

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، دوره سیزدهم، شماره ۴۹، پاییز ۱۳۹۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۰۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۴

صفحات: ۲۴۰-۲۱۵ نوع مقاله: پژوهشی

## بررسی فقهی حقوقی ابزار مشتقه سوآپ و مقایسه آن با نهادهای مشابه در حقوق ایران

داوود اندرز،<sup>۱</sup> صغری چهره نژاد<sup>۲\*</sup>

### چکیده:

هدف اصلی پژوهش بررسی فقهی حقوقی ابزار مشتقه سوآپ و مقایسه آن با عقود معینه و نهادهای مشابه حقوقی در ایران جهت استفاده از این قرارداد در بازار بورس و رفع خلا موجود در زمینه قراردادها است. بسترسازی و تدوین مبانی نظری جهت استفاده از آن جهت وضع قانون جامع و کاملی در خصوص قرارداد مشتقه سوآپ از اهداف اصلی تحقیق حاضر می‌باشد. وجود قوانین مربوط به قراردادهای مشتقه جهت استفاده قضات و وکلا برای حل اختلافات طرفین قرارداد بسیار ضروری می‌باشد. تحقیق حاضر خلاء قانونی موجود در این زمینه را برای استفاده قضات و وکلا و بورس اوراق بهادار و سایر سازمان‌ها پر خواهد نمود. در این پژوهش برای اثبات فرضیه‌های تحقیق از روش توصیفی-تحلیلی استفاده شده است. با بررسی‌های جامع و آزمون فرضیات مشخص گردید که این قرارداد در قالب صلح دین به دین قرار دارد. همچنین معلوم گردید که سوآپ نرخ بهره متعارف غرب با اصول قراردادهای اسلامی و فقه شیعه منطبق نمی‌باشد و قرارداد سوآپ شباهت‌هایی با بیع تورق دارد اما بیع تورق محسوب نمی‌شود و قرارداد جدیدی می‌باشد که می‌توان با تصحیح شکل غربی این قرارداد را در قالب عقود اسلامی مورد استفاده قرار داد. **واژگان کلیدی:** ابزار مشتقه، سوآپ، حقوق ایران.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد دماوند، دانشگاه آزاد اسلامی، دماوند، ایران.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران. (نویسنده

## مقدمه

امروزه رشد و توسعه بازارهای مالی و گسترش دامنه تجارت از یک سو و نگرانی تولیدکنندگان و مصرف کنندگان و تجار و بازرگانان از ناپایداری و نوسان قیمت‌ها از سوی دیگر سبب شده که مدیریت ریسک اهمیت ویژه‌ای یابد. رویکردها و ابزارهای گوناگونی جهت مدیریت ریسک و کاهش ریسک بوجود آمده است. هر چند علت ابداع این قراردادها در ابتدا پوشش ریسک بود. اما بتدریج بعنوان ابزاری برای سرمایه‌گذاری و کسب سود نیز مورد استفاده قرار گرفته است. سوآپ‌ها و پیمان‌های آتی یا سلف‌ها و قراردادهای آتی به همراه اختیارات و محصولات ساختاری از جمله مهمترین مشتقات مالی متداول هستند که در بازارهای مالی به کار گرفته می‌شوند از این ابزارها معمولاً در بازارهای متداول برای مقاصد پوششی و کاهش ریسک ناشی از نوسانات متغیرهای اقتصادی و سایر سفته‌بازی استفاده می‌شود. ابزارهای مشتقه ابزارهایی هستند که ارزش آن‌ها از ارزش دارایی زیربنا ناشی می‌شود اولین و ساده‌ترین ابزار مشتقات پیمان‌های آتی یا سلف‌ها است.

ابزار مشتقه سوآپ یکی از محصولات اولیه مشتقات اند یک معامله سوآپ شامل خرید و فروش یا فروش و خرید همزمان یک کالا در سررسیدهای متفاوت است. در رابطه با مشتقات چندین قرارداد و ابزار اساسی در اسلام وجود دارد که معمولاً در بوجود آمدن مشتقات اسلامی از آن‌ها استفاده می‌شود این ابزارها عبارتند از بیع سلم، استضعاف، مباحه وعده عربون و تورق. اگرچه مشتقات مرسوم و رایج نمی‌توانند خیلی از شرایط و ضوابط فقه و قانون اسلامی را رعایت کنند ولی در برخی کشورها موسسات مالی توانسته‌اند با بهره‌گیری از علم حقوق اسلامی و بهره‌گیری از فقه پویای اسلامی، زمینه طراحی و به کارگیری محصولات مشتقه اسلامی را فراهم کنند با وجود اهمیت این ابزارها این مشتقات نقش چندانی در بازار مالی اسلامی ندارند و از نظر شریعت اسلامی قابل پذیرش نیستند زیرا از نظر فقه اسلامی باید این ابزارها برخی الزامات شرعی را داشته باشند که به نظر می‌رسد در این قراردادهای مشتقه مرسوم و متداول رعایت نمی‌شود.

خیلی از فقها دلیل می‌آورند که مشتقات مالی دارای نا اطمینانی زیاد بوده و رفتار سفته‌بازانه را تشویق می‌کنند و شبیه قمار بوده و ربوی هستند مفاهیمی که در اسلام جایز نیستند تنوع و انتقال ریسک از طریق مشتقات به کشف قیمت عادلانه بازار و انتقال کار آمد و جوه از قرض‌دهندگان به قرض‌گیرندگان کمک می‌کند. و با توجه به اینکه تمامی طرف‌های قرارداد ریسک بد خورد را به ریسک خوب تبدیل نموده و از قرارداد منتفع می‌گردند می‌تواند به عنوان فعل حسنه از لحاظ فقهی مورد تایید قرار بگیرد که در ادامه بررسی جامعی در این خصوص بعمل خواهد آمد. ابزارهای مشتقه در بازارهای مالی به علت کاهش ریسک و تسهیل معاملات اهمیت فراوانی

یافته است. به علت نیاز جامعه اقتصادی ما و بازرگانان و تجار و بازار سرمایه استفاده از این ابزارهای مالی بطور وسیعی توسعه پیدا کرده، و روز به روز در حال گسترش است. عدم مطابقت با موازین شرعی و فقهی و نامشروع بودن بعضی از این قراردادها از نظر فقه و حقوق ایران می‌تواند معضلات و مشکلاتی را در طرف‌های قرارداد در فعالیتهای اقتصادی جامعه را موجب گردد. با توجه به اینکه تا بحال ویژگی‌ها و اوصاف این قراردادها با قراردادهای معینه در حقوق ایران مطابقت داده نشده این تحقیق در راستای انجام این مهم از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. نظر به اینکه قانون ایران منبعث از فقه و شرع می‌باشد و این قراردادها برگرفته از کشورهای خارجی می‌باشد مطابقت آن‌ها با فقه و شرع و قراردادهای معینه جهت اطمینان از صحت قراردادها و استفاده از آن‌ها در نظام اقتصادی و حقوقی از اهمیت بسزایی برخوردار است.

در خصوص قراردادهای مشتقه قانون خاصی در ایران وجود ندارد بلکه بصورت جزئی در قانون بورس اوراق بهادار به آن اشاره شده است. همچنین با توجه به اینکه تحقیقات جامعی نسبت به این قراردادها صورت نگرفته است بلکه هر آنچه که در دسترس می‌باشد بیشتر بصورت مقاله و جزئی است و راجع به یک نوع از این قراردادها پرداخته شده است، لذا در این تحقیق قراردادهای مشتقه بصورت جامع مورد بررسی قرار خواهد گرفت که نشان از درجه بالای اهمیت این تحقیق دارد.

امروزه در بازارهای معتبر سرمایه در دنیا، ابزارهای مدیریت ریسک به خصوص قراردادهای آتی و اختیار معامله از اهمیت بسیار زیادی برخوردار هستند و به طور گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرند. در اینگونه بازارها، معامله‌گران حرفه‌ای با بهره‌گیری از قابلیت‌های منحصر به فرد این ابزارها، به کنترل بسیار قوی و منعطفی بر روی سرمایه‌گذاری خود دست یافته‌اند. آگاهی از اینگونه قراردادها و تعریف و به کارگیری آن‌ها در بازار سرمایه ایران، به بازیگران این بازار نیز امکان کنترل بهتر بر سرمایه‌گذاری خود و به دنبال آن آرامش خاطر بالاتر از فعالیت در این بازار را دارد. با توجه به اینکه قانون مدنی نسبت به این قرارداد یا عناوین و الگوهای مشابه حکم صریحی نداشته و ساکت است، همواره چگونگی وضعیت حقوقی قراردادهای مشتق به عنوان یکی از ابزار معاملات در بازار بورس، نقطه مجهولی را در اذهان ایجاد نموده است. لذا جهت روشن شدن این وضعیت، ضرورت انتخاب قرارداد مشتق سوآپ به عنوان موضوع تحقیق و پرداختن به آن محسوس بوده است. و از آنجا که اعمال حقوقی باید براساس اصول و موازین حقوقی انجام گیرد، همواره ماهیت این قرارداد از یک سو و شرایط تشکیل و آثار این قراردادها از سوی دیگر، مورد سوال بوده است. همچنین تازگی و جدید بودن بحث باعث شده تا در این خصوص تحقیق مفصلی تاکنون انجام نگیرد. تحقیقاتی هم که تاکنون درباره قراردادهای مشتق صورت گرفته است از دیدگاه و منظر اقتصادی و مدیریتی بوده است. هر چند که باید این مطلب

را مورد توجه قرار داد که مفاهیم نو، فرزندان اندیشه‌های کهن هستند. در مورد قراردادهای مشتق همان طور که بعداً خواهیم گفت، اندیشه‌های بدوی آن در جوامع پیشتر وجود داشته است. همین امر سبب شده است که قبل از ورود به بحث قراردادهای مشتق، کلیاتی از این قراردادها را مورد مطالعه قرار دهیم. زیرا لازمه ورود به موضوع، آشنایی با پیشینه قراردادهای مشتق، مفهوم آن و کلیاتی از این قبیل است و سپس باید به جنبه‌های حقوقی و فقهی آن پرداخت. از جمله این که آیا قرارداد مذکور در نزد فقها مشروع می‌باشد یا خیر؟ آیا قراردادهای مشتق از لحاظ فقهی قرارداد مستقلی است یا خیر؟ زیرا همچنان که باید کتاب‌های حقوقی بیگانه مورد مطالعه قرار گیرد تا به عمق موضوعی پی ببریم، همین طور باید راجع به موضوع مورد بحث مطالعه فقهی داشته باشیم، چرا که به قول دکتر کاتوزیان بررسی و تحلیل نظرهای فقیهان یک ضرورت است نه تفنن و فقه امامیه عین حقوق است.

در این پژوهش قرارداد سوآپ یکی از مهمترین انواع اوراق مشتقه معرفی می‌شود. بکارگیری ابزارهای مشتقه باعث افزایش کارایی بازار سرمایه و انگیزش و مشارکت بیشتر مردم در تامین منابع مالی فعالیت‌های اقتصادی بلند مدت می‌شود. رشد سریع و افزایش پیچیدگی‌های این ابزارها، تقاضای استفاده‌کنندگان نهایی را در پیدا کردن راهی برای مدیریت بهتر ریسک‌های مالی افزایش داده و ظرفیت‌هایی را برای استفاده از خدمات مالی برای پاسخگویی به تقاضای بازار ایجاد می‌نماید. بدون در نظر گرفتن این ابزارها و بازارهایی که در آن‌ها مبادله می‌شوند یکپارچگی سیستم‌های مالی در سرتاسر جهان از بین رفته است. و می‌تواند مشکلاتی را برای شرکت‌ها، تجار و سرمایه‌گذاران ایجاد نماید تا نتوانند از ریسک‌های ناخواسته جلوگیری کنند. در این زمینه کشور ایالات متحده آمریکا که در زمینه‌ی ابداع شیوه‌های نوین و ارائه دکتترین حقوقی پیشرو می‌باشد، توانست این ابزارها را ارائه نماید.

در ایران تا قبل از سال ۱۳۸۷ بازار مالی وارد حیطه‌ی پوشش ریسک نشده بود. اما با ورود قراردادهای آتی کالا به بورس کالا و ورود قرارداد آتی سهام به بورس اوراق در سال ۱۳۸۹ یک گام اساسی در تغییر مناسبات بازار برداشته شد.

بازار مشتقه مالی که در آن قرارداد آتی و اختیار معامله عرضه می‌شود، به تجویز بند ۱۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۸۴) در سطحی محدود آغاز شده است. بند ۱۱ ماده یک قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ به منظور تنوع بخشیدن به ابزارهای قابل معامله در بازار سرمایه ایران، قراردادهای آتی و قراردادهای اختیار معامله را به عنوان ابزارهای مشتقه قابل معامله در بازار معرفی کرده است.

با توجه به این که این ابزارها بعنوان یک ابزاری برای کاهش ریسک در ابتدا مطرح گردید

ولی افزایش حجم معاملات و تسهیل معاملات تجاری و بهبود وضعیت اقتصادی سازمان‌ها و اقتصاد کلان کشوری را در پی دارد. در حقوق ایران موضوع قراردادهای مشتقه کامل بررسی نشده و اوصاف و ویژگی‌های این قراردادها تدوین نگردیده است. در استفاده از این قراردادها در سطح بورس اوراق بهادار و سایر سازمان‌ها و بین تجار و بازرگانان در عقد قرارداد صحت این قراردادها و مطابقت آن‌ها با عقود معینه در قانون ایران مشخص شده است. در حقوق ایران در چند ماده قانونی محدود که آن هم مربوط به قانون بورس و اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است به این ابزارها اشاره شده است. با توجه به اینکه استفاده از این ابزارها روزبه‌روز گسترش پیدا نموده است در نتیجه آن باعث اختلافات بین طرفین قرارداد، تجار و بازرگانان و شرکت‌های سرمایه‌گذاری و سایر شده است.

این پژوهش درصدد بررسی جامع نظری و استفاده از نظر اساتید فقه و حقوق و اقتصاددانان جهت تطبیق این قراردادها با عقود معینه در حقوق ایران می‌باشد. بستر سازی و تدوین مبانی نظری جهت استفاده از آن جهت وضع قانون جامع و کاملی در خصوص قرارداد مشتقه سوآپ از اهداف اصلی تحقیق حاضر می‌باشد. وجود قوانین مربوط به قراردادهای مشتقه جهت استفاده قضات و کلا برای حل اختلافات طرفین قرارداد بسیار ضروری می‌باشد. تحقیق حاضر خلاء قانونی موجود در این زمینه را برای استفاده قضات و وکلا و بورس اوراق بهادار و سایر سازمان‌ها پر خواهد نمود. با انجام این تحقیق زمینه برای انجام تحقیقات بعدی فراهم خواهد شد. با وضع قوانین مربوط به قراردادهای مشتقه و تدوین اوصاف و ویژگی‌های قراردادهای مشتقه ضمن جلوگیری و کمک به حل و فصل راحت اختلافات طرفین قرارداد به رونق فعالیت‌های تجاری و کاهش ریسک فعالیت‌های تجاری منجر خواهد شد. از آنجائی که حقوق ما منبعث از فقه نیز می‌باشد باید به تبیین ماهیت این ابزارها و مطابقت این ابزارها با فقه نیز پرداخته شود در این راستا باید به سوالاتی در این زمینه پاسخ داده شود که عبارتند از: ۱- قرارداد مشتقه سوآپ در حقوق ایران با عقود معینه مطابقت دارد یا نه؟ ۲- قرارداد مشتقه سوآپ طبق مبانی فقهی و حقوقی قرارداد صحیحی هست یا نه و آثار و اوصاف این قرارداد کدام است؟ با توجه به این سوال‌ها فرضیه‌های تحقیق ارائه و آزمون شده است.

## ۱. مبانی نظری

### ۱-۱. تعریف قراردادهای مشتق

عقیده غالب در حقوق مدنی و فقه در گذشته بر این بوده است که عقود و معاملات مشخص هستند و مبنای هرگونه تعهدی را ناگزیر باید یکی از عقودی که به امضاء شارع مقدس رسیده است، باشد. و خارج از قالب‌های موجود هیچگونه تعهد و الزامی نمی‌تواند به وجود آید. بر این

اساس بود که تا پیش از تدوین قانون مدنی و پذیرش اصل آزادی قراردادهای افراد برای تحقق آنچه که مورد نظرشان بود و با قالب‌های متداول انطباق نداشت. ناگذیر آن را به صورت صلح یا شرط ضمن عقد لازم در می‌آوردند و بدین ترتیب منظور واقعی خود را محقق می‌ساختند.

بنابراین هر چند عقود معین و مصرح در فقه از ثبات و قوام بیشتری برخوردار می‌شوند. لیکن جامعه در تعاملات اجتماعی و اقتصادی، با مشکلات و رکود مواجه می‌شود. با پیچیدگی روابط و معاملات در جوامع کنونی این نکته بیشتر مورد توجه است که پافشاری به نظریه‌ی حصری بودن عقود و معاملات، واقع‌بینانه نبود. و جز رکود و عقب ماندگی جامعه در تمامی سطوح اثری دیگر نخواهد داشت. هر چند این پایبندی به حقوق مدنی و به بیانی دیگر سنتی داشتن را باید به فال نیک گرفت. اما باید مواظب بود که این علاقه‌مندی به حقوق مدنی، موجب بروز تعصبات بی‌منطق و در نتیجه عدم توجه به واقعیات گردد. به عبارتی دیگر باید این نکته را مورد توجه قرارداد که عقود معین آثار و احکام مشخص دارد. که چنانچه مصداقی دارای این شرایط اساسی باشد، مشمول این عقود است. و چنانچه بعنوان مثال مصداقی فقط برخی شرایط و آثار مزبور را داشته باشد نمی‌توان آن مصداق را مشمول این عقود دانست. راه حل صحیح و منطقی در برخورد با یک پدیده جدید یا تأسیس حقوقی ناشناخته که از سیستم دیگری به کشور ما وارد شده، این است که اولاً ماهیت آن شناخته شود و آثار و نتایج آن مورد بررسی قرار گیرد و ثانیاً با توجه به ماهیت، آثار و احکام آن، به بررسی و کاوش در حقوق پرداخته شود، تا صحت و بطلان آن روشن گردد.

## ۱-۲. تعریف و کارکرد انواع قراردادهای سوآپ

سوآپ، توافقی است بین دو شرکت برای معاوضه جریان‌های نقدی در آینده با دو نوع پرداخت متفاوت از بدهی یا دارایی‌ها. قرارداد پیش گفته، تاریخ پرداخت و چگونگی محاسبه جریان‌های نقدی را که باید پرداخت شود، مشخص می‌کند. به طور معمول محاسبه جریان‌های نقدی شامل ارزش آتی نرخ بهره، نرخ ارز یا دیگر متغیرهای بازار است (هال، ۱۳۸۸: ۲۴۹). به طور خلاصه در قرارداد سوآپ، مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ ثابت و مجموعه‌ای از جریان‌های نقدی با نرخ شناور با یکدیگر تاخت زده می‌شوند. تمام معامله و واسطه‌های سوآپ یک ویژگی عمومی دارند و آن طرفین معامله نامیده می‌شود. در این معامله، طرفین به معامله‌گر سوآپ مراجعه کرده، درخواست‌های خود را عنوان می‌کنند. یکی از طرفین (طرف نخست) به دنبال یک یا چند جریان نقدی براساس نرخ ثابت است و معامله‌گر، طرف مقابل (طرف دوم) را برای وی جستجو می‌کند تا همان درخواست را با نرخ شناور داشته باشد. مقدارهای ثابت پرداخت شده با عنوان کوپن سوآپ معرفی می‌شود و با دریافت این مبلغ ثابت، طرف نخست، ریسک تغییرهای نرخ دارایی را

از بین می‌برد. بر این اساس، طرف نخست طبق قرارداد سوآپ با معامله‌گر، قیمت دارایی را بنا بر نرخ ثابت پرداخت می‌کند و قیمت همان دارایی را طبق نرخ شناور بازار دریافت می‌کند؛ البته در پایان هر تاریخ مندرج در قرارداد، فقط مابه‌التفاوت نرخ ثابت و شناور بین طرفین قرارداد انتقال می‌یابد.

بر این اساس می‌توان قرارداد سوآپ را مجموعه‌ای از پیمان‌های آتی با سررسیدهای گوناگون 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 می‌دهد. (راعی، ۱۳۸۷: ۳۲۷-۳۲۵)

به عبارت دیگر، پیمان آتی را می‌توان نمونه ساده‌ای از سوآپ دانست؛ به طور مثال فرض کنند که در حال حاضر اول مارس ۲۰۰۶ است و شرکتی در پیمان آتی خرید ۱۰۰ اونس طلا به قیمت هر اونس ۳۰۰ دلار برای یکسال بعد وارد شده است. شرکت پیشگفته می‌تواند بعد از یک سال، به محض دریافت طلا، آن را بفروشد؛ بنابراین پیمان آتی یاد شده در حقیقت معادل سوآپی است که طی آن شرکت توافق می‌کند تا در اول مارس ۲۰۰۷، مبلغ ۳۰۰۰۰ همان قیمت بازار یک اونس طلا در ۱۰۰ دلار دریافت کند که \$ دلار پردازد و در برابر مبلغ زمان تحویل طلاست؛ همانطور که می‌دانیم پیمان آتی به معاوضه جریان‌های نقدی فقط در یک تاریخ یکسان می‌انجامد؛ اما سوآپ‌ها به طور عموم به معاوضه جریان‌های نقدی در چندین زمان گوناگون در آینده می‌انجامد (هال، ۱۳۸۸: ۲۴۹). گسترش سریع قرارداد سوآپ در بازارهای مالی از مزیت‌ها و منافع‌هایی حاکمی است که برای طرفین قرارداد پدید می‌آورد.

### ۱-۳. کاربرد اصلی قرارداد سوآپ

۱. مدیریت ریسک: یکی از مهمترین کاربردهای قرارداد سوآپ پوشش ریسک ناشی از تغییرات نرخ ارز نرخ بهره و قیمت کالا است. با استفاده از قرار دادهای سوآپ کالا شرکت‌ها می‌توانند ریسک قیمت خوراک یا محصولات خود را برای بلند مدت پوشش دهند.

۲. اصل مزیت نسبی و کاهش هزینه بدهی: بیشتر کاربرد قرار دادهای سوآپ در رابطه با بحث اصل مزیت نسبی است یعنی ممکن است در یک بازار پول یا سرمایه دریافت وام خاصی ارزان‌تر 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 به وجود می‌آورد.

۳. گریز از محدودیت‌های قوانین: با استفاده از قرارداد سوآپ می‌توان از هزینه قوانینی چون مالیات و محدودیت‌های قانونی محلی دوری کرد. در برخی شرایط می‌توان با استفاده از قرار داد سوآپ برخی از معاملات را که به لحاظ قوانین با محدودیت مواجه است یا دارای هزینه‌های مالیاتی زیادی است با سهولت و با پرهیز از این محدودیت‌ها به انجام رسانید. برای مثال بر اساس

قوانین سرمایه‌گذاری ژاپن صندوق‌های سرمایه‌گذاری و صندوق‌های بازنشستگی مجاز به تنوع سرمایه‌گذاری خود در سطح بین‌المللی نمی‌باشند. 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 ارزش ملی (ین) دریافت می‌کند که شامل محدودیت قانونی نیست. (راعی و سعیدی، ۱۳۸۷: ۳۵۲)

۴- استفاده از سوآپ برای تبدیل یا دارایی: شرکت‌ها می‌توانند از قرارداد سوآپ برای تبدیل وام با نرخ متغیر به وامی با نرخ ثابت استفاده نمایند. سوآپ‌ها علاوه بر تبدیل ماهیت بدهی می‌توانند ماهیت دارایی را تغییر دهند، به این معنی که به کمک قرارداد سوآپ می‌توان دارایی با نرخ بازده ثابت را به دارایی با نرخ بازدهی متغیر تبدیل نمود.

## ۲. انواع قراردادهای سوآپ

قراردادهای سوآپ ۵ نوع عمده دارد که در ذیل به توضیح آن‌ها می‌پردازیم:

### ۲-۱. سوآپ نرخ ارز<sup>۱</sup>

یکی از انواع قراردادهای سوآپ است که در ساده‌ترین سوآپ ارز شکل آن، عبارت است از پرداخت‌های اصل و فرع در یک ارز در برابر پرداخت اصل و فرع در ارز دیگر. تحت یک قرارداد یا معامله سوآپ ارز، یکی از طرفین توافق می‌کند تا پرداخت‌های دوره‌ای (ماهانه، سالانه و ...) در یک ارز مشخص، برای دوره‌ای خاص داشته باشد تا بدهی طرف دیگر معامله که از لحاظ ارز عنوان شده محتمل شده است، برطرف شود. در عوض، طرف دوم معامله توافق می‌کند که همین عملیات را درباره طرف اول قرارداد پیاده کند؛ اما با ارزی متفاوت. (بهاروندی، ۱۳۸۸: ۶۴-۶۷)

### ۲-۲. سوآپ اعتباری<sup>۲</sup>

سوآپ اعتباری یکی از انواع قراردادهای جدید است. قراردادهای سوآپ قراردادی هستند که هر روزه بر اهمیت آن افزوده می‌شود. سوآپ اعتباری خود یکی از نمونه‌های بدیع ابزارهای مشتقه اعتباری است که برای پوشش ریسک اعتباری مورد استفاده قرار می‌گیرد. با استفاده از این قرارداد، یکی از طرفین، خریدار ریسک اعتباری و دیگری فروشنده ریسک اعتباری خواهد بود.

1. Currency Swaps  
2. Credit Swaps



جریان‌های نقدی که درجه اعتباری متفاوتی دارند، در این قرارداد مورد مبادله قرار می‌گیرند، به طور مثال، اوراق قرضه‌ای که با رتبه الف است، جریان‌های نقدی ناشی از پرداخت سود ثابت خود را با جریان نقدی لایبور به همراه حاشیه‌ای برحسب میزان اعتبار (شکاف اعتباری) شرکت مبادله می‌کند و در صورتی در طول اعتبار اوراق مثلاً به ب برسد، حاشیه اعتباری کاهش می‌یابد. شکاف به اعتباری نیز بر حسب درجه اعتبار شرکت انتشاردهنده اوراق مورد محاسبه قرار می‌گیرد. سوآپ اعتباری برای پوشش ریسک اعتباری به کار برده می‌شود و دو نوع اصلی دارد: الف) سوآپ نکول اعتباری؛ ب) سوآپ بازده کل (موسوی بیوکی، ۱۳۸۸: ۹۸-۱۲۸).

### ۲-۳. سوآپ مالکیت<sup>۱</sup>

سوآپ مالکیت قراردادی است که در آن یکی از طرفین تعهد می‌کند تا نرخ بازده شاخص سهام را بر اصل مبلغ اسمی بپردازد و طرف دیگر می‌پذیرد که یک بازده ثابت یا متغیر بر روی مبلغ اسمی سهام بپردازد (هال، ۱۳۸۸: ۶۸۱). در سوآپ مالکیت دست کم یکی از دو جریان نقدی به وسیله قیمت سهام، ارزش پرتفوی سهام یا شاخص سهام مشخص می‌شود. جریان نقدی دیگر می‌تواند نرخ ثابت یا نرخ شناور مانند لایبور یا ارزش سهام یا پرتفوی سهام یا شاخص سهام دیگری باشد.

### ۲-۴. سوآپ کالا<sup>۲</sup>

اولین قرارداد سوآپ کالا در سال ۱۹۸۶ معامله شد و چارز منهاتان پیشگام این نوع قرارداد بود. اصلی‌ترین و پرکاربردترین نوع قرارداد "سوآپ کالای ثابت" است. یک قرارداد سوآپ کالای ثابت به شناور توافقی است که در آن مصرف‌کننده (تولیدکننده) قیمت خرید (قیمت فروش) کالا را به ازای معیار توافقی قیمت‌گذاری کالا در بازار برای یک دوره توافقی ثابت می‌کند. روی کالاهایی مانند نفت، محصولات پتروشیمی، قرارداد سوآپ کالای انرژی، فلزات و فلزات گرانبها مرسوم است و بیشترین حجم استفاده آن مربوط به قرارداد بین شرکت‌های نفت و پالایشگاه‌ها یا شرکت‌های تولیدی محصولات پتروشیمی است. در قرارداد سوآپ کالا، طرف اول قرارداد مبالغی را بر مبنای قیمت ثابت هر واحد در ازای مقداری کالا و به صورت دوره‌ای که در قرارداد ذکر شده به طرف دوم پرداخت می‌کند. طرف دوم نیز بر مبنای قیمت شناور هر واحد مبالغ دوره‌های را در تاریخ‌های تسویه به طرف اول می‌پردازد. (راعی و سعیدی، ۱۳۸۷: ۳۴۳-۳۴۱)

## ۲-۵. سوآپ نرخ بهره<sup>۱</sup>

قرارداد سوآپ نرخ بهره استاندارد عبارت است از قراردادی بین دو نفر که هر یک تعهد پرداخت سودی را به صورت دوره‌ای به طرف مقابل دارد. در هر تاریخ پرداخت که از پیش تعیین شده است و براساس اصل وام فرضی و نیز با ارزشهای یکسان، یکی از طرفین به پرداخت سود با نرخ ثابت و دیگری به پرداخت سود با نرخ شناور متعهد می‌شود. در ضمن هیچگونه مبادله‌ای به جز مبادله مابه التفاوت نرخ سود روی اصل وام فرضی انجام نمی‌شود. متداولترین نوع سوآپ، سوآپ نرخ بهره استاندارد است. در این نوع سوآپ یک شرکت توافق می‌کند، جریان‌های نقدی با بهره ثابت از پیش تعیین شده "اصل وام فرضی" را در مقاطع مشخصی در طول سال پرداخت کند و در برابر بهره‌هایی با نرخ بهره شناور بر روی همان اصل وام فرضی در همان مدت زمان دریافت کند. نرخ شناور رایج بیشتر قراردادهای سوآپ نرخ بهره، نرخ بهره پیشنهادی بین بانکی لندن (لایبور) است.

## ۳. ارکان، مزایا و معایب قراردادهای سوآپ

### ۳-۱. مزیت اصلی قراردادهای سوآپ

۱- مدیریت ریسک: یکی از مهمترین کاربردهای قراردادهای سوآپ، پوشش ریسک ناشی از تغییرات نرخ ارز، نرخ بهره و قیمت کالا است. با استفاده از قراردادهای سوآپ کالا، شرکت‌ها می‌توانند ریسک قیمت خوراک یا محصولات خود را برای بلند مدت پوشش دهند.

۲- اصل مزیت نسبی و کاهش هزینه بدهی: بیشتر کاربرد قراردادهای سوآپ در رابطه با بحث اصل مزیت نسبی است، یعنی مثلاً ممکن است که در یک بازار پول یا سرمایه، دریافت وام خاصی، ارزان تر از بازار دیگر باشد؛ بنابراین، استفاده از این وام موجبات بهره‌برداری از مزیت نسبی را فراهم کرد. و فرصت کاهش هزینه‌های مالی را برای طرفین به وجود می‌آورد. (راعی و سعیدی، ۱۳۸۷: ۳۴۸)

۳- گریز از محدودیت‌های قوانین: با استفاده از قرارداد سوآپ می‌توان از هزینه قوانینی چون مالیات و محدودیت‌های قانونی محلی دوری کرد. در برخی شرایط می‌توان با استفاده از قرارداد سوآپ برخی از معاملات را که به لحاظ قوانین با محدودیت مواجه است یا دارای هزینه‌های مالیاتی زیادی است با سهولت و با پرهیز از این محدودیت‌ها به انجام رسانید؛ برای مثال، براساس قوانین سرمایه‌گذاری ژاپن صندوق‌های سرمایه‌گذاری و صندوق‌های بازنشستگی مجاز به تنوع سرمایه‌گذاری‌های خود در سطح بین‌الملل نمی‌باشند. در اینجا سرمایه‌گذار ژاپنی می‌تواند از

سوآپ زوجی نرخ ارز که با استفاده از آن، سودها برحسب ین واصل بصورت 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 مالی (ین) دریافت می‌کند که شامل محدودیت قانونی نیست.

۴- استفاده از سوآپ برای تبدیل بدهی یا دارایی شرکت‌ها می‌تواند از قرارداد سوآپ برای تبدیل وام با نرخ متغیر به وامی با نرخ ثابت استفاده نمایند. سوآپ‌ها علاوه بر تبدیل ماهیت بدهی، می‌توانند ماهیت دارایی را نیز تغییر دهند؛ به این معنی که به کمک قرارداد سوآپ می‌توان دارایی با نرخ بازده ثابت را به دارایی با نرخ بازدهی متغیر تبدیل نمود.

### ۳-۲. ارکان قرارداد سوآپ

۱- دارایی پایه: موضوع قرارداد است و هدف از قرارداد انتقال ریسک اعتباری در معرض آنست.

۲- فروشنده سوآپ: طرف قراردادی که نرخ شناوری را دریافت و بازده کل را بطرف دیگر پرداخت می‌کند به فروشنده سوآپ خریدار حمایت نیز گفته می‌شود.

۳- خریدار سوآپ: به طرف قراردادی که با پرداخت نرخ شناور دریافت بازده کل موافقت می‌کند، خریدار سوآپ، فروشنده حمایت یا سرمایه‌گذار گفته می‌شود.

۴- شخص مرجع یا تعهد مرجع: شخص مرجع همان صادرکننده ابزار بدهی است این شخص می‌تواند شرکت، دولت و صادرکننده وام باشد.

۵- صرف سوآپ: پرداخت‌هایی که بوسیله خریدار حمایت صورت می‌گیرد "پایه صرف" نام دارد و پرداخت‌های احتمالی که ممکن است فروشنده حمایت به پرداخت آن‌ها مجبور شود به پایه حمایت موسوم است. خریدار و فروشنده در تاریخ معامله بر روی این صرف به توافق می‌رسند و صرف تا پایان مدت.

### ۴. ماهیت قراردادهای سوآپ

قراردادهای معاوضه یا سوآپ، از پر کاربردترین و مهمترین قراردادهای تجاری است به طور کلی، در قراردادهای معاوضه دو جریان ثالث و شناور با یکدیگر مبادله می‌شود. مبنای اینگونه قراردادها می‌تواند نرخ بهره، ارز یا کالا باشد قراردادهای معاوضه اهمیت اقتصادی و مالی بسیار زیادی در صنعت نفت و گاز دارند. قراردادهای معاوضه نفتی جزو قراردادهای معاوضه کالا محسوب می‌شوند این نوع قراردادها، اهمیت بسیار زیادی برای کشورهای دارای موقعیت سوق الجیشی همانند ایران دارند.

این نوع قراردادها اهمیت فراوانی برای فعالان این حوزه داراست به نحوی که با توسل به آن‌ها

به مدیریت هزینه‌های خود می‌پردازند و با استفاده از مزیت نسبی، در صرف هزینه‌ها صرفه‌جویی می‌کنند (با توجه به شرایط داخلی کشورها این قراردادها طیف بسیار گسترده‌ای را شامل می‌شوند از جمله نرخ بهره - ارز - کالا رایج‌ترین نوع قراردادهای سوآپ کالا، قرارداد سوآپ نفتی است که در کشور ما نیز دارای جایگاه ویژه‌ای است که به وسیله آن می‌توان از موقعیت مطلوب سوق الجیشی کشور استفاده کرد علاوه بر بهره‌مندی از مزایای درآمدزایی اینگونه قراردادها، قراردادهای سوآپ نفتی وسیله‌ای موثر برای مقابله با تحریم‌های وضع شده علیه نفت ایران محسوب می‌شده است از این رو ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها موضوع بسیار مهمی است که بر نحوه تفسیر اینگونه قراردادها و احکام حاکم بر آن تاثیر گذار است.

قرارداد سوآپ واجد ماهیتی خاص است که در صدد تاخت زدن دو دارایی یا دو بدهی به منظور اجتناب از ریسک کاهش ارزش دارایی در بلند مدت می‌باشد. در این سازو کار حقوقی زرفین قرارداد بزودی بر روی نرخ بهره حاصل از تعویض دارایی‌ها حساب کرده و ضمن دارایی مربوطه، از رهگذر انجام عملیات مالی مذکور سود می‌برند و در عین حال از ریسک کاهش دارایی نیز مصون می‌مانند. به موجب این ساز و کار حقوقی طرفین توافق و تعهد می‌نمایند که دارایی پایه را در قالب دو دارایی متفاوت که معمولاً در تاریخ تبادل ارزش یکسانی را دارا می‌باشند باقیمت‌های از پیش بینی شده بصورت ثابت یا متغیر در سررسید مبادله نمایند. معامله‌گران سوآپ با استفاده از روش‌های متعدد نظیر قراردادهای آتی با دیگر بانک‌های سوآپ، ریسک مالی خود را کاهش می‌دهند و بانک‌ها نیز در ازای قبول ریسک نکول قرارداد سوآپ کارمزدی را طرفین سوآپ دریافت می‌کنند.

با توجه به اوصاف قرارداد سوآپ در یک نگاه تحلیلی از حیث ماهیت حقوقی سوآپ آنچه به ذهن متبادر می‌شود این مطلب است که خصوصیت آن به نوعی در تشابه حق العمل کاری، تهاتر و معاوضه است و پرسش این است که آیا این تشابه خود دلیل قاطعی بر انطباق حقوقی مزبور می‌باشد و سپس با مقایسه هر یک از نهادهای حقوقی با وضعیت سوآپ به پاسخ تحلیلی رسیده ماهیت سوآپ با هر یک از نهادهای حقوقی مزبور نیز هست؟ اگر آری با کدامین از آن برای پاسخ باید اجماعاً به بررسی هر یک از نهادهای حقوقی مزبور پرداخته شود و سپس با مقایسه هر یک با وضعیت سوآپ به نتیجه رسید.

## ۵. بررسی ارکان و اوصاف ابزار مشتقه سوآپ با شرایط عمومی صحت قراردادهای در ایران

### ۵-۱. شرایط اساسی صحت سوآپ در قالب عقد

با توجه به این که، ابزار مشتقه سوآپ که در مورد قبول طرف مقابل قرار گرفته به عنوان یک قرارداد محسوب می‌شوند بنابراین، باید شرایط اساسی صحت معامله که قانون مدنی در ماده ۱۹۰ و مواد بعدی مقرر نموده است دارا باشند.

شرایطی که قانون مدنی برای صحت هر قراردادی معین نموده عبارتند از:

۱- قصد طرفین و رضای آنها

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد

۴- مشروعیت جهت معامله.

دیدگاه قانون مدنی در این مورد این شرایط در زیر مطرح می‌شود:

در فقه اسلامی و حقوق ایران قاعده ای هست به نام اصالة الصحة یا اصل صحت که به موجب آن، قراردادهای واقع شده بین متعاقدین اصولاً صحیح قلمداد می‌شود مگر اینکه دلیلی بر عدم صحت آنها وجود داشته باشند بنابراین، قراردادی غیر صحیح تلقی می‌شود مگر این که دلیلی بر عدم صحت آنها وجود داشته باشد پس قراردادی غیر صحیح تلقی نمی‌شود که ثابت شود فاقد یکی از شرایط صحت است و در صورت عدم احراز چنین ادعائی، قرارداد صحیح تلقی می‌شود. ناگفته نماند که شرایط صحت همیشه دارای یک اثر و نتیجه نیست و دارای ضمانت اجرای یکسانی نمی‌باشد. فقدان شرط صحت اساسی معامله، گاهی باعث بطلان قرارداد می‌شود و گاهی هم موجب عدم نفوذ آن. بنابراین، قرارداد سوآپ نیز مانند دیگر قراردادها که فاقد یکی از شرایط صحت باشد ممکن است باطل و یا غیر نافذ، تلقی شوند.

### ۵-۲. قصد طرفین و رضای آنها

قصد، قانون مدنی در بند ۱ ماده ۱۹۰، در بیان شرایط اساسی صحت قرار دارد، با ذکر دو عنوان قصد و رضا را از هم تفکیک نموده و سپس در مواد بعدی آثار و احکام متفاوت هر آنها کدام از آنها را بیان داشته است. انعقاد قرارداد سوآپ نیز مانند هر قراردادی همواره پس از یک سلسله تصورات و اعمال روانی روی می‌دهد، نخست قرارداد را با همه اکران و عناصر و نتایج آن در ذهن محسوم می‌کند، سپس میل و گرایش باطنی به انجام قرارداد پیدا می‌کند، آنگاه تصمیم به ایجاد آن می‌گیرد، سرانجام طرفین با به کار بردن لفظ یا انجام عمل، حقوقی را در ذهن و عالم اعتبار ایجاد می‌کند و با اعلام قصد و توافق اراده آنان قرارداد بسته می‌شود با توجه به مراحل مختلف روانی که برای انعقاد قرارداد بیان شد رضا که یکی از حالات اثرپذیری ذهن است همان

میل و گرایش باطنی به انجام عمل حقوقی است و زمینه را برای حرکت اراده در جهت محقق ساختن امری فراهم میکند رضا همان اشتیاق به ایجاد است و جنبه خلاقیت و ایجاد ندارد. (صفایی، ۱۳۸۲: صص ۶۲-۶۱)

هر چند قصد نیز مانند رضا یک امر نفسانی می باشد ولی مرحله ای بعد از رضا می باشد که همان تصمیم به ایجاد قرارداد می باشد و به عنوان عنصر سازنده عقد، که در مقایسه با شرایط دیگر، براساس اصل حاکمیت اراده در اعمال حقوقی، نقش ممتازی را در تحقق قرارداد دارد. در واقع قصد برخلاف رضا جنبه خلاقیت دارد و منجر به تشکیل عقد می شود قصد ایجاد عمل حقوقی در عالم اعتبار است که گاهی از آن به قصد انشا تعبیر می کنند و به قول دکتر امامی، قصد انشاء ایجاد امر متصور است. (امامی، ۱۳۸۱: ۱۸۹)

ملاحظه می شود که قانون مدنی به پیروی از فقه اسلامی قصد و رضا را از هم تفکیک کرده و آن را دو امر نفسانی جداگانه به شمار آمده است که فقدان هر کدام دارای ضمانت اجرا و آثار خاص خود را دارد. در ماده ۱۹۱ ق.م بیان می دارد که عقد محقق می شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند، ملاحظه می شود که قانونگذار قصد انشا را علت موجد عقد شناخته و نیز تاثیر قصد را مشروط به همراه بودن چیزی کرده که بر قصد دلالت کند، بنابراین، در قرارداد سوآپ طرفین باید اراده انشایی (قصد انشاء) قرارداد در معامله در جریان ثابت و شناور با یکدیگر را بیان نمایند. در قرارداد سوآپ نیز همچون قرارداد اختیار معامله، برای طرفین قرارداد قصد انشاء لازم است، والا فقدان قصد موجب بطلان قرارداد خواهد شد. صرف وجود قصد در درون شخص و عالم ذهن، کافی برای انعقاد قرارداد نیست بلکه قصد باید به طریقی بیان و اظهار گردد. بدیهی است که بدون کاشف و مبرز (چیزی که دلالت بر قصد کند) طرفین نمی توانند یکدیگر را از اعتبار نفسانی خود آگاه سازند، از آنجا که قرارداد از ربط دو اراده انشایی پدید می آید بنابراین، طرفین باید از قصد یکدیگر آگاه باشند و نسبت به آن توافق داشته باشند و تا چنین توافقی حاصل نشده عقدی محقق نخواهد شد و ماده ۱۹۴ ق.م به طور صریح لزوم توافق طرفین را به صراحت بیان کرده است.

### ۵-۳. اهلیت طرفین

اهلیت به طور مطلق عبارتست از توانایی قانونی شخص برای دارا شدن یا اجرای حق، توانایی قانونی برای دارا شدن حق اهلیت تمتع و توانایی قانونی برای اجرای حق اهلیت استیفا نامیده می شود. اهلیت تمتع: اصولاً هر شخصی دارای اهلیت تمتع است و می تواند صاحب حق باشد حتی صغار و مجانین می توانند طرف حق واقع گردند چنان که ماده ۹۵۶ ق.م در این زمینه مقرر می دارد

که در اهلیت برای دارابودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود و ماده ۹۵۸ ق.م می‌گوید، هر انسانی متمتع از حقوق مدنی خواهد بود.

اهلیت استیفاء: ممکن است شخصی دارای توانایی قانونی برای دارا شدن حق داشته باشد و بتواند طرف حق واقع شود در واقع اهلیت تمتع دارد اما نتواند شخصاً و بدون دخالت دیگری حق خود را اعما کند، مانند صغیر و مجنون، که اهلیت تمتع دارند ولی فاقد اهلیت استیفاء می‌باشند. چنان که ماده ۲۱۰ ق.م در این زمینه (اهلیت استیفاء) مقرر می‌دارد که متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند و بعداً در مواد بعدی شرایط اهلیت را بیان می‌دارد مثلاً ماده ۲۱۱ ق.م بیان می‌دارد که برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند.

#### ۴-۵. مورد معامله باید معین باشد

بند ۳ از ماده ۱۹۰ ق.م در بیان یکی دیگر از شرایط اساسی صحت معامله مقرر می‌دارد که موضوع معین که مورد معامله باشد ابتدا، مفهوم مورد معامله را روشن می‌کنیم و بعداً در مورد موضوع معین بررسی خواهیم کرد که آیا در قراردادهای مشتق معامله هم موضوع معین که یکی از شرایط صحت قرارداد می‌باشد قابل تصور است یا نه؟ قانون مدنی هیچ تعریفی از مورد معامله ارائه نکرده و تنها به بیان مصادیق آن پرداخته است، که دو عنوان کلی مال و عمل را برگزیده است. در ماده ۲۱۴ مقرر می‌دارد که مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفا آن را می‌کنند. بنابراین، می‌توان گفت که مورد معامله عبارتست از چیزی که در قرارداد موضوع تعهد واقع می‌شود.

و این بیان قانونگذار در ماده ۲۱۴ ق.م (تعهد تسلیم یا ایفا) ناشی از تعریفی است که وی در ماده ۱۸۳ ق.م از عقد بیان کرده است که مقرر می‌دارد: تعهد بر امری کند که مورد قبول طرف مقابل قرار گیرد. پس یکی از مصادیق این امر، هم می‌تواند تعهد به تسلیم باشد و هم تعهد به ایفاء. بنابراین، مصادیقی که قانونگذار در ماده ۲۱۴ ق.م، بیان نموده با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۸۳ ق.م (امری)، جنبه انحصاری نداشته و از باب تمثیل می‌باشد. پس هر امری که عرفاً و شرعاً قابلیت پذیرش اثر عقد را داشته باشد می‌تواند مصداقی از مورد معامله باشد. لذا در باب وکالت گفته‌اند که عمل مورد وکالت باید عرفاً و شرعاً قابل نیابت باشد (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۱۲۲). بر این مبنی، اعمالی از قبیل خوردن و آشامیدن و غیره و یا اعمالی از قبیل، تکالیف واجبه‌ای که هر کس آن را انجام دهد برای خود محسوب می‌شود قابل وکالت نیست و همین‌طور در باب بیع و مانند آن، گفته‌اند که مورد عقد باید مالیت و ملکیت داشته باشد (انصاری، ۱۴۲۰: ۷). بنابراین، مورد هر عقدی بنا به تناسب همان عقد دارای یک یا چند شرط می‌باشد که قانون معین نموده و به صورت کلی می‌توان گفت آنچه بین همه عقود مشترک است این است که مورد عقد باید عرفاً و شرعاً

قابلیت پذیرش اثر عقد را داشته باشد.

مثلاً مورد معامله در اختیار معامله از مقوله اختیار و از جنس حق می‌باشد و پیش‌تر بیان شد که بنا بر تعریف مال به معنای وسیع کلمه، می‌توان حق را در زمره اموال به شمار آورد. در قرارداد آتی نیز مورد معامله، مال موضوع قرارداد است که بین طرفین، مبادله می‌شود. و در مورد قرارداد سوآپ نیز معامله مال است که بین طرفین مورد معاوضه قرار می‌گیرد بحث دیگر، معین بودن مورد معامله است، مورد معامله باید بین طرفین معین باشد و گرنه معامله باطل خواهد بود. معین به معنای مشخص است و معین بودن مورد معامله یعنی مشخص بودن و مردد نبودن بین دو یا چند چیز است. در قرارداد آتی و سوآپ نیز اوصاف مورد معامله باید معین باشد که چه چیزی در قرارداد سوآپ چه چیزی مورد معاوضه (سوآپ) قرار می‌گیرد.

#### ۵-۵. مشروعیت جهت معامله

یکی دیگر از شرایطی که قانونگذار در ماده ۱۹۰ ق.م. به آن اشاره نموده، مشروعیت جهت معامله است، که در صورت نامشروع بودن آن، معامله باطل خواهد بود. جهت در واقع انگیزه واقعی طرفین یا یکی از آن‌ها در انعقاد عقد می‌باشد چنانچه فقها هم به این امر اشاره نموده‌اند، در فقه ما، بیع انگور جهت تهیه شراب و بیع چوب برای ساختن بتن، به این دلیل که کمک به گناه است به استناد آیه قرآن و احادیث معتبر فقهی حرام و معامله آن باطل است. بنابراین، جهت عقد در فقه نیز مورد توجه فقها قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۳۲۴) و نویسندگان قانون مدنی در ماده ۲۱۷ همان عنوان جهت عقد را موضوع حکم قرار داده‌اند که مقرر می‌دارد در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است اگرچه ماده ۲۱۷ ق.م. جهت نامشروع را هنگامی موجب بطلان معرفی کرده که صریحاً در قرارداد نیز شرط شده باشد ولی می‌توان گفت که هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافق ضمنی شده باشد، و به عبارت دیگر اوضاع و احوال بر حسب عرف حاکی از آن باشد که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق و ارائه مشترک طرفین شده است. در این صورت نیز قرارداد باطل است چون اوضاع احوالی که عرفاً از وجود جهت نامشروع و توافق ضمنی بر آن حکایت کند به منزله تصریح در عقد است، در فقه امامیه نیز همین نظر پذیرفته شده است (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۴۰) و به عبارت دیگری می‌توان گفت که با لحاظ ظاهر ماده ۲۱۷ ق.م. و قواعد و اصول حقوقی، جهت نامشروع، در صورتی عقد را باطل می‌کند که یا ضمن ایجاب و قبول درج شود و یا اینکه در مدت کوتاهی پیش از انشای عقد تصریح شود. به نحوی که ارتباط جهت مزبور با عقد مورد توجه طرفین به هنگام تشکیل عقد باشد. بنابراین، اگر جهت نامشروع وارد قلمرو توافق و تراضی طرفین



نشده باشد، با توجه به اینکه قانونگذار اصولاً کاری به اغراض و دواعی و انگیزه‌های متعاملین که جنبه درونی و شخصی و مربوط به نفس نیات آن‌ها است ندارد، استواری معاملات نیز چنین اقتضائی را می‌نماید که به انگیزه ترتیب اثر داده نشود. منظور از نامشروع بودن جهت این است که برخلاف قواعد آمره و نظم عمومی باشد.

## ۶. اثر قرارداد سوآپ

### ۶-۱. نسبت به طرفین

معمولاً قرارداد کسانی را پایبند و متعهد و منتفع از وقوعش می‌گرداند که به اراده خود، آن را ایجاد کرده‌اند اعم از اینکه شخصاً انشا اراده نمایند یا به واسطه نماینده، لذا شخص دیگری غیر از طرفین، که هیچ نقش و دخالتی در ایجاد رابطه حقوقی ندارد، نمی‌تواند مخاطب متعهدله قرار گیرد. قانونگذار در یک مورد اصل مزبور را زیر پا نهاده و شخصی غیر از طرفین عقد در ایجاد رابطه حقوقی نقش نداشته به موجب قرارداد ذینفع قرار داده و آن تعهد به نفع شخص ثالث می‌باشد. به غیر از این مورد هر تعهد و تکلیفی که از عقد ناشی گردد، تنها برای همان اشخاص و به تبع برای قائم مقام ایشان است که آن را ایجاد کرده‌اند زیرا ایجاد حق و تکلیف نیازمند سبب قانونی است.

هر قراردادی که منعقد می‌گردد طرفین عقد را پایبند و ملزم به اجرای آن می‌گرداند. براساس ماده ۲۱۹ ق.م.ت.ع. متعاقدين باید آنچه را بر عهده گرفته‌اند انجام بدهند یعنی با تحقیق و انشای صحیح قرار داد، اصاله اللزوم حکمفرما شده و طرفین را ملزم به ایفای تعهد می‌نماید. ماده قانونی مذکور چنین مقرر می‌دارد هر عقدی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاقدين و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ قرارداد ما حصل اراده متعاقدين است و تعهدات محصول قرارداد آن‌ها. پس شانه خالی کردن از زیر بار محصولات اراده، بدون سبب، مسئولیت ممتنع از اجرای مفاد تعهدات را در پی خواهد داشت. ما حصل قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی نیز پس از انشا، ایجاد تعهداتی برای هر یک از متعاقدين است و مطابق قاعده به غیر از خود طرفین معامله، کسان دیگری نیز نیابتاً از طرف آن‌ها می‌توانند انشاء قرارداد نموده و آثاری را برای طرف یا طرفین اصیل خلق نمایند. در واقع متعهد در اینگونه قراردادها، اصیل است که اراده‌اش را غیر مستقیم از طریق نماینده خود اعمال می‌کند و این امر موجب از بین رفتن مسئولیت او نمی‌گردد. بنابراین در قراردادهای اختیار معامله و قرارداد آتی که کار گزار به نمایندگی از طرف اصیل مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید، تعهداتی را پس از انجام معامله برای وی (سفارش‌دهنده) ایجاد می‌کند که سفارش‌دهنده مکلف به انجام و اجرای آن است.

با توجه به این مهم که در قرارداد اختیار معامله، قرارداد از جانب فروشنده لازم و از طرف خریدار خیار می باشد؛ بنابراین در صورتی که خریدار اراده خود را مبنی بر اسقاط خیار اعلام نکند، فروشنده متعهد و مکلف است که موضوع قرارداد را به خریدار تحویل دهد. به عبارت دیگر، نظر به اینکه قرارداد اختیار معامله از جانب فروشنده الزام آور است، در صورت درخواست خریدار متعهد می باشد و متعهد شدن فروشنده بعد از درخواست خریدار، تعهد به نتیجه است. نه تعهد به وسیله، یعنی صرف ایجاد وسایل کافی نمی باشد بلکه به دست آمدن نتیجه، مورد تعهد می باشد. بنابراین در صورت خواست خریدار، طرفی که تحویل کالا بر ذمه اش می باشد، باید در سررسید معین در قرارداد، موضوع را به همان ترتیبی که مقرر شده براساس مقررات، معیارها و استانداردهای بورس تحویل دهد. قیمت کالایی که باید در موعد تشخیص تحویل شود هنگام انعقاد قرارداد اختیار معامله معین می گردد و خریدار باید در همان حین درصدی از مبلغ را به فروشنده پردازد و براساس تعهدی که وی هنگام انعقاد قرارداد در مورد پرداخت ثمن متقبل می گردد، نمی تواند از پرداخت این درصد از مبلغ امتناع کند لازم به ذکر است که تحویل کالای موضوع این قرارداد در سررسید تعیین شده در صورت درخواست خریدار صورت می پذیرد و در غیر این صورت، قرارداد تسویه مالی می شود. اما در قراردادهای سوآپ و آتی چون این قراردادها لازم برای هر دو طرف می باشند در نتیجه هر دو طرف باید به قرارداد از هر لحاظ محل - زمان تسلیم و سایر پایبند باشند.

## ۶-۲. نسبت به مقام طرفین

مطابق با ماده ۲۱۹ق.م.عقدی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متقاعدين و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود اشخاص قائم مقام سه گروه هستند: وارث، منتقل الیه، طلبکار. وارث کسی است که تمام حقوق و تعهدات شخص مورث پس از موت او به طور قهری به وی منتقل می شود. منتقل الیه شخصی است که به واسطه عقدی جانشین مالک حقوق، تعهدات و اموال می گردد (شهیدی، ۱۳۸۲). طلبکار نیز در موارد خاص، قائم مقام بدهکار نسبت به حقوق و تعهدات وابسته به اموال او می گردد. مطابق با اصل نسبی بودن قراردادها: اثر هر عقد و قراردادی فقط نسبت به اشخاصی است که آن را منعقد کرده اند و جزء در مورد نفع شخص ثالث، توجه اثر عقد به ثالثی که در بستن قرارداد دخالتی نداشته است معتبر نمی باشد.

چنانچه در فاصله زمانی بین انشای قرارداد و اجرای مفاد آن یکی از طرفین یا هر دو آن ها فوت کند یا اینکه قانون حاکم بر قرارداد فی مابین اجازه انتقال آن به غیر را داده باشد، با وقوع هر یک

از حوادث مذکور، شخص ثالثی غیر از طرفین به طور قهری یا اختیاری وارد قرارداد می‌شود. به عبارت دیگر قرارداد به او منتقل می‌شود. اما اثر قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی و سوآپ در انتقال به صورت ارادی و به صورت قهری را در زیر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳-۶. نسبت به منتقل‌الیه در انتقال قهری

به موجب اصل نسبی بودن قراردادها اثر معاملات و عقود، فقط برای طرفین و نیز قائم مقام آن‌ها است. به غیر از متعاملین و قائم مقام آن‌ها دیگران از دایره حکومت قرارداد بیرونند و در اصلاح شخص ثالث نامیده می‌شوند. اشخاص وارث، قائم مقام محسوب می‌گردند که پس از فوت مورث دارایی او به حکم قانون به طور قهری به وراثت منتقل می‌شود. حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد در درون این مجموعه جای دارد، همواره با سایر اجزای دارایی انتقال می‌یابد و در نتیجه این انتقال، وراثت در حکم طرف عقد قرار گرفته جانشین او می‌گردند.

به جز برخی حقوق و تعهدات قائم به ذات و شخص که به دلیل وابستگی به شخصیت فرد به موجب ارث منتقل نمی‌شوند مانند حق حضانت و حق ولایت، هر گونه حقوق و تعهدات دیگر که قائم شخص مورث نباشد به ورثه منتقل شده و آن‌ها جانشین مورث خود می‌گردند. حال اگر در خصوص قابلیت یا عدم قابلیت انتقال موضوع یک حق یا تعهد یا یک قرارداد شک کنیم تکلیف چیست؟ با توجه به حدیث نبوی "من مات عن من فلو رائه" ماهیت و طبیعت حقوق و نیز فقدان ویژگی و خصوصیت حقوقی که قانونگذار بر قابلیت انتقال آن‌ها نسبت به سایر حقوق تصریح کرده است (طوسی، ۱۳۵۳: ۴۵) و مصلحت اندیشی قوانین در انتقال حقوق، نه عدم انتقال آن، دارد نشان‌دهنده این است که در مقام شک، اصل حاکم قابلیت انتقال و وراثت حقوق است که در مورد تعهدات نیز اصل فوق قابل اعمال است. یعنی مادام که مفاد و شرایط و ماهیت و نوع قرارداد حکایت از عدم انتقال نداشته باشد هر تعهدی برای طرفین قابل وراثت است. با این توضیح که تعهد در میراث متعهده، طلب است و در میراث متعهد بدهی محسوب می‌شود و هر دو جنبه مثبت و منفی تعهد قابل انتقال از طریق ارث است. (توکلی کرمانی، ۱۳۸۰: ۷۱)

قراردادهای مشتق و آتی نیز در زمره عقود است که وراثت هر یک از طرفین جانشین آن‌ها شده، حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد به آن‌ها منتقل می‌گردد مانند هر قرارداد بیع. مگر زمانی

---

۱. انتقال قرارداد از مقوله انتقال تعهد متفاوت است. انتقال قرارداد در واقع جایگزین کردن شخص دیگری بجای یکی از طرفین است که به موجب آن تمامی حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد به منتقل‌الیه منتقل می‌شود انتقال قرارداد دگرگونی طرفین عقد و جایگزین کردن شخصی به جای یکی از اطراف اصلی عقد است که به موجب آن موفقیت قراردادی تغییر می‌کند و انتقال گیرنده جانشین طرف قرارداد شده از تمامی ویژگی‌های موفقیت قراردادی که مجموعه‌ای از دین و طلب است بهره‌مند می‌گردد. از این رو انتقال قرارداد که جابه‌جایی طرف عقد است مفهوم گسترده‌تری از انتقال دین و تعهد دارند و به معنی تجدید نظر در ساختمان قرارداد است. و لزومی ندارد که قرارداد سابق منحل شود و پیمان دلخواه جای آن را بگیرد.

که خلاف این مسئله شرط شده باشد. از طرف دیگر تعهد از چنان وابستگی و ارتباطی به متعهد و شخصیت او برخوردار نیست که نتوان آن را در شمار تعهدات قابل انتقال به حساب آورد. بنابراین با توجه به مراتب فوق و اصل قابلیت انتقال حقوق و تعهدات، قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی و سوآپ به طور قهری با فوت هریک از طرفین قرارداد به وراثت آن‌ها منتقل می‌شود.

#### ۶-۴. نسبت به منتقل‌الیه در انتقال ارادی

انتقال قرارداد یکی از مواردی است که یکی از طرفین عقد، شخص ثالثی را قائم مقام خود نموده، وضع حقوقی خود را اعم از حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را به او انتقال دهد. انتقال قرارداد و دگرگونی طرفین عقد و جایگزینی شخصی به جای یکی از اطراف اصلی عقد است که به موجب آن موقعیت قراردادی تغییر می‌کند و انتقال گیرنده جانشین طرف قرارداد شده از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی که مجموعه‌ای از دین و طلب است بهره‌مند می‌گردد. در انتقال قرارداد، لزومی ندارد که قرارداد سابق منحل شود و پیمان دلخواه جای آن را بگیرد ولی لازم است که طرف دیگر عقد جا به جایی مورد نظر را انجام دهد و به مفاد انتقال بیوندد. لذا این اجازه ممکن است بنا بر تصریح طرفیت در عقد، پیش‌بینی شده باشد و طرفیت پیش از انتقال این اجازه را داده باشند یا احتمال دارد به طور ضمنی، از مفاد عقد یا عرف و عادت تجارتهی اجازه انتقال استنباط شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۴). اجازه انتقال به دلیل احترامی است که به آزادی اراده اشخاص در انتخاب طرف عقد داده می‌شود. زیرا اشخاص بنا بر اصل مذکور آزادند طرف قراردادی را که می‌خواهند با او وارد معامله شوند، خود انتخاب کنند. البته در عقود که شخصیت طرف علت عمده نباشد چرا که در روابط تجارتهی که بر مبنای تسریع در انجام معاملات واقع شده، رابطه دو شخص لحاظ نمی‌گردد بلکه دو دارایی را در نظر می‌گیرند. در قرارداد سوآپ نیز همانند دیگر قراردادهای منعقد در بورس، انتقال ارادی قرارداد امکانپذیر است به طوری که یکی از اهداف طراحی قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی از سوی مهندسان مالی، قابلیت انتقال طرفین قراردادهاست و عرف و عادت حاکم بر معاملات بورس و حتی ویژگی اصلی معاملات بورس، توانایی جا به جایی و نقل و انتقال آن‌ها است.

به همین منظور در بورس کالا در کنار بازار اولیه، بازار ثانویه نیز طراحی و پیش‌بینی شده است که هرگونه نقل و انتقال قرارداد نیز باید توسط کارگزار در بازار ثانویه و ثبت آن در بورس واقع شود. لذا با انتقال ارادی قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی و سوآپ، منتقل‌الیه جانشین طرف انتقال‌دهنده قرارداد شده، آثار قرارداد نسبت به او که در مقابل طرف دیگر قرارداد، شخص ثالث تلقی می‌شود، جریان خواهد داشت.

ضمانت اجرای قرارداد اختیار معامله و قرارداد آتی و سوآپ اثر اصلی هر قرارداد پیدایش تعهد قانونی بر اجرای عمل مثبت یا منفی مورد قرارداد، یعنی انجام یا ترک فعلی است که یکی از دو طرف در برابر دیگری یا هر دو طرف در برابر یکدیگر به عهده می‌گیرند. گفته می‌شود که این تعهد در عقود یک تعهدی بر عهده یکی از دو طرف در برابر طرف دیگر و در عقود دو تعهدی بر عهده هر یک از دو طرف در برابر طرف دیگر ثابت می‌گردد. عدم انجام این وظیفه و امتناع از ایفای آن موجب پدید آمدن مسئولیت قراردادی است و مسئولیت قراردادی عبارت است از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۴۶) و تکلیفی است قانونی بر جبران زیان وارده از عمل شخص مسئول به دیگری. بنابراین عهدشکنی امری خلاف اراده طرفین و متناقض با خواست آن‌ها، از انشای قرارداد است. عهدشکنی گذشته از نقض خواسته متعاملین، موجب سلب استحکام، ثبات و اطمینان در قراردادها شده، باعث از هم گسیختگی و عدم دوام روابط قراردادی افراد جامعه می‌گردد. از این رو قانون، ضمن حمایت از حقوق افراد، بر ضرورت پاسداری از سلامتی روابط قراردادی افراد جامعه نیز تاکید دارد. لذا قانونگذار افراد را در روابط حقوقی و قراردادی خود رها نکرده، قراردادهایی را که بر طبق قانون و به عبارتی بر مبنای عدم مخالفت با قانون واقع شده باشد را، بین طرفین لازم‌الاتباع می‌داند و تنها به آنچه در قرارداد مورد تصریح قرار گرفته بسنده نکرده، آن نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود را لازم دانسته است و هر کدام از متعاقبین که از اجرای قرارداد خودداری کنند نه تنها ملزم به ایفای تعهد می‌گردند بلکه در برخی موارد باید خسارت وارده ناشی از عدم اجرای قرارداد را نیز بپردازد. در این گفتار عهدشکنی متعهد از ایفا و اجرای قرارداد و ضمانت‌های اجرای آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به طور کلی آثار قرارداد یا همزمان و همراه با انعقاد عقد، بی‌درنگ به وجود می‌آید و یا پس از انشای قرارداد، اثری بر ذمه یکی از طرفین یا هر دو تعلق می‌گیرد. تملیک، اسقاط حق، انتقال دین و تعهد و ایجاد اذن، نمونه آثاری است که به محض انشای عقد بی‌درنگ بوجود می‌آید و لاجرم اجرای تعهد درباره آن، پس از تخلف از آن مفهومی ندارد. از این جهت می‌توان آن‌ها را به شرط نتیجه تشبیه کرد. اما دسته دوم پس از انعقاد قرارداد، اجرای آن هنوز مطرح است و ذمه متعهد تا هنگام اجرا مشغول به آن می‌باشد. تعهد طرفین در قرارداد اختیار معامله نمونه‌ای از آنگونه آثار است که تحویل و دریافت کالا پس از انعقاد قرارداد در تالار بورس، تا زمان سررسید و پس از آن در صورت عدم اجرا، در ذمه فروشنده باقی است و می‌توان این گروه از آثار را به شرط فعل تشبیه کرد. لذا امتناع و خودداری از انجام تعهد که همان تخلف از قرارداد می‌باشد در این گروه مصداق خواهد داشت. در قرارداد آتی برخلاف قرارداد اختیار معامله، دوطرف قرارداد، تا زمان سررسید ملزم به اجرای تعهدات خود هستند اما همانند این قرارداد از نوع گروه دوم می‌باشند. در

قراردادهای سوآپ نیز دو طرف قرارداد تا زمان سررسید ملزم به اجرای تعهدات هستند. تخلف از قرارداد، عهدشکنی متعهد از تعهدات قراردادی امر مذمومی است چرا که متعهد با تراضی و به اراده خود به واسطه انشای عقد این تعهد را بر ذمه گرفته است. چه این تعهد مربوط به مورد اصلی عقد باشد و چه تعهد ناشی از شرط ضمن عقد. به عبارتی، تعهد قراردادی به معنای اعم، تعهد مورد قرارداد و تعهد مورد شرط مندرج در قرارداد را در بر می گیرد. اجرای تعهدات ناشی از قرارداد مورد درخواست و مطالبه طرف مقابل یا متعهدله است که اثر تخلف از قرارداد، ایجاد وظیفه و تکلیفی به نام مسئولیت قراردادی برای متعهد می باشد. این وظیفه و تکلیف قانونی نیز زمانی پدید خواهد آمد که مهلت اجرای قرارداد سپری شده، متعهد در تخلف از انجام تعهد مرتکب تقصیر شود و از جهت عدم اجرای قرارداد خسارتی به متعهدله وارد گردد. معمولاً در تعهدات قراردادی، تقصیر متعهد به صرف عدم ایفای تعهد تحقق می یابد.

نتیجه هر عقد و قراردادی، ایفای درست و عادلانه تعهدی است که به موجب آن متعهد بر عهده گرفته است. ماحصل و ثمره بر عهده گذاشتن و ذیحق شدن در قرارداد هنگامی مطلوب و خوشایند متعهدله است که تعهد مزبور، اجرا شده و به آن وفاء گردد. اگر هر یک از طرفین قرارداد می دانست که طرف دیگر به تعهد خویش عمل نخواهد کرد، هیچگاه حاضر به انشای عقد و قرارداد با وی نمی شد. به ویژه اگر انشای قراردادی همراه با تحمل هزینه انعقاد از قبیل هزینه یافتن طرف قرارداد، هزینه مشاوره و کارشناسی و صرف وقت و هزینه مطالعات پیرامون موضوع و... باشد. معمولاً امروزه شخصی که قصد انجام معامله ای را داشته باشد ابتدا تحقیقات اولیه و اکملی را پیرامون موضوع معمول و مطالعات لازم را در خصوص آن به انجام رسانیده آن را مورد کارشناسی نیز قرار می دهد و پس از اینکه انتفاع و سود خود را در انعقاد ببیند مبادرت به انشای قرارداد می نماید. در غیر این صورت به ندرت به خطر انداختن خود برای به دست آوردن سود احتمالی می کند. ممکن است گفته شود پوشش ریسک و خطر ناشی از نوسان قیمت در قراردادهای اختیار معامله و قرارداد آتی و سوآپ نیز احتمالی و حتمی نمی باشد. اما باید گفت که پوشش دادن این خطر، حصول اطمینان از آینده نامعلوم است که هنگام معامله به این اطمینان دست پیدا می کند که آنچه را در آینده نیاز دارد به یک قیمت معلوم و مشخصی به دست خواهد آورد یا خواهد فروخت.

### نتیجه گیری

ریسک بخش جداناپذیر فعالیت های اقتصادی است. پیچیدگی و بی ثباتی بازارهای مالی و در نتیجه گسترش دامنه ریسک های بازار، نیاز به ابزارهای نوین مدیریت ریسک را دو چندان کرده است.

ابزارهای مشتقه به عنوان یکی از ابزارهای نوین مدیریت ریسک با وجود جدید بودنشان مورد اقبال نیز واقع شده‌اند. سوآپ‌ها چنانچه بخواهند مورد پذیرش شریعت اسلام قرار بگیرند می‌بایست عاری از مسایلی نظیر ربا، غرر، میسر، قمار و جهل باشند. در این تحقیق به مبانی فکری و ماهیت این ابزارها و محصولات مدیریت ریسک بازار در حوزه مشتقات مالی اسلامی یعنی سوآپ‌ها پرداخته شده است و این قراردادها مورد تحلیل قرار گرفته است. این ابزار از دیدگاه حقوقی و فقهی مورد بررسی قرار گرفت و همچنین با نهادهای حقوقی مشابه در ایران مورد مقایسه قرار گرفت.

در قراردادهای سوآپ با توجه به اینکه سوآپ انواع مختلفی را شامل می‌شود در هر مورد نظارت متفاوت فقهی و حقوقی از نظرات مخالف و موافق ارائه شد. تبیین، کاربرد و سازکار قراردادهای سوآپ به طور کلی مورد بررسی قرار گرفت. به ماهیت این قراردادها پرداخته شد و همانطور که عنوان شد تعاریف این قرارداد در جایگاه قراردادی جدید با ماهیت حقوقی جدید معنا ندارد. در ادامه امکان تطبیق قرارداد پیش گفته با یکی از انواع عقود اسلامی و نهاد حقوقی ایران مورد بررسی قرار گرفت که از میان عقود اسلامی شبیه به قرارداد (بیع دین به دین، بیع کالی به کالی و صلح دین به دین) امکان طرح این قرارداد در قالب صلح دین به دین مورد تأیید قرار گرفت و صحت شرایط عمومی قراردادها نیز در مورد قراردادهای مشتقه مورد بررسی قرار گرفت. همچنین در مورد قراردادها و سوآپ از میان شبهه‌های وارده، بحث غرری بودن و ربوی بودن قرارداد سوآپ بهره مورد تأیید قرار گرفت. بنابراین نتیجه حاصل شد که سوآپ نرخ بهره متعارف غرب با اصول قراردادهای اسلامی و فقه شیعه منطبق نمی‌باشد همچنین قرارداد سوآپ را با انواعی از عقود معین و همچنین با بیع تورق و استصناع یا عربون، مرابحه و سایر مورد بررسی قرار دادیم که نتیجه‌ای حاصل شد که شباهت‌هایی با بیع تورق داشته اما بیع تورق محسوب نمی‌شود و قرارداد جدیدی می‌باشد که می‌توان با تصحیح شکل غربی این قرارداد آن را در قالب عقود اسلامی مورد استفاده قرار داد.

قراردادهای مشتق نهادی نو در روابط اقتصادی و تجاری است. این قرارداد به منظور دوری جستن تولیدکننده و مصرف‌کننده بطور کلی سرمایه‌گذار از ریسک و خطر ناشی از نوسان قیمت کالا و جلوگیری از هزینه‌های اضافی در راستای مدیریت مالی و تامین اطمینان برای سرمایه‌گذار از وضعیت آینده سرمایه‌گذاری خود طراحی و ایجاد گردیده‌اند.

این نوع قراردادها نیز فقط بصورت عقد تشریفاتی می‌باشد چون یک معامله گر سوآپ بین دو طرف قرارداد قرار دارد. اما تفاوتی که پیمان آتی یا سوآپ دارد در این مورد است که پیمان آتی منجر به معاوضه جریانات نقدی فقط در یک تاریخ یکسان می‌شود ولی سوآپ‌ها عموماً به معاوضه جریانات نقدی در چندین زمان مختلف در آینده می‌انجامد.

قرارداد سوآپ عقدی لازم می‌باشد که طرفین باید به قرارداد پایبند باشند و به تعهدات خود درقبال طرف قرارداد عمل کنند. در قرارداد سوآپ مبلغی بین طرفین رد و بدل نمی‌شود فقط مبلغی بعنوان ودیعه توسط معامله‌گر سوآپ دریافت می‌شود. بیع حقیقت شرعیه و متشرعیه ندارد بلکه دارای معنای عرفی است و آنچه را هم فقها مطرح کرده‌اند تبیین معنی عرفی به فهم خوشان است.

### **تشکر و قدردانی**

پژوهشگران، از عزیزانی که در فرآیند ویراستاری ادبی و صفحه‌آرایی این مقاله همکاری و راهنمایی داشتند، کمال تشکر و امتنان را دارند.



## منابع

- امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). **حقوق مدنی**. شش جلدی، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامیه.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۲۰ ق). **المکاسب**. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بهاروندی، احمد. (۱۳۸۸). **بررسی روش‌های پوشش ریسک دارایی‌های ارزی بانک‌ها از منظر فقه امامیه و قانون بانکداری بدون ربا**. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع).
- توکلی کرمانی، سعید. (۱۳۸۰). **انتقال تعهد**. تهران: نشر دانشور.
- خوزین، علی و ذنکوب، مرتضی. (۱۳۹۰). **اولویت‌بندی عوامل موثر در بکارگیری اوراق مشتقه در بورس اوراق بهادار تهران**. مهندسی مالی و مدیریت اوراق بهادار (مدیریت پرتفوی). ۱۴۵-۱۶۶: (۷)۲.
- راعی، رضا و سعیدی، علی. (۱۳۸۷). **مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک**. تهران: انتشارات.
- رضایی دوانی، مجید و اکبری، محمدجواد. (۱۳۹۲). **سوآپ ارز؛ بررسی فقهی و امکان استفاده از آن در بازارهای اسلامی**. معرفت اقتصاد اسلامی. ۲ (پیاپی ۸): ۱۰۳-۱۲۸.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). **تشکیل قراردادهای و تعهدات**. چاپ دوم، دو جلدی، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۸۲). **قواعد عمومی قراردادهای**. تهران: نشر میزان.
- طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۱۷ ق). **التبیین فی تفسیر القرآن**. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). **حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای**. جلد ۲، چاپ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق حلّی، ابوالقاسم. (۱۴۰۳ ق). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. بیروت: دارالاضواء.
- محقق نیا، محمدجواد؛ تملکی، حسین و خواجه زاده دزفولی، هادی. (۱۳۹۲). **بررسی قراردادهای سوآپ نرخ بهره از دید فقه امامیه**. اقتصاد اسلامی. ۱۳ (۵۲): ۱۷۰-۱۴۱.
- معصومی نیا، غلامعلی. (۱۳۸۵). **بررسی فقهی ابزارهای مشتقه**. جستارهای اقتصادی، ۳ (۶): ۱۸۸-۱۵۳.
- موسویان، سید عباس و موسوی بیوکی، سید محمد مهدی. (۱۳۸۸). **مدیریت ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی از طریق سوآپ نکول اعتباری**. اقتصاد اسلامی. ۸ (۳۳): ۹۵-۱۲۶.
- موسویان، سید عباس و تملکی، حسین. (۱۳۹۲). **بررسی قراردادهای سوآپ کالا از دیدگاه فقه امامیه**. تحقیقات مالی، ۲ (۲): ۲۵-۵۴.
- موسوی بیوکی، سید محمد مهدی. (۱۳۸۸). **بررسی تطبیقی مشتقات اعتباری با فقه امامیه با هدف مدیریت ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی**. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.

- هال، جان. (۱۳۸۸). **مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک؛ ترجمه سجاد سیاح و علی صالح آبادی**. تهران: گروه رایانه تدبیر پرداز.
- حسین زاده، جواد. (۱۳۹۱). **بررسی حقوقی ساختار و اعتبار قرارداد آتی یکسان**. مجله حقوقی دادگستری. ۷۶(۸۰): ۱۶۹-۱۹۵.
- حبیب‌اللهی، محمدهادی و ذاکرنیا، احسان. (۱۳۹۷). **بررسی امکان استفاده از سوآپ نکول اعتباری در پوشش ریسک اعتباری صکوک**. جستارهای اقتصادی ایران. ۱۵(۲۹): ۹۵-۱۲۰.
- مشهدی زاده، علیرضا. (۱۳۹۵). **بررسی حقوقی - فقهی قراردادهای آتی در بورس انرژی**. مبانی فقهی حقوق اسلامی (پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی). ۹(۱۷): ۲۱۵-۱۹۳.