

## مراجعة في تحليل الضمانات المصرفية في إطار ضمان العهدة والجعالة<sup>١</sup>

غلامرضا الأحسني الآراني<sup>٢</sup>

### الملخص

لا يخفى أنّ البنك يقوم بالعديد من الأنشطة في مختلف المجالات ممّا جعله طرفاً مهماً في المعاملات الواقعة بين الأفراد والكيانات القانونية. أحد أنشطة البنك كمؤسسة تجارية هو إصدار الضمانات والتي تقوم -بجميع أنواعها- على أربعة عناصر هي: المُقاوِل، المُستفيد، البنك ومبلغ الضمان. وملخص ما يجري في هذا النوع من المعاملة هو أنّ البنك يلتزم بدفع مبلغ الضمان للمستفيد إذا أُخِلّ المُقاوِل بالتزاماته ويطلب المُقاوِل بضمانات يمكن استخدامها لتلبية مطالبته إذا تمّ دفع المبلغ، كما يحصل على رسوم مقابل إصدار الضمان. إنّ أشهر تحليل فقهي للعلاقات القانونية المحيطة بالضمانات هو إرجاعها إلى «ضمان العهدة». ويعني هذا أنّ صاحب العمل (المستفيد) والمقاوِل (طالب الضمان) يتفقان -في إطار عقد إيجار- على أن يدفع المُقاوِل مبلغاً معيناً لصاحب العمل في حالة عدم الوفاء بما التزم به. ويضمن البنك دفع هذا المبلغ لصالح صاحب العمل وكذلك يتمّ تصحيح الرسوم المصرفية المستلمة في إطار عقد الجعالة. وبناءً على هذا التحليل، فإنّ ضمانات مثل ضمان المشاركة في المزايدة أو المناقصة ليست مُلزِمة بل تعتبر وعوداً بدائية فحسب. ويشير هذا التحليل الفقهي تساؤلات ومضائق تمّ تناولها في البحث التالي.

**المفردات الأساسية:** الضمان المصرفي، ضمان العهدة، الكفالة المالية، الضمان، الجعالة، الوكالة، الالتزام المستقل.

## واکوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و جعاله<sup>۱</sup>

غلامرضا احسنی آرانی<sup>۲</sup>

### چکیده

یکی از فعالیت‌های بانک به‌عنوان یک بنگاه تجاری، صدور ضمانت‌نامه است. در تمام ضمانت‌نامه‌های بانکی چهار رکن ضمانت‌خواه، ذی‌نفع، بانک و مبلغ ضمانت‌نامه وجود دارد. بانک، پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را در صورت تخلف ضمانت‌خواه از وفاداری به تعهد خویش، به ذی‌نفع متعهد می‌شود و وثیقه‌هایی را از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند که در صورت پرداخت مبلغ بتواند طلب خود را از آن استیفا کند و در مقابل صدور ضمانت‌نامه، کارمزدی را دریافت می‌کند. مشهورترین تحلیل فقهی در روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه، بازگرداندن ضمانت‌نامه به «ضمان تعهد» است. به این معنا که کارفرما (ذی‌نفع) و پیمانکار (ضمانت‌خواه) در قالب عقد اجاره شرط می‌کنند که در صورت تخلف پیمانکار، مبلغ معینی را به کارفرما پرداخت کند. بانک نیز پرداخت این مبلغ را به نفع کارفرما ضامن می‌شود. کارمزد دریافتی بانکی نیز در قالب عقد جعاله تصحیح می‌شود. بر اساس این تحلیل، ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه، الزام‌آور نیستند و وعد ابتدایی محسوب می‌شوند. این تحلیل فقهی پرسش‌ها و تنگناهایی دارد که در تحقیق پیش رو بررسی شده است.

**واژگان کلیدی:** ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت تعهد، کفالت مالی، ضمان، جعاله، وکالت، تعهد

مستقل.

## مقدمه

در بانک‌ها دو قرارداد متعارف ضمان صورت می‌گیرد: در قرارداد نخست، بانک به‌عنوان مضمون له (طلبکار) است و تسهیلات گیرنده به‌عنوان مضمون عنه (بدهکار) است و ضامن، بدهی تسهیلات گیرنده را به بانک متعهد شده، ضمانت می‌کند. در قرارداد دوم، بانک به‌عنوان ضامن است که دیون یا تعهدات شخص یا شرکتی را به نفع نفر ثالث متعهد می‌شود. در این قرارداد، بانک به‌عنوان ضامن، مدیون یا متعهد به‌عنوان مضمون عنه و ذی نفع به‌عنوان مضمون له تلقی می‌شود. مبتنی بر این قرارداد، بانک سندی را صادر می‌کند که در اصطلاح به آن ضمانت نامه بانکی گویند. محور تحقیق پیش رو، همین نوع ضمانت است. فرآیند درخواست و صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی بدین شکل است که ابتدا تعهد یا دینی بین دو شخص وجود دارد یا قرار است ایجاد شود. تعهد بین این دو شخص ناشی از قراردادی است که به آن قرارداد پایه گفته می‌شود. ذی نفع به هدف حصول اطمینان از انجام تعهدات توسط متعهد یا پرداخت دین توسط مدیون، از او مطالبه ضمانت‌نامه می‌کند. بدهکار یا متعهد در قرارداد پایه (ضمانت‌خواه/مضمون‌عنه) با مراجعه به بانک (ضامن) درخواست صدور ضمانت‌نامه را به نفع طلبکار (ذی نفع/مضمون له) ارائه می‌دهد و بانک با صدور ضمانت‌نامه، تعهد می‌کند اگر ذی نفع پیش از انقضای سررسید ضمانت‌نامه، مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کرده و اعلام کند ضمانت‌خواه از انجام صحیح و به موقع تعهدات خود به هر علت خودداری کرده است، مبلغ قید شده در ضمانت‌نامه را به ذی نفع پرداخت کند. معمولاً در قرارداد صدور ضمانت‌نامه قید می‌شود که ذی نفع می‌تواند بدون اطلاع ضمانت‌خواه، درخواست تمدید ضمانت‌نامه را به بانک ارائه دهد. در صورتی که ذی نفع پیش از اتمام سررسید ضمانت‌نامه، مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه نکند و یا درخواست تمدید ضمانت‌نامه را به بانک ارائه ندهد، ضمانت‌نامه با اتمام زمان آن، باطل می‌شود و ذی نفع، دیگر حق مطالبه وجه آن را ندارد. در صورت مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه توسط ذی نفع، بانک موظف است مبلغ را به وی پرداخت کند و مبلغ پرداختی به‌عنوان بدهی ضمانت‌خواه محسوب می‌شود و بانک پرداخت آن را از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند. بانک پیش از صدور ضمانت‌نامه وثایقی اعم از وجه نقد، سپرده، طلا، ارز، مسکن، سفته و مانند آن را بر اساس

اعتبار ضمانت‌خواه، نوع ضمانت‌نامه و مبلغ آن از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند تا در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، بتواند طلب خود را از ضمانت‌خواه، وصول کند. چون صدور ضمانت‌نامه عملیاتی تجاری محسوب می‌شود، بانک برای صدور آن، کارمزدی را از ضمانت‌خواه دریافت می‌کند که میزان آن بسته به وثایق دریافتی از وی تفاوت دارد.

در تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ اما تحقیق حاضر بیشتر ناظر به تحلیل ضمانت‌تعهد و جعاله است و پرسش‌هایی را پیرامون این تحلیل ارائه کرده، بدان پاسخ می‌دهد.

### پیشینه

در بین فقیهان، نخستین بار محقق خویی<sup>۱</sup> به ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی اشاره کرده است. یکی از بهترین مباحث فقهی پیرامون این موضوع، سخن شهید صدر است که در دو جا از کتاب «البنک اللاربوی»، بحثی مبسوط و سودمند را ارائه داده است.<sup>۲</sup> با این حال، پرسش‌های پرشماری درباره تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی، به‌ویژه در قالب عقد ضمان وجود دارد که این پرسش‌ها در مباحث فقهی مطرح نشده است. همچنین به صورت فراگیر، تمام زوایای ضمانت‌نامه دیده نشده است. به همین دلیل، در پژوهش‌های فقهی، تحلیلی درباره برخی از روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه‌های بانکی، دیده نمی‌شود.

مقالات پرشماری در این موضوع نگاشته شده است از جمله: ضمانت‌نامه بانکی<sup>۳</sup>، ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران<sup>۴</sup>، تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی<sup>۵</sup>، تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی از دیدگاه فقه امامیه<sup>۶</sup>، تحلیل

۱. خویی، منهاج‌الصالحین، ج ۱، ص ۴۱۰.

۲. صدر، البنک اللاربوی، صص ۱۲۸ و ۲۳۵.

۳. کاشانی، «ضمانت‌نامه بانکی»، نشریه تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵ ش.

۴. مسعودی، «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ ش.

۵. ضیائی، معینی‌فر، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، اقتصاد اسلامی، ش ۵۱، پاییز ۱۳۹۲ ش.

۶. مهدوی، عباسی، «تحلیل فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی از دیدگاه فقه امامیه»، پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی، ش ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.

ماهیت ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه.<sup>۱</sup> با وجود مباحث حقوقی و فقهی سودمند در این مقالات، نبود تحلیل فقهی دقیق و فراگیر از ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی و روابط حقوقی موجود پیرامونی، یکی از کمبودهای این مقالات است. به‌عنوان مثال در مقالاتی که نظارت به مباحث فقهی داشته‌اند، دیدگاه فقیهان در تحلیل ضمانت‌نامه به شکل تعهد به نفع ثالث به‌عنوان شرط ضمن عقد تحلیل شده است؛ در حالی که چنین دیدگاهی بین فقیهان وجود ندارد و انتساب این دیدگاه ناشی از برداشت اشتباه از سخن آنان است. تحلیل موجود در بیان فقیهان بدین صورت است که بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، پرداخت مبلغ معین اشترط شده و بانک عمل ضمانت‌خواه به این شرط را ضمانت می‌کند.

پژوهش حاضر با نگاهی فراگیر به اطراف ضمانت‌نامه‌های بانکی، پرسش‌هایی را درباره تحلیل ضمانت‌خواه مطرح کرده، و پاسخ می‌دهد. همچنین درباره ماهیت فقهی روابط حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه، بانک و ذی‌نفع، ضمانت‌خواه و ذی‌نفع بحث خواهد کرد. منبع این پژوهش، در موضوع‌شناسی ضمانت‌نامه، دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی مصوب سال ۱۳۹۶ ش شورای پول و اعتبار است. همچنین جزوه‌ای با نام «راهنمای جامع ضمانت‌نامه‌های ریالی» که در زمستان ۱۳۹۷ ش توسط اداره کل اعتبارات بانک ملی ایران تنظیم شده است.

### مفهوم‌شناسی

در آخرین دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) که توسط بانک مرکزی صادر شده، «ضمانت‌نامه بانکی» این‌گونه تعریف شده است: «سندی است که به موجب آن مؤسسه اعتباری به طور غیرقابل برگشت، متعهد می‌شود به محض اعلام و مطالبه هر میزان از وجه مندرج در آن توسط ذی‌نفع، با رعایت مفاد این دستورالعمل، وجه مطالبه شده را به ذی‌نفع پرداخت نماید.»<sup>۲</sup>

۱. بیکیان، «تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه»، مجله فقه و حقوق معاصر، ش ۵.  
۲. دستورالعمل شماره ۴۳۵۲۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۲۱ ش.

بر اساس این تعریف، ضمانت‌نامه سند، و در مقام اثبات دعوی یا دفاع، قابل استناد است. همچنین صدور آن تنها توسط مؤسسات اعتباری مانند بانک صورت می‌گیرد و تعهد بانک صادر کننده غیرقابل برگشت است. حق مطالبه وجه در ضمانت‌نامه نیز متعلق به ذی‌نفع (مضمون له) است.

موضوع تحقیق پیش رو، تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه به‌عنوان یک سند نیست؛ بلکه در این باره بحث می‌کند که آیا قراردادی که بین ضمانت‌خواه و بانک منعقد می‌شود و مبتنی بر آن ضمانت‌نامه صادر می‌شود، می‌تواند ذیل عقد مرکب از ضمان تعهد و جعاله تحلیل شود؟

### انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی

بر اساس دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری صرفاً مجاز به صدور ضمانت‌نامه در قالب یکی از انواع زیر هستند:

۱. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده: شرکت‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی، خصوصی و یا اشخاص حقیقی معمولاً برای خرید یا فروش اموال، و یا برای اجرای پروژه‌ها یا تأمین خدمات مورد نیاز خود، اقدام به برگزاری مناقصه یا مزایده می‌نمایند. در این خصوص کارفرما جهت اطمینان از وصول پیشنهادات واقعی شرکت‌کنندگان در مناقصه یا مزایده و ارائه پیشنهادات سنجیده و مطلوب از لحاظ مشخصات فنی و قیمت از سوی ایشان، از شرکت‌کنندگان در می‌خواهد که به همراه پیشنهاد خود، ضمانت‌نامه‌ای به وی تسلیم نمایند تا در صورت برنده شدن، از عقد قرارداد مربوطه استتکاف نورزیده و به مفاد شرایط پیشنهاد خود پایبند باشند. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، وسیله‌ای است که ریسک مزایده‌گزار یا مناقصه‌گزار را پوشش داده و تا جای ممکن، شرکت‌کنندگان را از دادن قیمت‌هایی که از عهده اجرای آن بر نمی‌آیند، بر حذر می‌دارد. مبلغ این ضمانت‌نامه‌ها معمولاً یک تا پنج درصد ارزش کل قرارداد است و دوره اعتبار آن تا زمان عقد قرارداد نهایی یا ارائه ضمانت‌نامه حسن انجام تعهد است که معمولاً سه ماه تا حداکثر یک سال به درازا می‌انجامد.

همان‌گونه که بیان شد، ضمانت‌نامه به تبع قرارداد پایه تنظیم می‌شود و هدف از آن، تضمین عمل ضمانت‌خواه به تعهدات خود در قرارداد پایه است. با این فرض، در ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، این پرسش وجود دارد که تعهد شرکت‌کننده به چه

صورت است؟ به عبارت دیگر، به چه دلیل در فرض امتناع برنده از قرارداد اصلی یا ارائه ضمانت‌نامه حسن انجام کار، مزایده‌گزار می‌تواند وجه الضمان را از بانک مطالبه کند؟

۲. ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد؛ این نوع ضمانت‌نامه برای تضمین و اطمینان از انجام صحیح، کامل و به موقع تعهدات (فروش کالا/ ارائه خدمات) توسط ضمانت‌خواه (پیمانکار/فروشنده)، به نفع ذی‌نفع (خریدار/کارفرما) بر پایه مفاد قرارداد منعقد شده بین آنها صادر می‌شود. مبلغ ضمانت‌نامه حسن انجام کار معمولاً حدود پنج تا ده درصد مبلغ قرارداد است، و مدت اعتبار این نوع ضمانت‌نامه معمولاً تا زمان تحویل کالا یا تا زمان راه‌اندازی نهایی پروژه، پس از راه‌اندازی آزمایشی آن است و طول زمان مزبور می‌تواند حدود دو سال یا بیشتر باشد. در صورتی که اجرای قرارداد در زمان معین به پایان نرسد، ممکن است ذی‌نفع تمدید مدت ضمانت‌نامه را درخواست کند. به همین دلیل در متن این ضمانت‌ها معمولاً آورده می‌شود که چنانچه بانک نخواهد یا به هر علتی نتواند ضمانت‌نامه را تمدید نماید یا ضمانت‌خواه اجازه تمدید به او ندهد، بانک موظف است وجه الضمان را به ذی‌نفع پرداخت کند.

۳. ضمانت‌نامه پیش پرداخت؛ در برخی از قراردادها، فروشنده/پیمانکار به منظور تأمین نقدینگی کافی برای خرید مواد اولیه، خرید تجهیزات لازم برای ساخت کالا، پرداخت هزینه حمل و نقل ماشین آلات به محل اجرای پروژه، تجهیز کارگاه و ... درخواست می‌نماید که درصدی از مبلغ قرارداد به او پرداخت شود و در مقابل، خریدار/کارفرما برای آنکه اطمینان حاصل نماید که فروشنده/پیمانکار مبلغ دریافتی را در محل مورد توافق مصرف و یا در صورت امتناع از ادامه کار، وجه دریافت شده را عودت خواهد داد، از او ضمانت‌نامه‌ای در قبال مبلغ پیش پرداخت شده می‌گیرد. با گذشت زمان و انجام تعهدات از سوی پیمانکار، مبلغ این ضمانت‌نامه به تدریج کاهش می‌یابد.

۴. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان (حسن انجام کار)؛ در پاره‌ای از قراردادها، کارفرما پس از تحویل قطعی موضوع قرارداد، معمولاً معادل ده درصد مبلغ قرارداد را به‌عنوان تضمین حسن انجام کار موضوع قرارداد، تا مدتی معین نزد خود نگه می‌دارد. گاه پیمانکار، برای جبران کمبود نقدینگی خود، تقاضا می‌نماید که در قبال ارائه ضمانت‌نامه،

وجه الضمان به وی پرداخت شود. در این موارد، بانک به نفع کارفرما، ضمانت‌نامه‌ای صادر می‌کند که به آن ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان می‌گویند.

۵. ضمانت‌نامه تعهد پرداخت؛ در پاره‌ای از موارد، ضمانت‌خواه به ذی‌نفع مدیون است و باید مبلغ معینی را در سررسید مشخص به ذی‌نفع پرداخت نماید. در این موارد، ضمانت‌خواه با مراجعه به بانک، ضمانت‌نامه‌ای را درخواست می‌کند که بانک در قالب آن، تعهد می‌کند در صورت پرداخت نشدن بدهی توسط ضمانت‌خواه در سررسید معین، مبلغ بدهی ضمانت‌خواه را به ذی‌نفع پرداخت کند. تفاوت ضمانت‌نامه تعهد پرداخت با ضمانت‌نامه‌های پیشین این است که این ضمانت‌نامه، تعهد پرداخت دیون قطعی و مسلم شده ضمانت‌خواه در سررسید معین به ذی‌نفع است. بر خلاف مثلاً ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد که دینی وجود ندارد و بانک متعهد می‌شود در صورت انجام نشدن تعهد توسط ضمانت‌خواه، مبلغ معینی را به ذی‌نفع پرداخت کند.

۶. ضمانت‌نامه گمرکی؛ وارد کنندگان باید برای ترخیص کالاهای خود از گمرک، حقوق ورودی از جمله عوارض گمرکی را پرداخت نمایند. در پاره‌ای از موارد، وارد کنندگان نمی‌توانند یا نمی‌خواهند حقوق ورودی را به صورت نقدی پرداخت کنند و درخواست تقسیط یا تعیین مدت را از گمرک دارند. در این موارد، گمرک در قبال ضمانت‌نامه بانکی، حقوق ورودی را تقسیط کرده یا مدتی را برای آن تعیین می‌کند. بانک نیز متعهد می‌شود حقوق ورودی را در سررسید معین یا در اقساط تعیین شده، به گمرک پرداخت نماید.

در دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی، ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای نیز پیش‌بینی شده که در شرایط خاص، مؤسسه اعتباری می‌تواند منوط به رعایت ضوابط مقرر در دستورالعمل، برای جبران ضرر و زیان ضمانت‌نامه صادر نماید. ضمانت‌نامه به نفع سازمان نظام وظیفه، به‌عنوان یکی از مصادیق ضمانت‌نامه حسن انجام تعهدات صادر می‌شود که بر اساس آن، مشمولان خدمت نظام وظیفه که قصد خروج از کشور را دارند، با مراجعه به بانک، تقاضای صدور ضمانت‌نامه را به نفع سازمان نظام وظیفه می‌کنند تا در صورت عدم بازگشت مشمول به کشور، مبلغ معینی به این سازمان پرداخت شود. این ضمانت‌نامه با هدف تضمین تعهد مشمول به بازگشت به کشور است.

## تفاوت بین ضمانت‌نامه و اعتبار اسنادی

یکی از ابزارهای مالی در بانک‌ها، اعتبار اسنادی (LC) است. در دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار، اعتبار اسنادی این‌گونه تعریف شده است: «هر گونه ترتیبیاتی که در برگیرنده تعهد قطعی و برگشت‌ناپذیر بانک گشایش‌کننده، مبنی بر پذیرش پرداخت در قبال ارائه اسناد مطابق می‌باشد.» اعتبار اسنادی می‌تواند داخلی باشد که به ریال منعقد می‌شود و مقصد کالا یا خدمت، اقامتگاه بانک‌های مرتبط، متقاضی و ذی‌نفع آن، در مرزهای جغرافیایی ایران واقع است و می‌تواند خارجی و بین‌المللی باشد. اعتبار اسنادی متوقف بر وجود قرارداد پایه است که این قرارداد می‌تواند خرید و فروش کالا یا ارائه خدمت باشد.

در اعتبار اسنادی، بانک‌ها به نمایندگی از خریدار و فروشنده وارد عمل شده و ریسک دو طرف معامله را کاهش می‌دهند. در این موارد، خریدار که قصد دارد کالایی را از فروشنده آن خریداری کند، به بانک (گشایش‌کننده) مراجعه کرده و درخواست گشایش اعتبار را ارائه می‌دهد. بانک بر اساس پیش‌فاکتور<sup>۱</sup> ارائه شده توسط متقاضی و با اخذ وثایق لازم<sup>۲</sup> و دریافت کارمزد، اعتبار اسنادی را گشایش می‌کند و متعهد می‌شود مبلغ مندرج در پیش‌فاکتور را پس از ارائه سیاهه<sup>۳</sup> تجاری، بارنامه یا راه‌نامه و گواهی بازرسی فنی<sup>۴</sup> توسط فروشنده (ذی‌نفع)، به وی پرداخت کند. اعتبار اسنادی گاه دیداری است و بانک متعهد

مناجید  
پژوهش‌های فنی

واکاوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و چالاه

۱. سندی که به منظور اعلام قیمت، توسط ذی‌نفع و به نام متقاضی صادر می‌شود و در آن نوع و مشخصات فنی کالا یا خدمت، میزان یا مقدار، مبدأ و مقصد حمل کالا، شرایط تحویل کالا و یا اجرای خدمت، بهای واحد و کل، شرایط پرداخت، موعد تحویل کالا یا ارائه خدمت، مهلت اعتبار پیش‌فاکتور و سایر مفاد مورد توافق ذی‌نفع و متقاضی قید می‌گردد. (دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار).
۲. معمولاً ۱۰ تا ۲۰ درصد مبلغ اعتبار اسنادی، به شکل نقدی از متقاضی دریافت می‌شود و به ازای باقیمانده آن، وثایق منقول یا غیر منقولی که قابلیت بیع داشته و نقد شوندگی بالایی داشته باشند، اخذ می‌گردد. (همان).
۳. سندی که توسط ذی‌نفع و به نام متقاضی صادر می‌شود و بیان‌گر فروش قطعی کالای موضوع اعتبار اسناد داخلی و اصلاحیه‌های بعدی آن توسط ذی‌نفع به متقاضی می‌باشد. (مصوبه ۱۳۷۹/۱۱/۱۳۷۹ ش شورای پول و اعتبار).
۴. سندی که شرکت بازرسی تعیین شده، پس از بازرسی کالا صادر می‌کند و حاکی از تطابق یا عدم تطابق کالای بازرسی شده با مشخصه‌های کمی و کیفی کالای مندرج در شرایط اعتبار اسنادی داخلی می‌باشد. (دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی-ریالی مصوب ۱۳۹۴/۹/۱۷ ش شورای پول و اعتبار).

می‌شود بلافاصله پس از بررسی اسناد و حصول اطمینان از مطابقت آن، وجه اسناد را پرداخت نماید؛ و گاه مدت‌دار است و بانک متعهد می‌شود پس از بررسی اسناد و حصول اطمینان، وجه اسناد را در سر رسید معین پرداخت نماید. بانک گشایش‌کننده می‌تواند براساس درخواست متقاضی، تأمین مالی او را انجام دهد؛ به این معنا که با توافقی که بین بانک و متقاضی در قالب قرارداد مرابحه یا استصناع منعقد می‌شود، بانک وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذی‌نفع پرداخت می‌کند و متقاضی وجه پرداختی بانک را به همراه سود آن، به صورت مدت‌دار (اقساطی یا پرداخت در سر رسید) به بانک می‌پردازد.

با توضیح بالا روشن شد که تعهد بانک در اعتبار اسنادی، نسبت به عمل متقاضی (خریدار) مطلق است و مشروط به تخلف مشتری از عمل به تعهدات خود نیست. در حالی که تعهد بانک در ضمانت‌نامه، مشروط به تخلف متقاضی از تعهدات خویش است؛ هرچند با شرط مذکور در ضمانت‌نامه، صرف اعلام ذی‌نفع مبنی بر تخلف متقاضی، برای بانک الزام‌آور است و بانک موظف به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به صرف درخواست ذی‌نفع است.

### زوایای ضمانت‌نامه بانکی

برای روشن شدن زوایای بحث باید روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه و شکل ارتباط بین اطراف آن را تحلیل کرد. ضمانت‌نامه‌های بانکی در غالب موارد، مبتنی بر قراردادی پایه بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع است و بانک در قبال دریافت کارمزدی معین، پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع متعهد می‌شود. بر اساس این تصویر، سه رابطه حقوقی در ضمانت‌نامه وجود دارد که تحلیل فقهی آنها ضروری است:

۱. رابطه حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه: بانک برای صدور ضمانت‌نامه و تعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، کارمزدی را از ضمانت‌خواه می‌گیرد و برای اطمینان خاطر از عمل نمودن ضمانت‌خواه به تعهدات خود، وثایقی را از او مطالبه می‌کند. همچنین در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه مراجعه کرده، مبلغ پرداختی را از او دریافت می‌کند. درباره رابطه حقوقی بین بانک و ضمانت‌خواه باید به سه پرسش پاسخ داد که کارمزد دریافتی بانک در قالب چه قراردادی است؟ وثایق دریافتی بانک بر پایه کدام قرارداد فقهی است؟ رجوع بانک به ضمانت‌نامه مبتنی بر چه وجهی است؟

۲. رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع: ضمانت‌نامه مبتنی بر قرارداد پایه موجود بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع صادر می‌شود. قرارداد پایه در برخی از انواع ضمانت‌نامه مانند ضمانت حسن اجرای تعهد، روشن است؛ اما در برخی از انواع ضمانت‌نامه مانند ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه، این پرسش وجود دارد که چه قراردادی بین مزایده‌گزار یا مناقصه‌گزار و شرکت‌کننده وجود دارد که ضمانت‌نامه مبتنی بر آن صادر شده است؟ همچنین ضمانت‌نامه معمولاً پیش از انعقاد قرارداد پایه منعقد می‌شود و باید به دنبال یافتن تحلیل فقهی این امر بود.

۳. رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع؛ بانک متعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع در صورت مطالبه اوست و ذی‌نفع حق دارد در صورت امتناع بانک از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، از او شکایت کند. چه قراردادی بین بانک و ذی‌نفع منعقد شده که باعث می‌شود ذی‌نفع حق مطالبه و شکایت داشته باشد؟

ضمانت‌نامه‌ها چندین ویژگی دارند که دقت در آنها می‌تواند تحلیل واقعی‌تری را از ماهیت روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه به دست دهد:

- ۱) در تمام انواع ضمانت‌نامه‌ها، چهار رکن موجود است: بانک، ضمانت‌خواه، ذی‌نفع و مبلغ ضمانت‌نامه.
- ۲) بانک در قبال صدور ضمانت‌نامه کارمزدی را از ضمانت‌خواه دریافت می‌کند.
- ۳) بانک حق دارد در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ضمانت‌خواه رجوع کند و برای اطمینان خاطر از رسیدن به طلب خود، وثایقی را از ضمانت‌خواه مطالبه می‌کند.
- ۴) تعهد بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه غیرقابل برگشت است.
- ۵) تعهد بانک مشروط به تخلف ضمانت‌خواه یا ناتوانی او از انجام تعهدات خویش است؛ هرچند بانک ملزم است به صرف اعلام ذی‌نفع در انجام نشدن تعهدات توسط ضمانت‌خواه، مبلغ ضمانت‌نامه را به او پرداخت کند.
- ۶) ضمانت‌نامه موقت و زمان‌دار است؛ هرچند با درخواست کتبی ذی‌نفع و پذیرش بانک، قابلیت تمدید را دارد.<sup>۱</sup>

۱. در ماده ۱۳ اصلاحیه دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه آمده است: «حداکثر مدت اعتبار صدور

۷) ضمانت‌نامه قابل انتقال و قابل تنزیل نیست.<sup>۱</sup>

۸) تعهد بانک در ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.

۹) در غالب ضمانت‌نامه‌ها بدهی یا قرارداد پایه‌ای بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع وجود دارد؛ مانند ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد که ضمانت‌خواه در قرارداد اجاره متعهد به انجام کار مشخصی برای ذی‌نفع است، و یا ضمانت‌نامه گمرکی که ضمانت‌خواه به گمرک (ذی‌نفع) بدهکار است و باید حقوق گمرکی را پرداخت کند تا بتواند کالای وارداتی را ترخیص نماید. اما در برخی از ضمانت‌نامه‌ها مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و همچنین ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه، بدهی یا قرارداد پایه‌ای بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع وجود ندارد.

در تحلیل ماهیت روابط حقوقی موجود در اطراف ضمانت‌نامه باید تمام این ویژگی‌ها را در نظر داشت و تحلیلی بر اساس واقعیت ارائه داد.

### آرای فقیهان در تحلیل ضمانت‌نامه

بحث از ضمانت‌نامه‌های بانکی در بین فقیهان با عناوینی مانند «خطاب الضمان»، «الكفالات»، «الكفالات المصرفية»، «الكفالات المستحدثة»، و «الكفالة عند البنوك» مطرح شده است. یادکرد «كفالات» از ضمانت‌نامه‌های بانکی در عرف بانکداری کشورهای عربی، سبب آن شده که برخی از فقیهان ضمانت‌نامه را ذیل کفالت تعریف نموده، و اشکالاتی را بر آن وارد سازند.

برخی دیگر از فقیهان بدون اشاره به ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی، آنها را تصحیح

ضمانت‌نامه یکسال است.

در ماده ۱۴ همین دستورالعمل آمده است: «صدور ضمانت‌نامه‌ای که خود به خود و بدون درخواست کتبی ذی‌نفع قابل تمدید باشد، ممنوع است.»

۱. در ماده ۶ همین دستورالعمل آمده است: «ضمانت‌نامه قابل انتقال و قابل تنزیل نمی‌باشند. مؤسسه اعتباری موظف است عبارت «غیر قابل انتقال» و «غیر قابل تنزیل» را به صورت پس‌زمینه در فرم‌های خام تمامی نسخ ضمانت‌نامه که به سهولت قابل رؤیت باشد، درج نماید.»

کرده و دریافت کارمزد توسط بانک را جایز دانسته‌اند.<sup>۱</sup> در مقابل برخی دیگر از فقیهان در مقام تحلیل برآمده، وجوهی را برای تصحیح ضمانت‌نامه بیان کرده‌اند:

**دیدگاه نخست: ضمان تعهد حاصل از شرط نتیجه یا فعل و دریافت کارمزد در قالب جعاله**

شهید سیدمحمدباقر صدر، ضمانت‌نامه را دو قسم ضمانت‌نامه ابتدایی و نهایی دانسته است:

۱. در ضمانت‌نامه ابتدایی، رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع ایجاد نشده است. ایشان ضمانت‌نامه شرکت در مزایده یا مناقصه را ذیل ضمانت‌نامه ابتدایی تعریف کرده و آن را وعده ابتدایی از جانب بانک دانسته است. از این‌رو صدور ضمانت‌نامه ابتدایی از ناحیه بانک صحیح است و بانک می‌تواند به آن وفا کند و برای صدور آن کارمزد دریافت نماید؛ اما برای بانک الزام‌آور نیست.

۲. در ضمانت‌نامه نهایی، بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع قرارداد پایه‌ای وجود دارد و ضمانت‌نامه برای تضمین عمل ضمانت‌خواه به تعهدات خویش است. به نظر ایشان در این موارد، ذی‌نفع در ضمن قرارداد پایه، شرط کرده که در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را مالک شود. این شرط، صحیح و نافذ است و بانک می‌تواند عمل به این شرط و پرداخت این وجه معین توسط ضمانت‌خواه را به شکل ضمان عهده، ضمانت کند. با این فرض، در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش در قرارداد پایه، بانک مکلف به پرداخت وجه به ذی‌نفع است و چون ضمانت بانک به امر و طلب ضمانت‌خواه بوده، بانک پس از پرداخت وجه به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه رجوع می‌کند. تعهد بانک به پرداخت وجه نیز عمل محترمی است که باعث افزایش ارزش تعهدات پیمانکار می‌شود و به همین دلیل بانک می‌تواند در قبال این تعهد، کارمزدی را دریافت نموده یا در قالب جعاله، مبلغی را مالک شود.<sup>۲</sup> با توجه به تحلیل ضمانت‌نامه در قالب ضمان عمل به شرط، ضمانت‌نامه عقدی تبعی و وابسته به صحت شرط و بقای آن است. به همین دلیل در صورت کشف بطلان عقد یا فسخ شدن عقد، شرط در ضمن آن نیز

**مباحث**  
پژوهش‌های قضایی

واکاوی تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمان تعهد و جعاله

۱. حکیم، حواریات فقهیه، ص ۳۱۴.

۲. صدر، البنك اللاربوي، ص ۱۲۸.

به تبع باطل می‌شود و دیگر پرداخت مبلغ معین بر بانک (ضامن) لازم نیست.<sup>۱</sup> ایشان برای شرط موجود، سه صورت تصویر بیان کرده است: نخستین تصویر، به صورت شرط نتیجه است؛ به این شکل که ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه، بدون نیاز به تملیک و تملک - مالک مبلغ معین در ذمه ضمانت‌خواه شود. تصویر دوم، به صورت شرط فعل است؛ به این شکل که ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه، حق داشته باشد مبلغ معین را تملک کند که بازگشت آن به شرط تملیک مبلغ توسط ضمانت‌خواه یا غیر اوست. سومین تصویر نیز به صورت شرط فعل است؛ به این شکل که در صورت تخلف ضمانت‌خواه، خودش مبلغ معین را به تملیک ذی‌نفع در بیاورد.

به نظر ایشان شرط نتیجه صحیح نیست؛ زیرا ادله نفوذ شروط، تنها شامل نفوذ شروطی می‌شوند که به خودی خود مشروع هستند و مشروع بودن اشتغال ذمه ضمانت‌خواه به صرف شرط، روشن نیست. با این فرض، بانک تعهد می‌کند که ضمانت‌خواه به شرط (تملیک مبلغ معین) عمل کند و در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به شرط، شرط به دید عرف تلف شده و به همین دلیل پرداخت مبلغ بر بانک لازم می‌شود؛ مانند غاصب که در بدو امر عهده او مشغول به برگرداندن عین مغضوب است و در صورت تلف عین، عهده به ذمه منتقل شده و قیمت عین به ذمه می‌آید. تنها تفاوت بین مشغول شدن عهده بانک به ادای شرط و مشغول شدن عهده غاصب به عین، در انشائی بودن اشتغال عهده بانک و قهری بودن اشتغال عهده غاصب است.<sup>۲</sup>

محقق خوبی ضمانت‌نامه را در قالب عقد ضمان تحلیل کرده و دو طرف آن را بانک (ضامن) و ذی‌نفع (مضمون له) می‌داند که بانک قرارداد ضمان را ایجاب می‌کند و ذی‌نفع آن را قبول می‌کند. در دیدگاه ایشان، ذی‌نفع در قرارداد پایه، شرط کرده که ضمانت‌خواه در صورت عمل نکردن به تعهدات خویش، مبلغ معینی را برای جبران خسارت‌های ایجاد شده به ذی‌نفع پرداخت کند و بانک، پرداخت این مبلغ معین را ضمانت می‌کند. در صورت رجوع ذی‌نفع به بانک، بانک می‌تواند مبلغ پرداختی را از ضمانت‌خواه مطالبه کند؛ زیرا ضمانت،

۱. همان، ص ۲۳۵.

۲. همان، ص ۲۳۶.

تبرعی نبوده و به امر ذی نفع (مضمون عنه) بوده است. کارمزد دریافتی توسط بانک نیز در قالب جعاله یا اجاره تصحیح می شود و بانک در مقابل ضامن شدن، مبلغی را دریافت می کند. به نظر ایشان تصحیح کارمزد در قالب عقد مستقل یا مصالحه، درست نیست.<sup>۱</sup> این بیان در سخن آقایان تبریزی، روحانی، و جواهری نیز تکرار شده است<sup>۲</sup>؛ هرچند آقای وحید خراسانی، تصحیح کارمزد را در قالب عقد مستقل یا مصالحه می پذیرد.<sup>۳</sup>

محقق خوبی به شرط فعل یا نتیجه بودن تصریح نکرده است؛ اما با توجه به مبنای ایشان در صحت شرط نتیجه در ملکیت<sup>۴</sup>، می توان شرط را به صورت شرط نتیجه تصویر کرد. البته ایشان در بحث شروط، شرط ملکیت به نحو منجز را پذیرفته و سخنی از شرط ملکیت به نحو معلق به میان نیاورده است؛ در حالی که شرط نتیجه ملکیت مبلغ در قرارداد پایه، معلق بر تخلف ضمانت خواه از عمل به تعهدات خویش است.

امام خمینی نیز ضمانت نامه را به ضمان عهده در صورت عمل نکردن ضمانت خواه به تعهد خویش بازگشت داده است و دریافت کارمزد را در قبال متعهد شدن یا اعمال دیگری مانند ثبت ضمانت و صدور آن، جایز دانسته است. همچنین به نظر ایشان، در صورتی که ضمانت به امر ضمانت خواه باشد، بانک پس از پرداخت مبلغ ضمانت نامه می تواند به ضمانت خواه مراجعه کند.<sup>۵</sup>

آقای فیاض، ضمانت نامه را چنین تحلیل کرده که ذی نفع، ضمن قرارداد پایه مانند عقد اجاره، شرط می کند که در صورت تخلف ضمانت خواه از عمل به تعهدات خود، مبلغ معینی را به ذی نفع پرداخت کند. ذی نفع برای حصول اطمینان به وفای ضمانت خواه به این شرط، تحویل ضمانت نامه را شرط می کند. ایشان شرط پرداخت مبلغ معین را از سنخ شرط فعل دانسته و شرط نتیجه را برای تملیک مال صحیح نمی داند. ضمان بانک در دیدگاه

۱. خوبی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۴۱۰.

۲. تبریزی، المسائل المنتخبة، ص ۴۰۴؛ روحانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۴۶۹؛ جواهری، الربا فقها و اقتصادیا، ص ۴۴۴.

۳. وحید خراسانی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۶۴.

۴. خوبی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۶۰.

۵. خمینی، تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۶۱۸.

ایشان، تعهد به ادای دین یا ادای شرط ضمانت‌خواه در صورت امتناع اوست و موجب نقل ذمه و حتی ضمّ ذمه نیست. به همین دلیل ذی‌نفع ابتدا نمی‌تواند به بانک مراجعه کند؛ بلکه باید به ضمانت‌خواه مراجعه کند و در صورت امتناع او از تملیک مبلغ معین، به بانک مراجعه کرده و تملیک مبلغ معین را از او درخواست می‌کند.

با تحلیل آقای فیاض، عمل بانک به مفاد ضمانت‌نامه در صورتی لازم است که پرداخت مبلغ معین در ضمن عقد لازم شرط شده باشد و در غیر این صورت، ضمانت بانک وعده ابتدایی است و عمل به آن واجب نیست. همچنین در صورتی پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک لازم است که ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش امتناع کند؛ ولی در صورت بطلان یا فسخ عقدی که در آن پرداخت مبلغ معین شرط شده، بانک ملزم به پرداخت مبلغ نیست؛ زیرا شرط پرداخت مبلغ معین به تبع بطلان عقد، باطل شد و ضمانت نیز به تبع بطلان شرط، بی‌اثر خواهد بود.<sup>۱</sup>

بر اساس تحلیل ارائه شده در دیدگاه نخست، رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع در ضمانت نهایی، شرط نتیجه ملکیت مبلغ معین یا شرط فعل تملیک یا تملک مقدار معینی پول در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به تعهدات خویش است. رابطه حقوقی بین ضمانت‌خواه و بانک، جعله است و ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل و بانک به‌عنوان عامل، و رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع، ضمانت تعهد است که بانک به‌عنوان ضامن و ذی‌نفع به‌عنوان مضمون له می‌باشد.

شهید محمد صدر<sup>۲</sup>، چهار اشکال به کلام شهید محمدباقر صدر در ضمانت نهایی بیان کرده است:

یکم؛ این کلام متوقف بر پذیرش شخصیت حقوقی است.

دوم؛ قرارداد پایه بین ذی‌نفع و ضمانت‌خواه است و بانک، طرف معامله آنها نیست تا پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر او لازم شود. پس ضمانت نهایی مانند ضمانت ابتدایی است و عمل به آن از ناحیه بانک لازم نیست.

اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا بر اساس تحلیل شهید صدر، رابطه حقوقی بین ذی‌نفع و

۱. فیاض، المسائل المستحدثة، ص ۳۱۲.

۲. صدر، ماوراء الفقه، ج ۴، ص ۱۲۳.

بانک در قالب عقد ضمان است و ذی نفع (مضمون له) می تواند بر مبنای عقد ضمان به بانک (ضامن) مراجعه کرده و پرداخت مبلغ ضمانت نامه را درخواست کند. سوم؛ ضمانت نامه باید بین بانک (ضامن) و ذی نفع (مضمون له) باشد؛ در حالی که ضمانت خواه (مضمون عنه) با رجوع به بانک (ضامن) درخواست صدور ضمانت نامه می کند. این اشکال مبتنی بر این تصویر است که ایجاب عقد ضمان توسط ضامن انشاء، و توسط مضمون له قبول می شود؛ در حالی که در فرآیند صدور ضمانت نامه، ضمانت خواه (مضمون عنه) به بانک مراجعه می کند و بین بانک و ضمانت خواه، عملیات حقوقی رخ می دهد. برای حل این مشکل می توان ضمانت خواه را وکیل از طرف ذی نفع تصویر کرد که به وکالت از طرف او، با مراجعه به بانک، قرارداد ضمان را منعقد می کند. همچنین می توان در صورت عدم اشتراط موالات بین ایجاب و قبول، صدور ضمانت نامه از طرف بانک را به عنوان ایجاب تلقی کرده و تحویل گرفتن ضمانت نامه توسط ذی نفع را قبول دانست. چهارم؛ تصحیح کارمزد در قالب جعاله صحیح نیست؛ زیرا جعاله قرارداد مستقلی است که نیازمند قصد و بیان است و چنین اتفاقی در کارمزد صورت نمی گیرد. این اشکال نیز صحیح نیست؛ زیرا بر پایه مبنای برگزیده، قصد و بیان ماهیت معامله در تحقق آن کفایت کرده، نیازی به قصد و تصریح به عنوان معامله نیست. مثلاً قصد تملیک در مقابل عوض و بیان آن برای تحقق بیع کفایت می کند و نیازی به قصد عنوان بیع و ذکر آن نیست. در رابطه حقوقی بین ضمانت خواه و بانک نیز انجام عمل (ضامن شدن و صدور ضمانت نامه) در مقابل عوض (کارمزد) قصد شده، و همین در تحقق جعاله کافی است و نیازی به قصد عنوان جعاله و تصریح به آن نیست.

آقای بشیر نجفی<sup>۱</sup> تحلیل ضمانت نامه را در قالب ضمان عهده اینگونه توضیح داده که بانک (ضامن) تکمیل عمل توسط ضمانت خواه را در مدت معین و با اوصاف مشخص، به نفع ذی نفع (مضمون له) ضمانت می کند. در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) نسبت به تعهد خود کوتاهی کند، بانک مبلغی را که با آن عمل تمام می شود، پرداخت می کند. بانک در قبال این ضمانت، اجرتی را از ضمانت خواه دریافت می کند. هر چند ضمانت بانک

۱. بشیر نجفی، بحوث فقهیه معاصره، ص ۱۵۲.

معلق به عدم انجام عمل توسط ضمانت‌خواه است، اما دلیلی بر بطلان این تعلیق وجود ندارد. دریافت مبلغ اضافه توسط بانک (ضامن) نیز اشکالی ندارد و روایاتی که دریافت اضافه را نهی کرده، یا سندشان ضعیف هستند، و یا ارتباطی به مورد بحث ندارند. توجیه اخیر می‌تواند اشتغال ذمه بانک و ضمانت‌خواه را تصحیح کند.

کلام ایشان در تحلیل ضمانت‌نامه صحیح نیست؛ زیرا در ضمانت‌نامه‌های رایج، بانک تنها متعهد به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه می‌شود. به همین دلیل بانک تعهدی به تکمیل عمل توسط بانک نداده و به پرداخت مبلغی که با آن عمل تمام شود، متعهد نیست؛ بلکه مبلغ ضمانت‌نامه مبلغ مشخصی است و الزاماً به میزانی نیست که بتوان با آن کار را تکمیل کرد و می‌تواند کمتر یا بیشتر باشد. البته معمولاً با پیشرفت کار و تأیید ذی‌نفع، ضمانت‌خواه با رجوع به بانک، مبلغ ضمانت‌نامه را کاهش داده، بخشی از وثایق خویش را آزاد می‌کند.

آقای بشیر نجفی جعاله را به دو صورت تصویر کرده است: نخست آنکه ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل، بانک به‌عنوان عامل و تکمیل عمل در صورت اخلال ضمانت‌خواه عملی است که جعاله بر آن واقع شده است. ایشان چند اشکال به این تصویر بیان کرده است: نخست اینکه لازمه آن عدم لزوم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک است؛ زیرا جعاله نسبت به عامل لازم نیست. دوم اینکه بر پایه این توجیه، ضمانت‌خواه باید به صرف صدور ضمانت‌نامه، مال الجعل را به بانک پرداخت کند؛ زیرا عمل بانک، همین ضامن شدن است و آن را به صورت کامل انجام داده است. سوم آنکه لازمه آن عدم اشتغال ذمه ضمانت‌خواه نسبت به مبلغ پرداختی توسط بانک است؛ چنانچه لازمه آن عدم اشتغال ذمه بانک نسبت به مبلغ پرداختی است.

چند اشکال به کلام ایشان وارد است:

یکم؛ بین تصویر جعاله در آغاز کلام ایشان و اشکالاتی که به آن وارد شده، تهافت وجود دارد. ایشان در مقام تصویر جعاله، تکمیل عمل در صورت قصور ضمانت‌خواه را عملی دانسته که بانک به‌عنوان عامل، قصد انجام آن را دارد؛ اما در اشکال دوم، عمل بانک را همین ضامن شدن دانسته است.

دوم؛ تصویر ابتدایی ایشان با ضمانت‌نامه‌های بانکی رایج متفاوت است؛ زیرا بانک تکمیل عمل را متعهد نمی‌شود و تنها متعهد به پرداخت مبلغ معین است. سوم؛ از سوی دیگر، تصویر جعاله در کلام بزرگان با تصویری که ایشان ارائه داده، تفاوت جدی دارد. در کلام بزرگانی همچون محقق خویی و شهید صدر، تصویر جعاله برای تصحیح کارمزد دریافتی توسط بانک است، و عمل بانک نیز ضامن شدن است که با انجام آن، مستحق دریافت کارمزد (مال الجعل) می‌شود. بانک‌ها نیز کارمزد را به صرف صدور ضمانت‌نامه از ضمانت‌خواه می‌گیرند؛ هرچند در صورت کاهش مدت ضمانت‌نامه، بخشی از آن را به ضمانت‌خواه، پس می‌دهند. بر پایه این تحلیل، بانک در قالب عقد لازم ضمانت، متعهد به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع است؛ نه آنکه در قالب عقد جایز جعاله، متعهد به پرداخت مبلغ معین باشد. در نتیجه، ذمه بانک به عمل به تعهد خویش مشغول شده، و در صورت پرداخت مبلغ، ذمه ضمانت‌خواه به نفع بانک مشغول می‌شود.

دومین تصویر جعاله در کلام ایشان آن است که ذی‌نفع به‌عنوان جاعل و بانک به‌عنوان عامل تلقی شود. این تصویر نیز افزون بر اشکالات بالا، مواجهه با دو اشکال است. نخست: لازمه آن این است که ذمه ذی‌نفع به نفع بانک مشغول شود؛ در حالی که در ضمانت‌نامه‌های مرسوم، در صورت عمل نکردن ضمانت‌خواه به تعهدات خویش، ذمه بانک به نفع ذی‌نفع مشغول می‌شود. دوم: در جعاله صرفاً ذمه جاعل مشغول می‌شود؛ در حالی که در ضمانت‌نامه، ذمه ضمانت‌خواه مشغول می‌شود و باید مبلغ ضمانت‌نامه افزون بر کارمزد را به بانک پرداخت کند؛ در حالی که بر پایه این توجیه، ضمانت‌خواه از عقد جعاله اجنبی است.

**دیدگاه دوم: کفالت مالی تعهد ناشی از شرط نتیجه و دریافت کارمزد در قالب جعاله**  
 شیخ حسین حلی، پس از بیان سه احتمال وعده صرف، جعاله و تصالح، احتمال تصحیح ضمانت‌نامه در قالب کفالت مستحدث را پذیرفته و این وجه را از استاد خویش نقل می‌کند.<sup>۱</sup> دو طرف در دیدگاه ایشان، بانک (کفیل) و ضمانت‌خواه (مکفول) است و بانک متعهد می‌شود مبلغ معین را به ذی‌نفع (مکفول له) پرداخت کند. تفاوت این کفالت نوپدید با کفالت

۱. ظاهراً مراد ایشان از استاد، محقق نایینی است؛ اما در کلمات نایینی بحثی درباره ضمانت‌نامه بانکی یافت نشد.

مصطلح شرعی آن است که در کفالت مصطلح، کفیل متعهد به احضار نفس است و متعهد به پرداخت مال نیست و دو طرف کفالت مصطلح، کفیل و مکفول له هستند؛ در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی، کفیل (بانک) و مکفول (ضمانت‌خواه) عقد را منعقد می‌کنند.<sup>۱</sup>

محقق سیستمی تعهد ضمانت‌خواه به پرداخت مبلغ معین به ذی‌نفع را در قالب شرط ضمن عقد اجاره تحلیل کرده است. ایشان تعهد بانک در ضمانت‌نامه را در قالب کفالت مالی دانسته و در تفاوت بین کفالت مالی و ضمان می‌گوید: در ضمان، ذمه ضامن مدیون به دین مضمون‌عنه می‌شود. به همین دلیل در صورت مرگ ضامن پیش از وفا، این دین از اموال ضامن برداشت شده و بر ارث مقدم است؛ در حالی که در کفالت مالی، ذمه کفیل به دین مکفول مشغول نمی‌شود و تنها متعهد به ادای دین کفیل است. به همین دلیل در صورت مرگ کفیل پیش از ادا، دین از اموال کفیل برداشته نمی‌شود. ایشان کارمزد را در قالب جعاله تحلیل کرده و رجوع بانک به ضمانت‌خواه را در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه اینگونه توجیه کرده که کفالت به طلب ضمانت‌خواه (مکفول) بوده و به همین دلیل بانک (کفیل) می‌تواند به ضمانت‌خواه رجوع کند.<sup>۲</sup>

با توجه به تقریب ارائه شده در این دیدگاه از کفالت و تفاوت آن با کفالت اصطلاحی، همچنین نزدیکی زیاد این تقریب با ضمان تعهد، این احتمال قوت دارد که بین دیدگاه نخست و دوم تفاوتی وجود نداشته باشد، و مراد از کفالت مالی یا کفالت مستحدث، همان ضمان تعهد باشد.

### دیدگاه سوم: تعهد مستقل

شهید محمد صدر ضمانت‌نامه ابتدایی و نهایی را در قالب تعهد مستقل تصحیح کرده، می‌گوید: هرچند فقیهان بر عدم وجوب وفا به وعده ابتدایی اتفاق نظر دارند، اما این اجماع وعده‌ای را که به منزله معامله است، شامل نمی‌شود و به همین دلیل می‌توان با تمسک به عموماتی مانند «المؤمنون عند شروطهم»، صحت و لزوم عمل به این نوع وعده‌های ابتدایی

۱. حلی، بحوث فقهیه، ص ۱۱۰.

۲. سیستمی، المسائل المنتخبة، ص ۵۵۱.

را اثبات کرد. کارمزد دریافتی از طرف بانک نیز در قالب جعاله نیست؛ بلکه به این دلیل است که بانک نفعی را به دو طرف معامله یا یکی از آنها رسانده است و قصد او در رساندن این نفع، تبرع و مجانی نبوده است و به همین دلیل از اجرت برخوردار است.<sup>۱</sup>

در ماده ۱۲ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی که در سال ۱۳۹۶ ش به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده است، ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌عنوان قراردادی مستقل و ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی تعریف شده است. در ماده ۱۲ دستورالعمل آمده است: «مؤسسه اعتباری ضمانت‌نامه را با استناد ماده (۱۰) قانون مدنی صادر می‌نماید. تعهدات ناشی از صدور ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.»

در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

این ماده، به اصل آزادی قراردادی اشاره دارد و بر پایه آن، تمام عقود که با توافق دو طرف منعقد می‌شود- تا زمانی که مخالف قانون نباشد- نافذ است.

#### دیدگاه چهارم: وکالت

آقای عباس کاشف الغطا برای تحلیل ضمانت‌نامه دو تحلیل ضمان و وکالت را ارائه کرده است. ایشان در تحلیل وکالت، بانک را وکیل ضمانت‌خواه تصویر کرده که در صورت کوتاهی او از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را به ذی‌نفع پرداخت کند. این وکالت، عمل مشروعی است و وکیل می‌تواند در قبال اعمالی که از طرف موکل انجام می‌دهد، اجرتی را از او مطالبه کند. همچنین در صورت پرداخت مبلغی از طرف موکل، برای دریافت این مبلغ به موکل (ضمانت‌خواه) رجوع می‌کند.<sup>۲</sup>

تحلیل ضمانت‌نامه در قالب وکالت با دو اشکال روبرو است:

۱. صدر، ماوراء الفقه، ج ۴، ص ۱۲۴.

۲. کاشف الغطا، المعاملات المصرفية، ص ۱۸۴.

یکم؛ وکالت عقد جایز است و وکیل (بانک) می‌تواند آن را فسخ کند؛ در حالی که تعهد بانک به پرداخت مبلغ، تعهد لازم و غیرقابل برگشت است. بین بانک و ضمانت‌خواه نیز عقد لازمی منعقد نشده که وکالت بانک در قالب آن عقد شرط شده باشد تا عزل وکیل ممکن نباشد. دوم؛ در صورت لازم بودن وکالت، وکیل (بانک) صرفاً در قبال موکل (ضمانت‌خواه) مسئول است و باید عملی را که موکل بر عهده او قرار داده، انجام دهد؛ اما در قبال ذی‌نفع مسئول نیست و تعهدی به ذی‌نفع ندارد. به همین دلیل ذی‌نفع حق مطالبه مبلغ را ندارد و در صورت عمل نکردن بانک به مفاد ضمانت‌نامه، ذی‌نفع نمی‌تواند از او شکایت کند؛ زیرا بانک تعهدی به ذی‌نفع ندارد و تنها متعهد به ضمانت‌خواه است.

### جمع‌بندی آرای فقیهان

ضمانت‌نامه‌ها انواع گوناگونی دارند که هفت مورد آنها به روشنی در دستورالعمل بانک مرکزی آمده و بقیه آنها در قالب تبصره، مورد اشاره قرار گرفته است. ضمانت‌نامه‌ها را می‌توان در سه دسته کلی تقسیم کرد:

ضمانت‌نامه ابتدایی: ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و ضمانت‌نامه‌های صادر برای نهادهای خاص مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه، که مبتنی بر دین سابق یا یک قرارداد پایه نیست. در این موارد، بین مناقصه‌گزار و شرکت‌کننده، هیچ دینی وجود ندارد و قرارداد پایه‌ای بین آنها منعقد نشده است.

ضمانت‌نامه پیمانکاری: ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه حسن اجرای تعهد، ضمانت‌نامه پیش پرداخت و ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان، مبتنی بر قرارداد پیمانکاری است و ذی‌نفع برای حصول اطمینان خاطر از انجام صحیح و به‌موقع تعهدات توسط پیمانکار، ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند. از این نوع ضمانت‌نامه‌ها در سخن فقیهان با نام ضمانت‌نامه نهایی یاد شده است.

ضمانت‌نامه مبتنی بر دین: در ضمانت‌نامه‌هایی مانند ضمانت‌نامه گمرکی و ضمانت‌نامه تعهد پرداخت، ضمانت‌خواه به ذی‌نفع مدیون است و بانک متعهد می‌شود تمام یا بخشی از این بدهی را در سررسید معین پرداخت کند. در دستورالعمل جدید گمرک برای اخذ ضمانت‌نامه بانکی، سررسید ضمانت‌نامه سه ماه تعیین شده است. ضمانت‌نامه تعهد

پرداخت نیز دارای سررسید مشخص است و در مواردی که دیون ضمانت خواه سررسید شده است، بانک پرداخت تمام با بخشی از این دین را در سررسید مشخص، متعهد می‌شود. بحث فقیهان ناظر به ضمانت‌نامه‌های ابتدایی و پیمانکاری است و ایشان اشاره‌ای به ماهیت ضمانت‌نامه مبتنی بر دین ندارند. شاید علت این رفتار، آسان بودن تحلیل این نوع ضمانت‌نامه‌ها در قالب عقد ضمان مؤجل باشد؛ زیرا دین موجودی بین ضمانت خواه و ذی‌نفع وجود دارد و بانک پرداخت این دین در سررسید معین را متعهد می‌شود. حتی می‌توان در این نوع ضمانت‌نامه‌ها، قائل به انتقال دین از ذمه ضمانت خواه به ذمه بانک شد و پرداخت دین پیش از سررسید توسط ضمانت خواه نیز نافی انتقال دین نیست؛ زیرا با پرداخت دین توسط ضمانت خواه، عقد ضمان بدون موضوع شده، منتفی می‌شود و دیگر بر بانک پرداخت مبلغ در سررسید لازم نخواهد بود.

### پرسش‌هایی درباره تحلیل ضمان تعهد و کفالت مالی

وجه مشترک دیدگاه نخست و دوم، تصویر شرط بین ضمانت خواه و ذی‌نفع و تعهد بانک به پرداخت این مبلغ است. تحلیل ضمانت‌نامه در این قالب با چند پرسش روبرو است که برخی ناظر به قرارداد پایه و شروط مذکور برای آن، و برخی دیگر به ضمان و ارکان آن ناظر است. همچنین برخی ناظر به تحلیل کارمزد، و برخی دیگر به تحلیل وثیقه‌های دریافت شده توسط بانک نظارت دارد.

### پرسش‌های ناظر به قرارداد پایه

ناظر به قرارداد پایه - که ضمانت‌نامه بر پایه آن صادر می‌شود - سه پرسش اصلی وجود دارد:

پرسش نخست: تصریح نداشتن به شرط پرداخت مبلغ معین بر پایه مبنای معروف، الزام‌آور بودن شرط زمانی است که ضمن عقد لازم بدان تصریح شده یا اشتراط آن ارتکازی باشد.<sup>۱</sup> در حالی که در بسیاری از قراردادهای پایه به اشتراط پرداخت مبلغ معین بین ذی‌نفع و ضمانت خواه تصریح نشده و اشتراط آن نیز ارتکازی نیست.

۱. انصاری، المکاسب، ج ۶، ص ۵۵.

این مشکل قابل حل است؛ زیرا در ضمن عقد پیمانکاری، شرط می‌شود که پیمانکار ضمانت‌نامه‌ای را با مبلغ مشخص از بانک دریافت کرده و به کارفرما تحویل دهد. در صورت تحلیل ضمانت‌نامه به ضمان تعهد، شرط دریافت ضمانت‌نامه به دو شرط تفکیک می‌شود: الف؛ پیمانکار متعهد به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف از تعهدات خویش شود. ب؛ برای تعهد خویش ضمانت‌نامه‌ای را از بانک دریافت کرده و به کارفرما تحویل دهد.

#### پرسش دوم: تعلیق شرط فعل یا نتیجه

شرط فعل یا نتیجه متصور در تحلیل، بدین صورت است که مثلاً کارفرما (ذی‌نفع) بر ضد پیمانکار (ضمانت‌خواه) شرط می‌کند که در صورت تکمیل نکردن پروژه در سررسید مشخص، مبلغ مشخصی را به کارفرما پرداخت کند. شرط پرداخت مبلغ معین در این موارد، شرط منجزی نیست؛ بلکه معلق بر تخلف پیمانکار در عمل به تعهدات خویش است.

این اشکال قابل دفع است؛ زیرا بر پایه دیدگاه مشهور<sup>۱</sup>، تعلیق در شروط مبطل نیست و تنها تعلیق در عقد موجب بطلان است. شیخ انصاری توهم بازگشت تعلیق شرط به تعلیق عقد را پاسخ داده، بیان می‌کند: شرط دوختن لباس اگر زید بیاید، به شرط دوختن لباس در صورت آمدن زید بازگشت دارد و این به معنای تعلیق عقد نیست. به نظر ایشان یگانگی معنایی این دو بیان، باعث تعلیق عقد و بطلان آن نیست. به همین دلیل فقیهان بین دو بیان تفکیک کرده‌اند: «تو وکیل من هستی اگر اول ماه بیاید در اینکه خانه مرا بفروشی.» و «تو وکیل من هستی در اینکه خانه مرا بفروشی اگر اول ماه بیاید.» و به تعلیق عقد در بیان نخست و بطلان عقد باور پیدا کرده‌اند؛ در حالی که عقد دوم را منجز دانسته، صحیح می‌دانند. در تحلیل صحت شرط به نحو معلق، بیان شده که التزام موجود در شرط به شکل منجز، ثابت شده و به صرف صحت عقد، تحقق می‌یابد و تعلیق در متعلق التزامی است که به واسطه شرط ثابت شده است؛ نه آنکه نفس التزام شرطی معلق باشد.<sup>۲</sup>

ماهیچه  
پژوهش‌های قضایی

سال نهم، شماره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴

۱. همان، ص ۵۷؛ یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۱۳۵.

۲. خوبی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۱، ص ۱۷۲.

پرسش سوم: لزوم ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در عرف بانکداری

بنابر دیدگاه مشهور فقیهان، شروط ابتدایی الزام‌آور نیستند. به همین دلیل، در مواردی که قراردادی بین ذی‌نفع و ضمانت‌خواه منعقد نشده، اما با این حال ضمانت‌نامه صادر می‌شود، پرداخت وجه بر ضمانت‌خواه لازم نخواهد بود. مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده و همچنین ضمانت‌نامه‌های متفرقه‌ای مانند ضمانت‌نامه به نفع سازمان وظیفه. با فرض عدم لزوم وفای به شرط بر ضمانت‌خواه، دین یا تعهدی برای ضمانت‌خواه ایجاد نشده است تا ضمانت آن صحیح باشد. در نتیجه بازگشت ضمانت بانک به وعده ابتدایی است و عمل به این وعده نیز بر بانک الزام‌آور نیست. در حالی که تمام ضمانت‌نامه‌ها در عرف بانکداری لازم و غیرقابل برگشت هستند.

فقیهانی که ضمانت‌نامه را به ضمانت تعهد تفسیر کرده‌اند، این اشکال را پذیرفته، و قائل به الزام‌آور نبودن ضمانت‌نامه ابتدایی بر بانک شده‌اند. هرچند برای الزام‌آور شدن ضمانت‌نامه‌های ابتدایی نیز می‌توان شرط پرداخت مبلغ را در قالب عقدی مانند صلح، تصویر کرد. بدین صورت که در قالب عقد صلح، شرط شود اگر شرکت‌کننده در مزایده برنده شود و از انعقاد قرارداد اصلی استنکاف کند، مبلغ معینی را به مزایده‌گزار پرداخت نماید. بانک نیز پرداخت کردن این مبلغ معین را ضمانت می‌کند.

باید دقت داشت: وظیفه فقیه، تحلیل فقهی قراردادها و بیان حکم شرعی آنهاست و موظف نیست قراردادها را تصحیح کرده، آثاری را که از نظر عرفی بر آنها مترتب است، در شرع نیز ثابت بداند. به همین دلیل، فقیهانی که تحلیل ضمانت تعهد را مطرح کرده‌اند، ضمانت‌نامه‌های ابتدایی را الزام‌آور نمی‌دانند و برای لزوم آن تخریح فقهی را باور ندارند. از سوی دیگر، آثاری که از نظر عرفی بر قرارداد بار می‌شود، اصلی‌ترین راهکار برای تشخیص ماهیت قرارداد و قصد دو طرف قرارداد است. به همین دلیل باید در نگاه به آثار عرفی قرارداد، نهایت دقت را به خرج داد و با توجه به آن، ماهیت فقهی قرارداد را تحلیل نمود؛ اما این امر بدان معنا نیست که این اثر، شرعی نیز هست و ممکن است ترتب اثر از نظر شرعی، انکار شود.

یادآوری این نکته ضروری است که بر پایه دیدگاه الزام‌آور بودن شروط ابتدایی،

ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در قالب عقد ضمان قابل تحلیل است و بر بانک الزام‌آور خواهد بود؛ زیرا تعهد ضمانت‌خواه به ذی‌نفع به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف، تعهدی الزام‌آور است و بانک می‌تواند این تعهد را ضمانت کند.

### پرسش‌هایی ناظر به ضمان و ارکان آن

ناظر به تحلیل ضمانت‌نامه در قالب عقد ضمان، پرسش‌هایی قابل طرح است.

#### پرسش نخست: شناسایی دو طرف عقد در ضمانت‌نامه

موجب در عقد ضمان، ضامن (بانک) و قابل آن مضمون له (ذی‌نفع) است؛ در حالی که در فرآیند صدور ضمانت‌نامه، عملیات حقوقی بین ضامن (بانک) و مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) تحقق می‌یابد.

این مشکل به دو شکل قابل حل است:

یکم؛ در انعقاد قرارداد ضمان، مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) را وکیل از طرف مضمون له (ذی‌نفع) تصویر کنیم. با این فرض، موالات بین ایجاب و قبول عقد ضمان رعایت شده، و وکیل مضمون له از طرف او عقد ضمان را قبول می‌کند. هرچند در بیشتر ضمانت‌نامه‌ها ذی‌نفع از ضمانت‌خواه مطالبه مراجعه به بانک و دریافت ضمانت‌نامه را دارد و همین درخواست را می‌توان نوعی توکیل از طرف ذی‌نفع تصویر کرد، اما در برخی از ضمانت‌نامه‌ها، ذی‌نفع ابتداءً درخواست ضمانت‌نامه نداشته و ضمانت‌خواه مستقلاً اقدام به دریافت ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع می‌کند. در این موارد می‌توان ضمانت‌خواه را فضولی دانست که نتیجه آن تحقق عقد و توقف نفوذ آن بر رضایت ذی‌نفع است.

دوم؛ بانک با صدور ضمانت‌نامه، عقد ضمان را ایجاب کرده و مضمون له (ذی‌نفع) با دریافت ضمانت‌نامه از مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه)، آن را قبول می‌کند. هرچند با این تحلیل موالات بین ایجاب و قبول رعایت نشده است، اما بر پایه دیدگاه برخی از فقیهان در تمام عقود<sup>۱</sup> و برخی در خصوص عقد ضمان<sup>۲</sup>، رعایت موالات بین ایجاب و قبول شرط نیست.

۱. اصفهانی، حاشیه کتاب المكاسب، ج ۱، ص ۲۸۴.

۲. یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۰۰.

پرسش دوم: نبود دین فعلی در ضمانت نامه

متعلق ضمانت یا کفالت منعقد شده از ناحیه بانک، تعهد به پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف ضمانت خواه از تعهدات خویش است؛ بدون آنکه به صورت فعلی، دینی وجود داشته باشد که با عقد ضمان، دین از ذمه مضمون عنه (ضمانت خواه) به ذمه ضامن (بانک) منتقل شده باشد یا ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه ضمیمه شود. در حالی که مشهور فقیهان شیعه ماهیت ضمان را نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می دانند و مشهور فقیهان اهل سنت، ماهیت ضمان را ضم ذمه به ذمه دانسته اند.<sup>۱</sup>

آقای محمد سنّده، ضمان موجود در ضمانت نامه را متفاوت با ضمان اصطلاحی دانسته و آن را ضمان تعهد به فعل دانسته است. بدین معنا که ضمانت خواه متعهد به ادای مبلغ معینی است و بانک ادای آن را تعهد کرده است. در این موارد، دین بالفعلی وجود ندارد که با ضمان به ذمه ضامن منتقل شود. تفاوت دیگر ضمان تعهد با ضمان اصطلاحی آن است که ضامن پس از انشاء ضمان، بدهکار نیست و حتی می توان گفت مضمون عنه نیز بدهکار نیست. به همین دلیل در صورت فوت ضامن، از اموال او برداشته نمی شود. پس از تحقق شرط و عمل نکردن ضمانت خواه به تعهدات خویش نیز دو دیدگاه وجود دارد و برخی ضامن را بدهکار به مبلغ می دانند و به همین دلیل در فرض فوت شدن ضامن، مبلغ از ترکه ضامن برداشته می شود. برخی نیز ضامن را بدهکار نمی دانند و تنها حق مالی را بر عهده ضامن می دانند؛ به همین دلیل در فرض فوت شدن ضامن، مبلغ از ترکه برداشته نمی شود. برخلاف ضمان اصطلاحی، که به محض انشای ضمان، ضامن بدهکار می شود و پس از فوت ضامن، دین از اموال او برداشته می شود. ایشان این نوع ضمان را مشروع دانسته و برای تصحیح آن به دو دلیل تمسک کرده است: نخست آنکه، این نوع ضمان، ضمان جدیدی است که عقلاً آن را پذیرفته اند و برای تصحیح آن می توان به مطلقات ضمان یا عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک جست. البته تمسک به این عموم در صورتی صحیح است که عقد، ماهیت متفاوتی با عقود متعارف داشته باشد و شرایط عمومی مانند غرری و ربوی نبودن، در آن رعایت شده باشد. دوم آنکه، در موارد خاصی مانند ضمان تسلیم مبیع یا ضمان درک ثمن،

مباحثات  
پژوهش های قضایی

واکاوی تطبیق ضمانت نامه های بانکی در قالب ضمان تعهد و جهاله

۱. طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۴.

فقیهان به صحت ضمان فتوا داده‌اند. در این موارد دینی وجود ندارد که ضمان اصطلاحی در آن تحقق یافته باشد؛ بلکه در آنها ضامن، تعهد بائع به تسلیم مبیع یا تعهد او به برگرداندن ثمن در صورت بطلان عقد را ضمانت کرده است.<sup>۱</sup> این تحلیل قابل پذیرش است و بر اساس آن، می‌توان تعهد مضمون‌عنه را به نفع مضمون له، ضمانت کرد.

پرشش سوم: استقلال ضمانت‌نامه در عرف بانکداری در صورت کشف بطلان یا فسخ عقدی که در آن پرداخت مبلغ شرط شده، ضمان یا کفالت بانک باطل خواهد شد؛ زیرا دین یا تعهدی موجود نیست تا بانک پرداخت آن را تعهد کرده باشد. در حالی که در عرف بانکداری و بر پایه دستورالعمل صادر شده از سوی بانک مرکزی، ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد پایه است.<sup>۲</sup> مثلاً در صورتی که متعلق عقد اجاره، عمل نفس اجیر باشد و اجیر توانایی انجام عمل را نداشته باشد، عقد اجاره باطل است و شرط پرداخت مبلغ نیز به تبع بطلان عقد، باطل می‌شود. با بطلان تعهد به پرداخت مبلغ معین، موضوع ضمان نیز منتفی شده، و ضمان نیز باطل خواهد بود. در نتیجه پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر بانک لازم نیست. در حالی که یکی از اهداف اصلی ذی‌نفع برای درخواست ضمانت‌نامه، اطمینان خاطر است که در صورت ناتوانی پیمانکار از عمل به تعهدات خویش، خسارت‌های خود را ناشی از این اتفاق، جبران کند.

برای حل این مشکل، برخی از فقیهان اشتراط پرداخت مبلغ معین را در ضمن عقد دیگری مانند صلح، پیشنهاد داده‌اند؛ به این صورت که ذی‌نفع و ضمانت‌خواه در ضمن عقد دیگری به جز اجاره، این شرط را بیاورند تا در صورت بطلان عقد اجاره یا حتی فسخ آن، تعهد ضمانت‌خواه و به تبع آن، ضمان بانک باقی باشد.<sup>۳</sup>

۱. سند، فقه المصارفة و النقود، ص ۳۹۳.

۲. در ماده ۱۲ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه آمده است:

«تعهدات ناشی از صدور ضمانت‌نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط، مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و یا ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، مؤثر نخواهد بود.»

۳. سند، فقه المصارف و النقود، ص ۳۹۵.

هرچند این راهکار می‌تواند در صورت بطلان یا فسخ قرارداد پایه، صحت و لزوم ضمان بانک را حفظ کند، اما لوازمی دارد که در عرف بانکداری، بدان ملتزم نیستند. مثلاً اگر قرارداد پایه با حکم قانونی ابطال شود، شرط در ضمن عقد صلح پابرجاست و بر بانک لازم است در صورت مطالبه ذی‌نفع، مبلغ ضمانت‌نامه را پرداخت کند و می‌تواند در صورت پرداخت مبلغ، به ضمانت‌خواه رجوع کند. در حالی که ضمانت‌نامه، جدا از قرارداد پایه نیست و در این موارد، ذی‌نفع ملزم به پس دادن ضمانت‌نامه است و از نظر عرف و قانون حق ندارد مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کند. با توجه به این نکات، به نظر می‌رسد این اشکال به صرف شرط پرداخت مبلغ معین در ضمن عقد دیگری غیر از قرارداد پایه، حل نمی‌شود. مگر آنکه در ضمن این عقد، شرط به صورت مضیق آورده شود.

یادآوری این نکته لازم است که هرچند ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد پایه تصویر شده، اما این استقلال تنها در ظاهر است و در واقع ضمانت‌نامه تابع قرارداد پایه است. مراد از استقلال این است که به صرف مطالبه ذی‌نفع و اعلام او در تخلف ضمانت‌خواه در عمل به تعهدات خویش، بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه موظف است. این مطلب به معنای استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه نیست؛ بلکه بدین معناست که قول ذی‌نفع در اثبات تخلف ضمانت‌خواه ملاک عمل است و ضمانت‌خواه در صورتی که به تعهدات خویش به شکل کامل عمل کرده باشد، می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات آن، مبلغ پرداختی توسط بانک را از ذی‌نفع باز پس گیرد. این معنای استقلال را می‌توان در قالب شرط در ضمن عقد ضمانت تحلیل کرد. بدین صورت که بانک در ضمن ضمانت‌نامه شرط کرده که قول ذی‌نفع مثبت تخلف ضمانت‌خواه باشد و وارد مباحث حقوقی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع نشود. مرتبط بودن این شرط به فعل ضمانت‌خواه، نافی صحت این شرط نیست؛ زیرا فرض آن است که ضمانت‌خواه با مراجعه به بانک و مطالبه ضمانت‌نامه با چنین شرطی، به این شرط رضایت داده و پذیرفته است که مثبت تخلف او در رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع، قول ذی‌نفع باشد.

مناجیات  
پرونده‌های قضایی

واکوری تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب ضمانت‌تعهد و جعاله

پرسش چهارم: ضمان موقت

ضمانت‌نامه صادر شده توسط بانک، معمولاً یکساله است؛ هرچند قابلیت تمدید نیز دارد. به همین دلیل در صورت تحلیل آن در قالب عقد ضمان، باید صحت اشتراط زمان در عقد ضمان را پذیرفت.

هرچند علامه حلی کفالت موقت را صحیح دانسته<sup>۱</sup>، اما تصریحی به صحت ضمان موقت در کتب فقهی یافت نشد. با این حال در کتب فقهی دو مطلب درباره ضمان پذیرفته شده است:

اول. ضمان مؤجل: بدین معنا که ضامن و مضمون له می‌توانند برای زمان پرداخت دین توسط ضامن، اجلی را تعیین کنند که پیش از آن بر ضامن پرداخت دین، لازم نباشد. بر این مطلب ادعای اجماع شده است.<sup>۲</sup>

دوم. اشتراط خیار در عقد ضمان: مشهور فقیهان قائل به صحت اشتراط خیار در عقد ضمان هستند<sup>۳</sup>؛ به این معنا که ضامن حق داشته باشد که عقد ضمان را فسخ کند.

این دو مبنا، به صورت صریح ناظر به شرط زمان در عقد ضمان نیستند؛ زیرا ضمان مؤجل تنها ناظر به زمان ابتدایی لزوم پرداخت دین توسط ضامن است و ناظر به اتمام ضمان با گذشت زمان مشخص نیست. در بحث اشتراط خیار نیز به این مطلب پرداخته شده که ضمان قابلیت فسخ به واسطه شرط خیار را دارد و در این باره بحث نشده که ضمان می‌تواند با گذشت زمان، خود به خود به اتمام برسد.

با این حال، به نظر می‌رسد با پذیرش قابلیت فسخ عقد ضمان به واسطه شرط خیار، بتوان قائل به صحت توقیت در ضمان شد. بازگشت توقیت، به شرط نتیجه اتمام قرارداد ضمان است که با فرض قابلیت فسخ عقد ضمان، پذیرش توقیت مشکل نیست.

۱. علامه حلی، تحریر الأحكام، ج ۲، ص ۵۶۹.

۲. عاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۳۵۴.

۳. طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۳۷۷؛ طوسی، المبسوط في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۳۵؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۰۹؛ عاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۳۵۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۶۲؛ یزدی، العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۴۱۳؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، ص ۲۸۰.

پرسش پنجم: ضمان پیش از ثبوت تعهد

معمولاً کارفرما پیش از قرارداد پایه و پیش از ایجاد تعهد برای ضمانت خواه، درخواست ضمانت نامه حسن اجرای تعهد دارد. در حالی که بر پایه تحلیل ضمان، در ضمن عقد اجاره (پیمانکاری) شرط می شود که در صورت تخلف پیمانکار از عمل به تعهدات خویش، مبلغ معینی را بپردازد و بانک نیز تعهد به پرداخت مبلغ را ضمانت می کند. با این فرض، این پرسش وجود دارد که آیا صدور ضمانت نامه در این موارد، مصداق ضمان ما لم یجب نیست و آیا می توان این نوع ترتیبات اداری انعقاد قرارداد را در قالب یک ماهیت فقهی تحلیل کرد؟ دقت در فرایند انعقاد قرارداد پیمانکاری پاسخ این پرسش را روشن می کند. معمولاً کارفرما برای انعقاد قرارداد پیمانکاری، مناقصه برگزار می کند و از شرکت کنندگان در مناقصه ضمانت نامه شرکت در مناقصه را دریافت می کند. این ضمانت نامه تا انعقاد قرارداد توسط برنده و تحویل ضمانت نامه حسن اجرای تعهد نزد کارفرما باقی می ماند. در این موارد ابتدا قرارداد پیمانکاری منعقد می شود و ذیل آن شرط می شود که ضمانت نامه حسن اجرای تعهد دریافت شود. با این فرض، دریافت ضمانت نامه حسن اجرای تعهد پیش از انعقاد قرارداد پایه و ایجاد تعهد نیست.

## مناجبات

پژوهشهای قضایی

واکاوی تحویل ضمانت نامه های بانکی در قالب ضمان تعهد و جعاله

در مواردی که قرارداد پیمانکاری بدون برگزاری مناقصه و تحویل ضمانت نامه شرکت در مناقصه منعقد می شود، می توان گفت: ضمان ما لم یجب در صورتی باطل است که پس از اتمام ایجاب و قبول، تعهد یا دین ثابت گردد و پیش از ثبوت دین یا تعهد، عقد ضمان تکمیل شده باشد؛ در حالی که این اتفاق در قراردادهای پیمانکاری رخ نمی دهد. هرچند بانک (ضامن) ایجاب عقد را پیش از تحقق تعهد منعقد کرده است، اما قبول آن توسط ذی نفع که با تحویل ضمانت نامه است، همزمان یا پس از انعقاد قرارداد پیمانکاری و ثبوت تعهد، رخ می دهد و همین میزان در خروج مورد از ضمان ما لم یجب کفایت می کند. به عبارت دیگر، لازم نیست که پیش از ضمان، دین یا تعهد ثابت باشد؛ بلکه همزمان بودن تحقق تعهد و ضمان در خروج مورد از ضمان ما لم یجب کفایت می کند.

### پرسشی ناظر به تحلیل کارمزد: جعاله بر عمل انشائی ضمان

در تحلیل ضمان تعهد و کفالت مالی، کارمزد دریافتی توسط بانک در قالب عقد جعاله تعریف شده است. برخی از بانک‌ها مانند بانک تجارت، قرارداد صدور ضمانت‌نامه را ذیل عنوان جعاله منعقد می‌کنند. در قرارداد جعاله، ضمانت‌خواه به‌عنوان جاعل، و بانک به‌عنوان عامل هستند و بانک از ضمانت‌خواه مبلغی را در مقابل ضامن شدن به نفع ذی‌نفع و صدور ضمانت‌نامه دریافت می‌کند. کارمزد دریافتی توسط بانک، با توجه به مبلغ و نوع ضمانت‌نامه و وثایق دریافتی توسط بانک متفاوت است.

محقق جواهری دریافت کارمزد در مقابل ضامن شدن را جایز نمی‌داند؛ زیرا نفس انشای ضمان از مقوله لفظ است و مالیت ندارد و مالی که بانک به ذی‌نفع پرداخت می‌کند نیز بر عهده ضمانت‌خواه است و بانک حق ندارد بیش از پولی که پرداخت کرده را از ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) مطالبه کند. وی می‌گوید: صرف ارزش پیدا کردن تعهد ضمانت‌خواه به واسطه ضمان بانک، باعث آن نیست که بانک حق داشته باشد برای ضامن شدن، کارمزد دریافت کند؛ مانند قرض که عقد ارفاق است و بانک نمی‌تواند در مقابل ارزش پیدا کردن التزامات قرض گیرنده، در مقابل قرض دادن، مالی را از قرض گیرنده مطالبه کند و تجویز مطالبه عوض در حقیقت نوعی حيله برای تجویز رباست. البته ایشان دریافت کارمزد را در برابر تشریفات اداری صدور ضمانت‌نامه، بدون اشکال می‌داند.<sup>۱</sup>

اما به نظر می‌رسد خود انشای ضمان، مالیت دارد و اخذ اجرت در مقابل آن بدون اشکال است. فقیهان تصریح کرده‌اند که وکیل می‌تواند برای صرف انشای عقد نکاح، اجرت دریافت کند.<sup>۲</sup> برخی تصریح نموده‌اند که بین نکاح و سایر عقود، تفاوتی نیست و اخذ اجرت بر انشای همه عقود و ایقاعات جایز است.<sup>۳</sup> سید عاملی در بیان اینکه چرا فقیهان تنها عقد نکاح را تخصیص به ذکر داده‌اند، بر این باور است که جواز دریافت اجرت

۱. جواهری، المناقصات، مجلة فقه اهل البيت (عربی)، ش ۵ و ۶، ص ۲۰۰.

۲. «ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النكاح.» محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۵؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ج ۲، ص ۲۶۵.

۳. فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۱۵؛ صیمری، غایة المرام، ج ۲، ص ۶؛ طباطبائی حائری، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۸۶؛ حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۷.

در سایر عقود روشن است، ولی به دلیل شباهت نکاح به عبادات، احتمال جایز نبودن اخذ اجرت درباره آن وجود دارد.<sup>۱</sup> هرچند کلام فقیهان درباره وکیل است که از یک طرف یا دو طرف عقد نایب می‌شود و بحث حاضر درباره نفس ضامن است که خود او یکی از دو طرف عقد است، اما از این حکم برداشت می‌شود که انشای عقد، مالیت دارد و از این ناحیه مشکلی در آن وجود ندارد. پس دریافت اجرت توسط بانک در قبال خود ضامن شدن و انشای آن، بدون اشکال است. از سوی دیگر، بانک می‌تواند در برابر عملیات اداری صدور ضمانت‌نامه که عمل محترمی است و مالیت دارد، کارمزد دریافت کند.

### پرسشی ناظر به تحلیل فقهی وثایق دریافتی توسط بانک

در ماده ۲ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها که در تاریخ ۱۳۸۰/۲/۲۹ ش از طرف بانک مرکزی ابلاغ شده، انواع وثایق بانک‌ها برای صدور ضمانت‌نامه این‌گونه بیان شده است: «الف؛ وجه نقد یا طلا یا اسناد خزانه یا اوراق قرضه دولتی یا اوراق مشارکت منتشر شده بر اساس مجوز بانک مرکزی یا سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار یا اوراق قرض الحسنه یا حساب‌های ارزی شامل حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار ارزی و قرض الحسنه جاری و پس‌انداز ارزی نزد بانک صادرکننده ضمانت‌نامه. ب؛ تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیر بانکی معتبر خارجی. ج؛ سفته با دو امضای قابل قبول بانک - اموال غیر منقول - برگه وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا - سهام شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده باشد - کشتی و هواپیما.»

در تبصره (۲) آمده است: «غیر از وثایق پیش‌بینی شده در این آیین‌نامه، بانک مرکزی می‌تواند حسب مقتضیات روز وثایق دیگری را پیش‌بینی و صورت لزوم به بانک‌ها اعلام نماید.» در ماده ۴۶ دستورالعمل صدور ضمانت‌نامه‌های ریالی شماره ۴۳۵۲۲ مورخ ۱۰۹/۲۱/۱۳۹۶ ش بانک مرکزی، آمده است: «نوع و میزان وثایق بابت صدور انواع ضمانت‌نامه، بر اساس ضوابطی تعیین خواهد شد که هیأت مدیره مؤسسه اعتباری، تعیین و ابلاغ می‌نماید. هیأت مدیره مؤسسه اعتباری موظف است وثایق موضوع این ماده را به نحوی

۱. عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

تعیین نماید که معتبر، سهل البیع، قابل نقل و انتقال، از درجه نقدشوندگی بالا برخوردار و بلا معارض باشد تا در صورت عدم ایفای تعهدات از سوی ضمانت‌خواه، حقوق مؤسسه اعتباری در حداقل زمان و با کمترین هزینه، استیفاء شود.»

در تحلیل ضمانت‌نامه به ضمانت‌تعهد یا کفالت مالی توسط فقیهان، ماهیت فقهی وثایق دریافتی توسط بانک تحلیل نشده است. به نظر می‌رسد تنوع وثایق مانع از تحلیل تمام آنها در قالبی یکپارچه است و از این رو باید به شکل مجزا تحلیل شوند:

یکم. رهن؛ برخی از وثایق مانند طلا، اموال غیر منقول، کشتی و هواپیما، در قالب عقد رهن تحلیل می‌شوند. در این موارد، بانک به‌عنوان مرتهن، و ضمانت‌خواه به‌عنوان راهن است و بانک حق تصرف در این اموال و فروش آنها را پیش از سررسید و تخلف ضمانت‌خواه از پرداخت دیون خود، ندارد. در این موارد، در عقد رهن شرط وکالت و وصایت شده است و به همین دلیل بانک می‌تواند حتی پس از فوت ضمانت‌خواه، طلب خود را از عین مرهونه‌ای که در اختیار دارد، استیفاء کند. البته به صورت متعارف، شرط وکالت و وصایت در فرم قراردادهای صدور ضمانت‌نامه در قالب قرارداد صدور ضمانت‌نامه و عقد صلح تصویر شده است. در ماده ۵ یکی از این قراردادها آمده است: «بانک به محض مطالبه ذی‌نفع یا پرداخت وجه الضمان حق دارد وجه آن همراه سایر هزینه‌های معموله را از مضمون‌عنه مطالبه، وصول و دریافت نماید. مضمون‌عنه به موجب این قرارداد و ضمن عقد صلح بلا عوض خارج لازم به بانک اجازه، اختیار، وصایت و وکالت بلاعزل با سلب حق نصب وکیل و ضمّ امین و سلب انجام مورد وکالت اعطاء نمود که به موجب آن بانک معادل وجه ضمانت‌نامه به همراه کارمزد و سایر هزینه‌های مربوط را به تشخیص خود از هرگونه وجه نقد در اختیار و یا هرگونه موجودی حساب‌های مضمون‌عنه و سایر اموال و دارایی‌های مضمون‌عنه نزد خود یا سایر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری برداشت نماید.»

باید دقت داشت: قرارداد صدور ضمانت‌نامه در تحلیل فقهی، عقد جعاله است و در دیدگاه مشهور جعاله عقدی جایز است<sup>۱</sup> و شروط در ضمن آن الزام‌آور نیست. البته می‌توان

۱. همان، ج ۱۷، ص ۸۷۷.

قرارداد صدور ضمانت‌نامه در عقد اجاره را تصویر کرد که بر پایه آن، شروط ضمن آن الزام‌آور خواهند بود. از سوی دیگر، صلح مذکور در فرم صدور ضمانت‌نامه تحقق خارجی نمی‌یابد و در این ماده صرفاً از آن نام برده شده است. به همین دلیل بهتر آن است که قرارداد صدور ضمانت‌نامه در قالب عقد اجاره منعقد شود و وکالت و وصایت ضمن همین عقد شرط شود. همچنین شرط وکالت و وصایت در عقد رهن وثایق، بنابر دیدگاه مشهور بدون اشکال است و با اشتراط آن در عقد وکالت، فسخ وکالت از ناحیه رهن ممکن نخواهد بود.<sup>۱</sup> برگه وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا نیز در چارچوب عقد رهن تحلیل می‌شود و انباردار در نگهداری عین مرهونه وکیل است.

دوم. وکالت؛ تحلیل برخی از وثایق در قالب عقد رهن مشکل است. مانند سهام، اسناد خزانه، اوراق قرضه دولتی، اوراق مشارکت، اوراق قرض الحسنه. بر پایه دیدگاه مشهور، یکی از شرایط محل رهن، عین بودن<sup>۲</sup> و مالیت داشتن است<sup>۳</sup>؛ در حالی که این موارد صرفاً سند هستند و ذات آنها مالیت ندارد. تحلیل وثیقه این موارد در قالب عقد رهن، بازگشت به رهن دین دارد که در دیدگاه مشهور جایز نیست.<sup>۴</sup> وثیقه در این موارد قابل تحلیل ذیل شرط وکالت، استیفا و تملک است. به این معنا که بانک در ضمن قرارداد اجاره برای صدور ضمانت‌نامه شرط می‌کند که طلب ضمانت‌خواه را - که اسناد مذکور سند برای آن هستند - به وکالت از ضمانت‌خواه مطالبه کند و پس از مطالبه، این دارایی‌ها را به ملک خویش وارد کند. هرچند برخی قائل به مالیت عین برگه اوراق - به طور کلی - یا سهام - به طور خاص - شده‌اند و بر پایه این دیدگاه این اوراق ذیل عقد رهن تحلیل می‌شوند؛ اما بر پایه دیدگاه برگزیده، این اوراق صرفاً سند طلب هستند و اوراق به خودی خود مالیت ندارند.

سوم. شرط سررسید برای قرض و تهاتر یا وکالت در بیع و تملک؛ هرچند وجوه نقد در آغاز تولد، سند بدهی بودند اما به مرور این ارتباط گسسته شده و متعلق مالیت در وجوه نقد، عین آنهاست. با این فرض در صورتی که بانک عین وجوه نقد دریافتی از مضمون‌عنه را

۱. همان، ج ۱۵، ص ۳۹۴.

۲. همان، ص ۲۵۰.

۳. همان، ص ۲۸۱.

۴. همان، ص ۲۴۹.

نگهداری کند، وثیقه و جوه نقد به عقد رهن بازگشت دارد؛ اما این عمل در خارج رخ نمی‌دهد و بانک‌ها وجوه نقد را خرج کرده، مقدار آن را در حساب مسدود شده‌ای ثبت می‌کنند. با این فرض، وثیقه و جوه نقد بازگشت به عقد قرض دارد و بانک برای پس دادن این قرض، سررسیدی را تعیین کرده و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، طلب بانک از ضمانت‌خواه و بدهی او به ضمانت‌خواه تهاتر می‌کنند. وثیقه حساب‌های جاری، پس‌انداز و قرض‌الحسنه در بانک صادر کننده ضمانت‌نامه نیز به همین شکل تحلیل می‌شود که بر پایه آن، بدهی بانک دیگر عندالمطالبه نیست و سررسید برای آن تعیین شده و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، تهاتر رخ می‌دهد. وثیقه حساب‌های ارزی نزد خود بانک صادر کننده ضمانت‌نامه نیز شرط سررسید برای قرض است و در سررسید و در صورت پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، بانک وکیل از طرف ضمانت‌خواه است که ارز را به قیمت روز بفروشد و طلب خود را وصول کند.

چهارم. ضمانت؛ وثیقه تضمین بانک‌ها یا مؤسسات اعتباری غیر بانکی معتبر خارجی به عقد ضمانت بازگشت دارد؛ به این شکل که هرچند بانک در رابطه حقوقی خود با ضمانت‌خواه، ضامن است، اما در رابطه حقوقی با بانک دوم مضمون له است. سفته با امضای ضامن نیز به همین چارچوب بازگشت می‌کند.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه‌های بانکی به سه قسم کلی قابل تقسیم است:

یکم. ضمانت‌نامه ابتدایی: در این نوع ضمانت‌نامه‌ها دین سابق وجود ندارد و مبتنی بر قرارداد پایه نیستند. مانند ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه. مشهورترین تحلیل فقهی درباره این نوع ضمانت‌نامه‌ها، وعد ابتدایی دانستن آنهاست که نتیجه آن الزام‌آور نبودن پرداخت مبلغ بر بانک و در عین حال صحت آن و جواز دریافت کارمزد در قالب عقد جعاله یا اجاره در قبال آن است و بانک می‌تواند در صورت پرداخت مبلغ به ذی‌نفع، به ضمانت‌خواه رجوع کند. البته بنابر مبنای الزام‌آور بودن شروط ابتدایی، ضمانت‌نامه‌های ابتدایی در حقیقت ضمانت تعهد ناشی از شرط ابتدایی بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع است و بر بانک الزام‌آور خواهد بود. برخی از فقیهان این نوع ضمانت‌نامه‌ها را به‌عنوان تعهد مستقل، صحیح و الزام‌آور می‌دانند.

دوم. ضمانت‌نامهٔ پیمانکاری: مشهورترین تحلیل فقهی برای تحلیل ضمانت‌نامه، تحلیل آن در قالب اشتراط پرداخت مبلغ معین در صورت تخلف و ضمان این تعهد و دریافت کارمزد در قالب جعاله است. با وجود پرسش‌های پرشمار دربارهٔ این تحلیل، تمام این پرسش‌ها قابل پاسخگویی است و دریافت کارمزد برای ضامن شدن یا عملیات اداری صدور ضمانت‌نامه در قالب جعاله یا اجاره بدون اشکال است. در صورت تخلف ضمانت‌خواه از عمل به تعهدات خویش نیز پرداخت مبلغ معین بر بانک لازم است.

سوم. ضمانت‌نامهٔ مبتنی بر دین: فقیهان دربارهٔ ماهیت این نوع ضمانت‌نامه بحثی نکرده‌اند؛ اما تحلیل آنها در قالب ضمان دین صحیح است که بانک به شکل مؤجل، دین ضمانت‌خواه را به نفع ذی‌نفع ضمانت می‌کند و می‌تواند در قبال این ضمانت، کارمزدی را به‌عنوان اجرت یا مال الجعل، دریافت نماید.

## منابع و مأخذ

۱. انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ ۱، ۱۴۱۵ق.
۲. بیکیان، محمدرضا، «تحلیل ماهیت ضمانت‌نامهٔ بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه»، مجلهٔ فقه و حقوق معاصر، ش ۵، قم: مرکز بین‌المللی توسعه علم، فرهنگ و عقلانیت، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ش.
۳. تبریزی، جواد بن علی، المسائل المنتخبة، قم: دار الصدیقة الشهيدة، چ ۵، ۱۴۲۷ق.
۴. جمعی از مؤلفان، مجلة فقه أهل البيت (بالعربية)، قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چ ۱، [بی‌تا].
۵. جواهری، حسن، المناقصات، مجلة فقه أهل البيت (بالعربية)، ش ۶ و ۵، قم: مؤسسهٔ دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۸ق.
۶. جواهری، حسن محمد تقی، الربا فقہیا و اقتصادیا، قم: مؤلف محترم، چ ۱، ۱۴۰۵ق.
۷. حکیم، محمد سعید، حواریات فقهیة، بیروت: مؤسسه المنار، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
۸. حلّی، حسین، بحوث فقهیة، قم: مؤسسه المنار، چ ۴، ۱۴۱۵ق.
۹. حلّی، علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسهٔ امام صادق (ع)، چ ۱، ۱۴۲۰ق.

۱۰. حلی، محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲، ۱۴۰۸ق.
۱۱. خمینی، روح الله، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چ ۱، [بی تا].
۱۲. خویی، ابو القاسم، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم، چ ۲۸، ۱۴۱۰ق.
۱۳. خویی، محمد تقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دارالمورخ العربی، چ ۱، ۱۴۱۴ق.
۱۴. روحانی، صادق، منهاج الصالحین، [بی تا].
۱۵. سند بحرانی، محمد، فقه المصارف و النقود، قم: مکتبه فدک، چ ۱، ۱۴۲۸ق.
۱۶. سیستانی، علی، المسائل المنتخبة، قم: دفتر حضرت آية الله سیستانی، چ ۹، ۱۴۲۲ق.
۱۷. صدر، محمد باقر، البنك اللاربوي، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، چ ۷، ۱۴۰۱ق.
۱۸. صدر، محمد، ما وراء الفقه، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۱۹. صیمری، مفلح بن حسن، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الهادي، چ ۱، ۱۴۲۰ق.
۲۰. ضیائی، محمد عادل؛ معینی فر، محدثه، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت نامه های بانکی»، اقتصاد اسلامی، ش ۵۱، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، پاییز ۱۳۹۲ش.
۲۱. طباطبایی حائری، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت للإحياء التراث، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۷ق.
۲۳. عاملی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
۲۴. فیاض، محمد اسحاق، المسائل المستحدثة، کویت: مؤسسه مرحوم محمد رفیع حسین، چ ۱، ۱۴۲۶ق.
۲۵. کاشف الغطاء، عباس بن علی، المعاملات المصرفية، [بی تا].
۲۶. کاشانی، محمود، «ضمانت نامه بانکی»، نشریه تحقیقات حقوقی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵ش.
۲۷. مسعودی، علیرضا، «ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی در ایران»، نشریه پژوهش های حقوقی، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ش ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲ش.
۲۸. مهدوی، اصغرآقا، عباسی، محمد رضا، «تحلیل فقهی ضمانت نامه های بانکی از دیدگاه فقه امامیه»، پژوهشنامه میان رشته ای فقهی، ش ۲، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام، بهار و تابستان ۱۳۹۶ش.
۲۹. نجفی، بشیر حسین، بحوث فقهية معاصرة، نجف اشرف: دفتر حضرت آية الله نجفی، چ ۱، ۱۴۲۷ق.
۳۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین (للوحد)، قم: مدرسه امام محمد باقر علیه السلام، چ ۵، ۱۴۲۸ق.
۳۱. یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقى (المحشى)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۹ق.