

بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۹/۲۷ تاریخ تأیید: ۱۳۹۰/۶/۳۱

علی معصومی نیا*

سیداکبر سیدی نیا**

چکیده

اختیار معامله به عنوان یکی از ابزارهای مشتقه، در بازارهای مالی اهمیت فراوانی داشته و استفاده وسیعی از این معامله انجام می‌گیرد و بررسی فقهی حقوقی معامله پیش‌گفته امری ضروری است. در مقاله پیش‌رو نگاهی جدید و نو به بحث فقهی این معامله شده است و راه‌های بیع حق و مبادله تعهد به عنوان راه‌های تصحیح اختیار معامله رایج و راه‌های وکالت، هبه معوضه و اسقاط حق به عنوان راه‌حل‌های جایگزین بررسی شده است. راه بیع حق با اشکال‌هایی روبه‌رو است، گرچه کشف مصداق برای حق برای رفع نیاز، براساس برخی مبانی قابل پذیرش است و تصحیح معامله در قالب اعطای پول در برابر تعهد را می‌توان با تمسک به ادله عام عقود تصحیح کرد. وکالت و هبه معوضه ممکن است به عنوان راه‌حل جایگزین مطرح شوند؛ اما با فضای بازار مشتقات قرابتی ندارند. در پایان اعطای پول در برابر اسقاط حق به عنوان سومین راه جایگزین فاقد اشکال دانسته شده است. در مقاله پیش‌رو غرر به عنوان یکی از مهم‌ترین ایرادها به اختیار معامله مطرح و پاسخ داده شده و معاملات بازار ثانوی نیز قابل تصحیح دانسته شده است.

روش مقاله در بررسی موضوع، توصیفی-تحلیلی و اسنادی است. ویژگی راه‌حل‌های پذیرفته‌شده این است که با مبانی مشهور فقیهان سازگاری دارد و قابل اجرا در بازارهای مالی است.

واژگان کلیدی: اختیار معامله، ریسک، بیع حق، وکالت، هبه معوضه، اسقاط حق، زمان تشریح، بازار اولی، بازار ثانوی.

طبقه‌بندی JEL: G21, G24, G28, K12

مقدمه

تفکیک ریسک و عدم اطمینان از فعالیت‌های اقتصادی امکان‌پذیر نیست. برخی کالاها، مانند کالاهای کشاورزی و گروهی از مواد اولیه، مانند نفت، قیمت ناپایداری دارند که معلول عامل‌های اثرگذار بر عرضه و تقاضای آنها است. متخصصان امور مالی برای حل مشکل پیش‌گفته و پدیدساختن اطمینان برای فعالان اقتصادی، ابزارهای جدیدی ابداع کرده‌اند که روزبه‌روز بر تنوع آنها افزوده می‌شود. یکی از این نوآوری‌ها، ابزارهای مالی مشتقه (Derivatives Instruments Financial) است که افزون بر حذف ریسک نوسان قیمت‌ها آثار مثبتی؛ مانند: افزایش حجم معامله‌ها، بالابردن درجه نقدینگی، کاهش هزینه خطر و بالا رفتن کارایی را دارند که این آثار باعث بالارفتن جاذبه مشتقات شده است. مشتقات دارای چهار قسم عمده است، قراردادهای آتی خاص (Forwards Contracts)، قراردادهای آتی یکسان (Futures Contracts)، اختیار معامله (Options Contracts) و قراردادهای معاوضی (Swaps Contracts) است و قیمت همه آنها به تبع تغییر قیمت دارایی پایه تغییر می‌کند.

حق اختیار معامله به‌عنوان یکی از ابزارهای مشتقه، اهمیت فراوانی داشته و استفاده وسیعی از این معامله انجام می‌گیرد. با ابداع قراردادهای آتی اعم از قراردادهای آتی اختصاصی و قراردادهای آتی استاندارد شده بسیاری از نیازهای کارگزاران اقتصادی برطرف شد؛ اما هنوز نیازهای فراوانی داشت؛ به‌طور مثال گرچه قراردادهای آتی می‌توانست نوسان‌های نامطلوب قیمت را پوشش دهد، اما انعطاف زیادی نداشت. به همین علت کسانی که برای پوشش ریسک وارد بازار آتی می‌شدند از ضررهای ناشی از تغییرهای نامطلوب قیمت تا حد فراوانی مصون می‌ماندند؛ اما از منافع ممکن کم‌تر به‌رمند می‌شدند. معامله‌هایی که در بازار اختیار معامله انجام می‌شود باعث گسترش فراوانی در قلمرو و ابزارهای گوناگون مالی شده است (معصومی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۲۶۱).

از آنجا که در جوامع اسلامی باید قراردادها براساس احکام شرع تنظیم و اجرا شود و قرارداد اختیار معامله به شکل کنونی جدید است، لازم است در ترازوی فقه گذارده شود و تحقیق‌های لازم درباره آن انجام گیرد. مقاله پیش‌رو با این هدف پس از مرور ادبیات گذشته، حق اختیار معامله را در دو مرحله بررسی کرده است: در ابتدا در صدد بررسی

اختیار معامله به شکل رایج با نگاهی دقیق از دید فقه برآمده؛ سپس راهکارهای جایگزین را مطرح کرده است. شایان ذکر است که هدف مقاله بررسی تفصیلی تک تک راهکارهای فقهی درباره قرارداد اختیار معامله نیست؛ بلکه بر مواردی که ثمره علمی داشته و احتمال و امکان تصحیح آنها وجود دارد تأکید شده است.

این مقاله با روش تحلیلی، توصیفی و کتابخانه‌ای، بعد از تعریف حق اختیار، بیان ویژگی‌ها، اقسام، ارکان، ماهیت فقهی حقوقی آن و تحلیل نظریه‌های مطرح شده به ارائه سه راهکار جدید می‌پردازد.

پیشینه تحقیق

درباره جنبه‌های فقهی اختیار معامله، تحقیق‌هایی به صورت مستقل یا در ضمن دیگر ابزارهای مشتقه صورت گرفته است.

آیت‌الله مؤمن‌قمی (۱۴۱۷) در کتاب *کلمات سدیده تحت عنوان «عقود الاختیارات»* به بررسی موضوع و بیان حکم فقهی قرارداد اختیار خرید و اختیار فروش می‌پردازد و آنها را از باب فروش حق تصحیح می‌کند (مؤمن، ۱۴۱۷، ص ۲۳۱) و باور دارد که در بیع، مثنی می‌تواند حق باشد و با بیع، آن حق به غیر منتقل می‌شود؛ از این رو خرید و فروش حق اختیار معامله صحیح و نافذ است (همان، ص ۲۴۳).

وی (۱۳۸۲) همچنین در مقاله‌ای تحت عنوان «عقد اختیار» ضمن بررسی ماهیت فقهی عقد اختیار به این نتیجه می‌رسد که فروش این حق و دریافت عوض در برابر آن، معامله‌ای عقلایی است که تحت عموم ادله بیع و عقود قرار می‌گیرد و حکم به صحت آن می‌شود؛ بنابراین، در ظاهر این گونه عقدها، صحیح هستند (مؤمن قمی، ۱۳۸۲).

زحیلی (۱۴۲۳) عقد اختیار را بیع نمی‌داند؛ زیرا شرایط بیع را ندارد. به نظر ایشان گرچه حقوق متعلق به شیء مادی مانند حق تألیف و ابتکار قابلیت بیع را دارد؛ اما حق شفعه و حق اختیار معامله حق محض است و قابلیت مثنی شدن را ندارد ثمن بیع باید معلوم باشد؛ اما در اختیار معامله ثمن براساس عوامل غیرشرعی معین می‌شود؛ بنابراین عقد اختیار معامله شرایط بیع را ندارد و تحت عقدهای شرعی دیگر هم واقع نمی‌شود. البته یک مواعده بین دو طرف است که برای مبادله حق محض بین طرفین رخ می‌دهد و مبلغ

پرداختی الزامی نیست؛ بلکه فقط به صورت تبرعی در برابر حق پرداخت می شود (زحیلی، ۱۴۲۳، ص ۵۰۹-۵۰۲).

مختار سلامی (۲۰۰۲) نزدیک ترین چیز به قراردادهای اختیار معامله را قمار دانسته و حکم به بطلان آنها داده است؛ زیرا ضرر و سود آن با تغییر قیمت در بازار ارتباط دارد (برواری، ۲۰۰۲، ص ۲۳۵).

فطانت و آقاپور (۱۳۸۰) در کتاب اوراق اختیار معامله در بازار سرمایه ایران، به طور مفصل به بررسی فقهی اختیار معامله پرداخته اند (فطانت و آقاپور، ۱۳۸۰).

عصمت پاشا (۱۳۸۲) در مقاله خود با عنوان «فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه های فقهی»، ضمن بیان سیر تکاملی اختیار معامله و نظر برخی از عالمان اهل سنت بررسی شده است. این گروه این قرارداد را باطل می دانند (عصمت پاشا، ۱۳۸۲).

رضایی (۱۳۸۲) در مقاله ای تحت عنوان «بررسی فقهی ابزارهای مالی مشتقه» معامله حق اختیار معامله را فاقد اشکال شرعی دانسته است (رضایی، ۱۳۸۲).

وی (۱۳۸۴) در مقاله دیگری تحت عنوان «اوراق اختیار معامله در منظر فقه امامیه»، به بررسی فقهی اوراق اختیار معامله پرداخته و موانع شرعی آن پاسخ داده است. وی تصحیح آن را از راه بیع عربون و بیمه بررسی کرده است؛ اما سرانجام با توجه به آرای فقیهان امامیه مانند امام خمینی علیه السلام، صحت بیع اختیار معامله را پذیرفته است؛ البته تصحیح اختیار معامله شاخص و اختیار معامله قرارداد آتی را با موانعی روبه رو دانسته است (رضایی، ۱۳۸۴).

شیری زاده (۱۳۸۴) در پایان نامه خود با عنوان «قراردادهای اختیار معامله سهام و مقایسه آن با قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران و فقه اسلامی» ضمن بررسی ماهیت قرارداد اختیار معامله سهام به این نتیجه می رسد که این قراردادها، به رغم مشابهت های فراوانی که با وعده قرارداد، بیع العربون، بیمه و به ویژه عقد بیع دارد، نمی توان بین این دسته از عقود با قرارداد اختیار معامله سهام مطابقت تامی را مشاهده کرد؛ بنابراین باید قرارداد اختیار معامله سهام را قراردادی خاص بدانیم که افزون بر مشابهت با عقود مشروع و قانونی شناخته شده، منطبق با قواعد و اصول فقهی و موازین حقوقی است (شیری زاده، ۱۳۸۴).

رفیعی و عبدالصمدی (۱۳۸۵) در مقاله ای تحت عنوان «بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله در بازار بورس اوراق بهادار» به بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله پرداخته و ضمن

بررسی اقوال برخی از فقیهان و حقوق‌دانان به این نتیجه رسیده‌اند که هیچ‌یک از این دیدگاه‌ها مورد پذیرش واقع نشده و نظر متفاوتی در این زمینه ارائه شده که در نتیجه کاربرد این نهاد از نظر حقوق ایران در بازار بورس اوراق بهادار مشروع اعلام شده است (عبدالصمدی و رفیعی، ۱۳۸۵).

معصومی‌نیا (۱۳۸۹) در کتاب *ابزارهای مشتقه بررسی فقهی اقتصادی*، اختیار معامله را در ضمن دیگر ابزارهای مشتقه بررسی کرده است. وی راه‌های فقهی وکالت، بیمه، هبه معوضه و بیع را مطرح کرده و اختیار معامله را از راه بیع حق صحیح دانسته است. حسین‌زاده و شیروی (۱۳۸۶) در مقاله «وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله» اختیار معامله را حق مالی دانسته‌اند که شخص می‌تواند براساس اصل «آزادی اراده» آن را در برابر گرفتن وجه به دیگری وا گذارد.

خادمی (۱۳۸۹) در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی فقهی قرارداد اختیار (Option)»، قرارداد اختیار را در قالب بیع بررسی می‌کند و ضمن بررسی دلایل بطلان و صحت آن به این نتیجه می‌رسد که معامله اختیار در قالب بیع نمی‌تواند صحیح باشد؛ اما به این معنا نیست که هر گونه معاوضه و نقل و انتقال در اختیار معامله صحیح نباشد؛ بلکه می‌توان قرارداد معامله اختیار را در قالب قراردادهای شرعی یا عقلایی دیگر تنظیم کرد (خادمی، ۱۳۸۹، ص ۲۶).

کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار در جلسه مورخ ۸۷/۸/۱ و همچنین ۸۷/۸/۲۹ درباره بررسی شرعی قرارداد اختیار معامله بحث کرده و این‌گونه موضوع را مطرح کرده‌اند که با استناد به بررسی ابعاد موضوع‌شناسی و اقتصادی قرارداد اختیار معامله، باید موارد ذیل در بررسی شرعی این قرارداد در نظر گرفته شود:

۱. در قرارداد اختیار معامله، تا زمانی که قرارداد منعقد نشده، اختیار معامله ارزش مالی ندارد، چگونه با انعقاد قرارداد دارای ارزش مالی می‌شود؟
 ۲. در قرارداد اختیار معامله، قیمت در قبال چه چیزی قرار می‌گیرد؟ و چه چیزی به خریدار منتقل می‌شود؟

۳. ماهیت قرارداد اختیار معامله چیست؟ بیع، بیمه، عربون، عقد مستقل؟

۴. آیا حکم شرعی قرارداد اختیار معامله، برای انواع شرکت‌کنندگان در بازار (پوشش‌دهندگان ریسک و سرمایه‌گذاران مالی) یکسان است؟

کمیته بعد از بررسی دیدگاه‌های گوناگون فقهی به نتیجه‌های ذیل رسیده است:

۱. گرچه گزینه‌های گوناگون خرید یا فروش که حق طبیعی هر فرد است از سنخ حکم شرعی بوده و ارزش مالی ندارند؛ اما وقتی کسی یکی از آن گزینه‌ها را تعهد می‌دهد آن گزینه نزد عرف ارزش مالی پیدا می‌کند و قابل معامله می‌شود؛
 ۲. قراردادهای اختیار معامله (اختیار خرید و اختیار فروش) از سنخ تعهدات هستند به این بیان که فروشنده اختیار، متعهد می‌شود در صورت درخواست مشتری، کالا یا سهام معینی را به قیمت معین خرید یا فروش کند و در برابر این تعهد از مشتری وجهی دریافت می‌کند که به آن قیمت اختیار معامله می‌گویند. به عبارت دیگر خریدار اختیار، با پرداخت مبلغی تعهد فرد دیگری مبنی بر انجام عمل حقوقی خرید یا فروش را خریداری می‌کند. بنابراین قرارداد اختیار معامله قرارداد مستقلی خواهد بود؛
 ۳. با توجه به ماهیت قرارداد اختیار معامله که قرارداد مستقل و جدیدی است در صورت رعایت ضوابط عمومی قراردادها؛ مانند: ممنوعیت اکل مال به باطل، ممنوعیت ضرر، ممنوعیت غرر و ممنوعیت ربا، می‌تواند قرارداد صحیحی باشد و با توجه به اینکه در قراردادهای اختیار معامله (اختیار خرید و اختیار فروش) این ضوابط رعایت می‌شود این معاملات محکوم به صحت خواهند بود؛
 ۴. بعد از تعهد فروشنده و دریافت وجه، مشتری حق اختیار خرید یا فروش پیدا می‌کند، مشتری می‌تواند در سررسید، این حق را اعمال کند یا از آن دست بردارد؛ همان‌طور که پیش از سررسید می‌تواند این حق را به دیگری بفروشد. در نتیجه معاملات بعدی اختیار معامله از سنخ خرید و فروش حق خواهد بود؛
 ۵. در تنظیم آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی باید دقت شود تا از معاملات صوری و بی‌رویه که باعث بطلان قرارداد و اختلال اقتصادی می‌شود، پرهیز شود (همان).
- از مطالعه تحقیق‌های انجام‌گرفته می‌توان نتیجه گرفت که لازم است کارهای جدی‌تری صورت گیرد. بررسی حاضر نیز قدمی در این جهت است. این مقاله نسبت به دیگر تحقیقات ویژگی‌های ذیل را دارد:
۱. موضوع مقاله با شیوه‌های فنی اصولی و فقهی و اجتهادی ارزیابی شده است؛
 ۲. در مقاله پیش‌رو راهکارهای تصحیح اختیار معامله به شکل رایج، از راهکارهای جایگزین تفکیک شده و هر یک براساس منطق خود نقد و بررسی شده است؛

۳. تبعی کامل از اختیار معامله انجام گرفته و وجوه گوناگون فقهی موضوع دیده شده است.

تعریف اختیار معامله

اختیار معامله، قراردادی است که طبق آن خریدار اختیار، با پرداخت وجهی به فروشنده اختیار، حق خرید یا فروش دارایی مشخصی را با قیمت معین، در آینده به دست می‌آورد، بدون اینکه متعهد به چنین خرید یا فروشی باشد (Hudson, 2006, p. 28 / Cuthbertson & Nitzsche, 2000, p.169 / گلریز، ۱۳۸۰، ص ۳۰۷ / درخشان، ۱۳۸۳، ص ۱۹۲ / فطانت و آقاپور، ۱۳۸۰، ص ۱۶ / پرواری، ۲۰۰۲، ص ۲۲۲).

در اختیار معامله یک طرف در جایگاه فروشنده اختیار در ازای دریافت مبلغی معین، به عنوان قیمت اختیار از طرف مقابل در جایگاه خریدار اختیار، متعهد می‌شود که در صورت مطالبه وی دارایی معینی را در ازای مبلغی معین و در تاریخ معین یا پیش از آن به وی بفروشد. قرارداد پیش گفته برای خریدار هیچ گونه تعهدی پدید نمی‌آورد؛ در حالی که فروشنده متعهد شده است که در صورت تصمیم خریدار به خرید و استفاده از حق خود، دارایی پایه را به وی به قیمت توافق شده نه قیمت جاری، تحویل دهد. سود فروشنده فقط به اندازه مبلغ حق امتیاز است که خریدار به وی پرداخته است؛ اما زیان وی تابع وضعیت قیمت در بازار است. تاریخ انقضا (Expiration Date) مشخص کننده عمر قراردادهای پیش گفته است.

به طور مثال شخصی قصد دارد خانه‌ای بخرد. پس از مدتی منزلی با قیمت ۴۰ میلیون تومان پیدا می‌کند؛ اما به عللی هنوز تصمیم نهایی را نگرفته است و قصد دارد یک ماه دیگر صبر کند. وی می‌ترسد که تا یک ماه بعد، خانه فروخته شود و تا آن زمان مورد بهتری را پیدا نکند. با فروشنده خانه توافق می‌کند که ۲۰۰ هزار تومان به صاحب خانه بپردازد و در ازای آن «حق خرید خانه» برای وی محفوظ بماند. به این ترتیب اگر تا یک ماه بعد، خانه را به مبلغ ۴۰ میلیون تومان نخرید، مبلغ ۲۰۰ هزار تومان در ملکیت صاحب خانه باقی خواهد ماند؛ و اگر تصمیم به خرید خانه گرفت، حتی اگر قیمت خانه به مقدار فراوانی افزایش یافته باشد، فروشنده موظف است با همان مبلغ به وی بفروشد. به این ترتیب وی با پرداخت ۲۰۰ هزار تومان خود را در برابر تغییرهای قیمت بیمه کرده و این امتیاز را به دست آورده که در صورت صلاح دید، بتواند معامله

را انجام دهد. به مبلغ ۲۰۰ هزار تومان، حق امتیاز (Premium) اختیار معامله یا «قیمت اختیار خریدار» (Option Buyer, Option Holder, Option Taker, Long the Option) یا حق شرط اختیار معامله (Option Premium) می‌گویند. مبلغ ۴۰ میلیون تومان که به‌عنوان بهای خانه توافق شده است، قیمت توافقی (Exercise Price) یا قیمت مورد توافق (Strive Price) نام دارد که قیمت قرارداد اختیار در زمان اجرای آن است (معصومی نیا، ۱۳۸۹).

ارکان عقد اختیار معامله

۱. ایجاب و قبول

قرارداد اختیار معامله مانند قراردادهای دیگر نیاز به ایجاب و قبول دارد. منظور از ایجاب و قبول، الفاظ و عبارتهایی است که با گفتن آن، طرفین عقد، اراده خود را به انعقاد اختیار معامله اعلام می‌دارند، شرایط ایجاب و قبول همان شرایطی است که در دیگر قراردادها وجود دارد (محقق‌حلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۳ / نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۲۱۳ / موسویان و عبادی، ۱۳۸۷).

۲. طرفین عقد

در عقد اختیار معامله یک طرف در جایگاه فروشنده اختیار و طرف مقابل در جایگاه خریدار اختیار، طرفین معامله را تشکیل می‌دهند و کارگزار بورس واسط بین این دو شخص در جایگاه عامل و کارگزار قرار دارد. طرفین عقد پیش‌گفته باید شرایط عمومی را داشته باشند.

۳. عوضان

در عقد پیش‌گفته دارایی معینی در ازای مبلغی معین و در تاریخ معین یا پیش از آن مورد معامله قرار می‌گیرد و مورد معامله مدت‌دار است و فقط حق اختیار معامله و تعهد فروش یا خرید معاوضه می‌شود.

کاربرد حق اختیار معامله (Option Contract)

اختیار معامله کاربرد بسیار گسترده در بازارهای سرمایه دارد؛ به‌طور مثال، این قرارداد از سال ۱۹۸۵ در بازار نفت به‌کار گرفته شده و روزبه‌روز بر دامنه استفاده از آنها افزوده می‌شود. معامله‌هایی که در بازار اختیار معامله انجام می‌شود، باعث گسترش فراوانی در

قلمرو و ابزارهای گوناگون مالی شده است. عمده معامله‌گران در بازارهای آتی، پوشش‌دهندگان ریسک و سفته‌بازان هستند و هدف اصلی معامله‌ها در بازار آتی، انتقال ریسک از گروه نخست (خطرگیز) به سفته‌بازان (خطرپذیر) است. این دو گروه در بازار اختیار معامله نیز مطرح هستند (معصومی‌نیا، ۱۳۸۹). برخی موارد می‌توان از اختیار معامله برای جلوگیری از زیان احتمالی دو طرف معاملات استفاده کرد؛ برای مثال، در قراردادهای سلف اگر قیمت دارایی در سررسید زیاد افزایش یابد، فروشنده خیلی متضرر می‌شود و اگر زیاد کاهش یابد، خریدار دچار زیان خواهد شد. با انعقاد اختیار معامله فروشنده در معامله سلف در صورت بیش‌تر شدن قیمت از سقفی معین، اختیار خرید دارایی را از خریدار خواهد داشت و خریدار، اختیار فروش دارایی به فروشنده به مبلغ معین در صورت تنزل قیمت از کفی معین را به‌دست خواهد آورد. به این ترتیب قرارداد اختیار معامله در موارد بسیار فراوانی می‌تواند سبب پدیدآمدن اطمینان در بین کارگزاران اقتصادی شود.

مزایا و تقسیمات حق اختیار معامله

اختیار معامله ویژگی‌های خاصی دارد که سبب گسترش سریع آن شده است. انعطاف‌پذیر بودن؛ پدیدساختن فرصت مناسب برای سرمایه‌گذاران؛ معطل‌نکردن سرمایه؛ مدیریت ریسک؛ امکان برآورد قیمت؛ افزایش کارایی بازار؛ هزینه‌های معاملاتی پایین‌تر نسبت به بازارهای نقد؛ قدرت نقدینگی بالا، برخی از آنها است. حق اختیار معامله انقسامات فراوانی است که به اختصار عبارت هستند از:

اختیار خرید (Call Option)؛

اختیار فروش (Put Option)؛**

اختیار معامله اروپایی (European Options)؛

اختیار معامله آمریکایی (American Options)؛

اختیار معامله قابل معامله در «بورس‌های رسمی» (Exchange)؛

*. برای روشن شدن اقسام پیش‌گفته لازم است به منابع مربوط مراجعه شود؛ برای نمونه رک به: (درخشان، ۱۳۸۳، ص ۱۹۶-۱۹۴ / فطانت و آقاپور، ۱۳۸۰، ص ۲۵-۲۰ / معصومی‌نیا، ۱۳۸۹).

** وجه تسمیه Call و Put برای Option این است که «اختیار خرید» به خریدار این حق را می‌دهد که اگر مایل بود بتواند دارایی پایه را از طرف دیگر طلب کند (Call) و اختیار فروش به دارنده؛ یعنی خریدار این حق را می‌دهد که اگر مایل بود بتواند دارایی پایه را به طرف دیگر عرضه کند (Put) (درخشان، ۱۳۸۳، ص ۲۴).

قابل معامله در «فرا بورس» (Market OTC : Over-the counter)؛
اختیار معامله روی سهام (Stock options)؛
اختیار معامله روی شاخص (Index options)؛
اختیار معامله روی اوراق قرضه (Band options)؛
اختیار معامله روی قراردادهای آتی (Futures options).

اختیار معامله و تسامح رایج در بازار سرمایه

پیش از ورود به بحث‌های مربوط به کشف ماهیت قراردادهایی مانند حق اختیار معامله و استنباط حکم فقهی آن باید به یک مطلب توجه کرد و آن اینکه در بازار بورس برخی از واژه‌ها و عبارتهایی به کار برده می‌شود که به طور کامل مسامحه است؛ به طور مثال، فروش سهام در بازار اولیه، یعنی مشارکت؛ و فروش اوراق قرضه در بازار اولیه، یعنی قرض کردن؛ اما در بازار ثانویه یعنی خرید و فروش. بنابراین باید واقعیت امر به منظور روشن شدن حقیقت قرارداد بررسی شود.

روش عملی قرارداد اختیار معامله به این شکل است که متقاضی اختیار معامله به کارگزار مراجعه کرده و از وی تعداد صد برگ از قرارداد را که روی آن نوشته شده «حق اختیار خرید هزار کیلو ورق آهن در سررسید سه ماه» در ازای مبلغی معین دریافت می‌کند. هنگام قرارداد، قیمت زمان تحویل نیز با توافق معین می‌شود. به این ترتیب ماهیت و حقیقت قرارداد از طرف فروشنده، تعهد و از طرف خریدار، حق است. کارگزار این حق را به خریدار می‌دهد که اگر خریدار خواست، وی ملزم به تحویل موضوع قرارداد باشد. در بورس به قرارداد پیش‌گفته و تمام اوراق دیگر کلمه بیع به کار برده می‌شود؛ در حالی که ممکن است باور داشته باشیم که قرارداد پیش‌گفته بیع نبوده و ماهیت فقهی و حقوقی دیگری دارد. نکته مهم این است که حقیقت معامله‌ها با لفظ عوض نمی‌شود؛ از این جهت درباره اختیار معامله اگر واقعیت معامله؛ به طور مثال وکالت بود و لزومش ثابت نشد، نمی‌توان عنوان دیگری روی آن گذاشت و حکم به بطلان آن کرد؛ بنابراین با اسم عوض کردن، ماهیت معامله تغییر نمی‌کند؛ البته گاهی برای برآورده کردن نیازی در بازار سرمایه، در صورت عدم امکان تصحیح شرعی معامله رایج، می‌کوشیم عقد مشابه بلاشکال دیگری را ارائه کنیم. این امر با قرار دادن در قالب عقود صحیح و رعایت قیدها و

ضوابط آن امکان‌پذیر است. از طرفی خود حقوقدانان غربی نیز در ماهیت حقوقی قرارداد اختیار معامله اختلاف دارند چرا که بررسی ماهیت قرارداد بعد از ابداع آن به وسیله متخصصان مالی بوده است (معصومی‌نیا، ۱۳۸۹).

ماهیت فقهی و حقوقی اختیار معامله

سیر منطقی اقتضا می‌کند در ابتدا ماهیت فقهی حقوقی قرارداد اختیار معامله رایج در بازار سرمایه بررسی شود. اگر دست کم یکی از احتمالات فاقد اشکال تشخیص داده شد مسأله حل می‌شود و می‌توان حکم به جواز آنچه رایج است نمود، در غیر این صورت به دنبال راه حل جایگزین خواهیم بود. اگر راه‌های پیشنهادی مواجه با اشکال باشد لازمه طبیعی آن حکم به عدم مشروعیت اختیار معامله است تا زمانی که راه مشروعی برای آن یافت شود. بر این اساس مطالب در دو قسمت مطرح می‌شود:

۱. قسمت اول: راه‌های تصحیح قرارداد اختیار معامله رایج؛

قسمت دوم: راه‌حل‌های جایگزین قرارداد اختیار معامله رایج.

قسمت اول: راه‌های تصحیح اختیار معامله رایج

راه اول: بیع حق

یکی از راه‌های تصحیح اختیار معامله رایج در بازار سرمایه، بیع حق است؛ با این تقریر که خریدار اختیار معامله در ازای دادن مبلغی تحت عنوان «بهای اختیار» حق انجام بیع را در سررسید از فروشنده اختیار می‌خرد؛ لازم است تحقیق در دو مرحله انجام شود:

۱. ابتدا لازم است اقوال فقیهان و مفاد ادله درباره بیع حق بررسی شود؛

۲. سپس باید دید اختیار معامله می‌تواند از مصداق‌های بیع حق باشد؟

جواز و عدم جواز بیع حق

یکی از بحث‌های مهمی که بین فقیهان مطرح است این است که آیا لازم است مبیع از اعیان باشد یا اینکه اگر عین نبود؛ به‌طور مثال، حقی از حقوق یا منفعتی در قالب بیع مبادله شد صحیح است؟ فقیهان دو دسته هستند. گروه فراوانی انتقال حق و منفعت در قالب بیع را صحیح نمی‌دانند و برآن هستند که این امر باید در قالب دیگری مانند اجاره صورت

پذیرد. شیخ انصاری رحمته الله علیه (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۷)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۱۳، ج ۲۲، ص ۲۰۸)، محقق نراقی رحمته الله علیه (نراقی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۳۰۶)، محقق خوئی رحمته الله علیه (موسوی خوئی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۳) از این دسته هستند. صاحب جواهر می نویسد: «هیچ اشکال و خلافتی در اینکه باید مبیع از اعیان باشد نیست، به همین دلیل است که بین فقیهان مشهور شده که بیع برای نقل اعیان است؛ همان گونه که اجاره برای نقل منافع است» (نجفی، ۱۴۱۳، ج ۲۲، ص ۲۰۸). دلیل عمده این گروه تبادل عرفی و صحت سلب از تملیک منفعت است. محقق خوئی رحمته الله علیه نیز دارد: «روشن است که مفهوم بیع نزد اهل عرف به تملیک اعیان اختصاص دارد و شامل تملیک منافع نمی شود؛ بنابراین ادله ای که درباره امضای بیع به دست ما رسیده است، به نقل اعیان اختصاص دارد و از نقل منافع بیگانه است». وی همچنین به تبادل و صحت سلب که از علایم حقیقت هستند، اشاره کرده و نتیجه گرفته است که استعمال بیع در تملیک عین، حقیقت و در غیر آن مجاز است (موسوی خوئی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۳).

در برابر، برخی فقیهان بیع حق را جایز می دانند. از نظر این دسته، غرض اصلی در اینجا به دست آوردن مفهوم عرفی بیع است چه شرعی باشد یا نه. نه آنچه شرعاً مؤثر است و گرنه لازم می آید موضوع را مقید به هر چیزی که در اعتبار شرعی بودن آن مؤثر است، بکنیم. بر این اساس تمسک به اجماع صحیح نیست و به عبارت دیگر اینجا جای تمسک به اجماع، تسالم اصحاب، عدم خلاف، انصراف ادله یا شک در اطلاق ادله نیست؛ زیرا همه این امور بیگانه از مقصود ما است؛ مگر اینکه برای تحصیل معنای عرفی به اتفاق اصحاب تمسک شود که این درست نیست؛ زیرا آنها درصدد بیان تفاوت بین بیع و اجاره مؤثر هستند؛ بنابراین استکشاف معنای عرفی از اجماع ممکن نیست. تمسک به تبادل و صحت سلب نیز درست نیست؛ زیرا تبادل ناشی از غلبه، فایده ای ندارد و صحت سلب نیز افزون بر بازگشت به تبادل مصداق ندارد؛ زیرا در موارد فراوانی عقلاً به بیع غیر اعیان اطلاق بیع می کنند. یکی از موارد این امر، خرید و فروش سرقتی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۳). آیت الله مکارم شیرازی نیز بیع حقوق را غیرقابل انکار دانسته و آن را از امور شایع بین عقلاً می شمارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۳). آیت الله مؤمن در این باره می نویسد:

«عرف شک ندارد که بیع بر مواردی که مضمن از اعیان نیست، بدون تسامح و مجازگویی صادق است» (مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۲۳۷).

مصادیق بیع حق

مصادیق مسلم بیع حق، حقی است که پیش از معامله ثابت باشد؛ اما حقی که با خود معامله پدید می‌آید، محل شبهه است (معصومی‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۳۱۵)؛ بنابراین لازم است سرچشمه شبهه پیش‌گفته روشن شود. ممکن است گفته شود، آنچه پیش از معامله وجود دارد جواز انعقاد قرارداد است که از سنخ حکم است نه حق؛ هر چند در استعمال عرفی از آن تعبیر به حق می‌شود. حق البیع، در حقیقت حق نیست؛ بلکه همان حکم صحت بیع است. در این صورت مراد از جواز بیع جواز وضعی است؛ اگر گفته شود حق بیع خانه خودم را دارم به این معنا است که اگر من خانه خودم را فروختم، انتقال محقق می‌شود و حق البیع چیزی غیر از این نیست. به عبارت دیگر در ابتدای امر حقی وجود ندارد که بخواهیم در برابر گرفتن وجه به دیگری منتقل کنیم.

تفاوت حق و حکم

فقیهان، بحث‌های فراوانی درباره حق و حکم و ملک و ملاک جداسازی آنها از یکدیگر مطرح کرده‌اند که برخی موارد نقل می‌شود. به گفته صاحب عروه (سیدزیدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۵) بسیاری از اموری که در زمره حقوق شمرده می‌شوند، از سنخ حکم شرعی هستند که نمی‌توان آن را به عنوان عوض در معامله قرار داد. حق، نوعی سلطنت بر یک چیز است که به عین تعلق گرفته؛ مانند: حق تحجیر و حق طلبکاران در ترکه میت؛ بنابراین حق مرتبه ضعیف؛ بلکه نوعی از ملکیت است. صاحب حق مالک چیزی است که امر آن به دست وی است؛ مانند اینکه در ملک شخص مالک عین یا منفعت است؛ اما در حکم چنین نیست، در حکم فقط اجازه انجام یا ترک یک چیز مطرح است یا ترتب اثر بر انجام یا ترک است؛ برای مثال، حق خیار در عقود لازم مصداق حق نیست؛ بلکه حکم شارع است به اینکه شخص می‌تواند قرارداد را امضا یا فسخ کند؛ بنابراین شارع به صاحب حق سلطنت و ملکیت اعطا می‌کند و به پشتوانه همین سلطنت است که می‌تواند در ازای آن پول بگیرد و درباره صغیر و مجنون این دو صاحب حق هستند؛ اما برای رعایت مصلحت، سلطنت به

ولی شرعی آنها داده می‌شود؛ اما در تشریح حکم چنین سلطنتی را به شخص نمی‌دهد؛ بلکه فقط به وی اعلام می‌کند که اجازه انجام یا ترک فعلی را داری؛ البته در موارد ثبوت حق نیز حکم به اینکه شخص مالک عین یا منفعت است از جمله احکام است (همان، ج ۱، ص ۵۵). به گفته محقق خویی^{۱۱} نیز معروف بین فقیهان درباره تفاوت حق و حکم این است که حق، نوعی از سلطنت است که امر آن به دست صاحب حق است، برخلاف حکم که امر آن به دست کسی جز شارع نیست (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۵).

غیرقابل انتقال و اسقاط بودن حکم

برخلاف حق، حکم قابل نقل و انتقال و خرید و فروش نیست. علت این امر در ذات حکم نهفته است. صاحب عروه در این باره می‌نویسد:

اینکه حکم، قابل اسقاط و نقل نیست از قضایایی است که دلیل آن در خود قضیه یاد شده نهفته است؛ زیرا امر حکم در دست حاکم است و کسی که حکم درباره وی انشا شده، حق اسقاط و انتقال آن را ندارد. فرض این است که در حکم برای کسی سلطنت قرار داده نشده تا اینکه امر آن به دست وی باشد. بلیه اگر حکم معلق بر یک موضوع باشد و مکلف داخل موضوع باشد می‌تواند از آن موضوع خارج شود تا حکم از وی برداشته شود؛ اما این از باب اسقاط نیست؛ بلکه از باب تبدیل موضوع است (سیدزیدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۶).

در مقابل وقتی شارع برای کسی «حق» اعتبار کرد، در حقیقت برای وی اقتدار قائل شده است. وی در این صورت می‌تواند از حق خود استفاده کند، هم‌چنانکه می‌تواند آن را انتقال دهد یا از آن صرف نظر کند؛ یعنی آن را اسقاط کند.

اختیار معامله، مصداق بیع حق

با در نظر داشتن مقدمات پیش گفته وقت آن رسیده که ببینیم براساس مبنای جواز بیع حق می‌توان اختیار معامله را مصداق «بیع حق» دانسته آن را تصحیح کرد؟ در این باره دو نظر وجود دارد که هر یک به همراه استدلال‌های مربوطه ذکر می‌شود:

الف) اختیار معامله مصداق بیع حق نیست

ممکن است گفته شود اینکه شخصی مجاز است خانه‌اش را به دیگری بفروشد، ملازمه‌ای با صحت انتقال به دیگری ندارد. اطلاق «احل الله البیع» (بقره: ۲۷۵) و «الناس مسلطون علی

اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۷۲، ح ۷) اقتضای جواز بیع را دارد که از مقوله حکم است نه از مقوله حق؛ و دلالت دارد اگر شخص مال خودش را فروخت، به دیگری منتقل می‌شود؛ اما دلالت ندارد که می‌توان خود را در نقل مال مسلوب‌الاراده کرد. چنین حقی برای شخص محرز نیست؛ بلکه مقتضای اطلاق ادله پیش‌گفته و ادله دیگری؛ مانند: «المالک یحقّ له بیع ماله» یا «یصحّ له ان یشیع ملکه» این است که حتی با واگذاری حق فروش به دیگری از شخص ساقط نمی‌شود و وی باز هم می‌تواند آن را به افراد دیگر بفروشد. تا به حال حق فروش این شیء را داشت، به این معنا که اگر آن را می‌فروخت، صحیح بود. اثر واگذاری این نیست که اگر به دیگری بفروشد معامله‌اش باطل باشد. اطلاق دلیل حکم، اقتضا می‌کند همان‌طوری که پیش از واگذاری، بیع مالش صحیح بود، بعد از واگذاری هم این بیع صحیح باشد؛ عدم جواز بیع مال به دیگری نیاز به دلیل دارد که مفقود است. در این صورت غرض از معامله اختیار، تأمین نمی‌شود. در صورتی هدف تأمین می‌شود که شخص با واگذاری اختیار معامله مسلوب‌الاراده شود. با تحقق قرارداد اختیار معامله، انتقال ملکیت صورت نمی‌گیرد؛ بلکه قرار معامله آینده گذاشته می‌شود؛ بنابراین حق مصطلح در اینجا منتفی است. به عبارت دیگر پیش از معامله، حقی در کار نبود تا فروشنده به خریدار منتقل کند؛ به عبارت دیگر پیش از تعهد هزار تا حکم وجود داشت؛ بنابراین موضوع «بیع حق» محقق نشده است.

آیت‌الله مومن در دفاع از جواز بیع اختیار معامله به موثقه سماعه از امام صادق علیه السلام تمسک کرده است. در این موثقه آمده است: «خداوند متعال جل جلاله همه امور مؤمن را به خودش واگذارده است؛ اما به وی وا نگذارده که خود را خوار و ذلیل کند. آیا به این سخن خداوند متعال جل جلاله گوش نداده‌ای که "عزت مخصوص خدا و رسول و مؤمنان است" (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۱، باب ۱۲).

به بیان وی:

موضوع این روایت عنوان حق نیست؛ بلکه عنوان «امر» است و منظور از آن هر چیزی است که به انسان مرتبط است و نتیجه‌اش به وی باز می‌گردد. به همین دلیل تطبیق این عنوان بر احراز عنوان حق متوقف نیست؛ بلکه مجرد احراز ارتباط چیزی با انسان در صدق عنوان مندرج در اخبار کفایت می‌کند و می‌توان حکم کرد که به وی تفویض شده است؛ بنابراین

قبول بیع و رد آن و قبول شراء و ترک آن، از امور انسان شمرده شده و به وی تفویض شده است و لازمه تفویض، آن است که این امور با نقل وی انتقال یابند».

دو ملاحظه به این استدلال وارد است:

۱. یکی از شرایط تمسک به اطلاق این است که گوینده در مقام بیان باشد. این روایت اصلاً در مقام بیان چنین امری نیست؛ بلکه بیانی اخلاقی است و درصدد بر حذر داشتن مؤمن از اذلال نفس خودش است. مراد از تفویض تمام امور مؤمن به خودش این است که مؤمن می‌تواند در محدوده شرع هر کار مباحی را انجام دهد و از آن‌رو که ممکن است مؤمنان تصور کنند که کوچک‌کردن شخصیت خود نیز جزو امور مباح و مشروع است، آن را استثنا فرموده است (معصومی نیا، ۱۳۸۹). امام علیه السلام در این روایت در مقام بیان مستثنی است نه مستثنی منه، شاهد این مطلب اینکه امام علیه السلام در ادامه روایت به آیه ۹۸ سوره مریم استشهاد فرموده است: «ولله العزة ولرسوله وللمؤمنین» و در پایان نیز به صراحت توصیه اخلاقی فرموده است: «پس مؤمن از کوه سخت‌تر است».

۲. بر فرض تنزل از اخلاقی بودن روایت، لازمه معنای پیش‌گفته این است که انسان بتواند بیع دارایی‌های تحت تملک خود را برای خود ممنوع کند؛ زیرا از امور وی شمرده می‌شود، در حالی که هیچ فقیهی به این امر ملتزم نیست. انسان فقط در مواردی می‌تواند در شئون خود تصرف کند که از سوی شارع مجاز باشد. به عبارت دیگر در مواردی که با حکم شرعی روبه‌رو هستیم اختیار به‌دست ما نیست و در موارد وجود حق اختیار آن به‌دست ما است و در مواردی که شک داریم نمی‌توانیم به عموم روایت پیش‌گفته تمسک کنیم و از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود.

ب) اختیار معامله، مصداق بیع حق

پرسش این بود که در حقیقت، ما چه چیزی را معامله می‌کنیم و ما به ازای آن پول دریافت می‌کنیم؟ در پاسخ می‌توان گفت: اختیار معامله مصداق حق ثابت پیش از معامله است؛ بنابراین قابل بیع است، همین که کارگزار در اتاق کارگزاری خود در تالار بورس نشسته تا حق اختیار بخرد یا بفروشد، معنایش ثبوت حق نزد عقلا است؛ عقلا براساس نیازی که احساس کرده‌اند «اعتبار حق» کرده، برای آن مالیت قائل بوده، به خرید و فروش آن مبادرت می‌کنند. آنها برای این امر مقررات فراوانی وضع کرده‌اند. با این بیان می‌توان اشکال

پیش‌گفته را پاسخ داد. اشکال این بود که شخص با واگذاری اختیار معامله، مسلوب‌الاراده نمی‌شود و همچنان حق تصرفش در مال خود باقی است، در حالی که از ملاک‌های مسلم حق این است که قابل اسقاط باشد. از آنجا که قابلیت اسقاط وجود ندارد، حق نیز وجود ندارد و بیع آن با مشکل روبه‌رو خواهد بود. پاسخ اینکه وقتی عقلا در این باره، اعتبار حق کرده‌اند با واگذاری، خود را مسلوب‌الاراده می‌کنند. در حقیقت رضایت به سبب همان رضایت به مسبب شمرده می‌شود. با اعتبار حق با حق روبه‌رو هستیم نه با حکم و در تمام موارد اعتبار حق همین امر رخ می‌دهد. ممکن است گفته شود که در اینجا شما عقلا را در مسند جعل حق و تشریح می‌گذارید، در حالی که ما عقلا را به عنوان سند بر جعل حق و تشریح نمی‌دانیم؛ یعنی این حکمی وضعی است و وقتی امضا شد جعل شرعی می‌شود؛ بنابراین هیچ‌وقت نباید عقلا را در مسند جعل حکم وضعی قرار داد؛ پس ورود شما به این مسئله این شبهه را دارد. این خدشه قابل دفع است؛ عقلا با اعتبارات خود برای حکم شرعی موضوع درست می‌کنند. هر جا عقلا موضوعی را اعتبار کنند و شارع از آن ردع نفرموده باشد تحت حکم شرعی مربوط قرار می‌گیرد. پیش از معامله فقط جواز بیع مطرح بود که از مقوله حکم بود؛ اما شخص با دادن تعهد برای طرف مقابل حق می‌آفریند و هیچ‌کس به این امر تشریح اطلاق نمی‌کند. ممکن است خواننده از این پاسخ قانع نشود و بگوید حق بعد از قرارداد پدید می‌آید و هنگام قرارداد هنوز حقی ثابت نشده و گرفتن وجه در برابر تعهد، بیع نیست؛ بلکه راه جدیدی است که باید درباره آن جداگانه بحث شود و بررسی شود آیا مانعی در پیش‌رو دارد یا نه؟

نبودن صحت انتقال در گرو ملکیت

برای اثبات جواز بیع مناسب است به مطلب دیگری نیز توجه کنیم و آن اینکه جواز بیع به ملکیت مبیع منحصر نیست؛ گرچه اغلب آنچه فروخته می‌شود، ملک با بیع است؛ اما در برخی موارد مبیع در ملکیت کسی نیست؛ اما بیع آن صحیح است؛ برای مثال، در برخی موارد بیع اعیان موقوفه صحیح است در حالی که به‌ویژه در موقوفات عامه، ملک احدی نیست (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۴۰ / موسوی‌خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۴۴۱) یا در برخی موارد بیع فضولی یا بیع کلی در ذمه با وجود اینکه انسان مالک ذمه خود نیست و عقلاً

کسی را مالک ذمه خود اعتبار نمی‌کنند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۲۶). در همین جهت اگر شخصی در باغ خود عقرب دارد و می‌گوید هر کس یک عقرب از باغ من بگیرد و بیرون بیاورد من فلان مبلغ از وی خریدارم، با وجود اینکه ملکیت وجود ندارد؛ اما بیع صدق کرده و صحیح است. با وجود اینکه تملیک مطرح نیست؛ اما بیع است؛ البته ممکن است کسی در این مثال مناقشه کند و بگوید این مبلغ در ازای اجرت عملی است که آن فرد انجام داده است نه بابت بیع، شاهد مطلب اینکه پس از تحویل، آن را دور می‌اندازد و از آن استفاده‌ای نمی‌کند و هدف وی از دادن پول، خلاص شدن از آفت بوده است. نتیجه بحث‌های پیش‌گفته این است که صحت انتقال در برابر وجه در گرو ملکیت نیست. برای تقویت دلیل پیش‌گفته می‌توان مطلبی را افزود: شارع مقدس نسبت به تمام آنچه در تمام زمان‌ها به‌وسیله عقلا ابداع می‌شود، آگاهی کامل داشته است. اگر عرف عقلائی زمان ما برای چیزی اعتبار مالیت کرد و شارع از آن نهی خاص یا عامی نکرده باشد، این اعتبار عقلاً معتبر است. در این صورت سرچشمه این اعتبار مهم نیست، مهم این است که آن اعتبار مالیت دارد و می‌توان در برابر آن، پول دریافت کرد.

مصادیق حق و حکم، حکم صورت شک

ملاک یاد شده درباره تفکیک بین حق و حکم به‌طور کامل روشن است؛ اما در بسیاری اوقات تشخیص مصداق‌ها بسیار مشکل است. به گفته صاحب عروه برای تشخیص موارد حق و حکم باید به یکی از ملاک‌های ذیل مراجعه کرد:

۱. اجماع: باید بینیم اجماع بر چه چیز منعقد شده است؛
۲. ملاحظه دلیل: باید دید در دلیل شرعی لفظ حق به‌کار رفته یا حکم، باید آثار و لوازم آن را در نظر بگیریم؛ برای مثال، اگر جواز اسقاط یا جواز انتقال آن ثابت شد معلوم می‌شود مصداق حق است. در صورتی که نتوانیم تشخیص دهیم باید به اصل رجوع کنیم و اصل به حسب آثار، گوناگون است؛ پس اگر در جواز اسقاط یا انتقال شک کردیم اصل عدم این دو است و اگر حکم اثر وجودی داشته باشد نیز اصل عدم جواز اسقاط یا انتقال است. از آن طرف اگر حکم‌بودن نیز اثر وجودی داشته باشد، اصل عدم آن خواهد بود (سیدیزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۶).

نتیجه دو اصل پیش‌گفته این است که در صورت شک، حق‌بودن ثابت نشده و انتقال در قالب بیع درست نخواهد بود.

راهکار دیگری برای تصحیح بیع حق

این راه را می‌توان در جهت راه پیشین؛ یعنی بیع حق دانست؛ اما از آنجا که بیان جدیدی در آن وجود دارد جداگانه مطرح می‌شود و آن اینکه اگر عقلا در قراردادی حقی جعل کردند آیا این کار مقابله با شارع است؟ برای یافتن پاسخ، صورت‌های کار عقلا را بررسی می‌کنیم:

۱. گاهی عقلا ارزش چیزی که تا آن موقع ارزش نداشت را کشف می‌کنند؛ به‌طور مثال، عقلا بر گیاهی که ارزشی بر آن قائل نبودند بر اثر یافته‌های پزشکی و منافع آن ارزش قائل می‌شوند، در اینجا چون کشف است نه جعل، نیازی به امضای شارع نیست و این عمل عقلا مقابله با شارع نیست؛

۲. گاهی عقلا برای کسی یا موضوعی حق جعل می‌کنند؛ به‌طور مثال، ارث زن را برابر ارث مرد می‌دانند. در این صورت این جعل عقلا قابل قبول نیست چون در برابر حکم صریح شارع قرار دارد؛ چنانکه عقلا حق تحریم، ایجاب، استحباب، کراهت و الزام در احکام تکلیفی را ندارند، در احکام وضعی هم چنین حقی را ندارند؛

۳. بین دو صورت پیش‌گفته، صورت دیگری است و آن اینکه عقلا از چیزی که پیش از آن برایش ارزش قائل نبودند، اکنون به‌علت نیاز یا پیشرفت علم، فناوری و ...، آن را ارزشمند می‌دانند؛ به عبارتی ارزش آن را کشف کرده و برای آن مالیت قائل می‌شوند. حال ممکن است این مالیت رها یا مضاف به شخصی باشد، مانند کاری که در بحث مالکیت فکری انجام شده است؛ یعنی حق چاپ و تکثیر برای نویسنده قائل شده و از این به بعد این مصداق شرط ارتکازی برای فروشنده شده است. این نیز مقابله با شارع شمرده نمی‌شود.

می‌دانیم خیار عیب بر شرط سلامت کالا مبتنی است؛ بر این اساس، اگر جنس دست دوم باشد باز گردانده می‌شود؛ اما اگر در بازاری که تمام اجناس آن دست دوم است، جنسی خریداری شود، خریدار در این صورت حق عودت و برگشت‌دادن ندارد، چون اصل بر این است که جنس دست دوم خریداری شده یا اینکه خرید از سمساری می‌تواند شرط سلامت نداشته باشد. جعل خیار، در اختیار عقلا نیست؛ بلکه دست شارع است، یعنی نمی‌توان خیار حیوان را از بیع برداشته و در صلح و اجاره و ... استفاده کرد؛ چون که خیار، حق و حکم شرعی است و باید شارع آن را جعل کرده یا تغییر دهد؛ اما وقتی ارتکاز

تغییر یافته و تصحیح می‌شود، شرط سلامت نیز صحیح می‌شود؛ موضوع مورد بحث ما هم این‌گونه است؛ حال اسم این را بگذاریم جعل حکم، جعل حق، یا کشف مصداق برای حق. عقلا تا پیش از این قضیه‌ها، چنین چیزی را تجربه نکرده بودند و بعد با این معامله روبه‌رو شده‌اند، هیچ‌کس کار فروشنده و خریدار را غیرعاقلانه نمی‌داند، در این صورت عقلا می‌توانند این قرارداد را واگذار کرده و در برابر آن پول بگیرند. به عبارت دیگر، جعل عنوان‌ها برای اشیا از طرف عرف، نیازی به امضای شارع ندارد. از سوی دیگر مال از عنوان‌های اقتضایی عرفی است؛ یعنی عرف برای شی‌ای فایده‌هایی را برای رفع نیاز خود احساس می‌کند و در پی آن عرضه و تقاضا پدید می‌آید؛ این همان است که گفتیم عقلا برای چیزی اعتبار مالیت می‌کنند؛ بنابراین ما از چگونگی رفتار عرف با اشیا پیش‌گفته، مالیت را انتزاع می‌کنیم.

راه دوم: اعطای پول در برابر تعهد

می‌توان گفت که دادن بهای اختیار معامله، در برابر نفس تعهد است؛ یعنی برای حق خرید و فروش در آینده پول گرفته می‌شود؛ واگذار کننده اختیار در ازای دریافت مبلغ اختیار از طرف مقابل، خود را در برابرش متعهد می‌کند. این تقریر از اختیار معامله با واقعیت خارجی و با تعریف این قرارداد سازگار است که پیش از این ذکر شد. در این صورت می‌توان این معامله را قراردادی مستقل دانست که تمام ارکان و شرایط قرارداد صحیح در آن موجود است. این قرارداد مصداق جدیدی از «العقود» در آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) است؛ مانند: بیمه؛ در بیمه بیمه‌گذار با دادن حق بیمه به بیمه‌گر از وی امنیت‌خاطر دریافت می‌کند. ظاهر این آیه شریفه این است که لام در «العقود» برای استغراق تمام انواعی است که در زمان شارع وجود داشته‌اند یا در آینده پدید خواهند آمد و از این ناحیه هیچ فرقی بین افراد نیست. از این آیه علت لزوم وفا نیز فهمیده می‌شود، سبب وجوب پای‌بندی این است که قرارداد از عاقل حکیم صادر شده است؛ بنابراین وفا به مفاد قراردادهای عقلایی تا وقتی نهی صریحی از مفاد خود قرارداد یا شرایط آن از سوی شارع صورت نگرفته لازم است (سبحانی، ۱۴۳۱، ص ۲۵۴). ظاهر آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم ببینکم بالباطلِ إلا أنْ تَکُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْکُمْ» (نساء: ۲۹) نیز بر همین

مطلب دلالت می‌کند. اعطای پول در برابر تعهد مانند قراردادهای معهود، مصداق تجارت با رضایت طرفین است و منع عام یا خاصی از جانب شرع درباره آن وارد نشده است.

اشکال و پاسخ

اگر اشکال شود تعهد، مصداق شرط ابتدایی است و شرط ابتدایی براساس نظر مشهور لزوم وفا ندارد (بجنوردی، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۳۲۵)؛ بنابراین در سررسید برای طرف مقابل حق انجام بیع پدید نمی‌آید؛ در پاسخ باید گفت که اینجا مصداق شرط ابتدایی نیست، در اینجا واگذار کننده اختیار فقط به طرف مقابل قول نداده؛ بلکه با وی قرارداد منعقد کرده و در برابر گرفتن پول از وی متعهد شده است. در این صورت قراردادی منعقد شده که دو طرف دارد، عوض و معوض در آن موجود است و به عبارت بهتر تمام شرایط یک قرارداد در آن موجود است و ربطی به شرط ابتدایی ندارد. تمام قراردادهای جدید براساس اصالة الصحة صحیح هستند و براساس اصالة اللزوم در زمره عقود لازم قرار می‌گیرند؛ بنابراین واگذار کننده اختیار نمی‌تواند تعهد را به هم بزند. اثر قهری تعهد واگذار کننده اختیار این است که برای طرف مقابل حق انجام بیع پدید می‌آید و وی می‌تواند در صورتی که به منفعتش بود اعمال حق کرده، از طرف مقابل تقاضای انجام بیع کند و وی ملزم است به تعهد خود عمل کند. ویژگی این راه این است که راه حل جایگزین نیست؛ بلکه قرارداد اختیار معامله را به شکل رایج تصحیح می‌کند.

قسمت دوم: راه‌حل‌های جایگزین

اگر در راه‌حل‌های گذشته خدشه وارد شود یا براساس نظر گروهی از فقیهان صحیح نباشد و در نتیجه طراحی اوراق اختیار دست‌کم برای گروهی از مردم، با اشکال روبه‌رو شود و از سوی دیگر این قرارداد برای اقتصاد ضروری تشخیص داده شود، روش منطقی اقتضا می‌کند ببینیم آیا می‌توان قالب دیگری یافت که طراحی این قرارداد در آن قالب ممکن باشد؟ در اینجا چند مورد مطرح و تحقیق می‌شود:

راه اول: وکالت

یکی از راه‌های جایگزین که درباره اختیار معامله مطرح شده، وکالت است. وکالت به این صورت است که خریدار حق اختیار معامله به فروشنده پولی می‌دهد مشروط به اینکه از طرف وی وکیل بلاعزل باشد که اگر به‌طور مثال تا شش ماه آینده خواست دارایی مورد نظر را از طرف وی به خودش بفروشد. فرض کنید خریدار منزل پولی به صاحب منزل می‌دهد و شرط می‌کند وکیل بلاعزل وی در فروش آن در طی شش ماه آینده و در صورت اراده، به خودش باشد. فروشنده نیز پول را برابر اعطای امتیاز خرید منزل به وی می‌گیرد. در این فرض وکالت امری عقلایی است. حال باید در مقام اثبات تطابق آن با واقعیت خارجی بررسی شود.

با در نظر داشتن ادله، وکالت پیش‌گفته از نظر اطلاق نفس وکالت، بنای عقلا و اطلاق ادله عقود اشکالی ندارد و صحیح است. شایان ذکر اینکه بین وکالت در اینجا و وکالت‌های معمول تفاوت وجود دارد. در وکالت‌های معمول دریافت پول به‌وسیله وکیل اشکالی ندارد؛ اما در اینجا موکل پول می‌گیرد، هرچند اشکالی نداشته و منعی از آن صورت نگرفته است. ممکن است گفته شود این خروج از بحث است؛ زیرا چون بورس مالک نیست و نمی‌تواند کسی را وکیل کند. در پاسخ باید گفت: این اشکال وارد نیست؛ زیرا در این صورت مبلغ را به وی می‌دهد که در تاریخ معین یا پیش از آن به‌صورت بیع کلی جنس را تهیه کند و به وی بفروشد.

جواز و لزوم وکالت

اشکال مهمی که در وکالت بودن ماهیت اختیار معامله وجود دارد، جایز بودن عقد وکالت است. غرض عقلایی ابداع Option با جایز بودن عقد وکالت تأمین نمی‌شود؛ چون که خریدار باید اطمینان داشته باشد که طرف مقابل تا تاریخ معین باید به مفاد قرارداد ملتزم باشد و این با جایز بودن آن نمی‌سازد. در ضمن مشکل با وکالت بلاعزل هم حل نمی‌شود، چون جواز از آثار وکالت است و از طرفی صرف اینکه تکلیفاً عزل جایز نیست، مشکل را حل نمی‌کند. مشهور بین فقیهان این است که وکالت قابل لزوم نیست و جواز از احکام وکالت است. در این باره روایتی از امام صادق علیه السلام رسیده است:

من وکل رجلاً علی امضاء أمرٍ من الأمور فالوکاله ثابتة ابدًا حتی یعلمه بالخروج منها کما اعلمه بالدخول فیها (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۹، ص ۱۶۱).

هر کس شخصی را برای انجام کاری وکیل کرد این وکالت همیشه باقی است تا زمانی

که خروجش را به وی اعلام کند؛ همان‌گونه که وارد شدنش را در وکالت به وی اعلام کرده بود.

علامه حلی^{ره} پس از نقل این روایت نوشته است که «امت در تمام زمان‌ها و تمام شهرها اجماع کرده‌اند بر اینکه وکالت فی‌الجمله جایز است» (علامه حلی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۱۴). وی در جای دیگر نیز گفته که در سند این روایت عمرین‌شمر قرار دارد که فردی ضعیف است (همان، ص ۱۳۳)؛ البته صاحب حدائق^{ره} و برخی دیگر روایت را از راه دیگر تصحیح کرده‌اند (محدث‌بحرانی، [بی‌تا]، ج ۲۲، ص ۲۰). نتیجه اینکه براساس روایت پیش‌گفته وکالت جایز و قابل به‌هم خوردن است.

شایان ذکر است که اندراج وکالت در ضمن عقدی لازم هم مشکل را حل نمی‌کند؛ زیرا در این صورت وکالت اصطلاحی نیست؛ بلکه صرف مأذونیت است. بعید نیست کسی ادعا کند حقیقت مأذونیت و وکالت متقوم به بقای اذن و توکیل است؛ یعنی اگر طرف از اذنش برگشت دیگر آن عقد به‌عنوان وکالت نافذ نیست؛ مگر اینکه فرض کنیم با حدوث مأذونیت؛ مانند: حدوث ملکیت حقی پیدا می‌کند که قابل به‌هم زدن است.

وکالت به‌عنوان عقدی لازم، راهی برای استفاده از آن

شایان ذکر است که آن وکالتی که عقد جایز است و موکل حتی در صورت اشتراط عدم عزل می‌تواند به هم بزند و فقط تکلیفاً خلاف کرده، عبارت است از توکیلی که از عقدهای اذنی است و عمده فقیهان به آن «الاستنابة فی التصرف» می‌گویند (برای نمونه ر.ک به: علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۱). مشهور فقیهان وکالت را عقد می‌دانند؛ اما برخی به‌علت اذنی بودن، آن را در زمره عقدها نمی‌شمارند و بیش از اجازه تصرف، برای آن شأنی قائل نیستند (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۱۸۵). از این‌رو گفته‌اند اگر کسی به دیگری اذن در تصرف مالش بدهد صحیح بوده و فایده وکالت می‌دهد؛ هرچند طرف مقابل قبول نکند (همان، ص ۱۸۶).

ممکن است گفته شود اینجا غیر از آن است، آنچه مشهور گفته‌اند که وکالت عقد جایز است، درباره وکالتی است که از عقدهای اذنی است؛ اما این نوع وکالت امری متفاوت است و اصلاً در کلمات مشهور مطرح نشده است. برای اثبات این مدعا می‌توان گفت دلیل عمده جایز بودن وکالت، اجماع است (نجفی، ۱۴۱۳، ج ۲۷، ص ۳۵۶) و از آنجا که اجماع دلیل لئی است باید به قدر متیقن بسنده کرد و در مازاد بر آن قابل تمسک نیست. قدر

متیقن آنجا است که موکل از وکیل درخواستی را مطرح کند و در برابر آن به وی اجرت پرداخت کند؛ اما درباره مورد ما امر به طور کامل عکس است. در اینجا موکل در برابر وکیل کردن وکیل از وی وجهی را دریافت می‌کند. اطلاق روایت پیش‌گفته (من وکل رجلاً ...) هم این قرارداد که معاوضه است را نمی‌گیرد و از آن منصرف است. در اینجا یک معامله صورت می‌گیرد. یک طرف معامله، پولی است که یک طرف به طرف دیگر می‌دهد و طرف دیگرش توکیل و وکالت است (عوض). بنابراین ادله وکالتی که در دست ما است، این نوع را در بر نمی‌گیرد. اگر گفته شود آنچه گفته شد سبب تغییر ماهیت وکالت نمی‌شود، می‌توان گفت اینجا برخلاف وکالت متعارف، معاوضه بوده و نمی‌توان باطل بودن آن را به مشهور فقیهان نسبت داد؛ چون متعرض این قسم نشده‌اند. در اختیار معامله، شخص پول می‌دهد که حق خرید داشته باشد و در آخر خودش کالا را به این شخص می‌فروشد؛ اما در توکیل به این صورت است که من وکیل باشم به خودم بفروشم. این باعث می‌شود ثبوت با اثبات تفاوت داشته باشد. نتیجه اینکه می‌توان مشکل جواز وکالت را به صورت پیش‌گفته تصحیح کرد؛ البته ممکن است گفته شود دلیل جواز وکالت منحصر در اجماع نیست، دلیل دیگر اذنی بودن آن است. وکالت مانند مضاربه و شرکت از عقدهایی است که قوام آن، به اذن است. این گونه عقدها تا وقتی باقی هستند که یکی از دو طرف تصمیم به هم زدن آن را نگرفته باشد؛ اما این اشکال در صورتی وارد است که تلقی عرف اذنی بودن شکل جدید آن باشد؛ اما می‌دانیم اختیار معامله در عرف بازارهای مالی از عقدهای لازم شمرده می‌شود. در اینجا شرط نتیجه هم اشکالی ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۱۸۷)؛ زیرا وکالت سبب خاص نمی‌خواهد و مانند طلاق نیست که انشاء خاص بخواهد.

عدم تطابق وکالت با واقعیت خارجی

مطلب مهمی که در اینجا وجود دارد این است که آنچه در بازارهای مشتقه اتفاق می‌افتد، وکالت نیست. در قراردادهای رایج، اگر خریدار اختیار معامله تصمیم به اعمال حق گرفت، طرف مقابل ملزم است دارایی را تهیه کرده و به وی بفروشد نه اینکه وی خودش می‌تواند به وکالت از طرف وی دارایی موردنظر را به خودش بفروشد. از این رو آن را به عنوان راه حل جایگزین طرح کردیم.

راه دوم: هبه معوض

دومین راه جایگزین در قرارداد اختیار معامله، هبه است. هبه‌کننده دویست هزار تومان هبه می‌کند به شرط آنکه در برابر آن در شش ماه آینده، حق انحصاری خریداری کالای معینی را داشته باشد؛ به‌طور مثال، وی پول را به طرف مقابل هبه می‌کند به شرط آنکه وی امتیاز خرید منزل را در طول این مدت برایش به رسمیت شناخته و آن را محفوظ بدارد که در این صورت شبهه‌ای وجود ندارد؛ این تصویری جدید از این قرارداد است و منطبق با آنچه در بازار مشتقات اتفاق می‌افتد نیست، از این جهت این راه را نیز به‌عنوان راه جایگزین طرح کردیم؛ البته این راه مطلوب نیست و با فضای بازار مشتقات سازگاری ندارد.

راه سوم: اعطای پول در برابر اسقاط حق

راه دیگری که در اینجا مطرح می‌شود، دادن وجه در برابر اسقاط حق است؛ یعنی شخص به ازای دریافت پول، حق خود را اسقاط می‌کند نه اینکه حق و جواز خود را بفروشد. به بیان دیگر، به‌طور مثال، شخصی در جایگاه نماینده ایران خودرو در سه ماه آینده از نظر شرعی مجاز است با هر کسی، به هر قیمتی و به هر مقداری معامله کند؛ اما وی همه این موارد را از خود ساقط می‌کند و فقط یک مورد می‌ماند و آن اینکه فلان مقدار به فلان قیمت به دیگری بفروشد. ممکن است گفته شود این تصویر در شکل کلی اشکال دارد؛ زیرا بعد از اینکه متعهد به فروش مقدار معین به شخص معین شدیم، می‌توان بلافاصله معادل، بیش‌تر یا کم‌تر از این مقدار را به دیگری فروخت. این‌گونه نیست که حق اختیار خرید این مقدار کالا را به دیگران نداشته باشیم؛ در حالی که از لحاظ تولید محدودیت وجود دارد، چون این کلی است و می‌تواند به افراد گوناگونی واگذار شود؛ اما این اشکال وارد نیست، زیرا وقتی شخص متعهد به اسقاط حق خود شد، لازم است به مقتضای «اوفوا بالعقود» به مفاد آن پایبند بماند، لازمه این امر عدم جواز تمام معامله‌هایی است که در ظرف معین‌شده در قرارداد با عمل به آن منافات داشته باشد؛ تلقی عقلا نیز همین است. از آنجا که اگر تولیدکننده‌ای بیش از ظرفیت تولید خود بفروشد، دیگر اسقاط معنا ندارد. در بازار بورس برای هر فروشنده و کارگزار و همچنین برای کل بازار محدودیت قائل می‌شوند؛

یعنی گفته می‌شود هر فروشنده حداکثر تا سقف معینی می‌تواند اختیار معامله بفروشد و سازمان بورس سرانجام به میزان حداکثر تولید ممکن به وی اجازه فروش می‌دهد و حق فروش مازاد بر این سقف تولید را از وی سلب می‌کند؛ بنابراین مشکلی در این باره پدید نمی‌آید. نکته آخر اینکه این اشکال به بیع سلف نیز وارد است، در حالی که ادله معتبر دلالت بر صحت آن می‌کند و در این امر تردید وجود ندارد.

وجود غرر در اختیار معامله

شبهه‌ای که درباره بیش‌تر راه‌حل‌ها مطرح است وجود غرر است. وقتی می‌گوید به شما دویست هزار تومان می‌دهم تا شش ماه دیگر وکیل شما باشم اگر حتی قیمت خانه دو برابر شد خانه را به خودم بفروشم، آیا این معامله غرری نیست؟ مقصود این نیست که وکالت غرری است؛ بلکه ممکن است بگوییم این شخص که وکیل می‌شود از طرف شخص دیگر برای فروش، فروش سفهی و غرری است؛ زیرا خریدار مبلغ ناچیزی می‌دهد که اگر تا تاریخ معین اراده کرد دارایی موردنظر که ممکن است قیمتش دو برابر شود را به قیمت امروز به خودش بفروشد و می‌دانیم معامله غرری بالاجماع باطل است (محقق نراقی، ۱۴۱۷، ص ۸۳). اگر اختیار معامله را مصداق بیع حق دانستیم شبهه بارزتر است. فروشنده اختیار مبلغ معینی را دریافت می‌کند؛ اما مشخص نیست در ازای آن چه چیز قرار است بپردازد. شبهه غرر در راه‌حل گرفتن وجه در برابر تعهد نیز وجود دارد. میزان تعهد واگذار کننده اختیار معلوم نیست، یعنی هنگام انعقاد قرارداد مشخص نیست قیمت‌ها در هنگام اعمال اختیار به چه سطح خواهد رسید.

معانی غرر

پیش از پاسخ به اشکال پیش‌گفته لازم است معنای غرر روشن شود. لغوی‌ها برای غرر معانی گوناگونی ذکر کرده‌اند؛ مانند: خطر (راغب، ماده غر و لسان‌العرب، ماده غر)، گول‌زدن (قاموس، ماده غر) و غفلت (الصحاح، ماده غر). فقیهان نیز چند معنا برای آن مطرح کرده‌اند؛ مانند: مخاطره منجر به نزاع (انصاری، ۱۴۲۰، ص ۱۸۶)، خدعه (اصفهانی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۰۰)، به هر دو معنای خدعه و غفلت (موسوی‌خویی، ۱۳۷۷، ج ۳،

ص ۵۴۸)، در معرض هلاکت قرار دادن (محقق نراقی، ۱۴۱۷، ص ۸۹). می توان گفت جهالت، غفلت و خدعه سبب در معرض هلاکت قرار دادن هستند و شارع مقدس با منع غرر خواسته اموال مردم در اثر امور پیش گفته در معرض هلاکت و نابودی قرار نگیرد. این امر از حکیم بودن شارع ناشی شده، مانع بروز تشاجر بین مردم می شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۱۳). اعلام بطلان چنین معامله ای همچنین فضای کسب و کار را از این امور ناپسند و خلاف اخلاق پاک می کند. در اختیار معامله معلوم نیست قیمت دارایی پایه در سررسید به چه سطح خواهد رسید، از این رو وجهی که به عنوان بهای اختیار از سوی خریدار اختیار پرداخت می شود در معرض تلف قرار دارد.

پاسخ شبهه غرر

در پاسخ می گوئیم که درباره غرر دو مبنا وجود دارد: اختصاص به بیع و عمومیت نسبت به تمامی قراردادها. اختصاص به بیع بر این اساس است که ادله منع غرر اختصاص به بیع دارد و دلیل عمومیت منع معتبر نیست. اطلاقی درباره منع غرر نیست؛ بلکه فقط درباره بیع وارد شده است که «نهی النبی ﷺ عن بیع الغرر» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۴۴۸)، سیره عقلا هم بر این است که در مواردی از معامله های غرری نمی پرهیزند. در بیع سلم نیز غرر وجود دارد، حتی بیش تر از وکالت؛ اما شارع اجازه داده است، به طور مثال، در بیع سلف فروشنده باید در سررسید مقدار معین کالا را به هر قیمت شده به دست آورده و به خریدار بدهد. براساس این مبنا پاسخ اشکال روشن است، در اینجا عوض نه در برابر بیع؛ بلکه در برابر وکالت مطرح است. برخی به عمومیت نفی غرر نسبت به تمام قراردادها رأی داده اند. از نظر این فقیهان غرر به علت جلوگیری از وقوع نزاع منع شده است و این امر در تمام معامله ها وجود دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۱۴). براساس این مبنا نیز اختیار معامله غرری نیست؛ زیرا آنچه هنگام قرارداد داده می شود در ازای خود اختیار است نه به عنوان بهای دارایی پایه، و این شباهت دارد به آنچه که در قرارداد بیمه پرداخت می شود.

معامله های اختیار معامله در بازار ثانوی

اگر بیع اختیار معامله در بازار اولی (Primary market) صحیح نباشد، بیع آن در بازار ثانوی (Secondary market) نیز صحیح نخواهد بود؛ اما اگر بیع اختیار معامله در بازار اولی را صحیح دانستیم، در بیع حق بودن آن در بازار ثانوی شکی نیست. اگر معامله اختیار معامله را در قالب هبه معوضه یا گرفتن وجه در برابر اسقاط حق یا در برابر تعهد تصحیح کردیم نیز بیع آن در بازار ثانوی مصداق بیع حق بوده و در صورت قائل شدن به جواز بیع حق، فاقد اشکال است؛ زیرا در تمام صورت‌های پیش‌گفته برای پرداخت‌کننده وجه، حق پدید می‌آید و جایز است که آن را بفروشد. روشن است که در صورت قائل نشدن به جواز بیع حق، انتقال آن در بازار ثانوی از راه‌های دیگری مانند گرفتن وجه در برابر رفع ید از حق خود، فاقد اشکال بوده دلیلی بر منع آن نداریم.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

۱. در مقاله پیش‌رو قرارداد اختیار معامله تعریف و ابعاد و ارکان آن به اختصار تبیین شد. در مرحله بعدی احتمال‌ها و راه‌حل‌های فقهی گوناگون به صورت تخصصی مطرح و مورد بررسی قرار گرفت؛
۲. در مقاله پیش‌رو نگاهی جدید و نو به بحث فقهی این معامله شده است و راه‌های بیع حق، و تعهد به عنوان راه‌های تصحیح اختیار معامله رایج و راه‌های وکالت، هبه معوضه و اسقاط حق به عنوان راه‌حل‌های جایگزین مطرح شده است؛
۳. درباره بیع حق دو مشکل وجود داشت: اول: درباره بیع حق، نظر بسیاری از فقیهان این است که بیع در استعمال‌های عرفی، متقوم به نقل عین است و نقل غیرعین برحسب مفهوم و عرف، مصداق بیع نیست و بر فرض تنزل در جامع، استعمال شده است و احتمال دارد ادله‌ای که آثار را بر بیع بار کرده، ناظر بر آن شق از بیع باشد که نقل‌العین است. اگر بخواهیم بیع حق را نیز تحت آن ادله مندرج کنیم لازم است احراز کنیم که در زمان شارع بیع حق استعمال می‌شده است و راهی برای این امر وجود ندارد. اختیار معامله در زمان ما در حقیقت به بیع اطلاق می‌شود؛ اما جایز نبودن بیع حق در گذشته بین فقیهان تا حد شبهه اجماع رسیده است؛ مگر اینکه بگوییم اجماع شیخ‌انصاری رحمته‌الله

ریشه در نظر برخی فقیهان دارد؛ البته در برابر برخی فقیهان انتقال حق در قالب بیع را جایز می‌دانند. روش رایج عقلاً در زمان حاضر خرید و فروش انواع امتیازات و حقوق است تا آنجا که این امر از لوازم ضروری زندگی شده است؛ دوم: بنا بر مبنای جواز بیع حق نیز این شبهه مطرح بود که پیش از معامله، حقی وجود نداشت تا خریدار در برابر پول به خود منتقل کند؛ بلکه با احکام فراوانی روبه‌رو بودیم. براساس مبنای امام خمینی علیه السلام (موسوی خمینی، ۱۳۷۹) و مرحوم اصفهانی علیه السلام و برخی معاصران مشکل حل می‌شود. سرچشمه ابداع اختیار معامله، عقل مردم است؛ بنابراین بر این اساس ارزش پیدا می‌کند. در برابر براساس نظر شیخ انصاری علیه السلام (انصاری، ۱۴۲۰)، محقق خویی علیه السلام (موسوی خویی، ۱۳۷۷) و بسیاری دیگر مشکل همچنان باقی است؛

۴. اگر نتوانستیم اختیار معامله را از راه بیع حق و تعهد تصحیح کنیم و استفاده از این قرارداد را ضروری تشخیص دادیم، می‌توانیم سه راه دیگر را که فاقد اشکال هستند،

پیشنهاد کنیم:

۱. وکالت؛

۲. هبه معوضه؛

۳. اعطای پول در برابر اسقاط حق.

۵. در مقاله اختیار معامله رایج به‌عنوان مصداق وکالت، مطرح و آشکار شد که نفس این امر اشکالی ندارد و حتی اینکه در اینجا برخلاف وکالت‌های رایج، موکل پول می‌گیرد، فاقد منع شرعی است؛ البته دو مشکل عمده وجود دارد: نخست اینکه وکالت عقدی جایز است و غرض خریدار اختیار با جایز بودن قرارداد تأمین نمی‌شود؛ مگر اینکه گفته شود وکالتی که مشهور از عقدهای جایز می‌دانند درباره وکالت از عقدهای اذنی است؛ اما در اینجا امر متفاوت است و این نوع وکالت اصلاً در کلمات مشهور فقیهان مطرح نشده است. مشکل عمده وکالت عدم تطابق با واقعیت رایج در بازار مشتقات است؛

۶. هبه معوضه به‌عنوان راه‌حل جایگزین مطرح و بررسی شد و به این نتیجه رسیده شد که ممکن است به‌عنوان راه‌حل جایگزین مطرح شود؛ اما با فضای بازار مشتقات قرابتی ندارند؛

۷. راه حل جایگزین بعدی که مطرح و بررسی شد، اعطای پول در برابر اسقاط حق بود و به این نتیجه رسیدیم که اعطای پول در برابر اسقاط حق به عنوان سومین راه جایگزین فاقد اشکال دانسته شده است؛
۸. ویژگی راه حل های پذیرفته شده این است که با مبانی مشهور فقیهان سازگاری دارد و در نتیجه در بازار سرمایه قابل اجرا است؛
۹. در بحث قرارداد اختیار معامله، شبهه غرر را مطرح کردیم که قائلان آن باور داشتند که بیش تر راه های پیشنهادی دچار غرر است؛ زیرا وضعیت آینده قیمت دارایی مورد نظر مبهم است. خریدار مبلغ ناچیزی می دهد مبنی بر اینکه اگر تا تاریخ معین اراده کرد دارایی مورد نظر که ممکن است قیمتش ده برابر شود به قیمت امروز به خودش بفروشد. این معامله ای سفهی و غرری است. در پاسخ می توان گفت ملاک خود معامله اختیار است که اکنون واقع می شود که تمام مشخصاتش معلوم است و غرری در آن وجود ندارد؛
۱۰. مطلب پایانی اینکه با وجود جنبه های مثبت فراوان مشتقات؛ اما سوءاستفاده از این ابزارها به یکی از مهم ترین معضلات دنیای امروز تبدیل شده است؛ به گونه ای که بسیاری از صاحب نظران این امر را ریشه اصلی بروز بحران در بازارهای مالی؛ بلکه تمام اقتصاد می دانند. علت اصلی این امر انتشار این ابزارها در حجم بسیار وسیع است تا آنجا که گاه تا بیش از ده برابر کالاها قرارداد منتشر می شود و این امر اقتصاد را به سمت حاکمیت فضای غیرواقعی سوق می دهد و حباب های قیمتی پدید می آورد. از آنجا که استفاده از این ابزارها جدیداً آغاز شده و به تدریج زیادتر می شود، بر متصدیان بازار سرمایه فرض است مقررات را به گونه ای تنظیم کنند که زمینه این سوءاستفاده ها به حداقل برسد.

منابع و مأخذ

۱. ابن منظور؛ لسان العرب؛ بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۵ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیه مکاسب؛ قم: مجمع ذخایر اسلامی، [بی تا].
۳. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱۹، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷.
۴. انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۴ و ج ۶، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأنصاری رحمته الله، ۱۴۲۰ق.
۵. بنجوردی، سیدمیرزا حسن موسوی؛ القواعد الفقهیة، ج ۳، نجف: مطبعة الآداب، ۱۳۹۱ق.
۶. برواری، شعبان محمد اسلام؛ بورس الاوراق المالیه من منظر اسلامی؛ دمشق: دارالفکر، ۱۴۲۳ق.
۷. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البت رحمته الله، ۱۴۰۹ق.
۸. حسین زاده، جواد و عبدالحسین شیروی؛ «وضعیت فقهی و حقوقی قرارداد اختیار معامله»؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۷، ش ۲۷، پاییز ۱۳۸۶.
۹. حسین زاده، جواد، «اوصاف قرارداد اختیار معامله»؛ مجله حقوق اسلامی؛ س ۶، ش ۲۲، پاییز ۱۳۸۸.
۱۰. حسینی حائری، سیدکاظم؛ فقه العقود؛ ج ۲، قم: مجمع فکر الاسلامی، ۱۳۷۹.
۱۱. حسینی مراغی؛ العناوین الفقهیة؛ مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف؛ مختلف الشیعه؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۱۳. خادمی، محمدعلی؛ «بررسی فقهی قرارداد اختیار (Option)»؛ پژوهش‌نامه فقهی، س ۱، ش ۱، قم: جامعه المصطفی رحمته الله العالمیه، ۱۳۸۹.
۱۴. درخشان، مسعود؛ مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت؛ تهران: مؤسسه تحقیقات بین‌المللی انرژی، ۱۳۸۳.
۱۵. رضایی، مجید؛ «اوراق اختیار معامله در منظر فقه امامیه»؛ فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق رحمته الله؛ ش ۲۵، تهران: دانشگاه امام صادق رحمته الله، بهار ۱۳۸۴.
۱۶. _____؛ «بررسی فقهی ابزارهای مالی مشتقه»؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۳، ش ۱۱، پاییز ۱۳۸۲.

۱۷. رفیعی، محمدتقی و راضیه عبدالصمدی؛ «بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله در بازار بورس اوراق بهادار»؛ مجله اندیشه‌های حقوقی، س ۴، ش ۱۰، تهران: دانشگاه تهران، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
۱۸. رفیعی، محمدتقی؛ مطالعه تطبیقی غرر در معامله؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۱۹. زحیلی، وهبه؛ الفقه الاسلامی و ادلته؛ ج ۲، دمشق: دارالفکر، ۱۴۰۵ق.
۲۰. _____؛ المعاملات المالیة المعاصرة بحوث و فتاوی و حلول؛ ج ۱، دمشق: دارالفکر، ۱۴۲۳ق.
۲۱. سبحانی، جعفر؛ الشركة والتأمين في الشريعة الإسلامية الغراء؛ قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۳۱ق.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)؛ مسالک الأفهام، ج ۱۱، قم، مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۷ق.
۲۳. شیرازی، پرویز؛ قراردادهای اختیار معامله سهام و مقایسه آن با قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران و فقه اسلامی؛ پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۶، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۲۵. عبدالحمید رضوان، سمیر؛ اسواق الاوراق المالیة؛ ج ۱، قاهره: المعهد العالمی للفکر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۶. عصمت پاشا، عبیدالله؛ «فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه‌های فقهی»؛ مترجم: علی صالح آبادی؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۳، ش ۹، بهار ۱۳۸۲.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۲۸. _____؛ تحریر الأحكام؛ ج ۳، تهران: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۲۹. علی دوست، ابوالقاسم؛ «قاعده نفی غرر در معاملات»؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۳، ش ۹، بهار ۱۳۸۲.

۳۰. فطانت، محمد و ابراهیم آقاپور؛ اوراق اختیار معامله (Option) در بازار سرمایه ایران؛ تهران: مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی، ۱۳۸۰.
۳۱. فهیم‌خان، م؛ آتی‌های اسلامی و بازارهای آن؛ ترجمه محمدمهدی عسگری و محمد ضیایی‌بیگدلی و محمد میرزاده، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۶.
۳۲. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی؛ مصباح المنیر؛ ج ۲، [بی جا]: المكتبة العصرية، ۱۴۲۰ق.
۳۳. قزوینی، ملاعلی قارپوزآبادی؛ صیغ العقود و الإیقاعات (المحشی)؛ شرح میرزا محمدعلی تبریزی قراچه‌داغی و دیگران، تحقیق و تصحیح جواد بیات و دیگران؛ قم: انتشارات شکوری، ۱۴۱۴ق.
۳۴. گلریز، حسن؛ فرهنگ توصیفی اصطلاحات پول، بانکداری و مالی؛ تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۰.
۳۵. مجلسی، محمدباقر؛ بحار الانوار؛ بیروت: مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ق.
۳۶. مجمع الفقه الاسلامی؛ المؤتمر مجمع الفقه الاسلامی؛ العدد الاول، الجزء السابع، جده: منظمه المؤتمر الاسلامی، بی تا.
۳۷. محدث بحرانی، یوسف بن احمد؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ تحقیق و تصحیح شیخ محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۳۸. محقق حلّی، ابوالقاسم؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۳ق.
۳۹. مراجع تقلید؛ معاملات بانکی از دیدگاه مراجع تقلید؛ تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۷.
۴۰. مصباحی مقدم، غلام رضا و اسماعیل رستم‌زاده گنجی؛ «غرر در معاملات اختیارات بر روی سهام از دیدگاه فقه امامیه»؛ دوفصلنامه جستارهای اقتصادی، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۸۶.
۴۱. معصومی نیا، علی؛ ابزارهای مشتقه؛ بررسی فقهی - اقتصادی؛ ج ۲، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.

۴۲. مکارم شیرازی، ناصر؛ انوار الفقاهة، قم، مدرسة الامام امير المومنين عليه السلام، ۱۳۸۳ق.
۴۳. موسویان، سیدعباس و جواد عبادی؛ فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات؛ تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۷.
۴۴. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی عليه السلام، ۱۳۷۹.
۴۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ قم: مؤسسه نشر الفقاهة، قم ۱۳۷۷.
۴۶. مؤمن قمی، محمد؛ «عقد اختیار»؛ مجله فقه اهل بیت عليهم السلام، ش ۳۲، ۱۳۸۲.
۴۷. ———؛ کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة؛ ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۴۸. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ تحقیق و تصحیح شیخ عباس قوچانی؛ ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۳ق.
۴۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الایام؛ قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵.
۵۰. ———؛ مستند الشیعة فی احکام الشریعة؛ قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۵۱. هال، جان؛ مبانی مهندسی مالی و مدیریت خطر؛ ترجمه سجاد سیاح و علی صالح آبادی؛ ج ۱، تهران: رایانه تدبیر پرداز، ۱۳۸۴.
۵۲. سیدیزدی، محمد کاظم؛ حاشیة مکاسب، ج ۱، قم، مؤسسه إسماعیلیان للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۳۷۸.
53. Cuthbertson, K & Nitzsche; **Financial Engineering- Derivatives and Risk Management**; London: John Wiley & Sons Ltd, 2000.
54. Hudson Alastair; **The Law on Financial Derivatives**; 4th edn, London: Sweet & Maxwell, 2006.