

تحلیل فقهی - حقوقی «قرارداد سلف موازی استاندارد» ابتکاری جدید برای بازار سرمایه

محمد حسن صادقی مقدم*

میثم موسی پور**

جلال سلطان احمدی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۶/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۰

چکیده

به‌منظور رونق بازار سرمایه، تأمین مالی، جذب و تجمیع سرمایه‌های کوچک و پراکنده، ابزارها و قراردادهای متعددی در کشورهای مختلف به کار برده می‌شود. در این راستا در کشورهای اسلامی نیز علاوه بر به‌کارگیری برخی قراردادهای مورد معامله در بازارهای مالی آمریکا و کشورهای اروپایی مانند قراردادهای آتی و اختیار معامله، قراردادهای جدیدی در چارچوب ضوابط شرعی ابداع گردید. یکی از این قراردادها، «سلف موازی» است که در جهت رفع محدودیت‌ها و موانع بیع سلف به‌خصوص عدم امکان فروش مورد سلف قبل از سررسید، که مانع ایجاد بازار ثانویه و جذب سرمایه می‌شود شکل گرفت، راهکاری که جهت ارائه در بازار بورس و اوراق بهادار شکل جدیدتری به خود گرفت و با عنوان «قرارداد سلف موازی استاندارد» تحت ضوابط مشخص و به‌صورت استاندارد تعریف گردید، تا ضمن پویایی معاملات بورس و مشارکت بیشتر، مدیریت و پوشش ریسک معاملات نیز انجام پذیرد. با بررسی در متون فقهی می‌توان ایرادات و شبهاتی نسبت به «قرارداد سلف موازی استاندارد» مطرح کرد. جدید بودن این قرارداد و لزوم تطبیق آن با مبانی فقهی، در عین عدم وجود منبع در متون فقهی و حقوقی، ضرورت طرح و تبیین قرارداد مذکور و رفع شبهات و ایرادات فقهی، آن را به‌منظور افزایش کارایی و هماهنگ سازی با حقوق کشورمان، دو چندان می‌سازد. در این مقاله ایراداتی که ممکن است بر قرارداد سلف موازی استاندارد وارد شود بیان و پاسخ داده می‌شود.

کلیدواژه‌ها: بیع سلف، قرارداد سلف موازی استاندارد، قرارداد سلف موازی حواله‌ای، قرارداد سلف موازی و کالتی.

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

** استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور قم (نویسنده مسئول).

*** استادیار دانشگاه پیام نور تهران

مقدمه

امروزه بازارهای مالی نقش مهمی در اقتصاد کشورها ایفا می‌کنند. نقش اساسی این بازارها، کاهش هزینه و افزایش بازدهی سرمایه است. بازارهای مالی امکان مبادلات و جابجایی منابع مالی را در کمترین زمان و با کمترین هزینه و بیشترین سرعت و کارایی فراهم می‌کنند. جهت رونق بازارهای مالی ابزارها و قراردادهای متعددی در کشورهای مختلف به کار برده می‌شود. در این راستا در کشورهای اسلامی نیز علاوه بر به‌کارگیری برخی قراردادهای مورد معامله در بازارهای مالی آمریکا و کشورهای اروپایی مانند قراردادهای آتی و اختیار معامله، قراردادهای جدیدی در چارچوب ضوابط شرعی ابداع گردید. در ایران با تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴، زمینه لازم برای طراحی و انتشار انواع مختلف ابزارها و قراردادهای مالی اسلامی فراهم شد.

«سلف موازی» یکی از این قراردادها است که بر اساس «بیع سلف» ابداع گردید؛ قرارداد مذکور در جهت رفع محدودیت‌ها و موانع بیع سلف به‌خصوص عدم امکان فروش مورد سلف قبل از سررسید که مانع ایجاد بازار ثانویه، جذب سرمایه و تأمین مالی می‌شود، شکل گرفت که به سه صورت مطلق، وکالتی و حواله‌ای متصور است. به علت ایرادات و محدودیت‌هایی که در قرارداد سلف موازی مطلق و وکالتی وجود دارد، «سلف موازی استاندارد» مورد تأیید قرار گرفت، که در واقع سلف موازی حواله‌ای استاندارد شده جهت ارائه در بورس است.

قرار سلف موازی استاندارد اولین بار جهت معاملات نفت تحت عنوان «قرارداد سلف موازی نفتی» مطرح شد و سپس در بورس انرژی ایران در عمل به کار گرفته شد و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های آن جهت اعمال در بورس انرژی ایران به تصویب هیئت مدیره و شورای عالی بورس رسید.

در خصوص قرارداد سلف یا همان بیع سلف که ریشه در فقه دارد مطالب متعددی در کتاب‌های فقهی به چشم می‌خورد ولی حقوق‌دانان بسیار مختصر و مجمل در صفحات محدودی از کتب حقوق مدنی اشاراتی به این قرارداد داشته‌اند که همه آن هم مقتبس از منابع فقهی است. در خصوص «قرارداد سلف موازی» هم به‌ندرت برخی از فقها و علمای کشورهای اسلامی مطالبی منتشر کرده‌اند؛ اما «قرارداد سلف موازی استاندارد» که قراردادی جدید و نوظهور است نه تنها در منابع حقوقی فارسی پیشینه‌ای ندارد در منابع حقوق غرب نیز سابقه‌ای ندارد زیرا این قرارداد جهت رفع محدودیت‌های فقهی ناشی از قراردادهای آتی و سلف جاری در بورس‌های کشورهای اسلامی طراحی شده است؛ لذا به‌ناچار جهت تبیین این قرارداد نیاز به بررسی منابع فقهی و عربی است. در این مقاله سعی شده است از تمامی منابع موجود که بیشتر به زبان عربی است، بهره‌برداری شود. با عنایت به اینکه حقوق ما ریشه در منابع فقه اسلامی دارد، لازم است قوانین و مقررات منطبق با احکام و موازین شرعی باشد و همچنین قراردادهای جدید با مبانی فقهی از جمله لزوم ربوی، غرری و ضرری نبودن معاملات تطابق داشته باشد. با توجه به اینکه اساساً قرارداد سلف موازی استاندارد در جهت رفع مشکلات و محدودیت‌های فقهی موجود در بیع سلف شکل گرفته، بدیهی است این قرارداد نیز باید با موازین

فقهی منطبق باشد. با بررسی در متون فقهی می‌توان ایرادات و شبهاتی نسبت به این قرارداد مطرح کرد. با توجه به جدید بودن این قرارداد و از آنجا که بررسی تطابق این قرارداد با مبانی فقهی و اثبات عدم وجود مانع فقهی و قانونی برای آن، در جهت تثبیت و افزایش کارایی آن مؤثر است، ما در این مقاله پس از تبیین تعریف، شرایط و محدودیت‌های قرارداد سلف در فقه و حقوق، اقسام قرارداد سلف موازی را تبیین و در نهایت ایراداتی که ممکن است بر قرارداد سلف موازی استاندارد وارد شود را بیان خواهیم کرد و پاسخ خواهیم داد.

کلیات قرارداد سلف قرارداد سلف در لغت

سلف به فتح سین و لام، واژه‌ای عربی است که در لغت با سلم مترادف است، سلف در لغت اهل عراق و سلم در لغت اهل حجاز به کار می‌رود (الشوکانی، ۱۴۱۳: ۲۳۹) و در معانی مختلفی از جمله: جلو افتاد، پیشی گرفت، سپری شد، پیش افتاد، پیشینیان، آمده است (بندر ریگی، ۱۳۸۴: ۹۴۹)؛ دو واژه سلف و سلم در معاملات، مترادف دانسته شده است هرچند در برخی کاربردها با هم تفاوت‌هایی دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ (الف): ۹۷۸).

در فرهنگ لسان العرب برای واژه سلف معانی متعددی ذکر شده است اما واژه سلف در معاملات به دو معنا به کار می‌رود: اول به معنای قرض که برای مقرض منفعتی به غیر از پاداش و شکر ندارد، وقتی گفته می‌شود «اسلفته مالا» یعنی «اقرضته». دوم آن است که کسی ثمنی را در برابر کالایی که در وقت معین در آینده تحویل داده خواهد شد، بدهد (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۱۵۹).

با توجه به معنای اهل لغت برای واژه سلم، روشن می‌شود که واژه سلم با معنای دومی که برای سلف ذکر شد یعنی همان قرارداد سلف که موضوع مورد بحث ماست، برابر است. ابن منظور پس از آنکه معنای دوم سلف را ذکر می‌کند، می‌گوید: «یقال له السلم دون الاول» (همان)؛ بنابراین هرچند سلم مانند سلف در معنای قرض به کار نرفته است اما همانند واژه سلف در مورد قراردادی استعمال می‌شود که در آن فردی ثمنی را در برابر کالایی که در مدتی معلوم در آینده تحویل داده خواهد شد، بدهد.

صاحب جواهر نیز واژه سلف را مشترک لفظی در معامله سلمی و عقد قرض می‌داند و می‌گوید: شاید این اشتراک لفظی به دلیل وجود یک جامع معنوی بین عقد سلف و عقد قرض است، آن جامع معنوی این است که در هر یک از این دو عقد مالی بر ذمه، در برابر مالی که حال است قرار می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۸: ۲۴۸/۲۴).

قرارداد سلف در اصطلاح

قرارداد سلف ریشه در فقه دارد و در کلام فقیهان به صورت مبسوط به آن پرداخته شده و حقوق‌دانان بسیار کم و آن هم بر اساس کتب فقهی مطالبی مطرح کرده‌اند. در ادامه به تفکیک، تعریف قرارداد سلف را در فقه و حقوق مطرح می‌کنیم.

قرارداد سلف در فقه

فقها قرارداد سلف را یکی از اقسام بیع از جهت زمان تسلیم مورد معامله، دانسته‌اند. عبارات ایشان در تعریف بیع سلف با هم تفاوت‌هایی دارد اما مضمون در آن‌ها تقریباً یکسان است.

شهید اول این قرارداد را چنین تعریف می‌کند: عقدی است بر کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه قرار دارد، در مقابل مال معلومی که در مجلس عقد اخذ می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۴۷).

شهید ثانی در تعریف آن بیان می‌دارد: بیع سلف عبارت است از فروختن کالای کلی ما فی الذمه معلوم و معین با الفاظ مخصوص که برای تحویل آن به مشتری زمان معین در عقد مقرر شده است؛ در مقابل مال معلومی که در همان مجلس عقد اخذ می‌شود (مکی، ۱۴۱۰: ۴۰۲).

بنا بر تعریف محقق حلی: بیع سلف عبارت است از ایتباع مال ضمانت شده‌ای در سررسید معین در مقابل ثمن حاضر یا در حکم حاضر (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۳۳). این تعریف با قول کسانی مطابقت دارد که لفظ بیع را اسمی به معنای نقل و انتقال می‌دانند اما با قول کسانی که بیع را انشاء تملیک مال که فعل بایع است در مقابل عوض می‌دانند، تطابق ندارد. زیرا لفظ «ایتباع» در این صورت صدق نمی‌کند. مراد از «مضمون» در تعریف مذکور به قرینه «الی اجل معلوم»، همان کلی ما فی الذمه است (الجواهری، ۱۴۱۹: ۱۷۶).

شیخ طوسی در تعریف بیع سلف چنین عنوان کرده است: «سلم آن است که: ثمن حاضر یا در حکم حاضر در مقابل کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه قرار دارد، معاوضه شود» (طوسی، ۱۳۸۲: ۳۲۶). در حکم حاضر مثل این که مشتری قبلاً طلبی در ذمه بایع داشته، همان را ثمن قرار می‌دهد، گرچه فعلاً پولی به فروشنده نداده است؛ آنچه که در ذمه فروشنده است به منزله مقبوض است.

همان‌طور که مشاهده می‌شود وجه مشترک همه تعاریف عبارت است از: بیع کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه قرار دارد، در مقابل ثمن معلوم موجود. به عبارت مختصرتر بیع سلف به معنای معامله کالای مدت‌دار به بهای نقد است. برخی از فقها شرایط و موارد دیگری مانند لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و ذکر صیغه مخصوص را در تعریف گنجانده‌اند. در عقد سلف به خریدار مُسَلِّم به کسر لام و به فروشنده مُسَلِّمَ الیه گفته می‌شود. کالایی که فروخته می‌شود مُسَلِّمَ فیه و بهای آن را مُسَلِّم به فتح لام گویند (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۴۳).

قرارداد سلف در حقوق

حقوق ایران

در قانون مدنی ایران ماده صریحی که وضعیت قرارداد سلف را بیان کند وجود ندارد و عبارت بیع سلف و یا سلم در قانون مدنی مطرح نشده است. اگر چه از ماده ۱۰ و نیز مواد ۳۴۱ و ۳۴۴ قانون مدنی صحت چنین عقدی استنباط می‌شود. از ماده ۳۴۴ قانون مدنی که مقرر داشته است: «در بیعی که قبض شرط صحت است، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است؛ نه حین وقوع بیع» معلوم می‌شود که غیر از بیع صرف،

حداقل گونه دیگری از بیع وجود دارد که در آن «قبض» شرط صحت می‌باشد و آن، بیع سلف است که اگر ثمن در مجلس قبض نشود، به صورت کالی به کالی درمی‌آید و به این ترتیب، قانونگذار خواسته که بیع سلف، با کالی به کالی شدن، در معرض بطلان قرار نگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۳۹). با وجود عدم ذکر بیع سلف در قانون مدنی، حقوق دانان به تبع فقه، صفحاتی هرچند اندک از کتب خود را به این عقد اختصاص داده و تعاریفی ارائه کرده‌اند. برخی از نویسندگان در تعریف بیع سلف گفته‌اند: «در فرضی که تسلیم مبیع مؤجل و ثمن نقد است؛ اگر مبیع کلی در ذمه باشد بیع را سلف می‌نامند» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۷). حقوق دان دیگری در این خصوص می‌نویسد: «بیع سلف بیعی است که ثمن آن باید فوراً پرداخت شود ولی برای تسلیم مبیع، اجلی معین شده باشد» (شهیدی، ۱۳۸۹: ۳۸).

یکی دیگر از شارحین قانون مدنی به تبع مشهور فقها لزوم اخذ ثمن در مجلس عقد را نیز در تعریف سلف ذکر کرده است: سلف عبارت است از بیعی که مبیع آن کلی در ذمه است و برای تسلیم آن موعودی در عقد مقرر شده باشد. در این عقد ثمن می‌تواند عین خارجی و یا کلی باشد ولی باید در مجلس عقد به بایع تأدیه شود (امامی، ۱۳۷۸: ۴۴۱).

بنابراین قرارداد سلف، بیعی است که در آن ثمن نقداً و در هنگام انعقاد بیع پرداخت می‌شود و مبیع آن مؤجل و کلی فی‌الذمه است. در عرف به این نوع بیع، پیش خرید یا پیش فروش می‌گویند (طاهری، ۱۳۷۵: ۴۲).

هر چند عنوان بیع سلف در فقه می‌تواند تا حدودی برای پیش فروش کالاها به کار رود؛ اما باید توجه داشت «اصطلاح سلف یا سلم در جایی استعمال می‌شود که مبیع، کلی در ذمه باشد و نه عین معین» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۸) و مصادیق مبیع در عالم خارج به هنگام تحویل آن باید فراوان باشد. به عبارت دیگر، کالایی که موضوع بیع سلف قرار می‌گیرد، لازم است کلی در ذمه باشد؛ یعنی مثلی و دارای مصادیق فراوان باشد.

بیع سلف در حقوق سایر کشورها نیز تحت عناوین دیگری وجود دارد. البته با قرارداد سلف که ریشه در فقه داشته و در حقوق ایران و برخی کشورهای اسلامی وجود دارد، تفاوت‌هایی دارد. در ادامه به تعریف آن در حقوق فرانسه و انگلیس اشاره می‌کنیم.

حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه پیش فروش کالاها با دو اصطلاح «Vente de la chose future» و «Vente d'une chose à fabriquer» ذیل مبحث عقد بیع مورد بحث، قرار می‌گیرد. دکتر جعفری لنگرودی از این اصطلاح به «بیع آیندان» تعبیر نموده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۰۸). در بند ۱ ماده ۱۶۰۱ قانون مدنی این کشور از بیع اموال غیرمنقولی که در آینده ساخته خواهد شد، بحث شده است. در بند ۲ ماده مذکور فروش به نحو «تحویلی برای آینده» و در بند ۳ فروش به صورت «تکمیل برای آینده» یا به عبارتی «بیع مال آینده» تعریف شده است (نوبین، ۱۳۹۰: ۳۸۰). نوع اول به علت اینکه بایع متعهد است

مشخص و با خصوصیات معین داده شود بیشتر شبیه عقد استصناع در فقه است و در مواردی که کالای مورد معامله کلی است می‌تواند بر قرارداد سلف تطبیق کند (مؤمن قمی، ۱۳۷۶: ۲۳).

در حقوق انگلیس پیش از تصویب قانون بیع کالا بین قواعد کامن لا و انصاف تفاوت وجود داشت. در کامن لا، به محض تحصیل کالا توسط فروشنده، مالکیت آن به خریدار انتقال نمی‌یافت؛ در حالی که به موجب قواعد انصاف، به محض آنکه فروشنده مالکیت را به دست آورد و به شرط اینکه مورد معامله طبق قرارداد، قابل تعیین باشد، مالکیت به خریدار منتقل می‌شود.

با تصویب قانون بیع کالا در سال ۱۹۷۹، انتقال مالکیت کالای آینده مشمول حکم بند ۱ قسمت ۵ ماده ۱۸ است که مقرر می‌دارد: «جایی که یک قرارداد بیع کالای غیرمعین یا مال آینده از طریق توصیف منعقد می‌شود و کالا با آن اوصاف و در وضعیت قابل تحویل به‌طور غیر مشروط - بدون آنکه انتقال مالکیت آن معلق بر امری شود - به قرارداد اختصاص می‌یابد؛ خواه از جانب فروشنده با رضایت خریدار یا از سوی خریدار با رضایت فروشنده بلافاصله مالکیت کالا به خریدار منتقل می‌شود. این رضایت ممکن است صریح یا ضمنی باشد و ممکن است قبل یا بعد از عمل تخصیص کالا داده شود (Stationery Office Limited, 2000: 8).

شرایط قرارداد سلف

در فقه برای قرارداد سلف شرایط و احکام متعددی ذکر شده است، ولی حقوق‌دانان بسیار مختصر و اغلب تنها به یک شرط یعنی لزوم قبض ثمن در مجلس عقد اشاره کرده‌اند. برخی به تبع فقه آن را لازم می‌دانند و گروهی با توجه به سکوت قانون مدنی قائل به عدم لزوم چنین شرطی هستند. همان‌طور که ذکر شد در قانون مدنی ایران ماده صریحی که وضعیت قرارداد سلف را بیان کرده باشد وجود ندارد و عبارت بیع سلف و یا سلم در قانون مدنی مطرح نشده است.

یکی از نویسندگان در جایی به تبع نظر فقها، قبض قبل از تفرق را شرط صحت بیع سلف دانسته است و عنوان می‌کند هرگاه مجلس عقد به هم بخورد و ثمن تأدیه نشده باشد آن بیع باطل است و در صورتی که قسمتی از ثمن تأدیه گردد بیع نسبت به آن قسمت صحیح و نسبت به بقیه باطل است و بیان داشته است که قبض عملی ثمن لازم نیست بلکه قبض اعتباری نیز کفایت می‌کند (امامی، ۱۳۷۸: ۴۴۲)؛ اما با توجه به قانون مدنی و از نظر الزام حقوقی و قضایی این شرط را لازم نمی‌دانند و در جای دیگر می‌نویسد: از نظر قانون مدنی بیع سلف، بدون آنکه قبض ثمن در مجلس عقد شرط باشد، صحیح است زیرا ماده ۳۴۱ ق.م. به متبایعین اجازه می‌دهد که برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن، اجلی قرار دهند و در لزوم تأدیه ثمن در مجلس عقد در موردی که مبیع کلی و موعدی برای تسلیم آن مقرر شده، قیدی ننموده و در ماده دیگری نیز از آن صحبت نکرده است. فقط می‌توان از ماده ۳۶۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: «در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط

ساختمان را تکمیل و تحویل دهد و خریدار هم متعهد است آن را قبض کند و قیمت آن را در تاریخ تحویل بپردازد، چندان رواج نیافته است. اما نوع دوم رواج بیشتری دارد زیرا به موجب آن بایع بلافاصله حقوق خود را بر زمین به خریدار انتقال می‌دهد و مالکیت ساختمان نیز به هر مقدار که ساخته شود به تدریج وارد ملکیت خریدار می‌شود و خریدار ملزم است قیمت ساختمان را به تناسب پیشرفت کار بپردازد و در عمل پس از پایان ساختمان از سوء استفاده‌های احتمالی فروشنده جلوگیری می‌شود و حتی اگر فروشنده در خلال کار متوقف شود، آنچه ساخته شده متعلق به خریدار است (ولویون، ۱۳۸۰: ۹)؛ البته هیچ کدام به صورت کامل بر عقد سلف که در فقه اسلام ذکر شده است تطابق ندارد.

حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، پیش فروش کالاها با اصطلاح «فروش مال آینده»^۱ در قانون بیع کالاها^۲ در سرفصل موضوع مورد معامله، تحت عنوان «کالاهای حال یا آینده» مطرح شده است (Atiyah et al, 2001: 339).

در قانون مذکور در دو مورد از بیع کالای آینده، به توافق برای فروش تعبیر شده است، اول در بند (۵) ماده (۲) قانون بیع کالاها که مقرر می‌دارد «در جایی که تحت یک قرارداد بیع، انتقال مالکیت کالاها در زمان آینده یا منوط و مشروط به بعضی شرایط است که بعداً به وجود خواهد آمد، این قرارداد «توافق برای فروش نامیده می‌شود» (Stationery Office Limited, 2000: 2) و دوم در بند (۳) ماده (۵) که بر اساس آن «در هنگامی که فروشنده توسط یک عقد بیع، تأثیر حال و فعلی را از بیع کالای آینده قصد می‌کند، از قرارداد به کار گرفته شده به عنوان توافق فروش کالا تعبیر می‌شود» (Stationery Office Limited, 2000: 3).

به موجب ذیل بند (۱) ماده (۵) قانون بیع کالاها، کالایی که بعد از قرارداد بیع توسط فروشنده تولید یا تحصیل خواهد شد در این قانون «کالای آینده» نامیده می‌شود.^۳ «مبیع آینده» در اغلب موارد یا بعداً تولید و ساخته می‌شود و یا نظیر محصولات کشاورزی کشت و رشد و نمو می‌یابد. در برخی موارد معامله مانند پشم گوسفند که بعداً رشد و نمو می‌یابد و یا شیر گاوهای متعلق به بایع که در آینده فراهم می‌گردد نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح شده است (Bridge et al, 2014: 217-219). در حقوق انگلیس تمام مواردی که از مصادیق بیع مال آینده هستند یعنی کالایی که موجود نیست و ساخته خواهد شد یا محصولات کشاورزی که به وسیله بایع تولید خواهد شد، همچنین کالایی که موجود است اما هنوز مال فروشنده نیست و غالباً به صورت کلی در ذمه است که در زمان عقد در ملکیت دیگران موجود است، در زمره کالاهای غیرمعین قرار دارند و در هر حال کالای آینده کالای معین نیست (Atiyah et al, 2001: 339).

البته در مواردی که سفارش ساخت کالای خاصی با مواد

1. Sale of future goods.
2. Sale of Goods Act
3. «..... goods to be manufactured or acquired by him after the making of the contract of sale, in this Act called future goods.»

در می‌آید و بدین ترتیب، قانونگذار خواسته که بیع سلف، با کالی به کالی شدن، در معرض بطلان قرار نگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۳۹).

به نظر می‌رسد متابعت مبنایی حقوق و قانون مدنی از فقه امامیه، ما را بر آن می‌دارد که در خلاء قانونی به فقه مراجعه کنیم با تأکید بر اینکه اساس بیع سلف ریشه در فقه دارد و بنا بر اصول برای کشف شرایط آن باید به منبع و مرجع اصلی آن مراجعه کرد؛ به‌علاوه می‌توان از مفاد ماده ۳۶۴ ق.م که بیع صرف را نمونه بیعی قرار داده است که قبض در آن شرط صحت است به‌ویژه آنکه قول مشهور فقها حاکی از عدم تفاوت بین بیع صرف و سلف در مسئله قبض است.

محدودیت قرارداد سلف

در کتب فقهی بعد از تبیین شرایط عقد سلف، احکام متعددی برای آن ذکر شده است که یکی از آن‌ها ممنوعیت فروش مبیع سلف قبل از قبض است، که با موضوع ما ارتباط نزدیکی دارد و یکی از محدودیت‌های عمده در راستای اعمال قراردادهای سلف به شکل امروزی محسوب می‌شود و مانع ایجاد بازارهای ثانوی و معاملات بعدی روی مسلم فیه می‌باشد. همین محدودیت است که باعث شکل‌گیری «قرارداد سلف موازی» شده است. این مسئله در دو صورت قابل طرح است: ۱- فروش مبیع قبل از حلول اجل و سررسید ۲- فروش آن بعد از سررسید و قبل از قبض.

فروش مسلم فیه قبل از سررسید

محقق حلی در شرایط این مسئله را به عنوان اولین مورد از احکام «سلف» ذکر کرده و قائل به عدم جواز آن است. «مسئله اول از مسائل یازده‌گانه «سلف» این است: اگر کالایی را به صورت سلف خرید، بیع آن قبل از فرا رسیدن سررسید آن جایز نیست» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۵۹).

این عدم جواز وضعی است و دلالت بر بطلان بیع دوم دارد. صاحب جواهر نیز عدم جواز بیع مسلم فیه قبل از سررسید را ذیل مسئله اول از احکام سلف ذکر می‌کند و می‌نویسد «این عدم جواز به علت عدم ملکیت قبل از رسیدن اجل نیست چراکه عقد سبب تملیک است و اجل صرفاً جهت مطالبه است و همچنین به خاطر عدم قدرت بر تسلیم نیست، چرا که قدرت تسلیم در عقد مؤجل در زمان اجل نیاز است بلکه به علت اجماعی است که در تنقیح و جامع المقاصد و غیره نقل شده است (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۱۹). نص خاصی در این خصوص وجود ندارد، ولی تعداد قابل توجهی از فقها در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند. در مفتاح الکرامه جائز نبودن بیع مبیع سلم قبل از فرا رسیدن اجل آن اجماعی دانسته شده و این اجماع از کشف الرموز و تنقیح، غنیه و جامع المقاصد نیز نقل شده است (حسینی العاملی، ۱۴۱۸: ۸۱۶).

صاحب ریاض نیز این مسئله را اجماعی می‌داند به نظر ایشان فقط یک قول نادر از متأخرین وجود دارد که فروش مبیع را در بیع سلف قبل از حلول اجل به خود فروشنده یا به دیگران به صورت حال فروخته شود یا به صورت مؤجل، جایز دانسته

صحت آن است مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع» استنباط نموده که علاوه بر بیع صرف، بیع دیگری نیز وجود دارد که قبض شرط صحت آن است که ماده از آن نامی نبرده است. اما از نظر قضایی این امر کافی نخواهد بود تا بیع سلف را در صورت عدم قبض ثمن آن فی المجلس باطل دانست (امامی، ۱۳۷۸: ۴۴۳).

نویسنده دیگری نیز در مورد لزوم قبض ثمن بیان داشته که در قانون مدنی بر خلاف فقه به لزوم قبض ثمن در مجلس، تصریح نشده است و این سکوت به معنای اجرای قواعد عمومی در بیع سلف است و به دشواری می‌توان ادعا کرد که چون حکمی در قانون وجود ندارد نظر فقها باید این نقص را جبران نماید. از نظر ایشان شرط لزوم قبض ثمن در مجلس عقد و بطلان بیع مال کلی به نسبه، بیشتر به اجتهاد و مصلحت اندیشی فقها اتکا دارد تا منع صریح اخبار و آنچه مسلم به نظر می‌رسد منع معامله دین به دین است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۷۴). این گروه از حقوق‌دانان در جواب به اینکه اگر ثمن در مجلس قبض نشود مصداق بیع کالی به کالی خواهد بود که در فقه باطل اعلام شده است، قائلند: «دلیلی بر بطلان آن در قانون مدنی موجود نیست و از کلمه «یا» مذکور در ماده ۳۴۱ نمی‌توان استفاده منع جمع نمود، یعنی نشود برای تسلیم مبیع و تأدیه ثمن هر دو اجل قرار داد، بلکه قانون این امر را مسکوت گذارده با آنکه در مقام بیان حکم آن بوده است. با توجه به اطلاق ماده ۱۰ قانون مدنی که شامل تمامی قراردادهای (اگر چه عقود معینه باشد) می‌شود نمی‌توان عدم بیان ماده ۳۴۱ را دلیل بر بطلان بیع کالی به کالی دانست» (امامی، ۱۳۷۸: ۴۴۳). برخی دیگر گفته‌اند: «اگر بیع کالی به کالی باطل باشد، باید پذیرفت که مصلحت تغییر کرده است و نیاز به اجتهادی تازه احساس می‌شود زیرا بطلان بیع کالی به کالی و ضرورت تسلیم ثمن در مجلس عقد در بیع سلف، ما را در روابط بازرگانی و به‌ویژه در صحنه بین‌المللی دچار تکلفی سخت می‌کند که به هر حيله باید از آن گریخت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۷۵).

در مقابل گروه دیگری قائل به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد هستند برخی این شرط را در تعریف عقد سلف گنجانده‌اند و به نظر ایشان بیع سلف بیعی است که ثمن آن باید فوراً پرداخت شود ولی برای تسلیم مبیع، اجلی معین شده باشد (شهیدی، ۱۳۸۹: ۳۸). ایشان در خصوص بیع کالی به کالی نیز قائلند: قانون مدنی ایران نسبت به صحت یا بطلان آن ساکت است ولی با توجه به اینکه در موارد ابهام یا سکوت باید به عرف و عادت مسلم در حقوق مراجعه کرد و عرف و عادت مسلم فقه امامیه می‌باشد، در حقوق مدنی نیز راهی جز باطل دانستن بیع کالی به کالی نیست (همان: ۳۷).

بنابر نظر برخی دیگر از ماده ۳۱۴ قانون مدنی که مقرر داشته است «در بیعی که قبض شرط صحت است، مثل بیع صرف، انتقال از حین حصول شرط است؛ نه حین وقوع بیع» معلوم می‌شود که غیر از بیع صرف، حداقل گونه دیگری از بیع وجود دارد که در آن «قبض» شرط صحت می‌باشد و آن، بیع سلف است که اگر ثمن در مجلس قبض نشود، به صورت کالی به کالی

است. دلیل این قول این است که مبیع به صورت حق مالی است و فروش حق جایز است. هر چند مشتری اول نمی‌تواند مبیع را قبل از سررسید مطالبه کند، اما مالک آن است و می‌تواند آن را بفروشد. صاحب ریاض بعد از بررسی این قول و دلایل آن، در نهایت قائل است چون اجماع در مسئله داریم به این قول اعتنا نمی‌کنیم و حکم به عدم جواز می‌دهیم (طباطبایی، ۱۴۱۹: ۴۴۸). بنابراین گرچه در این خصوص نص خاصی در دسترس نیست ولی با توجه به اینکه اکثریت قریب به اتفاق فقها به عدم جواز و بطلان فروش مسلم فیه قبل از سررسید حکم کرده‌اند؛ لذا این محدودیت در خصوص قرارداد سلف وجود دارد و مانع ایجاد بازار ثانویه و معاملات بعدی روی سلف اول می‌شود که لازم است برای آن به راهکارهای مفید و موافق شرع دست یافت، که یکی از این راهکارها که مورد موافقت قرار گرفته «قرارداد سلف موازی استاندارد» است.

فروش مسلم فیه بعد از سررسید و قبل از قبض

در این فرض بر خلاف اجماعی که در مورد اول وجود داشت اختلافاتی بین فقها به چشم می‌خورد. برخی از ایشان قائل به جواز مطلق شده‌اند و به نظر ایشان مشتری می‌تواند مبیع را چه به خود بایع و چه به ثالث، خواه مبیع مکیل و موزون باشد یا غیر آن قبل از قبض و بعد از سررسید بفروشد (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۲۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰).

برخی با وجود اینکه قائل به جواز مطلقند اما قول به کراهت را تقویت کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۵۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۳۴؛ شهید اول، ۱۴۱۱: ۱۰۶/۱). در مقابل عده‌ای از فقها جواز بیع را تنها در موردی می‌دانند که مشتری بخواهد مبیع را به بایع بفروشد و در بیع آن به شخص ثالث قائل به حرمت شده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۲) و گروهی نیز به جهت روایاتی که در این باب وارد شده در صورتی که مبیع مکیل و موزون باشد، قائل به حرمت شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۲۱/۳؛ الجواهری، ۱۴۱۹: ۲۰۰).

محقق حلی، «بیع مسلم فیه بعد از سررسید و قبل از قبض را» در مسئله دهم عنوان می‌کند؛ بر خلاف مورد قبل که قبل از سررسید حکم به عدم جواز داد در این فرض معتقد است «جایز است فروش آن، چه به خود بایع چه به شخص دیگر» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰)؛ اما در نحوه فروش مجدد آن از نظر نقد و نسیه اختلاف است «اگر مسلم فیه را در مقابل اخذ ثمن نقد بفروشد در صحت آن اختلافی نیست ولی اگر به صورت نسیه بفروشد برخی گفته‌اند باطل است و برخی دیگر گفته‌اند مکروه است که این نظر به قواعد نزدیک‌تر است» (همان). کسانی که قائل به بطلان هستند به این علت است که آن را بیع دین به دین می‌دانند، به فرض اینکه این مورد را که به موجب عقد بیع، دین ایجاد می‌شود، مشمول بیع دین به دین بدانیم که امری اختلافی است، مثنی دین نیست؛ زیرا از یک طرف این طور نیست که هر آنچه در ذمه است، دین باشد؛ بلکه دین آن است که زمان دار باشد، درحالی که در اینجا مثنی یا مسلم فیه زمان دار نیست و اجل آن فرا رسیده است.

بنابراین در صورت «بیع مسلم فیه بعد از سررسید و قبل از

قبض» گروهی قائل به جواز مطلق شده‌اند و گروهی قائل به حرمت هستند البته در فرض جواز هم در صورتی که بیع دوم به صورت نسیه انجام شود در صحت آن بین فقها اختلاف است (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۲۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۴۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰).

البته در فرض «بیع مسلم فیه بعد از سررسید و قبل از قبض» هم برای گروهی که قائل به حرمت هستند راهکار سلف موازی استاندارد می‌تواند راهگشای محدودیت ایجاد شده باشد.

قرارداد سلف موازی

قرارداد سلف موازی در راستای جبران محدودیت‌های فقهی ناشی از عقد سلف، ابتدا توسط برخی اقتصاددانان کشورهای اسلامی پیش بینی شده و در کتب خود از این معامله صحبت به میان آورده‌اند (الشمري، ۱۴۳۲: ۲۵۸).

«مجمع بین المللی فقه اسلامی»^۴ به عنوان یک نهاد بین المللی وابسته به سازمان کنفرانس اسلامی در راستای حمایت از قراردادهای مشروع و قانونی نمودن آن‌ها و همچنین ارائه ساختاری متحدالشکل برای تمامی کشورهای اسلامی در دوره نهم اجلاسیه خود در سال ۱۹۹۵ تصمیم شماره ۸۵ تحت عنوان «السلام و تطبیقاته المعاصره» صادر کرد و هیئت ایرانی در تعلیقات مطروحه خود اصطلاح «عقد سلف موازی» را مطرح نمود که مورد تأیید قرار گرفت (ابراهیمی، ۱۳۷۴: ۱۷۹).

این قرارداد همچنین می‌تواند به عنوان یک ابزار مالی در بورس‌ها و بازارهای مالی کشورهای اسلامی مورد استفاده قرار گیرد. «این ابزار علاوه بر این که برای تولیدکنندگان کالا امکان تأمین مالی فراهم می‌آورد، یک ابزار سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار کالایی برای سرمایه‌گذاران نیز به شمار می‌رود» (Von Pock, 2007: 33).

در فقه دلیلی وجود ندارد که مانع شود خریدار مبیع سلف را توسط یک عقد سلف موازی مستقل برای فروش همان کالا یا شبیه و یا حتی مخالف در زمانی در آینده که او کالای خود را دریافت خواهد نمود، واگذار کند (Fahimkhan, 2000: 50).

در ایران نیز کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار در سال ۱۳۸۷ قرارداد سلف موازی را بررسی نموده است و راه حل شرعی برای آن پیشنهاد می‌دهد (صورت جلسه کمیته تخصصی سازمان بورس، سال دوم، شماره ۲۷). در سال ۱۳۸۹ وزارت نفت پس از عدم موفقیت بورس نفت در فروش نقدی، پیشنهاد انتشار صکوک سلف موازی را به سازمان بورس ارائه نمود. با توجه به این درخواست دستورالعمل اجرایی قرارداد سلف موازی نفت و فرآورده‌های نفتی به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس رسید. انتشار این اوراق در دی ماه ۱۳۹۱ توسط بورس انرژی انجام شد.

این روشی است که مشمول روایاتی که از بیع قبل از قبض منع می‌کند، نمی‌شود زیرا روایات مذکور در صورتی از عقد دوم منع می‌کند که بر همان چیزی که عقد اول جریان یافته، جاری شود یعنی در عقد دوم، همان کالای مورد معامله عقد اول، معامله

سلف موازی مطلق

در این نوع از قرارداد سلف موازی مشتری در عقد سلف اول با فروش مبیعی که زمان سرسید تحویل آن به نحوی است که متأخر از زمان معین شده برای مبیع عقد سلف اول است، اقدام به انعقاد این عقد می‌کند. بعد از آن خود او در زمان سرسید عقد سلف اول به بایع آن رجوع و مبیع را از او دریافت می‌کند. سپس در زمان سرسید مبیع سلف موازی، آن کالا را به مشتری در این عقد تحویل داده و ذمه خود را بری می‌سازد؛ بنابراین سلف موازی مطلق عقدی است که در آن وکالت‌نامه یا حواله‌ای تنظیم نمی‌شود، بلکه بایع اول مکلف به تحویل مبیع در زمان سرسید می‌باشد.

رفع محدودیت‌های قرارداد سلف در خصوص ایجاد بازار ثانوی در این صورت نیز دشوار است. طراحی قرارداد سلف به‌ویژه وقتی به صورت اوراق سلف منتشر می‌شود باید به گونه‌ای باشد که «وقتی خریدار اول آن را به دیگری فروخت، ارتباط او با بازار و کالای فروخته شده قطع شود و به اصطلاح از بازار خارج شود. درحالی که فروشنده سلف موازی هنگام سرسید باید کالای خود را تحویل گرفته و به نفر بعدی تحویل دهد و همه معامله‌گران در برابر هم به ترتیب مسئول هستند. درحالی که در بازارهای مالی، همه معامله‌گران حد وسط از بازار خارج شده و مسئولیتی نمی‌پذیرند و فقط فروشنده اولیه و خریدار نهایی در برابر هم مسئولیت دارند» (موسویان، ۱۳۹۱: ۵۳۰).

لذا در جهت رفع محدودیت قرارداد سلف، استفاده از سلف موازی مطلق چندان کارایی ندارد و باید به سراغ سلف موازی وکالتی و حواله‌ای رفت.

سلف موازی وکالتی

سلف موازی وکالتی به این صورت است که مشتری در موضع فروشنده مبیعی مثل مبیع سلف اول، به شخص ثالث در قالب عقد سلف می‌فروشد. بایع در عقد دوم (مشتری اول)، به مشتری خود وکالت بلاعزل می‌دهد که در زمان سرسید به بایع سلف اول مراجعه کرده و کالای منظور شده را از او دریافت کند (جواهری، ۱۴۱۹: ۲۰۸).

در این روش، خریدار با دادن وکالت به افراد بعدی پای خود را از معامله کنار می‌کشد و با توجه به این که معامله بعدی پس از سرسید و حتی بعد از قبض صورت می‌گیرد، مشکل سلف موازی مطلق در آن وجود ندارد. اما مانند سلف موازی مطلق، هرگاه آخرین وکیل به دریافت و قبض کالا از فروشنده اصلی کالا موفق نشود به مقتضای وکالت باید به افراد پیشین مراجعه و دریافت خسارت کند؛ درحالی که مطابق رویه بازارهای مالی امکان مراجعه به آنان وجود ندارد. در این روش نیز باید مانند روش پیشین تضمین‌های کافی گرفته شود.

مشکل دوم اینکه به مقتضای قرارداد وکالت که از عقود جائز است، چنان که برای فروشنده اولیه یا یکی از خریداران واسطه مشکلی مانند: مرگ، جنون یا بی‌هوشی پیش بیاید، قرارداد وکالت باطل می‌شود و این باعث اختلال در بازار ثانویه می‌شود (فراهانی‌فرد، ۱۳۸۸: ۲۹).

شود، درحالی که در این مورد هریک از دو عقد جدا و مستقل از دیگری است (اشقر، ۱۴۱۸: ۲۱۶).

تعریف قرارداد سلف موازی

سلف موازی (الجواهری، ۱۴۱۹: ۲۰۷) که گاهی از آن به سلف متوازی (همان) یا سلف متقابل (صالح آبادی، ۱۳۸۵: ۲۳)، نیز تعبیر شده است، قراردادی است که به موازات سلف اولیه منعقد می‌شود. به این ترتیب که مشتری در قرارداد سلف نخست در موضع فروشنده با قطع نظر از قرارداد اول، مبیعی که از نظر جنس و خصوصیات تشابه کاملی با مسلم فیہ سلف اولیه دارد به شخص ثالث در قالب عقد سلف، با تعیین سرسیدی مطابق سرسید اول یا متأخر از آن می‌فروشد. نام‌گذاری این نوع معامله به قرارداد سلف موازی به خاطر وجود این سلف دوم است. این فرایند می‌تواند به همین صورت ادامه یابد و خریدار سلف دوم نیز در قالب یک معامله، سلف دیگر آن را به فرد دیگری بفروشد. به این ترتیب معاملات ثانویه سلف شکل می‌گیرد. در این قرارداد مشتری اول می‌تواند در ضمن قرارداد از طریق عقد حواله یا وکالت، مشتری خود را به بایع در سلف نخستین ارجاع دهد تا در زمان سرسید مبیع خود را از بایع اول دریافت نماید (پیره، ۱۳۸۶: ۵؛ دواپه، ۱۴۳۰: ۶۷؛ جواهری، ۱۴۱۹: ۲۰۹).

بنابراین در قرارداد سلف موازی، سرمایه‌گذار یک نقش دوطرفه ایفا می‌کند، یعنی از یک طرف در یک قرارداد خریدار است از طرف دیگر با ورود در یک قرارداد سلف دیگر نقش فروشنده را به عهده می‌گیرد تا بتواند کالای خریداری شده را به فروش رساند در این قرارداد حداقل سه طرف دخیل هستند. فروشنده اول، که همان بایع سلف اول است. فروشنده دوم که همان خریدار اولی است. خریدار دوم که به منظور خرید کالا از فروشنده دوم وارد قرارداد می‌شود و خریدار سلف موازی برای دریافت کالا از طریق حواله یا وکالت به وی ارجاع داده می‌شود.

صورت دیگری را نیز می‌توان برای سلف موازی تصور نمود و آن برعکس صورت اول است به این ترتیب که فروشنده ابتدا کالایی با مشخصات معین در قالب عقد سلف به شخص خریدار می‌فروشد. سپس خود وارد عملیات خرید شده و از شخص ثالثی کالایی با مشخصات مذکور را به صورت عقد سلف با تعیین سرسیدی مطابق سرسید اول یا متأخر از آن خریداری می‌کند و خریدار خود را به فروشنده خویش حواله یا وکالت می‌دهد (جواهری، ۱۴۱۹: ۲۰۸).

اقسام قرارداد سلف موازی

این قرارداد را می‌توان از جهت عدم وجود عقد حواله یا وکالت در ضمن آن یا وجود هریک از دو عقد مذکور، به سه صورت سلف موازی مطلق، سلف موازی وکالتی یا سلف موازی حواله‌ای تقسیم کرد که هر یک از متعاقبین امکان استفاده از این انواع سه‌گانه را دارند. البته آنکه تحت عنوان «قرارداد سلف موازی استاندارد» مورد بحث ماست بر اساس مقررات و ضوابط مربوط از نوع حواله‌ای است. در ادامه به صورت مختصر به تبیین هر یک از اقسام مذکور می‌پردازیم.

است. در این راستا دستورالعمل اجرایی قرارداد سلف موازی نفت و فرآورده‌های نفتی به تصویب هیئت مدیره سازمان بورس رسید؛ اما به علت مشکلات عملیاتی در عمل این قراردادها در دی ماه ۱۳۹۱ توسط بورس انرژی ارائه گردید. در ادامه پس از تعریف قرارداد سلف موازی استاندارد، ایراداتی که ممکن است بر این قرارداد وارد شود را بیان و پاسخ خواهیم داد.

تعریف قرارداد سلف موازی استاندارد

قرارداد سلف موازی استاندارد در بند ۱۳ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قرارداد سلف موازی استاندارد نفت و فرآورده‌های نفتی این گونه تعریف شده است: قراردادی است که براساس آن مقدار معینی از دارایی پایه براساس مشخصات قرارداد سلف موازی استاندارد به فروش می‌رسد. وجه قرارداد مذکور باید به صورت نقدی در مهلت تسویه و طبق مشخصات قرارداد پرداخت و دارایی پایه در سررسید تحویل شود. در طول دوره معاملاتی قرارداد، خریداران می‌توانند به فروش قرارداد سلف موازی استاندارد به میزان خریداری شده به شخص دیگری اقدام نمایند. این دو قرارداد از هم مستقل هستند و فروشنده به استناد گواهی سلف موازی استاندارد، خریدار را به فروشنده اولیه (شرکت ملی نفت ایران) جهت تحویل فیزیکی حواله می‌دهد. در این حالت پذیرنده حواله مسئولیت مراجعه به فروشنده اولیه را پذیرفته است و حق رجوع به فروشنده در معامله ثانویه را ندارد.

تعریف مذکور در بند ۳۷ ماده ۱ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس انرژی نیز ارائه شده است. از آنجا که در فرایند انتشار اوراق این قراردادها باید داریی پایه و مشخصات آن از جمله اندازه قرارداد، نوع دقیق دارایی پایه و غیره استاندارد شده باشد، به آن سلف استاندارد گفته می‌شود. همان‌طور که ملاحظه می‌شود با توجه به لزوم قبض ثمن در مجلس عقد در قرارداد سلف، این مسئله در تعریف مذکور مورد تأکید قرار گرفته و همچنین بر استقلال دو قرارداد سلف از یکدیگر و وجود گواهی دال بر حواله تصریح شده است.

بررسی ایرادات وارد بر قرارداد سلف موازی استاندارد

با عنایت به اینکه حقوق ما ریشه در منابع فقه اسلامی دارد و برابر اصل چهارم قانون اساسی قوانین و مقررات باید منطبق با احکام و موازین شرعی باشد و در اصل قرارداد سلف موازی استاندارد در جهت رفع مشکلات و محدودیت‌های فقهی موجود در بیع سلف، شکل گرفته است بدیهی است، این قرارداد نیز باید با موازین فقهی منطبق باشد. همان‌طور که گذشت کمیته فقهی سازمان بورس این قرارداد را مورد تأیید قرار داده است اما با بررسی در متون فقهی می‌توان ایرادات و شبهاتی نسبت به این قرارداد مطرح کرد. گروهی از این ایرادات اختصاص به قرارداد سلف استاندارد و یا سلف حواله‌ای دارد و برخی دیگری مربوط به همه اقسام قرارداد سلف موازی استاندارد است در ادامه شبهات را در دو بخش ایرادات مشترک و ایرادات مختص قرارداد سلف موازی استاندارد مطرح و مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

سلف موازی حواله‌ای

با توجه به ایراداتی که در سلف موازی مطلق و وکالتی وجود دارد سلف موازی حواله‌ای می‌تواند بهترین گزینه برای رفع محدودیت‌های بیع سلف باشد. «قرارداد سلف موازی استاندارد» که موضوع بحث ماست با توجه به دستورالعمل‌های مصوب هیئت مدیره بورس و شورای عالی بورس از این نوع است و همراه با عقد حواله می‌باشد.

در سلف موازی حواله‌ای، بایع به جای اینکه عقد را به صورت مطلق واقع سازد و یا این‌که به مشتری خود وکالت در قبض دهد اقدام به انعقاد عقد حواله‌ای نموده و بستانکار خود را به بدهکار خویش حواله می‌دهد تا اینکه مشتری در سلف موازی طلبی را که از بایع دارد، نه از او بلکه از مدیون او دریافت نماید. انعقاد قرارداد سلف موازی با اعطای برگه حواله، بیشتر مورد توجه قرار گرفته است و نسبت به سلف موازی وکالتی از اقبال بیشتری برخوردار است، به نحوی که در صورت جلسه کمیته تخصصی فقهی بورس در بررسی قرارداد سلف موازی و همچنین در دستورالعمل قرارداد سلف موازی استاندارد نفت نیز از سلف موازی حواله‌ای سخن رفته است و به قالب دیگر آن، یعنی اعطای وکالت توجه کمتری داشته‌اند. علاوه بر این، بین خریداران کالای سلف نیز به دلیل شرایط ویژه‌ای که عقد حواله نسبت به وکالت دارد، انتقال مبیع از این طریق مورد استقبال بیشتری واقع شده است (صورت جلسه کمیته تخصصی سازمان بورس، سال دوم، شماره ۲۷).

در عقد حواله در مورد انتقال دین به شخص ثالث اختلاف شده است و عده‌ای مشغول‌الذمه بودن شخص ثالث را شرط قرار داده‌اند، (شهید اول، ۱۴۱۱: ۱۳۸) درحالی که برخی دیگر حواله بر شخص بری را نیز صحیح می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۴۶/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۸: ۱۶۲/۴). قانون مدنی ایران نظر دوم را پذیرفته است (ماده ۷۲۷ ق.م).

آنچه قدر متیقن و مورد اتفاق است عبارت است از اینکه حواله بر شخص مدیون و نیز حواله شخص مدیون صحیح بوده و اساساً وجه اصلی و غالب حواله چنین است. حواله‌ای نیز که در عقد سلف موازی اعطا می‌گردد جزء قدر متیقن، یعنی حواله به شخص مشغول‌الذمه و توسط شخص مشغول‌الذمه است؛ یعنی هم محال علیه مدیون محیل است و هم محیل مدیون محتال و اختلافات مربوط به صحت و یا عدم صحت حواله بر شخص بری در قرارداد سلف موازی مطرح نمی‌شود.

از آنجا که عقد حواله به تصریح قانون از عقود لازم است (ماده ۷۳۲ ق.م)، ایرادی که از این جهت متوجه عقد سلف موازی وکالتی بود، در اینجا وجود ندارد.

قرارداد سلف موازی استاندارد

همان‌طور که گذشت، در جهت رفع محدودیت‌های ناشی از قرارداد سلف، قرارداد سلف موازی پیشنهاد شد. در ایران به علت ایراداتی که در قرارداد سلف موازی مطلق و سلف موازی وکالتی وجود داشت سلف موازی استاندارد مورد تأیید قرار گرفت که در واقع سلف موازی حواله‌ای استاندارد شده جهت ارائه در بورس

ایرادات مشترک عدم استقلال

اولین ایراد مطرح شده این است که این دو عقد (سلف اولیه و سلف موازی) استقلالی نداشته‌اند و در نتیجه مصداق روایاتی هستند که از بیع مبیع سلف قبل از قبض منع نموده‌اند (جوهری، ۱۴۱۹: ۲۰۹).

اما با توجه به آنچه در تعریف این قرارداد متذکر شدیم، این دو معامله باید از یکدیگر مستقل باشند و هیچ ارتباطی با یکدیگر نداشته باشند. این امر روشن است که اگر همان مبیع سلف اول در سلف موازی به فروش رسد بدون شک مشمول نهی روایات خواهد بود و به همین دلیل است که یکی از شرایط صحت این نوع از معامله را باید استقلال کامل آن از سلف اولیه دانست. متعاملین نیز باید با همین قصد وارد معامله شوند؛ فروشنده در سلف موازی نباید قصد فروش همان کالای سلف اول را داشته باشد، بلکه باید قصد فروش مبیعی را کند که همان خصوصیات و ویژگی‌های مبیع سلف اول را دارا است، که این امر با قصد فروش خصوص همان مسلم‌فیه متفاوت است. این روش مشمول روایاتی که حکم به منع بیع سلف قبل از قبض می‌کنند نمی‌باشد، چرا که آن روایات از عقد دومی منع نموده‌اند که بر عقد اول جریانی یابد و با آن مرتبط بوده و بر آن مترتب شود، نه عقدی که کاملاً مستقل از عقد سلف اولیه منعقد شده و در نتیجه آثار مخصوص به خود را دارد (پیره، ۱۳۸۶: ۸).

شاید این شبهه ایجاد شود که با توجه به حواله یا وکالتی که در ضمن قرارداد سلف موازی به خریدار دوم داده می‌شود و بر اساس آن حواله و یا وکالت‌نامه است که خریدار دوم به فروشنده اول مراجعه و کالا را دریافت می‌کند. عدم استقلال این عقد استنباط می‌شود، لیکن حقیقت مطلب این است که اعطای وکالت‌نامه و یا حواله به خریدار دوم، به معنای مرتبط بودن آن دو عقد نمی‌باشد، بلکه منظور از آن استیفای دین فروشنده در سلف موازی است (جوهری، ۱۴۱۹: ۲۰۹)؛ چراکه او به واسطه انجام آن قرارداد مدیون شده و متعهد است مالی که بر ذمه‌اش قرار گرفته است در موعد مقرر به دائن تحویل دهد. از آن سو در قرارداد سلف دیگری (همان سلف اول)، از فروشنده شبیه همان مال را طلب دارد، لذا با وکالت دادن دائن و یا با حواله نمودن او به مدیون خویش قصد سقوط مافی‌الذمه و استیفای دین خود را دارد که این امر کاملاً جایز و مشروع است.

هرچند یکی از شرایط صحت قرارداد سلف موازی، استقلال آن از سلف اولیه است، لیکن در عمل متعاملین متوجه این استقلال نشده و با فرض این که همان مبیع سلف اول را به فروش می‌رسانند، اقدام به معامله می‌کنند که این امر باعث بطلان بیع به دلیل ممنوعیت بیع ما لایقبض خواهد شد (فراهانی فرد، ۱۳۸۸: ۲۸). عرف و معامله‌گران بازار، چنین معامله‌ای را بر روی همان کالای نخست می‌دانند و استقلال معامله‌ها را متوجه نمی‌شوند. در نتیجه قصد سلف‌های مستقل و موازی خلاف متفاهم بازار بوده، نیازمند تدوین دستورالعمل‌های شفاف است تا به تدریج ادبیات جدید را عرفی کند (موسویان، ۱۳۹۱: ۵۳۲).

به همین دلیل است که کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس پیشنهاد داده است تا برای نشان دادن استقلال این دو معامله از یکدیگر، در زمان واگذاری حواله پشت برگه، حواله به استقلال آن دو تصریح گردد (کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس، ۱۳۸۷)؛ لذا در انعقاد این نوع قرارداد باید تمام دقت صورت بگیرد، تا مشکلی ایجاد نشود و معامله به نحو صحیح واقع شود.

صوری بودن

از دیگر ایراداتی که قائلین به منع بر معامله سلف موازی وارد می‌آورند این است که عقد سلف موازی به صورت صوری منعقد می‌شود و حیل‌های است جهت فروش مبیع سلف قبل از قبض، در نتیجه مشمول روایات منع شده است و خالی از شبهه ربا نیست (ضریر، ۱۴۱۵: ۳۵؛ هیفاء شفیق، ۱۴۲۴: ۵۶). ایشان برای مدعای خود به حدیثی از ابن عباس استناد می‌کنند و قائل‌اند که با توجه به این روایت، فروش مبیع سلف قبل از قبض به هر نحوی که باشد باطل و موجب ربا است، پس حکم معامله سلف موازی عدم جواز بوده و این روش به منزله حیل‌های به جهت مشروع نمودن رباخواری است (عبدالقادر احمد، ۱۴۲۰: ۷۲).

به حسب رأی مالکیه ربا در این مورد محقق نمی‌شود مگر این که مبیع، به جای فروش به مشتری جدید، مجدداً به خود فروشنده اول فروخته شود و در قبال آن سودی دریافت گردد که در اینجا شبهه ربا وجود دارد، اما نه به این جهت که به وسیله روایات فروش آن به خود فروشنده اول منع شده است، بلکه به این جهت که احتمال می‌رود متعاملین در سلف اول از ابتدا قصد جدی معامله نداشته باشند و با ترتیب عقد صوری، درصد ربا دادن به مالک ثمن بوده‌اند (هیفاء شفیق، ۱۴۲۴: ۷۲).

در پاسخ به ایرادات مذکور می‌توان گفت اولاً خود اهل سنت مورد این روایت را سرایت به کالاهای غیر از طعام نمی‌دهند و در مابقی کالاها قائل به حلیت‌اند. مثلاً مؤلف کتاب موطأ در این باره چنین می‌نویسد: «شاید در نظر ابن عباس حکم طعام و غیرطعام یکی باشد، لیکن در روایت منسوب به او، لفظ طعام تصریح و تنها در مورد آن حکم به ممنوعیت شده است، بنابراین داخل کردن چیزی غیر از آن در طعام خلاف اصل و نیز خلاف قیاس است. چراکه مصداق زیاد نمودن موردی بر نص به وسیله غیرنص می‌باشد. همچنین خداوند متعال بیع را به صورت مطلق حلال گردانیده است مگر آنچه را که به وسیله ذکر در کتابش و یا از طریق پیامبرش منهی قرار داده است» (زرقاتی، ۱۴۱۱: ۳۰۷). ثانیاً: علت ربا به حسب رأی مالکیه تحقق پیدا نمی‌کند مگر آنکه بیع سلف موازی به همان بایع اول باشد و این معمولاً در مورد قرارداد سلف موازی صدق نمی‌کند به علت اینکه طبیعت سلف موازی آن است که با شخص ثالثی غیر از بایع اول منعقد می‌شود (عبدالقادر احمد، ۱۴۲۰: ۷۳).

ثالثاً: مورد روایت مربوط به زمانی است که معامله بر همان مسلم فیه سلف اولی واقع شود و آن را خرید و فروش نماید؛ لذا حکم آن مشمول معامله مستقل موازی نمی‌گردد. درحالی که همان طور که گفتیم در این معامله، سلف دوم مستقل از سلف اول می‌باشد. و فروشنده دوم (خریدار اول) قصد فروش همان

مبیع اول را ندارد، بلکه قصد انعقاد عقدی جدید را در سر می‌پروراند؛ لذا استقلال این عقود از یکدیگر باعث مشروعیت و مجاز بودن فروش مبیع ولو به خود فروشنده اول می‌شود. در نتیجه فروش مبیع در قالب سلف موازی (با شرط استقلال دو بیع از یکدیگر) به طور مطلق، یعنی چه به خود فروشنده اول فروخته شود و چه به شخص ثالث، مجاز و مشروع است.

صحت این عقد را این گونه نیز می‌توان تقویت کرد که عده‌ای از فقهای امامیه در کتب خویش حکم مشروعیت حیلۀ برای فرار از ربا داده‌اند و به حیل شرعی نیز اشاره کرده‌اند؛ لذا هر چند ما قائل به این شویم که دو طرف در صورت معامله مجدد با هم قصد فرار از ربا را دارند، باز هم بنا بر نظر عده‌ای از فقها برخی از مصادیق حیلۀ جهت اجتناب از ربا جایز است و اشکالی بدان وارد نیست (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۹۸؛ نجفی، ۱۳۶۸: ۳۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰: ۵۴؛ گلپایگانی، بی تا: ۹۳)، البته مشروط به این که قصد جدی انعقاد سلف اولی را داشته باشند.

استثناء بودن عقد سلف

ایراد دیگری که می‌توان مطرح کرد عبارت از مستثنا بودن عقد سلف از قاعده اصلی منع بیع معدوم است؛ بنابراین عملیات سلف موازی محدود به موردی شده است که فروشنده دوم، مبیع مشابه مبیع سلف اول را بدون این که قصد تجارت و یا کسب سود داشته باشد به شخص دیگری منتقل نماید، چرا که جواز عقد سلف به منزله استثنایی است بر قاعده اصلی منع بیع معدوم و دلیل این استثناء هم نیاز افراد جامعه به استفاده از این نوع عقد برای رفع نیازهای خویش بوده است؛ بنابراین باید تنها در موردی اعمال شود که فروشنده نیاز جدی به ثمن مبیع فروخته شده داشته باشد و اگر تنها به قصد تجارت و بدون این که نیازمند به ثمن آن باشد عقد سلفی را انجام دهد باطل خواهد بود؛ لذا مجاز بودن معامله سلف موازی به قصد تجارت و کسب سود صرفاً به حالت اضطرار و ایجاب مصلحتی بزرگ محدود شده است (سیدالعوضی، ۱۴۳۰: ۴۷۰).

این ایراد نیز وارد نیست، زیرا اولاً، عقد سلف استثنایی بر قاعده کلی نمی‌باشد به این دلیل که مبیع سلف در حکم مبیع موجود است، هر چند که هنگام عقد موجود نیست اما در زمان سررسید موجود بوده است و متعاملین با هدف موجود بودن مبیع در زمان سررسید اقدام به معامله می‌کنند، بنابراین مبیع در این عقد، در حکم موجود است (همان).

علاوه بر این، حتی اگر قائل به استثناء بودن عقد سلف هم شویم باز هم استدلال قائلین به منع صحیح نمی‌باشد، زیرا در روایاتی که متضمن مشروعیت و جواز عقد سلف می‌باشند اشاره‌ای به این امر نشده است که حکمت مشروعیت عقد سلف تنها و تنها برای خروج معامله‌کننده آن از ضرر دنیوی و رفع احتیاجات خویش است و فردی که قصد تجارت از طریق این عقد را دارد کاری نسنجیده و باطل انجام می‌دهد، بلکه روایات وارد شده در زمینه بیع سلف خالی از این گونه حکم بوده و عام می‌باشند و با توجه به اصل عموم و نیز عدم تخصیص آن با روایتی مبنی بر عدم جواز استفاده از بیع سلف به جهت تجارت

و کسب سود، باید قائل به حلیت این عمل باشیم. همچنین، اگر ما قائل به حرمت کسب سود از طریق بیع سلف باشیم باید حکم به ممنوعیت اکثر عقود سلفی که در جامعه منعقد می‌شود نماییم؛ زیرا اکثر این عقود با قصد کسب سود انجام می‌شود؛ لذا با چنین تفسیر مضیقی نسبت به احکام اسلامی، دیگر نباید سوقی برای مسلمین وجود داشته باشد چرا که با این طرز تفکر مسلمین رغبتی برای انسجام معامله نخواهد داشت.

بنابراین آنچه از ادله قائلین به بطلان این معامله ذکر شده نمی‌تواند خللی در صحت این قرارداد وارد سازد، چرا که با توجه به اصل صحت و نیز ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای منعقدۀ بین افراد محکوم به صحت‌اند، مادامی که دلیلی بر ممنوعیت آن‌ها یافت نشود. روایاتی که قائل به ممنوعیت بیع مبیع سلف قبل از قبض‌اند، ناظر به موردی است که معاملات بعدی، بر خود مبیع سلف اول جریان یافته و متعاندین قصد بیع همان مبیع را داشته باشند، در حالی که در قرارداد سلف موازی، با رعایت این مورد، شرط است که مبیعی که مورد معامله واقع می‌شود همان مبیع سلف اول نباشد، بلکه مبیعی است که از نظر خصوصیات و ویژگی‌ها کاملاً مشابه با مسلم‌فیه سلف اول است. همچنین متعاملین با انجام این نوع از قرارداد هم نمی‌توانند قصد رد احتیاجات داشته باشد و هم این که هدفشان، هدف تجارته باشد و شبهه‌رایی که برخی از قائلین به منع بیع آن اشاره می‌کنند به دلیل استقلال معاملات از یکدیگر، منتفی است.

ایرادات مختص قرارداد سلف موازی استاندارد

برخی از ایراداتی که می‌توان بر قرارداد سلف موازی وارد کرد، با توجه به حواله موجود در این عقد است. لذا این ایرادات به قرارداد سلف موازی استاندارد یا حواله‌ای اختصاص دارد. در ادامه ایرادات مذکور را در ضمن دو مبحث شمول «نهی عن البیع» بر عقد حواله و لزوم حواله به دین حال، تبیین و به آن‌ها پاسخ خواهیم داد.

شمول «نهی عن البیع» بر عقد حواله

یکی از ایراداتی که بر قرارداد سلف موازی استاندارد مطرح می‌شود، شمول روایات نهی از «بیع مبیع سلف قبل از قبض» بر عقد حواله است. با این توضیح که برخی از فقهای اهل سنت حواله را نوعی بیع می‌دانند؛ لذا نهی عن البیع شامل آن نیز می‌شود و ایراد دوم که از نظر برخی فقهای شیعه نیز می‌توان طرح نمود، معاوضه بودن حواله و شمول روایات نهی بر هرگونه معاوضه است. ما این ایرادات را تحت عنوان شمول نهی عن البیع بر عقد حواله مطرح و ابتدا نظر بیع بودن حواله و سپس معاوضه بودن آن را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

بیع بودن حواله

برخی از فقهای اهل سنت حواله را بیع می‌دانند، زیرا حواله در حقیقت مبادله مال در مقابل مال است. همچنان که در بیع نیز تبادل مال صورت می‌پذیرد. حواله مانند این است که محیل آنچه را که در ذمه خود دارد در مقابل آنچه که بر ذمه محال‌علیه دارد

است، مشمول حکم روایت دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۲۱۱/۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۳/۲).

بنا بر نظر قائلین به ممنوعیت حواله، از متن روایت وارده درخصوص نهی بیع مبیع قبل از قبض، این گونه برداشت می‌شود که عبارت «بیع» مذکور در روایت خصوصیتی نداشته است و نهی، متعلق به هر نوع استبدال و معاوضه قبل از قبض می‌باشد. علامه حلی، بیع و یا هرگونه استبدال در عقد سلف قبل از قبض را ممنوع دانسته است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۲۲/۱۰). شیخ طوسی نیز منظور از نهی وارده در متن روایت را مطلق معاوضه می‌داند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۳/۲). قائلین به این نظر این گونه استدلال می‌نمایند که اراده نمودن صرف بیع از لفظ معاوضه اولویتی نسبت به اراده نمودن مطلق معاوضه از لفظ بیع ندارد؛ بلکه اراده نمودن مطلق معاوضه از لفظ بیع در کلمات فقها بارزتر و آشکارتر است. به عبارت دیگر آنچه از لفظ بیع برداشت می‌شود تنها بیع به معنای مصطلح نیست و هر نوع معاوضه را در بر می‌گیرد. همچنین ایشان این گونه استدلال می‌کنند که آنچه با عنوان قصور ولایت مشتری در تصرف به دلیل منفسخ شدن عقد به واسطه تلف مبیع مطرح می‌شود، در هر نوع تصرفی به معاوضه آن جریان می‌یابد (شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۹۷/۶)؛ لذا نهی وارد شده در متن روایت اختصاصی به بیع ندارد و شامل هرگونه معاوضه می‌شود.

برای حل این اشکال لازم است به دو سؤال پاسخ داده شود: اول: آیا عقد حواله معاوضه است؟ دوم: بپرض اینکه عقد حواله معاوضه باشد آیا نهی وارد شده در روایت مبنی بر «منع بیع مسلم فیه قبل از قبض»، اختصاص به بیع دارد و یا این که مطلق معاوضات را در بر می‌گیرد؟

در پاسخ به سؤال اول می‌توان گفت: حواله عبارت است از ایفای دین از جانب محیل و استیفاء طلب از جانب محتال (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸(ب): ۲۹). وقتی حواله با تمام شرایط صحت آن منعقد شود ذمه محیل نسبت به محتال بری و ذمه محال‌علیه به محتال مشغول می‌گردد. همچنین در این فرایند، ذمه محال‌علیه به محیل نیز بری می‌گردد؛ به عبارت دیگر مدیون با واسطه و به‌طور غیرمستقیم دین خود را می‌پردازد؛ لذا ترتب این آثار بر عقد حواله، موجب گردیده است تا اکثر فقهای امامیه حواله را نوعی استیفاءی دین بدانند (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۳۹۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۱۹؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۶۰۷). در حقوق نیز بر اساس قانون مدنی نظر کسانی که خواسته‌اند حواله را نوعی معاوضه یا بیع دین شمارند مردود می‌باشد و حواله عقدی مستقل است و به عنوان یکی از عقود معین احکام خاص خود را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۰۶)؛ بر این اساس حواله موجب برائت ذمه بدهکار است، زیرا ایفای تعهد محسوب می‌شود؛ بنابراین باید قواعد حاکم بر ایفای تعهد را بر آن جاری و ساری نمود؛ لذا آن چیزی که در اثر عقد حواله واقع می‌شود تنها اسقاط ذمه محیل توسط محتال است و به عبارت دیگر انتقال طلب محتال، به محال‌علیه در عوض اسقاط ذمه محیل مفهوم درست حقوقی

می‌خرد (نووی الدمشقی، ۱۴۲۳: ۴۶۲؛ مارودی المصری، ۱۴۱۴: ۴۲۰).

پس در حقیقت با این بیع، وی مالک مافی‌الذمه خود می‌شود و در نتیجه ذمه‌اش بری می‌گردد و مافی‌الذمه محال‌علیه به عنوان ثمن به ملکیت محتال درمی‌آید. به عبارت دیگر محیل آنچه را که در ذمه محال‌علیه دارد در مقابل بری شدن ذمه خویش، به محتال می‌فروشد و آنچه را که محتال بر ذمه او دارد، به عنوان عوض دریافت می‌کند. بر این اساس علی‌القاعده باید خصوصیات، شرایط و احکام بیع از جمله نهی بیع مبیع سلف قبل از قبض بر آن حاکم باشد.

لیکن آنچه فقهای امامیه بدان معتقدند این است که حواله بیع نیست (حسینی شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۰۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸۰). مرحوم صاحب جواهر علت قول به بیع بودن حواله را شباهت «محال به» با «مبیع» دانسته‌اند به گونه‌ای که تصور شده است در آن چیزی در مقابل محال به قرار می‌گیرد و مبادله می‌شود (نجفی، ۱۳۶۸: ۱۷۵)؛ درحالی که این برداشت و الحاق حواله به بیع به دلیل صرف وجود شباهت بین آن دو چیزی جز قیاس نیست و به دلیل این که امامیه قائل به بطلان قیاس است، قیاس نمودن حواله به بیع محکوم به بطلان می‌باشد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۱۰/۳)؛ لذا صرف وجود شباهت بین این دو عقد نباید منجر به یکی دانستن آن دو شود؛ زیرا هر یک از این عقود مستقل از دیگری و قائم بالذات است و آثار مخصوص به خود را دارا است. همچنین اگر بین دین محیل و محال‌علیه (در حواله بر مدیون) بیع صورت بگیرد باید عقدی بین آن دو واقع شود در حالی که کسی متعرض آن نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸(ب): ۲۶). به‌علاوه بیع مختص به الفاظ و لوازم خویش است اگر حواله بیع باشد باید بتوان آن را به لفظ بیع نیز منعقد نمود درحالی که فقها چنین چیزی را جایز نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۲۹/۱۴). از آنچه گفته شد سست بودن قول به بیع بودن حواله آشکار می‌شود، لذا ایراد این اشکال جهت حکم نمودن به عدم جواز حواله بر مبیع سلف قبل از قبض صحیح نیست.

معاوضه بودن حواله

برخی از فقهای امامیه حواله را معاوضه دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۳۶۷). به این معنا که دین موجود بر ذمه محیل که محتال مالک آن است با دین موجود بر ذمه محال‌علیه که محیل مالکش است، معاوضه می‌شود. نظرات این عده از فقها را در مورد حواله در عقد سلف می‌توان به دو گروه تقسیم کرد، برخی از ایشان با این که قائل به معاوضه بودن عقد حواله‌اند، حکم نهی وارد شده در متن روایت نهی بیع مبیع سلف قبل از قبض را در خصوص عقد حواله جاری نمی‌دانند و حکم به جواز آن داده‌اند. درحالی که در مقابل برخی از ایشان حکم وارده در روایت مبنی بر نهی بیع مبیع قبل از قبض را ناظر به هر نوع استبدال و معاوضه قبل از قبض دانسته و حواله را به دلیل این که نوعی از معاوضه

ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸(ب): ۳۱)؛ پس در جواب سؤال اول بنابر نظر اکثریت فقها حواله، معاوضه نیست؛ اما اگر قول کسانی که حواله را معاوضه می‌دانند را بپذیریم باز هم اشکالی بر حواله در «قرارداد سلف موازی استاندارد» وارد نیست زیرا با توجه به اینکه در روایات لفظ «بیع» آمده است، بر اساس ظاهر روایت وارده بر نهی از بیع مسلم فیه قبل از قبض، تنها بیع مبیع سلف مورد نهی واقع شده است. با توجه به اینکه ممنوعیت بیع مبیع قبل از قبض خلاف اصل و قاعده است چرا که اصل، اباحه هر نوع تصرف در مبیع می‌باشد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۷۹)؛ به همین دلیل ممنوع بودن از تصرف تنها باید به مورد خاصی اختصاص یافته باشد و به موارد دیگر تسری نیابد؛ زیرا در اموری که خلاف اصل است باید به قدر متیقن اکتفاء نمود. با توجه به ظاهر روایت مذکور، آنچه قدر متیقن است بیع مبیع سلف است و شمول حکم روایت بر مابقی نقل و انتقالات مورد تردید است و در موارد مشکوک باید به اصل رجوع نمود و مورد مشکوک را داخل در قاعده عام دانست. بنابراین حکم روایت را باید منحصر به بیع کرده و در موارد مشکوک بنابر اصل اباحه، قائل به جواز شد. این که بگوییم لفظ بیع وارد شده در متن روایت خصوصیتی نداشته و صرفاً از باب تغلیب ذکر شده است صحیح نیست؛ زیرا ما قرینه‌های در دست نداریم که به وسیله آن از بیع الغای خصوصیت کرده است و در نتیجه حکم را به سایر موارد نقل و انتقال تسری دهیم (حسینی روحانی قمی، ۱۴۲۰: ۳۶۵). همچنین آنچه از ظاهر عبارت اکثر فقها برمی‌آید، اختصاص دادن حکم به بیع و عدم تسری آن به دیگر عناوین می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۹۶/۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳۶۷/۱۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۵۰۸/۱).

بنا بر آنچه گذشت از جهت روایات مانعه از بیع مسلم فیه قبل از قبض ایرادی متوجه حواله در قرارداد سلف موازی استاندارد نیست.

اشترای (لزوم) حواله به دین حال

اشکال دیگری که بر عقد حواله در قرارداد سلف موازی استاندارد می‌توان مطرح کرد شرط بودن حواله به دین حال است. بر اساس این ایراد، حواله باید به دین حال و نقد انجام شود؛ لذا دین در قرارداد سلف اگر مؤجل باشد کما اینکه در قرارداد سلف موازی استاندارد غالباً چنین است، مشمول ایراد مذکور می‌شود و آن حواله صحیح نخواهد بود. به این اشکال این گونه پاسخ داده شده که وجهی برای اشترای حال بودن دین مورد حواله وجود ندارد، زیرا مدیون اول اگر حواله دهد بر فردی که حواله را قبول کند و آنچه به او حواله شده را تسلیم نماید، مطلوب حاصل شده است، به علت آنکه در این صورت مطلوب به دین محال حاصل شده است ولو اینکه در ذمه محال علیه دین مستقری وجود نداشته باشد (جوهری، ۱۴۱۹: ۲۱۳).

به عبارت دیگر حواله تحویل دادن ما فی الذمه محیل به ذمه محال علیه است. به عنوان مثال اگر شخصی که پس از خرید کالا با بیع سلف احتیاج به نقدینگی دارد کالا را با سلف دیگری به شخص سومی بفروشد، ذمه او به مقدار معینی که از کالا به

شخص سوم فروخته، به مشتری جدید مشغول می‌شود (به آن میزان نسبت به مشتری دوم مشغول الذمه می‌شود) و از آنجا که او از بایع اول به میزان کالایی که از او با بیع سلف خریده، طلبکار است، می‌تواند مافی ذمه خود را به ذمه بایع حواله دهد. در نتیجه اگر مشتری جدید قبول کرد و محال علیه یعنی بایع اول نیز قبول نمود، مانعی برای صحت این حواله و تنفیذ آن در زمان حلول اجل وجود ندارد. اگرچه حواله به طور معمول به منظور پرداخت دین ثابت در ذمه و قابل مطالبه صادر می‌شود ولی نباید چنین پنداشت که ثبوت دین بر ذمه محیل از شرایط صحت حواله است. اثر حواله، انتقال دین از ذمه محیل به محال علیه است و از این نظر با ضمان شباهت کامل دارد. پس اگر ضمان دینی که تنها سبب آن ایجاد شده درست باشد (ماده ۶۹۱ ق.م). حواله چنین دینی صحیح است به‌ویژه اینکه عرف نیز اینگونه حواله‌ها را نافذ می‌بیند و به آن نیاز دارد (کانونزبان، ۱۳۸۹: ۴۰۶). صحت حواله بعد از عملیات سلف موازی منوط به آن است که هیچ کدام از دو عقد سلف مستقل فسخ نشود، پس اگر عقد سلف اول فسخ شود حواله نیز باطل می‌شود.

با توجه به آنچه ذکر شد هیچ‌یک از اشکالات مطرح شده به صحت حواله بر مبیع سلف قبل از قبض خدش‌های وارد نساخته و همه بی‌اعتبارند. البته این صحت مشروط به آن است که استقلال سلف موازی نسبت به سلف اول رعایت شود.

بنابراین حواله دادن مشتری سلف موازی به فروشنده سلف اولیه در قرارداد سلف موازی استاندارد، بدون هیچ مانعی صحیح بوده و بعد از پذیرفته شدن حواله از طرف فروشنده سلف اولیه، مبیع آن سلف باید به خریدار سلف موازی (محتال) تحویل گردد.

بحث و نتیجه‌گیری

به منظور رفع محدودیت‌ها و موانع بیع سلف که ناشی از شرایط لازمه این قرارداد در فقه است، نظریات مختلفی مطرح شد، که یکی از آن‌ها، سلف موازی است. راهکاری که جهت رفع محدودیت‌ها از جمله عدم امکان برپایی معاملات ثانویه در بازارهای بورس، شکل جدیدتری به خود گرفت و به صورت استاندارد تحت ضوابط مشخص، به عنوان قرار سلف موازی استاندارد، تعریف گردید، تا ضمن برپایی معاملات بورس و مشارکت بیشتر، مدیریت و پوشش ریسک معاملات نیز انجام پذیرد.

با توجه به اینکه حقوق ما ریشه در فقه دارد و با استناد به اصول متعدد قانون اساسی به‌ویژه اصول ۴ و ۷۲ باید مطابق با موازین اسلامی باشد، در فقه اسلامی نمی‌توان هر نوع معامله و قراردادی را به اجرا درآورد، بلکه لازم است قراردادهای تعریف شده چه در قالب عقود معین و چه نامعین علاوه بر توجیه مالی و اقتصادی، از نظر فقهی و حقوقی بدون اشکال باشد؛ لذا بررسی تطابق این قرارداد با مبانی فقهی و اثبات عدم وجود مانع شرعی و قانونی برای آن در جهت تثبیت و افزایش کارایی آن مؤثر است.

با بررسی در متون فقهی می‌توان ایرادات و شبهاتی نسبت به این قرارداد مطرح کرد گروهی از این ایرادات اختصاص به قرارداد سلف استاندارد و یا سلف حواله‌ای دارد که آن‌ها را تحت عناوین شمول «نهی عن البیع» بر عقد حواله و اشترای (لزوم) حواله به

عبدالعزیز (الإقتصاد الإسلامي)، سال ۱۲.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸؛ الف). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد ۲. تهران: انتشارات گنج دانش.

----- (۱۳۷۸؛ ب). عقد حواله. چاپ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.

----- (۱۳۸۸). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت - حقوق تعهدات عقود و ایقاعات. تهران: انتشارات گنج دانش.

جواهری، حسن (۱۴۱۹). بحوث فی الفقه المعاصر. جلد ۱. بیروت: دارالذخائر.

حسینی الشیرازی، محمد (۱۴۲۲). ایصال الطالب إلى المكاسب. جلد ۱۶. تهران: نشر منشورات علمی.

حسینی العاملی، السید محمدجواد (۱۴۱۸). مفتاح الكرامه فی شرح القواعد العلامه. جلد ۹. بیروت: دارالترت.

حسینی الروحانی القمی، محمد (۱۴۲۰). المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الخیارات. جلد ۲. تهران: نشر موسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه.

حلی (محقق حلی)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر ابن الحسن (۱۴۱۸). مختصر النافع فی فقه الامامیه. چاپ ششم. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.

----- (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۲. چاپ دوم. تهران: مؤسسه اسماعیلیان.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف (۱۴۱۸). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. جلد ۲. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

----- (۱۴۲۰). تذکره الفقهاء. جلد ۱۰ و ۱۴. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

حلی، ابن ادریس محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. جلد ۲. چاپ دوم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). ایضاح القوائد فی شرح المشکلات القواعد. جلد ۱. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. جلد ۲۸. قم: نشر مدینه العلم.

دوبه، اشرف محمد (۱۴۳۰). الضکوک الاسلامیه بین النظریه و التطبيق. قاهره: اسکندریه (دارالسلام).

دستورالعمل اجرائی معاملات سلف موازی استاندارد نفت و فرآورده های نفتی در بورس کالای ایران. مصوب ۸۹/۱۲/۱۴

دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس انرژی. مصوب ۹۱/۷/۱۰

ره پیک، حسن (۱۳۸۷). حقوق مدنی (عقود معین ۲). تهران: انتشارات خرسندی.

زرقانی، محمد بن عبد الباقي (۱۴۱۱). شرح الزرقانی علی موطا الإمام مالک. جلد ۳. بیروت: دار الکتب العلمیه.

سیدالعوضی، رفعت (۱۴۳۰). موسوعه الإقتصاد الإسلامی فی المصارف و النقود و الاسواق المالیه. جلد ۳. مصر: دارالسلام.

شمري، صادق راشد (۱۴۳۲). اساسيات الاستثمار فی المصارف الاسلامیه. عمان: دارالیاوروی.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۹). حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱).

دین حال، تبیین و پاسخ دادیم. برخی دیگر مربوط به همه اقسام قرارداد سلف موازی است که تحت عناوین عدم استقلال، صوری بودن، استثناء بودن عقد سلف، مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت. با توجه به آنچه ذکر شد هیچ یک از اشکالات مطرح شده به صحت حواله بر مبیع سلف قبل از قبض خدشهای وارد ساخته و همه بی اعتبار هستند. البته این صحت مشروط به آن است که استقلال سلف موازی نسبت به سلف اول رعایت شود. هر چند یکی از شرایط صحت قرارداد سلف موازی استقلال آن از سلف اولیه است؛ لیکن در عمل متعاملین متوجه این استقلال نشده اند و عرف و معامله گران بازار، چنین معامله ای را بر روی همان کالای نخست می دانند و استقلال معامله ها را متوجه نمی شوند. در نتیجه قصد سلفهای مستقل و موازی خلاف متفاهم بازار بوده اند، نیازمند تدوین دستورالعمل های شفاف است تا به تدریج ادبیات جدید را عرفی کند. همچنین برای نشان دادن استقلال معاملات از یکدیگر می توان زمان واگذاری برگه حواله، پشت برگه حواله به استقلال معامله فروشنده تصریح کرد؛ لذا در انعقاد این نوع قرارداد باید تمام دقت صورت بگیرد تا مشکلی ایجاد نشود و معامله به نحو صحیح واقع شود. بنابراین قرارداد سلف موازی استاندارد با رعایت استقلال سلفهای موازی، بدون هیچ مانعی صحیح بوده است و راهکاری مناسب برای استفاده در بازارهای مالی کشورهای اسلامی است.

منابع

ابراهیمی، محمدصادق (۱۳۷۴). «تقریر: الدورة التاسعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي». رسالة الثقلین. شماره ۱۳. صص ۱۹۵-۱۷۷.

ابن منظور، جمال الدین ابوالفضل (۱۴۰۵). لسان العرب. جلد ۹. قم: نشر الادب الحوزه.

اشقر، عمر سلیمان و سایرین (۱۴۱۸). بحوث فقهیه فی قضایا الاقتصادیه المعاصره. جلد ۱. عمان: دار الفنايس.

انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی (۱۴۲۰). کتاب المكاسب. جلد ۶. قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمبلاد الشیخ الأنصاری.

انیس، ابراهیم (۱۳۸۴). فرهنگ معجم الوسیط. ترجمه محمد بندر ریگی. قم: انتشارات اسلامی.

امامی، سید حسن (۱۳۷۸). حقوق مدنی. جلد ۱. چاپ بیستم. تهران: کتاب فروشی اسلامیة.

بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵). الحدائق الناضره فی احکام الظاهره. جلد ۱۹. قم: دارالکتب الاسلامیه.

پیره، مجید؛ زه تابان، مصطفی (۱۳۸۶). اصول قرارداد سلف موازی (سازمان بورس و اوراق بهادار تهران). تهران: مدیریت پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی.

تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۶). ارشاد الطالب إلى التعلیق علی المكاسب. جلد ۴. چاپ سوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

التجانی، عبدالقادر احمد (۱۴۲۰). «السلم بديل شرعی للتمويل المصرفی المعاصر نظره مالیه و محاسبیه». مجله جامعه ملك

(۱۴۱۴). الحاوی الکبیر فی فقه الإمام الشافعی. جلد ۶. بیروت: دارالکتب العلمیة.

مکی (شهید اول)، محمد جمال الدین (۱۴۱۷). الدروس الشریعة فی فقه الامامیه. جلد ۳. چاپ دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.

----- (۱۴۱۰). اللمعه الدمشقیة فی فقه الامامیه. بیروت: دارالتراث.

موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. جلد اول. چاپ دوم. نجف: مطبعة الآداب.

موسویان، سید عباس (۱۳۹۱). بازار سرمایه اسلامی (۱) تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

نجفی، الشیخ محمدحسن (۱۳۶۸). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد ۲۴. چاپ نهم. تهران: دارالکتب الاسلامیة.

نووی دمشقی، ابی زکریا یحیی بن شرف (۱۴۲۳). روضة الطالبین. جلد ۳. ریاض: دار العالم الكتاب.

نوبن، پرویز (۱۳۹۰). حقوق مدنی تطبیقی - قراردادها و تعهدات (رم باستان، ایران، فرانسه، انگلستان). تهران: انتشارات گنج دانش.

ولویون، رضا (۱۳۸۰). «فروش آپارتمان‌های ساخته نشده». مجله پژوهش حقوق و سیاست (دانشگاه علامه). سال ۳. شماره ۴. صص ۵۳-۴۰.

هیفاء، شفیق سلیمان (۱۴۲۴). عقد السلم كأداء التمويل فی المصارف الإسلامیة (کلیة الشریعة و الدراسات الإسلامیة). (بی‌جا).

Atiyah, P. S., Adams, J. N., & Mc. Queen, H. (2001). *The sale of goods (10th Ed.)*. London, Longman Pearson Education.

The Stationery Office Ltd. (2000). *Sale of goods act (9th Ed.)*. London, The Stationery Office.

Bridge, M., et al. (2014). *Benjamin's sale of goods (9th Ed.)*. London, Sweet & Maxwell.

Von Pock, A. (2007). *Strategic management in Islamic finance*. Frankfurt, Deutscher Universitätsverlag,

Fahimkhan, M. (2000). *Islamic futures and their markets (2th Ed.)*. Saudi Arabia: Islamic Reacerch and Training Institute (IRTI).

چاپ دوازدهم. تهران: انتشارات مجد.

صالح آبادی، علی (۱۳۸۵). مجموعه مقالات بازارهای مالی اسلامی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).

صورت جلسه کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس. سال دوم. جلسه شماره ۲۷. مورخ ۸۷/۵/۱۶.

ضریر، الصدیق محمد (۱۴۱۵). السلم و تطبیقاته المعاصره. (بی‌جا): مقدم الی مجمع الفقه الاسلامی دورة ابوظبی.

طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۵). حقوق مدنی ۶ و ۷. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹). ریاض المسائل. جلد ۸. قم: موسسه نشر اسلامی.

طوسی (شیخ طوسی)، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۲). المعجم الفقهی لکتاب الشیخ الطوسی. جلد ۳. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی .

----- (۱۳۸۷). المسوط فی فقه الإمامیه. جلد ۲. چاپ سوم. تهران: المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

----- (۱۴۰۷). الخلاف. جلد ۳. قم: موسسه نشر اسلامی.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن نور الدین علی بن احمد (۱۴۱۰). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. جلد ۳. قم: انتشارات داوری.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن نور الدین علی بن احمد (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الاسلام. جلد ۴. قم: انتشارات موسسه المعارف الاسلامیة.

عاملی (محقق کرکی)، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. جلد ۴. چاپ دوم. قم: موسسه آل‌البيت.

فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۸). «صکوک سلف، ابزار مناسب برای تأمین مالی و پوشش ریسک». فصلنامه اقتصاد اسلامی. سال ۹. شماره ۱. صص ۹۸-۷۳.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). حقوق مدنی، دوره عقود معین. جلد ۱. چاپ دهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

----- (۱۳۸۹). عقود معین، (عقود اذنی - وثیقه‌های دین...).

جلد ۴. چاپ ششم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

گلپایگانی، سید محمدرضا (بی‌تا). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.

مارودی المصری، ابی الحسن علی بن محمد بن حبیب