**چكيده**

**قانون مدنى، شرط ضمان مضارب را شرط باطل و موجب بطلان مضاربه دانسته است، حقوقدانان در شرح ماده 558 علت اين حكم را مغايرت شرط با مقتضاى ذات عقد مضاربه مى‏دانند و اين حكم مبتنى بر نظر مشهور فقهاء است. ولى اين نظريه مورد پذيرش پاره‏اى از فقها و حقوقدانان قرار نگرفته است. اين مقاله عهده دار بحث از ماده مزبور و انتقاد از آن و تقويت ديدگاه مخالف آن است.**

**مقدمه: طرح موضوع**

**از جمله عقود معينى كه احكام و شرايط آن در قانون مدنى مورد بحث قرار گرفته، عقد مضاربه است، كه به نام «قراض‏» يا «مقارضه‏» نيز خوانده شده است. عقد مزبور در كنار دو عقد مزارعه و مساقات، اگر چه كه در زمره عقود معوض قرار دارند، اما چون در جوهر و ذات همه آنها نوعى تعاون و اتحاد وجود دارد و مشاركت، وصف مشترك آنها مى‏باشد، از ساير عقود معوض متمايز مى‏باشند. از طرفى هر چند كه عقود نامبرده، نوعى شركت عقدى تلقى مى‏گردند و بر مشاركت كار و سرمايه استوار هستند، اما اين تفاوت بين آنها وجود دارد كه در مضاربه، مشاركت كار و سرمايه براى تجارت است، در حالى كه اين مشاركت در مزارعه، فعاليتهاى كشاورزى و در مساقات، باغدارى اساس همكارى قرار مى‏گيرد.**

**بحث از قراردادهاى مزبور، به ويژه عقد مضاربه از اهميت‏خاصى برخوردار است; زيرا از ديدگاه اقتصادى، عقود نامبرده مبين نقش كار و سرمايه در قلمرو فعاليتهاى اقتصادى مى‏باشند. و اهميت آنچه كه ما، از آن بحث مى‏كنيم، (شرط ضمان مضارب) از اين جهت است كه بحث مزبور، به درستى پاسخگوى اين پرسش است كه: آيا در عقد مضاربه، مى‏توان مضارب يعنى عامل را مسئول تلف سرمايه يا خسارت وارد به آن دانست؟ به بيان ديگر، آيا مى‏توان در مضاربه، سرمايه مالك را تضمين نمود، تا مالك با خيال راحت، سرمايه خويش را به عامل بسپارد و آن را از مخاطرات اقتصادى همچون نقص و تلف يا ورشكستگى، مصون بدارد؟ يا اينكه در مشاركت مزبور، تضمين سرمايه امكان پذير نيست، بلكه اگر مالك سرمايه بخواهد به اين هدف برسد، حداقل از طريق درج شرط ضمان مضارب در عقد مضاربه نمى‏تواند به مقصود خود برسد، زيرا در عقد مضاربه به استناد ماده 588 قانون مدنى:**

**«اگر شرط شود كه مضارب ضامن سرمايه خواهد بود و يا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالك نخواهد شد عقد باطل است...»**

**از سوى ديگر، اگر بخواهيم از نقطه نظر حقوقى به مسئله نگاه كنيم، اين سئوال مطرح است كه آيا مى‏توان امين را جز در موارد تعدى و تفريط(تقصير) ضامن و مسئول قلمداد ساخت؟ تشريح موضوع نيازمند توضيح مختصرى است و آن اينكه يكى از احكام عقد مضاربه، پيدايش وصف امانت است كه اين ويژگى در دو عقد مزارعه و مساقات نيز وجود دارد و در واقع از خصوصيات و احكام مشترك هر سه عقد مى‏باشد كه اين امر بى‏ارتباط با ماهيت مشاركت گونه آنها نمى‏باشد; زيرا، در اين عقود، عامل به منزله شريك ماذونى است كه مال الشركه در يد اوست و همان گونه كه گفته شده است از جمله احكام مربوط به شركت، امانى بودن يد شريك است; چون، تصرف هر يك از شركاء در مال مشترك مبتنى بر اذن است. بنابراين مال مشترك در يد شركاء جنبه امانى دارد. ماده 584 قانون مدنى اين اصل را چنين بيان كرده است:**

**«شريكى كه مال الشركه در يد اوست در حكم امين است و ضامن تلف و نقص آن نمى شود مگر در صورت تفريط يا تعدى‏».**

**با توجه به توضيح داده شده، عامل در عقد مضاربه در حكم امين است. در اين خصوص ماده 556 قانون مدنى مقرر داشته است:**

**«مضارب در حكم امين است و ضامن مال مضاربه نمى‏شود مگر در صورت تفريط يا تعدى‏».**

**حال با توجه به امين بودن مضارب نسبت‏به سرمايه، اين سئوال مطرح است كه: امين در تصرف نسبت‏به مال غير كه در اختيار و تحت تصرفش مى‏باشد (چه تصرف به عنوان حفاظت‏باشد، همچون وديعه، يا انتفاع از آن، نظير عاريه و مضاربه) چه وضعيتى دارد؟ آيا تصرف و يد او مشمول قاعده على اليه مى‏باشد، يعنى ضمان و مسئوليت در تصرف دارد؟ يا اينكه ضامن و مسئول نيست. به اين معنى كه اگر مال تحت تصرف او، تلف، ناقص و يا معيوب شود بايد از عهده خسارت برآيد؟ و آنچه را كه تلف شده جبران نمايد؟ يا مسئوليتى ندارد، به عبارت ديگر، مسئوليت او محدود است‏به تعدى و تفريط؟**

**قانون مدنى در پاسخ به اين پرسش، بيان مى‏دارد كه ضمان امين، ضمان مطلق و نامحدود نمى‏باشد; بلكه مسئوليت او محدود است‏به تعدى و تفريط. قاعده مزبور كه به عبارت «ماللامين الااليمين‏» (2) در نوشته‏هاى فقهى منعكس است. در ماده 614 قانون مدنى اينگونه بيان شده است:**

**«امين ضامن تلف يا نقصان مالى كه به او سپرده شده است نمى‏باشد مگر در صورت تعدى يا تفريط‏».**

**اين قاعده اختصاص به مستودع يا امين ندارد، بلكه در هر موردى كه قانون، تصرفى را امانى تلقى كند، اصل عدم مسئوليت است، مگر در صورت تقصير. به همين جهت قانون مدنى اصل مزبور را به صورت يك قاعده كلى درباره همه امناء مقرر داشته و در ماده 631 در مبحث وديعه چنين اعلام مى‏دارد:**

**«هرگاه كسى مال غير را- به عنوانى- از مستودع متصرف باشد و مقررات اين قانون او را نسبت‏به آن مال امين قرارداده باشد مثل مستودع است. بنابراين مستاجر نسبت‏به عين مستاجره، قيم يا ولى، نسبت‏به مال صغير يا مولى عليه و امثال آنها ضامن نمى‏باشد مگر در صورت تفريط يا تعدى و در صورت استحقاق مالك به استرداد از تاريخ مطالبه او و امتناع متصرف با امكان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص يا عيبى خواهد بود اگر چه مستند به فعل او نباشد».**

**با ملاحظه آنچه كه گفته شد و اينكه امين جز در مورد ارتكاب تقصير، مسؤول خسارات وارد بر مال مورد تصرف خويش نيست. حال بايد ديد، آيا محدود بودن مسئوليت امين به موارد تعدى و تفريط از قواعد آمده است؟ يا مى‏توان مطابق اصل آزادى متعاملين در تعيين جزئيات و شرايط معامله به آنها اجازه داد كه حد ضمان را توسعه دهند و امين را در موارد خاصه و يا بطور كلى، در غير صورت تعدى و تفريط مسؤول قرار دهند؟ به بيان ديگر، آيا شرط ضمان امين، شرطى صحيح و نافذ است‏يا شرط مزبور فاسد بلكه مفسد مى‏باشد؟ قانون مدنى در بحث وديعه جواب روشن و صريحى به اين پرسش نداده است. نويسندگان حقوق مدنى در اين مورد اختلاف نظر دارند. (3)**

**پاره‏اى از آنها شرط مزبور را درست مى‏دانند. فقهاى اماميه شرط ضمان را در عقد وديعه باطل مى‏دانند. اما قانون مدنى در دو مورد ديگر به صراحت اعلام نظر نموده است. يكى در مورد عقد عاريه است كه مقرر مى‏دارد:**

**«اگر بر مستعير شرط ضمان شده باشد مسؤول هر كسر و نقصان خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد»(ماده‏642)**

**در حاليكه در ماده 640 مستعير را در حكم امين دانسته و بهمين جهت اعلام داشته است:**

**«مستعير ضامن تلف يا نقصان مال عاريه نمى‏باشد مگر در صورت تفريط يا تعدى‏».**

**و ديگر در مورد مضارب، در عقد مضاربه است كه اعلام مى‏دارد:**

**«اگر شرط شود كه مضارب ضامن سرمايه خواهد بود و يا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالك نخواهد شد عقد باطل است...».**

**با وجود تصريح مقنن به اينكه شرط ضمان مضارب، ضمن عقد مضاربه موجب بطلان عقد مزبور است ولى بجهت تجويز حيله قانونى كه در ذيل ماده 558 قانون مدنى منعكس است و مقرر مى‏دارد:**

**«...مگر اينكه بطور الزامى شرط شده باشد كه مضارب از مال خود بمقدار خسارت يا تلف مجانا بمالك، تمليك كند».**

**هنوز اين پرسش اصلى باقى است كه: آيا شرط ضمان براى مضارب كه از جمله امناء مى‏باشد، صفت امانت او را از بين مى‏برد يا ممكن است كسى امين مالك باشد و در عين حال عهده‏دار تلف مال نيز بشود؟ به بيان ديگر، آيا در عقد مضاربه مى‏توان تعهد عامل در نگاهدارى و بكار انداختن درست‏سرمايه را به تعهد نتيجه تبديل كرد و او را ضامن سرمايه قرار داد، هر چند كه تقصير نيز نكرده باشد؟ يا درج شرط ضمان مضارب موجب بطلان مضاربه است؟**

**قسمت اول- مفهوم شرط ضمان مضارب**

**پيش از اين اشاره شد كه عامل در عقد مضاربه، امين است و امين جز در صورت ارتكاب تقصير، مسئوول خسارات وارد بر مورد تصرفش نمى‏باشد. بنابراين مضارب، ضامن مال مضاربه نمى‏شود، مگر در صورت تفريط يا تعدى.(ماده 556 ق.م.) حال بايد ديد، آيا مى‏توان در مضاربه شرط كرد كه عامل در هر حال، ضامن مورد مضاربه باشد؟ و در صورتى هم كه تعدى و تفريط نكرده است، خسارات وارد شده بر سرمايه را جبران كند؟**

**راههاى جبران زيان به سرمايه، ممكن است‏به يكى از دو صورت ذيل پيش بينى شود.**

**- در عقد مضاربه شرط شود كه مضارب ضامن سرمايه مى‏باشد. يا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالك نخواهد شد. (قسمت اول ماده 558 ق.م.)**

**- بطور لزوم شرط شده باشد كه مضارب از مال خود، به مقدار خسارت يا تلف، مجانا به مالك، تمليك كند.**

**تبيين و تحليل حقوقى مسئله و بررسى اشتراط ضمان مضارب، نيازمند شناسائى مفهوم شرط ضمان مضارب مى‏باشد، كه اين امر وابسته به بررسى مضاربه و خصوصيات آن و بيان وضع حقوقى مضارب در عقد مضاربه و نهايتا تحليل صورتهاى ضمان مضارب است كه در اين قسمت‏بدان مى‏پردازيم.**

**گفتار نخست- مضاربه و خصوصيات آن**

**مضاربه، يك نوع شركت عقدى است كه در قانون مدنى به عنوان يكى از عقود معين كه اختصاص به امور تجارى دارد، شناخته شده است. ماهيت واقعى مضاربه، شركت‏سرمايه(وجه نقد) و كار است و در بيان حقيقت آن تقريبا هيچ اختلافى بين فقهاء معظم وجود ندارد، و همه آن را، با اختلاف كمى در عبارت، چنين تعريف كرده‏اند:**

**«... وهى ان يدفع الانسان مالا الى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه‏». (4) يعنى شخصى (صاحب مال، مقارض) مقدارى پول در اختيار فرد ديگرى (عامل - مقارض - مضارب) قرار مى‏دهد تا شخص دوم با اين مال تجارت كرده و سود حاصل را به نسبت معينى، مطابق قراردادى كه منعقد ساخته‏اند، بين خود تقسيم كنند. (5)**

**نويسندگان حقوق مدنى نيز مضاربه را پيمانى مى‏دانند كه در نوع خاصى از شركت تجارى بين صاحب سرمايه و عامل او ايجاد مى‏شود. شركتى كه در آن يكى از شركاء سرمايه را مى‏دهد و ديگرى خدمات و كارآيى خود را در ميان مى‏نهد. (6) اما دو خصوصيت، شركت مزبور را از ساير شركتهاى تجارتى متمايز مى‏سازد. نخست آنكه شركت مزبور برخلاف شركتهاى تجارتى از شخصيت‏حقوقى بى‏بهره است. دوم آنكه در شركتهاى تجارتى همه شركاء در سود و زيان شركت‏سهيم هستند، در حالى كه در مضاربه همه دادوستدها به نام عامل و بوسيله او انجام مى‏شود ولى نتيجه معامله به صاحب سرمايه مى‏رسد. زيرا اوست كه زيانهاى ناشى از معامله را متحمل مى‏شود و تعهدات مالى و پيمانهاى عامل را از دارائى خود اجرا مى‏كند. پاره‏اى از نويسندگان نيز به اين نكته تصريح نموده‏اند كه در مضاربه هرگونه خطر و زيانى كه متوجه سرمايه شود و عامل در تجارت متضرر شود، اين ضرر فقط متوجه صاحب مال و سرمايه شده و عامل چيزى را از دست نخواهد داد. (7)**

**قانون مدنى در ماده 546 در تعريف مضاربه چنين بيان مى‏دارد:**

**«مضاربه عقدى است كه به موجب آن احد متعاملين سرمايه مى‏دهد با قيد اينكه طرف ديگر با آن تجارت كرده و در سود آن شريك باشند. صاحب سرمايه مالك و عامل مضارب ناميده مى‏شود.»**

**از تعريف مندرج در ماده مزبور چنين استنباط مى‏شود كه عنصر اصلى عقد مضاربه همكارى مالك و عامل است‏براى تجارت و شريك شدن آنان در سود حاصل، بدين معنى، كه مالك با توجه به شناخت و اعتمادى كه از عامل دارد، سرمايه خود را به او مى‏سپارد تا عامل با ابتكار و استعداد و تجارب خويش به تجارت بپردازد و در صورت حصول سود، سود به دست آمده بين مالك و عامل تقسيم شود.**

**قوانين ديگر، كه در زمينه عقد مضاربه مقرراتى را پيش بينى نموده‏اند، در تعريف عقد مضاربه به ماده 546 قانون مدنى توجه داشته‏اند. از جمله آنها، آئين نامه فصل سوم قانون عمليات بانكى بدون ربا و دستورالعمل اجرايى مضاربه مى‏باشد كه در تعريف مضاربه چنين بيان مى‏دارند:**

**«مضاربه قراردادى است كه به موجب آن يكى از طرفين (مالك) عهده‏دار تامين سرمايه (نقدى) مى‏گردد با قيد اينكه طرف ديگر (عامل) با آن تجارت كرده و در سود حاصله، هر دو طرف شريك باشند»**

**اختلافى كه در تعريف مزبور با تعريف قانون مدنى از عقد مضاربه مشاهده مى‏گردد، استفاده از كلمه قرارداد بجاى عقد مى‏باشد. در توجيه اين اختلاف مى‏توان گفت: علت استفاده مقنن از واژه قرارداد در تعريف مضاربه، شايد به جهت تعهدات مختلفى است كه بانكها در اعطاى تسهيلات خود به اشخاص، از عامل اخذ مى‏كنند و علاوه بر آن، به منظور پرهيز از جواز عقد مضاربه، اين عمل حقوقى طى عقد صلحى به صورت شرط ضمن عقد، درج مى‏گردد و قسمتى از هزينه‏هاى انجام عمل از طرف عامل به بانك صلح، مى‏شود. بنابراين اطلاق كلمه قرارداد به پيمان منعقده بين بانك و مشترى‏هايش چندان بى مناسبت نيست (8) . از سوى ديگر، همانگونه كه فقهاء و به تبع آن نويسندگان حقوق مدنى تصريح نموده‏اند، مضاربه ماهيت‏حقوقى بسيط و مستقلى ندارد، بلكه عمل حقوقى ويژه‏اى است كه مركب از عقود متعددى مى‏باشد، زيرا سپردن سرمايه به عامل موجب مسؤوليت امانى وى مى‏شود و در نتيجه عامل عنوان‏«ودعى‏» و «امين‏» را پيدا مى‏كند (عقد امانت). از طرف ديگر، صاحب سرمايه به عامل وكالت و نيابت مى‏دهد تا به حساب او تجارت كند در نتيجه عامل از طرف مالك وكيل در تصرف سرمايه خواهد بود و وكالتا از جانب صاحب مال با سرمايه او به دادوستد مى‏پردازد (عقد وكالت). به علاوه، اگر از تجارت سودى حاصل شود، مالك و عامل در منفعت‏بدست آمده شريك مى‏باشند و نتيجه حاصله متعلق به هر دو طرف خواهد بود (شركت) ناگفته نماند كه اگر به عللى عقدمضاربه به طور صحيح منعقد نشده باشد، عامل اجير صاحب مال حساب شده و در مقابل كارى كه انجام داده، اجرت كار خود را دريافت مى‏كند. با اين توضيح، عقد مضاربه مشمول احكام عقود، وديعه، وكالت، شركت و اجاره خواهد بود. (9)**

**عقد مضاربه، واجد خصوصيات و ويژگيهائى است كه اشاره به پاره‏اى از آنها، كه با موضوع بحث مناسبت دارد، بى مورد نيست. برخى از اين ويژگيها بدين شرح است.**

**الف: آزادى خروج از قرارداد مضاربه**

**از جمله ويژگيهاى مضاربه اين است كه تداوم آن الزامى نيست. به اصطلاح، مضاربه عقد جايز است (10) و بهمين جهت هيچ التزامى براى طرفين آن به وجود نمى‏آورد، در نتيجه ادامه همكارى بين عامل و مالك، منوط به تمايل آنهاست. بنابراين هر يك از طرفين عقد، هر زمانى كه احساس كردند ادامه كار به نفع آنها نيست، مى‏توانند اعلام انصراف نمايند. نتيجه الزامى نبودن پايدارى نسبت‏به عقد، اين است كه اگر مدتى هم براى اجراء قرارداد تعيين كرده باشند، باز طرفين عقد مى‏توانند حتى قبل از انقضاء مدت، عقد را فسخ كنند. ماده 552 قانون مدنى در اين زمينه چنين مقرر مى‏دارد:**

**«هرگاه در مضاربه براى تجارت مدت معين شده باشد تعيين مدت موجب لزوم عقد نمى‏شود...»**

**جواز عقد مضاربه نيز در بردارنده اين خاصيت است كه با فوت يا حجر(جنون و سفه) يكى از طرفين عقد منفسخ مى‏گردد.(بند 1 ماده 551) (11) و در نتيجه ورثه يا قائم مقام طرفين، متعهد به اتمام معامله نمى‏باشند.**

**آزادى خروج از مضاربه اگر متضمن ضررى باشد، متعاقدين مى‏توانند با تمهيدات قانونى، حق فسخ را سلب كنند. چنانكه بانكها در اين رابطه، محدوديتهائى براى مشتريانشان از آغاز پيش بينى مى‏كنند و ضمن عقد صلح كه عقد لازمى مى‏باشد، عامل را متعهد به عدم فسخ عقد مى‏نمايند، ليكن به منظور اعمال نظارت در معامله، حق خود را باقى مى‏گذارند تا هرگاه متوجه تخلف يا تخلفات عامل گردند بتوانند بافسخ عقد، اصل سرمايه را مسترد دارند. (12)**

**خصوصيت جواز مضاربه، موجب شده است تا قانونگذار براى تضمين سرمايه، در ضمن ماده 558 اعلام دارد: «... مگر اينكه بطور لزوم شرط شده باشد كه...» زيرا در اين صورت است كه مى‏توان جبران زيان وارد به سرمايه را تضمين شده تلقى نمود.**

**ب: عامل، امين است**

**در عقد مضاربه، مالك فردى را انتخاب مى‏كند تا با سرمايه او به فعاليت تجارى اشتغال ورزد. بنابراين مالك با ميل خود سرمايه‏اش را در اختيار عامل مى‏گزارد. اين وضعيت موجب مى‏شود كه عامل عنوان امين را پيدا كند. ماده 556 در اين رابطه مقرر مى‏دارد: «مضارب در حكم امين است...»**

**ج: خسارت از سرمايه است**

**در عقد مضاربه، سود حاصله به نسبت مورد توافق تقسيم مى‏گردد. اما زيان، فقط متوجه سرمايه است. بنابراين مال المضاربه در برابر خسارت، تضمين شده نيست و عامل مسئوليتى ندارد. جز اينكه در صورت عدم موفقيت قرارداد، فعاليت عامل بى‏مزد مى‏ماند. در اينكه آيا خصوصيت مزبور از مقتضيات ذات عقد مضاربه است‏يا از مقتضيات اطلاق عقد مزبور- اختلاف است، كه در بحثهاى آتى بيشتر بدان مى‏پردازيم. اما آنچه كه در اينجا لازم است مورد تذكر قراردهيم، اينست كه ويژگى مزبور پاسخى است‏به اشكالى كه بعضى خرده گيران بر عقد مضاربه وارد دانسته‏اند و آن اينكه مضاربه ماهيتا همان رباست و اين نوع قرارداد، ماهيتا استثمار زاست. زيرا سرمايه را مولد دانستن و آنرا به عنوان يك عامل اصلى در توليد به حساب آوردن، موجب استثمار است و از سوى ديگر اينكه در مضاربه، اصل پول به مالك باز گردانده شود و علاوه بر آن درصدى از سود به او تعلق بگيرد، اين سود همان رباست. زيرا اضافه‏اى است كه مالك از سرمايه اوليه تحويل مى‏گيرد. در حاليكه به استناد خصوصيت مزبور، مى‏توان گفت در ربا، اصل مال و ميزان سود آن بصورت مقدار مشخصى تضمين شده است، حال آنكه در مضاربه چنين نيست.**

**گفتار دوم- وضع حقوقى عامل نسبت‏به سرمايه**

**گفته شد كه تصرف عامل در سرمايه، تصرف امانى است و او به عنوان وكيل از طرف مالك دادوستد مى‏كند. التزامى كه عامل در عقد مضاربه برعهده دارد، تنها نسبت‏به فراهم آوردن وسايل تجارت و كوشش در راه حفظ سرمايه و بهره بردارى درست از آن است، نه اينكه نتايج عمل خود را تضمين كند. بهمين جهت، تعهد او را در اين باره، تعهد به «وسيله‏» تعبير مى‏كنند، نه تعهد به «نتيجه‏». بنابر اين اگر در اثر نوسانات قيمتها يا ركود فعاليتهاى اقتصادى، عامل، موفق به كسب سود نشود و يا از اين بابت‏خسارت به سرمايه وارد آيد، او ضامن نيست و همان گونه كه ماده 556 قانون مدنى مقرر داشته است، تنها در صورت تقصير(تعدى و تفريط) ضامن مال مضاربه مى‏باشد. بايد افزود وصف امانت كه مضارب بدان موصوف گرديده، امانت مالكانه است. يعنى: تسليط عامل بر سرمايه به استناد اجازه مالك مى‏باشد، كه از اين امر تحت عنوان «استيمان‏» نام برده‏اند.**

**نويسندگان، استيمان را به دو نوع تقسيم كرده‏اند:**

**الف: آنكه شخصى را به علت‏خوى امانت دارى و بر مبناى شناخت از شخصيت او به امانت فراخوانده باشند. چنانكه در عقد وديعه، مودع، مستودع را براى حفاظت ودعى به امانت دارى مى‏طلبد. اين همان امانت محض است كه از آن مى‏توان به عنوان امانت اصلى نام برد، كه تنها مصداق آن «وديعه‏» مى‏باشد.**

**ب: آنكه شخصى را نه به علت‏خوى امانت‏دارى بلكه بنا بضرورت به امانت فراخوانده باشند. چنانكه در عقد اجاره به علت ضرورت و به قصد استرباح و سود جوئى در قلمروى اجاره، مورد اجاره را در تصرف مستاجر قرار مى‏دهند. نتيجه‏اى كه پاره‏اى از نويسندگان از اين تقسيم مى‏گيرند، آنست كه در استيمان از نوع اول، شرط ضمان(شرط مسئوليت امين) را در صورت عدم تقصير، باطل مى‏دانند. زيرا، معتقدند كه اين شرط با خوى امانت دارى امين، نوعى تناقض دارد و شرط خلاف مقتضاى ذات عقد، بشمار مى‏آيد. در حالى كه در استيمان از نوع دوم، شرط مذكور صحيح مى‏باشد. (13) نكته قابل توجهى كه در فقه حنبلى از نتايج اين تقسيم محسوب مى‏گردد، آنست كه از نظر فقهاى حنبلى، در امانت محض، تعدى و تفريط امين، هم موجب مسؤوليت مدنى او است و هم موجب انحلال عقدى كه سبب بروز حالت امانت است. بنابراين تعدى و تفريط وديعه‏گير(مستووع) موجب انحلال وديعه نيز مى‏باشد. (14)**

**گفتار سوم- صورتهاى اشتراط ضمان مضارب**

**اشاره گرديد كه نسبت‏به حفظ سرمايه، مسؤوليتى كه متوجه مضارب مى‏شود همان مسؤوليتى است كه قانونا بر عهده هر امينى وارد است. به دنبال آن، اين پرسش مطرح شد كه آيا مى‏توان تعهد عامل را در عقد مضاربه، در نگاهدارى و بكار انداختن درست‏سرمايه، به تعهد نتيجه تبديل كرد و او را در غير مورد تقصير، نيز ضامن قلمداد ساخت؟ به بيان ديگر، آيا به استناد اصل آزادى قراردادى (ماده 10 قانون مدنى) مى‏توان تعهداتى را بر دوش مضارب گذاشت و مثلا او را در هر صورت ضامن سرمايه دانست؟ در صورتى كه پاسخ پرسشهاى مزبور مثبت‏باشد، اين امر به چه صورت يا صورتهايى امكان پذير است؟**

**قانون مدنى در ماده 558، اشتراط ضمان مضارب را به دو صورت عنوان ساخته است. نخست آنكه در ضمن عقد مضاربه شرط شود كه مضارب ضامن سرمايه خواهد بود يا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالك نخواهد شد. دوم آنكه بطور لزوم شرط شده باشد كه مضارب از مال خود به مقدار خسارت يا تلف مجانا به مالك تمليك كند، كه به توضيح هر دو صورت ضمان مى‏پردازيم.**

**صورت اول- اشتراط ضمان مضارب در ضمن عقد مضاربه**

**يكى از متداولترين صورتهاى ايجاد التزام، آنست كه متعاملين در هر عقدى اگر بخواهند تعهداتى خارج از ذات يا اطلاق عقد بر دوش يكديگر بگذارند، مى‏توانند از طريق درج شرطى كه حاوى تعهد مزبور باشد در ضمن عقد اصلى به هدف خود نايل شوند. در عقد مضاربه نيز متعاملين، مى‏توانند بدون آنكه نيازى به انعقاد قرارداد عليحده‏اى داشته باشند، همزمان با انعقاد عقد، بر ضمان مضارب توافق كنند و آن را در دل پيمان خود بگنجانند. در اين صورت باتشكيل يك عمل حقوقى، علاوه بر تعهدات ناشى از آن، به تعهدات ديگرى نيز دست‏يافته‏اند. قسمت اول ماده 558 قانون مدنى) ناظر به اين صورت از اشتراط ضمان مى‏باشد كه اعلام مى‏دارد، اين امر موجب مى‏شود تا قرارداد ميان مالك و عامل باطل گردد. بدين معنى كه شرط ضمان مضارب ضمن عقد مضاربه، از شروط باطلى است كه مبطل مضاربه نيز خواهد بود.(ماده 233 قانون مدنى)**

**ذكر اين نكته بى‏فايده نيست كه ياد آور شويم، شروط و تعهدات مندرج در ضمن عقود، از حيث لزوم و جواز از عقد اصلى تبعيت مى‏كنند، يعنى شرط ضمن عقد لازم، لازم است و شرط ضمن عقد جايز، جايز. بنابراين اگر شرطى ضمن عقد جايزى مندرج گردد، چون عقد اصلى قابل فسخ است، پس مى‏توان شرط مندرج در آن را فسخ نمود، و در نتيجه خود را از التزام به مفاد شرط برى نمود. در عقد مضاربه كه يك قرارداد جايز مى‏باشد، اين وضعيت نيز قابل تصديق است. يعنى بر فرض صحت اشتراط ضمان مضارب در ضمن عقد مضاربه، عامل مى‏تواند با فسخ مضاربه، خود را از اين التزام برهاند.**

**صورت دوم- شرط تمليك مجانى به مقدار تلف يا خسارت بصورت الزامى**

**قانون مدنى، اشتراط ضمان مضارب را در ضمن عقد مضاربه موجب بطلان عقد مى‏دانست. ولى راهى را به متعاملين نشان مى‏دهد، كه اگر مالك بخواهد از زيانهاى احتمالى تجارت مصون بماند، مى‏تواند بطور لزوم، شرط نمايد كه مضارب به مقدار خسارتى كه به بار آمده است، از مال خود به مالك مجانا تمليك كند. زيرا اين شرط با مقتضاى نمايندگى منافات ندارد، و التزامى مستقل است. قسمت دوم ماده 558 چنين مقرر مى‏دارد:**

**«...مگر اينكه بطور لزوم شرط شده باشد كه مضارب از مال خود به مقدار خسارت يا تلف مجانا به مالك تمليك كند».**

**مقصود ماده از كلمه «بطور لزوم‏» آن است كه امر مزبور ضمن عقد لازم، بطور شرط قرارداده شود. در عمل بانكها به هنگام اعطاى تسهيلات بانكى به مشتريانشان و بهنگام انعقاد مضاربه، ضمن عقد صلح تامينات و تضمينات مناسب از عامل اخذ مى‏كنند تا در صورت ورود خسارت بتوانند جبران زيان وارد شده را بخواهند. از اين رو، به موجب ماده 12 دستورالعمل اجرائى مضاربه «بانكها موظفند براى جبران خسارات وارده بر اصل سرمايه ضمن عقدصلح ...از عامل تعهد كافى اخذ نمايند.» زيرا عقد صلح از عقود لازم است اگر چه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد،(قسمتى از ماده 760 قانون مدنى) و جز در موارد قانونى قابل فسخ نيست.**

**ايرادى كه بر شرط تمليك مجانى بمقدار تلف يا خسارت، وارد مى‏شود اينست كه چون ميزان خسارت به هنگام توافق بر شرط، مشخص نيست، شرط مزبور مجهول مى‏ماند، در نتيجه اين سئوال مطرح مى‏شود كه آيا شرط مجهول فوق، خللى به عقد مى‏رساند يا خير؟ پاره‏اى معتقدند كه شرط مزبور اگر چه مجهول است ولى موجب بطلان معامله نمى‏گردد. (15) زيرا هرگاه هدف شرط مجهول، مورد عقد نباشد سرايت‏به عوضين نمى‏كند و شرط و عقدى كه شرط ضمن آن درج شده، صحيح خواهند بود. از سوى ديگر، قانون، شرط مجهول را بطور مطلق از شروط باطله نشمرده است. (16) گروه ديگرى اظهار مى‏دارند كه معلوم و معين بودن مورد معامله يكى از قواعد عمومى قراردادها است(بند 3 ماده 190 و ماده 216 قانون مدنى). بنابراين شرط مجهول، اگر به عقد نيز صدمه نزند و موضوع اصلى معامله را مبهم نسازد، بيگمان باطل است. (17) زيرا كه شرط مجهول در نهايت موجب «غرر» مى‏شود كه در شرع نهى شده است. (18) بعضى از فقهاى اماميه برآنند كه شرط جزء يكى از عرضين قرار مى‏گيرد و شرط مجهول هميشه ايجاد مقدارى غرر مى‏كند كه موجب جهل به آن عوض خواهد بود، بنابراين شرط مجهول مطلقا مفسد عقد مى‏باشد. (19)**

**تمليك بلا عوض بمقدار خسارت يا تلف، همان گونه كه مى‏تواند بصورت شرط در ضمن عقد صلح واقع گردد، مى‏تواند بصورت شرط ضمن عقود لازم ديگرى همچون بيع، اجاره و نظاير آن واقع شود. حال با توجه به تبيين صورتهاى ضمان مضارب، وضع حقوقى هر يك از صورتهاى ضمان را در مباحث آتى مورد تحليل قرار مى‏دهيم.**

**قسمت دوم- وضع حقوقى شرط ضمان مضارب**

**اشاره كرديم كه به دو صورت مى توان مضارب را ضامن قلمداد كرد. حال در اين قسمت مى‏خواهيم اثر قرارداد طرفين را در اين وضع مورد مطالعه قرار دهيم، و ببينيم قراردادى كه موجب تغيير وضع حقوقى عامل نسبت‏به سرمايه مى‏گردد، چگونه است؟ به بيان ديگر، توافقى كه يد امانى مضارب را به يد ضمانى تبديل مى‏كند چه وضعيتى دارد؟ آيا به استناد اصل حاكميت اراده، طرفين عقد مضاربه مى‏توانند، وضع عامل را كه امين است دگرگون سازند؟ تحليل حقوقى مسئله نيازمند آنست كه در دو قسمت‏به موضوع بپردازيم. نخست از وضعيت‏حقوقى مضاربه به شرط ضمان مضارب صحبت كنيم و سپس از وضعيت‏حقوقى شرط تمليك بلا عوض بمقدار تلف يا خسارت بطور لزوم گفتگو كنيم.**

**گفتار نخست- وضع حقوقى مضاربه به شرط ضمان مضارب**

**با توجه به اختلاف نظرى كه بعضى از فقها و حقوقدانان در خصوص وضعيت مضاربه بشرط ضمان مضارب دارند كه با حكم قانون مدنى نيز در اين خصوص انطباق ندارد، بى‏مناسبت نيست تا به اين موضوع، از دو ديدگاه توجه شود. اول ديدگاه قانون مدنى و موضعى كه فقهاء و حقوقدانان دارند.**

**الف - ديدگاه قانون مدنى**

**بررسى موضع قانون مدنى، در خصوص وضعيت‏شرط ضمان مضارب، مستلزم آنست كه از موضوع، تنها در قلمروى عقد مضاربه بحث نشود، بلكه نسبت‏به همه كسانى كه به نوعى بر مال غير تصرف امانى دارند، همچون مستاجر در عقد اجاره، مستعير در عقد عاريه، مستودع در عقد وديعه، وكيل در عقد وكالت... و به عنوان امين خوانده مى‏شوند، اين موضوع مورد بررسى قرار گيرد. زيرا، اگرچه كه قانون مدنى در عقد مضاربه، شرط مزبور را موجب بطلان مضاربه دانسته، اما در عقد عاريه تضمين مورد عاريه را پذيرفته است و اعلام داشته كه مى‏توان بر مستعير، شرط ضمان كرد. حال اين ترديد وجود دارد كه آيا تجويز شرظ ضمان مستعير، اختصاص به عاريه دارد؟ يا در ساير عقد امانى مى‏توان شرط ضمان را پيش بينى نمود؟ به همين جهت‏بايد موضوع را در دو عقد عاريه و مضاربه به تفكيك مورد مطالعه و بررسى قرارداد.**

**1 - وضع عاريه به شرط ضمان مستعير**

**قانون مدنى در ماده 624 مقرر مى‏دارد:**

**«اگر بر مستعير، شرط ضمان شده باشد مسؤول هر كسر و نقصانى خواهد بود اگر چه مربوط به عمل او نباشد».**

**فقها نيز در اين باره اتفاق نظر دارند و شرط ضمان را در عقد عاريه، اجماعا صحيح مى‏دانند. نويسندگان حقوق مدنى نيز در نفوذ شرط ضمان براى مستعير هيچ ترديدى ندارند.**

**در توجيه حكم ماده 642 مى‏توان گفت اگر چه كه مستعير از جمله امناء مى‏باشد و به استناد ماده 640 قانون مدنى، ضامن تلف يا نقصان مال عاريه نمى‏باشد مگر در صورت تفريط يا تعدى. اما چون عاريه به مصلحت مستعير و تنها به سود او مى‏باشد، نهادن ضمان تلف بر عهده او، به موجب توافق فى مابين، عادلانه به نظر مى‏رسد. (20) از سوى ديگر، شرط مزبور بر خلاف مقتضاى ذات عقد عاريه نمى‏باشد تا باطل و مبطل عقد گردد، بلكه همانگونه كه گفته‏اند: شرط مزبور بر خلاف مقتضاى اطلاق عاريه مى‏باشد. (21)**

**2 - وضع مضاربه به شرط ضمان مضارب**

**قانون مدنى، شرط ضمان مضارب را بر خلاف مقتضاى ذات عقد مضاربه دانسته و چون به استناد بند 1 از ماده 233، شرط خلاف مقتضاى عقد از شروط باطلى است كه موجب بطلان عقد نيز مى‏گردد، لذا در صدر ماده 558 چنين مقرر مى‏دارد:**

**«اگر شرط شود كه مضارب، ضامن سرمايه خواهد بود و يا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالك نخواهد شد، عقد باطل است...»**

**در توجيه اين بخش از ماده قانون مدنى چنين استدلال شده است: كه عامل به نيابت از طرف مالك تجارت مى‏كند و اثر اساسى عقد نيز اعطاى همين نمايندگى به او است. معنى انعقاد قرارداد از طرف نماينده اينست كه پيمان را او مى‏بندد ولى آثار اين پيمان دامنگير اصيل مى‏شود. عامل نيز، اگر نماينده بحساب آيد، از زيان‏هاى ناشى از تجارت مصون است. اين زيان‏ها در مرحله اول، بايد از سود حاصل از تجارت و در مرحله دوم، از سرمايه و سرانجام از دارايى مالك جبران شود. پس، اگر شرط شود كه خسارت، متوجه مالك نخواهد شد، بدين معنى است كه آثار معامله در دارايى نماينده ظاهر شود و اين نتيجه با مفهوم نيابت و همچنين با مقتضاى مضاربه، مخالف است. (22)**

**ب - شرط ضمان مضارب از ديدگاه فقهى و حقوقى**

**در خصوص وضعيت‏حقوقى مضاربه به شرط ضمان مضارب، فقهاء و نويسندگان حقوقى، عقيده يكسان اظهار نداشته‏اند، بلكه هر يك از آنان نظريه‏اى ابراز داشته‏اند، كه مورد بررسى قرار مى‏گيرد.**

**بند اول - شرط ضمان مضارب در عقد مضاربه، مخالف با مقتضاى ذات عقد است**

**بيان اين نظريه، مستلزم تبيين مفهوم مقتضاى عقد است كه در آغاز بدان مى‏پردازيم. بطور كلى بزرگان در معرفى مفهوم مقتضاى عقد، اختلاف نظر دارند و هر كدام راهى را طى نموده‏اند. (23) اما در اين رابطه به اختصار مى‏توان گفت: انعقاد هر عقدى توسط اشخاص بدنبال دستيابى به هدف و مقصودى است كه جز با تشكيل آن عمل حقوقى امكان پذير نيست. زيرا هر عقدى، مقتضاى مخصوصى يا به تعبيرى، خصوصيت و آثارى دارد كه آن را از ساير عقود متمايز مى‏سازد. ذكر اين نكته ضرورى است كه آثارى كه از عقود به دست مى‏آيد از لحاظ اهميت و وابستگى به ذات عقد در يك رديف نيستند. پاره‏اى از آنها، به دليل اينكه عقد علت تامه تحقق آنها مى‏باشد و در واقع عقد، بالذات توليد كننده آنهاست; در نتيجه از عقد انفكاك ناپذيرند، كه از آن به مقتضى ذات عقد تعبير مى‏كنند. چنانكه انتقال مالكيت مبيع، عين خارجى مقتضاى ذات عقد بيع است. اين اثر چنان به ذات عقد وابسته است كه بدون پيدايش آن، نمى‏توان ماهيت معامله را محقق دانست و اگر اين اثر رااز بيع سلب كنيم، نفى و ابطال عقد را به دنبال خواهد داشت.**

**از سوى ديگر، درج شرط مخالف با اثر مزبور در عقد بيع، مستلزم تناقض در انشاء خواهد بود; زيرا، از يك طرف با انشاء ماهيت‏حقوقى، خواهان پيدايش اثر و مقتضاى آن هستيم و از سوى ديگر با درج شرط، مانعى در راه تحقق عقد ايجاد مى‏كنيم، بديهى است كه نتيجه اين وضعيت عدم تحقق و پيدايش عقد خواهد بود. پس درج چنين شرطى موجب بطلان عقد مى‏باشد و به همين جهت از آن به «شرط مبطل‏» تعبير مى‏شود. دسته ديگر از آثار عقود، تنها به منظور تكميل شرايط عقدو تبعيت اراده مشترك طرفين است. به بيان ديگر اين دسته از آثار عقد امورى نيستند كه عقد بر آن دلالت مطابقى داشته باشد، بلكه امورى هستندكه مدلول التزامى عقد تلقى مى‏گردند. يعنى اين آثار از ماهيت عقد ناشى نمى‏شوند و لازمه آن نيستند. اما عقد در صورت اطلاق، مقتضى آنهاست و به همين جهت‏به عنوان مقتضى اطلاق عقد خوانده مى‏شوند. (24) بعضى از بزرگان در شناسايى و معرفى مقتضيات عقد، تعبيرى دارند كه ذكر آن بى‏مناسب نيست. مرحوم شيخ موسى خوانسارى در منية الطالب مى‏فرمايد:**

**«اعلم ان مقتضيات العقد تارة ما يقتضيه بذاتة بمعنى ان سلب ذلك المقتضى عنه يكون مساوقا لنفيه و ابطاله و اخرى ما يقتضيه باطلاقه سواء كان من آثاره المترتبه عليه عرفا... او من احكام الثابتة له شرعا». (25)**

**مقتضيات عقد، يكبار مقتضاى ذات عقد است. به اين معنى كه سلب آن مقتضا از عقد، مساوى با نفى و ابطال عقد است. و بار ديگر مقتضاى اطلاق عقد است. خواه از آثارى باشد كه عرفا بر عقد مترتب است. يا از احكام باشد كه شرعا براى عقد ثابت است.**

**در تمييز مقتضيات عقد، دانشمندان به ضابطه و معيار واحدى توافق ندارند و در نتيجه اين پرسش مطرح است كه آيا معيار تشخيص مقتضاى عقد، قانون است‏يا عرف؟ يا اينكه بايد به قصد مشترك متعاقدين مراجعه نمود؟**

**بعضى از بزرگان، مرجع شناخت مقتضيات عقد را شرع دانسته‏اند و لذا براى تمييز مقتضاء به شارع روى آورده و هر شرطى را كه با آثارى كه شارع برعقد بار كرده، منافى باشد، بامقتضاى عقد مخالف دانسته‏اند. به همين جهت اين گروه، شرط خلاف مقتضاى عقد را به عنوان يكى از انواع شرط نامشروع پذيرفته‏اند. (26)**

**پاره‏اى، اثر عرف را در تمييز مقتضاى ذات عقد انكار ناشدنى دانسته و آنرا بيشتر از جهت دلالت‏بر مضمون انشاء و تراضى دو طرف مؤثر مى‏دانند. اما ضابطه مشترك را در همه موارد عرف و قوانين موضوعه مى‏دانند (27) و معتقدند كه دراين راه قاعده ثابتى نمى‏توان يافت، و تعيين اثر اساسى عقد با طرز فكر خاص مردم هر اجتماعى بستگى تام دارد. بعضى از بزرگان فقه نيز، مرجع شناخت مقتضيات عقد را عرف مى‏دانند و دست‏يابى به آثار اصلى و اساسى عقد را از طريق مراجعه به عرف ميسور دانسته‏اند. (28) زيرا اغلب معاملات از سوى مردم محقق مى‏گردد نه از جانب شارع. بطور كلى ماهيت معاملات و آثار و لوازم خارجى آن، امرى است كه مفاهيم آن از جانب عرف و با ملاحظه آن معين مى‏شود.**

**گروهى معتفدند كه براى تشخيص مقتضاى عقد، بايستى به قصد مشترك متعاملين مراجعه كرد. و دسته‏اى هم مراجعه به شرع و عرف را معيار قرار داده‏اند. (29) بنظر مى‏رسد با توجه به اينكه پذيرش هر يك از معيارهاى پيش گفته به تنهائى ما را با ايراداتى مواجه سازد كه مورد اشاره بزرگان قرار گرفته است، بهتر است‏براى تشخيص مقتضاى عقد، نخست‏به قانون مراجعه شود و در صورت عدم تصريح يا اجمال به عرف، و در صورتيكه ترديد در اثر اساسى عقد از نظر عرف وجود دارد، اراده طرفين و قصد مشترك آنها، ملحوظ نظر قرار گيرد.**

**حال كه از تبين مفهوم مقتضاى عقد، فارغ گشتيم، به شرح عقيده‏اى كه شرط ضمان مضارب را مخالف مقتضاى ذات عقد مى‏داند و در نتيجه عقد و شرط را باطل دانسته است مى‏پردازيم. استدلالى كه بر اين نظر شده است، علاوه بر آنچه كه در پيش بدان اشاره شد.**

**مقتضاى عقد مضاربه و به عبارت ديگر، اثر طبيعيى آن، اين است كه هيچ گونه خسارتى متوجه عامل نباشد. در بيان اين مطلب از روايات وارد در اين باب نيز استفاده مى‏شود. بنابراين شرط بر خلاف اين جهت، باطل است. زيرا نه با مقتضاى طبيعى و اثر اصلى عقد سازش دارد و نه با دلايل ويژه، يعنى نصوص و رواياتى كه در اين رابطه وجود دارد. علاوه بر آن تسليط مضارب بر سرمايه بر اساس خواست و ميل مالك صورت گرفته و اجازه مالك در اين رابطه وجود دارد. پس عامل، امين و نايب از جانب مالك مى‏باشد. لازمه امين بودن عامل، آنست كه او مسؤوليتى نسبت‏به تلف يا نقص سرمايه و يا خسارت به آن نداشته باشد. بنابراين اگر ضمان او شرط شود، بدان معنى است كه او امين نمى‏باشد و اين امر با مفاد عقد و مدلول مطابقى آن، مغايرت دارد و اين امر موجب بطلان عقد خواهد بود.**

**طرفدارن اين نظريه، محققينى مانند علامه حلى در قواعد و تذكره و محقق كركى در جامع المقاصد و شيخ طوسى در مبسوط مى‏باشد. عبارت علامه در قواعد چنين است:**

**«... و لو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال او سهما فى الخسران...» (30)**

**اگر شرطى شود كه منافات با عقد داشته باشد، عقد باطل است. مثل اينكه شرط شود كه مضارب ضامن مال مضاربه باشد يا سهمى از زيان رابر عهده بگيرد.**

**مرحوم محقق كركى در جامع المقاصد در شرح عبارت علامه مى‏فرمايد:**

**«... وجه البطلان ان هذه شروط باطلة لمنافاتها مقتضى العقد شرعا فيبطل العقد لان التراضى المعتبر فيه ح لم يقع الاعلى وجه الفاسد فيكون باطلا و يحتمل ضعيفا صحة العقد و بطلان الشرط...» (31)**

**اينكه شرط ضمان مضارب باطل مى‏باشد به جهت منافات شرط با مقتضاى عقد، كه عقد را هم باطل مى‏سازد. زيرا تراضى معتبر در عقود، در اين مورد بصورت فاسد واقع شده است. سپس ايشان اين احتمال را كه ممكن است عقد صحيح باشد ولى شرط باطل، ضعيف مى‏شمارند و جواب مى‏دهند كه تراضى در عقود شرط و معتبر است و اگر تراضى بر ضمان مضارب، باشد، اين تراضى فاسد است وغير معتبر، در نتيجه شرط صحت عقد كه تراضى بر وجه صحيح باشد، منتفى مى‏گردد.**

**بند دوم - شرط ضمان مضارب در عقد مضاربه، مخالف با مقتضاى اطلاق عقد است**

**برخى از فقهاء مانند صاحب جواهر مى‏گويند: اين صحيح است كه زيان، متوجه مال باشد و در روايات نيز چنين آمده است، اما اين موضوع نه بدان جهت است كه مضاربه، در بافت‏خود چنين اثرى دارد و به اصطلاح مقتضاى عقد چنين است. بلكه اطلاق قرارداد و سكوت آن بر حسب معمول سبب مى‏شود كه خسارت متوجه عامل گردد. بنابراين، اگر طرفين در ضمن عقد خود تصريح كرده و شرط كنند كه زيانى متوجه سرمايه نشود، شرطى بر خلاف اثر طبيعى و مقتضاى عقد نكرده‏اند. بلكه صرفا به شرطى پاى بند شده‏اند، كه بااطلاق قرارداد سازگار نيست، و اين چنين شرطى هم اشكال ندارد. اين فقيه در جاى ديگر مى‏فرمايد: شرط ضمان مضارب، منافاتى با اينكه سرمايه، امانت در دست اوست نمى‏باشد. زيرا در بسيارى از امانات، يد متصرف محكوم به ضمان مى‏باشد. مثل عاريه طلا و نقره يا عاريه‏اى كه شرط ضمان شده است و مقبوض بالسوم و نظاير آنها. بلكه حتى در بسيارى از صورتهاى مضاربه، ضمان عامل وجود دارد. و وضع همچنين است در صورتيكه بر عامل پرداخت مقدارى از خسارت بر سرمايه شرط شود. بنابراين در جميع اين موارد كه شرط مخالف با مقتضاى اطلاق عقد است نه مقتضاى ذات، شرط صحيح است. (32)**

**برخى از فقهاء شرط ضمان مضارب را صحيح مى‏دانند و مى‏فرمايند: در صورتى كه صاحب سرمايه چنين شرطى كرد و يا خسارت احتمالى را به عهده عامل گذارد، مضاربه تبديل به قرض مى‏شود و همه سود از آن عامل مى‏گردد. (33) صريح عبارت آنها در اين رابطه چنين است:**

**«و المضارب مؤتمن لا ضمان عليه الا بالتعدى فان شرط عليه رب المال ضمانه صار الربح كله له دون رب المال.» (34)**

**مضارب امين است و ضمان بر او نيست مگر در صورت تعدى. پس اگر صاحب مال ضمان را بر او شرط كند در اين صورت تمام سود از آن مضارب خواهد بود بدون آنكه به صاحب مال برسد.**

**پاره‏اى از فقهاء بدون آنكه در خصوص صحت‏يا بطلان شرط ضمان مضارب اظهار نظر صريح كنند فقط گفته‏اند: اينكه شرط ضمان را منافى با مقتضاى عقد بدانيم، محل ترديد است. (35)**

**نويسندگان حقوق مدنى، على رغم تصريح مقنن به مبطل بودن شرط ضمان مضارب، به اين عقيده متمايل هستند كه شرط ضمان مضارب را مخالف با مقتضاى اطلاق عقد بدانند و در نتيجه قائل به صحت آن باشند.**

**دكتر امامى در اين زمينه مى‏گويد: «بنظر ميرسد كه شرط مزبور بر خلاف اطلاق عقد است نه ذات آن تا عقد باطل باشد، ولى چون ماده صريح است، لذا عقد مضاربه‏اى كه در آن شرط ضمان شده باشد، ناچار بايد باطل دانست‏». (36)**

**دكتر كاتوزيان نيز ضمن مخالف خواندن مبنايى كه قانون مدنى در عقد مضاربه پذيرفته با آنچه كه در عقد عاريه مورد قبول قانونگذار واقع شده، مى‏گويد:«در نظر عرف چنين شرطى با مقتضاى امانت و نمايندگى، مباينت ندارد». (37) بنابراين به اعتقاد اين گروه از نويسندگان كه با قياس عاريه و مضاربه، مفاد ماده 642 قانون مدنى. را(كه بر جواز و حت‏شرط ضمان مستعير تصريح دارد) اختصاص به عاريه ندانسته و آن را در مضاربه قابل اجراء مى‏دانند. از سوى ديگر، اين گروه با توسل به اصل حاكميت اراده(ماده 10 قانون مدنى) و جايز بودن شروط ضمن عقد، شرط مزبور را صحيح مى‏دانند و معتقدند كه، اشتراط ضمان مضارب خللى به صحت مضاربه نمى‏رساند.**

**بند سوم: شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل صحيح است.**

**اكثر فقهايى كه مى‏گويند ضامن ساختن عامل صحيح نيست، معتقدند كه اگر شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل باشد، صحيح است. يعنى در صورت وقوع خسارت، اگر چه به عنوان مضاربه زيان متوجه سرمايه است، اما مى‏توان عامل را متعهد نمود كه آن را جبران كند. در اين رابطه ذكر عبارتى از تحرير الوسيله بى‏مناسبت نيست.**

**«ولوا شترط المالك على العامل ان يكون شريكامعه فى الخسارة كما هو شريك فى الربح ففى صحته و جهان، اقوا هما العدم، نعم لوكان مرجعه الى اشتراط انه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه مثلا من كيسه لا باس به، و لزم العمل به لووقع فى ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به ولوكان فى ضمن عقد جائز مادام باقيا، نعم له فسخه ورفع موضوعه...» (38)**

**اگر مالك شرط كند كه عامل با او در خسارت شريك باشد همانگونه كه در سود شريكند، در صحت اين شرط دو وجه است كه اقواى آنها عدم صحت‏شرط مى‏باشد. ولى اگر برگشت‏شرط مذبور به اين باشد كه بر فرض وقوع خسارت بر مالك، عامل نصف آن را مثلا از كيسه خودش متحمل شود، اشكالى در آن نيست و اگر شرط مزبور در ضمن عقد لازمى درج شده باشد عمل به آن لازم است، حتى اگر در ضمن عقد جائزى واقع شده باشد، بعيد نيست كه لازم الوفاء باشد تا زمانى كه عقد اصلى جائز باقى باشد. بله، چون شرط در ضمن عقد جائز صورت گرفته است مشروط عليه مى‏تواند بافسخ عقد جائز، موضوع تعهد را از بين ببرد و بدين صورت خود را از اجراى شرط فارغ سازد.**

**از آنچه كه بيان شد، اين نتيجه بدست مى‏آيد كه چون شرط ضمان مضارب از قبيل شرط نتيجه مى‏باشد پس صحت آن محل ترديد است. زيرا تحقق ضمان مضارب به صرف اشتراط در عقد، از قبيل شرط نتيجه است و چون تحقق ضمان متوقف برايجاد سبب ضمان همچون تعدى و تفريط يا نظاير آن مى‏باشد و اسباب ضمان هم به صورت حصرى شمارش و احصاء شده كه اشتراط از اسباب آن نمى‏باشد، پس نمى‏توان به صرف اشتراط، قائل به ضمان مضارب شد. از سوى ديگر نمى‏توان شرط ضمان مضارب را مشمول ادله عامه لزوم وفاء به شرط دانست، زيرا وفاء به شرط در موردى مصداق پيدا مى‏كند، كه متعلق شرط انجام فعل يا عملى باشد. در حاليكه نتايج، اينگونه نيستند تا بتوان مشروط عليه را ملزم به انجام آن دانست. در پاسخ به ايراد مزبور مى‏توان گفت: اولا پاره‏اى از نتايج‏به گونه‏اى هستند كه ايجاد آنها نياز به سبب خاص ندارد و لذا همانگونه كه ماده 236 قانون مدنى اعلام داشته است، به نفس اشتراط حاصل مى‏شوند. ثانيا اين گفته كه اسباب ضمان به قيد حصر احصاء شده‏اند و شرط ضمان مضارب از آن اسباب محسوب نمى‏شوند، قابل پذيرش نيست زيرا، توقف ضمان بر اسباب خاصى و مشخصى معلوم نيست. بنابراين مى‏توان با كمك از اصل عدم انحصار اسباب ضمان، حكم به تحقق ضمان مضارب در صورت اشتراط آن در عقد نمود، و شرط مزبور را صحيح دانست. پاره‏اى از فقهاء نيز شرط ضمان مضارب را در صورتيكه بازگشت‏شرط به اين باشد كه بعد از آن كه خسارت در ملك مالك پيدا شود، به صورت شرط نتيجه، خسارت به عهده عامل منتقل شود، بى اشكال دانسته‏اند. عبارت آنها در اين رابطه چنين است:**

**«... لا باس بالشرط (اى بالشرط الضمان) على وجه غير بصير لوكان مرجعه الى انتقال الخسارة الى عهدته بعد حصولها فى ملكه بنحو شرط النتيجه‏». (39)**

**بند چهارم: نظريه منتخب و استدلال آن**

**با توجه به آن چه كه بيان شد بنظر مى‏رسد كه شرط ضمان عليه مضارب در عقد مضاربه، با صرف نظر از ماده 558 قانون مدنى، شرطى صحيح باشد زيرا:**

**اولا: درست است كه تصرف مضارب در سرمايه، تصرف امانى است و همان گونه كه قانون مقرر مى‏دارد: مضارب در حكم امين است و امين ضامن نيست مگر در صورت تعدى و تفريط. اما بايد از اين نكته غافل نشويم كه بر حسب ادله مربوط به ضمان يد، همچون نبوى معروف «على اليد ما اخذت حتى تودى (توديه)» و ادله مربوط به عدم ضمان امين از قبيل روايت «الامين لا يضمن‏»، بر خلاف آنكه در يد عدوانى اقتضاى ضمان وجود دارد در يد امانى اقتضاى عدم ضمان وجود ندارد، تا شرط ضمان عليه امين شرط مخالف با مقتضاى امانت تلقى شود و در نتيجه مبطل امانت‏باشد. زيرا همان گونه كه در جاى خود ثابت‏شده است‏خروج يد امانى از قاعده ضمان يد(قاعده على اليد) به تخصص است نه به تخصيص . (40) زيرا، عدم ضمان يد امين بر طبق ارتكاز عقلاء بوده و اساسا يد امانى مشمول قاعده على اليد كه بنحو طبيعى سلطه بر مال غير را موجب ضمان مى‏داند، نمى‏باشد تا با ادله شرعى عدم ضمان امين تخصيصا خارج گردد. بنابراين مى‏توان گفت كه عقلاء بر حسب ارتكاز ذهن خود، موجبى براى ضمان در ايادى امانى نمى‏بينند، و در نتيجه آنچه كه در يد امانى قابل درك است عدم اقتضاى ضمان است نه اقتضاى عدم ضمان، و بديهى است كه بين اين دو وضعيت تفاوت است. زيرا، اگر يد امانى اقتضاى عدم ضمان كند، شرط ضمان عليه امين، شرط مخالف با مقتضاى امانت تلقى و باطل و مبطل خواهد بود، در حاليكه يد امانى چنين اقتضائى ندارد. از سوى ديگر همان گونه كه گفته شده است، ادله عدم ضمان امين بيش از اين اقتضاء ندارد كه امين فى حد نفسه و بى آنكه خودش به ضمان خويش اقدام كند، ضامن نباشد. پس، از آن استفاده نمى‏شود كه امين نتواند از ابتداء برضمان خود اقدام كند. فرموده شيخ انصارى دراين خصوص قابل توجه است. ايشان مى‏فرمايند:**

**«ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه فى نفسه من غير اقدام عليه بحيث لاينافى اقدامه على الضمان من اول الامر». (41)**

**بنابراين مضارب ضامن سرمايه نمى‏باشد، مگر در صورت تعدى يا تفريط و يااينكه بر وى شرط ضمان شده باشد. اين نكته را نيز مى‏توان افزود; در جائى كه رفع ضمان به دست مالك مى‏تواند باشد، اثبات ضمان نيز به دست او ممكن است. به عبارتى هر شخص كه مى‏تواند مقتضاى يد را كه ضمان مى‏باشد منع و رفع نمايد، البته مى‏تواند آن راشرط كند. از اين رو مالك، مال خود را در اختيار ديگرى قرار مى‏دهد بشرط ضمان و اين شرط رافع مانع ضمان است. با اين توضيح كه چون مقتضاى يد ضمان مى‏باشد، مگر آنكه مانعى در راه تحقق مقتضاى يد بوجود آوريم كه آن امين قرار دادن متصرف است (قاعده استيمان) حال مى‏توانيم با اشتراط ضمان مانعى را كه در تحقق ضمان ايجاد كرده‏ايم، پس همان گونه رفع ضمان يد بواسطه ائتمان امكان پذير است، اثبات ضمان بواسطه اشتراط نيز ممكن است. زيرا در امانات مالكانه، رفع و وضع ضمان بدست مالك است. پس هرگاه مانع ضمان را برداريم، مقتضاى يد كه ضمان باشد باز مى‏گردد.«اذا ارتفع المانع، يؤثر المقتضى اثره‏» يعنى: هرگاه مانع مرتفع گرديد، مقتضى اثر خود را مى‏بخشد.**

**ثانيا: قانون مدنى در ماده 642 شرط ضمان مستعير را پذيرفته است در حالى كه مستعير امين است و جز در صورت تعدى و تفريط ضامن نمى‏باشد(ماده 640 قانون مدنى). فقهاء نيز شرط ضمان مستعير را اجماعا پذيرفته‏اند. از اين بيان نبايد نتيجه بگيريم كه صحت‏شرط ضمان عليه مستعير مستند به دليل خاصى است. بنابراين همان گونه كه اشاره شد، عدم ضمان امين بر طبق ارتكاز عقلاء بوده و حكم عقلى قابل تخصيص نيست. پس همان گونه كه شرط ضمان در عقد عاريه صحيح است در كليه عقود امانى همچون اجاره، مضاربه نيز شرط مزبور صحيح است.**

**ثالثا: اگر چه قانون مدنى در بحث عقد وديعه از شرط ضمان مستودع صحبتى به ميان نياورده است. اما همان گونه كه پاره‏اى از نويسندگان متذكر شده‏اند شرط ضمان در عقد وديعه نيز صحيح است. زيرا عدم ضمان مقتضاى ذات عقد وديعه بشمار نمى‏آيد تا شرط مزبور بر خلاف مقتضاى عقد باشد. (42) از سوى ديگر، اگر امين تضمين سلامت مال را به رغبت‏بپذيرد و احسان خويش را كامل سازد، چرا نبايد آن را نافذ دانست. با اين توضيح، وقتى در عقد وديعه كه امانت محض مى‏باشد، اشتراط ضمان صحيح است. پس چرا آن را در مضاربه صحيح ندانيم.**

**گفتاردوم- وضع حقوقى شرط تمليك مجانى به مقدار تلف يا خسارت بطور لزوم**

**قانون مدنى در قسمت دوم ماده 558 راهى قانونى، براى تضمين سرمايه يا جبران خسارت به سرمايه، پيشنهاد مى‏كند. به استناد ذيل ماده مزبوركه اعلام مى‏دارد: «... مگر اينكه به طور لزوم شرط شده باشد كه مضارب از مال خود به مقدار خسارت يا تلف مجانا به مالك، تمليك كند». طرفين مضاربه مى‏توانند، بوسيله حيله قانونى كه ماده مزبور پيشنهاد كرده است منظور خود را تامين كنند. يعنى در ضمن عقد لازمى همچون صلح، بيع، اجاره شرط كنند كه، مضارب بمقدار تلف مجانا به مالك تمليك كند. با توجه به ماده مزبور مى‏توان نكات ذيل را متذكر شد:**

**1- شرط تمليك، بايد به طور لزوم باشد تاايجاد الزام كند. زيرا شرط جايز ايجاد الزام نمى‏كند. بنابراين براى اينكه شرط تمليك به طور لزوم واقع شود، بايد آن را در ضمن يك عقد لازم، نظير صلح گنجاند. به نظر مى‏رسد كه بتوان در ضمن عقد جايز و حتى در ضمن عقد مضاربه كه عقد جايزى است‏شرط مزبور را به صورت يك الزام مستقل گنجاند. زيرا تا زمانيكه عقد جايز پا برجاست، عمل به مفاد شرط الزامى است.**

**2- شرط تمليك، شرط فعل است. بنابراين براى اينكه تمليك مجانى رخ دهد بايد سبب داراى اين اثر قانونى مثلا، صلح يا هبه بلاعوض واقع گردد. زيرا مطابق نظام طبيعى پيدايش اثر، بدون ايجاد مؤثر ممكن نيست پس تا عقدى كه داراى اثر تمليك مجانى است رخ ندهد تمليكى نيز پديد نمى‏آيد. پاره‏اى از نويسندگان شرط تملك بلاعوض را به ميزان خسارت يا تلف پذيرفته‏اند.**

**3- شرط تمليك به مقدار تلف يا خسارت، يك شرط مجهول است. زيرا به هنگام توافق بر شرط، خسارت يا تلفى رخ نداده تا ميزان آن مشخص باشد اما همانگونه كه گفته‏اند اين شرط مجهول موجب بطلان معامله نمى‏گردد.**

**خلاصه و نتيجه بحث**

**قانون مدنى، شرط ضمان مضارب را شرط باطل و موجب بطلان مضاربه دانسته است. حقوقدانان در شرح ماده 558 علت اين حكم را مغايرت شرط با مقتضاى ذات عقد مضاربه مى‏دانند. بنابراين مى‏توان گفت كه صدر ماده مزبور مبتنى بر نظريه آن دسته از فقهاست كه شرط ضمان مضارب را مخالف مقتضى ذات عقد مضاربه مى‏دانند. اين نظريه مورد پذيرش پاره‏اى از فقها و حقوقدانان قرار نگرفته و با استدلالهاى گوناگون مورد انتقاد قرار گرفته و در عوض شرط ضمان مضارب را شرط مخالف با مقتضاى اطلاق مضاربه دانسته و يا به استناد آنكه شرط مزبور اگر به صورت شرط فعل واقع شده باشد، صحيح مى‏دانند. ما نيز اين عقيده را برگزيده و براى اثبات آن به نقد دلايل مخالفين و تقويت استدلال موافقين پرداختيم.**

**قانون مدنى با ارائه يك پيشنهاد قانونى، راهى براى تضمين سرمايه و ضمان مضارب نشان داده است كه مورد بررسى قرار گرفت. به استناد ذيل ماده 558 طرفين مضاربه مى‏توانند بصورت التزام مستقلى بر تضمين سرمايه توافق كنند. اين التزام بايد بصورت الزامى باشد و به همين جهت‏بانكها در قرارداد مضاربه‏اى كه با مشتريانشان منعقد مى‏سازند از «عقد صلح‏» استفاده مى‏كنند و شرط تمليك مجانى به مقدار تلف يا خسارت را در ضمن آن مى‏گنجانند.**

**پى‏نوشتها:**

**1- عضو هيات علمى دانشگاه شهيد بهشتى.**

**2- قاعده مزبور تحت عنوان قاعده استيمان (عدم ضمان امين) معروف است كه از خبر معروف «ليس على الامين الااليمين‏» و خبر «ليس على المؤتمن ضمان‏» و «ما على الامين الااليمين‏» گرفته شده است و معناى آن اين است كه هيچ چيزى جز سوگند بر امين نيست. مفاد قاعده مزبور آن است كه اگر مال مورد امانت نزد امين تلف يا ناقص يا معيوب شود، هيچ گونه مسؤوليت و ضمانى متوجه امين نيست و كافى است كه او سوگندى ياد كند تا هر ادعاى ضمانى عليه او ساقط شود. براى مطالعه اين قاعده رجوع شود به آيت ا..سيد ميرزاحسن موسوى بجنوردى، قواعدالفقهيه، ج 2، افست، قم صص 4 به بعد - سيد محمد كاظم مصطفوى، القواعد، نشر اسلامى، چاپ اول، سال 1412 ه. صص 17 و 18 - مير فتاح مراغه‏اى، عناوين، چاپ سنگى در يك مجلد، 1297 قمرى، عنوان 65، ص 333 - و كتابهاى فارسى قواعد فقه مثل ابوالحسن محمدى، قواعد فقه، نشر يلدا، چاپ دوم، سال 74، صص 61 به بعد.**

**3- دكتر سيد حسن امامى، حقوق مدنى، ج 2، اسلاميه، چاپ دوم، سال 62، ص 173 - دكتر ناصر كاتوزيان، حقوق مدنى (عقود اذنى، وثيقه‏هاى دين)(عقود معين‏3)، بهنشر، چاپ اول، سال 64، صص 60 و 61 كه شرط ضمان را صحيح مى‏دانند بر خلاف آن دسته كه حكم ماده‏614 ق.م. را از قواعد آمره مى‏دانند و در نتيجه شرط ضمان را باطل و مبطل مى‏دانند. رك به دكتر محمد جعفرى لنگرودى، دائرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، ج 1، چاپ اول، مشعل آزادى، 1375، ص 142، و حقوق تعهدات، ج 1، دانشگاه تهران، چاپ دوم سال 69 ص 88 - دكتر محمود كاشانى، جزوه حقوق مدنى 7 از انتشارات دانشگاه شهيد بهشتى، بدون سال نشر، ص 73.**

**4- محقق اول (حلى)، مختصر النافع، افست، قم، ص 146 - سيد محمد كاظم طباطبائى، عروة الوثقى، ص 589 - سيد على طباطبائى، رياض المسائل(معروف به شرح كبير)، ص 605 - شيخ عبدا..مامقانى، مناهج المتقين، مؤسسه آل البيت، ص 288 - سيد محمد طباطبائى(مجاهد)، مناهل، مؤسسه آل البيت، ص‏197 - محمد بن جمال الدين ملكى العاملى معروف به‏«شهيد اول‏»، اللمعة الدمشقيه، با تعليقات سيد محمد كلانتر در 10 مجلد، ج 4، ص 211.**

**5- اعطاى مال به ديگرى از چند حالت‏خارج نيست. ممكن است اين امر به منظور نگاهدارى مال باشد(وديعه) يا بعنوان قرض باشد، يا مالى را به ديگرى بدهد كه براى او تجارت كند بدون اينكه مزدى بگيرد(بضاعة)، يا اينكه مالى را به ديگرى بدهد تا مثل آن را در شهر ديگر به او پس دهد(سفتجه). رك به جوامع الفقهيه، وسيله ابن حمزه، ص 741.**

**6- دكتر ناصر كاتوزيان، حقوق مدنى، عقود معين 2(مشاركتها و صلح)، چاپ دوم، گنج دانش، 1368، ص 105.**

**7- استاد شهيد مرتضى مطهرى، آشنايى با علوم اسلامى، اصول فقه - فقه، انتشارات صدرا، ص 100 - سيد باقر خسروشاهى، نمائى از مضاربه در فقه اسلامى، نورعلم، نشريه جامعه مدرسين حوزه علميه قم، شماره 8، بهمن 1363، صص 91 و 92.**

**8- محمود رضا خاورى، حقوق بانكى، چاپ اول، بانك مركزى جمهورى اسلامى ايران،1369، ص 242.**

**9- دكتر ناصر كاتوزيان، پيشين، ص 108 - شيخ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج 26، ص 338 - شهيد ثانى، مسالك الافهام، ج 1، ص 223 مى‏فرمايد: «... لان العامل - مع صحة العقد و عدم ظهور ربح - و دعى امين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدى غاصب، و فى تصرفه وكيل، و مع فساد العقد اجير.»**

**10- ماده 550 ق.م. « مضاربه عقدى است جايز».**

**11- ساير موارد انفساخ مضاربه در بندهاى 2 و 3 و 4 اين ماده منعكس است.**

**12- محمود رضا خاورى، پيشين، ص 249.**

**13- دكتر محمد جعفر جعفرى لنگرودى، پيشين، همان صفحات.**

**14- همان، ص 298.**

**15- دكتر سيد حسن امامى، حقوق مدنى، ج 2، ص 102.**

**16- همان، ج 1، ص 281.**

**17- دكتر ناصر كاتوريان، قواعد عمومى قراردادها، ج 3، چاپ اول، بهنشر، 1368 ص 188.**

**18- همان، ص 163.**

**19- ر.ك. دكتر امامى، حقوق مدنى، ج 1، صص 281 و 282.**

**20- دكتر ناصر كاتوزيان، عقود اذنى و وثيقه‏هاى دين، بهنشر، چاپ اول، سال 64، ص 90.**

**21- دكتر امامى، حقوق مدنى، ج 2، ص 190.**

**22- دكتر ناصر كاتوزيان، حقوق مدنى( مشاركتها- صلح)، ص 131.**

**23- شيخ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج 23، صص 199 و 200 - شيخ موسى خوانسارى(تقريرات مرحوم نائينى) مينة الطالب، ج 2، ص 111 به بعد - مير فتاح مراغه‏اى، عناوين، ص 252 به بعد - شيخ مرتضى انصارى، مكاسب، صص 281 و 282 - مولى احمد نراقى، عوائد الايام، صص 49 و 50.**

**24- براى شناخت مفهوم مقتضاى ذات عقد و اثر درج شرط مغاير با آن و همچنين شناخت مفهوم مقتضاى اطلاق عقد و اثر درج شرط مغاير با آن، مى‏توان علاوه بر منابع پيش گفته (شماره‏22) به اين كتابها مراجعه كرد. محقق ثانى، جامع المقاصد، ج 4، ص 414 - محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج 1، ص 77 - ميرزاى قمى، جامع الشتات‏ج 2، ص 18 - علامه حلى، تذكرة الفقهاء، ج 1، چاپ سنگى، ص 488 - دكتر ناصر كاتوزيان، قواعد عمومى قراردادها، ج 3، ص 175 به بعد.**

**25- شيخ موسى خوانسارى - منية الطالب (تقريرات مرحوم نائينى) ج‏2، ص‏111.**

**26- محقق كركى، پيشين، ج 4، ص 414 و ج 1، ص 261.**

**27- دكتر كاتوزيان، پيشين، ص 394.**

**28- مولى احمد نراقى، عوائد الايام، صص 49 و 50 - محمود شهابى، قواعد فقه، ص 58.**

**29- دكتر ناصر كاتوزيان، قواعد عمومى قراردادها، ج 3، ص 179 به بعد.**

**30- علامه حلى، قواعد الاحكام، افست، قم، ص 244.**

**31- محقق كركى، پيشين، ص 465.**

**32- شيخ محمد حسن نجفى، جواهر الكلام، ج 26، ص 342.**

**33- حمزة بن على در غنية النزوع، ص 68 - ابن حمزه در الوسيله، ص 69 - كيدرى در اصباح الشيعه، ص 72 و ابن ادريس‏در سرائر ص 76 همگى نقل از على اصغر مرواريد، سلسلة الينابيع الفقهيه، ج 17 صص 53 به بعد.**

**34- همان.**

**35- شيخ عبدا...مامقانى، پيشين، ص 288.**

**36- دكتر امامى، حقوق مدنى، ج 2، ص 110.**

**37- دكتر ناصر كاتوزيان، حقوق مدنى، مشاركتها...، ص 132.**

**38- روح اله الموسوى الخمينى، تحريرالوسيله، ج 1، مطبوعات دارالعلم، قم، فاقد سال نشر، ص 612، مسئله 14.**

**39- همان.**

**40- رك، دكتر على اكبر صادقى، شرط ضمان مستاجر، مجله تحقيقات حقوقى، دانشكده حقوق دانشگاه شهيد بهشتى، شماره 14-13 سال 73-72 صص 18 و 19.**

**41- شيخ مرتضى انصارى، مكاسب، ص 278.**

**42- دكتر امامى، حقوق مدنى، ج 2، ص 173 - دكتر كاتوزيان، عقود اذنى ...، ص 61.**