دکتر بهروز اخلاقی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

بحثی پیرامون ضمانتنامه های بانکی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

● مقدّمه

۱. در قلمرو فعّالیّت و عملیّات اعتباری بانکها اسناد و اوراق زیادی جریان دارد.[۱] در ارتباط با موضوع و از باب آشنایی با نمونه‌ای از این گونه اسناد، در این مقاله منحصراً از «ضمانتنامه‌های بانکی» به‌عنوان یکی ابزارهای مهمّ تجارت بین‌المللی سخن به‌میان می‌آوریم.

ضمانتنامه‌های بانکی یکی از انواع اعتبارنامه‌های تجاری به‌شمار می‌آیند.

اعتبارنامه، حسب تعریف کلّی، سند یا قراردادی است که

۱. بحث از اسناد، قراردادها و عملیّات بانکی، موضوع «حقوق بانکی» (Banking law-droit bancaire) را تشکیل می‌دهد. برای اطّلاع از جنبه‌هایی از این رشته رجوع شود به سلسله مقالات آقای دکتر جلال عبده تحت‌عنوان «کلّیاتی در حقوق بانکداری» منتشره در مجلّهٔ کانون بانکها، سالهای ۵۵ــ۵۶ و منابع مذکور در این مقاله.

به‌موجب آن بانکی (بانک بازکنندهٔ اعتبار)[2] بنا به درخواست و برطبق دستور مشتری[3] (متقاضی اعتبار)[4]:

یک. مبلغی را در وجه یا به حوالهٔ شخص ثالث (ذینفع)[5] بپردازد یا وجه اسناد تجاری (بروات) صادره توسّط ذینفع را پرداخت یا قبول نماید.

دو. یا بانک دیگر را مجاز دارد تا در قبال اسناد مشخّص و با رعایت شرایط اعتبار، چنین پرداختی را انجام دهد یا وجه اسناد تجاری (بروات) را پرداخت یا قبول کند و یا مورد معامله قرار دهد.[6]

به نحوی که ملاحظه می شود اعتبارنامه‌های بانکی بنا به تقاضای مشتری یا دستوردهنده تنظیم می‌شوند و نوعاً سه طرف دارند:

۱. «صادرکننده» یعنی بانک یا مؤسسهٔ اعتباری که اعتبارنامه را صادر می‌کند.

۲. «مشتری» یا دستوردهنده، یعنی کسی که از صادرکننده تقاضای صدور یا گشایش اعتبار را کرده است.

۳. «ذینفع» یعنی کسی که مطابق شرایط اعتبار، حقّ مطالبهٔ وجه اعتبار را دارد.

در اعتبارنامه‌های بانکی غالباً سه قرارداد مستقل و متمایز از هم که سرنوشت آنها به‌نوعی با هم درآمیخته است و در کلّ مجموعه‌ای را تشکیل می دهند، مشاهده می شود:

اوّل: قرارداد اصلی یا پایه که به موجب آن دستوردهنده و ذینفع با

2. The issuing bank of L/C
3. customer
4. The applicant for the credit
5. The beneficiary

۶. رک. به: مقرّرات متحدالشّکل اعتبارات اسنادی، شمارهٔ ۴۰۰، مصوّب اتاق بازرگانی بین‌المللی، سال ۱۹۸۴، مادّهٔ ۲.

Uniform customs and practice for documentary credits No 400, 1983 revision in force as from 1 October 1984, Art. 2.

یکدیگر توافق می‌کنند که پس از تحقّق شرایط قرارداد، مبلغ معیّنی وجه به ذینفع پرداخت گردد. رایج‌ترین نوع این عملیّات را در گشایش اعتبارات اسنادی می‌یابیم.[۷]

دوّم: قرارداد منعقده فیمابین دستوردهنده و بانک صادرکنندهٔ اعتبار که به‌موجب آن دستوردهنده متعهّد می‌شود که وجه اسناد تجاری (بروات) یا هرگونه مطالبات ناشی از اعتبارنامه را که بانک قبول، پرداخت یا معامله کند، به وی پرداخت نماید.

سوّم: قرارداد منعقده فیمابین بانک صادرکنندهٔ اعتبار و بانک کارگزار و ذینفع که وفق آن بانک متعهّد می‌شود اسناد تجاری (بروات) یا مطالبات ناشی از اعتبارنامه را به‌شرط تطبیق آن با شرایط اعتبار، قبول یا در وجه او پرداخت نماید.

اعتبارنامه‌ها، فی نفسه و علی القاعده از قراردادهای فوق که جنبهٔ مبنا و پایهٔ اعتبار را تشکیل می‌دهند، مستقل می‌باشند و معاملهٔ جداگانه‌ای به‌حساب می‌آیند و ارتباطی به بانکها ندارند و تعهّدی برای بانکها ایجاد نمی‌کنند هرچند به‌نحوی در اعتبارنامه‌ها به‌وجود چنین قراردادهایی اشاره هم شده باشد.[۸]

منشأ اعتبارنامه‌ها، برات در صورتهای قدیمی آن است و هدف

۷. در عرف بانکی کشور ما «Letter of Credit» را که به علامت اختصاری «L/C» شهرت دارد، «اعتبار اسنادی» می‌نامند. این اصطلاح معمولاً در خرید و فروشهای بین‌المللی که موضوع آن کالا یا خدمات است مورد دارد. در تألیفات حقوقی ایران از این اصطلاح به «اعتبارنامه» نیز نام برده می‌شود.

۸. رک. به دکتر جلال عبده: همان مأخذ، شمارهٔ ۵۲، ص ۹ به بعد.

ــ ریچارد جی. دریس کول: «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی»، ترجمهٔ محسن محبّی به‌نقل از مجلّهٔ حقوق بین‌الملل ویرجینیا، شمارهٔ ۲، سال ۱۹۸۰، منتشره در مجلّهٔ حقوقی (دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران)، شمارهٔ اوّل، زمستان ۶۳، ص ۱۱۷ ــ ۱۸۰.

René et Jean Savatier, Jean-Marie Leloup: Droit des affaires, 6e éd. 1980. Chapt. IV.

از آن در اصل، اجرای قرارداد صرّافی[9] و پرداخت مبلغ معیّنی وجه نقد در محلّ معیّنی در خارج از کشور بوده است، و از همین رو کاربرد این گونه اسناد امروزه در معاملات بازرگانی بین المللی است.[10]

اعتبارنامه ها بنا به طبیعت، نوع و کاربردشان انواعی دارند. از یک دیدکلّی، این اعتبارنامه ها را می توان به «اعتبارنامه های تجاری»[11] و «اعتبارنامه های تضمینی»[12] و «ضمانتنامه های بانکی»[13] تقسیم نمود.

اعتبارنامه های تجاری در عرف بانکی، به «اعتبارات اسنادی»[14] معروف اند و «اعتبارنامه های تضمینی» اصطلاحاً «ضمانتنامه های بانکی» را نیز دربرمی گیرند.

ضمانتنامه های بانکی

۲. «ضمانتنامه» قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمونٌ عنه) درمقابل ذینفع (مضمونٌ له) تعهّد می کند بدون هیچ گونه قید و شرط و عندالمطالبه یا در سررسید معیّن، مبلغ معیّنی وجه نقد از بابت موضوع خاصّی که مربوط به مضمونٌ عنه است، به ذینفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید.

موضوع خاص در تعریف کلّی فوق، ناظر به نوع ضمانتنامه است، مثل ضمانتنامهٔ شرکت در مناقصه یا مزایده و ضمانتنامهٔ حسن انجام کار. توضیح اینکه در قلمرو بازرگانی، ضمانتنامه ها انواع مختلفی دارند. از یک نظر، در ارتباط با قراردادها، ضمانتنامه ها به سه نوع تقسیم

9. Le contrat de change
10. Georges Ripert: Droit commercial, 3e éd., Paris 1954, pp. 968-670.
11. Commerical letter of credit
12. Standby letter of credit
13. Bank guarantees or Letter of Guarantee (L/G)
14. Documentary credit-Crédit documentaire

می شوند:

ـ ضمانتنامهٔ شرکت در مناقصه یا مزایده[15]

ـ ضمانتنامهٔ حسن انجام کار قرارداد یا انجام قرارداد[16]

ـ ضمانتنامهٔ استرداد پیش پرداخت[17]

● **ضمانتنامهٔ شرکت در مناقصه یا مزایده**[18] عبارت است از سندی که به موجب آن صادرکننده اعمّ از بانک، شرکت بیمه یا هر شخص دیگری، به‌عنوان ضامن، بنا به درخواست متقاضی (مضمونٌ عنه)، فروشنده یا پیمانکار تعهّد می‌کند مبلغ معیّنی وجه نقد، از بابت تقصیر مضمونٌ عنه در ازای تکالیفی که ناشی از ارائهٔ پیشنهاد شرکت در مناقصه یا مزایده است، در وجه ذینفع (خریدار یا کارفرما) که دعوت به مناقصه یا مزایده کرده، پرداخت نماید.[19]

● **ضمانتنامهٔ حسن انجام قرارداد یا انجام تعهّدات**[20] عبارت است از سندی که به‌موجب آن صادرکننده (اعمّ از بانک، شرکت بیمه یا هر شخص دیگری) بنا به درخواست طرفی که کالاها یا خدماتی ارائه نموده (یا مضمونٌ عنه) تعهّد می‌کند که در صورت قصور مضمونٌ عنه از این تعهّدات یا در حسن اجرای کار یا قرارداد، مطابق شرایط قراردادی که میان مضمونٌ عنه و مضمونٌ له (خریدار و فروشنده یا پیمانکار و کارفرما) وجود دارد، مبلغ معیّنی را به ذینفع بپردازد.[21]

● **ضمانتنامهٔ استرداد پیش‌پرداخت**[22] عبارت است از سندی که به‌موجب

15. Letter of guarantee for tender or bid bond
16. Letter of guarantee for good execution or penformance of the contract
17. Letter of guarantee for refund of advance payment
18. Tender guarantee

۱۹. Uniform rules for contract guarantees-ICC
مقرّرات متّحدالشّکل برای ضمانت قرارداد، اتاق بازرگانی بین المللی، مادهٔ ۲، بند الف.

20. Good execution or porformance L/G

۲۱. همان مأخذ، مادهٔ ۲، بند ب.

22. Advance payment L/G

آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست عرضه کنندهٔ کالاها یا خدمات (مضمونٌ عنه) خریدار یا پیمانکار، متعهّد می‌گردد درصورت قصور مضمونٌ عنه در بازپرداخت مبلغ یا مبالغی که توسّط ذینفع (مضمونٌ له) و تحت شرایط و موادّ قرارداد منعقده فیمابین طرفین اصلی آن (خریدار و فروشنده یا پیمانکار و کارفرما) به او پیش‌پرداخت شده است، مبلغ معیّنی را به ذینفع (مضمونٌ له) بپردازد.[۲۳]

۳. ضمانتنامه‌ها غالباً توسّط بانکها و احیاناً توسّط مؤسّسات اعتباری صادر می شوند و هدف از صدور آنها جبران خساراتی است که احتمالاً ممکن است از بابت عدم انجام نوع تعهّد مندرج در هریک از آنها متوجّه ذینفع آن گردد.

ضمانت ضامن درمقابل ذینفع یا مضمونٌ له فقط مطابق شرایط و موادّ مذکور در ضمانتنامه و حدّاکثر تا مبلغی است که در آن تعهّد پرداخت به‌عمل آمده است.

حسب قاعده، وجه‌الضمان یا مبلغ التزام مذکور در ضمانتنامه نباید به این علّت که بخشی از کار قرارداد انجام شده است، کاهش داده شود مگر اینکه چنین ترتیبی در ضمانتنامه درج شده باشد.[۲۴]

ضمانتنامه‌ها، از نقطه نظر شکلی، پس از قید شرایط اساسی ازجمله نام بانک یا مؤسّسهٔ ضامن، مضمونٌ له و مضمونٌ عنه و نوع ضمانتنامه و مبلغ و نوع تعهّد مضمون، تابع شرایط معیّنی بوده، غالباً متضمّن تعهّد بدون قید و شرطِ پرداخت مبلغ معیّنی وجه نقد از طرف بانک ضامن در وجه ذینفع (مضمونٌ له) یا حواله کرد او هستند. مثلاً در ضمانتنامهٔ حسن انجام تعهّدات صادره از طرف بانکهای ایرانی، چنین آمده است که:

۲۳. همان مأخذ، مادهٔ ۲، بند ج.

۲٤. همان مأخذ، مادهٔ ۳، بند ۲.

بانک تجارت

غیرقابل انتقال

تاریخ

مضمونٌ له

معطوفاً به قرارداد شمارهٔ مربوط به

منعقده بین: مضمونٌ‌عنه این ضمانتنامه

و مضمونٌ له این ضمانتنامه

بدین وسیله این بانک برای حسن اجرای تعهداتی که به‌موجب قرارداد اشاره شده، مضمونٌ‌عنه این ضمانتنامه به‌عهده گرفته است، ضمانت می‌کند و متعهد می شود درصورتی که بنا به تشخیص مضمونٌ‌له، مضمونٌ‌عنه این ضمانتنامه از انجام و اجرای هر یک از تعهدات ناشیه از قرارداد مذکور تخلّف ورزد تا میزان... هر مبلغی را از بابت این ضمانتنامه به هر عنوان و هر جهتی که مضمونٌ‌له این ضمانتنامه تشخیص داده و مطالبه نماید، به‌محض دریافت اوّلین تقاضای کتبی بدون اینکه محتاج به صدور اظهارنامه یا اقدام از مجرای قانونی و یا مقام دیگر باشد و یا نیازی به اثبات قصور و سقم داشته باشد، بلادرنگ در وجه یا حواله کرد مضمونٌ‌له این ضمانتنامه بپردازد. این ضمانتنامه تا آخر وقت اداری روز... معتبر بوده و بنا به درخواست مضمونٌ‌له برای مدّتی که درخواست شود قابل تمدید خواهد بود.

۴. ضمانتنامه‌ها با توجّه به انواع مختلف آنها، حسب تعهّد پرداخت وجه مندرج در آنها، یا ریالی هستند و یا ارزی.

در ضمانتنامه‌های ریالی معمولاً سه شخص دخالت دارند: بانک ضامن صادرکنندهٔ ضمانتنامه، متقاضی دستوردهنده یا مضمونٌ‌عنه و ذینفع یا مضمونٌ‌له.

وثیقه و پشتوانهٔ ضمانتنامهٔ ریالی، معمولاً وجه نقد، اسناد تجاری

به‌معنی خاص مثل برات و سفته و چک، و یا اسناد تجاری به‌معنی عام مثل اوراق بهادار است و در پاره‌ای از موارد نیز اموال غیرمنقول و یا اعتبار مشتری متقاضی صدور ضمانتنامه می باشد و بانک در قبال تودیع چنین وثایقی مبادرت به صدور ضمانتنامهٔ ریالی می‌کند.

ضمانتنامه های ارزی متضمّن تعهّد پرداخت ارز می باشند و غالباً ضمانتنامه‌هایی هستند که بانکهای خارجی تقاضای صدور آنها از بانکهای ایرانی برای مشتریان خود به اعتبار تعهّداتشان در ایران می‌نمایند. و بعضاً بانکهای ایرانی نیز ضمانتنامه‌هایی را صادر می‌کنند و یا دستور صدور آنها را به بانکهای خارجی به نفع مشتریان خود می دهند.

در این نوع ضمانتنامه ها، علاوه بر طرفهای سه گانه، نقش بانک کارگزار یا اتکایی که طرف چهارم ضمانتنامهٔ ارزی است، حائز اهمیّت است و وثیقه و پشتوانهٔ ضمانتنامهٔ صادره، ضمانتنامه ای است که بانک خارجی به نفع ضامن ایرانی و یا بانک ایرانی به نفع ضامن خارجی صادر می‌کند. این نوع ضمانتنامه ها در عرف بانکی ما به «ضمانتنامهٔ متقابل»[25] یا «ضمانتنامهٔ اتکایی»[26] و یا «اعتبارات اسنادی احتیاطی»[27] معروف اند.

طرفهای چهارگانهٔ ضمانتنامه های ارزی عبارتند از:

ـ مضمونٌ عنه یا مدیون اصلی که اصطلاحاً «ضمانت خواه» نیز خوانده می شود.[28]

ـ بانک دستوردهنده یا ضامن متقابل خارجی[29]

ـ بانک ضامن ایرانی[30]

25. Banck to back bank guarantee
26. Standby letter of credit
27. Counter guarantee
28. Guaranteed party
29. Gorrespondent bank
30. Guarantor

ـ مضمونٌ له یا ذینفع ضمانتنامه[31]

۵. ضمانتنامه‌های بانکی از این جهت که متضمّن تعهّد پرداخت بدون قید و شرط مبلغ معیّنی وجه نقد هستند و صدور آنها عمل تجاری است، وجه اشتراکی با اسناد تجاری به معنی خاص دارند، ولی به دلایل زیر از مصادیق اسناد مذکور به حساب نمی‌آیند؛ زیرا:

اولاً، از نقطه‌نظر شکلی تابع مقرّرات معیّن قانونی نیستند.

ثانیاً، این گونه اسناد متضمّن سررسید کوتاه‌مدّت یا معیّنی نیستند و معمولاً مبلغ مندرج در آنها به صرف مطالبهٔ ذینفع در طیّ مدّت اعتبار قابل تمدید آنها قابل پرداخت است.

ثالثاً، اسناد مذکور، قائم به اشخاص‌اند و قابلیّت انتقال از طریق ظهرنویسی را ندارند و اصل «استقلال امضاها»[32] و درنتیجه «عدم توجّه ایرادات»[33] در مورد آنها حکومت ندارد.

رابعاً، این نوع اسنادْ فصول، ویژگیها و امتیازات خاصّ اسناد تجاری به معنی خاص را ندارند و ارزش و اعتبار آنها به جهت صدور از ناحیهٔ یک مؤسّسهٔ معتبر مالی مثل بانک است.

خامساً، اسناد تجاری به معنی خاص، به علّت رواج عمومی آنها در میان تجّار و غیرتجّار و استقبال عامّه از آنها، نقش پول را ایفا می‌کنند و حال آنکه ضمانتنامه‌های بانکی، به‌عنوان ابزار تجارت داخلی و بین‌المللی، کاربرد محدودی دارند.

سادساً، اسناد تجاری از وصف تجریدی[34] برخوردارند و حال آنکه در ضمانتنامه، حسب ماهیّت حقوقی آن، اصل استقلال و جدایی آن از قرارداد اصلی و پایه جریان ندارد و تعهّد مندرج در آن جنبهٔ تبعی و فرعی

31. Beneficiary
32. Le principe de l'indépendance des signatures
33. Le principe de l'inopposabilité des exceptions
34. Le caractère abstrait

دارد و به این اعتبار،تابع احکام و آثار خاصّی است.

۶. درخصوص ماهیّت حقوقی ضمانتنامه های بانکی در حقوق تجارت کشورهای غربی و حقوق کشور ما بحثهای جالب و آموزنده‌ای صورت گرفته است. در حقوق ایران، حقوقدانان ما نظرات ظریف و متفاوتی ابراز داشته‌اند. بررسی این نظرات، حکایت از تلاش خستگی ناپذیری در قالب گیری این نوع اسناد یا قراردادها در قالب عقود یا قراردادهای مدنی دارد و اغلب نظرات ابرازی پیرامون مقایسه و تحلیل ضمانتنامه های بانکی در قالب عقد ضمان است.

طرح متن نظرات ابرازی و نقد و بررسی آنها به تفصیل، از حوصلهٔ این مقاله خارج است و ما از آن در قراردادهای تجاری بحث خواهیم کرد.

در این مقام، فشردهٔ پاره‌ای از اهمّ نظراتْ مطرح و نتیجه گیری از آنها عنوان می شود.

در تعیین ماهیّت حقوقی ضمانتنامهٔ بانکی، برخی آن را ایقاع و یک تعهّد یکطرفی و برخی دیگر آن را عقد دانسته‌اند. بعضی از طرفداران نظریهٔ اخیر، ضمانتنامهٔ بانکی را از مصادیق ضمان عقدی مذکور در قانون مدنی و پاره‌ای دیگر آن را قراردادی مستقل و گروهی نیز آن را تعهّد به نفع شخص ثالث و یا یک تعهّد تبعی معرّفی می‌کنند.

۷. محصّل نظر ایقاع بودن ضمانتنامهٔ بانکی این است که در صدور ضمانتنامه بانک ضامن به صورت یکجانبه و یکطرفی درمقابل مضمونٌ له پرداخت مبلغ معیّنی وجه نقد را از بابت موضوع خاصّی به‌عهده می‌گیرد. در صدور ضمانتنامه، قبولی و رضای مضمونٌ له شرط نیست و تعهّد ضامن به تنهایی او را ملتزم می سازد.

برای این نظر می توان ریشه هایی در فقه امامیّه نیز یافت. توضیح

اینکه نویسندگان قانون مدنی کشور ما با آوردن «ضمان» درشمار عقود معیّن و بویژه با تنظیم مادهٔ ۶۸۵ و بند ۲ از مادهٔ ۲۹۲، از قول مشهور فقهای امامیّه پیروی کرده‌اند که به‌موجب آن، ضمانْ عقد است و درنتیجهٔ تراضی میان ضامن و مضمونٌ له واقع می شود، ایجاب عقد به‌طور معمول از سوی ضامن گفته می شود که عهده‌دار دین مضمونٌ عنه است و قبول آن از سوی مضمونٌ له که به انتقال دین رضایت می دهد.[۳۵]

ولی برخی از فقها برخلاف نظر مشهور، در انعقاد ضمان، رضای مضمونٌ له را ضروری نشمرده و آن را نوعی «اثبات حق بر ذمّهٔ طلبکار»[۳۶] و یا «نوعی وفای به دین»[۳۷] دانسته‌اند که نیاز به رضای طلبکار ندارد، و بر این اساس، نظر بر عقد نبودن ضمان داده‌اند.[۳۸] این نظر در فقه عامّه نیز پیروان زیادی دارد.

طرفداران نظریّهٔ ایقاع بودن ضمان، گذشته از اخبار و تشبیه ضمان به وفای دین، چنین استدلال می‌کنند که هر اثر ضمانْ ملک جدیدی برای مضمونٌ له ایجاد نمی شود که نیاز به قبولی او باشد، بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار به‌وجود می آید.[۳۹]

نحوهٔ صدور ضمانتنامه‌های بانکی و آثار ناشی از آن در ارتباط با

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۳۵. دکتر ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، عقود اذنی، وثیقه‌های دین، عقود معیّن (۳)، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۴، فصل دوّم، شمارهٔ ۱۵۰ به بعد. دکتر سیّدحسن امامی: حقوق مدنی، ج ۲/ ص ۲۵۲ به بعد. دکتر محمّدجعفر جعفری لنگرودی: دورهٔ حقوق مدنی، عقد ضمان، بخش چهارم، فصل اوّل، شمارهٔ ۱۴۰ به بعد.

۳۶. شیخ طوسی: خلاف، ص ۱۳۳. فخر المحقّقین: ایضاح، ج ۲/ص ۸۴.

۳۷. حدائق، چاپ سنگی، ص ۲۹۳ ــ عروة الوثقی، ج ۲/ص ۳۳۳. دکتر ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، عقود معیّن، ص ۲۵۳ و ۲۶۴.

۳۸. حدائق، ج ۴/ ص ۲۹۳، مناهل، ص ۱۱۹. المغنی، ج ۴/ص ۴۰۰. نهایة المحتاج، ج ۴/ص ۴۲۴. الانوار، ج ۱/ص ۴۶۴. دکتر محمّد جعفر جعفری لنگرودی: عقد ضمان، شمارهٔ ۲۱۵.

۳۹. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ: ص ۲۶۵.

ضامن و مضمونٌ له و مضمونٌ عنه تاحدودی در قالب و چهارچوب این نظر می‌گنجد، ولی به‌نظر می رسد با طبیعت «ضمان عقدی» مذکور در قانون مدنی سازگاری نداشته باشد؛ زیرا در این نوع ضمان تنها ضامن عهده‌دار دین نمی شود، مضمونٌ له نیز سقوط طلب خود را از مضمونٌ عنه و نقل ذمّهٔ او را به ضامن انشاء می‌کند و حاصل این دو انشاء (تراضی)، انتقال دین است هرچند تفکیک اصطلاحی ایجاب و قبول و بحث از لزوم تقدیم ایجاب بر قبول مثل سایر عقود نسبت به چنین عقدی مصداق ندارد.

بر این مبنا برخی از مؤلّفان و اساتید حقوق مدنی، ضمانتنامه‌های بانکی را ازجملهٔ «عقود» یا «قراردادهای مدنی» دانسته و النهایه در ماهیّت حقوقی آن اختلاف کرده‌اند: برخی آن را از مصادیق «ضمان عقدی» و برخی دیگر آن را «قراردادی مستقل» و عدّه‌ای نیز آن را از مصادیق «تعهّد به نفع شخص ثالث» به حساب آورده‌اند.

۸. از میان طرفداران نظریّهٔ عقد بودن ضمانتنامه‌های بانکی برخی به معنی عامّ ضمان و برخی دیگر به معنی خاصّ آن نظردارند. توضیح اینکه ضمان در اصطلاح حقوقی دو معنی دارد: معنی عامّ آن تعهّد به مال یا نفس است و به این معنی ضمان شامل حواله و کفالت نیز می شود[۴۰]، و معنی خاصّ آن تعهّد به مال است که در ذمّهٔ دیگری قرار دارد که همان ضمان عقدی است که مادّهٔ ٦٨٤ قانون مدنی آن را به شرح زیر تعریف کرده است:

«عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمّهٔ دیگری است به‌عهده بگیرد.
متعهّد را ضامن، طرف دیگر را مضمونٌ له و شخص ثالث را مضمونٌ عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

۴۰. دکتر سیّد حسن امامی: حقوق مدنی، ج ۲/ ص ۲۵۲. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۳۲. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۱٤۷ ــ ۱۵۳.

پس برای تحقق ضمان باید شخصی دربرابر طلبکار تعهد کند که دین بدهکار را بپردازد و این تعهد مورد قبول طلبکار واقع شود.

طرفداران نظریهٔ ضمان عقدی عمدةً چنین استدلال می‌کنند که ضمانتنامه، اعمّ از بانکی و غیربانکی، سندی است حاکی از قرارداد ضمان؛ به این معنی که این سند معرّف و دلیل وجود قراردادی است که قبلاً منعقد شده و پیرو انعقاد آن، سند ضمانتنامه صدور یافته است. این نظر، بسیاری از مشکلات نظری و عملی وارد بر نظریهٔ ایقاع بودن ضمانتنامه‌های بانکی را رفع می‌کند و ضمانتنامه‌ها را بدون توجّه به انواع آنها مشمول آثار و احکام ضمان عقدی مذکور در قانون مدنی می سازد. از این تحلیل چنین برمی آید که اوصاف عقد ضمان، علی القاعده باید شامل ضمانتنامه‌های بانکی نیز گردد و نتایج زیر به دست آید:

۱. ضمانتنامهٔ بانکی مثل ضمان، عقد عهدی است و رکن آن را تعهّد ضمان به پرداخت دین مضمونٌ عنه تشکیل می دهد.

۲. ضمانتنامهٔ بانکی مانند ضمان، عقد رضایی است و توافق ضامن و طلبکار باعث انتقال مستقیم دین به ذمّهٔ ضامن می شود.

۳. ضمانتنامه به مثابهٔ ضمان، عقدی معوّض است و تعهّد ضامن و سقوط طلب مضمونٌ له از ضامن دربرابر یکدیگر با هم انجام می شود.

٤. تعهّد ضامن در ضمانتنامهٔ بانکی، مثل تعهّد ضامن در عقد ضمان، یک تعهّد تبعی است و مبنای آن دین مضمونٌ عنه به طلبکار است.

۵. ضمانتنامه مثل ضمان از عقود مسامحه است نه معامله.

٦. ضمانتنامه مانند ضمانْ عقدی است لازم.[۴۱]

۹. واقع اینکه تجزیه وتحلیل ضمانتنامهٔ بانکی وآثارناشی از

۴۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان مأخذ، ش ۱٤۰.

روابط طرفهای آن بیانگر این مطلب است که اوصاف مختلف و عناصر متعدّد مشکّلهٔ[۴۲] ضمان عقدی، بعضاً در مورد این گونه اسناد تجاری انطباق دارد. فی المثل می توان ضمانتنامهٔ بانکی را عقدی عهدی دانست که رکن اصلی آن را تعهّد ضامن به پرداخت دین مضمونٌ عنه تشکیل می دهد و همچنین ضمانت عقد رضائی و تبعی و لازم است. ولی این انطباق از هر جهت کامل نیست و وجوه افتراق چندی میان دو نهاد حقوق مدنی و تجاری به‌چشم می خورد. در اینجا به پاره‌ای از اهمّ این وجوه افتراق اشاره می شود:

۱

ضمانتنامهٔ بانکی سبب انتقال دین نیست

۱۰. ضمان عقدی، به شکل مطلق آن انتقال دین به عهدهٔ ضامن را افاده می‌کند. طلب مضمونٌ له از بدهکار ساقط می شود و او باید این سقوط را انشاء کند.[۴۳]

اساتید حقوق مدنی این انتقال دین را به دو عمل حقوقی تحلیل می‌کنند:

ـ تعهّد ضامن به قبول دین مضمونٌ عنه.

ـ سقوط طلب مضمونٌ له از مدیون.

نخستین عملْ سهم ضامن، و دیگری سهم مضمونٌ له در این

۴۲. برخی از مؤلّفان حقوق مدنی، برای عقد ضمان عناصر نوزده گانه قائل‌اند. رک. به دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، بخش چهارم، فصل دوّم.

۴۳. جامع الشّتات، ص ۲۳۷. جواهر، ج ٤/ ص ٤٠٧. منیة الطّالب، ج ۱/ ص ۲۹۹. دکتر سیّد حسن امامی: همان مأخذ، ج ۲/ ص ۲۵۳. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ش ۱٤۲. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۲۰۶.

توافق است که از آمیزهٔ آنها «انتقال دین» نتیجه می شود.

قانون مدنی، به تبعیّت از قریب به اتّفاق فقهای امامیّه، همین وصف را برای ضمان پذیرفته و آن را مفید نقل ذمّه به ذمّه دانسته است.[۴۴] وفق مادّهٔ ۶۹۸ «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمّهٔ مضمونٌ عنه بری و ذمّهٔ ضامن به مضمونٌ له مشغول می‌گردد».

به عبارت دیگر، در ضمان عقدی ذمّهٔ مدیون به ضامن منتقل می شود و ذمّهٔ ضامن وثیقهٔ طلب نیست و جنبهٔ فرعی ندارد و جابجایی دینْ جوهر ضمان را تشکیل می دهد.[۴۵]

آنچه در یک بررسی اجمالی، ضمانتنامه های بانکی را از این جهت از ضمان عقدی جدا می سازد، وصف تجاری آن از یک سو و حکومت اصل مسؤولیّت تضامنی از سوی دیگر است.

الف. وصف تجاری ضمانتنامه‌های بانکی

۱۱. اگر ضمانتنامه های بانکی را در محدودهٔ تنگ عقد ضمان و یا حتّی عام‌تر از آن تحت شمول عموم مفاد مادّهٔ ۱۰ قانون مدنی مورد بررسی قرار دهیم، صدور ضمانتنامه ها خودبه‌خود عمل تجاری نخواهد بود و حال آنکه از بررسی موضوع از دیدگاه حقوق تجارت نتیجهٔ دیگری به دست می آید. توضیح اینکه به موجب بند ۷ مادّهٔ ۲ قانون تجارت

۴۴. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۴۱. دکتر سیّدحسن امامی، همان مأخذ ج ۲/ ص ۲۵۲ و ۲۵۳.

۴۵. تذکره، ص ۷۰۰ و ۷۰۱. تحریر، ج ۱/ ص ۲۲۲. مفتاح‌الکرامة، ج ۵/ ص ۳۸۲. شرح ارشاد، ص ۶۱۰. مناهل، ص ۱۲۱. فتح‌القدیر، ج ۵/ ص ۳۹۰. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ص ۲۶۳ ببعد. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، ص ۱۸۶، شمارهٔ ۲۰۰.

«هر قسم عملیّات صرّافی و بانکی» از معاملات تجاری شناخته شده است.

با توجّه به مراتب فوق، این پرسش بدواً مطرح می شود که آیا صدور ضمانتنامه های بانکی ازجملهٔ عملیّات بانکی و درنتیجه از معاملات تجاری است؟

برای پاسخ به این پرسش، مروری اجمالی به قوانین و مقرّرات بانکی ضروری است، مادّهٔ ۱۳ از قانون پولی و بانکی کشور مصوّب تیرماه ۱۳۵۱ مقرّر می دارد:

«بانک مرکزی ایران دارای اختیارات زیر می باشد:

۱. دادن وام و اعتبار به وزارتخانه ها و مؤسّسات دولتی با مجوّز قانونی.

۲. تضمین تعهّدات دولت و وزارتخانه ها و مؤسّسات دولتی با مجوّز قانونی.

۳. دادن وام و اعتبار و تضمین وام اعتبارات اعطایی به شرکتهای دولتی و شهرداریها و همچنین مؤسّسات وابسته به دولت و شهرداریها با تأمین کافی.

٤. تنزیل مجدّد براتها و اسناد بازرگانی کوتاه‌مدت بانکها و دادن اعتبار به بانکها با تأمین کافی.

...».

قانون بانکی و پولی کشور، طیّ مادّهٔ ۱۳ فوق الاشعار، صرفاً از تضمین تعهّدات دولت و مؤسّسات وابسته به آن و یا تضمین وام و اعتبارات اعطایی به شرکتهای دولتی و شهرداریها و مؤسّسات وابسته به آنها سخن به‌میان آورده است. دلیل این امر این است که قانون مذکور به‌موجب مادّهٔ ۱۲، بانک مرکزی را به‌عنوان بانکدار دولت معرّفی و آن را موظّف به انجام وظایفی کرده است، و گرنه هیچ گونه خصیصه ای به‌عنوان یک بانک، در بانک مرکزی نیست که مجوّز اختیار تضمین توسّط این بانک و نبودن چنین اختیاری برای بانکهای دیگر باشد. دلیل

این موضوع بند ٦ مادهٔ ١٤ قانون مذکور است که می‌گوید:

«بانک مرکزی ایران در حسن اجرای نظام پولی کشور می‌تواند به‌شرح زیر در امور پولی و بانکی دخالت و نظارت کند:

....

٦. تعیین حداکثر نسبی تعهدات ناشی از افتتاح اعتبار اسنادی و ظهرنویسی یا ضمانتنامهٔ صادره از طرف بانکها و نوع و میزان وثیقهٔ این قبیل تعهدات.

...».

بخشنامهٔ عملیات مجاز بانکی مصوّب شورای پول و اعتبار نیز در مقام شمارش عملیات بانکی، صدور ضمانتنامه‌ها را ازجملهٔ عملیات بانکی دانسته است.

مستفاد از مقرّرات قانون بانکی و پولی کشور و بند ٧ مادهٔ ٢ قانون تجارت این است که:

اولاً تضمین تعهدات مالی و غیرمالی اشخاص توسّط بانکها ازجملهٔ عملیات بانکی است، و

ثانیاً به اعتبار عمل بانکی بودن این تضمین، ازجملهٔ معاملات تجاری است؛ پس صدور ضمانتنامه‌های بانکی از مصادیق معاملات تجاری و ذاتاً تجاری است، و

ثالثاً ضمانت حاصل از صدور این نوع ضمانتنامه‌ها، چنانچه بدون قید و شرطی واقع شود و مطلق باشد، مشمول مقرّرات قانون تجارت خواهد بود.

وصف تجاری ضمانتنامه‌های بانکی، از ویژگیهای ضمان تجاری است، ولی این وصف ظاهراً به گونه‌ای نیست که ماهیّت حقوقی آن را دگرگون سازد؛ زیرا برای اینکه یک عمل حقوقی به صرف یافتن وصف تجاری تغییر ماهیّت دهد، تصریح قانونی لازم است.

و در مانحن‌فیه، چنین تصریحی وجود ندارد و باید بر این عقیده

بود که تبدیل یک عمل یا معاملهٔ مدنی به یک عمل یا معاملهٔ تجاری، ماهیّتاً چیزی را دگرگون نمی سازد و این آثار مترتّب بر آن عمل است که حسب موردْ متفاوت خواهد بود. بنابراین نمی توان برای صدور ضمانتنامه های بانکی به اعتبار کلمهٔ «صدور» و یا وصف تجاری آن، ماهیّت حقوقی دیگری قائل شد، ولی این وصف منشأ پاره‌ای آثار است که می تواند حائز اهمیّتی باشد.

از این جمله است حکومت اصل مسؤولیّت تضامنی نسبت به ضمانتنامه های بانکی.

ب. حکومت اصل مسؤولیّت تضامنی

۱۲. چنانکه ملاحظه شد ضمان در قلمرو حقوق تجارت اصولاً تضامنی است و به مثابهٔ ضمان عقدی سبب «انتقال دین» نیست، و به عبارت دیگر، مفید ضمّ ذمّه به ذمّه می باشد. البتّه این بدان معنی نیست که طرفین حقّ نداشته باشند در چگونگی آثار ضمانت، تغییراتی به عمل آورند. آثار این نوع قرارداد تابع ارادهٔ طرفین و یا طرفهای آن است و آنها می توانند ضمان را برمبنای انتقال دین، تضامن یا وثیقهٔ دین منعقد سازند، و به عبارت دیگر، ضمان را براساس ضمان طولی و یا ضمان عرضی قرار دهند. به این معنی که هرگاه مضمونٌ له مجبور باشد برای وصول طلب خود بدواً به مدیون اصلی یا مضمونٌ عنه مراجعه کند، تضامن طولی خواهد بود و هرگاه حقّ مراجعه به مضمونٌ عنه و ضامن را منفرداً یا مجتمعاً برای خود محفوظ نگاه دارد، تضامن عرضی تلقّی خواهد شد.

در قلمرو حقوق مدنی، هرگاه ضمان بدون هیچ قید و شرطی واقع شود باعث برائت ذمّهٔ مدیون اصلی و انتقال دین به ذمّهٔ ضامن خواهد شد و نمی توان ادّعا کرد که انتقال دین جنبهٔ استثنایی دارد.[۴۷] این وصف از

۴۷. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۳۸.

اوصاف ضمان عقدی به گونه‌ای نیست که ماهیّت حقوقی را تغییر دهد. در ضمان عقدی با توجّه به قسمت اخیر مادهٔ ۶۹۹ قانون مدنی که می‌گوید: «... ولی التزام به تأدیه ممکن است معلّق باشد» و نیز با استفاده از عموم مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، می‌توان از مدیونْ ضمانت تضامنی نمود[۴۸]؛ ولی از آنجا که مفهوم ضمان با تعهّد ضامن ارتباط نزدیک دارد، ضامن باید پرداخت دین مضمونٌ‌عنه را برعهده بگیرد هرچند که اجرای تعهّد را منوط بر امر دیگری کند.

ج. ضمانتنامهٔ بانکی از عقود مسامحه نیست

۱۳. ضمان را از عقود مسامحه می‌دانند.[۴۹] عقود مسامحه ــ چنانکه می‌دانیم ــ از جملهٔ عقودی است که به‌منظور سودجویی و معامله تشریع نشده است، بلکه هدف اصلی آن ارفاق به مدیون و گره‌گشایی از کار اوست[۵۰]، و به‌عبارت دیگر، یک طرف یا طرفین عقد از یک جهت یا جهات مختلف سر اغماض دارند. بدین جهت از این نوع عقود به عقود ارفاق، عقود ارتفاق و عقود احسان نیز تعبیر می‌کنند.

بر این وصف از اوصاف عقد ضمان، آثاری مترتّب است از جمله اینکه «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست...».[۵۱] همچنین علم به شخصیّت مضمونٌ‌عنه نیز از شرایط صحّت عقد نمی‌باشد. بر این مبنا می‌گویند تعهّد مورد ضمان نباید قائم به شخص باشد. مثلاً هرگاه تعهّد مورد ضمان قائم

۴۸. دکتر سیّد حسن امامی: همان مأخذ، ج ۲/ ص ۲۵۲ و ۲۵۲.

۴۹. جامع الشتات، ص ۲۳۴ و ۲۳۹. مفتاح‌الکرامة، ج ۵/ ص ۳۸۴. شرح لمعه، ج ۱/ ص ۴۱۹. سالک، ج ۱/ ص ۲۵۳.

۵۰. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۴۵. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۵۹.

۵۱. مادهٔ ۶۹۴ قانون مدنی.

به شخص باشد، این تعهّد به موجب عقد ضمان قابل ضمان نیست.[۵۲]

ضمانتنامه های بانکی علی القاعده از عقود مسامحه به حساب نمی آیند، بلکه ازجملهٔ معاملات بانکی است و درنتیجه معاملات تجاری است که به قصد سودجویی انجام می پذیرد.

در اغلب ضمانتنامه های بانکی، موضوع انجام تعهّدات قرارداد اصلی و پایه قائم به شخص پیمانکار است و کارفرما به اعتبار دانش، تجربه و تخصّص فنّی و حرفه ای او قرارداد منعقد می سازد.

۲

ضمانتنامهٔ بانکی همواره «ضمانت از دین موجود» نیست

۱۴. ضمان عقدی را نوعی تعهّد تبعی می دانند که مبنای آن دینِ مضمونٌ عنه به مضمونٌ له است. بنابراین شرط درستی و نفوذ ضمان این است که دین اصلی موجود و مشروع باشد.

در معیار وجود دین گفته شده تعهّدی است که بر ذمّهٔ مدیون به وجود آمده و قابل مطالبه باشد هرچند که قابل فسخ یا مؤجّل به شمار آید.[۵۳] مادّهٔ ۶۹۶ قانون مدنی در این مورد می‌گوید:

«هر دینی را ممکن است ضمانت نمود اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد.»

و مادّهٔ ۶۹۲ همان قانون می افزاید:

«در دین حال ممکن است ضامن برای تأدیهٔ آن اجلی معیّن کند و همچنین می تواند در دین مؤجّل تعهّد پرداخت فوری آن را بنماید.»

۵۲. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۷۲.

۵۳. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۵۹. دکتر سیّد حسن امامی: همان مأخذ، ج ۲/ ص ۲۶۶ و ۲۶۷.

به نحوی که ملاحظه می شود قانون مدنی متذکّر یکی از انواع ضمان (ضمان از دین) شده و در مورد سایر انواع آن جای بحث و اشکالات زیادی را باقی گذارده است. بنابراین هرگاه دین اصلی را نتوان مطالبه کرد و از حیث ارکان تشکیل دهندهٔ آن ناقص باشد و یا اینکه دینْ معلّق به وجود شرطی در آینده باشد و یا سبب ایجاد یا مقتضی وجود دین فراهم آمده باشد لیکن موانع رفع کننده و یا شرایط جمع نیامده باشد، در این گونه موارد، مشکل بتوان معیار وجود دین را محقّق دانست و به امکان ضمانت از آنها نظر داد.[۵۴]

از دیدگاه حقوق مدنی تردیدی در این نیست که دین آینده را نمی توان ضمانت کرد و چنین ضمانی را فقها «ضمان مالم یجب» می نامند و در بطلان آن اتّفاق نظر دارند.[۵۵]

در اثبات لزوم شرط وجود دین چنین استدلال می‌کنند که ضمان تعهّد تبعی است و سبب می شود که دین به ذمّهٔ ضامن منتقل شود یا ذمّهٔ ضامن وثیقهٔ آن قرار گیرد. پس دینی که به‌وجود نیامده، امکان «انتقال» آن و درنتیجه ضمانت از آن فراهم نیامده است.

قانون مدنی به پیروی از همین قول، ضمان از دین آینده و پیش از ایجاد اسباب آن را باطل دانسته است. به موجب مادّهٔ ۶۹۱ «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است».

شرط وجود دین در ضمان عقدی، از وجوه افتراق عمدهٔ آن با ضمانتنامه های بانکی است و موجب می شود تا برخی از انواع

۵۴. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۵۹. برخی از فقهای امامیّه و مؤلّفان حقوق مدنی عمل در ذمّه (یا تعهّد انجام کار) را مالی می دانند که می تواند مورد عقد ضمان قرار گیرد (جواهر، ج ٤/ ص ٤٠٦. اعانة الطالبین، ج ۳/ ص ۷۷. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۶۷).

۵۵. تذکره، ج ۲/ ص ۸۸. جواهرالکلام، ج ۲۶/ ص ۱۳۵. شرح لمعه، ج ٤/ ص ۱۲۲. عروة الوثقی، ج ۲/ ص ۳۱۹.

ضمانتنامه‌ها از دایرهٔ شمول تعریف ضمان عقدی خارج شود و ماهیّت دیگری به خود بگیرد؛ زیرا ــ چنانکه ملاحظه شد ــ ضمانتنامه‌های بانکی، حسب انواع آن، موضوعات مختلفی را دربردارند.

گاه این ضمانتنامه‌ها برای تضمین دین موجود یا کاملی هستند که بانک ضامن عهده‌دار پرداخت آن می‌شود مثل ضمانتنامه‌های پیش‌پرداخت که موضوع آنها تضمین بازپرداخت مبلغی وجه نقد است که از طرف مضمونٌ له به مضمونٌ عنه به‌عنوان پیش‌پرداخت انجام قراردادی تأدیه شده است. پس در این نوع ضمانتنامه یا ضمانتنامه‌های مشابه آن که بانک ضامن، پرداخت دین موجودی را به‌عهده می‌گیرد، شاید بتوان گفت ضمانتنامهٔ صادره از مصادیق ضمان عقدی است.

ولی در انواع دیگر ضمانتنامه‌های بانکی مثل ضمانتنامهٔ شرکت در مناقصه یا ضمانتنامهٔ انجام قرارداد و یا حسن انجام تعهّدات، تعهّد اوّلیه‌ای که این نوع ضمانتنامه برای تضمین آن صادر می‌شود، تعهّد انجام کار (از قبیل تأسیس بنا یا ساختمان و به راه انداختن پروژه و یا انجام خدمات مشاوره‌ای و نظایر آن) و نیز انجام تعهّدات قراردادی مطابق با شرایط مندرج در قرارداد اصلی منعقده فیمابین مضمونٌ له و مضمونٌ عنه است. به‌عبارت دیگر، تعهّد مبنای این نوع ضمانتنامه‌ها را می‌توان به دو نوع کلّی تقسیم نمود:

۱. نفس تعهّد انجام کار،

۲. انجام کار به ترتیب و مطابق با شرایطی که در قرارداد اصلی و اوّلیه مورد توافق قرار گرفته است.

ضمانتنامه‌های بانکی صادره در این گونه موارد عمدة متضمّن این تعهّد هستند که هرگاه مضمونٌ عنه یا پیمانکار، کار یا تعهّدی را که به‌عهده گرفته است انجام ندهد و یا آن را در موعد مقرّر به پایان نرساند و یا تعهّدات قراردادی خود را کما هو حقّه و مطابق با مقرّرات و شرایط قرارداد منعقده و منطبق با مشخّصات فنّی کار به‌انجام نرساند، بانک

ضامن به صرف تقاضای مضمونٌ له و بدون هیچ گونه قید و شرطی، مبلغ معیّنی را در وجه مضمونٌ له یا کارفرما بپردازد.

با توجّه به اوصاف ضمان عقدی و موضوع آن که ضمانت از دین موجود است، مشکل بتوان این گونه ضمانتنامه‌ها را از مصادیق چنین عقدی به‌حساب آورد. برخی این گونه ضمانتنامه‌ها را از مصادیق «ضمان مالم یجب» یا ضمان از دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است دانسته و چنین استدلال کرده‌اند که بانک با صدور ضمانتنامهٔ انجام تعهّدات و بخصوص ضمانتنامهٔ حسن انجام تعهّدات، خساراتی را تضمین می‌کند که هنوز ایجاد نشده و سبب آن موجود نیست و از این رو با توجّه به مفهوم مادّهٔ ۶۹۱ قانون مدنی باید آن را باطل دانست.[۵۶]

۱۵. برای رفع اشکالات وارده و جلوگیری از بطلان این گونه ضمانتنامه‌ها تلاشهای فراوان و قابل تحسینی صورت گرفته است.[۵۷]

به نظر برخی از مؤلّفان حقوق مدنی، التزام به پرداخت دین احتمالی در آینده به گونه‌ای که ایجاد التزامْ معلّق به تحقّق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است؛ زیرا اگر پذیرفته شود که تعلیق در این التزام مانعی ندارد، چه تفاوت می‌کند که شرط تعلیق «عدم تأدیهٔ» مدیون باشد یا تحقّق دین؟ بویژه که در این صورت، تعلیق به یکی از شرایط

۵۶. برای مثال، در قراردادی که پیمانکاری به‌منظور حمل غلّه، از ادارهٔ غلّهٔ گرگان به مقدار لازم گونی تحویل می‌گیرد و متعهّد می‌شود که پس از تحویل گندم و جو، کیسه‌ها را رد کند و در صورتی که کیسه‌ها مفقود شود بهای آن را بپردازد، هرگاه شخصی ضامن پیمانکار گردد، شعبهٔ دوّم دادگاه استان مازندران، التزام ثالث را ضمان دانسته است و قرارداد را بدین علّت که مضمونٌ‌عنه در زمان تحقّق ضمان، مدیون نبوده «ضمان مالم‌یجب» اعلام کرده و باطل دانسته است. (رک. به: آرشیو حقوقی کیهان، مجموعهٔ رویهٔ قضایی، سال ۱۳۲۸ــ۱۳۴۲، ج ۲/ ص ۴۵۶ به بعد).

۵۷. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۶۰ به بعد. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۷۳ به بعد.

صحّت التزام است و ملتزم برای زمان تحقّق دینْ پرداخت آن را به‌عهده می‌گیرد.[۵۸]

حسب این نظر، تفاوت التزام یاد شده با ضمان در این است که هیچ انتقال دینی در آن صورت نمی‌پذیرد؛ دین بر ذمّهٔ مدیون اصلی ایجاد می‌شود و تعهّدْ ناظر به تأدیهٔ آن دین و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود. این التزام، ضمان نیست و به این عنوان اعتبار ندارد؛ ولی برمبنای مادّهٔ ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت.[۵۹]

بنابراین نظر، در مورد ضمانتنامه‌های حسن اجرای تعهّدات قراردادی نباید ملتزم را ضامن طرف قرارداد پنداشت و رابطهٔ او و طلبکار را برمبنای قواعد ضمان بررسی کرد؛ زیرا دینی که او برعهده گرفته است در زمان عقد وجود نداشته و سبب دین نیز تنها عقد نیست، بلکه مجموعی از عقد و تقصیر طرف متخلّف است.[۶۰]

به‌نظر این دسته از مؤلّفان، در تحلیل نهایی، آنچه مسلّم به‌نظر می‌رسد این است که تعهّد مندرج در این گونه ضمانتنامه‌ها را نباید باطل دانست؛ اگر سبب دین ایجاد شده باشد، ضمان است و هرگاه دین آینده به‌حساب آید، التزامی معلّق که تابع قواعد عمومی قراردادها و مادّهٔ ۱۰

۵۸. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۶۰.

۵۹. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ص ۲۷۱. دکتر سیّدحسین صفایی: حقوق مدنی، سال ۱۳۵۱، ج ۲/ ص ۴۵۸.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شمارهٔ ۳۸۹۱ مورّخ ۴۱/۱۲/۲۲ در ارتباط با قرارداد پیمانکاری به‌منظور حمل غلّه از این نظر تبعیّت کرده و چنین اعلام داشته است:

«... فرجامخوانده (ضامن) حسن انجام تعهّد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارات ناشی از پیمان را به سود ادارهٔ غلّه و نان متحمّل شود. به این عنوان فرجامخوانده متعهّد است که اعمال را انجام دهد و تطبیق این تعهّد با باب ضمان (به شرح مقرّرات قانون مدنی) بطوریکه در حکم فرجامخواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرضاً فرجامخوانده، ضامن و پیمانکار، مضمونٌ عنه نامیده شده باشند...».

۶۰. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ص ۲۷۱.

قانون مدنی است. تمیز این مورد نیز گاه دشوار و نیازمند تحلیل دقیق عمل حقوقی انجام شده است.[۶۱]

این تحلیل، بابیان سبب دین، در ارتباط با برخی از ضمانتنامه‌ها اهمّ مشکلات موجود در انطباق ضمانتنامه‌های بانکی باضمان عقدی را پاسخ می‌دهد و در مورد برخی دیگر از این گونه ضمانتنامه‌ها، با تکیه بر قواعد عمومی قراردادها و مادّهٔ ۱۰ قانون مدنی، راهگشاست ولی معلوم نمی‌دارد که طرفین قرارداد ضمانت چه اشخاصی هستند و عمدةً به قرارداد ضمانتی اشاره دارد که بین ضامن و مضمونٌ‌له منعقد می‌گردد، و حال آنکه در ضمانتنامه‌های بانکی ــ به شکل معمول کنونی ــ در بسیاری از موارد مضمونٌ‌له، طرف قرارداد با بانک نیست بلکه از طرف اصلی قرارداد خود یک ضمانتنامهٔ معتبر بانکی از یک بانک معتبر مطالبه می‌کند. براساس این گونه مشکلات برخی درصدد برآمده‌اند تا آن را به گونهٔ دیگری تحلیل نمایند.

۱۶. در تحلیل اخیر، ضمانتنامه سندی حاکی از «قرارداد به نفع ثالث» است.

به موجب این نظر، فرض بر این است که قراردادی که ضمانتنامه برمبنای آن صادر می‌شود به جای آنکه قراردادی فیمابین ضامن و مضمونٌ‌له باشد قراردادی است میان مضمونٌ‌عنه و ضامن که ذینفع آن، ثالث یعنی مضمونٌ‌له است. چنین قراردادی هیچ گونه رابطهٔ مستقیم با قرارداد پایه و اصلی ندارد بلکه قرارداد مستقلّی است که بین مضمونٌ‌عنه و ضامن منعقد می‌گردد. آنچه در بادی امر وجه امتیاز این نظر را تشکیل می‌دهد این است که با شرط فعل، تسلیم ضمانتنامه به شرح مذکور در

۶۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان مأخذ، ص ۲۷۲ و ۲۷۳. دکتر سیّدحسین صفایی: همان مأخذ، ص ۴۵۸ و «تعهّد حسن انجام قرارداد (ضمانت)»، مجلّهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شمارهٔ ۲، ص ۶۰ به بعد.

قرارداد اصلی و پایه و نیز در پاره‌ای از موارد با تکلیف قانونی ارائهٔ ضمانتنامه سازگاری دارد، زیرا این مضمون‌عنه است که طرف قرارداد اصلی است که به موجب قرارداد یا به حکم قانون متعهد شرط فعل یا مکلّف قانونی است تا ضمانتنامه را به نفع ثالث (ذینفع و طرف اصلی قرارداد) ارائه نماید. عملاً نیز همین طور است و طرف قرارداد یا کارفرما از طرف دیگر یا پیمانکار می‌خواهد که ضمانتنامهٔ بانکی مورد نظر قرارداد را از یک بانک معتبر بدون توجه به رابطهٔ خود با آن بانک تسلیم کند.[۶۲]

از لحاظ نظری، مبنای این تحلیل بر مواد ۲۴۱ و ۱۹۶ و ۲۴۱ قانون مدنی است. مادهٔ ۲۳۱ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «معاملات و عقود فقط دربارهٔ طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد مادهٔ ۱۹۶.» مادهٔ ۱۹۶ می‌گوید:

«کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود؛ معذلک ممکن است درضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید.»

و مادهٔ ۲۴۱ همان قانون می افزاید:

«ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطهٔ معامله مشغول الذمه می شود رهن یا ضامن بدهد.»

نظر ابرازی، بسیاری از اشکالات وارده را پاسخ می دهد زیرا:

اولاً، با نحوهٔ صدور ضمانتنامه و مکانیسم آن تطبیق بیشتری دارد.

ثانیاً، اشکالاتی از قبیل چگونگی ایجاب و قبول در آن مطرح نیست.

ثالثاً، از حقوق مضمون‌عنه به نحو بهتری ضمانت می‌کند، زیرا با

۶۲. آئیدا بالاسان آوانسیان: ضمانتنامه‌های بانکی، پایان‌نامهٔ دورهٔ فوق لیسانس، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۱۴ به بعد.

انعقاد قرارداد بین ضامن و مضمونٌ عنه، ضمانت بانک به نفع مضمونٌ له محقّق می‌گردد و حتّی فسخ بعدی قرارداد اصلی و پایه، منعقده فیمابین ضامن و مضمونٌ عنه، تأثیری در حقّ ایجاد شده به نفع مضمونٌ له ندارد.

رابعاً، در صورت عدم انطباق ضمانتنامه با شرایط مورد قبول مضمونٌ له، وی به اشکال فسخ قرارداد مواجه نیست.

براساس نظریهٔ تعهّد به نفع شخص ثالث، روابط حقوقی طرفهای ضمانتنامهٔ بانکی را می‌توان به شرح زیر ترسیم نمود:

الف. رابطهٔ ضامن با مضمونٌ عنه

۱۷. در ضمانتنامهٔ بانکی، قرارداد درواقع بین ضامن و مضمونٌ عنه واقع می‌شود و بانک ضامن حسب درخواست متقاضی مبادرت به صدور ضمانتنامه‌ای می‌کند که به موجب آن حقّی برای ثالث (مضمونٌ له) به وجود می‌آید. طرفین این قرارداد نمی‌توانند با فسخ آن، خللی به حقّ موجود به نفع ثالث وارد نمایند. پشتوانهٔ صدور ضمانتنامه وثایق و تضمیناتی است که مضمونٌ عنه به بانک ضامن می‌دهد و براساس قرارداد منعقده، ضامن حقّ مراجعه به مضمونٌ عنه را دارد و این امر معلول ارتباط مستقیم فرعی بودن ضمانتنامه نسبت به تعهّد اوّلیه است، زیرا ضمان منعقده، معلّق به عدم انجام تعهّدات قرارداد اصلی و اوّلیه می‌باشد. بنابراین بانک ضامن پس از پرداخت وجه ضمانتنامه، به علّت عدم انجام موضوع قرارداد، حق دارد از بابت پرداخت وجه، از محلّ وثایق موجود برای تأمین طلب خود استفاده کند و یا به مضمونٌ عنه مراجعه نماید و یا علیه وی طرح دعوی به عمل آورد.

ب. رابطهٔ مضمونٌ عنه و مضمونٌ له

۱۸. پایه و اساس صدور ضمانتنامه، قرارداد اصلی و پایه‌ای

است که به‌موجب آن طرفین قرارداد، حقوق و تعهّداتی را قبول می‌کنند. در این قرارداد اوّلیه، طرفین آن به علّت فقد رابطهٔ ضمانی، علی القاعده عنوان مضمونٌ عنه و مضمونٌ له را ندارند بلکه، حسب مورد، کارفرما و پیمانکار و یا متعهّد و متعهّدٌ له خوانده می شوند. قرارداد اوّلیه معلوم می دارد که پیمانکار یا متعاقباً «مضمونٌ عنه» چه نوع ضمانتنامه ای و به چه مبلغ و برای چه موضوعاتی باید به کارفرما و متعاقباً «مضمونٌ له» تسلیم نماید.

ج. رابطهٔ ضامن و مضمونٌ له

۱۹. در ضمانتنامه های بانکی، درواقع و نفس الامر، قراردادی بین ضامن و مضمونٌ له منعقد نمی شود و از این رو ایجاب و قبول اصطلاحی عقود در مورد آنها جریان ندارد. در برخی از موارد، این نوع ضمانتنامه ها متضمّن عبارت «قبول است» یا مفهومی نظیر آن در ذیل ضمانتنامهٔ صادره است. این معنی به منزلهٔ قبول در معنی اخصّ آن و درمقابل ایجاب جهت تحقّق عقد نیست بلکه حکایت از تأیید مضمونٌ له می‌کند مبنی بر اینکه شرایط ضمانتنامه با شرایط قرارداد اصلی و پایه انطباق دارد، هرچند اکثراً ضمانتنامه ها متضمّن این معنی نیستند.

نظریّهٔ تعهّد به نفع ثالث، این وضعیّت حقوقی را تحت پوشش قرار می دهد و به مضمونٌ له که تعهّدی به نفع او شده است، حقّی می دهد که با حقّ دیگری که امکان دارد به نفع کسی به هر ترتیب قراردادی به وجود آید، فرقی ندارد و از همان قدرت الزام آور قراردادی برخوردار است و مضمونٌ له می تواند از تمام وسایلی که سایر طلبکاران برای اجبار مدیون به کار می برند استفاده کند.

۲۰. به شرحی که گذشت ضمانتنامه های بانکی در ارتباط با

برخی از انواع آن، قابلیت گنجایش در قالب ضمان عقدی را ندارند و هرگاه موضوع آنها متضمّن دین آینده و یا تأمین خسارات احتمالی ناشی از عدم انجام قرارداد باشد، یا التزامی است معلّق که تابع قواعد عمومی قراردادها و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی است و یا قراردادی متضمّن تعهّد به نفع ثالث. با توجّه به مراتب، اینک این سؤال مطرح است که آیا این التزام و تعهّد، به مثابهٔ عقد ضمان، تعهّد تبعی است و یا اینکه تعهّدی مستقل به حساب می آید؟

از آنجا که ضمانتنامه های بانکی غالباً در ردیف اعتبارنامه ها قرار دارند، از این رو شاید بتوان با توجّه به اصل کلّی و رویّهٔ متداول بانکی، بویژه اصل استقلال و جدایی قرارداد اصلی از اعتبارنامه، چنین استدلال نمود که ضمانتنامه ها نیز از اصل مذکور تبعیّت می‌کنند. پس ذینفع آن یا مضمونٌ له که سند بدون قید و شرطی در دست دارد می تواند بدون نیاز به اثبات امری، به صرف مطالبه، وجه آن را از بانک ضامن مطالبه کند. برخی فلسفهٔ وجودی ضمانتنامهٔ بانکی را در استقلال و جدایی آن از قرارداد اصلی و پایه می دانند و بر این عقیده‌اند که هدف از ارائهٔ ضمانتنامهٔ بانکی، اعطای حدّاکثر تأمین و اطمینان به ذینفع آن است تا بتواند فارغ از قرارداد اصلی و پایه و به صرف تقاضا و بنا به تشخیص خود، دین آینده و یا خسارات وارده به خود را از بانک ضامن مطالبه کند و چنانچه غیر از این می بود و مضمونٌ له می بایست با طرح دعوی علیه ضامن یا مضمونٌ عنه، تقصیر طرف قرارداد را در محکمهٔ صالحه به اثبات برساند، ضمانتنامه فلسفهٔ وجودی خود را از دست می داد و امکان ایفای نقش خود را به‌عنوان ابزار اطمینان‌بخش اجرای قراردادها نمی داشت.

هرچند این نظر و نحوهٔ استدلال در قلمرو حقوق قراردادی و معاملات بانکی از وجهه و اعتباری برخوردار است، ولی در متن واقع، جنبهٔ مطلق ندارد. به عبارت دیگر، اگرچه ضمانتنامهٔ بانکی ظاهراً یک

عقد مستقل و تعهدآور بانکی به حساب می‌آید، ولی در حقیقت، برگردان روابط حقوقی گسترده‌ای است فیمابین دو شخص (مثل کارفرما و پیمانکار) که از قرارداد اصلی و پایه نشأت گرفته است. بنابراین هر اختلافی در رابطه با ضمانتنامه، متفرع از قرارداد اصلی و پایه است و لامحاله باید در جمع روابط قراردادی مورد بررسی قرار گیرد.

در این مورد می‌توان لزوماً وصف تبعی بودن ضمان عقدی قانون مدنی کمک گرفت. در قلمرو قانون مدنی ضمان، عقد تبعی است؛ ولی نه به این عنوان که شرایط و آثار آن تابع عقد دیگری باشد، بلکه از این نظر که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقا تابع دینی است که مضمونٌ عنه به طلبکار داشته است.

طبیعت ضمان عقدی به گونه‌ای است که اقتضای تبعی بودن تعهد ضامن را دارد؛ چه در این عقد، ضامن «مالی را که بر ذمهٔ دیگری است» به عهده می‌گیرد و قانون دینی را که به سبب آن ایجاد شده است در حکم دین موجود می‌داند هرچند که شرایط ثبوت آن بر ذمهٔ مدیون فراهم نیامده باشد.[۴۳] تبعی بودن ضمان، متضمن آثار و نتایج مهمّی است از جمله اینکه:

ـ ضامن، دین مستقلّی به مضمونٌ له ندارد و دین مضمونٌ عنه را به عهده گرفته است؛ پس در صورتی که بطلان دین اصلی به دلیلی اثبات شود، ضمان نیز باطل است.

ـ ضامن، دین مضمونٌ عنه را با همان شرایط و اوصافی که دارد، به عهده می‌گیرد؛ پس هرگونه ایراد و دفاعی که وابسته به دین مورد انتقال است مانند ایراد مرور زمان، استناد به ایفای دین از ناحیهٔ مضمونٌ عنه و یا بطلان قرارداد منبع دین می‌تواند مورد استفادهٔ ضامن قرار

۴۳. دکتر سید حسن امامی: همان مأخذ، ج ۲/ ص ۲۶۹ و ۲۷۰. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۴۴.

گیرد.[64]

ضامن، دین مضمونٌ عنه را به تبعیّت قرارداد اصلی منبع دین به عهده می‌گیرد؛ پس هرگاه قرارداد اصلی فسخ شود ضامن نیز بری می‌شود، زیرا بازگشت تعهدها به جای خود و در نتیجه از بین رفتن دین مضمونٌ عنه و سقوط طلب مضمونٌ له به منزلهٔ پرداخت دین از جانب مضمونٌ عنه است.[65] به بیان دیگر، پس از فسخ قرارداد اصلی، مضمونٌ له دیگر طلبی ندارد تا از ضامن بگیرد و مبنای ضمان از بین می‌رود.[66]

۲۱. وضع در ضمانتنامه‌های بانکی نیز بر همین منوال است و اصل استقلال و جدایی ضمانتنامه از قرارداد اصلی، در این مورد در حقوق برخی از کشورها جریان ندارد، بلکه در ضمانتنامه نیز مثل عقد ضمان، تعهد ضامن جنبهٔ تبعی و فرعی دارد و مشمول آثار ناشی از آن است. بنابراین هرگاه بطلان قرارداد اصلی و پایه و یا فسخ آن و یا انجام آن به نحو مقرّر در قرارداد به دلیلی اثبات شود، ضمانت بانک نیز موضوعاً منتفی است و بانک ضامن حق دارد هرگونه ایراد و دفاعی را که وابسته به موضوع مورد ضمانت است، مانند ایراد انجام تعهّدات و یا حسن انجام تعهّدات و امثال آن، مورد استفاده قرار دهد.

این برداشت با طبیعت حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی سازگار است، زیرا ضمانتنامه برگردان قرارداد اصلی و پایه و فرع بر وجود آن است و بانک ضامن، قائم مقام مدیون اصلی و یا مضمونٌ عنه می‌باشد. دستور صدور منع پرداخت ضمانتنامه از طرف پیمانکار از یک طرف و تقاضای پرداخت وجه آن از ناحیهٔ کارفرما از طرف دیگر، در واقع

۶۴. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۴۴.
۶۵. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۴۴.
۶۶. دکتر سید حسن امامی: همان مأخذ، ص ۲۷۰ و ۲۷۱. دکتر کاتوزیان: همان مأخذ، شمارهٔ ۱۴۴.

هریک به‌نوعی حکایت از انجام و یا عدم انجام تعهّدات قرارداد اصلی و پایه و یا عدم انجام تعهّدات آن به نحو احسن دارد. بنابراین مقتضی است طرفین به جای هر نوع اقدامی علیه بانک ضامن که در مجموع روابط قراردادی نقش فرعی و واسطه دارد، ادّعاهای خود را به‌طور مستقیم متوجّه یکدیگر نمایند و با هدف دیگری حقوق و تعهّدات ناشی از قرارداد اصلی، تکلیف کلّ قضایا و ازجمله ضمانتنامه را روشن سازند.

اگرچه این راه‌حل با اصل استقلال و ارزش و اعتبار ذاتی اسناد تعهّدآور بانکی سازگاری چندانی ندارد و کار را از سادگی به پیچیدگی می‌کشاند ولی ـ چنانکه گفته شد ـ اصل استقلال موردنظر جنبهٔ نسبی دارد و رعایت وصف تبعی ضمانتنامه متضمّن این فایده است که مضمونٌ له ضمانتنامه، با هدف گیری حقوق و تعهّدات قراردادی، تمامی ابعاد و جوانب این مجموعهٔ حقوقی ـ بانکی را برای رسیدگی و اخذ نتیجهٔ مطلوب در مرجع واحد ذیصلاحی مطرح می سازد و نتیجهٔ موردنظر را کسب می‌کند.

• نتیجه گیری

۲۲. آنچه گذشت نشانگر این مطلب است که ایقاعات و عقود معیّن مدنی و بویژه عقد ضمان، ظروف و قالبهای برازنده‌ای برای انواع مختلف ضمانتنامه های بانکی نیستند و تلاشهای ارزنده در جهت مقایسه و تطبیق این نهاد حقوق تجارت با نهادهای حقوق مدنی، اگرچه تحلیلهای جالب و آموزنده‌ای را موجب می شود، در نهایت سرانجام مطلوبی به دست نمی دهد و مشکلاتی را به‌جا می‌گذارد؛ زیرا اوضاع و احوال و مسائلی که ضمانتنامه های بانکی را ــ مثل برات ــ احاطه کرده به گونه‌ای است که قابلیّت گنجایش کامل آنها را در ظروف و قالبهای مرسوم حقوق مدنی نمی دهد.

البتّه هر عقد یا قراردادی را که نتوان در زمرهٔ عقود به شمار آورد، در صورتی که مخالف مقرّرات صریح قوانین نباشد، می توان درشمار عقود بی نام یا قراردادهای خصوصی دانست. این معنی در مورد ضمانتنامه های بانکی نیز می تواند مصداق داشته باشد.[۶۷]

نویسندگان قانون مدنی کشور ما با وضع مادّهٔ ۱۰ که مبتنی بر آزادی معاملات است، دست به ابتکار جالب و درخور تحسینی در قبول اصل اعتبار تعهّدات و حاکمیّت اراده زده اند.[۶۸] به موجب مادّهٔ مرقوم:

«قراردادهای حقوقی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

هرچند به نظر برخی از استادان حقوق مدنی، مادّهٔ مذکور از حقوق اروپایی (فرانسه) گرفته شده است و فرهنگ بومی ایران اصل حاکمیّت اراده را در قراردادها نمی شناسد[۶۹]، و ظاهراً به پیروی از همین نظر و طرز تفکّر، مادّهٔ ۱۰ قانون مدنی پس از انقلاب اسلامی در ایران بعضاً مورد بی مهری قرار گرفته و بهای چندانی به آن داده نشده است، معذلک حسب نظر برخی دیگر، نمی توان ادّعا کرد که مفاد این مادّه در حقوق ما پیشینهٔ تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی و یا ثمرهٔ تقلید از حقوق اروپایی است[۷۰]؛ زیرا فقهای امامیّه ــ دست کم در بحث شرط ــ ازهمین اصل پیروی کرده اند و گروهی وفای به همهٔ عقودی را که خلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد واجب دانسته اند.[۷۱]

۶۷. دکتر سیّد حسین صفایی، «تعهّد حسن انجام قرارداد (ضمانت)»، ص ۶۰ به بعد.

۶۸. دکتر جعفری لنگرودی: دورهٔ حقوق مدنی، حقوق تعهّدات، سال ۱۳۶۳، ج ۱/ ص ۱۷۲ به بعد. دکتر ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، سال ۱۳۶۴، ج ۱/ ص ۱۵۱ به بعد.

۶۹. دکتر سیّد حسن امامی: همان مأخذ، ج ۱/ ص ۲۶۷.

۷۰. دکتر ناصر کاتوزیان: همان مأخذ، ص ۱۵۱.

۷۱. شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، ص ۲۶۷. شیخ طبرسی: مجمع البیان، ج ۳/ ص ۱۵۱. فاضل مقداد: کنزالعرفان، ج ۲/ ص ۷۱. میبدی: کشف الاسرار، ج ۳/ ص ۵. مقدس

این دسته از مؤلفان تا آنجا پیشرفته‌اند که معتقدند «در فقه[72]، مکتبی وجود دارد که اصل محاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود با نام و بی‌نام یعنی به صورت ایقاعات پذیرفته، آن هم در اعصار بسیار دور که هنوز در اروپا تعهدات یکطرفی مطرح نبوده است و اساساً بحث تعهدات یکطرفی از حقوق اسلام به آن دیار سفر کرده است».[73]

بر پایهٔ این مبانی و ملاحظات و با توجه به اوصاف و ویژگیهای ضمانتنامه‌های بانکی، باید بر این عقیده بود که مادهٔ ۱۰ قانونی مدنی راه حلّی برای توجیه این نوع قراردادها به دست می‌دهد و حسب این عقیده، ضمانتنامه‌های بانکی را نباید ضمان عقدی و اصطلاحی دانست بلکه ضمان قراردادی است مشمول مادهٔ ۱۰ قانون مدنی که مخالفتی با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل و شرع ندارد.

بعلاوه در قلمرو حقوق، آنجا که تفکیک و تقسیم‌بندی موضوعات به مدنی و تجاری بعضاً اعتباری است و بعضاً در اصل تقسیم‌بندی و جدایی میان آن دو وجود ندارد، لازمهٔ تعیین ماهیت حقوقی همین است و تحلیل باید بر همین مبنا استوار باشد؛ ولی وقتی پای استقلال رشته‌ای مطرح است، از راه‌های دیگری نیز باید در مقام تحقیق و جستجو برآمد.

از دیدگاه حقوق تجارت، ضمانتنامه‌های بانکی از قراردادهای تجاری به حساب می‌آیند. در قلمرو تجارت، در اکثر کشورها قراردادهای تجاری اوصاف و ویژگیهای خود را یافته‌اند و از احکام و مقرّرات خاص

---

۷۱. اردبیلی: آیات الاحکام، ص ۳۰؛ محقق قمی: جامع الشتات، ص ۵۳۰. سیّد محمّد کاظم طباطبایی یزدی: عروة الوثقی، ج ۲/ ص ۲۸۸، و برای دیدن نظر مخالف رک. به سیّد محمّد جواد عاملی: مفتاح الکرامة، کتاب متاجر، ج ۴/ ص ۱۷۴؛ شیخ محمّد حسن نجفی: جواهر الکلام، ج ۲۲/ ص ۱۲۳.

۷۲. الفتاوی الکبری، ج ۳/ ص ۴۷۰ به بعد.

۷۳. دکتر جعفری لنگرودی: همان مأخذ، ص ۱۲۳.

پیروی می‌کنند. ضمانتنامهٔ بانکی نیز به‌عنوان یک قرارداد تجاری و «سند تعهّدآور بانکی» متضمّن فصول و ویژگیهایی است و طبیعت و ماهیّت خاصّ خود را دارد. این گونه اسناد و قراردادها زاییدهٔ عرف و رویّهٔ بانکی و مقتضیّات دنیای تجارت و قراردادهای پیمانکاری بوده، در قلمرو تجارت بین‌المللی مشمول قواعد و مقرّراتی هستند؛ از این رو در بررسی و تحلیل روابط حقوقی ناشی از آنها این جنبه‌ها نباید از نظر پنهان بماند.

در حقوق تجارت کشور ما باب بحث و گفتگو در این زمینه‌ها تازه باز شده و راهی طولانی در پیش است و کوشش و تلاش بیشتری باید به‌عمل آید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی