

تصحیح فروش استقراضی از طریق عقد و کالت مشروط

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سلسله نشست‌های تخصصی ابزارهای جدید مالی

معاملات استقراضی "Short Selling"

موضوع جلسه:

تصحیح فروش استقراضی از طریق عقد وکالت مشروط

آذر ماه ۱۳۸۶

این نشست در روز پنج شنبه مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۵ با حضور حجج اسلام حسن آقا نظری، غلامعلی معصومی‌نیا، محمد قائینی، عبدالمطلب احمدزاده، سید ضیاء الدین کیا‌الحسینی و دکتر علی صالح آبادی برگزار شد.

دبیر نشست: حجت الاسلام سید ضیاءالدین کیا‌الحسینی

تهیه و تنظیم: مرکز مطالعات اقتصادی دانشگاه مفید

طرح روی جلد: محمد عامری

تایپ و ویرایش: آقابابائی

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

E.mail: Ecenter@mofidu.ac.ir

www.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 بالاحص 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 استقراضی" (Short Selling) می‌باشد که در طی چند جلسه ابعاد فنی و فقهی آن مورد بررسی و مذاقه قرار می‌گیرد. چهارمین جلسه آن با موضوع "تصحیح فروش استقراضی از طریق عقد وکالت مشروط" در تاریخ ۸۶/۹/۱۵ برگزار گردید. در این نشست حجت الاسلام احمدزاده به تبیین ابعاد و ویژگی‌های فقهی و حقوقی این عقد پرداخته و سپس حجج اسلام آقایان قائینی، معصومی‌نیا، نظری و آقای صالح‌آبادی به بررسی دیگر ابعاد 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

مجت الاسلام کباءالمسینی

این جلسه، آخرین جلسه بحث راجع short selling یا به اصطلاح فروش استقراضی است. در short selling فردی بر اساس اطلاعاتی که ممکن است راجع به کاهش قیمت سهام در آینده در اختیار داشته باشد، اوراقی را از افراد بازار سهام قرض می‌کند و به قیمت رایج مثلا هزار تومان می‌فروشد و به امید این که در شش ماه آینده قیمت این سهام به هشتصد تومان کاهش خواهد یافت، متعهد می‌شود این اوراق سهام را موقع مطالبه از بازار خریداری و به همراه سود اسمی سهام به مالک اولیه برگرداند. هم چنین وقتی این سهام را در بازار فروخت، پول آن را در بانک سرمایه گذاری کرده و مقداری هم مالک اولیه را در سود آن شریک می‌کند.

حال سؤال این است که این معاملات چندگانه از نظر شرع درست است یا نه؟ تا حال این بحث مطرح شد که اصل معاملات فوق به دلایل متفاوت باطل است. جناب آقای موسویان در جلسه قبل دو معامله نقد و نسیه را در این جا پیشنهاد کردند و در این جلسه جناب آقای احمدزاده می‌خواهند از طریق وکالت مشروط آن را تقریر کنند. در طرح پیشنهادی حدود هشت راه حل ارائه شده است که فقط یک مورد آن اشکال دارد. حال از جناب آقای احمدزاده می‌خواهیم که بحث خود را شروع کنند.

مجت الاسلام امدزاده

بنا است در این جا مباحث از جهت فقهی مطرح شود و اگر من به مواد قانون مدنی می‌پردازم از این جهت است که این قانون در سال ۱۳۰۳ بر اساس فقه امامیه تدوین شده است و بسیاری از مواد آن مطابق با فتوای مشهور فقهاست. اگر هم اختلافی دیده می‌شود ممکن است نظری خاص باشد. در کتب حقوقی هم به جای استناد به فتاوا یا متون فقهی به مواد قانون استناد می‌کنند که در حقیقت همان استناد به مشهور فقهاست و از این جهت مشکلی هم نیست. بنابراین در طول بحث استناد به مواد قانونی منافاتی با فقهی بودن بحث ندارد.

انسان برای تنظیم روابط حقوقی خودش با دیگران نیازمند نهادها و تاسیسات حقوقی است. از دیرباز این نهادهای حقوقی تحت عنوان «عقود معین» مشخص و از آنها در فقه مفصل بحث شده است. قداما معتقد بودند که هر عملی علی القاعده باید در این قالب ها انجام شود و الان هم ما درصدد نقد و بررسی این نظریه نیستیم. بعداً متاخرین دریافتند که از طریق دیگری نیز انسان می‌تواند روابط حقوقی خودش را با دیگران تنظیم کند که چیزی به نام «عقود نامعین» یا قراردادهای به تعبیر بعضی از حقوق دانان مطرح شد و مستندش هم همان «اوفوا بالعقود» در دیگر ادله عام است. البته این به این معنا نیست که اساساً دیگر قالب های عقود معین کارایی ندارد. بلکه لازم است در قراردادهای

نامعین، افراد همه خواستها و شرایط خود را که خلاف صریح قواعد شرعی و قوانین و مقررات نیست، بیان کنند در حالی که اگر افراد بتوانند از طریق عقود معین به تصحیح اعمال حقوقی نوپیدا بپردازند، لازم نیست همه آن چه را در نظر دارند در آن عمل حقوقی معین بگنجانند، زیرا شارع و قانون گذار برای تسریع امر در این جا تعدادی قواعد تکمیلی در نظر گرفته است که در صورت عدم تصریح، آن قواعد جاری می‌شوند.

ما در قانون موارد متعددی داریم که در این جا دو مورد را مثال می‌زنم: یکی این که در بیع اگر کسی به نقد یا نسیه بودن تصریح نکند، طبق ماده ۳۴۴ قانون مدنی بر نقد بودن حمل می‌شود یا در جایی که وکالتی به دیگری داده می‌شود اگر بیان نکنند که این وکالت با اجرت است یا بدون اجرت، بر اساس ماده ۶۷۷ قانون مدنی بر با اجرت بودن حمل می‌گردد و همه این‌ها پشتوانه فقهی دارد.

بنابراین در صورت استفاده از عقود معین لازم نیست همه موارد را در قرارداد بگنجانیم. اما به این نکته هم باید توجه داشته باشیم که در اعمال حقوقی نوپیدا، قالب‌های عقود معین به تنهایی کفایت نمی‌کند و ما باید در کنار این‌ها دنبال نهاد حقوقی دیگری هم برویم؛ البته نه به صورت دو چیز مجزا. در حقیقت از شرع هم که یک نهاد حقوقی است باید استفاده کرد و باید اذعان داشت صرف استفاده از اعمال حقوقی معین نمی‌تواند صحت اعمال حقوقی نوپیدا به دنبال داشته باشد. به بیان دیگر، باید سراغ نیروی کارآمدی رفت که در کنار اعمال حقوقی معین بتواند امور جدید را توجیه کند. نهاد شرع، نهادی کارآمد است که نه تنها پیشینیان که پسینیان از آن استفاده‌ها برده‌اند لذا من در بحث خودم ترکیبی از یکی از عقود معین را تحت عنوان «وکالت مشروط» طرح می‌کنم.

ابتدا لازم می‌دانم این نکته را یادآور شوم که در این جا به تحلیل مباحث فقهی - حقوقی مربوط به فروش استقراضی پرداخته می‌شود نه به تحلیل انگیزه‌های افراد درگیر در این ابزار مالی. بنابراین گاه شیوه‌های پیشنهادی برای تصحیح امور نوپیدا می‌تواند انگیزه‌های افراد درگیر را تامین کند و گاه نمی‌تواند. به بیان دیگر، فقیهان و حقوق دانان به دنبال تامین انگیزه افراد نیستند، زیرا انگیزه و داعی در صحت اعمال حقوقی به جز در موارد بسیار خاص، دخالتی ندارد. از این رو اقتصاددانان هم باید قالب‌های صحیح را گرفته و هر کدام را که بهتر می‌تواند انگیزه‌ها را تامین کند، انتخاب نمایند. لذا در بحث من به انگیزه و سودآوری اقتصادی نظری ندارم. باید به بحث از راه‌هایی که هست بپردازم. چنان که نمونه‌های زیادی هم دارد؛ مثلاً اگر من به مکانی برای سکونت نیاز دارم می‌توانم آن را بخرم یا جایی را اجاره کنم و هر دو می‌تواند نظر مرا تامین نکند، اما کلامش اقتصادی است دیگر ربطی به فقیه یا حقوق دان ندارد. در این جا هم اقتصاددانان باید بیان کنند که کدام راه سودآور است و اگر بعضی موارد آن سود را تأمین نکند به این معنا نیست که آن راه از نظر فقهی و حقوقی اشکال دارد؛ در حقیقت آن راه نمی‌تواند انگیزه را تامین کند.

من بحث خود را در چهار محور مطرح می‌کنم:

محور اول موضوع شناسی است. در این قسمت خلاصه‌ای از صحبت‌های جلسات گذشته را راجع به انگیزه فروش استقراضی بیان می‌کنم. در فروش استقراضی: ۱- فروشنده، مالک سهام قرض گرفته شده نیست و مالکیت برای قرض گیرنده هم چنان باقی است؛ ۲- مالک سهام می‌تواند هر زمان که بخواهد سهام خود را مطالبه کند و قرض کننده نیز می‌تواند هر وقت بخواهد سهام را تهیه کرده و به صاحب سهام برگرداند؛ ۳- وجه حاصل از فروش سهام در حسابی سپرده گذاری می‌شود که بخشی از سود آن به قرض دهنده داده می‌شود و این کار به جهت تضمین سهام برای قرض دهنده است؛ ۴- قرض کننده متعهد است معادل سود سهام را در دوره قرض به صاحب حساب بپردازد. من هم بر همین اساس وکالت مشروط را بیان می‌کنم.

محور دوم در ارتباط با عقد وکالت است. چون بحث ما وکالت مشروط است ما باید هم در درباره وکالت صحبت کنیم و هم در مورد شرط. ابتدا باید دید اساساً خود وکالت چیست؟ در فقه می‌گویند وکالت نیابت دادن در تصرفات است. وقتی من به شما وکالت می‌دهم که خانه من را بفروشی، طبیعتاً باید شما در این خانه بتوانید تصرف کنید. البته این تصرف، در وکالت برای فروش، تصرف حقوقی است و اگر وکالت برای قرض باشد، تصرف مادی هم خواهد بود. حال این که وکالت صرفاً نیابت دادن در تصرفات حقوقی است یا مادی، خیلی به کار ما نمی‌آید. همه معتقدند دست کم نسبت به تصرفات حقوقی مثل خرید و فروش و اجاره می‌شود نیابت داد. در این جا وکالت که یکی از عقود معین است، نیاز به ایجاب و قبول دارد و همه این موارد هم در بحث فروش استقراضی هست. وکالت، همانند هر عقد دیگر شرایطی دارد که مفصلاً نمی‌خواهیم بحث کنیم. تنجیز یکی از این شرایط است. تنجیز در برابر تعلیق به کار می‌رود لذا وکالت مشروط هم یک عقد منجز است نه این که عقد غیرمنجز باشد. اگر شرطی در ضمن هر عقدی از جمله وکالت گنجانده شود، در این جا آن اشکال را پیش نمی‌آورد که این عقد غیر منجز و در نتیجه از نظر فقها عقد معلق باطل است. اساساً در این جا، تنجیز در برابر تعلیق است، نه این که مشروط در برابر تنجیز باشد. لذا از این جهت ما مشکلی نخواهیم داشت. هم چنین وکالت یک عقد جایز است. این هم در بحث ما دخالت دارد.

محور سوم که در بحث های بعدی به کار می‌آید این است که مقتضای عقد وکالت مجانی بودن است یا غیر مجانی بودن؟ در این جا آرا مختلف‌اند. بعضی معتقدند چنان که قانون مدنی هم مطرح کرده، غیر مجانی بودن جزء ذات عقد وکالت است، در حالی که این درست نیست. از آن طرف هم نمی‌شود گفت که مجانی بودن جزء ذات عقد وکالت است. در این صورت هم این سوال مطرح

می‌شود که پول را در مقابل چه چیزی می‌توان داد؟ لذا مشهور فقها هم معتقدند که اساساً بحث اجرت یا عدم اجرت، ربطی به مقتضای ذات عقد و کالت ندارد. و کالت ممکن است مجانی باشد یا غیر مجانی. می‌توان گفت چنان که در قانون مدنی هم هست، اگر و کالت به صورت مطلق بیان شد بر اجرت دار بودن حمل می‌شود و حمل بر با اجرت بودن، نه دلالتی دارد بر این که مقتضای ذات عقد و کالت با اجرت بودن است و نه دلالتی دارد بر این که مقتضای آن بدون اجرت بودن است.

سوال: آیا می‌توانیم آن را به عرف موکول کنیم؟

موکول کردن آن به عرف هم خیلی روشن نیست. مثل بیع نقد و نسیه یا تحویل مبیع نیست تا بگوییم اگر تصریح نشد در همان مکان عقد به صورت نقد باید تحویل شود. در این جا قانون‌گذار این قاعده را به صورت تکمیلی وضع کرده و به خلاف آن هم می‌توان تصریح کرد. محور چهارم و بحث مهم، شرایطی است که در ضمن عقد و کالت می‌خواهد بیان شود. چنان که مستحضرید شرط یک عمل حقوقی با عقود اصلی این تفاوت را دارد که شرط یک عمل حقوقی وابسته و تبعی است. ما اساساً در این جا کار به شروط ابتدایی نداریم؛ بحث ما در رابطه با شروط ضمن عقد است. شیخ بعد از پایان بحث خیارها نه شرط را برای صحت شرطی که می‌خواهد ضمن عقد قرار بگیرد بیان می‌کند. مقصود ما هم در این جا از شرط، این شرط است که می‌شود یک عمل حقوقی تبعی و در حقیقت به تبع آن عقد اصلی است. برای عقود اصلی مثل بیع، اجاره، و کالت یا هر عقد دیگری، شرایطی برای صحت شرط لازم است که قانون مدنی هم در ماده ۱۹۰ آن را تحت عنوان قواعد عمومی قرارداده مطرح کرده است. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرط یک عمل حقوقی که تبعی و غیر مستقل است باید آن شرایط صحت را هم داشته باشد یا نه؟ به طور مثال، اگر می‌گوییم یکی از شرایط صحت عقد تنجیز است و تعلیق موجب بطلان است، حال اگر شرط در ضمن عقد خودش معلق بود نه این که عقد معلق باشد، آیا چنین چیزی موجب بطلان شرط می‌شود یا نه؟

در این جا به این که این بطلان به عقد هم سرایت می‌کند یا نه کار نداریم. در این جا اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری معتقدند که آن شرایط اساسی که برای عقود اصلی هست، در مورد شرط جاری نیست، لذا حقوق دانان در بحث از قانون مدنی می‌گویند قانون‌گذار یک سری شرایط را در صحت عمومی قرارداد بیان کرده ولی در ارتباط با شرط نیاورده است و در این جا ما الزامی به آن شرایط نداریم. برای مثال، جهل به شرط موجب بطلان خود شرط است اما این که آیا این جهل به عقد اصلی سرایت می‌کند یا نه، بحث دیگری است که بعداً به آن می‌پردازیم. در این جا، برخی مثل مرحوم سبزواری معتقدند که اگر ما در مطلق التزامات قائل به لزوم علم تفصیلی باشیم، چنین مطلبی را می‌پذیریم اما الان معلوم نیست و این اول کلام است که در مطلق التزامات جهل مضر و موجب بطلان است یا نه.

در میان شرایطی که برای صحت شرط بیان شده است دو مورد به بحث ما مربوط می‌شود و منشا اشکال است که توضیح می‌دهم. یکی از آن‌ها این است که شرط مجهول نباشد و دیگر این که شرط نباید غرری باشد. الان نمی‌خواهم از آن اصطلاحات دقیق فقهی بحث کنم که این به صورت مانع است یا شرط. خلاصه کلام این است که آیا لازم است که شرط مجهول نباشد و در آن علم تفصیلی لازم است؟ از طرف دیگر آیا غرر مانع صحت شرط است یا نه؟ من این دو را بحث می‌کنم، چون احساس می‌کنم که این دو مورد ممکن است بحث ما را دچار اشکال کند.

در مورد مجهول بودن، این نکته قابل ذکر است که قانون‌گذار در قانون مدنی شروط را به باطل و مبطل تقسیم می‌کند و در شرط مبطل، سرایت جهل به یکی از عوضین را بیان می‌کند. پس در این جا باید ملاحظه شود که آیا جهل به شرط، سرایت می‌کند یا نه؟ البته گفتیم که وکالت ممکن است به صورت یک عقد معاوضی و با اجرت باشد و در صورت عقد معاوضی بودن این بحث پیش می‌آید. ولی چون ما معتقدیم که اساساً وکالت یکی از عقود معاوضی نیست، تنها این مطلب پیش می‌آید که آیا این شرطی که در این جا گنجانده شده است، باطل است یا نه؟ اما این که جهالت سرایت می‌کند و عقد را باطل می‌کند، اساساً در این جا مطرح نمی‌شود، چون وقتی ما گفتیم عقد وکالت از عقود معاوضی نیست، طبیعتاً عوضی وجود ندارد که جهل از آن به عقد سرایت کند. تنها این بحث است که بگوییم این شرط باطل است یا نه؟ البته اگر گفتیم این شرط باطل است، عقد وکالت را باطل نمی‌کند، نهایتاً باید دنبال ضمانت اجرا برویم. ولی با توجه به آن نکته‌ای که عرض کردم که برخی فقیهان معتقدند که دلیل عدم لزوم جهالت در مطلق التزامات معتبر نیست، می‌توانیم بگوییم اگر شرط مجهول هم باشد باز این شرط باطل نیست. بنابراین در این جاها اگر ما قائل به بطلان شرط مجهول شویم، باز راهی برای تصحیح وجود دارد.

من بنا دارم تا آن جا که می‌توانم همه مبانی بحث را مطرح کنم. ممکن است بر اساس برخی مبانی ما به نتیجه نرسیم ولی مشخص می‌شود که اگر ما این مبنا را انتخاب کردیم به چه نتیجه‌ای خواهیم رسید. حالا اگر گفتیم اساساً در تمامی التزامات جهل نباید وجود داشته باشد، آیا آن‌جا هم راهی داریم یا نه. در این جا به این نتیجه می‌رسیم که شرط باید معلوم باشد اما آیا معلوم بودن، ملازمه دارد با معلوم به تفصیل یا این که معلوم به اجمال هم کفایت می‌کند؟ در عقود اصلی مثلاً بیع، وقتی می‌گوییم ثمن باید معین باشد آیا معین بودن به این معناست که از همه جهات باید معین باشد یا این که می‌توانیم مقداری گسترده تر فکر کنیم و مفهوم معین یا معلوم بودن را توسعه دهیم و برسیم به جایی که هرچه جهل مطلق را برطرف کند، می‌تواند ما را به علم برساند. به بیان دیگر، لزومی ندارد ما به معلوم به تفصیل برسیم و مشخصاتی را معلوم کنیم، همین که مکانیسمی برای رفع جهل مطلق

داشته باشیم، کافی است. در فروش استقراضی هم ما می‌توانیم با مکانیسم‌هایی چنان که تعیین کرده‌اند، جهل خودمان را تا اندازه لازم برطرف کنیم. از این رو اگر هم معتقد شویم شرط مجهول باطل است، باز می‌توانیم از طریق مکانیسم خاصی جهل خودمان را برطرف کنیم. بنابراین به رغم اشکالاتی که از ناحیه جهل به شرط هست، در این جا همین که این مکانیسم می‌تواند ما را به نوعی به علم برساند، کافی است.

بحث دیگر این است که آیا باید شرط غرری هم نباشد؟ در این جا دو بحث وجود دارد: یکی موضوعی و دیگری حکمی است. از جهت موضوعی اگر ما غرر را جهل بدانیم، دقیقاً همان مباحث جهل در این جا هم پیش می‌آید. اما اگر بگوییم که این غرر به معنای جهل نیست بلکه همان ریسک یا خطر است، عنوان مستقلی می‌شود در کنار جهل. برخی از حقوق‌دانان و فقها می‌گویند می‌توان موردی را تصور کرد که جهل نباشد ولی غرر باشد، این دو با هم منافاتی ندارند و غرر اساساً یک عنوان مستقل در کنار جهل است. اگر این بحث پیش بیاید، به نظر می‌رسد از جهت موضوعی آن طوری که در باب شرط گفتیم، می‌توانیم با طراح مکانیسم‌هایی رفع غرر هم بکنیم و از جهت موضوعی مشکل حل می‌شود. اما از جهت حکمی، بطلان معامله غرری می‌تواند به چند امر مستند باشد: یکی «نهی النبی عن الغرر» که ما از بیع القای خصوصیات بکنیم و آن را تسری بدهیم. مورد دیگر، تمسک به سیره عقلاست. مورد اول مبتنی بر این است که ما هم سنداً و دلالتاً مطلب را تمام کنیم و از نظر سیره عقلا، این جور نیست که عقلاً رفع غرر را با مکانیسم قبول نداشته باشند. اگر مکانیسمی وجود داشته باشد عقلاً می‌پذیرند که در این جا هم می‌تواند رفع غرر بشود. حال این بحث‌ها را تطبیق و نهایی‌سازی می‌کنیم تا بعد از نتیجه‌گیری بتوانیم به اشکالاتی که قابل طرح است، بپردازیم.

در مورد بحث ما، دارنده سهام یا قرض دهنده می‌تواند به قرض گیرنده وکالتی مشروط برای فروش سهام خود بدهد و در ضمن این عقد وکالت، شروطی گنجانده می‌شود که همه مقاصد طرفین را برآورده سازد. البته تاکید می‌کنم برای این که جهالت و غرر برطرف شود، حتماً باید تحت مکانیسم بیاید تا با اشکال‌هایی که در جلسات قبل مطرح شد مثل وجود ضرر احتمالی، مواجه نشویم. یکی از ویژگی‌های فروش استقراضی، لزوم بازگرداندن سهام از سوی قرض گیرنده به مالک موقع مطالبه است که این ویژگی با توجه به جایز بودن عقد وکالت، قابل دسترسی است، هر کدام نخواستند می‌توانند عقد وکالت را فسخ کنند و بدین ترتیب این سهام فراخوانی می‌شود. بقیه موارد فروش استقراضی را هم می‌شود از طریق شروط ضمن عقد وکالت، مطرح کرد. از این رو بحث مهم در این جا تعیین آن مکانیسم‌هاست. کسی که می‌خواهد این معامله را انجام دهد با کمک افرادی که دست اندر کار اقتصاد هستند، باید این مکانیسم‌ها را معین کنند؛ به گونه‌ای که نه جهلی از آن پدیدار

شود و نه منجر به غرر شود. این دو نکته اساسی اگر تامین شود، ما می‌توانیم فروش استقراضی را از طریق عقد و کالت مشروط، تأیید کنیم.

در این جا چند اشکال قابل طرح و پاسخگویی است: اولین اشکال، شرط ضمن عقد است که معمولاً این شرط اگر در ضمن عقد لازم باشد، موثر است و معنا ندارد خصوصاً شرط بر هم زدن عقد را ضمن عقد جایز بیاوریم. برخی در این جا مفصلاً بحث کرده و فرموده‌اند که در این جاها هیچ مشکلی ندارد که شما شروط را ضمن یک عقد جایزی هم بیاورید. این تصور نباید بشود که شروط ضمن عقد تنها بر می‌گردد به این که باید عقد لازم باشد. ما می‌خواهیم این شرط را لازم الوفا کنیم نه این که عقد را لازم کنیم. اگر شما ضمن عقد و کالت، شرط عدم فسخ آوردید چنین شرطی لازم الوفا می‌شود؛ نه این که عقد لازم شود. حالا اگر تخلف کرد چه می‌شود، بحث دیگری است. این تصور در بین عامه مردم هست که اگر من ماشینی را خریدم و وکالت بلاعزل گرفتم، دیگر معامله هیچ گاه به هم نمی‌خورد ولی این تصور اشتباه است. کافی است یکی از طرفین فوت کند و فروشنده از خریدار آن را مطالبه کند. اگر ما بخواهیم عقد وکالت را حداقل در زمان حیات لازم الوفا کنیم، باید آن را ضمن یک عقد دیگری مندرج کنیم که البته بی اشکال هم نیست.

بحث دوم این است که مقتضای عقد وکالت، نیابت در تصرف است و اگر ما بخواهیم این شروط را در ضمن عقد وکالت بگنجانیم این مقتضای کم رنگ می‌شود و در عرف به چنین عملی وکالت نمی‌گویند. به نظر می‌رسد این اشکال دو پاسخ دارد: پاسخ اول این است که انعقاد هر عمل حقوقی دایر مدار قصد طرفین است. در بحث ما، طرفین وکالت در فروش می‌دهند حالا در این جاها اگر مطلبی را بیان بکنند که ضمن عقد وکالت مشروط این مکانیسم‌ها تعریف شده باشد، نمی‌شود گفت موجب کم‌رنگ شدن مقتضای عقد می‌شود و نمی‌توان آن را عقد وکالت نامید. در کنار وکالت در فروش می‌توان صد تا شرط دیگر هم آورد. الان در ضمن عقد نکاح شروطی را می‌آورند که البته بعضی‌ها معتقدند برخی از این شروط با مقتضای عقد مخالفت دارد. به هر حال زیاد شدن شرط ضمن عقد موجب نمی‌شود که قصد طرفین تحت تاثیر قرار گیرد. البته معامله صوری از بحث ما خارج است. معامله صوری به واسطه فقدان قصد، مشکل پیدا می‌کند، حتی اگر آن را در قالب عقود نامعین بیاوریم. اگر قصد واقعی نباشد اساس معامله با اشکال مواجه می‌شود. پاسخ دوم این است که مقتضای عقد وکالت، نیابت دادن است و هر شرطی را که شما در باب فروش استقراضی تصور کنید، در تضاد و تناقض با نیابت دادن نیست. بنابراین اساساً نمی‌توان گفت که در این جا گنجاندن این شروط با مقتضای عقد منافات دارد. البته ممکن است بحث غرر یا جهالت را مطرح کنید که ربطی به مقتضای عقد ندارد و در ادامه به آن می‌پردازیم.

اشکال سومی که طرح شده این است که اندراج چنین شروطی موجب جهل است. چنان که در بحث جهل گفتم بر اساس مبانی متفاوت، این اشکال هم قابل رفع است. البته باز این اشکال نیست و مبنایی است؛ یعنی اگر ما قائل شویم که حداقل باید شرط مجهول نباشد، در این صورت اگر عقد وکالت را هم معاوضی ندانیم، صرف جهل موجب بطلان آن شرط است و باز غرض ما را تامین نمی‌کند، مگر این که با مکانیسم خاصی جهل را برطرف می‌کنیم.

اشکال چهارم مربوط به غرر است که باز هم با مکانیسم برطرف می‌شود.

اشکال پنجم، جایز بودن عقد وکالت است که در اشکال اول مقداری راجع به آن توضیح دادم و به نظر می‌رسد یکی از مشکلات اساسی ما در این جا جایز بودن عقد وکالت است؛ مگر این که خود این وکالت ضمن عقد لازم دیگری باشد که باز تنها وکالت چاره ساز ما نیست و باید از یک عقد لازم دیگر هم کمک بگیریم.

اشکال ششم این است که رابطه میان قرض دهنده و قرض گیرنده اقتضا دارد تعهدات ناشی از هر عمل حقوقی متوجه آنها باشد. بحث نسبی بودن قراردادها به تفصیل در فقه و قانون مطرح است و در نتیجه تعهدات نباید به ضرر ثالث باشد. برای مثال اگر من خانه‌ای را به شما بفروشم، شما متعهد پرداخت ثمن خواهید بود نه دیگری. حالا اگر من از طریق عقد وکالت مشروط این فروش استقراضی را تصحیح کردم، به این صورت که قرض گیرنده آن را به دیگری بفروشد و موکل وکالت را فسخ کند، در این صورت آن شخص ثالث ممکن است متضرر شود. به این سؤال به سادگی نمی‌توان پاسخ داد، گرچه راه حل می‌تواند داشته باشد. این راه حل در حقوق تجارت آمده است. اگر ما نتوانیم از طریقی که در فقه روشن و معین است استفاده کنیم، راه کارهای حقوق تجارت خیلی شاید جنبه شرعی نداشته باشد.

در این جا بالاخره ضررهای احتمالی را می‌توانیم تصور کنیم، به این صورت که وکیل تعهداتی را به ضرر ثالث بپذیرد. در این جا می‌توان این اشکال را این گونه پاسخ داد که در چنین مواردی فروشنده یا قرض گیرنده قراردادی تنظیم می‌کند و خریدار هم می‌داند که او مال دیگری را می‌فروشد. و فرض این است که قرض گیرنده مالک سهام نمی‌شود ولی می‌تواند در ضمن معامله دیگری با او شرط کند که اگر ضررهایی ناشی شد، تو باید این ضرر را جبران کنی. در این صورت قابل تصحیح است. اما اگر فروشنده که قرض گیرنده است به او اعلام نکند که مالک سهام نیستم و او بخواهد بخرد، یک سری ضررهای احتمالی را می‌توان تصور کرد که در حقوق تجارت مطرح است. در حقوق تجارت می‌گویند اگر مدیر شرکت معاملاتی را خارج از حیطه مسئولیت و اختیارات خود انجام دهد، این معاملات نسبت به هیات مدیره یا دیگر شرکا می‌تواند معتبر تلقی شود. اتفاقی که می‌افتد این است که که روابط را جداگانه حساب می‌کنند. یک رابطه، معامله خریدار با این

شرکت است که مدیر عامل به نمایندگی از شرکت عمل می‌کند. این رابطه درست است. رابطه دیگر بین مدیر و کسانی است که او را به عنوان مدیر انتخاب کرده‌اند. در این جا در روابط بین مدیر و خریدار هیچ خللی وارد نمی‌شود اما در روابط میان مدیر و خود شرکت، مدیر جبران خسارت کند. در این جا اگر بگویید این معامله نافذ است، نسبت به همه باید نافذ باشد و همه باید به آن احترام بگذارند. اگر درست تحلیل کنیم یک رابطه حقوقی نافذ و رابطه حقوقی دیگر غیر نافذ می‌شود. برای همین می‌گویند خریدار مالک مال می‌شود اما این ضررها را باید مدیر در قبال شرکت جبران کند؛ در حالی که اگر معامله به صورت کامل نافذ باشد، مدیر نباید ضرر کند. اما ما این راه را در فقه نپذیرفته‌ایم.

اشکال هفتم و آخرین اشکال این است که این وکالت با مرگ یا جنون وکیل یا موکل هم منفسخ شود و این به نظر من اساسی‌ترین اشکال است.

نتیجه این که بالاخره از طریق وکالت مشروط می‌توان فروش استقراضی را تصحیح کرد ولی همان گونه که قبلاً من مطرح کردم من معتقدم که این راه گرچه می‌تواند فروش استقراضی را تصحیح کند ولی راه مطمئنی نیست. فسخ شدن وکالت با مرگ یا جنون، اشکال فنی نیست تا این راه درست نباشد؛ راه درست است ولی ایمن و مطمئن برای این کار نیست.

کيا المسئني

انگیزه ما هم این بود که همه بحث های حوزوی و دانشگاهی در این جا مطرح و همه جوانب، دقیق دیده شود. می‌خواهیم روشن شود که این ابزار مالی چه مشکلاتی دارد، چه راه‌هایی برای آن مشکل‌ها وجود دارد و آیا می‌تواند یک ابزار در بازار مالی باشد یا نه؟

مبیت الاسلام نظری

شما در فرمایشاتتان نسبت به شرط در ضمن عقد جایز دغدغه داشتید که آیا این شرط مستحکم است یا نه. در بحث مضاربه از کتاب مستند عروه آمده است شرط در ضمن عقد جایز واجب الوفاست و وجوب تکلیفی دارد نه وضعی. بنابراین شرط چه در ضمن عقد لازم باشد و چه در ضمن عقد جایز، لزوم را با خودش می‌آورد. از این رو اگر شرط در ضمن عقدی آمد «المومنون عند شروطهم» شاملش می‌شود و تفاوتی بین عقد جایز و لازم نیست. بنابراین می‌توان این شرط را مستحکم دانست، منتها بحث دیگر این است که اصلاً بحث قرض نیست، من وکالت می‌دهم و آن طرف هم حق وکالت می‌گیرد. وقتی من به عنوان وکیل شما می‌خواهم سهام را بفروشم، حق وکالتی در این بین دارم. از این طرف هم بحث این نیست که موکل حق وکالتی را بدهد. از جهت اقتصادی می‌خواهیم ببینیم که آیا می‌توانیم با این وکالت مشروط شاهد جریان سرمایه باشیم. فرض

کنید در بازار سهامداری هست و من می‌خواهم با وکالت، درآمدی را کسب کنم. همان طور که اشاره فرمودید موکل ممکن است عقد وکالتش را فسخ کند حال آیا با توجه به این که ماهیت عقد وکالت یک عقد جایزی است، عرضه و تقاضایی که در بازار سهام هست شکل می‌گیرد یا نه؟ این بحث، بحث حقوقی نیست. شما در عالم حقوق هیچ مشکلی ندارید، ولی آیا در عالم اقتصاد هم کارگشا است و کارآیی دارد؟

امدزاده

در حقیقت باید اقتصاد خواننده‌ها این مکانیسم‌ها را طراحی کنند. من می‌خواستم بگویم ما می‌توانیم راهی را پیدا کنیم که آن جهالت موجب بطلان شرط را برطرف کنیم و من معتقدم تعیین مکانیسم می‌تواند رفع جهالت کند.

مجت الاسلام معصومی‌نیا

آقای نظری جهت اقتصادی را مطرح کردند. در این جا باید دید هدف از فروش استقراضی چیست؟ هدف این است که فروشنده از کاهش قیمتی که پیش بینی می‌کند منتفع شود و وقتی یک سهامی را قرض می‌گیرد، در حقیقت ابتکار عمل را در دست می‌گیرد ولی با این وکالت ابتکار عمل در دست او نیست. در وکالت ابتکار عمل در دست موکل است نه وکیل، بنابراین انگیزه‌اش برای ورود به بازار ضعیف می‌شود و این یکی از ضعف‌های اجرایی است. در آن جا قرض دهنده سهام اولاً سود سهامش را می‌برد ثانیاً درصدی از سود فروش هم نصیب او می‌شود ولی در وکالت، فقط باید به چند شرط پایبند باشد. بنابراین الگوی وکالت کارکرد ابزار را خیلی محدود می‌کند و فلسفه ابداع این ابزار را تا حدود زیادی زیر سؤال می‌برد. از این رو راهی که آقای موسویان مطرح کردند یعنی راه نقد و سلف، عوارض کمتری دارد. اگر هم بگویید با وجود شرط استقلال‌اش را حفظ کند، ماهیت قضیه کلاً عوض می‌شود و به ابزار جدیدی تبدیل می‌گردد.

امدزاده

در این جا ابتکار عمل فقط به دست وکیل یا موکل نیست. آن‌ها می‌توانند محدوده آن را تعیین کنند. اما این که می‌فرمایید انگیزه پیدا نمی‌کند، من هیچ کاری به انگیزه ندارم، شما باید مکانیسم را درست تعیین کنید تا انگیزه ایجاد شود. من معتقدم اگر مکانیسم به درستی مشخص شود انگیزه بالاتر می‌رود.

سؤال: از جهت کارکرد اقتصادی دست کم باید همانند فروش استقراضی باشد.

امدزاده

من اقتصاد نخوانده‌ام تا بخواهم کارکردهای اقتصادی را بیان کنم. توصیه‌ام این است که اگر مکانیسم‌ها درست طراحی شود، جهل و غرر در معامله از بین می‌رود.

مصومی‌نیا

توجه به انگیزه هم اهمیت دارد. گاهی دخالت انگیزه عقد را صوری و گاهی واقعی می‌کند و از این جهت باید به انگیزه توجه کنید.

امدزاده

صوری شدن عقد اصلاً ربطی به انگیزه ندارد. در فقه در جایی که قصد واقعی هست انگیزه را مطرح می‌کنند. یکی از مواردی که خواستند قانون مدنی را اصلاح کنند ماده ۲۱۶ یا ۲۱۷ بود که اصلاح آن کار را خراب کرد. در حقیقت قصد هیچ مشکلی ندارد و در تصویر آقای موسویان از ابزارهای مالی هم اگر قصد تحت الشعاع قرار بگیرد، همین اشکال مطرح می‌شود.

مصومی‌نیا

ما در صورتی به قصد کار نداریم که به مقتضای عقد لطمه‌ای وارد نشود و آن را صوری نکنند.

امدزاده

ما دو بحث داریم: شرط خلاف مقتضای عقد و انگیزه. استدلالی که برای باطل بودن و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد می‌کنند این است که می‌گویند که شرط خلاف مقتضای عقد منجر به تناقض می‌شود؛ یعنی من هم این عقد را می‌خواهم و هم نمی‌خواهم. من بیع می‌کنم به شرط این که شما مالک نشوید یعنی تناقض. اگر موقع عقد ملتفت باشم تناقض در ابتدا است و اگر ملتفت نباشم و مرحله انجام برسد، این تناقض در انتها می‌شود. اما صوری بودن بحث دیگری است که باید این‌ها را از هم جدا کرد. قصد صوری اختصاصی به این بحث ندارد. هر جا قصد صوری باشد دچار مشکل می‌شود. الان در بحث‌های بانک داری اسلامی چه کسی بر اساس قصد واقعی عمل می‌کند؟

مصومی‌نیا

اهل سنت این ابزارهای جدید را عمدتاً به این دلیل باطل می‌دانند که عقد صوری است.

امدزاده

این روش غلطی است، چون دست او نیست که بگوید عقد صوری است یا نه. دست من و طرف قرارداد است.

مصومی‌نیا

شما فرمودید اگر شرط باطل باشد، معلوم نیست که مبطل هم باشد، ولی در خصوص متعلق وکالت باید مشروع بودن را ثابت کنید.

امدزاده

متعلق وکالت فروش سهام است که یک عمل حقوقی است و شروطی که ضمن عقد وکالت می‌آید در حقیقت تنظیم کننده روابط بین طرفین است. متعلق وکالت در این جا صرفاً فروش است و ما با این فرض بحث می‌کنیم. اگر شما بخواهید خلاف تصویر کنید، بحث دیگری است.

کفاءالمسینی

در این جا اصلاً قرض نیست. حالا باید ببینیم آن هدفی که در فروش استقراضی حاصل می‌شود آیا با این وکالت هم انجام می‌پذیرد؟ هم می‌خواهیم بازار سرمایه فعال شود و هم این که فروشنده و خریدار یا قرض دهنده و قرض گیرنده، به هدف خودشان که سود است برسند.

امدزاده

برای این کار باید مکانیسم‌ها به درستی طراحی شود.

معصومی‌نیا

شما شرایط صحت را بررسی کردید ولی آیا مخالفت با مقتضای عقد جای بررسی ندارد؟ ممکن است کسی بگوید این شرط با مقتضای عقد وکالت نمی‌سازد.

امدزاده

وکالت یعنی نیابت دادن در تصرف و هر شرطی که شما بگنجانید با این مقتضای عقد مخالف نخواهد بود.

معصومی‌نیا

در این جا سود نصیب چه کسی می‌شود؟

امدزاده

حتی اگر سود گیر خود وکیل هم بیاید، ایرادی ندارد.

معصومی‌نیا

وکیل حق وکالت را می‌گیرد ولی منافع فروش سهام باید گیر موکل بیاید.

امدزاده

مقتضای عقد وکالت فقط نیابت در تصرف است، اما این که سود به کی برسد و با اجرت یا بی اجرت بودن، جزء مقتضای ذات عقد نیست و ما در این جا شرط می‌کنیم که اجرتی نباشد.

سؤال: از یک طرف شرط می‌کنیم که مجانی باشد و از طرف دیگر می‌گوییم در سود حاصل هم سهیم باشد؟

امدزاده

هیچ مشکلی ندارد. این که شما می‌فرمایید نوعاً موجب قصد صوری شود، این بحث موضوعی است؛ در حالی که بحث ما حکمی است.

کیاءالمسینی

در فروش استقراضی شما ورق را از من قرض می گیرید، در بازار می فروشید و پول آن را در بانک می گذارید. همچنین هر موقع من خواستم شما موظفید آن اوراق را به هر قیمتی که شده به من برگردانید. حال آیا با وکالت می توان به همه این جنبه ها پرداخت؟ شما فقط از من وکالت می گیرید که این اوراق را بفروشید، ولی بقیه کارها مثل مشارکت در سود و سود اسمی اوراق چه می شود؟

معصومی نیا

بحث من ناتمام ماند. اگر آن شرط فی نفسه جایز باشد و با وکالت منافاتی نداشته باشد، دیگر نیازی به شرط نداریم. مثلاً شرط می کنیم سود ناشی از فروش گیر خود وکیل بیاید. اگر این شرط جایز باشد، از راه خود فروش هم اشکالی ندارد و اگر شرط اشکال داشته باشد، از وکالت هم نمی توانیم استفاده کنیم.

امدزاده

برای مثال من به شما وکالت می دهم که سهام من را بفروشید و شما مال موکل خود را می فروشید. در فروش استقراضی هم، شخص مال خودش را که نمی فروشد؛ فرض این است که قرض دهنده مالک است در نتیجه ثمن هم مال اوست نه فروشنده. ولی ما می خواهیم کاری کنیم که فروشنده هم از این سود منتفع شود یا کاری کنیم که این ثمنی که از فروش سهام حاصل می شود دوباره به جریان بیفتند. این ها همه بر می گردد به شرایط؛ یعنی تمام مقاصدی که در آن فروش استقراضی هست شما می توانید به صورت شرط بیاورید. عقد نامه های ازدواج الان دقیقاً همین گونه است؛ در حالی که خیلی از شروط اصلاً ربطی به نکاح ندارد. این که اموال شوهر در زمان زوجیت در صورتی که طلاق به درخواست زن نباشد نصف می شود، چه ربطی به عقد نکاح دارد؟! بنابراین مقاصد فروش استقراضی را شما می توانید ضمن عقد بیاورید. نمونه دیگر بحث تایم شرینگ است که از جهت فنی اشکال ندارد. می خواهم عرض کنم شما در هر معامله ای چه عقد لازم و چه جایز، می توانید شروطی را ضمن عقد بیاورید ولی باید شرایط صحت را داشته باشد؛ مثلاً موجب جهالت یا غرر نگردد. اشکال جهالت و غرر را با توجه به مکانیسم می توان رفع کرد ولی ممکن است اشکال تعلیق پیدا شود. چنان که بعضی ها در شرط ضمن عقد نکاح، اشکال تعلیق نسبت به شرط مطرح کرده اند. یعنی آیا باید شرط منجز باشد یا لازم نیست؟ ممکن است معلق بودن شرط را باطل کند.

کباء المسینی

یکی از شروط این است که موقع مطالبه ورقها را از بازار بخرد و در بیع می‌گوییم ثمن باید در دست رس باشد. حال آیا در بازار اوراق سهام همیشه هست که این وکالت را بگیرد یا این که ممکن است در بازار سرمایه پیدا نشود؟

دکتر صالح آبادی

ما دو بازار داریم: یکی بازار عادی یا **normal market** است که سهام در آن پیدا می‌شود. اما اگر پیدا نشد سراغ بازار جایگزینی به نام بازار **buy in** می‌رویم که در واقع بازار خرید جبرانی است. بازار خرید جبرانی، محدودیت‌های بازار عادی را ندارد. مثلاً در مورد بازار عادی بورس می‌گوییم در روز یک سهم ممکن است دو درصد ترقی یا تنزل داشته باشد و این موقعی است که بازار با ثبات باشد و نوسانات شدیدی نداشته باشیم. ولی اگر هیچ کس فروشنده نبود، در بازار جبرانی دامنه نوسان برداشته می‌شود و ممکن است قیمت یکدفعه پنجاه درصد افزایش یابد. در این جا وکیل برای آن که خواست موکلش را تامین کند، آن را می‌خرد. پس همیشه امکان خرید هست.

سؤال: آیین می‌توان قرض تولیدی را هم مطرح کرد؟ برای مثال کارخانه داری به پول نیاز دارد. من به جای این که قرض بدهم، ضمن وکالت شرط می‌کنم که اصل این مبلغ را به علاوه یک مبلغ اضافه به من بدهد. آیا شما با وکالت این را هم تجویز می‌کنید یا نه؟

امدزاده

این یک مورد خاص است. در حقیقت یک طرف قضیه به تلقی شما بر می‌گردد. اگر شما مصر باشید که از هر راهی به این ربا بررسی حرام است، این کار را هم نمی‌شود کرد. بعضی‌ها معتقدند اگر هم قصد معامله خاص کنید به ربا منجر می‌شود. برای مثال اگر من جنسی را از شما نسیه بخرم و دوباره به شما نقد بفروشم، درست است یا نه؟ می‌توانید مطلق بگویید درست است، ولی بعضی‌ها آن را نمی‌پذیرند.

سؤال: در وکالت هرگاه من بخواهم، وکیل باید پول را به من برگرداند، منتها شرط می‌کنم که سود آن را هم به من برگرداند. این دو چه فرقی با هم دارند؟

امدزاده

این مورد شبهه ربا را دارد. مثل این که بگویم خانام را بفروش و ده درصد از سودش را به من بده.

سؤال: در وکالت در فروش سهام، اگر وکیل این کار را دو هفته بعد انجام داده سود سهام مال کیست؟ در این جا سود سهام با خود سهام چه فرقی دارد؟

اهم‌دزاده

وقتی پول مطرح شد، بحث عوض می‌شود؛ مگر این که بگویید سهام با پول هیچ فرقی نمی‌کند. ممکن است شما بحث مکیل و موزون را مطرح کنید و بگویید من ده سهام به شما می‌دهم تا در مقابلش یازده تا بگیرم.

سؤال: در این صورت چه اشکالی دارد؟

اهم‌دزاده

این مربوط است به ماهیت سهام. ماهیت سهام اگر منجر به ربا شود، ربطی به راه حل ما ندارد. شما ماهیت سهام را دست کاری می‌کنید؛ در حالی که ماهیت سهام باید ثابت باشد. سؤال: من ملزم هستم در Short Selling عین سهام و سودش را برگردانم.

اهم‌دزاده

من همین سؤال را از شما می‌پرسم: اگر من ده تا سهام به شما بدهم تا یازده تا بگیرم، معامله درست است یا نه؟

سؤال: اگر سهام عین هم باشند درست است و گرنه ربا می‌شود. در بحث Short Selling شما وکالت در فروش می‌دهید و شرط می‌کنید که عین همین سهام را هر وقت که خواستم به علاوه ده درصد سود آن برگرداند.

کیا، المسینی

مراحلی که ایشان تقریر کردند، تفاوت عمده‌ای که با فروش استقراضی دارد. مشکل این جاست که ما می‌گوییم در فروش استقراضی قرض گیرنده مالک می‌شود؛ ولی در وکالت در فروش، تمام اموال در مالکیت همان فرد اولی باقی می‌ماند.

سؤال: در این جا یک سود از فروش به دست می‌آورد و یک سود از خود سهام. طبق شرط، سود سهام را باید برگرداند و در واقع مشارکت می‌کند در آن سودی که از فروش به دست می‌آید. این در شرایطی که ذکر کردید هست.

اهم‌دزاده

من این شرایط را برای short selling بیان کردم. آیا این شرایط با وکالت مشروط قابل برآورده شدن است؟

سؤال: با حفظ همان شرایط، باید اصل و سودش را برگردانید.

امدزاده

اگر بحث ربا را گسترده نکنید در معدود من چهار اسکناس به شما می‌دهم تا پنج اسکناس بگیرم و فرض این است که قصد بیع هست. ولی مطلب شما خارج از بحث است.

سؤال: اگر برای تلفن زدن سکه ده تومانی را به ۵۰ تومان بخرم، هم معدود است و هم غرض عقلایی وجود دارد. آیا در این جا بیع معدود اشکال دارد؟

مصومی‌نیا

در این مورد یکی از مراجع می‌فرمایند تلقی عرف از این قرض است نه بیع.

امدزاده

من کاری ندارم به تلقی عرف. من می‌خواهم قراردادی با شما منعقد بکنم که در عرف نیست و می‌خواهم بدانم «اوفوا العقود» شامل آن می‌شود یا نه. فرض این است که قواعد عمومی قراردادها و شرایط صحت همگی موجود باشد. بحث ربا که مطرح فرمودید، اگر هم قائل به گستردگی دامنه ربا باشیم من در این جا وکالت در فروش می‌دهم و هیچ مشکلی ندارد.

سؤال: در وکالت آیا می‌توانید شرط کنید که اصل و فرع را به وکیل برگردانید؟ آیا می‌توان گفت در عین حال که سهام را فروخته‌اید باید سودش را به من برگردانید؟

امدزاده

اگر گستردگی بحث ربا را بپذیریم، هیچ اشکالی ندارد.

کیاء‌المسینی

آیا می‌شود به جای وکالت در فروش، در مضاربه و سرمایه‌گذاری وکالت بدهد تا بحث سود و امثال آن حذف شود؟

سؤال: این‌ها تضمینی هستند.

امدزاده

مگر در مضاربه سود تضمینی نداریم؟

مصومی‌نیا

یعنی در مضاربه وکالت بدهد و شرط کند که اصل سرمایه را برگرداند؟

کیاء‌المسینی

برای مثال آقای احمدزاده، اوراق سهام را می‌گیرد و در بازار می‌فروشد و دنبال سرمایه‌گذاری می‌رود. سود انتظاری او می‌شود مال خودش ولی قیمت خود سهام به من تعلق دارد. آیا ایشان می‌تواند تضمین کند که اصل سهام را به من برگرداند و بقیه مال خودش باشد؟

سؤال: او باید سهام را عندالمطالبه برگرداند.

کیا المسینی

علاوه بر سهام، سودش را هم باید برگرداند؛ یعنی سود ناشی از سرمایه گذاری را .

معصومی نیا

در short selling فرض این بود که قرض دهنده ریسک گریز و قرض گیرنده ریسک پذیر است. چون به پیش بینی خودش اطمینان دارد، فروش استقراضی می کند. حالا در قالب عقد و کالت شما ریسک را می خواهید به چه کسی منتقل کنید؟ ریسک گریز که آن را نمی پذیرد!

کیا المسینی

یعنی می خواهید بگویید که وکالت نمی دهد.

معصومی نیا

بله، سهام در ملکیت موکل باقی است. وکیل فقط نیابت در تصرف دارد، با این حال اگر پیش بینی اش غلط در بیاید باید سهام گران را بخرد و به او تحویل دهد.
سؤال: در این جا موکل ضرر نمی کند.

معصومی نیا

فرض این است که وکیل نیابت در تصرف دارد و مالی از ملک او منتقل نشده است.

کیا المسینی

از نظر ایشان، خارج از عقد و کالت چنین چیزی مقرر شده است.

معصومی نیا

ما چه شرطی می گذاریم؟! اگر گفت اصل سرمایه را به شما بر می گردانم، دیگر وکیل نیست. وکیل فقط نیابت در تصرف دارد و مالک سهام نمی شود.

کیا المسینی

شرط می کند که سهام را بخرد و به او برگرداند. گرفتن، فروختن، سرمایه گذاری کردن، توزیع سهم و مجدداً خرید اوراق همه باید شرط شود و معین گردد.

معصومی نیا

این با ماهیت و کالت منافات دارد.

اهمذزاده

کم رنگ می کند ولی منافات ندارد.

کیا المسینی

برای همین پیشنهاد دادم در مضاربه و کالت بدهد.

معصومی‌نیا

در وکالت، وکیل نایب در تصرف است و خودش استقلال ندارد و این با ماهیت بحث ما منافات دارد.

کیاء‌المسینی

در بحث short selling، بحث منحصر می‌شود در اوراق سهام. اگر قیمت کالای تولیدی به هر دلیلی بالا برود، سرمایه موجود افزایش قیمت پیدا می‌کند و قیمت برگ سهام هم بالا می‌رود.

سؤال: به هر حال نکته قوتی که بحث وکالت دارد این است که در فروش استقراضی سود به قرض دهنده تعلق می‌گیرد، در صورتی که ما در قرض می‌گوییم که سود باید به کسی که قرض گرفته تعلق بگیرد. این اشکالی بود که موجب می‌شود اسم قرض را به طور کامل بر Short Selling منطبق ندانیم اما در وکالت این اشکال دیگر وارد نیست. این نقطه قوتش است. با این حال آن ریسک یا خطر را باید رفع کنیم. اگر بنا باشد ریسک را رفع کنیم، همه اوراق بازار است دارای ریسک و خطرند. این را چگونه توجیه می‌کنید.

امدزاده

مسلم است که انسان در هر معامله‌ای با ریسکی مواجه می‌شود اما آن غرری را بحث می‌کنیم که در معاملات مضر است. در «نهی النبی عن بیع الغرر یا نهی نبی عن الضرر»، آیا غرر مرادف است با جهل؟ اگر مرادف بگیریم آن بحث‌ها مطرح می‌شود و اگر مرادف نگیریم به معنی هر نوع غرر نیست، بلکه غرری است که به انجام معامله، مضر باشد و ما این غرر را می‌توانیم با تعیین مکانیسم از بین ببریم.

سؤال: یعنی بحث این نبود که غرر همان ریسک یا خطر است.

امدزاده

در جهت مفهومی بعضی‌ها معتقدند که غرر همان ریسک و خطر است اما نه هر ریسک و خطری، مثل غبن، شما در غبن نمی‌فرمایید هر غبنی خیارآور است، بلکه خیار در صورت وجود غبن فاحش است.

سؤال: در ریسک یعنی اطمینان نداشتن به آینده. در آینده خیلی اتفاق‌های خوب و بد ممکن است بیفتد ولی غرر شاید نسبت به چیزی باشد که الان وجود دارد و کتمان می‌کنیم. مثلاً آتش گرفتن شرکت را مدیر عامل شرکت عملاً به بورس اعلام نمی‌کند تا قیمت سهمش پایین نیاید.

امدزاده

این در حقیقت تدلیس و پنهان کاری است. در باب غرر مثال‌هایی می‌زنند که نشان می‌دهد غرر مرادف با جهل نیست. حتی ممکن است با وجود علم، غرر هم باشد. می‌گویند اگر شما بدانید در صندوق چهار شیء هست ولی ارزش آن‌ها را ندانید، در این جا علم به موضوع معامله داریم اما دارای ریسک و غرر است. صد تومان می‌دهی اما نمی‌دانی در مقابل آن چه چیزی به دست می‌آوری.

سؤال: یعنی چیزی هست که اعلام نمی‌شود و خریدار سهم نسبت به آن بی اطلاع می‌ماند؟

احمدزاده: بله

معصومی‌نیا

به هر حال باید دید آیا این شروط با مقتضای وکالت مخالف است یا نه. این بحث باقی ماند.

احمدزاده

غیر از شروطی که مخالف با قانون یا شرع‌اند، هیچ شرطی خلاف مقتضای عقد وکالت نیست؛ چون مقتضای عقد وکالت نیابت دادن است.

معصومی‌نیا

شروطی که شما می‌خواهید بگذارید تا آن کارکرد را پیدا کند با این نیابت منافات دارد. طرف نایب نخواهد بود، بلکه با این شروط مستقل در تصرف است و این با مقتضای وکالت منافات دارد. شما اگر این شروط را نگذارید آن کارکرد را ندارد. موکل، ریسک گریز است و وکیل ریسک پذیر و بدون دخل و تصرف در وکالت، این کارکرد را نخواهد داشت.

احمدزاده

در قباله نامه‌های ازدواج آن شروط باعث می‌شود طلاق به دست زن باشد، ولی آنها را باطل نمی‌دانید.
سؤال: وقتی طرف ضرر می‌کند که پیش‌بینی‌اش غلط باشد. در این جا اموالی را به صورت امانی در دست دارد و اگر افراط و تفریط نبود، نباید ضامن باشد.

احمدزاده

اگر همه شرایط باشد، درست می‌شود.

معصومی‌نیا

در عقد ازدواج به دست مرد بودن طلاق، جزء ذات عقد نکاح نست.

کیا،المسینی

ما طی چهار جلسه short selling را بحث کردیم. در جلسه اول آقای سلطانی نژاد موضوع را تصویر کردند و در جلسه دوم خود موضوع بحث شد. در جلسه سوم جناب آقای موسویان از طریق بیع نقد و سلف آن را مطرح کردند و امروز هم جناب آقای احمدزاده به وکالت مشروط پرداختند و خواستند در ضمن وکالت، این معاملات را درست کنند. وکالت در مضاربه و کارکرد اقتصادی به اضافه بحث ریسک هم از مسائلی است که قابلیت پی‌گیری دارد.

والسلام علیکم ورحمة... و برکاته