

ماهیت حقوقی حساب ودیعه در معاملات مشتقه مالی

جواد حسین‌زاده^{۱*}، دانا معبدی^{۲**}، محمد حسین‌خانی^{۳***}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، دانشیار گروه حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران

۳. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۰۹/۰۵)

چکیده

بازار مشتقه مشتمل بر قراردادهای آتی و اختیار معامله از جمله نوآوری‌های قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ است. یکی از ویژگی‌های ممتاز این بازار تضمین تعهدات مشتریان در قالب نظام ودیعه است. سرمایه‌گذاران بازار مشتقه هم‌زمان با ورود به این بازار باید وجهی را که بدان «وجه تضمین» یا «ودیعه» گفته می‌شود برای تضمین تعهدات خود تودیع کنند و تا زمانی که قرارداد باقی است، با توجه به نوسانات بازار و کاهش و افزایش ارزش قرارداد، وجه تودیع شده را ترمیم کنند. ویژگی‌ها، تنوع و متغیر بودن «وجه تضمین» یا «ودیعه» از آن ماهیتی منحصر به فرد ساخته است. در این تحقیق ضمن بیان مفهوم، انواع و کارکرد «وجه تضمین»، ماهیت آن با نهادهایی چون ودیعه، قرض، وجه التزام، رهن و وثیقه مقایسه شده و به این نتیجه رسیده است که وجه مذکور به‌رغم شباهتی که با بسیاری از نهادهای پیش‌گفته دارد، با وثیقه انطباق بیشتری دارد. کلیدواژگان: بازار بورس، بازار مشتقه مالی، حساب ودیعه. اتاق پایایی.

* **Email:** hoseinzadeh@usc.ac.ir

** **Email:** d.maboudi@yahoo.com

*** **Email:** mohhos66@yahoo.com

مقدمه

در بازارهای سنتی و متداول همواره این امکان وجود دارد که طرفین معامله نخواهند یا نتوانند تعهدات قراردادی خود را در قبال یکدیگر انجام دهند. افزون بر این ممکن است حق الزحمه نمایندگان خود نظیر دلال یا حق العمل کارشان را نپردازند. ضمن اینکه امکان دارد نمایندگان نیز از تحویل آنچه که مأمور به خرید یا فروش آن بوده اند امتناع ورزند. اما در بازار بورس به ویژه در بازار مشتقات یکی از ابزارهای پیش بینی شده برای غلبه بر احتمال نقض عهد اعضای پایایی یا مشتریان آنها برقراری نظام ودیعه است.

بند ۱۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب آذرماه ۱۳۸۴ بازار مشتقه را شامل قراردادهای آتی و اختیار معامله مبتنی بر اوراق بهادار یا کالا دانسته است.^۱ از آن جا که قراردادهای مشتقه بطور کلی طرفین معامله را متعهد به خرید یا فروش مالی در آینده می‌کند، به منظور اطمینان از اجرای تعهدات طرفین، به ضمانت حسن انجام معامله توسط هر کدام از طرفین معامله نیازمند است. بنابراین هر کدام از طرفین جهت ورود به قرارداد باید برای پوشش خسارت ناشی از نکول احتمالی خود ودیعه‌ای بسپارند. (Lore, 2000, P.12) هدف از تحمیل الزامات نظام ودیعه به مشتری فراهم آوردن تضمینی برای اجرای تعهدات طرفین معامله است. (Jorion, 2003, P.118) نظام ودیعه در معاملات بورس به گونه‌ای طراحی شده تا امکان اعمال ضمانت اجرا بدون نیاز به رجوع به محاکم، به صورت خودکار و درون نهادی وجود داشته باشد.

واژه مارجین (Margin) در حقوق بازار سرمایه ایران با تعبیری همچون: ودیعه، وجه تضمین، وجه التزام و وجه الضمان معرفی شده است. در این تحقیق به پیروی از دستور العمل‌های سازمان بورس از مارجین با عنوان «وجه تضمین» یاد می‌شود.

از آنجا که «وجه تضمین» در بازارهای مشتقه از نقش و کارکرد بسیار مهمی برخوردار است، بررسی ماهیت حقوقی سپرده مزبور به عنوان نهادی تأثیرگذار بر معاملات بازارهای مشتقه حائز اهمیت است. بنابراین مسأله این است که «وجه تضمین» با کدامیک از عناوین و نهادهای حقوقی

۱. برای آشنایی با ابزارهای مشتقه مالی و قراردادهای اختیار معامله و آتی رجوع کنید به کتاب (حسین زاده جواد، قرارداد اختیار

معامله بررسی حقوقی و فقهی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱)

موجود در نظام حقوقی ایران قابل توجیه است. به بیان دیگر «ماهیت حقوقی» سپرده وجه مذکور چیست و از نظر حقوقی چگونه توصیف می‌شود.

در پاسخ به این سوال، در حقوق ایران تحقیق مستقلی صورت نگرفته است، هر چند برخی به طور فرعی در تحقیقات خود (بدون توجه به ماهیت آن) از این نهاد یاد کرده‌اند. در این تحقیق، ابتدا مفهوم و انواع وجه تضمین و کارکرد آن در بازار مشتقات مورد بررسی قرار گرفته است. سپس ماهیت آن با نهادهایی مانند ودیعه، قرض، وجه التزام، رهن و وثیقه مقایسه شده است.

۱. مفهوم و انواع وجه تضمین

نویسندگان در منابع مختلف از واژه «مارجین» تعاریف متفاوتی ارائه داده‌اند. «مارجین» در زبان عربی هامش نامیده می‌شود. برخی از نویسندگان عرب در تعریف آن گفته‌اند: «هامش از ریشه همش دلالت بر سرعت عمل، سرعت کلام، حاشیه کتاب و لواحق دارد. اما معنای اصطلاحی آن متفاوت از معنای لغوی است، هامش در اصطلاح عبارت است از مبلغی که مشتری بانک یا مشتری کارگزار براساس نسبتی از ارزش اوراق قابل معامله نزد آنها می‌سپارد.» (الفرع‌الشریف، ۲۰۰۹، ص ۶)

«مارجین» که در بازار سرمایه ایران از آن با عنوان «وجه تضمین» یاد می‌شود، عبارت از منابع مالی است که معامله‌گران قراردادهای آتی و اختیار معامله جهت انجام معاملات و به منظور تضمین انجام تعهدات خود نزد اتاق پایاپای^۱ یا کارگزاران خود قرار می‌دهند. وجه تضمین در این بازار دارای انواع مختلفی به شرح ذیل است.

۱. اتاق پایاپای، تمام معاملات اوراق بهادار را در بازار تسویه و پایاپای می‌کند، این نهاد معمولاً توسط مقام ناظر [سازمان بورس] یا اعضای بازار [کارگزاران بورس] تشکیل می‌شود. به عبارت دیگر اتاق پایاپای یک شرکت تجاری مستقل یا واحدی از آن و یا یک شرکت تابعه بورس است (Lofton, 2005: 10). در ایران اتاق پایاپای به عنوان واحدی از یک شرکت به فعالیت می‌پردازد، به طوری که دو شرکت بورس کالای ایران و سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه و جوه هر کدام بخشی از فعالیت‌های خود را به تسویه و پایاپای معاملات بازار مشتقات اختصاص داده‌اند. مقررات‌گذار ایرانی تنها تعریفی که در موارد متعدد از اتاق پایاپای ارائه داده است به این عبارت محدود می‌شود: "واحدی که تسویه و پایاپای از طریق آن صورت می‌گیرد." بند ۲ ماده ۱ آیین‌نامه اتاق پایاپای، بند ۲ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام، بند ۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی، بند ۲ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد آتی سهام و بند ۱ ماده ۱ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران) اما برخلاف ظاهر، اتاق پایاپای تنها یک واحد ساده محسوب نمی‌شود، زیرا در معاملاتی که در بازار مشتقات انجام می‌شود نقش بسیار مهم‌تری ایفاء می‌کند و وظیفه آن تنها به تسویه و پایاپای محدود نمی‌شود بلکه "نقش اتاق پایاپای" در این قراردادها عمل

۱-۱. وجه تضمین اولیه

وجه تضمین اولیه یا ودیعه اولیه (Initial Margin) مقدار پولی است که هر کدام از طرفین قرارداد آتی یا فروشنده قرارداد اختیار معامله باید جهت انجام معامله بپردازند. مبلغ باقیمانده بعد از خاتمه قرارداد به مشتری بازگردانده می‌شود. معمولاً وجه تضمین اولیه معادل درصد کمی از ارزش قرارداد است که در اکثر بورس‌ها حدود ۵ درصد است. (Readhead, 2008, p.547) ولی در برخی بورس‌ها ۸ تا ۱۰ درصد تعیین می‌شود. (Mishra, 2007, P.58) در واقع شرط انعقاد قرارداد مشتقه [آتی و اختیار معامله] سپردن وجه تضمین اولیه است.

در دستورالعمل‌های مربوط، وجه تضمین اولیه چنین تعریف شده است: «وجهی است که جهت تضمین ایفای تعهدات مشتریان برای ایجاد یک موقعیت تعهدی اخذ می‌شود»، در قراردادهای آتی هر دو طرف معامله ملزم به رعایت الزامات نظام ودیعه هستند. زیرا هر کدام از طرفین دارای یک موقعیت تعهدی معین (خرید یا فروش) می‌باشند.^۲ در نتیجه امکان نکول از سوی هر کدام از طرفین وجود دارد.

اما در قرارداد اختیار معامله تنها فروشنده است که ضمن قرارداد متعهد می‌شود مبلغی را به عنوان وجه تضمین نزد کارگزار یا اتاق پایاپای قرار دهد (بند ۶۵ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام). علت چنین تفاوتی این است که خرید یک قرارداد اختیار هیچ‌گونه تعهدی برای دارنده آن ایجاد نمی‌کند و صرفاً حقی به شمار می‌رود که می‌تواند اعمال شود یا از آن صرف نظر گردد.

تمام وجوه تضمینی که از سوی هر مشتری باید نزد اتاق پایاپای تودیع گردد، در حسابی به نام «حساب عملیاتی» (Operational Account) واریز می‌گردد، این حساب جهت تسویه وجوه توسط

به عنوان طرف معامله است، یعنی اتاق با ورود به رابطه قراردادی بین متعاملین، در "مقابل کارگزار فروشنده نقش خریدار و در مقابل کارگزار خریدار نقش فروشنده بازی می‌کند." (ماده ۷ آیین نامه اتاق پایاپای مصوب ۱۳۸۴/۳/۹) ماهیت حقوقی اتاق همواره از موضوعات پیچیده و بحث برانگیز بوده است که بررسی آن در این مجال نمی‌گنجد.

۱. بند ۴۵ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی و بند ۵۹ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد آتی سهام و بند ۳۹ ماده ۱ دستورالعمل ثبت و سپرده گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و تسویه و پایاپای معاملات در بورس انرژی.
۲. بند ۳۹، ۴۱ و ۴۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قرارداد آتی.

اتاق مورد استفاده قرار می‌گیرد. براساس مقررات، مشتری هنگام افتتاح حساب عملیاتی حق هر گونه تصرف اعم از برداشت یا نقل و انتقال وجوه را از خود سلب و اتاق را به عنوان وکیل خود بر می‌گزیند تا به هر نحو که مقتضی می‌داند در آن تصرف کند و مشتری تنها اگر در جریان تسویه حساب روزانه سود برده و موجودی حساب عملیاتی وی از میزان وجه تضمین اولیه فزونی یابد، با تکمیل فرم «درخواست انتقال وجه» و تأیید اتاق می‌تواند از حساب عملیاتی خود برداشت کند.

۱-۲. وجه تضمین اضافی

گاهی اوقات ممکن است نوسانات ارزش دارایی پایه موضوع قرارداد (کالا، سهام و...) آن چنان زیاد باشد که ودیعه سپرده شده از سوی مشتری، پاسخگوی ریسک نوسانات فعلی نباشد، در این صورت اتاق پایاپای مختار در افزایش سطح وجه تضمین اولیه است.

وجه افزوده شده به «وجه تضمین اضافی» (Additional Margin) موسوم است و مقررات‌گذار آن را این‌گونه تعریف کرده است: «وجهی است که در صورت عدم کفایت وجه تضمین اولیه، جهت پوشش ریسک نوسانات قیمت از کلیه مشتریان دارای موقعیت تعهدی باز اخذ می‌گردد. این وجه با اعلام اتاق پایاپای و طی مهلت اعلام شده از سوی این اتاق باید توسط مشتریان پرداخت گردد. میزان این وجه توسط بورس تعیین می‌شود.»^۲ بدیهی است در صورتی که آرامش نسبی به بازار بر گردد و نوسانات کاهش پیدا کند، وجه تضمین اضافی حذف یا اصطلاحاً آزاد و به مشتری برگردانده می‌شود.

۱-۳. حداقل وجه تضمین

حداقل مبلغی که همواره باید در حساب تضمین حفظ شود را «حداقل تضمین» یا تضمین ثابت (Maintenance margin) می‌نامند. به عبارت دیگر حداقل وجه تضمین، که معمولاً بین ۶۰ تا ۷۵

۱. بند ۱۴ ماده ۱ آن.پ، بند ۲۰ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قرارداد آتی، بند ۲۳ ماده ۱ دستورالعمل ثبت سپرده گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و تسویه و پایاپای معاملات در بورس انرژی، بند ۱۱ ماده ۱ دستورالعمل تسویه و پایاپای معاملات بورس کالا و بند ۲۶ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام.

۲. بند ۴۱ ماده ۱ دستورالعمل ثبت و سپرده گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و تسویه و پایاپای معاملات در بورس انرژی، بند ۴۴ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی، بند ۶۴ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام و بند ۵۸ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد آتی سهام.

درصد تضمین اولیه است، کمترین مبلغی است که مشتری دارای موقعیت تعهدی باز باید همواره بصورت سپرده در اختیار اتاق قراردادده باشد. (Readhead, 2008, P.547)

پس از آنکه مبلغ «تضمین اولیه» واریز گردید حسب مورد قرارداد آتی یا اختیار معامله منعقد می‌شود و «عملیات تسویه روزانه» آغاز می‌گردد، در خلال روند عملیات تسویه روزانه همواره با توجه به شرایط بازار سود یا زیان مشخص دارنده «موقعیت تعهدی باز» محاسبه شده و میزان مبلغ موجود در «حساب عملیاتی» که به عنوان تضمین اولیه بوده است کم یا زیاد می‌گردد. در صورتی که شخص در بازار معاملات سود ببرد، میزان وجه موجود در حساب وی افزایش می‌یابد و طبق ضوابط تعیین شده می‌تواند وجه مازاد را از حساب عملیاتی خود برداشت کند. اما در صورتی که پس از انجام عملیات تسویه روزانه مشخص گردد که شخص از انجام معامله در آن روز زیان دیده است، در نتیجه میزان وجه تضمین اولیه موجود در حساب عملیاتی وی کاهش می‌یابد، این کاهش موجودی تا سطحی از حداقل می‌تواند ادامه یابد که این سطح حداقلی را به عنوان حداقل وجه تضمین یاد می‌کنند. در صورتی که میزان وجه تضمین اولیه از سطح حداقل مذکور کمتر شود، منجر به صدور «اخطاریه افزایش وجه تضمین» از سوی اتاق پایاپای می‌گردد.

اتاق پایاپای معمولاً با توجه به عوامل متعددی نظیر: مشخصات قرارداد، نوع دارایی پایه و نوسانات بازار اقدام به تغییر و تعیین سطح حداقلی وجه تضمین می‌کند. از آن‌جا که بعد از انعقاد قرارداد اولیه اتاق در مقابل کارگزار خریدار نقش فروشنده و در مقابل کارگزار فروشنده نقش خریدار را ایفاء می‌کند، لذا نظارت اتاق بر حداقل وجه تضمین جهت حفاظت خود در مقابل قصور احتمالی طرفین، اهمیت بالایی دارد. (Ibid, p.547)

۱-۴. وجه تضمین جبرانی

در قسمت قبل گفته شد که موجودی وجه تضمین اولیه مشتری که در حساب عملیاتی وی متمرکز شده است نباید از یک سطح مشخص (حداقل وجه تضمین) کاهش یابد. اگر در جریان تسویه حساب روزانه این کاهش رخ دهد، بلافاصله اتاق پایاپای اقدام به صدور اخطاریه افزایش وجه تضمین خواهد کرد. وجه تضمینی که مشتری باید جهت رساندن موجودی حساب خود به سطح وجه تضمین اولیه پرداخت کند به عنوان «وجه تضمین جبرانی» یا «ودیعه متغیر» (Variation)

(margin) شناخته می‌شود. به عبارت دیگر وجه تضمین جبرانی تفاوت موجودی فعلی حساب عملیاتی مشتری با میزان وجه تضمین اولیه است. دستورالعمل‌های مربوط در موارد متعدد وجه تضمین جبرانی را چنین تعریف کرده است: «وجه تضمینی است که مشتریان بعد از دریافت اختطاریه افزایش وجه تضمین باید نزد اتاق پایاپای تودیع نمایند.»^۱

مشتری باید پس از دریافت اختطاریه، حداکثر تا یک ساعت پیش از پایان جلسه معاملاتی روز بعد وجه تضمین جبرانی را به حساب عملیاتی خود واریز نماید، اگر مشتری نتواند یا نخواهد کاهش صورت گرفته را جبران کند به ترتیب باید موقعیت تعهدی خود را ببندد یا اینکه بنا به دستور اتاق پایاپای، کارگزار آن مشتری اقدام به بستن موقعیت او خواهد نمود. در واقع ضمانت اجرای عدم جبران کاهش مذکور، خروج مشتری از قرارداد است.

اکنون با ذکر مثالی کاربردی، انواع وجه تضمین و روند تسویه حساب روزانه را بهتر درک خواهیم کرد:

فرض کنید هم اکنون در تاریخ ۲۰ مهر ماه هستید و برای تهیه مواد اولیه کارخانه خود نیاز به خرید نفت خام دارید، لذا برای خرید ۱۰۰ قرارداد آتی نفت خام وارد بازار مشتقات می‌شوید. در تاریخ ۲۱ مهر ماه ۱۰۰ قرارداد آتی نفت خام با اندازه هر قرارداد ۱۰۰۰ بشکه را به قیمت هر بشکه ای ۲۵ دلار برای تحویل در آذرماه خریداری می‌کنید. مبلغی که شما به عنوان وجه تضمین اولیه باید نزد اتاق پایاپای بگذارید ۱۶۰ هزار دلار است که معادل $6/4$ درصد قیمت نفت خام است. فرض میزان حداقل وجه تضمین ۷۵ درصد وجه تضمین اولیه است، پس حداقل وجه تضمین برابر است با ۱۲۰ هزار دلار، یعنی:

$$120/000 = 120/000 \times 75\% \times 64\% \times 1000 \times \text{قرارداد } 100 \times 25$$

فرض کنید در ۲۲ مهر ماه قیمت آتی های نفت خام به بشکه ای $24/75$ دلار کاهش یافته است. بدین ترتیب حساب ودیعه شما نزد اتاق به میزان $25/000$ دلار کم شده و به $135/000$ دلار می‌رسد، یعنی:

$$160/000 - 25/000 = 135/000$$

۱. بند ۴۶ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات آتی، بند ۶۰ ماده ۱ معاملات قرارداد آتی سهام، بند ۶۶ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام و بند ۴۰ ماده ۱ دستورالعمل ثبت و سپرده گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و تسویه و پایاپای معاملات در بورس انرژی.

اما متأسفانه کاهش قیمت همچنان ادامه دارد بطوری که در ۲۳ مهر ماه، قیمت آتی‌های نفت خام مجدداً با ۲۵ سنت کاهش به ۲۴/۵۰ دلار می‌رسد، پس با کسر ۲۵/۰۰۰ دلار دیگر از حساب عملیاتی شما، باقی مانده به ۱۱۰/۰۰۰ دلار می‌رسد که از حداقل وجه تضمین یعنی ۱۲۰/۰۰۰ دلار کمتر است، با کاهش صورت گرفته اتاق اقدام به صدور اخطاریه افزایش وجه تضمین می‌کند، بدین ترتیب شما با پرداخت ۵۰/۰۰۰ دلار به عنوان وجه تضمین جبرانی، سطح حساب عملیاتی خود را مجدداً به میزان وجه تضمین اولیه می‌رسانید. اگر شما این تفاوت را نپردازید، به دستور اتاق، کارگزار موضع معاملاتی شما را خواهد بست.

اگر بخت با شما یار باشد به گونه‌ای که در ۲۴ مهر ماه قیمت آتی‌های نفت خام به میزان ۴۰ سنت افزایش یابد و به شبکه‌ای ۲۴/۹۰ دلار برسد، شما ۴۰ هزار دلار سود خواهید برد، که این مبلغ از حساب عملیاتی طرف معامله به نفع حساب عملیاتی شما ضبط خواهد شد، همانطور که در هنگام ضرر شما در ۲۲ و ۲۳ مهر ماه این مبلغ از حساب شما به نفع طرف معامله کسر شده است. مانده حساب عملیاتی پس از سود ۴۰ هزار دلاری، به ۲۰۰ هزار دلار افزایش می‌یابد. شما می‌توانید با تکمیل فرم درخواست انتقال وجه و اخذ تأییدیه اتاق سود مزبور را دریافت کنید.

اما اگر از حساب خود برداشت نکنید و در ۲۵ مهر ماه قیمت آتی‌ها نفت خام ۱۰ سنت دیگر افزایش و به شبکه‌ای ۲۵ دلار برسد، ۱۰ هزار دلار دیگر به حساب عملیاتی شما واریز خواهد شد. اگر در ۲۶ مهر ماه قیمت آتی‌های نفت خام ۶۰ سنت کاهش یافته و به شبکه‌ای ۲۴/۴۰ دلار برسد، ۶۰ هزار دلار از حساب شما کسر خواهد شد که مانده حساب شما را به ۱۵۰/۰۰۰ دلار می‌رساند، اما چون مانده ودیعه از حداقل ودیعه ثابت یعنی ۱۲۰ هزار دلار بیشتر است تقاضایی برای وجه تضمین جدید از شما صورت نمی‌گیرد.

۲. ماهیت حقوقی وجه تضمین

۲-۱. ودیعه

در موارد متعددی از «حساب عملیاتی» با عنوان «حساب ودیعه» و از «وجه تضمین» با عنوان «ودیعه» یاد شده است. در مقام مقایسه علاوه بر اینکه عنوان «حساب ودیعه» نهاد حقوقی «ودیعه» را به ذهن متبادر می‌سازد؛ در «حساب ودیعه» نیز مشتری (سرمایه‌گذار) با پرداخت وجه به کارگزار خود یا اتاق پایاپای، آنان را امین خود دانسته و انتظار دارد که وجه مزبور را به نام او در نزد خود

نگهداری کنند. بنابراین همانند عقد ودیعه، وجهی را که مشتری به عنوان ودیعه تودیع می‌نماید، به مالکیت مستودع در نیامده و همچنان تحت مالکیت مشتری باقی می‌ماند، در نتیجه اگر در طول مدتی که سپرده در نزد مستودع نگهداری می‌شود منفعی نیز برای آن به وجود آید متعلق به مشتری خواهد بود. (ماده ۶۲۳ قانون مدنی) همچنین، مقررات گذار در موارد متعدد، واژگانی را استعمال کرده تا ذهن را به سمت قبول ادعای اشتراک ماهیت وجوه تضمین و عقد ودیعه هدایت کند. برای نمونه می‌توان به بند ۶ ماده ۱۷ آیین‌نامه معاملات بورس کالا مصوب ۸۲/۶/۳ اشاره کرد: «در قرارداد آتی مبلغی به عنوان سپرده حاشیه ایمنی توسط خریدار و فروشنده نزد کارگزار و توسط کارگزار نزد اتاق پایاپای تودیع می‌شود، که در صورت تخلف هر یک از طرفین از شرط ضمن عقد، مورد استفاده قرار گیرد.

هر چند به کار بردن برخی عباراتی (نظیر ودیعه و سپردن) برای وجوهی که از سوی طرفین معامله به اتاق داده می‌شود مفهوم ودیعه را به ذهن متبادر می‌کند، ولی ماهیت این نهاد چنان دور از ودیعه است که به دشواری می‌توان از نهاد ودیعه برای نشان دادن ماهیت حقوقی وجه تضمین استفاده کرد. زیرا:

۱) از قانون مدنی (ماده ۶۰۷) و آراء فقیهان. (جواهرالکلام، ۱۴۰۴، ص ۵۹۶ و تحریرالوسیله، ۱۴۲۵، ص ۵۹۶) در باب عقد ودیعه اینگونه استنباط می‌شود که جوهر و مقتضای اصلی عقد ودیعه، سپردن مال به دیگری به منظور «نگهداری» است تا گیرنده آن را حفظ کند و با نخستین مطالبه به صاحبش بازگرداند. بنابراین نگهداری از مال به «عنوان علت اصلی» عقد باید در رابطه طرفین به گونه‌ای ملحوظ باشد و این امر به نوعی «مقتضای ذات» عقد ودیعه به شمار می‌آید، پس در صورتی که معلوم گردد مقصود اصلی طرفین از سپردن مال «نگهداری» آن نیست، نباید این رابطه را تابع عقد ودیعه دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۱) مقصود اصلی طرفین از سپردن وجه تضمین، فراهم آوردن تضمینی برای اجرای تعهدات است تا بدین طریق اطمینان حاصل آید که طرفین به طور کامل تعهدات قراردادی خود را اجرا خواهند کرد. (A.Horcher, 2005, P56)

۲) ماده ۶۱۹ قانون مدنی در رابطه با عقد ودیعه بیان می‌دارد که: «مین باید عین مالی را که دریافت کرده/ است رد نماید.» این نکته حتی در صورتی که مال مورد ودیعه مثلی باشد صادق است. پس در صورتی که طبق قرارداد گیرنده بتواند مثل مال سپرده شده را رد نماید، چنین توافقی را نباید «ودیعه» دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۳) ولی در حساب ودیعه خصوصاً با توجه به اینکه سپرده مزبور

به صورت وجه نقد تودیع می‌گردد، اتاق هیچ‌گونه تعهدی به رد عین مال ندارد، و هیچ‌یک از مقررات مربوط نیز چنین تعهدی را بر عهده اتاق نگذارده است. حقوق دانان سپردن مال و سایر اوراق تجاری مثلی به قصد تملیک و بازپس‌گیری مثل آن در آینده را ودیعه بر خلاف قاعده می‌نامند. (امامی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۷۷) در میان حقوق دانان عرب نیز از آن به سپرده شاذه (نادر) یا ناقص تعبیر شده و در تعریف آن گفته‌اند: ودیعه‌ای است که سپرده‌پذیر (مستودع) آن را مالک و فقط به برگرداندن مثل آن متلزم می‌شود. (سنهوری، ۱۹۲۵، ج ۵، ص ۴۲۸) گروهی ودیعه همراه با اذن استعمال را عاریه مضمونه دانسته‌اند (البهوتی، ۱۴۰۲، ص ۱۶۷) و گروهی دیگر معتقدند: هر چیزی که انتفاع از آن همراه با استهلاک باشد، در حقیقت قرض است ولی مجازاً آن را عاریه گویند. (سمرقندی، ۱۹۸۴، ص ۱۷۸) به هر حال آنچه مسلم است سپردن پول در نظام حقوقی ما با عقد ودیعه سازگاری ندارد. وانگهی آنچه این حساب را حتی از ودیعه بر خلاف قاعده دور می‌سازد، عدم استرداد مثل مال تودیع شده است. زیرا اتاق پایاپای یا کارگزار اختیار می‌یابد که در شرایطی از وجه تضمین برداشت و آن را به طرف دیگر معامله تملیک نمایند. بنابراین تنها متعهد است در خاتمه قرارداد آنچه در حساب باقی مانده است را به سرمایه‌گذار مسترد دارد.

۳) یکی دیگر از مهمترین وجوه اختلاف میان «حساب ودیعه» و «عقد ودیعه» جایز بودن عقد ودیعه است. برابر ماده ۶۱۱ قانون مدنی عقد ودیعه هیچ التزامی برای طرفین به وجود نمی‌آورد و آنان هرگاه اراده کنند می‌توانند این رابطه را برهم زنند. در حالی که در حساب ودیعه مشتری چنین اختیاری ندارد. ناگفته پیداست که اعتقاد به چنین اختیاری برای مشتری معقول و منطقی نیست. بنابراین تا زمانی که معامله مشتری به طور کامل تسویه نگردیده است، او نمی‌تواند اقدام به استرداد وجه حساب ودیعه کند. چرا که هدف از این سپرده تضمین ایفای تعهدات مشتری است، و با دادن چنین اختیاری به وی این هدف نیز منتفی خواهد شد. البته می‌توان با درج شرط ضمن عقد لازم یا خود قرارداد آتی و اختیار معامله استرداد وجوه تودیع شده را تا پایان قرارداد غیر ممکن کرد، ولی باید دانست که با چنین شرطی نیز مشکل به کلی بر طرف نمی‌شود زیرا ماهیت ودیعه جایز بوده و با فوت و حجر مشتری شرط مذکور، به رغم اشتراط آن در ضمن عقد لازم، باطل می‌شود.

۴) تفاوت دیگر این دو نهاد ناظر به واگذاری مورد ودیعه به ثالث است. همانطور که قبلاً گفته شد وجوه تضمین به حسابی تحت عنوان حساب عملیاتی نزد بانکی که اتاق پایاپای یا کارگزار تعیین می‌کنند، واریز می‌گردد، در حالی که به طور معمول مال مورد ودیعه را نمی‌توان به ثالث سپرد، به

بیان دیگر، اساساً وجه تضمین به افاق یا کارگزار مشتری سپرده نمی‌شود. بلکه آنان صرفاً اختیار می‌یابند که در حساب مزبور تصرف کنند مگر چنین تعبیر شود که بانک بعنوان نماینده افاق یا کارگزار وجوه مشتریان را اخذ می‌کند.

۲-۲. قرض

قرض در لغت به معنای قطع و بریدن است، زیرا مقرض جزئی از مال خود را جدا کرده و آن را به مقرض تسلیم می‌کند. قانون‌گذار در ماده ۶۴۸ ق.م.م.ی.گوید: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین، مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم‌الرّد را بدهد.»

عقد قرض در میان سایر عقود دارای چهره‌ای منحصر به فرد است زیرا از یک طرف مبتنی بر تبرع و احسان است، ولی تبرع محض (مانند هبه غیر معوض) نیست، بلکه همان‌طور که ظاهر ماده ۶۴۸ نشان می‌دهد یک عقد معاوضی است، اما عقدی معاوضی شبیه بیع و اجاره نیز نیست، زیرا قرض دهنده مالی را در برابر مالی نمی‌دهد، مالی می‌دهد که مقرض با آن نیاز خود را برطرف و بعداً مثل آن را بدهد.

شباهت حساب ودیعه با قرض از یک سو در این است که افاق مانند مقرض متعهد به برگرداندن عین وجوه تضمین به طرفین معامله نیست، رد مثل مال اخذ شده کافی است. از سوی دیگر، غلبه نظریه لزوم عقد قرض، امکان برهم زدن رابطه حقوقی میان افاق و مشتری را منتفی می‌سازد. وانگهی به اعتقاد برخی، سپردن پول در نزد دیگری هر چند به عنوان ودیعه باشد، شرعاً قرض دادن است و گرفتن آن باز پس گرفتن قرض است. (مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور حقوقی، ۱۳۸۱، ص ۳۲) در نتیجه می‌توان مدعی شد که رابطه طرفین معامله و افاق براساس عقد قرض شکل گرفته است، به این صورت که طرفین معامله وجوهی را به افاق تسلیم و در قبال آن، افاق مثل مالی را که قرض کرده است در هنگام رد، باز می‌گرداند.

به‌رغم شباهت‌هایی که میان قرض و وجه تضمین وجود دارد، این دو نهاد قابل تطبیق با یکدیگر نیستند. زیرا:

۱) قرض اخراج مال از ملکیت خود و داخل کردن آن در ملکیت دیگری است، بنابراین انسان وقتی مالی به دیگری قرض می‌دهد، نمی‌تواند سودی بگیرد، زیرا وقتی پولی قرض داده می‌شود به

این دلیل که از ملک مقرض خارج شده، دیگر ملک او نیست که بخواهد سودی بگیرد. در حالی که در سپردن وجه تضمین قصد طرفین تملیک وجه مزبور به اتاق نیست. اگر مقصود طرفین تملیک وجه مذکور است، دیگر لازم نبود که اتاق پایاپای برای تصرف در این وجه از طرف مشتریان وکالت داشته باشد. در حالی که در موارد متعدد اتاق برای تصرف در این وجه وکیل مشتریان شناخته شده است. بند ۳۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی به این مطلب چنین اشاره دارد: «... و برای جلوگیری از امتناع طرفین از انجام قرارداد طرفین بصورت شرط ضمن عقد متعهد می شوند مبلغی را به عنوان وجه تضمین نزد اتاق پایاپای بگذارند و متعهد می شوند متناسب با تغییرات قیمت آتی، وجه تضمین را تعدیل کنند و اتاق پایاپای از طرف آنان وکالت دارد متناسب با تغییرات، بخشی از وجه تضمین را به عنوان اباحه تصرف در اختیار دیگری قرار دهد و...» بدین ترتیب رابطه حقوقی طرفین معامله با اتاق بر مبنای عقد قرض قابل توجیه نیست.

۲) کمیته فقهی سازمان بورس در جلسه چهاردهم مورخ ۸۶/۸/۷ خود، نوعی از وجه تضمین را قرض تلقی کرده و چنین بیان داشته است: «... طرفین قرارداد متعهد می شوند متناسب با تغییرات قیمت آتی، مبلغی را به عنوان قرض در اختیار یکدیگر بگذارند تا در سررسید یا هنگام خروج از قرارداد با هم تسویه کنند.» بدیهی است آنچه کمیته مزبور درباره آن صحبت کرده مربوط به وجه تضمین اولیه نیست، بلکه مربوط به وجهی است که در جریان تسویه حساب روزانه به طرف مقابل پرداخت می شود. زیرا وجه تضمین اولیه به تملیک طرف دیگر معامله در نمی آید تا بتوان بدان عنوان قرض داد.

همانطور که گذشت، در جریان عملیات به روز رسانی حساب‌ها بر اثر نوسانات قیمت در بازار ممکن است یکی از طرفین معامله متضرر گردد، در این صورت اتاق پایاپای براساس وکالتی که از مشتری دارد به همان میزان از حساب عملیاتی او به نفع طرف دیگر معامله کسر می کند، در مقابل ممکن است قیمت‌ها در بازار به نفع وی تغییر کند در این صورت اتاق به همین میزان از حساب طرف معامله او کسر و به حساب وی واریز می کند.

هر چند کمیته فقهی جابجایی روزانه پول در حساب مشتریان را براساس عقد قرض توجیه کرده است. ولی مقررات گذار در دستور العمل‌های متعدد از این نقل و انتقال تحت عنوان اباحه تصرف یاد کرده است که از نظر ماهیت با قرض متفاوت است.^۱

از میان این دو نظر، اباحه تصرف دانستن وجه تضمین جبرانی به صواب نزدیکتر است زیرا برخی حکم به عدم صحت جمع بین قرض و معاوضه داده‌اند و معتقدند که اگر قرض در بیع شرط شود، قرض از موضوع خود که ارفاق و احسان است، خارج می‌شود. (ابن قیم، ۱۴۱۹، ص ۲۹۶) از این رو است که برخی از نویسندگان یکی از دلایل عمده عدم مشروعیت قراردادهای آتی و اختیار معامله را مرکب بودن آن از دو عقد بیع و قرض دانسته‌اند، زیرا ممکن است منجر به ربا شود. (دنی، ۲۰۰۹، ص ۱۷)

شبهه ربا در قرض دانستن تسویه روزانه تنها یک احتمال نیست؛ بلکه به ظن قوی این موضوع را با مفاد ماده ۶۵۳ منسوخ قانون مدنی منطبق می‌سازد. این ماده چنین مقرر می‌داشت: «مقترض می‌تواند به وجه ملزومی به مقرض و کالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل نماید.»

حذف ماده مزبور براساس روایات مسلمی در فقه اسلامی صورت گرفته است، که از جمله می‌توان به قول امام صادق (ع) که فرمودند: «اذا كان قرضاً یجر شیئاً فلا یصح» (حرعاملی، ۱۴۰۵، ص ۱۰۵) اشاره نمود. به موجب این روایت هر گونه شرط یا قرار صریح یا ضمنی که مقترض را موظف کند زاید بر آنچه دریافت نموده است به مقرض مسترد دارد، ربا و حرام است، این ماده ظاهراً به این دلیل که حیلۀ ای برای فرار از حرمت ربا بوده، نسخ شده است. بدین ترتیب، پذیرش نظریه اباحه تصرف برای رهایی از ربای قرضی مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

افزون بر این، قرض عقدی تملیکی و معوض است که مقترض باید مثل مال گرفته شده را مسترد کند در حالیکه اگر ماهیت حساب تضمین قرض دانسته شود؛ نه تنها قصد تملیکی در این خصوص وجود ندارد، در برخی از موارد آنچه در تسویه حساب روزانه به طرف مقابل قرض داده می‌شود، به دلیل نوسان قیمت کالا در بازار، قابل استرداد نیست. به همین دلیل، مقررات گذار ماهیت حساب تضمین را قرض ندانسته و از آن با عنوان اباحه تصرف یاد کرده است. همچنین برای اینکه اتاق

۱. بند ۴۱ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد آتی سهام و بند ۳۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی در شرکت بورس کالا.

بایابای بتواند روزانه در این حساب به سود یکی از طرفین و به زیان طرف دیگر تصرف کند و کالت اتاق از سوی طرفین را در هنگام انعقاد قرارداد های مشتقه مالی مقرر کرده است. اباحه تصرف اگر چه از حیث ماهیت ایقاعی جایز و مبتنی بر اذن صاحب مال است، ولی از آنجا که در ضمن قرارداد آتی یا اختیار معامله به صورت شرط ضمن عقد درج می شود، همانند این عقود وصف لزوم به خود می گیرد. بنابراین تا زمانی که این عقود باقی هستند، اباحه تصرف نیز به قوت خود باقی و غیر قابل رجوع است. بدیهی است با خاتمه این قراردادها و انجام تصفیه نهایی، وجوه باقیمانده در حساب ودیعه هر یک از طرفین نیز به آنان بازگردانده می شود.

۲-۳. وجه التزام

گاهی طرفین برای کسب اطمینان از حسن انجام تعهدات و اجتناب از رجوع به دادگاه، از پیش مبلغی را برای جبران خسارات ناشی از نقض عهد یا تأخیر در اجرا تعهد تعیین می کنند. این توافق، شرط جزایی، جبران قراردادی، خسارت توافقی یا وجه التزام نامیده می شود. (السالوس، ۱۴۲۲، ص ۱۲) وجه التزام یا جریمه حقوقی نقض تعهدات دارای انواع مختلفی است: به طور معمول وجه التزام مقارن عقد شرط می شود. گاهی توافق بر آن بعد از عقد و قبل از حدوث تخلف صورت می گیرد که شرط جزایی لاحق نامیده می شود؛ اما اگر بعد از ورود خسارت چنین توافقی حاصل آید؛ صلح است و نه شرط جزایی. (الیمینی، ۱۴۲۶، ص ۲۹)

همانند وجه التزام، هدف از وجوه تضمین در بازار مشتقات این است که طرفین معامله حسن نیت خود را از انعقاد قرارداد نشان دهند، پس وجه تضمین تامین مالی است، که اجرای تعهدات معامله گران بازار مشتقه را برقرار می سازد. (A.Horcher, 2005, P.56) از این رو وجه تضمین مزبور منطبق با وجه التزام است، زیرا هر دو تأسیس قبل از هر گونه نقض عهدی مورد توافق قرار می گیرد؛ به علاوه هر دو موجبات اطمینان متعهدله را فراهم می کند و به طور غیرمستقیم متعهد را ملزم به انجام تعهد می نماید.

برخلاف نظر برخی که وجه تضمین مذکور را وجه التزام تلقی کرده اند. (عصمت پاشا، ۱۳۸۲، ص ۱۳۲ و معصومی نیا، ۱۳۸۷، ص ۲۴۳) به نظر می رسد وجه تضمین با وجه التزام انطباقی ندارد. زیرا: (۱) در حقوق ایران ماهیت وجه التزام را خسارت می دانند، خسارتی که قبلاً دربارهی میزان آن توافق شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۷۳۹) وجه تضمین را نمی توان خسارت عدم انجام تعهد

نامید زیرا یکی از شرایط مطالبه خسارت عدم انجام تعهد، فرارسیدن زمان انجام آن است، در حالی که در بازار مشتقات ممکن است روزانه و قبل از فرارسیدن زمان اجرای تعهد اصلی، از وجه تضمین برداشت شود. وانگهی در فرض انتقال قرارداد قبل از سررسید (معامله معکوس) وجه تضمین حسب مورد دستخوش تغییراتی می‌شود در حالی که هنوز موعد انجام تعهد فرا نرسیده است. از این رو بر خلاف وجه التزام که در غالب موارد با هدف جبران خسارت ناشی از عهدشکنی متعهد مقرر می‌شود. هدف از وجه تضمین حصول اطمینان از انجام تعهدات متعهد است. به بیان دیگر، زمان مطالبه وجه التزام هنگامی است که عهد شکنی متعهد به فعلیت رسیده باشد در حالی که مبنای برداشت از وجه تضمین الزاماً عهدشکنی متعهد یا به فعلیت رسیدن آن نیست.

۲) در مورد وجه التزام این امکان فراهم است که ضمن الزام متعهد به اجرای اصل تعهد، وجه التزام نیز مطالبه گردد، ولی وجه تضمین هیچ‌گاه با اجرای اصل تعهد جمع نمی‌شود و همیشه بعنوان بدل اصل تعهد استفاده می‌شود. (حسین‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۷۱)

۲-۴. رهن

رهن در لغت به معنای ثبات، دوام و حبس آمده است. رهن در معنای مصدری عبارت است از: گرو گذاشتن مال به جهت وثیقه و تضمین نزد طلبکار تا چنانچه وی نتواند در زمان مقرر حق خود را از بدهکار استیفاء کند، آن را از مال گرو گذاشته شده یا قیمت آن استیفاء نماید. (طوسی، بی تا، ص ۱۹۶)

بر اساس ماده ۷۷۱ ق.م. «رهن عقودی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد...» با توجه به تعریف رهن، وجه اشتراک میان دو نهاد رهن و وجه تضمین آشکار می‌شود، زیرا سپارنده وجه تضمین نظیر رهن مالی از اموال خود را برای تضمین تعهداتش نزد اطاق قرار می‌دهد و اطاق جهت جلوگیری از امتناع طرفین از تعهداتشان این وجوه را در اختیار دارد. افزون بر این، اشکالات وارد بر ودیعه، قرض و وجه التزام به رهن وارد نیست.

با توجه به تعریف عقد رهن و آثار و شرایط آن به نظر می‌رسد قابلیت انطباق «وجه تضمین» با «عقد رهن» بیشتر است. برای مثال: برابر ماده ۷۸۷ قانون مدنی عقد رهن را از طرف رهن لازم و از طرف مرتهن جایز دانسته است؛ در وجه تضمین نیز سرمایه‌گذار تا پایان قرارداد حق رجوع به حساب مزبور را ندارد. افزون بر این، طبق ماده ۷۸۹ قانون مدنی مال مرهون در ید مرتهن امانت محسوب

می‌گردد و به‌رغم ایجاد حق عینی برای مرتهن و محدود شدن تصرفات راهن، مالکیت وی همچنان بر عین مرهونه باقی می‌ماند، این وضع در وجه تضمین نیز دقیقاً جاری است.

اما پاسخ به چند ابهام در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد.

(۱) رهن یک عقد تبعی و مبتنی بر دین سابق است، اگر «وجه تضمین» نوعی رهن است باید روشن شود بابت تضمین کدام دین پرداخت می‌گردد؟ در پاسخ باید گفت موضوع قرارداد آتی تعهدی است که برای هریک از طرفین معامله ایجاد می‌گردد، به عبارت دیگر با انعقاد قرارداد آتی یکی از طرفین متعهد به خرید و طرف دیگر متعهد به فروش مالی با قیمت معین در آینده می‌شوند. در قرارداد اختیار معامله نیز موضوع قرارداد «ایجاد تعهد به انجام عمل حقوقی خرید یا فروش در آینده در برابر عوض معین برعهده فروشنده اختیار» است که این تعهد تنها برای شخصی که موقعیت فروش اتخاذ کرده به وجود می‌آید و نسبت به طرف دیگر نیز حقی تحت عنوان «اختیار خرید یا فروش» ایجاد می‌گردد. بنابراین قراردادهای آتی و اختیار معامله هر کدام سببی برای ایجاد تعهداتی است که می‌توان «وجه تضمین» را به عنوان «رهن» برای این تعهدات در نظر گرفت. از این رو نباید رهن مزبور را به عنوان رهن دینی که سبب آن ایجاد نشده و یا تنها سبب آن به وجود آمده و فعلیت نیافته، تلقی کرد؛ زیرا ایجاد تعهد به عنوان موضوع اصلی این قراردادها همزمان با انشاء قرارداد به وجود می‌آید. به عبارت دیگر سبب و مسبب همزمان ایجاد می‌گردند هر چند زمان اجرای تعهدات فوری نبوده و متعهد در تاریخ سررسید ملزم به انجام تعهد است اما این تعهد در زمان انعقاد قرارداد ایجاد و بر ذمه متعهد مستقر می‌شود و مؤجل بودن تعهد دلیل بر عدم ایجاد آن نیست. به همین دلیل است که قانون مدنی نیز چنین تعهداتی را در عقد ضمان قابل تضمین می‌داند. (ماده ۶۹۲ قانون مدنی)

(۲) از آنجا که محتوای «وجه تضمین» وجه نقد است این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان وجه نقد (اسکناس) را به عنوان رهن پذیرفت؟ قانون مدنی در ماده ۷۷۴ خود مقرر کرده است که: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است» اصطلاح عین معین در حقوقی مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق می‌شود، همچنین به قرینه فروش رهینه در مواد ۷۷۸ و ۷۷۹ و ۷۸۱ ق.م می‌توان استنباط کرد که وجه نقد نمی‌تواند رهینه باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۰) بسیاری از فقها بر لزوم عین بودن رهینه تأکید فروان کرده‌اند. (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۲۸۸) و حتی بر آن ادعای عدم وجود مخالف نیز شده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۱۶) همین امر باعث شده است که در رابطه با رهن دادن اسناد که دارای ارزش اعتباری هستند، همانند وجه نقد، اختلاف نظر پیش آید. برخی

حقوقدانان بر این باورند که، وجه نقد را نمی‌توان رهن داد زیرا عین معین در حقوق مدنی بر غیر وجه نقد اطلاق می‌گردد. (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۱) ولی در مقابل به نظر می‌رسد که رهن اینگونه اسناد (وجه نقد) درست است. زیرا در دید عرف ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض این اسناد به منزله انتقال و قبض موضوع آنها است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۵۴) بنابراین با توجه به اتحاد ارزش اعتباری وجه نقد با عین آن (اسکناس) می‌توان گفت که از دیدگاه عرفی وجه نقد در حکم عین معین به شمار آمده و هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد.

افزون بر این، فقیهان در بیان شرایط مال مرهون به موارد مشابهی نظیر: عین قابل تملک بودن، قابل قبض بودن و قابلیت فروش آن اشاره کرده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۱۶) به نظر می‌رسد به جای تأکید بر عین بودن مال مرهونه با اثبات مالیت پول و قابلیت خرید و فروش آن می‌توان به نتیجه قابل دفاعی دست یافت. فقها در تعریف مال می‌گویند: چیزی است که منفعت عقلایی دارد همچنین اکثریت آنها پول‌های جدید (اسکناس) را به عنوان مال پذیرفته‌اند. (خویی، ۱۴۰۷، مساله ۲۸۴۳) و ارزش آن را به خاطر دادوستد می‌دانند (مطهری، ۱۳۸۴، ص ۴۹) و معتقدند اوراق نقدیه مثل اسکناس و دلار و دینار و امثال آنها مالیت داشته و مانند طلا و نقره مسکوک هستند و پرداخت آن‌ها به طلبکار پرداخت بدهی است؛ (خمینی، ۱۳۶۳، ص ۶۱۳) بنابراین، پول فقط سند و نماینده مال نیست، به همین خاطر هنگامی که اسکناسی تلف شود یا شخصی آن را از بین برد این امر باعث از بین رفتن مال می‌شود، همچنین تسلیم اسکناس‌ها به دیگری تسلیم مال محسوب می‌شود نه اینکه فرضاً حواله بر مال باشد. عرف نیز خرید و فروش پول را دارای منفعت و هدف عقلایی می‌داند، برخی از فقهای معاصر نیز بر قابلیت خرید و فروش اسکناس نظر صریح داده‌اند. (خامنه‌ای، ۱۳۸۹، ص ۳۶۰) بنابراین با قبول مالیت، امکان قبض و قابلیت خرید و فروش اسکناس همچنین با توجه به عام بودن برخی نصوص، نظیر آیه شریفه ۲۸۳ سوره بقره^۱ که در آن کلمه رهن به معنای هر مالی که به گرو گیرند، تفسیر شده است، قول به صحت رهن اسکناس موجه به نظر می‌رسد.

۳) برابر ماده ۷۸۹ قانون مدنی عین مرهونه در نزد مرتهن امانت محسوب می‌گردد. برای این که وجه تضمین به عنوان رهن در اختیار اتاق پایاپای باشد و در عین حال کارکرد عملیاتی آن یعنی

تصرف در وجوه حساب مزبور و تسویه حساب روزانه در صورت سود یا زیان سرمایه گذاران حفظ شود؛ می‌توان ضمن عقد رهن اتاق پایاپای را به عنوان مرتهن، در اداره و تصرف در مورد رهن و کیل قرار داد. (ماده ۷۷۷ ق.م.) همان گونه که بر اساس مقررات مربوطه (بند ۳۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی در شرکت بورس کالای ایران) در بازار مشتقات نیز به این شکل عمل می‌شود، بنابراین هر یک از طرفین باید برای تضمین تعهدات خویش، ضمن پرداخت «وجه تضمین» و کالت لازم در جهت اداره وجوه مذکور را نیز به اتاق پایاپای اعطا کنند.

۲-۵. وثیقه

همانگونه که گذشت، یکی از ایرادات اساسی رهن دانستن وجه تضمین مسئله لزوم عین معین بودن مورد عقد رهن و عدم امکان رهن دادن اسکناس است. برای رفع این مشکل می‌توان، وجه تضمین را نوعی وثیقه خاص و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی کرد.

وثیقه این است که شخصی کالا یا شیئی ارزشمندی را به عنوان تضمین انجام یک تعهد یا ادای یک دین در اختیار دیگری یا نماینده او قرار دهد تا در صورت ایفای تعهد، وثیقه گیرنده آن را به او بازگرداند و در غیر این صورت حقوق خود را از محل فروش آن کالا به دست آورد. (Mann, 1998, P770)

در حقوق ما نباید میان توثیق و عقد رهن قائل به اتحاد شد، زیرا عقد رهن علت انحصاری توثیق نیست، بلکه می‌توان از طریق عقدی مستقل نیز به نتیجه توثیق دست یافت. از آنجا که نهاد وثیقه مخالفی با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد، نمی‌توان در صحت و مشروعیت آن تردید کرد. افزون بر این قانون‌گذار ایرانی در موارد متعدد امکان وثیقه گذاری وجه نقد و اوراق بهادار را تجویز نموده است که برای نمونه می‌توان به مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاح قانون تجارت در خصوص سهام وثیقه مدیران شرکت‌های سهامی اشاره کرد. بدین ترتیب، وثیقه دانستن وجه تضمین به صواب نزدیک تر است زیرا:

۱) هر چند اتاق پایاپای وجه تضمین را برای پشتیبانی از خود در مقابل ریسک‌های ناشی از نکول [احتمالی] معامله گران اخذ می‌کند. (F.Derson, 2000, P. 41) اما نباید وجه تضمین را تنها ابزاری در دست اتاق برای حمایت از خود جهت جلوگیری از امتناع طرفین معامله پنداشت؛ وجه تضمین و به خصوص وجه تضمین اضافی، علاوه بر هدف مذکور به منظور پوشش ریسک قیمت دارایی

پایه موضوع قرارداد، از تمام معامله‌گران دارای موقعیت تعهدی باز گرفته می‌شود. (Loader, 2005, P. 262) در حالی که در عقد رهن، هیچ رهنه‌ای جهت پوشش ریسک نوسانات قیمت از سوی مرتهن گرفته نمی‌شود.

۲) اکثر نویسندگان معتقدند که سپردن وجه تضمین از سوی طرفین معامله با هدف ابراز حسن نیت در انعقاد قرارداد مشتقه بوده و ماهیت آن را معادل ضمانت حسن انجام تعهد دانسته‌اند. (Goodman, 2003, P. 30 and Gastineau, 1999, P199) ضمانت حسن انجام کار یا حسن انجام تعهدات برای تضمین انجام صحیح و به موقع تعهدات، از سوی متعهد، به متعهد له، تسلیم می‌شود و معمولاً در قراردادهای پیمانکاری کاربرد بسیار دارد.

مقررات‌گذار ایرانی در موارد متعدد از عبارت «تضمین» استفاده کرده است: «... به صورت شرط ضمن عقد متعهد می‌شوند مبلغی را به عنوان «وجه تضمین» نزد اطاق پایاپای بگذارند.»^۱ دادن تضمین یعنی دادن وثیقه، که ممکن است وجه نقد، جنس یا سپردن ضامن باشد. بنابراین طرفین معاملات مشتقه «وجه تضمین» را در جهت تضمین حسن انجام تعهدات موضوع قراردادهای آتی و اختیار معامله نزد اطاق پایاپای می‌گذارند، تضمین حسن انجام تعهدات نیز مترادف با وثیقه حسن انجام تعهدات است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸ و ۷۳۶)

با این تفصیلات آشکار می‌شود که وجه تضمین را باید ذیل عنوان وثیقه قرار داد، هر چند هر رهنی وثیقه است، اما الزاماً هر وثیقه‌ای رهن نیست. وثیقه را در غیر شرایطی که قانون مدنی برای رهن مقرر کرده است، باید عقدی نامعین و مستند به ماده ۱۰ ق.م.دانست. بنابراین می‌توان وثیقه‌ای را پیش‌بینی نمود که در آن عین بودن مورد رهن شرط نباشد. خصوصاً اینکه مقررات قانون مدنی در خصوص عین بودن مال مرهونه جنبه امری ندارد. زیرا این شرط نه برای تامین نظم عمومی بلکه برای تامین منافع مرتهن وضع شده است. (سلطانی؛ اخوان هزاوه، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲) وانگهی در مقام تردید در امری یا تکمیلی بودن قانونی باید با اتکا به قاعده صحت قراردادها، اصل را بر تکمیلی بودن آن گذارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۶۴)

۱. بند ۴۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قراردادهای آتی، بند ۵۷ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قراردادهای آتی سهام و بند ۴۶ ماده ۱ دستورالعمل معاملات قرارداد اختیار معامله سهام.

بر خلاف رهن، آنچه در مورد وثیقه اهمیت دارد مالیت شی مورد وثیقه است، پس وجه نقد به لحاظ مالیتی که دارد قابل وثیقه است، از آنجا که سپردن این وجوه از جانب معامله‌گران قراردادهای آتی و اختیار معامله، علاوه بر وثیقه حسن ایفای تعهدات، وسیله پوشش ریسک ناشی از نوسانات قیمت دارایی پایه نیز می‌باشد، سپارنده وجوه نیز متعهد به تعدیل آنها در طول دوره قرارداد است در این صورت، تمام ایرادهایی که نسبت به ودیعه، قرض، وجه التزام و رهن دانستن وجه تضمین وارد است، منتفی خواهد شد. وثیقه دانستن وجه تضمین نه تنها با امکان توثیق اسکناس مشکلی ندارد بلکه با هدف ثانوی سپردن وجه تضمین یعنی پوشش ریسک، در هماهنگی کامل است.

نتیجه

در بازار مشتقات به دلیل نظام ودیعه و پرداخت «وجه تضمین» نقض عهد به حداقل ممکن رسیده است. وجه تضمین دارای انواع مختلفی است. سپردن «وجه تضمین اولیه» شرط ورود به بازار مشتقه است. «وجه تضمین اضافی» نوسانات شدید قیمت را در این بازار پوشش می‌دهد. «وجه تضمین جبرانی یا متغیر» ابزاری برای تسویه روزانه است. تسویه روزانه نه تنها از تراکم بیش از حد بدهی سرمایه‌گذاران می‌کاهد، سود آنان را نیز روزانه مشخص می‌کند.

ویژگی‌های فوق از وجه تضمین ماهیتی منحصر به فرد ساخته است. به همین دلیل در خصوص ماهیت آن آراء مختلفی قابل ارائه است. وجه تضمین به‌رغم شباهت با ودیعه، قرض، وجه التزام و رهن با این نهادها انطباق کاملی ندارد. بنابراین، وجه تضمین را باید نوعی وثیقه دانست. وثیقه دانستن وجه تضمین بسیاری از ویژگی‌های آن نظیر: وجه نقد بودن، شناور و متغیر بودن، امکان تصرف در حساب و ... آن را توجیه می‌کند. وانگهی، ابهامات ناشی از وضعیت حقوقی این نهاد را در معاملات مشتقه مالی و بازار بورس روشن می‌سازد.

منابع

فارسی و عربی

- ابن قیم الجوزیه، العلامه شمس الدین (۱۴۱۹)، **تهذیب السنن ابی داود**، ج ۹، دار الکتب العلمیه.
- امامی، حسن (۱۳۷۰)، **حقوق مدنی**، ج ۲، چ، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- البهوتی، (۱۴۰۲)، **کشاف القناع عن متع الاقناع**، ج ۴، دارالفکر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، **تومینولوژی حقوق**، ج ۵، تهران، گنج دانش

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، **حقوق مدنی رهن و صلح**، تهران، گنج دانش.
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۵)، **وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۳، دارالاحیاء التراث العربی.
- حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۱)، **بررسی حقوقی ساختار و اعتبار قرارداد آتی یکسان**، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، ص ۱۶۵-۱۹۱.
- حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۱)، **قرارداد اختیار معامله بررسی حقوقی و فقهی**، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۶)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، مکتبه آیه الله العظمی السید علی حسینی السیستانی.
- خامنه‌ای، سید علی (۱۳۸۹)، **اجوبه الاستفتائات**، پیام عدالت.
- خمینی، روح الله (۱۴۲۵.ه.ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۱ و ۲، قم، انتشارات موسسه دارالعلم قم.
- خوبی، ابوالقاسم (۱۴۰۷)، **توضیح المسائل**، چاپخانه علمیه قم، مساله ۲۸۴۳.
- دنیا، شوقی أحمد (۲۰۰۹)، **المتاجره بالهامش (Trading on margin)**، رابطه العالم الاسلامی-المجمع الفقه الاسلامی، جامعه الازهر.
- السالوس، علی احمد (۱۴۲۲)، **الشرط الجزایی و تطبیقاته المعاصره**، مجله الفقه السلامی، رابطه العالم الاسلامی، مکه مکرمه، العدد ۱۴، السنه ۱۲، ص ۱۰.
- سلطانی، محمد، اخوان هزوه، حامده (۱۳۹۱)، **ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام**، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۱۷.
- السمرقندی، علاء الدین (۱۹۸۴)، **تحفه الفقها**، ج ۳، الکتب العلمیه.
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۲۵)، **الوسیط فی الشرح القانون المدنی**، ج ۵، دارالاحیاء التراث العربی.
- الطوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی (بی تا)، **المسبوط فی الفقه الامامیه**، ج ۲، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عصمت پاشا، عبیدالله (۱۳۸۲)، **فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه فقهی**، مترجم صالح آبادی، علی [تهران]، اقتصاد اسلامی، شماره ۹، ص ۱۳۲.
- الفعشریف، حمزه بن حسین (۲۰۰۹)، **احکام الشرعیه لتجاره الهامش**، رابطه العالم الاسلامی-المجمع الفقه الاسلامی، کلیه الشریعه - جامعه ام القرى، الدوره الثامنه عشره، صص ۶-۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **عقود معین**، ج ۴، تهران، انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴)، **مساله ربا و بانک به ضمیمه مسئله بیمه**، ج ۱۴، تهران: انتشارات صدرا.

- معصومی نیا، غلام علی (۱۳۸۷)، **ابزارهای مشتقه بررسی فقهی و اقتصادی**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- معاونت آموزش تحقیقات قوه قضائیه - مرکز تحقیقات فقهی (۱۳۸۱)، **مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور حقوقی**، ص ۳۲.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۵، ۲۶ و ۲۷، بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی.
- الیمینی، محمد بن عبدالعزیز بن سعد (۱۴۲۶)، **الشرط الجزایی و اثره فی العقود المعاصره**، رساله لنیل درجه الدكتوراه، جامعه الملك مسعود.

انگلیسی

- A.Horcher, Karen, (2005), **Essention of Finacial Risk Management**, John Wiley & Sons.
- F. Derson, David, (2000), **Optin on Foreign Exchange**, John Wiley & Sons.
- L.Gastineau, Gary, (1999), **Dictionary of Financial Risk Management**, John Wiley & Sons.
- Goodman, Jordan Elliot, (2003), **Finance And Investment Handbook**, Barron s Educational Series, Inc.
- Jorion, Philipe, (2003), **Financial Risk Manager Handbook**, John Wiley & Sons.
- Lawrence. R, Moelmann, (2009), **The Law of Performance Bonds**, American Bar Association.
- L. Gastineau, Gary, (1999), **Dictionary of Financial Risk Management**, John Wiley & Sons.
- Loader, Daivid, (2005), **Clearing And Settlement of Derivatives**, Elsevier Butterworth.
- Lofton,Todd, (2005) **Getting Started in Futures**, John Wiley & Sons.
- Lore, Marc; Borodovsky, Ler, (2000), **Financial Risk Management**, Butter worth- Heinemann.
- Mann, Richard, (1998), **Essential of Business Law**, United State of America, Thomson Publishing Company.
- Mishra, Bishnupria, (2007), **Financial Derivatives**, Anura Jain For Exel Book.
- Readhead, Kith, (2008), **Personal Financial and Investment: A Behavioural Finance Perspective**, Rout ledge.