



## شروط نرم در اعتبارات اسنادی

یحیی آقایی\*  
علی زارع\*\*

تاریخ دریافت مقاله: ۹۴/۱۰/۷ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۴/۱۲/۱۰

### چکیده

شروط نرم در اعتبارات اسنادی از اراده طرف‌هایی حکایت می‌کند که برخی از انگیزه‌های شخصی و خواسته‌های تجاری خود را در اعتبارات اسنادی منعکس می‌کند. گاه ممکن است منجر به تقلب شده و بانک گشاینده و کارگزار را با مشکل مواجه کند البته تاثیر شروط نرم صرفاً در تقلب و ایجاد اختلال در سیستم معاملات نمی‌باشد بلکه ممکن است شروط نرم برای فرار از برخی مشکلات ایجاد شده و میان طرفین باعث برداشتن برخی مشکلات شود. در نهایت می‌توان گفت منشا ظهور اصلی شروط نرم کشور چین می‌باشد هر چند در برخی کشورها از جمله انگلستان نیز در این رابطه رویه‌های اندکی وجود دارد ولی به نظر می‌رسد دولت‌ها به دلیل آثاری که منجر به تقلب می‌شود اراده طرفین را در این باره محدود کرده و اجازه قید آن را در سند اعتباری نمی‌دهند. شروط نرم با برخی از نظام‌های سوء استفاده از حق نیز مابینت دارد که در این مقاله به آن اشاره شده است.

### کلید واژه‌ها

شروط نرم، اعتبارات اسنادی، تقلب، حق، اصلاح.

## مقدمه

### جستار گشایی

در معاملات تجاری بین‌المللی اسناد از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند، اسناد امنیت را در فعالیتهای تجاری تضمین می‌کنند. از طرفی سند می‌تواند معرف کالا باشد، جایگاه سند در حقوق تجارت بین‌الملل به حدی حائز اهمیت است که قضات انگلیسی از اعتبارات اسنادی به عنوان «خون حیات بازرگانی بین‌المللی» یاد کرده‌اند. (کلاپوم، ۱۳۷۸، ص ۶۱۱) «در واقع روند عمومی بازرگانی بین‌المللی مربوط به رویه اخذ پول از طریق اسناد است، به‌نحوی که فاصله زمانی بین حمل و پرداخت در مقابل ارائه اسناد را به هم پیوند می‌زند.» (کلاپوم، ۱۳۷۸، ص ۶۱۲) البته اسناد بسیار دیگری نیز در بازرگانی بین‌المللی اهمیت دارند ولی مهم‌ترین آن‌ها اعتبارات اسنادی می‌باشد. (سماواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۸) ساده‌ترین تعریف در رابطه با اعتبارات اسنادی را این چنین می‌توان گفت که اعتبار اسنادی<sup>۱</sup> سندی است که به‌طور مثال توسط وارد کننده کالا برای صادرکننده، صادر می‌شود. (کورزن<sup>۲</sup>، ۲۰۰۲، ص ۲۴۹) البته در تعریف اعتبار اسنادی که از آن به نوعی ضمانت‌نامه بانکی نیز تعبیر می‌شود گفته شده است: «اعتبار اسنادی عبارت از التزام صادر کننده اعتبار، که معمولاً یک بانک است و به‌صورت اعتبار به تقاضای مشتری بانک گشایش می‌شود و بانک را مکلف می‌سازد به‌شرط رعایت شرایط مقرر در اعتبار اسنادی از جانب ذی‌نفع، وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذی‌نفع یا به حواله کرد و یا پرداخت کند.» (کاشانی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۵) به‌نظر می‌رسد اعتبارات اسنادی متنی از پیش تعیین شده است که طرفین همانند عقود الحاقی شرایط قراردادی را در آن منعکس می‌کنند.

### ۱- جایگاه حقوق نرم در نظام بین‌الملل

حقوق نرم از قواعد تکوین نیافته بین‌المللی بحث می‌کند که هنوز نه در قالب قرارداد (معاهده) و نه در قالب عرف ظهور نیافته است. این در حالی است که این حقوق از باید و نبایدهای بین‌المللی بحث می‌کند به‌طوری که بسیاری از تابعان حقوق بین‌الملل خود را ملزم به اجرای قواعد ناشی از این حقوق دانسته و در روابط بین‌المللی به آن احترام می‌گذارند. باید گفت علت اصلی کاربرد حقوق نرم آن است که دولت‌ها به دلایل متعددی نمی‌توانند به پیامدهای تعهدات منجز حقوقی برای تدبیر یک موضوع بین‌المللی تن دهند و یا بر مشکل سنتی ترازوی و هماهنگی اراده‌های میان خود غالب آیند. حقوق نرم راهکاری میانه است که هم نوید پایبندی به مقررات یک توافق نرم را می‌دهد و هم اطمینان خاطر است برای این که ناپایبندی و آن تبعات نقض یک قاعده منجز حقوقی را در پی‌ندارند. (فلسفی، ۱۳۸۷، ص ۲۴) شروط نرم را شکلی تازه از قانون‌گذاری بین‌المللی می‌دانند که در معنای خاص خود از منظر حقوقی الزام‌آور نیست،

1. Letter of credit  
2. Curzon

اما با هدف تغییر در یک فرآیند همکاری بین‌المللی، میان مقام‌های عمومی و یا ترکیبی از مقام‌های عمومی و خصوصی مذاکره و تصویب می‌شود. برون‌داد نهایی چنین همکاری می‌بایست در یکی از صورت‌های تازه قانون‌گذاری بین‌المللی مانند اعلامیه، بیانیه، اصول راهنما، کردارنامه و مانند آن و براساس آیین شکلی و تشریفاتی مذاکره کنندگان بر سر آن توافق دارند، حاصل شده باشد.» (شاکریان، ۱۳۹۲، ص ۲۴)

## ۲- شروط نرم در نظام اعتبارات اسنادی

منشا ظهور شروط نرم در اعتبارات اسنادی را باید کشور چین دانست. (شاکریان، ۱۳۹۲، ص ۲۵) هرچند در این کشور آغاز شروط نرم در اعتبارات اسنادی همراه با تقلبات ناشی از این اختیار طرفین ظاهر شد که این امر تا حدودی ماهیت قراردادی و شرطی بودن شروط نرم را به تقلب نزدیک کرد. البته در انگلستان نیز در برخی از آرای محاکم، موضوعیت این شروط توسط دادگاه پذیرفته شده است با این حال در کشور انگلستان به صورت یک موضوع حقوقی پذیرفته نشد تنها در برخی از آرای محاکم در این رابطه مصادیقی ذکر شد. (ژانگ،<sup>۱</sup> ۲۰۱۱، ص ۱۱۱) خسارتی که در نتیجه شروط نرم در اعتبارات اسنادی به کشور چین در سال ۱۹۹۲ وارد آمد، از دست دادن میلیون‌ها دلار بود. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۱) اگر بخواهیم به مفهوم و ماهیت این نوع از شروط دست پیدا کنیم باید جایگاه و ماهیت این شروط را در برابر «شروط نرمال» بررسی کرد. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۵) شروط نرمال در اعتبارات اسنادی همان موارد و مصادیقی است که از پیش در سند اعتباری مشخص گشته و در روابط تجارت بین‌الملل همه به آن استناد کرده و تمام بانک‌ها آن را به‌عنوان یک سند می‌شناسند به عبارت دیگر در شرایط معمول اعتبارات اسنادی ذی‌نفعی که تعهدات قرارداد فروش را انجام می‌دهد این امکان را برای خود فراهم می‌سازد که اسناد مورد نیاز توسط بانک را که به نوعی مبین انجام تعهدات شروط نرمال اعتبارات اسنادی است را بدست آورد. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۶) هنگامی که سازوکارهای قراردادی در نظام اعتبارات اسنادی با مشکل خاصی مواجه نشود، سندی که صادر می‌شود بانک‌های طرفین را درگیر این تجارت و قرارداد مینا می‌کند که در اثر این تعاملات فراوان، نظام اعتبارات اسنادی شکلی از پیش تعیین شده و با شروط معین و مشخص دارد که به این مصادیق «شروط نرمال» گفته می‌شود. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۶) شروط نرم در اعتبارات اسنادی از شروطی بحث می‌کند که توسط طرفین سند اعتبار (خریدار و فروشنده) در قرارداد اصلی اعتبارات اسنادی گنجانده شده و توسط آن شرط پرداخت وجه توسط بانک منوط به تحقق شرایطی می‌شود. هر اعتبار اسنادی در شرایط عادی موثر و غیر قابل فسخ می‌باشد که شخص ذی‌نفع در صورت دریافت آن می‌تواند آن را کارسازی کند، اما برخی از اعتبارات اسنادی در شرایطی موثر و قابل دریافت می‌باشند که می‌توان گفت برخی از دلایل ایجاد شروط نرم به خاطر شرایط

متفاوت کشورهای طرفین اعتبارات اسنادی می‌باشد به این صورت که ممکن است برخی از شرایط شکلی و ماهوی اعتبارات اسنادی در کشورهای طرفین و بانک‌های آن مورد پذیرش قرار نگیرد از این رو طرفین سعی کنند که با درج شروطی خود را از این قید و بند رها نیند، پرداخت و دریافت وجه را تضمین کنند. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۵) ممکن است شروط نرم به صورت یک جمله در اعتبارات اسنادی ظهور کنند به این صورت که «این اعتبار اسنادی تنها در شرایطی موثر خواهد بود که برخی از ابزارها فراهم شود.» یا «این اعتبار اسنادی تنها در صورتی موثر می‌باشد که در خواست دهنده آن را تایید کند.» (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۵) برخی از شروط نرم در اعتبارات اسنادی ممکن است بسیار پیچیده شود و این امر زمانی محقق می‌شود که اعتبارات اسنادی اولیه مورد اصلاح بازبینی قرار می‌گیرد و برخی از مواد و محتوای آن تغییر می‌کند. مثلاً هنگامی که بخشی از قرارداد فروش اصلی مورد اجرا قرار گرفته باشد که در این حال خریدار در اصلاحیه اعتبارات اسنادی هیچ تذکر و دستورالعملی مبنی بر بازرسی کشتی یا حرکت آن در روز خاصی یا روز مورد توافق طرفین قید نکرده باشد و از این طریق فروشنده خسارت زیادی را متحمل شود. شروط نرم با تمام پیچیدگی و ابهامی که در ماهیت خود دارند بعضاً باعث عدم شناخت کافی خریدار یا فروشنده شده و از این طریق روابط تجاری طرفین در حاله‌ای از ابهام فرو رفته و امنیت و اعتبار بین‌المللی در معاملات تجاری از بین برود زیرا سهولت و امنیت از جمله ویژگی‌هایی است که ممکن است موجب تحول و پیشرفت تجارت بین‌الملل شود. در نهایت باید گفت که شروط نرم معمولاً از طرف تجار فریب کار به‌عنوان یک ابزار برای ارتکاب تقلب یا نقض قرارداد یا عدم انجام تعهد انجام می‌شود بنابراین شروط نرم می‌تواند ذی‌نفع را با ریسک عدم پرداخت و عدم دریافت مواجه کند. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۶) آنچه که از شروط نرم در عرف تجارت بین‌الملل مطرح شده است، تلقی انگیزه تقلبی است که یکی از طرفین در صدد ایجاد آن می‌باشد به صورتی که بسیاری از طرفین قراردادی از درج شرطی در متن اعتبارات اسنادی پرهیز می‌کنند که مبدا درج این شروط در کشور دیگر باعث ایجاد مشکلاتی شود که سیستم پرداخت و دریافت پول را با مشکل مواجه کند. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۶) در نهایت می‌توان گفت شروط نرم در اعتبارات اسنادی از شروط قراردادی ضمن عقد حکایت دارد که در ظاهر خللی به شکل و ماهیت سند وارد نمی‌کند ولی با گردش سند و انتقال آن به بانک برخی از مصادیق تقلب در ماهیت نمود پیدا کرده و بر پرداخت سند تاثیر می‌گذارد. شروط نرم در برابر شروط نرمال شامل مصادیقی هستند که در عرف و رویه اعتبارات اسنادی معمول و متداول نبوده بلکه تنها بین دو طرف و در قالب شرط ضمن قرارداد لازم‌الاجرا می‌گردند. به همین دلیل این شروط نتوانسته‌اند بر کل سیستم اعتبارات اسنادی در کشورهای دیگر تاثیرگذار باشند تا بتوانند به‌عنوان یک عرف و رویه حقوقی در عالم تجارت بین‌الملل مورد استفاده تاجران قرار گیرند؛ تنها در محدوده کشور چین باقی مانده است.

### ۳- تقلب در اعتبارات اسنادی

در نظام تجارت بین‌الملل که انگیزه سود و دریافت نفع بیشتر، هدف غالب طرفین معامله می‌باشد، این امکان نیز مطرح می‌شود که برخی از طرفین با حسن نیت وارد معامله نشده و از تخصص خود در دور زدن قانون استفاده کرده و طرف دیگر قرارداد را با مشکل مواجه سازند به این صورت که با درج شرط یا قاعده نا متعارفی باعث ایجاد تقلب شده و شخص ذی‌نفع را با مشکل مواجه سازند. این در حالی است که در قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی که یکی از مهم‌ترین منابع قانون‌گذاری در این رابطه می‌باشد، هیچ اشاره‌ای به موضوع تقلب نشده است. (لنگریچ، ۱۳۹۰، ص ۱۶۱) نه عرف و عادات متحدالشکل اعتبارات اسنادی و نه قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های مستقل که هر دو از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده، هیچ‌یک به موضوع تقلب نپرداخته‌اند. (لنگریچ، ۱۳۹۰، ص ۱۶۱) قاعده عرف و عادات اعتبار نامه‌های تضمینی بین‌المللی موضوع تقلب را به قانون صلاحیت‌دار حاکم بر اعتبارنامه وانهاده است. به اعتقاد برخی توجیه آن که چرا قواعد موصوف موضوع تقلب را به‌سکوت برگزار کرده‌اند، چندان دشوار نیست. درست یا غلط، تقلب از گذشته موضوعی مربوط به نظم عمومی به حساب می‌آید و این امر مانع از آن است که مرجعی صنفی همچون اتاق بازرگانی بین‌المللی به قانون‌گذاری در این باره بپردازد. (استوفله، ۱۳۸۷، ص ۲۸۸) ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های تضمینی، متضمن بیان مواردی است که صادرکننده ضمانت‌نامه (ضامن) یا اعتبارنامه تضمینی می‌تواند با استناد به ایراد تقلب از پرداخت وجه به ذی‌نفع خودداری کند. صادرکننده ضمانت‌نامه (ضامن) یا اعتبارنامه تضمینی حق دارد از پرداخت وجه به ذی‌نفع ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه تضمینی امتناع کند، مشروط بر این‌که:

- ۱- یک یا چند سند از اسناد مربوط به معامله، اصل و صحیح نبوده یا مجعول می‌باشد؛
  - ۲- وجه بر مبنایی که در مطالبه‌نامه و اسناد پیوست آن ادعا شده، قابل مطالبه نباشد؛ یا
  - ۳- با توجه به نوع و هدف معامله، هیچ مبنای ممکن و قابل‌تصور برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه وجود نداشته باشد.
- بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون مواردی چند را ذکر می‌کند که مطالبه وجه در آن موارد هیچ مبنای ممکن و قابل‌تصور ندارد. این موارد عبارتند از:
- ۱- حادثه یا خطری که ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه جهت حمایت ذی‌نفع در برابر آن حادثه یا خطر صادر شده، بی‌شک واقع نشده است.
  - ۲- تعهدات ناشی از معامله پایه به‌موجب رأی دادگاه یا مرجع داوری باطل اعلام شده است؛
  - ۳- تعهدات ناشی از معامله پایه بدون تردید مطابق میل و رضایت ذی‌نفع اجرا شده باشد؛
  - ۴- اجرای تعهدات ناشی از معامله پایه آشکارا در اثر خطای عمدی ذی‌نفع ممتنع شده باشد؛ و

۵- ذی‌نفع ضمانتنامه متقابل [یعنی صادرکننده ضمانتنامه اصلی] وجه ضمانتنامه [اصلی] را باسوء نیت پرداخته باشد.

تقلب توسط شروط نرم در اعتبارات اسنادی در شرایطی رخ می‌دهد که خریدار، فروشنده و بانک را با گنجاندن شروطی در اعتبار اسنادی فریب داده و روابط تجاری حاکم و بانکی را در شرایطی گمراه می‌کند به‌نظر می‌رسد تاثیر این شرط و حقوقی که براساس آن بتوان مداخله کرد و ذی‌نفع را از تقلب نجات داد مشخص نشده است. (ژانگ، ۲۰۱۱، ص ۱۱۵)

تقلب در اعتبارات اسنادی تنها محدود به شکل نمانده است بلکه در حوزه انتقال منافع ناشی از اعتبارات اسنادی به شخص ثالث نیز نمود یافته است. به‌طوری که می‌توان امکان تقلب از طریق شروط قراردادی و تعبیه حق انتقال به شخص ثالث را در شرایطی از مصادیق شروط نرم در اعتبارات اسنادی دانست.

از آنجایی که قاعده کلی در نظام اعتبارات اسنادی، تبعیت شکل و فرم آن از قوانین و قواعد محل صدور می‌باشد به‌نظر می‌رسد تقلب و مشکلات ناشی از شکل و ماهیت سند از قانون کشور حاکم بر شکل و محتوای سند تبعیت می‌کند. البته براساس آزادی اراده که در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است آن‌چه که مربوط به انگیزه و ماهیت اراده تقلب آمیز دو نفر می‌باشد در حوزه حقوق آمره کشورها وارد نشده است به‌طوری که اکثر نظام‌های حقوقی آزادی اراده را در تحقق ماهیت و نوع عقد مجرا می‌داند ولی شکل اسناد از قانون محل تنظیم سند تبعیت می‌کند از این رو است که اگر تقلبی در شکل سند رخ دهد باید در قوانین آمره داخلی به دنبال حل آن بود ولی اگر تقلب در ماهیت قرارداد اتفاق افتد ناگزیر از رجوع به انگیزه دو طرف و تاثیر آن در ماهیت قرارداد هستیم. این در حالی است که در این رابطه نمی‌توان به قانون حاکم مناسبی مراجعه کرد.

#### ۴- تاثیر شروط نرم تقلبی در صحت اعتبارات اسنادی

در رابطه با تاثیر شرط در قرارداد باید گفت شرط به‌عنوان ماهیت اعتباری وابسته به عقد، یعنی منشاء یا جزء موضوع عقد نیست. زیرا اگر جزء عقد یا موضوع عقد بود، در صورت بطلان شرط در حقیقت باید عقد تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض مربوط به این جزء در صورت ایفاء قابل استرداد بود، در حالی که با بطلان شرط هیچ جزئی از عقد باطل نیست و هیچ قسمت از موضوع مسترد نمی‌شود و تنها حق فسخ برای مشروط له به وجود می‌آید. همچنین شرط را نمی‌توان قید منشاء یا موضوع عقد معرفی کرد، به‌طوری که در صورت بطلان شرط، قید مزبور منتفی و منشاء مقید یا موضوع مقید منشأ هم به‌طور ملازمه، منتفی گردد.<sup>۱</sup> چه اینکه در هر حال با منتفی بودن شرط، ماهیت عقد منتفی نیست و همچنان در عالم اعتبار باقی خواهد ماند. در نتیجه شرط با ماهیت عقد یا موضوع عقد مشروط به صورت جزء یا قید مرتبط نیست. بلکه تنها با یکی از وضعیت‌های عقد که عبارت از قابلیت و عدم قابلیت فسخ

۱. اذا نتفيا لقيد انتفياال مقيد.

آن است ارتباط دارد. در صورت منتفی بودن شرط فقط حق فسخ برای مشروطه به وجود می‌آید یعنی یکی از آثار لزوم عقد نسبت به مشروطه زایل می‌شود و سرنوشت عقد در اختیار او قرار می‌گیرد. (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۲۵) هر چند ممکن است شروط نرم باعث بروز تقلب شده و ذی‌نفع را با مشکل مواجه کند ولی باید گفت که در صورت بروز تقلب در نظام اعتبارات اسنادی، شرط باطل می‌شود و سند اعتباری به قوت خود باقی می‌ماند زیرا اعتبارات اسنادی به نوعی وسیله پرداخت می‌باشند و قرارداد پایه در این رابطه موضوعیت ندارد که بتوان با بطلان قرارداد پایه حکم به بطلان اعتبار اسنادی صادر نمود از طرف دیگر در این رابطه نیز باید اوصاف اسناد تجاری را مجرا دانست که تقلب و جعل در این گونه اسناد، قرارداد پایه را با مشکل مواجه نمی‌سازد بلکه تنها در خود سند و وسیله پرداخت این امر منعکس می‌شود به همین دلیل باید می‌توان این چنین بیان داشت که وجود شروط نرم در حالتی که باعث ایجاد تقلب شده است به‌عنوان یک شرط باطل مطرح می‌شود که خود سند تجاری را باطل نمی‌کند زیرا در این صورت حقوق ذی‌نفع بیش از پیش مورد سوء استفاده قرار می‌گیرد.

#### ۵- سوء استفاده از حق در نظام شروط نرم تقلبی

در نظام قراردادی اعتبارات اسنادی، ظهور شروط نرم ممکن است با برخی از فلسفه‌های موجود در نظام حقوقی و منشاء ایجاد کننده اعمال این شرط مخالف یا موافق باشد که در این قسمت به بررسی برخی از نظریات حاکم بر شروط نرم در اعتبارات اسنادی می‌پردازیم.

#### ۵-۱- حق به مثابه نفع

اولین نظریه که در رابطه با اختیار طرفین اعتبارات اسنادی در اعمال شروط نرم می‌توان مطرح کرد، اعطای این حق به مثابه نفع به مشروطه می‌باشد هوفلد که یکی از نظریه‌پردازان حق و سوء استفاده از آن می‌باشند، به این موضوع می‌پردازد اما به دلیل این که او حق‌ها و تکالیف را همبسته مطرح می‌کند و عملکرد دوگانه این همبسته‌ها نیز براساس مفروض دانستن آن‌ها است، به نظر می‌رسد وی پذیرفته است که برای مطرح شدن هر حقی حتماً یک ادعای متناظر آن وجود دارد به عبارت دیگر تا ادعای متناظری نباشد هیچ حقی به وجود نمی‌آید. در مقابل این نظریه می‌توان نظریه بنتام را مطرح کرد که از حق به‌عنوان یک مفهوم غیر اخلاقی عنوان کرده و در تفسیر خود به حق‌های ایجاد شده توسط قانون مفهوم موسعی داده و این چنین نتیجه می‌گیرد که هر قانونی که نهادی را به رسمیت می‌شناسد به‌طور همزمان یک حق و به تبع آن تکلیف ایجاد می‌کند و هر تکلیف، تکلیفی برای ارائه یک خدمت یا سود برای شخص است و آن شخص، به‌عنوان منتفع از آن تکلیف، حقی را دارا می‌شود، در نتیجه هیچ قانونی وجود ندارد که به برخی افراد یا دیگر اشخاص حقی را ندهد. (بنتام، ۱۹۵۲، ص ۵۴) در تفکر بنتامی، حق‌ها

اساساً دربردارنده سود هستند و هر کس که از تکلیفی سود می‌برد، دارای حق است. این ایده از مقبولیت قابل توجهی برخوردار است. (کلارک<sup>۱</sup>، ۱۹۷۷، ص ۷۶؛ هارت<sup>۲</sup>، ۱۹۶۱، ص ۲۶۷) مبنای درج شروط نرم در اعتبارات اسنادی نیز به نوعی از حق آزادی اراده نشات می‌گیرد زیرا طرفین این قرارداد برای خود حقی را نسبت به اعمال این شرط قائل هستند و این امر موجب می‌شود که در قرارداد از این حق نفع ببرند ولی باید اذعان کرد که برخی از شروط نرم راه را برای خارج شدن از این اختیار و حق بازگذاشته و باعث تقلب می‌گردند که به نوعی سوء استفاده از این اختیار مطرح می‌شود به‌همین دلیل باید به فکر راه حلی بود که این حق و منفعت را تعدیل کرده و قواعد آمره را نادیده نگیرد.

### ۲-۵- حق به مثابه انتخاب

در مقابل نظریه سود یا نفع، نظریه انتخاب یا اراده قرار دارد که مطرح‌ترین طرفدار آن در دوره معاصر، هارت است. هارت معتقد است ذی‌نفع شدن از یک تکلیف، نه شرط ضروری و نه شرط کافی برای داشتن یک حق است، بلکه به نظر او یک حق، شکلی از انتخاب است. (مک کلوزکی<sup>۳</sup>، ۱۹۸۵، ص ۱۲۱) ویژگی اساسی تکلیف موجد حق، این است که صاحب حق، قادر به کنترل اجرای آن تکلیف است. برای مثال، هر چند آزادی اراده برای شخص این امکان را فراهم می‌آورد که قادر به درج شرط اختیاری در اعتبارات اسنادی شود ولی این اجرای این حق باید این تکلیف را نیز ایجاد کند که کنترل اراده از طریق توجه به قانون آمره یا نظم عمومی تامین شود. به همین شکل، هارت استدلال می‌کند در جایی که ذی‌نفع یک تکلیف نتواند بر اجرای تکلیف قانونی همبسته و برخاسته از حق خود هیچ کنترلی داشته باشد سخن گفتن از این‌که فرد مزبور (ذی‌نفع) دارای حق است، منطقی نیست. برای مثال در حقوق انگلیس و آمریکا، قربانیان بالقوه -یعنی کسانی که پیشاز وقوع جرم اصلی، علایم و نشانه‌هایی از تمایل جانی به ارتکاب جنایت علیه آنان را دیده‌اند- نمی‌توانند قاتلان بالقوه را از تکلیفشان بر عدم کشتن باز دارند؛ در نتیجه هارت می‌گوید غیرمنطقی است تا از داشتن حق قانونی این قربانیان بالقوه مبنی بر کشته نشدن بحث کنیم. از این رو داشتن یک حق قانونی، مستلزم دارا بودن امکان و انتخابی است که از سوی قانون، مورد حمایت قرار گرفته است و این وجود همین انتخاب است که به گفتگوی ما در مورد حق‌ها و همچنین تکالیف معنا می‌دهد.

### ۳-۵- حق به مثابه استحقاق

هر چند برخی نویسندگان، اعتقاد کامل و اصرار دارند که عناصر موجود در هر دو نظریه به گونه‌ای است که به آن‌ها نقشی محوری در تحلیل حق‌ها و استفاده از حق و اختیار را می‌دهد. ولی هر دو نظریه

1. *Clarck*
2. *Hart*
3. *McCloskey*



نارسایی‌ها و ناسازگاری‌های خود را دارند و ممکن است مجبور شویم جای دیگری دنبال پاسخ این سوال باشیم که چه چیزی هسته محوری «حق داشتن انعقاد شروط نرم» را تشکیل می‌دهد. (لیهی<sup>۱</sup>، ۱۹۸۶، ص ۴۵) حق نمی‌تواند بدون استناد به یک شخص و دارا شدن از جانب یک فرد، وجود داشته باشند. این مطلب نه تنها در مورد حق‌ها، بلکه در رابطه با برخی دیگر از مفاهیم اخلاقی و حقوقی هم صادق است. (کلینینگ<sup>۲</sup>، ۱۹۷۸، ص ۴۷) به‌عنوان مثال، یک تکلیف یا تعهد نیز چنین است به این معنا که تکلیف یا تعهدی وجود نخواهد داشت مگر این‌که متعلق به یک شخص بوده و به عبارتی دیگر، مگر این‌که تعهد یا تکلیف یک شخص باشد. با این حال، این ویژگی در خصوص همه ساختارهای هنجاری صادق نیست. به‌عنوان مثال، یک قاعده یا اصل به‌عنوان یک مفهوم هنجاری، برای وجود داشتن، نیاز ندارد به همان شکلی که یک حق بایستی متعلق به یک شخص باشد به یک شخص، تعلق داشته باشد؛ به‌عبارت دیگر، قواعد، برخلاف حق‌ها و تکالیف، نیاز ندارند تا به اشخاص معینی منتسب گردند. (رگیس<sup>۳</sup>، ۱۹۸۴، ص ۲۱۳) این‌که قائل به وجود شروط نرم در نظام اعتبارات اسنادی باشیم باید این حق توسط یک مرجع صلاحیت‌دار و در قالب یک قاعده از پیش تعیین شده که مورد پذیرش طرفین قراردادی می‌باشد به‌وجود آید که هر دو طرف از وجود و حضور این حق اطلاع داشته باشند.

#### ۵-۴- حق و ضمانت اجرا

تلاش‌های متعدد فکری دیگری در جهت ارائه شاخصه‌های حق‌ها با انتخاب عناوین ادعاها، ادعاهای درست است ادعاهای معتبر قدرت‌ها، استعدادها یا ظرفیت‌ها صورت گرفته است. توصیف دیگری از حق‌ها وجود دارد که شایسته توجه است و این شایستگی تا اندازه‌ای از دو دلیل بر می‌خیزد، نخست آن‌که این نگرش، طرفداران مشهوری داشته است و دیگر این‌که ساختمان اصلی این نظریه در حملاتی که به ایده حق‌های طبیعی یا حقوق بشر شده، شکل گرفته است. (ریچارد<sup>۴</sup>، ۱۹۸۲، ص ۲۷۵) این نظریه همانی است که می‌توان آن را به دلیل آموزه محوری آن نظریه ضمانت اجرا حق نامید. نظریه ضمانت اجرا به دو شکل مطرح می‌گردد؛ اول، این نظریه به‌عنوان قرائتی از حق‌های قانونی، معتقد است که برای تبدیل شدن یک ادعا به یک حق، وجود ضمانت اجرایی که آن ادعا را حمایت، تضمین و اجرا کند، عنصری ضروری و غیرقابل چشم‌پوشی است. دوم، به‌عنوان قرائتی از حق‌های اخلاقی، بر این باور است که یک ادعای اخلاقی، تنها و تنها اگر به‌وسیله ضمانت اجرایی اخلاقی، حمایت و تضمین شود، یک حق اخلاقی خواهد بود. (راولز<sup>۵</sup>، ۱۹۸۰، ص ۵۱۵)

1. Leahy
2. Kleinig
3. Regis
4. Richards
5. Rawls

نکته غریب و شگفت‌انگیزی که نظریه ضمانت اجرا به همراه دارد آن است که مطابق این نظریه، اگر مراجع عمومی حمایتی از حق‌های اشخاص نکردند ما قادر نخواهیم بود که از حق‌های آن اشخاص سخن بگوییم. به عبارت ساده‌تر، مطابق این نظریه، عدم حمایت از یک حق، مترادف با کنار گذاشتن یا نبود آن حق است. با این حال، روشن است که ما داشتن حق و حمایت از آن حق را دو مقوله متفاوت می‌دانیم و به همین دلیل به‌طور معمول، عدم حمایت از یک حق را مغایر با این که آن فرد دارای حق است نمی‌دانیم و اگر این عدم حمایت مربوط به کوتاهی دولت بوده باشد و به همین دلیل نخواهیم که کوتاهی دولت را در چنین مواردی سرزنش کنیم با توجیهاات و دلایل متفاوت، دولت را بر این مبنا سرزنش می‌کنیم که آن‌چه مورد حمایت قرار نگرفته، یک حق است. (میلر، ۱۹۸۳، ص ۸۷) ضمانت اجرایی که در رابطه با اعتبارات اسنادی می‌توان مطرح ساخت، اصلاح این نوع از قراردادهای می‌باشد زیرا اعلام بطلان یا تاثیر شرط نرم بر فسخ قرارداد را نمی‌توان به سادگی پذیرفت زیرا اگر امکان بطلان به سادگی فراهم شود امنیت و اطمینان در نظام تجارت بین‌الملل سلب می‌شود. اصلاح، زدودن عیوب و نواقص اقدامات، برنامه‌ها و مقررات موجود و انطباق آن‌ها پرثمرترین و عاقلانه‌ترین شیوه است. اصلاح اعتبار یعنی انجام هر گونه تغییر در متن اعتبار اسنادی صادر شده از جمله حذف یا جایگزینی یا اضافه نمودن تلقی می‌شود. در واقع ذی‌نفع پس از دریافت متن اعتبار و انطباق آن با قرارداد فروش (پروفرمایینویس) و مطالعه دقیق با یکی از دو وضعیت زیر ممکن است مواجه شود.

۱- وضعیت اول: اعتبار هم با قرارداد فروش انطباق دارد و هم توسط بانک توافق شده گشایش شده و هم مندرجات و شروط آن ابهامی ندارد. در ضمن شرایط بازار تغییر نکرده و ذی‌نفع قادر است تا سررسید حمل نسبت به حمل کالا اقدام و اسناد را به بانک ارائه نماید. بدیهی است در این وضعیت از نقطه نظر ذی‌نفع نیازی به اصلاح اعتبار نمی‌باشد.

۲- وضعیت دوم: اعتبار با قرارداد منعقد شده با واردکننده در مواردی انطباق ندارد یا شرایطی در اعتبار منظور شده که قبلاً روی آن‌ها توافق نشده و با منافع ذی‌نفع هماهنگ نیستند یا ذی‌نفع می‌بیند تا سررسید حمل قادر به تهیه و حمل کالا نیست در این وضعیت اعتبار از نقطه نظر ذی‌نفع احتیاج به اصلاح دارد که شروط نرم را می‌توان از مصادیق دوم دانست.

باید توجه داشت که در مواردی ممکن است درخواست اصلاح اعتبار از جانب متقاضی اعتبار موضوعیت پیدا نموده و مطرح شود. علی‌الرحال این پرسش مطرح می‌شود که اصلاح اعتبار خواه از جانب ذی‌نفع خواه از جانب بانک گشاینده (متقاضی) یعنی از هر طرف درخواست شود واکنش طرف دیگر چه باید باشد. باید پاسخ داد که طبق مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، اصلاح اعتبار اسنادی موکول و منوط به موافقت بانک گشاینده و ذی‌نفع اعتبار اسنادی می‌باشد. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۳)

طبق بند «الف» ماده ده مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی اعتبار اسنادی گشایش شده نمی‌تواند بدون موافقت بانک گشاینده اعتبار، بانک تایید کننده (در صورت وجود) و ذی‌نفع اصلاح و یا باطل شود. لذا

طبق *UCP600* در اعتبارات اسنادی گشایش شده هر گونه اصلاح منوط و موقوف به موافقت بانک گشاینده و ذی‌نفع می‌باشد. و در صورتی که اعتبار توسط بانک دیگری تایید شده باشد بانک تایید کننده می‌تواند تایید خود را به اصلاح اضافه نماید یا اضافه ننماید. و اما اصلاح در ماده ۶ از مقررات بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها (*ISP98*) به شرح ذیل آمده است:

الف- چنانچه در تضمین‌نامه صراحتاً مقرر گردد که در صورت افزایش یا کاهش مبلغ قابل استفاده، تمدید سررسید و یا اصلاحاتی مشابه تضمین‌نامه مضمون «اصلاح خودبه خود» می‌شود، اصلاحیه بدون هرگونه اطلاع یا موافقت دیگری غیر از آن چه که صراحتاً در تضمین‌نامه مقرر شده خودبه خود قابل اجرا می‌باشد (ممکن است به چنین اصلاحیه‌ای قابلیت اجرایی یافتن «بدون اصلاحیه» نیز اطلاق گردد).  
ب- اگر در تضمین‌نامه شرطی برای اصلاح خود به خود وجود نداشته باشد، اصلاحیه به ترتیب زیر ایجاد تعهد می‌نماید:

۱- صادرکننده را از زمان خارج شدن اصلاحیه از اختیار صادرکننده و ....  
۲- تاییدکننده را از زمان خارج شدن اصلاحیه از اختیار تاییدکننده، مگر آن که تاییدکننده خاطر نشان سازد اصلاحیه را تایید نمی‌نماید.

ج- چنانچه در تضمین‌نامه شرطی برای اصلاح خود به خود منظور نگردد:  
۱- ذی‌نفع بایستی موافقت خود را نسبت به اصلاحیه اعلام دارد تا الزام‌آور شود.  
۲- موافقت ذی‌نفع بایستی از طریق وسیله ارتباطی سریع به شخص ابلاغ‌کننده اصلاحیه اعلام گردد، مگر آن که ذی‌نفع اسنادی مطابق با تضمین‌نامه اصلاح شده ارائه و یا اسنادی ارائه نماید که مطابق با تضمین‌نامه قبل از انجام چنین اصلاحی نباشد و  
۳- اصلاحیه نیازی به موافقت متقاضی برای الزام‌آور شدن آن نسبت به صادرکننده، تاییدکننده یا ذی‌نفع ندارد.

د- موافقت با قسمتی از اصلاحیه به معنی عدم موافقت با کل آن تلقی می‌گردد.» (زمانی فراهانی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۴)

براساس بند «ه» ماده ده مقررات *UCP600* و بند «الف» ماده هفت مقررات دو از مقررات بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها (*ISP98*) چنانچه بانکی از خدمات یک بانک برای ابلاغ اعتبار استفاده برده باشد باید از خدمات همان بانک برای ابلاغ اصلاحیه (اصلاحیه‌ها) نیز استفاده نماید.

در اینجا باید خاطر نشان شود که تمدید سررسید اعتبار خود نوعی اصلاح تلقی می‌شود هرچند از لحاظ اهمیت در عرف بانکی کشورمان ذکر می‌شود تمدید و اصلاح اعتبارات اسنادی.

این پرسش کلیدی مطرح می‌شود که چنانچه اعتبار مطابق درخواست ذی‌نفع اصلاح نشود چه اتفاقی رخ خواهد داد؟ در این وضعیت ذی‌نفع با وضع بفرنجی مواجه می‌شود و لاجرم یکی از دو گزینه زیر را انتخاب خواهد نمود:

گزینه اول- ابطال معامله در واقع ذی‌نفع تا سررسید به اصطلاح وقت کشی می‌نماید و با انقضاء سررسید، اعتبار خود به خود از بین می‌رود.

گزینه دوم- ذینفع علی‌رغم عدم موافقت بانک گشاینده با اصلاح اعتبار، نسبت به حمل کالا و ارائه اسناد مغایر یا بعد از انقضاء سررسید به بانک تعیین شده (در اکثر موارد با هماهنگی قبلی با متقاضی) اقدام می‌نماید. چون اسناد مغایرت دارد بانک تعیین شده مغایرت‌ها را در ظرف مدت مقرر به ذینفع اعلام و نظر ذی‌نفع اعتبار اسنادی را در خصوص عودت اسناد به وی یا ارسال اسناد مغایرت دار به بانک گشاینده به‌صورت وصولی یا برای تایید که هر دو یک مفهوم را در عرف بانکی دارند جویا و طبق نظر ذی‌نفع اقدام می‌نماید. و چنان‌چه بانک تعیین شده طبق نظر ذی‌نفع اسناد مغایرت دار را برای پذیرش به‌صورت وصولی برای بانک گشاینده ارسال دارد طبق مقررات چون اسناد مغایرت دارد بانک گشاینده دیگر متعهد پرداخت نمی‌باشد و بدین ترتیب ویژگی اصلی و اساسی اعتبار اسنادی خدشه‌دار می‌شود. و بر همین اساس است که کمتر ذی‌نفعی حاضر می‌شود اسنادش برای بانک گشاینده براساس **OLLECTION BASIS** یا **ON APPROVAL BASIS** ارسال شود و لذا تا اعتبار اسنادی مطابق نظر ذی‌نفع اصلاح نشود ذی‌نفع از حمل کالا و ارائه اسناد امتناع می‌ورزد. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۶)

### نتیجه‌گیری

شرط نرم در اعتبارات اسنادی از ماهیت مربوط به شرط در ضمن عقد دور نیفتاده و بر این اساس به طرفین قرارداد یا یک طرف آن، این اختیار را می‌دهد که در مقابل طرف قراردادی شروطی را حاکم کند که مورد قبول طرف مقابل نیز واقع شود که این امر براساس اصل آزادی اراده مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی قرار گرفته است و در این رابطه کمتر تفاوتی میان تابعان حق دیده می‌شود. با این حال ممکن است درج شروطی در ضمن قرارداد هرچند در برابر طرف قرارداد مورد پذیرش واقع شود ولی طرح چنین شروطی به نظم عمومی و قوانین آمره خلل وارد کرده و در برابر دارنده با حسن نیت باعث ایجاد مشکلاتی شود. شرط نرم در برابر شروط نرمال قرار می‌گیرند که باعث می‌گردند هر چند از نظر شکل، ممکن است هیچ ایرادی مشاهده نشود ولی در ماهیت وجود و حضور این نوع شروط در قراردادهای اعتبارات اسنادی منجر به ایجاد تقلب شده و ذی‌نفع را با مشکل عدم پرداخت مواجه کند.

باید اذعان کرد که آزادی اراده، درج هر گونه شروطی را که مخالف با قواعد آمره نبوده در نظام قراردادهای را موجه می‌داند ولی با استناد به برخی از نظریه‌های فلسفی می‌توان این گونه تحلیل و تبیین کرد که دارا شدن هر حقی نمی‌تواند موجب سوء استفاده صاحب آن از همان حق گردد. پس در عرف تجارت بین‌الملل نیز باید به این اصول معتقد بود که اعمال برخی حقوق با نظم عمومی و قواعد آمره متباین نبوده و در جهت ساقط کردن آن‌ها نباشد.

از آنجایی که اختیار درج شرط در نظام اعتبارات اسنادی نیز وجود دارد می‌توان گفت که شروط نرم از مفهوم بین‌المللی خود دور نیفتاده است و تنها سوء برداشت‌ها و سوء استفاده از چنین اختیاراتی (اختیار درج شرط) باعث شده است که از مفهوم متعارف خود دور شده و در برابر شروط نرمال قرار گیرد. شروط نرم مواردی هستند که در نظام تکوین نیافته بین‌المللی سعی می‌کنند عرف حاکم را با انضمام شرط به متن قراردادهای تجارتهی وارد کنند که به این امر نیز باید آغاز تجلی اراده آزاد در عرف قراردادهای تجارتهی گفت که سعی در وضع نظام جدیدی در جهت تقابل تجار و عرف تجارتهی با قوانین آمره دارد. با این حال شروط نرم در محدوده کشور چین موضوعیت یافته و دیگر کشورها به دلیل اصل توسل به اطمینان و اعتماد در روابط تجاری از این شروط فاصله گرفته و در قراردادها آزادی طرفین را با محدودیت‌های بسیاری مواجه کرده است.

## فهرست منابع

### الف- منابع فارسی

- ۱- اخلاقی، بهروز، «بחי پیرامون اعتبارات اسنادی»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ۱۳۷۰
- ۲- استوفله، ژان، «تقلب در اعتبار اسنادی»، ترجمه ماشالله نیاسری، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۳۸۷، ۳۹
- ۳- زمانی فراهانی، مجتبی، بانک‌داری خارجی، انتشارات ترمه، چاپ سوم، ۱۳۸۸
- ۴- سماواتی، حشمت اله، حقوق معاملات بین‌المللی نظری و کاربردی، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۹
- ۵- شاکریان، شاهرخ، شناخت حقوق نرم در نظام حقوق بین‌الملل، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲
- ۶- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷
- ۷- شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۹
- ۸- علیزاده، مسعود، گام به گام با اعتبارات اسنادی، تهران، انتشارات جاودانه، چاپ چهارم، ۱۳۹۱
- ۹- فلسفی، هدایت الله، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره چهارم، ۱۳۸۷
- ۱۰- کاشانی، سیدمحمود، «ضمانت‌نامه‌بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۵
- ۱۱- کلاویوم، اشمیوف، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، جلد دوم، تهران، سمت، ۱۳۷۸
- ۱۲- کاشار، اولیویه، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه رسول رضایی، تهران، انتشارات مهر و ماه نو، ۱۳۹۰
- ۱۳- لنگریچ، لینهارد، اعتبارات اسنادی در حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه حسنی، سعید، انتشارات میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰

### ب- منابع لاتین

- 1- Bentham, Jeremy (1952), *Economic writings*, Werner stark, London.
- 2- Clarck, Stephen (1977), *The moral status of rights*, Oxford clarendon press.
- 3- Curzon, L.B. (2002), *Dictionary of Law*, Longman.
- 4- Hart. H.L. A. (1961), *The concept of law*, Oxford clarendon press.

- 5- Jin, Xiaohua & Zheng, Shuhua, (2005), 'Analysis of L/C Soft Clauses', *Market Modernisation (Academic)*, No. 7, 70.
- 6- Kleining, John (1978), *Human rights, legal rights and social change in kamenka and tay*.
- 7- Lacey, Michael (1991), *Aculture of rights*, Cambridge univerdity press.
- 8- Leahy, Michael (1986), *Social contract Basingstoke*, Macmilan.
- 9- Liu, Aie (2009), 'Main Forms and Preventive Measures of L/C Soft Clauses', *Commercial Accounting*, Vol. 11, No. 21, 33.
- 10- McCloskey, H.J. (1985), *Respect for human moral rights versus maximizing good*.
- 11- miller, Harlan (1983), *Ethics*, Clifton, Humana.
- 12- Qi, Hongwei (2003), 'Analysis and Countermeasure on L/C Fraudulent Soft Clauses', *Jiangsu Business View*, No. 10, 39.
- 13- Rawls, John (1980), *A theory of justice*, Oxford university press.
- 14- Regis, Edward (1984), *Gewirths Ethical Rationalism*, university of chicago press.
- 15- Richards, David (1982), *International distributive justice*, in pennock and chapman.
- 16- Song, Jie (2010) 'Features and Risk Prevention of L/C Soft Clauses in Foreign Trade', *Commercial Times*, No. 10, 38.
- 17- Wang, Xitong (2007), 'Reflection on L/C Soft Clauses and Countermeasures', *Decision Exploration*, No. 3 (1st Issue), 78.
- 18- Wu, Cuihua (2005) 'Risk and Prevention of L/C Soft Clauses', *Economy Forum*, No. 12, 32.
- 19- Xu, Xin & Mao, Xuegang & Guo, Yu (2009), 'Discussion on L/C Soft Clauses: From a L/C Dispute Case', *Theory Research*, No. 5 (General No. 179), 127.
- 20- Zhang, Yanan (2011), *Social sciences and business studies, publications of the University of Eastern Finland dissertations in social sciences and business studies*, No 15.

