

اوصاف قراردادگشایش اعتبار اسنادی

محسن کاشانی حصاری^۱

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان

چکیده

دردنیای کنونی اعتبار اسنادی که مخلوق قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است بعنوان روش پرداختی نوین نقشی حیاتی و کم‌بدیل را در تجارت بین الملل برعهده دارد، این قرارداد بدلیل نوظهور بودنش نسبت به سایر روش های پرداخت و نقشی که بانک ها در آن ایفا میکنند از منظر ماهیت و تطبیق با نهاد ها و قواعد موجود حقوقی همواره محل گفتگوی نویسندگان و حقوقدانان بوده است، چراکه برخی کارکردها و آثار ناشی از آن ویژه خود این ابزار بوده و بدیلی در حقوق مدنی بری آن یافت نمی شود به همین دلیل اغلب دست اندرکاران حوزه تجارت بین الملل و حتی وکلاء و قضات تصویرچندان درستی از این مکانیزم پرداخت ندارند، برخی نویسندگان خارجی اعتبار اسنادی را موجودی عجیب الخلقه گفته اند و حتی در انتخاب عنوان قرارداد برای خالق آن یعنی قراردادگشایش اعتبار اسنادی ابراز تردید کرده اند، در میان نویسندگان کشور ما نیز عقیده غالب بر این است که با توجه به سوابق فقهی معاملات، اعتبار اسنادی را نیز باید در قالب عقود معین تحلیل و نهایتاً برخی دیگر معتقد به تحلیل آن در قالب سایر نهادهای حقوق مدنی از جمله ماده ۱۰ آن قانون می باشند، از این رو بررسی اوصاف قراردادگشایش اعتبار اسنادی براساس مفاهیم حقوق مدنی که اساساً مدخل ورود به حقوق قراردادها است، بعنوان مبحثی مستقل و قبل از هرگونه تطبیق و قیاس این قرارداد باهریک از عقود معین یا سایر نهادها حقوق مدنی، می تواند بسیار راهگشا باشد که از این منظر توافق برگشایش اعتبار قراردادی لازم، مستقل و غالباً منجز است لیکن علیرغم شباهت هایی که با عقود معوض دارد بدلیل ماهیت ویژه مکانیزم اعتبار اسنادی نمی تواند واجد آثار این عقود باشد و همین ماهیت ویژه موجب گردیده برخلاف رویه مرسوم در حقوق مدنی از برخی جهات عقدی عهدی و از جهات دیگر به عقود تملیکی شباهت داشته باشد، همچنین موقعیت آن در نظام اقتصادی و ارزی کشور آنرا عقدی تشریفاتی و البته الحاقی نموده و در نهایت بعنوان یکی از ارکان مکانیزم اعتبار اسنادی عقدی مغایر آن است.

واژه‌های کلیدی: اوصاف قرارداد گشایش اعتبار، جواز و لزوم، عهدی و تملیکی، معوض و غیر معوض، منجز و معلق، مستقل و تبعی.

مقدمه

تجارت در عرصه بین المللی علیرغم تمام شباهت های آن با تجارت داخلی از برخی ویژگی های خاص خود برخوردار است که این ویژگی ها در تجارت داخلی کمتر ظهور و نمود یافته و یا هیچگاه تجار داخلی را مشغول به خود نمی کند، از جمله عدم آشنایی با عرف وقوانین تجاری کشور طرف معامله یا محل وقوع آن، تفاوت های فرهنگی و اقتصادی کشورها با یکدیگر و مهم تر از همه عدم تعادل بین ارزش و قدرت پول کشورها برخی از مهمترین مسائلی است که یک تاجر بین المللی دائما با آن دست به گریبان است که هر یک از عوامل فوق به تنهایی قادر خواهد بود که تمام سرمایه یک بازرگان را به گستره نیستی کشاند و یا اساسا چرخه تجارت بین المللی و گردش ثروت را مختل کند. از سوی دیگر در عصر حاضر شاهد گسترش روز افزون اعمال حقوقی بواسطه اصل آزادی قراردادهای هستیم، این گسترش که نتیجه منطقی پیچیدگی روابط حقوقی در دنیای امروز است به نوعی بازتاب نیازمندی های حقوقی نوین اشخاص می باشد، تحولات اقتصادی و پیچیدگی های روابط اجتماعی چشم انداز جدید و متنوعی از معاملات را ایجاد کرده است که منشاء تعهداتی شده اند که تا پیش از آن هیچ سابقه ای نداشته است،^۱ اگر تا چندین پیش عقود معین نیازمندی های شایع جامعه را پاسخگو بود امروزه پذیرفتن این دیدگاه پاسخگوی نیازمندی های روز بویژه در قلمرو تجارت بین المللی نیست.

اعتبار اسنادی بعنوان یکی از پیشرفته ترین روش های پرداخت که حاصل تلاش های مستمر تجار، بانک ها و سایر و دست اندرکاران تجارت بین المللی در طول سالیان دراز است توانسته را ه حلی مناسب برای این دغدغه ها باشد بنحوی که امروز از آن بعنوان خون حیات تجارت بین المللی یاد میکنند و چنانچه کشوری به هر دلیلی از این ابزار محروم گردد عملا از چرخه تجارت جهانی حذف خواهد شد. این مکانیزم پرداخت از منظر تحلیل ماهیت حقوقی آن از مختصاتی چندگانه برخوردار است، برخی از آنها واجد سابقه در حقوق مدنی است و از این جهت منابع پر بار دارد لیکن از برخی وجوه به دلیل نوظهور بودن خود با هیچیک از اصول حقوق قراردادهای و عقود سنتی انطباق کاملی نداشته و از سوی دیگر به دلیل حکومت برخی از اصول حقوق تجارت به سندی تجاری می ماند، حال آنکه نه اصول حقوق قراردادهای دقیقاً بر آن منطبق است و نه بطور کلی می توان گفت که یک سند تجاری صرف است مضاف بر اینکه در تحلیل نهایی نیز بعنوان سندی بانکی متاثر از قواعد حقوق بانکی می باشد.

از آنجائیکه در میان ارکان و عناصر متعدد سازنده مکانیزم اعتبار اسنادی، توافق بین بانک گشاینده و متقاضی اعتبار نقشی کلیدی و تعیین کننده در ایجاد، آثار و چگونگی زوال مکانیزم اعتبار اسنادی دارد، از این رو تحلیل ماهیت حقوقی این توافق می تواند کمک شایانی به شناسایی ماهیت حقوقی کل مکانیزم کند، بحث پیرامون ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی در کشور ما مجال نوظهور تلقی و از فقر منابع علمی رنج می برد لیکن در همین مجال محدود نویسندگان ما در جهت تحلیل ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی اغلب سعی در تطبیق قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با عقود معین دارند و تمام تلاش خود را معطوف به مقایسه احکام، شرایط و آثار عقود معین با ویژگی های این قرارداد نموده و از طریق قیاس، یک یا چند از این عقود را بعنوان قالب مناسب برای آن معرفی می کنند. صرف نظر از لزوم یا عدم لزوم چنین گزینشی، موضوعی که در تمام آثار موجود در این زمینه به چشم می خورد آنست که در اغلب آنها موضوع بررسی و تحلیل "اوصاف قرارداد گشایش اعتبار" بعنوان مبحثی کارگشا و مستقل، قبل از ورود به قیاس عقود معین یا سایر نهاد های حقوقی با قرارداد گشایش اعتبار اسنادی مغفول مانده است و معمولاً نویسندگان با پیش فرض تطبیق و یا عدم تطبیق، یک یا چند عقد از عقود معین را بدون تحلیل قبلی اوصاف قرارداد گشایش اعتبار، مورد مقایسه با آن قرار میدهند که این امر بعضاً موجب غفلت از نکاتی مهم در این موضوع و عقد مورد قیاس شده و در نهایت نتیجه مطلوبی را به همراه ندارد، در حالیکه در حقوق قراردادهای تقسیم بندی قراردادهای بر اساس مبانی مشترک و بررسی اوصاف آنها از قبیل، جواز و لزوم، عهدی و تملیکی و یا معوض و غیر معوض بودن، بعنوان مدخل ورود به بحث قراردادهای تلقی می شود، برای مثال، وکالت و اجد و وصف جواز است یا حواله از خصیصه عهدی بودن و ضمان از خصیصه تبعی بودن بهره مند است و گاه عقدی چندین وصف را همزمان دارد و از سوی دیگر بسیاری از این اوصاف با ماهیت و کارکرد ها و اصول حاکم بر اعتبار اسنادی در تناقض است، به همین جهت

^۱ دکتر کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۷

^۲ Carr. Indira. "International trade Law". Fourth edition. London and New York. Routledge-Cavendish. 2010, p268

بسیار اتفاق افتاده نویسندگان ما به دلیل غفلت از این بخش بدون در نظر گرفتن آثار ناشی از اوصاف عقود، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را در تحلیل نهایی خود عقدی معوض تحلیل یا عقد وکالت را که واجد خصیصه جواز است بعنوان قالب مناسب برای آن معرفی نموده اند. لذا صرف نظراً از فواید سنتی ناشی از تقسیم بندی قراردادها از این منظر، مبنی بر احاطه به شرایط وقوع و آثار معاملات و معین کردن امتیازات هر گروه و نهایتاً نظم بخشیدن به قواعد پراکنده آنها این شناسایی و بررسی میتواند بعنوان مدخلی کارگشا و مقدمه ای ضروری برای تحلیلی نهایی ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در نظر گرفته شود که متأسفانه همینک جای آن در آثار حقوقی مرتبط با اعتبار اسنادی خالی است و یا چندان جلوه ای ندارد، به همین جهت موضوع این تحقیق به این موضوع مهم اختصاص یافته است.

اوصاف قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

۱- بررسی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بر مبنای آثار

۱-۱ - جواز لزوم یا خیر بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

بنا به تعریف ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه»

بنابراین عقد لازم متعهد را پای بنده تعهدات قراردادی خود می کند به نحوی که نمی تواند بدون دلیل قانونی مبادرت به خلف وعده نموده و عواقب آن را تحمل نکند، از روح مواد قانون مدنی خصوصاً ماده ۲۱۹ چنین استنباط می شود که در روابط ناشی از قرارداد های خصوصی اصل بر لزوم آنها بنا نهاده شده و توانایی فسخ یکسویه قرارداد امری استثنائی و خلاف اصل تلقی میگردد^۴ این امور استثنائی که امکان برهم زدن یکسویه عقدا را به اشخاص می دهد تحت عنوان «موارد معینه» در بحث اخیر ماده فوق الذکر مورد اشاره واقع شده است که شامل اقاله و حق فسخ ناشی از اختیارات می شود و به عقیده برخی «حکم خاص قانون» نیز جزء این موارد استثنائی تلقی می گردد.^۵

به موجب ماده ۱۸۶ قانون مدنی، برخلاف عقود لازم، عقد جایز به عقدی اطلاق می گردد که هر یک از طرفین آن هرگاه اراده کنندی توانند بدون نیاز به اقامه هرگونه دلیل یا استناد به خیار و اقاله از زیر بار تعهدات آن شانه خالی کرده و مبادرت به فسخ عقد کنند.^۶ با این وصف خیار و اقاله در عقد جایز راه نداشته و مختص عقود لازم است، از سوی دیگر به موجب ماده ۹۵۴ قانون مدنی از دیگر مختصات عقود جایز آن است که به فوت و جنون و سفه هر یک از طرفین منفسخ می گردد. گاهی اوقات هم ماهیت عقود به نحوی است که ممکن است واجد اوصافی دوگانه نسبت به طرفین آن باشد یعنی نسبت به یک طرف واجد وصف لزوم و نسبت به طرف دیگر واجد وصف جواز باشد. ماده ۱۸۷ قانون مدنی در این باره اشعار می دارد: «عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز باشد» مانند عقد رهن و کفالت که نسبت به راهن و مکفول له جایز و نسبت به مرتهن و کفیل لازم است.^۷ همچنین عقد ذمه و امان که از مصادیق دیگر این قبیل عقود است.^۸

با این مقدمه در مقام بررسی و تحلیل وصف جواز و لزوم یا خیر بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی لازم به یادآوری است که این توافق فی مابین بانک و متقاضی اعتبار که صرفاً دربرگیرنده یکی از روابط جاری در مکانیزم اعتبار اسنادی است در جریان میباشد، با این حال بنظر می رسد نخستین گام در تحلیل وصف جواز و لزوم این رابطه بررسی مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی^۹

^۲ دکتر جعفری لنگرودی محمدجعفر، حقوق تعهدات، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۸۹، ص ۱۳۳

^۴ دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۳۹

^۵ دکتر جعفری لنگرودی محمدجعفر، پیشین

^۶ پیشین، ص ۱۳۴

^۷ دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۴۳

^۸ دکتر قاسم زاده سیدمرتضی، مختصر حقوق قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، چاپ دهم، ۱۳۹۲، ص ۲۲

^۹ Uniform Customs and Practice for Documentary Credits

UCP600 به عنوان مهم ترین مستند این مکانیزم^{۱۰} در خصوص احکام ناظر به روابط طرفین اعتباراسنادی از جمله رابطه بین متقاضی اعتبار و بانک ضروری است، به همین جهت توجه به ماده ۱۲ این مقررات که در مقام تعریف برخی عناصر تشکیل دهنده اعتباراسنادی و مفاهیم مربوط به آن است از اهمیت شایانی برخوردار می‌باشد. این ماده در بخش اخیر خود در تعریف «اعتبار» بیان داشته است:

«هرگونه ترتیبی که به هر نام یا توصیف که در برگیرنده تعهد قطعی و برگشت ناپذیر بانک گشاینده نسبت به

پذیرش پرداخت اسناد ارائه شده طبق شرایط اعتبار است»^{۱۱}

گفته شده که اعتباراسنادی از یکسو با فراهم کردن پرداخت مطمئن بهای کالا، امنیت خاطر درخور توجه ای را برای فروشندگان فراهم می‌کند^{۱۲}، این اطمینان هم در واقع با دخالت دادن مسئولیت مالی شخص دیگری به غیر از فروشنده^{۱۳} (بانک) که ممکن است مدعی وجود انواع و اقسام ایرادات جهت نپرداختن بهای کالا نسبت به معامله واقع شود ممکن گردیده است، ماده ۲ مقررات فوق الذکر که بیانگر وصف قطعیت و برگشت ناپذیری تعهد این شخص ثالث در مقابل ذینفع اعتبار نسبت پذیرش پرداخت اسناد ارائه شده است با پیش بینی این وصف در صدد تضمین اطمینان خاطر ای است که با دخالت ثالث فراهم شده است، بنحوی که بر اساس همین مقررات تنها موجبی که می‌تواند مانع ایفای تعهد مشروط بانک گشاینده اعتبار باشد اثبات تقلبی بودن اسناد حمل و سهمیم بودن ذینفع در این تقلب است، در غیر این صورت چنانچه این تعهد بنحوی قابلیت عدول از سوی بانک می‌داشت همان خطرات و ایراداتی که متوجه پرداخت از سوی خود خریدار بود نیز متوجه بانک می‌گردیده و اساس مکانیزم اعتباراسنادی را به همان کیفیت متزلزل می‌نمود. همچنین بررسی در سایر شاخه های حقوق خارجی بیانگر این است که در تمام موارد هدف از بکارگیری واژه «Irrevocable» که برای توصیف تعهد بانک در مقررات **UCP600** بکار گرفته بیان وضعیت است که در آن برای طرفین یا یکی از آنها امکان بازگشت، ابطال یا فسخ نسبت به نهاد تنظیم کننده رابطه وجود ندارد و در فرهنگ های حقوقی نیز در مقابل تعهدات جایز و قابل فسخ بکار گرفته است.^{۱۴} از سوی دیگر استقراء در سایر مواد این مقررات به خوبی بیانگر این موضوع است که تهیه کنندگان آن با توجه به فلسفه وجودی اعتباراسنادی به عنوان ابزاری اطمینان بخش و تامین کننده حداکثری منافع طرفین این هدف را در آن یافته اند که تا جای ممکن مانع از وقوع عواملی یا شرایطی شوند که موجبات تزلزل در اجرای مکانیزم را فراهم آورده و یا امکان برهم زدن توافقات را در اختیار طرفین ذیربط قرار می‌دهد، ماده **UCP600**^۳ به جهت دستیابی به این هدف بیان داشته است:

«اعتبار برگشت ناپذیر تلقی می‌گردد حتی اگر اشاره ای به این موضوع نشده باشد»

حکم این ماده در مورد عدم تصریح طرفین و سکوت آنها نسبت به وصف برگشت پذیر بودن یا برگشت ناپذیری اعتباراسنادی در هنگام گشایش و تردید حاصل از آن است، که به جهت نیل به اهداف مورد انتظار از این مکانیزم، تدوین کنندگان مقررات فوق الذکر مسکوت ماندن موضوع را حمل بروجهی نموده اند که با لزوم تعهد بانک و استحکام آن هماهنگی بیشتری دارد. وصفی که نشان آنرا می‌توان در اصل لازم بودن قراردادها در حوزه حقوق مدنی نیز ملاحظه کرد. از همین روست که می‌توان گفت: این ماده اصلی را بنا کرده که می‌توان آنرا "اصل غیرقابل برگشت بودن اعتباراسنادی" نامید، اصلی که وجود آن لازمه مکانیزم پرداختی همانند اعتباراسنادی است و خلاء ناشی از فقدان آن مصادف با ناکارآمد شدن این مکانیزم خواهد بود. این بخش از مقررات **UCP600** به نحو قابل توجهی قابل انطباق با فلسفه تشریح اصاله الزوم در حقوق داخلی و ماه ۲۱۹ قانون مدنی است که به موجب

این مقررات را به اختصار UCP گویند که توسط اتاق بازرگانی بین المللی I.C.C. و مشارکت کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد UNCITRAL تهیه و ارائه گردیده که به شدت مورد استقبال بانک ها و کشورها قرار گرفت این مقررات با عنوان UCP400 در سال ۱۹۸۳ و UCP500 در سال ۱۹۹۳ و UCP600 در سال ۲۰۰۷ اصلاح و ارائه گردیده است.

¹⁰ Agasha Mugasha "The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees" Federation Press(2003)p48

¹¹ اتاق بازرگانی بین المللی، مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600) ترجمه، ذوقی محمد صالح چاپ هشتم، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۹۴، ص ۲۶

¹² Brindle, Micheal " Law of Bank Payments" London, Sweet and Maxwell, (2004)p650

¹³ Johan Schelin "Letters Of Cridit and The Doctrin Of Strict Compliance" university of Uppsala, (2004)p13

¹⁴ بنی یعقوب جواد، فرهنگ واژگان و اصطلاحات حقوقی، اقتصادی، اداری، جلد ۲، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۱۸۵

آن در حقوق مدنی در موارد شک و تردید، اصل بر لزوم قراردادهای گذارده شده است، به همین کیفیت نیز می توان نتیجه گرفت با توجه به ماده ۳ مقررات فوق الذکر، در مقام رفع شک و تردید اصل بر لزوم توافقات و تعهدات طرفین گذارده شده چراکه اگر یکی از مصادیق شک و تردید راسکوت طرفین بدانیم این مقررات در مقام رفع این تردید اصلی را بنا کرده که نتیجه آن پای بندی و الزام بانک گشاینده به تعهدات خویش است، در همین راستا شق ب بند ۵ ماده ۷ مقررات یاد شده نیز که ذیل عنوان تعهدات بانک گشاینده صریحا بیان می دارد:

«بانک گشاینده از تاریخ گشایش اعتبار تعهد برگشت ناپذیر به پرداخت دارد»^{۱۵}

بخوبی بیانگر جاری بودن اصل لزوم یا غیرقابل برگشت بودن تعهدات مورد حکم از زمان تحقق آن است و بویژه چون این تعهد مستقیما ناشی از قرارداد گشایش اعتبار است تردیدی در لازم بودن این قرارداد باقی نمی گذارد. از سوی دیگر حکم بندب ماده ۱۰ مقررات فوق نیز تاکید دارد در صورتی که اعتبار اسنادی صادره به هردلیلی بعد از گشایش مواجه با اصلاحیه گردد، این وصف برگشت ناپذیری در تمام طول عمر مکانیزم جاری است، چراکه به موجب این بخش، از زمان صدور اصلاحیه بانک گشاینده همچنان مقید به وصف غیرقابل برگشت بودن تعهد خود خواهد بود. همچنین تصریح به نوع قابل برگشت اعتبار اسنادی در **UCP500** و تغییر این رویکرد در نسخه اصلاح شده یعنی **UCP600** که هیچگونه اشاره ای به نوع قابل برگشت اعتبار اسنادی ندارد، هر چند دلیلی بر عدم شمول آن مقررات بر این نوع اعتبار تلقی نمی گردد ولی بیانگر جایگاه برجسته ای است که اعتبار اسنادی غیرقابل برگشت در ویرایش جدید به خود اختصاص داده است. بنابراین با توجه به آنچه که شرح آن آمد تردیدی در لازم بودن قرارداد گشایش اعتبار به عنوان یکی از ارکان اساسی مکانیزم اعتبار اسنادی باقی نمی ماند، با این وصف چون در نوعی اعتبار اسنادی موسوم به قابل برگشت،^{۱۶} که در آن هیچگونه تعهدی الزام آوری برای بانک در مقابل ذینفع ایجاد نمی گردد و اعتبار مفتوحه بدون نیاز هرگونه اخطار و اطلاع قبلی به ذینفع در معرض تغییر و حتی فسخ از سوی بانک گشاینده قرار دارد، این تردید را به ذهن متبادری کند که قرارداد گشایش اعتبار حداقل در این نوع اعتبار موجب تعهدی جایز است. در تحلیل صحت و سقم چنین تردیدی توجه به این نکته ضروری است که حسب قواعد حقوق قراردادهای، در عقود جایز اشخاص ذیحق اعمال فسخ همان طرفین عقدی قائم مقام قانونی آنها می باشند، در حالی که در عملیات اعتبار اسنادی حداقل سه طرف به عنوان متقاضی اعتبار، بانک گشاینده و ذینفع اعتبار به عنوان طرفین نهاد تنظیم کننده رابطه یعنی مکانیزم اعتبار اسنادی ملاحظه می شود، به همین دلیل جهت تشخیص محل اعمال حق فسخ و تغییر و اصلاح اعتبار قابل برگشت تفکیک و شناخت روابط موجود آن ضروری است، در این قرارداد دورابطه به موازات یکدیگر قابل ملاحظه است که در تمام طول حیات مکانیزم اعتبار اسنادی به چشم می خورد:

رابطه اول:

این رابطه بین بانک گشاینده و متقاضی اعتبار برقرار است و نتیجه مستقیم انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است که به موجب آن متقاضی اعتبار با مراجعه به بانک یا موسسه اعتباری مورد نظر مبادرت به انعقاد قرارداد جهت گشایش اعتبار به سود ذینفع که همان فروشنده است می نماید، زمان الزام آور شدن قرارداد گشایش اعتبار در این رابطه، لحظه انعقاد آن است^{۱۷} و از این پس در صورت پیش بینی اختیار، تغییر در مفاد اعتبار نامه که صرفا در نوع قابل برگشت آن متصور است هرگونه تغییر، اصلاح و یا فسخ فقط می تواند از سوی طرفین این رابطه یعنی بانک و متقاضی و بدون مداخلت اراده ذینفع صورت پذیرد، با این حال در این رابطه و در صورت صدور اعتبار اسنادی قابل برگشت، توافق حاصله بیشتر شبیه به تعهدات لازم مدنی است که با توافق طرفین در قالب اقاله امکان فسخ و تعدیل آن معمولا فراهم است.

رابطه دوم:

^{۱۵} ذوقی محمد صالح، پیشین، ص ۳۲

^{۱۶} Irrevocable

^{۱۷} خزاعی حسین «روش های پرداخت ثمن در تجارت بین المللی» مجله دانشکده حقوق و علوم انسانی، بهمن ۱۳۷۳، شماره ۷۳، ص ۲۵

این رابطه پس از خلق رابطه پیشین و توافق بانک و متقاضی اعتبار و صدور اعتبار اسنادی مورد توافق، بین بانک گشاینده و ذینفع اعتبار برقرار می‌گردد، هر چند ذینفع به هیچ روی دخالتی در وقوع رابطه قبلی بعنوان منشاء تعهد بانک در قبال او ندارد لیکن باید این رابطه را جوهری ترین رابطه ناشی از اعتبار اسنادی یا مرتبط به آن دانست چرا که بانک گشاینده اعتبار را مستقیماً در مقابل ذینفع اعتبار متعهد میکند. زمان الزام آور شدن تعهد بانک نیز در این رابطه در مقابل ذینفع، لحظه ابلاغ یا دریافت اعتبارنامه توسط اوست.^{۱۸} در واقع در محل همین رابطه است که اعتبار اسنادی صادره با توجه به قابل برگشت یا غیر قابل برگشت بودن نوع آن می‌تواند وصفی متفاوت با رابطه پیشین از حیث وصف جواز لزوم داشته باشد، چرا که اعتبار اسنادی قابل برگشت در محل این رابطه به گونه ایی است که چون امکان اصلاح و لغو آن در هر زمان از سوی بانک بدون نیازه موافقت و حتی اطلاع ذینفع وجود دارد، وضعیت آنرا از نظر کیفیت دوام تعهد تا حدودی شبیه عقود جایز مدنی نموده است، لیکن در پاسخ به این تردید می‌توان گفت:

یکم: تحلیلی که از تفکیک روابط فوق شد، بیانگر این موضوع است که برخلاف تردید مطروحه اعتبار اسنادی حتی از نوع قابل برگشت، چون همواره از وضعیت یکسانی برخوردار نیست لذا نمی‌توان بطور کلی حکم بر جواز آن داد، بلکه این نوع اعتبار بسته به اینکه در محل کدامیک از روابط یاد شده قرار گرفته اغلب مشابه با تعهدات لازم در حقوق مدنی است و صرفاً در محل رابطه دوم می‌تواند قابل قیاس با تعهدات جایز مدنی باشد آن هم نه به صورتی کامل.

دوم: صرف نظراً از ایراد مذکور، امکان فسخ عقود جایز در حقوق مدنی برای طرفین آن در هر لحظه مستمراً فراهم است در حالی که در اعتبار اسنادی قابل برگشت، چنانچه اعتبار صادره به بانک کارگزار ارائه گردد، امکان لغو و اصلاح آن از سوی بانک گشاینده از بین رفته و این بانک در هر حال متعهد به پرداخت وجه آن به ذینفع می‌باشد.^{۱۹}

سوم: در عقود جایز طرفین صرفاً حق فسخ عقد را دارند و اختیاری تحت عنوان «اصلاح» از سوی طرفین عقد بدون جلب رضایت و توافق طرف دیگر امکان پذیر نیست در حالی که بانک گشاینده علاوه بر لغو اختیار اصلاح یکطرفه اعتبار صادره نیز دارد. چهارم: بر خلاف عقود جایز فوت، جنون و سفه یکی از طرفین قرارداد گشایش اعتبار اسنادی صرف نظراً از نوع آن، تاثیری بر تعهدات مورد تراضی نداشته و بانک گشاینده همچنان مأخوذ به تعهدات قراردادی خود می‌باشد و این امر مقتضای حکومت اصل استقلال اعتبار اسنادی است.

پنجم: از سوی دیگر نیز هیچگونه امکانی برای توافق بین طرفین رابطه دوم یعنی بانک و ذینفع برای فسخ و اصلاح قرارداد گشایش اعتبار که محصول توافق بانک و متقاضی است وجود ندارد،^{۲۰} هر چند ذینفع همواره حق دارد چنانچه اعتبار گشایش یافته را مطابق خواسته خود ندید پذیرش آن امتناع و یا درخواست صدور اصلاحیه کند، اما این امتناع که رد اعتبار نامیده می‌شود هرگز به معنای فسخ قرارداد گشایش اعتبار نخواهد بود.

ششم: هر چند این نوع اعتبار از سوی بانک گشاینده با حصول شرایطی قابل لغو و اصلاح است لیکن این امکان در عقود لازم نیز به نوعی قابل تصور است چرا که همانگونه که اشاره شد عقود لازم نیز در مواردی از قبیل اقاله و یا جعل خیار قابل فسخ است و اساساً عقدخیاری عقدی است که قابلیت فسخ از سوی طرفین یا شخص ثالث را دارا می‌باشد به همین سیاق نیز می‌توان استدلال کرد که اعتبار اسنادی قابل برگشت در واقع اغلب تعهدی لازم تلقی می‌گردد که با حصول شرایطی از سوی بانک گشاینده قابلیت اصلاح یا لغو را دارد که از این منظر لغو اعتبار قابل قیاس با فسخ عقد لازم خیاری است و نمی‌توان به این دلیل آنرا بدون در نظر گرفتن سایر ویژگی‌های عقود جایز، عقدی جایز تلقی نمود. در پایان توجه به این نکته ضروری است که حتی در مورد عقود معین با تمام پیشینه فقهی و منابع عظیم موجود چنانچه در جواز و لزوم عملی تردیدی حاصل شود از ملاحظه آراء و عقائد و نظریات فقها این نکته به خوبی هویدا می‌گردد که روش فقها در تشخیص لازم یا جایز بودن عقود آن است که

^{۱۸} پیشین^{۱۹} شیروی عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، چاپ چهارم، سمت، ۱۳۹۲، ص ۲۵۴^{۲۰} رفیعی محمدتقی «تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران»، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۶۶

مصالح موجود در عرف و عادت را مدنظر قرار داده و عیارسنجی می کنند^{۲۱}، بی تردید بکار بردن این معیار در مورد تأسیس نوظهوری چون قرارداد گشایش اعتبار اسنادی که محصول نیازسنجی تجار در طول زمان بوده و در مسیر عرف تجاری به منصفه ظهور نهشته است، می تواند راهنمایی منیر باشد، با این معیار پر واضح است فلسفه تأسیس اعتبار اسنادی به عنوان روشی مطمئن جهت پرداخت حاصل گردیده به نحوی که فروشنده کالا در مقایسه با سایر روش های پرداخت از تضمین و اطمینان بیشتری در وصول بهای کالای خود برخوردار شود و تداوم این اطمینان و تضمین با جایز تلقی کردن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در تناقض آشکار بوده و از منطق سلیمی برخوردار نیست، لذا از این منظر نیز قرارداد گشایش اعتبار اسنادی حتی از نوع قابل برگشت عقدی لازم تلقی می گردد.

۱-۲- تملیکی بودن یا عهدی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

بنا به تعریف حقوقدانان، عقد تملیکی عقدی است که نتیجه مستقیم آن انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است^{۲۲} مانند بیع عین معین، عقد عهدی نیز به عقدی اطلاق می شود که اثر اصلی آن نه انتقال مالکیت، بلکه ایجاد، انتقال و یا سقوط تعهد بوده و به عبارتی نتیجه مستقیم آن تکلیف قانونی طرفین یا یک طرف عقد است.^{۲۳} مانند ضمان، حواله، مضاربه و به اعتقاد برخی بیع کلی^{۲۴} نیز در زمره عقود عهدی است.

در فقه امامیه از ابتدا وصف تملیکی بودن برای برخی عقود مورد پذیرش واقع گردیده و قانون مدنی نیز به پیروی از این نظر ضمن تفکیک عقود عهدی از تملیکی، قواعد خاصی را برای هر یک پیش بینی نموده است. که مهمترین آن، لزوم موجود بودن مورد معامله در زمان انعقاد عقد در عقود تملیکی است، برخلاف عقود عهدی که این الزام وجود ندارد. همچنین عقود تملیکی موجد حقی عینی برای مالک آن است که این حق خود متضمن حق تقدم و حق تعقیب بوده و به دارنده آن این اختیار را می دهد که در مقابل همگان به آن استناد کند، در حالی که حق ناشی از عقود عهدی حقی دینی و نسبی تلقی می شود که نه تنها در برابر همه قابل استناد نیست بلکه صرفاً دارنده آن می تواند اجرای تعهد ناشی از آن عقد را از متعهد یا قائم مقام او مطالبه کند.^{۲۵} از این حیث تشخیص عهدی یا تملیکی بودن قرارداد گشایش اعتبار می تواند واجد اهمیت بوده و فوایدی بر آن مترتب باشد که در این رابطه، برخی پژوهشگران قائل به تفکیک بین دو فرض هستند، فرضی که متقاضی گشایش اعتبار اسنادی تمامی وجه اعتبار را رأساً خود تامین و در اختیار بانک قرار می دهد و بانک صرفاً متعهد به انجام عملیات بانکی ناظر بر مکانیزم اعتبار اسنادی از قبیل تطابق اسناد حمل و پرداخت وجه اعتبار به ذینفع است که در این فرض قرارداد گشایش اعتبار را عقدی عهدی می دانند. اما در فرض دیگری که متقاضی اعتبار قصد استفاده از تسهیلات بانکی بانک گشاینده اعتبار را به جهت تأمین وجه اعتبار دارد، با این تحلیل که چون بانک گشاینده اعتبار، وجه اعتبار را بدو به متقاضی اعتبار تملیک می نماید قرارداد گشایش اعتبار را عقدی تملیکی تلقی نموده اند،^{۲۶} لیکن چون در تحلیل آثار چنین مالکیتی با مشکل مواجه شده اند، با این توجیه که: {... چون متقاضی در استفاده از وجه تسهیلاتی که به تملک وی درآمده مواجه با محدودیت است لذا از این تسهیلات بایستی صرفاً جهت پرداخت ثمن معامله ای برای آن مبادرت به گشایش اعتبار نموده استفاده کند...} مالکیت حاصله از گشایش اعتبار را محدود و مشروط وصف نموده اند!!!

این استدلال که ناشی از تحلیل نادرست از کارکرد، هدف اصلی مکانیزم اعتبار اسنادی و همچنین ماهیت تسهیلات بانکی اعطایی و نادیده گرفتن قوانین و مقررات نظام بانکی کشور است، مبتنی بر فرضی نامشروع یعنی تملیک وام به متقاضی اعتبار بنا

^{۲۱} دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر تحولات حقوق خصوصی (زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان) مقایسه جواز و لزوم در عقود و ایقاعات، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ص ۶۷

^{۲۲} دکتر کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص ۷۶

^{۲۳} دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۴۵۹

^{۲۴} دکتر قاسم زاده سید مرتضی، پیشین، ص ۳۴

^{۲۵} پیشین، ص ۳۶

^{۲۶} بهمن زاده علی و جمشید بهمن پور «ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران با تأکید بر مقررات متحد الشكل اعتبارات اسنادی»، فصلنامه پژوهش های حقوق تجارت بین الملل، سال اول، شماره اول، پاییز ۱۳۹۳، ص ۱۶۳

شده که نهایت منجر به بطلان قرارداد تسهیلات و چه بسا توافق ناظر بر قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیز می‌گردد، نتیجه‌ای که نه تنها گره‌ای از کار نخواهد گشود بلکه اساس توافق طرفین را در معرض خطر فساد قرار می‌دهد، چرا که:

یکم: در فرضی که بانک علاوه بر ارائه خدمات بانکی مربوط به گشایش اعتبار اسنادی وجه اعتبار را نیز در قالب تسهیلات بانکی تأمین می‌نماید، هرگز این وجه را به متقاضی پرداخت نمی‌کند، بنابراین صرف نظر از اینکه قصد طرفین از این توافق صرفاً تأمین اعتبار است و نه «تملیک وجه» اساساً، هیچگاه نه وجهی به قبض متقاضی اعتبار داده می‌شود و نه او به هیچ طریقی امکان دسترسی مستقیم به این اعتبار خواهد یافت و محل اعتبار بدون هیچگونه امکان دخل و تصرفی از سوی متقاضی راساً از سوی خود بانک گشاینده یا بانک کارگزار به ذینفع پرداخت می‌شود،^{۲۷} بنابراین دیگر اختیاری برای اعمال حق مالکیت باقی نمی‌ماند تا متقاضی اعتبار، تحت عنوان مالکیت مقید یا مشروط فقط محدود به پرداخت ثمن معامله‌ای باشد که جهت پرداخت آن مبادرت به انعقاد قرارداد گشایش اعتبار نموده است، از سوی دیگر در عمل نیز این استدلال مصداقی ندارد، چرا که حداقل در نظام بانکی ایران، حتی اگر قرار باشد که وجه اعتبار از سوی بانک گشاینده اعتبار تأمین شود در این حالت با توجه به مقررات جاری الزاماً درصدی از وجه اعتبار که میزان آن از سوی بانک مرکزی تعیین می‌گردد^{۲۸} باید رأساً از سوی خود متقاضی تأمین شود، پس در این حالت آنچه در عالم عمل واقع شده بیشتر به شراکت شباهت دارد تا مالکیت.

دوم: در نظام بانکی کنونی ما، پرداخت تسهیلات به اشخاص، ذیل عنوان تخصیص منابع انجام می‌پذیرد، به موجب قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی و سایر مقررات جاری که همگی بر اساس ضوابط فقهی و به منظور جلوگیری از تحقق معاملات ربوی پیش بینی شده اند، شیوه‌های تخصیص منابع یا از طریق قرارداد قرض الحسنه، قراردادهای مشارکتی که شامل مشارکت مدنی و حقوقی مضاربه، مزارعه، و مساقات است و یا از طریق قرارداد های مبادله‌ای شامل، فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، جعاله، سلف، خرید دین است صورت می‌پذیرد. در عقود مشارکتی طی توافق بعمل آمده فی مابین بانک و گیرنده تسهیلات، طرفین در یک شاخه تولیدی یا تجاری با یکدیگر شریک می‌شوند و چنانچه در نتیجه این شراکت سودی محقق شود بین بانک و مشتری تقسیم می‌گردد، بنابراین تا قبل از تحقق سود چون اساساً سودی وجود ندارد که تقسیم شود، بانک و مشتری نمی‌توانند هیچ توافقی مبنی بر درصد معین و مشخصی از سود از قبل داشته باشند. در عقود مبادله‌ای برخلاف عقود مشارکتی موضوع نوسان سود بانکی اهمیتی ندارد و بانک همانند بازرگانی است که کالایی را خریداری کرده و با افزودن سودی آنرا بصورت اقساطی به متقاضی تسهیلات واگذار می‌نماید و به این ترتیب بانک نیازمندی مشتری خود را به کالا یا وجه نقد تأمین و در عوض از میزانی سود بهر مند می‌شود.^{۲۹} با این اوصاف، در میان تمامی قراردادهای یاد شده تنها قراردادی با توجه به ضوابط شرعی و قوانین بانکی می‌تواند جهت تأمین وجه اعتبار در قالب تسهیلات به متقاضی اعتبار مورد استفاده قرار گیرد به نحوی که "موجب تملیک" وجه اعتبار به وی شود صرفاً عقد قرض است، به موجب ماده ۱۵ آیین نامه تسهیلات اعطایی بانکی نیز^{۳۰} قرض الحسنه عقدی معرفی شده که به موجب آن قرض دهنده مقدار معینی از مال خود را به قرض گیرنده تملیک می‌کند که قرض گیرنده مثل و یا در صورت عدم امکان قیمت آن را به قرض دهنده رد نماید، پس صرف نظر از ایراد پیشگفته مبنی بر عدم قبض متقاضی نسبت به تسهیلات اعطایی که در واقع شرط صحت این عقد می‌باشد،^{۳۱} مطابق موازین فقهی هرگونه شرط یا توافقی مبنی بر دریافت مبلغی مازاد بر اصل قرض از مصادیق ربا تلقی و از منظر موازین فقهی به شدت منع گردیده به حدی که حرمت آن از دیدگاه برخی فقهای اعظام از ضروریات دین معرفی شده است.^{۳۲} از سوی دیگر بدیهی است که هدف بانک‌ها و موسسات اعتباری به عنوان بنگاه‌های اقتصادی و شرکت‌های تجاری در فعالیت‌های تخصصی خود از جمله پرداخت

^{۲۷} معنوی غلامحسین، بانکداری بین المللی، چاپ اول، تهران، موسسه علوم بانکی، ۱۳۵۳، ص ۶۶

^{۲۸} فرهادی چشمه مروری وحید «اعتبارات اسنادی وارداتی دیداری ومدت دار» ماهنامه اتاق ایران، سال ۱۳۸۹، شماره ۳۹ و ۴۰، ص ۲۶

^{۲۹} السان مصطفی، حقوق بانکی، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۲۵

^{۳۰} آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیات وزیران

^{۳۱} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر «عقد قرض»، مجله حقوقی دادگستری، اسفند ۱۳۵۱، ص ۵۳

بروجردی عبده محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۳۵۰

^{۳۲} موسویان سیدعباس وحسین موسوی، بانکداری اسلامی، پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۱۲۱

تسهیلات کسب سود و منفعت است، دستیابی به این هدف آن میزان از اهمیت برخوردار است که یکی از مهمترین اصول عمومی نظام حقوق بانکی تحت عنوان " اصل منفعت"^{۳۳} را به خود اختصاص داده^{۳۴} و از طرفی چون دست یابی به این هدف در قالب عقد قرض به عنوان تنها عقد تملیکی نظام بانکی مواجه با موانع جدی شرعی و قانونی است لذا صرف نظر از ممنوعیت های مصوبات شورای پول و اعتبار در پرداخت قرض الحسنه بابت موارد غیر مصرح^{۳۵} از جمله گشایش اعتبار اسنادی عملا خود بانکهاینیز برای پرداخت تسهیلات هرگز از این قالب عقدی استفاده نمی کنند چرا که در غیر این صورت گیرنده تسهیلات بعنوان مقترض صرفا مکلف به پرداخت اصل تسهیلات است و بانک مجاز به اخذ چیزی بیش از آن تحت عنوان سود یا جرائم دیرکرد نخواهند بود، به همین دلیل برای پرداخت تسهیلات به متقاضی اعتبار، از عقود مبادله ای یا مشارکتی همچون مضاربه و جعله بهره می گیرند و در عمل نیز جهت تضمین اصل و سود تسهیلات و جرائم احتمالی آن مبادرت به اخذ وثایقی معادل یکصد و بیست درصد اصل و سود تسهیلات از متقاضی می نمایند، پرواضح است که در این قبیل قراردادها نیز وجهی به تملیک متقاضی اعتبار در نمی آید تا بواسطه آن قرارداد گشایش اعتبار را تملیکی تلقی کنیم، به این ترتیب اگر قائل به تملیکی بودن چنین قراردادی با شیم، چون این هدف صرفا با انعقاد عقد قرض می تواند محقق شود و از طرفی اخذ هرگونه مبلغی افزون بر مبلغ اصل تسهیلات به عنوان سود و جریمه دیرکرد، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را در معرض حرمت و بطلان قرار می دهد، دیگر عقدی باقی نخواهد ماند تا به تحلیل عهده یا تملیکی بودن آن پرداخته شود.

سوم: صرف نظر از ایراد اساسی پیشگفته، توسل به استدلالی همچون «مالکیت مقید و مشروط»^{۳۶} موجب آن می شود که یکی از اساسی ترین کارکردهای اعتبار اسنادی نادیده گرفته شود زیرا آنچه موجب ترغیب ذینفع اعتبار به دریافت ثمن کالای خود از روش اعتبار اسنادی است، احتراز از ریسک های ناشی از مواجه مستقیم به هر نحوی از انجا با خریدار در دریافت و پرداخت ثمن معامله است، پس چندان منطقی نیست تا به جهت تملیکی تلقی کردن قرارداد گشایش اعتبار متوسل به استدلال بیعید و دور از منطقی شد که نتیجه آن مواجه مستقیم متقاضی به عنوان مالک وجه تسهیلات با ذینفع و مهمتر از آن تنزل جایگاه مهم بانک ها و مؤسسات اعتباری در این روش پرداخت در حدیک واسطه تبادل ساده اسناد خواهد بود، در حالی که در مکانیزم اعتبار اسنادی بانک ها و مؤسسات اعتباری از لحاظ ساختاری رکن اساسی تعهدات ناشی از آن تلقی می گردند^{۳۷} و مداخله این نهاد های مالی است که چنین سطح از اطمینان را در پرداخت های بین المللی برای طرفین فراهم آورده است.^{۳۸}

بر خلاف افراط پیشین، همین تعهد اساسی بانک به تهیه وسایل پرداخت و صدور اعتبار نامه موجب گردیده برخی دیگر از نویسندگان بدون توجه به تفکیک میان روابط موجود در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، این قرارداد را در مجموع عقدی عهده تحلیل کنند^{۳۹} در حالی که نه آن افراط بیان کننده واقعیت وصف تملیکی قرارداد است و نه این تفریط توجیهی منطقی برای عهده دانستن آن محسوب می شود، بنظر می رسد آنچه که تفکیک آن در جهت تحلیل صحیح توافق بر گشایش اعتبار اسنادی از جنبه خصیصه عهده یا تملیکی بودن ضروری است، همان تفکیک بین روابط موجود در روند عملیات اعتبار اسنادی است و نه تمایز بین دو فرض استفاده یا عدم استفاده متقاضی اعتبار از تسهیلات بانکی .

۱- رابطه بین بانک و متقاضی اعتبار:

چنانچه این رابطه را بر اساس قصد و نیت واقعی طرفین آن تحلیل کنیم نتیجه آن خواهد بود که هدف اصلی از انتخاب مکانیزم اعتبار اسنادی از سوی بازرگانان ایجاد تعهدی مستقل از متقاضی برای بانک گشاینده مبنی بر پرداخت وجه اعتبار اسنادی گشایش یافته به ذینفع در مقابل اخذ اسناد حمل و تحقق شروط مورد توافق بین طرفین این قرارداد است، به عبارت دیگر به

³³ Benefit-Interet

^{۳۴} دکتر عرفانی محمود، حقوق بانکی تطبیقی، چاپ اول، جنگل، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۵

^{۳۵} پیشین، ص ۲۸

^{۳۶} بهمن زاده علی و جمشید بهمن پور، پیشین

^{۳۷} جنیدی لعیا «مقایسه اعتبار اسنادی با اسناد براتی، مجله حقوق بانکی» سال سوم، سال ۱۳۹۳، شماره ۵ و ۶، ص ۱۹

³⁸ Olsen Graugarrd "Banks in International Trade Incomplete International Contract Enforcment and Reputation" job market paper, (2010) p1

^{۳۹} ابافت رسول «اعتبارات اسنادی و ماهیت حقوقی آن در حقوق تجارت بین الملل» پیک نور سال پنجم، زمستان ۱۳۸۶ شماره ۵ (پیاپی ۲)، ص ۱۰۰

موجب این قرارداد بانک تعهداتی را در قبال متقاضی برعهده می‌گیرد که اصلی‌ترین آنها گشایش اعتبار و انجام سایر اقدامات مرتبط از قبیل ابلاغ اعتبار، تطبیق اسناد، پذیرش پرداخت، معامله اسناد و عندالزوم هماهنگی با سایر بانک‌ها مانند بانک کارگزاری ابلاغ‌کننده و البته پیروی از دستورات متقاضی اعتبار است. متقاضی اعتبار نیز در قبال تعهداتی که بانک پذیرفته، متقابلاً تعهداتی را برعهده می‌گیرد که مهمترین آنها تعهد به پرداخت هزینه خدمات بانکی گشایش اعتبار، به عنوان کارمزد و سایر هزینه مانند هزینه ابلاغ اعتبار در صورت عدم وجود شرط مخالف و در صورت اخذ تسهیلات بمنظور تأمین وجه اعتبار، پرداخت اقساط آن می‌باشد. پس از منظر این رابطه، قرارداد گشایش اعتبار که متضمن تعهد بانک در قبال متقاضی اعتبار و بعضاً تعهد متقابل متقاضی اعتبار در مقابل بانک است، بی‌تردید عقدی عهدی تلقی می‌گردد.

۲- رابطه بین بانک و ذینفع اعتبار:

معمولاً توافقات حاصله از رابطه اول به نحوی است که پس از انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، که مبین تعهد پرداخت وجه اعتبار به ذینفع آن است، اعم از اینکه تأمین محل آن از سوی بانک و در قالب تسهیلات انجام شده باشد یا خود متقاضی نسبت به تأمین آن اقدام کرده باشد، به محض صدور اعتبارنامه مالکیت محل آن به ذینفع اعتبار انتقال می‌یابد و ذینفع اعتبار به استناد اعتبارنامه از نوعی حق عینی و نه دینی برخوردار می‌شود. متقاضی اعتبار نیز به همین کیفیت نسبت به اسناد و مدارک حمل و محتوای آنها از همین حق بهره‌مند می‌شود که نتیجه این تحلیل شناسایی اعتبار اسنادی (در این رابطه) به عنوان یک حق عینی در کامل‌ترین نوع خود یعنی حق مالکیت است.^{۴۰} مالکیتی که عناصر آن در تعریف فقها از مال و مالکیت نیز به چشم می‌خورد.^{۴۱} وانگهی با توجه به اینکه حق ذینفع بر اعتبار اسنادی صادره منوط به تحقق شروط مندرج در مفاد اعتبار و ارائه اسناد است^{۴۲} ممکن است این تردید رایجاً کند که مالکیت مورد ادعا در این رابطه تا زمان وقوع شرایط آن متزلزل و درهاله ای از ابهام است، لیکن باید توجه داشت که زمینه ایجاد این حق به محض گشایش اعتبار اسنادی برای ذینفع ایجاد می‌شود و با تسلیم اسناد و مجاز به استفاده از محل اعتبار اسنادی خواهد بود، با این حال این لحظه ابلاغ اعتبارنامه است که موجب لازم‌الرعایه شدن تعهد بانک در برابر ذینفع می‌شود^{۴۳} و نه زمان ارائه اسناد، از سوی دیگر حتی در عقدی مانند عقد بیع به عنوان بارزترین نوع عقود تملیکی قاعده اینست که در اثر عقد بیع خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می‌شود و نباید پنداشت که انتقال فوری و بدون قید و شرط مبیع و ثمن مقتضای بیع محسوب می‌گردد،^{۴۴} به همین تعبیر می‌توان بر آن بود که در اعتبار اسنادی، گشایش اعتبار از سوی خریدار بطور معمول بیانگر اراده او در تملیک محل اعتبار مورد گشایش است که با ابلاغ آن به ذینفع این اراده به منصف ظهور ننشسته و موجب مالکیت ذینفع می‌گردد. بررسی مقررات حاکم بر اعتبار اسنادی در حقوق کشور ما نیز به نوعی مؤید این استدلال است و می‌توان نشانه‌هایی از تمایل قانونگذار به شناسایی این حق را مشاهده کرد، برای نمونه یکی از مصوبات هیأت وزیران مقرر داشته است:

«... اعتبار اسنادی صادراتی دریافت شده از بانک‌های معتبر به عنوان اسناد بهادار و قابل توثیق، در سیستم

بانکی قابل پذیرش بوده و بانک می‌تواند بر مبنای آن نسبت به پرداخت وام و اعتبار به صادرکنندگان اقدام

نماید»^{۴۵}

اصولاً وقتی بحث از تضمین و توثیق جهت تعهد یا معامله ای می‌گردد فقط چیزی می‌تواند بعنوان وثیقه معرفی شود که مالیت داشته، در مالکیت وثیقه‌گذار باشد و یا حداقل وثیقه‌گذار مأذون از جانب مالک باشد، بر مبنای همین قاعده مصوبه فوق الذکر بیان داشته اعتبار اسنادی صادره از سوی بانک‌های معتبر که به نفع صادرکنندگان ایرانی صادر می‌شود

^{۴۰} پیشین، ص ۱۰۲

^{۴۱} دکتر گرجی ابوالقاسم «مقالات حقوقی» چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۰۳، بی‌بند

^{۴۲} Ebenzer o. i Adodo “ Appraisal Of The Fraud Exception And The Principle Of Strict Compliance In Letter Of Cridit”, University Of Singapore (2005), p16

^{۴۳} خراعی حسین، پیشین، ص ۷۰

^{۴۴} دکتر کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار و بهمن برنا، سال ۱۳۷۴، ص ۱۰۳

^{۴۵} بند ۷ مصوبه تعیین سیاست‌های اجرایی در زمینه تجارت خارجی، تأمین منابع ارزی و توسعه تولید مصوب ۱۳۷۷/۴/۲۸ هیأت وزیران

گردنیز همانند سایر اموال قابل ترهین در سیستم بانکی قابلیت توثیق دارد به همین جهت بانک ها می توانند در قبال این قبیل اعتبارات به صادرکنندگان تسهیلات و اعتبار پرداخت نمایند. بنابراین درواز منطق نخواهد بود که ادعا شود، حق ذینفع نسبت به اعتبارنامه صادره حقی عینی است که موجب مالکیت او نیز می گردد و از سوی دیگر همین حق نیز به همین کیفیت برای متقاضی اعتبار نسبت به اسناد حمل و مدلول آن ها که معمولاً مبین کالا یا خدماتی خاص است حاصل می شود، به این ترتیب می توان بر آن بود که، عمل حقوقی توافق برگشایش اعتبار اسنادی در فرض رابطه اخیر برخلاف رابطه پیشگفته به عقدی تملیکی می ماند، که این خود نشانگر ماهیت ویژه و خاص مکانیزم اعتبار اسنادی است.

بر اساس تحلیل فوق که مبتنی بر واکاوی دقیق روابط موجود در اعتبار اسنادی و از سوی دیگر با مدنظر قرار دادن اهداف اصلی این ابزار نوین و نیت واقعی اطراف آن است، به عنوان نتیجه گیری نهایی از دیدگاه اصول حقوق قراردادها باید قائل به آن بود که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به اعتبار رابطه اول عقدی عهدی بوده و به اعتبار رابطه دوم عقدی تملیکی است، وضعیتی که در حقوق ما چندان ناشناخته و بی سابقه هم نیست و مصداق بارز آن تملیک عین معین به ثمن کلی است که به اعتبار عین معین و تملک مبیع از سوی مشتری نسبت به او عقدی تملیکی و به اعتبار ثمن کلی و تعهد مشتری به پرداخت ثمن به بایع، عقدی عهدی است.^{۴۶}

۱-۳ منجز یا معلق بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

یکی از مهمترین اوصاف قرارداد که در حقوق قراردادها بدان پرداخته می شود، وصف تعلیق یا تنجیز آن است. در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، با توجه به چگونگی توافق طرفین، قصد و نیت واقعی آنان و آنچه موجب میشود طرفین متوسل به چنین روش پرداختی گردند، ممکن است مبین معلق بودن توافق ناظر برگشایش اعتبار اسنادی باشد، چرا که این مکانیزم پرداخت به نوعی القاء کننده این مفهوم است که متقاضی اعتبار، پرداخت وجه اعتبار را معلق به ارائه اسناد حمل و تطبیق آن مطابق مفاد قرارداد گشایش اعتبار نموده است. لذا شایسته است بدواً مروری کوتاه بر موقعیت عقود معلق و منجز همچنین ماهیت آنها و مقایسه آن با عقد مشروط گردد. قانون مدنی در ماده ۱۸۹ در مقام تعریف عقد منجز بیان داشته است: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.» اما این ماده هیچگونه تعریفی از عقد معلق ارائه نمی دهد لیکن از مفهوم مخالف آن چنین استنباط می شود که: «عقد معلق عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد»^{۴۷}. با توجه به این تعریف برخی نویسندگان حقوق مدنی را اعتقاد بر آن است که با توجه به اینکه در این قانون آنچه تعلیق آن پذیرفته شده، اثر عقد است، بنابراین هرگاه طرفین اثر ناشی از عقد را بدون هرگونه قید و شرطی خلق کنند، محصول توافق را عقدی منجز و چنانچه این اثر را منوط به تحقق شرطی دیگر کنند، آنچه از اراده انشائی طرفین حاصل شده عقدی معلق است^{۴۸} در واقع ماده ۱۸۹ قانون مدنی بر اساس تفکیک بین قصد انشاء و نتیجه حاصل از آن قصد بنا شده است و در صدد بیان این حکم است که قصد انشاء طرفین نمی تواند معلق باشد لیکن در صورت منجز بودن قصد انشاء، نتیجه حاصل از این قصد که بدان «منشأ» اطلاق می گردد، قابلیت تعلیق را دارد.^{۴۹}

در حقوق قراردادها در مبحث صحت و بطلان عقود معلق، برخی اساتید معتقدند صرف نظر از آنکه تعلیق ناظر به انشاء یا منشأ عقد باشد، عقد معلق مطلقاً صحیح است^{۵۰}، برخی دیگر از نویسندگان حقوق مدنی با تفکیک بین تعلیق در انشاء و منشأ عقد معتقدند فقط عقدی که انشاء آن معلق باشد باطل است و سایر عقود معلق را معتبر می دانند^{۵۱} که نظریه این گروه از اساتید از نفوذ

^{۴۶} دکتر شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۴، ص ۸۳

دکتر قاسم زاده سیدمرتضی، پیشین، ص ۳۴

^{۴۷} پیشین، ص ۲۷

^{۴۸} دکتر کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص ۵۱

^{۴۹} پیشین، ص ۵۳ و ۵۴

^{۵۰} دکتر امامی سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ دهم، اسلامیه، ۱۳۷۳، ص ۱۶۷

^{۵۱} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۵۶

دکتر شهیدی مهدی، پیشین، ص ۷۳

بیشتری برخوردار بوده و مقبولیت عام تری دارد. هرچند گروهی دیگر بر آنند چون در زمان قصد انشاء، منشاء هم پدیدمی آید اساساً تفکیک بین این دو محال و نتیجتاً تصور تعلیق در منشاء غیر ممکن است.^{۵۲} لازم به ذکر است که یکی دیگر از اساتید ضمن انتقاد از هر دو گروه بر این باور است که صحت عقد معلق از نوع تعلیق در منشأ نیز نیاز به بررسی بیشتر دارد و آنچه که از ظاهر ماده ۱۸۹ قانون مدنی برمی آید صرفاً صحت عقد معلق از نوع تعلیق در «اثر اثر» عقد است^{۵۳} که برای تمیز دقیق منشأ عقد در مثال بیع یک خانه می توان جدولی به شرح ذیل رسم کرد:

متعلق موضوع تعهد	موضوع تعهد «منشأ»	تعهد
خانه	انتقال مبیع و ثمن	تعهد بایع و خریدار

بنا به نظریه مشهور اگر قرار باشد عامل تعلیق را در یکی از ستون این جدول وارد کنیم تنها ستون میانی شایستگی پذیرش آن را دارد و ورود تعلیق به ۲ ستون دیگر نتیجه ای جز بطلان عقد نخواهد داشت^{۵۴}. با مقدمات فوق همینک مسیر تطبیق و تحلیل آنچه که در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی واقع می شود هموارتر خواهد بود. همانگونه که قبلاً نیز بیان شد، این قرارداد مبتنی بر توافق متقاضی اعتبار و بانک گشاینده به گشایش اعتبار به سود ذینفع است که به سیاق جدول قبل می توان جدولی با مشخصات ذیل نیز برای قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیز ترسیم کرد:

متعلق موضوع تعهد	موضوع تعهد «منشأ»	تعهد
صدور اعتبار اسنادی	گشایش اعتبار به سود ذینفع و پرداخت کارمزد عملیات	تعهد متقاضی و بانک گشاینده اعتبار

با کمی دقت در انواع اعتبارات اسنادی به سهولت آشکار می گردد که طرفین این قرارداد منجزاً در خصوص تعهد بانک و پرداخت کارمزد از سوی متقاضی با یکدیگر توافق می کنند هرچند چگونگی پرداخت وجه این اعتبار گشایش شده منوط به شروط و توافقاتی گردیده است، لیکن در تنجیز انشاء عقد یعنی ایجاب و قبول واقعه از سوی بانک و متقاضی تردیدی نیست، از سوی دیگر پس از تحقق انشاء این قرارداد، منشأ آن که همان گشایش اعتبار به نفع ذینفع است نیز منجزاً واقع می گردد چرا که پس از توافق طرفین، اعتبار مورد تراضی به سود ذینفع مفتوح می شود، بنابراین قرارداد گشایش اعتبار اسنادی عقدی منجز هم از نظر انشاء عقد و هم از نظر منشأ آن است. نکته قابل توجه آن است که هرچند این قرارداد، منجز است لیکن امکان بهره گیری ذینفع قرارداد از منشأ قرارداد که همان اعتبار مفتوحه است، منوط به تحقق شرایط و قیودی است، چرا که اعتبار اسنادی معمولاً نقش پرداخت مشروط قیمت را دارد^{۵۵} و همانگونه که از نام این مکانیزم «اعتبار اسنادی» پیداست، پرداخت وجه اعتبار در مقابل ارائه اسناد و تحقق شروط مندرج در اعتبارنامه انجام می شود که این بدان معناست که پرداخت اعتبار مقید و مشروط به رعایت اصل تطبیق دقیق اسناد است^{۵۶} این اصل حقوقی بیانگر این موضوع است که مفاد اسنادی که از سوی ذینفع به بانک ارائه می گردد الزاماً باید مطابق با شرایط موجود در اعتبارنامه باشد تا ذینفع امکان استفاده از وجه اعتبار اسنادی را بیابد^{۵۷}، به همین دلیل

دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، پیشین، ص ۷۴۹

^{۵۲} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، الفارق - دائرة المعارف عمومی حقوق، جلد ۲، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۷۳

^{۵۳} دکتر قاسم زاده سید مرتضی، پیشین، ص ۲۷

^{۵۴} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، پیشین، ص ۷۵۰

^{۵۵} اشمیتوف کلاپوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه اخلاقی بهروز و دیگران، جلد دوم، چاپ چهارم، سمت، ۱۳۹۳، ص ۶۷۳

^{۵۶} جنیدی لعیا، پیشین، ص ۳۴

^{۵۷} Cornelio (Onnie) A. Sumangil "Keys to Understanding Documentary Letters of Credit" Lulu Publishing (2014), p5

می توان گفت قرارداد گشایش اعتبار اسنادی عقدی منجز ولی مشروط تلقی می گردد. بنا به تعریف، عقد مشروط نیز عقدی منجز است که نه انشاء و نه منشأ آن هیچکدام منوط به تحقق حادثه ای نشده است، شرط در این قبیل عقود یک امر فرعی متصل به عقد است که در نتیجه عقد به دنبال آن به وجود می آید.^{۵۸} و این همان واقعه ای است که در پرداخت وجه اعتبار در مقابل ارائه اسناد حمل و تطبیق آن در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به منصف ظهور می نشیند. البته توجه به این مطلب ضروری است که گاهی اوقات ممکن است قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به نحو معلق نیز مورد توافق واقع گردد و نمود کاملی از یک عقد معلق و نه منجز مشروط باشد. این امر در موردی مصداق دارد که طرفین نظر به ایجاد یک اعتبار اسنادی غیر فعال^{۵۹} دارند. در این نوع اعتبار اسنادی هر چند انشاء قرارداد گشایش اعتبار، منجز واقع می گردد لیکن محصول این انشاء که همان گشایش اعتبار به سود ذینفع است معلق به تحقق شرط یا حادثه ای خارجی می شود مانند توفیق در تحصیل پروانه صادرات در شرایط تحریمی یا ارائه ضمانت نامه از سوی فروشنده در این نوع اعتبار اسنادی علی رغم انشاء عقد، هیچ تعهدی برای طرفین آن ایجاد نمی شود و در واقع اصل تعهد بانک و به تبع پرداخت به تعبیری معلق است^{۶۰} و با عقد مشروط پیشگفته تفاوتی آشکار دارد؛ چرا که طرفین هنوز نخواستند به روال سایر انواع اعتبار، تعهدی ایجاد یا حقی به سود دیگری خلق کنند، همچنین با عنایت به اینکه اگر در معلق یا مشروط بودن قرارداد گشایش اعتبار تردیدی حاصل شود، جهت رفع این تردید باید به قصد و نیت واقعی طرفین رجوع کرد،^{۶۱} بنظر می رسد چون در اعتبار اسنادی غیر فعال معمولاً قصد طرفین به نوعی مطالعه و بررسی مقدماتی و یا فراهم کردن تمهیدات معامله است در این موارد خریدار و فروشنده در وضعیت متفاوت با آنچه که بطور متعارف در یک معامله می گذرد قرار دارند، لذا با آینده نگری و احتمال عدم انجام معامله با گشایش اعتبار اسنادی غیر فعال تمایل اولیه خود را جهت انجام معامله در صورت تحقق سایر مقدمات ابراز می دارند. مکانیزم این نوع اعتبار اسنادی بگونه ای است که علی رغم گشایش^{۶۲}، مفاد آن حاکی از شرطی است که فعال شدن آن منوط به وقوع یک امر خاص است که این امر نیز اغلب محتمل الوقوع می باشد یعنی احتمال عدم وقوع آن نیز می رود، لذا طرفین تا قبل از اتمام بررسی و مطالعه و یا انجام مقدمات قصد ایجاد هیچگونه تعهد یا حقی را برای دیگری ندارند. بالتبع تعهد بانک در مقابل ذینفع اینگونه اعتبار نیز منجز نبوده بلکه معلق بر حصول مقدمات می باشد. بدیهی است پس از حصول شرایط مورد نظر طرفین می تواند فعال گردد. بنابراین از این جهت مبادرت به تعلیق در منشأ قرارداد یعنی «گشایش اعتبار» می نمایند. با این وجود چون این نوع تعلیق، تعلیق در منشأ عقد تلقی می گردد بر اساس نظر مشهور حقوقدانان، خللی به صحت قرارداد وارد نمی سازد، نتیجه آنکه در اغلب اوقات قرارداد گشایش اعتبار اسنادی قراردادی منجز و مشروط است و در موارد با توجه به قصد و نیت طرفین می تواند با تعلیق در منشأ عقد منعقد گردد که نمونه بارز آن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی غیر فعال است.

۱-۴- فوری یا مستمر بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

عقدی اعتبار ایجاد آثاری اجرای تعهدات ناشی از آن در لحظه تراضی طرفین و یا در دوره زمانی معین به فوری یا مستمر تقسیم

می شوند^{۶۳}، آنچه در این تقسیم بندی نقش اساسی را ایفا می کند عامل زمان است، در واقع این عامل وجه تمایز بین این دو نوع عقد می باشد. عقد فوری بنا به تعریف، عقدی است که در آن اثر عقد در لحظه ای که طرفین آنرا انتخاب کرده اند حاصل می

^{۵۸} دکتر قاسم زاده سید مرتضی، پیشین، ص ۲۶

^{۵۹} Non-operative letter of credit

^{۶۰} جنیدی لعیا، پیشین

^{۶۱} دکتر قاسم زاده، سید مرتضی، پیشین

^{۶۲} جنیدی لعیا، پیشین

^{۶۳} دکتر قاسم زاده سید مرتضی، پیشین، ص ۲۶

شود^{۶۴} و در همین لحظه منتخب است که هریک از آنها باید دفعتاً واحده تعهدات خود را اجرا کنند^{۶۵}، مانند عقد بیع که به محض وقوع، آثار آن جاری و تعهدات طرفین قابلیت اجرا می یابد یعنی مشتری مالک مبیع و متعهد به پرداخت ثمن و بایع مالک ثمن و متعهد به تسلیم مبیع می گردد. در مقابل، عقد مستمر به عقدی اطلاق می شود که، اجزای مورد عقد به تدریج و به صورت مستمر در طول زمان ایجاد می شود^{۶۶} و موضوع معامله بگونه ای است که باید در طول مدتی معین به انجام رسد.^{۶۷} در این قبیل تعهدات عامل زمان عنصر سازنده عقد تلقی می گردد^{۶۸} اعم از اینکه این عامل به طور صریح و یا به صورت ضمنی در آن دخالت داشته باشد^{۶۹}، به نحوی که طرفین قرارداد یا یکی از آنها ملزم به اجرای تعهدات مستمر در زمان های پیش بینی شده و در مهلت معین یا نامعین می باشند مانند عقد اجاره که در آن تعهد موجر در تأمین منافع عین مستأجره در مقابل پرداخت اجاره بها در مواعید معین و در طول زمان است.

بنابراین آنچه که شرح آن آمد، غالباً اثر قرارداد گشایش اعتبار اسنادی که همان گشایش اعتبار به سود ذینفع اعتبار است، پس از انعقاد قرارداد حاصل می شود که معمولاً همین لحظه نیز زمان منتخب طرفین برای ایجاد گشایش اعتبار به سود ذینفع است، هر چند استفاده ذینفع از این اعتبار مشروط باشد. لیکن باید به این نکته توجه داشت که برخلاف وضعیت معمول، در نوع خاصی از اعتبار اسنادی موسوم به اعتبار گردان^{۷۰}، نوع توافق طرفین در گشایش اعتبار به نحوی است که نتیجه حاصل از این توافق در واقع ایجاد نوعی تعهد مستمر برای بانک به نفع ذینفع است. در این نوع اعتبار، بانک گشاینده متعهد می شود در طول یک دوره زمانی در هر لحظه ای که مبلغی از اعتبار مصرف شد، نسبت به تأمین مبلغ مصرف شده تا سقف معین و مورد توافق اقدام کند بدون آنکه نیاز به تنظیم اصلاحیه ای به اعتبار صادره باشد. یا در نوع دیگر از اعتبار گردان ذینفع مجاز می گردد در مواعید زمانی از قبل تعیین شده مثلاً همراه تا سقف معینی از اعتبار اسنادی صادره استفاده کند و بیش از آن در موعد فوق امکان برداشت ندارد.

به نظر می رسد با توجه به تعریفی که از عقود مستمر گردید، در این نوع اعتبار اسنادی نیز تعهد بانک دایر بر تأمین اعتبار تا سقفی معین و در یک بازه زمانی مورد توافق طرفین است و برخلاف عقود فوری بانک واجد تعهدی به صورت دفعتاً واحده در یک زمان مورد توافق نیست، به عبارتی دیگر عامل زمان نقشی اساسی را در این نوع اعتبار ایفا می کند به نحوی که نمی توان گفت در این وضعیت اثر عامل زمان و اجرای تعهد مانند فروش اقساطی چهره ای فرعی دارد لیکن برعکس عامل زمان در اعتبار گردان واجد نقشی اصلی در توافق طرفین است که از مشخصه های بارز عقود مستمر می باشد. بنابراین به عنوان نتیجه می توان گفت هر چند در اغلب موارد نوع اعتبار گشایش یافته به نحوی است که به محض توافق طرفین، اعتبار به سود ذینفع ایجاد می گردد و در وضعیتی شبیه عقود فوری است، لیکن در برخی موارد با توجه به ماهیت توافق طرفین می تواند به صورتی گشایش یابد که همانند عقود مستمر، متعهد واجد التزامی در طول زمان باشد که نمونه بارز آن اعتبار گردان است.

۲- بررسی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بر مبنای شرایط انعقاد

۲-۱- رضایی یا تشریفاتی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

^{۶۴} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۸۴

^{۶۵} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، حقوق تعهدات، اعمال حقوقی- تشکیل عقد، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۷

^{۶۶} دکتر قاسم زاده سیدمرتضی، پیشین، ص ۳۷

^{۶۷} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۸۴

^{۶۸} دکتر جعفری لنگرودی محمدجعفر، پیشین، ص ۸۴۹

^{۶۹} دکتر جعفری لنگرودی محمدجعفر، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۷۶

⁷⁰ Revolving Letter of Credit

عقود از نظر شرایط انعقاد به عقود تشریفاتی، رضایی و عینی تقسیم می شوند. در عقود رضایی که برای تحقق آنها وجود توافق دو اراده شرط لازم و کافی تلقی می گردد، نیاز به هیچگونه تشریفات خاص دیگری ندارد. این مفهوم که از مفاد ماده ۱۹۱ قانون مدنی استنباط می گردد بیانگر اصلی است که به موجب آن در حقوق، عقیده صرف تراضی طرفین واقع می شود و به لحاظ کافی بودن رضای دوطرف آنها را عقود رضایی می نامند^{۷۱}، به نحوی که حتی قصد و رضای طرفین تابع شکل معینی نبوده و به هر ترتیبی که واقع شود موجب تحقق عقد خواهد شد،^{۷۲} مانند بیع، اجاره و شرکت. در مقابل این عقود، عقود دیگری قرار دارند، که برای تحقق آنها صرف وجود توافق دو اراده کافی نیست بلکه علاوه بر قصد و رضای طرفین و حصول شرایط اساسی و اختصاصی آنها، وجود تشریفات دیگری نیز ضروری می باشد^{۷۳} و یا توافق اراده طرفین در صورتی معتبر است که به شکل مخصوص و تشریفاتی بیان شود^{۷۴} والا عقد باطل خواهد بود. به همین جهت به آنها عقود شکلی نیز می گویند^{۷۵}. در واقع در عقود تشریفاتی هر چند قصد و رضای طرفین شرط لازم جهت تحقق آنهاست ولی ضرورتاً این عنصر شرط کافی برای آنها تلقی نمی گردد و عنصر دیگری علاوه بر آن شرط تشکیل و صحت این دسته از عقود می باشد.^{۷۶} مانند بیع املاک ثبت شده، عقد عینی نیز عقدی است که برای تشکیل آن تسلیم مادی مورد معامله یا به تعبیر رایج قبض و اقباض مورد آن ضروری است و در حقیقت نوعی عقد تشریفاتی محسوب می شود، مانند بیع صرف که موضوع ماده ۳۶۴ قانون مدنی است.^{۷۷}

همانگونه که در کلیات این تحقیق به آن اشاره شد، یکی از مهم ترین دلایل انتخاب اعتبار اسنادی بعنوان روش پرداخت در حوزه تجارت بین الملل از سوی تجار، مشکلات و محدودیت های ناشی از تهیه ارز به عنوان ثمن معامله و قیمت خدمات ارائه شده می باشد. از سوی دیگر چون اغلب کشورهای در حال توسعه از اقتصادی شکننده و ناپایدار برخوردارند، دول آنها همواره سعی در کنترل و نظارت بر معاملات ارزی دارند، چرا که گذشته از اینکه تهیه نیازهای اساسی کشورها اغلب از محل منابع ارزی است، بواسطه نقش تعیین کننده ای که «ارز» در ثبات یا عدم ثبات اقتصادی دارد و بعضاً این نوسانات ارتباط مستقیم با حوزه های امنیتی نیز پیدا می کند، دولت مردان این قبیل کشورها همواره با وضع مقررات و تدوین ضوابط سعی در کنترل و نظارت بر ورود و خروج ارز و چگونگی نحوه استفاده آن از سوی اشخاص دارند، به عبارت دیگر مقررات بانکی و ارزی در این کشورها در زمره حقوق عمومی محسوب می شود.^{۷۸} کشور ما نیز به عنوان کشوری در حال توسعه از این واقعیت مستثنی نبوده و در ادوار مختلف سعی بر تدوین ضوابطی در جهت انتظام معاملات و واقعه در حوزه تجارت بین المللی^{۷۹} اعم از صادرات و واردات و ارز مورد معاملات تجار بوده است. به همین جهت همینک در کشور ما اساساً تعهد پرداخت هرگونه دین و یا بدهی به پولی به غیر از پول رایج کشور صرفاً با رعایت مقررات ارزی امکان پذیر است^{۸۰} و هرگونه معامله ارزی نیز طبق دستور مراجع خاص قانونی و منحصراً توسط بانک هایی انجام می گیرد که به موجب مقررات بانکداری برای انجام معاملات ارزی مجاز شناخته شده اند.^{۸۱} بی تردید انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیز بواسطه تبادل ارز ناشی از تعهد بانک به ذینفع، از اهمیت قابل توجهی در کشور ما برخوردار است که بنظر میرسد این قرارداد بواسطه کثرت ضوابط و مقررات حاکم از وضعیت عقود رضایی فاصله گرفته و آنرا

^{۷۱} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۸۷ و ۸۸

^{۷۲} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، ص ۹۰

^{۷۳} دکتر قاسم زاده سیدمرتضی، پیشین، ص ۳۸

^{۷۴} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۸۸

^{۷۵} دکتر جعفری لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۴۵۸

^{۷۶} دکتر امیری قائم مقامی، عبدالمجید پیشین، ص ۹۰ الی ۹۵

^{۷۷} دکتر شهیدی مهدی، پیشین، ص ۸۵

^{۷۸} بوالحسنی اکبر «مروری بر رایج ترین شیوه پرداخت و تسویه در تجارت بین المللی (اعتبار اسنادی نگرانی های تجار و ضمانت ها)» ماهنامه صنعت حمل و نقل، شهریور

۱۳۷۴، شماره ۱۴۱، ص ۵۹

^{۷۹} بی نام، مجله اتاق تجارت، سال اول شماره پنجم، اسفند ۱۳۰۸، ص ۲۸

^{۸۰} ماده ۲ قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۰۵/۴/۱۸

^{۸۱} ماده ۲ قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران مصوب ۱۳۳۶/۱۲/۲۴

مصوبه مواردی به منظور توسعه صادرات غیر نفتی مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۶۳/۹/۷

نزدیک به عقود تشریفاتی نموده است در واقع قانونگذار و دولتمردان ایرانی به حوزه تجارت خارجی و مسائل آن از جمله اعتبارات اسنادی نگاهی ویژه دارند بنحوی که تمامی مقررات و ضوابط ناظر بر گشایش اسنادی گویای آن است که قانونگذار مستمراً به دنبال ایجاد نظم در این قبیل معاملات و استفاده از ابزارهای آن است و پیگیری این نظم، آن میزان برایش از اهمیت برخوردار است که گاهی برای تخطی از آن جرم انگاری نموده^{۸۲} و بازگانی را که بدون توجه به این مقررات بدنبال کسب سود و منفعت شخصی خود باشد در ضمانت اجراهای کیفری که عمدتاً به صورت جزای نقدی است مواجه نموده است.^{۸۳} حال اگر به گفته برخی اساتید معیار و ضابطه تشخیص عقد تشریفاتی و تشریفاتی بودن امور و ضوابط تعیین شده را نظم بدانیم که قانونگذار بدنبال آن است، به نحوی که اگر این ضوابط و امور موجود باشد و عقد بدون رعایت آنها امکان انعقاد نداشته باشد {نتیجتاً، نظم دلخواه قانونگذار حاصل می شود^{۸۴} بنظر می رسد اغلب ضوابط و مقررات حاکم بر انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی از این قبیل امورند. تدقیق بیشتر در مفاد انبوه این مقررات و دستورالعمل ها همگی حاکی از آن است که از نظر مقنن این امور اصطکاک نزدیکی با نظم عمومی دارند و عدم رعایت آنها گویی موجب برهم خوردن این نظم است. از سوی دیگر این مقررات اغلب بیانگر آن است که مقنن نظر به امری بودن مفاد آنها دارد و از این روست که امکان توافق برخلاف آنها بین طرفین قرارداد وجود ندارد^{۸۵} و بکارگیری واژگانی همچون «مکلف است» و «یا» «موظفند» نیز همگی اماره هایی بر امری بودن این مقررات است^{۸۶} که این امارات در اغلب مقررات ناظر به گشایش اعتبار اسنادی به چشم می خورد.

البته شاید این ایراد به استدلال مذکور وارد شود که این ضوابط ناظر به امری هستند که بیشتر تشریفات اداری قبل از انجام برخی معاملات تلقی می گردند و هدف از آنها تسهیل و تسریع در امور و وصول مالیات ها و حقوق دولتی است مانند آنچه که در نقل و انتقال اموال غیر منقول هنگام ثبت در دفاتر اسناد رسمی حادث می گردد، یعنی طرفین مکلف به ارائه برخی مجوزها از قبیل گواهی مفاصا حساب مالیاتی، عوارض شهرداری و غیره اند که هر چند عدم رعایت آنها مستلزم تعقیب انتظامی سردفتری گردد لیکن به صحت معامله خللی وارد نمی سازد^{۸۷} حتی در برخی موارد اجازه قانونگذار^{۸۸} در عدم رعایت آنها خود نشان آن است که اصل معامله بدون رعایت آنها واقع می گردد چرا که نیروی الزام آور عقده آنها ارتباط ندارد^{۸۹}، لیکن همانگونه که گفته شد دقت بیشتر در مفاد مقررات ناظر بر گشایش اعتبار اسنادی بیانگر آن است که این ضوابط اغلب بواسطه ارتباط نزدیک با نظم عمومی و اقتصادی جامعه تدوین گردیده و کمتر ناظر به وصول حقوق دولتی است و خود طراحان و واضعین این مقررات به صراحت به این امر اذعان نموده اند، که نمونه بارز آن در مطرح شدن پرونده بزرگ سوء استفاده های مالی معروف به اختلاس سه هزار میلیاردی منسوب به گروه آریادر سال ۱۳۹۰ بود که از محل اعتبارات اسنادی داخلی در شبکه بانکی اتفاق افتاد و پس از آن شورای پول و اعتبار در یک هزار و یکصد و پنجاهمین جلسه خود مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ مبادرت به بازنگری و تدوین مقررات جدیدی در این زمینه نمود و بانک مرکزی نیز طی بخشنامه شماره ۹۱/۲۴۴۷۰۰ مورخ ۱۳۹۱/۹/۵ در مقام ابلاغ آن به بانک ها و موسسات اعتباری به صراحت دلیل وضع این مقررات جدید را چنین بیان داشت:

{...پس از سوء استفاده های مالی گذشته در شبکه بانکی، ضمن آسیب شناسی موضوع، نقاط آسیب پذیر شناسایی و براساس ماهیت اعتبار اسنادی و نقش و کارکرد آن هدف گذاری های لازم انجام شد و با

^{۸۲} منصور رحمدل «جرایم بانکی» مجله حقوق بانکی، بهار و تابستان ۱۳۹۱، سال اول، شماره ۱، ص ۴۰

^{۸۳} ماده ۷ قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران

^{۸۴} دکتر قاسم زاده سید مرتضی، پیشین، ص ۳۹

^{۸۵} بوالحسنی اکبر، پیشین

^{۸۶} دکتر کاتوزیان ناصر «محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده» فصل نامه حق، پائیز ۱۳۸۷، دوره ۳۸، شماره ۳، ص ۳۳۰

^{۸۷} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، ص ۹۲

^{۸۸} قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی ۱۳۸۵/۵/۲۴ مصوب مجلس شورای اسلامی

^{۸۹} دکتر امیری قائم مقامی دکتر عبدالمجید، پیشین

رویکرد حفظ و صیانت از منافع و حقوق سپرده گذاران بانکی دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی به تصویب شورای پول و اعتبار رسید...}

و درجایی دیگر از این بخش نامه نیز از «تحقق اهداف عالی نظام بانکی» به عنوان یکی دیگر از دلایل تصویب این دستورالعمل یاد می کند از سوی دیگر ماده ۱ قانون عملیات پولی و بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ نیز یکی از اهداف عالی نظام بانکی را استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل با ضوابط اسلامی بیان نموده است، بدیهی است چنین هدفی می تواند صرفاً بیانگر نگاه حاکمیتی دولت به موضوعات فوق باشد. لذا بنظر می رسد با توجه به آنچه شرح آن آمد و با عنایت به ضابطه تشخیص امور تشریفاتی یا غیر تشریفاتی بودن عقود، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در سیستم بانکی و حقوقی کشور ما قراردادی تشریفاتی تلقی می گردد و گذشته از ارتباط آن با نظم عمومی، در صورت عدم رعایت آنها اساساً امکان انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در این نظام بانکی وجود ندارد، به عبارت دیگر چنانچه بانک یا موسسه مجازی که اجازه انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی دارد، با توجه به نظارت انحصاری بانک مرکزی، نسبت به تهیه ملزومات و مقدمات قانونی و رعایت تشریفات مورد نظر بانک مرکزی اقدام ننماید اساساً امکان انعقاد این قبیل قراردادها را ندارد و دیگر جایی برای بحث در خصوص اینکه این امور صرفاً جهت تسهیل امور اداری و وصول حقوق دولتی است باقی نمی ماند. از سوی دیگر وقتی خود قانونگذار درجایی دیگر از این مقررات و ضوابط صراحتاً تحت عنوان «تشریفات»^{۹۰} یاد می کند خود دلیل دیگری است بر این نظر که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، قراردادی تشریفاتی است و به صرف قصد و رضای طرفین امکان تحقق ندارد.

۲-۲- مستقل یا تبعی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

قرارداد گشایش اعتبار اسنادی محصول توافق قبلی بین خریدار و فروشنده است، در واقع این دو قبلاً طی قراردادی بنام قرارداد پایه در خصوص نحوه پرداخت قیمت از طریق اعتبار اسنادی به توافق رسیده اند. این قرارداد از آن جهت حائز اهمیت است که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و نهایتاً اعتبار اسنادی صادره به میزان قابل توجهی متأثر از این قرارداد است. معمولاً طرفین مسائل و خواسته های مهم مورد نظر خود از قبیل نوع اعتبار صادره، مشخصات بانک گشاینده اعتبار و بانک کارگزار، مدت داری بدون مدت بودن اعتبار صادره، نحوه پرداخت مبلغ اعتبار و مهم تر از همه اسنادی که ذینفع در قبال دریافت مبلغ اعتبار به بانک تحویل خواهد داد را آن مورد پیش بینی قرار می دهند و پس از آن متقاضی اعتبار بر مبنای توافقات مندرج در این قرارداد مبادرت به انعقاد قرارداد دوم یعنی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با بانک می نماید. به دلیل همین ارتباط بین قرارداد پایه و قرارداد گشایش اعتبار اسنادی ممکن است این تصویر به ذهن متبادر گردد که نوع ارتباط بین این دو از نوعی است که بین عقود مستقل و تبعی در حقوق مدنی برقرار است، زیرا ظاهر امر بیانگر آن است که تعهدات مندرج در قرارداد پایه «سبب» تعهدات مندرج در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است و این رابطه بین سبب و مسبب^{۹۱} بیانگر تبعی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی خواهد بود. از این روتعریف دقیق و تحلیل آثار قراردادهای تبعی و مستقل به جهت بررسی این ارتباط در قراردادهای پایه و گشایش اعتبار اسنادی ضروری است.

در یک نگاه علمی ممکن است یک عمل حقوقی واقع شده با عمل حقوقی دیگری که همزمان با آن، قبل از آن و یا حتی ممکن است پس از آن واقع گردد، ارتباط پیدا کند. چگونگی این ارتباط در عقود می تواند از زوایای گوناگونی مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد که در تقسیم بندی آنها به اعتبار شرایط انعقاد، تحت عناوینی همچون عقود اصلی یا مستقل و عقود فرعی یا تبعی قرار می گیرند، بنا به تعریف چنانچه دو عقد را به موازات یکدیگر مدنظر قرار دهیم، هرگاه صحت و بقای یکی از آنها تابع دیگری باشد، قراردادی که از این حیث از دیگری تبعیت می کند قرارداد تبعی و دیگری را قرارداد اصلی می نامند. عقد اصلی عقدی است که تعهد ناشی از آن در همان مرحله نخست، مورد نظر طرفین است و عقدی که تعهدات حاصل از آن وابسته به تعهد اصلی است

^{۹۰} تبصره ۲ ماده ۵ قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران مصوب ۱۳۳۶/۱۲/۲۴

^{۹۱} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، داثره المعارف حقوق مدنی و تجارت، پیشین، ص ۲۷۴

عقد تبعی نام دارد.^{۹۲} در واقع موضوع عقد تبعی، تعهداتی است که از قبل و طی عقد اصلی به وجود آمده است. عقد ضمان، رهن و کفالت از این قبیل عقودند چرا که تعهدات ناشی از هر یک از آنها در واقع بواسطه دین یا تعهد دیگری است که از منظر این تقسیم بندی بدان عقد اصلی اطلاق می‌شود، مثلاً عقد رهن برای تضمین یا وثیقه قرار دادن مالی است که به جهت طلب مرتبه واقع می‌گردد یا ضمانت ضامن در عقد ضمان بواسطه دینی است که قبلاً مضمون عنه به مضمون له داشته است، لیکن توجه به این نکته ضروری است که اصلی و یا تبعی بودن عقود همواره ناشی از طبیعت حقوقی و ساختار اختصاصی آنها نیست زیرا ممکن است در اثر توافق طرفین عقدی مستقل نیز مبدل به عقدی تبعی گردد، همانند عقد بیعی که در ضمن عقد نکاح واقع شود که در این وضعیت عقد بیع، عقدی تبعی و از حیث نفوذ و انحلال تابع عقد نکاح خواهد بود.^{۹۳}

معیار و مبنای تبعیت عقد تبعی از عقد اصلی از اهمیت درخور توجهی برخوردار است، بررسی این موضوع که آنچه موجب می‌گردد عقد تبعی از حیث انعقاد، دوام، نفوذ و پاره ای دیگر از آثار مهم از عقد دیگری تبعیت کند در بسیاری از موارد بیانگر سرنوشت عقد است که به تبع عقدی دیگر منعقد شده، در این خصوص دو معیار عینی و ذهنی ارائه و مورد بررسی قرار گرفته است^{۹۴} که بنظر می‌رسد در حقوق ایران از برخی احکام متفرقه از جمله مواد مربوط به عقد ضمان می‌توان چنین استنباط کرد که قانون مدنی تمایل بیشتری به معیار عینی در تبعیت عقد تبعی از اصلی دارد. ارتباط بین عقد اصلی و عقد تبعی واجد آثاری چند است که به برخی از مهمترین این آثار به شرح ذیل اشاره می‌شود:

۱- بطلان عقد اصلی موجب بطلان عقد تبعی نیز می‌گردد در حالی که بطلان عقد تبعی هیچ تأثیری در تعهد اصلی نخواهد داشت.^۲ هر عملی که موجب منتفی شدن تعهد اصلی گردد، به تبع آن موجب انتفاء تعهد تبعی هم خواهد شد مانند اقاله که چنانچه عقد اصلی بواسطه آن منتفی شود، عقد تبعی هم به همان دلیل از بین خواهد رفت.^۳ چنانچه عقد اصلی در اثر فسخ از بین برود، عقد تبعی هم از بین خواهد رفت.^۴ عقد تبعی از نظر میزان موضوع تعهد^۶ از عقد اصلی تبعیت می‌کند به این معنا که بین تعهد واقع در عقد تبعی و عقد اصلی بایستی نوعی تعادل از نظر میزان موضوع تعهد برقرار باشد.

با توجه به آنچه که شرح آن آمد در مقام بررسی ارتباط بین قرارداد پایه و قرارداد گشایش اعتبار اسنادی این نکته حائز اهمیت است که هر چند قرارداد پایه به نوعی سبب قرارداد گشایش اعتبار اسنادی تلقی می‌گردد و از جهات متعددی با توجه به آنچه که خریدار و فروشنده در قرارداد پایه به آن توافق کرده اند از قبیل نوع اعتبار، نحوه استفاده از اعتبار و مهمتر از همه اسنادی که باید از سوی فروشنده به بانک ارائه گردد، قرارداد گشایش اعتبار از آن تبعیت می‌کند لیکن این تبعیت به مفهومی که در حقوق قراردادهای مورد بررسی قرار می‌گیرد نیست. در واقع به قول یکی از نویسندگان خارجی، اعتبار اسنادی موجود عجیب الخلقه ای است که از یک سو به قراردادی مانند اوصاف آثار قرارداد را واجد است و از سوی دیگر اصول حاکم بر قراردادهای بطور کامل قابل انطباق بر آن نیست^۷ و یکی از موارد این عدم تطابق با اصول حاکم حقوق بر قراردادهای در همین بخش جلوه گراست، چرا که علیرغم تمام ارتباط و پیوستگی بین این دو قرارداد، بدلیل حکومت اصل استقلال اعتبار اسنادی قرارداد گشایش اعتبار مستقل از هر گونه رابطه حقوقی فی ما بین خریدار و فروشنده از جمله قرارداد پایه تلقی می‌گردد، به موجب این اصل آنچه برای بانک های دخیل در روند اعتبار اسنادی اهمیت دارد صرفاً موضوع تطبیق اسناد ارائه شده از سوی ذینفع با دستورات متقاضی اعتبار است و هیچ ادعا یا توجیهی از سوی هر شخصی از جمله متقاضی اعتبار مانع از ایفای تعهد بانک در پرداخت وجه اعتبار به ذینفع

^{۹۲} دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۸۲

^{۹۳} دکتر کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص ۱۰۰

^{۹۴} صادقی محمد حسن و رضا شکوهی زاده، «تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۸۹، ص ۵۳ الی ۷۱

^{۹۵} دکتر جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۸۵

^{۹۶} صادقی محمد حسن و محمد رضا شکوهی زاده، پیشین، ص ۵۷

^{۹۷} ایکس یانگ گایو وروس پی بولکی، «ماهیت ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی» ترجمه ماشا الله نیاسری، مجله حقوقی المللی، شماره سی و پنجم، ۱۳۸۱، ص ۳۰۶

نخواهد بود. رویه قضایی بین المللی که به نحو چشمگیری اعمال کننده این اصل است مبین این واقعیت عملی است که هر چند ممکن است متقاضی اعتبار یا همان خریدار مدعی پرداخت ثمن معامله به نحو دیگری به فروشنده شود یا مدعی گردد که کالاها مطابق با قرارداد فی ما بین نبوده و مبادرت به اقامه دعوی متقابلی نیز علیه فروشنده به عنوان ذینفع کرده، باشد، لیکن هیچکدام از این موارد ارتباطی به بانک ندارد و هیچگونه تهاثر یا دعوی متقابلی از سوی خریدار نمی تواند ساقط کننده تعهد بانک در مقابل ذینفع تلقی شود و همانگونه که اشاره شد حکومت این اصل مهم صرفاً مواجه با یک استثناء تحت عنوان «استثنای تقلب»^{۹۸} است، لذا قرارداد گشایش اعتبار اسنادی برخلاف عقود تبعی بواسطه بطلان، اقاله و یا فسخ قرارداد پایه در معرض تغییر و دگرگونی واقع نخواهد شد و لزومی به رعایت تعادل میزان موضوع تعهد بین آنها نخواهد بود، در حالی که این موارد همگی از آثار یک قرارداد تبعی تلقی می گردد به هیچ روی در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی ملاحظه نمی شود و می توان نتیجه گرفت که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی از نظر این وصف شبیه به عقود مستقل در حقوق مدنی است.

۳- بررسی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بر مبنای میزان حاکمیت اراده

۳-۱- الحاقی یا با گفتگوی آزاد بودن قرارداد گشایش اسنادی

انعقاد قراردادهای گوناگون در اغلب موارد بیانگر نیاز اقتصادی و مادی است و به جهت تأمین همین نیاز است که اشخاص مبادرت به معامله و انعقاد قرارداد با یکدیگر می نمایند، دنیای تجاری نیز همواره عرصه سود و زیان است، عرصه ای که هر کس به دنبال کسب منفعت بیشتر و احتراز از ضرر گرفتن در معرض هرگونه خسران و ضرر احتمالی است. این حقیقت موجود درد و طرف یک قرارداد، گویای منافع متضاد آنها در برابر یکدیگر است، لذا مرسوم است طرفین قبل از بستن پیمان یا ایجاد هر تعهدی درباره چگونگی انعقاد و آثار آن در شرایطی تقریباً برابر و آزاد به گفتگو و مجادله یا به عبارت عرفی تر به چانه زنی می پردازند و در این مسیر از تمام امکانات ذهنی و جسمی خود بهره می گیرند و پس از اطمینان از میزان سودآوری و ضررهای احتمالی موضوع معامله، به توافق رسیده و مبادرت به انعقاد قرارداد مورد نظر می کنند. قراردادی که حاصل این گفتگوها و پیشنهادات گوناگون است، در فضایی خلق می شود که اراده آزاد طرفین در آن حاکم است و در واقع محصول اراده هایی است که معمولاً در شرایطی تقریباً یکسان به نقطه اشتراک رسیده اند، از همین روست که بدان «قرارداد آزاد» یا «قرارداد معمولی»^{۹۹} اطلاق می شود.

اما همواره وضع به این منوال نیست، گاهی یکی از طرفین عقد که معمولاً ایجاب کننده است از مزایا و امتیازاتی بهره مند است که وضعیت او را در مقابل طرف دیگر برجسته ترمی کند. امتیازاتی از قبیل قدرت اقتصادی یا در انحصار داشتن کالا و خدماتی خاص و یا جایگاه سیاسی و به دلیل همین توانایی ها از قبل تمام شرایط و آثار عقدا معین می کند و طرف مقابل یا بایستی از انعقاد عقد عملاً منصرف شود و یا چاره ای جز پذیرفتن هر آنچه که هست ندارد، در این موارد آنچه که از سوی ایجاب کننده به عنوان پیشنهاد ارائه می گردد در واقع به مثابه قانونی است که برای استفاده از کالا یا خدمات مورد عرضه خود وضع گردیده است و طرف دیگر عملاً با پذیرفتن این قانون بدان ملحق می شود.^{۱۰۰} از این رو حقوقدانان به پیروی از نویسنده شهیر فرانسوی «سالی»^{۱۰۱} به این قبیل توافقات «قراردادهای الحاقی» می گویند چرا که وقوع معامله مستلزم الحاق بی چون و چرای یک طرف به پیشنهاد از پیش تعیین شده طرف دیگر است.^{۱۰۲} بررسی قراردادهای الحاقی بیانگر آن است که این قبیل قراردادها در اغلب موارد دارای ویژگی هایی هستند که آنها را از قراردادهای آزاد متمایز می کند که اهم آنها به شرح ذیل است:

⁹⁸ Fraud exception

⁹⁹ دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، ص ۸۰

¹⁰⁰ دکتر کاتوزیان ناصر «طبیعت قراردادهای الحاقی» مجله آموزش عالی قم، سال اول، شماره اول، زمستان ۷۷، ص ۱۷ و ۱۸

¹⁰¹ Salli

¹⁰² دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، ص ۸۶

۱- توانایی مذاکره درباره شرایط قرارداد به صورت چشمگیری از یک طرف قرارداد گرفته می شود^۲- طرف دیگر، از قبل تمام آثار و شرایط قرارداد را معین می کند^۳- ایجاب کننده در عمل یا به حکم قانون استفاده انحصاری از حق یا ارائه کالا و یا خدماتی را در اختیار خود دارد^۴- موضوع این قبیل قراردادها در بیشتر موارد ارائه خدماتی است که انجامش صرفاً از عهده شخص یا موسساتی معین برمی آید^۳ ۵- در اغلب موارد ایجاب حاکی از اعلام اراده انعقاد یکی از عقود متداول است که شرایط کلی آن از قبل روی اوراق چاپی و فرم های از پیش تعیین شده مندرج گردیده است^۶- مفاد این قراردادها شامل شرایطی است که به سود طرف ایجاب است.^۴

موارد بیان شده که دربرگیرنده برخی از مهمترین خصوصیات عقود الحاقی است به خوبی بیانگر میزان دخالت اراده طرف ایجاب و محدودیت های اعمال شده برطرف قبول کننده قرارداد است که دربررسی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی از نظر خصوصیت آزادی یا الحاقی بودن آن، این ویژگی ها می تواند کمک شایان توجه ای کند چراکه در نظام بانکی ایران همانگونه که در گفتارهای گذشته به آن اشاره شد، اساساً نگاه قانونگذار به این مقوله نگاه حاکمیتی و از دیدگاه نظم عمومی است، هرچند در ظاهر این متقاضی اعتبار است که به عنوان طرف ایجاب، پیشنهاد انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را به بانک ارائه می دهد لیکن در عمل این بانک ها هستند که با فرم های چاپی از پیش تعیین شده شرایط و مفاد قرارداد و آثار آنرا تعیین می کنند و متقاضی اعتبار چاره ای جز پذیرفتن تمام و کمال آن شرایط را ندارد، از سوی دیگر گشایش اعتبار از جمله خدماتی است که منحصراً در اختیار بانک ها و موسسات اعتباری مجازی است که از سوی بانک مرکزی ایران مجاز به انعقاد چنین قراردادی شده اند و عملاً گشایش اعتبار در خارج از این شبکه امکان پذیر نیست^۵. دقت در مفاد این قراردادها نیز بیانگر آن است که شرایط قرارداد گشایش اعتبار اسنادی همواره به نحوی تنظیم می گردد که تأمین کننده منافع بانک های گشاینده اعتبار است. برای نمونه می توان به این موضوع اشاره کرد که در تمام این قراردادها پیش بینی گردیده است، چنانچه متقاضی از تسهیلات بانکی نیز استفاده می نماید، بانک ها می توانند چندین برابر اصل و سود تسهیلات پرداختی، از وی وثایق منقول و غیرمنقول اخذ کرده و تمامی مطالبات خود از قبیل اصل و سود تسهیلات به انضمام هزینه ها، کارمزد و وجه التزام یا تأخیر تأدیه دین را از محل وثایق فوق تأمین نمایند^۶، در مقابل متقاضی اعتبار اسنادی فقط بین دو گزینه انصراف از انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و یا پذیرفتن تمام و کمال شرایط قراردادهای فوق، گزینه دیگری در پیش روی خود نمی بیند که این امر به وضوح بیانگر خصوصیت الحاقی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در نظام حقوقی ایران می باشد.

۳-۲- آزاد، ارشادی و یا تحمیلی بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

در حقوق قراردادهای مفاد اصل حاکمیت اراده مبین اختیارات و آزادی اراده گسترده ای در شئون مختلف این عمل حقوقی برای طرفین آن است. به موجب این اصل که اصطلاح آن از امانوئل کانت فیلسوف بزرگ آلمانی به یادگار مانده است، اشخاص در قبول یا رد هر قراردادی آزادند و این اختیار را دارند که در هر قالب مورد نظر خود با یکدیگر توافق کرده و آزادانه حقوق و تعهدات ناشی از این توافقات را با رعایت عنصر «نظم عمومی» تعیین کنند. همچنین این اختیار را دارند که از عقود معین مندرج در قانون بهره گرفته و یا حتی با ترکیب این عقود، عقدی جدیدی را خلق کنند که اساساً در قانون وجود نداشته است. این اختیارات ناشی

^{۱۲} دکتر کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص ۱۰۷ و ۱۰۸

^{۱۴} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، ص ۸۴

^{۱۵} مقصود از بانکهای مجاز، بانکها و موسساتی است که از سوی بانک مرکزی مجاز به گشایش اعتبار اسنادی هستند در مقابل سایر موسسات اعتباری یا بانک هایی که علیرغم

داشتن مجوز فعالیت های بانکی از برخی فعالیت های بانکی مانند داشتن حساب جاری و گشایش اعتبار اسنادی منع شده اند.

^{۱۶} ماده ۱۳ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی، پیشین

از اصل حاکمیت اراده مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی است که آزادی و حاکمیت اراده اشخاص در روابط قراردادی را بطور چشمگیری مورد توجه و تضمین قرار داده است.^{۱۰۷}

در قانون مدنی، اغلب موارد مرتبط به معاملات فی ما بین در زمره قواعد تکمیلی است به نحوی که می توان گفت حتی در بیشتر عقود معین طرفین در تعیین شرایط و آثار عقد آزاد هستند.^{۱۰۸} همین خصیصه آزادی طرفین در انتخاب قالب حقوقی مورد نظر خود و تعیین شرایط و آثار آن موجب گردیده عنوان «عقود آزاد» به آنها اطلاق گردد. این اصطلاح بیانگر واقعیت حقوقی دیگری به این معناست که آزادی اشخاص در معاملات صرفاً با یک محدودیت قانونی تحت عنوان «نظم عمومی و اخلاق حسنه» مواجه است و حتی قانونگذار عامداً بکاربردن لفظ «صریح» در ماده ۱۰ قانون مدنی در عبارت «... در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد...» در پی آن بوده است تا محاکم قضایی و قوای اجرایی با توسل به تفاسیر قضایی نتوانند این محدودیت وسیع آزادی قراردادی را محدود یا مخدوش کنند.^{۱۰۹} در مقابل عقود آزاد دسته دیگری از عقود قرار دارند که در آنها به دلایل گوناگون که مهم ترین آن دخالت دولت در تنظیم وضعیت اقتصادی جامعه است، حدود آزادی طرفین و حاکمیت اراده آنها در روابط قراردادی به میزان گسترده ای محدود گردیده است. این دخالت در امور اقتصادی از طرق گوناگون انجام می شود که یکی از آنها در اختیار گرفتن عامل حقوقی توزیع و مبادله ثروت یعنی همان عقود و قراردادهاست، به همین دلیل است که امروزه برخی اعمال حقوقی از قبیل اجاره اموال غیر منقول، بیمه و قرارداد کار با توجه به دخالت وسیع دولت به قالب حقوقی ویژه ای تبدیل شده است که طرفین تنها می توانند خود را در این قالب های از پیش تعیین شده قرار دهند و برخلاف عقود آزاد از اختیار چندانی در تنظیم روابط خود برخوردار نیستند.^{۱۱۰} در این قبیل عقود، دولت به نحو مستمری در تنظیم روابط حقوقی افراد نظارت مستقیم دارد و با وضع مقررات متعدد و بیان بایدها و نبایدها مبادرت به ارشاد اشخاص در تنظیم قراردادها می نماید. البته ارشادی که خصیصه پیروی الزامی را به همراه خود دارد و طرفین قرارداد نمی توانند ارشادات قانونگذار و دولت را نادیده انگاشته و بدون لحاظ آن مبادرت به انعقاد قرارداد نمایند.

نگاهی به انبوه قوانین و مقررات و دستورالعمل های متعدد وضع شده در خصوص انعقاد قرارداد گشایش اعتبارات اسنادی از ابتدای امر تا تحقق آثار آن بیانگر این حقیقت است که در انعقاد این قرارداد، اشخاص از آزادی و اختیار چندانی در این حوزه برخوردار نیستند. چرا که در نظام بانکی ایران دولت به شکل برجسته و گسترده ای مبادرت به ارشاد و هدایت بانک ها به عنوان طرف انحصاری گشاینده اعتبار اسنادی نموده است و موارد متعددی از قبیل، اخذ وثایق، سقف حداکثری تعهدات بانک در مقابل ذینفع و حتی نوع ابزار ابلاغ و چگونگی آن و مهم تر از همه قالب حقوقی انعقاد این قرارداد را به صورت امری برای بانک ها از پیش تعیین نموده است به نحوی که هیچیک از بانک های مجاز به انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی اختیار تجاوز از این مقررات را ندارند.

در واقع می توان گفت بسیاری از محدودیت هایی که منجر به الحاقی و تشریفاتی تلقی شدن قرارداد فوق گردیده، برخلاف آنچه که برخی پژوهشگران به سادگی از آن گذشته اند^{۱۱۱} موجبات ارشادی تلقی شدن این قرارداد را نیز فراهم آورده است، ارشادی که هیچ راه گریزی از آنها برای طرفین این قرارداد در نظام بانکی فعلی ایران وجود ندارد. مطلب قابل بیان دیگر آنکه، همینک در نظام بانکی ایران هر چند هر یک از بانک ها در خصوص اعتبار اسنادی قراردادهای از پیش تعیین شده در فرم های ویژه خود را دارا می باشند، لیکن همه آنها علیرغم اختلافات ظاهری در ادبیات حقوقی در متابعت محض از دستورالعمل ها و مقررات بانک مرکزی

^{۱۰۷} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین، پیشین، ص ۵۷

^{۱۰۸} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۱۱۱

^{۱۰۹} دکتر امیری قائم مقامی عبدالمجید، پیشین

^{۱۱۰} دکتر کاتوزیان ناصر، پیشین، ص ۱۱۰ و ۱۱۱

^{۱۱۱} بهمن زاده علی و جمشید بهمن پور، پیشین، ص ۱۶۷

و قوانین مصوب در این حوزه است،^{۱۱۲} لیکن باید توجه نمود که این میزان دخالت دولت در انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به رغم گستردگی آن به اندازه ای نیست که بتوان مدعی شد این قرارداد خصایص نوعی دیگر از عقود که «عقود تحمیلی» نامیده می شوند را داراست. بنا به تعریف عقد تحمیلی، عقدی است که قانونگذار و یا دولت به محدود کردن آزادی طرفین بسنده نمی کند و با فراتر گذاردن پا از این مرحله اساساً با سلب اختیار انجام معامله از طرفین، یک رابطه حقوقی را به آنها تحمیل می کند که نتایج این تحمیل صرفاً شبیه یک قرارداد است مانند الزام موجرین محل های کسب به اجاره دادن این قبیل محل ها به مستأجرین آنها. در حالی که در انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی اصولاً فلسفه چنین الزامی برای قانونگذار و دولت وجود دارد و عملاً طرفین این قرارداد اعم از بانک و متقاضی اعتبار نیز الزامی به انعقاد آن ندارند، در واقع در اعتبار اسنادی غالباً به عنوان روشی مطلوب و مطمئن مورد نظر فروشندگان کالا و ارائه کنندگان خدمات است که در قرارداد پایه با آزادی کامل مورد توافق با خریدار واقع می شود و به جز موارد خاص هیچ تحمیلی در انتخاب این روش پرداخت برای طرفین وجود ندارد.

۴- بررسی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بر مبنای هدف اقتصادی

۴-۱- معوض و یا غیر معوض بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

آنچه که مبنای عقود ذیل این دسته را تشکیل می دهد در واقع هدف اقتصادی است که هر یک از طرفین در پی دستیابی به آن است. پرواضح است که دنیای معاملات حوزه بدست آوردن بیشترین سود اقتصادی در مقابل دادن کمترین امتیاز به طرف مقابل است، طرفین معامله در این مسیر تمام اهتمام خود را بکار می بندند که نمود بارز این وضعیت را می توان در عقود معوض دید، زیرا در این عقود برای هر یک از طرفین علت اصلی عقد، تعهد طرف مقابل است. عقد معوض عقدی است که بر حسب طبیعت خود دارای دو مورد است^{۱۱۳} و هر یک از طرفین عقد در مقابل مقابله مالی که به دیگری می دهد یا تعهدی که به نفع دیگری بر عهده می گیرد چشم به عمل متقابلی در آن سو دارد، در مقابل عقد غیر معوض که برخی آنرا عقدی مجانی نیز نامیده اند، عقدی است که برخلاف مورد قبل در قبال امتیاز یا حق و مال واگذار شده معوضی برای طرف دیگر وجود نداشته و صرفاً دارای یک مورد است، در این عقد یک طرف عقد مال یا حقی را به طرف دیگر وامی گذارد بدون آنکه در قبال چیزی دریافت دارد، مصداق بارز این عقد هبه و عاریه است. قابل ذکر است که در این میان برخی اساتید از عملی حقوقی دیگری بنام «شبه معاوضه» نیز نام برده اند که در ماهیت آن طرفین به تعویض مورد معامله تراضی ندارند لیکن در این عمل به جهتی از جهات وابستگی به تعویض که ماده اصلی عقود معوض است وجود دارد مانند عقد نکاح بواسطه ارتباطی که بین مهریه و بضع وجود دارد^{۱۱۴}. برای درک عقود معوض باید دانست که «تعویض» یا مبادله که شاخه اصلی عقود معوض است ماهیتی است حقوقی که علیرغم موارد استفاده گسترده در آن تعریف جامعی که تمام مصادیق آن را دربرگیرد وجود ندارد لیکن می توان عناصری برای آن به این شرح برشمرد:

۱- رضای شخص غیر از موارد اکراه و فضولی^۲ - تقابل بین دو امر متغایر که می تواند به اشکال ذیل باشد: الف: تقابل دو امری که مالی اند مانند مبیع و ثمن در عقد بیع ب: تقابل یک امر مالی در مقابل یک امر غیر مالی مانند آنچه که در عقد بیمه وجود دارد یعنی تقابل بین ریسک و وجه بیمه ج: تقابل بین دو امر غیر مالی مانند اذنی که دو همسایه به یکدیگر می دهند در گذاردن سرتیر به دیوار یکی از یکطرف و اذن عبور از ملک دیگری از طرف دیگر^۳ - مبادله بین اموری که شرح آن آمد.^{۱۱۵}

^{۱۱۲} بوالحسنی اکبر، پیشین

^{۱۱۳} دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۴

^{۱۱۴} دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، الفارق، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۱۱۴

^{۱۱۵} دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، جلد ۲، ص ۱۷۴ و ۱۷۵

اهمیت این عنصرشناسی از آن جهت است که می تواند در مواردی که در معوض یا مجانی بودن یک عمل حقوقی تردیدی حاصل شود کمک شایانی نماید، لذا از این جهت در شناسایی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بعنوان عقدی معوض یا غیرمعوض حائز اهمیت است. موضوع حائز اهمیت دیگر آنکه، تقسیم بندی عقود به معوض و مجانی واجد آثاری چند است از جمله:

یکم: از آنجایی که در عقود معوض تعهد و الزام هریک از طرفین در مقابل تعهد طرف دیگر قرار دارد بنابراین چنانچه هریک از طرفین به تعهد خود عمل نکنند طرف دیگر نیز حق خواهد داشت متقابلاً از اجرای تعهدات خویش خودداری کند، این حکم ویژه که صرفاً در عقود معوض جاری است «حق حبس» نام دارد که در عقود غیرمعوض راه ندارد.

دوم: در مواردی که بین عوضین عدم تعادل فاحش وجود داشته باشد، موجبات خیار غبن را فراهم می آورد که این حکم نیز ویژه عقود معوض بوده و در عقود مجانی راه ندارد.

سوم: ماهیت عقود معوض به نحوی است که چنانچه یکی از عوضین اعم از مال یا تعهد از بین رفته و یا به دلیل برخورد با نظم عمومی یا هر دلیل قانونی دیگر قدرت اجرا نداشته باشد، تعهد طرف دیگر عقد نیز خودبه خود از بین می رود که مصداق خاص این وضعیت را می توان در ماده ۳۸۰ قانون مدنی ملاحظه نمود که براساس آن چنانچه مشتری به جهت افلاس توانایی انجام تعهد متقابل خود یعنی پرداخت ثمن را نداشته باشد در عین حال مبیع نیز نزد او موجود باشد، بایع علیرغم اینکه پس از توافق مأخوذه انجام تعهد خود است لیکن در این وضعیت خاص، مشتری از قید تعهد خود رها می تواند مبیع را باز پس گیرد و چنانچه آنرا هنوز تسلیم نکرده تعهدی به تسلیم آن ندارد.

با این توضیحات در تحلیل قرارداد گشایش اعتبار اسنادی از منظر این خصوصیت بدو لازم به توضیح است که در نظام بانکی کنونی ایران، این قرارداد می تواند به دو شیوه مورد توافق بانک و متقاضی اعتبار واقع شود:

اول: در این شیوه متقاضی اعتبار تمام وجه اعتبار خود را تأمین می نماید و بانک یا موسسه اعتباری گشاینده اعتبار به دلیل امتیازاتی که بواسطه بانک یا موسسه مجاز بودن دارد، طرف دیگر قرارداد واقع شده و صرفاً تکلیف گشایش اعتبار را از محل این وجه و انجام سلسله اقداماتی از قبیل هماهنگی های لازم با سایر شعب خود یا بانکی دیگر به عنوان شعبه یا بانک بنا به مورد، ابلاغ کننده، تأمین کننده و یا پرداخت کننده اعتبار و دریافت تطبیق اسناد مورد نظر متقاضی و نهایتاً پرداخت وجه اعتبار به ذینفع آن می باشد و در مقابل نیز مبادرت به اخذ کارمزد عملیات بانکی فوق می نماید. در این روش، پرداخت کارمزد از سوی متقاضی در قبال انجام عملیات بانکی و گشایش اعتبار از سوی بانک قرار دارد.

دوم: در این شیوه متقاضی صرفاً بخشی از وجه اعتبار را که گاهی مطابق دستور العمل های مصوب^{۱۱۶} حداقل آن ۱۰٪ کل مبلغ اعتبار است را خود تأمین کرده و مابقی وجه اعتبار را به صورت وام از بانک گشایش کننده اعتبار تسهیلات دریافت می دارد، این به آن معنا خواهد بود که بانک علاوه بر خدمات مرتبط با گشایش اعتبار، وجه اعتبار را نیز در قالب تسهیلات تأمین می نماید. در این روش آنچه که بانک در میان می نهد انجام عملیات گشایش اعتبار اسناد و پرداخت تسهیلات است و آنچه که در عوض آن از سوی متقاضی ارائه می گردد پرداخت کارمزد عملیات گشایش اعتبار اسنادی و استرداد اصل تسهیلات اعطایی به همراه سود و هزینه های متعلقه به آن است. در هر دو شیوه نوعی از عناصر تعویض به چشم می خورد و هریک از طرفین قرارداد در مقابل چیزی که دریافت می دارد عوضی به طرف دیگر که مورد نظر اوست می دهد لذا از منظر عناصر تعویض در یک عقد معوض، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیز قراردادی معوض است. لیکن نکته قابل توجه آن است که هدف اصلی از بازشناسی خصوصیات عقود و تقسیم بندی آنها از این منظر، آثار عملی و تئوری است که از این خصوصیات و تقسیم بندی ها حاصل گردیده و موجب تمایز بین انواع عقود و تحلیل دقیق تر آنها می شود، در واقع تقسیم بندی عقود از لحاظ خصوصیات آنها به تنهایی و بدون آنکه فایده و

^{۱۱۶} دستور العمل اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۹۲/۶/۸

ثمره ای برای کار مترتب گردد عملی لغو و بیهوده است و همانگونه که در دستور پیشین فواید و ثمرات ناظر به تقسیم عقود به معوض و مجانی بیان شد مشخص گردید، ثمره این تفکیک در مقولاتی از قبیل حق حبس و پیوستگی دوعوض به یکدیگر در عقود معوض و اهمیت شخصیت طرف عقد در عقود مجانی بیان گردیده که هر یک واجد آثار بسیار مهم در سرنوشت عداست بنابراین نبایستی این ثمرات در محاق شباهت ها و تفاوت های ظاهری بین عقود قرار گرفته و مغفول ماند، از این رو صرف شباهت های موجود در تقابل بین دوعوض در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بدون در نظر گرفتن ثمرات ناشی از این تقسیم کافی به مقصود نخواهد بود که به سادگی بتوان ادعا کرد قرارداد فوق، عقدی معوض است^{۱۱۷} چراکه در بسیاری از موارد اصول حاکم بر اعتبار اسنادی آثار حاکم بر یک عقد معوض را بر نمی تابد و در قالب آنها نمی گنجد و شاید به همین دلیل بوده که برخی پژوهشگران باریک بین را به این سمت سوق داده تا با نادیده گرفتن عناصر تعویض در این قرارداد و وصف معوض بودن آنرا مورد تردید قرار دهند.^{۱۱۸} برای نمونه یکی از آثار بسیار مهم حاکم بر عقود معوض حق حبس اطلاق است، در حالی که اساساً در یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بدلیل حکومت اصل استقلال اعتبار اسنادی، صرف نظر از حال یا موجل بودن تعهدات طرفین اعتبار صادره از سایر قراردادها و توافقات طرفین منفک بوده و هرگز چنین حقی برای بانک یا متقاضی اعتبار قابل تصور نیست، چراکه پس از انعقاد قرارداد گشایش، بانک تعهدی مستقل از رابطه حقوقی خود با متقاضی در برابر ذینفع دارد، هر چند این تعهد ناشی از قرارداد گشایش اعتبار است لیکن اصل استقلال اعتبار اسنادی مانع از آن می گردد که در صورت تخلف طرف دیگر قرارداد یعنی متقاضی اعتبار از تعهدات خود بانک با توسل به حق حبس ناشی از عقود معوض که از شئون و عوارض یکی از اصول سه گانه معوضات است^{۱۱۹} از زیربار تعهدات خود در قبالی ذینفع شانه خالی کند. همین وضعیت در فرض دیگری هم که انجام تعهدات متقاضی به هر دلیلی در برابر بانک غیر مقدر گردد یا اینکه متقاضی ورشکسته شود جاری است و بانک نمی تواند به دلیل از بین رفتن مورد دیگر عقدا از بین رفتن زمینه اجرای آن از انجام تعهدات خود امتناع کند. این تناقضات بیانگر این حقیقت است که علیرغم مطابقت ظاهری قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با عقود معوض، اغلب آثار ناشی از این این عقود و اصول حاکم بر آنها در تضاد کامل با فلسفه وجودی مکانیزم اعتبار اسنادی است و حداکثر شاید بتوان گفت هر چند در این قرارداد به جهتی از جهات وابستگی به «تعویض» که ماده اصلی عقود معوض است یافت می شود^{۱۲۰} ولی آثار حاکم بر یک عقد معوض به آن کیفیتی که در حقوق مدنی کلاسیک از آن یاد می شود وجود ندارد و به همین دلیل به راحتی نمی توان ادعا کرد قرارداد فوق از مصادیق عقود معوض است و این امر خود بیانگر این واقعیت است که توافق بر گشایش اعتبار اسنادی ماهیت منحصر به فرد و خاص خود را دارد که در بسیاری موارد قابل انطباق با حقوق قراردادها نیست.

۴-۲ - مسامحه ای یا مغایره ای بودن قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

به عقود که بر مبنای اهداف سودجویانه و کسب منفعت بیشتر بدون هرگونه اغماض و گذشتی منعقد می گردد، عقود مغایره ای گویند، در این عقود هر یک از طرفین آن در پی بهره بیشتر است و در این راستا از هیچ نکته ای نمی گذرد، در واقع همین نکته سنجی های مادی گرایانه ظرفیت این عقود را که اساس زندگی جوامع بر آن بنیان شده است^{۱۲۱} را بخود اختصاص داده. در مقابل عقود مسامحه ای قراردادند که متعهد در آن به دنبال کسب سود و منفعت به سیاقی که در دنیای تجارت معمول است نیست و آن باریک اندیشی ها و سودا طلبی های عقود مغایره ای را ندارد مانند، هبه^{۱۲۲} یا عقد عمری، رقبی و سکنی که بواسطه مسامحه ای بودن آن لزومی به تعیین دقیق مدت در آن نیست.^{۱۲۳} قرارداد گشایش اعتبار اسنادی محصول نیاز مندی تجار در دنیای سوداگرانه

^{۱۱۷} بهمن زاده علی و جمشید بهمن پور و دیگران، پیشین، ص ۱۶۸

^{۱۱۸} رسول ابافت، پیشین، ص ۱۰۰

^{۱۱۹} جعفری لنگرودی محمد جعفر، پیشین، ص ۲۹۱

^{۱۲۰} پیشین، ص ۱۷۴ و ۱۷۵

^{۱۲۱} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق تعهدات، پیشین، ص ۶۹

^{۱۲۲} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، دائر المعارف حقوق مدنی و تجارت، پیشین، ص ۸۴۹

^{۱۲۳} دکتر جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۸۴

تجارت است و همانگونه که قبلاً نیز به آن اشاره شد از مهمترین مزایای این روش پرداخت تأمین حداکثری منافع تجار در یک معامله بین المللی است. در واقع آنچه که بازرگانان را به استفاده هرچه بیشتر از این ابزار تشویق کرده همان روحیه منفعت طلبی و احتراز از هرگونه ریسک، جهت کسب منفعت بیشتر است و حتی می توان گفت مصداق بارز یک باریک بینی کاملاً سوداگرایانه است که به هیچ روی رنگی از تسامح و اغماض در آن دیده نمی شود لذا می توان گفت این توافق از حیث این وصف مشابه عقود مغایه ای در حقوق مدنی است.

نتیجه :

اعتبار اسنادی بعنوان شاهرگ حیات اقتصادی دنیای امروز ابزاری است که ویژه های مختص به خود دارد، خلق این ابزار که هر چند وابسته به قرارداد گشایش اعتبار بین بانک و متقاضی است لیکن پس از گشایش اعتبار ارتباط خود را با آن از دست داده و بعنوان موجودی مستقل به حیات خود ادامه میدهد و اراده خالقین آن برخلاف اصول حاکم بر قراردادها نمی تواند آنرا دستخوش تغییر قرار دهد. از سوی دیگر تفسیر آثار آن به اشخاصی غیر از متعاقبین عقد خط بطلانی بر اصل نسبی بودن قراردادها نسبت به خود ترسیم می نماید، لذا این ماهیت مستقل علیرغم وجود شباهت های ظاهری با مفاهیم حقوق مدنی اغلب اصول آنرا یا بر نمی تابد و یا به شکلی ناقص از آن تأثیری پذیرد، از نظر اوصاف قراردادها نیز در همین موقعیت قرارداد دزیرا علیرغم دارا بودن عناصر تعویض آثار ناشی از این قبیل عقود بر نمی تابد لذا عقدی معوض نیست همچنین بخشی از روابط جاری در آن بواسطه تعهدات بانک نشان از عقود عهدی دارد و بخش دیگر بواسطه انتقال محل مالکیت اعتبار صادره به ذینفع مشخصه های بارز به عقد تملیکی را متذکر می شود. علیرغم اینکه ظاهر آن نشان از تعلیق منشاء بر اخذ اسناد حمل دارا ما قابل قیاس با عقود منجزولی مشروط است و در مواردی خاص جلوه گر عقود معلق نیز می باشد، علیرغم حاکمیت ظاهری اراده طرفین در انعقاد آن، بواسطه کثرت ضوابط و مقررات در چگونگی ایجاد، تدوام و آثار آن نشانه های غیر قابل انکاری از عقود تشریفاتی را از خود ابراز می دارد، انحصار گشایش اعتبار از سوی بانک ها و موسسات اعتباری که از سوی بانک مرکزی مجاز به این عملیات شناخته شده اند و حتی دیکته کردن قالب عقدی توافق، منجر به تحمیل قراردادی یکطرفه به متقاضی اعتبار گردیده است که مصداق بارز از عقود الحاقی است، با اینحال این توافق از منظر اصول حقوق مدنی قراردادی مستقل، مغایه ای و لازم است هر چند در برخی انواع اعتباری می تواند عقدی خیار باشد، همچنین برخلاف اصول حاکم در حقوق مدنی که وجود ارتباط بین دو قرارداد در موقعیت قرارداد پایه و گشایش اعتبار واجد خصایص و آثار بین عقود اصلی و تبعی است، در این مکانیزم بدلیل حکومت اصل استقلال اعتبار، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به شکل اجتناب ناپذیری قراردادی مستقل تلقی میگردد.

منابع و ماخذ

۱. ابافت رسول، اعتبارات اسنادی و ماهیت حقوقی آن در حقوق تجارت بین الملل، پیک نور سال پنجم زمستان ۱۳۸۶ شماره ۵ (پیاپی ۲)
۲. اخلاقی بهروز، بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، پائیز ۱۳۷۰
۳. اشمیتوف کلابوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، جلد دوم، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران
۴. امامی سید حسن، حقوق مدنی ج ۱ و ۲، انتشارات اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۷۳، تهران
۵. امیری قائم مقامی عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۲، اعمال حقوقی - تشکیل عقد، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۸، تهران
۶. آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیات وزیران
۷. بروجردی عبده محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۰، تهران
۸. بنی یعقوب جواد، فرهنگ واژگان و اصطلاحات حقوقی، اقتصادی، اداری، جلد ۲، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۸، تهران

۹. بهمن زاده علی و جمشید بهمن پور، ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران با تأکید بر مقررات متحد الشكل اعتبارات اسنادی، فصلنامه پژوهش های حقوق تجارت بین الملل، سال اول؛ شماره اول، پاییز ۱۳۹۳
۱۰. بوالحسنی اکبر، مروری بر رایج ترین شیوه پرداخت و تسویه در تجارت بین المللی ۱ (اعتبار اسنادی اختلاف نظر بر سر تعریف) ماهنامه صنعت حمل و نقل، شهریور ۱۳۷۴ شماره ۱۴۲
۱۱. بوالحسنی اکبر، مروری بر رایج ترین شیوه پرداخت و تسویه در تجارت بین المللی ۱ (اعتبار اسنادی نگرانی های تجار و ضمانت ها) ماهنامه صنعت حمل و نقل، شهریور ۱۳۷۴، شماره ۱۴۱
۱۲. بی نا، مجله اتاق تجارت، سال اول شماره پنجم، اسفند ۱۳۰۸
۱۳. جعفر لنگرودی محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۱۴. جعفری لنگرودی محمد جعفر، الفارق - دائرة المعارف عمومی حقوق، ج ۳، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران
۱۵. جعفری لنگرودی محمد جعفر، عقد قرض، مجله حقوقی دادگستری، اسفند ۱۳۵۱
۱۶. جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۸۸، تهران
۱۷. جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق تعهدات، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۸۹، تهران
۱۸. جعفری لنگرودی محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۸، تهران
۱۹. جنیدی لعیا، مقایسه اعتبار اسنادی با اسناد براتی، مجله حقوق بانکی، سال سوم، شماره ۵ و ۶، سال ۱۳۹۳
۲۰. خزاعی حسین، روش های پرداخت ثمن در تجارت بین المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم انسانی، شماره ۷۳، بهمن ۱۳۷۳
۲۱. دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی مصوب یک هزار و یکصد و پنجاه و نهمین جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ شورای پول و اعتبار
۲۲. ذاکر صالحی غلامرضا، شروط ابتدایی و تطبیق آن با قراردادهای نامعین، مقالات و بررسی های دفتر فقه، پاییز و زمستان ۱۳۸۷
۲۳. ذوقی محمد صالح، مقررات متحد الشكل اعتبارات اسنادی (UCP ۶۰۰) ترجمه، چاپ هشتم، کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۹۴، تهران.
۲۴. رجب پور رویا، شیوه های پرداخت در معاملات بین المللی، چاپ اول، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۲، تهران، ص ۱۴۸ و ۱۴۹
۲۵. رفیعی محمد تقی، تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶
۲۶. السان مصطفی، حقوق بانکی، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۱ تهران
۲۷. شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ یازدهم، مجد، ۱۳۹۴، تهران
۲۸. شیروی عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، چاپ چهارم، سمت، ۱۳۹۲، تهران
۲۹. صادقی محمد حسن و شکوهی زاده رضا، تشخیص معیار تبعیت در عقود تبعی و آثار آن در حقوق ایران، فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۴، شماره ۴، زمستان ۸۹
۳۰. عرفانی محمود، حقوق بانکی تطبیقی، ج ۱۰ حقوق تجارت، چاپ اول، جنگل، ۱۳۹۵، تهران
۳۱. فرهادی چشمه مرواری وحید، اعتبار اسنادی وارداتی دیداری ومدت دار، ماهنامه اتاق ایران، ۱۳۸۹، شماره ۳۹ و ۴۰
۳۲. قاسم زاده سید مرتضی، مختصر قراردادها و تعهدات، چاپ دهم، نشر دادگستر، ۱۳۹۲، تهران، ص ۳۴
۳۳. قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۰۵/۴/۱۸ مجلس شورای ملی
۳۴. قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی ۱۳۸۵/۵/۲۴ مصوب مجلس شورای اسلامی
۳۵. قانون تعزیرات حکومتی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۲ مجلس شورای اسلامی
۳۶. قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران مصوب ۱۳۳۶/۱۲/۲۴ مجلس شورای اسلامی

۳۷. قانون عملیات پولی و بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی
۳۸. قانون مدنی
۳۹. قربانیان حسین، غفور حسینی، امیرحسین ستاری، بررسی واگذاری عواید اعتبار در مقررات اعتبارات اسنادی و کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی، مجله حقوقی بین المللی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، شماره ۴۸، ص ۱۶۷
۴۰. کاتوزیان ناصر، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، تهران
۴۱. کاتوزیان ناصر، طبیعت قراردادهای الحاقی، مجله آموزش عالی قم، سال اول، زمستان ۷۷، شماره ۱
۴۲. کریمی اسدالله، مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷
۴۳. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، عقود معین ۱، معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، تهران
۴۴. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ۱، چاپ چهارم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران
۴۵. کاتوزیان ناصر، محدودیت های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف کننده، فصل نامه حق، پائیز ۱۳۸۷، دوره ۳۸، شماره ۳
۴۶. گرجی ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج ۲، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، تهران
۴۷. مصوبه بیمه بازرگانان در موقع گشایش اعتبار بانک ها مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۲۶/۳/۹
۴۸. مصوبه تعیین مدت ایفای تعهد برای معرفی و فروش ارز حاصل از صادرات مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۷۵/۱/۱۹
۴۹. مصوبه مواردی به منظور توسعه صادرات غیر نفتی مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۶۳/۹/۷
۵۰. معنوی غلامحسین، بانکداری بین المللی، چاپ اول، موسسه علوم بانکی، ۱۳۵۳، تهران
۵۱. موسویان عباس و حسین موسوی، بانکداری اسلامی، پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ سوم، ۱۳۹۳، تهران
۵۲. یانگ گایوایکس و دیگران، ماهیت ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی، ترجمه ماشا الله نیاسری، مجله حقوقی المللی، شماره ۱۳۸۱، ۳۵

53. Adodo Ebenzer o.i “ Appraisal Of The Fraud Exception And The Principle Of Strict Compliance In Letter Of Cridit”, University Of Singapore (2005)
54. Brindle, Micheal "Law of Bank Payments", London: Sweet and Maxwell, (2004)
55. Cornelio (Onnie) A. Sumangil "Keys to Understanding Documentary Letters of Credit" Lulu Publishing, (2014)
56. Dalhuisen, J.H, "Dalhuisen on international commercial, Financial and Trade Law", Hart Graugarrd Olsen "Banks in International Trade Incomplete International Contract Enforcment and Reputation" job market paper (2010)
57. Indira Carr "International trade Law". Fourth edition. London and New York. Routledge-Cavendish. (2010)
58. Indira Carr "International trade Law". Fourth edition. London and New York. Routledge-Cavendish (2010)
59. Mugasha Agasha "The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees" Federation Press (2003)
60. Schelin Johan "Letters Of Cridit and The Doctrin Of Strict Compliance" Thesis, university of Uppsala (2004)