

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين بارئ الخلائق اجمعين، ثم الصلاة والسلام على سيدنا و نبينا ابي القاسم المصطفى محمد و على آله الطاهرين، لاسيما بقيه الله في الارضين ارواحنا فداء

[فقه معاصر / «بورس و بازارهای مالی» / جلسه ۳۴ (۲۶/۹/۱۴۰۴) استاد حسین بنیادی]

عنوان بحث: بخش دوم – فصل دوم – کیفیت معاملات بازار بورس و بازارهای مالی

موضوع بحث امروز: بیان سه مطلب مقدماتی: «شروط اصلی صحت معاملات» و «عقود اذنی و عقود عهده» و «بیع تعلیقی و تنجیزی»

مقدمه: فصل اول در بخش دوم، اعتبار معاملات بازار بورس و بازارهای مالی بود. غصل دوم از این بخش درباره «کیفیت معاملات بازار بورس و بازارهای مالی» می‌باشد. از امور مهم در تمام معاملات از جمله معاملات و قراردادهای بورسی و بازارهای مالی، رعایت شرایط اساسی صحت معاملات است. بحث مهم در این جهت «شروط اصلی صحت معاملات» و «عقود اذنی و عقود عهده» و «تنجیزی و تعلیقی بودن معاملات» است. در بحث امروز سه مطلب را به عنوان مقدمه عرض می‌کنیم، هرچند هر سه مطلب از امور مهم بحث عقود است، در مطلب سوم، بحث تعلیقی و تنجیزی بودن معاملات بورسی و بازارهای مالی از اهمیت بیشتری برخوردار است.

مطلب اول، شروط اصلی صحت معاملات

۱- قصد طرفین و رضایت آنها ۲- اهلیت طرفین (بلوغ - عقل - رشد) ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله ۵- موضوع معامله معین باشد.

ویژگی های مورد معامله که متعلق موضوع تعهد قرار می گیرد عبارتند از:

اول، موضوع قرارداد مالیت داشته باشد: مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد. مورد معامله در صورتی دارای منفعت عقلایی است که نیازی اعم از مادی یا معنوی را برآورده کند و سود آن بیش از زیان آن باشد.

دوم، مشروع و قانونی بودن موضوع قرارداد: مورد معامله باید متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد یعنی غیرقانونی نباشد. مثل اینکه دو شخص برای مشارکت برای سرقت باهم قرارداد بنویسند و یا اشخاصی برای انجام معامله ربوی و تحصیل مال از طریق نامشروع اقدام به انعقاد عقد نمایند. یا مثلاً شخصی بری انجام جرایم مانند خروج غیر قانونی، جعل امثال اینها با دیگری قرارداد ببندد که همگی اینها به دلیل مشروع نبودن موضوع قراردادهای باطل محسوب می‌شود.

سوم: معلوم و معین بودن مورد معامله: معلوم بودن به این معنا که؛ مقدار، جنس و وصف مورد معامله مشخص باید.

چهارم: معین بودن مورد معامله: یعنی تعیین مصداق در خارج

پنجم: موضوع قرارداد عینی باید متعلق به معامله کننده باشد. (معامله به مال غیر جایز نیست مگر اینکه شخصی که معامله می‌کند، عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت داشته باشد به عبارتی دارای سمت باشد)

ششم: موضوع عقد قابل نقل و انتقال باشد: به این معنا که بایع باید قدرت تسلیم مبیع به طرف مقابل را داشته باشد. اگر بایع قدرت تسلیم آن را نداشته باشد ولی خریدار بتواند آن را تسلیم کند باز هم عقد صحیح می‌باشد.

هفتم: موجود بودن مورد معامله: اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است.

هشتم: مشروعیت جهت معامله: جهت معامله انگیزه اصلی و بدون واسطه هر یک از طرفین در انعقاد عقد است، مانند خرید خانه برای سکنی، این جهت معامله لازم نیست در معامله تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است، مانند اینکه در معامله خرید و فروش ملک درج شود که شخص خریدار این ملک را برای تاسیس قمارخانه یا محل فحشا می‌خرد.

نتیجه مطلب اول: با توجه به عمومات و اطلاق ادله «شروط صحت عقد» و «شروط متعاقدين» و «شروط عوضین» رعایت تمام موارد ذکر شده در مطلب اول، لازم می‌باشد و صحت و بطلان در عقود و معاملات جدید در این جهت، تفاوتی با صحت و بطلان در عقود و معاملات معهود در زمان شارع مقدس ندارد.

مطلب دوم، عقود اذنی و عقود عهده

عقود اذنی: عقود اذنی، بر عقدهایی اطلاق می‌شود که در آنها تعهد و التزام وجود ندارد؛ بلکه تحقق و بقای آنها تنها در گرو اذن است و با برداشته شدن اذن، آن عقود نیز به هم می‌خورند، مانند ودیعه، عاریه، وکالت

در بعضی موارد و... حال آیا اطلاق عقد بر این نوع عقود، حقیقی است یا مجازی و از روی تسامح؟ برخی گفته‌اند: عقد عبارت است از عهد مؤکد و چون در عقود اذنی، عهدی وجود ندارد و قوام آنها به اذن است، در حقیقت عقد نیستند؛ لیکن به جهت اشمال آنها به ایجاب و قبول، از روی مسامحه به آنها اطلاق عقد شده است.

خصوصیات عقود اذنی

خصوصیت اول: تحقق و قوام عقود اذنی بسته به اذن و رضایت است و در آن صیغه خاصی شرط نیست و به هر صورتی که اذن و رضایت از آن فهمیده شود کفایت می‌کند. بنابر این، شرایطی که در صیغه عقد لازم، مانند عربی بودن، موالات و تقدیم ایجاب بر قبول معتبر است، در این نوع عقود معتبر نیست. چنان که قبول نیز در این نوع عقود به هر صورتی که بیانگر آن باشد، تحقق می‌یابد.

خصوصیت دوم: عقود اذنی از عقود جایز و غیر لازم می‌باشند، از این رو، اذن دهنده هر زمان که بخواهد می‌تواند از اذن خود برگردد.

خصوصیت سوم: در عقود اذنی به دلیل لازم نبودن، شرط خیار جریان ندارد.

خصوصیت چهارم: به تصریح برخی، در این نوع عقود تنجیز نیز شرط نیست و تعلیق در آنها جایز است.

خصوصیت پنجم: عقود اذنی با عارض شدن جنون، بیهوشی و مرگ بر اذن دهنده باطل می‌شود و اذن در عقود اذنی به ارث نمی‌رسد.

برخی از مصادیق عقود اذنی مصادیقی

۱. **ودیعه،** در این عقد یک نفر مال و دارایی خود را به دیگری می‌سپارد به این دلیل که آن را به صورت رایگانه نگهدارد. شرط وقوع این عقد نیز این است که نگهدارنده مال را رایگان نگهداشته و در قبال دریافت ثمن، عقد دیگر و دیعه نیست.

۲. **وکالت اذنی (برخی، وکالت را به دو قسم اذنی و عهدی تقسیم کرده‌اند. وکالت عهدی متوقف بر ایجاب و قبول با شرایطی خاص است. از جمله احکام این نوع وکالت آن است که هرگاه وکیل در متعلق وکالت خود تصرف کند مثلاً آن را بفروشد و از برکناری خود توسط موکل آگاه نباشد، تصرفش باطل نخواهد بود. اما وکالت اذنی، صرف اذن و رضایت در تصرف است و با انصراف موکل از اذن خود، تصرف وکیل باطل است؛ هرچند از آن آگاه نباشد.**

۳. **عقد عاریه**، بنابر این که مفاد آن اباحه انتفاع و استفاده از مال عاریه‌ای به‌طور رایگان باشد، از عقود اذنی به شمار می‌رود؛ اما اگر مفاد آن تملیک رایگان باشد، در زمره عقود عهدی خواهد بود.

۴ **مضاربه**، در عقد مضاربه دو جهت وجود دارد: **اول**، اذن مالک به عامل در کار کردن با سرمایه او، و دیگری التزام مالک به تقسیم سود. مضاربه از جهت نخست از عقود اذنی است؛ لیکن از جهت دوم از عقود عهدی خواهد بود که در آن‌ها التزام وجود دارد

دوم: عقود عهدی به معنای عقود مشتمل بر تعهد و التزام می باشد. عقود عهدی، مقابل عقود اذنی به عقدهایی اطلاق می‌شوند که در آن‌ها تعهد و التزام وجود دارد؛ خواه از دو طرف، مانند بیع یا از یک طرف، مانند هبه عقود عهدی به «عقود تعلیقی» که در آن منشأ بر چیزی معلق شده است، مانند جعاله و سبق و رمایه، و «عقود تنجیزی»، مانند بیع و اجاره که این گونه نیست، تقسیم می شود.

نتیجه مطلب دوم: با توجه به اینکه عقود اذنی به عقدهایی اطلاق می شود که در آن تعهد و التزام وجود ندارد بلکه تحقق آن در گرو اذن است، یقیناً معاملات در بورس برای ایجاد ملکیت، از قبیل عقود اذنی نیست و از عقود عهدی است، اما مراجعه طرفین معامله در بازارهای مالی به کارگزاری‌ها، این تعامل براساس عقود اذنی است یا عقود عهدی؟ این باید مورد بحث واقع شود.

مطلب سوم، عقد تنجیزی و عقد تعلیقی

بحث مهمی در باب عقود است که آیا می‌توان وجود یک عقد را وابسته به امری دیگر نمود که در این صورت اقدام به انعقاد عقد معلق شده است یا باید عقد منجز باشد؛ عقد منجز در صورتی است که وجود یک عقد وابسته به امری نباشد. امام خمینی، ره می‌فرمایند:

«لا يجوز على الأحوط تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد سواء علم حصوله فيما بعد أم لا، ولا على شيء مجهول الحصول حينه، وأما تعليقه على معلوم الحصول حينه كأن يقول: بعتك إن كان اليوم يوم السبت مع العلم به فالأقوى جوازه» (تحریر الوسيله - ج ۱ - ص ۵۳۹)

می‌گویند اگر عقد را بر یک امری معلق کند که در حین عقد حاصل نیست، یعنی بر یک امر استقبالی، اعم از اینکه علم دارد به اینکه این حاصل می‌شود یا حاصل نمی‌شود، می‌فرمایند احوط این است که این جایز نیست. اگر عقد را بر یک امر استقبالی معلق کند، مثل اینکه بگوید «من این را به تو فروختم، اگر زید بعداً از سفر بیاید» حالا یا علم دارد به اینکه این حاصل می‌شود یا علم دارد به اینکه این حاصل نمی‌شود. احتیاط وجوبی می‌کنند در بطلان.

همچنین اگر یک امری در حین عقد، مجهول الحصول است، نمی‌داند که حین العقد، حاصل هست یا حاصل نیست، در اینجا هم می‌فرمایند جایز نیست. ایشان از این موارد تعلیق، یک مورد را استثنا می‌کند، و آن اینکه اگر علم به حصول یک شی در حین عقد دارد، می‌فرمایند مانعی ندارد، مثلاً اگر می‌داند امروز روز دوشنبه است، بگوید اگر امروز، دوشنبه است، این را به تو فروختم. در این مسأله، بحث تعلیق را به سه صورت بیان فرموده‌اند؛ ایشان در دو صورت در بطلان آن صورت، احتیاط وجوبی می‌کنند، و در یک صورت فتوا به جواز می‌دهند. در نتیجه صورتی نداریم که ایشان فتوا به بطلان داده باشند.

تنقیح محل نزاع

بعد از اینکه اجمال مسأله روشن شد یکی از مباحث مهمی که در فقه واقع شده، این است که آیا عقود و ایقاعات و حتی عبادات - دائرہ این بحث خیلی وسیع است و منحصر به عقود و ایقاعات هم نیست، در برخی از عبادات هم آمده است - تعلیق بردار هستند و تعلیق در اینها جایز است یا جایز نیست؟ در عقود و ایقاعات که مثالش روشن است. در عبادات، این مثال مطرح می‌شود که کسی بگوید من معتکف می‌شوم بشرط اینکه هر وقت خواستم از اعتکاف بیرون بیایم، که آن را بر اراده خودش معلق کند. این بحث در کلمات قدما در هر عقدی مورد بحث واقع شده، که آیا تعلیق بردار هست یا نه؟ مخصوصاً در برخی موارد خیلی آن را بحث کرده‌اند، مثل عقد وکالت، ظهار و طلاق. کم‌کم اصلاً این مطلب در فقه بصورت یک قاعده‌ی فقهی در آمده، که «عقود و انشائیات قابلیت تعلیق را ندارد»

لذا این بحث، یک بحث بسیار مهمی است، اختصاص به بیع هم ندارد، که ما بگوییم آیا فقط بیع تعلیق بردار هست یا نه؟ هیچ کس آن را فقط بعنوان یکی از شرایط عقد بیع بیان نکرده است. مسأله تنجیز، یکی از شرایط تمام عقود است، بیع، وکالت، اجاره، هبه، در ایقاعات، در تمام اینها گفته‌اند عقد، تعلیق بردار نیست. بنابراین؛ بحث خیلی اهمیت دارد. نکته‌ی دوم این است که در بحث تعلیق در اینکه آیا بین «شرط» و «تعلیق بر شرط» فرقی وجود دارد یا نه؟ برخی فقها بین اینها فرق گذاشته‌اند. برخی بین «تعلیق بر شرط» و «تعلیق بر وصف» فرق گذاشته‌اند. (بحث آن می‌آید)

موارد محل بحث در تعلیق

در بحث تعلیق، یک بحث مهم این است که بفهمیم چه چیزی در ذهن فقها بوده که گفته‌اند تعلیق جایز نیست؟ «مصادیق تعلیق» و «انواع تعلیق» باید روشن شود و عمده این است که «ادله‌ی بطلان تعلیق» چیست؟ شیخ اعظم انصاری، ره حدود پنج دلیل برای بطلان تعلیق در مکاسب بیان کرده‌اند و پس از اینکه همه ادله را رد می‌کنند، می‌فرمایند عمده؛ «اجماع» است. وقتی این اجماع مطرح شد، آنگاه سؤال مطرح می‌شود که آیا

إجماع در همه عقود است یا فقط در بعضی از عقود است؟ آیا اجماع در همه صور تعلیق است یا فقط در بعضی از صور تعلیق است؟ و یکی از مسائلی که تنها مستندش اجماع است، همین است. بزرگانی مثل محقق خوئی (ره) وقتی به همین مسأله اجماع می‌رسند، می‌گویند این اجماع مدرکی است، لذا ایشان فتوا می‌دهند که تعلیق اشکالی ندارد. از جاهایی که ایشان در بحث علمی و الفتوایشان را ندیدم - با اجماع مخالفت کرده و مقابل اجماع ایستاده، در منهاج می‌فرمایند تعلیق مضرّ نیست و موجب بطلان نمی‌شود. (۱)

نتیجه مطلب سوم: نتیجه مطلب سوم در خود معاملات اوراق سهام، مشخص می‌شود؛ به این معنا که اولاً آیا اینگونه معاملات به نحو تنجیزی است با ماهیت تعلیقی دارد؟ ثانیاً آیا چنانکه در معاملات معهود، تنجیز را شرط دانسته‌اند در معاملات جدید نیز این شرط وجود دارد یا خیر؟ و در مرحله سوم آیا می‌توان با توجیه ماهیت معاملات مستحدثه، تعلیق را بلاشکال دانست؟

دلیل بیان این سه مطلب آن است که در خرید و فروش سهام و بطور کلی در بازارهای مالی، هر سه مطلب مورد ابتلاء است، لذا بعد از اثبات اصل مشروعیت برخی از معاملات مستحدثه مخصوصاً معاملات بازار بورس و سهام، این بحث نیز لازم است انجام شود که شروط صحت معاملات که در ادله شرعیه بیان شده، در این معاملات نیز باید رعایت شود. بنابراین بحث امروز، مقدمه‌ای بود بر دو مسأله: «آیا معاملات بورسی در تمام انواع آن از قبیل عقود اذنی هستند یا عقود عهدی؟» و اینکه «آیا مباحث تنجیز و تعلیق در معاملات بورسی نیز جاری می‌شود یا خیر؟» در جلسات آینده به این دو مسأله می‌پردازیم. ان شاء الله

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین

۱. محقق نائینی، ره بعد از تقسیم انواع عبادات به جهت قصد به سه قسم، می‌فرمایند:

وأما المعاملات فلها أيضا معان ثلاثة:

أولها: ما لا يعتبر فيه قصد التقرب، وهذا المعنى عام يشمل ما يتوقف على الإنشاء، وما لا يتوقف.

وثانيها: خصوص باب العقود، أي ما يكون قوامه بإنشاء طرفين.

وثالثها: المتوسط بين الأولين، أي ما يحصل بالإنشاء، سواء كان بين الطرفين: كالعقود، أو لا كالايقاعات.

ثم إنه قد يشك في كون شئ عقدا أو إيقاعا. وسيجئ تفصيل ذلك - إن شاء الله - في محله.
وكيف كان، فالقسم الثاني من مسائل الفقه هو الذي يتوقف على إنشاء الطرفين ويسمى بالعقد.

والعقود على أقسام ثلاثة: عقود إذنية، وعهدية، وهي على قسمين: تعليلية وتنجزية.

أما الإذنية: فهي عقود باصطلاح الفقهاء، لا بالمعنى اللغوي والعرفي، لأن معنى العقد لغة وعرفا هو العهد المؤكد، وما يكون فيه إلزام والتزام، وأما العقود الإذنية فتسمى عقودا، لأنها ترتبط بشخصين، لا أن فيها عهدا وعقدا. فقوله عز من قائل: (أوفوا بالعقود) لا يشمل هذه العقود، لخروجها عنه تخصصا.

وبالجملة: ما كان قوامه بالإذن ومجرد رضا ولي الأمر ومالكه لا يكون فيه عهد والتزام، وهذه كالوديعة والعارية، بناء على أن يكون مفادها الإباحة المجانية.

وأما بناء على كونها مفيدة للملك المجاني فتدخل في العهدية. وكالوكالة على أحد القسمين فيها، فإنها بنوعها وإن كانت تفيد إباحة التصرف للوكيل إلا أن قسما منها عهدي، وهو الذي يتوقف على الإيجاب والقبول مع شرائط خاصة مذكورة في محله. (منية الطالب - ج ١ - ص ٨٩)