

## تحلیل ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی در بستر عقود معین

### محسن کاشانی حصاری

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

#### چکیده

دردنیای کنونی اعتبار اسنادی که مخلوق قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است بعنوان روش پرداختی نوین نقشی حیاتی و کم‌بدیل را در تجارت بین الملل برعهده دارد، این قرارداد بدلیل نوظهور بودنش نسبت به سایر روش های پرداخت و نقشی که بانک ها در آن ایفا می کنند از منظر ماهیت و تطبیق با نهاد ها 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 نمی شود به همین دلیل اغلب دست اندرکاران حوزه تجارت بین الملل وحتى و کلاء و قضات تصویر چندان درستی از این مکانیزم پرداخت ندارند، برخی نویسندگان خارجی اعتبار اسنادی را موجودی عجیب الخلقه گفته اند و حتی درانتخاب عنوان قرارداد برای خالق آن یعنی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی ابراز تردید کرده اند، درمیان 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 آن یعنی توافق بانک و متقاضی اعتبار که در کشور ما به قرارداد گشایش اعتبار موسوم است می پردازد، 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 نشأت گرفته از اصول حاکم بر حقوق مدنی بطور عام و حقوق قراردادهای بطور خاص با ویژگی های منحصر بفرد اعتبار اسنادی است، هیچ یک ظرفیت دربرگرفتن 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 اعتباراسنادی از منظر اصول حاکم بر حقوق مدنی بویژه حقوق قراردادهای بیانگر این واقعیت است که این توافق، بعنوان محصول نیازمندی های تجاری بازرگانان تا اندازه زیادی تحت تاثیر اصول حقوقی حاکم بر روابط تجاری به ویژه در حوزه حقوق اسناد تجاری و مقررات متحدالشکل اعتباراسنادی اتاق بازرگانی بین المللی به عنوان بخشی از حقوق تجارت بین المللی است که قابل توجه ترین مستند قانونی در این زمینه است به همین دلیل در موارد متعددی امکان تطبیق دقیق این ابزار نوظهور بر اساس اصول حقوق مدنی امکان پذیر نیست چراکه فلسفه وجودی احکام در حقوق مدنی به میزان چشمگیری متفاوت و اغلب متعارض با فلسفه و روح حاکم بر حقوق تجارت است.

باین وصف برخی از نویسندگان ما به تبع مشاهیر فقه برآند که ماهیت هر عمل حقوقی را صرفا باید در این عقود از پیش تعریف شده معین یافت، زیرا به نحو شایسته ای ظرفیت دربر گرفتن هر عمل حقوقی حتی ابزار نوظهوری چون اعتباراسنادی و اجزاء را دارا می باشند. در همین راستا هر کسی از ظن خود یاری را در عقود معین برای این مکانیزم و اجزاء آن از جمله توافق بانک متقاضی برگشایش اعتبار پیشنهاد می دهد، برخی آنرا بی چون و کالت می دانند<sup>۱</sup> و برخی دیگر قالب مضاربه و ضمان و حواله را مناسب می یابند، در این میان نظام بانکی ما نیز از سر، سرگستگی های ناشی از تصویب قوانین عجولانه و غیر کارشناسانه<sup>۲</sup> این حوزه خود را در گرداب جعله انداخته است.

در حالی که واضح است، تمیز جایگاه هر نهاد حقوقی قبل از هر چیز نیازه شناخت ماهیت آن نهاد دارد، به عنوان مثال تاندا نیم که باز کردن حساب جاری یا سپرده سرمایه گذاری در زمره اعمال حقوقی است قادر به تمیز محل آن در زمره 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 خطر انحراف و بدعت، به قیاس موضوع با یکی از ماهیت های سنتی بپردازند و راه نجات را از درون نظام حقوقی بیابند<sup>۳</sup> و همین قیاس با نهاد های سنتی اگر چه خود منتهی به یافتن قالبی مشابه برای عمل حقوقی مورد نظر نگردد لیکن در زدودن تردیدها و یافتن راه حل ها نوین گشایش گر خواهد بود. در همین راستا این پژوهش را به این روش قیاسی اختصاص دادیم تا شایع ترین عقود معین که در مظان مجانست با توافق برگشایش اعتباراسنادی و یا به اعتقاد برخی مکانیزم اعتباراسنادی 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 و مقایسه قرارداد گشایش و اعتباراسنادی با عقود اذنی

گفتار نخست- عقد و کالت

با توجه به چگونگی انجام عملیات اعتباراسنادی شاید بنظر برسد که اعتباراسنادی در واقع نوعی وکالت منطبق بر مقررات عقد وکالت و ماده ۶۵۶ قانون مدنی است<sup>۴</sup>، چراکه بواسطه قرارداد گشایش اعتبار، متقاضی به بانک وکالت 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 کرد اقدام و یا با حق توکیل به بانک دیگر مفاد وکالت را به انجام رساند و در مقابل نسبت به دریافت اجرت (حق الوکاله)

<sup>۱</sup> محمد رضا حاج علی، بررسی تطبیقی اعتبارات اسنادی داخلی با اعتبارات اسنادی بین المللی و راه های رفع موانع در جهت افزایش کارایی آن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، ۱۳۸۴، تهران، موسسه بانکداری جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۳۳

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

دکتر سید محمود مصطفی کاشانی، مبانی حقوقی و مقررات بهره و زیان دیر کرد، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۷۶، بهار ۱۳۸۱، ص ۴۵ بیعد

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

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

<sup>۴</sup> ماده ۶۵۶ قانون مدنی: وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را 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 اعتبار اسنادی متقاضی اعتبار به عنوان موکل، بانک گشاینده به عنوان وکیل و موضوع وکالت پرداخت وجه اعتبار به ذینفع یا به حواله کرداد و یا قبولی بروات وی در مقابل اخذ اسناد حمل و تحقق سایر شروط قرارداد گشایش تلقی می گردد. در بادی امر شاید بنظر برسد که قرارداد گشایش اعتبارات اسنادی 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، چرا که وفق این مقررات متقاضی اعتبار، بانک را در پرداخت ثمن به روش های یاد شده در مقررات فوق نایب خود قرار می داد. لیکن بررسی و مقایسه ویژگی های عقد وکالت و آثار آن با چگونگی عملکرد اعتبارات اسنادی و نتایج حاصل از آن تردیدی جدی به این نظریه وارد میکند.

بنا به تعریف فقها که مورد توجه نویسندگان قانون مدنی نیز قرار گرفته است، عقد وکالت عبارتست از ایجاب و قبولی که دلالت بر نیابت در تصرف دارد و عقدی جایز تلقی می گردد.<sup>۶</sup> در حالی که بررسی اوصاف توافق برگشایش اعتبار اسنادی مبین آنست که این توافق نه از نظر ماهیت و چگونگی تعهدات طرفین و نه از نظر هدف تاسیس آن حتی در فرض توافق بر اعتبار اسنادی قابل برگشت صرفاً می تواند تعهدی لازم الاتباع باشد و نه جایز. گذشته از احکام ناظر بر عقود جایز در موضوع بقا و استمرار آنها، عقد وکالت به عنوان عقدی جایز از این منظر در مظان سستی بیشتری نیز نسبت با سایر عقود جایز قرار دارد، زیرا فقها اعماء و فقدان عدالت را هم دراموری که عدالت شرط وکالت است را به موجبات بطلان وکالت افزوده اند.<sup>۷</sup> همچنین به اعتقاد اغلب حقوقدانان، قانونگذار با بدسفه راهم به موارد مندرج در ماده ۶۷۸ در کنار جنون و مرگ طرفین می افزود.<sup>۸</sup>

علاوه بر این حکم ناشی از ماده ۶۸۳ قانون مدنی و ارتباط با آن با قرارداد گشایش اعتبار اسنادی است، که به موجب آن، از بین رفتن متعلق وکالت یا انجام موضوع وکالت از سوی موکل از موارد دیگر منفسخ شدن عقد وکالت است، حال این پرسش به میان می آید که این توافق را وکالت فرض کنیم، چنانچه بعد از تحقق انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و ایجاد تعهد برای بانک، به هردلیلی این تعهد را از سوی موکل که همان متقاضی گشایش اعتبار است، به عنوان موکل ایفاء گردید و 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 اسنادی قابل تصور نیست، چرا که بر اساس اصل استقلال اعتبار اسنادی، 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 اسنادی می کند، صرفاً با یک مسئله سروکار خواهد داشت و آن این است که آیا اسنادی که بوسیله فروشنده تسلیم می شوند با اسنادی که در دست پرداخت خریدار مشخص شده اند مطابقت دارد یا خیر؟<sup>۹</sup> بنابراین اعمال حکم ماده ۶۸۳ قانون مدنی در خصوص قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و تعهدات حاصل از آن امکان پذیر نیست و حتی صرف نظر از ادعای متقاضی اعتبار حتی اثبات اسقاط تعهدی به هردلیلی 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>5</sup> Dr. Ahcene Lahsasna, Ibid, p21

<sup>6</sup> محقق حلی، المختصر النافع، چاپ دوم، مرکز الطباعة والنشر فی موسسه البعثة، ۱۴۱۶ ه ق، تهران، ص ۲۵۱

ابوعبدالله محمد بن مکی عاملی «شهید ثانی» تحریر الروضه فی شرح المعه، ج ۲ چاپ دوازدهم، سمت، ۱۳۸۸، تهران، ص ۷۶

<sup>7</sup> پیشین، ص ۷۶ و ۷۷

<sup>8</sup> محقق حلی در المختصر النافع در این باره بیان می دارد: و تبطل الوکاله بالموت والجنون الاغما وتلف ما يتعلق به، پیشین

سیدعلی حاتری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران، ص ۶۰۸

<sup>9</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران، ص ۳۶۲

<sup>10</sup> دکتر بهروز اخلاقی، بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، پاییز ۱۳۷۰، ص ۸۲

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

{این مطلب اساسی است که هربانکی که اعتباراسنادی صادر می کند باید به تعهد خود پای بند باشد، بانک به هیچ وجه باختلاف خریدار و فروشنده کاری ندارد، خریدار ممکن است بگوید که ادعای متقابلی در مورد مبلغ زیادی دارد ولی بانک باز هم باید تعهدات خود را محترم شمارد، یک اعتباراسنادی مشابه یک سفته است که از بابت بهای کالایی باید داده شود و همچون وجه نقد باید محترم شمرده شود، هیچگونه تهاثریا ادعای متقابلی برای کاهش آن مجاز نمی باشد} <sup>۱۲</sup>

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

گفتار دوم - عقد حواله <sup>۱۴</sup>

در نصوص مقررات اسلامی هیچ تعریفی از حواله به چشم نمی خورد و فقها در تعیین حدود ماهیت حقوقی آن اختلاف عمیقی دارند، برخی حواله را انتقال دین، برخی دیگر افاء دین، انتقال مطالبه، گروهی انتقال مطالبه و دین و برخی آنرا تضامن می دانند و بر اساس همین تحلیل ها در عقاید ایقاع بودن آن نیز اتفاق نظر وجود ندارد. <sup>۱۵</sup>

با این حال بنا بر آنچه که در بین مشهور فقها 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 فقهای شیعه و سنی در مورد اینکه آیا حواله معاوضه است یا استیفا و یا تغییر بدهکاری یا تغییر طلبکار؟ چنین گفته: {صحیح 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 فقها در ماده ۱۲۲۴ 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 علیه می گویند»

با این وصف به اعتقاد برخی اثر حواله "انتقال دین" از ذمه محیل به شخص ثالثی است که حواله برعهده 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 علیه 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 واجد شباهت بسیاری با برات به عنوان یک سند تجاری است <sup>۱۹</sup> و بواسطه همین قرابت می تواند مشابهت هایی با مکانیزم اعتبار اسنادی داشته و عناصر متشکله این تاسیس حقوقی قابل تطبیق با برخی عناصر سازنده اعتباراسنادی

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

<sup>۱۳</sup> جهت مطالعه بیشتر در خصوص مفاد این نظریه رجوع شود به، دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها ج ۲، پیشین، ص ۵۴

<sup>۱۴</sup> از آنجائیکه در حواله و ضمان ذمه شخصی وثیقه 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 ۴۰ تا ۴۱

<sup>۱۶</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین ۴، 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 بیعد

<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 قرارداد گشایش اعتبار باشد، زیرا همانگونه که در عقد حواله مدیون یا همان محیل توسط حواله مطالبه دین خود از سوی محال را متوجه شخص دیگری به نام محال علیه می نماید، در مکانیزم اعتبار اسنادی نیز می توان با تشبیه خریدار به محیل و انطباق فروشنده با محال چنین تصور کرد که خریدار با گشایش اعتبار اسنادی مطالبه دین ناشی از قرارداد فروش کالا یا عرضه خدمات را از سوی فروشنده متوجه بانک گشاینده به عنوان شخص ثالث یا همان محال علیه نموده و به این ترتیب شباهتی کامل بین عقد حواله و قرارداد گشایش اعتبار اسنادی 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 آشکار و تطبیق اعتبار اسنادی و قرارداد گشایش اعتبار آن را با عقد حواله 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 عقد حواله که شرط صحت آن نیز تلقی شده، لزوم وجود دین محیل به محال است، مشهور فقها نیز همین عقیده را دارند که باید ذمه محیل مشغول به محال باشد به بیان دیگر حواله برای ایفاء دین بکار می رود،<sup>۲۱</sup> در غیر این صورت نقل ذمه به ذمه که مقتضای عقد حواله است امکان نمی یابد<sup>۲۲</sup> و مالا نام حواله نیز بر آن صادق نخواهد بود، همچنین این دین باید به عنوان بدهی مسلم و بالفعل در حین عقد بر ذمه محیل 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 محیل را از شرایط صحت حواله ندانسته و با تشبیه آن به ضمان، نظریه صحت حواله دینی که سبب آن ایجاد شده باشد داده اند.<sup>۲۴</sup>

در حالی که در مکانیزم اعتبار اسنادی، ممکن است تعهد خریدار به گشایش اعتبار به عنوان شرطی مقدم بر شکل قرارداد فروش باشد که در این فرض، غالباً در زمان انعقاد قرارداد گشایش اعتبار هیچ دینی بر ذمه متقاضی به عنوان محیل در مقابل ذینفع به عنوان محال وجود ندارد و حتی در مواردی که این تعهد به عنوان شرط اساسی در قرارداد فروش مورد توافق قرار می گیرد، ممکن است صرفاً توافقاتی در خصوص معاملات فی مابین در قرارداد پایه بین متقاضی و ذینفع اعتبار واقع گردیده که یکی از این توافقات، تراضی بر روش پرداخت از طریق اعتبار اسنادی است، مانند توافقاتی که منجر به گشایش یک اعتبار اسنادی غیر فعال 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 شاعرا داشته: «اگر در مورد حواله محیل مدیون محال نباشد احکام حواله بر آن جاری نخواهد بود» از سوی دیگر حتی اگر فرض را بر آن 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 تجزیه و استقرار این دین مواجه خواهیم بود، چرا که پرداخت اعتبار به ذینفع مشروط به ارایه اسناد حمل و تطبیق آن با دستور پرداخت می باشد و بر اساس اصل یا دکتترین 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 قایل به ایجاد سبب حواله بواسطه قرارداد گشایش اعتبار نیز باشیم بنا به موارد پیشگفته بی تردید عنوان حواله بر اعتبارات اسنادی عنوانی مدلل و شایسته نیست.

<sup>۲۰</sup> هر چند در فقه و حقوق مدنی نویسندگان ما هرگز بحثی با عنوان روش های پرداخت مطرح نکرده اند لیکن بررسی عقد حواله بعنوان روش پرداخت، صرف نظر از ماهیت آن خالی از وجه 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

<sup>۲۴</sup> دکتر سیدحسین امامی، حقوق مدنی ج ۲، انتشارات اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۷۳، تهران، ص ۲۸۹

<sup>۲۵</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ایشان در این زمینه بیان داشته اند: «دقیق تر آنست که گفته شود، وجود سبب دین محیل به محال از شرایط تحقق حواله است»

<sup>25</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 الهویی زارع، مفهوم انطباق دقیق در اعتبارات اسنادی با تاکید بر سندسیاه تجاری، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۴۹

دوم: حواله باعث انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه می گردد، در نتیجه در اثر تحقق عقد، محیل در برابر محال بری و به جای اودمه محال علیه عهده دار پرداخت می شود، این امر اثر حواله در رابطه حقوقی محیل و محال است که به پیروی از فقه‌های 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 علیه مشغول می شود»<sup>۲۸</sup>

بنابراین آنچه که شرح آن آمد اساساً در مکانیزم اعتبار اسنادی، فرض بر اشتغال ذمه متقاضی گشایش اعتبار به عنوان محیل در برابر ذینفع به عنوان محال نیست تا بواسطه تحقق حواله مذکور (قرارداد گشایش) ریسمان دین از ذمه او گشوده و بر ذمه بانک به عنوان محال علیه بسته شود و به این ترتیب ذمه بانک اشتغال یابد، بلکه در عمل اغلب این متقاضی اعتبار است (محیل) که با گشایش اعتبار و درخواست آن مدیون بانک می گردد،<sup>۲۹</sup> لذا از منظر عملکرد نیز 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 می شود و یا حواله به صحت و اعتبار خود باقی است و نیز در مورد آثار مترتب بر آن اختلاف نظرهای جدی وجود دارد. قانون مدنی این موضوع را در ضمن یکی از مصادیق 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 وفای به عهد واقع می شود، پس هرگاه معلوم گردد اساس دینی وجود نداشته لغوی بوده می شود<sup>۳۱</sup>، ماده ۷۳۳ قانون مدنی در همین زمینه اشعار می دارد:

« اگر در بیع، بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد حواله باطل می شود و اگر محال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد ولی اگر بیع به واسطه فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده لیکن محال علیه بری و بایع یا مشتری می تواند 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 بر مبنای درستی بیع حواله ای به سود فروشنده صادر کند، سپس بطلان بیع آشکار گردد، این بطلان نشان می دهد که محیل از آغاز دینی به محال نداشته و به پندار وجود چنین دینی حواله به سود او صادر کرده است، پس طرفین در جهت تراضی در اشتباه بوده اند و حواله باطل است، حداقل در این فرض در درستی حکم مفاد ماده ۷۳۳ تردیدی از سوی نویسندگان واقع نشده است،<sup>۳۲</sup> در حالی در مکانیزم اعتبار اسنادی بر مبنای اصل استقلال، اعتبار گشایش شده و تعهد پرداخت ناشی از سند اعتبار اسنادی، مستقل از وجود و اعتبار امری رابطه حقوقی است که معمولاً علت و سبب آن راتشکیل می دهد،<sup>۳۳</sup> به عبارت دیگر این نوع اعتبار که بر اساس قرارداد گشایش خلق گردیده از قرارداد پایه و یاد دیگر قراردادها مستقل است و در واقع یک ماهیت خود به خود اجرا شونده دارد<sup>۳۴</sup> لذا به هیچ وجه بواسطه تغییر و تحول قراردادهای دیگر دستخوش تغییر و گوناگونی نخواهد شد و بانک گشاینده اعتبار تحت هر شرایطی متعهد به ایفای تعهدات خود در برابر ذینفع خواهد بود که این موضوع یکی از تفاوت های 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، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶، ص ۷۱

<sup>۳۰</sup> محمود کاظمی، اثر انحلال قرارداد منشأ دین بر عقد حواله، پژوهش های 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 سعودی، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، چاپ دوم، شهردانش، ۱۳۹۱، تهران، ص ۴۷

درفصل پیشین نیز مشروحا بدان پرداخته شد اساسا قرارداد گشایش اعتباراسنادی بیشتر به عقدی مستقل می ماند تا عقدی تبعی مانند حواله.

رابعا: عقد حواله می تواند 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 اعتباراسنادی به عنوان روش پرداختی مطمئن است بلکه اساسا چیزی تحت عنوان اقاله در عملیات اعتباراسنادی وجود ندارد به ویژه در اعتباراسنادی غیر قابل برگشت که به عنوان اصل در مقررات **UCP600** پذیرفته شده طرفین قرارداد گشایش اعتباراسنادی هیچگاه امکان وحق دخل و تصرف در اعتبار صادره به سود ذینفع را ندارند، در اعتباراسنادی 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 قراردادهای به چشم می خورد و سختی با عنوان اقاله ندارد. این وجوه اختلاف اساسی بین این دو روش پرداخت موبداین واقعیت که عقد حواله نمی تواند قالب مناسبی برای عملیات اعتباراسنادی یا عناصر سازنده آن از جمله قرارداد گشایش اعتبار باشد. گفتار سوم - عقد ضمان

به موجب ماده ۶۸۴ قانون مدنی: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد، متعهد را ضامن و طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی گویند»

ضمان در لغت به معنای پذیرفتن التزام و اشتغال، کفالت، طی و خلال و امثال آنست و فقها آنرا به معنای التزام به پرداخت دین ثابت بر ذمه یا احضار نفس دیگری می دانند<sup>۳۶</sup> و معنی لغوی آن مترادف با تعهد است، به نظر برخی نویسندگان قانون مدنی ذکر واژه (مال) در این تعریف حائز اهمیت است چرا که حسب تعریف مال در متون فقهی و بالتبع در قانون مدنی، این واژه هم شامل عین و هم شامل دین می شود<sup>۳۷</sup> که فراتر از تعهد است.

با توجه به شباهت های که از نظر کارکرد و طرفین عقد ضمان و مکانیزم اعتباراسنادی وجود دارد، برخی را اعتقاد بر این است که قرارداد گشایش اعتباراسنادی در واقع از مصادیق عقد ضمان بوده و منطقی ترین قالب برای این توافق می باشد. شاید در نگاه نخست این دیدگاه منطقی به نظر برسد، چرا که در قرارداد گشایش اعتباراسنادی نیز متقاضی اعتبار که قابل تطبیق با مضمون عنه است بایستی وجهی را به ذینفع که می تواند 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 عقد ضمان است پرداخت می گردد لیکن ضمان واجد ویژگی هایی است که آنرا به شکل بارزی از ماهیت و عملکرد اعتباراسنادی متمایز می نماید.

یکم: از نظر مشهور فقهای امامیه عقد ضمان 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 می شود<sup>۳۸</sup>، پس از آن تنها این ضامن است مسئولیت ادای دین را بر ذمه دارد به همین سبب گفته شده عقد ضمان از اسباب سقوط تعهدات است<sup>۳۹</sup>، هر چند که فقهای عامه بر این باورند که ضمان ماخوذ از ضم بوده و نون آن زاید است، لذا عقد ضمان را موجب ضم به ضمه و تضامن می دانند<sup>۴۰</sup>، لیکن نویسندگان قانون مدنی به پیروی از فقیهان امامیه، مفهومی از ضمان را پذیرفته اند که به موجب آن ذمه مدیون به ضامن منتقل می شود به نحوی که ضامن متعهد می گردد دین و تعهد مضمون عنه ساقط و به او منتقل شود و بر این امر ادعای اجماع نیز گردیده است<sup>۴۱</sup>، از این رو گفته شده جابه 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> محقق حلی، پیشین، ص ۲۳۳

تحریر الروضه فی شرح اللمعه، پیشین، ص ۲۴

<sup>۳۹</sup> دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۴۶

<sup>۴۰</sup> سید علی حائری شاه باغ، پیشین، ص ۶۱۲

<sup>۴۱</sup> محمد موسوی بجنوردی، نگرشی جدید بر ضمان و علل و احکام آن، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴، سال ۷۱، ص ۱۰

جوهرضمان راتشکیل می دهد و<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 ضمان تحلیل کنیم، بایستی ذمه متقاضی به عنوان مضمون عنه مبری شده و به جای آن ذمه بانک به عنوان ضامن در برابر 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 قبال تعهدات خریدار در این مکانیزم مدنظر نیست، بانک گشاینده نیز عملاً فقط خود را واسطه ای در پرداخت وجه اعتبار به ذینفع و اخذ اسناد حمل می داند و به هیچ روی حاضر به پذیرفتن آنچه که تعهدات خریدار در قبال فروشنده است در قالب مکانیزم اعتبار اسنادی نیست، به همین دلیل هرگز خود را درگیر روابط و ادعاهای ایشان نمی کند، لذا در فرض اعلی، صرف نظراً از مختصات دینی که از دیدگاه اصول حاکم بر حقوق مدنی متقاضی اعتبار به ذینفع می تواند داشته باشد، بانک صرفاً<sup>۴۳</sup> التزام به پرداخت<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 و لذا وجود همین امکان، بیانگر این 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 ضمان در هر حال همانند مدیون سابق و بدون هیچگونه اختیار و امکانی در نادیده گرفتن تعهدات خود یا تغییر در محتوای آن، مکلف به ادای دین متقاضی اعتبار به ذینفع بود، در حالی که مسلم است در این وضعیت بانک به عنوان ضامن حق دارد بصورت یکطرفه اعتبار صادره را لغو و یا اصلاح کند<sup>۴۴</sup> و این اختیار ویژه در مکانیزم اعتبار اسنادی قابل برگشت با مفاد تعهدات ضامن در عقد ضمان ناسازگار است لذا طرح وضعیتی که در آن ذمه متقاضی در برابر ذینفع مبری و به جای آن ذمه بانک اشتغال می یابد اساساً در مکانیزم اعتبار اسنادی و جاهت ندارد.

دوم: ضمان عقدی عهدی تلقی می گردد<sup>۴۵</sup> و رکن اصلی آن عبارت است از تعهدی که ضامن در مقابل مضمون له به عهده می گیرد تا دین مضمون عنه را بپردازد و از این جهت در مقابل عقود تملیکی و عینی قرارداد 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 عهدی و تملیکی نسبت به اطراف روابط جاری در آن است به همین دلیل نمی توان آن را با قالب عقود عهدی به شکلی که در حقوق قراردادها مورد توصیف و تعریف قرار گرفته منطبق دانست که شرح آن در فصل پیشین آمد و به جهت جلوگیری از اطاله کلام از تکرار آن خودداری می شود.

سوم: ضمان از عقود رضایی است که باتوافق ضامن و طلبکار واقع شده و به موجب آن ضامن تعهد پرداخت دین را میکند و مضمون له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می دهد، به این ترتیب رضای مضمون عنه اثری در عقد ندارد<sup>۴۷</sup> و از آنجایی که پرداخت دین از جانب دیگری بدون اذن بدهکار نیز امکان دارد،<sup>۴۸</sup> پس ضامن نه تنهایی تواند بدون دخالت بدهکار تعهد به پرداخت دین او کند<sup>۴۹</sup> بلکه حتی با وجود مخالفت بدهکار نیز عقد ضمان منعقد می گردد.<sup>۵۰</sup> از سویی دیگر چون اراده مدیون 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، یلدا، 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 سعودی، پیشین، ص ۴۹

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

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

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

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

موثر نیست پس امکان ضمانت از کسی که فاقد اهلیت برای معامله و تصرف در اموال خویش است نیز وجود دارد، فراتر از آن حتی ممکن است ذمه کسی را بر عهده 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 عقد تلقی 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 و اراده 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 تأثیری در انعقاد عقد ضمان ندارد، متقاضی اعتبار نقشی بسیار مهم و جایگاهی در خورتامل در خلق اعتبار اسنادی و انعقاد قرارداد گشایش آن دارد به نحوی که چنانچه نقش و اراده او در روند ایجاد اعتبار حذف گردد اساساً اعتبار اسنادی گشوده نخواهد شد و بالتبع 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 مورد درخواست متقاضی برای گشایش اعتبار ندارد، از این رو قرارداد پایه به عنوان مبنای دین متقاضی اعتبار هیچ جایگاهی در گشایش اعتبار از منظر بانک ندارد، چراکه اصل استقلال اعتبار اسنادی مبین انفکاک وجدایی اعتبار صادره از هرگونه روابط بین طرفین ذیربط آن است، در حالی که میدانم عقد ضمان تبعی است و همانگونه که در فصل پیشین به آن اشاره گردید عقود تبعی از جهات گوناگون وابستگی های متعددی به عقود اصلی دارند و حتی در بسیاری موارد سرنوشت آنها در گرو وضعیت عقود اصلی است، لذا از 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 وجوه افتراق عقود تبعی و مستقل در فصل پیشین شرح آن آمد به شکلی اختصاصی و اجداتی 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 دین، ضمان امکان پذیر نیست لذا با سقوط دین مضمون عنه موجبی برای استمرار تعهد ضامن وجود ندارد.

۳- از دیگر نتایج 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 تر از تعهد مضمون عنه باشد چراکه این تعهد، جنبه فرعی دارد.

۴- ایرادهای ذاتی دین: تابع بودن تعهد ضامن نسبت به تعهد بدهکار اصلی موجب می شود که ضامن همانند بدهکار اصلی از ایراداتی که مربوط به بدهی اصلی است بهره مند دانسته شود.

۵- ایرادهای شخصی بدهکار: ضامن حق استناد به ایرادهای شخصی بدهکار اصلی همانند عدم اهلیت او را دارد.<sup>۵۳</sup> با ملاحظه این ویژگی عقد ضمان و مقایسه آن با اعتبار اسنادی همانگونه که قبلاً 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 و اجدهمایتی مستقل از قرارداد پایه و یا هر قرارداد مرتبط دیگر بوده و هرگونه تغییر و تحول در این روابط نمی تواند خللی در ایفای تعهدات بانک در مقابل ذینفع ایجاد کند به 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 سرباززند.

<sup>۵۱</sup> ع طباطبایی، ضمان، 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 ۳۳۲ تا ۳۳۵.

وانگهی اگرچه که در اعتبار اسنادی قابل رجوع امکان لغو اعتبار از سوی بانک گشاینده وجود دارد، لیکن باتوجه به اینکه وفق مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی اصل بر غیر قابل برگشت بودن اعتبار است مگر خلاف آن تصریح شده باشد لذا به عنوان یک قاعده کلی می توان گفت اسقاط تعهدات خریدار نمی تواند موجبی برای سقوط تعهد بانک باشد و بانک همچنان مکلف ایفای آن خواهد بود. همچنین برخلاف عقد ضمان در گشایش یک اعتبار اسنادی به هیچ وجه الزامی به وجود تعادل بین تعهدات یا دیون متقاضی اعتبار و تعهدات ذینفع اعتبار وجود ندارد، در واقع 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 می باشد و نهایتاً پس تحقق وصول اعتبار، برای بانک این حق متصور نیست تا با استناد به ایرادات ذاتی دین و یا ایرادات شخصی بدهکار از پرداخت وجه اعتبار به ذینفع خود داری کند چرا که اصل استقلال اعتبار اسنادی متضمن انجام تعهدات بانک خواهد بود.

پنجم: عقد ضمان از عقود مسامحه ای محسوب می گردد لذا همین که ضامن نسبت به تعهد مضمون عنه در مقابل مضمون له ضمانت کند برای تحقق عقد کافی است بدون آنکه نیازه 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 اسنادی مصداق بارز یک تعامل سودجویانه و سراسر مغاینه ای است لذا قرارداد گشایش اعتبار اسنادی نمی تواند در قالب این عقد محسن و مسامحه ای تفسیر شود.

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

لیکن در مکانیزم اعتبار اسنادی، به موجب ماده ۶ UCP600 اعتبار صادره باید دارای تاریخ انقضاء برای ارائه اسناد باشد،<sup>۵۶</sup> از همین رو در هر اعتبار اسنادی همیشه تاریخی به عنوان تاریخ انقضای اعتبار ذکر می شود و بعد از این تاریخ بانک ابلاغ کننده اعتبار در حق دارنده پذیرش اسناد ارائه از سوی ذینفع امتناع کند،<sup>۵۷</sup> به همین جهت یکی از موارد بسیار مهم که طرفین در مورد آن در قرارداد پایه توافق می کنند همین مدت اعتبار است.

صرف نظر از این نکته مهم، در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی به جهت پاسخگویی به نیاز بازرگانان انواع و اقسام اعتبار پیش بینی گردیده که مدت در آن نقش مهمی دارد که یکی از مهمترین آنها اعتبار اسنادی مدت دار است، چنانچه ذینفع در این نوع اعتبار در مدت اعتبار آن مبادرت به ارائه اسناد نکند تعهد بانک گشاینده در مقابل ذینفع ساقط است و هیچگونه مسئولیتی در قبال او نخواهد داشت، این وضعیت مانند موقعیتی است مشابه در عقد ضمان، که ضامن دوره زمانی تعهد خود در قبال مضمون له را محدود به مدت خاصی می کند و به عبارت دیگر ضمانت موقت است، که از نظر اغلب فقها از موجبات بطلان عقد ضمان است، لذا می توان گفته آنچه که در اعتبار اسنادی می تواند امتیاز و رافع نیاز تجاری تلقی شود عاملی مخل در صحت عقد ضمان 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 اسنادی است، این تفاوت ها که اغلب ناشی از افتراق بنیادین بین نهادهای مدنی و تجاری است بیانگر این واقعیت است که عقد ضمان نمی تواند جامه ای زیننده بر قامت این تاسیس تجارت بین المللی و حتی یکی از ارکان آن یعنی توافق بر گشایش اعتبار باشد.

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

<sup>۵۴</sup> دکتر محمدجعفر 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> کلا یوام، اشمیتوف، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج دوم، سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۶۴۱

## گفتار نخست-عقد مضاربه

دراموربانکی مضاربه یکی از روش های پرداخت تسهیلات کوتاه مدت است و حداکثر برای یک سال منعقد شده و افزایش مدت آن منوط به اجازه بانک مرکزی است.<sup>۵۸</sup> لیکن در عمل بانک ها و موسسات اعتباری پس انقضای مدت یکسال باخذ تمام سود متعلقه به تسهیلات اعطایی مبادرت به تمدید قرارداد تسهیلاتی منعقد به مدت یک سال دیگری نمایند و با این ترفند عملاً مبادرت به افزایش مدت قراردادی کنند. ماده ۳۶ آیین نامه تسهیلات اعطایی مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۴ هیات وزیران مقرر داشته: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می گردد با قید این که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند»

از دیدگاه ماده ۵۴۶ قانون مدنی:

«مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می شود»

بنابر تعریف، حقیقت مضاربه آن است که شخصی مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و سود حاصل میان آن دو تقسیم شود، برخی مضاربه را عقد شرکتی دانسته که در آن مال از یک طرف و عمل از طرف دیگر است و سود حاصل بین آنها تقسیم می شود و خسارت متوجه صاحب مال خواهد بود.<sup>۵۹</sup> لیکن به اعتقاد برخی دیگر با توجه به اینکه عقد مضاربه در واقع اذن در انتفاع از رأس از رأس المال از سوی 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، می تواند سرمایه مورد نیاز جهت تجارت را در اختیار متقاضی اعتبار به عنوان مضارب قرار دهد تا بواسطه آن متقاضی نسبت به تجارت مورد نظر که همان خرید کالا از ذینفع اعتبار است اقدام نماید، یا با تأمین وجه اعتبار از سوی 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 آیین 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 دستورالعمل اجرایی مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار که مقرر داشته: «بانک هادرامور و واردات مجاز به مضاربه با بخش خصوصی نمی باشند» مضاربه با بخش دولتی جهت واردات و با بخش خصوصی جهت صادرات انجام میگیرد و با این قرینه کل مکانیزم اعتبار اسنادی را از مصادیق مضاربه دانسته اند.<sup>۱</sup> لیکن در بررسی این تحلیل و انطباق عقد مضاربه با مکانیزم اعتبار اسنادی و یا قرارداد گشایش آن بدو ضروری است تا ارکان عقد مضاربه از زوایای گوناگون مورد توجه قرار گیرد تا شدت وضعف تحلیل فوق بهتر نمایان شود.

بنابه تعریف ماده ۵۴۶ قانون مدنی، مضاربه پیمانی است که نوع خاصی از شرکت تجاری بین صاحب سرمایه و عامل او ایجاد می شود، شرکتی که در آن یکی از شرکاء سرمایه می دهد و دیگری خدمات و کارایی خود را در میان می نهد، این عقود اجداد و صافی به شرح ذیل است:

۱- چون در مضاربه مالی، هیچ مالی به مضارب تملیک نمی شود بنابراین او حقی عینی بر سرمایه یا اموال مالک پیدانمی کند، توافق حاصل از این عقد صرفاً منجر به ایجاد تعهداتی خواهد شد که چنانچه این تعهدات منتهی به اجرا گردد و سودی حاصل شود این امکان متصور است که مالی به تملک عامل درآید، بنابراین مضاربه عقدی است عهدی.

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

<sup>۵۹</sup> محمدراس قلجی، معجم الفقها، به نقل از حسن داورزنی، امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت های تجاری، 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 کریمی، مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل 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 در نتیجه این دو آورده چنانچه سودی عاید گردد طرفین سهمی مشاع از آن خواهند داشت لذا مضاربه عقدی معوض تلقی میگردد.<sup>۶۲</sup>

۳- مضاربه در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه از عقود جایز است، حتی بنا بر قول مشهور شرط لزوم در این عقد خلاف مقتضای آن بوده و به همین دلیل باطل است حتی مالک نمی تواند با درج شرط توقیت در مضاربه آن را مبدل به عقدی لازم کند به این معنی که با تعیین مدت برای عقد مضاربه عامل را محدود به تجارت در مدت زمان معینی مثلاً برای یک ماه یا یکسال کند، به نظر مشهور فقها حتی با وجود این شرط هریک از طرفین می توانند قبل از رسیدن اجل مبادرت به فسخ مضاربه کنند.<sup>۶۳</sup> باین حال برخی شارحین حقوق مدنی بر آنند با توجه به اینکه در فقه امامیه جواز لزوم عقود با فقدان نص، متکی بر اجماع است به همین دلیل فقهای متأخر در موضوع اصله لزوم در عقود ناچار متوسل به استصحابی ناتمام شده اند، بنابراین وقتی در قاعده عام لزوم عقود نصی وجود ندارد به طریق اولی در مورد 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 جایزه فوت و جنون و سفه احد طرفین منفسخ می گردد، بنابراین اگر یکی 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 وراثت طرف دیگر تقسیم خواهد شد<sup>۶۵</sup> و اصل سرمایه که موضوع مضاربه بوده اعم از اینکه نقد باشد یا غیر نقد متعلق به ورثه مالک خواهد بود.<sup>۶۶</sup>

۴- چون تازمانی که تمام سرمایه تحویل عامل نگردیده عقد محقق نمی شود لذا از این منظر مضاربه عقدی عینی است، همچنین با توجه به آنچه شرح آن در شماره پیشین رفت چون قانون مدنی نظریه مضاربه موقت را نپذیرفته 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، بیانگر این واقعیت است که بنابه دلایل ذیل این عقد در پوشش جنبه های مختلف اعتبار اسنادی ناتوان است از این رو نمی تواند قالبی مناسب برای قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و مآلاً مکانیزم آن باشد.

### اول: از جهت اوصاف

عملکرد مکانیزم اعتبار اسنادی موجب گردیده که محصول توافق برگشایش اعتبار اسنادی از منظر وصف عهدی یا تملیکی بودن آن واجد ماهیتی دوگانه باشد، یعنی با توجه به روابط جاری مکانیزم این توافق از سویی به عقدی عهدی و از سوی دیگر به عقود تملیکی می ماند برخلاف عقد مضاربه که صرفاً عقدی عهدی است<sup>۶۸</sup> - خصیصه معوض بودن عقد مضاربه نیز در قرارداد اعتبار اسنادی به نیز به شدت مورد تردید است و افزون بر آن آنچه که موجبات معوض 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 تجارتهی 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 پروجردی عبده، 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 نا، بحث در موضوعات حقوقی، راجع به مضاربه، مجموعه حقوقی نشریه وزارت دادگستری، ۱۳۱۵، شماره ۷، ص ۳۵

<sup>۶۶</sup> محمد پروجردی عبده، پیشین، ص ۲۹۸

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

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

نمی شود پس نه عوضی از سوی عامل در مقابل تامین سرمایه از سوی مالک قرار میگیرد تا شراکتی حاصل شود و مهم تر نه تجارتي با سرمایه متقاضی از سوی بانک انجام می گیرد تا طرفین در سود آن سهیم شوند، چرا که موضوع تجارت قبلا بین متقاضی و ذینفع در قالب قرارداد پایه به انجام رسیده و در این فرض بانک صرفاً در قبال تطبیق اسناد و انجام عملیات بانکی ناظر بر مکانیزم مبادرت به دریافت کارمزد از پیش تعیین شده ای می نماید که هیچ ارتباط تجاری و منطقی با عمل تجاری متقاضی اعتبار و ذینفع اعتبار در خرید و فروش کالا ندارد، لذا در این فرض نمی توان گفت که اعتبار اسنادی نیز همانند مضاربه واجد ویژگی معوض بودن است و حتی انتساب عنوان عامل به بانک قابل تصور نیست و در این فرض بیشتر نقش واسطه را دارد تا عامل مضاربه.

ب) فرضی که متقاضی اعتبار مبادرت به استفاده از تسهیلات بانک جهت تامین وجه اعتبار می کند، در این حالت هر چند می توان گفت بانک همانند مالک در عقد مضاربه مبادرت به تامین سرمایه نموده، سرمایه ای که عامل به عنوان متقاضی اعتبار قرار است با آن تجارت نماید لیکن این تسهیلات همان نقشی را که سرمایه در عقد مضاربه دارد ایفاء نمی کند تا بتوان آنرا معوض عمل متقاضی اعتبار تلقی کرد. در مضاربه آنچه نقش عوض و معوض را دارد، سرمایه مالک و عمل مضارب است که در نتیجه این تعامل سود حاصله به نسبت مورد توافق تقسیم خواهد شد، لیکن در قرارداد اعتبار اسنادی این دو عامل (معوضین) با همان قصد و نیت مورد نظر مقنن در مضاربه منطبق نیست، چرا که بانک گشاینده به هیچ وجه به تسهیلات اعطایی خود به متقاضی به عنوان معوض عمل او در امر تجارت با ذینفع نظر ندارد و به همین دلیل برخلاف مضاربه صرف نظر از سود زیان متقاضی اعتبار در معامله مورد اشاره در قرارداد پایه مبادرت به اخذ درصدی به عنوان کارمزد انجام قرارداد و مبلغی نیز به عنوان سود تسهیلات اعطایی که از پیش مورد توافق قرار گرفته است می نماید.

گذشته از این در مضاربه به عنوان عقدی معوض، تدارک تمام سرمایه با مالک است و از این جهت عنوان معوض را با خود همراه دارد، در حالی در یک قرارداد اعتبار اسنادی حتی در فرضی که بانک مبادرت به تامین وجه اعتبار می نماید معمولاً درصدی از این وجه بنا به مورد الزاماً بایستی از سوی خود متقاضی تدارک گردد، لذا با شراکت متقاضی اعتبار در تامین اعتبار دیگر نمی توان به این سرمایه به عنوان معوضی که بانک به عنوان مالک در مضاربه میان می نهد نگریست و آنرا با عقدی معوض چون مضاربه مقایسه کرد.

۳- در خصوص سومین ویژگی عقد مضاربه، یعنی جایز بودن آن و تضاد این وصف از اوصاف عقد مضاربه با قرارداد گشایش اعتبار و نهائیتا مکانیزم و عملکرد اعتبار اسنادی در فصل پیشین به کفایت استدلال شد که به جهت جلوگیری از تکرار آن خود درای می شود.

## دوم- از جهت ارکان

عقد مضاربه بر سه رکن استوار است، این سه رکن با شرایطی که برای هر یک از سوی قانونگذار تعریف شده این عمل حقوقی را تشکیل می دهد و عبارتند از: سرمایه ای که از سوی مالک تدارک می شود، فعالیت یا عملی که از سوی مضارب با سرمایه انجام خواهد شد و نهایتاً سودی که در نتیجه فعالیت تجاری مضارب تحصیل خواهد شد.

۱- سرمایه:

بنابر آنچه که در ماده ۵۴۷ قانون مدنی بدان تصریح شده، سرمایه باید وجه نقد باشد، این حکم به پیروی از فقه امامیه تقریر شده، چرا که در فقه یکی از شرایط سرمایه در عقد مضاربه نقد رایج بودن سرمایه است<sup>۶۹</sup>، حتی عده از فقها مانند صاحب جواهر اظهار کرده اند درین امر اختلافی بین فقها وجود ندارد و در تائید نظر خود مدعی اجماع منقول و محصل نیز شده اند، هر چند برخی دیگر از فقها همچون مقدس اردبیلی در لزوم نقد بودن سرمایه اظهار تردید نموده و مضاربه با طلا و نقره را نیز تجویز کرده اند، گروهی دیگر نیز ضمن تاکید بر لزوم نقد بودن مضاربه با این حال صحت مضاربه طلا و نقره را نپذیرفته اند.<sup>۷۰</sup>

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

محقق حلی، پیشین، ص ۲۴۱

<sup>۷۰</sup> محمد عیسی تفرشی، ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران، مدرس، شماره ۹، زمستان ۷۷، ص ۱۱۷

در حقوق موضوعه ایران در تفسیر ماده فوق به اعتقاد برخی اساتید مقصود قانونگذار از وجه نقد، پول رایج کشور است، یکی نویسندگان قانون مدنی بر این اعتقاد است که آنچه که می تواند به عنوان سرمایه در مضاربه موضوع واقع گردد منحصر همان مسکوکات طلا و نقره است و اوراق بهادار همچون اسکناس از شمول سرمایه در مضاربه خارج است و مضاربه با آنها نیز فاسد خواهد بود.<sup>۷۱</sup>

در مورد اینکه آیا سرمایه در عقد مضاربه می تواند ارزش خارجی باشد نیز در میان نویسندگان اتفاق نظر وجود ندارد، برخی از اساتید ارزش خارجی را در حکم کالا دانسته<sup>۷۲</sup> و برخی دیگر ارزش خارجی را به حکم عرف، وجه نقد میدانند.<sup>۷۳</sup> هر چند که در نهایت دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۹۰ مورخ ۱۳۵۳/۱۰/۴ به این اختلاف پایان داد و ارزش خارجی را نیز وجه نقد اعلام نمود، لیکن برخی از نویسندگان 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 ارزش 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 وجه نقد بودن سرمایه دلالت بر این دارد که سرمایه نمی تواند دین در ذمه یا اعتبار باشد چرا که موضوع سرمایه باید به قبض عامل داد شود و قبض نیز با عینیت مصداق می یابد در حالی که دین و اعتبار قابلیت قبض و اقباض نداشته و مضاربه بدان باطل است.<sup>۷۵</sup>

با توجه به آنچه که شرح آن در خصوص نخستین رکن مضاربه آمد، می توان گفت هر چند در یک قرارداد اعتبار اسنادی غالباً وجه نقد مورد توافق طرفین قرار می گیرد لیکن این وجه در اغلب موارد یک ارزش خارجی معتبر است، و اساساً یکی از دلایل تحقق اعتبار اسنادی وصول به همین امر است چرا که همانگونه که در مقدمه نیز بدان اشاره شد فروشندگان در قبال فروش کالای خود حاضر به قبول پول ملی خریداران نبوده و تمایل به دریافت ازری معتبر دارند، از سوی دیگر نیز تهیه و تدارک ارزش 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 درخور و کافی بدهد. در حالی که به اعتقاد مشهور فقها پول غیر رایج نمی تواند مال المضاربه باشد و علی رغم رای وحدت رویه فوق الا شعاری بسیاری از نویسندگان حقوق مدنی در تلقی ارزش خارجی به عنوان وجه نقد تردید جدی دارند.

همچنین در یک اعتبار اسنادی بی تردید در تمام موارد وجهی از سوی بانک گشاینده 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 میکند.

۲- کار:

فعالیت و کاری که به موجب عقد مضاربه، مضارب متعهد به انجام آن می شود، منحصراً تجاری 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 که 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 انداختن کارخانه ای به دیگری 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 باغ، پیشین، ج ۱، ص ۵۰۰

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

<sup>۷۳</sup> محمد برجردی عبده، 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 می گردد به مراتب فراتر از کار و فعالیت است که می تواند موضوع عقد مضاربه واقع شود، برای نمونه آنچه که امروزه بطور گسترده ای می تواند موضوع قراردادهای گشایش اعتبار واقع می گردد بواسطه آن درخواست گشایش اعتبار می شود مربوط به قراردادهایی است که در تجارت بین الملل موسوم به بی، او، تی<sup>۷۸</sup> است که به قراردادهایی اطلاق می شود که در آن طراحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار می گردد به نحوی که پس از ساخت امتیاز بهره برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده واگذار شده و اموالک منافع حاصل از آن می گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد مالکیت طرح به طرف دولت طرف قرارداد انتقال می یابد، 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 معوض به دولت منقل می کند.<sup>۷۹</sup> این قرارداد انواع 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 می شود از انواع و اقسام عقود معین از قبیل بیع و اجاره و غیر معین مانند اجاره به شرط تملیک را می توان در آنها یافت و در عین حال هیچیک از انواع یاد شد تطابق کاملی به هیچیک از عقود معین مندرج در قانون مدنی ندارد و شامل پروژه های 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 نمی شوند لذا نمی توانند 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 ۵۴۸ قانون مدنی، سهم یا حصه هر یک از طرفین باید به صورت جزء مشاع از کل مانند یک چهارم و یک سوم تعیین شده باشد.<sup>۸۰</sup> که پس از تحصیل سود بر همین مبنا بین طرفین تقسیم می شود.

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 نمی گردد و درج چنین شرطی خلاف مقتضای عقد مضاربه بوده و خود باطل و مبطل عقد نیز می باشد.<sup>۸۱</sup> با این حال یکی از اساتید برجسته معاصر در این فرض نسبت به بطلان عقد اظهار تردید می نماید<sup>۸۲</sup> و این تردید هر چند با پاسخ هایی نه چندان درخور تامل مواجه شده<sup>۸۳</sup> لیکن سوابق فقهی موضوع و شرح نویسندگان 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 اند اما در قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱ از لفظ واگذاری استفاده شده است، بی او تی مخفف سه واژه (build, operate, and transfer) به معنای ساخت بهره برداری و واگذاری است.

<sup>۷۹</sup> محسن صادقی، بررسی قراردادهای بین المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، پژوهشگاه بازرگانی، بهار ۸۵، دوره ۱۰، شماره ۳۸، ص ۱۲۴

<sup>۸۰</sup> محقق حلّی، پیشین، ص ۲۴۱

ابوعبدالله محمد بن مکی عاملی «شهادتانی»، 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 ۱۱۸ و ۱۱۹

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

عقد راتقویت می نماید چرا که فلسفه تاسیس عقد مضاربه تشویق و ترغیب مضارب در کوشش هر چه بیشتر جهت افزایش و کسب سود بیشتر است و این هدف بوسیله تقسیم سود به نسبت معین حاصل می گردد.<sup>۸۴</sup>

از سوی دیگر محاسبه سود تا قبل از انحلال و اتمام مضاربه امکان پذیر نیست به این دلیل که مضارب پس از پایان مضاربه و پیدایش سود و کنار گذاردن سرمایه مشاعاً مالک حصه خود در آن خواهد شد.<sup>۸۵</sup> و مالکیت مضارب یا عامل قبل تفریغ حساب و فسخ مضاربه نسبت به سود مالکیتی متزلزل است چرا که اگر از عملیات مضاربه زیان به وجود آمده باشد باید از محل سود حاصله محاسبه و جبران شود و چنانچه این سود کافی برای جبران ضرر نباشد باید از اصل سرمایه محاسبه گردد.<sup>۸۶</sup>

در حالی که در یک اعتبار اسنادی در فرضی که گشایش اعتبار همراه با اعطای تسهیلات به متقاضی اعتبار است، هدف بانک در همان گام نخست یعنی انعقاد قرارداد گشایش اعتبار، تحصیل سود تضمین شده است و مانند اغلب قراردادهای دیگر، بانک هیچگاه منتظر تحصیل سود نخواهد بود<sup>۸۷</sup> و رویه عملی بانک ها موید این واقعیت انکارناپذیر است که سهم بانک از تجارت انجام شده از سوی عامل همواره سود است و در عمل نیز صرف نظر از نتیجه تجارت مضارب، نسبت معینی برای این سود در کلیه بانک های کشور وجود دارد. جالب آنکه بانک هانه تنه نسبت به تعیین پیشاپیش سود مورد نظر خود اقدام می کنند حتی در تمام موارد به جهت تضمین دریافت سود معین شده مبادرت به اخذ تامين كافي نیز می نمایند، که این تضمین معمولاً به صورت سفته ای که دواضمان معتبر ظهر آنرا امضاء کرده و معادل ۱۲۰ درصد تسهیلات اعطایی است از مضارب اخذ می شود،<sup>۸۸</sup> تجویز صریح ماده ۱۱ دستور العمل اجرایی مضاربه نیز در این باره چنین است:

«بانک ها می توانند برای اطمینان از عمل مضاربه و حسن اجرای قرارداد، از عامل طبق قرارداد مربوطه تامين كافي اخذ نمایند»

از سویی دیگر بانک ها به جهت آنکه در صورت وقوع هرگونه زبانی تمامی آن متوجه مضارب گردد با توسل به حيله ای شرعی که در فرم های چاپی قرارداد های بانکی از پیش درج شده، شرط می نمایند "چنانچه در نتیجه عمل عامل زبانی متوجه بانک شود عامل ضمن عقد صلح ملتزم به تملیک مجانی از اموال خود معادل زیان وارد شده به بانک خواهد بود" و تمامی این موارد به روشنی بیانگر این واقعیت است که در "رکن سود" نیز اعتبارات اسنادی تفاوت فاحشی چه در مبنای نظری و چه در آنچه که در عمل واقع می گردد با عقد مضاربه دارد، به نحوی که آنچه که در یک قرارداد گشایش اعتبار بین بانک و متقاضی اعتبار روی می دهد را چنانچه در قالب عقد مضاربه قلمداد کنیم نتیجه ای جز فساد و بطلان عقد حاصل نخواهد شد.

صرف نظر تفاوت های بنیادین مضاربه و قرارداد گشایش اعتبار در روند ایجاد یک اعتبار اسنادی از نظر ویژگی ها و ارکان عقد مضاربه، یکی دیگر از تناقضات این عقد و یک قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، در وضعیت حقوقی مضارب نسبت به سرمایه و متقاضی نسبت به اعتباری است که از سوی بانک به عنوان سرمایه تامين می گردد، به موجب ماده ۵۶۶ قانون مدنی مضارب نسبت به سرمایه عامل امین تلقی گردیده و کلیه احکام امین بر او جاری است، به این ترتیب چنانچه سرمایه بدون تعدی و تفریط تلف گردد هیچ مسولیتی متوجه مضارب یا عامل نخواهد بود و چنانچه خلاف این امر شرط شود به موجب ماده ۵۵۸ قانون مدنی مضارب باطل خواهد بود، هر چند که شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد مضاربه نیست لیکن چون قانون تصریح به بطلان دارد ناچار باید قائل به باطل بودن چنین عقدی بود.<sup>۸۹</sup> حکم این ماده نشانگر آنست که تعهد مضارب در عقد تعهدی به وسیله است و نه نتیجه، یعنی اوبه منظور انجام عمل متعهد است تلاش و کوشش انسانی متعارف را بکار بندد و با همان معیار احتیاط های لازمه

<sup>۸۴</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۰۱

محمد عیسی تفرشی، پیشین، ص ۱۳۱

<sup>۸۵</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۰۲<sup>۸۶</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۲<sup>۸۷</sup> محمد تقی رفیعی، پیشین، ص ۸۶<sup>۸۸</sup> دکتر مصطفی السان، پیشین، ص ۱۲۳<sup>۸۹</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۱۰

جهت حفظ سرمایه راپیش بینی نماید و به همین دلیل چنانچه در این مسیر سرمایه هم تلف شود مسولیتی متوجه اونست.<sup>۹۰</sup> در حالی که بانک در یک قرارداد گشایش اعتبار صرف نظر از تلف شدن یا تلف نشدن سرمایه و اعم از اینکه اتلاف سرمایه بواسطه تعدی و تفریط متقاضی باشد یا عوامل قهریه و صرف نظر از نتیجه حاصل از تجارت متقاضی اعتبار، وی را موظف می کند که اعتبار را در فرضی که در قالب اعطای تسهیلات بوده همراه با سود و کارمزدها هرگونه جرایمه متعلقه مندرج در قرارداد به بانک بازگرداند که این امر دقیقا به معنای آن خواهد بود که بانک به تعهد متقاضی اعتبار به چشم تعهد به نتیجه می نگردونه و سیله و در جهت 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 قالبی مناسب جهت تحقق یک اعتبار اسنادی باشد؟! افزون بر این، عواملی مانند بالابودن ریسک عدم برگشت سرمایه و سود مورد نظر 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 تأمینات مالی نکنند مگر اینکه موضوع تسهیلات اعطایی با وثیقه های سنگین توام شود<sup>۹۱</sup>، لذا اساسا بانک ها صرف نظر از تطبیق یا عدم تطبیق فرایند اعتبار اسنادی با عقد مضاربه چندان تمایلی به گشایش اعتبار اسنادی در این قالب ندارند.

گفتار دوم: عقد جعاله<sup>۹۲</sup>

جعاله در قانون مدنی ایران به عنوان یکی دیگر از عقود معین تعریف و در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۶/۶/۸۶ نیز به عنوان یکی از عقود اسلامی قالبی برای اعطای تسهیلات بانکی به اشخاص در نظر گرفته شده، که طی آیین نامه فصل سوم قانون مذکور مصوب ۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار شرایط و احکام آن به تفصیل بیان گردیده است .

هر چند از این عقد سابقا برای امور جزئی مانند اشیای گمشده استفاده می شد اما امروزه بار شد و توسعه جامعه و پیچیده شدن روابط اجتماعی می توان از جعاله برای طیف وسیعی از فعالیت های تولیدی، بازرگانی 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 دربر گرفتن بسیاری از نیازمندی های حقوقی اشخاص است، چرا که بسیاری اتفاق افتاده که گاهی اوقات مردم نیازه عملی توسط دیگری را دارند 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 قانونگذار با پیش بینی نهادی همچون جعاله این مانع را مرتفع نموده بنحوی که در ماده ۵۶۴ قانون مدنی در همین راستا بیان داشته است «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد» به این ترتیب این عقد تبدیل به نهادی منعطف و کارا در جهت نیل به برآوردن نیازمندی های اشخاص در جامعه گردیده است تا جائیکه حتی به عقیده برخی می تواند قالبی مناسب جهت گشایش اعتبار اسنادی 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 بسزائی برخوردار است زیرا یکی از ارکان مهم دخیل در خلق اعتبار اسنادی بی تردید بانک ها و موسسات اعتباری هستند.

بنا به تعریف فقها جعاله عبارت است از وعده دادن شخصی برای پرداخت مبلغی وجه و یادادن مال به دیگری به جهت آنکه عملی را انجام دهد، چه آن شخص معین یا غیر معین باشد، چنانچه شخص مورد نظر کار را طبق شرایط مقرر انجام داد بروعه دهنده واجب می شود که به تعهدش عمل کند. ماده ۵۶۱ قانون مدنی به پیروی از نظر فقهای امامیه در تعریف جعاله بیان می دارد: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا نامعین» ماده ۵۶۲ نیز در مقام بیان واژه های مندرج در ماده فوق الذکر در این تاسیس حقوقی اشعار داشته: «در جعاله ملتزم راجع و طرف راجع و اجرت 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، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۰، تهران، ص ۵۳

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

<sup>۹۳</sup> بهروز نوروزی، ماهیت حقوقی و فقهی جعاله در نظام بانکی، ماهنامه کانون سردفتران، ۱۳۸۵، شماره ۶۲، ص ۱۱۶

جعاله به اعتبار چگونگی ایجاب آن بردوگونه است:

#### ۱- جعاله خاص:

در این قسم از جعاله ایجاب از سوی جاعل به جهت شخص معین و مشخصی صادر می گردد، در این حالت طرف ایجاب یک یا چند شخص خاص است که قبول ایجاب هم صرفا بایستی از سوی همین شخص یا اشخاص به عمل آید و قبول آن از سوی دیگری بی اثر است<sup>۹۴</sup> و چنانچه جاعل مقصود خاصی از انجام عمل بوسیله این عامل مشخص داشته باشد انجام آن توسط دیگری بدون اجرت خواهد ماند زیرا نه جعاله شامل حال او بوده و نه مجعول له<sup>۹۵</sup>، هر چند در این فقره به عقیده برخی چنانچه خصوصیت عامل مورد نظر 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 شهید ثانی در مسالک اگر این شخص عمل رانیابتا انجام دهد مستحق اجرت مقرمی باشد لیکن این عقیده بادلایل مستحکمی محکوم به رد گردیده است.<sup>۹۷</sup>

#### ۲- جعاله عام:

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

#### ماهیت حقوقی جعاله

در خصوص ماهیت حقوقی جعاله اتفاق نظر وجود ندارد، این تشتت آرا که از فقه سرچشمه دارد در نویسندگان قانون مدنی نیز سوخ یافته و در قانون مدنی نه تنها به صراحت از ماهیت حقوقی آن ذکری نرفته بلکه برای تردیدها نیز افزوده شده است. در این میان برخی از حقوقدانان آنرا ایقاع دانسته<sup>۹۸</sup> و برخی دیگر معتقد به عقد بودن جعاله هستند<sup>۹۹</sup> که ثمره عقدا یا ایقاع بودن جعاله همانگونه که در مسالک الافهام نیز بدان اشاره رفته در جایی است که جاعل بدون اینکه اطلاعی از وقوع جعاله و درخواست جاعل داشته باشد، بدون قصد دریافت اجرت، تبرعا موضوع جعاله را انجام و پس از آن آگاه بوقوع جعاله می گردد، در این حالت گفته شده اگر ماهیت جعاله ایقاع باشد، عامل مستحق اجرت است چرا که مقتضی برای استحقاق که عبارت است از انشاء التزام و ایجاد سببیت وجود پیدا کرده و عمل مطلوب هم حاصل شده است، لیکن اگر جعاله عام را در زمره عقود بدانیم تحقق آن و مالا استحقاق عامل به دریافت جعل، منوط به قبول به عنوان یکی از ارکان عقود است و در این وضعیت چون طرف قبلا و بدون اطلاع از ایجاب جاعل تبرعا موضوع را به انجام رسانیده بنابراین مستحق اجرت نخواهد بود.<sup>۱۰۰</sup> با این وصف به نظرمی رسد نظریه عقد بودن جعاله در حقوق موضوعه ایران از استحکام بیشتری برخوردار است با این حال در عقد بودن جعاله خاص تردید کمتری ابراز شده است.<sup>۱۰۱</sup>

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

<sup>۹۵</sup> محمد بروجردی عبده، پیشین، ص ۳۲۱

دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۳

<sup>۹۶</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۲۲

<sup>۹۷</sup> محمد بروجردی عبده، پیشین، ص ۳۲۱

دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۳

<sup>۹۸</sup> محمد بروجردی عبده، پیشین، ص ۳۱۳ الی ۳۱۸

<sup>۹۹</sup> دکتر سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۲۱

دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۴ الی ۲۴۶

<sup>۱۰۰</sup> محمد بروجردی عبده، پیشین، ص ۳۱۶

<sup>۱۰۱</sup> بهروز نوروزی، پیشین، ص ۱۲۳

## جعاله بانکی

جعاله بواسطه ویژگی های خاص خود از جمله عقود است که در سیستم بانکداری کشور از جایگاه درخور توجهی برخوردار می باشد. ذکر این نکته ضروری است که بانک ها عمدتاً روابط قراردادی خود را در قالب دوهدف عمده متمرکز 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 نتیجه هدف اول بوده و در پی بکارگیری 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 رایبه 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 احتراز از ربا و نزول در جریان است قانونگذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا چهارده نوع قرارداد متفاوت بالحاظ موازین شرعی برای بخش تخصیص منابع بانکی و اعطای تسهیلات پیش بینی نموده است که جعاله بانکی برجسته ترین و از پر کاربرد ترین آنها تلقی می گردد و طیف وسیعی از عملیات اعتباری بانکی از جمله گشایش اعتبارات اسنادی در این قالب در بانک های کشور انجام می پذیرد.

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

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

۱- در قانون مدنی در مورد ماهیت جعاله و عقید یا ایقاع بودن آن اشاره نشده در حالی دستورالعمل اجرایی جعاله در موارد متعددی به صراحت از آن تحت عنوان قرارداد یاد نموده است.

۲- در قانون مدنی جعاله تعهدی جایز عنوان شده در حالی که جعاله در امور بانکی برای گیرنده تسهیلات چه به عنوان جاعل و چه به عنوان عامل عقدی لازم است.

۳- همانگونه که شرح آن آمد در قانون مدنی دو نوع جعاله عام و خاص تقریر شده در حالی که در قرارداد جعاله مورد نظر مقررات بانکی، بانک همواره باشخص معلوم و معینی مبادرت به انعقاد قرارداد می نماید و عملاً چیزی تحت عنوان جعاله عام در این نظام بانکی وجود ندارد.

۴- وفق ماده ۵۶۷ قانون مدنی، عامل هنگامی استحقاق دریافت اجرت را می‌باید که موضوع جعله را تسلیم کرده و یا انجام داده باشد، در حالی که برابرماده ۶ دستورالعمل اجرایی جعله، دریافت یا پرداخت قسمتی از مبلغ جعله به عنوان پیش پرداخت یا پیش دریافت، توسط بانک‌ها مجاز است.

لذا مشاهده می‌گردد که این تفاوت‌ها آنقدر وسیع است که می‌توان گفت نظام بانکداری عملاً مفهوم جدیدی از جعله را ارائه کرده که بهتر است از آن تحت عنوان "جعله بانکی" یاد شود.<sup>۱۰۲</sup> چراکه هر چند بانک‌ها هم اکنون تحت عنوان جعله، وجه نقدی می‌پردازند و مبلغ اولیه را به اضافه سود مقرر به صورت اقساط از مشتری دریافت می‌کنند، لیکن آنچه تاکنون تحت عنوان جعله پرداخت شده در واقع اعطای تسهیلات برای تعمیرات مسکن، حفر چاه، ساخت انبار و البته افتتاح اعتبارات اسنادی بوده که اکثر هم‌اجاله‌ای نیست که مورد نظر قانون گذار باشد.<sup>۱۰۳</sup>

همانگونه که اشاره شد در نظام بانکی کشور در انعقاد جعله بانک‌ها به فراخور نیاز و منافع پیش روی خود گاهی عامل قرارداد جعله هستند و گاهی نقش جاعل را دارند، قرارداد های کنونی تنظیم یافته جهت گشایش اعتبارات اسنادی حاکی از این امر است که بانک‌ها جهت ارائه این بخش از خدمات همواره به عنوان عامل جعله بوده و متقاضی گشایش اعتبار نیز جاعل قرارداد تلقی می‌گردد که بر حسب مفاد این قبیل قراردادها<sup>۱۰۴</sup> جاعل یا همان مشتری از بانک درخواست می‌کند که در قبال دریافت اسناد و مدارک مورد اشاره در فرم تقاضای گشایش اعتبار اسنادی، 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 نیز از باب انجام عملیات جعله و همچنین تامین منبع ارزی و ریالی و هزینه های متعلقه مبلغی به عنوان اجرت تعیین می‌گردد که مشتری به عنوان جاعل متعهد به پرداخت آن به بانک می‌باشد.

البته چنانچه گشایش اعتبار همراه با اعطای تسهیلات به متقاضی باشد، در قراردادهای بانکی مربوطه علاوه بر کارمزد عملیات بانکی، بازپرداخت مبلغ تسهیلات، سود مورد انتظار و هزینه های متعلقه نیز پیش بینی می‌گردد و جاعل (مشتری) متعهد می‌شود ضمن پرداخت بخشی از مال الجعل تحت عنوان پیش پرداخت نسبت به تصفیه تسهیلات در اقساط معین اقدام کند. و آنچه این قرارداد های بانکی از نقطه نظر گشایش اعتبار اسنادی مواجه با ایراداتی اساسی است که می‌تواند روابط طرفین درگیر 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 می‌گردد.

۱- از مفاد مواد مختلف قانون مدنی از جمله مواد ۵۶۲ و ۵۶۳ به خوبی استنباط می‌شود که در عقد جعله طرفی که پیشنهادکننده انجام عمل یا متقاضی آن و همچنین ملتزم به پرداخت اجرت می‌باشد، جاعل است و هم اوست که اجرت و میزان آن را تعیین می‌کند و عامل هیچ نقشی در تعیین آن ندارد، در حالی که در یک قرارداد جعله ارزی به منظور گشایش اعتبار اسنادی که متقاضی برای تامین محل اعتبار مبادرت به اخذ تسهیلات نیز از همان بانک می‌نماید، عملاً این بانک به عنوان عامل است که شرایط اعطای اعتبار، چگونگی پرداخت و میزان اعتبار، سود، هزینه ها و وجه التزام متعلقه به آن را معین می‌کند 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 جعله جاری است این عامل است که تعیین جعل می‌کند نه جاعل.<sup>۱۰۵</sup>

۲- برابرماده ۵۶۶ قانون مدنی جعله تعهدی جایز تلقی می‌گردد، بنابراین بواسطه وقوع عواملی چند از قبیل فوت و جنون و سفته هریک از طرفین منفسخ می‌شوند همچنین هریک از طرفین نیز این اختیار را خواهد داشت که هر زمان به اراده خود یکطرفه

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

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

<sup>۱۰۴</sup> بعنوان نمونه ماده ۱ قرارداد جعله ارزی به منظور گشایش اعتبار اسنادی و ارداتی دبداری بانک سپه در این مورد چنین تنظیم یافته است:

«جاعل با امضای فرم قرارداد گشایش اعتبار اسنادی و ارداتی به شماره..... مورخ..... که ضمیمه و جزء لاینفک این قرارداد می‌باشد و به امضای طرفین رسیده است از بانک درخواست نموده که با دریافت اسناد مقرر شده مشروحه در فرم گشایش اعتبار اسنادی فوق الذکر مبلغ اعتبار مندرج در فرم مزبور را که عبارتست از مبلغ ارز..... به عدد..... به حروف می‌باشد در وجه آخرین ذینفع اعتبار که نام و مشخصات او توسط جاعل تعیین می‌گردد؛ پرداختی را به شخص ثالث (ذینفع اعتبار) انجام دهد و یا 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 از سوی جاعل درموردی که عمل موردجعاله دارای اجزاء متعددی باشد که هریک از این اجزا خود می‌تواند اصالتاً بخشی از خواسته جاعل را برآورده سازد مقررات خاصی بر آن حاکم است صرف نظر از اینکه این وضعیت در مکانیزم اعتباراسنادی قابل‌تصور نیست اساساً روح و اصول کلی حاکم بر عقود جایز در جعاله نیز جاری است، در حالی که یک قرارداد گشایش اعتبار بین متقاضی اعتبار و بانک گشاینده، در بردارنده یک تعهد قطعی برای بانک در قبال متقاضی مبنی بر پرداخت مبلغی معین به ذینفع است و پس انعقاد این قرارداد هیچ‌یک از عوامل فسخ عقود جایز از قبیل فوت و جنون و سفته طرفین نمی‌تواند خدشه‌ای به تعهدات طرفین وارد سازد، همچنین با عنایت بر ماهیت الزام آور بودن مکانیزم اعتباراسنادی در صورتی که بعد از انعقاد قرارداد و گشایش اعتبار متقاضی اعتبار فوت نماید در این وضعیت بانک گشاینده اعتبار همچنان در قبال وراثت اومتعهد است زیرا از تحلیلی که بر مبنای الزامی بودن قرارداد گشایش اعتبار شد این نتیجه حاصل می‌گردد که در صورت فوت طرفین عقد لازم، در قالب موارد انتقال حقوق مالی، آثار این توافق نسبت به وراثت ایشان جریان پیدا می‌کند<sup>۱۶</sup> و اقدام بانک‌ها در درج این عقد جایز ضمن عقدی لازم این وصف آن را تغییر نمی‌دهد.

۳- باتوجه به اینکه موضوع عقد جعاله تعهد عامل به انجام عمل مورد نظر جاعل در برابر تعهد و التزام جاعل به پرداخت اجرت عمل در قالب جعل است بنابراین جعاله عقدی عهدی است در حالی که همانگونه که قبلاً مشروحاً بیان شد توافق برگشایش اعتبار و اوجد دو صفت عهدی و تملیکی نسبت به طرفین ذیربط در روابط جاری در این مکانیزم است و از این منظر نه تنها قابل‌قیاس با جعاله نیست بلکه تناقضات بنیادینی با اصول و مفاهیم حقوق قراردادهای در این موضوع دارد.

۴- گذشته از ایرادات و موانع پیشگفته، مانع دیگری که در تطبیق عقد جعاله و سایر عقود معین مورد تحلیل به غیر از ضمان و حواله بسیار برجسته می‌نماید این موضوع است که در تمامی این عقود بواسطه یکی از نتایج طبیعی اصل حاکمیت اراده، هر کس آزادانه حق انتخاب طرف قرارداد خود را داراست و از سویی دیگر مطابق اصول حاکم بر حقوق قراردادهای، هر عقدی از برخورد توافق اراده ایجاب کننده با طرفی که به عنوان قابل‌مورد انتخاب موجب قرار گرفته است به وجود می‌آید، به عبارتی دیگر عقد محصول توافق اراده‌های طرفین آن است و دیگران در این زمینه هیچ سهمی ندارند<sup>۱۷</sup>. این واقعیت که بیانگر اصل نسبی بودن قراردادهای است از اصول مهم حقوق ناظر بر این بخش است، در حالی که در مکانیزم اعتباراسنادی اساساً اراده ذینفع هیچ سهمی در تحقق قرارداد گشایش اعتبار ندارد نه به عنوان ایجاب کننده و نه به عنوان قابل، لیکن بهر مند 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 قابل دقیق و مناسبی برای تحقق یک اعتباراسنادی 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 نموده‌اند که باتوجه به تفاوت‌های آن با جعاله مندرج در قانون مدنی باید نام جعاله بانکی بر آن نهاد و صرف نظر از فاصله‌ای که از جعاله مرسوم دارد صرفاً در برگیرنده روابط حقوقی بخشی از روند گشایش تا پرداخت یک اعتباراسنادی است و بخش‌های عمده دیگر مانند رابط بانک گشاینده اعتبار و ذینفع اعتبار را پوشش نمی‌دهد، لذا این عقد نه از نظر مفاهیم و اصول حقوقی و نه از نظر عملکرد تطابقی با توافق برگشایش اعتبار و مکانیزم اعتباراسنادی ندارد.

نتیجه

مکانیزم اعتباراسنادی با عدول از اصول حاکم بر حقوق مدنی بطور عام و حقوق قراردادهای بطور خاص، توانسته است به روشی مطمئن و مورد استقبال در حوزه تجارت بین‌المللی واقع گردد و همین عدول و عدم تطابق با اصول حقوق قراردادهای به نقطه قوت این مکانیزم تبدیل شده است، لذا در قالب عقود معین که در تابعیت محض اصول حقوق قراردادهای هستند امکان تطبیق ندارد

<sup>۱۶</sup> دکتر مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، پیشین، ص ۶۱

<sup>۱۷</sup> دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۳

از سوی دیگر عقود بنابر ماهیت ساختاری خود و صرفاً می‌توانند در برگیرنده رابطه بین بانک و متقاضی به عنوان طرفین عقد باشند و در برگیرنده رابطه دیگر مکانیزم اعتبار اسنادی 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 اسنادی 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 نظام های حقوقی نیز وجود دارد به نحوی که حقوق دانان خارجی پس از ناتوانی از تحلیل قراردادی این رابطه ناچار به تحلیل این رابطه در قالب سایر تاسیسات و نهاد های حقوق مدنی شده اند که این موضوع نه تنها گرهی از کار نگشوده بلکه بر پیچیدگی آن نیز افزوده است، برای نمونه در بلژیک و هلند این رابطه مهم و جوهری را ناچار نوعی ایقاع تحلیل<sup>۱۸</sup> و برخی دیگر آن را تعهد به نفع ثالث دانسته اند.

### فهرست منابع و مأخذ

۱. اشمیتوف کلا یوام، 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 اسنادی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱، پائیز ۱۳۷۰
۴. امامی سید حسن، حقوق مدنی ج ۱ و ۲، انتشارات اسلامی، چاپ دهم، ۱۳۷۳، تهران
۵. بروجردی عبده محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۰، تهران
۶. جعفر لنگرودی محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۷. جعفری لنگرودی محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۱، تهران
۸. جعفری لنگرودی محمد جعفر، عقد حواله، چاپ چهارم، گنج دانش، ۱۳۹۰، تهران
۹. جعفری لنگرودی محمد جعفر، عقد مضاربه، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۸۴، تهران
۱۰. جعفری لنگرودی محمد جعفر، ضمان عقدی در قانون مدنی، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۳، تهران
۱۱. جنیدی لعیا، مقایسه اعتبار اسنادی با اسناد براتی، مجله حقوق بانکی، سال سوم، شماره ۵ و ۶، سال ۱۳۹۳
۱۲. حاج علی محمد رضا، بررسی تطبیقی اعتبارات اسنادی داخلی با اعتبارات اسنادی بین المللی و راه های رفع موانع در جهت 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 سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۲، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، تهران
۱۶. رفیعی محمد تقی، تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران، اندیشه های حقوقی، سال پنجم، شماره ۱۲، بهار ۱۳۸۶
۱۷. داورزنی حسن، امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت های تجاری، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۱، پاییز 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. شهبازی نیا مرتضی، انتقال و توثیق ضمانت نامه های بانکی، مدرس علوم انسانی، شماره ۲، (پیاپی ۵۱)، تابستان ۸۶

<sup>۱۸</sup> لعیا جنیدی، مقایسه اعتبار اسنادی با اسناد براتی، 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 ۴ عقود اذنی - وثیقه 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 ۱، معاملات معوض - 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 آخرین مقررات متحدالشکل 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، تهران
۳۰. محقق 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 ضمان 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، پائیز و زمستان ۱۳۸۴
۳۳. مصطفوی کاشانی سید محمود، مبانی حقوقی و مقررات بهره‌وزیان دیر کرد، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۷۶، بهار ۱۳۸۱
۳۴. نوروزی بهروز، ماهیت حقوقی و فقهی جعله در نظام بانکی، ماهنامه کانون سردفتران، شماره ۶۲، ۱۳۸۵
۳۵. بی نام، بحث در موضوعات حقوقی، راجع به مضاربه، مجموعه حقوقی نشریه وزارت دادگستری، ۱۳۱۵، شماره ۷
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 اللمعة الدمشقیة، ج ۱۰، کتاب فروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ه
- ق
۳۸. محقق حلی، المختصر النافع، چاپ دوم، مرکز الطباعة والنشر فی موسسه البعثه، تهران، ۱۴۱۶ ه ق
39. [www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf](http://www.new.ibi.ac.ir/fies1/content/hamayeshha/hamayesh16/katouzeian.pdf)