

مقاله پژوهشی:

ماهیت تأیید اعتبارات اسنادی در بانک‌داری اسلامی

meisam.khazaee@abru.ac.ir

sntavakkoli@ut.ac.ir

samosavian@yahoo.com

کرمیثم خزائی / استادیار گروه حقوق دانشگاه آیت‌الله بروجردی

سعید نظری توکلی / استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

سیدعباس موسویان / استاد گروه اقتصاد اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۱۰ - پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۲۹

چکیده

اعتبارات اسنادی از رایج‌ترین و مطمئن‌ترین روش‌های پرداخت وجه کالا در تجارت بین‌الملل است که با واسطه بانک فروشنده و خریدار انجام می‌گیرد. در فرایند اعتبار اسنادی، گاهی مواقع، ذی‌نفع جهت اطمینان به پرداخت وجه کالا توسط خریدار و بانک گشاینده اعتبار، از خریدار درخواست می‌کند که بانک دیگری به‌عنوان بانک تأییدکننده، اعتبار اسنادی را تأیید نماید؛ یا اینکه ذی‌نفع مستقیماً از بانکی غیر از بانک گشاینده اعتبار تقاضای تأیید اعتبار را می‌کند. در این شرایط، بانک تأییدکننده اعتبار در ازای دریافت کارمزد، متعهد می‌گردد که اگر بانک گشاینده از پرداخت وجه اعتبار امتناع کرد یا عاجز شد، وجه اسناد را به ذی‌نفع پرداخت نماید. با توجه به تأکید بر انعقاد قراردادهای بانکی در قالب عقود شرعی، پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی، ماهیت تأیید اعتبارات اسنادی را از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار داده و با رویکرد جدیدی که نسبت به ضمان عقدی ارائه شده، آن را مصداقی از ضمانت‌نامه تعهد پرداخت در نظام بانک‌داری دانسته است.

کلیدواژه‌ها: اعتبارات اسنادی، بانک گشاینده اعتبار، بانک تأییدکننده، تأیید اعتبار، ضمانت‌نامه بانکی، عقد ضمان. **طبقه‌بندی JEL:** E51, G20, G21, G29, K22

اعتبارات اسنادی از جمله روش‌های مطمئن پرداخت در تجارت بین‌الملل است که با پیچیده شدن روابط تجاری به‌وجود آمده است. فاصله زیاد، عدم آشنایی دو طرف دادوستد با یکدیگر، نبود پول واحد، وجود مقررات مختلف داخلی، و کمتر شدن اطمینان خریدار و فروشنده به یکدیگر، گرچه سبب پیچیده شدن مبادلات تجاری می‌شود، اما اعتبارات اسنادی می‌تواند کمک شایانی به آسان‌سازی و بهبود این مناسبات کند (طارم‌سری، ۱۳۷۷، ص ۱۳۴)؛ منافع تمام اطراف مؤثر در معامله را تأمین نماید و تضمینی بر اجرا یا حسن اجرای تعهدات باشد (تی لاریا، ۱۳۸۵)؛ در نتیجه، پرداخت بهای کالا به فروشنده با خطر کمتری روبه‌رو خواهد بود و پرداخت آن توسط بانک در کشور فروشنده و در زمان تعیین‌شده انجام می‌شود (سماواتی، ۱۳۷۷، ص ۱۱۲-۱۱۳). برای اعتبارات اسنادی، تعاریف مختلفی ارائه شده است؛ از جمله «اعتبار اسنادی وسیله‌ای است که بنا به درخواست متقاضی اعتبار، از سوی بانک گشاینده اعتبار به نفع ذی‌نفع افتتاح می‌گردد و براساس آن، بانک گشاینده اعتبار تعهد می‌کند وجه برات و مبلغ موضوع مطالبه را تأدیه کند؛ مشروط به اینکه شروط مقرر در اعتبار محرز گردد» (گائو ایکس یانگ، ۱۳۸۵). ماده ۲ مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی اتاق بازرگانی (UCP 600) نیز اعتبارات اسنادی را این‌گونه معنا کرده است: «اعتبار یعنی هرگونه ترتیباتی، به هر نام و یا توصیفی، که غیرقابل برگشت بوده و دربرگیرنده تعهد قطعی بانک گشاینده نسبت به پذیرش پرداخت اسناد مطابق با شرایط اعتبار باشد».

به‌هرحال، در فرایند اعتبار اسنادی، گاه فروشنده از خریدار و کشور وی اطلاعی ندارد یا در کشور خریدار ثبات سیاسی و اقتصادی وجود ندارد. این امر موجب عدم اطمینان فروشنده (ذی‌نفع) به رسیدن به وجه اعتبار می‌گردد. از این‌رو فروشنده از خریدار درخواست می‌کند که بانک دیگری را به‌عنوان بانک تأییدکننده اعتبار (Confirming Bank) معرفی کند تا در صورتی که حساب بانک گشاینده به هر دلیلی نزد بانک معامله‌کننده (Negotiation Bank) بدهکار نگردد، بانک تأییدکننده متعهد شود وجه اسناد را پس از بررسی آنها و عدم وجود مغایرت، به بانک معامله‌کننده پرداخت کند. هرچند با نبود بانک تأییدکننده، اعتبار اسنادی منعقد می‌شود، اما در صورت وجود، این بانک از ارکان اصلی اعتبار اسنادی به حساب می‌آید. بانک تأییدکننده بنا به درخواست یا اجازه بانک گشاینده اعتبار، در مقابل ذی‌نفع تعهد قطعی می‌نماید تا افزون بر تعهد بانک گشاینده، برای پذیرش پرداخت یا معامله اسنادی که مطابق با شرایط اعتبار ارائه شده باشد، اقدام کند (مؤسسه علوم بانکی- ایالات متحده آمریکا، بی‌تا، ص ۱۶۵-۱۶۶). براساس ماده ۲ UCP 600 نیز تأیید (یعنی تعهد قطعی بانک تأییدکننده)، افزون بر تعهد بانک گشاینده، برای پذیرش پرداخت یا معامله اسنادی که مطابق با شرایط اعتبار ارائه شده باشد ضروری است.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، در ماهیت تأیید اعتبار اسنادی توسط بانک تأییدکننده، تعهد و التزام به پرداخت دین فرد دیگر نهفته است و آن را شبیه به سازه فقهی «ضمان» می‌کند؛ زیرا ضمان در لغت به‌معنای کفالت (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۵۷)، التزام (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۶، ص ۲۷۵)، در عهده شدن (دهخدا، ۱۳۷۷، ذیل واژه) و در منابع فقهی به‌معنای «قبول مسئولیت»، «بر عهده گرفتن دین دیگری» یا «التزام به پرداخت دین دیگری» به کار می‌رود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ص ۱۲).

با توجه معنایی که از ضمان می‌شود، «ضمان عقدی» قراردادی است که می‌توان از ظرفیت‌های آن جهت تبیین حقوقی تأیید اعتبار بهره برد؛ لکن این امر مستلزم بازاندیشی در ماهیت ضمان عقدی و گسترش قلمرو آن است تا تمام التزامها و تعهدها به تأدیة دین دیگری را در ذیل آن قرار داد. براین اساس سعی می‌گردد در بخشی از پژوهش، این مهم نیز دیده شود و ماهیت ضمان عقدی نیز مورد واکاوی قرار گیرد.

بانکداری اسلامی براساس تعریف ارائه‌شده، بانکداری منطبق با ویژگی‌ها و نظام ارزشی اسلام است که مهم‌ترین ویژگی آن، تأکید بر فعالیت بانک‌ها طبق اصول اسلامی و رعایت مضمون آیه شریفه «أحل الله البیع و حرم الربا» است (نظریور و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۱۱۸). نیاز است تمام قراردادهای بانکی با شریعت و فقه اسلامی سازگاری داشته باشند و در راستای اهداف اساسی نظام اقتصادی اسلام تنظیم گردند. براین اساس، پژوهش حاضر - که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است - ماهیت تأیید اعتبارات اسنادی توسط بانک تأییدکننده را از نظر فقهی و حقوقی بررسی می‌نماید و به دنبال اثبات این فرضیه است که با بازاندیشی در ماهیت ضمان عقدی، تأیید اعتبار را مصداقی از ضمانت‌نامه بانکی تعهد پرداخت در نظام بانکداری مطرح نماید. ساختار پژوهش نیز بدین صورت است که پس از بررسی اجمالی ضمانت در بانکداری، تأیید اعتبار در قالب عقد ضمان تحلیل و در پایان نتایج ارائه شده است.

پیشینه پژوهش

تحقیقات انجام‌گرفته مرتبط با اعتبارات اسنادی، ناظر به جنبه‌های مالی، اقتصادی یا ماهیت حقوقی اعتبارات اسنادی است و کمتر به تحلیل فقهی و حقوقی قراردادهای همراه با قرارداد اعتبار اسنادی، از جمله تأیید اعتبار، پرداخته شده است. در ادامه به برخی از این تحقیقات اشاره می‌شود:

رفیعی (۱۳۸۷) پس از بررسی مفهوم و طرف‌های اعتبار اسنادی و روابط حقوقی میان آنها، ماهیت حقوقی قرارداد گشایش اعتبار را براساس عقود اذنی، عقود مشارکتی و بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، تحلیل نموده است.

عمروانی (۱۳۸۷) پس از ارائه کلیاتی در مورد اعتبارات اسنادی و تعیین طرف‌های اعتبار (مقتضی، بانک گشاینده، ذی‌نفع و بانک کارگزار) روابط حقوقی و وظایف طرف‌های اعتبار اسنادی را بررسی کرده است.

خزائی و نظری توکل (۱۳۹۴) بعد از بررسی روند عملیاتی و ماهیت قرارداد گشایش اعتبار اسنادی، به بررسی نقش و وظایف بانک گشاینده اعتبار در اعتبار اسنادی، از جمله گشایش اعتبار، بررسی اسناد و پرداخت وجه اعتبار، از نظر فقهی و حقوقی پرداخته است.

نیاسری (۱۳۹۷) پس از ارائه توضیحاتی در مورد تأیید اعتبار اسنادی، مفهوم، آثار حقوقی و خطرات «تأیید خاموش» را در حقوق تجارت بین‌الملل بررسی کرده است.

ضمان عقدی

با توجه به التزام و تعهدی که در تأیید اعتبارات اسنادی است، پیش‌نیاز بررسی ماهیت تأیید اعتبارات اسنادی در بانکداری اسلامی، واکاوی معنایی و ماهیتی عقد ضمان است. بر این اساس در این گفتار، به اختصار این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

معنای ضمان

در متون فقهی معمولاً ضمان در دو معنای عام و خاص مطرح می‌گردد. در معنای عام، مطلق تعهد و التزام به مال یا نفس است که با انشای تعهد و التزام تحقق می‌یابد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۲)؛ و در معنای خاص، تعهد و التزام به مال است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۳؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۸۳). قانون‌گذار ایران نیز در ماده ۶۸۴ قانون مدنی، عقد ضمان به معنای خاص را چنین تعریف کرده است: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد». در متون حقوقی هم در تعریف عقد ضمان آمده است: «ضمان، التزام ثالث (نسبت به بدهکار و بستانکار او) به دادن بدهی مدیون (مضمون عنه) به بستانکار (مضمون له) با لحاظ مواجبه (التزام متقابل)» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۲۶۶).

ماهیت عقد ضمان

با ملاحظه منابع فقهی و حقوقی، دو دیدگاه مرسوم درباره ماهیت عقد ضمان وجود دارد:

دیدگاه نقل ذمه

اکثریت فقهای امامیه بر این باورند که ماهیت ضمان عقدی، نقل ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است؛ یعنی ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود و ذمه مضمون عنه از دین سابق بری می‌شود (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۱۷۱). مستفاد از مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ قانون مدنی نیز درباره ماهیت ضمان، نقل ذمه است. فقهای امامیه برای اثبات نظر خود، به معنای لغوی ضمان، روایات و دلیل عقلی استناد نموده‌اند. به عقیده فقهای امامیه، لغت ضمان مشتق از «ضمن» است و وجود حرف «نون» در کلیه مشتقات آن، مانند ضامن، مضمون، تضامن و تضمین، مؤید این ادعاست و چون «ضمن» به معنای طی و خلال چیزی است، ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۳۴۴).

فقهای امامیه برای اثبات نظر خویش به روایاتی از قبیل روایت/ابی سعید خدری، جابر بن عبدالله و عبدالله بن حسن استناد جسته‌اند، که جهت پرهیز از اطاله کلام، تنها به روایت اول اشاره می‌شود:

محمد بن حسن در خلاف از ابی سعید خدری نقل می‌کند که گفت با رسول خدا ﷺ در برابر جنازه‌ای بودیم. حضرت فرمود: آیا متوفی دینی دارد؟ گفتند: بله؛ دو درهم مدیون است. حضرت فرمود: خودتان بر جسد نماز بگذارید. علی ﷺ فرمود: یا رسول الله! آن دو درهم به عهده من؛ و من برای آن دو درهم ضامن هستم. پس رسول خدا ﷺ برخاست و بر جنازه نماز گزارد. سپس رو به علی ﷺ کرد و فرمود: خدا تو را جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد؛ همان طور که تو ذمه برادرت را آزاد کردی (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۴۲۴).

نحوه استدلال به این صورت است که اشغال ذمه متوفی مانع نماز گزاردن حضرت رسول بر میت شد؛ یعنی با اشغال ذمه، پیامبر ﷺ حاضر نبود بر میت نماز گزارد؛ ولی با ضمان - که موجب شد ذمه میت فارغ و بری شود -

پیغمبر بر جسد نماز گزارد و به امام علی علیه السلام فرمود: «خداوند ذمه‌ات را آزاد سازد؛ چنان‌که تو ذمه برادرت را آزاد کردی». این گفته صراحت دارد که با ضمان، ذمه مضمون‌عنه به ضامن منتقل می‌گردد و مدیون اصلی بری می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۸).

علاوه بر این دلایل، گفته‌اند: عقلاً نمی‌توان تصور کرد که در آن واحد ذمه دو نفر نسبت به یک دین مشغول باشد. همان‌گونه که شیء واحد در دو محل استقرار نمی‌یابد، برای یک دین نیز دو ذمه یا بیشتر نمی‌تواند مشغول شود (محقق داماد، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۹۴).

دیدگاه ضم ذمه

اکثریت فقهای اهل سنت، ضمان عقدی را ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه تعریف کرده‌اند (ر.ک: رافعی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۳۵۹؛ نووی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۳۳؛ سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۰، ص ۲۹؛ ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۳۹۹). فقهای اهل سنت نیز برای اثبات نظر خود، به معنای لغوی ضمان، روایات و دلیل عقلی استناد جسته‌اند. عده‌ای از فقهای اهل سنت ضمان را مشتق از «ضم» دانسته و «الف» و «نون» آن را زائد می‌دانند. بنابراین، معنای ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی است (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۳۹۹).

آنان همچنین برای اثبات صحت نظریه خود، به احادیث متعددی، از جمله روایت جابر، استناد می‌کنند. در این روایت آمده است:

امام احمد در مسند از جابر روایت کرده است که گفت: دوست و مصاحبی از ما فوت شد. پیغمبر صلی الله علیه و آله را برای نماز گزاردن بر میت آوردیم. حضرت رسول قدمی برداشت. پس از آن پرسید: آیا او دینی بر عهده دارد؟ گفتیم: دو دینار وام دارد. پس پیغمبر صلی الله علیه و آله از نماز خواندن منصرف شد تا آنکه ابوقتاده آن را قبول کرد و گفت: دو دینار به عهده من است. پیغمبر صلی الله علیه و آله سؤال فرمود: آیا حق طلبکاران از میت بری شد؟ ابوقتاده گفت: بله، یا رسول الله! پس پیغمبر بر میت نماز گزارد و گفت: در خصوص دینارها چه اقدامی شد؟ ابوقتاده پاسخ داد: یا رسول الله! همین دیروز متوفی در گذشته است، و فردا بازگشت و گفت من پرداختم. پس رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: الآن آتش بر او سرد شد (ابن‌قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۴۰۸).

نحوه استدلال به حدیث نیز این‌گونه است که وقتی ابوقتاده گفت من دین را پرداختم، پیغمبر فرمود: «الآن آتش بر او سرد شد»؛ یعنی پس از پرداخت دین، پس برائت مدیون، پس از پرداخت دین حاصل شد و صرف ضمانت، موجب برائت نشد (همان).

در قوانین ایران نیز قانون تجارت، برای ضمان، ماهیت تضامن قائل شده است. ماده ۴۰۲ قانون تجارت در این زمینه مقرر می‌دارد: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد».

البته تضامنی بودن عقد ضمان می‌تواند به دو صورت عرضی و طولی باشد؛ به این صورت که در تضامن عرضی، مضمون‌له به هریک از مضمون‌عنه و ضامن که خواست، مراجعه کند؛ و در تضامن طولی، مضمون‌له ابتدا باید به مضمون‌عنه مراجعه کند؛ لکن اگر مضمون‌عنه از ایفای تعهدات خود امتناع کرد یا از عهده آن برنیامد، باید به ضامن مراجعه نمود (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۲۷۵-۲۷۶، موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ص ۴۵-۴۹).

دیدگاه برگزیده

یکی از ایراداتی که در عقد ضمان وارد است، این است که ماهیت و ذات ضمان براساس نقل یا ضمّ ذمه تحلیل گردیده و حتی شرط برخلاف آن، موجب بطلان عقد دانسته شده است؛ درحالی که باید گفت: با تأمل در معنای لغوی ضمان، ماهیت ضمان را صرفاً باید «التزام و تعهد به ادای دین دیگری» دانست؛ بدون اینکه نقل یا ضمّ ذمه در ماهیت آن دخالت داشته باشند (ر.ک: صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴)؛ دلیل این مهم را باید در عرف و بنای عقلا جست‌وجو نمود؛ به این صورت که مفاد عرفی ضمان و قصد طرفین عقد ضمان، صرفاً وثیقه دین بودن است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۲۲۷)؛ زیرا مضمون‌له از این عقد می‌خواهد برای دین خود وثیقه‌ای تحصیل نماید (ر.ک: ابن‌قدمه ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص ۸۱؛ صافی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۴). در عرف امروزی نیز چنین است که ضمان وثیقه‌ای اعتباری برای دین است (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۴).

با این رویکرد و نگاه به ماهیت اصلی ضمان، طرفین عقد می‌توانند در ضمن عقد، مسئولیت و تعهدات ضامن را مشخص کند و حتی ضامن نیز می‌تواند در قبال تعهد و التزامی که به عهده می‌گیرد، از مضمون‌عنه تقاضای عوض نماید. در میان فقهای معاصر نیز همین رویکرد را می‌توان ملاحظه نمود؛ به این صورت که وقتی با ضمانت‌های بانکی مواجه می‌گردند، بدون اینکه حکم به بطلان آنها دهند، آن را هرچند ضمان به معنای اصطلاحی نمی‌دانند، لکن تعهدی مستقل و متفاوت با آن می‌دانند که ضامن در مقابل بانک به عهده می‌گیرد (صدر، ۱۴۰۱ق، ص ۲۳۲؛ فیاض کابلی، ۱۴۲۶ق، ص ۳۱۳). علاوه بر این، در برخی منابع فقه امامیه ملاحظه می‌گردد که وقتی عقد ضمان براساس ضمّ ذمه منعقد می‌گردد، حکم به بطلان آن نمی‌شود و براساس معنای عرفی، ضمان آن را می‌پذیرند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۲۳۴؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص ۴۰۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۱۲).

پس باید گفت که براساس معنای لغوی و عرفی ضمان، و همچنین براساس ارتکاز عقلا، ماهیت و ذات ضمان را باید تعهد و التزام ضامن به ادای دین دیگری دانست؛ که براساس شرایط قرارداد می‌تواند نقل ذمه صورت گیرد یا ضمّ ذمه (عرضی یا طولی)؛ همچنین ضامن در قبال تعهد و التزام خود، مطالبه عوض کند، بدون اینکه ماهیت ضمان دچار تغییر گردد.

براساس این رویکرد، دامنه و گستره عقد ضمان وسیع‌تر می‌شود و تمام تعهد و التزامها به ادای دین دیگری را دربر می‌گیرد. مبنای این نوع نگرش به عقد ضمان را نیز باید عرف و ارتکاز عقلا دانست؛ زیرا ملاحظه می‌گردد که عرف و عقلا از ضمان در حوزه‌های مختلف استفاده می‌کنند، بدون اینکه به نقل یا ضمّ ذمه توجه نمایند.

در برخی منابع فقه امامیه نیز ملاحظه می‌گردد که به معنای عرفی ضمان اشاره شده است؛ برای مثال، برخی فقها زمانی که عقد ضمان براساس ضم ذمه منعقد می‌گردد، حکم به بطلان آن نمی‌دهند و براساس معنای عرفی ضمان آن را می‌پذیرند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۳۳۴؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص ۴۰۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۱۲).

ضمانت در نظام بانک‌داری

با توجه به وجود تعهد و التزام در تأیید اعتبارات اسنادی، این ذهنیت ایجاد می‌گردد که تأیید اعتبار در ذیل ضمانت‌های مطرح در نظام بانک‌داری قرار گیرد. براین اساس، نیاز است توضیحی درباره ضمانت در نظام بانک‌داری داده شود. ضمانت در نظام بانک‌داری، در دو قالب ضمانت جهت اعطای تسهیلات و ضمانت‌نامه‌های بانکی کاربرد دارد:

ضمانت در اعطای تسهیلات

یکی از مهم‌ترین کارکردهای نظام بانکی، اعطای تسهیلات به اشخاص حقیقی و حقوقی است. در این راستا، بانک‌ها جهت اطمینان از بازپرداخت تسهیلات، اقدام به اخذ تضمینات و وثایق معتبر می‌کنند تا در صورت عدم پرداخت تسهیلات از سوی وام‌گیرنده، تسهیلات و سود متعلقه به آن را از طریق مراجعه به ضامن یا با نقد کردن وثایق، به بانک بازگرداند. ضمانت در بانک‌داری در این وضعیت، براساس ضمانت عقدی در حقوق تجارت به کار می‌رود. براساس ضمانت عقدی در حقوق تجارت، بانک (مضمون‌له) بعد از امتناع یا عجز مدیون (مضمون‌عنه) از پرداخت بدهی و تسهیلات خود و ارسال اظهارهای لازم به او، می‌تواند به ضامن مراجعه و طلب خود را ایفا کند (تضامن طولی).

ضمانت‌نامه‌های بانکی

افزون بر حالت پیشین، بانک‌ها به تقاضای مشتریان خود، انواع ضمانت‌نامه‌ها، از قبیل ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، ضمانت‌نامه حسن انجام کار، ضمانت‌نامه تعهد پرداخت و ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت صادر می‌کنند. ضمانت‌نامه بانکی تعهدی است از سوی بانک به درخواست ضمانت‌خواه تا مبلغ معینی را به مجرد طلب مضمون‌له یا منتفع، در خلال مدتی معین و بدون توقف بر شرطی پرداخت کند (صدر، ۱۴۰۱ق، ص ۱۲۸) یا سندی که به وسیله بانک صادر می‌شود و به سبب آن، بانک تعهد می‌کند تا در صورتی که ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) قصور و تخلف کند، با اعلام مراتب به وسیله ذی‌نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه به وسیله وی، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۳۳).

تحلیل تأیید اعتبار در قالب عقد ضمان

تأیید اعتبار اسنادی، به دو صورت انجام می‌شود:

درخواست ذی‌نفع از متقاضی جهت تأیید اعتبار: در این فرض، ذی‌نفع فهرستی از بانک‌های مورد اعتمادش را در اختیار متقاضی اعتبار قرار می‌دهد تا از بانک گشاینده بخواهد که پس از گشایش اعتبار، از بانک‌های مندرج در فهرست مذکور بخواهد تا اعتبار اسنادی گشایش‌یافته را تأیید کنند (زمانی فراهانی، ۱۳۸۸، ص ۴۷).

درخواست ذی نفع از بانک تأییدکننده، جهت تأیید اعتبار (تأیید مسکوت): گاهی مواقع برخلاف روال معمول، درخواست تأیید اعتبار توسط ذی نفع اتفاق می افتد که از آن با عنوان «تأیید مسکوت» نام می برند. در واقع بانک تأییدکننده اعتبار حاضر است پرداخت وجه اعتبار را بدون نیاز به درخواست بانک گشاینده و حتی بدون اطلاع به آن بانک، ضمانت کند. به این روش، اصطلاحاً تأیید مسکوت گفته می شود (لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹). براین اساس، تحلیل فقهی و حقوقی آن نیز براساس صورت‌های مذکور انجام می گیرد.

درخواست ذی نفع از متقاضی جهت تأیید اعتبار

مطابق با ماده ۲ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP 600)، تأیید اعتبار یعنی تعهد قطعی بانک تأییدکننده، افزون بر تعهد بانک گشاینده، برای پذیرش پرداخت یا معامله اسنادی که مطابق با شرایط اعتبار ارائه شده باشد. بانک تأییدکننده اعتبار، بانکی است که بنا به درخواست یا مجوز بانک گشاینده اعتبار در مقابل ذی نفع - افزون بر تعهد بانک گشاینده اعتبار - تعهد قطعی بر پرداخت وجه اعتبار می کند.

همچنین ماده ۸ (UCP 600)، ذیل عنوان «تعهد بانک تأییدکننده» به بیان جزئیات و تفصیل احکام و آثار حقوقی تأیید اعتبار می پردازد. در این حالت، تأیید اعتبار توسط بانک تأییدکننده اعتبار، تعهد و التزامی قطعی است. بانک تأییدکننده اعتبار با پذیرش درخواست بانک گشاینده و تعهد به پرداخت وجه اعتبار، همراه با بانک گشاینده اعتبار، دارای مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه اعتبار شده به ذی نفع هستند؛ به این صورت که برای بانک تأییدکننده اعتبار، تعهد مستقلی در کنار تعهد بانک گشاینده اعتبار ایجاد می شود؛ در نتیجه، ذی نفع برای دریافت وجه اعتبار، هم می تواند به بانک گشاینده اعتبار مراجعه کند و هم به بانک تأییدکننده اعتبار (رک: لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰-۲۳۹).

در توضیح بیشتر می توان گفت: بانک تأییدکننده اعتبار، از لحاظ رابطه‌ای که با ذی نفع اعتبار دارد، جایگزین بانک گشاینده اعتبار است که با عمل تأیید خویش، گویا اعتبارنامه دیگری را - منتها با همان مفاد اعتبارنامه اصلی تأیید شده - به نفع ذی نفع اعتبار مورد تأیید، افتتاح می کند. از لحاظ مفاد تعهداتی که این دو بانک در برابر ذی نفع اعتبار بر عهده دارند، تفاوت عمده‌تاً فقط در نام بانک متعهد است (نیاسری، ۱۳۹۷)

براین اساس، تأیید اعتبار، به نوعی ضمانت بانک تأییدکننده به نفع ذی نفع است تا ریسک و خطر پرداخت وجه به او، به حداقل برسد؛ زیرا در این قرارداد، بانک تأییدکننده اعتبار، تعهد بانک گشاینده اعتبار را بر پرداخت بهای کالا، در مقابل ذی نفع، تضمین می کند. البته در عین شباهت تأیید اعتبار به ضمانت، مطالبه عوض از بانک گشاینده اعتبار جهت تأیید اعتبار، این نگرش را به وجود می آورد که تأیید اعتبار، عقد ضمان نباشد؛ زیرا عقد ضمان بر ارفاق و تسهیل بر مضمون عهه بنا گردیده است. براین اساس، سعی می شود تأیید اعتبار براساس عقد ضمان مورد تحلیل قرار گیرد.

تحلیل تأیید اعتبار مبتنی بر نقل ذمه

توضیح تحلیل: در صورتی که تأیید اعتبار بر اساس ماهیت نقل ذمه ضمان عقدی و مبتنی بر ضمان عقدی مطرح در

فقه امامیه و حقوق مدنی ایران تحلیل شود، بانک تأییدکننده اعتبار (ضامن)، تعهد و التزام بانک گشاینده اعتبار در پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع را بر عهده می‌گیرد؛ به‌گونه‌ای که ذی‌نفع جهت دریافت وجه اعتبار، فقط می‌تواند به بانک تأییدکننده اعتبار مراجعه کند؛ زیرا تعهد بانک گشاینده اعتبار، به ذمه بانک تأییدکننده اعتبار منتقل شده است.

نقد و بررسی: تأیید اعتبار در قالب ضمان عقدی مبتنی بر ماهیت نقل ذمه، صحیح نیست؛ زیرا:

- عقد ضمان، عقدی مسامحه‌ای و مبتنی بر ارفاق است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۱۵؛ امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۸۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۲۲۵)؛ درحالی‌که در تأیید اعتبار، بانک تأییدکننده در مقابل تضمین خود از بانک گشاینده، کارمزد دریافت می‌کند. به این دلیل، ارفاقی و مسامحه‌ای بودن تأیید اعتبار، منتفی است.

- در قانون مدنی ایران، به پیروی از فقه امامیه (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۲۴؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۴۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۸۹)، در خصوص عقد ضمان، اصل بر نقل ذمه و برائت ذمه مضمون‌عنه است (امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۵۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۲۲۸)؛ حال آنکه بانک تأییدکننده اعتبار با پذیرش درخواست بانک گشاینده و تعهد بر پرداخت وجه اعتبار، همراه با بانک گشاینده اعتبار دارای مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه اعتبار می‌گردد و برای بانک تأییدکننده در کنار تعهد بانک گشاینده اعتبار تعهد مستقلی ایجاد می‌شود (لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰-۲۳۹).

- ضمان، عقدی است عهدی که بین ضامن و مضمون‌له منعقد می‌گردد که در نتیجه آن، ضامن دین مضمون‌عنه را در مقابل مضمون‌له به عهده می‌گیرد. بنابراین، عقد ضمان، بدون دخالت مضمون‌عنه منعقد می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۱۲۰؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۱۵۷؛ همو، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۳۰۴؛ امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۵۳-۲۵۸)؛ اما در تأیید اعتبار اسنادی، آنچه به‌عنوان رکن اعتبار مطرح است، درخواست و تقاضای بانک گشاینده اعتبار از بانک تأییدکننده بر تضمین اعتبار است. بدین ترتیب، برخلاف عقد ضمان که بین ضامن و مضمون‌له تشکیل می‌گردد، در تأیید اعتبار میان بانک گشاینده اعتبار (به‌منزله مضمون‌عنه) و بانک تأییدکننده اعتبار (به‌منزله ضامن) منعقد می‌شود. البته رضایت مضمون‌له (ذی‌نفع) نیز در انتخاب بانک تأییدکننده شرط است.

تحلیل تأیید اعتبار در قالب ضمان (ضم ذمه)

توضیح استدلال: دومین تحلیل تأیید اعتبار براساس ماهیت ضم ذمه ضمان عقدی و مبتنی بر ضمان عقدی مطرح در فقه اهل سنت و حقوق تجارت ایران است. در قانون تجارت ایران (مواد ۴۰۲ و ۴۰۳)، «ضمان» ماهیت تضامنی دارد. در تأیید اعتبار نیز بانک تأییدکننده اعتبار به همراه بانک گشاینده اعتبار دارای مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه اعتبار می‌گردد و برای بانک تأییدکننده در کنار تعهد بانک گشاینده اعتبار مستقلی ایجاد می‌شود. در منابع حقوق تجارت بین‌الملل نیز چنین تحلیلی از تأیید اعتبار گردیده است؛ به این بیان که بانک تأییدکننده اعتبار با پذیرش درخواست بانک گشاینده و تعهد بر پرداخت وجه اعتبار، همراه با بانک گشاینده اعتبار دارای مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه اعتبار می‌گردد و برای بانک تأییدکننده در کنار تعهد بانک گشاینده اعتبار، تعهد مستقلی ایجاد می‌شود (لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰-۲۳۹؛ زمانی فراهانی، ۱۳۸۴، ص ۸۵؛ اخلاقی، ۱۳۷۰).

نقد و بررسی: بر این نظریه ایرادهای زیر وارد است:

- ضامن، عقدی است عهدی که بین ضامن و مضمون له منعقد می‌گردد که در نتیجه آن، ضامن دین مضمون عنه را در مقابل مضمون له به عهده می‌گیرد. بنابراین مضمون عنه (مدیون اصلی) هیچ‌گونه نقشی در عقد ضمان ندارد و عقد ضمان، بدون دخالت او منعقد می‌شود؛ اما در تأیید اعتبار اسنادی، تقاضای بانک گشاینده اعتبار (مضمون عنه) از بانک تأییدکننده، نقش اساسی را ایفا می‌کند و به‌عنوان ایجاب مطرح می‌گردد.
- عقد ضمان، عقدی مسامحه‌ای و مبتنی بر ارفاق است؛ از این رو، نیازی نیست ضامن علم تفصیلی به مضمون له داشته باشد (امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۸۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۲۲۵)؛ اما در تأیید اعتبار، علاوه بر شرطیت علم به مضمون له، بانک تأییدکننده اعتبار نیز به دنبال سودجویی است و در نتیجه، در مقابل تضمین خود، از بانک گشاینده، کارمزد دریافت می‌کند. بر این اساس می‌توان گفت که تأیید اعتبار عقدی، معاوضه‌ای است که بانک تأییدکننده در مقابل تعهد خود، عوض آن را دریافت می‌کند. بنابراین، ارفاقی و مسامحه‌ای بودن تأیید اعتبار، منتفی است.

دیدگاه برگزیده

با توجه به ایرادهایی که به تحلیل تأیید اعتبار در قالب عقد ضمان مطرح در قانون مدنی و قانون تجارت وارد است، به نظر می‌رسد، این صورت از تأیید اعتبار را باید در قالب ضمانت‌نامه‌های بانکی تحلیل کرد. به این بیان که آن را مصداقی از ضمانت‌نامه تعهد پرداخت دانست که توسط بانک تأییدکننده اعتبار به نفع ذی‌نفع و به درخواست بانک گشاینده اعتبار، صادر می‌گردد. به بیان دیگر و براساس تعریف ضمانت‌نامه بانکی، بانک تأییدکننده اعتبار سندی را صادر می‌کند که به سبب آن، تعهد می‌کند تا در صورتی که ضمانت‌خواه (بانک گشاینده اعتبار) در پرداخت وجه اعتبار قصور و تخلف کند، با اعلام مراتب به وسیله ذی‌نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه به وسیله وی، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد.

در تأیید این دیدگاه باید گفت، براساس تعریف بانک - مبنی بر اینکه بانک یک مؤسسه انتفاعی است که با سرمایه خود و سپرده‌های مشتریان، به منظور کسب سود، اقدام به جمع‌آوری سپرده‌ها، دادن وام، اعتبار و خدمات بانکی می‌نماید (مجتهد و حسن زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۳) - بانک‌ها در صدور ضمانت‌نامه‌ها به دنبال ارفاق به ضمانت‌خواه نیستند؛ بلکه با ارائه این خدمات به دنبال انتفاع خود هستند؛ هرچند این عمل بانک موجب تسهیل در کسب و کار اشخاص می‌گردد. بر این اساس، برخلاف زمانی که بانک‌ها در اعطای تسهیلات از وام‌گیرنده مطالبه ضمانت نموده، نقش مضمون له را ایفا می‌کنند، وقتی بانک‌ها در نقش ضامن ظاهر می‌شوند و به دنبال کسب سود هستند، نمی‌توان ضمانت بانک را قالب ضمانت عقدی مطرح در قانون مدنی و تجارت - که ماهیتی ارفاقی دارند - تحلیل نمود.

در تأیید اعتبار نیز بانک تأییدکننده همین رویکرد را دارد و جهت کسب سود، قراردادی را با بانک گشاینده منعقد می‌کند که در ازای تعهد و التزام به پرداخت وجه اعتبار - البته در طول تعهد و التزام بانک گشاینده به پرداخت وجه کالا به ذی‌نفع - کارمزدی را از بانک گشاینده اعتبار دریافت می‌کند.

براساس تحلیل یادشده، تأیید اعتبار مصداقی از ضمانت‌نامه بانکی تعهد به پرداخت است. بعد از پاسخ به این پرسش، این سؤال مطرح می‌گردد که ضمانت‌نامه بانکی چه ماهیتی دارد؟

در مورد ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی نظریه‌های مختلفی مطرح شده است؛ همچون ضمان عقدی (و حیدخراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۵۹۳)؛ عقد کفالت (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۱۸)؛ عقدی نامعین (مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۵۹۵۸؛ ضیائی و معینی‌فر، ۱۳۹۲) و تعهد به نفع ثالث (جوهری، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۶۱؛ اخلاقی، ۱۳۶۸). البته امروزه در میان حقوق‌دانان و محققان، بیشتر گرایش به جدید بودن این قرارداد و تحلیل آن براساس ماده ۱۰ قانون مدنی وجود دارد؛ لکن از نظر نگارندگان تا زمانی که بتوان قراردادهای مستحدثه را در قالب عقود معین تحلیل نمود، ضرورتی ندارد که قائل به نامعین بودن قراردادهای جدید شد.

در این زمینه باید گفت، به دلیل عدم توانایی ضمان عقدی در فقه امامیه و اهل سنت و قانون مدنی و قانون تجارت ایران در تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی، این گرایش به وجود آمده است تا ضمانت‌نامه‌های بانکی براساس عقد نامعین یا تعهد به نفع ثالث تحلیل شود؛ لکن با تحلیلی که از ماهیت ضمان عقدی صورت گرفت، می‌توان ضمانت‌نامه‌های بانکی را در قالب عقد ضمان تحلیل نمود؛ به این صورت که هرچند بانک‌ها در صدور ضمانت‌نامه‌ها به دنبال ارفاق به ضمانت‌خواه نیستند و با ارائه این خدمات به دنبال انتفاع خود هستند، لکن به دلیل اینکه بانک در ضمانت‌نامه بانکی، خود را متعهد و ملتزم به تأدیه دین دیگری می‌کند، مصداقی از عقد ضمان است و در قالب ضمان عقدی قرار می‌گیرد.

با این تفسیر، تأیید اعتبار توسط بانک تأییدکننده اعتبار به درخواست بانک گشاینده اعتبار و به نفع صادرکننده کالا (ذی‌نفع)، مصداقی از ضمانت‌نامه بانکی تعهد به پرداخت است که در قالب عقد ضمان تحلیل می‌گردد.

درخواست ذی‌نفع از بانک تأییدکننده جهت تأیید اعتبار (تأیید مسکوت)

گاهی مواقع برخلاف روال معمول، درخواست تأیید اعتبار از بانک تأییدکننده توسط ذی‌نفع اتفاق می‌افتد؛ به این صورت که ذی‌نفع جهت اطمینان خاطر از پرداخت وجه اعتبار، از بانک تأییدکننده تقاضا می‌کند که اعتبار اسنادی گشایش‌یافته را تأیید کند. بانک تأییدکننده نیز بعد از اعتبارسنجی بانک گشاینده اعتبار، در ازای دریافت کارمزد، اعتبار اسنادی گشایش‌یافته را تأیید می‌کند تا در صورت عدم پرداخت وجه اعتبار به ذی‌نفع، وجه اعتبار را به او پرداخت نماید. در واقع، بانک تأییدکننده اعتبار حاضر است پرداخت وجه اعتبار را بدون نیاز به درخواست بانک گشاینده و حتی بدون اطلاع به آن بانک، ضمانت کند.

به این روش، اصطلاحاً «تأیید مسکوت» گفته می‌شود. تأیید مسکوت، صرفاً ریسک مربوط به بانک و ذی‌نفع را پوشش می‌دهد و حوزه این پوشش ریسک، صرفاً براساس توافق حاصله میان آنها تعیین و تنظیم می‌شود (لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹).

همان گونه که ملاحظه گردید، در این حالت، هیچ نوع رابطه‌ای بین بانک گشاینده و تأییدکننده اعتبار وجود ندارد؛ بلکه فقط رابطه‌ای حقوقی بین ذی نفع و بانک تأییدکننده اعتبار به وجود آمده است. رابطه به وجود آمده میان بانک تأییدکننده و ذی نفع را باید رابطه قراردادی‌ای دانست که ذی نفع با درخواست خود از بانک تأییدکننده، ایجاب را واقع می‌سازد؛ و از سوی دیگر، بانک تأییدکننده با پذیرش درخواست ذی نفع، ایجاب را می‌پذیرد در نتیجه قرارداد واقع می‌گردد.

ماهیت تأیید مسکوت: با مراجعه به اسناد حقوقی بین‌المللی ناظر به اعتبارات اسنادی، از جمله مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP 600)، مقرراتی درباره تأیید مسکوت وضع نشده است. بنابراین، ماهیت حقوقی تأیید مسکوت را باید از طریق مقررات مربوط به تأیید اعتبار متعارف و بررسی و تحلیل قرارداد منعقد میان ذی نفع و بانک تأییدکننده به دست آورد.

با توجه به توضیحاتی که درباره وظایف بانک تأییدکننده مطرح گردید و همچنین قرارداد منعقد میان ذی نفع و بانک تأییدکننده، تأیید مسکوت را نیز باید به نوعی ضمانت دانست؛ زیرا بانک تأییدکننده اعتبار در ازای دریافت کارمزد از ذی نفع، تعهد پرداخت بانک گشاینده اعتبار را ضمانت می‌کند؛ البته منوط به ارائه اسناد مطابق شرایط اعتبار توسط ذی نفع به بانک تأییدکننده؛ لکن باید دید تعهد بانک تأییدکننده در این حالت دارای چه ماهیتی است. در این زمینه مجدداً باید عنوان نمود تعهد مذکور در قالب هیچ کدام از ضمانت‌های مرسوم در فقه امامیه و قانون مدنی و فقه اهل سنت و قانون تجارت قابل تحلیل نیست؛ زیرا قرارداد مذکور، نه قراردادی ارفاقی است و نه مدیون (بانک گشاینده اعتبار) بری‌الذمه می‌شود. از طرفی دیگر، بانک گشاینده اعتبار اصلاً در جریان تأیید اعتبار نیست و ایجاب و قبول عقد توسط بانک تأییدکننده (ضامن) و ذی نفع (مضمون‌له) واقع می‌شود؛ بدون اینکه رضایت و اطلاع بانک گشاینده اعتبار (مضمون‌عنه) نیاز باشد. بنابراین، این حالت در قالب ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌خواه (مدیون و متعهد) از بانک تقاضا می‌کند که تعهد او را در مقابل ذی نفع، ضمانت کند تا در صورت قصور و تخلف مضمون‌عنه، و مطالبه ذی نفع، بانک مبلغ ضمانت‌نامه را به ذی نفع پرداخت نماید؛ درحالی که در تأیید مسکوت، ذی نفع از بانک تأییدکننده تقاضای تأیید اعتبار اسنادی گشایش یافته را می‌کند، نه متعهد (بانک گشاینده اعتبار).

براساس تحلیل قبلی از ماهیت ضمان، تأیید مسکوت را نیز باید عقد ضمان دانست؛ زیرا همان گونه که گفته شد، ماهیت و ذات ضمان، تعهد و التزام ضامن به ادای دین دیگری است. بنابراین، به هر نحوی که در عالم واقع، تعهد و التزام به ادای دین دیگری واقع گردید، آن را باید مصداقی از عقد ضمان دانست. در تأیید مسکوت نیز بانک تأییدکننده در ازای دریافت کارمزد از ذی نفع، در مقابل ذی نفع متعهد و ملتزم می‌گردد که اگر به هر دلیلی بانک گشاینده اعتبار از پرداخت وجه اعتبار امتناع کند یا عاجز شود، در صورتی که ذی نفع اسناد حمل کالا را به بانک تحویل دهد، مبلغ اعتبار را به او پرداخت نماید. بنابراین، تأیید مسکوت نیز مصداقی از عقد ضمان است.

نتیجه‌گیری

– با توجه به ایراداتی که به تحلیل تأیید اعتبار در قالب عقد ضمان مطرح در قانون مدنی و قانون تجارت وارد است، صورت اول از تأیید اعتبار – که به درخواست ذی‌نفع از متقاضی جهت تأیید اعتبار توسط بانک تأییدکننده انجام می‌گیرد – در قالب ضمانت‌نامه‌های بانکی قابل تحلیل است.

– با تأمل در معنای لغوی و عرفی ضمان و بنای عقلاً، ماهیت ضمان صرفاً التزام و تعهد ضامن به ادای دین دیگری است؛ بدون اینکه نقل یا ضمّ ذمه در ماهیت آن وجود داشته باشد. بر این اساس، ضمانت‌نامه بانکی مصداقی از عقد ضمان است؛ در نتیجه تأیید اعتبار توسط بانک تأییدکننده اعتبار به درخواست بانک گشاینده اعتبار نیز – که مصداقی از ضمانت‌نامه بانکی است – در قالب عقد ضمان قابل تحلیل است.

– تأیید مسکوت اعتبار اسنادی نیز مصداق ضمان عقدی است. البته هرچند تعهد مذکور در قالب هیچ‌کدام از ضمانت‌های مرسوم در قانون مدنی و قانون تجارت قابل تحلیل نیست، براساس تحلیل صورت‌گرفته از ماهیت ضمان، تأیید مسکوت را نیز می‌توان عقد ضمان دانست؛ زیرا در تأیید مسکوت، بانک تأییدکننده در ازای دریافت کارمزد از ذی‌نفع، متعهد و ملتزم می‌گردد که اگر به هر دلیلی بانک گشاینده اعتبار از پرداخت وجه اعتبار امتناع کند یا عاجز شود، در صورتی که ذی‌نفع اسناد حمل کالا را به بانک تحویل دهد، مبلغ اعتبار را به او پرداخت نماید.

منابع

- ابن قدامه، عبد الله بن احمد، ۳۸۸ق، المعنی، قاهره، مكتبة القاهرة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، ۴۱۴ق، لسان العرب، ج سوم، بیروت، دارالفکر.
- اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی»، *کانون وکلا*، ش ۱۴۸-۱۴۹، ص ۱۵۱-۱۸۸.
- ، ۱۳۷۰، «بحثی پیرامون اعتبارات اسنادی»، *دادگستری*، ش ۱، ص ۹۶-۹۵.
- امامی، سیدحسن، ۱۳۷۶، *حقوق مدنی*، ج سوم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
- تی.لاریه ایمانوفل، ۱۳۸۵، «روش‌های پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک: آیا جایگزین‌های ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟»، ترجمه ماشاءالله بناء نیاسری، *مجله حقوقی نشریه مرکز امور بین الملل معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری*، ش ۳۴، ص ۱۵۷-۲۱۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، *الفارق*، ج دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جواهری، حسن بن محمدتقی، بی تا، *بحوث فی الفقه المعاصر*، بیروت، دارالذخائر.
- حرعاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل‌البتیت.
- حسینی عاملی، سیدجوادی بن محمد، ۱۴۱۹ق، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، جامعه مدرسین.
- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ، ۱۴۱۴ق، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتیت.
- خزائی، میثم و سعید نظری توکلی، ۱۳۹۴، «ارزیابی فقهی - حقوقی نقش و وظایف بانک گشاینده در اعتبارات اسنادی»، *دین و قانون*، ش ۱۰، ص ۱۱۹-۱۵۵.
- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، *لغت نامه دهخدا*، ج دوم، تهران، دانشگاه تهران.
- رافعی، عبدالکریم بن محمد، بی تا، *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، بیروت، دارالفکر.
- رفیعی، محمدتقی، ۱۳۸۷، «تحلیل حقوقی قرارداد گشایش اعتبار اسنادی در حقوق ایران»، *حقوق خصوصی*، ش ۱۲، ص ۵۱-۹۶.
- زمانی فرهانی، مجتبی، ۱۳۸۴، *بانکداری خارجی*، تهران، ترمه.
- ، ۱۳۸۸، *اعتبارات اسنادی بازرگانی*، تهران، ترمه.
- سبزواری، سیدعبدالعلی، ۱۴۱۳ق، *مهدب الاحکام*، ج چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- سرخسی، شمس‌الدین، ۱۴۰۶ق، *المبسوط*، بیروت، دار المعرفه.
- سماواتی، حشمت‌الله، ۱۳۷۷، *حقوق معاملات بین‌المللی*، تهران، ققنوس.
- صافی، علی‌عبدالحکیم، ۱۳۹۳، *الضمان فی فقه الاسلامی*، قم، مجمع جهانی تقریب اسلامی.
- صالحی مازندرانی، محمد، ۱۳۹۴، «نگاهی نو به ماهیت عقد ضمان در پرتو مفهوم و هدف از تشریح آن»، *کاوشی نو در فقه*، ش ۳، ص ۳۷-۶۴.
- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۰۱ق، *البنک اللاریبی*، ج هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات.
- ضیائی، محمدعادل و محدثه معینی فر، ۱۳۹۲، «تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۵۱، ص ۱۲۱-۱۴۴.
- طارم‌سری مسعود، ۱۳۷۷، *حقوق بازرگانی بین‌المللی*، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، *مجمع البحرین*، ج سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ق، *المبسوط*، ج سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لآحیاء الآثار الجعفریة.

- عمروانی، رحمان، ۱۳۸۷، «روابط حقوقی طرفین اعتبارات اسنادی»، *حقوق اسلامی*، ش ۱۶، ص ۱۵۷-۱۸۱.
- فاضل مقداد، مقدادین عبدالله، ۱۴۰۴ق، *التفصیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- فیاض کابلی، محمداسحاق، ۱۴۲۶ق، *المسائل المستحدثه*، کویت، مؤسسه مرحوم محمدرفع حسین.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، *حقوق مدنی (عقود معین)*، چ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- گائو ایکس یانگ، روس پی بوکلی، ۱۳۸۵، «ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی»، ترجمه ماشاءالله بنا نیاسری، *مجله حقوقی نشریه مرکز امور بین الملل معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری*، ش ۳۵، ص ۳۰۵-۳۴۵.
- لنگریج، رینهارد، ۱۳۸۷، *اعتبارات اسنادی در حقوق تجارت بین الملل*، ترجمه سعید حسنی، تهران، میزان.
- مجتهد، احمد و علی حسن زاده، ۱۳۸۰، *پول و بانکداری و نهادهای مالی*، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، *تساریع الاسلام*، چ دوم، قم، اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۹۳، *قواعد فقه بختی مدنی ۲*، چ چهاردهم، تهران، سمت.
- مسعودی، علیرضا، ۱۳۸۳، *ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل*، تهران، شهر دانش.
- مکی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، کتابفروشی داوری.
- _____، ۱۴۱۳ق، *مسالك الافهام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، ۱۳۸۵، *عقد ضمان*، تهران، مجد.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، بی‌تا، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم.
- موسوی خوئی، سیدابو القاسم، ۱۴۱۸ق، *موسوعة الإمام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- مؤسسه علوم بانکی ایالات متحده آمریکا، بی‌تا، *بانکداری بین‌المللی*، ترجمه غلامحسین معنوی، تهران، مؤسسه علوم بانکی ایران.
- نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، *جواهرالکلام*، چ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نظرپور، محمدنقی و همکاران، ۱۳۹۸، *بانکداری اسلامی*، چ دوم، تهران، سمت.
- نوی، محیی‌الدین، بی‌تا، *المجموع فی شرح المهذب*، بیروت، دارالفکر.
- نیاسری، ماشاءالله، ۱۳۹۷، «تأیید خاموش و پاره‌ای مباحث آن در حقوق اعتبارات اسنادی»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۸۴، ص ۲۶۷-۲۹۸.
- وحیدخراسانی، حسین، ۱۴۲۸ق، *توضیح المسائل*، چ نهم، قم، مدرسه امام باقر^ع.