

مقاله علمی پژوهشی

ماهیت و اوصاف قراردادهای سوآپ

مختار محمودی^۱، ابراهیم شکاریان^{۲*}، یوسف مولایی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ارومیه، ارومیه، ایران

۲. استاد حقوق، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

۳. استادیار حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ارومیه، ارومیه، ایران

(دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۶ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۱۰)

The Nature and Characteristics of Swap Contracts

Mokhtar Mahmoudi¹, Ebrahim Shoarian^{2*}, Yousef Molaei³

1. Ph.D. Student in Private Law, Islamic Azad University, Urmia Branch, Urmia, Iran

2. Professor of Law, Tabriz University, Tabriz, Iran

3. Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Urmia Branch, Urmia, Iran

(Received: 05/Feb/2020

Accepted: 30/Jun/2020)

Abstract

The use of swap contracts as a method of attracting foreign investors and reducing the risk and eliminating the barriers to transportation and export and import risks of similar goods on the one hand due to restrictions and legal requirements on other contracts on the other hand due to economic requirements on contracts Modern international trade, including swap contracts in Iranian law and jurisprudence, has not been discussed in a comprehensive manner. But the question is, what is the legal nature of swap contracts? Is there a similar entity in domestic and foreign law with swap contracts? And what are these contracts? In response to these questions, this paper examines and justifies this issue by examining similar domestic and foreign legal entities, and concludes that swap contracts, given the broad scope of the principle of sovereignty and freedom of contract, in the rights of one contract. Accepted in Article 10 of the Iranian Civil Code and the parties' consent is sufficient for the validity and validity of these contracts and as a modern entity has its own character and generally comprises a set of contractual procedures whose content infringes its quality. Makes, and on the other hand, swap contracts with such qualifications as this contract Possessory, satisfaction, exchange, and the subject matter are often identical goods and reduce the risk of transactions.

Keywords: Swap Contract, Nature, Characteristics, Mutual Trade, Foreign Investment, Risk.

چکیده

استفاده از قراردادهای سوآپ به عنوان روش جذب سرمایه گذار خارجی و کاهش ریسک و رفع موانع حمل و نقل و خطرات صادرات و واردات کالاهای مشابه از یک سو ناشی از محدودیت‌ها و الزامات قانونی در خصوص سایر قراردادها و از سوی دیگر ناشی از الزامات اقتصادی در خصوص قراردادهای نوین تجارت بین الملل از جمله قراردادهای سوآپ در حقوق موضوعه ایران و فقه است. در این مورد بحثی که به صورت جامع باشد به میان نیامده است. لیکن این سؤال به ذهن می‌رسد که ماهیت حقوقی قراردادهای سوآپ چیست؟ آیا نهاد مشابهی در حقوق داخلی و خارجی با قراردادهای سوآپ وجود دارد یا خیر؟ و این قراردادها چه اوصافی دارند؟ این مقاله در پاسخ به این سؤالات، با بررسی نهادهای حقوقی مشابه داخلی و خارجی به توجیه و تبیین این مسئله می‌پردازد و به این نتیجه می‌رسد که قراردادهای سوآپ با توجه به دامنه گسترده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، در حقوق یکی از قراردادهای پذیرفته شده در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران می‌باشد و تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قراردادها کافی است. این قراردادها به عنوان نهادی نوین دارای ماهیت خاص خود می‌باشد و در کل شامل مجموعه‌ای از روش‌های قراردادی است که مفاد تراضی کیفیت آن را می‌سازد و از طرفی قراردادهای سوآپ دارای اوصافی از قبیل اینکه این قرارداد از عقود تملیکی، رضایی، معوض و موضوع آن اکثراً کالاهای همسان می‌باشد و ریسک معاملات را هم کاهش می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: اوصاف، تجارت متقابل، ریسک، سرمایه‌گذاری خارجی،

قرارداد سوآپ، ماهیت.

مقدمه

قبل از پیدایش پول، معاملات به صورت پایاپای صورت می‌گرفت. در دهه‌های اخیر معاملات تجارت متقابل^۱ توسعه فراوانی یافته‌اند تا جایی که برخی ارزش این معاملات را از ۲۵ تا ۵۰ درصد کل تجارت جهانی می‌دانند (Alba, 1990: 24/5). تجارت متقابل، اصطلاحی عام است و روش‌های گوناگون معاملات صادراتی مرتبط با یکدیگر از جمله سوآپ را شامل می‌شود که یکی از آنها در کشور صادرکننده و دیگری در کشور واردکننده صورت می‌گیرد (اشمیتوف، ۱۳۹۳: ۲۴۱). سوآپ یک واژه انگلیسی است^۲ و در لغت به معنای معامله پایاپای، معاوضه و مترادف با واژه مبادله است (حبیب‌زاده قره‌تپه، ۱۳۹۴: ۱۶۷-۱۵۸) و گاهی سوآپ معاوضه محصولات، نرخ بهره، ارز و یا بدهی مالی معرفی شده، (Collins, 2006: 503) و در اصطلاح «قراردادی است که به موجب آن کالای با کالای دیگر مبادله می‌شود». عده‌ای سوآپ را توافقی برای معاوضه جریان‌های نقدی ناشی از بدهی یا دارایی در آینده برای مدت زمان معین^۳ می‌دانند (هال، ۱۳۸۴: ۲۵۹؛ معصومی‌نیا و بهاروندی، ۱۳۸۷) و برخی سوآپ را قرارداد تعویض می‌دانند. (صمدائی گله کلائی و جهانگیری حسین‌آبادی، ۱۳۹۳؛ فرحناکیان، ۱۳۹۳) و یا مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ ثابت است که با مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ شناور مبادله می‌شوند (راعی و سعیدی، ۱۳۹۴: ۲۲۱؛ موسویان و تملکی، ۱۳۹۲). در اکثر نظام‌های حقوقی سوآپ را با استفاده از قانون بورس آمریکا و قانون اصلاح وال استریت چنین تعریفی کرده‌اند: «هر موافقت‌نامه‌ای که یک مبنای اجرایی و الزام‌آور برای مبادله یک یا چند پرداخت مبتنی بر ارزش نرخ‌ها، ارزها، کالاها، اوراق بهادار، ابزارهای بدهی، شاخص‌های بورس، ابزارهای کمی یا سایر بهره‌ها و منافع اقتصادی یا مالی یا دارایی از هر نوع را تأمین می‌کند» (Paula Casta and Henriques, 2016: 15). مهم‌ترین مزیت قراردادهای سوآپ این است که کالاها بدون اینکه پولی رد و بدل شود مورد معاوضه قرار می‌گیرند (راد و شهبازیان، ۱۳۹۳: ۱۳۳).

بنابراین سوآپ را می‌توان چنین تعریف کرد: «سوآپ

قراردادی است که به موجب آن کالاهای مشابهی که در محل‌های فیزیکی متفاوتی قرار دارند، در جهت کاهش ریسک و هزینه‌ها و رفع موانع حمل‌ونقل با یکدیگر معاوضه می‌شوند یا یک نوع مبادله جریان‌های نقدی آینده برای مدت زمان مشخصی به منظور تسهیل تجارت یا استفاده از ارز ملی به جای ارزهای رایج بین‌المللی تحت شرایط خاصی بین اشخاص صورت می‌گیرد.» قراردادهای سوآپ در اوایل دهه ۱۹۸۰ میلادی بین شرکت IMB و بانک جهانی صورت گرفت. از آن زمان تاکنون این قراردادها رشد قابل توجهی یافته‌اند؛ اما سوآپ کالا را می‌توان در سال‌های دور، بین کشاورزان ریشه‌یابی کرد؛ همچنین سوآپ بین بانک‌های مرکزی با همان شیوه سوآپ رایج ارز به سال ۱۹۶۰ بازمی‌گردد. (Collins, 2006: 503) سوآپ در ایران به دهه ۱۹۹۰، پس از فروپاشی شوروی سابق و استقلال یافتن کشورهای آسیای مرکزی، از جمله مبادله نفت با ایران اهمیت پیدا می‌کند. در سال ۱۳۷۵ قراردادی به امضا رسید که بر اساس آن روزانه ۴۰ هزار بشکه نفت خام سبک از قزاقستان تحویل پالایشگاه تبریز و تهران می‌شد و در عوض نفت خام سبک ایران در خلیج فارس به شرکای تجاری قزاقستان تحویل می‌شد.

تا سال ۱۹۸۰ کشورهای در حال توسعه به علل کمبود ارز و فرار از نوسانات نرخ ارز و جلب سرمایه در جهت توسعه کشور از روش‌های تجارت متقابل استفاده کرده‌اند (اصغرزاده، ۱۳۷۴: ۳۳).

قراردادهای سوآپ از لحاظ ساختار مربوطه، شیوه‌ای از قراردادهای جذب سرمایه‌گذاری خارجی است که به وسیله کشورهای صاحب منافع نفت و گاز و محصولات پتروشیمی و در جهت تسهیل مسائل مالی اجرا می‌شود؛ لذا در این تحقیق برای درک بهتر ماهیت قراردادهای سوآپ به مقایسه آن با برخی از تأسیسات حقوقی مشابه حقوق داخلی و خارجی و سپس به تحلیل اوصاف این قرارداد خواهیم پرداخت. قراردادهای سوآپ یکی از شیوه‌های تجارت متقابل^۴ می‌باشد و در ساده‌ترین شکل، معاوضه یک کالا با کالای دیگر است و در پیچیده‌ترین شکل، نوعی سرمایه‌گذاری خارجی تلقی می‌شود (Baker, 1983: 375).

1. Countertrade

2. Swap

3. CENTRAL BANK OF NIGERIA RESEARCH DEPARTMENT, 2016, SWAP TRANSACTIONS, EDUCATION IN ECONOMICS SERIES, NO. 7.

4. Counter Trade

معاوضه نامیده باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۴)؛ اما این وضعیت در قراردادهای سوآپ وجود ندارد؛ زیرا در قراردادهای سوآپ پرداخت نقدی به مفهوم ثمن صورت نمی‌پذیرد.

ثالثاً - در عقد بیع، ضرورتی به وجود ملازمه بین ثمن و مبیع نیست و لزومی ندارد مبیع و ثمن مشابه و از یک جنس باشد؛ لیکن در قرارداد سوآپ، این ملازمه وجود دارد، به این معنی که مبیع و ثمن مشابه و تفاوت عمده‌ای بین گونه‌های آن وجود ندارد و معمولاً مورد معامله مثل نفت و گاز و... هر دو از یک جنس هستند (اشرف‌زاده، ۱۳۷۲). از طرف دیگر در قراردادهای بیع دو طرف وجود دارد؛ ولی در قراردادهای سوآپ شخص ثالثی به نام سوآپ‌کننده نیز وجود دارد که عملیات سوآپ توسط این شخص انجام می‌شود. به‌رحال قرارداد سوآپ را نمی‌توان به‌آسانی عقد بیع در مفهوم ساده حقوق مدنی دانست.

۲. معاوضه

قراردادهای سوآپ به‌خصوص سوآپ نفتی این فکر را تقویت می‌کند که قراردادهای سوآپ شکلی از قراردادهای معاوضه‌ای موضوع حقوق مدنی است. با توجه به شکل معمول قراردادهای سوآپ نفتی در کشور که طبق آن نفت از یک مرز دریافت و از مرزهای دیگر کشور صادر می‌شود، این فکر تقویت می‌شود. به‌موجب ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران: «معاوضه عقدی است که به‌موجب آن یکی از طرفین مال می‌دهد، به‌عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می‌کند، بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.» همان‌طوری که گفته شد چیزی که می‌تواند بیع را از معاوضه جدا کند، اساساً قصد طرفین است و الاً از جهت مورد معامله بین این دو اختلافی نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۷: ۸۳) و به نظر برخی عقد بیع، معاوضه تکامل یافته است. بدین معنی که به‌جای مبادله مستقیم دو کالا در بیع، پول نقش واسطه را بازی می‌کند و به‌عنوان ارزش‌ها، با کالای عرضه‌شده مبادله می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۳ و ۳۳۷)؛ بنابراین مطابق قانون مدنی ایران، قرارداد معاوضه، قرارداد بیعی است که در آن طرفین قصد انجام بیع را ندارند؛ بلکه قصدشان معاوضه است، یعنی دو نوع کالا یا جنس مشابه را باهم تعویض می‌کنند؛ ولی در قراردادهای معاوضه احکام خاص بیع اعمال نمی‌شود. در قراردادهای سوآپ نفتی مرسوم در کشور نیز مشاهده می‌شود که عامل سوآپ، نفت فروشنده را خریداری می‌کند؛ اما به‌جای پرداخت ثمن به وی مقداری نفت مورد توافق را در نقطه معین

مقایسه قراردادهای سوآپ با برخی از نهادهای حقوقی داخلی ایران

برای درک بهتر و آسان‌تر قراردادهای سوآپ لازم است آن را با برخی از قراردادهای داخلی مثل بیع، معاوضه، جعاله و حق‌العمل کار مقایسه کنیم و درنهایت آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تطبیق قرار دهیم.

۱. عقد بیع

برای تبیین بهتر ماهیت حقوقی قراردادهای سوآپ این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا می‌توان قراردادهای سوآپ را در زمره بیع به معنای مصطلح در نظام حقوقی ایران دانست؟ یا نه قراردادهای سوآپ خود نهادی نوین می‌باشد؟ عقد بیع در حقوق ایران به تملیک عین به‌عوض معلوم تعریف شده است (ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران). تملیکی بودن عقد بیع، این موضوع را به ذهن متبادر می‌سازد که قراردادهای سوآپ، بیشترین شباهت را با عقد بیع داشته باشد. اگر از دیدگاه حقوق مدنی بخواهیم به قرارداد سوآپ نظر کنیم به نظر برخی، قرارداد سوآپ کالا از جمله نفت و محصولات پتروشیمی و... باید یک قرارداد بیع بدانیم. چراکه از نظر مقررات پیش‌بینی‌شده در قانون مدنی ایران عامل تمییز قرارداد سوآپ با عقد بیع قصد طرفین است. در قرارداد سوآپ کالا شاهد آنیم که طرف سوآپ کالای موردنظر را خود می‌خرد و به مصرف داخلی می‌رساند؛ اما به‌جای پرداخت ثمن، همان نوع کالا (مثل نفت) به شخص موردنظر فروشنده تحویل می‌دهد و به‌خاطر همین است که برخی قراردادهای سوآپ را ماهیتاً عقد بیع می‌دانند (حبیب‌زاده قره‌تپه، ۱۳۹۴: ۱۶۵) و بر همین اساس است که عده‌ای با توجه به تعاریف مختلف فقها از بیع، معاوضه را مصداقی از بیع می‌دانند (معصومی‌نیا و الهی، ۱۳۹۰) و تنها چیزی که می‌تواند بیع را از معاوضه جدا کند، اساساً قصد طرفین است وگرنه از جهت مورد معامله بین این دو اختلافی نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۷: ۸۳)؛ اما باید اذعان نمود هرچند شباهتی بین بیع و قراردادهای سوآپ وجود دارد و هر دو از عقود لازم، تملیکی و معوض است؛ اما قراردادهای سوآپ عقد بیع محسوب نمی‌شود؛ بلکه قراردادهای سوآپ قراردادی است که در عصر جدید و با توجه به نیازهای تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان طراحی شده است و جهت خاص خود را دارد.

ثانیاً - اگر دو نفر کالایی را با پول مبادله کنند، دادگاه در مقام فصل خصومت بایستی آن را خریدوفروش بداند؛ چون اگر کالایی با پول مبادله شود این بیع است هرچند دو طرف آن را

دارد؟ قطعاً پاسخ منفی است؛ زیرا قراردادهای سوآپ علی‌رغم پیچیدگی‌ها، باظرافت خاص خود تشکیل می‌شود و طرفین قرارداد معین و معلوم است و تعهدات آنها نیز مشخص می‌باشد و موارد ابهامی در این مورد وجود ندارد تا این قرارداد را به جعاله که بیش از یک التزام ساده و معمولی نیست، تشبیه کنیم؛ بنابراین قراردادهای سوآپ جزو عقود به شمار می‌آیند نه ایقاعات. از طرف دیگر در جعاله عامل می‌تواند پس از انجام قسمتی از عمل، از انجام بقیه عمل خودداری کند و هیچ مسئولیتی هم در این خصوص نخواهد داشت؛ اما در قراردادهای سوآپ نه تنها تکالیف و تعهدات طرفین کاملاً مشخص و معین است؛ بلکه هیچ‌یک از طرفین بدون دلیل و توجیه قانونی نمی‌تواند از ایفای تعهد خودداری کند، در غیر این صورت ناقض قرارداد محسوب و خسارت سنگینی بر عهده وی گذارده خواهد شد؛ بنابراین قرارداد سوآپ را نمی‌توان شبیه جعاله دانست.

۴. حق العمل کاری

به موجب ماده ۳۵۷ قانون تجارت: «حق العمل، کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری معاملاتی کرده و در مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد.» برخی از حقوق‌دانان (جهانگیری، ۱۳۹۵؛ صمدی گله کلائی و جهانگیری حسین‌آبادی، ۱۳۹۱) قراردادهای سوآپ را مشابه حق‌العمل کار می‌دانند؛ ولی باید توجه داشت هرچند قراردادهای سوآپ با حق‌العمل کار شباهت‌هایی دارد و هر دو عقد معوض و عقد لازم هستند و طرفین در قبال هم تعهدی دارند که بی‌دلیل نمی‌توانند از ایفای تعهد خود، خودداری کنند (اسکینی و بهنام، ۱۳۹۰: ۲۰۰-۱۷۳)؛ ولی از جهت مختلف بین حق‌العمل کار و قراردادهای سوآپ تفاوت عمده‌ای دارد و آن اینکه: اولاً - با توجه به مفاد ماده مورد اشاره قرارداد حق‌العمل کار، عقد عهدی است در حالی که قرارداد سوآپ یک عقد تملیکی است. ثانیاً - حق‌العمل کار در فروش مال‌التجاره، به هر شخصی مخیر است و به هر کسی که مایل به خرید مال‌التجاره باشد می‌تواند طرف معامله قرار گیرد و در قرارداد نیز طرف اصیل است. در حالی که قراردادهای سوآپ منصرف از این اوصاف است؛ چون سوآپ‌کننده طرف اصیل نیست و سوآپ‌کننده مخیر به تحویل عوض همان جنس به هر کس نیست؛ بلکه مکلف است مشابه کالای تحویلی را به شخصی بدهد که مورد نظر طرف معامله سوآپ می‌باشد؛ بنابراین هرچند که قراردادهای سوآپ از لحاظ ظاهری شباهتی به حق‌العمل کار دارد؛ ولی نمی‌توان آن را

با دریافت حق سوآپ به شخص مورد نظر فروشنده تحویل می‌دهد و به‌خاطر همین است که برخی از حقوق‌دانان قرارداد سوآپ را از نظر عرف یک قرارداد معاوضه مدنی می‌دانند که شرط تسلیم کالای مورد سوآپ (مثل نفت و گاز و...) عامل سوآپ به خریدار درج می‌شود (حبیب‌زاده قره‌تپه، ۱۳۹۴: ۱۶۵). درست است که عقد معاوضه در برخی اوصاف با قرارداد سوآپ مشابه است، از جمله اینکه هر دو عقد معوض و یا هر دو عقد لازم است؛ ولی این دو عقد باهم متفاوت هستند: اولاً - در معاوضه دو طرف وجود دارد، در حالی که در قراردادهای سوآپ، شخص ثالثی به نام سوآپ‌کننده نیز وجود دارد. ثانیاً - در عقد معاوضه لزوماً ارتباطی بین عوضین وجود ندارد و عوضین لزوماً هم‌جنس نیستند. در حالی که در سوآپ این ارتباط بین عوضین اجتناب‌ناپذیر است و اکثراً مورد معامله از یک جنس هستند (Ule & Brexendorff, 2005: 21)؛ بنابراین ساختار قراردادهای سوآپ با معاوضه متفاوت و دارای ساختاری خاص و پیچیده‌ای می‌باشد، به طوری که مدت اجرای آن مانند معاوضه، آبی و فوری نیست؛ بلکه ممکن است اجرای آن سال‌های سال به طول انجامد.

۳. جعاله

به موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.» نسبت به ماهیت جعاله میان فقها از یک طرف و حقوق‌دانان از طرف دیگر اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای آن را ایقاع می‌دانند و معتقدند در جعاله به قبول نیازی نیست و صرف ایجاب برای ملزم شدن جاعل کفایت می‌کند. از طرف دیگر در جعاله بین ایجاب و قبول مقارنه‌ای وجود ندارد (قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۸۲: ۲۰۳) و از طرف دیگر در عقد طرفین برای همدیگر معلوم و معین است و اهلیت عاقد شرط عقد و قبول عنصر عقد است و حال آنکه در جعاله چنین نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۳۲۵ و ۳۲۶)؛ ولی عده‌ای با توجه به مفاد ماده ۵۶۵ و ۵۶۶ قانون مدنی ایران آن را عقد دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۷: ۱۱۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۲۵۶). با وجود اختلاف نظر در ماهیت جعاله برخی کوشیده‌اند تا قراردادهای سوآپ را با عقد جعاله توجیه کنند. (جهانگیری، ۱۳۹۵) و با توجه به اینکه قرارداد سوآپ نیز از حیث استحقاق اجرت با جعاله مشابه است، این سؤال مطرح است که آیا قراردادهای سوآپ از نظر ماهیت مشابه جعاله است؟ و آیا در ماهیت قراردادهای سوآپ نیز این اختلافات مورد اشاره وجود

بیع متقابل جزو قراردادهای «بلندمدت»^۳ محسوب می‌شود (Milenkovic, 2004: 168-268) و متناسب با نوع پروژه ممکن است، چندین دهه طول بکشد و از قراردادهای سنگین و پرهزینه است (Milenkovic, 2004: 168-180) و برای ایجاد و توسعه پروژه‌های گران‌قیمت مورد استفاده قرار می‌گیرد. در این قرارداد، سرمایه‌گذار علاوه از ماشین‌آلات یک واحد اقتصادی، سرمایه‌مورد نیاز را نیز فراهم می‌سازد و تسهیلات ارائه‌شده با محصولاتی که با خرید می‌شوند، به هم مرتبط هستند و صادرکننده تعهد می‌کند که محصولات تولیدی آن پروژه را با خرید کند؛ لذا قرارداد بیع متقابل وجوه اشتراکی با قراردادهای سوآپ دارد: «هر دو از شیوه‌های تجارت متقابل و جزو قراردادهای بین‌المللی و بلندمدت محسوب می‌شوند و هدف هر دو جذب سرمایه‌گذاری و تحصیل تکنولوژی و ثروت و استفاده از منابع طبیعی برای توسعه اقتصادی می‌باشد»؛ ولی از جهات مختلف تفاوت عمده‌ای باهم دارند:

اولاً - محور اصلی بیع متقابل، اکتشاف، توسعه میدان‌ها و بهره‌برداری مخازن نفت و گاز و انتقال دانش فنی به کشور می‌باشد؛ ولی هدف اصلی در قراردادهای سوآپ تبادل کالاهای مشابه و کاهش هزینه و ریسک می‌باشد.

ثانیاً - قراردادهای بیع متقابل حداقل از دو قرارداد مجزا تشکیل می‌شوند. در قرارداد اول سرمایه‌گذار تعهد می‌کند با عرضه ماشین‌آلات، مواد و تکنولوژی به کشور سرمایه‌پذیر کمک کند تا یک واحد اقتصادی راه‌اندازی شود و در قرارداد دوم سرمایه‌گذار متعهد می‌شود که بخشی از محصولات تولیدی آن واحد اقتصادی را با خرید کند؛ ولی قراردادهای سوآپ از یک قرارداد تشکیل می‌شود و موضوع آن تبادل کالای مشابهی مثل نفت و گاز و امثال آن باشد.

سوآپ یک نهاد حقوقی مستقل از سایر نهادهای حقوقی ناظر به معاملات در حوزه حقوق بین‌الملل اقتصادی و تجارت بین‌الملل است و به لحاظ پیچیدگی‌ها و ظرافت خاص خود با هیچ‌یک از عقود معین قابل انطباق نیست. قراردادی است که بر اساس اصل حاکمیت اراده و تراضی طرفین ایجاد می‌شود و می‌توان آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تطبیق داد. در حقوق ایران به وسیله این ماده اصل آزادی قراردادها پذیرفته شده است؛ بدین معنی که جز در مواردی که قانون در راه نفوذ

شبه حق‌العمل کار دانست؛ بنابراین باید گفت، خصوصیت قراردادهای سوآپ با هیچ‌یک از نهادهای حقوقی مرقوم و سایر عقود معین موجود در ساختار حقوقی ایران انطباق ندارد.

مقایسه قراردادهای سوآپ با برخی نهادهای حقوقی خارجی

در مقایسه قراردادهای سوآپ با برخی از قراردادهای داخلی این نتیجه حاصل شد که این قرارداد با هیچ‌کدام از نهادهای داخلی حقوق ایران انطباق ندارد. حال در این قسمت به مقایسه این نهاد با برخی قراردادهای بین‌المللی می‌پردازیم:

۱. بیع متقابل^۱

بیع متقابل قراردادی است که در آن، یک طرف، تسهیلات تولیدی را در اختیار طرف دیگر قرار می‌دهد و در مقابل تعهد می‌نماید که تمام یا قسمتی از محصولات ناشی از آن تسهیلات تولیدی را خریداری نماید (اشرف‌زاده، ۱۳۷۲: ۶-۲). این معامله، ترکیبی از کارخانه و عملیات تجاری است که ثمن معامله با تحویل محصول ساخته‌شده پرداخت می‌شود. بیع متقابل توسط کشورهای دارای اقتصاد متمرکز (سوسیالیستی) استفاده شد تا به فناوری و دانش فنی کشورهای صنعتی دست یابند و بتوانند کالاهای ساخته شده خود را به بازارهای کشورهای صنعتی روانه کنند (Blum, 1987: 38).

بزرگ‌ترین بیع متقابل بین روسیه و کشورهای اروپای شرقی و چین با کشورهای صنعتی منعقد شده است (Hennart, 1990: 259) و همچنین بین شوروی سابق و یک کنسرسیوم، متشکل از شرکت‌های آلمانی، فرانسوی، ایتالیایی و انگلیسی منعقد شد و کنسرسیوم متعهد شد تا خط لوله گاز را از سیبری به اروپا بکشد و در مقابل گاز آن را با خرید کرده و هزینه‌های خود را مستهلک نماید (Foker, 1996: 13). در ایران اولین قرارداد به شیوه بیع متقابل، بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت آمریکایی کونوکو منعقد شد؛^۲ ولی این قرارداد به دلیل تحریم ایران توسط آمریکا در زمان ریاست جمهوری کلینتون لغو شد. (Katzman, 2003)؛ مقدم و مزروعی (۱۳۸۶: ۱۶۲).

بیع متقابل دارای ویژگی‌هایی به شرح ذیل است:

3. Long term

1. Bay back
2. Conoco Oil Company

قرارداد ایجاد کرده باشد، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است و آزادی اراده را باید به‌عنوان اصل پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۴). همان‌گونه که می‌دانیم قراردادهای سوآپ یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی‌نام) می‌باشد. با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای در حقوق ایران و فقه، نباید تردید جدی روا داشت که قراردادهایی که در قالب و مدل قراردادهای سوآپ در صنعت نفت و گاز و... منعقد می‌گردند، با لحاظ عرف حاکم بر قراردادهای (مثل نفت و گاز و...) یکی از انواع قراردادهای پذیرفته شده در ماده ۱۰ قانون مدنی باشند؛ چراکه قراردادهای سوآپ مجموعاً نوعی قرارداد خصوصی میان دو شخص حقیقی و حقوقی است که بر مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین و عدم مخالفت با موازین قانونی منعقد می‌شود و میان طرفین نافذ و معتبر است؛ بنابراین فارغ از تشابه نسبی بین این دو قرارداد است؛ ولی به نظر می‌رسد اساساً قراردادهای سوآپ مسیری دیگر از بیع متقابل دارد.

ثالثاً - هدف اساسی قراردادهای سوآپ کاهش ریسک و هزینه‌ها است؛ ولی هدف اساسی در قرارداد بیع متقابل مشخصاً تأمین مالی پروژه از طریق جذب سرمایه لازم برای توسعه و ساخت یک واحد اقتصادی، به‌خصوص در مسائل نفت و گاز برای اکتشاف، توسعه میدان‌های نفتی و تولید و بهره‌برداری از مخازن نفت و گاز می‌باشد (رحیمی، ۱۹۳: ۸۴).

رابعاً - در قراردادهای سوآپ سه طرف وجود دارد، صادرکننده، واردکننده و سوآپ کننده که به‌عنوان واسطه عمل می‌کند. درحالی‌که قرارداد بیع متقابل از دو طرف تشکیل می‌شود، سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر و شخص دیگری در این قرارداد دخالت ندارد.

۲. خرید متقابل^۱

خرید متقابل یکی از روش‌های تجارت متقابل است که بعد از جنگ جهانی دوم به وجود آمده و گسترش پیدا کرده است و بر اساس آن، یک‌طرف قرارداد، کالا یا خدماتی را صادر و متقابلاً توافق می‌کند تا مقدار مشخصی از کالاهایی تولیدی کشور واردکننده خریداری نماید. خرید متقابل در واقع بر مبنای همان معاملات تهاتری ساده بنا شده است تا نیازها را تأمین کند (Goldstien, 1984: 23). بر این اساس ویژگی‌های

۲. پروتکل (Protocol) ممکن است نام‌های دیگری داشته باشد مثل قرارداد پایه، قرارداد تعیین‌کننده چارچوب (Framework Agreement) و غیره.

۳. معاملات تهاتری

معامله تهاتری^۱، معامله‌ای است که بدون استفاده از ارزش خارجی یک مبادله دوطرفه انجام می‌پذیرد، عمده‌ترین این نوع معاملات بین اتحاد جماهیر شوروی و اوپک در مورد نفت خام صورت می‌گرفت. انگیزه و هدف از انعقاد این نوع قرارداد این است که مبادلات به صورت کالا با کالا باشد تا مشکلات ارزش غیرقابل تبدیل و یا کمبود ارزش برای پرداخت در قبال خرید محصولات حل شود. این‌گونه معاملات بیشتر در بین کشورهای کمتر توسعه‌یافته رواج داشت؛ مانند کشورهای اروپای شرقی و کشورهای جهان سوم (اصغرزاده، ۱۳۷۴: ۶)؛ بنابراین اگر قرارداد ناظر به مبادله کالا با کالا^۲ و یا کالا با خدمات^۳ باشد، یک معامله تهاتری به شمار می‌آید نه قرارداد فروش. (کلایوم و اشمیتوف، ۱۳۹۲: ۲۴۲ - ۲۵۰) اصطلاح «مبادله تهاتری» را در فارسی در مقابل واژه انگلیسی^۴ به کار برده‌اند که حقوق‌دانان آن را به تجارت متقابل ترجمه نموده‌اند (نصیری، ۱۳۷۰: ۲۰۲). ایشان قراردادهای تهاتری را به واژه «معاوضه» برگردانده و بر این عقیده است که کاربرد متداول این معامله در جایی است که خریدار در مقابل کالاهای صنعتی ساخته‌شده، محصولات کشاورزی یا مواد اولیه تحویل می‌دهد. گاهی قراردادهای تهاتری به‌عنوان یک قرارداد «جبرانی»^۵ نامیده شده‌اند؛ زیرا تحویل کالا توسط یکی از طرفین، جبران تحویل کالای از سوی طرف دیگر است.

قراردادهای تهاتری را به قرارداد تهاتری ساده و تهاتری بهادار تقسیم می‌کنند. در معاملات تهاتری ساده، کالاها و خدمات با ارزش یکسان و بدون اینکه پولی ردوبدل شود، مبادله می‌شوند. به‌عنوان مثال یک شرکت آمریکایی به میزان هشت میلیون دلار مواد شیمیایی را به زیمبابوه صادر می‌کند و به‌جای دریافت پول موافقت می‌کند که به همین ارزش از زیمبابوه تنباکو بگیرد (Loher, 1988: 32). اجرای معاملات تهاتری ساده معمولاً به‌صورت یک‌جا و در یک مدت کوتاه انجام می‌گیرد. (Guyot, 1986: 921) و این از ویژگی‌های اصلی معاملات تهاتری است. در این نوع قراردادها معمولاً طرفین توافق می‌کنند که تحویل کالاها در هر دو طرف به‌طور هم‌زمان انجام گیرد (Brown and

Franklin, 1994: 2). به‌عنوان مثال طبق یک معامله تهاتری ساده بین ایران و زلاندنو یک‌صد هزار تن گوشت منجمد با شش میلیون بشکه نفت خام در طول یک سال مبادله شد درحالی‌که اجرای قراردادهای سوآپ ممکن است سال‌ها به طول انجامد (Gray, 1986: 13). البته کالاهای که مبادله می‌شود به پول ارزیابی می‌شود؛ ولی این به این معنا نیست که واقعاً پول بین طرفین ردوبدل می‌گردد. معاملات تهاتری در شرایط خاص مثل جنگ و تحریم‌های اقتصادی مورد استفاده قرار می‌گیرند و عمدتاً بین کشورهای انجام می‌شود که ارتباط سیاسی با یکدیگر دارند (Verzariu, 2: 1992). در تهاتر بهادار برخلاف تهاتر ساده، برای کالای مبادله شده بهایی تعیین می‌شود (کلایوم و اشمیتوف ۱۳۹۲: ۲۵۱)؛ اگرچه ثمن واقعی، پیش‌بینی نمی‌شود، اما توافق بر معاوضه مبتنی بر احتساب قیمت بازار کالاهای مورد معامله است. به این جهت، قیمت کالا معمولاً در قرارداد ذکر می‌شود و همین قیمت منبای تطبیق میزان عوضین و تعیین تاریخ‌های تحویل متقابل کالاها است.

معاملات تهاتری هرچند با معاملات سوآپ وجه اشتراکی در برخی از مسائل از جمله اینکه هدف هر دو قرارداد رفع مشکلات ارزی به دلیل کمبود و یا تحریم برای پرداخت ثمن مورد معامله می‌باشد و ناظر به مبادله کالا با کالا می‌باشد و اجرای تعهدات هر کدام از طرفین به اجرای تعهدات طرف دیگر بستگی دارد؛ ولی تفاوت‌های بین این دو قرارداد وجود دارد. در معاملات تهاتری ارزش قرارداد معمولاً زیاد نیست و به‌خاطر همین است که در یک دوره کوتاه‌مدت کالاها مبادله می‌شوند. درحالی‌که اجرای قراردادهای سوآپ ممکن است سال‌های سال طول بکشد و از طرف دیگر در معاملات تهاتری لازم نیست کالاها مشابه باشد؛ ولی در معاملات سوآپ معمولاً کالاهای مورد معامله مشابه هستند. معاملات تهاتری یک روش تجارت متعارف نیست و به‌طور استثنائی از جمله در مواقع جنگ مورد توجه قرار می‌گیرد؛ ولی سوآپ یکی از روش‌های معمول تجارت در سطح بین‌المللی است. در نتیجه قراردادهای سوآپ را نمی‌توان جزو معاملات تهاتری فرض کرد.

۴. معاملات آفست

«آفست»^۶ در لغت به‌معنای جبران و هر چیزی که در مقابل

1. Barter Contracts
2. Exchange of goods for goods
3. Exchange of goods for Services
4. Cunter Trade contracts
5. Compensation Contract

سوآپ، آفست محسوب نمی‌شود؛ چراکه در قراردادهای آفست لازم نیست موضوع قرارداد از یک جنس باشد درحالی که در قراردادهای سوآپ اکثراً کالای مورد معامله از یک جنس و شبیه به هم هستند. پس معاملات سوآپ را نمی‌توان جزو معاملات آفست دانست.

قراردادهای آفست به قرارداد آفست مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شوند. معاملات آفست از جهت ساختار به خرید متقابل و بیع متقابل و از نظر اوصاف، همچون سنگین بودن، بلندمدت بودن به معاملات سوآپ شباهت دارد. تعهدات جبرانی در آفست مستقیم معمولاً شامل تولید مشترک، «تحت لیسانس»^۸، پیمانکاری فرعی، سرمایه‌گذاری مرتبط خارجی «انتقال فناوری»^۹ است؛ ولی در آفست غیرمستقیم شامل سرمایه‌گذاری و برنامه‌های انتقال فناوری است که ممکن است متضمن خرید متقابل، معاملات تهاتری و غیره باشد (Hammond, Grant, 1990: 28).

بنابراین قراردادهای آفست از جهت تنظیم نوع قرارداد و بلندمدت بودن اجرای قرارداد به قراردادهای سوآپ شباهت دارد و مهم‌تر از آن در همه این نوع قراردادهای تعهدات و تکالیف طرفین بر اساس توافق و اراده طرفین و ملاحظه سود و زیان آنها است؛ ولی تفاوت‌های بین آن دو وجود دارد و آن اینکه در قراردادهای سوآپ کالاهای مورد معامله شبیه هم هستند، مگر در مواردی که موضوع سوآپ کالاهای ناهمسان باشد. درحالی که در قراردادهای آفست کالاهای مورد معامله مشابه نیستند؛ بلکه از لحاظ ظاهر و حتی در ماهیت نیز باهم فرق دارند و مهم‌تر از آن معاملات سوآپ از یک قرارداد تشکیل می‌شود، درحالی که معاملات آفست با توجه به توضیحات ارائه شده از دو قرارداد مستقل تشکیل می‌یابد و موضوع معامله اولی با معامله دومی کاملاً فرق می‌کند؛ بنابراین قراردادهای سوآپ را نمی‌توان جزو معاملات آفست دانست.

قراردادهای سوآپ به‌عنوان نهادی نوین

با توجه به بررسی‌های به‌عمل آمده به این نتیجه می‌رسیم: اولاً - قراردادهای سوآپ را نمی‌توان در هیچ کدام از قالب‌های حقوقی سنتی داخلی و نهادهای حقوقی خارجی جای داد و به نظر اکثر فقها و حقوقدانان نیازی نیست که قراردادها در قالب عقود معین باشد و همین که مفهوم عرفی عقد صدق پیدا کند و

چیزی دیگر ایجاد تعادل می‌کند. معنای مصدری این کلمه سنجیدن و جبران کردن چیزی با چیز دیگر است، به‌گونه‌ای که موازنه و تعادلی میان آن دو به وجود آید.^۱ آفست را «مشارکت صنعتی»^۲ و «جبران صنعتی»^۳ و معاملات تعادلی^۴ نیز شناخته‌اند و در گروه قراردادهای «تجارت متقابل»^۵ جای می‌گیرد. آفست را بر اساس انگیزه خریدار یا یکی از اعمال جبرانی مرسوم در این معامله تعریف کرده‌اند. قراردادی که ضمن آن خریدار شرایط اجرا را به فروشنده یک کالا یا خدمات به‌گونه‌ای تحمیل می‌کند که بخشی از هزینه‌ها مستهلک و جبران شود.^۶

در اصطلاح حقوقی معاملات آفست: «عبارت از توافقی است که بر طبق آن، صادرکننده کالا و تجهیزات نظامی تعهد می‌کند تا قطعات مورد استفاده در این تجهیزات را از کشورهای واردکننده، خریداری نموده یا موجبات خرید آنها را فراهم نماید.» به‌عنوان نمونه شرکت دوو^۷ با تایوان قرارداد آفست امضا کرد که طبق آن تعدادی واگن قطار به تایوان فروخت و موافقت کرد حدود ۱۵ درصد بهای قرارداد را از تایوان، قطعات واگن از قبیل صندلی، شیشه و غیره خریداری نماید (شیروی، ۱۳۹۳: ۳۴۷).

آفست اساساً بعد از جنگ جهانی دوم و عمدتاً جهت مقاصد نظامی بین اعضای ناتو شکل گرفت؛ ولی از دهه ۱۹۷۰ به بعد در کشورهای صنعتی به بخش‌های غیرنظامی نیز تسری پیدا کرد و هدف اصلی در این قراردادها جذب تکنولوژی پیشرفته و دخالت تولیدکنندگان بخش داخلی خود در خریدهای هنگفت، در خارج بوده است. مثلاً در آفریقای جنوبی کلیه خریدهای دولتی بلندمدت باید حاوی ۵۰ درصد تعهدات متقابل باشد که فروشنده در جهت منافع اقتصادی آفریقای جنوبی انجام دهد (همان: ۳۴۸).

جذب تکنولوژی و سرمایه‌گذاری خارجی و مشارکت پیمانکاران داخلی در قراردادهای آفست، این موضوع را متبادر به ذهن می‌کند که قراردادهای سوآپ بیشترین شباهت را با قرارداد آفست داشته باشد؛ ولی باید توجه داشت که معاملات

1. Oxford Dictionary, 2nd edition, Clarendon, 1989
2. Industrial Cooperation
3. Industrial Compensations
4. Balances
5. Countertrade
6. Udis B., Maskus, K.E., Offsets as Industrial Policy: Lessons from Aerospace, Defense Economics, Vol. 2, No.2, 1991, 152.
7. Deawoo Heavy Industries

8. Licensed Production.

9. Technology Transfer

دارای ماهیت خاص خود می‌باشد و در کل، قراردادهای سوآپ شامل مجموعه‌ای از روش‌های قراردادی است که مفاد تراضی، کیفیت آن را می‌سازد.

اوصاف قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ از قراردادهای بزرگ و پیچیده داخلی و بین‌المللی است و مانند هر قرارداد دیگری ممکن است بین اشخاص حقیقی و حقوقی از جمله دولت‌ها منعقد گردد و با توجه به شرایط خاص آن، این قرارداد دارای اوصاف می‌باشد که در ذیل به آنها اشاره می‌شود:

۱. تملیکی بودن قراردادهای سوآپ

حقوق‌دانان ایران غالباً بیع کلی فی‌الذمه را عقد عهدی دانسته‌اند. با توجه به اینکه موضوع قراردادهای سوآپ، کلی فی‌الذمه است این سؤال متبادر به ذهن است که آیا این قرارداد جزو قراردادهای عهدی است یا تملیکی؟ برخی از حقوق‌دانان در تعریف گفته‌اند: «عقد تملیکی، عقدی است که موجب انتقال مالکیت مالی از یک طرف به طرف دیگر باشد»، مثل فروش مال معین، عقد عهدی عقدی است که صرفاً موجب پیدایش تعهد و تکلیف قانونی بر عهده طرف عقد باشد، مانند تعهد به ساختن خانه‌ای طبق نقشه معین (شهیدی، ۱۳۹۸: ۸۵). این تعریف موردقبول حقوق‌دانان دیگر نیز می‌باشد (امامی، ۱۳۹۷: ۱۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷۵؛ صفایی، ۱۳۹۸: ۴۰) و آنان بیع کلی در ذمه را از مصادیق عقد عهدی دانسته‌اند؛ ولی به نظر برخی از حقوق‌دانان: «حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قید و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست». درست است که اگر مبيع قابلیت تعلق به دیگری را داشته باشد، در اثر بیع مالکیت انتقال می‌یابد؛ ولی نمی‌توان ادعا کرد که بیع جز از طریق تملیکی تحقق نمی‌یابد؛ زیرا این اثر موکول بر این است که موضوع عقد در عالم خارج معین باشد و به نظر این استاد، با انجام عقد، عین کلی انتقال داده شده و تسلیم یک عمل حقوقی نیست و تعهد فرعی و تبعی ناشی از عقد بیع است؛ و در نتیجه عقد بیع، مالی را که قابل اختصاص یافتن به دیگری باشد و بتواند موضوع حق عینی قرار گیرد، تملیک می‌کند، در سایر موارد نیز اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد و همین که مانع قراردادی یا مادی تحمل اختصاصی و حق عینی از بین برود، عقد اثر معهود را در تملیک به‌جای می‌گذارد و طبیعت آن نیاز به هیچ سبب اضافی یا مکمل ندارد؛ بنابراین در تمام موارد تملیک، سبب آن را باید عقد بیع شمرد، هرچند که شرط تأثیر

مخالف شرع و اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد و ارکان عقد نیز مانند، قصد و رضای طرفین، مشروعیت مورد معامله و... مختل نباشد در صحت آن عقد نباید تردید داشت.

ثانیاً – با توجه به تعریف ارائه شده: «سوآپ قراردادی است که به‌موجب آن کالا در یک نقطه مشخص دریافت و مشابه همان کالا را در نقطه دیگر تحویل داده می‌شود». اجرای این قرارداد برخلاف بیع، ممکن است سال‌های سال به طول انجامد و این ویژگی اصلی قراردادهای سوآپ می‌باشد که در هیچ‌کدام از قراردادهای داخلی و خارجی وجود ندارد و به‌خاطر همین است که در قراردادهای سوآپ، تبادل کالا و یا به‌عبارتی خریدوفروش کالا با شرایط خاص خود انجام می‌شود.

ثالثاً – دلیل دیگر اینکه قراردادهای سوآپ یک نهاد نوین است، این است که طرفین قصد می‌کنند قراردادی جدید با شرایط کاملاً متفاوت با سایر قراردادها منعقد نمایند و هیچ‌گونه قصدی مبنی بر انعقاد قرارداد در قالب عقود معین مثل عقد بیع و... که اصلاً با این‌گونه قراردادها سازگار نیست، نداشته و ندارند. با توجه به اصل حاکمیت اراده باید به قراردادهای سوآپ با شرایط و ارکان خاص خود بنگریم و آن را نهادی نوین و لازم‌الوفاء، مشروع و صحیح بدانیم.

پس در پاسخ به این سؤال که ماهیت حقوقی قراردادهای سوآپ چیست؟ و آیا نهادی مشابه آن در حقوق ایران وجود دارد یا خیر؟ با توجه به مباحث طرح‌شده و پیشینه پژوهشی و تحقیقاتی، استفاده از قراردادهای سوآپ در ایران و برخی از کشورهای خارجی و نیز مقایسه آن با نهادهای حقوقی داخلی و خارجی، این نتیجه حاصل شد که قراردادهای سوآپ با هیچ‌کدام از نهادهای حقوقی داخلی و خارجی مشابهت نداشته یا مشابهت آن چشمگیر نمی‌باشد؛ بلکه قراردادی است که بر اساس اصول و حاکمیت اراده و تراضی طرفین ایجاد می‌شود. در واقع می‌توان چنین قراردادی را با ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تطبیق داد و قراردادهای که بی‌نام‌نشان و دارای ماهیتی خاص برای توافق‌های جانبی هستند و نمی‌توان آنها را از جمله عقود معین و محصور در قانون و فقه به شمار آورد. پس باید گفت: اولاً – قراردادهای سوآپ از جمله اقسام تجارت متقابل است که هم ویژگی خاص خود را داراست و هم با سایر اقسام تجارت متقابل وجوه افتراق و اشتراک دارد. ثانیاً – قراردادهای سوآپ با هیچ‌کدام از اقسام عقود معین در حقوق داخلی و فقه همانند عقد جعاله و بیع و... مطابقت ندارد و با توجه به مفاد قراردادی، می‌توان آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادهای تطبیق داد. ثالثاً – قراردادهای سوآپ به‌عنوان نهادی نوین

فرانسه معرفی شده است و بیان می‌دارد: «عقودی که مطابق قانون منعقد شده باشد برای طرفین در حکم قانون است». به عبارتی دیگر، تنها تراضی طرفین را حتی اگر در قالب هیچ عقدی از عقود معین نباشد، به شرطی که برخلاف کتاب و سنت و قانون نباشد، کافی می‌دانند و به صرف اینکه آن عقد سابقه‌ای در شرع نداشته باشد، باطل نمی‌باشد.

ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران نیز به این موضوع اشاره دارد و مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» ماده مذکور بیانگر اصل لزوم قراردادهای می‌باشد؛ یعنی همه عقود لازم هستند، مگر آنکه قانون خلاف آن را تصریح نماید؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت قراردادهای سوآپ نیز از نوع قراردادهای نامعین می‌باشد و تراضی برای صحت و لزوم آن کافی است؛ زیرا برای هر یک از طرفین این قرارداد تعهداتی به وجود می‌آید و عرف نیز به این تعهدات طرفین عقد می‌گوید؛ لذا تحت عموم آیه شریفه «أوفوا بالعقود...» و ماده ۲۱۹ قانون مدنی قرار می‌گیرد و لازم‌الوفاء است؛ چون هدف طرفین از ورود به قرارداد، مخصوصاً قراردادهای بین‌المللی مانند سوآپ به گونه‌ای است که با جواز آن منافات دارد و جواز این قراردادها مخالف با عقلایی بودن آنها است.

۳. رضایی بودن قراردادهای سوآپ

این سؤال مطرح است که آیا قراردادهای سوآپ از عقود رضایی است یا تشریفاتی؟ قراردادهای سوآپ معمولاً در بازارهای فرابورس (OTC)^۱ مورد معامله قرار می‌گیرند. برخلاف بازارهای بورس که در آن قراردادها بر اساس استانداردها و ضوابط مشخصی اجرا می‌شوند، در بازار فرابورس قراردادهای صرفاً بر اساس توافق طرفین صورت می‌گیرد و قاعده مشخصی برای اجرای آنها وجود ندارد؛ لذا طرفین بر اساس صلاح‌دید و توافق یکدیگر می‌توانند قراردادها را به روش متنوعی اجرا کنند، مشروط بر اینکه منافع طرفین تأمین شود (هال، ۱۳۸۴: ۲۵۹). با وصف آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که قراردادهای سوآپ جزو قراردادهای نامعین می‌باشد و تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قرارداد کافی است (حبیب‌زاده قره‌تپه، ۱۳۹۴: ۱۶۳). اصل رضایی بودن قراردادها

سبب انتخاب فروشنده باشد و به همین اعتبار است که آن را تملیکی می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۴). این تفسیر ناشی از اختلاف در تفسیر تسلیم مصادیق عین کلی است؛ چون برخی از حقوق دانان تسلیم را یک عمل حقوقی و آن را سبب تملیک می‌دانند و به نظر ایشان تسلیم مورد تعهد در صورتی که کلی فی‌الذمه باشد از نظر تحلیل عقلی معامله جدید می‌باشد و مانند انتقال عین خارجی است؛ زیرا کلی که مورد تعهد قرار گرفته، دارای افراد عدیده در خارج است که متعهد ملزم به انتخاب و تسلیم یکی از آنها است (امامی، ۱۳۹۷: ۳۱۸). این تحلیل از لحاظ موکول ساختن تملیک به تعیین مبیع درست است؛ ولی باید توجه داشته باشیم که تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن، درباره تملیک عین از پیش سبب‌سازی شده و عقد بیع زمینه آن را فراهم کرده است. به همین اعتبار هم آن را تملیکی گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۶). به نظر استاد، اگر تسلیم یک عمل حقوقی باشد، لازمه‌اش این است که خریدار در قبول یا رد آن مصداقی که فروشنده برای تملیک انتخاب کرده است، آزاد باشد یا حتی در صورت بطلان بیع نیز باید این عمل حقوقی بتواند باعث تملیک شود؛ ولی این دو اثر را هیچ‌کس در حقوق ما نمی‌پذیرد.

از مجموع دیدگاه‌های حقوق دانان ایران چنین استنباط می‌شود که هیچ‌کدام از آنها اثر تملیک فوری عقد بیع کلی را نمی‌پذیرند و به نظر آنها آنچه از عقد از زمان انشا به وجود می‌آید، تعهد است و عمل تملیک با تسلیم یا انتخاب مصداق توسط فروشنده صورت می‌پذیرد و تملیک اثر عقد است و می‌توان به این اعتبار، قراردادهای سوآپ را که موضوع آن کلی فی‌الذمه است یک عقد تملیکی نامید؛ عقدی که اثر تملیک آن معلق به انتخاب مصداق موضوع سوآپ به مشتری می‌باشد.

۲. لزوم قراردادهای سوآپ

قرارداد سوآپ از عقود لازم است و طرفین حق بر هم زدن آن را ندارند، مگر طبق قانون یا با توافق طرفین بتوان قرارداد را خاتمه داد (شهیدی، ۱۳۹۸: ۶۲)؛ زیرا سوآپ از اهمیت و شرایط خاصی برخوردار است و بر هم زدن آن بدون هرگونه دلیل موجه، موجب ناامنی در نظام قراردادهای بین‌المللی خواهد بود. این اصل در فقه اسلامی نیز ریشه دارد و از آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» و حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» که ناظر به همه قراردادهای است، چه عقود معین و چه عقود که بنا به نیاز منعقد شده باشد، قابل استنباط است و در حقوق فرانسه نیز این اصل در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی

1. Over The Counter

اصلی دریافت کند؛ پس این قرارداد از عقود معوض است. (Berrios and Olson. Op.cit. p:1) به قراردادهایی که به موجب آن، یکی از طرفین به طرف دیگر تعهد یا مالی را می‌دهد و مقابل آن تعهد یا مالی را دریافت می‌دارد، عقد معوض یا معاوضی گفته می‌شود (صفایی، ۱۳۹۸: ۳۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۴۶). تفاوت ارزش دو عوض مانع از معوض شناختن عقد نیست؛ مگر اینکه چنان ناچیز و کم‌بها باشد که عرف آن را هیچ انگارد و شائبه حيله برای وانمود کردن وجود عوض برود (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۳۳۶). برعکس در قراردادهای که به موجب آن طرفین مالی را به دیگری می‌دهد یا تعهدی را بر عهده می‌گیرد، بدون اینکه برای طرف دیگر التزامی ایجاد شود، عقد غیرمعوض یا مجانی گفته می‌شود. با این اوصاف قراردادهای سوآپ بی‌تردید عقد معوض است. همان‌گونه که در تعریف آن آمده است: «قراردادی است که به موجب آن کالاهای مشابهی مثل نفت و گاز و... که در محل‌های فیزیکی متفاوتی قرار دارند، با یکدیگر مبادله می‌شوند. به این معنی که هرکدام از طرفین قرارداد سوآپ، کالایی را دریافت و متقابلاً کالایی را تحویل می‌دهد.» این امر نشان دهنده معوض بودن قراردادهای سوآپ است.

۵. همسان بودن کالای مورد سوآپ

قراردادهای سوآپ معمولاً روی کالاهای همسان (مشابه) از قبیل نفت، محصولات پتروشیمی و فلزات مرسوم است و بیشترین حجم استفاده آن مربوط به شرکت‌های نفت و پالایشگاه‌ها و یا شرکت‌های تولیدی محصولات پتروشیمی است. (راعی و سعیدی، ۱۳۹۴: ۳۴۱؛ حبیب‌زاده، ۱۳۹۴) و با عنایت به اینکه مجهول بودن موضوع قرارداد بر اساس قوانین قریب به اتفاق کشورها در معاملات موجب ابطال قرارداد می‌شود و به همین دلیل لازم است موضوع قرارداد و مشخصات کالای مورد سوآپ دقیقاً معلوم باشد، در غیر این صورت موجب بی‌اعتباری قرارداد خواهد بود. مبهم بودن موضوع قرارداد یا ذکر مشخصات کلی در مورد کالای که دارای مصادیق مختلف باشد موجب غرر و ابهام و مشکلات عدیده‌ای برای طرفین قرارداد می‌گردد؛ لیکن مشخصات کمی و کیفی کالا باید در قرارداد قید و معین گردد، به نحوی که با قصد طرفین کاملاً منطبق باشد. به عبارتی مطابق عرف هر کالا، نکاتی که از نظر استاندارد و همچنین رفع ابهام ضروری است باید در قرارداد گنجانده شود. ذکر تعداد یا مقدار بر اساس واحد شمارش و تناژ کالا از مشخصات کالا محسوب می‌شود که باید

در نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده است. در حقوق فرانسه اصل کلی این است که برای انعقاد قرارداد، جز در موارد استثنایی تشریفات لازم نیست و به محض اینکه قبول از طرف مخاطب به نحوی از انحاء اعلام شد، قرارداد منعقد می‌گردد و این اصل را می‌توان از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه استنباط کرد. در حقوق انگلیس هم اصل بر رضایی بودن قراردادهای به‌طورکلی پذیرفته شده است (Treitel: 162).

در اسناد بین‌المللی از جمله در ماده ۱۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ اصل رضایی بودن قراردادهای پذیرفته شده است که در مبادلات تجاری و بالأخص تجارت بین‌المللی از اهمیت خاصی برخوردار است که باعث رونق تجارت و تسریع در امر مبادلات و روابط بازرگانی می‌گردد و همچنین ماده ۲ - ۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ در این خصوص مقرر می‌دارد: قرارداد به صرف تراضی طرفین و بدون هرگونه شرط منعقد، تعدیل و فسخ می‌شود و بند ۲ ماده ۱۰۱: ۲ اصول حقوق قراردادهای اروپا^۳ و بند ۱ ماده ۱۰۶: ۱ طرح چارچوب مشترک مرجع^۴ متضمن قاعده مشترک در اسناد مورد اشاره می‌باشد (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳: ۲۰۴).

در حقوق ایران نیز اصل بر رضایی بودن قراردادهای به‌عنوان یکی از آثار اصل حاکمیت اراده، پذیرفته شده است و این اصل در مواد ۱۰، ۱۹۱، ۱۹۳، ۳۳۹ قانون مدنی ایران بیان شده است؛ بنابراین توافق طرفین معتبر است، مگر اینکه این توافق برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، پس نیاز به رعایت هیچ شکل خاصی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۸۸) و برای هر یک از طرفین این قرارداد تعهداتی به وجود می‌آید که برای آنها لازم‌الوفا و مشروع است و این قراردادهای به‌عنوان نهادی نوین و دارای ماهیت و شرایط خاص خود می‌باشد و در کل، مجموعه‌ای از روش‌های قراردادی است که مفاد تراضی، کیفیت آن را می‌سازد.

۴. معوض بودن قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ به‌عنوان یکی از شیوه‌های تجارت متقابل، در واقع اشاره به ترتیبات قراردادی دارد که به موجب آن طرفین قرارداد متعهد می‌شوند تا تمام ثمن را به‌صورت کالا از خریدار

1. Un Convention on contracts for the International, Sale of Goods (CISG)
2. Unidroit Principles of International Commercial contracts (UPICD)
3. Principles of European contract law (PECL)
4. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

موردتوجه قرار گیرد. نکته قابل توجه اینکه در زمان تحریم، کشورها با فقدان و یا کمبود ارز مواجه هستند و گشایش اعتبار اسنادی^۱ نیز با مشکل مواجه است؛ لذا برای رفع این مشکل، کشورها اقدام به سوآپ کالا غیرمشابه (ناهمسان)، مثلاً نفت و گاز در مقابل مواد اولیه و یا مواد غذایی و کالا می‌نمایند و با این مدل اجرایی، دیگر نیازی به ارز ثالث مانند دلار آمریکایی و یورو برای تسویه ارزی وجود ندارد.

بحث و نتیجه گیری

قراردادهای سوآپ یک تجارت نوین بین‌الملل محسوب می‌گردد که سابقه‌ای از آن در حقوق و فقه مشاهده نمی‌گردد؛ لیکن در مورد ماهیت و اوصاف این شیوه از تجارت بین‌الملل می‌توان اذعان نمود که در حقوق داخلی و بین‌المللی نهادهای مشابهی از قبیل بیع، معاوضه، جعاله و بیع متقابل، خرید متقابل، قراردادهای تهاتری، آفست وجود دارد؛ ولی مطابقت کامل با آنها ندارد. با توجه و تبیین نهادهای حقوقی مشابه و نیز با مراجعه به فقه می‌توان به این نتیجه رسید که قراردادهای سوآپ را نمی‌توان با هیچ‌یک از عقود معین توجیه کرد؛ زیرا این قراردادهای پیچیدگی‌ها و ظرافت خاصی برخوردار هستند که در هیچ‌یک از عقود معین و نهادهای حقوقی مشابه خارجی دیده نشده است؛ بنابراین، تنها راه‌حلی که به نظر می‌رسد و توجیه‌کننده قبول و مشروعیت این قراردادهای می‌باشد، تراضی طرفین و اصل آزادی قراردادهای است؛ بنابراین قراردادهای سوآپ با توجه به دامنه گسترده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای در حقوق و فقه ایران یکی از انواع قراردادهای پذیرفته شده در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران می‌باشد و از نوع قراردادهای خصوصی است که میان اشخاص حقیقی و حقوقی و بر مبنای اصل مورد اشاره منعقد و برای طرفین نافذ و معتبر و لازم‌الاتباع است. از طرف دیگر، با توجه به ماهیت قراردادهای سوآپ، این قراردادهای از اوصاف خاصی از قبیل تملیکی بودن، رضایی بودن، معوض بودن، لازم بودن، همسان بودن کالای مورد سوآپ برخوردار است.

منابع

اسکینی، ربیعا؛ بهنام فرید، دل‌افروز (۱۳۹۰). «ساختار و ماهیت حقوقی حق‌العمل‌کاری». مجله حقوقی دگستری، شماره

۷۵، بهار ۷۳.

اشرف‌زاده، حمیدرضا (۱۳۷۲). *کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا. قراردادهای نمونه در تجارت متقابل*. جلد ۳. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

اشمیتوف، کلاً یو ام (۱۳۹۲). *حقوق تجارت بین‌المللی*. جلد ۱ و ۲. ترجمه بهروز اخلاقی. چاپ چهارم. تهران: انتشارات سمت.

اصغر زاده، عبدالله (۱۳۷۴). *آشنایی با تجارت متقابل*. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

امامی، سید حسن (۱۳۹۷). *حقوق مدنی*. جلد ۱ و ۲. چاپ سی و هشتم. تهران: انتشارات کتاب‌فروشی اسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). *مجموعه محشای قانون مدنی*. چاپ چهارم. تهران: انتشارات گنج دانش.

جهانگیری، ملیحه (۱۳۹۵). *مطالعه تطبیقی قراردادهای نفت و فرآورده‌های نفتی با قراردادهای سوآپ*. دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی.

حبیب‌زاده قره‌تپه، محسن (۱۳۹۴). «کارکرد قراردادهای سوآپ نفت در ساختار حقوقی و اقتصادی ایران». *مجله اطلاعات سیاسی، اقتصادی*، شماره ۲۹۰.

راعی، رضا و سعیدی، علی (۱۳۹۴). *مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک*، چاپ دهم. تهران: انتشارات سمت و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.

راد، یحیی و شهبازیان، علی (۱۳۹۳). *معضلات قراردادهای سوآپ گاز طبیعی و راهکارهای آن*. بی‌جا.

رحیمی، فتح‌اله (۱۳۹۵). *حقوق قراردادهای نفت و گاز، تحول تدریجی قراردادهای بین‌المللی نفتی ایران*. تهران: انتشارات گنج دانش.

شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد (۱۳۹۳). *حقوق بیع بین‌المللی*. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. چاپ چهاردهم. تهران: انتشارات مجد.

_____ (۱۳۹۷). *حقوق مدنی عمر عقود معین ۱*. چاپ بیست یکم. تهران: انتشارات مجد.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). *حقوق تجارت بین‌الملل*. چاپ هفتم. تهران: انتشارات سمت و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.

صفایی، سید حسن (۱۳۹۸). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای*. جلد ۲. چاپ سی و یکم. تهران: نشر

- میزان. قرارداد در ایران». *مجله تحقیقات اقتصادی*. شماره ۷۶.
- معصومی‌نیا، غلامعلی و بهاروندی، احمد (۱۳۸۷). «بررسی فقهی قراردادهای پوشش ریسک دارایی‌های ارزی». *فصلنامه پژوهشی اقتصادی اسلامی*، سال هفتم، شماره ۳۱.
- معصومی‌نیا، علی و الهی، مهدی. «امکان‌سنجی فقهی استفاده از سوآپ کالا در بازار مالی ایران». *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی سال یازدهم*. شماره ۴۴.
- موسویان، سید عباس؛ تملکی، حسین (۱۳۹۲). «بررسی قراردادهای سوآپ کالا از دیدگاه فقه امامیه». *فصلنامه علمی- پژوهشی تحقیقات مالی - اسلامی*. سال دوم، شماره دوم.
- هال، جان (۱۳۷۶). «مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک، ترجمه سجاد سیاح، علی صالح‌آبادی». *تحقیقات اقتصادی*، شماره ۷۶.
- نصیری، مرتضی (۱۳۷۰). *حقوق چندملیتی*. تهران: امیرکبیر.
- Alba, A. L. (1990). "The Egyptian Experience With Countertrade". *Journal of World Trade*, vol. 24.
- Baker & Cunningham (1983). "Countertrade and Trade law". 5 *Journal of Comparative Business and Capital market law*.
- Blum, (1987). "The East - West Business". *Financial Times*, 8 June.
- Brown and Franklin (1994). *Countertrade Paying in Goods and Services* (Long man), London.
- Berrios, R., and Olson, J. E. (no date). *Counter Trade as a Form of Debt Payment*. University of Pittsburgh for CIED.
- Central Bank of Nigeria Research department (2016). *swap transactions*. education in Economics series. No. 7.
- Collins, H. (2006). *Davies Collins Dictionary Economic*. Third Edition Critopher Pass. Bryan Lowes. Leslie.
- Foker (1990). "Accepting Soviet Goods in Countertrade: Problems with Product Quality". (March 22) *Journal of*
- صمدائی گله کلائی، آریا و جهانگیری حسین‌آبادی، میثم (۱۳۹۱). *قراردادهای سوآپ نفت و تحلیل ماهیت حقوقی آن در ساختار حقوقی ایران*. بی‌جا.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ ره‌پیک، حسن؛ کیایی، عبدالله (۱۳۸۲). *تفسیر قانون مدنی، اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی*. تهران: انتشارات سمت.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۶). *حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات*. چاپ ششم. تهران: انتشارات دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *دوره عقود معین*. جلد ۱. چاپ چهاردهم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۶). *عقود معین. مشارکت‌ها، صلح*. جلد ۲. چاپ یازدهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۵). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. جلد ۱. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مقدم، محمدرضا؛ مزروعی، محمد. (۱۳۷۶). «مدل‌سازی و تحلیل قراردادهای بیع متقابل و ارائه مدل بهینه‌سازی *Puchasing and Materialis Management*».
- Gugot (1986). "Countertrade, Contracts in International Business". *International Lawyer*.
- Gray (1986). "Price Instability Hits Expansion". (February 11) *Financial Times*.
- Goldstein (1984). *Countertrad: a Stop - Gap SoLution to Foreign Exchange Shortage*. (Federal Reserve Bank of New York).
- Groenendaal, W. J. H. Van; Mazraati, M. (2006); "A Critical Review of Iran's Buyback Contracts". *Energy Policy*, 34. 34.
- Jams Chen (2018). *What is Swap*. Dec8.
- Hammond, Grant, T. (1990). *Countertrade, Offsets, and Barter in International Economy*. (Pinter, London).
- Hennart (1990). "Some Empirical Dimensions of Countertradd". *Journal of International Business Studies*.
- Huh (December 1983). *Countertrade: Trad Without Cash?* 20 Finance and DeveLopment.

- Katzman, K. The Iran – Libya Sanctions Act (ILSA), Congressional Research Service; Foreign Affairs, Defense, and Trade Division, CRS Report for the Congress, Order Code RS20871, <http://fpc.state.gov/documents/organization/23591.pdf>.
- Loher (September 25, 1988). *Barter is his Stock in Trad.* New York: Times.
- McVey, T. (1980). "countertrade and Barter: Alternative Trade Finance by Third World Nations". *International Trad Law Journal*.
- Milenkovic, Tamara-Kerkovic (2004). "Drafting an International Buy-Back agreement". UDC339. 5. 057. 7 Series: *Economics and Organization*, vol. 2, N° 2.
- Nule, Ch. & Brexendorff, A. (2005). *Iran Investing In The Oil & Gas Industry*. from a Business and Legal Perspective, <www.mena-legal.com>.
- Paula Costa, E. S. and Duarte, G. (2016). *HenriQues - Arbitration in swaps: the Portuguese experience*.
- Treitel, G.H. (1999). *The law of contract*, Sweet & Maxwell. 10th ed. London, p:162.
- Udis B.; Maskus, K. E. (1991). *Offsets as Industrial Policy: Lessons from Aerospace, Defense Economics*. Vol. 2, No. 2.
- Ule, C. & Brexendorff, A. (2005). *IRAN INVESTING IN THE OIL & GAS INDUSTRY* from a Business and legal perspective, (www.mena-legal.com)
- Verzariu, Pompiliu (1992). *International Countertrade, (US Department of commerce USA*.