

Analysis of Bank Guaranty in Imamieh Jurisprudence

*Asghar Agha Mahdavy **

Date of Received: 2016/08/30

*Mohammad Reza Abbasi ***

Date of Accepted: 2017/05/05

The bank as a main aspect of Society's Economic guarantee the Demands of customer by publishing the Bank guaranty. Bank guaranty is a unilateral obligation that cussed by request of the customers that every time that customer needs to money bank pay for that. Majority of the contemporary jurisprudents are agreeing whit this guaranty but it's definition makes difference and problem. This article wants to study about jurisprudential subject of this bank guaranty in this methods: Deposit Guarantee, Bail, unilateral agreement, guaranty in favour of third parties, impawn in favour of third parties and Independent contracts. Finally, we accept the "Independent contracts" method as a good one and but we prefer the "guaranty in favour of third parties" as a better one for justifying that bank guarantees are recent demands and we will answer to Criticisms that are related to this method. Our method in this article is analytical-descriptive and as our source we use from books, articles, websites and some database.

Keywords: Guaranty, Guarantee, Banking, Pawn, Bail.

* Associated Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Imam Sadiq(a.s) University - aamahdavy@yahoo.com

** Graduated Degree of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Imam Sadiq(a.s) University (responsible author) - pk.mr120@gmail.com

تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی از دیدگاه فقه امامیه

اصغراقا مهدوی*

محمدرضا عباسی**

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۶/۰۹

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۲/۱۵

چکیده

بانک به عنوان یکی از اصلی‌ترین ارکان اقتصادی جامعه، مطالبات بین اشخاص حقیقی و حقوقی را، در قالب صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی، تضمین می‌کند. ضمانت‌نامه‌های بانکی تعهدی است یک‌جانبه به درخواست ضمانت‌خواه تا مبلغ نقدی معینی را به مجرد طلب مضمون‌له پرداخت کند. اکثریت فقهای معاصر در مشروعیت و جواز استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی اتفاق نظر دارند اما ماهیت فقهی آن، که منشأ آثار و احکام متفاوتی می‌گردد، مورد اختلاف است. پژوهش حاضر به بررسی ماهیت فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی، در قالب‌های عقد ضمان، ایقاع، کفالت، تعهد به نفع ثالث، ترهین به نفع ثالث و عقود مستقل خواهد پرداخت و از میان نظریات مطرح‌شده، ضمن پذیرش نظریه عقود مستقل، در توجیه ضمانت‌های بانکی به عنوان عقدی مستحدث و نامعین، نظریه «تعهد به نفع ثالث» را به‌عنوان نظریه صحیح‌تر در قالب‌های سنتی و معین بر خواهد گزید و به اشکالات و نقدهای وارد بر آن پاسخ خواهد داد. روش پژوهش حاضر تحلیلی-توصیفی و روش گردآوری اطلاعات به طور عمده کتابخانه‌ای بوده است. بر همین مبنا ابزار گردآوری اطلاعات عبارت‌اند از: کتب و مقالات فقهی و حقوقی، نمایه و بانک‌های اطلاعاتی و اینترنت.

واژگان کلیدی

ضمان، ضمانت‌نامه، بانکداری، رهن، کفالت.

* دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)

aamahdavy@yahoo.com

** فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) - نویسنده مسئول

pk.mr120@gmail.com

مقدمه

تسهیل روابط تجاری از طریق اطمینان‌بخشی و تضمین در بازگشت مطالبات یکی از وظایف بانک‌هاست. بانک‌ها برای اطمینان خاطر از وصول مطالبات بین اشخاص حقیقی و حقوقی، ضمانت‌نامه‌هایی صادر می‌کنند که باعث ترغیب و تشویق تجار و بازرگانان به فعالیت‌های اقتصادی می‌شود. بر این اساس بانک نهادی است که هم نیازمند توثیق مطالبات خویش است و هم خدمات توثیقی به مشتریان خود عرضه می‌کند. امروزه عقود و نهادهای مرسوم در فقه، گاه در شکل‌های اولیه و بسیط خود تطبیق کاملی با قراردادهای مرسوم در اقتصاد توسعه‌یافته کنونی (که بانک یکی از مظاهر آن است) ندارند و تعیین دقیق ماهیت فقهی - حقوقی این قراردادهاست که اشخاص را در کاربست صحیح احکام و ضوابط آن به هنگام نیاز، یاری می‌دهد. از این رو بحث از ماهیت فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی به منظور کاربست صحیح احکام آن ضرورت دارد. ماهیت فقهی - حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی، همواره مورد بحث میان حقوقدانان و فقهای معاصر بوده است و هر یک برای توجیه آن یکی از قالب‌های رایج عقود در فقه و حقوق اسلامی را پیشنهاد کرده است. از سوی دیگر یکی از مسائل مهم در فقه اسلامی بررسی مشروعیت معاملات و قراردادهاست از این رو فقهای معاصر که به توقیفی‌بودن عقود معتقدند، همواره تلاش کرده‌اند که قراردادهای مستحدثه را با قالب‌های معهود در فقه، به نحوی تطبیق بدهند و گروهی دیگر که توقیفی‌بودن عقود را نپذیرفته‌اند، این تطبیقات را نوعی تکلف تلقی کرده و در صورت نداشتن وجه حرمت یا بطلان این قراردادها، مانعی برای صحت آن در قالب‌های جدید و نامعین ندیده‌اند. پژوهش حاضر در چهارچوب نظری خود ضمن پذیرش دیدگاه غیر توقیفی‌بودن عقود، به منظور حفظ و ترقی احکام معاملات احصاء شده در فقه، معتقد است تا زمانی که می‌توان با توسعه مفهومی در احکام و ضوابط معاملات معین، به توجیه قراردادهای مستحدث پرداخت، لزومی ندارد که آن را در قالبی نامعین توجیه کنیم.

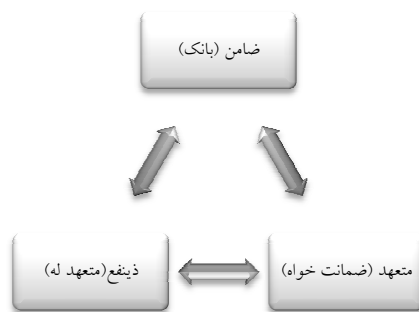
۱. تعریف ضمانت‌نامه‌های بانکی

به منظور دست یافتن به درک درستی از ضمانت‌نامه‌های بانکی لازم است که مفهوم آن در حوزه‌های فقه و حقوق بررسی شود. از آنجا که ضمانت‌نامه‌های بانکی مولود علم حقوق هستند، بدیهی است که برای شناخت ماهیت آن لازم است که به برخی از تعاریف و توضیحات حقوقدانان مراجعه کنیم. چه آنکه به طور تقریبی می‌توان گفت که از سوی فقها، تعریفی از ضمانت‌نامه‌های بانکی ارائه نشده است؛ بلکه فقیهان به توضیح عملیات بانکی که در خلال آن ضمانت‌نامه‌ها صادر می‌شوند، پرداخته‌اند (وحید خراسانی، ۱۴۲۱، ص ۷۵۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲، ص ۵۴۱). به نظر می‌رسد تنها فقیه معاصر شیعه که تعریفی از ضمانت‌نامه ارائه کرده باشد، مرحوم شهید صدر است. به عقیده ایشان ضمانت‌نامه‌های بانکی تعهدی است از سوی بانک به درخواست ضمانت-خواه (آمر) تا مبلغ معینی را به مجرد طلب مضمون‌له یا منتفع (مستفید) در خلال مدتی معین و بدون توقف بر شرطی پرداخت کند (صدر، ۱۴۱۰، ص ۱۲۸). تعدادی از حقوقدانان ایران نیز برای ضمانت‌نامه تعاریفی را ارائه کرده‌اند:

ضمانت‌نامه بانکی عبارت است از سندی که به وسیله بانک صادر می‌شود و به سبب آن بانک تعهد می‌کند تا در صورتی که ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) از ایفای تعهدهای قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه) در برابر ذی‌نفع (مضمون‌له) قصور و تخلف کند، با اعلام مراتب به وسیله ذی‌نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه به وسیله وی، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۳۳). در تعریفی دیگر آمده است: ضمانت‌نامه، قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون‌عنه) در مقابل ذی‌نفع (مضمون‌له) تعهد می‌کند، بدون هیچ‌گونه قید و شرط و عندالمطالبه یا در سررسید معین به مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاص که مربوط به مضمون‌عنه است به ذی‌نفع یا به حواله‌کرد او پرداخت نماید (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۵۴). همچنین در میان فقیهان اهل سنت و حقوقدانان

کشورهای عربی در خصوص ضمانت‌نامه (خطاب الضمان البنکی) تعریف‌هایی صورت گرفته است: ضمانت‌نامه بانکی تعهد نهایی است که از سوی بانک به درخواست ضمانت‌خواه یا آمر (عملیه) مبلغ نقدی معین یا قابل تعیین را به مجرد طلب مضمون‌له یا منتفع (مستفید) در خلال مدتی معین و بدون توقف بر شرطی پرداخت کند (مرشدی عتیبی، ۱۴۲۴، ص ۳۲؛ ارشید ۱۴۲۱، ص ۱۷۴).

با توجه به تعاریف فوق می‌توان ویژگی‌های زیر را استنباط کرد:
الف) در تمامی این تعاریف، چهار رکن ضامن (بانک)، مضمون‌عنه، مضمون‌له و مبلغ ضمان (وجه‌الضمان) وجود دارد.



ب) ضمان مدت معلومی دارد؛ به عبارت دیگر در صورت عدم انجام تعهد در مدت معین و فرا رسیدن انتهای مدت، از بانک قابل دریافت خواهد بود.

ج) مبلغ ضمانت‌نامه در هنگام صدور آن، بر ذمه ضامن نیست؛ بلکه در صورت عدم انجام تعهد ثابت می‌شود.

د) مضمون‌له تا زمان احراز عدم توانایی مضمون‌عنه در انجام تعهد، حق مطالبه مبلغ مذکور را ندارد.

ه) مبلغ وجه‌الضمان الزاماً معین نیست ولی قابلیت تعیین دارد (ضیائی و معینی فر، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵).

۲. جایگاه و ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی در بانکداری اسلامی

در فعالیت‌های اقتصادی و عملیات تجاری، بانک‌ها نقش عمده‌ای را ایفاء می‌کنند. بانک‌ها در عرصه اقتصادی، مانند قلب تپنده‌ای باعث حیات اقتصاد می‌شوند. بانک‌های اسلامی از زمان تأسیس و آغاز فعالیت خود عمدتاً از یک طرف درصدد بودند که به عنوان یک واسطه مالی در بازار پول و سرمایه فعال باشند و همان کارکردهای اقتصادی که بانک‌های ربوی دارند را داشته باشند و اهداف اقتصادی را از دیدگاه سپرده‌گذاران و یا سرمایه‌گذاران و یا شرکت‌های عاملی که در زمینه‌های تجارت خارجی فعال هستند را محقق سازند و از طرف دیگر شائبه هیچ‌گونه مخالفت شرعی در معاملات و قراردادهایی که با مشتریان خود منعقد می‌کنند نداشته باشند. برای انجام این وظیفه، بانک‌ها اسناد و اوراق زیادی را صادر کرده و در جامعه به گردش درمی‌آورند. یکی از این اسناد ضمانت‌نامه‌های بانکی است که در زمره اسناد اعتباری قرار دارند که با صدور و به گردش درآمدن آن‌ها در اقتصاد و تجارت، مشکلات و معضلات مالی پروژه‌های سبک و سنگین بخش‌های مختلف دولتی و خصوصی مرتفع می‌گردد. به‌کارگیری این سند در عرصه تولید به‌ویژه در اعطای وام به تولیدکنندگان و بخش تجارت اهمیت بالایی دارد. شاهد این مدعا ضمانت‌نامه‌های گوناگونی است که در عرصه‌های مختلف صنعت و تجارت کاربرد دارد. انواع ضمانت‌نامه‌ها شامل: ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، حسن انجام کار، پیش‌پرداخت، استرداد کسور وجه‌الضمان، گمرکی، تعهد پرداخت، افزایش اعتبار، شرکت مادر، بیمه مجدد، مشارکت در ریسک، قرارداد فرعی و... است.

۳. انواع رایج ضمانت‌نامه‌های بانکی

مهم‌ترین انواع ضمانت‌نامه که بانک‌ها مبادرت به صدور آن می‌نمایند عبارت‌اند از:

۳-۱. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده

امروزه اشخاص حقوقی (اعم از دولتی، خصوصی و عمومی) برای خرید و تأمین مایحتاج عمده و فروش وسایل و اموال و لوازم مازاد بر نیاز خود و همچنین اجرای طرح‌های ساختمانی و صنعتی سعی بر آن دارند به بهترین وجه ممکن این معاملات را انجام دهند و رعایت صرفه و صلاح خود را بنمایند. به همین منظور از روش مزایده برای فروش و مناقصه برای خرید با درج آگهی در مطبوعات استفاده می‌کنند و از اشخاص واجد شرایط دعوت می‌کنند تا پیشنهادات خود را ارائه کنند. پس از وصول پیشنهادات و انجام تشریفات مربوطه، اشخاصی که کمترین بها را در مناقصه و بیشترین قیمت را در مزایده اعلام کرده باشند به عنوان نقرات اول تا سوم برنده شناخته خواهند شد.

نظر به اینکه پس از انجام مناقصه یا مزایده اشخاص برنده ممکن است از قبول تعهدات و انعقاد قرارداد امتناع ورزند و در نتیجه برگزارکننده مناقصه یا مزایده دچار ضرر و زیان گردد، به منظور جلوگیری از انصراف داوطلبین، از آنان ضمانت‌نامه بانکی مطالبه می‌شود تا در صورت عدم قبول مناقصه یا مزایده وجه این ضمانت‌نامه ضبط گردد. پس از تعیین و اعلام برنده‌های موضوع ضمانت‌نامه، اصل ضمانت‌نامه اشخاصی که پیشنهاد آن‌ها مورد قبول قرار نگرفته جهت ابطال به بانک مسترد می‌گردد ولی ضمانت‌نامه شخص برنده تا عقد قرارداد نهایی و تسلیم ضمانت‌نامه دیگری به عنوان ضمانت‌نامه حسن انجام تعهد همچنان نزد کارفرما باقی می‌ماند.

۳-۲. ضمانت‌نامه حسن انجام تعهد

وقتی که قرارداد یا پیمانی برای اجرای طرحی یا انجام معامله‌ای منعقد شود کارفرما برای حصول اطمینان از انجام به موقع تعهدات از ناحیه پیمانکار به نحو مطلوب از وی

مطالبه چنین ضمانت‌نامه‌ای را می‌نماید. در واقع این ضمانت‌نامه اجرای صحیح مفاد قرارداد را توسط متعهد و پیمانکار در مقابل کارفرما تضمین می‌کند.

۳-۳. ضمانت‌نامه حسن انجام کار

این نوع ضمانت‌نامه هم به منظور اطمینان خاطر ذی‌نفع (کارفرما) از صحت عمل پیمانکار و بازدهی پیش‌بینی شده کار در مدتی معین پس از انجام طرح و بهره‌برداری از آن، از پیمانکار مطالبه و به درخواست وی توسط بانک‌ها صادر و تا مدت معینی پس از اتمام پروژه اعتبار دارد.

۳-۴. ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت

پس از امضای قرارداد اصلی بین خریدار یا کارفرما از یک طرف و فروشنده یا پیمانکار از طرف دیگر معمولاً فروشنده یا پیمانکار اجرای تعهدات خود را منوط به دریافت قسمتی از مبلغ قرارداد تحت عنوان پیش‌پرداخت می‌کند. پیش‌پرداخت به منظور فراهم نمودن مقدمات انجام تعهد صورت می‌گیرد، برای حصول اطمینان از این امر که وجوه پرداختی به فروشنده یا پیمانکار به مصرف دیگری غیر از انجام تعهدات موضوع قرارداد نخواهد رسید، خریدار یا کارفرما مطالبه چنین ضمانت‌نامه‌ای را می‌کند تا در صورت تخلف، وجه آن را از بانک وصول کند.

۳-۵. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان

پیمانکاران در هر مقطع از پروژه، لیست هزینه‌های انجام شده را برای کارفرما ارسال می‌کنند که پس از تأیید کارفرما وجه هزینه‌ها را دریافت نمایند. ولی درصدی از هزینه‌ها، نزد کارفرما کسر شده و باقی می‌ماند تا پس از طی مهلتی که کار انجام شده کاملاً مورد تأیید وی قرار گیرد مجدداً به پیمانکار پرداخت گردد. به عبارت بهتر، کارفرما برای اطمینان از صحت اجرای کار، مبالغی را به عنوان تضمین حسن اجرای

کار (وجه‌الضمان) از مبلغ ناخالص صورت وضعیت‌های پیمانکار (به میزان ۱۰ درصد هر صورت وضعیت) کسر نموده و در حسابی نزد خود نگهداری می‌نماید. پیمانکاران هنگامی که به اجرای کامل قرارداد نزدیک می‌شوند ممکن است به علل مختلف، نقدینگی کافی برای پایان کار نداشته باشند که بنا بر تقاضای پیمانکار و در مقابل دادن ضمانت‌نامه بانکی، کارفرما این مبالغ را به پیمانکار مسترد می‌نماید.

۳-۶. ضمانت‌نامه گمرکی

این ضمانت‌نامه در مواقعی به کار می‌رود که وارد کننده کالا توان پرداخت یکجا و نقدی سود و عوارض گمرکی کالای وارد شده را نداشته باشد و ناگزیر است از گمرک درخواست نماید با تعیین مهلتی برای پرداخت بدهی مجوز ترخیص کالا را قبل از پرداخت سود و عوارض گمرکی صادر نماید و گمرک نیز این مجوز را در قبال صدور ضمانت‌نامه بانکی به انجام می‌رساند. این ضمانت‌نامه ممکن است به سررسید معین مثلاً ۶ ماه، ۹ ماه و یا به صورت اقساطی صادر شوند. با صدور ضمانت‌نامه فوق، یک نوع تعهد پرداخت برای بانک به وجود می‌آید و بانک در سررسید معین یا در تاریخ هریک از اقساط تعیین شده بدون تأخیر وجه آن را به اداره گمرک پرداخت می‌نماید.

۳-۷. ضمانت‌نامه تعهد پرداخت

این نوع ضمانت‌نامه‌ها به منظور قبول پرداخت دیونی در سررسید معین از طرف بانک صادر می‌گردد مثل ضمانت‌نامه‌های پرداخت مالیات.

۳-۸. ضمانت‌نامه‌های متفرقه

علاوه بر ضمانت‌نامه‌های فوق، ضمانت‌نامه‌های دیگری برای مقاصد و منظورهای مختلف مطرح است که معمولاً متن این نوع ضمانت‌نامه‌ها توسط مضمون‌له تعیین و

دیگته می‌شود مانند ضمانت‌نامه برای مشمولین خدمت نظام وظیفه که قصد خروج از کشور را دارند (عیوضلو، ۱۳۷۹، ص ۷۸ - ۷۹).

۴. ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی

ضمانت‌نامه‌های بانکی ویژگی‌های متعددی دارد که در زیر به چند مورد از آنها اشاره می‌شود:

۴-۱. کاهش خطرات معامله

در معاملات تجاری همواره به علت عدم اعتماد متعاملین به یکدیگر، امکان ریسک بالا می‌رود. فروشندگان همواره با خطر عدم دریافت وجه و خریداران با خطر عدم پایبندی صحیح به قرارداد توسط فروشنده یا پیمانکار روبه‌رو هستند. استفاده از ضمانت‌نامه بانکی - که غالباً به نفع خریداران یا کارفرمایان صادر می‌شود - این اطمینان را به آنها می‌دهد که در صورت عدم ایفای تعهدات فروشندگان یا پیمانکاران مطابق قرارداد، وجه‌الضمان را از بانک مطالبه و دریافت کنند.

۴-۲. انعطاف‌پذیری

با توجه به گوناگونی قراردادهای تجاری و مالی بین‌المللی، یکی از ویژگی‌های الزامی اسناد مالی مانند ضمانت‌نامه، داشتن قابلیت انعطاف آنهاست. این انعطاف را می‌توان به‌طور کلی از سه زاویه گوناگون بررسی کرد:

الف) متن‌های ضمانت‌نامه برخلاف باور رایج به هیچ عنوان متونی ثابت و غیرقابل تغییر نیستند. متن هر نوع ضمانت‌نامه مانند حسن انجام کار یا پیش‌پرداخت بر اساس نیازهای طرفین می‌تواند با شرایط متنوع نامحدودی صادر شود.

ب) بر اساس 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، دو طرفه، سندیکایی و... قابل صدور هستند (تراشیون، ۱۳۹۲، ص ۳).

۳-۴. مشروط بودن تعهد به پرداخت

ضمانت‌نامه مانند سایر اسناد تجاری و اعتباری ابزاری برای پرداخت وجه نقد بی‌قید و شرط نیست؛ به عبارت دیگر اگر اسنادی مانند چک و سفته به محض ارائه به بانک قابل نقد شدن باشند، ضمانت‌نامه‌های بانکی فقط در صورت احراز وجود شرایط پرداخت، قابل بهره‌برداری هستند و ذاتاً تعهدی مشروط به حساب می‌آیند.

۴-۴. استقلال از رابطه پایه

ضمانت‌نامه‌ها از نوع تعهدات مستقل هستند و تابع صحت یا عدم صحت رابطه پایه نیستند؛ به عبارت دیگر یکی از اصول حاکم بر قراردادهای ضمانت‌نامه بانکی، اصل استقلال از قرارداد پایه است. نتیجه منطقی و مهم اصل مذکور آن است که ایرادات مربوط به رابطه پایه میان متقاضی ضمانت‌نامه و ذی‌نفع، قابل استناد نبوده و بانک با توجه به تعهد مستقل خود در برابر ذی‌نفع، موظف به پرداخت ضمانت‌نامه است (فرزانگان، ۱۳۹۵، ص ۱)؛ بنابراین صرفاً با عرضه مدارک و اسناد می‌توان وجه‌الضمان را از بانک مطالبه نمود.

۵-۴. غیر قابل 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 دیگر در متن ضمانت‌نامه محدودیت خاصی را در این باره پدید آورده باشد (ضیائی و معینی فر، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶-۱۲۷).

۴-۶. 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 دیگر 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 شده است، ذی‌نفع به هیچ وجه نمی‌تواند آن را مانند وجوه پرداختنی مانند چک برای رد دین به شخص دیگر واگذارد. ابزارهای تضمینی به هیچ عنوان قابل معامله نیستند (تراشیون، ۱۳۹۲، ص ۲-۳).

۵. ماهیت فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی

۵-۱. امکان ضمانت از تعهدات

منظور از ضمانت در ضمانت‌نامه‌های بانکی، به معنای معروف نقل از ذمه‌ای به ذمه دیگر چنان‌که در تعریف ضمان می‌گویند نیست. همچنین به معنای ضمیمه ذمه‌ای به ذمه دیگر هم نیست. طلبکار در این معامله در ابتدا به بانک مراجعه نمی‌کند، بلکه به طرف خود که همان بدهکار باشد رجوع می‌کند و چنانچه بدهکار از بازپرداخت بدهی خود سرباز زد، بستانکار می‌تواند به بانک مراجعه کند تا به تعهد خود در مورد ضمانت این بدهی عمل کند، چون بانک فقط این تعهد را نموده که بدهکار بدهی خود را

بپردازد و در صورتی که بدهکار بدهی خود را، به هر دلیلی نپرداخت، از آنجا که ادای دین از طرف مدین بدل مثلی ندارد، ضامن ناچار می‌شود بدل قیمی آن را به بستنکار بپردازد، درست مانند غاصب که ضامن است عین مال را به صاحبش برگرداند و اگر عین مغضوب تلف شد باید مثل آن را به صاحبش برگرداند و اگر همانندی نداشت لازم است قیمت آن را بپردازد؛ بنابراین ضامن لازم است بدل قیمی ادای دین را بپردازد و بدل قیمی این ادا طبعاً همان قیمت دین است. این نوع ضمانت یک نوع قرارداد و عقد شایعی است که در بازارهای دنیا معمول است و بدون هیچ اشکالی مشمول عمومات و اطلاقات وفا به عقد و شرط می‌شود و مانعی از لحاظ شرع برای آن به نظر نمی‌رسد (آصفی، ۱۳۸۰، ص ۹۱). از آنجا که ضمانت‌نامه‌های بانکی تشکیل یافته از دو رابطه مستقل حقوقی در عرض یکدیگر هستند، قبل از بررسی فقهی ضمانت‌نامه به‌مثابه یک عملیات واحد، در ابتدا ماهیت فقهی قرارداد پایه تحلیل می‌شود و سپس در خلال نظریات مطرح‌شده در توجیه ضمانت‌نامه‌ها به تحلیل رابطه ضامن و ضمانت‌خواه پرداخته خواهد شد.

۵-۲. رابطه بین متعهد و متعهدله

رابطه متعهد و متعهدله، قرارداد پایه محسوب می‌شود که نسبت به رابطه ضامن (بانک) و متعهد (ضمانت‌خواه)، استقلال دارد. ضمانت‌نامه‌ها همواره مبتنی بر یک رابطه پایه می‌باشند که در حقیقت یک رابطه تجاری یا مالی بین ذی‌نفع و متقاضی ضمانت‌نامه است. این رابطه پایه می‌تواند انواع گوناگونی داشته باشد. در بسیاری از موارد رابطه پایه یک قرارداد تجاری بین دو طرف است ولی در موارد دیگر می‌تواند یک رابطه مالی باشد به عنوان مثال رابطه پایه می‌تواند یک اعتبار اسنادی یا یک قرارداد پرداخت تسهیلات مالی باشد. همچنین ممکن است رابطه پایه صرفاً یک دعوت به مناقصه باشد که یک سوی آن مناقصه‌گذار و سوی دیگر آن طرفی است که در مناقصه شرکت می‌-

کند. بر این اساس، اسباب بدهکاری متعهد به متعهدله می‌تواند بسیار متنوع و گوناگون باشد و به تبع آن، شکل رابطه حقوقی این دو شخص، الزاماً در قالب خاصی محدود نمی‌شود. گاهی متعهد در مقام عاملِ مضاربه است، گاهی در مقام اجیر در برابر موجر است و گاهی بدهی او به امر قانون است مانند بدهکاری به گمرک در ضمانت‌نامه‌های گمرکی.

۳-۵. تحلیل ضمانت‌نامه در چهارچوب عقود

تاکنون برای تبیین ماهیت فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب یکی از نهادهای مرسوم در فقه اسلامی تلاش‌های متعددی صورت پذیرفته است. پژوهش حاضر پس از اشاره به نظریات مختلف و ارزش داوری در میان آن‌ها، نظریه ارجح را به عنوان نظریه منتخب بر خواهد گزید.

۳-۵-۱. عقد ضمان

گروهی از محققان تلاش کرده‌اند که ضمانت‌نامه‌های بانکی را در قالب عقد ضمان توجیه کنند. طبق نظر برخی از فقهای معاصر، ضمانت‌نامه‌های بانکی از باب عقد ضمان توجیه‌پذیر است (وحید خراسانی، ۱۴۲۱، ص ۷۵۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲، ص ۵۴۰-۵۴۱). برخی از حقوقدانان نیز در توجیه آن گفته‌اند ضمانت‌نامه 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). در صورت پذیرش این نظریه باید تمامی قواعد عقد ضمان را حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی دانست در حالی که ضمانت‌نامه‌ها اگرچه وجوه اشتراکی با عقد ضمان دارند، اما دارای وجوه افتراقی نیز هستند. از جمله نقاط مشترک عقد ضمان و ضمانت‌نامه‌های بانکی عبارت است از: ۱. ضمانت‌نامه‌های بانکی عقدی عهدی است که رکن اصلی آن را تعهد ضامن به پرداخت دین مضمون‌عنه تشکیل می‌دهد. ۲. ضمان

عقد تبعی و لازم است و ضمانت‌نامه نیز به تبع دین موجود در قرارداد پایه لازم و تبعی محسوب می‌شود.

اشکالات

در این تطبیق، نقاط افتراقی نیز به چشم می‌خورد که عبارت‌اند از:
الف) ضمانت‌نامه بانکی سبب انتقال دین نیست؛ زیرا ضامن، وثیقه طلب نیست و جابه‌جایی دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن، جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد.
ب) ضمانت‌نامه بانکی از عقود مسامحه نیست و به عبارت دیگر جهت ارفاق به مدیون تأسیس نشده و بانک‌ها این عملیات را وسیله‌ای برای جذب منابع مالی خود تلقی می‌کنند.

ج) ضمانت‌نامه غالباً ضمانت از دین موجود نیست بلکه می‌توان گفت در بسیاری از موارد نه تنها در هنگام عقد، دینی وجود ندارد بلکه سبب آن هم (که عبارت است از مجموع عقد و تخلف طرف قرارداد) محقق نیست و جزء دوم سبب (تخلف) که باعث تکمیل آن می‌گردد، ممکن است هیچ‌گاه ایجاد نشود (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۶-۱۶۵؛ مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۳).

۵-۳-۲. ایقاع

ایقاعی بودن ضمانت‌نامه، مبتنی بر دیدگاه برخی از فقهاست که خلاف قول مشهور، در انعقاد عقد ضمان رضای مضمون‌له را لازم نمی‌دانند و ضمان را همانند «پرداخت بدهی دیگری» به حساب می‌آورند که نیاز به رضایت دائن ندارد و از این رو، ضمان را ایقاع دانسته‌اند (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۲).

اشکال

آنچه از شکل ظاهری و نحوه تنظیم ضمانت‌نامه‌های بانکی برمی‌آید، این‌گونه اسناد به صورت دو طرفه، میان ضامن و مضمون‌عنه منعقد شده و بر اساس آن‌ها، دو طرف در

مقابل هم تعهداتی را می‌پذیرند؛ لذا نمی‌توان آن را ایقاع دانست، زیرا در این‌گونه قراردادهای، وجود حداقل دو اراده قطعی است (افشار نیا و مصطفوی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷).

۵-۳-۳. کفالت (ضمان ضم ذمه به ذمه)

تصحیح ضمانت‌نامه‌های بانکی از باب کفالت مستلزم آن است که کفالت را به معنای اعم از پرداخت دین و حاضر کردن مکفول در نظر داشت (روحانی، بی‌تا، ص ۳۸۳)؛ زیرا کفالت اصطلاحی در فقه، حاضر کردن شخص است و بانک، تعهدی به احضار شخص مکفول ندارد بلکه صرفاً باید دین او را ادا کند (اسکندری، ۱۴۲۲، ص ۱۶۲). بر این اساس از فقهای معاصر، امام خمینی در این خصوص می‌نویسد:

«از کارهای بانک‌ها و مؤسسه‌های آنها، کفالت است، به این صورت که شخصی برای دیگری تعهد می‌کند کاری انجام دهد مانند ساختن پل و بانک یا غیر بانک، برای شخص متعهدله، به کفالت 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، برمی‌گردد، صحیح است و گرفتن کارمزد در برابر کفالت و کارهایی که انجام می‌دهد جایز است» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰- الف، ج ۲، ص ۵۸۸). در میان فقهای اهل سنت نیز چنین نظری وجود دارد (ارشید، ۱۴۲۱، ص ۱۷۷؛ زعتری ۱۴۲۲، ص ۳۵۰-۳۵۱). بنا به این نظر، ضمانت‌نامه‌های بانکی کفالت محض هستند، چه به امر مکفول (ضمانت‌خواه) باشد و چه نباشد. معنای این کفالت هم ضم ذمه به ذمه است که همان ضمان است (دبیان، ۱۴۲۳، ص ۲).

اشکالات

به این نظریه در میان فقهای اهل سنت اشکال وارد شده است مبنی بر اینکه کفالت و ضمانت‌نامه‌ها به‌طور کامل با یکدیگر انطباق ندارد زیرا کفالت، عقد واحدی است میان

کفیل و دائن، در حالی که ضمانت‌نامه شامل دو عقد است و رابطه طرفین عقدها از هم جداست. کفالت در این معنای مذکور، سبب می‌شود که دو شخص در قبال دین واحدی متعهد شوند، حال آنکه ضمانت‌نامه بانکی چنین اثری ندارد. درست است که ضمانت‌نامه به منظور تضمین اجرای تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پایه استفاده می‌شود اما تعهد مندرج در آن، تعهدی متفاوت از تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پایه است و گشایش ضمانت‌نامه سبب نمی‌شود که بانک در قبال تعهد ضمانت‌خواه متعهد گردد، چنانکه ضمانت‌خواه نیز مستقیماً مسئول تعهد بانک در ضمانت‌نامه نیست بلکه گشایش ضمانت‌نامه، تعهد مستقلی را برای بانک ایجاد می‌کند مبنی بر اینکه در صورت مطالبه ذینفع و عنداللزوم ارائه اسناد مشخص، مبلغ معینی را به وی بپردازد. این تعهد منحصرأ تعهد خود بانک است بنابراین اگر ضمانت‌خواه همان مبلغ را به ذینفع پرداخت کند، ذمه بانک بریء نخواهد شد (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۲۸). به عبارت دیگر در کفالت بنا بر نظر اهل سنت، ذی‌نفع، حق رجوع به هردوی کفیل و مکفول‌عنه را دارد؛ اما در ضمانت‌نامه از ابتدا حق رجوع به بانک وجود ندارد و در صورت احراز شرایط می‌تواند به بانک مراجعه کند (زعتری، ۱۴۲۲، ص ۳۲۸).

۵-۳-۴. تعهد به نفع ثالث

۵-۳-۴-۱. تعهد به نفع ثالث به‌مثابه عقدی مستقل

برخی از حقوقدانان در مقام توجیه ضمانت‌نامه بانکی، به نظریه «تعهد به نفع ثالث» استناد کرده‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۶). اگر تعهد به نفع ثالث را به عنوان یک عقد مستقل بین ضامن و مضمون‌عنه در نظر بگیریم اثر اصلی آن صدور ضمانت‌نامه است. از منظر فقه امامیه «تعهد به نفع ثالث» به‌مثابه نهادی مستقل مشروعیت دارد؛ در متون روایی و فقهی امامیه، قراردادهایی مطرح و معتبر شناخته شده که یکی از عوضین آن‌ها تعهد به نفع شخص ثالث است؛ مانند مضاربه با قید اینکه تمام ربح به شخص ثالث

داده شود. اجاره اشخاص به نفع شخص ثالث، جعله به نفع شخص ثالث، صلح دعوا به نفع شخص ثالث (محقق داماد و صادقی، ۱۳۷۹، ص ۸۲). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود «تعهد به نفع ثالث» که همان صدور ضمانت‌نامه از سوی بانک است، یکی از عوضین قرارداد محسوب شده و در واقع مقوم ماهیت آن است.

۵-۳-۴. تعهد به نفع ثالث به عنوان شرط ضمن عقد

مفاد این نظریه چنین است که قرارداد ضمانت‌نامه میان ضامن (بانک) و مضمون‌عنه بسته می‌شود که ضمن آن شرط تعهد به نفع شخص ثالث (مضمون‌له) می‌شود. آیت‌الله فیاض در کتاب «بانک در نگاه اسلام» می‌گوید: این شرط از لحاظ شرعی صحیح و نافذ است و اگر در عقد صحیح مانند عقد اجاره واقع شود، واجب است که به این شرط عمل شود. مقتضای صحت این شرط این است که صاحبان پروژه و بهره‌وران، از لحاظ شرع حق دارند به بانک مراجعه کنند و مبلغ یاد شده را در صورت تخلف، از بانک مطالبه کنند (فیاض، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸-۱۱۷). ایشان در ادامه می‌گویند: لزومی ندارد که 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 «ضمیمه شدن ذمه به ذمه» و نه «احضار شخص مکفول»؛ بلکه به معنای تعهد به ادای دین یا شرط است. آنگاه اگر طرف سوم مانند بانک ضمانت‌نامه صادر کند و متعهد شود که اگر پیمانکار از تعهدهای خود تخلف کرد، بانک، عندالمطالبه مبلغ مقرر را بپردازد، اگر این ضمانت‌نامه مربوط به عقدی باشد که بین بانک و پیمانکار واقع شود یا در ضمن عقد لازم دیگری صورت گیرد، این نوع ضمانت، ضمانت‌نامه نهایی بوده و واجب است بانک به آن وفا کند (فیاض، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲).

مرحوم شهید صدر نیز از دیگر طرفداران این نظریه محسوب می‌شود. ایشان با تفسیر موسع از معنای کفالت آن را نه به معنای مصطلح فقهی، بلکه تعهدی به ادای دین می‌-

دانند که در قالب شرطی است که اگر بدهکار اصلی دین یا تعهد خود را انجام نداد، کفیل (بانک) متعهد به ادای آن می‌شود؛ بنابراین مانعی برای بانک وجود ندارد که متعهد شود با این شرط که بانک ذمه خود را به اندازه ارزش وجه‌الضمان مشغول بداند (صدر، ۱۴۱۰، ص ۱۳۰-۱۳۱). آیت‌الله جواهری 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 مشروط‌علیه آن را ادا نکند، مانند ضمان اعیان مغضوبه که تا زمانی که عین موجود است، ذمه مشغول نیست (جواهری، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۶۱). در این دیدگاه، در واقع ضمن قرارداد بین ضامن و مضمون‌عنه «شرط فعل» به نفع مضمون‌له صورت می‌گیرد که متعهد به این شرط، بانک است. آنچه اهمیت دارد این است که ماهیت قرارداد میان ضامن و مضمون‌عنه به خوبی تحلیل شود؛ زیرا بانک در ازای صدور ضمانت‌نامه وثیقه و کارمزد مطالبه می‌کند و لازم است ماهیت این داد و ستد که اثر آن صدور ضمانت‌نامه است تبیین شود.

رابطه بین ضامن و ضمانت‌خواه (بانک و متعهد)

از آنجا که بانک به پشتوانه دارایی‌هایی که از ناحیه سپرده‌گذاران تأمین شده است اقدام به صدور ضمانت‌نامه می‌کند و سپرده‌گذار نیز به دنبال تأمین سود خود است لذا خدمات بانکی باید همراه با بازدهی برای بانک باشد تا نظر سپرده‌گذاران تأمین شود؛ بنابراین بانک در عملیات خود اجرت دریافت می‌کند. مسئله دریافت اجرت در ضمانت‌نامه، اضافه بر کارمزدی است که باید هزینه‌های اداری صدور ضمانت‌نامه بانک را پوشش دهد؛ یعنی هزینه‌های اداری مانند هزینه‌های مکاتباتی، پست، تلفن و فاکس و... و هزینه‌های غیر اداری مانند هزینه‌هایی که صرف بررسی صلاحیت فنی و توانایی مالی و اعتباری متعهد می‌شود، کارمزدی مجزا برای متقاضیان ضمانت‌نامه دارد و علاوه بر آن، به طور معمول برای صدور ضمانت‌نامه درصد معینی از وجه‌الضمان

نیز به عنوان کارمزد برداشته می‌شود؛ مسئله اخذ کارمزد از بانک از مبلغ وجه‌الضمان در ضمانت‌نامه‌های بانکی از منظرهای متفاوتی بررسی شده است:

الف. تفکیک میان ضمانت‌نامه با وثیقه و بدون وثیقه

طبق نظر گروهی از فقها و حقوقدانان عرب، باید بین حالتی که در مقابل ضمانت‌نامه بانکی وثیقه‌ای معادل صد درصد ارزش وجه‌الضمان به بانک سپرده می‌شود و حالتی که هیچ وثیقه‌ای نزد بانک گذاشته نمی‌شود و بانک بر اساس حسن شهرت عامل یا پیمانکار ضمانت‌نامه صادر می‌کند فرق قائل شد. در حالتی که وثیقه‌ای معادل صد درصد ارزش وجه‌الضمان نزد بانک باشد رابطه بانک و عامل رابطه «وکالت» است که در این حالت بانک می‌تواند در قبال آن اجرت دریافت کند چراکه وکالت با گرفتن اجرت یا بدون آن صحیح است؛ اما در حالتی که وثیقه‌ای با ارزش صد درصد وجه‌الضمان نزد بانک نگهداری نمی‌شود در این حالت ذمه بانک - که ضامن است - به ذمه پیمانکار در مورد آنچه عامل یا پیمانکار تعهد کرده است منضم می‌شود و این همان است که در فقه اسلامی به نام «کفالت» مطرح است. یعنی عقد بین بانک و پیمانکار عقد کفالت است که از عقود تبرعی است و لذا جایز نیست که در مقابل آن اجرت دریافت شود (عیوضلو، ۱۳۷۹، ص ۸۰).

ب. قرض

اگر صورت رابطه متعهد و بانک در قالب عقد قرض باشد، وجه ضمانت‌نامه، قرضی است که بانک به متعهد می‌دهد و خود به وکالت از متعهد آن را به ذی‌نفع پرداخت می‌کند. در این صورت بانک اگر درصد معینی از وجه‌الضمان ذکر شده در ضمانت‌نامه بانکی را به عنوان اجرت اخذ نماید شبیه ربوی داشته و مانند آن است که درصد معینی بهره از قرض‌گیرنده دریافت کند. همچنین نمی‌توان آن را در قالب خسارت تأخیر تأدیه توجیه نمود زیرا اخذ درصدی از وجه‌الضمان در ابتدای قرارداد و قبل از انقضای مدت وجهی ندارد.

ج. جعاله

مرحوم شهید صدر معتقد است که بانک می‌تواند اجرتی در مقابل صدور ضمانت‌نامه دریافت کند چراکه تعهد ذکر شده در ضمانت‌نامه باعث تعزیز و تحکیم تعهدات پیمانکار خواهد شد و لذا صدور ضمانت‌نامه بانکی عمل محترم و نافی است و می‌توان آن را در حکم جعاله دانست (صدر، ۱۴۱۰، ص ۸۵). وجهی را که بانک به دستور متعهد و برای ضمانت، به سود طرف دوم معامله (ذی‌نفع) می‌دهد، به عنوان عملی است که بانک از طرف خود مستقیماً به نفع متعهدله انجام می‌دهد و به هیچ وجه، عنوان قرض به متعهد و وکالت از طرف او را ندارد. ولی چون این پول به دستور و درخواست متعهد (جاعل) داده شده، قطعاً ضمانت جبران آن به عهده متعهد است و او باید ضمانت این خسارت را که بانک کرده جبران کند. ضامن (بانک) نیز می‌تواند در ازای عملی که برای متعهد انجام می‌دهد، مال‌الجعاله بگیرد و این جُعل می‌تواند درصدی از مبلغ وجه‌الضمان باشد و این مبلغ چون در ضمن قرض نیست، مشمول عنوان «ربا» نخواهد بود و از نظر فقهی بی‌اشکال به نظر می‌رسد.

د. اجاره

به نظر می‌رسد احکام اجاره اشخاص در خصوص رابطه بانک با متعهد، مصداق داشته باشد. در این صورت متعهد (موجر)، بانک را اجیر می‌کند که در ازای مال‌الاجاره‌ای معین برای او، ضمانت‌نامه صادر کند و در ضمن آن شرط می‌کنند که اجیر به پرداخت وجه معینی که در ضمانت‌نامه مندرج است ملتزم شود؛ چون شرط‌کننده در اینجا موجر است در صورت عدم اجرای تعهدش، ضامن بازپرداخت وجه آن به بانک (اجیر) است.

۵-۳-۳. اشکالات به نظریه تعهد به نفع ثالث

نظریه تعهد به نفع ثالث، بنا بر عقیده گروهی از حقوقدانان توانسته است تطبیق نسبتاً کاملی با ضمانت‌نامه‌های بانکی داشته باشد. لکن دو اشکال یکی از منظر اصول و

قواعد فقه امامیه و دیگری از لحاظ مقررات شکلی صدور ضمانت‌نامه در خصوص این نظریه مطرح شده است.

اشکال اول؛ از حیث قبول یا عدم قبول شخص ثالث

مرحوم صاحب عروه راجع به شرط به نفع شخص ثالث در ضمن عقد، اعتبار شرط را بدون قبول شخص ثالث مشکل دانسته است. مرحوم امام خمینی نیز در این خصوص گفته است: «اشکال عمده این است که جعل خیار برای دیگری، همانند تملیک ملک به او مستلزم قبول است؛ تملیک و جعل حق برای دیگری در زمره عقود و محتاج قبول است» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰- ب، ج ۴، ص ۲۱۷؛ ج ۳، ص ۲۹۳). در عقود معوض برای تحقق معامله، باید عوض به دارایی کسی درآید که معوض را پرداخته است. از این رو مرحوم میرزای نائینی فرموده‌اند: «عقد، اثری است که از فعل متعاقدين حاصل می‌شود و شخص ثالث طرف آنها نیست» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ص ۳ و ۴۲ و ۴۳). همچنین به استناد حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» فقیهان، تملیک مال به شخص ثالث را بدون قبول او باطل تلقی کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۳۰۳ و ۵۶۵).

در پاسخ از اشکالات فوق باید گفت که در فقه امامیه لزوم تراضی دو طرفه در تملیکات قاعده‌ای نیست که استثناء نداشته باشد؛ چراکه موارد متعددی را می‌توان یافت که با اراده یک‌طرفه تملیک و تملک صورت می‌پذیرد مانند اخذ به شفعه، وصیت تملیکی، مقاصه، لقطه، حیازت مباحات، فسخ یک‌جانبه معامله و احیای موات (شهادت اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵۰-۳۵۱). اصل وجود نظریه ایقاع نیز در فقه امامیه بیانگر این امکان است که تنها با یک اراده حقی انشاء شود یا رابطه‌ای گسسته شود (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۷۹). از سوی دیگر ممکن است در معاملات، عوض به ملکیت کسی درآید که طرف قرارداد نیست. در این خصوص مرحوم صاحب عروه می‌گوید: «مبادله در حقیقت، میان دو مال است و در تحقق آن لازم نیست معوض در ملک کسی داخل

شود که عوض از ملک او خارج شده است. بله اگرچه این مقتضای اطلاق معامله است اما معامله عبارت است از مجرد اعتبار این مال در مقابل آن مال... بدون نظر به کسی که مال به او منتقل می‌شود یا از او انتقال می‌یابد» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۱۳ و ۱۱۹)؛ بنابراین می‌توان گفت که تعهد به نفع شخص ثالث، چه در قالب عقدی مستقل یا در قالب شرط ضمن عقد نیاز به قبول شخص ثالث ندارد و مانند ایقاعی است که مقارن با قرارداد منعقد ما بین طرفین انشاء می‌شود.

اشکال دوم؛ از حیث نادیده گرفتن نقش ذی‌نفع

نظریه تعهد به نفع ثالث، نقش ذی‌نفع در قرارداد پایه را که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است، کاملاً نادیده می‌گیرد. ضمن آنکه امکان مراجعه به قصد طرفین و نیز قرارداد پایه در مقام تفسیر تعهدات و حقوق ناشی از ضمانت‌نامه را با مشکل مواجه می‌کند. همچنین نظریه تعهد به نفع ثالث، با امکان اصلاح ضمانت‌نامه بر اساس پیشنهاد ذی‌نفع هم مغایرت خواهد داشت، چراکه اگر ذی‌نفع صرفاً یک منتفع ثالث تلقی شود، رجوع به قصد وی در مورد تفسیر مفاد ضمانت‌نامه بلا وجه خواهد بود و ارائه پیشنهاد از سوی وی برای اصلاح ضمانت‌نامه هم توجیه نخواهد داشت (شهبازی نیا ۱۳۸۸، ص ۳).

به نظر می‌رسد این اشکال وارد نیست؛ زیرا اولاً این خود ذی‌نفع است که درخواست ضمانت‌نامه دارد و صدور ضمانت‌نامه تابعی از قرارداد پایه است بنابراین اگرچه نمی‌توان وی را به عنوان رکن معامله در نظر گرفت اما در ایجاد حق به نفع خود، اراده غیرمستقیم دارد و تمام حقوقدانان پذیرفته‌اند که ضمانت‌نامه‌های بانکی عقدی مستقل از قرارداد پایه است. ثانیاً تعهد به نفع ثالث می‌تواند از لحاظ شکلی کاملاً آزاد و مطلق باشد به این صورت که بانک، صدور ضمانت‌نامه را با قید اختیار ذی‌نفع در تفسیر و اصلاح آن متعهد شود. به عبارت دیگر تمامی امور فوق در ذات این تعهد - که مندرج

در ضمانت‌نامه است - وجود دارد و لزومی ندارد که برای افزودن این قیود، در پی نهادی دیگر برای توجیه این عملیات باشیم. از نظر پژوهش حاضر نظریه تعهد به نفع ثالث می‌تواند بدون اشکال قابل تطبیق با ضمانت‌نامه‌های بانکی باشد.

۵-۳-۵. نظریه ترهین به نفع شخص ثالث

می‌توان نقاط تشابهی بین ضمانت‌نامه‌های بانکی و ضمانت از تسهیلات بانکی مشاهده کرد. در ضمانت از تسهیلات، قرارداد پایه، میان وام‌گیرنده و بانک است و سبب بدهی قرض یا سایر عقود است که مشتریان بانک، مسئول بازپرداخت آن هستند. در این شرایط به درخواست بدهکار، شخص ثالثی با رهن گذاشتن مالی، طلب بانک را توثیق می‌کند.

در ضمانت‌نامه‌های بانکی، این رابطه برعکس می‌شود؛ در اینجا قرارداد پایه بین دو شخص متعهد و ذی‌نفع است که سبب بدهی تعهدی است که متعهد باید در موعد و کیفیت مقرر انجام دهد. در این شرایط، به درخواست متعهد از شخص ثالث - که در اینجا بانک است - ضمانت‌نامه‌ای به عنوان وثیقه به ذی‌نفع داده می‌شود تا در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد، ذی‌نفع بتواند از طریق ضمانت‌نامه بانکی، بدلِ قیمی طلب خود را وصول کند.

اشکالات

در این تطبیق اما نقاط افتراقی به چشم می‌خورد:

۱. در ضمانت از تسهیلات بانکی، عنصر محوری که مقصود بانک است، «توثیق دین» است نه «تعهد از دین» لذا در آنجا می‌توان مبنا را عقد رهن دانست؛ اما در ضمانت‌نامه‌های بانکی «تعهد» عنصر محوری است چراکه ذی‌نفع استیلا و تسلط کافی بر مال بانک پیدا نکرده و نمی‌تواند شخصاً و هر زمانی که بخواهد وجه ضمانت‌نامه را برداشت کند

زیرا این امر نیاز به مطالبه از بانک با ارائه اسناد و مدارک تخلف متعهد از تعهداتش دارد (هرچند که بانک دخالتی در ماهیت اختلاف نظر ذی‌نفع و متعهد نمی‌کند). در واقع ضمانت‌نامه صرفاً تعهدی بی‌قید و شرط و بی‌چون و چراست نه در اختیار گذاشتن مال به ذی‌نفع؛ و لذا عنصر استیلای بر مال در این سازوکار منتفی است. در اعطای تسهیلات، بانک با وکالت بلاعزل از وثیقه گذار، نسبت به اموال وی استیلایی پیدا می‌کند که عنداللزوم نیازی به مطالبه ندارد و وثیقه نیز باید به نحوی باشد که طلبکار بتواند با استیلایی که بر مال پیدا کرده بدون مطالبه، به سهولت طلب خود را از آن استیفا کند ولی در ضمانت‌نامه‌های بانکی، ذی‌نفع بر مال، مستولی نیست. به عبارت دیگر ضمانت‌نامه‌های بانکی، صرفاً تعهد به پرداخت هستند و بنابراین برخی از محققان در صورت تقلب یا سوءاستفاده ذی‌نفع از اصل استقلال قرارداد پایه و مطالبه ناروای وجه آن، دادگاه قادر خواهد بود برخلاف ماهیت قراردادی اصل استقلال، دستور موقت به منع پرداخت صادر کند (فرزانگان، ۱۳۹۵، ص ۱).

۲. بانک در مقابل صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی مطالبه کارمزد و وثیقه می‌کند و این امر نشان می‌دهد که رابطه حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه، صرفاً صدور اذن به منظور وثیقه‌گذاری نیست و لازم است آن را در قالب جعاله یا اجاره توجیه کرد.

۵-۳-۶. عقد مستقل

اعتقاد به مستقل بودن عقد ضمانت‌نامه‌های بانکی، تمایلی است که در میان اکثر حقوقدانان معاصر با استناد به اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی مطرح شده است. هرکدام از نظریات مختلف برای تبیین ماهیت ضمانت‌نامه در چهارچوب یکی از عقود مرسوم فقهی، نقصان‌هایی در مقام تطبیق دارند و اوضاع و احوال و مسائلی که ضمانت‌نامه‌های بانکی را احاطه کرده به‌گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آن را

در ظروف و قالب‌های مرسوم فقه نمی‌دهد. پذیرش اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی عقدی مستقل باشند، مستلزم اثبات غیرتوقیفی بودن عقود است.

۵-۳-۶-۱. توقیفی یا غیر توقیفی بودن عقود

از قدیم این مسئله مطرح بوده است که آیا لازم است هر معامله‌ای که در خارج صورت می‌گیرد، داخل در یکی از ابواب فقه باشد؟ یا مانعی ندارد که معامله‌ای صحیح باشد بدون اینکه داخل در هیچ‌یک از آنها باشد؟ جواب داده‌اند که ما هیچ دلیلی نداریم که همه معاملات صحیح باید در یکی از معاملات متعارفی که در فقه مطرح است، داخل باشد. هیچ دلیلی بر انحصار نداریم بلکه اصول فقهی ما اعم از آن را اقتضا می‌کند؛ زیرا ما یک سلسله عمومات داریم یعنی کلیات، اصول اولیه، اصول کلی. این عمومات که به شکل عام و کلی طرح شده است، می‌گوید هر معامله‌ای و هر عقدی که میان دو نفر صورت بگیرد، درست است الا موارد خاص؛ و به تعبیر دیگر: اصل در هر معامله‌ای صحت است مگر آنکه فساد آن معامله به دلیل خاصی روشن شود (مطهری، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹).

در اینکه احکام عبادات، توقیفی هستند و نمی‌توان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی در آنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند، سخن در این است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟ گروهی از محققان متقدم به توقیف معتقد بوده‌اند و می‌گفتند فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده و برای آنها حدود و مشخصات و شرایط تعیین کرده، رسمیت دارند؛ و سایر صورت‌های معامله، باطل می‌باشند. در این میان با انواع معاطات روبرو می‌شدند و چون عمل و سیره مسلمین بر معاطات‌ها جاری بوده (از عصر رسول‌الله)، آنها را در قالب «نیمه‌رسمی» می‌پذیرفتند ... بحث معاطات در فقه ما، یک جریان تحوّل در تاریخ خود دارد که در این سیر زمانی، به تدریج رو به تکامل رفته و در نتیجه، محققان متأخر به امضائی بودن احکام

در معاملات معتقد شده‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۶۸ و ۷۱) امروزه با پیشرفت تکنولوژی و احتیاجات روزافزون آدمیان نه تنها اعتقاد به توقیفی بودن عقود دشوار می‌نماید بلکه حصری بودن عقود دلیل محکم و متقنی در سوابقش ندارد. عدم دلیل بر حصر عقود، دلیل علی‌العدم فیما یعم به البلوی است؛ لذا می‌توان استنباط کرد که با فقدان نص بر حصر عقود، از نظر شارع عقود محصور نبوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۰). اصل اباحه که به نوعی مبین اصل آزادی قراردادهاست در معارضه با نظریه توقیفی بودن عقود قرار می‌گیرد. گروهی صحت عقود را از امور شرعی و محتاج جعل شارع دانسته‌اند (حائری، ۱۳۷۰، ص ۴۳) و حال این‌که مشهور اصولیان و فقهای متأخر، در مورد معاملات علی‌الاطلاق اصالة الصحه را جاری کرده‌اند (محمدی، ۱۳۵۹، ص ۲۶۸).

امام خمینی در خصوص ایراد به نظریه توقیفی بودن عقود می‌گوید: «بر فرض که معامله سابقه‌دار نباشد، به چه دلیل معامله باید سابقه‌دار باشد؟ البته در زمان صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروزه متداول است جریان داشته است ولی تعبدی نبوده که حتماً شارع اشاره کند که فلان معامله صحیح است یا فاسد، بلکه شارع هر عقد و قراردادی که بین دو نفر صورت می‌گیرد آن را تنفیذ کرده، چه سابقه‌دار باشد و چه نباشد، مگر اینکه دلیلی بر خلافش داشته باشیم» (بی‌آزار شیرازی، ۱۳۵۹، ص ۲۲۶).

اصولاً تغییرات کارکردی که موضوعات عقود رایج این عصر را تحت تأثیر قرار داده، در بحث معاملات (نه عبادیات) و مؤثر واقع شدن آن در ایجاد قوانین و احکام جدید و حتی در موارد تغییر حکم یک موضوع به تبعیت از پاره‌ای مقتضیات کمتر محل بحث و تردید می‌باشد. چراکه اکثریت قریب به اتفاق فقها و علمای حقوق، امضایی بودن معاملات را پذیرفته‌اند؛ اما این تغییر حکم در عبادیات را کمتر مورد بررسی قرار داده‌اند. اما حضرت امام خمینی در ادامه بحث از مسائل مستحدثه، تولد مسائل جدید در بحث عبادیات را نیز دور از ذهن نپنداشته و تغییر حکم آن‌ها را بلا اشکال دانسته‌اند. از

جمله اینکه اگر به‌طور مثال در شرایط زمانی قرار بگیریم که اطفال در سن یک سالگی به حد بلوغ برسند، باید بپذیریم که در یک سالگی مکلف به احکام شرع خواهند شد و به عکس اگر در سن سی سالگی نیز به حد بلوغ نرسند حکم به عدم بلوغ آن‌ها صادر خواهد شد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۹۱).

این نحوه از استنباطها متأثر از عرف زمان و مکان است؛ با اینکه در ادله احصاء شده برای استنباط احکام، ذکری از «عرف» به میان نیامده است اما شارع مقدس در موارد عدیدهای احاله به عرف کرده است؛ مانند جایی که الفاظ عقود بر معانی عرفی حمل می‌شود و یا متعارف بودن امری در عرف و عادت را بدون تصریح در متن عقد به منزله ذکر در عقد محسوب می‌شود. شاید علت اینکه عرف به عنوان یکی از منابع احکام شناخته نمی‌شود آن باشد که در ادله کتاب و سنت به طور ضمنی پذیرفته شده است. می‌توان گفت عرف، جزئی از کتاب است و در آیه شریفه «خذ العفو و أمر بالعرف» (اعراف: ۱۹۹) به رسمیت شناخته شده و همچنین تقریر معصوم، عرف‌های زمان شارع را تأیید کرده است و بنابراین جزئی از سنت نیز به حساب می‌آید؛ از این رو نمی‌توان از عرف به عنوان منبعی متغیر و حیاتی در مسئله پذیرفتن عقود جدید التأسیس چشم‌پوشی کرد (مسجدسرای، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲-۱۴۱).

۵-۳-۶-۲. نقد و بررسی

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، ادله غیرتوقیفی بودن عقود، صلاحیت لازم برای توجیه ضمانت‌نامه‌های بانکی را در قالب عقدی مستقل و نامعین دارد. لکن اگر به مجرد مواجهه با عقود و احکام مستحدثت به سرعت حکم به نامعین و جدید التأسیس بودن آن کنیم، در عمل باید باب معاملات در فقه را تماماً به اراده عرف زمان و مکان واگذار کنیم و مساعی تمام علمای گذشته در ضبط و تدوین احکام معاملات را منسوخ‌شده تلقی نماییم. لذا چهارچوب نظری پژوهش حاضر، مبتنی بر این پیش‌فرض است که تا

مادامی که بتوان قراردادهای مستحدث را در چهارچوب عقود معین و احصاء شده در ابواب فقهی توجیه نمود، ضرورتی ندارد که قائل به نامعین بودن و استقلال آن شد. در این صورت می‌توان ضمن حفظ تراث علمای پیشین در دسته‌بندی عقود، احکام و ضوابط آن را توسعه داده و عقود مورد نظر را در جایگاه خود تقویت نمود.

جمع‌بندی

از آنچه در این مقاله گذشت روشن شد که در تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی قالب‌های عقد ضمان، ایقاع، کفالت و رهن به نفع ثالث، هر کدام با اشکالاتی در تطبیق با ضمانت‌نامه‌های بانکی مواجه است. از سوی دیگر اگرچه می‌توان هر عقد مستحدثی را نامعین و مستقل تلقی نمود اما در دیدگاه پژوهش حاضر، مادامی که عقود سنتی و معهود در فقه، قابلیت انطباق با قراردادهای مستحدث را دارند، لزومی به تأسیس عقد جدید نداریم؛ از این رو بهترین قالب برای توجیه آن، نظریه «تعهد به نفع ثالث» است که این تعهد، ضمن عقد جعاله یا اجاره بین متعهد و بانک، اشترط می‌شود. در این صورت بانک به‌خاطر تعهدی که در صدور ضمانت‌نامه می‌کند، به عنوان کارمزد، استحقاق مال الجعاله یا مال الاجاره دارد. این تعهد به نفع ثالث در ذات خود مقید به قیودی است که در ضمانت‌نامه مندرج است یعنی تعهد به نفع ثالث می‌تواند از لحاظ شکلی کاملاً آزاد و مطلق باشد؛ به این صورت که بانک، صدور ضمانت‌نامه را با قید اختیار ذی‌نفع در تفسیر و اصلاح آن و یا هر نوع قید دیگری، متعهد شود.

کتاب‌نامه

قرآن کریم

- اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی»، کانون وکلا، سال چهل و یکم، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، صص ۱۵۱-۱۸۸.
- ارشید، محمود عبدالکریم احمد (۱۴۲۱ق)، الشامل فی معاملات و عملیات المصارف الإسلامیة، اردن: دارالنفائس.
- اسکندری، مصطفی (۱۴۲۲ق)، فقه الحیاه المعاصره (۳) عن محاضرات الأستاذ الشیخ محمد سند - فقه البنوک و الحقوق الجدیده، قم: دارالغدیر.
- آصفی، محمدمهدی (۱۳۸۰)، «بررسی سه فرع فقهی در بانکداری اسلامی»، فقه اهل بیت (ع)، شماره ۲۷، صص ۶۸-۹۵.
- افشار نیا، طیب؛ مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۹۰)، مسئولیت تضامنی (تعدد مسئولیت پرداخت یک دین)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم (۱۳۵۹)، رساله نوین، بی‌جا: مؤسسه انجام کتاب.
- تراشیون، سعید (۱۳۹۲)، «گسترش کارکردهای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه در تجارت و بانکداری»، در مجموعه مقالات اولین کنفرانس مدیریت پولی و بانکی، تهران: بی‌نا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جواهری، حسن (۱۳۷۹ق)، بحوث فی الفقه المعاصر، قم: دارالذخائر.
- حائری، مسعود (۱۳۷۰)، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران: انتشارات کیهان.
- دبیان، محمد (۱۴۲۳ق)، بطاقات الائتمان و التکیف الفقهی، بی‌جا: بی‌نا.
- روحانی، سید محمدصادق (بی‌تا)، المسائل المتخبه، بی‌جا: بی‌نا.
- زعتری، علاءالدین (۱۴۲۲ق)، الخدمات المصرفیه و موقف الشریعه الإسلامیه منها، بیروت: دار الکلم الطیب.

- شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۳)، «ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی»، فصلنامه مفید، سال دهم، شماره ۴۳، صص ۱۱۱-۱۴۰.
- شهید اول، محمد بن مکی (بی تا)، القوائد و الفوائد، قم: کتابفروشی مفید.
- صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۸)، بانک بدون ربا در اسلام، ترجمه یحیی علوی، تهران: دانشگاه امام صادق.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۰ق)، البنك اللاربوی فی الإسلام، بیروت: دارالمتعارف للمطبوعات.
- ضیائی، محمدعادل؛ معینی فر، محدث (۱۳۹۲)، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، صص ۱۲۱-۱۴۴.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۶ق)، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
- عیوضلو، حسین (۱۳۷۹)، «نگرشی به بحث ضمان و ضمانت نامه های بانکی در بانکهای اسلامی»، تازه‌های اقتصاد، شماره ۹۱، صص ۷۷-۸۲.
- فیاض محمداسحاق (۱۳۸۹)، بانک از نگاه اسلام، قم: بوستان کتاب.
- قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱)، جامع الشتات، تهران: موسسه کیهان.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ صادقی، محمود (۱۳۷۹)، «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه»، مدرس علوم انسانی، سال دهم، شماره ۱۷، صص ۷۵-۹۴.
- محمدی، محمد مهدی (۱۳۸۵)، بیمه در حقوق اسلام، تهران: نشر میزان.
- مرشدی عتیبی، محمد (۱۴۲۴ق)، ملخص بحث احکام خطاب الضمان المصرفی دراسی مقارنی، ریاض: جامعه الإمام محمد بن مسعود الإسلامی.
- مسجدسرایبی، حمید (۱۳۹۲)، «تحلیل فقهی حقوقی منبای غرر در بیمه»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۳، صص ۱۳۱-۱۴۴.
- مسعودی، علیرضا (۱۳۸۳)، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، تهران: شهر دانش.

- مطهری، مرتضی (۱۳۸۰)، مسئله ربا و بانک به ضمیمه بیمه، تهران: انتشارات صدرا.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۹)، کتاب البیع، بی‌جا: مؤسسه العروج.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۰ق - الف)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۰ق - ب)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، توضیح المسائل، قم: لطفی.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریرات میرزای نائینی، تهران: المکتبه المحمدیه.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۱ق)، توضیح المسائل، قم: مدرسه باقرالعلوم.