

A comparative study of the nature of the option agreement in the legal system of Iran and the United States

Abstract

In economic markets today, in order to reduce risk and flexibility and the ability to attract liquidity, tools called derivative financial instruments are used, which due to their novelty in some legal systems, there are doubts about their nature and legitimacy. This study intends to investigate the gambling nature of the option contract as one of the most important derivative financial instruments in the two legal systems of Iran and the United States with a comparative and descriptive-analytical approach. Examining the features and nature of the option contract on the one hand and the features and characteristics of being a gambler in the Iranian and American legal systems on the other hand indicates that the suspicion that the option contract is gambling is not acceptable. It should also be noted that the risk in the option contract is different from the risk of gambling, as the risk in gambling is artificial and avoidable, while the risk of price changes is a commercial and real risk.

Keywords: Bargaining Agreement, Legitimacy, Gambling, Comparative, Iran, USA.

بررسی تطبیقی ماهیت قرارداد اختیار معامله در نظام حقوقی ایران و آمریکافاطمه علی‌بخشی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۸

وحید قاسمی عهد^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۰۳

ابراهیم عبدی پور فرد^۳**چکیده**

امروزه در بازارهای اقتصادی به منظور کاهش ریسک و انعطاف‌پذیری و قابلیت جذب نقدینگی از ابزارهایی با عنوان ابزارهای مالی مشتقه استفاده می‌شود که به علت نوین بودن آنها در برخی نظام‌های حقوقی در رابطه با ماهیت و مشروعیت آنها شبهاتی وجود دارد. این پژوهش بر آن است که با رویکردی تطبیقی و به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی ماهیت قماری بودن قرارداد اختیار معامله، در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا بپردازد. بررسی ویژگی‌ها و ماهیت قرارداد اختیار معامله از سویی و ویژگی‌ها و شاخصه‌های قماری بودن در نظام حقوقی ایران و آمریکا از سوی دیگر بیانگر آن است که شبهه قماری بودن قرارداد اختیار معامله قابل قبول نخواهد بود.

کلیدواژه‌ها: قرارداد اختیار معامله، مشروعیت، قمار، تطبیقی، ایران، آمریکا.

^۱ دانشجوی دکتری تخصصی رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک

^۲ استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک

^۳ دانشیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق خصوصی، دانشگاه قم

تحولات اقتصاد جهانی به ویژه در حوزه فعالیت‌های بازار بورس، سبب ابداع شیوه‌ها و ابزارهای متعددی در این حوزه گردیده‌است. از جمله ابزارهای مالی که به سرعت در حال رشد و تکامل بوده و نقش قابل توجهی در فعالیت‌های اقتصاد جهانی ایفاء می‌کنند؛ ابزارهای مالی هستند که با عنوان اوراق مشتقه معروف‌اند و مزایای متعددی همچون کنترل خطرپذیری، تخمین میزان ارزش‌ها، به وجود آوردن ابزاری برای مسائل مالی، روشن شدن جریان امور مالی، بالا رفتن میزان اثربخشی، افزایش تنوع‌پذیری محصولات مالی و امکان کسب سود در بازارهای روتق و رکودی را فراهم می‌سازند. از مهم‌ترین این ابزارها و اوراق مشتقه، قرارداد اختیار معامله‌است که با وجود اینکه لایحه ۱۳۸۴، بستر قانونی تصویب آنها را فراهم نموده اما هنوز الگوی حقوقی برخی از این ابزارهای مالی مشتقه از جمله قرارداد اختیار معامله تبیین نشده‌است به عبارت دیگر درباره مفهوم و ماهیت قرارداد اختیار معامله در قوانین حقوقی سخنی ارائه نشده‌است. با این وجود باید دانست که وسیله‌ای برای استتار ریسک‌های تحولات نامتعادل ارزش‌ها نیست، این قرارداد به منظور ایجاد رقابت در میادین تجاری نیز کاربرد دارد (عصمت پاشا، ۱۳۸۲: ۱۳۰). از طرف دیگر بدان سبب که این قرارداد علاوه بر بورس در فرابورس هم رواج دارد؛ در میان ابزارهای مشتقه جایگاه ویژه‌ای دارد. امروزه معاملات قراردادهای اختیار معامله در فرابورس نسبت به بورس بیشتر است. انعطاف‌پذیری قرارداد اختیار معامله به نسبت سایر مشتقات مالی سبب شده‌است این قرارداد بتواند به عنوان بهترین ابزار برای پوشش خطر ناشی از نوسانات قیمت کالاها محسوب شود. این ابزار مالی با وجود مزایایی که در تحولات مثبت اقتصادی کشورها به دنبال دارد اما در رابطه ماهیت و مشروعیت آن برخی نظام‌های حقوقی، ابهاماتی مطرح است و در مورد آن شبهات مثل غرری بودن، قماری بودن و ... وجود دارد. این وضعیت تنها مختص کشورهایایی که نظام حقوقی آنها بر مبنای شریعت اسلام است، نمی‌باشد بلکه حتی در کشورهای غربی و دارای نظام حقوقی کامن‌لا و ایالتی و فدرالی نیز این مباحث نیز در خصوص قرارداد اختیار معامله مطرح شده‌است. لذا پژوهش‌هایی که بتواند در خصوص ماهیت این ابزارهای مالی به بحث پردازد و شبهات وارده را رد نماید؛ می‌تواند در نزدیک کردن قوانین حقوقی اقتصادی ملت‌ها اقدام مؤثری محسوب گردد؛ بنابراین این نکته می‌تواند بیانگر اهمیت و ضرورت و جنبه نوآوری این پژوهش تلقی گردد. چرا که بررسی پیشینه موضوع نیز بیانگر آن است که در این رابطه پژوهش مستقلی تدوین نشده‌است و پژوهش‌های تدوین شده در رابطه با موضوع قراردادهای اختیار معامله، بیشتر با رویکرد مدیریتی و اقتصادی بوده و تحقیق جامعی که با رویکردی تطبیقی به بررسی ماهیت قماری بودن این نوع قرارداد در نظام حقوقی ایران و آمریکا پرداخته باشد، تدوین نشده‌است؛ از جمله پژوهش‌هایی که در آنها به بررسی جنبه‌های مختلف قرارداد اختیار معامله پرداخته شده می‌توان به پژوهش موسی‌زاده (۱۳۹۲) در پژوهشی با عنوان «مطالعه تطبیقی قرارداد اختیار معامله با قمار» نشان داد که قمار دانستن قرارداد اختیار معامله ناشی از ابهاماتی است که خصوص قمار در قوانین وجود دارد می‌باشد و این دو از لحاظ ماهیت، عناصر، کارکرد، هدف، احکام و ... با یکدیگر کاملاً متفاوتند. راعی و همکاران (۱۳۹۰) با عنوان «تبیین ابعاد فقهی، حقوقی، نظارتی قرارداد اختیار معامله در بازار مالی ایران» اشاره نمود که نتایج آن بیانگر آن است که قالب

منحصر به فرد قرارداد اختیار معامله که متضمن ایجاد تعهد برای یکی از طرفین و ایجاد اختیار (حق) برای طرف دیگر قرارداد است باعث شده یافتن قالب مشابه آن در چارچوب یکی از عقود معین یا ادله مصرح در مقررات شرع را سخت و تقریباً غیرممکن ساخته باشد. لذا این پژوهش به تبیین کلی اشکالات مطرح شده در خصوص صحت شرعی اوراق اختیار معامله و ارائه چارچوبی برای تحلیل صحت یا عدم صحت انواع قراردادهای اختیار معامله و نیز تبیین پارادایم حقوقی و تشریح ویژگی های حقوقی اختیار معامله و آرایه چارچوب مناسب برای نظارت و قانونگذاری راه اندازی اختیار معامله در بازارهای مالی ایران پرداخته است. امینی و همکاران (۱۳۹۰) در پژوهشی با عنوان «قرارداد اختیار معامله در فقه» عقد اختیار را از جمله ابزارهای جدید در بازارهای بورس دانسته که می توان آن را از طریق برخی عقود متعارف مانند: جعاله و صلح تصحیح نمود، هرچند پیوند آن با برخی از عقود دیگر مانند: بیمه و وکالت با چالش مواجه است. در بحث پیوند اوراق اختیار معامله، پیشنهاد مشارکت و وکالت را می توان مطرح نمود و اشکالات وارده قابل دفع است. احکام این اوراق چون مالیت، تنزیل و سایر موارد با مبانی شرع سازگاری دارد. حسین زاده (۱۳۸۷) در پژوهشی با عنوان «تبیین قرارداد اختیار معامله» صرف نظر از چگونگی و چیسستی اختیار معامله، ویژگی های لغوی و محاسن و معایب آن را تشریح کند. پیشینه ارائه شده بیانگر آن است که درخصوص بررسی تطبیقی شبهه قماری بودن قرارداد اختیار معامله در نظام حقوقی و آمریکا پژوهش مستقلی تدوین نشده لذا این پژوهش بر آن است به بررسی تطبیقی شبهه قماری بودن قرارداد اختیار معامله در نظام حقوقی و آمریکا بپردازد چرا که پژوهش هایی که بتواند در این خصوص به بحث بپردازد و شبهات وارده را رد نماید می تواند در نزدیک کردن قوانین حقوقی اقتصادی ملت ها اقدام مؤثری محسوب گردد.

۱. ابزارهای مالی مشتقه

ابزارهای مشتقه مالی^۱ یا مشتقات^۲ واژه ای جدید و مظهری از توسعه و نوآوری در دانش اقتصاد مالی، مشتقات به معنای مجموعه ابزاری است که خصوصیات مشترک دارند. این واژه بر همه ابزارهای قابل معامله در بورس و خارج از بورس که مرتبط با معامله اوراق بهادار، ارز، نرخ بهره، کالا و ... باشد اطلاق می شود (برون،^۳ ۱۹۹۶). به طور کلی مشتقات را می توان به چهار گروه قراردادهای آتی خاص^۴، قراردادهای آتی یکسان^۵، قراردادهای اختیار معامله^۶، قراردادهای معاوضه^۷ تقسیم نمود (درخشان، ۱۳۸۳: ۷۷). علت نامگذاری ابزارهای مشتقه آن است که ارزش آنها مشتق از قیمت دارایی پایه آنهاست بدان گونه که با افزایش قیمت مال موضوع قرارداد، ارزش ابزارهای مشتقه افزایش می یابد و با کاهش قیمت آن، ارزش و قیمت ابزارهای مزبور تقلیل می یابد. علت دیگر برای نامگذاری این است که که معدل لاتین ابزارهای مشتقه derivative instrument است. کلمه derive از نظر لغوی، به معنای مشتق شدن، برآمدن و بیرون کشیدن و در اصطلاح، از معامله ای

^۱financial derivative instrument

^۲derivatives

^۳Brown

^۴forward contracts

^۵future contracts

^۶option contracts

^۷swap contracts

سود بردن است و یا درآمدی که از سرمایه‌گذاری حاصل شده است؛ بدین ترتیب قراردادهای آتی و قراردادهای اختیار معامله از آنجایی که اصولاً متضمن سود بردن و تحصیل درآمد در نتیجه یک فرآیند خاص معامله هستند، از انواع ابزارهای مشتقه محسوب می‌شوند (برون، ۱۹۹۶).

در حقوق ایران و قانون جدید بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب آذر ۱۳۸۴، اوراق مشتقه به صراحت به عنوان ابزارهای مالی قابل معامله در بورس اوراق بهادار پیش‌بینی شده است. بند ۱۱ ماده ۱ قانون مزبور، بدون اینکه تعریفی از ابزارهای مشتقه ارائه دهد، با ذکر برخی از مصادیق ابزارهای مشتقه، قراردادهای آتی و اختیار معامله را به عنوان نهادی جدید وارد حقوق موضوعه ایران کرده است. این قانون بازار مشتقه را بازاری می‌داند که در قراردادهای آتی و اختیار معامله مبتنی بر اوراق بهادار یا کالا دادو ستد می‌شود. قانونگذار جز در ماده مذکور، در هیچ یک از مواد دیگر این قانون از اوراق مشتقه، ماهیت و شرایط معامله آن ذکری به میان نیاورده است.

۲. قرارداد اختیار معامله

اختیار معامله، قراردادی است میان خریدار و فروشنده که طبق آن، خریدار اختیار با پرداخت وجهی به فروشنده اختیار حق خرید یا فروش دارایی مشخصی (مالی مشخص) را با قیمت معین، در آینده به دست می‌آورد. این قرارداد نیز مانند هر قراردادی دارای عوضین است. خریدار به فروشنده وجهی پرداخت می‌کند که در واقع همان قیمت اختیار معامله است. فروشنده نیز حق خرید یا فروش دارایی مذکور را با قیمت معین به خریدار اعطا می‌کند (دن،^۱ ۱۹۹۱، هادسن،^۲ ۲۰۰۶). اختیار معامله در واقع قراردادی است که به خریدار حق می‌دهد مال معینی را با قیمتی که هم اکنون تعیین می‌شود، در مدت زمان مقرر میان طرفین، بخرد یا بفروشد (کوئبرتسون و همکاران،^۳ ۲۰۰۵). بنابراین خریدار اختیار معامله ممکن است با توجه به نوع قراردادی که با فروشنده منعقد می‌کند، حق خرید یا حق فروش مال معینی را به دست آورد. مالی که در قرارداد مزبور حق خرید یا فروش آن مبادله می‌شود ممکن است کالا یا دارایی مالی مانند اوراق بهادار باشد. در هر قرارداد اختیار معامله، دو طرف وجود دارد؛ یک طرف معامله، سرمایه‌گذاری که در موقعیت خرید قرار گرفته است و اختیار معامله را خریده است. طرف دوم قرارداد شخصی است که موقعیت فروش^۴ اتخاذ کرده است و اختیار معامله را فروخته است. بنابراین به طور کلی چهار حالت یا موقعیت برای اختیار معامله قابل تصور است: فروش اختیار خرید، خرید اختیار خرید، فروش اختیار فروش، خرید اختیار فروش.

دلیل اصلی ایجاد قرارداد اختیار معامله، وجود دو نقیصه در قراردادهای آتی بوده است: نخست اینکه چون قراردادهای آتی برای هر دو طرف آن تعهد ایجاد می‌کند، هیچ یک از آنان نمی‌تواند از تفاوت قیمت‌ها سودی کسب کند و باید حتماً با قیمت مشخص در قرارداد به تعهد خود عمل کنند. در

^۱option buyer, option holder

^۲option writer, option seller

^۳Don

^۴Hudson

^۵Cuthbertson k. and Nitzsche

^۶long position

^۷short position

صورتی که اختیار معامله، به دارنده حق می‌دهد که چنانچه تغییرات قیمت‌ها به نفع دارنده حق باشد، این حق را اعمال و در غیر این صورت، از آن صرف‌نظر کند. در این قرارداد حداکثر ضرر دارنده، همان مبلغی است که بابت کسب اختیار پرداخته است؛ دوم اینکه از قراردادهای آتی نمی‌توان برای مدیریت «تعهدات احتمالی» استفاده کرد، در صورتی که قرارداد اختیار معامله چنین قابلیت را دارد (عصمت پاشا، ۱۳۸۲: ۱۳۵). یعنی می‌توان با خرید اختیار معامله مالی معین و با قیمت مشخص در آینده تعهدات احتمالی را مدیریت کرد، بدون اینکه الزامی نسبت به انجام معامله مذکور وجود داشته باشد. اگرچه قرارداد اختیار معامله از این نظر که یکی از مشتقات و وسیله‌ای برای پوشش خطر است، شبیه قرارداد آتی است، ولی از جهاتی با قراردادهای آتی متمایز است. بدین ترتیب، وجوه تمایز این دو قرارداد را می‌توان به شرح ذیل خلاصه کرد: طرفین قرارداد آتی صرف نظر از سود یا زیان، مکلف‌اند به تعهدات خود در قبال قرارداد عمل کنند. بنابراین، تعهدات ایجاد شده برای خریدار و فروشنده قراردادهای آتی متقارن است، در حالی که خریدار قرارداد اختیار معامله به اجرای مفاد قرارداد مکلف نیست. نامبرده زمانی مفاد قرارداد را اجرا می‌کند که از این اقدام سودی عایدش شود. در عین حال، فروشنده اختیار در صورت تمایل خریدار به اجرای قرارداد راهی جز اجرای تعهداتش ندارد. به بیان دیگر، قرارداد مزبور برای خریدار حق و برای فروشنده تعهد ایجاد می‌کند. از این رو خطر معاملات در بازار اختیارات نامتقارن است و برای جبران این خطر نامتقارن، خریدار باید مبلغی به فروشنده پرداخت کند. در انعقاد قرارداد آتی، مبلغی پرداخت نمی‌شود. به بیان دیگر، قرارداد مزبور عقدی عهدی و مشتمل بر تعهدات متقابل طرفین است، بدون اینکه وجهی میان آنان رد و بدل شود، در حالی که خریدار قرارداد اختیار برای جبران خطر فروشنده (متعهد) و در قبال اختیار خرید یا فروشی که به دست می‌آورد، باید مبلغی به فروشنده پرداخت کند. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، رابطه خطر و بازده میان دو قرارداد نیز متفاوت است. بدین صورت که خریدار قراردادهای آتی متناسب با میزان افزایش قیمت دارایی پایه قرارداد، سود می‌برد و با کاهش قیمت آن، به همان میزان متضرر می‌شود، در مقابل، فروشنده قراردادهای مذکور متناسب با افزایش قیمت دارایی پایه قرارداد متضرر می‌شود و با کاهش قیمت دارایی پایه قرارداد به همان میزان منتفع می‌شود. در قراردادهای اختیار معامله چنین رابطه متفاوتی میان خطر و بازده وجود ندارد، چون حداکثر ضرر خریدار قرارداد محدود به قیمت قرارداد اختیار معامله است و از آن فراتر نمی‌رود و حداکثر سود فروشنده قرارداد نیز به قیمت قرارداد محدود می‌شود (دابفسکی، ۱۹۹۲). اختیار معامله در میان مشتقات، تنها قراردادی است که هم در بورس و هم در بازارهای خارج از بورس قابل معامله است، در حالی که قراردادهای آتی را فقط در بورس می‌توان معامله کرد (درخشان، ۱۳۸۳: ۹۴).

۱-۲. اصطلاحات رایج یا ارکان اختیار معامله

اختیار: اختیار در مقابل التزام است. همانطور که از نام و تعریف اختیار معامله برمی‌آید، اولین ویژگی چنین قراردادی، اختیاری است که این قرارداد به معامله‌کننده می‌دهد؛ اما نکته حائز اهمیت

این است که از یکسو قرارداد اختیار، اعطاکننده اختیار و از سوی دیگر، الزام آور می‌باشد. خریدار اختیار معامله با پرداخت مبلغی، این اختیار را به دست می‌آورد که در سر رسید معین یا در طول آن، دارایی پایه موضوع اصلی قرارداد را خریداری نماید یا بفروشد و در این معامله هیچ التزامی ندارد؛ اما در مقابل، فروشنده اختیار معامله دارای تعهد است.

قیمت اختیار! قیمت اختیار، به مبلغی اطلاق می‌شود که خریدار به سبب قرارداد برای کسب حق خرید یا فروش، به فروشنده اختیار پرداخت می‌کند که گاهی به آن حق شرط یا حق امتیاز نیز گفته می‌شود. حق شرطی که برای اختیار خرید یک دارایی پرداخت می‌گردد، صرف خرید و حق شرطی که برای اختیار فروش یک دارایی پرداخت می‌شود، صرف فروش نامیده می‌شود که این مبلغ تحت تأثیر متغیرهایی از قبیل: زمان سر رسید، قیمت توافقی، نوسان قیمت دارایی پایه در بازار و نرخ بهره تعیین می‌شود؛ به عبارت دیگر قیمت اختیار، عوضی است که خریدار برای به دست آوردن حق خرید یا فروش به فروشنده پرداخت می‌کند.^۲

قیمت توافقی یا قیمت اعمال: قیمت توافقی، به مبلغی اطلاق می‌شود که با پرداخت آن، خریدار اختیار می‌تواند دارایی پایه را در آینده خریداری کرده یا نسبت به فروش آن اقدام نماید.^۳ در بازارهای اختیار معامله بورس قدیم، معمولاً قیمت اختیار معامله، همان قیمت سهام در زمان فروش اختیار معامله بود؛ اما در بازارهای سازمان یافته جدید، قیمت‌های اعمال، استاندارد شده‌اند. غالباً بورس اختیار معامله شیکاگو، قیمت‌های اعمال را برای اختیار معامله‌هایی که در بورس قابل دادوستد هستند، تعیین می‌کند.

دارایی تضمین شده یا حجم قرارداد: حجم قرارداد یا دارایی تضمین شده به مقدارهای اطلاق می‌شود که اختیار خرید یا فروش آن با قیمت توافقی تا سر رسید مقرر به خریدار اختیار اعطا می‌شود و بایستی در هنگام انعقاد قرارداد اختیار، به طور دقیق (جنس، کیفیت و ...) مشخص شود که در سر رسید چه نوع دارایی و به چه حجمی مورد معامله واقع می‌شود.

تاریخ انقضاء (سر رسید): تاریخ انقضاء، به زمانی اطلاق می‌شود که در آن زمان، قرارداد اختیار معامله به پایان می‌رسد. قرارداد اختیار معامله تا سر رسید، معتبر و قابل اعمال بوده و با انقضای مدت از اعتبار ساقط می‌شود و دیگر فروشنده اختیار تعهدی نسبت به دارایی پایه ندارد.

۲-۲. تاریخچه اختیار معامله

مورخین و باستان شناسان مثال‌هایی از اختیار معامله ذکر کرده‌اند. ارسطو در کتاب سیاست، داستانی را از طالس حکیم یونانی نقل کرده: او دریافت که محصول زیتون در سال آینده فراوان است لذا با پرداخت مبلغی به واحدهای تولید روغن زیتون، حق اجاره آن را به نرخ معین برای خود خریداری نمود. با افزایش محصول زیتون، قیمت اجاره دستگاه‌های روغن کشی افزایش یافت و طالس

^۲Option Price

^۳Clam Dictionary of Finance and Accounting, Bloomsbury, London, 2008, p203.

^۴Strike Price, Exercise Price

^۵Butler, Brian and Isaacs, Alan, A Dictionary of Finance, Oxford University Press, 1996, p102.

توانست به همان نرخ تعیین شده اجاره کند و با نرخ بالاتر به متقاضیان اجاره دهد و سود ببرد. در ابتدای قرن ۱۷ معامله اختیار معاملات، برای خرید و فروش پياز لاله‌های هلندی در بازار معاملات آمستردام رواج پیدا کرد. برگه پیش فروش و قیمت تخمینی نمونه‌هایی از اختیار معامله هستند. هر چند این معاملات ممکن است شبیه به اختیار معاملات پیشرفته امروز باشند، ولی سیستم رایج در بازارهای فعلی اختیار معامله روند قرن نوزدهم را ادامه می‌دهد، یعنی زمانی که اختیار معاملات در بازارهای سهام ارائه شدند. در اوایل دهه ۱۹۰۰ گروهی از شرکت‌ها که خود را «انجمن کارگزاران و معامله‌گران اختیار خرید و فروش» معرفی می‌کردند، اقدام به ایجاد یک بازار اختیار معامله نمودند. اگر کسی قصد خرید یک اختیار معامله را داشت، یکی از اعضای انجمن، یک فروشنده را که قصد فروش اختیار معامله مذکور را داشت، پیدا می‌کرد. اگر عضو مذکور نمی‌توانست یک فروشنده را پیدا کند، خود شرکت اقدام به فروش اختیار معامله مذکور می‌نمود. بنابراین، یک عضو شرکت می‌توانست در نقش یک کارگزار یعنی کسی که خریدار و فروشنده را به هم مرتبط می‌کند، یا در نقش یک معامله‌گر یعنی کسی که در معامله واقعاً یکی از طرفین معامله قرار می‌گیرد، ظاهر شود. اگرچه این بازار اختیار معامله خارج از بورس به حیات خود ادامه می‌داد، ولی از چندین نقص و ناکارایی رنج می‌برد. اول اینکه، بازار فوق به دارنده اختیار معامله این امکان را نمی‌داد که قبل از انقضاء مهلت اختیار معامله، آن را به بخش دیگری بفروشد. این اختیار معامله‌ها طوری طراحی شده بودند که همیشه تا روز انقضاء دارای قابلیت نقدینگی بسیار کم بود یا اصلاً قابلیت نقدینگی نداشت. دومین اشکال این بود که ایفا به عهده فروشنده اختیار را فقط «شرکت کارگزاری و معامله‌گری» تضمین می‌نمود. اگر فروشنده اختیار معامله یا شرکت عضو ورشکست می‌شد، دارنده اختیار معامله به سادگی شانس خود را از دست می‌داد. سومین اشکال این بود که هزینه معاملات، به خاطر مشکلات فوق نسبتاً بالا بود. در سال ۱۹۷۳ در دنیای اختیار معاملات یک تحول انقلابی رخ داد. «کمیتة معاملات شیکاگو» که قدیمی‌ترین و بزرگ‌ترین بورس معامله قراردادهای آتی کالاهای اساسی بود، یک بورس انحصاری برای اختیار معاملات بر روی سهام تشکیل داد. این بورس تحت عنوان «بورس اختیار معامله شیکاگو» نامگذاری شد. این بورس در تاریخ ۲۶ آوریل ۱۹۷۳ درهای خود را به روی معاملات اختیار خرید گشود. مبادله اختیار معامله روی سهام، در سال ۱۹۷۵ در بورس آمریکا و بورس سهام فیلادلفیا آراه‌اندازی شد. بورس «Pacific» نیز یک سال بعد یعنی در سال ۱۹۷۶ انجام این معاملات را آغاز کرد و اولین اختیار فروش‌ها در ژوئن ۱۹۷۷ اضافه شدند. به طوری که در اوایل دهه ۱۹۸۰ حجم معاملات اوراق اختیار معامله با رشد نجومی، از حجم معاملات روزانه خود سهام در بورس سهام نیویورک پیشی گرفت. در این دهه در آمریکا بازارهایی برای مبادله اختیار معامله ارز، شاخص سهام، قراردادهای آتی ایجاد شد (هال، ۱۳۸۴: ۳۷).

از اوایل دهه ۱۹۸۰ بازار فرابورس^۱ اختیار معامله با سرعت چشمگیری رشد کرده و اکنون از بازار معاملاتی بورس بزرگ‌تر است. یکی از مزیت‌های اختیار معامله فرابورس در این است که مؤسسه مالی می‌تواند آن را به گونه‌ای طراحی کند که احتیاجات یک مشتری خاص را برآورده نماید (همان: ۳۸). به تدریج فعالیت بازار اختیار معاملات خارج از بورس رو به زوال نهاد به طوری که در حال حاضر بخش اعظم معاملات اختیار معامله در بورس‌های سازمان یافته صورت می‌پذیرد.

۲-۳. انواع اختیار معامله

قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع حق مورد معامله، تاریخ انقضاء، نوع بازار و دارایی پایه‌ای که قرارداد اختیار بر مبنای آن منعقد می‌شود، به انواع گوناگونی تقسیم می‌شود:

۲-۳-۱. **قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع حق مورد معامله:** قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع حق مورد معامله به دو دسته اختیار خرید و اختیار فروش قابل تقسیم‌بندی است؛ قرارداد اختیار خرید، حق خرید مقدار مشخصی از دارایی مندرج در قرارداد را با قیمت توافق شده، در دوره معینی در آینده به خریدار می‌دهد. فروشنده در ازای دریافت مبلغی به عنوان قیمت اختیار، مجبور به اجرای قرارداد در صورت درخواست خریدار است. قرارداد اختیار فروش، این حق را به خریدار اختیار فروش می‌دهد که دارایی معینی را با قیمت مشخص و در زمان مقرر به فروش رساند. هر کدام از دو قسم اختیار خرید و فروش ممکن است توسط معامله‌کننده خریداری یا فروخته شود؛ بنابراین، ۴ حالت برای یک قرارداد اختیار معامله وجود دارد که خرید اختیار خرید، خرید اختیار فروش، فروش اختیار خرید و فروش اختیار فروش، نامیده می‌شود.

۲-۳-۲. **قرارداد اختیار معامله به اعتبار تاریخ انقضاء:** قرارداد اختیار معامله به اعتبار تاریخ انقضاء به دو دسته اختیار معامله اروپایی^۲ و اختیار معامله آمریکایی^۳ قابل تقسیم‌بندی است؛ قرارداد اختیار معامله اروپایی: این نوع قرارداد فقط در تاریخ سررسید یا دوره کوتاهی که به مثابه دوره سررسید در نظر گرفته شده، قابل اجرا است (آردیتی فرد^۴، ۱۹۹۶)؛ لذا خریدار اختیار نمی‌تواند در طول دوره اختیار از حق خود استفاده نماید؛ بنابراین، این این عقد از نوع آنی و مضیق است و تنها در تاریخ مشخصی می‌توان آن را اعمال کرد.^۵ اختیار معامله آمریکایی: این قرارداد، از هنگام انعقاد تا سررسید قابل اجرا است؛ یعنی خریدار می‌تواند در طول دوره قرارداد، آن را اعمال نماید (ویر، ۱۹۹۴)؛ بنابراین قرارداد اختیار معامله آمریکایی، از این لحاظ که از هنگام قرارداد تا پایان زمان تعیین شده استمرار دارد، در زمره عقود مستمر قرار می‌گیرد. تقسیم‌بندی اختیار به آمریکایی و اروپایی، به موقعیت جغرافیایی ربطی ندارد و فقط زمان اجرای اختیار را بیان می‌کند؛ بنابراین، اختیار اروپایی در

^۱OTC

^۲European Option

^۳American Option

^۴Arditti Fred

^۵WWW. Optionetice, Rend Leman, 2002, PP 10-12.

بورس‌های آمریکا و اختیار امریکایی در بورس‌های اروپا رایج است، ولی بیشتر اختیاراتی که در بورس معامله می‌شود، از نوع امریکایی است (درخشان، ۱۳۸۳: ۱۹۵).

۲-۳-۳. قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع بازار: قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع بازار به دو دسته بازار بورس و بازار خارج از بورس و فرابورس قابل تقسیم‌بندی است؛ در بازار بورس، مفاد قراردادها در تالار بورس اجرا می‌شود. اطمینان در این بازار زیاد است؛ اما به دلیل محدودیت‌هایی که در آن وجود دارد، بازارهای فرابورس گسترش یافته‌اند که از جمله این محدودیت‌ها عبارت است از اینکه: طرفین قرارداد نمی‌توانند شرایط آن را آزادانه و با توافق یکدیگر تعیین کنند؛ زیرا اختیارات ارائه شده در بورس، از پیش تعیین شده و براساس ضوابط و مقررات بورس می‌باشد (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۶۹). بازار فرابورس، به بازاری اطلاق می‌شود که برای دادوستد دوطرفه خریدار و فروشنده بدون الزام اجرای مفاد آن در تالار دادوستد بورس تشکیل می‌شود. اغلب قیمت‌های دادوستد در بازار فرابورس توسط دلال‌ها و با توافق خریدار و فروشنده تعیین می‌شود. اکثراً معامله‌گران در این بازار، بانک‌های تجاری و سرمایه‌گذاری هستند. امتیاز مهم این بازار این است که می‌توان قرارداد اختیار را برحسب درخواست مشتری و متناسب با نیازهایش تنظیم کرد. از سوی دیگر، مهم‌ترین ایراد اختیارات خارج از بورس، نبود ضمانت اجرای مؤثر برای تعهدات فروشنده است، این درحالی است که در بازار بورس، فروشنده اختیار موظف است با سپردن ودیعه‌ای به اتاق پایاپای در بورس، این تضمین را ایجاد نماید که در صورت مراجعه خریدار، دارایی مزبور را خریداری کرده و در اختیار او قرار دهد (همان).

۲-۳-۴. قرارداد اختیار معامله به اعتبار نوع دارایی پایه: قرارداد اختیار معامله را می‌توان براساس دارایی پایه‌ای که قرارداد بر مبنای آن واقع می‌شود، به انواع گوناگونی تقسیم کرد؛ اما رایج‌ترین قراردادهای اختیار معامله مربوط به بازار بورس اوراق بهادار است که عبارت است از: اختیار معامله سهام، اختیار معامله شاخص سهام و اختیار معامله قراردادهای آتی. اختیار معامله سهام پر کاربردترین نوع اختیار معامله است که بر روی تعدادی سهام بورس اوراق بهادار اعمال می‌گردد و با استفاده از این نوع اختیار معامله، حق خرید یا فروش ۱۰۰ سهم با قیمت مورد توافق اعطا می‌شود. اختیار معامله شاخص سهام اختیار معامله‌ای است که روی شاخص سهام ایجاد شده است. هر شاخص نمایانگر مجموعه‌ای از سهام‌ها می‌باشد که اعمال اختیار معامله شاخص سهام، مستلزم مبادله مجموعه‌ای از سهام با همان تناسبی است که در شاخص وجود دارد. این کار دشوار است؛ لذا برای سهولت اعمال اختیار معامله شاخص، به جای این کار از یک روند اعمال دیگر به نام تسویه حساب نقدی استفاده می‌شود. اختیار معامله روی قراردادهای آتی که گاهی اختیار معامله کالاهای اساسی نیز نامیده می‌شود، به خریدار آن، اختیار خرید یا فروش یک قرارداد آتی در زمان آینده و با قیمتی که اکنون مورد توافق است را می‌دهد، بدون آنکه متعهد به انجام این خرید یا فروش باشد. خریدار همانند سایر اختیارها بایستی حق امتیاز به فروشنده بدهد که همان قیمت اختیار است. آن دسته از اختیارات آتی که قابل مبادله در بورس است، به اختیارات پذیرفته شده معروف است.

۲-۴. معامله گران اختیار معامله

سرمایه‌گذاران و تولید کنندگان با اهداف و مقاصد گوناگون، به بازار اختیارات وارد می‌شوند. صر فنظر از کارگزاران که واسطه بین خریدار و فروشنده می‌شوند، فعالان واقعی بازار را می‌توان به پوشش دهندگان خطر، بورس بازان، آربیتراژ کنندگان تقسیم کرد. پوشش دهندگان خطر، کسانی هستند که با استفاده از قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی می‌کوشند تا سرمایه خود را در قبال نوسانات احتمالی قیمت در آینده حفظ کنند و خطر تغییرات نامطلوب قیمت را به حداقل رسانند. اکثر شرکت‌ها با استفاده از عملیات پوشش خطر، می‌توانند خود را در برابر رویدادهای غیرمترقبه همچون افزایش ناگهانی قیمت یک کالا بیمه کنند. بورس بازی فعالیتی است که بورس بازر را دارای سهام را بدون قصد نگهداری و یا پذیرش خطر خریداری کرده و به دنبال کسب سود از مابه‌التفاوت قیمت در کوتاه‌ترین زمان ممکن باشد. آربیتراژ کنندگان یا همان برقرار کنندگان موازنه، معامله گرانی هستند که از توافق قیمت در بازار در یک لحظه سود می‌برند. چنین معاملات هم زمانی تا زمانی سودآور است که اختلاف در قیمت بازار پیش از هزینه‌های معاملاتی باشد.

۲-۵. فلسفه و مزایای استفاده از اختیار معامله

از جمله دلایل استفاده از ابزار مالی قرارداد اختیار معامله در معاملات اقتصادی و بورس، پوشش ریسک یا اصطلاحاً «هجینگ» است. بنابراین استفاده از ابزارهای مشتقه خصوصاً قرارداد اختیار معامله تا حدود زیادی می‌تواند در کاهش ریسک مؤثر واقع شود چنانچه بر مبنای آن خریداری که نگران افزایش قیمت در آینده و یا فروشنده‌ای که نگران کاهش قیمت کالا می‌باشد از طریق خرید اوراق اختیار معامله می‌تواند خود را در مقابل کاهش یا افزایش قیمت‌ها و در نتیجه زیان حاصل از آن مصون سازد. از سوی دیگر انعطاف‌پذیری قرارداد اختیار معامله به منظور جلوگیری از ضرر خریدار نیز یکی دیگر مزایا و علت کاربرد قرارداد اختیار معامله دانست. بدان گونه که در اختیار معامله در صورتی که قرارداد از نوع بی‌ارزش باشد، خریدار می‌تواند آن را اعمال نکند و از زیان جلوگیری بکند و تنها زیانش در واقع همان قیمت اختیار می‌باشد چرا که این نوع قرارداد سبب ایجاد تعهد برای فروشنده و حق برای خریدار می‌شود؛ بنابراین خریدار الزامی بر انجام معامله ندارد و می‌تواند حقش را ساقط نماید. طرفین این قرارداد قیمت پیشنهادی را از طریق برسی افزایش و کاهش قیمت‌ها ارائه می‌دهند لذا اگرچه قیمت آینده کالاها قطعی نیست اما احای اطلاعات مفیدی برای برآورد قیمت‌ها در آینده خواهد بود. همچنین سهولت در انجام قراردادهای اختیار معامله، هزینه اندک آن، واقعی نمودن قیمت‌ها در بازار و ... سبب افزایش کارایی بازار خواهد شد. عدم نیاز به وجود سرمایه‌ای معادل قیمت دارایی پایه در قرارداد اختیار معامله سبب تسهیل سرمایه‌گذاری و ایجاد گرایش افراد گشته و همین امر سبب ایجاد نقدینگی در بازار شده‌است.

قرارداد اختیار معامله نیز به عنوان نمونه‌ای از عقود باید دارای شرایط عمومی صحت معاملات باشد به همین منظور قانونگذار در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به ذکر این شرایط پرداخته است. شرایطی که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت معامله بیان شده شامل قصد طرفین و رضای آنها، اهلیت طرفین، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله است. مقصود از قصد طرفین وجود سه مقدمه وجود اراده، بیان اراده و توافق اراده است. قرارداد اختیار معامله در واقع یک عقد یا قرارداد محسوب می‌گردد، زیرا در قرارداد اختیار معامله، فروشنده اختیار، در ازای دریافت مبلغی تحت عنوان قیمت اختیار، حق و امتیازی را به خریدار می‌دهد که در آینده و در تاریخ مشخص و با قیمت معین، مالی مشخص را، بخرد یا بفروشد در اینجا توافق و اراده طرفین محرز است یعنی خریدار اختیار متعهد به پرداخت حق اختیار و فروشنده نیز متعهد واگذاری حق خرید و فروش را به گردن دارد. علاوه بر عقد بودن قرارداد اختیار معامله باید دانست که اختیار معامله قراردادی لازم است، زیرا در این قرارداد، فروشنده اختیار باید به تعهد خود بر مبنای خرید یا فروش دارایی پایه در آینده عمل کند خریدار اختیار نیز باید به تعهد خود مبنی بر پرداخت قیمت اختیار، پایبند باشد. چنانکه که بنای عقلا بر آن است که بر قراردادهای خود ملتزم شوند. قرارداد اختیار معامله نیز، یک عقد معوض است، زیرا یکی از طرفین در برابر مالی که می‌دهد (قیمت اختیار) تعهد طرف دیگر قرارداد تعهد به خریدار را به دست می‌آورد. توافق مشترک طرفین نیز مبادله و تقابل دو عوض است، زیرا هریک از طرفین به دنبال کسب سود و منفعت است. اختیار معامله، یک عقد عهدی است زیرا موضوع آن ایجاد حق مالی، از نوع دینی برای خریدار است؛ زیرا همان طور که گفت شد، موضوع تعهد می‌تواند انتقال مال، انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد. در قرارداد اختیار معامله نیز خریدار اختیار در قبال پرداخت قیمت اختیار حق خرید یا فروش مالی را پیدا می‌کند و چنین حقی که از سوی متعهد یا فروشنده اختیار به خریدار اختیار یا متعهدله داده می‌شود، چون ارزش اقتصادی دارد، حق مالی محسوب می‌گردد، چون علیه شخص دیگر قابل اعمال است چرا که اشیاء حق دینی است. قراردادهای اختیار معامله‌ای که در خارج از بورس منعقد می‌شوند را باید عقد رضایی دانست. زیرا به صرف توافق و تراضی طرفین و رعایت شرایط اساسی صحت معامله قرارداد مذکور منعقد می‌گردد. اما قراردادهای اختیار معامله‌ای که در بازار بورس منعقد می‌شوند را باید عقدی تشریفاتی دانست، زیرا طرفین برای انعقاد آن مکلف‌اند تمامی تشریفاتی که بازار بورس هریک از کشورها، مقرر کرده است را رعایت کند.

در نظام حقوقی ایران که برگرفته از شریعت اسلام است اعتبار قراردادهایی چون اختیار معامله و قراردادهای آتی با دیده تردید و ابهام نگریسته می‌شود و مجمع فقه اسلامی در این رابطه بیان داشته است: «عقد اختیار معامله حرام است زیرا آنچه به صورت عقد اختیار معامله در بازارهای مالی بین‌المللی جریان دارد عقد جدیدی است که مشمول هیچ یک از عقدهای شرعی معروف نیست و چون حق اختیار معامله، مال یا منفعت یا حق مالی قابل معاوضه نیست؛ بنابراین عقد شرعی صحیح نبوده و مبادله آنچه در بازارهای اولیه و چه در بازارهای ثانویه جایز نیست. از این رو به علت

ماهیت خاص این قراردادها که با هیچیک از عقود اسلامی رایج مطابقت ندارد مجمع حکم به بطلان آن داده‌است.»

اما حقوقدانان ایرانی در جهت تبیین ماهیت قرارداد اختیار معامله تلاش نمودند که با الحاق این قرارداد به یکی از قراردادهای رایج مشروع، ماهیت آن را توجیه نمایند. چنانچه با یکسان دانستن قرارداد بیمه و قرارداد اختیار معامله این قرارداد را صحیح دانسته‌اند. اما در نقد این دیدگاه باید گفت که در میان معامله‌گران و طرفین قرارداد اختیار معامله موازنه انتقال ریسک و بیمه شدن در مقابل ریسک مطرح نیست و نیز این نکته که هدف از وارد شدن به قرارداد اختیار معامله کسب سود ناشی از نوسانات قیمت است. به عبارت دیگر طرفین قرارداد اختیار معامله خود به استقبال ریسک می‌روند (لذا ریسک موجود در اختیار معامله تصنعی است) و اگر چنین می‌کردند با هیچگونه ریسکی مواجه نبودند. این در حالی است ریسک در قراردادهای بیمه از نوع ریسک طبیعی است.

عده‌ای نیز با الحاق قرارداد اختیار معامله با قرارداد وکالت سعی در ایجاد مشروعیت و تبیین ماهیت این قرارداد دارند. بدان گونه که فروشنده خریدار را وکیل خود قرار داده که هر زمان لازم باشد و یا در زمان مشخص، کالا را بخرد یا بفروشد و وکیل نیز به سبب این وکالت به موکل مبلغی را پرداخت می‌کند که البته این مبلغ خلاف وکالت متعارف است اما منع شرعی ندارد (معصومی‌نیا و همکاران، ۱۳۸۹: ۱۶۶). این در حالی است که این امر خلاف مقتضای وکالت است چرا که وکیل به سبب جلوگیری از زیان به موکل منصوب می‌گردد و در مواردی وکالت دارد که موکل بتواند آنها را شخصاً انجام دهد در حالی که در قرارداد اختیار معامله حق خرید و فروش از فروشنده حق سلب می‌شود و برای مدت مشخص این حق به خریدار منتقل می‌گردد. از سویی لازمه عقد وکالت امانی بودن ید وکیل است در حالی که در قرارداد اختیار معامله وکیل با دست زدن به خرید و فروش در واقع باعث وارد شدن زیان به موکل خود می‌شود که این امر با فلسفه وکالت مغایر است. همچنین در قرارداد اختیار معامله اگر خریدار تصمیم به اعمال حق بگیرد، طرف مقابل ملزم است دارایی را تهیه کند و به وی بفروشد یا دارایی را از وی بخرد نه اینکه خود دارنده اختیار به وکالت از طرف فروشنده دارایی را به خودش بفروشد یا از خودش بخرد. بنابراین نمی‌توان با الحاق قرارداد اختیار معامله به وکالت مشروعیت آن را تبیین نمود. اما باید دانست که با در نظر گرفتن اوصاف قرارداد اختیار معامله مثل لازم بودن، معوض بودن و عهدی و رضایی بودن می‌توان این قرارداد را به صورت مستقل نه در پرتو الحاق به قراردادهای مشروع، عقدی صحیح دانست.

یکی از مهم‌ترین مسائلی که در رابطه با ماهیت اختیار معامله و مشروعیت و عدم مشروعیت آن مطرح می‌شود قماری بودن این ابزار مالی است که در ادامه در رابطه با آن بحث خواهد شد.

۳. قمار

۳-۱. تعریف قمار و ویژگی‌های آن در نظام حقوقی ایران و آمریکا

کلمه قمار دارای ریشه عربی است و به سبب ریشه فقهی آن از عربی به فارسی وارد شده‌است. قمار در لغت از ماده قمر، یقمر، قمرأ به معنای باخت، غلبه کرد او را در باختن می‌باشد. قمار به کسر قاف

از ثلاثی مزید باب مفاعله می‌آید که طرفینی بودن فعل را می‌رساند. به معنی چیزی است که گاه کم می‌شود و گاه زیاد (حبیب‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۶). در لغتنامه دهخدا قمار به کسر قاف هر بازی که در آن به طور غالب شرط شود که برنده چیزی از بازنده بگیرد خواه با ورق باشد و غیر آن، اصل در قمار این است که یکی از رفیق خود اندک اندک چیزی در بازی بگیرد (دهخدا، ۱۳۷۷)، تعریف شده است. معین نیز در فرهنگ فارسی عمید در تریف قمار چنین آورده است: «هر نوع بازی که در آن شرط شود، شخص برنده از کسی که بازی را باخته پول یا چیز دیگر بگیرد» (معین، ۱۳۷۶). در تمام تعاریفی که از واژه قمار ارائه شده بازی کردن و به عبارتی غلبه کردن یکی بر دیگری در بازی مشترک است. لذا قمار به معنای هر بازی که در آن برد و باخت باشد با هر ابزار و آلتی که انجام شود است.

در معنای فقهی قمار میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد به طوری که برخی قرار دادن شرط برد و باخت را در ماهیت قمار داخل دانسته‌اند و برخی معتقدند هرچند برد و باخت هم نباشد باز هم آن عمل مصداق قمار است. نظرات فقهی راجع به قمار را شیخ انصاری در چهار دسته تقسیم‌بندی نموده است:

- ۱- بازی با وسایل مخصوص قمار همراه با شرط‌بندی و برد و باخت.
- ۲- بازی با غیر وسایل قمار همراه با شرط‌بندی و برد و باخت.
- ۳- بازی با وسایل مخصوص قمار بدون شرط‌بندی و برد و باخت.
- ۴- بازی بدون وسایل قمار و بدون شرط‌بندی و برد و باخت.

در مورد حالت اول فقیهان شیعه و عامه به اتفاق حکم به حرمت داده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۶۸-۳۷۱). در مورد حالت دوم اختلاف نظری نیست چرا که این مفهوم دارای مفهومی عام‌تر از حالت اول است زیرا مصداق حالت اول را نیز شامل می‌شود به عبارت دیگر وقتی بازی کردن بدون وسایل قمار با شرط برد و باخت حرام است پس به طریق اولی بازی کردن با این وسایل همراه با برد و باخت قمار محسوب شده و حرام است. اما در خصوص حرام بودن حالت سوم اختلاف نظر وجود ندارد. برخی از فقهاء صرف بازی با وسایل مخصوص قمار و بدون برد و باخت را مشمول حکم قمار می‌دانند (مقدس اردبیلی، ۱۳۸۳: ۱۰۴). در حالت چهارم نیز نظر فقیهان بر مجاز بودن است چرا که در این حالت نه از وسایل قمار استفاده شده و نه شرط برد و باختی وجود دارد. به هر حال باید دانست که ماده ۶۵۴ قانون مدنی ایران، قمار و گرویندی را باطل و دعاوی مربوط به آن را غیر قابل استماع اعلام کرده است.

در زبان انگلیسی کلمه **gambling** (قمار) مشتق از کلمه میانی انگلیسی **gamen** به معنای مات و کنجیر کردن خود است. برابر تعریف فرهنگ لغت، قمار به معنای بازی کردن به منظور بردن پول یا هر چیز با ارزش است، در صورتی که برنده شدن به به شانس و تصادف وابسته باشد (مارتین؛

۲۰۰۶: ۲۳۶). در قرن نوزدهم موج غیرقانونی کردن قمار در بیشتر نقاط اروپا و ایالت‌های آمریکا شکل گرفت؛ در قوانین حقوقی آمریکا تعریف دقیق و مشخصی از قمار ارائه نشده و در این زمینه میان حقوقدانان آمریکایی اختلاف وجود دارد و تعاریف ارائه شده نیز به جای تعریف قمار تنها فهرستی از اعمال را بیان کرده‌اند که از نظر قانون قمار هستند.^۱ ایالات متحده آمریکا یکی از کشورهایی است که به دلیل استقرار نظام فدرال در این کشور، دارای نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ویژه است. در ایالات متحده آمریکا هر ایالت می‌تواند قانون اساسی ایالتی مختص به خود را داشته باشد، ولی این قوانین نباید در تعارض با قوانین فدرال قرار گیرد. وجود چنین قوانین اساسی باعث می‌شود به تبع آن هر ایالت در امور مختلف و در حوزه‌های گوناگون، قانون مختص به خود را داشته باشد. لذا در صورتی که یک عمل حقوقی مرتبط به دو یا چند ایالت باشد، احتمال بروز تعارض قوانین بین ایالتی بسیار محتمل خواهد بود.

تنوع فرهنگی و زمینه‌های تاریخی در هر یک از ایالات کشور آمریکا دلیلی است بر این واقعیت که هر ایالت بنا بر ملاحظات فرهنگی و نژادی بر طبق قانون اساسی فدرال، قوانین مختص به ایالت خود را داشته باشد. این به معنای ۵۰ قانون متفاوت در یک کشور است (داتریچ،^۲ ۲۰۱۲: ۴۹۵). لذا وجود تعارض میان قوانین در چنین کشورهایی سبب شده مباحثی در حل این اختلافات اشاره شود که تا حدودی در کاهش اختلافات و تعارضات مؤثر واقع شود. که این امر در مجالی دیگر باید مورد بحث قرار گیرد.

مطابق حقوق آمریکا برای هر قرارداد قمار وجود سه عامل شرط است: تعیین جایزه، عامل بخت و قرار دادن عوض (بل،^۳ ۲۰۰۸). بنابراین آنچه در تعاریف واژه قمار و ذکر شاخصه‌های گذشت در قوانین و حقوق آمریکا نیز وجود دارد به عبارت دیگر عملی که طرفین در آن به دنبال تعیین جایزه بدون در نظر گرفتن ضرر طرف مقابل هستند و عوض تنها برای یک نفر در نظر گرفته شود و بخت و اقبال همراه آن باشد نه بر سر سی و پیش بینی و وضعیت بازار، قمار محسوب می‌گردد. با توجه به ایالتی بودن قوانین آمریکا باید دانست که قوانین ممنوعیت یا مجاز بودن قمار چه به صورت آنلاین و چه در قمارخانه‌ها متفاوت است چنانکه برخی تنها قمار آنلاین را مجاز دانسته و برخی دیگر هر دو را ممنوع اعلام نموده‌است در ابتدا هیچ قانونی در سطح فدرال برای ممنوع کردن بازی آنلاین قمار وجود نداشت اما بعضی از ایالت‌ها هر نوع قمار بازی را ممنوع کرده‌اند. این ایالت‌ها عبارتند از: اوکلاهما، ایلینویز، ایندیانا، نوادا، آرگون، داکوتای جنوبی، واشنگتن و مونتانا. بر اساس قوانین فدرال، بانک‌ها مجاز به انتقال مبلغ به دست آمده از بازی‌های آنلاین قمار نیستند. شرط‌بندی از طریق تلفن و روش‌های دیگری که از خطوط مخابراتی استفاده می‌کنند، می‌باشد. واشنگتن دی سی اولین ایالتی است که شرط بندی بر روی بازی‌های آنلاین را قانونی شناخت و قانونی را برای آن تصویب کرد. اما این مسأله هرگز به آن معنی نیست که بازی‌های آنلاین قمار در سایر ایالت‌ها قانونی است.

^۱Sec. 3 of part 1, Gambling Act 2005

^۲Dautrich

^۳Bell

۴. بررسی تطبیقی شبهه قماری بودن قرارداد اختیار معامله در نظام حقوقی ایران و آمریکا

از زمان ظهور مشتقات در اواسط قرن نوزدهم به‌ویژه آتی‌ها و اختیارات این اوراق در معرض بحث‌های گسترده و دقیقی قرار گرفته‌اند. این مباحث حول این محور بودند که تبادل این اوراق، کسب و کاری مشروع است یا اینکه صرفاً قماربازی می‌باشد. طبق نظر حقوقدانان معروف روی کریتر (۲۰۰۰): کامن‌لا مبادلات برای تحویل آتی دارای نظیر سهام و کالا که طرفین قصد تحویل فیزیکی ندارند را نافذ نمی‌داند. زیرا این امر شرط‌بندی می‌باشد. این کار باعث شد تا دادگاه‌ها احتیاط شدیدی نمایند. در یک مورد در سال ۱۸۸۸ اظهار نظر دادگاه به شرح زیر می‌باشد:

«نظر ما به طور صریح این است که در تعامل با آتی‌ها یا اختیارات، اگر تسویه حساب بر مبنای نوسانات بازار باشد، طبق حقوق عمومی فاقد ارزش است. در کنار دلایل دیگر، این امر مخالف سیاست‌گذاری عمومی است. آن یک جرم است؛ جرمی علیه ایالت، جرمی علیه رفاه عمومی و خشنودی مردم، جرمی علیه دین و اخلاق و جرمی علیه تمام کسب و کارها و مبادلات مشروع. این یک نوع شرط‌بندی به طور آشکار است در لباس خوش نامی... به دلیل ابزار بودن آن، قوانین عرضه و تقاضا معکوس شده‌اند و بازار به وسیله مبلغ پولی که گردانندگان آن می‌توانند بیاورند و بر مبنای آن متحمل ریسک می‌گردند، اداره می‌گردد» (کریتر، ۲۰۰۰، ۱۱۱۰). اگرچه نظر همه دادگاه‌ها مطابق نظر کریتر نبود ولی روند کلی در نیمه اول قرن نوزدهم به این سمت بود. تلاش‌های زیادی شد تا اینکه کنگره، آتی‌ها و اختیارات را که معمولاً توسط کشاورزان و حامیان آنها مود دفاع قرار می‌گرفت، غیرمشروع اعلام نماید. در سال ۱۸۹۰، نماینده‌ای در کنگره اعتراض خود را نسبت به مشتقات اعلام کرد: «معامله آتی‌ها و اختیارات شرط‌بندی محض می‌باشد و فرقی نمی‌کند که اسمشان متفاوت باشد و طوری نامگذاری شود که زشتی کمتری داشته باشد، نه به عرضه می‌افزایند و نه تقاضای مصرف را افزایش می‌دهند و نه هدف خاصی را دنبال می‌کنند و از طریق تغییر نامگذاری به سفته‌بازی در محصولات مجازی می‌پردازند. گندمی که آنها می‌خرند و می‌فروشند گندم باد نام دارد زیرا غیرمشهود است و فقط در شرایط اضطراری تحویل فیزیکی صورت می‌گیرد و صنایع کشاورزی کشور را تخریب می‌نماید». هنری گنزالس (۱۹۹۳) رئیس کمیته بانکداری خانوار در مورد مشتقات معتقد است: «شما می‌توانید آن را هر گونه که خواستید نامگذاری کنید ولی من آن را شرط‌بندی می‌نامم» (اشتنهر، ۲۰۰۰: ۱۵۱).

در آمریکا ایالت‌های متعدد در زمان‌های مختلف معاملات قراردادهای اختیار معامله و آتی‌ها را ممنوع اعلام کردند. مجلس ایلینویز در سال ۱۸۶۷ معامله آتی‌ها و اختیار معامله را ممنوع اعلام کرد ولی دوباره در سال ۱۸۹۶ آن را مجاز نمود. دلیل اعلام عدم مشروعیت این قراردادها این بود که آن را نوعی شرط‌بندی می‌دانستند. در سال ۱۸۷۹ مجلس کالیفرنیا قراردادهای آتی را غیرمعتبر اعلام کرد ولی در سال ۱۹۰۸ مجوز آن صادر گشت. در اوایل ۱۸۸۰ می‌سی‌سی‌پی، آرکانزاس و تگزاس قوانینی را تصویب کردند که در آنها مبادله آتی‌ها و اختیار معامله را هم ردیف قماربازی می‌دانست و

بنابراین مبادله آنها را ممنوع کرد. در هر صورت، گزارشات بازارها در مبادلات آتی و اختیار معامله آمریکا احتمالاً اغراق آمیز بود (بویلی، ۱۹۲۰ و هیرونوموس، ۱۹۷۷). در حالی که در نهایت تأثیرات بلند مدت آنها بر قیمت‌ها و در نتیجه سبب رفاه مصرف‌کننده می‌باشد. با این حال در سال ۱۸۹۲ هزار درخواستی از کنگره خواستار ممنوعیت "قمار سودآوری در دانه" شد (لوری، ۱۹۷۹) و حملات از مجلس قانونگذاری دولتی بر علیه ابزارهای مالی مشتقه منصفانه نیست.

این اعتقاد که قرارداد اختیار معامله از نظر فقهی در قوانین ایران قمار محسوب می‌شود و اینکه حتی در قوانین آمریکا برخی آن را قمار می‌پندارند به این دلیل رواج پیدا کرد که تحولات در قیمت با بالا و پایین رفتن در این قرارداد رابطه مستقیمی دارد به نحوی که آن را قراردادی با عنوان قمار بر قیمت‌های آینده نامیده‌اند که بر حسب تغییرات قیمت در بازار، منافع غیر صحیحی نصیب فرد می‌شود. بدان سبب قرارداد اختیار معامله را قمار می‌پندارند که در این قرارداد، افراد شرکت کننده بر روی احتمال تغییر قیمت دارایی پایه در موعد مقرر در آینده گرو می‌بندد؛ بدان صورت که با حتمی شدن تحولات نرخ‌ها در موعد معین، یکی از شرکت کنندگان نسبت به دیگری طلبکار می‌شود و این همان امری است که گمان قمار بودن قرارداد اختیار معامله را ایجاد می‌کند.

اما تفاوت دیگر این است که اختیار معامله و قمار باید واکنش‌های بازی معابانه طرفین در قمار اشاره کرد اما آنچه در اختیار معامله وجود دارد جدی و رسمی بودن معامله که خود این امر می‌تواند راهگشا در حل معضلات تمایز این دو باشد.

بعد از شکل‌گیری و مطرح شدن ابزار مالی مورد بحث و مانند آنها مثل قرارداد آتی و ... نظریات و دیدگاه‌های مختلفی در موافقت و مخالفت و یا ماهیت آنها مطرح شد. برخی بر این باور هستند که یکی از مزایای ابزارهای مالی پویایی تجارت در هر صه‌های تجاری است اما این نظر مخالفانی نیز دارد که که اساساً این نوع قراردادهای تجاری را با قمار مقایسه کرده و آن را نه سود مند می‌دانند و معتقد هستند باعث رکود اقتصادی می‌گردد .

برای رفع این گونه ابهامات و دوگانگی در مورد شناسایی و اعتبار در مورد این ابزارهای مالی ضروری است که برای آنها موجودیت منحصری را قائل باشیم و بدین ترتیب دیگر لازم نیست که این ابزارها را با سایر عقود مشابهت سازی نماییم

اما در مورد شائبه‌هایی که در خصوص شباهت‌های اختیار معامله و قمار وجود دارد، برخی نظام‌های حقوقی مانند ایران و آمریکا این مساله به صورت جدی مطرح اما با نگاهی به ویژگی‌های منحصر آن در میابیم که این امر صحت ندارد :

اولاً آن که امری که سبب این تصورات است شباهت می‌شود این است که قرارداد اختیار معامله دارای خصوصیات قمار است، در حقوق ایران و در حقوق آمریکا این بحث مطرح است که اشخاص حقیقی و حقوقی امر است با امید به این که احتمال بالا رفتن قیمت در آینده وجود دارد، وارد سرمایه‌گذاری می‌شوند و چه بسا به آن مهم دست پیدا نمی‌کنند. اما باید دانست، در قمار منافع و سودی که اشخاص به دست می‌آورند مبتنی بر شانس و احتمال است این در صورتی است که فردی که با علم و با مطالعه وارد این عرصه می‌شود و بازهای ابزارهای مالی از جمله اختیار معامله دارد، و علم اقتصاد و آگاهی داشتن از جمله مولفه‌هایی است که افراد با آن وارد این حیطه می‌شوند و با عقد شانس و احتمالی بسیار متفاوت است

دومین ویژگی که سبب می‌شود این دو مساله از هم متفاوت باشند در رد نظریه قمار در مورد اختیار معامله آن به ره جست این است که

- هیچ برد و یا باختی در این مساله حاکم نیست بر خلاف قمار

- تصمیماتی که برای ورود به بازار سرمایه گرفته می‌شود برحسب دانش اقتصادی است بر خلاف قمار که با انگیزه سود جویی احتمالی و نامشروع است

- نوسان سود در بازار سرمایه بر خلاف و معین نبود آن این در حالی است که فردی که قمار میکند آگاهی کامل به به میزان سودی که دارد میبرد .

- پذیرش عرف و عقل در رسمیت شناختن این نوع از سرمایه‌گذاری و عدم مشروعیت قمار در نزد عرف و قانون و عقل

- موجه بودن سود ناشی از ورود به بازارهای اختیار معامله این در صورتی است که غیرموجه بودن سود حاصله در قمار

- فعالیت در معاملات اختیار معامله و امثالهم سبب رونق اقتصاد می گردد ولی ورود به قمار باعث دلسرد شدن از کسب حلال و تخریب فعالی های اقتصادی امید افرا به کسب سود از طریق شانس می شود .

- امینی، علیرضا، سلیمی، علیرضا (۱۳۹۰)، قرارداد اختیار معامله در فقه، نشریه مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۷، ۴۸-۲۵.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۰). المکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حبیبزاده، محمدجعفر، عمرانی، سلمان (۱۳۸۹). تحلیل جرم قمار در فقه و حقوق ایران، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۲۰، ۴۸-۶۸.
- حسینزاده، جواد (۱۳۸۷)، تبیین قرارداد اختیار معامله، مجله حقوق اسلامی، شماره ۱۹، ۸۷-۱۱۹.
- درخشان، مسعود (۱۳۸۳). مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت، تهران: مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی.
- راعی، رضا، سیاح، سجاد، مصباحی مقدم، غلامرضا (۱۳۹۰). تبیین ابعاد فقهی، حقوقی و نظارتی قرارداد اختیار معامله در بازار مالی ایران، مجله تحقیقات مالی، دوره ۱۳، شماره ۳۲، ۱۴-۱.
- عصمت‌پاشا، عبیدالله (۱۳۸۲). فلسفه و سیر تکاملی ابزارهای مالی مشتقه و دیدگاه‌های فقهی، ترجمه علی صالح‌آبادی، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۹، ۱۴۰-۱۲۹.
- کشتکاری، معصومه، علومی یزدی، حمیدرضا (۱۳۹۲). ساختار و چالش‌های حقوقی قرارداد اختیار معامله، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، ۱۲۳-۱۴۸.
- محبی، محسن، قلی‌زاده پاشا، عیسی (۱۳۹۲). قرارداد اختیار معامله سهام در نظام حقوقی ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، ۱۰۱-۱۴۱.
- معصومی‌نیا، غلامعلی (۱۳۸۷). ابزارهای مشتقه (بررسی فقهی و اقتصادی)، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- معصومی‌نیا، غلامعلی، سعیدی‌نیا، اکبر (۱۳۸۹). بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، شماره ۴۰، ۱۴۵-۱۷۸.
- مقدس اردبیلی، احمدبن محمد (۱۳۸۳). مجمع الفائده و البرهان فی الشرح الارشاد الاذهان، چاپ چهارم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسی‌زاده، فرنوش (۱۳۹۲). مطالعه تطبیقی ماهیت قرارداد اختیار معامله با قمار، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ.
- هال، جان (۱۳۸۴). مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک/جان هال؛ مترجمان سجاد سیاح، علی صالح‌آبادی، تهران: گروه رایانه تدبیر پرداز.

- Arditti Fred D.,(1996). Derivatives: A Comprehensive Resource For Options, Futures, Interest Rate Swaps, and Mortgage Securities, Harvard Business Scholl Press, U.S.A, P7.
- ell, Tom. (2008). Prediction Markets and Law, Electronic copy available at: <http://ssrn.com>.
- Boyle, James. E.(1920). Speculation and the Chicago Board of Trade. New York: MacMillan Company.
- Brown Meredith M.,(1996). Managing and Disclosing Risks of Investing in Derivatives, Kluwer Law.
- Butler. Brian and Isaacs, Alan,(1996). A Dictionry of Finance, oxford University Press,.
- Clam Dictionary of Finance and Accounting, Bloomsbury,London,2008.
- Cuthbertson k. and Nitzsche(2000). Financial Engineering - Derivatives and Risk Management, John Wiley & Sons Ltd,.
- Dautrich, Kenneth and Yalof, A. David, (2012). American government: historical, popular and global perspective, Waads worth press.
- Don M.C hance(1991). An Introduction to Options and Futures, Dryden Press,.
- Dubofsky David A(1992). Option and Financial Futures, McGraw Hill, Inc,.
- Hieronymus, Thomas A (1977). Economics of Futures Trading for Commercial and Personal Profit. New York: Commodity Research Bureau, Inc.
- Hudson, Alastair(2006). The Law on Financial Derivatives, London, Sweet & Maxwell, 4ed,.
- Kreitner, Roy(2000). Speculation of Contract, or How Contract Law Stopped Worrying and Learned to Love Risk. Columbia Law Review, Vol. 100. May. Pp1096-1138.
- Lurie, Jonathan (1979). The Chicago Board of Trade 1859-1905. Urbana: University of Illinois Press.
- Martin, ElizabethA(2006). Dictionary of Law, uk, Oxford University Press,.
- Webber, Alan(1994). Dictionary of Futures and Options, Probus Publishing Co, ,P4.