

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 فداه

[فقه معاصر / «بورس و بازارهای مالی» / جلسه ۳۵ (۱۷/۱۰/۱۴۰۴) استاد حسین بنیادی]

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

موضوع بحث امروز: بیان سه مطلب مقدماتی: بررسی شرطیت تنجیز و بطلان تعلیق در معاملات بورس

مقدمه: گفته شد عقد به اعتبارات مختلف تقسیم می‌شود که از جمله آن، تقسیم عقد به معلق و منجز، به اعتبار اناطه و وابستگی آن بر شرط یا وصف است، چنانکه عقد را به اعتبار التزام و تعهد دو طرف، به عقد لازم و عقد جایز تقسیم کرده‌اند. در جلسه گذشته مطالبی در باب «عقود اذنی و عقود عهدی» و «عقود تنجیزی و عقود تعلیقی» عرض کردیم و گفتیم 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، تقسیم می‌شود.

شیخ اعظم، ره می‌گویند فقهاء در شروط عقد گفته‌اند یکی از شروط عقد «جزم در حین عقد» است بعد عبارت مرحوم علامه در تذکره را نقل می‌کنند: «فالذی صرح به العلامه فی التذکره أنه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عدم جواز التعليق و الجزم ینافی التعليق»

### سه فرض در معاملات بازار بورس

حال مسأله این است که معاملات بورسی و مالی جدید به نحو تنجیزی است یا به نحو تعلیقی است؟ یا اساساً ماهیت معاملات بورسی، تعلیقی است به این معنا که چون هدف اصلی در معاملات بورس، کسب سود بیشتر می‌باشد، خرید و فروشها معلق بر نوسانات و تغییرات ارزش سهام می‌باشد، حال این تعلیق اگر در ماهیت چنین معاملاتی باشد، حقیقتاً تعلیق باطل است یا این انتظار که معمولاً بصورت شرط انجام می‌شود، تعلیق محسوب نمی‌شود، مثلاً شخصی که مالک مقداری سهام است در صورتی سهام خود را به دیگری عندالعقد می‌فروشد که تغییر قیمت در فلان شرکت اتفاق بیفتد که معلوم نیست این اتفاق بیفتد یا نیفتد. صورت دیگر

این است که برخی از تعلیقاتها در این معاملات، تعلیق باطل است و برخی در ماهیت معاملات جدید است و حقیقت تعلیق را ندرد.

پس سوال این است که آیا چنانکه در معاملات معهود، تنجیز را شرط دانسته‌اند در معاملات جدید نیز این شرط وجود دارد یا خیر؟ و در مرحله دوم آیا می‌توان با توجیه ماهیت معاملات مستحدثه کانند خرید سهام، تعلیق را بلاشکال دانست؟ بنابراین این مسأله مطرح است که «آیا معاملات بورسی در تمام یا بعضی انواع آن تنجیزی است یا از قبیل تعلیق باطل است یا تعلیق در اینگونه اینگونه معاملات به لحاظ شکلی و ماهوی، معنای دیگری دارد و بطور کلی از معنای تعلیق مصطلح، منسلخ شده است.

قبل از ورود به بحث تعلیق در بازار بورس و بازارهای مالی، ادله بطلان تعلیق در عقد را عرض می‌کنیم.

### دلیل اول، اجماع بر بطلان عقد تعلیقی

اولین دلیل که شاید مهمترین دلیل هم باشد، این است که بر «بطلان تعلیق» ادعای اجماع شده است. ملاحظه فرمودید که مرحوم علامه، ره در تذکره در باب ضمان و در باب وکالت، ادعای اجماع کردند و فرمودند اگر ضمان و وکالت بصورت معلق واقع شود باطل است، و این بطلان را نسبت دادند «إلی علمائنا» مرحوم فخرالمحققین، ره در ایضاح، ادعای اجماع کرده‌اند. عبارت مرحوم صاحب جواهر، ره این است که «بلا خلاف أجده بل الاجماع بقسمیه علیه» که ایشان هم نقل اجماع کرده‌اند. شهید ثانی، ره در مسالک در عقد وکالت نقل اجماع می‌کنند. ما وقتی عبارات فقها را ملاحظه کنیم، موارد متعددی در عبارات ایشان به عنوان اجماع استناد شده است، البته ما هیچ موردی را پیدا نکردیم که اجماع بر بطلان تعلیق فی جمیع العقود و الایقات اقامه شده باشد، أما فی الجملة ادعای اجماع در بعضی از موارد از عقود و ایقات وجود دارد. این اولین دلیل برای «بطلان تعلیق» است.

### نظر شیخ انصاری، ره درباره اجماع بر بطلان تعلیق

مرحوم شیخ انصاری، ره تنها دلیل برای بطلان تعلیق را «اجماع» بیان می‌کنند.

لذا باید مسأله اجماع خوب بررسی شود، که آیا در همه عقود اجماع داریم یا در بعضی از عقود؟ چون این تعلیق صور متعدد دارد. آنگونه که مرحوم شیخ، ره در مکاسب بیان کرده‌اند می‌فرمایند معلقٌ علیه؛ یا «معلوم التّحقق» است و یا «محمّتل التّحقق» است، و یا «فی الحال» است و یا «فی الاستقبال» و آن شرط یا «مصحّح عقد» هست -؛ مثل اینکه می‌گوییم اگر این قابلیت تملک دارد، من به تو فروختم، یا اگر تو صلاحیت مالک

بودن را داری، به تو فروختم - یا «مصحح عقد» نیست. این هشت صورت شد. و این تعلیق؛ یا مصرح در کلام است، یا لازمه‌ی کلام است، شانزده صورت شد.

مرحوم شیخ طوسی، ره می‌فرماید «إذا قال لفلان على ألف درهم إذا جاء رأس الشهر كان ذلك إقراراً، و إذا قال إذا جاء رأس الشهر لفلان على ألف درهم، لم يكن ذلك إقراراً و الفرق بينهما أن في الإقرار الأول أقر مطلقاً ثم ادعى التأخير بعد ذلك فصح الإقرار، و كان معنى قوله إذا جاء رأس الشهر أنه علق بمجيئه لأنه يجوز أن يكون مؤجلاً عليه إلى رأس الشهر، و في المسئلة الثانية قدم التعليق بالصفة، ثم أقر، و الإقرار لا يتعلق بالصفات المستقبلية، فلم يصح، و الصحيح أنه لا فرق بين المسئلتين» (مبسوط ج ۳ - ص ۳۳)

### کلام مرحوم ابن براج در تعلیق

ابن براج، ره در باب طلاق، می‌گویند: «و إذا قال لها: «أنت طالق غرة شهر رمضان، أو رأس الهلال، أو نصف الشهر، أو في انسلاخه أو ما جرى مجرى ذلك، لم يقع به طلاق» (مهذب - ج ۲ - ص ۲۷۷)

### کلام محقق ثانی، ره در تعلیق

محقق ثانی، ره می‌فرماید: «التعليق انما ينافي الانشاء في العقود و الايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول»؛ تعلیق با إنشاء منافات دارد، فقط در جایی که معلق علیه مجهول الحصول است، «أما مع العلم بوجوده فلا» پس نتیجه این می‌شود که محقق ثانی، ره نیز مثل همان حرفی که شهید، ره در کتاب قواعد داشت را می‌فرماید، جایی که علم به حصول باشد، تعلیق، مضر نیست «أما مع العلم بوجوده فلا لانتفاء الشك حينئذ في الانشاء» شك در انشاء واقع نمی‌شود. پس اولاً محقق ثانی، ره تفصیل می‌دهند، چون بعضی از عبارات فقهای دیگر مطلق است؛ می‌گویند تعلیق چه بر معلوم الحصول و چه بر مجهول الحصول اشکال دارد. (جامع المقاصد - ج ۸ - ص ۳۰۵)

### اشکال بر دلیل اجماع

دو اشکال بر این اجماع وارد شده است. **اشکال اول** همین است که فی الجمله اجماع به درد اینک در همه موارد اجماع باشد، نمی‌خورد. اگر در باب وکالت چنین اجماعی داشتیم، در باب ضمان چنین اجماعی داشتیم، این دلیل نمی‌شود که بگوییم در همه عقود، اجماع داریم بر بطلان، مجرد وجود «اجماع بر بطلان در وکالت»، چطور دلیل می‌شود که در باب بیع هم این اجماع وجود دارد؟ خصوصاً نکته مهم این است که اصلاً عمده علت اینک ما عبارات فقها را خواندیم، برای جواب از این اجماع بود.

**اشکال دوم:** اختلاف فراوانی در عبارات فقها وجود دارد. مثلاً در برخی از عبارات، «تعلیق بر وصف» را موجب بطلان می‌دانند. اما برخی دیگر «تعلیق بر وصف» را موجب بطلان نمی‌دانند. برخی علما «موقوف بر شرط» را صحیح می‌دانند، برخی موقوف بر شرط را صحیح نمی‌دانند. برخی از فقها می‌گفتند اگر یک عقدی معلق نباشد اما موقوف بر شرط باشد این صحیح است، بعضی می‌گفتند ماهیت موقوف بر شرطیت، به همان تعلیق برمی‌گردد، فرقی با تعلیق نمی‌کند و صحیح نیست.

### نظر محقق نائینی، ره در تقریر اجماع

مرحوم محقق نائینی، ره می‌فرماید: «فالمتیقن من الاجماع - اجماع بر بطلان - بطلان التعلیق بما کان مشکوک الحصول - اگر یک شرطی مشکوک الحصول باشد - و لم تتوقف صحه العقد علیه - صحت عقد هم بر او متوقف نباشد - حالاً کان او استقبالیاً - چه مربوط به حال عقد باشد و چه استقبالی باشد. بعد فرموده‌اند - و الظاهر أن الاستقبالی المعلوم الحصول زمانا کان أو زمانیا إذا لم يتوقف صحه العقد علیه، ملحق بصورتین المتقدمتین فی دخوله فی معقد الاجماع» (منیة الطالب - ج ۱ - ص ۲۵۵)

محقق نائینی، ره مجموعاً در باب تعلیق، هشت صورت را بیان می‌کنند و می‌فرماید: معلق علیه؛ یا مشکوک الحصول است یا معلوم الحصول است، یا حالی است و یا استقبالی (این چهار صورت). یا از شرایطی است که صحت عقد بر آن متوقف است یا نه، این هشت صورت شد. بعد می‌فرماید از این هشت صورت، اگر بخواهیم بگوییم اجماع بر بطلان هست، فقط در سه صورت می‌توانیم بگوییم متیقن است. سه صورت یقیناً داخل در اجماع است؛ صورت اول: مشکوک الحصول باشد و شرطی که صحت عقد بر او توقف ندارد و حالی است. دوم: مشکوک الحصول باشد و شرطی که صحت عقد توقف بر او ندارد و استقبالی است. سوم: معلوم الحصول استقبالی. این سه صورت، قدر متیقن از اجماع است.

### دلیل دوم، تاخیر مسبب از سبب در عقد تعلیقی

دلیل دومی که بر بطلان تعلیق آورده شده است، دلیل صاحب جواهر است، به این بیان که: ظاهر آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این است که عقد برای تحقق ملکیت سببیت دارد، زمانی که عقد محقق می‌شود. در نتیجه اگر عقد را به صورت معلق بیان کنیم، مستلزم این است که مسبب، یعنی «اثر العقد» بعد از زمان عقد، یعنی حین حصول معلق علیه حاصل شود که این خلاف ظاهر آیه شریفه است.

## دلیل سوم، قدر متیقن از ادله بیع، تنجیزی است

دلیل سوم را که برای بطلان تعلیق آورده‌اند، صاحب کتاب مفتاح الکرامه بیان کرده‌اند، ایشان می‌فرمایند: بیع، نکاح و اجاره از اسباب شرعیه است، شارع بیع را سبب برای حلیت تصرف در اموال یکدیگر قرار می‌دهد، اجاره و نکاح را هم سبب حلیت قرار داده است، اسباب شرعیه امور توقیفیه هستند، لذا باید ببینیم خود شارع چه بیع و اجاره‌ای را سبب قرار داده است؟

و در صورت شک که آیا شارع هر بیعی را سبب قرارداده است، چه بیع منجز و چه بیع معلق یا خصوص بیع منجز را سبب قرار داده است؟ به قدر متیقن أخذ می‌کنیم که قدر متیقن از بیعی که شارع سبب قرار داده است، بیعی است که منجز باشد، در نتیجه ما برای بیع معلق دلیلی نداریم که سبب شرعی باشد.

## بیان صاحب جواهر، ره در بطلان تعلیق در عقود

صاحب جواهر در بطلان تعلیق در عقود بعد از اینکه به اجماع و به دلیل عقلی اشاره می‌کند، می‌فرماید: «بل هو فی الحقیقه من الشرائط المخالفه للکتاب و السنه و المحلله حراماً ضرورة أنه بعد ظهور الادله فی ترتب الاثر علی السبب الذی هو الصیغه فالاشتراط تأخره إلی حصول المعلق علیه شرع جدیداً أو اشتراط لامر لا یرجع مثله إلی المشترط و إنما یرجع به إلی الشارع». ایشان می‌فرماید ادله (روایات) ظهور در این دارد که وقتی سبب شرعی (صیغه) تحقق پیدا می‌کند، اثر مترتب می‌شود. بنابراین اگر ما شرط کنیم که این اثر متأخراً ترتب پیدا کند، یعنی در زمان حصول معلق علیه، شرع جدید، یک شرع و دین جدیدی است؛ ظاهر ادله این است که با صیغه اثرش کاملاً مترتب می‌شود. یعنی اگر کسی صیغه عقد نکاح را جاری کرد، اثرش که عبارت از زوجیت باشد، با تحقق صیغه محقق می‌شود. یعنی منتظر چیزی نیست؛ ظاهر ادله این است. لذا اگر ما بگوییم حصول اثر معلق بر یک چیزی است که بعداً تحقق پیدا می‌کند، این برخلاف ظاهر این ادله است؛ این سر از یک شرع جدید درمی‌آورد. لذا خود این ادله دلالت می‌کنند بر اینکه تنها عقدهایی شرعاً صحیح می‌باشند که هیچ حالت انتظاری در آنها نباشد؛ یعنی منجر باشند و معلق بر چیزی نباشند. به عبارت دیگر اگر ما عقد را مشروط و معلق به چیزی کنیم، یعنی یک حالت منتظره در آن ایجاد کردیم، به این معنا که تا آن شرط و معلق علیه حاصل نشود، اثر بر آن مترتب نمی‌شود و این با ظاهر ادله و مقتضای آن ادله سازگاری ندارد.

پس مرحوم صاحب جواهر به صورت کلی فرمودند هر گونه تعلیق برخلاف این ادله است و لذا تعلیق مبطل است و عقد حتماً باید منجز باشد.

## نظر شیخ انصاری، ره در بطلان تعلیق

مرحوم شیخ انصاری در بحث بطلان تعلیق، در جایی است که انشاء معلق باشد، اما اگر انشاء بر حسب ظاهر معلق نباشد و منشأ (انشاء کننده) مردد باشد، مثل اینکه کسی مالی را می‌فروشد و می‌گوید: «بعثک هذا»، اما در باطن مردد است که این مال برای خودش است یا خیر، هیچ اشکالی ندارد. آنچه که اجماع، دلالت بر بطلان آن دارد، تعلیق انشاء است، لذا اگر انشاء معلق نبود و منشأ مردد بود، ضرری وارد نمی‌کند.

بعد می‌فرمایند: حتی بالاتر از این را می‌گوییم، جایی که منشأ یقین به فساد معامله دارد، یعنی یقین دارد که این مال، برای او نیست و انشاء را منجزاً بیان می‌کند، هم اشکال ندارد؛ البته فقط یک قیدی می‌زنند که نباید ضربه‌ای به قصد جدی منشأ بزند. گاهی یقین داریم که این مال برای من نیست و قصد جدی برای بیع می‌کنم، اگر از من قصد جدی متمشی شد، اشکالی ندارد، ولی جایی که تردید منشأ، مانع از قصد جدی منشأ شود، تردید ضرر می‌رساند.

## نمونه‌هایی از تعلیق در معاملات بورس

۱. شرکتی اعلام می‌کند اگر کسی مقدار مشخصی از سهام شرکت را بخرد بعد از چند سال، سهام خریداری شده را دو برابر می‌خرد. ظاهر این بیان تعلیق به نامعلوم (بعد از چند سال) می‌باشد.

۲. نقل و انتقال سهام به صورت تعلیق بر بالا رفتن قیمت سهام فروشنده و یا تغییر قیمت سهام دیگر شرکت‌ها، یعنی دارنده سهام می‌فروشد معلق بر این تغییرات، در اینجا نیز معلق علیه مجهول است.

۳. امکان نقل و انتقال سهام به شرط موافقت هیئت مدیره، آیا امکان محدودیت نقل و انتقال سهام با این شرط وجود دارد؟

این شرط را در مورد نقل و انتقالات شرکت‌های سهامی عام نمی‌توان گنجانند و عملی نمود، اما در مورد سهامی خاص هیچ گونه دلیل یا قانونی وجود ندارد که به طور صریح امکان یا عدم امکان درج چنین شرطی را طرح نماید و در نتیجه از آنجایی که منع قانونی برای این شرط وجود ندارد، می‌توان انتقال سهام در این نوع شرکت‌ها را مشروط به موافقت هیئت مدیره و یا مجامع عمومی نمود. در این مورد نیز - به دلیل نواسانات بازار - معلوم نیست هیئت مدیره موافقت کند یا نکند.

۴. تعلیق بر بالا رفتن ارزش معاملات کل بازار سهام داخلی یا بازارهای مالی خارجی، اینجا نیز خرید یا فروش معلق بر امر مجهول است.

و موارد دیگری که امری رایج در بازار بورس و دیگر بازارهای مالی می‌باشد. حال دو سؤال اینجا مطرح است:

**اول:** بر طبق مبانی ذکر شده این موارد تعلیق محسوب می‌شود و اینها می‌توانند جزو معاهد اجماع باشد یا خیر؟

**دوم:** آیا چنین تعلیقاتی هر چند در عقود معهود، مبطل عقد است اما با توجه به ماهیت و ویژگی‌های معاملات مستحدثه، این موارد از قبیل تعلیق مبطل عقد و قرارداد نمی‌باشد؟

### **تفکیک معاملات تعلیقی و معاملات شرطی**

از نکات مهم که تاثیر اساسی در نتیجه ابطال معاملات معهود و مستحدثت بخصوص در بورس و بازارهای مالی دارد «تفکیک معاملات تعلیقی و معاملات شرطی» می‌باشد

مثلاً برخی از معاملات بورسی ترکیبی از دو سفارش است که در آن اگر یکی از سفارش‌ها اجرایی شود، سفارش دیگر لغو می‌شود. این نوع سفارش برای مدیریت ریسک و سود به کار می‌رود و به معامله‌گر این امکان را می‌دهد که در یک معامله بطور همزمان دو اقدام مختلف داشته باشد.

### **تفاوت معاملات شرطی با معاملات عادی**

در معاملات عادی، سفارش خرید یا فروش بلافاصله پس از ثبت وارد سامانه معاملات می‌شود و بدون در نظر گرفتن شرایط خاص بازار، اجرا خواهد شد. این روش ساده و سریع است، اما گاهی می‌تواند معامله‌گر را در معرض تصمیم‌های هیجانی و ریسک‌های غیرمنتظره قرار دهد.

در مقابل، معاملات شرطی به معامله‌گر اجازه می‌دهند تا از قبل شرایطی مانند رسیدن قیمت به سطح مشخص یا تغییر حجم معاملات را تعیین کنند. سفارش تنها در صورت تحقق این شرایط اجرا می‌شود، بنابراین معامله‌گر می‌تواند بدون حضور دائمی در بازار، معاملات خود را با دقت و آینده‌نگری بیشتری مدیریت کند.

### **محدودیت‌های معاملات شرطی**

در کنار مزایای زیاد، معاملات شرطی در بورس با چالش‌هایی نیز همراه است که معامله‌گران باید به آن‌ها توجه کنند. در اینجا برخی از مهم‌ترین چالش‌ها آورده شده است:

پیچیدگی در تنظیم دقیق شروط: یکی از بزرگترین چالش‌ها در معاملات شرطی بورس، تنظیم دقیق شرایط و عوامل تغییر قیمت، برای سفارشات است. اشتباه در تعیین قیمت یا زمان معامله ممکن است منجر به اجرای

اشتباه سفارشات و از دست دادن فرصت‌های معاملاتی شود. بنابراین، نیاز به دقت بالایی در طراحی شروط وجود دارد.

عدم اجرای دقیق سفارشات در بازارهای نوسانی: معاملات شرطی در بورس ممکن است در بازارهای با نوسانات شدید و غیرقابل پیش‌بینی دچار مشکل شوند. گاهی اوقات، قیمت ممکن است سریع‌تر از آنچه که انتظار می‌رود به شرایط تعیین‌شده برسد، و این می‌تواند باعث شود که سفارش‌ها نادرست یا حتی خارج از محدوده مطلوب اجرا شوند.

محدودیت در دسترسی به ابزارهای پیشرفته: برخی از کارگزاری‌ها و سامانه‌های معاملاتی ممکن است دسترسی به تمام امکانات پیشرفته برای معاملات شرطی در بورس را محدود کنند. در این صورت، معامله‌گران مجبور به استفاده از گزینه‌های محدودتری هستند که ممکن است نتوانند تمام استراتژی‌های خود را به طور کامل پیاده‌سازی کنند.

نیاز به نظارت و تنظیم مداوم: اگرچه معاملات شرطی بورس به طور خودکار اجرا می‌شوند، اما گاهی اوقات نیاز به نظارت مداوم و به‌روزرسانی شروط به دلیل تغییرات در شرایط بازار وجود دارد. معامله‌گران باید اطمینان حاصل کنند که شرایط تعیین‌شده همچنان با عملکرد و هدف کلی آن‌ها هم‌خوانی داشته باشد.

## نتیجه بحث امروز

بحث تنجیز و تعلیق را باید براساس ادله‌ی عقود معهود و عقود جدید پیگیری نمود، لذا به نظر می‌رسد: تعلیق در عقود اگر نگوئیم مطلقاً باعث بطلان معاملات می‌شود اما در آنجا که خرید یا فروش معلق بر امر مجهول‌الحصول استقبالی، است موجب بطلان معامله می‌شود، چون هم اثر عقد، معلوم نیست چه زمانی حاصل می‌شود و هم حالت منتظره که برخلاف حقیقت انشاء است در معاملات معلق بر امری، وجود دارد.

اما آنجا که معلق بر امری که ارتباطی با آینده ندارد بلکه در زمان خرید یا فروش سهام، به اصطلاح بازار مبهم است و نوسان قیمت‌ها و ارزش سهام، امری عادی در اینگونه بازارها محسوب می‌شود، این قسم مربوط به ماهیت بازار بورس و دیگر بازارهای مالی است و شاید این مورد را نتوان حقیقتاً تعلیق نامید. لذا صورت دوم که وضعیت حال و کنونی بازار است، حقیقت تعلیق را ندارد و از قبیل اقدام بر معلوم‌الحصول است که در معاملات معهود از آن نام برده می‌شود و جزو معقد اجماع بر بطلان تعلیق نمی‌شود. علاوه بر آنکه در عرف عقلا و سیره عملی آنها در معاملات بورسی اینگونه موارد، تعلیق محسوب نمی‌شود و از قبیل اقدام بر امر مجهول نمی‌باشد.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین