



The nature of tomorrow's currency transactions in the light of judicial procedure (jurisprudence-legal analysis)

Milad Monsefi¹ Abouzar Ebrahimi Torkaman*² Asghar Arabian³

Received date: 2024/06/29

Acceptance date: 2024/09/23

Abstract

Tomorrow's currency transactions are transactions that take place in the exchange or otherwise, and the delivery of the currency and its payment is postponed to the next day or days. But it does not lead to the delivery of currency, and sometimes there is no intention to deliver currency from the beginning and they just settle for the difference in the price of the currency. In this research, using the analytical and descriptive method and with library tools and considering the necessity of realizing the general economic order on the one hand and considering the prevalence of the aforementioned transactions among foreign exchange activists on the other hand, for the first time the analysis of the existing legal jurisprudence in the nature of these transactions was analyzed jurisprudentially and legally. As a result, it was observed that, regardless of the opinions of the minority and the majority of jurists, lawyers and judges, it can be said that such transactions have a special nature and can be analyzed in the form of indefinite contracts subject to Article 10 of the civil code. Based on this, it is suggested that foreign exchange activists, according to the above opinions, including the polls of the supreme authority of taqlid, the jurisprudence council of the central bank, etc. In line with the existing legal and judicial analysis, use the short-term and long-term alternative solutions mentioned in this research. and the legislator should determine the legal status of these transactions by establishing the regulation proposed by the author.

key words: tomorrow's currency transactions, public order, indefinite contract, invalidity, legitimacy

¹ PhD student of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. miladmonsefi@yahoo.com

^{2*} Assistant Professor of Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author). ab.ebrahimi245@gmail.com

³ Associate Professor of Department of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ماهیت معاملات فردایی ارز در پرتو رویه قضایی (تحلیل فقهی - حقوقی)

میلاذ منصفی^۱ ابوذر ابراهیمی ترکمان*^۲ اصغر عربیان^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۲

چکیده

معاملات فردایی ارز معاملاتی است که در صرافی یا غیر آن واقع شده و تحویل ارز و مابه‌ازای آن به روز یا روزهای آینده موقوف می‌گردد. ولی به تحویل ارز منجر نمی‌شود و گاه از ابتدا قصد تحویل ارز وجود نداشته و صرفاً به تسویه تفاوت قیمت ارز بسنده می‌کنند. در این پژوهش با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی و با ابزار کتابخانه‌ای و نظر به ضرورت تحقق نظم عمومی اقتصادی از یک سو و با توجه به رواج معاملات یادشده میان فعالان ارزی از سوی دیگر، برای اولین بار تحلیل رویه قضایی حقوقی موجود در زمینه ماهیت این معاملات مورد تحلیل فقهی و حقوقی قرار گرفت. در نتیجه ملاحظه شد فارغ از نظرات اقلیت و اکثریت فقها، حقوقدانان و قضات می‌توان گفت این قبیل معاملات دارای ماهیت خاص بوده و در قالب عقود غیرمعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قابل تحلیل می‌باشند. لذا پیشنهاد می‌گردد فعالان ارزی با توجه به نظرات فوق از جمله استفتائات مراجع عظام تقلید، شورای فقهی بانک مرکزی و غیره در راستای تحلیل‌های حقوقی و قضایی موجود از راهکارهای جایگزین کوتاه مدت و بلند مدت مورد اشاره در این تحقیق استفاده نمایند و قانون‌گذار نیز با وضع مقرر پیشنهادی نگارنده، وضعیت حقوقی این معاملات را تعیین تکلیف نماید.

واژگان کلیدی: معاملات فردایی ارز، نظم عمومی، عقد غیرمعین، بطلان، مشروعیت.

^۱. دانشجوی دکترای تخصصی رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

miladmonsefi@yahoo.com

^۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

ab.ebrahimi245@gmail.com

a.arabian42@gmail.com

^۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

مقدمه

شیوع نوع جدیدی از تعاملات ارزی داخلی با عنوان معاملات فردایی ارز نتیجه مستقیم بروز محدودیت در تجارت بین الملل و در نتیجه افزایش قیمت ارز می‌باشد. وابستگی توسعه کشور به نظام اقتصادی و تأثیر بی‌نظیر نظام حاکم بر تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و نظارت بر این قبیل معاملات در توسعه اقتصادی کشور امری مسلم است. لذا بررسی و تحلیل قوانین و مقررات، فقه امامیه، دکترین حقوقی و رویه قضایی ناکارآمدی نظام حقوقی و قضایی مرتبط با این دو حوزه را گواهی می‌کند. علیرغم سابقه حدود ۸۰ ساله در تدوین مقررات حاکم بر موضوعات ارزی، نظام حقوقی در نظریه‌پردازی و نظام قضایی کشور در ایجاد رویه واحد و منسجم در زمینه تفسیر صحیح قوانین و مقررات و برخورد با متجاوزین به بازار ارزی کشور تقریباً ناکام بوده‌اند. از سوی دیگر معاملات مذکور موجب اخلال در نظام اقتصادی کشور گردیده و در تصمیمات حاکمیتی نیز تأثیرگذار می‌باشد. با عنایت به جهات فوق، پژوهش حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که با توجه به قواعد فقهی، حقوقی و ارزی، رویکرد رویه قضایی حقوقی موجود در خصوص ماهیت فقهی و حقوقی معاملات فردایی ارز چگونه تحلیل می‌شود؟ برای همین منظور ابتدا به تبیین رویه قضایی حقوقی موجود در زمینه معاملات یادشده و سپس با اتخاذ نظریه مورد پذیرش، راهکارها و پیشنهادات حقوقی، عملی و قانونی ارائه خواهد گردید. بنا به مراتب فوق و با توجه به پژوهش‌هایی که ذیلاً بدان خواهیم پرداخت، ملاحظه می‌گردد هیچ‌یک از این تحقیق‌ها به این بعد از قضیه نپرداخته‌اند و از این حیث پژوهش حاضر نسبت به آن‌ها دارای امتیاز و نوآوری است.

پیشینه تحقیق

- تاکنون پژوهشی به جنبه قضایی این موضوع نپرداخته و پژوهش‌هایی صرفاً در خصوص چالش‌های فقهی این معاملات انجام شده است.
- مقاله امین و معصومی‌نیا تحت عنوان «بررسی موانع فقهی مشروعیت معاملات فردایی» سال ۱۴۰۲: به جهاتی از قبیل تطبیق قسمی از قمار بر آنها، غرری بودن ارکان معامله در فرض لحاظ معامله فردایی به صورت تقابل تعهدها، عدم جواز تصرف در عوض حتی با رضایت مالک در فرض غالب که اشخاص به عنوان وفای به عقد تسویه می‌کنند، تردید در پذیرش ریسک و خطرپذیری به عنوان منشأ مشروع سود و تحمیل ضرر به سایرین ناشی از گشوده بودن مجرای فعالیت‌های سوداگرانه، مشروعیت این معاملات مخدوش است (معصومی‌نیا، ۱۴۰۲: ۲۵).
- مقاله کریمی تحت عنوان «بررسی مشروعیت و ماهیت معاملات فردایی در حقوق ایران» سال ۱۴۰۱: این معامله بدلیل عدم قصد طرفین در انجام آن و به لحاظ فقدان شرایط صحت معامله موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی، باطل است و در صورت دارا بودن دیگر شرایط صحت معامله، واجد آثار حقوقی است (کریمی، ۱۴۰۱: ۱۲).
- مقاله میثمی و ندری تحت عنوان «آسیب شناسی فقهی معاملات فردایی ارز و طراحی ابزارهای جایگزین در چهارچوب اسلامی» سال ۱۳۹۷: در این پژوهش معاملات فردایی در دو قالب حقوقی تصویر شده: معامله بر روی تغییرات نرخ ارز شرط‌بندی قیمتی و تعهد ظرفیتی جهت انجام بیع در روز آینده بدون امکان تحویل از منظر فقهی تصویر اول با دو چالش قمار و غرر مواجه است و تصویر دوم صرفاً با چالش قمار مواجه می‌باشد. راهکارهای جایگزین نیز پیشنهاد شده است.

کلیات و مفهوم شناسی نظری

۱-۱- تعریف و مفهوم معاملات فردایی ارز

مطابق بند «ت» ماده ۲ مکرر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۴۰۱، معامله فردایی ارز عبارت است از «هرگونه معامله ارز توسط صرافی یا غیر آن که تحویل ارز و مابه‌ازای آن به روز یا روزهای آینده موکول شده ولی منجر به تحویل ارز نمی‌شود یا از ابتدا قصد تحویل ارز وجود نداشته است و قصد طرفین تنها تسویه تفاوت قیمت ارز بوده است». به موجب ماده ۱۲ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها، انجام معاملات آتی و سلف ارز فقط مطابق دستورالعمل مصوب بانک مرکزی مجاز خواهد بود که در این خصوص نیز بانک مرکزی در آیین نامه

اجرائی معاملات آتی ارز-ریال که طی بخشنامه شماره ۸۹/۹۰۲۹۸ مورخ ۱۳۸۹/۴/۲۹ ابلاغ نموده، شرایط و نحوه انجام این قبیل معاملات را تبیین نموده است. لکن در کنار این بازار (بازار معاملات آتی و سلف مجاز) در سال‌های اخیر، بازاری غیررسمی تحت عنوان بازار معاملات فردایی ارز تشکیل شده است. تجربه عملی معاملات فردایی ارز که به طور عمده در سبزه میدان و خیابان فردوسی تهران انجام می‌شود، بدین صورت است که مجموعه‌ای از افراد دارای اعتبار نسبت به تشکیل یک گروه (اغلب مجازی) جهت انجام معاملات فردایی اقدام می‌کنند و یک نفر به عنوان سرگروه تعیین می‌شود. تعداد اعضای هر گروه معمولاً بین ۲۰ تا ۵۰ نفر است که زیر نظر سرگروه به مبادله دلار فردایی با یکدیگر می‌پردازند. سرگروه جهت بالا بردن تضمین معاملات و پرداخت گرامت در صورت انجام پیش‌بینی نادرست -که اصطلاحاً تاوان نامیده می‌شود- متناسب با سقف فعالیت مورد تقاضای عضو، از وی چک تضمینی به مبلغ بالاتری دریافت می‌کند (ندری و میثمی، ۱۳۹۷: ۷).

جهت انجام معاملات یادشده، معمولاً در پایان یک روز کاری طرفین معامله بر اساس پیش‌بینی خود از قیمت ارز در روز آینده با یکدیگر معامله و در پایان روز کاری آتی (معمولاً ساعت ۱۵) تسویه انجام می‌شود. در واقع هر طرفی که پیش‌بینی ناصحیح انجام داده باید تفاوت نرخ واقعی ارز در روز آینده و نرخ پیش‌بینی شده را به عنوان گرامت به طرف مقابل بپردازد. فردی هم که به هر دلیل از پرداخت تاوان خودداری کند از گروه و طبعاً از بازار اخراج خواهد شد و اعتبارش جهت انجام معاملات فردایی از بین خواهد رفت.

در این دسته از معاملات ارزی هیچ نوع قرارداد مکتوبی بین طرفین امضا نمی‌شود و توافقات به صورت حضوری و تلفنی صورت می‌پذیرد. تحویل ارز هیچگونه موضوعیتی برای طرفین ندارد و در عمل هم براساس اظهارات فعالان بازار، حتی یک مورد هم مشاهده نشده است که این معاملات به تحویل ارز منجر شده باشد (ندری و میثمی، ۱۳۹۷: ۶ و ۷).

۱-۲- قوانین و مقررات ناظر بر معاملات فردایی ارز

در نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه ملاحظه می‌گردد قوانین و مقررات ناظر بر معاملات فردایی ارز مغفول مانده است. گرچه در قسمتی از نظریه قضات به مقررات کلان حاکمیتی در این زمینه اشاره شده ولی به نظر می‌رسد قضات و کارشناسان اداره کل مذکور در صدور نظریه خود به قواعد ارزی مصوب توسط نهادهای قانونی ذیربط توجه نداشته و نظریه خود را با توجه به صرف قواعد فقهی و حقوقی بیان داشته‌اند که در این قسمت برآنیم تا در راستای تحلیل رویه قضایی حقوقی موجود، رویکرد قوانین و مقررات ناظر بر معاملات فردایی ارز در خصوص ماهیت چنین معاملاتی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهیم.

حسب بند ۶ مصوبه شماره ۹۷۴۰۵ مورخ ۲۷/۰۷/۱۳۹۷ شورای عالی هماهنگی اقتصادی، «خرید و فروش ارز صرفاً در بانک‌ها و صرافی‌ها و با رعایت چارچوب مقررات اعلامی بانک مرکزی مجاز است. اعلام نرخ ارز به عهده این بانک بوده و هرگونه اعلام قیمت خارج از رویه اعلامی و ایجاد جو روانی و التهاب در بازار، حسب تشخیص بانک مرکزی اخلاص در نظام اقتصادی محسوب می‌شود». وفق مصوبه شماره ۷۵۷۴/م مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۷ شورای عالی هماهنگی اقتصادی که به تأیید مقام معظم رهبری (مدظله العالی) رسیده ضمن تشدید مجازات معامله‌کنندگان فردایی ارز و سکه، چنین مقرر داشته است:

"به منظور پیشگیری و مقابله با سوء استفاده افراد سودجو و فرصت‌طلب از شرائط خاص اقتصادی در اغلب کشورهای دنیا و تحریم‌های حکمرانی ریال و مقابله با اخلاص در بازار ارز از طریق خرید و فروش ارز و سکه به صورت معاملات فردایی مصوب نمود: خرید و فروش عمده ارز و سکه به صورت معاملات فردایی ممنوع و با تشخیص و اعلام بانک مرکزی اخلاص در نظام ارزی کشور محسوب و مرتکبین وفق قانون مجازات اخلاصگران در نظام اقتصادی کشور تحت تعقیب قرار گرفته و مجازات خواهند شد.

تبصره یک: منظور از معاملات فردایی ارز و سکه، معاملاتی است که خرید و فروش واقعی و مبادله بین طرفین انجام نمی‌شود و صرفاً نسبت به پرداخت مابه تفاوت قیمت احتمالی ارز و سکه در روزهای آتی توافق می‌شود."

به موجب بند (۲) مصوبه جلسه ۷۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۱۱ شورای عالی هماهنگی اقتصادی (پیوست ۱): «هرگونه معاملات فردایی طلا و ارز که به تشخیص و اعلام رئیس کل بانک مرکزی باعث اخلاص در نظام اقتصادی کشور باشد مشمول مجازات اخلاصگران در نظام اقتصادی کشور بوده و مرتکبین، برابر ضوابط مندرج در قانون مذکور تعقیب و مجازات خواهند شد»، که تشخیص و پیشنهاد آن طی نامه شماره ۱۴۰۱/۹۸۸۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۱۵ معاون حقوقی و امور مجلس این بانک به ریاست کل بانک مرکزی تقدیم گردید و ایشان در هامش تقاضا مرقوم فرمودند:

به استناد بند ۲ مصوبه ۷۱ شورای سران که به تأیید مقام معظم رهبری (زیدعزه) رسیده است «با پیشنهاد موافقت می‌شود لطفاً اقدام گردد».

بنابراین نهادهای قانونی مذکور در راستای صیانت و حافظت از نظم عمومی خاصه نظم عمومی اقتصادی حاکم بر جامعه اقدام به وضع مقررات کیفری نموده و به جامعه حقوقی اهمیت مراعات نظم عمومی اقتصادی را گوشزد نمایند. این درحالی‌است که نهادهای مذکور در این راستا با آوردن قیودی از جمله «تشخیص و اعلام رییس کل بانک مرکزی» بر آن هستند تا متولی نظم عمومی اقتصادی را مشخص نماید و به اعطای قوه تشخیص به سازمان مزبور، تمییز و تبیین اخلاص در نظم عمومی اقتصادی را به متولی واقعی و قانونی آن بسپارند. لذا در صورت تشخیص و اعلام رییس کل سازمان یادشده شرایط مقرر در مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی نیز با اختلال مواجه شده و ماهیت چنین به اصطلاح معامله‌ای نیز قطعاً مشمول تعاریف بیع و سلف و غیره نخواهد بود.

۱-۳- رویه قضایی حقوقی موجود در زمینه معاملات فردایی ارز

در رویه قضایی حقوقی، ملاحظه می‌گردد علیرغم گذشت مدتی از تصویب قوانین و مقررات در زمینه معاملات فردایی ارز، محاکم حقوقی تاکنون با دادخواستی در این خصوص مواجه نشده‌اند و صرفاً یک نظریه مشورتی و یک مورد نشست قضایی در این خصوص در قوه قضاییه موجود است. لکن با توجه به جنبه جزایی موضوع، پرونده‌های متعددی در این خصوص نزد محاکم کیفری مطرح و منتج به صدور آرایبی نیز شده است.

۱-۳-۱- نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه

نظریه مشورتی شماره ۱۴۰۳/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه در این خصوص عنوان نموده، «در معاملات موسوم به معاملات فردایی که به موجب آن ذی‌نفعان بازار طلا و جواهرات در پایان یک روز معاملاتی، در خصوص قیمت این فلزات با ارزش در روز آینده معامله می‌کنند و بر اساس پیش‌بینی‌هایی که از نرخ طلا و جواهر در روز آینده دارند، تعهدی بر عهده می‌گیرند و بر این اساس تحصیل سود می‌کنند یا متحمل زیان می‌شوند؛ اولاً، چنانچه طرفین قصدی برای انجام بیع در موعد مقرر نداشته باشند و تعهدی در این زمینه بر عهده نگیرند و در واقع موضوع معامله، صرفاً مابه‌التفاوت قیمت روز فروش و روز موعد مقرر باشد، به لحاظ فقدان شرایط صحت معامله موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی، باطل است. ثانیاً چنانچه معامله نسبت به مال پایه صورت گیرد و قصد طرفین بر تحویل طلا و جواهر در آینده و یا تعهد آنان به بیع در آینده احراز شود، در صورت دارا بودن دیگر شرایط صحت معامله، واجد آثار حقوقی است. در هر صورت احراز قصد طرفین و شرایط صحت معامله بر عهده مقام قضایی رسیدگی‌کننده است. ثالثاً در معامله قسم نخست، احراز وصف کیفری موضوع و انطباق رفتار ارتكابی با قوانین جزایی حاکم، امری است که بر عهده مقام قضایی رسیدگی‌کننده است».

۱-۳-۲- صورتجلسه نشست قضایی مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۰

«پرسش: ماهیت حقوقی معاملات فردایی اعم از اینکه موضوع آن؛ ارز، سکه، طلای آب شده و... باشد، با لحاظ اصل آزادی اراده، قصد متباین (العقود تابعه للقصود) و مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی، چگونه ارزیابی می‌گردد؟ (صحیح هستند یا باطل) و آیا موضوع این معاملات (ارز، سکه طلای آب شده و...) در صحت یا بطلان آن دخالت دارد؟

بر فرض بطلان این معاملات، با لحاظ اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصل تفسیر مضیق نصوص جزایی و اصل استقلال حقوق کیفری، آیا این معاملات می‌تواند عنصر مادی جرایم اخلاص در نظام اقتصادی را تشکیل دهد؟

نظر هیات عالی:

در معاملات فردایی که موضوع آن پیش‌بینی شده است در مواردی که منع قانونی در انجام آن وجود ندارد در راستای ماده ۱۰ قانون مدنی قابل ارزیابی است. البته با توجه به شرایط و احوال کشور چنانچه موجب اخلاص در نظام اقتصادی بر حسب مقتضیات زمان گردد، وصف مجرمانه پیدا می‌کند. بدیهی است هر رفتاری که منتهی به اخلاص در نظام اقتصادی گردد می‌تواند واجد وصف کیفری شود. نتیجتاً نظریه اقلیت در حد این استنتاج تأیید می‌گردد.

نظر اکثریت:

با عنایت به اینکه خرید و فروش ارز اعم از فیزیکی، واقعی یا غیر واقعی، منع قانونی داشته و قاچاق است و در معاملات فردایی، عدم رعایت ضوابط بانکی وجود دارد، می‌تواند با رعایت تمامی شرایط و دلایل توجیهی مذکور در نظریه نخست، اخلال در نظام اقتصادی باشد. ضمناً در خصوص اینکه آیا جرم ارتكابی، اخلال عمده در بازار ارز ایجاد می‌کند یا اخلال جزئی در نظام ارزی محسوب می‌شود، لازم است در هر مورد با توجه به مبلغ معاملات انجام شده، دفعات آن، تعداد طرفین دخیل، اثر نرخ‌های مورد معامله در بازار و سایر ابعاد و آثار آن، نوع عملکرد را مشخص نمود.

نظر اقلیت:

در معاملات فردایی واقعاً افراد معامله می‌کنند و موضوع این معاملات «پیش‌بینی» است. این معاملات بالاخص در مواردی که منع قانونی در انجام آن وجود ندارد (مانند سکه یا طلای آب شده) در راستای مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی، قابل ارزیابی بوده و چون این معاملات، صحیح می‌باشند و به‌طور کلی قصد افراد (متعاملین) انتفاع می‌باشد و قصد مجرمانه از رفتار آنها استنباط نمی‌گردد، از مصادیق اخلال در نظام اقتصادی نبوده مضافاً اینکه؛ مستنبط از مقررات قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی این است که معاملات پایه مجرمانه باشد و طرقي هم که منتهی به اخلال می‌شود، در قانون مشخص شده است و نمی‌توان با تفسیر موسع نصوص جزایی و تمثیلی تلقی نمودن آن، هر رفتاری را عنصر مادی بزه مذکور دانست.

نظر ابرازی:

یک: با توجه به اینکه در معاملات فردایی، طرفین معامله بر روی یک امر کاملاً تصادفی (قیمت ارز و طلا در روز آتی) به معامله می‌پردازند و هر یک از آنها موظف است در صورت خطا، تاوان مشخصی به طرف مقابل بپردازد درحالی‌که هیچ فعالیت واقعی اقتصادی صورت نگرفته و صرفاً بر روی متغیر تصادفی نوعی شرط بندی صورت گرفته است؛ لذا اصل معاملات فردایی بر پایه قمار و شرط بندی انجام می‌شود و یکی برنده این بازی است و دیگری بازنده. افرادی که در این بازار فعالیت دارند درگیر هیچ فعالیت واقعی و حتی سرمایه‌گذاری نیستند و در واقع قصد معامله ندارند و معامله بر روی مابه‌التفاوت است. لذا با توجه به مقررات مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی چون شرایط و ارکان معامله (قصد واقعی و تناسب بین عوضین) وجود ندارد، این معاملات باطل است. مضافاً اینکه اصل آزادی اراده چارچوب دارد و تا جایی که با نظم عمومی در تعارض و برخورد نباشد، قابل استناد است. بنابراین هرچند در جرایم مخل نظام اقتصادی، توجه به شرایط و شیوه‌های ارتكاب و خرد نبودن معاملات وجود داشته، با توجه به تمثیلی بودن مصادیق جرایم اخلال در نظام اقتصادی و تاثیرگذاری این معاملات بر بازار، این معاملات می‌تواند عنصر مادی این جرایم از طریق؛ شرط بندی و قمار به‌صورت گسترده و کلان، تلقی گردد.

دو: با عنایت به اینکه خرید و فروش ارز اعم از فیزیکی، واقعی یا غیر واقعی، منع قانونی داشته و قاچاق است و در معاملات فردایی طبعاً عدم رعایت ضوابط بانکی وجود دارد، می‌تواند با رعایت تمامی شرایط و دلایل توجیهی مذکور در نظریه نخست، اخلال در نظام اقتصادی باشد. ضمناً در خصوص اینکه آیا جرم ارتكابی، اخلال عمده در بازار ارز ایجاد می‌کند و یا اخلال جزئی در نظام ارزی محسوب می‌شود لازم است در هر مورد با توجه به مبلغ معاملات انجام شده، دفعات آن، تعداد طرفین دخیل، اثر نرخ‌های مورد معامله در بازار و سایر ابعاد و آثار آن، نوع عملکرد را مشخص نمود.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد ماهیت حقوقی معاملات فردایی ارز در این نظرات مشخص و معین نشده است. لذا لازم است بر مبنای اصول و قواعد فقهی و حقوقی حاکم بر عقود بیع و سلف، ماهیت این معاملات بر مبنای نظرات قضایی صادره تبیین و تعیین گردد.

۲- تحلیل فقهی و حقوقی ماهیت معاملات فردایی ارز بر مبنای اصول و قواعد حاکم بر بیع و شرایط اساسی آن

بنا به مراتب پیش گفته، معاملات یادشده از منظر فقهی از جمله عقود مستحدثه بوده و مقصود اصلی آنها پوشش ریسک‌های قیمتی با دریافت و پرداخت مابه‌التفاوت است. لذا در بین معامله‌گران به‌ندرت کسی با قصد خرید و فروش (که لازمه قریب آن تحویل دارایی است) وارد بازار می‌شود.

با توجه به قاعده فقهی «العقود تابعه للقصد» در بسیاری از بررسی‌های فقهی که درباره معاملات فردایی و نظایر آن انجام شده، این نتیجه به دست آمده است که قالب حقوقی این قراردادها، بیع است (کریمی، ۱۴۰۱: ۱۲) و سرانجام برای گریز از این شبهات پیشنهادهاى مختلفی ارائه شده است؛ مثلاً اینکه قرارداد در قالب صلح منعقد شود که شبهات باب بیع بر آن وارد نیست و یا اینکه قرارداد در قالب تعهد به بیع منعقد شود، یعنی به جای آنکه دو طرف هنگام انعقاد قرارداد، خرید و فروشی انجام دهند که تحویل ثمن و مثن در آینده انجام شود، قرارداد به‌گونه‌ای تنظیم شود که دو طرف متعهد شوند بیع را در سررسید انجام دهند و همان موقع تحویل انجام شود. سپس مباحثی در این مورد مطرح شده که آیا تعهد به بیع، خود یک قرارداد است یا اینکه صرفاً یک شرط ابتدایی (یعنی شرط غیر مرتبط با عقد) است و نتیجه‌گیری شده است که تعهد در مقابل تعهد، یک قالب قراردادی جدید است که مصداقی برای منهیات باب معاملات از قبیل ربا، غرر، قمار و غیره نیست و شرایط عمومی صحت قراردادها را دارد. بنابراین با تمسک به عموماتی چون «أوفوا بالعقود» استنباط می‌شود این معامله، یک عقد صحیح و شرعی و عقدی لازم است.

بر اساس چنین تحلیلی، از آنجا که یکی از شرایط متعاقدين در عقد، اراده واقعی دو طرف نسبت به مفاد عقد است، لازم است دو طرف، هنگام عقد، مفاد تعهد یعنی همان بیع و تملیک در سررسید را قصد کرده باشند. علاوه بر این، از آنجا که یکی از شرایط دو عوض در عقد، قدرت بر تسلیم است، لازم است تحویل ارز موضوع معامله فردایی در بازار ممکن باشد، به عبارت دیگر، برای کالاهایی که امکان تهیۀ آنها از بازار نقدی در سررسید به هیچ وجه برای معامله‌گران وجود ندارد، قطعاً قدرت بر تسلیم و قصد اجرای مفاد قرارداد از ابتدا وجود ندارد، بنابراین معامله صوری، باطل و هر درآمدی که اینگونه به دست آید، تصرف در آن حرام است؛ زیرا مال غیر است.

از آنجا که براساس ساز و کارهای خرید و فروش ارز در حال حاضر، افراد عادی امکان خرید و فروش ارز در بازار را ندارند، امکان تحویل ارز وجود ندارد. اما به نظر می‌رسد چنین تحلیلی دو ایراد دارد؛ یکی بنایی و یکی مبنایی:

۱- آیا صرف ممکن‌بودن تحویل کالایی به لحاظ شرایط بازار (مثلاً درباره معاملات آتی سکه) برای صوری‌نبودن معامله کافی است، به عبارت دیگر، آیا وقتی بر کسی پوشیده نیست که بیشتر معاملات فردایی بدون قصد بیع و تملیک و تحویل آغاز می‌شود و بیشتر معامله‌گران می‌خواهند قبل از سررسید از بازار خارج شوند، چنین معاملاتی صوری و باطل نیست؟

۲- این ایراد همان مشکل موضوع‌شناسی اشتباه است. به‌طور کلی، تحلیل چنین معاملاتی در قالب بیع و حتی تعهد به بیع اشتباه است. بیع و تحویل در حاشیۀ این معاملات قرار می‌گیرد و فقط برای کسانی اتفاق می‌افتد که به سررسید معاملات می‌رسند، البته همین گروه هم غالباً با تصفیۀ نقدی از بازار خارج می‌شوند و بیعی رخ نمی‌دهد.

همانگونه که ذکر شد، معامله فردایی ارز هیچگونه تشابهی با عقد بیع ندارد. علت تمرکز ما بر عقد بیع این است که مطالعات پیشین، همگی معامله فردایی ارز را در یکی از سه قالب: «بیع»، «تعهد به بیع» و «صلح» (با محتوای بیع) تحلیل کرده‌اند. واضح است پژوهشگران به‌جز بیع، قالب قراردادی متعارف دیگری نیافته‌اند که به ماهیت معامله فردایی ارز نزدیک باشد (همانگونه که چنین قالبی وجود ندارد). بنابراین از آنجا که تطبیق معامله فردایی ارز بر عقود متعارف فقهی و به‌ویژه، «عقد بیع»، امکان‌پذیر نیست، معامله فردایی ارز یک عقد مستحدثه است.

در یک دسته‌بندی کلی، اندیشمندان شیعی در ارزیابی عقود مستحدثه به دو گروه تقسیم می‌شوند. عده‌ای قائل به اصل آزادی قراردادها و عده‌ای نیز به توقیفی‌بودن قراردادها معتقد هستند. دسته اول بر این مبنا که در اسلام برخی معاملات صرفاً امضا شده اعتقاد دارند که هر عقدی به‌صورت مستقل قابلیت تحلیل فقهی دارد، بر این اساس در صورت انطباق عقود مستحدثه با شرایط عمومی صحت قراردادها و عدم انطباق با منهیات ابواب مختلف، مورد تأیید اسلام بوده و ضروری نیست با عناوین عقود همخوانی داشته باشد که احکامشان در اسلام بیان شده است. درمقابل، گروه دیگر معتقدند عناوین عقود در اسلام توقیفی است و باید عقود مستحدثه را ناگزیر در قالب یک یا چند عقد از عقود متعارف زمان

شارع بگنجانیم. بر این اساس قراردادی که جزو عناوین اعلامی و تعیین شده دسته‌بندی شود، اسلامی نبوده و نباید بدان مبادرت ورزید (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵۸).

استدلال دسته دوم فارغ از مبانی جاودانگی شریعت و اینکه کلیه احکام ضروری بشریت در زمان پیغمبر خاتم (ص) عنوان شده، بر این نکته تأکید دارد که امور مالی انسان‌ها در مبادرت به معاملات اعیان، منافع و یا معامله خدمت است که در فقه تمامی شرایط آن بیان شده، محدود بوده و کلیه معاملات نو، صورت بخصوصی از همان قراردادهای قبلی است و با بررسی آن‌ها و یا ترکیب چند عقد و ایقاع همین نتیجه بدست خواهد آمد. عده‌ای از ایشان، عقد صلح را بدیل موسع بودن آثار و نتایج آن پیشنهاد می‌دهند.

این مبحث در کتاب‌های فقهی ذیل عنوان «توقیفیه العقود» و در کتاب‌های حقوقی با عنوان «اصل حاکمیت اراده در قراردادها» بررسی می‌شود و دلایل متعددی همگام یا بر ضد هر یک از دو مبنا شمرده می‌شود. روش تحلیل فقهی ما در این پژوهش بر مبنای اصل آزادی قراردادی است و از آنجا که این اصل، مطلوب بسیاری از فقه‌های معاصر است و در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز پذیرفته شده است، از اطاله کلام و آوردن دلایل متعدد برای رد مبنای توقیفی بودن عقود پرهیز می‌کنیم. گفتنی است مواد قانون مدنی به‌طور عمده، براساس نظر مشهور فقها تدوین شده است. حال که متوجه شدیم، معاملات فردایی ارز از جمله عقود مستحدثه می‌باشد لازم است به بیان ارکان و شرایط عمومی صحت آن بپردازیم. در خصوص تعریف عقد، آیت‌الله حائری بر مبنای تعریف آیت‌الله خوئی بیان می‌دارند: «شدّ أحد الالتزامین و عقده بالآخر» و بیان می‌دارند این تعریف در مفهوم خود، وجود ایجاب و قبول را مفروض می‌دارد. سپس در مقام ایراد به این تعریف عنوان می‌نمایند همواره التزام از جمله مفاد عقد نیست؛ مثلاً انتقال مالکیت غرض عقد بیع است و نه «التزام به انتقال مالکیت». ایشان اعتقاد دارند چنانچه عقد بیع را به التزام تعریف و تعبیر نماییم به حقوق غربی نزدیک شده‌ایم (لطفی، ۱۳۸۱: ۱۴۰).

در کتب فقهی مثل مکاسب مرحوم شیخ انصاری، شرایط صحت عقد بیع به سه دسته کلی طبقه‌بندی شده: الفاظ عقد، شروط متعاملین و عوضین. در بعضی از کتب فقهی معاصر و کتب حقوقی، شروط الفاظ عقد، به دو رکن اراده طرفین نسبت به مضمون عقد و ابراز اراده با لفظ یا به هر نحو دیگری تقسیم می‌شود. در این بخش، شروطی را بیان می‌نماییم که با معاملات فردایی ارز مرتبط است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۲۹). الف) خصوصیات معتبر در ماده لفظ: صراحت و استفاده نکردن از الفاظ کنایه، حقیقی بودن الفاظ، مشترک لفظی یا معنوی که همراه با قرینه حالیه نباشد؛ بلکه با قرینه لفظیه باشد، عربیت و صحیح خواندن صیغه؛

ب) خصوصیت معتبر در هیأت هر یک از ایجاب و قبول: ماضی بودن عقد

ج) خصوصیات معتبر در هیأت ترکیبی ایجاب و قبول: تقدیم ایجاب بر قبول، موالات بین ایجاب و قبول، تنجیز، مطابقت ایجاب و قبول، صلاحیت دو طرف برای انشاء، هنگام انشای هر یک از آن دو.

در کتب فقهی، مباحث مفصلی در خصوص شرطیت لفظ در صحت قراردادها و اینکه عقدیت معاطات بیان گردیده است. بر خلاف فقه‌های قدیم که فقط الفاظ را ابرازکننده عقد می‌دانستند، در بین فقه‌های جدید، تقریباً کسی قائل به این موضوع نیست و صرف ابراز اراده اهمیت دارد. لذا آنچه مؤثر است، اراده ظاهری، یعنی اراده‌ای که به طریقی ابراز شده باشد. لذا از بین شروط پیش گفته، از خصوصیات معتبر در ماده لفظ صرفنظر می‌کنیم. شرایط دیگر مثل موالات و مطابقت ایجاب و قبول نیز به‌وضوح در معاملات فردایی ارز صحیحاً برقرار می‌باشد. فقط موضوعی که در خصوص معامله مذکور مهم است، تعیین مفاد ایجاب و قبول این عقد مستحدثه می‌باشد. با این توضیح که «انشاء تعهد» همان ایجاب و قبول در این عقد است که شامل: تعهد به پرداخت روزانه مبلغی به طرف دیگر، به اندازه تغییر قیمت فردا نسبت به روز گذشته تا روز سررسید معامله.

شیخ انصاری شروط متعاقدين را در کتاب البیع به پنج مورد تقسیم نموده: بلوغ، قصد مدلول عقد، اختیار، اذن مولی (اگر عاقد عبد باشد، مالک یا مأذون بودن متعاقدين از مالک یا از شارع). تنها «قصد مدلول عقد» درباره قرارداد فردایی مورد بحث است. اگر معامله فردایی را از سنخ بیع (یا تعهد به بیع) بدانیم، این شرط کارایی ندارد، زیرا طرفین عقد، قصد و اراده انعقاد عقد بیع (یا تعهد به بیع) را ندارند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳۸).

مالیت داشتن، طلق بودن، قدرت بر تسلیم، علم به مقدار ثمن و علم به مقدار مثن از دیدگاه ایشان از جمله شروط دو عوض می باشد. در معامله فردایی دو عوض از سنخ «عین» نبوده، بلکه از سنخ «تعهد» است، تعهدی که به طرف دیگر معامله تأمین و اطمینان خاطر اعطا نماید. این موضوع با شرط «مالیت داشتن» دو عوض در تعارض نیست. یکی از شروط عوضین، «قدرت بر تسلیم» است، بر این اساس اگر امکان تهیه کالایی از بازار نقدی در سررسید به هیچ عنوان برای معامله گران وجود نداشته باشد، قطعاً قدرت بر تسلیم نیز وجود نخواهد ندارد، لذا این موضوع منجر به بطلان معامله می شود.

بنا به مراتب فوق ملاحظه می گردد، برخلاف نتایج پژوهش های پیشین صورت گرفته، معامله فردایی ارز، بیع و تعهد به بیع نمی باشد، بلکه قراردادی است که جهت پوشش ریسک تغییرات قیمت منعقد می شود، بدین معنی که طرفین که ریسک یکدیگر را پوشش می دهند. همانگونه که ملاحظه می گردد فارغ از استدلال های مذکور بنظر نگارنده گرچه بر مبنای اصول و قواعد حاکم بر بیع، معاملات فردایی ارز دارای شرایط بیع که در مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی آمده نمی باشد.

۳- تحلیل فقهی و حقوقی ماهیت معاملات فردایی ارز بر مبنای اصول و قواعد حاکم بر سلف و شرایط اساسی آن

سلم در لغت به معنای، سلام و عافیت، گردن نهادن، پیش فروش یا پیش خرید می باشد (الجزری، ۱۴۲۳: ۲، ۹۳۶ و ۹۳۳؛ الزیدی، ۱۴۱۴: ۱۹، ۳۶۵، الطریحی، ۱۳۶۵: ۶ و ۸۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۹۱).

سلم در لغت حجازی بکار برده می شود و سلف در لغت عراقی (ابن منظور، ۱۴۱۵: ۶ و ۹۹۱). از منظر علما و فقیهان امامیه، سلم عقدی است که در آن ثمن نقد و حال است و خرید نیز بصورت کلی مدت دار (خوانساری، ۱۹۶۴: ۹ و ۹۱۳؛ نجفی، ۱۴۱۴: ۲۶ و ۲۳۵). از دیدگاه محقق قمی نیز سلم، «خریدن مال موصوفی است مضمون در ذمه تا مدت معلوم به مال موصوفی که حاضر باشد و در مجلس بیع قبض شود یا در حکم حاضر مقبوض باشد. مثل این که در مجلس بیع نبوده و بعد از بیع حاضر کرده و قبل از تفرق به قبض مشتری داده شود. از این باب است هرگاه بخرد آن چیز را به دینی که از مشتری طلب دارد» (قمی، ۱۹۵۳: ۱ و ۱۵۳). با توجه به دیدگاه ها و نظریات مطروحه، سلم قرارداد فروشی است که در آن فروشنده در مقابل عوضی که حال (نقد) دریافت می کند، تعهد می نماید کالای خاصی را برای خریدار در آینده تهیه نماید (صادقی، ۱۳۹۵: ۳۰). تا اینجا مطابق تعریف ارائه شده از معاملات فردایی ارز ملاحظه می گردد، اگر از تعریف عرفی آن گذر کنیم، این معاملات شباهت بسیاری با معاملات سلف دارند.

از جمله شرایط صحت معاملات سلف عبارتند از، ذکر جنس و وصف، قبض ثمن قبل از متفرق شدن، تقدیر مسلم فیه و ثمن، تعیین زمان دقیق تسلیم مبیع و امکان وجود مسلم فیه. در این قسمت از پژوهش برآنیم تا ضمن تشریح و تبیین این شرایط نهایتاً به این نتیجه دست یابیم که آیا معاملات فردایی ارز در قالب این نوع از انواع بیع قابل تحلیل هست یا خیر.

در بیع سلم تعیین جنس و وصف مبیع طوری که از آن رفع جهالت شود، لازم است. مطابق تعریف ارائه شده و با توجه به عرف حاکم در معاملات فردایی ارز (با توجه به معنای ارائه شده در فصل قبلی) با ذکر جنس و وصف آن موضوع معامله فردایی ارز است. بطور مثال در معامله فردایی مقرر می گردد هزار دلار آمریکا موضوع معامله قرار گیرند.

پرداخت ثمن معامله توسط خریدار در مجلس عقد و قبل از جدایی از دیگر شرایط ذکر شده در بیع سلف می باشد (شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۴۱۰ و ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱: ۳۰۷ و امامی، ۱۳۸۶: ۴۲۳). عده ای از فقها نیز این شرط را شرط لزوم عقد دانسته اند نه صحت آن (شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۴۱۲). اما دکتر ناصر کاتوزیان معتقدند که قانون مدنی بر خلاف فقه قبض ثمن در مجلس عقد را لازم نمی داند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۷۴). این در حالی است که در صورتیکه در بیع سلف شرط گردد که بخشی از ثمن بصورت مدت دار شود حسب فرمایش اکثر فقها و حقوقدانان عقد نسبت به کل ثمن باطل می باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۱: ۴۴۳). در مقابل نظر مخالف این است که عقد در مورد ثمن حال، صحیح و در خصوص ثمن مدت دار باطل می باشد. لذا تعریف معاملات فردایی با کلیت این شرط از شرایط بیع سلف در تعارض بوده و از این حیث نیز واجد اثر حقوقی نیست.

بنابراین با توجه به نظر فقها و حقوقدانان اگر قبض ثمن قبل از متفرق شدن را از شرایط صحت معاملات سلف بدانیم، این معامله مشمول عنوان بیع کالی به کالی می شود، این شرط از شرایط صحت معاملات سلف را نمی توان با معاملات فردایی ارز انطباق داد. چرا که در معاملات

فردایی در اغلب موارد اساساً ثمن و مثن قبل از متفرق شدن به قبض طرف مقابل داده نمی‌شود. اما اگر قائل به نظر عده‌ای دیگر از حقوقدانان باشیم که خلاف این نظر دارند، با توجه به تعریف معامله فردایی ارز، این شرط از شرایط صحت معامله سلف شامل تعریف معاملات فردایی ارز نیز خواهد شد.

نظر مشهور فقها این است که مسلم‌فیه چنانچه وزنی یا کیلی باشد، باید با مقیاس معلوم مربوط به خود اندازه‌گیری گردد، به طوری که از آن رفع جهالت شود. شهید ثانی، شرط صحت بیع سلف را در این می‌داند که کالا اعم از ثمن و مسلم‌فیه مقدر و معین گردد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۴۱۱). لذا سلم در اجناسی (مسلم‌فیه) صحیح است که قابل اندازه‌گیری با مقیاس‌های وزن یا کیل به این شرط که با این مقیاس‌ها مقدار آنها معلوم باشد و در آن دسته از کالاهایی که با این میزان‌ها قابل اندازه‌گیری نیستند و حتی بیع در آن‌ها صحیح است (زیرا مشاهده از غرری بودن بیع جلوگیری می‌کند)، بیع سلف صحیح نمی‌باشد. فقها از این جهت، کیل و وزن را مقید به معلوم بودن کرده‌اند که از حواله دادن بر ابزار کیل یا وزن مجهول احتراز جسته باشند. چرا که در این صورت بیع سلف باطل می‌شود (لطفی، ۱۳۸۱: ۱۳۴). در کالاهایی که با عدد تعیین می‌شوند، به شرطی سلف در آنها صحیح است که میزان تفاوت در آن به واسطه شمردن خیلی فاحش نباشد مانند تخم مرغ و نوع خاصی از گردو که تقریباً یک اندازه‌اند. در مورد ثمن در بیع سلف، چنانچه جنس مکمل، موزون یا معد، ثمن قرار داده شود، لازم نیست منحصر آن را با امور مزبور معین کنند بلکه حکم بیع مطلق در آنها هم جاری است. یعنی اگر بیعشان با مشاهده صحیح باشد، در اینجا نیز می‌توان آنها را ثمن قرار داد. در غیر این صورت اگر بیع هم در آنها با یکی از امور نامبرده اعتبار شود، در سلف نیز حکمشان چنین است (لطفی، ۱۳۸۱: ۱۳۴). بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شرط مجهولی که چهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل و موجب بطلان عقد است». بنابراین ثمن معامله همانند مثن مورد معامله باید در هنگام عقد معلوم و معین باشد و به موجب بند ۳ ماده ۱۹۰ و مواد ۲۱۶، ۳۱۲ و ۳۱۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارند، ثمن معامله باید به طور دقیق معلوم و مشخص باشد. بنابراین طبق مواد فوق برای صحت هر معامله‌ای لازم است که آن معامله از ۳ جهت معلوم باشد: مقدار، جنس و وصف. از آنجایی که ثمن معامله یکی از ارکان عقد است، بنابراین باید در زمان انعقاد قرارداد مقدار آن به طور دقیق معلوم شود تا از وجود بیع غرری که باعث بطلان عقد می‌شود، جلوگیری گردد. در حالتی که ثمن عین معین است، مشخص نمودن فرد آن در خارج لازم و ضروری است. لکن در حالتی که ثمن کلی فی‌الذمه است حسب ماده ۳۵۱ قانون مدنی، مقدار، جنس و وصف آن باید تعیین و در قرارداد نیز درج گردد. بعضی از حقوقدانان بر اساس ماده ۳۳۹ قانون مدنی عنوان می‌دارند تعیین ثمن قبل از تشکیل عقد نیز لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۵۰). بنابراین مجهول بودن ثمن باعث بطلان قرارداد گردیده و این موضوع شامل معامله فردایی ارز نیز می‌گردد. با توجه به اینکه معامله فردایی ارز از جمله عقود مغایه‌ای است، علم اجمالی به ثمن در آن کفایت نمی‌کند. زیرا هر یک از طرفین نهایت تلاش خود را می‌کنند تا کم‌ترین ضرر و بیشترین سود را ببرند. بنابراین ثمن معامله باید در ضمن قرارداد به طور دقیق مشخص شود تا از وجود معامله غرری جلوگیری گردد که از دیدگاه عوام و خواص در فقه باطل است. با این استدلال که حدیث نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» بدان اشاره دارد (بحرانی، ۱۳۶۳: ۴۶۱ و حلی ۱۴۱۶: ۲۶۶). شهید ثانی معتقد است، ثمن معامله باید قبل از واقع ساختن صیغه بیع معین گردد؛ بنابراین بیعی که اختیار تعیین ثمن آن به یکی از متعاقدين و یا شخص ثالثی داده شده باشد، به علت وجود غرر، معامله صحیح نمی‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۸۳). از نظر حقوقی صراحت بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی که از فقه سرچشمه می‌گیرد در بطلان معامله‌ای که ثمن آن مجهول و موجب جهالت به عوضین است، شبهه‌ای باقی نمی‌گذارد و حقوقدانان نیز به پیروی از نظرات فقها چنین معاملاتی را باطل دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۶: ۲۰۹ و کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۶۷ و ۱۸۷). باید اضافه نمود که حکم قانون مدنی در ماده ۲۳۳ از قواعد امری تلقی می‌شود و به عبارت دیگر متعاملین نمی‌توانند ولو با تراضی برخلاف آن توافق نمایند. همان گونه که در فوق ذکر گردید در قراردادهای بحث شده خریدار و فروشنده سود و زیان خود را می‌سنجند و مسامحه و اغماض در توافق آنان راه ندارد تا علم اجمالی بر عوضین در صحت معامله کافی باشد. با توجه به آنچه که گفته شد لزوم معلوم و معین بودن ثمن در قراردادها، یکی از شرایط اساسی صحت هر معامله‌ای می‌باشد که معامله فردایی نیز از این قاعده مستثنی نیست. چرا که ثمن و مثن معامله در حین معامله دقیقاً مشخص و معین است و قیمت کالا (ارز) هم مشخص است.

از دیگر شرایط صحت معامله سلف، تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع می‌باشد. به نظر می‌رسد که این شرط خاصه بیع سلف در معاملات فردایی ارز گنجانده می‌شود. چراکه فارغ از سایر شرایط و ویژگی‌های معاملات فردایی و سلف، همانگونه که از نام این معامله نیز مشخص است بازه زمانی آن کاملاً معلوم و معین (روز آتی) است.

از دیگر شرایط صحت بیع سلف امکان وجود مسلم‌فیه در موقع سررسید است. یعنی باید در موعد مقرر قادر بر تسلیم مبیع باشد. اما اگر مدت شرط شده باشد کالا باید در سررسید مدت تحویل داده شود. طبق موازین شرع مقدس اسلام، چنانچه بیع مؤجل و مبیع معمولاً پس از سپری شدن مدت، قابل حصول بوده و اگر به صورت اتفاقی نایاب گردد، مشتری مخیر است که به دلیل قاعده «لا ضرر و لا الضرر فی الاسلام» بیع را فسخ کند یا اینکه صبر نماید تا مبیع فراهم شود و اگر عقد را فسخ نکند می‌تواند قیمت مبیع را در زمان نایاب شدن از فروشنده دریافت نماید. حقوقدانان در این مورد بیان می‌دارند که خریدار می‌تواند برای جلوگیری از ضرر آینده خود، عقد را فسخ کند و زیان وارد شده را نیز از مشتری بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۴۶). در حالی که در معاملات فردایی ارز فارغ از قصد عملی طرفین، دقیقاً مشخص و معین نیست که ارز در تاریخ مشخص که روز آتی است، وجود خواهد داشت یا خیر. گرچه در عمل اساساً هدف طرفین مبادله فیزیکی اسکناس ارز نیست و طبق تعریف معاملات فردایی ارز تنها تسویه تفاوت قیمت ارز است.

بنا به مراتب فوق و با توجه به عموم ادله و شرایط حاکم بر بیع و بیع سلف و نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه و نشست قضایی قضات دادگستری، ملاحظه می‌گردد معامله فردایی قطعاً با مفهوم بیع و شرایط آن مغایرت دارد. لکن گرچه با توجه به تعریف و شرایط معاملات سلف، معاملات فردایی ارز با این معاملات بسیار دارای شباهت بوده و وجوه اشتراک آن زیاد است. لکن با توجه به عموم ادله مندرج در مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی، معاملات فردایی ارز لفظاً معامله بوده و با توجه به اینکه هدف طرفین توافق صرفاً تسویه تفاوت قیمت ارز در امروز و روز بعد است، مشمول تعریف هیچ‌یک از عقود معین مندرج در قانون مدنی نبوده و این تعهد دارای ماهیت خاصی است که با اغماض و تحت شرایط مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را در زمره عقود غیرمعین و خاص قلمداد نمود. این در حالی است که از بُعد کیفری نیز عده‌ای از پژوهشگران بر این باورند که با توجه به گسترش جرایم اقتصادی و بروز چالش‌های جدی برای دولت‌ها چنانچه اقتصاد به سمت شادکامی حرکت نماید قطعاً از بروز چنین جرایمی جلوگیری خواهد شد (بیانی و دیگران، ۱۴۰۱: ۴۳). کما اینکه در صورتی که بر عقیده نویسندگان تحقیق حاضر نیز قائل باشیم این جنبه نیز تقویت خواهد شد.

تحلیل معاملات فردایی ارز با توجه به استفتائات مراجع عظام تقلید (زید عزه)

در این رابطه، همانگونه که اداره دبیرخانه شورای فقهی بانک مرکزی به موجب نامه شماره ۰۱/۱۸۶۵۳۶ مورخ ۱۴۰۱/۰۷/۲۷ اعلام نموده، استفتائاتی از مراجع عظام تقلید مورخ ۱ مرداد ۱۴۰۱ دریافت شده که ملاحظه می‌گردد:

- مقام معظم رهبری صراحتاً بیان می‌کنند: «اگر کسب درآمد صرفاً بر مبنای پیش‌بینی و نوسانات قیمت ارز و سکه باشد مشروع نیست».
- آیت‌الله سیستانی صراحتاً این معاملات را باطل می‌دانند و سود به دست آمده را حرام اعلام کرده‌اند.
- آیت‌الله شبیری زنجانی نیز عنوان فرموده‌اند بستگی دارد خرید و فروش‌ها واقعی انجام شود یا خیر.
- آیت‌الله مکارم شیرازی معاملات فردایی ارز را جایز ندانسته و بیان فرمودند نمی‌توان در سود حاصل از آن نیز تصرف کرد.
- آیت‌الله نوری همدانی با توجه به تعریف معاملات فردایی ارز صراحتاً این معاملات را باطل اعلام نمودند.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد، بر مبنای عموم ادله حاکم بر بیع و سایر عقود معین از جمیع این فتاوی می‌توان دریافت، رویه قضایی حقوقی موجود نیز راه درستی در پیش گرفته و با توجه به عموم ادله و شرایط معاملات و لزوم مراعات نظم عمومی اقتصادی، این قبیل معاملات دارای اثر حقوقی معاملات صحیح نیست. البته علمای عظام تقلید در خصوص آن بخش از نظرات قضات دادگستری که اولاً؛ در مواردی که منع قانونی در انجام آن وجود ندارد در راستای ماده ۱۰ قانون مدنی قابل ارزیابی است. ثانیاً؛ در معاملات فردایی که واقعاً افراد معامله می‌کنند و موضوع این معاملات «پیش‌بینی» است بالاخص در مواردی که منع قانونی در انجام آن وجود ندارد (مانند سکه یا طلای آب شده) در راستای مقررات ماده ۱۰ قانون

مدنی، قابل ارزیابی بوده و چون این معاملات، صحیح می‌باشند و به‌طور کلی قصد افراد (متعاملین) انتفاع می‌باشد و قصد مجرمانه از رفتار آنها استنباط نمی‌گردد، از مصادیق اخلال در نظام اقتصادی نمی‌باشند، اظهارنظر ننموده‌اند. بر این اساس در راستای جمع نظرات قضات و مراجع تقلید باید قائل به این موضوع باشیم که اگر معاملات فردایی ارز دارای شرایط اساسی صحت معاملات باشند، صحیح و در غیراینصورت، باطل و دخل و تصرف در سود حاصل از آن نیز حرام و غیرشرعی است.

نتیجه‌گیری

نظر به اینکه نظام حقوقی در کشور ما مبتنی بر حقوق رومی-ژرمنی می‌باشد که مهمترین خصیصه آن قانون محوری و تدوین قوانین است، برای تحلیل رویه قضایی از ابزار تفسیر قانون استفاده می‌گردد و خلأهای قانونی را در فضای تطابق قاعده با مصداق پوشش می‌دهد. در پژوهش حاضر به مسأله‌ای پرداخته‌ایم که در هیچ تحقیقی تاکنون سابقه نداشته است. از این جهت که در پژوهش پیش رو رویه قضایی به عنوان یکی از منابع علم حقوق در زمینه معاملات فردایی ارز مورد بررسی قرار گرفته در حالی که در تمامی تحقیق‌های مورد اشاره در قسمت پیشینه تحقیق صرفاً به بیان مختصری از چالش‌های فقهی و بعضاً حقوقی امر پرداخته شده و به رویه قضایی احتمالی موجود هیچ توجه نشده و بررسی خاصی نیز در این زمینه صورت نگرفته است. این در حالی است که در تحقیق حاضر ماهیت معاملات فردایی ارز در پرتو رویه قضایی حقوقی موجود و از طریق قواعد فقهی، حقوقی و ارزی تحلیل شده و در نهایت امر نیز سعی بر این شد که پیشنهادات سازنده‌ای در زمینه مبادرت به چنین معاملاتی و وضع قوانین حقوقی، ارائه گردد. بر این اساس همانگونه که ملاحظه می‌گردد پژوهش حاضر از حیث موضوع شناسی نیز بر پژوهش‌های مختصر قبلی دارای امتیاز و نوآوری است و با توجه به پدیده نوظهور معاملات فردایی ارز مقدمه‌ای است که سایر پژوهشگران حقوقی و اقتصادی نیز به این موضوع بیش از پیش بپردازند و موضوع را شرح و بسط بیشتری بدهند. بنا به مراتب و مطالب مورد اشاره در این پژوهش نگارنده به عنوان نتیجه بیان می‌دارد:

- ۱- فارغ از عدم جهت‌گیری رویه قضایی حقوقی موجود در خصوص ماهیت معاملات فردایی ارز، این قبیل معاملات دارای ماهیت خاص بوده و در قالب عقود غیرمعین موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی قابل تحلیل می‌باشند.
- ۲- گرچه اقلیت فقها، حقوقدانان و قضات دادگستری قائل به این هستند که در معاملات فردایی واقعاً افراد معامله می‌کنند و موضوع این معاملات، «پیش‌بینی» است و بیان می‌دارند که این معاملات بالاخص در مواردی که منع قانونی در انجام آن وجود ندارد (مانند سکه یا طلای آب شده) در راستای مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی، قابل ارزیابی بوده و چون این معاملات، صحیح می‌باشند و به‌طور کلی قصد افراد (متعاملین) انتفاع می‌باشد و قصد مجرمانه از رفتار آنها استنباط نمی‌گردد، از مصادیق اخلال در نظام اقتصادی نیست، لکن همانگونه که ملاحظه می‌گردد این اقلیت نیز در خصوص ماهیت معاملات فردایی ارز نظری ارایه نمی‌دهند و صحت معاملات فردایی را به مواردی اختصاص می‌دهند که در خصوص آن منع قانونی وجود ندارد (سکه و طلای آب‌شده). این درحالی است که اکثریت فقها، حقوقدانان و قضات دادگستری به درستی با تمسک به برخی اصول و قواعد فقهی که در پژوهش حاضر به تفصیل بدان اشاره گردید و مواد ۱۰ و ۱۹۰ قانون مدنی به دلیل عدم وجود شرایط و ارکان معامله (قصد واقعی و تناسب بین عوضین) و مقررات کلان حاکمیتی اخیرالتصویب این معاملات را باطل می‌دانند. مضافاً اینکه انجام این معاملات را خارج از چارچوب اصل آزادی اراده قلمداد نموده و مبادرت با آن را در تراحم و تعارض با نظم عمومی اقتصادی می‌دانند. علی‌ایحال فارغ از استدلال‌های جدی که در راستای اعلام بطلان این قبیل معاملات بیان گردید، بنظر نگارنده معاملات فردایی ارز می‌تواند در عین اینکه به دلیل نداشتن معیار عینی و ملموس جهت قرارداد مورد نقد قرارگیرد. اما در راستای حمایت از نظم عمومی اقتصادی و پویایی بیشتر رویه قضایی حقوقی و حمایت از اعمال حقوقی اشخاص به عنوان یک عقد مشروط می‌توان آن را مورد حمایت قانونی قرارداد و راه را جهت مشروعیت بخشیدن به چنین توافقی و یا حداقل نظام مند نمودن آن هموار نمود.

با این اوصاف و با توجه به نتایج حاصله، نگارنده پیشنهاد می‌نماید:

- ۱- راهکارهای جایگزین پیشنهادی این تحقیق جهت سامان‌دهی معاملات فردایی شامل راهکار کوتاه‌مدت «انجام معاملات فردایی در قالب حقوقی تعهد به انجام بیع» و راهکار بلندمدت «تشکیل بازار رسمی معاملات آتی ارز» است که در این پژوهش بیشتر ابعاد فقهی و حقوقی معاملات فردایی ارز مورد توجه قرار گرفت. با این حال، به نظر می‌رسد ابعاد اقتصادی و مالی این معاملات و راه‌حل‌های جایگزین نیازمند بررسی دقیق‌تر است. این مسأله می‌تواند موضوعی برای تحقیقات آینده در این حوزه محسوب شود.
- ۲- به منظور بازدارندگی حقوقی در کنار بازدارندگی کیفری موجود از ارتکاب به چنین معاملات غیرمجازی و در راستای کمک به رویه قضایی محاکم حقوقی، بانک مرکزی به نمایندگی از دولت جمهوری اسلامی ایران به موجب طرح یا لایحه‌ای خطاب به مجلس شورای اسلامی، در خصوص معاملات و توافقی‌هایی که شرایط مندرج در نظریه اقلیت حقوقدانان و قضات را ندارد، به این شرح که یک ماده به یکی از قوانین لایه اول حقوقی در قالب ماده واحده اضافه نماید. با این توضیح که: «معاملات فردایی ارز، باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود.»

منابع

- ابن ادريس حلی، محمد (۱۴۱۱). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: جامعه المدرسين.
- ابن منظور (۱۴۱۵). *لسان العرب*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الجزری، مبارک بن محمد (۱۴۲۳). *النهايه فی غریب الحديث والثر*. بیروت: دارالمعرفه.
- الزبيدي، محمد مرتضى (۱۴۱۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر.
- الطریحی، فخرالدین (۱۳۶۵). *مجمع البحرين*، تهران: انتشارات مرتضوی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۶). *حقوق مدنی*، جلد اول، تهران: اسلامیه.
- امین، سید علیرضا؛ معصومی نیا، غلامعلی (۱۴۰۲). بررسی موانع فقهی مشروعیت معاملات فردایی. *فصلنامه علمی اقتصاد و بانکداری اسلامی*، (۴۳)، ص ۱۲-۲۵.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). *المکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بیانی، احسان؛ احدی، فاطمه و بیگی، جمال (۱۴۰۱). تأثیر اقتصاد شادکامی و باورهای دینی بر کاهش بزهکاری مالی. *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ص ۴۳-۵۸.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*. قم: انتشارات نشر اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۴). *مبسوط در ترمینولوژی حقوقی*. تهران: انتشارات گنج‌دانش.
- خوانساری، موسی (۱۹۶۴). *منیه الطالب* (تقریرات میرزا حسین نائینی). تهران: چاپخانه حیدری.
- شهیدثانی (زین الدین ابن نورالدین علی بن احمد عاملی). (۱۴۲۵). *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة*. قم: انتشارات پیام نوآور.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عبدالصمد (۱۴۰۱). بررسی مشروعیت و ماهیت معاملات فردایی در حقوق ایران. *هفتمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام*، ص ۱۲-۲۵.
- لطفی، اسداله (۱۳۸۱). *ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه*. تهران: انتشارات مجد.
- میثمی، حسین؛ ندری، کامران (۱۳۹۷). آسیب شناسی فقهی معاملات فردایی ارز و طراحی ابزارهای جایگزین در چهارچوب اسلامی. *بیست و هشتمین همایش سالانه سیاست‌های پولی و ارزی با موضوع: اصلاحات ساختاری برای ثبات مالی*. ص ۷-۱۵.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۱۴). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

