



مرکز مدیریت حوزه علمیه خراسان



مرکز مدیریت حوزه علمیه خراسان

مدرسه علمیه عالی نواب

پایان نامه سطح سه

رشته تخصصی فقه و حقوق با گرایش حقوق خصوصی

عنوان:

**بررسی فقهی و حقوقی ماهیت و آثار عقد اختیار**

استاد راهنما:

حجت الاسلام و المسلمین آقای دکتر غلامرضا یزدانی

استاد مشاور:

حجت الاسلام و المسلمین آقای دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی

نگارش:

محمد بنائی

سال تحصیلی: ۱۳۹۹-۱۳۹۸

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقدیم به

تقدیم میکنم ما حاصل آموخته هایم را به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آلام زمینی ام است به

استوارترین تکیه گاهم، **دستان پرمهر پدرم**

به سبزترین نگاه زندگیم، **چشمان سبز مادرم، برادر و خواهرانم همراهان همیشگی و**

**همسر عزیزم**، امروز هستی ام به امید شماسست و فردا کلید باغ بهشتم رضای شما را آوردن گران

سنگ تر از این ارزان نداشتم تا به خاک پایتان نثار کنم،

باشد که حاصل تلاشم نسیم گونه غبار خستگیان را بزداید، بوسه بر دستان پرمهرتان.

## قدردانی و سپاس

بعد از سپاس ایزد منان که به من قدرت اندیشیدن آموخت، فرصت را غنیمت می‌شمارم و از استاد گرامیم جناب آقای دکتر غلامرضا یزدانی بسیار سپاسگزارم چراکه بدون راهنمایی‌های ایشان تأمین این پایان‌نامه بسیار مشکل می‌نمود.

و از استاد عزیزم آقای دکتر محمدرضا کاظمی گلوردی به دلیل یاری‌ها و راهنمایی‌های بی‌چشم‌داشت ایشان که بسیاری از سختی‌ها را برایم آسان‌تر نمودند، به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگاران بهترین پشتیبان است، کمال تشکر را دارم.

## چکیده

قرارداد اختیار معامله یکی از ابزارهای مالی و مشتقه دنیا قلمداد می‌شود که هدف اصلی آن مدیریت خطر و کنترل ریسک در بازارهای مالی می‌باشد. به موجب قرارداد اختیار، یک طرف معامله با اعطای مبلغی به طرف مقابل، اختیار خرید یا فروش کالا یا سهام وی را به دست می‌آورد تا در زمان معین یا در طول مدت زمان معین بتواند با قیمت توافقی فعلی در آینده خریداری یا بفروش برساند.

هر چند قرارداد اختیار با برخی از عقود معین از جمله عقد صلح، عقد بیع و قرارداد بیمه شباهت‌هایی دارد ولی به نظر می‌رسد، قابل تطبیق با هیچ کدام نبوده و باید آن را عقد مستقل به شمار آورد و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی حکم به صحت آن داد. از نظر آثار نیز به نظر می‌رسد قرارداد اختیار با مکانیزمی که در بردارد در بازار اولیه قرارداد موجد حق و در بازار ثانویه قرارداد ناقل حق می‌باشد.

**کلید واژه:** اختیار معامله، اختیار خرید، اختیار فروش ابزارهای مشتقه، مدیریت ریسک.

## فهرست مطالب

.....	مقدمه
.....	۱- بیان مسئله
.....	۲- سؤالات تحقیق
.....	۳- فرضیات تحقیق
.....	۴- سابقه و ضرورت تحقیق
.....	۵- اهداف تحقیق
.....	۶- روش تحقیق
.....	۷- ساختار تحقیق
.....	فصل اول: معرفی عقد اختیار
.....	مبحث اول: مفهوم معامله اختیار و مقایسه آن با نهادهای حقوقی مشابه
.....	گفتار اول: تعریف عقد اختیار
.....	گفتار دوم: مقایسه عقد اختیار با نهادهای حقوق مشابه
.....	الف: عقد بیع
.....	ب: بیع عربون
.....	ج: شرط خیار
.....	د: عقد صلح
.....	ه: عقد بیمه
.....	و: عقد وکالت
.....	ز: قولنامه
.....	ح: عقد جعاله
.....	ط: قرارداد موجد حق سرقتی
.....	ی: قرارداد تعهد یک جانبه به فروش یا خرید
.....	ک: قرارداد تعهد به حفظ ایجاب
.....	گفتار سوم: موانع صحت شرعی و قانونی قرارداد اختیار

الف: قمار بودن قرارداد اختیار.....

- ۱-تعریف قمار.....
- ۱-۱ قمار در لغت:.....
- ۲-۱ قمار در فقه:.....
- ۳-۱ قمار در حقوق و قانون.....
- ۱-۳-۱: قانون اساسی.....
- ۲-۳-۱: قانون مجازات.....
- ۳-۳-۱: قانون مدنی.....
- ۲-انواع قمار.....
- ۱-۲ قمار قانونی.....
- ۲-۲ قمار غیر قانونی.....
- ۱-۲-۲: قمار بازی.....
- ۲-۲-۲: شرط بندی و گرو بندی.....
- ۳-۲-۲: بخت آزمایی.....
- ۳- بررسی شبهه قماری بودن قرارداد اختیار.....

ب: غرری بودن قرارداد اختیار.....

- ۱- تعریف غرر.....
- ۲- مصادیق غرر.....
- ۱-۲ جهل نسبت به موضوع معامله.....
- ۲\_۲ شرایط و اوصاف مورد معامله مجهول باشد.....
- ۳-۲ قدرت بر تسلیم وجود نداشته باشد ولو علم به آن باشد.....

ج: صوری بودن قرارداد اختیار.....

- ۱- بررسی صوری بودن معاملات اختیار.....
- ۲- حکم سفته بازی.....
- ۲-۱-۱-۱ حالت طبیعی بازار.....
- ۲-۱-۱-۲ آیات قرآن.....
- ۲-۱-۲ روایات.....
- ۲-۲: حالت غیر طبیعی و ساختگی بازار از جمله احتکار و توانی.....
- ۲-۲-۱: دستورالعمل اختیار معاملات سهام.....
- ۲-۲-۲: قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی.....

د: انطباق قرارداد اختیار بر بیع مالا یملک.....

- ه: عدم تطابق قرارداد اختیار با سایر عقود .....
- و: تعارض قرارداد اختیار معامله با قاعده عدل و انصاف .....
- ز: ربوی بودن قرارداد اختیار .....
- ح: مخالفت قرارداد اختیار با خیار شرط .....
- ط: حاوی شرط منفعت بودن اختیار برای یک نفر .....
- مبحث دوم: ویژگی‌ها و تاریخچه پیدایش عقد اختیار .....
- گفتار اول: مزایا و معایب عقد اختیار .....
- الف: مزایا .....
- ب: معایب .....
- گفتار دوم: تاریخچه پیدایش عقد اختیار .....
- گفتار سوم: تعریف بازار بورس و ابزارهای مشتقه .....
- مبحث سوم: اقسام عقد اختیار .....
- گفتار اول: از جهت نوع قرارداد .....
- الف: اختیار خرید .....
- ب: اختیار فروش .....
- گفتار دوم: از جهت نسبت سهام (ارزش قرارداد) .....
- گفتار سوم: از لحاظ سررسید و نحوه اعمال .....
- گفتار چهارم: به اعتبار نوع عرضه (اولیه و ثانویه) .....
- گفتار پنجم: به لحاظ نوع بازار معامله .....
- گفتار ششم: به لحاظ نوع دارائی .....
- فصل دوم: تشکیل عقد اختیار .....
- مبحث اول: شرایط تشکیل قرارداد اختیار .....
- گفتار اول: شرایط عقد اختیار .....
- الف: اختیار در مقابل التزام .....



- ب: قیمت اختیار یا حق شرط .....
- ج: دارائی تضمین شده یا دارائی پایه (حجم قرارداد) .....
- د: قیمت توافقی یا قیمت اعمال .....
- ح: سررسید یا تاریخ انقضاء .....
- و: تاریخ اجرا یا تاریخ اعمال .....
- گفتار دوم: شرایط موضوع معامله .....
- الف: مالیت داشتن .....
- ب: معین و معلوم بودن .....
- ج: مقدور بودن .....
- د: مشروع بودن .....
- گفتار سوم: شرایط متعاقدين .....
- الف: قصد و اراده طرفین .....
- ۱\_ اسباب اعتبار قصد .....
- ۱- ۱ ایجاب و قبول .....
- ۱- ۲ مطابقت ایجاب و قبول .....
- ۱- ۲- ۱ مطابقت در عنوان .....
- ۱- ۲- ۲ توافق در خصوصیات قرارداد .....
- ۱- ۲- ۳ مطابقت در ماهیت مورد معامله .....
- ۱- ۳ توالی ایجاب و قبول .....
- ۲\_ عوامل بازدارنده اعتبار قصد .....
- ۲- ۱ عوامل قانونی .....
- ۲- ۲ اشتباه .....
- ب: اهلیت .....
- فصل سوم: خصایص و آثار .....
- مبحث اول: خصایص عقد اختیار .....
- گفتار اول: لازم بودن .....
- گفتار دوم: معوض بودن .....
- گفتار سوم: عهدی بودن .....

- گفتار چهارم: تشریفات یا غیر تشریفاتى .....
- گفتار پنجم: منجز بودن .....
- گفتار ششم: آزادی، ارشادی، تحمیلی .....
- الف: عقد آزادی .....
- ب: عقد ارشادی .....
- ج: تحمیلی .....
- مبحث دوم: آثار قرارداد اختیار معامله .....
- گفتار اول: آثار قرارداد اختیار خرید قبل از سررسید یا اعمال .....
- الف: تلف شدن موضوع معامله .....
- ب: تصرفات متعهد .....
- ۱- تصرفات ناقل .....
- ۲- تصرفات ناقل منفعت .....
- ۳- سایر تصرفات .....
- ج: نمائات موضوع معامله .....
- ۱- نمائات ناشی از عرضه و تقاضا .....
- ۲- نمائات ناشی از اقدامات متعهد بر روی موضوع معامله .....
- د: اقدامات دارنده اختیار خرید در حفظ و نگهداری موضوع معامله در طول مدت اختیار .....
- ۱- مالکانه نبودن ید دارنده اختیار خرید .....
- ۲- امانی بودن ید دارنده اختیار خرید .....
- ه: فوت دارنده حق .....
- و: انتقال حق اختیار خرید به سایر افراد .....
- ز: اقدامات دارنده اختیار خرید در صورتیکه موضوع معامله عین معین یا در حکم عین معین باشد .....
- گفتار دوم: آثار اختیار معامله فروش قبل از سررسید یا اعمال .....
- الف: تلف شدن موضوع معامله .....
- ب: تصرف دارنده اختیار فروش .....
- ج: نمائات موضوع معامله .....
- د: فوت دارنده حق فروش .....
- ه: انتقال حق فروش به سایر افراد .....
- گفتار سوم: آثار قرارداد اختیار معامله خرید یا فروش بعد از سررسید یا اعمال .....
- نتیجه گیری .....

## مقدمه

باید توجه داشت که در اقتصاد هر کشور، قیمت کالا یا سهام را عرضه و تقاضا در خصوص آن کالا یا سهام مشخص می‌کند و از همین خاطر افت و خیزهای زیادی می‌تواند برای قیمت‌ها متصور باشد، پس این تفاوت قیمت‌ها با فعالیت‌های اقتصادی همواره کنار هم می‌باشند.

همیشه انسان بدنبال این است که خطرات و ریسک‌ها را از خود دور نماید، یکی از ریسک‌های مهم برای انسان، کاهش یا افزایش قیمت کالا یا سهام در بازار می‌باشد که مخاطرات اقتصادی را برای او رقم می‌زند. در عصر امروزی کارشناسان و خبرگان علم اقتصاد ب فکر ایجاد فضای امن اقتصادی برای کارآمدان و فعالان صحنه اقتصاد افتاده اند تا بتوانند رشد و پیشرفت اقتصادی را پویا نگه دارند، لذا ابزارهای مالی را طراحی و بصحنه اجرا در آوردند که یکی از آن ابزارهای مالی که فضای امن اقتصادی را بدنبال دارد، قرارداد اختیار معامله می‌باشد که با هزینه اندک، سرمایه گذاران را برای سرمایه گذاری صحیح و مطمئن ترغیب می‌نماید زیرا تمام سرمایه گذاران به دنبال بازاری مطمئن و کم خطرور ریسک می‌باشند.

## ۱- بیان مسئله

ابزارهای مالی که توسط کارشناسان اقتصادی پدید آمده اند، عبارتند از قرارداد آتی، اختیار معامله، سوآپ یا معاوضه.

این ابزارهای مالی فقط مسئولیت مدیریت ریسک را ندارند بلکه علاوه بر آن، فضای اقتصادی را برای رقابت آماده می‌نمایند.

در این میان، قرارداد اختیار معامله که در حقوق ایران چند دهه‌ای ست وارد شده است، بسیار قابل توجه می‌باشد؛ زیرا هم در بازار سرمایه (بورس) قابل اجرا می‌باشد و هم در بازار فرا بورس رشد و توسعه خوبی را به دنبال داشته است.

این قرارداد به دو شکل قابل تصور است: اختیار خرید و اختیار فروش.

در اختیار خرید، خریدار مبلغی را به دارنده کالا یا سهام می‌پردازد تا در قبال آن اختیار خرید کالای معین یا سهام مشخص را در سررسید تاریخ معین یا در طول سررسید تاریخ معین (مثلا سه ماه یا در طول سه ماه بنا به توافق طرفین) به مبلغ توافقی زمان انعقاد قرارداد را داشته باشد تا بتواند از این اختیار استفاده نماید یا از آن صرف نظر نماید و فقط همان مبلغ را از دست داده است؛ معمولا در صورت افزایش قیمت کالا یا سهام از این اختیار استفاده می‌شود و در صورت کاهش از آن صرف نظر می‌شود.

اما اختیار فروش، بدین شیوه است که دارنده کالا یا سهام با پرداخت مبلغی به خریدار، این اختیار را به دست می‌آورد که در سررسید معین یا در طول تاریخ معین بتواند کالا یا سهام خود را با قیمت توافقی زمان انعقاد قرارداد به وی بفروشد که در این نوع، معمولاً در صورت کاهش قیمت از اختیار فروش استفاده می‌شود و در صورت افزایش قیمت، از آن صرف نظر می‌شود.

با توجه به جدید بودن این قرارداد، ایراداتی به آن وارد شده است که برخی از آنها عبارتند از غرری بودن معامله، قماری بودن، عین نبودن مبیع در بیع که علی القاعده باید عین باشد و سایر ایرادات که پاسخ آنها داده خواهد شد.

## ۲- سؤالات تحقیق

۱- ماهیت قرارداد اختیار چه وضعیتی دارد؟

۲- صحت قرارداد اختیار از نظر فقه و حقوق چه وضعیتی دارد؟

۳- چه آثاری بر این قرارداد اختیار مترتب است؟

## ۳- فرضیات تحقیق

۱- هر چند قرارداد اختیار شباهت‌های فراوانی با بعضی از نهاد‌های فقهی و حقوقی دارد اما قابل انطباق با آنها نبوده و ماهیت مستقلی به شمار می‌رود.

۲- از نظر صحت و اعتبار هر چند شبهه قماری بودن، ربوی بودن و شبهات مشابهی نسبت به این قرارداد وجود دارد ولی به نظر می‌رسد، می‌توان حکم به صحت و اعتبار آن نمود.

۳- از نظر آثار، قرارداد اختیار با مکانیزمی که در بازار اولیه و ثانویه دارد می‌تواند قرارداد موجد حق و ناقل حق باشد.

## ۴- سابقه و ضرورت تحقیق

با توجه به جدید بودن این قرارداد، کتاب یا مقاله‌ای که ماهیت دقیق اختیار معامله را بررسی نماید و اوصاف آن را بیان نماید سپس تمامی ایرادات را به طور کامل بیان نماید و پاسخ آن را بدهد و آثار آن را ذکر نماید وجود ندارد.

از لحاظ اقتصادی و مدیریت مالی، چند کتاب وجود دارد که از آنها استفاده شده است. از لحاظ فقهی و حقوقی نیز چند مقاله وجود دارد، از جمله «قرارداد اختیار معامله» نوشته محمد مومن قمی و «اوراق اختیار معامله» نوشته مجید رضایی و ب «ررسی ابزارهای مشتقه» نوشته غلامعلی معصومی نیا و «تبیین فقهی و حقوقی اختیار معامله» نوشته جواد حسین زاده.

تحقیق در اینگونه قراردادها، اولاً؛ موجب پیدایش حکم شرعی مبنی بر صحت یا فساد و ثانیاً؛ باعث رونق اقتصادی و فعالیت های اقتصادی و پویایی اقتصاد در کشور می باشد و رقابت در صحنه اقتصاد را جوشان می نماید و در نهایت، از خطر کاهش و افزایش ناگهانی قیمت ها در امان می باشد که موجب جذب سرمایه های جدید می شود.

#### ۴- اهداف تحقیق

۱- بررسی دقیق و همه جانبه این قرارداد از جمله ذکر موانع صحت و پاسخ آن.

۲- زمینه سازی برای وضع قوانین اقتصادی.

#### ۵- روش تحقیق

تحقیق حاضر به صورت کتابخانه ای و مبتنی بر روش توصیفی - تحلیلی انجام گرفته است.

#### ۶- ساختار تحقیق

تحقیق حاضر در سه فصل جمع بندی شده است؛ چرا که از طرفی لازم بود، ابتدا قرارداد اختیار معرفی شود، از این رو، یک فصل به معرفی قرارداد اختیار اختصاص پیدا کرده است. در این فصل، جهت معرفی هر چه بیشتر قرارداد اختیار، ابتدا قرارداد اختیار، تعریف شده و سپس به نهادهای حقوقی مشابه قرارداد اختیار اشاره شده است. آشنایی با تاریخچه قرارداد اختیار و مبانی صحت و اقسام آن، مطالبی است که در معرفی هر چه بیشتر قرارداد اختیار، یاری رسان بوده، از این رو، این مطالب در ادامه فصل مورد بررسی قرار گرفته است.

علاوه بر این، برای اینکه ضوابط حاکم بر تشکیل قرارداد اختیار به خوبی تبیین شود، فصل دوم به این مهم اختصاص پیدا کرد. معرفی اوصاف و آثار قرارداد اختیار فصل آخر پایان نامه را تشکیل داده است. برای تشکیل قرارداد اختیار، علاوه بر اینکه خود عقد لازم است شرایطی داشته باشد، موضوع قرارداد و طرفین نیز باید شرایطی داشته باشند. از این رو، مطالب این فصل به چند مبحث تقسیم شده و در هر مبحث، شرایط مربوط به عقد، موضوع و طرفین به تفکیک مورد بررسی قرار گرفته است.

بعد از آنکه عقد تشکیل شد، این سوال مطرح می شود که اوصاف عقد چه بوده و چه آثاری بر آن مترتب می شود. از این رو، فصل سوم به پایان نامه اضافه شده که به این دو مهم پرداخته است. ابتدا اوصاف قرارداد اختیار و سپس آثار آن مورد بررسی قرار گرفته است.



## مبحث اول: مفهوم معامله اختیار و مقایسه آن با نهادهای حقوقی مشابه

### گفتار اول: تعریف عقد اختیار

قبل از تعریف عقد اختیار به ناچار مکانیسم اجرایی آن توضیح داده می‌شود تا بهتر بتوان به تعریف آن پرداخت. قرارداد اختیار به دو صورت محقق می‌شود؛ اختیار خرید و اختیار فروش.

قرارداد اختیار خرید ساختارش اینگونه است که خریدار یک قراردادی را با فروشنده منعقد نموده و بیان می‌دارد این کالای شما که مبلغش صد میلیون است، اختیار خرید این کالا را تا چهار ماه دیگر به همین مبلغ برای من تعهد کن و در عوض، وجهی را به شمای فروشنده می‌دهم؛ یعنی اگر مشتری تا چهار ماه دیگر، اراده معامله کرد که از فروشنده خریداری نماید، فروشنده باید کالا را به همین صد میلیون به مشتری بفروشد، در این میان تفاوتی ندارد مبلغش در بازار افزایش یا کاهش داشته باشد. در هر حال، مالک کالا متعهد است به مبلغ مورد توافق قبلی، جنس را به متعهد له بفروشد. به موجب این قرارداد، مشتری تعهدی به خرید ندارد بلکه در سررسید یا جنس را خریداری می‌نماید و یا مبلغی که خریدار نزد فروشنده به ودیعه گذاشته به فروشنده تملک می‌شود.

به عنوان مثال، شخصی به دنبال خرید باغ ویلایی است که مشاهده می‌کند ویلایی را به مبلغ یک میلیارد قیمت گذاری نموده اند اما الان این مبلغ را ندارد یا نمی‌خواهد الان هزینه نماید، ولی ایشان به مالک مبلغ ۳۰ میلیون تومان پرداخت می‌نماید و توافق می‌کند که تا دوماه دیگر این حق را داشته باشد هر زمان اراده کرد این ملک را از مالک به مبلغ یک میلیارد خریداری نماید.

حال اگر تا دوماه اقدام به خریداری کرد که فروشنده ملزم به فروش می‌شود و اگر از این اختیار استفاده نکرد به هردلیلی که مهمترین آن پائین آمدن قیمت می‌باشد فقط آن سی میلیون را از دست داده است، البته باید به این نکته توجه داشت که مالک در مدت مشخص شده حق فروش ملک خود را به هیچ شخص دیگری ندارد.

اما اختیار فروش آن است که مالک کالا، مبلغی را به خریدار می‌دهد و اختیار فروش را با قیمت معین در مدت مشخص به دست می‌آورد و خریدار متعهد و ملزم می‌شود در ظرف مدت قرارداد هر وقت مالک اراده فروش نمود، خریدار آن را به همان مبلغ خریداری نماید.<sup>۱</sup>

مثلا فردی مزرعه دار می‌باشد و قرار است در ماه آینده یک تن گوجه فرنگی از مزرعه برداشت نماید و لکن

۱. قمی، محمد مومن، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، ص ۲۳۱: «و الاختیارات. نوعان: اختیار الشراء، و یشمی أيضا اختیار الطلب و اختیار الاستدعاء؛ و هو الذی یعطى مشتریة حق شراء سلعة أو أسهم مثلا بسعر محدد - یشمی سعر الممارسة - خلال فترة محددة، و لا محالة يلتزم صاحبه ببيع تلك السلعة أو هذه الأسهم بالسعر المتفق علیه عند طلب مشتریة خلال الفترة المذكورة. و النوع الثانی: اختیار البیع، و یشمی اختیار الدفع؛ و هو الذی یعطى مشتریة حق بیع سلعة أو أسهم مثلا بسعر محدد خلال فترة محددة، و يلتزم صاحبه بشراء تلك السلعة أو الأسهم بالسعر المتفق علیه عند بیع مشتریة الاختیار منه خلال تلك الفترة.»

الآن نگران است که مبادا در ماه آینده قیمت گوجه فرنگی کاهش یابد لذا وی با خریدار قرارداد می‌بندد و دو میلیون به وی می‌دهد که در ماه آینده در صورتی که بخواهد، این محصول را به خریدار با قیمت معین شده امروز، بفروشد و طرف مقابل نیز ملزم به خرید می‌شود و اگر قیمت‌ها تفاوتی نکرده بود در زمان برداشت محصول و یا به هر دلیل دیگر اراده فروش نداشت، فقط آن دو میلیون را از دست داده است.

این نوع قرارداد که به اصطلاح یکی از ابزار مشتقه می‌باشد بیشتر در بازار بورس و اوراق بهادار اهمیت و ضرورت خود را نشان می‌دهد.

با توجه به مکانیسمی که در فوق ارائه شد می‌توان عقد اختیار را چنین تعریف کرد: عقد اختیار عبارت است از عقدی که به موجب آن یکی از طرفین معامله، حق خرید یا فروش شیء معینی را در تاریخ معینی یا در طول تاریخ معین، به دیگری تفویض می‌کند.<sup>۲</sup>

### گفتار دوم: مقایسه عقد اختیار با نهادهای حقوقی مشابه

برای اینکه تصور جامع و کاملی از عقد اختیار ارائه گردد، لازم است مقایسه‌ای بین این عقد و سایر نهادهای حقوقی مشابه صورت گیرد تا بتوان به ماهیت این قرارداد به طور دقیق‌تری پی برد.

#### الف: مقایسه عقد اختیار با عقد بیع

عقد بیع در آیات و روایات تعریف نشده است و فقط احکام و آثار آن بیان شده است از این رو بیع دارای حقیقت شرعی و متشرعه نیست.<sup>۳</sup> به هر حال، بیع از لحاظ لغوی عبارت است از مبادله مال به مال و از لحاظ اصطلاحی عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.<sup>۴</sup> از این تعریف استفاده می‌شود که عقد بیع یک عقد تملیکی است که معوض آن باید عین باشد.

با توجه به تعریف فوق، به نظر می‌رسد عقد اختیار، نمی‌تواند بیع قلمداد شود و بین این دو نهاد، تفاوت‌هایی وجود

---

۲. همان: «المراد به عقد علی أن یفوض من أحد الطرفين حق بیعه لشیء معین أو حق شرائه له الی الطرف الآخر قبال عوض معین. فهو عقد تتم فیہ المبادله بین حق مجرد لشراء أو بیع کمیة محددة من سلعة موصوفة بدت فی زمن معین بتمن محدد و بین عوض معین محدد، من دون أن یکون هذا العوض جزء من ثمن السلعة إذا اشتراها أو باعها، بل هو عوض عن مجرد حق بیعه أو شرائه؛ فمن یعطى هذا العوض یحصل فی قبالة علی اختیار الشراء أو البیع من صاحبه، كما أن من یأخذ هذا العوض و یتملكه یعطى صاحب ذاک الاختیار المذكور.»

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع السلام، ج ۲۲، ص ۲۰۴.

۴. ماده ۳۳۸ قانون مدنی.



دارد، در تبیین این تفاوت ها می توان به موارد زیر اشاره کرد:

#### ۱- تفاوت از حیث ماهیت و اثر اصلی قرارداد

با توجه به تعریفی که از بیع در ماده ۳۳۸ قانون مدنی آمده است، عقد بیع، تملیکی است؛ در حالی که عقد اختیار مطابق تعریفی که از آن ارائه شد، عهدی است و با عقد اختیار، تملیکی رخ نمی دهد.

#### ۲- تفاوت از حیث موضوع معامله

قبل بیان این تفاوت ناچار باید یک نکته مقدماتی بیان گردد. در خصوص اینکه مبیع در عقد بیع، لزوماً باید عین بوده و یا اینکه حقوق هم می تواند باشد، تقریباً عموم فقها بر این اعتقادند که مبیع در عقد بیع، لزوماً باید عین باشد و حق و منفعت نمی تواند موضوع عقد بیع قرار گیرد؛ ایشان ادله ای برای عین بودن مبیع ذکر کرده اند که در صورت صحت آن، دیگر اختیار معامله نمی تواند بیع باشد:

۱- تبادر صحت سلب تملیک، از منفعت و حق.<sup>۵</sup>

۲- اجماع و تسالم اصحاب و عدم خلاف.<sup>۶</sup>

۳- انصراف ادله بیع به تملیک عین.<sup>۷</sup>

۴- اصل عدم شمول بیع نسبت به منافع و حقوق.<sup>۸</sup>

۵- حق از لحاظ سنخیت با ملکیت و مالیت فرق دارد و از لحاظ عرفی نیز فرق دارد لذا نمی تواند معوض باشد.

البته باید گفت ادله ای وجود دارد مبنی بر اینکه مبیع می تواند حق باشد که در واقع رد ادله فوق می باشند، آن ادله عبارتند از:

الف: این اجماع زمانی حجت است که کاشف از نظر امام معصوم باشد و الا اعتبار ندارد.

ب: بیع نه دارای حقیقت شرعی هست و نه متشرعه بلکه دارای معنای عرفی و شارع نیز این معنای عرفی

۵. روحانی، سیدصادق، منهاج الفقاهه، ج ۳، ص ۱۱.

۶. جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۲۰۸، أما الثمن فالظاهر من إطلاق الأدلة والفتاوی ما صرح به فی المصاییح من أنه مطلق المقابل، فیدخل فیہ الشخصی و الکلی و العین و المنفعه، فیکون البیع حیثئذ بالنسبه إلى ذلك كالإجاره و الصلح، يقع لكل منهما و لا فرق بینهما من هذه الجهه، و إنما الفرق فی المعوض، فیختص البیع بالعین، و الإجاره بالمنفعه، و يقع الصلح علیهما کما يقع بهما.. و کیف کان فقد ظهر لك من ذلك كله المراد بالبیع أما عقده فهو ما ذكره المصنف من اللفظ الدال علیه بلا خلاف معتد به أجده فیہ بل یمکن تحصیل الإجماع علی كونه كذلك فی العقود اللازمه

۷. نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب، ج ۱، ص ۳۹.

۸. خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۳۰۸.

را رد نکرده است.

ج: تقابل حق و مال تقابل مفهومی است نه وجودی.<sup>۹</sup>

د: ملاک مالیت داشتن به دست عرف می باشد و مالیت هر زمان به دست عرف عقلاء می باشد.<sup>۱۰</sup>

۱- معنای بیع همچنان که گذشت یک معنای عرفی است لذا شکی در آن نیست اما اگر از لحاظ شرعی

در آن شک کنیم تمسک به عموماًت می کنیم.<sup>۱۱</sup>

۲- آوردن قید عین در تعریف بیع برای اشتباه نشدن با عقد اجاره می باشد.<sup>۱۲</sup>

۳- روایت اسحاق بن عمار از امام کاظم علیه السلام<sup>۱۳</sup> در خصوص شخصی که ساکن منزلی است و قبل

از او، پدرانش نیز در همان منزل ساکن بوده اند و به وی اطلاع داده شده که پدرانش مالک منزل نبوده

اند و مالک را نمی شناسند، حال آیا می تواند این منزل را بفروشد و بهای آن را دریافت نماید؟ امام

علیه السلام فرمودند: دوست ندارم برای کسی چیزی را که مالک آن نیست، بفروشد، برای بار دوم

همین سوال و جواب تکرار شد و در نهایت پرسید آیا می تواند سکناى منزل را بفروشد؟ حضرت در

جواب فرمودند: به این شکل فروختن اشکالی ندارد.

با توجه به صحت بیع از ناحیه امام و اطلاق لفظ بیع بر فروختن سکنا، مبیع می تواند عین خارجی نباشد

هرچند طبق نظر بعضی از فقهای بزرگ همچون شیخ اعظم انصاری این مورد حدیث و اخبار فروش

۹ اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۴.

۱۰ مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه کتاب البیع، ج ۱، ص ۲۴ إن الحقوق من الأموال لأنها مما يرغب فيها و يبذل بإزائها المال، فلو كانت قابلة للنقل فلا إشكال

فی وقوعها عوضاً، و ذلك كمن يبيع كتباً أو ثياباً له، فی مقابل حق انشعاب الماء و الكهرباء و التليفون، أو فی مقابل حق تحجير أرض له، أو غير ذلك

۱۱ همان، لا مانع من شمول عموماًت البیع له

۱۲ خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۱، ص: ۵۱۵ القول فی شروط العوضین و هی أمور الأول- یشرط فی المبیع أن یكون عیناً علی الأحوط متمولاً سواء كان

موجوداً فی الخارج أو کلیاً فی ذمه البائع أو فی ذمه غیره، فلا يجوز علی الأحوط أن یكون منفعة كمنفعة الدار أو الدابة أو عملاً كخیاطة الثوب أو حقاً، و إن كان

الجواز خصوصاً فی الحقوق لا یخلو من قوة

و حسینی سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبة، ص ۳۰۵ (مسألة ۶۵۹): یشرط فی العوضین خمسة أمور: (۵) ان یكون المبیع من الأعیان و إن كانت فی

الذمة، فلا تصح بیع المنافع، فلو باع منفعة الدار سنة لم یصح، نعم لا بأس بجعل المنفعة ثمناً.

۱۳ طوسی، ابوجعفر، تهذیب الأحكام (تحقیق خراسان)؛ ج ۷؛ ص ۱۳۰.

۵۷۱- ۴۲- عَنْهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّانٍ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَبَلَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ فِي يَدِهِ دَارٌ لَيْسَتْ لَهُ وَ لَمْ تَزَلْ فِي يَدِهِ وَ

يَدُ آبَائِهِ مِنْ قَبْلِهِ قَدْ أَعْلَمَهُ مَنْ مَضَى مِنْ آبَائِهِ أَنَّهَا لَيْسَتْ لَهُمْ وَ لَا يَدْرُونَ لِمَنْ هِيَ فَبَيْعَهَا وَ يَأْخُذُ ثَمَنَهَا قَالَ مَا أَحِبُّ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ قُلْتُ فَإِنَّهُ لَيْسَ يَعْرِفُ

صَاحِبَهَا وَ لَا يَدْرِي لِمَنْ هِيَ وَ لَا أَظُنُّهُ يَجِيءُ لَهَا رَبُّ أَبَدًا قَالَ مَا أَحِبُّ أَنْ يَبِيعَ مَا لَيْسَ لَهُ قُلْتُ فَبَيْعُ سَكَنَاهَا أَوْ مَكَانَهَا فِي يَدِهِ فَيَقُولُ لِصَاحِبِهِ أَيْعُكَ سَكَنَائِي وَ

تَكُونُ فِي يَدِكَ كَمَا هِيَ فِي يَدِي قَالَ نَعَمْ يَبِيعُهَا عَلَيَّ هَذَا.

اراضی خراجیه، مسامحه در تعبیر می‌باشد و اطلاق لفظ بیع بر این موارد که مبیع عین نیست، مجازی می‌باشد، همچنان که لفظ اجاره برای نقل بعضی از اعیان مثل میوه روی درخت بکار می‌رود، یعنی عرف می‌گوید که میوه‌های باغ را اجاره کرده است در حالی که عرف حقیقتاً باید بگوید فروش میوه‌های باغ و بستان.<sup>۱۴</sup>

۸- بسیاری از فقها بین ثمن و مثنی فرقی نگذاشته‌اند و در ثمن فرقی نمی‌کند که عین باشد یا نه،<sup>۱۵</sup> حال اگر فرقی بین این دو نباشد دیگر لزومی ندارد که مبیع عین خارجی باشد و شامل حقوق نیز می‌شود. تا بحال بحث عین بودن و ادله آن ذکر و رد شد و مشخص شد از این جهت مشکلی وجود ندارد که مبیع حق باشد از این رو اگر دیدگاه دوم پذیرفته شود، از این جهت بین بیع و عقد اختیار معامله، تفاوتی وجود نخواهد داشت، و اگر دیدگاه اول تقویت گردد، بیع از این جهت با اختیار معامله متفاوت خواهد بود. به هر حال با توجه به اینکه عقد بیع، تملیکی و عقد اختیار معامله، عهدی است به نظر می‌رسد این دو قرارداد ماهیتاً با یکدیگر متفاوت باشند.

---

۱۴. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۳، ص ۷ و الظاهر اختصاص المعوض بالعین، فلا یعم إبدال المنافع بغيرها، وعلیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع نعم، ربما یستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل ینظر ذلک من کثیر من الأخبار، کالخبیر الدالّ علی جواز بیع خدمه المدبر و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها و کأخبار بیع الأرض الخراجیه و شرائها و الظاهر أنّها مسامحه فی التعبير، كما أنّ لفظ الإجارة یستعمل عرفاً فی نقل بعض الأعیان، کالثمره علی الشجره.

۱۵. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۵. و یؤید ما ذکرناه: - من عدم اعتبار کون المبیع عیناً فی نظر العقلاء - عدم الإشکال فی عدم اعتبار کون العوض عیناً، و عدم الخلاف فیهِ، و لا شبهه فی صدق عنوان «البیع» علیه، و احتمال الإلحاق شرعاً مقطوع الفساد و وجه التأيید: أنّ العوض و المعوض یختلفان بالاعتبار حسب إنشاء البیع، و أمّا بحسب الواقع فکلّ من المثنی و لثمن عوض عن الآخر، فماهیه البیع هی المبادله بینهما، و جعل کلّ منهما عوضاً عن الآخر، و بدلاً عن صاحبه، فالعین بدل الثمن و عوضه، و لثمن بدل العین و عوضها، فکما لا یعتبر فی العوض - بمعنی الثمن - کونه عیناً، كذلك فی العوض الآخر الذی هو مبیع: لعدم الفرق بینهما من جهة العوضیه و المعوضیه، و من وقوع التبادل علیهما..... و الإنصاف: أنّ توهم الفرق بینهما عرفاً تکلف، و شرعاً - لو فرض ثبوتہ - خارج عن محطّ بحثنا.