

کاوشی فقهی در ضمانت‌نامه بانکی

علی سبحانی نیا*
محمد مهدی کریمی نیا**

تاریخ تأیید: ۱۳۹۸/۳/۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۸/۶

چکیده

این پژوهش مساله ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی را با روش تحقیق کتابخانه‌ای بررسی نموده است. سؤال اصلی این است که ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی چیست و این ماهیت چه تأثیری بر احکام فقهی آن دارد. تأثیر ویژگی‌های ضمانت‌نامه بانکی در مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه بانکی (UCP600) و (URDG758) مانند استقلال از قرارداد پایه و اصالت اسناد بر ماهیت فقهی این قرارداد و احکام فقهی خاص آن ضرورت انجام این تحقیق بوده است. فرضیه این تحقیق تفسیر ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی در قالب ضمان غیر مصطلح می‌باشد. بر اساس این فرضیه، بعد از ورشکستگی بانک، ذی‌نفع در ضمانت‌نامه جزء غرماء محسوب نمی‌شود. تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر عقد ضمان با مشکل ضمان مالم یجب مواجه است. راه‌حل ضمان متأخر به نحو واجب مشروط برای حل این مشکل رد شده است. عدم انتقال ذمه در ضمانت‌نامه بانکی مانعی دیگر در این تفسیر می‌باشد. کارمزد بانک در ضمانت‌نامه یکی از عوضین در این قرارداد بوده و اجاره و جعاله بر آن منطبق نمی‌باشد. رجوع بانک به متعهد در صورت عدم تطبیق این قرارداد بر عقد ضمان بر اساس ضمان امر است.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه بانکی، بانک، ضمان، عقد ضمان، ضمان مالم یجب، ضمان غیر مصطلح.

* طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم / نویسنده مسئول (alisobhaniniya@gmail.com).
** سطح چهار حوزه و استادیار دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم (kariminiya2003@yahoo.com).

مقدمه

ضمانت‌نامه تعهد ابتدایی و مستقل ضمانت‌کننده به پرداخت، در صورت وجود شرایط ضمانت می‌باشد (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۸۴). استفاده از این پدیده در دهه ۶۰ میلادی آغاز شده است (تفرشی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۳). بعضی از ویژگی‌های این قرارداد در تجارت بین‌الملل مانند استقلال از قرارداد پایه و اصالت اسناد تأثیر زیادی در ماهیت آن خواهد داشت. هدف اصلی این تحقیق تحلیل ماهیت فقهی قرارداد ضمانت‌نامه بانکی می‌باشد. برای تفسیر ضمانت‌نامه بانکی در این تحقیق از ضمان غیر مصطلح استفاده شده است. در تطبیق این قرارداد بر عقد ضمان اشکال‌هایی مانند «ضمان ما لم یجب»، تعلیق و عدم انتقال ذمه وجود دارد. در پایان ماهیت کارمزد دریافتی توسط بانک و دلیل جواز رجوع بانک به متعهد بررسی شده است.

پژوهش‌های موجود غالباً ضمانت‌نامه بانکی را از دیدگاه حقوق تجارت بین‌الملل و با تکیه بر مقررات متحدالشکل یا از جهت حقوق داخلی بررسی کرده‌اند. در بخشی از مقاله «بررسی سه فرع فقهی در بانکداری اسلامی» (ر، ک: آصفی، ۱۳۸۰) این قرارداد از جهت فقهی بررسی شده است ولی به موضوع شناسی این قرارداد در تجارت بین‌الملل و حقوق داخلی پرداخته نشده است. همچنین به نظرات فقهاء معاصر پیرامون تحلیل ماهیت فقهی این قرارداد توجه نشده است. تحلیل ماهیت واحد ضمانت‌نامه به دو قرارداد متفاوت (همان، ص ۸۶) همچنین دخول آنی وجه الضمانت پرداخت شده توسط بانک در ملک متقاضی (همان، ص ۸۹) از مطالب عجیب این مقاله است. مقاله «ماهیت فقهی حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی» (ر، ک: ضیائی و معینی‌فر، ۱۳۹۲) نیز این قرارداد را بررسی فقهی حقوقی کرده ولی بیشتر به تحلیل حقوقی این قرارداد پرداخته است. در این مقاله از منابع معتبر فقهی بسیار کم استفاده شده است. پایان نامه کارشناسی ارشد «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت در بانکداری اسلامی» (ر، ک: پورعزیزحیدری، ۱۳۹۰) موضوع ضمانت را بیشتر با رویکرد حقوقی دنبال کرده است. در قسمتی از این نوشته در تفاوت ضمان دین با ضمانت‌نامه بانکی چنین آمده که در ضمان دین، ضامن بعد از پرداخت دین و ادای آن حق رجوع به مضمون‌له را دارد اما در ضمانت‌نامه بانکی ذی‌نفع هر زمان که بخواهد می‌تواند وجه‌الضمان را از بانک بدون هیچ قیدی دریافت

کند (همان، چکیده) اولاً ضامن در عقد ضمان حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد نه مضمون‌له. ثانیاً در ضمانت‌نامه بانکی، ذی‌نفع مضمون‌له است و رجوع او به بانک برای دریافت وجه‌الضمان رجوع مضمون‌له به ضامن است که در عقد ضمان هم بدون قید است. کتاب «بررسی فقهی حقوقی گشایش اعتبار، ضمانت‌نامه و مشارکت مدنی در بانکداری» (ر، ک: پزشکی، ۱۳۹۳) این قرارداد را بررسی کرده است ولی در تفسیر ماهیت فقهی حقوقی آن به تنها به صورت اجمالی به ضمان عقدی یا ایقاعی و ضمان در قانون مدنی بدون بررسی اشکال‌های آن اکتفا کرده است. در این کتاب تأثیر ویژگی‌های این قرارداد در حقوق تجارت بین‌الملل در تفسیر فقهی آن مورد بحث جدی قرار نگرفته است. همچنین این نوشته احکام فقهی خاص این قرارداد را بررسی نکرده است. در مقاله‌هایی که تا کنون در این موضوع نگاشته شده ابعاد فقهی این قرارداد مانند ماهیت فقهی کارمزد دریافتی بانک در قبال صدور ضمانت‌نامه و دلیل رجوع بانک به متقاضی اعتبار برای وجه‌الضمان بررسی نشده‌اند. ضرورت وجود یک تحقیق مستقل فقهی پیرامون این موضوع ضرورتی بوده که این مقاله به جهت آن نگاشته شده است.

۱. تعریف ضمانت‌نامه بانکی و انواع آن

گارانتی (Guarantee) به معنای ضمانت و تعهد، واژه‌ای است که ضمانت بانکی در نشریه شماره ۳۲۵ و ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی با آن تعریف شده است (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۸۵).

مطابق یک تعریف ضمانت‌نامه سندی است که مطابق آن صادرکننده بنا به درخواست متقاضی تعهد می‌کند در سررسید معین، مبلغ معینی بابت موضوعی خاص، به ذی‌نفع یا حواله کرد او پرداخت نماید (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۵۶).

در تعریف دیگر ضمانت‌نامه تعهد ابتدایی و مستقل ضمانت‌کننده به پرداخت، در صورت وجود شرایط ضمانت می‌باشد (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۸۴).

بنابراین ضمانت‌نامه بانکی سندی است که در آن بانک تعهد می‌کند هرگاه موضوع این تعهد در قرارداد پایه تحقق یافت، بانک به‌عنوان ضامن مبلغ معینی را به مضمون‌له (ذی‌نفع) بپردازد.

ضمانت نامه از جهات گوناگون تقسیم شده است. از جهت شرایط پرداخت به ضمانت نامه مطلق (عندالمطالبه) و ضمانت نامه مشروط، از جهت هدف ضمانت نامه به ضمانت نامه شرکت در مناقصه، انجام دادن کار و بازپرداخت و از جهت تعداد ضامن به ضمانت نامه مستقیم و متقابل تقسیم می شود. این تقسیم بندی در نوشته های مختلف با هم تداخل دارند (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۷ / اشمیتوف، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶۸۶).

۲. غیرقابل برگشت بودن، استقلال از قرارداد پایه و اصالت اسناد در مقررات متحدالشکل

مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP 600) و مقررات ضمانت نامه ها تحت عنوان (URDG 758) از سوی اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) تدوین شده اند. مقررات متحدالشکلی که برای اعتبارات اسنادی وضع شده اند نسبت به ضمانت نامه های تضمینی هم قابل اجرا هستند (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۳). یکی از ویژگی های ضمانت نامه بانکی این است که ضمانت نامه ای که صادر شده غیرقابل برگشت می باشد حتی اگر در ضمانت نامه قید نشده باشد (مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه (URDG758)، ماده ۴). بنابراین ضمانت نامه یک عقد لازم می باشد.

ضمانت نامه مستقل از رابطه پایه است و بانک بر اساس اسناد عمل می کند نه کالا و خدمات (همان، ماده ۵ و ۶). مستقل بودن تعهد بانک بدین معناست که ایرادات قرارداد پایه بین متعهد اصلی و ذی نفع به تعهد بانک تسری نمی یابد و بانک حق استناد به آن ها را ندارد و نمی تواند با استناد به انجام بخشی از تعهد توسط متعهد اصلی به همان میزان از تعهد خود کم کند (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۲).

استقلال از جهت میزان تعهد، مبلغ تعهد و ادعاهایی نظیر مؤجل بودن دین اصلی، از قرارداد پایه مستقل می باشد (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۲).

نسبت به اصل استقلال از قرارداد پایه یک استثناء وجود دارد و آن در جایی است که قصد سوءاستفاده آشکار یا تقلب در میان باشد (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۸۷-۱۹۰). در صورت اثبات بطلان قرارداد پایه از ریشه نیز دادگاه می تواند با تقاضای متعهد

ضمانت نامه را باطل کند و استقلال از قرارداد پایه شامل این صورت نیز نمی شود. البته تا وقتی که دادگاه حکم به بطلان این قرارداد نکند در صورت مطالبه ذی نفع، بانک موظف به پرداخت می باشد (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۲).

۳. نقد یک نکته در موضوع شناسی ضمانت نامه بانکی در برخی متون فقهی

برخی از فقهاء معاصر اظهار داشته اند بر متعهد واجب است در صورت تخلف از انجام تعهدات خویش، خسارت را خودش بپردازد. صاحب کار تنها در صورت امتناع متعهد از پرداخت خسارت، می تواند برای دریافت وجه الضمان به بانک صادرکننده ضمانت نامه مراجعه کند (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / سیستانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۲ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳).

۱۲۷

اثر فقهی و حقوقی این نظر این است که اگر خود متعهد حاضر به پرداخت وجه الضمان باشد ذی نفع حق ندارد برای دریافت مبلغ ضمانت نامه به بانک رجوع کند. در نقد این مطلب باید گفت ضمانت نامه در یک تقسیم بندی به دو قسم ضمانت نامه مشروط و ضمانت نامه مطلق یا عندالمطالبه تقسیم می شود. در ضمانت نامه مشروط است. پرداخت مشروط به ارائه یک سند مانند حکم دادگاه یا گواهی شخص ثالث مبنی بر استحقاق ذی نفع می باشد (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۷). قسم دیگر ضمانت نامه مطلق است. در توضیح این قسم گفته شده «طبیعت ضمانت نامه بانکی ایجاب می کند که پرداخت آن به هیچ شرطی مقید نگردد و بانک به صرف تقاضای ذی نفع مبلغ آن را بپردازد، در این صورت ضمانت نامه را مطلق یا عندالمطالبه می نامند زیرا به محض اولین مطالبه، بانک مکلف به پرداخت است» (همان). در واقع اسناد تجاری متضمن تعهد پرداخت بدون قید و شرط مبلغ معینی وجه نقد هستند و در این جهت با اسناد تجاری مشترک هستند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۱). ضمانت نامه از این جهت «سند مجرد» یعنی اسنادی که علت آن ها بیان نمی شود، نامیده شده و از این جهت مانند اسناد تجاری هستند (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۱). در مقررات متحدالشکل ضمانت نامه بانکی، ضمانت نامه به صورت مطلق به ضمانت نامه عندالمطالبه

تعریف شده است (مقررات متحدالشکل ضمانت نامه بانکی (URDG758)، ماده ۲). بنابراین می توان نتیجه گرفت که ضمانت نامه بانکی یک سند اعتباری است و در صورتی که مطلق (عندالمطالبه) باشد بانک موظف است بدون هیچ قیدی مانند اسناد تجاری (مثل چک) وجه آن را به دارنده سند بپردازد. اگر مراد از قید ذکر شده توسط فقهاء (امتناع متعهد از پرداخت وجه الضمان) برای دریافت وجه الضمان صرفاً اثبات یک وجوب تکلیفی برای ذی نفع است؛ یعنی بر ذی نفع تکلیفاً واجب است که فقط در صورت امتناع متعهد از پرداخت وجه الضمان برای دریافت آن به بانک رجوع کند باید گفت دلیلی بر این وجوب وجود ندارد؛ زیرا فرض بر این است که چنین شرطی نه صراحتاً و نه به صورت ارتکازی در ضمانت نامه مطلق وجود ندارد.

تنها در یک فرض قید ذکر شده توسط فقهاء (امتناع متعهد از پرداخت وجه الضمان) برای دریافت وجه الضمان و پرداخت آن توسط بانک صحیح خواهد بود و آن جایی است که طرفین قرارداد در ضمانت نامه مشروط، پرداخت بانک را مشروط به امتناع متعهد از پرداخت کنند.

۴. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی:

در این تحقیق ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر اساس تعهد به نفع ثالث، اجاره، جعاله، ضمان و ضمان غیر مصطلح بررسی می شود.

۴-۱. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر اساس تعهد به نفع ثالث

در این بخش ابتدا باید ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث مشخص شود. سپس تطبیق ضمانت نامه بر تعهد به نفع ثالث نقد و بررسی شود.

۴-۱-۱. ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث

در تحلیل ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث چند نظریه وجود دارد. یکی از این نظریات نظریه پیشنهاد است. در این نظریه دو قرارداد وجود دارد یکی قرارداد اصلی که بین شرط کننده و متعهد واقع می شود، قرارداد دوم نیز بین شرط کننده و شخص ثالث

واقع می‌شود (محمدی، ۱۳۸۸، ص ۲۷۳).

نظریه دیگر نظریه معامله فضولی است. طبق این نظریه «تعهد به نفع ثالث» یک معامله فضولی است و انعقاد آن به نفع شخص ثالث منوط به اجازه شخص ثالث می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۷۵، ص ۱۶).

نظریه سوم نظریه ایقاع است. در این نظریه به صرف ایقاع و التزام یک‌جانبه متعهد، تعهدی به نفع شخص ثالث محقق شده و نیازی به قبول شخص ثالث وجود ندارد (همان، ص ۱۷).

۴-۱-۲. نقد تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر تعهد به نفع ثالث

بعضی از حقوقدانان ضمانت‌نامه بانکی را بر اساس «قرارداد به نفع ثالث» بررسی نموده‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۷-۱۷۹ / غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۹). تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر تعهد به نفع ثالث چنین است که بانک در ضمانت‌نامه بانکی به نفع ثالث (ذی نفع) تعهد می‌کند در صورت وجود شرایط ضمانت‌نامه، مبلغی به او خواهد داد.

یکی از مشکلات این تطبیق این است که ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث دارای ابهام است و در تفسیر آن سه نظریه متفاوت ارائه شده است. به همین دلیل در مورد عقد یا ایقاع بودن آن و لزوم یا عدم لزوم قبول شخص ثالث اختلاف نظر وجود دارد. اشکال دیگر این است که در تعهد به نفع ثالث، نقش ذی نفع نادیده گرفته شده است. همچنین مطابق نظریه تعهد به نفع ثالث، امکان اصلاح ضمانت‌نامه بر اساس پیشنهاد ذی نفع و مراجعه به قصد طرفین در مقام تفسیر تعهدات با مشکل مواجه خواهد شد، چون ذی نفع صرفاً یک منتفع ثالث تلقی می‌شود که رجوع به قصد وی در مورد تفسیر مفاد ضمانت‌نامه بدون وجه خواهد بود (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۱۹).

اما از دیدگاه فقهی یک اشکال در تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر تعهد به نفع ثالث این است که قرارداد «تعهد به نفع ثالث» با این عنوان در فقه مطرح نشده است بنابراین یک دیدگاه مشخص فقهی در مورد ماهیت و حتی صحت آن وجود ندارد.

اشکال دیگر این است که عقد بودن «تعهد به نفع ثالث» از دیدگاه فقهی ثابت نشده است. ویژگی‌های ذکر شده برای تعهد به نفع ثالث و مثال‌های فقهی ذکر شده برای آن

مانند جعل خیار برای اجنبی در نهایت می‌تواند آن را در حد شرط ضمن عقد ثابت کند نه یک عقد مستقل. در بعضی مثال‌های فقهی دیگر نیز شخص ثالث در حد موضوع یا داعی برای عقد است نه طرف عقد بودن و حصول ملکیت برای شخص ثالث مانند اجاره به نفع ثالث که شخص ثالث طرف عقد اجاره نخواهد شد و مالکیتی نسبت به عمل اجیر ندارد بلکه ثالث صرفاً موضوع اجاره و عمل اجیر خواهد بود.

۴-۲. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی بر اساس عقد اجاره و جعاله

تا کنون کسی ماهیت ضمانت‌نامه بانکی را در قالب عقد اجاره یا جعاله بررسی نکرده است. برخی فقهاء معاصر ماهیت کارمزد دریافتی توسط بانک را در قالب عقد اجاره یا جعاله تعیین کرده‌اند ولی قائلین به این نظر ماهیت خود ضمانت‌نامه بانکی در قالب عقد ضمان یا کفالت مالی تبیین کرده‌اند (خویی، ب، [بی‌تا]، ص ۴۰۳/سیستانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۵۵۲/وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳).

در این تطبیق متعهد بانک را برای ضمانت کردن اجیر می‌کند. اجاره در ویژگی لزوم و استقلال از عقود دیگر شبیه ضمانت‌نامه است زیرا ضمانت‌نامه عقدی لازم بوده و تابع قرارداد پایه نمی‌باشد.

اشکالی که در این تطبیق وجود دارد این است که در عرف تجاری و عقلاء ماهیت ضمانت کردن غیر از اجاره و جعاله می‌باشد؛ یعنی همان‌طور که نمی‌توان عقد مضاربه یا بیع را به اجاره عامل یا بایع تفسیر نمود تعهد بانک به ضامن شدن نیز ماهیتی جدا از اجاره دارد.

تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه در قالب جعاله با مشکل دیگری نیز مواجه است زیرا جعاله یک عقد جایز می‌باشد درحالی‌که ضمانت‌نامه بانکی غیرقابل برگشت می‌باشد (مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه بانکی (URDG758)، ماده ۴).

۴-۳. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی بر اساس ضمان

نزد اکثر عامه ضمان نقل ذمه نمی‌باشد بلکه ضم و اشتراک ذمه ضامن به مضمون عنه می‌باشد. در مقابل امامیه به اتفاق ضمان را به دلیل اجماع و نصوص سبب نقل دین از

ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۷۱/حلی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۴۲/نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۲۷).

ضمان به معنای عام عقدی است که برای تعهد و التزام به مال یا نفس تشکیل یافته است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۵۵/عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۴۵). ضمان در معنای خاص به معنای تعهد و التزام به مال توسط ضامن درحالی که ذمه او نسبت به مضمون عنه بریء است، تعریف شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۶۲/عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۴۵).

۱-۳-۴. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی بر اساس ایقاع بودن ضمان

بعضی از فقهاء ضمان را ایقاع دانسته و برای آن دلایلی ذکر کرده اند. از جمله روایتی که در آن نقل شده پیامبر از خواندن نماز بر میتی که مدیون بود امتناع کرد تا اینکه علی دین او را ضمانت کرد. در این حدیث نیامده که مضمون له ضمانت امام علی علیه السلام را پذیرفته است. پس از آن چنین استفاده شده که قبول در ضمان لازم نیست (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۴۲۳/طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۷۵).

بعضی از فقهاء نیز مفهوم ضمان را یک مفهوم ایقاعی به معنای تعهد به دین می‌دانند؛ اما انتقال دین که لازمه اش قبول مضمون له و عقد بودن ضمان است از احکام ضمان می‌باشد نه این که جزء مفهوم ضمان باشد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۲۴۹).

همچنین از صحیحه این سنان استفاده شده که ضمان ایقاع است چون در این صحیحه رضایت شرط زائدی بر ضمان قرارداد شده است «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُضْمَنُهُ ضَامِنٌ لِلْغُرْمَاءِ فَقَالَ إِذَا رَضِيَ بِهِ الْغُرْمَاءُ فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمَيِّتِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۹۹/طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۲۴۷).

اما مطابق نظر صحیح رضایت در صحیحه به معنای رضای عقدی که در خارج ابراز شده (قبول) می‌باشد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۹۱).

به هر حال اگر ضمان را ایقاع بدانیم تطبیق ضمانت‌نامه بر آن چنین است که بانک

(ضامن) اقدام به صدور ضمانت نامه بانکی می‌کند. این عمل بانک ایقاع محسوب می‌شود.

در نقد این تطبیق باید گفت هرچند مضمون له (ذی نفع) در این قرارداد نقشی ندارد تا قبول و رضایت او شرط باشد اما اراده مضمون عنه (متقاضی ضمانت نامه) به عنوان یک طرف قرارداد ضمانت نامه بانکی قابل چشم پوشی نیست؛ بنابراین ضمانت نامه بانکی صرفاً یک ایقاع از طرف بانک نمی‌باشد بلکه یک عقد بین بانک و مضمون عنه می‌باشد.

۴-۳-۲. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر اساس عقد بودن ضمان

برخی از فقهاء معاصر ضمانت نامه بانکی را بر عقد ضمان تطبیق داده‌اند (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳).

محقق کرکی در جامع المقاصد عقد بودن ضمان را اجماعی می‌داند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۱۹). بعضی دیگر نیز تصریح به عقد بودن ضمان می‌کنند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۵۵ / حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۸۸). محقق خویی نیز به دلیل صحیحه ابن سنان ضمان را عقد می‌داند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۹۲).

۴-۳-۳. اشکالات تطبیق ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر عقد ضمان

به نظر این تحقیق تطبیق ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر عقد ضمان با اشکالاتی مواجه است که این تطبیق را غیرممکن می‌کند.

۴-۳-۳-۱. استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه

یکی از ایرادات در تطبیق ضمانت نامه بانکی بر عقد ضمان استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه شمرده شده است. در حالی که عقد ضمان وابسته به قرارداد پایه است (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۸۱ / شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۲۶). در جواب این اشکال می‌توان گفت هرچند به محض ارائه ضمانت نامه به بانک، بانک موظف به پرداخت است؛ اما مضمون عنه حق دارد علیه ذی نفع که ضمانت نامه را بدون حق به بانک ارائه کرده است در دادگاه طرح دعوا کند (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵). استقلال از قرارداد پایه یک فرض

حقوقی برای راحتی و سرعت در پرداخت توسط بانک است ولی می‌توان خلاف آن را در محاکم قضایی ثابت کرد. بانک توانایی تفسیر و تشخیص صحت یا بطلان قرارداد پایه را ندارد و این وظیفه بر عهده محاکم صالح می‌باشد. در واقع ویژگی استقلال از قرارداد پایه و اصالت اسناد یک ویژگی شکلی و فرض حقوقی در راستای تقسیم بندی وظایف در نظام های حقوقی نوین است که مانع از تفسیر قراردادهایی مانند ضمانت نامه بانکی در قالب عقود مصطلح نمی‌شود.

۴-۳-۳-۲. غیر مسامحه‌ای بودن ضمانت‌نامه

گفته شده عقد ضمان جزء عقود مسامحه‌ای است به این معنا که برای سودجویی تشریح نشده و هدف آن ارفاق به مدیون است لذا اغماض‌هایی در آن وجود دارد مثلاً علم ضامن به مقدار دین لازم نیست. همچنین شناخت شخص مضمون عنه توسط ضامن لازم نیست. در مقابل ضمانت نامه‌های بانکی جزء عقود مسامحه‌ای نمی‌باشد و برای سودجویی به وجود آمده است (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۱).

این اشکال صحیح نیست؛ زیرا در عقد ضمان شناخت مضمون عنه یا علم به مقدار دین در عقد ضمان لزوم ندارد اما وجود آن‌ها مانع محسوب نمی‌شود. سودجویی نیز مانع از تحقق عقد ضمان نیست.

۴-۳-۳-۳. اشکال «ضمان ما لم یجب»

«ضمان ما لم یجب» یعنی ضمانت کردن از دینی که هنوز موجود نیست. ضمانت‌نامه‌های بانکی از جهت وجود دین به دو قسم تقسیم شده‌اند. یک قسم ضمانت‌نامه‌هایی که برای تضمین دین موجود می‌باشند؛ مانند ضمانت‌نامه‌های پیش پرداخت. قسم دیگر ضمانت‌نامه‌هایی مانند حسن انجام تعهدات است که در زمان صدور ضمانت‌نامه، دینی وجود ندارد. در دسته دوم مشکل «ضمان ما لم یجب» مطرح شده است (همان، ص ۱۷۴). در این زمینه اظهارنظرهای قضایی نیز برای بطلان ضمانت‌نامه بانکی (ضمان ما لم یجب) ایراد شده است (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۰).

سرنوشت ماهیت ضمانت نامه بانکی در صورتی که آن را طبق عقد ضمان تحلیل کنیم منوط به حل مشکل «ضمان ما لم یجب» است. در ابتدا ادله بطلان «ضمان ما لم یجب»

و سپس ادله صحت آن بررسی می‌شود.

۱. ادله بطلان «ضمان ما لم یجب»: برای بطلان «ضمان ما لم یجب» به چند دلیل تمسک شده است.

الف) اجماع: از میان چند مسأله مشهور مانند «ضمان مال الجعالة قبل از انجام عمل»، «ضمان نفقه مستقله زوجه» و «القاء متاع در دریا» بطلان ضمان ما لم یجب استفاده شده است. در بعضی مثال های ضمان ما لم یجب اجماع بر بطلان نقل شده است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۱۲/طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۹۸/ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۷۰/فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۲۹۸).

این اجماع قابل مناقشه است؛ زیرا مثال های معروف و متعددی در فقه وجود دارد که مصداق «ضمان ما لم یجب» می‌باشد ولی درعین حال اجماع بر صحت آن‌ها وجود دارد مانند مثال القاء متاع که شیخ در المبسوط تنها مخالف در صحت ضمان آن را ابانور ذکر می‌کند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۰). مفتاح‌الکرامه این اجماع را به دلیل وجود مثال های متعدد مخالف رد می‌کند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۳۹۷). سید یزدی هم حکم به صحت در بعضی از مثال‌ها و اختلاف در بعضی دیگر را دلیل بر عدم اجماع در این مسأله می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۷۷).

ب) تعلیق: بعضی از فقهاء شرط ثبوت دین بر ذمه را فرع شرط تنجیز در ضمان دانسته‌اند. طبق این نظر دلیل بطلان ضمان ما لم یجب وجود تعلیق در ضمان است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۵). در واقع چون در ضمان ما لم یجب هنوز دینی وجود ندارد تا به ذمه ضامن منتقل شود ضمانت به صورت معلق صورت می‌گیرد؛ مانند این که ضامن بگوید اگر مدیون دینش را پرداخت نکند من ضامن هستم.

شیخ، ابن ادریس و علامه از متقدمین و جمیع متأخرین به لزوم تنجیز در عقد تصریح کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۶۲). در تمهید القواعد ادعای اتفاق بر این مطلب شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ص ۵۵۳). در عقد ضمان نیز مانند عقود دیگر باید تنجیز وجود داشته باشد (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۲۸۴).

شهرت لزوم تنجیز قابل انکار نیست اما چنین اجماعی در میان قدماء ثابت نیست و فقط شیخ و ابن ادریس به لزوم تنجیز تصریح کرده‌اند. برخی از بزرگان نیز تنجیز را

لازم نمی‌دانند و اجماع را هم نسبت به ضمان مخدوش می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۶۷۱).

دلیل دیگر بر بطلان تعلیق در ضمان این است که تعلیق با انشاء منافات دارد. انشاء همان ایجاد است. ایجاد و وجود متحد هستند هر چند در اعتبار با هم متفاوت هستند بنابراین نمی‌توان گفت ایجاد (انشاء) فعلی است ولی موجود (منشأ) معلق بر امری است که در آینده محقق می‌شود (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۱ / طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۶، ص ۲۶۰ / خویی، الف، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۹۸).

این دلیل نیز صحیح نمی‌باشد زیرا انشاء، ایجاد نیست (خویی، [بی‌تا]، الف، ج ۱، ص ۹۸). از طرفی اینجا تعلیق در ایجاد و نفس انشاء نیست بلکه تعلیق در امری اعتباری یعنی معتبر است که گاهی مطلق و گاهی مقید است (همان، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۱).

ج) دلیل عقلی: مهم‌ترین دلیل بطلان ضمان ما لم یجب اشکال عقلی به این نوع ضمان می‌باشد. فقهاء امامیه ضمان را انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌دانند؛ بنابراین دینی که ضامن آن را ضمانت می‌کند باید در ذمه مضمون‌عنه ثابت باشد؛ زیرا دینی که وجود ندارد نمی‌تواند با عقد ضمان به ذمه ضامن انتقال یابد. در «ضمان ما لم یجب» در زمان تحقق عقد ضمان، هنوز دینی بر ذمه مضمون‌عنه وجود ندارد تا بخواهد به وسیله عقد ضمان به ذمه ضامن انتقال یابد. محقق خویی از آن تعبیر به سالبه به انتفاء موضوع می‌کند چون هنوز ذمه مضمون‌عنه به دین مشغول نشده تا بتواند به ذمه ضامن انتقال یابد. ایشان بطلان این نوع ضمان را از قضایایی که قیاسشان با خودشان می‌باشد که برای بطلان آن نیازی به نص و تمسک به اجماع وجود ندارد، می‌دانند (همان، ص ۴۶۴).

۲. ادله صحت «ضمان ما لم یجب»: برای صحت «ضمان ما لم یجب» به چند دلیل استدلال شده است.

الف) قرآن: برای صحت «ضمان ما لم یجب» به آیه «لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» (یوسف: ۷۲) تمسک شده است (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۲۶). در این آیه منادی اعلام می‌کند هر کس پیمان را بیاورد از طرف جاعل (حضرت یوسف) یک بار شتر به عنوان مال الجعاله به او داده می‌شود. منادی پرداخت این مال الجعاله را ضمانت

می‌کند. این همان ضمانت مال الجعاله قبل از انجام عمل است که مصداق «ضمان ما لم یجب» می‌باشد.

استدلال به آیه محل مناقشه است زیرا دلالت بر مشروعیت یک نوع تعهد می‌کند اما دلالت ندارد که این همان ضمان مصطلح است یا از قبیل وعده است که وفای به آن واجب نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۳۴۲).

ب) **اطلاقات و عمومات:** برای صحت «ضمان ما لم یجب» به اطلاقات و عمومات مثل «أوفوا بالعقود» (انعام: ۱۵۲) تمسک کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۲). این استدلال صحیح نیست زیرا درجایی که چیزی در ذمه مضمون عنه نباشد موضوعی برای ضمان و انتقال ذمه وجود ندارد تا برای صحت آن به عمومات تمسک شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۲۵۴).

ج) **ثبوت مقتضی:** برخی از فقهاء برای صحت «ضمان ما لم یجب» ثبوت مقتضی را کافی دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۲). شیخ ضمان مال الجعاله را صحیح می‌داند چون هر چند جعاله عقد جایز است و چیزی در ذمه جاعل ثابت نیست اما بعد از انجام عمل، مال الجعاله بر ذمه جاعل ثابت می‌شود. همین مقدار برای ضمانت کفایت می‌کند (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۲۲). اشکال عقلی به «ضمان ما لم یجب» به این دلیل نیز وارد است؛ زیرا با نبود دین در ذمه مضمون عنه موضوع ضمان وجود ندارد تا ثبوت مقتضی بتواند موجب صحت آن باشد.

د) **ضمان متأخر به نحو واجب مشروط:** برخی از بزرگان از ضمان متأخر به نحو واجب مشروط برای تصحیح «ضمان ما لم یجب» استفاده کرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۶۶). ویژگی واجب مشروط این است که وجوب در آن حال و محقق شده اما واجب استقبالی می‌باشد؛ یعنی واجب مقید به قید متأخر است که خارج از اختیار مکلف می‌باشد و این قید می‌تواند زمان یا یک امر زمانی باشد. در این واجب، وجوب حالی است و هم‌اکنون محقق شده است و واجب استقبالی است (خویی، الف، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۷۴).

گفته شده در این روش دیگر آن اشکال عقلی وجود ندارد زیرا در این راه حل وجوب و انشاء ضمان، حال و در زمان عقد می‌باشد اما مشروط به شرط متأخر (مثلاً

عدم وفای مدیون به دین خود) است. در اینجا هرچند انشاء فعلی و حال است اما واجب استقبالی است و در آینده محقق می‌شود؛ یعنی ضامن هم اکنون ضمان را انشاء می‌کند ولی ضمان بعد از ثبوت دین بر ذمه مضمون عنه محقق می‌شود و انتقال دین بعد از ثبوت دین بر ذمه مضمون عنه صورت می‌گیرد (خوبی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۶۶).

این بیان فنی نمی‌تواند اشکال عقلی ضمان ما لم یجب را حل کند؛ زیرا در عرف متشرعه و مطابق نصوص انشاء عقد ضمان سبب تولیدی ضمان می‌باشد؛ یعنی عقد ضمان مصطلح مطابق نصوص مانند صحیح ابن سنان برای انتقال ذمه به صرف انشاء این عقد وضع شده است. «مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيَضْمَنُهُ ضَامِنٌ لِلْغَرْمَاءِ فَقَالَ إِذَا رَضِيَ بِهِ الْغَرْمَاءُ فَقَدْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمَيِّتِ.» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۹۹). مطابق این صحیح بعد از رضایت غرماء (مضمون له) یعنی بعد از شکل‌گیری عقد ضمان بلافاصله ذمه مدیون (مضمون عنه) به ذمه ضامن منتقل می‌شود. به عبارتی حکم وضعی ضمان (انتقال ذمه) یک امر اعتباری است که عرف متشرعه مطابق نصوص از انشاء عقد ضمان انتزاع می‌کنند. در واقع به صرف این که عقد ضمان انشاء شود عرف متشرعه حکم وضعی ضمان (انتقال ذمه) را از آن انتزاع می‌کنند. پس معنا ندارد در زمانی که هنوز دینی وجود ندارد عقد ضمان به صورت فعلی انشاء شود اما ضمان (انتقال ذمه) بلافاصله بعد از انشاء محقق نشود بلکه بعد از ثبوت دین محقق شود.

بنابراین راه حل درستی برای تصحیح اشکال عقلی در ضمان ما لم یجب وجود ندارد و تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر عقد ضمان با اشکال ضمان ما لم یجب مواجه می‌باشد. البته اگر مراد از ضمان، عقد دیگری غیر از ضمان مصطلح باشد این اشکال عقلی به آن وارد نیست و در ادامه این نوشتار بررسی می‌شود.

۴-۳-۳-۴. عدم انتقال ذمه

غیر از اشکال ضمان ما لم یجب اشکال دیگری که مانع از تفسیر ضمانت‌نامه بانکی در قالب عقد ضمان می‌شود این است که در ضمان نقل ذمه وجود دارد ولی در

ضمانت نامه بانکی انتقال دین وجود ندارد. در ضمانت نامه اگر ذی نفع به هر دلیلی مانند ورشکسته شدن بانک، نتواند وجه الضمان را بگیرد، می تواند خسارت ناشی از قرارداد پایه را از مضمون عنه مطالبه کند. استقلال از قرارداد پایه سبب نمی شود ذی نفع نتواند با استناد به قرارداد پایه وجه الضمان را از مضمون عنه در محاکم قضایی مطالبه کند. در حالی که بعد از عقد ضمان ذمه مضمون عنه بریء می شود و نمی توان به او رجوع کرد.

۴-۳-۳-۵. طرفین قرارداد

اشکال دیگر به تطبیق ضمانت نامه بانکی بر عقد ضمان این است که در عقد ضمان طرفین قرارداد مضمون له و ضامن هستند و نیازی به رضایت مضمون عنه نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۰). ولی در قرارداد ضمانت نامه بانکی مضمون عنه و بانک طرفین قرارداد هستند و اراده و رضایت مضمون له در این قرار نقشی ندارد.

۴-۴. تحلیل ماهیت فقهی ضمانت نامه بانکی بر اساس نظریه ضمان غیر مصطلح

ضمان غیر مصطلح یک تعهد و عقد غیر از عقود متعارف و غیر از عقد ضمان مصطلح در فقه است. این نوع ضمان صرفاً یک تعهد را برای ضامن ثابت می کند. در ضمان به معنای غیر مصطلح ویژگی انتقال ذمه وجود ندارد.

برخی از فقهاء ضمان غیر مصطلح را تعهد به مال و مسئولیت مال توسط متعهد بدون انتقال مال به ذمه ضامن تعریف می نمایند. این گونه ضمان در خارج متعارف است و افرادی که دارای شأن و موقعیتی هستند افراد غیر معروف را ضمانت می کنند بدون این که قصد انتقال ذمه آن ها به ذمه خود داشته باشند؛ بلکه فقط می خواهند تعهد بکنند که در هنگام تخلف مضمون عنه، تعهدات او را اداء خواهند کرد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۳). صاحب عروه ضمان غیر مصطلح را می پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۲). برخی دیگر از فقهاء «ضمان ما لم یجب» را ضمان مصطلح نمی دانند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۲۶۵).

اگر ضمانت نامه بانکی را بر عقد ضمان معهود و مصطلح تطبیق کنیم چند اثر بر آن

مترتب است. یک اثر این است که ضامن و مضمون له طرفین ضمان هستند و ضامن (بانک) نسبت به مضمون عنه تعهدی ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۶۰). اثر دیگر این که ذی نفع دیگر حق رجوع به مضمون عنه ندارد چون در عقد ضمان طبق نظر فقهای امامیه دین مضمون عنه به ذمه ضامن (بانک) منتقل شده و ذمه مضمون عنه بریء شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۲۷) (این دین می تواند خسارت مضمون عنه بر ذی نفع در قرارداد پایه باشد). یک اثر دیگر این است که در صورت ورشکسته شدن بانک، ذی نفع جزء طلبکاران بانک محسوب می شود زیرا دین مضمون عنه در قرارداد پایه به ذمه بانک به عنوان ضامن منتقل شده بود و ذی نفع مالک آن دین محسوب می شود.

اما اگر ضمانت نامه را به ضمان غیر مصطلح تفسیر کنیم آثار متفاوتی دارد. یک اثر این است که مضمون عنه می تواند طرف قرارداد باشد و بانک نسبت به هر دو شخص ذی نفع و مضمون عنه متعهد می باشد. اثر دیگر این که ذی نفع حق رجوع به مضمون عنه را دارد؛ زیرا ذمه مضمون عنه بری نشده است و انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن فقط در عقد ضمان مصطلح طبق اجماع و نصوص وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۷۱/حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۴۲)؛ اما دلیلی بر این انتقال ذمه در غیر از عقد ضمان مصطلح نداریم حتی برخی از فقهاء تصریح به عدم انتقال مال به ذمه ضامن در ضمان غیر مصطلح کرده اند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۴۰۳).

یک اثر دیگر تفسیر ضمانت نامه بانکی به ضمان غیر مصطلح این است که در صورت ورشکسته شدن بانک، ذی نفع جزء طلبکاران از بانک محسوب نخواهد شد؛ زیرا همان طور که گذشت دلیل بر انتقال ذمه فقط در عقد ضمان مصطلح اقامه شده است. بنابراین ذمه بانک به عنوان ضامن به دین مضمون عنه مشغول نمی باشد. بانک صرفاً به ایفای دین مضمون عنه متعهد شده بود. این تعهد مطابق عمومات و اطلاقاتی مانند «أوفوا بالعقود» (انعام: ۱۵۲) و جوب تکلیفی را برای مسئولین بانک به همراه می آورد و بانک مادامی که ورشکسته نشود از طرف قانون و محکمه ملزم به انجام تعهد خود می باشد. ولی تبدیل این تعهد به مال و مدیون شدن بانک (متعهد) به دلیل دیگری نیاز دارد. بنابراین در صورت ورشکسته شدن بانک، دیون مالی بانک پرداخت می شود

و فرض بر این است که دین مضمون‌عنه به ذمه بانک منتقل نشده است. شاید تصور شود عدم انجام برخی از تعهدات منجر به تبدیل تعهد به مال و مدیون شدن متعهد در فقه می‌شود مانند انجام ندادن تعهد به انجام عمل توسط اجیر یا عمل نکردن موجر به تعهد خود برای تسلیم عین به مستأجر (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۲/شاهرودی، ۱۴۳۳، ج ۱، ص ۲۹). ولی با دقت مشخص می‌شود این تبدیل تعهد به مال ناشی از این است که فقهاء اجاره را به تعهد تفسیر نمی‌کنند. بلکه اجاره به تملیک عمل یا منفعت در مقابل عوض تعریف شده است. لذا با خود عقد اجاره، موجر مالک عمل اجیر و مستأجر مالک منافع عین می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، صص ۵۹۵، ۵۷۴). البته برخی از فقهاء معاصر در اجاره اعمال احتمال تفسیر ماهیت اجاره به تعهد نه تملیک را تقویت کرده‌اند. ولی طبق این تفسیر این تعهدات تبدیل به مال و اجرت‌المثل نمی‌شوند (شاهرودی، ۱۴۳۳، ج ۱، ص ۳۰).

در نهایت اگر به مدیون بودن بانک به سبب این تعهدش شک کنیم مجرای استصحاب عدم مدیون بودن بانک نسبت به دین مضمون‌عنه خواهد بود. چون بعد از ضمانت‌نامه تعهد تکلیفی بانک به پرداخت وجه‌الضمان یقینی بود اما مدیون بودنش نسبت به دین مشکوک بود. قبل از ضمانت‌نامه ذمه بانک به دین مضمون‌عنه مشغول نبود همان عدم مشغول بودن ذمه بانک به دین مضمون‌عنه استصحاب می‌شود. خسارتی هم که از عدم انجام این تعهد متوجه ذی‌نفع یا مضمون‌عنه می‌شود قابل مطالبه نمی‌باشد؛ زیرا ضرر بر آن صدق نمی‌کند تا مشمول ادله لا ضرر باشد بلکه ناشی از عدم نفع است. خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در قرارداد نهایتاً منجر به حق فسخ می‌شود اما تبدیل آن به مال و مدیون شدن طرف مقابل دلیل خاص می‌خواهد که در اینجا وجود ندارد.

برخی از فقهاء به عدم مشغول بودن ذمه ضامن (بانک) در ضمانت‌نامه بانکی و صرف متعهد بودن ضامن فتوا داده‌اند. مطابق این نظر فقهی ضمانت‌نامه بانکی نوعی کفالت مالی است (در برابر کفالت اصطلاحی در ابواب معاملات که عبارت است از تعهد شخص به احضار شخص دیگر که بر او حقی دارند). در این نظر تفاوت بین کفالت مالی با ضمانت چنین توضیح داده شده که در ضمانت، ذمه ضامن به عین بدهی

مشغول می‌شود. بنابراین اگر قبل از وفاء دین بمیرد از ترکه اش برداشت می‌شود. درحالی که در کفالت مالی ذمه ضامن به عین بدهی مشغول نیست بلکه به ادای آن مشغول است و اگر پیش از اداء بمیرد از ترکه اش چیزی برداشت نمی‌شود مگر با وصیت (سیستانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۲).

از آنجا که در فقه عقدی به نام کفالت مالی وجود ندارد شاید بتوان این اصطلاح را بیان دیگری از ضمان غیر مصطلح دانست.

۵. ماهیت فقهی کارمزد بانک در قبال صدور ضمانت‌نامه

در قرارداد ضمانت‌نامه بانکی، بانک دو نوع مطالبه از مضمون‌عنه (درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه) دارد. اول: پولی که بانک از مضمون‌عنه (درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه) در قبال عمل ضمانت کردن یا صدور ضمانت‌نامه می‌گیرد. دوم: مطالبه در قبال پولی که بانک از جیب خود به ذی نفع (مضمون‌له) پرداخت کرده است (وجه‌الضمان).

در مطالبه اول شورای نظارت بر احکام شرعی در بانک فیصل اسلامی مصر، مجمع فقه الاسلامی در جده، بیت التمويل الكويتی، دریافت کارمزد در مقابل صدور ضمانت‌نامه بانکی را تنها در صورتی جایز دانسته است که وثیقه‌ای معادل وجه‌الضمان نزد بانک نگهداری شود. در این حالت بانک «وکیل» پیمانکار محسوب می‌شود؛ اما اگر چنین وثیقه‌ای نباشد عقد کفالت (ضمانت) است که از عقود تبرعی می‌باشد و دریافت اجرت در مقابل آن جایز نیست (عیوضلو، ۱۳۷۹، ص ۸۰).

نظر فوق صحیح نمی‌باشد زیرا این وثیقه در ضمانت‌نامه بانکی در قالب یک عقد رهن به بانک داده شده است و رهن صرفاً یک گرو در مقابل دین است که اگر دین پرداخت نشد بتوان آن را به جای دین از مال راهن برداشت کرد و اگر مرتهن وکالت در فروش و تصرف نداشته باشد حق استفاده و تصرف در مرهون (وثیقه) را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۸۲ / طوسی، الف، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۲۱).

برخی از فقهاء معاصر با این که ضمانت‌نامه بانکی را بر عقد ضمان تطبیق داده‌اند (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳). اما مطالبه بانک در قبال صدور

ضمانت نامه بانکی را در قالب یکی از عقود جعاله یا اجاره صحیح می دانند (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / سیستمی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۲ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳).

به این نظر چند اشکال وارد می باشد. اشکال اول: تفسیر این کارمزد در قالب جعاله صحیح نیست زیرا جعاله حتی بعد از این که عامل شروع به عمل کند یک عقد جایز می باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۱ / حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۴۴۳). اما ضمانت نامه بعد از صدور غیر قابل برگشت می باشد (مقررات متحدالشکل ضمانت نامه بانکی (URDG758) ماده ۴).

اشکال دوم: ضمانت نامه بانکی همان صدور ضمانت نامه و انجام ضمانت است. برخی از فقهاء معاصر درحالی که ضمانت نامه بانکی را در قالب عقد ضمان یا کفالت مالی تبیین نموده اند. ولی راه حل اجاره یا جعاله را برای تبیین این کارمزد تعیین کرده اند (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / سیستمی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۲ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳). این نظر صحیح نیست؛ زیرا واضح است که انجام ضمان یا صدور ضمانت نامه از طرف بانک چیزی غیر از قرارداد ضمانت نامه بانکی نمی باشد؛ یعنی قرارداد ضمانت نامه بانکی عبارت است از انجام ضمانت توسط بانک و صدور ضمانت نامه از طرف این نهاد در قبال کارمزد معینی که بانک از مضمون عنه می گیرد. بنابراین نمی توان ضمانت نامه را به دو قرارداد تحلیل کرد یکی قرارداد ضمانت نامه و تفسیر آن در قالب عقد ضمان یا کفالت مالی و دیگری انجام ضمانت نامه یا صدور ضمانت نامه از طرف بانک و تفسیر آن در قالب عقد اجاره یا جعاله.

اشکال سوم: یک قاعده کلی این است که عقد و قرارداد واحد قابل تفسیر هم زمان به دو عقد مستقل نمی باشد؛ یعنی یک عقد نمی تواند درعین حال که اجاره است همان عقد بیع باشد. ضمانت نامه بانکی یعنی انجام ضمانت توسط بانک و صدور ضمانت نامه از طرف این نهاد در قبال کارمزد معین. این قرارداد نمی تواند هم عقد ضمان باشد و هم درعین حال به اجاره تفسیر شود.

اشکال چهارم: در سیره عقلاء انجام تعهد یکی از طرفین در عقود مختلف دارای مالیت مستقل از قرارداد نمی باشد و طرفین موظف به انجام تعهدات خود بدون دریافت اجرت هستند؛ یعنی مثلاً در عقد بیع طرفین عقد نمی توانند برای دادن مبیع یا ثمن

به طرف مقابل تقاضای اجرت کنند.

یعنی همچنان که در عقد قرض نمی توان زیادی و ربا را در مقابل عمل قرض دادن قرارداد زیرا در بناء عقلاء عمل قرض دادن دارای مالیت نمی باشد (صدر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۷). در عقد ضمان یا عقد مستقل دیگری مانند ضمانت نامه بانکی نیز عمل ضمانت کردن توسط ضامن دارای مالیتی جدا از قرارداد نمی باشد؛ بنابراین ضمانت نامه بانکی اگر مطابق عقد ضمان مصطلح تفسیر شود مطابق نصوص ضامن نمی تواند به بیشتر از مقدار ضمانت شده به مضمون عنه رجوع کند و خود ضمانت کردن دارای مالیت جدا نمی باشد (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۴۴۲). اگر هم ضمانت نامه بانکی را مطابق یک تعهد مستقل به نام کفالت مالی یا ضمان غیر مصطلح یا عقد نامعین تفسیر کنیم قرارداد ضمانت نامه عبارت است از تعهد به ضمانت کردن توسط بانک در مقابل عوض معین و عمل ضمانت کردن بانک جدا از آنچه در قرارداد به عنوان یکی از عوضین آمده در نزد عقلاء دارای مالیت نمی باشد.

بنابراین صدور ضمانت نامه یا انجام ضمانت توسط بانک چیزی غیر از یکی از عوضین در این قرارداد نمی باشد و ماهیتی جدا از این قرارداد نداشته و اجاره و جعاله منطبق بر آن نمی باشد.

۶. دلیل رجوع بانک به متعهد

در قرارداد ضمانت نامه بانکی، بانک دو نوع مطالبه از مضمون عنه (درخواست کننده صدور ضمانت نامه) دارد. مطالبه اول گذشت. مطالبه دوم: مطالبه بانک از مضمون عنه (درخواست کننده صدور ضمانت نامه) در قبال پولی (وجه الضمان) که بانک از جیب خود به ذی نفع (مضمون له) پرداخت کرده است. آنچه در مطالبه دوم اهمیت دارد دلیل جواز رجوع بانک به متعهد است که با توجه به نوع تفسیر ماهیت ضمانت نامه بانکی متفاوت می باشد.

۶-۱. فرض تفسیر ماهیت ضمانت نامه بانکی به عقد ضمان مصطلح

در عقد ضمان اختلافی وجود ندارد که ضامن می تواند به مضمون عنه رجوع کند.

نصوص متعدد نیز بر این مطلب دلالت دارند. مانند روایتی که مشایخ ثلاث از حسین بن خالد نقل می‌فرمایند: «قال قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم. قال: فقال ليس على الضامن غرم. الغرم على من أكل المال» این حدیث نص در این است که خسارت بر عهده ضامن نیست و ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد. یعنی اگر ضامن با إذن مضمون‌عنه، دین او را ضمانت و سپس اداء کرده باشد می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند و وجه‌الضمان را از مضمون‌عنه بگیرد (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۳۵۳/ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۴۴۲/ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۰۵/ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۹۶/ طوسی، ب، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۰۹).

۶-۲. فرض تفسیر ماهیت ضمانت‌نامه بانکی به عقدی غیر از عقد ضمانت مصطلح

برای رجوع بانک به متعهد در این صورت دو دلیل مطرح شده است.

۶-۲-۱. قاعده احترام مال مسلمان

بعضی قاعده احترام مال مسلمان را که صاحب جواهر در مورد رجوع ضامن به مضمون‌عنه فرموده است، به‌عنوان دلیل رجوع بانک به متعهد تطبیق داده‌اند (آصفی، ۱۳۸۰، ص ۸۷). این مطلب از چند جهت قابل مناقشه است. یکی این که بانک با اختیار خود اقدام به اتلاف مال خویش نموده است. مناقشه دوم این است که این قاعده فقط برای بانکی که مالکان آن مسلمان هستند کاربرد دارد و طبق این قاعده مال مسلمان احترام دارد. مناقشه سوم این که مستند قاعده یا بناء عقلاء و سیره متشرعه است یا روایات که در هر دو صورت نمی‌تواند دلیل رجوع بانک به متعهد باشد. اگر مستند قاعده بناء عقلاء یا سیره متشرعه باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۱۸)؛ چون دلیل لبی است باید به قدر متیقن اکتفا کرد. قدر متیقن از قاعده حرمت تکلیفی اتلاف مال مسلمان است نه حرمت وضعی. همچنین قدر متیقن از این قاعده ضمانت عین مال مسلمان است نه ضمانت بدل اما در ضمانت‌نامه بانکی عین مال بانک تلف شده و بحث در ضمانت بدل مالی است که بانک پرداخت کرده است.

اگر مستند قاعده روایات باشد روایات دلالت بر حرمت تکلیفی دارند نه حرمت وضعی و ضمان. بعضی از این روایات ضعف سندی دارند مانند روایت نبوی که به صورت مرسل نقل شده است النبى (صلی الله علیه و آله) قال «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۵۹). روایت دیگر صحیحه ابو بصیر است عن ابی بصیر عن ابی جعفر (علیه السلام) قال قال رسول الله (صلی الله علیه و آله) سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصیه و حرمة ماله كحرمة دمه (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۶۰). در این روایت نیز حرمت مال مسلمان مانند حرمت خون او معرفی شده است که ظهور در حرمت تکلیفی دارد و نسبت به هدر نبودن مال و خون مسلمان و حرمت وضعی اجمال دارد. برای این قاعده به روایت «لا یحلّ مال امرء مسلم الا بطیب نفسه» (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۵۷۵) نیز تمسک شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ص ۱۴۵). ولی این روایت اولاً در منابع روایی شیعه نیامده ثانیاً دلالت آن بر حرمت وضعی و ضمان واضح نیست بلکه دلالت بر حرمت تکلیفی دارد.

۲-۶-۲. ضمان امر

ضمان امر به عنوان دلیل رجوع بانک به متعهد ذکر شده است (خویی، ب، [بی تا]، ص ۴۰۳ / سیستانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۵۳ / وحید، ۱۴۲۸، ص ۵۹۳).
ضمان امر به صورت مستقل بررسی نشده است. بعضی آن را در قالب ضمان اتلاف تفسیر کرده‌اند بنابراین فقط مواردی که اتلاف مال غیر است را شامل می‌شود. این نظر قاعده ضمان اتلاف را توسعه داده و آن را شامل اتلاف سیطره و ملکیت مالک بر مال نیز می‌داند (شاهرودی، ۱۴۳۳، ج ۱۱، ص ۳۸۹). بعضی از فقهاء سیره عقلاء را بر ضمان امر در مواردی مثل امر به حمّال در جایی که اولاً به دلیل عدم تعیین عوض اجاره نمی‌باشد ثانیاً قرینه بر مجانی بودن امر یا عمل نباشد، ثابت می‌دانند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۱، ص ۳۰۶).

یکی از مثال‌های ضمان امر «ألتی متاعک فی البحر و علیّ ضمانه» می‌باشد که در آن شخصی دستور به انداختن مال دیگری در دریا می‌کند و ضمان آن را به عهده می‌گیرد. این مثال مانند ضمانت‌نامه بانکی می‌باشد زیرا در ضمانت‌نامه بانکی نیز متعهد از بانک

می‌خواهد که بانک از جیب خودش مالی را به ذی‌نفع بپردازد تا بعداً متعهد آن را به بانک پرداخت کند.

در این مثال شیخ در خلاف اجماع بر ضمان نقل کرده و تنها مخالف را ابانور معرفی کرده که به دلیل شاذ بودن مضر به اجماع نمی‌داند (طوسی، ب، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۷۵). البته این اجماع فقط مربوط به صورت خوف غرق می‌باشد. ایشان در مبسوط اجماع بر عدم ضمان در جایی که خوف غرق شدن نباشد نقل کرده است و ضمان را مربوط به جایی می‌داند که غرض امر نجات نفس خویش و دیگران باشد (همان، ۱۳۷۸، ج ۷، ص ۱۷۱).

به نظر می‌رسد سیره عقلاء بر ضمان امر در مواردی که غرض عقلایی بر امر مترتب باشد و قرینه‌ای بر قصد تبرع از ناحیه آمر یا عامل نباشد، وجود دارد. البته در جایی که غرض عقلایی وجود نداشته باشد مانند امر کردن به اتلاف مال بدون این که فایده عقلایی بر آن مترتب باشد چنین سیره‌ای بر ضمان وجود ندارد. در ضمانت‌نامه بانکی چنین غرضی وجود دارد و بانک حق رجوع به متقاضی ضمانت‌نامه برای دریافت وجه‌الضمان را دارد.

نتیجه

تحلیل قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بر پایه تعهد به نفع ثالث با ابهام در ماهیت فقهی تعهد به نفع ثالث مواجه است. در تفسیر ضمانت‌نامه بانکی در قالب عقد ضمان اشکال ضمان ما لم یجب وجود دارد. ضمان متأخر به نحو شرط واجب راه حل اشکال عقلی در ضمان ما لم یجب معرفی شده است. در این تحقیق این راه حل رد شده است. مانع دیگر در تطبیق ضمانت‌نامه بانکی بر عقد ضمان این است که در عقد ضمان نقل ذمه وجود دارد ولی در ضمانت‌نامه بانکی انتقال دین وجود ندارد. ضمان غیر مصطلح تفسیری است که در این نوشتار برای تحلیل ماهیت فقهی ضمانت‌نامه بانکی استفاده شده است. مطابق این تفسیر ضمانت‌نامه صرفاً تعهد بانک به پرداخت وجه‌الضمان می‌باشد. طبق این نظر ذی‌نفع بعد از ورشکستگی بانک، طلبکار محسوب نخواهد شد. بانک از مضمون‌عنه در قبال صدور ضمانت‌نامه مطالبه دارد. صدور ضمانت‌نامه

تعهد بانک در این قرارداد می‌باشد و ماهیتی جدا از این قرارداد ندارد. بنابراین برخلاف نظر برخی از فقهاء معاصر اجاره و جعاله نمی‌تواند ماهیت این مطالبه باشد. بانک همچنین در قبال پولی که به ذی‌نفع پرداخت کرده است (وجه‌الضمان) از مضمون‌عنه مطالبه دارد. در این تحقیق از ضمان امر برای تفسیر این مطالبه استفاده شده است.

منابع و مأخذ

- * قرآن کریم.
۱. ابن ادریس، محمد؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
 ۲. اخلاقی، بهروز؛ «بجئی پیرامون ضمانت نامه های بانکی»، مجله کانون وکلا؛ ش ۱۴۸ و ۱۴۹، زمستان ۱۳۶۸، ص ۱۵۳-۱۸۷.
 ۳. اشمیتوف، کلایوام؛ حقوق تجارت بین الملل؛ ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران؛ ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
 ۴. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ ج ۱، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
 ۵. آصفی، محمد مهدی؛ «بررسی سه فرع فقهی در بانکداری اسلامی»، مجله فقه اهل بیت (ع)؛ ش ۲۷، پاییز ۱۳۸۰، ص ۶۸-۹۵.
 ۶. پزشکی، سارا؛ بررسی فقهی حقوقی گشایش اعتبار، ضمانت نامه و مشارکت مدنی در بانکداری؛ ج ۱، همدان: طرحان، ۱۳۹۳.
 ۷. پورعزیزحیدری، محمد؛ بررسی فقهی حقوقی ضمانت در بانکداری اسلامی (پایان نامه کارشناسی ارشد)؛ سبزوار: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۰.
 ۸. تفرشی، محمد عیسی، مرتضی شهبازی و گودرز افتخار جهرمی؛ «تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی»، مجله مدرس علوم انسانی؛ ش ۲۱، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱-۱۹.
 ۹. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۴ق.
 ۱۰. حلّی (علامه حلّی)، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحکام؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
 ۱۱. خویی، سید ابوالقاسم؛ الف؛ محاضرات فی أصول الفقه؛ ج ۱، قم: مؤسسه احیاء

- آثار الإمام الخوئی، [بی تا].
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم؛ ب؛ المسائل المنتخبة؛ قم: مؤسسة الخوئی الإسلامیه، [بی تا].
۱۳. خوئی، سید ابوالقاسم؛ موسوعة الإمام الخوئی؛ ج ۱، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۱۴. سیستانی، سید علی؛ توضیح المسائل جامع؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۱۵. شاهرودی، سید محمود؛ کتاب الإجاره؛ ج ۱، قم: مؤسسه فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۳۳ق.
۱۶. شاهرودی، سید محمود؛ موسوعة الفقه الإسلامی؛ ج ۲، قم: مؤسسه فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۳۳ق.
۱۷. شهبازی نیا، مرتضی؛ «ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی»، مجله نامه مفید؛ ش ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، ص ۱۱۵-۱۴۰.
۱۸. صدر، سید محمد باقر؛ البنك اللاروی؛ ج ۷، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ق.
۱۹. صدوق، محمد بن علی؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۲۰. ضیائی، محمد عادل و محدثه معینی فر؛ «تحلیل ماهیت فقہی و حقوقی ضمانت نامه های بانکی»، مجله اقتصاد اسلامی؛ ش ۵۱، پاییز ۱۳۹۲، ص ۱۲۱-۱۴۴.
۲۱. طباطبایی حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروة الوثقی (المحشی)؛ تحقیق احمد سبزواری؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن؛ الف؛ الخلاف؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، تهران: المكتبة المرتضویه،

- ۳۸۷ق.
۲۵. طوسی، محمدبن حسن؛ ب؛ تهذیب الأحكام؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۶. عاملی، سیدجواد؛ مفتاح الكرامة؛ تحقیق محمدباقر خالصی؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۷. عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ق.
۲۸. عیوضلو، حسین؛ «نگرشی به بحث ضمان و ضمانت نامه های بانکی در بانک های اسلامی»، مجله تازه های اقتصاد؛ ش ۹۱، مرداد ۱۳۷۹، ص ۷۷-۸۲.
۲۹. غمامی، مجید؛ «بחי در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران؛ ش ۴۴، تابستان ۱۳۷۸، ص ۱۲۳-۱۴۷.
۳۰. فاضل هندی، محمدبن حسن؛ كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۱. کاشانی، محمود؛ «ضمانت نامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵، ص ۱۳۹-۱۹۰.
۳۲. کلینی، محمدبن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی؛ «تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری و دکتربین های حقوقی معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵، ص ۱۱-۳۶.
۳۴. محمدی، سام؛ «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، مجله حقوق؛ ش ۱، بهار ۱۳۸۸، ص ۲۷۱-۲۸۷.
۳۵. مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (ucp 600)، تجدیدنظر سال ۲۰۰۷م؛ نشریه شماره ۶۰۰ اتاق بازرگانی بین المللی (ICC).
۳۶. مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه (URDG 758)، تجدیدنظر سال ۲۰۱۰م؛ نشریه شماره ۷۵۸ اتاق بازرگانی بین المللی (ICC).

۳۷. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقہیہ؛ ج ۱، قم: مدرسہ امام امیرالمؤمنینؑ، ۱۴۲۵ق.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر؛ أنوار الفقاهہ (البیع)؛ ج ۳، قم: مدرسہ امام امیرالمؤمنینؑ، ۱۴۱۱ق.
۳۹. عاملی، زین الدین (شہید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهیة (المحشی — کلا نتر)؛ ج ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۴۰. عاملی، زین الدین (شہید ثانی)، زین الدین بن علی؛ تمہید القواعد؛ تصحیح عباس تبریزیان و دیگران؛ ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۴۱. عاملی، زین الدین (شہید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الأفہام؛ ج ۱، قم: مؤسسۃ المعارف الإسلامیہ، ۱۴۱۳ق.
۴۲. حلّی (محقق)، نجم الدین؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۴۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۱، قم: مؤسسہ آل البیتؑ، ۱۴۱۴ق.
۴۴. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ تحقیق عباس قوچانی؛ ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۵. وحید، حسین؛ توضیح المسائل؛ ج ۹، قم: مدرسہ امام محمد باقرؑ، ۱۴۲۸ق.