

**A Study about Validity or Invalidity of Putting the Premium Contracts
under the Sale Contract**

Abdollah Omidifard*
Ali Khalafkhani**

Received: 04/05/2019
Accepted: 09/12/2019

Abstract

Premium contracts recently entered in to the transaction trends of the Iran Mercantile Exchange, therefore, reviewing the conditions and elements of this agreement in the form of Sale contract or other legal forms it is very important. In the current process, these transactions are carried out in the form of obligation against the obligation. The clearinghouse monitors the Measures of Parties of the Contract and after the promised deadline a deal is done at the maturity date. In the present paper, the question of validity or nullity of this contract has been paid under the sale contract. This is because some jurisprudence errors have been introduced to the validity of future contracts at the beginning of the agreement which are; 1. Ka'li against ka'li 2. Qa-Rar. The authors, using the descriptive - analytical method, concluded that none of the drawbacks errors abound in the accuracy of premium contracts in the form of sale contracts. This is because of there is no mentioned in the shi'a narrations to invalidation of Ka'li against ka'li contract especially when it consuls after the main contract. So the Premium contracts are the same. Furthermore there is no Qa-Rar in Premium contracts because the the scale of Qa-Rar is the ignorance that lead to loss and danger about the cost of contract. But the Qa-Rar, in the Premium contracts, is the essential Qa-Rar of Neglected contracts which is normal and forgiveness. So it is correct that the both sides of the contract, in the first time, could insert the Premium contract under the sale contract.

Keywords

Future contract, Ka'li against ka'li, Qa-Rar, Mercantile Exchange.

* Associated Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Qom University, Qom, Iran, omidifard.f@gmail.com

** PhD Student of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author), khalafkhani110@gmail.com

بررسی صحت یا بطلان قرارداد کشف پریمیوم در قالب عقد بیع

عبدالله امیدی فرد*

علی خلف خانی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۹/۱۸

چکیده

قراردادهای کشف پریمیوم به تازگی وارد روند معاملاتی بورس کالا شده‌اند، به صورت درج تعهد در برابر تعهد در نزد اتاق پایاپای بورس جهت انجام بیع نقد در آینده و در سررسید نهائی انجام می‌گیرند. صحت انعقاد این قراردادها در قالب عقد بیع در ابتدای توافق دارای اشکالاتی است؛ از جمله لزوم تحقق بیع کالی به کالی و غرری بودن معامله. نویسندگان با مراجعه به ادله موجود و با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی برآنند که؛ هیچ کدام از اشکالات فوق وارد نیست. زیرا اولاً بطلان بیع دین به دین در جایی است که دو دین قبل از عقد موجود باشند و حال آنکه معامله پریمیومی از نوع بیع کالی به کالی بوده و دین در آن بعد از عقد به وجود می‌آید، و این موارد از ذیل روایات و اجماع مطرح شده خارج شده و مشمول حکم بطلان نیست. ثانیاً؛ غالباً غرر نیز در این معامله منتفی است به دلیل اینکه ضابطه غرر، وجود جهل معتنا بهی است که موجب جهالت نسبت به عوضین شده و موجب خطر و احتمال زیان غیرقابل جبران باشد. اما مورد معامله کشف پریمیوم غرر از نوع غرر عرفی و غرر ذاتی عقود مسامحی است که طرفین با علم و اراده اقدام به انعقاد معامله بر اساس آن می‌کنند. بنابراین درج معامله پریمیومی ذیل عقد بیع در همان ابتدای توافق صحیح و دارای آثار آن خواهد بود و دیگر نیازی ایجاد تعهد طرفینی مبنی و انعقاد قرارداد در سررسید نخواهد بود.

واژگان کلیدی

قرارداد کشف پریمیوم، معاملات آتی، بیع کالی به کالی، بیع دین به دین، غرر، بورس.

omidifard.f@gmail.com

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

khalafkhani110@gmail.com

مقدمه

معامله کشف پرمیوم^۱ از معاملات مدت‌دار^۲ به شمار می‌آید که عمدتاً برای دادن اطمینان به تولیدکننده جهت فروش محصولات و به مصرف‌کننده برای تأمین کالای موردنیاز در زمان معین است. در واقع فلسفه وجودی این نوع از قراردادها، پوشش ریسک برای فروشندگان و خریداران است (معصومی‌نیا، فدایی، و صائمین، ۱۳۹۴).

معامله کشف پرمیوم که به‌تازگی در عرصه معاملات رسمی بازار بورس گنجانده شده است، قراردادی است که بر مبنای تعهد بلندمدت طرفین شکل می‌گیرد و بر مبنای نرخ روز کالا، خریدار می‌تواند بر اساس فرمول نرخ توافق شده در آینده با حد نوسان مشخصی با فروشنده کالا معامله کند. مزیت اصلی این‌گونه قراردادها نسبت به سایر قراردادها در آن است که در قرارداد کشف پرمیوم خریدار از رسیدن کالا و تأمین به‌موقع اطمینان خاطر دارد و در زمان تعهد الزامی به پرداخت ثمن معامله نیست. حال آنکه در قراردادی مثل سلف، مشتری باید در زمان انعقاد قرارداد ملأئت داشته باشد تا مبیع موردنظر را پیش‌خرید کند. سازوکار معاملات کشف پرمیوم به‌گونه‌ای است که خریدار اگرچه فعلاً سرمایه لازم برای خرید کالا را در اختیار ندارد، اما برای حفظ تولید آتی نیازمند تضمین است که این ضمانت به کمک قرارداد کشف پرمیوم امکان‌پذیر است. همچنین نگرانی خریدار و فروشنده از تلاطم‌های قیمت بازار و در نتیجه عدم پیش‌بینی قیمت‌ها که در غالب موارد مانع از معاملات سلفی است در قالب معاملات کشف پرمیوم وجود ندارد.

حال مسئله این است که انعقاد معاملات کشف پرمیوم در قالب قرارداد بیع در زمان توافق اولیه و قبل از سررسید نهائی ممکن است یا خیر؟ به‌عبارت‌دیگر در معاملات کشف پرمیوم ارکان و شروط عقد بیع برقرار است، تا بتوان انعقاد این معاملات را در قالب بیع صحیح دانست یا اینکه ارکان و شروط عقد بیع مخدوش است و برای مشروعیت این نوع از معاملات بایست به سایر قالب‌های معاملاتی همچون صلح پرمیومی یا تعهد به بیع و غیره مراجعه نمود؟ یا می‌توان بر پایه استدلال فقهی و حقوقی به پشتوانه ماده (۱۰) قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی قائل به صحت بیع چنین معاملاتی شد؟ اشکالاتی که به لحاظ فقهی بر بیع آن وجود دارد کدام‌اند؟

در زمینه پیشینه فقهی و حقوقی این قرارداد، به‌غیراز گزارش جلسه بررسی قراردادهای پیش‌فروش نفت خام در بورس (معاملات کشف پرمیوم) در کمیته فقهی بورس کالا در سال (۱۳۹۴)، هیچ تحقیق دیگری به صورت خاص به این موضوع نپرداخته است. کمیته فقهی بورس راهکار فقهی انتشار قرارداد کشف پرمیوم را در صورت انعقاد عقد در ابتدای زمان قرارداد، صلح به جای عقد بیع دانسته است. همچنین از نظر این کمیته اگر در ابتدا توافق و تعهدی مبنی بر انعقاد قراردادی باشد (تعهد در برابر تعهد)، در این حالت اشکالی وارد نخواهد بود.

پاسخ به این سؤالات و اشکالات دیگر از آن‌جهت مهم است که، هرکدام از طرق انعقاد قرارداد دارای آثار متفاوتی هستند و تعیین ماهیت حقوقی قرارداد کشف پرمیوم می‌تواند در شناخت شرایط، آثار، احکام و مقررات آن مؤثر باشد. این امر تأثیر مستقیمی بر سرعت و حجم مبادلات تجاری در بازار بورس خواهد داشت. پژوهش پیش رو در نظر دارد با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و بر پایه مطالعه کتابخانه‌ای این قرارداد را از دیدگاه فقهی و حقوقی بررسی کرده و صحت یا بطلان انعقاد ابتدائی آن بر اساس عقد بیع را مورد مطالعه قرار دهد.

۱. معاملات کشف پرمیوم

۱-۱. تعریف

معامله کشف پرمیوم نوعی قرارداد در بازار بورس است که به‌موجب آن، طرفین ضمن تعیین قیمت مبنا برای مبادله کالای موردنظر، تعهد می‌کنند که در زمان مشخصی در آینده کالا را بر اساس قیمت نهایی که عبارت است از قیمت مبنا به‌علاوه مابه‌التفاوت کشف‌شده بر اساس فرمول معین معامله کنند (اعتصامی، ۱۳۹۴). به‌عبارت‌دیگر، مقدار معینی مابه‌التفاوت نسبت به قیمت پایه یا مبنا مورد توافق طرفین قرار گرفته و خریدار بخشی از ثمن و ارزش حدودی معامله را در زمان توافق، به فروشنده یا مرجع ثالث مورد توافق طرفین پرداخت و تسویه مابقی وجه متعاقباً و بر اساس شرایطی انجام می‌شود که در زمان عقد قرارداد مشخص می‌گردد. به‌عبارت‌دیگر قرارداد کشف پرمیوم دارای چهار رکن است؛

الف. قیمت پایه یا مبنا که توسط فروشنده اعلام و مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد.

ب. قیمت نهائی، که عبارت است از مجموع قیمت پایه به انضمام مقدار پرمیوم یا مابه‌التفاوت کشف‌شده که تسویه معامله بر اساس آن انجام می‌گیرد.

ج. پرمیوم، که عبارت است از میزان مابه‌التفاوت کشف‌شده از طریق عرضه و تقاضا در قالب یک بازار رقابتی که غالباً این کار در بازار بورس انجام می‌گیرد. این مقدار بعد از اطلاعیه عرضه و طی رقابت میان خریداران به دست می‌آید.

د. گذشت زمان تعیین شده (اجل معامله).

بنابراین اگر شخصی نیازمند کالای مشخصی در آینده باشد و شخص دیگری نیز توانایی تأمین این کالا را برای آینده داشته باشد. این دو شخص می‌توانند وارد معامله شده و کالا را برای آینده مورد معامله قرار دهند ولی مهم‌ترین نکته در مورد این معامله بحث قیمت مبادله کالا در آینده و در زمان تحویل است. طرفین معامله می‌توانند قیمت کشف‌شده در یک بازار قابل قبول دیگر یا قیمتی که توسط یک مرجع مشخص معرفی می‌گردد را به عنوان قیمت مبنا انتخاب نمایند و توافق نمایند که قیمت نهایی (قیمت مبادله) برابر قیمتی با مابه‌التفاوت مشخص نسبت به قیمت مبنا باشد.

به عنوان مثال شرکت فولاد مبارکه قیمت مبنا برای فروش (۵۰۰) تن تیر آهن در بازار بورس کالا را از قرار قیمت روز به علاوه پرمیوم (۰,۳+) در سررسید شش ماهه در اطلاعیه عرضه اعلام نموده است (قیمت مبنا + پرمیوم درخواستی عرضه‌کننده). برای انجام معامله، رقابت خریداران در تعیین مابه‌التفاوت یا پرمیوم است. در این صورت هر یک از خریداران مقدار و پرمیوم درخواستی خود را در سامانه معاملاتی مربوطه اعلام می‌نماید. بنابراین ممکن است خریداران مقدار (۵۰۰) تن را با پرمیوم-های (۰,۱-)، صفر، (۰,۱+) و (۰,۲+) درخواست نمایند. در این صورت در صورت تمایل شرکت فولاد به کاهش پرمیوم مدنظر خود به بالاترین پیشنهاد و انطباق مقادیر درخواست شده توسط طرفین، پرمیوم معامله (۰,۲+) کشف می‌شود. بدین ترتیب، در ابتدای انجام توافق، طرفین باید قسمتی از ارزش حدودی معامله را نزد ثالث (اتاق پایاپای) به‌عنوان وجه‌الضمان تودیع کنند. این امر برای تعدیل روزانه حساب ودیعه صورت می‌گیرد و از مصادیق شرط‌های ضمن عقد این قرارداد است که طرفین تعهد می‌کنند جهت دوام پایبندی خود به معامله، مبلغی را به عنوان وجه التزام در نزد اتاق

مربوطه قرار دهند تا هم‌زمان متناسب با نوسان‌های بورس کالا این مقدار تعدیل گردد و بنابراین هیچ‌یک از طرفین نکول از انجام تعهد ننماید و در صورت نکول خسارتی به طرف مقابل وارد نشود. بدین ترتیب طبق پرمیوم موردنظر، پرداخت مابقی ثمن، در زمان سررسید شش‌ماهه، عبارت خواهد بود از قیمت پایه به‌علاوه پرمیوم (۲،۰+) که از سوی خریدار قابل پرداخت است.

۲-۱. مزیت قراردادهای کشف پرمیوم

معاملات آتی نسبت به معاملات سلف چند مزیت دارند. یک، در معاملات سلف کل مبلغ قرارداد و ثمن معامله در زمان انعقاد قرارداد پرداخت می‌شود و کالا در سررسید مشخص و طبق زمان اعلام شده تحویل خریدار داده می‌شود، درحالی‌که در قراردادهای آتی درصدی از مبلغ کل در زمان انعقاد قرارداد پرداخت و مابقی در زمان تحویل تأدیه می‌شود. دو، در قرارداد سلف فروشنده محصولات و دارایی خود را با قیمتی پایین‌تر پیش‌فروش می‌کند، حال‌آنکه در قراردادهای آتی امکان خریدوفروش قرارداد برای سه ماه آینده و در نتیجه پوشش ریسک ناشی از نوسانات قیمت برای خریداران و فروشنده‌گان وجود دارد. سه، قراردادهای سلف دارای قابلیت نقد شوندگی نیستند، اما قرارداد آتی به دلیل سهولت در خریدوفروش قابلیت نقد شوندگی بالایی دارد.

معاملات کشف پرمیوم نیز از جمله ابزارهای مشتقه مالی^۳ و قراردادهای آتی هستند که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد؛ ولی بایع تعهد می‌کند آن را فراهم کند که بعداً و سر موعده تحویل دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۹۲۵). نوسانات در قیمت یک دارایی، عدم اطمینان در مورد قیمت آینده ایجاد می‌کند و این عدم اطمینان منجر به بروز ریسک در خرید آن‌ها می‌شود. درواقع فردی که تمایل به فروش و یا خرید یک دارایی خاص در آینده را دارد، در اثر افزایش یا کاهش قیمت در آینده ممکن است دچار زیان شود. ابزارهای مشتقه مالی برای مدیریت این نوع ریسک وارد بازار شده و با ثابت نگه داشتن قیمت دارایی خاص در آینده برای خریدار و فروشنده این اوراق، ریسک فوق را به حداقل بر ممکن کاهش می‌دهد. به بیان بهتر، ابزار مشتقه اساساً برای پوشش ریسک مربوط به خرید، نگاهداری و فروش دارایی‌هایی که قیمت آن‌ها نوسان می‌کند، استفاده می‌شود (مشهدی زاده، ۱۳۹۵).

۲. اشکالات وارد بر قرارداد کشف پرمیوم

قرارداد کشف پرمیوم به‌حسب نیازهای متفاوتی که در حوزه تجارت بین‌الملل به وجود آمده است و در نتیجه قواعد و احکام خاص آن به‌صراحت در فقه مورد بررسی، تحلیل و نقد قرار نگرفته است. البته در دانش فقه احکام مسائل مشابه به قراردادهای آتی و ازجمله قرارداد کشف پرمیوم وجود دارد که کالا هنگام انعقاد عقد وجود ندارد و در آینده تولید می‌شود. به‌عبارت‌دیگر غالباً فقها شرایط عمومی صحت معاملات و شرایط ویژه هرکدام از عقود معین را بیان کرده‌اند و هرکدام از مصادیق عقود مستحدثه نیز ذیل قاعده کلی علینا بالقاء الاصول و علیکم بالتفریع، حکم مخصوص به خود را دارد. از طرف دیگر، دو اشکال عمده به امکان درج معاملات کشف پرمیوم در ابتدای توافق در ذیل عقد بیع شده است که در ادامه به تفصیل بدان می‌پردازیم.

۲-۱. اشکال اول؛ کالی به کالی بودن

نخستین اشکالی که به قراردادهای پرمیومی وارد است، انطباق ارکان آن با معاملات کالی به کالی است که ظاهراً در کلام مشهور فقهای امامیه محکوم به بطلان است. به این معنا که اگر مبادله پرمیوم در زمان توافق و تعهد ابتدائی در قالب قرارداد بیع میان طرفین منعقد گردد، چون هم کالا کالی در ذمه و مدت‌دار است و هم ثمن کالی در ذمه و مؤجل است، منطبق بر عنوان بیع کالی به کالی خواهد بود. توضیح بیشتر اینکه اگر تمام ثمن معامله یکجا و در مجلس عقد (طبق فتوایی که قبض را شرط صحت بیع سلف می‌داند) و یا بعد العقد به بایع پرداخت گردد، مصداقی از معامله سلف خواهد بود که صحیح است.

سؤال در جایی است که مبیع معامله کالی فی الذمه و پرداخت تمام یا بخشی از آن نیز مدت‌دار و بعد از سررسید باشد. در این صورت بررسی صحت یا بطلان بیع پرمیوم منوط به صحت یا بطلان بیع کالی به کالی خواهد بود که آن هم به دلیل وجود برخی روایات و ادعای اجماع از سوی فقها ظاهر در بطلان است.

در ادامه به تفصیل به روایات مورد ادعا و دلیل اجماع قائلین به بطلان پرداخته و مسئله بیع کالی به کالی را به لحاظ فقهی و حقوقی مورد مذاقه، تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱-۱. روایات دال بر بطلان

روایت مستند بطلان بیع کالی به کالی از طلحه بن زید بتری از امام صادق(ع) است که ایشان از پیامبر نقل می‌کنند که حضرت(ص) فرمودند، «لا بیع الدین بالدین» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۰۰)، بیع کالی به کالی نیز همان بیع دین به دین و در نتیجه باطل است. همچنین در کتاب دعائم الاسلام آمده است؛ «أنه نهی عن الکالی بالکالی» (قاضی نعمان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۳۳)، یعنی پیامبر اسلام(ص) از بیع کالی به کالی نهی نمودند و این نهی ظاهر عدم جواز و فساد چنین بیعی است.

پاسخ به روایت

اولاً؛ آنچه در کتب روایی و فقهی شیعه نقل شده، نهی از بیع دین به دین بوده است. اما عنوان بیع کالی به کالی در روایات شیعه نقل نگردیده است (وزیری، ۱۳۸۶). ثانیاً؛ در طریق روایت «لا بیع الدین بالدین»، طلحه بن زید بتری قرار دارد که سنی بوده و مورد وثوق قرار نگرفته و روایت ضعیف است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۹۷).

ثالثاً؛ آنچه هم از طرق عامه در کتاب دعائم الاسلام وارد شده است، سلسله راویان آن حتی در کتب ایشان نیز مجهول است. بنابراین به مفاد آن نیز نمی‌توان اعتماد کرد. رابعاً؛ تفاسیر گوناگونی از بیع کالی به کالی شده است. با این توضیح که در برخی موارد مراد از آن، بیع دین به دین تفسیر شده و در برخی دیگر، که از طریق ابو عبیده نقل گردیده به بیع نسبه به نسبه تعبیر شده است (وزیری، ۱۳۸۶). بنابراین از اختلاف میان اخبار، تعابیر فقها نیز آشفته گردیده است به گونه‌ای که بیع کالی به کالی را بعضاً بیع دین به دین و بعضاً بیع نسبه به نسبه پنداشته و محکوم به بطلان دانسته‌اند، درحالی که این عناوین با یکدیگر تفاوت دارند.

۲-۱-۲. ادعای اجماع بر بطلان

ابن ادریس^۴ (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۵۵)، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۳۱۳؛ همو، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۱۴) قائل به بطلان از بیع دین به دین شده‌اند. صاحب

مفتاح الکرامه بر بطلان بیع کالی به کالی نقل اجماع کرده است و آن را به مشهور امامیه نسبت داده است (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص. ۴۲۵).

پاسخ به اجماع

اولاً؛ اولین کسی که آن را نقل کرده ابن ادریس بوده است، درحالی که فقهای قبل از ایشان یا هیچ اشاره‌ای به بیع کالی به کالی نکرده‌اند و یا مثل شیخ طوسی و پیروانش مطلق دین به دین را باطل نمی‌دانستند بلکه تنها در صورت وجود دین قبلی و تبادل دینین قبل از عقد آن را باطل می‌دانستند و مستند آن‌ها نیز حدیث لا بیع الدین بالدین بوده است نه اجماع (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۱۰).

ثانیاً؛ اجماع، مدرکی و یا محتمل المدرك است و علی التحقیق چنین اجماعاتی حجت نیست، مگر در بعضی از صور.

ثالثاً؛ بسیاری از فقها (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۲۰؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۵۲۴؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۵، ص. ۳۸)، برخلاف مشهور معتقدند نهی اختصاص به موردی دارد که ثمن و مثنی فی الحال و قبل از عقد، دین باشند و مواردی که ثمن و مثنی یا یکی از آن دو به سبب عقد دین گردد و تسلیم آن مدت‌دار باشد بیع دین به دین نیست و حدیث «لا بیع الدین بالدین» شامل این موارد اخیر نمی‌شود (وزیری، ۱۳۸۶). بنابراین اجماع نمی‌تواند دلیلی بر بطلان مطلق بیع دین به دین چه قبل العقد و چه بعد از آن داشته باشد.

۲-۳. بررسی فقهی بیع کالی به کالی

علاوه بر اشکالاتی که بر ادله قائلین به بطلان بیع کالی به کالی وارد شد، می‌توان گفت که فقها غالباً از بطلان بیع دین به دین سخن گفته‌اند، و تعبیر کالی به کالی را به کار نبرده‌اند. در مواردی نیز که به بطلان بیع کالی به کالی فتوا داده‌اند، آن را مساوق با دین به دین انگاشته‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۵۵؛ عاملی، بی تا، ج ۴، ص. ۴۲۵؛ شعرانی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۸۳). دلیل این امر آن است که روایاتی که از طریق شیعه نقل شده عنوان دین به دین است نه کالی به کالی و این عبارت از فقه عامه وارد شده است.

اما فقها این روایات را پذیرفته و به مفاد آن عمل کرده‌اند^۹ (وزیری، ۱۳۸۷؛ ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۲۹۵) و این شهرت را جابر ضعف سند دانسته‌اند.

ثانیاً؛ فقهای قبل از شیخ طوسی، هیچ‌کدام سخنی از جواز یا بطلان بیع دین به دین به میان نیاورده‌اند. کسانی هم که بیع دین به دین را باطل دانسته‌اند، در تمام مصادیق بیان‌شده، دین قبل از عقد بوده است نه بعد از آن. شیخ طوسی در النهایه بیع دین به دین را در صورتی که دو دین قبل العقد باشند باطل می‌داند و در صورت ایجاد دین به سبب عقد حکم به جواز آن داده است (طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۳۱۰). محقق حلی نیز بیع دین به دین را در صورتی که عوضین حال و یا حتی مؤجل باشند جایز می‌داند و تنها در صورتی آن را محکوم به بطلان دانسته است که عوضین قبل العقد دین باشند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۶۰). درحالی‌که ابن ادریس به‌طورکلی فروش دین را خواه حال یا مؤجل خواه مربوط به قبل از عقد یا بعد از آن جایز نمی‌دانست و ادعای اجماع نیز می‌نمود (سلطانی نژاد، ۱۳۷۵). ابن ادریس نیز به‌رغم نقل اجماع، در مثالی که ذکر کرده، موردی را آورده که مربوط به دین قبل العقد است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۵۵).

شهادت ثانی پس از نقل کلام شهید اول در شرح لمعه، در نقد کلام ایشان مبنی بر عدم جواز فروش دین به دین مؤجل می‌گوید: «دینی که فروش آن ممنوع شده است، دین قبل العقد است ولی اگر دین به سبب عقد دیگری به عهده طرفین مستقر شود و ایجاد تعهد کند، صدق بیع دین به دین در آن مشکوک است، زیرا در حدیث لا یباع الدین بالدین، «باء» به معنای مقابله و عوض است، درحالی‌که در معامله کشف پرمیوم قبل از دینی میان طرفین وجود ندارد، بلکه قرار است به سبب انعقاد قرارداد پرمیومی دینی ایجاد شود» (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۰). ایشان در مسالک نیز همین نظر را اختیار کرده است (۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۳۴). بنابراین مشاهده می‌شود تمامی مصادیق بیان‌شده توسط فقها برای بطلان بیع دین به دین، ناظر به مواردی است که عوضین قبل العقد دین هستند در صورتی که در مورد بیع کالی به کالی این‌گونه نیست.

مطابق آنچه گفته شد برخی از قدما همچون ابن ادریس و شهید اول، و برخی از معاصرین همچون صاحب جواهر بر بطلان مطلق بیع کالی به کالی چه دین قبل العقد

باشد و چه بعد العقد دلایلی اقامه کردند. مهم‌ترین دلیل این گروه تمسک به اجماع و برخی روایات بود که ضعف هر یک از آنها در اثبات ادعا بیان گردید. اولاً اجماع امکان استناد ندارد و قرائنی از میان اقوال فقها بر بی‌اعتباری آن ارائه شد. ثانیاً روایات بیان‌شده هم به لحاظ سندی و هم به لحاظ دلالتی فاقد اعتبار برای اثبات مدعا هستند. بنابراین بیع کالی به کالی، از مصادیق بیع دین به دین نیست، بلکه بعد العقد و به سبب آن دینی میان طرفین عقد به وجود می‌آید و هر یک را ملزم و تأدیه آن در اجل مقرر می‌نماید و این مطلب با هیچ‌یک از ارکان، شرایط و آثار عقد بیع منافات ندارد. از این طریق می‌توان بدون اینکه اشکال کالی به کالی بودن بر آن وارد باشد، قرارداد کشف پریمیوم را ذیل عنوان عقد بیع درج نمود تا هم به لحاظ ارکان و شرایط و همچنین آثار تابع عقد بیع باشد.

۲-۱-۴. بررسی حقوقی بیع کالی به کالی

با وجود شیوع بیع کالی به کالی در معاملات، و فقدان بیان اراده صریح قانون‌گذار مبنی بر صحت یا بطلان آن، این سؤال مطرح می‌شود که آیا از مواد قانونی مربوط می‌توان تفسیری ارائه داد که مؤید این بیع باشد یا اینکه چنین تفسیری ممکن نیست و باید در موارد سکوت قانون‌گذار به اصول فقهی و منابع معتبر و فتاحی مرتبط رجوع کرد. قانون‌گذار در قانون مدنی و سایر قوانین موضوعه ایران درباره شرایط، صحت یا بطلان بیع کالی به کالی ساکت است. اما می‌توان با استناد به مفهوم برخی از مواد قانونی به این نتیجه رسید که در برخی از انواع عقد بیع، قبض ثمن معامله شرط صحت آن دانسته شده است. ماده (۳۶۴) قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «...در بیعی که قبض شرط صحت آن است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع». بنابراین در این‌گونه معاملات (عقود عینی) تا زمانی که قبض صورت نگرفته، عقدی نیز واقع نشده است (سلطانی نژاد، ۱۳۷۵).

برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۵۹۳؛ امامی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۵۳)، به تبع از برخی فقها^۱ (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۰۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۱، ص. ۳۳۶) معتقدند، بیع سلم نیز مانند بیع صرف از مصادیق عقود عینی است که قبض در آن شرط صحت بیع می‌باشد. بنابراین در بیع کالی به کالی نیز چون

عوضین معامله کلی فی الذمه و مؤجل هستند و قبض در مجلس صورت نمی‌گیرد، محکوم به بطلان است. از طرف دیگر قانون‌گذار در این زمینه سکوت کرده است، در نتیجه باید با عنایت به اصل (۱۶۷) قانون اساسی و مطابق ماده (۳) قانون آئین دادرسی مدنی ناچار مطابق فتاوی موجود فقهی و به استناد به منابع معتبر فقهی، بیع کالی به کالی را باطل دانست.

در پاسخ به استدلال اول مبنی بر لزوم قبض در عقد سلف باید گفت؛ در اینکه مفهوم عرفی بیع سلف، شامل لزوم قبض ثمن ضمن العقد می‌شود شک وجود دارد و در موضع شک باید به اصل عدم تمسک نمود که مقتضای اصل عدم دخول لزوم قبض در مفهوم عرفی بیع سلم است. از طرف دیگر تعریف، شرایط و آثار هرکدام از بیع سلم و کالی به کالی مشخص و متفاوت است و این دو نوع بیع با هم تباین مفهومی دارند. پاسخ استدلال دوم نیز آن است که؛ از مقدمات حکمت و فهم اطلاق کلام قانون‌گذار آن است که وی در مقام بیان و قانون‌گذاری باشد و درعین حال قیدی را وارد کلام خود نکند و یا حکم قضیه‌ای را بیان ننماید. در اینجا نیز قانون‌گذار در مقام بیان حکم بوده و سکوت کرده است و این خود قرینه‌ای است بر اطلاق کلام و عدم دخول قید اضافی در کلامش. بنابراین سکوت قانون‌گذار دال بر عدم اراده بطلان بیع خواهد بود و با استناد به اطلاق ماده (۱۰) قانون مدنی که شامل تمامی افراد قراردادها (اگرچه از عقود معین باشد) می‌شود، نمی‌توان عدم بیان ماده (۳۴۱) را دلیل بر بطلان بیع کالی به کالی دانست، علاوه بر آنکه استدلال مزبور شامل بیعی که ثمن و مبیع هر دو عین خارجی یا مبیع عین خارجی و ثمن کلی و هر دو مؤجل باشند نیز می‌گردد و باید آن را نیز باطل دانست و حال آنکه باطل نیست، زیرا آن‌ها از اقسام بیع کالی به کالی به شمار نمی‌روند (امامی، بی تا، ج ۱، ص. ۴۵۵).

همچنین دکتر کاتوزیان و دکتر صفائی با بیان برخی از اصول قانونی در زمینه آزادی قراردادی در موضع سکوت قانون‌گذار بر این باورند که شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد به مصلحت‌اندیشی فقها تکیه دارد تا منع وارده از سوی روایات، زیرا در مفاهیم روایت اختلاف وجود دارد و برای اثبات ادعا کافی نیست. ثانیاً بیع کالی به کالی نه تنها با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارض ندارد بلکه بسیاری از روابط تجاری و

معاملات بین‌المللی بر پایه بیع کالی به کالی صورت می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۲، صص. ۲۰۵-۲۰۸؛ صفایی، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۸۶).

به نظر می‌رسد به لحاظ اصول حقوقی و صراحت ماده (۱۰) قانون مدنی، و همچنین عدم اکتفای دلایل فقهی با توجه به اصل (۱۶۷) قانونی اساسی و همچنین ماده (۳) آئین دادرسی مدنی، می‌توان به وجاهت قانونی بیع کالی به کالی رأی داد. این نظریه با اصول قانونی، رویه قضائی و تفسیر دکترین از مواد قانونی قابل تأیید است.

۲. اشکال دوم؛ غرری بودن معامله

ملاک و ضابطه غرر در معاملات آتی و بخصوص معامله کشف پرمیوم چیست؟ آیا در این‌گونه معاملات جهالت در ارکان عقد، شرایط و اوصاف عوضین، نحوه تعیین ثمن و ثمن وجود دارد یا خیر؟ آیا این‌گونه معاملات منتهی به خطر، نزاع و زیان میان طرفین معامله می‌شود؟

۲-۱-۲-۱. معنای غرر

غرر در لغت به معنای «خطر» (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۳، ص. ۸) یا «در معرض هلاکت و نابودی قرار گرفتن» است (ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۷۲). همچنین به معنای مجهول العاقبه یا مستور العاقبه و چیزی که شک در تحقق و عدم تحقق آن است (عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۳، ص. ۸؛ ابوجیب، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۷۲). این منظور بیع غرری را بیع مشتمل بر مخاطره تفسیر کرده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، صص. ۱۳-۱۴)؛ بنابراین در معاملات غرری اولاً احتمال ضرر و خطر منتفی نیست و امکان دارا شدن بلاجهت و از دست دادن بلاجهت و بدون استحقاق وجود دارد و ثانیاً چنین معاملاتی عمدتاً با زیان و تنازع طرفین همراه است.

۲-۲-۲. غرر در قانون مدنی

در قانون مدنی به‌وضوح سخنی از قراردادهای غرری و شرایط آن به میان نیامده است؛ اما برخی مواد قانونی مندرج در قسمت قواعد عمومی قراردادها و برخی مواد عقد بیع می‌تواند اشاره به برخی مصادیق معاملات غرری باشد. در این راستا قانون‌گذار در ماده (۲۱۶) ق.م. مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم

اجمالی به آن کافی است؛ یعنی اگر در معامله یکی از عوضین مورد تردید و ابهام باشد، معامله محکوم به بطلان است؛ بنابراین باید عوضین معلوم و معین باشند. در همین راستا قانون‌گذار ذیل ماده (۳۸۸) ق.م. به لزوم معین و معلوم بودن عوض معامله (ثمن) اشاره می‌کند و ذیل ماده (۳۴۲) به لزوم معین و معلوم بودن ثمن می‌پردازد. همچنین در ذیل ماده (۳۳۹) ق.م. با اشاره به لزوم توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، چنین استنباط می‌شود که عوضین در عقد بیع باید معلوم باشند و جهل به هر کدام مبطل معامله خواهد بود. بنابراین در قانون مدنی اگرچه به صورت مستقیم به شرایط تحقق غرر اشاره نشده اما در ذیل برخی مواد قانونی دیگر مانند لزوم وجود موضوع معین ذیل ماده (۱۹۰) ق.م. مبهم نبودن مورد معامله ذیل ماده (۲۱۶) ق.م. معلوم بودن جنس، وصف و مقدار مبیع ذیل ماده (۳۴۲) ق.م. به بیان مصادیق معاملات فاسد پرداخته است.

همان‌طور که بیان شد شرایط معاملات غرری و معاملاتی که تعیین قیمت در آنها معلق به گذشت زمان مشخص و بر اساس یک فرآیند مورد توافق است در قانون به صراحت بیان نشده، از این رو باید به بررسی مبنای شک در این نوع قراردادها پرداخت که همان تحقق عنصر غرر در این معاملات است که از سوی شارع نهی شده است.

۲-۳. غرر از نظر فقها

از جمله اصولی که مبنایی برای منع معاملات غرری محسوب می‌شود، «اصل اتقان در عمل» است (محقق داماد، ۱۳۷۰، ص. ۱۵۶)؛ یعنی افراد باید همواره معاملات و عقود میان خود را محکم و استوار و بدون خلل پدید آورند و از سهل‌انگاری و سست‌بنیادی در کارها اجتناب نمایند. زیرا سهل‌انگاری در قراردادها و روابط تجاری به غرر و احتمال خطر منجر می‌شود و یکی از حکمت‌های منع معامله غرری با توجه به اصل یادشده، جلوگیری از مسامحه‌هایی است که به غرر می‌انجامد (مصباحی مقدم، و رستم زاده گنجی، ۱۳۸۶). تعاریفی که فقها از مفهوم غرر ذیل روایت «نهی النبی عن بیع المضطر و بیع الغرر» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص. ۴۴۸) یا «نهی النبی عن الغرر» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص. ۲۴۵) ارائه داده‌اند، مبنایی برای طرح قاعده نفی غرر

در معاملات شده است. بدین ترتیب فقها در تبیین معنای غرر به دو ملاک و ضابطه در توضیح غرر اشاره کرده‌اند. قول اول، مناط در غرر را تحقق جهالت در ارکان و اوصاف عقد می‌داند. قول دوم نیز با تأکید بر آن، خطری را که به نزاع و درگیری میان طرفین معامله می‌انجامد مصداق غرر در معاملات می‌داند. به عبارت دیگر هر غرری موجب بطلان نیست، بلکه غرر باید مخاطره‌آمیز باشد. در ادامه به تفصیل به بیان اقوال و نظریه منتخب در مناط تحقق غرر می‌پردازیم.

قول اول؛ جهالت در ارکان قرارداد

جهل در ارکان و شرایط قرارداد شامل سه دسته است؛ یک، جهل در مواردی که اطمینان به امکان تسلیم و تقابض عوضین وجود ندارد مانند فروش جنین حیوان در شکم مادر به صورت منفرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۵۶).

دو، جهل در مواردی که اطمینان به اصل وجود ثمن یا مثنی وجود ندارد مثل فروش میوه سردرختی قبل از بدو صلاح (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص. ۲۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۳۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۲۲۱).

سه، جهل در مواردی که مورد معامله به جهت جنس، وصف و مقدار معلوم نیست (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۶۸؛ شهید اول، بی تا، ج ۱، ص. ۱۲۹)؛ بنابراین فقها جهالت در ارکان بیع، جهالت در وجود عوضین، جهل به اوصاف عوضین و قدرت بر تسلیم عوضین را شرط تحقق غرر دانسته‌اند.

قول دوم؛ جهل منتهی به خطر (جهل مخاطره‌آمیز)

شهید اول در کتاب قواعد، غرر را به معنای جهالتی در قرارداد دانسته که منتهی به خطر میان طرفین شود. به عبارت دیگر از نظر ایشان رابطه میان جهل و غرر عموم و خصوص من وجه است و در برخی موارد که ملازم با جهل است، غرری در معامله وجود ندارد مانند بیع دو کالا از دو جنس مختلف، با مقدار و ارزش برابر، که وزن هیچ‌یک برای طرفین معلوم نیست (شهید اول، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۱۳۷). ایشان مناط غرر منهی در روایت نبوی را حصول زیان و تنازع میان طرفین می‌داند و قاعده نفی غرر را در مقام رفع خطر و تنازع می‌داند (موسویان، و علیزاده، ۱۳۹۴؛ ر.ک: شهید اول، قواعد،

۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۲۳۹). بدین ترتیب میان جهل و غرر ملازمه‌ای وجود ندارد بلکه می‌توان گفت جهل یکی از ارکان غرر است. بنابراین اگر در جایی غرر از ناحیه معین نبودن بودن ثمن معامله مستلزم خطر برای احد متعاملین نباشد، نمی‌توان قرارداد را غرری دانست.

مرحوم صاحب جواهر نیز غرر منهی در روایت را جهالتی می‌داند که نسبت به اوصاف و مقادیر مبیع به وجود آمده نه مطلق جهالت؛ زیرا در فروش مال غایب ضرورتاً جهل منجر به غرر وجود دارد و حال آنکه بیع کالای غایب جایز است^۷ (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۸۸).

شیخ انصاری نیز معتقد است نهی معامله غرری و حکم به فساد آن برای جلوگیری از مخاطره‌ای است که منجر به خطر و زیان در معاملات می‌شود. ایشان تعلیل فساد برخی معاملات متعارف در عصر جاهلیت مثل بیع منابذه و ملامسه را به غرری بودن آن‌ها مشکوک می‌داند زیرا در هیچ‌یک از این‌ها ارکان و شرایط قرارداد مجهول نبوده است، بلکه فساد این نوع از معاملات به خاطر خطری بوده که از سنخ این نوع از معاملات ایجاد می‌شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۱۸۲).

امام خمینی معتقد است تمامی معنای لغوی و اصطلاحی بیان‌شده برای غرر بازگشت به معنای خدعه حاصل از معامله دارند اما در نهایت ایشان قول فقها در مورد غرر مبتنی بر جهل منتهی به خطر می‌پذیرند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۸). آیت‌الله خوئی نیز جهالت منجر به خطر را مناط قراردادهای غرری می‌داند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، ص. ۳۵).

۲-۲-۴. غرر در معاملات کشف پرمیموم

همان‌گونه که اشاره شد، بازارهای مالی جدید از جمله بورس کالا دارای ریسک‌های معاملاتی هستند که احتمال غرر و خطر را در پی دارد. البته این امر تا حدودی در همه معاملات معین و غیر معین در همه جوامع وجود و بازارهای اقتصادی وجود دارد و یک اصل عقلایی پذیرفته‌شده و مبطون در ماهیت معاملات مبتنی بر نفع و زیان است. اما آنچه اهمیت دارد آن است که غرر منتهی به فساد و بطلان معامله نگردد. نظرات فقها نیز درباره مناط غرر مورد بررسی قرار گرفت که برخی غرر را منوط به جهالت

ارکان قرارداد و برخی جهالت منتهی به خطر و ریسک غیر عقلانی دانستند. کدام یک از این دو نظریه ضابطه‌ای متناسب با ابزارهای مالی جدید است تا هم معاملات به شکل صحیح انجام گیرد و هم چرخه اقتصادی سالم محقق گردد؟ به عبارت دقیق‌تر بیان شده که ثمن در معامله پرمیومی بعد از زمان سررسید و مطابق پرمیوم توافق شده میان طرفین تعیین می‌گردد و تسویه باید با همان قیمت انجام شود. حال سؤال آن است که آیا در معاملات پرمیومی، شناور بودن قیمت خرید به کشف پرمیوم و مابه‌التفاوت در زمان سررسید، آیا موجب جهل به ثمن معامله است تا بتوان حکم به غرری بودن این معاملات کرد یا خیر؟

آنچه مسلم است اینکه، جهالت به ارکان و شرایط قرارداد نمی‌تواند تنها ملاک برای فساد این‌گونه معاملات باشد، بلکه غرر باید ناشی از جهالتی باشد که معامله را متوجه خطر و ازهم‌گسیختگی قرار می‌دهد. به عبارت دیگر آنچه در قاعده نفی غرر اصالت دارد و مبنای بطلان عقود غرری را تشکیل می‌دهد، خطری بودن آن است و جهالت طریقی است که سبب مخاطره‌آمیز بودن آن می‌گردد. در نتیجه، جهلی که مخاطره‌آمیز نباشد و طرف عقد را در معرض خطر و ریسک شدید قرار ندهد، منحل به صحت عقد نخواهد بد (کریمی، و شعبانی، ۱۳۹۴). از نظر شیخ انصاری غرر و خطر نیز مستغرق در معنای عرفی آن است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۱۸۹ و ج ۵، ص. ۱۱۴). البته ملاک خطر نیز احتمال زیان عرفی است که از نظر عقلاء قابل اجتناب است، نه احتمال ضعیفی که عرف توجیهی به آن ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۱۸۲). بر این اساس اگر معامله‌ای دایره مدار احتمال زیان و خطر در سود و منفعت حاصله باشد نه احتمال زیان در قیمت مبنای، چنین معامله‌ای غرری نخواهد بود. بدین ترتیب منظور از خطر در ضابطه معاملات غرری، احتمال وقوع زیان است و جایی که سود فرد، به دلیل ابهام در ارکان قرارداد، در معرض کم‌وزیاد شدن است، معامله غرری نمی‌باشد (موسویان، و علیزاده، ۱۳۹۴).

از طرف دیگر عقود خود دو دسته‌اند؛ یک، عقود مغابنه‌ای دو، عقود مخاطره‌ای یا احتمالی. در عقود مغابنه طرفین به دنبال سود و منفعتی از آن معامله هستند، بنابراین غرر غیر متسامح در این معاملات محکوم به بطلان است. غرر موجود در این معاملات

نیز از نوع غرر عرضی و غیر ذاتی است که به عنوان علت نهی در روایت وارد شده است. به عبارت دیگر معاملات منهی در روایت غرر، معاملاتی هستند که غرر موجود در آنها از نوع غرر عرضی و غیر ذاتی است و عموماً نیز قدماً ورود این نوع از غرر را موجب بطلان و فساد در معاملات دانسته‌اند. در مقابل، عقد مخاطره ای عقدی است که طرفین عالمأ و عامداً عنصر خطر و ریسک را در مدلول عقد وارد می‌کنند و بنا به همین توافق است که تمام تبعات ناشی از آن را می‌پذیرند (مسجد سرایی، ۱۳۹۲). غرر موجود در این قراردادها از نوع غرر ذاتی و با توجه به ماهیتش به صورت پیشینی مبطون و ملحوظ در آن است. لذا ورود غرر در این عقود جنبه ذاتی دارد، اما این غرر اگر در عقود مغایره وارد شود جنبه عرضی دارد و عرض مفارق است؛ که می‌توان گفت نهی از غرر در حدیث نبوی شامل این نوع از غرر است نه غرر ذاتی. لذا تسری حکم غرر در بیع به دیگر معاملات و عقود بدون دلیل است (مسجد سرایی، ۱۳۹۲).

با این توضیحات، غرر موجود در معاملات پریمیومی از نوع غرر عرفی ذاتی محتمل الزیانی است که در نزد شارع و عقلاً قابل پذیرش است. بنابراین می‌توان قرارداد پریمیومی را از جمله عقود مبتنی بر خطر و مسامحه دانست که دارای یک غرر مندرج در ذات و عرفی پذیرفته شده از جانب طرفین قرارداد است. بدین ترتیب در این معاملات غالباً غرری در معامله به وجود نمی‌آید، زیرا طرفین عقد همان‌گونه که اوصاف و ویژگی‌های مبیع کلی را ذکر می‌کنند در مورد ثمن نیز چنین عمل می‌کنند و با علم به اوصاف و زمان تأخیر زمینه‌ای برای غرر نیست (سلطانی نژاد، ۱۳۷۵). ثانیاً در مواردی نیز که احتمال غرر وجود داشته باشد موجب بطلان نیست زیرا این غرر از نوع غرر عرفی مندرج در ذات قرارداد است که طرفین با علم به سرنوشت آن به عقد قرارداد بیع اقدام کرده‌اند.

در معاملات کشف پریمیوم همان‌گونه که بیان شد، قیمتی به عنوان قیمت پایه برای تبادل کالا اعلام و به توافق طرفین می‌رسد؛ یعنی اولاً طرفین نسبت به قیمت اولیه علم داشته و با اطلاع از آن قراردادی را منعقد می‌کنند. در مرحله بعدی، به مقداری از پریمیوم تعهد می‌کنند که مورد تأیید و توافق هر دو است. بنابراین در مرحله تعیین قیمت و سود متغیر نیز بدون جهل به ارکان و فرآیند معامله می‌نمایند. بدین ترتیب

جهل در عوضین معامله هم در ناحیه کالا و مثنی که فروشنده ضمن قرارداد تعهد به فروش آن داده است، برداشته می‌شود و هم در ناحیه ثمن با توافق نسبت به قیمت پایه و قیمت متغیر جهل مرفوع است. اگرچه احتمال کسری در سود حاصله وجود دارد، ولی چنانچه گفته شد احتمال ضرر در سود مشمول معامله غرری نمی‌شود.

در معاملات پریمیومی و کلیه قراردادهای آتی یکی از اصلی‌ترین اصول معاملاتی، حفظ شفافیت در روند خرید و فروش است. شفافیت و معلوم بودن فرآیندها نقطه مقابل غرر منهی است که این امر توسط اتاق‌های پایاپای تأمین می‌شود. نقش اساسی اتاق پایاپای که معاملات پریمیومی تحت کنترل آن انجام می‌شود نیز در همین مرحله و برای پوشش ریسک معاملاتی جهت انجام معاملات با مبالغ بالا می‌باشد. این قراردادها بر پایه تعهد طرفین انجام معامله کالای مشخص در زمان مشخص و ضمانت اجرای مناسب نزد اتاق پایاپای انجام می‌شود و از مکانیسم مشخص و دقیقی برخوردار است که امکان ابهام در هر یک از عوضین، مقدار و اوصاف آن و هر یک از شرایط معامله را از بین می‌برد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

قراردادهای کشف پریمیوم از معاملات جدید و مبتنی بر فروش کالای مؤجل در ازای ثمن مؤجل است که حاصل جمع قیمت پایه به‌علاوه قیمت کشف‌شده‌ای که در مدت زمان تعیین شده بر اساس فرمول توافق شده میان طرفین مشخص می‌باشد. بر همین اساس درج این قرارداد ذیل عقد بیع به موجب کالی به کالی شدن و غرر در معامله موجد شبهه‌ای مبنی بر بطلان قرارداد بیع پریمیومی شده است؛ اما در تحقیق حاضر با بررسی دلایل بطلان کالی به کالی و همچنین غرر در معاملات پریمیومی این نتیجه حاصل آمد که، اولاً؛ بطلان بیع کالی به کالی مبتنی بر حکم به بطلان بیع دین به دین است که برخی روایات و همچنین دلیل اجماع بر آن دلالت دارند که هم اجماع مخدوش است و هم روایات. ثانیاً غالباً بیع دین به دین در مواردی از سوی فقها باطل دانسته شده است که دو دین میان متعاملین قبل از عقد موجود باشد و به موجب عقد خرید و فروش شوند. اما مواردی که دو دین در نتیجه معامله و به سبب آن حاصل می‌شوند مشمول عنوان بیع دین به دین نبوده و در نتیجه باطل نخواهد بود و بیع

پرمیومی نیز از نوع دوم است که در آن تحویل مبیع در سررسید و تحویل ثمن بر اساس قیمت نهائی در همان زمان انجام می‌شود. بنابراین نمی‌توان به‌صرف کالی به کالی بودن بیع پرمیومی آن را محکوم به بطلان کرد زیرا دلیل معتبر بر بطلان بیع کالی به کالی وجود ندارد.

ثانیاً؛ همان‌گونه که بیان شد، ملاک غرر نزد فقها و حقوقدانان، جهالت منتهی به خطر و ورود احتمالی زیان به طرفین است. به عبارت دیگر اشکال در آن است که در قرارداد پرمیومی جهالت طرفین به ثمن معامله و عدم معین بودن ثمن موجب ورود زیان به فروشنده یا خریدار می‌شود و از چنین معامله‌ای در روایت پیامبر(ص) نهی شده است. اما باید گفت غرر به این معنا در معاملات پرمیومی وجود ندارد زیرا؛ ۱. غرر یک مفهوم عرفی است که تعیین حدود و مصادیق آن از طرف شارع به عهده عرف گذاشته شده است و عرف عقلائی نیز احتمال خطر معاملات پرمیومی را می‌پذیرد. ۲. اگر غرر در سود و زیان باشد نه در اصل قیمت پایه معامله غرری نخواهد بود و در قرارداد پرمیومی همین‌گونه است. ۳. عقد پرمیومی قراردادی است مسامحه‌ای که در آن غرر جزء ذات عقد محسوب می‌شود و طرفین معامله نیز با علم به این موضوع وارد معامله شده‌اند که اساساً علم و اطلاع و اراده طرفین بر انجام معامله خود رافع غرر است.

بنابراین هیچ‌کدام از اشکالات وارده بر قراردادهای پرمیومی وارد نبوده و بدین ترتیب طرفین می‌توانند در ابتدای امر قرارداد پرمیومی را ذیل عقد بیع به‌گونه‌ای که دارای شرایط و آثار عقد بیع باشد درج نمایند. بدین ترتیب نیازی به عقد صلح یا ایجاد تعهد در برابر تعهد در ابتدای معامله و عقد بیع در زمان سررسید نخواهد بود.

یادداشت‌ها

1. Premium
2. Terms contracts
3. Derivative Instrument

۴. «الدین لا یخلو إِمَّا أَنْ یكون مؤجلاً، أو حالاً، فإن كان مؤجلاً، فلا یجوز بیعه بغير

خلاف علی غیر من هو فی ذمته، فإمَّا أَنْ كان حالاً فلا یجوز بیعه بدین آخر، لا ممن هو

عليه، و لا من غيره بغير خلاف أيضا، و نهى النبي عليه السلام عن بيع الكالئى بالكالئى و هو بيع الدين بالدين».

۵. «و لو شرط تأجيل الثمن بطل، بلا خلاف أجده لا لان التقابض شرط، إذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الأجل و نحوه، بل لانه من بيع الدين بالدين كما ستعرف تحقيقه فى محله، بل و الكالئى بالكالئى، و هو مؤيد لما قلناه سابقا من صدقه على ذلك و ان كان دينا فى العقد، و الحاصل ان الحالين أو أحدهما بالعقد لا سابقا لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، بخلاف المؤجلين، فإنه يصدق عليه و لو بالعقد كالحالين قبل العقد. أو أحدهما حال قبله، و الآخر مؤجل كذلك، فتأمل جيدا».

۶. ابن ادریس در سرائر: «و من شرط صحته، قبض الأثمان، قبل التفرق من المجلس» و علامه حلى در تذکره الفقهاء: «يشترط فى السّلم قبض الثمن فى المجلس، فلا يجوز التفرق قبله، فإن تفرقا قبل القبض، بطل السّلم عند علمائنا أجمع».

۷. «المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسلمه و عدمه، ضرورة حصوله فى كل مبيع غائب».

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن منظور، جمال الدين (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.

ابو جیب، سعدی (۱۴۰۸ق). القاموس الفقہی لغة و اصطلاحا، دمشق: دار الفكر.

اعتصامی، امیرحسین (۱۳۹۴). بررسی قراردادهای پیش فروش نفت خام در بورس؛ معاملات

کشف پرمیوم. کمیته فقہی بورس کالا (مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی)، قابل

دسترسی از www.rdis.ir

امامی، سید حسن (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. تهران: گنج دانش.

حسینی عاملی، سید جواد (بی تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

خمینی، روح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی. سلطانی نژاد، هدایت الله (۱۳۷۵). بررسی اعتبار بیع کالی به کالی در حقوق ایران و منابع فقهی.

فصلنامه مفید، ۲(۶)، ۸۶-۱۲۶.

شعرانی، ابو الحسن (۱۴۱۹ق). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین. تهران: منشورات اسلامیة.

شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المكاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

صفائی، سیدحسین (۱۳۹۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی.

شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق). حاشیة الإرشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

عبد الرحمان، محمود (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه. بی جا.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت ع.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۰۸ق). کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.

کریمی، عباس؛ و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴). معامله به مال آینده. مجله حقوقی دادگستری، ۷۲(۹۰)، ۱۰۱-۱۲۷.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.


محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۰). قواعد فقه، بخش مدنی. تهران: اندیشه های نو در علوم اسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

مسجدسرایبی، حمید (۱۳۹۲). تحلیل فقهی حقوقی مبنای غرر در بیمه. پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، ۹(۳۳)، ۱۳۱-۱۴۴.

مشهدی زاده، علیرضا (۱۳۹۵). بررسی حقوقی فقهی قراردادهای آتی در بورس انرژی. مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۹(۱۷)، ۱۹۳-۲۱۵.

۲۳  بررسی صحت یا بطلان قرارداد کشف پریمیوم در قالب عقد بیع / عبدالله امیدی فرد و علی خلف خانی

مصباحی مقدم، غلامرضا؛ و رستم زاده گنجی، اسماعیل (۱۳۸۶). غرر در معاملات اختیارات

بر روی سهام از دیدگاه فقه امامیه. جستارهای اقتصادی، ۴(۸)، ۳۶-۶۵.

معصومی نیا، غلامعلی، و فدایی، میثم، و صائمین، سید حمیدرضا (۱۳۹۴). بررسی فقهی قرارداد

آتی، احکام و آثار آن بر مبنای فقه امامیه. اقتصاد اسلامی، ۱۵(۵۸)، ۱۲۳-۱۵۱.

موسویان، سید عباس؛ و علیزاده اصل، محمد (۱۳۹۴). بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید.

تحقیقات مالی اسلامی، ۱۵(۱)، ۵-۳۶.

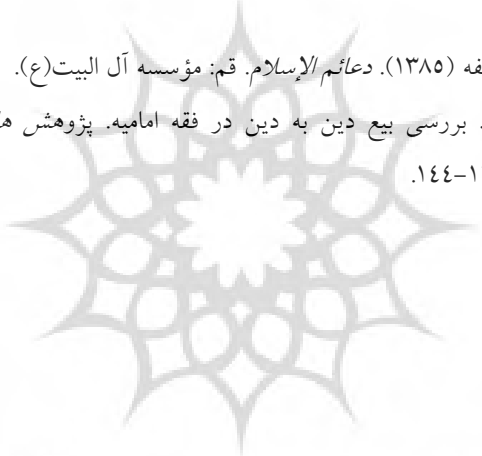
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء

التراث العربی.

نعمان بن محمد، ابوحنیفه (۱۳۸۵). دعائم الإسلام. قم: مؤسسه آل البيت(ع).

وزیری، مجید (۱۳۸۶). بررسی بیع دین به دین در فقه امامیه. پژوهش های فقه و حقوق

اسلامی، ۳(۱۰)، ۱۲۵-۱۴۴.


پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی