

ماهیت و اوصاف قراردادهای سوآپ

مختار محمودی^۱

ابراهیم شعراویان^۲

یوسف مولایی^۳

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۹۹/۹/۱۵

چکیده

استفاده از قراردادهای سوآپ به عنوان روش جذب سرمایه‌گذار 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 فقهه 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 گسترده‌ای 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.

کلید واژه‌ها: اوصاف، تجارت متقابل، ریسک، سرمایه‌گذاری خارجی، قرارداد سوآپ، ماهیت.

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

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

مقدمة

قبل از پیدایش پول، معاملات به صورت پایاپایی صورت می گرفت. در دهه های اخیر معاملات تجارت متقابل^۱ توسعه فراوانی یافته اند تا جایی که برخی ارزش این معاملات را از ۵۰ تا ۲۵۰ درصد کل تجارت جهانی می دانند (Alba, ۱۹۹۰: vol. ۲۴/۵). تجارت متقابل، اصطلاحی عام است و روش های گوناگون معاملات صادراتی مرتبط با یکدیگر از جمله سوآپ را شامل می شود که یکی از آنها در کشور صادرکننده و دیگری در کشور واردکننده صورت می گیرد (اشمیتوف، ۱۳۹۳: ۲۴۱). سوآپ یک واژه انگلیسی است^۲ و در لغت به معنای معامله پایاپایی، معاوضه و مترادف با واژه مبادله است (حیب زاده قره پنه، ۱۳۹۴: ۱۶۷-۱۵۸) و گاهی سوآپ معاوضه محصولات، نرخ بهره، ارز و یا بدھی مالی معرفی شده، (Collins, ۲۰۰۶: ۵۰۳) و در اصطلاح «قراردادی» است که به موجب آن کالای با کالای دیگر مبادله می شود. عده ای سوآپ را توافقی برای معاوضه جریان های نقدی ناشی از بدھی یا دارایی در آینده برای مدت زمان معین^۳ می دانند (هال، ۱۳۸۴: ۲۵۹؛ ۱۳۸۴: ۲۰۹) و بهاروندی، (۱۳۸۷) و برخی سوآپ را قرارداد تعویض می دانند. (صمدائی گله کلاتی و جهانگیری حسین آبادی، ۱۳۹۳؛ فرحنگ ایران، ۱۳۹۳) و یا مجموعه ای از جریانات نقدی با نرخ ثابت است که با مجموعه ای از جریان های نقدی با نرخ شناور مبادله می شوند (راغی و سعیدی، ۱۳۹۴: ۳۲۱؛ موسویان و تملکی، ۱۳۹۲). در اکثر نظام های حقوقی سوآپ را با استفاده از قانون بورس آمریکا و قانون اصلاح وال استریت چینی تعریفی کرده اند: «هر موافقت نامه ای که یک مبنای اجرایی و الزام اور برای مبادله یک یا چند پرداخت مبتنی بر ارزش نرخ ها، ارزها، کالاهای اوراق بهادار، ابزارهای بدھی، شاخص های بورس، ابزارهای کمی یا سایر بهره ها و منافع اقتصادی یا مالی یا دارایی از هر نوع را تأمین می کند» (Casta and Henriques, ۲۰۱۶: (۱۵). مهم ترین مزیت قراردادهای سوآپ این است که کالاهای بدون اینکه پولی رد و بدل شود مورد معاوضه قرار می گیرند (راد و شهبازیان، ۱۳۹۳: ۱۳۳).

$\text{e}_1 \cdot \text{e}_2 = 1$

برای تبیین بهتر ماهیت حقوقی قراردادهای سوآپ این سؤال به ذهن می رسد که آیا می توان قراردادهای سوآپ را در زمرة بیع به معنای مصطلح در نظام حقوقی ایران دانست؟ یا نه قراردادهای سوآپ خود نهادی نوین می باشد؟ عقد بیع در حقوق ایران به تملیک عب: به عوض معلم بیع شده است (ماده ۳۳۸ قانون

- 1. Countertrade
 2. Swap
 3. CENTRAL BANK OF NIGERIA RESEARCH DEPARTMENT, 2016, SWAP TRANSACTIONS, EDUCATION IN ECONOMICS SERIES, NO. 7

قراردادهای سوآپ به خصوص سوآپ نفتی این فکر را تقویت می کند که قراردادهای سوآپ شکلی از قراردادهای معاوضه ای 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 می شود، این فکر تقویت می شود. به موجب ماده ۴۶۴ قانون مدنی ایران: «معاوضه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مال می دهد، به عوض مال دیگر که از طرف دیگر اخذ می کند، بدون ملاحظه اینکه یکی از عوضین، میبع و دیگری ثمن باشد». همان طوری که گفته شد چیزی که می تواند بیع را از معاوضه جدا کند، اساساً قصد طرفین است و الا 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 به جای مبادله مستقیم دو کالا در بیع، پول نقش واسطه را بازی می کند و به عنوان ارزش ها، با کالای عرضه شده مبادله می شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۳ و ۳۳۷)؛ بنابراین مطابق قانون مدنی ایران، قرارداد معاوضه، قرارداد بیع است که در آن طرفین قصد انجام بیع را ندارند؛ بلکه قصدشان معاوضه است، یعنی دو نوع کالا یا جنس مشابه را باهم تعویض می کنند؛ ولی در قراردادهای معاوضه احکام خاص بیع اعمال نمی شود. در قراردادهای سوآپ نفتی مرسوم در کشور نیز مشاهده می شود که عامل سوآپ، نفت فروشنده را خریداری می کند؛ اما به جای پرداخت ثمن به وی مقداری نفت موردن توافق را در نقطه معین با دریافت حق سوآپ به شخص موردنظر فروشنده تحویل می دهد و به خاطر همین است که برخی از حقوق دانان قرارداد سوآپ را از نظر عرف یک قرارداد معاوضه مدنی می دانند که شرط تسلیم کالای مورد سوآپ (مثل نفت و گاز...) عامل سوآپ به خریدار درج می شود (حبیب زاده قره په، ۱۳۹۴: ۱۶۵). درست است که عقد معاوضه در برخی اوصاف با قرارداد سوآپ مشابه است، از جمله اینکه هر دو عقد باهم 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 سوآپ کننده نیز وجود دارد. ثانیاً - در عقد معاوضه لزوماً ارتباطی بین عوضین وجود ندارد و عوضین لزوماً هم جنس نیستند. در حالی که در سوآپ این ارتباط بین عوضین اجتناب ناپذیر است و اکنرا مورد معامله از یک جنس هستند (Ule & Brexendorff, ۲۰۰۵: ۲۱)؛ بنابراین ساختار قراردادهای سوآپ با معاوضه متفاوت و دارای ساختاری خاص و پیچیده ای می باشد، به طوری که مدت اجرای آن مانند معاوضه، آنی و فوری نیست؛ بلکه ممکن است اجرای آن سال های سال به طول انجامد.

مدنی ایران). تملیکی بودن عقد بیع، این موضوع را به ذهن مبتادر می سازد که قراردادهای سوآپ، بیشترین شباهت را با عقد بیع داشته باشد. اگر از دیدگاه حقوق مدنی بخواهیم به قرارداد سوآپ نظر نکیم به نظر برخی، قرارداد سوآپ کالا از جمله نفت و محصولات پتروشیمی ... باید یک قرارداد بیع بدانیم. چراکه از نظر مقررات پیش بینی شده در قانون مدنی ایران عامل تمیز قرارداد سوآپ با عقد بیع قصد طرفین است. در قرارداد سوآپ کالا شاهد آئیم که طرف سوآپ کالای موردنظر را خود می خرد و به مصرف داخلی می رساند؛ اما به جای پرداخت ثمن، همان نوع کالا (مثل نفت) به شخص موردنظر فروشنده تحویل می دهد و به خاطر همین است که برخی قراردادهای سوآپ را ماهیتا عقد بیع می دانند (حبیب زاده قره په، ۱۳۹۴: ۱۶۵) و بر همین اساس است که عده ای با توجه به تعاریف مختلف فقهاء از بیع، معاوضه را مصادقی از بیع می دانند (معصومی نیا و الهی، ۱۳۹۰: ۸۳) و تنها چیزی که می تواند بیع را از معاوضه جدا کند، اساساً قصد طرفین است و گرنگ از جهت مورد معامله بین این دو اختلافی نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۷: ۸۳)؛ اما باید اذعان نمود هر چند شباهتی بین بیع و قراردادهای سوآپ وجود دارد و هر دو از عقود لازم، تملیکی و معوض است؛ اما قراردادهای سوآپ عقد بیع محسوب نمی شود؛ بلکه قراردادهای سوآپ قراردادی است که در عصر جدید و با توجه به نیازهای تولیدکنندگان و مصرف کنندگان طراحی شده است و جهت خاص خود را دارد.

ثانیاً - اگر دو نفر کالایی را با پول مبادله کنند، دادگاه در مقام فصل خصوصت بایستی آن را خرید و فروش بداند؛ چون اگر کالایی با پول مبادله شود این بیع است هر چند دو طرف آن را معاوضه نامیده باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۴)؛ اما این وضعیت در قراردادهای سوآپ وجود ندارد؛ زیرا در قراردادهای سوآپ پرداخت نقدی به مفهوم ثمن صورت نمی پذیرد.

ثالثاً - در عقد بیع، ضرورتی به وجود ملازمه بین ثمن و میبع نیست و لزومی ندارد میبع و ثمن مشابه و از یک جنس باشد؛ لیکن در قرارداد سوآپ، این ملازمه وجود دارد، به این معنی که میبع و ثمن مشابه و تقاضا عمدۀ ای بین گونه های آن وجود ندارد و معمولاً مورد معامله مثل نفت و گاز و ... هر دو از یک جنس هستند (اشرف زاده، ۱۳۷۲). از طرف دیگر در قراردادهای سوآپ شخص طرف وجود دارد؛ ولی در قراردادهای سوآپ ثالثی به نام سوآپ کننده نیز وجود دارد که عملیات سوآپ توسط این شخص انجام می شود. به هر حال قرارداد سوآپ را نمی توان به آسانی عقد بیع در مفهوم ساده حقوق مدنی دانست.

۳-۱- جعال

به موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی: «جهاله 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 فقهاء از یک طرف و حقوق دانان از طرف دیگر اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای آن را ایقاع می‌دانند و معتقدند در جعاله به قول نیازی نیست و صرف ایجاب برای ملزم شدن جاعل کفایت می‌کند. از طرف دیگر در جعاله بین ایجاب و قبول مقارنه‌ای وجود ندارد (قاسم زاده و دیگران، ۲۰۳: ۳۸۲) 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 لکروودی، ۱۳۹۱ و ۳۲۵ و ۳۲۶)؛ ولی عده‌ای با توجه به مفاد ماده ۵۶۵ و ۵۶۶ قانون مدنی ایران آن را عقد دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۷؛ کاتوزیان، ۲۵۶: ۱۳۹۶). 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 دارد؟ قطعاً پاسخ منفی است؛ زیرا قراردادهای سوآپ علی‌رغم پیچیدگی‌ها، با اظرافت 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 هیچ یک از طرفین بدون دلیل و توجیه قانونی نمی‌تواند از ایفاء تعهد خودداری کند، در غیر این صورت ناقض قرارداد محسوب و خسارت سنگینی بر عهده وی گذاردۀ 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 حق العملی دریافت می‌دارد.» برخی از حقوق دانان (جهانگیری، ۱۳۹۵؛ صمدی گله کلائی و جهانگیری حسین آبادی، ۱۳۹۱) قراردادهای سوآپ را مشابه حق العمل کار می‌دانند؛ ولی باید

۲- 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 هیچ کدام از نهادهای داخلی حقوق ایران انطباق ندارد. حال در این قسمت به مقایسه این نهاد با برخی قراردادهای بین‌المللی می‌پردازیم:

۱- بیع متقابل^۵

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 قسمی از محصولات ناشی از آن تسهیلات تولیدی را خریداری نماید (اشرف زاده، ۱۳۷۲، ۲-۶). این معامله، ترکیبی از کارخانه و عملیات تجاری است که ثمن معامله با تحویل محصول ساخته شده پرداخت می‌شود. بیع متقابل توسط کشورهای دارای اقتصاد مرکزی (سویالیستی) 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, ۱۹۸۷: ۳۸)).

بزرگ ترین بیع متقابل بین روسیه و کشورهای اروپای شرقی و چین با کشورهای صنعتی منعقد شده است

نیست. قراردادی است که بر اساس اصل حاکمیت اراده و تراضی طرفین ایجاد می شود و می توان 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 قرارداد ایجاد کرده باشد، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان های ایشان است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۴). همان گونه که می دانیم قراردادهای سوآپ یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی نام) می باشد. با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها 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 می گردند، بالحاظ عرف حاکم بر قراردادهای (مثل نفت و گاز...) 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 می شود و میان طرفین نافذ و معتربر است؛ بنابراین فارغ از تشابه و شبیه بین این دو قرارداد است؛ ولی به نظر می رسد اساساً قراردادهای سوآپ مسیری دیگر از بیع مقابل دارد. ثالثاً - هدف اساسی قراردادهای سوآپ کاهش ریسک و هزینه ها است؛ ولی هدف اساسی در قرارداد بیع مقابل مشخصاً تأمین مالی پروژه از طریق جذب سرمایه لازم برای توسعه و ساخت یک واحد اقتصادی، به خصوص در مسائل نفت و گاز برای اکتشاف، توسعه میدان های نفتی و تولید و بهره برداری از مخازن نفت و گاز می باشد (رحیمی، ۱۹۳: ۸۴).

رابعاً - در قراردادهای سوآپ سه طرف وجود دارد، صادرکننده، واردکننده و سوآپ کننده که به عنوان واسطه عمل می کند. در حالی که قرارداد بیع مقابل از دو طرف تشکیل می شود، سرمایه گذار و سرمایه پذیر و شخص دیگری در این قرارداد دخالت ندارد.

۲-۲- خرید مقابل^۶

خرید مقابل یکی از روش های تجارت مقابل است که بعد از جنگ جهانی دوم به وجود آمده و گسترش پیدا کرده است و بر اساس آن، یک طرف قرارداد، کالا یا خدماتی را صادر و مقابل توانی توافق می کند تا مقدار مشخصی از کالاهایی تولیدی کشور واردکننده خریداری نماید. خرید مقابل در واقع بر مبنای همان معاملات تهاتری ساده بنا شده است تا نیازها را تأمین کند (Goldstien, ۱۹۸۴: ۲۳) بر این اساس ویژگی های خاص خود را دارد: اولاً - معاملات خرید مقابل حداقل از دو قرارداد تشکیل می شود، درحالی که قراردادهای سوآپ از یک قرارداد تشکیل می شود و به موجب آن

(Hennart, ۱۹۹۰: ۲۵۹) و همچنین بین سوروی سابق و یک کنسرسیوم، متشکل از شرکت های آلمانی، فرانسوی، ایتالیایی و انگلیسی منعقد شد و کنسرسیوم معهد شد تا خط لوله گاز را از سیریز به اروپا بکشد و در مقابل گاز آن را باخرید کرده و هزینه های خود را مستهلك نماید (Foker, ۱۹۹۶: ۱۳). در ایران اولین قرارداد به شیوه بیع مقابل، بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت آمریکایی کونوکو منعقد شد؛^۷ ولی این قرارداد به دلیل تحريم ایران توسط آمریکا در زمان ریاست جمهوری کلیتون لغو شد. (Katzman, ۲۰۰۳: مقدم و مزروعی ۱۳۸۶: ۱۶۲).

بیع مقابل دارای ویژگی هایی به شرح ذیل است:

بیع مقابل جزو قراردادهای «بلندمدت»^۸ محسوب می شود (Milenkovic, ۲۰۰۴: ۱۶۸-۲۶۸) و مناسب با نوع پروژه ممکن است، چندین دهه طول بکشد و از قراردادهای سنگین و پرهزینه است (Milenkovic, ۲۰۰۴: ۱۸۰-۱۶۸) و برای ایجاد و توسعه پروژه های گران قیمت مورداستفاده قرار می گیرد. در این قرارداد، سرمایه گذار علاوه از ماشین آلات یک واحد اقتصادی، سرمایه موردنیاز را نیز فراهم می سازد و تسهیلات ارائه شده با محصولاتی که باخرید می شوند، به هم مرتبط هستند و صادرکننده تعهد می کند که محصولات تولیدی آن پروژه را باخرید کند؛ لذا قرارداد بیع مقابل وجوه اشتراکی با قراردادهای سوآپ دارد: «هردو از شیوه های تجارت مقابل و جزو قراردادهای بین المللی و بلندمدت محسوب می شوند و هدف هر دو جذب سرمایه گذاری و تحصیل تکنولوژی و ثروت و استفاده از منابع طبیعی برای توسعه اقتصادی می باشد»؛ ولی از جهات مختلف تفاوت عمده ای با هم دارند:

اولاً - محور اصلی بیع مقابل، اکتشاف، توسعه میدان ها و بهره برداری مخازن نفت و گاز و انتقال دانش فنی به کشور می باشد؛ ولی هدف اصلی در قراردادهای سوآپ تبادل کالاهای مشابه و کاهش هزینه و ریسک می باشد.

ثانیاً - قراردادهای بیع مقابل حداقل از دو قرارداد مجزا تشکیل می شوند. در قرارداد اول سرمایه گذار تعهد می کند با عرضه ماشین آلات، مواد و تکنولوژی به کشور سرمایه پذیر کمک کند تا یک واحد اقتصادی راه اندازی شود و در قرارداد دوم سرمایه گذار منعهد می شود که بخشی از محصولات تولیدی آن واحد اقتصادی را باخرید کند؛ ولی قراردادهای سوآپ از یک قرارداد تشکیل می شود 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 بین الملل اقتصادی و تجارت بین الملل است و به لحاظ پیجدگی ها و ظرفت خاص خود با هیچ یک از عقود معین قابل انطباق

6. Conoco Oil Company.

7. Long term

توسعه یافته رواج داشت؛ مانند کشورهای اروپای شرقی و کشورهای جهان سوم (صغرزاده، ۱۳۷۴: ۶)؛ بنابراین اگر قرارداد ناظر به مبادله کالا با کالا^{۱۱} و یا کالا با خدمات^{۱۲} باشد، یک معامله تهاتری به شمار می‌آید نه قرارداد فروش. (کلایوم و اشمتوف، ۱۳۹۲: ۲۴۲ - ۲۵۰) اصطلاح «مبادله تهاتری» را در فارسی در مقابل واژه انگلیسی^{۱۳} به کار برده‌اند که حقوق دانان 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 ساخته شده، محصولات کشاورزی یا مواد اولیه تحويل می‌دهد. گاهی قراردادهای تهاتری به عنوان یک قرارداد «جبانی»^{۱۴} نامیده شده‌اند؛ زیرا تحويل کالا توسط یکی از طرفین، جبران تحويل کالایی از سوی طرف دیگر است.

قراردادهای تهاتری را به قرارداد تهاتری ساده و تهاتری بهادر تقسیم می‌کنند. در معاملات تهاتری ساده، کالاهای و خدمات با ارزش یکسان و بدون اینکه پولی ردوبدل شود، مبادله می‌شوند. به عنوان مثال یک شرکت آمریکایی به میزان هشت میلیون دلار مواد شیمیایی را به زیمبابوه صادر می‌کند و به جای دریافت پول موافقت می‌کند که به همین ارزش از زیمبابوه تباکو بگیرد (Lo-Her, ۱۹۸۸: ۳۲). اجرای معاملات تهاتری ساده عمولاً به صورت یکجا و در یک مدت کوتاه انجام می‌گیرد. (Guyot, ۱۹۸۶: ۹۲۱) و این از ویژگی‌های اصلی معاملات تهاتری است. در این نوع قراردادها معمولاً طرفین توافق می‌کنند که تحويل کالاهای در هر دو طرف به طور Brown and Franklin, (۱۹۹۴: ۱۳) هم زمان انجام گیرد. ۲. به عنوان مثال طبق یک معامله تهاتری ساده بین ایران و زلاندنو یک صد هزار تن گوشت منجمد با شش میلیون بشکه نفت خام در طول یک سال مبادله شد در حالی که اجرای قراردادهای سوآپ کالاهای سال‌ها به طول انجامد (Gray, ۱۹۸۶: ۱۳). 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 مورداستفاده قرار می‌گیرند و عمدها بین کشورهای انجام می‌شود که ارتباط سیاسی با یکدیگر دارند (Verzariu, ۱۹۹۲: ۲). در تهاتر بهادر برخلاف تهاتر ساده، برای کالای مبادله شده بهایی تعیین می‌شود (کلایوم و اشمتوف 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

- 11. Exchange of goods for goods.
- 12. Exchange of goods for Services.
- 13. Counter Trade contracts.
- 14. Compensation Contract.

کالاهای مشابه مبادله می‌شود. قراردادهای خرید متقابل معمولاً با یک پروتکل^۹ و یا از طریق شرط ضمن عقد به همدیگر مرتبط می‌شوند؛ چون این دو قرارداد از جهت حقوقی مستقل از یکدیگر می‌باشند. ثانیاً - خرید متقابل دارایی شیوه‌پرداخت خاص خود از جهت مبلغ، نوع ارز، زمان پرداخت و نحوه پرداخت خواهد بود. به عنوان مثال طبق یک خرید متقابل بین یونان و روسیه، یونان موافقت کرد تا در مدت معینی، روزانه سی هزار بشکه نفت به ازای هر بشکه ۲۸ دلار از روسیه خریداری کند، در مقابل، روسیه نیز معهد شد تا حداقل به اندازه ارزش قرارداد اول کالاهای یونانی را خریداری کند. ۱۵ (Huh, ۱۹۸۳: ۹) و برخلاف قراردادهای سوآپ که در آن ارزش کالاهای تقریباً برابر و یکسان هستند، در خرید متقابل ارزش دو قرارداد الزاماً برابر نیستند و ارزش قرارداد دوم معمولاً درصدی از ارزش قرارداد اول است که ممکن است بین ده تا صد درصد ارزش قرارداد اول باشد. در خرید متقابل ممکن است، فروشنده به جای خرید متقابل تعهد به پیدا کردن مشتری و فراهم نمودن تسهیلات لازم برای فروش کالاهای طرف مقابل نماید؛ مثلاً اطلاعات بازار و نوع تقاضا در بازار را ارائه و در تبلیغ کالاهای ممکن کند و این تعهدات معمولاً بهم و در عمل ممکن است به اختلاف منجر شود. در حالی که تمامی تعهدات در قراردادهای سوآپ کاملاً مشخص و معین است. ثالثاً - در خرید متقابل کالاهای مورد مبادله به هم ارتباطی ندارند. مثلاً یک شرکت آمریکایی، هوایپیمای مسافربری به یوگسلاوی خریداری کرد (McVay, ۱۹۹۰: ۱۹۹) در صورتی که در قراردادهای سوآپ کالاهای که مبادله می‌شود، تفاوت عمده‌ای بین گونه‌های آن وجود ندارد. مثل نفت و گاز و از نظر ارزش نیز کالاهای مورد مبادله در سوآپ یکسان هستند؛ ولی در قرارداد خرید متقابل لازم نیست ارزش کالاهای یکسان باشد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که قراردادهای سوآپ را نمی‌توان جزو معاملات خرید متقابل فرض کرد.

۳-۲- معاملات تهاتری

معامله تهاتری،^{۱۰} معامله‌ای است که بدون استفاده از ارز خارجی یک مبادله دو طرفه انجام می‌پذیرد، عدمه ترین 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 ارز غیرقابل تبدیل و یا کمبود ارز برای پرداخت در قبال خرید محصولات حل شود. این گونه معاملات بیشتر در بین کشورهای کمتر

۹. پروتکل (Protocol) ممکن است نام‌های دیگری داشته باشد مثل قرارداد پایه، قرارداد تعیین کننده چهارچوب (Framework Agreement) و غیره
10. Barter Contracts

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 پیشرفت و دخالت تولیدگران 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 سوآپ، آفست محسوب نمی‌شود؛ چراکه در قراردادهای آفست لازم نیست موضوع قرارداد از یک جنس باشد در حالی که در قراردادهای سوآپ اکثرًا 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»^{۱۳}، پیمانکاری فرعی، سرمایه‌گذاری مرتبط خارجی «انتقال فناوری»^{۱۴} 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, ۱۹۹۰: ۲۸).

بنابراین قراردادهای آفست از جهت تنظیم نوع قرارداد و بلندمدت بودن اجرای قرارداد به قراردادهای سوآپ شباهت دارد و مهم تر از آن در همه این نوع قراردادها، 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. در حالی که در قراردادهای آفست کالاهای مورد معامله مشابه نیستند؛

و همین قیمت مبنای تطبیق میزان عوضیت و تعیین تاریخ‌های تحویل متقابل کالاهای 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 به خاطر همین است که در یک دوره کوتاه‌مدت کالاهای مبادله می‌شوند. در حالی که اجرای قراردادهای سوآپ ممکن است سال‌های سال طول بکشد و از طرف دیگر در معاملات تهاتری لازم نیست کالاهای مشابه باشد؛ ولی در معاملات سوآپ معمولاً کالاهای مورد معامله مشابه هستند. معاملات تهاتری یک روش تجارت متعارف نیست و به طور استثنای از جمله در موقع جنگ مورد توجه قرار می‌گیرد؛ ولی سوآپ یکی از روش‌های معمول تجارت در سطح بین‌المللی است. درنتیجه قراردادهای سوآپ را نمی‌توان جزو معاملات تهاتری فرض کرد.

۴- معاملات آفست

«آفست»^{۱۵} در لغت به معنای جبران و هر چیزی که در مقابل چیزی دیگر ایجاد تعادل می‌کند. معنای مصدری این کلمه سنجیدن و جبران کردن چیزی با چیز دیگر است، به گونه‌ای که موازنه و تعادلی میان آن دو به وجود آید.^{۱۶} آفست را «مشارکت صنعتی»^{۱۷} و «جبران صنعتی»^{۱۸} و معاملات تعادلی^{۱۹} نیز شناخته اند و در گروه قراردادهای «تجارت متقابل»^{۲۰} 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 به گونه‌ای تحمیل می‌کند که بخشی از هزینه‌ها مستهلك و جبران شود.^{۲۱}

در اصطلاح حقوقی معاملات آفست: «عبارت از توافقی است که بر طبق آن، صادرکننده کالا و تجهیزات نظامی تعهد می‌کند تا قطعات مورداستفاده در این تجهیزات را از کشورهای واردکننده، خریداری نموده یا موجبات خرید آنها را فراهم نماید.» به عنوان نمونه شرکت دوو^{۲۲}

15. Offset

16. Oxford Dictionary, 2nd edition, Clarendon, 1989

17. Industrial Cooperation

18. Industrial Compensations

19. Balances

20. Countertrade

21. Udis B., Maskus, K.E., Offsets as Industrial Policy: Lessons from Aerospace, Defense Economics, Vol. 2, No.2, 1991, 152.

22. Deawoo Heavy Industries

نمی باشد؛ بلکه قراردادی است که بر اساس اصول و حاکمیت اراده و تراضی طرفین ایجاد می شود. درواقع می توان چنین قراردادی را با ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تطبیق داد و قراردادهای که بی نام و نشان و دارای ماهیتی خاص برای توافق های جانبی هستند و نمی توان 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 وجوده افتراق و اشتراک دارد. ثانياً - قراردادهای سوآپ با هیچ کدام از اقسام عقود معین در حقوق داخلی و فقه همانند عقد جعله و بیع ... مطابقت ندارد و با توجه به مفاد قراردادی، می توان آن را با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها تطبیق داد. ثالثاً - قراردادهای سوآپ به عنوان نهادی نوین دارای ماهیت خاص خود می باشد و در کل، قراردادهای سوآپ شامل مجموعه ای از روش های قراردادی است که مفاد تراضی، کیفیت آن را می سازد.

۴- اوصاف قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ از قراردادهای بزرگ و پیچیده داخلی و بین المللی است و مانند هر قرارداد دیگری ممکن است بین اشخاص حقیقی و حقوقی از جمله دولت ها منعقد گردد و با توجه به شرایط خاص آن، این قرارداد دارای اوصاف می باشد که در ذیل به آنها اشاره می شود:

۱- تملیکی بودن قراردادهای سوآپ

حقوق دانان ایران غالباً بیع کلی فی الذمه را عقد عهدی دانسته اند. با توجه به اینکه موضوع قراردادهای سوآپ، کلی فی الذمه است این سؤال متبار به ذهن است که آیا این قرارداد جزو قراردادهای عهدی است یا تملیکی؟ برخی از حقوقدانان در تعریف گفته اند: «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 خانه ای طبق نقشه معین (شهیدی، ۱۳۹۸: ۸۵). این تعریف مورقبول حقوق دانان دیگر نیز می باشد (اما می، ۱۳۹۷: ۱۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷۵؛ صفائی، ۱۳۹۸: ۴۰) و آنان بیع کلی در ذمه را از مصاديق عقد عهدی دانسته اند؛ ولی به نظر برخی از حقوقدانان: «حقیقت این است که تملیک فوری و بدون قيد و شرط جوهر و اساس عقد بیع نیست». درست است که اگر بیع قابلیت تعلق به دیگری را داشته باشد، در اثر بیع مالکیت انتقال می یابد؛ ولی نمی توان ادعا کرد که بیع جز از

بلکه ازلحاظ ظاهر و حتی در ماهیت نیز باهم فرق دارند و مهم تر از آن معاملات سوآپ از یک قرارداد تشکیل می شود، درحالی که معاملات آفست با توجه به توضیحات ارائه شده از دو قرارداد مستقل تشکیل می یابد و موضوع معامله اولی با معامله دومی کاملاً فرق می کند؛ بنابراین قراردادهای سوآپ را نمی توان جزو معاملات آفست دانست.

۳- قراردادهای سوآپ به عنوان نهادی نوین

با توجه به بررسی های به عمل آمده به این نتیجه می رسیم:

اولاً - قراردادهای سوآپ را نمی توان در هیچ کدام از قالب های حقوقی سنتی داخلی و نهادهای حقوقی خارجی جای داد و به نظر اکثر فقهاء حقوقدانان نیازی نیست که قراردادها در قالب عقود معین باشد و همین که مفهوم عرفی عقد صدق پیدا کند و مخالف شرع و اخلاق حسن و نظم عمومی نباشد و ارکان عقد نیز مانند، قصد و رضای طرفین، مشروعت مورد معامله و... مختل نباشد در صحت آن عقد نباید تردید داشت.

ثانیاً - با توجه به تعریف ارائه شده: «سوآپ قراردادی است که به موجب آن کالا در نقطه دیگر تحويل داده می شود»، اجرای این قرارداد برخلاف بیع، ممکن است سال های سال به طول انجامد و این ویژگی اصلی قراردادهای سوآپ می باشد که در هیچ کدام از قراردادهای داخلی و خارجی وجود ندارد و به خاطر همین است که در قراردادهای سوآپ، تبادل کالا و یا به عبارتی خرید و فروش کالا با شرایط خاص خود انجام می شود.

ثالثاً - دلیل دیگر اینکه قراردادهای سوآپ یک نهاد نوین است، این است که طرفین قصد می کنند قراردادی جدید با شرایط کاملاً متفاوت با سایر قراردادها منعقد نمایند و هیچ گونه قصدی مبنی بر انعقاد قرارداد در قالب عقود معین مثل عقد بیع ... که اصلاً با این گونه 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 لازم الوفا، 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 طرح شده 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 هیچ کدام از نهادهای حقوقی داخلی و خارجی مشابه نداشته یا مشابه آن چشمگیر

زدن آن را ندارند، مگر طبق قانون یا با توافق طرفین بتوان قرارداد را خاتمه داد (شہیدی، ۱۳۹۸: ۶۲)؛ زیرا سوآپ از اهمیت و شرایط خاصی برخوردار است و بر هم زدن آن بدون هرگونه دلیل موجه، موجب نامنی در نظام قراردادهای بین المللی خواهد بود. این اصل در فقه اسلامی نیز ریشه دارد و از آیه شریفه «یا ایها الذين آمنوا او فعوا بالعقود» و حدیث نبیو «المؤمنون عند شروطهم» که ناظر به همه قراردادها است، چه عقود معین و چه عقودی که بنا به نیاز منعقد شده باشد، قابل استنباط است و در حقوق فرانسه نیز این اصل در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه معرفی شده است و بیان می‌دارد: «عقودی که مطابق قانون منعقد شده باشد برای طرفین در حکم قانون است». به عبارتی دیگر، تهای 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 قائم مقام آنها لازم الایاع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود». ماده مذکور بیانگر اصل لزوم قراردادها 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 «او فوا بالعقود...» و ماده ۲۱۹ قانون مدنی قرار می‌گیرد و لازم الوفا است؛ چون هدف طرفین از ورود به قرارداد، مخصوصاً قراردادهای بین المللی مانند سوآپ به گونه‌ای است که با جواز آن منافات دارد و جواز این قراردادها مخالف با عقلایی بودن آنها است.

۴-۳- 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)^{۵۰} مورد معامله قرار می‌گیرند. برخلاف بازارهای بورس که در آن قراردادها بر اساس استانداردها و ضوابط مشخصی اجرا می‌شوند، در بازار فرابورس قراردادها صرفاً بر اساس توافق طرفین صورت می‌گیرد و قاعدة مشخصی برای اجرای آنها وجود ندارد؛ لذا طرفین بر اساس صلاح دید و توافق یکدیگر می‌توانند قراردادها را به روش متنوعی اجرا کنند، مشروط بر اینکه منافع طرفین تأمین شود

طريق تملیکی تحقق نمی‌یابد؛ زیرا این اثر موكول 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 درنتیجه 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 به جای 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 سبب انتخاب فروشنه باشد و به همین اعتبار است که آن را تملیکی می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۴). این تفسیر ناشی از اختلاف در تفسیر تسلیم مصاديق عین کلی است؛ چون برخی از حقوق دانان تسلیم را یک عمل حقوقی و آن را سبب تملیک می‌داند و به نظر ایشان تسلیم مورد تعهد درصورتی که کلی فی الذمه باشد ازنظر تحلیل عقلی معامله جدید می‌باشد و مانند انتقال عین خارجی است؛ زیرا کلی که مورد تعهد ملزم به انتخاب و تسلیم یکی از آنها است (امامی، ۱۳۹۷: ۳۱۸). این تحلیل از لحاظ موكول ساختن تملیک به تعیین مبيع درست است؛ ولی باید توجه داشته باشیم که تعهد ناشی از عقد ناظر به تعیین مبيع است نه تملیک آن، درباره تملیک عین از پیش سبب سازی شده و عقد بیع زمینه آن را فراهم کرده است. به همین اعتبار هم آن را تملیکی گفته اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۶). به نظر استاد، اگر تسلیم یک عمل حقوقی باشد، لازمه اش این است که خریدار در قبول یاراد آن مصادقی که فروشنه 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 هیچ کس در حقوق ما نمی‌پذیرد.

از مجموع دیدگاه‌های حقوق دانان ایران چنین انتباط می‌شود که هیچ کدام 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 مصادق توسط فروشنه صورت می‌پذیرد و تملیک اثر عقد است و می‌توان به این اعتبار، قراردادهای سوآپ را که موضوع آن کلی فی الذمه است یک عقد تملیکی نامید؛ عقدی که اثر تملیک آن متعلق به انتخاب مصدق موضوع سوآپ به مشتری می‌باشد.

۴-۲- لزوم قراردادهای سوآپ

قرارداد سوآپ از عقود لازم است و طرفین حق بر هم

ثمن را به صورت کالا از خریدار اصلی دریافت کند؛ پس این قرارداد از عقود معوض است. (Berrios and Olson. Op.cit. p:۱) 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 معوضی گفته می‌شود (صفایی، ۱۳۹۸: ۳۵؛ قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۴۶). تفاوت ارزش دو عوض مانع از عوض شناختن عقد نیست؛ مگر اینکه چنان ناچیز و کم بها باشد که عرف آن را هیچ انگاره و شایبه حیله برای وامنود کردن وجود عوض برود (بروجردی عبد، ۱۳۸۱: ۳۳۶). بر عکس 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... که در محل های فیزیکی متفاوتی قرار دارند، با یکدیگر مبادله می‌شوند. به این معنی که هر کدام از طرفین قرارداد سوآپ، کالایی را دریافت و مقابلاً کالایی را تحویل می‌دهد». این امر نشان دهنده عوض بودن قراردادهای سوآپ است.

۴-۵- 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؛ حبیب زاده، ۱۳۹۴) و با عنایت به اینکه مجھول 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 مصاديق 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 تناز کالا از مشخصات کالا محسوب می‌شود که باید موردنوجه قرار گیرد. نکته قابل توجه اینکه در زمان تحریم، کشورها با فقدان و یا کمبود ارز مواجه هستند و گشایش اعتبار استاندی^{۳۰} نیز با مشکل مواجه است؛ لذا برای رفع این مشکل،

(هال، ۱۳۸۴: ۲۵۹). با وصف آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که قراردادهای سوآپ جزو قراردادهای نامعین می‌باشد و تراضی طرفین برای لزوم و صحبت این قرارداد کافی است (حبیب زاده قره تپه، ۱۳۹۴: ۱۶۳). اصل رضایی بودن قراردادها در نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده است. در حقوق فرانسه اصل کلی این است که برای انعقاد قرارداد، جز در موارد استثنایی تشریفاتی لازم نیست و به محض اینکه قبول از طرف مخاطب به نحوی از انحا اعلام شد، قرارداد منعقد می‌گردد و این اصل را می‌توان از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه استنباط کرد. در حقوق انگلیس هم اصل بمر رضایی بودن قراردادها به طور کلی پذیرفته شده است. (Treitel, p: ۱۶۲)

در اسناد بین‌المللی از جمله در ماده ۱۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^{۳۱} اصل رضایی بودن قراردادها پذیرفته شده است که در مبادلات تجاری و بالأخص تجارت بین‌المللی از اهمیت خاصی برخوردار است که باعث رونق تجارت و تسريع در امر مبادلات و روابط بازرگانی می‌گردد و همچنین ماده ۲-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۳۲} در این خصوص مقرر می‌دارد: قرارداد به صرف تراضی طرفین و بدون هرگونه شرط منعقد، تعدیل و فسخ می‌شود و بند ۲ ماده ۱:۱۰۱ ۲:۱۰۱ ۲:۱۰۱ ۲ ماده ۱:۱۰۶ ۱ ماده ۱:۱۰۶ ۱ طرح چارچوب مشترک مرجع^{۳۳}، متنضم قاعده مشترک در اسناد مورد اشاره می‌باشد (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳: ۲۰۴).

در حقوق ایران نیز اصل بر رضایی بودن قراردادها به عنوان یکی از آثار اصل حاکمیت اراده، پذیرفته شده است و این اصل در مواد ۱۰، ۱۱، ۱۹۱، ۱۹۳ قانون مدنی ایران بیان شده است؛ بنابراین توافق طرفین معتبر است، مگر اینکه این توافق برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسن‌نیه 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 لازم الوفا و مشروع است و این قراردادها به عنوان نهادی نویز و دارای ماهیت و شرایط خاص خود می‌باشد و در کل، مجموعه‌ای از روش‌های قراردادی است که مفاد تراضی، کیفیت آن را می‌سازد.

۴-۶- معوض بودن قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ به عنوان یکی از شیوه‌های تجارت مقابله، درواقع اشاره به ترتیبات قراردادی دارد که به موجب آن طرفین قرارداد معهود می‌شوند تا تمام

26. Un Convention on contracts for the International Sale of Goods (CISG)

27. Unidroit Principles of International Commercial contracts (UPICD)

28. Principles of European contract law. (PECL)

29. Draft Common Frame of Reference. (DCFR)

چاپ سی و هشتم. تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱). مجموعه محسای قانونی 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.

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

راغی، 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 شهابیان، علی (۱۳۹۳). معضلات قراردادهای سوآپ گاز طبیعی و راهکارهای آن. بی‌جا رحیمی، فتح‌الله (۱۳۹۵). حقوق قراردادهای نفت و گاز، تحول تاریخی قراردادهای بین‌المللی نفتی ایران. تهران: انتشارات گنج دانش.

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

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

چاپ بیست یکم. تهران: انتشارات مجد. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). حقوق تجارت بین‌الملل.

چاپ هفتم. تهران: انتشارات سمت و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی. صفائی، سید حسن (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد ۲. چاپ سی و یکم. تهران: نشر میزان.

صدائی گله کلانی، آریا و جهانگیری حسین آبادی، میثم (۱۳۹۱). قراردادهای سوآپ نفت و تحلیل ماهیت حقوقی آن در ساختار حقوقی ایران. بی‌جا.

قاسم زاده، سید مرتضی؛ ره‌پیک، حسن؛ کیا‌یس، عبداله (۱۳۸۲). تفسیر قانون مدنی، اسناد. آراء و اندیشه‌های حقوقی. تهران: انتشارات سمت.

قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۸۶). حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات. چاپ ششم. تهران: انتشارات دادگستر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). دوره حقوق مدنی. جلد ۱. چاپ چهاردهم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

چاپ (۱۳۹۶). عقود معین. مشارکت‌های صلح. جلد ۲. چاپ یازدهم. تهران: انتشارات گنج دانش.

(۱۳۸۵). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱. چاپ هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کشورها اقدام به سوآپ کالا غیر مشابه (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، جuale و بیع متقابل، خرید متقابل، قراردادهای تهاتری، آفست وجود دارد؛ ولی مطابقت کامل با آنها ندارد. با توجیه 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 قراردادها از پیچیدگی‌ها و ظرافت خاصی برخوردار هستند که در هیچ‌یک از عقود معین و نهادهای حقوقی مشابه خارجی دیده نشده است؛ بنابراین، تنها راه حلی که به نظر می‌رسد و توجیه کننده قبول و مشروعت این قراردادها می‌باشد، بنابراین قراردادهای طرفین و اصل آزادی قراردادها است؛ بنابراین قراردادهای سوآپ با توجه به دامنه گسترده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها 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 مورداشarde منعقد و برای طرفین نافذ و معتر و لازم الایفاع است. از طرف دیگر، با توجه به ماهیت قراردادهای سوآپ، این قراردادها از اوصاف خاصی از قبیل تملیکی بودن، رضایی بودن، معارض بودن، لازم بودن، همسان بودن کالای مورد سوآپ برخوردار است.

منابع

- اسکینی، ریعا؛ بهنام فرید، دل افروز (۱۳۹۰). «ساختار و ماهیت حقوقی حق العمل کاری». مجله حقوقی دادگستری. شماره ۷۵ بهار ۷۳.
- اشرف زاده، حمیدرضا (۱۳۷۲). کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا. قراردادهای نمونه در تجارت متقابل.
- جلد ۳. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی. اشمتوف، کلاً یو ام (۱۳۹۲). حقوق تجارت بین‌المللی.
- جلد ۱ و ۲. ترجمه بهروز اخلاقی. چاپ چهارم. تهران: انتشارات سمت.
- اصغر زاده، عبداله (۱۳۷۴). آشنایی با تجارت متقابل. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۷). حقوق مدنی. جلد ۱ و ۲.

- SoLution to Foreign Exchange Shortage* (Federal Reserve Bank of New York .(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* (Pint .er, 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](http://fpc.state.gov/documents/organization/23591.pdf)
- Loher, (September 25, 1988). "Barter is his Stock .in Trad" New York Times
- Mcvy, T. (1980). "countertrade and Barter: Alternative Trade Finance by Third World Nations" *International Trad Law Journal*
- Milenkovic, Tamara-Kerkovic, (2004). "Draftingan International Buy-Back greement", UDC339. 5. 057. 7 Series: *Economics and Organization*, vol. 2, № 2
- Nule, Ch., & Brexendorff, A. (2005). "Iran Investing In The Oil & Gas Industry", from a Business and Legal Perspective, <[www. mena-legal .com](http://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 INVESTIN6 IN THE OIL & GAS INPUSTRY" from a Business and legal perspective, ([www. mena-legal.com](http://www.mena-legal.com)
- Verzariu, Pompiliu, (1992). *International Countertrade*, (US Department of commerce USA
- مقدم، محمدرضا؛ مزروعی، محمد. (۱۳۷۶). «مدل سازی و تحلیل قراردادهای بیع مقابل و ارائه مدل بهینه سازی قرارداد در ایران». *مجله تحقیقات اقتصادی*. شماره ۷۶.
- معصومی نیا، غلامعلی و بهاروندی، احمد (۱۳۸۷). «بررسی فقهی قراردادهای پوشش ریسک دارایی های ارزی». *فصلنامه پژوهشی اقتصادی اسلامی*. سال هفتم. شماره ۳۱.
- معصومی نیا، علی و الهی، مهدی. «امکان سنجی 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 صالح آبادی». *تحقیقات اقتصادی*. شماره ۷۶.
- نصیری، مرتضی (۱۳۷۰). *حقوق چندملیتی*. تهران: امیرکبیر.
- L. (1990). "The Egyptian Experience .Alba, A With Countertrade' *Journal of Word Trad*, vol. 24
- Baker & Cunningham, *Countertrade and Trade law*, (1983). 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. "Counter Trad as a Form of Debt Payment", University of Pittsburgh .for CIED
- Central Bank of Nigeria ReseAarch 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) *Jounal of Purchasing 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*