



ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی

رحیم مختاری^۱

علی قدسی نژاد^۲

چکیده:

ضمانت نامه بانکی سندی است که توسط بانک صادر می گردد و بانک به موجب آن در مقابل ذی نفع تعهداتی را به عهده می گیرد که نقش بزرگی را در تضمین معاملات و به ویژه قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می کند. با توجه به تحلیل های صورت گرفته می توان گفت که عقد ضمان، قالب مناسبی برای ضمانت نامه های بانکی نمی باشد و اکثر حقوقدانان و حتی رویه قضائی، ماهیت ضمانت نامه های بانکی را بر مبنای مفهوم عقد ضمان قبول ندارند و در این زمینه دلایل و مستندات قوی و محکمی نیز وجود دارد. بی تردید یکی از اوصاف اصلی عقد ضمان، وجود دین و یا سبب آن در هنگام انعقاد عقد می باشد ولی در ضمانت نامه های بانکی عموماً، ضمانت از دین احتمالی و آینده است و در برخی از موارد نیز دینی وجود ندارد بلکه در قبال عدم انجام صحیح کار مورد قرارداد می باشد. علاوه بر آن ضمانت نامه بانکی نوعی سند بانکی و تجاری است که به واسطه تجاری بودن، واجد اوصاف و خصوصیات است که مهمترین آن قصد انتفاع و سودجویی می باشد و عقد ضمان از این اوصاف تهی می باشد. در ادامه تحلیل می شود که در حقوق ایران، ضمانت نامه های بانکی را می توان از نوع قراردادهای خصوصی قانون مدنی به حساب آورد.

کلید واژه ها: ضمانت نامه، عقود بانکی، ماهیت، عقد ضمان، ایقاع.

^۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران: R_mokhtari^{۵۲}@yahoo.com
^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران: alighodsi^{۱۳۷۶}@yahoo.com



مقدمه:

ضمانت نامه بانکی حسب تعریف عبارت است از سندی که توسط بانک صادر می‌شود و به موجب آن بانک تعهد می‌نماید تا در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) از ایفای تعهدات ناشی از قرارداد پایه و اصلی در مقابل ذی نفع (مضمون له) قصور و تخلف نماید، با اعلام مراتب، توسط ذی نفع و با مطالبه وی، مبلغ ضمانت نامه را در وجه او بپردازد.

از ارکان ضمانت نامه‌های بانکی می‌توان موارد زیر را برشمرد:

- | | |
|---------------------------------------|--|
| ۱. متقاضی ضمانت نامه یا ضمانت خواه | ۲. ذینفع |
| ۳. بانک ضامن یا صادر کننده ضمانت نامه | ۴. قرارداد پایه که ضمانت نامه در ارتباط با آن صادر می‌شود. |
| ۵. مبلغ و نوع ارز | ۶. سررسید |
| ۷. شرط مطالبه وجه | ۸. شماره ضمانت نامه |
| ۹. تاریخ پادار شدن | ۱۰. سپام |

ضمانت نامه بانکی پدیده‌ای نو در روابط قراردادی است و هدف طرفین قرارداد از ضمانت نامه، تضمین تعهدات مندرج در قرارداد پایه است. همانند هر نهاد نوپای حقوقی، آنچه که در وهله اول ذهن را به خود مشغول می‌سازد، بررسی ماهیت حقوقی آن است و دریافتن این مسأله که آیا این نهاد در قالب نهادهای مرسوم و متداول حقوقی جای می‌گیرد یا اینکه ماهیت مستقلی داشته و آثار و احکام خاص خود را دارد.

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

در این نوشتار قصد داریم که ماهیت حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی را براساس مفهوم عقد ضمان و ایقاع، به نحو اجمالی بررسی کنیم.

۱- ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی بر مبنای عقد ضمان

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

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



۱-۱. ویژگی‌های عقد ضمان:

احکام مقررات و آثار عقدضمان به طور خلاصه عبارتند از (کاتوزیان، ۱۳۷۶، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، ص ۲۴۱ و بعد):

۱-۱-۱- عقد ضمان موجب نقل ذمه به ذمه است (ماده ۶۹۸ قانون مدنی).

نویسندگان قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه مفهومی از ضمان را پذیرفته‌اند که به موجب آن ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می‌شود به عبارت دیگر ذمه ضامن وثیقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد و جا به جایی دین، جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد. با وجود این نباید پنداشت که توافق اشخاص در این زمینه اثر ندارد (مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی). بی‌گمان مفاد ماده ۶۹۹ قانون مدنی تمایل قانونگذار را بر یافتن راه‌حلی که بتواند در چارچوب نظر فقهای امامیه ضمان را به صورت وثیقه درآورد، نشان می‌دهد ولی نمی‌توان ادعا کرد که این ماده به صراحت تضامن را تجویز کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، صص ۲۵۶ و ۲۵۷). البته در کنار قانون مدنی، قانون تجارت به روشنی و صراحت در ماده ۴۰۲ خود انعقاد عقد ضمان تضامنی را تجویز نموده است. ضمانی که ماده ۴۰۳ همان قانون ویژگی‌های آن را به طور اجمال بر می‌شمارد.

۱-۱-۲- عقد ضمان عقدی عهدی است و رکن اصلی آن عبارت است از تعهدی که ضامن در مقابل مضمون‌له به عهده می‌گیرد تا دین مضمون‌عنه را بپردازد و از این جهت در مقابل عقود تملیکی و عینی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳- عقد ضمان عقدی است رضایی و اراده ضامن و طلبکار (مضمون‌له) این عقد را منعقد می‌سازد. نتیجه انعقاد چنین عقدی انتقال مستقیم دین به ذمه ضامن است. تشریفات در این عقد جایی ندارد.

۱-۱-۴- عقد ضمان عقدی است معوض و عوضین آن یکی تعهد ضامن در مقابل مضمون‌له به پرداختن دین مضمون‌عنه و دیگری سقوط طلب مضمون‌له از مضمون‌عنه است و هر یک از این دو به طور مستقیم و همزمان توسط طرفین انشا می‌شود.

۱-۱-۵- عقد ضمان عقدی است تبعی بدین معنا که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقا تابع دینی است که مضمون‌عنه به طلبکار داشته است لذا در صورت موجود و یا مشروع نبودن دین، مبنای ضمان ضامن نیز صحیح نمی‌باشد و در صورت بطلان قرارداد پایه و اصلی این قرارداد تبعی نیز باطل و بلااثر می‌گردد و خلاصه اینکه تعهد مندرج در ضمان از هر حیث تابع قرارداد پایه و اصلی می‌باشد. منتهی در وجود دین سختگیری کمتری شده و ضمانت از دینی که هنوز استقرار نیافته ولی سبب آن ایجاد شده صحیح شمرده شده است (مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ قانون مدنی).

۱-۱-۶- عقد ضمان از عقود مسامحه است. عقد مسامحه عقدی است که بنا به مصالحی در انعقاد آن‌ها و شرایط انعقاد از جهت علم طرفین، سختگیری کمتری شده است. در این زمینه مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دین مورد ضمانت و همچنین علم وی به شخصیت مضمون‌عنه را در انعقاد قرارداد شرط ندانسته است.



۱-۱-۷- حسب ماده ۷۰۱ قانون مدنی عقد ضمان عقدی لازم است و فقط در صورت اقاله یا وجود یکی از اختیارات قانونی می‌توان عقد را بر هم زد به نظر می‌رسد که با توجه به عبارات ذیل ماده مذکور و همچنین این که این عقد از عقود مسامحه می‌باشد وجود و اعمال اختیارات در این مورد با محدودیت‌هایی مواجه باشد.

۲-۱. ویژگی های ضمانت نامه بانکی:

۱-۲-۱- ضمانت‌نامه بانکی ماهیتاً یک سند تجاری است:

ضمانت‌نامه بانکی همانند اعتبار اسنادی از ماهیت اسنادی برخوردار است و بانک به جز رویت ظاهر اسناد، وظیفه دیگری برعهده ندارد.

منظور از سند تجاری در اینجا به مفهوم مضیق آن نمی‌باشد بلکه مراد سندی است که در ساز و کار تجارت تحصیل و استفاده گردیده و از فعالیت‌های تجاری منتج می‌شود. بدین توضیح که طبق بند ۷ ماده ۲ قانون تجارت، هر قسم عملیات صرافی و بانکی، معامله تجاری قلمداد گردیده است. از طرفی ماده ۱۳ و بند ۶ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و بند ۱۵ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ و همچنین مصوبات شورای پول و اعتبار و بخشنامه‌های صادر شده از طرف بانک مرکزی صدور ضمانت‌نامه را از جمله عملیات مجاز بانکی معرفی نموده‌اند. با این مقدمه و اثبات معامله تجاری بودن صدور ضمانت‌نامه باید دید که وصف تجاری یک عمل چه چیزی را به ارمغان می‌آورد و چه ویژگی‌هایی برای یک سند و یا عمل به صرف تجاری بودن آن شمرده شده است.

عموماً چنین استدلال می‌شود (عرفانی، ۱۳۶۷، حقوق تجارت، جلد ۱، ص ۴ و بعد) که هدف حقوق مدنی حمایت و حفظ ثروت است در صورتی که هدف حقوق تجارت بیشتر تسهیل گردش ثروت است و به همین دلیل سرعت لازمه تجارت می‌باشد چرا که سرعت در انعقاد قراردادها و اجرای آنها باعث فعالیت بیشتر شرکت‌های تجاری و خدماتی گردیده و این مسأله باعث تسهیل گردش ثروت می‌شود. به همین دلیل و برخلاف حقوق مدنی اصل آزادی، دلایل در حقوق تجارت جریان دارد تا اثبات اعمال حقوقی به راحتی امکان‌پذیر می‌باشد و در این راستا در حقوق تجارت ابزارهای ساده‌ای برای جریان پول ایجاد گردیده که از قواعد ویژه‌ای تبعیت می‌کنند، همانند برات، سفته، چک، و سایر اوراق بهادار. در برخی کشورها دادگاه‌ها و آئین دادرسی ویژه تجار و اعمال تجاری ایجاد گردیده است تا قواعد ویژه تجارت به راحتی قابل اعمال باشد. همچنین دولت‌ها برای این که بتوانند بحران‌های اقتصادی را کنترل کنند و اقتصاد را به گونه‌ای که در برگیرنده منافع آنها باشد هدایت نمایند، مداخله وسیعی را در تجارت و اعمال تجاری از قبیل محدودیت و یا ممنوعیت صادرات و یا واردات کالای خاص، اعمال تعرفه‌های گمرکی، نظارت بر فعالیت شرکت‌های تجاری و نحوه تأسیس بانک‌ها و عملکرد آنها و غیره، صورت داده‌اند.



علاوه بر این در بسیاری از کشورها، اصل تضامنی بودن ضمان در حقوق تجارت پذیرفته شده است ولی در حقوق ما تردیدهایی در این زمینه وجود دارد. ماده ۲۴۹ قانون تجارت در اسناد تجاری تمام مسؤولین سند (اعم از صادرکننده و ظهرنویسان آن) را متضامناً مسؤول پرداخت وجه سند دانسته و این اصل به صراحت پذیرفته شده است (در این موارد ضمان، موجب نقل ذمه به ذمه نمی‌گردد بلکه تشابه نسبی با ضم ذمه به ذمه دارد). ولی در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، به صراحت قید گردیده است که فقط در مواردی که به موجب قانون یا حسب قراردادهای خصوصی، ضمان تضامنی مقرر شده باشد، احکام تضامن بر آن بار می‌گردد. با توجه به مباحث فوق باید قائل بدان بود که در حقوق تجارت نیز همانند حقوق مدنی، ضمان مفید نقل ذمه به ذمه می‌باشد، مگر این‌که قانون ضمان تضامنی را مقرر داشته باشد (همانند اسناد تجاری) یا این‌که در قراردادهای خصوصی، ضمان تضامنی مورد توافق قرار گرفته باشد، ولی از این جهت حقوق تجارت یک گام از حقوق مدنی جلوتر رفته است، چرا که در قانون مدنی اصل بر نقل ذمه به ذمه است و ضمان غیر ناقل ذمه (نه تضامنی) با شرایط و محدودیت‌هایی و به شکلی که در مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی آمده است، نیاز به تصریح دارد. با توجه به ماده ۶۸۹ قانون مدنی، ظاهراً تضامن در رابطه چند نفر ضامن منع شده و در رابطه ضامن و مضمون‌عنه به سکوت برگزار شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲، عقد ضمان، ص ۲۷۳). ولی حقوق تجارت در برخی موارد، ضمان تضامنی را به عنوان اصل حاکم بر روابط طرفین قرارداد دانسته، علاوه بر این اصل آزادی انعقاد قرارداد مفید ضمان تضامنی را نیز پذیرفته است.

۲-۲-۱- ضمانت نامه بانکی یک تعهد غیر قابل برگشت است:

یعنی مزیت اصلی برای ذی نفع است چون بانک به عنوان ضامن معتبر است و بانک ضامن نمی‌تواند بعد از تعهد و قبول ضمانت نامه، از تعهد خود سر باز بزند و تا سررسید ضمانت نامه پابرجاست. (تراشیون، ص ۲۳)

۳-۲-۱- ماهیت مستقل ضمانت نامه:

ضمانت نامه دارای سه طرف ضمانت خواه، ذی نفع و ضامن می‌باشد که در آن ضمانت خواه براساس قرارداد پایه که با ذی نفع منعقد نموده است، دستور صدور ضمانت نامه را به بانک ارائه و بانک به عنوان ضامن پس از بررسی موضوع نسبت به صدور ضمانت نامه و ارائه آن به ذی نفع اقدام می‌نماید.

ویژگی استقلال ضمانت‌نامه بیان‌کننده استقلال سه رابطه فوق از یکدیگر می‌باشد به عبارت دیگر ضامن فقط مطابق متن ضمانت نامه به ذی نفع متعهد است و رابطه پایه از یک سو و رابطه اعتباری از سوی دیگر هیچ کدام در تعهد مستقل ضامن نسبت به ذی نفع نقش ندارند و بانک نمی‌تواند ادعاهای ناشی از قرارداد اصلی را در نظر بگیرد. این مسئله که ضمانت‌خواه



از انجام تعهدات خود قصور ورزیده یا نه، یا این که ذی نفع به موجب قرارداد مستحق دریافت خسارت است یا نه، موضوعی نیست که به بانک ارتباط داشته باشد. بنابراین وقتی شرایط ضمانت نامه تحقق یابد ذی نفع مستحق دریافت وجه ضمانت نامه می شود و الزامی برای وی وجود ندارد که قصور ضمانت خواه را به اثبات برساند. (مسعودی، ج ۱، ص ۱۶۱)

۴-۲-۱- ماهیت غیر مشروط:

غیر مشروط بودن ضمانت نامه از ماهیت مستقل بودن ضمانت نامه نشأت می گیرد و به بیان ساده تر، از آنجا که شروط مندرج در قرارداد پایه (در صورتی که مستقیماً در متن ضمانت نامه درج نشده باشد) قابل تسری به ضمانت نامه نیست ضمانت نامه را بی قید و شرط می نامند اما باید توجه داشت که ضمانت نامه به طور خاص و هر نوع ابزار تضمین به طور عام ابزارهایی مشروط هستند.

۵-۲-۱- عندالمطالبه بودن:

به این معنا نیست که ذی نفع هر وقت درخواست کند بانک ضامن باید پرداخت کند بلکه بانک پس از دریافت مطالبه منطبق، وجه را به ذی نفع ضمانت نامه پرداخت می کند که باید دو ویژگی داشته باشد:

- همان سند یا اسناد در متن ضمانت نامه را به بانک ارائه دهد.

- حد اکثر تا تاریخ انقضا به بانک ارائه شود در غیر این صورت فاقد اعتبار است.

۶-۲-۱- ماهیت تضمینی:

مهم ترین ویژگی ضمانت نامه، ماهیت تضمینی آن است که این موضوع یکی از مهم ترین نقاط افتراق ماهیت ضمانت نامه بانکی با مبانی فقهی عقد ضمان است.

ضمانت نامه بانکی، همواره ضمانت از دین موجود نیست و چه بسا حتی دینی نیز وجود نداشته و هیچ گاه به منصف ظهور نرسد. علاوه بر این، عبارات قانون مدنی، ظاهراً حکایت از آن دارند که فقط ضمانت از دین امکان پذیر است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف ضمان اشعار می دارد که عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که ذمه دیگری است به عهده بگیرد، ولی برخی حقوق دانان اعتقاد دارند که عمل نیز می تواند مورد ضمان واقع شود چنان که شخصی تعهد کرده باشد خانه ای برای دیگری بسازد و یا نقشه ای برای او بکشد و یا کالایی را از محلی به محل دیگر حمل کند و شخص دیگری انجام عمل متعهد را ضمانت کند. حسب عقیده این عده، این ضمان را می توان مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی دانست چرا که مورد تعهد در واقع مالی ثابت بر ذمه است هر چند که وجه نقد یا عین کلی دیگر نیست. لیکن ضمانت از عمل در صورتی صحیح است که مباشرت متعهد در شرط نباشد. (صفایی، ۱۳۴۹، «تعهد حسن انجام قرارداد»، ص ۵۴)



این مطلب از آن جهت مهم است که در برخی ضمانت نامه‌ها از جمله ضمانت نامه حسن انجام کار در واقع، انجام صحیح عمل و کار مورد قرارداد، تضمین می‌شود. منتهی در این مورد باید توجه داشت که در صورت عدم انجام کار مورد قرارداد توسط مضمون عنه، مابه‌ازاء نقدی آن کار (که مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد) بر ذمه بانک قرار گرفته مکلف به پرداخت آن خواهد بود. از منظر ضمان در نفوذ چنین قراردادی که ضمان به جنس غیردین می‌باشد، نباید تردید کرد. ولی چنین ضمانی علاوه بر ماهیت ضمان حاوی یک تبدیل تعهد نیز می‌باشد و اما در مورد ضمانت از عمل باید گفت که در قانون مدنی بارها به وجود دین در ضمان اشاره شده است و همان‌گونه که برخی اساتید حقوق عقیده دارند (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۲۴)، در فقه و حقوق، دین شامل دو قسمت است:

الف - مال کلی در ذمه، خواه وجه نقد باشد خواه عین کلی در ذمه؛

ب - تعهد فعل.

پس در صحت ضمان از عمل دیگری نیز حتی اگر ضمانت نامه بانکی را مشمول مقررات ضمان بدانیم تردیدی روا نمی‌باشد. وجود و صحت دین در ضمان با توجه به تبعی بودن عقد ضمان اهمیت و خصوصیات ویژه‌ای را در بردارد چرا که در صورت بطلان یا نامشروع بودن یا عدم دین پایه و اصلی، قرارداد ضمان نیز به تبع آن باطل می‌باشد. لذا در ضمان باید دینی موجود باشد و یا حداقل سبب آن ایجاد شده باشد چرا که ضمان مفید، انتقال دین است و چنین انتقالی مستلزم وجود چیزی است که منتقل شود. از طرفی در بطلان ضمان آینده که در فقه به «ضمان مالم یجب» موسوم گشته است تردیدی وجود ندارد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۲۷۰). ولی برخی از حقوقدانان التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد را از نظر حقوقی درست می‌دانند چرا که اگر تعلیق در التزام صحیح باشد (ماده ۶۹۹ قانون مدنی) چه تفاوتی می‌کند که شرط تعلیق عدم تأدیه مدیون باشد یا تحقق دین؟ به ویژه که در این صورت تعلیق به یکی از شرایط صحت التزام است و ملتزم برای زمان تحقق دین، پرداخت را به عهده می‌گیرد و تفاوت این نوع التزام را با ضمان در این می‌دانند که هیچ انتقال دینی در صورت نمی‌گیرد. دین بر ذمه مدیون اصلی ایجاد می‌شود و تعهد ناظر به تأدیه آن دین و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود و البته نهایتاً چنین التزامی را ضمان ندانسته ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی آن را نافذ می‌دانند.

برخی از حقوقدانان نیز (امامی، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۲۶۱) در تفسیر ماده ۶۹۱، ضمان از دینی که در حین عقد ضمان سبب آن ایجاد نشده است را باطل می‌دانند همانند مسؤولیت ناشی از تعدی و تفریط در مورد امانت از قبیل ودیعه، عاریه، مضاربه و امثال آنها. عقود مزبور طبیعتاً غیر مضمونه می‌باشند یعنی در زمان عقد، متصرف امین است و مسؤولیتی ندارد و مسؤولیت او در اثر تعدی و تفریط حادث می‌شود و ضمان از مسؤولیت مزبور قبل از تعدی



و تفریط صحیح نمی‌باشد. زیرا در این موارد سبب مسؤولیت، عمل تعدی و تفریط است که بنا به فرض پیدایش نیافته است و در ادامه می‌افزایند که برخی از فقهای امامیه تمایل به صحت ضمان در موارد مزبور نموده‌اند و با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی به نظر می‌رسد که تعهد مزبور الزام‌آور است مخصوصاً آن که منطق ساده اجتماع آن را می‌پذیرد. به هر حال از نظر حقوقی بحث روشن است و اختلاف نظرها بیشتر به تعیین مصداق‌ها و همچنین به تعریفی که از سبب ارائه می‌شود برمی‌گردد.

نکته جالب توجه در این زمینه آن است که اکثر حقوقدانان اعتقاد دارند که اگر ضمانی به علت عدم دین یا سبب آن در قالب عقد ضمان ننگند، در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ و معتبر خواهد بود. اما در مورد ضمانت نامه‌های بانکی این بحث جالب‌تر خواهد بود. در واقع آنچه در اینجا باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد این است که آیا با توجه به مقررات قانون مدنی در باب ضمان و لزوم وجود دین و یا سبب آن در هنگام عقد ضمان، ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی با چنین مقرره‌ای سازگاری باشد یا خیر؟ برای تحلیل دقیق‌تر موضوع می‌توان موضع رویه قضائی را در این زمینه بررسی کرد که این خصوصاً ظاهراً قائل به عدم تطبیق مقررات ضمان با ضمانت نامه بانکی می‌باشد.

۲- ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی بر مبنای ایقاعی بودن

طرفداران این نظر معتقدند که در صدور ضمانت نامه، بانک ضامن به صورت یکجانبه و یک‌طرفی در مقابل مضمون‌له پرداخت مبلغ معین وجه نقد را بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. در صدور ضمانت نامه قبولی و رضای مضمون‌له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی او را متعهد می‌سازد. ولی در تبیین و توضیح نظر خود، عموماً به نظر فقهای تمسک می‌جویند که قائل به این هستند که ضمان نیز ایقاع است. اینان در انعقاد ضمان رضای مضمون‌له را شرط نمی‌دانند و معتقدند که تعهد ضامن به تنهایی او را ملزم می‌سازد.

از میان فقهای امامیه، شیخ طوسی از طرفداران این نظر می‌باشد. در کتاب‌های نویسندگان طرفدار این نظر، گذشته از اخبار و تشبیه ضمان به وفای دین، آمده است که در اثر ضمان ملک جدیدی برای مضمون‌له ایجاد نمی‌شود که نیاز به قبول او باشد. بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار ایجاد می‌شود. اینان عقیده دارند که در ضمان، رضای طلبکار اثر دارد منتهی این اثر را نباید به منزله اثر قبول در سایر معاملات شمرد. در واقع این گروه خواسته‌اند بین دو ضرورت را جمع کنند و از سویی دیده‌اند که در ضمان تنها ضامن عهده‌دار دین می‌شود و التزامی به عهده می‌گیرد و مضمون‌له تنها به وثیقه جدیدی دست می‌یابد و از سوی دیگر برای انتقال دین به ذمه، ضامن باید راضی باشد و این امر بر او تحمیل نشود. پس گفته‌اند که رضای مضمون‌له شرط است ولی این رضا شرایط قبول در سایر عقود را ندارد.



شاید عبارت صدور ضمانت نامه بانکی که در عرف بانکی مرسوم و متداول به نوعی این توهّم را تقویت نماید که صدور ضمانت نامه یک عمل یک طرفی بوده که از طرف بانک انجام می شود بدون اینکه نیاز به عمل دیگری از طرف اشخاص دیگر مضمون له و مضمون عنه داشته باشد. منتهی باید توجه داشت که صدور ضمانت نامه فقط ارائه برگ و گواهی ضمان است ولی روابط قراردادی طرفین در قرارداد دیگری که مبنای صدور ضمانت نامه می گردد متبلور و متجلی می شود. در قرارداد مزبور حقوق و تعهدات طرفین صریحاً تعیین و مشخص شده است. مضاف بر آنکه استقرا در قوانین و سایر منابع حقوقی نشان میدهد که اصل آزادی ایقاع در حقوق وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، حقوق مدنی: ایقاع، ص ۱۴۲) و فقط در موارد تصریح شده توسط مقنن، می توان سخن از اعتبار و نفوذ ایقاع گفت و خارج از چارچوب قانون و در غیر مواردی که مقنن برای اراده یک طرفی اعتبار و اثر ایجاد و یا اسقاط حق و وضع تکلیف قائل شده است، اراده یک طرفی فاقد توانایی حقوقی و قانونی جهت ایجاد اثر حقوقی می باشد.

از طرف دیگر باید توجه داشت که نویسندگان قانون مدنی با آوردن ضمان در شمار عقود معین به ویژه با عبارت مندرج در ماده ۶۸۵ و بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی از عقیده‌ای تبعیت کرده‌اند که به موجب آن ضمان عقد است و در نتیجه تراضی میان ضامن و مضمون له واقع می شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، ص ۲۶۳). مضاف بر آنکه در هیچ کجای قانون به عبارت صدور اعتبار ایجاد اثر حقوقی داده نشده است.

۳- ماهیت ضمانت نامه های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و تعهد به نفع ثالث:

در این زمینه ۲ تحلیل ارائه شده است:

الف - عمده نویسندگان حقوقی، تمایل بدان دارند که ضمانت نامه بانکی را در قالب عقود نامعین مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل و بررسی نمایند. براساس این نظر در ضمانت نامه‌های بانکی انتقال دین صورت نمی‌پذیرد و تعهد ضامن ناظر به تأدیه آن و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود ولی ضمان نیست و به این عنوان صحیح و معتبر نمی‌باشد اما بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، حقوق مدنی: عقود معین، جلد ۴، ص ۲۷۱)

برخی نیز بر این اعتقادند که اوضاع و احوال و مسائلی که ضمانت نامه‌های بانکی را احاطه کرده به گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های مرسوم حقوق مدنی نمی‌دهد، ولی با توجه به وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها می‌باشد، ماهیت ضمانت نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنا قابل تحلیل است و در این محدوده می‌گنجد. ماده ۱۰ قانون مدنی اشعار می‌دارد که قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قوانین نباشد، نافذ است. بنابراین ضمانت نامه‌های بانکی را نباید عقد ضمان دانست، بلکه قراردادی است که مشمول ماده ۱۰ بوده که مخالفتی با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل و شرع ندارد. مضاف آن که ضمانت نامه بانکی به عنوان یک قراردادی تجاری و سند تعهدآور بانی، متضمن فصول و ویژگی‌هایی است و طبیعت و ماهیت خاص خود را دارد. (اخلاقی، پیشین ص ۱۸۴)



ب - برخی نیز بر مبنای مفهوم تعهد به نفع ثالث (ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی) به تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی پرداخته‌اند. بر مبنای این نظر، فرض بر این است که قراردادی که ضمانت‌نامه بر مبنای آن صادر می‌شود به جای آن که قراردادی فی مابین ضامن و مضمون له باشد، قراردادی است میان مضمون‌عنه و ضامن که ذی نفع آن ثالث یعنی مضمون له است. چنین قراردادی هیچ‌گونه رابطه مستقیم با قرارداد پایه و اصلی ندارد بلکه قرارداد مستقلی است که بین مضمون‌عنه و ضامن منعقد می‌گردد. بر این اساس قرارداد در واقع بین ضامن و مضمون‌عنه واقع می‌شود و بانک ضامن، حسب درخواست متقاضی مبادرت به صدور ضمانت‌نامه‌ای می‌کند که به موجب آن، حقی برای ثالث (مضمون له) به وجود می‌آید. طرفین این قرارداد نمی‌توانند با فسخ آن خللی به حق موجود به نفع ثالث وارد نمایند و پایه و اساس صدور ضمانت‌نامه قرارداد پایه و اصلی که به موجب آن طرفین قرارداد قبول می‌نمایند.

این نظر از جهت تحلیل مکانیسم ضمانت‌نامه‌های بانکی جالب توجه است و تلاشی در خور تقدیر جهت جای دادن ضمانت‌نامه در نهادهای سنتی حقوق می‌باشد. اما باید توجه داشت که آنچه در این نظر در وهله اول جلب توجه می‌کند تأکید زیاد بر اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و اصلی می‌باشد و همان طور که گفته شد، این نظریه به طور مطلق در حقوق ما قابل پذیرش نیست. نکته دیگر اینکه در تعهد به نفع ثالث، کسی که حق یا تعهدی به سود وی ایجاد می‌شود واقعاً نسبت به روابط طرفین قرارداد بیگانه و ثالث است و حتی بعضاً اطلاعی از مفاد آن هم ندارد. در بسیاری موارد موضوع قرارداد چیز دیگری است و ضمن آن تعهدی هم به نفع ثالث می‌شود. ولی ضمانت‌نامه بدین گونه نیست بلکه تنها موضوع مورد معامله در قرارداد ضمانت‌نامه ضمانت بانک از دین مضمون‌عنه است. مضاف آنکه مضمون له را نمی‌توان ثالث تلقی کرد چرا که وی یکی از طرفین اصلی قرارداد پایه بوده و ضمانت‌نامه نیز بنا به تقاضای وی صادر می‌شود و با قبول ضمانت‌نامه حقوق و تعهداتی برای وی ایجاد می‌شود که خود نیز عالم بدان بوده و در واقع مضمون له نیز جزء طرف‌های اصلی ضمانت‌نامه است. کسانی که ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را تعهد به نفع ثالث می‌دانند اولاً خود به آثار و نتایج ناشی از آن پایبند نمانده‌اند و در تحلیل آثار و نتایج ضمانت‌نامه بانکی عمدتاً به مقررات ضمان استناد می‌کنند. (آوانسیان، ضمانت‌نامه‌های بانکی، صص ۱۰ و ۵۸) ثانیاً آنچه مهم است، این است که ماهیت قرارداد اصلی را که در ضمن آن تعهدی به نفع آنچه مهم ثالث می‌شود را تحلیل کنیم و اینان از این مسأله غافل مانده‌اند.

نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه بانکی سندی است که توسط بانک صادر می‌گردد و بانک به موجب آن در مقابل ذی نفع تعهداتی را بر عهده می‌گیرد. اما مسأله‌ای که مورد بحث می‌باشد، یافتن قواعد و مقررات حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد. ضمانت‌نامه بانکی به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه‌ها از نهادهای مذکور به ویژه عقد ضمان فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده جدید مطرح شده است. این پدیده جدید را نباید با قواعد و معیارهای حقوق حاکم بر ضمان مورد ارزیابی قرار داد.



اگرچه شباهت‌هایی میان عقد ضمان و ضمانت نامه‌های بانکی وجود دارد ولی جهات افتراق قوی‌تر و اساسی‌تری را دارا می‌باشد و با توجه به وصف تجاری ضمانت نامه‌های بانکی بهتر است که قالب‌های کهنه و مرسوم حقوق مدنی کنار گذاشته شود و از شیوه‌های نوینی استفاده گردد که ظرفیت‌های بیشتری برای پاسخگویی به نیازهای روزافزون جامعه، به بسط و توسعه عملیات تجاری و همگام شدن با تحولات سریع، وسیع و عمیق تجارت در سطح جهانی و پاسخگویی به مسائل جدید داشته باشند.

ایقاع نیز قالب مناسبی برای ضمانت نامه‌های بانکی نیست، زیرا صرف‌نظر از ممنوعیت انعقاد ایقاع نامعین، تحلیل حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی بر مبنای مفهوم ایقاع نیز نارسا بوده و از نظر حقوقی صحیح به نظر نمی‌رسد.

با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت نامه بانکی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شد، امروزه براساس مبانی حقوقی و رویه قضایی، ضمانت نامه را می‌توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذی نفع هستند.

در مورد تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی، باید توجه داشت که ماده ۱۰ قانون مدنی که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها را در حقوق ما مقرر داشته است. بنابراین هنگامی و در جایی می‌توان به آن استناد کرد که نهاد مورد مطالعه در قالب هیچ یک از نهادهای شناخته شده قانونی جای نگیرد. با تحلیل و بررسی دریافتیم که ضمانت نامه بانکی در هیچ یک از آن قالب‌ها جای نمی‌گیرد و با توجه به افتراق ضمانت نامه بانکی از عقد ضمان و ایقاع، این قرارداد جدید را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.



منابع و مأخذ:

- السان، مصطفی، حقوق بانکی، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، چاپ سوم، ۱۳۹۳
- آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ۱۳۴۶
- تراشیون، سعید، طباطبایی، غزاله، ضمانت نامه‌های بانکی بین المللی ومقررات حاکم بر آن‌ها، انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی ویراست دوم، سال ۱۳۹۴
- اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸، «بحثی پیرامون ضمانتنامه بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹-۱۴۸
- بخشنامه‌های بانک مرکزی ودستورالعمل ناظر بر ضمانت نامه بانکی
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶ ج ۱ و ۲
- پورمتین، اصغر، ضمانت نامه‌های بانکی، انتشارات گپ. چاپ سوم. ۱۳۹۵
- شهبازی نیا، مرتضی و عیسی تفرشی، محمد، ۱۳۸۲، «استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷
- شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول: تهران، نشر حقوقدان.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقود معین، چاپ دوم: تهران، شرکت انتشار، ج. ۴.
- کاشانی، محمود، ۱۳۶۹، جزوه حقوق مدنی ۷ (وثیقه‌های دین)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۷۰
- گرچی، ابوالقاسم، ۱۳۷۲، مقالات حقوقی، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج. ۱.
- قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور، گردآوری شده توسط مهدی نیک فر، چاپ اول: تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱
- طباطبائی، سیدمحمد کاظم، عروة الوثقی، جلد دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، بی تا
- متین، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ۱۳۱۱ - ۱۳۳۵
- مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۹، ۱۳۶۷.



The Legal Nature of Bank Guarantees

Abstract:

A bank guarantee is a document issued by a bank in which the bank undertakes certain obligations towards the beneficiary, playing a significant role in securing transactions—particularly in contractual and governmental agreements. Based on various analyses, it can be concluded that the legal structure of a guarantee contract (*and al-zaman*) is not a suitable framework for bank guarantees. Most legal scholars and even judicial practice do not recognize bank guarantees under the traditional concept of guarantee contracts, and there are strong and well-founded reasons supporting this position. Undoubtedly, one of the essential characteristics of a guarantee contract is the existence of a debt or the cause of a debt at the time of contract formation. However, bank guarantees typically involve guarantees for future or potential debts, and in some cases, no actual debt exists—rather, the guarantee is issued for the failure to properly perform contractual obligations. Moreover, a bank guarantee is a type of financial and commercial instrument which, due to its commercial nature, possesses features such as the intent of profit and gain, whereas traditional guarantee contracts lack such characteristics. Further analysis indicates that in Iranian law, bank guarantees can be categorized as a form of private contract under the Civil Code.

Keywords: Bank Guarantee, Banking Contracts, Legal Nature, Guarantee Contract, Unilateral Declaration (Isa').