**مرتضي شهبازي نيا[1]**

**چكيده**

**ضمانت نامة بانكي و ضمان عقدي از اين جهت كه هر دو مضمون له (ذينفع) را در مقابل عدم اجراي قرارداد پايه از سوي مضمون عنه (ضمانت خواه) حمايت مي­كنند، داراي خصوصيتي مشترك هستند. تفاوت مهم اين دو آن است كه تعهد پرداخت بانك ضامن ( در ضمانت نامه بانكي ) مستقل از تعهد ضمانت خواه (يا متعهد اصلي) است در حالي­كه تعهد ضامن در ضمان عقدي تابع تعهد متعهد اصلي مي­باشد. بر اساس اصل تبعي بودن تعهد ناشي از ضمان عقدي، ضامن حق دارد به ايراداتي كه مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نمايد. در حالي­كه به موجب اصل استقلال ضمانت نامه بانكي، بانك ضامن نمي تواند به ايرادات ناشي از قرارداد پايه استناد كند. بنا بر اين ضمانت نامة بانكي متفاوت از ضمان عقدي است و بايد آن را قراردادي غير معين به حساب آورد كه طرفين آن بانك و ذينفع هستند. ضمانت خواه, طرف قرارداد ضمانت نامه نيست هر چند كه ضمانت نامه محصول توافق وي و ذينفع در قرارداد پايه مي باشد. در حقوق ايران اين قرارداد را مي­توان از نوع قراردادهاي خصوصي موضوع ماده 10 قانون مدني به حساب آورد.**

**واژگان كليدي: ضمانت نامة بانكي، ضمان عقدي، قرارداد پايه، ماهيت حقوقي، قرارداد غير معين**

**مقدمه**

**ضمانت نامة بانكي بين‌المللي را بايستي يك پديده جديد به حساب آورد كه زائيدة عرف و روية بانكي ونيازهاي تجاري واقتصادي است. درخصوص ماهيت اين «پديدة جديد» هنوز اتفاق نظر چنداني درميان نويسندگان حقوق تجارت بين‌الملل وروية قضايي مربوط به آن، فراهم نيامده است. از جمله، دكترين بين‌المللي هنوز درمورد ماهيت عقدي يا ايقاعي بودن پديده مذكور به نقطه مشتركي نرسيده است. بااين حال ديدگاه‌هاي مطرح دراين زمينه در يك نقطه مشتركند وآن اينكه قواعد حاكم براين پديدة جديد، عمدتاً جنبة فراملي دارند كه دربررسي وتحليل ماهيت ضمانت‌نامه، نبايد از نظر دور بمانند.در نتيجه ضمانت‌نامة مستقل بانكي را نبايد در چارچوب نهادها وقواعد سنتي حقوق ملي، دسته‌بندي وتحليل كرد. درمباحث آتي، اين موضوع ونيز مباني قانوني اعتبار ضمانت نامه مستقل بانكي بررسي خواهد شد.**

**1\_ ماهيت عقدي يا ايقاعي ضمانت‌نامه مستقل بانكي**

**درخصوص ماهيت تعهد بانك درضمانت‌نامة مستقل بانكي و زمان وشيوة لازم‌الاجرا شدن آن،‌ دو مكتب فكري درسطح بين‌المللي وجود دارد 6) P.:.(Moumouni درحقوق ايران نيز همين ديدگاه­ها دربرخي از نوشته‌هاي نويسندگان حقوق تجارت مطرح شده است (اخلاقي, 1368: ص 162).**

**1\_1\_ طرح ديدگاه­هاي موجود**

**يكي از اين ديدگاه‌ها، تعهد بانك به موجب ضمانت‌نامة بانكي را ماهيتاً تعهد يكطرفه (براي شناخت تعهد يكطرفه ر.ك: Murray , 1990 , P.30) يا ايقاع مي‌داند و معتقد است كه الزام آور بودن تعهد مذكور صرفاً از اعلام يكطرفة بانك مبني بر متعهد كردن خود در مقابل ذينفع، نشئت مي‌گيرد. اين اعلام يكطرفه به شكل ابلاغ مفاد و شروط ضمانت‌نامه به ذينفع صورت مي‌گيرد. مطابق اين ديدگاه، درصدور ضمانت‌نامه قبول و رضايت ذينفع شرط نيست و تعهد يكجانبة بانك، الزام‌آور است و با توجه به ضروري نبودن لحوق قبولي ذينفع به اعلام يكطرفة بانك، زمان لازم‌الاجرا شدن تعهد و شيوة آن، همان است كه در ضمانت‌نامه معين شده و از تاريخ صدور سند ضمانت آغاز مي‌شود. تئوري يكطرفه بودن تعهد بانك، در ميان نوشته‌هاي حقوقي كشور بلژيك، ديدگاه غالب است و روية قضايي اين كشور نيز آن را تأييد كرده است (Velu, 1990:PP.218-228; simont, 1983: P.588& Herbots: P.1185) علاوه براين برخي نويسندگان حقوقي در هلند نيز از آن حمايت كرده‌اند PP.41-43): (Boon.**

**بخشي ديگر از دكترين بين‌المللي، تعهد بانك به موجب ضمانت‌نامه را تعهد ناشي از قرارداد اجماعي (consensual contract)مي‌داند كه با ايجاب و قبول محقق مي‌شود. مطابق اين ديدگاه، صدور ضمانت‌نامه صرفاً به منزلة ايجاب از ناحية بانك است كه براي الزام‌آور شدن، بايستي قبولي ذينفع نيز بدان ملحق شود. از طرفي قبولي ايجاب، برابر قواعد كلي قراردادها، مي‌تواند به صورت ضمني صورت گيرد (;Treitel, 1987: P.15; Murray, 1985: P.179؛ شهيدي, 1377: ص 215) و در ضمانت‌نامه‌ها روية غالب اين است كه باتوجه به پيش‌بيني ضمانت‌نامه درقرارداد پايه بين ذينفع و ضمانت خواه، ذينفع انتظار صدور ايجاب از سوي بانك كارگزار ضمانت‌خواه را دارد و همين كه به آن اعتراض نمي‌كند به منزلة قبول ضمني ايجاب است. حتي اگر اين استدلال هم پذيرفته نشود، مطالبة وجه ضمانت‌نامه از سوي ذينفع مطمئناً ثابت مي‌كند كه ايجاب بانك، مورد قبول ذينفع قرارگرفته است. روية قضايي و دكترين آلمان، معتقد به ديدگاه قراردادي بودن ضمانت‌نامه است كه طبق آن قرارداد ضمانت‌نامه با ايجاب بانك و قبولي ضمني ذينفع، تشكيل مي‌گردد(Westphalen: 1990: P.110& Canaris: no. 1121) روية قضايي فرانسه نيز ديدگاه قراردادي را پذيرفته است (Prum,1994: P.112& Vasseur,1992: P. 322) اما درحقوق انگليس بيشتر به برگشت پذيري يا غير قابل برگشت بودن تعهد بانك پرداخته شده است و مجموع مباحث طرح شده نشان مي‌دهد كه درحقوق انگليس نيز تعهد بانك، يك تعهد قراردادي ناشي از ايجاب و قبول به حساب مي‌آيد.**

**(Schmitthof, 1990: PP.423-424 & Harfield, 1974: P.52-55)**

**درحقوق ايران نيز موضوع عقدي يا ايقاعي بودن ضمانت‌نامة بانكي مطرح گرديده است( اخلاقي, 1368: ص 164). مبناي نظريه طرفداران ايقاعي بودن ضمانت‌نامه، ديدگاه برخي از فقهاست كه خلاف قول مشهور، در انعقاد عقد ضمان رضاي مضمون‌له را لازم نمي­دانند وضمان را همانند «پرداخت بدهي ديگري» به حساب مي‌آورند كه نياز به رضايت داين ندارد و از اين­رو، ضمان را ايقاع دانسته‌اند (طباطبايي, بي­تا: ج2, ص 349)[2]. به هرحال، صرف نظر از اين­كه ديدگاه مذكور درفقه نيز قول مشهور نيست، باتوجه به تفاوت ماهيت ضمان مقرر درحقوق مدني و فقه با ضمانت‌نامة بانكي، تسري مباحث مذكور به ضمانت‌نامه، خالي از ايراد نيست (كاشاني, 1377: صص 40-38) ضمن آن­كه درهرحال حقوق موضوعه ايران ( مادة 684 قانون مدني ) به تبعيت از نظر مشهور، ديدگاه عقدي بودن ضمان را برگزيده است (و براي ملاحظه شرايط شكل‌گيري ضمان عقدي ر.ك: كاتوزيان, 1376: ج4, ص 254 به بعد).**

**بعضي از اساتيد حقوق تجارت كه قائل به تبعي بودن تعهد ناشي از ضمانت‌نامه هستند, در مقام توجيه ضمانت‌ بانك از ديني كه هنوز موجود نيست، به نظريه «تعهد به نفع ثالث» (براي ملاحظه دكترين تعهد به نفع ثالث درحقوق ايران و برخي كشورهاي ديگر ر.ك: محقق داماد, 1374: ص 9 به بعد) استناد كرده‌اند (اخلاقي, 1368: ص 176). به اين معنا كه صدور ضمانت‌نامه در واقع مبتني بر قراردادي بين مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) و بانك ضامن‌ است كه درآن قرارداد، شرطي به نفع ثالث (ذينفع) گنجانده مي‌شود. بنابراين براساس ديدگاه مذكور ضمانت‌نامة بانكي نه عقد است و نه ايقاع بلكه در زمرة شروط ضمن عقد به حساب مي‌آيد كه مستند آن نيز مادة 196 قانون مدني است:**

**«كسي­كه معامله مي‌كند آن معامله براي خود آن شخص محسوب مي­شود مگر اين­كه درموقع عقد خلاف آن را تصريح نمايد يا بعداً خلاف آن ثابت شود؛ معذلك ممكن است درضمن معامله كه شخص براي خود مي‌كند تعهدي هم به نفع شخص ثالث بنمايد.»**

**نظرية مذكور در واقع تحليل ضمانت‌نامه را از قرارداد بين بانك و ذينفع, به قرارداد بين ضمانت‌خواه و بانك برمي‌گرداند و آن را شرط فعلي مي‌داند كه ضمن عقد ديگري درج شده است. اين ديدگاه درميان نويسندگان حقوق تجارت بين‌الملل طرفداري ندارد.**

**1\_2 \_ نظريه برگزيده از حيث عقد يا ايقاع بودن ضمانت‌نامه**

**طرفداران تئوري تعهد يكطرفه، علت پذيرش اين ديدگاه را وجود چند نقص در اعمال قواعد ايجاب و قبول نسبت به ضمانت‌نامه‌هاي مستقل بانكي مي‌دانند. به نظر ايشان اگر قدرت الزام‌آور تعهد بانك، وابسته به قبولي ذينفع است، بانك بايستي اين امكان را داشته باشد كه در هر زماني قبل از لحوق قبول، ايجاب خود را پس بگيرد و يا آن را تغيير دهد. در حالي ­كه در ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي، بانك از چنين اختياري برخوردار نيست و پس از صدور ضمانت‌نامه، حق هيچ ­گونه تغيير در متن ضمانت‌نامه يا برگشت از آن را ندارد، اعم از آن­كه ذينفع قبولي خود را اعلام كرده باشد يا خير. بر اساس اين ديدگاه، علت غير قابل برگشت بودن ضمانت‌نامه و مفاد آن، ماهيت يكطرفه تعهد بانك است كه با اعلام يك جانبه، الزام‌آور خواهد بود (Velu, 1990: PP.218-228).**

**ايراد عمدة استدلال فوق اين است كه بريك مقدمه غير قطعي ومردد بنا شده است. اين مقدمه همان عدم قابليت برگشت (يا عدول) از ايجاب بانك مي­باشد. غير منطقي بودن مقدمه مذكور از اين جهت است كه به طوركلي نمي‌توان حكم كرد كه هر ايجابي قابل برگشت و بازپس‌گيري است. اگرچه روية قضايي و نوشته‌هاي حقوقي اروپاي قاره‌اي از جهت شرايطي كه مي‌تواند ايجاب را قابل برگشت يا غير قابل برگشت نمايد، دچار اختلاف و تشتت است، اما به طور مسلم غيرقابل برگشت بودن ايجاب درموارد زير پذيرفته شده است Bertrams, 1996: P.167)؛ شهيدي, 1377: صص 209 و 210):[3]**

**زماني­كه درمتن ايجاب به غيرقابل برگشت بودن آن تصريح شده باشد.**

**اگر براي طرف ايجاب متعارف و معقول باشد كه به ايجاب به عنوان اين­كه غيرقابل برگشت است اعتماد كرده و بر اساس اين اعتماد عمل كرده باشد.**

**اگر ايجاب طبق عرف غيرقابل برگشت باشد.[4]**

**اگر هيچ­كدام از موارد فوق وجود نداشته باشد رويه قضايي پذيرفته است كه غير قابل برگشت بودن ايجاب، ممكن است از عرف بين‌المللي استنباط شود**

**(Bertrams, 1996: P.168).**

**مطالب فوق در مورد ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي نيز صدق مي‌كند، چرا كه اولاً بانك گشايشگر معمولاً درمتن ضمانت‌نامه‌اي كه به ذينفع ابلاغ مي‌كند به غيرقابل برگشت بودن آن تصريح مي‌كند. ثانياً عرف بين‌المللي نيز ايجاب ضمانت نامه را غيرقابل رجوع مي‌داند و ذينفع نيز با لحاظ عرف به غيرقابل برگشت بودن ايجاب بانك، تكيه و بر مبناي آن عمل مي‌كند. از اين گذشته مقررات بين‌المللي مربوط به ضمانت‌نامه (مادة 5 مقررات يكنواخت اتاق بازرگاني بين‌المللي براي ضمانت‌نامه‌هاي عندالمطالبه و ماده 7 كنوانسيون سازمان ملل براي ضمانت‌نامه‌‌هاي مستقل و اعتبار نامه‌هاي انتظاري) نيز بر غير قابل برگشت بودن آن تأكيد كرده‌اند (شهبازي نيا, 1380:ص 200).**

**استدلال دوم به نفع نظرية يكطرفه اين است كه در كشورهاي تابع نظام كامن لا(C ommon Law)، عموماً غيرقابل برگشت بودن ايجاب پذيرفته نشده است. دركامن لا، وعدة ايجاب دهنده مبني بر عدول نكردن از ايجاب، چون «علت يا عوض» (Consideration) ندارد، الزام‌آور نيست و موجِب، هر زماني خواهد توانست از ايجاب خود رجوع نمايد ((Murray, 1990: p43. بر اين اساس، طرفداران نظرية مذكور معتقدند در نظام كامن لا، غير قابل برگشت بودن ايجاب با استفاده از شرط ضمن ايجاب و يا به كمك عرف و رويه قابل توجيه نيست و لذا بايد آن را در زمرة تعهدات يكطرفه به حساب آورد.**

**به نظر مي‌رسد استدلال مذكور نيز نمي‌تواند ماهيت يكطرفة تعهد بانك را اثبات نمايد، زيرا اولاً در كشورهاي تابع نظام كامن‌لا هم با كمك اصول و قواعد ديگر نظير استاپل مبتني بر انصاف(Equitable Estoppel)، وعدة بدون عوض يا علت درمواردي معتبر و الزام‌آور تلقي شده است (شهبازي نيا, 1374: ص 115)، ثانياً استثنائات متعددي براي اصل قابل رجوع بودن ايجاب ذكرگرديده(Murray, 1990: P.112 & Treited, 1987:PP.34 – 35) كه ضمانت نامه را نيز مي‌توان از آن زمره دانست. ‌علاوه بر اين، چنان­كه قبلاً هم گفتيم، نمي‌توان قواعد حاكم بر نهادهاي سنتي حقوق ملي را به طور خودكار و بدون انعطاف در مورد ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي اعمال كرد بلكه قواعد حاكم بر اين سند، قواعدي فراملي مي‌باشند كه ممكن است به نوبة خود از قواعد ملي با اصلاحات لازم اقتباس شده باشند.**

**آخرين استدلالي كه به نفع يكطرفه بودن تعهد بانك صورت گرفته اين است كه بانك‌ها از زمان ابلاغ ضمانت‌نامه احساس مي‌كنند كه ملزم به مفاد آن هستند درحالي كه اگر ابلاغ ضمانت نامه صرفاً ايجاب تلقي شود، نبايد قبل از لحوق قبولي ذينفع چنين احساسي وجود داشته باشد ((Bertrams, 1996: P.168. به نظر مي‌رسد اگر چه احساس ملزم بودن به محض صدور ضمانت‌نامه واقعاً وجود دارد، اما اين احساس را مي‌توان ناشي از غيرقابل برگشت بودن ايجاب در نتيجة توافق و يا عرف دانست. به اين ترتيب كه چون از يك طرف, بانك نمي‌تواند پس از صدور، ايجاب خود را بازپس گيرد و يا آن ­را تغيير دهد و از طرف ديگر عملاً ضمانت‌نامه متضمن منافع ذينفع است و غالباً مورد قبول وي قرارمي‌گيرد، در نتيجه بانك به محض گشايش ضمانت‌نامه خود را در مقابل آن ملزم احساس مي كند(op.Cit.) با توجه به مطالب پيش گفته، به نظر مي‌رسد معايب ادعايي در اعمال قواعد ايجاب و قبول نسبت به ضمانت‌نامه مستقل بانكي وجود ندارد. در مقابل، تئوري تعهد يكطرفه ممكن است خود سبب مشكلاتي در تفسير ضمانت‌نامه شود. براي مثال, در چارچوب تئوري تعهد يك طرفه نمي‌توان پذيرفت كه محتواي دقيق حقوق و تعهدات ناشي از ضمانت‌نامه بايد با مراجعه به قصد متقابل بانك و ذينفع تعيين شود و يا امكان مراجعه به قرارداد پايه در مقام تفسير مفاد مبهم ضمانت نامه را نمي‌توان توجيه نمود.**

**علاوه براين، اگر ذينفع پس از صدور ضمانت‌نامه اعمال اصلاحات يا تغييراتي را درمتن آن پيشنهاد كند و بانك با اين پيشنهاد موافقت نمايد، در اين­ صورت بديهي است كه تعهد بانك طبق ايجاب اصلي از اثر خواهد افتاد و متن تغيير يافته ملاك خواهد بود. حال اگر ضمانت‌نامه، تعهد يك طرفه به حساب آيد، چگونه مي‌توان عمليات فوق را توجيه نمود؟ ازهمه مهم­تر اين­كه اگر ضمانت‌نامة تعهد يك طرفه تلقي شود، در حالت فوق قبل از قبولِ اعمال اصلاحيه نيز بايد بانك ملزم به مفاد ضمانت‌نامه باشد، در حالي ­كه چنين نيست بلكه دراين فرض، اگر پيشنهاد متقابل ذينفع شامل اصلاحات ماهوي باشد به معني عدم قبول ايجاب بانك به ترتيب مقرر در متن ضمانت‌نامه مي‌باشد[5] و پس از قبول اعمال اصلاحيه توسط بانك، ضمانت‌نامه الزام‌آور خواهد شد (Vasseur, 1992: P.239-294) .لازم به ذكر است كه پس از رد ايجاب توسط ذينفع، بانك وظيفه­اي ندارد كه ايجاب جديد ارائه نمايد يا اصلاحات مورد نظر را انجام دهد، هرچند كه عدم ارائه ايجاب جديد يا عدم‌اعمال اصلاحات مورد نظر ممكن است به نقض قرارداد پايه از سوي ضمانت‌خواه منجر شود (Bertrams, 1996: P. 168).**

**نظريه مبتني بر تعهد به نفع ثالث نيز اگرچه ظاهراً هماهنگي قابل توجهي با شيوه صدور ضمانت نامه دارد، اما با ايراداتي همراه است كه پذيرش آن را دشوار مي‌سازد:**

**اولاً: درمورد ماهيت حقوقي خود نهاد تعهد به نفع ثالث نيز ترديد وجود دارد و بسياري از حقوقدانان ايراني و غربي براي رفع اين ترديد به بحث درمورد عقد يا ايقاع بودن آن پرداخته‌اند و درموردِ لزوم يا عدم لزوم قبولي شخص ثالث نيز اختلاف نظردارند (محقق داماد, 1374:‌ صص 15, 16و 23) از اين­رو، تمسك به نظريه تعهد به نفع ثالث نمي‌تواند به تحليل ماهيت حقوقي ضمانت نامة بانكي كمك كند.**

**ثانياً: شرط فعل به نفع ثالث، شرطي تبعي و فرع بر قرارداد اصلي است كه براي طرفين قرارداد حق و تعهد ايجاد مي‌كند. در مادة 196 قانون هم آمده است كه شخص مي‌تواند ضمن معامله براي خود، به نفع شخص ثالث هم تعهد به عمل آورد. بنابراين، در قرارداد اصلي، حقوق و تعهداتي براي هر يك از طرفين وجود دارد كه اركان اصلي عقد و هدف آن را تشكيل مي‌دهند وشرط ضمن عقد فرع برآنها است. اما حتي اگر بپذيريم كه ضمانت‌نامة بانكي صرفاً نتيجه قرارداد بين ضمانت‌خواه و بانك است، صدور ضمانت‌نامه، نتيجه اصلي و اساسي آن قرارداد خواهد بود و ضمانت‌خواه خود حق مستقيمي از قرارداد مذكور به دست نمي‌آورد. از اين­رو، باشرط ضمن عقد مذكور در مادة 196 قانون مدني، همخواني نخواهد داشت.**

**ثالثاً: نظريه تعهد به نفع ثالث, نقش ذينفع در قرارداد پايه را كه منجر به صدور ضمانت نامه شده است، كاملاً ناديده مي‌گيرد. ضمن آن­كه امكان مراجعه به قصد طرفين و نيز قرارداد پايه در مقام تفسير تعهدات و حقوق ناشي از ضمانت‌نامه را با مشكل مواجه مي‌كند. همچنين نظريه تعهد به نفع ثالث، با امكان اصلاح ضمانت‌نامه براساس پيشنهاد ذينفع هم مغايرت خواهد داشت، چرا كه اگر ذينفع صرفاً يك منتفع ثالث تلقي شود، رجوع به قصد وي در مورد تفسير مفاد ضمانت نامه بلاوجه خواهد بود و ارائه پيشنهاد از سوي وي براي اصلاح ضمانت‌نامه هم توجيه نخواهد داشت. شايد به خاطر همين ايرادات است كه نظريه تعهد به نفع ثالث از سوي حقوق­دانان خارجي مطرح نشده است.**

**با توجه به مطالب فوق، به نظر مي‌رسد ضمانت‌نامة مستقل بانكي از ماهيت قراردادي برخوردار است و با اصول كلي حقوق تعهدات كشورهاي مختلف راجع به عقود، انطباق دارد به اين معنا كه قرارداد ضمانت‌نامه در نتيجة ايجاب غالباً غير قابل برگشت بانك وقبولي معمولاً ضمني ذينفع تشكيل مي‌گردد. درخصوص چگونگي احراز قبول ضمني ذينفع مي‌توان چنين استدلال كرد كه از يك طرف چون گشايش ضمانت‌نامه درقرارداد پايه بين ذينفع و ضمانت خواه پيش‌بيني شده است، ذينفع منتظر آن است و از طرف ديگر, ضمانت‌نامه صرفاً شامل مزاياي و منافعي براي ذينفع ‌است و هيچ­گونه تعهدي را براي وي در بر ندارد، از اين­رو، اگر ذينفع ظرف مهلت متعارفي بعد از دريافت ضمانت‌نامه، به مفاد و شروط آن اعتراض نكند، بايستي قبول ايجاب از سوي وي مفروض تلقي شود. پس از مهلت متعارف مذكور نه فقط بانك، بلكه ذينفع هم به طور قراردادي ملزم به مفاد ضمانت‌نامه مي‌باشد ونمي‌تواند تغيير يا اصلاح آن را درخواست نمايد(Bertrams, 1996: P.167) .**

**1\_3\_ تشريفات شكلي انعقاد قرارداد ضمانت نامه**

**با توجه به تفاوت ضمانت‌نامه با ضمان مقرر در قوانين داخلي، تشريفات قانوني درمورد شكل انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه وجود ندارد (Canaris, 1988: No.1122 & Dohm, 1985: No.166) اما برخي از نويسندگان خارجي پيشنهاد كرده‌اند كه با استفاده از قياس،‌ شرايط شكلي مقرر در قوانين ملي مربوط به ضمان تبعي، در صورتي­ كه مغايرتي با استقلال ضمانت‌نامه نداشته باشند، براي قرارداد ضمانت‌نامه هم لازم دانسته شود.**

**Westphalen, 1990: P.91))**

**مقررات بين‌المللي مربوط به ضمانت‌نامه (مادة 2 مقررات يكنواخت اتاق بين‌المللي بازرگاني براي ضمانت‌نامه‌‌هاي عندالمطالبه و بند 2 مادة 7 كنوانسيون آنسيترال) هم تنها شرط شكلي لازم را كتبي بودن آن دانسته‌اند كه شامل ارسال متن از طريق وسايل الكترونيكي نيز مي‌شود.**

**درحقوق انگليس وآمريكا، مطابق قاعدة كلي، وجود «عوض يا علت» Consideration)) نيز براي الزام‌آور شدن ضمانت‌نامه، ضروري است. بدين توضيح كه در نظام حقوقي كشورهاي مذكور، كليه قراردادها، جز در موارد استثنايي، براي اينكه ازقدرت الزام‌آور برخوردار باشند، بايد داراي «علت يا عوض» خاص باشند (ر.ك: chitty, 1990 & Atiyah, 1971)، ضمانت‌نامة بانكي نيز ازجمله قراردادهايي است كه نياز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پايه معمولاً علت كافي براي تعهد بانك، تلقي مي‌شود .(Kozolchyk: PP.135-143) از اين­رو در متن ضمانت‌نامه‌هاي صادره از بانك­هاي انگليس، عبارتي نظير آن­چه در پي مي‌آيد، در مقدمة ضمانت‌نامه ذكر مي‌شود:**

**«درمقابل انعقاد قرارداد شماره…… به وسيلة…….(ذينفع ) ما تعهد مي‌كنيم كه …..»[6]**

**در ضمانت‌نامه‌هاي متقابل صادره در رابطه بين بانك­هاي گشايشگر و بانك­هاي دستور دهنده نيز، صدور ضمانت‌نامة متقابل از ناحيه بانك دستوردهنده، علت تعهد بانك گشايشگر درمقابل ذينفع (طبق ضمانت‌نامه اصلي) را تشكيل مي‌دهد، لذا در متن ضمانت‌نامه اصلي عبارتي به اين شرح ذكر مي‌شود:**

**« درمقابل صدور ضمانت‌نامه ……(ضمانت‌نامة متقابل) از ناحية شما، ما تعهد مي‌كنيم …»[7]**

**2 \_ مقايسه ضمانت‌نامة بانكي با نهادهاي مشابه در حقوق ايران**

**به لحاظ پاره‌اي مشابهت‌ها بين ضمانت‌نامه بانكي و برخي نهادهاي حقوق داخلي كشورها، تلاش­هايي در جهت قراردادن ضمانت‌نامه در چارچوب مفاهيم و طبقه‌بندي‌هاي سنتي مذكور در قوانين مدني صورت گرفته است. اين تلاش كه ناشي از تمايل به طبقه بندي پديده‌هاي جديد در چارچوب دسته‌بندي‌ها، مفاهيم و اصول كلي شناخته شده وسنتي است، در زمينة ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي بعضاً سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقي ضمانت نامه شده است. در كشور ما، تحليل مسائل حقوقي ضمانت‌نامة بانكي برمبناي قواعد و مباني نهادهاي سنتي و ناديده انگاشتن ويژگي‌هاي اين ابزار تجاري، در گذشته به طرح ابهاماتي درباره اعتبار آن در عالي­ترين مرجع قضايي كشور منجر شده است(رأي شمارة 71-22/9/46 هيأت عمومي ديوان عالي كشور و عقيده دادستان وقت كل كشور،‌ آرشيو حقوقي كيهان: ص215) و دكترين نيز با ادامة همان سنت، گاهي از مسير مناسب تحليل ضمانت‌نامة بانكي دور افتاده است براي مثال يكي از استادان حقوق در مقام نقد رأي ياد شده در پاورقي قبلي، ضمانت‌نامه را حسب مورد التزام به تأديه دين آتي و يا ضمان مصطلح دانسته است. (كاتوزيان, 1376: صص310-307)**

**مقدمات فوق، ضرورت مقايسة ضمانت‌نامة بانكي با برخي نهادهاي حقوق داخلي و شناخت وجوه افتراق و اشتراك آن­ها و نيز شناخت و تحليل مباني اعتبار اين پديده در حقوق داخلي را به خوبي تبيين مي‌كند.**

**درحقوق ايران، دو نظام حقوقي متفاوت درمورد ضمانت وجود دارد كه يكي ضمان عقدي مقرردرقانون مدني وديگري، ضمان مقرر در قانون تجارت است كه به ضمان ضم‌ذمه مشهور مي‌باشد. لازم به ذكر است، در ميان مكاتب فقهي نيز در ماهيت ضمان دوگانگي، وجود دارد به گونه‌اي كه فقهاي اماميه قائل به ضمان نقل‌ذمه و فقهاي عامه غالباً معتقد به ضمان ضم‌ذمه مي‌باشند (براي ملاحظه ديدگاه مختلف مكاتب فقهي نسبت به عقد ضمان، ر.ك: گرجي, 1372:ص 33 به بعد؛ كاشاني,70-1369: ص 203 به بعد).**

**در بندهاي آتي اين ابزار تجاري با ضمان عقدي و نيز ضمانت موضوع باب دهم قانون تجارت ايران, به ترتيب مقايسه خواهد شد.**

**2\_1\_ ضمانت‌نامه بانكي و ضمان مقرر در فقه و قانون مدني**

**الف\_ ضمان مقرر در قانون مدني**

**درقانون مدني ايران، عقد ضمان و شرايط و آثار آن طي مواد 684 \_ 723 بيان شده كه عمدتاً برگرفته از فقه شيعه است.**

**فقهاي اماميه (شهيد ثاني, بي­تا, ص113 و محقق حلي, بي­تا, ص107) در تعريف عقد ضمان،عباراتي را نظير «تعهد شخص به مالي كه برذمة ديگري ثابت است» يا « تعهد يا التزام به مالي كه مضمون‌عنه متعهد آن است» يا «عقدي كه براي تعهد به مال يا نفس وضع شده است» به كار برده‌اند. در مادة 684 قانون مدني نيز تعريف مشابهي به عمل آمده است:**

**«عقد ضمان عبارت است از اين­كه شخصي مالي را كه بر ذمة ديگري است به عهده بگيرد. متعهد را ضامن، طرف ديگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه يا مديون اصلي مي‌گويند.»**

**قانون مدني علاوه بر ضمان نقل ذمه، التزام به تأديه دين را نيز پذيرفته است كه مي‌تواند معلق بر عدم تأديه دين از سوي مديون اصلي باشد. علاوه بر ذيل مادة 699 قانون مدني كه حسب آن «التزام به تأديه ممكن است معلق باشد» مادة 723 قانون مدني نيز دراين زمينه مقرر مي‌دارد:**

**«ممكن است كسي در ضمن عقد لازمي به تأدية دين ديگري ملتزم شود در اين صورت تعليق به التزام مبطل نيست, مثل اين­كه كسي التزام خود را به تأديه دين مديون, معلق به عدم تأديه او نمايد.»**

**بنابراين با توجه به مواد مذكور، اگر مفاد تعهد ضامن به اين ترتيب باشد كه**

**«اينجانب ضمانت‌ مديون را مي‌نمايم چنانكه در اول موعد، بدهي خود را به داين نداد از عهدة آن برآيم» (رأي شماره 914 – 3/5/1328 شعبة سوم ديوان عالي كشور نقل از. متين: ص293).**

**چنين تعهدي التزام به تأديه معلق است و اگرچه سبب انتقال دين از ذمة مضمون عنه به ذمة ضامن نمي‌شود، حسب مواد 699 و 723 قانون مدني معتبر و لازم الاجراست. (همان)**

**به نظر مي‌رسد، چنان­كه برخي از استادان حقوق گفته‌اند (كاشاني,70-1369: ص211؛ گرجي, 1372: ص35-34)، اين نوع التزام ماهيتاً تفاوتي با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون­گذار قصد داشته است كه با توجه به ضرورت‌هاي اجتماعي، به رغم پذيرش نظرية نقل ذمه به عنوان اصل كلي، به اين وسيله راه را برضمان ضم ذمه نيز بازگذارد.**

**مستفاد از ظاهر مادة 723 قانون مدني آن است كه التزام به تأدية معلق بر عدم تأديه مديون، بايد به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرايي پيدا نمايد.**

**ب\_ مقايسه ضمان مقرر در قانون مدني با ضمانت نامه بانكي**

**اينك ضمن مقايسه عناصر اين عقد با اركان ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي، به بررسي وجوه افتراق اين دو مي‌پردازيم:**

**يك\_ ازجهت اثر**

**اثر عقد ضمان مطابق قانون مدني، انتقال دين از ذمة مديون اصلي به ذمة ضامن است كه در نتيجه آن مديون اصلي بري‌ءالذمه مي‌شود و مضمون‌له، ديگر حق مراجعه به وي را نخواهد داشت (مادة 698 قانون مدني). ضمانت‌نامة مستقل بانكي چنين اثري ندارد، بلكه تعهد بانك به موجب ضمانت‌نامه، يك تعهد اصلي و مستقل است كه ابتدائاً براي خود بانك ايجاد مي‌شود نه اين­كه از ضمانت‌خواه به وي منتقل شود. همچنين تعهد بانك را نمي‌توان از نوع التزام به تأديه معلق كه مسؤوليت ضامن در طول مسؤوليت مضمون عنه قرار مي‌گيرد، به حساب آورد. درست است كه ضمانت‌نامه به درخواست ضمانت‌خواه و با هدف تضمين تعهدات وي در قرارداد پايه گشايش مي‌شود، ليكن تعهد بانك در ضمانت‌نامه تعهدي مستقل و اصلي است كه غالباً از حيث جنس و نوع تعهد و حدود و شرايط آن با تعهد ضمانت‌خواه كاملاً‌ تفاوت دارد. براي مثال، درحالي­كه تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پايه ممكن است تحويل كالا يا احداث كارخانه باشد،تعهد بانك صرفاً پرداخت مبلغي وجه­نقد براساس درخواست ذينفع است.**

**بنابراين، نه ضمانت‌خواه شخصاً به عنوان اصيل، مسؤوليتي از جنس مسؤوليت بانك گشايشگر (پرداخت وجه نقد) دارد و نه بانك گشايشگر در قبال تعهدات ضمانت‌خواه در قرارداد پايه (تحويل كالا يا احداث كارخانه) متعهد مي‌شود. لازم به ذكر است، بعضي از نويسندگان حقوق مدني (كاتوزيان, 1376: ص 210، مستنبط از پرسش اول)، ظاهراً ضمانت‌نامه را از حيث اثر، التزام معلق به تأديه دين ديگري مي‌دانند كه با توجه به مطالب پيش‌گفته، چنين ديدگاهي نيز با ماهيت ضمانت‌نامة بانكي انطباق ندارد.**

**دو \_ازجهت وابستگي يا استقلال تعهد ضامن**

**تعهد ضامن در نظام قانون مدني ( اعم از ضمان عقدي و التزام معلق به تأديه دين ديگري)، تعهدي تبعي است و از حيث حدود و شرايط، تابع دين مضمون­عنه به مضمون‌له است. اصل يگانگي تعهد ضامن و مضمون­عنه در مقررات مربوط به ضمان عقدي همة نظام­هاي حقوقي پذيرفته شده است (O’Donovan, 1985: P.403; Bertrams, 1996: P.57 Moumuni: P.6). از اين­رو لازم نيست در قرارداد ضمانت جزئيات تعهد ضامن روشن باشد (مادة 694 قانون مدني). همچنين تعهد ضامن ازحيث حدوث و بقا، وابسته به تعهد مديون اصلي مي‌باشد. در ضمانت نامة بانكي چنين وضعي وجود ندارد. امروزه اصل استقلال تعهد ضامن از قرارداد پايه، در روية و مقررات بين‌المللي كاملاً پذيرفته شده است، از اين­رو خلاف ضمان عقدي، در ضمانت‌نامه بانكي بايستي جزئيات تعهد بانك ضامن، ذكر گردد. با توجه به اهميت استقلال در بحث ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي شايد بتوان اين تفاوت را اصلي‌ترين وجه افتراق ضمانت‌نامة بانكي از ضمان عقدي دانست.**

**سه\_ از جهت امكان يا عدم امكان استناد به ايرادات قرارداد پايه**

**از آن­جا كه تعهد ضامن در ضمان عقدي، تابع تعهد مضمون‌عنه در قرارداد پايه است، ضامن مي‌تواند در مقابل مضمون‌له به كليه ايراداتي كه مديون اصلي از آن برخوردار است، استناد نمايد. اما در ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي به عنوان يكي از نتايج استقلال از قرارداد پايه، اصل غير قابل استناد بودن ايرادات ناشي از قرارداد مذكور جاري است. بانك نمي‌تواند در مقابل مطالبة وجه ضمانت نامه از سوي ذينفع كه انطباق ظاهري با مفاد ضمانت‌نامه دارد، به ايرادات و دفاعياتي نظير اجراي تعهدات ضمانت‌خواه يا عدم استحقاق ذينفع براي مطالبه خسارت, استناد نمايد. (محبي, 1375:ص 98).**

**البته بعضي از نويسندگان حقوق تجارت دركشور ما، اصل غير قابل استناد بودن ايرادات را در ضمانت‌نامة بانكي اعم از داخلي و بين‌المللي جاري ندانسته‌اند (اخلاقي, 1368: ص 161) اين ديدگاه با اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پايه و نيز عرف و رويه بين‌المللي و مقررات اتاق بازرگاني بين‌المللي و نيز كنوانسيون آنسيترال مغايرت دارد (براي مطالعه بيش­تر ر.ك: شهبازي نيا و عيسائي تفرشي, 1382: صص5 - 22).**

**چهار\_ از جهت لزوم ياعدم لزومِ موجود بودن تعهد مورد تضمين**

**در نتيجة تبعي بودن تعهد ناشي از ضمان عقدي، ضمانت از ديني ممكن است كه موجود باشد يا حداقل سبب آن ايجاد شده باشد ( مادة 691 قانون مدني). روية قضايي ايران ضمان از ديني را كه سبب آن ايجاد نشده است، باطل مي‌داند. براي مثال، شعبه 6 ديوان عالي كشور در رأي شمارة 1066 مورخ 1/7/1327 اعلام نموده ‌است «اگر در موقع تنظيم قرارداد هنوز سبب دين (يعني تخلف مضمون‌عنه از انجام اموري كه بر عهدة او مقرر شده و در صورت تخلف، موجب اشتغال ذمة مشاراليه به وجوه مذكور در قرارداد مقررگرديده) وجود نداشته باشد اين ضمانت به موجب مادة 691 قانون مدني باطل است» (متين: ص295). درفقه اماميه نيز ضمان از ديني كه موجود نيست، «ضمان ما لم يجب» ناميده مي‌شود كه به لحاظ مغايرت با نظرية نقل ذمه محكوم به بطلان است (ر.ك: نجفي, بي تا: ج 26, ص 135؛ طباطبايي, بي تا: ج2, ص 349 به بعد).**

**در مقابل، ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي حسب عرف تجاري و روية بانكداري بين‌المللي همواره براي تضمين دين موجود به كار نمي‌رود، بلكه بعضي از انواع ضمانت‌نامه هميشه براي تضمين تعهد احتمالي آينده استفاده مي‌شوند. ضمانت‌نامه شركت در مناقصه, مصداق بارز اين قبيل ضمانت‌نامه‌ها است كه به منظور تضمين انعقاد قرارداد پايه، درصورت برنده شدن ضمانت‌خواه در مناقصه استفاده مي‌شود. البته برخي ديگر از انواع ضمانت‌نامه بانكي نظير ضمانت‌نامه بازپرداخت معمولاً با هدف تضمين دين يا تعهد موجود، گشايش مي‌شوند و برخي ديگر نظير ضمانت‌نامة انجام قرارداد، حسب مورد ممكن است براي تضمين تعهد موجود و يا تعهد احتمالي آينده استفاده شوند. آن­چه كه به عنوان وجه افتراق با ضمان عقدي داراي اهميت است اين است كه چنان­چه ضمانت‌نامه براي تضمين يك تعهد آينده كه سبب آن نيز ايجاد نشده، مورد استفاده قرارگيرد، اين امر منجر به بطلان آن نمي‌شود، در حالي­كه در ضمان عقدي چنين حالتي سبب بطلان عقد خواهد شد.**

**لازم به ذكر است موضوع ضمانت ‌از دين آينده در ضمانت‌نامه بانكي قبلاً در هيأت عمومي حقوقي ديوان عالي كشور (براي صدور رأي اصراري) مطرح شده است. درجريان رسيدگي به اين موضوع دادستان كل كشور با سنجيدن ضمانت نامة بانكي با معيارهاي ضمان عقدي، به استناد مادة 691 قانون مدني و به لحاظ موجود نبودن دين هنگام صدور ضمانت‌نامه، نظر به بطلان آن داشته ‌است. اين نظر ظاهراً درهيأت عمومي ديوان عالي كشور پذيرفته نشده، اگر چه اين موضوع به صراحت در رأي ديوان عالي كشور قيد نگرديده است (آرشيو كيهان, 1346:ص 219- 216).**

**پنج \_ ازحيث نقش مديون اصلي درقرارداد ضمانت**

**در ضمان عقدي مقرر در قانون مدني، رضايت مديون اصلي شرط نيست و از جهت نظري ممكن است ضامن بدون رضايت مضمون‌عنه تأديه دين او را به عهده گيرد. اين مسأله ممكن‌است در بحث رجوع ضامن به مضمون عنه براي مطالبه آن­چه به مضمون‌له پرداخته است، منشأ اثر باشد، چرا كه بر اساس نوشته‌هاي حقوقي حقوق مدني، اگر ضامن بدون رضايت و اذن مضمون‌عنه، دين او را ضمانت كند و تأديه دين نيز بدون اذن صورت گرفته باشد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد (كاتوزيان, 1376: ج4, ص 350). در مورد ضمانت‌نامة بانكي وقوع چنين حالتي غيرممكن است، چرا كه بانك­ها همواره به درخواست ضمانت‌خواه و براساس تضمين متقابلي كه وي ارائه مي‌كند، حاضر به گشايش ضمانت‌نامة بانكي مي‌شوند[8] و از اين­رو همواره حق رجوع به ضمانت‌خواه را دارند.**

**شش \_ ازحيث لزوم يا عدم لزوم ذكر جزئيات تعهد ضامن و شرايط ضمان**

**عقد ضمان در قانون مدني از عقود مبتني بر مسامحه است و از اين­رو، مطابق مادة 694 قانون مدني: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرايط ديني كه ضمانت آن را مي‌نمايد شرط نيست. بنابراين اگركسي ضامن دين شخص بشود بدون اين­كه بداند آن دين چه مقدار است, ضمان صحيح است …». درمادة 695 نيز آمده است: « معرفت تفصيلي ضامن به شخص مضمون‌له يا مضمون‌عنه لازم نيست ».**

**در مقابل، ضمانت‌نامة بانكي جزء عقود مبتني بر مسامحه نيست بلكه از عقود معاملي و مبتني بر سودجويي به شمار مي‌رود (اخلاقي, 1368: صص 171 – 172). بر اساس روية بانكداري و مقررات بين‌المللي، درج جزئيات تعهد بانك ضامن در متن ضمانت‌نامه از جمله مبلغ ضمانت‌نامه و ارز مقرر، تاريخ اعتبار ضمانت نامه، نام شخص ذينفع و ضمانت خواه و از همه مهم­تر شروط پرداخت وجه ضمانت‌نامه, ضرورت دارد (Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication no. 485,Article 3).**

**با توجه به آن­چه گفته شد، ضمانت‌نامه مستقل بانكي اعم از داخلي و بين‌المللي ازجهات متعددي متفاوت از ضمان عقدي مقرر در قانون مدني مي‌باشد، به گونه‌اي كه اعمال قواعد حاكم بر ضمان عقدي در مورد ضمانت نامه‌هاي بانكي، در بسياري از موارد منجر به بطلان آن­ها خواهد شد.**

**2\_2\_ ضمانت‌نامه مستقل بانكي و ضمان مقرردرقانون تجارت**

**الف \_ ضمان مقرردرقانون تجارت وانواع آن**

**باب دهم قانون تجارت مصوب سال 1311 شامل مواد 402 - 411 به بيان مقررات ضمان ضم‌ذمه اختصاص يافته و دو نوع ضمان ضم‌ذمه را پيش‌بيني كرده است: يكي ضمان ضم‌ذمة طولي و ديگري ضمان تضامني.**

**مادة 402 قانون تجارت درتبيين ضمان ضم‌ذمة طولي مقرر مي‌دارد:**

**«ضامن وقتي حق دارد از مضمون‌له تقاضا نمايد كه بدواً به مديون اصلي رجوع كرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نمايد كه بين طرفين (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه درخود ضمانت‌نامه) اين ترتيب مقرر شده باشد.»**

**چنان­كه ملاحظه مي‌شود، ضمان مقرر در اين ماده، سبب انتقال دين از مديون اصلي به ضامن نمي‌شود بلكه صرفاً ذمة ضامن به ذمة مضمون‌عنه، ضميمه مي‌گردد. بدين معنا كه پس از انعقاد عقد ضمان، علاوه بر مديون اصلي، ضامن نيز مسؤول بدهي وي به مضمون‌له است. براي اين­كه مضمون‌له بتواند طلب را از ضامن مطالبه كند، ابتدا بايستي به مديون اصلي رجوع كرده و با امتناع وي مواجه شده باشد. ضمان مقرر در اين ماده تعهد تبعي است و در فرض سكوت قرارداد طرفين، حدود و شرايط آن، همان حدود و شرايط تعهد اصلي مي‌باشد. بنابراين همانند ضمان مقرر در قانون مدني، در اين­جا نيز ضامن مي‌تواند به ايرادات و دفاعيات ناشي از قرارداد پايه بين مضمون عنه و مضمون‌له استناد نمايد.**

**نوع ديگر ضمان ضم‌ذمه، ضمان تضامني موضوع مادة 403 قانون تجارت است:**

**«دركليه مواردي كه به موجب قانون يا موافق قراردادهاي خصوصي ضمانت تضامني باشد، طلبكار مي‌تواند به ضامن و مديون اصلي مجتمعاً رجوع كرده يا پس از رجوع به يكي از آن­ها و عدم وصول طلب خود, براي تمام يا بقية طلب به ديگري رجوع نمايد.»**

**تفاوت اين نوع ضمان با ضمان ضم‌ذمة ساده، در ترتيب مراجعه مضمون‌له به ضامن است. چنان­كه گفتيم در ضمان نوع اول، مضمون له بايد ابتدا طلب خود را از مديون اصلي مطالبه كند و در صورت امتناع شخص اخير از پرداخت مضمون‌به، امكان مراجعه به ضامن ايجاد خواهد شد. ليكن در ضمان تضامني، رجوع ابتدايي به مديون اصلي ضروري نيست و مضمون‌له مي‌تواند ابتدائاً به هريك از ضامن يا مضمون‌عنه مراجعه و طلب خود را مطالبه نمايد.**

**با توجه به اطلاع قانون­گذار از مشكلات ناشي از ضمان عقدي مقرر در قانون مدني و نيز عدم كارايي راهكارهاي مقرر در مواد 699 و 723 آن قانون (التزام معلق به تأديه) و نيز با لحاظ سياق عبارات مواد 402 و 403 قانون تجارت، برخي حقوق­دانان معتقدند قانون­گذار قصد داشته است كه با وضع اين مواد، رژيم حقوقي ضمان را در نظام حقوقي كشور متحول سازد (كاشاني:70- 1369: ص215) قرينة اين ديدگاه تأكيد مادة 402 بر امكان توافق طرفين بر اين نوع ضمان (خواه ضمن قرارداد مخصوص و خواه در خود ضمانت‌نامه) است كه به نظر مي‌رسد، با توجه به مادة 723 قانون مدني و به منظور رهايي طرفين ضمان از اندراج آن ضمن عقد لازم، صورت گرفته است.**

**در مقابل برخي ديگر از استادان حقوق ظاهراً به ايجاد دو رژيم متفاوت براي ضمانت در حقوق ايران قائل­اند كه درنتيجة مقررات متفاوت قانون مدني و باب دهم قانون تجارت ايجاد شده است (كاتوزيان, 1376: ج4, ص345 و اخلاقي, 1368: ص 170).**

**در هر صورت چه ديدگاه نخست پذيرفته شود و چه ديدگاه دوم، تفاوت مهمي كه بين ضمان مقرر قانون تجارت و ضمان مقرر در قانون مدني وجود دارد، از حيث اثر آن­هاست بدين معنا كه اثر ضمان مقرر در قانون مدني، نقل ذمه و اثر ضمان مقرر در قانون تجارت ضم‌ذمه است و ساير اوصاف ضمان عقدي مقرر در قانون مدني، در مورد ضمان مادة 402 قانون تجارت نيز مصداق دارد.**

**ب\_ مقايسه ضمانت‌نامه بانكي با ضمان مقرر در قانون تجارت**

**1\_ چنان­كه گفته شد، ضمان مقرر در قانون تجارت نيز تعهد تبعي محسوب مي‌شود و حدود و شرايط تعهد ضامن با مراجعه به تعهد مورد تضمين تعيين مي‌گردد، در حالي­كه در ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي، تعهد بانك (ضامن)، مستقل از قرارداد پايه است و حدود و شرايط آن با مراجعه به متن و مفاد خود ضمانت‌نامه تعيين مي‌شود.**

**2\_ ضمان ضم‌ذمه سبب مي‌شود كه دو شخص در قبال دين واحدي متعهد شوند، حال آن­كه ضمانت‌نامة بانكي چنين اثري ندارد. درست است كه ضمانت نامه به منظور تضمين اجراي تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پايه استفاده مي‌شود اما تعهد مندرج در آن، تعهدي متفاوت از تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پايه است و گشايش ضمانت‌نامه سبب نمي‌شود كه بانك در قبال تعهد ضمانت‌خواه متعهد گردد، چنان­كه ضمانت‌خواه نيز مستقيماً مسؤول تعهد بانك در ضمانت‌نامه نيست بلكه گشايش ضمانت‌نامه، تعهد مستقلي را براي بانك ايجاد مي‌كند مبني بر اين­كه در صورت مطالبة ذينفع و عنداللزوم ارائه اسناد مشخص، مبلغ معيني را به وي بپردازد. اين تعهد منحصراً تعهد خود بانك است بنابراين اگر ضمانت‌خواه همان مبلغ را به ذينفع پرداخت كند، ذمة بانك بريء نخواهد شد (شهبازي نيا,1380: ص128 به بعد). حال آن­كه در ضمان قانون مدني و قانون تجارت ايفاي تعهد از سوي مضمون‌عنه، ضامن را بريءالذمه مي‌كند. (كاتوزيان, 1376: ج4, ص354).**

**3\_ همانند ضمان نقل ذمه، درضمان ضم‌ذمه نيز اصل غير قابل استنادبودن ايرادات ناشي از قرارداد پايه جاري نيست، حال آن­كه در ضمانت‌نامه بانكي به عنوان نتيجة اصل استقلال، اصل غير قابل استناد بودن ايرادات ناشي از قرارداد پايه جريان دارد.**

**4\_ گذشته از موارد فوق، ساير وجوه افتراقي نيز كه براي ضمانت‌نامة بانكي و ضمان عقدي قانون مدني ذكر شد (نظير لزوم يا عدم لزوم موجود بودن تعهد مورد تضمين و نقش مديون اصلي در قرارداد ضمانت) بين اين ابزار با ضمان مقرر در قانون تجارت نيز وجود دارد.**

**چنان­كه ملاحظه شد، خلاف آن­چه برخي از استادان حقوق تجارت درمورد «حكومت اصل مسؤوليت تضامني» بر ضمانت‌نامه‌هاي بانكي گفته‌اند (اخلاقي, 1368: ص170)، ضمانت‌نامة بانكي با ضمان مقرر در قانون تجارت نيز ماهيتاً تفاوت دارد. درست است كه اين سند با توجه به مادة 2 قانون تجارت و مقررات مربوط به بانكداري، در زمرة فعاليت­هاي تجاري است، اما اين امر سبب نمي‌شود كه مقررات باب دهم قانون تجارت را در مورد آن جاري بدانيم، چرا كه اين سند ساختة عرف تجاري و روية بانكداري است و داراي شرايط و قواعد معيني است كه در قالب هيچ­ يك از نهادهاي سنتي حقوق ما نمي‌گنجد (همان :ص184). از اين­رو نبايد با هدف گنجاندن ضمانت‌نامه در يكي از طبقات سنتي حقوق، از خصوصيات و قواعد مهم آن كه زاييده نياز اقتصادي و تجاري امروز هستند، چشم پوشي كرد بلكه بايد تلاش نمود تا با لحاظ واقعيات اين ابزار تجاري و ابعاد آن به عنوان يك پديده جديد (كاشاني,1377: ص11)، جايگاه مناسبي را به آن اختصاص داد و قواعد و احكام مربوط به آن را تبيين نمود.**

**2\_3\_ مبناي قانوني و شرعي اعتبار قرارداد ضمانت‌نامه بانكي**

**با توجه به مباحث بند قبل، روشن شد كه ضمانت‌نامه ماهيت قراردادي دارد. در زمرة عقود معين و خصوصاً ضمان تبعي به حساب آورد. همچنين گفتيم كه در كشورهاي ديگر نيز تلاش­هايي براي طبقه‌بندي ضمانت‌نامه در چارچوب نهادها و مفاهيم سنتي نظير ضمان حقوق مدني و نمايندگي (Delegation) صورت گرفته كه قرين موفقيت نبوده است.[9] تعهد به نفع ثالث نيز يكي ديگر از چارچوب‌هايي است كه براي توجيه تعهد بانك در ضمانت‌نامة مستقل به كار گرفته شده است كه ايرادهاي آن قبلاً بيان گرديد. با لحاظ مجموع اين مقدمات به اين نتيجه رسيديم كه ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي يك قرارداد جديد است كه آثار و ويژگي‌هاي خود را دارد. اينك بايد ديد مبناي حقوقي اعتبار اين قرارداد جديد چيست و جايگاه آن كجاست ؟**

**به اعتقاد ما، ضمانت‌نامة مستقل بانكي، قراردادي تجاري است كه بايد آن را در زمرة عقود غيرمعين دانست. اين قرارداد تجاري، ساختة قوانين داخلي نيست بلكه اعتبار خود را از قواعد و رويه‌هاي تجاري بين‌المللي (شامل عرف و رويه­هاي بانكي و تجاري ومقررات نهاد هايي نظير اتاق بازرگاني بين المللي و آنسيترال) كسب نموده ‌است. روية قضايي كنوني غالب كشورهاي اروپايي و آمريكا (در مورد اعتبارنامه‌هاي انتظاري) و دكترين كشورهاي مذكور نيز ضمانت‌نامة مستقل جديد را كه در تجارت بين‌المللي استفاده مي‌شود و بخشي از يك رابطة چند جانبه را تشكيل مي‌دهد، يك قرارداد جديد و در زمرة عقود غيرمعين به حساب مي‌آورند (براي ملاحظه آراي محاكم كشورهاي مذكور و نيز نظر حقوق­دانان ر.ك: Bertrams, 1996: pp.54-58).**

**قبول واقعيت فوق از اين جهت حائز اهميت است كه ما را از تلاش براي توجيه ضمانت‌نامه بانكي بين‌المللي براساس قوانين داخلي و پاسخ­گويي به مسائل خاص ضمانت‌نامه بر اساس مفاهيم و نهادهاي ديگر كه گاهي به بطلان آن منجر مي‌شود، باز مي‌دارد. مسائل حقوقي ضمانت‌نامه بانكي را بايد بر اساس ماهيت، مكانيسم واهداف خاص آن و نيز قواعد فراملي حاكم بر آن تحليل نمود و پاسخ داد. مفاهيمي همچون تفسير قرارداد، تهاتر، انتقال قرارداد، و اصل حسن نيت را نبايد به همان ترتيبي كه در مورد قراردادهاي ديگر استفاده مي‌شوند، به طورخودكار نسبت به ضمانت نامة بانكي بين‌المللي هم اعمال نمود. پذيرش اين واقعيت كه ضمانت‌نامة بانكي بين‌المللي به ويژه ضمانت‌نامة قابل پرداخت به صرف درخواست، ابزار جديدي است كه از تجارت بين‌الملل نشأت گرفته و در آن زمينه به كار مي‌رود، مي‌تواند آمادگي ما را براي درك تحولات حقوقي كشورهاي ديگر نيز بالا ببرد.**

**با توجه به مطالب فوق، بعضي از نويسندگان حقوق تجارت بين‌الملل به اين نتيجه رسيده‌اند كه ضمانت‌نامة مستقل بانكي بخشي از Lex Mercatoriaرا تشكيل مي‌دهد (Van Delden, 1993: P 591) صرف­نظر از اين­كه مفهوم مذكور چه التزاماتي را در پي دارد، نبايد انتظار داشت كه با اطلاق اين عنوان بر ضمانت‌نامة بانكي، مجموعه‌اي از قواعد خاص و مدون در دسترس قرار گيرد تا بتوان موضوعات مربوط به ضمانت‌نامه را بر اساس آن­ها حل كرد.**

**واقعيت اين است كه بسياري از قواعد حاكم برضمانت‌نامه، ناشي از توسعه و اصلاح قواعد ملي در مورد نهادهاي مشابه است و تأكيد ما بر فراملي بودن ضمانت‌نامه، صرفاً به اين خاطر است كه با ضمانت‌نامه‌هاي بانكي مورد استفاده در تجارت بين‌المللي نبايد دقيقاً همانند نهادهاي ملي برخورد كرد، بلكه بايد آن­ها را در سطحي فراملي ارزيابي نمود و در اعمال قواعد حقوق ملي نسبت به آن­ها، ويژگي‌هاي خاص ضمانت‌نامه را لحاظ نمود و اصلاحات لازم را در قواعد مذكور اعمال كرد، خصوصاً بايد از اعمال اصول و قواعد مغاير با عرف و روية تجاري بين‌المللي نسبت به اين ابزار خودداري نمود. ذكر اين نكته نيز ضروري است كه برخي از محاكم اروپايي، در مقام اعمال قانون خارجي حاكم بر ضمانت‌نامه، قواعد ملي مغاير با اصول بين‌المللي را ناديده مي‌گيرند و بر مبناي اين فرض به صدور رأي اقدام مي‌كنند كه اصول بنيادين حقوق تجارت بين‌الملل درمورد ضمانت‌نامه‌هاي بانكي, نظير اصل استقلال از قرارداد پايه و يا ماهيت اسنادي شروط پرداخت, در همة نظام­هاي حقوقي پذيرفته شده‌اند.**

**با وجود اين، اگر تحليل ضمانت‌نامه بر مبناي حقوق داخلي كشورمان ضروري باشد، مبناي اين تحليل مي‌تواند مادة 10 قانون مدني قرار گيرد (اخلاقي, 1368: صص186- 185). براساس اين ماده:**

**«قراردادهاي خصوصي نسبت به كساني كه آن را منعقد نموده‌اند در صورتي كه مخالف صريح قانون نباشد نافذ است».**

**با لحاظ آن­چه در باب تفاوت ضمانت‌نامة بانكي با ضمان عقدي قانون مدني گفته شد، بايد اين پديدة جديد را در زمرة قراردادهاي خصوصي يا عقود غيرمعين به حساب آورد كه مطابق مادة فوق، مادام كه مغاير قواعد آمره نباشد، معتبر و الزام‌آور است.**

**ابهامي كه ممكن است نسبت به اين ديدگاه مطرح شود، موضوع مغايرت احتمالي آن با مقررات ضمان عقدي قانون مدني است. به اعتقاد ما امكان چنين مغايرتي نيز وجود ندارد، زيرا همان­ طوركه ملاحظه كرديم، ضمانت‌نامة مستقل بانكي، نهادي كاملاً متفاوت از ضمان مقرر در قانون مدني است و از اين­رو نبايد اين نهاد متفاوت را بر مبناي قواعد سنتي قانون مدني درمورد ضمانت‌ سنجيد. بر اين اساس، امكان هرگونه مغايرت نيز منتفي خواهد بود. علاوه براين, روية قضايي و دكترين حقوق ايران، امكان توافق خلاف مقررات ضمان عقد و ايجاد ترتيبات متفاوت را پذيرفته است. از جمله، رأي شماره 1444 مورخ 14/9/1327 شعبه چهارم ديوان عالي كشور اعلام مي‌كند:**

**«مطابق مادة 684 قانون مدني ضمانت عبارت از اين است كه كسي مالي را كه بر ذمة ديگري است به عهده بگيرد، بنابراين اگر كسي تعهد كند ( درصورتي­كه در نتيجه عدم تحويل اشياي فروخته شده خسارتي متوجه خريدار گردد آن را جبران كند) عمل او صرفاً تنظيم قراردادي بوده كه بين مشاراليه و متبايعين در حدود مادة 10 قانون مدني بسته شده است و با مادة 684 قانون مزبور انطباقي نخواهد داشت» (متين: ص 295).**

**همچنين دررأي شمارة 242 مورخ 15/2/1327 همان شعبه چنين آمده است:**

**«هرگاه طرفين در موقع تنظيم اجاره‌نامه نظر به ضمانت مذكور درمادة 698 قانون مدني نداشته باشند تا ذمة مضمون‌عنه (مستأجر) در مقابل مضمون‌له (موجر) بريء و ذمة ضامن مشغول گردد بلكه با استفاده از مادة 10 قانون مدني مستأجر و متعهد در مقابل موجر، تعهد انجام مقررات مذكور در اجاره‌نامه و پرداخت مال‌الاجاره را كرده باشد، چنين تعهدي مانع قانون نخواهد داشت» (همان).**

**اين آرا و برخي ديگر از آراي صادره از محاكم قضايي ايران (براي ملاحظه برخي از اين آرا ر.ك: قانون مدني در آراي ديوان عالي كشور، مبحث ضمان عقدي) نشان مي‌دهد كه هرگاه مقصود طرفين، ضمان مصطلح قانون مدني نبوده بلكه ترتيب ديگري از ضمانت را اراده كرده باشند،‌محاكم ايران چنين ترتيبي را مغاير مقررات قانون مدني ندانسته بلكه به استناد مادة 10 قانون مدني آن را معتبر دانسته‌اند.**

**نوشته‌هاي حقوقي استادان حقوق مدني و تجارت نيز، توافق درمورد نوع متفاوتي از ضمانت را به استناد مادة مرقوم صحيح شمرده‌اند (براي نمونه ر.ك: امامي, 1366: ج1و2, ص 253؛ محبي, 1375: ص86؛ اخلاقي, 1368: ص 185 و كاشاني, 70\_ 1369: ص 218)، چنان­كه يكي از اين نويسندگان گفته است: « نبايد از نظر دور داشت كه مي‌توان از مديون ضمانت تضامني نمود كه در نتيجة آن هريك از ضامن و مضمون عنه در مقابل طلبكار، مديون باشند و آن در صورتي است كه اين امر در عقد قيد شود، خواه عقد مزبور به لفظ ضمان و مشتقات آن منعقد شود يا به الفاظ ديگري كه معني مقصود را برساند، زيرا در صورتي‌كه اين امر در عقد تصريح گردد معلوم مي‌شود كه قصد طرفين انتقال دين نمي‌باشد. همچنين طرفين مي‌توانند در عقد مزبور نحوه مطالبه را نيز قيد كنند كه طلبكار بتواند از هريك از ضامن و مضمون عنه كه بخواهد طلب خود را مطالبه كند و يا آن­كه در صورت نپرداختن مضمون عنه بتواند از ضامن آن را مطالبه نمايد. دليل بر اين امر عموم مفاد ماده 10 قانون مدني و ذيل ماده 699 قانون مزبور است» (امامي, 1366: ج 2، ص 253).**

**با توجه به آرا و نظريه‌هاي مذكور مي‌توان چنين نتيجه گرفت كه روية قضايي و نظريه علماي حقوق ايران, توافق خلاف مقررات باب ضمان در قانون مدني را به استناد ماده 10 قانون مدني صحيح شمرده است كه ضمانت‌نامه مستقل بانكي نيز مي‌تواند در زمرة چنين توافق‌هايي باشد.**

**ابهام ديگر در مورد اعتبار قرارداد ضمانت‌نامة مستقل بانكي، احتمال مغايرت آن با موازين فقهي راجع به عقد ضمان است. براي رفع اين ابهام بازگشت به مباحث مربوط به مقايسه ضمانت‌نامة بانكي با ضمان عقدي ضرورت دارد. در آن مباحث، وجوه افتراق ضمانت‌نامة مستقل بانكي از ضمان نقل ذمه (در قانون مدني) بيان شد و اين نتيجه به دست آمد كه نهاد مورد بحث ماهيتاً متفاوت از ضمان نقل ذمه است و از قواعد و احكام متفاوتي پيروي مي‌كند. همچنين گفته شد كه قانون مدني در احكام عقد ضمان از نظر مشهور فقها تبعيت كرده و ضمان نقل ذمه را پذيرفته است. از اين­رو آن­چه درباره تفاوت ماهيت قرارداد ضمانت‌نامة بانكي با ضمان عقدي قانون مدني گفته شد، در رابطه اين نهاد با عقد ضمان در فقه اماميه نيز صادق است.**

**روشن است كه دو نهاد متفاوت ممكن است آثار، احكام و قواعد متفاوتي داشته باشند و نبايد يكي را بر معيار احكام و قواعد مربوط به ديگري سنجيد. از اين­رو همان­گونه كه براي مثال، اعتبار يا عدم اعتبار عقد صلح را نمي‌توان با موازين عقد بيع تعيين كرد، ضمانت‌نامة بانكي را نيز نبايد با موازين فقهي راجع به عقد ضمان ارزيابي نمود. براين اساس، موضوع مغايرت اين نهاد با موازين شرعي مربوط به ضمانت منتفي مي شود.**

**در اين­صورت ابهامي كه باقي مي ماند، راجع به مبناي شرعي اعتبار قرارداد ضمانت‌نامة مستقل بانكي به عنوان يك قرارداد مستحدث يا شرط ابتدايي است. ادلة اعتبار چنين قراردادي طبعاً همان ادلة عام اعتبار قراردادهاي خصوصي يا شروط ابتدايي در فقه است كه پرداختن به آنها خارج از موضوع اين مقاله است.**

**نتيجه­گيري**

**ضمانت‌نامة بانكي بين المللي، به رغم تشابه با ساير ابزار تضمين از حيث هدف، در ساير ابعاد و جنبه‌ها از نهادهاي مذكور به ويژه ضمان سنتي فاصله گرفته و به عنوان يك پديده جديد مطرح شده است. اين پديدة جديد را نبايد با قواعد و معيارهاي حقوق ملي حاكم بر ضمان سنتي مورد ارزيابي قرار داد بلكه در مقام تحليل و تفسير مسائل ناشي از آن، بايد قواعد بين المللي و ويژگي‌هاي اين سند مد نظر واقع شود.**

**با توجه به مباحثي كه در مورد ماهيت ضمانت‌نامة بانكي بين المللي از حيث عقد يا ايقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مباني حقوقي، روية قضايي و عرف تجاري بين المللي، پديدة ضمانت‌نامه را مي­توان قراردادي غيرمعين دانست كه طرفين آن بانك و ذينفع هستند. ضمانت‌خواه يا اصيل طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانكي بين المللي نيست، هر چند كه تعهدات وي در قرارداد پايه و نيز تعهد متقابل وي به بانك گشايشگر ضمانت‌نامه مبني بر بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه در صورت مطالبة ذينفع را مي‌توان علت اصلي ورود بانك به رابطة قراردادي با ذينفع دانست. از اين­رو اگر بانك ضامن، با وجود مخالفت ضمانت‌خواه، وجه ضمانت‌نامه را با رعايت شروط و مفاد ضمانت‌نامه به ذينفع پرداخت نمايد، حق رجوع به ضمانت‌خواه و مطالبة وجوه پرداختي را دارد.**

**در حقوق ايران، با توجه به افتراق ضمانت‌نامة بانكي بين المللي از ضمان عقدي و ضمان مقرر در قانون تجارت، اين قرارداد جديد را مي­توان از نوع قراردادهاي خصوصي مستند به ماده 10 قانون مدني دانست.**

**منابع:**

**1 \_ آرشيو حقوقي كيهان، مجموعه روية قضايي، 1346.**

**2\_ اخلاقي، بهروز, «بحثي پيرامون ضمانت‌نامة بانكي»، مجله كانون وكلا، شمارة 148-149، 1368.**

**3\_ امامي، سيدحسن, حقوق مدني، چاپ ششم: تهران، كتابفروشي اسلاميه، 1366, ج1و2 .**

**4\_ ضمانت نامه­هاي عند المطالبه، ترجمه: فريده تذهيبي، انتشارات كميته ايراني اتاق بازرگاني بين المللي، 1381**

**5\_ شهبازي نيا، مرتضي, قاعدة استاپل وكاربردآن درديوان داوري دعاوي ايران \_ ايالات متحده،‌‌ پايان‌نامة كارشناسي ارشد، دانشكده حقوق دانشگاه شهيد بهشتي، 1374.**

**6\_ \_\_\_\_\_, ضمانت نامة بانكي بين المللي، رسالة دكتري، دانشگاه تربيت مدرس، 1380.**

**7\_ شهبازي نيا، مرتضي و عيسئي تفرشي، محمد, «استقلال ضمانت نامه بانكي و آثار آن در تجارت بين المللي»، نامه مفيد، شماره 37، 1382.**

**8\_ شهيد ثاني, شرح لمعه، بيروت، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، بي تا.**

**9\_ شهيدي، مهدي, تشكيل قرارداد ها و تعهدات، چاپ اول: تهران، نشر حقوقدان، 1377.**

**10\_ كاتوزيان، ناصر, حقوق مدني، عقود معين، چاپ دوم: تهران، شركت انتشار، 1376, ج4.**

**11\_ كاشاني، محمود, جزوة حقوق مدني 7 (وثيقه‌هاي دين)، دانشكدة حقوق دانشگاه شهيد بهشتي، سال تحصيلي 70-1369.**

**12\_ \_\_\_\_\_\_, ضمانت‌نامة بانكي، چاپ اول: تهران، انتشارات مؤسسه عالي بانكداري ايران، 1377.**

**13\_ گرجي، ابوالقاسم, مقالات حقوقي، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران،1372, ج1.**

**14\_ قانون مدني درآراي ديوان عالي كشور، گردآوري شده توسط مهدي نيك‌ فر، چاپ اول: تهران، انتشارات كيهان، 1371.**

**15\_ طباطبائي، سيدمحمد كاظم, عروة الوثقي، جلد دوم، بيروت، موسسة الاعلمي للمطبوعات، بي تا.**

**16\_ متين، احمد, مجموعه رويه قضايي، قسمت حقوقي، 1311 \_ 1335.**

**17\_ محبي، محسن, «ضمانت‌نامة بانكي در روية ديوان داوري دعاوي ايران \_ ايالات متحده»، مجله حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين المللي، شماره 20، 1375.**

**18\_ محقق حلي, شرايع‌الاسلام، تهران، منشورات اعلمي، بي‌تا, ج1و2.**

**19\_ محقق داماد، سيد مصطفي, «تعهد به نفع شخص ثالث ازنظر شيخ انصاري و دكترين‌هاي حقوقي معاصر»، مجلة تحقيقات حقوقي، دانشگاه شهيد بهشتي، شمارة 17-16، 1374.**

**20\_ مجلة حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين‌المللي، شمارة 9، 1367.**

**21\_ نجفي، محمدحسن, جواهرالكلام, جلد 26، چاپ هفتم، بيروت، دارالاحياء التراث العربي، بي تا.**

**22\_ Atiyah, Patrick S. Consideration in Contracts, A Fundamental Restatement, Canbera, 1971.**

**23\_ Bertrams, R.I.V.F., Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed., The Netherlands, Kluwer, 1996.**

**24 \_ Boon, M.N., Het Documentaire, 7th ed., London, Stevens & Sons, 1987.**

**25\_ Canaris, C.W, Bank vertragsrecht, 3rd ed., Berlin, Erster Teil, 1988.**

**26\_ Chitty, Joseph, Chitty on Contracts, 26th ed., London, Sweet & Maxwell, 1990**

**27\_ Dohm, J., Bank garantien im Internationalen Handel, Berb, 1985**

**28\_ Harfield, H., Bank Credits and Acceptances, 5th ed., NewYork, West Publishing Co, 1974.**

**29\_ Herbots, H.J., Een Antwerpse borgbrief is geen borgtocht, Rechtskundig weekblad (RW), 1983-1984.**

**30\_ Kozolchyk, B., Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law, IX, and ch.5.**

**31\_ Moumouni, Charles, Le Regime Juridique et Les Clauses Essentielles du Contract de Garantie Bancaire »Le Premiere Demande«, www. Droit, Umountreal.Ca/Pub/ Themis/97Vol 137n3/ Moumouni.Html, 1998.**

**32\_ Murray, J. Edward., Murray on Contracts, 3rd ed, Virginia, The Michie Company, 1990.**

**33\_ O’Donovan Phillips, The Modern Contract of Guarantee, Sydney, The Law Book Company ltd., 1985.**

**34- Prum, A., Les Garatie a Premiere Demande, 1st ed., Paris, 1994.**

**35\_ Simont, L., les garanties independontes, Review Banque, Brussels, 1983.**

**36\_ Schmitthof, Clive M: Export Trade, 9th ed. London, 1990.**

**37 \_ Treited.G.H., The Law of Contract, 7th ed., London, Stevens & Sons, 1987.**

**38 \_ Van Delden, R., Hoofdstukken Handlsrecht, 2nd ed., Deventer, 1993.**

**39\_ Vasseur M., Les Nouvelles Regles de La Chambre de Commerce Internationale Pour Les Garantie Sur Demande, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1992.**

**40\_Vasseur, M., Rapport de Syntheses, in Colloque de Tours, 1990.**

**41- Velu, S., National Report (Belgium), colloque de Tours, 1990.**

**42\_ Westphalen, Craf von: Die Accreditif, 1st ed., Amsterdam, NIBE, 1988.**

**43\_ \_\_\_\_\_\_: Die Bank garantie Im Internationalen Handelsverkehr, 2nd ed., Heidelberg, V.Recht Und Wirtschaft MBH, 1990.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**1\_ استاديار وزارت علوم، تحقيقات و فناوري**

**2 \_ ايشان در همين صفحه نظر مصنف ايضاح ( فخرالمحققين) و مرحوم اردبيلي را نيز مبني بر ايقاعي بودن ضمان نقل كرده‌اند.**

**3 \_ مادة 16 كنوانسيون بيع بين‌المللي كالا ( مصور 1980 ) نيز همين موارد را پذيرفته است.**

**4 \_ درمعاملات تجاري بين‌المللي مي‌توان كنوانسيون بيع بين‌المللي كالا را انعكاس دهندة عرف تلقي نمود ( ماده 9 ). مادة 16 اين كنوانسيون محدوديت‌هايي را براي برگشت از ايجاب برقراركرده است.**

**مادة 9 مقررمي­دارد: «1\_ طرفين ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و روية معمول به فيمابين مي‌باشند. 2\_ فرض براين است كه طرفين عرف وعادتي را كه نسبت به آن وقوف داشته‌اند يا بايستي وقوف مي‌داشتند وآن عرف و عادت در تجارت بين‌الملل كاملاً شناخته شده وطرفين قراردادهاي مشابه درآن نوع خاص تجارت، به طور منظم آن را رعايت مي‌كنند، به نحو ضمني برقرارداد فيمابين يا انعقاد آن حاكم ساخته‌اند مگر درمواردي كه خلاف آن ثابت شود.»**

**مادة 16 كنوانسيون نيز به شرح زير است: «1 \_ مادام كه قرارداد منعقد نشده است، ايجاب قابل رجوع مي‌باشد، به شرطي كه رجوع پيش از آن­كه مخاطب ايجاب قبولي را ارسال دارد، به وي واصل گردد. 2 \_ معهذا در موارد ذيل نمي‌توان از ايجاب رجوع كرد: الف \_ درصورتي­كه ايجاب به واسطة قيد زمان معين جهت قبول آن يا به علت ديگر، حكايت از اين داشته باشد كه غيرقابل رجوع است، يا ب \_ هرگاه تكيه مخاطب برايجاب به عنوان يك ايجاب غيرقابل رجوع، امري معقول بوده و بر همان اساس عمل كرده باشد.»**

**باتوجه به دو ماده مذكور، در معاملات بيع بين المللي غير قابل رجوع بودن ايجاب در نتيجه عرف كاملاً پذيرفته شده است (ر.ك: مجلة حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين‌المللي، شمارة 9، 1367، ص 241 به بعد.)**

**5 \_ مواد 17 و19 كنوانسيون بين‌المللي كالا (مصوب1980) به ويژه بند 1 مادة 19 مقررمي‌دارد: هرگونه پاسخ به ايجاب كه ظاهراً قبول ايجاب بوده ولي متضمن اضافات، محدوديت‌ها يا ساير اصلاحات نسبت به ايجاب باشد، به منزلة رد ايجاب است و ايجاب متقابل محسوب مي‌شود (ر.ك: مجلة حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين المللي, شمارة 9، ص 249).**

**6\_ (In Consideration of your…. (Beneficiary) entering into Contract no…we undertake to …)**

**7\_ (In Consideration of your….(Beneficiary) entering into Contract no…we undertake to…)**

**8 \_ ضرورت درخواست ضمانت‌خواه يا بانك كارگزار وي، در شق A مادة 2 مقررات يكنواخت اتاق بين‌المللي بازرگاني براي ضمانت‌نامه‌هاي عندالمطالبه (URDG) پيش‌بيني شده است (ر.ك: ضمانت نامه هاي عند المطالبه، 1381).**

**9 \_ ديوان عالي كشور فرانسه درسال 1985 ضمانت‌نامة اولين درخواست را قرارداد جديدي دانسته كه با نمايندگي (‌delegation) تفاوت دارد( (Bertrams, 1996: P. 55.**