

ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی



تاریخ دریافت: ۸۳/۲/۲۷

تاریخ تأیید: ۸۳/۵/۱۸

مرتضی شهبازی نیا^۱

چکیده

ضمانت‌نامه بانکی و ضمان عقدی از این جهت که هر دو مضمون له (ذینفع) را در مقابل عدم اجرای قرارداد پایه از سوی مضمون عنه (ضمانت‌خواه) حمایت می‌کنند، دارای خصوصیاتی مشترک هستند. تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانت‌نامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت‌خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی که تعهد ضامن در ضمانت عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می‌باشد. بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمانت عقدی، ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نماید. در حالی که به موجب اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی، بانک ضامن نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. بنا بر این ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمانت عقدی است و باید آن را قراردادی غیر معین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت‌خواه، طرف قرارداد ضمانت‌نامه نیست هر چند که ضمانت‌نامه محصول توافق وی و ذینفع در قرارداد پایه می‌باشد. در حقوق ایران این قرارداد را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت عقدی، قرارداد پایه، ماهیت حقوقی، قرارداد غیر معین

ضمانت نامه بانکی بین‌المللی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی است. درخصوص 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. در مباحث آتی، این موضوع و نیز مبانی قانونی اعتبار ضمانت‌نامه مستقل بانکی بررسی خواهد شد.

۱- ماهیت عقدی یا ایقاعی ضمانت‌نامه مستقل بانکی

درخصوص ماهیت تعهد بانک در ضمانت‌نامه مستقل بانکی و زمان و شیوه لازم‌الاجرا شدن آن، دو مکتب فکری در سطح بین‌المللی وجود دارد (Moumouni: P. 6). در حقوق ایران نیز همین دیدگاه‌ها در برخی از نوشته‌های نویسندگان حقوق تجارت مطرح شده است (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۶۲).

۱-۱- طرح دیدگاه‌های موجود

یکی از این دیدگاه‌ها، تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه بانکی را ماهیتاً تعهد یکطرفه (برای شناخت تعهد یکطرفه ر.ک: Murray, 1990, P.30) یا ایقاع می‌داند و معتقد است که الزام آور بودن تعهد مذکور صرفاً از اعلام یکطرفه بانک مبنی بر متعهد کردن خود در مقابل ذینفع، نشئت 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، الزام آور 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, 1985: P.1185 & Herbots; simont, 1983: P.588 & 1990: PP.218-228; علاوه بر این برخی نویسندگان حقوقی در هلند نیز از آن حمایت کرده‌اند (Boon: PP.41-43).

بخشی دیگر از دکترین بین‌المللی، تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه را تعهد ناشی از قرارداد اجماعی (consensual contract) می‌داند که با ایجاب و قبول محقق می‌شود. مطابق این دیدگاه، صدور ضمانت‌نامه صرفاً به منزله ایجاب از ناحیه بانک است که برای الزام آور شدن، بایستی قبولی ذینفع نیز بدان ملحق شود. از طرفی قبولی ایجاب، برابر قواعد کلی قراردادها، می‌تواند به صورت ضمنی صورت گیرد (Treitel, 1987: P.179; Murray, 1985: P.15; نهیدی، ۱۳۷۷: ص ۲۱۵) و در ضمانت‌نامه‌ها رویه غالب این است که باتوجه به پیش‌بینی ضمانت‌نامه در قرارداد پایه بین ذینفع و ضمانت‌خواه، ذینفع انتظار صدور ایجاب از سوی بانک کارگزار ضمانت‌خواه را دارد و همین که به آن اعتراض نمی‌کند به منزله قبول ضمنی ایجاب است. حتی اگر این استدلال هم پذیرفته نشود، مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذینفع مطمئناً ثابت می‌کند که ایجاب بانک، مورد قبول ذینفع قرار گرفته است. رویه قضایی و دکترین آلمان، معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت‌نامه است که طبق آن قرارداد ضمانت‌نامه با ایجاب بانک و قبولی ضمنی ذینفع، تشکیل می‌گردد (Westphalen: 1990: P.110 & Canaris: no. 1121) رویه قضایی فرانسه نیز دیدگاه قراردادی را پذیرفته است (Prum, 1994: P.112 & Vasseur, 1992: P. 322) اما در حقوق انگلیس بیشتر به برگشت پذیری یا غیر قابل برگشت بودن تعهد بانک پرداخته شده است و مجموع مباحث طرح شده نشان می‌دهد که در حقوق انگلیس نیز تعهد بانک، یک تعهد قراردادی ناشی از ایجاب و قبول به حساب می‌آید.

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

در حقوق ایران نیز موضوع عقدی یا ایقاعی بودن ضمانت‌نامه بانکی مطرح گردیده است (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۶۴). مبنای نظریه طرفداران ایقاعی بودن ضمانت‌نامه، دیدگاه برخی از فقهاست که خلاف قول مشهور، در انعقاد عقد ضمان رضای مضمون‌له را لازم نمی‌دانند و ضمان را همانند «پرداخت بدهی دیگری» به حساب می‌آورند که نیاز به رضایت داین ندارد و از این‌رو، ضمان را ایقاع دانسته‌اند (طباطبایی، بی‌تا: ج ۲، ص ۳۴۹). به هر حال، صرف نظر از این که دیدگاه مذکور در فقه نیز قول مشهور نیست، با توجه به تفاوت ماهیت ضمان مقرر در حقوق مدنی و فقه با ضمانت‌نامه بانکی، تسری مباحث مذکور به ضمانت‌نامه، خالی از ایراد نیست (کاشانی، ۱۳۷۷: صص ۴۰-۳۸) 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 (و برای ملاحظه شرایط شکل‌گیری ضمان عقدی ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۲۵۴ به بعد).

بعضی از اساتید حقوق تجارت که قائل به تبعی بودن تعهد ناشی از ضمانت‌نامه هستند، در مقام توجیه ضمانت بانک از دینی که هنوز موجود نیست، به نظریه «تعهد به نفع ثالث» (برای ملاحظه دکترین تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران و برخی کشورهای دیگر ر.ک: محقق داماد، ۱۳۷۴: ص ۹ به بعد) استناد کرده‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۷۶). به این معنا که صدور ضمانت‌نامه در واقع مبتنی بر قراردادی بین مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) و بانک ضامن است که در آن قرارداد، شرطی به نفع ثالث (ذینفع) گنجانده می‌شود. بنابراین براساس دیدگاه مذکور ضمانت‌نامه بانکی نه عقد است و نه ایقاع بلکه در زمره شروط ضمن عقد به حساب می‌آید که مستند آن نیز ماده ۱۹۶ قانون مدنی است:

«کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب می‌شود مگر این که در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعداً خلاف آن ثابت شود؛ معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص

۱ - ایشان در همین صفحه نظر مصنف ابضاح (فخرالمحققین) و مرحوم اردبیلی را نیز مبنی بر ایقاعی بودن ضمان نقل کرده‌اند.

ثالث بنماید.»

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.

۲_۱_ 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. در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، 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, 1990: PP.218-228).

ایراد عمده استدلال فوق این است که بریک 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 (Bertrams, 1996: P.167؛ شهیدی، ۱۳۷۷: صص ۲۰۹ و ۲۱۰):^۱

زمانی که در متن ایجاب به غیر قابل برگشت بودن آن تصریح شده باشد. اگر برای طرف ایجاب متعارف و معقول باشد که به ایجاب به عنوان این که غیر قابل برگشت است اعتماد کرده و بر اساس این اعتماد عمل کرده باشد. اگر ایجاب طبق عرف غیر قابل برگشت باشد.^۱

اگر هیچ کدام از موارد فوق وجود نداشته باشد رویه قضایی پذیرفته است که غیر قابل برگشت بودن ایجاب، ممکن است از عرف بین المللی استنباط شود (Bertrams, 1996: P.168).

مطالب فوق در مورد ضمانت نامه بانکی بین المللی نیز صدق می کند، چرا که اولاً بانک گشایشگر معمولاً در متن ضمانت نامه ای که به ذینفع ابلاغ می کند به غیر قابل برگشت بودن آن تصریح می کند. ثانیاً عرف بین المللی نیز ایجاب ضمانت نامه را غیر قابل رجوع می داند و ذینفع نیز با لحاظ عرف به غیر قابل برگشت بودن ایجاب بانک، تکیه و بر مبنای آن عمل می کند. از این گذشته مقررات بین المللی مربوط به ضمانت نامه (ماده ۵ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین المللی برای ضمانت نامه های

۱ - در معاملات تجاری بین المللی می توان کنوانسیون بیع بین المللی کالا را انعکاس دهنده عرف تلقی نمود (ماده ۹). ماده ۱۶ این کنوانسیون محدودیت هایی را برای برگشت از ایجاب برقرار کرده است.

ماده ۹ مقرمی دارد: ۱- طرفین ملتزم به هرگونه عرف و عادت مورد توافق و رویه معمول به فیما بین می باشند. ۲- فرض بر این است که طرفین عرف و عادت را که نسبت به آن وقوف داشته اند یا بایستی وقوف می داشتند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل کاملاً شناخته شده و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع خاص تجارت، به طور منظم آن را رعایت می کنند، به نحو ضمنی بر قرارداد فیما بین یا انعقاد آن حاکم ساخته اند مگر در مواردی که خلاف آن ثابت شود.»

ماده ۱۶ کنوانسیون نیز به شرح زیر است: ۱- مادام که قرارداد منعقد نشده است، ایجاب قابل رجوع می باشد، به شرطی که رجوع پیش از آن که مخاطب ایجاب قبولی را ارسال دارد، به وی واصل گردد. ۲- معهذاً در موارد ذیل نمی توان از ایجاب رجوع کرد: الف - در صورتی که ایجاب به واسطه قید زمان معین جهت قبول آن یا به علت دیگر، حکایت از این داشته باشد که غیر قابل رجوع است، یا ب - هرگاه تکیه مخاطب بر ایجاب به عنوان یک ایجاب غیر قابل رجوع، امری معقول بوده و بر همان اساس عمل کرده باشد.»

باتوجه به دو ماده مذکور، در معاملات بیع بین المللی غیر قابل رجوع بودن ایجاب در نتیجه عرف کاملاً پذیرفته شده است (ر.ک: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۹، ۱۳۶۷، ص ۲۴۱ به بعد).

عندالمطالبه و ماده ۷ کنوانسیون سازمان ملل برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های انتظاری) نیز بر غیر قابل برگشت بودن آن تأکید کرده‌اند (شهبازی نیا، ۱۳۸۰: ص ۲۰۰). استدلال دوم به نفع نظریهٔ یکطرفه این است که در کشورهای تابع نظام کامن لا (C common Law)، عموماً غیرقابل برگشت بودن ایجاب پذیرفته نشده است. در کامن لا، وعدهٔ ایجاب دهنده مبنی بر عدول نکردن از ایجاب، چون «علت یا عوض» (Consideration) ندارد، الزام‌آور نیست و موجب، هر زمانی خواهد توانست از ایجاب خود رجوع نماید (Murray, 1990: p43). بر این اساس، طرفداران نظریهٔ مذکور معتقدند در نظام کامن لا، غیر قابل برگشت بودن ایجاب با استفاده از شرط ضمن ایجاب و یا به کمک عرف و رویه قابل توجیه نیست و لذا باید آن را در زمرهٔ تعهدات یکطرفه به حساب آورد.

به نظر می‌رسد استدلال مذکور نیز نمی‌تواند ماهیت یکطرفهٔ تعهد بانک را اثبات نماید، زیرا اولاً در کشورهای تابع نظام کامن لا هم با کمک اصول و قواعد دیگر نظیر استاپل مبتنی بر انصاف (Equitable Estoppel)، وعدهٔ بدون عوض یا علت در مواردی معتبر و الزام‌آور تلقی شده است (شهبازی نیا، ۱۳۷۴: ص ۱۱۵)، ثانیاً استثنائات متعددی برای اصل قابل رجوع بودن ایجاب ذکر گردیده (Murray, 1990: P.112 & Treited, 1987: PP.34 – 35) که ضمانت نامه را نیز می‌توان از آن زمره دانست. علاوه بر این، چنان که قبلاً هم گفتیم، نمی‌توان قواعد حاکم بر نهادهای سنتی حقوق ملی را به طور خودکار و بدون انعطاف در مورد ضمانت‌نامهٔ بانکی بین‌المللی اعمال کرد بلکه قواعد حاکم بر این سند، قواعدی فراملی می‌باشند که ممکن است به نوبهٔ خود از قواعد ملی با اصلاحات لازم اقتباس شده باشند.

آخرین استدلالی که به نفع یکطرفه بودن تعهد بانک صورت گرفته این است که بانک‌ها از زمان ابلاغ ضمانت‌نامه احساس می‌کنند که ملزم به مفاد آن هستند درحالی که اگر ابلاغ ضمانت نامه صرفاً ایجاب تلقی شود، نباید قبل از لحوق قبولی ذینفع چنین

احساسی وجود داشته باشد (Bertrams, 1996: P.168). به نظر می‌رسد اگر چه احساس ملزم بودن به محض صدور ضمانت‌نامه واقعاً وجود دارد، اما این احساس را می‌توان ناشی از غیرقابل برگشت بودن ایجاب در نتیجه توافق و یا عرف دانست. به این ترتیب که چون از یک طرف، بانک نمی‌تواند پس از صدور، ایجاب خود را بازپس گیرد و یا آن را تغییر دهد و از طرف دیگر عملاً ضمانت‌نامه متضمن منافع ذینفع است و غالباً مورد قبول وی قرار می‌گیرد، در نتیجه بانک به محض گشایش ضمانت‌نامه خود را در مقابل آن ملزم احساس می‌کند (op.Cit.) با توجه به مطالب پیش گفته، به نظر می‌رسد معایب ادعایی در اعمال قواعد ایجاب و قبول نسبت به ضمانت‌نامه مستقل بانکی وجود ندارد. در مقابل، تئوری تعهد یکطرفه ممکن است خود سبب مشکلاتی در تفسیر ضمانت‌نامه شود. برای مثال، در چارچوب تئوری تعهد یک طرفه نمی‌توان پذیرفت که محتوای دقیق حقوق و تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه باید با مراجعه به قصد متقابل بانک و ذینفع تعیین شود و یا امکان مراجعه به قرارداد پایه در مقام تفسیر مفاد مبهم ضمانت‌نامه را نمی‌توان توجیه نمود.

علاوه بر این، اگر ذینفع پس از صدور ضمانت‌نامه اعمال اصلاحات یا تغییراتی را در متن آن پیشنهاد کند و بانک با این پیشنهاد موافقت نماید، در این صورت بدیهی است که تعهد بانک طبق ایجاب اصلی از اثر خواهد افتاد و متن تغییر یافته ملاک خواهد بود. حال اگر ضمانت‌نامه، تعهد یک طرفه به حساب آید، چگونه می‌توان عملیات فوق را توجیه نمود؟ از همه مهم‌تر این که اگر ضمانت‌نامه تعهد یک طرفه تلقی شود، در حالت فوق قبل از قبول اعمال اصلاحیه نیز باید بانک ملزم به مفاد ضمانت‌نامه باشد، در حالی که چنین نیست بلکه در این فرض، اگر پیشنهاد متقابل ذینفع شامل اصلاحات ماهوی باشد به معنی عدم قبول ایجاب بانک به ترتیب مقرر در متن ضمانت‌نامه می‌باشد^۱ و پس از قبول اعمال اصلاحیه توسط بانک، ضمانت‌نامه الزام‌آور

۱_ مواد ۱۷ و ۱۹ کنوانسیون بین‌المللی کالا (مصوب ۱۹۸۰) به ویژه بند ۱ ماده ۱۹ مقرر می‌دارد: هرگونه پاسخ به ایجاب که

خواهد شد (Vasseur, 1992: P.239-294). لازم به ذکر است که پس از رد ایجاب توسط ذینفع، بانک وظیفه‌ای ندارد که ایجاب جدید ارائه نماید یا اصلاحات مورد نظر را انجام دهد، هرچند که عدم ارائه ایجاب جدید یا عدم اعمال اصلاحات مورد نظر ممکن است به نقض قرارداد پایه از سوی ضمانت‌خواه منجر شود (Bertrams, 1996: P. 168).

نظریه مبتنی بر تعهد به نفع ثالث نیز اگرچه ظاهراً هماهنگی قابل توجهی با شیوه صدور ضمانت نامه دارد، اما با ایراداتی همراه است که پذیرش آن را دشوار می‌سازد: اولاً: در مورد ماهیت حقوقی خود نهاد تعهد به نفع ثالث نیز تردید وجود دارد و بسیاری از حقوقدانان ایرانی و غربی برای رفع این تردید به بحث در مورد عقد یا ایقاع بودن آن پرداخته‌اند و در مورد لزوم یا عدم لزوم قبولی شخص ثالث نیز اختلاف نظر دارند (محقق داماد، ۱۳۷۴: صص ۱۵، ۱۶ و ۲۳) از این رو، تمسک به نظریه تعهد به نفع ثالث نمی‌تواند به تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی کمک کند.

ثانیاً: شرط فعل به نفع ثالث، شرطی تبعی و فرع بر قرارداد اصلی است که برای طرفین قرارداد حق و تعهد ایجاد می‌کند. در ماده ۱۹۶ قانون هم آمده است که شخص می‌تواند ضمن معامله برای خود، به نفع شخص ثالث هم تعهد به عمل آورد. بنابراین، در قرارداد اصلی، حقوق و تعهداتی برای هر یک از طرفین وجود دارد که ارکان اصلی عقد و هدف آن را تشکیل می‌دهند و شرط ضمن عقد فرع بر آنها است. اما حتی اگر بپذیریم که ضمانت‌نامه بانکی صرفاً نتیجه قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک است، صدور ضمانت‌نامه، نتیجه اصلی و اساسی آن قرارداد خواهد بود و ضمانت‌خواه خود حق مستقیمی از قرارداد مذکور به دست نمی‌آورد. از این رو، با شرط ضمن عقد مذکور در ماده ۱۹۶ قانون مدنی، همخوانی نخواهد داشت.

ثالثاً: نظریه تعهد به نفع ثالث، نقش ذینفع در قرارداد پایه را که منجر به صدور

ظاهراً قبول ایجاب بوده ولی متضمن اضافات، محدودیت‌ها یا سایر اصلاحات نسبت به ایجاب باشد، به منزله رد ایجاب است و ایجاب متقابل محسوب می‌شود (ر.ک: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، ص ۲۴۹).

ضمانت نامه شده است، کاملاً نادیده می‌گیرد. ضمن آن که امکان مراجعه به قصد طرفین و نیز قرارداد پایه در مقام تفسیر تعهدات و حقوق ناشی از ضمانت‌نامه را با مشکل مواجه می‌کند. همچنین نظریه تعهد به نفع ثالث، با امکان اصلاح ضمانت‌نامه براساس پیشنهاد ذینفع هم مغایرت خواهد داشت، چرا که اگر ذینفع صرفاً یک منتفع ثالث تلقی شود، رجوع به قصد وی در مورد تفسیر مفاد ضمانت نامه بلاوجه خواهد بود و ارائه پیشنهاد از سوی وی برای اصلاح ضمانت‌نامه هم توجیه نخواهد داشت. شاید به خاطر همین ایرادات است که نظریه تعهد به نفع ثالث از سوی حقوق‌دانان خارجی مطرح نشده است.

با توجه به مطالب فوق، 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. درخصوص چگونگی احراز قبول ضمنی ذینفع می‌توان چنین استدلال کرد که از یک طرف چون گشایش ضمانت‌نامه در قرارداد پایه بین ذینفع و ضمانت‌خواه پیش‌بینی شده است، ذینفع منتظر آن است و از طرف دیگر، ضمانت‌نامه صرفاً شامل مزایای و منافع برای ذینفع است و هیچ‌گونه 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 (Bertrams, 1996: P.167).

۱_۳_ تشریفات شکلی انعقاد قرارداد ضمانت نامه

با توجه به تفاوت ضمانت‌نامه با ضمان مقرر در قوانین داخلی، تشریفات قانونی در مورد شکل انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه وجود ندارد (Canaris, 1988: No.1122 & Dohm, 1985: No.166) اما برخی از نویسندگان خارجی پیشنهاد کرده‌اند که با استفاده از قیاس،

شرایط شکلی مقرر در قوانین ملی مربوط به ضمان تبعی، در صورتی که مغایرتی با استقلال ضمانت نامه نداشته باشند، برای قرارداد ضمانت نامه هم لازم دانسته شود.

(Westphalen, 1990: P.91)

مقررات بین المللی مربوط به ضمانت نامه (ماده ۲ مقررات یکنواخت اتاق بین المللی بازرگانی برای ضمانت نامه های عندالمطالبه و بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون آنسیترال) هم تنها شرط شکلی لازم را کتبی بودن آن دانسته اند که شامل ارسال متن از طریق وسایل الکترونیکی نیز می شود.

در حقوق انگلیس و آمریکا، مطابق قاعده کلی، وجود «عوض یا علت» (Consideration) نیز برای الزام آور شدن ضمانت نامه، ضروری است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادها، جز در موارد استثنایی، برای اینکه از قدرت الزام آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض» خاص باشند (ر.ک: chitty, 1990 & Atiyah, 1971)، ضمانت نامه بانکی نیز از جمله قراردادهایی است که نیاز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پایه معمولاً علت کافی برای تعهد بانک، تلقی می شود (Kozolchyk: PP.135-143). از این رو در متن ضمانت نامه های صادره از بانک های انگلیس، عبارتی نظیر آن چه در پی می آید، در مقدمه ضمانت نامه ذکر می شود:

«در مقابل انعقاد قرارداد شماره..... به وسیله..... (ذینفع) ما تعهد می کنیم که.....»
در ضمانت نامه های متقابل صادره در رابطه بین بانک های گشایشگر و بانک های دستور دهنده نیز، صدور ضمانت نامه متقابل از ناحیه بانک دستور دهنده، علت تعهد بانک گشایشگر در مقابل ذینفع (طبق ضمانت نامه اصلی) را تشکیل می دهد، لذا در متن ضمانت نامه اصلی عبارتی به این شرح ذکر می شود:

«در مقابل صدور ضمانت نامه..... (ضمانت نامه متقابل) از ناحیه شما، ما تعهد می کنیم...»^۲

1_ (In Consideration of your.... (Beneficiary) entering into Contract no...we undertake to ...)

2_ (In Consideration of your....(Beneficiary) entering into Contract no...we undertake to...)

۲_ مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با نهادهای مشابه در حقوق ایران

به لحاظ پاره‌ای مشابهت‌ها بین ضمانت‌نامه بانکی و برخی نهادهای حقوق داخلی کشورها، تلاش‌هایی در جهت قراردادن ضمانت‌نامه در چارچوب مفاهیم و طبقه‌بندی‌های سنتی مذکور در قوانین مدنی صورت گرفته است. این تلاش که ناشی از تمایل به طبقه‌بندی پدیده‌های جدید در چارچوب دسته‌بندی‌ها، مفاهیم و اصول کلی شناخته شده سنتی است، در زمینه ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی بعضاً سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقی ضمانت‌نامه شده است. در کشور ما، تحلیل مسائل حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بر مبنای قواعد و مبانی نهادهای سنتی و نادیده انگاشتن ویژگی‌های این ابزار تجاری، در گذشته به طرح ابهاماتی درباره اعتبار آن در عالی‌ترین مرجع قضایی کشور منجر شده است (رأی شماره ۷۱-۴۶/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و عقیده دادستان وقت کل کشور، آرشیو حقوقی کیهان: ص ۲۱۵) و دکرین نیز با ادامه همان سنت، گاهی از مسیر مناسب تحلیل ضمانت‌نامه بانکی دور افتاده است برای مثال یکی از استادان حقوق در مقام نقد رأی یاد شده در پاورقی قبلی، ضمانت‌نامه را حسب مورد التزام به تأدیه دین آتی و یا ضمان مصطلح دانسته است. (کانونزبان، ۱۳۷۶: صص ۳۱۰-۳۰۷)

مقدمات فوق، ضرورت مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با برخی نهادهای حقوق داخلی و شناخت وجوه افتراق و اشتراک آن‌ها و نیز شناخت و تحلیل مبانی اعتبار این پدیده در حقوق داخلی را به خوبی تبیین می‌کند.

در حقوق ایران، دو نظام حقوقی متفاوت در مورد ضمانت وجود دارد که یکی ضمانت عقدی مقرر در قانون مدنی و دیگری، ضمان مقرر در قانون تجارت است که به ضمان ضم‌ذمه مشهور می‌باشد. لازم به ذکر است، در میان مکاتب فقهی نیز در ماهیت ضمان دوگانگی، وجود دارد به گونه‌ای که فقهای امامیه قائل به ضمان نقل‌ذمه و فقهای عامه غالباً معتقد به ضمان ضم‌ذمه می‌باشند (برای ملاحظه دیدگاه مختلف مکاتب فقهی نسبت به عقد ضمان، ر.ک: گرجی، ۱۳۷۲: ص ۳۳ به بعد؛ کاشانی، ۷۰-۱۳۶۹: ص ۲۰۳ به بعد).

در بندهای آتی این ابزار تجاری با ضمان عقدی و نیز ضمانت موضوع باب دهم قانون تجارت ایران، به ترتیب مقایسه خواهد شد.

۲_۱_ ضمانت نامه بانکی و ضمان مقرر در فقه و قانون مدنی

الف_ ضمان مقرر در قانون مدنی

در قانون مدنی ایران، عقد ضمان و شرایط و آثار آن طی مواد ۶۸۴ _ ۷۲۳ بیان شده که عمدتاً برگرفته از فقه شیعه است.

فقه‌های امامیه (شهید ثانی، بی‌نا، ص ۱۱۳ و محقق حلی، بی‌نا، ص ۱۰۷) در تعریف عقد ضمان، عباراتی را نظیر «تعهد شخص به مالی که بر ذمه دیگری ثابت است» یا «تعهد یا التزام به مالی که مضمون عنه متعهد آن است» یا «عقدی که برای تعهد به مال یا نفس وضع شده است» به کار برده‌اند. در ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز تعریف مشابهی به عمل آمده است:

«عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

قانون مدنی علاوه بر ضمان نقل ذمه، التزام به تأدیه دین را نیز پذیرفته است که می‌تواند معلق بر عدم تأدیه دین از سوی مدیون اصلی باشد. علاوه بر ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی که حسب آن «التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد» ماده ۷۲۳ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می‌دارد:

«ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.»

بنابراین با توجه به مواد مذکور، اگر مفاد تعهد ضامن به این ترتیب باشد که «اینجانب ضمانت مدیون را می‌نمایم چنانکه در اول موعد، بدهی خود را به داین نداد

از عهده آن برآیم» (رای شماره ۹۱۴-۱۳۲۸/۵/۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور نقل از: متین: ص ۲۹۳).

چنین تعهدی التزام به تأدیه معلق است و اگرچه سبب انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن نمی‌شود، حسب مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی معتبر و لازم الاجراست. (همان)

به نظر می‌رسد، چنان‌که برخی از استادان حقوق گفته‌اند (کاشانی، ۷۰-۱۳۶۹: ص ۲۱۱؛ گرجی، ۱۳۷۲: ص ۳۵-۳۴)، این نوع التزام ماهیتاً تفاوتی با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون‌گذار قصد داشته است که با توجه به ضرورت‌های اجتماعی، به رغم پذیرش نظریه نقل ذمه به عنوان اصل کلی، به این وسیله راه را بر ضمان ضم ذمه نیز باز گذارد. مستفاد از ظاهر ماده ۷۲۳ قانون مدنی آن است که التزام به تأدیه معلق بر عدم تأدیه مدیون، باید به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرایی پیدا نماید.

ب- مقایسه ضمان مقرر در قانون مدنی با ضمانت نامه بانکی

اینک ضمن مقایسه عناصر این عقد با ارکان ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، به بررسی وجوه افتراق این دو می‌پردازیم:

یک- از جهت اثر

اثر عقد ضمان مطابق قانون مدنی، 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 این‌که از ضمانت‌خواه به وی منتقل شود. همچنین تعهد بانک را نمی‌توان از نوع التزام به تأدیه معلق که مسؤلیت ضامن در طول مسؤلیت 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. برای

مثال، درحالی که تعهد ضمانت خواه در قرارداد پایه ممکن است تحویل کالا یا احداث کارخانه باشد، تعهد بانک صرفاً پرداخت مبلغی وجه نقد براساس درخواست ذینفع است. بنابراین، نه ضمانت خواه شخصاً به عنوان اصیل، مسؤولیتی از جنس مسؤولیت بانک گشایشگر (پرداخت وجه نقد) دارد و نه بانک گشایشگر در قبال تعهدات ضمانت خواه در قرارداد پایه (تحویل کالا یا احداث کارخانه) متعهد می شود. لازم به ذکر است، بعضی از نویسندگان حقوق مدنی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۲۱۰، مستنبط از پرسش اول)، ظاهراً ضمانت نامه را از حیث اثر، التزام معلق به تأدیه دین دیگری می دانند که با توجه به مطالب پیش گفته، چنین دیدگاهی نیز با ماهیت ضمانت نامه بانکی انطباق ندارد.

دو_ از جهت وابستگی یا استقلال تعهد ضامن

تعهد ضامن در نظام قانون مدنی (اعم از ضمان عقدی و التزام معلق به تأدیه دین دیگری)، 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 ضمانت عقدی همه نظام های حقوقی پذیرفته شده است (O'Donovan, 1985: P.403; Bertrams, 1996: P.57 Moumuni: P.6). 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 ضمانت عقدی، در ضمانت نامه بانکی بایستی جزئیات تعهد بانک ضامن، ذکر گردد. با توجه به اهمیت استقلال در بحث ضمانت نامه بانکی بین المللی شاید بتوان این تفاوت را اصلی ترین وجه افتراق ضمانت نامه بانکی از ضمانت عقدی دانست.

سه_ از جهت امکان یا عدم امکان استناد به ایرادات قرارداد پایه

از آن جا که تعهد ضامن در ضمانت عقدی، 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 ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی به عنوان یکی از نتایج استقلال از قرارداد پایه، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد مذکور جاری است. بانک نمی‌تواند در مقابل مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذینفع که انطباق ظاهری با مفاد ضمانت‌نامه دارد، به ایرادات و دفاعیاتی نظیر اجرای تعهدات ضمانت‌خواه یا عدم استحقاق ذینفع برای مطالبه خسارت، استناد نماید. (محمی، ۱۳۷۵: ص ۹۸).

البته بعضی از نویسندگان حقوق تجارت در کشور ما، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات را در ضمانت‌نامه بانکی اعم از داخلی و بین‌المللی جاری ندانسته‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۶۱) این دیدگاه با اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و نیز عرف و رویه بین‌المللی و مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی و نیز کنوانسیون آنسیترال مغایرت دارد (برای مطالعه پیش‌تر ر.ک: شهبازی نیا و عیسائی تفرشی، ۱۳۸۲: صص ۵ - ۲۲).

چهارم از جهت لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد مورد تضمین

در نتیجه تبعی بودن تعهد ناشی از ضمانت‌عقدی، ضمانت از دینی ممکن است که موجود باشد یا حداقل سبب آن ایجاد شده باشد (ماده ۶۹۱ قانون مدنی). رویه قضایی ایران ضمانت از دینی را که سبب آن ایجاد نشده است، باطل می‌داند. برای مثال، شعبه ۶ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۰۶۶ مورخ ۱۳۲۷/۷/۱ اعلام نموده است «اگر در موقع تنظیم قرارداد هنوز سبب دین (یعنی تخلف مضمون‌عنه از انجام اموری که بر عهده او مقرر شده و در صورت تخلف، موجب اشتغال ذمه مشارالیه به وجوه مذکور در قرارداد مقرر گردیده) وجود نداشته باشد این ضمانت به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است» (متین: ص ۲۹۵). در فقه امامیه نیز ضمانت از دینی که موجود نیست، «ضمان ما لم یجب» نامیده می‌شود که به لحاظ مغایرت با نظریه نقل ذمه محکوم به بطلان است (ر.ک: نجفی، بی تا: ج ۲۶، ص ۱۳۵؛ طباطبایی، بی تا: ج ۲، ص ۳۴۹ به بعد).

در مقابل، ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی 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. آنچه که به عنوان وجه افتراق با ضمان عقدی دارای اهمیت است این است که چنانچه ضمانت‌نامه برای تضمین یک تعهد آینده که سبب آن نیز ایجاد نشده، مورد استفاده قرارگیرد، این امر منجر به بطلان آن نمی‌شود، در حالی که در ضمان عقدی چنین حالتی سبب بطلان عقد خواهد شد.

لازم به ذکر است موضوع ضمانت از دین آینده در ضمانت‌نامه بانکی قبلاً در هیأت عمومی حقوقی دیوان عالی کشور (برای صدور رأی اصراری) مطرح شده است. در جریان رسیدگی به این موضوع دادستان کل کشور با سنجیدن ضمانت‌نامه بانکی با معیارهای ضمان عقدی، به استناد ماده ۶۹۱ قانون مدنی و به لحاظ موجود نبودن دین هنگام صدور ضمانت‌نامه، نظر به بطلان آن داشته است. این نظر ظاهراً در هیأت عمومی دیوان عالی کشور پذیرفته نشده، اگر چه این موضوع به صراحت در رأی دیوان عالی کشور قید نگردیده است (آرشیو کیهان، ۱۳۴۶: ص ۲۱۹-۲۱۶).

پنج - از حیث نقش مدیون اصلی در قرارداد ضمانت

در ضمان عقدی مقرر در قانون مدنی، رضایت مدیون اصلی شرط نیست و از جهت نظری ممکن است ضامن بدون رضایت مضمون‌عنه تأدیه دین او را به عهده گیرد. این مسأله ممکن است در بحث رجوع ضامن به مضمون‌عنه برای مطالبه آنچه به مضمون‌له پرداخته است، منشأ اثر باشد، چرا که بر اساس نوشته‌های حقوقی حقوق مدنی، اگر ضامن بدون رضایت و اذن مضمون‌عنه، دین او را ضمانت کند و تأدیه دین نیز بدون اذن صورت گرفته باشد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۳۵۰). در مورد ضمانت‌نامه بانکی وقوع چنین حالتی غیرممکن است، چرا که

بانک‌ها همواره به درخواست ضمانت‌خواه و براساس تضمین متقابلی که وی ارائه می‌کند، حاضر به گشایش ضمانت‌نامه بانکی می‌شوند^۱ و از این رو همواره حق رجوع به ضمانت‌خواه را دارند.

شش - اذحیث لزوم یا عدم لزوم ذکر جزئیات تعهد ضامن و شرایط ضمان

عقد ضمان در قانون مدنی از عقود مبتنی بر مسامحه است و از این رو، مطابق ماده ۶۹۴ قانون مدنی: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است...». در ماده ۶۹۵ نیز آمده است: «معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون‌له یا مضمون‌عنه لازم نیست».

در مقابل، ضمانت‌نامه بانکی جزء عقود مبتنی بر مسامحه نیست بلکه از عقود معاملی و مبتنی بر سودجویی به شمار می‌رود (اخلاقی، ۱۳۶۸: صص ۱۷۱-۱۷۲). 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, ICC Publication no. 485, Article 3).

با توجه به آنچه گفته شد، ضمانت‌نامه مستقل بانکی اعم از داخلی و بین‌المللی از جهات متعددی متفاوت از ضمان عقدی مقرر در قانون مدنی می‌باشد، به گونه‌ای که اعمال قواعد حاکم بر ضمان عقدی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی، در بسیاری از موارد منجر به بطلان آن‌ها خواهد شد.

۱ - ضرورت درخواست ضمانت‌خواه یا بانک کارگزار وی، در شق A ماده ۲ مقررات بکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) پیش‌بینی شده است (ر.ک: ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه،

۲_۲_ ضمانت نامه مستقل بانکی و ضمان مقرر در قانون تجارت

الف _ ضمان مقرر در قانون تجارت و انواع آن

باب دهم قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ شامل مواد ۴۰۲ - ۴۱۱ به بیان مقررات ضمان ضم ذمه اختصاص یافته و دو نوع ضمان ضم ذمه را پیش بینی کرده است: یکی ضمان ضم ذمه طولی و دیگری ضمان تضامنی.

ماده ۴۰۲ قانون تجارت در تبیین ضمان ضم ذمه طولی مقرر می دارد:

«ضامن وقتی حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدواً به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت نامه) این ترتیب مقرر شده باشد.»

چنان که ملاحظه می شود، ضمان مقرر در این ماده، سبب انتقال دین از مدیون اصلی به ضامن نمی شود بلکه صرفاً ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه، ضمیمه می گردد. بدین معنا که پس از انعقاد عقد ضمان، علاوه بر مدیون اصلی، ضامن نیز مسؤول بدهی وی به مضمون له است. برای این که مضمون له بتواند طلب را از ضامن مطالبه کند، ابتدا بایستی به مدیون اصلی رجوع کرده و با امتناع وی مواجه شده باشد. ضمان مقرر در این ماده تعهد تبعی است و در فرض سکوت قرارداد طرفین، حدود و شرایط آن، همان حدود و شرایط تعهد اصلی می باشد. بنابراین همانند ضمان مقرر در قانون مدنی، در این جا نیز ضامن می تواند به ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد پایه بین مضمون عنه و مضمون له استناد نماید.

نوع دیگر ضمان ضم ذمه، ضمان تضامنی موضوع ماده ۴۰۳ قانون تجارت است:

«در کلیه مواردی که به موجب قانون یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

تفاوت این نوع ضمان با ضمان ضم‌ذمه ساده، در ترتیب مراجعه مضمون‌له به ضامن است. چنان‌که گفتیم در ضمان نوع اول، مضمون له باید ابتدا طلب خود را از مدیون اصلی مطالبه کند و در صورت امتناع شخص اخیر از پرداخت مضمون‌به، امکان مراجعه به ضامن ایجاد خواهد شد. لیکن در ضمان تضامنی، رجوع ابتدایی به مدیون اصلی ضروری نیست و مضمون‌له می‌تواند ابتدائاً به هریک از ضامن یا مضمون‌عنه مراجعه و طلب خود را مطالبه نماید.

با توجه به اطلاع قانون‌گذار از مشکلات ناشی از ضمان عقدی مقرر در قانون مدنی و نیز عدم کارایی راهکارهای مقرر در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ آن قانون (التزام معلق به تأدیه) و نیز با لحاظ سیاق عبارات مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، برخی حقوق‌دانان معتقدند قانون‌گذار قصد داشته است که با وضع این مواد، رژیم حقوقی ضمان را در نظام حقوقی کشور متحول سازد (کاشانی: ۷۰-۱۳۶۹: ص ۲۱۵) قرینه این دیدگاه تأکید ماده ۴۰۲ بر امکان توافق طرفین بر این نوع ضمان (خواه ضمن قرارداد مخصوص و خواه در خود ضمانت‌نامه) است که به نظر می‌رسد، با توجه به ماده ۷۲۳ قانون مدنی و به منظور رهایی طرفین ضمان از اندراج آن ضمن عقد لازم، صورت گرفته است.

در مقابل برخی دیگر از استادان حقوق ظاهراً به ایجاد دو رژیم متفاوت برای ضمانت در حقوق ایران قائل‌اند که در نتیجه مقررات متفاوت قانون مدنی و باب دهم قانون تجارت ایجاد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۳۴۵ و اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۷۰).

در هر صورت چه دیدگاه نخست پذیرفته شود و چه دیدگاه دوم، تفاوت مهمی که بین ضمان مقرر قانون تجارت و ضمان مقرر در قانون مدنی وجود دارد، از حیث اثر آن‌هاست بدین معنا که اثر ضمان مقرر در قانون مدنی، نقل ذمه و اثر ضمان مقرر در قانون تجارت ضم‌ذمه است و سایر اوصاف ضمان عقدی مقرر در قانون مدنی، در مورد ضمان ماده ۴۰۲ قانون تجارت نیز مصداق دارد.

ب_ مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با ضمان مقرر در قانون تجارت

۱_ چنان‌که گفته شد، ضمان مقرر در قانون تجارت نیز تعهد تبعی محسوب

می‌شود و حدود و شرایط تعهد ضامن با مراجعه به تعهد مورد تضمین تعیین می‌گردد، در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، تعهد بانک (ضامن)، مستقل از قرارداد پایه است و حدود و شرایط آن با مراجعه به متن و مفاد خود ضمانت‌نامه تعیین می‌شود.

۲_ ضمانت‌نامه سبب می‌شود که دو شخص در قبال دین واحدی متعهد شوند، حال آن‌که ضمانت‌نامه بانکی چنین اثری ندارد. درست است که ضمانت‌نامه به منظور تضمین اجرای تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پایه استفاده می‌شود اما تعهد مندرج در آن، تعهدی متفاوت از تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پایه است و گشایش ضمانت‌نامه سبب نمی‌شود که بانک در قبال تعهد ضمانت‌خواه متعهد گردد، چنان‌که ضمانت‌خواه نیز مستقیماً مسؤول تعهد بانک در ضمانت‌نامه نیست بلکه گشایش ضمانت‌نامه، تعهد مستقلی را برای بانک ایجاد می‌کند مبنی بر این‌که در صورت مطالبه ذینفع و عنداللزوم ارائه اسناد مشخص، مبلغ معینی را به وی بپردازد. این تعهد منحصرأ تعهد خود بانک است بنابراین اگر ضمانت‌خواه همان مبلغ را به ذینفع پرداخت کند، ذمه بانک بریء نخواهد شد (شهبازی نیا، ۱۳۸۰: ص ۱۲۸ به بعد). حال آن‌که در ضمانت‌نامه قانون مدنی و قانون تجارت ایفای تعهد از سوی مضمون‌عنه، ضامن را بریء الذمه می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۳۵۴).

۳_ همانند ضمانت نقل ذمه، در ضمانت‌نامه نیز اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه جاری نیست، حال آن‌که در ضمانت‌نامه بانکی به عنوان نتیجه اصل استقلال، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه جریان دارد.

۴_ گذشته از موارد فوق، سایر وجوه افتراقی نیز که برای ضمانت‌نامه بانکی و ضمانت‌نامه عقدی قانون مدنی ذکر شد (نظیر لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد مورد تضمین و نقش مدیون اصلی در قرارداد ضمانت) بین این ابزار با ضمانت مقرر در قانون تجارت نیز وجود دارد.

چنان‌که ملاحظه شد، خلاف آن‌چه برخی از استادان حقوق تجارت در مورد

«حکومت اصل مسؤولیت تضامنی» بر ضمانت‌نامه‌های بانکی گفته‌اند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۷۰)، ضمانت‌نامه بانکی با ضمان مقرر در قانون تجارت نیز ماهیتاً تفاوت دارد. درست است که این سند با توجه به ماده ۲ قانون تجارت و مقررات مربوط به بانکداری، در زمره فعالیت‌های تجاری است، اما این امر سبب نمی‌شود که مقررات باب دهم قانون تجارت را در مورد آن جاری بدانیم، چرا که این سند ساخته عرف تجاری و رویه بانکداری است و دارای شرایط و قواعد معینی است که در قالب هیچ یک از نهادهای سنتی حقوق ما نمی‌گنجد (همان: ص ۱۸۴). از این رو نباید با هدف گنجاندن ضمانت‌نامه در یکی از طبقات سنتی حقوق، از خصوصیات و قواعد مهم آن که زائیده نیاز اقتصادی و تجاری امروز هستند، چشم‌پوشی کرد بلکه باید تلاش نمود تا با لحاظ واقعیات این ابزار تجاری و ابعاد آن به عنوان یک پدیده جدید (کاشانی، ۱۳۷۷: ص ۱۱)، جایگاه مناسبی را به آن اختصاص داد و قواعد و احکام مربوط به آن را تبیین نمود.

۲-۲_ مبنای قانونی و شرعی اعتبار قرارداد ضمانت‌نامه بانکی

با توجه به مباحث بند قبل، روشن شد که ضمانت‌نامه ماهیت قراردادی دارد. در زمره عقود معین و خصوصاً ضمان تبعی به حساب آورد. همچنین گفتیم که در کشورهای دیگر نیز تلاش‌هایی برای طبقه‌بندی ضمانت‌نامه در چارچوب نهادها و مفاهیم سنتی نظیر ضمان حقوق مدنی و نمایندگی (Delegation) صورت گرفته که قرین موفقیت نبوده است.^۱ تعهد به نفع ثالث نیز یکی دیگر از چارچوب‌هایی است که برای توجیه تعهد بانک در ضمانت‌نامه مستقل به کار گرفته شده است که ایرادهای آن قبلاً بیان گردید. با لحاظ مجموع این مقدمات به این نتیجه رسیدیم که ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی یک قرارداد جدید است که آثار و ویژگی‌های خود را دارد. اینک باید دید مبنای حقوقی اعتبار این قرارداد جدید چیست و جایگاه آن کجاست؟

به اعتقاد ما، ضمانت‌نامه مستقل بانکی، قراردادی تجاری است که باید آن را در

۱_ دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۱۹۸۵ ضمانت‌نامه اولین درخواست را قرارداد جدیدی دانسته که با نمایندگی (delegation) تفاوت دارد (Bertrams, 1996: P. 55).

زمره عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاری، ساخته قوانین داخلی نیست بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجاری بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاری و مقررات نهاد هایی نظیر اتاق بازرگانی بین المللی و آنستیرال) کسب نموده است. رویه قضایی کنونی غالب کشورهای اروپایی و آمریکا (در مورد اعتبارنامه‌های انتظاری) و دکترین کشورهای مذکور نیز ضمانت‌نامه مستقل جدید را که در تجارت بین‌المللی استفاده می‌شود و بخشی از یک رابطه چند جانبه را تشکیل می‌دهد، یک قرارداد جدید و در زمره عقود غیرمعین به حساب می‌آورند (برای ملاحظه آرای محاکم کشورهای مذکور و نیز نظر حقوق‌دانان ر.ک: Bertrams, 1996: pp.54-58).

قبول واقعیت فوق از این جهت حائز اهمیت است که ما را از تلاش برای توجیه ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی براساس قوانین داخلی و پاسخ‌گویی به مسائل خاص ضمانت‌نامه بر اساس مفاهیم و نهادهای دیگر که گاهی به بطلان آن منجر می‌شود، باز می‌دارد. مسائل حقوقی ضمانت‌نامه بانکی را باید بر اساس ماهیت، مکانیسم و اهداف خاص آن و نیز قواعد فراملی حاکم بر آن تحلیل نمود و پاسخ داد. مفاهیمی همچون تفسیر قرارداد، تهاتر، انتقال قرارداد، و اصل حسن نیت را نباید به همان ترتیبی که در مورد قراردادهای دیگر استفاده می‌شوند، به طور خودکار نسبت به ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی هم اعمال نمود. پذیرش این واقعیت که ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی به ویژه ضمانت‌نامه قابل پرداخت به صرف درخواست، ابزار جدیدی است که از تجارت بین‌الملل نشأت گرفته و در آن زمینه به کار می‌رود، می‌تواند آمادگی ما را برای درک تحولات حقوقی کشورهای دیگر نیز بالا ببرد.

با توجه به مطالب فوق، بعضی از نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل به این نتیجه رسیده‌اند که ضمانت‌نامه مستقل بانکی بخشی از Lex Mercatoria را تشکیل می‌دهد (Van Delden, 1993: P 591) صرف‌نظر از این که مفهوم مذکور چه التزاماتی را در پی دارد، نباید انتظار داشت که با اطلاق این عنوان بر ضمانت‌نامه بانکی، مجموعه‌ای از قواعد خاص و مدون در دسترس قرار گیرد تا بتوان موضوعات مربوط به ضمانت‌نامه را بر

اساس آن‌ها حل کرد.

واقعیت این است که بسیاری از قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه، ناشی از توسعه و اصلاح قواعد ملی در مورد نهادهای مشابه است و تأکید ما بر فراملی بودن ضمانت‌نامه، صرفاً به این خاطر است که با ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌المللی نباید دقیقاً همانند نهادهای ملی برخورد کرد، بلکه باید آن‌ها را در سطحی فراملی ارزیابی نمود و در اعمال قواعد حقوق ملی نسبت به آن‌ها، ویژگی‌های خاص ضمانت‌نامه را لحاظ نمود و اصلاحات لازم را در قواعد مذکور اعمال کرد، خصوصاً باید از اعمال اصول و قواعد مغایر با عرف و رویه تجاری بین‌المللی نسبت به این ابزار خودداری نمود. ذکر این نکته نیز ضروری است که برخی از محاکم اروپایی، در مقام اعمال قانون خارجی حاکم بر ضمانت‌نامه، قواعد ملی مغایر با اصول بین‌المللی را نادیده می‌گیرند و بر مبنای این فرض به صدور رأی اقدام می‌کنند که اصول بنیادین حقوق تجارت بین‌الملل در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی، نظیر اصل استقلال از قرارداد پایه و یا ماهیت اسنادی شروط پرداخت، در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده‌اند.

با وجود این، اگر تحلیل ضمانت‌نامه بر مبنای حقوق داخلی کشورمان ضروری باشد، مبنای این تحلیل می‌تواند ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۸۶-۱۸۵). بر اساس این ماده:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

با لحاظ آن‌چه در باب تفاوت ضمانت‌نامه بانکی با ضمان عقدی قانون مدنی گفته شد، باید این پدیده جدید را در زمره قراردادهای خصوصی یا عقود غیرمعین به حساب آورد که مطابق ماده فوق، مادام که مغایر قواعد آمره نباشد، معتبر و الزام‌آور است.

ابهامی که ممکن است نسبت به این دیدگاه مطرح شود، موضوع مغایرت احتمالی آن با مقررات ضمان عقدی قانون مدنی است. به اعتقاد ما امکان چنین مغایرتی نیز

وجود ندارد، زیرا همان طور که ملاحظه کردیم، ضمانت‌نامه مستقل بانکی، نهادی کاملاً متفاوت از ضمان مقرر در قانون مدنی است و از این رو نباید این نهاد متفاوت را بر مبنای قواعد سنتی قانون مدنی در مورد ضمانت سنجید. بر این اساس، امکان هرگونه مغایرت نیز منتفی خواهد بود. علاوه بر این، رویه قضایی و دکترین حقوق ایران، امکان توافق خلاف مقررات ضمان عقد و ایجاد ترتیبات متفاوت را پذیرفته است. از جمله، رأی شماره ۱۴۴۴ مورخ ۱۳۲۷/۹/۱۴ شعبه چهارم دیوان عالی کشور اعلام می‌کند:

«مطابق ماده ۶۸۴ قانون مدنی ضمانت عبارت از این است که کسی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد، بنابراین اگر کسی تعهد کند (در صورتی که در نتیجه عدم تحویل اشیای فروخته شده خسارتی متوجه خریدار گردد آن را جبران کند) عمل او صرفاً تنظیم قراردادی بوده که بین مشارالیه و متبایعین در حدود ماده ۱۰ قانون مدنی بسته شده است و با ماده ۶۸۴ قانون مزبور انطباقی نخواهد داشت» (متن: ص ۲۹۵).

همچنین در رأی شماره ۲۴۲ مورخ ۱۳۲۷/۲/۱۵ همان شعبه چنین آمده است:

«هرگاه طرفین در موقع تنظیم اجاره‌نامه نظر به ضمانت مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مدنی نداشته باشند تا ذمه مضمون‌عنه (مستأجر) در مقابل مضمون‌له (موجر) بریء و ذمه ضامن مشغول گردد بلکه با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدنی مستأجر و متعهد در مقابل موجر، تعهد انجام مقررات مذکور در اجاره‌نامه و پرداخت مال‌الاجاره را کرده باشد، چنین تعهدی مانع قانون نخواهد داشت» (همان).

این آرا و برخی دیگر از آرای صادره از محاکم قضایی ایران (برای ملاحظه برخی از این آرا ر.ک: قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور، مبحث ضمان عقودی) نشان می‌دهد که هرگاه مقصود طرفین، ضمان مصطلح قانون مدنی نبوده بلکه ترتیب دیگری از ضمانت را اراده کرده باشند، محاکم ایران چنین ترتیبی را مغایر مقررات قانون مدنی ندانسته بلکه به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی آن را معتبر دانسته‌اند.

نوشته‌های حقوقی استادان حقوق مدنی و تجارت نیز، توافق در مورد نوع متفاوتی

از ضمانت را به استناد ماده مرقوم صحیح شمرده‌اند (برای نمونه ر.ک: امامی، ۱۳۶۶: ج ۱ و ۲)، ص ۲۵۳؛ محبی، ۱۳۷۵: ص ۸۶؛ اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۸۵ و کاشانی، ۷۰-۱۳۶۹: ص ۲۱۸)، چنان که یکی از این نویسندگان گفته است: «نباید از نظر دور داشت که می‌توان از مدیون ضمانت تضامنی نمود که در نتیجه آن هریک از ضامن و مضمون عنه در مقابل طلبکار، مدیون باشند و آن در صورتی است که این امر در عقد قید شود، خواه عقد مزبور به لفظ ضمان و مشتقات آن منعقد شود یا به الفاظ دیگری که معنی مقصود را برساند، زیرا در صورتی که این امر در عقد تصریح گردد معلوم می‌شود که قصد طرفین انتقال دین نمی‌باشد. همچنین طرفین می‌توانند در عقد مزبور نحوه مطالبه را نیز قید کنند که طلبکار بتواند از هریک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطالبه کند و یا آن که در صورت پرداختن مضمون عنه بتواند از ضامن آن را مطالبه نماید. دلیل بر این امر عموم مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و ذیل ماده ۶۹۹ قانون مزبور است» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۲، ص ۲۵۳).

با توجه به آرا و نظریه‌های مذکور می‌توان چنین نتیجه گرفت که رویه قضایی و نظریه علمای حقوق ایران، توافق خلاف مقررات باب ضمان در قانون مدنی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح شمرده است که ضمانت‌نامه مستقل بانکی نیز می‌تواند در زمره چنین توافقی‌هایی باشد.

ابهام دیگر در مورد اعتبار قرارداد ضمانت‌نامه مستقل بانکی، احتمال مغایرت آن با موازین فقهی راجع به عقد ضمان است. برای رفع این ابهام بازگشت به مباحث مربوط به مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با ضمان عقدی ضرورت دارد. در آن مباحث، وجوه افتراق ضمانت‌نامه مستقل بانکی از ضمان نقل ذمه (در قانون مدنی) بیان شد و این نتیجه به دست آمد که نهاد مورد بحث ماهیتاً متفاوت از ضمان نقل ذمه است و از قواعد و احکام متفاوتی پیروی می‌کند. همچنین گفته شد که قانون مدنی در احکام عقد ضمان از نظر مشهور فقها تبعیت کرده و ضمان نقل ذمه را پذیرفته است. از این رو آنچه درباره تفاوت ماهیت قرارداد ضمانت‌نامه بانکی با ضمان عقدی قانون مدنی گفته شد،

در رابطه این نهاد با عقد ضمان در فقه امامیه نیز صادق است.

روشن است که دو نهاد متفاوت ممکن است آثار، احکام و قواعد متفاوتی داشته باشند و نباید یکی را بر معیار احکام و قواعد مربوط به دیگری سنجید. از این رو همان-گونه که برای مثال، اعتبار یا عدم اعتبار عقد صلح را نمی‌توان با موازین عقد بیع تعیین کرد، ضمانت‌نامه بانکی را نیز نباید با موازین فقهی راجع به عقد ضمان ارزیابی نمود. براین اساس، موضوع مغایرت این نهاد با موازین شرعی مربوط به ضمانت منتفی می‌شود.

در این صورت ابهامی که باقی می‌ماند، راجع به مبنای شرعی اعتبار قرارداد ضمانت‌نامه مستقل بانکی به عنوان یک قرارداد مستحدث یا شرط ابتدایی است. ادله اعتبار چنین قراردادی طبعاً همان ادله عام اعتبار قراردادهای خصوصی یا شروط ابتدایی در فقه است که پرداختن به آنها خارج از موضوع این مقاله است.

نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه بانکی بین المللی، 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 بین المللی و ویژگی‌های این سند مد نظر واقع شود.

با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت‌نامه بانکی بین المللی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری بین المللی، پدیده ضمانت‌نامه را می‌توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت‌خواه یا اصیل طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بین المللی نیست، هر چند که تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد متقابل وی به بانک گشایشگر ضمانت‌نامه مبنی بر بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه در صورت مطالبه ذینفع را

می‌توان علت اصلی ورود بانک به رابطه قراردادی با ذینفع دانست. از این رو اگر بانک ضامن، با وجود مخالفت ضمانت‌خواه، وجه ضمانت‌نامه را با رعایت شروط و مفاد ضمانت‌نامه به ذینفع پرداخت نماید، حق رجوع به ضمانت‌خواه و مطالبه وجوه پرداختی را دارد.

در حقوق ایران، با توجه به افتراق ضمانت‌نامه بانکی بین المللی از ضمان عقدی و ضمان مقرر در قانون تجارت، این قرارداد جدید را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.



منابع:

- ۱_ آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ۱۳۴۶.
- ۲_ اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون ضمانت نامه بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸-۱۴۹، ۱۳۶۸.
- ۳_ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶، ج ۲و ۱.
- ۴_ ضمانت نامه های عند المطالبه، ترجمه: فریده تذهیبی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۸۱
- ۵_ شهبازی نیا، مرتضی، قاعده استاپل و کاربرد آن در دیوان داورى دعاوى ایران _ ایالات متحده، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- ۶_ _____، ضمانت نامه بانکی بین المللی، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.
- ۷_ شهبازی نیا، مرتضی و عیسی تفرشی، محمد، «استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
- ۸_ شهید ثانی، شرح لمعه، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- ۹_ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول: تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- ۱۰_ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، چاپ دوم: تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ج ۴.
- ۱۱_ کاشانی، محمود، جزوه حقوق مدنی ۷ (وثیقه های دین)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۰-۱۳۶۹.
- ۱۲_ _____، ضمانت نامه بانکی، چاپ اول: تهران، انتشارات مؤسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۷.
- ۱۳_ گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ج ۱.
- ۱۴_ قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور، گردآوری شده توسط مهدی نیک فر، چاپ اول: تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- ۱۵_ طباطبائی، سیدمحمد کاظم، عروة الوثقی، جلد دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- ۱۶_ متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ۱۳۱۱ - ۱۳۳۵.
- ۱۷_ محبی، محسن، «ضمانت نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران _ ایالات متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- ۱۸_ محقق حلّی، شرایع الاسلام، تهران، منشورات اعلمی، بی تا، ج ۲و ۱.
- ۱۹_ محقق داماد، سید مصطفی، «تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری و دکترین های حقوقی معاصره»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۷-۱۶، ۱۳۷۴.
- ۲۰_ مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۹، ۱۳۶۷.
- ۲۱_ نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۲۶، چاپ هفتم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
- 22_ Atiyah, Patrick S. Consideration in Contracts, A Fundamental Restatement, Canberra, 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 Garantie 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 Handelsrecht**, 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.