

بسم الله الرحمن الرحيم

فقه بورس و اوراق بهادار ۱۳

استاد عندلیبی ۹۸/۰۹/۲۷

بحث صغروی: بررسی شرط در قرارداد آتی

بحث در مورد قرارداد آتی بود که رسیدیم به شرط ضمن عقد، بحث کبروی آن تمام شد، رسیدیم به بحث صغروی که عبارت بود از اینکه شرط ضمن عقد در قرارداد آتی که در مصوبه بیان شده است، مرکب از دو چیز است، یکی شرط وجه تضمین و دیگری شرط وکالت کارگزار.

بررسی شرط وجه تضمین

در مصوبه این شرط به این صورت بیان شده است: طرفین به صورت شرط ضمن عقد متعهد می‌شوند مبلغی را به عنوان وجه تضمین طبق ضوابط این دستورالعمل نزد کارگزار یا اتاق پایا پای بگذارند و متناسب با تغییر قیمت آتی، وجه تضمین را تعدیل کنند.

با توجه به ادله وجوب وفای به شرط، قدر متیقن آن شرط ضمن عقد است - اگر نگوئیم که روایات اطلاق دارند و شامل تمام شروط ولو ضمن عقد نباشد، می‌شود - فلذا مشمول این شرط نیز می‌شود. فلذا در نگاه بدوی، این شرط مشمول ادله می‌باشد فلذا واجب الوفاء می‌باشد.

اشکال اول:

وجه تضمینی که شرط شده است مقدار ثابت و مشخصی ندارد و متناسب با تغییر قیمت، وجه تضمین نیز تغییر می‌کند، فلذا شبهه غرری بودن در این شرط وجود دارد؟
به عبارت دیگر: ادله غرر که در بعض روایات آمده است مثل نهی النبی عن الغرر، اطلاق دارد و شامل تمام عقود و بیع‌ها و شروط و... است، پس آن ادله حاکم بر دلیل «المومنون عند شروطهم» می‌شود و نتیجه این می‌شود که شرط غرری اصلاً صحیح نیست فلذا وجوب وفاء هم ندارد.

جواب

ریشه این اشکال و شبهه دو مطلب است که برای جواب آن باید این موارد بررسی شود:

✓ آیا این شرط، غرری است؟

✓ بر فرض که شرط غرری باشد، آیا این شرط غرری، مضرّ به قرارداد می‌باشد؟

فلذا ابتدا باید ادله غرر بررسی شود و مدلول آن بررسی گردد تا معلوم شود اولاً آیا غرر مضرّ به عقد می‌باشد و ثانیاً این که آن ادله مشمول این شرط نیز می‌شوند یا نه؟

وقتی به ادله مراجعه می‌کنیم می‌بینیم، دلیلی نداریم که در آن پیامبر «صلی الله علیه و آله» فرموده باشند: غرر ممنوع است؛ پس روایت معتبری به این صورت که «نهی النبی عن الغرر» نداریم.
روایتی که داریم در مورد «بیع غرری» است نه مطلق غرر.

روایات بحث غرر

در وسایل الشیعه (ج ۱۷، ص: ۴۴۸) این روایت نقل شده است ولی منبع اصلی این روایت کتاب «عیون اخبار الرضا علیه السلام» می باشد، که در آن جا سه سند برای این روایت بیان کرده است، مرحوم صدوق می فرماید:

سند اول:

حَدَّثَنَا أَبُو الْحَسَنِ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الشَّاهِ الْفَقِيهِ الْمَرْوَرِيُّ بِمَرْوَرٍ فِي دَارِهِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ النَّيْسَابُورِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو الْقَاسِمِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَامِرِ بْنِ سُلَيْمَانَ الطَّائِيَّ بِالْبَصْرَةِ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي فِي سَنَةِ سِتِّينَ وَ مِائَتَيْنِ قَالَ حَدَّثَنِي عَلِيُّ بْنُ مُوسَى الرِّضَا ع سَنَةَ أَرْبَعٍ وَ تِسْعِينَ وَ مِائَةٍ

سند دوم:

وَ حَدَّثَنَا أَبُو مَنْصُورٍ أَحْمَدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ بَكْرِ الْخُورِيِّ بِنَيْسَابُورٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ هَارُونَ بْنِ مُحَمَّدِ الْخُورِيِّ قَالَ حَدَّثَنَا جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادِ الْفَقِيهِ الْخُورِيِّ بِنَيْسَابُورٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْهَرَوِيُّ الشَّيْبَانِيُّ عَنِ الرِّضَا عَلِيِّ بْنِ مُوسَى ع

سند سوم:

وَ حَدَّثَنِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدِ الْأَشْنَابِيِّ الرَّازِيِّ الْعَدْلُ بِبَلْخِ قَالَ حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ مَهْرُوبِ الْقَزْوِينِيِّ عَنِ دَاوُدَ بْنِ سُلَيْمَانَ الْفَرَّاءِ عَنِ عَلِيِّ بْنِ مُوسَى الرِّضَا ع

حال توسط هر یک از این سه طریق مرحوم صدوق از امام رضا «علیه السلام» نقل می کند که:

قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُوسَى بْنُ جَعْفَرٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ قَالَ حَدَّثَنِي أَبِي الْحُسَيْنُ بْنُ عَلِيٍّ

۵

و با این سه سند روایات متعددی نقل می کند تا در حدیث ۱۶۸ به حدیث مورد بحث می رسد:

وَ بِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ قَالَ حَطَبْنَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع فَقَالَ: سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعْضُ الْمُؤْمِنُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ وَ لَمْ يُؤْمِنْ بِذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَ لَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَ سَيَأْتِي زَمَانٌ يُقَدَّمُ فِيهِ الْأَسْرَارُ وَ يُنْسَى فِيهِ الْأَحْيَارُ

۱. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي عِيُونِ الْأَخْبَارِ بِأَسَانِيدٍ تَقَدَّمَتْ فِي إِسْبَاحِ الْوُضُوءِ «۱۰» عَنِ الرِّضَا عَنِ آبَائِهِ عَنِ عَلِيِّ ع نَحْوَهُ وَ زَادَ وَ قَدْ تَهَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ص عَنِ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَ عَنِ بَيْعِ الْغَرْرِ.

۲. عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص: ۲۵

۳ (۴). خ ل «المرورودي».

۴ (۱). هكذا في أكثر النسخ، و لكن في بعض النسخ المصححة: «سلمويه».

۵. عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص: ۴۵

۶. یعنی همان سه طریق.

۷ (۲). البقرة الآية ۲۳۷.

و يُبَايِعُ الْمُضْطَرَّ وَ قَدْ هَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ص عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَ عَنْ بَيْعِ الْعَرْرِ فَاتَّقُوا اللَّهَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَ احْفَظُوا فِي أَهْلِي.

بررسی سندی

هر سه طریق مشتمل بر افرادی هستند که مجهول هستند یعنی توثیق ندارند فلذا خبرثقه نیست و اگر ما فقط روایاتی که خبرثقه باشند را معتبر بدانیم، این روایت معتبر نمی‌شود مگر کسی روایت موثوق الصدور را نیز حجت بدانند و در اینجا به خاطر اینکه سه سند داشته است، اطمینان به صدور این روایت پیدا کند، فلذا برای آن شخص روایت مستفیضه شده و وثوق به صدور آن پیدا می‌کند فلذا معتبر می‌شود. پس نمی‌توان به صورت قاعده کلی گفت این خبرثقه است فلذا حجت است بلکه قاعده جزئی می‌توان داد برای کسی که اطمینان به صدور آن پیدا کند، که در حق او حجت است.

بررسی دلالی

این روایت در مورد بیع غرری است، فلذا در مدلول این روایت باید چند نکته مشخص شود، که در ضمن هر نکته اشکالی که متوجه استدلال به این احادیث برای بطلان شرط ضمن عقد، در قرارداد آتی است، بیان می‌شود:

(۱) معنای غرر:

اولین چیزی که باید در این روایت مشخص شود، معنای غرر است.

با دقت در آیات و روایات و کتب لغت، می‌فهمیم که غرر در دو معنا استعمال شده است:

- ✓ گول زدن، فریب دادن، خدعه، منحرف کردن کسی نسبت به واقعیت
- ✓ خطر

که جای بحث دارد که این دو معنا، مستقل هستند یا اینکه مقصود از خطر، خطری است که ناشی از خدعه و فریب باشد ولی در هر حال یکی از معانی آن - که همان معنای اصلی آن می‌باشد - خدعه و فریب می‌باشد. پس برای بیع غرری دو معنا محتمل است:

✓ بیعی که در آن انسان را فریب بدهند، مثل اینکه در فروش یک سبد میوه، میوه های خراب را در زیر میوه های سالم مخفی کند.

✓ بیعی ای که در اثر آن خطری متوجه انسان بشود ولو خدعه و فریبی در کار نباشد، مثل اینکه دو نفر نمی‌خواهند همدیگر را فریب بدهند ولی ثمن و مثن مجهول است و هر دو از این مطلب باخبر هستند، فلذا ممکن است از ناحیه جهل به ثمن و مثن به آن‌ها ضرر و خطری برسد.

قدر متیقن همان معنای اول می‌باشد یعنی بیعی ای که در آن انسان را فریب بدهند.

ولی در هر حال اگر معنای اول مقصود باشد، ربطی به بحث ما ندارد چون در قرارداد آتی و شرط ضمن عقد مربوط به آن، کسی نمی‌خواهد طرف مقابل را فریب دهد و هر دو توجه به نوسانات قیمت و... دارند.

و اگر معنای دوم مقصود باشد، شامل بحث ما می‌شود، یعنی به خاطر جهل ممکن است خطری متوجه متعاقدين شود.

پس اولین اشکال در این بحث این است که شمول غرر نسبت به ما نحن فیه ثابت نیست.

۲) مراد از نهی در روایت:

در روایت آمده است که « قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ص عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ » فلذا سوال می شود که مقصود از نهی پیامبر، نهی تکلیفی است یا نهی ارشادی و در فرض اینکه نهی تکلیفی باشد آیا نهی تحریمی است یا نهی تنزیهی - بیان کراهت نه حرمت - ؟ مسلماً بیع مضطر حرام نیست و روایتی که صاحب وسایل در کنار همین روایت نقل می کند، همین نکته را تأیید می کند:

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَّ الرِّبْحَ عَلَى الْمُضْطَرِّ حَرَامٌ وَ هُوَ مِنَ الرِّبَا قَالَ وَ هَلْ رَأَيْتَ أَحَدًا يَشْتَرِي غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا إِلَّا مِنْ ضُرُورَةٍ يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا فَارْبِحْ وَ لَا تُرْبِهْ قُلْتُ وَ مَا الرِّبَا قَالَ دَرَاهِمٌ بِدَرَاهِمٍ مِثْلَيْنِ بِمِثْلٍ.

پس به قرینه‌ی اینکه بیع مضطر حرام و باطل نیست و حداکثر مکروه است، دیگر ظهوری نسبت به «بیع غرری» شکل نمی گیرد که ظاهر در نهی تحریمی یا ارشاد به بطلان باشد و بگوئیم ظاهر این روایت، بطلان بیع غرری است، چون در همین کلام، نهی از عدل آن ظهور در حرمت تکلیفی پیدا نکرد و حداکثر می توانیم بگوئیم که بیع غرری مکروه است یعنی مطلوب شارع نیست و کار خوبی نیست. حتی اگر دلالت بر حرمت تکلیفی داشته باشد، حرمت دال بر فساد و بطلان نیست حتی بعضی (مثل مرحوم آخوند و امام خمینی) نهی تکلیفی از معامله‌ای را دلیل بر صحت آن معامله دانسته‌اند، یعنی چون این معامله صحیح بوده است، انجامش حرام شده است. مثل اینکه در آیه قرآن: نهی از بیع شده است ولی بالاجماع این بیع صحیح است ولی حرام است. پس حتی اگر دال بر حرمت تکلیفی هم باشد، ملازمه‌ای بین حرمت تکلیفی و بطلان بیع وجود ندارد. بلکه تنها اگر اثبات شود که در اینجا نهی، ارشاد به بطلان است، برای بحث ما مفید خواهد بود. به عبارت دیگر:

ظهور اولیه نهی، مولوی تکلیفی است و اگر بخواهد ارشادی باشد، نیاز به قرینه و دلیل دارد، در حالی که ما در اینجا نه تنها قرینه بر ارشادیت نداریم بلکه قرینه بر خلاف آن داریم چون قبلاً فرموده است که « نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ص عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ » که مسلماً نهی مولوی تکلیفی تنزیهی است فلذا مقصود از «نهی از بیع غرری» یا کراهت است و یا حرمت، که حتی اگر دال بر حرمت باشد، حرمت ملازم با فساد ندارد و وقتی دلیلی بر فساد آن نداشته باشیم، دلیل «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» مشمول این مورد می شوند.

پس اشکال دوم در این روایات این می شود که دلالت این روایات بر بطلان بیع غرری مخدوش است، چه برسد که بخواهد شرط غرری را هم باطل کند.

۳) سرایت یا عدم سرایت غرر در ناحیه شرط به غرر در ناحیه بیع:

بر فرض بیع غرری باطل باشد و این روایات ارشاد به بطلان بیع غرری باشد، سوالی که جای طرح دارد این است که در مانحن فیه شرط غرری است و اصل قرارداد مشکلی ندارد مخصوصاً اگر شرط در ضمن عقد دیگری باشد و قرارداد آتی مستقل باشد، فلذا مسلماً قرارداد آتی از این جهت مشکلی ندارد.

البته جای یک سوال دارد و آن این است که اگر شرط ضمن عقد، غرری شد و باطل شد این شرط غرری سبب غرری شدن اصل عقد و بیع نیز می شود تا حکم به بطلان اصل آن عقد نیز بشود یا خیر؟ به عبارت دیگر جدای از بحث اینکه شرط فاسد مفسد بیع است یا نه؟ می گوییم آیا غرر از شرط به عقد سرایت می کند یا خیر؟

۱) (۶) - فی نسخه - و لا ترب (هامش المخطوط).

۲. وسائل الشیعة؛ ج ۱۷؛ ص ۴۴۷.

✓ **بعضی می گویند:** هر چند شرط جزئی از عوضین نیست ولی کالوعضین است یعنی نوعی دخالت در بیع دارد، فلذا اگر شرط غرری شد، آن عقدی که شرط در ضمن آن بوده است، نیز غرری و باطل می شود، که اگر عقد باطل باشد دیگر شرط ضمن عقدی باقی نمی ماند و کارگزار وکیل هم نمی شود و حق تصرف در وجه تضمین ندارد چون اصل عقد باطل شده است؛ فلذا طبق این نظر اگر شرط ضمن عقد دیگری باشد، آن عقد دیگر و شروط ضمنش باطل می شوند و تنها قرارداد معاهده صرف باقی می ماند - البته بنا بر این که ما دلالت ادله بر بطلان بیع غرری را کامل بدانیم - و اگر هم شرط ضمن همین معاهده بوده است، و ما گفتیم که غرر شرط به اصل عقد نیز سرایت می کند فلذا معاهده غرری می شود ولی دلیلی بر بطلان معاهده غرری نداریم، زیرا حداکثر از این دلیل بطلان بیع غرری فهمیده می شد - که ما همان را هم قبول نکردیم - ولی بطلان هر عقد غرری فهمیده نمی شود و در این جا بیع واقع نشده است بلکه معاهده ای است نسبت به بیعی در آینده، پس عقدی که الان واقع شده است، بیع نیست بلکه معاهده است فلذا مشمول دلیل بطلان بیع غرری نمی شود.

مگر اینکه کسی بعد از اینکه دلالت این ادله را بر بطلان بیع غرری تمام دانست از «بیع» الغای خصوصیت کند - و دون اثباته حرط القتاد - و بگوید بیع یا عقد دیگر در بطلان بیع غرری خصوصیتی ندارند بلکه هر عقد غرری چون مشتمل بر غرر است، باطل است و پیامبر، بیع را از باب مثل ذکر کرده است و چون نوع غالبی عقود بیع بوده است، بیع ذکر شده است و اِلّا موضوعیتی ندارد و مراد عقد غرری است.

و بعد از این الغای خصوصیت، حکم به بطلان معاهده ی غرری کند.
ولی ما این الغای خصوصیت را احراز نمی کنیم.

✓ **نظر استاد:** غرری بودن شرط، ربطی به غرر در ناحیه ثمن و مثن ندارد، زیرا که عوضین مشخص است و در ضمنش به خاطر اغراضی شروطی قرار داده اند، که بطلان آن شروط، در ناحیه عوضین غرری ایجاد نمی کند و عرفاً در این موارد نمی گویند که حال که شرط غرری است پس بیع غرری شده است.

نتیجه روایات باب نهی از بیع غرری، در بحث شرط در قرار داد آتی:

این روایات در بحث ما هم موضوعاً (معنای غرر شامل بحث ما می شود یا نه؟) و هم حکماً (غرر موجب بطلان می شود و یا صرفاً دال بر کراهت یا حرمت است؟) و هم تطبیقاً (آیا قرارداد آتی با توجه به این شرط، بیع غرری می شود یا نه؟ بلکه حداکثر معاهده غرری است که دیگر مشمول ادله نمی شود مگر با الغای خصوصیت که العهده علی المدعی) محل کلام است و از هر سه جهت اشکال دارد. پس دلیلی بر بطلان این معاهده نداریم.

اشکال:

هر چند ما دلیلی بر بطلان این معاهده پیدا نکردیم ولی حداقل احتمال بطلان را می دهیم و احتمال می دهیم شرط غرری باشد و معاهده ما هم غرری شود و باطل شود، در حالی که ادله «المومنون عند شروطهم» تنها در مورد شروط صحیح است - که مخالف کتاب نباشد و حلالی را حرام نکند - و آن ها را لازم الوفاء می گردانند، ولی در اینجا اگر این شرط حرام باشد، با اشتراطش مصداق «احل حراماً» می شود و چون نمی دانیم که این شرط، مصداق آن «احل حراماً» می باشد یا نه؟ و نسبت به آن شک داریم، شبهه مصداقیه می شود، فلذا نمی توان به دلیل «المومنون عند شروطهم» تمسک کرد چون تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود دلیل، صحیح نمی باشد.

جواب اول:

در مورد «المسلمون عند شروطهم» ما دو دسته روایات داریم:

✓ روایات مطلق که قید «إلا ما خالف كتاب الله» و «إلا ما احلّ حراماً» را نداشتند، که سه روایت است: روایت منصور بن یونس،

روایت سلیمان بن خالد و روایت علی بن رثاب

✓ روایات مقید هستند به قید «إلا ما خالف كتاب الله» و «إلا ما احلّ حراماً»، که دو روایت است.

بنابر تمامیت اسناد روایات نهایتاً می‌گوییم که نسبت به روایات مقید، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود دلیل می‌باشد و نمی‌شود تمسک کرد.

ولی نسبت به سه روایت مطلق، این دو روایت حداکثر مخصص منفصل - بنا بر اینکه شروط جمع است و چون اضافه شده، مفید عموم است - و یا مقید منفصل - بنا بر اطلاق روایات دسته اول - آن روایات محسوب می‌شوند، فلذا در این حالت تمسک به عام با وجود شبهه مصداقیه مخصص (منفصل) می‌شود، که باید هر کسی طبق مبنای خودش در اینجا رفتار کند، چون بعضی در اینجا قائل شده‌اند تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص، صحیح می‌باشد؛ البته کسانی که تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص را جایز نمی‌دانند، باز نمی‌توانند با وجود این احتمال به ادله عام تمسک کنند.

جواب دوم:

«المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» القای به عرف است و مدلول‌شان این است که شروط و عقودی که عرفاً صحیح محسوب می‌شود، نافذ و ماضی هستند.

پس شارع این‌ها را نافذ دانسته است، سپس با دو روایت دیگر، قیدهایی را بیان کرده است که «إلا ما خالف كتاب الله» و «إلا ما احلّ حراماً» یعنی شروطی که عرفاً صحیح است لازم الوفاء هستند إلا ما خرج بالدلیل که ثابت شود - احراز شود - جزء شرط‌هایی است که شارع تخصیص (یا تقیید) زده است، چون عموم دلیل تمام شروط و عقود عرفیه را شامل شده است در نتیجه در مقام اثبات همه عقود صحیح است و همه شروط نافذ است مگر مواردی که احراز شود حرامی را حلال کرده است.

پس ما به اطلاق مقامی این ادله تمسک می‌کنیم و می‌گوییم که اگر موردی از مواردی که عرف صحیح و نافذ می‌داند، مقصود شارع نبوده است باید خودش توضیح بدهد.

نتیجه جواب از اشکال اول:

پس اشکالی که مطرح شده بود که این شرط غرری است، منتهی می‌شود.

اشکال دوم:

آیا این شرط مفید فایده می‌باشد یا خیر؟ هر چند فی الجملة فایده دارد ولی آیا مفید برای آن فایده‌ای که بورس‌بازها از این شرط توقع دارند، می‌باشد یا خیر؟

مثلاً در فرضی که دو نفر با هم قرارداد آتی می‌بندند، سپس یکی تصمیم به فروش قرارداد می‌گیرد، سوال می‌شود که در نقل و انتقال این تعهد یا قرارداد، شرط چه می‌شود؟ چون من شرط کرده و وکالت به کارگزار داده‌ام، چطور وقتی من کنار بروم و کسی دیگر جایگزین من بشود، خود به خود کارگزار وکیل او بشود؟!

پس بنابر فرضی که ما این شرط را تصحیح کردیم، آیا برای بورس‌بازها که همین طور دائماً در حال جابه‌جایی تعهد و یا قرارداد هستند،

۱. در قانون مجلس آمده است که خود قرارداد، خرید و فروش می‌شود ولی در مصوبه سازمان بورس آمده است که طرف متعهد، کسی را جایگزین خودش می‌کند.

مفید است و آن آثار متوقع را دارد یا خیر؟ یعنی کارگزار وکیل نفر آخر می‌شود یا خیر؟ چون اصلاً فلسفه این شرط این بود که مشکلات قرارداد آتی را حل کند، آیا تصحیح این شرط به صورتی که گفته شد، در زمان خرید و فروش قرارداد، نیز مشکلات را حل می‌کند؟ ان شاء الله در بحث بعد این مطلب بررسی می‌شود.

بررسی شرط وکالت

شرط دیگری که ضمن عقد، شرط می‌شود «وکالت» است: و کارگزار از طرف آن‌ها وکالت دارد که متناسب با تغییرات، بخشی از وجه تضمین هر یک از طرفین را به عنوان اباحه تصرف در اختیار دیگری قرار دهد و وی حق استفاده از آن را خواهد داشت تا در دوره تحویل با هم تسویه کنند.

در اینجا چند مسأله باید بررسی شود:

۱. با توجه به اینکه در قانون مصوب تصریح شده است که کارگزار شخص حقوقی است، آیا شخص حقوقی می‌تواند وکیل بشود یا خیر؟

جواب این مسأله متوقف بر این است که بگوییم اعتبار شخص حقوقی عقلاً به این نحو است که همان طور که مالک می‌شود، وکیل نیز می‌شود یعنی عقلاً و عرفاً همان طور که برای شخص حقوقی اهلیت مالکیت و اهلیت خریدار بودن یا فروشنده بودن و ذمه داشتن را می‌پذیرند، اهلیت وکیل شدن را نیز برای او قبول داشته باشند و مقصود از وکیل شدن شخص حقوقی این است که متولی و نماینده یا مدیر عامل کارها را انجام بدهد کما اینکه در شخص حقوقی مدیر عامل است که خرید و فروش می‌کند و یا قرض می‌دهد.

پس تنها راه حل برای این مسأله همین مطلب است و اِلّا خود مفهوم وکالت به معنای نایب شدن برای انجام کارها، مجوز برای وکالت شخص حقوقی نمی‌شود.

۲. در این جا نسبت به وکالت، شرط نتیجه رخ داده است، آیا با شرط وکالت به صورت شرط نتیجه، وکالت محقق می‌شود؟ هر چند روایات و ادله شامل شرط نتیجه می‌شود ولی در صورتی این نحوه از شرط صحیح است که آن عملی که می‌خواهیم با خود شرط محقق شود، سبب خاص نداشته باشد یعنی وجودش متوقف بر سبب خاص نباشد. فلذا اگر مرد و زنی ضمن بیعی شرط کنند که نکاح محقق شود یا زن و شوهر ضمن عقد شرط کنند که اگر این بیع رخ داد، همسرش مطلقه باشد، این نکاح و یا طلاق به واسطه‌ی این شرط محقق نمی‌شود زیرا اسباب خاص دارند. پس تنها شرط نتیجه‌ای صحیح است که آن نتیجه، سبب و عقد خاص نداشته باشد.

حال سوال می‌شود: آیا وکالت سبب و عقد خاص دارد یا خیر؟

فتوای فقها در این مورد این است که وکالت نیاز به سبب و عقد خاص ندارد.

نظر استاد: دلیل فتوای فقها برای ما روشن نیست، چون وکالت اذن یا ایقاع نیست بلکه عقد خاصی است که نیاز به ایجاب و قبول دارد و اینکه بگوییم سبب خاص نمی‌خواهد و مسببش بدون عقد هم ایجاد می‌شود، نیاز به دلیل دارد ولی ما هنوز دلیلی بر این مطلب پیدا نکرده‌ایم.

مگر اینکه بگوییم چون خطاب «المؤمنون عند شروطهم» هم از حیث مفهوم و هم از حیث تطبیق به عرف واگذار شده است و

عرف هم این دلیل را شامل اینجا می‌داند، فلذا با توجه به اطلاق مقامی ادله و اینکه عرف دلیل را شامل این جا می‌داند، و کالت محقق می‌شود.

نکته: ما دنبال و کالتی هستیم که با شرط نتیجه ضمن عقد لازم، حاصل شود تا و کالت لازم و غیر قابل فسخ بشود ولی اگر و کالت با فعل طرفین واقع شود، عقد جایز و قابل فسخ می‌باشد.

۳. متعلق و کالت در این شرط «اباحه در تصرف» است، آیا این اباحه در تصرف برای طرفین مشکل ساز نمی‌شود؟

مقصود از اباحه در تصرف چیست؟ ما دو نوع تصرف داریم:

- تصرفات متوقف بر ملکیت
- تصرفات غیر متوقف بر ملکیت

آیا اباحه در تصرف شامل هر دو نوع تصرف می‌شود یا اینکه مقصود تنها اباحه در تصرفاتی است که متوقف بر ملکیت نیستند؟ اگر مقصود اباحه در همه انواع تصرفات است، دیگر قید آخر این بند بی معنا می‌شود، زیرا در این بند آمده است که: کارگزار از طرف آن‌ها و کالت دارد که متناسب با تغییرات، بخشی از وجه تضمین هر یک از طرفین را به عنوان اباحه تصرف در اختیار دیگری قرار دهد و وی حق استفاده از آن را خواهد داشت تا در دوره تحویل با هم تسویه کنند.

زیرا وقتی طرف مجاز به تصرف مالکانه باشد، یعنی می‌تواند با آن پول مثلاً خرید و فروش کند، که در این صورت در لحظه قبل از خرید و فروش ابتدا طرف، مالک آن مال می‌شود و سپس تصرف مالکانه می‌کند، پس اگر وکیل بخشی از وجه تضمین را به عنوان اباحه تصرف در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد و شخص دیگر می‌تواند در آن مال تصرفات مالکانه انجام دهد، پس دیگر معنا ندارد که قیدی برای او بیاوریم که «تا در دوره تحویل با هم تسویه کنند» و معنای این قید این است که شما می‌توانید با این پول جنس بخرید ولی ملک شما نمی‌شود، و این توجیه ندارد، زیرا دیگر این وجه تضمین اباحه در تصرف نیست بلکه تملیک به طرف مقابل شده است و اگر تملیک مجانی است، دیگر معنا ندارد که بگوییم در زمان تسویه حساب می‌کند و اگر هم مقصود قرض است، اباحه در تصرف معنا ندارد و باید بگوید قرض دادم.

و اگر گفته شده بود: شما از طرف من وکیل هستید تا به دیگری قرض بدهید تا زمان تسویه؛ که اگر به این شکل در قرارداد بیان شده بود، مشکلی نداشتیم.

پس چون این مطلب ابهام دارد، نیاز به بررسی بیشتری دارد.