



ماهیت فقهی عقد ضمان و ضمانت نامه های بانکی

سید محمدنقی موسوی^۱

چکیده

ضمانت‌نامه‌های بانکی، یکی از اسناد مهم بانکی است که در روان‌سازی معاملات اقتصادی مؤثر است و بخش‌های مختلف اقتصادی را در داخل و خارج به هم پیوند می‌زند. به دلیل مبهم بودن ماهیت شرعی ضمانت‌نامه‌ها و جنجال ماهوی در تحقیقات موجود در رابطه با ضمانت‌نامه‌ها، بر آن شدیم تا در نوشتار حاضر، به رفع این ابهام پردازیم. نوشتار پیش‌رو با بررسی وسیع مبنایی، فقهی و قانونی دریافت که ضمان، عقد لازم به معنای ضم ذمه‌به‌ذمه است به گونه‌ای که با تحقق ضمان، ذمه مضمون‌عنه بری نمی‌گردد؛ بلکه ضامن در کنار مضمون‌عنه به عنوان بدهکار تازه اضافه می‌گردد. با پذیرش این مبنا واضح است که می‌توان پذیرفت ضمانت‌نامه‌های بانکی مصداق عقد ضمان به معنای اشتغال طولی دو ذمه مضمون‌عنه و ضامن به صورت علی‌البدل است که اگر مضمون‌عنه توان پرداخت نداشت، طلبکار از ضامن طلبش را وصول خواهد کرد. با توجه به منطبق قانون مدنی این دیدگاه نه تنها منع قانونی ندارد که مصالح جامعه را به راحتی برآورده ساخته و حل و فصل می‌کند و اشکالات دیدگاه‌های دیگر را نیز به راحتی مرتفع می‌کند. سعی شده است با روش توصیفی و تحلیلی محتوی با استفاده از منابع معتبر کتابخانه‌ای ضمن تبیین مشروح ماهیت شرعی عقود ضمان، کفالت و حواله و و جوه اختلاف و اشتراک آن‌ها با ضمانت‌نامه‌ها و ویژگی‌های آن‌ها این فرضیه اثبات شده است که «ضمانت‌نامه‌های بانکی، ماهیت ضمان ذم ذمه‌به‌ذمه» دارد.

واژگان کلیدی: ضمان، حواله، کفالت، وثیقه، ضمانت‌نامه‌های بانکی.

مقدمه

در دنیای اجتماعی، نیازهای متفاوت، روابط مختلف فرهنگی، سیاسی و اقتصادی را پدید می‌آورد و در دنیای نیازهای متقابل اقتصادی، معاملات مختلفی شکل می‌گیرد. برای اینکه این روابط اقتصادی پایدار و برقرار بماند نیازمند یک فضای امن است که در آن بستانکار برای دریافت طلب خود با احتمال کوتاهی کردن بدهکار در پرداخت بدهی و نیز خطر اعسار وی مواجه نشود. در پاره موارد نیز بدهکار با دست زدن به معاملات واقعی یا صوری و یا به قصد فرار از پرداخت بدهی، اموال خود را از دسترس بستانکاران دور می‌سازد و اقدامات تعقیبی آنان را برای دریافت طلب با ناکامی روبه‌رو می‌کند. بستانکاران غالباً برای دوری از این خطرات وثایقی از بدهکاران می‌گیرند.

افزون بر این، اشخاصی که وثیقه ارائه کنند بهتر می‌توانند وام بگیرند. وثایق بدهی، به وثایق عینی و شخصی تقسیم می‌شود. وثیقه عینی یا رهن، تعیین مالی برای استیفای طلب از محل فروش آن است اما وثیقه شخصی پذیرش تعهد پرداخت از سوی ضامن است. (زنگباری، ۱۳۸۵، ص ۵۶-۵۷).

باید توجه داشت که تضمین شخصی، یک وثیقه کامل نیست؛ زیرا ضامن نیز در معرض اعسار قرار می‌گیرد، به همین دلیل، ماده ۶۹۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «مضمون‌له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند. به هر حال، ضمان را نیز همانند رهن، باید از وثایق بدهی دانست» (همان).

نکته اساسی از دید این مقاله این است که برداشت‌های موجود پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی در تحقیقات دیگر با اشکالاتی همراه است که ناشی از برداشت‌ها در مورد ماهیت آن است، لذا جهت رفع این ایرادات، تلاش شده است که به این سؤال پاسخ داده شود:

آیا ضمانت‌نامه‌های بانکی ماهیت عقدی دارد یا ایقاعی؟

در صورت عقد بودن آیا از خاصیت نقل ذمه‌به‌ذمه برخوردار است یا ضم

ذمه به ذمه؟

جهت یافتن پاسخ برای پرسش‌های یادشده سه محور مبنای فقهی و قانونی ضمان، ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت فقهی و قانونی آن‌ها مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

پیشینه تحقیق

پیشینه ضمان و ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد توجه پژوهشگران قرار گرفت است. به عنوان مثال، مجید غمامی در نوشته‌ای تحت عنوان «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی» می‌نویسد: «به رغم جنبه توثیقی ضمانت‌نامه‌ها باید آن را تعهد ابتدایی و مستقل به شمار آورد، تعهدی که کمترین شباهت را با ضمان دارد» (غمامی، ص ۱۱۳).

مرتضی شهبازی‌نیا در «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی» می‌نویسد: «ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قرارداد غیرمعین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذی‌نفع هستند. در حقوق ایران این قرارداد را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۱).

بهروز اخلاقی در مقاله‌ای با عنوان «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی» بیان می‌کند که «ایقاعات و عقود معین مدنی به‌ویژه عقد ضمان، ظروف و قالب‌های برازنده‌ای برای انواع مختلف ضمانت‌نامه‌های بانکی نیستند» (اخلاقی، ص ۱۸۴). هر عقد یا قراردادی را که نتوان در زمره عقود به‌شمار آورد، در صورتی که مخالف مقررات صریح قوانین نباشد می‌توان در شمار عقود بی‌نام یا قراردادهای خصوصی دانست؛ این معنی می‌تواند در ضمانت‌نامه‌های بانکی مصداق داشته باشد (اخلاقی، ص ۱۸۵).

مقالات دیگری نیز در این زمینه منتشر شده‌اند. تفاوت نوشتار حاضر با دیگر مقالات در این است که اولاً این مقاله، مبنای فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌ها

را بررسی کرده است؛ ثانیاً، مبتنی بر این مبانی هویت واقعی ضمانت‌نامه‌ها را به گونه‌ای مشخص کرده است که مجموع ضمانت‌نامه‌ها را آن‌طور که در بانک‌ها وجود دارد و استفاده می‌گردد، تحت پوشش قرار می‌دهد.

۱. مبانی فقهی و قانونی ضمان

۱-۱. ماهیت ضمان

ضمان از قراردادهای معین و شناخته‌شده فقهی و حقوقی است که جهت بررسی مبانی فقهی آن و نتیجه‌گیری صحیح، به تعریف آن نیازمندیم.

ضمان در لغت، به معنای ذیل به کار رفته است: قبول کردن، پذیرفتن، برعهده گرفتن، ملتزم شدن به اینکه هرگاه کسی به عهده خود وفا نکرد، از عهده خسارت برآید (معین، ۱۳۸۵، ص ۶۵۵).

در اصطلاح فقهی و قانونی، «ضمان تعهد به مال ثابت در ذمه شخصی برای دیگری است که از طرف ضامن احتیاج به ایجاب... و از طرف مضمون‌له احتیاج به قبول دارد و رضایت مضمون‌عنه لازم نیست» (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۲۵).

ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز با تأسی به فقه شیعه اثنا عشری، مقرر می‌دارد که: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طلبکار را مضمون‌له، بدهکار را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند» (هدایتی و همکاران، ۱۳۸۶، ص ۲۵۰؛ زنگباری، همان، ص ۹۸).

نکته اساسی که زمینه وسیع بهره‌گیری از عقد ضمان را در حوزه‌های مختلف اقتصادی فراهم می‌کند این است که از منظر فقهی «مالی که موضوع ضمانت واقع می‌شود می‌تواند عین، منفعت و یا عمل معین باشد» (هدایتی، همان، ص ۲۵۰).

به‌طور کلی دو دیدگاه در مورد ماهیت ضمان بین فقهاء مطرح است:

الف. ایقاع بودن ضمان

برخی از فقها برخلاف نظر مشهور، ضمان را ماهیتاً ایقاع می‌دانند و معتقدند که «در انعقاد ضمان رضای مضمون‌له ضروری نیست» (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۳۱۴) و

آن را نوعی «اثبات حق برای طلبکار» و یا نوعی «وفای دین» دانسته اند که نیاز به رضایت طلبکار ندارد و براین اساس، نظر بر عقد نبودن ضمان داده اند. طرفداران نظریه ایقاع بودن ضمان، گذشته از اخبار و تشبیه ضمان به وفای دین، چنین استدلال می کنند که در اثر ضمان ملک جدیدی برای مضمون له ایجاد نمی شود که نیاز به قبولی او باشد بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار به وجود می آید (اخلاقی، ص ۱۶۳).

ب. عقد بودن ضمان

مشهور فقهاء ضمان را عقد می دانند. به نظر می رسد اختیار نظر مشهور به صواب نزدیک تر باشد و نظریه ایقاع تمام نباشد؛ زیرا شخصیت اصلی که باید به حق خود برسد مضمون له است و این مهم با لازم بودن و عقد بودن ضمان قابل حصول است نه ایقاع و صرف اثبات حق منجر به ادای آن نمی شود. هیچ نیازی نیست که حتماً ملک جدیدی به وجود آید بلکه پذیرش اداکننده دین و اعتبار آن به مضمون له و رضایت او وابسته است. حال با توجه به انتخاب نظر مشهور که ضمان را عقد می دانند، مباحث بیشتری در گستره عقد ضمان قابل طرح است.

۱-۲. شرعیت و لزوم عقد ضمان

با رجوع به منابع فقهی و قانون مدنی درمی یابیم که عقد ضمان، یک عقد شرعی و لازم است و نیاز به ایجاب و قبول دارد.

علامه حلی فرموده است: چون ضمان از عقود لازم است، پس هرچه در عقود لازم دیگر شرط است، طبق ادله شرعی در آن نیز شرط است (مصطفوی، فقه معاملات، ص ۴۳۷).

سید یزدی می فرماید: در آن (ضمان) اموری شرط است (مصطفوی، همان، ص ۴۳۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ص ۳۹۹).

۱. ایجاب از ناحیه ضامن (به هر لفظی و فعلی دال بر ایجاب)

۲. قبول از طرف مضمون له (به هر لفظ یا فعل دال بر رضا)؛ پس ضمان

از عقود است که به ایجاب و قبول احتیاج دارد و ضمان از ناحیه ضامن و مضمون‌له لازم است و فسخ آن جایز نیست (طباطبایی یزدی، همان، ص ۴۱۲). ضمان از طرف ضامن لازم است بعد از وقوع عقد نمی‌تواند مطلقاً فسخ کند و همین‌طور از طرف مضمون‌له، مگر اینکه مضمون‌له نداند که ضامن در حین عقد معسر بوده است که در این صورت حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد (امام خمینی، همان، ص ۲۶).

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز ماده ۷۰۱ به لزوم عقد ضمان اختصاص یافته است «ضمان، عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌تواند آن را فسخ کنند؛ مگر در صورت اعسار ضامن؛ به‌طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است؛ یا در صورت بودن حق فسخ نسبت به دین (مضمون به) و یا در صورت تخلف از مقررات عقدی».

۳-۱. دیدگاه‌های فقهی و قانونی در مورد عقد ضمان

با مراجعه به متون فقهی درمی‌یابیم که در بین فقهای اسلام، در مورد عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. دیدگاه اول، دیدگاه ضم ذمه‌به‌ذمه است؛ به این معنا که با وقوع عقد ضمان، ذمه بدهکار بری نمی‌شود؛ بلکه ضامن نیز به‌عنوان یک بدهکار تازه به بدهکار اصلی ضمیمه می‌گردد. منتهی طلبکار حق ندارد در آن واحد، طلب خود را از هر دو وصول کند؛ بلکه در صورتی که پس از رجوع به مضمون‌عنه نتواند طلب خود را وصول کند می‌تواند از ضامن وصول کند. البته عده دیگر معتقدند طلبکار در آن واحد می‌تواند به هر دو مراجعه کند. دیدگاه دوم؛ دیدگاه نقل ذمه‌به‌ذمه است؛ به این معنی که بر اثر عقد ضمان، بدهی از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل گشته و ذمه بدهکار بری می‌گردد.

الف. نظرات ضم ذمه‌به‌ذمه

نظریه ضم ذمه‌به‌ذمه، عمدتاً به فقهای اهل سنت منتسب است. بنا بر نظر مشهور فقهای اهل سنت و حقوق اروپا ذمه ضامن ضمیمه مدیون اصلی می‌شود

«زنگباری، همان، ص ۵۷ و اباذری فومشی، ۱۳۸۶، ص ۱۳».

مالک می گوید برای طلبکار جایز نیست طلب خود را از ضامن طلب کند، مگر در صورت تعذر از مضمون عنه یا با غیبتش یا با افلاشش یا با جحودش (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۳۱۵). شافعی و باقی فقها گفته اند که مضمون له مخیر است به هر کدام مراجعه کنند و ضمان دین را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل نمی کند (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۳۱۴).

ابن قدامه در مقنع می نویسد: «ضمان، ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه، در التزام حق است و حق در ذمه هردو با هم ثابت می شود و صاحب حق می تواند از هر کدام که بخواهد؛ چه در حال حیات یا در صورت مرگ، مطالبه حق کند و مضمون عنه به صرف ضمان قبل از قبض بری نمی شود؛ بلکه حق، ضمن بقائش در ذمه مضمون عنه، در ذمه ضامن نیز ثابت می شود» (ابن قدامه و شمس الدین ابی الفرج، جزء ۱۳، ص ۵ و ۶ و ۸).

عبارت فوق تصریح می کند این قید وجود ندارد که طلبکار پس از رد مضمون عنه باید به ضامن رجوع کند بلکه می تواند به هریک که مایل باشد مراجعه کند.

دلایل نظریه ضم ذمه به ذمه

صاحبان نظریه ضم ذمه به ذمه بر حقانیت دیدگاه شان، دلایل ذیل را اقامه می کنند.

۱. ضمان، مشتق از ضمم بوده و حرف نون جزء اصلی کلمه نبوده و اضافی است، بنابراین عقد ضمان ضم ذمه به ذمه می باشد (اباذری فومشی، همان، ص ۱۳).
۲. عقود و معاملات، تابع قصود است و اگر عقد ضمان، بتواند مدیون اصلی را بری و ذمه ضامن را مشغول کند؛ بین وضعیت فعلی و قبلی طلبکار فرقی ایجاد نشده است [زیرا تنها کاری که صورت گرفته است این است که فقط بدهی آر مضمون عنه به ضامن منتقل شده است]؛ چون در این حالت نیز طلبکار، همانند حالت قبل از ضمانت، طلب بدون وثیقه دارد و از کجا معلوم که مال دار بودن

ضامن تا استیفای طلب باقی می‌ماند. پس قصد طرفین ضم ذمه‌به‌ذمه است (اباذری فومشی، همان، ص ۱۳ و ۱۴). این استدلال غیرقابل خدشه به نظر می‌رسد؛ ضمن این که ثمره اصلی ضمانت را نیز تثبیت می‌کند.

ب. نظریات نقل ذمه‌به‌ذمه

این دیدگاه عمدتاً به فقهای شیعه تعلق دارد. فقهای امامیه و تعداد کمی از فقهای اولیه اهل سنت معتقدند ضمان عقدی است که موجب نقل ذمه بدهکار به ذمه ضامن می‌گردد. یعنی بر اثر عقد ضمان، ذمه بدهکار بری و ذمه ضامن در مقابل بستانکار مشغول می‌شود. «زنگباری، همان، ص ۵۸». شیخ طوسی می‌فرماید: هرگاه ضمان صحیح واقع شود در این صورت دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مضمون‌له فقط می‌تواند از ضامن طلب کند (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۳۱۴).

صاحب جواهر (ره) می‌فرماید: ضمان، نزد ما [فقهای امامیه] همانطور که اکثراً اظهار کرده‌اند مشتق از ضمن است، زیرا با عقد ضمان مال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود، پس نون اصلی [یعنی جزء کلمه] است (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ مصطفوی، همان، ص ۴۳۶).

جناب علامه فرموده‌اند: ضمان، نزد ما ناقل مال از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است و مضمون‌له فقط از ضامن طلب می‌کند نه از مضمون‌عنه (همان، ص ۱۲۸؛ مصطفوی، همان، ص ۴۴۷).

سید یزدی فرموده است: «وقتی ضمان با تمام شرایط صحت واقع شد، حق از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون‌عنه به اجماع و نصوص تبرئه می‌شود، برخلاف جمهور که ضمان را ضم ذمه‌به‌ذمه می‌داند و ممکن است که به دلیل عمومات، حکم به صحت ضمان به معنای ضم ذمه‌به‌ذمه شود» (طباطبایی یزدی، همان، ص ۴۱۱).

امام خمینی می‌فرماید: «هرگاه ضمان جامع شرائط محقق شود، حق از ذمه

مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می شود و ذمه مضمون عنه بری می شود، پس هرگاه مضمون له ذمه ضامن را ابراء کند هر دو ذمه (ضامن و مضمون عنه) تبرئه می شود، یکی با ضمان و دیگری با ابراء و اگر مضمون عنه را ابراء کند، لغو خواهد بود» (امام خمینی، همان، ص ۲۶).

ماده ۶۹۸ قانون مدنی بیان می دارد: «بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود». بنابراین، فقه شیعه نظریه نقل ذمه به ذمه را پذیرفته است و اصل کلی در عقد ضمان در قانون مدنی این است که با وقوع ضمان، دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می شود (هدایتی، همان، ص ۲۵۱؛ زنگباری، همان، ص ۵۸؛ بهمند و همکاران، همان، ص ۴۲۴).

ضمان به معنای نقل ذمه به ذمه «عین عقدی است که قانون مدنی آلمان علاوه بر عقد ضمان معمول اروپا و در عرض آن پذیرفته و ایجاد کرده است و این عقد را عقد قبول دین می گوید» (اباذری فومشی، همان، ص ۱۴).

دلایل نظریه نقل ذمه به ذمه

طرفداران نظریه نقل ذمه به ذمه، دلایل طرفداران ضم ذمه به ذمه را چنین رد می کنند:

اولاً همانطور که صاحب جواهر فرموده اند: ضمان مشتق از ضمن است دلیل آن وجود نون در تمام تصاریف آن است؛ و نیز سید یزدی (ره) می فرماید: «ضمان مشتق از ضمن است زیرا که ضمان موجب می شود تا ذمه ضامن متضمن مالی شود که از طرف مضمون له بر عهده مضمون عنه آمده است، پس نون در آن اصلی (جزء کلمه) است؛ چنانکه سایر مشتقات ضمان از ماضی و مستقبل نیز بر آن دلالت می کند؛ اما بنا بر دیدگاه اشتقاق از ضم، نون زائده خواهد بود و این دیدگاه واضح الفساد است؛ زیرا با سایر مشتقاتش منافات دارد» (طباطبایی یزدی، همان، ص ۳۹۹).

در مقنع همراه با شرح کبیر و انصاف، نیز ضمن بیان دیدگاه های مختلف اهل

سنت در مورد اشتقاق و مبدأ ضمان، دیدگاه‌های برخی از علمای اهل سنت را می‌آورند که ضمان را مشتق از ضمن می‌دانند؛ از جمله اینکه «در فائق گفته است که اشتقاق ضمان از ضمن، ارجح است و نیز ابن عقیل گفته است که نزد من ثابت است که ضمان مأخوذ از ضمن است؛ پس ذمه ضامن در ضمن ذمه مضمون‌عنه قرار می‌گیرد پس ضمان یک وثیقه زیادی است» (ابن قدامه، همان، ص ۶). گرچه در مورد اشتقاق ضمان علمای اهل سنت اختلاف دارند اما نزد آنها ضمان به معنای ضم ذمه به ذمه است.

ثانیاً، تصور دو اشتغال ذمه در آن واحد محال است پس در مقابل دائن یا باید ذمه ضامن مشغول باشد یا ذمه مدیون اصلی (اباذری فومشی، همان، ص ۱۴).

ج. نظریه برگزیده

در گزینش یکی از دو دیدگاه باید گفت: حقیقت این است که روابط اجتماعی، قراردادی بوده و تابع مصالح جامعه است و با توجه به زمان و مکان، قابل تغییر است؛ و نیز دلایلی که طرفین بر احقاق نظرشان و رد نظر دیگری ارائه می‌کنند از حقانیت شرعی بر خوردار نبوده؛ بلکه یک استدلال صرف است. از طرف دیگر دلیلی ندارد که اشتغال دو ذمه را محال بدانیم؛ بلکه هردو ذمه، به بدهی طلبکار مشغول است و اگر هر کدام از ضامن یا بدهکار، بدهی را ادا کرد، ذمه هردو بری می‌گردد؛ همانطور که اگر طلبکار یکی را ابراء کند؛ هردو بری می‌شود؛ پس بر عهده طرفین است که در حال انعقاد عقد ضمان، نقل ذمه یا ضم ذمه را بپذیرند. بنابراین، پذیرفتن دیدگاه ضم ذمه به ذمه منع شرعی نداشته بلکه همانطور که سید یزدی فرمود مورد تأیید عموماً است و نیز برای رفع موانع اقتصادی و بانکی کارگشایتر است. لذا جهت حل مشکلات، قانون تجارت، ضمان ضم ذمه به ذمه را پذیرفته است. چنانکه ماده ۴۰۲ قانون تجارت بیان می‌دارد: «مضمون‌له وقتی حق دارد از ضامن مطالبه نماید که به دوا به مدیون اصلی رجوع کند و در صورت عدم وصول طلب به ضامن رجوع کند».

البته ماده ۴۰۳، ضمان ضم ذمه به ذمه را به صورت تضامنی پذیرفته است «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید» (بهمند، همان، ص ۴۲۶؛ هدایتی، همان، ص ۲۵۱؛ زنگباری، همان، ص ۵۸).

برات دهنده و کسی که برات را قبول کرده است و ظهرنویسها در مقابل دارنده برات مسؤولیت تضامنی دارند، چنانکه مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ نیز مؤید پذیرش مسؤولیت تضامنی پشت نویسان است (بهمند، همان، ص ۴۲۶؛ هدایتی، همان، ص ۲۵۱).

در ضمان تضامنی بستانکار می تواند به ضامن و بدهکار هردو با هم رجوع کند. امروزه بانکها، ضمان تضامنی را به ضامن در قرارداد ضمان تحمیل می کنند (زنگباری، همان، ص ۵۸).

۴-۱. رابطه ضمان با عقود دیگر

آنچه که رابطه همپوشانی و افتراق عقد ضمان را با عقود دیگر مشخص می کند، درک مفاهیم و وسعت دامنه این عقود است که برای رسیدن به این هدف، به رجوع به تعاریف این عقود نیازمندیم.

در این رابطه، سید یزدی می فرماید: برای ضمان دو اطلاق (استعمال) وجود دارد؛ ضمان، در معنی عام به معنای تعهد به مال یا نفس می شود که ضمان در این معنا، شامل حواله و کفالت نیز می گردد و دیگری اطلاق به معنای اخص که فقط تعهد به مال است و شامل کفالت نمی گردد و مقصود از بحث ضمان در کتاب ضمان، ضمان به معنای دومی است (مصطفوی، همان، ص ۴۳۶؛ طباطبایی یزدی، همان، ۳۹۹).

صاحب جواهر، در بیان رابطه ضمان با حواله و کفالت، ضمن تبیین معنی اعم و اخص برای ضمان، می فرماید: «ضمان به معنای تعهد بالنفس، کفالت و تعهد به مال از ناحیه کسی که بر عهده او مالی نیست، ضمان به معنای اخص و تعهد به

مال از ناحیه کسی که بر عهده او مال باشد حواله است» (نجفی، همان، ص ۱۱۳).

الف. رابطه ضمان با حواله

حواله در لغت به معنای سپردن، چیزی که به عهده دیگری محول شود و پول یا جنسی که به موجب نوشته‌ای به شخصی واگذار شود تا از دیگری دریافت دارد (معین، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۷۷).

امام خمینی در تعریف حواله از منظر فقهی می‌فرماید: «حقیقت حواله تحویل ما فی ذمه مدیون به ذمه غیر اوست که قوام آن به سه شخص است؛ محیل یعنی مدیون، محتال یعنی دائن و محال علیه یعنی کسی که بدهی بر عهده او حواله می‌شود و حواله عقدی است که به ایجاب از ناحیه محیل و قبول از ناحیه محتال دارد و محال علیه طرف عقد نیست؛ هر چند به قبول او قائل شدیم» (امام خمینی، همان، ص ۳۱).

صاحب عروه نیز ضمن ابراز این عبارت که حواله نزد علما، تحویل مال از ذمه‌ای به ذمه‌ای دیگر است، اولویت دو تعریف زیر را برای حواله بیان می‌کند (طباطبایی یزدی، همان، ص ۴۵۱):

الف - احواله المدیون دائنه الی غیره. (بدهکار طلبکارش را به غیرش حواله دهد).

ب - احواله المدیون دینه من ذمه الی ذمه غیره. (مدیون بدهی‌اش را از ذمه‌اش به ذمه دیگری حواله کند).

در مقنع نیز آمده است که «حواله به اجماع و سنت ثابت است و اهل علم بر جواز حواله اجماع کرده‌اند و اشتقاق حواله از تحویل حق از ذمه‌ای به ذمه دیگری است» (ابن قدامه، همان، ص ۸۹)

تعریف حواله در ماده ۷۲۴ قانون مدنی آمده است «حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال و شخص ثالث را محال علیه گویند.»

پس به‌طور کلی حواله به معنای انتقال بدهی از عهده بدهکار به عهده شخص

سوم است بنابراین، هرگاه حواله محقق شد ذمه محیل بری می شود ولو محتال بری نکند.

همانطور که از تعاریف عقود ضمان و حواله بر می آید می توان وجه اشتراک دو عقد را در انتقال بار تعهد مدیون بر دوش دیگری (ضامن در ضمان و محال علیه در حواله) جستجو کرد؛ و به نظر می رسد که فرق عمده آن دو این است که در ضمان، بنابر دیدگاه نقل ذمه به ذمه، بر اثر عقد ضمان، ضامن (ایجاب کننده) ذمه خود را مشغول و ذمه مضمون عنه را تبرئه می کند و بنا بر دیدگاه ضم ذمه به ذمه، ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می شود ولی در عقد حواله، محیل (ایجاب کننده) ذمه محال علیه را مشغول و ذمه خود را (پس از قبول محال علیه) بری می کند.

ب. رابطه عقد ضمان با کفالت

کفالت در لغت ضامن کسی شدن، کفیل شدن، ضمانت و عهده دار اجرای امری به عوض کسی گردیدن می باشد (معین، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۳۰۰).

امام خمینی در تعریف اصطلاحی کفالت از دیدگاه فقه می فرماید: «عقد کفالت این است که انسان احضار فردی را برای شخصی تعهد کند که بر عهده آن فرد برای آن شخص حقی است و عقدی است که بین کفیل و مکفول له که صاحب حق است واقع می شود و ایجاب از طرف اولی و قبول از ناحیه دوم صورت می گیرد» (امام خمینی، همان، ص ۳۴).

ماده ۷۳۴ قانون مدنی مقرر می دارد که: «کفالت عقدی است که به موجب آن احد الطرفین در مقابل دیگری احضار شخص ثالثی را (مدیون) تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند».

در کفالت نیز شخص ثالث، مدیون را در برابر طلبکار، ضمانت می نماید. مهم ترین فرق در این است که در کفالت، موضوع ضمانت دین مدیون نیست بلکه تعهد او احضار نفس مکفول است و دین همچنان بر عهده مکفول باقی

می‌ماند. هرچند در صورت عدم احضار مکفول باید دینش را بپردازد، به همین دلیل، طرفین می‌توانند مال دیگری را غیر از دین مکفول، وجه التزام معین نمایند (اباذری فومشی، همان، ص ۱۳۲).

۱-۵. شرایط عقد ضمان

الف. شرایط صحت عقد ضمان

فقها برای صحت ضمان اموری را شرط می‌دانند که عبارتند از:

تنجیز

قرارداد ضمان نمی‌تواند معلق به شرطی باشد، پس اگر بگوید: «اگر مدیون تا فلان مدت یا اصلاً بدهی خود را نپردازد، من ضامن هستم»، این ضمانت باطل است. (امام خمینی، همان، ص ۲۵)

ثبوت دین

بدهی که در قرارداد ضمان، ضمانت می‌شود باید قبل از قرارداد ضمان، بر عهده مضمون‌عنه ثابت باشد. چه مستقر باشد مثل قرض و عوضین در بیع بدون خیار یا متزلزل باشد مثل عوضین در بیع خیار. پس اگر ضامن بگوید «به فلانی قرض بده یا نسیه بفروش من ضامن هستم»، صحیح نیست. (امام خمینی، همان، ص ۲۵)

تعیین مضمون‌له و مضمون‌عنه

باید دین، مضمون‌له و مضمون‌عنه مشخص باشند؛ یعنی ابهام و تردید نداشته باشند، پس ضمانت یکی از دو دین و لو برای شخص معین صحیح نیست. (امام خمینی، همان، ص ۲۶)

ایجاب و قبول

ایجاب از ناحیه ضامن و قبول از ناحیه مضمون‌له. (امام خمینی، همان، ص ۲۶)

۱-۶. آثار عقد ضمان

عقد ضمان دارای آثار خاصی است که در فقه و قانون مدنی نیز آمده است:

۱. مهم‌ترین اثر عقد ضمان این است که ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به

مضمون له مشغول می شود و دین از مضمون عنه به عهده ضامن منتقل می شود (امام خمینی، همان، ص ۲۶). البته این اثر و برخی دیگر از آثار بر ضمان به معنای نقل ذمه به ذمه منطبق است ولی در ضمان ذمه به ذمه و تضامنی ذمه مضمون عنه به عنوان بدهکار جدید ضمیمه می شود که این قوی تر به نظر می رسد.

۲. عقد ضمان عقد لازم است و ضامن یا مضمون له نمی تواند آن را فسخ کند مگر در موارد خاص (امام خمینی، همان).

۳. هر گاه مضمون له ضامن را ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هردو بری می شود؛ یکی به ابراء و دیگری به ضمان و اگر ذمه مضمون عنه را ابرا کند لغو است (امام خمینی، همان).

۴. ضامن فقط بعد از اداء دین حق رجوع به مضمون عنه را دارد نه به صرف عقد (امام خمینی، همان).

۵. رهنی که از ناحیه مضمون عنه بابت دین نزد مضمون له است، با ضمانت آزاد می شود چه ضامن آزادی آن را شرط کند یا شرط نکند (امام خمینی، همان).

۲. ضمانت نامه های بانکی

یکی از وظایف مهم بانکها صدور ضمانت نامه بانکی برای مشتریان، جهت تسهیل امور اقتصادی و بازرگانی در صحنه داخلی و خارجی می باشد. طبق تعریف «ضمانت نامه بانکی، گونه ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری متعهد از انجام تعهداتش، طرف دیگر را پشتیبانی می کند» (صیادی نیک، بهرام خیبری، ۱۳۸۹، ص ۳).

ضمانت نامه، قراردادی یا سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذی نفع (مضمون له) تعهد می کند بدون هیچ گونه قید و شرطی عندالمطالبه یا در سررسید معین، مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون عنه است، به ذی نفع یا به حواله کرد

او پرداخت نماید (اخلاقی، همان، ص ۱۵۶)

بانک‌ها می‌توانند در هر مورد که منع قانونی نداشته باشند، نسبت به صدور ضمانت‌نامه اقدام کنند البته بانکها در قبال دریافت وثایق ذمه‌ای (سفته و برات) یا وثایق عینی (کالا، مستغلات، اوراق بهادار و غیره) ضامن مشتریان خود می‌شود که اگر مشتری (مضمون‌عنه یا مدیون اصلی) طبق تعهدات و شرایط مندرج در قرارداد ایفای تعهد نکرد معادل وجه‌الضمان ذکر شده در ضمانت‌نامه، بدون نیاز به اقامه دلیل و اثبات مدعا به محض اولین مطالبه کتبی یا درخواست ذی‌نفع (مضمون‌له) بپردازد، حتی بانک نمی‌تواند پرداخت وجه را موکول به پرداخت مدیون اصلی کند (بهمن‌د، همان، ص ۲۶؛ هدایتی، همان، ص ۲۵۱).

به طور کلی ضمانت‌نامه‌ها بنا به درخواست اشخاص حقیقی یا حقوقی به‌صورت غیرقابل انتقال و به هدف تخصیص منابع و کسب سود و ایجاد فضای امن و تسهیل امور اقتصادی صادر می‌شود.

۲-۱. انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی

مهم‌ترین ضمانت‌نامه‌هایی را که بانک‌ها صادر می‌نمایند عبارتند از:

الف. ضمانت‌نامه جهت شرکت در مناقصه و مزایده

مؤسسه‌های حقوقی اعم از دولتی و خصوصی، جهت اجرای طرح‌ها و خرید لوازم و اموال خود با کمترین هزینه و فروش لوازم و اموال مازاد بر احتیاج خود با بیشترین قیمت از طریق داوطلبان شرکت در مناقصه یا مزایده انجام می‌دهند. به‌منظور جلوگیری از انصراف داوطلبان در قبول مناقصه یا مزایده از آنان ضمانت‌نامه بانکی مطالبه می‌کنند. پس از اعلام اسامی برندگان فقط ضمانت‌نامه صادره به نام شخص برنده مورد استفاده قرار می‌گیرد و بقیه ضمانت‌نامه‌ها ابطال می‌شود.

ب. ضمانت‌نامه حسن انجام کار

این ضمانت‌نامه‌ها برای تضمین انجام صحیح و به‌موقع تعهدات پیمان‌کار (ضمانت خواه) در مقابل کارفرما (ذی‌نفع) طبق مفاد قرارداد منعقد شده بین آن‌ها از

طرف بانک صادر می شود.

ج. ضمانت نامه پیش پرداخت

معمولاً پس از امضای قرارداد اصلی بین کارفرما و پیمان کار (برنده مناقصه) مبلغی به عنوان پیش پرداخت برای شروع کار از سوی کارفرما به پیمان کار داده می شود و در مقابل ضمانت نامه بانکی معادل وجه پرداخت شده از مجری طرح مطالبه می شود.

د. ضمانت نامه حسن انجام تعهد

این نوع ضمانت نامه به درخواست متقاضی (پیمان کار) و به نفع کارفرما برای تضمین انجام صحیح و به موقع تعهدات مضمون عه (پیمان کار) در مقابل مضمون له (کارفرما) جهت انعقاد قرارداد صادر می گردد؛ و مبلغ آن در حال حاضر ۲۵٪ مبلغ پیمان است.

ه. ضمانت نامه ترخیص کالا از گمرک

صاحبان کالاهای وارداتی برای ترخیص کالای خود در صورتی که نتوانند حقوق گمرکی مربوطه را نقداً بپردازند و یا در تعیین میزان آن بین صاحب کالا و مقامات گمرکی اختلاف نظر باشد و تا زمان حل اختلاف در مراجع قضایی و گمرکی، صاحب کالا به منظور جلوگیری از متروکه شدن آن و یا رفع نیازهای جامعه و فروش سریع کالا به منظور ترخیص آن از گمرک مبادرت به تهیه ضمانت نامه بانکی به مبلغ مورد ادعای گمرک خواهد نمود تا پس از تسویه بدهی نسبت به ابطال ضمانت نامه اقدام کند. (زنگباری، همان، ص ۱۰۰؛ بهمند، همان، ص ۴۲۸؛ هدایتی، همان، ص ۲۵۱).

و. ضمانت نامه تعهد پرداخت

این نوع ضمانت نامه ها به منظور پرداخت دیونی در سررسید معین از طرف بانکها صادر می گردد؛ مثلاً بانکها می توانند پرداخت وجوه برائات یا سفته ها یا پرداخت مالیات ها را تضمین کنند (زنگباری، همان؛ بهمند، همان، ص ۴۲۹).

۲-۲. تضمین ضمانت‌نامه‌های بانکی (ضمانت‌نامه متقابل یا ضمانت‌نامه در قبال ضمانت‌نامه‌های بانک‌های خارجی)

گاه تعهد بانک صادرکننده ضمانت‌نامه به نوبه خود از یک تضمین دیگر بر خوردار می‌گردد. تضمین ضمانت‌نامه که گاه از آن به ضمانت‌نامه متقابل تعبیر می‌شود در قراردادهای بین‌المللی به کار گرفته شده است. در صورتی که یک شخص خارجی (اعم از حقیقی یا حقوقی) یا نماینده وی در ایران بخواهد تعهداتی را طی قراردادی به عهده بگیرد، طرف ایرانی از وی انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد نیاز را مطالبه خواهد کرد، بنابراین، بانک ایرانی در صورتی برای یک پیمان‌کار خارجی ضمانت‌نامه صادر می‌کند که یک بانک خارجی معتبر و شناخته شده که با بانک ایرانی در ارتباط است ضمانت‌نامه‌ای با ارزش خارجی به نفع بانک ایرانی صادر کند (زنگباری، همان، ص ۱۰۲؛ کاشانی، ۱۳۷۷، ص ۵۴).

الف. ضمانت‌نامه‌های ارزی در قبال برآوات وصولی اسنادی

فروشنده‌گان خارجی که اجناس خود را به صورت نسیه یا اقساطی از طریق برآوات وصولی به فروش می‌رسانند، برای حصول اطمینان از وصول به موقع اسناد و پرداخت وجه برآواتی که توسط خریدار مورد قبول واقع شده، از خریدار مطالبه ضمانت‌نامه بانکی می‌نمایند (همان، ص ۶۹).

ب. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان

در اجرای پروژه‌ها، معمولاً به استناد قرارداد اصلی، کارفرما مکلف است به تناسب پیشرفت کار و براساس صورت وضعیت ارائه شده در مقاطع مشخص که در واقع اقلام هزینه‌های انجام شده است، وجوهی را به پیمان‌کار پرداخت کند و نیز کارفرما در هر مرحله پرداخت درصد مشخصی از آن را به منظور اطمینان از حسن اجرای تعهدات کسر و نگهداری می‌کند تا در صورت تحویل قطعی و نبود نواقص آن را به پیمان‌کار مسترد کند.

پس از این که کار پروژه به پایان رسید و طرح به طور موقت تحویل کارفرما

شد، ممکن است کارفرما علاوه بر مطالبه ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، از پیمان‌کار یک فقره ضمانت‌نامه استرداد کسورات انجام شده را مطالبه کند تا بتواند وجوه انباشته شده از محل کسوراتی که در هر مرحله پرداخت، نگهداری کرده است به پیمان‌کار پرداخت کند. این گونه ضمانت‌نامه‌ها را ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان می‌گویند.

ج. ضمانت‌نامه‌های متفرقه

علاوه بر ضمانت‌نامه‌های فوق انواع دیگری ضمانت‌نامه برای مقاصد مختلف وجود دارند؛ مانند ضمانت‌نامه تعهد خدمت، ضمانت‌نامه متهمین در مقابل دادگاه‌ها و یا ضمانت‌نامه مشمولین خدمت وظیفه برای خروج از کشور (زنگباری، همان، ص ۱۰۰؛ بهمند، همان، ص ۴۲۹).

۲-۳. ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی

الف. شرایط صحت ضمانت‌نامه بانکی

در ضمانت‌نامه بانکی علاوه بر شرایط مقرر قانونی، موضوع ضمانت‌نامه، نام مضمون‌له و مضمون‌عنه، مدت اعتبار ضمانت‌نامه و مبلغ ضمانت‌نامه باید صریحاً قید شود (بهمند، همان، ص ۴۳۳).

ب. کاهش مبلغ ضمانت‌نامه

در صورتی که مضمون‌له تمایل به کاهش مبلغ ضمانت‌نامه صادرشده را داشته باشد مورد تقاضا را کتبی از ضامن (بانک) درخواست می‌کند و بانک نسبت به صدور اسناد تقلیل اقدام می‌کند و مراتب را به ذی‌نفع (مضمون‌له) و همچنین ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) اطلاع می‌دهد (همان).

ج. حد مجاز بانک برای صدور ضمانت‌نامه

جمع تعهدات هر یک از مشتریان بانک ناشی از ظهرنویسی و صدور ضمانت‌نامه‌های صادره نباید از ۲۵٪ مجموع سرمایه و اندوخته‌های بانک تجاوز کند مشروط بر اینکه جمع تعهدات هر مشتری از ضمانت‌نامه و ظهرنویسی و وام

و اعتبار از ۳۰٪ مجموع سرمایه و اندوخته‌های بانک تجاوز نکند (همان).

د. پرداخت وجه‌الضمان

چنانچه ذی‌نفع در موعد مقرر با اظهارنامه کتبی مبنی بر عدم انجام تعهد مضمون‌عنه وجه‌الضمان را مطالبه کند بانک با دریافت عین ضمانت‌نامه مبلغ ضمانت‌نامه را از محل سپرده ضمانت‌نامه‌ها (در مورد وثایق نقدی) و از حساب بدهکاران (در مورد وثایق غیر نقدی) پرداخت می‌کند (همان).

ه. استقلال ضمانت‌نامه بانکی

ضمانت‌نامه بانکی دارای استقلال است و تعهد بانک ارتباطی به قرارداد پایه که ضمانت‌نامه در زمینه تعهدات ناشی از آن صادر شده است ندارد و تعهد بانک یک ضمان مستقل است در نتیجه بانک نمی‌تواند به ایراداتی که بدهکار اصلی می‌توانسته است در برابر بستانکار به آن‌ها استناد کند. از جهت مبلغ نیز ضمانت‌نامه بانکی تابع سقف دین اصلی نیست و از این جهت با مقررات ضمان عقدی یکسان نیست.

همچنین بانک صادرکننده ضمانت‌نامه نمی‌تواند به استناد اینکه میزان تعهد پیمان‌کار کمتر است و یا چون بخشی از آن انجام شده است، درخواست کاهش یافتن میزان و مبلغ ضمانت‌نامه را بکنند و اصولاً ضمانت‌نامه بانکی به دلیل استقلال آن از قرارداد پایه، بانک را موظف به تعهدی بالاتر از حدود و ماهیت تعهد مورد تضمین می‌کند (کاشانی، همان، ص ۵۴؛ زنگباری، همان، ص ۱۰۱).

ز. سررسید ضمانت‌نامه‌های بانکی

ضمانت‌نامه‌های بانکی برای مدت معین صادر می‌شود که خاتمه مدت، سررسید ضمانت‌نامه محسوب می‌شود، اگر در سررسید، تقاضای تمدید به عمل نیاید و یا درخواست پرداخت وجه آن نشود، تعهدات بانک ساقط شده و ضمانت‌نامه باطل می‌گردد.

اگر ضمانت‌نامه عندالمطالبه باشد تا قبل از سررسید، مضمون‌له می‌تواند

تقاضای پرداخت وجه آن را بنماید و در این صورت بانک مکلف به پرداخت است، لکن اگر شرط پرداخت عندالمطالبه نشده باشد وجه ضمانت نامه توسط بانک در سررسید پرداخت خواهد شد مشروط بر اینکه قبل از آن مطالبه صورت گرفته باشد (موسویان، جزوه فقه معاملات بانکی، ص ۶۹).

۲-۴. ابطال ضمانت نامه های بانکی

ابطال ضمانت نامه در حالت های ذیل به عمل می آید:

۱. انقضاء سررسید ضمانت نامه و عدم درخواست تمدید آن توسط مضمون له.
۲. ارائه لاشه ضمانت نامه به انضمام نامه کتبی مضمون له مبنی بر ابطال.
۳. پس از ابطال، موضوع کتباً به اطلاع طرفین ضمانت نامه رسیده و سپرده نقدی و وثایق آن به مشتری مسترد می گردد (هدایتی، همان، ۲۶۰).

۲-۵. تمدید ضمانت نامه بانکی

با سپری شدن مدت ضمانت نامه، اعتبار آن و تعهد بانک نیز از بین می رود. در صورتی که در روزهای پایانی عملیات مبنای ضمانت نامه حل و فصل نشده باشد و ذی نفع تمایل به دادن مهلت بیشتری به طرف قرارداد یا متعهد داشته باشد در این صورت ذی نفع از بانک درخواست تمدید کند و یا آنکه طرف قرارداد به منظور جلوگیری از درخواست پرداخت، موافقت بانک را با تمدید مهلت به دست آورد یا در پاره های موارد، ذی نفع از طریق یک فرمول به بانک اختیار می دهد که یا تمدید کند یا وجه آن را پرداخت کند (زنگباری، همان، ص ۱۰۲).

۲-۶. تضمین ضمانت نامه های بانکی

بانک ها برای جلوگیری از خطرات احتمالی صدور ضمانت نامه های بانکی و وصول وجه آن از مضمون عنه (در صورت پرداخت وجه به مضمون له) از مضمون عنه وثایق و تضمینات کافی اخذ می نمایند.

۳. ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت نامه های بانکی

به تبع دیدگاه های فقهی و حقوقی در مورد ماهیت ضمان، بحث در تعیین

ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز در دو مرحله قابل طرح است. در مرحله اول این بحث مطرح است که اصلاً ضمانت‌نامه‌های بانکی ماهیت عقدی دارند یا ایقاعی؟ دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد: دیدگاه اول «تعهد بانک را ماهیتاً تعهد یک طرفه یا ایقاع می‌داند و معتقد است که الزام‌آور بودن تعهد مذکور صرفاً از اعلام بانک مبنی بر متعهد کردن خود در مقابل ذی‌نفع نشأت می‌گیرد» (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۲)؛ یعنی «در صدور ضمانت‌نامه، بانک ضامن به صورت یک‌جانبه در مقابل مضمون‌له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را از بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت‌نامه رضای مضمون‌له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی او را ملتزم می‌سازد». (اخلاقی همان، ص ۱۶۳).

به‌علاوه «میان نوشته‌های حقوقی کشور بلژیک دیدگاه غالب است و رویه قضایی این کشور نیز آن را تأیید کرده است و برخی نویسندگان حقوقی در هلند نیز از آن حمایت کرده است». (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۳).

مبنای نظریه طرفداران ایقاعی بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی دیدگاه برخی از فقها است که برخلاف قول مشهور در انعقاد ضمان رضای مضمون‌له را لازم نمی‌دانند و ضمان را همانند پرداخت بدهی دیگری به حساب می‌آورند که نیاز به رضایت ندارد و از این رو ضمان را ایقاع دانسته‌اند. (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۴؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۴۹) و نیز نحوه صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی و آثار ناشی از آن در ارتباط با ضامن، مضمون‌عنه و مضمون‌له که تا حدودی با این نظر همراهی می‌کند منجر به ابراز این دیدگاه شده است.

دیدگاه دیگر، ضمانت‌نامه‌ها را عقد و قرارداد می‌داند. برخی معتقد است که «ضمانت‌نامه‌های بانکی ماهیت قراردادی دارند صدور آنها به تقاضای متعهد اصلی یا مضمون‌عنه و بر مبنای قراردادی است که میان او و بانک منعقد می‌گردد». (غمامی، همان، ص ۱۲۸).

بخشی دیگر از دکت‌ترین بین‌المللی، تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه را تعهد

ناشی از قرارداد اجماعی می‌داند که با ایجاب و قبول محقق می‌شود. مطابق این دیدگاه صدور ضمانت‌نامه صرفاً به منزله ایجاب از ناحیه بانک است که برای الزام‌آور شدن باید قبول ذی‌نفع نیز بدان ملحق شود. رویه قضایی و دکترین آلمان، معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت‌نامه است. رویه قضایی فرانسه نیز دیدگاه قراردادی را پذیرفته است. در حقوق انگلیس هم تعهد بانک یک تعهد ناشی از ایجاب و قبول به حساب می‌آید. (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۳) پس از پذیرش ماهیت عقدی برای ضمانت‌نامه‌های بانکی توسط اکثریت، در بین آنان، در تعیین نوع عقد اختلاف ایجاد شده است. «برخی آن را مصداق «ضمان عقدی» موجود در قانون مدنی، پاره‌ای «قرارداد مستقل» و گروهی آن را «تعهد به نفع شخص ثالث» و یا یک «تعهد تبعی» معرفی می‌کنند». (اخلاقی، همان، ص ۱۶۲).

طرفداران نظریه ضمان عقدی چنین استدلال می‌کنند که «ضمانت‌نامه اعم از بانکی و غیر بانکی سندی است حاکی از قرارداد ضمان؛ به این معنی که این سند معرف و دلیل وجود قراردادی است که قبلاً منعقد شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانت‌نامه صدور یافته است. این نظر بسیاری از مشکلات نظری و عملی وارد بر نظریه ایقاع بودن ضمانت‌نامه‌ها را رفع می‌کند و ضمانت‌نامه‌های بانکی را بدون توجه به انواع آنها مشمول آثار واحکام ضمان عقدی مذکور در قانون مدنی می‌سازد. از این تحلیل چنین بر می‌آید که اوصاف عقد ضمان علی القاعده باید شامل ضمانت‌نامه‌های بانکی شود». (اخلاقی، همان، ص ۱۶۵).

اما مخالفین، این دیدگاه را نپسندیده و چنین رد می‌کنند. «شبهات این قرارداد با ضمان عقدی باعث شده است که برخی دادگاه‌ها آن را تابع قواعد ضمان بدانند لیکن باید دانست که این تشبیه چندان دقیق نیست از دیدگاه غالب حقوق‌دانان ضمانت‌نامه بانکی را نباید با ضمان عقدی مقایسه کرد؛ زیرا در اکثر موارد ضمانت از دینی است که سبب آن به وجود نیامده است». (غمامی، همان، ص ۱۲۸)

سید عباس موسویان در این مورد می‌نویسد: عقد ضمان تعریف و شرایطی دارد که در غالب موارد بر ضمانت‌نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند. مقایسه قرارداد ضمان

که در فقه و حقوق مدنی مطرح است با ضمانت‌نامه‌های بانکی نشان می‌دهد که ضمانت‌نامه‌های بانکی از جهت اهداف، ماهیت، شرایط و احکام، تفاوت‌های اساسی با قرارداد ضمان دارند. در ضمانت‌نامه‌های بانکی، هدف انتقال بدهی نیست بلکه هدف فراهم کردن فضای امنیت و اطمینان است. به همین جهت بایستی قبل از به وجود آمدن بدهی و ثبوت آن، محقق شود و به همین جهت ناظر به فرض تخلف مدیون اصلی است و قبل از احراز تخلف حق مراجعه به ضامن وجود ندارد. به این جهت می‌توان گفت، ضمانت‌نامه‌های بانکی، تعهد و قراردادهای مستقل و مستحدثی هستند که به مقتضای نیاز جامعه به وجود آمده‌اند، در نتیجه اگر شرایط عمومی معاملات، چون نفی اکل مال به باطل، نفی غرر، نفی ضرر و نفی ربا در آنها رعایت شود، مشمول ادله صحت چون آیه شریفه «اوفوا بالعقود» خواهند بود. «موسویان، همان»

به نظر می‌رسد که هیچ‌کدام از این دیدگاه‌ها نمی‌توانند حقیقت و عملکرد ضمانت‌نامه‌ها را توضیح دهد و بدین دلیل ناکارآمد است. همانطور که قانون مدنی ضمانت‌نامه‌ها را به صورت تضامنی پذیرفته است، نه تنها پذیرفتن ضمانت‌نامه به‌دوم به معنای اشتغال طولی (اشتغال علی‌البدل یا ترتبی) منع شرعی و قانونی ندارد که سبب رفع بسیاری از مشکلات می‌شود و در این صورت دیگر نیازی به توجیهات صعب نیست بخصوص که ادله طرفین دعوا هیچ مبنای شرعی ندارد؛ می‌توان ضمانت‌نامه‌ها را مصداق عقد ضمان به صورت تضامنی اعلام کرد. در این صورت مشکلات سایر دیدگاه‌ها وارد نخواهد بود و ضمانت‌نامه‌ها عملکرد و کارایی خود را بدون محدودیت حفظ خواهد کرد.

جمع بندی و نتیجه گیری

این مقاله در بحث ضمانت نامه های بانکی یک روند مبنایی را درپیش گرفت و ضمن بررسی گسترده به نتایج زیر دست یافت:

۱. در سطح ایران و جهان در تعیین ماهیت ضمان در حوزه فقهی و حقوقی دو نظریه مهم مطرح است. یک نظریه معتقد است که ضمان، ملک جدیدی برای مضمون له ایجاد نمی کند و در حکم وثیقه است؛ لذا رضایت مضمون له را شرعی نمی دانند. با این استدلال، ضمان را ایقاع می دانند؛ اما مشهور فقها و حقوق دانان، ضمان را عقد می دانند. این مقاله با مشهور همراه بوده و معتقد است که الزام آور بود ضمان به عقد بودن آن است که با ایجاب از ناحیه ضامن و قبول از ناحیه مضمون له حاصل می گردد؛ در غیر این صورت نقش خود را ایفا نخواهد کرد.
۲. طرفداران عقد ضمان، متحد نمانده اند؛ عده ای آن را نقل ذمه به ذمه می دانند؛ به این معنی که در صورت صحت ضمان، ذمه مضمون عنه بری می گردد. عده دیگر ضمان را ضم ذمه به ذمه دانسته اند؛ به این معنی که ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در بدهکاری ملحق می گردد. این مقاله با توجه به این که دلایل هردو گروه حقانیت شرعی ندارد و دلایل ضم ذمه به ذمه قویتر به نظر می رسد و به گفته سید یزدی عمومات، هم صحت آن را تأیید می کند و نیز این دیدگاه به خوبی می تواند ضمانت نامه ها را توضیح داده و گره از مشکلات اقتصادی در فضای داخلی و بین المللی بر آورد، نظریه ضم ذمه به ذمه را می پذیرد.
۳. به تبع مبانی مختلف فقهی و حقوقی در مورد ضمان، محققین در مورد ماهیت ضمانت نامه ها نیز اختلاف کرده اند. دیدگاهی که رضای مضمون له را در انعقاد ضمان، شرط ندانسته و الزام را از متعهد کردن یک طرفه بانک می داند، ضمانت نامه ها را ایقاع می داند. دیدگاه دیگر ضمانت نامه ها را مصداق عقد می داند و برای الزام آور شدن ایجاب از ناحیه بانک و قبول از ناحیه ذی نفع را ضروری می داند. طرفداران این نظریه دیدگاه های مختلفی دارند؛

برخی ضمانت‌نامه‌ها را مصداق ضمان عقدی می‌دانند و استدلال می‌کند که ضمانت‌نامه‌ها، معرف قراردادی است که قبلاً منعقد شده است و پیرو آن ضمانت‌نامه صادر می‌شود. دسته‌ای، ضمانت‌نامه‌ها را قرارداد مستقل و مستحدث می‌داند و چنین استدلال می‌کند که ضمان فقهی و حقوقی با ضمانت‌نامه‌های بانکی از جهت اهداف، ماهیت، شرایط و احکام تفاوت‌های اساسی دارد. گروهی آن را تعهد به نفع شخص ثالث و یا یک تعهد تبعی می‌داند. مستحق‌تر به نظر می‌رسد که تعریف، شرایط و احکام ضمان به معنای نقل ذمه‌به‌ذمه، بر ضمانت‌نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند؛ در نتیجه ضمانت‌نامه‌های بانکی ضمان شرعی به معنای نقل ذمه‌به‌ذمه نیست.

از طرفی اگر ضمان را ضم ذمه‌به‌ذمه به معنای اشتغال هردو ذمه به طور هم زمان بدانیم به این معنی که اگر هر دو پرداخت کرد ذمه‌شان بری می‌شود این امر نیز بعید به نظر می‌رسد و یر ضمانت‌نامه‌ها صدق نمی‌کند.

اما اگر ضمان را ضم ذمه‌به‌ذمه به معنای اشتغال طولی بدانیم؛ به این معنی که هر کدام بدهی را بپردازد، ذمه هردو بری می‌گردد، بر ضمانت‌نامه‌های بانکی صدق می‌کند. عملاً در بانکها نیز این وضعیت جریان دارد؛ در این صورت ضمانت‌نامه‌ها می‌تواند بدون محدودیت کارایی خود را نشان دهد.

۴. البته باید توجه داشت که بعضی از ضمانت‌نامه‌های بانکی تحت کفالت می‌گنجد مانند ضمانت‌نامه‌های محکومین در دادگاه.

منابع

عربی

۱. الامام الخمينی، السيد روح الله، تحرير الوسیله، الجزء الثاني، سفارة الجمهوریة الاسلامیة الایرانیة، بیروت لبنان، ۱۴۰۷.
۲. شیخ الطایفه، الامام محمد ابن الحسن الطوسی، ابی جعفر، الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین به قم، الطبعة الثالثة، ۱۴۲۲.
۳. شیخ الفقهاء و امام المحققین الشیخ محمد حسن النجفی، جواهر الکلام، الجزء السادس و العشرون (ج ۲۶)، تهران، دارالکتب الاسلامیه، الطبعة السادسة ۱۳۹۴.
۴. طباطبایی یزدی، السيد محمد کاظم، العروة الوثقی، کتاب الضمان، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین به قم المشرقه، ۱۴۲۸.
۵. موفق الدین ابی محمد، عبدالله بن احمد ابن محمد ابن قدامه المقدسی، المقنع و معه الشرح الكبير، لشمس الدین ابی الفرج عبدالرحمان بن محمد بن احمد بن قدامه المقدسی، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف لعلاء الدین ابی الحسن علی بن سلیمان بن احمد المرداوی، الجزء ۱۳، تحقیق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن الترمکی، دار عالم الكتب الطباعة والنشر و التوزيع
۶. مصطفوی، سید محمد کاظم، فقه معاملات

فارسی

کتابها

۷. ابادزی فومشی، منصور، نحوه عملی تنظیم و نگارش انواع عقد ضمان، مؤسسه نشاط، سپهر ادب، ۱۳۸۶.
۸. بهرامی احمدی، کلیات عقود و قراردادها، حقوق مدنی (۳)، تهران، نشر میزان، پاییز ۱۳۸۱.
۹. بهمند، محمد، بهمنی، محمود، عملیات بانکی (۱)، مؤسسه عالی بانکداری

ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، قانون مدنی، کتاب خانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲

۱۱. حجتی اشرفی، غلامرضا، قانون مدنی با آخرین اصلاحات و الحاقات، کتابخانه گنج دانش، هفتم، ۱۳۹۰

۱۲. دمرچلی، محمد و همکاران، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی با مقدمه ناصر کاتوزیان و بهروز اخلاقی، چاپ سپهر، مؤسسه تحقیقات حقوقی میثاق عدالت، سوم، زمستان ۱۳۸۲.

۱۳. زنگباری، ناصر، حقوق بانکی (۱)، انتشارات تکرنگ، پاییز ۱۳۸۵.

۱۴. کاتوزیان، ناصر حقوق مدنی، عقود معین، ۱۳۸۱.

۱۵. کاشانی، سید محمود، ضمانت‌نامه بانکی، مؤسسه عالی بانکداری ایران، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷.

۱۶. معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی)، تهران، انتشارات سرایش، هشتم، ۱۳۸۵.

۱۷. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، بیست و سوم، ۱۳۸۵.

۱۸. هدایتی، سید علی اصغر، سفری، علی اصغر، کلهر، حسن - بهمنی، محمود، عملیات بانکی (۲)، مؤسسه عالی بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، چهاردهم، بهمن ۱۳۸۶.

۱۹. موسویان، سید عباس جزوه فقه معاملات بانکی، ترم بهمن ۸۶

مقالات

۲۰. اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲۱. تفرشی، محمد عیسی، شهبازی نیا، مرتضی، استقلال ضمانت نامه های بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی، نامه مفید، شماره ۳۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۲.

۲۲. جهرمی، افتخار، تفرشی، محمد عیسی، شهبازی نیا، مرتضی، تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی، مدرس، دوره ۵، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۰.

۲۳. شهبازی نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهاد های سنتی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳.

۲۴. صیادی، کامران، خیبری، بهرام، ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات اسنادی، دانشگاه آزاد اسلامی قزوین، دانشکده مدیریت و حسابداری، ۱۳۸۹.

۲۵. غمامی، مجید، بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی.