

## تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده از منظر فقه امامیه

### و حقوق موضوعه<sup>۱</sup>

محمد رضا بیکیان<sup>۲</sup>

#### چکیده

به موجب ضمانت‌نامه بانکی، صادرکننده در مقابل ذینفع تعهد می‌نماید که مبلغ معینی را به عنوان تضمین اجرای قرارداد پایه پرداخت کند. ظاهراً مشابه با این نهاد در عقد بیع، «ضمان عهده» است، یعنی چنانچه پس از مبادله عوضین، کاشف به عمل آید که مبیع یا ثمن، مستحق‌الغیر باشد، ضمانت از خریدار یا فروشنده نسبت به مورد معامله مطرح می‌شود که در این خصوص، مسأله ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقایسه با ضمان عهده قابل طرح است.

به موجب این تحقیق که به روش توصیفی- تحلیلی و با هدف تحلیل ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه بانکی صورت گرفته می‌توان گفت؛ اگرچه ممکن است ضمان عهده و ضمانت‌نامه بانکی برای تضمین یک تعهد آینده، استعمال شوند ولی ضمانت‌نامه بانکی، نه با قواعد و معیارهای حاکم بر ضمان سنتی، بلکه باید با قواعد بین‌المللی و ویژگی‌های این سند مد نظر واقع شود. امروزه بر اساس مبانی فقهی و حقوقی و عرف تجاری بین‌المللی و نیز با توجه به افتراق ضمانت‌نامه بانکی از ضمان عهده، ضمانت‌نامه مذکور را می‌توان قراردادی مستقل دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند.

**کلید واژه‌ها:** ضمانت‌نامه بانکی، ضمان عهده، اصل استقلال ضمانت‌نامه، قرارداد غیرمعین

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پژوهشگاه علوم انسانی

<sup>۱</sup> - تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۳/۱۵

<sup>۲</sup> - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد میمه و دانشگاه پیام نور مرکز وزوان.

## مقدمه و طرح مسأله

امروزه در عرصه‌های مختلف تجاری، بانکی، بین‌المللی و ... ضمانت‌نامه‌های بانکی جهت تضمین و شروع اقدامات لازم در راستای عمل به تعهدات مندرج در قراردادهای صادر می‌گردد تا در صورت تخلف از چارچوب تعهدات قراردادی، ذینفع ضمانت‌نامه بدون مراجعه به مراجع قضائی بتواند از محل تضمین ارائه شده (ضمانت‌نامه بانکی) اقدام به ضبط و جبران خسارت به نفع خود نماید. به عبارتی دیگر، ضمانت‌نامه بانکی تعهد پرداخت مبلغ معینی وجه نقد بدون قید و شرط است که در رابطه با یک قرارداد پایه و به عنوان تضمین اجرای آن داده می‌شود و ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های مزبور با توجه به هدف و فلسفه ایجاد آنها مستقل و منجز می‌باشد. به عبارت دیگر ایرادات و اختلافات مربوط به قرارداد پایه فی مابین متعاقدين مانع تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه نمی‌باشد. بر مبنای اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه (وصف تجریدی)، پس از تقاضای ذی نفع بانک ملزم به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه در وجه ذی نفع می‌باشد.

با لحاظ آن که در حقوق کنونی انواع مختلف ضمانت‌نامه‌ها به عنوان یکی از ابزارهای مهم تجارت بین‌الملل و یکی از انواع اعتبارنامه‌های تجاری کاربرد فراوان به ویژه در حوزه قراردادهای علی‌الخصوص قراردادهای پیمانکاری دارند، حکومت وصف تجریدی و آثار ناشی از آن به ویژه عدم امکان صدور دستور موقت مبنی بر عدم پرداخت تأثیر بسزایی در امنیت روابط حقوقی دارد.

در عقد بیع نیز، پس از وقوع عقد و مبادله عوضین مبادله، ممکن است کاشف به عمل آید که مبیع مورد معامله متعلق به شخص ثالثی بوده است و اصطلاحاً مستحق‌للغیر باشد. همچنین این احتمال در مورد ثمن معامله نیز امکان دارد. در این صورت مطابق فقه امامیه و نیز قوانین مدنی، ضمانت از خریدار یا فروشنده نسبت به مورد معامله مطرح می‌شود که اصطلاحاً «ضمان عهده» نام دارد.

با در نظر گرفتن ضمانت‌نامه بانکی و ضمان عهده، مسأله‌ای که در این رابطه مطرح می‌شود اینکه؛ ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در تطبیق با ضمان عهده، چیست؟ و به تبع این پرسش، از جمله سؤالات فرعی که مطرح می‌شود اینکه؛ ۱- وجوه اشتراک و تمایز ضمانت‌نامه بانکی و ضمان عهده چیست؟ ۲- ضمانت‌نامه بانکی در قالب کدام یک از اعمال حقوقی (عقد و ایقاع)، قابل توجیه می‌باشد؟ جهت پاسخ به این مسأله

ابتدا ضمان عهده از منظر فقه و حقوق بررسی خواهد شد، سپس این قرارداد با ضمانتنامه بانکی مورد مقایسه قرار می‌گیرد تا وجوه اشتراک و تمایز آن تبیین و در نهایت ماهیت هر یک از آنها مشخص گردد.

در مورد سوابق و پیشینه تحقیق می‌توان اذعان نمود؛ علی‌رغم اختلافات عملی و تئوری در خصوص ضمانتنامه‌های بانکی، تاکنون تحقیق مستقلی با رویکرد فقهی و حقوقی در خصوص ماهیت ضمانتنامه بانکی به ویژه در مقایسه با ضمان عهده، صورت نگرفته است. برخی از منابعی که با این حوزه مرتبط بوده - اگرچه به طور خاص به موضوع این مقاله پرداخته‌اند - به شرح زیر است:

- محمدرضا مسگرعبدالآبادی، «بررسی ضمان تجاری در حقوق تجارت ایران»، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان تهران (۱۳۹۱)؛ که در این پایان‌نامه انواع ضمان تجاری در حقوق تجارت ایران مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

- اردشیر باکرم‌میران، «عقد ضمان در قوانین مدنی و تجارت و آثار آن در عقود بانکی»، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه گیلان (۱۳۹۰)؛ در این پایان‌نامه به این مطلب پرداخته شده که؛ با انعقاد عقد ضمان، مدیون بری شده و دین بر ذمه ضامن استقرار می‌یابد ولی در قانون تجارت عقد ضمان بدین منوال نبوده است.

- مرتضی شهبازی‌نیا (۱۳۸۳) در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت حقوقی ضمانتنامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی» بیان داشته؛ تفاوت مهم ضمانتنامه بانکی و ضمان عقدی از این جهت است که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانتنامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی که تعهد ضامن در ضمان عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می‌باشد.

- علیرضا مسعودی (۱۳۸۲) در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی در ایران» ضمانتنامه‌های بانکی در حقوق ایران را در مقایسه با عقد ضمان و در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه نموده است.

در رابطه با ضرورت و اهمیت تحقیق نیز می‌توان گفت؛ به تبع صدور ضمانتنامه بانکی جهت تضمین و شروع اقدامات لازم در راستای عمل به تعهدات مندرج در قراردادها در

عرصه‌های مختلف تجاری، بانکی و بین‌المللی و در صورت تخلف از اجرای تعهدات قراردادی، بعضاً دعاوی مختلفی از جمله منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ضمانت خواه و یا طرفین قرارداد مطرح می‌شود که شناخت ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه بانکی جهت تبیین وظایف و تعهدات طرفین این نوع ضمانت‌نامه‌ها و نیز تبیین آثار آن در حقوق ایران، ضرورت دارد. از طرفی دیگر، با توجه به اینکه تاکنون تحقیق مستقلی ماهیت فقهی و حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در مقایسه با ضمان عهده را به طور مبنایی بررسی نکرده، به نظر می‌رسد موضوع مقاله مزبور در این خصوص جدید و دارای نوآوری است.

### ۱- مفهوم ضمان عهده

ضمان عهده از جمله تأسیسات حقوق اسلامی است که علاوه بر فقه امامیه در قانون مدنی نیز پذیرفته شده است. فروشنده ضامن درک مبیع است یعنی چنانچه پس از انجام معامله مبیع از آن دیگری در آید و یا معامله به جهتی باطل شد، بر عهده اوست که ثمن را به خریدار بازگرداند. حال اگر شخصی در برابر خریدار از فروشنده ضمانت کند؛ مبنی بر اینکه چنانچه مبیع از مال دیگری در آید و یا معامله باطل باشد او عهده‌دار بازگرداندن سبب خریدار خواهد بود، این ضمان را ضمان بر عهده می‌نامند. همچنین خریدار ضامن درک ثمن است یعنی چنانچه پس از انجام معامله خللی در معامله و یا در مالکیت ثمن پدیدار گردد بر عهده خریدار است که مبیع را به فروشنده بازگرداند. حال اگر شخصی در برابر فروشنده ضمانت کند که اگر معامله فاسد باشد او عهده دار بازگرداندن مبیع به فروشنده خواهد بود، شخص مزبور ضامن عهده خریدار شده است.

هر چند برخی از فقیهان ضمان درک و ضمان عهده را یکی انگاشته‌اند (بحرانی، ۱۳۶۳، ۳۹/۲۱ و نائینی، ۱۴۱۸ق، ۲۲۳/۱) اما گروهی دیگر (قمی، ۱۴۱۳ق، ۶۲/۲ و جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ۱۲۵/۱۲۴/۴) و به پیروی از آنها نویسندگان قانون مدنی به درستی تفاوت این دو مفهوم را مورد توجه قرار داده‌اند، چه آنکه ضامن عهده یک طرف عقد ضمان و ضامن درک، یک طرف عقد بیع است. دلیل نامگذاری این نوع ضمان به عهده آن است که ضامن ملتزم می‌شود ثمن را که در عهده بایع است به مشتری رد کند. (حلی، ۱۴۱۴ق، ۹/۲) از این رو آن را ضمان عهده ثمن هم می‌نامند. (مکی عاملی، ۱۴۰۶ق، ۱۴۴)

هرگاه ضامن عهده بایع را برای بازگرداندن ثمن به مشتری پس از قبض ثمن ضمانت نماید، میان فقها در صحت و نقوذ مزبور اختلافی وجود ندارد. با این تحلیل که در فرض آنکه مبیع مال بایع نباشد ثمن را بدون حق تحویل گرفته است و بر عهده اوست که آن را به مشتری رد کند و بنابراین ضامن همین عهده را ضمانت می‌نماید. روی این حساب اگر شخصی در چنین حالتی از سوی بایع به نفع مشتری ضامن ثمن می‌گردد، بدین معنی است که همین عهده بایع را متعهد شده است ولی ناگفته پیداست که این گونه ضمان از قبیل ضمان عین است نه دین و لذا به نظر بسیاری از فقیهان این ضمان از قبیل ضمان اعیان مضمونه است نه از مصادیق ضمان عقدی. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۹۱/۲-۱۹۰)

در فرضی که مشتری قبل از پرداخت ثمن به جهت آنکه هراس دارد که مبدا مبیع مال بایع نباشد و اگر ثمن پرداخت شود، دیگر نتواند استرداد نماید، برای ثمن ضامن می‌گیرد و سپس ثمن را پرداخت می‌کند، گروه زیادی از فقها پیمان عهده بایع پیش از قبض ثمن را بخاطر همان مشکلاتی که ذکر شد باطل می‌دانند. زیرا قبل از تسلیم ثمن هیچ گونه تعهدی برای بایع ایجاد نشده تا ضامن، ضمانت عهده وی را بنماید و ید بایع بر ثمن نیز تعلق نگرفته است تا از مصادیق ضمان اعیان مضمونه باشد و لذا راهی برای تصحیح چنین ضمانتی به نظر این دسته از فقیهان نرسیده است.

ولی گروهی از فقها ضمان عهده را مطلقاً صحیح می‌دانند هرچند که از مصادیق ضمان عقدی مصطلح محسوب ندانسته و آن را مستثنیات ضمان اعیان غیر مضمونه به حساب آورده‌اند و در توجیه نظریه خود نیاز عمومی را مطرح ساخته‌اند مبنی بر اینکه در معاملات بسیار چنین پیش می‌آید که خریدار فروشنده را نمی‌شناسد و به مالکیت او مطمئن نمی‌باشد و برای حصول اطمینان به امکان استرداد ثمن ضامن می‌گیرد. قانون مدنی از نظریه دوم پیروی کرده و بطور مطلق ضمان عهده را پذیرفته است. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۱۸) قانون مدنی در ماده ۶۹۷ چنین آورده است: «ضمان عهده از مشتری یابایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است»

اگرچه، بعضی از نویسندگان قانون مدنی معتقدند که «ضمان عهده» به لحاظ اینکه موضوع تعهد عین معین است از مصادیق عقد ضمان به شمار نمی‌آید زیرا تعهدی قابل انتقال به غیر نیست. بلکه باید آن را از موارد تعهد به «راضی کردن مضمون‌عنه به استرداد ثمن یا مبیع و پرداخت خسارت عدم انجام تعهد» دانست که با تعهد

مضمون‌عنه (رد ثمن یا مبیع) متفاوت است و این قسم از تعهد که در آن تعهد ضامن با تعهد مضمون‌عنه متفاوت است را نباید از قسم ضمان شمرد و اینکه فقها ضمان عهده را زیر عنوان ضمان مطرح کرده‌اند، به انگیزه مشروع ساختن آن بوده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۴/۲۹۵)

## ۲- ویژگی ضمانت‌نامه بانکی

ویژگی قابل توجهی که در این ضمانت‌نامه‌ها به چشم می‌خورد، استقلال آنها از قرار داد پایه است. این استقلال انتزاع از قرارداد پایه‌ای است که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است. به عبارتی دیگر می‌توان گفت که تعهدی است غیرقابل برگشت یک بانک به پرداخت وجهی که مورد ضمانت قرار گرفته در مقابل عدم ایفای قرارداد توسط یک شخص ثالث. به عبارتی به منظور تضمین تعهدات قراردادی به کار می‌رود.

با توجه به اینکه یکی از اصول بنیادین ضمانت‌نامه‌های بانکی اصل استقلال از قرار داد پایه است، می‌توان گفت که اصل در صدد نفی وابستگی حقوقی این نهاد از قرار داد پایه می‌باشد. به این معنا که مبنای تعهد پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط بانک ضامن و حق ذینفع (مضمون‌له) برای وصول آن اصولاً باید منطبق با مفاد و شروط تعیین شده در خود ضمانت‌نامه باشد نه بر اساس مراجعه به قرارداد پایه و رابطه بین ضامن و مضمون‌له تحت تأثیر رابطه بین ضامن و مضمون‌عنه قرار نمی‌گیرد.

پس عدم توجه به ایرادات به عنوان مهمترین اثر این اصل بیان شده است. استثنایی که بر این اصل وارد شده، قاعده تقلب است که منجر به منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شود. چرا که افراط و تفریط موجب لطمه زدن به کارایی صحیح این ابزار تجاری نوپا می‌شود. پس نباید قلمرو اصل استقلال آن چنان گسترش یابد که هیچ گونه ایرادی نسبت به قرار داد پایه مسموع نباشد و از طرف دیگر در پذیرش قاعده تقلب نباید راه افراط رفت که با هر ایرادی از حیث انتفاع بیافتد.

هدف ضمانت‌نامه، تضمین نمودن متعهدله در مقابل خسارت ناشی از جانب ضمانت خواه است. ولی آنچه حائز اهمیت است این است که مطالبه وجه ضمانت توسط ذینفع صرفاً بر اساس مفاد و شرایط موجود در متن ضمانت‌نامه مشخص و بر معیار آن سنجیده می‌شود و بانک حق استناد کردن به ایرادات ناشی از قرارداد پایه را ندارد. (Pierce, - , -) حال چنانچه تخلفی صورت پذیرد یا مطالبه‌ای روا یا

ناروا درخواست شود، بر اساس مفاد ضمانتنامه، ذینفع توانایی مطالبه آن را دارد و هیچگونه اجباری به اثبات تخلف به طریقی غیر از آنچه در ضمانتنامه معین و مشخص شده، نخواهد داشت. (Moumouni, , )

اتاق بازرگانی بین‌المللی هم این اصل را پذیرفته است، چنانچه در مقررات یکنواخت مربوط به ضمانتنامه‌های عندالمطالبه در توصیف ضامن آن آمده است: «برای اعمال این مقررات ضمانتنامه، نباید برای پرداخت وجه ضمانتنامه هیچ شرطی جزء ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد معین را در بر داشته باشد. خصوصاً مفاد ضمانتنامه نباید ضامن را به تصمیم‌گیری درباره اجرا یا عدم اجرا تعهدات ضمانت خواه و ذینفع در قرار داد پایه که مرتبط با ضمان نیست وادار نماید.»

این عبارت نه تنها اصل استقلال را مورد اهمیت قرار داده است، بلکه وجود هر گونه شرطی را که در مفاد ضمانتنامه منجر به عدم استقلال تعهد ضامن شود، ممنوع اعلام می‌کند. همچنین در بندهای (الف) و (ب) ماده ۲ همین مقررات در مورد استقلال ضمانتنامه تأکید شده، چنانکه بند (ب) آن بیان می‌دارد: «ضمانتنامه‌ها ماهیتاً قرار دادهایی جدا از معاملات یا شروط مناقصه‌ای هستند که بر آنها مبتنی شده‌اند و ضامن‌ها به هیچ وجه ملتزم به چنین قراردادهای یا شروط مناقصه‌ای نیستند، هر چند در ضمانتنامه به آنها اشاره شده باشد. وظیفه ضامن در یک ضمانتنامه، پرداخت مبلغ یا مبالغ معین در آن در مقابل ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد مشخص شده در ضمانتنامه است که مطابقت ظاهری با مفاد ضمانتنامه داشته باشد.»

از نظر حقوقی وجود و قلمرو ضامن در یک قرار داد ضمان تبعی وابسته به تخلف عملی و واقعی مضمون‌عنه است که این نیز به نوبه خود مبتنی بر فرض وجود تعهد از ناحیه او می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۲۲/۴) واضح است که در این نوع ضمانت، حق ذینفع برای مطالبه از ضامن، مشمول محدودیت‌ها و ایرادات مقرر در حقوق عام ضمان است چه در قرار داد ضمان پیش‌بینی شده باشد یا نشده باشد.

### ۳- وجه اشتراک و افتراق ضمان عهده و ضمانتنامه بانکی

ضمان عهده و ضمانتنامه بانکی از جهت لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد مورد تضمین مشترکند. همان گونه که بیان شد؛ گروهی از فقها ضمان عهده را مطلقاً صحیح می‌دانند و در توجیه نظریه خود نیاز عمومی را مطرح ساخته‌اند مبنی بر اینکه در

معاملات بسیار چنین پیش می‌آید که خریدار فروشنده را نمی‌شناسد و به مالکیت او مطمئن نمی‌باشد و برای حصول اطمینان به امکان استرداد ثمن ضامن می‌گیرد. قانون مدنی از نظریه دوم پیروی کرده و بطور مطلق ضمان عهده را پذیرفته است. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۹۴) قانون مدنی در ماده ۶۹۷ چنین آورده است: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير درآمدن آن جایز است»

ضمانت‌نامه بانکی نیز، حسب عرف تجاری و رویه بانکداری بین‌المللی همواره برای تضمین دین موجود به کار نمی‌رود، بلکه بعضی از انواع ضمانت‌نامه همیشه برای تضمین تعهد احتمالی آینده استفاده می‌شوند. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، مصداق بارز این قبیل ضمانت‌نامه‌ها است که به منظور تضمین انعقاد قرارداد پایه، در صورت برنده شدن ضمانت‌خواه در مناقصه استفاده می‌شود. البته برخی دیگر از انواع ضمانت‌نامه بانکی نظیر ضمانت‌نامه بازپرداخت معمولاً با هدف تضمین دین یا تعهد موجود، گشایش می‌شوند و برخی دیگر نظیر ضمانت‌نامه انجام قرارداد، حسب مورد ممکن است برای تضمین تعهد موجود و یا تعهد احتمالی آینده استفاده شوند.

از جمله وجوه افتراق ضمان عهده و ضمانت‌نامه بانکی با در نظر گرفتن ارکان و عناصر این دو مؤلفه می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

الف) از جهت اثر: اثر ضمان عهده مطابق قانون مدنی، در وهله اول انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن است که در نتیجه آن مدیون اصلی بری‌الذمه می‌شود و مضمون‌له، دیگر حق مراجعه به وی را نخواهد داشت. (ماده ۶۹۸ قانون مدنی) ضمانت‌نامه مستقل بانکی چنین اثری ندارد، بلکه تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه، یک تعهد اصلی و مستقل است که ابتدائاً برای خود بانک ایجاد می‌شود نه این که از ضمانت‌خواه به وی منتقل شود. همچنین تعهد بانک را نمی‌توان از نوع التزام به تأدیه معلق که مسئولیت ضامن در طول مسئولیت مضمون عنه قرار می‌گیرد، به حساب آورد. درست است که ضمانت‌نامه به درخواست ضمانت‌خواه و با هدف تضمین تعهدات وی در قرارداد پایه گشایش می‌شود، لیکن تعهد بانک در ضمانت‌نامه تعهدی مستقل و اصلی است که غالباً از حیث جنس و نوع تعهد و حدود و شرایط آن با تعهد ضمانت‌خواه کاملاً تفاوت دارد. بنابراین، نه ضمانت‌خواه شخصاً به عنوان اصیل، مسئولیتی از جنس



مسئولیت بانک گشایشگر (پرداخت وجه نقد) دارد و نه بانک گشایشگر در قبال تعهدات ضمانت خواه در قرارداد پایه (تحويل کالا یا احداث کارخانه) متعهد می شود.

ب) از جهت وابستگی یا استقلال تعهد ضامن: تعهد ضامن در نظام قانون مدنی (اعم از ضمان عقدی، التزام معلق به تأدیه دین دیگری و ضمان عهده)، تعهدی تبعی است و از حیث حدود و شرایط، تابع دین مضمون عنه به مضمون له است. اصل یگانگی تعهد ضامن و مضمون عنه در مقررات مربوط به ضمان عقدی همه نظام های حقوقی پذیرفته شده است. (O Donovan, , ). از این رو لازم نیست در قرارداد ضمانت جزئیات تعهد ضامن روشن باشد. (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) همچنین تعهد ضامن از حیث حدوث و بقا، وابسته به تعهد مدیون اصلی می باشد. در ضمانت نامه بانکی چنین وضعی وجود ندارد.

امروزه اصل استقلال تعهد ضامن از قرارداد پایه، در رویه و مقررات بین المللی کاملاً پذیرفته شده است، از این رو خلاف ضمان عهده، در ضمانت نامه بانکی بایستی جزئیات تعهد بانک ضامن، ذکر گردد. با توجه به اهمیت استقلال در بحث ضمانت نامه بانکی شاید بتوان این تفاوت را اصلی ترین وجه افتراق ضمانت نامه بانکی از ضمان عقدی دانست.

ج) از جهت امکان یا عدم امکان استناد به ایرادات قرارداد پایه: از آن جا که تعهد ضامن در ضمان عهده، تابع تعهد مضمون عنه در قرارداد پایه است، ضامن می تواند در مقابل مضمون له به کلیه ایراداتی که مدیون اصلی از آن برخوردار است، استناد نماید. اما در ضمانت نامه بانکی به عنوان یکی از نتایج استقلال از قرارداد پایه، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد مذکور جاری است. بانک نمی تواند در مقابل مطالبه وجه ضمانت نامه از سوی ذینفع که انطباق ظاهری با مفاد ضمانت نامه دارد، به ایرادات و دفاعیاتی نظیر اجرای تعهدات ضمانت خواه یا عدم استحقاق ذینفع برای مطالبه خسارت، استناد نماید. (محبی، ۱۳۷۵، ۹۸)

د) از حیث نقش مدیون اصلی در قرارداد ضمانت: در ضمان عهده مقرر در قانون مدنی، رضایت مدیون اصلی شرط نیست و از جهت نظری ممکن است ضامن بدون رضایت مضمون عنه تأدیه دین او را به عهده گیرد. در مورد ضمانت نامه بانکی وقوع چنین حالتی غیرممکن است، چرا که بانک ها همواره به درخواست ضمانت خواه و براساس تضمین

متقابلی که وی ارائه می‌کند، حاضر به گشایش ضمانت‌نامه بانکی می‌شوند و از این رو همواره حق رجوع به ضمانت‌خواه را دارند.

ه) از حیث لزوم یا عدم لزوم ذکر جزئیات تعهد ضامن و شرایط ضمان: ضمان عهده در قانون مدنی مبتنی بر مسامحه است. در مقابل، ضمانت‌نامه بانکی جزء عقود مبتنی بر مسامحه نیست بلکه از عقود معاملی و مبتنی بر سودجویی به شمار می‌رود. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۷۲-۱۷۱) بر اساس رویه بانکداری و مقررات بین‌المللی، درج جزئیات تعهد بانک ضامن در متن ضمانت‌نامه از جمله مبلغ ضمانت‌نامه و ارزش مقرر، تاریخ اعتبار ضمانت‌نامه، نام شخص ذینفع و ضمانت‌خواه و از همه مهم‌تر شروط پرداخت وجه ضمانت‌نامه، ضرورت دارد. (Uniform Rules for Demand Guarantees, Article )

#### ۴- ماهیت عقدی یا ایقاعی ضمانت‌نامه بانکی

در خصوص ماهیت تعهد بانک در ضمانت‌نامه مستقل بانکی و زمان و شیوه لازم‌الاجرا شدن آن، دو مکتب فکری در سطح بین‌المللی وجود دارد. (Moumouni, , در حقوق ایران نیز همین دیدگاه‌ها در برخی از نوشته‌های نویسندگان حقوق تجارت مطرح شده است. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۶۲)

یکی از این دیدگاه‌ها، تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه بانکی را ماهیتاً تعهد یکطرفه یا ایقاع می‌داند و معتقد است که الزام‌آور بودن تعهد مذکور صرفاً از اعلام یکطرفه بانک مبنی بر متعهد کردن خود در مقابل ذینفع، نشأت می‌گیرد. این اعلام یکطرفه به شکل ابلاغ مفاد و شروط ضمانت‌نامه به ذینفع صورت می‌گیرد. مطابق این دیدگاه، در صدور ضمانت‌نامه قبول و رضایت ذینفع شرط نیست و تعهد یکجانبه بانک، الزام‌آور است و با توجه به ضروری نبودن لحوق قبولی ذینفع به اعلام یکطرفه بانک، زمان لازم‌الاجرا شدن تعهد و شیوه آن، همان است که در ضمانت‌نامه معین شده و از تاریخ صدور سند ضمانت آغاز می‌شود. تئوری یکطرفه بودن تعهد بانک، در میان نوشته‌های حقوقی کشور بلژیک، دیدگاه غالب است و رویه قضایی این کشور نیز آن را تأیید کرده است. (Velu, & Herbots, , & Simont, ۲۲۸-۲۱۸, ۱۹۹۰) علاوه بر این برخی نویسندگان حقوقی در هلند نیز از آن حمایت کرده‌اند. (Boon, , ۴۳-۴۱)

مبنای نظریه طرفداران ایقاعی بودن ضمانتنامه، دیدگاه برخی از فقهاست که خلاف قول مشهور، در انعقاد عقد ضمان رضای مضمون له را لازم نمی‌دانند و ضمان را همانند «پرداخت بدهی دیگری» به حساب می‌آورند که نیاز به رضایت داین ندارد و از این رو، ضمان را ایقاع دانسته‌اند. (طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ۳۴۹) به هر حال، صرف نظر از این که دیدگاه مذکور در فقه نیز قول مشهور نیست، باتوجه به تفاوت ماهیت ضمان مقرر در حقوق مدنی و فقه با ضمانتنامه بانکی، تسری مباحث مذکور به ضمانتنامه، خالی از ایراد نیست (کاشانی، ۱۳۷۰، ۳۸-۴۰) ضمن آن که در هر حال حقوق موضوعه ایران (ماده ۶۸۴ قانون مدنی) به تبعیت از نظر مشهور، دیدگاه عقدی بودن ضمان را برگزیده است.

نظریه مذکور در واقع تحلیل ضمانتنامه را از قرارداد بین بانک و ذینفع، به قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک برمی‌گرداند و آن را شرط فعلی می‌داند که ضمن عقد دیگری درج شده است. این دیدگاه در میان نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل طرفداری ندارد. نظریه برگزیده از حیث عقد یا ایقاع بودن ضمانتنامه؛ طرفداران تئوری تعهد یکطرفه، علت پذیرش این دیدگاه را وجود چند نقص در اعمال قواعد ایجاب و قبول نسبت به ضمانتنامه‌های مستقل بانکی می‌دانند. به نظر ایشان اگر قدرت الزام‌آور تعهد بانک، وابسته به قبولی ذینفع است، بانک بایستی این امکان را داشته باشد که در هر زمانی قبل از لحوق قبول، ایجاب خود را پس بگیرد و یا آن را تغییر دهد. (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ۱۱۵) در حالی که در ضمانتنامه بانکی، بانک از چنین اختیاری برخوردار نیست و پس از صدور ضمانتنامه، حق هیچ‌گونه تغییر در متن ضمانتنامه یا برگشت از آن را ندارد، اعم از آن که ذینفع قبولی خود را اعلام کرده باشد یا خیر. بر اساس این دیدگاه، علت غیر قابل برگشت بودن ضمانتنامه و مفاد آن، ماهیت یکطرفه تعهد بانک است که با اعلام یک جانبه، الزام‌آور خواهد بود. (Velu, , )

ایراد عمده استدلال فوق این است که بر یک مقدمه غیر قطعی و مردد بنا شده است. این مقدمه همان عدم قابلیت برگشت (یا عدول) از ایجاب بانک می‌باشد. غیر منطقی بودن مقدمه مذکور از این جهت است که به طور کلی نمی‌توان حکم کرد که هر ایجابی قابل برگشت و بازپس‌گیری است. اگرچه رویه قضایی و نوشته‌های حقوقی اروپای قاره‌ای از جهت شرایطی که می‌تواند ایجاب را قابل برگشت یا غیر قابل برگشت نماید، دچار اختلاف و تشتت است، اما به طور مسلم غیر قابل برگشت بودن ایجاب در موارد زیر

پذیرفته شده است. (شهیدی، ۱۳۷۷، ۲۰۹-۲۱۰ و ماده ۱۶ کنوانسیون بیع بین المللی کالا- مصوب ۱۹۸۰)

به نظر می‌رسد ضمانت‌نامه مستقل بانکی از ماهیت قراردادی برخوردار است و با اصول کلی حقوق تعهدات کشورهای مختلف راجع به عقود، انطباق دارد به این معنا که قرارداد ضمانت‌نامه در نتیجه ایجاب غالباً غیر قابل برگشت بانک و قبولی معمولاً ضمنی ذینفع تشکیل می‌گردد. در خصوص چگونگی احراز قبول ضمنی ذینفع می‌توان چنین استدلال کرد که از یک طرف چون گشایش ضمانت‌نامه در قرارداد پایه بین ذینفع و ضمانت خواه پیش‌بینی شده است، ذینفع منتظر آن است و از طرف دیگر، ضمانت‌نامه صرفاً شامل مزایای و منافع برای ذینفع است و هیچ گونه تعهدی را برای وی در بر ندارد، از این رو، اگر ذینفع ظرف مهلت متعارفی بعد از دریافت ضمانت‌نامه، به مفاد و شروط آن اعتراض نکند، بایستی قبول ایجاب از سوی وی مفروض تلقی شود. پس از مهلت متعارف مذکور نه فقط بانک، بلکه ذینفع هم به طور قراردادی ملزم به مفاد ضمانت‌نامه می‌باشد و نمی‌تواند تغییر یا اصلاح آن را درخواست نماید.

### نتیجه‌گیری

در جمع‌بندی مباحث مورد بررسی می‌توان گفت؛

۱- آنچه که به عنوان وجه اشتراک ضمان عهده و ضمانت‌نامه بانکی دارای اهمیت است این است که هر دو ممکن است برای تضمین یک تعهد آینده که سبب آن نیز ایجاد نشده، مورد استفاده قرار گیرند، این امر (بر خلاف ضمان عقدی) منجر به بطلان آنها نمی‌شود.

۲- در مقابل، ضمانت‌نامه مستقل بانکی اعم از داخلی و بین‌المللی از جهات متعددی متفاوت از ضمان عهده مقرر در قانون مدنی می‌باشد. ضمانت‌نامه بانکی، به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه‌ها از نهادهای مذکور به ویژه ضمان سنتی فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده جدید مطرح شده است. این پدیده جدید را نباید با قواعد و معیارهای حقوق ملی حاکم بر ضمان سنتی مورد ارزیابی قرار داد بلکه در مقام تحلیل و تفسیر مسائل ناشی از آن، باید قواعد بین‌المللی و ویژگی‌های این سند مد نظر واقع شود.

۳- با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت‌نامه بانکی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری

بین‌المللی، پدیده ضمانت‌نامه را می‌توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. در حقوق ایران، با توجه به افتراق ضمانت‌نامه بانکی از ضمان عهده و ضمان مقرر در قانون تجارت، این قرارداد جدید را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

۴- ضمانت‌نامه بانکی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی است. در خصوص ماهیت این «پدیده جدید»، هنوز اتفاق نظر چندانی در میان نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل و رویه قضایی مربوط به آن، فراهم نیامده است. از جمله، دکترین بین‌المللی هنوز در مورد ماهیت عقدی یا ایقاعی بودن پدیده مذکور به نقطه مشترکی نرسیده است. با این حال دیدگاه‌های مطرح در این زمینه در یک نقطه مشترکند و آن اینکه قواعد حاکم بر این پدیده جدید، عمدتاً جنبه فراملی دارند که در بررسی و تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه، نباید از نظر دور بمانند. در نتیجه ضمانت‌نامه مستقل بانکی را نباید در چارچوب نهادها و قواعد سنتی حقوق ملی، دسته‌بندی و تحلیل کرد.



## منابع

### الف) منابع فارسی

#### - کتب

۱. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان.
۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار.
۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، دوره عقود معین، ج ۴، تهران، نشر میزان.
۴. کاشانی، محمود، ۱۳۷۰، جزوه حقوق مدنی (وثیقه‌های دین)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۵. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، جلد ۲، تهران، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
۶. مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، ۱۹۹۲، انتشار توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی، نشریه شماره ۴۵۸.

#### - مقالات

۱. اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸-۱۴۹، صفحات ۱۵۱-۱۸۸.
۲. شهبازی‌نیا، مرتضی، ۱۳۸۳، «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی»، نشریه نامه مفید، دوره ۱۰، شماره ۴۳، صفحات ۱۱۱-۱۴۰.
۳. محبی، محسن، ۱۳۷۵، «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران \_ ایالات متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۰، صفحات ۱۹۰-۷۹.
۴. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۴، «تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری و دکترین‌های حقوقی معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۶-۱۷، صفحات ۷-۳۶.

#### ب) منابع عربی

۱. بحراني، يوسف، ۱۳۶۳، الحدائق الناضره في احكام العتراء الطاهره، جلد ۲۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، قم.
۲. جبعي عاملي، زين الدين (شهيد ثانی)، ۱۴۱۰ق، الروضه البهيه في شرح اللمعه دمشقيه، جلد ۴، قم، نشر داوری، قم.
۳. حلي، حسن بن يوسف بن مطهر، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، جلد ۲، قم، مؤسسه آل البيت، قم.
۴. طباطبائي، سيدمحمد کاظم، ۱۴۰۴ق، عروه الوثقی، جلد ۲، بيروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۵. قمی، ابوالقاسم بن حسن، ۱۴۱۳ق، جامع الشتات، جلد ۲، تهران، نشر کيهان.
۶. مکی عاملي، شمس الدين محمد (شهيد اول)، ۱۴۰۶ق، اللمعه دمشقيه، بيروت، دار الناصر.
۷. نائيني، محمد حسين، ۱۴۱۸ق، منيه الطالب، جلد ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامي.

### ج) منابع لايتن

۱. Boon, M.N., 1987, Het Documentaire, 7th ed., London, Stevens & Sons.
۲. Herbots, H.J., 1984, Een Antwerpse borgbrief is geen borgtocht, Rechtskundig weekblad (RW).
۳. Moumouni, Charles, 1988, "Le Regime Juridique et Les Clauses Essentielles du Contract de Garantie Bancaire", Lprimiere Demande, <http://www.Droit.umontr.eal.ca/pub/Themis/97Vol.137No.3/Moumouni.Html>.
۴. O Donovan Phillips, 1985, The Modern Contract of Guarantee, Sydney, The Law Book Company Ltd.
۵. Pierce, Anthony, 1993, "Demand Guarantees in international Trade", Sweet and Maxwell, London.
۶. Simont, L., 1983, les garanties independontes, Review Banque, Brussels.
۷. Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication no. 485, Article .
۸. Velu, S., 1990, National Report (Belgium), colloque de Tours.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی