

وکیل الرعایا

درباره قوانین و مقررات و عمومی

بررسی ماهیت بیع متقابل با نهاد های حقوقی داخلی - محمد اسلامجو

بررسی ماهیت بیع متقابل با نهاد های حقوقی داخلی - محمد اسلامجو

چکیده:

اتخاذ قراردادهای بیع متقابل به عنوان روش تامین مالی پروژه های صنعت نفت و گاز در ایران از یک سو ناشی از محدودیت ها و الزامات قانونی و از سوی دیگر ناشی از الزامات اقتصادی بوده است.

قراردادهای بیع متقابل از نظر ماهیتی متفاوت از تاسیسات حقوقی داخلی همانند بیع، معاوضه، جعاله، اجاره به شرط تملیک و ... هستند. این قراردادها در مدل ایرانی خود ماهیتی خاص دارند و مشابهت کاملی با هیچ یک از تاسیسات حقوقی داخلی و خارجی ندارند.

طرفین چنین قراردادی قصد می کنند یک مجموعه قرارداد جدید با شرایط کاملاً متفاوت از سایر قراردادهای مرسوم، در قالب یک قرارداد جامع منعقد نمایند که مبنای اصلی آنها همانند قراردادهای دیگر، تراضی طرفین است. این تراضی تا جایی که مخالف قوانین و مقررات نباشد پذیرفتن و لازم الاجراست:

مقدمه:

تامین مالی پروژه های صنعت نفت به عنوان سرمایه برترین صنعت کشور همواره یکی از اساسی ترین دغدغه های دولت در این بخش بوده است.

محدودیت حاصل از اصول 44، 80 و 81 قانون اساسی و به تبع آن قوانین بودجه سالانه و قوانین برنامه پنج ساله توسعه و نیز قوانین نفت به ویژه قانون نفت مصوب 1366، موجب شد تا برای جلب سرمایه گذاری خارجی روش بیع متقابل بویژه در بخش بالادستی نفت و گاز برگزیده و استفاده شود. عوامل موثر در اتخاذ شیوه بیع متقابل از نقطه نظر داخلی یکی محدودیت ها و الزامات قانونی بوده و دیگری الزامات اقتصادی منبعت از قوانین بودجه ای کشور و برنامه های کلان اقتصادی می باشد.

روش بیع متقابل در ایران به عنوان یک شیوه سرمایه گذاری غیر استقراری در واقع مدل اصلاح شده از بایک در سایر کشورهاست که متناسب با منافع و احتیاجات کشور و ایجاد انگیزه برای شرکت های نفتی خارجی برای آوردن سرمایه و تکنولوژی و دانش فنی خود به ایران مورد استفاده قرار گرفته است.

اصل خدشه ناپذیر منافع کشور و ضرورت اکتشاف و توسعه میادین و ذخایر نفت و گاز و توسعه پایدار و همه جانبه، ایجاب می نماید که با بررسی محدودیت ها و تنگناهای قانونی و اجرایی بیع متقابل به بحث پیرامون ماهیت حقوقی و قراردادی و جایگاه قانونی آن پرداخت.

در این تحقیق به بررسی مفهوم و ماهیت بیع متقابل و مقایسه آن با برخی از تاسیسات مشابه داخلی می پردازیم.

قراردادهای بیع متقابل و تاسیسات عمده حقوقی مشابه

الف: تعریف بیع متقابل

در آغا × بررسی مفهوم بیع برداخته و می خواهیم بررسی نمایم که آیا می توان تاسیس بیع متقابل را که ترجمه

اصطلاح ()
یا اینکه خ
ماده



تازه فهمیدم خدایم این خداست این خدای مهربان و آشناست با عنایت حق تعالی و زحمات پدر و مادرم خصوصاً مادرم که در نبود پدر، برایم هم مادر بود و هم پدر و بهره گیری از اساتیدی معزز و اندیشمندانمدرحوم دکتر شهیدی، مرحوم دکتر فخار، دکتر نوریها، دکتر میر محمد صادقی، دکتر محمد هاشمی، دکتر افتخار جهرمی و ... توانستم از دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی فارغ از تحصیل شوم. از تمامی مراجعان محترم تقاضا دارم با انتقادات و پیشنهادات سازنده مرا در این راه راهنمایی نمایند.

خانه

پست الکترونیک

آرشیو وبلاگ

عناوین نوشته ها

نوشته های پیشین

آذر ۱۳۹۳

اردیبهشت ۱۳۹۳

بهمن ۱۳۹۱

مرداد ۱۳۹۱

آذر ۱۳۹۰

آبان ۱۳۹۰

مهر ۱۳۹۰

خرداد ۱۳۹۰

بهمن ۱۳۸۹

شهریور ۱۳۸۹

مرداد ۱۳۸۹

تیر ۱۳۸۹

بهمن ۱۳۸۸

دی ۱۳۸۸

پیوندها

روح بزرگ (SHIN)

ورزشی

BLOGFA.COM

« بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» از این تعریف سه ویژگی تملیکی بودن، معوض بودن و عین معین بودن مبیع فهمیده می شود. منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خود به خود مبادله می شود و نیاز به کار دیگری ندارد. معوض یعنی عین مالی که فروخته می شود و با حال دیگر مبادله می شود. همچنین از تعریف ماده 338 قانون مدنی استفاده می شود که مبیع باید عین باشد. و چهارمین ویژگی که در این تعریف وجود ندارد و حقوقدانان از جمله ویژگی های آن به شماره آورده اند، لازم بودن عقد بیع می باشد.

از سوی دیگر بیع متقابل توسط کمیسیون اقتصادی ملل متحد برای اروپا به شرح زیر تعریف شده است:

« در این شیوه موضوع معامله اولیه عبارت است از ماشین آلات، تجهیزات، حق اختراع، اکتشاف و دانش فنی یا کمک های فنی (تجهیزات- تکنولوژی) که به منظور نصب و استقرار تسهیلات تولیدی برای خریدار مورد استفاده قرار خواهد گرفت و وفق توافق طرفین، فروشنده متعاقباً تولیدات به دست آمده از تسهیلات مذکور را از خریدار اولیه خریداری می کند».

در ماده 2 آیین نامه بیع متقابل غیر نفتی مصوب 79 بیع متقابل به این صورت تعریف شده است:

« بیع متقابل یا معاملات دو جانبه به مجموعه ای از روش های معاملاتی اطلاق می شود که به موجب آن سرمایه گذار تعهد می نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیرنقدی) را برای تامین کننده کالاها و خدمات مورد نیاز، شامل کالاهای سرمایه ای یا واسطه ای یا مواد اولیه یا خدمات جهت ایجاد، توسعه بازسازی و اصلاح واحد تولیدی و خدماتی در اختیار سرمایه پذیر قرار دهد و بازپرداخت تسهیلات، شامل اصل و هزینه های تبعی آن را از محل صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه پذیر دریافت کند».

درمجموع از این تعریف و تعاریف دیگر می توان چنین استنباط کرد که بیع متقابل از دو یا چند قرارداد مجزا تشکیل شده است که قرارداد نخست، قرارداد خرید تکنولوژی، تجهیزات، خدمات و غیره از طرف کشور سرمایه پذیر می باشد و قراردادهای بعدی، قرارداد فروش محصولات تولیدی همان سرمایه گذاری به کشور یا شرکت سرمایه گذار جهت استهلاک هزینه ها، سود سرمایه و بهره مربوط به سرمایه گذار می باشد. به بیان دیگر به موجب این قرارداد، شرکت خارجی کلیه هزینه های مربوط به سرمایه گذاری اعم از خرید تجهیزات، نصب، راه اندازی و کلیه هزینه های مربوط به استفاده از نیروی انسانی و هزینه های عملیاتی تا مرحله توسعه میدان نفتی یا گازی خاص را تامین می کند و بعد از آنکه تولید به سطح مقرر در قرارداد رسید، کلیه تجهیزات را در اختیار شرکت ملی نفت قرار می دهد و در مقابل شرکت ملی نفت توافق می کند که کلیه خدمات پیمانکار طرف قرارداد اعم از هزینه ها، حق الزحمه و سود از طریق فروش مستقیم نفت یا گاز حاصله از میدان به پیمانکار طرف قرارداد یا از طریق تخصیص عواید حاصل از سهم گاز یا نفت طرف قرارداد که توسط شرکت ملی نفت ایران به طرفهای ثالث فروخته شده را طی اقساط معین و در مدت زمان معلوم جبران نماید. (کلایو. ام. اشمیتوف، ج1، ص241)

ب: اوصاف بیع متقابل

در مجموع می توان مشخصات و ویژگی های زیر را برای قراردادهای بیع متقابل بر شمرد:

1- دو قرارداد مجزا

این قرارداد، از دو قرارداد اصلی تشکیل می شود. در قرارداد نخست فروشنده با صادر کننده متعهد می شود که امکانات تولید را فراهم کرده در قبال آن بهای فروش تجهیزات و کارخانه و تکنولوژی را به صورت بخشی از محصولات همان کارخانه و امکانات سرمایه گذاری شده، دریافت دارد. در واقع قرارداد دوم، قرارداد بازخرید محصول ناشی از قرارداد اول می باشد.

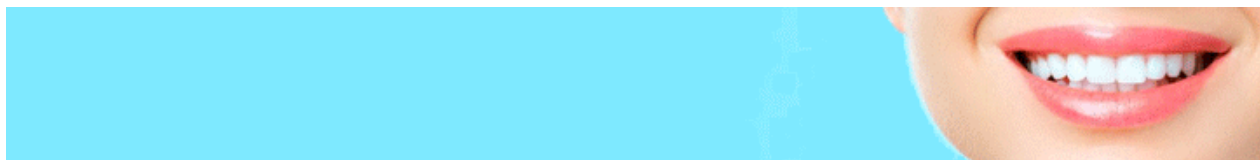
بنابراین با توجه به تعریف عقد که عبارت است از: «توافق دو انشای متقابل که به منظور ایجاد اثر حقوقی صورت می گیرد»، شکلی نیست که بیع متقابل با عقود منطبق است و در ماهیت قراردادی آن هیچ گونه شک و شبهه ای نیست؛ اما اینکه این قرارداد در کدامین دسته از قراردادها می گنجد موضوع بحث ما خواهد بود.

2- ارتباط بین کالاها و تجهیزات و وسایل صادراتی با کالاهای بازخرید شده

ویژگی × گر بیع متقابل این است که تسهیلات و امکانات تولیدی ارائه شده از سوی صادر کننده اصلی با

محصولات

3- بلند م



قراردادهای بیع متقابل جزء قراردادهای بلند مدت محسوب می شود که دوره موثر آنها می تواند از 5 تا 20 سال باشد . ساخت يك پروژه عظیم اقتصادی که به خط تولید برسد صرف وقت و مدت زمان زیادی خواهد بود.

4- سنگین بودن حجم عوضین قراردادهای بیع متقابل

منظور این است که این قرارداد در پروژه های عظیم و گران قیمت مورد استفاده قرار می گیرد.

5- لزوم قرارداد

قراردادهای بیع متقابل که از قراردادهای نامعین می باشد ، تراضی طرفین برای لزوم و صحت این قراردادها کافی است چرای که برای هر يك از طرفین این قرارداد ، تعهداتی بوجود می آید و درعرف نیز به این تعهدات طرفین عقد می گویند؛ فلذا تحت عموم آیه « اوفوا بالعقود » قرار می گیرد و لازم الاوفا می باشد.

6- منجز بودن

مطابق ماده 189 قانون مدنی : « عقد منجز آن است که تاثیر آن برحسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود».

بیع متقابل ، متوقف بر خرید محصولات توسط فروشنده تجهیزات نیست بلکه مشتمل بر دو قرارداد و يك پروتکل است که یکی از آنها قرارداد فروش تکنولوژی یا تجهیزات است و این قرارداد ، منجز اما مشروط بر پرداخت ثمن از محصولات تولیدی است . بنابراین هر چند در قرارداد بیع متقابل پرداخت عوض از محصولات معوض شرط قرارداد است ولی این مسئله عقد را معلق نمی سازد بلکه عقد منجر است.

7- معوض بودن

عقودی که برحسب طبیعت خود دارای دو مورد هستند و هر يك از دو طرف در برابر مالی که می دهد یا دینی که بر عهده می گیرد ، مال یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می کند، معوض می نامند. در عقد معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هر يك از دو طرف، هم طلبکار دیگری است و هم مدیون او.

بی تردید بیع متقابل عقدي معوض است. در این قرارداد باید ماده ای برای تعیین ارزش تعهد بیع متقابل ، یعنی ارزش خرید محصولات به وسیله ای خریدار، گنجانده شود. این مبلغ می تواند مساوی، کم تر یا بیش تر از قیمت تجهیزات یا تکنولوژی فروخته شده تحت قرارداد اولیه باشد.

ج- ماهیت بیع متقابل

در فقه پیرامون قراردادهای کنونی تجارت بین الملل سخنی به میان نیامده است فقها بیشتر در مورد عقود معین به شرح تفضیل پرداخته اند.

بنظر می رسد با توجه به تعریفی که از بیع و سایر عقود معین در فقه بعمل آمده است ، نتوان قراردادهای بیع متقابل را با هیچ يك از آنها توجیه کرد . چه آنکه این قراردادها از پیچیدگی ها و ظرافت های خاصی برخوردارند که در هیچ يك از عقود معین دیده نشده است . دیگر آنکه این قرارداد ، ازدو قرارداد مجزا و جدا از هم تشکیل شده است یعنی در ظاهر يك قرارداد ولی دو قرارداد کاملاً جدا از یکدیگر می باشند که هر کدام دارای پیچیدگی خاص خود می باشد که در عقود معین یافت نمی شود.

در فقه برخی از فقها عقود را توقیفی (متوقف بر نص شارع) می دانند بدین معنا که تنها عقود را لازم الوفا و مشروع می دانند که شارع آنها را تنفیذ نموده باشد . این دسته آیه « اوفوا بالعقود» را ناظر بر عقود زمان شارع می دانند. اما در زمان کنونی ، فقها عقیده دارند که عموم و اطلاقاتی مانند آیه « اوفوا بالعقود » ناظر به هم قراردادهای چه عقود معین ، چه عقود که بنا به نیاز بوجود آمده باشند ، می باشد.

امام خمینی (ره) در کتاب البیع در مورد العقود در آیه « اوفوا بالعقود » می فرماید:

« از روشن ترین احتمالات موجود و نزدیک ترین اقوال به ظاهر آیه این است که عقود به معنای مطلق عقود معاملیه و عهده می باشد ، مانند عقد بیع و تعهدات رایج بین دولتها یا اشخاص» (امام خمینی ، ج4، چاپ 1379، ص27)

پس بیخ آنچه گفته شد ، میتوان نتیجه گرفت که قراردادهای بیع متقابل از قراردادهای نامعین است و تراضی طرفین بر



در ابتدای تحقیق به یکی از ویژگی های عقد بیع، تملیکی بودن آن پرداختیم ولی همانطور که ملاحظه گردید در بیع متقابل تملیکی به صورتی که در بیع مطرح است، صورت نمی گیرد و تنها تعهداتی برای طرفین ایجاد میگردد. بنابراین هر چند قرارداد بیع متقابل از بین عقود معین، بیشترین شباهت را با عقد بیع دارد و حتی معادل فارسی قرارداد Buy-Back را بیع متقابل قرارداد اند، از لحاظ لغوی به معنای بازخرید است و معنی حقوقی آن هم از معنی لغوی آن دور نیفتاده است. ترجمه بای بک (Buy-Back) به بیع متقابل این توهم را بوجود آورده است که ماهیت آن همان ماهیت عقد بیع را دارد در حالیکه در ترجمه بای بک یک اشتباه صورت گرفته است که بیان گردید.

عده از حقوقدانان معتقدند که معاملات بیع متقابل به صورت بیع شرط تنظیم می شود، ولی معین نمی کنند که چه ارتباطی بین معامله بیع متقابل و بیع شرط وجود دارد. (نصیری، چاپ 1383، ص 171)

بنابراین بین بیع متقابل و عقد بیع تفاوت هایی بدین شرح وجود دارد:

الف- فقها و قانون مدنی ایران، بیع را تملیک عین به عوض معلوم می دانند. با آوردن کلمه عین قانون گذار مفهوم بیع را از عقود که در آن جا معوض، چیزی غیر از عین باشد را جدا ساخته است. در حالی که موضوع در بیع متقابل، ارائه تجهیزات، فناوری و تعهد به استقرار کارخانه یا تاسیسات مربوطه به صنعت مورد نظر است.

ب- اگر دو نفر کالایی را با پول مبادله کنند دادگاه در مقام فصل خصومت باید آن را خرید و فروش بداند هر چند دو طرف آن را معاوضه نامیده باشند. اما در قالب بک قرارداد بیع متقابل هیچ گونه پرداخت نقدی وجود نخواهد داشت و بازپرداخت هزینه ها و سود از عواید حاصل از فروش نفت و گاز خواهد بود.

ج- همانطور که در تعریف بیع آمد، عقد بیع عقدی تملیکی است، به مجرد عقد، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می شود. در حالی که بیع متقابل، عقد عهدی است و این موضوع با دقت نظر در ماده بک قرارداد نمونه بیع متقابل کمیسیون اقتصادی اروپا، فهمیده می شود. این ماده مقرر می دارد:

« ماده 1- تعهد خرید متقابل

1-1- به این وسیله آلفا موافقت می کند که محصولات را که بتا به موجب شروط این قرارداد به وسیله استفاده از وسایل و تکنولوژی فروخته شده توسط آلفا تولید کرده است از بتا بخرد (یا سبب خرید را به وجود آورد) و همچنین محصولات مذکور را تحویل بگیرد.

1-2- به این وسیله بتا موافقت می کند که طبق شرایط و مقررات مذکور در قرارداد محصولات مذکور راه آلفا بفروشد و با خرید محصولات از آلفا به عنوان بیع متقابل در چهارچوب این قرارداد موافقت نماید.»

د- در عقد بیع لازم نیست که ثمن و مبیع بایکدیگر سنخیت داشته باشند یعنی یکی محصول و نتیجه دیگری باشد اما در بیع متقابل یکی از شروط الزامی و اصلی که ماهیت این قرارداد را تشکیل می دهد غالباً این است که همان محصول که از سرمایه گذاری پیمانکار (سرمایه گذار خارجی) به دست می آید به خود او فروخته شود.

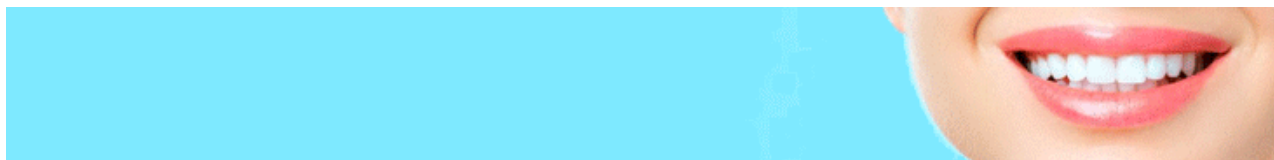
ه- اگر معامله بیع متقابل را عقد بیع بدانیم، در بیع متقابل نفتی، نفت یا گاز پس از استخراج به سرمایه پذیر تعلق می یابد و این امر به سرمایه گذار حق عینی اصلی یعنی حق مالکیت بر روی نفت استخراجی از چاه می دهد و در نتیجه تسلط و تملک بیگانه بر منابع اولیه اقتصادی محقق می شود. امری که مخالف قانون اساسی و اصل حاکمیت و مالکیت کشور میزبان به منابع اولیه اقتصادی است. (صادقی، چاپ 1383، صفحه 128)

و- در بیع متقابل بین دو مال ارتباط وجود دارد. همانطور که اشاره شد و بیع متقابل محصولاتی که از سرمایه گذاری در کشور سرمایه پذیر به دست می آید، بهای پرداختی یکی از طرفین (کشور سرمایه پذیر) می باشد یعنی قیمت خرید تجهیزات و تکنولوژی لزوماً می بایست محصولات تولیدی ناشی از همان سرمایه گذاری باشد نه مال دیگری. در حالی که در بیع بین دو مال ارتباطی وجود ندارد و لزوماً یکی ثمن و دیگری مبیع می باشد. بنابراین این با این اوصاف بین بیع و بیع متقابل هیچ گونه سنخیتی نمی باشد و نمی توان آن در قالب ماهیت عقد بیع توصیف نمود.

2-مقایسه بیع متقابل با عقد شرکت

قانون مدنی در ماده 571 به تبعیت از فقه، «شرکت را به اجتماع مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» تعریف نموده است. عده ای از فقها شرکت را اجتماع حقوق چند مالکیت در یک شی به صورت مشاع تعریف کرده اند.

قرارداد بیا × قابل باعقد شرکت تفاوت هایی به شرح ذیل دارد:



الف- اسباب
سبب اش
معناست

ب- دو مین تفاوت بین عقد شرکت و قرارداد بیع متقابل ، که درحقیقت ناشی از تملیکی بودن عقد اول وعمومی بودن عقد دوم است ، این است که درعقد شرکت مدنی ، شرکا در مال موجود ، مالکیت مشاعی پیدا می کنند ، در حالی که در قرارداد بیع متقابل ، دو طرف قرارداد متعهد به واگذاری تجهیزات و تکنولوژی از طرف فروشنده و پرداخت عوض از محصولات حاصله توسط خریدار می شوند.

ج- از آن جا که شرکت ، در واقع اذن در تصرف شرکا در سهم الشرکه مشاعی شریک است، چنین اذنی قابل رجوع و در نتیجه ، شرکت عقدهای جابز است . ماده 578 قانون مدنی در این باره می گوید: «شرکا همه وقت می توانند از اذن خود رجوع کنند .» در حالی که بر مبنای اصالت الزوم حاکم بر عقود و قراردادها ، مخصوصاً در قراردادهای بین المللی قرارداد بیع متقابل عقدهای لازم است.

3-مقایسه بیع متقابل باقرارداداجاره به شرط تملیک

اجاره به شرط تملیک در آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب 1362 هیات وزیران چنین تعریف شده است : «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره ای است که در آن شرط شود. مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد ،عین مستاجر را مالک گردد». این آیین نامه در تاریخ 20/5/81 اصلاح شد . در ماده 58 آیین نامه مذکور مقرر می دارد : «بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امورخدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی ، ساختمان و مسکن ، بازرگانی و کسب و کار و مصرف کالاهای با وام ساخت داخل کشور به عنوان موجر مبادرت به معاملات اجاره به شرط تملیک نمایند».

بنابراین با این تحلیل ،مستاجر با پرداخت آخرین قسط اجاره ، مالک کالای مورداجاره می گردد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی دیگری داشته باشد . در نتیجه باتوجه به قصد مشترک طرفین می توان گفت که تملیک معلق به پرداخت تمام اقساط اجاره، ثمن می باشد (کاتوزیان ،1378،صفحه 77 به بعد)

ممکن است گفته شود که بیع متقابل مصدافی از اجاره به شرط تملیک است. با این توضیح که تجهیزات و تکنولوژی سرمایه گذاری شده در کشور سرمایه پذیری تا زمان بازپرداخت محصولات ناشی از آن در دست آنها اجاره است و بهای این اجاره به صورت اقساط و به شکل اجاره به شرط تملیک بر طبق برنامه زمان بندی شده ، به سرمایه گذاری پرداخت می گردد و در پایان با پرداخت آخرین اجاره بها، تجهیزات و وسایل ، همگی به ملکیت خریدار در می آید.

اما بین قراردادهای بیع متقابل با اجاره به شرط تملیک تفاوتی های به شرح ذیل وجود دارد که ماهیت آنها را از هم دیگر متمایز می سازد:

1-مهمترین ویژگی قرارداد بیع متقابل ارتباط مستقیم میان ماشین آلات و تجهیزات صنعتی و تکنولوژی وارد شده و کالای تولید شده ناشی ازهمین تجهیزات می باشد طوری که مقداری از محصولات تولیدی به وسیله همین امکانات سرمایه گذاری شده به عنوان بهای این سرمایه گذاری پرداخت می گردد اما در اجاره به شرط تملیک این ارتباط بین محصولات تولیدی و اجاره بها وجود ندارد و به هر شکلی که توافق صورت گیرد، قرار داد اجاره به شرط تملیک محقق می باشد.

2-در برخی ازموارد در بیع متقابل ، فروشنده ماشین آلات به جای فروش، آنها را اجاره می دهد، دراین حالت تعهد متقابل همچنان خرید محصولات حاصل از ماشین آلات خواهد بود که به این طریق اجاره بها پرداخت می شود(اصغرزاده ،1376،ص25)

اما درهمین حالت نیز با پرداخت آخرین قسط، تکنولوژی ، دانش فنی به مالکیت مستاجر در نمی آید بلکه با پایان مدت اجاره می باید تکنولوژی و تجهیزات و سایر وسایل سرمایه گذاری مدنی به مالکت اصلی(فروشنده) برگردد.بنابراین با این اوصاف بیع متقابل اجاره به شرط تملیک نیست و ماهیت جداگانه ای دارد.

مقایسه بیع متقابل با عقدجعاله

به موجب ماده 561 قانون مدنی « جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین . نسبت به ماهیت جعاله میان فقها از یک طرف و حقوقدانان از طرف دیگر اختلاف نظر وجود دارد ، به طوری که عده ای اعتقاد دارند که جعاله ایقاع است .صاحب جواهر ایقاع بودن جعاله را پذیرفته است .وی معتقد است که درجعالی بین ایجاب وقبول مقارنه ای وجود ندارد (حال آنکه اگر از عقود می بود به این مقارنه : ازمند بود ،امام خمینی (ره) نیز معتقدند جعاله ایقاع می باشد . عده ای بر عکس آن را عقد دانسته اند از جمله شیخ موسی در مسوط.

حقوق
لنگرودی
استاد کر

اول- از عناصر عمومی عقود این است که هر عاقد از نظر عاقد دیگر معلوم و معین باشد و حال آنکه جعاله چنین نیست.

دوم-قبول ، عنصر عقود است و حال آنکه اگر عامل در جعاله بدون اطلاع از کار جاعل در تعیین جایزه، مال مفقود او را یافته باشد استحقاق مال الجعاله را دارد.

سوم-اهلیت عاقد شرط صحت عقد است و حال آنکه در جعاله اهلیت عامل ضرورت ندارد؛صغیر و سفته هم اگر مال مفقود جاعل را بیابند استحقاق مال الجعاله را دارند.

چهارم- عقد باید طرف معین (يك یا چند نفر) داشته باشد؛ عقد به طرفیت عام منعقد نمی شود حال آنکه جعاله به طرفیت عموم صحیح است. (دکتر لنگرودی ، 1379، ص325و326)

بر عکس مرحوم دکتر شهیدی جعاله را عقد دانسته و در توجیه نظر خویش اظهار می دارند:«به نظر ما با توجه به مجموعه مقررات مربوطه به جعاله ، نظیر ماده 546 قانون مدنی که برای جعاله دو طرف می شناسد و ماده 566 قانون مدنی که فسخ جعاله را پیش بینی کرده است و فسخ وسیله انحلال يك عقد می باشد ، همچنین با توجه به آثار احکامی که جعاله دارد ، چاره ای جز عقد دانستن آن نسبت هر چند که ماده 561 در این قسمت صراحتی ندارد.» (دکتر شهیدی، چاپ1382، ص110)

آقای دکتر کاتوزیان نیز نیز قائل به عقد بودن جعاله هستند:«جعاله ،خواه عام باشد یا خاص ، در زمره عقود است و نباید آن را ایقاع شمرد، منتهی عقدی است که آزادی اراده با سختگیری های معمول در عقود معوض و به ویژه اجاره روبرو نیست.»(دکتر کاتوزیان، 1384، ص402)

لذا جالب توجه است که با وجود اختلاف نظر در ماهیت جعاله برخی با ساده انگاری کوشیده اند تا قرارداد بیع متقابل را با عقد جعاله توجیه کنند. (عزیزالهی ، 1384 ، ص166)

برای اینکه بدانیم بیع متقابل تا چه اندازه قابلیت توجیه را با عقد جعاله دارد باید خصوصیات جعاله را بیان کنیم:

الف-قبول ابهامات در عقد جعاله

از آنجا که موارد فراوانی یافت میشود که مردم به انعقاد عقود نیاز دارند که انعقاد آنها را حدود و ثغور و مشخص عقود سازگاری ندارد ، شارع عقدی را تأیید نموده که علیرغم ابهام در متعاقدين و میزان خدمت و اجرت آن ، نظر قانونی داشته باشد .

ب-جواز عقد جعاله

عقد جعاله بدون نیاز به دلیل خاص از طرف جاعل و عامل قابل به هم زدن است ولی این بدین معنا نیست که اگر جاعل پس از انجام مقداری از عمل که عرفاً مستحق اجرت است ، اقدام به فسخ نمود، عامل مستحق هیچ اجرتی نباشد مستفاد از مواد 565و566 قانون مدنی این است که اگر عمل دارای اجزای متعدد باشد و هر يك مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد عامل از اجرت المسمی به نسبت عملی که انجام داده است و در غیر اینصورت مستحق اجرت المثل خواهد بود.

3-قابلیت تعمیم وسیع در عقد جعاله

برخلاف عقود دیگر که از حیث متعاقدين و موضوع ، حدود و ثغور مشخص دارند ، جعاله از قابلیت مانور فوق العاده ای برخوردار است ؛ چنان که از مواد 561و563و564قانون مدنی نیز به دست می آید ، عقود بسیاری را می توان در قالب عقد جعاله گنجانند.

از کلمه «عمل» مذکور در ماده 561 قانون مدنی به خوبی استفاده می شود که مورد عقد جعاله صرفاً امور خدماتی نیست بلکه می توان واگذاری اعیان یا موضوعات دیگر را موضوع عقد جعاله قرارداد به همین دلیل است که بانک ها در بانکداری بدون ربا از این عقد بسیار بهره می گیرند و در بسیاری از موارد تسهیلات خود را در قالب این عقد اعطا می کنند.

با این اوصاف، اگر اصرار بر توجیه قرارداد بیع متقابل با یکی از عقود معینی داشته باشیم با اوصافی که درخصوص عقد جعاله بیان نمودیم، بیع متقابل را به خوبی می توان با عقد جعاله توجیه کرد . وجود اوصافی مانند قابلیت تعمیم درعقد جعاله کم مایانی به این توجیه می کند به طور مثال طبق تعریف آنستیرال از بیع متقابل(Buy back) ، عرضه تجهیزات و تکنولوژی



حال آیا می توان قرارداد بیع متقابل را جعاله نامید؟ پاسخ قطعاً منفی است ، زیرا قراردادهای بیع متقابل همانطور که از عنوان آنها پیداست از دو قرارداد جداگانه واولاً: پیچیده با طرافت های خاص خود تشکیل گردیده اند و طرفین قرارداد معین (با قابل تعیین) و معلوم و تعهدات و حقوق ایشان نیز مشخص می باشد و موارد ابهامی نیز وجود ندارد تا این قراردادها را به جعاله که بیش از يك التزام ساده و معمولی نیست ، تشبیه کنیم.

ثانیاً: درجعاله عامل می تواند پس از انجام قسمتی از عمل ، از بقیه خودداری کند و هیچ مسئولیتی نیز ندارد .اما در قراردادهای بیع متقابل تکالیف و حقوق شرکت سرمایه گذاری دقیقاً معین گردیده و این شرکت بدون دلیل و توجیه فنی و حقوقی نمی تواند از انجام عمل خودداری نماید.در صورتی که يك طرف به تعهدات خود عمل نکند ناقض قرارداد محسوب شده و خسارت سنگینی بر عهده وي گذارده خواهد شد.

در نتیجه نسبت دادن و شبیه دانستن بیع متقابل به جعاله ، بی اطلاعی از این گونه قراردادها و عملکرد آن در تجارت بین الملل میباشد.

مقایسه بیع متقابل باقراردادهای مشمول ماده 10 قانون مدنی

به موجب ماده 10 قانون مدنی« قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد ، نافذ است».

قبل از تصویب ماده 10 قانون مدنی ، مشروع دانستن قراردادهای خارج از چارچوب عقود معین ، محل اشکال بود. هدف از وضع این ماده این بود که در مورد اجمال و سکوت قانون ، اراده متعاملین (حاکمیت اراده) محترم شمرده شود و از این لحاظ، بین عقود معین و سایر قراردادها هیچ تفاوتی نباشد.

بنابراین ،عقیده برخی از نویسندگان ، که ماده 10 قانون مدنی را ناظر بر قراردادهایی می دانند که شرایط و آثار آن در قانون معین نشده است و نتیجه گرفته اند که درعقود معین ، مانند بیع و اجاره و صلح ، به ماده 10 قانون مدنی واصل حاکمیت اراده نمی توان استناد کرد، محل تامل است.حاکمیت اراده ، قالب خاص نمی شناسد و هدف از اصلی که در ماده 10 قانون مدنی بیان شده این بوده است که مفاد تراضی ، جز در مواردی که در قانون به صراحت منع شده است ، حاکم بر روابط دو طرف آن باشد (کاتوزیان ، 1378 ، صص 6-1)

اصل آزادی قراردادی در مرحله نخست بیان می دارد که اراده برای انشای عقد و ایجاد عقد ، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است .(حائری ، 1373 ، ص39)

همان گونه که می دانیم قرارداد بیع متقابل یکی از انواع قراردادهای نامعین (بی نام)می باشد با توجه به گستره اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها درحقوق فقه ایران نباید تردید جدی رواداشت که قراردادهایی که در قالب و مدل قرارداد بیع متقابل درصنعت نفت و گاز منعقد می گردند،با لحاظ عرفی حاکم برقراردادهای نفتی یکی از انواع قراردادهای پذیرفته شده در ماده 10 قانون مدنی می باشد ، چرا که بیع متقابل مجموعاً نوعی قرارداد خصوصی میان دو شخص حقیقی و یا حقوقی است که بر مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین و عدم مخالفت باموازی قانونی منعقد می شود و میان طرفین نافذ و معتبر است.

در این رابطه توجه به نکات زیر لازم به نظر می رسد:

1-براساس فقه و قانون برای ایجاد تعهد و التزام ، لازم نیست که تراضی و توافق افراد در قالب عقد ویژه ای از عقود معین در آید بلکه قراردادهای خصوصی به هر شکل و شیوه ای که منعقد شود تابع قواعد عمومی قراردادها و نافذ و معتبر است . بنابراین شاید بتوان گفت قرارداد بیع متقابل نیز مورد شمول حکم ماده 10 قانون مدنی قرار گیرد.

2-قرارداد در هر قالبی که بوجود آید، لازم الوفا میباشد و دو طرف می بایست به تعهدات ناشی از قرارداد احترام بگذارند و آن تعهدات را ایفاء نمایند.قرارداد بیع متقابل نیز از این قاعده مستثنی نمی باشد و طرفین باید تعهداتی که از این قرارداد ناشی می شود را به موقع اجرا نمایند.ماده 219 قانون مدنی مقرر می دارد: « عقودي که بر طریق قانون واقع شده باشد ، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است».

3-قراردادهای غیرمعین تا جایی نافذ و معتبر است که مخالف صریح قانون نباشد. همان گونه که برخی حقوقدانان گفته اند ، مقصوداز « صریح قانون » تأیید اصل مباح بودن قرارداهاست وکنایه از اینکه در منع قانونگذار تردید نباشد و گرنه قرارداد مخالف روح قانون نیز باطل است . ماده 10 قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را تنها در صورتی که مخالف صریح قانون باشد نافذ و معتبر می شناسد ، به قوانین امری نظری داشته و خواسته است از توافق اراده افراد بر

خلاف این

ممکن
سرمايه گ

است بنابراین نمی تواند در شمول ماده 10 قرار گیرد. اما به سه دلیل می توان به این اشکال ایراد و پاسخ داد:

اول: با فرض حرمت پرداخت سود و بهره به شرکت خارجی ، چنین شرطی باطل است اما موجب بطلان قرارداد نیست و با بقاء صحت قرارداد می توان آن را همچنان مشمول ماده 10 قانون مدنی دانست.

دوم- اساساً حرمت پرداخت چنین سودی که استهلاکی نیست بلکه عملیاتی، انتاجی و تولیدی است در فقه ثابت و قطعی نیست یا حداقل محل تردید و اختلاف است.

سوم- پرداخت سود سرمایه گذاری بنا به مصلحت و منافع اقتصادی جامعه و اقتضات جهانی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، شرعی و قانونی شناخته شده است. برای نمونه لایحه قانونی استفاده از منافع مالی خارجی در قالب فاینانس که از سوی شورای نگهبان خلاف شرع اعلام شد ولی سرانجام در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسید. از این رو پرداخت سود سرمایه به بیگانگان در قراردادهای بیع متقابل علاوه بر اینکه مخالفی با قانون ندارد که موافق مقررات جاری قانونی نیز می باشد.

لذا به نظر می رسد اگر قراردادهای بیع متقابل را یکی از مصادیق اصل آزادی قراردادها بدانیم با ماده 10 قانون مدنی سازگار و هماهنگ باشد چرا که طرفین قرارداد بیع متقابل هیچ گاه قصد ایجاد عقدی از عقود معین را نداشته اند و تنها خواسته اند که حقوق و تعهداتی برای طرفین ایجاد و عملیاتی ویژه صورت بگیرد و این مفهوم شاید با ماده 10 قانون مدنی واصل آزادی قراردادهای مطابق و هماهنگ باشد.

ماهیت حقوقی ویژه ای که این قرارداد دارد آن را به صورت قالبی ویژه در آورده است . همچنین به دلیل تصویب قوانین و مقررات مختلف در خصوص بیع متقابل اعم از نفتی و غیر نفتی و بیان شرایط و اوصاف و تعریف آن به موجب این مقررات بنظر می رسد که عقدی معین می باشد که تعریف، اوصاف و ویژگی های آن توسط قانونگذار بیان شده است.

ماهیت خاص بیع متقابل

پس از بررسی و مقایسه قراردادهای بیع متقابل با برخی از تاسیسات حقوقی داخلی، دانستیم که بیع متقابل رانمی توان در هیچ کدام از قالب های حقوقی سنتی داخلی جای داد. با توجه به برداشت های متفاوتی که از اصطلاح (Buy-back) در نوشته ها و تعابیر نویسندگان وجود دارد، اصطلاح مذکور در مقابل واژه خارجی (Buy-back contracts) وضع شده است ، این واژه کاملاً گمراه کننده که با ماهیت این قرارداد به هیچ وجه سازگاری ندارد و این قرارداد را باید نهاد نوینی دانست که شرایط مخصوص به خود را دارد که ممکن است در قراردادهای دیگر، چه نهادهای داخلی و چه نهادهای خارجی ، یافت نشود.

کلمه (Buy-back) را در فارسی قانونگذاران به «بیع متقابل» و برخی از حقوقدانان به «توافق باز خرید محصول» و عده ای از ایشان به «تهارتولیدی» ترجمه کرده اند . عده ای دیگر بی آنکه يك معادل فارسی برای این لفظ پیدا کنند آن را « بای بک» و برخی « خرید باز یافتی » نامیده اند.

بکار بردن لفظ « بیع » در ترجمه « بای بک» کاملاً اشتباه و گمراه کننده به نظر می رسد چرا که ممکن است در دید حقوقدانان ناآشنا و همچنین مجریان امور، این شبهه را القاء نماید که این قرارداد نوعی بیع با همان شرایط و ارکان داخلی و حتی بین المللی باشد، در حالی که اصلاً مشابهتی بین این قرار داد با بیع های داخلی و بین المللی وجود ندارد، شاید به نظر برسد که واژه « توافق باز خرید محصول» که در ترجمه کتاب تجارت بین الملل نوشته کلابوم، اشمیتوف آمده ، از همه اصطلاحات فارسی موجود ، مناسب تر و با ماهیت خاص بیع متقابل نیز سازگارتر باشد چرا که این اصطلاح دست کم یکی از ویژگی های مهم بیع متقابل را که ارتباط تولیدی بین کالاها و خدمات صادراتی و کالاهای و خدمات باز خرید شده می باشد ، به خوبی نشان می دهد.

بنابراین باید به دلایل ذیل این قرارداد بیع متقابل را نهادی نوین دانست:

1- همان گونه که بحث و مطرح گردید ، قرارداد مذکور با هیچ يك از نهادهای داخلی مشابهت ندارد و خود قرارداد پیچیده ای است که مرکب از دو یا چند قرارداد فرعی دیگر می باشد.

2- در قراردادهای بیع متقابل ایران ، شرکت سرمایه گذاری خارجی ، کلیه وجوه سرمایه گذاری مانند نصب تجهیزات ، راه اندازی آنها و انتقال تکنولوژی و... را برعهده می گیرد. پس از راه اندازی تجهیزات و رسیدن تولید تا سقف مقرر در قرارداد ، بازگشت سرمایه و هزینه ها و سود ، به صورت اقساطی در مدت معین مثلاً هفت سال و به صورت تحویل محصولات × بد شده ناشی از همین سرمایه گذاری و امکانات می باشد و این ویژگی اصلی قراردادهای بیع متقابل

می باشد

3- نکته دیگر

قصد می

قرارداد در قالب حقوقی مانند بیع و... که اصلاً با این گونه قراردادها سازگار نیست ، نداشته و ندارد.

نتیجه گیری

بیع متقابل از جمله اقسام تجارت متقابل است که هم ویژگی های خاص خود را داراست و هم با سایر اقسام تجارت متقابل وجوه افتراق و اشتراك دارد.

با بررسی که در برخی از نهادهای حقوقی داخلی و مقایسه آن با بیع متقابل گردید، ملاحظه گردید که بیع متقابل با هیچ کدام از اقسام عقود معین در حقوق داخلی همانند بیع ، جعاله،... مطابقت ندارد و با توجه با مفاد قراردادی ، از جمله قراردادهای بیمه‌نکاري و خدمت مي باشد که شاید بتوان آنرا با ماده 10 قانون مدني واصل آزادي قراردادها تطبيق داد. بیع متقابل با عنوان نهادي نوین دارای ماهیت خاص مي باشد که برای قراردادهای خدماتي با اوصاف خاص و توافق های جانبي برگزیده شده است.

پایان

منابع و ماخذ

- 1-کلایوم، اشمیتوف ، حقوق تجارت بین الملل، جلد اول ، ترجمه شده زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی، انتشارات سمت ، چاپ 1390
- 2-امامی ، سید حسن، حقوق مدني، جلد اول ، انتشارات اسلامیه ، 1371
- 3-جعفر لنگرودی ، محمد جعفر، مجموعه محشای قانوني مدني، انتشارات گنج دانش، 1379
- 4-شهیدی، مهدي ، حقوق مدني6: عقود معین ، انتشارات مجد، 1382
- 5-همو ، تشکیل قراردادها و تعهدات ، جلد اول، نشر حقوقدانان 1377
- 6-کاتوزیان ، ناصر ، دوره عقود معین، جلد اول، انتشارات شرکت سهامی انتشار، 1378
- 7-همو، دوره عقود معین، جلد دوم، انتشارات شرکت سهامی انتشار، 1378
- 8-همو ، قواعد عمومی قراردادها ، جلد اول
- 9-همو، قا × مدنی در نظم کنونی، نشر میزان، 1384

10-اشرف

های بازرر

11-اصغر

- 12- شیروی ، عبدالحسین ، انواع روش های قراردادی تجارت متقابل ، نشریه اندیشه های حقوقی 1383
- 13- امام خمینی، روح الله، کتاب البیع ، جلد 4، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، 1379
- 14- همو ، ترجمه تحریر الوسيله ، جلد دوم ، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم 1366
- 15- عزیز اللهی ، محمدرضا، بیع متقابل از دیدگاه فقه و حقوق، مدرسه عالی شهید مطهری ، 1384
- 16- حائری ، مسعود ، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده 10 قانون مدنی، انتشارات کیهان ، 1373
- 17- صفایی ، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها ، نشر میزان 1382
- 18- نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوق ایران ، موسسه انتشارات امیر کبیر 1383
- 19- صادقی ، جوانمرد ، جنبه های حقوقی قراردادهای سرمایه گذاری بیع متقابل، مجله پژوهش های حقوقی، سال سوم
- 20- ایزدی فرد ، علی اکبر ، تاملی فقهی حقوقی در قرارداد بیع متقابل ، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی ، شماره 54، 1389

+ نوشته شده در دوشنبه بیست و سوم مرداد ۱۳۹۱ ساعت 16:53 توسط محمد اسلامجو | [نظر بدهید](#)

