



## تحلیل ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی دربستر عقود معین

پدیدآورده (ها) : کاشانی حصاری، محسن  
میان رشته ای :: مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه :: پاییز 1395، سال دوم - شماره 1/3  
از 1 تا 23  
آدرس ثابت : <http://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1166431>

دانلود شده توسط : مهدی لطیفی  
تاریخ دانلود : 07/05/1396

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

## تحلیل ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی دربستر عقود معین

محسن کاشانی حصاری

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد زنجان

### چکیده

در دنیای کنونی اعتبار اسنادی که مخلوق قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است بعنوان روش پرداختی نوین نقشی حیاتی و کم بدیل را در تجارت بین الملل برعهده دارد، این قرارداد بدلیل نوظهور بودنش نسبت به سایر روش‌های پرداخت و نقشی که بانک‌ها در آن ایفا می‌کنند از منظر ماهیت و تطبیق با نهادهای و قواعد موجود حقوقی همواره محل گفتگوی نویسندگان و حقوقدانان بوده است، چرا که برخی کارکردها و آثار ناشی از آن ویژه خود این ابزار بوده و بدیلی در حقوق مدنی بری آن یافت نمی‌شود به همین دلیل اغلب دست اندکاران حوزه تجارت بین الملل و حتی وکلا و قضات تصویر چندان درستی از این مکانیزم پرداخت ندارند، برخی نویسندگان خارجی اعتبار اسنادی را موجودی عجیب الخلقه گفته اند و حتی در انتخاب عنوان قرارداد برای خالق آن یعنی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی ابراز تردید کرده اند، در میان نویسندگان کشور ما نیز عقیده غالب براین است که با توجه به سوابق فقهی معاملات، اعتبار اسنادی را نیز باید در قالب عقود معین تحلیل نمود، از این رو این پژوهش به بررسی ماهیت حقوق مکانیزم اعتبار اسنادی و یکی از مهمترین ارکان این یعنی توافق بانک و متقاضی اعتبار که در کشور ما به قرارداد گشایش اعتبار موسوم است می‌پردازد، عقود مورد قیاس با این مکانیزم که در دو گروه عقود مشارکتی و عقود اذنی و وثیقه ای مورد بررسی واقع شده اند به دلیل تناقضاتی که نشات گرفته از اصول حاکم بر حقوق مدنی بطور عام و حقوق قراردادها بطور خاص با ویژگی‌های منحصر بفرد اعتبار اسنادی است، هیچ یک ظرفیت در برگرفتن ماهیت حقوقی این ابزار نوظهور را از خود نشان ندادند.

**واژه‌های کلیدی:** اعتبار اسنادی، وکالت، ضمان، حواله، مضاربه، جعاله، قرارداد گشایش اعتبار اسنادی.

## ۱- مقدمه

تحلیل اوصاف عمل حقوقی گشایش اعتباراستنادی از منظراصول حاکم بر حقوق مدنی بویژه حقوق قراردادها بیانگراین واقعیت است که این توافق، بعنوان محصول نیازمندی های تجاری بازرگانان تا اندازه زیادی تحت تاثیراصول حقوقی حاکم بر روابط تجاری به ویژه در حوزه حقوق استنادتجاری و مقررات متحددالشکل اعتباراستنادی اتاق بازرگانی بین المللی به عنوان بخشی از حقوق تجارت بین المللی است که قابل توجه ترین مستند قانونی در این زمینه است به همین دلیل در موارد متعددی امکان تطبیق دقیق این ابزار نوظهور براساس اصول حقوق مدنی امکان پذیرنیست چراکه فلسفه وجودی احکام در حقوق مدنی به میزان چشمگیری متفاوت وغلب متعارض با فلسفه وروح حاکم بر حقوق تجارت است.

باین وصف برخی از نویسندگان ما به تبع مشاهیرفقه برآند که ماهیت هر عمل حقوقی را صرفا باید در این عقود از پیش تعريف شده معین یافت، زیرا به نحو شایسته ای ظرفیت در برگرفتن هر عمل حقوقی حتی ابزار نوظهوری چو اعتباراستنادی واجراء را دارامی باشند. در همین راستا هر کسی از ظن خود یاری را در عقود معین برای این مکانیزم واجراء آن از جمله توافق بانک مقاضی برگشایش اعتبار پیشنهاد می دهد، برخی آنرا بیان چون چرا و کالت می دانند<sup>۱</sup> و برخی دیگر قالب مضاربه و ضمان وحواله را مناسب می یابند، در این میان نظام بانکی ما نیاز سر، سرگشتشی های ناشی از تصویب قوانین عجلانه وغیر کارشناسانه<sup>۲</sup> این حوزه خود را در گرداب جعله انداخته است.

در حالی که واضح است، تمیز جایگاه هرنها در حقوقی قبل از هر چیز نیاز به شناخت ماهیت آن نهادارد، به عنوان مثال تاندانیم که باز کردن حساب جاری یا سپرده سرمایه گذاری در زمرة اعمال حقوقی است قادر به تمیز محل آن در زمرة اعمال حقوقی نمی شویم و به جستجوی عنوان شایسته آن نمی پردازیم و در این مسیر روی آوردن به قیاس مورد نزاع با احکام موجود در ماهیتی مشابه مطمئن ترین راه دستیابی به راه حلی هماهنگ با نظام حقوقی است به همین دلیل است که اندیشمندان می کوشند به جای استقبال از خطأنحراف و بدعت، به قیاس موضوع با یکی از ماهیت های سنتی پردازندوراه نجات را از درون نظام حقوقی بیانند<sup>۳</sup> و همین قیاس با نهاد های سنتی اگرچه خود منتهی به یافتن قالبی مشابه برای عمل حقوقی موردنظر نگردد لیکن در زدودن تردیدها و یافتن راه حل های نوین گشایش گرخواهد بود. در همین راستا این پژوهش را به این روش قیاسی اختصاص دادیم تا شایع ترین عقود معین که در مظلان مجانت است با توافق برگشایش اعتباراستنادی و یا به اعتقاد برخی مکانیزم اعتباراستنادی است مورد مذاقه واقع گردد، در یک بخش عقود اذنی و وثیقه ای در بخش دیگر عقود مشارکتی را واکاوی خواهیم نمود.

مبحث نخست- بررسی مقایسه قرارداد گشایش و اعتباراستنادی با عقود اذنی  
گفتار نخست- عقد و کالت

با توجه به چگونگی انجام عملیات اعتباراستنادی شاید بنظر بررسد که اعتباراستنادی در واقع نوعی و کالت منطبق بر مقررات عقد و کالت و ماده ۶۵۶ قانون مدنی است<sup>۴</sup>، چراکه بواسطه قرارداد گشایش اعتبار، مقاضی به بانک و کالت می دهد تا به نمایندگی از سوی او پس از وصول اسناد حمل مطابق قرارداد و تطبیق آن و حصول سایر شرایط نسبت به پرداخت وجه اعتبار به ذینفع یا به حواله کردا و اقدام و یا با حق توکیل به بانک دیگر مفاد و کالت را به انجام رساند و در مقابل نسبت به دریافت اجرت (حق الوکاله)

<sup>۱</sup> محمد رضا حاج علی، بررسی تطبیقی اعتبارات استنادی داخلی با اعتبارات استنادی بین المللی و راه های رفع موانع درجهت افزایش کارایی آن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ۳۸۴، تهران، موسسه باتکاری جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۳۳.

<sup>۲</sup> دکتر سید محمود مصطفوی کاشانی، نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، پائیز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۹ بعد

دکتر سید محمود مصطفوی کاشانی، مبانی حقوقی و مقررات بهره‌وزیان دیرکرد، مجله کانون و کلای دادگستری مرکز، شماره ۱۷۶، بهار ۱۳۸۱، ص ۴۵ بعد

<sup>۳</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، مجموعه مقالات شانزدهمین همایش بانکداری اسلامی، ص ۷۴ بگرفته از:

visited at 26/1/2015 [www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf](http://www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf)

<sup>۴</sup> ماده ۶۵۶ قانون مدنی: و کالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر برای امری نایب خود میکند

که میزان آن وابسته به توافق بانک و متقاضی است مبادرت می نماید.<sup>۵</sup> به عبارتی دیگر می توان گفت: به موجب توافق منجر به گشایش اعتباراستنادی متقاضی اعتباره عنوان موکل، بانک گشاینده به عنوان وکیل موضوع وکالت پرداخت وجه اعتبار به ذینفع یا به حواله کردا و یا قبولی بروات وی در مقابل اخذ اسناد حمل وتحقیق سایر شروط قرارداد گشایش تلقی می گردد. دربادی امرشاید بنظربرسد که قرارداد گشایش اعتبارات استنادی با توجه به آنچه که شرح آمد حقیقتاً مطابق ماده ۶۵۶ قانون مدنی باشد، حتی مقررات **UCP500** نیز پیش از این می توانست تقویت کننده این استدلال باشد، چراکه وفق این مقررات متقاضی اعتبار، بانک را در پرداخت ثمن به روش های یادشده در مقررات فوق نایب خود قرار می داد. لیکن بررسی و مقایسه ویژگی های عقد وکالت و آثار آن با چگونگی عملکرد اعتبارات استنادی و نتایج حاصل از آن تردیدی جدی به این نظریه وارد میکند.

بنا به تعریف فقه‌ها که مورد توجه نویسندگان قانون مدنی نیز قرار گرفته است، عقد وکالت عبارتست از ایجاب و قبولی که دلالت برنیابت در تصرف دارد<sup>۶</sup> و عقدی جایز تلقی می‌گردد<sup>۷</sup> در حالی که بررسی اوصاف توافق برگشایش اعتبار استنادی مبین آنست که این توافق نه از نظر ماهیت و چگونگی تعهدات طرفین و نه از نظر هدف تأسیس آن حتی در فرض توافق براعتبار استنادی قبل برگشت صرفاً می تواند تعهدی لازم الاتباع باشد و نه جایز. گذشته از احکام ناظر بر عقود جایز در موضوع بقا و استمرا آنها، عقد وکالت به عنوان عقدی جایز از این منظور در مظلان سنتی بیشتری نیز نسبت با سایر عقود جایز قرار دارد، زیرا فقهاء اعماء و فقادان عدالت را هم در اموری که عدالت شرط وکالت است را به موجبات بطلان وکالت افزوده اند<sup>۸</sup> همچنین به اعتقاد غالب حقوقدانان، قانونگذار باید سفسه راهنم به موارد مندرج در ماده ۶۷۸ در کنار جنون و مرگ طرفین می افزود.<sup>۹</sup>

علاوه بر این حکم ناشی از ماده ۶۸۳ قانون مدنی وارتباط با آن با قرارداد گشایش اعتبار استنادی است، که به موجب آن، از بین رفتن متعلق وکالت یا انجام موضوع وکالت از سوی موکل از موارد دیگر منفخ شدن عقد وکالت است، حال این پرسش به میان می آید اگر این توافق را وکالت فرض کنیم، چنانچه بعد از تحقق انعقاد قرارداد گشایش اعتبار استنادی وايجاد تعهدبرای بانک، به هر دلیلی این تعهد را ازا موقعاً موکل که همان متقاضی گشایش اعتبار است، به عنوان موکل ایفاء گردیداً وی مدعی ایفای آن شود، اصولاً تعهد بانک به عنوان وکیل با توجه به مفاد این ماده خود به خود منتفی خواهد بود

حال آنکه چنین وضعیتی در مکانیزم اعتبار استنادی قبل تصور نیست، چراکه بر اساس اصل استقلال اعتبار استنادی، به محض گشایش اعتبار این قرارداد از سایر روابط قراردادی از جمله قرارداد پایه که بین خریدار و فروشنده منعقد شده و معاملات دیگر منفک بوده و بانکی که خود را وارد جریان یک اعتبار استنادی می کند، صرفاً با یک مسئله سروکار خواهد داشت و آن این است که آیا این اعتبار که بوسیله فروشنده تسلیم می شوند با استنادی که در دست پرداخت خریدار مشخص شده اند مطابقت دارد یا خیر؟<sup>۱۰</sup> بنابراین اعمال حکم ماده ۶۸۳ قانون مدنی درخصوص قرارداد گشایش اعتبار استنادی و تعهدات حاصل از آن امکان پذیر نیست و حتی صرف نظر از ادعای متقاضی اعتبار حتی اثبات اسقاط تعهدی به هر دلیلی اعم از پرداخت و ابراء و تهاتر و... در مقابل خریدار این اختیار را به بانک نمی دهد که از پرداخت وجه اعتبار گشایش یافته به ذینفع خودداری کند. در همین رابطه یک قاضی مشهور انگلیسی به نام لرد دنینگ<sup>۱۱</sup> در یک دعوی بین المللی تصمیم معروفی دارد به این شرح که:

<sup>۵</sup> Dr. Ahcene Lahsasna, Ibid, p21

<sup>۶</sup> محقق حلی، المختصر النافع، چاپ دوم، مرکز الطباعة والنشر فی موسسه البعلة، ۱۴۱۶ هـ، ق، تهران، ص ۲۵۱  
ابوعبدالله محمد بن مکی عاملی «شهید ثانی» تحریر الروضه فی شرح المعه، چاپ دوازدهم، سمت، ۱۳۸۸، تهران، ص ۷۶

<sup>۷</sup> پیشین، ص ۷۷ و ۷۶

<sup>۸</sup> محقق حلی در المختصر النافع در این باره بیان می دارد: «بتطل الوکاله بالموت والجنون الاغما وتلف ما يتعلّق به، پیشین سیدعلی حائری شاه باغ شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران، ص ۶۰۸

<sup>۹</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محسی قانون مدنی، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران، ص ۳۶۲

<sup>۱۰</sup> دکتر بهروز اخلاقی، بحثی پیرامون اعتبارات استنادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، پاییز ۱۳۷۰، ص ۸۲

<sup>11</sup> Lord denning M.R.

{این مطلب اساسی است که هربانکی که اعتبار اسنادی صادر می کند باید به تعهد خود پای بند باشد، بنک به هیچ وجه بالاختلاف خریدار و فروشنده کاری ندارد، خریدار ممکن است بگوید که ادعای متقابلی درمورد مبلغ زیادی دارد ولی بنک باز هم باید تعهدات خود را محترم شمارد، یک اعتبار اسنادی مشابه یک سفته است که از بابت بهای کالایی باید داده شود و همچون وجه نقدباید محترم شمرده شود، هیچگونه تهاوت یا ادعای متقابل برای کاهش آن مجاز نمی باشد} <sup>۱۲</sup>

این توصیف تجارتی از تعهد بنک در مقابل ذینفع بیانگر این واقعیت است که در اعتبار اسنادی آنکه به عنوان متعهد اصلی و نه نماینده او در مقابل ذینفع شناخته می شود بنک گشاینده است. در حالی که چنانچه در قالب نظریه نماینده‌گی <sup>۱۳</sup> قائل به وکیل بودن بنک باشیم آثار ناشی از قرارداد گشایش اعتبار اصولاً باید دامنگیر مقتاضی به عنوان اصیل گردد و نه بنک که این موضوع به خوبی بیانگر عمق تناقضات موجود بین یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و عقد و کالت به عنوان یک نهاد حقوق مدنی سنتی است. بنابراین با توجه به آنچه که در تحلیل این قرارداد با احکام عقد و کالت آمد تردیدی باقی نمی گذارد که قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نه از نظر ماهیت و نه از نظر عملکرد نمی تواند عقد و کالت تلقی شود.

#### ۱۴ گفتار دوم - عقد حواله

در نصوص مقررات اسلامی هیچ تعریفی از حواله به چشم نمی خورد و فقهاء در تعیین حدود ماهیت حقوقی آن اختلاف عمیقی دارند، برخی حواله را انتقال دین، برخی دیگر ایفاء دین، انتقال مطالبه، گروهی انتقال مطالبه و دین، و برخی آنرا تضامن می داند و براساس همین تحلیل ها در عقديا ايقاع بودن آن نيزاتفاق نظرو جود دارد. <sup>۱۵</sup>

با این حال بنا بر آنچه که در بین مشهور فقهاء در این مورد مطرح است و به تبع آن در قانون مدنی آمده حواله عقدی مستقل و از عقود معین تلقی می گردد <sup>۱۶</sup>، صاحب جواهر در موضوع ماهیت حواله پس از ذکر نظریات بعضی از فقهاء شیعه و سنسی در مورد اینکه آیا حواله معاوضه است یا استیفا و یا تغییر بدھکاریا تغییر طلبکار؟ چنین گفته: {صحيح این است که حواله یک عنوان مستقل و اصل مستقل است، نه معاوضه، نه استیفا و نه چیز دیگر} <sup>۱۷</sup>، قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقهاء در ماده ۷۲۴ اشعار داشته:

«حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می گردد، مدیون رامحیل، طلبکار را محتال و شخص ثالث را محال عليه می گویند»

با این وصف به اعتقاد برخی اثر حواله "انتقال دین" از ذمه محیل به شخص ثالثی است که حواله بر عهده او صادر می شود، بدین معنی که پس از تحقق حواله ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و به تصریح ماده ۷۳۰ قانون مدنی ذمه محال عليه مشغول می شود <sup>۱۸</sup> و با توجه به اینکه تحقق عقد حواله منوط به وجود دین قبلی است که اساساً حواله بر اساس وجود این دین و به تبع آن تشکیل می گردد لذا از این منظر عقدی تبعی تلقی می شود.

حواله از یک دیدگاه و اجد شباهت بسیاری با برات به عنوان یک سند تجارتی است <sup>۱۹</sup> و بواسطه همین قرابت می تواند مشابه هایی با مکانیزم اعتبار اسنادی داشته و عناصر متشکله این تأسیس حقوقی قابل تطبیق با برخی عناصر سازنده اعتبار اسنادی

<sup>۱۲</sup> به نقل از دکتر بهروروز اخلاقی، پیشین، ص ۸۲ و ۸۳

<sup>۱۳</sup> جهت مطالعه بیشتر درخصوص مفاد این نظریه رجوع شود به دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای، پیشین، ص ۵۴

<sup>۱۴</sup> از آنجاییکه در حواله وضمان ذمه شخصی و تیقه دین بستانکار است به آنها "وثائق شخصی" اطلاق گردیده است

<sup>۱۵</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، عقد حواله، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۰، تهران، ص ۱۱ تا ۴۰

<sup>۱۶</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین، چاپ دوم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران، ص ۴۰۰

<sup>۱۷</sup> سید محمد باقر صدر، حواله ۲، تقریر، سید علیرضا حائری مجله فقه اهل بیت، ۱۳۷۹، شماره ۲۱، ص ۳ بعد

<sup>۱۸</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۹۲

<sup>۱۹</sup> دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات ج ۱، میزان، ۱۳۸۱، تهران، ص ۱۵۳

از جمله قراردادگشایش اعتبار باشد، زیرا همانگونه که در عقدحواله مديون یا همان محيل توسط حواله مطالبه دین خودارسوی محتال را متوجه شخص دیگری به نام محال عليه می نماید، در مکانیزم اعتباراسنادی نیز می توان با تشبیه خریداربه محيل و انتباق فروشنده با محتال چنین تصور کرد که خریداربا گشایش اعتباراسنادی مطالبه دین ناشی از قراردادفروش کالا یا عرضه خدمات را از سوی فروشنده متوجه بانک گشاینده به عنوان شخص ثالث یا همان محال عليه نموده و به این ترتیب شباهتی کامل بین عقدحواله و قراردادگشایش اعتباراسنادی و یا حتی کل مکانیزم آن برقرار می شود. لیکن با دقت در مبانی، ماهیت و آثار این دوروش پرداخت<sup>۲۰</sup> تفاوت های اساسی آنها آشکارا و تطبیق اعتباراسنادی و قراردادگشایش اعتبار آن را با عقدحواله را مواجه با تردید جدی می نماید که به برخی از آنها به شرح ذیل اشاره می شود:

یکم: همانگونه که در تعریف حواله در ماده ۷۲۶ قانون مدنی بدان اشاره شده یکی از ارکان عقدحواله که شرط صحت آن نیز تلقی شده، لزوم وجود دین محيل به محتال است، مشهور فقهاء نیز همین عقیده را دارند که باید ممه محتال باشد به بیان دیگر حواله برای ایفاء دین بکار می رود<sup>۲۱</sup>، در غیر این صورت نقل ذمه به ذمه که مقتضای عقدحواله است امکان نمی یابد<sup>۲۲</sup> و مالا نام حواله نیز برآن صادق نخواهد بود، همچنین این دین باید به عنوان بدھی مسلم وبال فعل در حین عقد بر ذمه محيل ثابت و مستقر باشد و دین غیر ثابت نمی تواند مورد حواله قرار گیرد<sup>۲۳</sup>. هر چند برخی دیگر ثبوت دین بر ذمه محيل را از شرایط صحت حواله ندانسته و با تشبیه آن به ضمانت، نظریه صحت حواله دینی که سبب آن ایجاد شده باشد داده اند.<sup>۲۴</sup>

در حالی که در مکانیزم اعتباراسنادی، ممکن است تعهد خریدار به گشایش اعتبار به عنوان شرطی مقدم بر شکل قرارداد فروش باشد که در این فرض، غالباً در زمان انعقاد قراردادگشایش اعتبارهیج دینی بر ذمه متقاضی به عنوان محيل در مقابل ذینفع به عنوان محتال وجود ندارد و حتی در مواردی که این تعهد به عنوان شرط اساسی در قرارداد فروش مورد توافق قرار می گیرد، ممکن است صرف توافقاتی در خصوص معاملات فی مابین در قرارداد پایه بین متقاضی و ذینفع اعتبراً واقع گردید که یکی از این توافقات، تراضی بر روش پرداخت از طریق اعتباراسنادی است، مانند توافقاتی که منجر به گشایش یک اعتباراسنادی غیرفعال می شود، که این به معنای اشتغال ذمه خریدار به عنوان متقاضی اعتبار در مقابل فروشنده به عنوان ذینفع اعتبار نیست، در حالی که ماده ۷۲۶ قانون مدنی صراحتاً شعار داشته: «اگر در مورد حواله محيل مديون محتال نباشد احکام حواله برآن جاری نخواهد بود» از سوی دگرحتی اگر فرض را برآن بگذاریم که به صرف قرارداد پایه، بیع واقع گردیده و خریدار مالک کالای مورد معامله است و به همین دلیل ذمه اش بابت ثمن معامله در برابر ذینفع اشتغال یافته است با ایراد عدم تجیزو واستقرار این دین مواجه خواهیم بود، چرا که پرداخت اعتبار به ذینفع مشروط به ارایه اسناد حمل و تطبیق آن بادستور پرداخت می باشد و بر اساس اصل یا دکترین "رعایت دقیق اسناد"<sup>۲۵</sup> بانک دریافت کننده اسناد حق دارد اسنادی را که دقیقاً با شرایط و مفاد اعتبار مطابقت ندارد را رد کند<sup>۲۶</sup>، به نحوی که این اصل بانک را در امتناع از پرداخت وجه اعتبار به متقاضی مجاز می کند.<sup>۲۷</sup> لذا با این اوصاف این دین بر فرض وجود، دینی منجز و مستقر بر ذمه متقاضی نخواهد بود، و حتی اگر قابل به ایجاد سبب حواله بواسطه قرارداد گشایش اعتبار نیز باشیم بنا به موارد پیشگفته بی تردید عنوان حواله براعتبارات اسنادی عنوانی مدلل و شایسته نیست.

<sup>۲۰</sup> هر چند در فقه و حقوق مدنی نویسنده‌گان ما هرگز بحثی با عنوان روش‌های پرداخت مطرح نکرده اند لیکن بررسی عقد حواله به عنوان روش پرداخت، صرف نظر از ماهیت آن خالی ازوجه نمی باشد.

<sup>۲۱</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۰۶

<sup>۲۲</sup> حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۶، چاپ مهدوی مهریزی و محمدحسین درایتی، ۱۳۷۷، قم، ص ۱۲۳

<sup>۲۳</sup> سیدعلی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران، ص ۶۴۴

دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۲، انتشارات اسلامیه، چاپ دهم، ۱۳۷۳، تهران، ص ۲۸۹

<sup>۲۴</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ایشان در این زمینه بیان داشته اند: «دقیق تر آنست که گفته شود، وجود سبب دین محيل به محتال از شرایط تحقق حواله است»

<sup>۲۵</sup> The doctrine of strict performance

<sup>۲۶</sup> دکتر بهروز اخلاقی، پیشین، ص ۸۴ و ۸۵

<sup>۲۷</sup> مرتضی شهبازی نیا و فاطمه الهوی زارع، مفهوم انتباق دقیق در اعتبارات اسنادی با تأکید بر سندسیاهه تجاری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۴۹

دوم: حواله باعث انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال عليه می‌گردد، درنتیجه دراثرتحقق عقد، محیل دربرابر محتال بری و به جای او ذمه محال عليه عهده دارپرداخت می‌شود، این امر اثر حواله در رابطه حقوقی محیل و محتال است که به پیروی از فقهای امامیه در ماده ۷۳۰ قانونی مدنی انعکاس یافته است، به موجب این ماده: «پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده است بری و ذمه محال عليه مشغول می‌شود»<sup>۲۸</sup>

بنابر آنچه که شرح آن آمداداً ساز مکانیزم اعتبار اسنادی، فرض بر اشتغال ذمه متقاضی گشایش اعتبار به عنوان محیل دربرابر ذینفع به عنوان محتال نیست تا بواسطه تحقق حواله مذکور (قرارداد گشایش) ریسمان دین از ذمه او گشوده و بر ذمه بانک به عنوان محال عليه بسته شود و این ترتیب ذمه بانک اشتغال یابد، بلکه در عمل اغلب این متقاضی اعتبار است (محیل) که با گشایش اعتبار و در خواست آن مدیون بانک می‌گردد،<sup>۲۹</sup> لذا از منظر عملکرد مکانیزم اعتبار اسنادی هیچگونه انطباقی بین قرارداد گشایش اعتبار با عقد حواله وجود ندارد.

سوم: با توجه به اینکه حواله عقدی تبعی است؛ هرگاه منشأ دین موضوع عقد حواله، قرارداد باشد و بعد از انعقاد حواله، قرارداد به واسطه اعمال خیار یا اقاله، فسخ شود، در این که فسخ قرارداد، موجب انفساخ حواله به عنوان عقدی تبعی می‌شود و یا حواله به صحت و اعتبار خود بقای است و نیز در مورد آثار مترتب بر آن اختلاف نظرهای جدی وجود دارد. قانون مدنی این موضوع را در ضمن یکی از مصاديق آن در ماده ۷۳۳ بیان داشته است؛ اما نحوه نگارش این ماده که از فقه اقتباس شده است، به گونه‌ای چنان مجمل و مبهم است که امکان تفسیر آن بر مبنای هر یک از دو نظریه یعنی انفساخ حواله یا صحت و بقای آن وجود دارد.<sup>۳۰</sup> با این حال گفته شده چون حواله عقدی است که بمنظور انتقال دین یا طلب و یا در مقام وفا به عهد واقع می‌شود، پس هرگاه معلوم گردد؛ اساس دینی وجود نداشته لغوی بهوده می‌شود<sup>۳۱</sup>، ماده ۷۳۳ قانون مدنی در همین زمینه اشعار می‌دارد:

«اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدھدیا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را ز کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع به واسطه‌ی فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال عليه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کنند، مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود»

علیرغم اختلافات موجود، در جایی که خریدار برای پرداخت ثمن و برمبنای درستی بیع حواله ای به سود فروشنده صادر کند، سپس بطلان بیع آشکار گردد، این بطلان نشان می‌دهد که محیل از آغاز دینی به محتال نداشته و به پنداش و وجود چنین دینی حواله به سود او صادر کرده است، پس طرفین درجهت تراضی در اشتباہ بوده اندو حواله باطل است، حداقل در این فرض در درستی حکم مفاد ماده ۷۳۳ ترددیدی از سوی نویسنندگان واقع نشده است.<sup>۳۲</sup> در حالی در مکانیزم اعتبار اسنادی برمبنای اصل استقلال، اعتبار گشایش شده و تعهد پرداخت ناشی از سند اعتبار اسنادی، مستقل از وجود و اعتبار امیری از این خلق گردیده از قرارداد پایه و یادیگر قراردادها مستقل است و در واقع یک ماهیت خود به خود اجر اشونده دارد.<sup>۳۳</sup> لذا به هیچ وجه بواسطه تغییر و تحول قراردادهای دیگر دستخوش تغییر و دگرگونی نخواهد شد و بانک گشاینده اعتبار تحت هر شرایطی معهد به ایفای تعهدات خود دربرابر ذینفع خواهد بود که این موضوع یکی از تفاوت‌های اساسی عقد حواله با مکانیزم اعتبار اسنادی است و همان‌گونه که

<sup>۲۸</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۱۲ و ۴۱۵

<sup>۲۹</sup> محمد تقی رفیعی، تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران، اندیشه‌های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۷۱

<sup>۳۰</sup> محمود کاظمی، اثر انحلال قرارداد مشأ دین بر عقد حواله، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، زمستان ۱۳۸۹، شماره ۴، صفحه ۱۴۳ تا ۱۷۶

<sup>۳۱</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۲۸

<sup>۳۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۴۳۰ و ۴۳۱

<sup>۳۳</sup> دکتر بهروز اخلاقی، پیشین، ص ۸۱

<sup>۳۴</sup> علیرضا سعیدی، ضمانت نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، چاپ دوم، شهردانش، ۱۳۹۱، تهران، ص ۴۷

در فصل پیشین نیز مشروحاً بدان پرداخته شد اساساً قرارداد گشایش اعتبار استنادی بیشتر به عقدی مستقل می‌ماند تا عقدی تبعی مانند حواله.

رابع: عقدحواله می‌تواند به توافق طرفین آن در قالب اقاله انحلال پذیرد<sup>۳۵</sup>، در حالی که این امکان نه تنها مخالف با فلسفه به وجود آمدن مکانیزم اعتبار استنادی به عنوان روش پرداختی مطمئن است بلکه اساساً چیزی تحت عنوان اقاله در عملیات اعتبار استنادی وجود ندارد به ویژه در اعتبار استنادی غیرقابل برگشت که به عنوان اصل در مقررات UCP600 پذیرفته شده طرفین قرارداد گشایش اعتبار استنادی هیچگاه امکان و حق دخل و تصرف در اعتبار صادره به سود ذینفع را ندارند، در اعتبار استنادی قابل برگشت نیز هر چند بانک گشاینده امکان لغو اعتبار صادره را دارد ولی این امکان بیشتر شبیه به حق فسخی است که در حقوق قراردادها به چشم می‌خورد و سنتیتی با عنوان اقاله ندارد. این وجود اختلاف اساسی بین این دو روش پرداخت مovid این واقعیت که عقدحواله نمی‌تواند قالب مناسبی برای عملیات اعتبار استنادی یا عناصر سازنده آن از جمله قرارداد گشایش اعتبار باشد.

### گفتار سوم - عقدضمان

به موجب ماده ۶۴۸ قانون مدنی: «عقدضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد، متعهد راضیمن و طرف دیگر راضیمن له و شخص ثالث راضیمن عنہ یامدیون اصلی گویند»<sup>۳۶</sup> ضمان درلغت به معنای پذیرفتن التزام واشتمال، کفالت، طی و خلال و امثال آنست و فقها آنرا به معنای التزام به پرداخت دین ثابت در ذمه یا احصار نفس دیگری می‌دانند<sup>۳۷</sup> و معنی آن مترادف با تعهد است، به نظر برخی نویسنده‌گان قانون مدنی ذکرو روازه (مال) در این تعریف حائز اهمیت است چرا که حسب تعریف مال در متون فقهی وبالطبع در قانون مدنی، این واژه هم شامل عین وهم شامل دین می‌شود<sup>۳۸</sup> که فراتر از تعهد است.

با توجه به شبهات‌های که از نظر کارکرد طرفین عقدضمان و مکانیزم اعتبار استنادی وجود دارد، برخی را اعتقاد براین است که قرارداد گشایش اعتبار استنادی در واقع از مصاديق عقدضمان بوده و منطقی ترین قالب برای این توافق می‌باشد. شاید در نگاه نخست این دیدگاه منطقی به نظر بررسد، چرا که در قرارداد گشایش اعتبار استنادی نیز مقاضی اعتبار که قابل تطبیق با مضمون عنہ است باشیست وجهی را به ذینفع که می‌تواند همان مضمون له باشد پرداخت کند که بواسطه قرارداد گشایش اعتبار به جای او این وجه از سوی بانک که قابل تطبیق با ضامن در عقدضمان است پرداخت می‌گردد لیکن ضمان واجد ویژگی‌هایی است که آنرا به شکل بازی از ماهیت و عملکرد اعتبار استنادی متمایز می‌نماید.

یکم: از نظر مشهور فقهای امامیه عقدضمان واجد ویژگی نقل ذمه به ذمه است، یعنی با تحقق عقد ذمه مدیون اصلی بری و به جای آن ذمه ضامن در مقابل طلبکار مشغول می‌شود<sup>۳۹</sup>، پس از آن تنها این ضامن است مسئولیت ادائی دین را بر ذمه دارد به همین سبب گفته شده عقدضمان از اسباب سقوط تعهدات است<sup>۴۰</sup>، هر چند که فقهای عامه براین باورند که ضمان ماخوذ از ضم بوده و نون آن زاید است، لذا عقدضمان را موجب ضم به ضم و تضامن می‌دانند.<sup>۴۱</sup> لیکن نویسنده‌گان قانون مدنی به پیروی از فقهیان امامیه، مفهومی از ضمان را پذیرفته اند که به موجب آن ذمه مدیون به ضامن منتقل می‌شود به نحوی که ضامن متعهد می‌گردد دین و تعهد مضمون عنہ ساقط و به امن منتقل شود و براین امر ادعای اجماع نیز گردیده است<sup>۴۲</sup>، این رو گفته شده جایه جایی دین

<sup>۳۵</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۲۹۳

<sup>۳۶</sup> مصطفی محقق داماد، ضمان عقدی ضم ذمه به ذمه یا نقل ذمه به ذمه، مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز و زمستان ۱۳۶۶، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۱۱۱

<sup>۳۷</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ضمان عقدی در قانون مدنی، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۱۳۱

<sup>۳۸</sup> محقی حلی، پیشین، ص ۲۳۳

<sup>۳۹</sup> تحریر الروضه فی شرح المعرفه، پیشین، ص ۲۴

<sup>۴۰</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۴۶

<sup>۴۱</sup> سیدعلی حائری شاه باغ، پیشین، ص ۶۲

<sup>۴۲</sup> محمد موسوی بجنوردی، نگرشی جدید بر ضمان و علل و احکام آن، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴، سال ۷۱، ص ۱۰

جوهرضمان را تشکیل می دهد<sup>۴۲</sup> در همین راستاست که ماده ۶۹۸ قانون مدنی بیا داشته است: «بعد از اینکه ضمان بطور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود»

پس اگر قرارداد گشایش اعتبار اسنادی را در قالب عقد ضامن تحلیل کنیم، بایستی ذمه متقاضی به عنوان مضمون عنه مبری شده و به جای آن ذمه بانک به عنوان ضامن دربرابر ذینفع اشتغال یابد، در حالی که از نظر شکلی مکانیزم اعتبار اسنادی صرفاً روشی برای پرداخت ثمن کالا یا بهای خدمات است، خریدار و فروشنده نیز نظریه مزایای ناشی از چگونگی دریافت ثمن و تبادل اسناد مالکیت کالا در این روش دارند و عموماً کارکرد جایگزینی بانک به عنوان ضامن یا متعهد در مقابل تعهدات خریدار در این مکانیزم مدنظر نیست، بانک گشاینده نیز عملماً فقط خود را واسطه ای در پرداخت وجه اعتباریه ذینفع واخذا است. حمل می دارد و به هیچ روی حاضریه پذیرفتن آنچه که تعهدات خریدار در مقابل فروشنده است در قالب مکانیزم اعتبار اسنادی نیست، به همین دلیل هرگز خود را در گیرروابط و ادعاهای ایشان نمی کند، لذا در فرض اعلی، صرف نظر از مختصات دینی که از دیدگاه اصول حاکم بر حقوق مدنی متقاضی اعتباریه ذینفع می تواند داشته باشد، بانک صرفاً<sup>۴۳</sup> این دین را در قالب اعتبار صادره دارد و هیچگاه این دین به ذمه بانک منتقل نخواهد شد.

این موضوع در اعتبار اسنادی قابل برگشت به نحو برجسته تری نمایان است، چرا که در این نوع اعتبار این امکان وجود دارد که در هر لحظه به درخواست متقاضی یا رأساً از سوی بانک گشاینده و بدون آگاهی قبلی به ذینفع فسخ گردد لذا وجود همین امکان، بیانگرایی واقعیت است که در اعتبار اسنادی قابل برگشت اساساً نقل ذمه ای صورت نمی گیرد چرا که در غیر این صورت نقل ذمه از متقاضی به بانک گشاینده اعتبار این بانک به عنوان ضامن در عقد ضامن در هر حال همانند مديون سابق و بدون هیچگونه اختیار و امکانی در نادیده گرفتن تعهدات خود را تغییر در محتوای آن، مکلف به ادائی دین متقاضی اعتباریه ذینفع بود، در حالی که مسلم است در این وضعیت بانک به عنوان ضامن حق دارد بصورت یک طرفه اعتبار صادره را لغو و بالاصلاح کند<sup>۴۴</sup> و این اختیار ویژه در مکانیزم اعتبار اسنادی قابل برگشت با مفاد تعهدات ضامن در عقد ضامن ناسازگار است لذا طرح وضعیتی که در آن ذمه متقاضی دربرابر ذینفع مبری و به جای آن ذمه بانک اشتغال می یابد اساساً در مکانیزم اعتبار اسنادی وجاہت ندارد.

دوم: ضمان عقدی عهده تلقی می گردد<sup>۴۵</sup> ورکن اصلی آن عبارت است از تعهدی که ضامن در مقابل مضمون له به عهده می گیرد تا دین مضمون عنه را بپردازد و این جهت در مقابل عقود تملیکی و عینی قرار دارد،<sup>۴۶</sup> در حالی که مکانیزم اعتبار اسنادی بواسطه آثار ناشی از قرارداد گشایش وضعیتی خاص را به خود اختصاص داده که واجد دو وصف عهده و تملیکی نسبت به اطراف روابط جاری در آن است به همین دلیل نمی توان آن را با قالب عقد ضامن به شکلی که در حقوق قراردادها مورد توصیف و تعریف قرار گرفته منطبق دانست که شرح آن در فصل پیشین آمده بجهت جلوگیری از اطاله کلام از تکرار آن خودداری می شود.

سوم: ضمان از عقد در ضایی است که باتفاق ضامن و طلبکار واقع شده و به موجب آن ضامن تعهد پرداخت دین را میکند و مضمون له به سقوط طلب خود از مديون رضایت می دهد، به این ترتیب رضای مضمون عنده اثرباری در عقد ندارد<sup>۴۷</sup> و از آنجایی که پرداخت دین از جانب دیگری بدون اذن بدھکار نیز امکان دارد،<sup>۴۸</sup> پس ضامن نه تنهایی تواند بدون دخالت بدھکار تعهد به پرداخت دین او کند<sup>۴۹</sup> بلکه حتی با وجود مخالفت بدھکار نیز عقد ضامن منعقد می گردد.<sup>۵۰</sup> از سویی دیگر چون اراده مديون اصلی در تحقق ضمان

<sup>۴۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۲۸

<sup>۴۳</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، یلدای ۱۳۷۴، تهران، ص ۷۸

<sup>۴۴</sup> محمد تقی رفیعی، پیشین، ص ۷۷

<sup>۴۵</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۲۵۳

<sup>۴۶</sup> علیرضا مسعودی، پیشین، ص ۴۹

<sup>۴۷</sup> ماده ۶۸۵ قانون مدنی: در ضمان رضای مديون اصلی شرط نیست

<sup>۴۸</sup> ماده ۲۶۷ قانون مدنی: ایفاء دین از جانب غیر مديون هم جایز است، اگرچه از جانب مديون اجازه نداشته باشد

<sup>۴۹</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین، پیشین، ص ۲۴۲، ۲۵۴، ۲۵۵

<sup>۵۰</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۲۵۸

موثرنیست پس امکان ضمانت ازکسی که فاقد اهلیت برای معامله و تصرف دراموال خویش است نیز وجود دارد، فراتراز آن حتی ممکن است ذمه کسی را برعهده گرفت که اساساً در قید حیات نباشد.<sup>۵۱</sup> تمام این قواعد بیانگر نقش فرعی اراده مضمون عنه در عقد ضمان است، از این نظر آنچه که عنصر سازنده این عقدتلقی میگردد اراده ضامن و مضمون له می باشد.

در حالی که برخلاف این وضعیت، اعتبار اسنادی محصول اراده اولیه متقاضی اعتبار (مضمون عنه) است و در مرحله نخست این خواست واراده اوست که در قالب درخواست گشایش اعتبار موجب گشوده شدن اعتبار به نفع ذینفع می گردد و برخلاف عقد ضمان که اراده مضمون عنه هیچ تاثیری در انعقاد عقد ضمان ندارد، متقاضی اعتبار نقشی بسیار مهم و جایگاهی در خور تامل در خلق اعتبار اسنادی و انعقاد قرارداد گشایش آن دارد به نحوی که چنانچه نقش واراده اورد روند ایجاد اعتبار حذف گردد اساساً اعتبار اسنادی گشوده نخواهد شد وبالتابع مکانیزم اعتبار اسنادی نیز خلق نمی گردد.

چهارم: با توجه به اینکه مبنای دین متقاضی اعتبار به ذینفع قرارداد فروش یا همان قرارداد پایه است در مکانیزم اعتبار اسنادی بانک عموماً به عنوان واسطه ای عمل میکند که این دین را صرف نظر از مبنای آن در قالب اعتبار گشایش یافته به ذینفع ابلاغ و سپس مبادرت به پرداخت آن می کند و اساساً بانک به غیر از توافقی که در قرارداد گشایش اعتبار با متقاضی دارد هیچ توجه ای به مبنای مبلغ موردن درخواست متقاضی برای گشایش اعتبار ندارد، از این رو قرارداد پایه به عنوان مبنای دین متقاضی اعتبار هیچ جایگاهی در گشایش اعتبار از منظربانک ندارد، چرا که اصل استقلال اعتبار اسنادی مبین انفكاک و جداگانه اعتبار صادره از هر گونه روابط بین طرفین ذیر بيط آن است، در حالی که میدانم عقد ضمان عقدی تبعی است و همان گونه که در فصل پیشین به آن اشاره گردید عقود تبعی از جهات گوناکون وابستگی های متعددی به عقد اصلی دارند و حتی در بسیاری موارد سرنوشت آنها در گروه وضعیت عقد اصلی است، لذا این منظر تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء تابع دینی است که مضمون عنه به طلبکار داشته<sup>۵۲</sup> این ویژگی ضمان صرف نظر از آنچه که در مورد وجود افتراء عقود تبعی و مستقل در فصل پیشین شرح آن آمد به شکل اختصاصی و اجداد آثاری به شرح ذیل است:

۱- اگر تعهد اصلی درست نباشد ضمان باطل است زیرا تعهدی که ضامن قصد ضمانت آنرا دارد، علت تعهد اوست و سرنوشت تعهد ضامن بستگی کامل به تعهد مضمون عنه دارد.

۲- همچنین چون بدون وجود یک دین، ضامن امکان پذیرنیست لذا با سقوط دین مضمون عنه موجبی برای استمرار تعهد ضامن وجود ندارد.

۳- از دیدگران تایج تبعی بودن عقد ضمان می توان به ضرورت تعادل بین دین اصلی و تعهد ضامن اشاره کرد به این مفهوم که تعهد ضامن نمی تواند سنگین تراز تعهد مضمون عنه باشد چرا که این تعهد، جنبه فرعی دارد.

۴- ایرادهای ذاتی دین: تابع بودن تعهد ضامن نسبت به تعهد بدھکار اصلی موجب می شود که ضامن همانند بدھکار اصلی از ایراداتی که مربوط به بدھی اصلی است به مردم دانسته شود.

۵- ایرادهای شخصی بدھکار: ضامن حق استناد به ایرادهای شخصی بدھکار اصلی همانند عدم اهلیت اور اراده.<sup>۵۳</sup>  
با ملاحظه این ویژگی عقد ضمان و مقایسه آن با اعتبار اسنادی همان گونه که قبل از نیز به آن اشاره شد، توافق بانک و متقاضی در گشایش اعتبار برخلاف عقد ضمان به عنوان عقدی تبعی بیشتر قابل انطباق با عقود مستقل در حقوق قراردادهاست و اساساً مکانیزم اعتبار اسنادی به توجه به حاکمیت اصل استقلال اعتبارات اسنادی واجد ماهیتی مستقل از قرارداد پایه و یا هر قرارداد مرتبط دیگر بوده و هر گونه تغییر و تحول در این روابط نمی تواند خللی در این فایای تعهدات بانک در مقابل ذینفع ایجاد کنده همین دلیل چنانچه خریدار به هر توجیهی مدعی اسقاط دیون یا تعهدات خود مقابل ذینفع گردد بانک به این دستاویز نمی تواند از تعهدات خود سرباز زند.

<sup>۵۱</sup> ع طباطبایی، ضامن، مجله کانون سردفتران، سال ۱۳۴۹، شماره ۷ و ۸، ص ۱۹.

<sup>۵۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۴

<sup>۵۳</sup> دکتر محمود مصطفوی کاشانی، ضمانت نامه بانکی، چاپ اول، موسسه عالی بانکداری، تهران، ۱۳۷۷، ص ۳۲۵ تا ۳۲۲

وانگهی اگرچه که دراعتباراستنادی قابل رجوع امکان لغو اعتبار ازوی بانک گشاینده وجود دارد، لیکن باتوجه به اینکه وفق مقررات متحداً‌شکل اعتبارات استنادی اصل برگشت برگشت بودن اعتبار است مگر خلاف آن تصریح شده باشد لذا به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت اسقاط تعهدات خریدار نمی‌تواند موجبی برای سقوط تعهد بانک باشد و بانک همچنان مکلف ایفای آن خواهد بود. همچنین برخلاف عقدضمان درگشایش یک اعتبار استنادی به هیچ وجه الزامی به وجود تعادل بین تعهدات یا دیون متقاضی اعتبار و تعهدات ذینفع اعتبار وجود ندارد، درواقع آنچه که در این باره حکومت دارد اصل حاکمیت اراده بوده و بانک مکلف به ایفای تعهدات ناشی از این اراده به هر مبلغ و به هر میزان مطابق شرایط اعتبار در حق ذینفع اعتبار می‌باشد و نهایتاً پس تحقق وصوله از اعتبار، برای بانک این حق متصور نیست تا با استناد به ایرادات ذاتی دین و با ایرادات شخصی بدھکار از پرداخت وجه اعتبار به ذینفع خود داری کند چرا که اصل استقلال اعتبار استنادی متنضم انجام تعهدات بانک خواهد بود.

پنجم: عقد ضمان از عقود مسامحه ای محسوب می‌گردد لذا همین که ضامن نسبت به تعهد مضمون عنه در مقابل مضمون له ضمانت کنند برای تحقق عقد کافی است بدون آنکه نیاز به آگاهی از جنس، وصف و مقدار دین داشته باشد.<sup>۵۴</sup> در حالی که همانگونه که شرح آن به کفایت در فصل پیشین آمد مکانیزم اعتبار استنادی مصدق بارز یک تعامل سودجویانه و سراسر مغاینه ای است لذا قرارداد گشایش اعتبار استنادی نمی‌تواند در قالب این عقد محسن و مسامحه ای تفسیر شود.

ششم: از نقطه نظر عنصر شناسی عقد ضمان، گفته شده است که، "موقع نبودن" از عناصر عقد ضمان است، به این مفهوم که در این عقد نمی‌توان برای رابطه بین متعاقدين مدت معین کرد به همین جهت ضامن نمی‌تواند دوره ضمانت خود را از مدیون مقید به مدت خاص نماید به نحوی که اگر ضامن در خارج از آن مدت مراجعت نکرد تعهد ضامن ساقط شود.<sup>۵۵</sup>

لیکن در مکانیزم اعتبار استنادی، به موجب ماده ۶ UCP600 اعتبار صادره باید دارای تاریخ انقضاء برای ارائه استناد باشد<sup>۵۶</sup>، از همین رو در هر اعتبار استنادی همیشه تاریخی به عنوان تاریخ انقضای اعتبار ذکر می‌شود و بعد از این تاریخ بانک ابلاغ کننده اعتبار حق دارد از پذیرش استناد ارائه ازوی ذینفع امتناع کند،<sup>۵۷</sup> به همین جهت یکی از موارد بسیار مهم که طرفین در مرور آن در قرارداد پایه توافق می‌کنند همین مدت اعتبار است.

صرف نظر از این نکته مهم، در مقررات متحداً‌شکل اعتبارات استنادی به جهت پاسخگویی به نیاز بازار گران انوع و اقسام اعتبار پیش بینی گردیده که مدت در آن نقش مهمی دارد که یکی از مهمترین آنها اعتبار استنادی مدت داراست، چنانچه ذینفع در این نوع اعتبار در مدت اعتبار آن مبادرت به ارائه استناد نکند تعهد بانک گشاینده در مقابل ذینفع ساقط است و هیچگونه مسئولیتی در قالب اون خواهد داشت، این وضعیت مانند موقعيتی است مشابه در عقد ضمان، که ضامن دوره زمانی تعهد خود در قالب مضمون له را محدود به مدت خاصی می‌کند و به عبارت دیگر ضمانتش موقع است، که از نظر اغلب فقهاء از موجبات بطلان عقدضمان است، لذا می‌توان گفته آنچه که دراعتبار استنادی می‌تواند امتیاز و رافع نیاز تجاری تلقی شود عاملی مخل در صحت عقدضمان در حقوق مدنی خواهد بود.

تمامی موارد پیشگفته به کفایت حاکی از آن است که عقد ضمان واجد تفاوت های بنیادین با مکانیزم و قرارداد گشایش اعتبار استنادی است، این تفاوت ها که اغلب ناشی از افتراق بنیادین بین نهادهای مدنی و تجاری است بیانگر این واقعیت است که عقد ضمان نمی‌تواند جامه ای زیبنده بر قائم این تاسیس تجارت بین المللی و حتی یکی ارکان آن یعنی توافق بر گشایش اعتبار باشد.

## مبحث دوم- بررسی مقایسه قرارداد گشایش و اعتبار استنادی با عقود مشارکتی

<sup>۵۴</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۴۵

<sup>۵۵</sup> پیشین، ص ۱۸۴

<sup>۵۶</sup> A CREDIT MUST STATE AN EXPIRY DATE FOR PRESENTATION. AN EXPIRY DATE STATED FOR HONOUR OR NEGOTIATION WILL BE DEEMED TO BE AN EXPIRY DATE FOR PRESENTATION.

<sup>۵۷</sup> کلایوام، اشمیتوف، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، چ ۲، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۶۴۱

## گفتار نخست-عقد مضاربه

در امور بانکی مضاربه یکی از روش‌های پرداخت تسهیلات کوتاه مدت است وحداکثربرای یک سال منعقدشده و افزایش مدت آن منوط به اجازه بانک مرکزی است.<sup>۵۸</sup> لیکن در عمل بانک‌ها و موسسات اعتباری پس انقضای مدت یک سال بالازد تمام سود متعلقه به تسهیلات اعطایی مبادرت به تمدید قرارداد تسهیلاتی منعقده به مدت یک سال دیگرمی نمایند و با این ترفند عملاً مبادرت به افزایش مدت قرارداد می‌کنند. ماده ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیات وزیران مقررداشتند:<sup>۵۹</sup>

«مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌گردد با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشدند»<sup>۶۰</sup>

از دیدگاه ماده ۱۳۵۴۶ قانون مدنی:

«مضاربه عقدی است که به موجب آن احمد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشدند صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود»

بنابر تعریف، حقیقت مضاربه آن است که شخصی مالی رابه دیگری بدھدتا با آن تجارت کند سود حاصل میان آن دو تقسیم شود، برخی مضاربه راعقد شرکتی دانسته که در آن مال از یک طرف و عمل از طرف دیگر است و سود حاصل بین آنها تقسیم می‌شود و خسارت متوجه صاحب مال خواهد بود.<sup>۶۱</sup> لیکن به اعتقاد برخی دیگر با توجه به اینکه عقد مضاربه در واقع اذن در انتفاع از رأس از رأس المال ازوی مالک است ماهیت شرکت مطلقاً در آن وجود ندارد.<sup>۶۰</sup>

از دیدگاه برخی پژوهشگران قرارداد اعتبار اسنادی و حتی خود مکانیزم قابل انطباق با عقد مضاربه بوده و این عقد قالب مناسبی برای تحقق این ابزار نوین پرداخت بین المللی است زیرا در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی بانک به عنوان مالک در قالب تسهیلات می‌تواند سرمایه موردنیاز جهت تجارت را در اختیار متقاضی اعتباره عنوان مضارب قرا دهد تا بواسطه آن متقاضی نسبت به تجارت مورد نظر که همان خرد کالا از ذینفع اعتبار است اقدام نماید، یا با تامین وجه اعتبار ازوی خود متقاضی به عنوان مالک، بانک به عنوان عامل نسبت معامله با ذینفع اقدام کند، حتی به اعتقاد برخی هر چند در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و آین نامه های مرتبط با آن در این مورد که مکانیزم اعتبار اسنادی در قالب کدامیک از عملیات های بانکی قانون فوق الذکر است صراحتی وجود ندارد، لیکن با توجه به مفهوم مخالف ماده ۳ دستور العمل اجرایی مضاربه مصوب شورای پول واعتبار که مقررداشتند: «بانک هادر امور واردات مجاز به مضاربه با بخش خصوصی نمی‌باشد»<sup>۶۲</sup> مضاربه با بخش دولتی جهت واردات و با بخش خصوصی جهت صادرات انجام می‌گیرد و با این قرینه کل مکانیزم اعتبار اسنادی را از مصاديق مضاربه دانسته اند.<sup>۶۳</sup> لیکن در بررسی این تحلیل و انطباق عقد مضاربه با مکانیزم اعتبار اسنادی و یا قرارداد گشایش آن بدو اوضوری است تا ارکان عقد مضاربه از زوایای گونا گون مورد توجه قرار گیرد تا شدت وضعف تحلیل فوق بهتر نمایان شود.

بنابر تعریف ماده ۱۳۵۴۶ قانون مدنی، مضاربه پیمانی است که نوع خاصی از شرکت تجاري بین صاحب سرمایه و عامل اوایجاد می‌شود، شرکتی که در آن یکی از شرکاء سرمایه می‌دهد و دیگری خدمات و کارایی خود را در میان می‌نهاد، این عقد واحد اوصافی به شرح ذیل است:

۱- چون در مضاربه مالی، هیچ مالی به مضارب تملیک نمی‌شود بنابراین اوحی عینی بر سرمایه یا اموال مالک پیدانمی‌کند، توافق حاصل از این عقد صرفاً منجر به ایجاد تعهداتی خواهد شد که چنانچه این تعهدات منتهی به اجراآگردد سودی حاصل شود این امکان متصور است که مالی به تملک عامل درآید، بنابراین مضاربه عقدی است عهدی.

<sup>۵۸</sup> دکتر مصطفی‌السان، حقوق بانکی، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۱، تهران، ص ۱۲۲

<sup>۵۹</sup> محمد رواش قلعجی، مجمع الفقهاء، نقل از حسن داورزنی، امکان سنجی تعییم عقد مضاربه به تمام فعالیت‌های تجارتی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۹۳، ص ۹۳

<sup>۶۰</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، پیشین، ص ۳۱۹

<sup>۶۱</sup> دکتر اسدالله کرمی، موری براعتبارات اسنادی و آخرين مقررات متحداً الشکل اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷، ص ۱۱۱

۲- در مضاربه، مالک سرمایه خود را در اختیار عامل قرار می دهد، در مقابل عامل نیز کار و عمل خود را در میان میگذارد که درنتیجه این دو آورده چنانچه سودی عاید گردد طرفین سهمی مشاع از آن خواهند داشت لذا مضاربه عقدی موضوع تلقی میگردد.<sup>۶۲</sup>

۳- مضاربه در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه از عقود جایز است، حتی بنابر قول مشهور شرط لزوم در این عقد خلاف مقتضای آن بوده و به همین دلیل باطل است حتی مالک نمی تواند بادرج شرط توقیت در مضاربه آن را مبدل به عقدی لازم کنده این معنی که با تعیین مدت برای عقد مضاربه عامل رامحدود به تجارت در مدت زمان معینی مثابراً یک ماه یا یکسال کنده به نظر مشهور فقهها حتی با وجود این شرط هریک از طرفین می توانند قبل از رسیدن اجل مبادرت به فسخ مضاربه کنند.<sup>۶۳</sup> با این حال برخی شارحین حقوق مدنی بر آنندبا توجه به اینکه در فقه امامیه جواز لزوم عقود با فقدان نص، متکی بر اجماع است به همین دلیل فقهای متأخر در موضوع اصاله الزوم در عقود ناچار متوسل به استصحابی ناتمام شده اند، بنابراین وقتی در قاعده عام لزوم عقود نصی وجود ندارد به طریق اولی در مرور عقد مضاربه هم چنین نصی نیست، لذا با تفکیک بین مضاربه مطلق و موقت از نظر زمانی قائل به جواز مضاربه مطلق و لزوم مضاربه موقت هستند.<sup>۶۴</sup>

همچنین مضاربه مانند سایر عقود جایز به فوت و جنون و سفر احده طرفین منفسخ می گردد، بنابراین اگریکی از طرفین فوت شود و بواسطه فعالیت عامل سودی حاصل شده باشد، سود تحصیل شده به نسبتی که مورد توافق عامل و مضارب بوده بین یکی از طرفین و وراث طرف دیگر تقسیم خواهد شد<sup>۶۵</sup> و اصل سرمایه که موضوع مضاربه بوده اعم از اینکه نقاباشدیا غیرنقد متعلق به ورثه مالک خواهد بود.<sup>۶۶</sup>

۴- چون تازمانی که تمام سرمایه تحويل عامل نگردیده عقد محقق نمی شود لذا از این منظمه مضاربه عقدی عینی است، همچنین با توجه به آنچه شرح آن در شماره پیشین رفت چون قانون مدنی نظریه مضاربه موقت رانپذیرفته لذا عقدی مستمر تلقی می شود.<sup>۶۷</sup>

با کمی دقت در چگونگی عملکرد مکانیزم اعتبار اسنادی مشخص می شود که موارد پیشگفته که برخی اوصاف عقد مضاربه است، بیانگراین واقعیت است که بنایه دلایل ذیل این عقد در پوشش جنبه های مختلف اعتبار اسنادی ناتوان است ازین رو نمی تواند قالبی مناسب برای قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و ملامکانیزم آن باشد.

#### اول: از جهت اوصاف

عملکرد مکانیزم اعتبار اسنادی موجب گردیده که محصول توافق برگشایش اعتبار اسنادی از منظمه وصف عهدی یا تمیکی بودن آن واجده است، یعنی با توجه به روابط جاری مکانیزم این توافق از سویی به عقدی عهدی واژسوی دیگر به عقد تملیکی می ماند برخلاف عقد مضاربه که صرفاً عقدی عهدی است<sup>۶۸</sup>- خصیصه عوض بودن عقد مضاربه نیز در قرارداد اعتبار اسنادی به نیز به شدت تردید است و افزون بر آن آنچه که موجبات عوض بودن عقدی مانند مضاربه را توجیه می کند اساساً در مکانیزم اعتبار اسنادی به چشم نمی خورد تحلیل دقیق تر این وصف مضاربه و تضاد آن در قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در دو فرض ذیل نمایان تر است:

(الف) فرضی که متقاضی اعتبار بدون استفاده از تسهیلات بانکی خود تمام وجه اعتبار را نزد بانک گشاینده تامین می نماید و وظیفه بانک صرفاً تطبیق شرایط اعتبار و موارد مندرج در دستور پرداخت است. در این وضعیت چنانچه بنا به فرض معتقدین مضاربه بودن اعتبار اسنادی قائل به مالک بودن متقاضی اعتبار و عامل بودن بانک باشیم، اساساً چون هیچگونه تجارتی از سوی بانک انجام

<sup>۶۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی مشارکت ها - صلح، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران، ص ۱۰۵ الی ۱۰۹

<sup>۶۳</sup> محمد بروجردی عبد، حقوق مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۰، تهران، ص ۳۰۱

<sup>۶۴</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۳۲۱

<sup>۶۵</sup> بی نایحث در موضوعات حقوقی، راجع به مضاربه، مجموعه حقوقی نشریه وزارت دادگستری، ۱۳۱۵، شماره ۷، ص ۳۵

<sup>۶۶</sup> محمد بروجردی عبد، پیشین، ص ۲۹۸

<sup>۶۷</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین

<sup>۶۸</sup> محسن کاشانی حصاری، اوصاف قرارداد گشایش اعتبار اسنادی،

نمی شودپس نه عوضی ازسوی عامل در مقابل تامین سرمایه ازسوی مالک قرارمیگیردتا شراكتی حاصل شودومهم ترنه تجارتی با سرمایه متقاضی ازسوی بانک انجام می گیرد تا طرفین درسودآن سهیم شوند،چراکه موضوع تجارت قبلابین متقاضی وذینفع درقالب قرارداد پایه به انجام رسیده و دراین فرض بانک صرفادرقبال تطبیق استناد وانجام عملیات بانکی ناظربرمکانیزم مبادرت به دریافت کارمزدازپیش تعیین شده ای می نمایدکه هیچ ارتباط تجاری ومنطقی باعمل تجاری متقاضی اعتباروذینفع اعتباردرخریدوفروش کالا ندارد،لذا دراین فرض نمی توان گفت که اعتباراستنادی نیزهمانندمضاربه واجد ویژگی عوض بودن است وحتی انتساب عنوان عامل به بانک قابل تصورنیست ودراین فرض بیشترنقش واسطه را داردتا عامل مضاربه.

ب)فرضی که متقاضی اعتبارمبادرت به استفاده ازتسهیلات بانک جهت تامین وجه اعتبارمیکند،دراین حالت هرچندمی توان گفت بانک همانندمالک درعقدمضاربه مبادرت به تامین سرمایه نموده،سرمایه ای که عامل به عنوان متقاضی اعتبارقراراست با آن تجارت نمایدیکن این تسهیلات همان نقشی را که سرمایه درعقدمضاربه داردایفانمی کنندتابتوان آنرا عوض عمل متقاضی اعتبارتلقی کرد.درمضاربه آنچه نقش عوض وموعد رادارد،سرمایه مالک وعمل مضارب است که درنتیجه این تعامل سود حاصله به نسبت مورد توافق تقسیم خواهدشد،لیکن درقرارداداعتباراستنادی این دواعمال(عوضین)باهمان قصدونیت موردنظرمقنن درمضاربه منطبق نیست،چراکه بانک گشاینده به هیچ وجه به تسهیلات اعطایی خود به متقاضی به عنوان عوض عمل اوردرامرتجارت با ذینفع نظرندردوبه همین دلیل برخلاف مضاربه صرف نظرازسودزیان متقاضی اعتباردرمعامله مورد اشاره درقراردادپایه مبادرت به اخذ درصدی به عنوان کارمزدانجام قراردادومبلغی نیزبهعنوان سود تسهیلات اعطایی که ازپیش موردتتوافق قرارگرفته است می نماید.

گذشته ازاین درمضاربه به عنوان عقدی عوض،تدارک تمام سرمایه با مالک است وازاین جهت عنوان عوض را باخود همراه دارد،درحالی دریک قرارداداعتباراستنادی حتی درفرضی که بانک مبادرت به تامین وجه اعتبارمی نمایدمعمولادرصدی ازاین وجه بنا به مورد الزاما بایستی ازسوی خود متقاضی تدارک گردد،لذا باشرافت متقاضی اعتباردرتامین اعتباردیگرنمی توان به این سرمایه به عنوان عوضی که بانک به عنوان مالک درمضاربه میان می نهندنگریست وآنرا باعقدی عوض چون مضاربه مقایسه کرد.

۳- درخصوص سومین ویژگی عقدمضاربه،یعنی جایزبودن آن وتضاد این وصف ازاوصاف عقدمضاربه باقراردادگشایش اعتبارونهایتا مکانیزم وعملکرد اعتباراستنادی درفصل پیشین به کفايت استدلال شد که به جهت جلوگیری اطاله کلام ازتکرارآن خوددرای می شود.

## دوم- ازجهت ارگان

عقدمضاربه برسه رکن استواراست،این سه رکن باشرایطی که برای هریک ازسوی قانونگذار تعریف شده این عمل حقوقی را تشکیل میدهندوعبارتنداز:سرمایه ای که ازسوی مالک تدارک می شود،فعالیت یا عملی که ازسوی مضارب با سرمایه انجام خواهدشد ونهایتاسودی که درنتیجه فعالیت تجاری مضارب تحصیل خواهدشد.

۱-سرمایه:

بنابرآنچه که درماده ۴۷۵ قانون مدنی بدان تصریح شده،سرمایه بایدوجه نقدباشد،این حکم به پیروی ازفقه امامیه تقریرشده،چراکه درفقه یکی ازشرایط سرمایه درعقدمضاربه نقدرایج بودن سرمایه است<sup>۶۹</sup>،حتی عده ازفقههایمندصاحب جواهراظهارکرده اندرین امراختلافی بین فقها وجودندردودرتاییدنظرخودمدعی اجماع منقول ومحصل نیزشده اند،هرچندبرخی دیگراظفتها همچون مقدس اربیلی درلزوم نقدبودن سرمایه اظهار تردیدنموده ومضاربه باطل ونقره رانیزتجویزکرده اند،گروهی دیگر نیز ضمن تاکیدبرلزوم نقدبودن مضاربه طلاونقره را نپذیرفته اند.<sup>۷۰</sup>

<sup>۶۹</sup> ابوعبدالله محمدبن مکی عاملی «شهید ثانی»،پیشین،ص ۴۵

محقق حلی،پیشین،ص ۲۴۱

<sup>۷۰</sup> محمدعیسی تقریبی،ارگان عقدمضاربه درحقوق اسلام وحقوق مدنی ایران،مدرس،شماره ۹،زمستان ۷۷،ص ۱۱۷

در حقوق موضوعه ایران در تفسیر ماده فوق به اعتقاد برخی اساتید مصود قانونگذار ازوجه نقد پول رایج کشور است، یکی نویسنده گان قانون مدنی براین اعتقاد است که آنچه که می تواند به عنوان سرمایه در مضاربه موضوع واقع گردد منحصر اهمان مسکوکات طلاونقه است و اوراق بهادر همچون اسکناس از شمول سرمایه در مضاربه خارج است و مضاربه با آنهای زفاسد خواهد بود.<sup>۷۱</sup>

در مورد اینکه آیا سرمایه در عقد مضاربه می تواند ارز خارجی باشد نیز در میان نویسنده گان اتفاق نظر وجود ندارد، برخی از اساتید ارز خارجی را در حکم کالا دانسته<sup>۷۲</sup> و برخی دیگر ارز خارجی را به حکم عرف، وجه نقد میدانند.<sup>۷۳</sup> هر چند که در نهایت دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۹۰ مورخ ۱۳۵۳/۱۰/۴ به این اختلاف پایان داد و ارز خارجی را نیز وجه نقد اعلام نمود، لیکن برخی از نویسنده گان با توجه به پیشینه فقهی در نقد نظر دیوان همچنان معتقدند، مقصود از وجه نقد در قانون مدنی پول رایج کشور است و نظری که ارز خارجی را در حکم کالا دانسته منطبق با فهم عرفی از ماده ۵۴۷ قانون مدنی می دانند.<sup>۷۴</sup> همچنین تصریح قانون مدنی به وجہ نقد بودن سرمایه دلالت براین دارد که سرمایه نمی تواند دین در ذممه یا اعتبار باشد چرا که موضوع سرمایه باید به قبض عامل داد شود و قبض نیز باعینیت مصدق می یابد در حالی که دین و اعتبار قابلیت قبض و اقباض نداشت و مضاربه بدان باطل است.<sup>۷۵</sup>

باتوجه به آنچه که شرح آن در خصوص نخستین رکن مضاربه آمد، می توان گفت هر چند در یک قرارداد اعتبار اسنادی غالباً وجه نقدمورد توافق طرفین قرار می گیرد لیکن این وجه در غالب موارد یک ارز خارجی معتبر است، و اساساً یکی از دلایل تحقق اعتبار اسنادی وصول به همین امر است چرا که همان گونه که در مقدمه نیز بدان اشاره شد فروشنده گان در مقابل فروش کالای خود حاضر به قبول پول ملی خریداران نبوده و تمایل به دریافت ارزی معتبر دارد، از سوی دیگر نیز تهیه و تدارک ارز خارجی برای خریداران امری دشوار است لذا یک بانک به سهولت می تواند در قالب قرارداد گشایش اعتبار و در نهایت صدور اعتبار اسنادی به تمامی این موارد پاسخی در خور و کافی بدهد. در حالی که به اعتقاد مشهور فقهاء پول غیر رایج نمی تواند مال الامضاربه باشد و علیرغم رای وحدت رویه فوق الاشعار بسیاری از نویسنده گان حقوق مدنی در تلقی ارز خارجی به عنوان وجه نقد تردید جدی دارد.

همچنین در یک اعتبار اسنادی بی تردید در تمام موارد وجهی از سوی بانک گشاپنده اعتبار به شخص متقاضی پرداخت نمی شود و از این حیث سرمایه به قبض او در نمی آید، در واقع آنچه که در قرارداد گشایش اعتبار بین بانک و متقاضی حاصل می گردد بهره گیری متقاضی از اعتباری است که بانک برای او به نفع ذینفع ایجاد کرده بویژه در موردی که متقاضی از تسهیلات بانک نیز استفاده می کند. لذا بنا بر آنچه که گفته شده چون این اعتبار قابلیت اقباض از سوی متقاضی اعتبار، را به عنوان مضارب ندارد از این جهت نیز تطابق اعتبار اسنادی با مضاربه را با تردیدی دیگر مواجه می کند.

## ۲- کار:

فعالیت و کاری که به موجب عقد مضاربه، مضارب متعهد به انجام آن می شود، منحصر اتجاری است و مضارب نمی تواند با سرمایه عمل غیر تجاری انجام دهد. این امر از ماده ۵۴۶ قانون مدنی مستفاد می گردد.<sup>۷۶</sup> پس به موجب این ماده اگر قراردادی در جهت انجام کارهای صنعتی یا کشاورزی مورد توافق واقع گردد این توافق از شمول عقد مضاربه خارج است، برای شناسایی امور تجاری نیز باید به ماده ۲ قانون تجارت رجوع نمود، به نظری کی از اساتید، هر چند توافق در امور صنعتی و کشاورزی نمی تواند مشمول عقد مضاربه گردد لیکن به موجب بند ۴ ماده ۲ قانون تجارت هرگاه شخصی به منظور تاسیس و بکار آنداختن کارخانه ای به دیگر سرمایه دهد و توافق کنند در برابر خدمات اداره کارخانه سود حاصل را بین خود تقسیم کنند این توافق تابع عقد مضاربه خواهد بود.<sup>۷۷</sup>

<sup>۷۱</sup> مرحوم حائری شاه با غ، پیشین، ج ۱، ص ۵۰۰

<sup>۷۲</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۹۹

<sup>۷۳</sup> محمد بر جردی عبد، پیشین، ص ۳۰۸

<sup>۷۴</sup> محمد عیسی تفرشی، پیشین، ص ۱۲۲

<sup>۷۵</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۴

<sup>۷۶</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۰۰

<sup>۷۷</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۶

این درحالی است که موضوعی که ذینفع اعتبار در قبال ارایه آن به خریدار مستحق دریافت وجه مندرج در اعتبار اسنادی می‌گردد به مراتب فراتراز کاروفعالیتی است که می‌تواند موضوع عقد مضاربه واقع شود، برای نمونه آنچه که امروزه بطور گسترده‌ای می‌تواند موضوع قراردادهای گشایش اعتبار واقع می‌گردد و بواسطه آن درخواست گشایش اعتبار می‌شود مربوط به قراردادهایی است که در تجارت بین الملل موسوم به، بی او، تی<sup>۷۸</sup> است که به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در آن طراحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی برای ساخت به یک شرکت خصوصی و اگذار می‌گردد به نحوی که پس از ساخت امتیاز بهره برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده و اگذار شده و اomalک منافع حاصل از آن می‌گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد مالکیت طرح به طرف دولت طرف قرارداد انتقال می‌یابد، بدین ترتیب شرکت خصوصی تامین مالی طرح زیربنایی را به عهده گرفته و آنرا ساخته و پس از مدتی بهره برداری مالکیت طرح را به طور مجانی یا موضع به دولت منقل می‌کند.<sup>۷۹</sup> این قرداد انسواع بسیار گوناگون و متنوعی دارد که برخی از رایج ترین آنها عبارت اند از:

## ۱- قرارداد ساخت، اجاره و انتقال

## ۲- قرارداد ساخت، مالکیت و بهره برداری

## ۳- قرارداد ساخت، مالکیت و بهره برداری و فروش

## ۴- قرارداد ساخت، مالکیت و بهره برداری و انتقال

## ۵- قرارداد ساخت، انتقال و بهره برداری و ...

همانگونه که ملاحظه می‌شود انسواع و اقسام عقود معین از قبیل بیع و اجاره و غیرمعین مانند اجاره به شرط تملیک را می‌توان در آنها یافت و در عین حال هیچیک از انسواع یاد شد تطابق کاملی به هیچیک از عقود معین مندرج در قانون مدنی ندارد و شامل پژوههای گوناگون صنعتی، خدماتی و مهندسی است و بنا به تعریف و شرایط عقد مضاربه چون برخی از آنها از نظر اصول و تعاریف تجاری محسوب نمی‌شوند لذا نمی‌توانند مشمول عقد مضاربه واقع گردند چرا که در تضاد با رکن "تجاری بودن عمل" در عقد مضاربه است.

## ۳- سود

در عقد مضاربه سود حاصل از تجارت، بصورت مشاع در تملیک طرفین خواهد بود، به موجب ماده ۴۸ قانون مدنی، سهم یا حصه هر یک از طرفین باید به صورت جزء مشاع از کل مانندیک چهارم و یک سوم تعیین شده باشد.<sup>۸۰</sup> که پس از تحصیل سود برهمن مین مبدأ بین طرفین تقسیم می‌شود.

لذا چنانچه مبلغ معینی از سود برای عامل تعیین شود مانند اینکه طرفین توافق نمایند یکصد میلیون ریال از سود متعلق به عامل باشد توافق حاصله مضاربه تلقی نمی‌گردد و در چنین شرطی خلاف مقتضای عقد مضاربه بوده و خود باطل و مبطل عقد نیز می‌باشد.<sup>۸۱</sup> با این حال یکی از اساتید بر جسته معاصر در این فرض نسبت به بطلان عقد اظهار تردید می‌نماید<sup>۸۲</sup> و این تردید هر چند با پاسخ‌هایی نه چندان در خور تأمل مواجه شده<sup>۸۳</sup> لیکن سوابق فقهی موضوع و شرح نویسنده‌گان قانون مدنی نظریه بطلان

<sup>۷۸</sup> در زبان حقوقی رایج بی او تی (B.O.T) را به قراردادهای ساخت بهره برداری و انتقال، ترجمه کرده اندامادر قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱ از لفظ و اگذاری استفاده شده است، بی او تی مخفف سه واژه (build, operate, and transfer) به معنای ساخت بهره برداری و اگذاری است.

<sup>۷۹</sup> محسن صادقی، بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و اگذاری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، پژوهشگاه بازرگانی، بهار ۱۳۹۵ دوره ۱۰، شماره ۳۸، ص ۱۲۴

<sup>۸۰</sup> محقق حلی، پیشین، ص ۲۴۱

ابوعبدالله محمد بن مکی عاملی «شهید ثانی»، پیشین

<sup>۸۱</sup> حائری شاه باغ، پیشین، ص ۵۰۱

دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۰۱

<sup>۸۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۶ و ۱۱۹

<sup>۸۳</sup> محمد عیسی تفرشی، پیشین، ص ۱۲۷، ۱۲۶، ۱۲۴

عقدراتقویت می نمایدچراکه فلسفه تاسیس عقد مضاربه تشویق و ترغیب مضارب درکوشش هرچه بیشترجهت افزایش و کسب سودبیشتراست واین هدف بوسیله تقسیم سودبه نسبت معین حاصل می گردد.<sup>۸۴</sup>

ازسوی دیگرمحاسبه سودتقابل ازانحل و اتمام مضاربه امکان پذیرنیست به این دلیل که مضارب پس ازپایان مضاربه وپیدایش سود وکنارگذاردن سرمایه مشاعمالک حصه خوددرآن خواهدشد.<sup>۸۵</sup> ومالکیت مضارب یا عامل قبل تغییر حساب وفسخ مضاربه نسبت به سود مالکیتی متزلزل است چراکه اگرازعملیات مضاربه زیان به وجودآمده باشدبایدار محل سودحاصله محاسبه وجبران شودوچنانچه این سود کافی برای جبران ضررباید ازاصل سرمایه محاسبه گردد.<sup>۸۶</sup>

درحالی که دریک اعتباراستادی درفرضی که گشايش اعتبارهمراه با اعطای تسهیلات به متقاضی اعتباراست، هدف بانک درهمان گام نخست یعنی انعقادقراردادگشایش اعتبار،تحصیل سودتضمين شده است ومانند اغلب قراردادهای دیگر،بانک هیچگاه منظرتحصیل سود نخواهد بود<sup>۷۷</sup> ورویه عملی بانک ها مویداین واقعیت انکارناپذیراست که سهم بانک ازتجارت انجام شوده ازسوی عامل همواره سوداست ودرعمل نیزصرف نظراز نتیجه تجارت مضارب،نسبت معینی برای این سوددرکلیه بانک های کشوروجوددارد.جالب آنکه بانک هانه تنهانسبت به تعیین پیشایش سودموردنظرخواهدقادام می کنندحتی در تمام موارد به جهت تضمين دریافت سود معین شده مبادرت به اخذتماین کافی نیزمی نمایند،که این تضمين معمولاً به صورت سفتة ای که دوضامن معتبرظهرآنرا امضاءکرده و معادل ۱۲۰ درصدتسهیلات اعطایی است ازمضارب اخذمی شود،<sup>۸۸</sup> تجویزصریح ماده ۱۱ دستورالعمل اجرایی مضاربه نیز دراین باره چنین است:

«بانک ها می توانندبرای اطمینان ازعمل مضاربه وحسن اجرای قرارداد،از عامل طبق قراردادمربوطه تامین کافی اخذنمایند» ازسویی دیگربانک ها به جهت آنکه درصورت وقوع هرگونه زیانی تمامی آن متوجه مضارب گرددباتوصل به حیله ای شرعی که درفرم های چاپی قرارداد های بانکی ازپیش درج شده،شرط می نمایند"چنانچه درنتیجه عمل عامل زیانی متوجه بانک شود عامل ضمن عقدصلاح ملتزم به تمليک مجاني ازموال خودمعادل زیان وارد شده به بانک خواهدبود" وتمامی این موارد به روشنی بیانگراین واقعیت است که در "رکن سود"بیزاعتبارات اسنادی تفاوت فاحشی چه درمبانی نظری و چه درآنچه که درعمل واقع می گرددبا عقدمضاربه دارد،به نحوی که آنچه که دریک قراردادگشایش اعتبارین بانک ومتقاضی اعتبارروی می دهدرا چنانچه درقالب عقد مضاربه قلمدادکنیم نتیجه ای جزفسادوبطلان عقدحاصل نخواهدشد.

صرف نظرتفاوت های بنیادین مضاربه وقراردادگشایش اعتبار درروندهایجادیک اعتباراستنادی ازنظررویژگی ها وارکان عقدمضاربه،یکی دیگرازتناقضات این عقد ویک قراردادگشایش اعتباراستنادی،دروضعيت حقوقی مضارب نسبت به سرمایه ومتقاضی نسبت به اعتباری است که ازسوی بانک به عنوان سرمایه تامین می گردد،به موجب ماده ۵۶۶ قانون مدنی مضارب نسبت به سرمایه عامل امین تلقی گردیده وکلیه احکام امین براوجاری است،به این ترتیب چنانچه سرمایه بدون تعدی وتفريط تلف گرددهیچ مسولیتی متوجه مضارب یا عامل نخواهدبودوچنانچه خلاف این امرشرط شودبه موجب ماده ۵۵۸ قانون مدنی مضاربه باطل خواهدبود،هرچندکه شرط مزبورخلاف مقتضای ذات عقدمضاربه نیست لیکن چون قانون تصریح به بطلان داردنچارباید قائل به باطل بودن چنین عقدی بود.<sup>۸۹</sup> حکم این ماده نشانگرآیست که تعهدمضارب درعقد تعهدی به وسیله است ونه نتیجه،یعنی او به منظور انجام عمل متعهداست تلاش وکوشش انسانی متعارف رابکاربند وباهمان معیاراحتیاط های لازمه

<sup>۸۴</sup> دکترسیدحسن امامی،پیشین،ص ۱۰۱

محمدعیسی تفرشی،پیشین،ص ۱۳۱

<sup>۸۵</sup> دکترسیدحسن امامی،پیشین،ص ۱۰۲

<sup>۸۶</sup> دکترناصرکاتوزیان،پیشین،ص ۱۲۲

<sup>۸۷</sup> محمدتقی رفیعی،پیشین،ص ۸۶

<sup>۸۸</sup> دکترمصطفی اللسان،پیشین،ص ۱۲۳

<sup>۸۹</sup> دکترسیدحسن امامی،پیشین،ص ۱۱۰

جهت حفظ سرمایه راپیش بینی نماید و به همین دلیل چنانچه در این مسیر سرمایه هم تلف شود مسولیتی متوجه او نیست.<sup>۹۰</sup> در حالی که بانک در یک قرارداد گشایش اعتبار صرف نظر از تلف شدن یا تلف نشدن سرمایه واعم از اینکه اتلاف سرمایه بواسطه تعدی و تغیریط متقاضی باشد یا عوامل قهریه و صرف نظر از نتیجه حاصل از تجارت متقاضی اعتبار، وی را موظف می کند که اعتبار اراده رفرضی که در قالب اعطای تسهیلات بوده همراه با سود و کارمزده رگونه جرایمه متعلقه مندرج در قرارداد به بانک بازگرداند که این امر دقیقاً به معنای آن خواهد بود که بانک به تعهد متقاضی اعتبار به چشم تعهدبه نتیجه می نگردونه و سیله و درجهت نیل به این نتیجه نیز تضمینات کافی به شرح پیشگفته از متقاضی اعتبار اخذ می نماید، پس با این اوصاف چگونه می توان معتقد به این بود که مضاربه می تواند قالب مناسب جهت تحقق یک اعتبار استنادی باشد؟! افزون بر این، عواملی مانند بالابودن ریسک عدم برگشت سرمایه و سود موردنظر بانک در قالب این عقد، همچنین وجود مشکلاتی ناشی از عدم تقارن اطلاعات و مخاطرات اخلاقی ناشی از عمل پنهانی و کتمان اطلاعات موجب آن گردیده که بانک ها و موسسات اعتباری اسقبال چندانی از این مبنای عقدی در تامینات مالی نکنند گراینکه موضوع تسهیلات اعطایی با وثیقه های سنجین توأم شود، لذا اساساً بانک ها صرف نظر از تطبیق یا عدم تطبیق فرایند اعتبار استنادی با عقد مضاربه چندان تمایلی به گشایش اعتبار استنادی در این قالب ندارند.<sup>۹۱</sup>

#### گفتار دوم: عقد جعله<sup>۹۲</sup>

جعله در قانون مدنی ایران به عنوان یکی دیگر از عقود معین تعریف و در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۴۰۶/۸/۲۶ نیز به عنوان یکی از عقود اسلامی قالبی برای اعطای تسهیلات بانکی به اشخاص در نظر گرفته شده، که طی آین نامه فصل سوم قانون مذکور مصوب ۱۴۰۶/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار شرایط واحکام آن به تفصیل بیان گردیده است.

هر چند این عقد سابق برای امور جزیی مانند اشیای گمشده استفاده می شداماً امروزه بارشد و توسعه جامعه و پیچیده شدن روابط اجتماعی می توان از جعله برای طیف وسیعی از فعالیت های تولیدی، بازار گانی و خدماتی می توان بهره جست.<sup>۹۳</sup> آنچه که این عقد را در مقابل سایر عقود متمایز نموده است انعطاف این تاسیس حقوقی برای در برگرفتن بسیاری از نیازمندی های حقوقی اشخاص است، چرا که بسیار اتفاق افتاده که گاهی اوقات مردم نیاز به انجام عملی توسط دیگر را دارد لیکن تعیین دقیق نوع عمل و کیفیت چگونگی انجام یا مدت زمان آن مقدور نیست در حالی اغلب عقود در این زمینه قید و بند های سختگیرانه ای را پیش بینی کرده اند، لیکن قانون نگذاری پیش بینی نهادی همچون جعله این مانع رامرفع نموده بنحوی که در ماده ۱۴۰۶ قانون مدنی در همین راستابیان داشته است «در جعله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردود و کیفیات آن نامعلوم باشد» به این ترتیب این عقد تبدیل به نهادی منعطف و کارا درجهت نیل به برآوردن نیازمندی های اشخاص در جامعه گردیده است تا جائیکه حتی به عقیده برخی می تواند قالبی مناسب جهت گشایش اعتبار استنادی باشد، لذا شناخت دقیق و کامل این تاسیس حقوقی و فهم اینکه کدام یک از نظرات فقهی در رابطه با آن در مقررات نظام بانکی لحاظ گردیده از اهمیت بسزایی برخوردار است زیرا یکی از ارکان مهم دخیل در خلق اعتبار استنادی بی تردید بانک ها و موسسات اعتباری هستند.

بنا به تعریف فقه از عبارت جعله عبارت است از عده دادن شخصی برای پرداخت مبلغی وجه و بادادن مال به دیگری به جهت آنکه عملی رانجام دهد، چه آن شخص معین یا غیر معین باشد، چنانچه شخص موردنظر کاررا طبق شرایط مقرر انجام داد برو عده دهنده واجب می شود که به تعهدش عمل کند. ماده ۱۴۰۶ قانون مدنی به پیروی از نظر فقهای امامیه در تعریف جعله بیان می دارد: «جعله عبارت است از اتزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا نامعین» ماده ۱۴۰۶ نیز در مقام بیان واژه های مندرج در ماده فوق الذکر در این تاسیس حقوقی اشعار داشته: «در جعله ملتزم راجاعل و طرف راعمل واجرت راجع می گویند»

<sup>۹۰</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۹

<sup>۹۱</sup> محمد رضا حاجیان، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی، چاپ اول، بروهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۰، تهران، ص ۵۳

<sup>۹۲</sup> نظریه عناصر مشترک بین جعله و عقود مشارکتی برخی از آن بعنوان عقدی مشارکتی یاد کرده اند که البته بکاربردن این وصف برای جعله منقادانی نیز دارد.

<sup>۹۳</sup> بهروز نوروزی، ماهیت حقوقی و فقهی جعله در نظام بانکی، ماهنامه کانون سردفتران، ۱۴۰۵، شماره ۱۱۶، ص ۱۱۶

جعله به اعتبار چگونگی ایجاب آن بردگونه است:

۱- جعله خاص:

دراین قسم از جعله ایجاب ازسوی جاعل به جهت شخص معین و مشخص صادر می‌گردد، دراین حالت طرف ایجاب یک یا چند شخص خاص است که قبول ایجاب هم صرفاً باستی ازسوی همین شخص یا اشخاص به عمل آید و قبول آن ازسوی دیگری بی‌اثراست<sup>۹۴</sup> و چنانچه جاعل مقصود خاصی از انجام عمل بوسیله این عامل مشخص داشته باشد انجام آن توسط دیگری بدون اجرت خواهد ماندزیرا نه جعله شامل حال اوبده و نه مجعل له<sup>۹۵</sup>، هر چند دراین فقره به عقیده برخی چنانچه خصوصیت عامل موردنظر جاعل نباشد و دیگری آنرا انجام دهد عامل بواسطه محترم بودن عمل انسان مستحق اجرت المثل عمل خواهد بود<sup>۹۶</sup> و به قول شهیدثانی در مسالک اگراین شخص عمل رانیابت انجام دهد مستحق اجرت مقرر می‌باشد لیکن این عقیده با دلایل مستحکمی محکوم به ردگردیده است.<sup>۹۷</sup>

۲- جعله عام:

دراین قسم جعله برخلاف جعله خاص شخصیت عامل برای جاعل از اهمیتی برخوردار نیست، آنچه که برای جاعل مطلوب نهایی است انجام عمل است حال این عمل ازسوی هر شخصی واقع گردد این مطلوب فراهم و جاعل ملتزم به ادای مال الجعل است.

#### ماهیت حقوقی جعله

درخصوص ماهیت حقوقی جعله اتفاق نظر وجود ندارد، این تشتمت آرآکه از فقه سرچشمeh دارد در نویسنده‌گان قانون مدنی نیز رسوخ یافته و در قانون مدنی نه تنها به صراحة از ماهیت حقوقی آن ذکری نرفته بلکه براین تردیدها نیاز فروزده شده است. دراین میان برخی از حقوقدانان آنرا ایقاع دانسته<sup>۹۸</sup> و برخی دیگر معتقد به عقدبودن جعله هستند<sup>۹۹</sup> که ثمره عقدياً ایقاع بودن جعله همانگونه که در مسالک الافهام نیز بدان اشاره رفته در جایی است که جاعل بدون اینکه اطلاعی از موقع جعله و در خواست جاعل داشته باشد، بدون قصد دریافت اجرت، تبرعاً موضوع جعله رانجام و پس از آن آگاه بروقوع جعله می‌گردد، دراین حالت گفته شده اگر ماهیت جعله ایقاع باشد، عامل مستحق اجرت است چراکه مقتضی برای استحقاق که عبارت است از انشاء التزام وايجادسببيت وجود پيدا کرده و عمل مطلوب هم حاصل شده است، لیکن اگر جعله عام رادرزمه عقود بدانيم تحقق آن و ملا استحقاق عامل به دریافت جعل، منوط به قبول به عنوان یکی از اركان عقود است و دراین وضعیت چون طرف قبل و بدون اطلاع از ایجاب جاعل تبرعاً موضوع را به انجام رسانیده بنابراین مستحق اجرت نخواهد بود.<sup>۱۰۰</sup> با این وصف به نظرمی رسد نظریه عقدبودن جعله در حقوق موضوعه ایران از استحکام بيشتری برخوردار است با این حال در عقدبودن جعله خاص تردید کمتری ابراز شده است.<sup>۱۰۱</sup>

<sup>۹۴</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پيشين، ص ۲۴۲

<sup>۹۵</sup> محمد بروجردي عبد، پيشين، ص ۳۳۱

<sup>۹۶</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پيشين، ص ۲۴۳

<sup>۹۷</sup> دکtrsيدحسن امامي، پيشين، ص ۱۲۲

<sup>۹۸</sup> محمد بروجردي عبد، پيشين، ص ۳۲۱

<sup>۹۹</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پيشين، ص ۲۴۳

<sup>۱۰۰</sup> محمد بروجردي عبد، پيشين، ص ۳۱۸

<sup>۱۰۱</sup> دکtrsيدحسن امامي، پيشين، ص ۱۲۱

<sup>۱۰۲</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پيشين، ص ۲۴۶

<sup>۱۰۳</sup> محمد بروجردي عبد، پيشين، ص ۳۱۶

<sup>۱۰۴</sup> بهروز نوروزي، پيشين، ص ۱۲۳

## جهاله بانکی

جهاله بواسطه ویژگی های خاص خوداز جمله عقودی است که در سیستم بانکداری کشور از جایگاه در خور توجهی برخوار دار می باشد. ذکر این نکته ضروری است که بانک ها عمدتاً روابط قراردادی خود را در قالب دو هدف عمده متوجه نموده اند، هدف اول به دنبال جمع آوری نقدینگی از میان جامعه است و شامل آن بخش از قراردادهایی است که به منظور سپرده گذاری اشخاص در بانک پیش بینی گردیده و تحت عنوان "قراردادهای تجهیز منابع" قرار می گیرند که فصل دوم قانون عملیات بانکی بدون ربا در ذیل چهارده ماده به این هدف پرداخته است.

هدف دوم در واقع به دنبال ونتیجه هدف اول بوده و در بینی بکار گیری منابع و نقدینگی جمع آوری شده حاصل از فعالیت های بانکی تجهیز منابع است، یعنی بانک ها پس از جمع آوری نقدینگی و مجهز نمودن خود از نظر مالی با انعقاد قرارداد های بانکی با رایه تسهیلات یا وام به اشخاص مبادرت به تحصیل سود می نمایند که تحت عنوان "قرارداد های تخصیص منابع" قرار می گیرند.

باتوجه به حساسیت موازین شرعی در این بخش از فعالیت های بانکی که عمدتاً حول محور احتراف ربا و نزول در جریان است قانون نگذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا چهارده نوع قرارداد متفاوت بالحاظ موازین شرعی برای بخش تخصیص منابع بانکی واعطا ی تسهیلات پیش بینی نموده است که جهاله بانکی بر جسته ترین واژه کاربرد ترین آنها تلقی می گردد و طیف وسیعی از عملیات اعتباری بانکی از جمله گشایش اعتبارات استنادی در این قالب در بانک های کشور انجام می پذیرد.

توجه به این نکته ضروری است که با این حال عقد جهاله در نظام بانکی از برخی وجوده، متفاوت با جهاله مرسوم است که در ماده ۵۶۱ قانون مدنی بدان پرداخته شده است که این تفاوت ناشی از کارکردهایی است که از جهاله در سیستم بانکداری موردنظر از است، به عبارت فقط آن بخش از کارکردهای جهاله که موردنیاز و توجه عملیات بانکی است در مقررات بانکداری تبلور یافته به نحوی که می توان گفت مقررات بانکی نوعی از جهاله را تکوین نموده که از جهاله مقرر قانون مدنی متمایز بوده و خاص عملیات بانکی است، با این توضیح که جهاله در عملیات بانکی در دو وضعیت قابل تصور است، در وضعیتی که بانک نقش عامل را داشته و عهددار انجام عملی است که در مقابل آن مستحق دریافت اجرت از سوی مشتری بانک، یا همان جا عل خواهد بود در این قسم جهاله وفق ماده ۴ دستور العمل یاد شده، در قرارداد جهاله بایستی پیش بینی شود بانک حق و اگذاری قسمتی از عمل را به غیر تحت عنوان جهاله ثانوی خواهد داشت، شکل دیگر جهاله در عملیات بانکی به نحوی است که بانک عنوان جا عل و تامین کننده اعتبار و سرمایه لازم را دارد و طرف دیگر در نقش عامل است، به نحوی که بانک متعهد می گردد در مقابل انجام عمل مورد تفاوت از سوی جا عل یا پیمانکار مبلغی معین به عنوان اجرت به عامل بپردازد، در این راستا ماده ۱ دستور العمل اجرایی جهاله مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار در تعريف جهاله بیان داشته است: «منظور از جهاله در این دستور العمل عبارت است از تزام شخص جا عل یا کارفما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین، طبق قرارداد، طرفی که عمل رانجام می دهد عامل و یا پیمانکار نامیده می شود»

باتوجه به مطالعات فوق می توان به برخی تفاوت های بین جهاله مرسوم در قانون مدنی و جهاله مورد نظر در مقررات بانکی به شرح ذیل اشاره کرد:

- ۱- در قانون مدنی در مورد ماهیت جهاله و عقدی ایقاع بودن آن اشاره نشده در حالی دستور العمل اجرایی جهاله در موارد متعدد به صراحت از آن تحت عنوان قرارداد یاد نموده است.
- ۲- در قانون مدنی جهاله تعهدی جایز عنوان شده در حالی که جهاله در امور بانکی برای گیرنده تسهیلات چه به عنوان جا عل و چه به عنوان عامل عقدی لازم است.
- ۳- همانگونه که شرح آن آمده در قانون مدنی دونوع جهاله عام و خاص تقریب شده در حالی که در قرارداد جهاله موردنظر مقررات بانکی، بانک همواره با شخص معلوم و معینی مبادرت به انعقاد قرارداد می نماید و عملاً چیزی تحت عنوان جهاله عام در این نظام بانکی وجود ندارد.

۴-وفق ماده ۵۶۷ قانون مدنی، عامل هنگامی استحقاق دریافت اجرت را می باید که موضوع جعاله راتسلیم کرده و یا انجام داده باشد، در حالی که برابر ماده ۶ دستور العمل اجرایی جعاله، دریافت یا پرداخت قسمتی از مبلغ جعاله به عنوان پیش پرداخت یا پیش دریافت، توسط بانک ها مجاز است.

لذا مشاهده می گردد که این تفاوت ها آنقدر وسیع است که می توان گفت نظام بانکداری عملاً مفهوم جدیدی از جعاله را رایه کرده که بهتر است از آن تحت عنوان "جعاله بانکی" یاد شود.<sup>۱۰۲</sup> چرا که هر چند بانک ها هم اکنون تحت عنوان جعاله، وجه نقدی می پردازند و مبلغ اولیه را به اضافه سود مقرر به صورت اقساط از مشتری دریافت می کنند، لیکن آنچه تاکنون تحت عنوان جعاله پرداخت شده در واقع اعطای تسهیلات برای تعمیرات مسکن، حفر چاه، ساخت انبار و البته افتتاح اعتبارات استنادی بوده که اکثر هم جعاله ای نیست که موردنظر قانون گذار باشد.<sup>۱۰۳</sup>

همانگونه که اشاره شد در نظام بانکی کشور را عقاد جعاله بانک ها به فراخور نیاز و منافع پیش روی خودگاهی عامل قرارداد جعاله هستند و گاهی نقش جاعل را دارند، قرارداد های کنونی تنظیم یافته جهت گشایش اعتبارات استنادی حاکی از این امر است که بانک ها جهت ارایه این بخش از خدمات همواره به عنوان عامل جعاله بوده و متقاضی گشایش اعتبار نیز جاعل قرارداد تلقی می گردد که بر حسب مفاد این قبیل قرارداد ها<sup>۱۰۴</sup> جاعل یا همان مشتری از بانک درخواست می کند که در مقابل دریافت استناد و مدارک مورد اشاره در فرم تقاضای گشایش اعتبار استنادی، مبلغ اعتبار مندرج در فرم مذکور را به ذینفع اعتبار پرداخت یا بروات صادره توسط او را قبول و پرداخت نماید، در مقابل از سوی بانک نیاز بابت انجام عملیات جعاله و همچنین تامین منبع ارزی و بیالی و هزینه های متعلقه مبلغی به عنوان اجرت تعیین می گردد که مشتری به عنوان جاعل متعهد به پرداخت آن به بانک می باشد.

البته چنانچه گشایش اعتبار همراه با اعطای تسهیلات به متقاضی باشد، در قراردادهای بانکی مربوطه علاوه بر کارمزد عملیات بانکی، باز پرداخت مبلغ تسهیلات، سود مورداً منتظر و هزینه های متعلقه نیز پیش بینی می گردد و جاعل (مشتری) متعهد می شود ضمن پرداخت بخشی از مال الجعل تحت عنوان پیش پرداخت نسبت به تصفیه تسهیلات در اقساط معین اقدام کند و انگهی این قراردادهای بانکی از نقطه نظر گشایش اعتبار استنادی موافق با ایراداتی اساسی است که می تواند روابط طرفین در گیر در آن یعنی بانک و متقاضی و ذینفع را دچار مشکلاتی چند نماید که صرف نظر از موارد پیشگفته اهم این ایرادات به شرح ذیل بیان می گردد.  
۱- از مفاهیم مختلف قانون مدنی از جمله ماده ۵۶۲ و بویژه ۵۶۳ به خوبی استنبط می شود که در عقد جعاله طرفی که پیشنهاد کننده انجام عمل یا متقاضی آن و همچنین ملتزم به پرداخت اجرت می باشد، جاعل است است وهم اوست که اجرت و میزان آن را تعیین می کند و عامل هیچ نقشی در تعیین آن ندارد، در حالی که دریک قرارداد جعاله ارزی به منظور گشایش اعتبار استنادی که متقاضی برای تامین محل اعتبار مبادرت به اخذ تسهیلات نیز از همان بانک می نماید، عملاً این بانک به عنوان عامل است که شرایط اعطای اعتبار، چگونگی پرداخت و میزان اعتبار، سود، هزینه ها و جهالت زامن متعلقه به آن را معین می کند و جاعل یا همان متقاضی اعتبار معمولاً یا هیچ نقشی در این باره ندارد و یا اراده او در این موضوع آنقدر کم رنگ است که از اهمیتی برخوردار نیست و بدین ترتیب برخلاف آنچه در جعاله جاری است این عامل است که تعیین جعل می کند نه جاعل.<sup>۱۰۵</sup>

۲- برابر ماده ۵۶۶ قانون مدنی جعاله تعهدی جایز تلقی می گردد، بنابراین بواسطه وقوع عواملی چند از قبیل فوت و جنون و سفسه هریک از طرفین منفسخ می شوند همچنین هریک از طرفین نیز این اختیار را خواهد داشت که هر زمان به اراده خود یکطرفه

<sup>۱۰۲</sup> دکتر مصطفی السان، پیشین، ص ۱۲۹ و ۱۳۰

<sup>۱۰۳</sup> محمدرضا حاجیان، پیشین، ص ۱۸۵ و ۱۸۶

<sup>۱۰۴</sup> بعنوان نمونه ماده ۱ قرارداد جعاله ارزی به منظور گشایش اعتبار استنادی وارداتی دیداری بانک سپه در این مورد چنین تنظیم یافته است:

«جاعل با امضای فرم قرارداد گشایش اعتبار استنادی وارداتی به شماره .....، مورخ ..... که ضمیمه وجزء لاینفک این قرارداد می باشد و به امضای طرفین رسیده است از بانک درخواست نموده که با دریافت استناد مقرر شده مشروطه در فرم گشایش اعتبار استنادی فوق الذکر مبلغ اعتبار مندرج در فرم مذبور را که عبارتست از مبلغ ارز ..... به عده ..... به حروف می باشد و وجه آخرین ذینفع اعتبار که نام و مشخصات اتوسط جاعل تعیین می گردد پرداختی را به شخص ثالث (ذینفع اعتبار انجام دهد) و بروات صادره توسط ذینفع را قبول و پرداخت کند .....»

<sup>۱۰۵</sup> محمد تقی رفیعی، پیشین، ص ۸۱

مبادرت به فسخ قرارداد کند هرچند که فسخ ازوی جا عمل درموردی که عمل مورد جعاله دارای اجزاء متعددی باشد که هریک از این اجزا خود می‌تواند اصلتاً بخشی از خواسته جا عمل را برآورده سازد مقررات خاصی برآن حاکم است صرف نظر از اینکه این وضعیت در مکانیزم اعتبار اسنادی قابل تصور نیست اساساً روح و اصول کلی حاکم بر عقود جایز در جعاله نیز جاری است، در حالی که یک قراردادگشایش اعتبار بین متقاضی اعتبار و بانک گشاینده، در بردارنده یک تعهد قطعی برای بانک در مقابل متقاضی مبنی بر پرداخت مبلغی معین به ذینفع است و پس انعقاد این قرارداد هیچیک از عوامل فاسخ عقود جایز قبیل فوت و جنون و سفه طرفین نمی‌تواند خدشه‌ای به تعهدات طرفین وارد سازد، همچنین با عنایت بر ماهیت الزام آور بودن مکانیزم اعتبار اسنادی در صورتی که بعد از انعقاد قرارداد و گشایش اعتبار متقاضی اعتبار فوت نماید در این وضعیت بانک گشاینده اعتبار همچنان در مقابل وراث او متعهد است زیرا از تحلیلی که بر مبنای الزامی بودن قرارداد گشایش اعتبار شداین نتیجه حاصل می‌گردد که در صورت فوت طرفین عقد لازم در قالب موارد انتقال حقوق مالی، آثار این توافق نسبت به وراث ایشان جریان پیدا می‌کند<sup>۱۰۶</sup> و اقدام بانک‌ها در درج این عقد جایز ضمن عقدی لازم وصف آن را تغییر نمی‌دهد.

۳- با توجه به اینکه موضوع عقد جعاله تعهد عامل به انجام عمل موردنظر جا عمل در بر ابر تعهد والتزام جا عمل به پرداخت اجرت عمل در قالب جعل است بنابراین جعاله عقدی عهده است در حالی که همانگونه که قبل از مشروطه بحیان شد توافق بر گشایش اعتبار واحد دو صفت عهده و تملیکی نسبت به طرفین ذیر بسط در روابط جاری در این مکانیزم است و از این منظر نه تنها قابل قیاس با جعاله نیست بلکه تناقضات بنیادینی با اصول و مفاهیم حقوق قراردادها در این موضوع دارد.

۴- گذشته از ایرادات و موافع پیشگفتہ، مانع دیگری که در تطبیق عقد جعاله و سایر عقود معین مورد تحلیل به غیر از ضمان و حواله بسیار بر جسته می‌نماید این موضوع است که در تمامی این عقود بواسطه یکی از نتایج طبیعی اصل حاکمیت اراده، هر کس آزاده حق انتخاب طرف قرارداد خود را داراست و ازوی دیگر مطابق اصول حاکم بر حقوق قراردادها، هر عقدی از برخوردار توافق اراده ایجاب کننده باطرفي که به عنوان قابل موردن انتخاب موجب قرارگرفته است به وجود می‌آید، به عبارتی دیگر عقد محصل توافق اراده های طرفین آن است و دیگران در این زمینه هیچ سهمی ندارند<sup>۱۰۷</sup>. این واقعیت که بیانگر اصل نسبی بودن قراردادها است از اصول مهم حقوق ناظر بر این بخش است، در حالی که در مکانیزم اعتبار اسنادی اساساً اراده ذینفع هیچ سهمی در تحقق قرارداد گشایش اعتبار ندارد نه به عنوان ایجاب کننده و نه به عنوان قابل، لیکن به مردم اصلی از این توافق اوست و به درستی به وی ذینفع اطلاق می‌گردد.

لذا با توجه به آنچه که شرح آن آمد صرف نظر از تناقضات بین اوصاف و ماهیت جعاله و قرارداد گشایش اعتبار آنچه که در قانون مدنی به عنوان جعاله تعریف و مختصات آن بیان شده نمی‌تواند پاسخگو و قالب دقیق و مناسبی برای تحقق یک اعتبار اسنادی در حوزه تجارت باشد و به همین دلیل هم مقررات بانکی به ناچار با دخل و تصرف در مفاهیم قانون مدنی سعی در برطرف کردن تناقضات و کاستی‌های جعاله مدنی و فراهم نمودن مفهومی دیگر نموده اند که با توجه به تفاوت های آن با جعاله مندرج در قانون مدنی باید نام جعاله بانکی برآن نهاد و صرف نظر از فاصله ای که از جعاله مرسوم دارد صرفاً در برگیرنده روابط حقوقی بخشی از روند گشایش تا پرداخت یک اعتبار اسنادی است و بخش های عمده دیگر مانند رابط بانک گشاینده اعتبار و ذینفع اعتبار اسنادی ندارد.

#### نتیجه

مکانیزم اعتبار اسنادی باعده از اصول حاکم بر حقوق مدنی بطور عام و حقوق قراردادها بطور خاص، توانسته است به روی مطمئن و مورداً استقبال در حوزه تجارت بین المللی واقع گردد و همین عدول و عدم تطابق با اصول حقوق قراردادها به نقطه قوت این مکانیزم تبدیل شده است، لذا در قالب عقود معین که در تابعیت محض اصول حقوق قراردادها هاستند امکان تطبیق ندارد

<sup>۱۰۶</sup> دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، پیشین، ص ۶۱

<sup>۱۰۷</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۳

ازسوی دیگر عقد بنابر ماهیت ساختاری خود و صرفاً می‌تواند در برگیرنده رابطه بین بانک و متقاضی به عنوان طرفین عقد باشد و در برگیرنده رابطه دیگر مکانیزم اعتبار استنادی یعنی رابطه بین بانک و ذینفع نیست، چراکه ذینفع هیچ دخالتی در تحقق عمل حقوقی بین بانک و متقاضی ندارد و از دیدگاه حقوق قراردادها نسبت به این عقد ثالث تلقی می‌گردد در حالی که این رابطه اصلی ترین رابطه جاری در مکانیزم اعتبار استنادی است و اساساً این مکانیزم برای نیل به هدف اصلی خود متکی به آن می‌باشد. این ایراد اساسی در قراردادی تلقی کردن رابطه ذینفع با بانک در سایر نظام‌های حقوقی نیز وجود دارد به نحوی که حقوقدانان خارجی پس از ناتوانی از تحلیل قراردادی این رابطه ناچار به تحلیل این رابطه در قالب سایر تأسیسات و نهادهای حقوق مدنی شده اند که این موضوع نه تنها گرهی از کارنگشوده بلکه بربیچیدگی آن نیز افزوده است، برای نمونه در بلژیک وهلندا در این رابطه مهم وجوهی را ناچار نوعی ایقاع تحلیل<sup>۱۰۸</sup> و برخی دیگران را تعهد به نفع ثالث دانسته اند.

## فهرست منابع و مأخذ

۱. اشمیتوف کلایوام، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج دوم، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران
۲. السان مصطفی، حقوق بانکی، چاپ دوم، سمت، ۱۳۹۱، تهران
۳. اخلاقی بهروز، بحثی پیرامون اعتبارات استنادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، پائیز ۱۳۷۰
۴. امامی سید حسن، حقوق مدنی ج ۱ و ۲، انتشارات اسلامیه، چاپ دهم، ۱۳۷۳، تهران
۵. بروجردی عبدی محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۰، تهران
۶. جعفر لنگرودی محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۷. جعفر لنگرودی محمد جعفر، مجموعه محسنی قانون مدنی، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران
۸. جعفر لنگرودی محمد جعفر، عقد حواله، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۰، تهران
۹. جعفر لنگرودی محمد جعفر، عقد مضاربه، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۴، تهران
۱۰. جعفر لنگرودی محمد جعفر، ضمان عقدی در قانون مدنی، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۳، تهران
۱۱. جنیدی لعیا، مقایسه اعتبار استنادی با اسناد برآتی، مجله حقوق بانکی، سال سوم، شماره ۵ و ۶، سال ۱۳۹۳
۱۲. حاج علی محمد رضا، بررسی تطبیقی اعتبارات استنادی داخلی با اعتبارات استنادی بین المللی و راههای رفع موانع درجهت افزایش کارایی آن
۱۳. پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، موسسه باتکداری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴
۱۴. حاجیان محمد رضا، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی، چاپ اول، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۰، تهران
۱۵. حائری شاه باغ سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۱۶. رفیعی محمد تقی، تحلیل حقوقی قرادادگشایش اعتبار استنادی در حقوق ایران، اندیشه‌های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶
۱۷. داورزنی حسن، امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت‌های تجاری، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۱، پائیز و زمستان ۱۳۹۳
۱۸. تفرشی محمد عیسی، ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران، مدرس، شماره ۹، زمستان ۷۷
۱۹. صدر محمد باقر، حواله ۲، تقریر، سید علیرضا حائری، مجله فقه اهل بیت، ۱۳۷۹، شماره ۲۱
۲۰. شهرازی نیا مرتضی، انتقال و توثیق ضمانت نامه‌های بانکی، مدرس علوم انسانی، شماره ۲، پیاپی ۵۱، تابستان ۸۶

<sup>۱۰۸</sup> لعیا جنیدی، مقایسه اعتبار استنادی با اسناد برآتی، مجله حقوق بانکی، سال سوم، شماره ۵ و ۶، سال ۱۳۹۳، ص ۲۰

۲۱. شهیدی مهدی، سقوط تعهدات ج ۱، چاپ ششم، مجد، ۱۳۸۱، تهران
۲۲. ع طباطبایی، ضمان، مجله کانون سردفتران، ۱۳۴۹، شماره ۷ و ۸
۲۳. کاتوزیان ناصر، عقود معین<sup>۴</sup> عقود اذنی-وثيقه های دین، چاپ دوم، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، تهران
۲۴. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی مشارکت ها-صلح، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۲۵. کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، عقود معین<sup>۱</sup>، عاملات معموض-عقود تملیکی، چاپ ششم، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، تهران
۲۶. کاظمی محمود، اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله، پژوهش های حقوق تطبیقی، زمستان ۱۳۸۹، شماره ۴
۲۷. کریمی اسدالله، مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرين مقررات متحداشكل اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷
۲۸. مسعودی علیرضا، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، چاپ دوم، شهردانش، ۱۳۹۱، تهران
۲۹. مصطفوی کاشانی محمود، ضمانت نامه بانکی، چاپ اول، موسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۷
۳۰. حق داماد مصطفی، ضمان عقدی ضم ذمه به ذمه یا نقل ذمه به ذمه، مطالعات حقوقی و قضایی، پاییز و زمستان ۱۳۶۶، شماره ۱۱ و ۱۲
۳۱. موسوی بجنوردی محمد، نگرشی جدید بر ضمانت و علل واحکام آن، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴، سال ۷۱، ص ۱۰
۳۲. مصطفی کاشانی سید محمود، نارسایی های حقوقی بانکداری در ایران، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۴
۳۳. مصطفوی کاشانی سید محمود، مبانی حقوقی و مقررات بهره‌وزیان دیر کرد، مجله کانون و کلای دادگستری مرکز، شماره ۱۷۶، بهار ۱۳۸۱
۳۴. نوروزی بهروز، ماهیت حقوقی و فقهی جuale در نظام بانکی، ماهنامه کانون سردفتران، شماره ۱۳۸۵، ۶۲
۳۵. بی نام، بحث در موضوعات حقوقی، راجع به مضاربه، مجموعه حقوقی نشریه وزارت دادگستری، ۱۳۱۵، شماره ۷۵
۳۶. زین الدین علی بن محمد مکی عاملی (شهید ثانی)، تحریر الروضه فی شرح اللمعه، ج ۲، چاپ یازدهم، سمت، تهران، ۱۳۸۸
۳۷. زین الدین بن علی محمد عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج ۱۰، کتاب فروشی داوری، قم، ۱۴۱۰، ۵ ق
۳۸. حق حلی، المختصر النافع، چاپ دوم، مرکز الطباعة والنشر فی موسسه البعله، تهران، ۱۴۱۶
39. [www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf](http://www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf)