

مکانیسم معاملات

استقراضی

Short Selling

مکانیسم معاملات استقراری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سلسله نشست‌های تخصصی ابزارهای جدید مالی

معاملات استقراضی "Short Selling"

موضوع جلسه:

مکانیسم معاملات استقراضی

بهمن ماه ۱۳۸۵

این نشست در روز پنج شنبه مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۹ با حضور حجج اسلام حسن آقا نظری، غلامعلی معصومی‌نیا، عبدالمطلب احمدزاده، سید ضیاء الدین کیاءالحسینی، محمدرضا یوسفی و آقای حامد سلطانی نژاد برگزار شد.

دبیر نشست: حجت الاسلام سید ضیاءالدین کیاءالحسینی

تهیه و تنظیم: مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه مفید

طرح روی جلد: محمد عامری

ویرایش: آقابابائی

تایپ و صفحه آرایی: علیرضا حیدرآبادی

آدرس: قم - میدان مفید - دانشگاه مفید - مرکز مطالعات اقتصادی تلفن و نمابر: ۰۲۵۱-۲۹۳۲۱۳۵

E.mail:

www.mofidu.ac.ir

Ecenter@mofidu.ac.ir

سفن مرکز

امروزه توسعه بازارهای مالی بر کسی پوشیده نیست، یکی از مهمترین نقش‌های این بازارها تأمین مالی بخش‌های حقیقی اقتصاد می‌باشد به نحوی که رابطه تنگاتنگ و همبستگی نزدیکی بین میزان فعالیت این بازارها و شاخص‌های حقیقی اقتصاد کشورها وجود دارد. علاوه بر بانک‌ها، این بازارها می‌توانند وجوه دریافتی ولو به مقدار اندک را به جریان تولید وارد نمایند مضافاً اینکه به دلیل عدم وجود واسطه‌های مالی هزینه انتقال وجوه در این بازارها کمتر از بانک‌ها می‌باشد. بنابراین بسترسازی و بومی‌سازی این بازارها از مهم‌ترین وظایف دولت‌ها و مراکز علمی و پژوهشی است.

دانشگاه مفید مفتخر است که از پیشگامان آموزش و پژوهش در زمینه علوم اسلامی و انسانی بالخصوص اقتصاد اسلامی بوده و در زمینه پژوهش اقتصاد اسلامی تا بحال مقالات، و کتب فراوانی را منتشر کرده و نشست‌ها و سمینارهای متعددی را نیز با موضوع اقتصاد اسلامی برگزار کرده است. مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه که از سال ۱۳۸۴ زیر نظر معاونت پژوهشی فعالیت خود را آغاز کرده در راستای اهداف خویش - و با همکاری سازمان بورس اوراق بهادار کشور - اقدام به سلسله نشست‌های تخصصی در زمینه «بررسی معاملات جدید مالی» به منظور بررسی ابعاد فقهی این نوع عقود نمود تا با بررسی و تحلیل فقهی - فنی آنها زمینه ساز گسترش عقود منطبق با شرع گردد و در عین حال راه کارهای مناسب فقهی را برای عقود جدید جستجو نماید.

اولین نشست تخصصی با موضوع "اوراق عقد اختیار" (Option) در پنج جلسه در این دانشگاه برگزار گردید. دومین موضوع برای نشست‌های تخصصی "معاملات استقرایی" (Short Selling) می‌باشد که در طی چند جلسه ابعاد فنی و فقهی آن مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد. دومین جلسه آن با موضوع "مکانیسم معاملات استقرایی" در تاریخ ۸۵/۱۱/۱۹ برگزار گردید. در این نشست آقای سلطانی‌نژاد (رئیس بورس منطقه‌ای کرج) به تبیین ابعاد و ویژگی‌های این عقد پرداخته و سپس حجج اسلام آقایان موسویان، احمدزاده، معصومی‌نیا، نظری و یوسفی به بررسی ابعاد فقهی موضوع پرداختند، که این مجموعه حاصل این نشست می‌باشد.

در پایان از اعضای محترم کمیته نشست تخصصی و تمامی همکارانی که در برگزاری نشست و همچنین انتشار این مجموعه تلاش نمودند تشکر و قدردانی می‌شود.

با تشکر

مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه مفید

حجت الاسلام کیا الحسینی

با گرامیداشت ایام الله دهه فجر و ضمن تشکر از حاضران در جلسه، در مباحث مربوط به « ابزارهای جدید مالی » این بار در دانشگاه مفید با حضور اساتید محترم به بررسی فقهی حقوقی این ابزارها می پردازیم تا زمینه استفاده از این ابزارهای جدید در کشور فراهم شود. در ادامه جلسات قبل، در این جلسه، موضوع بحث ما « معاملات استقراضی » است. در این زمینه پایان نامه ای را هم جناب آقای سلطانی نژاد تدوین کرده اند که از ایشان تقاضا داریم ابتدا خلاصه ای از مباحث را بیان نمایند تا زمینه بحث و بررسی بیشتر فراهم آید.

آقای سلطانی نژاد

من از حضور و توجه همه اساتید محترم به مباحث مربوط به بازار سرمایه متشکرم و امیدوارم که با لطف خداوند این جلسات باعث شود سرمایه گذاری و سهام داری رونق یافته و با آن چه مورد قبول و رضایت شرع مقدس است، انطباق یابد. ما در جلسه پیش بخشی از این بحث را مطرح کردیم و امروز به تکمیل آن می پردازیم.

بحث ما از این جا شروع شد که چرا ما به دنبال ابزارهای مالی هستیم و چرا بحث گسترش ابزارهای مالی مورد توجه بازار سرمایه چه در ایران و چه در کشورهای دیگر قرار گرفته است و گفتیم برای گردش نقدینگی ما در جامعه شیوه های مختلفی داریم. عده ای همیشه مازاد نقدینگی دارند و کسانی هم با کمبود یا نبود نقدینگی مواجه اند. غالباً کسانی که فاقد نقدینگی اند تمایل دارند نقدینگی داشته و آن را در جهت سرمایه گذاری بهینه به کار گیرند؛ چنان که افراد برخوردار از مازاد نقدینگی انتظار دارند نقدینگی آنها به کار افتاده و مولد شود.

بین دارندگان مازاد نقدینگی و فاقد نقدینگی، سه شیوه برای گردش نقدینگی وجود دارد: مستقیم یا استقراضی، نیمه مستقیم و غیر مستقیم از طریق واسطه ها که بازار سرمایه بیشتر در شیوه غیر مستقیم نقش دارد و فلسفه وجودی بازار سرمایه هم همین است که به عنوان یک واسطه بین دارندگان مازاد نقدینگی و فاقد نقدینگی عمل کند. کلاً بازار سرمایه برای این که بتواند این نقدینگی را بین دو طرف بهینه گردش دهد، از یک سری ابزارها استفاده می کند که به ابزارهای مالی معروف اند. از این

ترتیب اوراق قرض گرفته شده به قرض دهنده باز می‌گردد. تاریخ برگرداندن اوراق بهادار قرض گرفته شده زمانی است که قرض دهنده یا قرض گیرنده ترجیح دهد. در واقع سررسید مشخصی ندارد و هر کدام اراده کنند می‌توانند آنها را برگردانند.

حال باید دید هدف از این گونه معاملات چیست؟

قرض گیرنده در زمانی که بعضی انتظار دارند قیمت سهام معینی کاهش پیدا نکند، با هدف کسب منفعت در بازار، آن سهام را قرض می‌گیرد و در بازار می‌فروشد. در حقیقت این عملیات مشابه سفته بازی است. در سفته بازی، طرف سهام را می‌خرد و در افزایش قیمت آن را سرمایه‌گذاری می‌کند ولی در فروش استقراضی این امکان را به وجود می‌آورد که فرد از بازار نزولی بهره بگیرد و استفاده نکند. استفاده دیگر آن برای متصدیان بازار، ایجاد نقد شوندگی و روانی در بازار در مواقعی است که تقاضای پیش‌بینی نشده‌ای به وجود می‌آید.

وقتی فردی سهامی را در ملکیت دارد در اصطلاح می‌گویند در موقعیت Long Position یا در موقعیت خرید است و وقتی می‌خواهد خود را در موقعیت خرید پوشش دهد، یک موقعیت Short Position هم برای خودش ایجاد کرده و برای مصون کردن خود، اقدام به فروش استقراضی می‌کند. فروشنده سهام استقراضی، سهامی را که برای مدت معینی به قرض گرفته، به فروش می‌رساند و در آینده معادل تعداد سهام مذکور را از بازار خریداری می‌کند یا از محل سهام موجود خودش به قرض دهنده پس می‌دهد. این مدت تا زمان مطالبه است نه این که سررسید مشخصی داشته باشد. بنابراین اگر قیمت سهام در این مدت کاهش پیدا کرده باشد، ما به التفاوت قیمت خرید با قیمت فروش، سود قرض گیرنده محسوب می‌شود و در شرایط افزایش قیمت، این ما به التفاوت زیان وی به حساب می‌آید.

می‌توان بحث را چنین عنوان‌بندی کرد:

الف - منافع قرض دهنده: منفعت قرض دهنده، پول‌هایی است که از فروش سهام و سرمایه‌گذاری آن به دست می‌آید. وقتی فرد سهام را قرض گرفته و در بازار می‌فروشد، پول آن را دریافت می‌کند سپس این پول‌ها را در حسابی به نام « حساب سرمایه‌گذاری » سرمایه‌گذاری می‌کند. این

کار را کارگزار که واسطه قرض دهنده و قرض گیرنده است، انجام می‌دهد. سود حاصل از این سرمایه‌گذاری منهای جایزه تخفیف به عنوان کارمزد قرض دهنده، به قرض دهنده تعلق می‌گیرد. در این جا اگر عملیات استقراضی بدون واسطه کارگزاری باشد، کارمزد را خود قرض دهنده دریافت می‌کند و اگر با واسطه کارگزار باشد، بین قرض گیرنده و دهنده بر اساس توافقی که داشتند، تقسیم می‌شود.

نکته قابل توجه این است که در فروش استقراضی سهام، هرگونه سود نقدی یا حق تقدم و سایر مزایایی که به سهم تعلق بگیرد، در تملک قرض دهنده باقی می‌ماند.

ب - نقش کارگزار: کارگزار در این معامله از طرف قرض دهنده در قالب توافق‌نامه رضایت وام، نقش نمایندگی دارد. قرض دهنده برای قرض دادن سهام خود به کارگزار مراجعه کرده و کارگزار سهامش را قرض می‌دهد و توافق‌نامه‌ای هم تحت عنوان توافق‌نامه رضایت وام دادن یا قرض دادن سهام، بین آن دو امضا می‌شود.

نقش دیگر کارگزار، فروش سهام قرض گرفته شده به نمایندگی از قرض گیرنده و واریز پول حاصل از سهام فروخته شده به حساب سپرده‌گذاری یا سرمایه‌گذاری است. حالا سود حاصل از این سرمایه‌گذاری دو قسمت می‌شود: بخشی تحت عنوان جایزه به قرض گیرنده داده می‌شود و بخش دیگر بین قرض دهنده و کارگزار، بر اساس توافق قبلی، تقسیم می‌شود.

ج - ودیعه یا ضمانت اجرای معامله: قرض گیرنده تا زمان بازگرداندن سهام قرض گرفته شده، ملزم به نگهداری درصد معینی از سهام قرض گرفته شده در حساب ودیعه نزد کارگزار می‌باشد. معمولاً این مبلغ، بیش از سهام است - مثلاً ۱۲۰٪ مبلغ حاصل از فروش سهام - تا اگر سهام افزایش پیدا کرد کارگزار بتواند آن را تسویه کند. حالا اگر قیمت سهم افزایش پیدا کند یا باید ودیعه افزایش یابد و یا سهام قرض گرفته شده سریعاً برگردانده شود. اختیاری که برای قرض دهنده وجود دارد این است که می‌تواند هر موقع که خواست سهمش را مطالبه کند و قرض گیرنده ملزم است سهم را از بازار تهیه و به قرض دهنده برگرداند و اگر در بازار موجود نبود مجبور است از بازاری به اسم بازار باعین (buain) که شرایطش دیگر شرایط محدود بازار نیست، به چند برابر قیمت خریداری نماید. وگرنه کارگزار ودیعه موجود را مصادره و ۱۲۰٪ قیمت سهم را به قرض دهنده می‌دهد.

د - نظریه های فروش استقراضی: این ابزار، هم از دیدگاه سرمایه گذاران و هم متصدیان بازار مزایایی دارد. اگر فروش استقراضی وجود نداشته باشد قیمت ها در بازار قیمت کالا نیست و ممکن است سفته بازان تقاضا را افزایش دهند بی آن که عرضه ای باشد. فروش استقراضی، ابزار پر ریسکی است. خیلی از کشورها پس از مدت ها استفاده، با توجه به مشکلاتی که برایشان در بازار به وجود آورد آن را ممنوع کردند. بازار مالزی یک نمونه است که پس از دو-سه سال آن را ممنوع کرد.

یکی از مشکلاتش امکان دست یابی به قیمت ها از طریق هجوم به بازار رو به پایین است. این بازار در حقیقت پاسخ به یک سری نیازهایی است توسط این ابزار به وجود می آید. یک مورد ایجاد نقدینگی در بازار است که بتوانیم ریسک بالا رفتن قیمت را خنثا کنیم. متصدیان بازار می توانند از این ابزار چنین استفاده کنند که سهام موجود را خریده و سهام کسانی را که حاضر به فروش نیستند، قرض بگیرند و بعد در بازار به صورت استقراضی به فروش رسانده و به نوعی طرف هزینه را سنگین نمایند. مورد دیگر کارآیی قیمت است. هنگامی که کل عرضه در برابر کل تقاضا قرار بگیرد، ما می توانیم بگوییم که قیمت ما کاراست. فروش استقراضی در حقیقت نقطه مقابل سفته بازی است. وقتی بازار تنبل و رو به پایین است، ممکن است عده ای از این ابزار برای کمک کردن به نزول بیشتر بازار استفاده کنند. در بررسی تطبیقی فقهی دو دیدگاه وجود دارد: یکی این که فروش استقراضی را در قالب عقد بررسی کنیم چون دو طرف از شرایط عقد برخوردارند. سؤال این است که آیا فروش استقراضی سهام را می توان در قالب عقودی که به امضای شرع رسیده است قرار داد؟ رویکرد دیگر این است که بینیم آیا هیچ کدام از موجبات بطلان عقد در این جا وجود دارد یا نه؟ این دو رویکرد را قبلاً بررسی کردیم و گفتیم در کشور مالزی، بر اساس روش استحسان که از مبانی فقهی اهل سنت است، آن را در قالب عقد اجاره تعریف کرده اند که البته این شیوه از نظر فقه ما مردود است.

ما در کتاب «مصوبات شورای مشورتی شرعی مالزی» این قرارداد را از جهات مختلف بررسی کرده ایم: یکی این که آیا ارکان عمومی عقد بر آن منطبق است یا نه؟ بحث بعدی بطلان عقد در چنین قراردادی است و بحث سوم تطابق با عقود شرعی است که به نظر می آید با این قرارداد مطابقت یا مشابهت دارند.

در بحث از ارکان عمومی این عقد چهار رکن را بررسی کرده‌ایم: آیا شرط اعتباری نفسانی طرفین قرارداد وجود دارد یا نه؟ که وجود دارد. انشای اعتبار در قالب قرارداد فروش استقراضی نیز محقق است. شرط اعتبار متعاقدين این است که اعتبارشان مورد پذیرش عرف و عقلا باشد که این امر در بازار سرمایه امروزه متداول است. این که آیا این اعتبار بین متعاقدين، مشمول ادله شرعی صحت عقود است یا نه، به موجبات بطلان عقد در این قرارداد پرداخته و پس از بررسی به این نتیجه رسیده‌ایم که معامله ربوی است و سایر موجبات بطلان عقد مثل سفهی بودن یا معلق بودن، در آن نیست. البته برخی هم این عقد را مصداق فروش مال غیر دانسته بودند که پس از نظرسنجی از فقها معلوم شد اکثر آنها آن را فروش مال غیر و فضولی نمی‌دانند.

در مورد عقودی که به نظر می‌آید با این عقد مشابهت دارند قرض، اجاره، بیع‌الاریون و بیع‌الخیار را بررسی کرده و به این نتیجه رسیده‌ایم که با هیچ یک از عقود منطبق نیست. به طور کلی مال در دو قالب کلی در اختیار افراد قرار می‌گیرد: انتقال ملک و اذن در تصرف. عقود تملیکی خود بر سه نوع‌اند: ۱- مجانی (هبه) ۲- با دریافت قیمت (بیع) ۳- با دریافت مثل (قرض). عقود اذنی هم یا به صورت اذن در استفاده‌اند (عاریه) و یا به صورت اذن در فروش (وکالت).

پس از بررسی معلوم شد که این مورد با هیچ یک از عقود تملیکی و عقود اذنی قابل تطبیق نیست. اگر بخواهیم در قالب قرض تعریف کنیم، در عقد قرض مشروع از نظر اسلام، هیچ گونه زیادتى در مقابل قرض دریافت نمی‌شود و مال به تملیک قرض گیرنده درمی‌آید؛ اما در فروش استقراضی تملک صورت نمی‌گیرد، چون سود سهام و سایر عواید آن در تملک قرض دهنده باقی می‌ماند. ما در فروش استقراضی سهام، رابطه قرض دهنده و قرض گیرنده را نتوانستیم در قالب یک عقد مشروع تعریف بکنیم و نهایتاً به این نتیجه رسیدیم که شکل متداول آن در بازار سرمایه عقد ربوی است. حال سؤال این است که آیا می‌توان با برخی تغییرات از آن در پاسخ به نیاز فعالان بازار سرمایه استفاده کرد؟

حجت الاسلام موسویان

توضیحات جناب آقای سلطانی نژاد در این مسئله کامل بود و من فقط چند نکته را در تبیین فقهی این مسئله اضافه می‌کنم. به طور خلاصه در شکل خیلی ساده، دارنده سهام، سهام خودش را در اختیار فردی می‌گذارد؛ فرد دوم سهام را می‌فروشد و پول حاصل از آن را در یک بانک سرمایه

گذاری می‌کند و سود حاصل از سپرده، به توافق، بین آن دو و کارگزار بورس در صورت وجود، تقسیم می‌شود. بعد هم هر موقع صاحب سهام درخواست کند یا قرض گیرنده منصرف شود، معادل آن سهام از بازار تهیه و در اختیار صاحب قبلی قرار می‌گیرد.

در این جا از واژه «قرض» استفاده می‌شود، در حالی که به اعتقاد من ترجمه گویایی نیست. اگر شما دقیق‌تر در متون بگردید، شاید عبارت دیگری به کار رفته باشد. چون قرض از جمله قراردادهایی است که در همه جوامع رایج است و به عنوان قرارداد تملیکی محسوب می‌شود، ولی در این جا به عنوان تملیک از آن استفاده نشده بلکه برعکس، گفته شده که قرض گیرنده مالک سهام نمی‌شود و سهام دیگری را می‌فروشد. در بسیاری از نوشته‌ها واژه قرض به کار رفته است؛ صاحب سهام، سهام خودش را به شخصی قرض می‌دهد، او می‌فروشد، پول حاصل از آن را در بانکی سپرده‌گذاری می‌کنند و سود حاصل از آن تقسیم می‌شود. گاهی مواقع هم بانک به عنوان کارگزار، سهم می‌برد. بعد هم هر موقع صاحب سهام بخواهد یا قرض گیرنده بخواهند به آن خاتمه می‌دهند. این کار باعث می‌شود که مقداری بازار سرمایه رونق یابد و قیمت‌ها شفاف شوند و به طور کلی هم آثار مثبت دارد و هم آثار منفی؛ ولی (هر چند نیاز به بحث دارد) فرض می‌کنیم که از جهت اقتصادی آثار مثبتش بیشتر است.

اما از جهت فقهی با چند ابهام و اشکال جدی مواجهیم. اولین بحث رابطه حقوقی صاحب سهام با گیرنده سهام است. از آن به قرض تعبیر می‌شود و در حالی که قرض در فقه و حقوق ما، یک قرارداد تملیکی است، در این جا تملیک نیست و آثار ملکیت هم بر آن بار نمی‌شود. در آن مدتی که سهام قرض داده می‌شود صاحب سهام قبلی سود سهامش را از قرض گیرنده مطالبه می‌کند؛ در حالی که اگر قرض بود بایستی سهام و به تبع سود آن به ملکیت قرض گیرنده در آید.

در این جا دو طرف، مفاد و محتوای قرض را اصلاً اراده نکرده و قصد معامله دیگری دارند. اگر ما این رابطه حقوقی را قرض بدانیم، قرض مشروط به زیاده خواهد بود که عنوان ربا بر آن صدق می‌کند. بنابراین ما از این جهت در رابطه حقوقی آن دو دچار مشکل اساسی هستیم.

بحث بعدی این است که آیا ما می‌توانیم خود این رابطه را در قالب یک رابطه حقوقی عام و با قطع نظر از معاملات خاص تعریف کنیم؟ در این صورت، با ضوابط کلی معاملات در فقه اسلامی مواجه می‌شویم که یکی از آنها، خالی بودن معامله از رباست. باید تملیک به شرط زیاده نباشد، در حالی که چنین است و در نتیجه شرایط عمومی معاملات را ندارد. عناوین اجاره (در برداشت برخی کشورها مثل مالزی از فقه اهل سنت) یا بیع‌الخیار (در فقه شیعه) هم کل این بحث را پوشش نمی‌دهد، هر چند ممکن است بعضی از اهداف را برآورده کند.

اجاره بر اساس استحسان، حتی با ضوابط فقه اهل سنت هم سازگار نیست و نمی‌توان از آن دفاع کرد. در فقه شیعه هم اگر این ابزار فی نفسه قابل تصحیح است، از طریق قرارداد اجاره نیست. در اجاره اگر هم صاحب ملک به مستاجر اجازه دهد که ملک را بفروشد، مسائل دیگر آن قابل تصحیح از این طریق نیست. بیع‌الخیار یا بیع به شرط، لوازمی را که از این ابزار مورد انتظار است، برآورده نمی‌کند. در جلسه قبل بعد از بحث‌های مختلفی که مطرح شد به راه کار مناسبی نرسیدیم و گفتیم ممکن است این بحث‌ها به جایی برسد که فرضیه‌اش رد شود.

حجت الاسلام نظری

چنان که در جلسه قبل هم عرض کردم به اعتقاد من ما نباید با متد و قالب‌های فقهی این بحث را دنبال کنیم. بهتر است در گام اول الفاظ قرض، اجاره و وکالت را یک جا کنار بگذاریم و فارغ از آن مسئله را بررسی کنیم. مسئله این است که زیدی سهام را از خالد گرفته، می‌فروشد و پس از سرمایه‌گذاری با پول آن، صاحب سرمایه از فروشنده مطالبه سود می‌کند. در این جا نه کلمه قرض به کار رفته نه اجاره و نه کلمات دیگر. در این جا نیاز به نام گذاری نداریم، باید آثار آن را بررسی کنیم. این یک مقدمه، مقدمه دوم این است که اگر ما کلمه قرض را به کار گرفتیم در این قرارداد پس از طی مراحل که بیان شد، با چند واسطه به قرض ربوی منتهی می‌شود. مقدمه سوم این که برای مشخص شدن تکلیف، باید به این سؤال پاسخ دهیم که صاحب سهام برای دریافت سود تضمینی می‌گیرد یا نه؟ البته در عالم اقتصاد این تضمین هیچ کاره است، چون در عالم اقتصاد، استحکام بازار سرمایه است که این سود را واقعاً به من می‌دهد. اگر روابط اقتصادی و مناسبات سرمایه‌گذاری در هم ریخته باشد، من هزار بار هم که تضمین بگیرم هیچ فایده‌ای ندارد و اگر روابط اقتصادی و بازار سرمایه به

سامان باشد، نیازی به تضمین نیست. عقلای اقتصادی، سرمایه را به کار به خاطر سود به کار می‌گیرند و اگر در جایی سود نباشد با هزاران تشویق هم نمی‌توان آنها را به سمت سرمایه‌گذاری سوق داد. پس این تضمین حقوقی، در عالم اقتصاد خیلی کارساز نیست؛ به رغم این که گفته می‌شود برای دریافت سود باید تضمین حقوقی گرفت. به عبارت ساده‌تر، حقوق دانان روی این تضمین خیلی تکیه می‌کنند، چون در عالم حقوق، این تضمین عنصر اصلی است. اما اقتصاددانان روی این عنصر حقوقی خیلی حساب نمی‌کنند، بلکه استحکام به روابط اقتصادی توجه دارند. در این جا عالم حقوق و عالم اقتصاد از هم فاصله می‌گیرند. در عالم حقوق این تضمین، تمام موضوع است ولی در عالم اقتصاد، مناسبات اقتصادی اهمیت می‌یابد. حال سؤال اصلی این است که اگر صاحب سهام تضمین بخواهد به این صورت که بگوید مثلاً ده درصد سود را تضمین کن، اشکال ربوی بودن مطرح می‌شود. اما اگر تضمین را حذف کنیم و بگوییم من سهام را می‌دهم که سود بگیرم و برای سود تضمین نمی‌گیرم، همان طور که برای سرمایه تضمین نمی‌گیرم، مسئله فرق می‌کند. می‌گویم هر وقت بخواهی سرمایه را به کار بگیری، به واسطه بانک یا بدون واسطه باید با من توافق کنی تا بدانم این سرمایه من در کجا در جریان است.

اگر تضمین حقوقی برای سرمایه و سود مطالبه نکنم و شرط کنم که هر کاری که می‌خواهی انجام دهی باید با من به توافق برسی و درگیر عناوین فقهی نباشیم، می‌توان گفت وکالت می‌دهم که سهام را بفروشد، پول آن را مثلاً در ایران خودرو سرمایه‌گذاری کند و بر اساس این وکالتی که از جانب من دارد، من در سرمایه‌گذاری با او مشارکت می‌کنم و قسمتی از سود به من تعلق می‌گیرد. هر وقت هم یکی از طرفین خواست می‌توانیم سرمایه را فروخته و من سهامی را که مربوط به من است بردارم. البته این را هم باید بپذیریم که ممکن است وقتی که من سهام را به او می‌دهم ارزش آن صد هزار تومان باشد و الان که سهام را می‌فروشد قیمت آن به کمتر یا بیشتر از آن تغییر یابد.

در این جا گرچه عنوان قرض به کار رفته، به وکالت یا به تعبیری دیگر به عقد مشارکت برمی‌گردد. به نظر می‌رسد اگر آن تضمین‌ها را برداریم، می‌شود این راه دوم را رفت.

حجت الاسلام احمد زاده

من سه سؤال دارم: آقای موسویان ابتدا فرمودند قرض ربوی است ولی در پایان نتیجه گرفتند که در قالب قرض یا حتی عقود دیگر مثل اجاره نمی‌گنجد. اگر ما یکی از شرایط عمومی قراردادها را نداریم که نباید ربا پیش بیاید، در موارد مختلف متفاوت است. در قرض نباید ربا باشد، اما به عنوان قاعده عمومی چنین چیزی نداریم. در بیع شرط هم اگر دقت کنیم با چنین شبهه‌ای مواجهیم. مطلب دیگری که فرمودید این بود که قرض در همه سیستم‌های حقوقی یک عقد تملیکی است ولی تا آن جا که من اطلاع دارم در همه سیستم‌های حقوقی این طور نیست. به همین جهت اشتباهی که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی رخ داده، حقوق دانان را به خودش مشغول کرده و بحث‌های مفصلی شده است. این نشان می‌دهد که در بقیه جاها مطلب این گونه نیست. ماده ۱۸۳ در باب قواعد عمومی قراردادها به تعریف عقد می‌پردازد که علی القاعده باید بر تمام عقود اعم از معین و غیر معین صدق کند و گرنه، تعریف، تعریف جامعی نخواهد بود؛ در حالی که به عنوان مثال، بیع از نظر ما یک عقد تملیکی است (حالا در همه مواردش یا در بیع عین معین).

جوابی که می‌دهند این است که این ماده از قانون مدنی فرانسه گرفته شده و آنها اساساً عقد را عهدی می‌دانند. البته نه به این معنا که در حقوق آنها هیچ تملیکی صورت نمی‌گیرد؛ تملیک ممکن است باشد، اما در مرحله بعد از آن. پس در بعضی از سیستم‌های حقوقی حتی بیع یک عقد عهدی است و طرفین متعهد می‌شوند که تملیک کنند. در حقیقت فرمایش شما مبتنی بر این است که قرض یک عقد تملیکی باشد ولی اگر آن را عقد تملیکی ندانیم، طبعاً این اشکال‌ها دیگر پیش نخواهد آمد.

نکته سوم این که وقتی ما می‌خواهیم یک نهادی را در حقوق خودمان یا در سیستم‌های اقتصادی بررسی کنیم، علی القاعده باید نه در حقوق خودمان بلکه در سیستم آنها هم موضوع شناسی کنیم و ببینیم آیا در سیستم آنها عقد قرض بر این منطبق است یا نه. طبق فرمایش جناب نظری، ما نمی‌توانیم ابتدا در قالب‌های خودمان نگاه کنیم و ببینیم این قرض است یا اجاره. ممکن است اساساً در سیستم آنها قرض باشد، ولی ما نتوانیم این را به عنوان قرض قبول کنیم و آن را در قالب یک عقد غیر معین قرار دهیم و مشکلی هم پیش نیاید. به نظر می‌آید اگر با دید حقوقی این مسئله جست و جو شود، تحول دیگری در بحث‌ها پیش آید و بحث به گونه‌ای دیگر پیش برود.

بعضی از این اصطلاحات واقعاً گمراه کننده است. من در «حقوق مدنی ۶» وقتی در کلاس راجع به قرض بحث می‌کنم از دانشجویان می‌پرسم وقتی شما بخواهید از همسایه چیزی را برای استفاده بگیرید چه تعبیری به کار می‌برید؟ می‌گویند از او می‌خواهیم که به ما قرض دهد. در حالی که این قرض نیست، همان عاریه و امانت به معنای عام است.

می‌خواهم عرض کنم شاید از این طریق بتوانیم مقداری مباحث را ریزتر کنیم و نیازی هم نداشته باشیم که در این قالب‌ها بریزیم.

حجت الاسلام نظری

اگر بگوییم قرض دهنده به گیرنده سهام و کالت می‌دهد که آن را بفروشد و درصدی از سود را به عنوان حق الوکاله بردارد، آیا باز هم مشکلی وجود دارد یا نه؟

آقای اسکندری

در مدیریت، ما معمولاً تئوری‌های اسلامی را به رویکردهای تأسیسی و تهذیبی تقسیم می‌کنیم. حال ورود به این بحث آیا تهذیبی است یا تأسیسی؟ اگر تهذیبی است ما باید آن را به گونه‌ای حل کنیم ولی اگر تأسیسی است، لزومی ندارد همانند ابزاری باشد که مثلاً در امریکا هست، می‌تواند short selling باشد و همه سودش به یک طرف تعلق گیرد. اگر چنین چیزی بتوانیم ایجاد کنیم، ابزارهای مالی اسلامی را باید خودمان با نرم‌افزارهای کامپیوتری ایجاد کنیم و به نظر من این رویکرد، رویکرد مثبت‌تری هست تا این که قراردادهایی را از جای دیگر آورده و اصلاح کنیم.

باید دید فایده این کار چیست. یکی از فوایدی که مطرح شده این است که جلوی سفته‌بازی را بگیریم و بازار را کارآمدتر کنیم. ما می‌توانیم کلاً این ابزار را کنار بگذاریم و با ابزار دیگر این کار را انجام دهیم. به نظر می‌رسد این رویکرد بتواند در کل مباحث این جلسات، رویکرد بهتری باشد. هم‌چنین در بحث‌هایی که مطرح شد به نظر من هم ما نباید از همان اول بگوییم این با کدام یک از عقدهای موجود منطبق است؟ اصلاً قابل تجزیه نیست. ما در عقد بیمه یا مسئله بانک‌ها هم دنبال نزدیک‌ترین عقد ممکن یا ترکیبی از عقدهایی موجود می‌گردیم.

زمانی در دانشگاه امام صادق (ع) یا جاهای دیگر از یک عده پول جمع کرده و در بورس به کار می‌انداختند و این مشکل پیش آمده بود که منافع را به نسبت زمان تقسیم کنند یا به گونه‌ای دیگر و در استفتای از علما هر کدام یک فرمولی به ما می‌دادند. حالا من از آن جهت نگاه می‌کنم. آیا در قالب عقود مثل مضاربه یا مشارکت یا اجاره (منتها نه اجاره مال بلکه صاحب سهام، قرض گیرنده را برای کار خود اجیر کند) می‌توان سراغ تضمین رفت یا نه؟ مثلاً در مضاربه، صاحب مال برای اصل مالش تضمین می‌خواهد.

حجت الاسلام موسویان

ما ابتدا گفتیم اصلاً این واژه قرض غلط ترجمه شده است و بعد ادامه دادیم که بر فرض قرض بودن، این قرض، قرض مصطلح نیست. دو فرض داریم: یکی این که همان قرض است و تملیک هم صورت می‌گیرد که جواب می‌دهند که در این جا تملیک نیست. دوم این که آن را قرض بدانیم ولی معتقد باشیم تملیکی صورت نمی‌گیرد، در این جا منتهی به ربا می‌شود.

منظورم این است که اگر هم محتوای قرض را از آنها بگیریم، با فرضی که ما داریم منطبق نمی‌شود و به تعبیری در مسئله مورد بحث اصلاً عنوان قرض صدق نمی‌کند و اگر بگوییم کاری به منشأ نداریم، آنها اشتباه می‌کنند و گیرنده مالک می‌شود، این قرض است ولی قرض ربوی. به بیان دیگر، اگر به محتوا نگاه کنیم عنوان قرض صدق نمی‌کند و اگر به عنوان قرض نگاه کنیم منتهی می‌شود به قرض با ربا، چون در آن شرط زیاده می‌شود.

در مورد تقسیم‌بندی هم ما عقود را به تملیکی و اذنی تقسیم می‌کنیم. کسانی هم که شما اشاره کردید، تعهد را یا منتهی به تملیک می‌دانند یا منتهی به اذن تصرف؛ هر چند خود قرارداد را به تعهد تعریف می‌کنند؛ یعنی خود قرارداد، تملیک نیست، تعهدی است در مقابل التزام، منتها نتیجه این التزام گاهی تملیک و تملک است و گاهی اجازه تصرف در معنای وسیع. من نظرم این بود که چه ما از اول عقد را به عنوان تملیک در نظر بگیریم و چه به عنوان تعهدی که منتهی به تملیک می‌شود، قرض از آن قراردادهایی است که در هر صورت در یکی از این تعاریف قرار می‌گیرد.

در عقد قرض یک نوع توافق عمومی هست که تملیک است، حالا یا تملیک ابتدایی است یا تعهدی است که منتهی می‌شود به تملیک مال به دیگری.

حجت الاسلام احمد زاده

در حقیقت در آن جا که منتهی به تملیک می شود باز مباحث دیگری هست. بعضی اوقات قبول دارند که مالکیت از آن شماسست ولی تا مدتی منافع به من تعلق دارد. باید بینیم در سیستم آنها چگونه است. به مجرد این که آنها گفتند قرض، نباید آثاری را که در حقوق و فقه خودمان هست بر آن بار کنیم. مواردی در سیستم حقوقی ما مجاز و مواردی غیر مجاز است. من نمی توانم بگویم این را به شما می فروشم ولی تا شش ماه منافعش متعلق به من باشد؛ ولی آنها این را مجاز می دانند.

حجت الاسلام موسویان

مثلاً در قرارداد بیع یک توافق عمومی هست بر این که وقتی من می گویم این را فروختم - چه قراردادها را طبق تعریف ما طبقه بندی کنید و چه بر اساس تعهدات - این مال شما می شود. ممکن است در حقوق آنها اصلاً قرض منتهی به تملیک نشود ولی از دیدگاه فقه ما قراردادی است تملیکی و با قرض از لحظه تحویل، مال به ملکیت قرض گیرنده در می آید و وقتی که به ملکیت قرض گیرنده درآمد، هر شرط زیادی ربا خواهد بود. اما اگر گفتیم واژه قرض اشتباهی به کار رفته و بخواهیم چیزی مشابه آن طراحی کنیم، آن بحث دیگری است.

چنان که در بانکداری بدون ربا، وقتی می گوئیم اوراق قرضه ربوی است، ابزاری را طراحی می کنیم که تقریباً عملکردها و کارکردها مثبت آن را داشته باشد در عین حال ربا هم نباشد. این بحث دیگری است. بحث ما این است که خود این ابزار را با فرض هایی که ذکر شد، آیا با قرارداد و کالت می توان مطرح کرد. بحث تضمین یک طرف قضیه است و قرارداد و کالت مسئله ای دیگر. اگر بگوئیم قرض بدهد و چیزی نخواهد، انگیزه ای برای آن نخواهد داشت.

صاحب سهام هدفش از قرض دادن این است که علاوه بر سود سهامی که به صورت طبیعی به وی تعلق می گیرد، چیزی هم اضافه ناشی از سود سپرده گذاری در بانک دریافت کند. این انگیزه می شود برای قرض دادن؛ یعنی می بیند که هم منافع یک سهام دار را دارد و هم منافع یک قرض دهنده را. گیرنده قرض هم فکر می کند در آینده قیمت این سهام پایین خواهد آمد و می تواند با پول کمی آن سهام را خریداری کند و تحویل فرد اول بدهد و انتظار دارد که در آن مقطع از اختلاف قیمت فروش و

خرید سود ببرد. با این انگیزه وارد این معامله می‌شود، در عین حال می‌بیند که بخشی از سود سپرده‌گذاری هم گیرش می‌آید. در این جا اگر ما رابطه حقوقی وکالت را تعریف کنیم، بخشی از مسائل را پوشش می‌دهد ولی انتظارات طرفین را برآورده نمی‌کند. چون وقتی فرد به عنوان وکالت سهامش را در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا بفروشد، به محض این که فروخت دیگر سود سهام نخواهد داشت و فقط بخشی از سود سپرده‌گذاری به وی تعلق می‌گیرد.

سهام‌دار سه خواسته دارد: ۱- سهامش دست نخورده باقی بماند و با قرض دادن آن، سرمایه اولیه‌اش محفوظ می‌ماند. ۲- سود سهامش همانند موردی که قرض نمی‌دهد، همچنان محفوظ باشد. ۳- از سود حاصل از پول پس از فروش به واسطه سپرده‌گذاری، بهره‌مند شود. این‌ها برای او انگیزه ایجاد می‌کند. ولی در این جا با وکالت، سود سهام اصلی‌اش از بین می‌رود. وقتی وکالت داد و سهامش فروخته شد، نمی‌تواند سودی از کارخانه بگیرد. نهایت چیزی که هست، بخشی از سود سپرده به وی تعلق می‌گیرد که باز به آن انتظار نمی‌رسد؛ چون ممکن است بر خلاف پیش‌بینی وکیل، قیمت سهام بالا برود. شما باید یک رابطه حقوقی پیدا کنید که این سه گزینه را برای سهام‌دار ما بتواند حفظ کند.

قرض‌گیرنده هم انتظار دارد قیمت پایین بیاید در نتیجه از مابه‌التفاوت قیمت و بخشی از سود حاصل از سپرده‌گذاری، بهره‌مند شود. البته در نهایت ممکن است وی ضرر کند اما صاحب سهام قطعاً سود می‌برد. ما باید با حفظ این محتوا، نوع قرارداد را بررسی کنیم. اگر به این نتیجه رسیدیم که خود این قابل اصلاح نیست اما مشابه آن را می‌شود طراحی کرد، آن بحث دیگری است.

چنان که در مسئله بانکداری، عالمان دینی در رابطه با ربا و بهره بانکی، نظریه‌های مختلفی ارائه دادند (مانند آن که بهره کم ربا نیست؛ بهره قرض‌های سرمایه‌گذاری ربا نیست، بهره متغیر ربا نیست و ...) ولی در آخر به این نتیجه رسیدند که ما نمی‌توانیم بانک‌ها را اسلامی کنیم اما می‌توانیم مشابه آن را طراحی کنیم. بحث ما این است که آیا با حفظ این محتوا می‌توان از واژه قرض یا واژه دیگری استفاده کرد و آن را درست کرد یا نه؟

دومین قدم این است که اگر از این راه نمی‌شود آن را درست کرد، آیا مشابه این را می‌شود طراحی کرد یا نه؟ که این خارج از بحث ماست.

حجت الاسلام یوسفی

وقتی شخص سهامش را واگذار می‌کند دو حالت دارد: یا در ملکیت آن شخص قرض گیرنده وارد می‌شود و یا نه. حالا صرف نظر از این که اسمش را فروش استقراضی بگذاریم یا چیز دیگر، به لحاظ محتوایی اگر بخواهیم با موضوع قرض تطبیق دهیم، همان طور که آقای موسویان فرمودند قرض ربوی خواهد شد. کاری هم که در مالزی صورت گرفته و آن را عقد اجاره دانسته‌اند، به دور از واقع است. اجاره یعنی تملیک منفعت با بقای عین، در حالی که در این جا عین هم به فروش می‌رود. به نظر می‌رسد بحث مضاربه هم قابل نقد است. در این جا ما سهام را مطالبه می‌کنیم و صرف نقد وجود ندارد تا مضاربه محقق شود.

در مورد وکالت هم دو نکته را باید مدنظر داشت: شخصی که سهام را می‌گیرد اگر وکیل باشد، با استناد به خود و مستقلاً نمی‌تواند آن را واگذار کند، در حالی که این جا این شخص، خودش آن را می‌فروشد و خودش موظف است مثل یا مشابه آن را برگرداند. به بیان دیگر، تصرفات وکیل مستند به غیر و غیر مستقل است ولی در این جا خود وی طرف معامله و فروش است. بر فرض وکیل بودن، آیا می‌توانیم او را موظف کنیم که مثل یا مشابهش را بپردازد؟ به نظر می‌رسد چنین الزامی در قالب وکالت ممکن نیست. پس بحث ما نه در قالب وکالت می‌گنجد و نه در قالب مضاربه و اگر ما بخواهیم آن را تصحیح کنیم، باید در قالب عقد جدیدی تعریف کنیم.

حجت الاسلام نظری

آقای احمدزاده چنین مطرح می‌کنند که باید دید عقد بیع تملیک است یا تعهد به تملیک؟ اگر تملیک باشد، از لحظه معامله ضمان تحقق پیدا می‌کند. به تعبیر ساده‌تر، طرف قرض گیرنده ذمه‌اش مشغول می‌شود و آن احکام خودش را دارد. در نقطه مقابل، اگر ما قرض را به تعهد باز برگردانیم چیزی به ذمه فرد نمی‌آید و ذمه مشغول نمی‌شود، چون ضمانتی تحقق پیدا نمی‌کند. در نتیجه با وجود زیاده، ممکن است ربا به این راحتی محقق نشود. پس باید ابتدا این مسئله روشن شود که قرارداد مورد بحث تعهد است یا تملیک، چون هر یک در بحث‌های فقهی ما آثار خودش را دارد.

از این راه حل که بگذریم، این بحث نیز مطرح است که فروش استقراضی سهام، در قالب نظامی شکل گرفته است که در آن مانعی به عنوان بهره ندارند. آنان معتقدند وقتی هر دو طرف به مبادله سود راضی بودند، همین مقدار آن را به حق تبدیل می‌کند و عنصر سومی غیر رضایت طرفین وجود ندارد تا مانع تحقق حق گردد.

به بیان ساده‌تر، به صرف رضایت طرفین، حق ایجاد می‌شود. بر این اساس می‌توان گفت این ابزار مالی در درون سیستمی شکل گرفته است که مانعی به عنوان بهره ندارد و طبیعی است که در آن جا خوب عمل کند و در مالزی چون به مانع برمی‌خورد، خواستند آن را تحت عنوان اجاره با سیستم خود پیوند زنند. ما هم اگر بخواهیم راه‌حلی بیابیم باید مجموعه ابزار مالی را به عنوان یک مجموعه در نظر بگیریم و در کنار آن دنبال رابطه منطقی با سیستم خود باشیم. در این صورت است که موفق خواهیم شد. اگر ما کاری را که دوستان تا به این جا پیشنهاد کردند، انجام دهیم و منشأ و معتبر را تغییر دهیم و به اصطلاح مشکل را حل کنیم، باز به دلیل ناهمگونی مشکل پیدا می‌کند، چون سیستمی است که با بعضی از اجزا می‌سازد و با بعضی از ابزارها نمی‌سازد و با داشتن حالت خنثا کارآیی خود را از دست می‌دهد.

بنابراین اگر بخواهیم آن را بازسازی کنیم باید به این نکته توجه کنیم که این جزئی است از یک پیکره و باید همگونی با آن پیکره را در نظر بگیریم، نه این که بخواهیم به صورت جزء مستقلی تلقی کنیم.

حجت الاسلام موسویان

اگر به خاستگاه اصلی و انگیزه‌های اولیه در شکل‌گیری آن توجه کنیم، شاید از جهت حقوقی و فقهی یک مقدار کار آسان‌تر شود. نقطه شروع این ابزار از این جا بود که وقتی فردی در بازار بورس پیش‌بینی می‌کرد قیمت سهام در شش ماه آینده پایین خواهد آمد با خود فکر می‌کرد اگر سهامی داشتم می‌فروختم تا در آینده با قیمت پایین‌تر آن را تهیه کنم. از طرف دیگر، خود صاحب سهام این پیش‌بینی را نداشت و حاضر به فروش نبود.

در این جا فردی که سهام ندارد از صاحب سهام می‌خواهد که آن را از جانب وی بفرشد با این شرط که انتظار وی از سهام مثل سود سه ماه یا سود سالانه، تأمین شود. از این رو می‌گوید من

همان سود را به تو می‌دهم و این سهام را می‌فروشم. علاوه بر این، با سپرده‌گذاری که می‌کنم سود بیشتری نصیب تو خواهد شد. این برخورد با صاحب سهام ایجاد انگیزه می‌کند که سهامش را در اختیار وی بگذارد. بعد برای آن که امنیتی هم در بازگشت سهام برقرار شود گفتند باید کل سپرده حاصل از فروش زیر نظر کارگزار سهام که کارگزار بورس هم می‌باشد، سپرده‌گذاری شود و سود حاصل از آن طبق توافق قبلی تقسیم گردد.

حال اگر ما بخواهیم این ابزار را اصلاح کنیم باید انگیزه‌های مشوقانه را برای صاحب سهام حفظ کنیم. اما اگر بخواهیم ابزار مشابه بسازیم، آن بحث دیگری است.

حجت الاسلام احمد زاده

من معتقدم قرارداد آن در قالب یک عقد معین در کنار مزایا، معایبی هم دارد، ولی در قالب عقد وکالت مشروط می‌توان آن را پذیرفت.

با این توضیح که عقد از یک نظر به مجانی و غیر مجانی یا معوض قابل تقسیم است و عقد وکالت در زمره عقود مجانی است و امکان مطالبه اجرت، منافاتی با مجانی بودن آن ندارد.

اما در جایی که می‌خواهیم به وکیل اجرت دهیم، لازم نیست مبلغ آن را معین کنیم و دلیلی نداریم که باید یک چیز معین داد. لذا می‌توانیم مکانیزمی مشخص کنیم که چیزی به او برسد. البته ممکن است این مکانیزم ما را به یک چیزی منفی برساند، ولی به هر حال مکانیزم هست و باید دید در آخر چه جواب می‌دهد. ممکن است بخواهیم در این جا مشکل بگیریم، ولی من معتقدم هیچ دلیلی نداریم که نتوانیم اجرت را تحت یک مکانیزم تعریف کنیم. علاوه بر این، در این جا ما می‌توانیم در ضمن عقد وکالت، شروطی را هم داشته باشیم. چه اشکال دارد که من شرط کنم مثل آن چیزی را که به شما می‌دهم به من بفروشید؟ این شرط مشکلی ندارد. البته عقد وکالت از نظر ما عقدی است جایز که باید آن را در جای دیگر حل کرد. بنابراین، عقد وکالت عقد معوض نیست و اگر در عقود معوض بحث بیش می‌آید، از این جهت در بحث ما هیچ اشکال فقهی و حقوقی پیش نمی‌آید.

من از جهت عام آرا بحث می‌کنم و معتقدم از این جهت هیچ مشکلی ندارد و تمام انتظارات با عقد وکالت مشروط برآورده می‌شود. حتی انتظارات دیگر را هم می‌توانیم برآورده کنیم. اما این بحث که

فروشنده مال غیر را می فروشد، در این جا اصلاً مطرح نیست. یک مورد نقضی، مورد حق العمل کاری است. در حق العمل کاری فرد حق العمل را به نام خودش می فروشد در حالی که مال خودش نیست.

سؤال: وقتی که کار به مسائل حقوقی بکشد، می گوید این مال من نیست به امانت می فروشم. بله ضامن است اما بحث صاحب مال و غیر صاحب مال مطرح نیست. مال خود یا دیگری را بفروشد در این قسمت اصلاً اثری ندارد. در حقیقت این یک وکالت در فروش است البته به صورت مشروط. متعلق وکالت هم عام است. بنابراین، فارغ از جایزه بودن وکالت، همه بحثها در قالب وکالت مشروط درست می شود و هیچ مشکلی ندارد. چنان که خیلی مسائل را این گونه حل کرده اند.

سؤال: برای چه در این جا از وکیل کارمزد می گیرند؟

اگر شما مکانیزم را قبول کردید، ممکن است به نتیجه مثبت یا منفی برسید و مشکلی از این جهت ندارد؛ نهایتاً می شود یک وکالت مجانی. من بالاتر از این می خواهم بگویم. اگر من بنا به مصالحی نخواهم شما را وکیل کنم ولی این وکالت برای شما فایده داشته باشد شما می توانید پولی به من بدهید تا شما را وکیل کنم. این کار چه اشکال فقهی یا حقوقی دارد؟

حجت الاسلام موسویان

وکالت در این جا یعنی شما وکیل من هستید که اولاً وقتی این را فروختی جایگزینش را بدهی. ثانیاً حق اجاره شش ماه آینده را هم باید بدهی و ثالثاً بخشی از سود سپرده گذاری را هم به من پرداخت کنی!!

حجت الاسلام احمدزاده

این کار عقلایی است یا غیر عقلایی؟ اگر غیر عقلایی باشد که بحث دیگری نداریم اما عقلایی باشد چه اشکالی دارد؟!

حجت السلام موسویان

در این جا در اختیار قراردادن، با وکالت سازگاری دارد. اگر تملیک بود موجب رباست، ولی اگر تملیک نبود، گیرنده وکالت در فروش دارد و وقتی فروخت قیمت آن به ملکیت مالک درمی آید و دوباره آن را به وکالت سرمایه گذاری می کند. آن وقت برای بهره مندی از سود حاصل مکانیزم تعریف می کنیم.

آقای اسکندری

وقتی ما سهم را می‌خریم دو نوع سود می‌بریم: سود سالانه یا ماهانه و سودی که از معامله به دست می‌آید.

حجت الاسلام احمد زاده

در این جا بهره‌مندی از سود سپرده‌گذاری در قالب مکانیزم ممکن است، فقط ما باید بپذیریم که اجرت و کیل هم در قالب مکانیزم هیچ مشکلی ندارد.

حجت الاسلام موسویان

فقط قبول کرده‌اند که وکیل می‌تواند بخشی از سود حاصل از معامله را هر چند نامعین باشد، به عنوان حق و کالت بردارد.

آقای سلطانی نژاد

در بحث شیوه انتقال وقتی فردی سهمی را قرض می‌گیرد و در بازار می‌فروشد این سهم به نام وی ثبت نمی‌شود. در سیستم بورس که یک سیستم الکترونیکی است و حتی در بورس ما انتقال مالکیت با تغییر نام انجام نمی‌شود، بلکه سهم مستقیماً توسط کسی که قرض گرفته به فروش می‌رود و انتقال مالکیت از مالک سهم به خریدار انجام می‌شود. این نکته هم در این بحث قابل ملاحظه است. این که ما عقد را مستقل بررسی کنیم و ببینیم که چه اهدافی این را برآورده می‌کند، یک رویکرد است و رویکرد دیگر این است که عقد متداول را مقداری چکش کاری کنیم. هر چند به نظر می‌رسد شیوه دوم، شیوه مطلوبی نباشد ولی مطلوب سازمان بورس است. نرم افزارهای خریداری شده، معاملات را به همان شیوه متداول در بقیه بازارهای سرمایه دنیا انجام می‌دهند. البته ما می‌توانیم یک سری از option های نرم‌افزاری را اضافه یا کم کنیم تا نهایتاً به معامله‌ای که مورد پذیرش شرع است برسیم.

حجت الاسلام موسویان

اگر بخواهیم بحثی را تحت عنوان معامله جدید مطرح کنیم ضابطه دارد. وقتی شرایط و محتوای قرارداد عوض شد می‌توان گفت قرارداد جدیدی است، اما اگر ماهیت یک عمل در قالب یکی از معاملات رایج قابل ارائه بود، دست ما نیست که آن را معامله جدید بنامیم. با توجه به این نکته، بحث ما از دو حال خارج نیست: یا سهام‌دار ملکیت را منتقل کرده یا نکرده است. اگر فرض کنیم

ملکیت را منتقل کرده است چون در مقابل متعهد شده که عندالمطالبه مثل آن را برگرداند، مصداق تملیک مال به شرط ضمان مثل است و بر قرارداد قرض منطبق می‌شود اما چون همراه با شرط زیاده است، قرض ربوی خواهد بود.

ولی اگر بگوییم تملیک نکرده و واژه قرض به درستی به کار نرفته است، ملکیت همچنان برای سهام‌دار باقی خواهد ماند که این صورت هم باز از دو حال خارج نیست: یا به او وکالت در فروش داده یا نداده. اگر وکالت در فروش داده باشد می‌شود فروش وکالتی و اگر وکالت در فروش نداده باشد می‌شود بیع فضولی. حال بر فرض آن که وکالت در فروش داده باشد، معنایش این است که از لحظه تحویل و فروش آن در بازار، سهام به خریدار منتقل می‌شود و سود آن هم متعلق به خریدار است. در نتیجه سهام‌دار قبلی، نمی‌تواند سود سهام را مطالبه کند و اگر به عنوان وکالت در فروش نبود، بیع فضولی خواهد بود و پس از رضایت وی باز هم مالکیت سهام به خریدار منتقل می‌شود و آثار همان صورت قبل را دارد. این در حالی است که در این ابزار مالی برای فرد سهام‌دار اول، چیزی به عنوان سود سهام لحاظ می‌شود. نکته دیگر این است که وقتی شخص آنها را بر اساس وکالت فروخت، به مقتضای وکالت آن را سپرده‌گذاری کرده و از سود آن مقداری را به عنوان حق الوکاله دریافت می‌کند که این سود غیر از آن سود سهام است. سود سپرده است. مطلب بعدی این است که فروشنده موظف است موقع مطالبه، معادل سهام را به شخص اول برگرداند. این که آیا ما می‌توانیم همه این موارد در قالب وکالت بگنجانیم، من تردید دارم.

حجت الاسلام احمد زاده

اگر ما بخواهیم این را با وکالت تطبیق کنیم، لازم نیست با وکالت مطلق تطبیق کنیم با وکالت مشروط تطبیق می‌کنیم.

حجت الاسلام موسویان

وکالت و همین طور مضاربه، هر کدام ظرفیت و محدودیت‌های خاص خود را دارد و باید به گونه‌ای عمل کرد که مفاد مثلاً وکالت به مفاد قرض تبدیل نشود. اگر ما در قرارداد شرطی قرار دادیم که مفاد آن را تغییر داد و به قرارداد دیگری تبدیل کرد، مثل شرط زیاده در بحث ما، همان مشکلات قرض ربوی زنده می‌شود.

حجت الاسلام احمدزاده

به نظر شما صلح که ظاهراً یک عقد مستقل است، ظرفیت زیادی دارد، اما وکالت در حقیقت نیابت دادن است و چنان که شما می‌فرمایید باید به گونه‌ای باشد که خلاف مقتضای عقد نشود و به عقد دیگر تبدیل نگردد. من این را می‌پذیرم ولی عرضم این است که مقتضای عقد وکالت همان نیابت دادن است و نیابت می‌تواند برای انجام چند معامله باشد.

حجت الاسلام موسویان

اتفاقاً نیابت یعنی جایگزین اصل شدن و وکیل جانشین مالک اصلی است. اما در این جا عرف نمی‌گوید اگر خودت فروخته بودی معلوم بود که پس از گذشت شش ماه به همین قیمت می‌توانستی همین سهام را بخری تا از وکیل این انتظار را داشته باشی. همین طور است مراحل بعدی مثل انتظار سود سهام و دریافت سود سپرده.

به نظر می‌رسد این شرایط، محتوا را از بین می‌برد. از نظر عرف وقتی می‌گویند شما موظف هستید عندالمطالبه، مثل مال را برگردانی (۱) این قدر هم سود بدهی (۲)، معلوم می‌شود که شما دنبال قرض دادن هستید نه وکالت دادن.

حجت الاسلام احمد زاده

اولاً این جا جای رجوع به عرف نیست، چون عرف از قرارداد بین من و شما خبر ندارد. اگر به عرف بگوییم این قرارداد با این شرایط بین ما بوده، دیگر مسلماً عرف هم حرفی نخواهد زد بلکه می‌گوید شما مختار بودید شرایطی را در نظر بگیرید و اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها هم حاکم است و هر چه توافق کردید همان پذیرفتنی است.

حجت الاسلام موسویان

به نظر من این وکالت نیست بلکه همان قرض است، چون متعهد است مثلش را برگرداند.

آقای اسکندری

این گونه که آقای احمدزاده می‌فرمایند من فکر می‌کنم هیچ مشکلی در تطبیق موضوع با شرع نداریم. ما می‌خواستیم این را با نزدیک‌ترین قرارداد شرعی منطبق کنیم که معلوم شد با عقد وکالت می‌توانیم این کار را انجام دهیم.

مطلب دیگر این که بنای اقتصاد غرب بر درآمد بیشتر است و هر کس هر مقدار که بخواهد می تواند کسب درآمد کند. از این دیدگاه حتی ما مالی را که نداریم می فروشیم تا پول بیشتری کسب کنیم، ولی آیا این از لحاظ دین یا دست کم از لحاظ اخلاق دینی درست است؟! به نظر چنین نمی آید. اما از آن جا که ما می خواهیم از نظر فقهی و شرعی اینها را تهذیب کنیم، می توانیم سایر عقود مثل مضاربه را هم کنار این بیاوریم. می گویم من این سهام را الان به قیمت صد هزار تومان به تو فروختم، اما به جای پول، بیایم منافعش را تقسیم کنیم و بعد هم تعدادی سهام سایا بده. اگر بخواهیم می توانیم ماهیت قرارداد را این طور عوض کنیم. عقد شرکت و اجیر کردن قرض گیرنده که با این مال کاری را انجام دهد هم ممکن است. به اعتقاد من اگر می شود با وکالت تطبیق داد، می توان سراغ عقود مضاربه، مشارکت یا اجاره هم رفت. شاید هم بتوانیم ترکیبی از این عقود را به دست بیاوریم.

آقای سلطانی نژاد

این که با یک سری از عقود تطبیق داشته باشد یا آن را مستقلاً در قالب یک پیمان بررسی کنیم، هیچ بحثی نداریم بلکه باید از نظر فقهی قابل توجیه باشد. بازار سرمایه از غرب آمده و مزایایی هم دارد. چنان که اگر بانک نباشد نمی توانیم کارهایمان را در جامعه انجام دهیم، بازار سرمایه هم همانند بانک در پاسخ به نیازهای جامعه به وجود آمده است و در بازار سرمایه باید پاسخ دهیم.

حجت الاسلام موسویان

می توان گفت فرد دوم سهام را به قیمت نقد خریده و در بازار به یک میلیون تومان می فروشد و مال خود را سپرده گذاری می کند. از طرف دیگر انتظار دارد در پایان شش ماه با رقم کمی آن سهام را خریده و به سهامدار اول به عنوان بیع سلف تحویل دهد. با ترکیب بیع نقد و بیع سلف احساس می شود می توان انتظارات هر دو طرف را برآورده کرد. کار گزار بورس هم می تواند با همین ترتیب در این معامله وارد شود. در واقع در این جا سهام را به قیمت یک میلیون نقد از سهامدار می خرد و به جای آن که یک میلیون به سهامدار بدهد، سهامدار دوباره به صورت سلف سهام را به مبلغ هشتصد و پنجاه هزار تومان می خرد. نتیجه این می شود که در این جا صاحب سهام صد و پنجاه هزار تومان سود می برد؛ صد هزار تومان بابت سودی که از سهام خود انتظار داشت، پنجاه هزار تومان هم معادل آن سودی که

از سپرده گذاری انتظار دارد و در شش ماه آینده هم تمام سهام خودش را مالک است و به عنوان قرارداد سلف از فرد دوم مطالبه می کند. بنابراین، اهداف سهامدار به طور کامل برآورده می شود. خریدار هم وقتی سهام را مالک شد در بازار آن را به یک میلیون تومان نقد می فروشد و سپرده گذاری می کند. در نتیجه هم سود سپرده گیرش می آید و هم در شش ماه آینده که انتظار دارد قیمت سهام کاهش پیدا کند، آن را می خرد و سود می برد؛ یعنی با همان پول سپرده سهام را خریده و تحویل سهامدار الف می دهد.

سؤال: این بیع ها قطعی است یا برای آنها مکانیزم تعیین می شود؟

بیع قطعی است.

سؤال: اگر قطعی شود انتظار را برآورده نمی کند؟

انتظار سهام دار اول برآورده می شود ولی خریدار ممکن است سود کند و ممکن است ضرر. چون ممکن است طبق انتظاری که دارد قیمت سهام کاهش پیدا کند و در نتیجه سود کند یا این که این انتظار برآورده نشود.

سؤال: آیا در همه مثال ها ثمن را قطعی می گیرید؟

در بیع نقد و بیع سلف ثمن قطعی است. از همان روز اول معامله سهامدار الف سود قطعی می برد اما این که فرد ب در نهایت سود می برد یا ضرر، نامعلوم است. در این ابزار آخر کار فرد دوم معلوم نیست؛ اگر طبق پیش بینی اش قیمت سهام پایین تر از قیمت امروز بود سود می برد و اگر قیمت تغییر نکرد نه سود می برد و نه ضرر و فقط از همان سود سپرده بهره مند می شود. چنان که اگر قیمت سهام بالا رفت متضرر می شود و پیشنهاد من با این ابزار مالی از این جهت، تفاوتی ندارد. در هر دو امکان سود و ضرر هست.

سؤال: در معامله موجود چرا قرض گیرنده تا روز تسویه حق تصرف ندارد؟

این از باب تضمین است. کارگزار بورس از باب تضمین می تواند هم در فروش نقدی هم در فروش سلف وارد معامله شود و بخواهد کل قیمت سهام را به عنوان ودیعه سپرده گذاری کند.

سؤال: آیا ودیعه می تواند بگیرد؟

در قرارداد بیع اعم از نقد و سلف، شروط متفاوتی می توان در نظر گرفت. می گوید من نسبت به سلف شما اطمینانی ندارم و به این شرط از شما این هزار تا سهم را به صورت سلف می خرم که پول حاصل از فروش این اوراق نقدی را در فلان جا سپرده گذاری کنیم، یا درصدی از این مبلغ را نزد فلان کارگزار بانکی به عنوان ودیعه بگذاریم. در قرارداد سلف می توانیم اینها را شرط کنیم و از جهت ملاک های تضمینی مشکلی به وجود نمی آید. البته هنوز این طرح بحث است.

سؤال: آیا سود سهام دیگر به فرد الف تعلق نمی گیرد؟

چرا. قیمت سلف را طوری تعیین می کنند که هم سود سهام در آن خوابیده و هم انتظاری را که سهام دار از سپرده گذاری دارد بر آورده کند.

سؤال: اما وقتی آخر سر شرکت سود را محاسبه می کند، دیگر به الف تعلق نمی گیرد؟

فرد الف معادل آن گیرش آمده است. چون فرد ب پول ندارد که نقداً بپردازد الف از او به صورت سلف می خرد و این که می گفتیم در اقتصاد ما احتیاج به این تضمین نداریم، در این جا خود به خود رخ می دهد؛ یعنی نیازی نیست که این معامله را در ضمن آن معامله شرط کنیم، خود به خود وقتی فرد ب پول نقد ندارد که بپردازد بر بیع سلف توافق می کنند؛ بی آن که آن را شرط نمایند.

سؤال: آیا این منجر به ربا نمی شود؟

خیر. در باب حیل ربا می گویند اگر شما معامله دوم را در معامله اول شرط کنید و در حقیقت دنبال این باشید که پولی که گیرتان بیاید، ربا محقق می شود. ولی در این جا فروشنده سهام دنبال پول نیست.

حجت الاسلام کیاء الحسینی

دیدگاه های مطرح شده در این جلسه را می توان این گونه جمع بندی کرد:

- ۱- مورد بحث از مصادیق قرض نیست و باید به عقودی مثل مشارکت یا وکالت برگردد.
- ۲- ممکن است در نظام آنها این قرض باشد ولی در نظام ما منطبق بر قرض نیست و اگر

بخواهیم حقوقی بحث کنیم ممکن است مشکل شود.

- ۳- لازم نیست ما به دنبال انطباق این عقد بر عقود شرعی باشیم و ممکن است عقد مستقلی بدانیم و به دنبال تصحیح آن باشیم.
- ۴- محتوای موضوع نشان می‌دهد که قرض نیست، ولی اگر به عنوان نگاه کنیم شبیه به قرض ربوی می‌شود.
- ۵- ممکن است آن را با وکالت مشروط تطبیق دهیم.
- ۶- بهره در مکاتب دیگر قابل حل است و هر توافقی می‌تواند موجب حق باشد. بر این اساس بهره در سیستم‌های دیگر مشکل‌آفرین نیست. ولی وقتی ما حق را در نگاه فقهی و دینی معنا می‌کنیم به نحو دیگری این ناهمگونی در انطباق عقود و مفاهیم به وجود می‌آید.
- ۷- دیدگاه وکالت مشروط با این نقد مواجه شد که باید دید آیا این وکالت ظرفیت این عقد را دارد یا نه. اگر هر عقدی بیشتر از ظرفیت خودش بخواهد تحمل کند، مفهوم عقد کلاً تغییر پیدا خواهد کرد.
- ۸- راه حل پایانی، حل مسئله از طریق بیع سلف و بیع نقدی بود که می‌توانست انتظارات سهامدار، خریدار و کارگزار را فراهم کند و مشکلات کمتری داشت.

والسلام علیکم ورحمة... و برکاته