

تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی

تاریخ دریافت: ۹۲/۹/۱۱

تاریخ تأیید: ۹۳/۱/۲۱

محمد عادل ضیائی*
محدثه معینی‌فر**

چکیده

ضمانت‌نامه بانکی تعهدی از سوی بانک به درخواست ضمانت‌خواه است تا مبلغ نقدی معین یا قابل تعیین را به مجرد طلب مضمون‌له پرداخت کند. با آنکه ضمانت‌نامه‌های بانکی از سازوکارهای امروزی در جهت تسهیل و تسریع فعالیت‌های اقتصادی هستند؛ اما به علت نوپدید بودن، جنبه‌های فقهی و حقوقی آنها کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

در پژوهش پیش‌رو کوشیده شده به روش اسنادی و با استفاده از شیوه توصیفی - تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که آیا ضمانت‌نامه بانکی به‌عنوان سازوکار نظام بانکی، قابلیت انطباق با فقه و حقوق اسلامی را دارد؟

به‌طور تقریبی همه فقیهان در جواز استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی اختلافی ندارند؛ اما در بیان ماهیت و در نتیجه شروط و آثار مترتب بر آن اختلاف کرده‌اند. در وجه مشروعیت به نظریه‌های ضمان، کفالت، عقد مستقل بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی، تعهد به نفع ثالث و امثال آنها استناد شده است. به‌نظر می‌رسد با توجه به عدم انطباق کامل شروط و ارکان ضمانت‌نامه‌ها با عقدهایی مانند وکالت، ضمان و کفالت، قول به عقد مستقل بودن قوت بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه، عقد، ایقاع، ضمان و کفالت.

طبقه‌بندی JEL: K19، K10، K12.

مقدمه

امروزه به علت گسترده‌گی روابط معاملی و عدم شناخت طرفین معامله از یکدیگر و عدم امکان ارزیابی دقیق از توانایی حرفه‌ای، وضعیت مالی و حسن شهرت طرفین در اجرای تعهدهای خود، بازرگانان و صاحبان صنایع، برای پرهیز از ارجاع اختلافات به مراجع قضائی و اداری، در جست‌وجوی راهی هستند که به سهولت بتوانند به هدف‌های خود برسند. ضمانت کافی از مؤسسه معتبر مالی مانند بانک باعث فراهم‌شدن زمینه اطمینان در مناسبت‌های طرفین معامله و تسهیل و تسریع در ایفای تعهدها و حسن اجرای آن می‌شود و به این علت ضمانت‌نامه‌های بانکی نقش مهمی در فعالیت‌های اقتصادی ایفا می‌کنند؛ بنابراین بحث ضمانت‌نامه‌های بانکی یکی از بحث‌های مهم در اقتصاد امروزی است؛ زیرا نظام بانکی و سازوکارهای آن در عرصه‌های اقتصادی نقش و جایگاه ویژه‌ای دارد.

در کشورهای اسلامی نیز برای رونق فعالیت‌های بازرگانی، سرمایه‌گذاری و تسهیل مبادلات تجاری و سرمایه‌گذاری خود اغلب از ضمانت‌نامه بانکی استفاده می‌کنند. در نوشتار پیش‌رو کوشیده شده است که ماهیت فقهی و حقوقی و حکم شرعی ضمانت‌نامه بانکی و کارکردهای آن از دیدگاه فقیهان مذاهب اسلامی و حقوق موضوعه تبیین شود.

پژوهش پیش‌رو در صدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که آیا ضمانت‌نامه بانکی به‌عنوان سازوکارهای نظام بانکی کنونی، قابلیت انطباق با فقه و حقوق اسلامی را دارد؟ آیا این اسناد می‌توانند در زمره عقود اسلامی قرار گیرند یا آنکه در زمره ایقاعات هستند؟ اگر در زمره عقود هستند، کدام یک از عقود اسلامی با آن انطباق دارد و آثار کدام یک بر آن مترتب می‌شود؟ این پژوهش به روش اسنادی و با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته و بر فرضیه‌های ذیل مبتنی است:

هرچند این اسناد از سازوکارهای نظام بانکی در کشورهای غربی است؛ اما با کمی تسامح می‌توان از آنها برای تسهیل مبادله‌ها در کشورهای اسلامی نیز استفاده کرد. فقه اسلامی با برخی از اصول ویژه خود در موضوع معامله‌ها از جمله «اوفوا بالعقود» می‌تواند به کاربرد این اسناد در بانکداری اسلامی اعتبار شرعی و قانونی ببخشد. این امر وقتی قوت می‌گیرد که فقط با ملاحظه این اصل می‌توان ویژگی اساسی و اقتصادی این اسناد را یعنی انعطاف-پذیری و پوشش ریسک تأمین کرد؛ بنابراین برای آنکه این اسناد در بانکداری اسلامی

جایگاه خود را بیابند؛ نخست باید مشروعیت داشته باشند، دوم باید ماهیت آنها مشخص باشد تا از این راه بتوان شرایط و قیدهای کارکرد آن را مشخص کرد. در صورت تکمیل شدن این روند می‌توان از این اسناد پس از تصویب قوانین مناسب به درستی در نظام بانکی بهره برد.

پیشینه تحقیق

هرچند درباره جنبه‌های حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی اعم از بین‌المللی و داخلی مقاله‌هایی نگاشته شده است؛ اما درباره ماهیت این اسناد در فقه و حقوق اسلامی، پژوهش منسجمی از مجموع نظریه‌ها و آثار آنها وجود ندارد.

شهبازی‌نیا (۱۳۸۲) در مقاله «بررسی مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل» فقط به تعیین مفاد ضمانت‌نامه‌های پیش‌گفته پرداخته است و درباره ماهیت آن سخنی به میان نیاورده است.

شهبازی‌نیا (۱۳۸۶) در مقاله‌ای دیگر با عنوان «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی» بر چگونگی انتقال این اسناد و آثار آن مانند خطر مطالبه متقلبان اشاره دارد. وی (۱۳۸۰) در پایان‌نامه دکترای خود نیز مانند مقاله‌های پیش‌گفته به انواع و مفاد این اسناد در حقوق تجارت بین‌الملل نظر داشته است.

غماسی (۱۳۷۸) در مقاله خود با عنوان «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی» اندکی درباره ماهیت و آثار آن می‌نگارد؛ سپس از سوءاستفاده از آنها بحث می‌کند. محمدنژاد (۱۳۷۸) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود به ماهیت این اسناد اشاره می‌کند و فقط آن را با ضمانت‌های عقدی و عهده مقایسه کرده و به اصل استقلال می‌پردازد.

مسعودی (۱۳۸۳) در کتاب خود با عنوان ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل نیز درباره ماهیت این اسناد به اختصار به توضیح سه نظریه عقد ضمان، ایقاع و تعهد به نفع شخص ثالث پرداخته و بقیه بحث‌های خود را به انواع و آثار آن و نیز مقایسه قوانین ایران در این باره با قوانین ایالات متحده آمریکا پرداخته است.

کاشانی (۱۳۸۴) نیز در مقاله خود بحثی از ماهیت این اسناد به میان نیاورده؛ بلکه به وصف این اسناد و آثار آن پرداخته است؛ بنابراین مسلم این است که در بحث ماهیت اسناد پیش‌گفته فقط به بررسی چند نظریه بسنده شده است و به نظرها و استدلال‌های فقیهان

اهل سنت در این باره توجهی نشده است؛ بنابراین در این مقاله در بحث ماهیت نظرهای دقیق فقهی آورده شده است که پیش از این به آنها اشاره اندکی شده بود.

مفهوم ضمانت نامه بانکی

برای دست یافتن به درک درست از ضمانت نامه های بانکی لازم است که مفهوم آن در حوزه های فقه و حقوق بررسی شود. به طور تقریبی می توان گفت که نزد فقیهان امامیه تعریفی از ضمانت نامه های بانکی ارائه نشده است؛ بلکه فقیهان به توضیح عملیات بانکی که در خلال آن ضمانت نامه ها صادر می شوند، پرداخته اند (وحید خراسانی، ۱۴۲۱ق، ص ۷۵۰ / موسوی خویی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۴۱). به نظر می رسد یگانه فقیه معاصر شیعه که به تعریف آن پرداخته، آیت الله صدر است. وی باور دارد که ضمانت نامه های بانکی تعهدی است از سوی بانک به درخواست ضمانت خواه یا آمر تا مبلغ نقدی معین یا قابل تعیین را به مجرد طلب مضمون له یا منتفع (مستفید) در خلال مدتی معین و بدون توقف بر شرطی پرداخت کند (صدر، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۸).

بعضی از حقوقدانان کشورمان نیز تعریف هایی را از ضمانت نامه های بانکی ارائه داده اند: ضمانت نامه نوشته عادی یا رسمی است که حاوی ضمان عقدی یا تعهد به هر صورت مانند ضمانت نامه که کسی ضمان به قول شرف می دهد تا آزاد شود. اگر شخص ضامن باشد، ضمانت نامه را ضمانت نامه شخصی گویند. اگر بانک تعهد کند ضمانت نامه بانکی است. اگر ملک نوشته وثیقه کند، ضمانت نامه ملکی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۴۲۱). ضمانت نامه بانکی عبارت است از سندی که به وسیله بانک صادر می شود و به سبب آن بانک تعهد می کند تا در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) از ایفای تعهد های قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه و اصلی) در برابر ذی نفع (مضمون له) قصور و تخلف کند با اعلام مراتب به وسیله ذی نفع و مطالبه وجه ضمانت نامه به وسیله وی، مبلغ مندرج در ضمانت نامه را به وی بپردازد (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۳۳).

نزد فقیهان اهل سنت و حقوقدانان کشورهای عربی ضمانت نامه های بانکی با عنوان «خطاب الضمان المصرفی» یا «خطاب الضمان البنکی» مورد بحث قرار می گیرند: ضمانت نامه بانکی، تعهد نهایی است که از سوی بانک به درخواست ضمانت خواه یا آمر (عملیه) مبلغ نقدی معین یا قابل تعیین را به مجرد طلب مضمون له یا منتفع (مستفید) در

خلال مدتی معین و بدون توقف بر شرطی پرداخت کند (عوض، ۱۹۹۳م، ص ۵۷۰ - ۵۷۱ / بلتاجی، [بی تا]، ص ۳ / ابوفضه، ۲۰۰۹م، ص ۸۴۴ / شویدح و ابوهریید، [بی تا]، ص ۷ / مرشدی عتیبی، ۱۴۲۴ق، ص ۳۲ / مرکز الفتوی فی قطر، ۱۴۲۳ق، ش ۲۶۵۶۱ / مترک، ۱۴۱۸ق، ص ۳۸۵ / خثلان، [بی تا]، ص ۲۰۶ / دیبان، ۱۴۲۳ق، ص ۱ / ارشید، ۱۴۲۱ق، ص ۱۷۴ / هیئة کبار العلماء بالمملکه العربیه السعودیه، [بی تا]، ج ۵، ص ۲۶۷).

با توجه به این تعریف‌ها می‌توان گفت: الف) در تمام این تعریف‌ها چهار رکن ضامن (بانک)، مضمون عنه، مضمون له و مبلغ ضمان وجود دارد؛ ب) ضمانت‌نامه‌های پیش‌گفته باید مکتوب باشد؛ ج) ضمان مدت معلومی دارد؛ د) مبلغ ضمانت‌نامه در هنگام صدور آن دین بر ذمه مضمون نیست؛ بلکه در صورت عدم انجام تعهد مضمون ثابت می‌شود؛ ه) مضمون له تا زمان احراز عدم توانایی مضمون در انجام تعهد، حق مطالبه مبلغ مذکور را ندارد؛ و) مبلغ مذکور هر چند الزاماً معین نیست؛ اما قابلیت تعیین دارد.

در میان تعریف‌های پیش‌گفته به جز تعریف جعفری‌لنگرودی که فقط تعریفی عام از ضمانت‌نامه ارائه کرده و مفهوم دقیق ضمانت‌نامه بانکی را تبیین نکرده، تعریف‌های دیگر با وجود اختلاف الفاظ و واژگان تا حدودی مفهومی واحد را بیان کرده‌اند.

اهمیت اقتصادی ضمانت‌نامه‌های بانکی در بانکداری اسلامی

در سال‌های اخیر استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌علت نقش مؤثر آنها در انعقاد قراردادهای تجاری و اقتصادی و نیز روان‌سازی تعهدهای ناشی از اجرای این قراردادها رو به افزایش است؛ البته به‌کارگیری این اسناد در عرصه تولید به‌ویژه در اعطای وام به تولیدکنندگان و بخش تجارت اهمیت بالایی دارد؛ بنابراین شاید بتوانیم با بررسی انواع گوناگون ضمانت‌نامه‌های بانکی در بخش‌های گوناگون صنعت و تجارت صادر می‌شوند، به راحتی به کارکردها یا کاربردهای این اسناد دست یابیم. انواع ضمانت‌نامه‌ها شامل ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام کار، پیش پرداخت، استرداد کسور وجه‌الضمان، وارنتی، گمرکی، تعهد پرداخت، افزایش اعتبار، شرکت مادر، بیمه مجدد، مشارکت در ریسک، قرارداد فرعی، ضمانت‌نامه‌های صادره به‌وسیله مؤسسه‌های مالی چندگانه و ... است. اهمیت این اسناد را می‌توان در چند مورد خلاصه کرد که به‌طور معمول در قالب ویژگی‌های این اسناد نیز مطرح هستند:

۱. پوشش ریسک: در قرارداد تجاری همواره عدم اعتماد طرفین به یکدیگر ریسک‌های متعددی را پدید می‌آورد. در یک نگاه کلان فروشنده همواره با ریسک عدم دریافت وجه و خریدار با ریسک عدم ایفای صحیح قرارداد به وسیله فروشنده یا پیمانکار روبه‌رو است. ضمانت‌نامه بانکی که به‌طور معمول به نفع خریدار یا کارفرما صادر می‌شود به وی این اطمینان را می‌دهد که در صورت عدم ایفای تعهدهای فروشنده یا پیمانکار مطابق قرارداد، وی می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطابق متن آن از ضامن مطالبه و دریافت کند.

۲. قابلیت انعطاف: با توجه به تنوع قراردادهای تجاری و مالی بین‌المللی یکی از ملزوم‌های ابزارهای مالی قابلیت انعطاف آنهاست. ضمانت‌نامه از زاویه‌های گوناگون طبقه‌بندی می‌شود. از نظر ماهیت موضوع ضمانت انواعی مانند حسن انجام کار، پیش‌پرداخت، مناقصه و ... و از نظر چگونگی صدور انواع مستقیم و غیرمستقیم وجود دارد. افزون بر آن، متن و شرایط ضمانت‌نامه نیز به‌طور کامل منعطف و براساس درخواست طرفین قابل تغییر و اصلاح است.

۳. تعهد مشروط: ضمانت‌نامه تعهدی برای پرداخت وجهی معین است؛ اما این تعهد به هیچ‌وجه بدون قید و شرط نیست. به عبارت دیگر، این ابزارها را نباید با وجه نقد اشتباه گرفت، اشتباهی که متأسفانه در بسیاری مواقع به‌ویژه به‌وسیله ذی‌نفع ضمانت‌نامه‌ها انجام می‌شود. این ابزار به‌طور کامل با ابزارهای پرداختی مانند چک و سفته که به محض ارائه به بانک در سررسید مشخص قابل نقد شدن هستند، متفاوت‌اند. در اساس یکی از هدف‌های اصلی ابداع این ابزارها، تحقق شروط لازم برای پرداخت وجه بوده است.

۴. استقلال از رابطه پایه: تعهدهای مالی از نظر نوع رابطه آنها با قرارداد پایه به دو نوع مستقل و تبعی تقسیم می‌شوند. در تعهد تبعی پرداخت فقط زمانی موضوعیت پیدا می‌کند که شرایط پرداخت فارغ از این اسناد در عالم واقع تحقق پیدا کرده باشد مانند تعهدهای بیمه‌ای؛ اما ضمانت‌نامه از تعهدهای مستقل است؛ بنابراین بانک در این نوع ابزار فقط با اسناد و مدارک روبه‌رو است و نه کالا و خدمات یا تحقق خسارت و عدم ایفای تعهدها.

۵. پرداخت فوری: یکی دیگر از ویژگی‌های ضمانت‌نامه تعهد بانک به پرداخت فوری وجه در صورت دریافت اسناد یا مطالبه منطبق است.

۶. غیرقابل برگشت: یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که ابزار ضمانت‌نامه مورد اقبال تاجران و بازرگانان در سطح بین‌الملل قرار گرفته است، ماهیت غیرقابل برگشت آن است؛ یعنی بانک

گشایش‌کننده یا ضامن از زمان صدور ضمانت‌نامه تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند بدون رضایت طرفین نسبت به ابطال یا اصلاح آن اقدام کند. با توجه به ماهیت تضمینی آن، ذی‌نفع می‌تواند هر زمانی که اراده کند به صورت یک طرفه تقاضای ابطال یا کاهش مبلغ ضمانت‌نامه را به ضامن ارائه کند؛ مگر آنکه شرط دیگری در متن ضمانت‌نامه محدودیت خاصی را در این باره پدید آورده باشد. به هر صورت ویژگی غیرقابل برگشت این اطمینان را به ذی‌نفع می‌دهد که در صورت تحقق شرایط لازم به‌طور حتم به دریافت وجه قادر خواهد بود.

۷. انتقال عواید: هرچند انتقال ضمانت‌نامه در صورت درج قابلیت انتقال در متن آنها امکان‌پذیر خواهد بود؛ اما ذی‌نفع می‌تواند عواید حاصل از آن را به هر شخص دیگری که تشخیص می‌دهد، واگذارد؛ به‌طور مثال، ذی‌نفع ضمانت‌نامه می‌تواند همزمان با ارائه مطالبه منطبق به ضامن درخواست کند که وجه ضمانت‌نامه به شخص دیگری پرداخت شود؛ اما با توجه به اینکه ضمانت‌نامه ابزاری تضمینی و فقط برای یک رابطه پایه مشخص صادر شده است، ذی‌نفع به هیچ‌وجه نمی‌تواند آن را مانند وجوه پرداختنی مانند چک برای رد دین به شخص دیگری واگذارد. ابزارهای تضمینی به هیچ‌عنوان قابل معامله نیستند (تراشیون، ۱۳۹۲ (الف)، ص ۲-۳).

البته از نظر نویسندگان ماهیت منعطف و پوشش ریسک مهم‌ترین کارکردهای اقتصادی این اسناد هستند؛ زیرا علت اصلی اقبال روزافزون و گسترش استفاده از ضمانت‌نامه‌های مستقل در تجارت داخلی و بین‌الملل به ماهیت منعطف این ابزار در پوشش ریسک باز می‌گردد. این انعطاف را می‌توان به‌طور کلی از سه زاویه گوناگون بررسی کرد: الف) متن‌های ضمانت‌نامه‌ها برخلاف باور رایج به هیچ‌عنوان متونی ثابت و غیرقابل تغییر نیستند. متن هر نوع ضمانت‌نامه مانند حسن انجام کار یا پیش‌پرداخت براساس نیازهای طرفین می‌تواند با شرایط متنوع نامحدودی صادر شود. ب) براساس ماهیت رابطه پایه طرفین یک قرارداد یا رابطه مالی یا تجاری، انواع گوناگونی از ضمانت‌نامه‌ها قابل صدور است. ضمانت‌نامه‌هایی مانند مناقصه، حسن انجام کار و پیش‌پرداخت فقط نمونه‌ای کوچک از انواع قابل صدور ضمانت‌نامه‌های مستقل شمرده می‌شوند. ج) ضمانت‌نامه‌های مستقل به

صورت‌های گوناگونی مانند مستقیم، متقابل، دوطرفه، سندیکایی و ... قابل صدور هستند (تراشیون، ۱۳۹۲ (ب)، ص ۳). افزون بر این، از آنجایی که بازدهی و ریسک در هر فعالیت اقتصادی در کنار یکدیگر قرار دارند، یک کارافرین موفق در حوزه صنعت یا تجارت فقط با آگاهی کامل از ریسک‌های محتمل و به‌کار گرفتن روش‌های مناسب برای مدیریت ریسک می‌تواند تداوم سودآوری فعالیت خود را تضمین کند. در غیر این صورت گاهی حتی تحقق یک ریسک محتمل ممکن است حاصل سال‌ها فعالیت بنگاه اقتصادی را یک‌شبه از میان ببرد. در کمین‌بودن خطر فقط یک شعار نیست، واقعیتی است که هر فعال اقتصادی هر روز با آن روبه‌رو است و غفلت از آن هزینه‌های جبران‌ناپذیری به همراه خواهد داشت.

ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی

در بحث مشروعیت ضمانت‌نامه بانکی میان فقیهان و حقوقدانان اختلافی نیست؛ اما در تعیین وجه مشروعیت آن، میان فقیهان مذاهب و حقوقدانان نظرهای گوناگونی از جمله ضمان - عقد یا ایقاع یا ضمان فعل - کفالت، عقد و قرارداد مستقل، تعهد به نفع ثالث، عقد مرکب از دو عقد کفالت و وکالت، اشتراط مصلحت ثالث، اراده منفرد که سرچشمه التزام است و تفصیل میان ضمانت‌نامه‌های با وثیقه و بدون آن* مطرح است که البته در ذیل به جهت پیش‌گیری از اطناب کلام به نظریه‌های مهم و مورد توجه بیشتر فقیهان اشاره خواهد شد:

* ذکر این نکته لازم است که این نظریه در عرض نظریه‌های دیگر قرار ندارد؛ زیرا نظریه‌های دیگر همه از باب چگونگی مشروع بودن هستند؛ اما این نظریه درباره شرایط و حالت‌های مشروع بودن است. در توضیح این نظر باید گفت برخی از فقیهان اهل سنت میان انواع ضمانت‌نامه‌های ابتدایی و نهایی و با وثیقه و بدون آن، فرق گذاشته‌اند. اگر بدون وثیقه و تضمین باشد، ضمان یا کفالت است. اگر با وثیقه باشد، وکالت است که با اجر یا بدون اجر صحیح است، البته با بقای کفالت نسبت به مکفول‌له است (ارشید، ۱۴۲۱ق، ص ۱۷۸ / شویدح و ابوهریبید، [بی تا]، ص ۹ / ختلان، [بی تا]، ص ۲۰۷). این نظر از سوی کنفرانس اسلامی (مرکز الفتوی فی قطر، ۱۴۲۳ق، ش ۲۶۵۶۱) و مجمع فقه اسلامی (التکلیف الشرعی و القانونی لخطابات الضمان، ۲۰۰۸م، ص ۵۴) نیز طرح شده است و گردهمایی اقتصاد اسلامی که برای سومین بار در استانبول ترکیه برگزار شد، در فتوایی این نظر را اتخاذ کرده است (قرارات و توصیات ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الاسلامی، ۱۴۰۶ق، ص ۲).

۱. نظریه ضمان

عده‌ای از فقیهان امامیه و اهل سنت و برخی دادگاه‌ها در حقوق ایران مانند برخی از حقوقدانان فرانسوی، ضمانت‌نامه‌های بانکی را از نوع ضمان می‌دانند (مرشدی‌عینی، ۱۴۲۵ق، ص ۳۲ / مترک، ۱۴۱۸ق، ص ۳۸۵ / دبیان، ۱۴۲۳ق، ص ۳ / مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۳۴). باید توجه داشت که فقیهان اهل سنت برخلاف فقیهان شیعه که ضمان را نقل ذمه به ذمه (ماده ۶۹۸ قانون مدنی) دانسته‌اند، باور دارند که ضمان ضم ذمه به ذمه است؛ در این صورت از نگاه آنان، طلبکار می‌تواند هم به مضمون‌عنه مراجعه کند هم به ضامن؛ بنابراین در اثر ضمان عقدی میان اندیشه‌وران حقوق اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. فقیهان امامیه اثر ضمان را نقل ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳۴۷ / حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۳۲۶ / موسوی خویی، ۱۳۷۴ق، ج ۴، ص ۱۷۷) و فقیهان اهل سنت باور دارند که به سبب عقد ضمان، ذمه ضامن در اصل دین یا در مطالبه به ذمه مضمون‌عنه ضمیمه می‌شود (سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۳۷ / کاسانی، [بی‌تا]، ج ۱۲، ص ۳۹۵ / نووی، [بی‌تا]، ج ۱۳، ص ۴۳۴ - ۴۳۵ / ماوردی، [بی‌تا]، ج ۶، ص ۵۲ / ابن‌قدامه، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۲۰ / ابن‌رشد، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۴۰)؛ بنابراین فقیهان امامیه و اهل سنت در عقد و ایقاع بودن ضمان اختلاف نظر قابل توجهی دارند:

۱. ضمان عقد است (جبعی‌عاملی، ۱۳۸۸، ج ۷، ص ۱۵۳ / عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۳۵ / محقق‌حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۰۷ / جیلانی‌قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۱۶ / سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص ۱۳۵ / ابن‌حزم، [بی‌تا]، ج ۸، ص ۲۴۵ / انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۳۶۴ / فیاض، ۱۳۸۹، ص ۱۱۵)؛ چون وقتی ضامن تعهد بر پرداخت دین مضمون‌عنه می‌کند در حقیقت دارایی مضمون‌له را از ذمه وی به ذمه خود منتقل ساخته است و این به منزله تصرف در دارایی غیر است که به یقین قبول وی ضرورت دارد. به عبارت دیگر مضمون‌له با قبول خود به سقوط طلب خویشتن از ذمه مضمون‌عنه در برابر اشتغال ذمه ضامن رضایت داده است (باقری، ۱۳۸۲، ص ۳۵).

از میان طرفداران نظریه عقد بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی برخی به معنای عام ضمان و برخی دیگر به معنای خاص آن نظر دارند. آیت‌الله وحیدخراسانی (وحیدخراسانی، ۱۴۲۱ق، ص ۷۵۰) و آیت‌الله موسوی خویی (موسوی خویی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۴۰ - ۵۴۱) از قائلان به

این نظر شمرده می‌شوند. طرفداران این نظریه در میان حقوقدانان، به‌طور عمده چنین استدلال می‌کنند که ضمانت‌نامه، اعم از بانکی و غیربانکی، سندی است حاکی از قرارداد ضمان، به این معنا که این سند معرف و دلیل وجود قراردادی است که پیش از این منعقد شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانت‌نامه صدور یافته است (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۵).

از این تحلیل چنین بر می‌آید که اوصاف عقد ضمان، علی‌القاعده باید شامل ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز بشود. با پذیرش این دیدگاه، نتیجه‌های ذیل به‌دست می‌آید:

۱. ضمانت‌نامه بانکی مانند ضمان، عقد عهدی است و رکن آن را تعهد ضمان به پرداخت دین مضمون عنه تشکیل می‌دهد.
۲. ضمانت‌نامه بانکی مانند ضمان، عقد رضایی است و توافق ضامن و طلبکار باعث انتقال مستقیم دین به ذمه ضامن می‌شود.
۳. ضمانت‌نامه به‌مثابه ضمان، عقدی معوض است و تعهد ضامن و سقوط طلب مضمون له از ضامن در برابر یکدیگر با هم انجام می‌شود.
۴. تعهد ضامن در ضمانت‌نامه بانکی مانند تعهد ضامن در عقد ضمان، یک تعهد تبعی است و مبنای آن دین مضمون عنه به طلبکار است.
۵. ضمانت‌نامه مانند ضمان از عقدهای مسامحه است نه معامله.
۶. ضمانت‌نامه مانند ضمان عقدی است لازم.

تجزیه و تحلیل ضمانت‌نامه بانکی و آثار ناشی از روابط طرف‌های آن بیانگر این مطلب است که اوصاف گوناگون و عناصر متعدد تشکیل‌دهنده ضمان عقدی، گاهی درباره این‌گونه اسناد تجاری انطباق دارد؛ به‌طور مثال، می‌توان ضمانت‌نامه بانکی را عقدی عهدی دانست که رکن اصلی آن را تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون‌عنه تشکیل می‌دهد و نیز ضمان عقد رضائی، تبعی و لازم است؛ اما این انطباق از هر جهت کامل نیست و وجوه افتراقی به چشم می‌خورد. در اینجا به پاره‌ای از اهم وجوه افتراق اشاره می‌شود: الف) ضمانت‌نامه بانکی سبب انتقال دین نیست. ب) ضمانت‌نامه بانکی از عقدهای مسامحه نیست. ج) ضمانت‌نامه بانکی همواره «ضمانت از دین موجود» نیست (همان، ص ۱۶۵ - ۱۶۶).

۲. ضمان ایقاع است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۴۷ / طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۴۹)؛ بنابراین در تحقق خود نیازی به قبول مضمون‌له ندارد و به صرف انشای

ایجاب از سوی ضامن تحقق می‌یابد؛ اما اثر حقوقی آن متوقف بر رضای مضمون‌له است؛ زیرا ضمان، وفای دین است و ضامن در حقیقت با ایجاب دین مضمون‌عنه را ایفا می‌کند، پس چه نیازی است که مضمون‌له قبول کند؛ اما از آنجا که افراد از جهت خوش‌حساب بودن با هم متفاوت‌اند، رضای مضمون‌له به ایجاب ضامن نفوذ حقوقی می‌دهد؛ بنابراین ضمان ایقاعی است قابل رد نه عقدی که تحقق آن متوقف بر قبول مضمون‌له باشد. ثمره اختلاف این نظر با نظریه عقده بودن ضمان در این است که طبق این نظریه فوریت در قبول و به عبارت دیگر موالات میان ایجاب ضامن و رضای مضمون‌له شرط نیست و تفاوتی ندارد که این رضای پیش از ایجاب یا همزمان با آن یا اینکه پس از ایجاب واقع شود؛ در هر حال به ایجاب ضامن اعتبار می‌بخشد؛ اما اگر ضمان را عقد بدانیم بر پایه قواعد عمومی عقود و قراردادها باید میان ایجاب ضامن و قبول مضمون‌له موالات وجود داشته باشد، به طوری که قبول پیش از عقد یا رضای پس از آن هیچ اثری نخواهد داشت (باقری، ۱۳۸۲، ص ۳۵).

۳. ضمان، ایقاع است بدون آنکه رضای مضمون‌له کمترین اثری در تحقق آن داشته باشد. قائلان این نظریه به روایتی استناد می‌کنند که شرح آن گذشت؛ زیرا همین که پیامبر اکرم^۹ بدون آنکه رضای مضمون‌له را طلب کند، به محض ضمانت حضرت علی^۷، بر مدیون متوفا نماز خواند، نشان‌دهنده این است که رضای داین یعنی مضمون‌له هیچ اثری در تحقق ضمان ندارد (همان، ص ۳۶). نیز چنین استدلال می‌کنند که در اثر ضمان ملک جدیدی برای مضمون‌له پدید نمی‌آید که نیاز به قبول وی باشد؛ بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار پدید می‌آید (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۳). حقوقدانان نیز به تبع این گروه از فقیهان چنین نظری را برگزیده‌اند و در تبیین و توضیح نظر خود به‌طور عموم به نظر فقیهان پیش‌گفته استناد کرده‌اند (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۵۷). البته این امر به این معناست که این حقوقدانان از صورت دوم پیش‌گفته غافل مانده‌اند.

حاصل نظر ایقاع‌بودن ضمانت‌نامه بانکی این است که در صدور ضمانت‌نامه، بانک ضامن به‌صورت یک‌جانبه در برابر مضمون‌له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را از بابت

موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت‌نامه، قبول و رضای مضمون‌له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی وی را ملتزم می‌سازد.

۴. منظور از ضمان در اینجا ضمان فعل است و برای همین به ضمانت‌نامه‌های بانکی کفالت هم گفته می‌شود. باید دانست که ضمان به سه دسته یا بیشتر تقسیم می‌شود: الف) عقد ضمان (نقل ذمه به ذمه؛ ب) ضمان اتلاف؛ ج) غرامت و ضمان فعل. ماهیت ضمان فعل چنین است که ضامن به مضمون‌له می‌گوید اگر مضمون‌عنه آن کار را نکرد یا فلان چیز را تحویل نداد، بر من ضمانت آن کار یا چیز است؛ به‌طور مثال، بگویند: بر من است دفع ثمن، پس دیگر دینی وجود ندارد که از ذمه وی به ذمه من منتقل شود؛ پس ضامن، دین مضمون‌عنه را ضمانت نمی‌کند؛ بلکه متعلق تعهد ضمان فعل است و آن ادای قیمت و دفع عین مال تلف‌شده است نه اینکه متعلق آن نفس مال و پرداخت مال فعلی از افعال باشد؛ پس با ضمان اصطلاحی تفاوت دارد؛ بنابراین ضمان اصطلاحی شبیه شرط نتیجه است، اما ضمان فعل شبیه شرط فعل است (اسکندری، ۱۴۲۲ق، ص ۱۶۲ - ۱۶۳).

۲. نظریه عقد کفالت

عده‌ای از فقیهان برخی از انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی را از باب کفالت تصحیح کرده‌اند. امام خمینی^۱ در این باره می‌نویسد:

از کارهای بانک‌ها و مؤسسه‌های مانند آنها، کفالت است، به این صورت که شخصی برای دیگری تعهد می‌کند کاری انجام دهد مانند ساختن پل و بانک یا غیربانک، برای شخص متعهدله، به کفالت طرف یعنی متعهد و ضمان وی تعهد می‌کند به اینکه اگر متعهد به آنچه تعهد کرده عمل نکند، مبلغی را از طرف وی بپردازد و کفیل از کسی که آن را کفالت کرده، در برابر کفالت، کارمزد می‌خواهد. ظاهر این کفالت که به تعهد ادای آن در وقتی که متعهد به تعهدش عمل نکند، بر می‌گردد، صحیح است و گرفتن کارمزد در برابر کفالت و کارهایی که انجام می‌دهد مانند ثبت کفالت، جایز است (موسوی خمینی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۵۸۸).

آیت‌الله سیدمحمدصادق روحانی نیز ضمانت‌نامه‌های بانکی را از نوع کفالت به معنای اعم دانسته‌اند؛ زیرا وی به کفالت اشاره کرده؛ سپس آن را تعهدی مالی برشمرده است (روحانی، [بی‌تا]، ص ۳۸۳).

در درس آیت‌الله سند یکی از وجوهی که برای تصحیح این ضمانت‌نامه‌ها مطرح شده، نظر حسین حلی است. وی ضمانت‌نامه‌های بانکی را داخل در کفالت اصطلاحی فقه می‌داند که همان حاضرکردن شخص است؛ سپس به این نظر اشکال کرده و می‌گوید: در این صورت اتفاقی در این نیست که کفالت اصطلاحی، ادای دین از سوی کفیل است. نیز اشکال دیگر به این نظر آن است که بانک تعهد به احضار شخص ندارد؛ بلکه مخیر است میان احضار وی و ادای دین (اسکندری، ۱۴۲۲ق، ص ۱۶۲).

بعضی از فقیهان اهل سنت نیز این نظر را پذیرفته‌اند (ارشید، ۱۴۲۱ق، ص ۱۷۷/ مرکز الفتوی فی قطر، ۱۴۲۳ق، ش ۲۶۵۶۱/ زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۵۰ - ۳۵۱/ عوض، ۱۹۹۳م، ص ۵۸۸). بنابه این نظر، ضمانت‌نامه‌های بانکی کفالت محض هستند، چه به امر مکفول باشد و چه نباشد؛ زیرا این ضمانت‌نامه‌ها تنفیذ التزامی است که در ذمه مکفول است و معنای این کفالت همان ضم ذمه به ذمه است که همان ضمان است (دبیان، ۱۴۲۳ق، ص ۲). علت این عده آن است که ضمانت‌نامه‌های بانکی، با ضمان و کفالت معهود فقهی مطابقت کامل دارند (ارشید، ۱۴۲۱ق، ص ۱۷۷). به نظر می‌رسد منظور از کفالت از نظر دبیان، کفالت عام است که شامل ضمان و حواله هم می‌شود. باید دانست که کفالت و ضمانت‌نامه‌ها با هم تفاوت‌هایی دارند. کفالت، عقد واحدی است میان کفیل و دائن، در حالی که ضمانت-نامه شامل دو عقد است و رابطه طرفین عقدها از هم جداست. رابطه میان عمیل (مکفول عنه)، آمر یا مستفید (ذی‌نفع یا دائن) و مصرف (کفیل) به دو گونه مستقل است. ایجاب از عمیل و قبول از مستفید و عقد دیگر، ایجاب و قبول میان مصرف (کفیل) و مستفید (ذی-نفع یا دائن) است. در پاسخ به این نظر باید گفت در کفالت رجوع ذی‌نفع به هر دوی آنان (کفیل و مکفول عنه) امکان دارد؛ اما در ضمانت‌نامه از ابتدا مستفید (ذی‌نفع) حق رجوع به مصرف (کفیل) را ندارد (زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۲۸).

۳. نظریه عقد و قرارداد مستقل

براساس این نظریه، ضمانت‌نامه بانکی عقدی است مستقل، به گونه‌ای که نه کفالت است نه ضمان. آیت‌الله سیستانی و آیت‌الله نکونام تعهد بانک نسبت به صاحب پروژه مبنی بر ادای

مبالغ درخواستی در صورت تخلف متعهد از اجرای آن و ادای خسارت‌ها را، نوعی کفالت مالی می‌دانند در برابر کفالت اصطلاحی در باب معاملات که ضمانت مالی در این‌گونه موارد، با ضمانتی که در فقه به کار می‌رود این تفاوت را دارد که در ضمانت فقهی، ضامن به عین دین مورد ضمانت بدهکار می‌شود؛ در نتیجه اگر پیش از ادای آن فوت کند، پیش از تقسیم ارث مانند هر دین دیگر از ترکه‌اش برداشت و پرداخت می‌شود؛ در این‌گونه ضمانت، ضامن بدهکار نیست؛ بلکه واجب است آن را ادا کند و اگر نکرد و وصیت هم نکرد از ترکه وی برداشت نمی‌شود. این عقد ضمانت نیاز به ایجاب و قبول دارد و ایجاب آن با هر لفظی که دلالت بر تعهد کند قابل انشاست و قبول نیز با هر لفظی که دلالت بر موافقت داشته باشد صحیح است و این عقد با نوشتن یا عملی که دلالت بر انشا تعهد کند نیز انجام می‌شود (پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله سیستانی / پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله نکنونام).

ضمان از قراردادهای معین و شناخته‌شده فقهی و حقوقی است. تعریف و شرایطی دارد که در غالب موارد بر ضمانت‌نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند. مقایسه قرارداد ضمانت - که در فقه و حقوق مدنی مطرح است - با ضمانت‌نامه‌های بانکی نشان می‌دهد که ضمانت‌نامه‌های بانکی از جهت هدف، ماهیت، شرایط و احکام، تفاوت‌های اساسی با قرارداد ضمانت دارند. در ضمانت‌های بانکی هدف، انتقال بدهی نیست؛ بلکه هدف، فراهم کردن فضای امنیت و اطمینان است. به همین علت باید پیش از پدید آمدن بدهی و ثبوت آن، محقق شود و به همین علت ناظر به فرض تخلف مدیون اصلی است و پیش از احراز تخلف، حق مراجعه به ضامن وجود ندارد؛ به همین علت می‌توان گفت: ضمانت‌نامه‌های بانکی تعهد و قراردادهای مستقل و مستحدثی هستند که به مقتضای نیاز جامعه پدید آمده‌اند؛ در نتیجه اگر شرایط عمومی معامله‌هایی مانند نفی اکل مال به باطل، نفی غرر، نفی ضرر و نفی ربا در آنها رعایت شود، مشمول ادله صحت چون آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) خواهند بود (موسویان، ۱۳۸۶)؛ البته آیت‌الله روحانی این نظر را رد کرده است (روحانی، [بی‌تا]، ص ۳۸۴). شاید اشکال وی به این نظر مربوط به چگونگی ایجاب و قبول باشد؛ زیرا در اینجا از سوی صاحبان این نظر مطرح نشده است که ایجاب و قبول باید از سوی چه

کسانی صورت گیرد. نیز اگر ضمانت‌نامه‌های بانکی را عقدی مستقل فرض کنیم باید دو طرف عقد داشته باشد؛ در حالی که در ضمانت‌نامه‌های بانکی سه طرف وجود دارند.

عمده نویسندگان حقوقی تمایل دارند که ضمانت‌نامه‌های بانکی را در قالب عقود نامعین مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل و بررسی کنند. برخی نیز بر این باورند که اوضاع، احوال و مسائلی که ضمانت‌نامه‌های بانکی را احاطه کرده به‌گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های مرسوم حقوق مدنی نمی‌دهد؛ اما با توجه به وضع و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنا قابل تحلیل است؛ بنابراین ضمانت‌نامه‌های بانکی را نباید ضمانت‌عقدی و اصطلاحی دانست؛ بلکه ضمانت‌قراردادی است و مشمول ماده ۱۰ بوده که مخالفتی با نظم عمومی، اخلاق حسنه، عقل و شرع ندارد، مضاف آنکه ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌عنوان قرارداد تجاری و سند تعهدآور بانکی متضمن فصول و ویژگی‌هایی است و طبیعت و ماهیت خاص خود را دارد (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۵۸ - ۵۹).

مزیت دیگر این نظر افزون بر تطبیق بیشتر با ضمانت‌نامه‌های کنونی، فراهم کردن مجال قانون‌گذاری برای استفاده و کاربرد این اسناد است؛ زیرا این اسناد را که محصول نظام نوین مالی هستند، از چارچوب‌های فقهی خارج می‌داند؛ در نتیجه دست را برای لحاظ تمام شرایط و قیدهای مربوط به دوره معاصر بازمی‌گذارد؛ بنابراین دومین گام پس از تعیین ماهیت این اسناد تعیین شرایط استفاده از آنها در عرصه کنونی است. افزون بر این، این نظریه با اصل استقلال این اسناد از قرارداد پایه نیز تطبیق دارد. هرچند این اصل مخالفان و موافقانی دارد؛ اما تمایل به استقلال این اسناد در میان حقوقدانان فراوان است. مخالفان این اصل نیز به نظریه تبعی بودن این اسناد و سابقه تاریخ موضوع استناد می‌کنند که در ذیل درباره آن بیشتر سخن خواهیم گفت؛ البته بهتر است که استقلال یا عدم استقلال این اسناد را به متن قرارداد پایه موکول کنیم و تصمیم را به عهده طرفین قرارداد بگذاریم.

۴. نظریه تعهد به نفع شخص ثالث یا تعهد تبعی*

آیت‌الله فیاض که کفالت و ضمانت بانکی را یکی می‌داند، می‌گوید: «این شرط از لحاظ شرعی صحیح و نافذ است و اگر در عقد صحیح مانند عقد اجاره واقع شود، واجب است به این شرط عمل شود» (فیاض، ۱۳۸۹، ص ۱۱۷). مقتضای صحت این شرط این است که صاحبان پروژ و بهره‌وران، از لحاظ شرع حق دارند به بانک مراجعه کنند و مبلغ یادشده را در صورت تخلف از بانک مطالبه کند (همان، ص ۱۱۸). از آنجا که اسناد ضمانتی عبارت است از تعهد بانک به ادای شرط و قرارداد آن در عهده خود به این صورت که عین مغضوبه به عهده غاصب یک امر قهری و اجباری است و ادای دین به عهده بانک به سبب انشای قول خداوند متعال Ψ است که فرمود: «أوفوا بالعقود». به اعتبار اینکه تعهد و ضمانت، عقدی بین دو طرف است. همان‌گونه که عین غصب‌شده اگر تلف شود، ذمه غاصب به بدل آن عین مشغول می‌شود - که اگر مثلی بود، مثلش را باید بپردازد و اگر قیمی بود، قیمتش را باید بپردازد - درباره ادای شرط و ادای دین نیز این‌گونه است (همان، ص ۱۲۰).

وی در پاسخ به این پرسش که مراد از ضمان در اسناد ضمانتی چیست؟ می‌گوید: ضمان، عبارت است از تعهد به چیزی و قرارداد آن در عهده شخص نه نقل دین از ذمه به ذمه و نه ضمیمه کردن ذمه به ذمه است؛ یعنی بانک متعهد می‌شود دین را بپردازد و خود را مسئول پرداخت دین قرار می‌دهد، نه به معنای نقل دین از ذمه به ذمه، پس بدهکار مسئول پرداخت دین است و ذمه وی به آن مشغول است؛ اما ضامن (بانک) مسئول ادای

*. به نظر می‌رسد نظریه‌های ذیل ملحق به نظریه تعهد به نفع ثالث هستند: ۱. نظریه اشتراط مصلحت ثالث: مکفول عنه بر کفیل شرط می‌کند که مبلغی را وی به ذی‌نفع بپردازد. طرفین عقد خطاب ضمان سه نفر هستند که دو نفر از آنان به وسیله عقد مرتبط می‌شوند و یکی از آنان شرطی را برای ثالث (از طرفین عقد نیست) می‌کند. این نظر متعلق به محیی‌الدین علم‌الدین است (زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۳۸). ۲. نظریه اراده منفرد که منشأ التزام است: در این صورت، خطاب ضمان وثیقه مفردی است که نشان‌دهنده رغبت و قصد مصرف یا کفیل است، به‌تنهایی برای آنکه ملتزم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه شود؛ پس وی حق زیاده‌روی در آن را به هر دلیلی ندارد؛ زیرا سوگند به التزامی خورده است که بر دوش خود گذاشته است. از این التزام فقط با پرداخت مبلغ به ذی‌نفع رهایی می‌یابد. محمد عثمان شبیر این نظر را ارائه داده است (همان، ص ۳۳۸ - ۳۳۹).

دین است؛ بنابراین طلبکار از ابتدا به سراغ ضامن نمی‌رود؛ بلکه هرگاه بدهکار از پرداخت دین امتناع ورزید، آن‌گاه به سراغ ضامن می‌رود. معنای این امتناع آن است که آنچه را که ضامن تعهد داده محقق نشده است؛ بنابراین ذمه بانک به قیمت ادا مشغول است. اگر پیمانکار به شرطش عمل نکند، این امر باعث اشتغال ذمه بانک به ادای شرط و خود شرط نمی‌شود؛ زیرا شرط‌کننده مالک شرط در ذمه مشروط علیه نیست (همان).

وی چنین نتیجه می‌گیرد که لزومی ندارد بکوشیم کفالت (ضمانت) با معنای فقهی آن مطابقت کند؛ زیرا کفالت بانکی به معنای ضمان مالی است؛ اما نه به معنای «نقل دین از ذمه به ذمه» و نه «ضمیمه‌شدن ذمه به ذمه» و نه «احضار شخص کفالت شده»؛ بلکه به معنای تعهد به ادای دین یا شرط است. آن‌گاه اگر طرف سوم مانند بانک خطاب‌نامه صادر کند و متعهد شود که اگر پیمانکار از تعهدهای خود تخلف کرد، بانک عندالمطالبه مبلغ مقرر را بپردازد، اگر این خطاب مربوط به عقدی باشد که بین وی و پیمانکار واقع شود یا در ضمن عقد لازم دیگری صورت گیرد، این نوع ضمانت، از ضمانت‌نامه نهایی بوده و واجب است بانک به آن وفا کند (همان، ص ۱۲۲).

آیت‌الله صدر، نیز پس از آنکه ضمانت‌نامه را به ابتدایی و نهایی تقسیم‌بندی کرده؛ آن‌گاه نسبت به دریافت اجرت در برابر صدور ضمانت‌نامه اظهار نظر کرده است. وی ضمانت بانکی را به معنای کفالتی مالی که نزد فقیهان مطرح است، نمی‌داند؛ زیرا در کفالت و ضمانت مالی به نظر مشهور فقیهان، حاضر کردن مکفول یا انتقال دین از ذمه شخصی به ذمه شخص دیگر یا انضمام دین از ذمه فردی به ذمه دیگر کافی نیست؛ بلکه کفالت به معنای تعهد ادای دین است یا شرطی است که اگر بدهکار اصلی دین یا تعهد خود را انجام نداد، ضامن و کفیل متعهد به ادای آن می‌شود، چه با حاضر کردن مکفول یا با ادای دین به وسیله ضامن؛ بنابراین مانعی برای بانک وجود ندارد که متعهد شود با این شرط که بانک ذمه خود را به اندازه ارزش وجه‌الضمان مشغول بداند که در صورت وفا نکردن به تعهدها از سوی پیمانکار و درخواست صادره وجه‌الضمان به وسیله کارفرما آن را در اختیار وی قرار دهد (صدر، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۱۳۰ - ۱۳۱).

آیت‌الله جوهری نیز باور دارد که ضمانت‌نامه بانکی نه کفالت مصطلح فقهی و نه ضمان مصطلح فقهی است؛ بلکه این ضمانت‌نامه‌ها در حقیقت ادای شرط مشروط از سوی بانک

است در هنگامی که مشروط علیه آن را ادا نکند، مانند ضمان اعیان مغصوبه که تا زمانی که عین موجود است، ذمه مشغول نیست. نزد ما ضمان اعیان مغصوبه تعهد به اداست (جوهری، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۱). برخی از حقوقدانان نیز بر مبنای مفهوم قرارداد به نفع ثالث (ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی) به تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌ها پرداخته‌اند (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۵۹). به سبب این نظر، فرض بر این است که قراردادی که ضمانت‌نامه بر مبنای آن صادر می‌شود به جای آنکه قراردادی میان ضامن و مضمون‌له باشد، قراردادی است میان مضمون‌عنه و ضامن که ذی‌نفع آن، ثالث یعنی مضمون‌له است. چنین قراردادی هیچ‌گونه رابطه مستقیم با قرارداد پایه و اصلی ندارد؛ بلکه قرارداد مستقلی است که بین مضمون‌عنه و ضامن منعقد می‌شود. آنچه در بادی امر وجه امتیاز این نظر را تشکیل می‌دهد این است که با شرط فعل، تسلیم ضمانت‌نامه به شرح یادشده در قرارداد اصلی و نیز در پاره‌ای از موارد با تکلیف قانونی ارائه ضمانت‌نامه سازگاری دارد؛ زیرا این مضمون‌عنه یا طرف قرارداد اصلی است که به سبب قرارداد یا به حکم قانون، متعهد شرط فعل یا مکلف قانونی است تا ضمانت‌نامه‌ای به نفع ثالث (ذی‌نفع و طرف اصلی قرارداد) ارائه کند. در عمل نیز همین‌طور است و طرف قرارداد یا کارفرما از طرف دیگر یا پیمانکار می‌خواهد که ضمانت‌نامه بانکی مورد نظر قراردادی را از یک بانک معتبر بدون توجه به رابطه خود با آن بانک تسلیم کند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۶ - ۱۷۷).

از نظر برخی نظر ابرازی، بسیاری از اشکال‌های مطرح را پاسخ می‌دهد؛ زیرا اولاً، با چگونگی صدور ضمانت‌نامه و سازوکار آن تطبیق بیشتری دارد؛ ثانیاً، اشکال‌هایی مانند چگونگی ایجاب و قبول در آن مطرح نیست؛ ثالثاً، از حقوق مضمون‌عنه به‌صورت بهتری ضمانت می‌کند؛ زیرا با انعقاد قرارداد بین ضامن و مضمون‌عنه، ضمانت بانک به نفع مضمون‌له محقق می‌شود و حتی فسخ قرارداد اصلی، منعقدشده میان ضامن و مضمون‌عنه، اثری در حق پدید آمده به نفع مضمون‌له ندارد؛ رابعاً، در صورت عدم انطباق ضمانت‌نامه با شرایط مورد قبول مضمون‌له، وی با اشکال فسخ قرارداد روبه‌رو نیست (همان، ص ۱۷۸ - ۱۷۹).

در رد این نظر باید گفت هرچند این نظریه می‌تواند برخی اشکال‌ها را پاسخ گوید؛ اما باز هم نمی‌تواند ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌ها را به روشنی و به خوبی توجیه و تفسیر کند

و در اساس مغایرت‌های مهمی بین سازوکار و ویژگی تعهد به نفع ثالث و ضمانت‌نامه‌های پیش‌گفته وجود دارد که قابل اغماض نیست.

۵. عقد وکالت

به چند روش می‌توان ضمانت‌نامه‌های بانکی را از راه عقد وکالت تصحیح کرد (ارشید، ۱۴۲۱ق، ص ۱۷۸):

۱. ضمانت‌نامه‌ها مانند اقرار به حق است از سوی مضمون‌عنه نسبت به حق مضمون‌له که پیش از این ثابت شده یا ثابت خواهد شد؛ پس ضمانت‌نامه در حقیقت توکیل مضمون‌عنه است در ادای حق مضمون‌له و فقیهان اهل سنت نیز توکیل در اقرار را جایز دانسته‌اند. *ابن‌قدامه* در این باره می‌گوید: توکیل در اقرار جایز است؛ زیرا اثبات حق است و شبیه به بیع است (ابوفضه، ۲۰۰۹م، ص ۸۴۴/ زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۹). از نظر فقیهان امامیه کفالت و توکیل در اقرار پذیرفته نیست؛ پس در این نوع از اسناد نیز توکیل مضمون‌عنه در ادای حقش پذیرفته نیست.

۲. کفالت به امر که در آن کفیل برای دریافت آنچه پرداخته به مکفول‌عنه رجوع می‌کند مانند رجوع وکیل است؛ زیرا کفالت به امر، چیزی جز وکالت به ادا نیست. در این وجه، مناقشه شده است: در کفالت به امر، حقیقت شرعی ضمانت‌تغییری نمی‌کند. ضمانت‌اشتغال همزمان دو ذمه است به حق واحد؛ پس حقی که پیش از کفالت بر ذمه اصیل بوده، پس از انعقاد کفالت، ذمه دیگری نیز به ذمه اصیل برای وثوق بیشتر ملحق می‌شود؛ اما وکالت عقدی نیابتی است؛ پس وکیل نایب موکل است و ذمه وی مشغول به دین موکل نیست به خلاف کفالت. نیز کفالت عقد لازم است در حالی که وکالت عقد جایز است (دبیان، ۱۴۲۳ق، ص ۲ - ۳).

۳. کفیل جایگزین مکفول در وفای به التزام‌های وی است؛ بنابراین مخیر است که آن عملی را که برای آن کفیل شده انجام دهد یا آنکه مال معهود را بپردازد. ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز چنین هستند. به این وجه نیز پاسخی داده شده است. ضمانت‌نامه‌های بانکی برای کفالت در انجام عمل صادر نمی‌شوند؛ بلکه آنها برای پرداخت وجهی معلوم صادر می‌شوند و در آنها شرط نیست که کفیل جانشین مکفول در انجام اعمالش باشد (زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۸ - ۳۴۹).

اگر ذی‌نفع به پرداخت دین از سوی شخص ثالث یا کفیل رضایت دهد، در این صورت وی حق رجوع به هر دو را دارد؛ یعنی دائن دو مدیون دارد (همان، ص ۳۳۸).

۶. عقد مرکب از دو عقد کفالت و وکالت

ضمانت‌نامه‌های بانکی هم به علت التزام نسبت به ذی‌نفع عقد کفالت هستند و در همان حال وکالت است؛ زیرا در حقیقت نیابت است در انجام عملیات از سوی آمر که در ضمانت‌نامه آمده است. در پاسخ به این نظریه گفته‌اند که عقد یا کفالت است یا وکالت و امکان ندارد که ضمانت‌نامه‌های بانکی دو عقد در آن واحد باشند؛ زیرا احکام آنها متفاوت است (دبیان، ۱۴۲۳ق، ص ۳ / زعتری، ۱۴۲۲ق، ص ۳۵۱). اشکال این نظر آن است که یک عقد یا قرارداد در آن واحد نمی‌تواند از لحاظ ماهیت دو عقد باشد و کارکردهای هر دو را به اجرا درآورد.

جمع‌بندی نتیجه‌گیری

آنچه گذشت نشان‌دهنده این مطلب است که ایقاعات و عقدها به‌ویژه عقد ضمان و کفالت، ظروف و قالب‌های برآورنده‌ای برای انواع گوناگون ضمانت‌نامه‌های بانکی نیستند و کوشش‌های ارزنده در جهت مقایسه و تطبیق این نهاد حقوق تجارت با نهادهای فقهی و حقوق مدنی، اگرچه تحلیل‌های جالب و آموزنده‌ای را باعث می‌شود، سرانجام سرانجام مطلوبی به‌دست نمی‌دهد و مشکل‌هایی را به‌جا می‌گذارد؛ زیرا اوضاع، احوال و مسائلی که ضمانت‌نامه‌های بانکی را احاطه کرده به‌گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آنها را در ظروف و قالب‌های مرسوم فقه و حقوق مدنی نمی‌دهد.

به هر حال، بر پایه این مبانی و ملاحظه‌ها و با توجه به اوصاف و ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی، باید بر این باور بود که ماده ۱۰ قانون مدنی* راه‌حلی برای توجیه این نوع قراردادها به‌دست می‌دهد و حسب این باور، ضمانت‌نامه‌های بانکی را نباید ضمانت عقدی و اصطلاحی دانست؛ بلکه ضمانت قراردادی و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است که

* به سبب این ماده: «قراردادهای حقوقی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

مخالفتی با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل و شرع ندارد. در فقه اسلامی نیز با توجه به برخی از عمومات درباره معامله‌ها از جمله «اوفوا بالعقود» و با رعایت شرایط عمومی معامله‌هایی مانند نفی اکل مال به باطل، نفی غرر، نفی ضرر و نفی ربا می‌توان راه‌حلی برای توجیه این نوع از اسناد یافت.

درباره نظریه ضمان و کفالت باید گفت ضمان و کفالت از قراردادهای معین و شناخته‌شده فقهی و حقوقی است و تعریف و شرایطی دارد که در غالب موارد بر ضمانت نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند. مقایسه قرارداد ضمان با ضمانت‌نامه‌های بانکی نشان می‌دهد که ضمانت‌نامه‌های بانکی از جهت هدف، ماهیت، شرایط و احکام، تفاوت‌های اساسی با قرارداد ضمان دارند؛ به‌طور مثال، ضمانت‌نامه‌های بانکی سبب انتقال دین و نیز از عقدهای مسامحه‌ای نیست و همواره ضمانت از دین موجود نیست.

پس در فقه نیز با توجه به آیه «اوفوا بالعقود» برخی از فقیهان وفا به تمام عقدهایی را که خلاف اخلاق و عقل شرع نباشد، واجب دانسته‌اند.

ذکر این نکته هم لازم است که بحث از وجه مشروعیت این قراردادها به‌علت آن است که آثار و نتیجه‌های مترتب بر هر یک از این اقوال متفاوت خواهد بود؛ به‌طور مثال، اگر قائل به نظریه ضمان باشیم، این دین پس از مرگ ضامن از مال وی پرداخت می‌شود، در حالی که در ضمانت‌نامه‌های بانکی چنین موردی مطرح نیست. درباره عقدهای دیگر نیز مسائلی از این قبیل مطرح می‌شود که در ضمانت‌نامه‌های بانکی اثری از آنها دیده نمی‌شود.

منابع و مأخذ

۱. ابن حزم، علی بن احمد؛ **المحلی**؛ ج ۸، بیروت: دارالفکر، [بی‌تا].
۲. ابن قدامه، عبدالله بن احمد؛ **المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی**؛ ج ۱۰، بیروت: دارالکتب العربی، [بی‌تا].
۳. ابوفضه، مروان محمد؛ «عقد الوکالة و تطبیقاته فی المصارف الاسلامیه»؛ **مجلة الجامعة الاسلامیه، العدد الثانی، المجلد السابع عشر، ۲۰۰۹ م.**
۴. اخلاقی، بهروز؛ «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی»؛ **مجله کانون وکلا، ش ۱۴۸ - ۱۴۹، ۱۳۶۸.**

۵. ارشید، محمود عبدالکریم احمد؛ شامل فی معاملات و عملیات المصارف الاسلامیه؛ ج ۱، اردن: دار النفاثس، ۱۴۲۱ق.
۶. اسکندری، مصطفی؛ فقه الحیاة المعاصره (۳) عن محاضرات: الاستاذ الشیخ محمد سند - فقه البنوک و الحقوق الجدیده؛ ج ۱، قم: دار الغدیر، ۱۴۲۲ق.
۷. انصاری، زکریا؛ فتح الوهاب؛ ج ۱، ج ۱، [بی جا]: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۸. باقری، احمد؛ بررسی تحلیلی مبانی فقهی - قانون مدنی ضمان، حواله و کفالت؛ ج ۱، تهران: آن، ۱۳۸۲.
۹. بلتاجی، محمد؛ «الخدمات المصرفیه فی المصارف الاسلامیه»؛ [بی جا]: [بی تا]، <http://www.badlah.com/page92>.
۱۰. تراشیون، سعید؛ «گسترش کارکردهای ضمانت نامه های عند المطالبه در تجارت و بانکداری»؛ مجموعه مقالات اولین کنفرانس مدیریت پولی و بانکی، ۱۳۹۲ (الف).
۱۱. _____؛ «مقایسه ضمانت نامه های عندالمطالبه و اعتبارات اسنادی در تجارت بین الملل»، روزنامه دنیای اقتصاد، ۹۲/۰۷/۳۰ (ب)، <http://www.donya-e-eqtasad.com/news/760812>
۱۲. جبعی عاملی، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه؛ ج ۷، ترجمه علی شیروانی و محمد مسعود عباسی؛ ج ۶، قم: دارالعلم، ۱۳۸۸.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۳، ج ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۴. جواهری، حسن بن محمد تقی؛ بحوث فی الفقه المعاصر؛ ج ۱، ج ۲، قم: دار الذخائر، ۱۳۷۹.
۱۵. جیلانی قمی، ابی القاسم بن الحسن؛ جامع الشتات؛ ج ۲، ج ۱، تهران: کیهان، ۱۳۷۱.
۱۶. حفید، ابن رشد؛ بدایه المجتهد و نهایه المقتصد؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
۱۷. حلّی، احمد بن ادریس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۸. ختلان، سعد بن ترکی؛ «شرح فقه المعاملات المالیه المعاصره»؛ [بی جا]: [بی تا]، <http://majles.alukah.net/showthread.php?t=5934>
۱۹. دیبان، دیبان محمد؛ «بطاقات الائتمان و التکیف الفقهی»؛ [بی جا]: ۱۴۲۳ق.

<http://www.alukah.net/Web/dbian/0/29998>

٢٠. روحاني، سيد محمد صادق؛ المسائل المنتخبة؛ [بى جا]: [بى تا]،

الكتب/٧٦٣_المسائل-المنتخبة-السيد-<http://www.shiaonlinelibrary.com/>

محمد-صادق-الروحاني/الصفحة-٣٨٣

٢١. زعتري، علاء الدين؛ الخدمات المصرفية و موقف الشريعة الاسلامية منها؛ ج ١، بيروت: دارالكلم الطيب، ١٤٢٢ق.

٢٢. سرخسى، شمس الدين؛ المبسوط؛ ج ١١، بيروت: دارالمعرفة، ١٤٠٦ق.

٢٣. سمرقندى، علاء الدين؛ التحفة الفقهاء؛ ج ٣، بيروت: دارالكتب العلمية، ١٤١٤ق.

٢٤. شويديح، احمد ذياب و عاطف محمد ابوهرديد؛ «الضمانات و الجزاءات فى الفقه الاسلامى لعقد المناقصة»؛ [بى جا]: [بى تا]،

<http://site.iugaza.edu.ps/aharbeed/files/2010/02/2.pdf>.

٢٥. طباطبايى حكيم، سيد محسن؛ مستمسك العروة الوثقى؛ ج ١٣، قم: انتشارات آيت الله المرعشى، ١٤٠٤ق.

٢٦. طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم؛ العروة الوثقى؛ بيروت: الدار الاسلاميه، ١٤١٠ق.

٢٧. طوسى، محمد بن حسن؛ المبسوط؛ ج ٣، تهران: المكتبة الحيدريه، ١٣٨٧ق.

٢٨. صدر، سيد محمد باقر؛ البنك اللاربوى فى الاسلام؛ بيروت: دارالمتعارف للمطبوعات، ١٤١٠ق.

٢٩. عاملى، محمد بن مكى (شهيد اول)؛ اللمعة الدمشقيه فى فقه الاماميه؛ ج ١، بيروت: مؤسسة فقه الشيعه، ١٤١٠ق.

٣٠. عوض، على جمال الدين؛ عمليات البنوك من الوجهه القانونيه؛ قاهره: مكتبه مكبره، ١٩٩٣م.

٣١. فياض، محمد اسحاق؛ بانك از نگاه اسلام؛ ترجمه محمد جواد برهانى؛ ج ١، قم: بوستان كتاب، ١٣٨٩.

٣٢. كاسانى، علاء الدين بن مسعود؛ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع؛ ج ١٢، قاهره: مطبعة الامام، [بى تا].

٣٣. ماوردى، ابوالحسن؛ الحاوى الكبير؛ ج ٦، بيروت: دارالفكر، [بى تا].

٣٤. مترك، عمر بن عبدالعزيز؛ الربا و المعاملات المصرفية فى نظر الشريعة الاسلاميه؛ ج ٣، رياض: دارالعاصمه، ١٤١٨ق.

۳۵. محقق حلی، جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، چ ۲، تهران: اعلمی، ۱۳۷۴.
۳۶. مرشدی عتیبی، محمد بن بلج بن عبدالرحمن؛ ملخص بحث احکام خطاب الضمان المصرفی در اسسه مقارنه؛ اشراف: الدكتور ناصر بن محمد الجوفان، جامعه الامام محمد بن مسعود الاسلامیه، ۱۴۲۴ق.
۳۷. مسعودی، علی رضا؛ ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل؛ چ ۱، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۳.
۳۸. موسویان، سید عباس؛ احکام فقهی بانکداری بدون ربا؛ چ ۱، قم: وثوق، ۱۳۸۶.
۳۹. موسوی خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیله؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۴۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ توضیح المسائل؛ قم: لطفی، ۱۴۱۲ق.
۴۱. _____؛ منهاج الصالحین؛ بیروت: دارالبلاغه، ۱۴۱۲ق.
۴۲. _____؛ مصباح الفقاهه؛ ج ۴، نجف: مطبعه الحیدریه، ۱۳۷۴ق.
۴۳. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام؛ بیروت: مؤسسه المرتض العالمیه و دار المورخ العربی، ۱۴۱۲ق.
۴۴. نووی، محی الدین؛ المجموع شرح المذهب؛ ج ۱۳، بیروت: دارالفکر، [بی تا].
۴۵. هیئة کبار العلماء بالملکة العربیة السعودیة؛ ابحاث هیئة کبار العلماء؛ ج ۵، [بی جا]: [بی تا].
- <http://www.alifta.net/Fatawa/FatawaSubjects.aspx?View=Page&&NodeID=11173&PageID=532>.
۴۶. وحید خراسانی، حسین؛ توضیح المسائل؛ چ ۱، قم: مدرسه باقر العلوم، ۱۴۲۱ق.
۴۷. مرکز الفتوی فی قطر، [بی جا]: ۱۴۲۳ق،
- <http://www.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=26561>.
۴۸. پایگاه اطلاع رسانی آیت الله سیستانی (<http://www.sistani.org>)
۴۹. پایگاه اطلاع رسانی آیت الله نکونام (<http://www.nekoonam.ir>)