

# اوصاف قرارداد اختیار معامله

تاریخ دریافت: ۸۷/۷/۱۵

تاریخ تأیید: ۸۷/۸/۲۲

جواد حسین زاده\*

## چکیده

اختیار معامله، پیش قراردادی است که زمینه و مقدمات انعقاد عقد اصلی را در آینده فراهم می‌کند. این قرارداد برآمده از نیازهای اقتصادی و بازارهای مالی جهان است و همین نیازها و بایدهای اقتصادی است که بسیاری از اوصاف، احکام و اصول حاکم بر آن را ترسیم می‌کند. از این رو، شناخت ویژگی و اوصاف این قرارداد با توجه به حرکت رو به توسعه بازارهای مالی ایران، امری لازم و ضروری است. تعهد به خرید یا فروش از سوی یکی از طرفین و ایجاد اختیار خرید یا فروش برای طرف دیگر قرارداد و همچنین، پرداخت عوض برای به دست آوردن چنین اختیاری، از این قرارداد قالبی منحصر به فرد با احکامی خاص ساخته است؛ قالبی که مانند آن را در هیچ‌یک از عقود با نام مذکور در قانون مدنی و عقود بی‌نام شناخته شده، نمی‌توان یافت. با توجه به ایرادها و شبهه‌های زیاد مطرح شده و توصیف‌های نادرستی که برخی نویسندگان از قرارداد مزبور به عمل آورده‌اند و همچنین، نظر به اینکه قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران به رغم ذکر نام قرارداد اختیار معامله، به ماهیت و اوصاف این قرارداد اشاره نکرده است، این تحقیق بر آن است تا ضمن بررسی و شمارش مهم‌ترین اوصاف قرارداد اختیار معامله، به ایرادها و شبهه‌های مطرح شده در این باره نیز پاسخ دهد.

**واژگان کلیدی:** ابزارهای مشتقه مالی، قرارداد اختیار معامله، پیش قرارداد، بازار مالی، بازار بورس.

## مقدمه

قرارداد اختیار معامله یکی از ابزارهای مشتقه مالی «financial derivative instrument» و حاصل نوآوری بازارهای مالی جهانی است، ولی شکل ابتدایی آن از زمان‌های دور در مراودات روزمره مردم وجود داشته است و به تدریج براساس نیازهای بازار، توسعه و تکامل یافته است. اختیار معامله با توجه به نقشی که در تثبیت قیمت‌ها، مدیریت خطر و افزایش کارایی بازار ایفا می‌کند، در دنیای کنونی خصوصاً در کشورهای توسعه‌یافته از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. افزون بر این، قرارداد مزبور در جذب نقدینگی برای واحدهای اقتصادی، تأمین مواد اولیه مورد نیاز مصرف‌کنندگان، تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی و تضمین بازار فروش محصولات نقش اساسی ایفا می‌کند؛ وانگهی، به سرمایه‌گذاران نیز در امر مصونیت نسبت به خطر و کسب سود یاری می‌رساند. به همین دلیل نیز در سال‌های اخیر بازارهای اختیار معامله با سرعت چشمگیری رشد کرده است؛ به گونه‌ای که اکنون بازارهای فرابورس اختیار معامله از بازارهای معاملاتی بورس آن گسترده‌تر شده است (هال، ۱۳۸۴، ص ۳۶).

وجود شبهاتی در ساختار و موضوع قرارداد اختیار معامله مانند انتقال حق به موجب عقد بیع که موضوع آن اصولاً مبادله اعیان است، احتمالی بودن اعمال حق خرید یا فروش از سوی خریدار در آینده، دریافت وجه از سوی فروشنده در قبال تعهد به فروش یا خرید در آینده، ضرری بودن قرارداد برای فروشنده و مسائلی از این گونه باعث شده است برخی نویسندگان، قرارداد مزبور را غرری، شانسی و فاقد برخی از شرایط اساسی صحت معاملات بدانند. در این تحقیق بدو مفهوم و انواع قرارداد اختیار معامله به اختصار مورد بررسی قرار گرفته است و سپس ضمن تبیین اوصاف قرارداد اختیار معامله، به مهم‌ترین اشکالات پیش‌گفته نیز پاسخ داده شده است.

## ۱. مفهوم قرارداد اختیار معامله و انواع آن\*

### ۱-۱. مفهوم و اصطلاح‌های رایج در قرارداد اختیار معامله

اختیار معامله، قراردادی است که طبق آن، خریدار اختیار «option buyer, option holder» با پرداخت وجهی به فروشنده اختیار «option writer, option seller»، حق خرید یا فروش دارایی مشخصی (مالی مشخص) را با قیمت معین، در آینده به دست می‌آورد، بدون اینکه متعهد به چنین خرید یا فروشی باشد (Hudson, 2006, P. 28 / Cuthbertson k. and Nitzsche, 2000, P. 169)؛ بنابراین 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؛ همانند اینکه شخصی با پرداخت مبلغ ۱۰۰۰ دلار به دیگری حق خرید ۱۰۰۰ بشکه نفت به قیمت هر بشکه ۱۰۰ دلار را به سررسید سه ماه دیگر به دست آورد.

۶۷

حقوق اسلامی / اوصاف قرارداد اختیار معامله

در مثال مذکور، به مبلغ ۱۰۰۰ دلاری که خریدار اختیار به فروشنده پرداخت کرده است تا این اختیار را به دست آورد که در صورت تمایل معامله خرید نفت را در آینده انجام دهد، «قیمت اختیار» (option premium, option price) می‌نامند. به نفت خام که در آینده به عنوان مبیع مورد معامله واقع می‌شود، «دارایی پایه» (the underlying asset) و به مقدار آن، «حجم قرارداد» اطلاق می‌شود. مبلغ ۱۰۰۰۰۰ دلاری که قرار است خریدار اختیار در آینده ۱۰۰۰ بشکه نفت را با آن خریداری کند، «قیمت توافقی یا قیمت اعمال» (exercise price, strike price, contract price) گفته می‌شود و آخرین مهلت اعمال قرارداد اختیار معامله اصطلاحاً به «تاریخ انقضا یا سررسید اختیار معامله» (expiration date, maturity or declaration date) معروف است.

بدین ترتیب اختیار معامله قراردادی است که طبق آن خریدار اختیار می‌تواند با پرداخت «قیمت اختیار» به فروشنده، اختیار خرید «دارایی پایه» را با «قیمت توافقی» در تاریخ مشخص «سررسید» یا قبل از آن به دست آورد؛ بدون اینکه متعهد به چنین خرید یا فروشی باشد.

\* برای درک بهتر منشأ، مفهوم، انواع، مزایا، معایب و کارکردهای قرارداد اختیار معامله، رک به: حسین‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۸۷

## ۲-۱. انواع قرارداد اختیار معامله

قرارداد اختیار معامله را از جهت‌های گوناگون می‌توان تقسیم کرد: اختیار معامله را می‌توان از جهت نوع حقی که طبق آن به خریدار منتقل می‌شود، به «اختیار خرید» (call option) و «اختیار فروش» (put option) تقسیم کرد.\* چنانچه به اعتبار سررسید به قرارداد مزبور نگریسته شود، اختیار معامله به دو نوع «اختیار معامله امریکایی» (american option) و «اختیار معامله اروپایی» (european option) تقسیم می‌شود.\*\*

براساس بندهای ۹ و ۱۰ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع عرضه، به اختیارات قابل عرضه در بازار اولیه و اختیارات قابل عرضه در بازار ثانویه تقسیم می‌شود. همچنین مطابق بندهای ۳ و ۸ ماده مذکور، اختیار معامله به اعتبار نوع بازاری که این قراردادها در آن معامله می‌شوند، به دو نوع «اختیارات قابل معامله در بازار بورس» و «اختیارات قابل معامله در بازارهای خارج از بورس» (over-the-counter) تقسیم می‌شود. افزون بر این، قرارداد اختیار معامله از نظر دارایی پایه‌ای که قرارداد بر مبنای آن واقع می‌شود نیز دارای تنوع است. اوراق بهادار، ارز، شاخص سهام، طلا، فلزات، انرژی، فرآورده‌های نفتی، محصولات کشاورزی، محصولات دامی از مواردی اند که می‌توانند به عنوان دارایی پایه، موضوع قراردادهای اختیار واقع شوند، ولی رایج‌ترین قراردادهای اختیار معامله عبارت است از اختیار معامله سهام «stock option»، اختیار معامله قراردادهای آتی «future option»، اختیار معامله شاخص سهام «index option» و اختیار معامله ارز «foreign currency option» (هال، ۱۳۸۴، ص ۳۱۱).

شایان ذکر است که تقسیم‌بندی‌های مذکور صرف‌نظر از ابعاد اقتصادی و مالی، گاهی دارای آثار حقوقی است که در ادامه بدان اشاره خواهد شد.

\* قرارداد اختیار خرید، این حق را به خریدار اختیار می‌دهد که دارایی معینی را با قیمت مشخص در مدت زمان مقرر خریداری کند؛ به همین ترتیب، قرارداد اختیار فروش این حق را به خریدار اختیار می‌دهد که دارایی معینی را با قیمت مشخص در مدت زمان مقرر به فروش رساند (Blair, 2007, P. 270).

\*\* اختیار معامله امریکایی به اختیاری گفته می‌شود که در هر زمانی در مدت قرارداد، قابل اعمال است؛ در حالی که اختیار معامله اروپایی به اختیاری گفته می‌شود که فقط در پایان مدت قرارداد قابل اعمال است (Webber, 1994, No. 4, P. 61).

## ۲. اوصاف قرارداد اختیار معامله

پیچیدگی روابط اجتماعی و روند شتابان تحولات اقتصادی هر روز شکل جدیدی از معاملات را ایجاد می‌کند و تعهدهایی را مطرح می‌سازد که پیش از آن سابقه نداشته است. اصل آزادی قراردادها گستره اعمال حقوقی را چنان توسعه داده است که دیگر به آسانی نمی‌توان همه انواع عقود و قراردادها را به حساب آورد. در چنین وضعیتی برای احاطه به شرایط وقوع، احکام و آثار هر یک از قراردادها، برشمردن اوصاف و جایگزینی آنها در هر یک از دسته‌بندی‌های مرسوم، امری ضروری است؛ زیرا از این راه می‌توان ویژگی و امتیازات هر گروه را معین کرد و مطالعه قواعد پراکنده را تسهیل کرد. از آنجا که قرارداد اختیار معامله با هیچ‌یک از عقود با نام مذکور در قانون مدنی همخوانی ندارد، تعیین اوصاف آن در تشخیص ماهیت و وضعیت آن کمک شایانی می‌کند.

۶۹

### ۲-۱. لازم‌بودن

عقد از نظر دوام، به لازم و جایز تقسیم می‌شود. از این دیدگاه، قرارداد اختیار معامله را باید عقدی لازم دانست که هر یک از طرفین به اجرای تعهد خود در برابر دیگری موظف است؛ پس فروشنده اختیار باید به تعهد خود مبنی بر خرید یا فروش مالی معین در آینده پای‌بند باشد و خریدار اختیار نیز باید به تعهد خود مبنی بر پرداخت «قیمت اختیار» عمل کند.

ویژگی اختیاری بودن اعمال حق از سوی خریدار نباید این توهم را ایجاد کند که قرارداد اختیار معامله دست کم از سوی خریدار عقدی جایز است که هرگاه مایل باشد، می‌تواند آن را فسخ کند. اختیار خریدار در اعمال حق خرید یا فروش مال، موضوع قرارداد اصلی از مقوله اعمال یا اسقاط حق است که نباید آن را با جایز بودن قرارداد و امکان فسخ آن یکسان پنداشت؛ پس اگر خریدار، اختیار انجام معامله خود را در موعد مقرر در قرارداد اعمال نکند، از حق خود به اختیار صرف‌نظر کرده است و چنین اقدامی با نهاد حقوقی فسخ که انحلال قرارداد سابق است، کاملاً متفاوت است؛ زیرا یکی از آثار فسخ اشتغال ذمه فروشنده در برابر خریدار نسبت به استرداد عوض معامله یا بدل آن در صورت تلف است (بازگشت به وضعیت پیش از عقد) در حالی که اسقاط حق،

ایقاعی است که فقط باعث سقوط اختیار خریدار و ابراء ذمه فروشنده می‌شود، بدون اینکه عهده فروشنده نسبت به «قیمت اختیار» مشغول شود؛ به عبارت دیگر، دارنده اختیار با اسقاط حق خود و ابراء ذمه مدیون به طور مستقیم خللی به قرارداد اختیار معامله وارد نمی‌سازد، بلکه از نتیجه حاصل از قرارداد مزبور و حقی که از آن برای وی ناشی شده است، به اختیار صرف نظر می‌کند و چنین عملی هیچ ملازمه‌ای با فسخ عقد و آثار ناشی از آن ندارد؛ یعنی قرارداد اختیار معامله چون یک پیش قرارداد است، طرفین را نسبت به اجرای مفاد آن پای بند می‌سازد، ولی نسبت به انعقاد قرارداد اصلی به خریدار حق می‌دهد تا از میان دو گزینه انجام معامله یا عدم انجام آن، یکی را به اختیار انتخاب کند. افزون بر تحلیل مذکور، استناد به ادله ذیل می‌تواند مثبت لازم بودن قرارداد اختیار معامله باشد:

۱. لزوم یا جواز عقد تا اندازه بسیار زیادی با اثر حقوقی آن ارتباط دارد؛ از این رو، برای تشخیص لازم یا جایز بودن یک قرارداد باید آن را از جهت طبیعت امر حقوقی دسته‌بندی کرد. از این دیدگاه می‌توان عقود رایج را به سه دسته تملیکی، عهدی و اذنی تقسیم کرد. در این میان، صرف نظر از عقود اذنی که به لحاظ ماهیت اذن، نسبت به طرفین جایز است و با فوت یا حجر یکی از آنها منفسخ می‌شود، استقرا در قانون مدنی و فقه نشان می‌دهد عقود تملیکی و عهدی معوض نسبت به طرفین لازم است (شهبازی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۷). آن گونه که خواهد آمد، قرارداد اختیار معامله عقدی عهدی و معوض است که نتیجه آن ایجاد تکلیف و التزام برای طرفین عقد است. پس یکی از طرفین نمی‌تواند بدون رضای طرف دیگر، قرارداد را فسخ کند و خود را از التزامی که پذیرفته است، برهاند.

۲. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ خود یکی از آثار معاملات را لازم بودن آن دانسته است. این اثر به عقود معین اختصاص ندارد، بلکه شامل عقود بی نام نیز می‌شود؛ زیرا عبارت «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است...» مطلق است و با اطلاق خود، عقود بی نام را نیز دربرمی‌گیرد و مقررات خاصی که این دسته از عقود را مستثنا کرده باشد، وجود ندارد. در ضمن، اصل لزوم مبتنی بر بنای عقلا و عهده‌دار پاسداری از نظم اقتصادی، اجتماعی و قضایی است و رعایت آن

در عقود بانام و بی نام، دارای ملاک واحد است. بدین ترتیب، باید اذعان داشت که قرارداد اختیار معامله عقدی لازم است و طرفین آن نمی توانند به دلخواه آن را منحل کنند، مگر در مواردی که قانون برای طرفین حق فسخ شناخته یا در قرارداد حق فسخ پیش بینی شده باشد. در نظام حقوقی کامن لا نیز دادگاهها توافق های مقدماتی را که به طرف مقابل حق انتخاب قرارداد اصلی را اعطا می کند، لازم الاجرا تلقی کرده اند (Treitel G.H, 1995, P. 154)، مشروط بر اینکه در توافق نامه مقدماتی همه شروط و مشخصات اساسی قرارداد اصلی مورد موافقت قرار گرفته باشد، ولی در زمانی که طرفین در قرارداد مقدماتی خود شرایط اساسی قرارداد اصلی را تعیین نکرده اند، چنین توافقی لازم الاجرا تلقی نمی شود؛ به عبارت دیگر، در حقوق کامن لا قراردادهای مقدماتی در صورتی لازم الاجراست که طرفین نسبت به شروط اساسی قرارداد، توافق کنند و امور اساسی و مهم را به توافقات آتی موکول نکرده باشند (Dugdale & Lowe, 1976:31).

## ۲-۲. منجز بودن

عقد از نظر کیفیت انشا، به منجز و معلق تقسیم می شود. در فقه امامیه، بطلان عقد معلق شهرت دارد، ولی قانون مدنی درباره صحت یا بطلان آن حکم صریحی ندارد؛ در عین حال، تعلیق در نکاح و ضمان را به صراحت باطل اعلام کرده است. یکی از ایرادهایی که درباره قرارداد اختیار معامله مطرح شده است، معلق بودن آن است؛ زیرا تعهد فروشنده اختیار برای تحقق عقد نهایی منوط و معلق بر اراده و تمایل خریدار اختیار است. به واقع تعهد فروشنده اختیار مبنی بر انعقاد عقد نهایی معلق بر اراده و انتخاب خریدار اختیار است، در حالی که تعلیق به اجماع فقها از موجبات ابطال عقد است. در پاسخ به این ایراد به نظر می رسد:

۱. انشای قرارداد اختیار معامله، معلق نیست؛ زیرا قرارداد مذکور از دو قسمت تشکیل شده است. خود قرارداد اختیار که تعهد به خرید یا فروش در آینده در برابر عوض معلوم «قیمت اختیار» است، منجزاً واقع می شود و هیچ تعلیقی در آن نیست. در واقع آنچه به تعهد فروشنده مبنی بر پای بند بودن به خرید یا فروش در آینده مربوط

است، به صورت منجز و تا پایان مهلت قرارداد در هنگام انعقاد قرارداد به وجود می‌آید و متقابلاً خریدار نیز برای چنین تعهدی قیمت اختیار را منجزاً بر عهده می‌گیرد. آنچه در این قرارداد معلق است، انشا یا منشا قرارداد اختیار معامله نیست، بلکه فقط تحقق عقد نهایی و تأثیر آن است که منوط به اراده انشایی خریدار اختیار می‌شود. این حالت دقیقاً شبیه ایجابی است که ایجاب‌دهنده آن را به صورت الزام‌آور و مقید به زمانی مشخص ارائه کرده، منتظر قبول مخاطب ایجاب می‌ماند؛ به عبارت دیگر، وضع عقد نهایی، شباهتی به عقد معلق ندارد؛ زیرا در عقد معلق، توافق و انشای عقد منجزاً واقع می‌شود، ولی ماهیت و تعهدهای ناشی از عقد به تحقق حادثه احتمالی منوط می‌شود، در حالی که در قرارداد اختیار معامله، پیش از اعمال اختیار از سوی خریدار عقد اصلی منعقد نمی‌شود؛ زیرا هنوز یکی از ارکان انعقاد عقد (قبول)، به رکن دیگر (ایجاب) ضمیمه نشده است.

۲. بر فرض که قرارداد اختیار معامله عقدی معلق باشد؛ اولاً، برخی از حقوقدانان با تفحص در منابع فقهی به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل صحیحی بر بطلان تعلیق نیست، قدر متیقن از اجماع بطلان عقد معلق - اگر اجماع در این باره حجت باشد - فقط به برخی عقود مانند بیع ناظر است (گرجی، ۱۳۵۵، ص ۱۲۳ و ۱۴۶)؛ بنابراین شامل قرارداد اختیار معامله نمی‌شود؛ ثانیاً، بر فرض که تعلیق باطل و امری نامعقول باشد، ولی باید توجه داشت که قدر متیقن آن تعلیق در انشاست که عقلاً عقد را باطل می‌کند، ولی تعلیق در منشا یا اثر عقد امری عقلایی است و مورد قبول بسیاری از حقوقدانان نیز واقع شده است. در قرارداد اختیار معامله نیز به یقین می‌توان گفت انشای عقد معلق بر امری نیست و رابطه مقدماتی و اثر عادی عقد بی‌درنگ محقق می‌شود؛ از این رو، تعهد فروشنده منجزاً حادث می‌شود، ولی تحقق عقد نهایی به اراده و تمایل خریدار اختیار منوط می‌شود.

۳. بر فرض پذیرش بطلان عقد، معلق این حکم فقط ناظر بر عقود همچون بیع و اجاره است که ذاتاً منجز بوده، عرفاً به صورت معلق انشا نمی‌شوند، ولی عقود که ذاتاً معلق‌اند مانند وصیت، سبق و رمایه تعلیق بر صحت آنها خللی وارد نمی‌سازد (گرجی، ۱۳۵۵، ص ۱۴۶). قرارداد اختیار معامله را نیز باید از این دسته از عقود دانست



که نوعی تعلیق در ذات آن وجود دارد و برای تحقق همین هدف نیز تأسیس شده است؛ به عبارت دیگر، در این دسته از قراردادها، تعلیق اثر عادی عقد است و طرفین با درج شرط ضمن عقد چنین اثری را به آن نمی‌بخشند.

### ۲-۳. معوض بودن

عقد از نظر تعدد یا وحدت موضوع، به معوض و غیرمعوض تقسیم می‌شود. در قرارداد اختیار معامله هر یک از طرفین به دنبال کسب سود و منفعت خود است؛ بنابراین خریدار اختیار باید همیشه مبلغی بابت اختیاری که برای انجام معامله در آینده به دست می‌آورد، بپردازد. پس اختیار معامله، عقدی معاوضی است و تسامح و نیت خیرخواهی میان طرفین عقد بی‌معناست.

ویژگی معوض بودن قرارداد اختیار معامله اگرچه آثار این عقد را از عقود غیرمعوض متمایز می‌سازد، ولی ماهیت پیش‌قرارداد بودن اختیار معامله و عوضین آن، از این قرارداد موقعیتی ممتاز ساخته است که الزاماً از همه آثار عقود معاوضی برخوردار نیست. این آثار را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

۱. در عقود معاوضی هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد خود امتناع کند، طرف دیگر نیز می‌تواند ایفای عهد را به انجام تعهد دیگری موقوف و منوط سازد؛ یعنی می‌تواند از حق حبس استفاده کند. قرارداد اختیار معامله اگرچه عقدی معوض است، ولی به نظر می‌رسد در آن حق حبس وجود ندارد؛ زیرا تا زمانی که خریدار اختیار معامله «قیمت اختیار» را به عنوان یکی از عوضین پرداخت نکند. اختیار خرید یا فروش مالی معین به وی اعطا نمی‌شود. در واقع عوضین قرارداد اختیار معامله، تملیک مال در برابر قبول تعهد است. در این‌گونه قراردادها پذیرش حق حبس با اصل انعقاد عقد در تعارض است؛ به عبارت دیگر، حق حبس، ناظر به اجرای تعهدات طرفین در برابر یکدیگر است که پس از انعقاد عقد موضوعیت می‌یابد، نه در زمان انشای عقد. در قرارداد اختیار معامله نیز چون پس از انشای عقد یکی از طرفین متعهد و دیگری ذی‌حق است، تقابل تعهدهای طرفین به وجود نمی‌آید تا حق حبس در آن موضوعیت یابد.

درباره حق حبس در قرارداد نهایی دو وضعیت را باید از یکدیگر تفکیک کرد. در مورد اختیاراتی که در بازارهای بورس انجام می‌شود، حق حبس موضوعیت ندارد؛ زیرا واسطه معاملات اتاق پایاپای بورس است. از آنجا که قرارداد اصلی به اراده خریدار اختیار تحقق می‌یابد تا زمانی که نامبرده حسب مورد کالا یا ثمن معامله نهایی را تسلیم نکند. فروشنده اختیار به ایفای تعهد خود مکلف نمی‌شود، ولی درباره اختیاراتی که در بازارهای خارج از بورس انجام می‌شود، با اختیار قرارداد اصلی از سوی خریدار حق حبس به صورت پیش گفته موضوعیت می‌یابد.

۲. قرارداد اختیار معامله چون عقدی معوض است، به طور معمول نباید شخصیت طرف معامله در آن علت عمده عقد محسوب شود؛ از این رو، اشتباه در شخصیت طرف قرارداد، تأثیری در نفوذ معامله ندارد؛ زیرا در این گونه عقود علی‌الاصول هر طرف به دنبال به دست آوردن سود مادی خود است و شخصیت طرف معامله علت عمده عقد محسوب نمی‌شود. در عین حال با استقرا در انواع قرارداد اختیار معامله به نظر می‌رسد باید میان اختیاراتی که در بورس معامله می‌شوند با اختیاراتی که در خارج از بورس مورد معامله قرار می‌گیرند، تفکیک قائل شد.

قرارداد اختیار معامله‌ای که در بورس معامله می‌شود، عقدی معوض است که به طور معمول، هدف و انگیزه طرفین از انجام معامله دست‌یافتن به عوض مناسب است و به شخصیت طرف عقد توجهی نمی‌شود. در بسیاری موارد قرارداد میان کسانی واقع می‌شود که یکدیگر را نمی‌شناسند؛ زیرا معاملات مزبور به وسیله کارگزاران بورس انجام می‌شود (بند ۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار ج.ا.ا) و طرفین معامله با هم روبه‌رو نمی‌شوند؛ بنابراین اشتباه در شخصیت طرف معامله در چنین قراردادهایی بی‌معناست، خصوصاً اینکه اجرای مفاد قرارداد نیز در صورت اعمال اختیار از سوی خریدار، به وسیله اتاق پایاپای بورس تضمین شده است.

قرارداد اختیار معامله‌ای که در بازارهای خارج از بورس انجام می‌شود نیز عقدی معوض است که علی‌الاصول شخصیت طرف در آن علت عمده عقد نیست، ولی نباید چنین پنداشت که در عقود معوض هیچ‌گاه ملاحظات مربوط به شخص طرف عقد در تراضی اثر اساسی ندارد. قرارداد اختیار معامله اگرچه عقدی معوض است، ولی از این

دیدگاه که قراردادی عهدی است که آثار و اجرای آن مدتی به طول می‌انجامد، طبیعتاً باید توانایی و حُسن رفتار طرف عقد در آن مؤثر باشد؛ از این رو، احتمال دارد عقد بر مبنای وجود صفتی خاص در او منعقد شود و شخصیت طرف، علت عمده عقد قرار گیرد؛ زیرا در عقود عهدی که ذمه شخص مشغول به انجام عملی می‌شود، شخصیت طرف عقد می‌تواند محرک اصلی عقد باشد؛ به عبارت دیگر، در عقود عهدی ذمه‌های اشخاص به لحاظ اطمینان و عدم اطمینان، متفاوت است (خویی، ۱۴۱۲، ص ۲۳۷). چه بسا شخصی در معاملات مهم و با ارزش مورد اعتماد باشد و دیگری حتی در معاملات ناچیز و غیرمهم از اعتبار و اطمینان کافی برخوردار نباشد؛ بنابراین ذمه شخصی نسبت به شخص دیگر می‌تواند برای طرف معامله دارای اهمیت باشد. آنچه این نظر را در اختیارات خارج از بورس توجیه می‌کند، فقدان ضمانت اجرای این معاملات و ابتدای آن بر حُسن شهرت و اعتماد متقابل طرفین عقد است.

۷۵

حقوق اسلامی / اوصاف قرارداد اختیار معامله

شایان ذکر است، به رغم نظر مذکور، امروزه در بسیاری از قراردادهای عهدی مانند بیع کلی، شخصیت طرف عقد مورد لحاظ قرار نمی‌گیرد و اشتباه در آن نیز باعث بطلان عقد تلقی نمی‌شود، در عین حال به نظر می‌رسد در صورتی که در عقود مزبور به شخصیت متعهد به عنوان علت عمده عقد تصریح شود، اشتباه در آن می‌تواند با استناد به ماده ۲۰۱ ق.م. باعث بطلان عقد باشد.

۳. از آنجا که قرارداد اختیار معامله قراردادی کامل و گامی به سوی انعقاد قرارداد نهایی است، وجود اهلیت هر دو طرف عقد در هنگام انعقاد آن ضروری است؛ زیرا عقد مزبور حاوی تعهدی دوجانبه است؛ بنابراین طرفین هنگام ایجاب و قبول و پذیرش تعهد باید دارای اهلیت قانونی باشند، ولی ضرورتی ندارد که فروشنده اختیار هنگام عقد نهایی، دارای اهلیت باشد؛ زیرا عقد نهایی در قرارداد اختیار معامله فقط به اراده دارنده اختیار منعقد می‌شود و نیازی به ابراز اراده مجدد فروشنده اختیار نیست (Corbin, 1914, P. 657, 663 / سنهوری، [بی‌تا]، ص ۲۶۶ / مرقس، ۱۹۵۵، ص ۸۷). نامبرده با انشای قرارداد اختیار معامله و توافق بر خصوصیات عقد نهایی گویا ایجاب عقد مزبور را از پیش داده است و سرنوشت عقد نهایی را به اراده دارنده اختیار موکول کرده است؛ بنابراین برای تحقق عقد نهایی، اراده مجدد او نیاز نیست و عدم اهلیت وی

در این هنگام نیز خللی به عقد نهایی وارد نمی‌سازد. برعکس، دارنده اختیار چون به موجب عقد نهایی متعهد و در امور مالی خود تصرف می‌نماید، باید دارای اهلیت باشد وگرنه معامله او باطل است؛ زیرا در این هنگام است که مبیع معین از ملکیت بایع به ملکیت مشتری و ثمن معین از ملکیت مشتری به ملکیت بایع منتقل می‌شود.

#### ۲-۴. عهدهی بودن

عقد از جهت اثر ذاتی آن، به عقد تملیکی و عقد عهدهی تقسیم می‌شود. حقی که از عقود تملیکی ناشی می‌شود، حقی عینی و حقی که از عقد عهدهی ناشی می‌شود، حقی دینی نامیده می‌شود.

صرف نظر از تفاوت‌های متعدد حقوق عینی و دینی، قرارداد اختیار معامله را باید قراردادی دانست که موضوع آن ایجاد حق مالی از نوع دینی برای خریدار اختیار است. هر انسانی آزاد است اموال و دارایی خود را در هر زمان به هرکس و با هر قیمتی که مایل است، تحت شرایط مقرر قانونی انتقال دهد. همچنین اشخاص می‌توانند طبق قرارداد، خرید یا فروش هر کالای مباحی را در آینده تعهد کنند. روشن است چنین تعهدی به طرف دیگر قرارداد حق می‌دهد تا موضوع تعهد را از متعهد مطالبه کند. چنین حقی که از سوی متعهد به متعهدله اعطا می‌شود، چون دارای ارزش اقتصادی است و برای رفع نیازهای مالی اشخاص وضع شده است، حق مالی است و چون علیه شخص دیگر قابل اعمال است نه بر اشیا، حقی دینی است.

در قرارداد اختیار معامله از نوع اختیار خرید، فروشنده متعهد می‌شود چنانچه خریدار بخواهد مال معینی را با قیمت معلوم و تا زمان مشخص بخرد، آن را به وی بفروشد. در این قرارداد، فروشنده با تعهد خود حق فروش خود را مقید و محدود می‌سازد و بدین وسیله به خریدار حق می‌دهد که مال معینی را با شرایط مقرر در قرارداد از او خریداری کند.

همچنین، در قرارداد اختیار معامله از نوع اختیار فروش، فروشنده متعهد می‌شود چنانچه خریدار بخواهد مال معینی را با قیمت معلوم و تا زمان مشخصی بفروشد، آن را از وی بخرد. در این قرارداد نیز فروشنده با تعهد خود حق خرید خود را مقید و

محدود می‌سازد و بدین وسیله به خریدار اختیار، حق می‌دهد که مال معینی را با شرایط مقرر در قرارداد به او بفروشد.

شایان ذکر است، قرارداد اختیار معامله در بازار اولیه عقد عهدی از نوع موجد حق دینی است، در حالی که قرارداد اختیار معامله در بازار ثانویه عقد عهدی از نوع ناقل حق دینی است. در بازار اولیه که اختیار معامله برای نخستین بار منعقد می‌شود، توجه اصلی به نفعی است که از کار مدیون و متعهد حاصل می‌شود و همین نفع است که به‌عنوان مالی باارزش در بازارهای ثانوی موضوع دادوستدهای مکرر قرار می‌گیرد.

صرف‌نظر از تفاوتی که در نوع ایجاد حق برای خریدار اختیار معامله در هریک از دو بازار اولیه و ثانویه وجود دارد، عنصر اصلی ناشی از قرارداد اختیار، منفعت مادی و حقی است که عاید خریدار می‌شود. به همین دلیل نیز بسیاری بدون تفکیک قرارداد مزبور به اعتبار بازار اولیه و ثانویه و منشأ و مبنای ایجاد حق، فقط به جنبه مثبت قرارداد و ایجاد حق برای خریدار توجه کرده‌اند و بر همین مبنا قرارداد مزبور را تعریف کرده‌اند؛ به عنوان مثال، وهبه زحیلی می‌گوید: «عقد اختیار، عقدی معوض است که فروشنده در ازای دریافت وجهی معین، حق مجرد و صرف خرید یا فروش اشیائی معین را در طول مدت مشخص و به قیمت مقرر به طرف دیگر (خریدار) واگذار می‌کند» (زحیلی، ۱۴۲۳، ص ۵۰۲). بدین ترتیب، آنچه در قرارداد اختیار معامله - به طور کلی بدون در نظر گرفتن مبنای آن - به‌عنوان عوضین مبادله می‌شود، اختیار خرید یا فروش دارایی معین در برابر پرداخت ارزش اقتصادی و مادی آن است.

بنابراین، به نظر می‌رسد تحلیل کسانی که در رد قرارداد اختیار معامله گفته‌اند «از آنجا که موضوع اصلی در قرارداد مزبور فروش التزام است و چون التزام امری در ذمه است، در هیچ صورتی قابل فروش نیست» (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۳۰۶)، صحیح نیست؛ زیرا در قرارداد اختیار معامله التزام به فروش نمی‌رود، آنچه موضوع معامله است، حق یا نفع ناشی از التزام است، نه خود التزام؛ به عبارت دیگر، التزام و تعهد وسیله‌ای برای ایجاد یا انتقال اختیار خرید یا فروش - به عنوان موضوع قرارداد - است و التزام خود فی‌نفسه موضوع انتقال واقع نمی‌شود. روشن است که در قلمرو قراردادهای آنچه ملاک ارزش و دادوستد قرار می‌گیرد، موضوع قرارداد است، نه وسیله انتقال آن.

## ۵-۲. قطعی بودن

عقود از نظر احتمالی بودن یکی از دو مورد آن یا قطعی بودن هر دو مورد عقد، به قطعی یا احتمالی (شانسی) تقسیم می‌شود. عقد شانسی عقدی است که در تحقق یکی از دو مورد عقد احتمال و شانس وجود دارد؛ مانند قمار و گروپندی که در آن روابط مالی طرفین به اتفاق و بخت بستگی دارد. عقد قطعی، عقدی است که هر دو مورد عقد عادتاً قطعی و غیرشانسی است؛ مانند بیع زمینی معلوم و معین در برابر مبلغ مشخص. براساس قواعد عمومی قراردادها، یکی از شرایط عقود معوض این است که باید تعهدات هریک از طرفین در هنگام عقد، معین باشد، به گونه‌ای که بدانند طبق عقد، چه چیزی به دست می‌آورند و بر چه امری متعهد می‌شوند. علم تفصیلی طرفین به موضوع عقد در هنگام معامله، به اندازه‌ای اهمیت دارد که عدم رعایت آن باعث غرر در معامله و باعث بطلان عقد می‌شود.

از آنجا که برخی از نویسندگان، قرارداد اختیار معامله را به دلیل غرری و قماری بودن باطل دانسته‌اند، برای اثبات قطعی بودن قرارداد مزبور، بدو باید شبهه وجود غرر و شائبه قماری بودن قرارداد مزبور را برطرف کرد.

### ۱-۵-۲. نفی شبهه غرر

برخلاف آنچه برخی تصور کرده‌اند (صبری هارون، ۱۴۱۹، ص ۲۷۴ / عصمت پاشا، ۱۳۸۲، ص ۱۳۸)، قرارداد اختیار معامله به دلیل معلوم و معین بودن موضوع آن غرری نیست؛ زیرا عقد غرری، عقدی است که به دلایلی، نتیجه و پایان آن برای طرفین معامله یا یکی از آنها مجهول باشد و در نتیجه احتمال ضرر و زیان وجود داشته باشد؛ به عبارت دیگر، معامله غرری، قراردادی است که وضعیت و شرایط انعقاد آن برای یکی یا هر دو طرف عقد، احتمال زیان مالی به دنبال دارد و باعث ایجاد اختلاف میان آنها می‌شود (رفیعی، ۱۳۸۷، ص ۲۸)، در حالی که عوضین قرارداد اختیار معامله در هنگام انعقاد کاملاً معلوم است و طرفین دقیقاً می‌دانند با انعقاد قرارداد مزبور، مالک یا متعهد به چه چیزی خواهند شد. آنچه در قرارداد مزبور مجهول است، تحقق عقد نهایی و اعمال اختیار از سوی خریدار اختیار معامله در آینده است، در حالی که اساساً فلسفه و

هدف از ایجاد قرارداد اختیار معامله، اعطای چنین اختیاری به خریدار است؛ پس باید مقتضای عقد مزبور را ایجاد چنین اختیاری پنداشت که طرفین با رضایت کامل نسبت به مفاد آن، انعقاد قرارداد را اراده کرده‌اند؛ به عبارت دیگر، تراضی طرفین قرارداد اختیار معامله بر این مبنا استوار شده است که خریدار اختیار فقط در زمانی نسبت به انعقاد عقد نهایی به قیمت توافقی اقدام خواهد کرد که منافع او چنین اقتضا کند. فروشنده نیز دقیقاً بابت چنین اختیاری از او عوض «قیمت اختیار» دریافت داشته است.

بنابراین، آنچه در قرارداد اختیار معامله نامعلوم است، مقدار دقیق سود و زیان هریک از طرفین عقد در آینده است، نه میزان تعهدات فعلی آنان، در حالی که همه می‌دانند معین نبودن قطعی سود و زیان هریک از طرفین در هنگام عقد، در همه عقود وجود داشته است و از این جهت میان عقود احتمالی و قطعی تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا معین نبودن سود و زیان طبیعت واقعی عقد را دگرگون نمی‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۲۴).

سود و زیان احتمالی طرفین قرارداد اختیار معامله از تعهد اصلی عقد ناشی نمی‌شود و معلول توافق هنگام عقد آنان نیست، بلکه معلول واقعه‌ای است که بعد از عقد پدید آمده است و چون هیچ‌کس نمی‌تواند به طور قطعی منافع کارهای خود را از قبل پیش‌بینی کند، چنین سود و زیانی در همه عقود محتمل است و در برخی موارد مثل افزایش یا کاهش قیمت‌ها در مورد همه و حتی کسانی که قراردادی منعقد نکرده‌اند، یکسان است. بدین ترتیب، باید قرارداد اختیار معامله را عقد قطعی دانست که بخت و تصادف در تعیین دو عوض آن دخالت ندارد و تعهدات هریک از طرفین در مقابل دیگری به صورت قطعی تحقق می‌یابد، ولی اجرای تعهد فروشنده در آینده براساس سود و زیان خریدار اختیار خواهد بود.

افزون بر این، برخی معتقدند چنانچه منظور از لفظ غرر، خطر است، قدر متیقن آن خطری است که عقلاً بر آن اقدام نمی‌کنند (گرچی، ۱۳۵۵، ص ۱۴۶)؛ بنابراین حتی اگر اختیار معامله را قراردادی واجد خطر بدانیم، خطر آن به گونه‌ای نیست که غیرعقلایی باشد، بلکه برعکس، عرف جامعه انعقاد چنین قراردادی را نوعی تأمین در مقابل نوسان‌های قیمت و کاری عقلایی می‌داند. وانگهی، غرر نتیجه جهل است و در واقع در

اثر فقدان علم و عدم شفافیت اطلاعات ایجاد می‌شود، در حالی که دست کم در بازارهای مدرن بورس، با توجه به سازوکارهای کنترل و نظارتی که بر بازار عرضه قراردادهای اختیار معامله اعمال می‌شود، امکان وجود هرگونه غرر، منتفی است؛ زیرا ارکان موضوع قرارداد از نظر جنس، وصف، مقدار و سررسید، معلوم و متحدالشکل است و قیمت آن نیز در فضای رقابتی تعیین می‌شود.

گفتنی است، در قوانین ما عامل «احتمال» به کلی حذف نشده است. مشارکت‌ها، خرید و فروش میوه نارس بر درخت و به تخمین مقدار، ضمان از دینی که مقدار آن معلوم نیست، بر قراری حق انتفاع به صورت عمری، صلح دعاوی احتمالی، جعاله در انجام کاری که چگونگی آن معلوم نیست، شرط‌بندی در تیراندازی و شمشیرزنی و دوانیدن حیوانات سواری، بیمه اموال و مسئولیت و عمر و مانند اینها، نمونه‌های آشکار از قراردادهای احتمالی در حقوق ماست که عامل نیاز ضروری جامعه یا انگیزه احسان باعث شده است قانونگذار وجود احتمال در قراردادهای مزبور را بی‌اهمیت به شمار آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۰۴). گویا قانونگذار در این‌گونه موارد مصلحت نفوذ معامله احتمالی را بر زیان‌های آن ترجیح داده است و بر آن مهر تأیید زده است. بدین ترتیب، درباره رفع احتمال و غرر نباید مبالغه کرد.

## ۲-۵-۲. نفی شبهه غرر در قرارداد اختیار معامله امریکایی

اختیار معامله امریکایی، قراردادی است که طبق آن، دارنده اختیار می‌تواند از زمان انعقاد قرارداد تا سررسید آن هر زمان که مایل بود 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 آن را ایجاد کرده است؛ زیرا قیمت مال موضوع قرارداد اصلی در طول زمان در حال تغییر است و دارنده اختیار معمولاً زمانی حق خود را اعمال می‌کند که سود بیشتری عایدش شود. پس به دلیل معلوم‌نبودن زمان دقیق اعمال اختیار، معامله مذکور غرری به نظر می‌رسد.

در پاسخ به اشکال مذکور می‌توان به دلایل ذیل استناد کرد:

۱. برخی از نویسندگان با استقرا در کتب فقهی معتقدند مصادیق غرر به سه مورد



تردید در وجود موضوع معامله، تردید در قدرت بر تسلیم و مجهول بودن عوضین یا ابهام در برخی از امور مهم مربوط به بیع خلاصه شده است (علیدوست، ۱۳۸۲، ص ۹۹ / مصباحی مقدم، ۱۳۸۶، ص ۳۹). همان گونه که ملاحظه می شود، در قرارداد اختیار معامله امریکایی تردید در وجود موضوع معامله یا قدرت بر تسلیم وجود ندارد. عوضین قرارداد مزبور (حق خرید یا فروش در قبال قیمت اختیار) نیز در هنگام انعقاد قرارداد کاملاً معلوم است. در عین حال، شرط اعمال اختیار از زمان انعقاد قرارداد تا سررسید آن نیز هر چند تا حدودی نامعلوم است، ولی از جمله شروطی که جهل آن به یکی از عوضین سرایت کرده، باعث جهل به یکی از دو عوض شود، نیست؛ بنابراین مجهول بودن زمان دقیق اعمال اختیار هیچ یک از مصادیق شناخته شده، غرر در معاملات نیست و از این جهت نباید خللی به قرداد مذکور وارد آورد.

۸۱

حقوق اسلامی / اوصاف قرارداد اختیار معامله

۲. شرط اعمال اختیار در بازه زمانی مشخص، متضمن غرر در معامله نیست، بلکه فقط پذیرش نوعی خطر در معامله است که در شرع مقدس اسلام پذیرش این میزان از خطر در معاملات، پذیرفته شده و مسبوق به سابقه است؛ برای نمونه، می توان به بیع خیار استناد کرد. در بیع خیار یعنی بیعی که برای یکی از طرفین یا هر دو طرف و یا ثالثی حق خیار مقرر شده است، مدت این خیار باید معلوم باشد، وگرنه به دلیل وجود غرر شرط و عقد، هر دو باطل است؛ به عبارت دیگر، در بیع خیار که مدت زمان اعمال خیار مشخص است، دارنده خیار می تواند در مدت زمان مقرر هرگاه مایل بود، عقد را فسخ کند. نامبرده معمولاً زمانی اقدام به فسخ عقد می کند که انحلال آن متضمن منفعت او باشد. همان گونه که ملاحظه می شود، در این عقد نیز زمان دقیق اعمال خیار مجهول است، ولی فقها و حقوقدانان بیع مزبور را به دلیل مجهول بودن زمان اعمال خیار، غرری و باطل ندانسته اند. وضعیت قرارداد اختیار معامله امریکایی از نظر دقیق نبودن زمان اعمال خیار، شباهت کامل به بیع خیار دارد، با این تفاوت که اعمال خیار در بیع خیار برای انحلال عقد است، در حالی که اعمال خیار در اختیار معامله امریکایی برای انعقاد قرارداد است، ولی در هر حال این دو نهاد حقوقی از جهت مجهول بودن زمان دقیق اعمال خیار و تملیک و تملک که طبق خیار رخ می دهد، شبیه یکدیگرند و همین امر می تواند دلیل بر پذیرش این گونه ابهام ها و نفی

شائبه غرر در عقود مذکور باشد. پس در این گونه معاملات، صرف تعیین مدت زمان اعمال خیار، ابهام و غرر را از معامله می‌زداید؛ هرچند زمان دقیق اعمال حق در مدت مذکور معلوم نباشد.

۳. همان‌گونه که گذشت، فقدان قدرت بر تسلیم، بیع را به دلیل غرری بودن باطل می‌کند. دقت در منابع فقهی و مواد قانون مدنی خصوصاً ماده ۳۴۸ آن بیانگر این مهم است که علت اصلی شرط قراردادان قدرت بر تسلیم برای صحت معامله، قرارگرفتن مورد عقد در اختیار طرف عقد است. با در نظرگرفتن علت مذکور، روشن می‌شود که قدرت بر تسلیم مورد معامله به خودی خود موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد و فقط به عنوان راهی برای تحقق هدف مذکور یعنی قرارگرفتن مورد معامله در اختیار منتقل‌الیه یا متعهدله است؛ بنابراین اگر در معامله‌ای تسلیم مورد عقد از سوی متعهد غیرمقدور باشد، ولی تسلّم آن به وسیله شخص متعهدله ممکن باشد، معامله مذکور از نظر تحقق شرط قدرت بر تسلیم صحیح و غیرقابل خدشه است. بدین ترتیب، هرچند فقها معامله‌ای را که در آن قدرت بر تسلیم نباشد، به دلیل غرری بودن باطل می‌دانند، ولی در عین حال بیعی را که مشتری خود مسئولیت و خطر تسلّم مبیع را بر عهده گرفته است، غرری نمی‌دانند، هرچند ممکن است مشتری هیچ‌گاه نتواند مبیع گمشده یا مسروقه را بیابد و آن را تسلّم کند؛ بنابراین پذیرش ریسک معقول در معاملات که محدوده مسئولیت مشروط‌علیه در آن معین باشد، معامله را از حالت غرر خارج می‌سازد.

با توجه به مقدمه پیش‌گفته، می‌توان به قیاس اولویت غرری نبودن، قرارداد اختیار معامله امریکایی را اثبات کرد؛ زیرا وقتی مسئولیت مهم و خطیری چون قدرت بر تسلیم را می‌توان به موجب شرط از بایع سلب کرد و آن را بر عهده مشتری گذاشت، به طور یقین می‌توان خطر کم‌اهمیتی چون مجهول‌بودن زمان دقیق اعمال حق در قرارداد اختیار معامله امریکایی را به صورت شرط ضمن عقد بر عهده متعهد گذارد؛ به عبارت دیگر، اگر در معاملات می‌توان مسئولیت خطر بزرگی چون تسلّم مبیع را بر عهده گرفت، در حالی که ممکن است هیچ‌گاه مبیع به تسلّم درنیاید، به قیاس اولویت می‌توان خطر کم‌اهمیتی چون مجهول‌بودن زمان دقیق اعمال حق در قرارداد اختیار

معامله امریکایی را پذیرفت؛ زیرا در قرارداد مزبور، متعهد در هر حال به عوض مقرر در قرارداد خواهد رسید، ولی فقط زمان دقیق آن در ظرف زمانی مقرر مجهول است؛ بنابراین همان‌گونه که شرط تسلیم موضوع معامله از سوی مشتری معامله را مشمول حکم غرر نمی‌کند، مطمئناً شرط مجهول بودن زمان دقیق اعمال اختیار در قرارداد مزبور، معامله را به قراردادی غرری مبدل نمی‌سازد.

### ۳-۵-۲. نفی شبهه قمار

همه نظام‌های حقوقی به دلایل گوناگون که مهم‌ترین آنها مربوط به نظم عمومی است، قراردادهای قماربازی و شرط‌بندی را باطل می‌دانند؛ از این رو، دعاوی و مطالبات ناشی از آن را نیز مسموع نمی‌دانند.

با توسعه ابزارهای مشتقه مالی از جمله قرارداد اختیار معامله و ورود آن به قلمرو حقوق قضایی، پرسشی که پیوسته مطرح بوده است، این است که آیا این قرارداد به‌عنوان قمار شناخته می‌شود یا خیر؟ در حقوق انگلیس پیش از تصویب قانون خدمات مالی مصوب (financial service act (FSA) 1986)، مباحث زیادی درباره ماهیت مشتقات مالی و صحت آن مطرح بوده است. در بسیاری از موارد تمایل حقوقدانان این بوده است که مشتقات را تحت شمول «قوانین قماربازی» قرار دهند (درخشان، ۱۳۸۳، ص ۶۴۴). با این همه، قانون مذکور که در سال ۲۰۰۰ نیز اصلاح شده است، به همه بحث‌ها در این باره خاتمه داده است و به روشنی مشتقات را از قوانین قماربازی خارج کرده است.

برخی از نویسندگان عرب‌زبان نیز یکی از ایرادهای وارد بر قرارداد اختیار معامله را وصف قمار بودن آن می‌دانند و معتقدند سود و زیان در قرارداد مزبور احتمالی است و براساس تغییر قیمت در بازار منافع غیرصحیحی نصیب فرد می‌شود (برواری، ۲۰۰۲، ص ۲۳۷).

گفتنی است، قرارداد اختیار معامله در بورس به شکل‌های گوناگون از جمله تسویه حساب نقدی و یا تحویل کالای موضوع قرارداد اصلی خاتمه می‌یابد. زمانی که قرارداد اختیار معامله اعمال و منجر به تحویل دارایی پایه به ذی‌نفع می‌شود، احتمال اینکه

چنین قراردادی را قمار تلقی کنیم، ضعیف است؛ زیرا در این حالت چنین فرض می‌شود که دریافت‌کننده کالا دارای قصد واقعی برای تملک اموال مزبور بوده است؛ یعنی در موعد مقرر در قرارداد اختیار معامله، بیع را منعقد و مبیع را با پرداخت ثمن آن دریافت داشته است، ولی در تسویه حساب نقدی، شائبه قمار بروز می‌کند؛ زیرا ممکن است شامل نوعی شرطبندی بر روی درآمد ناشی از تغییر قیمت‌ها در بازار باشد. در این حالت، ذی‌نفع با اعمال حق خرید یا فروش خود، به جای قبض و اقباض مبیع و ثمن، تفاوت میان قیمت توافقی و قیمت روز دارایی پایه را از متعهد دریافت می‌دارد؛ به عبارت دیگر، گویا طرفین قرارداد اختیار معامله قصد قبض و اقباض مبیع و ثمن عقد اصلی را ندارند، بلکه بر واقعه‌ی محتمل تغییر قیمت‌ها شرطبندی می‌کنند که با قطعیت این واقعه یکی از آنها مبلغی پول از دیگری طلبکار می‌شود و این چیزی شبیه قمار است.

برای تشخیص اینکه آیا قرارداد اختیار معامله نوعی قمار است، بدو باید قمار را از نظر ماهیت شناخت و سپس وضعیت قرارداد اختیار معامله را با آن مقایسه کرد.

برخی از فقهای عامه به دلیل شباهت میان غرر و قمار این دو را از یک مقوله دانسته‌اند (ابن تیمیه، [بی‌تا]، ص ۱۱۶ / ابن قیم، ۱۴۰۸، ص ۲۶۹)؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، عقد غرری عقدی است که نتیجه و پایان آن برای طرفین معامله یا یکی از آنها مجهول است و احتمال ضرر در آن وجود دارد. قمار و گرویندی نیز دارای پایان و عاقبتی نامعلوم است.

غرر و قمار اگرچه از نظر بطلان، مجهول و احتمالی بودن نتیجه عقد، وجه اشتراک دارند، ولی از جهت‌های گوناگون با یکدیگر متفاوت‌اند. از نظر تحلیلی، بطلان معامله غرری به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله نظیر علم طرفین به مبیع و ثمن و قدرت بر تسلیم است، در حالی که بطلان قمار بدین دلیل است که بر دادوستد مشروع مبتنی نیست و با نظم اجتماعی و اقتصادی مغایر است. در ضمن، در معاملات غرری قصد طرفین الزاماً انجام قمار نیست. افزون بر این، رابطه غرر و قمار از نظر نسبت‌های چهارگانه منطقی، رابطه عموم و خصوص مطلق است. غرر اعم از قمار است؛ از این رو، هر معامله غرری الزاماً معامله قمار نیست، در حالی که هر معامله قمار متضمن غرر است. بدین ترتیب، قمار و گرویندی عنوانی برای قراردادی خاص

و بانام است، ولی غرر وضعیتی مبهم و خط‌آفرین است که ممکن است در برخی از عقود بروز نماید.

فقهای شیعه قمار را عبارت از هر نوع بُرد و باخت با آلات قمار که در آن عوض باشد، می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۰، ص ۴۷). برخی از حقوقدانان نیز قمار را هر نوع شرط‌بندی در مقابل عوض تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۵۵۱) و برخی دیگر معتقدند قمار از نظر حقوقی، قراردادی است میان دو یا چند نفر که بازی مخصوص کنند و هریک از آنها که برنده شد، دیگران مال معینی را به او بدهند (امامی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۰).

با توجه به تعاریف پیش‌گفته، می‌توان قمار را از نظر حقوقی عملی دانست که فقط به بخت و شانس متکی است و براساس آن ممکن است شخصی مالی را بلاعوض از دست بدهد یا بلاعوض به دست آورد. با روشن شدن تعریف قمار، به نظر می‌رسد قرارداد اختیار معامله از جهت ماهیت نمی‌تواند قمار و شرط‌بندی باشد؛ زیرا تفاوت‌های متعددی به شرح ذیل در میان این دو مشاهده می‌شود:

۱. قرارداد اختیار معامله عقدی معوض است و طرفین قرارداد هریک به میزانی از آن سود می‌برند، در حالی که قمار، عقدی غیرمعوض است و همواره یک نفر در آن سود و طرف دیگر از آن زیان می‌برد.

۲. عامل قمار با انجام آن خود را در معرض خطر قرار می‌دهد؛ از این رو، قماربازی همراه با تشویش و اضطراب است، در حالی که یکی از کارکردهای اصلی قرارداد اختیار معامله، پوشش و گریز از خطر است و خریدار اختیار معامله با انعقاد قرارداد مذکور، خود را از خطر مصون می‌دارد؛ بنابراین اختیار معامله اطمینان‌آور و آرامش‌بخش است. از سوی دیگر، فروشنده اختیار نیز همانند یک بیمه‌گر با انجام محاسبات مالی و فنی به دنبال تجارت و کسب سود خود است، پس قرارداد اختیار معامله که متضمن مدیریت خطر است، نمی‌تواند مشمول قراردادهای قمار قرار گیرد؛ زیرا در هر صورت، قرارداد مزبور نوعی قرارداد تجاری است که با هدف حمایت از دادوستد تأمین‌کننده منعقد می‌شود.

۳. افزون بر ممنوعیت شرعی و قانونی قمار، خردمندان جامعه قمار را امری زشت و

مذموم می‌دانند، در حالی که عقلاً و عالمان فن هیچ‌گاه قرارداد اختیار معامله را امری ناپسند به حساب نیاورده‌اند، بلکه برعکس، در توجیه آن بسیار کوشیده‌اند. در میان متخصصان مالی این امری آشکار است که فرآیند بحث و استدلال‌های آنها دربارهٔ مشتقات مالی (اختیار معامله) چیزی بیش از صرف شرط‌بندی و قمار است (Hudson, 2006, P. 258).

۴. طبق تعریف ارائه‌شده از قمار، طرفین توافق می‌کنند که در نتیجه وقوع یک موضوع محتمل، مالی را ببرند یا ببازند، در حالی که اختیار معامله نمی‌تواند از مصادیق قمار باشد. اقدام خریدار در انعقاد قرارداد اختیار معامله، الزاماً به قصد این نیست که قیمت‌ها به نفع او تغییر کند تا از فروشنده تفاوت قیمت توافقی با قیمت روز را بخواهد. هدف او این است که اگر احتمالاً قیمت‌ها به ضرر او تغییر کرد، خسارت وارده تا حدودی جبران شود، در صورتی که در قمار، عنصر خسارت اصلاً جایی ندارد. در عین حال، روش‌های مستدل قیمت‌گذاری و مذاکرات تجاری که برای ایجاد قرارداد اختیار معامله انجام می‌شود، نمی‌تواند اختیار معامله را مشمول قمار کند؛ به عبارت دیگر، انتظار کسب سود از نوسانات محتمل آینده بازار که مبتنی بر محاسبات ریاضی و اقتصادی است، نمی‌تواند همانند قمار که به منزله پرتاب تیر در تاریکی و انتظار کسب سود است، باشد (Hudson, 2006, P. 260).

۵. در قمار، دربارهٔ نوع حادثه‌ای که باید در دوره معینی اتفاق بیفتد، پیش‌تر توافق می‌شود و طرف قرارداد با وقوع آن حادثه ممکن است برنده یا بازنده شود، در حالی که در قرارداد اختیار معامله، بروز حادثه قطعی نیست. در خلال دوره‌ای که قرارداد اختیار معامله می‌تواند اعمال شود، تغییر قیمت‌ها گاهی ممکن است اتفاق بیفتد و گاهی اتفاق نیفتد. حتی در صورت تغییر مطلوب قیمت‌ها، اختیار معامله ممکن است اعمال شود و یا اعمال نشود، ولی در هر حال، خریدار اختیار با توجه به نوع اختیاری که به او اعطا شده است باید قیمت اختیار را بپردازد. به علاوه، اگر قمارباز برنده شود، علاوه بر پولی که خود در وسط گذاشته است، مقداری پول اضافه نیز بدون تحمل هیچ‌گونه خسارتی دریافت می‌کند، در حالی که در قرارداد اختیار معامله، «قیمت اختیار» هرگز به خریدار پس داده نمی‌شود. فقط در صورتی که اختیار خود را اعمال کند و اختیار مزبور «بازرزش» باشد، به میزان ارزش آن وجه نقد دریافت می‌دارد.

۶. در حقوق ایران، قصد، ملاک برای تمییز و تشخیص عقود و معاملات از یکدیگر است. از آنجا که طرفین قرارداد اختیار معامله از انعقاد آن قصد قمار ندارند، نمی‌توان چنین قراردادی را قمار و شرط‌بندی تلقی کرد. در حقوق انگلیس نیز همین قاعده تا حدودی جاری است. یکی از اساتید حقوق مشتقات مالی با حُسن نیت و بدون تبانی و با هدف انگلیس در حالتی که مشتقات مالی میان طرفین با حُسن نیت و بدون تبانی و با هدف تجاری واقعی منعقد می‌شود، شرط‌بندی و باطل نخواهد بود ( Hudson, 2006. P. 259). همچنین، اگر فقط یکی از طرفین، قرارداد را به عنوان قماربازی و یا شرط‌بندی منعقد کرده باشد، چنین قراردادی، قمار و یا شرط‌بندی محسوب نخواهد شد. بدین ترتیب، در صورتی که طرفین قصد قمار و یا شرط‌بندی داشته‌اند، ولی این قصد فقط یک عنصر تبعی باشد و جوهره اصلی قرارداد را تشکیل ندهد، قرارداد منعقد قمار و شرط‌بندی تلقی نخواهد شد (Hudson, 2006: 259).

با توجه به مراتب پیش‌گفته، از آنجا که میان اختیار معامله و قمار تمایز و تفاوت اساسی وجود دارد، این دو قرارداد نه تنها همانند نیستند، بلکه وجوه تمایز جدی میان این دو، مقایسه آنها با یکدیگر را دشوار می‌سازد.

## ۶-۲. فوری بودن

عقود از جهت اثری که عامل زمان در تحقق اجزای مورد آن دارد، به مستمر و فوری تقسیم می‌شود. در عقود فوری، همه اجزای مورد عقد در لحظه‌ای که طرفین انتخاب کرده‌اند، ایجاد می‌شود، ولی در عقود مستمر، موضوع معامله به گونه‌ای است که باید در طول مدت معین تحقق یابد؛ برای مثال، عقد بیع، عقدی فوری و عقد اجاره عقدی مستمر است (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۹۸ / کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۸۴). در عقد فوری، زمان عنصر اصلی نیست. موضوع عقد فوری و مستقل از زمان تعیین می‌شود و زمان در آن به صورت فرعی و به‌عنوان زمان اجرای عقد - نه تعیین موضوع عقد - مورد توجه قرار می‌گیرد، در حالی که در عقود مستمر، زمان عنصر اصلی است که موضوع عقد را معین می‌کند؛ بنابراین تصور این‌گونه از عقود جز با در نظر گرفتن زمان ممکن نیست (سنه‌وری، ۱۳۸۲، ص ۸۱).

از این دیدگاه، قرارداد اختیار معامله را باید عقدی فوری دانست؛ زیرا همه اجزای مورد آن در لحظه‌ای که طرفین اراده می‌کنند، محقق می‌شود و موضوع اصلی عقد که همان تعهد به خرید یا فروش در برابر پرداخت عوض آن است، به محض انعقاد عقد حاصل می‌شود و مآلاً حق خرید یا فروش برای خریدار قرارداد اختیار معامله نیز بدون ارتباط به عامل زمان فوراً تحقق می‌یابد، هرچند اِعمال و اجرای این حق در آینده محقق شود؛ بنابراین اعتقاد به مستمر بودن عقد مذکور صحیح به نظر نمی‌رسد (مؤمن، ۱۳۸۲، ص ۵۳)؛ زیرا برای اینکه عقدی فوری به‌شمار رود، لازم نیست تعهدات طرفین بی‌درنگ پس از توافق اجرا شود. معیار تمیز این دو گروه در چگونگی ارتباط موضوع عقد با زمان است؛ بنابراین ممکن است عقدی موجد یا معلق باشد و در عین حال فوری نیز باشد. در عقد فوری، موضوع تعهد مستقل از زمان است و اگر عامل زمان نیز در آن دخالت کند، از لحاظ تعیین وقت اجرای آن است، نه برای تعیین خود موضوع عقد. پس در قرارداد اختیار معامله اروپایی اگر توافق می‌شود که خریدار اختیار حق خود را پس از سه ماه اعمال کند و یا در قرارداد اختیار معامله آمریکایی اگر توافق می‌شود که خریدار اختیار، ظرف مدت سه ماه، هرگاه مایل بود حق خود را اعمال کند، این شروط ماهیت فوری بودن قراردادهای مزبور را دگرگون نمی‌سازد، بلکه فقط اعمال حق را به تأخیر می‌اندازد. در واقع، زمان در این گونه موارد ظرفی است که موضوع عقد باید در آن انجام شود. در چنین حالتی اثر عامل زمان و چگونگی اجرای تعهدات چهره عرضی دارد و آن را تابع قواعد عقود مستمر نمی‌کند. افزون بر این، اگرچه تاریخ انقضا و سررسید قرارداد اختیار معامله در تعیین قیمت آن اثرگذار است، ولی این امر تأثیری در طبیعت و تحقق فوری اجزای عقد که همان تعهد به خرید یا فروش در برابر ارزش مادی آن است، ندارد؛ زیرا عوامل دیگری نیز در تعیین قیمت عقد مؤثرند. در ضمن، برخی از حقوقدانان در واقع تقسیم عقود به فوری و مستمر را در حقوق اسلامی نپذیرفته‌اند و تحقق اثر همه عقود را فوری می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۷).

گفتنی است، اگر در فوریت یا مستمر بودن عقدی تردید شود، باید اصل را بر فوریت تحقق آثار آن دانست؛ زیرا استقرا در عقود حاکی از این واقعیت است که اثر



عمده عقود به صورت آنی ظاهر می شود و عقود مستمر جنبه استثنایی دارند. پس در موضع شک نیز باید قرارداد اختیار معامله را عقد فوری دانست که نقش زمان در آن جنبه فرعی دارد و تعیین کننده موضوع عقد نیست.

شایان ذکر است، حقوقدانان بر تقسیم عقود به فوری و مستمر فواید عملی چندی را مترتب ساخته اند. از این منظر نیز آثار قرارداد اختیار معامله با آثار عقود فوری منطبق است، نه آثار عقود مستمر؛ برای نمونه به برخی از مهم ترین آنها اشاره می شود (امیری قائم مقامی، ۱۳۵۳، ص ۶۳ / کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۸۵ / سنهوری، ۱۳۸۲، ص ۸۳):

۱. در عقد فوری همانند قرارداد اختیار معامله، اثر بطلان به گذشته سرایت می کند و عقد را از زمان انعقاد بی اثر می سازد، ولی در عقد مستمر ممکن است قرارداد به علتی نسبت به اجرای عقد در آینده باطل باشد؛ زیرا بازگشت به آنچه اجرا شده است، ممکن نیست.

۲. در عقود فوری، زمان اجرای تعهد جنبه تبعی دارد و اثر عقد با اجرای تعهد پایان می پذیرد، ولی در عقود مستمر، مدتی که برای اجرای تعهد معین شده است، در اجرای تعهد اثر مستقیم دارد و پیش از انقضای آن نمی توان ادعا کرد که آثار عقد خاتمه یافته است یا متعهد به تعهد خود عمل کرده است. در قرارداد اختیار معامله نیز که نوعاً به صورت اختیار معامله امریکایی مبادله می شود، عامل زمان جنبه فرعی دارد و خریدار اختیار می تواند از زمان انعقاد عقد تا سررسید، هرگاه تمایل داشت، اختیار خود را اعمال کند. روشن است با اعمال این اختیار، فروشنده نیز تبعاً تعهد خود را ایفا و دین وی بدون هیچ گونه وابستگی به زمان ساقط می شود. در اختیار معامله اروپایی نیز اگرچه تعهد در سررسید ایفا می گردد، ولی عامل زمان از لحاظ تعیین وقت اجرای آن است، نه به خاطر تعیین خود موضوع قرارداد.

۳. حوادثی که به طور موقت مانع اجرای تعهد می شود معمولاً باعث انحلال عقد نمی شود. در عقود فوری، اگر مهلت اجرای تعهد قید موضوع تعهد (به نحو وحدت مطلوب) باشد، انقضای آن به کلی باعث سقوط تعهد می شود و اگر جنبه تبعی داشته باشد (تعدد مطلوب)، انقضای مدت هیچ تأثیری در ایفای تعهد ندارد و مدیون علاوه بر ایفای عهد باید زیان ناشی از تأخیر در اجرای تعهد را نیز جبران کند، ولی در عقود

مستمر، چون عامل زمان میزان تعیین موضوع تعهد است، گذشت زمان قسمتی از اثر عقد را منتفی می‌سازد؛ زیرا زمان گذشته قابل جبران نیست؛ به طور مثال، اگر آپارتمانی برای مدت یکسال اجاره داده شود، ولی در تسلیم عین مستأجره سه ماه تأخیر شود، منفعت این مدت تلف شده محسوب است و نمی‌توان موجر را به تدارک این مدت در آینده مجبور کرد.

قرارداد اختیار معامله از نظر این ویژگی نیز شبیه عقود فوری است؛ زیرا اجزای تعهد فروشنده در آن، در اجزای زمان تحقق نمی‌یابد تا بتوان بروز مانع موقت در اجرای تعهد را باعث تأثیر در کمیت تعهد دانست. قرارداد اختیار معامله عقدی فوری است که موضوع تعهد و زمان اجرای آن به طور وحدت مطلوب مورد توافق واقع می‌شود، به گونه‌ای که گذشت زمان به طور کلی باعث سقوط دین می‌گردد.

۴. نظریه عدم پیش‌بینی درباره همه عقود مستمر مصداق دارد. طبق این نظریه چنانچه در اوضاع و احوال اقتصادی بعد از عقد تغییرات ناگهانی و فاحش رخ دهد که در هنگام عقد قابل پیش‌بینی نبوده است و در نتیجه اجرای تعهدات یکی از طرفین عقد دشوار شود، دادگاه می‌تواند حسب مورد، حکم به تعدیل یا انحلال عقد دهد، ولی در عقود فوری این نظریه فقط درباره عقود موجد کاربرد دارد.

قرارداد اختیار معامله نیز چون عقدی فوری است که تعهد فروشنده در آن موجد است، می‌توان همانند عقود مستمر به نظریه عدم پیش‌بینی استناد کرد؛ بنابراین چنانچه تغییرات قیمت فاحش و از حد انتظار فراتر رود، نمی‌توان متعهد قرارداد اختیار معامله را وادار به خرید یا فروش با قیمتی نامتعارف و غیرقابل پیش‌بینی کرد؛ زیرا متعهد در هنگام انعقاد قرارداد، میزان تغییرات قیمت را در حدود متعارف و معقول پیش‌بینی کرده است و تعهد نسبت به همین میزان را نیز پذیرفته است؛ بنابراین نمی‌توان متعهد را ملزم به امری دانست که به دلیل تغییرات فاحش قیمت مال موضوع قرارداد اصلی، مورد قصد او واقع نشده است. در این موارد انگیزه اصلی تراضی که همان تغییرات متعارف است، مخدوش می‌شود؛ به عبارت دیگر، منشأ مسئولیت قراردادی متعهد قصد او به هنگام قرارداد بر پذیرش انجام تعهد قراردادی است؛ بنابراین هیچ تعهد و وظیفه‌ای را نمی‌توان بیرون از حدود تعهد و شعاع اراده به او تحمیل کرد. توجه متعهد به هنگام

انشای قرارداد، به موضوع تعهد و حدود آن (تغییرات قیمت) مسئولیت ارادی او به همان تعهد و به همان میزان تغییرات قیمت که مورد توجه و اراده او بوده است، محدود می‌کند؛ بنابراین تعهد ناشی از تغییرات فاحش قیمت مال موضوع قرارداد اصلی را - بدین دلیل که مورد قصد واقع نشده است - نمی‌توان بر فروشنده قرارداد اختیار معامله تحمیل کرد.

## ۲-۷. مغابنی بودن

عقود براساس هدف و انگیزه مادی طرفین به مغابنی و مسامحی تقسیم می‌شود. در عقود مغابنی هدف اشخاص، سودجویی است. برعکس، در عقود مسامحی، انگیزه مستقیم یکی از دو طرف آن مادی نیست، بلکه انگیزه‌ای معنوی و خیرخواهانه پشتیبان آن است (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹، ص ۱۸۳).

چنانچه از این دیدگاه به قرارداد اختیار معامله نگریسته شود، به یقین باید قرارداد مزبور را عقدی مغابنی دانست که انگیزه مستقیم و اصلی طرفین در آن کسب سود بیشتر نسبت به طرف مقابل است؛ از این رو، باید همه انواع قراردادهای مزبور را مغابنی دانست.

فقیهان و حقوقدانان آثار متعددی را بر تقسیم عقود به مغابنی و مسامحی مترتب ساخته‌اند. نظر به اینکه قرارداد اختیار معامله عقدی مغابنی است، می‌تواند واجد آثار ذیل باشد:

۱. در قرارداد اختیار معامله هرگاه میان ارزش اقتصادی دو عوض عقد اختلاف فاحش موجود باشد، طرفی که از این امر ناآگاهانه زیان دیده است، می‌تواند عقد را به استناد خیار غبن فسخ کند.

۲. قرارداد اختیار معامله چون مبتنی بر مغابنه است، اصولاً شخصیت طرف عقد علت عمده تشکیل عقد نیست؛ بنابراین اشتباه در طرف عقد باعث بطلان آن نمی‌شود؛ زیرا در این گونه عقود انگیزه دو طرف، کسب سود است و این سود از هر کس برسد برای آنها فرقی نمی‌کند.

۳. از آنجا که قرارداد اختیار معامله عقدی مغابنی است، امکان اختلاف و نزاع میان

طرفین آن در آینده فراهم است؛ از این رو، طرفین باید نسبت به رفع غرر از عوضین و حصول علم تفصیلی نسبت به آنها در هنگام عقد تلاش کنند. از آنجا که قرارداد اختیار معامله عقدی مقدماتی و گامی به سوی نهایی ساختن عقد اصلی است، شروط عقد نهایی (بیع) در این قرارداد نیز باید رعایت شود؛ زیرا پس از انعقاد قرارداد اختیار معامله تا تحقق و وصول به عقد نهایی (بیع) جز ابراز تمایل صاحب اختیار (خریدار اختیار معامله) امر دیگری رخ نمی‌دهد و حتی اگر قرار است ایجاب و قبولی برای انعقاد عقد نهایی واقع شود، این قصد انشایی لزوماً باید بر مبنای توافق ابتدایی صورت پذیرد. پس ضروری است راه برای رسیدن به عقد نهایی و قطعی ساختن آن فراهم باشد؛ بنابراین طرفین قرارداد اختیار معامله باید موضوع تعهد خود را که عمدتاً همان ارکان اصلی عقد نهایی است، معلوم و معین سازند. در تأیید این مطلب بند ۱ ماده ۱۰۱ قانون مدنی مصر در این باره مقرر 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 کنند، منعقد نمی‌گردد». این حکم، نتیجه منطقی نزدیک شدن به عقد نهایی به واسطه تعهد به معامله و توافق ابتدایی است. پس اگر عقد نهایی بیع است، ضروری است طرفین درباره جنس، وصف، مقدار بیع و ثمن آن توافق کنند و اگر به عنوان مثال، عقد نهایی شرکت است، ضروری است بر مؤسسه مالی و سهم هر یک از شرکا توافق شود (سنهوری، ۱۳۸۲، ص ۱۴۹). پس هرگاه درباره این موضوعات توافق حاصل نشود، قرارداد اختیار معامله منعقد نمی‌شود. در عین حال، قرارداد اختیار معامله دارای دو موضوع است: تعهد به خرید یا فروش مالی معلوم و معین به ثمن مشخص در آینده، در مقابل پرداخت بهای این تعهد (قیمت اختیار)؛ بنابراین خریدار اختیار معامله در مقابل اختیاری که در انجام معامله آتی به دست می‌آورد، بهای آن را به فروشنده اختیار می‌پردازد. در عرف کنونی «قیمت اختیار» به طور معمول همان پول است، نه کالا؛ بنابراین مهم‌ترین نکته در «قیمت اختیار»، لزوم تعیین آن در قرارداد و تعادل میزان آن با ارزش اختیاری است که خریدار به دست آورده است.

موضوع دیگر در قرارداد اختیار معامله تعهد فروشنده به خرید یا فروش مالی معلوم

و معین در آینده یا به عبارت دیگر، اختیاری است که خریدار برای خرید یا فروش مالی معلوم و معین به دست می‌آورد. به منظور معلوم و معین بودن چنین تعهد و اختیاری و پرهیز از غرر باید تعیین کرد که اختیار خرید یا فروش چه مالی، با چه مشخصاتی و با چه ثمنی به خریدار اختیار معامله واگذار می‌شود.

افزون بر این، چون قرارداد اختیار معامله ناظر به انجام بیعی در آینده است، تعیین مدت زمانی 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 می‌دهد، تأثیرگذار است؛ به همین دلیل، یکی از عوامل قیمت‌گذاری «اختیار معامله» مدت زمانی است که در طول آن، قرارداد اختیار معامله اعمال می‌شود (هال، ۱۳۸۴، ص ۳۴۲ / درخشان، ۱۳۸۳، ص ۲۲۳). پس ابهام و عدم تعیین این مدت نه تنها باعث ابهام در «قیمت اختیار» می‌شود، بلکه ارزش واقعی ثمن بیع آتی را نیز مجهول می‌سازد. در حقوق ایران با استفاده از وحدت ملاک بطلان معامله‌ای که سرنوشت آن به علت مجهول بودن مدت اختیار شرط ناپیداست (ماده ۴۰۱ ق.م.م.)، می‌توان قرارداد اختیار معامله‌ای که زمان وقوع عقد نهایی آن مشخص نشده باشد را نیز به دلیل غرری بودن معامله باطل دانست؛ از این رو، برخلاف آنچه برخی معتقدند، مهلت وعده بیع نمی‌تواند به اختیار یکی از طرفین تعیین شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۸۶). در ماده ۱۰۱ قانون مدنی مصر که عموماً از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است نیز تعیین مدت اعمال اختیار، شرط صحت چنین قراردادهایی دانسته شده است.

## ۲-۸. رضایی یا تشریفاتی بودن (حسب مورد)

عقد از نظر آزاد یا مشروط بودن خلاقیت اراده به رضایی (قصدی) یا تشریفاتی تقسیم می‌شود. عقد رضایی که برخی آن را «قصدی» نامیده‌اند (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۸۶)، عقدی است که به صرف توافق دو طرف واقع می‌شود؛ از این رو، برای وقوع و اعتبار آن نیازی به تشریفات صوری، الفاظ مخصوص یا تسلیم مورد معامله نیست. در مقابل، عقد تشریفاتی عقدی است که علاوه بر لزوم اجتماع همه شرایط اساسی برای صحت معامله، اعتبار آن نیازمند به تشریفات صوری است.

از این دیدگاه باید قراردادهای اختیار معامله‌ای که در بازارهای خارج از بورس منعقد می‌شوند، عقدی رضایی دانست؛ زیرا برای انعقاد آن صرف تراضی طرفین و رعایت شرایط اساسی صحت معاملات کافی است، ولی قراردادهای اختیار معامله‌ای که در بازار بورس منعقد می‌شود را باید عقدی تشریفاتی دانست که طرفین برای انعقاد آن مکلف‌اند همه تشریفاتی را که بازار بورس هریک از کشورها مقرر کرده‌اند، رعایت کنند. این تشریفات عبارت است از روش ثبت سفارش خرید یا فروش، انتخاب کارگزار، روش پرداخت، سپردن وثایق لازم، روش ایجاب و قبول و زمان انعقاد عقد است؛ بنابراین در عقد مزبور صورت و شکل عقد شرط وقوع آن است و توافقی که شکل مورد نظر بورس را نداشته باشد، باطل است، هرچند دو طرف نیز به آن اقرار کنند.

## ۹-۲. آزاد، ارشادی یا تحمیلی بودن (حسب مورد)

عقد از نظر تساوی و عدم تساوی شرایط اقتصادی و روانی طرفین به عقد آزاد، ارشادی و یا تحمیلی تقسیم شده است. براساس اصل حاکمیت اراده، دو طرف عقد می‌توانند آزادانه درباره حقوق و تعهدات خود گفت‌وگو کنند، ولی شرایط اجتماعی و اقتصادی جامعه باعث شده است که قانونگذار قواعد مربوط به برخی از عقود را امری اعلام کند؛ برای مثال، قرارداد کار دارای ساختار حقوقی خاص است که دو طرف فقط حق دارند روابط حقوقی خود را در آن چهارچوب تنظیم کنند. این دسته از عقود را به اعتبار اینکه به وسیله دولت ارشاد می‌شود، عقود ارشادی و به لحاظ ثابت بودن آثار و شرایط آن «اعمال شرطی» نامیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۱۱).

قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع بازار به دو نوع اختیار معامله ارائه شده در بازار بورس و اختیار معامله ارائه شده در بازارهای خارج از بورس تقسیم می‌شود. از این دیدگاه، اختیار معامله‌ای که در بورس ارائه می‌شود، قراردادی ارشادی است، در حالی که اختیاراتی که در بازارهای خارج از بورس ارائه می‌شود، قراردادی آزاد است؛ زیرا شرایط قراردادهای اختیار معامله‌ای که در بورس ارائه می‌شود، تابع ضوابط استاندارد بورس است و طرفین معامله باید دقیقاً آن را رعایت کنند. در این بازار نه تنها کمیت و

حجم دارایی پایه، قیمت اختیار و قیمت توافقی از پیش تعیین می‌شوند و طرفین امکان مذاکره درباره آن را ندارند، بلکه تاریخ انقضا و سررسید قرارداد نیز به وسیله بورس تعیین و بر معامله‌گران تحمیل می‌شود. برعکس، در بازارهای خارج از بورس، طرفین می‌توانند شرایط قرارداد را آزادانه و در گفت‌وگوی مستقیم با یکدیگر تعیین کنند.

## نتیجه و پیشنهاد

به رغم اشکال‌هایی که فقیهان و نویسندگان عامه بر قرارداد اختیار معامله وارد کرده‌اند، قرارداد مذکور شانس، احتمالی و وابسته به بخت و اقبال نیست و اشکال‌هایی چون غرری بودن و قماری بودن در قرارداد مزبور موضوعیت ندارد؛ بنابراین با توجه به حصری نبودن عناوین عقود می‌توان با اتکا بر عمومات فقهی، این قرارداد را از جمله عقود صحیح و معتبر به حساب آورد.

۹۵

از نظر اوصاف، قرارداد اختیار معامله را - به‌طور کلی بدون وابستگی به بازاری خاص - باید عقدی لازم، منجز، معوض، عهدی، فوری، قطعی و مغایبی دانست. در ضمن، اختیاراتی که در بورس معامله می‌شود، دارای وصف تشریفاتی و ارشادی است، ولی اختیاراتی که در بازارهای خارج از بورس معامله می‌شود، رضایی و آزاد به شمار می‌آید. در عین حال باید توجه داشت، قرارداد اختیار معامله الزاماً از همه نتایجی که اوصاف پیش‌گفته به‌طور معمول در عقود دیگر به دنبال دارد، پیروی نمی‌کند؛ زیرا قرارداد مذکور عقدی مقدماتی و گامی در جهت انعقاد عقد اصلی و با موضوعی خاص است.

نظر به فواید و نقشی که قرارداد اختیار معامله (به‌طور اخص) در اقتصاد و بازار سرمایه کشور ایفا می‌کند و همچنین، تأثیری که قراردادهای مقدماتی (به‌طور اعم) در به‌ثمر رسیدن مطلوب قراردادهای نهایی دارد، تبیین اهم اصول حاکم بر این‌گونه قراردادها به قانونگذار پیشنهاد می‌شود. به‌خصوص اینکه قرارداد اختیار معامله در سازمان بورس کشور به تصویب رسیده، از سال ۱۳۸۷ معاملات آن در سطح محدودی آغاز شده است.

## منابع

۱. ابن تیمیه؛ القواعد النورانية الفقهية؛ قاهره: المطبعة السنة المحمدية، [بی تا].
۲. ابن قیّم، الجوزیه؛ زاد المعاد فی هدی خیر العباد؛ ج ۴، چ ۱۶، بیروت: مؤسسة الرساله، ۱۴۰۸ق.
۳. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۶، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
۴. امیری قائم مقامی، عبدالمجید؛ حقوق تعهدات؛ ج ۲، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۳.
۵. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۱، بیروت: مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ق.
۶. برواری، شعبان محمد اسلام؛ بورصة الاوراق المالية من منظور اسلامي؛ دمشق: دارالفکر، ۲۰۰۲م.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ چ ۵، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۸. —؛ فلسفه حقوق مدنی «اصول اذن و اذنیات»؛ ج ۲، چ ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
۹. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه؛ ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
۱۰. درخشان، مسعود؛ مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت؛ چ ۱، تهران: مؤسسه مطالعات بین المللی انرژی، ۱۳۸۳.
۱۱. رفیعی، محمدتقی؛ مطالعه تطبیقی غرر در معامله؛ چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۱۲. زحیلی، وهبه؛ المعاملات المالی المعاصره، بحوث و فتاوی و حلول؛ چ ۱، دمشق: دارالفکر، ۱۴۲۳ق.
۱۳. مرقس، سلیمان و محمدعلی امام؛ عقدالبيع فی التقنین المدنی الجدید، مصر: مطبعة نهضة مصر، ۱۹۵۵م.



۱۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ مترجم: محمدحسین دانش کیا و سیدمهدی دادمرزی، ج ۱، چ ۱، قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۸۲.
۱۵. \_\_\_\_\_؛ نظریة العقد؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
۱۶. شهبازی، محمدحسین؛ مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی؛ چ ۱، تهران: مؤلف، ۱۳۸۵.
۱۷. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۱، چ ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۱۸. صبری، هارون محمد؛ احکام الوراق المالیه، چ ۱، اردن: دارالفائس، ۱۴۱۹ق.
۱۹. عصمت پاشا، عییدالله؛ «فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه‌های فقهی»؛ مترجم: علی صالح آبادی، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۹، بهار ۱۳۸۲.
۲۰. علیدوست، ابوالقاسم؛ «قاعده نفی غرر در معاملات»؛ فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، ش ۹، بهار ۱۳۸۲.
۲۱. قنواتی، جلیل و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، چ ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
۲۲. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۲۳. \_\_\_\_\_؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
۲۴. گرجی، ابوالقاسم؛ «تعهدات ناشی از قرارداد در حقوق اسلامی»؛ نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۱، ۱۳۵۵.
۲۵. مصباحی مقدم، غلامرضا و اسماعیل رستمزاده گنجی؛ «غرر در معاملات اختیارات بر روی سهام از دیدگاه فقه امامیه»؛ دوفصلنامه جستارهای اقتصادی، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۸۶.
۲۶. مؤمن، محمد؛ «عقد اختیار»؛ مجله فقه اهل بیت، ش ۳۲، ۱۳۸۲.

۲۷. معصومی نیا، غلامعلی؛ ابزارهای مشتقه «بررسی فقهی و اقتصادی»؛ چ ۱، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
۲۸. هال، جان؛ مبانی مهندسی مالی و مدیریت خطر؛ مترجم: سجاد سیاح و علی صالح آبادی، چ ۱، تهران: رایانه تدبیرپرداز، ۱۳۸۴.

29. Blair, Michael.; **Financial Markets Exchanges Law**, London: Oxford University Press, 2007.
30. Corbin, Arthur L.; "Option Contract", 23 **The Yale Law Journal**, No. 8, Yale Law Journal Company, 1914.
31. Cuthbertson, K. and Nitzsche.; **Financial Engineering- Derivatives and Risk Management**, London: John Wiley & Sons Ltd, 2000.
32. Dugdale & Lowe.; "Contracts to Contracts and Contracts to Negotiate", in **Journal of Business Law**, 1976.
33. Hudson Alastair; **The Law on Financial Derivatives**, 4<sup>th</sup> edn, London: Sweet & Maxwell, 2006.
34. Treitel, Guenter. H.; **Treitel the Law of Contract**, 9<sup>th</sup> edn, London: Sweet & Maxwell, 1996.
35. Webber, Alan.; **Dictionary of Futures & Options**, Vision Books, Pvt.Ltd, 1994.