

# Comparison of Portfolio Management Institution in Stock Exchange Transactions with Commodatum Contract<sup>1</sup>

Mohammad Javad Rajabi Baqarabad<sup>2</sup>

Sayyid Ahmad Ali Hashemi<sup>3</sup>

## Abstract

The increase of stock exchange transactions in the structure of Iran's capital markets and its big profits in comparison to other trading markets, has encouraged unaware people to invest their assets in these markets. Due to lack of experience and sufficient time and the high risk of assets' loss, it is essential to avoid direct transactions for the uninformed people.

On the other hand, the passion of these people to take advantage of the profits from buying and selling stocks in the stock and security market has resulted in their concentration to intermediary transactions or portfolio management. Based on this, the jurisprudential analysis of the portfolio management institution and the study of its compliance with definite and indefinite contract are vital. Regarding the basic conditions of commodatum contract and excluding some conditions such as returning the same amount or loan and the unconditioned remuneration beside reviewing jurisprudential sources, has made it possible for the commodatum contract to be adapted to the portfolio management institution. Obviously, the legality of a commodatum contract, assuming the will of the two parties to consider the necessity of contraction, is one of the difficulties of this compliance, which could be solved by this suggestion: bonding an irrevocable contract to commodatum contract. In this article, the possibility of the portfolio management institution adapting and its agreement and adaption with commodatum contract as a characterized contract has been examined.

**Keywords:** securities, stock exchange, loaned stocks, commodatum contract, portfolio management.

---

1. Received: 29/09/2021; Accepted: 28/10/2021

2. MA student in Private Law, Shahid Motahari University.  
m.r.raja137611@gmail.com

3. Assistant Professor and Faculty member of Payame Noor University, Mashhad.  
hashemie.ahmadali@gmail.com

## مقایسه نهاد سبگردانی در معاملات بورس سهام با عقد عاریه

محمدجواد رجبی بقرآباد<sup>۱</sup>

سیداحمدعلی هاشمی<sup>۲</sup>

### چکیده

گسترش معاملات بورسی در ساختار بازارهای سرمایه‌ای ایران و ایجاد سودهای کلان نسبت به سایر بازارهای معاملاتی، شوق اشخاص ناآگاه به سهام و بورس را دوچندان کرده است. به نظر می‌رسد اجتناب از معاملات مستقیم برای اشخاص ناآگاه به دلیل وجود خطر از دست دادن سرمایه، ناشی از عدم تخصص و فرصت کافی، ضرورتی انکارناپذیر است. از سوی دیگر رغبت این اشخاص به بهره‌جویی از سودهای حاصل در خرید و فروش سهام در بازار بورس اوراق بهادار، منجر به تمرکز آنها در معاملات با واسطه یا سبگردانی شده است. از این جهت تحلیل فقهی نهاد سبگردانی و بررسی کیفیت انطباق آن بر عقود معین و یا نامعین از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. توجه بر قیده‌های «رکنی» در «عقد عاریه» و خارج دانستن بعضی از قیده‌ها از آن، از جمله برگشت عین «معار» به «معیر» و شرط نبودن اجرت، همراه با بازنگری در منابع فقهی، انطباق عقد عاریه بر نهاد سبگردانی را ممکن کرده است. البته جایز بودن عقد عاریه با فرض اراده دو طرف مبنی بر پنداشت لزوم از قرارداد انعقادی، از مشکلات موجود این انطباق است که با پیشنهاد ضمیمه شدن عقد دیگری با عنوان لزوم بر عقد عاریه رفع شدنی است. در این نوشته امکان تطبیق نهاد سبگردانی و قابلیت حمل و تنسیق آن بر عاریه به عنوان یکی از موارد عقود معین، بررسی شده است.

**کلیدواژه‌ها:** اوراق بهادار، بورس، عاریه سهام، عقد عاریه، نهاد سبگردانی.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری مشهد. (نویسنده مسئول)

m.r.raja137611@gmail.com

۲. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور مشهد. hashemie.ahmadali@gmail.com

## مقدمه

با گسترش معاملات بورسی و فراگیری انواع قراردادهای سبدگردانی در بورس اوراق بهادار، امکان‌سنجی مشروعیت این نوع قراردادها و چگونگی تطبیق آن با مبانی اقتصاد اسلامی، می‌تواند از مهم‌ترین مباحث روز فقه اقتصادی باشد؛ بنابراین لازم است با تطبیق ساختاری «مسائل مستحدثه»، نسبت به قراردادهای امضایی از سوی شارع و تعیین ضابطه در «اصل حلیت»، با انگاشت‌های کلی، تکلیف شروط واقع در چنین قراردادهایی از جهت «لابشرط»، «بشرط لا» یا «بشرط شیء» را در منظر شارع مشخص کرد.

یکی از قراردادهای واقع، عاریه سهام است؛ به این صورت که شخص، سهم یا سهام موجود در «پرتفوی» خود را با شروطی به طرف مقابل عاریه می‌دهد و در ضمن این قرارداد علاوه بر «تأدیة» اصل سهم و سود احتمالی رسیده به آن از سوی شرکت مدنظر، در ضمن شروطی دیگر، خواستار سود معینی از معاملات واقع بر سهم نام‌برده می‌شود. نویسنده با صرف نظر از نوع شخصیت معیر (عاریه‌دهنده) یا مستعیر (عاریه‌گیرنده)، درصدد تبیین و امکان‌سنجی شرعی شروط واقع در چنین عقدی و نیز امکان تطبیق کلی آن با عقد عاریه امضا شده، است.

بعد از بررسی خروج یا عدم خروج تخصصی چنین عقدی از عنوان عقد عاریه و در صورت اثبات عدم خروج موضوعی، درصدد بیان نوع شروط واقع در «معنون» از جهت تأثیر و تأثر آن در قرارداد محل بحث خواهیم بود. جایز بودن عقد عاریه و در طرف مقابل، اراده دو طرف قرارداد، مشکلاتی را در نوع و نحوه اعمال شروط و جایگاه و چگونگی ضمانت اجرا در مورد شروط در این عقد پدید می‌آورد که ضمن نگاشت این موانع، امکان «حمل» شایع چنین معامله‌ای بر عنوان ربا بررسی خواهد شد.

لازمه تطبیق قرارداد یادشده بر عنوان عاریه، احراز شرط نبودن بازگشت عین در صحت عاریه، انصراف ادله ضامن نبودن مستعیر بر موارد غیرمشروط و نیز عدم اختلال در عنوان عاریه در فرض شرط سود است و به تعبیری، در عاریه، شرط سود نباید برخلاف مقتضای ذات عقد باشد. بعد از عاریه‌نامیدن این قرارداد، لازم است، عنوان جواز در عقد عاریه با نحوه

ضمانت اجرای شروط یادشده در این قرارداد بورسی ترسیم شود تا دو طرف در زمان انعقاد، نسبت به عقد و آثار آن آگاهی داشته باشند و شرطی باطل و یا «مبطل» در ضمن عقد مطرح نشود. البته عنصر «حاکمیت اراده‌ها» تا مرز اخلال به مشروعیت، جاری است؛ اما در فرض اخلال، قرارداد از اعتبار قانونی ساقط خواهد بود.

## ۱- تعریف مفاهیم

### ۱-۱- عاریه

عاریه در لغت (الفیومی المقری، ۱۴۱۸ق: ۱/۲۶۶) یا از «عار» گرفته شده و یا از «عور» و به هر حال به معنای برهنگی و شرم آمده است. (المعجم الغنی، ۱۹۹۴: ۲۷۵۷) به نظر می‌رسد، از این جهت به عقد محل بحث عاریه می‌گویند که گرفتن معار (چیزی که عاریه داده شده) توسط مستعیر، ننگ و عیب است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۴ق: ۲/۲۳۶) یا از این جهت که «معار» از دست معیر، به دست مستعیر، منتقل می‌شود و به عبارتی دست معیر تهی از معار می‌شود. (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۷/۱۵۶)

در اصطلاح، عاریه عبارت است از عقدی جایز که معیر در ضمن آن عقد، شیئی را که با «انتفاع» از بین نمی‌رود به مستعیر می‌دهد تا مستعیر به صورت مجانی از آن انتفاع ببرد و در وقت معین عین (خود) آن شیء را به معیر بازگرداند. به تعبیری عاریه انشای اباحه تصرف به صورت مجانی از سوی معیر و قبول آن توسط مستعیر است. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۳۴ق: ۲/۲۳۶؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۲۷/۱۵۹)<sup>۱</sup>

ماده ۶۴۵ قانون مدنی عقد عاریه را چنین تعریف می‌کند: «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود». دکتر کاتوزیان از این تعریف سه نکته به دست می‌آورد:

الف- عاریه، برخلاف ایرادهایی که بر آن شده، عقد است؛

۱. البته مرحوم صاحب جواهر بعد از آنکه عقد عاریه را نسبت به هر دو طرف عقد جایز دانسته، بعضی موارد از جمله عاریه برای رهن را استثنا می‌کند. (ر.ک. نجفی، ۱۳۶۲: ۲۷/۱۵۹ و ۲۷/۲۰۲)

ب- اثر عقد عاریه اجازه انتفاع است، نه تملیک منفعت یا دادن حق انتفاع؛

ج- عاریه اجازه انتفاع و استفاده رایگان است.

البته به نظر ایشان در عقد عاریه می توان شرط «عوض» کرد، ولی هرگاه عاریه بدون هیچ اشاره‌ای به عوض واقع شود، معیر نمی تواند به عنوان «استیفا» از مستعیر پولی بخواهد؛ چرا که مبنای عاریه بر تبرع و احسان به استفاده کننده است و همه احکام و مسئولیت‌ها نیز بر همین پایه تعیین می شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۲/۳۷) البته ایشان در این مورد نظر خاصی هم دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

بر اساس تعریف‌های مطرح شده، قواعد عمومی قراردادها و قواعد اختصاصی عقد عاریه، مشخص می شود که ارکان و شروط عقد عاریه عبارت است از:

۱. اراده دو طرف که با قصد و رضا است، موجود باشد؛<sup>۱</sup>
۲. «عین کالا» به معیر عودت داده شود؛
۳. شیء مورد نظر با انتفاع از بین نرود؛
۴. انتفاع مجانی باشد؛
۵. انتفاع در امور حلال باشد؛<sup>۲</sup>
۶. اصل در عاریه غیر از طلا و نقره، ضامن نبودن است، مگر اینکه توافق بر ضامن بودن مستعیر باشد.<sup>۳</sup>

به نظر می رسد که موارد یک، پنج و شش از ارکان مسلم عاریه است، زیرا معمولاً مورد پذیرش فقها است؛ اما در سایر موارد نسبت به وابستگی عقد عاریه به آنها، به عنوان قاعده رکنی، اختلاف‌هایی در بیان فقها مطرح است که بررسی خواهد شد.

۱. این رکن در کلمه انشا از تعریف بالا پنهان است؛ چنان که می دانیم، انشا مشتمل بر قصد و رضا است؛ البته از قواعد عمومی قراردادها نیز استفاده می شود.
۲. این شرط از قواعد عمومی قراردادها استفاده می شود.
۳. این شرط تکمیلی، از قواعد اختصاصی عقد عاریه است. البته در عقود امانی دیگر نیز این شرط تکمیلی وجود دارد؛ اما استثنای طلا و نقره فقط در عقد عاریه است.

## ۱-۲- بورس اوراق بهادار

یکی از انواع بورس، بورس اوراق بهادار است. در ایران، به بازار خرید و فروش اوراق بهادار که به طور رسمی و دائمی در محل معینی تشکیل می‌شود، «بورس اوراق بهادار» می‌گویند. بورس اوراق بهادار به معنای بازار متشکل و رسمی سرمایه است، که در آن سهام شرکت‌ها و اوراق مشارکت، با ضوابط و مقررات خاصی، معامله می‌شود. بورس مرجع رسمی و مطمئن برای جذب سرمایه افراد و بخش‌های خصوصی به منظور تأمین مالی پروژه‌های سرمایه‌گذاری بلندمدت است و باعث افزایش سرمایه سهام‌دارانی است که در خرید سهام دقت لازم را دارند و از سرمایه‌گذاری خویش بهره‌مند می‌شوند. (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰/۰۱/۲۵)

با تأسیس بورس اوراق بهادار، معاملات سهام شرکت‌ها توسط این سازوکار صورت می‌گیرد که البته مزیت‌های متعددی از جمله سهولت و تحقق اعتماد معاملاتی، نسبت به حالت قبلی معامله سهام دارد. این سازوکار را می‌توان یکی از مصادیق مهم معاملات الکترونیکی و برخط دانست که به نوبه خود تحول عظیمی در فرایند شناساندن شرکت‌ها و سهامشان و تحقق معاملات متنوع، ایجاد کرده است. سهولت کسب درآمد و سود بالا از معاملات بورسی، با وجود خطرپذیری نسبتاً زیاد معاملات، افراد ناآگاه را نیز به سمت این بازار پرتلاطم کشانده است.

## ۱-۳- سهام

سهام، قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص‌کننده میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در آن شرکت است. ورقه سهام، سندی است که می‌توان آن را معامله کرد و نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن ورقه، در شرکت سهامی دارد. مجموع ارزش اسمی سهام، سرمایه شرکت را تشکیل می‌دهد و پس از انحلال شرکت، هر سهام‌دار حق دارد مبلغ اسمی سهام خود را دریافت نماید و در صورتی که سهم انتفاعی جزو سرمایه شرکت نباشد، صاحب آن حق مطالبه مبلغ اسمی آن را ندارد. (جمعی از نویسندگان،

۱۴۰۰/۰۲/۲۰) همچنین از انواع سهام می‌توان به این موارد اشاره کرد: سهم بانام، سهم بی‌نام، سهم ممتاز و سهم مؤسس یا انتفاعی.

#### ۱-۴- سبدگردانی

سبدگردانی یکی از مفاهیم‌های مهم در بازار سرمایه است. به زبان ساده می‌توان سبدگردانی را این‌گونه تعریف کرد: «سپردن سرمایه به فردی به نام سبدگردان که او مسئولیت مدیریت سهام سرمایه‌گذار را بر عهده می‌گیرد و با استفاده از دانش و تجربه‌اش، سهام‌های گوناگون را خرید و فروش می‌کند.» نام دیگر سبدگردانی، «مدیریت پرتفوی» است. سبدگردان‌ها افرادی باتجربه و کارشناس حرفه‌ای بازار بورس هستند که بر اساس ویژگی‌های سرمایه‌گذار، مانند سطح خطرپذیری و میزان سرمایه، سبدی مناسب او تشکیل می‌دهند و دائم آن را مدیریت می‌کنند. (حسینی، ۱۴۰۰/۰۵/۱۰)

به عبارتی، سبدگردانی عبارت است از قراردادی بین عامل و صاحب سرمایه (اعم از سهام و پول نقد) که به موجب آن، عامل (سبدگردان) موظف می‌شود با آن سرمایه، معاملاتی را با توجه به مهارت خود در بازار بورس انجام داده و در قبال این کار درصد معینی از سود حاصل از آن معاملات را دریافت کند. طبیعتاً در ضمن این معامله، صاحب سرمایه با سپردن دارایی خود (اعم از سهام و پول نقد) به دست سبدگردان، ضمن خارج کردن سرمایه خود از رکود، از سودهای حاصل از معاملات سهام در بازار بورس نیز بهره‌مند خواهد شد.

با توجه به تعریف بالا، می‌توان سبدگردانی را از جهت شیوه‌های آن، به سه قسم کلی تقسیم کرد:

الف- صاحب سرمایه، پول نقد خود را در اختیار سبدگردان قرار می‌دهد تا سبدگردان در حساب کاربری خود در بازار بورس، معاملاتی با آن سرمایه انجام دهد و سود احتمالی حاصل از این معاملات را بین خود و صاحب سرمایه، بنابر درصد معین شده در ضمن قرارداد، تقسیم نماید؛ لازم به ذکر است که این نحوه از سبدگردانی معمولاً توسط اشخاص حقوقی از جمله کارگزاری‌های بازار بورس صورت می‌پذیرد که در بسیاری از موارد یکی از شرایط این اشخاص حقوقی (که سبدگردانی انجام می‌دهند)، آورده نسبتاً زیاد است؛ بنابراین طرف

صاحب سرمایه این نحوه از قرارداد سبدگردانی، اشخاص با سرمایه زیاد هستند.

ب- فرد صاحب سرمایه، مقداری پول در حساب کاربری خود در بورس اوراق بهادار (پرتفوی) واریز می‌کند و گذرواژه حساب کاربری خود را در اختیار سبدگردان قرار داده و از وی می‌خواهد که با این حساب کاربری، معاملاتی (خرید و فروش سهام) با دید کوتاه‌مدت، میان‌مدت یا بلندمدت انجام دهد؛ در مقابل، صاحب سرمایه نیز متعهد می‌شود که از سودهای حاصل‌شده، مقدار معینی را به سبدگردان اختصاص دهد.

نقطه قوت این نوع از سبدگردانی نسبت به مورد قبلی این است که به دلیل حفظ سرمایه در حساب کاربری خود صاحب سرمایه و نبود امکان انتقال پول از این حساب کاربری به حساب کاربری شخصی دیگر، شخص صاحب سرمایه اطمینان کافی برای ممکن نبودن کلاهبرداری یا موارد مشابه را دارد و در ضمن، به دلیل دسترسی آسان شخص به حساب کاربری خود، می‌تواند از جزئیات معاملات مطلع باشد. لازم به ذکر است که معمولاً در این نوع سبدگردانی، برخلاف مورد قبل که اکثراً اشخاص حقوقی سبدگردانی می‌کنند، هم اشخاص حقوقی و هم اشخاص حقیقی، طرف سبدگردان قرار می‌گیرند؛ البته در مواردی که سرمایه، کلان است، معمولاً اشخاص حقوقی سبدگردانی را انجام می‌دهند و در غیر آن اشخاص حقیقی. همچنین تفکیک بالا در سبدگردانی بر اساس سرمایه کلان و خرد، ضابطه قانونی نداشته و صرفاً بر اساس رواج آن در قراردادها مطرح است.

ج- شخص، سهام موجود در پرتفوی خود را با دادن گذرواژه حساب کاربری خود به سبدگردان، در اختیار او قرار می‌دهد تا وی در زمان صلاحدید خود سهام موردنظر را بفروشد و بعد معاملات دیگری با آن سرمایه انجام دهد و در پایان مدت معینی علاوه بر مثل یا قیمت سهام اولیه موجود در پرتفوی و سود و مزایای احتمالی آن، مقدار معینی از سود حاصل پس از معاملات را در اختیار صاحب سرمایه قرار دهد.

معمولاً این روش از سبدگردانی توسط افرادی صورت می‌گیرد که به واسطه ناآگاهی یا هر دلیل دیگری، سهامی را خریداری کرده‌اند و نسبت به آینده آن دچار تردید هستند؛ بنابراین ممکن است در این نوع، اساساً فرد سبدگردان به دلیل سواد و مهارتی که دارد، اصلاً



سهام اولیه را نفروشد و در عین حال در انتهای مدتی معین، ارزش همان سهام بالا رفته باشد که در این صورت نیز سببگردان مستحق سود معینی خواهد بود.

## ۲- تطبیق سببگردانی با عقد عاریه

### ۲-۱- امکان سنجی

با روشن شدن راه‌های سببگردانی، به نظر می‌رسد عقد عاریه قابلیت انطباق بر مورد سوم را داشته باشد؛ بدین صورت که شخص صاحب سهام، سهام خود را به سببگردان، عاریه دهد و سببگردان ضمن نگهداری یا معامله سهام عاریه‌ای، سود احتمالی را بین خود و معیر تقسیم نماید. در دو مورد دیگر نیز توجیه انطباق آن‌ها با عقد عاریه امکان‌پذیر است. با این توضیح که شخص صاحب سرمایه، سرمایه خود را به سببگردان عاریه می‌دهد، تا ضمن خرید و فروش سهام در بازار بورس، سود احتمالی حاصل شده را بین خود و صاحب سرمایه تقسیم کند.

ممکن است در نگاه اول، تطبیق موردنظر با چالش‌های اساسی روبه‌رو باشد؛ چرا که منتقد این تطبیق، آن را از جهت توجه نکردن به قیود رکنی و ذات عقد عاریه، از جمله مجانی بودن عاریه و لزوم عودت عین معار به معیر، غیرممکن بیندارد؛ اما در این نوشته با بازنگری در عقد عاریه و قیود رکنی این عقد و نیز خارج دانستن بعضی از قیودی که به انگاشت بعضی جزو مقتضای ذات عقد عاریه است، تطبیق ذکر شده امکان‌پذیر خواهد بود.

البته ممکن است ایرادی ماهوی نیز مطرح شود و آن اینکه در عقد عاریه، معمولاً مستعیر، مال مشخصی را عاریه می‌گیرد تا از آن انتفاع ببرد و حال آنکه در سببگردانی، این صاحب سرمایه است که به دنبال انتفاع است و در مسیر انتفاع او طبیعتاً سودی هم عاید سببگردان می‌شود. به عبارتی، در عاریه، مستعیر است که از معیر، معار را مطالبه می‌کند و سپس به فرض تحقق عاریه، مستعیر نسبت به معار، «اباحه تصرف» پیدا می‌کند، اما در سببگردانی، این صاحب سرمایه است که به سببگردان در خواست سببگردانی می‌دهد.

در جواب از این اشکال باید گفت: اولاً آنچه در بازار فعلی مشهود است، این است که

معمولاً سبذگردانان (چه اشخاص حقوقی و چه حقیقی) درخواست سبذگردانی به صاحبان سرمایه را می‌دهند، که به نظر می‌رسد به دلیل زیادبودن افراد سبذگردان باشد؛ ثانیاً تحلیل نهاد سبذگردانی در تطبیق با عقد عاریه می‌تواند به این صورت باشد که صاحب سرمایه با دراختیار گذاشتن حساب کاربری خود در دست سبذگردان به او اجازه هر نوع تصرفی در پرتفوی خود را می‌دهد، البته با این شرط که در سودهای حاصل از تصرفات سبذگردان، سهمیم باشد. حال می‌توان به همین نهاد سبذگردانی از طرف سبذگردان نگرست؛ به این صورت که سبذگردان به صاحب سرمایه می‌گوید: سرمایه خود را در اختیار بنده قرار بده تا در آن تصرف کنم و در ضمن آن، سودهای احتمالی ناشی از تصرفات را با تو شریک شوم. از طرفی دیگر، چون در عقد عاریه، «ایجاب» از سوی معیر صورت می‌گیرد، به این معناست که آغازگر عقد عاریه، معیر است. البته درست است که معمولاً در ابتدا مستعیر، پیشنهاد عاریه را می‌دهد اما کسی از فقها نفرموده که در صورت پیشنهاد معیر، عقد عاریه باطل است؛ پس ممکن است که معیر خود پیشنهاد عاریه را به مستعیر بدهد، یعنی به او بگوید: می‌خواهم مالم را به تو عاریه بدهم.

بنابراین به نظر می‌رسد نکته مهم در این مقام، صرفاً بحث شرط کردن سود و اجرت از سوی معیر باشد؛ چراکه با توجه به تعاریف طرح شده در مورد عقد عاریه، این عقد مجانی است و شرط سود از سوی معیر با مجانی بودن عقد عاریه سازگاری ندارد، از این جهت در ادامه بحث، رکنی بودن قید «مجانی بودن» را نقد می‌کنیم.

موضوع مهم دیگر، صدق «قبض» بر در اختیار قراردادن حساب کاربری در دست سبذگردان است. می‌دانیم که معامله در پرتفوی خود صاحب سرمایه، برای وی از جهت جلوگیری از کلاهبرداری و جرائم دیگر، دارای اهمیت است؛ چراکه خروج پول از پرتفوی وی تنها با واریز آن مبلغ به حساب بانکی خود او امکان‌پذیر است و سبذگردان به هیچ صورتی نمی‌تواند پول را به حساب بانکی دیگری واریز نماید؛ از این جهت صاحبان سرمایه پیشنهادشان بر این است که سبذگردانان در پرتفوی خود صاحبان سرمایه برایشان معامله کنند. به این منظور بعد از انعقاد قرارداد سبذگردانی، صاحب حساب کاربری، رمز عبور خود

را در اختیار سبذگردان قرار می‌دهد و سبذگردان با دسترسی کامل به پرتفوی وی، اقدام به معامله می‌کند.

حال ممکن است سؤالی به وجود آید: آیا دادن رمز عبور حساب کاربری و اختیار تام به سبذگردان برای مدیریت پرتفوی، قبض سهام و سرمایه به شمار می‌رود یا نه؟ باید بیان کرد که قبض هر چیزی به حسب خود آن است و طبیعتاً قبض سهام و یا سرمایه موجود در پرتفوی با قبض اشیایی مثل طلا متفاوت است.

به نظر نویسندگان، همین که صاحب سرمایه با علم، انتخاب و اختیار خود و در ضمن قرارداد صحیح، رمز عبور حساب کاربری خود را به سبذگردان می‌دهد تا او با اختیار کامل به خرید و فروش سهام در آن حساب کاربری بپردازد، کافی است که گفته شود: سرمایه و سهام به قبض سبذگردان در آمده است؛ مثل اینکه صاحب سرمایه‌ای کلید مغازه خود و هر چه داخل آن است را در اختیار شخص دیگری قرار دهد تا در آنجا معامله کند. اینجا هم با اینکه مغازه‌دار شرط کرده که تمام معاملات در مغازه صورت گیرد، اما به هر حال صادق است که گفته شود: مغازه و هر چه در آن است به قبض معامله‌گر در آمده است.

ممکن است خواننده با توجه به شناخت عقود معین، تطبیق نهاد یادشده با عقود همچون مضاربه را دسترس‌پذیرتر و نزدیک‌تر به مقصود دو طرف قرارداد، بداند، اما گفتنی است، با توجه به شایع بودن قراردادهایی که سبذگردان ملزم می‌شود اصل سرمایه شخص را در هر حالی (چه معاملات سهام منجر به سود بشود و چه حتی اصل سهام و سرمایه نیز از بین برود) به او برگرداند، این شرط با مشارکتی بودن عقد مضاربه مخالف است که به نظر اکثر فقها، مقتضای ذات عقد مضاربه است. (ر.ک. نجفی، ۳۳۶/۲۶؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۱۲۵/۲) همچنین ممکن است انطباق این نهاد با عقود معین دیگر نیز همچون وکالت یا جعاله، دور از ذهن نباشد؛ اما با بازنگری در این عقود، در مقام تطبیق، اختلافاتی ظهور پیدا می‌کند. البته قابلیت انطباق نهاد سبذگردانی با عقود معین یادشده نیز امکان بررسی دارد که فعلاً محل بحث نیست و ممکن است نویسندگان در نوشته‌های دیگری به آن بپردازند.

شایان ذکر است، این امکان نیز وجود دارد که نهادی تازه تأسیس، قابلیت انطباق با عقود معین را نداشته باشد و ناچار به تنظیم قراردادهایی با عنوان عقود نامعین شویم؛ چرا که التزام قطعی و فراگیر برای تطبیق همه قراردادهای جدید با عقود معین قبلی، به جهت بعضی تفاوت‌های مبنایی یا بنایی، امری ناممکن است؛ اما در فرض انطباق، اولویت با عقود معین است. از این جهت است که در ضمن خودداری از مطلوب‌انگاری، با بازنگری در عقد عاریه، قصد داریم که در صورت تطابق نهاد موردنظر با عقد عاریه، پیشنهاد انعقاد قراردادهای سبذگردانی با عنوان عاریه را مطرح کنیم.

### ۳- اشکالات احتمالی

بررسی خروج موضوعی و به‌نحو «تخصص» سبذگردانی از عنوان عقد عاریه و سپس شروط واقع در «معنون» از جهت تأثیر آن در قرارداد، جایز بودن عقد عاریه، نوع و نحوه اعمال شروط و نیز جایگاه و چگونگی ضمانت اجرا در مورد شروط در این عقد، تطبیق این دو عنوان را با مشکلاتی مواجه می‌سازد.

اولین مانع برای تطبیق قرارداد یادشده بر عنوان عاریه، احراز شرط نبودن بازگشت «عین» در صحت عاریه است. همچنین اینکه ادله ضامن نبودن مستعیر فقط درباره موارد غیرمشروط است و نیز اینکه شرط کردن سود، ممکن است خلاف مقتضای ذات عقد عاریه باشد، از دیگر مشکلات است. بعد از عاریه‌نامیدن این قرارداد، باید بررسی شود: آیا عنوان جواز در عقد عاریه با نحوه ضمانت اجرای شروط یادشده در قرارداد بوری، تطبیق پذیر است؟

#### ۳-۱- شرط بازگشت عین عاریه

اگر بازگشت عین موردعاریه، مقتضای ذات عقد عاریه باشد، طبیعتاً شرط خلاف آن، باطل‌کننده عقد عاریه خواهد بود؛ بنابراین بازنگرداندن سهام در بورس، با مشکل بطلان مواجه خواهد شد. توضیح اینکه در مورد برنگرداندن عین شیئی که عاریه گرفته شده، سه فرض مطرح می‌شود:

اول اینکه آن شیء تلف (چه واقعی و چه حکمی)<sup>۱</sup> و یا اتلاف شود. در فرض تلف، بنا بر اصل «استثمان» در مستعیر، او ضامن نیست، مگر اینکه، شرط خلاف آن در عقد عاریه قید شده باشد؛ اما در فرض اتلاف خود مستعیر، وی ضامن خواهد بود. البته اثبات این مدعا بر عهده شخص مدعی اتلاف است، مگر اینکه عقد عاریه مشروط بر خلاف آن باشد. لازم به ذکر است، با توجه به اینکه فقها عنوان امانت مستعیر را نوعی حق می‌دانند، شرط خلاف آن نیز ممکن است. (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ۹۶/۱۹)

دوم اینکه، مستعیر، موضوع عقد عاریه را بفروشد، بدون اینکه فروش آن در ضمن عقد شرط شده باشد. در این فرض هم دو حالت متصور است: مستعیر با اجازه از معیر، موضوع عقد عاریه را به فروش رسانده که صحیح است، یا عقد مبیعه فضولی است که عقد بیع، غیر نافذ خواهد بود و صحت یا بطلان عقد، متوقف بر اجازه‌دادن معیر است.

سوم اینکه فروش موضوع عقد عاریه، یکی از شروط عقد عاریه باشد؛ به این صورت که مستعیر در عقد عاریه شرط کند که موضوع عقد را بفروشد و در سررسید زمانی، مثل یا قیمت آن شیء را به معیر بدهد.

بحث در فرض سوم، خروج تخصصی چنین عقدی، از عنوان عاریه است؛ چرا که اساساً یکی از ارکان عقد عاریه، بقای عین مال در ضمن انتفاع است و حال آنکه در فرض مذکور، انتفاع به نحو خاصی بستگی به فروش عین موضوع عقد عاریه دارد و به این دلیل است که مستعیر چنین شرطی را در عقد مذکور انشا می‌کند.

بنا بر این فرض که عقود و از جمله عقد عاریه، نه «حقیقت شرعی» است و نه «حقیقت متشرعی» و شارع در این موارد صرفاً بر موضوع خارجی متعارف نزد عرف، حکم می‌کند، باید در تطبیق یا عدم تطبیق مصداق مدنظر بر عنوان عاریه، به عرف مراجعه کرد. اگر عرف به چنین قراردادی، عاریه می‌گوید، امضای آن از سوی شارع، محل بحث خواهد بود، وگرنه در فرض خروج موضوعی مصداق یادشده از عنوان عاریه، صحت یا بطلان این عقد از نظر

۱. می‌دانیم که تلف عین مال، یا حقیقی است یا حکمی. تلف حقیقی یعنی از بین رفتن مال در خارج و تلف حکمی یعنی زوال سلطنت مالک بدون آنکه عین مال در خارج از بین برود.

شارع، خارج از عنوان عاریه و بر اساس مصداق‌شناسی عنوان مضاربه و یا اصل حاکمیت اراده‌ها (تجارة عن تراض منکم) بررسی می‌شود.

به نظر می‌رسد که عرف، فرض سوم را «تخصصاً» از عنوان عاریه خارج بداند؛ چراکه شرط صریح یا ضمنی در عقد عاریه مبنی بر فروش موضوع عقد توسط مستعیر، این عقد را از چارچوب عاریه خارج می‌سازد. البته باید توجه کرد که بین فرض دوم و فرض سوم تفاوت اساسی وجود دارد؛ چراکه تحقق فروش موضوع عقد عاریه بدون وجود شرط، به اصل عاریه خدشه وارد نمی‌کند و حال آنکه اگر عقد عاریه مبنی بر چنین شرطی واقع شود، عرف عقلاً با اینکه عقد مزبور را تأیید می‌کنند، اما اطلاق عنوان عاریه بر چنین عقدی را نمی‌پذیرند؛ چراکه چنین عقدی با تعریف و ارکان عقد عاریه سازگاری ندارد.

نکته مهم این است که اگر در نزد عرف و یا در لسان روایات، اطلاق عاریه بر چنین عقود «مفروغ عنه» بوده و مقام و سؤال در امضای شارع باشد، طبیعتاً عقد یادشده داخل در عنوان عاریه خواهد بود؛ از این جهت در ادامه به بحث سندی و دلالتی بعضی روایات طرح شده در این باب اشاره می‌شود:

### ۳-۱-۱- روایت حدید از امام صادق (علیه السلام)

در این روایت، محمد بن حسن، با اسنادش از حسین بن سعید و او از صفوان و از موسی بن بکر و از حدید نقل کرده‌اند که راوی می‌گوید: «به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم: شخصی به من مراجعه می‌کند و می‌گوید که کالایی به ارزش ۱۰ هزار درهم یا قیمتی کمتر یا بیشتر، از شما می‌خواهم، در حالی که تمام اجناس من، هزار درهم می‌شود و بیش از آن کالایی ندارم؛ پس از همسایه عاریه می‌گیرم، مثلاً از این همسایه و آن همسایه عاریه می‌گیرم تا به مقدار ۱۰ هزار درهم برسد، سپس این کالاهای عاریه‌ای را به مشتری می‌فروشم. بعد از فروش از خود مشتری می‌خرم [که بیع، عینه است] یا اینکه به کسی دستور می‌دهم تا از او کالاها را خریداری نماید [چون بیع، عینه است، البته شرطی هم در کار نیست، چراکه شرط فروش به خود بایع در ضمن عقد اول، باطل‌کننده عقد اول است] و بعد از اینکه کالاها را خریدم، آن کالاها را به صاحب‌های آن اجناس عاریه‌ای برمی‌گردانم. امام (علیه السلام) فرمودند:

اشکالی ندارد.<sup>۱</sup>

الف- بررسی سندی روایت

ظاهراً این روایت را، هم مرحوم شیخ طوسی و هم مرحوم کلینی نقل کرده‌اند و به جز موسی بن بکر در مورد بقیه راویان، «توثیق» خاص وارد شده است؛ اما برای اثبات وثاقت موسی بن بکر، وجوه عامی وجود دارد که به بعضی از آن‌ها اشاره می‌شود:

موسی بن بکر در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم واقع شده و مرحوم خوئی روایاتی که در اسناد این کتاب وجود دارند را «ثقه» می‌داند؛ ایشان از این راه، وی را توثیق کرده است. (خوئی، ۱۴۱۰ق: ۴۹/۱) البته اشخاصی همچون آیت‌الله شبیری، صرف وقوع در اسناد علی بن ابراهیم را دلیل وثاقت نمی‌دانند و راه دیگری برای وثاقت موسی بن بکر مطرح می‌کنند: «نجاشی می‌گوید: کتاب او را جماعتی از اصحاب نقل کرده‌اند. وقتی

«اجلا» سرتاسر کتابی را نقل کنند، این را ما برای اعتبار راوی، کافی می‌دانیم. اگر اجلا دو یا سه روایت از کسی نقل کنند، این نشانه وثاقت نیست؛ اما اگر کل کتاب کسی را روایت کنند، پیداست او را ثقه می‌دانند. علی بن حکم کتابش را نقل می‌کند. برخی از کسانی که کتاب موسی بن بکر را نقل کرده‌اند از کسانی هستند که در مورد آن‌ها گفته شده: «لا یروون و لا یرسلون الا عن ثقه». صفوان و ابن ابی عمیر کتاب او را نقل کرده‌اند. بعضی از اجلا هم مانند فضاله از وی اکتار روایت دارند. جعفر بن بشیر که درباره وی می‌گویند: «روی عن الثقات و رووا عنه» (نجاشی، ۱۳۶۵: ۱۱۹) از وی روایت نقل کرده است.» (شبیری زنجانی، ۱۳۹۰/۰۸/۰۲)

مؤیدی که برای توثیق عام موسی بن بکر می‌توان طرح کرد، این است: شیخ طوسی در

۱. «وعن الحسين بن سعيد، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن حديد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجئ الرجل يطلب مني المتاع بعشرة آلاف درهم أو أقل أو أكثر، وليس عندي إلا ألف درهم فأستعيره من جاری، فأخذ من ذا ومن ذأ فأبیعه ثم أشتريه منه أو أمر من يشتريه فأرده علی أصحابه، قال: لا بأس به. و رواه الكلینی، عن عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد، عن صفوان، عن موسى بن بكر، عن حديد بن حكيم الأزدي، والذي قبله، عن علی بن إبراهيم، عن أبيه، عن عبد الله بن المغيرة عن عبد الله بن سنان مثله.» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق: ۴۹/۱۸)

«تهذیبین»، به جهالت و یا ضعف موسی بن بکر در ضمن روایاتی که وی در آن روایات حضور داشته، اشاره نکرده است. توضیح مطلب این است که مرحوم شیخ در کتب تهذیب و استبصار ابتدای روایاتی را بیان کرده و فتوای خود را مطرح می‌فرماید و بعد در مقام بیان روایات «معارض» قرار می‌گیرد.

در مورد روایات معارض اگر این روایات فقط دارای اشکال و ضعف سندی باشد، مرحوم شیخ به بیان آن اشکال پرداخته و اگر فقط دارای اشکال دلالی باشد، مرحوم شیخ اشکال دلالی را بررسی کرده و اگر، هم اشکال سندی و هم دلالی داشته باشد، هر دو اشکال را بیان می‌کند؛ در مورد روایات معارضی که موسی بن بکر در سند آن در روایات حضور داشته، مرحوم شیخ فقط به آن‌ها اشکال دلالی کرده و پرواضح است که اگر موسی بن بکر تهی از وثاقت بود، بنا بر روش شیخ طوسی، ایشان به این روایات معارض، اشکال سندی مبنی بر حضور موسی بن بکر در سند روایات نیز مطرح می‌کرده؛ بنابراین نپرداختن شیخ به اشکال سندی در روایات مذکور، نشان از آن دارد که وثاقت موسی بن بکر را قبول دارد.

با توجه به این مطالب می‌توان نتیجه گرفت که موسی بن بکر ثقة است و واقفی بودن وی خدشه‌ای بر وثاقت او وارد نمی‌کند؛ بنابراین این روایت «موثق» بوده و خالی از اشکال سندی است.

#### ب- بررسی دلالی روایت

یکی از نکات مهم در روایت بالا این است که «بیع عین معین» را مطرح کرده است؛ (البته بدون شرط) پس در واقعه محل سؤال روایت، این کالا به معیر برگردانده می‌شود. بله، همچنان که برخی بزرگان مطرح کرده‌اند، با توجه به متن روایت خارج کردن عین معار از تحت ملک معیر اشکالی ندارد، اما در مورد سؤال مستعیر دوباره عین موضوع عقد عاریه را به معیر پس می‌دهد و نه مثل یا قیمت آن را. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۱) آیا امام علیه السلام با توجه بر اینکه عین معار دوباره به ملک معیر داخل می‌شود، این فرض را فاقد اشکال دانسته‌اند، یا با چشم‌پوشی از عودت عین معار، خارج ساختن موضوع عقد عاریه از تحت ملک معیر را جایز دانسته‌اند؟



در مورد عینی بودن بیع، عودت خود عین صورت پذیرفته است. البته شاید اشکال شود که وجه اول فاقد اعتبار است؛ چرا که به فرض مشروع بودن خروج موضوع عقد عاریه از ملک معیر، عودت عین معار به معیر فاقد وجه الزام است و با اینکه عین، موجود است مستعیر می تواند مثل یا قیمت آن را به معیر بپردازد که البته مستعیر در مورد روایت، از بین دو وجه تخیری عودت عین و دادن مثل یا قیمت، وجه اول را انتخاب کرده و این مورد، «مخصص» نیست.

در جواب این اشکال باید گفت: وجود احتمال اینکه اذن شرعی اخراج مال از ملک معیر، متوقف بر عودت عین معار به معیر است، بر بطلان این استدلال کافی است؛ بنابراین در فرض وجود دو احتمال توقف و یا عدم توقف اذن شرعی خروج معار از ملک معیر، بر عودت عین موضوع عقد عاریه، خارج کردن احتمال اول از تحت امکان، «مصادره به مطلوب» خواهد بود. بر این اساس و بنا بر ابقای هر دو احتمال، دلالت روایت یادشده در مورد فروش معار فقط بر فرضی کامل است که مستعیر عین معار را به معیر برگرداند و فرضی که در آن مستعیر، مثل یا قیمت معار را می دهد، خارج از «قدر متیقن» دلالت روایت است و بنابراین برداشت آن از روایت بالا، خالی از بُعد نیست.

نظری که می توان مطرح کرد این است: در مثالی که مستعیر، سهام را عاریه گرفته باشد، (که محل بحث در این نوشته است) بازگشت مثل آن سهام با همه امتیازات، هیچ فرقی با برگرداندن عین آن ندارد؛ بنابراین روایت بالا در مورد این مثال از جهت دلالت یادشده، بدون اشکال است، چرا که اساساً هیچ فرقی در عودت عین سهام بی نام و یا عودت مثل آن با همه امتیازات مشابه وجود ندارد؛ پس در این مثال، صرف وجود اذن شرعی بر اخراج معار از تحت ملک معیر، کافی است و به نظر می رسد که تفصیل بالا در مثال سهام بی نام، مطرح نمی شود.

وجه دوم بررسی دلالت این روایت، در این است که آیا در مثال روایت، مستعیر اذن فروش معار از سوی معیر را داشته یا خیر. آنچه ابتدا به نظر می رسد، این است که در مثال روایت، مستعیر اذن فروش نداشته باشد؛ چرا که اگر وی اذن فروش می داشت، نیازی نبود که

در مورد شرعی بودن عمل یادشده از امام سؤال کند؛ بنابراین سؤال از شرعی بودن این فعل، نشان از آن دارد که مستعیر بدون اجازه از معیر اقدام به فروش معار کرده باشد. البته ممکن است تأملی بر این بیان مطرح شود و آن اینکه شاید سؤال سؤال کننده با اینکه از مستعیر اجازه فروش گرفته، از مشروع بودن عمل بالا بوده است؛ اما با قطع نظر از اینکه کدام یک از این دو نظر صحیح است، باید گفت: در مثال فروش سهام عاریه‌ای، طبیعتاً اذن معیر در فروش سهام، مفروض است؛ بنابراین بحث بالا در مثال ما جاری نیست، چرا که مشروع بودن فروش در فرض اذن معیر «قدر متیقن» است.

وجه سوم از وجوه دلالتی مورد بررسی در روایت که به نوعی مرتبط با وجه دوم است، این است که در مثال سؤال شده در روایت، آیا فروش معار شرط ضمن عقد عاریه بوده است، یا خیر. توقف و ارتباط این وجه بر وجه دوم در این است که طبیعتاً اگر معیر آگاه از فروش معار توسط مستعیر در آینده باشد، امکان وجود شرط فروش معار در عقد وجود دارد، اما اگر معیر اصلاً از فروش معار توسط مستعیر در آینده با خبر نباشد، وجود شرط فروش معار در عقد عاریه متصور نیست. آنچه از ظاهر روایت به نظر می‌آید این است که مستعیر بدون اطلاع معیر، معار را به فروش رسانده و وجود شرط فروش معارض در عقد عاریه در مثال روایت بعید است؛ چرا که لازمه وجود شرط، اطلاع معیر است که همین اطلاع نیز معلوم نیست.

نکته‌ای که وجود دارد این است که در مثال روایت، مستعیر قصد فروش داشته و اساساً به قصد فروش، آن شیء را عاریه گرفته و ظاهر کلام امام (علیه السلام) که فرمودند: اشکالی ندارد، این است که هم عاریه با این قصد بدون اشکال است و هم بیع مورد نظر؛ پس در موردی که مستعیر قصد فروش معار را دارد و معیر هم از قصد وی آگاه است و اذن دارد نیز عاریه صحیح است.

اشکالی باقی می‌ماند که در فرض شرط ضمنی یا صریح فروش معار توسط مستعیر، چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد عاریه است. در جواب باید گفت: اینکه امام (علیه السلام) این عقد را (که مستعیر قصد فروش معار را دارد) به نحو تقریر، عقد عاریه و آن هم از نوع مشروع و صحیح می‌دانند، نشان از آن دارد که نفروختن معار توسط مستعیر از ارکان عقد عاریه نیست

و شرط خلاف آن (یعنی شرط فروش معار) خلاف مقتضای ذات عقد نبوده، پس باطل کننده عقد عاریه نیست.

بنابراین با توجه به بررسی سندی و دلالتی روایت مورد نظر، به این نتیجه می‌رسیم که عاریه شیئی به قصد فروش آن توسط مستعیر، صحیح است.

### ۳-۱-۲- امکان خروج معار از ملک معیر

در این بخش روایاتی با مضمون صحت عاریه درهم و دینار و با دلالت بر امکان خروج معار از ملک معیر مطرح می‌شود.

مرحوم صاحب وسائل در باب سوم کتاب العاریه، چهار روایت در مورد ثبوت ضمان در عاریه درهم و دینار، بدون شرط ضمان را مطرح می‌کند.<sup>۱</sup> به صورت اجمالی، روایات طرح شده بدون اشکال سندی است و حتی اگر یک یا دو مورد دارای اشکال سندی نیز باشد، همه روایات با نگاه کلی، از نظر سندی پذیرفتنی و موثقه است. (چراکه در طریق مرحوم کلینی در یکی از روایات، مثلاً ابراهیم بن هاشم وجود دارد و بین فقها در مورد وثاقت ایشان اختلاف نظر است. البته لازم به ذکر است که طریق مرحوم شیخ مشتمل بر «اجلا» بوده و صحیح است.) (ر.ک. حر عاملی، ۱۴۱۴:ق/۱۹/۹۶)

اما در مورد دلالت روایات یاد شده باید چنین گفت: تصریح روایات بر این است که در عاریه درهم و دینار برخلاف بقیه اشیا، حتی بدون شرط ضمان (و فقط با شرط نکردن عدم ضمان) در صورت تلف موضوع عقد عاریه (درهم یا دینار)، مستعیر ضامن خواهد بود. این روایات «دلالت التزامی» دارند بر اینکه عاریه درهم و دینار صحیح است و از طرفی می‌دانیم که فایده درهم و دینار، خرید و فروش به وسیله آن‌هاست و به نظر نمی‌رسد که قصد مستعیر از عاریه درهم یا دینار، انتفاع از آن‌ها در غیر از خرید و فروش باشد؛ بنابراین مشخص می‌شود که اساساً فروش معار اشکالی ندارد و دلیلش اذن شرعی بر عاریه درهم و دینار است.

اشکالی که مطرح می‌شود این است: به فرض اذن شرعی بر فروش معار در عاریه درهم و دینار، سرایت آن به غیر از درهم و دینار نیازمند دلیل است. این احتمال وجود دارد که شارع

۱. باب ثبوت الضمان فی عاریة الذهب والفضة من غیر تفریط وإن لم یشرط الضمان إذا لم یشرط عدمه.

با توجه به مصلحت خاصی، اخراج معار از ملک معیر را صرفاً در عاریه درهم و دینار جایز دانسته باشد؛ بنابراین سرایت اذن شرعی در سایر موارد، خالی از اشکال نیست. در مقابل ممکن است بیان شود که «تنقیح» صحیح است؛ چراکه مصلحت خاصی در مورد درهم و دینار موجود نیست. به نظر می‌رسد در اینجا نیز اخذ به قدر متیقن، معقول‌تر باشد و این‌طور بیان شود که دلالت این روایات بر اذن شرعی اخراج درهم و دینار (معار خاص) از ملک معیر است.

با توجه به بررسی‌های انجام‌شده در روایت حدید از امام صادق (علیه السلام) و نیز روایات دسته دوم، در کل می‌توان به این جمع‌بندی رسید: با اینکه می‌توان بر دلالت روایات دسته دوم بر اذن فروش معار و خارج کردن آن از ملک معیر در هر عقد عاریه‌ای اشکال گرفت (اعم از عاریه درهم و دینار یا غیر از آن‌ها) اما روایت حدید دلالت بر چنین اذن شرعی (فروش معار) به صورت عام دارد؛ بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که فروش موضوع عقد عاریه و بازنگرداندن عین آن به معیر، بدون اشکال شرعی است؛ یعنی بنا بر این روایت، برگرداندن عین معار در عقد عاریه، از قیود رکنی این عقد نیست و شرط ضمنی یا صریح بر عدم عودت عین معار، اشکال شرعی ندارد.

تأییدکننده این دلیل در رکنی نبودن قید عودت عین معار به معیر در عقد عاریه، عاریه برای رهن است. بدین صورت که مستعیر مالی را از معیر عاریه می‌گیرد تا آن را در رهن شخص سوم قرار دهد و می‌دانیم بنا بر اقتضای عقد رهن، در صورت نپرداختن قرض از سوی رهن‌کننده، رهن‌گیرنده حق آن را خواهد داشت که با فروش مال رهن‌داده‌شده، طلب خود را دریافت کند. بدیهی است در این فرض، عودت عین معار به معیر معمولاً ممکن نخواهد بود؛ چراکه به فروش رفته و در این فرض، مستعیر ملزم به پرداخت قیمت یا مثل معار به معیر خواهد بود.

با توجه به وقوع عقود عاریه‌ای که مستعیر، معار را به قصد رهن گذاشتن، عاریه می‌گیرد و معیر نسبت به آن رضایت دارد، همچنین احتمال برنگشتن عین معار به معیر و اینکه شارع چنین عقودی را امضا کرده، به نظر می‌رسد برگرداندن عین معار به معیر از نگاه شارع مقدس

در عقد عاریه جزو مقتضای ذات این عقد نیست. (اردبیلی، ۱۳۷۹: ۲۸۲/۱۰؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۴۹۵/۱)

به نظر می‌رسد که شرط سوم در عقد عاریه که بقای عین معار با انتفاع مستعیر است، با شرط دوم ارتباط دارد و با انتفای شرط دوم، (عودت عین کالا به معیر) شرط سوم نیز منتفی می‌شود. البته با توجه به فلسفه ایجاد عقد عاریه، جدا کردن این دو رکن از عقد عاریه، این عقد را از هدف خود دور می‌کند و با توجه به مفهوم ماده ۶۳۷ قانون مدنی، قانون‌گذار شرط بقای عین مال را از ارکان عقد عاریه می‌داند؛ اما آنچه از روایت اول فهمیده می‌شود، بستگی نداشتن عاریه به بقای عین معار است، چرا که عاریه حتی به قصد فروش نیز از نظر شرعی بدون اشکال است.

لازم به یادآوری است، در دلالت این روایت اشکالی مطرح می‌شود: ممکن است شارع مقدس با قطع نظر از عاریه بودن عمل یادشده، صرف عمل را دارای اذن شرعی بدانند. در جواب از این اشکال بیان این نکته ضروری است که به فرض عدم تحقق عاریه، لازم بود بنا بر ابتلای فرد سؤال کننده، امام (علیه السلام) بیان کنند که با وجود صحت عمل مورد نظر، صدق عاریه شرعی بر آن اشکال دارد و اینکه امام (علیه السلام) چنین اشکالی را بیان نکرده‌اند، ظاهر در این است که از دید شارع این عمل می‌تواند از مصادیق عاریه به حساب آید.

به عنوان جمع بندی باید گفت: قرارگیری دو رکن یادشده در ارکان اساسی عقد عاریه و صحت صدق عنوان عاریه بر مورد بدون این دو رکن، محل تأمل است. ظاهراً از منظر قانون مدنی صحت اطلاق عاریه متوقف بر ارکانی است که بقای عین مال یکی از آن ارکان است؛ بنابراین شرط فروش و یا قصد فروش کالا، خلاف مقتضای ذات عقد عاریه بوده، پس باطل کننده عقد عاریه است؛ اما با توجه به روایت حدید از امام صادق (علیه السلام) بقای عین معار از شروط اطلاق عاریه بر معنون نیست و در مقایسه با سبب گردانی، تطبیق آن بر عقد عاریه بدون اشکال شرعی است.

### ۳-۲- شرط اجرت یا سود

با توجه به اینکه مجانی و تبرعی بودن انتفاع، یکی از ارکان عقد عاریه است، بنابراین اگر

شخصی در مقابل عاریه، شرط اجرت یا سود کند، این شرط برخلاف مقتضای ذات عقد عاریه بوده و باطل کننده آن است. مرحوم صاحب جواهر شبیه به استدلال طرح شده را بیان کرده و می‌فرماید: «عاریه نوعی احسان و نیکی است؛ پس اگر شخصی در مقابل عاریه شرط سود یا اجرت کند عاریه باطل خواهد بود.» البته ایشان ضمن اینکه عقد عاریه را باطل می‌داند، فرد صاحب کالا را مستحق دریافت اجرت دانسته و تأکید می‌کند که چون دو طرف در مورد وجود اجرت آگاهی داشته و قصد آن را داشته‌اند، اجرت محقق است، اما این دیگر عاریه نیست. (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۰/۲۷) از این جهت تطبیق عاریه بر سبذگردانی، که در آن درصدی به سبذگردان بابت سود یا حق الزحمه داده می‌شود، ممکن نیست.

### ۳-۲-۱- تحلیل اشکال

به نظر می‌رسد، اگرچه تحقق عوض و معوض در عقد عاریه با مقتضای عقد عاریه مخالفت دارد، چراکه خود عقد به نحو مجانی است و فرد معیر آن شیء را مجاناً در اختیار مستعیر قرار می‌دهد، اما به نظر می‌رسد «شرط سود» اشکالی نداشته باشد؛ چراکه گرفتن اجرت، به صورت عوض و در مقابل انتفاع مستعیر (معوض)، نیست. برای مثال در عقد هبه معوض مشروط، واهب (هدیه‌دهنده) بدون عوض به متهب (هدیه‌گیرنده)، هبه می‌کند، اما در ضمن همان عقد شرط می‌کند که متهب نیز شیئی را به او هبه کند و این با مقتضای عقد هبه مخالفتی ندارد و علامه، محقق ثانی و برخی بزرگان دیگر نیز فرموده‌اند که این شرط منافاتی با انتفاع مجانی ندارد. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۲)

بنابراین به طور خلاصه باید گفت که اولاً، منافاتی بین احسان و شرط سود وجود ندارد؛ چراکه فرد مستعیر، به هر حال مورد احسان قرار می‌گیرد، از آن جهت که مقداری از سود، متعلق به خود مستعیر است و ثانیاً، هر چند ممکن است احسان، «داعی بر عاریه» باشد، ولی جزو مقومات و ماهیت عقد عاریه نیست. (عندلیبی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۲)

لازم به ذکر است که دکتر کاتوزیان نیز، امکان شرط عوض در عاریه را ناظر به موردی می‌داند که عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند، وگرنه در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض واگذار می‌شود، دیگر نمی‌توان آن را عاریه نامید. در این صورت عقد، لازم است

و احتمال دارد تابع قواعد اجاره یا یکی از عقود مربوط به ایجاد حق انتفاع باشد؛ بنابراین چنان که گفته شد، شرط سود در عقد عاریه برخلاف قرار گرفتن سود به عنوان عوض، مخالفتی با ماهیت عقد ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۳۷/۲؛ نوین، ۱۳۹۹: ۲۷/۲)

ممکن است این ایراد مطرح شود که با توجه به جایز بودن عقد عاریه، شرط ضمن آن نیز جایز است و مستعیر همچون معیر، حق رجوع خواهد داشت که ممکن است مستعیر بعد از دریافت سود ناشی از خرید و فروش سهام، از عقد عاریه رجوع کند و در این زمان صرفاً مکلف به دادن مثل سهام گرفته شده باشد که این امر در نهایت به ضرر معیر تمام می شود؛ چرا که او بعد از مدتی فقط به خود سهام دست پیدا می کند و هیچ سودی عاید او نمی شود. به نظر می رسد راهکار مناسب برای الزام مستعیر به پرداخت سود، انجام عقد لازمی در کنار عقد عاریه باشد، به این شرط که پرداخت سود در ضمن آن عقد لازم بیان شود تا راه گریزی از آن نباشد؛ برای مثال فرد معیر در کنار انعقاد قرارداد عاریه، کتابی را به مستعیر بفروشد و در مبایعه نامه آن کتاب شرط کند که به شرطی این کتاب را به شما «بایع» مستعیر در عقد عاریه می فروشم که فلان مقدار (درصد) سود از خرید و فروش سهام معار، به بنده بدهید. وقتی شرط یادشده در ضمن عقدی لازم باشد، شرط نیز لازم خواهد بود. البته این صورت ممکن است موجب «کلفت» (رنج) دو طرف قرارداد عاریه شود و از طرفی در جنبه اثباتی، به فرض ایجاد دعوا، تصمیم گیری را دچار اختلال سازد؛ بنابراین اگر امکان انعقاد قراردادی بر طبق خواسته دو طرف مقدور باشد، اجتناب از راهکار ارائه شده، بهتر خواهد بود. نتیجه اینکه شرط سود در ضمن عقد عاریه، یا عقدی دیگر که لازم باشد، بدون اشکال است؛ اما به فرض وجود ایرادهای ضمنی و محقق نشدن کامل مقصود دو طرف در قراردادهای محل بحث معاملات سهام، اجتناب از عقد عاریه برای راهکار معقول تر، اگر چه به صورت عقد نامعین، می تواند پیشنهاد مناسبی باشد. البته در فرض رفع مشکلات احتمالی، بنا بر احتراز از عقود نامعین و توجه بر اطمینان معیر نسبت به عودت مثل یا قیمت سهامش به وی، (که این مهم در عقد مضاربه مفقود است) همچنان عقد عاریه در اولویت خواهد بود.

### ۳-۳- ضامن بودن مستعیر

ممکن است گفته شود: در عقد عاریه اصل بر ضامن نبودن مستعیر است، مگر در عاریه طلا و نقره، پس تطبیق عاریه بر سبدگردانی با مشکل مواجه خواهد شد. به نظر می‌رسد با مراجعه به روایات، در فرض شرط ضامن مستعیر در ضمن عقد عاریه، او ضامن شناخته خواهد شد و چنین شرطی در ضمن عقد عاریه از نظر شارع مقدس صحیح است؛ بنابراین هر چند عاریه در حد خودش در غیر از دینار، ضامن آور نیست، اما اگر معیر شرط ضامن کند، مستعیر ضامن خواهد بود و به علت وجود روایات موثقی در این بحث، شرط ضامن در عقد عاریه از نظر شرعی بدون اشکال است. از جمله روایات طرح شده، روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام) است که فرموده‌اند: «مستعیر ضامن نیست، مگر اینکه شرط ضامن در عقد عاریه وجود داشته باشد، به جز در عاریه دینار که حتی اگر شرط ضامن نشده باشد، مستعیر ضامن خواهد بود.»<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

با توجه به توضیحات ارائه شده، به نظر می‌رسد در داخل بودن سبدگردانی در عنوان عاریه، به صورت اجمالی اشکالی وجود ندارد؛ اما با توجه به اراده دو طرف بر پندار کارکرد لزوم از عقد واقع شده و در عین حال جایز بودن عقد عاریه، باید عقد لازمی انجام شود که شروط لازمی همچون شرط سود در ضمن آن آورده شود. البته چنان که ذکر شد، ممکن است در مقام اثباتی عقد یادشده، از جهت اراده دو طرف از آن، ایرادهایی از جمله صوری بودن وارد شود.

ممکن است در این فضا پیشنهاد دخول این مصداق در عقود نامعین، با توجه به وجود اطلاقات و عمومات آیاتی از جمله آیه شریف **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾** (نساء، ۲۹) مطرح شود. به نظر نویسندگان، با توجه به سختی اثبات امضای شارع در ارکان عقود نامعین،

۱. «محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن عبد الله بن المغیره، عن عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله (علیه السلام): لا تضمن العاریة إلا أن یکون قد اشترط فیها ضمان، إلا الدنانیر فإنها مضمونة وإن لم یشرط فیها ضماناً.» (ر.ک. حرعاملی، ۱۴۱۴ق: ۹۶/۱۹)



اگر امکان تحقق خواسته دو طرف از انعقاد قرارداد سبب‌گردانی با عنوان عاریه، امکان داشت، انجام قرارداد با عنوان عاریه، مقدم خواهد بود؛ ولی در صورت عدم تحقق خواسته دو طرف با عنوان عقد عاریه، گزینش و انعقاد قرارداد معین دیگری از جمله عقد وکالت می‌تواند بررسی شود. البته به فرض عدم تحقق اراده طرفین در هیچ کدام از عقود یادشده یا عدم تطبیق عناوین یادشده بر مصداقی معین، به‌ناچار تنظیم عقدی نامعین، با نظر به اصل آزادی قراردادها و حکومت اراده‌ها، به‌انضمام عدم رد شارع، در دستور کار قرار خواهد گرفت.

البته در فرض رفع اشکالات احتمالی اثباتی برای عقد لازمی که در کنار عقد عاریه پیشنهاد شد، انعقاد این دو عقد (عقد عاریه و عقد لازم دیگر برای تضمین لزوم شرط سود) دارای نقاط قوتی برای معیر است؛ چراکه ممکن است انعقاد قرارداد مضاربه و یا قرارداد نامعینی با شرط لزوم برگرداندن مثل سهام یا سرمایه، حتی در فرض ازبین رفتن اصل سرمایه و سهام به‌علت رکود بازار یا دلایل دیگر، خلاف موازین شرعی شمرده شود؛ اما اگر عقد عاریه‌ای در کار باشد و شرط ضمانت شده باشد، به هر دلیلی اگر اصل سرمایه از دست رفت، مستعیر ملزم به برگرداندن مثل یا قیمت آن به معیر است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود که با توجه به نقص‌های احتمالی در فضای اثباتی برای عقد لازمی که در کنار عقد عاریه منعقد می‌شود و ارتفاع آن‌ها، انطباق نهاد سبب‌گردانی بر عقد عاریه نسبت به بعضی مصادیق در اولویت قرار گیرد.

با توجه به بیان ارکان و شروط عقد عاریه و انتفای قید رکنی بودن عودت عین معار به معیر و نیز بیان چگونگی داخل کردن سود در عقد عاریه، (به‌نحو شرطی یا شرط ضمن عقدی لازم) به نظر می‌رسد اگر شخص صاحب سرمایه، سرمایه خود را به شخص دیگری عاریه دهد تا مستعیر با آن معامله کند و ضمن برگرداندن مثل آن در مدتی معین، قسمت معینی از سود حاصل از خرید و فروش سهام را به معیر بدهد، این عقد بدون اشکال شرعی است. در ضمن چنان‌که اشاره شد اگر دو طرف خواستار انعقاد عقد به‌نحو لزوم باشند، که در اکثر موارد این چنین است، می‌توانند عقد عاریه را به‌عنوان شرطی در ضمن عقد دیگری که اصالتاً لازم باشد مطرح نمایند که البته این عقد لازم، صوری خواهد بود.

## فهرست منابع

\* قرآن کریم

۱. اردبیلی (مقدّس)، شیخ أحمد بن محمد، ۱۳۷۹، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، تحقیق شیخ مجتبی عراقی، قم: الإسلامی.
۱. انصاری، مرتضی، ۱۴۴۲ق، کتاب المکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۲. جمعی از نویسندگان، «بازار بورس چیست و چگونه می توانیم در این بازار سرمایه گذاری کنیم؟»، خانه سرمایه: khanesarmaye.com
۳. جمعی از نویسندگان، «نکات قابل توجه در سرمایه شرکت سهامی»، فکر برتر: companyregister.ir
۴. حر عاملی، شیخ ابو جعفر، ۱۴۱۴ق، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
۵. حسینی، سیده مریم، ۱۴۰۰/۰۵/۱۰، «سبد گردانی چیست و چگونه انجام می شود؟»، کاریزما: charisma.ir
۶. خمینی، سیدروح الله، ۱۳۷۹، تحریر الوسیله، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۷. خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم.
۸. -----، ۱۳۷۷، مصباح الفقاهه، به قلم محمدعلی توحیدی تبریزی، قم: داوری.
۹. سازمان بورس و اوراق بهادار، ۱۳۹۱، کتاب قوانین و مقررات بازار اوراق بهادار، تهران: شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس.
۱۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، ۱۳۹۰/۰۸/۰۲، «خارج فقه صوم»، مدرسه فقاها: www.eshia.ir
۱۱. عاملی (شهید ثانی)، شیخ زین الدین، ۱۴۳۴ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تصحیح شیخ حسن فاروبی تبریزی، چ ۱۲، قم: دارالتفسیر.
۱۲. عبدالغنی، ابوالعظم، ۱۹۹۴، المعجم الغنی، مراکش: الغنی.

۱۳. عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد اعرج حسینی، ۱۴۱۶ق، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، تصحیح محی الدین واعظی و همکاران، قم: اسلامی.
۱۴. عندلیبی، علی، ۱۳۹۹/۰۷/۰۱، «خارج فقه بورس و اوراق بهادار»، مدرسه شهیدین: shahidain.ir
۱۵. فیومی المقری، احمد بن محمد بن علی، ۱۴۱۸ق، المصباح المنیر، تحقیق یوسف الشیخ محمد، لبنان: المكتبة العصرية.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۹، درس هایی از عقود معین، چ ۳۳، تهران: گنج دانش.
۱۷. الکرکی (المحقق الثانی)، نورالدین علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۸. مدرسی، سید محمد تقی، ۱۳۹۰، احکام معاملات، قم: مجانب الحسین علیه السلام.
۱۹. مصطفی، ابراهیم و همکاران (مجمع اللغة العربية بالقاهرة)، ۱۹۸۹، المعجم الوسيط، استانبول: دارالدعوة.
۲۰. معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۹، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، چ ۱۱، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
۲۱. النجاشی، ابوالعباس احمد بن علی، ۱۳۶۵، رجال النجاشی، تحقیق سید موسی شبیری زنجان، قم: اسلامی.
۲۲. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۲، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۳. نوین، پرویز، ۱۳۹۹، حقوق مدنی (۷): عقود معین ۲، تهران: گنج دانش.