

بررسی و مقایسه قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با برخی نهادهای حقوقی

محسن کاشانی حصاری

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، وکیل پایه یک دادگستری

چکیده

در تحلیل ماهیت حقوقی توافق متقاضی اعتبار اسنادی و بانک گشاینده، بعنوان یکی از ارکان مکانیزم اعتبار اسنادی که در کشور ما موسوم به قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است، در میان نویسندگان رسم بر این است که اغلب به مقایسه این توافق با عقود معین بسنده می کنند و البته برخی دیگر در کنار این رسم مالوف اجمالاً نیم نگاهی نیز به نهادهایی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی و یا ایقاع دارند. با این حال بررسی و مقایسه این توافق با سایر نهاد های حقوقی مانند استصناع و مرابحه که اخیراً وارد نظام حقوقی کشور شده اند مغفول مانده از سوی دیگر این نهاد های نورسیده چون فاقد پشتوانه های علمی و تحقیقاتی مانند دیگر نهاد های مسبوق به سابقه در نظام فقهی و حقوقی ما هستند، کاستی های موجود در این زمینه را دوچندان نموده است، لذا این پژوهش اختصاص به تطبیق این توافق با دو تاسیس نوظهور در نظام حقوقی یعنی استصناع و مرابحه دارد و در پایان نیز نگاهی دقیق تر به مقایسه آن با دیگر نهاد های حقوقی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی، ایقاع و تعهد به سود ثالث گردیده است، حاصل این پژوهش بیانگر آن است که این نهادها هیچ یک قالبی مناسب برای تبیین حقوقی توافق برگشایش اعتبار اسنادی نیست.

واژه های کلیدی: اعتبار اسنادی، استصناع، مرابحه، ایقاع، تعهد به سود ثالث، ماده ۱۰ قانون مدنی.

مقدمه

تحلیل اوصاف عمل حقوقی گشایش اعتباراسنادی از منظر اصول حاکم بر حقوق مدنی بویژه حقوق قراردادهای بیانگرایین واقعیت است که این توافق، بعنوان محصول نیازمندی های تجاری بازرگانان تا اندازه زیادی تحت تاثیر اصول حقوقی حاکم بر روابط تجاری به ویژه در حوزه حقوق اسنادتجاری و مقررات متحدالشکل اعتباراسنادی اتاق بازرگانی بین المللی به عنوان بخشی از حقوق تجارت بین المللی است که قابل توجه ترین مستند قانونی در این زمینه است به همین دلیل در موارد متعددی امکان تطبیق دقیق این ابزار نوظهور بر اساس اصول حقوق مدنی امکان پذیر نیست چراکه فلسفه وجودی احکام در حقوق مدنی به میزان چشمگیری متفاوت و اغلب متعارض با فلسفه و روح حاکم بر حقوق تجارت است، از این رو حتی اطلاق عنوان قرارداد به ارکان تشکیل دهنده این مکانیزم از جمله توافقات بین بانک و متقاضی که در دربین نویسندگان ما به قراردادگشایش اعتباراسنادی موسوم است به شدت مورد تردید و انتقاد واقع گردیده است.

در میان نویسندگان ما رسم بر این است که اغلب به مقایسه قراردادگشایش اعتبار اسنادی با عقود معین بسنده می کنند و البته برخی دیگر در کنار این رسم مالوف اجمالاً نیم نگاهی نیز به نهادهایی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی و یا ایقاع دارند با اینحال بررسی و مقایسه این قرارداد یا سایر نهاد های حقوقی مانند استصناع و مرابحه که اخیراً وارد نظام حقوقی کشور شده اند مغفول مانده، از سوی دیگر این نهاد های نورسیده چون فاقد پشتوانه های علمی و تحقیقاتی مانند دیگر نهاد های مسبوق به سابقه در نظام فقهی و حقوقی ما هستند، کاستی های موجود در این زمینه را دو چندان نموده است، لذا پس از بررسی و قیاس قراردادگشایش اعتبار اسناد با عقود معین این پژوهش را اختصاص به تطبیق این قرارداد (کاشانی، ۱۳۹۵) با دو تاسیس نوظهور در نظام حقوقی یعنی استصناع و مرابحه داده و در پایان نیز نگاهی دقیق تر به مقایسه این قرارداد با سایر نهادهای حقوقی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی، ایقاع و تعهد به سود ثالث خواهد شد.

گفتار نخست: استصناع

در تاریخچه وسیر تدوین فقه امامیه، استصناع با سکوت شگفت انگیزی از سوی فقها مواجه شده است و بنظر می رسد به دلیل همین محجوریت در فقه بوده که نویسندگان قانون مدنی نیز هیچ اشاره ای به این نهاد نکرده اند. با این حال به دلیل ضروریات ناشی از زمان و ناتوانی قوانین و مقررات ناظر بر عملیات بانکی بویژه قانون عملیات بانکی بدون ربا در پاسخگویی به نیازهای جامعه، قانونگذار برای اولین بار این نهاد را در ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه (ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله) به همراه مرابحه و خرید دین به سایر عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه نمود. متعاقب این قانون بانک مرکزی دستورالعمل اجرایی این عقود سه گانه را پس از تصویب آئین نامه اجرایی آن در هیأت دولت طی مصوبه شورای پول و اعتبار^۱ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۰ به بانک ها و موسسات اعتباری ابلاغ کرد.^۲

آنچه در این میان از اهمیت ویژه ای برخوردار است تلقی بانک مرکزی از ماهیت و کارکرد استصناع و مرابحه به عنوان قالبی مناسب برای مبنای عقدی قرارداد گشایش اعتباراسنادی است به نحوی که شورای پول و اعتبار طی دستورالعملی تحت عنوان «دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی»^۳ بانک ها و موسسات اعتباری مجاز به گشایش اعتبار اسنادی را مکلف نموده وفق ماده ۱۳ این دستورالعمل در گشایش اعتبار اسنادی داخلی بنا به مورد از این عقود به عنوان مبنای عقدی آنها استفاده کنند، از این رو بررسی این دو عقد نوظهور در نظام بانکی و حقوقی ایران از این حیث از اهمیت دوچندانی برخوردار است، هر چند فقدان منابع غنی و تحقیقات منسجم در این زمینه بر دشواری کار می افزاید.

بنا به تعریف، استصناع بیعی است در قالب سفارش ساخت مصنوعات دستی است، به گفته علاء الدین محمد بن احمد سمرقندی صاحب کتاب تحفه الفقها:

^۱ دستورالعمل های اجرایی عقود سه گانه استصناع، مرابحه و خرید دین مصوب یک هزار و یک صد و بیست و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲ شورای پول و اعتبار

^۲ ابلاغیه شماره ۹۰/۱۴۱۶۹۶ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۰ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

^۳ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب یکهزارویکصدوپنجاه و نهمین جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ شورای پول و اعتبار

«استصناع عبارت است از بیع در ذمه^۱ با شرط عمل صانع به نفع سفارش دهنده که مستصنع نام دارد و از این جهت عقدی غیر لازم است که هریک از طرفین می توانند پیش از پایان کار یا حتی پس از آن این عقد را فسخ کنند، اما هرگاه کالای مورد سفارش ساخته و به سفارش دهنده عرضه گردید خیار سازنده ساقط است ولی خیار سفارش دهنده همچنان باقی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱)

در میان فقها از استصناع و چگونگی روابط جاری در آن تعابیر و تعاریف متعددی وجود دارد ولی همه این تعاریف در یک موضوع اشتراک دارند و آن اینکه استصناع در برگیرنده رابطه ای است که به موجب یکی از طرفین که از آن به عنوان سفارش دهنده یا مستصنع یاد می شود توافق طرف دیگر که معمولاً صنعتگر یا صاحب فن درامری است و به او صانع اطلاق می گردد را جهت ساخت یا تولید کالایی جلب می نماید با این وصف که مصالح و مواد اولیه جهت تولید کالا از سوی سازنده تهیه می گردد؛ به عنوان نمونه شخصی سفارش ساخت ۶ سیلوی ۵۰ تنی را به صنعتگری میدهد و سازنده با خرید و تهیه مصالح و مواد اولیه مبادرت به ساخت این سازه ها می نماید.

منابع فقهی این نهاد، اغلب متعلق به فقهای اهل عامه است و هر چند اکثر آنها بر درستی چنین نهادی اتفاق نظر دارند ولی سخنان ایشان در این موضوع بسیار متفاوت است، (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۲) با این حال در آثار پیروان مذهب شافعی مطلب در خور توجهی ملاحظه نمی گردد و سخنان حنفیان نیز بسیار نامنقح است لیکن این پیروان مذهب حنبلی هستند که بیش از دیگران به آن پرداخته اند، در بین حنابله نیز گروهی ماهیت مستقلی برای آن قائل نبوده و استصناع را نوعی «بیع سلم» می دانند، ولی برخی دیگر استصناع را نه تنها عقد نمی دانند بلکه از آن صرفاً به عنوان «مواعد» یعنی وعده ای که بین طرفین رد و بدل شده یاد می کنند.

صرف نظر از اختلافی که در ماهیت استصناع وجود دارد، همین اختلاف نیز در مبنای مشروعیت آن به چشم می خورد به نحوی که برخی از پیروان مذهب حنبلی مبنای مشروعیت آنرا برخواستنه از عقد بیع و برخی دیگر آنرا نوعی بیع معدوم می دانند که برخلاف قاعده و به جهت شیوع آن در میان مردم و از باب استحسان حکم به صحت آن داده شده است، گروهی دیگر نیز هر چند آنرا عقدی مستقل معرفی کرده اند ولی در توجیه مبنای مشروعیت آن باز هم به قاعده استحسان متوسل شده اند، (دهقانی نژاد، ۱۳۹۱) آنانکه اعتقاد دارند استصناع در واقع نوعی بیع سلم است، رعایت تمام شروط بیع سلم از جمله پرداخت ثمن در مجلس عقد و لازم بودن را نیز شرط می دانند، ولی گروهی که آنرا به نوعی بیع معدوم شبیه کرده اند این عقدا را مقید به شرایط بیع سلم ندانسته و اعتقادی نیز به لزوم این عقد ندارند. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۴۵)

این مباحث که به نحو شگفت انگیزی در میان فقهای امامیه با سکوت مواجه شده موجب محجور ماندن این نهاد در فقه امامیه گردیده است به نحوی که تنها تعداد انگشت شماری از فقهای امامیه همچون ابن حمزه طوسی و ابن سعید حلی، صرفاً در حد جملاتی کوتاه به موضوع استصناع پرداخته اند، فقیه اخیر در این باره اجمالاً بیان داشته است:

«هرکس از سازنده ای درخواست کند که چیزی برایش بسازد و مورد قبول سازنده واقع شود، سازنده بین تسلیم و عدم تسلیم مختار است؛ سفارش دهنده نیز مخیر است، قبول کند یا رد کند»^۲

این اجمال گویی ها موجب آن گردیده که از منظر فقه امامیه ماهیت استصناع در هاله ای از ابهام قرار گیرد و تردیدهایی از این دست که این تالیس، عقد است یا نهاد دیگر و در صورت عقد تلقی شدن حکم صحت بر آن جاری است یا بطلان و در فرض صحت، عقدی لازم است یا جایز و در فرض لزوم بیع تلقی می شود و یا اجاره^۳ همچنان محل اختلاف باشد.

با این حال به نظر می رسد در میان قدما، مهمترین نظر منسوب به شیخ طوسی است که در کتاب الخلاف ذیل مسأله ۳۳ بیان داشته است، ایشان در این مسأله پس از ذکر مصادیقی چند از استصناع به دلیل عدم وجوب پای بندی طرفین یعنی سازنده و

^۱ براساس متون فقهی ذمه ظرف مملوک کلی و اعتباری است، به نقل از ابوالقاسم گرگی، مقالات حقوقی، ج ۲، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، تهران، ص ۳۰۴

^۲ و استصناع شیء لغف و فعله الصانع غیر لازم المستصنع وله رده

^۳ www.wikiFeqh.ir visited at 20/2/2015

سفارش دهنده به مفاد عقد، مدعی اجماع در عدم مشروعیت استصناع شده و از سوی دیگر به دلیل مجهول و غیرمعلوم بودن موضوع سفارش رای به بطلان استصناع داده است.^۱

هرچند بیان چنین نظری از سوی فقیهی نامدار چون شیخ طوسی می تواند آنچنان تأثیری بر دیگر فقها داشته باشد که دیگر کمتر بدان بپردازند، به نحوی که پس از وی دیگر کسی متعرض آن نشود، (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۵) ولی از این نکته نباید غفلت ورزید که در اغلب موارد استصناع به نحوی واقع می شود که آنچه به عنوان سفارش یا کالا مورد نظر است در حین عقد وجود ندارد و قرار است در آینده به دست صانع ساخته شود، از سوی دیگر دستمزد و هزینه های سازنده نیز در آینده و همزمان با تحویل کالای ساخته شده پرداخت خواهد شد، این موقعیت بسیار شبیه به وضعیت است در عقد بیع کلی که در آن مبیع و ثمن هر دو ناظر به آینده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۲۱۲) و در اصطلاح به آن بیع کالی به کالی می گویند که خودمشمول عنوان وسیع تری به نام «بیع دین به دین» است که براساس حدیث نبوی «لایباع دین بالدین» از منظر اغلب فقهای امامیه نامشروع تلقی می گردد. شاید همین سابقه دلیل دیگری بر عدم اقبال فقهای متقدم در پیگیری مباحث مربوط به استصناع در آثار فقهی ایشان باشد.

در میان فقهای معاصر البته وضع به گونه دیگر است، اغلب ایشان اعتقاد به آن دارند که استصناع خود عقدی مستقل است و به بیان احکام شرایط درستی این عقد مستقل نیز پرداخته اند. برخی وجوه مستقل دیگری برای آن در نظر گرفته اند که بنا به مورد می تواند مشمول عنوان اجاره، بیع یا عقدی مرکب از اجاره و بیع و یا حتی مبنی بر ضمان باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷) و برخی دیگر از ایشان نیز با توجه به مفاد تراضی طرفین بر این وجه که چنانچه سفارش ساخت در قالب تملیک و تملک قطعی و بدون انکار صورت گیرد، که بنظر مقصود فروش کالای ساخته شده است، احکام بیع را بر آن جاری و چنانچه کالا هنوز ساخته نشده بلکه در قالب قراردادی اراده قطعی طرفین مبنی بر ساخت و سپس فروش آن به طرف دیگر متبلور گردد در این حالت استصناع را بیع ندانسته بلکه آنرا مصداقی از یک عقد لازم و مشمول عموم آیه «افوا بالعقود» می دانند و اگر سفارش ساخت در قالب یک وعده غیرقطعی بین طرفین باشد به این ترتیب که سفارش دهنده بیان دارد فلان چیز را بساز شاید آنرا بخرم یا سازنده بگوید یک ماه دیگر از من خبری بگیر شاید آنچه که خواهیم ساخت را به تو بفروشم، این حالت که وعده ای بیش نیست را برهیچیک از طرفین آن الزام آور نمی دانند (مومن قمی، ۱۳۸۶) و با این تقسیم بندی معتقدند که هیچکس نمی تواند مدعی گردد استصناع در همه حال عنوان مستقلی دارد.

در میان حقوقدانان نیز به تبع سکوت قانون مدنی؛ در این باب مطلبی به چشم نمی خورد با این حال یکی از نویسندگان قانون مدنی معتقد است استصناع، ترکیبی از بیع و اجاره است چه سازنده مواد اولیه را خریداری و سپس کالا را ساخته باشد و به سفارش دهنده تملک کند چه خرید مواد اولیه از سوی خود سازنده بعمل آید و آنرا در اختیار سازنده قرار دهد تا براساس ویژگی هایی که اعلام کرده کالای مورد نظر را تولید کند، در فرض اخیر بیع منعقد و سپس بواسطه عمل سازنده عقد اجاره حاصل می گردد که در این حالت چهره ای از عقود مرکب را دارد، این استاد فاضل در جایی دیگر بیع را از عناصر اصلی استصناع دانسته و ماهیت ترکیبی آنرا انکاری نماید. (لنگرودی، ۱۳۷۸)

با این وصف چون در وضعیت کنونی به دلیل گسترش اختراعات و ابداعات در زمینه های گوناگون و دگرگونی اساسی در روش های معاملاتی تجار و موضوعات مورد معامله شیوه های گوناگونی از معاملات تجاری پا به عرصه گذارده که تا قبل از این نمونه ای نداشت، از این رو مبنای قراردادی معاملات گذشته نمی تواند پاسخگوی روابط حقوقی طرفین در دنیای امروز باشد، به همین جهت استصناع بواسطه ویژگی های خود بویژه پس از آنکه مجمع فقهی سازمان کنفرانس اسلامی در سال ۱۴۱۲ قمری در شهر جده نظر خود را در خصوص ارزش و جایگاه این عقد اعلام نمود در بسیاری از کشورهای اسلامی گسترش چشمگیری یافت. استقبال بانک ها در کشورهای اسلامی و تجربه آنها در استفاده وسیع از این مبنای قراردادی در راستای تامین مالی پروژه های صنعتی از قبیل ساخت برج اداری البطحار در امارات متحده عربی در سال ۱۹۹۹ میلادی، ساخت جاده آستانه به

^۱ شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۲۱۵ به نقل از:

قزقندا در قزاقستان در سال ۲۰۰۰ یا توسعه سامانه برق الجزایر همچنین مشارکت در سرمایه گذاری توسعه حوض آب گیری کشتی سازی بندرعباس در ایران در سال ۲۰۰۵ که همگی با مشارکت بانک توسعه اسلامی^۱ به انجام رسیده بیانگر اهمیت این عقد در روابط تجاری امروز کشورهای اسلامی است.^۲

از منظر عملکرد اعتبارات اسنادی نیز انعطاف استصناع بویژه در شکل های مختلف پرداخت بهای قرارداد می تواند مورد توجه قرار گیرد، با این توضیح که پرداخت بهای معامله در هر قراردادی می تواند به یکی از روش های زیر پرداخت شود:

۱- پرداخت بخشی از بهای قرارداد به منظور انجام تعهد یا تضمین اجرای قرارداد به عنوان پیش پرداخت و قسمتی از بهای معامله

۲- پرداخت بهای قرارداد به صورت اقساطی که در این حالت می تواند به صورت اقساطی دفعی یا اقساطی باشد.

۳- پرداخت بها به صورت نقد یا موجد

۴- بهای قرارداد به غیر از وجه نقد می تواند به صورت عینی از یک کالا و یا حتی استفاده از منافع مالی دیگر باشد (جزایری، ۱۳۸۳)

بانک ها نیز به منظور تأمین مالی مشتریان خود در این قالب، مبادرت به انعقاد دو قرارداد جداگانه استصناع می نمایند، در قرارداد اول؛ بانک خود به عنوان تولیدکننده قراردادی را با مشتری منعقد می نماید و به موجب آن در برابر مشتری متعهد می گردد در قبال دریافت مبلغ قرارداد و طبق شرایط مندرج در آن اموال یا کالاهای مورد نظر را در یک دوره زمانی معین به مشتری تحویل دهد، در این قرارداد باید مبلغ عقد، مشخصات اموال، دوره زمانی، شرایط ساخت و تحویل آن، نحوه محاسبه سود و بازپرداخت تسهیلات قید می گردد، قرارداد دوم که به استصناع موازی یا ثانویه مشهور است، بین بانک و سازنده کالا منعقد می شود که براساس آن، سازنده متعهد می گردد در قبال دریافت بهای قرارداد مطابق شرایط آن کالا مورد نظر را در دوره زمانی معین به بانک تحویل نماید، به عنوان نمونه بانک به موجب استصناع اول ساخت یک فروند کشتی اقیانوس پیمای را با مشخصات معین در برابر مشتری برعهده می گیرد، سپس چنانچه شرط مباشرت بانک در قرارداد نشده باشد، بانک ساخت این کشتی را به یک کمپانی تولیدکننده این قبیل کشتی ها سپرده و از تفاوت قیمت این دو قرارداد کسب سود می کند.

در نظام بانکی ایران با توجه به ظاهر مفاد ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه و الفاظ به کار رفته در مقرراتی که بعد از آن تصویب یافته اند بنظر می رسد صرف نظر از اختلافاتی که در میان فقها مسبوق به سابقه است، قانونگذار استصناع را عقدی لازم می داند، ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع آنرا چنین تعریف کرده است: «استصناع عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغی معین متعهد به ساخت، تولید، تبدیل و تغییر اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیرمادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می گردد.»

این ماده براساس کارکرد فقهی عقد استصناع که همان پوشش رابطه بین سازنده و سفارش دهنده در ساخت و تولید کالا می باشد نگاشته شده و صرف نظر از کوششی که طراحان این دستورالعمل در رفع موانع و تردیدهای ناظر به مشروعیت استصناع بکار گرفته اند، سعی گردیده دایره شمول معاملات تجاری که می تواند در این قالب انجام گیرد حدالمقدور گسترش یافته و انواع اقسام معاملات راجع به اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیر مادی به هر شکلی که مورد تولید، تبدیل و تغییر قرار می گیرد بتواند در این حوزه واقع گردد و البته این تقریبا همان هدفی است که از عقد استصناع مورد انتظار است.

با این حال گویا دست اندرکاران نظام بانکی قابلیت فراتر از اهداف فوق برای این عقد قائلند، از این رو پارا فراتر از این اهداف که کارکرد اصلی استصناع می باشد گذارده و با تصویب دستورالعمل گشایش اعتبار اسنادی، این مکانیزم پرداخت را نیز در این قالب مطرح و به بانک ها ابلاغ نمودند؛ هرچند این دستورالعمل صرفا در برگیرنده گشایش اعتبار اسنادی داخلی ریالی است لیکن این وصف نافی ماهیت اصلی مکانیزم اعتبار اسنادی نمی باشد.

^۱ بانک توسعه اسلامی در سال ۱۹۷۱ با هدف توسعه همکاری اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و علمی میان کشورهای اسلامی در پی اجلاس سران کشورهای اسلامی در مراکش تاسیس شد. دولت جمهوری اسلامی ایران نیز در سال ۱۹۸۱ میلادی به عضویت آن درآمد است.

^۲ چگونگی و کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش ۳۰، تابستان ۱۳۸۷، ص ۷۳

براساس بند ۲ ماده ۳ دستورالعمل گشایش اعتبار اسنادی داخلی- ریالی: «چنانچه موضوع اعتبار اسنادی داخلی کالایی باشد که در زمان گشایش اعتبار اسنادی داخلی نزد ذینفع موجود نبوده و مستلزم ساخت در آینده باشد، گشایش اعتبار اسنادی داخلی بر پایه عقد استصناع صورت می‌پذیرد، در این صورت بین بانک گشاینده و متقاضی عقد استصناع منعقد می‌گردد که به موجب آن بانک گشایش‌کننده متعهد می‌شود در قبال دریافت مبلغ قرارداد و طبق شرایط مندرج در آن کالای موردنظر را در دوره زمانی معین به متقاضی تحویل دهد.»

گذشته از آنکه مکانیزم اعتبار اسنادی و تبعاً قرارداد گشایش اعتبار آن چه از نظر عملکرد، اهداف و چه از نظر ماهیت تفاوت‌های فاحشی با عقد استصناع دارند نگاهی گذرا به این ماده بیانگر آن است که حتی در فرض چشم‌پوشی از تفاوت‌های پیشگفته، پذیرش این عقد به‌عنوان مبنای عقدی گشایش اعتبار با محدودیت و موانعی چند مواجه است که برخی از آنها به شرح ذیل اشاره می‌شود:

۱- متن ماده صراحتاً به این محدودیت اشاره دارد که این عقد صرفاً در یک مورد می‌تواند قالب عقدی گشایش اعتبار واقع گردد که موضوع اعتبار اسنادی «کالا» باشد، بدیهی است که حوزه معاملات تجارحتی در محدوده تجارت داخلی بسیار فراتر از معاملات کالاها است و اتفاقاً در بسیاری از موارد آنچه که موجب روی آوردن تجار به ابزاری مانند اعتبار اسنادی می‌گردد معاملات ناظر به ارائه خدمات تخصصی مانند پروژه‌های فنی مهندسی یا معاملاتی که مرکب از فروش کالا به همراه خدمات تخصصی است، بنابراین براساس ماده مرقوم چنانچه موضوع اعتبار اسنادی داخلی خدمات و هرچیزی غیرکالا باشد مشمول این دستورالعمل نیست. صرف نظر از اینکه به کاربردن واژه کالا در این ماده در حوزه ادبیات حقوقی کمی نامأنوس بنظر می‌رسد و نیاز به تعریف و تعیین حدود و صفور آن دارد.

۲- دومین محدودیت در به کارگیری استصناع جهت گشایش اعتبار اسنادی ناظر به کالاها و اموال ساخته شده است به این مفهوم که این دستورالعمل براساس کارکرد عقداستصناع صرفاً اموال و کالاهایی را مشمول می‌گردد که در زمان گشایش اعتبار اسنادی داخلی هنوز موجودیت نیافته و وجود آن مستلزم ساخت در آینده باشد که با این قید تمام مال التجاره‌ها و کالاهایی که هرروزه از سوی واحدهای تولیدی و کارخانه‌ها ساخته شده‌اند را از دایره شمول این دستورالعمل خارج گردانیده که این موضوع یکی از تناقضات بین کارکرد عقد استصناع و مکانیزم اعتبار اسنادی به‌عنوان روش پرداخت در تمام انواع و اقسام معاملات تجاری اعم از خدمات و کالاها ساخته شده و در حال ساخت است.

صرف نظر از محدودیت‌های ناشی از این دستورالعمل، اساساً بین عقد استصناع و مکانیزم اعتبار اسنادی و به تبع آن قرارداد گشایش اعتبار تناقضات فاحشی به شرح ذیل وجود دارد:

۱- همانگونه که از مفاد بند ۲ ماده ۳ دستورالعمل فوق‌الذکر استنباط می‌گردد، آنچه که در عقد استصناع مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد تعهدی است که هریک از طرفین یعنی بانک و مشتری در قبال یکدیگر به عهده می‌گیرند؛ بانک متعهد به تحویل کالا در موعد زمانی مقرر است در قبال تعهدی که مشتری به پرداخت مبلغ قرارداد به بانک دارد، بنابراین استصناع عقدی عهده‌ای است در حالی که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی براساس تعیین روابط جاری در آن از وجهی عهده‌ای و از وجهی دیگر تملیکی است و اساساً بطور کامل قابل انطباق با عقود عهده‌ای یا تملیکی نیست.

۲- استصناع از مصادیق عقود مستمر است، چراکه فرض براین است که در زمان انعقاد عقد هنوز کالایی ساخته نشده و مقرر است که سازنده در یک دوره زمانی خاص نسبت به تولید آن اقدام کند، پس در این عقد مانند عقود مستمرعامل زمان نقش مهمی دارد، همین نقش نیز در مورد تعهد مستصنع یا سفارش‌دهنده و یا همان متقاضی اعتبار می‌تواند وجود داشته باشد در حالی که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با توجه به ماهیت مکانیزم اعتبار اسنادی در اغلب موارد موجب تعهداتی است که بیشتر به عقود فوری شباهت دارد مانند صدور انواع اعتبار اسنادی قابل برگشت، غیر قابل برگشت، تأیید شده و غیره. هرچند گاهی اوقات موجب تعهداتی مانند آنچه که در عقود مستمر دیده می‌شود می‌باشد مانند صدور اعتبار اسنادی گردان، لیکن این قبیل اعتبارات اسنادی در مقابل دیگر اعتبارات صادره مشروحه اول در اقلیت قرار دارد.

۳- صرف نظر از موارد یاد شده نکته مهم آن است که اساسا کارکرد واهداف تاسیس این دو نهاد تفاوت های بنیادینی با یکدیگر دارند چراکه به موجب ماده ۲ آن هدف به کارگرفتن این عقد را به روشنی بیان نموده است، از منظر این دستورالعمل بانک ها به منظور گسترش بخش های تولیدی از قبیل صنعت و معدن، مسکن و کشاورزی می توانند تسهیلات لازم را به مشتریان خود در قالب عقد استصناع اول اعطا نموده و سپس براساس عقد استصناع دوم قرارداد ساخت را به سازنده واگذار نمایند، به عبارت دیگر در نظام بانکی ما عقد استصناع وسیله ای برای پرداخت تسهیلات به تولیدکنندگان است و هدف طراحان این دستورالعمل در الزام بانک ها و موسسات اعتباری در بکارگیری عقداستصناع در واقع حل یک مشکل ریشه ای در اقتصاد کشور است که ناشی از عدم تخصیص بهینه منابع شبکه بانکی به تولیدکنندگان و فعالان بخش های اقتصادی است، این در حالی است که هیچیک از این اهداف در تاسیس مکانیزم اعتبار اسنادی مدنظر نبوده و نیست و اساسا تجاری که مکانیزم اعتبار اسنادی را انتخاب می کنند صرفا به دنبال روشی مطمئن جهت پرداخت ثمن معامله می باشند، هرچند گاهی اوقات کارکرد تامین مالی آنرا نیز مدنظر دارند. با این حال این نهاد برخلاف عقد استصناع صرفا یک روش پرداخت تلقی می گردد که از این منظر با عقد استصناع و اهداف و کارکردهای مورد انتظار آن در نظام بانکی ما تفاوت فاحشی دارد و شاید هم به دلیل همین موانع و ایرادات وارد بوده که استصناع صرفا به عنوان مبنای عقدی گشایش اعتبار اسنادی داخلی معرفی شده است.

۴- از سوی دیگر بند سوم از شق دوم ماده ۱۳ دستورالعمل^۱ بانک ها را موظف به امری کرده که اساسا در مکانیزم اعتبار اسنادی بانک ها از درگیر کردن خود با آن احترازی می کنند. به موجب این بند:

«بانک گشاینده موظف است در قرارداد استصناع درج نماید تحویل کالا اعم از مادی و غیرمادی به متقاضی منوط به تحویل آن از سوی ذینفع است» مفهوم این بند بیانگر این موضوع است که این دستورالعمل از اعتبار اسنادی انتظار معامله کالا را دارد در حالی که در مکانیزم اعتبار اسنادی آنچه اهمیت دارد و بر آن تاکید می گردد، معامله اسناد است و بانک ها صرفا خود را متعهد به بررسی و معامله اسناد می دانند و به هیچ وجه خود را درگیر کالای مادی مورد معامله نمی کنند. از این روملاحظه می شود که این دستورالعمل حاوی تناقضات و مغایرت های بسیاری بین عقد استصناع و مکانیزم اعتبار اسنادی است و حتی در بعد تجارت داخلی نیز نمی تواند بیانگر کارکرد این مکانیزم به عنوان روشی برای پرداخت باشد هر چند برای پرداخت تسهیلات قالب مناسبی تلقی گردد.

گفتار دوم: مباحثه

عقد مباحثه از نقطه نظر سابقه ورود به نظام حقوقی ایران، سرگذشتی همچون عقد استصناع دارد و همانگونه که در بحث پیشین نیز به آن اشاره شد این نهاد فقهی برای اولین بار به موجب ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه وارد نظام قانونگذاری ایران گردید لذا از تکرار سیر قانونگذاری و چگونگی ورود آن به نظام بانکی کشور خودداری می گردد، لیکن این توضیح ضروری است که چون به موجب دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی این نهاد به عنوان یکی از مبنای عقدی گشایش اعتبار اسنادی هر چند داخلی معرفی گردیده است، بنابراین بررسی نقاط ضعف و قوت آن خالی از فایده نخواهد بود. براساس روایات و متون فقهی مباحثه یکی از انواع عقد بیع است (ابن ادریس، ۱۴۱۰) که در آن فروشنده بدون آنکه کالایی را خریداری یا تملک کرده باشد؛ بنا به نیاز و درخواست مشتری ابتدا در خصوص قیمت کالای مورد نظر که معمولا همراه با درصدی یا میزانی سود است با مشتری به توافق رسیده و پس از آن با اعلام بهای کالای خریداری شده، آن را گران تر از قیمت خرید به خریدار می فروشد، (لنگرودی، ۱۳۷۸) براین اساس ثمن مباحثه از دو بخش تشکیل شده است، یک قسمت از آن قیمت اصلی کالا است که به آن رأس المال یا همان قیمت خریدگفته می شود و بخش دیگر آن سودی است که به این قیمت افزوده شده و مجموعاً ثمن این نوع بیع را تشکیل می دهد. (لنگرودی، ۱۳۷۸)

^۱ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی مصوب یکپهزار و یکصد و پنجاه و نهمین جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ شورای پول و اعتبار

آنچه که در خصوص ثمن از اهمیت خاصی برخوردار است مطلع کردن مشتری از قیمت خرید یا رأس المال و میزان سودی است که به آن افزوده می شود به نحوی که هم بایع و هم مشتری در هنگام عقد باید از رأس المال و مقدار سود اطلاع کافی داشته باشند بنحوی که در صورت معلوم نبودن آنها معامله باطل خواهد بود (عاملی، ۱۴۱۰) و چنانچه فروشنده قیمت واقعی خرید یا هزینه متعلقه را به درستی بیان نکند خریدار حق فسخ مرابحه را دارد.

مرابحه به دو صورت قابل تصور است:

۱- اصلاتی: در این حالت فروشنده خود مبادرت به خرید کالای موردنظر نموده و سپس با در نظر گرفتن سودی معین آن را به مشتری واگذار می کند.

۲- وکالتی: در این حالت فروشنده بدون آنکه خود رأساً دخالتی در خرید کالا داشته باشد با اعطای وکالت به مشتری او را وکیل در خرید کالا می کند سپس با در نظر گرفتن منفعت معین و مشخص آنرا به موکل که همان خریدار است واگذار می نماید. در فعالیت های بانکی از هر دو حالت استفاده می شود لیکن چنانچه کالای مورد معامله از ارزش بالایی برخوردار باشد، بانک به صورت اصلاتی مرابحه را منعقد میکند و در مواردی که کالای مورد معامله خرد بوده و ارزش پایین تری داشته باشد از روش وکالتی استفاده می کند. همچنین سود مرابحه نیز به ۲ صورت مورد لحاظ قرار می گیرد، در برخی موارد مبلغ معینی به عنوان سود برای کالای مورد معامله در نظر گرفته می شود و گاهی نیز به جای تعیین مبلغ معین، کالا با درصد سود مشخصی به مشتری واگذار می گردد.

برخلاف استصناع قرارداد مرابحه واجد پشتوانه علمی قابل توجهی در فقه امامیه بوده و اغلب نیز ذیل مباحث عقد بیع به آن پرداخته شده است، براساس روایات فراوانی که در این باره وجود دارد، اغلب فقها حکم به صحت جواز این قرارداد داده اند با این حال در خصوص شمول آن نسبت به منافع و خدمات بین فقها اختلافاتی به چشم می خورد، برخی از آنها مانند شیخ انصاری، صاحب جواهر و آیت الله خویی از معاصرین مرابحه را که موضوع آن منافع و خدمات باشد صحیح ندانسته و بدون آنکه نظر به بطلان آن داشته باشند معتقدند در مرابحه خدمات و منافع اگرچه مردم از لفظ بیع استفاده می کنند ولیکن آنچه که در واقع به وقوع پیوسته بیع نیست چراکه قصدشان به تناسب در موضوع قرارداد، اجاره، جعاله یا صلح است. (موسویان، ۱۳۹۰)

با این حال امروزه این عقد در کشورهای اسلامی به عنوان یکی از ابزارهای تامین مالی گسترش چشمگیری یافته و حتی برخی از کشورهای اسلامی مانند مالزی توانسته اند با بهره گرفتن از این عقد مبادرت به صدور اوراق بهاداری تحت عنوان اوراق قرضه اسلامی نمایند که با عناوین دیگری چون اوراق مرابحه یا صکوک در کشورهای دیگر شناخته می شود.

در کشور ما به موجب ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقود سه گانه خرید دین، استصناع و مرابحه مصوب جلسه ۱۲۸ شورای پول و اعتبار، قرارداد مرابحه به این شرح تعریف شده است:

مرابحه قراردادی است که به موجب آن عرضه کننده بهای تمام شده کالا، اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود آن را به صورت نقدی، نسبه دفعی یا اقساطی به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی می فروشد.

تبصره: اموال موضوع قرارداد مرابحه باید هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد

برخلاف استصناع مرابحه جهت تنظیم روابط حقوقی ناشی از بیع کالاهای ساخته شده تاسیس شده و صرف نظر از اختلاف فقها در شمول قواعد آن نسبت به خدمات، حسب ماده مرقوم این قبیل مرادوات بازرگانان نیز مشمول این نهاد می گردد، ماده ۲ دستورالعمل یادشده نیز ضمن برشمردن نیازهایی که بانک ها می توانند جهت رفع آن از این قالب حقوقی نوین در نظام بانکی استفاده کنند، رفع نیازهای خدماتی را نیز در زمره این موارد لحاظ کرده است.

با این حال باید تاکید کرد که عقد مرابحه یکی از انواع عقد بیع است بدیهی است این عقد نیز به عنوان شاخص ترین نوع عقود تملیکی موجب انتقال و تملیک عوضین می شود و به هیچ روی به عنوان روشی از روش های پرداخت محسوب نمی شود. این دستورالعمل نیز نظر به همین کارکرد تملیکی مرابحه بانک را به عنوان فروشنده ای معرفی می کند که پس از خرید و تملک کالاها یا تهیه خدمات مورد نیاز مشتری، حسب ماده ۶ راس المال و سود مورد نظر را که در این ماده از آنها به ترتیب به "قیمت

تمام شده" و "قیمت واگذاری" تعبیر شده به مشتری اعلام و در چهارچوب ماده ۳ همان دستورالعمل، آنها را به متقاضی یا همان مشتری واگذاری کند.

لیکن شوربختانه در عمل تجربه بانکداری در کشور ما بیانگر این حقیقت است که در سیستم بانکی ما قالب ها و نهادهای قانونی صرفاً پوششی برای انجام همان فعالیت های بانکداری متعارف است که البته گریزی نیز از آن نیست، به نحوی که بسیاری از صاحب نظران بر این باورند که آنچه که در نظام بانکی کنونی در جریان است چیزی جز ظاهر سازی با هدف فرار از قانون بانکداری بدون ربا نیست و این فضا وضعیتی را فراهم نموده که در بانکداری امروز کشور، تنها اسم و عنوان و قالب کارها تغییر کرده و در حقیقت عملکرد همان عملکرد بانکداری متعارف است (احسانی فر، ۱۳۹۴)؛ و بررسی کوتاه و اجمالی فعالیت بانکداری فعلی نشانگر آنست که این نوع بانکداری صرفاً بر پایه سود و منفعت جویی برای بانک ها استوار است، (جمعه ای، ۱۳۹۰) سرنوشت عقود استصناع و مباحه نیز از این فضای کلی مستثنی نیست، چرا که برای همه درست اندرکاران و کارشناسان مبرهن است اهدافی که برای این عقد در مواد ۱ و ۲ دستورالعمل اجرایی آن تعریف شده چندان نمودی ندارد. آنچه که از این عقد و سایر عقود بانکی در جامعه نمود واقعی دارد تبدیل شدن این عقود به ابزارهایی برای بانک ها جهت پرداخت تسهیلات و اخذ سود به عنوان تنها روزنه اخذ تسهیلات از سوی اشخاص از شبکه بانکی است، سایر مواد این دستورالعمل نیز در جای جای خود به روشنی بیانگر هدف و کارکرد واقعی این عقداست.

در حالی که نگاه تجار به مکانیزم اعتبار اسنادی با هردو هدف ایده آلی و عملی این دستورالعمل در تضاد کامل است، زیرا در مکانیزم اعتبار اسنادی اغلب بازرگانان قبلاً خود طی قرارداد پایه مبادرت به خرید کالا و خدمات مورد نیاز کرده اند. لذا دیگر جایی برای هدف ایده آلی این دستورالعمل باقی نمی ماند و از سوی دیگر نگاه آنان به مکانیزم اعتبار اسنادی صرفاً به عنوان روشی مطمئن در پرداخت است و نه وسیله ای برای اخذ تسهیلات که هدف واقعی اغلب عقود بانکی است. نکته دیگری که نباید از آن غافل شد آنست که اساساً آنچه موجب گردید استصناع و مباحه به عنوان مبنای عقدی اعتبار اسنادی داخلی تعیین شوند، ضرورت های ناشی از تحریم های بین المللی سال های اخیر بوده است، در واقع شرایط تحریمی محرک اصلی این اقدام از سوی نظام بانکی تلقی می شود و هدف آن نیز حمایت از پیمانکاران و تولیدکنندگان داخلی با جلوگیری از تأثیرات سوء این تحریم ها که عمدتاً مانع فاینانس و ریفایننس به عنوان دو نوع اعتبار بسیار مهم در عرصه تجارت شده بودمی باشد، (خلجی، ۱۳۹۳) صرف نظر از اینکه چه میزان در این مسیر موجب حمایت از اقشار فوق شد و چه میزان موجب فساد اقتصادی و سوء استفاده از شرایط تحریمی کشور را فراهم نمود، روشن است که این نوع اعتبار اسنادی با فلسفه و اهداف اعتبار اسنادی متعارف که در صحنه بین المللی تجارت نقش مهمی را برعهده دارد متفاوت است، و صرفاً به صورت موقت تا زمان عادی شدن شرایط می تواند توجیه پذیر باشد، لذا علیرغم پیش بینی مباحه در ماده ۱۳ دستورالعمل گشایش اعتبار اسنادی داخلی به عنوان یکی دیگر از مبانی عقدی اعتبار اسنادی، این عقد سنخیتی با مکانیزم اعتبار اسنادی در قالب و اهداف متعارف و مرسوم آن ندارد.

گفتار سوم: ماده ۱۰ قانون مدنی، تعهد به نفع ثالث، ایقاع

همانگونه که در بخش پیشین این پژوهش مشروحاً به آن پرداخته شد، طرح مکانیزمی همچون اعتبار اسنادی و یا حتی رکنی از ارکان متعدد آن مانند قرارداد گشایش اعتبار در قالب عقود معین نمی تواند بیانگر ماهیت واقعی و کامل این ابزار نوین پرداخت باشد. کاستی های ناشی از عقود سنتی در پاسخگویی به نیازهای دنیای تجارت آن هم در فراسوی مرزهای داخلی به هیچ روی قابل اغماض نیست و می توان به جرئت ادعا کرد این عقود ظرفیت هضم این تحولات نوین را ندارند.

از این روست که برخی نویسندگان برآنند تا با شکستن این مرز نفس گیر سنتی با توسل به ایده هائی منعطف تر همانند ماده ۱۰ قانون مدنی ضمن حفظ چهارچوب قراردادی برای اعتبار اسنادی و البته توافق بر گشایش اعتبار آن، جایگاه ویژه ای برای

اعمال حاکمیت اراده طرفین در آن تدارک ببینند^۱ تا شاید از این طریق بتوان به قالبی دست یافت که هم منطبق با موازین و اصول حقوق مدنی باشد و با تکیه بر این درخت تناور، نظم مورد نظر این حوزه را تامین کند و هم خواسته های دلخواه طرفین را تضمین نماید و در این مسیر سوابق تاریخی ورود مکانیزم اعتبار اسنادی به عرصه نظام حقوق بانکی کشور ما نیز می تواند مؤید چنین نظری باشد، زیرا پیش از انقلاب اسلامی اعتبارات اسنادی بر مبنای همین ماده تحلیل و از مصادیق آن به شمار می رفت (اخلاقی، ۱۳۷۰) از این منظر طرح این نظر نه تنها ایده ای نو نیست بلکه برعکس رجعتی به گذشته تلقی می گردد.

پیروان این طرح با این پشتوانه که: نویسندگان حاذق و دوراندیش قانون مدنی با نگاهی به گذشته و با درک آنچه که در آینده بواسطه تغییر در اوضاع و احوال جامعه در شرف وقوع است، با وضع ماده ۱۰ قانون مدنی ابزار تطبیق با این تغییرات و رفع نیازهای حقوقی را در اختیار جامعه قرار داده اند^۲ و این ماده با دربرداشتن اصل آزادی قراردادهای به شکل بارزی دامنه حکومت اراده را گسترش و آنرا از حصار عقود معین رها ساخته است، (کاتوزیان، ۱۳۷۸) از همین رو دیگر حاجتی به آن گریز ناگزیر یعنی قالب گیری معاملات در ظروف عقود معین از بین رفته و اشخاص از جمله بازرگانان می توانند هرآنچه را که مطابق نیازهای خود می بینند، بدون نیاز به قید و بندهای دست و پا گیر ناشی از عقود معین و اصول حاکم بر آنها، به صورتی کامل در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی پیش بینی نمایند، چراکه هرآنچه که بتواند قانوناً موضوع تعهد واقع شود، قابلیت آن را دارد که موضوع قرارداد خصوصی مورد اشاره در ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد (لنگرودی، ۱۳۸۸) و با توجه به اینکه اعتبار اسنادی نیز از این دست موضوعات می باشد بنابراین می تواند در این قالب قرار و آرام بیابد.

در تایید این دیدگاه می توان گفت: هرچند عقود معین واجدان میزان قابلیت و انعطاف نیست که به عنوان قالبی مناسب برای اعتبار اسنادی پذیرفته شوند، با این حال هیچ تردیدی وجود ندارد که برخی از وجوه و آثار این عقود در مراحل مختلف عملیات اعتبار اسنادی به چشم می خورد، برای نمونه علیرغم جاری بودن اصل استقلال اعتبار اسنادی از هرگونه روابط دیگر نمی توان انکار کرد که تعهد بانک در مقابل ذینفع اغلب ناشی از دینی است که در قرارداد فروش بر ذمه متقاضی قرار گرفته و عمل بانک به ایفای این دین به نوعی شبیه با آنچه که در عقد حواله جاری است می ماند، یا با اندکی تسامح از زاویه نگاه ذینفع اعتبار می توان نشانه هایی از عقد ضمان را در این مکانیزم دید هرچند که هیچ نقل ذمه ای همانند آنچه که در عقد ضمان وجود دارد به چشم نمی خورد، همچنین عملیات بانک در معامله اسناد، پذیرش پرداخت و تعامل با بانک های دیگر همچون بانک ابلاغ کننده یا کارگزار به نوعی یادآور قواعد نمایندگی^۳ در حقوق مدنی است بی آنکه قائل به وکالت بودن اعتبار اسنادی باشیم، از این رو ماده ۱۰ قانون مدنی این امکان را فراهم می آورد تا بتوان از مزایا و آثار مورد نیاز عقود معین بهره جست بدون آنکه طرفین را درگیر آثار ناخواسته ناشی از اوصاف و مختصات این عقود کرد، به عبارتی دیگر طرفین می توانند هرگونه تراضی شامل تعهد به انتقال، ترک فعل معین، فعل معین، اسقاط و نیابت را در ذیل این ماده در روابط خود جای دهند و از ویژگی های عقود معین نیز با حذف مختصات آن به فراخور وضعیت خود بهره کافی بگیرند (لنگرودی، ۱۳۹۱)

لیکن باید یادآور شد، هر چند بتوان با بکارگیری این تاسیس، تا اندازه ای برخی موانع و ایرادات ناشی از بکارگرفتن عقود معین را مرتفع کرد لیکن این کوشش کافی نیست و برخی ایرادات همچنان به عنوان مانعی اساسی سد راه چنین ایده ای خواهد بود، که در این مجال به برخی از آنها اشاره می شود:

۱- حفظ چهارچوب قراردادی برای توافق برگشایش اعتبار و یا کل مکانیزم اعتبار اسنادی مهمترین ایراد وارده بر طرح این ایده است چراکه از منظر پیروان این ایده اعتبار اسنادی و یا قراردادگشایش اعتبار اسنادی توافقی در چهارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی و به عنوان قرارداد خصوصی تلقی و از این جهت بی تردید قواعد عمومی قراردادها در هر حال بر آن حاکم خواهد بود.

^۱ محمدتقی رفیعی، تحلیل حقوقی قراردادگشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۸۸
محمد سلطانی، حقوق بانکی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۶۳

^۲ ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»

^۳ کلابوم اشمیتوف، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج دوم، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۶۲۱

در حالی که کلیت مکانیزم اعتبار اسنادی و حتی توافق بر گشایش اعتبار نمی تواند اصول حاکم بر حقوق قراردادهای را چه از دیدگاه نظام حقوق عرفی و چه از منظر نظام حقوق نوشته برتابد، (حصاری، ۱۳۹۵) زیرا میدانیم یکی از مهمترین ارکان شکل دهنده قرارداد در نظام حقوق عرفی وجود عوض است. در واقع در این نظام بدون رکن عوض اساساً قراردادی به وجود نمی آید در حالی که در اعتبار اسنادی یکی از مهمترین آثار ناشی از توافق بین متقاضی اعتبار و بانک متوجه ذینفعی است که هیچگونه عوضی در قبال آن به بانک نپرداخته است، از سوی دیگر در نظام حقوق نوشته نیز ولادت نهاد حقوقی ای همچون قرارداد از لقای دو اراده رقیب و هم آهنگ مایه می گیرد، دو اراده ای که معمولاً نماینده دو نفع گوناگون ولی همسو در قالب تراضی است. بهمین دلیل گفته شده تراضی جوهر عقد است. در واقع قرارداد به عنوان یک مفهوم اجتماعی هنگامی ایجاد می گردد که دو شخص درباره موضوع خاصی با هم توافق کنند واضح است که تراضی طرفین نیز چیزی جز ایجاب و قبول نیست، پیشنهادی که از سوی ایجاب کننده مواجه با قبول مخاطب گردد، تراضی را ایجاد می کند، (کاتوزیان، ۱۳۷۸) به همین دلیل تعهدی که از عقد به وجود می آید سایه تراضی را بر خود دارد و نمی توان آن را از منبع و ریشه خود جدا کرد، تعهد نیز نیروی اجبارکننده خود را از قرارداد می گیرد و بقا انحلال آن با اراده هایی است که درباره ایجاد آن تراضی کرده اند، در حالی که بخشی از مکانیزم اعتبار اسنادی که بنام قراردادگشایش اعتبار اسنادی نامیده می شود محصول اراده متقاضی اعتبار و بانک گشاینده است و از این رو هر چند سایه تراضی را بر خود دارد ولی سهم این سایه متعلق به بیگانه ای است که هیچ اراده ای در تحقق این تراضی ندارد، نه عوضی بابت آن داده و نه هیچگاه مخاطب ایجابی بوده با این حال از محصول تراضی دیگران بهرمنده است.

در این مکانیزم هر چند تعهد ناشی از توافق بانک و متقاضی، که همان تعهد به پذیرش پرداخت و معامله اسناد در مقابل ذینفع است، نیروی اجبارکننده خود را از عقد می گیرد ولی برخلاف اصول حاکم بر حقوق قراردادهای بقا و انحلال این تعهد اغلب اوقات با اراده هایی که درباره آن تراضی کرده اند نیست، از سویی دیگر حتی اگر پذیرش اعتبار گشایش یافته از سوی ذینفع به نوعی «قبولی» از طرف او فرض شود، برحسب قواعد عمومی قرار دادهای ذینفع بایستی ملزم به آثار ناشی از این قبولی باشد به نحوی که بانک این امکان را داشته باشد که الزام ذینفع را به ارائه اسناد حمل و در صورت عدم ارائه خسارت ناشی از این ترک فعل را از وی مطالبه کند، در حالی که این قبولی هیچ تعهدی برای ذینفع ایجاد نمی کند. همچنین از این موضوع نیز نباید غافل شد که حسب قواعد عمومی قراردادهای چنانچه ایجاب در موعد مقرر قبل از قبولی مخاطب، از سوی او رد شود، نتیجه آن از بین رفتن اثر قانونی ایجاب است، درواقع رد ایجاب مرگ آن را فراهم می کند به نحوی که دیگر امکان احیا این موجود اعتباری نیز وجود ندارد، با این وصف چنانچه حتی اعلام گشایش اعتبار از سوی بانک به ذینفع ایجاب فرض شود، مطابق اصول حاکم بر حقوق قراردادهای رد این ایجاب از سوی ذینفع باید موجب از بین رفتن آن شود در حالی که عملیات اعتبار اسنادی گویای چنین وضعیتی نیست زیرا اگر اعلامیه گشایش اعتبار بارها از سوی ذینفع رد شود به معنای از بین رفتن اثر قانونی اعتبار گشایش یافته نیست، چراکه ذینفع علیرغم رد این ایجاب فرضی باز هم می تواند در مهلت مقرر به ارائه اسناد اقدام نماید و بانک نیز همچنان متعهد به ایفای تعهدات خود در قبال وی می باشد. این مصونیت بیانگر ماهیت ویژه ای است که خاص مکانیزم اعتبار اسنادی است که براساس آن بانک مستقل از اراده متقاضی اقدام به ایجاد تعهدی برای خویش به نفع ذینفع می کند؛ از سوی دیگر اراده انشایی بانک در ایجاد این تعهد هیچگونه وابستگی به اراده ذینفع نیز ندارد، استقلالی که به هیچ روی قابل تطبیق با قواعد عمومی قراردادهای نیست ولی همین عدم تطابق استقلال اراده بانک منجر به تعهدی می گردد که کارآمدتر از تعهدات ناشی از هر قراردادی می تواند باشد. (کاشانی زاده، ۱۳۹۱)

۲- اصل نسبی بودن آثار قرارداد به عنوان یکی دیگر از اصول حاکم بر حقوق قراردادهای است که در مکانیزم اعتبار اسنادی به چالش کشیده می شود، زیرا برحسب مفاد این اصل، قرارداد رابطه نسبی بین کسانی است که درباره آن با هم تراضی کرده و به توافق رسیده اند و دیگران در برابر این توافق بیگانه تلقی می شوند. در این راستا ماده ۲۳۱ قانون مدنی اعلام داشته است: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین و متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است ...»

هر چند به اعتقاد برخی مفاد این ماده درباره تسری آثار عقد نسبت به دیگران اغراق آمیز است با این حال همه کسانی که اعتقاد دارند قرارداد به مثابه یک پدیده اجتماعی می تواند واجد آثاری نیز در برابر دیگران باشد، به این امر اذعان دارند که در هر حال «آثار مستقیم» عقد به عنوان موضوع قصد مشترک طرفین، موضوعی است که در تفسیر این ماده باید لحاظ گردد، به عبارت دیگر این آثار نقطه اشتراک همگان در شمول اصل نسبی بودن قراردادهاست.

بی تردید در مکانیزم اعتباراسنادی، آنچه که اثر مستقیم توافق بانک و متقاضی را به خود اختصاص می دهد و ناشی از قصد مشترک آنهاست، ایجاد تعهد برای بانک در مقابل بیگانه ای بنام ذینفع اعتباراست، بیگانه ای که نه به عنوان قائم مقام طرفین بلکه به عنوان طرف اصلی تعهد بانک، نمود یافته است. بخشی از این تناقض بین قرارداد و مکانیزم اعتبار اسنادی از آنجا ناشی می شود که در حقوق قراردادهای از نظر شکلی، قرارداد بین دو طرف واقع می شود یعنی، متعهد و متعهدله، در حالی که اعتبار اسنادی با شکستن این مرز رابطه ای را خلق کرده که واجد سه طرف می باشد که هر یک به نوعی مستقیماً درگیر مبادله کالا یا خدمتی می باشند، لذا عدول از اصل نسبی بودن قراردادهای در این مکانیزم نه تنها امری بدیهی است بلکه نقطه قوت آن تلقی می شود.

همین ایرادات اساسی به قرارداد تلقی کردن رابطه حقوقی بین بانک و متقاضی اعتبار اسنادی موجب گردیده بسیاری از نویسندگان ماهیت قراردادی این توافق را انکار نمایند و برخی نیز برای توجیه ماهیت حقوقی مکانیزم بدون ارائه هیچ راه حل یا تحلیلی در خصوص ماهیت این رابطه، توجه خود را معطوف به رابطه جاری دیگر در اعتباراسنادی یعنی بانک و ذینفع نموده اند و نظر به ایجاد و انشاء یکطرفه تعهد از سوی بانک در برابر ذینفع، آنرا نوعی ایقاع تلقی کرده اند. صرف نظر از اینکه این طرز تلقی صرفاً بواسطه اغراق در اهمیت یکی از ارکان تشکیل دهنده اعتبار اسنادی یعنی رابطه بین بانک و ذینفع اعتبار است که بدان «اعتبار اسنادی به معنا خاص» اطلاق کرده اند این حال این ایده نه تنها پاسخی برای سایر ارکان و روابط جاری در مکانیزم ندارد بلکه گویای ماهیت کلیت مکانیزم نیز نیست و از این رو چندان گرهی از کار نمی گشاید، از سوی دیگر چون این ایده بر مبنای استنتاج یک قاعده عمومی از ماده ۱۹۶ قانون مدنی^۱ به منظور شناسایی ایقاعات به عنوان یکی دیگر از منابع تعهد یان گردیده است در حقوق ما چندان موجه بنظر نمی رسد چراکه:

اولاً: این ماده خود استثنائی بر ماده ۲۳۱ قانون مدنی است که بیانگر امکان تعهد به نفع ثالث است و این امکان استثنائی هم تنها در قالب ویژه خود نفوذ دارد و صرف قید کلمه «ممکن است...» در این ماده، ظرفیت استنتاج قاعده ای کلی که بر مبنای آن بتوان با اعمال اراده یکطرفه و بدون وجود پایه قراردادی تعهدی ولو به سود ثالث را توجیه کند ندارد، چراکه در حقوق ما ایجاد حق دینی به دلیل ارتباط مستقیمی که با حقوق دیگران پیدا می کند هم از منظر ایجاد طلب و هم از منظر مصداق های ایجاد دین به شدت مورد تردید و در هاله ای از ابهام است. (لنگرودی، ۱۳۹۱)

ثانیاً: استقرار قوانین و سایر منابع نشان می دهد که اصل آزادی ایقاع که سنگ زیربنای این ایده است در حقوق ما وجود ندارد و مقایسه ایقاع با عقد و استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی منطقی جلوه نمی کند، چراکه قرارداد ابزار فراهم کردن آزادی اراده و یکی از عادلانه ترین شیوه های توزیع ثروت است، در حالی که ایقاع در روابط اجتماعی ابزار تحمیل اراده بر دیگران و پذیرش نوعی ولایت است، لذا از ماده ۱۰ قانون مدنی نمی توان نتیجه ای گرفت که به موجب آن در ایقاع نیز اصل آزادی اراده حکومت کند و مهمتر از همه آنکه در فرض پذیرش چنین ایده ای که بانک در قالب ایقاع مبادرت به ایجاد تعهدی به سود ثالث می نماید با این ایرادات مواجه است که همان اراده مستقل ایجادکننده تعهد قادر خواهد بود مستقلاً تعهدی را که خود خلق کرده از بین ببرد در حالی که این امکان در تضاد کامل با فلسفه خلق ابزار پرداخت مطمئنی چون اعتباراسنادی است.

همین ایرادات موجب آن گردید که برخی با انکار ماهیت یکطرفه بودن اعتبار اسنادی با حفظ چهارچوب قراردادی برای آن، این مکانیزم را در قالب تعهدی به سود ثالث و مطابق ماده ۱۹۶ قانون توجیه کنند، به این مفهوم که متقاضی اعتبار و بانک به عنوان طرفین اصلی عقد با انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، تعهدی به سود ثالث که ذینفع اعتبار باشد ایجاد می کنند که

^۱ ماده ۱۹۶ قانون مدنی «کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود. معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند تعهدی هم بنفع شخص ثالثی بنماید»

صرف نظر از همان ایراد و ارده بر قراردادی تلقی کردن این مکانیزم و روابط جاری در آن، مانع دیگر عدم تطابق این ایده در اعتبار اسنادی با قواعد عمومی حاکم بر تعهد به نفع ثالث در حقوق قرارداهاست، چراکه بنا به تعریف تعهد به نفع ثالث نهادی است که به دو طرف قرارداد این امکان را می دهد که ضمن معامله ای که برای خود می کنند تعهدی نیز به سود ثالث ایجاد نمایند، در واقع این الزام ایجاد شده به سود ثالث به نفسه یک اقدام فنی و مستقل تلقی نمی گردد، اقدام فنی و مستقل همان تعهدی است که طرفین در ضمن آن به سود ثالث حقی را ایجاد نموده اند، (کاتوزیان، ۱۳۷۸) در حالی که برخلاف تعریف فوق در مکانیزم اعتبار اسنادی بانک و متقاضی هیچ معامله ای برای خود نمی کنند و از همان ابتدا موضوع توافق این دو، گشایش اعتبار به سود ثالث یعنی همان ذینفع است و اتفاقاً همین الزام بانک گشاینده در توافق طرفین یک اقدام فنی و مستقل است به نحوی که تمام ظرفیت توافق را به خود اختصاص می دهد، از سوی دیگر این نهاد حقوق مدنی بدلیل استثنائی بودن آن فقط توانایی و امکان ایجاد «تعهد» به سود ثالث را فراهم آورده و درجایی که طرفین عقد قصد ایجاد مالکیت به سود ثالث را داشته باشند، این قابلیت بر مبنای ماده ۱۹۶ به شدت مورد تردید قرار گرفته است.

این در حالی است که بررسی اوصاف قرارداد گشایش اعتبار بیانگر آنست که هر چند رابطه بین بانک و متقاضی می تواند موجد تعهداتی برای آنها باشد و از این منظر این رابطه بیشتر به عقود عهدی شباهت دارد، لیکن رابطه دیگر که بین بانک و ذینفع اعتبار جاری است موجد حق مالکیت نسبت به اعتبار صادره برای ذینفع است چراکه به محض گشایش اعتبار، ذینفع نسبت به آن حقی عینی در کامل ترین نوع آن یعنی مالکیت می یابد و البته این حق نیز بر اساس توافق بین بانک و متقاضی اعتبار برای وی ایجاد می گردد، بنابراین باتوجه به اینکه وفق اصول حقوق مدنی بستن عقد برای دیگران امکانی استثنائی است، تفسیر محدود این گونه راه حل ایجاد می کند که ماده ۱۹۶ قانونی ویژه «تعهد» به سود ثالث باشد و «انتقال مالکیت» به سود ثالث را در برنگیرد و این بخش را تابع قواعد عمومی حفظ کند. از طرفی چون مطابق این قواعد عمومی ایجاد مالکیت از سوی متقاضی و بانک برای ذینفع و انتقال آن از سوی بانک به ذینفع با هیچ عوضی از سوی منتقل الیه مواجه نیست لذا این عمل تملیکی رایگان قلمداد می شود هر چند که مشروط است، بنابراین چون شرط تملیک به سود ثالث در حکم ایجاد هبه به سود اوست که تنها پس از قبول متهد و قبض آن تحقق می یابد. همواره برای واهب قابل رجوع است، وضعیتی که به نحو شگفت انگیزی در رابطه سوم جاری در مکانیزم اعتبار اسنادی نیز به چشم می خورد با این تفاوت که مالکیت ایجاد شده برای ذینفع هر چند مشروط است (مشروط به رعایت مفاد اعتبار و ارائه اسناد) ولی این مالکیت نیازی به قبول و قبض ذینفع به عنوان متهد ندارد و حتی اگر بارها نیز از سوی وی اعتبار صادره مورد ایراد و رد واقع گردد باز هم برخلاف ماده ۸۰۲ قانون مدنی می تواند با ارائه اسناد در مهلت مقرر نسبت با آن تسلط یابد، همچنین برخلاف قواعد عمومی قراردادهای اعتبار از سوی بانک گشاینده به عنوان واهب غالباً قابل رجوع نیست مگر در مورد اعتبار اسنادی قابل برگشت، با این قید که اساساً هیچیک از طرفین اعتبار اسنادی اراده انشاء هبه در حق دیگری ندارند.

باتوجه به آنچه که شرح آن آمد بواسطه تناقضات موجود بین اعتبار اسنادی به عنوان یکی از مکانیزم های پرداخت در عرصه حقوق تجارت و نهادهای حقوق مدنی به هیچ روی نمی توان اعتقاد به قراردادی بودن این مکانیزم داشت حتی اطلاق این وصف بر روابط بین بانک و متقاضی که بیشترین شباهت را به یک قرارداد مدنی دارد به شدت با تردید مواجه است. سایر نهادهای حقوق مدنی مانند ایقاع و تعهد به سود ثالث نیز ضمن آنکه مواجه با همان ایرادات قراردادی تلقی کردن اعتبار اسنادی است، گرفتار برخی موانع مختص به خود است که به برخی از آنها اشاره شد، از این روست که نگارنده ترجیح دارد که حتی برای عنوان رابطه بین بانک و متقاضی اعتبار به جای قرارداد گشایش از عنوان توافق بر گشایش اعتبار استفاده گردد.

نتیجه گیری

مکانیزم اعتبار اسنادی از مجموعه ای از ارکان و عناصر مختلف و بعضاً متناقض با یکدیگر تشکیل گردیده است، از آنجائیکه نگاه جداگانه به هر یک از این ارکان و تحلیل آنها بدون در نظر گرفتن ارکان دیگر، فقط می تواند بیانگر ماهیت یک بخش از مکانیزم باشد لذا مفید فایده نخواهد بود و باز هم تحلیل کلیت مکانیزم و آنچه که به عنوان

اعتبار اسنادی و نه رکنی از آن محل استفاده تجار است مغفول می ماند. ضعف دیگر این جزئی نگری در بیراه رفتن تحلیل هاست و موجب آن می گردد هرکسی از ظن خود رکنی از این ارکان را مهمتر از دیگری تشخیص و برخلاف منطق تمام مفهوم اعتبار اسنادی را صرفا در همان رکن خودگزیده ببیند و نا صواب ترآنکه نام اعتبار اسنادی بر آن نهد، لذا نخستین گام در شناخت صحیح این مکانیزم احتراز از جزئی نگری و نگاه به کلیت آنست چرا که، برخی ارکان مکانیزم اعتبار اسنادی مانند رابطه بین بانک و متقاضی اعتبار سایه تراضی طرفین را بر خود دارد از این رو بسیار به قراردادهای مرسوم در حقوق مدنی شبیه است و به همین دلیل قرارداد تلقی کردن اعتبار اسنادی طرفداران بسیاری چه در حقوق خارجی و چه در حقوق داخلی دارد، لیکن این امر صرف نظر از اینکه، چه در قالب های سنتی عقود معین و چه در سایر قالب های قراردادی با موانع و ایرادات اساسی روبه روست که این موانع هم در نظام های حقوق نوشته وهم عرفی قابل تامل است، در برگیرنده کلیت مکانیزم اعتبار اسنادی نیست و صرفا یک رکن از ارکان تشکیل دهنده اعتبار اسنادی را بخود اختصاص می دهد که البته تحلیل همین رکن نیز بویژه توافق بانک و متقاضی در قالب حقوق قراردادهای امکان پذیر نبوده و مخالفین بسیاری دارد.

برخی دیگر از ارکان این مکانیزم نیز وام گرفته از حقوق تجارت است مانند اصول استقلال اعتبار اسنادی و رعایت دقیق تطبیق اسناد، پرواضح است که اهداف مورد نظر قلمرو حقوق تجارت که بر مدار سرعت و سهولت گردش ثروت در حرکت است و از این رو به ظاهر اعتماد می کند، متناقض با اهداف مورد توجه در حقوق مدنی است که بر پایه های تمیز و تشخیص دقیق ریشه حق بنا شده و در این مسیر بی توجه به ظواهر، کشف واقع را به شکلی موشکافانه و نفس گیر سرلوحه خود قرار می دهد. در کنار این اجزاء متناقض، البته از مقررات و نظامات حقوق بانکی همانند رویه های استاندارد بین المللی بانکی نیز نباید غافل بود که این حوزه نیز خود رکنی از ارکان مکانیزم اعتبار اسنادی را تشکیل می دهد.

لذا این مکانیزم هر چند از ابتدا مشتمل بر چندین رابطه قراردادی و شبیه قرارداد است لیکن این موارد همانگونه که رویه قضایی ایالات متحده به آن اشاره کرده صرفا بخشی از مکانیزم بوده و از این منظر می تواند یک {تعهد قانونی غیر قراردادی} تلقی شود، از سوی دیگر واجد شباهت هایی با اسناد تجاری است بی آنکه بتواند حائز شرایط این قبیل اسناد باشد. به این ترتیب اعتبار اسنادی موجود عجیب الخلقه ای است که ماهیت بسیطی ندارد، بگونه ای سندی بانکی است و در تحلیل نهایی سندی تجاری و از سوی دیگر متکی بر روابط قراردادی به همراه میزان قابل توجهی از خصائص ویژه خود می باشد که مجموعا ابزاری ویژه، منحصر به فرد و نوع جدیدی از ابزار بازرگانی را خلق کرده که در نهایت محصول عرف تجاری تلقی می شود. از این رو هرگونه تلاش در جهت تحلیل این ماهیت چندگانه در نهادی بسیط اعم قرارداد، ایقاع یا اسناد تجاری نه تنها بدرستی بیانگر واقعیت این موجود نوظهور نخواهد بود بلکه نامطلوب و نامیمون است، از این رو هیچ اصطلاحی به جز اعتبار اسنادی توانایی بیان محتوا و ماهیت آنرا ندارد، به عبارت دیگر اعتبار اسنادی فقط اعتبار اسنادی است. (کاتوزیان ناصر، ۱۳۷۶)

بنابراین مناسب ترین گزینه در راستای تحلیل منطقی ماهیت حقوقی این مکانیزم حرکت به سوی قانونگذاری و تصویب قانون خاص بمنظور معرفی آن به عنوان ماهیت حقوقی مستقل و بیان احکام چگونگی تولد و آثار آن همچنین تکالیف و حقوق اشخاص ذیربط می باشد. مسیری که نظام حقوقی کشور ما به نوعی آنرا در شناخت ماهیت حقوقی قراردادهای بی اوتی تجربه کرد و علیرغم اصرار و افرسنت گرایان بر تطبیق این نوع توافقات نوین در قالب عقود کلاسیک مدنی، سرانجام چنین شده که آنان از کاروان تیزرو و بمانند و نوگرایان که نظریه شناسایی این توافق در قالب ویژه خود داشتند، تا اندازه ای با تصویب قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و شناسایی این نهاد به عنوان عقدی نوین از عقود معین به مقصود رسیدند و این چنین بستر حقوقی لازم برای جذب سرمایه های خارجی و دست یابی به تکنولوژی های نوین فراهم گردید. تجربه ای که بار دیگر نیازی می تواند با شناسایی مکانیزم اعتبار اسنادی به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل به پویایی حیات نظام حقوقی و رونق تجارت بیافزاید.

فهرست منابع و مأخذ

۱. ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۱۱، دفتر انتشارات اسلامی، قم، بی تا ۱۴۱۰ ه ق
۲. اشمیتوف کلابوم، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج دوم، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران
۳. احسانی فرمهدی،
بررسی تطبیقی ربا، مجموعه مقالات بیست و ششمین همایش بانکداری اسلامی، تهران، ۱۳۹۴
۴. اخلاقی بهروز، بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی دادگستری، شمار ۱، پائیز ۱۳۷۰
۵. تی لاریا ایمانول، روش های پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک، آياجاگزين های ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟ ترجمه ماشالله بنا نیاسری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵
۶. جعفر لنگرودی محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۷. جعفری لنگرودی محمدجعفر، صدمقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴
۸. جعفری لنگرودی محمدجعفر، حقوق اموال، چاپ ششم، گنج دانش، ۱۳۸۸، تهران
۹. جعفری لنگرودی محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران
۱۰. جعفری لنگرودی محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ گنج دانش، ۱۳۷۸، تهران
۱۱. جعفری لنگرودی محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۸، تهران
۱۲. جعفری لنگرودی محمد جعفر، الفارق - دائره المعارف عمومی حقوق، ج ۱، ۲، ۳، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران
۱۳. جزایری مینا، عقد استصناع و استفاده از آن در نظام بانکی کشور، مجله بانک و اقتصاد، شماره ۵۲، آذر ۱۳۸۳
۱۴. جمعه‌ای علی اصغر، بانک اسلامی یا بانک داری منفعتی، نامه‌اتاق بازرگانی، سال هشتادوسوم، شماره ۵۷، مهرماه ۱۳۹۰
۱۵. جی ریچارد، کول دریس، نقش اعتبارنامه های تنظیمی در تجارت بین الملل، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، شماره ۱، ۱۳۶۰
۱۶. خلجی روح الله، گذری بر شباهت‌ها و تفاوت‌های ال سی ریالی وال سی آر زی، نامه‌اتاق بازرگانی، سال ۸۳ شماره ۸۷، فروردین ۱۳۹۳
۱۷. خورسندیان محمدعلی وقادرنیور، ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۴
۱۸. سلطانی محمد، حقوق بانکی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۹۰
۱۹. دریس کول ریچارد، نقش اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین المللی، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی، سال ۱۳۶۰
۲۰. دهقانی نژاد عباس و عابدینی حسین، تحلیل مفهوم عقداستصناع، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال اول، شمار ۱، پائیز ۱۳۹۱
۲۱. رفیعی محمدتقی، تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶
۲۲. زین الدین بن علی محمد عاملی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱۰، کتاب فروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ه ق
۲۳. صادقی محسن، بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، پژوهشگاه بازرگانی، بهار ۱۳۸۵، دوره ۱۰، شماره ۳۸
۲۴. قنبری حمید، نگاهی به صلاحیت محاکم در دعاوی راجع به اعتبار اسنادی، مجله حقوق بانکی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره‌های ۳ و ۲
۲۵. کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی - قرارداد - ایقاع، چاپ دوم، شرکت انتشار، ۱۳۷۱، تهران

۲۶. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ۲، ۳، ۴ چاپ چهارم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران
۲۷. کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ سوم، دادگستر، ۱۳۷۸، تهران
۲۸. کاتوزیان ناصر، تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)، چاپ سوم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، تهران
۲۹. کاشانی حساری محسن، اوصاف قراردادگشایش اعتباراسنادی، فصلنامه علمی تخصصی مطالعات علوم سیاسی، فقه و حقوق، دوره ۲، شماره ۱/۲ تابستان ۱۳۹۵
۳۰. محسن کاشانی حساری، اوصاف قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، مطالعات علوم سیاسی حقوق و فقه، سال دوم، شماره ۱/۳، پاییز ۱۳۹۵
۳۱. محسن کاشانی حساری، تحلیل ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی دربسترعقودمعین، مطالعات علوم سیاسی حقوق، سال دوم، شماره ۱/۲ تابستان ۱۳۹۵
۳۲. کاشانی زاده هدی، اعتباراسنادی ازمنظرمهیت حقوقی، مجله حقوق بانکی سال اول، شماره اول، بهاروتابستان ۹۱
۳۳. گرجی ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ج ۲، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، تهران
۳۴. موسویان عباس، امکان سنجی کاربرد مرابحه در بانکداری بدون ربا، فصلنامه روند پژوهش های اقتصادی، سال ۱۹، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۰
۳۵. مومن قمی محمد، استصناع، فصلنامه فقه اهل بیت، سال سوم، پاییز و زمستان ۱۳۷۶، شماره ۱۱
۳۶. هاشمی شاهرودی محمود، فصلنامه فقه اهل بیت، سال پنجم، شماره ۱۹، پاییز و زمستان ۱۳۷۸
۳۷. یانگ گایوایکس و دیگران، ماهیت ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی، ترجمه ماشا الله نیاسری، مجله حقوقی المللی، شماره سی و پنجم، ۱۳۸۱
۳۸. دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی مصوب یکهزارویکصدوپنجاه و نهمین جلسه مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ شورای پول و اعتبار
۳۹. مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران شماره ۶۰/۱۰۳۸ مورخ ۹۰/۱۲/۱۴

40. Ward, MBA, Thomas H "Letters of Credit and Documentary Collections: An Export and Import Guide", Xlibris 41-Corporation, USA. (2009)

41. www.wikiFeqh.ir

42. www.ifnaa.ir.com

43. www.conf.ibi.ac.ir

An Examination and Comparison of the Contract for the Opening of Legal Tender with Some Legal Institutions

Mohsen Kashani Hesari

Master of Private Law, senior attorney-at-law

Abstract

In the analysis of the legal nature of the agreement between the creditor and the issuer's bank, as one of the instruments of the instrument of credit in the country, known as the contract for the development of credit, is one among the writers who often compare this agreement with certain contracts, and some others, in addition to this, also take a look at the institutions as in Article 10 of the Civil Code or Law. Nevertheless, the review and comparison of this agreement with legal entities such as ISSANA and the recently existing state law enforcement agencies have been neglected on the other hand by these undercover organizations, lacking scientific and research support, such as other proposals for legal and legal protection, have made the shortcomings in this area more duplicated. Therefore, this research aims to implement this agreement with two newly established legal systems, namely, social security, at the end of the year it has been carefully compared to other legal entities such as Article 10 of the Civil Code, and it is a commitment to the benefits. That these institutions are not in any way suitable for explaining the legality of the agreement to issue credentials.

Keywords: Credibility, Esteness, Moraleba, Law, Third Party Liability, Article 10 of the Civil Code
