۰ قانون مدنی مستعیر ضامن نیست مگر با تقصیر. بنابراین تصرف مستعیر با اجازه عقدی است پس در اینجا، ضمان تصرف ندارد. اما تقصیر او، سبب ضمان است. در عین حال در اینجا در عاریه (غیر طلا و نقره) "شرط ضمان مستعیر متصرف" پذیرفته شد اگر چه بدون تقصیر (۶۲۲ ق.م.) (حتی اگر مستند به فعل او نباشد) آیا اینها به معنی این است که او اگر چه با اجازه عقدی استفاده می نماید اما (در بحث ضمان) مثل امین نیست، در حکم امین نیست پس شرط ضمان وی اشکالی ندارد. در اینجا، شرط ضمان وی مثل تقصیر او، کارکرد دارد پس در عاریه، تقصیر (از حیث سبب ضمان)، جنبه حصری ندارد. بنابراین اگر ۶۴۰ ق.م. مستعیر را ضامن نمی داند برای وقتی است که شرط ضمان او نشده باشد و الا با شرط ضمان نیز ضامن می شود حتی اگر تقصیر ننموده باشد و خسارات مستند به فعل او نباشد. شاید فلسفه آن این باشد با توجه به ۶۳۱ ق.م. از ماده ۶۴۰ ق.م. حکم "امین بودن" یا "در حکم امین بودن" یا "مثل امین بودن" ، مستعیر افاده نمیگردد. شرط ضمان او (با وصف اجازه عقدی در استفاده)، صحیح است. در اینجا شرط ضمان (مثل تقصیر)، سبب ضمان می شود و ضمان (بدون تقصیر) ایجاد می نماید تا با ورود خسارت، ضمان وی تحقق یابد اگر چه خسارت ناشی از فعل مضارب نباشد. چرا در مقررات عاریه فقط به اجازه تصرف مستعیر تاکید شده اما به مثل امین بودن مستعیر، تصریح نشد؟ شاید فلسفه آن این است که عاریه فقط به مصلحت و سود مستعیر (متصرف) است و نه معیر (مالک) و شاید مراتب فوق خصوصیتی باشد که ماده ۶۴۲ و ۶۴۴ ق.م. (ضمان بدون تقصیر مستعیر) را قابل تحلیل می نماید بویژه اینکه هدف از عاریه، معامله بعدی با مال مالک، برای مالک نیست (از این حیث هم، مثل مضاربه نیست). اگر از مقررات ۶۳۱ و ۶۴۰ ق.م. "مثل امین بودن" مستعیر افاده شود در این صورت می توان گفت که ضمان در عاریه (طلا و نقره) و نیز شرط ضمان مستعیر (در عاریه غیر طلا و نقره)، به حکم خاص قانون و استثناء می باشد. (از این حیث قابل تسری به عقود دیگر نمی باشد.) در این صورت آیا می توان گفت با امین یا مثل امین یا در حکم امین، طرفین نمی توانند شرط ضمان



بدون تقصیر) نمایند (فقط قانونگذار می تواند "ضمان تصرف" قبل از تقصیر را تحمیل نماید؟) در هر صورت با هر تحلیلی، در قانون شرط ضمان مستعیر پذیرفته شد. اگر در عاریه شرط ضمان شود عقد و شرط هر دو صحیح و هر دو لازم الاتباع است. به نظرمی رسد مقررات عاریه قانونگذار به روشی متفاوت از مضاربه، تن داده است چه در عاریه، آنرا یک استثناء قانونی بدانیم و چه نه.

شرط سقوط ضمان مستعیر (در عاریه طلا و نقره) (و در غیر طلا و نقره با وجود تقصیر) یک چالش است که از مقاله حاضر خارج است.

### بند سوم- شرط ضمان مضارب

باعقد مضاربه انشاء شده (صحیح)، ماده ۵۵۶ ق.م. متضمن چند مطلب است که نباید خلط شود:

۱- با عقد و مجوز عقدی در تصرف، ضمان تصرف "برداشته می شود، مضارب ضامن نیست." (با تقصیر، ضامن می شود ماده ۵۵۶ ق.م. مفید حکم مذکور است.)

۲- در مقررات مضاربه، تصریح شد که مضارب (با تصرف عقدی)، "در حکم امین" نیز می باشد (ماده ۵۵۶ ق.م). آیا "در حکم امین بودن"، لاینفک از عقد است از این حیث که با درج شرط ضمان مضارب متصرف، عقد باطل است؟ (۵۵۸ ق.م). انگار عقدی و اجازه ای برای تصرف وجود ندارد. (اصل کلی ضمان قهری بر متصرف مال غیر ایجاد می شود.)

۳- با عقد و تصرف عقدی که "ضمان تصرف" برداشته می شود اما تقصیر (تعدی و تفریط در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ و ۹۵۳ ق.م). مضارب (که امر جدید است)، "سبب" ایجاد "ضمان تقصیر" است و ورود خسارت "شرط" تحقق ضمان می باشد. (با ورود خسارت، ضمان "تحقق" می یابد.). (اگر چه قاعده تا تصرف با مجوز، ضمان ندارد اما تقصیر مضارب (در حکم امین)، ضمان آور است.

آیا تقصیر عقد مضاربه جایز را که سابقا انشاء شد (از زمان تقصیر) منحل می نماید یا فقط ضامن می نماید و عقد جایز باقی است تا فسخ شود؟ آیا تقصیر بعدی، در حکم امین بودن (۵۵۶ ق.م)، که سابقا ایجاد شده را زائل می نماید یا فقط ضامن می نماید؟ ماده ۵۵۶ ق.م. تقصیر (بعدی) را سبب ضمان دانسته است آیا میتوان گفت که ماده مذکور، دلالت دیگر ندارد و ناظر به انحلال عقد (سابق) نیست و مفید زوال در حکم امین بودن (که سابقا ایجاد شد) نمی باشد؟ اگر چه اینها مقوله های بسیار مهم هستند. (اما خارج از مقاله حاضر هستند)

طبق ۵۵۶ ق.م. مضارب نسبت به سرمایه داده شده به او در تجارت ریسکی هر چند امین نیست و مثل امین نیست ولی قانونا "در حکم امین" می باشد به عبارت دیگر در مضاربه، سرمایه ریالی مالک به مضارب:



- "سپرده" نمی شود تا نگهداری شود تا عین آن مسترد شود یعنی ودیعه نیست.

- "تملیک" نمی شود تا بعدا مثل آنرا رد کند یعنی قرض نیست.

- داده نمی شود تا استفاده نماید و عین آنرا مسترد نماید مثل مال عاریه هم نیست.

- "داده" می شود تا با سرمایه، معامله بعدی (تجارت) شود. با عقد مضاربه و دادن مال به شرح فوق مقتضای ذات عقد مضاربه تحقق می یابد اگرچه بعدا عملا تجارتی نشود و اجرا نشود لذا در عقد مضاربه، مضارب، اصیل است اما در تجارت بعدی با غیر، مضارب به نمایندگی از مالک سرمایه، تجارت می نماید. نمایندگی جزء ذات عقد مضاربه (مرحله ۴) نیست یعنی نمایندگی در اجرای مضاربه (مرحله ۵) در تجارت بعدی تبلور می یابد. ممکن است بعدا تجارتی نشود. باز مقتضای ذات مضاربه تحقق می یابد مضافا در تجارت بعدی احتمالی، سرمایه به نمایندگی به طرف تجارت داده می شود، (تجارت امری ریسکی است) تا با تجارت، سود حاصله احتمالی برای طرفین تقسیم شود که در عقود دیگر اینطور نیست. در انعقاد عقد مضاربه شخصیت مضارب و نیز خیره بودن وی در تجارت تا حدودی مدنظر مالک است.

آیا بطور کلی می توان گفت که اگر قانونگذار امین (یا مثل امین) (یا در حکم امین) را در صورت تقصیر ضامن می داند برای وقتی است که شرط ضمان نشده باشد؟ و الا با شرط ضمان نیز ضامن می شود حتی اگر تقصیر ننموده باشد؟ و خسارات مستند به فعل او نباشد؟ آیا توافق طرفین (با درج شرط ضمان مضارب در ضمن عقد) می تواند (مثل تقصیر) سبب ضمان باشد و ضمان ایجاد نماید (بدون تقصیر) تا با ورود خسارت ضمان وی تحقق یابد اگرچه خسارت ناشی از فعل مضارب نباشد؟ بطور کلی اثر چنین شرطی در عقد مضاربه (برای تجارت ریسکی) چگونه است؟ به نظر می رسد تقصیر مضارب، "سبب" ضمان را ایجاد می نماید اما درج شرط ضمان مضارب، چنین کارکردی ندارد (مثل عاریه نیست) و نمی تواند در اینجا سبب ضمان تلقی شود (۵۵۶ و ۵۵۸ ق.م). بطوریکه مضارب "بدون تقصیر" هم ضامن باشد. در اینجا تقصیر مضارب (تعدی و تفریط) جنبه انحصاری در ایجاد ضمان دارد شرط ضمان چنین کارکردی ندارد با قرارداد خصوصی نمی توان این نظم و حکم را در مضاربه به هم ریخت (مثل عاریه نیست). آیا فلسفه آن این است که در حکم امین بودن مضارب، در پیدایش، لاینفک از عقد است؟ (در این صورت در عقدی که به امین بودن یا مثل امین بودن نیز تصریح شده نیز چنین خواهد بود) یا اینکه فلسفه آن این است که ماده ۵۵۸ ق.م در عقد مضاربه وجود دارد که مقرر می دارد با درج شرط ضمان مضارب، عقد باطل است؟ (در این صورت در مقررات عقود دیگر چون چنین حکم "باطل است" (برای شرط ضمان) وجود ندارد پس ۵۵۸ ق.م. ویژه مضارب است قابل تسری به عقود دیگر نیست.

مطابق صدر ۵۵۸ ق.م. اگر در ضمن عقد مضاربه، شرط ضمان مضارب (بدون تقصیر) به سلیقه طرفین درج شود، عقد باطل است چرا؟



## گفتار سوم - فلسفه اینکه عقد "باطل است"

مطابق صدر ۵۵۸ ق.م. اگر در ضمن عقد مضاربه، شرط ضمان مضارب (بدون تقصیر) به سلیقه طرفین درج شود، عقد باطل است نظر به اینکه، حکم "باطل است" در ماده ۵۵۸ ق.م. حکم صریح است و اجتهاد در برابر نص جایز نیست لذا عقد مضاربه را که در آن شرط ضمان مضارب (بدون تقصیر) درج شده باشد به هر حال چنین عقد مضاربه (مشروط) "باطل است" اما چرایی "باطل است" قابل بحث است (یک چالش است) تا معلوم شود که تکنیک قانونگذار قابل دفاع می باشد یا خیر؟

- طبق ماده ۵۴۶ ق.م. نتیجه عقد مضاربه، "دادن مال به مضارب" برای تجارت بعدی و تقسیم سود در آینده است. هر چند اصل کلی بر ضمان متصرف مال غیر است اما می دانیم طبق ۵۵۶ ق.م. (عقد مجوز تصرف می دهد) و (عقد مضاربه صحیح، ضمان تصرف را برمی دارد) و مهم تر اینکه (با عقد مضاربه صحیح، مضارب در حکم امین است). آیا اینها، قبل از "نتیجه عقد" (قبل از دادن مال) بروزی نماید یا بعد از "تحقق نتیجه مضاربه"؟ آیا اینها مقتضای ذات عقد هستند یا مقتضای اطلاق عقد و یا بحث دیگر است؟ کدام یک لاینفک از عقد است؟ آیا می توان شرط خلاف هر یک از اینها نمود یعنی شرط نموده شرطی که عقد مضاربه، ضمان تصرف را بر ندارد؟ یا به شرطی که مضارب (بدون تقصیر) ضامن باشد؟ یا به شرطی که مضارب در حکم امین نشود؟

مثال: بعد از انشاء عقد بیع، آثار عمومی عقد (مثل صحت عقد در ۲۲۳ ق.م.) و آثار اختصاصی عقد (مثل الزام به تسلیم ماده ۳۶۲ ق.م.)، قبل از "نتیجه عقدی ۳۳۸ ق.م." بروزی نماید آیا می توان شرط نمود "به شرطی که عقد، صحیح نشود" به قابلیت نتیجه نرسد؟ "یا به شرطی که در عقد، الزام به تسلیم پیش نیاید؟ آیا شرط خلاف موارد فوق، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد و صحیح است؟ یا اینها آثاری است لاینفک از عقد؟ به نظرمی رسد بعد از "تحقق نتیجه عقد" نیز ممکن است که اثری از نتیجه پیدا می شود مثلاً نتیجه بیع (مقتضای ذات بیع) این است که مشتری مالک عین می شود (سپس اثر مالک عین شدن این است که مشتری (مالک) حق فروش دارد. حال چالش این است که در چنین بیعی که مالک عین مبیع شد، آیا می توان شرط نمود به شرطی که مشتری حق فروش عین مبیع را (که مالک شده) تا مدتی نداشته باشد؟) آیا شرط اخیر، شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد است؟ یا خلاف اثری لاینفک از عقد؟ حال در عقد مضاربه قاعدتاً عقد، (تصرف عقدی)، ضمان تصرف را برمی دارد. شاید درج شرط ضمان از این حیث صحیح باشد اما عقد مضاربه، مضارب را صراحتاً "در حکم امین" نیز می نماید (۵۵۶ ق.م.) که به نظر لاینفک از عقد مضاربه است (صدر ۵۵۸ ق.م.) بطوریکه با درج شرط ضمان (بدون تقصیر) مضارب، خود عقد باطل است یعنی شرط مذکور "مانع انشاء عقد" می شود یعنی با درج این شرط برای همیشه، امکان انشاء عقد مذکور نخواهد بود (عقد باطل است) پس "در حکم امین بودن" هم منتفی است. در اینجا قانونگذار در ماده ۵۵۸ ق.م. حکم نمود که با درج شرط ضمان، عقد، باطل است. انگار عقدی وجود ندارد لذا چنین شخصی در حکم امین نمی باشد.



آیا ماده مذکور (چه تصرف عقدی مضارب و چه در حکم امین بودن) از آثار اختصاصی عقد مضاربه است یا از آثار ناشی از نتیجه مضاربه (دادن مال)؟ (مقتضای ذات عقد مضاربه، دادن مال... است) پاسخ هر چه که باشد با درج شرط ضمان تصرف، در عقد مضاربه، عقد باطل است. به نظر می رسد درج شروط صدر ۵۵۸ ق.م (درج شرط ضمان و غیره) در ضمن عقد، قانوناً از شرطی است که مانع دائمی "انشاء عقد" می شود (امکان انشاء عقد از بین می رود) لذا عقد باطل است (یعنی چنین عقدی از لحظه ایجاب و قبول، انشاء نشده و نخواهد شد لذا بطریق اولی امکان نفوذ و صحت ۲۲۳ ق.م. ندارد خلاصه اینکه در اینجا نوبت به آثار عقد و یا نتیجه عقدی نمی رسد (نوبت به در حکم امین بودن نمی رسد) قبل از آن "انشاء عقد" (با درج شرط صدر ۵۵۸ ق.م.)، غیر ممکن شد، عقد باطل است.

#### گفتار چهارم - نوع و قسم شرط ضمان در صدر ۵۵۸ ق.م.

شرط ضمان از کدام نوع و قسم است. ابتدا شرط ضمان مستعیر و سپس شرط ضمان مضارب بحث می شود

#### بند اول - نوع و قسم شرط ضمان مستعیر

- در عاریه طلا و نقره مستعیر متصرف، ضامن است حتی بدون تقصیر (۶۱۴) (بطریق اولی بدون نیاز به درج شرط ضمان).

- در عاریه غیر طلا و نقره، ضمان تصرف برداشته می شود مستعیر ضامن نیست اگر بعداً تقصیر نماید ضمان تقصیر حاکم می شود در اینجا در هر صورت با هر تحلیلی قانوناً در مقررات عاریه، شرط "ضمان" تصرف مستعیر هم پذیرفته شد اگر چه بدون تقصیر (۶۲۲ ق.م.)، شرط ضمان مستعیر از کدام نوع و قسم است؟ نظر به اینکه شرط "ضمان تصرف" مستعیر پذیرفته شد لذا به نظر می رسد از شرط ضمن عقد ۲۳۲ ق.م. (باطل و غیر مفسد) نمی باشد و یا از شرط ضمن عقد ۲۳۳ ق.م. (باطل و موجب بطلان) نمی باشد بلکه از "نوع" شرط ضمن عقد ۲۳۴ ق.م. (صحیح) است اما از کدام "قسم" آن؟ به نظر می رسد از قسم بند ۲ ماده ۲۳۴ ق.م. (شرط نتیجه) است. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. (دلالتی به فوریت تحقق ندارد.) مطابق ۲۳۶ ق.م. شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه (ضمان مستعیر) به نفس اشتراط، (درج شرط ضمان مستعیر) حاصل می شود در اینجا با درج شرط ضمان مستعیر، که "سبب" ضمان است (مثل تقصیر)، ضمان تصرف "ایجاد" می شود اما ضمان "تحقق" نمی یابد تا خسارت وارد شود. ورود خسارت، "شرط" تحقق ضمان مستعیر است. "تحقق" ضمان تصرف مستعیر، متوقف به ورود خسارت در آینده است. "پرداخت" خسارت مقوله دیگری است عمل مادی بعدی است.



## بند دوم - نوع و قسم شرط ضمان مضارب

در هر صورت با هر تحلیلی در مضاربه، صدر ماده ۵۵۸ ق.م.مقرر می دارد: "اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود ... عقد باطل است." یعنی قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. حکم نموده که با درج شرط ضمان مضارب، عقد باطل است (انشاء نمی شود) اما در مورد خود شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م. حکم صریح ننموده است لذا چالش این است که شرط ضمان مضارب در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. از کدام نوع و قسم است؟ (آیا همانند شرط ضمان مستعیر است؟).

قبل از آن در اینجا یک مقایسه خارج از لطف نیست یعنی اگر موارد ۱۹۵ و ۳۴۸ و ۳۶۱ ق.م. نباشند عقد باطل است مثلاً قصد، "شرط انشاء" عقد است (برای انشاء عقد، باید باشد) با فقدان قصد، عقد باطل است یعنی با وصف ایجاب و قبول، اگر عقد واقع شود اما عقد انشاء نمی شود حتی امکان انشاء نمی یابد. به حکم قانون، این عقود، باطل است (۱۹۵ ق.م.). اینها "شروط قانونی برای انشاء" عقد هستند به حکم قانون و آمره هستند لذا باید باشند تا عقد انشاء شود یعنی نمی توان نادیده گرفت و با توافق نمی توان از آن عبور نمود. می دانیم اینها که گفته شد شروط ضمن عقد ۲۳۲ و ۲۳۳. ۲۳۴ ق.م. نیستند اما شروط ضمن عقد را طرفین در ضمن عقد درج می نمایند و درج اینها ضرورتی ندارد اما اگر طرفین به سلیقه خود درج نمایند چه وضعی پیش می آید؟ بدیهی است بستگی به شرط ضمن عقد دارد شرط ضمان مضارب (شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م) "مانع انشاء" عقد می شود (برای انشاء عقد، چنین مانعی نباشد). شرط ضمان مضارب (شرط صدر ماده ۵۵۸ ق.م) آیا از شروط ضمن عقد ۲۳۲ ق.م. (باطل و غیرمفسد) می باشد و یا از شروط ضمن عقد ۲۳۴ ق.م. (صحیح)؟ به نظر می رسد شرط ضمان مضارب (در صدر ۵۵۸ ق.م.) از شروط ضمن عقد ۲۳۳ ق.م. (باطل و موجب بطلان عقد نیست) مصداق بند یک (خلاف مقتضای ذات عقد) و مصداق شرط بند دو (مجهول موجب جهل) ماده ۲۳۳ ق.م. نمی باشد فلسفه آن قبلاً گفته شد از جمله اینکه به صراحت قانون این شروط ۲۳۳ ق.م. خود، باطل هستند و موجب بطلان (نتیجه) عقد از لحظه عقد (ایجاب و قبول) می باشند. این شروط ۲۳۳ ق.م. ناظر به نتیجه عقد است از لحظه ایجاب و قبول معلوم است که با درج این شرط ۲۳۳ ق.م. "مانعی دائمی" در تاثیر یا نتیجه عقد و یا میزان آن وجود دارد لذا به بطلان (نتیجه) عقد، حکم شده است. درحالیکه با درج شرط ضمان تصرف مضارب، عقد مضاربه "باطل" است "یعنی عقد انشاء نشد". "باطل است" مترادف "بطلان" نیست. باطل است یعنی عقد از لحظه ایجاب و قبول، انشاء نشده و نخواهد شد. بطلان عقد یعنی عقد از لحظه ایجاب و قبول قانوناً نتیجه عقدی نداده و نخواهد داد. انشاء عقد متفاوت از نتیجه عقد است (در عقد تعلیقی نیز بحث تعلیق در انشاء از حیث مفهوم و آثار متفاوت از بحث تعلیق در منشاء است هر چند آنچه نزد حقوق دانان به تعلیق در منشاء معروف است قانونگذار آنرا در ماده ۱۸۹ ق.م. تعلیق در تاثیر (نتیجه) نامید که به اراده طرفین است. بیع غیر نافذ با اینکه انشاء شده ولی قانوناً هنوز تاثیر (نتیجه) ندارد. (به تملیک عین.. نرسیده است. خلاصه اینکه بحث "مانع انشاء" مربوط به قبل از بحث "مانع نتیجه" می باشد.





- آیا شرط ضمان مضارب از شروط باطله بند یک (غیر مقدور)، بند ۲ (بی فایده)، بند ۳ (شرط غیر مشروع) ماده ۲۳۲ ق.م. می باشد یا خیر؟ قابل تامل است. شرط ضمان مضارب بادر حکم امین بودن مضارب در ۵۵۶ ق.م. قابل جمع نیست. چه ماده ۵۵۶ ق.م. (تصرف عقدی مضارب و در حکم امین بودن) از آثار اختصاصی عقد مضاربه باشد و یا از آثار ناشی از نتیجه (دادن مال) و چه از احکام آمره قانونی (که نظر شخصی قبلا گفته شد). به صراحت قانون هر یک از این شروط سه گانه ماده ۲۳۲ ق.م.، خود، باطل است اما مفسد بعدی (نتیجه) عقد نمی باشند. (فساد در ۲۲۳ و ۳۶۵ ق.م. آمده است که به نظر باطل و فساد، متفاوت هستند) لذا باید از این حیث شرط ضمان مضارب در صدر ۵۵۸ ق.م. را شرط خاصی دانست چون در ۵۵۸ ق.م. قانونگذار حکمی برای خود شرط به صراحت نیاورد فقط حکم کرد که با درج این شرط ضمان مضارب، عقد باطل است + (عقد انشاء نمی شود). چرا؟ (دو نظر قابل تصور است)

۱- در عقد مضاربه، مضارب قانونا (۵۵۶ ق.م) ضمان تصرف تدارد حتی در حکم امین می شود این که شرط نمایند او ضامن تصرف باشد عقد انشاء نمی شود. انشاء عقد مضاربه و در حکم امین بودن، لاینفک هستند شرط ضمان مضارب به مثابه عدم انشاء عقد تلقی شد تادر حکم امین پدید نیاید. لذا این تصرف مضارب با مجوز نمی باشد متصرف مال غیر (بدون مجوز) محسوب است تصرف مضارب قانونی نیست مانعی برای ضمان وجود ندارد پس متصرف بدون مجوز است و ضامن است حتی اگر تقصیر نموده باشد پس تصرف ضمانی است. معنی شرط هم ضامن بودن است معنی شرط ضمان هم چیزی غیر از این نبوده و نیست. آیا باید شرط را باطل دانست؟ نیاز نیست که شرط باطل باشد. انشاء مستقل است. شرط ضمن عقد تلقی نمی شود.

۲ - شاید چون عقد، باطل است قاعدتا شرط ضمن عقد نیز باطل است. شرط ضمن عقد قاعدتا در ایجاد و بقاء تابع عقد است چون عقد (مشروط)، باطل است به تبع آن شرط ضمن آن نیز همینطور است. هیچ کدام به مرحله انشاء نرسید. در نتیجه مضارب مذکور چون بر مال غیر بدون مجوز تصرف دارد به حکم قانون ضامن است (نه ناشی از شرط توافق شده لذا شرط مذکور مستقلا دیده نشود) در این فرض اخیر (اگر شرط را نیز باطل بدانیم)، شرط بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. (شرط نامشروع) می باشد. شرط خلاف حکم قانونی (در حکم امین بودن در ۵۵۶ ق.م.) است و در اینجا شرط (صدر ۵۵۸ ق.م.) باطل است اما شرط بوی دیگری دارد یعنی این شرط باطل، مفسد عقد (نتیجه بعدی) نیست بلکه قبل از آن، عقد باطل است (عقد انشاء نمی شود). این شرط، مانع انشاء عقد می شود (مضارب در حکم امین نمی شود). این شرط، مفسد (نتیجه) عقد نیست یعنی با این شرط (باطل)، عقد در آینده فاسد (در نتیجه) نمی شود بلکه قبل از نتیجه، عقد "باطل است" (به انشاء نمی رسد) تا بحث نتیجه بعدی یا فساد آن پیش آید.

گاهی عقد "باطل است" چون شرط انشاء (مثلا قصد) وجود ندارد. گاهی عقد "باطل است" چون مانع انشاء (مثلا شرط ضمان مضارب) وجود دارد. در هر صورت "باطل است" (انشاء نشدن) متفاوت از فساد (در نتیجه بعدی) می باشد. مطابق ۳۶۵



ق.م. عقد فاسد عقدی است که اثری در تملک ندارد یعنی تعرضی به وقوع و انشاء و صحت قبلی (با قابلیت نتیجه دهی) ندارد (۲۲۳ ق.م.). مثلاً: عقد بیع معلق (صحیح = با قابلیت نتیجه دهی)، ممکن است فساد آن معلوم شود (یعنی وقتی بعداً امکان حصول معلق علیه از بین برود فساد آن معلوم می شود یا در عقد بیع با مبیع مستحق للغير (صحیح) با رد مالک، فساد) از حیث نتیجه) عقد، معلوم می شود (۳۹۱ و ۱۱۰۰ ق.م.).

### گفتار پنجم - درج شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک

مضارب (در عقد مضاربه صحیح) نسبت به سرمایه مالک در تجارت ریسکی "در حکم امین" است و ماده ۵۵۶ در مقام بیان آن نیز می باشد لذا مضارب با سرمایه خود تجارت نمی نماید تا خسارت متوجه سرمایه ایشان شود با سرمایه مالک به نمایندگی تجارت می نماید خسارت وارده لاینفک از سرمایه (مالک) است یعنی نمی توان با سرمایه مالک تجارت نمود (مضاربه را اجرا نمود) اما خسارت وارده را متوجه سرمایه مضاربه ندانست لذا شرط عدم توجه به منزله عدم انشاء عقد است. قانون چنین شرطی را "مانع" انشاء عقد دانسته است (عقد باطل است). با عقد و تجارت، خسارت وارده قهراً متوجه سرمایه مالک است. شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک، (صدر ماده ۵۵۸ ق.م.) به این معنی است که خسارت وارده (بویژه ناشی از تجارت ریسکی) متوجه سرمایه مالک نشود اما چطور می شود که خسارت وارد شود یعنی دو میلیارد سرمایه مالک در جریان تجارت قهراً به یک میلیارد تبدیل شود اما این خسارت متوجه سرمایه مالک نشود و به سرمایه تحمیل نشود، اجتناب ناپذیر است، غیر مقدور است و الا عنوان خسارت را نخواهد داشت، خسارت صدق نمی نماید. نظر به اینکه با سرمایه مالک، تجارت ریسکی شد (نه با سرمایه مضارب در حکم امین) لذا شرط اینکه خسارت به سرمایه مالک متوجه نشود در واقع به منزله این است که عقد مضاربه انشاء نشود. تنها راه برای اینکه خسارت به سرمایه متوجه نشود این است که اجازه تصرف عقدی برای تجارت کردن داده نشود. (عقد مضاربه انشاء نشود.) اینکه توافق شود (با شرط ضمن عقد) به میزان خسارت وارده به سرمایه بعداً از مال مضارب جبران شود (ذیل ماده ۵۵۸ ق.م.) بحث دیگری است، مقدور است. اینها دو مقوله متفاوت هستند. به عبارت دیگر اینکه خسارت به سرمایه مالک اصابت نکند یا اینکه خسارت به سرمایه مالک اصابت کند اما بعداً از مال مضارب جبران شود، متفاوت می باشند به همین دلیل حکم صدر و ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. متفاوت است. تعارض گوئی نیست. (ذیل ماده عنوان مقاله دیگر است.)

- خسارت متفاوت از سود و منافع است هر چند هر دو مهم هستند اما در قانون مدنی در تعریف عقد مضاربه (ماده ۵۴۶ ق.م.) از دادن مال برای تجارت بعدی و تقسیم سود (احتمالی و بعدی) بحث شد، اشاره ای به خسارت نشد. خسارت اگر چه مهم است اما جزء تعریف عقد و یا جزء مقتضای ذات عقد مضاربه نیامده است لذا در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک را نمی توان خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه دانست بویژه اینکه: اولاً - ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. قانونگذار به هر شکل تدارک خسارت از ناحیه مضارب را تجویز نموده است پس خلاف مقتضای ذات



عقد مضاربه نیست ثانياً - در ماده ۵۵۸ ق.م. با درج شرط مذکور، حکم اینکه عقد "باطل است" بکار رفته است و نه " شرط باطل موجب بطلان " لذا از ماده ۲۳۳ ق.م. خارج است یعنی شرط اخیر ناظر به نتیجه یا ناظر به مقتضای ذات عقد نیست. به نظر می رسد که شرط مذکور، "مانع" انشاء عقد مضاربه است که حکم خود را دارد (عقد باطل است) یعنی نوبت به بحث آثار خود عقد مضاربه یا مقتضای اطلاق عقد یا تاثیر عقد (به تعبیری مقتضای ذات عقد) و یا اثر نتیجه نمی رسد. شروط ۲۳۳ ق.م. ناظر به نتیجه عقد است از لحظه ایجاب و قبول معلوم است که با درج شروط ۲۳۳ ق.م. چنین شرطی حسب مورد "مانعی دائمی" در تاثیر یا نتیجه عقد (و یا میزان آن) می باشد لذا به بطلان (نتیجه) عقد حکم شد.

آیا شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک، شرط بند یک (غیر مقدور) و دو (بی فایده) و سه (غیر مشروع) ماده ۲۳۲ ق.م. می باشد؟ به صراحت قانون این شروط سه گانه خود، باطل است اما مفسد بعدی (نتیجه یا تاثیر) عقد نیست. (فساد در ۲۲۳ و ۳۶۵ ق.م. آمده است) لذا باید شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک (غیر مقدور) در صدر ۵۵۸ ق.م. را شرط خاصی دانست چون قانونگذار حکمی برای خود شرط به صراحت نیاورد. ۵۵۸ ق.م. مقرر می دارد که اگر در عقد مضاربه، شرط (عدم توجه خسارت به سرمایه مالک) شود، عقد (مشروط) باطل است یعنی عقد انشاء نمی شود عقد امکان انشاء ندارد. درج این شرط غیر مقدور (شرط عدم توجه خسارت به سرمایه مالک)، "مانع" انشاء عقد است. ماده ۲۳۲ ق.م. نسبت به خود شرط، ساکت است بنابر این اگر شرط را مصداق بند ۱ (شرط غیر مقدور) ماده ۲۳۲ ق.م. بدانیم و شرط را هم باطل بدانیم باید پذیرفت که این شرط (عدم توجه خسارت به سرمایه مالک) پیامد منفی خود را نسبت به عقد دارد یعنی این شرط، مانع انشاء عقد می شود عقد باطل است در اینجا بحث نتیجه بعدی یا فساد عقد صدق نمی نماید ماده ۲۳۲ ق.م. شروط سه گانه را باطل "غیر مفسد" اعلام نمود. یعنی عقد بعداً "فاسد" نمی شود ولی در اینجا قبل از آن، عقد "باطل است" (نوبت به فساد نمی رسد). به نظر می رسد باید حکم "باطل است" را متفاوت از "فاسد" (۳۶۵ ق.م.) بدانیم.

## نتیجه گیری

### از این مقاله نتایج ذیل حاصل است:

- به نظر می رسد حکم قانونگذار در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. (عقد، باطل است) در مقام دفاع و حمایت از مضارب نباشد چون بلافاصله شرط ذیل ماده که "شرط صحیح" اعلام شده مفید چنین حمایت و مفهومی نیست. ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. به هر شکل تدارک خسارت وارده را بعداً از مال مضارب تجویز نموده است. به نظر می رسد شرط عدم توجه خسارت به سرمایه متفاوت از جبران خسارت وارده می باشد شرط ذیل ماده ۵۵۸ ق.م. از ظرفیت (۲۰ صفحه ای) مقاله حاضر خارج است عنوان مقاله بعدی شد.



- با توجه به صدر ۵۵۸ ق.م. بحث مقتضای دلالت وفاً به شروط ناظر به شرط صدر ۵۵۸ ق.م. نمی شود چون شرط مذکور "مانع" انشاء عقد می شود بدرج این شرط، عقد (مشروط) وقوع انشائی نمی یابد، عقد باطل است لذا لازم الاتباع نیستند.

- به نظر می رسد شرط ضمان مضارب (قبل از تقصیر) در صدر ماده ۵۵۸ ق.م. بر خلاف نظر حقوقدانان برجسته ایران، شرط خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نیست چون قانونگذار شرط را مصداق ۲۳۳ ق.م. (شرط باطل و "موجب بطلان عقد") ندانسته است شرط خلاف مقتضای عقد، نقش "مانع" در تاثیر (نتیجه) عقد را بازی می نماید که از اول، امکان تا ثیریا نتیجه عقد را برای همیشه از بین می برد، از اول بطلان "نتیجه" عقد را موجب می شود اما با این شرط ضمان (صدر ۵۵۸ ق.م.)، عقد، باطل است یعنی قانونگذار چنین شرطی را "مانع" انشاء عقد می داند. به نظر می رسد "عقد، باطل است" را نباید مرادف "بطلان" عقد دانست. شرط ۲۳۳ ق.م. ناظر به مقتضای ذات عقداً نتیجه عقد است اما شرط ضمان ناظر به انشاء عقد است. دومی بحث مقدم تری است.

- بطلان و فساد هر دو مربوط به عدم نتیجه عقد است با وجود این، کمی متفاوت از هم هستند: بطلان ۲۳۳ ق.م. وقتی است که "نتیجه معین عقد" از اول لحظه (ایجاب و قبول) برای همیشه غیر ممکن است. فساد وقتی است که "نتیجه عقد" در لحظه ایجاب و قبول اگر چه هنوز تحقق نیافته اما هنوز ممکن است که تحقق یابد اما بعداً به دلیلی این نتیجه امکان تحقق ندارد. مثل عقد بیع معلق (صحیح)، وقتی که امکان حصول معلق علیه از بین برود (فساد معلوم می شود) و عقد بیع با مبیع مستحق للغير (صحیح) برای خود، وقتی که بعداً مالک رد کند. فساد عقد معلوم می شود (۲۲۳ و ۳۹۱ و ۱۱۰۰ ق.م.) مطابق ماده ۳۶۵ قانون مدنی "عقد فاسد اثری در تملک ندارد" یعنی تعرضی به واقع شدن و انشاء عقد و صحت سابق عقد ندارد بعداً نتیجه امکان تحقق خود را از دست می دهد. هر چند در کتب حقوقی و در رویه محاکم، بطلان در معنی فساد نیز بکار می رود و شیاع عمومی داشته و دارد. این احکام قانونی نسبت به خود عقود (موجودات حقوقی) به "حکم دادگاه" نیست بلکه به "حکم قانون" است بنابر این دادگاهها آنها را احراز و اعلام می نمایند.

- توجه اینکه شرط ضمان، صحیح است یا خیر؟ در عاریه و در مضاربه حکم قانونی مشخص است حال در عقود دیگر با درج شرط ضمان، آیا حکم ۵۵۸ مضاربه، حاکم است (عقد باطل است) و یا حکم ۶۲۲ عاریه (شرط و عقد صحیح است)؟ پاسخ به سؤال مستلزم بررسی مقررات هر یک از عقود دیگر (انتفاع، مزارع، مساقات، شرکت، ودیعه، و کالت رهن) است؟ یک چالش است قابل تامل است. از حوصله مقاله حاضر خارج است.



## منابع

- امامی دکتر سید حسن، ۱۳۷۱، حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، انصاری، شیخ مرتضی، م ۱۳۸۹، کاسب. تهران، جلد اول. تهران، انتشار خرسندی.
- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۸۹، مکاسب، جلد دوم. تهران. انتشار خرسندی.
- بهرامی احمدی دکتر حمید.، ۱۳۹۰، حقوق تعهدات و قراردادها. تهران، دانشگاه امام صادق. بیات شیرین و فرهاد.، ۱۳۹۲، شرح جامع قانون مدنی، تهران. انتشارات ارشد. چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی دکتر محمد جعفر، ۱۳۶۳، ترمینولوژی حقوقی، تهران، بنیاد راستا.
- حائری شاه باغ سید علی، ۱۳۲۸، شرح قانون مدنی. دو جلدی. تهران، کتابخانه گنج دانش. چاپ سوم.
- حسینی نژاد دکتر حسینقلی، ۱۳۷۰، مسئولیت مدنی. تهران، جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
- شهید ثانی زین الدین ابن علی ابن احمد الشامی العاملی. ۱۳۷۰ شرح المعه. جلد اول، تهران، اسلامیة.
- شهیدی دکتر مهدی. ۱۳۸۶، حقوق مدنی. جلد اول. تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد. چاپ ششم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی، جلد دوم. اصول قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ چهارم، شهیدی دکتر مهدی.، ۱۳۸۶، حقوق مدنی. جلد سوم. آثار قراردادها و تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ سوم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۹، حقوق مدنی ۳. تعهدات. تهران، انتشارات مجد. چاپ چهاردهم.
- شهیدی دکتر مهدی، ۱۳۸۹. حقوق مدنی ۶. عقود معین، تهران، انتشارات مجد. چاپ دوازدهم.
- عدل منصور. ۱۳۸۹، حقوق مدنی. تهران، انتشارات خرسندی.
- کاتوزیان دکتر ناصر. ۱۳۹۱، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ دهم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۸۸، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم. تهران، شرکت سهامی انتشار، کاتوزیان دکتر ناصر.، ۱۳۹۱. عقود معین. جلد اول. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ یازدهم، کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۸۹. عقود معین. عقود ذنی- وثیقه های دین. تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۷۱. اعمال حقوقی. قرارداد- ایقاع. تهران، شرکت سهامی انتشار. چاپ دوم.
- کاتوزیان دکتر ناصر، ۱۳۹۱، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران، نشر میزان. چاپ سی و سوم.
- محقق داماد سید مصطفی. ۱۳۶۸، وصیت. قانون مدنی. تهران، علوم اسلامی.
- محقق داماد سید مصطفی. ۱۳۷۰، قواعد فقه. بخش مدنی. تهران، علوم اسلامی.