



Salaf transactions in the capital market and Its limitations from the point of view of jurisprudence and law

Reza Fatin Azar¹

1. Assistant Professor, Department of Law, Mako Unit, Islamic Azad University, Mako, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 133-150

Article history:

Received: 8 Jan 2023

Edition: 22 Jan 2023

Accepted: 4 Feb 2023

Published online: 9 April 2023

Keywords:

Dealing in Futures, capital market, ignorance of the transaction, risk.

Corresponding Author:

Reza Fatin Azar

Address:

Iran, Mako, Islamic Azad University, Mako, Mako branch, Department of Law.

Orchid Code:

0000-0001-8184-7868

Tel:

09021752808

Email:

R.fatinazar@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: One of the basic issues in the field of the Salaf contract is to examine the possibility of using it as one of the trading tools in the capital market and stock market. This has always been a subject of question and debate due to the need and necessity of forward transactions in the capital markets, and in this article an attempt has been made to examine it.

Materials & Methods: In This present paper the library method is used.

Ethical considerations: In this paper, the originality of the texts, honesty and trustworthiness have been observed.

Findings: The most important drawback of derivative Salaf contract in financial markets is these transactions being aleatory or speculation. Uncertainty of the object of transaction and ignorance of its characteristics from a jurisprudential and legal point of view and also the high risk of the transaction question the legitimacy of the transactions and contracts. Because according to Iranian jurisprudence and law, it is necessary for the object of transaction to be transparent and clear, or at least for the general situation to be clear and specific.

Conclusion: It is possible to use derivative contracts in financial markets from a jurisprudential and legal point of view because risk and uncertainty cannot be separated from financial markets and economy. Derivatives contracts were created to control and reduce risk in financial markets and to bring transaction risk to a reasonably level that is accepted by custom. In this case, the mentioned transactions are not aleatory and are unrestricted from a jurisprudential and legal point of view.

Cite this article as:

Fatin Azar R. Salaf transactions in the capital market and Its limitations from the point of view of jurisprudence and law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022-2023



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره اول، بهار ۱۴۰۲

معاملات سلف در بازار سرمایه و محدودیت‌های آن از منظر فقه و حقوق

رضا فطین آذر^۱

۱. استادیار گروه حقوق، واحد ماکو، دانشگاه آزاد اسلامی، ماکو، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: یکی از موضوعات اساسی در زمینه عقد سلف، بررسی امکان بهره‌گیری از آن به‌عنوان یکی از ابزارهای معامله در بازار سرمایه و بورس است. این امر به‌دلیل نیاز و ضرورت معاملات سلف در بازارهای سرمایه همواره محل سؤال و بحث بوده است و در این مقاله تلاش شده تا مورد بررسی قرار گیرد.

مواد و روش‌ها: در نوشتن مقاله حاضر از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است. **یافته‌ها:** بیع سلف از منظر فقهی دارای ویژگی‌های زیادی نظیر قبض ثمن فی المجلس، ذکر جنس و وصف مبیع، تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع و معلوم بودن مقدار کالا است. برخی از این ویژگی‌ها مانند وجود مورد معامله در هنگام سررسید برای استفاده از این قرارداد در قالب یکی از ابزارهای معامله در بازار سرمایه محدودیت ایجاد می‌کند؛ زیرا در بسیاری از معاملات امروزه، به این شرط التزامی ندارند و در عمل این نوع معاملات را انجام می‌دهند. از سوی دیگر، ممنوعیت فروش مبیع سلف پیش از قبض یکی از محدودیت‌های عمده در راستای اعمال قراردادهای سلف به‌شکل امروزی محسوب می‌شود و مانع ایجاد بازارهای ثانوی و معاملات بعدی روی مسلم فیه است. محدودیت دیگر، غرری بودن این معامله‌هاست.

نتیجه‌گیری: ریسک جزو تفکیک‌ناپذیر بازار سرمایه است؛ بنابراین امکان به‌کارگیری معاملات سلف در بازار سرمایه وجود دارد. اگر تدابیری اندیشیده شود که خطر معاملات سلف در بورس چنان کاهش یابد که با عرف هم‌خوانی داشته باشد، در این صورت ایراد غرری بودن از منظر فقه و حقوق تا حدی از بین می‌رود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۳۳-۱۵۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۸

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰

واژگان کلیدی:

معاملات سلف، بازار سرمایه، جهل نسبت به معامله، ریسک

نویسنده مسئول:

رضا فطین آذر

آدرس پستی:

ایران، ماکو، دانشگاه آزاد اسلامی، ماکو، واحد ماکو، گروه حقوق.

تلفن:

۰۹۰۲۱۷۵۲۸۰۸

کد ارکید:

0000-0001-8184-7868

پست الکترونیک:

R.fatinazar@gmail.com

۱. مقدمه

مقررات با موازین اسلامی ضرورت دارد، هر ابزاری هر قدر هم مفید، باید بتواند در یک نظام مالی منطبق با دستورهای اسلامی مورد استفاده قرار بگیرد تا مشروعیت و اعتبار آن خدشه دار نشود. معاملات قراردادهای سلف برخلاف مزیت‌ها و امتیازاتی که به طرفین معامله ارائه می‌کند با مشکلات و محدودیت‌هایی نیز روبه‌روست؛ زیرا یکی از مقتضیات ابزارهای مالی پاسخ‌گویی به نیاز دارندگان اوراق به خروج از بازار و دریافت وجوه پرداختی است. با توجه به ویژگی خاص معاملات سلف، امکان معاملات ثانویه بر روی قراردادهای مبتنی بر معاملات سلف در بورس کالای ایران فراهم نشده است و مطابق احکام شرع، فروش مجدد سلف پیش از تحویل جایز نیست. همین امر نقدشوندگی این دسته از معاملات را که سهم بسیار زیادی در حجم و ارزش معاملات بورس کالا دارد، به شدت کاهش داده است. این امر دست‌اندرکاران بازار سرمایه را به فکر واداشت تا اقدام به تأسیس سازوکاری کنند برای فراهم کردن امکان فروش مورد معامله سلف پیش از سررسید؛ یعنی اندیشه‌ای که در قالب سلف موازی استاندارد هم‌عرض با قراردادهای سلف در بازار فیزیکی تبلور یافت. علاوه بر آن در بازار فیزیکی بورس‌های کالایی دارای قراردادهای سلف، چگونگی جمع میان ضرورت حکمی (قبض ثمن قبل از تفرق متعاملان) و ترتیبات مربوط به امور تسویه در چنین بازاری (که با در نظر گرفتن واقعیات عملی دارای دست‌کم سه روز مهلت است)، موضوعی دیگر است که نیازمند بحث و بررسی جدی است. با توجه به اهمیت استفاده از مزایای قراردادهای سلف و نیز انطباق الزامات معاملاتی با قوانین شرع مقدس، بررسی سازوکارهای اجرایی در این زمینه و اعمال حقوقی انجام‌یافته در راستای

قراردادهای سلف در بازار سنتی ایران از سابقه‌ای دیرینه برخوردار است. در معاملات سلف، تولیدکنندگان عمده کالا با عرضه محصولات خود به مشتریان وجه معامله را فی‌المجلس دریافت می‌کنند و کالا را در زمان مشخصی که در قرارداد فروش قید می‌شود در اختیار خریدار قرار می‌دهند. با راه‌اندازی بورس فلزات تهران و سپس تشکیل بورس کالای ایران، این معاملات به بورس کالا نیز راه یافت که با استقبال زیاد فعالان بازار مواجه شد. به‌گونه‌ای که هم‌اکنون معاملات سلف پر طرفدارترین نوع معاملات در بورس کالای ایران است. قراردادهای سلف در بازارهای بورس (از مهم‌ترین نهادهای مالی)، حجم وسیعی از معاملات را به خود اختصاص می‌دهند. اگرچه این بازار در ابتدا با هدف پوشش ریسک برای خریداران و فروشندگان در بورس مورد استفاده قرار گرفت، به تدریج وسیله‌ای شد در راستای تأمین منابع مالی پروژه‌های بلندمدت، سرمایه‌گذاری و کسب سود و راه را برای گسترش بازرگانی داخلی و خارجی هموار ساخت. با توجه به اهمیت این بازار، اندیشمندان مسلمان در صدد بررسی تطابق معاملات بازار مذکور با قواعد اسلامی برآمده‌اند. یکی از شبهاتی که درباره این قراردادها مطرح شده است، بحث غرری بودن آن‌ها است که در صورت تحقق و اثبات این شبهه، اعتبار بسیاری از معاملات را زیر تأثیر قرار می‌دهد و حتی موجب می‌شود در مواردی علاوه بر اشکالات فقهی، از حیث حقوقی نیز مباحث مختلفی درباره صحت یا بطلان آن‌ها مطرح شود. به دلیل اینکه در کشورهای اسلامی از جمله ایران، که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی انطباق همه

همچون بیع صرف، جزو شرایط صحت و تحقق این بیع است و بدون آن در اساس ملکیتی حاصل نمی‌شود یا اینکه قبل از قبض، ملکیت محقق خواهد شد. هرچند فقیهان برای جواب هر یک از سؤالات بالا به قضاوت و مقایسه ننشسته‌اند، عبارات ایشان به‌طور ضمنی سؤالات فوق را بر می‌انگیزد. بررسی روایات نیز کمک شایانی به اثبات این شرط نمی‌کند و استناد به اصل نیز با وجود دلایل دیگر مفید نیست. شاید مهم‌ترین دلیل این شرط، اجماع باشد که با نقدهای زیادی مواجه خواهد شد. نکته درخور توجه اینکه در اثبات این شرط در معاملات سلف، به بطلان بیع دین‌به‌دین اشاره شده است و فقهای زیادی به آن استناد کرده‌اند و همان فقها در بحث بیع دین‌به‌دین برای اثبات بطلان آن، به شرط نقدی بودن ثمن در بیع سلف استناد می‌کنند که استنادی دوری را به‌وجود آورده است. با استناد به موارد فوق می‌توان این شرط را از شرایط صحت بیع سلف حذف کرد.

در مقاله حاضر تلاش شده است تا پاسخ به این پرسش بررسی شود که رویکرد فقه در معاملات سلف چگونه است و این معاملات در بازار سرمایه از منظر فقه و حقوق با چه محدودیت‌هایی مواجه است؟ نوآوری مقاله پیش رو در همین پرسش است. به‌منظور بررسی سؤال پژوهش، ابتدا قراردادهای سلف در فقه بررسی و سپس در ادامه محدودیت‌های سلف در بازار مالی از منظر فقه و حقوق تحلیل می‌شود.

۲. مفهوم و ماهیت قراردادهای سلف

تحقق آن و کنکاش در نظرات فقها به‌دلیل سکوت قوانین موضوعه پژوهش در این زمینه ضروری به‌نظر می‌رسد. درباره معاملات سلف پژوهش‌های زیادی انجام شده است. پدرام داودی و حسین باستان-زاد (۱۳۹۴) در مقاله‌ای، الزامات به‌کارگیری ابزار سلف برای بهبود نااطمینانی بازار ارز با رویکرد نرخ حقیقی را بررسی کرده‌اند. نتایج تحقیق بیانگر این است که بر اساس نتایج مبتنی بر آزمون الگوی خودرگرسیون برداری متکی بر داده‌های فصلی اقتصاد ایران طی دوره ۱۳۹۴-۱۳۶۹، نرخ حقیقی ارز در روند تعادلی بلندمدت آن طی دوره مطالعاتی، تضعیف شده است که برخلاف مبانی نظری با رشد کسری تراز تجاری غیر نفتی، افزایش اندازه دولت و بهبود رابطه مبادله همراه بوده است. روند فزاینده این شکاف موجب گسترش ناپایداری موازنه پرداخت‌ها و افزایش احتمال شوک‌پذیری بازار ارز شده است. در این مطالعه پیشنهاد شده است تا با استفاده از سازوکار بازار سلف ارز که برای پایش ترکیب تقاضای بازار اسعار به‌طور عام و سهم و اندازه معاملات سوداگرانه به‌طور خاص بوده است، از یک سو، ظرفیت‌های اطلاعاتی سیاست‌گذار را به‌منظور اتخاذ سیاست‌هایی با هدف ثبات مالی و پایداری بخش خارجی تقویت کند و از سوی دیگر، قابلیت پایش و مداخله بانک مرکزی را مورد ارزیابی قرار دهد. عبدالرسول احمدیان، در مقاله‌ای شرط نقدی بودن ثمن در معاملات سلف را بررسی کرده است. مطابق نتایج مقاله مذکور، عقیده رایج در بین فقیهان امامیه، ضرورت قبض ثمن در مجلس عقد است؛ چنان‌که یکی از شرایط عقد سلم را تسلیم ثمن در مجلس می‌داند. در پژوهش مذکور به این پرسش به‌صراحت جواب داده نشده است که آیا قبض در سلم

اجل و موعد تحویل مبیع در آن معلوم و معین است.» یکی دیگر از شارحان قانون مدنی در تعریف بیع سلف گفته است: «آن عبارت از بیعی است که مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد. در این عقد ثمن می‌تواند عین خارجی و یا کلی باشد ولی در مجلس عقد به بایع تأدیه شود» (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱، ۳۹۹).

ابن‌ادریس حلی در کتاب سرائر خود آورده است: «از بیع کالای موصوف در ذمه بایع، که در سررسید و زمانی معین و مصون از زیاده و نقصان باید تحویل داده شود» (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۳۰۷). عبارات فقها در تعریف سلف متفاوت است؛ اما مضمون در آن‌ها تقریباً یکسان و همان است که در ابتدای بحث ذکر شد. می‌توان گفت سلف در معاملات به دو نوع سازوکار متفاوت اطلاق می‌شود: الف) بیعی که در آن فروشنده متعهد می‌شود در برابر ثمن معلوم، مالی را در مدتی که تعیین شده است به خریدار تحویل دهد. این تعریف در مقابل بیع نسیه و غیر از قرض است. ب) قرضی که در آن مقرض هیچ منفعتی نمی‌برد و بر مقرض نیز تکلیفی جز رد آنچه قرض کرده است مترتب نمی‌شود؛ بنابراین به قرض، سلف نیز گفته می‌شود. مرحوم صاحب جواهر وجه استعمال لفظ سلف در عقد بیع و قرض را، شباهت این دو در مشغول‌الذمه شدن بیان می‌دارد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۴، ۲۶۷). آنچه منظور فقها از استعمال لفظ سلف است اختصاص به بیع سلف دارد و مرادشان از این عبارت، بیع سلف با سازوکاری است

سلف در لغت به معنای گذشته است، وامی که برای وام‌دهنده نفعی ندارد و وام‌گیرنده همان مبلغ را که گرفته پس دهد، نوعی معامله که بهای جنس را بیش از تحویل جنس بپردازند (معین، ۱۳۸۴، ۳۵۳). سلف به فتح سین و لام، واژه‌های عربی است که در معانی مختلفی از جمله: جلو افتاد، پیشی گرفت، سپری شد، پیش افتاد، پیشینیان، آمده است (انیس، ۱۳۸۴، ۹۴۹). برخی بیان کرده‌اند که واژه سلف دو معنی دارد: ۱- قرض ۲- پیش‌خرید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ۲۱۹۰). شهید اول در تعریف بیع سلف چنین بیان می‌کند: عقدی است بر کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه باقی می‌ماند در مقابل مالی معلوم که در مجلس عقد قبض می‌شود (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ۲۴۷). شهید ثانی چنین تعریف می‌کند: «عبارت از بیع مال کلی در ذمه به مقدار معلوم است که ثمن آن فی‌المجلس قبض می‌شود و اجل و موعد تحویل مبیع در آن معلوم و معین است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۰۲). از دیدگاه شیخ طوسی نیز: «سلم آن است که ثمن حاضر یا در حکم حاضر در مقابل کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه قرار دارد، معاوضه می‌شود» (طوسی، ۱۳۸۲، ج ۳، ۳۲۶).

شهید اول در تعریف قرارداد سلف بیان می‌کند: «عقدی است بر کالایی که تا مدتی معلوم بر ذمه باقی می‌ماند در مقابل مالی معلوم که در مجلس عقد قبض می‌شود». شهید ثانی عقد سلف را چنین تعریف می‌کند: «عبارت از بیع مال کلی در ذمه به مقدار معلوم است که ثمن آن فی‌المجلس قبض می‌شود و

مبیع آن کلی و در ذمه است و برای تسلیم آن موعدی در عقد مقرر شده باشد (امامی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۴۴۱). سازوکار این نوع از بیع چنین است که خریدار در آن بهای کالای خریداری شده را در مجلس عقد به فروشنده پرداخت می‌کند و در مقابل، فروشنده متعهد می‌شود در تاریخی معین، مبیع سلف را به خریدار تحویل دهد. مشتری را مسلم، بایع را مسلم-الیه و مبیع را مسلم‌فیه گویند (موسویان، ۱۳۸۶، ۴۲۸). «بیع سلف موردی است که ثمن نقد است؛ اما تعهد فروشنده در تسلیم مبیع می‌تواند مؤجل باشد. در چنین حالتی هرگاه مبیع کلی در ذمه باشد بیع را سلف می‌نامند» (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱، ۱۷۴).

بر اساس بند ۳ ماده ۹ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالای بورس کالای ایران، «قرارداد سلف قراردادی است که بر اساس آن کالا با قیمت معین در زمانی مشخص در آینده تحویل گردیده و بهای آن در هنگام معامله و بر اساس دستورالعمل تسویه و پایاپای پرداخت می‌شود». این قرارداد به گونه‌ای است که فروشنده در آن آمادگی خود را برای تحویل کالا در آینده اعلام می‌دارد و در عین حال خریدار ضمن پرداخت وجه قرارداد در زمان (حال)، متعهد به دریافت کالا در آینده می‌شود.

سلم متعارف سلف و در واقع سلف یا سلم یکی از انواع بیع است که در آن بها یا ثمن معامله نقدی و در هنگام انعقاد بیع پرداخت می‌شود؛ ولی مبیع مؤجل و کلی فی‌الذمه است. به بیان دیگر بیع سلف یا بیع سلم، پیش‌خرید یا پیش‌فروش است که اگر از وجه خریدار به موضوع بیع نگاه شود، پیش‌خرید و

که بدان اشاره شد. بنابراین آنچه از استعمال لفظ سلف به ذهن متبادر می‌شود، تعریف اول سلف است. تعاریف حقوق‌دانان از بیع سلف تقریباً یکسان است؛ مانند: «در موردی که ثمن نقد است، تعهد فروشنده در تسلیم مبیع می‌تواند مؤجل باشد و در چنین حالتی هرگاه مبیع کلی و در ذمه باشد، آن را بیع سلف یا سلم می‌نامند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ۷۹). یا این: «بیع سلف یا سلم، آن بیعی است که ثمن آن باید فوراً پرداخت شود و برای تسلیم مبیع، اجلی معین شود» (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۶، ۳۸). دلیل نام‌گذاری سلف این است که چون کالا در آینده تحویل می‌شود و در مقابل پرداخت اکنون است و موجب دینی بر ذمه فروشنده می‌شود، معامله به خود، نام سلف می‌گیرد و به معنای وامی است که هیچ‌گونه سودی ندارد (تاجمیر ریاحی؛ اشعریون قمی‌زاده، ۱۳۹۴، ۳۷). «قانون مدنی در خصوص سلف، شرایط و احکام آن نص صریحی ندارد و به همین اعتبار هم حقوق‌دانان چاره را در رجوع به منابع معتبر فقهی دیده‌اند» (شهیدی؛ عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۴، ۳۳-۳۵). به عقیده برخی حقوق‌دانان «بیع سلف مترادف بیع سلم است و آن بیعی است که ثمن حال و مبیع مؤجل است. به اختصار سلف گفته می‌شود یا اسم عامیانه آن پیش‌خرید-پیش‌فروش است». برخی دیگر (شهیدی، ۱۳۸۴، ج ۶، ۲۲)، عقد بیع را به دلیل موعد تسلیم به چهار نوع تقسیم کرده‌اند که یکی از آن‌ها بیع سلف است مانند اینکه شخصی یک تن برنج به دیگری بفروشد که شش ماه آینده آن را تسلیم کند و ثمن معامله را فوراً دریافت کند. سلف یا سلم عبارت است از فروش مبیع کلی مدت‌دار در مقابل ثمن حال. سلف بیعی است که

شده است. سه نوع اول معاملات از نظر اسلام مجاز شمرده شده است؛ ولی در فقه اسلامی بیع کالی به کالی که در آن ثمن و مبیع هر دو مدت دار هستند، باطل است.

بیع سلف یک معامله خرید و فروش است که در آن پرداخت به صورت نقدی و در هنگام عقد قرارداد انجام می‌شود؛ اما تحویل دارایی خریداری شده به زمانی مشخص در آینده موکول می‌شود. اینکه آیا در این نوع عقد ثمن و مبیع هر دو می‌تواند مدت دار باشد یا نه، بحثی است که نیاز به تجزیه و تحلیل دارد.

با توجه به مطالب باید گفت که «وجه تمایز بیع سلف با سایر انواع بیع همین امر است که ثمن نقد پرداخت می‌شود و تحویل مثنی به آینده موکول می‌شود. علامه در تذکره نیز همین امر را بیان کرده است. به منظور بررسی صحت و سقم این مطلب باید به کتب لغت مراجعه کرد» (معصومی نیا، ۱۳۸۷، ۸۸). در لسان العرب در معنی سلف این گونه آمده است: «سلف نوعی از بیع است که در آن ثمن نقداً پرداخت می‌شود، ولی مثنی اوصافش معین می‌شود و مدت زمان تحویل نیز مشخص می‌شود تا در آینده تحویل خریدار شود». تفاوت بیع نقد و سلف در تسلیم مبیع است که در بیع نقد مبیع و ثمن هر دو به صورت حال تسلیم و تأدیه می‌شود؛ ولی در بیع سلف ثمن به صورت حال و مبیع مدت دار و مؤجل است.

اگر از وجه فروشنده به آن نگاه شود، پیش فروش تلقی می‌شود. مانند اینکه کارخانه‌ای، پول صد دستگاه ماشین را بگیرد و تعهد کند ماشین‌ها را سه ماه دیگر تحویل دهد. در بیع سلف انتقال مالکیت مبیع در زمان تسلیم آن صورت می‌گیرد؛ نه در زمان انعقاد بیع و در بیع سلف یا سلم برخلاف بیع نسبی، کالا، مدت دار است؛ ولی بهای آن نقدی پرداخت می‌شود. این بیع، معامله کالای مدت دار به بهای نقد، تعریف می‌شود و می‌توان گفت این قرارداد یکی از ابزارهای تأمین مالی تولیدکنندگان کالاها است و به صورت فراگیر توسط تولیدکنندگان مورد استفاده قرار می‌گیرد.

قرارداد سلف در مفهوم بورسی خود شامل دو نوع است: قرارداد سلف عادی و سلف موازی. قسم اخیر، در زمره ابزار مشتقه به شمار می‌رود که ماهیت آن جدا از سلف عادی نیست و تفاوت آن بیشتر در امکان معاملات آن در بازار ثانوی است.

قرارداد بیع بیشترین کاربرد را در روابط اقتصادی دارد و به طور کلی به لحاظ قانون مدنی و فقه، بیع به اعتبار تسلیم و تأدیه ثمن بر چهار قسم است: (۱) بیع نقد: بیعی است که در آن موعدی برای تسلیم مبیع و تأدیه ثمن پیش‌بینی نشده است. (۲) بیع نسبی: بیعی که ثمن آن کلی و برای تأدیه آن مدتی تعیین شده است. (۳) بیع سلف: بیعی که مبیع آن بر ذمه و برای تسلیم آن موعدی تعیین شده است. (۴) بیع کالی به کالی: بیعی که ثمن و مبیع هر دو بر ذمه است و برای تسلیم مبیع و تأدیه ثمن موعده مقرر

۳. شرایط بیع سلف

همان‌گونه که در مباحث پیش در تعریف سلف بیان شد، طبق ماده ۱ و ۲ دستورالعمل اجرایی عرضه و معامله قرارداد سلف نفت، قرارداد سلف قراردادی است که بر اساس آن عرضه‌کننده، مقدار معینی از دارایی پایه را بر اساس مشخصات قرارداد سلف در ازای بهای نقد می‌فروشد تا در دوره تحویل به خریدار تسلیم کند. بنابراین پرداخت وجه، نقدی انجام می‌شود؛ اما تحویل کالا برای مدت مشخصی به تعویق می‌افتد. برای انعقاد بیع سلف همانند دیگر عقود نیازمند تحقق شرایط مخصوص به آن است که برخی از این شرایط مشترک بین دیگر عقود است مثل معلوم بودن مورد معامله ... و برخی از آن‌ها اختصاص به بیع سلف دارند. فقها در خصوص سلف، شرایطی را مقرر کرده‌اند که بیشتر متخذ از عموماً عقود یا منابع روایی است. در گفتار نخست به این شرایط اشاره می‌شود. از سوی دیگر احکامی هم برای معاملات سلف وارد شده است که در گفتار دوم بررسی شده است.

در انجام معاملات سلف علاوه بر شرایط مشترک بین دیگر عقود، فقها شرایط خاص دیگری نیز برای این‌گونه از معاملات مقرر کرده‌اند که باید رعایت شوند. در ادامه پس از اشاره به این شرایط درباره هریک از موارد مذکور توضیح مختصری بیان می‌شود.

۳-۱. ذکر جنس و وصف مبیع

در بیع سلف، ذکر جنس و وصف مبیع شرط است. «منظور از جنس در اینجا حقیقت نوعیه است مانند: گندم و جو، لذا باید جنس کالا را به نحوی که رافع جهالت باشد عنوان نماید. و مراد از وصف چیزی است که فارق بین اصناف مختلف یک نوع از کالا باشد مثل درجه یک بودن در گندم و جو. البته مطلق ذکر وصف مورد نظر نیست؛ بلکه این وصف باید به گونه‌ای باشد که از مبیع که قرار است در آینده در سررسید تحویل شود، رفع جهالت نماید تا از انعقاد بیع غریب جلوگیری شود. به عبارتی وصف ذکر شده حین عقد سلف، باید نزد متعاقدين از نظر لغوی و نیز عرفی کاملاً معلوم باشد تا چنانچه اختلافی حاصل شد بتوانند برای رفع آن استعلام نمایند» (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ۴۰۸). ماده ۳۵۱ قانون مدنی مقرر کرده است: «در صورتی که مبیع، کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده) باشد بیع، وقتی صحیح است که مقدار، جنس و وصف مبیع ذکر شود». دیوان عالی کشور (دیوان کشور، رأی شماره ۳۴۴-۲۶/۱/۲۶، شعبه ۳، روزنامه رسمی)، در توضیح این ماده چنین نظر داده است: «ماده ۳۵۱ قانون مدنی راجع به مواردی است که مورد معامله کلی و صادق بر افراد عدیده و مثلی است و چنانچه موضوع معامله غیر مثلی باشد، استناد به ماده مذکور صحیح نیست». به‌طور کلی آنچه از عبارات فقها درباره شرط ذکر جنس و وصف به‌دست آمده است، موارد زیر است:

با توجه به مطالبی که پیش‌تر ذکر شد، چون مبیع در معاملات سلف بورس کالا کلی است، مطابق این ماده، ذکر جنس، وصف و مقدار مبیع ضروری است. طبق ماده ۱۰ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران، قراردادهای قابل معامله از جمله قرارداد سلف صرفاً بر اساس کالاهای پذیرفته‌شده تعریف می‌شود. برای عرضه کالاها در بورس، کارگزار عرضه‌کننده می‌باید اطلاعاتی از جمله مشخصات کالای قابل عرضه، حجم کالا قابل عرضه و ... را به بورس ارائه کند. طبق ماده ۱۱ همان قانون ارائه مشخصات کالای قابل عرضه به‌نوعی، ذکر جنس و وصف کالا است و این دو شرط را اجرایی می‌کند.

۲-۳. تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع

از دیگر شرایط سلف، تعیین دقیق زمان تسلیم مبیع است. «اگر مدت به‌صورت دقیق معلوم نشود، حکم به بطلان معامله کرده‌اند» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۴، ۲۹۹). دلیل این شرط هم نظیر شرط سابق است؛ یعنی در اول ادله نفی غرر، دوم روایات خاصی که وارد شده است؛ مانند روایتی که ابن عباس از رسول اکرم (ص) نقل کرد: «هر کس تصمیم دارد معامله سلف انجام دهد، باید کیل (مقدار مبیع) و مدت را مشخص نماید» (نوری، ۱۴۰۹، ۵).

در کلام فقها این عبارت دیده می‌شود: تعیین الاجل المحروس او مصون او مضبوط من التفاوت. می‌توان گفت بیشتر فقها قائل به شرط بودن تعیین اجل دقیق

اول: جنس و وصف به قسمی ذکر شود که رافع جهالت باشد. دوم: شرط بهترین جنس صحیح نیست؛ مثل اینکه بگوید بهترین اجناس را به تو می‌دهم. به‌دلیل اینکه تعیین بهترین اجناس مقدور نیست؛ ولی اگر بدترین اجناس شرط شود اشکال ندارد؛ زیرا حصول مقصود میسر است. سوم: بیع سلف دو کالای مختلف که به‌صورت یک کالا باشد صحیح است. چهارم: ذکر غایت و نهایت وصف، ضروری نیست و به همان اندازه که اسمی شامل شود کافی است؛ مانند گندم بخشی یا فاریاب. پنجم: عبارتی که بر وصف دلالت می‌کند باید بین متبایعان مشخص و به‌طور لفظی هم‌معنای آن معلوم باشد تا در صورت اختلاف کشف مطلب مشکل نباشد. ششم: پیش‌خرید یا پیش‌فروش لؤلؤ و مرجان صحیح نیست؛ زیرا تفاوت در جنس موجب تفاوت در قیمت می‌شود.

اما دلایل لزوم ذکر جنس و وصف مبیع را دو امر زیر می‌نامند: اول: اگر وصف و جن تعیین نشود، غرر لازم می‌آید. دوم: روایات زیادی که در این زمینه وارد شده است؛ مانند این صحیح منقول از امام صادق (ع): اگر طول و عرض مبیع را توصیف کردی خرید و فروش سلف اشکالی ندارد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۸۳).

«ضابطه و وصف جنس این است که هر آنچه موجب تغییر بهای مثنی می‌شود و به‌طور عادت از آن صرف‌نظر نمی‌کنند، باید ذکر شود. مرجع تشخیص این امر عرف است (تاجمیر ریاحی؛ اشعریون قمی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴۵).

مطابق دیدگاه غالب فقها، «مسلم‌فیه چنان‌چه وزنی، کیلی باشد، باید با مقیاس معلوم مربوط به خود اندازه‌گیری گردد؛ به‌طوری‌که از آن رفع جهالت شود. شهید ثانی، تقدیر کالا اعم از ثمن و مسلم‌فیه را شرط صحت بیع سلف عنوان نموده است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ۲۹۹). مقدار کالای قرارداد سلف در بورس کالا نیز باید این شرط را دارا باشد، یعنی معلوم باشد. از جمله اطلاعاتی که کارگزار عرضه‌کننده باید به بورس ارائه دهد، حجم کالای قابل عرضه است. طبق ماده ۱۱ آئین‌نامه معاملات بورس کالا، مصوب ۱۳۸۲/۶/۳ شورای بورس کالا در وهله بعد، حداکثر افزایش عرضه توسط عرضه‌کننده است. بر طبق بند ب ماده ۳ دستورالعمل انتشارات اطلاعات معاملات توسط بورس کالای ایران، مصوب ۱۳۸۸/۱۱/۷ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار یکی از موارد اطلاعات کالاهای پذیرفته‌شده که باید به تفکیک نماد معاملاتی کالا اعلام شود، حجم و ارزش عرضه و مجموع تقاضای وارده در زمان طرح است. موارد اظهارشده حاکی از این مطلب است که شرط معلوم بودن مقدار کالا اگر درباره قرارداد سلف در حقوق و فقه مقرر شده باشد درباره قرارداد سلف در بورس کالا نیز رعایت می‌شود.

مصون از زیاده و نقصان در حین عقد سلف هستند (موسوی خمینی، ۱۴۱۶، ج ۲، ۴۳۷). طبق ماده ۹ و ۱۱ دستورالعمل انتشارات اطلاعات معاملات توسط بورس کالای ایران، مصوب ۱۳۸۸/۱۱/۷ تعیین مدت تحویل کالا در قرارداد سلف یا زمان سررسید تحویل کالا باید مشخص باشد و احتمال کمی و زیادی در آن نرود. دستورالعمل معاملات کالا و اوراق مبتنی بر کالا در تعریف قرارداد سلف زمانی مشخص در آینده را یکی از شروط قرارداد سلف مقرر کرده است. طبق بند ۲ ماده ۱۱ دستورالعمل تسویه و پایاپای معاملات بورس کالای ایران، مصوب ۱۳۸۹/۸/۲۲ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار از جمله اطلاعات مورد ارائه به بورس توسط کارگزار عرضه‌کننده، زمان‌بندی تحویل است. زمان تحویل در قراردادهای سلف که در دستورالعمل تسویه پیش‌بینی شده است از این قرار است؛ با سررسید کمتر از ۳۰ روز، حداکثر تا ۵ روز تقویمی پس از سررسید تحویل است و در قراردادهای سلف با سررسید ۳۰ روز و بیشتر، حداکثر تا ۱۵ روز تقویمی پس از سررسید تقویمی است.

۳-۳. معلوم بودن مقدار کالا

معلوم بودن مقدار کالا از دیگر شرایط سلف است. روایات موجود نیز بر این شرط دلالت دارد. روایت زیر از امام علی (ع): «سلف اشکال ندارد، در صورتی که کیل و مدت تعیین شود» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۷).

۳-۴. وجود مورد معامله در هنگام سررسید

وجود مورد معامله در هنگام سررسید از دیگر شرایط صحت بیع سلف است. «کالایی که پیش‌فروش

زمان سررسید قرارداد سلف در بورس کالا با توجه به مطالب بیان شده اجرایی می‌شود.

۳-۵. قبض ثمن فی المجلس

قبض ثمن فی المجلس از دیگر شرایط ذکر شده در بیع سلف است. مشهور فقهای امامیه قبض ثمن در مجلس عقد توسط فروشنده را یکی از شرایط صحت بیع سلف می‌دانند. ایشان بر این نظر هستند که اگر ثمن پیش از تفرق پرداخت نشود بیع باطل خواهد بود. این در حالی است که در قانون مدنی لزوم قبض ثمن در بیع تصریح نشده است. مرحوم صاحب جواهر این شرط را اجماعی می‌دانند که در صورت عدم تحقق آن، بیع سلف باطل است. صاحب کتاب خلاف این‌گونه بیان می‌دارد: «از شرایط صحت عقد سلف این است که رأس‌المال قبل از تفرق قبض گردد، و دلیل آن این است که ما اجماع نموده‌ایم بر اینکه هرگاه ثمن قبض شد عقد صحیح است و دلیلی بر صحت آن قبل از قبض ثمن وجود ندارد؛ پس اعتبار آنچه ما بدان قائل هستیم پابرجاست» (طوسی، ۱۴۱۵، ج ۳، ۲۰۱).

حال اگر قسمتی از ثمن قبض شود به نسبت مقبوض بیع نافذ و به نسبت باقی‌مانده باطل است. و اگر شرط شود که ثمن بر ذمه مشتری باشد بنا به عقیده برخی از فقها بیع باطل است؛ زیرا گفته‌اند که در اینجا معامله دین به دین است؛ نه بیع سلف و به عقیده بعضی دیگر بیع مکروه است؛ زیرا گفته‌اند قرض ثابت

می‌شود، در صورت تعیین مدت، باید هنگام سررسید تحویل آن فراوان باشد، یعنی در محلی که شرط شده کالا در آن محل به مشتری تحویل داده شود، فراوان باشد». درباره این‌گونه معاملات در بورس، باید گفت که کالای مورد عرضه در بورس، پیش از ارائه باید طی مراحل مورد پذیرش قرار گیرد. کالا باید با شرایط مندرج در دستورالعمل پذیرش کالا برای درج آن در فهرست نرخ‌های بورس و فراهم شدن امکان معامله آن در بورس، تطبیق داده شود. بر طبق ماده ۹ دستورالعمل تسویه و پایاپای معاملات بورس کالای ایران، مصوب ۱۳۸۹/۸/۲۲ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار برای پذیرش هر کالا باید: اول، متقاضی سابقه فعالیت قابل اتکا در بازار کالای مورد پذیرش داشته باشد و نیز چشم‌انداز روشنی از تداوم فعالیت متقاضی وجود داشته باشد. دوم، میزان عرضه کالا توسط متقاضی به گونه‌ای باشد که امکان کشف عادلانه قیمت را در بورس فراهم آورد. سوم، کالا نباید مشمول محدودیت‌های قیمت‌گذاری قانونی و انحصاری در عرضه یا تقاضا باشد که مانع از کشف عادلانه قیمت کالا شود. هیئت پذیرش در زمان پذیرش هر کالا، حداقل عرضه سالانه و حداقل در صد عرضه در بورس از کل تولید سالانه برای تولیدکنندگان و از کل واردات سالانه برای واردکنندگان را مشخص می‌کند. مطالب مطرح‌شده حاکی از این است که کالای پذیرش‌شده در بورس کالا، کالایی است که از فراوانی در زمان سررسید برخوردار است و شرط فراوان بودن کالا در

النهایه، بیع غرری را معامله‌ای می‌داند که ظاهر آن مشتری را فریب می‌دهد و باطن آن مجهول است (جزری ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳، ۳۵۵). برخی از فقها در تعریف آن بدون اختصاص آن به «بیع» تعاریف دیگری را ارائه کردند از جمله: صاحب جواهر که در تعریف غرر بیان می‌دارد: «غرری که از آن نهی شده است یعنی خطر ناشی از جهل به مقدار و صفات مبیع، نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غایب ضرورتاً خطر حاصل می‌شود و حال آنکه بیع کالای غایب جایز است و یا در بیع سردختی و محصولات زراعی مادامی که چیده یا درو نشده باشند، غالباً خطر وجود دارد؛ اما بیع آن‌ها صحیح و معتبر است. بنابراین مراد از غرر، مطلق خطر نیست» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ۳۸۸). بر اساس این تعریف، غرر در صورتی وجود دارد که خطر ناشی از جهل باشد و حالتی است که مورد معامله مجهول باشد و طرفین به جنس و مقدار و اوصاف آن آگاهی نداشته باشند. به بیان دیگر مطلق خطر، غرر نیست. در صورت اعتقاد به بطلان هر نوع معامله‌ای که در آن احتمال ضرر وجود دارد موجب می‌شود که همه معاملات که با تفاوت قیمت بازار انجام می‌شود و سفهی هم نیست باطل تلقی شود؛ حال آنکه گاهی این معاملات برای اهداف خاص عقلایی با رضایت کامل و توافق طرفین منعقد شوند؛ زیرا نفس عدم ضرر کافی است و در معاملات، ضوابط و ملاک‌های عرفی اجرا می‌شود؛ مگر شارع خلاف آن را تصریح کرده باشد و اگر مورد معامله برحسب قضاوت و علم عادی در موعد مقرر، موفق الوجود شود و بایع قادر به تهیه و تسلیم آن به مشتری شود چنین معامله‌ای صحیح است. بنابراین از کلام فقها می‌توان چنین فهمید که فقها معامله غرری را معامله‌ای خطری می‌دانند که این خطر ناشی از جهل نسبت به

بر ذمه در حکم قبض است و مشمول بیع دین به دین نمی‌شود.

طبق بند ۳ ماده ۱۴، آئین‌نامه اتاق پایاپای، مصوب ۱۳۸۴/۳/۹ شورای عالی بورس کالا درباره قبض ثمن در قراردادهای سلف در بورس کالا، باید اذعان کرد که بر اساس آئین‌نامه اتاق پایاپای، پرداخت وجه قرارداد سلف حداکثر تا سه روز کاری بعد از انجام معامله و تحویل کالای موضوع آن در سررسید تعیین شده توسط هریک از کارگزاران ذی‌ربط انجام می‌پذیرد. این مورد از موارد خاصی است که در حیطة قراردادهای سلف در بورس کالا اجرا می‌شود.

۴. محدودیت‌های قراردادهای سلف در بازارهای مالی

ایرادی که در این باره ممکن است مطرح شود چنین است که در قراردادهای سلف واقع شده در بورس، جهل به مورد معامله وجود دارد و از مصادیق معاملات غرری و باطل است. غرر به فتح اول و دوم، واژه‌های عربی است و از حیث لغوی معانی مختلفی دارد که برخی آن را در معنای «خطر» می‌دانند (ابو حبیب، ۱۴۰۸، ۲۷۲؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۷، ۳۰۰). فرهنگ معین نیز آن را به معنای «خطر» و «فریب خوردن» تعریف کرده است (معین، ۱۳۸۴، ج ۲، ۲۴۰۰). در قاموس قرآن و لسان‌العرب غرر به معنی خدعه، نیرنگ و تطمیع به باطل آمده است (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۵، ۹۲؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۵، ۱۱). درباره مفهوم اصطلاحی غرر، ابن اثیر در

وجود مبیع و ثمن، حصول و صفات و مقدار جنس است (نراقی، ۱۴۱۷، ۹۴).

یکی از موضوعات مهمی که بحث غرر در آن مطرح شده است، جهل به عوضین و به‌ویژه مجهول یا ابهام در میزان ثمن معامله است که جهل به ثمن از مصادیق غرر و موجب بطلان معامله است. بنابراین «شروط سه‌گانه یعنی اطمینان به وجود مبیع، وثوق به حصول مبیع و دستیابی به مبیع مقصود، در کلمات فقیهان به‌شرط موجودیت مبیع در هنگام معامله با هنگام تحویل، قدرت بر تسلیم مبیع و علم به عوضین به لحاظ مقدار، جنس و کیفیت، تعبیر شده است» (رئوف، ۱۳۹۱). از حیث جنس، کمیت و کیفیت مجهول است، اطمینانی به وجود اصل مبیع نیست مثل حمل حیوانات که ممکن است هرگز به وجود نیاید یا جهل به مقدورالتسلیمی آن مانند پرندگان در هوا برخلاف اینکه علم به وجود مبیع، وجود دارد.

در پاسخ به اینکه در معاملات سلف در بورس، جهل به مورد معامله وجود دارد و از مصادیق معاملات غرری و باطل است، باید گفت، طبق نظر فقها (علامه - حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ۲۴۵)، یکی از مصادیق غرر این است که مقدار و کیفیت عوضین معلوم نباشد؛ البته مراد معلومیت عرفی است. روشن است که این قرارداد از حیث معلوم بودن مورد معامله اشکالی ندارد و تمام ویژگی‌های عوضین در قراردادها ثبت و هنگام انعقاد قرارداد، قیمت مطابق توافق طرفین مشخص می‌شود (ساعی، ۱۳۹۴، ۱۷)؛ بنابراین جهل در این معاملات منتفی است. برخی معتقدند غرر زمانی وجود دارد که جهل همراه با ضرر وجود داشته باشد. حال آنکه بر اساس مقررات بورسی، زمانی یک

قرارداد سلف قابلیت پذیرش در بورس را دارد که تمام خصوصیات و شرایط آنچه مورد معامله است ذکر و کاملاً مشخص شده باشد. درباره معاملات سلف موازی در بورس‌های مختلف توصیفات دقیقی برای رفع جهل از سوی قانون‌گذار ذکر شده است. برای مثال ماده ۴ دستورالعمل اجرایی معاملات سلف استاندارد در بورس کالای ایران نیز برای آشکار شدن مورد معامله قید ۲۲ مورد را الزامی می‌داند. می‌توان دریافت که قانون‌گذار به رفع هر گونه ابهام و اجمال و جهلی از قراردادهای آتی و سلف نظر داشته و تمام جزئیات را در قالب موارد ضروری برای معلوم شدن مورد معامله احصا کرده است. از همین رو می‌توان گفت هیچ‌گونه جهلی که منجر به غرر در این معاملات شود وجود ندارد.

درباره خطر در معامله سلف نیز باید گفت که به‌طور ذاتی در هر معامله‌ای حتی معاملات نقدی نیز، خطر وجود دارد و حتی برخلاف قراردادهای سلف، در قراردادهای آتی با در نظر گرفتن چنین خطری و برای رفع هر نوع منازعه احتمالی، امضای «بیانیه ریسک» که در بند ۱۱ ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۸ دستورالعمل آتی کالا در قالب یکی از لوازم ورود به بازار معاملاتی بورس آتی مقرر شده است و مشتریان قبل از انجام معامله ملزم به امضای آن هستند، حاکی از همین موضوع و مخاطرات پیش روی سرمایه‌گذاران است. در نتیجه می‌توان گفت خطر ورود ضرر موجود در معاملات آتی و سلف، خطری متعارف است که تشخیص این متعارف بودن هم امری موضوعی و عرفی است و نه حکمی و استفاده فراوان فعالان بازار بورس از این ابزار حاکی از معقول بودن این خطر است. با این توضیح که قرارداد آتی

مدنی (لزوم معلوم و معین بودن مبیع) چنین بر می‌آید که طرفین قرارداد باید به چگونگی تعهدات خود اطلاع کامل داشته باشند و در هر جا که ابهامی در میان باشد، عقد غرری و باطل است؛ ولی پذیرفتن این قاعده دشوار به نظر می‌رسد؛ زیرا در بسیاری از موارد که آنان به سرنوشت تعهدات خود و میزان آن اطمینان ندارند، عقد نافذ شناخته شده است؛ مانند معاملات معلق، بیع مالی که طرفین ما نمی‌دانند و به شرط مقدار معینی معامله می‌کنند و معامله‌ای که نسبت به تمکن خریدار در پرداختن ثمن تردید است و مانند این‌ها. بنابراین آنچه به‌طور مسلم مانع نفوذ قرارداد است، ناتوانی واقعی در تسلیم مبیع است و وجود خطر در امکان تسلیم همیشه سبب بطلان بیع نیست؛ زیرا در مواردی که به حکم عادت دسترسی به مبیع امکان دارد و درجه اجرای عقد به اندازه‌ای است که از مرحله تردید می‌گذرد (مانند فروش پرنده بومی که در حال پرواز است یا میوه‌ای که بر درخت است) بیع درست است. ولی، در فرضی که احتمال دسترسی اندک است و دو طرف ظن قوی بر امکان تسلیم ندارند مانند ماهی در دریا و پرنده‌ای در هوا) بیع باطل است» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۴۳).

ب) در منابع و متون فقهی، روشن و مشخص است که تشخیص و تحقق هر کدام از مواردی که موجب غرر می‌شود، بر عهده عرف گذاشته شده است و درباره شرط قدرت بر تسلیم، ملاً، امکان دسترسی به مورد معامله بر حسب عادت است. همچنان که درباره علم به اصل وجود معامله نیز اگر بر حسب عرف و عادت مردم، به وجود چیزی اطمینان باشد، این شرط، محقق می‌شود (رفیعی، ۱۳۷۸، ۵۷).

اصولاً برای پوشش ریسک تغییرات قیمت، ایجاد شده است و فلسفه اصلی آن همین موضوع بوده است. بنابراین نه تنها غرری نیست که در پی رفع خطر است.

یکی دیگر از مواردی که ممکن است، منشأ غرر در هر یک از قراردادهای آتی و سلف مطرح شود، عدم اطمینان از مقدورالتسلیم بودن مورد معامله در هر یک از آن‌ها است. به این صورت که ممکن است در زمان سررسید طرفین به تعهد خود عمل نکنند و از تسلیم مورد معامله سرباز زنند. در این باره قراردادهای سلف و آتی از احکام مشترکی برخوردار هستند و دستورالعمل‌های بورسی مرتبط با این قراردادها در بخش تسویه مقرر داشته‌اند که بورس‌ها اقدام می‌کنند به تسویه نقدی و اخذ جریمه از شخصی که به تعهد خود عمل نکرده است (احمدیان، ۱۳۹۴، ۳۸).

درباره این ایراد که حصول مورد تعهد قطعی نیست و در واقع قدرت بر تسلیم مورد تردید است، آیا می‌توان به دلیل احتمالی بودن بیع و ایجاد غرر آن را باطل دانست؟ این پرسش را می‌توان به دو شکل پاسخ داد:

الف) یکی از استادان در پاسخ به این سؤال بیان می‌دارد: «هرگاه قدرت بر تسلیم مال مورد معامله، مورد تردید یکی از طرفین واقع شود، معامله بر آن احتمالی و تسلیم عوض در مقابلش مانند گروبندی، غرری می‌باشد و منطق حقوقی این‌گونه معاملات را صحیح نشناخته است» (امامی، ۱۳۷۰، ج ۱، ۲۵۹). در پاسخ به این ایراد که به نظر اینجانب پاسخی صحیح‌تر و با توجه به متقضیات عرفی و روابط تجاری امروز مستندتر است، بیان شده است: «ممکن است استدلال شود که از روح مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون

متفاوت از سلف متفاهم بازار است؛ بنابراین به وجود آمدن دستورالعمل شفاف یا نوشتن استقلال معامله در این راستا ضروری است. به وجود آمدن سلف موازی استاندارد با رعایت استقلال راه کاری مناسب در بازارهای مالی و اسلامی است. قراردادهای آتی نیز یکی از ابزارهای مشتقه است که این قراردادها نیز به منظور پیش گیری از خطر نوسانات قیمت ایجاد شده اند. ایرادی که به معاملات سلف در بازار سرمایه وارد می شود غرری بودن معامله است. نتایج این تحقیق نشان داد غرری که عقلاً از آن تسامح می کنند موجب بطلان عقد نمی شود و زمانی مؤثر در بطلان معامله است که مربوط به مورد معامله باشد و در واقع چون مرتبط با لوازم و توابع آن باشد با توجه به اینکه مورد قصد طرفین نیست، خدشه ای به صحت معامله وارد نمی کند. بنابراین با توجه به سازوکارهای حاکم بر بورس، معاملاتی که در این بازار مورد دادوستد واقع می شود، شفافیت بیشتری نسبت به معاملات غرری دارد؛ زیرا یکی از مزایای معاملات بورسی همین شفافیت است. ضمن اینکه قراردادهای سلف که در محیط بورس واقع می شوند زمانی قابلیت پذیرش در این بازار را دارند که تمام خصوصیات و کیفیات و شرایط مورد معامله ذکر شده و طرفین آن نیز کاملاً مشخص هستند و هیچ گونه جهل و خطر تنازع و اختلافی که موجب تحقق غرر معاملات شود، نسبت به این موارد وجود ندارد. اگر گاهی چنین مواردی نیز به چشم بخورد، ناشی از ذات هر نوع معامله ای است که مبتنی بر سود و زیان است و اختصاص به محیط بورس ندارد. ممیزات دیگری نظیر اعمال محدودیت سقف معاملات برای هر معامله گر، اعمال نظارت های فراوان در بورس و کنترلی که بر نوسانات شدید قیمت از طریق اعمال

بر این اساس برای تشخیص امکان تسلیم، ضابطه و معیار عرفی مد نظر است و عرف هم در داوری خود با توجه به اوضاع و احوال، قابلیت تسلیم مورد معامله را با توجه به وضع خود مال و توانایی متعهد در نظر می گیرد. بر این اساس در قراردادهای آتی و سلف که در بورس صورت می گیرد با توجه به اینکه ضمانت اجراها و ضوابطی که از سوی بورس ها در نظر گرفته شده است و همچنین فعالان در این بازار به خصوص عرضه کننده ها اشخاصی هستند که پیش از ورود اصولاً اعتبار آن ها سنجیده شده است، این دیدگاه عرفی در زمان انعقاد معامله نسبت به قدرت بر تسلیم بین طرفین وجود دارد و اموالی هم که موضوع معامله در این قراردادها هستند، جزو اموالی هستند که وضع و ذات آن ها قابلیت تسلیم را دارند. علاوه بر اینکه طرفین معامله هم در زمان معامله، علم بر قدرت تسلیم دارند و در نتیجه از این حیث تفاوتی در بین قراردادهای آتی و سلف وجود ندارد و بنابراین غرری وجود ندارد.

۵. نتیجه گیری

سلف مفهومی است که در حقوق ما معنای خود را از فقه می گیرد. با توجه به اینکه مفهوم این عقد می تواند جلوی خطر افزایش قیمت را بگیرد این مفهوم وارد بورس شد. ولی به دلیل محدودیت های فقه در انتقال آن، سازمان بورس این چنین معاملات را به سلف موازی گسترش داد. هر چند یکی از شرایط صحت قرارداد سلف موازی استقلال آن از سلف اولیه است؛ در عمل متعاملان متوجه این استقلال نشده اند و عرف معامله گران بازار چنین معامله را بر روی همان معامله قبل می دانند. در نتیجه قصد سلف مستقل

- تاجمیر ریاحی، حامد؛ اشعریون قمی‌زاده، فرزانه، سلف و اوراق سلف بررسی فقهی اقتصادی، چاپ اول، تهران، انتشارات بورس، ۱۳۹۴.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.

- داودی، پدram؛ باستان‌زاد، حسین، «الزامات به‌کارگیری ابزار سلف جهت بهبود نااطمینانی بازار ارز با رویکرد نرخ حقیقی»، مجله پژوهش‌نامه اقتصادی(دانشگاه علامه طباطبائی)، شماره شصت-وسوم، ۱۳۹۵.

- رفیعی، محمدتقی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی، چاپ اول، قم، نشر بوستان کتاب، ۱۳۷۸.

- رئوف، دلجو، قاعده غرر در حقوق مدنی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۱.

- ساعی، سید محمدهادی، تقریرات مدنی(کارشناسی ارشد)، چاپ اول، قزوین، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، ۱۳۹۴.

- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد ششم، چاپ اول، مازندران، اشرف البلاد، ۱۳۸۴.

- شهیدی، سیدمرتضی؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم، «ابعاد فقهی حقوقی و مالی قراردادهای سلف در بورس»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره اول، ۱۳۹۴.

محدودیت در تغییرات روزانه قیمت به‌تناسب در هر یک از بازارهای سلف و آتی صورت می‌گیرد، راه-کارهایی هستند که احتمال هرگونه غرری در این معاملات را رد می‌کنند.

منابع

فارسی

- احمدیان، عبدالرسول، «تحلیل شرط نقدی بودن ثمن در معاملات سلف»، مجله پژوهش‌های فقهی، شماره اول، ۱۳۹۴.

- امامی، حسن، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، نشر کتاب‌فروشی اسلامیة و اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه، ۱۳۶۶.

- امامی، حسن، حقوقی مدنی، جلد اول، چاپ ششم، تهران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۷۰.

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیستم، تهران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۷۸.

- انیس، ابراهیم، فرهنگ معجم‌الوسیط، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.

عربی

- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد ششم، چاپ هفدهم، تهران، نشر مجد، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، جلد اول، چاپ دوم، تهران انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض- عقود تملیکی)، چاپ ششم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا و انتشارات قدس، ۱۳۷۶.
- معصومی نیا، غلامعلی، ابزارهای مشتقه (بررسی فقهی و اقتصادی)، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷.
- معصومی نیا، غلامرضا، ابزارهای مشتقه (بررسی فقهی و اقتصادی)، چاپ دوم، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.
- معصومی نیا، غلامعلی، «بررسی فقهی قرارداد اختیار معامله»، فصلنامه علمی-پژوهشی اقتصاد، شماره چهلیم، ۱۳۸۹.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ ششم، تهران، انتشارات معین، ۱۳۸۴.
- موسویان، عباس، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات، چاپ اول، تهران، نشر پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۶.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، جلد دوم، قمف دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، جلد نهم و پنجم، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع دار صادر، ۱۴۱۴.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، جلد سوم، بیروت دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۰۵.
- ابوحبيب، سعدی، القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً، دمشق، دار الفكر، ۱۴۰۸.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احكام العتره الطاهره، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵.
- جزری ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب- الحدیث و الأثر، جلد سوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.

- طوسی (شیخ طوسی)، ابوجعفر محمدبن حسن، المعجم الفقهي لكتب الشيخ طوسی، جلد سوم، قم، مؤسسه دایره المعارف الفقه اسلامی، ۱۳۸۲.
- طوسی (شیخ طوسی)، ابوجعفر محمدبن حسن، الخلاف، جلد سوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵.
- عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی، القواعد و الفوائد، جلد سوم، قم، کتاب فروشی مفی، ۱۴۱۷.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشى-کلانتر)، قم، انتشارات کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن محمد، مسالك الافهام، جلد دوازدهم، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۶.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن محمد، ترجمه و تبیین شرح لمعه، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۵.
- قرشی، سید علی‌اکبر، قاموس قرآن، جلد پنجم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲.
- موسوی خمینی سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۶.
- نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و دوم، بیروت، دار احیا التراث العربی، ۱۴۰۴.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست و چهارم، تهران، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۴.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و چهارم، تهران، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۸.
- نراقی، مولی احمدبن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷.
- نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹.
- واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد هفتم، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴.