مجله کانون وکلای دادگستری استان آذربایجان شرقی
کانون وکلای دادگستری استان آذربایجان شرقی
شماره ۵۳ و۵۴ بهار و تابستان ۱۴۰۴

قرارداد سوآپ در فقه امامیه و حقوق ایران

دکتر مصطفی یوسف زاده[۱]

چکیده

قراردادهای سوآپ از جمله قراردادهای مرسوم در روابط تجاری بین المللی است که نقش پر رنگی را در مدیریت و پوشش ریسک فعالیت‌های اقتصادی بین‌المللی دارد. طی این فعالیت عمدتاً مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی ثابت با مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی شناور از طریق عقد قراردادهای عمومی بلندمدت مبادله می‌شوند. قراردادهای سوآپ به علت اهمیت سوق الجیشی ایران در منطقه، از جمله قراردادهای رایج در روابط ایران با همسایگان خود تا دهه اول انقلاب بوده، اما استفاده از قراردادهای سوآپ با وجود تاریخچه ۱۰ ساله آن بعد از استقرار نظام جمهوری اسلامی‌در کشور متوقف مانده است. چالش اصلی این مقاله عبارت از بررسی ماهیت قراردادهای سوآپ و تطابق آن با قوانین موضوعه و آموزه‌های فقه امامیه است. همچنین بررسی این مسئله که آیا می‌توان به منظور پاسخ‌گویی به نیازهای نوین و روبه رشد بازارهای مالی و با استفاده از منطق درونی ضوابط حقوق سنتی و فقه امامیه و با انجام اصلاحات لازم این ابزار مالی را برای استفاده مناسب با مقاصد پوشش ریسک روز آمد ساخت. در انتهای این مقاله مشخص خواهد شد که نخست؛ ماهیت قراردادهای سوآپ تحت پوشش ماده ۱۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد. دوم؛ غیر از سوآپ نرخ ارز، نرخ بهره که به دلیل ربوی بودن قراردادهای پایه مربوطه مورد تائید قرار نگرفته است، بقیه انواع قراردادهای سوآپ با انجام اصلاحاتی قابلیت سازگاری با قوانین ایران و آموزه‌های فقهی را دارند.

کلید واژه: سوآپ، اوراق مشتقه، مدیریت ریسک، ارز، کالا.

---

۱. وکیل پایه یک دادگستری و مدرس گروه حقوق، واحد بستان آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، بستان آباد، ایران.
Myousefzadeh67@gmail.com

مقدمه

توسعه اقتصادی سده‌های اخیر در جهان و افزایش کم نظیر ظرفیت بازارهـای مـالی و گسـتره مهندسـی مالی و تبدیل گسترده دارایی‌ها به اوراق بهادار باعث پیدایش ابزارهای مالی جدیدی شده است که برخـی از آنها در حوزه مدیریت ریسک بـوده و امـروزه ارزش فراوانـی را در اقتصـاد کشـورها ایجـاد نموده‌انـد. ابزارهای مدیریت ریسک برای پدید ساختن اطمینان خاطر فعالان اقتصـادی در برابـر ریسـک‌هایی کـه لازمه فعالیت‌های اقتصادی است، ابداع شده‌اند. مهمترین این ابزارها، ابزارهای مشتقه هستند کـه شـامل قراردادهای آتی خاص (سلف‌ها)، آتی یکسـان، قراردادهـای اختیـار معاملـه و قراردادهـای سـوآپ اسـت (معصومی‌نیا، ۱۳۹۳: ۱۴۶).

از حیث تاریخی، اولین قرارداد سوآپ در سال ۱۹۸۱ میلادی بین شرکت IBM و بانک جهانی منعقد شده است و در حال حاضر رواج این نوع معامله مالی در جهان به حدی است که مطـابق گـزارش بانـک تسویه حساب‌های بین‌المللی در سال ۲۰۱۰ میلادی حجم این نوع از قراردادها به بیش از ۳۴۸ تریلیـون دلار بالغ گردیده است[۱]. کشور ما با داشتن معادن غنی سنگ آهن و مس و نفـت و گـاز و ... و همچنـین محصولات کشاورزی و باغی و دامی‌و محصولات پتروشیمی‌و قرار گرفتن در چهارراه ارتباطی آسیا و اروپا از یک طرف و پل ارتباطی کشورهای استقلال یافته از شوروی سابق با خلیج فـارس و دریـای عمـان و آب‌های آزاد بین‌المللی در این زمینه شرایط ایده‌آلی داشته و زمینه‌های توسعه ملـی و منطقـه‌ای و حتـی جهانی برای ما، در راستای استفاده از این ابزار مهم مالی فـراهم می‌باشـد. بـا وجـود اهمیـت ایـن نـوع قراردادها، تاکنون تحقیقی که به صورت جامع و مانع به مقایسه و مطابقت این قرارداد از نظـر ماهیـت و احکام و آثار با ضوابط حقوق سنتی کشور و همچنین آموزه‌های فقه امامیه پرداخته باشد به چشم نخورده و تنها در نمونه‌های محدودی این بررسی‌ها از منظر فقهی صرف مورد عنایت محققین کشور قرار گرفتـه که فارغ از موضوع این مقاله می‌باشد. روش تحقیق این پژوهش بـه صـورت توصـیفی-تحلیلـی بـوده و فرضیه اولیه این مقاله بر این اساس استوار است که امکان پذیرش قراردادهای سوآپ مستندا به ماده ۱۰ قانون مدنی و انجام اصلاحاتی در برخی از انواع آن با قوانین موضوعه و حقوق ایـران مطابقـت خواهنـد داشت. در ادامه پس از تعریف قراردادهای سوآپ و بررسی تاریخچه آن، به بررسی ماهیت این قراردادهـا

---

۱. روزنامه اقتصاد برتر، تهران، ۷ اردیبهشت ۱۳۹۷ (eghtesad bartar.com)

در فقه و قوانین موضوعه ایران خواهیم پرداخت و در انتها به بررسی شیوه تطبیق این قرارداد بـا قـوانین ایران پرداخته خواهد شد.

۱- تعریف قرارداد سوآپ

سوآپ در لغت به معنی معامله پایاپای و مبادله کردن آمده است. معنای اصطلاحی سوآپ نیـز از معنـای لغوی آن دور نیست. سوآپ در اصطلاح، توافقی است میان دو شرکت برای معاوضه جریان‌های نقدی در آینده با دو نوع متفاوت از بدهی‌ها و دارایی‌ها (جان‌هال، ۱۳۸۴: ۲۵۹). طی یک قرارداد سوآپ، یک طرف قرارداد متعهد می‌شود تا مجموعه ای از پرداخت‌های آتی خـود را بـا مجموعـه ای از پرداخت‌هـای آتـی طرف مقابل معاوضه کند. از منظر حقوق تطبیقی نیز « Swap» توافقی میان دو طرف معامله است کـه طی آن، ابزارهای مالی، وجه نقد و یا ابزارهای مالی در آینده مبادله می‌شـود. (Financial Industry, 2019, Under word "SWAP") از دیدگاه تکنیکی یک سوآپ قراردادی دو طرفه است کـه در آن دو طرف توافق می‌کنند که به طور همزمان پرداخت‌های دو جریان نقدی را با هم معاوضه کننـد سـوآپ می‌تواند با مبادله دارایی‌ها یا بدهی‌ها یا ارزهای مختلف یا جریان نرخ بهره شناور یا ثابت و برعکس اجرا شود.

۲- تاریخچه قراردادهای سوآپ در کشور ایران

در دهه ۱۹۹۰ و پس از فروپاشی شوروی سابق و استقلال یافتن کشورهای آسیای مرکزی مبادله نفت با ایران اهمیت زیادی پیدا کرد. این کشورها برای توسعه اقتصادی‌شان به صـادرات نفـت خـود نیـاز مبـرم داشتند. در صورتی که امکانات آنان جهت رساندن نفت خود به دست مصرف کننـدگان در اروپـا، آسـیا و آمریکا محدود بود. بدین جهت در سال ۱۳۷۵ قراردادی بین ایران و قزاقستان بـه امضـاء رسـید کـه بـر اساس آن روزانه ۴۰ هزار بشکه نفت خام سبک از قزاقستان تحویل پالایشگاه‌های تبریز و تهران می‌شـد و در عوض به همین مقدار نفت خام سبک ایران در خلیج فارس جهت شرکای تجاری قزاقستان تحویـل آنان می‌گردید (روزنامه اطلاعات بین‌المللی، ۲۱ مرداد ۱۳۷۵: ۱۰).

بر همین اساس و با توسعه این روش تولید کنندگان نفت در حوزه دریـای مازنـدران شـامل کشـورهای روسیه، قزاقستان و ترکمنستان نفت صادراتی خود را با تانکر (کشتی‌های نفت‌کش) بـه بنـدر نکـا در ایـران تحویل می‌دادند. سپس ایران این نفت را به پالایشگاه‌های تهران و تبریز انتقال مـی‌داد کـه نفـت پـالایش

شده برای مصرف داخلی توزیع می‌شد و در ازاء نفت دریافت شده در نکا، ایران معادل آن را در جزیره خارک واقع در خلیج فارس به سایر کشورهای مورد نظر آنان صادر می‌نمود. (کلاوسون؛ ۱۳۷۷، ص ۱۵۳)

با استفاده از این نوع سوآپ در داخل کشور از طرفی شرایط سوآپ به ایران این اجازه را می‌داد تا جهت دریافت نفت در شمال و صدور همان مقدار نفت در جنوب، کارمزد و اجرت دریافت کند و از طرف دیگر این معاوضه باعث می‌شد تا در هزینه‌های حمل و نقل مواد نفتی در داخل کشور صرفه‌جویی‌های قابل توجهی محقق شود. (زمانی، ۱۳۸۷، ص ۲۷)

بدین توضیح که نفت دریافتی در راستای عملیات سوآپ در مرزهای شمالی کشور و در مناطق نزدیک مرز مصرف می‌شد و به عوض آن از تولیدات کشور خودمان در مرزهای جنوبی تحویل مشتریان می‌گردید و بدین طریق در هزینه‌های ایجاد خطوط لوله نفت در مسیر بسیار طولانی حدود ۱۸۰۰ کیلومتر از جنوب تا شمال و مصرف هزینه‌های دیگر از قبیل نصب ایستگاه‌های پمپاژ به جهت سربالایی بودن این مسیر تا شمال کشور صرفه‌جویی قابل توجهی صورت می‌پذیرفت قابل ذکر است که اکنون به دلیل فشار سیاسی ایالات متحده آمریکا اجرای این عملیات سراسر سودمند به نفع کشورمان، متوقف مانده است.

۳- انواع قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ انوع مختلفی دارد که ذیلاً به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

الف: سوآپ کالائی که این نوع سوآپ بر اساس متوسط قیمت یک کالای زیر بنایی نظیر نفت و یا سایر منابع طبیعی صورت می‌گیرد و بر اساس آن پرداخت قیمت ثابت یک کالا با قیمت شناور دیگری معاوضه می‌شود.

ب: سوآپ سهام که بر اساس این روش جریانات نقدی آتی نشت‌ها در آینده مبادله می‌شود یکی از نشت‌ها معمولاً بر اساس یک نرخ شناور نظیر لاینرر خواهد بود که معمولاً پایه شناور می‌گویند و دیگری بر اساس سهام یا شاخص سهام است که معمولاً پایه ثابت می‌گویند.

ج: سوآپ ارز که این نوع سوآپ شامل مبادله پرداخت‌های نرخ سود بر حسب ارزهای مختلف است.

د: سوآپ نرخ بهره که این سوآپ متداول‌ترین نوع سوآپ است و شامل مبادله پرداخت‌های بهره ثابت با شناور است (گل مرادی، ۱۳۹۴: ۷۹).

با توجه به مراتب فوق می‌توان قرارداد سوآپ را مجموعه‌ای از پیمان‌های آتی با سررسیدهای مختلف در نظر گرفت با این تفاوت که در قرارداد سوآپ یک طرف معامله با قیمت قرارداد و طرف مقابل با قیمت روز معامله را انجام دهد (راعی، ۱۳۸۷: ۳۲۵-۳۲۷).

هم‌چنین در قراردادهای سوآپ نرخ بهره طرفی که پرداخت کننده با نرخ ثابت است، به دنبال تبدیل ماهیت نرخ متغیرهای بدهی خود به بدهی‌هایی با نرخ ثابت است. در حالی که طرفی که پرداخت کننده با نرخ متغیر یا شناور است، بدنبال تبدیل بدهی‌های با نرخ ثابت خود به بدهی‌هایی با نرخ متغیر است تا بازده حاصل از نرخ‌های متغیر (شناور) با دارایی‌های او تناسب داشته باشد (ساندرز، ۱۳۹۵: ۳۷۳). به عبارت بهتر معاوضه نرخ بهره هنگامی‌اتفاق می‌افتد که دو نفر وام با نرخ بهره شناور را با وام با نرخ بهره ثابت یکدیگر معاوضه کنند. یعنی هر کدام از آنها ترجیح می‌دهند که وام دیگری را داشته باشند.

۴- کارکردهای اصلی قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ کارکردهای متعددی دارند که در ادامه به بررسی برخی از اهم این موارد خواهیم پرداخت.

۴-۱- بیشترین کاربرد قراردادهای سوآپ در رابطه با بحث اصلی مزیت نسبی است یعنی برای مثال ممکن است در یک بازار پول یا سرمایه دریافت وام خاصی، ارزانی‌تر از بازار دیگر باشد، بنابراین، استفاده از این وام موجبات بهره‌برداری از مزیت نسبی را فراهم کرده و فرصت کاهش هزینه‌های مالی را برای طرفین بوجود می‌آورد (راعی، ۱۳۸۷: ۳۴۸).

۴-۲- یک محل استفاده دیگر برای قراردادهای سوآپ امکان اجتناب و دوری از هزینه قوانینی چون مالیات و محدودیت‌های قانونی است. برای مثال بر اساس قوانین سرمایه‌گذاری کشور ژاپن، صندوق‌های سرمایه‌گذاری و صندوق‌های بازنشستگی مجاز به تنوع سرمایه‌گذاری‌های خود در سطح بین‌المللی نمی‌باشد. فلذا در اینجا سرمایه‌گذار ژاپنی می‌تواند از سوآپ زوجی نرخ ارز که با استفاده از آن سودها بر حسب «ین» و اصل به صورت دلار پرداخت می‌شود، استفاده کند. در حقیقت سرمایه‌گذار ژاپنی با خرید اوراق قرضه آمریکایی و سپس انعقاد قرارداد سوآپ زوجی نرخ ارز، سود دریافتی را با ارز ملی (ین) دریافت می‌کند که شامل محدودیت قانونی نیست (راعی، ۱۳۸۷: ۳۵۲).

۴-۳- استفاده دیگر از سوآپ در مورد شرکت‌هایی است که می‌توانند با استفاده از قراردادهای سوآپ وام با نرخ متغیر خود را بسته به موقعیت مالی که دارند تبدیل بـه وام بـا نـرخ ثابـت و بـالعکس نمایند.

۴-۴- یک نوع استفاده از قراردادهای سوآپ نیز در خصوص شرکت‌هایی مطرح است که با اسـتفاده از این ابزار مالی می‌توانند دارایی‌های با نرخ بازده ثابت خود را به دارایی‌هایی با نرخ بازده متغیر و بالعکس تبدیل نمایند که مسلماً متناسب با وضعیت و موقعیت مالی خویش خواهد بود.

۴-۵- نوع دیگر استفاده از قراردادهای سوآپ در مورد کالاهای اساسی می‌باشد به ایـن صـورت کـه یک شرکت مصرف کننده نفت می‌تواند طی یک قرارداد سوآپ موافقت نماید که تا ۱۰ سال آتی هر سال ۲ میلیون دلار بپردازد و در مقابل هر سال بدون توجه به نوسانات قیمت هر بشکه نفـت مقدار ثابتی مثلاً ۱۰۰ هزار بشکه نفت از شرکت تولید کننده نفت دریافت نماید که در این قرارداد هم شرکت مصرف کننده نفت برای ۱۰ سال قیمت خرید نفت خود را تثبیت نموده اسـت و هـم شرکت تولید کننده نفت برای ۱۰ سال فروش محصول خود را تضمین نموده است. شـرکت‌های تولید کننده و مصرف کننده نفت می‌توانند با توجه به شرایط خود عکس ایـن مبادلـه را بصـورت فروش به مدت ۱۰ سال با نرخ متغیر یا خرید به مدت ۱۰ سال بـا نـرخ بـازار را تضـمین نماینـد (جان‌هال، ۱۳۸۸: ۶۸۶).

۴-۶- یک کاربرد دیگری قراردادهای سوآپ معاوضه مالکیت اوراق بـدهی بـا اوراق سـهام شـرکت بدهکار است که طی این قرارداد سوآپ و در واقع جریان‌های نقدی اوراق بدهی و اوراق سهام بـا هم مبادله می‌شوند به موجب این نوع از قرارداد سوآپ و برای مثال یک کشور کمتر توسعه یافته می‌تواند تمام یا بخشی از بدهی‌های خارجی خود را به سهام شرکت داخلی تبدیل کند که در این نوع سوآپ که به سوآپ بدهی- مالکیت معروف است، وام خارجی، سرمایه‌گذاری سهام متعلق به خارجیان تعویض می‌شود و به این ترتیب کشور از بدهی خارجی رهایی پیدا می‌کند (Bermey, 1989, 42). همانطور که ملاحظه می‌شود با استفاده از این ابزار مالی مشکلات مرتبط با بحران بدهی‌های بین‌المللی حل و فصل می‌شود و همچنین با تبدیل بـدهی بـه سـهام بهبـود ترازنامـه شرکت بدهکار انجام می‌شود و در عمل موجب کاهش بدهی‌های شرکت‌های مقـروض و نجـات آنها از ورشکستگی می‌شود.

۴-۷- کاربرد دیگر قراردادهای سوآپ برای مدیریت ریسک بوده برای مثال شرکت‌هایی که در بازارهای خارجی فعالیت می‌کنند، می‌توانند با استفاده از سوآپ نرخ ارز، خود را در برابر نوسانات نرح ارز پوشش ریسک بدهند (Collier, Agyei, 2007, 479). در خاتمه بایستی خاطر نشان نمود که برخلاف بازارهای پیمان آتی و اوراق اختیار معامله، بازارهای سوآپ تحت تاثیر قوانین و مقررات کمتری هستند به نحوی که هیچ مجموعه متمرکزی در دنیا برای نظارت بر فعالیت‌های این بازار وجود ندارد (ساندرز، ۱۳۹۵: ۳۷۵).

۵- قراردادهای سوآپ در حقوق ایران و نهادهای مشابه

قراردادهای سوآپ در حقوق ایران با برخی نهادها همچون معاوضه، تهاتر و ... قابل مقایسه است که در ادامه به بررسی این موارد خواهیم پرداخت.

۵-۱- قرارداد سوآپ و تهاتر

قرارداد سوآپ در حقوق ایران با نهاد «تهاتر» مشابهت دارد. تهاتر در لغت به معنای تبادل کالا، پا یا پای، هم‌دیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است. (انصاری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۷۴۵) قانون مدنی، تهاتر را یکی از اسباب سقوط تعهدات به شمار آورده است که به موجب آن دو تعهد متقابل که هر یک از طرفین یکی طلبکار و دیگری بدهکار است، ساقط می‌شوند. (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۷۰) با توجه به تعریف تهاتر و شرح آن در موارد ۲۹۴ و ۲۹۶ قانون مدنی بایستی اذعان نمود که در تهاتر بحث از دو دین و دو طرف است در حالی که در سوآپ بحث دو دین و دو طرف نیست و شخص ثالثی هم به عنوان طرف سوم حضور دارد و از این جهت با وجود اینکه در سوآپ هم تبادل کالا از یک جنس و در یک همزمانی عرفی مطرح است ولی حضور شخص سوم آن را از قراردادهای تهاتر که دو طرف دارد متمایز می‌نماید.

۵-۲- قرارداد سوآپ و معاوضه

معاوضه در لغت مبادله کردن و در اصطلاح به مبادلهٔ کالا و خدمات گفته می‌شود، دراصطلاح حقوقی معاوضه به مبادلهٔ کالا به کالا گفته می‌شود و بیع که ویژهٔ مبادلهٔ کالا با پول است در حقیقت تکامل یافته معاوضه است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، صص ۳۴۰-۳۳۵. امامی، ۱۳۷۹، ج۱، ص ۵۷۹) در تعریفی که در ماده ۴۶۴ قانون مدنی از معاوضه به عمل آمده است اولاً دو طرف عقد مد نظرند و ثانیاً عوضین مبادله

لزوماً هم جنس نیستند در حالی که در سوآپ مورد معامله از یک نوع می‌باشد و علاوه بر آن در سوآپ شخص ثالثی نیز وجود دارد که بایستی عوض به او تحویل شود.

۵-۳- قرارداد سوآپ و جعاله

جعاله در لغت به معنای مزدی است که در برابر انجام کاری قرار داده می‌شود (عمید، ۱۳۸۸، ص ۳۳۸) و در اصطلاح حقوقی، عبارت است از عقدی که طی آن شخصی در برابر دریافت اجرت یا پاداشی التزام به انجام کاری می‌یابد. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۴۰) مقایسه سوآپ با عقد جعاله مندرج در ماده ۵۶۱ و ۵۶۵ قانون مدنی و مداقه در جایز بودن عقد جعاله آن را از سوآپ که قراردادی لازم است متمایز ساخته است. به نحوی که هر کس در قرارداد سوآپ به تعهدات خویش عمل نکند، ناقض قرارداد محسوب گردیده و خسارت سنگینی بر عهده وی مستقر خواهد گردید.

۵-۴- قرارداد سوآپ و حق العمل کاری

حق العمل در لغت به معنای «مزدکار، کارمزد، پولی که بابت فروش کالایی از صاحب کالا دریافت می شود» آمده است. طبق ماده ۳۵۷ قانون تجارت، حق‌العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر) معاملاتی کرده و در مقابل حق‌العملی دریافت می‌دارد. ماده ۳۵۸ قانون تجارت تصریح می کند که: «جز در مواردی که به موجب مواد ذیل استثناء شده، مقررات مراجعه به وکالت در حق‌العمل کاری نیز رعایت خواهد شد».[۱] مقایسه سوآپ با قرارداد حق‌العمل کاری مندرج در ماده ۳۵۷ قانون تجارت نیز روشن می‌سازد که در سوآپ بر عکس حق‌العمل کاری عین جنس تحویلی به فروش نمی‌رسد بلکه عامل جنسی را که تحویل گرفته است به مصرف خود می‌رساند و معادل آن را از مال خود به ثالث تحویل می‌دهد ضمن اینکه در سوآپ عامل مجاز به تحویل عوض جنس به هر کس نبوده بلکه مکلف به تحویل مال به کسی است که مدنظر طرف معامله سوآپ می‌باشد.

با توجه به مراتب پیش گفته این مهم روشن می‌شود که قرارداد سوآپ و خصوصیت آن با هیچ یک از نهادهای حقوقی فوق و سایر عقود معین حقوق ایران کاملاً منطبق نبوده، برخی از حقوقدانان سوآپ را از انواع روش‌های تجارت متقابل می‌دانند که شامل معاملات تهاتر ساده، خرید متقابل، بیع متقابل

---

۱. باید توجه داشت که حق‌العمل کاری با نمایندگی و وکالت تفاوت زیادی دارد؛ زیرا در نمایندگی عادی یا وکالت، نماینده یا وکیل بنام آمر یا موکل خود عمل می‌کند، در صورتی که حق‌العمل کار اغلب نام آمر خود را کتمان می‌کند و حتی طرف معامله حق‌العمل کار نمی‌داند معامله برای کیست بلکه فقط حق‌العمل کار را در مقابل خود می‌شناسد.

(بای‌بک)، افست پیش خرید، تعویض، قراردادهای تسویه تهاتری، قراردادهای واگذاری تهاتری و معاوضه دیون می‌شود. عده‌ای نیز سوآپ را در انطباق با قرارداد تعویض و از اقسام تجارت متقابل ذکر نموده در روش قرارداد تعویض کالاهای مشابه که در محل‌های فیزیکی متفاوتی قرار دارند با یکدیگر معاوضه می‌شوند تا مخارج حمل و نقل کاهش پیدا کند و یا موانع حمل و نقل برطرف گردد. (شمنا، ۱۳۹۱: ۶۹). اما یافته‌های ما این نظر را تقویت می‌نماید که قراردادهای سوآپ از نظر ماهیت و آثار و احکام آن مطابق مقررات حقوق سنتی کشور در جزء عقود نامعین و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران بوده و تراضی طرفین برای اعتبار آن کافی خواهد بود.

۶- چالش‌های فقهی حقوق قرادادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ از منظر فقهی و حقوقی با چالش‌های چندی روبرو هستند که نیاز به بررسی دارد. در ادامه به بررسی اجمالی این موارد خواهیم پرداخت.

۶-۱- معین نبودن ثمن در زمان انعقاد قرارداد

مبیع و ثمن دو رکن اساسی عقد بیع هستند که طرفین ضمن عقد ملتزم به تسلیم آن می‌شوند و مقدمه ی انعقاد و متعاقب آن تسلیم هر یک از دو رکن عقد بیع، مشخص و معین بودن آن‌ها است. طبق قانون مدنی و مبانی فقهی، یکی از شرایط اساسی تحقق عقد بیع، لزوم معین بودن ثمن است. طبق نظر مشهور فقها، از ضرورت تعیین ثمن در لحظه عقد و عدم امکان احاله آن به دیگری بحث شده است. برای ثمن مشخص حالت‌های مختلفی را می‌توان تصور نمود:

الف: تعیین صریح ثمن (ثمن صریح)

هرگاه الفاظ یا اعمالی که طرفین برای اعلام اراده خود و برای تعیین ثمن به کار می‌برند به طور مستقیم و واضح دلالت بر مقصود آن‌ها کند و برای احراز و فهمیدن آن نیاز به تفسیر و تعبیر عبارات یا بررسی اوضاع و احوال نباشد ثمن به صورت صریح تعیین شده است. البته تعیین صریح ثمن به معنای تعیین رقم نهایی نیست. زیرا دو طرف قرارداد می‌توانند دربارهٔ ارکان و شیوهٔ تعیین ثمن و محاسبه آن نیز به توافق برسند. دراین صورت محاسبه‌ای ریاضی و تغییر ناپذیر به کار رفته است. (امینی، ۱۳۸۳، ص ۳۴) ولی اگر تعیین بهای قرارداد مبنای تغییر پذیر موکول شود، تعیین ثمن از صراحت خارج می‌شود. برای مثال هرگاه در قرارداد مبلغ ۱۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به عنوان ثمن تعیین گردد، ثمن به صورت صریح تعیین شده است. (همان)

ب: تعیین ضمنی ثمن (ثمن ضمنی)

در این فرض ثمن صریحاً در قرارداد اعلام نمی‌شود بلکه مدلول التزامی‌الفاظ و اعمال استعمال شده در قرارداد است یعنی به حکم عقل، قانون یا عرف، لازمه مفاد توافق یا طبیعت عقد (برای تعیین ثمن) است. (مظفر، ۱۴۰۸، ص ۲۵۹) تعیین اعلام اراده‌های ضمنی علی الأصول به عهدهٔ دادگاه یا داور است که به کمک اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد انجام می‌پذیرد. به هر حال وسایل اعلام اراده می‌تواند الفاظ، نوشته، اشاره، عمل یا سکوت کاشف از قصد باشد. چنانکه ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». بنابراین، اگر متعاقدین در مذاکرات مقدماتی قرارداد بیع، ثمنی را تعیین نمایند یا آنکه معاملات قبلی وجود داشته است که ثمن معامله اخیر را بر آن مبنا استوار نموده باشد، ثمن در قرارداد بیع، تعیین شده تلقی می‌گردد. (همان)

حال موضوع مهمی‌که مطرح می‌شود این است که ثمن از ارکان عقد می‌باشد و نمی‌تواند در قالب تعهدات تبعی یا شروط قرار بگیرد. مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است». یا مادهٔ ۱۹۴ قانون دریایی ایران مقرر می‌دارد: «در مواردی که دراین قانون و یا سایر قوانین مملکتی پیش بینی نشده باشد، ملاک اصول و عرف بین‌المللی است». ولی اگر کالایی (مبیع) مظنه بورسی یا قیمت متعارفی داشته باشد و طرفین با آگاهی بر آن قیمت و تأیید آن نسبت به اعلام ثمن سکوت نمایند، ثمن تعیین شده قلمداد می‌گردد. ولی تعیین مزبور مبتنی بر حاکمیت عرف بر قرارداد نمی‌باشد بلکه مبتنی بر ارادهٔ ضمنی یا ارتکازی در تعیین ارکان عقد است. (قاسم زاده، ۱۳۹۰، ش ۱۷۶)

به طور کلی تعیین ثمن جزء تعهدات اصلی عقد بوده و برای تعیین آن باید توافق صورت گیرد و علم به اوصاف آن، شرط صحت عقد می‌باشد. پس در صورتی ثمن معلوم تلقی می‌گردد که طرفین به میزان آن آگاه بوده و اگر بدون اطلاع از میزان آن، بر آن توافق نمایند، ثمن مزبور قابل تعیین محسوب خواهد شد. (امینی، پیشین، ص ۴۳) در تعیین ثمن به صورت ضمنی ممکن است تعیین ثمن توسط مقامات دولتی، تعیین در مزایده یا حراج، بر مبنای اعلام بهای خرید و.... باشد.[۱] از دیدگاه فقه امامیه اگر

---

۱. برای مطالعه بیشتر دربارهٔ عوامل درونی و بیرونی جایگزینی اراده ر.ک به: (قاسم زاده، پیشین، ش ۱۷۶ به بعد)

طرف‌های معامله بخواهند بر اساس نرخ زمان انعقاد قرارداد، مبادله را در زمان آتی انجام دهند که این مورد مغایر با حکم بیع‌الصرف است که بایستی مبادله به صورت معامله نقدی صورت پذیرد. برای حل این مشکل راه حل سوآپ اسلامی‌بصورت بیع صرف در آغاز دوره همراه با وعده برای انجام بیع صرف دیگری در آینده پیشنهاد شده است با این توضیح که بیع صرف دوم برای بازگشت به وضعیت قبلی (معامله معکوس) اجرا خواهد شد. با این ساز و کار مشاهده می‌شود که بیع و تعهد به انجام بیع هیچگونه مغایرتی با آموزه‌های فقه امامیه نداشته و در عین حال با تعیین قیمت ثابت برای تعهد بیع، می‌شود از نوسانات قیمت بازار و ریسک مربوطه در امان باقی ماند (گل مرادی، ۱۳۹۴: ۱۰۱ و ۱۰۲).

برای روشن‌تر شدن فرایند امر مثال زیر کارساز به نظر می‌رسد: بانک A در هند دارای وجوه نقدی مثلاً ۱۰ میلیون دلار به صورت دلار آمریکایی است و اکنون او انتظار دارد که دلار آمریکا طی یکسال آینده در مقابل روپیه هند تضعیف شود از طرف دیگر بانک B نیز در آمریکا دارای وجوه نقدی مثلاً ۲۰۰ میلیون روپیه هندی است و اکنون او نیز انتظار دارد که روپیه هند طی یکسال آینده در مقابل دلار آمریکا تضعیف شود بنابراین هر دو بانک خود را در معرض ریسک ارزی دیده و نهایتاً آن را درک خواهند کرد. برای از بین بردن ریسک ارزی فوق بانک‌های فوق معاوضه ارزی به شرح ذیل انجام می‌دهند:

۱- بانک هندی مبلغ ۱۰ میلیون دلار را به مدت یکسال به بانک آمریکایی قرض می‌دهد.

۲- بانک آمریکایی نیز در مقابل مبلغ ۲۰۰ میلیون روپیه را به مدت یکسال به بانک هندی قرض می‌دهد.

۳- بانک هندی مبلغ ۲۰۰ میلیون روپیه را در بازار داخلی سرمایه‌گذاری کرده و در مدت یکسال ۲۰ میلیون روپیه درآمد بدست می‌آورد.

۴- بانک آمریکایی نیز مبلغ ۱۰ میلیون دلار را در بازارهای خارجی سرمایه‌گذاری کرده و در مدت یکسال ۱/۵ میلیون دلار درآمد بدست می‌آورد.

۵- در سررسید بانک هندی ۱۰ میلیون دلار خود را و بانک آمریکایی ۲۰۰ میلیون روپیه خویش را از همدیگر پس می‌گیرند.

۶- در نهایت آنچه نصیب بانک آمریکایی می‌شود ۱/۵ میلیون دلار و آنچه نصیب بانک هندی می‌شود ۲۰ میلیون روپیه خواهد بود.

حال باید دید که تفاوت و تمایز معاوضه فوق که منطبق با آموزه‌های فقه امامیه می‌باشد با معاوضه متعارف در بازارهای غرب و آمریکا چه می‌باشد؟ تفاوت عمده این نوع معاوضه با مشابه به متعارف خود

آن است که در مورد اخیر (معاوضه) متعارف از نوع غربی، غالباً بر اساس نرخ لایبور. [لایبور نرخی است که یک بانک بین‌المللی بزرگ، در آن نرخ به یک بانک بین‌المللی بزرگ دیگر پول قرض می‌دهد. نرخ‌های لایبور در معاملات بین بانک‌ها تعیین می‌شود و به عبارت بهتر لایبور نرخ بهره بین بانکی است. البته با تغییر شرایط اقتصادی این نرخ نیز تغییر خواهد نمود (مناجاتی، ۱۳۹۳: ۱۴۵).] بهره به همراه اصل معاوضه می‌شود ولی در مورد معاوضه اسلامی‌این طور نیست و چون درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری‌ها از پیش تعیین شده نیست، فقط اصل سرمایه‌ها جابجا می‌شوند و سودها سر جای خود باقی می‌مانند و در جابجایی نهایی نقشی ندارند.

اینگونه معاوضات اسلامی‌علاوه بر کاربردشان به عنوان ابزاری برای مدیریت ریسک مانند کاهش هزینه تامین منابع، تعیین فرصت‌های سرمایه‌گذاری مناسب، مدیریت بهتر دارایی، بدهی و مانند اینها می‌توانند کارکردهای مفید دیگری را نیز داشته باشند. البته بایستی از این نکته اساسی غافل شد که سیستم تامین مالی اسلامی‌ذاتاً متکی به دارایی است که از این طریق هر ادعای مالی را به یک دارایی پایه پیوند می‌دهد. به عبارت بهتر هر ادعای مالی در سیستم مالی اسلامی‌می‌تواند به صورت یک ادعای احتمالی که عایدی یا کارکرد آن به عایدی یا کارکرد دارایی پایه بستگی دارد، فرض شود بنابراین می‌شود مجموعه‌ای از ادعاهای مالی متکی به دارایی را برای ایجاد ابزارهای ترکیبی از قراردادهای شرعی سنتی مانند مرابحه یا اجاره یا قرض یا صلح و نظایر آن را به عنوان ابزارهایی برای پوشش ریسک مورد استفاده قرار داد (عبیدالله، ۱۳۸۷: ۲۷۴-۲۷۶).

سوآپ کالا را می‌توان از مصادیق صلح دین به دین به حساب آورد و در مورد صلح دین به دین از آنجا که در مورد ممنوعیت آن دلیل مخالفی وجود ندارد، می‌توان آن را صحیح دانست. فخرالمحققین بیان کرده است که اگر دین را در برابر دین مصالحه نماید اگر صلح را بیع دانستیم صحیح نیست اما بنابر اینکه بیع نباشد صحیح است. (فخرالمحققین، ۱۳۸۸ ق: ۱۰۵). از بحث این جمله چنین بر می‌آید که محقق حلی نظر صریحی بیان ننموده است اما چنان ایشان صلح را بیع نمی‌داند و آن را عقد مستقلی می‌داند، می‌توان گفت نظر وی صحت و جواز است (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۳۳).

حضرت آیت الله گلپایگانی در این مورد می‌فرمایند: صلح دین به دین صحیح است چه هر دو حال باشد، چه هر دو موجل باشند و چه مختلف باشند (گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، جلد ۱: مسئله ۱۹۹۹). طبق نظر امام خمینی مصالحه دین به دین صحیح است اعم از اینکه سررسید در دین رسیده باشد و یا مدت هر دو باقی مانده باشد و اعم از اینکه دین‌ها از یک جنس باشند و یا مختلف و اعم از اینکه دین‌ها به ذمه

طرفین باشند یا به ذمه دیگران، یا مختلف باشند، در همه موارد تا زمانی که منتهی بـه ربـا نشـود صـلح صحیح است (آیت‌الله خمینی، ۱۳۹۰ ق، ج ۱: ۵۱۸). نتیجه اینکه هرگاه سایر شروط صحت عقـود معتبـر باشد، سوآپ کالا به عنوان صلح دین به دین صحیح خواهد بود. ایراد دیگری که از نظر فقـه امامیـه بـر قراردادهای سوآپ وارد است بحث غرری بودن این قرارداد از جهت نامشـخص بـودن یکـی از عوضـین معامله (نرخ متغیر) بوده این مهم در صورتی قابل برطرف شدن است که در قرارداد سوآپ قید شود که در تاریخ‌های پرداخت و تسویه کالای پایه و اساسی مبادله صوری نباشد و واقعاً مبادله کالا صورت پذیرد.

برای مثال پالایشگاهی که مواد اولیه خود را از یک فروشنده نفت خام تامین می‌کند، اگر بتواند نرخ خرید مواد اولیه خود را مثلاً برای ۵ سال آینده به ماخذی ثابت و مورد توافق واقع شـده، تثبیـت کنـد، ریسـک تغییرات قیمت نفت را پوشش داده است اینک اگر در تاریخ‌های تسویه (مثلاً هر سه ماه یک بار) به جای اینکه در فروش محصول خالص تفاوت پرداخت و دریافت معاوضه بشود، اگر ایـن کـار صـورت نگیـرد و کالای پایه (نفت خام) رد و بدل شود، هم پالایشکاه می‌تواند به پوشش ریسک و هدف خود نایـل آیـد و هم اینکه دیگر شرط غرری بودن برطرف می‌شود چرا که در تاریخ‌های پرداخت ثمن کـه مبلـغ پرداخـت ثابت است و از سوی پالایشگاه پرداخت می‌شود معلوم و نیز مثمن که همـان کـالا باشـد نیـز مشـخص خواهد بود.

مضافاً اینکه در سوآپ فوق یک طرف کاملاً مشخص است و طرف دیگر اگر هم ابهام دارد، ایـن ابهـام ناشی از قرارداد نیست بلکه ناشی از تغییرات قیمت یک دارایی پایه است کـه در سررسـید یـا سررسـیدهای مقرر کاملاً روشن است و منشاء هیچگونه اختلاف و نزاعی نمی‌گردد. (موسویان، ۱۳۹۲: ۴۵ و ۴۶).

۶-۲- ربوی بودن قراردادها سوآپ

شبهه دیگری که در مورد قراردادهای سوآپ مطرح است ربوی بودن این قراردادها به واسـطه مشـخص نبودن مبلغ و مقدار جریانات نقدی غیر ثابت در مقابل جریانات نقدی ثابت است و به همین دلیـل شـبهه خرید و فروش پول هم جنس در مقابل هم و با مقداری تفاضل چه به صورت مثبـت و چـه بـه صـورت منفی پیدا می‌شود که بیشتر فقها آن را مصداق ربای معاملی یـا حیلـه ربـای قرضـی و باطـل می‌داننـد. قسمت اخیر ماده ۶۵۴ قانون مدنی تعهدات و معاملات نامشروع را باطل و دعاوی راجع به آن را مسـموع ندانسته است. علاوه بر این، بند ۵ اصل ۴۳ و اصل ۴۹ قانون اساسی نیز معاملات ربوی را باطل دانسـته است. برای آنکه معامله‌ای ربوی باشد، بایستی مبیع و ثمن از یک جنس باشند، هر دو مکیـل یـا مـوزون باشند و در مبادله دو کالای همجنس، مقدار یکی بیشتر از دیگری باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۳۰) این

در حالی است که در قراردادهای سوآپ، اگر در تاریخ‌های تسویه، تحویل کالا هم صورت پذیرد، دیگر این اشکال وارد نخواهد بود و چون در قبال دریافت ثمن، مثمن تحویل می‌گردد، دیگر شرط ربوی بودن شامل آن نخواهد بود. اما در سوآپ نرخ بهره این اشکال وارد خواهد بود و این نوع سوآپ از دیدگاه فقه امامیه نمی‌تواند صحت داشته باشد و محکوم به بطلان خواهد بود چرا که هرگونه معامله‌ای که در آن نرخ بهره نقش داشته باشد، غیر مشروع خواهد بود (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۳۲۶).

۶-۳- قماری بودن قرارداد سوآپ

شبهه دیگری که بر قراردادهای سوآپ مطرح می‌شود قماری بودن این قراردادهاست که در پاسخ بایستی متذکر گردید که قمار بر پایه شانس و تصادف بوده ولی در قراردادهای سوآپ محاسبه‌گری اقتصادی نقش بیشتری از شانس و تصادف را دارد علاوه بر آن عامل کسب درآمد در قمار نقش چندانی نداشته بیشتر قماربازان با علم بر اینکه شانس چندانی برای برد ندارند با این حال وارد بازی قمار می‌شوند (موسوی بیوکی، ۱۳۸۸: ۱۸۷). اما در قراردادهای سوآپ انگیزه اقتصادی مهمترین عامل بوده و این طور نیست که کسی از دو طرف همیشه بازنده باشد برای مثال در سوآپ کالا مصرف کننده (مانند پالایشگاه) با وارد شدن به یک سوآپ کالا خودش را در برابر ریسک تغییر قیمت کالا پوشش می‌دهد و دارنده کالا نیز به هدف خود یعنی دستیابی به جریان نقدی ثابت حاصل از کالای اساسی می‌رسد. (موسویان، ۱۳۹۲: ۴۹).

۶-۴- سفته بازی در قرارداد سوآپ

ایراد آخری که بر قراردادهای سوآپ مطرح می‌باشد پر رنگ‌تر شدن بخش غیر واقعی و کاذب اقتصاد و سفته بازی بدون تولید واقعی است که این ایراد نیز در صورتی می‌تواند وارد باشد که عنوان اعانت بر گناه صادق باشد ولو اینکه معامله کننده قصد آن را نداشته باشد و در غیر این صورت انگیزه نقشی در بطلان معامله نخواهد داشت (معصومی‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۰۷ و ۲۰۸). علاوه بر این اگر سوآپ کالا در تاریخ‌های تسویه همراه با مبادله واقعی کالا باشد دیگر این اشکال به هیچ وجه مطرح شدنی نخواهد بود و به نوبه خود سبب تقویت اقتصاد واقعی نیز خواهد گردید. یک نوع دیگر از قراردادهای سوآپ، نوع سوآپ بدهی، مالکیت است و تا آنجا که می‌دانیم مقوله مبادله دو قرارداد در فقه امامیه تاکنون مطرح نگردیده است به عبارت دیگر بایستی توجه به این نکته معطوف نمود که آیا می‌توان قراردادی را با تمام پیامدهایش با قرارداد دیگری مبادله کرد؟ در پاسخ قابل ذکر می‌باشد بر اساس اصاله الصحه، مقتضی صحت در معاوضه قراردادها وجود دارد و بر اساس اصاله اللزوم لازم است و از آنجا که طرفین قرارداد بدون

هیچگونه اجباری و از روی رضایت و به علت فوایدی که بر هر یک مترتب است، وارد قرارداد می‌شوند، بنابراین شبهه‌ای در این خصوص منطقاً مطرح نبوده و می‌توان مالکیت اوراق بدهی را با مالکیت اوراق سهام طی یک قرارداد سوآپ مبادله کرد (الهی، ۱۳۹۶: ۱۹۲).

همچنین به علت اینکه در سوآپ بدهی، مالکیت، جریان‌های نقدی حاصل از اوراق بدهی و سهام با هم به اتفاق تمام پیامدهایشان مبادله می‌شوند، نمی‌توان گفت که مبلغی با مبلغ بیشتر معامله شده است. اگرچه در بیشتر اوقات یک طرف بیشتر از نتیجه قرارداد منتفع می‌شود، اما چنین امری نتیجه هر قراردادی می‌تواند باشد. حاصل اینکه معاوضه قراردادها مبتنی بر عقد قرض نیست و بهره‌ای نیز وجود ندارد و سوآپ بدهی مالکیت با آموزه‌های فقه امامیه مطابقت دارد. (معصومی‌نیا، ۱۳۹۳: ۱۶۲). تنها تمایزی که اوراق بدهی مالکیت پیشنهادی، با اوراق بدهی مالکیت مدل غربی دارد، بکارگیری اوراق قرضه به جای اوراق اسلامی‌در مدل غربی و بیع دین به دین بودن در قسمتی از معاملات غربی است که در الگوی پیشنهادی، با مبادله واقعی اوراق بدهی با اوراق مالکیت و جایگزینی اوراق بهادار اسلامی‌که حاکی از دارایی واقعی هستند، بوده و وافی به مقصود خواهند بود. (موسویان، ۱۳۹۱: ۲۸۰-۲۸۸).

با بررسی تحلیلی بیشتر معلوم می‌شود که مبنای اصلی سوآپ بدهی مالکیت در زمان ارائه اوراق به قیمت کمتر از قیمت رسمی، تنزیل اوراق بدهی است که در واقع بیع دین به مبلغ کمتر، تنزیل به شخص ثالث و با قیمت مشخص یک امر عقلایی است و درآمد ناشی از آن نیز مباح است (طبق نظر مشهور فقهای شیعه بیع دین (تنزیل) مطلقاً جایز است. (بیع دین به نقد) (موسویان، ۱۳۹۲: ۲۰۴). نوع دیگر از قراردادهای سوآپ، سوآپ ارز می‌باشد که: به شیوه رایج غربی از دیدگاه فقه امامیه حرام است چرا که طرفین قرارداد سوآپ ارز بدون داشتن هیچگونه مبنایی به یکدیگر سود و بهره پرداخت می‌کنند هر چند در خود نظام حقوقی غرب اینگونه زیادت‌های مالی از حیطه تعریف ربا خارج است اما از نظر فقه اسلامی پول به خودی خود نمی‌تواند زاینده باشد بلکه فقط نشان دهنده ارزش و قدرت خرید خواهد بود (صالح آبادی، ۱۳۸۵: ۱۶). این امر بین عامه و خاصه مورد اتفاق است.

سوآپ ارز در گستره وسیعی از بازارهای مالی جهان رونق داشته، قالب‌های متفاوتی دارد که نقطه مشترک عملیاتی آنها مبادله دو جریان پولی و ارزی در دو مقطع زمانی متفاوت است. این واریزها یا به صورت بهره ثابت در برابر بهره ثابت است، یا بهره ثابت در برابر بهره متغیر و بالعکس است و یا بعهده متغیر در برابر بهره متغیر که این نرخ‌های متغیر معمولاً بر اساس نرخ لایبور مشخص می‌گردد. نرخ لایبور نرخی است که از طرف بانک لندن برای ارزهای گوناگون و برای مدت زمان‌های متفاوت اعلام

می‌گردد (رشیدی، ۱۳۸۵: ۱۴۶). اما همانطوری که فوقاً ذکر گردید، این نوع سوآپ از نظر آموزه‌های فقه امامیه واجد اشکال شرعی ربا به صورت بهره پرداختی بوده و محکوم به بطلان خواهد بود. چرا که از دیدگاه فقه امامیه هرگونه افزایش مقدار پول اگر بدون پشتوانه فعالیت اقتصادی باشد مردود و منجر به ربا خواهد گردید و اینکه صرفاً با قرار دادن ارزی در اختیار دیگری سودی به حساب طرف مقابل یا بالعکس واریز گردد بدون دلیل شرعی بوده و محکوم به بطلان خواهد بود.

یکی از راه‌های اسلامی‌کردن این نوع سوآپ حذف بهره معامله در مبادله بین دو ارز و اکتفا نمودن به مبادله دو ارز و تعهد به مبادله آتی برعکس آن در بازه زمانی توافق شده آتی خواهد بود. با عنایت به اینکه ماهیت این نوع معامله بیع و تعهد به بیع می‌باشد فلذا خارج از معاملات ربوی و غرری و هدف نامشروع بوده بنابر اصل صحت معاملات و اصل لزوم آن‌ها می‌توان حکم به جواز این نوع معاملات در بازار اسلامی‌نمود. دقت در ماهیت و چگونگی این نوع سوآپ معلوم می‌نماید که اولاً ارزهای مبادله شده هم جنس نیستند و شبهه زیادتی بر این معاملات وارد نبوده ثانیاً در خصوص غرری بودن این معاملات با توجه به اینکه نه در خود موارد معقود علیه و نه در خود عقد و نه در وصف ثمن و مثمن و نه در اجل و نه در وجود یا عدم ثمن و مثمن در سررسید تردیدی وجود ندارد فلذا موجبی برای غرری شدن این معاملات وجود ندارد. اما اگر غرر را به معنای معامله دارای ریسک در نظر بگیریم، چون معاملات با نظر کارشناس صورت می‌پذیرد و فرض بر آن است که کارشناس با رعایت جوانب امر قیمت عادله را اعلام می‌کند، حکم بر غرری بودن چنین معامله‌ای بعید است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۰۰). می‌ماند روایت نهر پیامبر از دو معامله در یک معامله یا یک معامله با یک شرط (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۲۳۰). که بایستی اذعان نمود، روایت فوق در غایت اجمال قرار دارد چرا که قرار دادن شروط در معاملات از اموری محسوب می‌شود که نزد شیعیان مجاز بوده، می‌توان اینظور جمع نمود که ترکیب معاملات یا اشتراط شرطی در معاملات نباید منجر به هدفی غیر مشروع گردد (شاهرودی، ۱۳۸۲، جلد ۲: ۱۷۰). قوت این نظر وقتی روشن‌تر می‌گردد که توجه داشته باشیم شروط در معاملات مورد پذیرش علمای طراز اول شیعه قرار گرفته است از جمله بنابر قاعده شروط (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۲۲۲). اشتراط هر امری صحیح است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۰۵) و خلاف بودن شرطی را ثابت کردن با استفاده از ملاکاتی خواهد بود که با تطابق شرط مورد نظر با آنها می‌توان نسبت به نافذ بودن یا نبودن شرط مورد نظر اظهار عقیده نمود. (شهیدی، ۱۳۸۰: ۷۹-۹۷). در مانحن فیه شرط در صورتی که برای فرار از ربا باشد اشکال ایجاد می‌کند و در این مورد موضوع بیع است و تعهد به بیع لذا در بحث ربای

قرضی یا معاوضی که هیچکدام درباره بیع صورت پذیرفته و نیز بیع تعهد شده مورد بحث صدق نکرده فلذا از مبحث ما خروج موضوعی دارد و مصداقی نداشته و منتفی خواهد بود.

همچنین در صورتی که شرط منجر به وقوع بیع کالی به کالی شود واجد اشکال خواهد بود که چون در سوآپ تعهد بر بیع مطرح بوده با خود بیع متفاوت می‌باشد، فلذا هیچ دینی محقق نشده است که بخواهد با دین دیگر معاوضه شود و فقط تعهد بر بیع در زمان آینده صورت پذیرفته است که تنها بحثی که می‌تواند موضوعیت داشته باشد، عمل یا عدم عمل به این تعهد است که بر اساس نظر مشهور فقه امامیه که وارد قانون مدنی نیز شده است عمل به شرط ولو ابتدایی واجب و لازم خواهد بود. عمیق‌تر اینکه فقهایی هستند که شروط ابتدایی را نیز تحت شمول قاعده شروط قرار می‌دهند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۸۹). که نتیجه آن لازم الوفا بودن شرط تعهد به انجام بیع در تاریخ سررسید عقد سوآپ خواهد بود.

۶-۵- بیع العینه بودن قرارداد سوآپ

ایراد دیگری که بر قراردادهای سوآپ مطرح گردیده است، مصداق بیع العینه بودن آن است بدین توضیح که چون کالایی را در سوآپ خریداری نموده و سپس همان کالا را به فروشنده اول باز می‌گردانیم فلذا مصداق بیع العینه پیش می‌آید که در پاسخ می‌توان گفت که اولاً نمی‌توان ادعا نمود که مشهور فقهای شیعه حکم به بطلان بیع العینه حتی در صورت اشتراط بیع دیگر داده باشند چرا که فقهایی چون شیخ مفید و شیخ طوسی و علامه حلی با توجه به اطلاق حکمشان در این باب حکم به صحت چنین معامله‌ای حتی در صورت اشتراط داده‌اند ولو اینکه در مقابل شیخ انصاری و صاحب جواهر و محقق خوئی حکم به جواز در صورت عدم اشتراط معامله بدوی داده‌اند (نظرپور، ۱۳۹۱: ۱۰-۱۸). ثانیاً اینکه در بیع العینه یک معامله نقد و یک معامله نسیه داریم در حالی که در سوآپ یک بیع نقدی و یک تعهد به بیع نقدی در آینده داریم و از طرف دیگر در بیع العینه همان مبیع اول طی معامله دوم به فروشنده باز می‌گردد اما در سوآپ مقدار آن (ثمن و مثمن) با معامله اول تفاوت دارد که ناشی از ارزش افزوده در طی زمان است سوم اینکه در بیع العینه معامله اول برای معامله دوم انجام می‌پذیرد اما در سوآپ هر دو معامله مستقلاً موضوعیت دارند (رضائی دوانی، ۱۳۹۲: ۱۲۰-۱۲۲).

نتیجه‌ای که از طرح مباحث فوق عاید می‌شود توجه به این مهم خواهد بود که ملاک ربوی بودن یا غیر ربوی بودن قرارداد سوآپ نوع قرارداد پایه است بطوری که اگر دو قرارداد حاوی پایه وام با بهره باشند، مشکل ربوی بودن وجود دارد اما اگر دو قرارداد مشروع که هر یک اصل و فرعی دارند، مانند دو

دارایی که اجاره داده شده مبادله شوند، در این صورت مشکل ربوی بودن مطرح نیست و بایستی ضوابط دیگر از جمله غرری بودن یا قماری بودن یا ضرری بودن یا اکل مال به باطل و نظایر آنها را بررسی کرد.

موضوع دیگری که حائز اهمیت است توجه به این نکته دقیق است که آنچه پوشش دهندگان ریسک‌های ارزی را به معامله در بازارهای سوآپ وا می‌دارد، اطمینان از کسب سود نیست بلکه عامل اصلی و مشوق اصلی برای آنان فرار از خطر کاهش ارزش پول یا فرار از خطر ضرر و زیان است به عبارت بهتر آنچه آنها را وادار به انجام معامله سوآپ ارزی می‌کند احتمال ثبات قدرت یا ارزش ارز مورد نظر در بازارهای بین‌المللی و نه افزایش ارزشی آنها در این بازارها می‌باشد. در نتیجه اگر سوآپی مدنظر باشد که فقط به مبادله اصل مبلغ در دو زمان مشخص با توجه به نرخ برابری روز بپردازد، یعنی پرداخت‌های بهره‌ای در سررسیدهای گوناگون صفر باشد، چنین سوآپی شبهه ربوی نخواهد داشت.

همچنین هرگاه دو ارز موجود در حیطه مالی تاخت زده شوند، معاوضه معدوم تحقق پیدا نکرده است اما معاوضه فروع آن دو ارز در سررسیدهای معین مصداق معاوضه معدوم است و همچنین است اگر دو ارزی که در آینده به دست می‌آیند مانند درآمدهای بسیاری از فعالیت‌ها در آینده، تاخت زده شوند، مصداق معامله معدوم خواهد بود (شریعت پناهی، ۱۳۹۲: ۱۰۳-۱۰۵). اما همچنان می‌توان از راه معاوضه اصل دارایی‌های پایه و به تبع آن مبادله جریان‌های درآمدی البته از نوع مشروع به نتیجه‌های قرارداد سوآپ بازده کل رسید (موسویان، ۱۳۸۹: ۱۴۳).

در نهایت، در مواقعی که درآمد، از پیش تعیین شده است، (مانند اجاره) نیز این درآمدها می‌توانند با هم معاوضه شوند. مانند اینکه یک بانک سرمایه‌گذاری امکان یک معاوضه بین دو دارنده اوراق مالی اجاره را بر حسب دو ارز مختلف فراهم می‌کند به طوری که ریسک هر یک از طرفین در خصوص ارز یا نوع عایدی خاص (ثابت یا شناور) طبق تمایلشان کاهش می‌یابد فلذا معاوضه دریافتی‌های اجاره، ذیل حرمت شرعی معاوضه قرضی در نخواهد آمد چرا که این کار همانند معاوضه حق مالکیت در دارایی‌های فیزیکی پایه می‌باشد و بنابراین حرام نخواهد بود.

نتیجه

قراردادهای سوآپ عموماً و در اساس یک معاوضه و مبادله بر روی جریان درآمدها (ورودی) و پرداخت‌ها (خروجی) بوده و عمدتاً به منظور اجتناب از ریسک معاملات در بازارهای مالی طراحی شده است. نمونه غربی این قراردادها به دلیل ربوی بودن جریان‌های پایه و همچنین عدم مبادله واقعی در جریان معامله مورد تائید مقررات حقوق ایران و آموزه‌های فقه امامیه قرار نگرفته ایراداتی چون ربوی بودن و ضرری بودن و غرری بودن و کالی به کالی و معاوضه معدوم بر آن مطرح گردیده است که در این میان شبهه ربوی بودن و غرری بودن وارد به نظر می‌رسد.

ماهیت این قرارداد با ماده ده قانون مدنی به عنوان یک عقد غیر معین سازگار بوده انواع مختلفی دارد که در فقره سوآپ کالا و سوآپ بدهی- مالکیت، و سوآپ ارز و سوآپ بازده کل با اصلاحاتی با موازین حقوق سنتی ایران و آموزه‌های فقه امامیه قابلیت سازگاری را داشته اما در خصوص سوآپ‌های نرخ بهره و نظایر آن به دلیل ربوی بودن قراردادهای پایه امکان تطبیق آنها با حقوق ایران و فقه امامیه منتفی به نظر می‌رسد. آنچه در این میان شایان ذکر خواهد بود، توجه به این نکته اساسی است که امور مالی و اقتصادی فقه امامیه قابل تحلیل در دایره عقل بوده و همانند امور تعبدی نیستند که در دایره نقل محدود شوند. در نتیجه در مورد اقتصاد و امور مالی تنها توجه به اصول کلی شریعت لازم بوده هرگاه یافته‌های عقل قطعی با نقل قطعی در برابر هم قرار گیرند در شرایط امروز جهان و اوضاع و احوال فعلی ممالک اسلامی، توجه کافی به یافته‌های عقل قطعی، راهگشا بوده، پیشنهادات اصلاحی این مقاله بر همین پایه ارائه گردیده است چیزی که انتظار می‌رود در تحقیقات بعدی محققین بیشتر مورد توجه و عنایت قرار گیرد.

منابع

الف: کتاب‌ها

کتاب‌های فارسی

- امامی، سید حسن؛ (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، ج۱، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و یکم.
- انصاری، مسعود؛ (۱۳۸۴)، دانش‌نامه حقوق خصوصی، جلد ۱، نشر تهران، محراب فکر.
- حمدانی کله سرایی، آریا و جهانگیری حسین آبادی، میثم، (۱۳۹۳)، قرارداد سوآپ نفت و تحلیل حقوقی آن در ساختار حقوقی ایران، استاد راهنما، دکتر علیرضا حسنی، تهران، موسسه حقوقی و داوری صنعت کاران.
- راعی، رضا و سعیدی، علی، (۱۳۸۷)، مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک، تهران، انتشارات سمت.
- رشیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، بانکداری بین‌المللی، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران بانک مرکزی جمهوری اسلامی‌ایران.
- ساندرز آنتونی و کورنت، مارسیا، بازارها و نهادهای مالی، ترجمه تهرانی رضا و نوربخش عسگر، ۱۳۹۵، تهران، چاپ انتشارات دانشگاه تهران)
- شبانی، محمد، (۱۳۹۶)، بازارها و نهادهای مالی، تهران، انتشارات سمت.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی ۳، تعهدات، تهران، مجد.
- شهیدی، مهدی؛ (۱۳۸۱)، سقوط تعهدات، تهران، مجمع علمی‌فرهنگی مجد، چاپ پنجم.
- صالح آبادی، علی، (۱۳۸۵)، بازارهای مالی اسلامی(مجموعه مقالات)، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- عبیدالله، محمد، (۱۳۸۷)، مهندسی مالی اسلامی، مترجمان مسلم بمان پور، سجاد سیفلو، تهران، دانشگاه امام صادق (ع) و سازمان بورس و اوراق بهادار)
- عمید، حسن، (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، نشر فرهنگ اندیشمندان، چاپ ششم.

- فخر المحققین، شیخ ابی‌طالب محمدبن حسن بن یوسف بن المطهر ملی (۱۳۸۸ ق) قواعد، جلد ۲، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۹۰)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر، چاپ چهاردهم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸) حقوق مدنی عقود معین، جلد دوم، تهران، کتابخانهٔ گنج دانش، چاپ هشتم،
- کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، عقود معین ۱، تهران، شرکت انتشار، چاپ ششم.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، معاملات معوض-عقود تملیکی، تهران، مدرس، چاپ ششم.
- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۸)، نظریه عمومی‌شروط و التزامات در حقوق اسلامی، قم، مرکز نشر علوم اسلامی.
- مناجاتی، رضا و طیبی، احسان و عین علی، سودابه و میدانی، فرزاد، (۱۳۹۳)، معامله‌گری ابزار مشتقه، تهران، نشر نگاه دانش.
- موسویان سیدعباس، (۱۳۹۲)، ابزارهای مالی اسلامی(مسکوک) تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- موسویان، سیدعباس و حسن بهاری قراملکی، (۱۳۹۱)، مبانی فقهی بازار پول و سرمایه، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- نظرپور، محمدنقی، (۱۳۹۱)، عقد تورق برای تامین نقدینگی از نظر فقهای امامیه، تهران، فقه اهل بیت (ع)، ش ۶۹.
- هال جان ادوارد، (۱۳۸۴)، مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک، ترجمه سجاد و سیاح و علی صالح آبادی، تهران، گروه رایانه تدبیر پرداز.

کتاب‌های عربی

- حر عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۱۲)، هدایت الامه الی احکام الائمه، منتخب المسائل، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه.
- شاهرودی، سیدمحمود، (۱۳۸۲)، قرائات فقهیه، قم، فقه اهل بیت (ع).
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- گلپایگانی، سیدمحمدرضا، (۱۴۱۷ ق)، هدایه العباد، جلد ۱ و ۲، قم، دارالقرآن کریم
- مظفر، محمد رضا، (۱۴۰۸)، اصول فقه، قم، چاپ اسماعیلیان، چاپ اول.
- موسوی الخمینی، روح الله، (۱۳۹۰ ق)، کتاب البیع، قم، موسسه اسماعیلیان

ب: مقاله‌ها

- رضایی دوانی، محمد و ابری، محمدجواد، (۱۳۹۲)، سوآپ ارز (بررسی فقهی و امکان استفاده از آن در بازارهای اسلامی، مجله معرفت اقتصادی اسلامی، سال چهارم، شماره دوم.
- زمانی، سهیلا، (۱۳۸۷)، قزاقستان نگین آسیای مرکزی، مجله : گزارش، شماره ۱۹۷، اردیبهشت و خرداد.
- شریعت پناهی، مجید و معصومی‌نیا، علی و الهی، مهدی، (۱۳۹۲)، امکان‌سنجی فقهی استفاده از سوآپ نرخ ارز در فرآیند مدیریت ریسک ارز، اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۹، بهار ۱۳۹۲.
- کلاوسون، پاتریک، (۱۳۷۷)، مترجم: ملکی، قاسم، مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۲۱.
- گل‌مرادی، حسن، ابزارها و محصولات مشتقه در بانکداری اسلامی، فصل‌نامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، سال اول، شماره یک، تابستان ۱۳۹۴.
- معصومی‌نیا، غلامعلی و بهاروند، احمد، (۱۳۸۷)، بررسی فقهی قراردادهای پوشش ریسک دارایی‌های ارزی، اقتصاد اسلامی، شماره ۳۱.

- معصومی‌نیا، غلامعلی و مهدی الهی، (۱۳۹۳)، امکان سنجی فقهی طراحی سوآپ مالکیت متناسب با بازار سرمایه ایران، فصل‌نامه علمی‌پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۱۳، ش ۵۱.
- موسویان، سیدعباس و تملکی، حسین، (۱۳۹۲)، بررسی قراردادهای سوآپ کالا از دیدگاه فقه امامیه، مجله تحقیقات مالی اسلامی، سال دوم، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
- موسویان، سیدعباس و موسوی بیوکی، سیدمحمد مهدی، (۱۳۸۹)، بررسی امکان استفاده از سوآپ بازده کل جهت مدیریت ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی، اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، بهار ۱۳۸۹.
- نشریه پیام شمنا، دی ماه (۱۳۹۱)، سال اول، تهران، شماره ۶۹.
- الهی، مهدی و میرطاهر، سیدمحمد جواد و باقریان، غزاله، (۱۳۹۶)، امکان‌سنجی فقهی سوآپ بدهی مالکیت برای بازار سرمایه ایران، فصل‌نامه علمی‌پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هفدهم، شماره ۶۷.

پایان‌نامه‌ها

- امینی، عیسی، (۱۳۸۳)، روش‌های تعیین ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، وین مصوب ۱۹۸۰ و حقوق ایران، رساله دکتری در رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران.
- موسوی بیوکی، سیدمحمدمهدی، (۱۳۸۸)، بررسی تطبیقی مشتقات اعتباری با فقه امامیه با هدف مدیریت ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع).

منابع خارجی

- Collier Paul M, Samuel Agyei, Cima official learning system Management Risk and Control strategy, Butter worth- Heinemamm, 2007.
- Financial Industry Business Ontology Version 2, Annex D: Derivatives, EDM Council, Inc., Object Management Group, Inc., 2019.
- Lawrence C. Berney, “Debt equty swapsin Developimg countries toward a workable system” Boston college third world law, journal volume 9, Issuel, 1989.

Swap Contract in Imamiyya Jurisprudence and Iranian Law

Abstract

Swap contracts are among the common contracts in international trade relations that play a prominent role in managing and hedging the risk of international economic activities. During this activity, a set of fixed cash flows is mainly exchanged with a set of floating cash flows through the conclusion of long-term general contracts. Due to Iran's strategic importance in the region, swap contracts were among the common contracts in Iran's relations with its neighbors until the first decade of the revolution, but the use of swap contracts, despite its 10-year history, has been suspended after the establishment of the Islamic Republic in the country. The main challenge of this article is to examine the nature of swap contracts and their compliance with the statutory laws and teachings of Imamiyya jurisprudence. Also, examining the issue of whether this financial instrument can be modernized for appropriate use for risk hedging purposes in order to respond to the new and growing needs of financial markets, using the internal logic of the rules of traditional law and Imamiyya jurisprudence, and by making the necessary reforms. At the end of this article, it will be clear that first; the nature of swap contracts is covered by Article 10 of the Civil Code. Second; except for exchange rate and interest rate swaps, which have not been approved due to the usury nature of the relevant underlying contracts, other types of swap contracts can be compatible with Iranian laws and jurisprudential teachings with some amendments.

Keywords: Swap, Derivatives, Risk Management, Currency, Commodity