

بررسی اجمالی عقد مضاربه

نویسنده: احسان امیربیک

(کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

ناشر: پایگاه نشر مقالات حقوقی، حق گستر

تعریف مضاربه:

عقد مضاربه یکی از عقود معین است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود خاص و بانام، مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است.

در کتاب شرح لمعه به این شکل تعریف شده است: «مضاربه آن است که شخصی مالی را به دیگری دهد تا با آن کار کند و در برابر کار خود سهم معینی از سود آن را بردارد» (شهید ثانی، ۱۳۸۶، جلد هفتم، ص ۲۷۷)

در ماده ی ۵۴۶ ق.م مضاربه این چنین تعریف شده است: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل، مضارب نامیده می شود.»

در ماده ۳۶ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، مصوب سال ۱۳۶۲ هیات وزیران، در تعریف مضاربه آمده است: (مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تامین سرمایه (نقدی) می گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند). به نظر می رسد ذکر کلمه قرارداد در ماده ۳۶ آیین نامه یاد شده به جای کلمه عقد مذکور در ماده ۵۴۶ قانون مدنی -تاثیر درخور توجهی ندارد.^۱

به بیان دکتر کاتوزیان مضاربه پیمانی است که در نوع خاصی از شرکت تجاری بین اصحاب صاحب سرمایه و عامل او ایجاد می شود؛ شرکتی که در آن یکی از شرکا سرمایه می دهد و دیگری خدمات و کارایی خود را به میان می نهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۰۵)

به نظر می رسد که در خصوص کلمه مضاربه و معنی آن ۳ احتمال قابل طرح می باشد یکی آنکه مضاربه از ماده ی ضرب به معنای سیر کردن در زمین بگیریم و در توجیه معنای باب مفاعله که دایر مدار بین ۲ نفر است به این شکل استدلال کنیم که

^۱ جلیل قنوتی خلف آبادی- محمد عیسی تفرشی، ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران، ۱۳۷۶

این سیر کردن به خاطر درخواست صاحب مال است لذا سیر کردن به سبب مالک و عامل واقع می شود و گویی از هر دو صادر می گردد

احتمال دوم آن است که مضاربه را از ماده ضرب به معنی شرکت بگیریم، شرکت هر یک از مالک و عامل در سهم معینی از سود، احتمال سوم آن است که مضاربه را از ماده ضرب به معنی زیر و رو شدن معنی کنیم چرا که معامله به این نحو است که گویی سرمایه زیر و رو می شود و به گردش می افتد. (شهید ثانی، ۱۳۸۶، جلد هفتم، ص ۲۷۸) در خصوص معنی مضاربه دکتر سید جلال الدین مدنی بیان می دارند که کلمه ی مضاربه مصدر باب مفاعله می باشد از ضرب به معنی سیر کردن در زمین آمده است در واقع این معنی را می توان در عمل به این شکل تفسیر کرد که مالک سرمایه ی خویش را در اختیار مضارب قرار می دهد به آن هدف که مضارب به منظور تجارت به نقاط مختلف سیر کند و سودی که تحصیل می کند بنا بر عقدی که با مالک منعقد کرد تقسیم گردد. (مدنی، ۱۳۸۶، جلد پنجم، ص ۴۷)

تشابه مضاربه با مزارعه و مساقات

مضاربه شباهت زیادی به مزارعه و مساقات دارد و تفاوت آن ها آن جاست که در مزارعه عملیات زراعت و در مساقات عملیات باغبانی است حال آنکه در مضاربه عملیاتی که انجام می شود تجارت است. (مدنی، ۱۳۸۶، جلد پنجم، ص ۴۷)

عقد مضاربه یکی از عقود معین است که در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه در ردیف عقود خاص و با نام مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است.

مستندات مضاربه

مستندات بحث مضاربه در قانون مدنی از ماده ی ۵۴۶ تا ماده ی ۵۶۰ آورده شده است.

اوصاف عقد مضاربه

عقد مضاربه از ترکیب چند عقد بوجود آمده است و مانند وکالت و بیع و ... ماهیت حقوقی بسیط و مستقل ندارد چرا که از سویی مالک و صاحب سرمایه به عامل وکالت می دهد تا به حساب او تجارت کند و از سویی دیگر نوعی امانت در خصوص اصل سرمایه بوجود می آید و از سویی دیگر نیز نوعی شراکت نیز بوجود می آید. عقد مضاربه عقدیست عهدی گرچه این مسئله گاه مورد تردید بوده است که آیا تملیکی است یا عهدی (اما به اعتقاد دکتر کاتوزیان) از آن جا که عامل حق عینی بر سهمی از سرمایه یا اموال مالک پیدا نمی کند و اینکه در اثر پیمان مضاربه برای طرفین تعهداتی بوجود می آید باید آن را عقدی عهدی دانست چرا که مالی را که هنوز بوجود نیامده است را نمی شود به دیگری تملیک کرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۰۹)

وصف دیگر این عقد **معوض** بودن است. منتها عوضی که مضارب در برابر کار خود می گیرد جنبه احتمالی دارد و به کار و عمل خودش بستگی دارد. پس از این حیث باید آن را در زمره ی عقود **احتمالی** آورد با این تفاوت که تلاش و کاردانی و ... در میزان عوض در مضاربه تاثیر دارد.

وصف دیگر **جایز** بودن این عقد است همچنانکه عقود که بنیان اصلی این عقد هستند مانند شرکت، وکالت و ... خود نیز در زمره ی عقود جایز هستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۰۹) عقد مضاربه علاوه بر داشتن شرایط اساسی ماده ۱۹۰ شرایط و ارکان اختصاصی ای نیز دارد که در ادامه می آید.

ارکان مضاربه

در عقد مضاربه از اداره و به کار بردن ۳ عامل اصلی بحث می شود.

(۱) سرمایه ای که مالک در اختیار مضارب قرار می دهد

(۲) کاری که عامل برای اداره سرمایه و معامله ی با آن بر عهده می گیرد

(۳) سودی که به دست می آید.

سرمایه

بحث را از سرمایه آغاز می کنیم. به موجب م ۵۴۷ ق.م «سرمایه باید وجه نقد باشد» یعنی پول رایج کشور در اختیار مضارب قرار داده می شود و اگر غیر این باشد مضاربه باطل است. فی المثل اگر شخصی مقداری جواهر و طلا در اختیار دیگری بگذارد تا پس از فروش آنها طرفین در سود شریک باشند این پیمان تابع قواعد مضاربه نیست در این مثال به نظر می رسد که فروشنده حق العملکاری است که بر طبق قواعد عمومی اجرت کار خودش را می گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۲) بنابراین سرمایه ای که به مضاربه داده می شود نباید کالا باشد لذا اگر طرفین عقد مضاربه بخواهند با سرمایه ای که کالا است خودشان را تابع مضاربه کنند باید اول کالا را بفروشند و ثمن را به عنوان سرمایه بپذیرند. درخصوص وجه نقد بین نویسندگان توافق کامل وجود ندارد برای مثال استاد دکترامامی ارزشهای خارجی را در حکم کالا شمرده اند. برخی دیگر نیز پول های خارجی را به حکم عرف وجه نقد شمرده اند برای مثال استاد محمد بروجردی عبده در این خصوص می فرمایند: «وجه نقد اختصاصی به مسکوکات طلا و نقره نداشته بلکه شامل هر نوع مسکوک رایجی است ولو اینکه طلا و نقره نباشد و نیز اسکناس وارداتی که درنظر عرف و عادت جز نقد محسوب و در معاملات دارای اعتبار نقدی است از قبیل مارک و فرانک و غیره مشمول وجه نقد مذکور در ماده ۵۴۷ بوده و ممکن است مورد مضاربه واقع گردد» (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۴۵)

به اعتقاد دکتر سید جلال الدین مدنی منظور از وجه نقد تنها پول رایج کشور است بنابراین دلار، ین، یورو، و لیره و دیگر ارزها که پول رایج کشور نمی باشند نمی توانند برای مضاربه سرمایه باشند. (مدنی، ۱۳۸۶، جلد پنجم، ص ۴۹)

در مقابل دکتر پرویز نوین و دکتر عباس خواجه پیری در کتابشان به این سمت و سو رفته اند که درست است که طبق ظاهر م ۵۴۷ منظور از وجه نقد پول رایج کشور است (یعنی ریال یا تومان) اما به نظر می رسد که نباید به ظاهر ماده توجه کرد چرا که چنانچه موضوع مضاربه صادرات یا واردات باشد به اجبار باید گشایش اعتبار نمود و ارز خارجی در اختیار داشت زیرا با پول رایج کشور نمی توان از خارج خرید نمود و منظور از وجه نقد به نظر می رسد این است که مالک نمی تواند به جای پول، کالا در اختیار عامل قرار دهد تا به تجارت بپردازد. (نوین-خواجه پیری، ۱۳۸۲، ص ۲۵۴)

پس از مدت ها تردید و اختلاف رویه ی قضایی سرانجام این نظر را که پولهای خارجی نیز وجه نقد تلقی می شوند بطور قاطع پذیرفت. بحث دیگر در خصوص وجه نقد این است که از دیگر معانی وجه نقد این مسئله است که سرمایه نمی تواند دین بر ذمه باشد لذا موضوع دین باید تعیین و به قبض مضارب داده شود تا بتواند سرمایه محسوب شود همچنین منافع نیز مشمول عنوان وجه نقد نمی شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۴)

بحث دیگر این است که سرمایه باید معلوم و معین باشد بنابراین در صورتیکه سرمایه مجهول باشد نمی توان ادعا کرد که موضوع معامله معلوم و معین است هرچند که نسبت سهم مضارب (عامل) از سود و نوع تجارت نیز معین شده باشد. نکته دیگر در این خصوص این است که درست است که وجوه نقدی که مورد مضاربه واقع می وشد باید از حیث مقدار معلوم باشد اما مشاع بودن آن منافاتی با معلومیت مقدار آن ندارد. «(بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۵۴)

رکن دوم: کار عامل

به موجب ماده ۵۴۶ ق.م عامل باید با سرمایه ای که در اختیارش گذاشته می شود تجارت کند. برای شناسایی اعمال تجارتي باید به حقوق تجارت رجوع کرد و مفاد ماده ۲ قانون تجارت را در نظر گرفت.

اگر در پیمانی که میان مالک و عامل بسته می شود نوع تجارتي که منظور طرفین بوده مشخص گردد طبیعی است که در این جا باید همان نوع تجارت خاص انجام گردد اما ذکر نوع تجارتي خاص در پیمان مضاربه ضرورت ندارد و می توان عمل تجارت را به صورت مطلق نیز آورد که در این صورت طبق م ۵۵۳ ق.م «در صورتی که مضاربه مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد عامل می تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند» در این خصوص که پرداختن به تجارتي که موضوع عقد قرار گرفته مستلزم انجام چه کارهایی است قانون دآوری عرف را پذیرفته و عامل را مکلف ساخته که اعمالی را که عرف و بلد و زمان لازم می داند بجا آورد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۶)

نکته ی قابل ذکر دیگر این مسئله است که پاداش خدمت مضارب شرکت در سود حاصل از سرمایه است و او نمی تواند از بابت تجارتي که انجام می دهد و اعمالی که انجام می دهد دستمزد بگیرد این مطلب از ماده ی ۵۵۵ مستفاد می گردد در آن جا که می گوید: «اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخص انجام دهد مستحق اجرت آن نخواهد بود.» البته این نظر برخی حقوقدانان مانند دکتر کاتوزیان است که مضارب حق گرفتن دستمزد را ندارد. در این خصوص نظر متفاوت نیز به چشم می خورد. به اعتقاد برخی از حقوقدانان (فی المثل دکتر پرویز نوین و دکتر عباس خواجه پیری) قسمت دوم م ۵۵۵ که می گوید «اگر اعمالی را که بر طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود مشخصا انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود» منطقی به نظر نمی رسد چرا که این امر معمول و متعارف امور تجاری نیست. کسانیکه به امور تجاری اشتغال دارند نیز کلیه اقدامات را که حتی خودشان شخصا انجام داده اند در لیست هزینه مدنظر قرار می دهند و منظور می نمایند. به علاوه کار انسان نیز محترم است و مستحق اجرت المثل و ذکر عدم استحقاق اجرت معقول نیست. (نوین-خواجه پیری، ۱۳۸۲، ص ۲۵۵ و ۲۵۶)

رکن سوم: سود

طبیعتا سودی که در نتیجه ی تجارت عامل با سرمایه ی مالک بدست می آید از آن طرفین است. میزان سهم هر یک از مالک و مضارب باید معین گردد و طرفین در این خصوص آزادی کامل دارند. اما به موجب ماده ی ۵۴۸ «حصه ی هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل، از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد» لذا چنانچه مقدار معینی از سود برای عامل مقرر شود پیمانی که بسته شده است دیگر تابع قواعد مضاربه نخواهد بود.

همچنین م ۵۴۹ ق.م در ادامه این بحث بیان می دارد که «حصه های مزبور در ماده ی فوق باید در عقد مضاربه معین شود مگر اینکه در عرف منجزا معلوم بوده و سکوت در عقد منصرف به آن گردد» نکته ی قابل توجه این است که ق.م در مورد ضمانت اجرای تخلف از این ماده حکمی ندارد و سکوت قانونگذار این پرسش را مطرح می کند که آیا عقدی که در آن سهم عامل بطور قاطع معین شود به کلی باطل است یا عقدی که منعقد شده باطل نیست و تابع قواعد قراردادهاست و تنها احکام مضاربه در آن جاری نمی شود. فقها چنین عقدی را باطل می دانند برای مثال شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام جلد متاجر این چنین نگاشته است که «لا بد ان یکون جمیع الربح مشاعا علی جهة الشرکه بینهما فلو کان لاحدهما شی معین منه و الباقي للاحر بطل اجماعا».

نویسندگان حقوق مدنی نیز مشاع بودن سود را مقتضای ذات مضاربه دانسته اند و عقدی را که در آن حصه ی مضارب تعداد معینی از سود باشد را باطل انگاشته اند. بزرگانی چون دکتر سید حسن امامی، محمد بروجرودی عبده و مصطفی عدل چنین اعتقادی دارند. اما اعتقاد دکتر کاتوزیان این است که برای یافتن این پاسخ که بالاخره این بحث چه ضمانت اجرایی دارد باید به مفاد م ۵۱۹ ق.م در بحث عقد مزارعه رجوع کرد؛ چرا که از نظر ساختمان حقوقی میان مزارعه و مضاربه شباهت زیادی وجود دارد. م ۵۱۹ ق.م: «در عقد مزارعه حصه ی هر یک از مزارع و عامل باید به نحو اشاعه از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره معین گردد و اگر به نحو دیگری باشد احکام مزارعه جاری نخواهد شد» بنابراین این ماده ضمانت اجرای مشاع نبودن حصه ی مزارع و عامل را جاری نشدن احکام مزارعه می داند پس در عین حال که قرارداد را مزارعه نمی شناسد آن را باطل هم نمی

داند؛ پس با قیاس این دو مورد می توان چنین نتیجه گرفت که در مضاربه نیز هدف از م ۵۴۸ اعلان بطلان قرارداد نبوده است همچنان که حکم این مسئله را که اگر در قرارداد مضاربه تمامی سود متعلق به مالک یا عامل شرط شود؛ ماده ی ۵۵۷ ذکر می کند که در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی شود و عامل مستحق اجرت المثل خواهد بود مگر اینکه معلوم شود که عامل عملی را تبرعا انجام داده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۱۸ و ۱۱۹)

بحث دیگر در خصوص کار عامل این است که کاری که مضارب به عهده می گیرد بایستی در توانایی او باشد در غیر اینصورت اگر تعهد به امور غیر مقدور شود عقد مضاربه باطل است.

عامل مضاربه نیز می تواند متعدد باشد و سهم هر کدام برابر یا بطور متفاوت از ربح تعیین گردد.

شرط سود به نفع ثالث

بسیاری از فقیهان همچون شهید ثانی و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی و ... شرطی را که به موجب آن سهمی از سود به شخص خارجی داده شود را در صورتی درست دانسته اند که آن شخص به عنوان عامل کاری در اداره ی سرمایه و داد و ستد با آن بر عهده داشته باشد. به اعتقاد دکتر کاتوزیان پذیرفتن این نظر در حقوق کنونی دشوار است چرا که برای بطلان این شرط دلیلی وجود ندارد و این امر مخالفتی با مقتضای ذات عقد ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۰)

احتساب و تملک سود

بحثی که انکار ناپذیر می نماید این مسئله است که مالکیت عامل پیش از پرداخت حساب ها و فسخ مضاربه و تقسیم آن متزلزل است؛ چرا که اگر زیانی به بار آید باید در مرحله ی نخست از سود حاصل شده جبران شود و در صورتی که سود کافی نباشد از اصل سرمایه به حساب می آید. لذا اگر ضرری بر اصل سرمایه در در راه هدف و در رابطه ی با تجارت معهود وارد شود ربح باید آن را جبران کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۲)

همانطور که در گذشته نیز آمد احتساب و تملک سود بر طبق مفاد پیمانی که بسته شده انجام می گیرد. مرسوم نیز چنین است که در پایان هر ماه و یا ۶ ماه و یا یک سال به حساب تجارت رسیدگی شود و میزان سود و زیان و در نتیجه سهم عامل روشن گردد و چنانچه این مدت طولانی باشد عامل ماهیانه و بطور موقت مقداری از دستمایه ی در گردش را برای گذراندن خود در بر می دارد تا در پرداخت محاسبه ی نهایی منظور شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۰)

بحث مهم دیگر این است که اگر در اثنای مضاربه عامل یا مالک فسخ آن را بخواهد تقسیم سود به چه شکلی است پاسخ این است که از آنجا که مضاربه عقدی جایز است (طبق ماده ۵۵۰) و چنانچه یکی از طرفین درخواست تقسیم ربح را کند و دیگری بدان مایل نباشد درخواست کننده می تواند از اختیار خود استفاده کند و شرکت را برهم بزند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۲)

اما مسئله ی بسیار مهم آن جایی مطرح می شود که یکی از طرفین بخواهد که سهم خود را از سود موجود بگیرد و مضاربه نیز ادامه یابد؛ در اینجا چون امکان رسیدن زیانی هست که سود و حتی سرمایه نیز ممکن است نتواند آن را جبران کند باید به این شکل حکم کنیم که اگر درخواست کننده عامل باشد امکان ورود ضربه به مالک بدیهی است اما در جایی که مالک تقاضای سود کند چون سرمایه در اختیار عامل است ضررهای احتمالی آینده را می توان از این محل جبران کرد تا به عامل زیانی نرسد؛ لذا اجبار عامل به تقسیم امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۳) در تایید این نظر از م ۵۹۲ نیز میتوان بهره جست چرا که به موجب این ماده «هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکا مضر و برای بعضی دیگر بی ضرر باشد در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد طرف دیگر اجبار میشود و اگر بر عکس تقاضا از طرف غیر متضرر بشود شریک متضرر اجبار به تقسیم نمی شود»

اما در این خصوص نظر مخالف دکتر کاتوزیان نیز به چشم می خورد؛ برای مثال اعتقاد علامه ی حلی در تذکره این است که پیش از پایان مضاربه هیچ یک از مالک یا عامل نمی تواند دیگری را اجبار به تقسیم کند چرا که این تقسیم ضرری است و نمی توان بدون تراضی و بطور قطع ربح را معین و تقسیم کرد چرا که این احتمال می رود که سرمایه نیز دچار خسران شود. برخی از حقوقدانان نیز همین نظر را دارند و بر این باورند که در جریان عملیات مضاربه مالک و مضارب نمی توانند درخواست نمایند سود بدست آمده قسیم گردد چرا که امکان دارد در عملیات بعدی ضرر حاصل شود که باید از سود قبلی جبران گردد و اگر سود در جریان عملیات مضاربه تقسیم شود ممکن است که سود تقسیم شده را هریک مصرف کرده باشند و نتوانند ضررهای بعدی را جبران نمایند. (نوین-خواجه پیری، ۱۳۸۲، ص ۲۵۶)

آثار مضاربه

وضع حقوقی عامل نسبت به سرمایه

عامل به عنوان وکیل مالک داد و ستد می کند، امین او است و ملتزم می شود که در حفظ مادی سرمایه و جلوگیری از تلف آن در زمینه تجارت بکوشد.

باید خاطر نشان گردد که التزام عامل ناظر به فراهم آوردن وسایل تجارت و کوشش در راه حفظ سرمایه و بهره برداری درست از آن می باشد و نتایج کار خود را تضمین نمی کند یعنی تعهد به وسیله است نه نتیجه بنابراین اگر عامل مواظبت های لازم را انجام دهد ولی کوشش او به ثمر نرسد و سرمایه او تلف شود مسوول نیست. اثبات تقصیر و آوردن دلیل نیز بر عهده ی مالک است. همانطور که ماده ی ۵۵۶ ق.م مقرر می دارد «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی»

بحث دیگر این مسئله است که نمی توان تعهد عامل در نگهداری و به کار انداختن درست سرمایه را به تعهد نتیجه تبدیل کرد و او را ضامن سرمایه قرار داد هر چند که تقصیر نکرده باشد.

بر اساس ماده ۵۵۸ چنین شرطی خلاف مقتضای ذات مضاربه شمرده شده است و این ماده مقرر می دارد «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارت حاصل از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است»

در صورتیکه مالک بخواهد از زیان های احتمالی تجارت مصون بماند می تواند بر مضارب شرط کند که به میزان خسارتی که به بار آمده است از سال خود به مالک بدهد چرا که این شرط با مقتضای ذات نمایندگی منافات ندارد و التزامی مستقل است. م. ۵۵۸ نیز همین حکم را می دهد و مقرر می کند «مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۱)

عدم امکان مضاربه با سرمایه ای که به عامل سپرده شده است

یا واگذاری مضاربه به دیگری

مضاربه عقدی است مبتنی بر اذن مالک برای انجام تجارتی که مورد نظر وی است. شخصیت عامل در چگونگی انجام کار و ایجاد اعتماد بسیار موثر است و می توان گفت اذن برای عامل وابسته به شخصیت وی است لذا عامل نمی تواند نیابتی را که به وی داده شده به شخص دیگری وا گذارد یا همان سرمایه را به مضاربه به شخص دیگر دهد. به همین جهت قانونگذار در ماده ۵۵۴ چنین مقرر کرده است که «مضارب نمی تواند نسبت به همان سرمایه به دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر واگذار نماید مگر با اجازه مالک.»

چنانچه عامل مجاز باشد با سرمایه مالک عقد مضاربه دیگری منعقد کند می تواند آن را با همان سود و یا بیشتر و کمتر از آن به دیگری مضاربه دهد اما عامل مضاربه نخست ملتزم است که همان مقدار سودی را که با مالک قرار گذاشته بپردازد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۴) (در این خصوص بسیاری از فقها همچون علامه حلی، سید محمد جواد عاملی و ... معتقدند که عامل نمی تواند سودی برای خود منظور دارد چرا که نه مالک است نه عامل)

اما در مواردی که عامل مجاز در واگذاری مضاربه به دیگری است حق دارد مضاربه را با همان اوصاف و شرایط به دیگری وا گذارد یعنی خود کنار رود و عامل دوم را وکیل مالک قرار دهد تا همان تجارت را انجام دهد.

می توان چنین گفت که در حالت اولی که بیان شد عامل به منزله وکیلی است که توکیل به غیر دارد و برای انجام وظایف خود وکیل می گیرد و در حالت دوم وکیل برای موکل گرفته می شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۴)

انحلال مضاربه

علاوه بر موارد اختیاری گاه مضاربه خود به خود و بی آنکه نیازی به اراده یکی از طرفین یا شخص ثابت باشد منحل می شود که به اصطلاح انفساخ نامیده می شود. بر طبق ماده ۵۵۱ قانون مدنی عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می شود موت و حجر یکی از طرفین؛ که بحث خاصی ندارد!

مفلس شدن مالک

در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح

به نظر می رسد که امروزه عنوان مفلس در حقوق ما جای خود را به دو عنوان معسر و ورشکسته داده است توجه شود که اعسار مالک باعث انفساخ مضاربه نمی شود چرا که معسر از تصرف در اموال خود ممنوع نمی باشد و طلبکاران حق ندارند فعالیت های اقتصادی او را محدود سازند. اما در خصوص ورشکستگی مالک، ادامه مضاربه با حقوق طلبکاران منافات دارد و به همین دلیل است که قانون مدنی در مورد افلاس که شباهت با ورشکستگی در حقوق تجارت دارد انفساخ آن را اعلام می کند. نکته دیگر آن است که در صورت ورشکستگی مالک، عامل در زمره ی طلبکاران نمی باشد و نسبت به مال مضاربه شریک مالک است چرا که گفته شده به محض ایجاد ربح مالک آن می شود و نسبت به آن حق عینی دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۴)

آثار انحلال

انحلال مضاربه چه در اثر فسخ باشد و چه انفساخ در گذشته اثر ندارد و ناظر به آینده است لذا اگر تا زمان انحلال ربیعی به دست آمده باشد بر مبنای قرارداد طرفین تقسیم می شود. مسئله دیگر این است که با انحلال مضاربه نمایندگی عامل در اداره سرمایه و تجارت با آن پایان می پذیرد و او ناگزیر است که در نخستین فرصت ممکن سرمایه و ربح سهم مالک را به او بدهد.

و از تاریخ مطالبه مالک و امتناع از پرداخت یا انکار در حکم غاصب است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۳۸)

بحث دیگر این است که چون فسخ حق هر یک از طرفین است اقدام به آن هیچ مسئولیتی به بار نمی آورد. به عنوان مثال اگر عامل مضاربه را فسخ کند مالک نمی تواند به این بهانه که سرمایه معطل مانده و احتمال بردن سود از دست رفته است از وی خسارت بگیرد و در این فرض عامل نیز حق گرفتن اجرت المثل کارهایی که انجام گرفته است ندارد؛ در فرضی که مالک مضاربه را فسخ می کند و کار عامل را نیمه تمام می گذارد قانونگذار از عقاید نویسندگانی پیروی می کند که کار عامل را محترم شمرده اند و او را به دلیل محروم ماندن از بختی که پیش رو داشته مستحق اجرت المثل می داند بر این اساس که عامل قصد تبرع نداشته و مالک مانع رسیدن به هدف وصول ربح برای عامل شده است. اما این نظر قابل تردید و انتقاد است چرا که مالک در فسخ مضاربه حق خویش را اعمال کرده است و مبنای طرفین نیز همین بوده است که عامل تنها در صورت ایجاد ربح در آن شریک باشد و این توافق را باید محترم شمرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۴۰)؛ از طرفی جمعی از بزرگان فقها با نظر گروه قبل به حق مخالفت کرده اند و از آن جمله می توان به شهید ثانی در کتاب مسالک، مقدس اردبیلی، سید محمد جواد عاملی، شیخ محمد حسن نجفی و سید محمد کاظم طباطبائی اشاره نمود.

به نظر میرسد که الزام مالک بدون اجرت المثل تنها در جایی قابل توجیه است که هم احتمال بدست آمدن سود بسیار زیاد باشد و هم مالک از اختیار خود در فسخ مضاربه سوء استفاده کند و فی المثل به منظور اضرار به عامل آن را فسخ کند و بیهوده مانع سود شود. پس با جمع این دو شرط می توان برای عامل اجرت المثل در نظر گرفت چرا که در عقدی مانند مضاربه بنای طرفین بر اتحاد و همبستگی است و انتظار چنین اقدامی از مالک نمی رود. لازم به ذکر است که مبنای مسوولیت مالک در این فرض نقض عهد نیست و باید آن را مشمول مسوولیت غیر قراردادی دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۴۱)

منابع

- ۱: بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰
- ۲: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها - صلح)، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۶
- ۳: نوین، پرویز و خواجه پیری، عباس، حقوق مدنی ۶، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲
- ۴: مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران، انتشارات پایدار، چاپ سوم، ۱۳۸۶
- ۵: شهید ثانی، شرح لمعه، ترجمه و تالیف دکتر علی شیروانی و محمد مسعود عباسی، جلد هفتم، قم، انتشارات دار العلم، چاپ چهارم، ۱۳۸۶
- ۶: مقاله ی ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران، محمد عیسی تفرشی و جلیل قنواتی خلف آبادی، ۱۳۷۷
- ۷: سایر منابع اینترنتی شامل استفساریه ها ار مراجع عظام تقلید و ...