

پژوهشهای حقوقی

شماره ۴

هزار و سیصد و هشتاد و دو - نیمسال دوم

مقالات

- محاکمه «صدام» و مسأله صلاحیت دادگاه از منظر حقوق داخلی و بین‌المللی
- رأی دیوان دادگستری بین‌المللی در قضیه سکّوهای نفتی: دیپلماسی قضائی در دادرسی بین‌المللی
- مشروعیت ساخت دیوار حائل در سرزمین‌های اشغالی فلسطین از دیدگاه حقوق بشر و حقوق بشردوستانه
- آژانس چند جانبه تضمین سرمایه‌گذاری (میگا) و استانداردهای سرمایه‌گذاری خارجی
- بررسی امکان اعمال اصل ممنوعیت اعاده در مواجهه با حرکات گسترده آوارگان جنگی
- ماهیت حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی در ایران

موضوع ویژه: حقوق بین‌الملل و تحکیم امنیت انمی

- ارزیابی تحکیم امنیت هسته‌ای و نظام عدم گسترش با معیار حقوق بین‌الملل عرفی
- سلاح‌های هسته‌ای، نقطه تلاقی حقوق توسل به زور و حقوق بشردوستانه بین‌المللی
- در پرتو رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری (۱۹۹۶)
- جایگاه اجرای موقت پروتکل الحاقی معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای در حقوق عمومی ایران
- حمایت از تأسیسات هسته‌ای در درگیری‌های مسلحانه

نقد و معرفی

- رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور (مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲) در خصوص رسیدگی به دعوای اعسار قبل از حبس: گامی به سوی تطبیق قانون داخلی با تعهد بین‌المللی





ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران

دکتر علی‌رضا مسعودی*

چکیده: ضمانت‌نامه بانکی سندی است که توسط بانک صادر می‌گردد و بانک به موجب آن در مقابل ذی‌نفع تعهداتی را بر عهده می‌گیرد. در حقوق ایران مسأله‌ای که همواره مورد بحث بوده و می‌باشد، رژیم حقوقی حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی و اینکه چه قوانین و مقرراتی بر آن‌ها حکمفرما می‌باشد. آیا تابع مقررات عقد ضمان است یا اینکه مقررات خاص دیگری در مورد آن‌ها اجرا می‌شود. مقاله حاضر به بررسی این موضوع و تجزیه و تحلیل نظریات گوناگون و نهایتاً نتیجه‌گیری در این خصوص می‌پردازد.

کلید واژه‌ها: ضمانت‌نامه، عقد ضمان، ماهیت حقوقی، قرارداد پایه و اصلی، ماده ۱۰ قانون مدنی.

مقدمه

ضمانت‌نامه‌های بانکی از اسناد مهم بانکی هستند که نقش بزرگی را در تضمین معاملات و به ویژه قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می‌کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آن‌ها نیز در معاملات به نحو چشمگیری افزایش یافته است. ضمانت‌نامه بانکی حسب تعریف عبارت است از سندی که توسط بانک صادر می‌شود و به موجب آن بانک تعهد می‌نماید تا در صورتی که ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) از ایفای تعهدات ناشی از قرارداد پایه و اصلی در مقابل ذی‌نفع (مضمون‌له) قصور و تخلف نماید، با اعلام مراتب توسط ذی‌نفع و با مطالبه وی،

* وکیل پایه یک دادگستری

مبلغ ضمانت‌نامه را در وجه او بپردازد.

همانند هر نهاد نوپای حقوقی، آنچه که در وهله اول ذهن را به خود مشغول می‌سازد، بررسی ماهیت حقوقی آن است و دریافتن این مسأله مهم که آیا این نهاد در قالب نهادهای مرسوم و متداول حقوقی جای می‌گیرد یا اینکه ماهیت مستقلی داشته و آثار و احکام خاص خود را دارد.

اگر نهاد مورد مطالعه در قالب یکی از نهادهای سنتی حقوقی و یا عقود معین جای گیرد، به لحاظ اینکه در طول سالیان دراز، چگونگی انعقاد، روابط طرفین و آثار و مقررات حاکم بر آن شناخته شده و مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است تحلیل آثار و احکام نهاد مورد مطالعه نیز آسان خواهد بود. این کار اگر به تکلف نینجامد، برای مطالعه و تحلیل، بستری سهل و مناسب فراهم می‌سازد و اگر به تکلف منتهی گردد، نه تنها گره‌ای نمی‌گشاید که بر دشواری کار نیز می‌افزاید.

ما در این نوشتار قصد داریم که ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی را به نحو اجمال بررسی کنیم و این بررسی را با ذکر نظریات مختلفی که در این باره ارائه گردیده و تجزیه و تحلیل آن‌ها آغاز می‌نمائیم.

۱. تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه بانکی براساس مفهوم ضمان عقدی

اولین و ابتدائی‌ترین فرضیه‌ای که در این خصوص به ذهن خطور می‌کند، تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بر اساس عقد ضمان می‌باشد و تشابه اسمی و عبارتی این دو نیز این نظر را تقویت می‌کند.

برای اینکه به مقایسه دقیق‌تری از ضمانت‌نامه بانکی و عقد ضمان برسیم ناگزیریم که در ابتدا تحلیلی از عقد ضمان مندرج در قانون مدنی ارائه دهیم و سپس با بررسی کارکرد و ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌های بانکی، نقاط اشتراک و افتراق این دو نهاد و اینکه آیا مقررات یکسانی در مورد آن‌ها قابل اعمال می‌باشد یا خیر را بررسی کنیم.

الف - ویژگی‌های عقد ضمان

احکام، مقررات و آثار عقد ضمان به طور خلاصه عبارتند از:^۱

۱- عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است (ماده ۶۹۸ قانون مدنی). نویسندگان قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه مفهومی از ضمان را پذیرفته‌اند که به موجب آن ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، ذمه ضامن وثیقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد و جابه‌جایی دین جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد. با وجود این، نباید پنداشت که توافق اشخاص در این زمینه اثر ندارد (مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی). بی‌گمان مفاد ماده ۶۹۹ قانون مدنی تمایل قانونگذار را بر یافتن راه‌حلی که بتواند در چارچوب نظر فقهای امامیه ضمان را به صورت وثیقه درآورد، نشان می‌دهد ولی نمی‌توان ادعا کرد که این ماده به صراحت تضامن را تجویز کرده است.^۲ البته در کنار قانون مدنی، قانون تجارت به روشنی و صراحت در ماده ۴۰۲ خود انعقاد عقد ضمان تضامنی را تجویز نموده است، ضمانتی که ماده ۴۰۳ همان قانون ویژگی‌های آن را به طور اجمال برمی‌شمارد.

۲- عقد ضمان عقدی عهدی است و رکن اصلی آن عبارت است از تعهدی که ضامن در مقابل مضمون‌له به عهده می‌گیرد تا دین مضمون‌عنه را بپردازد و از این جهت در مقابل عقود تملیکی و عینی قرار می‌گیرد.

۳- عقد ضمان عقدی است رضایی و اراده ضامن و طلبکار (مضمون‌له) این عقد را منعقد می‌سازد. نتیجه انعقاد چنین عقدی، انتقال مستقیم دین به ذمه ضامن است. تشریفات در این عقد جایی ندارد.

۴- عقد ضمان عقدی است معوض، و عوضین آن یکی تعهد ضامن در مقابل مضمون‌له به پرداختن دین مضمون‌عنه و دیگری سقوط طلب مضمون‌له از مضمون‌عنه است و هر یک از این دو به طور مستقیم و همزمان توسط طرفین انشا می‌شود.

^۱ دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود معین - ۴)، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۲۴۱ و بعد.

^۲ همان، صص ۲۵۶ و ۲۵۷.

۵- عقد ضمان عقدی است تبعی، بدین معنا که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقا، تابع دینی است که مضمون‌عنه به طلبکار داشته است لذا در صورت موجود و یا مشروع نبودن دین مبنای ضمان، ضمان نیز صحیح نمی‌باشد و در صورت بطلان قرارداد پایه و اصلی، این قرارداد تبعی نیز باطل و بلااثر می‌گردد و خلاصه اینکه تعهد مندرج در ضمان از هر حیث تابع قرارداد پایه و اصلی می‌باشد. منتهی در وجود دین سختگیری کمتری شده و ضمانت از دینی که هنوز استقرار نیافته ولی سبب آن ایجاد شده، صحیح شمرده شده است (مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ قانون مدنی).

۶- عقد ضمان از عقود مسامحه است. عقد مسامحه عقدی است که بنا به مصالحی در انعقاد آن‌ها و شرایط انعقاد از جهت علم طرفین، سختگیری کمتری شده است. در این زمینه مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی، علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دین مورد ضمانت و همچنین علم وی به شخصیت مضمون‌عنه را در انعقاد قرارداد شرط ندانسته است.

۷- حسب ماده ۷۰۱ قانون مدنی عقد ضمان، عقدی لازم است و فقط در صورت اقاله یا وجود یکی از خیارات قانونی، می‌توان عقد را بر هم زد. به نظر می‌رسد که با توجه به عبارات ذیل ماده مذکور و همچنین اینکه این عقد از عقود مسامحه می‌باشد، وجود و اعمال خیارات در این مورد با محدودیت‌هایی مواجه باشد.

ب - ویژگی‌های ضمانت‌نامه بانکی

۱- ضمانت‌نامه بانکی ماهیتاً یک سند تجاری است. منظور از سند تجاری در اینجا به مفهوم مضیق آن نمی‌باشد بلکه مراد سندی است که در ساز و کار تجارت تحصیل و استفاده گردیده و از فعالیت‌های تجاری منتج می‌شود. بدین توضیح که طبق بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت، هر قسم عملیات صرافی و بانکی، معامله تجاری قلمداد گردیده است. از طرفی ماده ۱۳ و بند ۶ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و بند ۱۵ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و همچنین مصوبات شورای پول و اعتبار و بخشنامه‌های صادرشده از طرف بانک

مرکزی، صدور ضمانت‌نامه را از جمله عملیات مجاز بانکی معرفی نموده‌اند. با این مقدمه و اثبات معامله تجاری بودن صدور ضمانت‌نامه، باید دید که وصف تجاری یک عمل، چه چیزی را به ارمغان می‌آورد و چه ویژگی‌هایی برای یک سند و یا عمل به صرف تجاری بودن آن شمرده شده است.

عموماً چنین استدلال می‌شود^۳ که هدف حقوق مدنی حمایت و حفظ ثروت است در صورتی که هدف حقوق تجارت، بیشتر تسهیل گردش ثروت است و به همین دلیل سرعت لازمه تجارت می‌باشد چرا که سرعت در انعقاد قراردادها و اجرای آن‌ها باعث فعالیت بیشتر شرکت‌های تجاری و خدماتی گردیده و این مسأله باعث تسهیل گردش ثروت می‌شود. به همین دلیل و بر خلاف حقوق مدنی، اصل آزادی دلایل در حقوق تجارت جریان دارد تا اثبات اعمال حقوقی به راحتی امکان‌پذیر می‌باشد. و در این راستا، در حقوق تجارت، ابزارهای ساده‌ای برای جریان پول ایجاد گردیده که از قواعد ویژه‌ای تبعیت می‌کنند همانند برات، سفته، چک، قبض انبار و سایر اوراق بهادار. در برخی کشورها دادگاه‌ها و آئین دادرسی ویژه تجار و اعمال تجاری ایجاد گردیده است تا قواعد ویژه تجارت به راحتی قابل اعمال باشد. همچنین دولت‌ها برای اینکه بتوانند بحران‌های اقتصادی را کنترل کنند و اقتصاد را به گونه‌ای که در برگیرنده منافع آن‌ها باشد، هدایت نمایند، مداخله وسیعی را در تجارت و اعمال تجاری از قبیل محدودیت و یا ممنوعیت صادرات و یا واردات کالای خاص، اعمال تعرفه‌های گمرکی، نظارت بر فعالیت شرکت‌های تجاری و نحوه تأسیس بانک‌ها و عملکرد آن‌ها و غیره، صورت داده‌اند.

علاوه بر این در بسیاری از کشورها، اصل تضامنی بودن ضمانت در حقوق تجارت پذیرفته شده است ولی در حقوق ما تردیدهایی در این زمینه وجود دارد. ماده ۲۴۹ قانون تجارت در اسناد تجاری تمام مسؤولین سند (اعم از صادرکننده و ظهرنویسان آن) را متضامناً مسؤول پرداخت وجه سند دانسته و این اصل به صراحت پذیرفته شده است (در این موارد ضمانت موجب نقل ذمه به ذمه نمی‌گردد بلکه تشابه

^۳ دکتر محمود عرفانی، حقوق تجارت، ج ۱، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۷، ص ۴ و بعد.

نسبی با ضم ذمه به ذمه دارد). ولی در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، به صراحت قید گردیده است که فقط در مواردی که به موجب قانون یا حسب قراردادهای خصوصی، ضمان تضامنی مقرر شده باشد، احکام تضامن بر آن بار می‌گردد. با توجه به مباحث فوق باید قائل بدان بود که در حقوق تجارت نیز همانند حقوق مدنی، ضمان مفید نقل ذمه به ذمه می‌باشد مگر اینکه قانون ضمان تضامنی را مقرر داشته باشد (همانند اسناد تجاری) یا اینکه در قراردادهای خصوصی، ضمان تضامنی مورد توافق قرار گرفته باشد. ولی از این جهت حقوق تجارت یک گام از حقوق مدنی جلوتر رفته است چرا که در قانون مدنی اصل بر نقل ذمه به ذمه است و ضمان غیرناقل ذمه (نه تضامنی) با شرایط و محدودیت‌هایی و به شکلی که در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی آمده است، نیاز به تصریح دارد. با توجه به ماده ۶۸۹ قانون مدنی، ظاهراً تضامن در رابطه چند نفر ضامن منع شده و در رابطه ضامن و مضمون‌عنه به سکوت برگزار شده است.^۴ ولی حقوق تجارت، در برخی موارد ضمان تضامنی را به عنوان اصل، حاکم بر روابط طرفین قرارداد دانسته، علاوه بر این اصل آزادی انعقاد قرارداد مفید ضمان تضامنی را نیز پذیرفته است.

حال باید دید که وضع در ضمانت‌نامه‌های بانکی چگونه است آیا مفید نقل ذمه به ذمه‌اند یا ضم ذمه به ذمه؟ تحلیل ماهیت و بررسی اجمالی کارکرد ضمانت‌نامه‌های بانکی مفید این معناست که در این مورد قطعاً انتقال دینی صورت نمی‌پذیرد چرا که بانک هیچ علاقه و نفعی برای پذیرش مطلق پرداخت دین دیگری ندارد بلکه همان‌گونه که تعاریف ارائه شده نیز حکایت دارند، ضمانت بانک فقط برای هنگام قصور و تخلف مدیون اصلی از پرداخت دین و یا ایفای تعهد، طراحی و تنظیم می‌شود و قبل از قصور یا تخلف متعهد اصلی، مطلقاً قابل مطالبه و وصول نمی‌باشد. حال باید دید که چنین ضمانتی، ضمان تضامنی است و یا وثیقه‌ای؟ توضیحاً باید افزود که در ضمان وثیقه‌ای تعهد ضامن به عنوان وثیقه دین است بدین

^۴ دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، شرکت سهامی کتاب‌های جیبی، چاپ اول، ۱۳۵۲، ص ۲۷۳.

ترتیب که مضمون‌گه برای وصول طلب خود باید به مدیون اصلی رجوع کند و اگر به نتیجه نرسد به مدیون تبعی (ضامن) مراجعه می‌کند در حالی که در ضمان تضامنی، تعهد ضامن و مضمون‌گه در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند. مضمون‌گه، مدیون و ضامن نیز مسؤول پرداخت هستند و طلبکار می‌تواند به هر کدام برای تمام یا بخشی از طلب خود رجوع کند.^۵ با توجه به تعریف ضمانت‌نامه بانکی و تطبیق آن با انواع ضمان یاد شده به نظر می‌رسد که ضمانت‌نامه‌ها بیشتر با ضمان وثیقه‌ای تطبیق می‌نمایند و سنخیتی با ضمان تضامنی ندارد چرا که تعهد بانک موکول و معلق به عدم تأدیه دین یا عدم ایفای تعهدات و یا عدم اجرای قراردادها توسط مدیون یا متعهد اصلی است و مضمون‌گه در وهله اول باید به مضمون‌گه رجوع کند و در صورت قصور یا تخلف وی، حق مراجعه به بانک و مطالبه وجه ضمانت‌نامه را خواهد داشت و همان‌گونه که دیدیم گرچه در جواز ضمان تضامنی از منظر قانون مدنی تردیدهایی وجود دارد، ولی با توجه به منطوق مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی در جواز ضمان وثیقه‌ای تردیدی نیست. ضمانت‌نامه که از انواع ضمان وثیقه‌ای است از این جهت با مقررات قانون مدنی در باب ضمان تغایر و مخالفتی ندارد.

۲- ضمانت‌نامه بانکی همواره ضمانت از دین موجود نیست و چه بسا حتی دینی نیز وجود نداشته و هیچ‌گاه به منصفه ظهور نرسد. علاوه بر این عبارات قانون مدنی ظاهراً حکایت از آن دارند که فقط ضمانت از دین امکان‌پذیر است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف ضمان اشعار می‌دارد که عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. ولی برخی حقوقدانان اعتقاد دارند که عمل نیز می‌تواند مورد ضمان واقع شود چنان که شخصی تعهد کرده باشد خانه‌ای برای دیگری بسازد و یا نقشه‌ای برای او بکشد و یا کالایی را از محلی به محل دیگر حمل کند و شخص دیگری انجام عمل متعهد را ضمانت کند. حسب عقیده این عده این ضمان را می‌توان مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی دانست چرا که مورد تعهد در واقع مالی ثابت بر ذمه است هر چند که وجه نقد یا عین کلی دیگر

۵ دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۴۰.

نیست. لیکن ضمانت از عمل در صورتی صحیح است که مباشرت متعهد در آن شرط نباشد.^۶ این مطلب از آن جهت مهم است که در برخی ضمانت‌نامه‌ها منجمله ضمانت‌نامه حسن انجام کار، در واقع انجام صحیح عمل و کار مورد قرارداد تضمین می‌شود. منتهی در این مورد باید توجه داشت که در صورت عدم انجام کار مورد قرارداد توسط مضمون‌عنه، مابازاء نقدی آن کار (که مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد) بر ذمه بانک قرار گرفته مکلف به پرداخت آن خواهد بود. از منظر ضمان در نفوذ چنین قراردادی که ضمان به جنس غیردین می‌باشد، نباید تردید کرد ولی چنین ضمانی، علاوه بر ماهیت ضمان حاوی یک تبدیل تعهد نیز می‌باشد.^۷ و اما در مورد ضمانت از عمل باید گفت که در قانون مدنی بارها به وجود دین در ضمان اشاره شده است و همان‌گونه که برخی اساتید حقوق عقیده دارند،^۸ در فقه و حقوق دین شامل دو قسمت است: الف - مال کلی در ذمه خواه وجه نقد باشد خواه عین کلی در ذمه؛ ب - تعهد فعل.

پس در صحت ضمان از عمل دیگری نیز حتی اگر ضمانت‌نامه بانکی را مشمول مقررات ضمان بدانیم، تردیدی روا نمی‌باشد.

وجود و صحت دین در ضمان، با توجه به تبعی بودن عقد ضمان، اهمیت و خصوصیات ویژه‌ای را در بردارد. چرا که در صورت بطلان یا نامشروع بودن یا عدم دین پایه و اصلی، قرارداد ضمان نیز به تبع آن باطل می‌باشد. لذا در ضمان باید دینی موجود باشد و یا حداقل سبب آن ایجاد شده باشد، چرا که ضمان مفید انتقال دین است و چنین انتقالی، مستلزم وجود چیزی است که منتقل شود. از طرفی در بطلان ضمان آینده که در فقه به «ضمان مالم یجب» موسوم گشته است، تردیدی وجود ندارد.^۹ ولی برخی از حقوقدانان التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه‌ای که

^۶ دکتر سیدحسین صفایی، «تعهد حسن انجام قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تابستان ۱۳۴۹، شماره ۲، ص ۵۴.

^۷ دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۳۵.

^۸ دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۲۴.

^۹ دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۰.

ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، را از نظر حقوقی درست می‌دانند، چرا که اگر تعلیق در التزام صحیح باشد (ماده ۶۹۹ قانون مدنی)، چه تفاوتی می‌کند که شرط تعلیق عدم تأدیه مدیون باشد یا تحقق دین؟ به ویژه که در این صورت تعلیق به یکی از شرایط صحت التزام است و ملتزم برای زمان تحقق دین، پرداخت را به عهده می‌گیرد و تفاوت این نوع التزام را با ضمان در این می‌دانند که هیچ انتقال دینی در آن صورت نمی‌گیرد. دین بر ذمه مدیون اصلی ایجاد می‌شود و تعهد ناظر به تأدیه آن دین و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود و البته نهایتاً چنین التزامی را ضمان ندانسته ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی آن را نافذ می‌دانند.^{۱۰}

به عقیده برخی از نویسندگان،^{۱۱} اگر حقیقت ضمان را بر مبنای قول شیعه، نقل ذمه به ذمه بدانیم ضمان هنگامی صحیح است که ذمه‌ای مشغول باشد و ضمان این ذمه را نقل کند و چنانچه حقیقت ضمان را ضم ذمه به ذمه بدانیم چون ضمان به شرط شی لحاظ می‌گردد ذمه‌ای باید مستقراً مشغول باشد تا دو ذمه در کنار هم واقع شوند و ضمان محقق گردد.

اینان با ارائه تعریفی متفاوت از ضمان، در مسأله مربوط به وجود دین یا سبب آن نیز به نتایج جالبی می‌رسند. حسب عقیده این عده، ضمان عبارت است از نفس تعهد و مسؤولیت. و لذا می‌توان قبل از در ذمه قرار گرفتن دین، از آن ضمانت نمود و برای مضمون‌عنه دلگرمی ایجاد کرد. ذمه مضمون‌عنه نوعاً بعد از ذمه ضامن مشغول می‌گردد. به اعتقاد فقها این امر مصداق ضمان مالم یجب است. حال چگونه ضامن خود را نسبت به ذمه‌ای که هنوز ایجاد نگردیده است، متعهد می‌کند؟^{۱۲} اینان «ضمان مالم یجب» را صحیح نمی‌دانند چرا که ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و عقیده دارند که در لسان فقها اگر مقتضی ثبوت یعنی سبب موجود شد ولو اینکه ذمه او هنوز مشغول نشده باشد، ضمان صحیح است و علت آن صدق عقد ضمان و در این

^{۱۰} همان، ص ۲۷۱.

^{۱۱} محمد موسوی بجنوردی، ضمان، تهران، انتشارات پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۷ و بعد.

^{۱۲} همان، ص ۱۰۹.

مورد شمول عمومات عامه است چون جامعه امروز آن را ضمان می‌داند. چنانچه حقیقت ضمان را نقل ذمه به ذمه یا ضم ذمه به ذمه بدانیم، این تصور صحیح نیست چون «ضمان مالم یجب» خواهد بود لیکن از آنجا که ضمان را به نفس تعهد تعریف نمودیم، اشکال بر مبنای ضمان قبل از مدیون شدن وارد نیست،^{۱۳} و ادامه می‌دهند که از آنجا که حقیقت عقد را موجب ایجاد می‌کند و عقد را در افق نفس موجود می‌کند، منشأ یک امر اعتباری می‌گردد و وقتی طرف مقابل آن را بپذیرد، عقلاً به آن ترتیب اثر می‌دهند. اقدام موجب امر مجرد نیست بلکه به امر دیگری وابسته است. حسب عقیده این عده، عبارات مندرج در ماده ۶۹۱ که از کلام فقها استنباط و استخراج گردیده است نیز صحیح نیست چرا که ضمان ربطی به مقتضی و سبب ندارد و اینها از عوارض ضمان هستند. ضمان یک تعهد است که به چیزی وابسته نیست و چون حقیقت عقد را موجب ایجاد می‌کند و با قبول طرف مقابل اثر آن نمایان می‌گردد لذا هیچ اشکالی ندارد که قبل از ایجاد دین، این مسؤولیت را بپذیریم.^{۱۴}

برخی با ارائه تعریفی از سبب، به نتایج دیگری می‌رسند. حسب نظر این عده،^{۱۵} سبب عبارت است از وضع خاصی (نهاد خاصی) که قانونگذار بر آن اثر یا آثاری مترتب کرده باشد و به این جهت مناسبتی بین آن وضع خاص و آن اثر پدیده آورده باشد و سپس در تحلیل ماده ۶۹۱ قانون مدنی نیز اظهار می‌دارند: ^{۱۶} ۱- سبب دین از عناصر عقد ضمان است و باید قبل از عقد ضمان و یا حداقل مقارن عقد ضمان، سبب تعهد وجود داشته باشد و الاً عقد باطل است. ۲- ممکن است سبب دین پدید آید ولی خود دین (انتقال ذمه) حاصل نشده باشد. یعنی بین وجود سبب و وجود مسبب در علم حقوق ممکن است فاصله زمانی وجود پیدا کند و عقیده دارند

^{۱۳} همان، صص ۱۱۰ و ۱۱۱.

^{۱۴} همان، ص ۱۱۲.

^{۱۵} دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۶۷، ش ۱۷۳.

^{۱۶} همان.

که^{۱۷} مفهوم ماده ۶۹۰ قانون مدنی در ابطال ضمانت‌نامه باید تعدیل شود یعنی فقط عنوان ضمانت از آن سلب شود و در عداد عقود غیرمعینه قرار گرفته و در عمل مورد استفاده واقع شود.

برخی از حقوقدانان^{۱۸} نیز در تفسیر ماده ۶۹۱، ضمانت از دینی که در حین عقد ضمانت، سبب آن ایجاد نشده است را باطل می‌دانند همانند مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط در مورد امانت از قبیل ودیعه، عاریه، مضاربه و امثال آن‌ها. عقود مزبور طبیعتاً غیرمضمونه می‌باشند یعنی در زمان عقد، متصرف امین است و مسئولیتی ندارد و مسئولیت او در اثر تعدی و تفریط حادث می‌شود. و ضمانت از مسئولیت مزبور قبل از تعدی و تفریط صحیح نمی‌باشد زیرا در این موارد سبب مسئولیت، عمل تعدی و تفریط است که بنا به فرض پیدایش نیافته است. و در ادامه می‌افزایند که برخی از فقهای امامیه، تمایل به صحت ضمانت در موارد مزبور نموده‌اند و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی به نظر می‌رسد که تعهد مزبور الزام‌آور است مخصوصاً آنکه منطبق بر ساده اجتماع آن را می‌پذیرد.

به هر حال از نظر حقوقی بحث روشن است و اختلاف نظرها بیشتر به تعیین مصداق‌ها و همچنین به تعریفی که از سبب ارائه می‌شود، برمی‌گردد و لازم است که در این زمینه مختصری توضیح داده شود.

سبب در ماده ۶۹۱ قانون مدنی، به معنای مقتضی است به این معنا که هرگاه قانونگذار وضع خاصی را منشأ آثاری قرار می‌دهد، آن وضع را سبب آن آثار می‌نامند خواه ایجاد آن وضع ارادی باشد یا قهری. بین سبب و مسبب ملازمه عقلی وجود ندارد و ارتباط بین آن دو را با علت و معلول در امور طبیعی نمی‌توان مقایسه کرد. ولی ارتباط و تناسبی که بین سبب و آثار آن برقرار می‌شود، نوعی ملازمه قانونی و عرفی را ایجاد می‌کند به گونه‌ای که می‌توان گفت برحسب معمول و جریان متعارف امور، فلان سبب در این نظام حقوقی به فلان نتیجه یا مسبب منتهی می‌شود. با وجود

^{۱۷} همان، ص ۱۷۹.

^{۱۸} دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، کتابفروشی اسلامییه، چاپ دهم، ۱۳۷۳، ص ۲۶۱.

این، همیشه نیز احتمال دارد که سبب به دلیل جمع نیامدن شرایط تأثیر یا ایجاد موانع، کارگر نیفتد و آثار خاص خویش را به وجود نیاورد. در جایی که مجموع چند سبب دینی را به وجود می‌آورند آن مجموع سبب و هر یک از عوامل جزء سبب است نه تمام آن.^{۱۹}

نکته جالب توجه در این زمینه آن است که اکثر حقوقدانان اعتقاد دارند که اگر ضمانی به علت عدم دین یا سبب آن در قالب عقد ضمان ننگند، در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ و معتبر خواهد بود.

اما در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی این بحث جالب‌تر خواهد بود. در واقع آنچه در اینجا باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد، این است که آیا با توجه به مقررات قانون مدنی در باب ضمان و لزوم وجود دین و یا سبب آن در هنگام عقد ضمان، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی با چنین مقرره‌ای سازگار می‌باشد یا خیر؟ برای تحلیل دقیق‌تر موضوع ابتدا موضع رویه قضائی را در این زمینه بررسی می‌کنیم.

رویه قضائی در این خصوص ظاهراً قائل به عدم تطبیق مقررات ضمان با ضمانت‌نامه بانکی می‌باشد. در این زمینه دو رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور را نقل می‌کنیم.

ب - ۱. رأی مورخ ۱۳۴۱/۱۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^{۲۰}

«به شرح مستند دعوی که طبق آن اجرائیه ثبتی صادر شده، فرجام‌خوانده حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارات ناشی از پیمان را به سود اداره غله و نان متحمل شود. به این عنوان فرجام‌خوانده متعهد است که اعمالی را انجام دهد و تطبیق این تعهد با ضمان (به شرح مقررات قانون مدنی) به طوری که در حکم فرجام‌خواسته بیان شده، صحیح نیست ولو فرضاً فرجام‌خواه

^{۱۹} دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۸ و بعد.

^{۲۰} مجموعه رویه قضائی کیهان، آراء هیأت عمومی از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ج ۲، ص ۴۶۲.

ضامن و پیمانکار مضمون‌عنه نامیده شده باشند و چنانکه در حکم شماره ۲۶۱۸ مورخ ۴۰/۷/۲۴ شعبه ۶ دیوان عالی کشور توضیح داده شد، داد و ستد گونی مورد بحث مفروغ‌عنه است و اختلاف در آن است که پیمانکار گونی‌های دریافتی را پس داده یا نه و...»

آنچه که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این رأی به صراحت اعلام داشته، این است که ضمانت‌نامه مورد نزاع (هر چند ضمانت‌نامه بانکی نبوده ولی ماهیتاً ضمانت‌نامه حسن انجام کار می‌باشد که توسط بانک صادر می‌گردد) با عقد ضمانت تطبیق ننموده و مشمول مقررات آن نمی‌باشد و چنین استنباط می‌گردد که ظاهراً دیوان کشور آن را قراردادی مجزا و مستقل و مشمول مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته است.

ب- ۲. رأی مورخ ۱۳۴۶/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور^{۲۱}

شرح ماجرا: آقای داود دادخواستی به طرفیت بانک تهران به خواسته مطالبه مبلغ ۸۰۰ هزار ریال وجه موضوع ضمانت‌نامه شماره ۱۲۴/۸ تقدیم دادگاه شهرستان نموده است. شعبه ۴ دادگاه شهرستان پس از رسیدگی چنین رأی داد: «نظر به اینکه ضمانت‌نامه مذکور مورد تکذیب قرار نگرفته بلکه ضمناً به اصالت و صدور آن اعتراف شده است، با اعلام اصالت آن، تقاضای خروج از عداد دلایل مردود اعلام می‌شود و دفاع به اینکه مطالبه وجه ضمانت‌نامه از طرف شخص غیر صالح به عمل آمده نیز مؤثر در مقام نبوده و مردود است زیرا بانک ایران و خاورمیانه از طرف خواهان، مطالبه وجه ضمانت‌نامه را ننموده و در مورد ضمانت‌نامه استنادی نیز خواهان این حق را از خود سلب ننموده است. لذا خواننده محکوم می‌شود به پرداخت وجه ضمانت‌نامه و...» بر اثر پژوهش‌خواهی محکوم‌علیه، حکم در دادگاه استان نقض می‌شود و پس از فرجام‌خواهی، شعبه ۶ دیوان عالی کشور، دادنامه فرجام‌خواسته را نقض و ضمن احراز صحت ادعای فرجام‌خواه مقرر نموده که راجع

^{۲۱} مجموعه رویه قضائی سال ۱۳۴۶، آرشیو حقوقی کیهان، ص ۲۱۵ و بعد.

به نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه تحقیقات بیشتری شود، دادگاه استان پس از رسیدگی مجدد به موضوع، مبادرت به صدور رأی نموده و ضمن آن اعلام نموده است که:

۱- ضمانت‌نامه شماره ۸/۱۲۴ که به منظور حسن اجرای تعهدات شرکت پخش کنندگان فیلم گردیده ضمانت بعضی و مفهوم ماده ۶۴۸ قانون مدنی محسوب نیست و ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد، به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است و در حقیقت بانک تهران در مقابل پژوهش‌خوانده متعهد و ملتزم شده که اگر شرکت پخش کنندگان فیلم در اجرای تعهدات خود تخلف ورزند بانک تهران تا مبلغ ۸۰۰ هزار ریال پردازد و التزام به تأدیه به صراحت ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی ممکن است معلق باشد.

۲- صرف تنظیم تعهدنامه مزبور دلیل مدیون بودن بانک تهران در مقابل پژوهش‌خوانده نمی‌باشد و حتی فرض اینکه مدت تعهدنامه مزبور پایان یافته و وجه التزام قابل مطالبه نباشد، متصور است.

به عبارت دیگر مطالبه وجه التزام مزبور از بانک تهران، مشروط به تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم بوده و نه انقضا مدت تعهدنامه موصوف.

۳- نامه ارسالی از طرف بانک خاورمیانه به وکالت از آقای داود، حکایت از اعلام تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم ندارد و بانک تهران هم مادام که تخلف متعهد اصلی اعلام نگردیده، مجوزی به پرداخت وجه التزام نداشته است و در نامه ارسالی باید تخلف شرکت اعلام می‌شد و بدان سبب وجه التزام مطالبه می‌شد. لذا دعوی آقای داود در مطالبه مبلغ ۸۰۰ هزار ریال وجه ضمانت‌نامه مجوزی نداشته است...»^{۲۲}

وکیل محکوم علیه ضمن فرجام‌خواهی اظهار داشته که: «ضمانت‌نامه برخلاف نظر شعبه ۸ دادگاه استان که آن را طبق ماده ۶۹۱ باطل دانسته، مشمول ماده ۶۴۸

^{۲۲} آنچه در رأی دادگاه استان قابل توجه است اینکه دادگاه مزبور به لحاظ نبود دین و سبب آن در هنگام عقد، قرارداد را ضمان اصطلاحی مندرج در قانون مدنی ندانسته ولی آن را مشمول ماده ۶۹۹ و التزام معلق به تأدیه دین دانسته است.

قانون مدنی بوده و با تصریحی که در صدر آن وجود دارد، صریح در تحقق عقد ضمان است و بانک هم آن را به عنوان ضمانت قبول نموده است. شعبه ۶ دیوان عالی کشور، در مقام رسیدگی فرجام‌خواهی، چنین رأی داده است که مراجعه مضمون‌له به ضامن برای دریافت وجه‌الضمان مقید به قید و شرطی نبوده و صرف مراجعه برای دریافت مبلغ مورد ضمان کافی بوده، اعم از اینکه مستقیماً مراجعه نماید یا به وسیله نماینده خود، لذا رأی شعبه ۸ دادگاه استان هم از حیث استدلال و هم از لحاظ موازین قانونی مخدوش است»، و بنابراین رأی را نقض نموده است. شعبه سوم دادگاه استان، پس از رسیدگی با همان استدلالات شعبه هشتم دادگاه استان، حکم پژوهش‌خواسته را نقض و رأی به بی‌حقی آقای داود صادر می‌نماید. بر اثر فرجام‌خواهی وکیل محکوم‌علیه، پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و رسیدگی به قضیه در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عالی کشور (اصراری) تشخیص می‌گردد.

نظر دادستان کل کشور

«ضمانت‌نامه منعقد شده بین داود و بانک تهران هم از لحاظ موازین ضمان پیش‌بینی شده در قانون مدنی، و هم از حیث قواعد مربوط به تعهد، باطل می‌باشد. از لحاظ موازین ضمان، طبق ماده ۶۹۱ قانون مدنی، ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است و چون در موقع تنظیم ضمانت‌نامه بانکی، هنوز تخلفی به منصفه ظهور نرسیده، ضمانت بدون داشتن سبب منعقد گردیده و بنابراین باطل است. از حیث قواعد مربوط به تعهد نیز با درج جمله ذیل در ضمانت‌نامه: «تعهد می‌شود در صورت تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم، هر مبلغی تا میزان ۸۰۰ هزار ریال به صرف اظهار آقای داود، بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت و سقم آن باشد، در وجه آقای داود پرداخت شود.» تعهد مزبور باطل است و جهات بطلان آن به شرح ذیل می‌باشد:

در قانون مدنی در مواد مربوط به شرط سه قسم ذکر گردیده است. یکی از شرایطی که باطل بوده و مبطل عقد می‌شود شرط خلاف مقتضای عقد است. مقتضای ذات عقد، هدف اصلی متعاقدين بوده و از جهت تأمین آن، عقد را

منعقد می‌سازند. در قضیه مورد بحث به واسطه درج شرط خلاف مقتضای ذات عقد، هم شرط و هم تعهد پرداخت وجه باطل می‌باشد. چرا که مقتضای انعقاد تعهدنامه مزبور (ضمانت‌نامه بانکی) از جهت متعهدله آن بوده که در صورت تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم از انجام تعهد خود، بتواند بدون اقامه دلیل مبنی بر اثبات دعوی، خسارات وارده بر خود را بتواند توسط بانک تهران تأمین کند. مقتضای ضمانت‌نامه بانکی از لحاظ بانک تهران دین بوده که در صورت تخلف شرکت از انجام تعهد، خسارات وارده به داود را تا میزان ۸۰۰ هزار ریال جبران کند. با توجه به تجزیه و تحلیل فوق مسلم است که جمله ذیل مندرج در ضمانت‌نامه به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت آن باشد، از لحاظ داود فاقد اشکال قضائی بوده و موجب می‌شود که در موقع طرح دعوی در دادگاه، متعهدله از اقامه دلیل مبنی بر عدم انجام تعهد بی‌نیاز باشد. بر عکس جمله ذیل به صرف اظهار آقای داود بدون اینکه احتیاج به اثبات صحت و سقم آن باشد، موجب می‌شود که بانک تهران نتواند سقم و کذب اظهارات داود را مبنی بر تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم ثابت کند و این برخلاف مقتضای مورد نظر او در انعقاد عقد می‌باشد، زیرا محور تعهد او قائم بر تخلف شرکت مزبور بوده نه اینکه در صورتی هم که دلایل مسلم محکمه‌پذیر وجود داشته باشد که اظهارات داود مبنی بر وجود تخلف، سقم بوده نتواند آن را اقامه کند و بالتیجه مجبور شود مبلغ ۸۰۰ هزار ریال به داود بپردازد. با این توضیح چون مفاد شرط یعنی عدم امکان اثبات عدم تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم در صورت متخلف نبودن آن و مفاد ضمانت‌نامه یعنی تأدیه خسارت در صورت متخلف نبودن آن، تضاد وجود دارد، آثار هر یک از آن دو هم‌دیگر را خنثی و بالتیجه تعهد بانک تهران باطل می‌شود. به علاوه طبق اصول قضائی، مواضع طرفین در معاف بودن متعهدله در اثبات دعوی، این نیست که هر چه او اظهار کند مسلم فرض شود بلکه مقصود این است که با اقامه دلیل متوجه متعهد یعنی بانک تهران شود تا چنانچه ادعای متعهدله را سقیم می‌داند، بتواند در مقام اثبات برآید. به عبارت اخیری سمت طرفین در موقع

طرح دعوی از لحاظ استدلال و ازگون می‌شود و مدعی علیه به جای تکذیب، تنها مجبور می‌شود بار اثبات عدم وجاهت اظهار متعهدله را عهده‌دار شود و متعهدله صرفاً ادعای خسارت نماید. با توضیح بالا مسلم می‌گردد که شرط اسقاط حق بانک تهران در اثبات سقم اظهارات داود بر خلاف مقتضای تعهد بوده و موجب می‌شود که در صورت عدم وجاهت اظهار او مبنی بر وجود تخلف، بانک مجبور شود من غیرحق مبلغ ۸۰۰ هزار ریال در وجه او بپردازد. علاوه بر علیل بودن ضمانت‌نامه بانکی، ماده ۳۰۱ قانون مدنی طبق قاعده تحریم ملائت بدون سبب به صراحت مقرر داشته است: «کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است، دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند». آیا با وجود این، ماده و بطلان ضمانت‌نامه به شرح فوق، اگر در طرح دعوی مطروح، داود اعلام تخلف می‌کرد و بانک تهران هم با اقامه دلایل محکمه‌پذیر، عدم وجاهت اظهار او را بر تخلف شرکت ثابت می‌کرد، آیا دادگاه که حکم او باید استوار بر موازین عدل و نصفت باشد، می‌تواند با استناد به جمله «به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاج به اثبات صحت و سقم آن باشد» دلایل متعهد را نادیده انگاشته، حکم به حقانیت داود صادر کند. بنا به مراتب بالا دادسرای دیوان عالی کشور، نتیجتاً حکم دادگاه تالی را تأیید می‌نماید.»

رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور

«نظر به اینکه به دلالت صریح ضمانت‌نامه مستند دعوی، تعهد بانک تهران به پرداخت مبلغی به فرجام‌خوانده مطلق نبوده و مقید به اعلام تخلف شرکت پخش فیلم از ناحیه فرجام‌خواه به بانک تهران در اجرای مواد قراردادی که بین شرکت مزبور و نامبرده منعقد گردیده بوده است، و نظر به اینکه هیچ‌یک از نامه‌های فرجام‌خواه بایگانی در پرونده خطاب به بانک ایران و خاورمیانه و بانک تهران، اشعاری بر اعلام تخلف شرکت پخش فیلم ندارد و اعتراض وکیل فرجام‌خواه به اینکه نفس مراجعه موکل به بانک به دلالت التزام دالّ به تخلف

شرکت است، وارد و موجه نمی‌باشد علی‌هذا دادنامه فرجام‌خواسته به اکثریت آراء ابرام می‌شود.»

مسائل و نکاتی که در مورد این رأی می‌توان گفت به شرح ذیل می‌باشد:

۱. ضمانت‌نامه منعقد به دلیل اینکه در هنگام انعقاد آن سبب دین ایجاد نشده، از منظر ضمان و با توجه به ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل می‌باشد. مستثنی شعبه ۸ دادگاه استان آن را ضمانت به معنی و مفهوم مندرج در ماده ۶۸۴ قانون مدنی ندانسته ولی آن را از اقسام التزام معلق به تأدیه دین دیگری موضوع ماده ۶۹۹ دانسته و لذا در رأی خود، ضمانت‌نامه را به عنوان تعهدنامه و مبلغ موضوع ضمانت‌نامه را به عنوان وجه التزام توصیف نموده و در عین حال حسب مفاد و مندرجات سند، مطالبه آن را موکول به اعلام تخلف شرکت مضمون‌عنه دانسته است. ولی دادستان در نظریه خود صراحتاً علاوه بر اینکه ضمانت‌نامه را از جهت مخالفت و تعارض با ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل دانسته (به جهت اینکه سبب ضمان را تخلف مضمون‌عنه دانسته که در هنگام ضمان موجود نبوده است) در ادامه، قرارداد منعقد و تعهد مندرج در آن را نیز به علت تعارض مفاد و مندرجات آن، باطل دانسته است. چراکه شرط مرقوم در ضمانت‌نامه مبنی بر پرداخت مبلغ ۸۰۰ هزار ریالی «در صورت تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم، به صرف اظهار آقای داود و بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت و سقم آن باشد» را مخالف مقتضای ذات عقد دانسته و با توجه به بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی، هم شرط و هم عقد را باطل دانسته‌اند. وی مقتضای ذات عقد را چنین تحلیل کرده که: «از نظر بانک تهران مقتضای عقد این است که در صورت تخلف شرکت از انجام تعهد، خسارات وارده به داود را تا میزان مندرج در سند جبران کند و از نظر متعهدله نیز مقتضای عقد این است که در صورت تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم از انجام تعهد خود، بتواند بدون اقامه دلیل مبنی بر اثبات دعوی، خسارات وارده به خود توسط بانک تهران را جبران کند و جمله مندرج در ضمانت‌نامه برخلاف مقتضای نظر او در انعقاد عقد می‌باشد.»

چنین نظری نمی‌تواند مورد قبول واقع شود چرا که:

مقتضای ذات عقد چیزی نیست که بر طبق نظر هر یک از طرفین قابل تعبیر و

تفسیر باشد و به نظر می‌رسد که در اینجا انگیزه طرفین در انعقاد عقد با مقتضای عقد اشتباه شده است و تردیدی نیست که انگیزه طرفین از انعقاد، در صحت و اعتبار عقد تأثیری ندارد و مقتضای ذات هر عقد چیزی نیست که با تعدد طرفین، متعدد گردد. در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده است که:^{۲۳} «مقتضای ذات عقد موضوع اصلی است که عقد به خاطر آن ایجاد می‌شود و به خواست طرفین یا احکام مترتب بر آن، لازمه ماهیت عقد است. بر این مبنا شرطی با مقتضای ذات عقد مخالف است که آن موضوع اساسی یا اثر اصلی مقصود را نفی کند» و صور مخالفت شرط با مقتضای عقد را یکی از طرق زیر برشمرده‌اند:

الف - مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد، یعنی موضوعی که به تراضی انشا شده است مثلاً در عقد بیع، مبادله کالا با ثمن موضوع اصلی تراضی است.
ب - مخالفت با احکامی که قانونگذار از اسباب و لوازم تحقق مفاد عقد قرار داده است، مانند این شرط که مال مورد وقف هیچ‌گاه به تصرف موقوف علیه داده نشود.

ج - تعارض با هدف نهایی که در تراضی ملحوظ بوده است مانند شرط عدم تسلیم مبیع و ثمن در بیع.

فلذا با توجه به تعریف فوق‌الذکر، ملاحظه می‌گردد که تحلیل ارائه شده توسط دادستانی کل کشور چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. دادستانی کل در ادامه اظهارنظر خود به تحلیل و نظر قبلی خود چندان پای‌بند نبوده و صراحتاً اظهار داشته که: «مندرجات ذیل ضمانت‌نامه برخلاف مقتضای نظر او در انعقاد عقد می‌باشد» و تردیدی نیست که مقتضای نظر یکی از طرفین در انعقاد عقد غیر از مقتضای ذات عقد است.

۲. دادستان کل کشور، با توجه به اینکه ماهیت ضمانت‌نامه را با ضمان مدنی قابل انطباق ندانسته‌اند، در صدد تصحیح عقد نیز برنیامده و علی‌رغم عقیده اکثر حقوقدانان که در چنین مواردی با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی عقد را صحیح

^{۲۳} دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۳، ص ۱۸۲.

می‌دانند، چنین عقیده‌ای ابراز ننموده است. با وجود این، در ذیل نظریه خود به نکته قابل توجهی اشاره نموده و آن این است که به فرض صحت ضمانت‌نامه در هر حال دادگاه باید مفاد قرارداد اصلی و پایه طرفین را ملاحظه نموده حکم به حقانیت یا عدم حقانیت مضمون‌له بدهد. ولی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، نظر دادستان را تأیید نکرده است و ظاهراً ضمن مفروغ‌عنه و قطعی دانستن صحت ضمانت‌نامه صادره، دعوی را از منظر شکلی مورد بررسی قرار داده و به علت عدم اعلام تخلف از سوی مضمون‌له، دعوی را مردود دانسته است، و اینجاست که نکته مهمی توسط هیأت عمومی اعلام شده است و آن اینکه مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه باید همراه با بیان مبانی ادعا و اعلام تخلف مضمون‌عنه باشد.

در مسأله مربوط به ماهیت و صحت و سقم ضمانت‌نامه، هیأت عمومی به نظر حقوقدانانی تمایل و گرایش دارد که هنگامی که در ضمان، سبب دین موجود نمی‌باشد با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی، عقد را صحیح می‌دانند ولی متأسفانه در این زمینه تحلیلی ارائه ننموده است.

ناگفته پیداست که موضوع تمامی انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی را نمی‌توان ضمانت از دین موجود و یا حتی ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد شده دانست. پس تلاش برای تحلیل تمامی انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب عقد ضمان، بیهوده خواهد بود. مثلاً در مورد ضمانت‌نامه حسن انجام کار که موضوع رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور بود و برخی از جمله دادستانی کل کشور، اعتقاد به بطلان قرارداد داشتند، باید دید که آیا تعهد به جبران خسارت عدم انجام قرارداد، و بدل تعهد اصلی است یا تعهد دیگری است که در اثر تقصیر طرف قرارداد به وجود می‌آید. در صورت نخست، ضمان به معنی اصطلاحی است که سبب آن ایجاد شده و در صورت دوم باید دید سبب دین، عقد است یا تقصیر طرف قرارداد. در صورت نخست ضمان از دینی است که سبب آن ایجاد شده است و به احتمال دوم ضمان از دین آینده است که در قالب ضمان نمی‌گنجد.^{۲۴}

^{۲۴} دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود معین ۴)، ص ۳۰۷.

با تعریفی که از سبب ارائه دادیم، به نظر می‌رسد که در اینجا مجموع عقد و تخلف طرف از مفاد آن سبب ضمان را تشکیل می‌دهد. فلذا چون در هنگام انعقاد آن، تقصیر طرف وجود نداشته و بالطبع پس از حصول تمامی اسباب (در هنگامی که مجموع چند سبب، دینی را به وجود می‌آورند) می‌توان حکم به حدوث و وجود سبب داد. پس تحلیل چنین ضمانت‌نامه‌ای در قالب ضمان عقدی به مفهوم مندرج در قانون مدنی نمی‌گنجد.

۳. همان‌گونه که گفتیم، عقد ضمان از عقود مسامحه است بدین معنی که به منظور سودجویی و معامله تشریح نشده است بلکه هدف اصلی آن ارفاق به مدیون است و ضامن نیز از زمره نیکوکاران است و قانونگذار در مورد او سخت‌گیری کمتری می‌کند^{۲۵} بنابراین علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) و همچنین معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون‌له یا مضمون‌عنه لازم نیست (ماده ۶۹۵).

ولی چنین مسائلی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی صادق نیست. زیرا صدور ضمانت‌نامه بانکی به اعتبار تاجر بودن بانک‌ها (بند ۸ ماده ۲ قانون تجارت) معامله تجاری تلقی شده و بدیهی است که سودجویی و انتفاع در تجارت رکن اصلی و اساسی می‌باشد.

بانک‌ها در هنگام صدور ضمانت‌نامه بانکی بررسی کامل و جامعی را به عمل می‌آورند و برخلاف مفاد ماده ۶۹۴ به مقدار و اوصاف و شرایط دین مورد ضمانت کاملاً واقف می‌گردند. چرا که مقتضای تجارت همین است و اگر بدین‌گونه نباشد و بر اساس قواعد ضمان مدنی (در خصوص عدم لزوم علم ضامن به مقدار و اوصاف دین و طرفین آن) عمل شود با توجه به شرایط و ضوابط حاکم بر تجارت و بازار، در صحت چنین معامله‌ای می‌توان تردید کرد.

برای بانک شناسایی کامل مضمون‌له و مضمون‌عنه نیز در هنگام صدور ضمانت‌نامه بانکی مهم و اساسی است چرا که بانک تبرعاً مبادرت به صدور

۲۵ همان، ص ۲۴۷؛ دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۵۱.

ضمانت‌نامه بانکی نمی‌کند بلکه این اقدام در راستای فعالیت‌های بانکی و به قصد سودجویی بوده و تنها در مقابل اخذ وثایق معتبر و قابل قبول است که مبادرت به صدور ضمانت‌نامه می‌کند و از این رهگذر می‌توان به تمایز مهم و اساسی دیگری بین عقد ضمان قانون مدنی و ضمانت‌نامه بانکی پی برد. حتی برخی در پاسخ به این سؤال که آیا تبرع عنصر عقد ضمان است یا خیر و آیا ضامن می‌تواند در ازاء ضامن شدن، مالی را از مضمون‌عنه بگیرد، چنین پاسخ داده‌اند که قانون مدنی ساکت است. در فقه تلویحاً و تصریحاً آن را عنصر دانسته‌اند پس عقد ضمان معوض باطل است^{۲۶} و تردیدی نیست که معامله تبرعی در حیظه تجارت جایی ندارد.

۴. استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه و اصلی: ضمانت‌نامه‌های بانکی از جمله اعتبارنامه‌های تجاری تلقی شده و در این زمینه برخی قائلند^{۲۷} که اصل استقلال اعتبارنامه از قرارداد اصلی و پایه حاکم می‌باشد. به موجب این اصل که با اصل دیگری که دکتین مطابقت دقیق اسناد خوانده می‌شود دو اصل اساسی را در مورد اعتبارات اسنادی تشکیل می‌دهند، اعتبار از قرارداد پایه و اصلی جدا و مستقل می‌باشد، بانکی که اعتبار را صادر کرده تنها با یک مسأله مواجه است؛ آیا اسنادی که توسط فروشنده ارائه شده با اسنادی که در دستورالعمل و اسناد اعتباری مشخص شده، تطبیق می‌کند یا خیر؟ و به بانک ارتباطی ندارد که قرارداد پایه و اصلی مربوط به خرید و فروش چه چیزی است و بانک به جز در مورد استثنای تقلب، باید در قبال ارائه اسناد، وجه اعتبار را پردازد و از این جهت اعتبار اسنادی به برات شباهت پیدا می‌کند. مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی نیز در مواد ۳ و ۴ خود این مهم را بیان داشته است.

اصل استقلال بدین معناست که ضامن تعهد جدیدی را به عهده گرفته و متعهد به پرداخت دین متعهد و یا مدیون اصلی نیست. او بر مبنای ضمان و به محض مطالبه

^{۲۶} دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۰۱.

^{۲۷} Cilve M. Schmittoff, *Schmittoff's Export trade, The law and practice of international trade*, p. 404-405.

ذی‌نفع ضمانت و یا به کیفیتی که قرارداد ضمانت مشخص کرده است، متعهد به پرداخت مبالغی است و بنابراین مورد ضمان باید ضرورتاً درج و بیان شود. از این اصل یک نتیجه عملی حاصل می‌شود و آن عبارت است از اصل عدم توجه ایرادات. به موجب این اصل، ضامن نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع نه به بطلان قرارداد اصلی نه به انحلال آن و یا فسخ آن و نه به اجرائی که ضمانت را بلاموضوع می‌سازد، استناد جوید.^{۲۸}

در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی برخی فلسفه وجودی آن را در استقلال و جدایی آن از قرارداد اصلی و پایه می‌دانند و بر این عقیده‌اند که هدف از ارائه ضمانت‌نامه بانکی اعطای حداکثر تأمین و اطمینان به ذی‌نفع آن است تا بتواند فارغ از قرارداد پایه و اصلی و به صرف تقاضا و بنا به تشخیص خود، دین آینده و خسارات وارده به خود را از بانک ضامن مطالبه کند و چنانچه غیر از این بود و مضمون‌گله می‌بایست با طرح دعوی علیه ضامن یا مضمون‌عنه، تقصیر طرف قرارداد را در محکمه صالحه به اثبات برساند، ضمانت‌نامه فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد و امکان ایفای نقش خود را به عنوان ابزار اطمینان‌بخش اجرای قراردادها نمی‌داشت.^{۲۹}

برخی در تعریف ضمانت‌نامه بانکی این معنا را لحاظ کرده‌اند. به اعتقاد ایشان در تجارت بین‌الملل ضمانت‌نامه بانکی عبارت است از یک تعهد مقدماتی و مستقل به وسیله ضامن تا در صورت قصور مضمون‌عنه، مبالغی را بپردازد، از این جهت ضمانت‌نامه شبیه اعتبار اسنادی تأیید شده بانکی است و بسیاری مقررات و مقررات اعتبارات اسنادی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز اعمال می‌شود به ویژه اصل استقلال تعهدات بانکی و اصل تطابق دقیق (اسناد)، با شرایطی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز اعمال می‌شود.^{۳۰}

²⁸ Philippe Simler et Philippe Delèbecque, *Droit Civil*, les sûretés, pp. 172-174.

²⁹ دکتر بهروز اخلاقی، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی»، مجله کانون وکلا، پائیز - زمستان ۱۳۶۸، شماره ۱۴۸-۱۴۹، ص ۱۵۶.

³⁰ Clive M. Schmittoff, *op. cit.*, pp. 447-449.

و از طرفی معتقدند که وابسته کردن ضمانت‌نامه به قرارداد اصلی و پایه مستلزم آن است که بانک قبل از صدور ضمانت‌نامه، قرارداد اصلی و پایه که به اعتبار آن، ضمانت‌نامه صادر می‌شود را مطالعه کرده و فهمیده باشد و در خصوص قصور احتمالی هر یک از طرفین (و من جمله قصوری که ضمانت‌نامه باید جوابگوی آن باشد) بررسی و قضاوت کافی کرده باشد و بانک‌ها به ویژه نمی‌خواهند خود را با اجرای قرارداد توسط طرف‌های اصلی آن، درگیر سازند.^{۳۱}

و لازم است که بانک‌ها در این زمینه، صادرکننده (کالا) را مطمئن سازند که عبارات ضمانت‌نامه روشن و خالی از ابهام می‌باشد به گونه‌ای که بانک به موجب آن هیچ وظیفه و تکلیفی برای داوری یا تصمیم‌گیری در مورد اینکه مطالبه وجه ضمانت‌نامه به دلیل قصور مضمون‌عنه موجه بوده است یا خیر ندارد تعهدات بانک صرفاً مالی است.^{۳۲}

طرفداران نظریه استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و اصلی، در واقع این استقلال را از منظر بانک ضامن می‌بینند بدین توضیح که بانک باید ضمانت‌نامه را با اولین درخواست پرداخت کند. در این صورت نمی‌تواند به دلایلی که از قرارداد پایه سرچشمه می‌گیرند، از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری ورزد. بنابراین ایراداتی مانند بطلان قرارداد پایه، فسخ قرارداد و یا اجرای کامل آن از سوی پیمانکار و نیز ادعای تهاثر یا انتقال طلب از سوی بانک صادرکننده ضمانت‌نامه قابل استناد نخواهد بود.^{۳۳} اینان این اصل را در ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان غیرقابل استناد بودن ایرادات مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار داده و چنین استدلال می‌کنند که جداسازی رابطه ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و غیرقابل استناد دانستن ایرادات مربوط به قرارداد پایه به هنگام درخواست پرداخت وجه آن از سوی ذی‌نفع برای استقرار ساختن اعتبار ضمانت‌نامه و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی

³¹ Anthony Pierce, *Demand Guarantee in International Trade*, p. 18.

³² *Ibid.*, p. 20.

³³ دکتر سید محمود کاشانی، ضمانت‌نامه بانکی، تهران، انتشارات مؤسسه عالی بانکداری، ۱۳۷۷، ص

ضروری است. اگر بانک بتواند خود را درگیر روابط قراردادی طرفین سازد یا دادگاه‌ها بتوانند پیش از پرداخت ضمانت‌نامه با ورود در ماهیت روابط قراردادی، مانع پرداخت آن بشوند، این سند بانکی کارایی و ارزش خود را در روابط قراردادی از دست می‌دهد.^{۳۴}

بند ب ماده ۲ مقررات یکنواخت برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب آوریل ۱۹۹۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز به نحو مختصر و گذرا به این اصل اشاره می‌کند. به موجب این بند: «ضمانت‌نامه‌ها با در نظر گرفتن طبیعت آن‌ها، قراردادهایی جداگانه از قراردادها یا شروط مناقصه‌ای که بر پایه آن‌ها ضمانت‌نامه صادر شده است، می‌باشند و ضامن به هیچ عنوان ارتباطی با قرارداد پایه ندارد و نسبت بدان ملزم نیست هر چند که در ضمانت‌نامه به قرارداد پایه ارجاع شده باشد...»

مخالفین این اصل عمدتاً به ماهیت و هویت تبعی و فرعی ضمانت‌نامه بانکی نسبت به قرارداد پایه و اصلی استناد می‌جویند. به عقیده اینان هر چند که مشابهت‌هایی بین اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه بانکی وجود دارد ولی در اعتبار اسنادی، بانک مقدمتاً متعهد به پرداخت است. در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی تبعاً و فرع بر قرارداد اصلی، چنین تعهدی را به عهده گرفته، از این جهت که در صورت قصور و تخلف متعهد و یا بدهکار از اجرای تعهد یا ایفای دین خود، متعهد و مسؤول خواهد بود.^{۳۵}

بنابر عقیده این عده، ویژگی اصلی قرارداد ضمانت این است که مسؤولیت ضامن همیشه نسبت به اصیل ثانوی و تبعی است و اصیل اولاً و بالذات در مقابل طلبکار مسؤول باقی می‌ماند. ضامن هیچ مسؤولیتی ندارد مگر و تا موقعی که اصیل (بدهکار اصلی) در انجام تعهدات خویش قصور ورزد. از طبیعت و ماهیت ثانوی بودن تعهد این نتیجه حاصل می‌شود که ضامن تنها تا همان اندازه‌ای که اصیل در

۳۴ همان.

۳۵ Ryder-Frank Raymond, *Legal Problems of International Banking* p. 33.

مقابل طلبکار مسؤول است، مسؤولیت دارد، مضاف آنکه اگر تعهد اصلی و پایه باطل یا غیرقابل اجرا باشد یا تعهد از بین رفته باشد، ضامن معمولاً مسؤولیتی ندارد.^{۳۶}

برخی نیز چنین اظهارنظر کرده‌اند که قاعده جدا بودن قرارداد اصلی از اعتبارنامه، در ضمانت‌نامه قابل اجرا نیست بلکه ضمانت‌نامه نسبت به قرارداد اصلی جنبه تبعی و فرعی دارد و ماهیت تبعی بودن ضمانت‌نامه بانک ضامن را مکلف می‌سازد به منظور احراز قصور واقعی و عملی مدیون اصلی (مضمون‌عنه) در انجام تعهدات یا پرداخت دین، در ورا و اطراف اسناد ارائه شده برای مطالبه وجه‌الضمان نیز بررسی و تحقیق کند.^{۳۷}

برخی نیز در حقوق ایران به مقایسه ضمانت‌نامه با عقد ضمان پرداخته و چنین اظهار می‌دارند که در ضمانت‌نامه همانند عقد ضمان، تعهد ضامن جنبه تبعی و فرعی دارد و مشمول آثار ناشی از آن است. بنابراین هرگاه بطلان قرارداد اصلی و پایه یا فسخ آن و یا انجام آن به نحو مقرر در قرارداد به دلیلی اثبات شود، ضمانت بانک نیز موضوعاً منتفی است. این عده این برداشت را با ماهیت و طبیعت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز سازگار می‌دانند چرا که ضمانت‌نامه برگردان قرارداد اصلی و پایه و فرع بر وجود آن است و بانک ضامن قائم مقام مدیون اصلی یا مضمون‌عنه می‌باشد.^{۳۸}

به هر حال ماهیت و طبیعت ثانوی و فرعی بودن ضمانت‌نامه بانکی اقتضای آن را دارد که ما این اصل را به گونه مطلق نپذیریم. ولی باید دید که آیا بانک ضامن نیز می‌تواند به صرف اظهار ادعایی در خصوص قرارداد اصلی و پایه از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری ورزد.

چنین به نظر می‌رسد که از منظر حقوق و تعهدات بانک ضامن، عموماً بانک

³⁶ Geraldine Andrew and Richard Millet, *Law of Guarantee*, pp. 41 and 215.

³⁷ ریچارد جی. دریس‌کول، «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌الملل»، ترجمه محسن مجیبی، مجله حقوقی، زمستان ۱۳۶۳، شماره ۱، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.

³⁸ دکتر بهروز اخلاقی، پیشین، صص ۱۸۲ و ۱۸۳.

پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع را در قبال ارائه اسناد و مدارکی تعهد و تضمین می‌کند. در این گونه موارد با توجه به تعهد و تکلیف مطلق بانک در مقابل مضمون‌گله (ذی‌نفع) باید قائل بدان بود که بانک، به محض حصول شرایط مقرر در متن ضمانت‌نامه، مکلف به پرداخت وجه موضوع آن خواهد بود در غیر این صورت مقصر شناخته شده و در واقع پیمان شکنی کرده است و ادعاهایی راجع به بطلان قرارداد پایه و اصلی یا ایفای تعهدات موضوع ضمانت‌نامه اساساً به بانک ارتباطی پیدا نمی‌کند و بانک نیز نباید در این وادی وارد شود چرا که تعهد بانک مطلق بوده و هرگونه خدشه و ایرادی به مفاد و مندرجات و تعهدات سند ضمانت‌نامه باید مضبوط و رسمی باشد.

در واقع تعیین ماهیت تعهد ضامن را باید تابع مفاد سند ضمان دانست. در ضمانت‌نامه‌های بانکی معمولاً متن ضمانت‌نامه به گونه‌ای تنظیم می‌شود که استقلال و جدایی آن از قرارداد پایه و اصلی به راحتی و به روشنی مشخص و آشکار می‌گردد و این مسأله نیز به این موضوع باز می‌گردد که بانک‌ها بیشتر تمایل دارند ضمانت‌نامه به گونه‌ای تدوین و صادر گردد که بانک هیچ تکلیفی در خصوص روابط قراردادی طرفین قرارداد پایه و اصلی پیدا نکند و بانک تعهدی مستقل و جدا داشته باشد. اما از طرف دیگر دادگاه می‌تواند علی‌رغم تعهد مستقل ضامن نسبت به بررسی روابط قراردادی طرفین اقدام نموده و در صورت احراز شرایط لازم، هرگونه مطالب احتمالی وجه ضمانت‌نامه را توسط ذی‌نفع آن با صدور دستور موقت مبنی بر منع بانک از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، عقیم بگذارد.

بدیهی است که اگر مضمون‌گنه من‌غیرحق و با دلایل واهی مبادرت به تحصیل چنین قراردادی نموده باشد، حسب اصول و مقررات کلی و قواعد مسؤولیت مدنی، مسؤول جبران خسارات وارده به مضمون‌گله خواهد بود. همچنین است در صورتی که قبلاً حکمی از مراجع ذی‌صلاح قضائی دائر به ابطال یا اعلام فسخ قرارداد پایه و اصلی صادر شده باشد و دادگاه با استناد به این حکم، پرداخت وجه ضمانت‌نامه را ممنوع سازد. با این وصف تمایز دیگری بین ضمانت‌نامه بانکی و عقد ضمان پدیدار می‌گردد.

۲. تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای مفهوم ایقاع

طرفداران این نظر معتقدند که در صدور ضمانت‌نامه، بانک ضامن به صورت یکجانبه و یک طرفی در مقابل مضمون‌له پرداخت مبلغ معین وجه نقد را بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت‌نامه، قبولی و رضای مضمون‌له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی او را متعهد می‌سازد.^{۳۹} ولی در تبیین و توضیح نظر خود عموماً به نظر فقهای تمسک می‌جویند که قائل به این هستند که ضمان نیز ایقاع است. اینان در انعقاد ضمان رضای مضمون‌له را شرط نمی‌دانند و معتقدند که تعهد ضامن به تنهایی او را ملتزم می‌سازد. از میان فقهای امامیه، شیخ طوسی از طرفداران این نظر می‌باشد. در کتاب‌های نویسندگان طرفدار این نظر، گذشته از اخبار و تشبیه ضمان به وفای دین، آمده است که در اثر ضمان ملک جدیدی برای مضمون‌له ایجاد نمی‌شود که نیاز به قبول او باشد. بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار ایجاد می‌شود اینان عقیده دارند که در ضمان رضای طلبکار اثر دارد منتهی این اثر را نباید به منزله اثر قبول در سایر معاملات شمرد. در واقع این گروه خواسته‌اند بین دو ضرورت را جمع کنند از سویی دیده‌اند که در ضمان تنها ضامن عهده‌دار دین می‌شود و التزامی به عهده می‌گیرد و مضمون‌له تنها به وثیقه جدیدی دست می‌یابد، از سوی دیگر برای انتقال دین به ذمه ضامن باید رضای باشد و این امر بر او تحمیل نشود. پس گفته‌اند که رضای مضمون‌له شرط است ولی این رضا، شرایط قبول در سایر عقود را ندارد.^{۴۰}

شاید عبارت «صدور ضمانت‌نامه بانکی» که در عرف بانکی مرسوم و متداول گشته به نوعی این توهم را تقویت نماید که صدور ضمانت‌نامه یک عمل یک طرفی بوده که از طرف بانک انجام می‌شود بدون اینکه نیاز به عمل دیگری از طرف اشخاص دیگر (مضمون‌له و مضمون‌عنه) داشته باشد. منتهی باید توجه داشت که صدور ضمانت‌نامه فقط ارائه برگ و گواهی ضمان است ولی روابط قراردادی طرفین

^{۳۹} همان، ص ۱۶۲.

^{۴۰} دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۲۶۳ و بعد.

در قرارداد دیگری که مبنای صدور ضمانت‌نامه می‌گردد، متبلور و متجلی می‌شود. در قرارداد مزبور حقوق و تعهدات طرفین صریحاً تعیین و مشخص شده است. مضاف آنکه استقرا در قوانین و سایر منابع حقوقی نشان می‌دهد که اصل آزادی ایقاع در حقوق وجود ندارد^{۴۱} و فقط در موارد تصریح شده توسط مقنن، می‌توان سخن از اعتبار و نفوذ ایقاع گفت و خارج از چارچوب قانون و در غیر مواردی که مقنن برای اراده یک طرفی اعتبار و اثر ایجاد و یا اسقاط حق و وضع تکلیف قائل شده است، اراده یک طرفی فاقد توانایی حقوقی و قانونی جهت ایجاد اثر حقوقی می‌باشد.

از طرف دیگر باید توجه داشت که نویسندگان قانون مدنی با آوردن ضمان در شمار عقود معین به ویژه با عبارت مندرج در ماده ۶۸۵ و بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی از عقیده‌ای تبعیت کرده‌اند که به موجب آن ضمان عقد است و در نتیجه تراضی میان ضامن و مضمون‌له واقع می‌شود.^{۴۲} مضاف آنکه در هیچ کجای قانون به عبارت «صدور» اعتبار ایجاد اثر حقوقی داده نشده است.

۳. تحلیل مفهوم ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و تعهد به نفع ثالث

در این زمینه ۲ تحلیل ارائه شده است:

الف- عمده نویسندگان حقوقی تمایل بدان دارند که ضمانت‌نامه بانکی را در قالب عقود نامعین مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل و بررسی نمایند. بر اساس این نظر، در ضمانت‌نامه‌های بانکی انتقال دین صورت نمی‌پذیرد و تعهد ضامن ناظر به تأدیه آن و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود ولی ضمان نیست و به این عنوان صحیح و معتبر نمی‌باشد اما بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت.^{۴۳}

^{۴۱} دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (ایقاع)، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص ۱۴۲.

^{۴۲} دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود معین - ۴)، ص ۲۶۳.

^{۴۳} همان، ص ۲۷۱.

برخی نیز بر این اعتقادند که اوضاع و احوال و مسائلی که ضمانت‌نامه‌های بانکی را احاطه کرده، به گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های مرسوم حقوق مدنی نمی‌دهد ولی با توجه به وضع و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنا قابل تحلیل است و در این محدوده می‌گنجد. ماده ۱۰ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قوانین نباشد، نافذ است» بنابراین ضمانت‌نامه‌های بانکی را نباید ضمانت‌عقدی و اصطلاحی دانست بلکه ضمانت قراردادی است و مشمول ماده ۱۰ بوده که مخالفتی با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل و شرع ندارد. مضاف آنکه ضمانت‌نامه بانکی به عنوان یک قراردادی تجاری و سند تعهدآور بانی متضمن فصول و ویژگی‌هایی است و طبیعت و ماهیت خاص خود را دارد.^{۴۴}

ب- برخی نیز بر مبنای مفهوم تعهد به نفع ثالث (ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی) به تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی پرداخته‌اند. بر مبنای این نظر، فرض بر این است که قراردادی که ضمانت‌نامه بر مبنای آن صادر می‌شود به جای آنکه قراردادی فی‌مابین ضامن و مضمون‌له باشد، قراردادی است میان مضمون‌عنه و ضامن که ذی‌نفع آن ثالث یعنی مضمون‌له است. چنین قراردادی هیچ‌گونه رابطه مستقیم با قرارداد پایه و اصلی ندارد بلکه قرارداد مستقلی است که بین مضمون‌عنه و ضامن منعقد می‌گردد.^{۴۵}

بر این اساس، قرارداد در واقع بین ضامن و مضمون‌عنه واقع می‌شود و بانک ضامن حسب درخواست متقاضی مبادرت به صدور ضمانت‌نامه‌ای می‌کند که به موجب آن حقی برای ثالث (مضمون‌له) به وجود می‌آید. طرفین این قرارداد نمی‌توانند با فسخ آن، خللی به حق موجود به نفع ثالث وارد نمایند و پایه و اساس

^{۴۴} دکتر بهروز اخلاقی، پیشین، ص ۱۸۴ و بعد.

^{۴۵} همان، صص ۱۷۷ و ۱۷۸ و بعد.

صدور ضمانت‌نامه، قرارداد پایه و اصلی که به موجب آن طرفین قرارداد، قبول می‌نمایند.^{۴۶}

این نظر از جهت تحلیل مکانیسم ضمانت‌نامه‌های بانکی جالب توجه است و تلاشی در خور تقدیر جهت جای دادن ضمانت‌نامه در نهادهای سنتی حقوق می‌باشد. اما باید توجه داشت که آنچه در این نظر در وهله اول جلب توجه می‌کند، تأکید زیاد بر اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و اصلی می‌باشد و همان‌طور که گفته شد این نظریه به طور مطلق در حقوق ما قابل پذیرش نیست. نکته دیگر اینکه در تعهد به نفع ثالث، کسی که حق یا تعهدی بسود وی ایجاد می‌شود واقعاً نسبت به روابط طرفین قرارداد بیگانه و ثالث است و حتی بعضاً اطلاعی از مفاد آن هم ندارد. در بسیاری موارد موضوع قرارداد چیز دیگری است و ضمن آن تعهدی هم به نفع ثالث می‌شود. ولی ضمانت‌نامه بدین‌گونه نیست بلکه تنها موضوع مورد معامله در قرارداد ضمانت‌نامه، ضمانت بانک از دین مضمون‌عنه است. مضاف آنکه مضمون‌له را نمی‌توان ثالث تلقی کرد چرا که وی یکی از طرفین اصلی قرارداد پایه بوده و ضمانت‌نامه نیز بنا به تقاضای وی صادر می‌شود، و با قبول ضمانت‌نامه حقوق و تعهداتی برای وی ایجاد می‌شود که خود نیز عالم بدان بوده و در واقع مضمون‌له نیز جزء طرف‌های اصلی ضمانت‌نامه است. کسانی که ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را تعهد به نفع ثالث می‌دانند اولاً خود به آثار و نتایج ناشی از آن پای‌بند نمانده‌اند و در تحلیل آثار و نتایج ضمانت‌نامه بانکی عمدتاً به مقررات ضمان استناد می‌کنند.^{۴۷} ثانیاً آنچه مهم است این است که ماهیت قرارداد اصلی را که در ضمن آن تعهدی به نفع ثالث می‌شود را تحلیل کنیم و اینان از این مسأله غافل مانده‌اند.

نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل‌هایی که در خلال مباحث گذشته ارائه گردید، می‌توان گفت که عقد

^{۴۶} همان.

^{۴۷} آیدا بالاسان آوانسیان، ضمانت‌نامه‌های بانکی، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، صص ۱۰ و ۵۸.

ضمان لباس زینده‌ای برای ضمانت‌نامه‌های بانکی نبوده و عموم حقوقدانان و حتی تا حدی، رویه قضائی تبیین ماهیت و آثار ضمانت‌نامه‌های بانکی را بر مبنای مفهوم عقد ضمان مدنی قبول ندارند و در این زمینه دلایل و مستندات قوی و محکمی نیز وجود دارد. بی‌تردید یکی از اوصاف اصلی عقد ضمان، با وجود دین و یا سبب آن در هنگام انعقاد عقد می‌باشد ولی در ضمانت‌نامه‌های بانکی عموماً ضمانت از دین احتمالی و آینده است و برخی از موارد نیز ضمانت از حسن انجام کار است بدین معنی که دینی نیز در بین نیست بلکه مابازاء انجام نیکوی کار مورد قرارداد می‌باشد که در صورت تخلف باید پرداخت شود. علاوه بر این همان‌گونه که دیدیم ضمان در قانون مدنی موجب نقل ذمه به ذمه است و ضمانت‌نامه بانکی واجد چنین وصفی نیست بلکه در تحلیل نهایی می‌توان آن را موجب ایجاد نوعی تضامن طولی یا ضمان وثیقه‌ای دانست مضافاً بر اینکه ضمانت‌نامه بانکی نوعی سند بانکی و بالمآل تجاری است که بواسطه تجاری بودن واجد اوصاف و خصوصیات است که مهمترین آن قصد انتفاع و سودجویی (و نه تبرع که بر ضمان حاکم می‌باشد) است و عقد ضمان مدنی از این اوصاف تهی می‌باشد.

در مورد استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد اصلی و پایه نیز دانستیم که هر چند این نظر به طور مطلق در حقوق ما قابل پذیرش نیست ولی استقلال ضمانت‌نامه یا عدم استقلال آن از قرارداد پایه و اصلی بیشتر تابع مفاد سند بوده و به طور نسبی و در رابطه بین بانک و مضمون‌له می‌توان آن را پذیرفت. ولی در ضمان فرعی و تبعی بودن عقد ضمان، تبعیت کامل ضمان از قرارداد مبنای آن را در پی داشته و آثار و عوارض ناشی از آن، شامل قرارداد ضمان نیز می‌گردد. لذا هر چند شباهت‌هایی میان عقد ضمان مدنی و ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود دارد ولی جهات افتراق قوی‌تر و اساسی‌تری را دارا می‌باشد و با توجه به وصف تجاری ضمانت‌نامه‌های بانکی بهتر است که قالب‌های کهنه و مرسوم حقوق مدنی کنار گذاشته شود و از شیوه‌های نوینی استفاده گردد که ظرفیت‌های بیشتری برای پاسخگویی به نیازهای روزافزون جامعه به بسط و توسعه عملیات تجاری و همگام شدن یا تحولات سریع، وسیع و عمیق تجارت در سطح جهانی و پاسخگویی به مسائل جدید را داشته

باشند. ایقاع نیز قالب بر ازنده‌ای برای ضمانت‌نامه‌های بانکی نیست زیرا صرفنظر از ممنوعیت انعقاد ایقاع نامعین (خارج از چارچوب‌های تعریف شده و مشخص قانونی) تحلیل حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای مفهوم ایقاع نیز نارسا بوده و از نظر حقوقی صحیح به نظر نمی‌رسد و این نهاد حقوقی از تحلیل دقیق و اصولی ساز و کار ضمانت‌نامه‌های بانکی عاجز است.

تعهد به نفع ثالث نیز به رغم ظاهر فریبنده و جالب خود، نمی‌تواند ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی را به روشنی و به خوبی توجیه و تفسیر کند و اساساً مغایرت‌های مهمی بین مکانیسم و ویژگی تعهد به نفع ثالث با ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود دارد که قابل اغماض نمی‌باشد.

و اما در مورد تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی باید توجه داشت که ماده ۱۰ قانون مدنی که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را در حقوق ما مقرر داشته است، نباید به محملی برای فرار از مقررات قانونی و قواعد آمره‌ای که مقنن برای عقود معین مقرر داشته است، تبدیل شود. لذا فقط در هنگامی و در جایی می‌توان بدان استناد جست که نهاد مورد مطالعه در قالب هیچ‌یک از نهادهای شناخته شده قانونی جای نگیرد. در حقوق ما ضوابط و مقررات حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی توسط قوانین موضوعه تشریح نگردیده بلکه فقط اصل جواز صدور آن توسط بانک‌ها در قانون پولی و بانکی کشور و قانون عملیات بانکی بدون ربا بیان شده است و در فقدان نصوص قانونی، عرف و رویه بانکی عمده ضوابط حاکم بر این‌گونه ضمانت‌نامه‌ها را مشخص و معین کرده است. با تحلیل و بررسی انواع نهادهای مشابه ضمانت‌نامه‌های بانکی که در حقوق مدنی مورد استفاده می‌باشند نیز دریافتیم که ضمانت‌نامه بانکی در هیچ‌یک از آن قالب‌ها جای نمی‌گیرد و تحلیل ماهیت حقوقی آن با تمسک به نهادهای مزبور امکان‌پذیر نمی‌باشد پس باید ضمانت‌نامه‌های بانکی را مشمول مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی دانست. فلذا و با این تعبیر، ضمانت‌نامه بانکی نهاد تازه و نوی است که با توجه به مقتضیات تجارت و نیاز جامعه بدان وضع و ایجاد گردیده و با قواعد حقوقی و اخلاق حسنه تغایر و مخالفتی ندارد و در نتیجه نافذ و معتبر می‌باشد. با این توضیح

که عمومات قانونی در باب کیفیت انعقاد و موانع و شرایط آن در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز لازم‌الرعايه است و در چارچوب قواعد آمره، طرفین آزادند که در خصوص حقوق و تعهدات و روابط قراردادی خود - بدان گونه که می‌خواهند - توافق و تراضی نمایند.



JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. II, NO. 2

2003-2

Articles

- Saddam's Trial and the Question of Jurisdiction in National and International Law
- Judgment of the International Court of Justice in the Oil Platforms Case: Judicial Diplomacy in International Justice
- Construction of the Wall in Palestinian Occupied Territories: the Question of its Legitimacy in the Shadow of Human Rights and Humanitarian Law
- Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and Standards of Foreign Investment
- How to Apply the Principle of Non-Refoulement in front of War Refugees?
- Legal Nature of Bank Guarantee in the Iranian Law

Special Issue : International Law and the Establishment of Nuclear Security

- Nuclear Security and Non-Proliferation in International Customary Law
- Nuclear Weapons as a Point of Coincidence of *Jus ad bellum* and *Jus in bello*
- The Place of Provisional Application of the Additional Protocol to NPT in the Iranian Public Law
- The Protection of Nuclear Installations in Armed Conflicts

Critique and Presentation

- Decision of the General Board of the Supreme Court about Hearing of Insolvency Claim Before Imprisonment in Context of Iran's International Obligations



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study