



آن چه می‌آید عنوان درسی است که دکتر اخلاقی در کلاس‌های آموزش ضمن خدمت قضات عنوان کرده است. گفتنی است کلاس مذکور با حضور قضات در معاونت آموزش دادگستری استان تهران برگزار گردیده است. متن زیر آخرین جلسه بحث حقوق تجارت است که تا کنون سه‌بخش آن در ماهنامه قضاوت منتشر شده است. موضوع این بحث ضمانت‌نامه‌های بانکی است که در پی می‌آید.

در صورتی که کارفرمای ایرانی وجه این ضمانت را ضبط کرد بانک بتواند وجوه خود را دریافت کند. علاوه بر قرارداد پایه و اصلی (قرارداد پیمان‌کاری و تجهیزات و خدمات) یک قرارداد دیگری بین بانک و پیمان‌کار منعقد می‌گردد. بانک هم برای اینکه بتواند تضمین کافی از بانک معتبر داشته باشد وارد یک قرارداد با بانک خارجی می‌شود همین وضعیت برای چنین پیمان‌کاری در قبال بانک تضمین‌کننده وجود دارد.

و آن بانک هم یک قرارداد می‌بندد این قراردادها وسیله صدور ضمانت‌نامه می‌شوند. این قرارداد را قرارداد پایه می‌گویند همین که ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه تضمینی صادر شد این‌ها کنار می‌رود و آن ضمانت‌نامه مستقل می‌شود و این قراردادها فی‌نفسه واجد ارزش می‌شوند و ملاک کار قرار می‌گیرند. منتها در اعتبارات اسنادی بانک در قبال دریافت مبلغ اعتبار، یک وثیقه خاصی داشت که بارنامه بود و معرف کالا بود؛ ولی ضمانت‌نامه‌ها

قراردادهای پیمان‌کاری شامل چند وجه هستند در برخی موارد پیمان‌کار متعهد به تهیه تجهیزات است در شکل دیگر علاوه بر ارائه و آوردن کارخانجات، متعهد به آموزش و نصب و راه‌اندازی کارخانه هم می‌شود. هنگامی که قرارداد منعقد گردید و مبلغ آن مشخص شد آمادگی‌اش را برای پرداخت مبلغی به‌عنوان پیش‌پرداخت به پیمان‌کار اعلام می‌کند تا کارها از ناحیه وی شروع شود.

بر اساس این قرارداد پیمان‌کار به بانک خودش مراجعه می‌کند. وقتی پیمان‌کار خارجی باشد از او یک ضمانت‌نامه Back to Back اخذ می‌شود. پیمان‌کار باید ضمن ارائه قرارداد و معرف آن باید تضمیناتی بسپارد و کارفرما هم بپذیرد که قراردادی با پیمان‌کار دارد سپس بانک قرارداد و مبلغ آن را مورد بررسی قراردادده و مقدمات صدور ضمانت را فراهم می‌کند. در مواردی که پیمان‌کار خارجی است از وی خواسته می‌شود یک ضمانت‌نامه متقابل از بانک کشور خود برای بانک ایران ارائه کند. تا

اعتبارنامه‌های تضمینی یا ضمانت‌نامه‌های بانکی حسب تعریف کلی، اسناد یا قراردادهایی است که به موجب آن بانک صادر کننده اعتبارنامه یا ضمانت‌نامه در مقابل ذی‌نفع متعهد می‌شود بدون قید و شرط و عندالمطالبه و یا در سررسید معینی مبلغ معینی پول از بابت موضوع خاصی، در وجه ذی‌نفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید.

این ضمانت‌نامه بانکی، پیش پرداخت از بابت موضوعی می‌باشد که ممکن است حسن انجام کار باشد. اعتبارنامه‌های تضمینی مثل اعتبارنامه‌های اسنادی است و این‌ها هم متکی به چند قرار داد پایه هستند.

ضمانت‌نامه‌ها یا اعتبار نامه‌های تجاری ابتدا بوسیله مؤسسه اعتباری یا بانک صادر نمی‌شود؛ بلکه ضمانت‌نامه بانکی مؤخر بر یک سلسله قراردادهای منعقد شده صادر می‌شود. به‌عنوان مثال قراردادی بین کارفرما و پیمان‌کار برای تأسیس یک کارخانه سیمان در فلان محل منعقد می‌شود

بدین صورت نیستند.

ضمانت‌نامه‌ها چون به‌عنوان تعهد، بدون قید و شرط پرداخت می‌شوند و بانک مکلف است به محض مطالبه مبلغ را بپردازد و در عوض به جای کالا از مشتری خود تضمینات دیگری مثل وجه نقد یا اسناد تجاری اخذ کند بنابراین با اعتبارات اسنادی مفداری فرق دارد آنچه که در اعتبارات تضمینی مطرح است و بیشتر دعای راجع به آن است نفس ضمانت‌نامه‌های بانکی است.

تعریف ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز همانند اعتبارات بانکی می‌باشد در اینجا هم بانک به موجب ضمانت‌نامه تعهد میکند که مبلغی را بدون قید و شرط به محض مطالبه برای مقاصد مختلفی که پیش‌بینی شده، پرداخت کند در حال حاضر بیشتر برای پروژه‌های بزرگ مناقصه برگزار می‌شود؛ اما هر شرکتی نمی‌تواند در مناقصه شرکت کند این در حالی است که شرکت‌کنندگان واجد شرایط نیز باید ضمانت‌نامه بیاورند. فلسفه اخذ ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه این است که اگر در کمیونی با حضور کارشناسان موضوع بررسی شده و شرکت‌کننده‌ای بهترین قیمت را ارائه کرده و انتخاب شد و پس از آن مراجعه نکرد از محل ضمانت‌نامه خسارت برگزار کننده مناقصه پرداخت شود و سپس نوبت به نفرت بعدی که در مناقصه برنده شده‌اند می‌رسد. وقتی در قرارداد انجام حقوق و تعهدات طرفین مشخص شد از جمله پیمان‌کاری که متعهد به انجام کاری در مقاطع مختلف قرارداد می‌شود و در مقابل آن نیز کارفرما هم متعهد به پرداخت مبلغی می‌گردد.

برای اینکه پیمان‌کار به تعهداتش عمل کند همان اول یک‌سری ضمانت‌نامه از او می‌خواهند نخست برای پرداخت مبلغی برای تجهیز کارگاه که در مقابلش باید پول پرداخت شود، یک ضمانت‌نامه بانکی از پیمان‌کار می‌گیرند که اگر بعد از شش‌ماه کار را شروع نکرد و از این جهت خسارت وارد آمد به اعتبار این که تعهداتش را انجام نداده به موجب ضمانت‌نامه بانکی خسارت وارده را می‌پردازد. هر پروژه مراحل مختلفی دارد همچنین تهیه تجهیزات و ورود کالاها و تحویل کالا در بندر مبدأ و کیفیت و کمیت کالاها از مؤسسات بین‌المللی و نصب هر یک دارای گواهی‌نامه خاص خود است.

همه این‌ها مراحل مختلفی است فرض کنیم چهار سال از قرارداد گذشت و در عرض چهار سال که در قرارداد ذکر شده، پیمان‌کار باید تحویل موقت سیستم را انجام بدهد و با تحویل قطعی گواهی‌نامه به امضاء طرفین می‌رسد و طرفین قرارداد از تعهدات متقابل نسبت به یکدیگر مبرا می‌شوند. در این‌جا وقتی تحویل موقت صورت می‌گیرد دوره تضمین شروع می‌شود. در این دوره کارفرما باید نظارت کند که پروژه طبق مقررات

پیش رفته یا نه.

اگر در طی این مدت پروژه به نحوی که در قرارداد توصیف شده به مرحله اجرا در نیامد یک تضمین از پیمان‌کار می‌گیرد که گواهی‌نامه یا ضمانت‌نامه حسن انجام کار است که اگر پیمان‌کار به تعهداتش عمل نکرد با مراجعه به بانک از محل ضمانت‌نامه حسن انجام کار، خسارت وارده جبران گردد.

این‌ها هم ضمانت‌نامه‌هایی است که در مقابل قرارداد داده می‌شود و روال اکثر کشورها در قراردادهای پیمان‌کاری پایه است بعد از انقلاب اسلامی ایران کشور ما به متخصص ضبط ضمانت‌نامه در صحنه حقوق بین‌المللی معروف شد چون بسیاری شکایت کردند که اولاً علی‌رغم گواهی‌نامه حسن انجام کار و تنظیم ارائه شده گواهی‌نامه تحویل قطعی ضمانت‌نامه نزد کارفرما باید به پیمان‌کار مسترد گردد اما کارفرما استنکاف می‌کند. بعضی از نظام‌های نام این نوع ضبط ضمانت‌نامه را ضبط متقبنانه گذاشته‌اند و بعضی‌ها عقیده دارند این ضبط ناروا است.

در برخی موارد پیمان‌کار استدلال می‌کند که تحویل موقت را انجام داده و فقط تحویل قطعی باقی‌مانده است از این‌رو ضمانت‌نامه انجام کار بایستی به تناسب ضبط شود زیرا بر اساس فرس‌ماژور از انجام قرارداد متضرر شده است. در قراردادهای برای پیمان‌کار داخلی فرس‌ماژور لحاظ شده بود در حدود سه‌هزار پرونده از این نوع دعوی فقط در دیوان دایری ایران و ایالت متحده اتفاق افتاده و آراء بسیاری داده شده و در آنجا به علت این‌که هر کدام در آن شعب سه‌گانه

ارتباط با قراردادهای پیمان‌کاری صادر می‌کند. در این ضمانت‌نامه‌ها مثل LC که دو نوع است غیر قابل انتقال بودن در آن قید شده است در حالی که اسناد تجاری ذاتاً قابل انتقال هستند با خط زدن حواله‌کرد نیز انتقال از بین نمی‌برد و نمی‌توان آن را ید به ید بدهد باید ظهرنویسی کند. اولین مفهومی را که در بالا قید می‌کنند غیرقابل انتقال یعنی مضمون له که در اینجا کارفرما است مضمون عنه پیمان‌کار است. ضامن بانک است یعنی این سند فقط برای شماسست در رابطه با این پروژه نوشته بدین وسیله این بانک برای حسن اجرای تعهداتی که موجب قرارداد اشاره شده پس این نوع ضمانت‌نامه را باید ضمانت‌نامه حسن انجام کار نامید که مضمون‌عنه آن پیمان‌کار می‌باشد و بر اساس آن بانک ضمانت می‌کند و متعهد می‌شود در صورتی‌که بنا بر تشخیص مضمون‌له مضمون‌عنه از انجام و اجرای هر یک از تعهداتی که ناشی از قرارداد مذکور باشد. تخلف ورزد مثلاً تا میزان مبلغ ۳۰۰۰ میلیون دلار از بابت این ضمانت‌نامه به هر عنوان و هر جهتی که مضمون‌له ضمانت‌نامه تشخیص دهد و مطالبه نماید به محض اولین تقاضای کتبی و به صرف مطالبه بدون این‌که محتاج به صدور اظهارنامه یا اقدام از مجرای قانونی یا مقام دیگر داشته باشد، برای حسن انجام کار به وی پرداخت شود. بدین معنا که دریافت وجه ضمانت‌نامه به تشخیص مضمون‌له و اگذار شده است. پیمان‌کارانی که مدعی هستند که کارفرما به ناحق ضمانت‌نامه را ضبط می‌کند، می‌توانند دستور منع پرداخت بگیرند.

بعضی سیستم‌ها این‌گونه تعبیر می‌کنند که اگر در ضمانت‌نامه بدون قید و شرط و بنا به تشخیص پرداختش با دستور موقت منع شود تمام پایه و اساس این ضمانت‌نامه از بین می‌رود، برای این‌که هر کسی می‌تواند دستور موقت بگیرد. سیستم‌ها به دو نوع تقسیم شدند بعضی از کشورها در مقابل تقاضای صدور دستور موقت مبنی بر پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی بدون قید و شرط اعتنا نمی‌کنند و عقیده دارند خلاف ماهیت این ضمانت‌نامه‌ها است. در بعضی از کشورها مثل ایران عقیده بر این است که اگر در شرایط اوضاع و احوالی تشخیص داده شود که حقوق ما در معرض تعدی و تفریط است با دستور موقت جلوی آن گرفته می‌شود. بسیار دیده شده دادگاه‌ها با گرفتن یک خسارت احتمالی دستور منع پرداخت را صادر می‌کنند.

در اکثر موارد چون ضمانت‌نامه به محض مطالبه قابل وصول است بانک‌ها باید به تقاضای مضمون‌له که پول آن را پرداخت نمایند و اگر پیمان‌کاری متوجه نشود ضمانت‌نامه‌اش در شرف ضبط است دیگر امکان گرفتن دستور موقت هم ندارد. ضمانت‌نامه‌های بانکی مثل اعتبارات اسنادی معمولاً یک پشتیبانی دارند یا وجه نقد یا اموال منقول و غیر منقول یا اعتبار تجاری تاجر یا اسناد تجاری

**ضمانت‌نامه‌ها چون به‌عنوان تعهد بدون قید و شرط پرداخت می‌شوند و بانک مکلف است به محض مطالبه مبلغ را بپردازد و در عوض به جای کالا از مشتری خود تضمینات دیگری مثل وجه نقد یا اسناد تجاری اخذ کند با اعتبارات اسنادی مفداری فرق دارد**



تقسیم شده بودند طبق روال دایری که داشتند هیأت عمومی متشکل از سه شعبه ایجاد گردید و تمام دعوی ضمانت‌نامه‌ها تحت عنوان f۱۶ مطرح و هیأت عمومی در مورد آنها تعیین تکلیف نمود و براساس آن پرونده‌ها به شعب اعاده و شعب بر اساس تصمیم هیأت عمومی مبادرت به اتخاذ تصمیم کردند. ضمانت‌نامه‌ها دارای متن استاندارد هستند. آی‌سی‌سی (icc) یوسی‌پی (ucp) مقررات متحد الشکلی وضع کرده و خصوصیات و انواع آن را مشخص نموده است و در سراسر دنیا لازم‌الرعایه شده. این ضمانت‌نامه یک فرمی است که بانک در

است. در مورد این ضمانت‌نامه‌ها به خاطر مکانیسم خاص بانک‌ها دارای محدودیتی هستند و بانک‌ها حق ندارند مازاد بر سرمایه‌شان تعهد ارزی یا ریالی بکنند. بنابراین ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی با ماهیت حقوقی اعتبارات اسناد متفاوت است اعتبارات اسناد به اعتبار وسایلی که پشتیبان آنهاست مثل بارنامه خودبخود تسویه می‌شوند؛ ولی در ضمانت‌نامه‌های بانکی کالاهایی به وثیقه گذاشته نشده است. بنابراین بانک در صورتی که نتواند تضمینات لازم را از مشتری خود بگیرد در معرض خطر قرار می‌گیرد به‌جز در مورد ضمانت‌نامه‌های متقابل که از بانک‌های معتبر خارجی که دارای وضع خاصی هستند. در بعد از انقلاب اسلامی چون مؤسسات دولتی و خصوصی ایران ضمانت‌نامه‌های پیمان‌کاران داخلی و خارجی را ضبط می‌کردند برای بانک‌های خارجی ضامن متقابل، این توهم به‌وجود آمد که هر ضمانت‌نامه‌ای را که ایرانی‌ها ضبط می‌کنند نارواست. بدین لحاظ در صدد طرح دعوا و اخذ دستور منع پرداخت شدند.

از نظر قانونی نیز ضمانت‌نامه‌های بانکی فاقد مدت، باطل محسوب می‌شوند؛ چون زمان معلق به مجموع می‌شود. پروژه‌ها حداقل ۵ سال هستند یک پروژه ممکن است ۵ ساله یا ۲۵ ساله باشد ولی

ضمانت‌نامه‌ای را که به او می‌دهند طبق عرف بانکی می‌گویند یک ساله بگذازیم و تا آخر وقت اداری فلان روز معتبر است و بنا بر درخواست مضمون له برای مدتی که درخواست شود قابل تمدید باشد.

معمولا ضمانت‌نامه‌ها یک ساله هستند و هر سال تمدید می‌شوند و برای آنکه اگر تمدید نشود از اعتبار نیافتد در متن ضمانت‌نامه‌ها تصریح می‌شود که اگر در سررسید وجه این ضمانت‌نامه مطالبه نشد خود بخود برای یک دوره دیگر قابل تمدید خواهد بود.

دعوایی در مورد سد میناب بین دو شرکت سوئسی و اتریشی با یک شرکت ایرانی در اتریش طرح شده است به موجب قرارداد قرار بر این بوده سد در جنوب ایران ساخته شود به علت انقلاب اسلامی این امر تحقق پیدا نکرد و یک دعوی حل و فصل اختلاف طرح شد یک حقوقدان آلمانی که به حقوق ایران آشناست این را به صحنه تعبیر کرد که گفت این‌ها قرارداد صلح منعقد کردند و ماهیت صلح در مبانی شرع حقوق ایران و شرع توضیح داد و از شیخ طوسی و بحارالانوار و عروه‌الوفاقی و همچنین از حقوقدان ایران از جمله دکتر کاتوزیان نظرانی آورد ضمانت‌نامه‌ای که به این شکل صادر می‌شود آیا می‌تواند از مصادیق ضمانت

عهدی مذکور در قانون مدنی باشد یا خیر؟ اقلیتی از فقها به ضمان تضامنی در ضمان اعتقاد دارند و نظر مشهور فقها که ما هم در نگارش قانون مدنی از قول مشهور استفاده کردیم و ضمان را مفهوم کردیم بر نقل ذمه به ذمه است یعنی با عقد ضمان ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود ولی در مجموع می‌گویند هیچ معنی بر ضم ذمه به ذمه نیست.

آیا باز می‌توانیم ضمانت‌نامه بانکی را به ضمان ذمه عقدی تحلیل کنیم یا با آن فرق دارد؟ در قانون مدنی ماده ۶۸۴ ضمان عبارت است شخص مالی را که در ذمه دیگری به عهده بگیرد ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است. ما آرای از دادگاه‌های ایران در ارتباط با ضمانت‌نامه حسن انجام کار داریم در رأی استدلال شده که در ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت چون پیمان‌کار از مضمون عنه وجهی را دریافت کرده و دینی بر ذمه‌اش مستقر شده لذا ضمانت از این دین اشکالی ندارد و قانونی است ولی در ضمانت‌نامه حسن انجام کار آمده چون معلوم نیست این پیمان‌کار به تعهد خود عمل می‌کند یا نه اگر کرد ذمه او بری است بنابراین ما این ضمانت‌نامه حسن انجام کار را نمی‌توانیم از مصادیق ضمان عقدی بدانیم لذا باطل است چون

**اقلیتی از فقها به ضمان تضامنی در ضمان اعتقاد دارند و نظر مشهور فقها که ما هم در نگارش قانون مدنی از قول مشهور استفاده کردیم و ضمان را مفهوم کردیم برنقل ذمه به ذمه است یعنی با عقد ضمان ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود ولی در مجموع می‌گویند هیچ معنی بر ضم ذمه به ذمه نیست.**



هنوز سبب او حاصل نشده است پس چگونه می‌توانیم ضمانت کنیم. البته این رأی در شعبه دیگر نقض شده و به موجب آن عنوان شده با انعقاد قرارداد ضمان و تعهداتی که در آن مندرج است سبب ایجاد دین این ضمانت‌نامه حاصل است بر این‌که حدود و ثغور تعهداتی که پیمان‌کار به عهده گرفته، مشخص شده که اگر تعهداتش را عمل نکند مدیون است دکتر کاتوزیان هم اعتقاد دارند که این‌جا سبب دین حاصل شده و ولی این‌جا جنب اعتقاد دارم این را نباید در باب ضمان برد بلکه باید آن را تحت شمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. البته بعضی‌ها اعتقاد دارند ما این را در غالب تعهد به نفع ثالث ببریم. بانک ضمانت به آن مفهوم عقدی نمی‌کند بلکه به نفع کار فرما یک‌طرفه تعهد می‌کند که اگر یک شرایطی به وقوع پیوست بدون این‌که نیاز به اثبات مسئله‌ای باشد مبلغی را به او بپردازد تعهد به نفع شخص ثالث که در قانون ما آمده و شرکت‌های بیمه هم همین‌طور که در اوایل اعتقاد داشتند در غالب شرعی نمی‌گنجد و باطل است. ولی بعدها به علت مقتضیات روز این موضوع پذیرفته شد از جمله مرحوم مطهری فرمود قراردادهای بیمه مسئله‌ای ندارند.

فرانسوی‌ها مثل ما دو نوع ضمانت دارند یک ضمانت عقدی و دیگری ضمانت قراردادی است که با تعهدات و آثار عوارض خودش، در غالب ماده ۱ قانون مدنی می‌گنجد و اگر خلاف قانون نباشد در حد خود اعتبار دارد در ضمان قانونگذار قانون تجارت وارد ماهیت ضمان تجاری نشد، فقط به آثارش توجه کرده است و در این مورد مقرر داشته در ضمان تجاری هر جا تصریح بشود ضمانت تجاری است خودبه‌خود جریان تضامنی جریان دارد در قانون تجارت ایران در ماده ۲۴۹ به این امر تصریح شده؛ اما در سایر موارد قانون ساکت است. بنابراین به اصول مراجعه می‌کنیم که در هنگام سکوت اصل بر عدم است مگر این‌که طرفین به ضمانت تضامنی تصریح کنند کاری که بانک‌ها در موارد مشابه انجام می‌دهند و در عرف نیز گفته شده مضمون له می‌داند که ابتدا باید به مضمون‌عنه مراجعه و اگر مضمون عنه پرداخت نکرد به ضامن مراجعه کند.

ما ابتدا باید به قانون و سپس به فتاوی مشهود مراجعه کنیم و اگر قانون و فتاوی مشهود ساکت بود دنبال عرف قضیه مسلم حقوقی می‌رویم پدیده‌های حقوقی در زمان به‌خصوصی رشد و با همان‌ها افول می‌کنند. آثار تکمیلی نیز هر روز با ضابطه جدید می‌آید این یک بحث جامعه‌شناسی حقوق است.