

قرارداد «سلف موازی» در ترازوی نقد فقهی و حقوقی*

حسین ندامان (نویسنده مسئول)**

محسن ملک‌افضلی اردکانی***

چکیده

قرارداد «سلف موازی» یکی از قراردادهایی است که با انگیزه تأمین مالی و توسعه در بازار ثانویه طراحی شده است. برای این قرارداد، اقسامی ترسیم شده است که هر یک با ویژگی‌های خود ارزیابی می‌شود. میزان انطباق این قرارداد با ضوابط فقهی و حقوقی مقرر در «عقد سلف»، مسئله‌ای است که پژوهش حاضر با روش تحلیلی، توصیفی بر اساس آن ساماندهی شده است. گفتنی است برای سازگاری چنین قراردادهایی با ضوابط فقهی و حقوقی، توجیهات یا سازوکارهای اجرایی نیز صورت پذیرفته است؛ با این حال در این نوشتار کوشش شده است تا ضمن بازشماری پاره‌ای از نکات و ایرادهایی که در این زمینه وجود دارد، برخی از پاسخ‌های داده شده در این باره نقد و بررسی شود. برآیند این پژوهش، بیانگر این است که خلاف برخی از باورهای مطرح شده در این زمینه، ساختار رایج چنین قراردادی با ضوابط فقهی معتبر در «عقد سلف»، منطبق نیست.

کلید واژه‌ها: سلف موازی، بازار ثانویه، عقد جایز، عقد لازم.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۰۵/۲۳ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۰۷/۲۷ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی جامعه المصطفی ص العالمیه و مدرس دانشگاه /

hosseinnedaman@gmail.com

*** استاد جامعه المصطفی ص العالمیه / mohsenmalekafzali@yahoo.com

مقدمه

قرارداد سلف موازی در آغاز از سوی برخی از اقتصاددان‌های کشورهای اسلامی بسترسازی شد که پس از آن مجمع بین‌المللی فقه اسلامی وابسته به سازمان کنفرانس اسلامی در راستای حمایت از قراردادهای مشروع و قانونی کردن آن‌ها، دستور ارائه ساختاری هماهنگ در این زمینه را صادر کرد. در پی این کار، هیئت ایرانی پیشنهاد «عقد سلف موازی» را به میان آورد که با پذیرش همراه شد. کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس نیز در سال ۱۳۸۷ قرارداد سلف موازی را بررسی کرد و بر پایه آن، راهکاری شرعی در این زمینه پیشنهاد کرد. (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۲)

همچنین، جذب سرمایه و به وجود آمدن «بازار ثانویه» و از میان برداشتن بازدارنده‌ها در بیع سلف، به ویژه ممنوع بودن فروش مبیع سلف پیش از سررسید را می‌توان از انگیزه‌های پدیداری این قرارداد به شمار آورد. بر این اساس، فروشنده، بدون واگذاری مبیع به خریدار می‌تواند بهای آن را بگیرد یا امکانی برای وی فراهم شود که با همان بهای به دست آمده در راستای آماده‌سازی و واگذاری مبیع، گام بردارد.

درباره گونه‌های این قرارداد نیز می‌توان از «قرارداد سلف موازی و کالتی» و همچنین «قرارداد سلف موازی حواله‌ای» یاد کرد.

بر اساس آنچه گذشت، قرارداد سلف موازی یکی از قراردادهایی است که با اهداف اقتصادی همچون تأمین مالی و توسعه در بازار ثانویه طراحی شده است. با این حال، مناقشه‌هایی درباره میزان اعتبار این قرارداد، به ویژه انطباق آن با ضوابط فقهی و حقوقی وجود دارد که این نکته به همراه برخی دیگر از ویژگی‌های این قرارداد در پژوهش پیش رو، کاوش و اعتبارسنجی می‌شود.

باید اضافه کرد، پژوهش‌هایی نیز در این زمینه صورت پذیرفته است که در هر یک به فراخور گستره ویژه‌ای که برای آن مشخص شده است، نکاتی در این باره، مطالعه و تبیین شده است که در ادامه این نوشتار، برخی از نکات موجود در این پژوهش‌ها، نقد و بررسی می‌شود.

در ادامه این نوشتار، برخی از نکات موجود در این پژوهش‌ها، نقد و بررسی می‌شود. گستره این پژوهش نیز به حیظه‌ای از سنجش شکلی و مبنایی به ویژه بررسی در چارچوب میزان پیوند این قراردادها با ضوابط معتبر در عقد سلف، محصور می‌شود که روش تحقیق آن نیز تحلیلی، توصیفی است.

همچنین پرسش اصلی در این پژوهش عبارت است از اینکه میزان انطباق این قراردادها با ضوابط فقهی و حقوقی توصیف شده در «عقد سلف» چگونه ارزیابی می‌شود؟ بر این پایه، فرضیه برجسته در پژوهش حاضر را نیز می‌توان چنین بیان کرد

که ساختار رایج قرارداد سلف موازی با ضوابط فقهی معتبر در «عقد سلف»، منطبق نیست.

گفتنی است برای سازگاری چنین قراردادهایی با مبانی فقهی و حقوقی، توجهات یا سازوکارهای اجرایی نیز صورت پذیرفته است. با این حال در این نوشتار کوشش شده است تا ضمن برشماری پاره‌ای از ایرادهای شکلی و پایه‌ای که در این زمینه وجود دارد، برخی از پاسخ‌های داده شده در این باره نقد و بررسی شود.

۱. مفهوم «سلف» در لغت و اصطلاح

واژه «سَلْف» در معانی گوناگونی مانند قرض، سَلَم (گونه‌ای از دادوستد)، پیشینیان، پیشرو، پیشین و... به کار رفته است، چنان‌که در همانندهای ریشه‌ای این واژه نیز تعبیری همچون پیشی گرفت، سپری شد، گذشته، گذشت و... به چشم می‌آید. (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲: ۲۸۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۹: ۱۵۸؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۸: ۳۲۴؛ فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۷: ۲۵۸)

با این حال، درباره «سَلْف» در مفهوم فقهی و رایج آن در معاملات و به رغم تمایز در برخی از تعابیر فقیهان می‌توان درباره مفهوم اصطلاحی آن چنین گفت که «عقد سَلْف»، گونه‌ای از بیع است که ثمن آن نقد و مبیع آن مدت‌دار و به صورت «کلی در ذمه» است. (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۴۱۳؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹: ۱۱۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۲۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۵۴۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۱۰۱)

انگیزه اصلی از معاملات سلف در بین بازرگانان، مدیریت ریسک ناشی از نوسان قیمت‌ها و تأمین مالی برای فروشنده ارزیابی شده است که بر این پایه، فروشنده در چنین قراردادی بی‌آنکه کالایی را به خریدار تحویل بدهد، ثمن معامله را از وی دریافت می‌کند، همچنان‌که ممکن است فروشنده با همان ثمن به دست آمده در راستای تهیه و تدارک مبیع اقدام کند. (عبدی‌پور و شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۵)

گفتنی است در عقد سلف به خریدار، «مسلم» و فروشنده، «مسلم الیه» همچنین به ثمن، «مسلم» و مبیع، «مسلم فیه» گفته می‌شود. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۸: ۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ۳۶۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۵۰؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۲۰).





۲. قرارداد سلف موازی

مقصود از قراردادی که با عنوان «سلف موازی» توصیف می‌شود (جواهری، ۱۴۱۹ ق، ج ۱: ۲۰۷) قرارداد سلفی است که در راستای یک قرارداد سلف اولیه صورت می‌پذیرد و بر مبنای این قرارداد سلف ثانویه، خریدار قرارداد نخست، بدون ملاحظه قرارداد سلف اولیه در مقام فروشنده وارد می‌شود و کالایی را که از نظر جنس و ویژگی‌ها با کالای قرارداد نخست مشابه است به شخص دیگری در قالب قرارداد سلف جدید و بر اساس سررسیدی همانند سررسید قرارداد نخست یا پس از آن می‌فروشد؛ البته گاهی فروشنده نخست، ضمن فروش کالا به صورت قرارداد سلف، خود نیز در بازار خرید حاضر می‌شود و کالایی را با همان ویژگی‌ها به صورت عقد سلف و با سررسیدی همانند سررسید قرارداد نخست یا پس از آن خریداری می‌کند. (همان: ۲۰۸)

درباره «قرارداد سلف موازی استاندارد» نیز در بند ۱۳ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات قرارداد سلف موازی استاندارد نفت و فرآورده‌های نفتی در بورس مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۱۴ آمده است:

قرارداد سلف موازی استاندارد، قراردادی است که بر اساس آن مقدار معینی از دارایی پایه بر اساس مشخصات قرارداد سلف موازی استاندارد به فروش می‌رسد. وجه قرارداد مذکور باید 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 و حق رجوع به فروشنده در معامله ثانویه را ندارد.

همچنین به موجب بند ۱۹ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف استاندارد در بورس کالای ایران مصوب ۱۳۹۲/۱/۲۴ چنین مقرر شده است:

قرارداد سلف استاندارد، قراردادی است که بر اساس آن، عرضه‌کننده مقدار معینی از دارایی پایه را مطابق مشخصات قرارداد سلف استاندارد در ازای بهای نقد به فروش می‌رساند تا در دوره تحویل به خریدار تسلیم نماید. خریدار می‌تواند معادل دارایی پایه خریداری شده را طی قرارداد سلف موازی استاندارد موضوع مواد ۳ و ۲ این دستورالعمل، به فروش رساند. قرارداد مذکور نیز در این دستورالعمل به اختصار قرارداد سلف استاندارد نامیده می‌شود.

۳. شرایط مبیع در عقد سلف

مبیع در عقد سلف، تابع شرایطی است که در ادامه این نوشتار بررسی می‌شود.

۳.۱. تعیین جنس و اوصاف مبیع

یکی از شرایط معتبر درباره مبیع در عقد سلف، ذکر جنس و اوصاف مبیع است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴: ۲۷۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۷۳؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۴۱۴) جنس که در اینجا همان نوع کالا است به همراه وصف آن باید به صورتی تعیین و مشخص شود که از جهل جلوگیری شود. مرجع شناسایی در این زمینه و اوصاف معتبری که باعث کاهش یا افزایش قیمت می‌شود، عرف است. (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۴۰۳؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹: ۱۱۶؛ نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳: ۶)

بنابراین برشماری بخشی از ویژگی‌های کالا که سبب تمایز ثمن از نگاه عرفی می‌شود در این عقد ناگزیر است. (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۵۲۰) البته چنان که گذشت چون در این عقد، نگاه عرف در شناسایی نوع و اوصاف معتبر در مبیع پذیرفته شده است، از این رو در صورتی که عرف در مصادیقی بیان برخی از اوصاف را ضروری نداند و به کمترین ویژگی‌ها نیز بسنده کند، شرط و ضابطه لازم در این زمینه محقق شده است.

۳.۲. قبض ثمن در مجلس عقد

از دیگر شرایط عقد سلف، قبض ثمن در مجلس عقد است. (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۵۰؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲: ۶۴) بر این اساس، بهای کالا باید پیش از جدا شدن طرفین معامله، پرداخت و قبض شود. هر چند اگر بخشی از ثمن پرداخت شود و از پرداخت بخش دیگر آن خودداری شود، عقد به میزان بخشی که ثمن پرداخت شده است، صحیح و واجد شرط یاد شده است. (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۵۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸: ۳۴۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱: ۳۳۵) از این رو، اگر تفکیک مبیع نیز در این فرض امکان‌پذیر باشد، می‌توان مبیع را در برابر مقدار بهای پرداخت شده به شمار آورد و به همان میزان، معامله را نافذ دانست.

۳.۳. مشخص کردن مقدار کالا

همچنین در عقد سلف لازم است که مقدار مبیع نیز تعیین شود. بر این مبنا اگر درباره کالایی وزن، معتبر است باید وزن کالا مشخص شود یا اگر درباره کالایی تعیین عدد، معتبر است باید تعداد کالا مشخص شود. البته در جایی که کالایی مبتنی بر مشاهده مورد معامله می‌شود، لازم است که میان افراد گوناگون آن کالا در نزد عقلا، تمایز قابل اعتنایی وجود نداشته باشد. (حسینی سیستانی، ۱۴۲۲ق: ۳۱۱)





۳.۴. تعیین زمان تسلیم مبیع

شرط دیگر این است که زمان تسلیم کالا باید مشخص شود. (حلی، ۱۴۱۱ق: ۱۰۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۸۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۶۰) به موجب این شرط، چنانچه زمان تسلیم کالا به صورت نامشخصی لحاظ شود، عقد واجد شرط لازم نیست و بی اعتبار به شمار می آید. همچنین اگر زمان مذکور به صورت نسبی مشخص است، اما دارای قابلیت تغییر است و کاهش و افزایش زمانی در آن امکان پذیر است، در این صورت نیز عقد واجد شرایط معتبر نیست (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۴۱۴)، مانند جایی که زمان برداشت محصول در جایگاه زمان تسلیم مبیع ملاحظه می شود. در این حالت اگر چه ممکن است زمان برداشت محصول به صورت نسبی مشخص باشد، اما چون زمان دقیق آن معلوم نیست و ممکن است که با تغییر همراه شود، معامله فاقد شرایط معتبر است مگر آنکه چنین تغییری از نگاه عرف، پذیرفتنی باشد.

۳.۵. امکان وجود مبیع و عمل به تعهد در زمان سررسید

امکان وجود مبیع و عمل به تعهد در زمان سررسید، شرط دیگر بیع سلف است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۵۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۷۲) که از آن به «قدرت بر تسلیم در زمان سررسید» نیز یاد شده است. (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ۲۵۶) برخی فقیهان نیز به وجود غالبی مبیع در زمان سررسید تصریح می کنند. (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۵۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۲)

بر این اساس، چنانچه مبیع در رسته نمونه‌هایی است که در زمان سررسید به صورت عرفی، نایاب یا کمیاب است، واجد شرایط معتبر در عقد سلف نیست (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۴۱۵) و معامله مبتنی بر آن، بی اعتبار است. گفتنی است در برخی کتاب های فقهی به شرایط دیگری در این زمینه مانند تعیین مکان تسلیم، عدم تحقق ربا و... نیز اشاره شده است.

۴. تملیکی یا عهدی بودن عقد سلف

مبیع در عقد سلف «کلی در ذمه» است، چنان که از منظر فقهی نیز برخی تصریح می کنند که با تحقق عقد، تملیک نیز حاصل می شود، از این رو، زمان تعیین شده در این عقد، تنها نمایانگر زمان مطالبه توصیف می شود. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴: ۳۱۹؛ نجفی، بی تا، ج ۴: ۲۹۴)

در بین حقوق دانان درباره بیعی که به صورت «کلی در ذمه» است دو دیدگاه متمایز وجود دارد که بر اساس یک نگاه، در این معامله، تملیکی در زمان عقد صورت نمی پذیرد، بلکه نتیجه چنین معامله‌ای تنها به وجود آمدن تعهد است. به عبارت

دقیق‌تر، انتقال مالکیت در این عقد، از زمان تسلیم و تعیین فرد از میان افراد کلی صورت می‌پذیرد. (شهیدی، ۱۳۹۵: ۱۴؛ امامی، بی‌تا، ج ۱: ۴۴۸) از نگاهی دیگر، همه انواع بیع در حقوق ایران، از جمله کلی در ذمه، از عقود تملیکی به شمار می‌آید. (باریکلو، ۱۳۹۴: ۲۸) از این رو، پس از انعقاد عقد، تملیک نیز حاصل می‌شود.

البته در ارزیابی این بحث می‌توان به ماده ۳۶۲ ق.م. مراجعه کرد که بر اساس بند نخست آن، به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود. به موجب این نکته، قانونگذار بی‌آنکه در گونه‌های بیع تمایزی قائل شود، حکم به حصول مالکیت پس از تحقق عقد کرده است. بنابراین، عقد سلف را نیز باید بر همین معیار توصیف کرد که پس از تحقق چنین عقدی، تملیک نیز صورت می‌پذیرد.

۵. مجاز نبودن فروش مبیع سلف پیش از سررسید

برای عقد سلف احکامی نیز گفته شده است که نکته برجسته در این باره مجاز نبودن فروش مبیع سلف پیش از سررسید است. (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴: ۳۱۹؛ عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۳۶۲)

به موجب نکته یاد شده، کسی که کالایی را در قالب عقد سلف خریداری کرده است نمی‌تواند آن را پیش از سررسید و زمان مشخص شده به فروش برساند، چنان که برخی فقیهان اضافه می‌کنند که در این زمینه، هیچ گونه تمایزی میان طرفین معامله، جنس ثمن یا میزان قیمت آن وجود ندارد. به سخن دیگر، خریدار مبیع در عقد سلف نمی‌تواند نسبت به فروش مبیع به هیچ فردی، از جمله فروشنده یا غیر او اقدام کند؛ اعم از آنکه جنس ثمن نخست با جنس ثمن معامله پس از آن یکی باشد یا آنکه با آن مغایر باشد یا میزان ارزش بهای پرداختی در عقد سلف با معامله پس از آن برابر باشد یا با آن متمایز باشد.

گفتنی است مجاز نبودن فروش مبیع در عقد سلف، شامل پس از زمان سررسید نمی‌شود، لذا در جایی که زمان سررسید فرا رسیده است، اما تسلیم همچنان صورت نپذیرفته است، برخی از فقیهان تصریح می‌کنند که فروش مبیع در این فرض جایز است. (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۵۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۵۴۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ۳۲۰؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۳ق: ۴۸۰)

۶. بازشناسی و نقد و بررسی اقسام قرارداد سلف موازی

با گفتاری که گذشت، در ادامه این نوشتار برخی از گونه‌های قرارداد سلف موازی، بازشناسی و پس از آن نقد و بررسی می‌شود.



۶.۱. قرارداد سلف موازی مطلق

قرارداد سلف موازی مطلق، قراردادی است که تنها بر عقد سلف، استوار است و به خلاف دو قسم دیگری از این قرارداد، ساختارش وابسته به وکالت یا حواله نیست. (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۳) در این گونه از قرارداد، خریدار نخست پس از معامله با فروشنده نخست، تنها بر اساس عقد سلف، مبیع را به خریدار دوم می‌فروشد.

آنچه درباره این قسم از قرارداد سلف موازی می‌توان گفت اینکه چنان که پیش‌تر به آن تصریح شد و در ادامه نیز به صورت جداگانه بررسی می‌شود، چون در عقد سلف، فروش مبیع پیش از زمان سررسید مجاز نیست و جواز فروش مبیع به پس از زمان سررسید مشروط است، بر همین اساس لزوم رعایت این نکته در قرارداد سلف موازی مطلق، موجب حفظ و بقای همه واسطه‌های خریدوفروش می‌شود و تسهیلی در این زمینه در بازار به وجود نمی‌آید. نتیجه آنکه، اگر چه این قسم از قرارداد پس از رعایت ضابطه عدم فروش مبیع پیش از زمان سررسید، به لحاظ فقهی و از این حیث با ایراد پیش گفته همراه نیست، اما درچنین حالتی، چرخش مالی که یکی از اهداف و انگیزه‌های پدیداری این قرارداد است، محقق نمی‌شود.

۶.۲. قرارداد سلف موازی وکالتی

قرارداد سلف موازی وکالتی، قسم دیگری از قرارداد سلف موازی به شمار می‌آید که در آن به وکالت نیز تکیه شده است. در این نوع از قرارداد، بایع در عقد دوم به مشتری خود وکالت بلاعزل می‌دهد و خریدار با دادن چنین وکالتی به افراد بعدی از معامله کنار می‌رود. (همان) بنابراین در این نوع از قرارداد، فروشنده سلف موازی ضمن فروش مسلم فیه، به خریدار به وی وکالت می‌دهد تا مسلم فیه را از عرضه‌کننده قبض کند یا به فروش آن اقدام کند.

همچنان که بر پایه توکیل، فروشنده، امکان تحقق معامله‌های پس از آن را نیز از جانب خریدار فراهم می‌کند. به بیان دیگر، در این قسم از قرارداد سلف موازی، سه نوع وکالت وجود دارد. نخست، وکالت در قبض است که به موجب آن خریدار می‌تواند با وکالتی که از جانب فروشنده دارد، کالا را قبض کند. وکالت دوم در این قرارداد، وکالت در فروش است که خریدار بر اساس وکالتی که فروشنده به وی داده است، امکان فروش کالا به فرد دیگری را به دست می‌آورد و وکالت سوم در قرارداد سلف موازی وکالتی، وکالت در توکیل است که بر پایه آن، صحت و تداوم معامله‌های آینده نیز فراهم می‌شود.

در نقد این قسم از قرارداد نیز باید گفت که این قرارداد با ایرادهای جداگانه‌ای همراه است که هر یک از این ایرادها در ادامه این نوشتار و در جای مناسب آن بررسی می‌شود. نکته نخست در این زمینه این است که این قرارداد نمی‌تواند مقصود و انگیزه پدیداری آن را توجیه کند، زیرا چنانچه چرخه‌ای که از این قرارداد به وجود می‌آید گسسته شود، در این صورت انگیزه اصلی در این قرارداد نیز متفی می‌شود.

توضیح بیشتر اینکه، عقد وکالت به صورت ذاتی یک عقد جایز و قابل فسخ است. (حلی، ۱۴۰۵ق: ۳۱۹؛ بهبهانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۴۵۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴: ۲۴۴؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰: ۲۴۳)

به عبارت دقیق‌تر، عقد وکالت بر پایه جایز بودن آن (رنجبر، ۱۳۹۷: ۹۲) ناگزیر است که از شرایط معتبر در یک عقد جایز پیروی کند. بر همین پایه، طرفین معامله، مجاز هستند که عقد را برهم زده و از التزام اجرایی به آن خودداری کنند. همچنان که به دلیل ویژگی دیگر عقد جایز با وفات، جنون یا حجر طرفین (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۵: ۳۸۳۳) چنین عقدی منحل می‌شود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۱۵۲؛ همو، ۱۴۱۱ق: ۱۲۲؛ همو، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ۵۳۴) و این نکته مغایر با انگیزه و غرضی است که در قرارداد سلف موازی ملاحظه شده است، زیرا چنان که گذشت یکی از انگیزه‌های پدیداری در این قرارداد آن است که بر پایه معامله‌های گوناگونی که در قرارداد صورت می‌پذیرد، چرخش مالی در بازار ثانویه حاصل شود، حال در صورتی که عقد به دلیل وفات یا حجر طرفین منحل شود، به صورت عملی، زنجیره معامله‌های شکل گرفته، گسسته می‌شود.

با توضیحی که گذشت این پرسش قابل طرح است که برای جدایی از ضوابط عقد جایز در عقد وکالت چه سازوکاری را می‌توان در این باره ارائه و پیگیری کرد؟

به موجب ماده ۶۷۹ ق.م.م. موکل هر زمان که بخواهد، می‌تواند نسبت به عزل وکیل اقدام کند، مگر در فرضی که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شود. با این وصف، برای درک بهتر محل بحث می‌توان نمونه‌ای از راهکار جدایی و در نتیجه، خارج شدن از ضوابط یک عقد قابل فسخ را در ادامه این تحقیق بررسی کرد.

در راستای انگیزه یادشده، گاهی می‌توان وکالت را در ضمن یک عقد لازمی به صورت شرط به شمار آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۹۷) همچنان که می‌توان شرط اسقاط حق عزل را نیز در پوشش یک عقد غیر قابل فسخ در قرارداد لحاظ کرد. (دلشاد، ۱۳۹۶: ۲۱۳)

از سویی، شرط مذکور را گاهی به صورت «شرط فعل» و گاهی به صورت «شرط نتیجه» می‌توان اجرایی کرد. بنابراین، گاهی می‌توان شرط وکالت را در ضمن یک عقد



غیرقابل فسخی مشروط کرد، مانند جایی که شرط وکالت در پی عقد بیع جاری می‌شود که بر این اساس، این شرط ممکن است که یا به گونه «شرط نتیجه» یا به صورت «شرط فعل» لحاظ شود. چنان که در عقد نکاح ممکن است چنین شرط شود که زوج به صورت مطلق یا مشروط، وکیل در طلاق باشد. در این حالت، نتیجه تحقق عقد نکاح این است که زوج، وکیل زوج در طلاق است، پس حق عزل در اینجا از میان‌رفته قلمداد می‌شود. با این حال، در جایی که نمونه پیش‌گفته بر اساس «شرط فعل» صورت می‌پذیرد، دو ارزیابی زیر را می‌توان در این زمینه برشمرد:

نخست آنکه در اینجا نیز انتفای حق عزل، ناگزیر تلقی شود و در تعلیل آن گفته شود که چون انگیزه و غرض اصلی در تحقق چنین عقدی، اسقاط حق دیگری است، پس طرفین ناگزیرند که به شرط خود پایبند باشند. در ارزیابی دوم نیز می‌توان گفت که در این فرض تنها به تخلف شرط بسنده می‌شود، از این‌رو، چنانچه به شرط قراردادی بی‌اعتنایی شود، در این صورت برای طرف دیگر قرارداد، حق فسخ وجود دارد که وی می‌تواند به آن تکیه کند. البته آشکار است که تمایز پایه‌ای درباره دو ارزیابی پیش‌گفته این است که در صورت اخیر، حق عزل کردن وکیل از میان نمی‌رود، لذا موکل همچنان مجاز است که وکیل را عزل کند و ضمانت اجرای چنین عقدی تنها این است که چنانچه عزل صورت پذیرفت، طرف مقابل مبتنی بر تخلف از شرط دارای حق فسخ است. نتیجه آنکه در این صورت حق عزل موکل، ساقط نمی‌شود و همچنان پابرجاست.

از سویی، فرض مسئله را می‌توان به گونه دیگری نیز تصور کرد که به موجب آن، شرط اسقاط حق عزل را در ضمن یک عقد غیر قابل فسخی به کار آورد. بر این اساس در آغاز، عقد وکالتی صورت می‌پذیرد و پس از آن به وسیله اجرای یک عقد غیر قابل فسخی به آثار موجود در آن عقد تکیه می‌شود که در اینجا نیز شرط اسقاط حق عزل را می‌توان یا به صورت «شرط نتیجه» یا به گونه «شرط فعل» در این قرارداد تصور کرد. حال اگر شرط اسقاط حق عزل به صورت شرط نتیجه باشد، در این فرض سقوط حق عزل، ناگزیر به شمار می‌آید. با وجود این، اگر شرط مذکور به صورت شرط فعل اجرایی شده است به این معنا که ضمن عقد غیرقابل فسخی که متعاقب عقد وکالت صورت می‌پذیرد، شرط شود که موکل حق عزل خود را به کار نیندد (همان: ۲۱۴) در این صورت، همان دو ارزیابی گذشته در اینجا نیز قابل بحث است. به تعبیر دیگر، به موجب انگیزه و غرض اصلی از چنین کاری به پایبندی طرفین از شرط مذکور حکم شود یا تنها بر اساس ویژگی تخلف از شرط به حق فسخ موجود در آن بسنده شود که در این فرض، حق عزل از میان نمی‌رود و موکل همچنان می‌تواند وکیل را عزل کند.

نکته برجسته در این باره اینکه در صورتی که ماده ۹۵۹ ق. م. ناظر بر ماده ۶۷۹ ق. م. بازنمایی و پس از آن باور نسخ آن ماده نیز پذیرفته شود، در این صورت می‌توان گفت که چون هیچ فردی نمی‌تواند به صورت کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا بخشی از حقوق مدنی را از خود سلب کند، پس این نکته در موضوع وکالت نیز ثابت و قابل صدق است؛ بنابراین، حقی که برای موکل وجود دارد در هیچ فرضی سلب نمی‌شود.

در مجموع، با وجود مناقشه در این زمینه و به رغم همه نکاتی که در این مبحث بازگو شد، اگر عقد وکالت به نحوی است که فرض سلب اختیار موکل در آن منتفی است، در این صورت موضوع محوری در پژوهش پیش‌رو نیز با ایراد همراه است. به عبارت روان‌تر، چنانچه شرط اسقاط حق عزل را نتوان در قرارداد سلف موازی وکالتی لحاظ کرد، ناگزیر به صورت عملی، بازار ثانویه نیز از میان می‌رود، زیرا هر فردی مجاز است که از وکالتی که داده است، بازگردد.

همچنین در قرارداد سلف موازی وکالتی همانند قسم نخست این قرارداد(قرارداد سلف موازی مطلق) همه واسطه‌های خریدوفروش در بازار باقی خواهند ماند، زیرا اگر فردی نتواند به کالا دست یابد، در اینجا مبتنی بر عقد وکالت تنها باید به موکل خود مراجعه کند. بنابراین، واسطه‌های خریدوفروش در این حالت نیز حذف نمی‌شوند و تسهیلی در بازار به وجود نمی‌آید. افزون بر این، اگر جایز بودن، لازمه ماهیت عقد وکالت قلمداد شود، در این صورت، با وفات و حجر طرفین، عقد به صورت قهری منحل می‌شود که این انحلال، قرارداد سلف موازی را نیز منحل می‌کند. حال بر پایه آنچه گذشت، باید چنین ارزیابی کرد که ویژگی گسسته شدن این قسم از قرارداد سلف موازی موجب می‌شود که انگیزه اصلی در بازار در این زمینه کاربردی نشود. افزون بر آنکه از نظر ضابطه فقهی معتبر در عقد سلف نیز این قرارداد با ایراد همراه است که این نکته نیز در ادامه این نوشتار و در محل بحث آن بررسی می‌شود.

۳.۶. قرارداد سلف موازی حواله‌ای

قرارداد سلف موازی حواله‌ای نیز یکی دیگر از اقسام قرارداد سلف موازی است که به موجب آن، بایع، بستانکار خود را به بدهکار خویش حواله می‌دهد. (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۴) پس در این نوع قرارداد، فروشنده سلف موازی، خریدار خود را برای دستیابی به «مسلم فیه» به فروشنده نخست و همان عرضه‌کننده حواله می‌دهد. بر همین اساس چون عقد حواله یک عقد لازم است که ماده ۷۳۲ ق. م. نیز به این نکته تصریح می‌کند؛ از این رو، از ویژگی‌های عقد جایز پیروی نمی‌کند و پس از آنکه عقد یادشده به گونه صحیح صورت پذیرفت، طرفین به صورت ذاتی، اختیار برهم زدن



معامله را در این قرارداد نخواهند داشت و از این نگاه، ایراد پیش گفته در قرارداد سلف موازی وکالتی، در این نوع از قرارداد پدید نمی‌آید. از سویی، یکی از آثار حواله، برائت ذمه «محیل» است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۲۲) و عقد حواله از منظر فقهی و حقوقی نقل به ذمه و از اسباب سقوط تعهد به شمار می‌آید. حال بر پایه این نکته و مبتنی بر ماده ۷۳۰ ق. م. ذمه محیل بری می‌شود و ذمه محال علیه، مشغول می‌شود و مراجعه محال به محیل نیز در این فرض از میان می‌رود و وی تنها می‌تواند به محال علیه مراجعه کند.

البته در پاسخ به این پرسش که اراده «محال علیه» در تحقق عقد حواله دارای چه کارکردی است، باید گفت که به موجب ماده ۷۲۵ ق. م. حواله جز با رضایت محال و قبول محال علیه محقق نمی‌شود. هر چند ایرادی که درباره این ماده قانونی مطرح است این است که چون واژه‌هایی مانند «ایجاب»، «قبول» و «رضا» دارای مفهوم مشخص و معین حقوقی هستند و به سخن دیگر، واژه «رضا» مغایر با واژه «قبول» است (مهیدیان و باقری، ۱۳۹۸: ۱۸۴) و از سویی، چون دو رکن عقد حواله در ایجاب و قبول، محیل و محال به شمار می‌آیند، از این رو، تعبیری که از سوی قانونگذار در ماده ۷۲۵ ق. م. به کار رفته است، تعبیری است که با ایراد همراه است.

به هر صورت بر اساس آنچه گذشت، در قرارداد سلف موازی حواله‌ای پس از آنکه عقد حواله بر اساس شرایط و ضوابط معتبر منعقد شد، دارای ویژگی عقد لازم است، بنابراین، ذمه محیل یا فروشنده سلف موازی، بری می‌شود و ذمه محال علیه، که همان فروشنده نخست است، مشغول می‌شود که در این حالت، کسی که از فروشنده سلف موازی طلبکار است تنها به فروشنده نخست می‌تواند مراجعه کند.

البته بخشی از نقدی که درباره این گونه از قرارداد می‌توان مطرح کرد، نیازمند این توضیح است که از منظر فقهی هنگام انعقاد عقد حواله، لازم است که «محال علیه» از نظر مالی توانگر باشد و چنانچه وی تنگدست است، لازم است که محال به تنگدستی او آگاه باشد. با این بیان، اگر «محال علیه» در زمان انعقاد عقد حواله، تنگدست است و محال نیز در زمان عقد به این موضوع ناآگاه است و پس از عقد به تنگدستی او پی می‌برد، در این صورت برای محال حق فسخ وجود دارد (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۹۴؛ عاملی، ۱۴۱۰ق: ۱۳۷؛ عاملی، ۱۴۲۲ق: ۴۲۶-۴۲۵) و وی مجاز است برای ستاندن طلب خود به محیل مراجعه کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۳۳)

گفتنی است نکته یادشده، چه در فرضی که محال شرط توانگر بودن محال علیه را در زمان عقد با محیل در میان گذاشته یا چنین شرطی در عقد لحاظ نشده است نیز پابرجاست، همچنان که در این باره، میان فرضی که پیش از فسخ عقد، محال علیه توانگر

شود یا اینکه وی به همان تنگدستی خود باقی باشد، فرقی وجود ندارد و محتال می‌تواند به حق فسخی که برای او حاصل شده است، تکیه کند. تعلیلی که برای فرض اخیر گفتنی است این است که چون حق فسخ به دلیل تنگدستی محال علیه در زمان عقد به وجود آمده است و برای محتال این امکان فراهم بوده است که از آن حق استفاده کند، پس از توانگری محال علیه نیز با تمسک به استصحاب، حق فسخ مذکور را می‌توان همچنان برای محتال محفوظ دانست.

به موجب ماده ۷۲۹ ق. م. نیز چنانچه در زمان تحقق عقد حواله، «محال علیه» مُعسِر بوده است و محتال نیز در این باره ناآگاه بوده است، در این صورت برای محتال، حق فسخ وجود دارد و می‌تواند به محیل مراجعه کند. حال بر اساس آنچه گذشت باید گفت به لحاظ نظری در قرارداد سلف موازی حواله‌ای چنانچه فروشنده سلف موازی، طلبکار خود را به کسی حواله داده است که وی مُعسِر است و از سوی، محتال نیز به این موضوع ناآگاه است، در این صورت برای محتال، حق فسخ وجود دارد و وی مجاز است که به کسی که او را به محال علیه، حواله داده است یا همان فروشنده سلف موازی مراجعه کند که چنین حالتی، موجب فروپاشی قرارداد می‌شود.

۴.۶. ایراد مستقل نبودن سلف نخست و سلف موازی

ایراد برجسته دیگر درباره این قرارداد این است که بر پایه آنچه پیش‌تر درباره عقد سلف گذشت باید چنین ارزیابی کرد که ساختار رایج قرارداد سلف موازی با ایراد فقهی ممنوع بودن فروش مبیع سلف پیش از سررسید همراه است، از این رو، فروش مبیع سلف پیش از سررسید از سوی خریدار نخست، مغایر با ضابطه فقهی تعیین شده در عقد سلف است.

۴.۶.۱. پاسخ داده شده به ایراد مذکور

در پاسخ به این ایراد، گاه چنین گفته می‌شود که در قرارداد سلف موازی، دو معامله باید از یکدیگر مستقل باشند و فروشنده در سلف موازی باید قصد مبیعی با ویژگی‌های مشابه در سلف نخست را داشته باشد. (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۵۳) از همین رو، بر پایه این نگاه، چنین تبیین می‌شود که قصد و انگیزه فروشنده در قرارداد سلف موازی، فروش مبیع سلف نخست نیست، بلکه انگیزه وی بر پایه فروش مبیعی محقق می‌شود که با ویژگی‌های مبیع سلف نخست مشابه است. پس فروشنده، همان مبیع سلف نخست را نمی‌فروشد.

۶.۴.۲. نقد و بررسی پاسخ یاد شده

درباره پاسخ یاد شده باید گفت این پاسخ در برابر ایراد پیش گفته، بی‌پیوند است. به تعبیر فنی‌تر، پاسخ داده شده مغایر با فرض مسئله و خروج از موضوع به شمار می‌آید، زیرا بازگشت بحث به این پرسش می‌رسد که آیا قراردادی که مبتنی بر فروش مبیع در عقد سلف نخست و پیش از سررسید است، صحیح قلمداد می‌شود یا فاقد معیار صحت است؟ اما پاسخی که مبتنی بر دیدگاه یاد شده است این است که فروشنده در سلف موازی باید مبیعی را با ویژگی‌های مشابه در مبیع سلف نخست قصد کند. نقد تکمیلی درباره این پاسخ چنین است:

خریدار نخست که پس از سلف اولیه در جایگاه فروشنده دوم تلقی می‌شود، تنها مالک همان مبیعی است که در سلف نخست وجود دارد. به عبارت دقیق‌تر، خریدار نخست تنها می‌تواند به فروش مبیع سلف نخست، آن‌هم پس از زمان سررسید اقدام کند و در صورتی که مبیع دیگری را با ویژگی‌های مشابه در مبیع قرارداد سلف نخست بفروشد و خریدار دوم را به فروشنده نخست ارجاع بدهد، در این حالت اگر چه یک بیع مستقل محقق شده است، اما آشکار است که بیع اخیر، «بیع فضولی» به شمار می‌آید، زیرا آنچه خریدار نخست فروخته است بنا به فرض بحث، مبیع متمایزی است که متعلق به فروشنده نخست است، از این‌رو، مستلزم تنفیذ و اجازه است.

از سوی دیگر، ایراد مذکور در قالب تمسک به قرارداد سلف موازی و کالتی یا قرارداد سلف موازی حواله‌ای نیز چاره‌سازی نمی‌شود، زیرا وجود و کالت در قرارداد سلف موازی و کالتی و همچنین وجود حواله در قرارداد سلف موازی حواله‌ای، خود نمایانگر وابستگی میان دو قرارداد و عدم استقلال میان آن‌هاست. به سخن دیگر، اگر بر اساس آنچه در نگاه یادشده پافشاری می‌شود، دو قرارداد مستقل از یکدیگرند و مبیع سلف موازی جدا از مبیع در سلف نخست است، در این صورت، این پرسش مطرح است که فروشنندگان سلف موازی بر چه اساسی، همواره طرف مقابل خود را برای تحویل کالا به فروشنده نخست، و کالت و حواله می‌دهند؟ پاسخ این پرسش، روشن و بدون ابهام است و وجود و کالت یا حواله نیز در اینجا، قرینه گویا و بارزی است که وابستگی میان قرارداد سلف نخست با سلف موازی و عدم استقلال آن را به روشنی، آشکار و مشخص می‌کند. از این‌رو، ایراد فقهی مجاز نبودن فروش مبیع در عقد سلف پیش از زمان سررسید در این حالت نیز جاری و پابرجاست.

در همین زمینه برخی نیز چنین ارزیابی می‌کنند که اگر این قراردادها مستقل از سلف‌های پیش از خود به شمار می‌آیند، باید در ردیف مصادیق معاملات سلف در بازار فیزیکی بورس کالایی طبقه‌بندی شوند و این درحالی است که در عمل، بازار معاملاتی

چنین قراردادهایی، بازار مشتقات است. افزون بر اینکه فروشندگان سلف موازی استاندارد در بازارهای یادشده تنها مجازند که به فروش کالا در بازه مال خریداری شده به لحاظ میزان، نوع و کیفیت اقدام کنند که این نکته نیز گواه دیگری بر عدم استقلال این نوع قرارداد است. (عبدی پور و شهیدی، ۱۳۹۴: ۴۵)

۵.۶. ایراد استثنا بودن بیع سلف

درباره عقد سلف گاهی چنین گزارش می‌شود که عقد سلف، موردی استثنا برای قاعده اصلی «منع بیع معدوم» به شمار می‌آید. از این رو و به سخنی دیگر، جایگاه چنین عقدی نیز محدود به فرضی است که فروشنده دوم، مبیع مشابه در مبیع سلف نخست را بدون قصد سود و تجارت و تنها در صورت اضطرار و نیازمندی می‌فروشد. (سید العوضی، ۱۴۳۰ ق، ج ۳: ۴۷۰)

۵.۶.۱. پاسخ داده شده به ایراد مذکور

در پاسخ به ایراد یادشده آمده است که عقد سلف، استثنایی بر قاعده کلی نیست، زیرا مبیع سلف در حکم مبیع موجود است و اگر چه در زمان عقد، موجود نیست، اما در زمان سررسید موجود است. همچنین در این زمینه گفته می‌شود که اگر استثنای مذکور نیز پذیرفته شود می‌توان گفت چون در روایات، حکمت مشروعیت عقد سلف تنها به زمان نیازمندی محدود نشده است و این روایات به صورت عام است، از این رو، باید به حلیت چنین معامله‌ای حکم کرد. در ادامه این بیان نیز آمده است که اگر حرمت کسب سود در بیع سلف پذیرفته شود باید به ممنوع بودن اکثر عقود سلفی که در جامعه به عمل می‌آید، حکم کرد، زیرا غالب این عقود با انگیزه سود صورت می‌پذیرد. همچنین بر پایه این نگاه اضافه شده است که در قرارداد سلف موازی چون شرط است که مبیع مورد معامله همان مبیع نخست نباشد، پس این قرارداد با روایات وارد شده در این زمینه تنافی ندارد. (صادقی مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۵۶)

۵.۶.۲. نقد و بررسی پاسخ یاد شده

وجه نخستی که در پاسخ به ایراد پیش گفته آمده است اگر چه ممکن است پذیرفته شود، اما چنین پاسخی در برابر ایراد مذکور و محل بحث، به صورت فراگیر بی‌ارتباط است، زیرا این پاسخ در جایی چاره‌ساز است که مجاز نبودن فروش مبیع پیش از سررسید در عقد سلف به سبب موجود نبودن آن تعلیل شود و این در حالی است که بر پایه مبانی، چنین تحلیلی به دست نمی‌آید. پس مجاز نبودن فروش مبیع پیش از سررسید در عقد سلف، معین در موجود نبودن مبیع نیست تا مبتنی بر آن گفته شود که مبیع در عقد سلف در





حکم مبیع موجود است. نتیجه آنکه، ایراد فقهی یادشده در فرض مزبور نیز صادق است.

نکته دیگر اینکه، درباره «اصل» در معاملات، دو دیدگاه برجسته وجود دارد؛ براساس یک دیدگاه، اصل در همه معاملات بر پایه «صحت» استوار است و این در حالی است که بر اساس دیدگاهی دیگر، اصل در همه معاملات مبتنی بر «فساد» است، مگر آنکه همراهی یک معامله با مبانی معتبر، معلوم و مشخص شود. با این توضیح، فرض یا خروجی ایراد پیش گفته را بر پایه باور دوم می‌توان چنین تقویت کرد که پس از بررسی‌های علمی در ادله بیع سلف، این نتیجه به دست می‌آید که بیع سلف محدود به زمان اضطرار و نیازمندی است، حال اگر درباره صحت عقدی که انگیزه آن سود و تجارت است تردیدی به وجود آید، بر اساس برداشت یاد شده، می‌توان به استصحاب عدم صحت تکیه کرد.

همچنین، درباره وجه دیگری از پاسخ مذکور که چنین یادآور شده است که اگر حرمت کسب سود در عقد سلف پذیرفته شود، در این صورت، بر اساس انگیزه غالب در جامعه، دیگر بازاری برای مسلمانان باقی نمی‌ماند، باید گفت نکته‌ای که در این پاسخ به آن پافشاری شده است خود، آغاز سخن است. به تعبیر فنی‌تر باید گفت «وقوع شیء» اگر چه دلیل بر «وجود شیء» است، اما دلیل بر صحت آن به شمار نمی‌آید، زیرا صحت شیء در چنین فرضی به ضوابط متعددی وابسته است. به سخن دیگر، ممکن است که یک عقد به وجود عنوانی متصف شود، اما دارای ملاک و شاخص‌های اعتبار و صحت شرعی یا قانونی به شمار نیاید. حکم عرف نیز اگر چه در مواضع گوناگونی، ارزشمند و قابل تمسک است، اما چنانچه به گونه آشکار با ادله معتبر، مغایر باشد یا در صورتی که ملاک یا ضابطه‌ای برای عرف تعیین و ملاحظه شده است که عرف به آن ملاک و ضابطه بی‌اعتناست، در این موارد، صرف نگاه عرفی، چاره‌ساز نیست. از این‌رو اگر چنین فرض شود که در بازار مسلمانان نیز اکثر عقود سلفی به خلاف نکات و ضوابط معتبر در این زمینه صورت می‌پذیرد، در این حالت تنها با تمسک به عرف یا انگیزه‌های موجود در بازار نمی‌توان معاملات را مورد پوشش قرار داد و حکم صحت بر آن بار کرد.

درباره نکته پایانی پاسخ مذکور که مبتنی بر فرض استقلال مبیع در سلف موازی است باید گفت پیش‌تر به صورت جداگانه، نادرست بودن چنین برداشتی تحلیل شد، لذا از تبیین دوباره آن پرهیز می‌شود.

گفتنی است ایرادهای گوناگون دیگری نیز در قراردادهای سلف موازی وجود دارد که در پژوهشی مسووط، قابل پیگیری است.

نتیجه گیری

بر پایه آنچه در پژوهش حاضر تبیین شد، می‌توان چنین ابراز کرد که به خلاف برخی از باورها یا پژوهش‌های نگاشته شده در این زمینه، ساختار رایج قرارداد سلف موازی با ضوابط فقهی معتبر در «عقد سلف» منطبق نیست، از این رو، فروش مبیع سلف پیش از سررسید، مغایر با ضابطه تعیین شده در این زمینه ارزیابی می‌شود. بر همین پایه، لازم است که به برخی از نکات و نتایج زیر نیز تأکید کرد:

۱. در برابر دیدگاه برخی از حقوق‌دانان مبنی بر عدم تملیک درباره بیعی که موضوع آن «کلی در ذمه» است، می‌توان گفت که قانونگذار به موجب بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی، بی‌آنکه در گونه‌های بیع تمایزی قائل شود، حکم به حصول مالکیت پس از تحقق عقد کرده است و این نکته قانونی را می‌توان ناظر و گویای این برداشت بازگو کرد که در عقد سلف نیز که مبیع به صورت کلی در ذمه است، با تحقق عقد، تملیک نیز صورت می‌پذیرد.

۲. هر یک از اقسام قرارداد سلف موازی با خدشه‌هایی همراه است. بر این اساس در قرارداد سلف موازی مطلق، رعایت ضابطه عدم فروش مبیع پیش از زمان سررسید موجب می‌شود که انجام معامله تنها به «بازار اولیه» محدود شود و واسطه‌های خرید و فروش در بازار باقی بمانند. بنابراین، تسهیلی در این زمینه در بازار صورت نمی‌پذیرد و «بازارتانویه» و چرخش مالی که از اهداف پدیداری این قرارداد است، کاربردی نمی‌شود.

در قرارداد سلف موازی وکالتی نیز چون عقد وکالت یک عقد قابل فسخ است، هر فردی می‌تواند از وکالتی که به دیگری داده است، رجوع کند. از سویی پس از وفات و حجر طرفین معامله نیز عقد وکالت به صورت قهری منحل می‌شود که این انحلال، قرارداد سلف موازی را نیز منحل می‌کند. به هر صورت، ویژگی گسسته‌شدن این قسم از قرارداد سلف موازی، موجب می‌شود که انگیزه اصلی در بازار در این زمینه کاربردی نشود. همچنین به لحاظ نظری درباره قرارداد سلف موازی حواله‌ای باید گفت که چنانچه «محال علیه» معسر است و محتال نیز به اعسار او ناآگاه است، از منظر فقهی و همچنین به موجب ماده ۷۲۹ ق.م.م. محتال دارای حق فسخ است که در مورد بحث حاضر، وی می‌تواند به فروشنده سلف موازی مراجعه کند که چنین حالتی، موجب فروپاشی قرارداد می‌شود.

۳. این باور که در قرارداد سلف موازی، دو معامله از یکدیگر مستقل هستند، نادرست است و وجود وکالت در قرارداد سلف موازی وکالتی یا حواله در قرارداد سلف موازی حواله‌ای و همچنین سایر نکاتی که در محل بحث تبیین شد، همگی قرینه‌گویی است





که عدم استقلال و وابستگی میان قراردادهای را نمایان می‌کند. از این رو، قراردادهای یادشده افزون بر آنچه پیش‌تر گذشت، دارای ایراد فقهی مجاز نبودن فروش مبیع پیش از زمان سررسید است و با ضابطه تعیین شده در عقد سلف، منطبق نیست.

۴. این برداشت که انگیزه‌های موجود در بازار را می‌توان به صرف نگاه عرفی و بدون ملاحظه ضوابط معتبر، مورد پوشش و اتکا قرار داد، ناتمام است.

به هر صورت به هدف احتراز از پافشاری‌های ناروا برای موجه‌سازی ساختار چنین قراردادهایی در تطبیق با ضوابط فقهی تعیین شده در عقد سلف که هر نوع روایتی، سرآغاز بروز ایرادی مجزا در این زمینه می‌شود، می‌توان پژوهش حاضر را با این نکته به پایان رساند که چنانچه اعتباربخشی درباره اوراق و گواهی سلف‌کنونی بر اساس ارزشگذاری پایه‌ای، تحدید و تثبیت شود، در این حالت، نهاد چنین قراردادهایی را می‌توان به صورت جداگانه، قابل زیست و روی‌آوری گزارش کرد.

منابع و مأخذ:

- ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ ق)، معجم مقاییس اللغة، ج ۱، قم: [بی‌نا].
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق)، لسان العرب، ج ۳، بیروت: [بی‌نا].
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ ق)، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، ج ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- امامی، سید حسن (بی‌تا)، حقوق مدنی (امامی)، تهران: انتشارات اسلامی.
- باریکلو، علی رضا (۱۳۹۴)، حقوق قراردادهای عقود معین (۱)، تهران: میزان.

- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بهبهانی، سید علی (۱۴۰۵ ق)، الفوائد العلیّه-القواعد الکلیّه، اهواز: کتابخانه دار العلم.
- بهجت فومنی گیلانی، محمد تقی (۱۴۲۳ ق)، وسیله النجاة (للبهجه)، در یک جلد، قم: انتشارات شفق.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۶ ق)، منهاج الصالحین (للتبریزی)، قم: مجمع الإمام المهدی علیه السلام.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، عقد حواله، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جواهری، حسن (۱۴۱۹ ق)، بحوث فی الفقه المعاصر، ج ۱، بیروت: دار الذخائر.
- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸ ق)، ریاض المسائل (ط-الحدیثه)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲ ق)، فقه الصادق علیه السلام (لروحانی)، قم: دارالکتاب مدرسه امام صادق علیه السلام.
- حسینی زبیدی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱، بیروت: [بی نا].
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۲۲ ق)، المسائل المنتخبة (للسیستانی)، در یک جلد، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.



- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن (۱۴۲۴ ق)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ ق)، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- دلشاد، ابراهیم (۱۳۹۶)، عقد وکالت (از منظر قانون مدنی و مقررات وکالت دادگستری)، تهران: میزان.
- رنجبر، رضا (۱۳۹۷)، ماهیت توکیل و تاثیر فوت یکی از وکلا در قوام عقد وکالت، نشریه فقه و مباحث حقوق اسلامی، س ۵۱، ش ۱.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ ق)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، قم: مؤسسه المنار دفتر حضرت آیت الله.
- سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ ق)، کفایة الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سید العوضی، رفعت (۱۴۳۰ ق)، موسوعة الاقتصاد الاسلامی فی المصارف و النقود و الاسواق المالیه، مصر: دار السلام.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵)، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، تهران: مجد.
- صادقی مقدم، محمد حسن و همکاران (۱۳۹۵)، تحلیل فقهی، حقوقی «قرارداد سلف موازی استاندارد» ابتکاری جدید برای بازار سرمایه، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، س ۵، ش ۲.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۶ ق)، هداية العباد (لصافی)، قم: دارالقرآن الکریم.

- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللعة الدمشقية فی فقه الإمامیه، بیروت: دار التراث / الدار الإسلامیه.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفتها م إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
- _____ (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللعة الدمشقية (المحشی کلانتر)، قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۲۲ق)، حاشية شرائع الإسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عبدی پور، ابراهیم و سید مرتضی شهیدی (۱۳۹۴)، «ابعاد فقهی، حقوقی و مالی قراردادهای سلف در بورس»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، س ۱۶، ش ۱.
- عراقی، آقا ضیاء الدین (۱۴۱۴ق)، شرح تبصره المتعلمین (للأغا ضیاء)، ۵ جلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی (درس های از عقود معین)، تهران: گنج دانش.
- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (۱۴۰۶ق)، منهاج المؤمنین، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.





- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق)، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم: مؤسسه انصاریان.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- _____ (۱۴۰۴ق)، زیادة الأحكام للإمام الخمينی علیه السلام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- موسوی خویی، سید ابو القاسم (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین (للخوئی)، قم: نشر مدینه العلم.
- مهدیان، محسن و احمد باقری (۱۳۹۸)، واکاوی چگونگی انعقاد حواله (با رویکرد نقد ماده ۷۲۵ قانون مدنی)، نشریه آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۹.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نجفی کاشف الغطاء، مهدی (بی تا)، مورد الأئام فی شرح شرائع الإسلام، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا (۱۳۶۶ق)، وجیزة الأحكام، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹)، «تثوری محل در برات و عقد حواله»، نشریه حقوق خصوصی، س ۷، ش ۱۷.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، منهاج الصالحین (للوحید)، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.