



چالش قرارداد اختیار معامله در مواجهه با قاعده غرر

حامد صالحی علی‌آبادی^۱

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۸/۱۹ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۱۰/۰۲

چکیده

قراردادهای اختیار معامله (option contract) از ابزارهای مالی مشتقه و از نوآوری‌های اقتصاد روز دنیا محسوب شده که با پوشش ریسک ناشی از نوسانات قیمت‌ها در بازار، نقش قابل توجهی در توسعه بازارهای مالی گوناگون ایفاء می‌کند. با توجه به نوظهور بودن این دسته از قرار دادها، در جریان بومی‌سازی آن‌ها در نظام حقوقی کشورمان چالش‌های گوناگون از حیث فقهی و حقوقی متصور می‌باشد. مشخصه‌هایی چون احتمالی بودن اعمال حق اختیار در قرار دادهای موصوف، شناور بودن امکان اعمال حق اختیار در بازه زمانی معین، مشخص نبودن قیمت روز کالایی که اختیار خرید و یا فروش آن موضوع معامله قرار می‌گیرد موجب شده تا ضمن اینکه یکی از طرفین به ظاهر در معرض تضرر قرار گرفته، شائبه غرری بودن این قراردادها بالا بگیرد. لذا از قاعده فقهی حقوقی نفی غرر که از ضوابط لازم الرعایه در حوزه فقه و حقوق قراردادها به حساب می‌آید، به عنوان مهمترین چالش در پیش روی قراردادهای مزبور یاد می‌شود. در این مقاله تلاش شده است تا در وهله نخست نشان داده شود قراردادهای موصوف با هیچ یک از محورهای سه گانه غرر که فقیهان و حقوقدانان در تشریح قاعده غرر به تبیین آن پرداخته‌اند، قابل تطبیق نبوده و در عین حال در هیچ یک از ارکان آن قرار داد بالذات ابهام واجد ریسک معتنا به از منظر عرف که موثر در ایجاد غرر باشد وجود ندارد. در وهله ثانی نیز مکانیسمی که بر اساس آن از این قراردادها خصوصاً با توجه به ماهیت دولابه‌ای و زمان دار آن دفع غرر صورت می‌پذیرد، مورد تبیین قرار گیرد.

کلید واژه‌ها

ابزارهای مشتقه، اختیار معامله، غرر، عرف، ابهام.

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول): h.salehyy@gmail.com

۱- مقدمه

یکی از موانع رشد بازارهای مالی عدم وجود ثبات اقتصادی و نوسان در قیمت محصولات بوده که این مهم منجر به بالارفتن ریسک در ورود به بازارهای موصوف و فعالیت در آن شده است. قرارداد اختیار معامله از ابزارهای مشتقه^۱ در بازارهای مالی خصوصاً بازار بورس و اوراق بهادار و از ابداعات مهندسی مالی در غرب محسوب شده و در عین حال در زمره قراردادهایی است که امروزه با توجه به اینکه تأثیری معتنا به در مدیریت ریسک اقتصادی ناشی از ناپایداری قیمت ها در بازار داشته، در نتیجه نقش مهمی در افزایش کارایی بازار ایفاء نموده است. از این رو قراردادهای موصوف به ویژه در کشورهای توسعه یافته از اهمیت بسیاری برخوردار شده و به تبع مورد توجه دیگر کشورها از جمله کشورهای اسلامی نیز قرار گرفته است. وجود بازار قراردادهای اختیار معامله این زمینه را تمهید نموده که خریداران این دسته از قراردادها با پرداخت وجهی نازل، امتیاز انعقاد معامله ای را که قرار است در آتیه صورت پذیرد را تحصیل و از این رهگذر خود را از نوسانات احتمالی قیمت کالا در آینده مصون دارند.

بدین ترتیب فعالان اقتصادی با استفاده از قرارداد اختیار معامله تلاش می‌کنند تا سرمایه مالی خود را در قبال تلاطمات احتمالی اقتصادی در آینده مصون بدارند. امروزه بیشتر شرکت‌هایی که در خصوص تولید، خرده فروشی و یا ارائه خدمات عمل می‌کنند، در خصوص متغیرهایی همچون نرخ بهره، نرخ ارز و قیمت کالاها مهارت و اشراف بالایی ندارند. بنابراین منطق اقتصادی اقتضا دارد که اقدامات مقتضی به منظور پوشش خطرات ناشی از متغیرهای مذکور را معمول نمایند و از این طریق صرفاً بر فعالیت اصلی خود متمرکز شوند. مبانی مزبور شیوع استفاده از قراردادهای مزبور را در بازار توجیه کرده است.

در عین حال از دیگر سو احتمالی بودن اعمال حق خرید یا فروش از سوی خریدار این گونه قراردادها در آینده و مجهول بودن انعقاد و تحقق عقد نهایی و همچنین مجهول بودن قیمت روز کالایی که اختیار خرید و یا فروش آن موضوع قرارداد اختیار معامله واقع می‌شود، موجب شده تا شائبهٔ غرری بودن قراردادهای مزبور بالا گرفته و اعتبار این گونه قراردادها از منظر فقهی و به تبع حقوق موضوعه محل تردید قرار گیرد. این شائبه در خصوص قراردادهای اختیار معاملهٔ آمریکایی که امکان اعمال حق اختیار به صورت شناور در بازهٔ زمانی مشخص برای دارندهٔ آن وجود داشته به نحو پر رنگ‌تری مورد توجه اهل فن قرار گرفته است. از طرفی مطالعات اقتصادی از این واقعیت حکایت می‌کند که قراردادهای اختیار معامله

^۱ ابزار مشتقه به گروهی از قراردادها گفته می‌شود که در آن دارنده قرارداد، مجبور است یا این حق را دارد که یک دارایی مالی را در زمانی در آینده بخرد یا بفروشد. به جهت اینکه قیمت این گونه قراردادها از قیمت آن دارایی مالی مشتق می‌شود، از این رو این قراردادها را اوراق مشتقه می‌نامند. (فیوزی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۱) به عبارت دیگر علت نام‌گذاری این است که ارزش اوراق مشتقه از ارزش دیگر دارایی‌ها مثل اوراق بهادار، نرخ بهره، کلای اساسی و شاخص اوراق بهادار مشتق شده است. (درخشان، ۱۳۸۳، ص ۷۷)

دغدغه طرفین قرارداد را از افت و خیز قیمت‌ها برطرف می‌کند و امکان جذب منابع جدید مالی را فراهم و قیمت‌ها را نیز تا حدی اصلاح و تعدیل می‌کند. بنابراین این تکلیف متوجه حقوق دانان شده تا حتی المقدور با شناسایی نهادهای ضروری و ابداع شده در نتیجه مطالعات اقتصادی، در بومی سازی نهادهای مزبور و رفع موانع فقهی و حقوقی پیش روی آن حتی المقدور قدم بردارند. از این رو در این مجال بدو لازم دیده شد ماهیت غرر و ابهاماتی که در معاملات موثر در ایجاد غرر هستند، به نحو مختصر مورد تبیین قرار گرفته و سپس با مذاقه در ماهیت قراردادهای اختیار معامله امکان تطبیق یا عدم تطبیق عنوان غرر بر قراردادهای اختیار معامله به نحو بالذات مورد بررسی قرار گرفته و از این مسیر وجاهت شرعی و جایگاه حقوقی این قراردادها با محوریت قاعده ی نفی غرر مورد تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار گیرد. در عین حال با توجه به ماهیت دو لایه ای قراردادهای اختیار معامله که در محتوای خود علاوه بر یک عقد مقدماتی نظر به یک عقد نهایی نیز وجود دارد، و در عین حال با عنایت به واجد وصف زمان دار بودن این دسته از قراردادها، تلاش شد تا مکانیسم ویژه این گونه معاملات در دفع غرر مورد تبیین قرار گیرد.

۲- واکاوی ماهوی غرر و ضمانت اجرای آن در فقه و حقوق موضوعه

در این بخش با بررسی تعریف لغوی غرر از منظر لغت شناسان و در ادامه با تتبع مختصر در مفهوم اصطلاحی آن، از نگاه فقها و حقوقدانان مفهوم و ماهیت غرر و ضمانت اجرای آن در فضای فقه و حقوق موضوعه مورد تبیین قرار خواهد گرفت.

۲-۱- مفهوم و ماهیت غرر در لغت و در اصطلاح فقهی- حقوقی

غرر واژه‌ای است عربی و برابر بررسی صورت گرفته، لغت شناسان عمده‌تاً این واژه در معنای خطر تعبیر نموده‌اند. (صفی پوری شیرازی، ۱۳۹۳، ص ۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۳۶۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۴۳؛ مقری فیومی، ۱۴۰۵، ص ۴۴۵)

جوهری، ۱۴۰۴، ذیل واژه غرر و معین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۴۰۰) خطر نیز واژه‌ای عربی است که به چندین معنا آمده است. از جمله احتمال ضرر، نزدیک به هلاکت، «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست.» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۰۴) یا «آنچه مایه تلف شدن کسی یا چیزی باشد.» (عمید، ۱۳۵۸، ص ۵۳۷). و اگر این واژه بر چیزی که مورد تعهد بوده لکن معلوم الوجود یا معلوم الحصول یا معلوم الوصف نیست و یا بر چیزی که ظاهری زیبا و فریبکارانه و باطنی مجهول دارد، اطلاق می‌شود به دلیل خطری بودن و ریسک پذیر بودن آن می‌باشد.

اما غرر در اصطلاح فقهی-حقوقی از معنای لغوی خود دور نیفتاده و از آراء فقها و حقوقدانان و با استمداد از معنای لغوی غرر چنین استفاده می‌شود که غرر به یکی از عوضینی گفته شده که به جهت

وجود ابهام در اوصاف اساسی آن یا عوض مقابل خود در معرض خطر قرار دارد. (علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۳۶) چه آنکه در وضعیت عدم شفافیت در اوصاف اساسی عوضین نسبت به وجود توازن مالی و اقتصادی در جریان داد و ستد میان عوضین در عقود معاوضی تردید وجود دارد. به دیگر سخن معلوم نیست مابه ازایی که در قبال موضوع مهمم پرداخت می شود دارای تعادل اقتصادی با آن می باشد یا خیر. البته این خطر می تواند ناشی از ابهام در زوایای مختلف معامله اعم از تردید در اصل وجود یافتن مورد معامله و یا ناشی از تردید در قدرت تسلیم یا تسلیم مورد معامله و یا ناشی از جهل به صفات باشد. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۶۸؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص ۹۳؛ خوبی، ۱۴۱۲، ج ۵، صص ۲۲۶ و ۲۲۸؛ صالحی علی آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص ۱۵۲-۱۵۳؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۰؛ رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۲۸) همانطور که از تعریف غرر چه از منظر لغت و چه از دید گاه فقها و حقوقدانان بر می آید، جهالت به تنهایی مبنای مناسبی برای تحقق غرر نیست، بلکه ماهیت آن با ابهام متضمن خطر جدی مالی و اقتصادی که به تعبیر برخی از فقها (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۶ / نراقی، ۱۴۱۷، ص ۹۱) عبارت باشد از احتمال ضرر غیر قابل تسامح از منظر عرف، که معمولاً منجر به اختلاف و نزاع می گردد، قوام می یابد.

۲-۲- غرر و ضمانت اجرای آن در مستندات روایی

حدیث شریف نبوی با مضمون «ان رسول الله نهی عن بیع الغرر» که از طریق امام رضا (ع) نقل شده است (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۲۱ / عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۴۴۷ / ابن بابویه، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۵۰، ح ۱۶۸) مهم ترین روایتی است که در کتب فقهی و روایی شیعه بدان استناد شده و بر اساس آن معامله غرری مورد نهی و ممنوع اعلام شده و البته فقهای همه مذاهب اسلامی نیز آن را معتبر دانسته اند (الضریر، ۱۴۱۰، ص ۵۸-۵۹) و به تبع آن در قوانین مدنی کشورهای اسلامی از جمله قانون مدنی ایران و مصر، موادی مرتبط با آن درج گردیده است.

از منظر اصولیون در صورتیکه نهی وارده در میان نصوص، بر اعتبار امری در زمره شرایط متعاقدین و یا عوضین دلالت کند؛ مانند نهی از معامله سفیه یا مجنون که بر اعتبار عقل و بلوغ در تعاملین دلالت داشته و یا مانند نهی از معامله غرری در حدیث شریف نبوی که فهم عرفی از آن حدیث، بر اعتبار اشتراط قدرت بر تسلیم و یا علم به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله حکایت دارد؛ در این گونه موارد بدون شک نهی بر فساد و بطلان معامله دلالت می کند. (مظفر، ۱۴۰۵، ص ۳۰۶ به بعد / وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۹).

۲-۳- ضابطه شناسایی ابهام های معاملی موثر در ایجاد غرر

در فقه اسلامی میزان ابهام در معامله می بایست عرفاً کثیر بوده و قابل چشم پوشی نباشد تا منجر به ایجاد غرر گردد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۹۴ / محمدی، ۱۳۸۲، ص ۷۱ / مراغه ای، ۱۴۱۷، ص

۳۱۶/ نراقی، ۱۴۱۶، ص ۹۴/ الضریب، ۱۹۹۳، ص ۳۹ به بعد/ سنه‌پوری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۴۵) به دیگر سخن احتمال ضرر ناشی از جهل و تردید در معامله باید آن چنان قابل توجه و اصطلاحاً کثیر جلوه نموده که موجب اتصاف و غلبه آن ابهام بر معامله گردد و عرف با ملاحظه آن ابهام، معامله را خطرناک و لازم الاحتراز تلقی کند. یکی از نویسندگان (صمدانی، ۱۳۹۹، ص ۶۱) نیز در توضیح غرر کثیر یا به تعبیر ما ابهام کثیر، آن را ابهامی در معامله دانسته که معمولاً باعث تنش و درگیری میان طرفین عقد در مرحله اجرای آن می‌شود. برای شناسایی این شاخص در معامله معمولاً مثال فروش پرندۀ ای در هوا زده می‌شود که عادتاً بازگشت و بالتبع قابلیت تسلیم و تسلیم آن مشخص نباشد، زده می‌شود. متقابلاً احتمال ضرر ناشی از جهل در معامله گاهی آنچنان ناچیز و اصطلاحاً یسیر است که اساساً مورد توجه و اعتنای طرفین و عرف جامعه قرار نمی‌گیرد و از این حیث معامله عرفاً متصف به آن محسوب نمی‌گردد. چنین ابهامی از نوع غیر مؤثر در غرر و بطلان عقد محسوب می‌گردد. مثلاً در عقد اجاره ای که به مدت یک ماه قمری و به مال الاجاره مشخص منعقد می‌شود ولی معلوم نباشد ماه ۲۹ روزه یا سی روزه است؛ این میزان از ابهام را هیچکس مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمی‌کند.

۲-۴- تحلیل ابهامات معاملی

ریسک‌های ناشی از ابهام در معاملات در محورهای سه گانه ای که فقها در باب غرر مفروض دانسته اند یعنی ابهام در وجود، قابلیت تسلیم یا تسلیم و اوصاف اساسی مورد معامله بر سه نوع هستند:

الف) گاه از حیث ذاتی و حسب اقتضا مورد تعهد در معاملاتی که از منظر عرف وجودشان برای جامعه ضروری محسوب می‌شوند، معامله مبتنی بر ابهام و ریسک می‌باشد. (ب) گاه ابهام امری غیر ذاتی و عرضی بوده لکن عرف جامعه و عقلا از این نوع ابهامات به جهت نیازهای اجتماعی احتراز نکرده، بلکه استقبال می‌نمایند. (ج) گاه ابهامات امری عرضی و غیر ذاتی بوده و در عین حال عرف نیز ریسک ناشی از آن را قابل اغماض ندانسته و از آن دوری می‌جوید. بر مبنای آنچه گذشت در هر حال در صورت وجود ابهام در قرارداد، این ابهام یا از نوع ذاتی و یا از نوع عرضی است.^۱

^۱ در حقوق ایران آقای دکتر لنگرودی برای اولین بار اقدام به تقسیم‌بندی غرر به ذاتی و عرضی در حقوق ایران نموده که به عقیده ما با قدری تسامح همراه است چراکه غرر ذاتی با مختصاتی که استاد از آن معرفی می‌نمایند در فقه اسلامی ذیل عنوان غرر قرار نمی‌گیرد تا اینکه متصف به قید ذاتی بتواند گردد و اصلاح آن بود که به جای غرر، ابهامات معاملی به ذاتی و عرضی تقسیم شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۹۸ به بعد/ همو، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴ به بعد). این تقسیم‌بندی از آن جهت توسط ایشان ارائه گردید که اعتبار عقود احتمالی نظیر مضاربه، بیمه و.. (که ایشان از آنها تعبیر به عقود مخاطره می‌نمایند) و عدم تعارض آن با قاعده نفی غرر را اثبات نمایند.

آن ابهامی که از اجزای ماهیت عقد باشد از نوع ابهام ذاتی است مثل قرارداد بیمه، عقد مضاربه، تراز^۱ و... (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲ به بعد) به عبارت دیگر این دسته از عقود که منطبق با نیازهای اجتماعی ایجاد شده اند، بدون وجود نوعی از ابهام اساساً واقع نمی‌شوند؛ زیرا با توجه به طبیعت عقود مزبور قابلیت روشن نمودن تمام ابعاد معامله در زمان انعقاد آن به جهت اقتضای عقد و موضوع آن، از حیث میزان و مقدار و یا حتی حصول آن برای طرفین وجود ندارد؛ مع الوصف با توجه به نیازهای اجتماعی به این گونه از عقود و وجود سازو کار قابلیت تعیین در آن که منجر به رفع ابهام از معامله در نهایت می‌شود، ابهام ذاتی عرفاً قابل اغماض محسوب شده و مؤثر در ایجاد خطر و غرر در معامله نخواهد بود.

برای نمونه در زمان انعقاد قرارداد بیمه حوادث، طرفین نمی‌توانند حصول یا میزان تعهد بیمه‌گر را بطور قطعی تعیین نمایند و ماهیت ذاتی تعهد بیمه‌گر خود مقتضی این نوع از ابهام است؛ (پیرهادی، ۱۳۸۸، ص ۳) زیرا از یک سو میزان تعهد بیمه‌گر و حتی حصول آن منوط به وقوع تصادف و حادثه در آینده است و از سوی دیگر اصل وقوع یا عدم وقوع حادثه و میزان خسارت، در صورت وقوع حادثه خود امری محتمل و اتفاقی است که تعیین آنها در زمان انعقاد عقد غیر ممکن است. مع الوصف علاوه بر قابلیت تعیین تعهد بیمه‌گر و امکان رفع ابهام، پیشرفت در علم آمار و احتمال امروزه به خوبی نشان می‌دهد که نه تنها انعقاد قراردادهای بیمه، برای شرکت‌های بیمه عرفاً خطرناک نبوده بلکه غالباً توأم با سودهای قابل قبول می‌باشد.

در مقابل گاهی ابهام از اجزای ماهیت و طبیعت عقد نیست و تحت تأثیر عواملی بر آن عارض می‌گردد، این نوع ابهام عرضی است؛ برای مثال در قرارداد بیع به طور عمده متعاقدين نه تنها از خطر و ریسک ناشی از ابهام در عقد، استقبال نمی‌کردند بلکه سعی وافر داشته‌اند که از آن حذر کنند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲) لذا در این قرارداد مورد معامله (مبیع و ثمن) در زمان انعقاد عقد می‌بایست معلوم و معین باشد و تعریف ضابطه برای تعیین مورد معامله در آینده اصولاً به جهت اعتبار بخشیدن به چنین عقدی مورد قبول نیست. مگر عرف خاصی به جهت وجود نیاز ضروری، پذیرش چنین ضابطه‌ای را که البته ریسک ناشی از ابهام در مورد معامله را بتواند مدیریت کند را توجیه نماید. نظیر آنکه امروزه عرف اقتصادی جامعه در بعض از اقسام بیع مثل قراردادهای پیش فروش با توجه به نوسانات قیمت‌ها در بازار و تورم نه تنها عدم تعیین قطعی ثمن را حین عقد خطرناک تشخیص نداده بلکه اتفاقاً بالعکس تعیین آن بر مبنای معیاری مشخص در آینده (مثلاً موعد تسلیم و تحویل مبیع) را به منظور دفع ضرر احتمالی ضروری

^۱ تراز، عقدی رایج بین دامداران و عشایر بوده که بر اساس آن یک طرف تعداد معین و معلوم دام می‌دهد و طرف مقابل تعهد به تعلیف و حفظ و نگهداری آنها می‌کند و منافع و نتایج دام‌ها بنا به عرف محل، بین ایشان تقسیم می‌گردد (محمودزاده، ۱۳۹۲، ص ۵۲).

دانسته است. بنابراین در میان انواع ابهامات معاملی، ابهام ذاتی و همچنین ابهام عارضی که عرف عقلا حسب نیازها و ضرورت‌های اجتماعی روز و با عنایت به امکان دفع یا مدیریت ریسک ناشی از آن مورد اغماض قرار داده و خطرناک نمی‌شمارند، نباید مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمود.

۳- ماهیت و اقسام قرارداد اختیار معامله

اختیار معامله در واقع قراردادی است میان خریدار و فروشنده آن که به موجب قرارداد مزبور، خریدار این حق را به دست می‌آورد که با پرداخت وجه معینی به فروشنده اختیار خرید یا اختیار فروش دارایی مشخصی (مالی مشخص) را با قیمت معین در یک دوره زمانی یا در سررسید مشخصی در آتیه تحصیل کند. (Cuthbertson k. and Nitzsche, 2000, p.169) این قرارداد نظیر هر قرارداد معاوضی دیگر دارای عوضین خاص خود می‌باشد. خریدار به فروشنده وجهی پرداخت می‌کند که در واقع عوض قرارداد یا همان قیمت اختیار معامله است. فروشنده نیز حق خرید یا فروش دارایی مذکور را با قیمت معین به خریدار اعطاء می‌کند. (Don M.chance, 1992, P.17) در واقع این حق، معوض قرارداد اختیار معامله محسوب می‌شود.

بنابر این، خریدار اختیار معامله ممکن است با توجه به نوع قراردادی که با فروشنده منعقد می‌کند، «حق خرید» یا «حق فروش» مال معینی را به دست آورد. مالی که در قرارداد مزبور حق خرید یا فروش آن معاوضه می‌شود و از آن به دارایی پایه تعبیر می‌شود، ممکن است مشهود مانند کالا، غلات، نفت یا نامشهود نظیر سهام یا دیگر اوراق بهادار باشد. بنابراین قراردادهای اختیار معامله به اعتبار نوع حق مورد انتقال، به قراردادهای «اختیار خرید» و «اختیار فروش» قابل تقسیم است.

از طرفی قراردادهای اختیار معامله از نظر سررسید یا مدت زمان امکان اعمال حق، به اقسامی تقسیم می‌شود که شایع‌ترین آنها «اختیار معامله آمریکایی» و «اختیار معامله اروپایی» است. اختیار معامله آمریکایی به اختیاری گفته می‌شود که در هر زمانی از طول بازه زمانی خود قابل اعمال است. بنابراین، خریدار اختیار می‌تواند از زمان انعقاد قرارداد اختیار معامله تا قبل از تاریخ انقضاء مدت زمان تعریف شده در قرارداد، در هر مقطع زمانی که اجرای قرارداد را مناسب تشخیص داد، اختیار معامله را اعمال کند. (Alan Webber, 1994, P.4) اما قرارداد اختیار معامله اروپایی به به اختیاری گفته می‌شود که تنها در تاریخ سررسید آن قابل اعمال است. بنابراین خریدار در طول بازه زمانی انعقاد قرارداد تا سررسید نمی‌تواند آن را اعمال کند. (Fred D.Arditti, 1996, p.7)

در میان نصوص قانونی قانونگذار در بند ۱۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران

مصوب ۱۳۸۴^۱، با تاسی از بازار سرمایه کشورهای غربی به قرارداد مزبور اشاره کرده است. در سازمان بورس کشور نیز این قرارداد به تصویب رسیده و از سال ۱۳۸۷ معاملات راجع به آن در سطح محدودی آغاز شد. (حسین زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۲)

همچنین در مصوبه تعریف اوراق اختیار معامله، اوراق استثناء و اوراق رهنی مصوب ۱۴ تیرماه ۱۳۸۸ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، اوراق اختیار معامله چنین تعریف شده است:

«الف: اوراق اختیار معامله: اوراق بهاداری است که به موجب آن فروشنده اوراق متعهد می‌شود در صورت درخواست خریدار، مقدار مشخصی از دارایی مورد نظر را به قیمت معینی معامله کند. خریدار اوراق میتواند در زمان یا زمانهای مشخصی در آینده طبق قرارداد معامله را انجام دهد. فروشنده اوراق اختیار معامله در قبال این تعهد مبلغ معینی از خریدار اوراق دریافت می‌کند. برای جلوگیری از امتناع فروشنده اوراق از انجام قرار داد، ضمن قرارداد متعهد می‌شود مبلغی را به عنوان وجه تضمین نزد کارگزار بورس یا اتاق پایاپای قرار دهد و متناسب با تغییرات قیمت اوراق اختیار معامله آن را تعدیل کند. هر یک از خریدار یا فروشنده می‌تواند در مقابل مبلغ معینی اختیار یا تعهد خود را به شخص ثالثی واگذار کنند، که وی جایگزین آنها خواهد بود.»

اینک برای درک بهتر ماهیت و آثار قرارداد اختیار معامله، برای هر دو نوع «اختیار خرید» و «اختیار فروش» توضیحات لازم به همراه مثالی بیان می‌شود.

۳-۱- اختیار خرید

اختیار خرید قراردادی است که به موجب آن خریدار، حق می‌یابد مال معلومی را به قیمت مشخص، در مدت زمان معینی خریداری کند. (Back Kerry, 2005, p.5)

در واقع خریدار در قبال پرداخت وجهی به فروشنده این امتیاز را به دست می‌آورد که فروش مال موضوع معامله را در مدت مشخصی یا در سر رسید معین و با قیمتی که قبلاً به توافق رسیده اند، از فروشنده مطالبه کند.

فرض کنید شخصی در اردیبهشت ماه برای سفر به خارج از کشور در موعد مرداد ماه در صدد تدارک و تهیه ارز قرار گرفته، ولی برنامه ریزی اقتصادی شخص به گونه‌ای تنظیم شده که تهیه بهای ارز تا سه ماه دیگر یعنی زمان عزیمت به سفر برای او ممکن نیست. در عین حال، وی نگران است که قیمت دلار در اثناء این مدت افزایش یابد. لذا با یک صرافی وارد مذاکره شده و با وی به توافق می‌رسد

^۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران: اصطلاحات و واژه‌هایی که در این قانون به کار رفته است، دارای معانی زیر می‌باشند:

۱- بازار مشتقه: بازاری است که در آن قراردادهای آتی و اختیار معامله مبتنی بر اوراق بهادار یا کالا دادوستد می‌شود.

که صرفای با دریافت مثلاً وجهی به مبلغ ششصد هزار تومان، حق خرید ۱۰۰۰ دلار را به قیمت شصت میلیون تومان، در مرداد ماه در اختیار او قرار دهد. به موجب این قرارداد، خریدار این حق یا اختیار را به دست می‌آورد که در خلال این مدت یا در پایان آن (با توجه به نوع قرار داد) به صراف مراجعه کرده و دلارهای مورد نظر را به همان قیمت توافقی خریداری کند. در عین حال وی لزوماً متعهد به خرید آن نیز نمی‌باشد. یعنی اگر نظر او تغییر پیدا کرد، می‌تواند از خرید دلار های مذکور صرف نظر کرده ولی در عین حال ششصد هزار تومان پرداخت شده او نیز قابل استرداد نیست. در مقابل صراف نیز متعهد است حتی اگر قیمت دلار در خلال سه ماه افزایش یافت، دلار ها را به همان قیمت توافقی به او بفروشد. به چنین توافقی اصطلاحاً قرارداد «اختیار خرید» گفته می‌شود.

۳-۲- اختیار فروش

قرارداد اختیار فروش قراردادی است که به موجب آن، خریدار حق می‌یابد مال معلومی را به قیمت مشخص و در مدت زمان معینی به طرف مقابل به فروش رساند. (Back Kerry, 2005, p206) واقع خریدار در قبال پرداخت وجهی به فروشنده، این حق را پیدا می‌کند که خرید مال موضوع معامله را، در مدت زمان مشخص و با قیمتی که قبلاً توافق شده است از فروشنده بخواهد. فرض کنید باغداری در ماه شهریور به دلیل عرضه زیاد مرکبات در آبان ماه و کاهش ارزش آن، نگران فروش مرکبات خود است. لذا با ورود به بازار اختیارات می‌خواهد خود را از تاثیر سوء کاهش احتمالی قیمت مصون بدارد.

وی تصمیم می‌گیرد اختیار فروش یک تن از محصولات خود را از فروشنده ای بخرد. اگر قیمت توافقی این قرارداد پنجاه میلیون تومان باشد، باغدار فرضاً باید مبلغ ۵۰۰ هزار تومان، به عنوان قیمت اختیار^۱ به فروشنده پرداخت کند تا بتواند محصولات خود را در قبال تغییرات نامطلوب قیمت پوشش دهد. چه آنکه با پرداخت این قیمت مطمئن می‌شود که در آبان ماه می‌تواند مرکبات خود را به قیمت پنجاه میلیون تومان به فروش رساند. بدیهی است که در این قرارداد خریدار الزاماً متعهد به فروش محصولات خود نمی‌شود. به عبارت دیگر اگر معلوم شود که قیمت مرکبات، در خلال سه ماه به بیش از پنجاه میلیون تومان (به فرض شصت میلیون تومان) افزایش خواهد یافت، خریدار ضرورتی به اجرای قرارداد نخواهد دید؛ زیرا نفع او ایجاب می‌کند که مرکبات خود را با قیمت جاری (که بیش از قیمت توافقی است) در بازار به فروش رساند. ولی در هر حال مبلغی که بابت اختیار پرداخته است، قابل استرداد نخواهد بود. بنابراین زیان خریدار در این معامله محدود به قیمت اختیاری است که به فروشنده پرداخته است. از

^۱ مبلغی که خریدار اختیار معامله، به موجب قرارداد برای کسب حق خرید یا فروش مالی به طرف دیگر قرار داد پرداخت می‌کند.

سوی دیگر، اگر قیمت مرکبات مزبور در خلال سه ماه کاهش یابد سود خریدار ایجاب می‌کند که با اعمال قرارداد، از منافع آن بهره مند شود.

اختیار «فروش» یا «خرید» را می‌توان خرید یا فروخت. هرگاه معامله‌کننده‌ای «اختیار فروش یا خرید» را بخرد، معامله‌کننده دیگری وجود دارد که آن «اختیار فروش یا خرید» را فروخته است. بنابراین معامله‌کننده اول در موضع «خرید اختیار فروش یا خرید» و معامله‌کننده دوم در موضع فروش «اختیار فروش یا خرید» قرار دارد.

۴- لزوم شفاف سازی اطلاعات در لایه‌های قرارداد اختیار معامله

همانطور که در بخش اول مقاله از نظر گذشت، در فقه اسلامی مبهم بودن مورد معامله در صورتیکه ایجاد ریسک معتدبه در معامله نماید موجب غرری شدن و بطلان معامله خواهد بود. از طرفی در بند سوم از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی معلوم بودن مورد معامله از شرایط صحت معامله محسوب می‌گردد. از آنجا که قرارداد اختیار معامله عقدی دو لایه ای به معنا مشتمل بر یک عقد مقدماتی و در عین حال زمینه‌ساز نهایی ساختن عقد اصلی است، شرایط اساسی برای صحت عقد علاوه بر مفاد عقد مقدماتی در خصوص عقد نهایی نیز در این قرارداد باید لحاظ و اعمال شود. زیرا پس از انعقاد قرارداد اختیار معامله تا تحقق و وصول به عقد نهایی (بیع) جز ابراز تمایل صاحب اختیار (خریدار اختیار معامله) نیاز به امر دیگری نیست. حتی اگر قرار است ایجاب و قبولی برای انعقاد عقد نهایی (بیع) رخ دهد، این قصد انشائی لزوماً باید بر مبنای همان عقد ابتدائی صورت پذیرد. پس ضروری است راه برای رسیدن به عقد نهایی و قطعی ساختن آن مبتنی بر شرایط اساسی صحت معامله فراهم باشد. بنابراین طرفین قرارداد اختیار معامله باید موضوع تعهد خود را که در واقع به نوعی موضوع عقد آتی را نیز شکل می‌دهد، معلوم و معین سازند. به منظور معلوم بودن چنین تعهد و اختیاری و پرهیز از غرر، باید تعیین کرد که اختیار خرید یا فروش چه مالی و با چه مشخصاتی در مقابل چه عوضی و به کدام قیمت به خریدار اختیار معامله اعطاء می‌شود.

چون قرارداد اختیار معامله ناظر به انجام بیعی در زمان آینده است، افزون بر این، برای انعقاد قرارداد اختیار معامله تعیین زمان و مدتی که در طول آن باید عقد نهایی منعقد شود ضروری است. زیرا عامل زمان در تعیین ارزش معامله و حقی که به خریدار اختیار معامله واگذار می‌شود، تاثیر گذار است. به همین دلیل یکی از عوامل قیمت‌گذاری «اختیار معامله» مدت زمانی است که طی آن قرارداد اختیار معامله اعمال می‌شود. (جان‌هال، ۱۳۸۴، ص ۳۴۲) پس ابهام و عدم تعیین مدت نه تنها سبب ابهام در قیمت اختیار می‌شود بلکه ارزش واقعی ثمن بیع آتی را نیز مجهول می‌سازد. در حقوق ایران با استفاده از وحدت ملاک بطلان معامله ای که سرنوشت آن به علت مجهول بودن مدت خیار شرط ناپیداست^۱ می‌توان غرری و باطل بودن قرارداد اختیار معامله ای که

^۱ ماده ۴۰۱ قانون مدنی: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است.»

زمان وقوع عقد نهایی آن مشخص نشده باشد را ثابت کرد. چه آنکه در خیار شرط نیز باید اجل مضبوط باشد و گرنه معامله غرری و باطل است. (انصاری، ۱۴۲۶، ج ۵، صص ۱۱۳-۱۱۵) زیرا هر گاه مدت زمان خیار در یک معامله کلاً نامعلوم یا بین دو مدت زمان کاملاً متفاوت مردد باشد، این جهل به خود مورد معامله سرایت کرده و ارزش آن کالا را می‌تواند در نوسان قرار دهد. مثلاً مردم خانه ای مشخص را با حق الخیار نا مشخص یا مردد بین یک روز و یک سال را هرگز به قیمتی نمی‌خرند که همان خانه را بدون حق فسخ می‌خرند.

جالب توجه آنکه ماده ۱۰۱ قانون مدنی مصر^۱ بر مبنای همین قاعده که مفاد آن از نظر گذشت تنظیم شده است. ماده ی مزبور اشعار می‌دارد: «توافقی که هر یک از طرفین معامله به استناد آن به انعقاد عقد معینی در آینده تعهد می‌کنند جز پس از روشن نمودن تمامی مسائل اصلی عقد مذکور و مدتی که طی آن باید به وقوع عقد اقدام نمایند، منعقد نمی‌گردد.»

۵- بررسی شائبه غرر در انواع قرارداد اختیار معامله

در قرارداد اختیار معامله هیچ کالایی بالفعل مبادله نمی‌شود و تنها آنچه واگذار می‌شود حق فروش و یا حق خرید داریی پایه با قیمت معین است. از طرفی تحقق عقد نهایی و اعمال اختیار از سوی خریدار در آینده دچار ابهام و امری احتمالی بوده و درعین حال در این دسته از قراردادها یکی از طرفین در معرض تضمر و دیگری در معرض سود بردن است. به دیگر سخن آنچه خریده یا فروخته می‌شود حق خرید یا فروش چیزی به قیمت معین بوده بدون آنکه ارزش اقتصادی موضوع اختیار در آینده به نحو قطعی قابل پیش بینی باشد. به همین دلیل است که هر آن، ممکن است یکی از طرفین می‌تواند در معرض سود بردن یا تضمر قرار بگیرد. بنا به همین جهت گفته شده است که شائبه غرر نسبت به این عقد وجود داشته و لهذا چنین دست قراردادهایی باطل هستند. (عصمت پاشا، ۱۳۸۲، ص ۱۳۸)

وجود شائبه غرر در قالب امریکایی قرارداد اختیار معامله، نسبت به قالب اروپایی آن پررنگ تر و ملموس تر است؛ با این توضیح که اختیار معامله اروپایی قراردادی است که فقط در تاریخ سررسید یا دوره کوتاهی که به مثابه دوره سررسید در نظر گرفته شده قابل اجرا بوده و خریدار فقط در زمان سررسید می‌تواند آن را اعمال کند. این در حالیست که در قرارداد اختیار معامله امریکایی از هنگام انعقاد تا سررسید اعمال این اختیار قابل اجرا می‌باشد. یعنی خریدار در طول دوره قرار داد و هر وقت بخواهد، می‌تواند آن را به اجرا بگذارد. طبیعی است که خریدار در روال طبیعی سعی می‌کند زمانی را انتخاب کند که ضمن عدم تضمر، به ازای آنچه پرداخت کرده بیشترین سود را ببرد. این وضعیت به ظاهر می‌تواند به

^۱ ماده ۱۰۱ قانون مدنی مصر: «الاتفاق الذی یعد بموجه کلا المتعاقدين او احدهما به ابرام عقد معین فی المستقبل لا ینعقد، الا اذا عینت جمیع المسائل الجوهریه للعقد المراد ابرامه، والمده التي یجب ابرامه فیها.»

ابهام متصور در قرارداد اختیار معامله و ریسک ناشی از آن بیشتر دامن بزند. اما در پاسخ به متعرضین به اعتبار قرارداد اختیار معامله از حیث شائبه غرر، می‌بایست محورهای سه گانه ایجاد غرر در معاملات را بررسی و با قراردادهای اختیار معامله تطبیق داده تا به نتیجه روشن مبنی بر صحت یا عدم صحت این شائبه در قرارداد مزبور برسیم. در عین حال قرارداد های اختیار معامله آمریکایی که شائبه غرر نسبت به آن جدی تر است، در بند جداگانه ای مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱- تطبیق محورهای سه گانه غرر با قرارداد اختیار معامله

الف- جایی که نسبت به اصل وجود مورد معامله تردید وجود داشته باشد. موضوع قرارداد اختیار معامله عبارتست از تعهد به خرید یا فروش مالی معلوم به ثمن مشخص در موعدی معین در آینده در مقابل پرداخت بهای این تعهد (قیمت اختیار). بنابراین عوضین در قرارداد مزبور عبارتند از حق و اختیاری که خریدار معامله، در انجام معامله آتی با طرف مقابل به دست می‌آورد و بهایی که در قبال به دست آوردن آن حق به فروشنده می‌پردازد. وجود چنین حقی بر پایه تعهدی بنا شده که توسط فروشنده سپرده شده است. این حق و امتیاز بر این مبنا شکل گرفته است که در شرع مقدس و همچنین مطابق عرف و بنای عقلا سپردن هر گونه تعهد، برای طرف مقابل نسبت به موضوع تعهد مذکور ایجاد حق می‌کند. عموماً آیه شریفه «اوفوا بالعقود»^۱ و روایت شریف نبوی (ص) با مضمون «المؤمنون عند شروطهم» (حر عاملی، ج ۲۱، باب ۲۰، ابواب المهور، ص ۲۷۶، ح ۴) نیز وجود چنین قاعده ای را تایید می‌کند. پس بدین ترتیب ثابت می‌شود، حق یا امتیازی که موضوع قرارداد اختیار معامله قرار می‌گیرد به هنگام عقد وجود داشته و از این رو ابهامی در اصل وجود یافتن مورد معامله مذکور قابل طرح نیست. پس غرری بودن چنین معامله ای از این حیث، منتفی است.^۲

لازم به بیان است آنچه در این بین مجهول می‌ماند اعمال اختیار از سوی خریدار آن و تحقق عقد نهایی و آتی می‌باشد. در حالیکه فلسفه انعقاد عقد اختیار معامله کسب اختیار خرید یا فروش موضوع آن صرف نظر از اینکه خریدار در نهایت این اختیار را اعمال می‌کند یا خیر می‌باشد.

ب- جایی که تردید نسبت به تسلیم و تسلیم مورد معامله وجود داشته باشد.

برخی از نویسندگان (برواری، ۱۴۲۱، ص ۲۳۵) قرارداد اختیار معامله را به دلیل فقدان اطمینان بر قدرت بر تسلیم و تسلیم موضوع آن باطل دانسته اند. بررسی قدرت بر تسلیم در قرارداد اختیار معامله مستلزم تفکیک و بررسی در دو بعد قرارداد مبحث عنه به این ترتیب می‌باشد:

^۱ آیه ۱ سوره ی مائده

^۲ در تایید این نظر نک به: کشتکاری، معصومه و علومی یزدی، حمید رضا، ساختار و چالش های حقوقی قرارداد اختیار معامله، دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۵، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۱۳۲

در بعد نخست منظور از قدرت بر تسلیم در موضوع خودِ قرار داد اختیار معامله است. در این بعد باید گفت که همانطور که در ماده ۳۶۹ قانون مدنی^۱ منعکس شده است، تسلیم و تسلیم در هر عقدی متناسب با موضوع آن صورت می‌پذیرد. پس در جایی که موضوع قرارداد یک امر اعتباری بوده، سندی در اختیار خریدار قرار می‌گیرد که به موجب آن دارنده سند، ذیحق در اعمال اختیار خرید یا فروش شناخته شده و همین امر برای تحقق تسلیم و تسلیم کفایت می‌کند. بنابراین در قرارداد اختیار معامله که موضوع آن امری اعتباری مبنی بر اعطای حق و اختیار انجام معامله‌ای در آینده با طرف مقابل و با شرایط از پیش تعیین شده است، تسلیم موضوع قرارداد به صورت اعطای سندی که مبین تملک چنین حقی است صورت می‌پذیرد. در این فرض روشن است که ابهامی در قدرت تسلیم متصور نمی‌باشد.

اما در بعد دوم منظور از قدرت تسلیم، قدرت بر تسلیم دارایی پایه موضوع عقد آتی است. در این بعد بررسی موضوع منوط به توجه به نکته ی ذیل الذکر می‌باشد:

همانطور که فقیهان (انصاری، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۱۸۷) متذکر شده اند و در ماده ۳۷۰ قانون مدنی^۲ نیز خاطر نشان شده است ملاک در اعتبار اطمینان بر قدرت بر تسلیم در هر عقدی زمان انعقاد آن عقد بوده مگر اینکه طرفین موعدی دیگری را برای تسلیم انتخاب کرده باشند. بنابراین در فرض بررسی اطمینان بر قدرت بر تسلیم دارایی پایه - موضوع عقد نهایی - ملاک، سنجش امر در زمان انعقاد عقد آتی خواهد بود نه زمان انعقاد قرارداد اختیار معامله. بنابراین ناتوانی فروشنده اختیار معامله در فرآیند تسلیم و تسلیم در موقع انعقاد عقد اختیار معامله و در حالیکه زمان انعقاد عقد نهایی فرا نرسیده هیچ صدمه‌ای به انعقاد قرار داد اختیار معامله وارد نمی‌سازد. بلکه برای دفع غرر از قرارداد اختیار معامله کافی است که طرفین در هنگام انعقاد عقد اطمینان داشته باشند که موضوع عقد نهایی یا همان دارایی پایه حسب جریان عادی امور قابل تسلیم و تسلیم می‌باشد. (کشتکاری و علوم یزدی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۳)

به نظر نگارنده در قرارداد اختیار معامله همانطور که اوصاف عوضین در عقد نهایی می‌بایست مشخص باشد، اطمینان بر قدرت بر تسلیم در بعد اخیرالذکر (موضوع عقد نهایی) البته با شرحی که از نظر گذشت برای دفع غرر و خطر از قرارداد اختیار معامله لازم می‌باشد. هر چند که برخی (همان، ص ۱۳۴) به اطمینان بر قدرت بر تسلیم و تسلیم در بعد نخست اکتفا نموده اند. چه آنکه عدم اطمینان بر قدرت بر تسلیم در موضوع عقد نهایی موجب شده مابه‌ازاء (قیمت اختیار معامله) بابت تعهد به فروشی مالی پرداخت شود که اطمینانی به امکان تسلیم آن وجود نداشته و به این ترتیب از این حیث مابه‌ازاء پرداختی در معرض خطر معتنا به قرار گرفته و معامله دچار غرر خواهد شد.

^۱ ماده ۳۶۹ قانون مدنی: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.»

^۲ ماده ۳۷۰ قانون مدنی: «اگر طرفین مبیع موعدی قرار داده باشند قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است نه در زمان عقد.»

ج-جایی که اوصاف مورد معامله مجهول و مبهم باشد.

مهمترین چالش قرارداد اختیار معامله به احتمال وجود این بعد از غرر در قرارداد مزبور باز می‌گردد. چه آنکه با توجه به نوسانات بازار قیمت دارایی پایه یا همان کالای موضوع بیع آتی در معرض افت و خیز قرار گرفته و از این جهت چگونگی سود و زیان طرفین دچار ابهام خواهد شد. در عین حال اگر قیمت دارایی پایه افزایش یابد فروشنده ناچار است که طبق قرارداد، کالای موضوع بیع آتی را به قیمت پایین تر از قیمت بازار بفروشد. از سوی دیگر چنانچه قیمت کالای موضوع بیع آتی در بازار نسبت به قیمت قراردادی کاهش یابد خریدار از اعمال حق اختیار خود صرف نظر کرده و کالا را به قیمت نازل تر از قرارداد از بازار تهیه خواهد نمود. البته وی در این فرض به میزان ثمنی که بابت خرید حق اختیار خرید کالای مذکور هزینه نموده است، ضرر می‌کند.

در هر صورت احتمال سود و زیان در انعقاد قرارداد اختیار معامله برای دارنده حق اختیار و متقابلاً فروشنده حق مزبور خصوصاً در شرایط نوسانات اقتصادی پر رنگ بوده و وجود چنین ریسکی شائبه وجود غرر در قراردادهای اختیار معامله را تقویت نموده است.

بر اساس مبانی فقهی و به طور مشخص قاعده ی نفی غرر و حکم مصرح قوانین موضوعه من جمله حکم مندرج در صدر ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید معلوم باشد. این مقرر اختصاصی به مال مورد انتقال نداشته و البته شامل فعل موضوع تعهد نیز می‌شود. پس نمی‌توان در قرارداد به کاری مجهول یا مبهم تعهد کرد. زیرا در مقوله ایجاد غرر در معامله، هیچ تفاوتی میان تعهد به کار و انتقال مال وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۹۴) بنابراین موضوع تعهد می‌بایست معلوم بوده و ثمن پرداختی در ازای این تعهد نیز می‌بایست لزوماً معین گردد تا قرارداد اختیار معامله به طور صحیح و به دور از غرر منعقد گردد. در عین حال قرارداد اختیار معامله عقدی مقدماتی و گامی به سوی نهایی ساختن عقد اصلی است. پس شروط صحت ناظر بر عقد نهایی از جمله رفع ابهام نسبت به ارکان قراردادی آن عقد نیز باید در قرارداد اختیار معامله رعایت شود. زیرا پس از انعقاد قرارداد اختیار معامله، حتی اگر قرار است ایجاب و قبولی برای انعقاد عقد نهایی رخ دهد، این قصد انشاء بر مبنای توافق ابتدائی مندرج در قرارداد اختیار معامله صورت می‌پذیرد. (حسین زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۴۷)

پس باید توجه داشت هر گاه وضعیت قرارداد اختیار معامله از هر دو بعد (عقد مقدماتی و عقد نهایی) روشن باشد، به مفهوم آنکه شرایطی و اوصاف ناظر بر عوضین در هردو عقد مقدماتی و نهایی مورد شفاف سازی قرار گیرد، هر چند اصل اقدام به قرارداد اختیار معامله متضمن پاره‌ای از ابهام و ریسک باشد؛ چنین معامله‌ای قطعاً صحیح است و به بهانه احتمال وجود سطحی از مخاطرات در آینده و متعاقب انعقاد قرارداد اختیار معامله، نمی‌توان آن را غرری و باطل دانست.^۱ نمودهایی از شریعت نیز گویاست که

^۱ در تایید این نظر نک به: علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۸۹

شارع مقدس، باب ریسک و خطر را در معاملات را صد در صد نبسته و تا حدودی آن را پذیرفته و اصالت را در مواردی به اراده دو طرف قرارداد داده است. پذیرش سهم محسوسی از جهالت در عقودی مثل مزارعه، ضمان از دینی که مقدار آن معلوم نیست، جواز خرید فروش میوه نارس روی درخت، بیمه و... نمونه‌هایی بارز از پذیرش قراردادهای احتمالی با سهم مشخصی از ریسک، در شریعت هستند. گویا عامل نیاز جامعه و کم توجهی عرف به احتمال ضرر در قراردادهای مزبور، سبب شده که قانونگذار از مشی عرف تبعیت نموده و مصلحت نفوذ معامله احتمالی را بر زیان‌های آن ترجیح داده و مهر تأیید بر آن زند. این وضعیت را به نوعی می‌توان متأثر از رویه رایج در میان خردمندان دانست که این‌گونه نیست که ایشان در معاملات خود هر نوع ریسکی را برنتابند.

با این حال هر گاه وضعیت قراردادی و شرایط مورد اشاره نامعلوم و مبهم باقی گذاشته شود، از این جهت قرارداد مصداق غرر بوده و معامله باطل است.

با امعان نظر به این مقدمه:

اولاً عوضین قرارداد اختیار معامله در هنگام انعقاد کاملاً معلوم است و طرفین دقیقاً می‌دانند با انعقاد قرارداد مزبور مالک یا متعهد به چه چیزی می‌گردند. به دیگر سخن در این قرارداد لازم است بدو صاحب اختیار بداند اوصاف چیز معینی را که در آینده حق خرید یا فروش آن را دارد چیست و متقابلاً فروشنده حق اختیار نیز باید بداند در مقابل تعهدی که می‌دهد دقیقاً چه چیزی را به دست می‌آورد. بنابراین آنچه در عقد مزبور مجهول است صرفاً تحقق عقد نهایی و در نهایت کیفیت سود آوری آن در آینده است. بنابراین در عوضین عقد مزبور ابهامی وجود ندارد تا زمینه ایجاد غرر در آن فراهم گردد.

ثانیاً ابهام در آثار تبعی این قرارداد یعنی تحقق عقد نهایی و اعمال اختیار از سوی دارنده اختیار را باید در مقتضای عقد مزبور جستجو کرد. مقتضایی که طرفین با آگاهی نسبت به آن و البته با توجه به نیازهای موجود از آن استقبال کرده و پذیرایش شده‌اند. فلذا ابهام به شرحی که مورد اشاره قرار گرفت در عقد اختیار معامله جنبه ذاتی دارد نه عارضی. بنابراین ابهام متصور در آن عقد با توجه به ذاتی بودن آن از نوع ابهامات غیر موثر در ایجاد غرر و به تبع بطلان عقد محسوب می‌شود.^۱ کما آنکه چنین جهلی مثلاً در عقود مشارکات نظیر شرکت، مضاربه، مساقات و... که در صحت آن در فقه امامیه و حقوق موضوعه تردیدی وجود نداشته، قابل مشاهده بوده و ابهام مزبور تأثیری در بطلان عقد ندارد.

ثالثاً درباره رفع احتمال مخاطره در عقود نباید آنچنان مبالغه کرد بلکه همینکه عوضین معامله شفافیت عرفی را داشته و از صورت گروبنندی و قمار خارج شود کافی است. به ویژه که گاه نیاز عمومی و عادات و رسوم نیز نفوذ قرارداد را بطلبد. (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۱۸۴)

^۱ برای مطالعه بیشتر در ماهیت ابهامات ذاتی در معاملات و مبانی غیر موثر بودن آن ابهامات در ایجاد غرر ر.ک به: صالحی علی آبادی و همکاران، تابستان ۱۴۰۲، صص ۱۶۷-۱۷۰

۲-۵- بررسی امکان حدوث غرر در قرارداد اختیار معامله آمریکایی

در قرارداد اختیار معامله آمریکایی شائبه غرر به طور ویژه از منظر برخی نویسندگان ملموس تر تلقی شده و از این حیث بیشتر مورد توجه قرار گرفته است؛ (علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۸۶؛ حسین زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲) چرا که در قرارداد مزبور دارنده اختیار می‌تواند از زمان انعقاد تا سررسید پیش بینی شده در عقد، هر زمان که مایل بود نسبت به اعمال حق خود مبنی بر خرید یا فروش مال موضوع قرارداد اصلی اقدام نماید. وجود بازه زمانی مذکور برای اعمال حق در این نوع قرارداد، شائبه غرری بودن را تقویت می‌کند. زیرا قیمت مال موضوع قرارداد اصلی در طول بازه زمانی مزبور در حال تغییر است و دارنده اختیار معمولاً زمانی حق خود را اعمال می‌کند که ضمن عدم تحمل ضرر و زیان، سود بیشتری عایدش شود. پس به دلیل معلوم نبودن زمان دقیق اعمال اختیار و میزان عائدی ناشی از آن، شائبه غرر در معامله مذکور جدی تر نظر می‌رسد.

در پاسخ به این اشکال باید گفت:

در قرارداد اختیار معامله تمامی ارکان عقد حین انعقاد آن شفاف و معلوم هستند. وانگهی شرط اعمال اختیار هر چند شناور در بازه‌ی زمانی انعقاد قرارداد تا سررسید آن می‌باشد، لکن با توجه به مضبوط شدن میزان این مدت در قرارداد، این ابهام یاری سرایت به ارکان عقد و عوضین و در نتیجه ایجاد غرر در معامله را ندارد. مشابه پذیرش این سطح ریسک در معامله، ناشی از شناور بودن امکان اعمال حق اختیار در بازه‌ی زمانی معین، در شرع مقدس اسلام در موضوعات دیگر مسبوق به سابقه است. کما این که در بیع خیارى شرط اعمال خیار در بازه زمانی مشخص، نه تنها متضمن غرر در معامله نیست؛ بلکه در صحت آن در فقه و حقوق موضوعه تردید نشده است.^۱ بیع خیارى، یعنی بیعی که برای یکی از طرفین یا هر دو طرف یا ثالثی حق خیار مقرر شده است. مدت این خیار باید معلوم باشد. در غیر این صورت به دلیل وجود غرر، شرط و عقد باطل است. (انصاری، ج ۵، ۱۴۲۶، صص ۱۱۳-۱۱۵) به بیان دیگر در بیع خیارى، که مدت زمان اعمال خیار مشخص است، دارنده خیار می‌تواند در مدت زمان مقرر، هرگاه که مایل بود عقد را فسخ کند. بدیهی است که نامبرده معمولاً زمانی اقدام به فسخ عقد می‌کند که انحلال آن متضمن منفعت او باشد. همان گونه که ملاحظه می‌شود، در این عقد نیز زمان دقیق اعمال خیار مجهول است، ولی فقیهان و حقوقدانان بیع مزبور را به دلیل مجهول بودن زمان اعمال خیار غرری و باطل ندانسته‌اند. وضعیت قرارداد اختیار معامله آمریکایی از نظر ابهام در زمان اعمال خیار در بازه‌ی زمانی مشخص

^۱ ماده ۴۵۸ قانون مدنی: «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هر گاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد و همچنین می‌توانند شرط کنند که هر گاه بعض مثل ثمن را رد کرد خیار فسخ معامله را نسبت به تمام یا بعض مبیع داشته باشد در هر حال حق خیار تابع قرار داد متعاملین خواهد بود و هر گاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن.»

شبهت به بیع خیاری دارد. با این تفاوت که اعمال خیاری، در بیع خیاری برای انحلال عقد است؛ در حالیکه اعمال اختیار در اختیار معامله آمریکایی برای انعقاد قرارداد است. ولی در هر حال بیع خیاری از جهت مجهول بودن زمان اعمال خیاری و تملیک و تملک که به موجب خیاری رخ می‌دهد شبیه قرارداد اختیار معامله آمریکایی است. از این رو می‌توان استنباط کرد چنین جنسی از ابهام و ریسک ناشی از آن در نظر شارع یارای تولید غرر در معاملات را ندارد. به بیان دیگر این میزان از ابهام در معاملات، متعارف ارزیابی شده و تسهیل کننده مراودات تجاری مردم است. لذا نباید تا زمانی که زمینه ای برای ایجاد تنش و اختلاف در اجرای تعهدات قراردادی وجود نداشته باشد، در قراردادها به بهانه وجود غرر ایجاد ممانعت نمود.

نتیجه:

۱. با دقت نظر در متون فقهی و آراء فقها و حقوقدانان به خوبی فهمیده می‌شود که غرر به مفهوم خطر یک تأسیس شرعی یا قانونی نبوده بلکه یک نهاد عرفی است که برای درک مفهوم و حدود آن می‌بایست به عرف مراجعه کرد. امروزه عرف هرگونه جهل را که توأم با قدری از احتمال ضرر باشد را موجب خطرناک شدن معامله و بالتبع غرری شدن آن محسوب نداشته بلکه جایی که ابهام در معامله توأم با احتمال ضرر معتنا به عرفی و غیر قابل اغماض باشد را باید مؤثر در ایجاد غرر محسوب نمود.
۲. در قرارداد اختیار معامله مانند سایر عقود معاوضی می‌بایست به منظور دفع غرر اوصاف موثر در ارزش اقتصادی عوضین معلوم در حدود مورد نیاز از منظر عرف مورد شفاف سازی قرار گیرد. لکن در قرارداد اختیار معامله این شرط می‌بایست در هر دو بعد این عقد یعنی عقد مقدماتی و بیع آتی لحاظ گردد. با این توضیح که در قرارداد اختیار معامله باید مشخص شود اولاً حق خرید یا فروش چه دارایی با چه قیمتی در قبال پرداخت چه بهایی واگذار می‌شود. ثانیاً دقیقاً مشخص گردد این حق در چه بازه زمانی یا در چه موعدی قابل اعمال است.
۳. هر گاه وضعیت قرارداد اختیار معامله از هر دو بعد (عقد مقدماتی و عقد نهایی) روشن باشد، به مفهوم آنکه شرایطی و اوصاف ناظر بر عوضین در هر دو عقد مقدماتی و نهایی مورد شفاف سازی قرار گیرد، هر چند اصل اقدام به قرار داد اختیار معامله متضمن پاره‌ای از ابهام و ریسک باشد؛ چنین معامله ای قطعاً صحیح است و به بهانه احتمال وجود سطحی از مخاطرات در آینده و متعاقب انعقاد قرارداد اختیار معامله، نمی‌توان آن را غرری و باطل دانست. چرا که شارع مقدس و به تبع قانونگذار، باب ریسک و خطر را در معاملات را صد در صد نبسته و تا حدودی که عرف از آن گذر کرده و مورد اغماض قرار می‌دهد، آن را پذیرفته و اصالت را در مواردی به اراده دو طرف قرارداد داده است. ریسک ناشی از ابهامات ذاتی که قرارداد اختیار معامله متصف به آن است از جمله این موارد است.

۴. در خصوص قرارداد اختیار معامله آمریکایی که از حیث شائبه غرر مورد گفتگوی بسیار در بین اهل نظر قرار گرفته است، نتیجه بررسی‌ها حکایت از آن دارد که اعمال اختیار معامله در بازه زمانی مشخص امکان مبهم ساختن عوضین در قرار داد اختیار معامله را ندارد، کماینکه در بیع خیارى نیز، به شرط معین بودن مدت خیار موضوع عقد معلوم تلقی شده و هیچکس در صحت آن تردید نکرده است.

منابع

۱. ابن بابویه الصدوق، محمد ابن علی، عیون اخبار الرضا (ع)، ج ۲، چاپ سوم، مکتبه الحیدریه، قم، ۱۴۳۱ ه ق.
۲. الموسوی الخمینی، سیدروح الله، کتاب البیع، ج ۳ و ۵، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، ۱۴۲۱ ه ق.
۳. انصاری، مرتضی، مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی (کنگه)، ج ۴ و ۵، چاپ هفتم، قم، ۱۴۲۶ ه ق.
۴. برواری، شعبان محمد سلام، بورصه الاوراق المالیه من منظور الاسلامی، انتشارات دارالفکر، دمشق، ۱۴۲۱ ه ق.
۵. پیرهادی، محمدرضا؛ «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی؛ ش ۵-۷، خرداد ۱۳۸۹، ص ۱-۳۳.
۶. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان ابن محمد، دعائم الاسلام، ج ۲، دارالمعارف، قاهره، ۱۳۸۳ ه ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه اعلی در علم حقوق؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۸. فراهیدی، خلیل ابن احمد، کتاب العین، منشورات الهجره، ج ۴، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ ه ق.
۹. فیوزی، فرانک و همکاران، مبانی بازارها و نهادهای مالی، ترجمه حسین عبده تبریزی، نیل، ج ۱، تهران، ۱۳۷۶.
۱۰. درخشان، مسعود، مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت، موسسه مطالعات بین المللی انرژی، تهران، ۱۳۸۳.
۱۱. رفیعی، محمد تقی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۳۷۸.
۱۲. رفیعی، محمد تقی؛ عبدالصمدی، راضیه، بررسی حقوقی اوراق اختیار معامله در بازار بورس اوراق بهادار، دوره ۴، شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۸۵، صص ۷۷-۱۱۴.
۱۳. روحانی، سید صادق، فقه الصادق، ج ۱۶، مطبوعه العلمیه، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۲ ه ق.

۱۴. زبیدی، سید محمد مرتضی؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، ج ۳، دار الاحیا تراث عربی، الطبعة الاولى، بیروت، ۱۹۹۷.
۱۶. صالحی علی آبادی، حامد؛ شمشیری، علیرضا؛ کریمی، عباس؛ واکاوی غرر موثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه ی آن با حقوق مصر، فصلنامه ی حقوق اسلامی، شماره ۷۷، تیرماه ۱۴۰۲، صص ۱۴۵-۱۸۳.
۱۷. صفی پوری شیرازی، عبدالرحیم بن عبدالکریم، منتهی الارب فی لغة العرب، تصحیح و تعلیق: محمدحسن فؤادیان، علیرضا حاجیان نژاد، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۱۸. صمدانی، اعجاز احمد، بانکداری اسلامی و غرر، نشر احسان، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۹.
۱۹. ضریر، الصدیق محمد الامین، الغرر و اثره فی العقود فی فقه الاسلامی، دارالجیل، الطبعة الثانية، بیروت، ۱۴۱۰.
۲۰. ضریر، الصدیق محمد الامین، الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصرة، المعهد الاسلامی للبحوث و التدريب، الطبعة الاولى، جده، ۱۹۹۳ م.
۲۱. عصمت پاشا، عبید الله؛ فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه های فقهی؛ ترجمه علی صالح آبادی، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، بهار ۱۳۸۲، ش ۹.
۲۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و حقوق قراردادها (ادله عام روایی)، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۹۸.
۲۳. جوهری، اسماعیل ابن حماد، صحاح اللغة، ج ۲، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۴ ه ق.
۲۴. حسین زاده، جواد، قرارداد اختیار معامله، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۱.
۲۵. حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۸، انتشارات دارالتراث، بیروت، ۱۴۱۸ ه ق.
۲۶. خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۵، دارالهادی، بیروت، طبعه الاولى، بیروت، ۱۴۱۲.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، تهران، ۱۳۹۸.
۲۸. کشتکاری، معصومه و علومی یزدی، حمید رضا، ساختار و چالش های حقوقی قرارداد اختیار معامله، دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۵، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۲۹. عاملی (شیخ حر)، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، ج ۱۷، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، قم، سال ۱۴۰۹ ه ق.
۳۰. عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی عمید؛ تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۸.

۳۱. محمودزاده، خسرو؛ عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۲.
۳۲. مقری الفیومی، اجمد ابن محمد، المصباح المنیر، دارالهیجره، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۰۵.
۳۳. مراغه‌ای، سیدمیر عبدالفتاح، عناوین الفقهیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۷ ه ق.
۳۴. مظفر، محمد رضا، اصول فقه، ج ۱، نشر دانش اسلامی، قم، ۱۴۰۵ ه ق.
۳۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، جلد ۲، چاپ چهارم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۰.
۳۶. نائینی، محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه ق.
۳۷. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام فی بیان مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه ق.
۳۸. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۴۰۴ ه ق.
۳۹. وحدتی شبیری، سید حسن، مجهول بودن مورد معامله، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۳۷۹.
۴۰. هال، جان، مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک؛ ترجمه سجاد سیاح و علی صالح آبادی، رایانه تدبیر پرداز، تهران، ۱۳۸۴.
41. Cuthbertson k. and Nitzsche, Financial Engineering - Derivatives and Risk Management, John Wiley & Sons Ltd, 2000, p.169.
42. Don M.chance, an Introduction to Options and Futhres. 2nd edn. Dryden Press. 1992 P.17.
43. Alan Webber. Dictionary of Futureres & Options. Probus Publishing Co, 1994, P.4.
44. Fred D.Arditti, Derivatives: A Comprehensive Resource for Options, Futureres, Interest Rate Swaps, and Mortgage securities, Harvard Business Review Press, First edition 1996, p.7.
45. Back Kerry, a Course in Derivative Securities: Introduction to Theory and Computation, Springer Finance, 2005, p.5.



The challenge of the option contract in the face of the uncertainty rule

Hamid Salehi Aliabadi *

Abstract

Option contracts are derived from financial instruments and are considered to be among the innovations of today's economy, which play a significant role in the development of various financial markets by covering the risk caused by price fluctuations in the market. Due to the emerging nature of this category of agreements, in the course of their localization in the legal system of our country, various legal and jurisprudential challenges are envisaged. Characteristics such as the possibility of exercising the right of option in the above-mentioned contracts, the floating possibility of exercising the right of option in a certain period of time, the uncertainty of the daily price of the commodity for which the option to buy or sell is the subject of the transaction, have caused one of the parties to appear exposed to damage, the suspicion of fraudulent contracts will rise. Therefore, the legal jurisprudence rule of negation of uncertainty, which is considered as one of the mandatory rules in the field of jurisprudence and contract law, is mentioned as the most important challenge in front of said contracts. In this article, an attempt has been made to show that the above-mentioned contracts are not compatible with any of the three axes of uncertainty that jurists and jurists have explained in explaining the rule of uncertainty and at the same time, in any of the pillars of the agreement, there is no ambiguity that is considered risky from the point of view of custom, which is effective in creating chaos. In the second place, the mechanism based on which these contracts are rejected, especially considering their two-layered and time-bound nature, should be explained.

Keywords

Derivative instruments, Option contracts, Uncertainty, custom, ambiguity.

* Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (Corresponding Author): h.salehy@gmail.com