

بررسی اصل استقلال در قراردادهای تجاری - بانکی

کاظم علیزاده مرزناکی^۱

علی اکبر جعفری تبار^۲

چکیده

در حقوق ایران مفهوم قراردادهای تجاری مفهومی است که کمابیش در ادبیات روزمره حقوقی متداول است و حداقل در علم اصطلاحات حقوقی قلمرو سرزمینی این واژه از قراردادهای مدنی مبین و مشخص می باشد ولی مرز میان قراردادهای تجاری و مدنی چندان دقیق نیست که بتوان آن را در اساس تدوین نمود. قانون تجارت ایران نیز با پیروی از قانون فرانسه، قراردادهای تجاری را از قراردادهای مدنی متمایز نموده ولی به بیان ویژگی های آن نپرداخته است و مرز قابل تفکیکی مثل قراردادهای مدنی برای آن قائل نشده است این در حالی است که تاجر و معاملات تجاری را از حیث مصادیق آن تبیین نموده است. در این مقاله به بررسی هرچه دقیق تر و شفاف تر به " اصل استقلال در قراردادهای تجاری - بانکی " در بندهای زیر اشاره شد: بند اول: تنزیل به عنوان یک عمل تجاری خاص، بند دوم: اصل استقلال قرارداد های قرض الحسنه بانکی، بند سوم: اصل استقلال در قرارداد مشارکت حقوقی از مشارکت مدنی، بند چهارم: اصل استقلال قرارداد تجاری مضاربه از مضاربه مدنی، بند پنجم: اصل استقلال قرارداد تجاری خرید و فروش بانکی، بند ششم: نگرشی بر حق حبس در حقوق داخلی و کنوانسیون بیع بین المللی، بند هفتم: اصل استقلال قراردادهای تجاری در بیمه حمل و نقل

کلیدواژگان: بررسی، اصل استقلال، قرارداد، تجاری - بانکی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. کارشناسی ارشد، حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ساری
۲. کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کیش.

مقدمه و بیان مسئله

قراردادهایی که وسیله انجام تعهدات بازرگانان و ابزار معاملات تجاری است، با قراردادهایی که اشخاص عادی در زندگی خود، آن‌ها را وسیله تعامل حقوقی خود قرار می‌دهند، وجوه افتراقی دارد. در قانون تجارت ایران مصوب سال ۱۳۱۱، بحث از قراردادهای تجاری شده است و تاجر را در ماده ۱ کسی دانسته که شغل معمول خود را معاملات تجاری قرار می‌دهد و لذا معاملات تجاری را می‌توان در برابر قراردادهای تجاری قرار داد.

قراردادهای تجاری را می‌توان به دو دسته به تجاری ذاتی و تبعی تجاری تقسیم نمود. پیش از توضیح مفهوم قرارداد تجاری لازم است مفهوم قرارداد را بررسی نمود قرارداد آن عمل حقوقی است که به واسطه اراده مستقل حداقل دو شخص تشکیل می‌گردد یعنی به واسطه تراضی طرفینی که رضایتشان با هم گره خورده است در این میان قراردادهای تجاری دارای ماهیتی مشابه (به لحاظ ساختار تشکیلات حاکم بر قرارداد) می‌باشند و در کنار قراردادهای مدنی جای می‌گیرند. در اینجا باید به این نکته اشاره شود که قراردادهای تجاری اگرچه در اصول و شرایط اساسی صحت معاملات، فرق چندانی با قراردادهای مدنی ندارند، لیکن در بسیاری از موارد، از قبیل نحوه انعقاد قرارداد، ماهیت تعهدات تجاری طرفین و مسئولیت‌های عدم اجرای آن، ادله اثبات دعوی، نحوه رسیدگی به اختلافات ناشی از آن، مرور زمان و امثال آن، از ضوابط و قواعدی پیروی می‌کنند که هر یک درخور بحث و توجه است.

قانون مدنی قراردادهایی را معین نموده و نامگذاری نموده است و قانون تجارت قراردادهای تجاری از قبیل حمل و نقل و دلالتی و... را تعیین کرده است. در این که آیا قراردادهای تجاری در مقابل قراردادهای مدنی از استقلال در ماهیت خود برخوردارند، اختلاف است.

روش تحقیق

روش تحقیق حاضر با مطالعه منابع داخلی و خارجی از جمله قوانین، پرونده‌ها و آرای مختلف و تجزیه و تحلیل آنها به بررسی موضوع پرداخته و نهایتاً، پس از بررسی ابهامات موجود، راهکارهای ممکن را ارائه نموده و نتیجه‌گیری می‌کند لذا روش تحقیق در تحقیق حاضر روش توصیفی-تحلیلی می‌باشد.

اهداف تحقیق

- بررسی اصل استقلال در قراردادهای تجاری - بانکی

پیشینه تحقیق

در باب پیشینه تحقیق باید بیان نمود که تفکیک قراردادهای تجاری از قراردادهای مدنی موضوعی است که هر چند در قانون تجارت به آن تصریح نشده ولی همواره مورد پذیرش قرار گرفته است و ماده ۲ قانون تجارت را اصولاً می توان دلیل روشن برای این ادعا دانست. با همه این اوصاف باید بیان نمود که موضوع قراردادهای تجاری در نظر حقوق دانان نیز بوده که به اختصار به عنوان پیشینه ای تحقیق بیان می گردد :

- ۱- ربیعا اسکینی؛ حقوق تجارت؛ جلد اول، کلیات معاملات تجاری تجار و سازمان دهی فعالیت های تجاری؛ که در فصل های اول و سوم و پنجم به بررسی این موضوعات پرداخته است.
 - ۲- محمود عرفانی، جلد اول : قراردادهای تجاری و حمل و نقل در فصل سوم به موضوع قراردادهای تجاری پرداخته است.
 - ۳- محمود عرفانی، حقوق تجارت؛ جلد پنجم؛ قرارداد بیمه؛ بورس به بررسی اهم معاملات تجاری و شرایط انعقاد آن پرداخته است.
 - ۴- حسینقلی کاتبی؛ حقوق تجارت؛ در فصل یازدهم از کتاب خود موضوع قراردادهای تجاری را مورد بررسی قرارداد کرده است.
 - ۵- مسعود طارم سری، حقوق بازرگانی بین المللی، در قسمت اول از کتاب خود بحث قرارداد فروش بین المللی تجاری را بررسی نموده است.
 - ۶- سید حسین صفایی؛ حقوق بیع بین المللی کالا، با بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ و با مطالعه تطبیقی حقوق ایران فرانسه انگلیس و ایالات متحده آمریکا در بخش های نخست از این کتاب به بررسی اصول قائم بر قراردادهای تجاری پرداخته است.
 - ۷- ابراهیم شعاریان، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران؛ در فصل های دوم و سوم از کتاب به بررسی ابعاد قراردادهای تجاری و مدنی پرداخته است.
- و لذا بحث از قراردادهای تجاری در آمیخته با حقوق تجارت و معاملات تجار است و نمی توان آن را گنگ و نامفهوم فرض نمود ولی آنچه مسلم است مرزی است که میان قراردادهای حقوقی (مدنی) و یا قراردادهای تجاری موسوم است به لحاظ اصول تشکیل این قراردادها و مبانی ساختاری و ارکان و شرایط آن ها که ما در ادامه به بررسی اهم این مطالب خواهیم پرداخت.

ادبیات تحقیق

باید در بیان ادبیات تحقیق شرحی نمود از نظر اساتید حقوق تجارت و مفهوم قرارداد تجاری و استقلال آن از قراردادهای مدنی :

- ۱) ربیعا؛ اسکینی، حقوق تجارت، ۱۳۸۸، جلد اول صفحه ۶۷، در توضیح قراردادهای تجاری اساس آن را ماده ۲ قانون تجارت می داند، قراردادهای تجاری از قرار ذیل است:
 - ۱- خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از این که تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد.
 - ۲- تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا به هر نحوی که باشد.
 - ۳- هر قسم عملیات دلالی یا سفارش کاری (کمسیون) و یا عاملی و همچنین تصدی به هر نوع تاسیساتی که برای انجام بعضی امور ایجاد می شود، از قبیل تسهیل معاملات ملکی یا پیدا کردن خدمه یا تهیه و رسانیدن ملزومات و غیره.
 - ۴- تاسیس و به کار انداختن هر قسم کارخانه مشروط بر این که برای رفع حوائج شخصی نباشد.
 - ۵- تصدی به عملیات حراجی.
 - ۶- تصدی به هر قسم نمایشگاه‌های عمومی.
 - ۷- هر قسم عملیات صرافی و بانکی.
 - ۸- معاملات برواتی اعم از این که بین تاجر یا غیر تاجر باشد.
 - ۹- عملیات بیمه بحری و غیربحری.
 - ۱۰- کشتی‌سازی و خرید و فروش کشتی و کشتی‌رانی داخلی یا خارجی و معاملات راجع به آنها
- ۲) حسینقلی کاتبی حقوق تجارت؛ ۱۳۸۷؛ جلد اول؛ صفحه ۲۸۵ در خصوص قراردادهای تجاری بیان می دارد: در حقوق تجارت ایران فصل خاصی برای قراردادهای تجاری وضع نگشته است ولی از لحاظ حقوقی موضوع قراردادهای تجاری یکی از مباحث حقوق تجارت است. برخی اسناد تجاری مانند چک، برات، سفته و قراردادهای مربوط به مشاغل تجاری یعنی حمل و نقل دلالی حق العمل کاری نمایندگی بازرگانی به علاوه قراردادهای خاص بازرگانی یعنی فروش رهن تجاری، ضمان تجاری و عملیات بورس و بیمه و بانکداری را زیر عنوان قراردادهای تجاری تعریف نموده اند
- ۳) محمود عرفانی؛ حقوق تجارت؛ ۱۳۹۲؛ جلد اول، فصل سوم صفحه ۱۰۷ به بعد بحث قراردادهای تجاری را در قانون تجارت ایران مسکوت می داند و تنها قراردادهایی را که در قانون تجارت بیان شده است تجاری تلقی می نماید مانند حمل و نقل، دلالی، حق العمل کاری به علاوه قراردادهای خاص بازرگانی یعنی فروش، رهن تجاری، ضمان تجاری، بورس، بیمه و بانکداری و همچنین ایشان به برخی قراردادهای تجاری اشاره می نماید که قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ مانند

مضاربه، جعاله، مزارعه، مساقات، مشارکت مدنی، فروش اقساطی، معاملات سلف و... نام برده است. ولی حمل و نقل را مهم ترین قراردادهای تجاری می داند و به بررسی آن می پردازد.

یافته های اصلی تحقیق: بررسی اصل استقلال در قراردادهای تجاری - بانکی

بند اول: تنزیل به عنوان یک عمل تجاری خاص

یکی دیگر از عملیات بانکی تنزیل است که تنزیل یعنی تبدیل طلب وعده دار شخصی به پول نقد. سفته، رسید بدهی شخص است و مانند چک سندی است که فی نفسه مالیتی ندارد، بلکه نشانه بدهی فی الذمه است. بنابراین، برگه سفته خرید و فروش نمی شود. بیع بر چیزی واقع می گردد که سفته حاکی از آن است. چون سفته حکایت از دین دارد، پس در حقیقت معامله بر روی دین واقع می شود، بنابراین تنزیل سفته خرید دین است.

خرید دین عبارت است از نقد کردن طلب مدت دار در معاملات تجاری. به این معنا که مبلغی پول نقد را با مبلغی بیشتر، به طور نسیه و مدت دار (مبلغ مندرج در سند) معامله کنیم؛ مثلاً گاهی خریدار توان پرداخت نقدی قیمت کالای خریداری شده را ندارد، در این صورت فروشنده در مقابل فروش نسیه ای کالا، سفته ای مدت دار از خریدار می گیرد. حال اگر فروشنده بخواهد به هر دلیلی زودتر از موعد مقرر (سررسید) به وجه نقد دست یابد، می تواند با مراجعه به بانک و کم کردن مقداری از وجه آن، سفته مذکور را تنزیل کرده، به پول نقد تبدیل کند که متناسب با نرخ بهره بازار و مدت زمان باقیمانده تا سررسید سفته است. در بانکداری متعارف، بانک های تجاری نیز قبل از سررسید، اوراق تجاری مذکور را نزد بانک مرکزی تنزیل می کنند که به این عمل «تنزیل مجدد» یا «تنزیل اتکایی» می گویند (موسایی، ۱۳۷۶، تبیین مفهوم و موضوع ربا از دیدگاه فقهی، ص ۷۶). پس در حقیقت تنزیل سفته یا چک، عبارت است از خرید و فروش بدهی ای که زمان پرداخت آن نرسیده، به مبلغ کمتر از اصل، به شخص ثالث و بانک ها در مقابل دریافت برات یا سفته وعده دار از مشتریان خود و پس از تنزیل به آنان پول نقد می دهند. مثلاً شخص الف یک فقره سفته به مبلغ ۱۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال به تاریخ یک سال بعد به بانک می دهد. بانک همان روز با کسر ده درصد بهره یعنی ۹۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال نقداً به آقای الف داده و بانک در سر رسید مبلغ ۱۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال را از متعهد (الف) مطالبه می نماید. تنزیل در بانک های کشورهای پیشرفته ناشی از عملیات تجاری یعنی خرید و فروش بوده و معمولاً مدت وعده از ۳ ماه تجاوز نمی کند. زیرا بانک بر مبنای سپرده های دیداری مشتریان خود قادر به اعطای اعتبار از طریق تنزیل می باشد. (عرفانی، ۱۳۹۲، ۱۷۷) در بازرگانی کشورهای پیشرفته معمولاً خرده فروش از عمده فروش کالا خریداری کرده و به جای پول نقد به او برات و سفته مدت دار می دهد و اگر عمده فروش احتیاج به پول نقد داشته باشد آن را به بانک برده و تنزیل می نماید. ولی بانک ها از تنزیل اسناد تجاری و پرداخت آن به صورت پول نقد

به دارنده اسناد بدون انجام مبادلات بازرگانی بنا به دلایل اقتصادی خودداری می نماید. زیرا نقل، انتقال پول باید در مقابل کالا یا خدمات باشد. در غیر این صورت بدون گردش کالا یا خدمات، باید در مقابل کالا یا خدمات، پرداخت نقدی، موجبات تورم را در کشور فراهم می سازد. چون این اوراق مجدداً در بانک مرکزی تنزیل شده و این بانک با عدم تعادل نقدینگی با کالا یا خدمات در گردش مواجه می گردد به آیین نامه موقت تنزیل اوراق تجاری (خرید دین) و مقررات اجرایی آن مصوب ۱۳۶۱/۸/۲۶ شورای پول و اعتبار در رابطه با قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای واحدهای تولیدی و بازرگانی و خدماتی، اسناد و اوراق تجاری متعلق به این واحدها را ناشی از معاملات تجاری می باشد طبق ضوابط آیین نامه مزبور تنزیل نمایند. تنزیل و اوراق واسناد تجاری توسط بانک ها در صورتی مجاز است که سر رسید اسناد مذکور از یک سال تجاوز نکرده و نیز بانک ها به واقعی بودن دین و همچنین اعتبار مدیون اطمینان حاصل نمایند. ضمناً نرخ تنزیل نباید بیش از ۱۲٪ بوده و میزان تعهدات هر شخص حقوقی یا حقیقی ناشی از تنزیل اسناد و اوراق تجاری مذکور نیز برابر ۵٪ مجموع سرمایه اصلی هر بانک و بیش از یک میلیارد ریال نیز نباشد. ملاحظه می شود که مدت تنزیل نسبت به مقررات بانک های کشور های پیشرفته طولانی تر بوده و از طرف دیگر در ایران بانک ها به آسانی نخواهند توانست خرید و فروش واقعی متقاضی تنزیل اسناد را نمایند و با اعطای اعتبار به دارنده بدیهی است موجبات تورم فراهم می گردد. (عرفانی، ۱۳۹۲، ۸۶)

بند دوم: اصل استقلال قرارداد های قرض الحسنه بانکی

قرض الحسنه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین (مقرض) مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر (مقترض) تملیک می کند که قرض گیرنده مثل و یا در صورت عدم امکان قیمت آن را به قرض دهنده مسترد دارد. بانک ها در ایران مجاز هستند که بر اساس ضوابط شورای پول و اعتبار در مواردی مبادرت به پرداخت قرض الحسنه نمایند مانند تأمین وسایل و ابزار و سایر امکانات لازم برای ایجاد کار جهت کسانی که فاقد این گونه امکانات می باشند در شکل تعاونی، و کمک به امر افزایش تولیدات کشاورزی، دامی، دارویی، رفع احتیاجات ضروری مردم... (عرفانی، ۱۳۹۲، ۴۷)

بند سوم: اصل استقلال در قرارداد مشارکت حقوقی از مشارکت مدنی

به موجب ماده ۱۸ تا ۲۲ ق.ع.ب.ر. و مواد ۱ تا ۱۵ دستور العمل اجرایی، مشارکت مدنی عبارت است از در آمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیر نقدی که اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع و به منظور انتفاع، طبق قرارداد فیما بین، می بندند و هدف از مشارکت مدنی توسط بانک ها ایجاد تسهیلات لازم برای فعالیت های تولیدی، بازرگانی و خدماتی می باشد. مشارکت مدنی باید موضوع مشخصی داشته باشد و بدیهی است پس از اتمام موضوع مشارکت مدنی، شرکت تصفیه حساب مشارکت خاتمه پیدا می نماید. در مشارکت مدنی هر شریک باید سهم الشرکه خود را

مشخص نماید و حداقل و حداکثر در صد سود بانک ها با توجه به میزان مشارکت به وسیله شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد. «منظور از مشارکت حقوقی در امور عبارت از تأمین قسمتی از سرمایه شرکت های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت های سهامی موجود می باشد» (عرفانی، محمود، حقوق تجارت، ج ۵، ص ۵۰) ملاحظه می شود که قانونگذار در ماده فوق به بانک های ایران اجازه داده است که به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی، صنعتی و خدماتی در شرکت های سهامی در شرف تأسیس، سرمایه گذاری کرده و یا قسمتی از سهام شرکت های تشکیل شده را خریداری نماید بدیهی است که بانک ها مکلفند وضعیت شرکت های مذکور و طرح ارائه شده از طرف آن ها را از نظر مالی و فنی بررسی نموده و پس از ارزیابی و تشخیص سود آور بودن اقدام به مشارکت نمایند. میزان مشارکت حقوقی بانک در شرکت سهامی جدید تأسیس نباید از ۴۱٪ سرمایه شرکت بیشتر بوده و در شرکت های سهامی تأسیس شده میزان مشارکت بانک نباید بیشتر از ۲۵٪ کل سرمایه باشد. در خاتمه بانک ها، مشارکت حقوقی را از محل منابع مالی بانک و سپرده های سرمای گذاری تأمین می نمایند و چنانچه این گونه سرمایه گذاری سود آور نباشد، بانک ها مجاز به مشارکت حقوقی نخواهند بود (عرفانی، ۱۳۹۲، ۵۰) البته باید گفت میان مشارکت با سرمایه گذاری تفاوت های ماهوی وجود دارد زیرا سرمایه گذاری مستقیم عبارت از تأمین سرمایه لازم جهت اجرای طرح های تولیدی و عمرانی توسط بانک ها می باشد بانک ها نباید در تولید اشیا تجملی و مصرفی به طور غیر ضروری سرمایه گذاری نمایند. بانک ها برای اجرای طرح های مزبور نباید کمتر از ۴۰٪ کل مبلغ طرح تا مرحله بهره برداری سرمایه گذاری کرده و حداقل نرخ سودی را نیز تعیین نمایند. بنابر ماده ۳ قانون عملیات بانکی و دستورالعمل اجرایی آن به منظور اجرای طرح های فوق واحد های تولیدی یا عمرانی باید به صورت شرکت سهامی به طور مستقل از بانک ها و براساس نامه مربوط تأسیس گردد.

بند چهارم: اصل استقلال قرارداد تجاری مضاربه از مضاربه مدنی

مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک سرمایه) عهده دار تأمین سرمایه نقدی گردیده با قید این که طرف دیگر قرارداد (عامل یا مضارب) با آن تجارت کرده و در سود حاصله با هم شریک باشند (مستفاد ماده ۶ آ.ق.ب.ع.ب ماده ۱ دستور العمل اجرایی آن) شبکه های بانکی ایران می توانند به منظور ایجاد تسهیلات در جهت گسترش امور بازرگانی به عنوان مالک سرمایه های لازم را در اختیار عامل با مضارب اعم از از شخص حقیقی یا حقوقی قرار دهند و اعطا این تسهیلات به تعاونی ها از اولویت برخوردار می باشند سرمایه نقدی مورد مضاربه توسط بانک ها ممکن است یک جا یا بر حسب حداکثر مدت قرارداد مضاربه به یک سال بوده و در موارد استثنایی ممکن است مدت مزبور توسط بانک مرکزی افزایش پیدا کند.

بانک ها مکلف هستند از عامل یا مضارب ضمن عقد خارج لازم (عقد صلح) تعهد بگیرند که در صورت ورود خسارت به سرمایه نامبرده زیان وارده را از اموال خود مجاناً به بانک تملیک نمایند. بانک ها مکلف اند برای حصول اطمینان از عملیات مضاربه و حسن اجرای قرارداد از عامل تأمین کافی اخذ نمایند و این تضمین و یا وثیقه باید به صورت سند رسمی تنظیم گردد. به موجب ماده ۱۶ آ. ق. ع. ب. ، قرارداد مضاربه، که بانک با اشخاص تنظیم می نماید در حکم اسناد لازم الاجراء بوده و تابع این نامه اجرایی اسناد رسمی می باشد. (عرفانی، ۱۳۹۲، ۵۲)

بند پنجم: اصل استقلال قرارداد تجاری خرید و فروش بانکی

الف: بیع سلف

هدف از معاملات سلف پیش خرید نقدی محصولات تولیدی به قیمت معین با توجه به ضوابط شرعی می باشد. به موجب ماده ۴۱ آیین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک ها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت تأمین سرمایه در گردش واحدهای تولیدی (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) بنا به درخواست این واحدها مبادرت به پیش خرید محصولات تولیدی آنان نمایند، ولی بانک ها نمی توانند قبل از سررسید تحویل، محصول آن را به دیگران بفروشند. مدت پیش خرید (سلف) نباید متجاوز از یک سال باشد. در خاتمه بانک ها در پیش خرید محصولات تولیدی باید مواردی را در تنظیم قرارداد مورد توجه قرار بدهند از قبیل، تعیین مشخصات کامل محصولات، پرداخت تمام قیمت پیش خرید به فروشنده در زمان انجام معامله، تعیین تاریخ تحویل، تعیین مقدار، تعداد، وزن و سایر مشخصات متعارف محصول مورد معامله، تعیین محل تحویل محصولات پیش خرید شده» البته قراردادهای بیع بانکی نیز دارای تطابق ها با قراردادهای بیع بین المللی کالا و حقوق تجارت بین المللی می باشد و این معیار تطبیق را از برخی مواد کنوانسیون می توان دریافت نمود که به آن اشاره خواهد شد البته برای معاملات سلف نیز عموماً حاکم است و یکی از این عموماً تحویل کالا مطابق قرارداد می باشد که مطابق مفهوم تطبیق در قراردادهای بیع داخلی است برای فهم معنای مطابقت کالا، نویسندگان بیشتر به تعریف و بررسی مفهوم «عدم مطابقت کالا» پرداخته و از آن به مفهوم مطابقت رسیده اند (چنانکه معروف است که تُعَرَّف الاشياءُ با ضدادها) فقدان مطابقت که در کنوانسیون آمده است، یک مفهوم عام بوده و هر نوع نقص در کیفیت یا کمیت کالا را در بر می گیرد.

برخلاف برخی نظام های داخلی، که هنوز هم بین انواع نقص و عیب و تخلف از شرط صفت بر حسب مورد تفاوت قائل می شوند، در کنوانسیون یک مفهوم عام و کلی از عدم مطابقت پذیرفته شده است که شامل غیب (اعم از مخفی و آشکار)، هر نوع نقص و تخلف از شرط صفت، و همچنین موردی که کالایی از نوع دیگر تحویل شده باشد، می گردد. (صفایی، ۱۳۹۳، ۱۲۱)

در حقوق فراسه از لحاظ کیفیت، مبیع باید مطابق شروط قرارداد باشد و فروشنده، ملزم به تسلیم کالا مطابق با قرارداد است. این تعهد به طور ضمنی از ماده ۱۶۰۳ ق.م.ف استنباط می شود. به علاوه، فروشنده باید کالایی را تسلیم مشتری نماید که با هدف مورد استفاده، متناسب باشد، و او ضامن عیوبی است که به این هدف لطمه زند و موجب شود که نتوان استفاده معمول را از کالا برد. (صفایی، ۱۳۹۳، ۱۲۴)

در حقوق ایران فروشنده باید کالایی را تسلیم کند که منطبق با قرارداد باشد به نظر می رسد که حکم ماده ۳۵ ک.ب.ب.ک در حقوق ایران هم قابل قبول است، زیرا حتی اگر توافق صریحی بین طرفین بیع وجود نداشته باشد، این شرط ضمنی وجود دارد که کالا باید متناسب با هدف متعارفی باشد که بدان منظور خریداری شده است. وقتی برای ساخت وسیله ای مواد اولیه خریداری می شود این مواد باید بر حسب عرف برای ساخت آن وسیله مناسب باشند. در تأیید این نظر می توان به ماده ۲۲۰ ق.م.هم استناد کرد، زیرا مناسب کالا با هدفی که بدان منظور خریداری می شود، عرف مسلم و در حکم تصریح در قرارداد است. (صفایی، ۱۳۹۳، ۱۲۶)

ب: معاملات اقساطی (نسیه)

به موجب ماده ۴۷ آیین نامه قانون عملیات بانکی منظور از فروش اقساطی عبارت است از واگذاری عین کالا به قیمت معین به شخص دیگر به نحوی که تمام یا قسمتی از ثمن معامله به اقساط مساوی یا غیر مساوی در سررسید و یا سر رسیدهای معین دریافت گردد و این تقریباً مشابه معاملات نسیه در عقد بیع قانون مدنی است ولی اندکی تفاوت در آن به چشم می خورد همانطور که ملاحظه می شود بانک ها برای ایجاد تسهیلات لازم در سرمایه گذاری واحدهای تولیدی می توانند بنا به درخواست کتبی متقاضیان واحدهای مزبور، مواد اولیه و لوازم یدکی و ابزار کار مصرفی و سایر نیازهای اولیه مورد احتیاج را تهیه و به اقساط به آنان بفروشند. قیمت فروش اقساطی با توجه به قیمت تمام شده و سود بانک محاسبه و تعیین می گردد (للاجل قسط من الثمن) به موجب ماده ۵۰ آیین نامه مذکور مدت وصول اقساط مربوط به قیمت فروش نباید از یک سال تجاوز نماید (عرفانی، ۱۳۹۲، ۵۹)

بند ششم: نگرشی بر حق حبس در حقوق داخلی و کنوانسیون بیع بین المللی

در کنوانسیون نیز مبنای مشترکی با مبنای حقوق داخلی وجود دارد یکی از این مبانی مشترک حق حبس است و در ماده ۵۸ کنوانسیون به آن پرداخته شده است با توجه به ماده ۳۰ در کنوانسیون پس از انعقاد بیع، فروشنده موظف به تسلیم مبیع و اسناد مربوط به آن به خریدار است همچنین خریدار متعهد به پرداخت ثمن و تحویل گرفتن مبیع طبق قرارداد و مقررات کنوانسیون است. ماده ۵۳ کنوانسیون این وظیفه اولیه دو طرف بیع بین المللی پس از عقد قرارداد و انجام مقدمات آن

است و به نوعی لازم و ملزوم یکدیگر می باشند. براساس ماده ۵۸ کنوانسیون، اگر در قرارداد، زمان خاصی برای پرداخت ثمن مشخص نشده باشد، خریدار می تواند تا زمانی که فروشنده کالا، یا اسناد مربوط به آن را طبق قرارداد و مقررات کنوانسیون در اختیار وی قرار نداده، از پرداخت ثمن خود داری نماید اما اگر، فروشنده کالا یا اسناد مربوط به آن را در اختیار خریدار قرار دهد خریدار باید ثمن را به فروشنده بپردازد. جهت تضمین دریافت ثمن، کنوانسیون این اختیار به فروشنده داده است که تسلیم مبیع و اسناد مربوط به آن را موقوف به دریافت ثمن نماید (صفایی، حسین، حقوق بیع بین المللی، ۱۳۹۳، ص ۲۴۷) آنچه از عبارات بالا استنباط می شود. وابستگی هریک از مبیع و ثمن به یکدیگر است که اصطلاحاً حق حبس نامیده می شود. به عبارت دیگر، تحویل کالا و پرداخت ثمن باید به طور همزمان صورت پذیرد، حتی اگر کالا تحویل متصدی حمل و نقل گردیده باشد مگر این که در قرارداد به نحوه دیگری توافق شده باشد.

بند هفتم: اصل استقلال قراردادهای تجاری در بیمه حمل و نقل

به طور کلی هر چیزی که بر روی هر نوع یا شکلی از وسیله نقلیه به منظور حمل از نقطه الف به ب بار گیری شود، کالا یا محموله نامیده می شود. در بیان اصطلاح " کالا یا محموله " بین آن چیزی که آسان یا مشکل دزدیده می شود نیز تفکیک قایل شده اند. بدیهی است که دزدیدن الماس و جواهرات با ارزش از دزدیدن زغال سنگ با همان ارزش آسان تر است. بنابراین و بر پایه یک اصل عملی روشنفکران بیمه دریایی تصمیم گرفتند برای هر نوع از کالا، نسبت ارزش به وزن آن از نسبت ارزش به وزن چیزهایی که تحت عنوان چیزهای با ارزش (مانند پول و مسکوک) نامیده می شود، تجاوز نکند .

علاوه بر این در تعریف بیمه حمل و نقل کالا، کالا چیزی است که حمل می شود. بنابراین اگر چیزی خودش حرکت کند کالا محسوب نمی شود برای مثال : هلی کوپتر به طور نرمال در قالب ریسک های هوایی مطرح می شوند. اما اگر به وسیله یک هواپیما یا کشتی حمل شود، کالا محسوب خواهد شد و در مقصد، دوباره به وضعیت اولیه خودش بر می گردد یعنی هلی کوپتری خواهد بود که ریسک های هوایی بر آن مطرح خواهد شد. این اصل برای تمام مواردی که در ان اتومبیل، کامیون، هواپیما، قایق و... بر روی اتومبیل ها، کشتی ها، قطارها و کامیون ها و... حمل می شوند، مصداق دارد. بیمه حمل و نقل کالا، پوششی است که در ان بیمه گر در قبال دریافت حق بیمه مناسب با پوشش بیمه ای از بیمه گذار، تعهد می کند چنانچه کالای مورد بیمه در جریان حمل و نقل و جابجایی از مبداء به مقصد (مندرج در بیمه نامه) به علت یکی از خطرات تحت پوشش بیمه نامه تلف یا دچار خسارت شود و یا بیمه گذار متحمل پرداخت هزینه هایی گردد، زیان وارده به کالا را جبران کند و هزینه ها را هم بپردازد(کمال خانی، سحر، خسارت حمل و نقل کالا، ص ۲۷)

نتیجه گیری

یکی از اشخاص حقوق تجارت در عصر حاضر در حقیقت بانک ها هستند که فعالیت های تجاری را رونق می بخشند و این قراردادها که بیشتر جنبه تجاری دارند تا ماهیت مدنی به دو گروه عمده بلند مدت و کوتاه مدتی تقسیم می شوند عملیات کوتاه مدت بانکی شامل سپرده دیداری و سپرده ثابت می باشد در ابتدا باید عنوان نمود سپرده به وجوهی گفته می شود که افراد آن را در بانک به ودیعه گذاشته و در مواقع نیاز از محل آن برداشت نماید. سپرده دیداری نیز سپرده ای است که افراد در بانک می سپارند و بانک متعهد می گردد که در صورت صدور چک و یا حواله، از طرف صاحب سپرده وجه آن را پرداخت نماید و البته سپرده ثابت نیز سپرده ای است که صاحب آن فقط در پایان مدت سپرده می تواند از آن برداشت نماید. اهمیت اقتصادی سپرده گذاری در بانک نیز این است که در بانک افزایش سپرده دربانک ها از طرف افراد از نظر سرمایه گذاری در بخش های تولیدی، صنعتی، تجاری و خدماتی و همچنین از لحاظ اعطای اعتبار به بازرگانان و صاحبان صنایع توسط بانک ها از اهمیت فوق العاده ای برخوردار می باشد. بر همین اساس بانک ها مردم را تشویق به پس انداز و سپردن پول خود نزد آنان می نماید تا بتوانند به سهولت اهداف تجاری و اقتصادی خود را دنبال نمایند. در دنیای امروز کار اصلی بانک سرمایه گذاری در واحدهای تولیدی و صنعتی، تجاری و خدماتی با استفاده از سپرده های مردم می باشد که موجبات شکوفایی اقتصاد جامعه و رفاه مردم را فراهم می سازد. بنابراین در نتیجه این تحقیق باید گفت مولفه هایی از قبیل بند اول: تنزیل به عنوان یک عمل تجاری خاص، بند دوم: اصل استقلال قرارداد های قرض الحسنه بانکی، بند سوم: اصل استقلال در قرارداد مشارکت حقوقی از مشارکت مدنی، بند چهارم: اصل استقلال قرارداد تجاری مضاربه از مضاربه مدنی، بند پنجم: اصل استقلال قرارداد تجاری خرید و فروش بانکی، بند ششم: نگرشی بر حق حبس در حقوق داخلی و کنوانسیون بیع بین المللی، بند هفتم: اصل استقلال قراردادهای تجاری در بیمه حمل و نقل در " اصل استقلال در قراردادهای تجاری - بانکی " نقش اساسی و عمده ای خواهند داشت.

منابع

- اسکینی، ربیعا، اسناد تجاری، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، تهران
- -----، کلیات، اعمال تجاری، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، تهران
- -----، شرکت های تجاری، ج اول، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، تهران
- -----، شرکت های تجاری، ج دوم، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، تهران
- -----، ورشکستگی، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، تهران
- امیر معزی، احمد، ۱۳۹۱، قواعد حل تعارض بر قانون حاکم بر قراردادهای تجاری، نشر دادگستر، تهران
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۸، وسیط در ترمینولوژی، انتشارات گنج دانش
- ----- (۱۳۸۹) ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ----- فلسفه حقوق مدنی، ۱۳۹۰، دو جلد، انتشارات گنج دانش چاپ دوم
- بی نام، دانشنامه جهان اسلام؛ مرکز دائره المعارف اسلامی، ج ۹، بی تا، بی جا
- دمرجیلی، محمد و...، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، نشر میثاق عدالت، ۱۳۹۰، تهران
- راشدی اشرفی، علیرضا، حقوق تجارت کاربردی؛ شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۲
- رضائی؛ علی، حقوق تجارت الکترونیکی، ۱۳۹۲، چاپ میزان
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد چهارم، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹
- -----، حقوق تجارت، جلد دوم، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹
- سنهوری؛ عبدالرزاق؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی، مهدی دادمزی و محمد دانش کیا، ۱۳۹۳
- شعاریان، ابراهیم، اصول حقوق قراردادهای اروپا و ایران، ۱۳۸۹، نشر پردازش، تبریز
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹) آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، جلد دوم، تهران، دراک
- ----- آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد دوم، تهران، دراک.
- ----- آیین دادرسی مدنی (دوره ی پیشرفته)، جلد سوم، تهران، دراک
- شهیدی؛ مهدی؛ آثار قراردادها و تعهدات؛ ۱۳۹۰؛ مجد، تهران
- صفایی، حسین، حقوق بیع بین المللی بررسی کنوانسیون ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران فرانسه انگلیس و ایالات متحده آمریکا، ۱۳۹۲، انتشارات دانشگاه تهران
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ۱۳۹۱، چاپ پنجم، انتشارات مجد
- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، ۱۳۸۸، نشر میزان
- طارم سری، مسعود، حقوق بازرگانی بین المللی، ۱۳۸۹، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، تهران

- عرفانی، محمود، حقوق تجارت، ج ۱، انتشارات جنگل، تهران
- عمید، حسن، ۱۳۸۱، دوره دو جلدی، انتشارات امیرکبیر، تهران
- کاتبی، حسینقلی، حقوق تجارت، ۱۳۸۷، انتشارات گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، ۱۳۹۰، شرکت سهامی انتشار، چاپخانه بهمن
- -----، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ۱۳۹۰، شرکت سهامی انتشار، چاپخانه بهمن
- -----، حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۸۸، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- -----، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ۱۳۸۹، میزان چاپ بیست و هشتم
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، جلد دوم، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
- موسوی خمینی، سید روح الله، مترجم: اسلامی، علی، تحریر الوسیله، ۱۴۲۵، ترجمه، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ۲۱، ۱۴۲۵ ه ق
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، المکاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ۲ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه ق
- -----، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ۲ جلد، المكتبة المحمدية، تهران - ایران، اول، ۱۳۷۳ ه ق
- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ ه ق
- نراقی، احمد، عوائد الایام، قم مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق ۱۳۶۶ ه.ش، چاپ دوم.
- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، سؤال و جواب (للسید الیزدی)، در یک جلد، مرکز نشر العلوم اسلامی، تهران - ایران، اول، ۱۴۱۵ ه ق
- کاویانی، کوروش، حقوق اسناد تجاری، نشر میزان، ۱۳۸۷
- کاویانی، کوروش، حقوق شرکت های تجاری، نشر میزان، ۱۳۸۷
- کمال خانی، سحر، ۱۳۸۴، خسارت حمل و نقل کالا، شرکت سهامی بیمه البرز
- معین؛ محمد، ۱۳۸۷، دوره شش جلدی، انتشارات امیرکبیر، تهران

مقالات

- ناظم، علیرضا، ۱۳۸۸، تعهدات بایع در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران، مجله کانون، شماره ۹۸

- نصوحی، احسان، تطبیق اصل آزادی قرارداد با قاعده العقود تابعه للقصود، ش ۱۱، مجله حقوق خصوصی، بی تا
- خادمی، علی و همکاران، مقاله مطالعه تطبیقی اصل نسبی بودن قراردادها در حقوق ایران و انگلیس، ۱۳۹۳، مجله کانون، شماره ۱۳۵

قوانین

- قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶
- قانون مدنی
- قانون تجارت
- قانون اساسی
- قانون آیین دادرسی مدنی

- سایت

www.dumping.htm

