



وضعیت فقهی و حقوقی معاملات فردایی ارز با نگاهی به قوانین و مقررات ارزی

میلاذ منصفی^۱

ابوذر ابراهیمی ترکمان^۲

اصغر عربیان^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۷/۲۶ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

چکیده

نظام ارزی کشور در سالیان اخیر با توجه به اعمال تحریم‌های بین‌المللی علیه ایران، با تلاطم همراه بوده و دلالتان و معامله‌گران غیرمجاز ارزی به این تلاطم دامن زده‌اند. برخی از این دلالتان با تشکیل گروه‌هایی در فضای حقیقی و مجازی مباشرت به گونه جدیدی از معاملات تحت عنوان معامله فردایی ارز نموده و حسب بررسی‌های اقتصادی صورت گرفته توسط بانک مرکزی، باعث اختلال در نظام اقتصادی کشور شده‌اند. معامله فردایی ارز معامله‌ای است که طرفین آن بدون قبض و اقباض عوض و معوض، تحویل ارز و مابه ازای آن را به روز یا روزهای بعد موکول می‌نمایند که در اغلب موارد منجر به تحویل ارز نیز نمی‌شود و طرفین تنها تسویه مابه التفاوت نرخ ارز را مدنظر دارند. به موجب قوانین و مقررات ارزی و همچنین قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، معاملات مذکور ممنوع است.

کلید واژه‌ها

تحریم، قرارداد، صحت، قاچاق، ممنوع.

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

Email: 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)

Email: ab.abrahimi245@gmail.com

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

Email: a.arabian42@gmail.com

۱- مقدمه

در شرایط تحریم‌های اقتصادی همه جانبه علیه ایران، اتخاذ سیاست تقنینی، اجرایی و قضایی به عنوان رویکرد جامع می‌تواند در تحقق امنیت اقتصادی جامعه مؤثر باشد. حسب گزارش‌های حوزه ارزی و اقتصادی بانک مرکزی، در سال‌های اخیر با توجه به خلاء قوانین و مقررات ارزی موجود در بازار پولی کشور و اختصاصاً بازار ارز، دلالتان غیرمجاز ارزی اقدام به انعقاد قراردادی تحت عنوان معاملات فردایی ارز می‌نمایند. لذا ضرورت بررسی ابعاد حقوقی این نوع معامله به شدت در نظام حقوقی حاکم بر نظام اقتصادی و پولی کشور احساس می‌گردد. در معاملات فردایی غیر مجاز ارز، معامله گران جهت پوشش ریسک نوسانات ارزی و زمینه سازی کشف قیمت‌های آتی ارز علاوه بر استفاده از تحلیل‌های بنیادین و نموداری، ضمن پیش‌بینی قیمت ارز در روز آینده از شایعات و جو روانی و به اصطلاح داغ کردن بازار جهت منافع خود استفاده کرده و نهایتاً به معامله می‌پردازند. بر این اساس در معاملات فردایی طرفین معامله بر روی یک امر کاملاً تصادفی (قیمت ارز در روز بعد) به معامله می‌پردازند و هر یک از آن‌ها موظف است در صورت عدم انجام تعهدات قراردادی خود، خسارت مشخصی به طرف مقابل بپردازد. لذا در خصوص معاملات فردایی ارز بدین نحو که بیان گردید و علیرغم شباهتی که میان این قبیل معاملات با معاملات سلف وجود دارد، شبهات مختلفی قابل طرح و بحث می‌باشد. بر این اساس در تحقیق حاضر ضمن بیان تعاریف موجود در قوانین و مقررات ارزی مربوطه، وضعیت اعتبار این معامله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲- تعریف لفظی و اصطلاحی ارز

در فرهنگ لغات دهخدا و معین، معنای ارز به پول، پول بیگانه، سُر، ارج، ارزش، بها، قیمت، رتبه، قدر، مرتبه، مقام، ارژن، بخورک بیان شده است. همچنین مطابق بند «پ» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲، ارز عبارت است از پول رایج کشورهای خارجی که می‌تواند در قالب های مسکوکات، اسکناس، سایر اسناد مکتوب یا الکترونیکی و حوالجات ارزی نمود پیدا کرده و در مبادلات اقتصادی و مالی اشخاص بکار برده شود.

۳- اوصاف حقوقی ارز

اوصاف ارز که در ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، از نظر قانون گذار ایران، ارز باید واجد حداقل سه وصف باشد: نخست آن که باید پول باشد. دوم آنکه باید رواج داشته باشد و سوم آنکه باید متعلق به کشور خارجی باشد. از آنجایی که تشخیص نسبت مفهومی ارز و رمز ارز بسته به تبیین این اوصاف است، ذیلاً به تبیین این اوصاف پرداخته خواهد شد.

۴- اوصاف حقوقی معاملات فردایی ارز

در این قسمت به اوصاف حقوقی معاملات فردایی ارز پرداخته خواهد شد.

۱- ۴- لازم یا جایز بودن

از منظر قانون مدنی، عقود از حیث توجه یا عدم توجه به اصل لزوم قراردادهای به عقود لازم و جایز قابل تقسیم هستند. مطابق ماده ۱۸۵ قانون یادشده؛ عقدی لازم است که هیچ کدام از طرفین معامله امکان برهم زدن آن را در هیچ صورتی ندارد، مگر اینکه قانون در برخی موارد برهم زدن معامله را معین نماید. حسب ماده ۱۸۶ همان قانون؛ عقد جایز در مقابل عقد لازم قرار داشته و حق فسخ برای یکی از طرفین پیش بینی شده است. همانگونه که اشاره گردید، اصل لزوم قراردادهای از جمله اصول مترقی قانون مدنی ایران و فقه اسلامی است که به اصالة اللزوم یا اصل لزوم تعبیر می‌شوند (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۴). ماده ۲۱۹ قانون مذکور نیز در این خصوص بیان می‌دارد؛ «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است مگر بر رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شوند». بر این اساس، با توجه به اصل لزوم و فقدان نص برای حکم به جایز بودن معاملات فردایی ارز، باید این معاملات را لازم تلقی نمود.

۲- ۴- منجز بودن

حسب ماده ۱۸۹ قانون مدنی عنوان می‌دارد؛ عقدی منجز است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری نمی‌باشد، وگرنه معلق می‌باشد. در این نوع از عقود، در لحظه انشای عقد آثار آن نوع از عقد بر آن مترتب خواهد شد. لکن در عقد معلق تأثیر تام و تمام عقد مؤخر بر وقوع امر دیگری خواهد بود (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۷). از نظر برخی از حقوقدانان نیز در صورتی که صرف اجرا و مطالبه دین مؤخر باشد، عقد، معلق نخواهد بود و صرفاً داری اجل می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴). لذا طبق تعریف مندرج در ماده ۱ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها، تعهدات طرفین معامله فردایی ارز تسویه تفاوت قیمت ارز امروز و روز بعد است که اتفاق می‌افتد و چنانچه این قبیل معاملات را دارای شرایط صحت معاملات بدانیم، اساساً در زمره عقود معلق خواهند بود.

۳- ۴- تشریفاتی بودن

رضایی و تشریفاتی بودن یکی دیگر از انواع تقسیم بندی عقود می‌باشد. عقد رضایی، عقدی است که تحقق آن منوط به تشریفات دیگری غیر از قصد انشاء نیست. لکن عقد تشریفاتی آن است که وقوع آن منوط به تشریفات قانونی مربوطه است. در حقوق ایران اصل بر رضایی بودن عقد است. بر این اساس همان طور که بیان شد معاملات فردایی ارز دارای تشریفات خاصی نیست.

۴-۴- عهدهی بودن

از حیث اثر ذاتی عقود به عقد تملیکی و عهدهی قابلیت تقسیم دارند. عنصر اصلی در عقد تملیکی، انتقال مالکیت مالی از یک شخص به شخص دیگر است. عهدهی عهدهی است که عبارت یکی از طرفین معامله تعهدی به عهده داشته و در راستای این تعهد حق دینی برای طرف دیگر به بار خواهد آمد؛ مانند عقود جعاله، وکالت، ضمان و حواله. حسب ماده ۳۶۱ قانون مدنی در عقد تملیکی اگر مورد معامله حین عقد موجود نباشد، معامله محکوم به بطلان خواهد بود. این درحالی است که در عقد عهدهی مورد معامله این امکان را دارد که حین عقد موجود نباشد و بعد از آن به وجود بیاید. در زمان انعقاد معاملات فردایی ارز، مالی به دیگری تملیک نمی‌شود و دو تعهد (پرداخت و تسویه تفاوت قیمت ارز) می‌توان پذیرفت که این معاملات از جمله عقود عهدهی می‌باشند.

۴-۵- معوض بودن

از نظر وجود یا عدم وجود عوض برای مورد معامله در معاملات، عقود به معوض و غیر معوض قابل تقسیم می‌باشند. عقد معوض عهدهی است که در قبال دریافت عوضی، معوض به طرف معامله منتقل و تسلیم می‌شود. عقد غیرمعوض نیز برعکس این امر خواهد بود. در نتیجه با توجه به مطالب فوق معامله فردایی ارز به نوعی جزو عقود معوض هستند.

۵- اوصاف اختصاصی معاملات فردایی ارز

ارز فردایی به ارزی است که به واسطه فعالان غیر رسمی بازار مانند دلال های ارز، روزانه خرید و فروش می‌شود؛ لکن موعد تحویل دادن آن، روز آتی است. این سبک از خرید و فروش ارز غالباً در بستر در بازارهای غیر رسمی انجام می‌گیرد و قیمت آن ارتباط مستقیمی با نوسانات بازار در اثر متغیرهای مختلف دارد. در واقع در این معاملات، خریدار و یا فروشنده، بر یک قیمت برای خرید و فروش توافق می‌نمایند و روز بعد، حساب خود را تسویه می‌کنند بدین صورت که، صرفاً سود مابه‌التفاوت قیمت ارز دیروز و امروز، بین طرفین معامله تقسیم می‌گردد.

۶- فعالیت های مجاز ارزی

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به استناد قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی و آیین نامه های اجرایی آن، بند «ج» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و بند «الف» ماده ۲۱ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه ای کشور، اقدام به تهیه و تنظیم و ابلاغ مجموعه مقررات ارزی نموده است.

۱-۶- حمل و نگهداری ارز

اداره سیاست‌ها و مقررات ارزی بانک مرکزی به موجب بخشنامه شماره ۹۹/۶۴۴۴۵ مورخ ۹۹/۳/۱۱ و به استناد بند «الف» ماده ۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و همچنین بند «پ» ماده ۵ آیین نامه اجرایی ماده ۵ و ۶ قانون یاد شده و تبصره ذیل ماده ۷ ابلاغیه شماره ۵۳۸۸۷/۱۲۵۶۱۲ مورخ ۹۵/۱۰/۱۲ معاونت اول ریاست جمهوری، دستورالعمل اجرایی مربوط به تعیین میزان ارز قابل حمل، نگهداری و مبادله در داخل کشور را ابلاغ نموده است. به موجب بند ۱-۱ ماده ۱ این دستورالعمل، مخاطب این دستورالعمل کلیه اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی ایرانی و خارجی می‌باشند. اشخاص حقوقی مشمول این دستورالعمل عبارت اند از: ۱- بانک‌ها و موسسات اعتباری که به موجب قانون و یا اجازه نامه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تأسیس شده و تحت نظارت بانک مرکزی فعالیت می‌نمایند و مجاز به عملیات ارزی می‌باشد و ۲- صرافی که دارای اجازه نامه فعالیت از بانک مرکزی برای انجام عملیات صرافی بوده و تاریخ اجازه نامه آن نیز منقضی نشده باشد. وفق ماده (۲) «دستورالعمل اجرایی مربوط به تعیین میزان ارز قابل حمل، نگهداری و مبادله در داخل کشور» (ابلاغی طی بخشنامه شماره ۹۹/۶۴۴۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱۱)، حمل و نگهداری ارز (اسکناس) توسط اشخاص حداکثر تا سقف مبلغ ۱۰,۰۰۰ یورو یا معادل آن به سایر ارزها بلامانع می‌باشد. ضمناً وفق مفاد ماده (۳) دستورالعمل مذکور، حمل و نگهداری ارز (اسکناس) برای مبالغ بیشتر از ۱۰,۰۰۰ یورو یا معادل آن به سایر ارزها توسط اشخاص، صرفاً در صورت داشتن یکی از مدارک ذیل مجاز می‌باشد: الف) سند موسسه اعتباری، ب) رسید سنا و ج) اظهارنامه گمرکی (رسید چاپی صادره توسط گمرک جمهوری اسلامی ایران حاوی کد رهگیری که بیانگر اظهار ارز توسط شخص حقیقی در هنگام ورود به کشور باشد).

۲-۶- ورود و خروج ارز به/از کشور

مطابق بند ۵-۷ دستورالعمل اجرایی ضوابط ناظر بر ارز/اسناد بانکی و اوراق بهادار بی نام همراه مسافر که به موجب بخشنامه شماره ۰۰/۱۸۹۳۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۷/۴ توسط حوزه ارزی بانک مرکزی ابلاغ شده، هر مسافر مجموعاً تا مبلغ ۱۰ هزار یورو یا برابر آن به دیگر ارزها می‌تواند ارز یا اسناد بانکی و اوراق بهادار بی نام به کشور وارد کند. در این خصوص مسافر می‌بایست در گمرکات ورودی به کشور مراجعه و ارز یا اسناد بانکی و اوراق بهادار بی نامی که به همراه خود دارد، اظهار نموده و کد رهگیری دریافت کند. این در حالیست که در حال حاضر و با توجه به بخش نامه شماره ۳۱۴۹۹۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۸ معاون اول رئیس جمهور و رئیس ستاد مقابله با تحریم در خصوص «مدیریت بازار ارز»، ورود ارز (اعم از اسکناس و حواله) معاف از مالیات است و هر شخص حقیقی و حقوقی می‌تواند با اظهار ارز در گمرکات ورودی، به هر میزان اسکناس ارز به کشور وارد نماید و هیچ یک از دستگاه‌های امنیتی، انتظامی و گمرک حق ممانعت از آن را ندارد.

در ارتباط با تعارض میان این دو مقرر، باید در نظر داشت که ستاد تدابیر ویژه‌ی مقابله با تحریم نیز یکی از شوراهای فرعی شورای عالی امنیت ملی است. مطابق با نظر شورای نگهبان (نظریه شورای نگهبان قانون اساسی راجع به قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱، ماده الحاقی ۲۵)، شورای عالی امنیت ملی، یک نهاد خاص است که در خصوص امور مرتبط با امنیت کشور که ذاتاً در هر سیستم حقوقی یک امر استثنائی و دارای اولویت هستند، ورود می‌کند؛ همچنین اعضای شورای نگهبان، عضو این شورا هستند؛ از این رو، رکن بالادست محسوب می‌شود. در این مقرر نیز به نظر رئیس جمهور، به عنوان عضوی از این شورا، و در راستای آن اقدام به صدور این سند نموده است. از این رو به نظر می‌رسد در تعارض دو سند مذکور، بخش‌نامه ستاد تدابیر ویژه‌ی مقابله با تحریم ارجحیت دارد.

حسب بند ۵-۸ دستورالعمل مذکور در بند قبلی، هر مسافر مجموعاً تا مبلغ ۵ هزار یورو یا برابر آن به دیگر ارزها (از طریق مرزهای هوایی) و دو هزار یورو یا معادل آن به سایر ارزها از طریق مرزهای زمینی، ریلی و دریایی، می‌تواند ارز یا اسناد بانکی و اوراق بهادار بی نام از کشور خارج کند. به موجب تبصره ۱ این بند، خروج ارز/ اسناد بانکی و اوراق بهادار بی نام مجموعاً بیش از مبلغ پنج هزار یورو یا معادل آن به سایر ارزها از طریق مرزهای هوایی و بیش از مبلغ دو هزار یورو یا معادل آن به سایر ارزها از طریق مرزهای زمینی، ریلی و دریایی، توسط هر مسافر به خارج از کشور، در صورتی که قبلاً در مبادی ورودی توسط مسافر اظهار شده باشد، برای مبالغ مزاد بر سقف ۱۰,۰۰۰ یورو یا معادل آن به سایر ارزها منوط به ارایه رسید چاپی حاوی کد رهگیری در مبادی خروجی به گمرک ج.ا.ا می‌باشد. همچنین به موجب تبصره ۲ بند مذکور، هر مسافر در صورتی می‌تواند نسبت به خارج نمودن ارز بیش از مبالغ مذکور اقدام نماید که اعلامیه بانکی حاکی از فروش ارز به صورت اسکناس در چارچوب ضوابط و مقررات بانک مرکزی، به گمرک ارایه نماید.

۷- خرید و فروش غیرمجاز ارز

بانک مرکزی وفق بند «الف» ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ به عنوان مجری سیاست‌های پولی و اعتباری کشور می‌باشد و صلاحیت قانونی انحصاری در مسائل ارزی و اختیار و تکلیف تعیین حدود و مقررات استفاده از ارز و تنظیم مقررات ارزی از سوی قانونگذار به این بانک به عنوان متولی امور ارزی تفویض شده است. این بانک مطابق بند «ج» ماده ۱۱ قانون مذکور، موظف به تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و نظارت بر آن می‌باشد. همچنین بر اساس بند «خ» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، وارد نمودن، خارج نمودن و هرگونه معامله ارزی اعم از خرید، فروش و حواله ارز بدون رعایت ضوابط تعیینی توسط دولت و بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصداق بارز قاچاق ارز بوده و وفق تبصره ۲ ماده ۷ همان قانون، صرفاً واحدهای مجاز معین شده

توسط دولت می‌توانند اقدام به عرضه و فروش ارز نمایند و در صورت ارتکاب این موضوع توسط سایر اشخاص غیرمجاز و واحدهای صنفی، ممنوع و با مرتکبین مطابق قانون رفتار خواهد شد. ضمناً مطابق بند «ب» ماده ۱۴ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، «انجام هرگونه عملیات صرافی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی ممنوع است». همچنین بانک مرکزی مطابق بندهای «ج» و «ه» ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ موظف به تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی و نظارت بر خروج و ورود ارز و معاملات یادشده می‌باشد. ضمن اینکه بر اساس بند «د» ماده ۱ قانون مذکور «برابری پول‌های خارجی نسبت به ریال و نرخ خرید و فروش ارز از طرف بانک مرکزی ایران با رعایت تعهدات کشور در مقابل صندوق بین‌المللی پول محاسبه و تعیین می‌شود». از سوی دیگر وفق بند «ت» ماده ۲۰ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور «در اجرای سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی مبنی بر فعال‌سازی منابع مالی و همچنین اصلاح و تقویت نظام مالی کشور، نظام ارزی کشور، «شناور مدیریت‌شده» است. دامنه نرخ ارز با توجه به حفظ رقابت‌پذیری در تجارت خارجی و با ملاحظه تورم داخلی و جهانی و همچنین شرایط اقتصاد کلان از جمله تعیین حد مطلوبی از ذخایر خارجی، تعیین می‌شود». همچنین بر اساس تبصره ماده ۲ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها، فضای مجازی و اینترنتی جایگاهی برای انجام هرگونه معاملات صرافی ندارد.

بر اساس مفاد ماده (۱۰) دستورالعمل مزبور، هرگونه مبادله / خرید و فروش ارز، خارج از سیستم بانکی و یا صرافی مجاز، ممنوع است. در حال حاضر به موجب بند (پ) ماده ۲ مکرر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، «انجام معامله ارزی در کشور، تحت هر عنوان نظیر خرید، فروش، حواله، معاوضه یا صلح» قاچاق محسوب می‌گردد مگر آنکه حداقل یکی از طرفین معامله، صرافی مجاز، بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی باشد. ضمناً به موجب بند (ح) همان ماده اشخاصی می‌توانند اقدام به عرضه، حمل یا نگهداری ارز نمایند که دارای صورت‌حساب خرید معتبر بوده یا خود دارای شخصیت حقوقی در قالب شرکت تضامنی صرافی، بانک یا مؤسسه مالی - اعتباری دارای مجوز از بانک مرکزی باشند. در غیراینصورت انجام این اعمال نیز قاچاق محسوب می‌شود.

۸- پیشینه و تجربه عملی معاملات فردایی در بازار غیر رسمی ارز

به موجب ماده ۱۲ مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها و آیین نامه اجرایی معاملات آتی ارز-ریال (بخشنامه شماره ۸۹/۹۰۲۹۸ مورخ ۱۳۸۹/۴/۲۹)، شرایط و نحوه انجام معاملات آتی و سلف ارز را تبیین شده است. لکن در کنار این بازار در سال‌های اخیر، بازاری غیر رسمی تحت عنوان بازار معاملات فردایی ارز تشکیل شده است. تجربه عملی معاملات فردایی ارز که به طور عمده در سبزه میدان و خیابان فردوسی انجام می‌شود، بدین صورت است که مجموعه‌ای از افراد دارای اعتبار نسبت به تشکیل یک گروه 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 غرامت در صورت انجام پیش بینی نادرست متناسب با سقف فعالیت مورد تقاضای عضو، از وی چک تضمینی (اصطلاحاً چک گارانتی) به مبلغ بالاتری دریافت می‌کند (میثمی و ندری، ۱۳۹۷: ۷). جهت انجام معاملات فردایی ارز، معمولاً در پایان یک روز کاری طرفین معامله بر اساس پیش بینی خود از قیمت ارز در روز آینده با یکدیگر معامله می‌کنند و در پایان روز کاری آتی (معمولاً ساعت ۱۵) تسویه انجام می‌شود. در این دسته از معاملات ارزی هیچ نوع قرارداد مکتوبی بین طرفین امضا نمی‌شود و توافقات به صورت حضوری و تلفنی صورت می‌پذیرد. همچنین تحویل ارز هیچگونه موضوعیتی برای طرفین ندارد و در عمل هم بر اساس اظهارات فعالان بازار، حتی یک مورد هم مشاهده نشده است که این معاملات به تحویل ارز منجر شده باشد (میثمی و ندری، ۱۳۹۷: ۶).

لازم به ذکر است در بررسی‌های بعمل آمده، مشاهده می‌گردد معامله گران فردایی ارز در فضای مجازی از قبیل تلگرام و غیره فعالیت بسیار بیشتری نسبت به فضای حقیقی دارند. به گونه ای که در یکی از گروه های تلگرامی به نام «قیمت لحظه ای دلار تهران» که دارای حدود ۱۷۰ هزار عضو می‌باشد، از ساعت ۱۰ صبح لغایت ۲۲ شب اقدام به انجام معاملات نقدی و فردایی می‌نماید و در پایان معاملات با اعلام قیمت شروع معاملات، کف و سقف قیمت، آخرین معامله فردایی و آخرین مظنه قیمت خرید و فروش فردایی دلار تهران روز کاری خود را به پایان می‌رساند. حسب بررسی‌های انجام شده در این نوع مبادلات هیچ عوضی نه در تاریخ انعقاد قرارداد و نه در زمان سررسید، بین طرفین مبادله نمی‌گردد و تنها، تفاوت قیمت تسویه می‌شود.

۹- تعریف معاملات فردایی ارز

حسب تعریف مندرج در بند «ت» ماده ۲ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و سایر مقررات ارزی، معامله فردایی به هرگونه معامله نسبت به انواع ارز توسط صرافی یا غیر آن که توسط اشخاص در فضای غیرمجاز ارزی انجام می‌شود و ضمن آن تحویل فیزیکی و اسکناس ارز مورد معامله و معوض آن به روز یا روزهای آینده موکول می‌شود، گفته می‌شود. این در حالی است که تحویل ارز در این معامله مصداق ندارد. همچنین در این معاملات تنها تسویه تفاوت قیمت ارز مدنظر طرفین می‌باشد.

۱۰- مبانی قانونی ممنوعیت معاملات فردایی ارز

وفق بند «۶» مصوبه شماره ۹۷۴۰۵ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۳ شورای عالی هماهنگی اقتصادی، خرید و فروش ارز صرفاً در بانک‌ها و صرافی‌ها و با رعایت چارچوب مقررات اعلامی بانک مرکزی مجاز است. در ارتباط این شورا لازم به ذکر است، از آنجایی که این شورا به فرمان رهبری تشکیل یافته است، مصوبات

این شورا را نمی‌توان به صورت مستقل واجد شأن قانونی دانست بلکه این اختیاری است که مقام رهبری طبق اصل ۵۷ به استناد حکم حکومتی صلاحیت وضع قانون را دارند؛ فلذا ماهیت این گونه تصمیمات، ماهیت احکام رهبری است، بنابراین مصوبات این شورا در خصوص وضع و یا اصلاح قوانین چنانچه به تأیید مقام رهبری برسد، دارای شأن احکام حکومتی بوده و الا فاقد هرگونه وجهت قانونی می‌باشند از آنجایی که این مصوبه به تصویب رهبری رسیده است، با مبنای یاد شده، واجد اثر قانونی است.

همچنین 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 می‌گردد. قابل ذکر است که معاملات فردایی به دلیل تأثیرات سوء مختلف از جمله قیمت‌سازی، ایجاد تقاضای کاذب در خرید یا فروش و نهایتاً ایجاد التهاب و جو روانی در بازار، و بی‌اثر سازی سیاست‌ها و اقدامات بانک مرکزی در شرایط تحریمی موجود، از نظر این بانک ممنوع است. این درحالیست که وفق ماده ۲۱ «دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها» مصوب ۱۴۰۰/۲/۲۸ شورای پول و اعتبار، انجام معاملاتی که مبادله ارز، مسکوک فلزات گرانبه‌های ضرب شده توسط بانک مرکزی و ریال به روز یا روزهای آینده موقوف شده و منجر به تحویل ارز، ریال یا مسکوک نشده و صرفاً تفاوت قیمت تسویه می‌گردد، توسط صرافی ممنوع می‌باشد. از طرف دیگر، حسب ماده ۱۳ بخشنامه شماره ۹۵/۲۵۴۱۴۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۸/۱۱ بانک مرکزی، خطاب به صرافی‌های مجاز متضمن «مقررات ناظر بر عملیات ارزی صرافی‌ها»، هرگونه معاملات فردایی به صراحت ممنوع اعلام شده است.

مطابق مصوبه شماره ۷۵۷۴/م مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۷ شورای عالی هماهنگی اقتصادی که به تأیید مقام رهبری رسیده است ضمن تشدید مجازات معامله‌کنندگان فردایی ارز و سکه، چنین مقرر داشته است که به منظور پیشگیری و مقابله با سوءاستفاده افراد از شرایط 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 می‌گردد، 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 بیان می‌دارد: 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 هفتاد و یکم مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۱۱ شورای عالی هماهنگی اقتصادی: «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 این مصوبه نیز به تأیید مقام رهبری رسیده است.

ضمناً لازم به ذکر است به استناد حکم مواد ۲ مکرر و ۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، این امکان وجود دارد که معاملات فردایی را ذیل عنوان مجرمانه این قانون شناسایی نماییم. بنابراین می‌توان برای این معاملات، دو عنوان مجرمانه در نظر گرفت.

۱۱- تحلیل فقهی - حقوقی ماهیت معاملات فردایی ارز

همانگونه که بیان گردید، معاملات فردایی ارز از امور مستحدثه بوده و تقریباً در هیچ یک از آثار علمی منتشر شده توسط فقها و حقوقدانان صحبتی از آن نشده است. همچنین در آرای محاکم حقوقی و کیفری نیز انعکاسی از ماهیت این معاملات وجود ندارد.

۱-۱- بررسی بیع یا معاوضه بودن معاملات فردایی ارز

مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی، بیع عبارت است از «تملیک عین به عوض معلوم». در صورت نبود هر یک از موارد زیر، عدم اطلاق عقد بیع را نتیجه می‌دهد. این موارد عبارتند از: الف- ایجاب و قبول؛ ب- متبایعین؛ باع و مشتری باید هر دو عاقل، بالغ و رشید باشند. ج- مبیع؛ مبیع خود تابع شرایطی است که عبارتند از: مالیت داشتن؛ قابلیت خرید و فروش داشتن؛ معلوم بودن و قابلیت تسلیم داشتن. د- ثمن؛ در صورتی که پول، ثمن معامله باشد، باید از حیث مقدار و سایر شرایط، خالی از هرگونه جهل یا ابهام، در زمان عقد معلوم باشد. جهت صحت معاملات مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی می‌بایست شرایطی وجود داشته باشد و آن‌ها عبارت اند از: طرفین باید نسبت به انجام موضوع عقد، قصد و رضا داشته باشند، باید اهلیت تمتع و استیفا داشته باشند، مورد معامله می‌بایست معین و مشخص باشد و جهت معامله نیز مشروع باشد. همچنین عقدی که به لحاظ حقوقی صحیح است، آثار قانونی آن معامله بر آن مترتب می‌شود. بر این اساس از نظر حقوقی، شرایط مزبور، جزو ارکان تشکیل دهنده عقد به شمار رفته و با فقدان هر یک از آنها، معامله بلااثر و فاسد قلمداد می‌شود (امامی، ۱۳۸۸: ۱۷۶). ماده ۲۱۲ همان قانون، معامله را در صورتی باطل می‌داند که هر یک از اوصاف سه گانه عقل، بلوغ و رشد وجود نداشته باشد. مطابق ماده ۴۶۴ قانون مدنی، معاوضه را به عقدی تعریف می‌کند که توسط آن یک طرف، مالی را در ازای مالی دیگر می‌دهد بدون در نظر داشتن این موضوع که یکی از عوضین ثمن و دیگری مثن باشد. از سوی دیگر وجه ممیزه کلی بیع از معاوضه التفات به قصد طرفین عقد و عرف موجود خواهد بود.

بنا به مراتب فوق و با توجه به تعاریف ارائه شده از معاملات فردایی ارز به نظر می‌رسد نه تنها این قبیل معاملات دارای ویژگی‌های معامله صحیح نبوده، بلکه شرایط و ویژگی‌های معاوضه را نیز دارا نمی‌باشد.

۲-۱۱- شبهه کالی به کالی بودن معامله فردایی ارز

شبهه کالی به کالی بودن معاملات فردایی ارز از جمله شبهه‌هایی است که می‌بایست بدان بپردازیم. در فقه، بیع کالی به کالی از انواع بیع (نقد (حال)، نسیه، سلف (سلم) و کالی به کالی یا نسیه به نسیه) می‌باشد. در این نوع از انواع مذکور بیع، عوض و معوض هر دو دارای اجل هستند. اجماع فقها قابل بر بطلان بیع کالی به کالی می‌باشد (خمینی، ۱۳۹۹: ۶۹۰؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۳۳؛ کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۲۳-۱۵۶) و در قانون مدنی نیز در خصوص بیع کالی به کالی حکم صریحی وجود ندارد که همین امر سبب بروز اختلاف دیدگاه در صحت یا عدم صحت این بیع از منظر نظام حقوقی ایران گشته است (کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۲۳-۱۵۶). گرچه به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قانون‌گذار در این خصوص و لزوم مراجعه به منابع فقهی، باید مطابق نظر مشهور فقها آن را باطل دانست. اگر معامله فردایی را بر خلاف تعریف ارایه شده، تعهد به بیع بدانیم، به جای در مقابل هم قرار گرفتن دو عوض مؤجل، دو تعهد در مقابل هم قرار می‌گیرند که در این حالت بیع کالی به کالی موضوعیت ندارد. در تعریف معاملات فردایی بیان شد که به معاملاتی اطلاق می‌گردد که به موجب آن طرفین متعهد می‌شوند در سررسید مشخص میزان معینی از مبیع را در مقابل ثمن معین با یکدیگر مبادله نمایند. لکن در سررسید تعیینی هیچ مبیع و ثمنی بین طرفین مبادله نگردیده و تنها مابه‌التفاوت قیمت مبیع بین روز توافق و روز انجام معامله تسویه می‌گردد. لذا این معامله یک عقد عهدی بوده که موضوع آن یک تعهد فروش و تعهد خرید است و بنابراین اساساً نمی‌توان بدان اطلاق بیع نمود. در فقه اجماع بر این است که قبض ثمن در مجلس بیع از شرایط صحت بیع سلف می‌باشد. به دلیل اینکه در معاملات فردایی ارز ثمن در مجلس عقد قبض نمی‌گردد از این جهت شبیه بیع سلف است. با توجه به تصریح قانون مدنی در ماده ۳۴۱ بر جواز تعریف اجل برای ثمن و مبیع، می‌توان بیع سلف را صحیح دانست. در فقه، مستندی (قرآن، سنت و شهرت) مبنی بر لزوم قبض ثمن در مجلس عقد نیامده است. برخی نیز معتقدند، در عصر جدید قبض و اقباض ثمن و مثنی از امور ثانوی انعقاد عقد است (افروزی و سالاری، ۱۳۹۴: ۱۲۲).

۳-۱۱- بررسی معاملات فردایی ارز با توجه به مفهوم شرط ابتدایی

اصطلاحاً شرط چه ضمن عقد و چه خارج آن به الزام و التزام تعبیر می‌شود. از نظر علمای حقوق شرط به آینده متوجه بوده و با اصل تعهد رابطه تنگاتنگی دارد. به این صورت که وقوع و یا از بین رفتن تعهد منوط به وجود شرط می‌باشد (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۷). شرط ابتدایی در برخی نوشته‌های حقوقی به تعهدی یک جانبه و لازم تعبیر شده که هرکس با قصد انشاء علیه خودش به وجود می‌آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۲۴). در ارتباط با معاملات فردایی ارز، دو فرضیه می‌توان طرح نمود؛ فرضیه اول این که یک عقد و فرضیه دیگر این که دو ایقاع هستند. همانگونه که اشاره شد، مطابق تعریف معاملات فردایی ارز گنجاندن این معاملات در قالب عقود معین با انتقادات و چالش‌های حقوقی مواجه است. بنابراین به

بررسی فرضیه ایقاع متقابل بودن این معاملات می‌پردازیم. حال برای تحلیل وضعیت این معاملات در چهارچوب فرضیه مزبور، باید شروط ابتدایی، به عنوان ایقاع مورد بحث قرار گیرند تا به تبع آن، بتوان به وضعیت معاملات فردایی ارز نیز دست یافت.

در ادبیات فقهی، ایقاعات نامعین را ذیل عنوان شروط ابتدایی می‌شناسند. روایتی از پیامبر اکرم (ص) با مضمون «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم» موجود است که ناظر بر الزام طرفین نسبت به تعهدات متقابل خود می‌باشد. در بین علما و فقها اتفاق نظری در خصوص شرط ابتدایی وجود ندارند؛ لکن بنا بر قول مشهور، وفا کردن به شرط ابتدایی واجب نیست (انصاری، جلد ۶، ۱۴۱۵: ۱۱؛ شاهرودی، ۱۳۶۰: ۱۶۰-۱۶۱). بر این قول ادعای اجماع نیز شده است (یزدی، ۱۳۷۰: ۱۱۷-۱۱۸) و عده ای نیز قایل به صحت آن هستند (غریبی، ۱۳۹۳: ۷۴). عده ای نیز که مشهور به لغوین هستند با استناد به عرف، شرط را مقید به این می‌دانند که در خلال بیع و امثال آن آمده باشد. پس از نظر ایشان شرط فارغ از معنای الزام و التزام صرف است و شرط ابتدایی را از مصداق های شرط قلمداد نمی‌کنند. (خمینی، ۱۳۸۸: ۱۴۰). میرزای قمی در این خصوص عنوان می‌دارد، اگر شخصی التزام به عملی داشته باشد و یا اینکه شرط ضمن عقدی لازم بیاید، ایفای آن واجب است. در غیر این موارد، صرف وعده بوده که از نظر مشهور علما، وفای به وعده دارای حکم وجوب نیست. در خصوص حدیث مذکور نیز، اکثر فقها قایل به این هستند که وفای به شرط اگر ضمن عقود معین بوده و خلاف شرع و موجب جهالت به عوضین نشود، واجب است (ذاکری صالحی، ۱۳۸۸: ۱۵).

در ارتباط با بعد حقوقی اعتبار شرط ابتدایی باید بیان داشت در نگاه اول ممکن است چنین به نظر برسد که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی، این شرط صحیح می‌باشد. در پاسخ به این دیدگاه لازم به ذکر است، مقنن در ماده ۱۰ قانون مدنی در مقام بیان آزادی قراردادهای است و نه ایقاعات. در خصوص وضعیت ایقاعات نامعین در میان حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. اغلب نویسندگان علم حقوق نیز به تبع نظر فقهی، بر این باورند که اساسا ایقاع نامعین، در قامت یک قاعده عمومی مورد پذیرش قرار نگرفته است و ایقاعات صحیح، محصور به موارد مصرح در قانون هستند (لنگرودی، ۱۴۰۱: ۴۸۰؛ صفایی، ۱۳۸۶: ۹۹). پس به تبع این امر، معاملات فردایی ارز نمی‌توانند در قالب ایقاعات نامعین بحث شوند.

۴-۱۱- تحلیل ماهیت حقوقی معاملات فردایی ارز با توجه به مفهوم وعده بیع

گاهی به دلایل مختلف این امکان وجود دارد که اشخاص نیاز به انجام بیع دارند. لکن شرایط انشای عملی آن به دلایلی وجود ندارد. بر این اساس اقدام به تشکیل قرارداد عادی یا رسمی می‌کنند که در آن هریک از طرفین متعهد می‌شود که پس از فراهم شدن زمینه تشکیل بیع اقدام به انعقاد آن نماید. به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی؛ «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در

صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» بر این اساس عقود غیر معین در صورتی که شروط مندرج در این ماده را دارا باشند، معتبر می‌باشند. لذا قرارداد تشکیل (وعده) بیع از مصادیق قراردادهای خصوصی مندرج در ماده یادشده بوده و محمول بر صحت می‌باشد. در ماده ۲۱۴ قانون مدنی عنوان گردیده «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند» و مواد ۲۲۰ تا ۲۲۲ قانون مذکور، بیانگر این اصل حقوقی است که طرفین معامله ملزم به رعایت و اجرای مفاد مصرح قرارداد می‌باشند، خواه این عمل عمل مادی و خواه این عمل حقوقی باشد. با در نظر گرفتن تعریف معاملات فردایی ارز، نمی‌توان آن را وعده (التزام) به بیع دانست. چراکه طرفین این قبیل معاملات اساساً هدفی برای خرید و فروش ارز ندارند و صرفاً تفاوت قیمت ارز در امروز و فردا را تسویه می‌نمایند.

۵-۱۱- تحلیل ماهیت حقوقی معاملات فردایی ارز با توجه به مفهوم اصل حاکمیت اراده
اصل حاکمیت اراده بر این موضوعات تاکید دارد که اراده به تنهایی برای انشاء عقد کفایت کرده و التزام و الزام را برای دو طرف به همراه خواهد داشت و هریک از طرفین عقد در تعیین آثار عقد آزاد هستند. بنابراین متعاملین می‌توانند شروط و اوصاف و نوع عقد را آزادانه انتخاب کنند. قانون مدنی در ماده ۱۰ به این اصل اشاره داشته است. منظور از قراردادهای خصوصی مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی، همان عقود غیرمعین و غیرمصرح در قانون مدنی است که اشخاص با توافق یکدیگر و با رعایت اصول و شروط مندرج در ماده یادشده، منعقد می‌نمایند. لذا و با عنایت به تعریف مذکور از معاملات فردایی ارز و قوانین و مقررات موجود در خصوص این معاملات در نظام ارزی کشور، تردیدی در عدم اعتبار حقوقی معاملات فردایی ارز وجود ندارد. قراردادهایی که دارای الگوی عقود با نام نیستند و در مخالفت تمام با موازین قانونی قرار دارند. چرا که نه تنها این قبیل معاملات از نظر تنظیم کننده قواعد پولی و ارزی کشور غیرقانونی قلمداد می‌گردند، بلکه از نظر اصول و قواعد فقهی مورد اشاره نیز صحیح نبوده و بر همین اساس رویه قضایی کیفری نیز با جرم انگاری این معاملات، در راستای تعقیب معامله گران فردایی ارز برآمده است.

۶-۱۱- رویکرد شورای فقهی بانک مرکزی به معاملات فردایی ارز و چالش‌های عملی آن‌ها
به موجب مقررات ماده (۱۶) قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران برای حصول اطمینان از اجرای صحیح عملیات بانکی بدون ربا در نظام بانکی کشور و جهت نظارت بر عملکرد نظام بانکی و اظهارنظر نسبت به رویه‌ها و ابزارهای رایج، شیوه‌های عملیاتی، دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها، چهارچوب قراردادهای و نحوه اجرای آنها از جهت انطباق با موازین فقه

اسلامی، شورای فقهی در بانک مرکزی تشکیل شده است. همچنین به موجب مقررات تبصره ۲ ماده مزبور، مصوبات شورای فقهی لازم‌الرعایه است و پس از ابلاغ توسط بانک مرکزی اجرایی می‌گردد. موضوع معاملات فردایی ارز و سکه در جلسه شماره ۶۴ و نیز جلسه شماره ۶۶ در تاریخ ۱۴۰۱/۵/۵ و ۱۴۰۱/۶/۹ در شورای فقهی به بحث گذاشته شده است. در نهایت نظریه شورا بدین شرح در ارتباط با معاملات فردایی ارز و سکه صادر گردید: «باتوجه به این‌که در معاملات فردایی ارز و سکه هیچ‌گونه معامله واقعی انجام نشده و در واقع شرط‌بندی بر روی تغییرات قیمت اتفاق می‌افتد و تحویل کالا نیز اساساً موضوعیتی ندارد، لذا این‌گونه معاملات براساس مبانی فقهی امامیه و اهل سنت در حکم قمار و اکل مال به باطل بوده و مشروعیت ندارد.» (اداره بررسی‌های بانکداری اسلامی و دبیرخانه شورای فقهی، ۱۴۰۱: ۱۴).

در تحلیل رویکرد شورای فقهی بانک مرکزی باید به چند نکته عنایت داشت؛ اول این‌که، تأکید شورا بر انجام نشدن معاملات واقعی است. یکی از اصول بانکداری اسلامی ارتباط بخش پولی و بخش حقیقی اقتصاد است و وقتی در جایی معاملات پولی رخ می‌دهد، اما پشتوانه‌ای از بخش حقیقی اقتصاد ندارد (در اصطلاح حقوقی-فقهی معوض ندارد)، در واقع متأثر از بخش واقعی اقتصاد نیست و در این صورت شبهه شرعی ایجاد خواهد شد (عیوضلو و کریمی ریزی، ۱۳۹۷: ۵-۳۵).

نکته دوم این‌که، در تمام عقود مشارکتی و مبادله‌ای ارتباط با بخش واقعی وجود دارد. برای مثال در عقودی مثل استصناع و مشارکت مدنی که از دسته عقود مشارکتی و مبادله‌ای هستند، این عقود در نهایت به تولید منجر می‌شوند و در عقود مبادله‌ای دیگر مانند مباحه نیز به همین صورت بوده و کالاها و خدمات در بخش حقیقی اقتصاد مبادله می‌شود. در واقع در جریان این معاملات، بخش حقیقی تغییر کرده و رشد می‌کند (عالی پناه و قدسی، ۱۳۹۸: ۱۶۹-۱۹۲). اما در معاملات فردایی ارز و سکه اساساً ارز و سکه‌ای در روند این معاملات نیست و صرفاً روی تغییرات این بازار معامله صورت می‌پذیرد و بخش واقعی تحت تاثیر قرار نمی‌گیرد. سومین نکته باید به آن عنایت داشت این است که، در نتیجه غیرواقعی بودن این معاملات، اثرات کاذب این معاملات غیرواقعی بر معاملات واقعی است که گاهی اوقات حجم بالایی خرید و فروش ناگهانی دلالت‌دهنده با معاملات غیرواقعی و بدون وجود کالای حقیقی، موجب تحریک انتظارات و ایجاد بی‌ثباتی در بازار واقعی این محصولات می‌شود. چهارمین نکته، «شبهه شرط‌بندی و قمار» در جریان این معاملات است. در شریعت اسلام یکی از اصول و ضوابط عمومی قراردادها در کنار عدم وجود ربا، غرر و ضرر و ضرار، قماری نبودن قرارداد است؛ به این معنی که معاملاتی که در آن نوعی شرط‌بندی باشد، معاملات قمار محسوب می‌شوند که در آیات قرآن، روایات و نظر اجماعی فق‌های شیعه و اهل سنت، شریعت اسلام این‌گونه معاملات را ممنوع اعلام کرده است (صادقی و پاک‌ذات، ۱۳۹۷: ۶۹-۸۸).

در منابع فقهی، دو نوع قمار وجود دارد. گاهی قمار با ابزار آلات مخصوص قمار که در اصلاح فقهی به آن آلات قمار می‌گویند، انجام می‌شود؛ اما در نوع دوم از قمار، آلات قمار استفاده نمی‌شود، اما شرط بندی (به اصطلاح فقهی راهنه) اتفاق می‌افتد (انصاری، جلد ۱، ۱۴۱۵: ۳۷۳). در معاملات فردایی ارز و سکه آلات اختصاصی قمار وجود ندارد و لذا از نظر فقهی نوع دوم قمار انجام می‌شود و با توجه به اینکه هر گونه معامله همراه با شرط بندی، قمار محسوب شده و شریعت آن را ممنوع اعلام کرده است، شبهه وجود قمار در رابطه با این معاملات جدی است.

مسئله دیگری که باید در این جا به آن عنایت داشت این است که، در معاملات فردایی اساساً تحویل کالایی موضوعیت ندارد. در نتیجه، معاملات فردایی ارز و سکه در واقع معاملات واقعی محسوب نمی‌شوند و قرارداد آن‌ها ناقص است که همین امر باعث عدم وجود تعادل در قرارداد می‌شود. در واقع، اگر تحویل کالا در قرارداد وجود نداشته باشد، معامله به صورت ناقص باقی می‌ماند و تکمیل نمی‌شود. با توجه به این مسئله، تحویل کالا در نتیجه معاملات، از نظر فقه اسلامی موضوعیت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۴-۶۵)؛ در حالیکه در معاملات فردایی چنین چیزی اساساً وجود ندارد.

در ارتباط با حکم شرعی اعلام شده در ارتباط با معاملات فردایی باید توجه داشت که، به لحاظ وضعی این معاملات قمار و باطل هستند و از نظر تکلیفی، سودی که افراد در این معاملات به دست می‌آورند حرام است و حق تصرف در آن را ندارند و همچنین شرعاً مالک آن نیز نمی‌شوند. بر اساس نظریه شورای فقهی، معاملات فردایی تنها بر اساس مکتب شیعه و فقه امامیه ممنوع و حرام نیست، بلکه این معاملات با این شیوه ای که انجام می‌شود در تمام مکاتب اهل سنت نیز ممنوع و حرام اعلام شده است؛ زیرا اساساً کالایی مبنای این معاملات نیست و صرفاً شرط بندی در تغییرات قیمت اتفاق می‌افتد.

نتیجه

در فضای حقوق تجارت و معاملات تجاری با توجه به وجود اصل رقابت و سودجویی، یک هدف مبنایی همیشه مدنظر قانون گذار قرار دارد که همان تأمین امنیت دارایی و نیز کمک به گردش مالکیت و سرمایه است. اصل مزبور موجب می‌شود که قانون گذاران تمایل کمتری به تعیین قالب‌ها و محصور نگهداشتن دارایی و ایجاد موانع برای گردش سرمایه پیدا کنند؛ به همین جهت در اغلب نظام‌های حقوقی-سیاسی-اقتصادی، اصل مداخله حداقلی دولت در مناسبات تجاری و کنترل وضعیت بازار جزء لاینفک سیاست‌گذاری عمومی در حوزه اقتصاد و تجارت محسوب می‌شود. در نتیجه، اغلب قالب‌های مناسبات تجاری در کشورهای پیشرفته، در بطن روابط تجاری و بخش خصوصی شکل می‌گیرد و دولت صرفاً برای تنظیم روابط مزبور در موارد نیاز اقدام به طراحی و تصویب قانون می‌نماید. در همین راستا نیز باید عنایت داشت که در گام اول، مجموعه مقررات و هنجارهای غیرالزام‌آور یا به تعبیری حقوق نرم پیشنهاد می‌شود و در صورتی که نیاز بازار با ارائه الگوهای مزبور مرتفع نگردد، سپس، دولت اقدام به وضع

مقررات الزام‌آور می‌نماید. اما در کشور ایران به علت وجود تحریم‌های اقتصادی، وضعیت بدین نحو نیست. در وضعیت تحریم‌ها و محاصره اقتصادی اصل مداخله حداقلی دولت کنار گذاشته می‌شود؛ زیرا اقتصاد تحت تحریم، یک اقتصاد آسیب‌پذیر می‌باشد و برای جلوگیری از نابسامانی اقتصادی، مداخله دولت الزامی می‌باشد. معاملات فردایی ارز نیز در چنین فضایی شکل گرفته است. از یک‌سو، دولت به واسطه مسائل راجع به تحریم، قالب‌های معاملاتی جدید در بازار را رصد می‌کند و در راستای نظامند نمودن آن‌ها اقدام به وضع مقررات می‌نماید. از سوی دیگر، ضرورت‌های اقتصادی-تجاری باعث شده است که بازیگران اصلی بازار سرمایه به سمت معاملات فردایی ارز گرایش پیدا کنند. چنانچه معاملات فردایی ارز را از جهت دولت و الزامات سیاسی مدنظر قرار دهیم، معاملات فردایی ارز بر خلاف تمام قوانین و مقررات حاکم بر عقود معین و امور ارزی توسط برخی از دلایل ارزی در فضای مجازی و حقیقی انجام می‌شود. این قبیل معاملات وفق بند «ت» ماده ۲ مکرر قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۰، بخشنامه شماره ۹۵/۲۵۴۴۱ مورخ ۹۵/۸/۱۱ بانک مرکزی، بند ۶ مصوبه شماره ۹۷۴۰۵ مورخ ۹۷/۷/۲۳ شورای عالی هماهنگی اقتصادی، مصوبه شماره ۷۵۷۴/م مورخ ۱۴۰۱/۲/۲۷ همان شورا، ماده ۲۱ دستورالعمل اجرایی تأسیس، فعالیت و نظارت بر صرافی‌ها مصوب ۱۴۰۱/۲/۲۸ و بند ۲ مصوبه جلسه هفتاد و یکم مورخ ۱۴۰۱/۳/۱۱ شورای یادشده واجد اشکال و با ممنوعیت حقوقی مواجه است. از سوی دیگر با توجه به مفاد مصوبات مذکور و همچنین قانون اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز جنبه کیفری نیز داشته و مبادرت به این معاملات حسب مورد می‌تواند منجر به اخلال در نظام اقتصادی کشور گردد.

نکته‌ای که در این جا باید مدنظر قرار داد این است که در یک اقتصاد تحت تحریم، سازوکار دلالی می‌تواند تمام نظام اقتصادی را با چالش اساسی مواجه نماید. زیرا سازوکار مزبور، به معنای ایجاد هزینه برای مصرف‌کننده است. همان‌طور که مشاهده شد نیز دولت در چارچوب مقررات دلالی ارز اقدام به مخالفت با معاملات فردایی ارز نموده است؛ و دلیل واکنش سختگیرانه دولت نسبت به معاملات مزبور و مطرح نمودن بحث اخلال در نظام اقتصادی نیز به همین جهت می‌باشد. در اقتصاد تحت تحریم، هزینه نهایی بر مردم عادی و به تعبیری مصرف‌کننده نهایی تحمیل می‌شود. از سوی دیگر، موافقت با معاملات فردایی ارز بر مبنای دو اصل اساسی یعنی اصل مداخله حداقلی دولت و اصل بازار آزاد مطرح می‌شود. این رویکرد چنانچه از منظر اقتصادی مدنظر قرار گیرد، بدون تردید، یک رویکرد بدون اشکال محسوب می‌شود؛ اما مسئله این‌جاست که اصول مزبور اساساً برای اقتصادهای آزاد و بدون در نظر گرفتن متغیر تحریم‌های بین‌المللی مطرح شده‌اند. در نتیجه، در چنین شرایطی نمی‌توان مداخله دولت و منافع عمومی را در نظر نگرفت. با توجه به ضرورت مداخله دولت باید عنایت داشت که، این قبیل معاملات ضابطه مند نبوده و قواعد خاصی برای صحت یا بطلان آن نه در قوانین و مقررات و نه در رویه قضایی وضع نگردیده است. بر این اساس پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار یا قضات حقوقی در صورت مواجه با دادخواست

هایی در این خصوص نسبت به تعیین تکلیف وضعیت حاکم بر این معاملات اتخاذ تصمیم نمایند. با عنایت به بررسی های صورت گرفته، این قبیل معاملات غیرمجاز نمی تواند مصداق بیع، معاوضه، صلح، جعاله، وعده بیع و شرط ابتدایی باشد. چراکه معاملات فردایی ارز واجد شرایط و ویژگی های اعمال حقوقی مذکور نیست. از سوی دیگر با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و به دلیل ممنوعیت معاملات فردایی در قوانین و مقررات ارزی یادشده، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای نیز بر آن مصداق ندارد.

منابع

الف) فارسی

- ۱) اداره بررسی های بانکداری اسلامی و دبیرخانه شورای فقهی (۱۴۰۱)، مصوبات جلسات یکم تا شصت و ششم شورای فقهی بانک مرکزی ج.ا.ا.، تهران: انتشارات بانک مرکزی ج.ا.ا.
- ۲) افروزی، فریبا و تقی ابراهیمی سالاری (۱۳۹۴). «اثر قراردادهای آتی در اقتصاد اسلامی»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۱، ص ۱۱۱-۱۲۸. در: <http://mieaoi.ir/article-1-177-fa.html> (۲۶ مهر ۱۴۰۱).
- ۳) امامی، سید حسن (۱۳۸۸). حقوق مدنی، چاپ ۲۹، تهران: انتشارات اسلامیه.
- ۴) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). کتاب المکاسب، جلد ۱ و ۶، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری، الأمانة العامة.
- ۵) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- ۶) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۱). الفارق، جلد ۱، تهران: گنج دانش.
- ۷) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا). قواعد الاحکام، چاپ قدیم، بدون محل انتشار.
- ۸) خمینی، روح الله (۱۳۹۹). تحریر الوسیله، جلد ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۹) ذاکری صالحی، غلامرضا (۱۳۸۸). مبانی قراردادهای نامعین، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۱۰) رحیم پور کامی، علی (۱۳۸۲). «بیع کالی به کالی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، صفحه ۱۶۵-۱۷۷. در: http://www.jlj.ir/article_46615.html (۲۶ مهر ۱۴۰۱)
- ۱۱) سلطانی نژاد، هدایت اله (۱۳۷۵). «بررسی اعتبار بیع کالی به کالی در حقوق ایران و منابع فقهی»، مجله نامه مفید، شماره ۶، صفحه ۱۴۵-۱۷۰. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/151.633/text> (۲۶ مهر ۱۴۰۱).
- ۱۲) شاهرودی، محمود (۱۳۶۰). الحج، جلد ۱، قم: مؤسسه أنصاریان للطباعة و النشر.
- ۱۳) صادقی شاهدانی، مهدی و پاک ذات، سیدمهدی (۱۳۹۷). بررسی شبهه قماری بودن در مورد معاملات مجموع صفر، شماره ۲۱، ۶۹ - ۸۸.

- ۱۴) صفایی، سید حسین (۱۳۸۶). دوره *مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ ۵، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۱۵) عالی پناه، علیرضا و قدسی، الهام (۱۳۹۸). *اصل یا مستثنا بودن مشروعیت عقود مشارکتی*. حقوق اسلامی، شماره ۱۶، دوره ۶۱، ۱۶۹-۱۹۲.
- ۱۶) عیوضلو، حسین و کریمی ریزی، مجید (۱۳۹۷). *اصول موضوعه و راهبردهای بانکداری اسلامی در چارچوب نظام اقتصادی اسلام*، اقتصاد اسلامی، شماره ۱۸، دوره ۱۷، صفحه ۵-۳۵.
- ۱۷) غریبی، سارا (۱۳۹۳). *ماهیت حقوقی و اعتبار قراردادهای آتی ارز*، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه طباطبائی.
- ۱۸) کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۷). دوره *مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد و ایقاع*، چاپ ۱۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۹) کاظمی، محمود (۱۳۸۹). *بیع کالی به کالی در حقوق ایران*، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، دوره ۱، صفحه ۱۲۳-۱۵۶.
- ۲۰) معصومی نیا، غلامعلی (۱۳۸۹). *ابزارهای مشتقه (بررسی فقهی و اقتصادی)*، چاپ اول، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۲۱) ندری، کامران و حسین میثمی (۱۳۹۷). «*آسیب شناسی فقهی معاملات فردایی ارز و طراحی ابزارهای جایگزین در چارچوب اسلامی*»، پژوهشکده پولی و بانکی، بیست و هفتمین همایش سالانه سیاست های پولی و ارزی. در: <https://civilica.com/doc/784221> / (۲۶ مهر ۱۴۰۱).
- ۲۲) نظریه شورای نگهبان قانون اساسی راجع به قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱، ماده الحاقی ۲۵.
- ۲۳) یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۰). *حاشیة المکاسب*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

ب) عربی

- ۱) خمینی، سید روح اله (۱۳۸۸). *البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- ۲) سنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۹). *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- ۳) نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). *عوبد الايام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم



Islamic Jurisprudential and Legal Outlook to Foreign Exchange Value Tomorrow Transactions by Considering the Foreign Exchange Law and Regulations

Milad Monsefi *

Asgar Arabian **

Abouzar Ebrahimi Torkaman ***

Abstract

The currency system of the country has been in turmoil in recent years due to the imposition of international sanctions against Iran, and illegal currency brokers and traders have fueled this turmoil. Meanwhile, some unauthorized foreign exchange brokers and dealers have further provoked the turmoil. Unfortunately, by forming groups of hundreds persons in real life and virtual environments, some of the brokers attempt transactions called “foreign exchange value tomorrow” something which, according to economic studies by the central bank of Islamic republic of Iran, have created disturbances in the Iranian economic system. foreign exchange value tomorrow transactions include those transactions when the parties, without giving or taking, postpone foreign currency delivery to tomorrow or some days later, while most of the time no delivery takes place, and the parties just regard the exchange rate difference. According to the regulations of foreign currency exchange and amendment of anti-smuggling of goods and currency act, foreign exchange value tomorrow transactions, are considered illegal.

Keywords

Embargo, contract, Validity, contraband, Prohibited.

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

** 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

*** Associate professor of Department Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. a.arabian42@gmail.com