

بررسی قراردادهای تاخت (SWAPS) و آتی‌ها (FUTURES) بعنوان ابزارهای تامین مالی جدید مطابق با عقود اسلامی و حقوق مدنی ایران محسن صیقلی^۱ حسین کنعانی مقدم^۲

چکیده:

تحریم ربا در شرع مقدس اسلام و چگونگی تأمین منابع مالی مؤسسات اسلامی یکی از بحث‌برانگیزترین مباحث اقتصادی - مالی کشورهای اسلامی در دنیای کنونی است. مدیریت مالی اسلامی باید به گونه‌ای عمل کند که ضمن به حداکثر رساندن ارزش شرکت، از احکام شرع نیز کاملاً پیروی کند. یکی از معضلات مدیران مالی کاهش ریسک و چگونگی آن در اجرای پروژه‌ها است. امروزه ریسک ابعاد گسترده‌ای پیدا کرده است بگونه‌ای که عده‌ای اعتقاد دارد تمام مسائلی که بنگاه‌های کوچک و بزرگ با آن مواجه‌اند چیزی بجز ریسک نیست. معامله‌گران در یک تقسیم‌بندی کلی به پوشش‌دهندگان (Hedgers) و سفته‌بازان (Speculator) تقسیم می‌شوند، پوشش‌دهندگان ریسک که به دنبال نیاز واقعی خود در بازار حضور دارند و نگران از افزایش یا کاهش قیمت هستند، از ابزارهایی برای حداقل‌سازی ریسک استفاده می‌کنند که این ابزارهای مدیریت ریسک همان مشتقات‌اند که به مهندسی مالی نیز شهرت دارند و نوعاً به سلف (Forward)، آتی‌ها (Futures)، اختیار معامله (Option) و معاوضات (Swaps) تقسیم شده‌اند. تطابق معاملات آتی‌ها و معاوضات با عقود و موازین و اجرای آنها در ایران اسلامی موضوع این مقاله می‌باشد که در انتها معاملات معاوضات و معاملات آتی (بغیر از آتی شاخص سهام) مطابق با موازین و عقود شریعت اسلام تشخیص داده شد. در نتیجه معاملات آتی و معاوضات غرری نیستند بجز از آتی شاخص سهام که در ایران قابل اجرا نیست. در این تحقیق با ارایه داده‌های اقتصادی ایران اهمیت ورود بازارهای کالای ایران به معاملات آتی‌ها و معاوضات و سهم بازار این معاملات را خاطر نشان کرده است. واژگان کلیدی: سلف (Forward)، آتی‌ها (Futures)، معاملات غرری، معاوضات (Swaps)، جُعْالَه، صلح

۱. مدیرعامل شرکت هلدینگ سرمایه‌گذاری و تولیدی، صنعتی یگانه آل طاهّا - (کارشناس ارشد مدیریت مالی دانشگاه امام صادق (ع))

۲. دکترای عمران - مدیرعامل گروه مهندسی مشاور لاینز بنیاد مستضعفان

۱. مقدمه

۱.۱. تاریخچه بازار آتی ها

سابقه تشکیل بورس به قرن سیزدهم بر می‌گردد که در شهرهای مهم تجاری ایتالیا مانند فلورانس تشکیل شد. نخستین بورس مدرن که بجای مبادله مستقیم کالاها، حواله آنها دادوستد می‌شد بورس آنتورپ بود که در سال ۱۳۵۱ میلادی تأسیس شد. دیگر بورس‌های مهم در آمستردام، هامبورگ و پاریس گشایش یافتند. در دهه ۱۸۴۰ میلادی شیکاگو قلب تجاری ایالات متحده شد که در آن هنگام ماشین درو اختراع شد و تولید گندم افزایش یافت و کشاورزان برای فروش گندم خود به شیکاگو می‌آمدند. در این شهر امکانات ذخیره‌سازی ناچیز بود و در سال ۱۸۴۸ مکانی گشایش یافت که کشاورزان و معامله‌گران به صورت نقدی معامله می‌کردند و در مقابل تحویل آتی کالا، کل وجه یا درصدی از آن ابتدا ردوبدل می‌شد. در این زمان بورس‌های کالا از بازارهای نقدی به بازارهای آتی توسعه یافتند (Dubofsky, P 15). در گذر زمان و بویژه در دهه‌های اخیر، بورس‌های کالا که مکانی برای داد و ستد کالاهایی همچون گندم، پنبه، قهوه، نفت خام یا فلزات گرانبها بودند توسعه چشمگیری یافتند و علاوه بر پیچیده شدن عملیات تجاری آنها و تنوع فزاینده کالاها و ابزارهای مالی موجود در بازار، نظام نظارتی دقیق نیز برای تنظیم این بازارها طراحی شده است، از این رو شناخت دقیق ابزارها، سازوکارهای عمل و شیوه‌های نظارت بر بورس کالا نخستین گام برای حرکت در جهت تأسیس و توسعه بورس‌های کالا بوده است. بازارهای آتی ابتدا در محصولات کشاورزی همچون گندم، شکر، قهوه و ... شکل گرفت و توسعه یافت و منجر به پیدایش بازار آتی انرژی شد. بازار آتی انرژی نیز از اواسط دهه ۷۰ میلادی رشد بسیار سریعی داشته است، هم‌اکنون بورس نفت لندن و بورس کالای نیویورک، بزرگترین بازار انرژی جهان به شمار می‌آیند. قراردادهای آتی، ابتدا در محصولات کشاورزی و به صورت غیراستاندارد بوده و آنها را پیمان آتی می‌نامیدند. این پیمان‌ها یک توافق دو جانبه میان یک خریدار و یک فروشنده خاص بود که معامله مشخصی را با خصوصیات معین در زمان معلوم و قیمت توافقی مشخص در زمان آینده انجام می‌دادند. این پیمان‌ها دارای نقدینگی لازم نبود و طرفین نمی‌توانستند به راحتی یکدیگر را پیدا کنند لذا در اواخر قرن نوزدهم بورس شیکاگو (CBOE) شروع به انتشار قراردادهای آتی

در محصولات کشاورزی به صورت استاندارد کرد. این قراردادها بین دو طرف خریدار و فروشنده و طرف ناظر منعقد می‌شد و خریدار و فروشنده متعهد می‌شدند در تاریخ معین کالای مشخصی را با خصوصیات استاندارد مورد معامله قرار دهند. پس از انعقاد قرارداد طرفین با بورس طرف هستند، آنها می‌توانند در موقعیت خود بمانند یا به دیگری واگذار کنند و در تاریخ انقضا با هم تسویه نقدی کرده یا کالای مورد نظر را در قیمت تعیین شده با یکدیگر مبادله کنند. این قرارداد یک عقد لازم است و دو طرف به آن تعهد دارند، یعنی با توافق دو طرف اعمال یا منقضی می‌شود. در این قرارداد باید کمیت، کیفیت، قیمت، زمان و مکان تحویل کالا مشخص باشد.

۱.۲. تاریخچه ابزارهای مالی اسلامی

اگر بخواهیم به صورت دقیق تاریخچه ابزارهای مالی اسلامی را بررسی کنیم باید این ابزارها را به دو دسته ابزارهای بازار پول و ابزارهای بازار سرمایه تفکیک کرد. ایده اولیه استفاده از ابزارهای اسلامی بازار پول به دهه ۱۹۸۰ بر می‌گردد. در آن زمان بانک‌های اسلامی جهت غلبه بر مساله نقدینگی به استفاده از این ابزارها روی آوردند. در جولای ۱۹۸۳، بانک مرکزی مالزی از اوراق قرضه دولتی استفاده نکرد و به جای آن از اوراق بدون بهره به نام گواهی سرمایه‌گذاری دولتی استفاده نمود. نرخ سود این اوراق از رابطه ثابتی تبعیت نمی‌کرد و وابسته به معیارهای مختلفی مانند شرایط کلان اقتصادی، نرخ تورم و نرخ بازدهی سایر اوراق بهادار مشابه بود. بدین ترتیب شبه ربوی بودن سود به ظاهر بر طرف می‌شد و افراد مسلمان اقدام به خرید این اوراق می‌نمودند. این ابزارها همگی مبتنی بر عقود اسلامی مانند اجاره، مشارکت، مضاربه و... بودند.

در کنار گسترش بازار پول اسلامی و انتشار اوراق بهادار مرتبط با این بازار، بازار سرمایه نیز شروع به گسترش نمود. در دهه ۱۹۹۰، همزمان با گسترش ساختارهای مختلف معاملات مالی توسط بانک‌های اسلامی، ایده استفاده از ابزارهای اسلامی بازار سرمایه نیز قوت گرفت. ارسال طریق (۲۰۰۷) سابقه ایده‌های ابزارهای اسلامی بازار سرمایه را به حق و عباس (۱۹۹۹)، قحف (۱۹۹۷)، الگاری (۱۹۹۷) و زرقا (۱۹۹۷) نسبت می‌دهد. این در حالی است که جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۳ مقررات ناظر بر انتشار اوراق مشارکت را تهیه کرد و

شهرداری تهران به عنوان ناشر، اولین اوراق مشارکت را منتشر نمود. بدلیل عدم اطلاع محققان حوزه مطالعات مالی اسلامی از این ابداع کشورمان، ایده‌های استفاده از ابزارهای اسلامی بازار سرمایه را به اوایل سال‌های ۱۹۹۷ یعنی ۳ سال پس از تصویب ضوابط اجرایی انتشار اوراق مشارکت نسبت می‌دهند.

۱.۳. مکانیسم بورس معاملات آتی

بورس معاملات آتی در حقیقت مکانیسم اجرای تعهدات را از طریق سپرده حسن انجام قرارداد و تعدیل آن و فرآیند تسویه قراردادهای آتی انجام می‌دهد:

۱.۳.۱. سپرده [1] حسن انجام قراردادهای معاملات آتی:

هنگامی که دو نفر یک قرارداد معاملات آتی را مبادله می‌کنند، بازار بورس برای اینکه دو طرف قرارداد در صورت افزایش یا کاهش قابل توجه قیمت نفت نسبت به قیمت توافقی از اجرای قرارداد ممانعت نکنند وجهی را تحت عنوان سپرده حسن انجام قرارداد اخذ و برای طرفین حساب سپرده باز می‌کند. این سپرده اولیه به اندازه حداکثر مقداری که ارزش قرارداد معاملات آتی بطور واقعی در یک روز تجاری تغییر می‌کند، تعیین و در طی دوره تعدیل می‌شود. اگر قیمت نفت افزایش یابد، نوسان تغییرات سپرده افزایش می‌یابد و بورس درخواست افزایش سپرده را برای فروشنده صادر می‌کند. این سپرده به این دلیل است که تحمل زیان‌های محتمل را در برابر نوسانات قیمت برای طرفین ضروری سازد.

۱.۳.۲. عملیات تعدیل حساب سپرده اولیه [2]:

فرض کنید شخصی در ۸ نوامبر سال ۲۰۰۳ یک قرارداد آتی نفت را که زمان تحویل آن در ۲۴ دسامبر ۲۰۰۳ است می‌فروشد. اگر قیمت قرارداد معاملات آتی نفت در بازار ۲۰ دلار باشد، در صورتی که این قرارداد در بورس نیویورک فروخته شود، سپرده اولیه مورد نیاز ۲۰۰۰ دلار است و این مبلغ از حساب نقدی فروشنده به حساب سپرده او منتقل می‌شود. اگر آخرین قیمت در روز ۸ نوامبر ۲۰/۲ دلار باشد، زمانی که تعدیل سپرده صورت گیرد سرمایه او به ۱۸۰۰ دلار می‌رسد و اگر آخرین قیمت در روز ۹ نوامبر ۲۰/۷ دلار باشد، زمانی که تعدیل

سپرده صورت گیرد سرمایه او به ۱۳۰۰ دلار می‌رسد و سرمایه وی از سطح اطمینان پایین‌تر می‌رود. در این حالت کارگزار بورس طی اعلامیه‌ای به فروشنده دستور می‌دهد که سپرده خود را به سطح سپرده اولیه برساند، عملیات تعدیل سپرده تا روز آخر انجام می‌شود. علت اینکه عملیات تعدیل سپرده حتماً باید صورت گیرد این است که ممکن است قیمت نفت به قدری بالا برود که فروشنده قرارداد حاضر شود از مبلغ سپرده اولیه صرف نظر نماید و در عوض از افزایش قیمت‌ها در بازار بهره جوید و در نهایت سود بیشتری کسب نماید، که در این صورت حداکثر ضرر وی به اندازه سپرده اولیه خواهد شد.

۱.۳.۳. فرآیند تسویه قراردادهای آتی [3]:

تسویه قراردادها به سه روش امکان‌پذیر است، تحویل فیزیکی کالا که به معنای اعمال قرارداد است، تسویه نقدی که به معنای دریافت و پرداخت ما به التفاوت قیمت تثبیتی و قیمت بازار می‌باشند و خنثی کردن معامله که به معنای انجام یک معامله متضاد می‌باشد. سازمان تسویه، تمامی معاملات انجام شده درسه حالت مذکور در بازار را ثبت نموده و اعضای سازمان تسویه در بازار، در برابر فروشندگان، نقش خریدار و در برابر خریداران نقش فروشندگان را ایفا می‌کنند. زمانی که یک معامله در تالار بین دو کارگزار انجام می‌شود، به محض ثبت توسط سازمان تسویه، این معامله یک وضعیت مستقل که دارای یک خریدار و فروشنده است می‌یابد. سازمان تسویه موظف است وضعیت خریدار و فروشنده را حفظ و تمامی عملیات مربوط به حساب‌های آنها را انجام دهد. اعضای تسویه لزوماً دارای نقش کارگزاری و اعضای تالار نیز لزوماً عضو سازمان تسویه نیستند. البته تمامی معاملات باید توسط کارگزاران انجام شود و آنها مسئول انجام عملیات و نگهداری حساب‌های مشتریان بوده و اکثر آنان همان اعضای سازمان تسویه هستند.

این سازمان وظیفه ثبت معاملات، تسویه حساب قراردادها و جمع‌آوری سپرده‌های مورد نیاز را عهده‌دار بوده و واسطه خرید یا فروش کالا است. فرآیند تسویه در بازار بورس نیویورک توسط صندوق‌های مشترک سرمایه‌گذاری عضو انجام می‌شود در نتیجه معاملات توسط منابع مالی اعضا حمایت می‌شود، در تمامی موارد ضمانت‌های مالی فوق‌العاده مهم است و منابع مالی سازمان تسویه، توسط حق‌الزحمه‌های پرداختی معامله‌گران تأمین می‌شود. به منظور تهیه

ضمانت مالی، سپرده‌های اولیه و یا سایر سپرده‌ها توسط سازمان تسویه نگهداری می‌شود. سپرده اولیه مورد نیاز جهت تضمین انجام معاملات توسط سازمان تسویه تعیین می‌شود و در زمان‌های مختلف ممکن است سطح سپرده اولیه را تغییر دهند که این تغییرات به بازار بستگی دارد.

۱.۴. بررسی فقهی معاملات آتی

با توجه به نوع معاملات و معامله گران در بازار بورس معاملات آتی، شبهات شرعی متعددی تاکنون مطرح شده است. اساسی‌ترین شبهات فقهی که بر این بازار وارد شده یعنی بیع کالی به کالی و عملیات بورس‌بازی و قماربازی است که از طریق مقایسه تطبیقی نوع معامله و عملیات در این بازار با معامله کالی به کالی و بورس‌بازی، جواز یا عدم جواز این بازار از دیدگاه اسلام مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۴.۱. بررسی شبهه فقهی معامله کالی به کالی:

معاملات آتی در بازار کالا توسط ابزار مالی قرار داد آتی صورت می‌گیرد و عبارت است از تعهد انجام معامله کالای مشخص در زمان مشخص. جهت ضمانت انجام معامله طرفین باید سپرده ای [5] را نزد بورس قرار دهند و مبلغ سپرده حسب تغییرات قیمت کالا از زمان قرار داد تا هنگام سر رسید آن بوده و هر روز نیز تعدیل می‌گردد. این نوع معامله که در بازار معاملات آتی نفت مورد استفاده قرار می‌گیرد در بین مسلمانان به بیع کالی به کالی مشهور بوده و نهی شده است، به عنوان مثال مفتی تقی عثمانی می‌گوید [6]: «معاملات قرار داد آتی جایز نیست چون معامله آن کالی به کالی است و تحویل کالا در آن مدنظر نیست و در آن فقط تسویه حساب نقدی بابت اختلاف قیمت صورت می‌گیرد.»

دیگر علما از جمله فهیم خان و احمد محی‌الدین حسن نیز این ایراد را وارد دانسته‌اند. ظاهراً معاملات مذکور از نوع کالی به کالی می‌باشد.

اقسام بیع

از آنجا که معامله کالی به کالی یک قسم از اقسام بیع است برای درک بهتر موضوع به بررسی اقسام بیع می‌پردازیم. با توجه به زمان تسلیم ثمن، بیع به چهار قسم بیع نقد، سلف، نسبه و کالی به کالی تقسیم می‌گردد.

بیع نقد:

بیعی است که موعد و مهلتی برای تسلیم مبیع و یا تأدیه ثمن در عقد قرار داده نشده است، و تفاوتی در اینکه مبیع عین خارجی باشد و یا کلی و ثمن عین باشد یا کلی یا منفعت یا حق یا عمل وجود ندارد و ثمن و مثن هر دو نقد می‌باشند.

بیع نسبه:

بیع نسبه بیعی است که ثمن آن کلی و برای تأدیه آن مدتی تعیین می‌شود. در این بیع مثن نقد و ثمن مؤجل بوده و فروشنده برای ضمانت اخذ ثمن می‌تواند وثیقه بگیرد.

بیع سلف یا سلم:

در این بیع مبیع کلی فی‌الذمه بوده و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر می‌شود. ثمن می‌تواند خارجی و یا کلی باشد ولی به نظر اغلب فقها باید هنگام عقد بیع به بایع تأدیه گردد، در این بیع باید جنس، وصف، مقدار و زمان تسلیم مبیع معلوم باشد.

در مورد ثمن و نقد بودن آن یا به عبارت دیگر لزوم تسلیم آن در زمان معامله اجماع وجود دارد. فقها شرط لازم و صحت بیع را تسلیم ثمن هنگام عقد قرارداد می‌دانند.

- محقق حلی در شرایع الاسلام و شهید اول در الدروس الشرعیه در باب بیع، قبض ثمن را از شرایط صحت بیع سلف دانسته اند، عدم قبض را با استناد به منع بیع دین به دین موجب بطلان بیع سلف دانسته است.

- علامه حلی در تذکره الفقهاء قبض ثمن را به عنوان شرط ششم از شرایط صحت بیع سلف برشمرده‌اند.

- حضرت امام (ره) در تحریرالوسیله در باب بیع سلف دو چیز را شرط کرده است؛ مشخص نمودن و بیان جنس و وصف بیع به جهت رفع جهالت و همچنین قبض و گرفتن ثمن قبل از جدایی از مجلس عقد.

بیع دین به دین یا کالی به کالی

دین از لحاظ لغوی به معنای چیزی است که دارای مدت باشد یا دین، گذاشتن مالی در اختیار دیگری برای مدتی معلوم است و یا تعهدی است بر عهده شخصی برای انجام دادن کار یا خود داری از آن و یا پرداخت مالی. در اصطلاح حقوقی به تعهدی که بر عهده شخصی به نفع دیگری وجود دارد از حیث انتساب به بستانکار، طلب، و از جهت نسبتی که به بدهکار دارد بدهی گویند (لنگرودی، ۱۳۶۶، ص ۳۱۶). بیع کالی به کالی بیعی است که ثمن و مثن هیچ کلی فی الذمه باشد و برای تسلیم مبیع و ثمن موعودی مقرر شده باشد و در زمان عقد بیع هیچ چیزی رد و بدل نشود.

- شیخ طوسی در النهایه در احکام بیع سلف و بیع دیون، بیع دین به دین را جایز ولی مکروه دانسته است.

- ابن ادریس در السرائر پس از تقسیم دین به حال و مؤجل می‌گوید اگر دین مؤجل باشد، فروش آن به اجماع جایز نیست ولی اگر حال باشد فروش آن در مقابل دین دیگری جایز است.

- محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام در باب دین می‌فرماید: بیع دین به حال، خواه بر مدیون یا غیر مدیون جایز است و فرق نمی‌کند که ثمن آن نقد باشد یا دین دیگری که حال باشد. ولی اگر ثمن مؤجل و مدت دار باشد برخی گفته‌اند باطل است.

- علامه حلی در تذکره در باب بیع دین به دین، با استناد به روایتی از امام صادق (ع) به نقل از رسول الله «لا یباع الدین بالدین» آن را جایز ندانسته ولیکن فروش آن به غیر دین خواه بر مدیون و یا غیر آن را جایز دانسته و به صورت نقدی نیز جایز می‌دانند اما فروش دین به نسیه را مکروه دانسته‌اند.

- شهید اول در "الدروس" می‌فرماید اگر دین مؤجل باشد بیع آن به طور کلی جایز نیست و در لمعه می‌فرماید بیع دین خواه حال باشد یا مؤجل در مقابل دین دیگری که حال باشد جایز است ولی در برابر دینی که مؤجل و مدت دار باشد جایز نیست.

۱.۴.۲. مبانی حقوقی غرر

پس از بررسی مستندات و مدارک «قاعده غرر» و ارایه حکم مستفاد از آنها که مبتنی بر منع و تحریم معاملات غرری بوده است؛ ما در این بخش مبانی مفاد این «تأسیس حقوقی» را بررسی کنیم. قابل ذکر است که منظور ما از مبانی در این بحث، بیان فلسفه و حکمت منع معاملات غرری و بیان اساس و زیربنای چنین «بنیاد کلی حقوقی» است. از یک طرف، چون در معامله غرری که همراه با خطر و احتمال ضرر و زیان است، ممکن است که یکی از طرفین معامله صاحب مالی شود که استحقاق آن را ندارد و طرف دیگر مالی را بدون دلیل از دست بدهد (دارا شدن بلاجهت) و از طرف دیگر، چنین معاملاتی عمدتاً با تنازع و کشمکش است که این اختلاف در نتیجه سهل‌انگاری و عدم رعایت اتقان در عمل است.

غرر در حقوق ایران

قبل از ذکر قلمرو و محدوده غرر در قانون مدنی ایران، لازم و ضروری است که غرر را از دیدگاه حقوق مدنی ایران تعریف کرده و معاملات غرری که مواد قانونی به آن اشاره کرده است بیان کنیم.

معاملات غرری از دیدگاه قانون مدنی ایران

گرچه عنوان غرر در هیچ یک از مواد قانون مدنی به کار برده نشده، اما با توجه به اینکه مواد قانون مدنی ایران، مقتبس یا متأثر از فقه امامیه است، تنظیم‌کنندگان قانون مدنی محتوا را از فقه امامیه گرفته‌اند.

در قانون مدنی ایران عقد غرری تعریف نشده است و صرفاً در برخی موارد، نویسندگان حقوق مدنی بدون اینکه معامله غرری را از لحاظ حقوقی تعریف کنند، به مصادیق معاملات

غرری اشاره کرده‌اند. به نظر می‌رسد که دو امر علت عدم تعریف غرر در حقوق مدنی ایران باشد: اولاً در فقه امامیه که قانون مدنی ایران براساس آن تدوین شده است تعریف جامعی از عقود غرری صورت نگرفته و فقیهان عمدتاً بیع غرری را با توجه به برخی از مصادیق تعریف کرده‌اند؛ ثانیاً، از آنجا که ارایه تعریف جامع درباره برخی از تأسیسات حقوقی مشکل به نظر می‌رسد و معمولاً برخی از موارد را شامل نمی‌شود و یا به جهاتی مورد اشکال و ایراد قرار می‌گیرد و به اصطلاح اختلاف‌آفرین است، روش تنظیم‌کنندگان قانون مدنی ایران بر این بوده است که معمولاً از ارایه تعریف خودداری و اجتناب کنند.

موادی از قانون مدنی ایران مبتنی بر قاعده غرر

پیشتر ذکر کردیم که مهم‌ترین موارد غرر با توجه به منابع فقهی در سه محور خلاصه می‌شود:

- الف. مواردی که اطمینان به اصل وجود (ثمن یا مثن) نداریم؛
 - ب. موردی که اعتماد و اطمینان به امکان تسلیم و تسلیم و قبض و اقباض آن نداریم؛
 - ج. موردی که به مقدار، جنس و وصف عوضین علم نداریم.
- حال با توجه به اینکه قانون مدنی ایران مقتبس از فقه امامیه است، همین سه محور را می‌توان در مواد پراکنده قانون مدنی جستجو کرد؛ بنابراین، این موارد را به ترتیب در قانون مدنی بررسی می‌کنیم؛

موادی از قانون مدنی که بیانگر ضرورت علم به حصول مبیع و قدرت بر تسلیم است:

- عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند (قانون مدنی، ماده ۳۶۲، بند ۳ و ۴).
- بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر به تسلیم باشد (قانون مدنی، ماده ۳۴۸). پس «قدرت بر تسلیم» خود شرط مستقلی برای مبیع است و نباید آن را از توابع «مالیت داشتن» یا داشتن منفعت عقلایی شمرد.

- مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند. (قانون مدنی، ماده ۲۱۴)
 - بنابراین تعهد تسلیم مستلزم این است که متعاملین به استیلا و سلطه بر آن اطمینان داشته باشند.
 - تسلیم به اختلاف مبیع به گونه‌های مختلف است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند. (قانون مدنی، ماده ۳۶۸).
 - اگر نسبت به بعض مبیع قدرت بر تسلیم داشته و نسبت به بعضی دیگر نداشته باشد، بیع نسبت به بخشی که قدرت بر تسلیم داشته، صحیح است و نسبت به بعض دیگر باطل است (قانون مدنی، ماده ۳۷۲)
- و همچنین برخی دیگر از مواد قانون مدنی مانند ماده «۳۶۷، ۳۶۸، ۳۷۰، ۳۷۳ تا ۳۷۸، ۳۸۰ تا ۳۸۴، ۳۸۷ و ۳۸۸» در این مورد قابل ملاحظه و استفاده است.

غرر در مضمن

در ادامه، غرر را ابتدا از جهت اصل وجود مبیع و سپس از جهت قدرت بر تسلیم بررسی خواهیم کرد.

غرر از جهت اصل وجود مبیع

یکی از موارد غرر، صورتی است که نسبت به موجود بودن مبیع هنگام عقد، اطمینان و وثوقی نیست. به عبارت دیگر نسبت به اصل وجود مبیع شک و تردید است و وجود آن در آینده نیز مجهول و مورد تردید است. این گونه معاملات چون همراه با خطر ناشی از جهل به وجود مبیع است، غرری محسوب شده و محکوم به بطلان است.

با بررسی مواد قانون مدنی ایران می‌توان به این نکته پی برد که یکی از شرایط مورد معامله، موجود بودن آن هنگام عقد است. اما معلوم و روشن است که شرط موجود بودن مورد معامله مربوط به عین معین و یا کلی در معین (عقود تملیکی) است؛ نه در کلی فی الذمه (عقود عهده‌ای)؛ زیرا کلی مفهومی است ذهنی و هرگز نمی‌تواند در خارج وجود داشته باشد، اما معامله آن صحیح است. هر چند که مصادیق آن در زمان معامله موجود نباشد و در آینده به

وجود آید، مانند فروش یک تن چای بهاره آینده، که پس از موجود شدن، فروشنده موظف به تسلیم فردی از افراد آن کلی به خریدار خواهد بود (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۲۹) به همین جهت ماده ۳۶۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است».

غرر از جهت قدرت بر تسلیم

یکی دیگر از موارد غرر قدرت بر تسلیم مورد معامله است. این شرط از شرایط اساسی صحت معامله است و منظور از این شرط این است که انتقال‌دهنده مال یا حق یا تعهد، توانایی تسلیم مورد قرارداد، به منتقل‌الیه یا متعهد له را داشته باشد وگرنه معامله مربوط به آن مورد، باطل است.

۱.۴.۳. مقایسه تطبیقی بیع کالی به کالی و قراردادهای معاملات آتی:

بیع کالی به کالی که مورد نهی صریح پیامبر اکرم (ص) می‌باشد عبارت است از: بیعی که ثمن و مثن کلّی فی الذمه باشد و برای تسلیم مبیع و ثمن موعدی مقرر شده باشد در این نوع بیع در زمان عقد قرارداد هیچ چیز ردوبدل نمی‌شود و هیچ‌گونه ضمانت اجرایی وجود ندارد و به تعبیری عقد روی هوا بسته شده است و چون تعهدی ایجاد نمی‌کند در زمره وفای به عهد و قرارداد نیز قرار نمی‌گیرد، شیخ طوسی در کتاب الامالی ذکر می‌کند پیامبر اکرم (ص) فرموده‌اند «ان النبی (ص) نهی عن البیع ما لم یضمن» (علامه مجلسی، ج ۱۰۰، ص ۱۳۳). یعنی همانا نبی (ص) بیعی که هیچ ضمانتی در اجرای آن وجود ندارد را نهی کرده است.

در بیع کالی به کالی هیچ شرطی ضمن عقد ذکر نمی‌شود و لازم نیست، جنس، وصف، مقدار و زمان تسلیم مبیع معلوم باشد و به دلیل عدم وجود مشخصات و ویژگی‌های این بیع می‌توان آن را در زمره بیع غرری نیز برشمرد. اما قراردادهای معاملات آتی عبارت است از تعهد انجام معامله کالای مشخص در زمان مشخص و جهت ضمانت اجرای معامله باید طرفین سپرده‌ای برای ضمانت اجرای معامله در مدت زمان قرارداد تا زمان سررسید قرار دهند و در طول زمان با تغییرات قیمت کالای مشخص باید سطح سپرده لازم مهیا گردد و عملیات تعدیل

سپرده هر روز صورت گیرد. با توجه به ویژگی‌های بیع کالی به کالی و قراردادهای معاملات آتی جدول زیر به منظور مطابقت یا عدم مطابقت آنها تهیه شده است.

جدول ۱ - مقایسه تطبیقی بیع کالی به کالی با قرار داد معاملات آتی

شرح	ثمن	مئمن	ضمانت اجرایی	ضامن اجراء	ویژگی مئمن (نفت)	زمان تحویل	تحویل فیزیکی نفت	نوع بازار
بیع کالی به کالی	مؤجل	مؤجل	ندارد	ندارد	تقریبی	تقریبی	احتمالی	سنتی و دو طرفه
قرار داد معاملات آتی	مؤجل و نقد	مؤجل	سپرده حسن اجرای قرارداد	بورس نفت	کاملاً مشخص	کاملاً مشخص	کم	پیشرفته و عام
مطابقت	متوسط	کامل	ندارد	ندارد	متوسط	متوسط	کم	بسیار کم

نتایج بدست آمده از جدول فوق نشان دهنده تفاوت اساسی بیع کالی به کالی با قرار داد معاملات آتی است به این معنا که ویژگی‌ها و مکانیسم معاملات در این دو متفاوت است به تعبیری دیگر نمی توان قرار داد معاملات آتی را بیع کالی به کالی دانست. با توجه به ملاکهای مطرح شده در خصوص بیع کالی به کالی و عدم صدق آنها در قرارداد معاملات آتی، لذا این قرارداد مجاز است. از طرفی در صورت مشابهت قرارداد آتی با بیع کالی به کالی می توان برای رهایی از بطلان بیع کالی به کالی آن را در قالب عقد بی نام مطرح کرد. عقد بی نام یا غیر معهود عقدی است که در فقه به آن عقد مستقل نیز می گویند و عبارت است از قرار دادی که در زمان شارع متعارف نبوده و بعدها پدید آمده است (انصاری، ص ۷۸). فقهای امامیه بیشترین تلاش خود را در حفظ عقود با نام (متعارف) و بیان شرائط و آثار آنها به کار بسته اند و در مواردی که ضرورت اقتضا داشته که عقد بی نام منعقد شود، مفاد آن را به صورت شرط ضمن عقد لازم یا صلح در می آورده اند (نجفی، ج ۲۳، ص ۱۹۹). عقد بی نام نوعی تراضی و مصداقی از عقد صلح است که احکام اختصاصی عقود را که به جای آنها قرار گرفته نخواهد داشت. [7] تقریباً میان فقهای امامیه اتفاق نظر است که صلح یک عقد مستقل محسوب می شود و شرایط اختصاصی عقود دیگر را ندارد، هر چند به جای آنها بنشینند (تذکره الفقها، ج ۲،

ص ۱۷۷). صلح بر دو نوع است صلح بر دعوی که مخصوص منازعه است و صلح بدوی که عقد مستقلی است مبتنی بر تسالم و در ردیف بیع یا یکی از عقود معین است (وسایل‌الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۳۳). ماده ۷۵۸ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران می‌گوید «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرائط و احکام خاصه آن معامله را ندارد» حضرت امام (ره) در تحریرالوسیله مسأله ۱۵ می‌فرماید: «معامله دین به دین که در قالب عقد بیع منهی می‌باشد در چارچوب و قالب عقد صلح شرعی و صحیح است». فلذا قرارداد معاملات آتی را به عنوان عقد صلح می‌توان این گونه بیان کرد: قرارداد معاملات آتی عبارت است از اسنادی که به موجب این اسناد طرفین معامله مصالحه می‌کنند که یکی از آنها بر ذمه گیرد تا عوضی را در مقابل متاعی به تملک شخص اول در آورد. همچنین از عقد صلح می‌توان در بازار ثانویه برای معاملات دست دوم بهره برد که البته در این حالت یک طرف مصالحه بورس است. به تعبیر دیگر خریدار یا فروشنده اوراق بهادار، با بورس مصالحه می‌کند.

از عقود دیگری که برای رهایی از بطلان بیع کالی به کالی می‌توان مطرح نمود جعاله است. حضرت امام (ره) در تحریرالوسیله در باب عقود می‌فرماید:

«جعاله ملتزم شدن به عوض معلوم بر عملی حلال و جایز می‌باشد یا جعاله انشاء به این التزام باشد یا قرار دادن عوض معلوم بر انجام عملی مشخص است».

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز در ماده ۵۶۱ می‌گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخص به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.» جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب بر دو قسم است: خاص و عام. جعاله خاص ایجاب برای شخص معین است و طرف خطاب تنها یک یا چند تن خاص می‌باشند. جعاله عام ایجاب برای عموم است و آنچه به نظر جاعل اهمیت دارد رسیدن به نتیجه معلوم است و جاعل ملتزم می‌شود که هر کس کار مورد درخواست او را انجام دهد پاداش معهود را خواهد گرفت.

در بازار معاملات آتی طرف قرار داد همواره بورس می‌باشد که می‌تواند جاعل باشد و طرف دیگر می‌تواند افراد حقیقی و حقوقی باشند و جعاله نیز به منظور ایجاد نقدینگی و بازار ثانویه باید جعاله عام باشد.

علمای شیعه معتقدند ایجاب قراردادهای مالی می‌تواند به طرف عموم باشد، چنانکه فروش مالی به قیمت معین پیشنهاد شود بی آنکه خریدار معینی مورد نظر مالک قرار گیرد (نجفی، ج ۳۵، ص ۱۸۹). موضوع جعاله می‌تواند مجهول باشد و اگر مجهول بودن عمل، اجازه داده شود همین استثنا در مورد اجرت نیز مقرر می‌شود. البته امکان مجهول بودن عوض تا جایی ممکن است که دین طرفین عقد از نظر حقوقی قابل احراز باشد و طرفین جعاله باید حداقل علم اجمالی به موضوع آن داشته باشند (علامه حلی، ج ۶، ص ۱۹۱). قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز در ماده ۵۶۱ می‌گوید: در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست.

در بورس معاملات آتی عقد آن به صورت جعاله عام است. موضوع مورد معامله کاملاً مشخص و استاندارد است و فقط قیمت معامله در مرور زمان بر اثر عوامل بنیادین متغیر بوده ولی طرفین علم اجمالی به قیمت مورد معامله دارند. به عبارت دیگر عمل که عبارت است از خرید کالای مشخص، علم کامل در مورد آن وجود دارد ولی اجرت که عبارت است از قیمت کالا، متغیر است که در این مورد نیز حداقل علم اجمالی وجود دارد. فلذا قرار داد آتی در بورس معاملات آتی به عنوان قرارداد جعاله به صورت زیر تعریف می‌شود:

«قرارداد آتی عبارتست از اسنادی که به موجب این اسناد طرفین قرار داد توافق می‌نمایند که یک طرف به عنوان جاعل مقرر می‌دارد، در صورتی که در تاریخ و زمان معین شده طرف مقابل متاع مشخص شده در قرار داد را جهت فروش به جاعل ارایه نماید، جاعل آن را به ثمن مشخص شده در قرار داد خریداری نماید. عامل نیز عمل خواسته شده یعنی عرضه متاع مورد نظر جهت خرید را انجام می‌دهد و جعل عبارت است از همان حقی که جاعل به عامل می‌دهد و خود را ملزم به خرید متاع ارایه شده می‌نماید.»

۱.۴.۴. بررسی شبهه فقهی عملیات بورس‌بازی

بورس‌بازی از نظر لغوی به معنای «تأمل، تصور، حدس و گمان، پیش‌بینی، قمار و سفته بازی» [8] آمده است.

مفاهیم بورس‌بازی

بورس‌بازی به خطر انداختن کالا یا سرمایه در مواجهه با یک عدم اطمینان است که تصمیم‌گیری در آن شرایط، حدسی است. پر واضح است که درجه‌ای از بورس‌بازی در تمامی تصمیمات انسانی وارد می‌شود. در این صورت هر تصمیم در شرایط ریسکی بورس‌بازی محض نبوده و شریعت اسلامی با آن مخالف نیست. بورس‌بازی در صورتی قابل تأمل است که معاملات غرری بوده و پذیرش ریسک بدون چشم‌انداز مثبت به آینده و در حالت جهل صورت گیرد.

همانطوری که بیان شده عمده اشکالات فقهی بورس‌بازی شامل مفاهیم معاملات غرری و قمار می‌باشد که در دین مبین اسلام احکام و نظراتی در مورد آنها صادر شده است.

مقایسه غرر و عملیات بورس‌بازی:

غرر از نظر لغوی به معنای خطر [9]، در معرض هلاکت افتادن و فریب خوردن است. [10] غرر از نظر اصطلاحی به معنای جهالت موضوع معامله از نظر مقدار، وزن، پیمانه، عدد، و ... یا اوصاف جنس است اما اگر حصول چیزی که مجهول است معلوم شود و فقط صفت آن مجهول باشد غرری نخواهد بود. غرر از نظر حقوقی یعنی اگر کسی عقدی منعقد نماید و به یکی از جهات معامله جاهل باشد و از ناحیه آن جهل، برای او احتمال ضرری باشد آن عقد باطل است.

طبق آن چه بیان شد، غرر نقطه مقابل شفافیت و معلوم بودن است، در همه معاملات شفاف، طرفین علاقه دارند که روابط میان آنها دوستانه و معقول باشد و هر یک در انجام تعهد با حسن نیت اقدام کنند. یعنی طرفین موظفند تمام حقوقی را که در محدوده اطلاعات آنان قرار دارد در اختیار یکدیگر بگذارند، در حالی که در معامله غرری بالعکس است.

امیر المؤمنان علی (ع) می‌فرماید: « إِنَّ الْغُرْرَ عَمَلٌ لَا يُؤْمَنُ مَعَهُ الضَّرْرُ » غرر کاری است که از زیان ایمن نباشد و طبق بیان حضرت رسول (ص) « نَهَى النَّبِيُّ (ص) عَنِ بَيْعِ الْغُرْرِ » [11] یعنی پیامبر (ص) مردم را از بیع غرری نهی کرده است. لذا بیع غرری در اسلام باطل می‌باشد. در خصوص معاملات و دادوستدهای تجاری در قرآن حکم و قاعده کلی وجود دارد که فقهای اسلام در تمام ابواب معاملات (معاملات مالی) از جمله در مورد معاملات غرری - که

ممنوع و نهی شده است - به آن استدلال می‌کنند. آن حکم کلی عبارت است از: «تحریم اکل مال به باطل» و به اصطلاح حقوقی به معنی نامشروع دانستن، دارا شدن بلا جهت یا دارا شدن غیرعادلانه می‌باشد که در آیه زیر بیان گردیده است:

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموالتان را به باطل بین خود نخورید مگر آن که تجارتي از روی رضا و رغبت باشد ...» [12]

معامله با وجود جهالت قابل توجه، معامله غرری محسوب می‌شود و عملی نابخردانه و غیرمعقول است و هیچ عقل سلیمی آنرا تأیید نمی‌کند. از طرفی موازین عقلی و منطقی حکم می‌کند از معاملاتی که نتیجه مبهم و خطر آفرین دارد و آینده آن روشن نیست و در برخی موارد موجب تخاصم و تنازع بین افراد جامعه می‌شود، اجتناب بشود. البته احتمال ضرر و زیان در هر معامله‌ای وجود دارد مثل عقد شرکت مضاربه‌ای که سود مشترک احتمالی است و ممکن است به دست نیاید و میزان و اندازه دقیق آن را نیز نمی‌توان پیش‌بینی نمود، علت این امر ماهیت خود عمل می‌باشد که با خطر آفرینی همراه است یعنی دارای ریسک و خطر طبیعی است. چنین خطر احتمالی بر نفوذ و صحت عقد صدمه‌ای نمی‌زند ولی اگر معامله به هر دلیلی برای کسب بازدهی بیشتر معامله مجهولی را انجام دهد که به یکی از اوصاف معامله جهل داشته باشد که از نظر عقلانی نیز قابل پذیرش نیست جز معاملات غرری محسوب می‌شود. لذا می‌توان نتیجه گرفت که حکمت بطلان معامله غرری در زیان باری آن به دلیل جهالت و همچنین در خطر تنازع و تعارض طرفین معامله است. بعضی از فقیهان امامیه از ساختمان حقوقی معاوضه فراتر رفته و به آثار اجتماعی مخاطره در داد و ستد پرداخته‌اند؛ به نظر آنان: «دلیل نهی در معامله غرری بنای خردمندان نیست، بلکه جلوگیری از خطری است که به تنازع می‌انجامد و صلح اجتماعی را به خطر می‌اندازد.» (نراقی، ص ۳۴).

در بازارهای مالی که اوراق مالی (دارایی مالی) مبادله می‌شوند، قیمت‌ها باید منعکس کننده کلیه اطلاعات در مورد آن دارایی باشند به عبارت دیگر بازار باید کارا [13] باشد، در غیر این صورت افراد بر اساس حدس و گمان اقدام به معامله خواهند کرد و بعضاً برای کسب بازدهی بیشتر معامله مجهولی را انجام می‌دهند. با توجه به این توصیفات، اطلاعات، عاملی است که بورس‌بازی را از معاملات غرری متمایز می‌کند، به نظر می‌رسد که عدم وجود اطلاعات یا

کمبود آن در این زمینه موجب می‌شود که حد و مرز بین بورس‌بازی و معاملات غرری بسیار کم شود و این دو به یک معنی بکار روند. البته این به معنای آن نیست که تمام تصمیماتی که با عدم وجود اطلاعات یا ناقص بودن آن در بازار گرفته می‌شود مصداق غرر است.

اگر در بازار مالی معامله‌گران اوراق بهادار بازارگرمی کنند و اوراق بهادار خود را مدح یا اوراق بهادار دیگران را ذم کنند و تبلیغات مثبت و منفی در بازار ایجاد کنند از نظر اسلامی قابل پذیرش نیست و چنین معامله‌ای در شرایط جهل طرف دیگر صورت می‌گیرد و محل اشکال است. اگر تبلیغات سوء در بازار موجب غبن طرف معامله شود مغبون می‌تواند به غابن مراجعه و ادعای غبن کند. در بورس اسلامی تبلیغات کاذب نباید وجود داشته باشد و در طراحی مکانیزم بازار مالی اسلامی باید این مسأله لحاظ گردد. در بازار مالی اسلامی باید اداره نظارت بر بازار، اطلاعات را افشاء نماید. بازار مالی اسلامی باید کارا باشد چون شفافیت اطلاعاتی عاملی است که معاملات صحیح و اسلامی را از معاملات غرری متمایز می‌سازد.

در معاملات بازار مالی اسلامی تبانی نباید وجود داشته باشد به عنوان مثال اگر حجم شناور اوراق بهادار در بازار به اندازه کافی باشد افراد نمی‌توانند با هم تبانی کنند و به واسطه انحصار آنان بر اوراق بهادار خاصی، قیمت آن اوراق را به طور کاذب افزایش یا کاهش دهند فلذا یکی دیگر از ویژگی‌های بازار مالی اسلامی بالا بودن حجم شناور آزاد اوراق بهادار است. با توجه به مفاهیم بورس‌بازی نکات زیر استخراج می‌گردد:

- تصمیم‌گیری برای انجام معاملات پر ریسک توسط بورس‌بازان در صورتی که با جهل صورت نگیرد اشکال ندارد.

- سرمایه‌گذاری برای مدتی بسیار کوتاه در صورتی که در قالب یکی از عقود اسلامی مانند بیع صورت گرفته و جهل نداشته باشد و موضوع غرر متفی باشد اشکالی ندارد.

- اتخاذ تصمیم بر اساس شایعات در صورت وجود جهل نسبت به اوصاف مورد معامله از نظر فقهی مشروع نیست.

- انجام معامله توسط بورس‌بازان جهت کسب سود و منفعت از مابه‌التفاوت قیمت روز و قیمت خریداری در صورتی که مبرا از اشکالات فقهی مندرج در بندهای قبل باشد اشکالی ندارد.

- دستکاری قیمت‌ها و سوق دادن قیمت‌ها به قیمت‌های کاذب مصداق معاملات غری و اکل مال به باطل بوده و مشروع نیست.

- تصمیم‌گیری در شرایط جهل نسبت به خرید و فروش اوراق بهادار مشروع نیست. بورس‌بازی در بازارهای آتی از جمله بازار بورس معاملات آتی نفت شامل کلیه مفاهیم بورس‌بازی در بازارهای نقد [14] است. فلسفه تشکیل بازارهای آتی، پوشش ریسک سرمایه‌گذاران در مقابل نوسانات قیمت اوراق مالی یا نوسانات قیمت کالا می‌باشد. بورس‌بازی در این بازارها ضد عملیات پوشش ریسک می‌باشد. بورس‌بازانی که در این بازارها قصد تحویل دادن یا تحویل گرفتن دارایی اساسی پشتوانه قرارداد منعقد را ندارند و صرفاً به دنبال کسب سود از مابه‌التفاوت قیمت تثبیتی در قرارداد و قیمت روز می‌باشند در این صورت به دلیل اینکه این قرارداد جنبه صوری و ظاهری داشته و دارایی پشتوانه که حکایت از کالایی باشد وجود نداشته در حالیکه انشاء معامله جدی است و انشاء جدی باید به دنبال آن مبادله فیزیکی صورت گیرد مصداق اکل مال به باطل بوده و مشروع نمی‌باشد. سایر مباحث مربوط به بورس‌بازی در این بازار مانند بازار نقد می‌باشد.

مقایسه عملیات بورس‌بازی و قمار:

قمار در لغت به معنی کسب سود بواسطه بخت، اقبال و شانس با ادوات قمار می‌باشد. شیخ انصاری در مکاسب محرمه، قمار و خرید فروش ادوات قمار راجز و مکاسب محرمه برشمرده است. ویژگی‌های قمار به شرح زیر است:

۱. ماهیت قمار بر اساس شانس و بخت‌آزمایی است.
۲. اطلاعات و دانش نقشی در کسب بازدهی یا زیان ندارد.
۳. به محض شروع قمار، مدیریت بر آن وجود ندارد و قمارکننده باید صبر کند تا نتیجه که کاملاً تصادفی و بر اساس شانس است به دست آید.
- چهار. هدف از قمار فقط کسب بازدهی می‌باشد و این عملیات هیچگونه فایده اقتصادی در جامعه ندارد.

با توجه به بیان مفاهیم قمار در مقایسه با عملیات بورس‌بازی در بازار مالی، به نکات زیر می‌توان اشاره کرد:

۱. ماهیت اصلی معاملات بورس‌بازی، تحلیل آمار و اطلاعات و تصمیم‌گیری بر اساس اطلاعات در بازار مالی که دارای حداقل کارایی است صورت می‌پذیرد.
 ۲. تبیین درست از وضعیت موجود و پیش‌بینی دقیق‌تر وضعیت آتی نقش مهمی در کسب بازدهی یا زیان دارد.
 ۳. به محض شروع عملیات بورس‌بازی مدیریت بر آن شروع می‌شود و با تغییر وضعیت معاملاتی یا خنثی نمودن وضعیت معاملاتی مدیریت فعال بر پرتفوی اعمال می‌شود.
 ۴. هدف از بازارهای آتی، کنترل و مدیریت ریسک و پایداری تولید است و بورس‌بازان در این بازار موجب افزایش نقدینگی و شفافیت بازار و کاهش ریسک یا نوسانات بازار می‌گردند؛ در نتیجه به مدیریت ریسک تولید، کمک می‌کنند.
- با توجه به نکات مذکور و مقایسه مفاهیم قمار و بورس‌بازی هیچ گونه تطابقی مشاهده نمی‌شود.

قمار و شرط‌بندی در قانون مدنی ایران

«قمار و گروبنندی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد، جاری است» (قانون مدنی، ماده ۶۵۴)

دکتر سید حسن امامی در بحث قدرت بر تسلیم مورد معامله می‌گویند:

«هرگاه قدرت بر تسلیم مال مورد معامله مورد تردید یکی از طرفین واقع شود، معامله بر آن احتمالی و تسلیم عوض در مقابلش مانند گروبنندی غرری می‌باشد...» (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۲۹).

همچنین ایشان در مورد بخت‌آزمایی قائل هستند:

«از نظر حقوقی، بخت‌آزمایی معامله غرری و باطل می‌باشد؛ زیرا یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله آن است که هر یک از طرفین بدانند چه چیز می‌دهند و یا چه چیز می‌گیرند... و در بخت‌آزمایی این امر مجهول است» (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۲۹).

بعضی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز عقد و قرارداد شرط بندی و قمار را از جمله عقود غرری یا احتمالی محسوب کرده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ص ۴۵۵). اما پیشتر ذکر کردیم که علت نامشروع بودن قمار و شرط‌بندی مجهول بودن مورد معامله و عوض نیست تا

آنها را از جمله عقود غرری (به معنای اخص) بدانیم بلکه بدان سبب است که جهت و علت در آنها نامشروع است؛ قسمت دوم ماده ۶۵۴ ق.م که مقرر می‌دارد: «... همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد، جاری است.» نیز می‌تواند مویدی بر کلام ما باشد؛ چرا که معاملات و قراردادهای مخالف نظم اجتماعی و اخلاق حسنه را باطل و غیرمعتبر قلمداد کرده به نحوی که هیچ تعهدی از آنها ناشی نشده است و دعاوی مربوط به آن نیز مسموع نخواهد بود.

۱.۵. قراردادهای آتی^۱ در ایران

بورس‌های دارای ساختار منسجم به عنوان یک مکان مرکزی برای خریداران و فروشندگان مشتقات مالی به شمار می‌روند. قراردادهای در بورس به شکل استاندارد است و قیمت‌های مربوطه برای تمامی کسانی که وارد بازار می‌شوند نیز، یکسان است. قیمت‌های بورس به شکل سیستم حراج مستمر از سوی بورس اعلام می‌شود. نقش بورس آتی و موسسات پایاپای و وجود حساب ودیعه و مکانیزم به روزرسانی حساب، ریسک طرفین معامله را به حداقل می‌رساند و فضایی امن برای سرمایه‌گذاران ایجاد می‌کند. در ایران طبق ماده یک (بند یازدهم) معاملات اوراق مشتقه من جمله قراردادهای آتی کالا در بورس شکل قانونی پیدا کرد و مراجع تقلید نیز قبل از دولت و مجلس بر اساس استفتائات اخذ شده مجوز لازم را اخذ کرده بودند. از طرفی جهت دستیابی به اهداف خصوصی‌سازی و آزادسازی اقتصاد کشور، نیاز به بازار سرمایه مدرن و بورس‌های پیشرفته در داخل کشور وجود دارد. با توجه به این امر در حال حاضر، شرکت بورس کالا ماموریت یافته است تا ضمن ساماندهی بازار سرمایه کشور، ابزارهای مشتقه از قبیل قراردادهای آتی را به سرعت عملیاتی کند. در ایران از سال ۱۳۸۴ بر طبق قانون جدید بازار سرمایه، معاملات اوراق مشتقه من جمله قراردادهای آتی در بورس شکل قانونی پیدا نمود و این قراردادها از نظر فقهی مورد تأیید مراجع عظام تقلید قرار گرفتند. با توجه به آغاز معاملات آتی طلا در ابتدای سال ۱۳۸۷ در بورس کالای ایران و اخذ پذیرش درج و راه‌اندازی معاملات آتی فلز مس در بورس و تلاش به منظور توسعه هرچه سریعتر این بازار

فرصت مناسبی برای حضور گروه‌های مختلف تولیدکننده و مصرف‌کننده به منظور پوشش ریسک قیمتی و حضور سرمایه‌گذاران به منظور کسب سود در این بازار فراهم گردیده است. بهره‌گیری قراردادهای آتی دارای مزایای چندگانه‌ای است که در ادامه به برخی از مهم‌ترین بخش‌های آن اشاره می‌شود. اول: پوشش ریسک^۱ به منظور جلوگیری از قرارگرفتن دارایی‌ها در معرض نوسانات قیمت بازار از طریق خرید و فروش به موقع قراردادهای آتی دوم: اهرم مالی^۲ یا ایجاد فرصت کسب سودآوری بالا با سرمایه‌گذاری نسبتاً کم، سوم: افزایش سرعت نقدشوندگی^۳ و نیز نقدینگی در بازار از طریق به‌کارگیری قراردادهای آتی در بورس، چهارم: کشف قیمت از طریق تقابل عرضه و تقاضا در بازار و شفاف و عادلانه بودن آن به دلیل حجم بالای این‌گونه معاملات، پنجم: نبود نیاز به مالکیت دارایی به صورتی که فروشنده با عمل پیش‌فروش^۴ می‌تواند یک قرارداد آتی را در بازار بفروشد و در صورت نیاز به تحویل، آن را از بازار تهیه کند، ششم: تضمین عملکرد مالی قراردادهای آتی معامله شده در بورس از سوی اتاق پایاپای بورس که به عنوان پشتوانه قابل اطمینان برای طرفین معامله (خریدار و فروشنده) در اجرای سالم قراردادهای آتی است. هفتم: هزینه اندک قراردادهای آتی در مقابل هزینه معاملات سهام به طوری که با صرف هزینه بسیار کمتر، عایدی حتی بیشتر از معامله سهام یا دارایی به دست می‌آید و در نهایت: استاندارد شدن قراردادهای خرید و فروش از نظر کمیت و کیفیت. گروه‌های ذی‌نفع از قراردادهای آتی قراردادهای آتی برای گروه‌های زیر سودمند است: شرکت‌هایی که از وام‌های ارزی استفاده می‌کنند، تولیدکنندگان (در زمینه واردات اقلام و صادرات کالا)، خریداران و فروشندگان کالا، مصرف‌کنندگان ارز، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های کارگزاری، تجار (صادرکنندگان و واردکنندگان) و بانک‌ها و موسسات مالی و اعتباری. از سوی دیگر منافع حاصل برای گروه‌های فوق در بازار قراردادهای آتی شامل موارد زیر است: اول: مدیریت ریسک مالی ناشی از نوسانات قیمت، ارز، نرخ سود و کالاهایی از جمله فلزات و مشتقات نفت، دوم: کسب اطلاعات فوری از قیمت‌های نقد و آتی دارایی‌ها، سوم: کسب اطلاعات برای تولیدکننده جهت تولید یا عدم تولید محصولات، چهارم: تصمیم

1. Hedging

2. Leverage

3. Liquidity

4. Short Selling

فروش برای صاحب کالا در بهترین موقعیت زمانی فروش و در آخر: امکان ایجاد نظام برنامه‌ریزی نقدی با درجه اطمینان بالاتر.

۱.۵.۱. قراردادهای آتی در بورس کالای ایران

در سال ۲۰۰۷ بیش از ۱۶ میلیارد قرارداد آتی در کل جهان منعقد شده است که با فرض هزار دلار برای هر قرارداد، ارزش قراردادهای آتی در این سال بالغ بر ۱۶ هزار میلیارد دلار بوده است.

دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی در شرکت بورس کالای ایران (سهامی عام) مصوب شورایی عالی بورس مورخ ۸۶/۱۲/۲۰ در اجرای بند ۲ مصوبه مورخ ۸۶/۱۱/۱ شورای عالی بورس و اوراق بهادار به استناد بند ۴ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ این دستورالعمل جهت راه‌اندازی و انجام معاملات قرارداد آتی به پیشنهاد شرکت بورس کالای ایران، در ۵۲ ماده و ۱۷ تبصره در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۱۹ به تصویب هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار رسید.

۱.۵.۲. بازار گسترده برای معاملات آتی در ایران با نگاهی به حجم معاملات در بازار

بورس کالای ایران در سال ۱۳۸۷

طی ۱۱ ماه فعالیت شرکت بورس کالای ایران از فروردین الی بهمن ماه ۸۷ محصولات مختلفی در سه رینگ معاملاتی فلزی و معدنی، پتروشیمی و کشاورزی به صورت نقدی، سلف و نسیه دادوستد شد. میزان حجم کل معاملات محصولات به استثنای طلا در شرکت بورس کالای ایران طی مدت مذکور، بالغ بر ۹ میلیون و ۲۸۱ هزار و ۹۲۹ تن بود که به ارزش ۷۱ تریلیون و ۳۸۹ میلیارد و ۷۸۲ میلیون و ۸۶۲ هزار ریال دادوستد شد. در این مدت همچنین ۱۶۷ کیلو و ۸۲ گرم شمش طلا به ارزش ۴۳ میلیارد و ۸۷۲ میلیون و ۳۵۴ هزار ریال در تالار معاملات بورس کالای ایران دادوستد شد. با نگاهی به آمار معاملات بورس کالای ایران می‌توان دریافت که داد و ستد انواع کالاها در این بورس نسبت به مدت مشابه سال گذشته با رشد چشمگیری روبه‌رو بوده است به طوری که حجم معاملات بورس کالا در ۱۱ ماهه امسال

نسبت به مدت مشابه سال گذشته، ۶۸/۷ درصد و ارزش معاملات ۵۱/۵ درصد افزایش یافته است.

طی ۱۱ ماه فعالیت شرکت بورس کالای ایران، رینگ محصولات فلزی و معدنی با در اختیار گرفتن ۵۹/۱۹ درصد حجم کل معاملات و ۷۵/۸۳ درصد ارزش کل معاملات، جایگاه نخست معاملات را به خود اختصاص داد. در این رینگ، جمعاً ۵ میلیون و ۴۹۳ هزار و ۸۷۴ تن انواع محصولات فلزی و معدنی به ارزش ۵۴ تریلیون و ۱۳۸ میلیارد و ۲۹۹ میلیون و ۷۸۲ هزار ریال داد و ستد شد.

طی مدت مذکور همچنین رینگ فرآورده‌های پتروشیمی و نفت با در اختیار گرفتن ۳۹/۱۴ درصد حجم کل معاملات و ۲۳/۳۵ درصد ارزش کل معاملات، جایگاه دوم معاملات را به خود اختصاص داد. در این رینگ، جمعاً ۳ میلیون و ۶۳۲ هزار و ۵۶۰ تن انواع محصولات پتروشیمی به ارزش ۱۶ تریلیون و ۶۶۷ میلیارد و ۶۰۹ میلیون و ۵۰ هزار ریال مورد معامله قرار گرفت.

همچنین طی ۱۱ ماه فعالیت شرکت بورس کالای ایران در سال جاری، رینگ محصولات کشاورزی با در اختیار گرفتن ۱/۶۸ درصد حجم کل معاملات، و ۰/۸۲ درصد ارزش کل معاملات، جایگاه سوم معاملات را به خود اختصاص داد.

در این رینگ، جمعاً ۱۵۵ هزار و ۴۹۵ تن انواع محصولات کشاورزی به ارزش ۵۸۳ میلیارد و ۸۷۴ میلیون و ۳۰ هزار ریال به معامله شده‌که نشان‌دهنده بازار رو به رشد و بسیار مناسب جهت استفاده از معاملات آتی است.

جدول شماره ۲

حجم و ارزش محصولات معامله شده در بورس کالا						
تغییرات	از تاریخ ۸۷/۱/۱ تا تاریخ ۸۷/۱۱/۰۵		از تاریخ ۸۶/۱۱/۰۵ تا تاریخ ۸۶/۱۱/۰۵		از تاریخ ۸۶/۱/۱ تا تاریخ ۸۶/۱۱/۰۵	
	حجم (تن)	ارزش (هزار ریال)	حجم (تن)	ارزش (هزار ریال)	حجم (تن)	ارزش (هزار ریال)
محصولات فلزی و معدنی	۵,۲۶۱,۸۸۰	۴۶,۴۸۰,۲۹۳,۶۰۵	۵,۴۹۳,۸۷۴	۴۶,۴۸۰,۲۹۳,۶۰۵	۵,۲۶۱,۸۸۰	۴۶,۴۸۰,۲۹۳,۶۰۵
محصولات کشاورزی	۲۴۰,۸۲۵	۶۵۶,۱۶۴,۴۸۵	۱۵۵,۴۹۵	۶۵۶,۱۶۴,۴۸۵	۲۴۰,۸۲۵	۶۵۶,۱۶۴,۴۸۵
محصولات پتروشیمی	—	—	۳,۱۳۲,۵۶۰	—	—	—
جمع کل	۵,۵۰۲,۷۰۵	۴۷,۱۳۶,۴۵۸,۰۹۰	۹,۲۸۱,۹۲۹	۴۷,۱۳۶,۴۵۸,۰۹۰	۵,۵۰۲,۷۰۵	۴۷,۱۳۶,۴۵۸,۰۹۰

ملا به مقدار ۱۲۷,۸۲ کیلوگرم و ارزش ۴۳,۸۷۲,۶۵۸ هزار ریال طی این دوره مورد معامله قرار گرفت.

۱.۶. آیا به لحاظ حقوقی ایجاد بازار آتی شاخص سهام در ایران میسر است؟

با توجه به مطالب گذشته در مورد بیع غرری از عنوان «قدرت بر تسلیم» و مفاد ماده ۳۴۸ ق.م. چنین بر می‌آید که بطلان قرارداد ویژه موردی است که عدم قابلیت تسلیم ناشی از وضع خود مال باشد نه ناتوانی شخص متعهد.

در ضمن از مواد ۳۴۸ و ۳۷۲ ق.م. استفاده می‌شود که هرگاه قدرت بر تسلیم مال مورد معامله مورد تردید یکی از طرفین واقع شود، معامله غرری است. همچنین هر گاه پس از معامله معلوم شود که در هنگام انعقاد عقد، بایع بر تسلیم موضوع معامله قادر نیست، ولی متعاملین جاهل بر آن بوده‌اند. طبق ماده ۳۴۸ ق.م. آن معامله اساساً باطل است. زیرا ملاک و مناط اعتبار قدرت، در واقع و حقیقت بر همین مفهوم پیروی کرده و قدرت واقعی بایع بر تسلیم را از شرایط صحت عقد شمرده است. چنان که مقرر کرده است: «صحت بیع مشروط است به قدرت واقعی بایع بر تسلیم مبیع و بر فرض که بایع هنگام معامله خود را قادر بر تسلیم مبیع بداند یا نشان دهد ولی در واقع عاجز باشد، مطابق ماده ۳۴۸ قانون مدنی بیع باطل است (متین، بی تا، ص ۷۳)»

با توجه به ماهیت قرارداد آتی شاخص سهام، شاخص سهام قابلیت تسلیم ندارد و لذا براساس مفاد قانون مدنی موارد زیر استخراج می‌شود:

- ماده ۳۴۸ ق.م. بیع چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است. لذا قرارداد آتی شاخص سهام با توجه به این ماده باطل است.
- براساس تفسیر دکتر امامی از مواد قانون مدنی راجع به تسلیم مورد معامله و با توجه به ماهیت قرارداد آتی شاخص سهام، مصداق بخت‌آزمایی واقع می‌شود. بر اساس این مطلب، یکی از شرایط اساسی برای صحت معامله آن است که هر یک از طرفین بدانند چه چیز می‌دهند و یا چه چیز می‌گیرند و در غیر این صورت، بخت‌آزمایی محسوب می‌شود و در زمره معاملات غرری قرار می‌گیرد و باطل است.
- قرارداد آتی شاخص سهام از نظر حقوق مدنی جمهوری اسلامی ایران منهی است و لذا ایجاد بازار آتی شاخص سهام با توجه به حقوق ایران میسر نیست.

۱.۷. مرور کلی بر قرارداد تاخت (Swap Contracts):

یکی از ابزارهای پر استفاده در گستره مدیریت ریسک، قرارداد تاخت (Swap Contracts) نام دارد که ابتدا در سال ۱۹۷۹ در لندن طراحی شد. در سال ۱۹۸۱ قرارداد تاخت پول (Currency Swap) توسط شرکت معروف سالومان برادرز طراحی و عرضه گردید که اولین مشتریان این قرارداد بانک جهانی و شرکت IBM بودند. بدین ترتیب، دیری نپایید که در استفاده از قرارداد تاخت بعنوان یکی از ابزارهای مهندسی مالی فراگیر شد. بطور خلاصه در قرارداد تاخت، مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ ثابت و مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ شناور (Floating rate) با یکدیگر تاخت زده می‌شوند. بدین صورت افرادی که به دنبال پرهیز از مواجهه با نوسانات قیمت‌اند، جریان نور ثابت و سایر مشارکت‌کنندگان بازار که به واسطه حرفه خویش از این فرصت‌ها با قبول ریسک استفاده می‌کنند، جریان نقدی شناور را بر می‌گزینند.

امروزه از معاملات تاخت استفاده‌های زیادی می‌شود و همه روزه کاربران جدید وارد این بازار می‌شوند. سرعت فراگیر شدن قرارداد تاخت از هنگام معرفی تا کاربرد، از سایر ابزارهای مشتقه بیشتر است که علت آن را می‌توان سهولت استفاده و کارایی در پوشش ریسک و حتی کاهش هزینه‌ها و نیز یافتن شرایط با فرصت‌های بیشتر ذکر کرد.

قرارداد تاخت روی جریان نقدی حاصل از معاملات مختلف منعقد می‌شود از جمله نرخ سود که بیشترین استفاده را در قرارداد تاخت دارد و بازار عمده آن مربوطه به قرارداد تاخت نرخ سود است. از این دست، قرارداد تاخت نرخ و ارز و کالا را می‌توان نام برد که در بازارهای مالی و بازار کالا مورد استفاده قرار می‌گیرد که به آن اشاره می‌شود. تاخت مالکیت و تاخت اعتباری نیز از ترکیب‌های جدید قرارداد تاخت می‌باشند که در حال گسترش هستند و حجم نسبتاً قابل توجهی از بازار را نیز به خود اختصاص داده‌اند و تحقیقات زیادی در این خصوص در حال انجام می‌باشد.

۱.۷.۱. تاریخچه معاملات تاخت:

منشأ قرارداد تاخت، وام‌های متقابل (Parallel Loans) و وام‌های دو به دو یکسان است، تنها تفاوت این دو وام این است که وام دو به دو طرفین اجازه خارج شدن از قرارداد را در صورت نکول هر یک از طرفین می‌دهد، درحالی‌که قرارداد وام متقابل چنین اجازه‌ای به طرفین نمی‌دهد و علاوه بر آن وثیقه دهنی متقابل را نیز مجاز نمی‌داند. بعبارتی اگر یکی از طرفین نکول که دو طرف دیگر با ریسک نکول مواجه شد، قرارداد طرف دوم با ریسک نکول مواجه نمی‌شد و به عبارت دیگر در قرارداد وام متقابل طرفین قرارداد در قبال نکول طرف دیگر مستقل از یکدیگرند. بدین صورت ورود و خروج پول از مرزها انجام نمی‌گیرد و ضمناً شرکت‌ها فعالیت سرمایه‌گذاری خود را انجام می‌دهند. (Sapp 2002) با از بین رفتن محدودیت‌های مذکور در اوایل دهه ۱۹۷۰، استفاده از این ۲ نوع قرارداد نیز کاهش پیدا کرد و قرارداد جدید به نام تاخت طراحی گردید. اولین قرارداد تاخت در سال ۱۹۷۹ در لندن طراحی شد که البته دو سال بعد معامله‌ای براساس آن انجام نگرفت تا اینکه در سال ۱۹۸۱ یک معامله تاخت نرخ ارزبین بانک جهانی و شرکت IBM منعقد گردید و با توجه به اعتبار طرفین معامله، این قرارداد به سرعت مشتریان زیادی پیدا کرد. به علت قوانین وضع شده از سوی بانک مرکزی ایالات متحده، در زمان پیدایش قرارداد تاخت، نرخ سود دلار در داخل ایالات متحده بالاتر از خارج آن بود و همین انگیزه‌ای برای دریافت وام از طریق بانک‌های لندن شد که هزینه کمتری در برداشت.

۱.۷.۲. سازوکار معاملات تاخت

کلیه معاملات تاخت یک ویژگی عمومی دارند و آن طرفین معامله و واسطه‌ای است که معامله‌گر تاخت نامیده می‌شود. این معامله‌گر، بانک تاخت (Swap Bank) یا بازر ساز نیز خطاب می‌شود. در این معامله طرفین به معامله‌گر تاخت مراجعه کرده، درخواستهای خود را عنوان می‌نمایند. یکی از طرفین (طرف اول) بدنبال یک یا چند جریان نوری براساس نرخ ثابت است و معامله‌گر، طرف مقابل (طرف دوم) را برای وی جستجو می‌کند تا همان درخواست را با نرخ شناور داشته باشد. مقادیر ثابت پرداخت شده با عنوان کوپن تاخت

(Swap Coupon) معرفی می‌شود و با دریافت این مبلغ ثابت، طرف اول، ریسک تغییرات نرخ دارایی را از بین می‌برد.

۱.۷.۳. مقایسه اجمالی «عقود اسلامی» با ابزارهای مالی مثل تاخت

واقعیت آن است که در میان مسلمانان کشورهای اسلامی و غیر اسلامی سرتاسر جهان، آنقدر سرمایه‌گذار و متقاضی تأمین مالی از طریق عقود اسلامی وجود دارد که توجه گروهی از بانک‌های متعارف غربی را که علاقه‌مند به جذب اینگونه مشتریان بوده و می‌خواهند سهام بالقوه پرسودی از این بازارهای نسبتاً دست نخورده را بدست آورند، به خود جلب کرده است.

۱.۷.۴. عقد جعاله:

جعاله را در فقه اسلامی به سه صورت جُعَاله، جَعَاله و جُعَاله گفته‌اند. که تعریف آن عبارتست از: جعاله در شرع، ملتزم نمودن عوضی معلوم است بر عملی. صاحب کتاب گرانقدر جواهر الکلام در این باره می‌نویسد: «جعاله ملزم شدن به عوض بر عمل حلال و مقصود عقلاء به صیغه‌ای که دلالت بر جعاله نماید» می‌باشد.

۱.۷.۵. بررسی قرارداد سوآپ بعنوان عقد صلح

همانطور که می‌دانیم صلح عبارتست از تراضی و تسالم بر امری و صلح یک عقد معین از عقود لازم می‌باشد. با توجه به تحقیقات بعمل آمده، این عقد یکی از مناسب‌ترین عقود جهت طراحی ابزار مالی سوآپ (Swaps) و استفاده از تکنیک آن می‌باشد، زیرا در مواردی که در بیع اختلاف و اشکال وجود دارد با توجه به نظر اغلب فقهای شیعه (برخی ادعای اجماع نموده‌اند) می‌توانند در قالب عقود صلح مطرح گردند مگر مواردی که مشارع در عقد صلح استثناء نموده‌اند. لذا با عنایت به مفهوم قرارداد سوآپ (Swap) می‌توان آنرا چنین ارایه نمود که عبارتست از اسنادی که به موجب آن طرفین معامله مصالحه می‌نمایند که هر کدام از طرفین مشخصات و دریافت و پرداختهای مربوط به اصل و فرع و اصل یک وام تحصیل شده (یا دارایی) را با یکدیگر معاوضه نمایند. همچنین می‌توان سوآپ را که مجموعه‌ای از قراردادهای آتی (نرخ) می‌باشد در نظر گرفته و قراردادهای آتی را نیز در تحت عنوان عقد

صلح طراحی و تنظیم نمود. در مورد این عقد نیز ممکن است چنین شبهه‌ای وارد گردد که چنانچه از حضرت امام خمینی (ره) نیز در یک طرف در جائیکه بعنوان جاعل خود را ملزم به انجام عملی همچون خرید متاع مورد نظر (یا دریافت و پرداخت نرخ و مابه‌التفاوت یا مبلغ ثابت و یا متغیر) در تاریخ مشخصی به قیمت معین است را انجام دهد و طرف مقابل نیز در حالیکه بعنوان عامل قبول می‌نماید که عمل خواسته شده از طرف مقابل جاعل) را که فروش (عکس طرف مقابل مذکور) عمل مورد نظر (یا نرخ و مبلغ ثابت و یا متغیر و یا ارزشهای مربوطه) را به قیمت مشخص و در زمان معلوم می‌باشد، انجام دهد در همان حال بعنوان جاعل خود را ملتزم می‌کنند تا در صورتیکه عامل به وی مراجعه نمود متاع یا عمل مورد نظر را به وی ارایه دهد. سایر شروط متناسب با بازارهای مالی و قراردادهای آتی نیز در این قرارداد شرط می‌شود و لازم الاجراء خواهد بود. اما فرق میان این طراحی و طراحی قبل در این است که هر دو طرف بعنوان جاعل می‌باشند، از نظر کسانی که جعاله را از طرف جاعل لازم می‌دانند، این نوع طراحی، اشکال کمتری دارد. در ضمن در این طراحی، عمل، اقدام به خرید و فروش (یا دریافت و پرداخت مبالغ مربوط به اصل یا فرع وامها) می‌باشد. یا بعبارتی جعل در این قراردادها تفاوت میان قیمت قرارداد و وضعیت روز متاع مورد نظر می‌باشد. (یعنی تفاوت میان قسمت ثابت نرخ با متغیر آن است).

۱.۸. نتیجه‌گیری

تطابق معاملات آتی‌ها و معاوضات با عقود و موازین اسلام و اجرای آنها در ایران اسلامی موضوع این مقاله بود که در انتها معاملات معاوضات و معاملات آتی (بغیر از آتی شاخص سهام) مطابق با موازین و عقود شریعت اسلام تشخیص داده شد. در این تحقیق با ارایه داده‌های اقتصادی ایران اهمیت ورود بازارهای کالای ایران به معاملات آتی‌ها و معاوضات و سهم بازار این معاملات را خاطر نشان کرده است. معاملات آتی با توجه به باطل بودن بیع غرری در شرع و قوانین مدنی جمهوری اسلامی ایران که دارای دو ۲ اصل: وجود مبیع و قدرت بر تسلیم است در نظر اول غرری مینماید و لیکن با بررسی و تدقیق مستند دریافت شد که میتوان این معاملات را نوعی عقد صلح و یا جعاله عام محسوب نمود و شبهه غرری بودن آن را از بین برد، اما در خصوص آتی شاخص سهام به علت عدم قدرت بر تسلیم شاخص

نمی‌توان این آتی را غیرغرری دانست. بنابراین معاملات آتی غرری نیستند به غیر از آتی شاخص سهام که در ایران قابل اجرا نیست. در خصوص معاوضات نیز می‌توان سوآپ را که مجموعه‌ای از قراردادهای آتی (نرخ) می‌باشد در نظر گرفته و قراردادهای آتی را نیز در تحت عنوان عقد صلح طراحی و تنظیم نمود.

در ایران طبق ماده یک (بند یازدهم) معاملات اوراق مشتقه من جمله قراردادهای آتی کالا (Futures) در بورس شکل قانونی پیدا کرد و مراجع تقلید نیز قبل از دولت و مجلس بر اساس استفتائات اخذ شده مجوز لازم را اخذ کرده بودند. از طرفی جهت دستیابی به اهداف خصوصی‌سازی و آزادسازی اقتصاد کشور، نیاز به بازار سرمایه مدرن و بورس‌های پیشرفته در داخل کشور وجود دارد. با توجه به این امر در حال حاضر، شرکت بورس کالا ماموریت یافته است تا ضمن ساماندهی بازار سرمایه کشور، ابزارهای مشتقه از قبیل قراردادهای آتی را به سرعت عملیاتی کند. در ایران از سال ۱۳۸۴ بر طبق قانون جدید بازار سرمایه، معاملات اوراق مشتقه من جمله قراردادهای آتی در بورس شکل قانونی پیدا نمود و این قراردادها از نظر فقهی مورد تأیید مراجع عظام تقلید قرار گرفتند. با توجه به آغاز معاملات آتی طلا در ابتدای سال ۱۳۸۷ در بورس کالای ایران و اخذ پذیرش درج و راه‌اندازی معاملات آتی فلز مس در بورس و تلاش به منظور توسعه هرچه سریعتر این بازار فرصت مناسبی برای حضور گروه‌های مختلف تولیدکننده و مصرف‌کننده به منظور پوشش ریسک قیمتی و حضور سرمایه‌گذاران به منظور کسب سود در این بازار فراهم گردیده است.

پی‌نوشت‌ها:

[1]- Margin

[2]- Marking to Market

[3]- Clearing process

[4]- London Clearing House

[5]- initial margin

[6]- Mufti Taqi, Usmani, "futures, options and swaps", International Journal of Islamic financial services, Vol.1.No.1

[7]- تقریباً میان فقیهان امامیه اتفاق نظر است که صلح یک عقد مستقل محسوب می‌گردد و شرایط اختصاصی عقود دیگر را ندارد، هر چند به جای آنها بنشینند. فقط شیخ طوسی است که در کتاب المبسوط می‌گوید: «الصلح لیس بأصل فی نفسه و أنما هو فرع لغيره»؛ ولی در چند سطر بعد از نظر اول عدول کرده، تصریح می‌کند: «و یقوی فی نفسی ان یكون هذا الصلح اصلاً قائماً بنفسه و لا یكون فرع البیع فلا یحتاج الی شروط البیع» (المبسوط؛ ج ۲، ص ۲۸۸ و ۲۸۹). برای

- دیدن آرای فقهی در زمینه استقلال عقد صلح رجوع کنید به: تذکره الفقهاء؛ ج ۲، ص ۱۷۷. و الدروس الشرعیه؛ ج ۳، ص ۳۳۰ و سؤال شماره ۳۹۵
- [8]- فرهنگ منوچهر، "فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی"، جلد اول، سال ۱۳۷۱، ص ۷۵۷
- [9]- منتهی العرب فی لغة العرب، ص ۹۱۲.
- [10]- اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، ج ۲، ص ۸۶۷
- [11]- جفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، بیع. باب غرر.
- [12]- «یا ایها الذین امنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم...»
- [13]- Efficient.
- [14]- Spot Market

کتابنامه:

۱. البرواری، شعبان محمد اسلام (۱۴۲۳ ق). بورصه الاوراق الماليه من منظور اسلامي. دمشق: دارالفک. ۲۰۰۲م.
۲. رضایی، مجید (۱۳۸۴). «اواق اختیار معامله در منظر فقه امامیه». فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع) شماره ۲۵، بهار
۳. الزحیلی، وهبه (۱۴۲۳ ق). المعاملات الماله المعاصره بحوث و فتاوی و حلول. دمشق: دارالفک. الطبعه الاولى
۴. عبدالحمید الرضوان، سمیر (۱۴۱۷ ق). اسواق الاوراق الماليه. قاهره: المعهد العالمی للفکر الاسلامی. الطبعه الاولى.
۵. المومن القمی، محمد (۱۴۱۷ ق). کلمات سدیده فی مسائل جدیده. قم: موسسه النشر الاسلامی. الطبعه الاولى.
۶. امام خمینی (ره)، «کتاب البیع»، جلد سوم، چاپ مهر، ۱۳۶۳.
۷. انصاری، شیخ مرتضی، «شرح مکاسب».
۸. بت شکن، محمد هاشم، «بازار قراردادهای آتی و حق اختیار معاملات و امکان سنجی راه اندازی آنها در ایران»، پایان نامه دکتری دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «ترمینولوژی حقوق»، انتشارات ابن سینا، ۱۳۶۶.
۱۰. جهانخانی، علی، «مدیریت مالی»، جلد اول و دوم، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
۱۱. جهانخانی، علی و پارسائیان، علی، «فرهنگ اصطلاحات مالی»، مؤسسه انتشارات مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، ۱۳۷۵.
۱۲. چالشتری، سید حسین، «امکان سنجی طراحی قراردادهای آتی در نظام مالی اسلام»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد مدیریت مالی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۶.

۱۳. رجایی، مهدی، «طراحی ابزارهای مالی در نظام مالی بدون ربا»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد مدیریت، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ۱۳۷۹.
۱۴. رفیعی، محمدتقی، «مطالعه تطبیقی غرر در معامله»، انتشارات حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸.
۱۵. سعیدی، محمد علی، «بیع کالی به کالی در فقه اسلامی و حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۷۶.
۱۶. شهید اول، محمد بن جواد مکی عاملی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، سلسله الینابیع الفقهیه.
۱۷. شیخ طوسی، النهایه، سلسله الینابیع الفقهیه.
۱۸. صالح آبادی، علی، «بورس‌یازی در بازار سهام از دیدگاه اسلام»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع)، شماره ۲۰، سال ۱۳۸۲.
۱۹. صالح آبادی، علی و آرام، محمد، «اصول مدیریت مالی اسلامی و ابزارهای آن»، مرکز تحقیقات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۰.
۲۰. عاملی، شیخ حر (محمد بن الحسن)، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۲۱. عبده تبریزی، حسین، «مبانی بازارها و نهادهای مالی»، ترجمه، انتشارات نشرآگاه، ۱۳۷۶.
۲۲. علامه حلی، شیخ جمال الدین ابومنصور الحسن، تذکره الفقهاء، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۳. فرهنگ منوچهر، «فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی»، جلد اول، سال ۱۳۷۱.
۲۴. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۲۵. کاتبی، حسینقلی، «حقوق تجارت»، انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۵.
۲۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، «کتاب البیع»، باب غرر.
۲۷. نراقی، ملا احمد، «عواندالایام».
۲۸. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: انتشارات استقلال.

29. Obiyathullah, Ismath (1991), "Derivative Instruments and Islamic Finance", International Journal of Islamic Financial Services, Vol. 1, No.1.
30. Dubofsky, D. (1992), "option and Financial Futures", MC Graw-Hill.
31. Hull, J, (1993), "option, Futures and the other Drivative Securities", Perntic-Hall.
32. Campbell, T and kracaw, W. (1993), "Financial Risk Management", Harper Collins College Publishers.
33. Goss, B.A. "Futures market and their establishment and performance", London, Crommttelm Ltd. 1988.
34. Ausaf Ahmad, "Towards an Islamic Financial Market", IDB, IRTI, Research paper, No.45, 1997.
35. Jake Bernstein, "How the Futures Markets work", New York Institute of Finance, Second Edition, 2000.