

تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران

دکتر محمدتقی رفیعی*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۸۶/۱۲/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۸۷/۳/۸)

چکیده

یکی از مکانیسم‌های شیوه پرداخت قیمت کالا در تجارت بین‌المللی، استفاده از گشایش اعتبار اسنادی است. اعتبار اسنادی، علاوه بر این که سندی بانکی و در تحلیل نهایی، یک سند تجاری محسوب می‌گردد، متکی و مستند به روابط قراردادی میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار است. در تبیین ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار که در حقیقت، منشأ و موجد اعتبار است و در تعیین حدود و سامان حقوق و تعهدات این دو مؤثر است؛ تفاسیر و نظرات متفاوتی ابراز شده است. برخی آن را با عقد وکالت، عقد حواله، عقد ضمان و مانند آن قابل تطبیق دانسته‌اند. با توجه به ویژگی‌های حقوقی حاکم بر این قرارداد، منطقی و شایسته است که در تبیین ماهیت آن، از تحلیل‌های حقوقی نوینی بهره‌جست. در این مقاله، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با عقود اذنی و عقود مشارکتی مورد مقایسه قرار گرفته و سپس بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل شده است.

واژگان کلیدی:

قرارداد گشایش اعتبار، اعتبار اسنادی، متقاضی اعتبار، بانک گشاینده اعتبار.

مقدمه

اعتبارات اسنادی^۱ که نقش کلیدی در تجارت بین‌المللی دارند، متداول‌ترین شیوه پرداخت قیمت کالا محسوب می‌شوند.^۲ در حال حاضر، در اکثر قراردادهای بین‌المللی، پرداخت ثمن در مقابل دریافت کالا از طریق اعتبارات اسنادی و بر مبنای مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی^۳ انجام می‌شود. از آنجا که مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، اصولاً همه فعالیت‌های اقتصادی، از جمله تجارت، صنعت، بانکداری و حمل‌ونقل را دربرمی‌گیرد، می‌توان آن را مهم‌ترین سند در تجارت بین‌المللی محسوب کرد (کریمی، ۱۳۶۷، ص ۹۱). بدین جهت تقریباً تمامی بانک‌های موجود در جهان از جمله ایران (مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ۱۳۶۵، ص ۲۵۸) آمادگی خود را جهت پیوستن به آن اعلام داشته و عملاً ملحق شده‌اند (اسکینی، ۱۳۷۱، ص ۲۰). «اعتبار اسنادی به عنوان وسیله‌ای که پرداخت را تضمین می‌کند، برای تطبیق منافع متعارض صادرکننده (فروشنده) و واردکننده (خریدار) از هر جهت مناسب است» (طارم‌سری، ۱۳۸۳، ص ۱۳۳). به طور کلی، می‌توان گفت در مقایسه با روش‌های دیگر، از جمله پرداخت نقدی هم‌زمان با سفارش،^۴ پرداخت دیداری^۵ و مانند آن، سیستم پرداخت در اعتبار اسنادی به گونه‌ای است که تقریباً موازنه منافع را برقرار می‌کند و می‌تواند منافع هر دو طرف

1. Documentary Credits

۲. برای مطالعه بیش‌تر مراجعه شود:

Lazar Sarna, *Letters of Credit, The Law and Current Practice* 2nd ed. Canada, 1986; H.C. Gutteridge and Mauric Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 3rd ed. London, 2005.

3. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits

این مقررات به اختصار به صورت UCP و در مواردی UCPDC نشان داده می‌شود. آخرین مقررات متحدالشکل در نشریه شماره ۶۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی (I.C.C.) منتشر شده و UCP 600 نامیده می‌شود. UCP 600 از سال ۲۰۰۷ میلادی قابل اجراست. در این مقاله، به دلیل عدم تفاوت در مقررات و تعاریف کلی از UCP 500 استفاده شده است.

4. Cash With order

5. Sight Payment

قرارداد را حفظ کند (مزینی و مهاجر تهرانی، ۱۳۶۳، ص ۲۶). بدون اعتبار اسنادی، فروشندگان احتمالی احیاناً قادر نخواهند بود که در بازارهای بین‌المللی به تجارت بپردازند. «هر مکانیسم جای‌گزین دیگری برای اعتبار اسنادی، خریدار احتمالی را که منابع مالی لازم برای پرداخت بهای کالا را قبل از دریافت آن ندارد، از وارد شدن در تجارت بین‌المللی باز می‌دارد» (دریس کول، ۱۳۶۳، ص ۱۲۹).

توضیح این نکته لازم است که اعتبار اسنادی، ماهیتی دوگانه دارد: از یک‌سو، به گونه‌ای سندی بانکی و در تحلیل نهایی، یک سند تجاری است و از سوی دیگر، به روابط قراردادی است که در حقیقت، قوام‌بخش اعتبار اسنادی متکی و مستند است. اصولاً از آن‌جا که به مجموعه مکانیسم چنین روش پرداخت، اعتبار اسنادی اطلاق می‌شود، بر خلاف بررسی حقوقی اعتبارات اسنادی به عنوان یک سند تجاری، ماهیت عمل حقوقی انعقاد قرارداد گشایش اعتبار میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار که در واقع، موجد و منشأ چنین اعتباری است، مبهم باقی مانده و زوایای آن تجزیه و تحلیل حقوقی نشده است. با توجه به جهات مذکور، می‌توان به اهمیت قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و ضرورت بررسی حقوقی آن پی برد. در این جهت، در این پژوهش، تنها وضعیت حقوقی خود قرارداد گشایش اعتبار که کم‌تر به آن پرداخته شده، مورد دقت و تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. از تاریخ ورود قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به عرصه تجاری ایران، تفاسیر حقوقی گوناگونی از ماهیت آن به عمل آمده است، به گونه‌ای که رویه‌های بانکی در برخورد با این نوع قرارداد، متفاوت و گاهی در تبیین حقوقی آن، نظرات مغایر ابراز و ارائه کرده‌اند. برخی، آن را با عقود معین از جمله عقود اذنی مانند عقد وکالت، عقد حواله و عقد ضمان مقایسه کرده‌اند و برخی دیگر، آن را با عقود مشارکتی مانند عقد جعاله و عقد مضاربه، به دلیل تشابهاتی که در نگاه اجمالی به نظر می‌آید، قابل تطبیق دانسته‌اند. هرچند میان قرارداد گشایش اعتبار و عقود معین یادشده شباهت‌هایی وجود دارد؛ تفاوت‌های بنیادینی که به تفاوت در ماهیت آن‌ها منجر می‌شود، جدی و اساسی است. در نتیجه، منطق حقوقی حکم می‌کند با لحاظ ویژگی‌هایی که حاکم بر قرارداد گشایش اعتبار است، قالب‌های کلاسیک و مرسوم مدنی کنار گذاشته شود و از تحلیل‌های نوینی بهره جست که دارای ظرفیت بیش‌تر در جهت پاسخ‌گویی به مسائل جدید در حوزه تجارت بین‌المللی است.

در این مقاله، در بخش نخست، مفهوم، طرف‌های اعتبار اسنادی و روابط حقوقی میان آن‌ها

مورد بررسی اجمالی قرار می‌گیرد. در بخش دوم، ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار در سه مبحث تجزیه و تحلیل می‌شود. در مبحث اول، قرارداد گشایش اعتبار با عقود اذنی مقایسه خواهد شد و در مبحث دوم، این قرارداد با عقود مشارکتی، مقایسه می‌شود و در مبحث سوم، قرارداد گشایش اعتبار بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل می‌گردد.

بخش اول: مفهوم، طرف‌های اعتبار اسنادی و روابط میان آن‌ها

شایسته است در این بخش، جهت رعایت سیر منطقی بحث، مفهوم اعتبار اسنادی و همچنین، اطراف اعتبار اسنادی و روابط حقوقی میان آن‌ها به طور اجمال مورد بررسی قرار گیرد تا موضوع اصلی و محل نزاع به‌طور مشخص تحریر شود.

مبحث اول - مفهوم اعتبار اسنادی

بی‌شک، بحث درباره وضعیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، مبتنی بر تبیین مفهوم اعتبار اسنادی است. بدین جهت، در این مبحث، تعریف‌های متعددی از اعتبار اسنادی، مطرح و در نهایت، عناصر مشترک و تشکیل‌دهنده آن ارائه می‌شود. اعتبارات اسنادی که اعتبارنامه^۱ نیز نامیده می‌شود، یک سیستم پرداخت بین‌المللی است که از جنبه‌های مختلف به تعریف آن پرداخته شده است: «اعتبار اسنادی، سندی است که به موجب آن، یک بانک بر اساس درخواست مشتری، پرداخت وجهی را به ذی‌نفع در قبال ارائه اسناد مشخص بر عهده می‌گیرد» (گوتریچ و مگراه، ۲۰۰۵، ص ۴۷۱). این تعریف ضمن این که تصویری کلی از اعتبار اسنادی ارائه می‌دهد، سند بودن آن را با کارکرد مشخص مورد تأکید قرار داده است، بدون این که به همه اطراف این سیستم پرداخت یا عناصر دیگر آن اشاره کرده باشد. بدین ترتیب، تعریف جامعی به نظر نمی‌رسد.

۱. Letter of Credit، که اختصار آن به L/C معروف گردیده است. اسناد مورد نیازی که باید توسط صادرکننده خارجی به منظور دریافت وجه اعتبار تهیه گردد، باید به وسیله اعتبارنامه مشخص شده باشد. از آنجاکه اعتبارنامه، ارائه این اسناد را شرط تضمین بانک می‌داند، اصطلاح اعتبارات اسنادی به وجود آمد تا این روش پرداخت تجاری بین‌المللی را توصیف کند.

برخی دیگر، اعتبار اسنادی را التزام گشایش کننده اعتبار - که معمولاً یک بانک است - در مقابل ذی نفع می دانند که در نتیجه، بانک را مکلف می سازد تا به شرط رعایت شرایط مقرر در اعتبار از سوی ذی نفع، وجه اعتبار را به او بپردازد (مجتبی، ۱۳۶۴، ص ۶۳). این تعریف، ناظر به مفاد و نتیجه اعتبار اسنادی است که همان التزام و تعهد بانک گشاینده اعتبار است. در حقیقت، در این تعریف، التزام مشروط در مقابل ذی نفع مورد تأکید قرار گرفته و به نوع رابطه حقوقی متقاضی اعتبار و بانک افتتاح کننده اعتبار اشاره ای نشده است.

در تعریف دیگر، اعتبار اسنادی، تعهد کتبی بانک گشاینده اعتبار محسوب می شود که به موجب درخواست و بر اساس دستورهای متقاضی اعتبار، به نفع ذی نفع به منظور پرداخت مبلغ معینی در زمان مشخص و در قبال ارائه اسناد مطرح در اعتبارنامه صادر می گردد (اعتبار اسنادی، بانک مونترال،^۱ ۱۹۸۴، ص ۳). در حقیقت، بر اساس این تعریف، اعتبار اسنادی در ضمن این که قراردادی میان بانک گشاینده اعتبار و مشتری بانک (متقاضی اعتبار) محسوب می شود و دارای آثار حقوقی میان آنهاست؛ یک تعهد کتبی بانک گشاینده اعتبار در مقابل ذی نفع تلقی می گردد (طارم سری، ۱۳۷۱، ص ۳۴). این تعریف، تا حدودی از جامعیت برخوردار است و عناصر اساسی اعتبار اسنادی را شامل می شود.

برخی نیز اعتبار اسنادی را اعلامیه ای دانسته اند که به وسیله یک بانک بر اساس درخواست مشتری صادر شود و مشتمل بر تعهد بانک افتتاح کننده اعتبار است که در نتیجه آن، ذی نفع می تواند مبلغ مذکور در آن را به شرط ارائه اسناد مصرح در اعتبارنامه، از بانک افتتاح کننده اعتبار دریافت کند (هوگلند، ۱۹۶۸، ص ۵۴). در این تعریف، بدون این که به ماهیت درخواست مشتری اشاره ای شده باشد، اعتبار اسنادی را اعلامیه از سوی بانک دانسته است.

در تعریف دیگر، اعتبار اسنادی، توافقی با بانک داران تلقی گردیده که به موجب آن، بانکها پرداخت یا قبول برات های صادره از جانب مشتری را در قبال تحویل فاکتورها و اسناد حمل بر عهده می گیرند. هرگاه بانکها جزئیات توافق را در یک سند درج کنند، سند مذکور، اعتبار اسنادی یا به اختصار اعتبار نامیده می شود (پکمن، ۱۹۷۱، ص ۱۹۱). در این تعریف، در حقیقت، اعتبار اسنادی با توجه به درخواست گشایش اعتبار از سوی متقاضی آن، یک نوع توافق و

1 . Documentary Credit, Bank of Montreal, Canada.

قرارداد با بانک گشاینده اعتبار محسوب شده است. بدین جهت، نسبت به مسئولیت پرداخت وجه اعتبار که ناشی از توافق بانک با مشتری است، تأکید زیادی صورت گرفته و به دیگر عناصر و اطراف دخیل در این روش، اشاره‌ای نشده است. با وجود این، نکته مثبت این تعریف آن است که برخلاف دیگر تعاریف که اسناد اعتباری را با توجه به آثار و نتیجه آن تعریف کرده یا آن را سند تعهدآوری برای پرداخت دانسته‌اند؛ درخواست گشایش اعتبار را در قالب یک توافق و قرارداد تلقی کرده است و ما در این پژوهش، به دنبال تبیین ماهیت حقوقی آن هستیم.

تعریف دیگری از مفهوم اعتبار که تا حدودی جامع به نظر می‌رسد و از تفصیل بیش‌تری برخوردار است؛ تعریف مندرج در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی^۱ است. بر اساس ماده ۲ مقررات یادشده، اعتبارات اسنادی به معنی هرگونه قراری است که به موجب آن بانک (بانک گشاینده اعتبار) بنا به درخواست و دستورهای مشتری‌اش (درخواست‌کننده اعتبار) یا از سوی خود، موظف می‌شود تا در برابر اسناد مقرر در اعتبار و نیز مشروط بر رعایت شرایط اعتبار:

۱. پرداختی را به شخص ثالث (ذی‌نفع اعتبار) یا به حواله‌کرد او انجام دهد یا بروات صادره توسط ذی‌نفع را قبولی بنویسد و پرداخت کند؛

۲. یا به بانک دیگری اجازه دهد که آن پرداخت را انجام دهد و یا این بروات را قبول و پرداخت کند؛

۳. یا به بانک دیگری اجازه معامله اسناد را بدهد (یو.سی. پی ۵۰۰، ۱۳۸۲، ص ۱۵).

بدین ترتیب، تعاریف ارائه شده با وجود نکات مثبت و تأکید بر جنبه خاصی از اعتبار اسنادی، هیچ‌کدام جامعیت کافی ندارند.^۲ به نظر می‌رسد، در این‌جا شایسته است به برخی

1. ICC Uniform Customs and practice for Documentary Credits. ICC publication No.500(1993).

برای نمونه، ر.ک:

Gutteridge, H.C. and Megrah, Maurice, *The Law of Bankers' commercial credits*, 3rd ed. London, 2005, p. 471.

«تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، دستور منع پرداخت آن در جریان انقلاب اسلامی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، شماره ۲، بهار، ۱۳۶۴، ص ۶۳.

عناصر مشترک و تشکیل دهنده اعتبار اسنادی اشاره شود:

۱. تعهد بانک گشاینده اعتبار به عنوان بخش مشترک تعاریف محسوب می‌گردد. در حقیقت، با گشایش اعتبار، انجام دادن تعهد پرداختی که خریدار داشته، به عهده بانک افتتاح‌کننده اعتبار واگذار شده است. از این رو، التزام و تعهد بانک گشاینده اعتبار به عنوان یکی از عناصر اصلی تشکیل دهنده اعتبار اسنادی تلقی می‌گردد.
۲. تعهد بانک گشاینده اعتبار، مطلق و بدون قید و شرط نیست، بلکه این تعهد از یک سو، مشروط به این است که فروشنده (صادرکننده) به شرایط معین در قرارداد اصلی خرید و فروش عمل کند و از سوی دیگر، محدود به تاریخ انقضای اعتبار^۱ است.
۳. ترتیب و قراری که به موجب آن، بانک گشاینده اعتبار موظف به پرداخت به ذی‌نفع می‌شود، بنا به درخواست و به تعبیری، مبتنی بر یک نوع توافق و قرارداد میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار است. بدین ترتیب، ضمن تبیین مفهوم نسبتاً دقیق اعتبار اسنادی که به جهت مبتنی بودن تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار بر آن، از تقدم منطقی برخوردار است، تا حدودی پیش‌درآمدی جهت بحث درباره طرف‌های اعتبار اسنادی و در نتیجه، تحریر محل بحث فراهم گردیده است.

مبحث دوم - طرف‌های اعتبار اسنادی و روابط میان آن‌ها

چنان‌که پیش از این گفته شد، طرح اجمالی طرف‌های اعتبار اسنادی و روابط حقوقی میان آن‌ها به طور منطقی، در تبیین و تحریر موضوع اصلی این مقاله مؤثر خواهد بود. بدین جهت، مطالب این مبحث در دو قسمت جداگانه ارائه می‌گردد:

الف) طرف‌های اعتبار اسنادی

با توجه به تعریف اعتبار اسنادی، اصولاً^۲ چهار مرحله را می‌توان برای معامله مبتنی بر پرداخت به روش اعتبار اسنادی در نظر گرفت:

1 . Expiry date of Credit

۲. زیرا گاهی بانک گشایش‌کننده اعتبار در محل صادرکننده دارای نمایندگی است. در این صورت بانک گشاینده اعتبار، به‌طور مستقیم یا از طریق شعبه‌ای در محل اقامت صادرکننده به وی اطلاع می‌دهد که اعتباری به نفع او افتتاح شده است.

مرحله اول - صادرکننده^۱ (فروشنده) و واردکننده^۲ (خریدار) در قرارداد فروش یا قرارداد مبنایی^۳ موافقت می‌کنند که پرداخت باید به روش اعتبار اسنادی صورت گیرد.

مرحله دوم - واردکننده که متقاضی اعتبار^۴ نیز هست، به بانکی در محل تجارت خود که بانک گشایش‌کننده^۵ اعتبار محسوب می‌شود، دستور می‌دهد اعتباری برای صادرکننده خارجی که ذی‌نفع اعتبار^۶ خوانده می‌شود، بگشاید.

مرحله سوم - بانک گشایش‌کننده اعتبار با یک بانک واقع در محل صادرکننده که بانک ابلاغ‌کننده^۷ نامیده می‌شود، هماهنگی می‌کند تا با تحویل گرفتن اسناد حمل از صادرکننده، وجه اعتبار را به او بپردازد.

مرحله چهارم - بانک ابلاغ‌کننده آمادگی خود را مبنی بر دریافت اسناد حمل و پرداخت وجه اعتبار، به صادرکننده اعلام می‌دارد. البته زمانی که بانک ابلاغ‌کننده تنها نسبت به ابلاغ اقدام کند، بانک دیگری به نام پرداخت‌کننده مطرح خواهد شد. بدین ترتیب، بنا بر آنچه در مراحل یادشده در بالا ذکر شد، در اعتبار اسنادی، پنج طرف وجود دارد:

۱. متقاضی گشایش اعتبار یا خریدار (واردکننده)؛ کسی که با درخواستی تقاضا می‌کند که اعتباری برای او گشایش شود.

۲. بانک گشاینده اعتبار؛ بانکی که اعتبار را بنا به درخواست خریدار یا متقاضی اعتبار و مطابق شرایط، مبلغ، تاریخ انقضای اعتبار و نوع اعتباری که او تعیین می‌کند، به‌طور مستقیم یا از طریق یک بانک دیگر در خارج که بانک کارگزار^۸ نامیده می‌شود، به نفع ذی‌نفع اعتبار می‌گشاید.

۳. بانک ابلاغ‌کننده اعتبار؛ ابلاغ اعتبار گشایش شده توسط بانک دیگری که معمولاً بانک

1 . Exporter

2 . Importer

۳. قرارداد مبنایی یا پایه ممکن است نوع دیگری از قرارداد؛ برای مثال یک قرارداد ساخت یا یک قرارداد خدماتی باشد.

4 . Applicant Party

5 . Issuing bank

6 . Beneficiary

7 .Advising bank

8 . Correspondent bank

محل اقامت ذی نفع است، انجام می‌پذیرد که به آن، بانک ابلاغ‌کننده می‌گویند. البته این بانک در مواردی، تنها وظیفه ابلاغ اعتبار را به عهده دارد و در مواردی هم آن اعتبار را تأیید^۱ می‌کند.

۴. بانک پرداخت‌کننده وجه اعتبار؛ در صورتی که بانک ابلاغ‌کننده تنها به ابلاغ اعتبار به ذی نفع اقدام کند و در حقیقت، اعتبار را تأیید نکرده باشد، بانک ثالثی وظیفه پرداخت را به عهده می‌گیرد که به بانک پرداخت‌کننده^۲ یا بانک معامله‌کننده^۳ اسناد معروف است.

۵. ذی نفع اعتبار؛ ذی نفع اعتبار یا صادرکننده (فروشنده) شخصی است که خواهان افتتاح اسنادی جهت پرداخت ثمن کالای خود است و در حقیقت، استفاده از این روش را برای تضمین پرداخت مقرر کرده است و در نهایت، اعتبار به نفع او گشایش می‌یابد.

چنان‌که ملاحظه می‌گردد، اصولاً در روش پرداخت مبتنی بر اعتبار اسنادی، پنج طرف وجود دارد؛ اگرچه در برخی از انواع اعتبارات اسنادی و در برخی شرایط، بانک‌ها یا اشخاص دیگری نیز دخالت خواهند داشت که در این‌جا به طرح آن‌ها نیازی دیده نمی‌شود.

ب) روابط حقوقی طرف‌های اعتبار اسنادی

آن‌چه در این مقاله به دنبال آن هستیم، تبیین وضعیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی میان متقاضی گشایش اعتبار و بانک گشاینده اعتبار است که اصولاً باید تنها به روابط حقوقی میان این دو اشاره شود. از آن‌جا که حدود و سامان حقوق و تعهدات دو طرف قرارداد مورد بحث، تحت تأثیر رابطه حقوقی دیگر طرف‌های اعتبار اسنادی، به ویژه متقاضی اعتبار و ذی نفع اعتبار و از سویی، بانک گشاینده اعتبار و ذی نفع اعتبار است؛ به لحاظ ضرورت سیر منطقی بحث و از سویی به جهت رعایت اختصار، در این‌جا تنها به روابط حقوقی برخی از طرف‌های اعتبار اسنادی اشاره خواهد شد.

۱. رابطه میان متقاضی اعتبار و ذی نفع اعتبار

آغاز رابطه حقوقی این دو بر اساس قرارداد مبنایی است که طبق آن، متقاضی اعتبار و ذی نفع توافق می‌کنند پرداخت از طریق بانک و با روش اعتبار اسنادی صورت گیرد. در حقیقت،

-
- 1 . Confirm
 - 2 . Paying bank
 - 3 . Negotiating bank

اساس معامله اسنادی، قرارداد مبنایی است که طرفین جهت پرداخت از طریق اعتبار به توافق رسیده‌اند و این، آغاز رابطه حقوقی میان متقاضی و ذی‌نفع است؛ اگرچه وصف استقلال اعتبارات اسنادی نمی‌تواند تحت تأثیر قرارداد مبنایی یا اصلی قرار گیرد. بدین ترتیب، میان این دو، یک رابطه حقوقی بر اساس قرارداد مبنایی ایجاد می‌شود که در آن، شرط پرداخت از طریق اعتبار اسنادی و لزوم تحویل دیگر مدارک و اسناد تصریح می‌گردد و بر این اساس، برای هر دو، حق و تکلیفی ایجاد می‌شود و به همین دلیل، بانک گشاینده اعتبار و نیز بانک ابلاغ‌کننده و بانک معامله‌کننده اسناد (بر حسب مورد)، موظف به رعایت این حق و تکلیف ناشی از اعتبارنامه (که این اعتبارنامه در حقیقت مستند به قرارداد مبنایی است) است. پس از ایجاد اعتبارنامه، آن نسبت به همه طرف‌های ذی‌ربط از جمله متقاضی اعتبار و ذی‌نفع الزام‌آور است. بدین ترتیب، متقاضی اعتبار به پرداخت از طریق اعتبار اسنادی ملزم است و ذی‌نفع هم ملزم به تحویل مدارک و اسناد لازم، از جمله اسناد حمل به بانک ابلاغ‌کننده است. بدیهی است روش پرداخت مبتنی بر اعتبار اسنادی زمانی لازم‌الاجراست که متقاضی اعتبار و ذی‌نفع، این روش را در قرارداد مبنایی پیش‌بینی کرده باشند و از سویی، بر اساس ماده ۱ یو.سی.پی، مقررات این مجموعه اگر در متن اعتبار ذکر شده باشد، لازم‌الاجراست و برای متقاضی اعتبار و ذی‌نفع الزام‌آور است. در مورد این که مقررات یادشده از قدرت قانون یا موقعیت یک عرف تجاری برخوردار است یا خیر و آیا به تصریح در قراردادشان نیاز است، بحثی خارج از این مقاله است.^۱ قیود و شرایط اعتبار و اسناد خواسته شده باید مطابق قرارداد مبنایی یا اصلی، منعقد میان متقاضی اعتبار و ذی‌نفع باشند که در واقع اعتبار، بر آن مبتنی است. متقاضی اعتبار باید در مهلت مقرر (متعارف) گشایش اعتبار کند. بدین ترتیب که به بانک خود در کشور متبوع اعلام کند که اعتبارنامه را مطابق قرارداد مبنایی برای ذی‌نفع صادر کند. در صورتی که متقاضی اعتبار، در گشایش اعتبار کوتاهی کند، ذی‌نفع حق دارد به دلیل نقض این شرط اساسی، ادعای خسارت کند. ذی‌نفع هم باید اسناد و مدارک مصرح در اعتبارنامه را تهیه کند و جهت ارسال به بانک گشاینده متبوع متقاضی، تحویل بانک ابلاغ‌کننده دهد. هم‌چنین «ذی‌نفع باید متقاعد شود

۱. برای مطالعه بیش‌تر مراجعه شود به: کلایو.ام. اشمیتوف، «حقوق تجارت بین‌الملل»، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، (۱۳۷۸)، تهران، سمت، ص ۶۱۴.

که قیود و شرایط و اسناد درخواستی در اعتبار، با قرارداد مبنایی انطباق دارند. نامبرده باید اسناد را تا تاریخی که اعتبار قوت قانونی دارد، به بانک ارائه دهد» (طارم‌سری، ۱۳۸۳، ص ۱۴۶). توضیح این نکته لازم است که «نتیجه تفاوت و اختلاف در اسناد ممکن است عدم پرداخت باشد. بنابراین، ذی‌نفع یا صادرکننده به بررسی خیلی دقیق از اسناد نیاز دارد؛ زیرا این وظیفه اوست که شرایطی که اعتبارنامه تعیین کرده است، اجرا نماید. اگر این کار را انجام ندهد، باید فوراً از متقاضی اعتبار بخواهد یک اصلاحیه متناسب را ترتیب دهد» (سماواتی، ۱۳۸۰، ص ۱۱۳). صادرکننده در صورت نیاز به ارائه ثانوی اسناد، نمی‌تواند مستقیماً آن را جهت خریدار ارسال نماید و حتماً باید از طریق بانک ابلاغ‌کننده انجام گیرد. در غیر این صورت، کأن لم یکن تلقی می‌شود (اشمیتوف، ۱۳۷۸، صص ۶۲۴-۶۲۳).

۲. رابطه میان بانک گشاینده اعتبار و ذی‌نفع اعتبار

بانک گشاینده اعتبار، با صدور اعتبار اسنادی از جانب متقاضی اعتبار، به عنوان واسطه‌ای میان او و ذی‌نفع اعتبار عمل می‌کند. بانک گشاینده اعتبار، از بانک کارگزار دیگری که معمولاً در کشور صادرکننده واقع است، درخواست می‌کند که اعتبار را به ذی‌نفع اعتبار ابلاغ و یا تأیید و ابلاغ کند. اعتبار اسنادی صادره از سوی بانک گشاینده اعتبار اصولاً متضمن تعهد پرداخت در مقابل ذی‌نفع اعتبار است. اعتبار اسنادی ممکن است قابل برگشت^۱ یا غیرقابل برگشت^۲ باشد.^۳ بانک گشاینده اعتبار، حق دارد اعتبار قابل برگشت را معمولاً به دستور متقاضی اعتبار، بدون اطلاع قبلی ذی‌نفع اعتبار در هر زمان فسخ کند. بنابراین، اعتبار قابل برگشت، چنان که از نام آن معلوم است، تعهد حقوقی الزام‌آوری برای بانک در زمینه پرداخت به وجود نمی‌آورد.^۴ اعتبار اسنادی غیرقابل برگشت را نمی‌توان بدون توافق ذی‌نفع و بانک‌های ذی‌ربط، اصلاح یا فسخ کرد. بنابراین، تعهدی قطعی برای بانک گشاینده اعتبار در زمینه پرداخت در مقابل ذی‌نفع اعتبار

1 . Revocable

2 . Irrevocable

۳. جهت آشنایی با سایر عبارات اسنادی رجوع شود به:

کلاویو.ام. اشمیتوف، همان، ص ۶۴۵.

۴. قسمت الف ماده ۸ مقررات یو.سی.پی مقرر می‌دارد: «اعتبار برگشت‌پذیر می‌تواند در هر لحظه و بدون اطلاع قبلی به ذی‌نفع، توسط بانک گشاینده اعتبار اصلاح و یا باطل شود».

به وجود می‌آورد.^۱ بدین ترتیب، بر اساس ماده ۲ یو.سی.پی. بانک گشاینده اعتبار، بنا بر درخواست و دستورهای متقاضی اعتبار، موظف می‌شود تا در برابر اسناد مقرر در اعتبار و نیز مشروط به رعایت شرایط اعتبار، پرداختی را به ذی‌نفع اعتبار یا به حواله‌کردن او انجام یا بروات صادره توسط ذی‌نفع را قبولی بنویسد و پرداخت کند و بر اساس ماده ۳ یو.سی.پی. انجام دادن تعهدات یادشده از سوی بانک گشاینده اعتبار، موکول به ادعاها یا دفاعیات متقاضی اعتبار که ناشی از روابط او با بانک گشاینده یا با ذی‌نفع است، نخواهد بود و در حقیقت، اعتبار اسنادی بنا به ماهیت خود مبنی بر وصف استقلال، معاملاتی جدا از قرارداد مبنایی یا دیگر قراردادهایی است که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند.

۳. رابطه میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار

یکی از مهم‌ترین روابط حقوقی میان طرف‌های اعتبار اسنادی، رابطه حقوقی متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار است که تحلیل حقوقی قرارداد میان این دو که موضوع این پژوهش است، مبتنی بر روشن کردن رابطه یاد شده است. نتیجه توافق میان متقاضی اعتبار و ذی‌نفع مبنی بر پرداخت به روش اعتبار اسنادی، در قرارداد مستقل دیگری که میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار منعقد می‌شود، متبلور گردیده است و اعتبار اسنادی، به دنبال انعقاد این قرارداد به وجود می‌آید. متقاضی اعتبار به وسیله نامه گشایش اعتبار، دستور خود جهت صدور اعتبار را به بانک اعلام می‌کند. بانک گشاینده اعتبار نیز با ملاحظه پاره‌ای شرایط از جمله وضع مالی متقاضی، نوع کالا و امکان فروش آن، تقاضای متقاضی اعتبار را می‌پذیرد و با امضای مدارک مزبور، میان متقاضی اعتبار و بانک، قراردادی منعقد می‌گردد که متضمن حقوق و تعهدات آن دو نسبت به یکدیگر است. به موجب این قرارداد، دو طرف در مقابل هم تعهداتی را می‌پذیرند و تکالیفی را بر عهده می‌گیرند. در نتیجه، متقاضی اعتبار، ضمن درخواست خود و بر اساس توافق حاصله با بانک گشاینده اعتبار، نسبت به پرداخت وجه اعتبار، کارمزد و دیگر هزینه‌هایی که بانک اعلام می‌کند، متعهد می‌گردد و بانک نیز در مقابل، با گشایش اعتبار، نسبت به پرداخت وجه به ذی‌نفع بر اساس شرایط اعتبار و در مقابل ارائه اسناد و مدارک تعیین‌شده در

۱. قسمت الف ماده ۹ مقررات یو.سی.پی. مقرر می‌دارد: «اعتبار برگشت‌ناپذیر، تعهد قطعی بانک گشاینده اعتبار است...».

قرارداد گشایش اعتبار متعهد می‌گردد. اما سؤال این است که رابطه حقوقی ایجادشده میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار در قالب چه نوع قراردادی است؟ ویژگی‌های این قرارداد چیست و چه نوع ماهیتی حقوقی برای آن می‌توان تبیین کرد؟ بدین جهت، در بخش بعدی، ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بخش دوم- ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی

پس از تبیین مفهوم اعتبار اسنادی و ترسیم اجمالی روابط حقوقی اطراف چنین نهادی در بخش نخست، که ضروری می‌نمود، در این بخش، ماهیت قرارداد گشایش اعتبار که رابطه حقوقی میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار مبتنی بر آن است و بی‌شک، موجد و متضمن آثار حقوقی ویژه خواهد بود، بررسی می‌شود. یادآوری این نکته لازم است که یک معامله اعتباری، خود از چند رابطه حقوقی متفاوت تشکیل گردیده و چند قرارداد جداگانه در این مکانیسم پرداخت، ملحوظ است که پیش از انعقاد قرارداد گشایش اعتبار یا پس از آن، شکل می‌گیرند.^۱ آنچه در این مقاله مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد، ماهیت قرارداد گشایش اعتبار است. در این جهت، در مبحث نخست، به مقایسه این قرارداد با عقود اذنی پرداخته می‌شود؛ در مبحث دوم، قرارداد یادشده با عقود مشارکتی مقایسه خواهد شد و در مبحث سوم، قرارداد گشایش اعتبار بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی تجزیه و تحلیل می‌شود.

مبحث اول - مقایسه قرارداد گشایش اعتبار با عقود اذنی

در این مبحث، قرارداد گشایش اعتبار با نهادهای حقوقی مشابه با عنوان عقود اذنی، از جمله، عقد وکالت، عقد حواله و عقد ضمان مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

الف) عقد وکالت

چنان‌که پیش از این گفته شد، در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، متقاضی اعتبار، به بانک گشاینده اعتبار مراجعه کرده و تقاضا می‌نماید تا اعتباری را برای ذی‌نفع اعتبار، گشایش نماید و

۱. برای نمونه، قرارداد مبنایی، پیش از قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و قرارداد میان بانک گشاینده اعتبار و بانک کارگزار و رابطه بانک اخیر و ذی‌نفع اعتبار، پس از انعقاد قرارداد گشایش اعتبار شکل می‌گیرند.

این اعتبار را از طریق بانک کارگزار در محل اقامت ذی‌نفع به وی ابلاغ و سپس در ازای دریافت اسناد مقرر، به او پرداخت کند. به عبارت دیگر، متقاضی اعتبار، جهت پرداخت دین خود به ذی‌نفع اعتبار، بانک را جای‌گزین خود می‌سازد و به بانک برای پرداخت دین نیابت می‌دهد. از این‌رو، برخی (حاج‌علی، ۱۳۸۴، ص ۸۵) معتقدند که این اعطای نیابت در حقوق ایران با عقد وکالت قابل تطبیق است. بدین ترتیب که متقاضی اعتبار به موجب این عقد، به بانک اختیار می‌دهد در مقابل دریافت اسناد مندرج در اعتبارنامه، مشروط بر این‌که شرایط و مقررات اعتبار رعایت شده باشد، پرداختی را به ذینفع یا به حواله کرد او انجام دهد، یا برات‌های کشیده شده توسط ذی‌نفع را پرداخت نماید و یا به بانک دیگری اجازه دهد که این پرداخت را انجام دهد یا چنین براتی را پرداخت کند. در مورد اول، مشتری در پرداخت با رعایت شرایط و مقررات مندرج در سند اعتبار به بانک وکالت؛ و در مورد دوم، وکالت در توکیل را می‌دهد. بنابراین، قرارداد گشایش اعتبار، متضمن وکالتی است که متقاضی اعتبار در پرداخت دین به بانک می‌دهد (همان، ص ۸۶).

نظریه یادشده در نگاه اول، با مفاد ماده ۶۵۶ قانون مدنی ایران^۱ در تبیین عقد وکالت منطبق است؛ زیرا بر اساس این ماده، یکی از طرفین، در این جا متقاضی اعتبار، طرف دیگر، یعنی بانک گشاینده اعتبار را برای انجام دادن امری، که همان پرداخت دین باشد، نایب خود می‌سازد. در تأیید این نظریه به ماده ۲ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی^۲ نیز می‌توان تمسک جست. مستفاد از ماده اخیر نیز این است که متقاضی اعتبار، بانک را در پرداخت ثمن به روش‌های یاد شده در مقررات متحدالشکل نایب خود قرار می‌دهد. عقد وکالت نیز به منظور اعطای نیابت و اذن از سوی موکل انجام می‌شود؛ بدین معنا که موکل، وکیل را در انجام دادن عمل یا اعمالی، جانشین خود می‌نماید و به وی اختیار می‌دهد به نام و حساب او معاملاتی

۱. ماده ۶۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند».

۲. ماده ۲ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP 500). مقرر می‌دارد: «... اعتبارات اسنادی... به معنی هرگونه قراری است که به موجب آن بانک بنا به درخواست و دستورات مشتری‌اش... موظف می‌شود... پرداختی را... انجام دهد...».

انجام دهد. بنابراین، وکیل در مورد اعمالی که انجام می‌دهد در حکم واسطه بوده و نتیجه اعمالش به موکل می‌رسد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۲۹). بدین ترتیب، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به منزله قرارداد وکالت منعقد بین بانک و متقاضی گشایش اعتبار است.

با وجود توجیه عقد وکالت برای ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار، استفاده از این نوع عقد برای قرارداد گشایش اعتبار و پرداخت ثمن معاملات بین‌المللی، از لحاظ ماهوی، ایراداتی دارد که مانع از پذیرش نظریه یادشده می‌شود. در این جا به جهت رعایت اختصار، مهم‌ترین ایراد استفاده از عقد وکالت، مطرح می‌گردد:

مستفاد از مواد قانون مدنی^۱ منطبق بر فقه این است که وکالت عقدی جایز است (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۴۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۹). بنابراین، هر یک از وکیل و موکل هر زمان که بخواهد می‌تواند عقد وکالت را فسخ کند (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۰)، اما قرارداد گشایش اعتبار، عقدی لازم است و طرفین به آسانی و در هر شرایطی نمی‌توانند آن را فسخ کنند. با توجه به ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران، اصل، لزوم قرارداد است و امکان فسخ عقد امری استثنایی و خلاف قاعده است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۰). به همین جهت، طرفین به دلخواه نمی‌توانند عقد لازم را برهم بزنند، مگر به رضای طرفین، اقاله (همان) یا به علت قانونی (همان، ص ۲۳۱) فسخ شود که این دو مورد در قرارداد گشایش اعتبار، منتفی است. اقاله منتفی است؛ زیرا ماهیت تعهد بانک گشاینده اعتبار، ناشی از قرارداد گشایش اعتبار، به گونه‌ای است که امکان اقاله را از او سلب می‌کند و اساساً با توجه به وصف مطلق بودن تعهدات بانک در مقابل ذی‌نفع اعتبار (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۶۱۹)، بانک نمی‌تواند تعهد خود را در مقابل ذی‌نفع فسخ نماید، به‌ویژه در مورد اعتبار برگشت‌ناپذیر، بانک باید به تضمین خود، حتی اگر متقاضی اعتبار تغییر عقیده بدهد، ادامه دهد (سماواتی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۱)، و همین امر سبب شده است که قرارداد گشایش اعتبار که با متقاضی اعتبار منعقد شده است، از وصف لزوم برخوردار باشد. توضیح این‌که در

۱. ماده ۶۷۸ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱. به عزل موکل ۲. به استعفای وکیل...»، همچنین ماده ۶۷۹ این قانون مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این‌که...».

شرایط عادی و در روابط حقوق مدنی، فسخ عقد وکالت امکان دارد؛^۱ اما در روابط حقوق تجارت بین‌المللی و استفاده از اعتبار اسنادی به عنوان مکانیسمی که پرداخت را تضمین می‌کند (طارم سری، ۱۳۸۳، ص ۱۳۳)، زمانی که بانک بر اساس قرارداد گشایش اعتبار، به پرداخت در مقابل ذی‌نفع متعهد می‌گردد، با توجه به استقلال اعتبار اسنادی^۲ نمی‌تواند به هیچ نوع قراردادی^۳ از جمله قرارداد گشایش اعتبار استناد کند و از تعهد معاف گردد. بدین جهت، تعهد او در مقابل ذی‌نفع، هم‌چنین، بر حسب مورد، در مقابل بانک‌های ذیربط دیگر،^۴ الزام‌آور است و امکان اقاله میان بانک گشاینده اعتبار و ذی‌نفع وجود ندارد. در حقیقت، اصولاً قرارداد میان بانک گشاینده اعتبار و ذی‌نفع لازم است، نه جایز. در این صورت، بانک نمی‌تواند به تبع و یا به دلیل رابطه حقوقی الزام‌آور میان خود و ذی‌نفع، قرارداد میان خود و متقاضی اعتبار را اقاله کند و اساساً برهم زدن متصف و اقاله قرارداد گشایش اعتبار قابل تصور نیست. با این ترتیب و در نتیجه، این قرارداد به وصف لزوم می‌گردد و حال این‌که اگر قرارداد گشایش اعتبار از نوع عقد وکالت باشد، امکان برهم زدن باید وجود داشته باشد. پس، با توجه به مکانیسم خاصی که برای پرداخت وجود دارد و از سویی، با ملاحظه اساس معامله اسنادی، استفاده از قالب وکالت برای قرارداد گشایش اعتبار از پشتوانه منطقی و حقوقی برخوردار نیست؛ به ویژه در موردی که اعتبار غیرقابل برگشت^۵ مورد استفاده قرار می‌گیرد، بانک گشاینده اعتبار نمی‌تواند تعهد خویش را در مقابل ذی‌نفع لغو کند و به طریق اولی، این وضعیت در مورد اعتبار غیرقابل برگشت و

۱. ماده ۶۷۸ قانون مدنی ایران.

۲. بر مبنای این اصل، اعتبار اسنادی از قرارداد مبنایی فروش یا دیگر معاملات، منفک و مستقل است و تا حدودی مشابه برات وصف تجریدی دارد.

۳. از جمله قرارداد مبنایی که پیش از قرارداد گشایش اعتبار میان متقاضی اعتبار و ذی‌نفع اعتبار منعقد می‌گردد و قرارداد میان بانک گشاینده اعتبار و بانک کارگزار که پس از قرارداد گشایش اعتبار، محقق می‌شود.

۴. از جمله می‌توان به بانک ابلاغ‌کننده، بانک تأییدکننده و بانک معامله‌کننده اسناد اشاره کرد.

۵. در این نوع اعتبار، تعهد بانک گشاینده اعتبار در مقابل ذی‌نفع اساساً مطلق تلقی می‌گردد مگر این‌که ذی‌نفع در ارائه اسناد مقرر در اعتبارنامه کوتاهی نماید.

تأیید شده^۱ از سوی بانک ابلاغ‌کننده مطرح است. در این صورت، برهم زدن قرارداد گشایش اعتبار با توجه به وصف لزوم آن، خلاف عقد وکالت، از سوی هیچ‌یک از دو طرف قابل تصور نیست.

از سوی دیگر، فسخ قرارداد گشایش اعتبار، به علت قانونی نیز اصولاً منتفی است؛ زیرا از جهات سه‌گانه‌ای (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۱) که موجب انحلال عقد لازم می‌گردد، تنها یک مورد در این قرارداد قابل طرح است. توضیح این‌که فسخ به علت قانونی سه قسم است: اول این‌که یکی از دو طرف قرارداد، بر اثر حقی که قانون به جهتی به او اعطا کرده است، می‌تواند عقد را فسخ کند، مانند موارد خیار تدلیس، عیب و امثال آن که در این نوع قرارداد قابل طرح نیست. دوم این‌که در ضمن قرارداد، حق فسخ برای دو طرف یا یکی از آن‌ها یا شخص ثالث شرط شده باشد که چنین شرطی در قرارداد گشایش اعتبار میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار وجود ندارد. سوم این‌که به علتی که مربوط به دو طرف قرارداد نیست، قرارداد به خودی خود فسخ شود که چنین علتی در مورد قرارداد گشایش اعتبار به علت فورس‌ماژور و بر اساس ماده ۱۷ یو.سی.پی می‌تواند قابل طرح باشد. بنابراین، در قرارداد گشایش اعتبار، اصل لزوم، مستقر است و علل قانونی که برخی از عقود لازم را می‌تواند منحل نماید، اصولاً در قرارداد مورد بحث، منتفی است. بدین ترتیب، قرارداد گشایش اعتبار به وصف لزوم متصف و بین دو طرف لازم‌الاتباع است و در نتیجه، عقد وکالت که عقدی جائز است، نمی‌تواند ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار را تبیین کند.

در تحلیل دیگر باید گفت که در حقیقت، بانک به واسطه طبیعت خاص این نوع خدمات مبنی بر تأمین مالی اعتباراتی که واردکنندگان طبق قرارداد مبنایی به اعطای آن به صادرکنندگان خارجی موظف هستند؛ تعهد پرداخت وجه به ذی‌نفع را بر عهده دارد (خزاعی، ۱۳۷۳، ص ۲۲). به مجرد انعقاد قرارداد گشایش اعتبار از سوی بانک، تعهد الزام‌آوری در مقابل ذی‌نفع محقق می‌شود. بنابراین، با انعقاد قرارداد گشایش اعتبار، در واقع، دو رابطه حقوقی به وجود می‌آید:

۱. این نوع اعتبار اسنادی، مطلوب‌ترین نوع برای ذی‌نفع اعتبار است؛ زیرا بانک ابلاغ‌کننده در شروط اعتبار تصریح می‌کند که بروات ذی‌نفع را قبول خواهد کرد. به موجب این نوع اعتبار، بانک پرداخت‌کننده دارای حق رجوع به ذی‌نفع نخواهد بود، حتی اگر اعتبار مزبور فقط یک اعتبار انتقالی باشد مگر در شرایط خاص.

اول - رابطه حقوقی بانک گشاینده اعتبار با متقاضی اعتبار. دوم - رابطه حقوقی بانک با ذینفع. بدین ترتیب، رابطه حقوقی بانک با ذی‌نفع که الزام‌آور و در قالب یک قرارداد لازم قابل تبیین است؛ در حقیقت، مبتنی و ناشی از رابطه حقوقی بانک با متقاضی اعتبار است که باید قائل شویم رابطه و قرارداد اصلی و منشأ، باید به طریق اولی لازم باشد. آیا می‌شود گفت رابطه حقوقی دوم، یعنی رابطه بانک و ذی‌نفع به دلیل تعهد پرداخت بین‌المللی مبتنی بر اسناد اعتباری، از سوی بانک لازم (لازم‌الاتباع) است؛ در عین حال، رابطه حقوقی اول، یعنی رابطه بانک متقاضی اعتبار می‌تواند جایز و قابل به هم زدن باشد؟ درست است که عقدی مانند عقد رهن، نسبت به یک طرف (راهن) لازم است (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۳۷) و نسبت به طرف دیگر (مرتهد) جایز (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۵۴)؛ اما آیا می‌توان گفت قراردادی مانند قرارداد گشایش اعتبار می‌تواند میان متقاضی و بانک جایز باشد، در عین حال، همین قرارداد که منشأ تعهد دیگری میان بانک و ذی‌نفع است، لازم باشد؟ به نظر می‌رسد، پاسخ منفی است و به همین علت، نمی‌توان عقد جایزی مانند عقد وکالت را برای تبیین و توجیه ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار به کار برد. البته برخی معتقدند قرارداد گشایش اعتبار را در قالب عقد وکالت می‌توان پذیرفت و برای تحقق و استقرار لزوم آن با استفاده از قسمت اخیر ماده ۶۷۹ قانون مدنی، اثر لزوم عقد خارج لازم را به عقد وکالت تسری داد و مانع فسخ آن از سوی یکی از طرفین گردید (حاج‌علی، ۱۳۸۴، ص ۸۹). در پاسخ می‌توان گفت:

اولاً، با فرض وجود عقد خارج لازم نیز اثر لزوم آن همیشه بر عقد وکالت اعمال نمی‌شود؛ زیرا هر عقد لازمی هم در مواردی قابلیت فسخ و انفساخ را دارد. در نتیجه، در این موارد باز هم قرارداد گشایش اعتبار در قالب عقد وکالت در معرض بازگشت جواز آن خواهد بود که این وضعیت با شرایط پرداخت بین‌المللی از طریق اعتبار اسنادی سازگاری ندارد.

ثانیاً، درج عقد وکالت در ضمن عقد لازم، مانع آن نیست که در صورت حجر یا فوت یکی از طرفین، عقد وکالت، منحل شود. حتی اگر در قرارداد، شرطی را درج کنیم که پس از فوت موکل، (در این جا یعنی متقاضی اعتبار) وکیل (یعنی بانک گشاینده اعتبار) به عنوان وصی، حق پرداخت وجه اعتبار و دریافت اسناد مربوط به کالا را داشته باشد، باز هم در فرض حجر با مشکل روبه‌رو هستیم. از سوی دیگر، در صورتی که متقاضی اعتبار، شخص حقوقی باشد با ورشکستگی او، با توجه به این که متقاضی اعتبار، حق تصرف در امور مالی را فوراً از دست داده

است؛ بانک گشاینده اعتبار، دیگر نمی‌تواند نسبت به انجام دادن وکالت اقدام کند و در صورت پرداخت بانک، چنین عملی فاقد آثار حقوقی است.

برخی از حقوق‌دانان، ضمن این‌که فائلند بانک‌ها می‌توانند برای تأمین وثیقه وصول طلب خود، به موجب قرارداد اعتبار اسنادی، وکیل غیرقابل عزل متقاضی اعتبار تلقی شوند، با طرح مشکلاتی که در عمل در اتخاذ این رویه وجود دارد، از جمله اقدام به ترخیص کالا از سوی متقاضی اعتبار به عنوان موکل، تزلزل وکالت بلاعزل با ضمّ امین، فوت و ورشکستگی متقاضی اعتبار، راه‌حل‌های دیگری را که با واقعیت تجارت بین‌المللی بیش‌تر منطبق باشد؛ پیشنهاد می‌کند (نصیری، ۱۳۸۳، ص ۱۳۶). در نتیجه، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نمی‌تواند قابل تطبیق با عقد وکالت باشد.

ب) عقد حواله

بر اساس ماده ۷۲۴ قانون مدنی،^۱ حواله، عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. اثر حواله، انتقال دین از ذمه محیل (مدیون) به شخص ثالثی (محال علیه) است که حواله بر عهده او صادر می‌گردد. در نتیجه انتقال دین و پس از تحقق حواله به موجب ماده ۷۳۰ قانون مدنی،^۲ ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود. در نظر اول و در یک نگاه اجمالی، شاید بتوان اظهار کرد که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، در قالب عقد حواله، قابل تبیین است؛ بدین‌گونه که در آن، متقاضی اعتبار (مدیون یا محیل) طی حواله‌ای (اعتبارنامه یا اعتبار اسنادی) پرداخت دین خویش به ذی‌نفع اعتبار (طلبکار یا محال) را به عهده بانک گشاینده اعتبار یعنی شخص ثالث یا محال علیه قرار می‌دهد. با وجود توجیه مذکور، استفاده از عقد حواله برای تبیین ماهیت قرارداد گشایش اعتبار دارای اشکالاتی به شرح ذیل است که مانع از پذیرش نظریه یاد شده می‌شود:

۱. ماده ۷۲۴ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محال، شخص ثالث را محال علیه می‌گویند».

۲. ماده ۷۳۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال علیه مشغول می‌شود».

۱. در عقد حواله، حتماً باید محیل، مدیون به محتال باشد. در غیر این صورت، احکام حواله جاری نخواهد شد^۱ (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۴). یعنی این امر به ضمان شبیه است نه حواله (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۱۳۵). در حقیقت، در زمان تحقق عقد حواله و انتقال طلب طلبکار از ذمه مدیون به ذمه ثالث، محیل حتماً باید مدیون باشد؛ اما در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، تعهد پرداخت با مکانیسم اعتبار اسنادی به بانک منتقل می‌شود. در واقع، بانک در قالب قرارداد اعتبار اسنادی به پرداخت متعهد می‌گردد، البته مشروط به این‌که اسناد مقرر در اعتبارنامه، که حاکی از انتقال کالا است، به بانک تسلیم گردد. بدین ترتیب، در حقیقت، متقاضی اعتبار در زمان گشایش به ذینفع مدیون نیست، بلکه صرفاً به پرداخت، از طریق سیستم بانکی با روش اعتبار اسنادی، تعهد می‌نماید. تنها در صورتی که کالا توسط ذی‌نفع اعتبار حمل شود (در مورد خرید کالاهای آماده) و یا در صورتی که کالا بر حسب سفارش خاص واردکننده، توسط ذی‌نفع اعتبار یا صادرکننده ساخته و حمل شود (در مورد خرید کالاهای غیرآماده) به علاوه، اسناد مقرر در اعتبارنامه از سوی ذینفع اعتبار تسلیم گردد؛ متقاضی اعتبار یا واردکننده، مدیون محسوب می‌گردد (خلاف حواله). ماهیت عقد حواله، انتقال دین است؛^۲ یعنی اولاً باید دینی وجود داشته باشد و ثانیاً به محال علیه منتقل شود و حال این‌که در زمان انعقاد قرارداد گشایش اعتبار، دینی وجود ندارد. در نهایت، تعهد پرداخت به روش اعتبارات اسنادی، مشروط به انجام دادن تعهد متقابل از سوی ذی‌نفع آینده، برای ذینفع یک حق دینی ایجاد می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۵۹) و حق دینی، دین موضوع عقد حواله نیست. دین در عقد حواله، متفاوت از حق دینی و تعهد، در قرارداد گشایش اعتبار است. بدین جهت، طبق ماده ۷۲۴ قانون مدنی، در عقد حواله، طلب شخصی از ذمه مدیون (بدهکار) به ذمه

۱. ماده ۷۲۶ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «اگر در مورد حواله، محیل، مدیون محتال نباشد، احکام حواله در آن جاری نخواهد بود».

۲. در رابطه با ماهیت عقد حواله اختلافاتی میان حقوق‌دانان وجود دارد که مورد بحث ما نیست؛ آنچه در همه اقسام حواله وجود دارد و جز مقتضای ذات عقد حواله است، انتقال دین است (برای دیدن این اختلاف نظرها، رک: ناصر کاتوزیان، دوره‌ی عقود معین، جلد چهارم، ص ۴۰۰ به بعد؛ سیدحسین امامی، حقوق مدنی، جلد دوم، ص ۲۸۵ به بعد؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد حواله چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۴ به بعد).

شخص ثالثی منتقل می‌گردد. بدین ترتیب، در عقد حواله، وجود طلب محقق و مسلم از سوی محتال، به عنوان شرط تحقق حواله است و از سویی، وجود دین و بدهی مسلم و بالفعل محیل نیز به عنوان شرط تحقق حواله محسوب می‌گردد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۴). بدین جهت، گفته شده است: «دین مورد حواله باید در حین عقد در ذمه محیل ثابت باشد و دین غیر ثابت نمی‌تواند مورد حواله قرار گیرد» (همان، ص ۲۸۹). همچنین در صورتی که محال علیه، مدیون محیل باشد، حواله، عقدی است مرکب از انتقال طلب مسلم و انتقال دین مسلم به دو اعتبار مختلف، یعنی از نظر دین مسلمی که بر ذمه محیل است و به ذمه محال علیه منتقل می‌شود، حواله انتقال دین بالفعل است و از نظر طلب مسلمی که محیل از محال علیه دارد و او را به محتال حواله می‌دهد، انتقال طلب بالفعل است. بنابراین، در حواله باید طلب و دین بالفعل و غیر مشروطی وجود داشته باشد، خلاف قرارداد گشایش اعتبار که طلب یا دین بالفعلی وجود ندارد، بلکه مشروط به شرایط مؤخری است که باید توسط ذی‌نفع اعتبار، محقق شود. بدین ترتیب و از این لحاظ، قرارداد گشایش اعتبار نمی‌تواند به منزل عقد حواله باشد.

۲. در عقد حواله، لازم نیست محال علیه مدیون به محیل باشد.^۱ با این حال، به نظر می‌آید برای تحقق ماهیت چنین عقدی، مدیونیت محال علیه به طور اساسی و در عمل ملحوظ است؛ چنان‌که بعضی از فقهای امامیه، مانند شیخ طوسی، قاضی ابن براج و ابن حمزه (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۵) مدیونیت محال علیه را شرط حواله دانسته‌اند، به طوری که اگر محال علیه، مدیون محال نباشد آن را ضمان می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۱). البته قانون مدنی به پیروی از قول مشهور آنرا کماکان حواله می‌داند و در صورتی که محال علیه مدیون به محیل نباشد، او را در حکم ضامن می‌شمارد و بدین ترتیب، تمامی احکام بین ضامن و مضمون عنه نسبت به محیل و محال علیه جاری می‌گردد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۵). اما در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، خلاف عقد حواله، بانک به عنوان محال علیه، اصولاً و به طور کلی مدیون متقاضی اعتبار نیست و در عمل این متقاضی اعتبار است که با گشایش اعتبار و در حقیقت، درخواست گشایش اعتبار، مدیون بانک می‌گردد. در هر صورت، چه بانک به عنوان محال علیه، بر فرض،

۱. ماده ۷۲۷ در این رابطه مقرر می‌دارد: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه، مدیون به محیل باشد. در این صورت، محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.»

مدیون به متقاضی اعتبار (به عنوان محیل) باشد و چه مدیون نباشد (که در عمل این چنین است) با تعهد خود مبنی بر پرداخت با روش اعتبار اسنادی، قرارداد گشایش اعتبار را محقق می‌سازد و بدین ترتیب، مدیونیت و یا عدم مدیونیت بانک بر تحقق ماهیت قرارداد گشایش اعتبار تأثیری ندارد. بنابراین، اگرچه در مدیونیت محال علیه به عنوان شرط تحقق عقد حواله، اختلاف وجود دارد؛ به طور مسلم، قرارداد گشایش اعتبار واقع می‌شود، اگرچه بانک به عنوان محال علیه، مدیون متقاضی اعتبار، به عنوان محیل نباشد. از این منظر نیز می‌توان استفاده کرد که عقد حواله جهت تبیین ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی جامعیت مناسبی ندارد.

۳. بر مبنای اصل استقلال اعتبار اسنادی، این نوع اعتبار که بر اساس قرارداد گشایش اعتبار به وجود آمده است، از قرارداد مبنایی فروش یا دیگر قراردادهای مستقل است. بانکی که بر اساس قرارداد با متقاضی اعتبار، اعتبار اسنادی را به جریان می‌اندازد، تنها با یک موضوع سروکار دارد: آیا اسنادی که از سوی ذی‌نفع، تسلیم می‌شوند، با اسناد مقرر در اعتبارنامه مطابقت دارند یا خیر؛ یعنی اعمال نظریه رعایت دقیق مفاد اسناد.^۱ در حقیقت، معامله اعتبار اسنادی، نوعی معامله اسناد تلقی می‌گردد (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۶۱۸). به همین جهت، بر اساس ماده ۳ یو.سی.پی. اعتبارات اسنادی بنا به ماهیت خود، معاملاتی جدا از قرارداد فروش یا دیگر قراردادهایی است که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند. بانک گشاینده اعتبار اسنادی باید تعهدات خویش را ایفا کند و حتی فسخ یا بطلان قرارداد مبنایی فروش، بر قرارداد گشایش اعتبار و به تبع آن، تعهدات بانک در مقابل ذی‌نفع هیچ تأثیری ندارد؛ اما در عقد حواله، به استناد ماده ۷۳۳ قانون مدنی،^۲ بطلان قراردادی که عقد حواله به تبع آن منعقد شده است، موجب بطلان عقد حواله نیز می‌گردد و فسخ آن هم نوعاً اثر عقد حواله اجرا شده را از بین می‌برد. بدین ترتیب، تبعیت بطلان عقد حواله از بطلان قرارداد مبنایی آن، یعنی بیع، وصف متمایزی از قرارداد گشایش

۱. doctrine of strict performance. بر اساس این نظریه، که یکی از اصول بنیادی حقوق مربوط به اعتبارات اسنادی است، بانک دریافت‌کننده اسناد از ذی‌نفع، حق دارد اسنادی را که به طور دقیق با شرایط و مفاد اعتبار مطابقت ندارند، رد کند و در نتیجه، از پرداخت وجه خودداری کند.

۲. ماده ۷۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع، ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می‌شود...»

اعتبار است. در این قرارداد، خلاف عقد حواله، بطلان قرارداد مبنایی، بر بطلان آن تأثیری ندارد و بدین جهت نیز عقد حواله، جهت تبیین ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار مناسب نیست. در نتیجه، عقد حواله، به لحاظ اشکالات سه‌گانه‌ای که طرح شد، نمی‌تواند وضعیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را تبیین کند. البته در زمینه فسخ و اقاله، عقد حواله با قرارداد گشایش اعتبار، تفاوت‌هایی دارد که تطبیق و یکسان‌سازی آن را با قرارداد مورد بحث ناممکن می‌سازد و در این جا به جهت رعایت اختصار از بررسی آن خودداری می‌شود.^۱

ج) عقد ضمان

ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف عقد ضمان مقرر داشته است: «عقد ضمان، عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد...». بنا بر این تعریف، به نظر می‌آید قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بسیار شبیه به عقد ضمان است و قابلیت تطبیق با آن را داشته باشد؛ زیرا در قرارداد اخیر نیز بانک گشاینده اعتبار، مالی را که همان ثمن کالا است و به عهده متقاضی اعتبار یا خریدار است، به عهده می‌گیرد. در این جا پیش از طرح تفاوت‌های عقد ضمان با قرارداد گشایش اعتبار، یادآوری این نکته مهم ضروری است که برخی هدف از عقد ضمان را وسیله گشایش برای بدهکار دانسته‌اند و آن را مبتنی بر ارفاق (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۸۰) و کاستن فشار طلبکاران می‌دانند، نه سودجویی (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۶)؛ اما در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، هر یک از طرفین سعی بر آن دارد تا سود بیش تری از قرارداد فی‌مابین ببرد. پس ارفاقی و مسامحه‌ای بودن قرارداد گشایش اعتبار با توجه به معوض بودن آن منتفی است. توضیح این که در عقود معوض، دو طرف قرارداد، اصولاً به دنبال سودجویی هستند. بنابراین، اصل اولیه در عقود معوض، مغاینه‌ای یا معامله‌ای بودن آن است.

۱. جهت مطالعه بیشتر، مراجعه شود به: سیدحسین امامی، حقوق مدنی، جلد دوم، صص ۲۹۲-۲۹۵.

قرارداد گشایش اعتبار نیز از عقود معوض است^۱ و این اصل در مورد این قرارداد نیز جاری است. در دید عرف، عقدی که در آن، دقت نظرهای تجاری انجام نمی‌شود و بنای طرفین بر مصالحه و گذشت است، معامله نامیده نمی‌شود؛ زیرا هدف دو طرف در آن، سودجویی نیست، بلکه هدف احسان و تسامح است. امروزه، قرارداد گشایش اعتبار، در تجارت بین‌المللی از اهمیت کاربردی ویژه‌ای برخوردار است و از ابزارهای مهم پرداخت بین‌المللی محسوب می‌گردد، به گونه‌ای که هم‌اکنون اکثر معاملات بین‌المللی به وسیله آن انجام می‌شود. بدیهی است که در تجارت، آن هم در سطحی به این گستردگی، هر یک از طرفین سعی دارد به نوعی سود بیش‌تری برای خویش منظور کند و مقتضای ماهیت تجارت، اصولاً کسب سود است. در قرارداد گشایش اعتبار نیز بانک گشاینده اعتبار و متقاضی اعتبار به دنبال کسب سود بیش‌تر است و هیچ‌یک قصد احسان به دیگری را ندارد. بدین ترتیب، این قرارداد قطعاً مغایره‌ای است و از این جهت با هدف عقد ضمان متفاوت است. استفاده از عقد ضمان برای تبیین ماهیت قرارداد گشایش اعتبار اسنادی دارای اشکالاتی به شرح ذیل است:

۱. در حقوق مدنی ایران، وفق فقه امامیه (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳، صص ۱۱۹ و ۱۴۵)، در خصوص ضمان، اصل بر نقل ذمه است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۵۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۸؛ لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۱۰۸). توضیح این‌که، به استناد ماده ۶۹۸ قانون مدنی،^۲ مفهومی از ضمان پذیرفته شده است که به موجب آن، ذمه مدیون به ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون‌عنه از دین سابق بری می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۲۸). بنابراین، در حقوق مدنی ایران، ذمه ضامن، وثیقه طلب

۱. با توجه به معیارهایی که برای معوض بودن عقد مطرح است، قرارداد گشایش اعتبار، عقدی معوض است؛ زیرا زمانی که بانک گشاینده اعتبار به درخواست متقاضی اعتبار، اقدام به گشایش اعتبار می‌کند، در حقیقت، از یک سو، بانک متعهد به پرداخت به ذی‌نفع اعتبار می‌شود و از سوی دیگر، متقاضی اعتبار، متعهد می‌گردد پس از دریافت اسناد مقرر در اعتبارنامه، اعتبار تخصیص داده شده را همراه با کارمزد و سود درج شده در قرارداد به بانک، بازپرداخت کند. پس مبادله، میان این دو تعهد صورت می‌گیرد و در نتیجه، شرط معوض بودن قرارداد گشایش اعتبار، محقق می‌شود.

۲. قانون مدنی در ماده ۶۹۸ مقرر می‌دارد: «بعد از این‌که ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود».

نیست و جنبه فرعی ندارد و جابه‌جایی دین، جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد. به عبارت دیگر، ضمان، بر مبنای نقل ذمه است نه ضم ذمه.^۱ بدین ترتیب، ضمان موجب بریء شدن مدیون و ایجاد التزام برای ضامن در پرداخت دین می‌شود و به موجب ماده ۷۰۷ قانون مدنی، حتی اگر مضمون‌له ذمه مضمون‌عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود و دادن ضامن برای یک دین، در حکم پرداخت آن بوده و دین اصلی ساقط می‌گردد. البته می‌توان با تصریح در عقد ضمان، از مدیون، ضمانت تضامنی نمود که در نتیجه آن، هریک از ضامن و مضمون‌عنه در مقابل طلبکار مدیون باشند. اما این فرض، مورد بحث ما نیست و بنابراین، هرگاه کسی به‌طور مطلق ضامن دیگری شود، ضمان مزبور نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن است و این امر، همان مفاد ماده ۶۹۸ قانون مدنی می‌باشد. اما در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، بانک فقط به عنوان واسطه‌ای است که وجه اعتبار را به ذی‌نفع ابلاغ و سپس پرداخت می‌کند. پس مدیون اصلی، همچنان متقاضی اعتبار یا همان خریدار بوده و دینی به عهده بانک منتقل نمی‌شود. بانک گشاینده اعتبار به موجب انعقاد قرارداد گشایش اعتبار و در نتیجه با توجه به ماهیت این نوع قرارداد و قبول تعهد پرداخت، به پرداخت به ذی‌نفع یا حواله کرد او ملزم است و یا این‌که به پرداخت یا قبول برواتی ملزم است که از سوی ذینفع کشیده شده‌اند. در حقیقت، این الزام به جهت ویژگی اعتبار اسنادی است. برای بانک گشاینده اعتبار، اگر اعتبار غیرقابل برگشت باشد و همچنین برای بانک تأییدکننده، اگر اعتبار تأیید شده باشد، تعهدی الزام‌آور در مقابل ذی‌نفع نسبت به پرداخت قیمت خرید به وجود خواهد آمد. این تعهدات، ماهیت قراردادی دارند. به همین دلیل، بانکی که چنین تعهدی را پذیرفته است، از پذیرش دستورات متقاضی اعتبار برای عدم پرداخت به ذی‌نفعی که شرایط اعتبار را رعایت کرده، امتناع خواهد کرد و لغو کردن اعتبار را نخواهد پذیرفت (اشمیتوف،

۱. برخلاف بسیاری از علمای اهل سنت که معتقدند در ضمان، ذمه مدیون به ذمه دیگری ضمیمه می‌شود و بنابراین، ضمان، مفید اشتراک دو ذمه نسبت به یک دین است و در نتیجه، ضامن و مضمون‌عنه در مقابل مضمون‌له، مدیون محسوب می‌شوند.

۱۳۷۸، ص ۶۱۷). ولی آیا چنین الزامی به منزله انتقال ذمه متقاضی اعتبار (مدیون) به بانک گشاینده اعتبار (ضامن) است؟ یا این که این الزام ناشی از ویژگی اعتبار اسنادی و در نتیجه، صرفاً تعهد به پرداخت است؛ اما لازمه آن، خلاف عقد ضمان، انتقال ذمه متقاضی اعتبار به بانک نیست. به نظر ما، فرض دوم اقواست. به همین جهت در شرایطی، ذی‌نفع می‌تواند به متقاضی اعتبار مراجعه کند. چنان‌که بانک پرداخت‌کننده اگر ضروری باشد، می‌تواند به بانک گشاینده اعتبار مراجعه کند. توضیح این‌که همان‌طور که با تعهد پرداخت بانک پرداخت‌کننده، ذمه بانک گشاینده اعتبار منتقل به بانک پرداخت‌کننده نمی‌شود (و در نتیجه ذمه آن بانک بری نمی‌شود) همچنین، با تعهد بانک گشاینده اعتبار مبنی بر پرداخت قیمت خرید به ذی‌نفع، ذمه متقاضی اعتبار به این بانک منتقل نمی‌شود که در نتیجه، موجب بری شدن ذمه متقاضی اعتبار شود.

دلیل اول تحلیل فوق این است که در نوعی از اعتبار محتاج به قبول،^۱ بانکی که برات را قبولی نوشته است، در صورتی که با عدم پرداخت، مثلاً به دلیل عدم توانایی در پرداخت دیونش، برات را نکول کند، باز هم ذی‌نفع اعتبار (فروشنده یا صادرکننده) می‌تواند در مقابل متقاضی اعتبار (خریدار یا واردکننده) ادعای قیمت خرید را مطرح کند؛ زیرا اعتبار محتاج به قبول، تنها یک گونه مشروط از اجرای تعهد خریدار به پرداخت است (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۶۴۷). معمولاً اعتبار اسنادی نقش پرداخت مشروط قیمت را دارد، نه پرداخت مطلق آن را (همان، ص ۶۷۳).^۲ برای مثال، اگر بانکی که درخواست‌کننده اعتبار و ذی‌نفع اعتبار به عنوان واسطه پرداخت تعیین کرده‌اند، از ادای پرداخت قیمت خرید ناتوان شود، به طور معمول، ذی‌نفع اعتبار می‌تواند با ارائه مستقیم اسناد به درخواست‌کننده اعتبار، قیمت خرید را به طور

۱. Acceptance credit: اعتباری است که بر اساس توافق متقاضی اعتبار و ذی‌نفع اعتبار در قرارداد مبنایی (فروش) به وسیله بانک گشاینده اعتبار یا متقاضی اعتبار قبول خواهد شد.

2. Maran Road V. Austin Taylor & Co. Ltd.(1975) 1 Lloyd's Rep.156,159, Shamster Jute Mills Ltd. V. Sethia(London) Ltd.(1987) 1 Lloyd's Rep. 388.

مستقیم از او مطالبه کند.^۱ بدین ترتیب، اعتبارات اسنادی که تنها به عنوان پرداخت مشروط ارائه شده‌اند، این نتیجه را دارد که اگر وجه اعتبارات اسنادی پرداخت نگردد، دین ذینفع اعتبار ایفا نشده است و در نتیجه او می‌تواند جهت مطالبه قیمت خرید به درخواست‌کننده اعتبار رجوع کند. بنابراین، اگر در قرارداد گشایش اعتبار مانند عقد ضمان، نقل ذمه‌ای صورت می‌گرفت، امکان رجوع ذی‌نفع اعتبار (به منزله مضمون‌له) به درخواست‌کننده اعتبار (به منزله مضمون‌عنه) نبود و حال این‌که این امکان وجود دارد و بدین ترتیب، عدم تطابق قرارداد گشایش اعتبار با عقد ضمان آشکار می‌گردد. دلیل دوم نظریه یادشده این است که یک اعتبار قابل برگشت، می‌تواند از سوی بانک گشاینده اعتبار در هر لحظه و بدون اطلاع قبلی به ذی‌نفع، اصلاح یا لغو شود. این اختیار نشان می‌دهد که در قرارداد گشایش اعتباری که بر اساس آن، اعتبار قابل برگشت مورد تعهد بانک باشد، نقل ذمه‌ای صورت نمی‌گیرد؛ زیرا اگر نقل ذمه صورت می‌گرفت، دیگر امکان لغو یا اصلاح از سوی بانک گشاینده اعتبار (به منزله ضامن) وجود نداشت و حال این‌که امکان وجود دارد. علاوه بر آن، اساساً در عقد ضمان، به دلیل نقل ذمه و بری شدن مدیون اصلی که همان مضمون‌عنه است، ضامن هرگز حق دخل تصرف در دین منتقل شده به ذمه‌اش را ندارد و باید دین را به همان صورت پرداخت کند، (خلاف قرارداد گشایش اعتبار اسنادی که در آن، اعتبار قابل برگشت مورد تعهد بانک است). به این ترتیب، در قرارداد گشایش اعتبار، نقل ذمه صورت نمی‌گیرد و این وجه تمایز مهم، عدم تطبیق ماهیت گشایش اعتبار را با ماهیت عقد ضمان نشان می‌دهد.

۱. در پرونده‌ای، خریداران نیجریه‌ای مقداری شکر از بازرگانان شکر در لندن خریداری کردند. بانک Merchants, Swiss Ltd. که اکثر سهامش را خریداران نیجریه‌ای مالک بودند یک اعتبار محتاج به قبول که در آن بروات نود روزه بود گشایش نمود. شکر تحویل داده شد و خریداران نیز قیمت خرید را به بانک مذکور انتقال دادند؛ اما بانک پیش از این‌که قیمت خرید را به فروشندگان در لندن بدهد، به دلیل تقاضای طلبکاران، ورشکسته شناخته شد. دادگاه رأی داد که فروشندگان شکر می‌توانند در مقابل خریداران، مدعی قیمت خرید شوند، هرچند آن‌ها قبلاً پول را به بانک انتقال داده بودند. قاضی پرونده در توجیه رأی خود معتقد بود: «از این برداشت که اعتبارات اسنادی فقط به عنوان پرداخت مشروط داده شده‌اند، چنین نتیجه می‌شود که اگر وجه اعتبارات اسنادی پرداخت نگردد، دین فروشندگان (ذی‌نفع اعتبار) ایفا نشده است...». برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به:

(E.D.& F. Man Ltd. V. Nigerian Sweets & Confectionery Co. Ltd.(1977) 2 Lloyd's Rep. 50).

اگر پذیرفتیم که پس از قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، ذی‌نفع، جهت طلب خود به اختیار، هم می‌تواند به بانک گشاینده اعتبار به عنوان ضامن و هم به درخواست‌کننده اعتبار به عنوان مضمون‌عنه مراجعه کند؛ اولاً، از جنبه نظری، خلاف اصل نقل ذمه در عقد ضمان قانون مدنی است. ثانیاً در عمل، در روابط اعتبارات اسنادی، این مکانیسم وجود ندارد که ذی‌نفع اعتبار بتواند از هر یک از بانک گشاینده اعتبار و درخواست‌کننده اعتبار که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.

۲. ضمان، عقدی است عهدی که بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌گردد که در نتیجه آن، ضامن، دین مضمون‌عنه را در مقابل مضمون‌له به عهده می‌گیرد (ماده ۶۸۴ قانون مدنی). مضمون‌عنه یا مدیون اصلی هیچ‌گونه نقشی در عقد ضمان ندارد و به عبارتی دیگر، طرف عقد قرار نمی‌گیرد و در نتیجه، عقد ضمان بدون مداخله او منعقد می‌گردد. به همین دلیل، ماده ۶۸۵ قانون مدنی مقرر داشته است: «در ضمان، رضای مدیون اصلی شرط نیست». در نتیجه، اهلیت مضمون‌عنه، شرط صحت عقد ضمان نیست؛ زیرا او طرف عقد نیست و حتی با مخالفت و منع مضمون‌عنه، عقد ضمان منعقد می‌گردد (امامی، ۱۳۶۶، صص ۲۵۳ و ۲۵۸). البته یادآوری این نکته لازم است که مداخله مدیون اصلی این اثر را دارد که اگر از ضامن درخواست قبول ضمان کند یا اذن ضمانت به او دهد، باید آنچه را به مضمون‌له می‌پردازد، تا حدود دین، به وی بپردازد؛ اما در صورتی که ضامن بدون اذن مضمون‌عنه ضمانت کند، ضمان تبرعی تلقی می‌گردد و صحیح است. این حکم به‌طور صریح در قانون مدنی نیامده است، ولی یک امر اجتماعی محسوب می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۱۲۱). بدین ترتیب، در عقد ضمان، رضایت مدیون اصلی در تحقق آن شرط نیست و در برخی شرایط ضمان تبرعی نیز واقع می‌گردد؛ اما قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، در حقیقت، تعهدی کتبی است که بانک گشاینده اعتبار، بنا به درخواست و طبق دستورات متقاضی اعتبار، آنرا محقق می‌سازد. بانک با صدور اعتبار اسنادی از جانب متقاضی اعتبار، به عنوان واسطه‌ای میان متقاضی اعتبار و ذی‌نفع عمل می‌کند. به تعبیر دیگر، متقاضی اعتبار به بانک خود دستور می‌دهد که اعتباری را برای پرداخت قیمت کالا به ذینفع گشایش نماید. بنابراین، آنچه به عنوان رکن

قرارداد گشایش اعتبار می‌تواند مطرح شود، درخواست و تقاضای متقاضی اعتبار از بانک گشاینده اعتبار است و به همین جهت، از اصطلاح «متقاضی»^۱ برای مشتری یا صادرکننده استفاده می‌شود. به همین دلیل بر اساس ماده ۲ ی.و.سی.پی، اعتبار اسنادی به معنی هر نوع توافقی است که طبق آن، بانک گشاینده اعتبار به تقاضا و بر اساس دستورالعمل‌های درخواست‌کننده اعتبار عمل می‌کند.^۲ بدین ترتیب، خلاف عقد ضمان که بین ضامن و مضمون‌له تشکیل می‌گردد و اساساً مضمون‌عنه یا مدیون اصلی، هیچ‌گونه نقشی ندارد و طرف عقد قرار نمی‌گیرد؛ قرارداد گشایش اعتبار، میان بانک گشاینده اعتبار (به منزله ضامن) و متقاضی اعتبار (به منزله مدیون اصلی و مضمون‌عنه) منعقد می‌شود. در نتیجه، تشکیل قرارداد مورد بحث، خلاف عقد ضمان، بدون درخواست و تقاضای متقاضی اعتبار و به طریق اولی بدون رضایت او تشکیل نمی‌گردد. به همین دلیل، خلاف ضمان تبرعی، قرارداد گشایش اعتبار تبرعی متصور نخواهد بود. بنابراین، به لحاظ دو اشکال مهمی که طرح شد، نمی‌توان قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را قابل تطبیق با عقد ضمان دانست.

مبحث دوم- مقایسه قرارداد گشایش اعتبار با عقود مشارکتی

در این مبحث، قرارداد گشایش اعتبار با دیگر نهادهای حقوقی مشابه با عنوان عقود مشارکتی مانند عقد جعاله و عقد مضاربه مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

الف) عقد جعاله

عقد جعاله، در شمار عقود معین در قانون مدنی ایران است. ماده ۵۶۱ این قانون در تعریف جعاله مقرر داشته است: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از این که طرف معین باشد یا غیرمعین.» بر اساس این ماده، جعاله عقدی است عهدی، معوض که دارای دو طرف می‌باشد (امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۲۱). طبق ماده ۵۶۲ قانون مدنی: «در جعاله ملتزم را جاعل و طرف دیگر را عامل و اجرت را جعل می‌گویند.» عقد جعاله دارای دو مورد است: یکی، عمل و دیگری، عوض یا اجرت که در مقابل عمل قرار می‌گیرد

1. Applicant

2. ... Acting at the request and on the instructions of a customer(The "Applicant")...

(شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۴۳۹). در این عقد، چنانچه جاعل، شخص معین و مشخصی را مورد خطاب پیشنهاد خود قرار دهد، در اصطلاح آن را «جعاله خاص» و در صورتی که مورد خطاب، شخص معین و مشخصی نباشد، بدین معنا که هر کسی بتواند آن را اجابت نماید، آن را «جعاله عام» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، صص ۲۴۳-۲۴۲؛ امامی، ۱۳۶۶، صص ۱۲۳-۱۲۱).

برخی معتقدند که روابط حقوقی میان طرف‌های قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را در قالب عقد جعاله می‌توان تفسیر و تبیین کرد؛ اما چگونگی تطبیق این دو قرارداد را با یکدیگر مطرح نساخته‌اند (آقایی‌فر، ۱۳۷۷، ص ۱۱۲). با وجود این، هم اکنون، این قرارداد در عرف بانکداری ایران به عنوان عقد جعاله محسوب می‌گردد.

در این جا وضعیت فعلی قرارداد یادشده، با توجه به قوانین و مقررات بانکی تشریح می‌شود: بر اساس ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و اصلاحات و الحاقات قانونی آن، همه قراردادهایی که میان بانک و مشتری در بانک، تنظیم و منعقد شود، لازم الاجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اسناد رسمی است. در نتیجه، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیز که در حقیقت، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است، لازم الاجرا محسوب گردیده و در صورت لزوم از طریق اجرای ثبت اقدام می‌شود. با وجود این ماده و اصلاحات آن، هم اکنون بانک‌ها، جهت اطمینان به اجرای قرارداد و پیش‌گیری از هر گونه تفسیر مغایر از سوی اجرای اسناد رسمی و مانند آن، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را در قالب «قرارداد جعاله گشایش اعتبار اسنادی» تنظیم می‌کنند (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶، ص ۹۰) تا به طور اطمینان بخش به عنوان یکی از عقود معین مشمول قراردادهای لازم الاجرای ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و اصلاحات آن^۱ شود. بر اساس قرارداد جعاله یادشده، مشتری، «جاعل» و بانک، «عامل» محسوب می‌گردد. طبق ماده ۱ این قرارداد، جاعل با امضای فرم گشایش اعتبار اسنادی از بانک درخواست می‌کند که با دریافت اسناد حمل، مبلغ معینی را در وجه ذی‌نفع اعتبار پرداخت و اسناد حمل دریافتی را تسلیم جاعل کند. ماده ۲ قرارداد یادشده بابت انجام عملیات جعاله و نیز تأمین هزینه‌های ارزی

۱. ماده ۲۷ قرارداد جعاله گشایش اعتبار اسنادی مقرر می‌دارد: «این قرارداد بر اساس توافق طرفین و بر طبق ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و اصلاحات و الحاقات قانونی آن بدون آن که در مفاد آن اختلافی باشد، لازم الاجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اجرای اسناد رسمی می‌باشد...».

و ریالی آن، مبلغی را به عنوان جعل بانک تأمین می‌کند. ماده ۳ قرارداد مذکور، جاعل را به پرداخت مبلغی بابت قسمتی از جعل به عنوان پیش‌پرداخت و پرداخت مابقی جعل بانک در اقساط موظف می‌کند. بدین ترتیب، در قرارداد گشایش اعتبار، متقاضی اعتبار، نقش جاعل و بانک گشاینده اعتبار، نقش عامل را در عقد جعاله دارند. با این توضیح که متقاضی اعتبار به عنوان جاعل، پیشنهادی را برای دریافت اعتبار از سوی بانک و در حقیقت، پذیرش تعهد پرداخت قیمت کالا به روش اعتبار اسنادی از سوی بانک مطرح می‌کند و بانک نیز به عنوان عامل، آن را می‌پذیرد و میزان جعل را هم که همان سود و کارمزد بانکی است، تعیین می‌کنند؛ اما این توجیه حقوقی، دارای ایرادهایی است که مانع از پذیرش آن می‌شود. در این جا، بنابر اختصار، مهم‌ترین ایرادات مطرح می‌گردد:

۱. استفاده از ماده ۵۶۳ قانون مدنی این است که جاعل، اجرت را تعیین می‌کند و عامل هیچ نقشی در تعیین آن ندارد. اگرچه شاید بتوان این امر را نیز با فراست از مفاد ماده ۵۶۱ قانون یادشده، استنباط کرد. به علاوه، در جعاله عام که عامل غیرمعین است، اساساً عامل مشخص و معینی وجود ندارد که اجرت تعیین کند یا با توافق او، اجرت تعیین شود. به همین دلیل، این جاعل است که با تعیین اجرت، همه افراد را مورد خطاب قرار می‌دهد و در نهایت، هر شخصی به عنوان عامل، آن عمل را که یکی از عوضین در عقد جعاله است، انجام دهد، مستحق اجرت و جعل است؛ زیرا جاعل به ادای اجرت در مقابل عمل، ملتزم است، اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین (ماده ۵۶۱ قانون مدنی). در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، در عمل، شرایط اعطای اعتبار و میزان سود بانکی و کارمزد از سوی بانک گشاینده اعتبار (بر فرض این که بانک را عامل بدانیم) تعیین می‌شود، نه از سوی متقاضی اعتبار (در فرض جاعل بودن آن). در حقیقت، در قرارداد گشایش اعتبار، اساساً این بانک است که شرایطی را از پیش، تعیین و در قرارداد، درج و بر متقاضی اعتبار تحمیل می‌کند که شاید بتوان آن را از مصادیق قراردادهای الحاقی دانست که در حقوق کنونی ایران، در صحت و نفوذ آن تردیدی وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۰۷؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۸۸). به همین دلیل، بانک گشاینده اعتبار، با ملاحظه پاره‌ای شرایط از جمله وضع مالی متقاضی، در رابطه با پرداخت وجه اعتبار، دیگر هزینه‌هایی که بانک اعلام می‌کند، تقاضای درخواست‌کننده اعتبار را می‌پذیرد. بدین ترتیب، بر فرض پذیرش متقاضی اعتبار به منزله جاعل و بانک در حکم عامل، در این مکانیسم پرداخت بین‌المللی، این

عامل است که تعیین جعل می‌کند، نه جاعل برخلاف عقد جعاله. در نتیجه، از این منظر، روابط درخواست‌کننده و بانک، اساساً در قالب عقد جعاله قابل تفسیر و توجیه حقوقی نیست.

۲. طبق صدر ماده ۵۶۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هریک از طرفین می‌توانند رجوع کنند...» و نیز ذیل ماده ۵۶۶ این قانون،^۱ جعاله، عقدی جایز است. بنابراین، هر یک از طرفین هرگاه بخواهد، می‌تواند آن را فسخ کند.^۲ با این حال، بر اساس ماده ۱۴ قرارداد جعاله گشایش اعتبار اسنادی، جاعل ضمن عقد خارج لازم حق فسخ قرارداد را تا واریز همه مطالبات بانک ناشی از این قرارداد از خود سلب و اسقاط می‌کند. به اضافه، عقد جعاله، مانند دیگر عقود جایز با موت و حجر هر یک از دو طرف منفسخ می‌شود.^۳ چنان‌که گذشت، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، عقدی لازم است و درخواست‌کننده اعتبار و بانک گشاینده اعتبار نمی‌توانند آن را فسخ کنند. به علاوه، در حقوق ایران، اصل لزوم قراردادهاست (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۶۲)^۴ و امکان فسخ عقد لازم، امری خلاف قاعده است، مگر به رضای طرفین اقاله به علت قانونی فسخ شود (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۱؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۶۱). مورد اقاله در قرارداد گشایش اعتبار با توجه به ماهیت و آثار آن، منتفی است و علت قانونی هم که مناسب با این قرارداد است، می‌تواند فورس ماژور باشد که در ماده ۱۷ یو.سی.پی. آمده است.^۵ همچنین با توجه به ماهیت قرارداد گشایش اعتبار مبنی بر لزوم، در صورتی که قرارداد یادشده، پیش از فوت متقاضی اعتبار، تکمیل و منعقد شده باشد، به دلیل وصف لزوم آن، بانک گشاینده اعتبار در این وضعیت کماکان در مقابل وارث او متعهد

۱. ماده ۵۶۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... اعم از این که فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل».

۲. ماده ۱۸۶ قانون مدنی می‌گوید: «عقد جائز آن است که هریک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند».

۳. ماده ۹۵۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کلیه عقود جائزه به موت و جنون احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سغه در مواردی که رشد، معتبر است».

۴. بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۵. ماده ۱۷ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP500) مقرر می‌دارد: «بانک‌ها هیچ‌گونه تعهد یا مسؤلیتی نسبت به عواقب ناشی از قطع فعالیت آنها به علت مشیت الهی، شورش‌ها، ناآرامی‌ها، اغتشاشات و جنگ‌ها یا هر علت دیگری که خارج از کنترل آنها است و نیز اعتصابات یا دست کشیدن از کار، ندارند...».

است؛ زیرا: «در صورت فوت دو طرف عقد لازم، آثار آن نسبت به وراثت ایشان جریان پیدا می‌کند» (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۶۱) و این از موارد انتقال حق مالی است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۴). در حقیقت، «دارایی کسی که فوت می‌نماید، به ورثه او منتقل می‌گردد و از آن جمله است تعهداتی که به نفع مورث شده است» (امامی، ۱۳۶۶، ص ۲۳۵). همچنین در صورتی که متقاضی اعتبار، پس از انعقاد قرارداد گشایش اعتبار، سفیه یا مجنون گردد، این امور، ماهیت قرارداد مذکور را تغییر نمی‌دهد و برحسب مورد عمل می‌شود و تعهد بانک در مقابل قائم‌مقام او به قوت خود باقی است.

۳. عقد معین مانند جعاله از آن جهت عقد معین نامیده شده است که در قانون مدنی ایران دارای نام مشخص بوده و قانون برای هر یک از عقود معین، شرایط و احکام و آثار خاصی مقرر کرده است (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۷۹). در حقیقت، انشای عقد جعاله به معنی پذیرفتن آثار و نتایجی است که قانون برای آن مقرر کرده است. بنابراین، خلاف عقود نامعین که از جهت شرایط و آثار نامحدود و وابسته به اراده دو طرف آن است، نمی‌توان هر قراردادی را با هر آثار و شرایطی به عنوان جعاله محسوب کرد. بدین ترتیب و با تحلیل حقوقی یکی دیگر از جنبه‌های تمایز میان آن دو، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نمی‌تواند قابل تطبیق با عقد جعاله باشد.

ب) عقد مضاربه

بر اساس ماده ۵۶۴ قانون مدنی: «مضاربه، عقدی است که به موجب آن، احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود.» عقد مضاربه که از عقود معین و در امور تجاری است، «پیمانی است که در نوع خاصی از شرکت تجاری بین صاحب سرمایه و عامل ایجاد می‌شود، شرکتی که در آن یکی از شرکا سرمایه را می‌دهد و دیگری خدمات و کارآیی خود را به میان می‌نهد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۰۵). در حقیقت، می‌توان گفت در عقد مضاربه سه امر ویژه وجود دارد که از عناصر تشکیل‌دهنده ماهیت این نوع عقد است و آن‌ها عبارتند از سرمایه، عمل و سود (امامی، ۱۳۶۶، ص ۹۹).

برخی معتقدند که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی از مصادیق عقد مضاربه است و قابلیت

تطبیق با این عقد را دارد. به نظر این گروه، اعتبارات اسنادی با تمام محتوا و انواع آن می‌تواند در قالب عقد مضاربه تبیین شود و تأسیسی از مصادیق عقد مضاربه است (ابوالحسنی، ۱۳۷۴، ص ۲۷). چنان‌که گذشت، قرارداد گشایش اعتبار، تعهد یک بانک در برابر ذی‌نفع اعتبار است که در مقابل ارائه اسناد مقرر، ترتیب پرداخت قیمت کالا را به وسیله بانک ابلاغ‌کننده بدهد. حال در مقایسه قرارداد گشایش اعتبار اسنادی با عقد مضاربه باید تحلیل کرد که کدام یک از دو طرف این قرارداد، مالک و عامل است و اساساً آیا همه شرایط عقد مضاربه در این قرارداد جاری است یا خیر؟ در این مقایسه، دو فرض را می‌توان جداگانه مورد بررسی قرار داد: فرض اول- مواردی که بانک تسهیلات لازم برای خرید کالا را برای متقاضی اعتبار تأمین می‌کند:

در این موارد، با توجه به تعریف عقد مضاربه که در ماده ۵۴۶ قانون مدنی بیان شده است، بانک گشاینده اعتبار مالک سرمایه و متقاضی اعتبار، عامل یا مضارب تلقی می‌گردد. در این حالت، بانک گشاینده اعتبار، سرمایه‌ای را که همان وجه اعتبار است، در اختیار متقاضی اعتبار قرار می‌دهد، تا او با آن تجارت کند. در این فرض، جهت تطبیق قرارداد گشایش اعتبار با عقد مضاربه، ایراداتی به شرح ذیل قابل طرح است:

۱. در مضاربه بر اساس ماده ۵۴۷ قانون مدنی، سرمایه باید وجه نقد باشد و «منظور از وجه نقد در ماده، پول رایج کشور است. بنابراین، سرمایه نمی‌تواند پول غیر رایج و یا کالای دیگر باشد» (امامی، ۱۳۶۶، ص ۹۹). بر فرض این‌که وجه نقد را بر خلاف برخی از حقوق‌دانان (همان)، در مقابل کالا تفسیر نماییم و در شرایط تغییر یافته روابط تجاری بین‌المللی، وجه نقد نیز شامل پول غیر رایج کشور مانند دلار و یورو و مانند آن باشد؛ این توجیه نیز نمی‌تواند ایراد اساسی را رفع کند؛ زیرا بانک گشاینده اعتبار اگر بخواهد نقش مالک و صاحب سرمایه در عقد مضاربه را داشته باشد، باید سرمایه را به صورت نقد به متقاضی اعتبار پرداخت نماید. اما در قرارداد گشایش اعتبار، نه تنها هیچ وجهی در اختیار متقاضی اعتبار قرار نمی‌گیرد، بلکه برعکس، این متقاضی اعتبار است که باید قسمتی از وجه اعتبار را به صورت نقد در هنگام

گشایش اعتبار پرداخت کند.^۱ در نهایت، بانک گشاینده اعتبار، وجه اعتبار را به وسیله بانک ابلاغ کننده به ذی نفع اعتبار پرداخت خواهد کرد.

۲. در قرارداد اعتبار اسنادی، اصولاً شرط می‌گردد که متقاضی اعتبار ضامن کالاهای خریداری شده است (مزینی و مهاجر تهرانی، ۱۳۶۳، ص ۲۵۲). چنین شرطی در قرارداد یادشده بر مبنای توافق میان دو طرف و اصل حاکمیت اراده کاملاً صحیح بوده و از جهت خلاف مقتضای ذات عقد و نامشروع بودن هیچ ایرادی بر قرارداد نیز وارد نمی‌کند. اما در عقد مضاربه مطابق ماده ۵۵۸ قانون مدنی، چنین شرطی نه تنها باطل است، بلکه مبطل عقد نیز است. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است، مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». چنین شرطی چون خلاف مقتضای عقد است، باطل است (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۵۱۱) و عقد را نیز باطل می‌کند. البته «بخش اخیر ماده ۵۵۸ که برای باز کردن راهی است که بخش نخست بسته و به نظر می‌رسد که مبنای آن نیاز صاحبان سرمایه به تضمین بیش‌تر برای به کار انداختن آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۴۰۱) و برخی از نویسندگان حقوق مدنی (امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۰۲) آن را حيله قانونی نامیده‌اند؛ نیز نمی‌تواند ایراد وارده را رفع کند.

۳. ایراد دیگری که مطرح است، نوع تقسیم سود حاصل از تجارت است. در عقد مضاربه، طبق ماده ۵۴۸ قانون مدنی «حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد». بنابراین، هرگاه مقدار معینی از سود برای عامل مقرر شود، پیمانی که منعقد شده است تابع قواعد و مقررات عقد مضاربه نخواهد بود و اساساً چنین شرطی که خلاف مقتضای عقد مضاربه است باطل و مبطل عقد محسوب می‌گردد (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۳، ص ۵۰۱؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۴۹؛ امامی، ۱۳۶۶، ص ۱۰۱ و کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۱۷). در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، یکی از اهداف بانک گشاینده اعتبار از

۱. بانک‌های گشاینده اعتبار، در عمل با توجه به وضع متقاضی اعتبار، قسمتی از وجه اعتبار را به صورت نقد در هنگام گشایش اعتبار از متقاضی اعتبار وصول می‌نمایند. برای تأمین بقیه مبلغ، اعتباری برای او گشایش می‌شود که پس از ورود کالا و تسلیم اسناد، بقیه مبلغ را به بانک گشاینده اعتبار پردازد.

شرکت در آن، دریافت سود حاصل از آن است. اما مانند اغلب عقود دیگر بانکی، هیچ‌گاه میزان سود حاصله، پس از تجارت تقسیم نمی‌شود، بلکه بانک در قرارداد اولیه میزان سود خود را تعیین کرده، خواه تاجر از عملیات تجاری خویش سودی قابل توجه و خارج از پیش‌بینی بانک ببرد و خواه بر اثر قرارداد متضرر شده و حتی ورشکسته شود، بانک سود خود را مطالبه و اصولاً هیچ‌گاه از نتیجه معامله هم آگاه نمی‌شود. بدین ترتیب، عقد مضاربه، از این جنبه نیز قابل تطبیق با قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نیست.

۴. بنابر فرض اول، چون متقاضی اعتبار، نقش عامل و بانک گشاینده اعتبار، نقش مالک سرمایه را به عهده دارند، در نتیجه، بر اساس ماده ۵۵۶ قانون مدنی،^۱ متقاضی اعتبار در حکم امین است و در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن مال مورد مضاربه نیست. به بیان دیگر: «در مضاربه چون سرمایه متعلق به غیر است و به دست عامل سپرده شده است که با آن تجارت کند؛ امین است و برحسب قاعده امانت، وقتی امین ضامن است که در حفظ مال نقدی یا تفریط نماید» (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۵۱۰ و امامی، ۱۳۶۳، ص ۱۰۱). حال اگر بخواهیم قرارداد گشایش اعتبار را بر مبنای عقد مضاربه تحلیل کنیم، می‌بایست در حالتی که سرمایه ارائه شده از سوی بانک گشاینده اعتبار که همان اعتبار است، در نتیجه عدم تعدی و تفریط شخص عامل، که همان متقاضی اعتبار است، تلف شود، برای مثال، کالای خریداری شده توسط تاجر در اثر طوفان در دریا غرق شود،^۲ وی هیچ‌گونه مسوولیتی در برابر بانک گشاینده اعتبار نداشته باشد. حال آن‌که در قرارداد گشایش اعتبار این چنین نیست و اصولاً بانک هیچ دخالتی در نتیجه تجارت ندارد و متقاضی اعتبار در هر حال موظف است که اعتبار را همراه با سود و کارمزد

۱. ماده ۵۵۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود، مگر در صورت تفریط یا تعدی».

۲. در فرضی که برای مثال، قرارداد میان خریدار و فروشنده بر مبنای FOB باشد و مسوولیت حفظ کالاها به عهده خریدار است. FOB که علامت اختصاری Free on Board است، بدین معناست که فروشنده تحویل را هنگامی به انجام می‌رساند که کالا را در بندر بارگیری تعیین شده، از لبه کشتی عبور دهد. در نتیجه، خریدار از این لحظه به بعد باید مسوولیت کلیه مخارج کالا و خطرهای از میان رفتن یا آسیب دیدن آن را تقبل کند (برای مطالعه بیش‌تر رجوع شود به اینکوترمز، ترجمه مسعود طارم سری، چاپ پنجم، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۳، ص ۵۵ به بعد).

شرط شده در قرارداد، به بانک بازپرداخت نماید. بدین ترتیب، با وجود این تمایز قابل توجه، عقد مضاربه نمی‌تواند قالبی برای قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، تلقی گردد.

فرض دوم - موردی که خریدار از تسهیلات بانکی استفاده نمی‌کند:

در این مورد، متقاضی اعتبار به واسطه این‌که ذی‌نفع اعتبار، تقاضای پرداخت از طریق اعتبارات اسنادی را کرده، به گشایش اعتبار مجبور است. در این فرض، متقاضی اعتبار، تمام میزان اعتبار لازم جهت پرداخت ثمن معامله به ذینفع اعتبار را در هنگام گشایش اعتبار به بانک پرداخت می‌کند و مطابق قرارداد، بانک موظف است از طریق بانک ابلاغ‌کننده طرف حساب خویش در محل پرداخت ثمن و دریافت اسناد حمل، پس از دریافت این اسناد و دیگر اسناد مقرر، نسبت به پرداخت ثمن اقدام کند. بی‌شک، در این فرض، بر خلاف فرض نخست، متقاضی اعتبار، مالک سرمایه و بانک گشاینده اعتبار، عامل محسوب می‌گردد؛ زیرا خریدار یا متقاضی اعتبار، هنگام گشایش اعتبار، مبلغ لازم جهت پرداخت ثمن را به بانک پرداخت می‌کند. مطابق قواعد مضاربه، عامل باید با مبلغ دریافتی تجارت کند و دو طرف در سود حاصل شریک باشند (ماده ۵۴۹ قانون مدنی). این در حالی است که متقاضی اعتبار که در فرض دوم، مالک سرمایه است، خود اقدام به انجام دادن معامله و توافق می‌کند و بانک هیچ‌گونه تجارتي به عنوان عامل انجام نمی‌دهد. در نتیجه، مصداق این فرض اساساً با ماهیت عقد مضاربه قابل تطبیق نیست. به علاوه، مشکل تقسیم سود نیز که در فرض اول مطرح بود، در این فرض هم وجود دارد که از تکرار آن خودداری می‌گردد. ایراد مشترکی که به هر دو فرض وارد است، این است که مضاربه در حقوق ایران (ماده ۵۵۰ قانون مدنی) بر اساس فقه (محقق حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۸۱) عقدی جائز است، حتی قول مشهور این است که شرط لزوم به دلیل خلاف مقتضای چنین عقدی مبطل است (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ص ۲۱۳). عقدی جائز است در نتیجه، هر یک از دو طرف عقد می‌توانند هر زمان بخواهند آن را فسخ کنند، مگر این‌که در ضمن عقد لازمی، شرط شده باشد که چنین عقد لازمی در اغلب اوقات وجود خارجی ندارد تا اثر لزوم آن، شرط را لازم کند. اما قرارداد گشایش اعتبار که رایج‌ترین نوع اعتبار ناشی از آن، غیرقابل برگشت است، چنین ماهیتی ندارد و عقد لازمی است که قابل فسخ نیست، حتی قرارداد گشایش اعتبار قابل برگشت هم مصداق عقد جایز محسوب نمی‌شود.

بدین ترتیب، با توجه به ایرادهای گذشته، این دو قرارداد دارای تفاوت‌های بنیادینی هستند که امکان تحلیل ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار را در قالب عقد مضاربه نخواهد داد.

مبحث سوم - تحلیل قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی

در این مبحث، پس از نفی ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار در قالب عقود اذنی و مشارکتی، اثبات ماهیت حقوقی آن بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی^۱ مورد تحلیل قرار می‌گیرد. منطقی و شایسته است ماهیت حقوقی و به تعبیری وضعیت حقوقی نهادهای نوین در حوزه حقوق تجارت، مانند قرارداد گشایش اعتبار را در ساختار ویژه‌شان بررسی نمود و آن‌ها را با ویژگی‌های حقوقی خود با حقوق داخلی پیوند زد. توضیح این‌که گشایش اعتبار اسنادی، ماهیتی دوگانه دارد: از یک سو، به گونه‌ای سندی بانکی و در تحلیل نهایی یک سند تجاری است؛ زیرا توسط یک بانک تنظیم و توسط یک بانک دیگر وجه آن پرداخت می‌شود و در روند تجارت تحصیل می‌شود و از سوی دیگر، متکی به روابط قراردادی است که در حقیقت منشأ و موجد و قوام‌بخش اعتبار اسنادی است. از این رو، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی به گونه‌ای می‌تواند در قلمرو حقوق بانکی باشد^۲ که آن را در زمره حقوق حرفه‌ای دسته‌بندی کرده‌اند. لزوم سرعت، دقت و امنیت در تجارت، مکانیسم خاص خود را می‌طلبد که با استفاده از عقود معین، به عنوان عقود کلاسیک در حوزه حقوق مدنی، در فرآیند اعطای اعتبار، به درستی نمی‌توان به آن دست یافت. البته در حقوق بانکی این نیاز بیش‌تر احساس می‌گردد؛ زیرا مواجه شدن بانک‌ها و نیز تجار با مسائل و مباحث پیچیده و قواعد سخت‌گیرانه ناشی از عقود معین، آن‌ها را از وظایف و اهداف اصلی خود باز می‌دارد (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۲۲). از این رو، به نظر می‌رسد، ماده ۱۰ قانون مدنی، که گویای اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست، مناسب‌ترین مبنا برای تبیین ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار محسوب گردد. با وجود

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

۲. حقوق بانکی عبارت است از مجموع قواعدی که به عمل و کار بانک و آن چیزهایی که در رابطه با امور حرفه‌ای خود انجام می‌دهد، مربوط می‌شود. برای مطالعه بیش‌تر مراجعه شود به:

Jean Louis Rives Lang, Monique Contamine Raynaud, Droit Bancaire, cinquieme edition Dalloz, 1990, p.1.

گشایش اعتبار اسنادی توسط بانک‌ها و الحاق ایران به مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، متأسفانه در هیچ جایی، ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار تبیین و تعیین نشده است. با توجه به این حقیقت که در اعتبارات اسنادی آنچه برجسته می‌نماید، ماهیت بانکی و تجاری آن است و به مجموعه مکانیسم چنین روش پرداختی، اعتبار اسنادی اطلاق می‌شود، عمل حقوقی انعقاد قرارداد گشایش اعتبار و ماهیت آن مغفول باقی مانده است. از این رو، این امر نباید مانع توجه دقیق به این جنبه از اعتبار اسنادی گردد. بی‌شک چنین قراردادهایی نیز همانند دیگر عقود و قراردادهای دیگر تابع مقررات و الزامات قانونی هستند و در نتیجه، قواعد عمومی قراردادها بر انعقاد این قرارداد نیز حکم فرماست. بر اساس تحلیل قرارداد گشایش اعتبار در قالب عقود نامعین مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی، در این نوع قرارداد، بانک گشاینده اعتبار، وکیل متقاضی اعتبار نیست؛ اما آن را می‌توان «نماینده خاص متقاضی اعتبار» (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۶۲۱)، در چارچوب اختیاراتی که متقاضی اعتبار به او داده و در حدود تعهداتی که در مقابل ذی‌نفع اعتبار دارد، تلقی کرد. همچنین بر اساس این نظر، قرارداد گشایش اعتبار، عقد حواله نیست؛ زیرا متقاضی اعتبار در زمان گشایش اعتبار به ذی‌نفع اعتبار مدیون نیست، بلکه تنها تعهد به پرداخت از طریق سیستم بانکی با روش اعتبار اسنادی می‌نماید و این تعهد پرداخت، به بانک منتقل می‌شود. با وجود این، این انتقال تعهد، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل تعهد نیز محسوب نمی‌گردد که در نتیجه بتوان قرارداد گشایش اعتبار را در قالب تبدیل تعهد، تحلیل نمود (شکرزاد، ۱۳۸۲، ص ۶۳). توضیح این‌که در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل تعهد، «تعهد متعهد اصلی از بین می‌رود و ذمه او در برابر متعهدله آزاد می‌شود و به جای آن، تعهد مشابه دیگری بر عهده متعهد جدید اسقرار پیدا می‌کند» (شهیدی، ۱۳۷۰، ص ۸۱). در نتیجه، تعهد اولیه ساقط شده و متعهدله برای اجرای تعهد، تنها حق خواهد داشت به متعهد جدید که تعهدش جای‌گزین تعهد اولیه و خودش جای‌گزین متعهد اصلی شده است مراجعه کند و حال آن‌که در قرارداد گشایش اعتبار، متقاضی اعتبار نیز در شرایطی به پرداخت ثمن معامله به وی متعهد است. علاوه بر آن، در تبدیل تعهد، پس از وقوع آن، متعهد جدید ملتزم به انجام دادن تعهد در مقابل متعهدله است و حق تغییر و امتناع ندارد، در صورتی که در قرارداد گشایش اعتبار قابل برگشت، بانک با لحاظ شرایطی می‌تواند اعتبار تخصیص داده شده را ابطال یا اصلاح کند. بنابراین، اگرچه عنوان عقد حواله و نیز تبدیل تعهد برای قرارداد گشایش اعتبار

صحیح نیست، بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان با توجه به ویژگی‌های اعتبار اسنادی، انتقال تعهد پرداخت را به بانک در قالب قرارداد خاص نافذ شناخت. همچنین قرارداد گشایش اعتبار، عقد ضمان نیست و انتقال ضمانی صورت نمی‌پذیرد و تعهد بانک ناظر به تأدیه وجه اعتبار و تأمینی است که به ذی‌نفع به شرط تسلیم اسناد مقرر در اعتبارنامه به بانک و رعایت ضوابط مربوط، داده می‌شود، ولی ضمان نیست و به این عنوان صحیح نخواهد بود. در صورتی که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان تأدیه وجه اعتبار و تأمین از سوی بانک را در قالب قرارداد خاص که همان قرارداد گشایش اعتبار است، معتبر و نافذ شناخت. قرارداد گشایش اعتبار، چنان‌که گذشت، با توجه به ماهیت ویژه و آثار خاص آن، در قالب عقد جعاله قابل تبیین نیست. درست است که «بانک با صدور اعتبار اسنادی از جانب متقاضی اعتبار، به عنوان واسطه‌ای میان او و ذی‌نفع اعتبار عمل می‌کند» (طارم‌سری، ۱۳۷۱، ص ۳۵) و علاوه بر وجه اعتبار، سود و کارمزد بانکی دریافت می‌دارد و به نظر، بانک نقش عامل را ایفا می‌کند؛ به دلیل جایز بودن عقد جعاله و از سویی، تعیین اجرت از سوی جاعل، عقد جعاله، از نظر ماهیت با قرارداد گشایش اعتبار تفاوت بنیادین دارد. بانک از یک‌سو، به پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع در مقابل تسلیم اسناد مقرر متعهد است و از سوی دیگر، متقاضی اعتبار، به پرداخت وجه اعتبار به علاوه سود و کارمزد بانکی در قبال عمل انجام شده توسط بانک متعهد است. این مکانیسم، عقد جعاله نیست، ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان عمل واسطه‌ای بانک، مبنی بر پرداخت وجه اعتبار را در شکل قرارداد خاص، یعنی قرارداد گشایش اعتبار توجیه کرد و تردیدی هم در اعتبار آن نیست. همچنین با توجه به ایرادهایی که درباره تطبیق قرارداد گشایش اعتبار با عقد مضاربه وجود دارد، صرف مالک سرمایه بودن بانک و عامل بودن متقاضی اعتبار، این قرارداد را شبیه عقد مضاربه نمی‌سازد و اطلاق این عنوان بر آن صحیح نیست. البته در قالب عقد نامعین و خاص مستفاد از ماده ۱۰ قانون مدنی، بانک مالک سرمایه است و در عین حال، به پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع متعهد است و متقاضی اعتبار نیز به عنوان تاجر و عامل، به پرداخت وجه اعتبار به علاوه سود و کارمزد بانکی به بانک گشاینده اعتبار متعهد است. با وجود این، مالکیت بانک نسبت به سرمایه (وجه اعتبار) و عاملیت متقاضی اعتبار در مورد فعالیت تجاری و نیز سود مورد تعهد پرداخت از سوی وی، هیچ‌کدام به مفهوم عناصر تشکیل‌دهنده عقد مضاربه، یعنی سرمایه، عمل و سود نیست.

در نتیجه، اوضاع و احوال و ویژگی‌هایی که حاکم بر قرارداد گشایش است، به گونه‌ای است که قابلیت تطبیق آن با قالب‌های عقود رایج حقوق مدنی امکان ندارد، ولی با توجه به وضع ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست، ماهیت قرارداد گشایش اعتبار بر این مبنا قابل تحلیل است. بنابراین، قرارداد گشایش اعتبار را نباید در قالب عقود اذنی و مشارکتی یا دیگر عقود کلاسیک یا دیگر نهادهای مدنی، مانند تبدیل تعهد، تبیین کرد، بلکه قراردادی است مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی که با نظم عمومی، اخلاق حسنه، عقل و شرع مخالفی ندارد. به علاوه، این نوع قراردادهای، به عنوان یک قرارداد تجاری و متضمن سند تعهدآور بانکی، دارای ویژگی‌هایی است که ماهیت خاص خود را دارد.

بدین ترتیب، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، یک عقد نامعین و قرارداد خاص، لازم، منجز، عهدی، مستقل، فردی، الحاقی، معوض، مغایبه‌ای است که بر اساس آن، بانک پس از انعقاد قرارداد، در چارچوب مکانیسم اعتبار اسنادی، از سویی متعهد است به تأمین وجه اعتبار برای متقاضی اعتبار و از سوی دیگر، به پرداخت وجه اعتبار، در مقابل تحویل اسناد مقرر در اعتبارنامه، به ذینفع اعتبار متعهد می‌باشد. در مقابل، متقاضی اعتبار نیز در چارچوب مقررات اعتبار اسنادی، به بازپرداخت وجه اعتبار به علاوه سود و کارمزد بانکی متعهد است. بنا به جهات مذکور، قرارداد گشایش اعتبار، به واسطه تجاری بودن، واجد مکانیسم و ویژگی‌هایی است که هیچ‌کدام از عقود معین ندارد. پس هر چند شباهت‌هایی میان این قرارداد با دیگر عقود اذنی و مشارکتی و امثال آن قابل تصور است؛ جهات تمایز و عدم تطبیق اساسی تر است. بدین جهت، شایسته است با توجه به وصف تجاری بودن این نوع قراردادهای، از قراردادهای آزاد مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی که دارای ظرفیت‌های بیش‌تری برای تبیین آن و نیز پاسخ‌گویی به نیازهای رو به افزایش قراردادهای تجاری و هم‌سو شدن با تحولات سریع تجارت در سطح جهانی است؛ بهره برد. قرارداد گشایش اعتبار، نهادی جدید است که با توجه به مقتضیات تجارت پدید آمده که با قواعد حقوقی و اخلاق حسنه نیز مغایرتی نداشته و در نتیجه نافذ است. از این رو، قواعد عمومی قراردادهای در باب کیفیت انعقاد عقود و قراردادهای، موانع و شرایط آن در مورد این قرارداد نیز لازم‌الرعایه است و در چارچوب قواعد آمره قانونی، متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار آزادند که درباره حقوق و تعهدات و در نهایت روابط قراردادی خود، با لحاظ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، توافق و تراضی کنند.

نتیجه

در تبیین ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی که موجد روابط قراردادی میان متقاضی اعتبار و بانک گشاینده اعتبار است؛ نظریات مختلفی ارائه گردیده است. از جمله این که قرارداد گشایش اعتبار با عقود معین کلاسیک در حقوق مدنی، با عناوین عقود اذنی مانند عقد وکالت، عقد حواله و عقد ضمان و عقود مشارکتی مانند عقد جعاله و عقد مضاربه، که نزدیک‌ترین نهادهای حقوقی به آن به نظر می‌رسند؛ قابل تطبیق دانسته شده‌اند. هرچند شباهت‌هایی میان این قرارداد با دیگر عقود اذنی و مشارکتی و مانند آن قابل تصور است؛ جهات تمایز و عدم تطبیق، اساسی‌تر است. بنابراین، قرارداد گشایش اعتبار را نباید در قالب عقود اذنی و مشارکتی و سایر عقود معین کلاسیک و یا نهاد تبدیل تعهد تبیین کرد، بلکه به عنوان یک قرارداد تجاری و متضمن سند تعهدآور بانکی دارای ویژگی‌هایی است که ماهیت خاص خود را دارد. از این رو، منطق حقوق اقتضا می‌کند که وضعیت حقوقی نهادهای نوین، مانند قرارداد مورد بحث را با لحاظ کردن ساختار ویژه آن‌ها تحلیل و به حقوق داخلی پیوند زد. از این رو، به نظر می‌رسد، این قرارداد، قراردادی است که ماهیت حقوقی آن بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی قابل توجیه است. بدین ترتیب، قرارداد گشایش اعتبار، یک عقد نامعین و به تعبیری قراردادی خاص، لازم، منجز، عهدی، مستقل، فردی، الحاقی، معوض و مغایبه‌ای است که در چارچوب قواعد آمره قانونی، دو طرف قرارداد آزادند که در روابط قراردادی خود، توافق و تراضی کنند. این قرارداد، به عنوان نهادی جدید بنا به شرایط و مقتضیات روابط تجاری در حوزه پرداخت بین‌المللی ایجاد شده است و عرف و رویه بانکی و تجاری در تعیین قواعد و مقررات حاکم بر آن نقش خواهند داشت. با وجود این، هم‌اکنون تنها مبنایی که در حقوق ایران برای توجیه ماهیت حقوقی آن می‌توان یافت، ماده ۱۰ قانون مدنی است.

پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایران، با لحاظ کردن مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی که ایران نیز به آن پیوسته است، در جهت ایجاد وحدت رویه بانکی و نیز جلوگیری از استنباط‌های حقوقی مختلف و گاهی مغایر، با وضع و تصویب مقرراتی در خصوص آثار و احکام و در نهایت، تبیین ماهیت حقوقی آن، عقد معین جدیدی را پدید آورد.

منابع و مأخذ

۱. آقای فر، حسن (۱۳۷۷)، "روابط حقوقی طرف قراردادهای اعتبار اسنادی"، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۲. ابوالحسنی، اکبر (۱۳۷۴)، "اعتبارات اسنادی، اختلاف بر سر تعریف و ماهیت"، مجله صنعت حمل و نقل، شماره ۱۴۲.
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۷۱)، "مباحثی از حقوق تجارت بین الملل"، تهران، نشر دانش امروز.
۴. اشمیتوف، کلا یو. ام (۱۳۷۸)، "حقوق تجارت بین الملل"، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، سمت.
۵. امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، "حقوق مدنی"، چاپ چهارم، جلد ۲، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۶. امامی، سید حسن (۱۳۶۶)، "حقوق مدنی"، چاپ ششم، جلد ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۷. "اینکو ترمز" (۱۳۸۳)، ترجمه مسعود طارم سری، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
۸. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، "حقوق مدنی"، تهران، انتشارات مجد.
۹. "تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت نامه های بین المللی، دستور منع پرداخت آن در جریان انقلاب اسلامی" (۱۳۶۴)، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی، شماره ۲، بهار.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۵۴)، "دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات"، جلد ۱، قم، انتشارات مدرسه عالی امور قضایی و اداری.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، "عقد حواله"، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۲. حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۸۲)، "شرح قانون مدنی"، چاپ دوم، جلد ۱، تهران، انتشارات گنج دانش.

۱۳. حاج علی، محمدرضا (۱۳۸۴)، "بررسی تطبیقی اعتبار اسناد داخلی با اعتبارات اسناد بین‌المللی و راه‌های رفع موانع در جهت افزایش کارایی آن"، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران، مؤسسه بانکداری جمهوری اسلامی ایران.
۱۴. خزاعی، حسین (۱۳۷۳)، "روش‌های پرداخت ثمن در تجارت بین‌المللی"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۳.
۱۵. دریس کول، ریچارد جی (۱۳۶۳)، "نقش اعتبارات اسنادی تضمینی در تجارت بین‌المللی: تأملاتی پس از انقلاب ایران"، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، شماره ۱، زمستان.
۱۶. زمانی فراهانی، مجتبی (۱۳۸۶)، "بانکداری خارجی"، جلد ۲، تهران، انتشارات ترمه.
۱۷. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۰)، "حقوق معاملات بین‌المللی"، چاپ دوم، تهران، ققنوس.
۱۸. شکر نژاد، جعفر صادق (۱۳۸۲)، "بررسی جنبه‌های حقوقی اعتبارات اسنادی تضمینی و مقایسه آن با اعتبارات اسنادی عادی"، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران، مؤسسه عالی بانکداری جمهوری اسلامی ایران.
۱۹. شهید ثانی، زین‌الدین الجبعی‌العاملی (۱۴۰۳)، "الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة"، قم، دارالهادی للمطبوعات.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۷۰)، "سقوط تعهدات"، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.
۲۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، "حقوق مدنی، تشکیل قراردادهای و تعهدات"، تهران، انتشارات مجد.
۲۲. طارم‌سری، مسعود (۱۳۷۱)، "آشنایی با جنبه‌های حقوقی بازرگانی خارجی"، جلد ۱، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی.
۲۳. طارم‌سری، مسعود (۱۳۸۳)، "حقوق بازرگانی بین‌المللی"، چاپ پنجم، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی وابسته به مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، "قواعد عمومی قراردادهای"، چاپ دوم، جلد ۱، تهران، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن‌برنا.

۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، "دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت"، تهران، مؤسسه نشر یلدا.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، "حقوق مدنی، عقود معین"، چاپ سوم، جلد ۴، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، "حقوق مدنی، عقود معین"، چاپ پنجم، جلد ۲، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، "قانون مدنی در نظم حقوق کنونی"، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، "مقدمه علم حقوق"، چاپ سی و سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کریمی، اسدالله (۱۳۶۷)، "مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی"، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۹، پاییز و زمستان.
۳۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۳)، "شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام"، بیروت، مؤسسه الوفاء.
۳۲. مزینی، مسعود و مهاجر تهرانی، محمدحسن (۱۳۶۳)، "مدیریت سفارشات خارجی"، چاپ سوم، جلد ۲، تهران، انتشارات فرهنگ.
۳۳. مسعودی، علیرضا (۱۳۸۳)، "ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل"، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳۴. "مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی" (۱۳۸۲)، ترجمه محمد صالح ذوقی، چاپ چهارم، تهران، کمیته ایرانی بازرگانی بین‌المللی.
۳۵. «مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی» (۱۳۶۵)، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی، شماره ۷، زمستان.
۳۶. نصیری، مرتضی (۱۳۸۳)، "حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران"، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.

38. Gutteridge, H.C. and Megrah, Maurice(2005), *"The Law of Bankers' commercial credits"*, 3rd ed. London.
39. Hoogland, Collection(1986), *" contract Guarantee, Bank of Montreal"* Canada.
40. ICC(1993), *"Uniform Customs and practice for Documentary credits"*. ICC publication NO.500.
41. Packman, Ronald(1971), *"Guide to the Business world"*, 2nd ed, Longman, London.
42. Rive Lang. Jean Louis(1990), et Monique contamaine Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, cinquieme edition.
43. Sarna, Lazara(1986), *" Letters of credit. The Law and current practice"*, 2nd ed, Canada.
44. Schmitthoff, Clive M.(1990), *"Schmitthoff's Export Trade: The Law & practice of International Trade"* London, Stevens and sons.