

موضوع شناسی ضمانت نامه‌های بانکی

مصطفی کاظمی / * استادیار اقتصاد جامعه المصطفی العالمیه
سیدمحمدنقی موسوی / * دانش‌پژوه دکتری علوم اقتصادی جامعه المصطفی العالمیه

چکیده

ضمانت نامه‌های بانکی، یکی از اسناد مهم بانکی است که در روان سازی معاملات اقتصادی مؤثر است و بخش‌های مختلف اقتصادی را در داخل و خارج بهم پیوند می‌زند. به دلیل مبهم بودن ماهیت شرعی ضمانت نامه‌ها و جنجال ماهوی در تحقیقات موجود در رابطه با ضمانت نامه‌ها، بر آن شدیم تا در نوشتار حاضر، به رفع این ابهام بپردازیم. لذا این نوشتار با یک بررسی وسیع مبنایی، فقهی و قانونی دریافت که ضمان، عقد لازم به معنی ضم ذمه به ذمه است بگونه‌ای که با تحقق ضمان، ذمه مضمون عنه بری نمی‌گردد؛ بلکه ضامن در کنار مضمون عنه به عنوان بدهکار تازه اضافه می‌گردد. با پذیرش این مبنا واضح است که می‌توان پذیرفت ضمانت نامه‌های بانکی مصداق عقد ضمان به معنی اشتغال طولی دو ذمه‌ی مضمون عنه و ضامن بصورت علی البدل است که اگر مضمون عنه توان پرداخت نداشت، طلبکار از ضامن طلبش را وصول خواهد کرد. با توجه به منطق قانون مدنی این دیدگاه نه تنها منع قانونی ندارد که مصالح جامعه را براحتی برآورده ساخته و حل و فصل می‌کند و اشکالات دیدگاه‌های دیگر را نیز براحتی مرتفع می‌کند.

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

* -Mo_kazemi59@yahoo.com

* -Musavi2015@gmail.com

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 پاره‌ی 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 روبرو می‌کند. بستانکاران غالباً برای دوری از این خطرات وثائقی از بدهکاران می‌گیرند. افزون بر این، اشخاصی که وثیقه بیاورند 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، ۵۶، و 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: «مضمون له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبه رهن کند» (همان). «به هر حال، ضمان را نیز همانند رهن، باید از وثایق بدهی دانست» (همان). نکته‌ی اساسی از دید این مقاله این است که برداشت‌های موجود پیرامون ضمانت نامه‌های بانکی در تحقیقات دیگر با اشکالاتی همراه است که ناشی از برداشت‌ها، در مورد ماهیت آن است، لذا جهت رفع این ایرادات، در پی پاسخ به این «سئوال که آیا ضمانت نامه‌های بانکی ماهیت عقدی دارد یا ایقاعی؟ در صورت عقد بودن آیا از خاصیت نقل ذمه به ذمه برخوردار است یا ضم ذمه به ذمه» بر آمدیم. سعی شد 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 ضمانت نامه‌ها و ویژگی‌های آنها به اثبات این فرضیه پرداختیم که «ضمانت نامه‌های بانکی، ماهیت ضمان ذم ذمه به ذمه» دارد. جهت تحقق این هدف، در تحقیق حاضر سه محور مبانی فقهی و قانونی ضمان، ضمانت نامه‌های بانکی و ماهیت فقهی و قانونی آنها مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

پیشینه تحقیق

با یک نگاهی اجمالی بوضوح مشاهده می‌شود، که پیشینه‌ی ضمان و ضمانت نامه‌های بانکی در متون گذشته و جدید قابل رؤیت است. به عنوان مثال:

غمامی در «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه‌های بانکی» می‌نویسد: به رغم جنبه توثیقی ضمانت نامه‌ها باید آن را تعهد ابتدایی و مستقل به شمار آورد، تعهدی که کمترین شباهت را با ضمان دارد (غمامی، همان، ۱۱۳).

مرتضی شهبازی‌نیا در «ماهیت حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی بین المللی و مقایسه‌ی آن با نهادهای سنتی» می‌نویسد: ضمانت نامه‌ی بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قرارداد غیر معین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذی‌نفع هستند. در حقوق ایران این قرار داد را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ۱۱۱). بهروز اخلاقی در مقاله‌ای با عنوان «بحثی پیرامون ضمانت نامه‌های بانکی» نیز دارد؛ «ایقاعات و عقود معین مدنی بویژه عقد ضمان، ظروف و قالب‌های برانده‌ای برای انواع مختلف ضمانت نامه‌های بانکی نیستند» (اخلاقی، همان، ۱۸۴). هر عقد یا قراردادی را که نتوان در زمره عقود به شمار آورد، در صورتی که مخالف مقررات صریح قوانین نباشد

می‌توان در شمار عقود بی‌نام یا قراردادهای خصوصی دانست این معنی می‌تواند در ضمانت نامه‌های بانکی مصداق داشته باشد (اخلاقی، همان ۱۸۵). محمد عیسی تفرشی «استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی» افتخار جهرمی و همکاران «تحول نظام حقوقی ضمانت نامه‌ی بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی» تفاوت نوشتار حاضر با دیگر مقالات در این است که اولاً این مقاله، مبانی فقهی و حقوقی ضمانت نامه‌ها را بررسی کرده؛ سپس مبتنی بر این مبانی هویت واقعی ضمانت نامه‌ها را بگونه‌ای مشخص کرده است که مجموع ضمانت نامه‌ها را آنطور که در بانک‌ها وجود دارد و استفاده می‌گردد، تحت پوشش قرار می‌دهد.

بخش اول

مبانی فقهی و قانونی ضمان

تعریف ضمان

ضمان از قرار دادهای معین و شناخته شده فقهی و حقوقی است که جهت بررسی مبانی فقهی آن و نتیجه‌گیری صحیح، به تعریف آن نیازمندیم.

تعریف ضمان در لغت:

ضمان در لغت، به معنی قبول کردن، پذیرفتن، بر عهده گرفتن، ملتزم شدن به اینکه هر گاه کسی به عهده خود وفا نکند، از عهده‌ی خسارت برآید، می‌باشد (معین، ۱۳۸۵، ۶۵۵).

تعریف ضمان در فقه:

با توجه به این که مبانی پذیرش این مقاله هویت عقد برای ضمان است؛ لذا سعی کردیم تعاریفی را بیاوریم که این رویکرد را در بر دارد:

«ضمان تعهد به مال ثابت در ذمه شخصی برای دیگری است که از طرف ضامن احتیاج به ایجاب دارد (به هر لفظی که عرفاً بر آن دلالت کند مانند اینکه دینی را که بر عهده فلانی داری ضمانت یا تعهد می‌کنم) و از طرف مضمون له احتیاج به قبول دارد و رضایت مضمون عنه لازم نیست» (امام خمینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ۲۵).

ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز با تأسی به فقه شیعه اثنی 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 مضمون له، بدهکار را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند» (هدایتی و همکاران، ۱۳۸۶، ۲۵۰ و زنگباری، همان، ۹۸).

نکته‌ی اساسی که زمینه گسترده 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، ۲۵۰).

ماهیت ضمان

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

برخی از فقها برخلاف نظر مشهور، ضمان را ماهیتاً ایقاع می‌دانند و معتقدند که «در انعقاد ضمان رضای مضمون له ضروری نیست (شیخ ۱۴۲۲، ج ۳، ۳۱۴). و آن را نوعی «اثبات حق برای طلبکار» و یا نوعی «وفای دین» دانسته اند که نیاز به رضایت طلبکار ندارد و بر این اساس نظر بر عقد نبودن ضمان داده اند. طرفداران نظریه ایقاع بودن ضمان، گذشته از اخبار و تشبیه ضمان به وفای دین چنین استدلال می‌کنند که در اثر ضمان ملک جدیدی برای مضمون له ایجاد نمی‌شود که نیاز به قبولی او باشد بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار به وجود می‌آید» (اخلاقی، همان، ۱۶۳).

۲) عقد بودن ضمان

مشهور فقهاء ضمان را عقد می‌دانند؛ به نظر می‌رسد اختیار نظر مشهور به صواب نزدیک‌تر 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 نمی‌شود؛ هیچ نیازی نیست که حتماً ملک جدیدی بوجود آید بلکه پذیرش ادا کننده دین و اعتبار آن به مضمون له و رضایت او وابسته است. حال با توجه به انتخاب نظر مشهور که ضمان را عقد می‌دانند، مباحث بیشتری در گستره عقد ضمان قابلیت طرح دارد.

مباحثی پیرامون عقد ضمان

به یک عبارت دیگر، ماهیت عقد ضمان در سه حوزه زیر قابل بحث و بررسی می‌باشد:

الف - شرعیت و لزوم

با رجوع به منابع فقهی و قانون مدنی در می‌یابیم که عقد ضمان، یک عقد شرعی و لازم است و نیاز به ایجاب و قبول دارد:

علامه حلی^(ه) فرموده است: چون ضمان از عقود لازم است، پس هر چه در عقود لازم دیگر شرط است، طبق ادله شرعی در آن نیز شرط است (مصطفوی، بی تا، ۴۳۷).

سید یزدی^(ه) می‌فرماید: در آن (ضمان) اموری شرط است:

۱- ایجاب از ناحیه ضامن (به هر لفظی و فعلی دال بر ایجاب) (مصطفوی، همان، ۴۳۷ و طباطبایی یزدی،

۱۴۲۸ق، ۳۹۹).

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 مضمون له لازم است و فسخ آن جایز نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸،

۴۱۲).

امام خمینی^(ه) می‌فرماید: «ضمان از طرف ضامن لازم است بعد از وقوع عقد نمی‌تواند مطلقاً فسخ کند و همینطور از طرف مضمون له، مگر اینکه مضمون له نداند که ضامن در حین عقد معسر بوده است که در این صورت حق رجوع به مضمون عنه را دارد» (امام خمینی، همان، ۲۶).

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز ماده ۷۰۱ به لزوم عقد ضمان اختصاص یافته است «ضمان، عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند آن را فسخ کنند؛ مگر در صورت اعسار ضامن؛ بطوری 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».

ب - دیدگاه‌های فقهی و قانونی در مورد عقد ضمان

با مراجعه به متون فقهی در می‌یابیم که به طور کلی در بین فقهای اسلام، در مورد عقد ضمان دو دیدگاه متفاوت وجود دارد. دیدگاه اول، دیدگاه ضم ذمه به ذمه است؛ به این معنی که با وقوع عقد ضمان، ذمه بدهکار بری نمی‌شود؛ بلکه ضامن نیز به عنوان 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 مضمون عنه 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 ذمه به ذمه است؛ به این معنی اینکه بر اثر عقد ضمان، بدهی از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل گشته و ذمه بدهکار بری می‌گردد.

۱- نظریه ضم ذمه به ذمه

نظریه ضم ذمه به ذمه عمدتاً به فقهای اهل سنت منتسب است؛ «بنابر نظر مشهور فقهای اهل سنت و حقوق اروپا ذمه ضامن ضمیمه مدیون اصلی می‌شود» (زنگباری، همان، ۵۷ و اباذری فومشی، ۱۳۸۶، ۱۳) مالک می‌گوید برای طلبکار جایز نیست طلب خود را از ضامن طلب کند، مگر در صورت تعذر از مضمون عنه یا با غیبتش یا با افلاسش یا با جحودش (شیخ طوسی، ۱۴۲۲ ج ۳، ۳۱۵) شافعی و باقی فقها گفته‌اند که مضمون له مخیر است به هرکدام مراجعه کنند و ضمان دین را از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل نمی‌کند (شیخ طوسی، ۱۴۲۲، ج ۳، ۳۱۴).

این قدامه در مقنع می‌نویسد: «ضمان، ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه، در التزام حق است و حق در ذمه هر دو با هم ثابت می‌شود و صاحب حق می‌تواند از هرکدام که بخواهد؛ چه در حال حیات یا در صورت مرگ، مطالبه حق کند و مضمون عنه به صرف ضمان قبل از قبض بری نمی‌شود؛ بلکه حق، ضمن بقائش در ذمه مضمون عنه، در ذمه ضامن نیز ثابت می‌شود» (ابن قدامه و ابی الفرج، بی تا، جزء ۱۳، ۵ و ۶ و ۸). عبارت فوق تصریح می‌کند این قید وجود ندارد که طلبکار پس از رد مضمون عنه باید به ضامن رجوع کند بلکه می‌تواند به هر یک 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 می‌کنند:

دلیل اول: ضمان، مشتق از ضمم بوده و حرف نون جزء اصلی کلمه نبوده و اضافی است، بنابراین عقد ضمان ضم ذمه به ذمه می‌باشد (اباذری فومشی، همان، ۱۳).

دلیل دوم: 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 از مضمون عنه به ضامن منتقل شده است و 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 ذمه به ذمه است (اباذری فومشی، همان، ۱۳ و ۱۴). این استدلال غیر قابل خدشه به نظر می‌رسد؛ ضمن این که ثمره اصلی ضمانت را نیز تثبیت می‌کند.

۲- نظریات نقل ذمه به ذمه

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، ۵۸). شیخ طوسی می‌فرماید: هرگاه ضمان صحیحاً واقع شود در این صورت دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مضمون له فقط می‌تواند از ضامن طلب کند (شیخ طوسی، الخلاف، ج ۳، ۳۱۴).

صاحب جواهر می‌فرماید: ضمان، نزد ما [فقهای امامیه] همانطور که اکثراً اظهار کرده‌اند مشتق از ضمن است، زیرا با عقد ضمان مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود، پس نون اصلی [یعنی جزء کلمه] است (محمد حسن النجفی، جواهر الکلام، ۱۳۹۴ق، جزء ۲۶، ۱۱۳ و مصطفوی، همان، ۴۳۶).

علامه فرموده‌اند: ضمان، نزد ما ناقل مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است و مضمون له فقط از ضامن طلب می‌کند نه از مضمون عنه (همان، ۱۲۸ و مصطفوی، همان، ۴۴۷).

سید یزدی فرموده است: « وقتی ضمان با تمام شرایط صحت واقع شد، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه به اجماع و نصوص تبرئه می‌شود، برخلاف جمهور که ضمان را ضم ذمه به ذمه می‌داند و ممکن است که به دلیل عمومات، حکم به صحت ضمان به معنی ضم ذمه به ذمه شود» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸، ۴۱۱).

امام خمینی^(ره) می‌فرماید: «هرگاه ضمان جامع شرائط محقق شود، حق از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه بری می‌شود، پس هرگاه مضمون له ذمه ضامن را ابراء کند هر دو ذمه (ضامن و مضمون عنه) تبرئه می‌شود، یکی با ضمان و دیگری با ابراء و اگر مضمون عنه را ابراء کند، لغو خواهد بود» (امام خمینی، همان، ۲۶).

ماده ۶۹۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». بنابر این «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 می‌شود» (هدایتی، همان، ۲۵۱ و زنگباری، همان، ۵۸ و بهمند و همکاران، (۱) ۴۲۴).

ضمان به معنی 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 می‌گوید» (اباذری فومشی، همان، ۱۴).

دلایل نظریه نقل ذمه به ذمه

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

اولاً؛ همانطور که صاحب جواهر فرموده‌اند: ضمان مشتق از ضمن است دلیل آن وجود نون در تمام تصاریف آن است. و نیز سید یزدی می‌فرماید: «ضمن مشتق از ضمن است زیرا که ضمان موجب می‌شود 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 می‌کند. اما بنا بر دیدگاه اشتقاق از ضم، نون زایده خواهد بود و این دیدگاه واضح الفساد است؛ زیرا با سایر مشتقاتش منافات دارد» (طباطبایی یزدی، همان، ۳۹۹).

در مقع همراه با شرح کبیر و انصاف، نیز ضمن بیان دیدگاه‌های 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 مضمون عنه قرار می‌گیرد پس ضمان یک وثیقه زیادی است» (ابن قدامه، همان، ۶). گرچه در مورد اشتقاق ضمان علمای اهل سنت اختلاف دارند اما نزد آنها ضمان به معنی 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، ۱۴).

حقیقت مطلب

در گزینش یکی از دو دیدگاه باید گفت: حقیقت این است که روابط اجتماعی، قرار دادی 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 حقیقت شرعی برخوردار نبوده؛ بلکه یک استدلال صرف است. از طرف دیگر دلیلی ندارد که اشتغال دو ذمه را محال بدانیم؛ بلکه هر دو ذمه، به بدهی طلبکار مشغول است و اگر هر کدام از ضامن یا بدهکار، بدهی را ادا کرد، ذمه هر دو بری می‌گردد؛ همانطور که اگر طلبکار یکی را ابراء کند؛ هر دو 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 عمومات 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 ی ۴۰۲ قانون تجارت بیان می‌دارد: «مضمون له وقتی حق دارد از ضامن مطالبه نماید که بدواً به مدیون اصلی رجوع کند و در صورت عدم وصول طلب به ضامن رجوع نماید».

البته ماده ۴۰۳، ضامن 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 می‌تواند 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، ۴۲۶ و هدایتی، همان، ۲۵۱ و زنگباری، همان، ۵۸). برات دهنده و کسی که برات را قبول کرده است و ظهر نویس‌ها در مقابل دارنده برات مسؤولیت تضامنی دارند، چنانکه مواد ۴۰۳ و ۴۰۴ نیز مؤید پذیرش مسؤولیت تضامنی پشت نویسان است (بهمند، همان، ۴۲۶ و هدایتی، همان، ۲۵۱).

در ضمان تضامنی بستانکار می‌تواند به ضامن و بدهکار هر دو با هم رجوع کند؛ امروزه بانک‌ها، ضمان تضامنی را به ضامن در قرارداد ضمان تحمیل می‌کنند (زنگباری، همان، ۵۸).

ج - رابطه ضمان با عقود دیگر

آنچه که رابطه و همپوشانی و افتراق عقد ضمان را با عقود دیگر مشخص می‌کند، 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 می‌فرماید: برای ضمان دو اطلاق (استعمال) وجود دارد؛ ضمان، در معنی عام به معنی تعهد به مال یا نفس می‌شود که ضمان در این معنا، شامل حواله و کفالت نیز می‌گردد و دیگری اطلاق به معنی اخص که فقط تعهد به مال است و شامل کفالت نمی‌گردد و مقصود از بحث ضمان در کتاب ضمان، ضمان به معنی دومی است (مصطفوی، همان، ۴۳۶ و طباطبایی یزدی، همان، ۳۹۹).

صاحب جواهر در بیان رابطه ضمان با حواله و کفالت، ضمن تبیین معنی اعم و اخص برای ضمان، می‌فرماید: «ضمان به معنی تعهد بالنفس، کفالت و تعهد به مال از ناحیه کسی که بر عهده او مالی نیست، ضمان به معنی اخص و تعهد به مال از ناحیه کسی که بر عهده او مال باشد حواله است» (النجفی، همان، ۱۱۳).

۱ - رابطه ضمان با حواله

تعریف حواله در لغت

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

تعریف حواله در فقه

امام خمینی در تعریف حواله می‌فرماید: «حقیقت حواله تحویل ما فی الذمه مدیون به ذمه غیر اوست که قوام آن به سه شخص است؛ محیل یعنی مدیون، محتال یعنی داین و محال علیه یعنی کسی که بدهی بر عهده‌ی 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 قایل شدیم» (امام خمینی، همان، ۳۱).

صاحب عروه نیز ضمن ابراز این عبارت که حواله نزد علما، تحویل مال از ذمه به ذمه دیگر است، اولویت دو تعریف زیر را برای حواله بیان می‌کند:

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

ب - احواله‌المدیون دینه من ذمه الی ذمه غیره. «مدیون بدهی‌اش را از ذمه اش به ذمه دیگری حواله کند» (طباطبایی یزدی، همان، ۴۵۱).

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» (ابن‌قدمه، همان، 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 بطور کلی حواله به معنی انتقال بدهی از عهده بدهکار به عهده شخص سوم است بنابراین، هرگاه حواله محقق شد ذمه محیل بری می‌شود ولو محتال بری نکند. همانطور که از تعاریف عقود ضمان و حواله بر می‌آید می‌توان 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 می‌رسد 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 می‌کند و بنابر دیدگاه ضم ذمه به ذمه، ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی ضمیمه می‌شود ولی در عقد حواله، محیل (ایجاب کننده) ذمه محال‌علیه را مشغول و ذمه خود را (پس از قبول محال علیه) بری می‌کند.

۲ - رابطه عقد ضمان با کفالت

تعریف کفالت در لغت

کفالت در لغت ضامن کسی شدن، کفیل شدن، ضمانت و عهده دار اجرای امری به عوض کسی گردیدن می‌باشد (معین، محمد، ۱۳۸۵، ج ۳، ۳۰۰۰).

تعریف فقهی کفالت

امام خمینی^(ره) در تعریف کفالت می‌فرماید: «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 می‌شود و ایجاب از طرف اولی و قبول از ناحیه دوم صورت می‌گیرد» (امام خمینی، همان، ۳۴).

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

در کفالت نیز شخص ثالث، مدیون را در برابر طلبکار، ضمانت می‌نماید؛ مهمترین 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، ۱۳۲).

شرایط عقد ضمان

شرایط صحت عقد ضمان

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

۱- 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، ۲۵).

۲- ثبوت دین

بدهی که در قرارداد ضمان، ضمانت می‌شود باید قبل از قرارداد ضمان، بر عهده مضمون عنه 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 نسبه بفروش من ضامن هستم» صحیح نیست (امام خمینی، همان، ۲۵).

۳- تعیین مضمون له و مضمون عنه

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

۴- ایجاب و قبول

ایجاب از ناحیه ضامن و قبول از ناحیه مضمون له (امام خمینی، همان، ۲۶).

آثار عقد ضمان

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

اول: مهمترین اثر عقد ضمان این است که ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود و دین از مضمون عنه به عهده ضامن منتقل می‌شود (امام خمینی، همان، ۲۶). البته این اثر و برخی دیگر از آثار بر ضمان به معنی نقل ذمه به ذمه منطبق است ولی در ضمان ذمه به ذمه و تضامنی ذمه مضمون عنه به عنوان بدهکار جدید ضمیمه می‌شود که این قوی‌تر به نظر می‌رسد.

دوم: عقد ضمان عقد لازم است و ضامن یا مضمون له نمی‌تواند آن را فسخ کند مگر در موارد خاص (امام خمینی، همان). سوم: هر گاه مضمون له ضامن را ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بری می‌شود؛ یکی به ابراء و دیگری به ضمان و اگر ذمه مضمون عنه را ابراء کند لغو است (امام خمینی، همان).

چهارم: ضامن فقط بعد از اداء دین حق رجوع به مضمون عنه را دارد نه به صرف عقد (امام خمینی، همان). پنجم: رهنی که از ناحیه مضمون عنه بابت دین نزد مضمون له است، با ضمانت آزاد می‌شود چه ضامن آزادی آن را شرط کند یا شرط نکند. (امام خمینی، همان، ۲۹).

بخش دوم

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 می‌باشد. طبق تعریف « ضمانت نامه بانکی، گونه‌ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری متعهد از انجام تعهداتش، طرف دیگر را پشتیبانی می‌کند» (صیادی نیک و خبیری، ۱۳۸۹، ۳).

ضمانت نامه، سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذینفع (مضمون له) تعهد می‌کند بدون هیچ گونه قید و شرطی عندالمطالبه یا در سر رسید معین، مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون عنه است، به ذینفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید (اخلاقی، همان، ۱۵۶).

بانک‌ها می‌توانند در هر مورد که منع قانونی نداشته باشند، نسبت به صدور ضمانت نامه 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 (مضمون عنه یا مدیون اصلی) طبق تعهدات و شرایط مندرج در قرارداد ایفای تعهد نکرد معادل وجه الضمان ذکر شده در ضمانت نامه، بدون نیاز به اقامه دلیل و اثبات مدعا به محض اولین مطالبه کتبی یا درخواست ذی نفع (مضمون له) بپردازد، حتی بانک نمی‌تواند پرداخت وجه را موکول به پرداخت مدیون اصلی کند. (بهمن‌د، همان، ۴۲۶ و هدایتی، همان، ۲۵۱).

به طور کلی ضمانت نامه‌ها بنا به درخواست اشخاص حقیقی یا حقوقی به صورت غیر قابل انتقال و به هدف تخصیص منابع و کسب سود و ایجاد فضای امن و تسهیل امور اقتصادی صادر می‌شود.

انواع ضمانت نامه‌های بانکی

مهمترین ضمانت نامه‌های را که بانک‌ها صادر می‌نمایند عبارتند از:

- ۱) **ضمانت نامه جهت شرکت در مناقصه و مزایده:** مؤسسات 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. به منظور جلوگیری از انصراف داوطلبان در قبول مناقصه یا مزایده از آنان ضمانت نامه بانکی مطالبه می‌کنند؛ پس از اعلام اسامی برندگان فقط ضمانت نامه صادره به نام شخص برنده مورد استفاده قرار می‌گیرد و بقیه ضمانت نامه‌ها ابطال می‌شود (زنگباری، همان، ۹۹).
- ۲) **ضمانت نامه حسن انجام کار:** این ضمانت نامه‌ها برای تضمین انجام صحیح و به موقع تعهدات پیمانکار (ضمانت خواه) در مقابل کارفرما (ذینفع) طبق مفاد قرارداد منعقد شده بین آنها از طرف بانک صادر می‌شود.
- ۳) **ضمانت نامه پیش پرداخت:** معمولاً پس از امضای قرارداد اصلی بین کارفرما و پیمانکار (برنده مناقصه) مبلغی به عنوان پیش پرداخت برای شروع کار از سوی کارفرما به پیمانکار داده می‌شود و در مقابل ضمانت نامه بانکی معادل وجه پرداخت شده از مجری طرح مطالبه می‌شود (هدایتی، همان، ۲۵۱).
- ۴) **ضمانت نامه حسن انجام تعهد:** این نوع ضمانت نامه به درخواست متقاضی (پیمانکار) و به نفع کارفرما برای تضمین انجام صحیح و به موقع تعهدات مضمون عه (پیمانکار) در مقابل مضمون له (کار فرما) جهت انعقاد قرارداد صادر می‌گردد (زنگباری، همان، ۱۰۰).
- ۵) **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. (بهمن، همان، ۴۲۸).
- ۶) **ضمانت نامه تعهد پرداخت:** این نوع ضمانت نامه‌ها به منظور پرداخت دیونی در سررسید معین از طرف بانک‌ها صادر می‌گردد مثلاً بانک‌ها می‌توانند پرداخت وجوه برآوات یا سفته‌ها یا پرداخت مالیات‌ها را تضمین کنند (زنگباری، همان، و بهمن، همان، ۴۲۹).
- ۷) **تضمین ضمانت نامه‌های بانکی:** (ضمانت نامه متقابل یا ضمانت نامه در قبال ضمانت نامه‌های بانک‌های خارجی)؛ گاه تعهد بانک صادرکننده ضمانت نامه به نوبه خود از یک تضمین دیگر بر خوردار می‌گردد. تضمین ضمانت نامه که گاه از آن به ضمانت نامه 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 ضمانت نامه‌های بانکی مورد نیاز را مطالبه خواهد کرد، بنا بر این بانک ایرانی در صورتی برای یک پیمانکار خارجی ضمانت نامه صادر می‌کند که یک بانک خارجی معتبر و شناخته شده که با بانک ایرانی در ارتباط است ضمانت نامه‌ای با ارزش خارجی به نفع بانک ایرانی صادر کند (زنگباری، همان، ۱۰۲ و کاشانی، ۱۳۷۷، ۵۴).

۸) **ضمانت نامه‌های 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 ضمانت نامه بانکی می‌نمایند (همان، ۶۹).

۹) **ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان:** در اجرای پروژه‌ها، معمولاً به استناد قرارداد اصلی، کارفرما مکلف است به تناسب پیشرفت کار و براساس صورت وضعیت ارایه شده در مقاطع مشخص که در واقع ارقام 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 ضمانت نامه حسن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، از پیمانکار یک فقره ضمانت نامه 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 ضمانت نامه‌ها را ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان می‌گویند (زنگباری، همان، ۱۰۲).

۱۰) **ضمانت نامه‌های متفرقه:** علاوه بر ضمانت نامه‌های فوق انواع دیگری ضمانت نامه برای مقاصد مختلف وجود دارند؛ مانند ضمانت نامه تعهد خدمت، ضمانت نامه متهمین در مقابل دادگاه‌ها و یا ضمانت نامه مشمولین خدمت وظیفه برای خروج از کشور (زنگباری، همان، ۱۰۰ و بهمند، همان، ۴۲۹).

ویژگیهای ضمانت نامه‌های بانکی

- ۱- **شرایط صحت ضمانت نامه بانکی:** در ضمانت نامه بانکی، افزون بر شرایط قانونی، موضوع ضمانت نامه، نام مضمون له و مضمون عنه، مدت اعتبار ضمانت نامه و مبلغ ضمانت نامه باید صریحاً قید شود (بهمند، همان، ۴۳۳).
- ۲- **کاهش مبلغ ضمانت نامه:** در صورتی که مضمون له تمایل به کاهش مبلغ ضمانت نامه صادر شده را داشته باشد مورد تقاضا را کتبی از ضامن (بانک) در خواست می‌کند و بانک نسبت به صدور اسناد تقلیل اقدام می‌کند و مراتب را به ذینفع (مضمون له) و همچنین ضمانت‌خواه (مضمون عنه) اطلاع می‌دهد (همان).
- ۳- **حد مجاز بانک برای صدور ضمانت نامه:** جمع تعهدات هریک از مشتریان بانک ناشی از ظهرنویسی و صدور ضمانت نامه‌ها نباید از ۲۵٪ مجموع سرمایه بانک تجاوز کند مشروط بر اینکه جمع تعهدات هر مشتری از ضمانت نامه، ظهرنویسی، وام و اعتبار از ۳۰٪ مجموع سرمایه و اندوخته‌های بانک تجاوز نکند (همان).
- ۴- **پرداخت وجه الضمان:** چنانچه ذینفع در موعد مقرر با اظهار نامه کتبی مبنی بر عدم انجام تعهد مضمون عنه وجه الضمان را مطالبه کند بانک با دریافت عین ضمانت نامه مبلغ ضمانت نامه را از محل سپرده ضمانت نامه‌ها (در مورد وثایق نقدی) و از حساب بدهکاران (در مورد وثایق غیر نقدی) پرداخت می‌کند (همان).
- ۵- **استقلال ضمانت نامه بانکی:** ضمانت نامه بانکی دارای استقلال است و تعهد بانک ارتباطی به قرارداد پایه که ضمانت نامه در زمینه تعهدات ناشی از آن صادر شده است ندارد و تعهد بانک یک ضمانت مستقل است در نتیجه بانک نمی‌تواند به ایراداتی که بدهکار اصلی می‌توانسته است در برابر بستانکار به آن‌ها استناد کند.

از جهت مبلغ نیز ضمانت نامه بانکی تابع سقف دین اصلی نیست و از این جهت با مقررات ضمانت عقدی یکسان نیست. هم‌چنین بانک صادرکننده ضمانت نامه نمی‌تواند به استناد اینکه میزان تعهد پیمانکار کمتر است و یا چون بخشی از آن انجام شده است، درخواست کاهش یافتن میزان و مبلغ ضمانت نامه را بکنند و اصولاً ضمانت نامه بانکی به دلیل استقلال آن

از قرارداد پایه، بانک را موظف به تعهدی بالاتر از حدود و ماهیت تعهد مورد تضمین می کنند (کاشانی، همان، ۵۴ و زنگباری، همان، ۱۰۱).

۶- **سررسید ضمانت نامه های بانکی:** ضمانت نامه های بانکی برای مدت معین صادر می شود که خاتمه مدت، سررسید ضمانت نامه محسوب می شود؛ اگر در سررسید، تقاضای تمدید به عمل نیاید و یا درخواست پرداخت وجه آن نشود، تعهدات بانک ساقط شده و ضمانت نامه باطل می گردد. اما اگر ضمانت نامه عندالمطالبه باشد تا قبل از سررسید، مضمون له می تواند 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، ۶۹).

۷- **ابطال ضمانت نامه های بانکی:** ابطال ضمانت نامه در حالت های ذیل به عمل می آید:

- انقضاء سررسید ضمانت نامه و عدم درخواست تمدید آن توسط مضمون له.

- ارائه لاشه ضمانت نامه به انضمام نامه کتبی مضمون له مبنی بر ابطال.

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).

۸- **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 ذینفع 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 ای موارد، ذینفع از طریق یک فرمول به بانک اختیار می دهد که یا تمدید کند یا وجه آن را پرداخت کند. (زنگباری، همان، ۱۰۲).

۹- **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.

بخش سوم

ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت نامه های بانکی

به تبع دیدگاه های فقهی و حقوقی در مورد ماهیت ضمان، بحث در تعیین ماهیت ضمانت نامه های بانکی نیز در دو مرحله قابل طرح است. در مرحله اول این بحث مطرح است که اصلاً ضمانت نامه های بانکی ماهیت عقدی دارند یا ایقاعی؟ دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد: دیدگاه اول «تعهد بانک را ماهیتاً تعهد یک طرفه یا ایقاع می داند و معتقد است که الزام آور بودن تعهد مذکور صرفاً از اعلام بانک مبنی بر متعهد کردن خود در مقابل ذی نفع نشأت می گیرد» (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ۱۱۲). یعنی «در صدور ضمانت نامه، بانک ضامن به صورت یک جانبه در مقابل مضمون له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را از بابت موضوع خاصی به عهده می گیرد. در صدور ضمانت نامه رضای مضمون له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی او را ملتزم می سازد». (اخلاقی، بهروز، ۱۶۳).

مبنای نظریه طرفداران ایقاعی بودن ضمانت نامه های بانکی دیدگاه برخی از فقها است که بر خلاف قول مشهور در انعقاد ضمان رضای مضمون له را لازم نمی دانند و ضمان را همانند پرداخت بدهی دیگری به حساب می آورند که نیاز به

رضایت ندارد و از این رو ضمان را ایقاع دانسته‌اند (شهبازی‌نیا، مرتضی، ۱۳۸۳، ۱۱۴ و طباطبایی، ج ۲، ۳۴۹). و نیز نحوه صدور ضمانت نامه‌های بانکی و آثار ناشی از آن در ارتباط با ضامن، مضمون عنه و مضمون له که تا حدودی با این نظر همراهی می‌کند منجر به ابراز این دیدگاه شده است.

دیدگاه دیگر، ضمانت نامه‌ها را عقد و قرارداد می‌داند؛ برخی معتقد است که «ضمانت نامه‌های بانکی ماهیت قراردادی دارند صدور آن‌ها به تقاضای متعهد اصلی یا مضمون عنه و بر مبنای قراردادی است که میان او و بانک منعقد می‌گردد» (غمامی، مجید، ۱۲۸). بخشی دیگر از دکترین بین المللی، تعهد بانک به موجب ضمانت نامه را تعهد ناشی از قرارداد اجماعی می‌داند که با ایجاب و قبول محقق می‌شود. مطابق این دیدگاه صدور ضمانت نامه صرفاً به منزله ایجاب از ناحیه بانک است که برای الزام آور شدن بایستی قبول ذی نفع نیز بدان ملحق شود. رویه قضایی و دکترین آلمان، معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت نامه 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، ۱۱۳).

طرفداران نظریه ضمان عقدی چنین استدلال می‌کنند که «ضمانت نامه اعم از بانکی و غیر بانکی سندی است حاکی از قرارداد ضمان؛ به این معنی که این سند معرف و دلیل وجود قرار دادی است که قبلاً منعقد شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانت نامه صدور یافته است؛ این نظر بسیاری از مشکلات نظری و عملی وارد بر نظریه ایقاع بودن ضمانت نامه‌ها را رفع می‌کند و ضمانت نامه‌های 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 ضمانت نامه‌های بانکی شود». (اخلاقی، همان، 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 حقوق دانان ضمانت نامه بانکی را نباید با ضمان عقدی مقایسه کرد زیرا در اکثر موارد ضمانت از دینی است که سبب آن بوجود نیامده است» (غمامی، همان، ۱۲۸).

سیدعباس موسویان در این مورد می‌نویسد: «عقد ضمان تعریف و شرایطی دارد که در غالب موارد بر ضمانت نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند؛ مقایسه قرارداد ضمان که در فقه و حقوق مدنی مطرح است با ضمانت نامه‌های بانکی نشان می‌دهد که ضمانت نامه‌های بانکی از جهت اهداف، ماهیت، شرایط و احکام، تفاوت‌های اساسی با قرارداد ضمان دارند. در ضمانت نامه‌های بانکی، هدف انتقال بدهی نیست بلکه هدف فراهم کردن فضای امنیت و اطمینان است. به همین جهت بایستی قبل از بوجود 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، ضمانت نامه‌های 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 هیچ کدام از این دیدگاه‌ها نمی‌توانند حقیقت و عملکرد ضمانت نامه‌ها را توضیح دهد؛ همانطور که قانون مدنی ضمانت ضم ذمه به ذمه را به صورت تضامنی پذیرفته است، نه تنها پذیرفتن ضمانت ذمه به ذمه به معنی اشتغال طولی (اشتغال علی البدل یا ترتیبی) منع شرعی و قانونی ندارد که سبب رفع بسیاری از مشکلات می‌شود؛ می‌توان ضمانت نامه‌ها را مصداق عقد ضمان به صورت تضامنی اعلام کرد. در این صورت مشکلات سایر دیدگاه‌ها وارد نخواهد بود و ضمانت نامه‌ها عملکرد و کارایی خود را بدون محدودیت حفظ خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه این نوشته، یک روند مبانی را در پیش‌گرفت و ضمن بررسی بحث ضمانت نامه‌های بانکی صورت گرفته، می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

- در سطح ایران و جهان در تعیین ماهیت ضمانت در حوزه فقهی و حقوقی دو نظریه مهم مطرح است. یک نظریه معتقد است که ضمانت، ملک جدیدی برای مضمون له ایجاد نمی‌کند و در حکم وثیقه است؛ لذا رضایت مضمون له را شرعی نمی‌دانند؛ با این استدلال، ضمانت را ایقاع می‌دانند. اما مشهور فقها و حقوق دانان، ضمانت را عقد می‌دانند. این مقاله با مشهور همراه بوده و معتقد است که الزام آور بود ضمانت به عقد بودن آن است که با ایجاب از ناحیه ضامن و قبول از ناحیه مضمون له حاصل می‌گردد؛ در غیر این صورت نقش خود را ایفا نخواهد کرد.

- طرفداران عقد ضمانت، متحد نامانده‌اند؛ عده‌ای آن را نقل ذمه به ذمه می‌دانند؛ به این معنی که در صورت صحت ضمانت، ذمه مضمون عنه بری می‌گردد. عده دیگر ضمانت را ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند؛ به این معنی که ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه در بدهکاری ملحق می‌گردد. این مقاله با توجه به این که، دلایل هر دو گروه حقانیت شرعی ندارد و دلایل ضم ذمه به ذمه قوی‌تر به نظر می‌رسد و به گفته سیدیزدی عموماً، هم صحت آن را تأیید می‌کند و نیز این دیدگاه به خوبی می‌تواند ضمانت نامه‌ها را توضیح داده و گره از مشکلات اقتصادی در فضای داخلی و بین‌المللی برآورد، نظریه ضم ذمه به ذمه را می‌پذیرد.

- به تبع مبانی مختلف فقهی و حقوقی در مورد ضمانت، محققین در مورد ماهیت ضمانت نامه‌ها نیز اختلاف کرده‌اند. دیدگاهی که رضای مضمون له را در انعقاد ضمانت، شرط ندانسته و الزام را از متعهد کردن یک طرفه بانک می‌داند، ضمانت نامه‌ها را ایقاع می‌داند. دیدگاه دیگر ضمانت نامه‌ها را مصداق عقد می‌داند و برای الزام آور شدن ایجاب از ناحیه بانک و قبول از ناحیه ذینفع را ضروری می‌داند. طرفداران این نظریه دیدگاه‌های مختلف دارند؛ برخی ضمانت نامه‌ها را مصداق ضمانت عقدی می‌دانند و استدلال می‌کنند که ضمانت نامه‌ها، معرف قراردادی است که قبلاً منعقد شده است و پیرو آن ضمانت نامه صادر می‌شود. دسته‌ای، ضمانت نامه‌ها را قرارداد مستقل و مستحدث می‌داند و چنین استدلال می‌کنند که ضمانت فقهی و حقوقی با ضمانت نامه‌های 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 ضمانت به معنی نقل ذمه به ذمه، بر ضمانت نامه‌های بانکی صدق نمی‌کند؛ در نتیجه ضمانت نامه‌های بانکی ضمانت شرعی به معنی نقل ذمه به ذمه نیست.

از طرفی اگر ضمانت را ضم ذمه به ذمه به معنی اشتغال هردو ذمه به طور هم‌زمان بدانیم به این معنی که اگر هر دو پرداخت کرد ذمه شان بری می‌شود این امر نیز بعید به نظر می‌رسد و بر ضمانت نامه‌ها صدق نمی‌کند.

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

منابع

عربی

- ۱) الامام الخميني، السيد روح الله، تحرير الوسيله، الجزء الثاني، سفارة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، بيروت لبنان، ١٤٠٧ق.
- ۲) شيخ الطائفة، الامام محمد ابن الحسن الطوسي، ابي جعفر، الخلاف، مؤسسه النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، الطبعة الثالثة، التاريخ ١٤٢٢ق.
- ۳) شيخ الفقهاء و امام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، الجزء السادس و العشرون (ج ٢٦)، تهران، دارالكتب الاسلاميه، الطبعة السادسة ١٣٩٤ق.
- ۴) طباطبائي يزدى، السيد محمد كاظم، العروة الوثقى، كتاب الضمان، مؤسسه النشر الاسلامي التابعه لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤٢٨ق.
- ۵) مصطفوي ، سيد محمد كاظم، فقه معاملات، بي نا، بي تا.
- ۶) موفق الدين ابي محمد، عبدالله بن احمد ابن محمد ابن قدامه المقدسي، المقنع، و معه الشرح الكبير، لشمس الدين ابي الفرج عبدالرحمان بن محمد بن احمد بن قدامه المقدسي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين ابي الحسن على بن سليمان بن احمد المرادوي، الجزء ١٣، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، دار عالم الكتب الطباعة والنشر و التوزيع.

فارسی

الف) كتابها

- ۱) اباذری فومشی، منصور، نحوه عملی تنظیم و نگارش انواع عقد ضمان، مؤسسه نشاط، سپهر ادب، اول، ١٣٨٦.
- ۲) بهرامی، احمد، کلیات عقود و قراردادها، حقوق مدنی (٣)، تهران، نشر میزان، اول، پاییز ١٣٨١.
- ۳) بهمند، محمد، بهمنی، محمود، عملیات بانکی (١)، مؤسسه عالی بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری ایران.
- ۴) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، قانون مدنی، کتاب خانه گنج دانش، دوم، ١٣٨٢.
- ۵) حجتی اشرفی، غلامرضا، قانون مدنی با آخرین اصلاحات و الحاقات، کتابخانه گنج دانش، هفتم، ١٣٩٠.
- ۶) دمرچلی، محمد و همکاران، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی با مقدمه ی ناصر کاتوزیان و بهروز اخلاقی، چاپ سپهر، مؤسسه تحقیقات حقوقی میثاق عدالت، سوم، ١٣٨٢.
- ۷) زنگباری، ناصر، حقوق بانکی (١)، انتشارات تکرنگ، اول، پاییز ١٣٨٥.
- ۸) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ١٣٨١.
- ۹) کاشانی، سید محمود، ضمانت نامه بانکی، مؤسسه عالی بانکداری ایران، تهران، اول، ١٣٧٧.
- ۱۰) معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی)، تهران، انتشارات سرایش، هشتم، ١٣٨٥.

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

۱۲) موسویان، سید عباس، جزوه فقه معاملات بانکی، ترم بهمن، ۱۳۸۶.

۱۳) 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.

ب) مقالات

۱) اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت نامه‌های بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲) تفرشی، محمد عیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی، استقلال ضمانت نامه‌های بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی،

نامه مفید، شماره ۳۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۲.

۳) جهرمی، افتخار، تفرشی، محمد عیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی، تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق

بازرگانی بین المللی، مدرس، دوره ۵، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۰.

۴) شهبازی‌نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، نامه مفید، شماره

۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳.

۵) صیادی، کامران، خبیری، بهرام، ضمانت نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی، دانشگاه آزاد اسلامی قزوین، دانشکده

مدیریت و حسابداری، ۱۳۸۹.

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