

بررسی فقهی - حقوقی شیوه‌های جایگزین معامله اوراق سلف نفتی در بازار ثانوی^۱

عبدالحسین شیروی *

هادی رحمانی **

چکیده

ممنوعیت فروش مبیع سلف قبل از سررسید باعث شده است که ایجاد بازار ثانوی برای اوراق سلف نفتی به شیوه‌ی معمول غیرممکن باشد. از این رو باید به دنبال شیوه‌های جدیدی برای فروش اوراق سلف در بازار ثانویه باشیم. برخی روش‌های جایگزین پیشنهاد شده عبارتند از سلف موازی، واگذاری وکالتی و صلح مبیع سلف که هر کدام از این روش‌ها ایراداتی دارند که ایجاد بازار ثانوی را با اشکال مواجه می‌نمایند. روش ترکیب سلف موازی و حواله اگرچه کاملترین روش پیشنهاد شده محسوب می‌گردد اما همچنان ایراداتی دارد که در این تحقیق در صدد رفع آن برآمده ایم و در مسیر رفع این ایرادات در جهت دستیابی به روش پیشنهادی نهائی سیر نموده‌ایم. به عقیده-ی ما عرف تجاری و ویژگی‌های معاملات بورسی، برای اوراق سلف وصف تجریدی ناقصی ایجاد نموده و این اوراق را از معاملات مبنای آنها منفک نموده و بعنوان حقوق مستقلی قابل معامله گردانیده است. در این روش نیاز به توجیه نقل و انتقال اوراق با عقد حواله و مواجهه با محدودیت‌های فقهی این عقد نیست و نظام حقوقی جدیدی برای انتقال اوراق سلف نفتی پیشنهاد می‌نماید.

کلید واژه‌ها: سلف موازی، سلف موازی استاندارد، وصف تجریدی، حقوق گردان، اوراق سلف نفتی.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۲۰

* استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران ashiravi@ut.ac.ir

** دکترای حقوقی خصوصی، دانشگاه تهران، تهران ایران (نویسنده مسؤل) Rahmani.hadi@yahoo.com

۱- طرح مسأله

نتایج تحقیقات نشان می‌دهد که مبیع سلف را نمی‌توان پیش از سررسید به شخص دیگری فروخت و در نتیجه اوراق سلف نفتی بازار ثانویه‌ی طبیعی ندارند (شیروی و رحمانی، ۱۳۹۶؛ موسویان، ۱۳۸۹؛ فراهانی، ۱۳۸۸). این امر بدین معناست که در نگاه نخست اوراق سلف را نمی‌توان در بازار ثانوی به دیگری انتقال داد. در این صورت باید به دنبال راه حلی برای ایجاد بازار ثانوی برای اوراق سلف باشیم. راه‌های مختلفی توسط حقوقدانان و اقتصاددانان برای برخورد با این چالش پیشنهاد شده است که عبارتند از سلف موازی، واگذاری وکالتی، صلح مبیع سلف و ترکیب سلف موازی با حواله که هر کدام از این راه‌ها مزایا و معایبی دارند که در این مقاله مورد بررسی اجمالی قرار می‌گیرند و راه‌های جدیدی نیز برای حل مشکل بازار ثانویه‌ی اوراق سلف مورد بررسی قرار می‌گیرد. هدف از انجام این تحقیق این است که به راه حلی برای ایجاد بازار ثانوی پویا برای اوراق سلف نفتی دست یابیم و به این نتیجه برسیم که آیا امکان رهایی از مقررات سختگیرانه‌ی فقهی برای ایجاد بازار ثانوی اوراق سلف، بویژه اوراق سلف نفتی، وجود دارد یا خیر. در این راستا شیوه‌های فعلی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد و شیوه‌ی نوینی نیز تحت تأثیر عرف تجاری فعلی داخلی و مطالعات انجام شده در سایر نظام‌های حقوقی پیشنهاد خواهد گردید.

۲- سلف موازی

سلف موازی آن است که خریدار سلف از دولت اسلامی به عنوان مالک معادن و انفال (مرادی و رنجبر، ۱۳۹۵، ۶۹) می‌تواند در کنار سلف اولیه، معامله‌ی سلف مستقل دیگری منعقد نماید. این معاملات در عرف بازار متداول است. در این حالت کسی که کالائی را پیش خرید نموده است می‌تواند با انعقاد معامله‌ی سلف جدیدی تمام یا بخشی از مورد معامله‌ی سلف اولیه را به دیگری منتقل نماید. به عبارتی خریدار در سلف اولیه، فروشنده در سلف دوم می‌باشد. تمام این معاملات بر روی مورد معامله‌ی کلی انجام می‌شود و می‌دانیم اوصاف مورد معامله در هنگام عقد باید تعیین شده باشد.

قرارداد سلف موازی توسط برخی اقتصاددانان کشورهای اسلامی در راستای جبران محدودیت‌های فقهی ناشی از عقد سلف پیش بینی شده و این افراد برای نخستین بار در کتب خود از معامله‌ی سلف موازی سخن گفته‌اند (شمی، ۱۳۴۲، ۲۵۸). این قرارداد از لحاظ فقه اهل تسنن اگرچه مخالفانی دارد (ابن

تیمیه، ۱۴۱۵، ۵۱۷ و ۵۱۹؛ وزارت الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، ۱۴۱۲، ۲۲۰) اما نهایتاً مورد تأیید قرار گرفته است (فهیم خان^۱، ۲۰۰۰، ۵۰؛ الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۳۸؛ موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۴). از لحاظ فقه شیعه نیز کمیته‌ی تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار در صورتجلسه‌ی کمیته‌ی تخصصی (جلسه‌ی شماره ۲۷، ۱۳۸۷/۰۵/۱۶) قرارداد سلف موازی را بررسی نموده است و ضمن تأیید آن، راه حل شرعی برای آن پیشنهاد داده است. در پی آن در سال ۱۳۸۹ دستورالعمل اجرائی قرارداد سلف موازی نفت و فراورده‌های نفتی به تصویب هیأت مدیره‌ی سازمان بورس رسید و انتشار این اوراق در دی ماه ۱۳۹۱ توسط بورس انرژی انجام شد (صادقی مقدم، موسی پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۲). علی رغم مزایای متعددی که برای این اوراق متصور است، به علت برخی ایراداتی که بر سلف موازی وارد شده است «سلف موازی استاندارد» پیش بینی شده و مورد تأیید قرار گرفته که در واقع سلف موازی حواله ای استاندارد شده جهت ارائه در بورس است (صادقی مقدم، موسی پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۲۸) که در این مقاله به تفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳- واگذاری وکالتی

وکالت در لغت به معنای واگذار کردن، اعتماد و تکیه کردن به دیگری است (معلوف، ۱۳۶۲، ۹۱۶) و در اصطلاح فقهی، عقدی است که به موجب آن فرد دیگری را بالذات برای انجام برخی تصرفات، نایب (جانشین) خود قرار می‌دهد (عاملی، ۱۳۸۸، ۵۳). واگذاری وکالتی بدین صورت است که مشتری در جایگاه فروشنده، مبیعی مثل مبیع سلف اول را در قالب عقد سلف به شخص ثالثی می‌فروشد و بایع در عقد دوم که همان مشتری سلف اولیه است به مشتری خود وکالت بلاعزل می‌دهد که در زمان سررسید به بایع سلف اول مراجعه نموده و مبیع سلف را از وی دریافت نماید (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۰۸).

در این روش خریدار اولیه‌ی اوراق سلف که مالک مشاع مبیع سلف با اوصاف توافق شده است، به دلیل عدم امکان فروش مبیع سلف پیش از سررسید، نمی‌تواند این اوراق را قبل از سررسید به فرد دیگری بفروشد. اما وی می‌تواند از روش ذیل برای غلبه بر این معضل استفاده نماید:

۱.Fahimkhan

۱. خریدار (الف) و شخصی که قصد دارد اوراق سلف را به مالکیت خود درآورد (ب) قیمت روز اوراق سلف را مشخص می‌کنند و توافق می‌کنند که (ب) این مبلغ را به صورت قرض به (الف) بپردازد.
۲. (الف) ضمن عقد خارج لازم به (ب) وکالت می‌دهد و اختیارات ذیل را در قرارداد وکالت به وی واگذار می‌نماید:
 - (ب) کالا را در سررسید از جانب (الف) قبض نماید. با توجه به آنچه در این مرحله می‌بینیم، معامله - ی بعدی (که همان فروش کالا توسط ب به خودش یا دیگری به وکالت از الف است) پس از سررسید و حتی بعد از قبض مورد معامله توسط (ب) انجام می‌شود، مشکل فقهی فروش مبیع پیش از سررسید وجود ندارد.
 - (ب) کالا را به وکالت از (الف) به همان قیمت به خودش یا دیگری بفروشد و مبلغ پرداختی را دریافت نماید.
 - (ب) مبلغ مذکور را بابت طلبی که به صورت قرض از واگذار کننده اوراق سلف دارد، بردارد.
- البته (ب) نیز می‌تواند با استفاده از حق توکیل، با گرفتن قیمت روز از (ج)، اوراق را به وی واگذار نماید و همین روال تا هر چند مرحله که لازم است ادامه یابد.

۳-۱- ایرادهای روش واگذاری وکالتی

- بر روش واگذاری وکالتی به مقتضای عقد وکالت ایرادهائی وارد شده است (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۶) که در ادامه‌ی مطلب بدانها می‌پردازیم:
۱. هرگاه آخرین وکیل نتواند کالا را از فروشنده‌ی اول قبض نماید، باید به مقتضای عقد وکالت به افراد پیشین خود رجوع نموده و مطالبه‌ی خسارت نماید (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۵) در حالی که در واقع نمی‌توان از طریق عقد وکالت مطالبه‌ی خسارت نمود بلکه می‌توان معادل قیمت روز اوراق سلف را که به ید پیشین به عنوان قرض داده شده است، با شرایط عقد قرض مطالبه نمود.
 ۲. رویه‌ی بازارهای مالی این است که باید انتقال اوراق به گونه‌ای باشد که واسطه‌ها حذف شوند و البته ممکن است دسترسی به آنها ممکن نباشد در این صورت باید وثیقه‌هائی از آنها گرفته شود.

۳. ایراد دیگر این است که می‌دانیم عقد وکالت به محض فوت یا جنون یکی از طرفین منفسخ می‌شود و بازار ثانویه با وقفه و اختلال مواجه می‌شود. همه‌ی موارد مذکور عملیاتی‌شدن روش واگذاری وکالتی را غیرممکن می‌سازند.

۴. مشکل بعدی مربوط به مدیریت ریسک اوراق، برای افرادی است که اوراق، با عقد وکالت به آنها واگذار شده است. اگر قیمت کالا در سررسید کمتر از ثمن عقد قرض باشد، خریدار نهائی حق دارد مبلغ قرض داده شده را مطالبه نماید و کالای سلف را به فروشنده واگذار کند و به همین ترتیب هر یک به ید ماقبل خود رجوع کند که این امر با ماهیت و مقتضای بازارهای مالی سازگاری ندارد.

۴- صلح مبیع سلف

می‌دانیم که عقد صلح، عقدی است که مطابق آن، دو نفر بر امری مانند تملیک عین، منفعت، اسقاط دین، اسقاط حق و مانند آن‌ها تراضی می‌نمایند. این عقد فایده عقدهای دیگر را دارد اما شرایط آنها در این عقد معتبر نیست، مثلاً قبض ثمن در بیع سلف لازم است اما در صلح بر آن، قبض لازم نیست. پس می‌توان گفت در عقد سلف، خریدار اول می‌تواند پیش از سررسید و قبض کالا، آن را از راه صلح به دیگری منتقل نماید چراکه در قرارداد صلح محدودیت‌هایی که در عقد بیع هست، وجود ندارد. افراد بعد نیز می‌توانند کالای سلف را به عقد صلح به نفرات بعدی منتقل نمایند. صلح مبیع سلف پیش از سررسید به عقیده‌ی اکثر فقهای شیعه معتبر است. در نتیجه خریدار نهائی اوراق سلف، مالک مبیع در ذمه‌ی فروشنده-ی اول می‌شود و فروشندگان واسط از بازار خارج می‌گردند و نفر آخر می‌تواند با رجوع به فروشنده‌ی اول، کالا را دریافت نماید.

محدودیت نخست این روش این است که به عقیده‌ی اکثر فقیهان اهل سنت و برخی از فقیهان شیعه قرارداد صلح عقد مستقل نبوده و در این موارد قابل استفاده نیست و بازار ثانوی اوراق سلف با استفاده از این روش فقط کاربرد داخلی محدود دارد و قابل عرضه برای افراد اهل سنت داخل و خارج از کشور نیست (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۶). محدودیت دیگر این روش این است که برخلاف آنچه برخی پژوهشگران تصور نموده‌اند که فروشندگان قبل از خریدار نهائی با صلح مبیع سلف از بازار خارج می‌گردند (فراهانی فرد، ۱۳۸۸، ۳۰-۲۹؛ موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۶)، خارج شدن این افراد از بازار خلاف قواعد عمومی معاملات است و نیازمند دلیل است که در اینجا دلیلی بر خروج ایشان از بازار وجود ندارد.

با این وجود کمیته‌ی فقهی بورس اوراق بهادار در جلسه‌ی شماره‌ی ۲۷ مورخ ۱۳۸۷/۰۵/۱۶، هماهنگ با نظر پژوهشگران مذکور و بدون توجه به عدم خروج مصالح از بازار، پس از بررسی فقهی قرارداد سلف موازی استاندارد، اینگونه اظهار عقیده نموده است که برای حل دو مشکل لزوم پرداخت کل ثمن معامله‌ی سلف در مجلس عقد و ممنوعیت فروش مبیع سلف قبل از سررسید که هر دو موانع ابزارسازی اوراق سلف نفتی محسوب می‌گردند، می‌توان از قرارداد صلح استفاده نمود چون پرداخت کل ثمن و عدم جواز بیع قبل از سررسید از احکام اختصاصی قرارداد سلف اول است و در صلح جاری نمی‌شود. پس فروشنده مقدار معینی از کالا را در قبال مبلغی معین که طبق زمانبندی مشخصی پرداخت می‌شود را مصالحه می‌کند و برگه‌ی کالا را تحویل می‌دهد و خریدار نیز هر زمان که بخواهد همان کالا را به خریدار دوم مصالحه می‌کند.

نتیجه‌گیری نهائی نیز این است که عقد صلح توانائی ایجاد بازار ثانویه برای اوراق سلف را ندارد. با توجه به تأثیر محدودیت‌های مطرح شده بر ابزارسازی اوراق سلف، در ادامه این محدودیت‌ها را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۴-۱ - استقلال عقد صلح از دیدگاه فقهای شیعه و اهل تسنن

اینکه عقد صلح، عقدی مستقل محسوب می‌گردد یا فرع بر عقود دیگر است، همیشه بین فقها و حقوقدانان محل بحث و اظهار نظر بوده است. از دیدگاه فقهای شیعه، عقد صلح در نزد امامیه، فرع بر سایر عقود نمی‌باشد و عقد مستقلی محسوب می‌گردد حتی اگر فایده‌ی آن عقود را در بر داشته باشد. صاحب جواهر از تذکره و سرائر در این زمینه نقل اجماع نموده است که این اجماع را حجّت می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۱۲) چرا که فقهاء اجماع را به دلیل کشف از قول معصوم حجّت می‌دانند (ساریخانی، آقابابائی و دیگران، ۱۳۹۶، ۲۷). در میان حقوقدانان نیز بروجردی عبده معتقد است که صلح اگرچه مفید فایده‌ی عقود است که به جای آنها می‌آید اما عقد مستقلی محسوب می‌گردد و زمانی که عقدی فایده‌ی عقد دیگری را در بر داشت این امر مستلزم وحدت آن دو عقد نیست (بروجردی عبده، ۱۳۳۵، ۲۰۲). با نگاهی به مواد ۷۵۲، ۷۵۹، ۷۶۰ و ۷۶۸ قانون مدنی، واضح است که حقوق ایران نیز نظر فقه امامیه را پذیرفته و عقد صلح را مستقل می‌داند.

فقه‌های اهل تسنن عقد صلح را مستقل نمی‌دانند و آن را فرع و تابع عقود می‌دانند که عقد صلح در مقام آن عقود منعقد می‌گردد که معمولاً بر این باورند که عقد صلح فقط می‌تواند در مقام پنج عقد بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء منعقد گردد. همچنین ایشان معتقدند که عقد صلح دارای احکام و شرائط و آثار عقود است که به جای آنها واقع می‌گردد (زحیلی، [بی تا]، ۲۹۸). سیوطی نیز در اشباه و نظائر، عقود ذی که صلح می‌تواند به جای آنها بیاید عبارت از بیع، اجاره، هبه، عاریه، ابراء، جعاله، سلم، خلع، فسخ، معاوضه بر قصاص عمد و فداء می‌داند (سیوطی، ۱۴۰۳، ۴۶۱-۴۶۰). البته بحث تعداد عقود در این جایگاه واجد اهمیت نمی‌باشد چرا که امکان واقع شدن صلح در مقام بیع در هیچ مذهبی مورد اختلاف نیست. با توجه به آنچه گذشت واضح است که بر خلاف قانون مدنی ایران و نظر فقهای امامیه که اکثریت آنها معتقدند عقد صلح مستقل است (فراهانی فرد، ۱۳۸۸، ۲۹)، نظرات فقهای اهل تسنن بر این است که عقد صلح مستقل نیست (صادقی و شایق نیک نفس، ۱۳۹۴، ۳۰-۲۱) و لذا این نظرات مانع ایجاد بازار ثانویه‌ی اوراق سلف به وسیله‌ی عقد صلح می‌باشد.

۴-۲- خروج یا عدم خروج مصالح از بازار

اقتضای قواعد عمومی معاملات این است که در توالی معاملات بر یک مورد معامله‌ی معین، هر شخص امکان رجوع به ید ما قبل خود برای استیفای حقوق قانونی خود راجع به معامله‌ی منعقد شده دارد. ممکن است شرایط اساسی صحت معاملات در معامله وجود نداشته باشد و به عنوان مثال قصد طرفین و رضای آنها یا اهلیت طرفین با ابهام و اشکال مواجه باشد و یا اینکه جهت معامله مشروع نباشد و یا موضوع معامله مجهول باشد. مسلم است که خریدار نمی‌تواند این ایرادات را بر فروشنده‌ی نخستین سلف مطرح نماید چراکه رابطه‌ی معاملاتی با وی ندارد و لذا چاره‌ای جز رجوع به ید ما قبل خود ندارد، در غیر اینصورت جامعه با هرج و مرج و بی قانونی مواجه می‌شود. لذا خروج ایادی ما قبل از بازار، مخالف قواعد عمومی معاملات است و نیازمند دلیل است. همان چیزی که مشابه آن در اسناد تجاری در معنای خاص از قبیل برات و سفته و چک تحت شرایطی پذیرفته شده است که در جای خود مورد بررسی قرار خواهد گرفت. نتیجه اینکه در صلح مبیع سلف، مصالحین هیچکدام از بازار خارج نمی‌شوند و اقتضای صلح نیز این نیست که پس از انعقاد صلح، مصالح به طور کلی و برای همیشه از پاسخگوئی به متصالح در امان باشد. دعاوی ای که در دادگاه‌ها در این زمینه همیشه در جریان است نیز خود شاهدی بر این امر می‌باشد.

البته اگر خروج مصالح از بازار را به معنای خروج وی از زمره‌ی متعهدین عقد در نظر بگیریم که نوعی خروج مادی و غیرحقوقی است، می‌توان با مسامحه گفت که مصالح از بازار خارج شده است. کفایت این نوع خروج برای تناسب با اقتضای بازارهای مالی خود نیازمند مطالعات جداگانه‌ای می‌باشد.

۵- ترکیب سلف موازی با حواله

بهترین راهکاری که تاکنون برای رفع مشکل بازار ثانوی اوراق سلف نفتی و ابزارسازی آن پیشنهاد شده است، ترکیب سلف موازی با حواله می‌باشد که برای اولین بار در ایران، توسط موسویان مطرح گردیده است (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۶). در این روش فروشنده‌ی نخست، یعنی بانی، قیمت کالا را از خریدار دریافت می‌نماید و گواهی سلف را در اختیار وی قرار می‌دهد که بر اساس گواهی سلف، خریدار اوراق یا هر کسی که خریدار وی را حواله دهد، می‌تواند در سررسید به بانی رجوع نماید و کالا را با ویژگی‌های معین تحویل بگیرد. خریدار اولیه‌ی اوراق سلف دو کار می‌تواند انجام دهد:

الف) تا سررسید منتظر بماند و خود کالا را در سررسید دریافت نماید.

ب) پس از فروش سلف موازی بوسیله‌ی واگذار نمودن اوراق سلف به خریدار، وی را جهت دریافت کالا به بانی حواله دهد.

ج) خریدار جدید نیز یا خود منتظر می‌شود تا کالا را در سررسید دریافت نماید یا اقدام به فروش سلف موازی دیگر نموده اوراق را به خریدار جدید واگذار می‌نماید و وی را برای دریافت کالا در سررسید، به بانی حواله می‌دهد. و این روال می‌تواند چندین بار تکرار شود. برای آشنائی با این شیوه ابتدا عقد حواله و شرایط آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس روش ترکیب سلف موازی و حواله را مورد بررسی دقیق قرار داده و ایرادات وارده بر آن را مطرح نموده و سعی در بیان پاسخی برای ایرادات وارده می‌نمائیم.

۵-۱- عقد حواله و شرایط آن

حواله از ریشه‌ی «ح و ل» به معنای تغییر یافتن، دگرگونی و جابجا شدن است (مصطفوی، ۱۴۰۲، ۳۱۸؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ۲۹۷) و در اصطلاح فقه و حقوق عقدی است که به موجب آن دین از ذمه‌ی مدیون به ذمه‌ی شخص ثالث منتقل می‌گردد (حلی، ۱۴۱۳، ۱۶۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹، ۴۴۵). به عبارت دیگر حواله عبارت است از ایفای دین از جانب محیل و استیفای طلب از جانب محتال (جعفری

لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲۹). به بدهکار یا حواله دهنده، اصطلاحاً «محول» طلبکار یا حواله گیرنده اصطلاحاً «محتال» و به شخصی که محتال به وی حواله داده می‌شود، «محال علیه» گفته می‌شود. عقد حواله قبل از شارع نیز وجود داشته و مردم به وسیله‌ی آن نیازهای خود را برطرف نموده‌اند. سپس شارع در جزئیات و ضوابط و شرایط این عقد تغییراتی داده و آن را امضاء نموده است و لذا عقد امضائی به حساب می‌آید (حسینی شیرازی، [بی‌تا]، ۲۴۵).

مهمترین اثر حواله برائت ذمه‌ی محیل در برابر محتال و انتقال دین محیل به محال علیه می‌باشد که این برائت نتیجه‌ی قهری عقد حواله است و لازم نیست محتال نیز محیل را ابراء نماید (حلی، ۱۴۱۳، ۵). ترتب این آثار بر عقد حواله باعث شده است که اکثر فقهای امامیه از جمله محقق کرکی و شهید ثانی، حواله را نوعی استیفای دین بدانند (عاملی، ۱۴۱۴، ۳۹۹؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۲۱۹؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ۶۰۷). در نتیجه، نظر برخی که ادعا نموده‌اند حواله نوعی معاوضه است باطل و غیر قابل استناد می‌باشد. حقوقدانان نیز بر اساس قانون مدنی حواله را عقدی مستقل می‌دانند که به عنوان یکی از عقود معین واجد احکام خاص خود می‌باشد و لذا نظر عده‌ای را که حواله را نوعی بیع یا معاوضه می‌دانند، باطل تلقی می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۴۰۶). عده‌ای دیگر نیز در راستای تأیید این نظر معتقدند چون حواله ایفای دین محسوب می‌گردد، موجب برائت ذمه‌ی بدهکار است و باید قواعد ایفای تعهد در مورد آن اجراء گردد پس آن چیزی که در اثر عقد حواله واقع می‌شود تنها اسقاط ذمه‌ی محیل توسط محتال می‌باشد و لذا انتقال طلب محتال به محال علیه در عوض اسقاط ذمه‌ی محیل، مفهوم درست حقوقی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳۱). اگرچه معدودی از فقها لازم دانسته‌اند که محتال، محیل را بری نماید (طوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۲).

با توجه به ماده‌ی ۷۱۰ قانون مدنی می‌توان گفت اگر محال علیه به محیل مدیون باشد، وی با قبول حواله، در واقع دین خود به محیل را می‌پردازد و پس از انعقاد عقد، ذمه محال علیه از دین محیل، به میزان محال به، بری می‌گردد و حقوقدانان بر این باورند که در این فرض حواله آمیزه‌ای از انتقال طلب محیل و انتقال دین وی می‌باشد و در صورتی که محال علیه به محیل مدیون نباشد، با پرداخت بدهی محیل حق مراجعه به وی برای محال علیه محفوظ خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۴۰۰). پذیرش این نظر به بدین معناست که قبول محال علیه نه تنها لازم است بلکه اهمیت اساسی دارد. البته برخی نیز بر این باورند که می‌توان حواله را در هر کدام از قالب‌های عقد و ایقاع واقع ساخت (گلباغی ماسوله، سلطانی و همکاران، ۱۳۹۷، ۱۱۱) که بسط این موضوع در حوصله‌ی این تحقیق نمی‌گنجد.

۵-۲- تحلیل فقهی - حقوقی روش ترکیب سلف موازی و حواله

در مورد مشروعیت روش ترکیب سلف موازی و حواله در فقه اسلامی باید اولاً به مشروعیت سلف موازی توجه نمود که قبلاً مورد بحث قرار گرفت و گفتیم این امر با هیچ اشکالی مواجه نیست. ثانیاً باید مشروعیت حواله به مبیع سلف قبل از سررسید (قبض) مورد بررسی قرار گیرد. در این قسمت به بررسی این موضوع خواهیم پرداخت و نظر فقهای شیعه و اهل تسنن را در این زمینه مورد بحث قرار می‌دهیم.

اکثریت فقهای شیعه معتقدند که در عقد سلف، بایع یا مشتری می‌تواند برای ثمن یا مثن، کفیل و یا رهن بگیرند و یا تحویل ثمن یا مثن را به دیگری حواله دهند (فاضل، ۱۳۹۳، ۴۵). البته اکثریت فقهای شیعه در مورد حواله بر مبیع سلف قبل از سررسید، اظهارنظری ننموده‌اند که باید گفت طبق اصل صحت و اباحه و عموم سایر ادله‌ی باب معاملات، باید حکم به صحّت این امر نمود.

برخی فقهای اهل تسنن ایراداتی بر حواله به دین سلم یا بر دین سلم وارد نموده‌اند که در ادامه به آن می‌پردازیم. سه ایراد عمده که بر حواله به دین سلم وارد شده است از قرار ذیل می‌باشد:

۱. امام مالک حواله را یکی از انواع بیع می‌داند و لذا حواله بر مبیع سلم قبل از سررسید را مصداق فروش مبیع سلم قبل از سررسید می‌داند که مورد منع قرار گرفته است (الأصبیحی، ۱۳۲۳، ۳۵-۳۴). از آنجائی که جمهور فقهای اهل تسنن و فقهای امامیه معتقدند که حواله عقد مستقلی محسوب می‌شود و بیع نیست (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۱۲)، این ایراد مرتفع می‌گردد.

۲. ایراد دوم با توجه به روایتی از پیامبر اکرم (ص) می‌باشد که می‌فرمایند: «من اسلم فی شیء فلا یصرفه الی غیره». برخی معتقدند در مورد متن این روایت، جدای از سند آن، مناقشه وجود دارد چرا که ممکن است مراد از روایت، نهی از فروش مبیع قبل از سررسید باشد نه نهی از حواله دادن آن قبل از سررسید. خصوصاً این که در زمان مناسب و در سررسید قابل قبض شود. از ناحیه‌ی سند روایت نیز گفته شده است که روایت به سه طریق آمده است و در هر سه مورد توسط عطیه بن سعد عوفی روایت شده که به قول ایشان ضعیف محسوب می‌گردد (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۱۲). البته عطیه توسط برخی بزرگان مانند ابن سعد توثیق شده و تنها اهل تسنن وی را به خاطر شیعه‌بودن «ضعیف الحدیث» دانسته‌اند و حتی آیت الله سبحانی نیز بر همین نظر تأکید نموده‌اند (الصفدی، ۱۴۲۰، ۵۶-۵۵؛ المزی، ۱۴۱۳، ۱۴۹-۱۴۵؛ ترابی، ۱۴۲۴، ۲۹۹). با توضیحات مذکور، ضعیف‌بودن راوی روایت، فقط از نظر رجال اهل تسنن بوده و نمی‌توان

در فقه شیعه به آن استناد نمود و استدلال مذکور در ایراد دوم را به این دلیل باطل دانست. پس اگر ایرادات وارده بر سند روایت و دلالت روایت که توسط اهل تسنن مطرح شده را بپذیریم، باید بگوییم ایشان روایت مذکور را مانع حواله‌دادن بر مبیع سلف نمی‌دانند و این ایراد مرتفع می‌گردد.

۳. ایراد دیگری که امام مالک در مورد این امر مطرح نموده است این است که حواله باید به دین حال (مستقر) باشد در حالی که در عقد سلم چون دین مؤجل است نمی‌توان آن را حال محسوب نمود و در نتیجه حواله بر آن جایز نمی‌باشد (کاسانی، ۱۴۰۶، ۱۶). شوکانی در پاسخ این ایراد امام مالک آورده است که دلیلی برای اشتراط استقرار دین بر محال علیه وجود ندارد بدین استدلال که کسی که دینی بر ذمه‌ی اوست اگر به شخصی حواله دهد و آن شخص حواله‌اش را بجا آورد و محال به را تسلیم نماید، این امر مطلوب است چرا که بدین وسیله حتی اگر دینی بر ذمه‌ی محال علیه وجود نداشته باشد، وفاء به دین محال به، حاصل شده است (شوکانی، ۱۴۲۵، ۸۰۰) و می‌دانیم وفای به دین همیشه مطلوب است.

برخی معتقدند اگر خریدار سلم پس از معامله‌ی سلم به وجه نقد نیاز داشته باشد می‌تواند مال موضوع سلم را به شخص دیگری بفروشد و ذمه‌ی خود را به مقدار معین موصوفی در قبال مشتری جدید مشغول نماید. وی می‌تواند ما فی الذمه‌ی خود را به ذمه‌ی فروشنده‌ی اول (اصلی) حواله دهد و اگر مشتری جدید و فروشنده‌ی اول هر دو قبول نمایند، مانعی برای صحت این حواله وجود ندارد و در زمان سررسید و استحقاق مطالبه، نافذ و لازم‌الاجراء می‌باشد. حواله‌دادن بر مبیع سلم مانند این است که به فروشنده‌ی اول بگوییم «آنچه را در زمان مقرر بر ذمه‌ی تو دارم به فلانی بده که به همان اندازه از من طلب دارد» (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۱۳). که این همان روش ترکیب سلف موازی و حواله است که برای اولین بار در ایران توسط موسویان مطرح گردید و در این تحقیق مورد بررسی مفصل قرار می‌گیرد.

جواهری معتقد است که صحت حواله یا وکالت پس از عملیات سلف موازی، منوط به این امر است که هیچکدام از عقدهای سلم قبلی فسخ نگردد. چرا که اگر عقد اول فسخ گردد، حواله‌ی مرتبط با آن نیز فسخ می‌گردد زیرا مفهوم عقد در اینجا این است که مبیع سلم، تسلیم محال له گردد چرا که قبلاً آن را خریداری نموده است و اگر عقد سلم اول باطل گردد مشتری، فقط مستحق اصل ثمن خود می‌باشد و نه مال مورد معامله‌ی سلم. همچنین اگر سلم دوم باطل گردد حواله‌ی مرتبط با آن نیز باطل است چرا که عقد بدین معناست که فروشنده‌ی اول، که خریدار اول، مبیع سلم را از وی طلب دارد، همان مال را به مشتری دوم تحویل دهد. پس از اینکه سلم دوم باطل شد، مشتری دوم مستحق چیزی جز اصل ثمن نیست و

نمی‌تواند مالی را از بایع مطالبه نماید. اگر عقد حواله باطل گردد، حق حواله‌دهنده بر ذمه‌ی محال علیه باقی می‌ماند. برای جلوگیری از تضرر خریداران سلم‌های موازی پی در پی، می‌توان چنین شرط نمود که ذمه‌ی محیل بری نشود مگر مال موضوع سلم موازی تسلیم گردد و تعهد موضوع آن انجام شود چرا که ادعا شده است این راهکار نه مخالف کتاب و نه سنت است چرا که برائت ذمه‌ی محیل در صورت عدم وجود شرط خلاف آن بوده است (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۱۴-۲۱۳). البته ایرادی که بر روش اخیر وارد است این است که اگر ذمه‌ی محیل بری نشود وی از بازار خارج نمی‌شود و خود منشأ ایجاد مشکلاتی خواهد بود.

این موضوع در ماده‌ی ۷۳۳ قانون مدنی ایران نیز مورد اشاره قرار گرفته است. در ماده‌ی مذکور آمده است: «اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود». این ماده اگرچه محل بحث و گفتگوی علمی است و ابهاماتی نیز دارد اما دلالت آن بر نظر اهل تسنن که در فوق آمد، مورد تأیید حقوقدانان نیز قرار گرفته است (کاظمی، ۱۳۸۹، ۱۶۵-۱۴۳).

کاشانی معتقد است که حواله و کفالت دو نوع عقد هستند که انجام آنها با شرایطی که برای آنها در کتب فقهی آمده جایز می‌باشد و در عقد سلم نیز چون دینی بر گردن بایع وجود دارد، اگر شرایط حواله و کفالت مراعات شود انجام این دو عقد صحیح می‌باشد و مانعی وجود ندارد (کاشانی، ۱۴۰۹، ۲۱۴). اما حنابله هیچ گونه تصرفی در مسلم فیه قبل از قبض را جایز نمی‌دانند (البهوتی، ۱۴۲۱، ۳۵۷). شافعیه نیز قول صحیح‌تر را این می‌دانند که بایع نمی‌تواند مشتری را برای دریافت ثمن به کسی حواله دهد که از وی طلب دارد و حواله دادن به این صورت جایز نمی‌باشد (النووی، [بی‌تا]، ۲۷۳).

نهایتاً به طور خلاصه می‌توان گفت فقهای شیعه و ابوحنیفه و مالک از علماء اهل تسنن کفالت و حواله و رهن را برای ثمن و مسلم فیه جایز می‌دانند ولی شافعیه حواله و حنابله هر گونه تصرفی در مسلم فیه را اجازه نمی‌دهند. شاید همین امر دلیل عدم ایجاد بازار ثانویه از طریق سلف موازی استاندارد در

بسیاری از کشورهای اسلامی دیگر باشد. در قسمت بعد به بررسی ایرادات وارده بر روش ترکیب سلف موازی و حواله می‌پردازیم.

۵-۳- ایرادات وارد بر ترکیب سلف موازی و حواله

علی‌رغم اینکه کمیته‌ی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار روش ترکیب سلف موازی و حواله را مورد تأیید قرار داده است، با نگاهی به فقه شیعه و اهل تسنن ایراداتی از قبیل شمول «نهی عن البیع» بر عقد حواله و اشتراط لزوم حواله به دین حال وارد است که به هر کدام نیز پاسخ هائی داده شده است. در این بخش ضمن بررسی ایرادات وارده و راه‌حل‌ها، ایرادات جدیدی نیز در این زمینه مطرح شده و مورد بحث قرار می‌گیرد.

۵-۳-۱- احتساب حواله به عنوان نوعی از بیع و معاوضه و شمول روایات نهی از

بیع و معاوضه مبیع سلف قبل از قبض بر آن

یکی از ایرادات وارده بر قرارداد سلف موازی استاندارد که همان ترکیب سلف موازی و حواله است، شمول روایات نهی از «بیع مبیع سلف قبل از قبض» بر عقد حواله است (عبدی، جعفرزاده و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۰۱). برخی از فقهای اهل تسنن حواله را نوعی بیع می‌دانند و لذا بر این عقیده‌اند که نهی از بیع مبیع سلف قبل از قبض شامل آن می‌شود. ایراد دوم مربوط به معاوضه بودن حواله و شمول روایات نهی بر هرگونه معاوضه بر آن است که ایراد اخیر در میان فقهای شیعه نیز محل جدل بوده است. در ادامه به بررسی دو حالت بیع بودن و معاوضه بودن حواله می‌پردازیم.

۵-۳-۱-۱- بررسی فقهی امکان بیع بودن حواله

همانطور که در بحث فقهی توضیح دادیم، تعدادی از فقهای اهل سنت معتقدند حواله نیز نوعی بیع است چرا که حقیقت آن مبادله‌ی مال در برابر مال است و چون در بیع نیز تبادل مال صورت می‌گیرد، حواله را نوعی بیع می‌دانند. این دسته از فقها در واقع حواله را خرید و فروش ما فی‌الذمه محیل در برابر ما فی‌الذمه محال علیه می‌دانند (النووی، ۱۴۲۳، ۴۶۲؛ مارودی المصری، ۱۴۱۴، ۴۲۰) و می‌دانیم اینگونه بیع مورد نهی قرار گرفته است.

در مقابل، فقهای امامیه معتقدند حواله، بیع نیست (حسینی الشیرازی، ۱۴۲۲، ۳۰۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۸۰). صاحب جواهر علت اینکه برخی قائل به بیع بودن حواله هستند را شباهت «محال به» با مبیع می‌داند که این شباهت باعث شده تصور شود در حواله، چیزی در مقابل محال به وجود دارد که مورد مبادله قرار می‌گیرد (نجفی، ۱۳۶۸، ۱۷۵). شیخ طوسی نیز معتقد است بیع دانستن حواله به دلیل وجود شباهت بین حواله و بیع، مصداق قیاس است که امامیه قائل به بطلان قیاس است (طوسی، ۱۴۰۷، ۳۱۰). جعفری لنگرودی در یک اشاره‌ی دقیق معتقد است اگر در حواله‌ی بر مدیون، بین دین محیل و محال علیه، بیع و مبادله صورت گیرد باید عقد بین این دو نفر واقع گردد در حالی که کسی متعرض آن نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲۶). علامه حلی نیز با اشاره به این امر که بیع مختص به الفاظ و لوازم خویش است، اینگونه استدلال می‌نماید که اگر حواله بیع باشد باید بتوان آن را به لفظ بیع نیز منعقد نمود در حالی که فقها چنین چیزی را جایز نمی‌دانند (حلی، ۱۴۲۰، ۴۲۹). حقوقدانان نیز با اشاره به آراء فقهای امامیه، قول به بیع بودن حواله را سست می‌دانند و وارد نمودن این اشکال جهت حکم نمودن به عدم جواز حواله بر مبیع سلف قبل از قبض را صحیح نمی‌دانند (صادقی مقدم، موسی پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۷). به نظر می‌رسد که چون احکام و شرایط بیع و حواله کاملاً جداگانه مطرح شده اند و در قانون مدنی و فقه اسلامی نیز ابواب جداگانه ای را به خود اختصاص داده‌اند، نظریه‌ی بیع بودن حواله کاملاً منتفی می‌باشد.

۵-۳-۱-۲- بررسی فقهی امکان معاوضه بودن حواله

برخی از فقهای امامیه، حواله را معاوضه دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۸، ۳۶۷) و معتقدند که در حواله، دین مستقر بر ذمه‌ی محیل با دین مستقر بر ذمه‌ی محال علیه معاوضه می‌شود. از میان این دسته از فقها که قائل به معاوضه بودن حواله هستند، تنها برخی از آنها حواله‌ی مبیع سلف قبل از سررسید را مشمول حکم نهی وارده در مورد ممنوعیت فروش مبیع سلف قبل از سررسید می‌دانند (عاملی، ۱۴۱۷، ۲۱۱). شیخ طوسی در این مورد می‌فرماید: «و الثانی: أن یکون الحق مما یصح فیه أخذ البدل قبل قبضه لأنه لا یجوز الحواله بالمسلم فیه لأنه لا یجوز المعاوضه علیه قبل قبض» (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۳) که این عبارت گویای مخالفت ایشان به حواله‌ی بر مسلم فیه قبل از قبض می‌باشد. قائلین به ممنوعیت حواله از متن روایت وارده در خصوص نهی بیع مبیع قبل از قبض اینگونه برداشت نموده‌اند که عبارت «بیع» در متن روایت خصوصیتی

ندارد و نهی متعلق به هر نوع استبدال و معاوضه قبل از قبض می‌باشد. با همین استدلال شیخ طوسی منظور از متن روایت را مطلق معاوضه می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۳). استدلال شیخ انصاری این است 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 کلام فقها بارزتر و آشکارتر است. یعنی آنچه از لفظ بیع برداشت می‌شود تنها بیع در معنای مصطلح آن نیست و هر نوع معاوضه را در بر می‌گیرد. آنچه به عنوان قصور ولایت مشتری در تصرف، به دلیل منفسخ شدن عقد به واسطه‌ی تلف مبیع، مطرح می‌شود، در هر نوع تصرفی به معاوضه‌ی آن جریان می‌یابد (انصاری، ۱۴۲۰، ۲۹۷). خلاصه‌ی نظر این دسته از فقها این است که نهی وارده در متن روایت مورد بحث، اختصاصی به بیع ندارد و هرگونه معاوضه را در بر می‌گیرد. برخی برای حل این اشکال دو سؤال مطرح نموده‌اند و در صدد پاسخگویی به این دو سؤال برآمده‌اند: اول اینکه آیا عقد حواله معاوضه است دوم اینکه بر فرض معاوضه بودن عقد حواله، آیا نهی وارد شده در روایت مبنی بر «منع بیع مسلم فیه قبل از قبض» اختصاصی به بیع دارد و یا این که مطلق معاوضات را در بر می‌گیرد و در نهایت بدین نتیجه دست یافته‌اند که حواله معاوضه نیست و حکم روایت مورد بحث اختصاصی به بیع دارد و در مورد حواله جاری نمی‌گردد (صادقی مقدم، موسی‌پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۸-۳۷). در مورد معاوضه بودن حواله در همین مبحث نظر فقها و حقوقدانان را مورد بررسی قرار دادیم و به این نتیجه رسیدیم که حواله معاوضه نمی‌باشد اما برخی معتقدند حتی اگر بر طبق نظر کسانی عمل کنیم که حواله را معاوضه می‌دانند باز هم اشکالی بر روش ترکیب سلف موازی و حواله از این لحاظ وارد نیست چرا که در روایات دال بر منع فروش مبیع سلف قبل از قبض، لفظ «بیع» آمده است و بر اساس ظاهر این روایات، صرفاً بیع مبیع سلف مورد نهی قرار گرفته است و با توجه به اینکه ممنوعیت بیع قبل از قبض خلاف اصل و قاعده می‌باشد، باید آن را تفسیر مضیق نمود و بر مورد خاص روایت تسری داد و به قدر متیقن اکتفاء نمود (بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۷۹). به عبارت دیگر مطابق روایات، قدر متیقن، بیع مبیع سلف است و شمول حکم روایت بر سایر نقل و انتقالات از جمله حواله و معاوضه مورد تردید است و در موارد شک باید به اصل رجوع نمود و مورد مشکوک را داخل در قاعده‌ی عام دانست. پس حکم روایت را باید منحصر به بیع کرده و در موارد مشکوک بنابر اصل اباحه قائل به جواز بود (صادقی مقدم، موسی‌پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۸). این نظر به دلیل مطابقت با اصول کلی فقهی و حقوقی موجه بوده و مورد قبول می‌باشد.

ممکن است این شائبه ایجاد شود و اینگونه دفاع شود که لفظ بیع وارد شده در متن روایت، خصوصیتی نداشته و فقط از باب غلبه ذکر شده است اما این استدلال نیز نادرست است، چرا که قرینه‌ای در دست نداریم که به وسیله‌ی آن از بیع، الغای خصوصیت نمائیم و حکم را به سایر موارد نقل و انتقال از جمله معاوضه و حواله نیز سرایت دهیم (قمی، ۱۴۲۰، ۳۶۵). ظاهر عبارت سایر فقها از جمله شیخ انصاری، محقق حلی و فخرالمحققین نیز دلالت بر اختصاص حکم روایات وارده به بیع و عدم تسری آن به سایر نقل و انتقالات است (انصاری، ۱۴۲۰، ۲۹۶؛ حلی، ۱۴۲۰، ۳۶۷؛ حلی، ۱۳۸۷، ۵۰۸). حقوقدانان نیز با استناد به نظرات فقها به این نتیجه رسیده‌اند که از جهت روایات مانعه از بیع مسلم فیه قبل از قبض، ایرادی متوجه حواله در قرارداد سلف موازی استاندارد نیست (صادقی مقدّم، موسی پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۸). با توجه به مباحثی که گذشت، بحث معاوضه‌بودن حواله و در نتیجه عدم امکان حواله بر مبیع سلف، به دلیل صدق عنوان معاوضه بر آن، منتفی است.

۵-۳-۲- لزوم حواله به دین حال (استقرار محال به)

شرط بودن حواله به دین حال، نقد و به اصطلاح فقها دین مستقر، ایراد دیگری است که بر شیوه‌ی ترکیب سلف موازی و حواله وارد شده است چرا که قائلین به این نظر می‌گویند حواله باید به دین حال و نقد انجام شود در حالی که در قرارداد سلف موازی استاندارد غالباً دین، مؤجل است و اگر این ایراد را بپذیریم، حواله صحیح نخواهد بود. در پاسخ به این سؤال استدلال شده است که دلیلی برای اشتراط حال بودن دین در حواله وجود ندارد چرا که مدیون اول اگر بر فردی حواله دهد و آن فرد حواله را قبول نماید و آنچه به او حواله شده را تسلیم نماید، مطلوب حاصل است چرا که در این حالت مطلوب به دین محال حاصل شده ولو اینکه در ذمه‌ی محال علیه دین مستقری وجود نداشته باشد (الجواهری، ۱۴۱۹، ۲۱۳). یعنی حواله تحویل‌دادن ما فی الذمه‌ی محیل، به ذمه‌ی محال علیه است و اگرچه حواله به طور معمول برای پرداخت دین ثابت در ذمه و قابل مطالبه صادر می‌شود ولی نباید چنین پنداشت که ثبوت دین بر ذمه‌ی محیل از شرایط صحت حواله است. اثر حواله انتقال دین از ذمه‌ی محیل به ذمه‌ی محال علیه است و از این نظر با ضمان شباهت کامل دارد پس اگر طبق ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی ضمان دینی که تنها سبب آن ایجاد شده درست باشد، حواله‌ی چنین دینی نیز صحیح است خصوصاً اینکه عرف نیز اینگونه

حواله‌ها را نافذ می‌بیند و به آن نیاز دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۴۰۶؛ صادقی مقدم، موسی‌پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۸؛ مقدسی، ۱۴۱۷، ۴۱۵).

با اوصافی که گذشت حقوقدانان نیز بر این باورند که 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 محتال (خریدار سلف موازی) تحویل گردد. همچنین این گروه نتیجه گرفته‌اند که هیچکدام از ایراداتی که بر روش ترکیب سلف موازی و حواله وارد شده است، بر صحت حواله بر مبیع سلف قبل از قبض خدشه‌ای وارد نمی‌آورند و در نتیجه مانع ابرازسازی این اوراق نمی‌شود و نهایتاً نتیجه گرفته‌اند که قرارداد سلف موازی استاندارد با رعایت استقلال سلف موازی از سلف اولیه، بدون هیچ مانعی صحیح بوده و راهکاری مناسب برای استفاده در بازارهای مالی اسلامی می‌باشد (صادقی مقدم، موسی‌پور و سلطان احمدی، ۱۳۹۵، ۳۹-۳۸). این شیوه‌ی استدلال قابل قبول است اما صرفاً این ایراد بر آن وارد است که منبع و مرجع تشخیص ایرادات روش ترکیب سلف موازی و حواله از دیدگاه فقه اهل تسنن، خود فقها و حقوقدانان آن‌ها هستند و ما در مقامی نیستیم که نسبت به اتخاذ تصمیم در فقه ایشان اقدام نمائیم و بر مبنای آن اقدام، اوراقی طراحی نمائیم که ممکن است با فقه ایشان سازگار نباشد و ریسک شریعت را افزایش داده و امکان اقبال اهل تسنن به اوراق را کاهش دهد. در واقع این خود اهل تسنن هستند که تصمیم می‌گیرند ریسک شریعت اوراق را بپذیرند و در بازار اوراق سرمایه‌گذاری نمایند و در نتیجه باید به دنبال قانع نمودن ایشان و جذب آنها به بازار اوراق سلف باشیم.

۵-۳-۳- نحوه‌ی قبول حواله‌ها توسط محال علیه (بانی)

برخی از متخصصان با اشاره به تعریف و ویژگی‌های عقد حواله و با بیان این نکته که در عقد حواله ایجاب محیل و قبول محتال نیاز است و محال علیه نیز با اینکه طرف عقد نیست اما باید رضایت داشته باشد، اینگونه استدلال نموده‌اند که بانی با صدور گواهی سلف، پیشاپیش رضایت کلی خود را برای حواله اعلام کرده است (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۷). این استدلال در مصوبات کمیته‌ی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار نیز مشاهده می‌گردد. در ادامه ضمن بررسی این نظر، در پی آنیم که توجیهی حقوقی برای فرایندی که در حال حاضر اجرائی شده بیابیم و در صورت نبود توجیه حقوقی، راه‌حل‌های اصلاح فرایند مذکور را ارائه خواهیم نمود.

۵-۳-۳-۱- امکان قبول پیشاپیش تمام حواله ها

در این مورد باید این سؤال را مطرح نمود که آیا اگر اوراق سلف هزاران دست جابجا شود (غیر معین) بانی نسبت به حواله‌ی تمام آن هزار نفر به خود، می‌تواند پیشاپیش رضایت خود را اعلام نماید. آیا این امر قبول تعهد قبل از ایجاد آن نیست؟ اعلام رضایت بانی به معنای قبول پیشاپیش وی است و این امر ممکن نیست چرا که قبول باید با هر ایجابی متناسب و برای همان ایجاب باشد. درست است که محیل (فروشنده‌ی سلف موازی) و محتال (خریدار سلف موازی) نیز با تحویل دادن و تحویل گرفتن گواهی سلف، ایجاب و قبول خود برای عقد حواله را ابراز نموده‌اند، اما این امر در مورد محال علیه (بانی) با اشکال جدی روبرو است.

می‌دانیم در حواله بر محال علیه‌ای که بدهکار نیست بین فقها اختلاف نظر جدی وجود دارد اما در حواله بر محال علیه بدهکار اختلافی وجود ندارد و تمام فقهای شیعه و اهل تسنن این راهکار را پذیرفته‌اند. از این نظر که بانی (فروشنده‌ی اول یا محال علیه) بدهکار محیل (خریدار اولیه و فروشنده‌ی سلف موازی) می‌باشد، می‌توان گفت حواله بر وی اشکالی ندارد چون محال علیه است (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۰۷) اما در فرضی که محال علیه نتواند تمام معاملات سلف موازی را در زمان صدور اوراق و انجام معامله‌ی اولیه از پیش قبول نماید، این دیدگاه نیز با اشکال مواجه می‌شود. به عبارت دیگر اگر فروشنده‌ی سلف موازی، دست سوم، چهارم و الی آخر باشد، آیا می‌توان گفت باز هم بانی (محال علیه)، به وی بدهکار می‌باشد. این فرض در صورتی قابل پذیرش است که قبول حواله را از پیش در حق تمام محتال‌های معاملات سلف موازی بپذیریم که گفتیم با اشکال مواجه می‌باشد.

یکی از شرایط ایجاب و قبول، اقتران آن دو است. اقتران ایجاب و قبول را همه‌ی صاحبان علم حقوق از عناصر عمومی عقود دانسته‌اند. در واقع موجود اعتباری ناشی از ایجاب، مدتی در ظرف اعتبار باقی می‌ماند و مقدار بقاء آن نیز تابع طرز انشاء ایجاب‌کننده (اعتبار معتبر) است. بنابراین قبول باید در وقتی صادر شود که آن موجود اعتباری، نابود نشده باشد و هنوز در ظرف اعتبار باقی باشد؛ چرا که عملکرد قبول بدین گونه است که موجود اعتباری ناشی از ایجاب را از مرحله‌ی وجود اقتضائی، به مرحله‌ی وجود نهائی برساند و بدیهی است که این کار زمانی میسر است که اثر ایجاب در ظرف اعتبار موجود باشد (جعفری لنگرودی،

۱۳۸۷، ۵۰ و ۱۵۸). در حالی که اگر بپذیریم محال علیه می‌تواند حواله‌ها را از پیش قبول نماید، بدین معناست که قبل از اینکه ایجاب در ظرف اعتبار قرار گیرد، قبول محقق شده است.

اگر بتوانیم ایرادات وارده در فوق را رفع نمائیم، روش ترکیب سلف موازی و حواله این خاصیت را دارد که در آن ذمه‌ی محیل از دین بری می‌شود و ذمه‌ی محال علیه به آنچه که بر وی حواله شده است مشغول می‌گردد. به عبارتی ذمه‌ی فروشنده‌ی سلف موازی از دین بری می‌شود و ذمه‌ی بانی مشغول می‌شود و نتیجتاً فروشنده‌ی سلف موازی از بازار خارج می‌شود. این روش شباهت زیادی به تبدیل تعهد دارد چرا که ذمه‌ی بانی در آن بارها مشغول و بری می‌گردد. در هر معامله‌ی سلف موازی، ذمه‌ی بانی در برابر فروشنده‌ی سلف موازی بری و در برابر خریدار سلف موازی مشغول می‌گردد.

وقتی که حواله با شرایط قانونی و فقهی خود منعقد می‌شود، با توجه به اینکه نسبت به محیل، محتال و محال علیه لازم است، حق فسخ و رجوع به فروشنده‌ی سلف موازی برای خریدار سلف موازی وجود ندارد و بانی نیز نمی‌تواند از تعهدات خود نکول نماید. البته قاعداً باید جهت جلوگیری از ایجاد تزلزل در بازارهای مالی در معاملات سلف موازی و در اوراق سلف صادره، اسقاط کافه‌ی اختیارات تا حدی که قانون اجازه می‌دهد پیش‌بینی و مدل‌سازی عملیاتی گردد.

واضح است که قبول پیشاپیش حواله‌ها به صورتی که ذکر گردیده با اشکال مواجه است و باید دیده آنچه که در واقع وجود دارد و اجرائی شده است با چه نهادهای حقوقی قابل تطبیق و توجیه است. در قسمت بعد به این موضوع می‌پردازیم.

۵-۳-۳-۲- دلالت سکوت محال علیه بر قبول حواله‌ها

می‌دانیم که عقد به قصد انشاء واقع می‌شود (ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی) و برای اینکه طرفین عقد، از قصد یکدیگر مطلع شوند به وسیله‌ای نیاز دارند که ابراز کننده‌ی قصد ایشان باشد به نحوی که قصد ابراز شده کاملاً معلوم بوده و برای طرف دیگر هیچ ابهامی باقی نماند. اراده، ممکن است به دو صورت صریح و ضمنی اعلام شود و موجب ایجاد عقد گردد. اعلام اراده از طریق وسائل اعلام اراده انجام می‌گردد و این وسائل، متعدد هستند که عبارتند از لفظ، اشاره، عمل و سکوت (یزدی، ۱۳۹۱، ۶۲-۵۷).

سکوت در مواردی همراه با قرائن قطعی و عرفی می‌تواند به طور ضمنی دلالت بر اراده نماید لذا در کنار سایر وسائل اعلام اراده، می‌توان از سکوت هم یاد نمود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹۶-۲۹۳). از میان وسائل اعلام

اراده، لفظاً، اشاره و عمل می‌توانند هم در مقام ایجاب و هم در مقام قبول به کار گرفته شوند اما چون سکوت امری عدمی و سلبی است فقط در مقام قبول و آن هم در کنار قرائن و امارات می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و از این لحاظ هیچ فرقی بین سکوت و وسائل دیگر اعلام اراده وجود ندارد چرا که آنچه به سکوت ارزش و اعتبار می‌بخشد در واقع دلالت سکوت در کنار قرائن، بر اراده‌ی شخص ساکت می‌باشد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ۳۱۶). البته باید افزود زمانی که سکوت در کنار سایر قرائن دلالت بر قبول نماید، هیچ تفاوتی با سایر وسایل اعلام اراده از لحاظ قوت و ضعف ندارد و نمی‌توان گفت یکی از وسائل اعلام اراده بر دیگری ارجح است چرا که طبق ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی نیز عقد به یکی از وسایل مذکور محقق می‌شود و پس از آن، آثار عقد یکی است (علی‌آبادی، ۱۳۸۹، ۷۶).

برخی اوقات توافقی مبنی بر «اعلام اراده با سکوت» به صورت صریح یا ضمنی بین طرفین معامله ایجاد شده است. در واقع طرفین می‌توانند ضمن قراردادی که از قبل بین آنها وجود داشته توافق نمایند که سکوت هر یک در برابر ایجاب طرف دیگر به منزله‌ی پذیرش آن ایجاب باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۶۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ۴۰۲؛ سنه‌پوری، [بی‌تا]، ۱۶۰؛ سنه‌پوری، ۱۹۴۵، ۱۲۹) یا اگر ایجاب ظرف مدت معینی ردّ نشود، سکوت به معنای قبول ایجاب و قرارداد است (قاسم‌زاده، ۸۷، ۳۰۴؛ کاتوزیان، ۸۵، ۲۶۵). همچنین در مواردی که بین طرفین قراردادی وجود ندارد اما عرف مسلم و متداول بین طرفین بر این روال است که سکوت به منزله‌ی قبول است، سکوت وی کفایت خواهد نمود (کاتوزیان، ۸۵، ۲۶۵؛ سنه‌پوری، [بی‌تا]، ۱۶۱). چرا که عرف جاری و متداول بین تجار یکی از منابع حقوق است و قانون نیز این منابع را به رسمیت می‌شناسد. مبنای این جواز را نیز می‌توان در اصل آزادی اراده و رضای باطنی طرفین عقد جستجو نمود چرا که به موجب اصل آزادی اراده، طرفین عقد می‌توانند هر چیزی را که مبین اراده باشد در قرارداد قرار دهند و در این خصوص حد و مرزی نیست چرا که نوع وسیله‌ی اعلام اراده موضوعیت ندارد و به خودی خود ارزش و اعتباری نخواهد داشت بلکه آنچه که به وسیله‌ی اعلام اراده از جمله سکوت، اعتبار می‌دهد، دلالت آن بر اراده‌ی حقیقی شخص است و در مورد سکوت نیز آنچه به سکوت اعتبار می‌بخشد توافق طرفین یا اعلام قبلی ساکت است مبنی بر اینکه سکوت مبین قبولی ایجاب می‌باشد (قاسم‌زاده، ۸۷، ۳۰۵). اما در معاملات سلف موازی استاندارد، محال علیه همیشه واحد است و این محیل و محال له هستند که افراد متعددی می‌باشند و همزمان با گردش اوراق سلف موازی استاندارد تغییر می‌کنند. معلوم نیست که

چگونه می‌توان توافقی مبنی بر اعلام اراده با سکوت بین محال علیه و دارندگان جدید اوراق سلف متصور شد. این افراد هرگز برای محال علیه شناخته شده نیستند و حتی ممکن است جمعیت آنها بی‌شمار باشد. برای استفاده از این شیوه می‌توان روی برگه‌ی سلف نوشت «تحویل این اوراق از فروشنده به خریدار و ثبت معامله در سامانه‌ی بورس، به منزله‌ی قبول محال علیه می‌باشد» که این ادبیات به مرور عرفی شده و زمان انعقاد معامله نیز، زمان ثبت معامله در بورس است.

شیوه‌ی معقول تر و موجه تر برای توجیه این امر این است که بگوئیم عرف مسلم و متداولی بین طرفین وجود دارد مبنی بر اینکه سکوت به منزله‌ی قبول است و واقعیت نیز همین امر می‌باشد. در واقع محال علیه با انتشار اوراق سلف و آگاهی از اوضاع و احوال بازار ثانویه‌ی این اوراق، قصد باطنی خود مبنی بر پذیرش تمام حواله‌های آینده را اعلام می‌نماید. از طرفی تمام معاملات ثانویه بر روی اوراق در سیستم‌های رایانه‌ای خاصی در بورس ثبت می‌شوند و محال علیه در هر لحظه می‌تواند خریداران جدید اوراق را ببیند و از حواله‌های جدید مطلع گردد که سکوت معنادار وی در کنار قرائن و اوضاع و احوال (یعنی امکان بررسی سامانه‌ی معاملات در بورس توسط بانی و سکوت و اقدام نکردن وی در این زمینه و یا اقدام و کنترل وی) به معنای قبولی است. اگر هم سیستم‌های رایانه‌ای را کنترل نکند سکوت وی در کنار اوضاع و احوال خاص بازارهای مالی، قطعاً دلالت بر قبول دارد. این رویه تا بدانجا ادامه خواهد یافت که تبدیل به عرف تجاری شود. ملاحظه می‌گردد در این قسمت عرف‌هایی در حال شکل‌گیری است که رفته رفته انتقال اوراق از ظاهر حواله بودن فاصله می‌گیرد و ارکان حواله رفته رفته توسط عرف حذف می‌شوند و می‌توان گفت اوراق سلف واجد نوعی وصف تجریدی می‌گردند. این امر در جای خود مورد بحث قرار گرفت.

۵-۴- ایراد مربوط به نوع بازار معاملات سلف موازی استاندارد

ایراد دیگری که بر معاملات سلف موازی استاندارد وارد شده است مربوط به بازار اصلی این اوراق است. عبدی‌پور و شهیدی معتقدند چون معاملات سلف موازی استاندارد از مصادیق ابزارهای مشتقه هستند و جهت مدیریت ریسک و تأمین مالی صادرکننده آن پی‌ریزی شده‌اند، در فرآیند عملیاتی این گونه قراردادهای نیز بازار مربوط به آنها بازار مشتقه است و نه بازار فیزیکی بورس‌های کالائی. در واقع چنین ادعائی در خصوص قراردادهای سلف موازی در بورس انرژی مقرون به قرائن است چرا که در تقسیم بندی منسجم، معاملات قرارداد سلف موازی، در ذیل بازارهای مشتقه درج شده است در حالی که چنین امری با

توجیهات فقهی متعارض می‌نماید (عبدی‌پور فرد و شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۵-۴۴). ایشان به ماده‌ی ۴ «دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس انرژی» اشاره نموده‌اند که در آن آمده است: «بورس انرژی دارای سه بازار فیزیکی، مشتقه و فرعی می‌باشد. بازار فیزیکی شامل سه تابلوی برق، نفت و گاز و تابلوی سایر حامل‌های انرژی و بازار مشتقه شامل سه تابلوی قرارداد سلف موازی استاندارد، قرارداد آتی و قرارداد اختیار معامله می‌باشد». همانطور که در این ماده آمده است قرارداد سلف موازی استاندارد یکی از موضوعات قابل معامله در بازار مشتقه محسوب می‌گردد و مانند قراردادهای آتی و اختیار معامله از ابزارهای مشتقه تلقی شده و مورد معامله قرار می‌گیرد (عباس‌پور و رجائی‌پور، ۱۳۹۶، ۱۱۸-۹۹) درحالی که اگر چنین قراردادی مستقل از قراردادهای سلف قبل از خود بود باید از مصادیق معاملات سلف در بازار فیزیکی بورس های کالائی محسوب می‌شد. ماده‌ی ۴۳ دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس انرژی نیز صراحتاً قراردادهای سلف موازی استاندارد را از اوراق بهادار مبتنی بر کالا تلقی نموده و پذیرش آنها در بازار مشتقه را منوط به پیشنهاد بورس و تصویب هیأت پذیرش می‌داند (عبدی‌پور فرد و شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۶-۴۵). در این مورد در جای مناسب پاسخ دادیم که مستقل بودن معاملات مستقیماً از قصد باطنی طرفین نشأت می‌گیرد و امری نیست که ماهیت بازارهای مربوطه بتوانند در آن تصرف نمایند و لذا مسائل فوق به شکلی که مطرح شده‌اند قابل پذیرش نیست.

۶- پذیرش وصف تجریدی ناقص برای اوراق سلف

یکی از راه‌های برون‌رفت از مشکلات مربوط به بازار ثانوی اوراق سلف، قائل شدن به وصف تجریدی برای این اوراق است. اگر بتوانیم توجیه قابل قبولی برای قائل شدن به وصف تجریدی برای اوراق سلف ارائه دهیم، بازار ثانویه با رونق بیشتر و ریسک کمتری مواجه خواهد بود و علاوه بر این، مزایای متعدد دیگری برای این امر قابل تصور است.

۶-۱- اوراق بهادار به عنوان «حقوق گردان»

در حقوق انگلستان بحث های فراوانی در رابطه با ماهیت اوراق بهادار و بررسی آنها ذیل عنوان حقوق اموال یا قراردادهای مطرح گردیده است. می‌توان گفت در ایران نیز اوراق بهادار به معنای خاص

عبارتند از سهام شرکت‌های بورسی، اوراق مشارکت و صکوک، که صکوک سلف یا همان اوراق سلف نمونه‌ای از دسته‌ی اخیر به شمار می‌روند.

در نظریه‌های ارائه‌شده در حقوق انگلستان و آلمان در قرون ۱۸ و ۱۹ این مسأله مطرح گردید که اوراق بهادار نه عین هستند و نه دین بلکه اموالی در نوع خاص خودشان می‌باشند. در اتریش نیز طبقه بندی از این اوراق ارائه شده است که مطابق آن اوراق بهادار دارائی‌هایی در نوع خاص خود می‌باشند که با اموال عینی یا ملموس^۱ و اموال دینی یا غیرملموس^۲ تفاوت می‌باشند که به این اوراق «حقوق گردان»^۳ اطلاق می‌گردد. این اوراق «عین» نیستند بلکه «اموال مثلی»^۴ هستند که توسط مشارکت‌کنندگان بازار ایجاد گردیده‌اند تا در بازارهای نقدشونده به جریان بیفتند (میشلر^۴، ۲۰۰۹، ۱) باقری و همکاران به پیروی از میشلر و سایر نظریه‌پردازان خارجی معتقدند که اوراق بهادار که صکوک سلف نیز از این دسته هستند، حق دینی نیستند چرا که اگر آنها را حق دینی تلقی نمائیم باید نقل و انتقالشان را بر اساس عقد حواله توجیه کنیم که با معایب چندی همراه است از جمله اینکه در عقد حواله طبق ماده‌ی ۷۲۴ قانون مدنی هر سه طرف عقد باید مشخص باشند و رضایت هر سه نفر در تحقق عقد لازم است (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۴، ۲۲۴). گونر^۵ طبقه‌بندی اوراق بهادار به عنوان حق دینی را قبول نمی‌کند و آنها را دسته‌ی جدیدی می‌داند که از دو دسته‌ی دیگر مستقل هستند و مقررات و خصیصه‌های خود را دارند که این مقررات در جهت تسهیل گردش این اوراق تدوین گردیده‌اند. دیدگاه وی تأثیر فراوانی بر ادبیات حقوقی زمان خودش گذاشت و حقوقدانان و دانشمندان مهمی در طیف وسیعی بر نظر وی صحه گذاشتند (میشلر، ۲۰۰۹، ۱۳). این راه حل در دکتترین آلمان و اتریش نیز مطرح گردیده و ساوینی^۶ برای نخستین بار آن را مورد بحث قرار داده است. پیشنهاد وی این است که می‌توان از اعمال مقررات حاکم بر حواله صرف‌نظر نمود چرا که عرف تجاری، راهکار قانونی جدیدی را برای انتقال تعهدات اقتضاء می‌نماید. در واقع پیشنهاد وی از این لحاظ حائز اهمیت است که وی دیدگاهی را بیان نموده که مطابق آن استفاده‌ی گسترده از اوراق بهادار و

۱. Tangibles

۲. Intangibles

۳. Circulating Rights

۴. Micheler

۵. Gönner

۶. Savigny

نیاز عملی به قابل انتقال بودن آنها در بازار ثانویه، علم حقوق را در معرض این امر قرار می‌دهد که این اوراق بهادار و انتقال آنها به موجب مقررات خاصی غیر از مقررات حواله باشد. ساوینی معتقد است که باید با پذیرش این امر که عرف، مقررات جدیدی ایجاد نموده است، مقررات حواله را کنار گذاشت همان چیزی که در پایان قسمت «دلالت سکوت محال علیه بر قبول حواله-ها» از آن سخن گفتیم و گفتیم عرف تجاری در حقوق ایران هم در حال دورشدن و فاصله‌گرفتن از ظاهر مقررات حواله و ایجاد وصف تجریدی ناقص برای اوراق سلف می‌باشد. خلاصه‌ی نظریه‌ی ساوینی این است که در واقع رویه تجاری باعث شده که علم حقوق، شیوه‌ی قانونی جدیدی را برای انتقال تعهدات مورد شناسائی قرار دهد (میشلر، ۲۰۰۹، ۱۴-۱۳). برای پذیرش این امر در حقوق ایران، نیازمند به ارائه‌ی توجیه حقوقی برای آن هستیم که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.

۶-۲- توجیه حقوقی پذیرش وصف تجریدی ناقص برای اوراق سلف

اگر بخواهیم در حقوق ایران اوراق بهادار را به عنوان حقوق گردان تلقی نمائیم، باید رژیم خاصی برای آنها پیش‌بینی نمائیم که توجیه‌کننده باشد. برخی معتقدند در این مورد راه حل مناسب‌تر این است که این اسناد، در عین اینکه دسته‌ی سومی تلقی می‌گردند در چارچوب تقسیم‌بندی سنتی اموال به دین و عین توجیه گردند بدین معنا که با مراجعه به اصل و با توجه به ماهیت آنها، در مرحله‌ی صدور، تابع مقررات حاکم بر حق دینی و در مرحله‌ی نقل و انتقال، تابع مقررات حاکم بر حق عینی بوده و هر کجا که عرف تجاری یا ضرورت‌های تجارت امروزه اقتضاء نمود، مقررات این دسته‌ی سوم به طور خاص برای آنها وضع شده و از اعمال مقررات حاکم بر اموال عینی یا دینی بر آنها احتراز گردد. بعنوان مثال اگرچه بر اساس فقه و قانون مدنی رهن‌گزاردن مال مستلزم عین بودن آن است، در عرف تجاری و دستورالعمل‌های موجود در بازار، شرط مربوط به عین‌بودن در خصوص سهام شرکت‌ها نادیده گرفته شده و این اسناد قابل توثیق هستند همانند آنچه در دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹/۰۹/۲۳ هیأت مدیره‌ی سازمان بورس و اوراق بهادار رخ داده است. در بسیاری از کشورها از جمله انگلستان اوراق بهادار به عنوان شبه اسناد تجاری شناخته شده‌اند که در مرحله‌ی گردش، اعیانی در نوع خاص خود هستند و همزمان واجد وصف تجریدی ناقص می‌باشند. این تلقی از اوراق بهادار کارائی بیشتری نسبت به تلقی آن‌ها به عنوان حق

دینی در مفهوم معمول آن دارد (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۴، ۲۲۵-۲۲۴). در برخی نظرات فقهی در مورد مبنای مالیت سهام منتشره‌ی شرکت‌های سهامی پذیرفته شده در بورس، ارزش مالی سهام، ناشی از مالیتی دانسته شده است که برای آنها اعتبار گردیده است یعنی خود سهام به عنوان یک مال اعتباری، ارزش گذاری شده و این ارزش را شخص اعتبارکننده‌ای که قانوناً این صلاحیت را داراست، برای آن در نظر گرفته است (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ۱۴۹). به همین دلیل برخی گفته‌اند که ناشر اوراق سلف موازی استاندارد، اقدام به اعتبار مالیت برای آنها نموده است و در ضمن آن، متعهد به تبدیل آن ورقه‌ی بهادار به کالا در سررسید گردیده است و در نتیجه اوراق بهادار توسط ناشر و تحت نظارت ارکان نظارتی به صورت اعتباری خلق می شود و حیاتی مستقل از مبنای انتشار خود به دست می‌آورد و ضرورتی بر تحلیل آنها به استناد روابط حقوقی مبنائی نیست و بالتبع خرید و فروش چنین اوراق بهاداری هم با هیچ کدام از الزامات فقهی و حقوقی در تعارض نخواهد بود (عبدی‌پور و شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۷).

اگر اوراق بهادار عین یا شبه سند تجاری تلقی شود، صرفنظر از منشأ اولیه‌ی آنها و با حمایت قانون از خریدار با حسن نیت، مورد نقل و انتقال قرار گیرد، هزینه‌های مبادله کاهش می‌یابد چرا که اگر این اوراق در قالب حق دینی و با توجه به منشأ اولیه‌ی آنها مورد نقل و انتقال واقع شوند، هر مالک باید ایادی قبل خود را شناخته و مطمئن شود که ورقه به طریق صحیح قانونی به وی منتقل شده و معاملات قبلی صحیح بوده اند که این امر بر هزینه‌های معامله می‌افزاید. بنابراین یا باید با هزینه‌ی مالک اصلی، از خریدار با حسن نیت حمایت نمود (چون مالک اصلی این ظاهر قابل اعتماد را ایجاد نموده است) که خود مستلزم تعریف متفاوت از ساختار مالکیت اوراق بهادار و تعریف آنها به عنوان اسنادی است که دارای وصف تجریدی هستند و یا از مالک اصلی حمایت نمود که باعث می‌شود هزینه‌ی تأمین مالی شرکت‌ها بالا رود چرا که در اینجا حمایت از مالک به بهای کاهش انگیزه‌ی خریداران با حسن نیت برای صرف منابع جهت خرید اوراق بهادار انجام می‌گیرد که خود عدم کارائی اقتصادی را در پی خواهد داشت. بنابراین با توجه به اینکه عرف نیز اوراق بهادار را در مرحله‌ی گردش آن‌ها در بازار، اعیانی در نوع خاص خود تلقی نموده و آن‌ها را قابل وثیقه گذاری دانسته است و نیز وصف تجریدی را در خصوص سهام شرکت‌ها پذیرفته است، با تحلیل اوراق بهادار در قالب شبه اسناد تجاری و نیز پذیرش وصف تجریدی به صورت ناقص برای این اوراق، خریدار با حسن نیت ریسک مربوط به معاملات فضولی این اوراق را در معاملات خود لحاظ نمی‌کند و همین امر باعث کاهش هزینه‌های مبادله و افزایش سهولت در تأمین مالی شرکت‌ها می‌شود. این

تحلیل در کشورهای پیرو سیستم حقوقی کامن لا نیز مورد پذیرش واقع شده است (باقری و شوشی نسب، ۱۳۹۴، ۲۲۸-۲۲۴). به عبارت دیگر خریدار با حسن نیت هزینه‌هایی را که قرار است صرف حمایت از خود در برابر ریسک‌های احتمالی اوراق در فرض نبود وصف تجریدی برای آنها نماید، صرف سرمایه‌گذاری بیشتر در بازار اوراق می‌نماید و بدین وسیله کارائی اوراق ارتقاء می‌یابد.

عبدی‌پور و شهیدی بر این باورند که اوراق بهاداری که از سوی یک ناشر در اختیار سرمایه‌گذاران قرار می‌گیرد، اگرچه مبتنی بر معامله‌ی کالا در قالب قرارداد خاصی به نام سلف می‌باشد، اما این اوراق با فرایند انتشار و عرضه، از روابط مبنائی منفک می‌شوند و ناشر در قبال آنها و در چارچوب حقوق مندرج در آن، در مقابل دارندگان اوراق متعهد می‌گردد. ایشان با احتساب صکوک به عنوان اوراق بهاداری که به منظور تأمین مالی بانی در ازای انتقال مالکیت یکی از دارائی‌های بانی به ناشر، صادر می‌گردد، همین حکم را در مورد صکوک نیز جاری دانسته‌اند و معتقدند ناشر که معتمد نهادهای حاکمیتی است و مورد تأیید نهادهای نظارتی قرار گرفته است، اقدام به خلق اموال اعتباری تحت عنوان اوراق بهادار می‌نماید (عبدی پور و شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۶). توجیه حقوقی این امر که اوراق سلف موازی استاندارد پس از انتشار، ماهیت اعتباری مستقلی پیدا می‌کنند این است که با اعطای مجوز انتشار این اوراق و سایر اوراق بهادار توسط نهادهای حاکمیتی جهت تأمین مالی اشخاص حقوقی، قانونگذار به نوعی اجازه‌ی خلق موجودات اعتباری همانند پول توسط افراد مورد اطمینان خود را صادر نموده است که این موجودات اعتباری، مستقل از رابطه‌ی مبنائی و طرح توجیهی ارائه شده به ناظرین بازار هستند. در واقع همانند نقشی که بانک مرکزی کشورها در ایجاد و خلق پول دارد و قدرت اعتباردهی در جامعه را دارا می‌باشد، سایر اشخاص نیز تحت نظارت این بانک یا سازمان بورس و اوراق بهادار به استناد طرح‌های توجیهی خود، قادر به خلق موجودات اعتباری به نام اوراق بهادار هستند. این اوراق ممکن است در قالب برگه‌های سهام باشد یا صکوک اسلامی از قبیل اوراق اجاره، مرابحه و سلف. پس دیگر نیازی به تکلف و تلاش برای توجیه نقل و انتقال اوراق بهاداری که در بازارهای مشتقه بورس های کالائی و حتی بازارهای اوراق بهادار مورد معامله قرار می‌گیرند، وجود ندارد و انتقال اوراق سلف توسط خریداران آنها، فروش مبیع سلف قبل از سررسید نیست و صرفاً انتقال اوراق بهادار مبتنی بر مبیع سلف می‌باشد (عبدی پور و شهیدی، ۱۳۹۴، ۴۷). از طرفی بورس‌بازی با اوراق سلف نیز از لحاظ فقهی مجاز می‌باشد و در نتیجه این اوراق به مثابه‌ی ارزش مستقلی تلقی شده‌اند

که قابل داد و ستد می‌باشند و لذا می‌توان گفت این اوراق از معامله‌ی سلف پایه منفک شده‌اند و واجد وصف تجریدی ناقصی گردیده‌اند.

۶-۳- ایراد فقهی وارد بر پذیرش وصف تجریدی برای اوراق سلف

تجریدی بودن اسناد تجاری از لحاظ عقلی، منطقی و حقوقی ایده‌ی قابل قبولی به نظر می‌رسد اما همچنان پایگاه فقهی قابل پذیرشی ندارد. در واقع فقها غیر از پول، مابقی اوراق بهادار از جمله صکوک را سند می‌دانند و معتقدند نه ناشر و نه بازار، به این اوراق به دید مال اعتباری نگاه نمی‌کنند بلکه به دید سند معامله و در صکوک سلف به عنوان سند بدهی کالایی نگاه می‌کنند. از دیدگاه فقهای اهل تسنن معامله‌ی صکوک در بازار ثانویه در قالب بیع صرف قابل توجیه می‌باشد اما می‌دانیم که فقهای امامیه بیع صرف را مخصوص به دو نقد طلا و نقره می‌دانند و آن را در تمام انواع نقود جاری نمی‌دانند. از دیدگاه فقهای شیعه نیز معامله‌ی صکوک در بازار ثانویه در قالب فروش دین و صرفاً به شخص ثالث پذیرفته شده است در حالی که فروش دین از دیدگاه فقهای اهل تسنن به علت وجود شبهه‌ی ربا غیرمجاز می‌باشد و این دسته از فقها بر این باورند که شخص مالک اوراق که در این اوراق سرمایه گذاری نموده است، تنها در صورتی می‌تواند از سود شرعی این اوراق بهره مند گردد که که اوراق را تا سررسید نگاه دارد (نجفی، ۱۳۶۵، ۳۲۳). آنچه از بررسی نظرات فقهای شیعه و سنی استدلال می‌گردد این است که وصف تجریدی برای صکوک نه توسط فقهای شیعه و نه توسط فقهای اهل تسنن قابل پذیرش نیست و تا زمانی که این ایراد فقهی وجود دارد نمی‌توان به پذیرش وصف تجریدی برای صکوک سلف نیز امیدوار بود. البته باید گفت ترکیب سلف موازی و حواله پس از رفع ابهامات و ایرادات آن، بدون اینکه با ایراد فقهی مواجه باشد، در عمل فواید پذیرش وصف تجریدی را دارد و دیگر نیازی نیست به دنبال توجیه فقهی وصف تجریدی برای صکوک باشیم و همان روش سلف موازی و حواله در کنار طراحی مدل عملیاتی قابل قبول برای اوراق، قابل پذیرش می‌باشد و اهداف مورد انتظار در بازار صکوک را محقق می‌نماید.

۷- نتیجه‌گیری

شیوه‌های مختلفی برای ایجاد بازار ثانویه‌ی اوراق سلف نفتی وجود داشت که عبارتند از واگذاری وکالتی، صلح مبیع سلف و نهایتاً ترکیب سلف موازی و حواله. در میان این روش‌ها، ترکیب سلف موازی و

حواله که در حال حاضر مورد پذیرش نهادهای حکومتی ایران نیز قرار گرفته است، مورد بحث مفصل قرار گرفت و دیدیم اگرچه در مجموع می‌توان به دلالت عرف این روش را با اندکی مسامحه پذیرفت اما همچنان ایرادات فقهی بر آن وارد است که ریسک شریعت اوراق را افزایش می‌دهد و ممکن است باعث کاهش اقبال عموم خصوصاً اهل تسنن به اوراق سلف گردد.

در نهایت پذیرش وصف تجریدی برای اوراق سلف نفتی و تلقی آنها به عنوان حقوق گردان در نظام های حقوقی اروپائی و نهایتاً در ایران، مورد بررسی قرار گرفت که بدین نتیجه دست یافتیم که قائل شدن وصف تجریدی ناقص برای اوراق سلف نفتی مانند سایر اوراق بهادار و صکوک، اگرچه از لحاظ عقلی و حقوقی مورد پذیرش می‌باشد اما با ایراد فقهی مواجه است. تفکیک اوراق از عقد سلف پایه، باعث می‌شود از تمام چالش‌های فقهی مورد بحث بی‌نیاز شویم. در واقع با اجرای درست روش ترکیب سلف موازی و حواله در قالب مدل عملیاتی قابل قبول و مطابق فقه اسلامی و عرفی شدن ادبیات مالی جدید، عقد سلف، عقد موجد اوراق سلف نفتی به عنوان ارزشی مستقل از معامله‌ی پایه، تلقی می‌گردد که این اوراق همانند فرزندی که پس از تولد از مادر خود جدا می‌شوند، از معامله‌ی پایه منفک شده‌اند و به حیات مستقل خود ادامه می‌دهند. زمانی که به قول موسویان ادبیات جدید عرفی شود و استقلال سلف موازی از سلف اولیه متفاهم عرفی شود، دیگر کسی به این فکر نمی‌کند که در واقع با خرید اوراق سلف یک معامله‌ی سلف منعقد می‌کند و یک حواله بر فروشنده‌ی نخستین را می‌پذیرد بلکه به مرور خریدارن اوراق، این را می‌فهمند که یک ورقه، که نماد یک ارزش است، را خریداری نموده‌اند و متعهد این ورقه نیز صادر کننده‌ی نخستین آن است که با ایجاد ظاهر قابل اعتماد، خود را متعهد به مندرجات آن نموده است. نتیجتاً می‌توان گفت با متفاهم شدن این ادبیات در عرف ما، از نسخه‌ی فقهی وصف تجریدی برای صکوک بهره‌مند می‌شویم که حاصل پذیرش وصف تجریدی غربی نیست بلکه نسخه‌ی اسلامی وصف تجریدی غربی می‌باشد که بدون اجبار به پذیرش نسخه‌ی غربی وصف تجریدی برای صکوک، از مزایای ساز و کارهای اسلامی برای تسهیل معاملات در بازار سرمایه‌ی اسلامی داخلی بهره‌مند می‌شویم. از طرفی بنظر می‌رسد ناشر نیز نمی‌تواند به اصل عدم استماع ایرادات در برابر دارنده استناد نماید یعنی ادعا کند که معامله‌ی سلف پایه، دارای ایراد بوده است. پس می‌توان رفته رفته به سمت و سوئی حرکت کرد که نسخه‌ی اسلامی از وصف تجریدی اسناد تجاری و نتیجتاً صکوک را با تمام آثار آن پذیرفت.

فهرست منابع

۱. ابن تیمیه، احمد، (۱۴۱۵)، مجموع الفتاوی، جلد ۲۹، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، مدینه.
۲. الأصبیحی، امام مالک ابن انس، (۱۳۲۳)، المدونۃ الكبرى للإمام مالک، جلد چهارم، نشر مطبعة السعادة بجوار محافظة المصر، مصر، چاپ اول.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۰)، کتاب المکاسب، جلد ششم، نشر المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویه الثانيه لمیلاد الشیخ الأنصاری، قم.
۴. باقری، محمود، نفیسه شوشی‌نسب، تحلیل حقوقی اوراق بهادار به مثابه‌ی ارزش، فصلنامه راهبرد، شماره ۷۶، سال ۲۴، (۱۳۹۴)، صص ۲۳۲-۲۱۵.
۵. بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، جلد نوزدهم، نشر دار الکتب الإسلامیه، قم، چاپ اول.
۶. بروجردی عبده، محمد، (۱۳۳۵)، کلیات حقوق اسلامی، نشر مؤسسه‌ی وعظ و تبلیغ اسلامی، تهران، چاپ اول.
۷. البهوتی، منصور بن یونس بن إدیس، ۱۴۲۱(۱۴۲۱)، شرح منتهی الإرادات (ت: الترمذی)، با تحقیق عبد الله بن عبد المحسن الترمذی، جلد سوم، نشر مؤسسه الرساله، بی‌جا، چاپ اول.
۸. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶)، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، جلد چهارم، نشر مؤسسه‌ی اسماعیلیان، قم، چاپ سوم.
۹. ترابی، علی اکبر، (۱۴۲۴)، الموسوعه الرجالیه المیسره (زیر نظر جعفر سبحانی)، نشر مؤسسه الامام الصادق، قم، چاپ دوم.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، عقد حواله، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ سوم.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷(۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، نشر کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ دوم، تهران.
۱۲. الجواهری، حسن، (۱۴۱۹)، بحوث فی الفقه المعاصر، جلد اول، نشر الذخائر، بیروت، چاپ اول.
۱۳. حسینی شیرازی، محمد، (۱۴۲۲)، ایصال الطالب الی المکاسب، جلد شانزدهم، نشر منشورات اعلمی، تهران.

۱۴. حسینی شیرازی، محمد، (بی‌تا)، الفقه: موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی، جلد پنجاه و یکم، نشر مکتبه الألفین، کویت.
۱۵. الحکیم، عبدالمجید، عبدالباقی البکری، محمد طه البشیر، (۱۹۸۰)، الوجیز فی نظریه الإلتزام فی القانون المدنی العراقی، جلد اول (فی مصادر الإلتزام)، الجمهوریه العراقیه وزراه التعلیم العالی و البحت العلمی، بغداد.
۱۶. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد، جلد اول، نشر مؤسسه‌ی اسماعیلیان، قم، چاپ اول.
۱۷. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول.
۱۸. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۴۲۰)، تذکره الفقهاء، جلد چهاردهم، نشر مؤسسه آل البيت لأحیاء التراث، قم.
۱۹. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعۀ فی أحكام الشریعه، جلد ششم، نشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
۲۰. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۴۲۰)، تذکره الفقهاء، جلد یازدهم، نشر مؤسسه آل البيت لأحیاء التراث، قم.
۲۱. حلّی (علامه حلّی)، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۴۱۸)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد دوم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۲۲. زحیلی، وهبه، (بی‌تا)، الفقه الإسلامی و أدلته، جلد پنجم، نشر دارالفکر، قاهره.
۲۳. زیدان، عبدالکریم، (بی‌تا)، المدخل لدراسه الشرعیه الإسلامیه، جامعه البغداد، بغداد، چاپ ششم.
۲۴. ساریخانی، عادل، آقابابایی، اسماعیل، عطارزاده، سعید، (۱۳۹۶). اجماع و نقش آن در استنباط احکام کیفری، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۹(۳۲)، ۲۷-۴۸.
۲۵. سنهوری، عبدالرزاق (بی‌تا)، نظریه العقد (شرح قانون مدنی، نظریه العامه للالتزامات)، نشر دارالفکر، بیروت.
۲۶. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۹۴۵)، مصادر الحق فی الفقه الإسلامی، جلد اول، نشر دار إحياء تراث عربی، بیروت.
۲۷. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۹۵۸)، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد اول، نشر دار إحياء تراث عربی، بیروت.
۲۸. سیوطی، جلال الدین، (۱۴۰۳)، أشباه و نظایر، نشر دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
۲۹. شمري، صادق راشد، (۱۴۳۲)، اساسيات الأستثمار فی مصارف الاسلامیه، نشر دار اليازوری، عمان.

۳۰. شوکانی، الامام الشیخ محمد بن علی، (۱۴۲۵)، السبیل الجرار المتدفق علی حدائق الأزهار، نشر دار ابن حزم، بیروت، چاپ اول (در یک جلد).
۳۱. شیروی، عبدالحسین، رحمانی، هادی، (۱۳۹۶)، امکان فروش مبیع سلف پیش از سررسید از دیدگاه فقه‌های شیعه و اهل تسنن، حقوق اسلامی، (۵۵) ۱۴، ۵۸-۲۸.
۳۲. صادقی مقدم، محمدحسن، میثم موسی‌پور، جلال سلطان احمدی، تحلیل فقهی - حقوقی قرارداد سلف موازی استاندارد ابتکاری جدید برای بازار سرمایه، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره‌ی دوم (پیاپی ۱۰)، (۱۳۹۵)، صص ۴۰-۲۷.
۳۳. صادقی، محمد، راضیه شایق نیک‌نفسه، استقلال یا عدم استقلال عقد صلح در فقه و حقوق ایران، نشریه اندیشمندان حقوق، سال سوم، شماره‌ی ۷، (۱۳۹۴)، صص ۳۰-۲۱.
۳۴. الصفدی، صلاح الدین خلیل بن أبیک، (۱۴۲۰)، الوافی بالوفیات، جلد بیستم، نشر دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
۳۵. طباطبائی یزدی، محمدکاظم، (۱۴۱۹)، العروه الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)، جلد پنجم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
۳۶. طوسی (ابو جعفر)، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، الخلاف، جلد سوم، نشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
۳۷. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، (۱۴۰۸)، الوسیله إلى نیل الفضیله، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی(ره)، قم، چاپ اول.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد دوم، نشر المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم.
۳۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه، جلد سوم، نشر دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ دوم.
۴۰. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین علی بن احمد، (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهارم، نشر مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم.
۴۱. عاملی (محقق کرکی)، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، نشر مؤسسه‌ی آل البیت، قم، چاپ دوم.
۴۲. عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد، (۱۳۸۸)، فقه ۴ (شرح لمعه دمشقیه شهید ثانی)، ترجمه حمید مسجدسرائی، نشر اندیشه‌های حقوقی، کاشان.

۴۳. عباس پور، رضا، رجایی پور، مصطفی، (۱۳۹۶)، بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۸(۲۸)، ۹۹-۱۱۸.
۴۴. عبدی پور فرد، ابراهیم، سید مرتضی شهیدی، ابعاد فقهی، حقوقی و مالی قراردادهای سلف در بورس، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره‌ی اول (پیاپی ۴۱)، (۱۳۹۴)، صص ۳۳-۵۰.
۴۵. عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۹۱)، مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت (اوراق تجاری، بورس و اوراق بهادار، حق کسب یا پیشه یا تجارت)، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، چاپ اول.
۴۶. عبدی، یاسر، جعفرزاده، جعفر، آری، محمود، (۱۳۹۴)، بررسی فقهی حقوقی ماهیت قرارداد استصناع، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۲(۴۲)، ۹۵-۱۱۴.
۴۷. علی آبادی، علی، (۱۳۸۹)، ایجاد و اسقاط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی، نشر دانش‌پذیر، تهران، چاپ سوم.
۴۸. فاضل، محمد صادق، (۱۳۹۳)، امکان تصحیح عقد سلف موازی استاندارد از منظر فقه امامیه و اهل سنت، پایان نامه سطح ۳ حوزه، مرکز مدیریت حوزه های علمیه، معاونت آموزش، مدارک علمی.
۴۹. فراهانی فرد، سعید، صکوک سلف؛ ابزاری مناسب برای تأمین مالی و پوشش ریسک، فصلنامه‌ی علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، (۱۳۸۸)، صص ۳۲-۷.
۵۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، (۱۴۱۰)، کتاب العین، جلد سوم، نشر هجرت، قم، چاپ دوم.
۵۱. فیض، علیرضا، جواد واحدی‌زاده، مقایسه‌ی عقد حواله با تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب، پژوهش نامه‌ی فقه و حقوق اسلامی، شماره‌ی سوم، (۱۳۸۸)، صص ۱۹۳-۱۵۹.
۵۲. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۷)، اصول قراردادهای و تعهدات نظری و کاربردی، نشر دادگستر، تهران، چاپ هشتم.
۵۳. قمی، سید محمد حسینی روحانی، (۱۴۲۰)، المرتقی إلى الفقه الأرقی (کتاب الخیارات)، جلد دوم، نشر مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه، تهران.
۵۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، نشر شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هفتم.
۵۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، عقود معین (عقود اذنی، وثیقه‌های دین و غیره)، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم.
۵۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، عقود معین، جلد چهارم، نشر شرکت سهامی انتشار و گنج دانش، تهران، چاپ یازدهم.

۵۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱)، نظریه‌ی عمومی تعهدات، نشر میزان، تهران، چاپ ششم.
۵۸. کاسانی، علاء‌الدین، (۱۴۰۶)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، جلد ششم، نشر دار الکتب العلمیه، بیروت، چاپ دوم.
۵۹. کاشانی، ابی بکر، (۱۴۰۹)، بدائع الصنائع، جلد پنجم، نشر مکتبه الحبیبه، پاکستان، چاپ اول.
۶۰. کاظمی، محمود، اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله (گفتاری درباره ماده‌ی ۷۳۳ قانون مدنی)، نشریه‌ی پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره‌ی ۱۴، شماره‌ی ۴، (۱۳۸۹)، صص ۱۶۵-۱۴۳.
۶۱. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، سلطانی، عباسعلی، فخلعی، محمدتقی، (۱۳۹۷)، واکاوی قالب‌شناسی حواله با رویکرد به دیدگاه صاحب عروه، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، (۵۲)، ۱۴، ۱۱۱-۱۲۶.
۶۲. مارودی المصری، علی بن محمد بن حبیب، (۱۴۱۴)، الحاوی الکبیر فی فقه الأمام الشافعی، جلد ششم، نشر دار الکتب العلمیه، بیروت.
۶۳. مرادی، عبدالرحیم، رنجبر، مسعودرضا، (۱۳۹۵)، مالکیت منابع نفت و گاز درجا و بهره‌برداری از آن در فقه اسلام، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، (۴۶)، ۱۳، ۸۸-۶۹.
۶۴. المزی، جمال الدین ابی الحجاج یوسف، (۱۴۱۳)، تهذیب الکمال فی اسماء الرجال، جلد بیستم، المؤسسة الرساله، بی‌جا، چاپ اول.
۶۵. مصطفوی، حسن، (۱۴۰۲)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد دوم، نشر مرکز الکتب لترجمه و النشر، تهران، چاپ اول.
۶۶. معلوف، لوئیس، (۱۳۶۲)، المنجد، انتشارات اسماعیلیان، تهران، چاپ اول.
۶۷. مقدسی (ابن قدامه)، عبدالله بن احمد، (۱۴۱۷)، المغنی، جلد ششم، نشر دار عالم الکتب، ریاض.
۶۸. منصور، محمدحسین، (۲۰۰۰)، مصادر التزام العقد و الاراده المنفرده، جلد اول، نشر دار الجامعه البیروت، بیروت.
۶۹. موسویان، سیدعباس، اوراق سلف، ابزاری برای تأمین مالی پروژه‌های بالادستی صنعت نفت، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۹، (۱۳۸۹ ش)، صص ۱۱۶-۸۵.
۷۰. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۵)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد دوم، نشر دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ دوم.
۷۱. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۸)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و چهارم، نشر دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ نهم.

-
۷۲. نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ ق/الف، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و سوم، نشر دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
۷۳. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیست و ششم، نشر دار إحياء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
۷۴. النووی، أبو زکریا محیی الدین یحیی بن شرف، (۱۴۲۳)، روضه الطالبین و عمدہ المفتین، جلد سوم، نشر دار العالم الكتاب، ریاض.
۷۵. النووی، ابو محیی الدین یحیی بن شرف، (بی‌تا)، المجموع شرح المهذب (مع تکمله السبکی والمطیعی)، جلد نهم، نشر دارالفکر، بیروت.
۷۶. وزاره الأوقاف و الشؤون الإسلامیه الكويت، (۱۴۱۲)، الموسوعه الفقهيہ، جلد بیست و پنجم، نشر دار الصفوه، کویت، چاپ اول.
۷۷. یزدی، امید، (۱۳۹۱)، سکوت در قراردادها، نشر آوا، تهران، چاپ دوم.

۷۸. Fahimkhan, M (۲۰۰۰). Islamic futures and their markets, *Islamic Research and Training Institute (IRTI)*, ۲(۱), ۶۸-۹۸.
۷۹. Micheler, E. (۲۰۰۹). The legal nature of securities- Inspirations from comparative law, *SSRN Electronic Journal*, ۲(۲), ۲۸-۳۸.