

بررسی تضمینات قراردادهای تجاری با تأکید بر ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران

بهروز صادقی درمیانی^۱

چکیده

مراودات و مبادلات تجاری نوین بر اساس اصول مدرنیته یا فرا مدرنیته علمی حاکم اقتضا دارد که معاملات و قراردادهای تجاری به صورت کاملاً منطبق با وضعیت حاکم بر علوم حقوقی واقع گردد، در راستای تعاریف و شناسایی اصول و مقررات مربوطه، یکی از اصلی ترین موازین، تضمین این گونه مراودات برای طرفین می باشد. یکی از مهم ترین ویژگی های تضمینات تجارت امروزی و مقررات ناظر بر آن، ضمانت نامه های بانکی مستقل است. به منظور شناسایی و پی بردن به ماهیت حقوقی این گونه تضمینات بانکی بر اساس نظریات و تعابیر و تحلیل های ارائه شده در دسترس، بر آن هستیم تا با مطالعه ای همسوی تعاریف، به خصوصیات و ضمانت اجرای اعتماد برانگیز برای تجار و قواعد حاکم بر آنها خصوصاً تحلیل ماهیتی و حقوقی موضوع پژوهش، پردازیم. ایران پیش از انقلاب با پیوستن به کنوانسیون ها و سازمان های مالی و اقتصادی با سرعت قابل توجهی نسبت به همسو شدن تجارت آزاد و الگوی اقتصاد رقابتی گام برداشت، ولیکن با تحولات ایجاد شده و وقفه ناشی از تغییر حاکمیت و شروع مجدد با تصویب طرح ها و چشم انداز بیست ساله کشور و از طرف دیگر فشارهای اقتصادی و سیاسی وارد شده، متأسفانه این روند رو به کاهش گذاشت. اخیراً بر مبنای ضرورت هماهنگی مراودات و مبادلات تجاری اعم از داخلی و بین المللی ضمن پذیرش مقررات یکسان با جامعه جهانی، ناگزیر از پذیرش و تطبیق مقررات حاکم بر این گونه مبادلات و ضمانت نامه ها در حقوق داخلی هستیم که خلاء قانونی ناشی از فقدان تعریف واحد از ضمانت نامه های بانکی، مورد توجه خاص حقوقدانان فعال در زمینه حقوق تجارت قرار گرفته است و حتی قانون گذار در لایحه تجارت سال ۱۳۹۱ برای اولین بار باب مستقلی را در قالب ضمانت نامه مستقل، ۳۱ ماده را به آن تخصیص داده است.

کلیدواژه ها: عقد، ضمانت نامه های بانکی، تاجر، حقوق ایران، اسناد

مقدمه

تحلیل تضمینات قراردادهای تجاری و شناسایی ماهیت ضمانت نامه های بانکی مستقل بر اساس آثار و روابط تجاری، ضرورت تنسيق و انتظام حاکم بر تجارت را غیر قابل اجتناب می نماید. با نوین بودن ضمانت نامه های بانکی در قوانین و ضوابط حقوقی موضوع ضرورت کشف ماهیت حقوقی، امری لازم و ضروری است. حقوقدانان متعددی براساس تحقیقات و انطباق ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی در قالب کتب و مقالات، برداشت و تفسیر خویش از ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی مستقل را ابراز داشته اند. در این بین قانون گذار نیز اهمیت ویژه ای جهت تعریف جامع از ضمانت نامه های بانکی داشته است. در لایحه جدید قانون تجارت که تاکنون به تصویب نهایی مجلس شورای اسلامی نرسیده از جمله نکات قابل توجه در تصویب قانون جدید را اختصاص فصل ویژه ای به ضمانت نامه های بانکی دانسته است و در مقابل مستقل شناختن ضمانت نامه های بانکی و قاعده عام این استقلال، مبحث تقلب

^۱ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، وکیل دادگستری

نسبت به ضمانت نامه های بانکی نیز جایگاه ویژه بررسی را خواهد داشت که در این تحقیق سعی بر ارائه تعاریف جامع و عرضه مطالب خواهد بود.

۱. مفهوم ضمانت نامه های بانکی

طی مطالعاتی که در خصوص شناسایی و تحلیل ماهیت و مفهوم ضمانت نامه بانکی به عمل آمده حقوقدانان تعاریف مختلف و بعضاً نزدیک به هم از ضمانت نامه ارائه کرده اند از جمله دکتر جعفری لنگرودی با ارائه تعریفی جامع دایره شمول ضمانت نامه بانکی را به کفالت و رهن نزدیک دانسته و فی الواقع به دو نوع ضمان دینی و تنی و به عبارتی آزادی تن شخص یا اشخاص اشاره داشته که ماهیتاً به کفالت بسیار نزدیک است. تعریف ارائه شده از نامبرده عبارت است از: «نوشته ای عادی یا رسمی ...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳، ۴۲۲۱)

در تحقیق حقوقی تعریف ارائه شده و تفسیر از مفاد آن در ابتدای امر به نوشته یا مکتوب بودن آن اشاره شده که ظاهراً از اوصاف و مشخصات ضمانت نامه دانسته شده و ضمانت نامه به صورت شفاهی فاقد اوصاف شناخته می شود و در ادامه به رسمی یا عادی بودن که وصف دیگر است اشاره گردیده که دارای تفاوت های قابل توجه است چرا که در تعریف سند عادی، معمولاً اثر و اجرا یا مفاد آن جز از طریق محاکم و الزام طرف غیر ممکن می نماید و ضمانت نامه عادی مقصود تنظیم کنندگان را برآورده نخواهد کرد و با اصل سرعت در تجارت دارای منافات کامل خواهد بود، بنابراین وصف سند رسمی به مقصود طرفین و قانون گذار که دلالت بر الزام طرفین و اصول حاکم بر این اسناد از حیث اعتبار و فقدان تخدیش به غیر از ادعاهای مطروحه در ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی ندارد که اظهار می دارد: «در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار سند رسمی را دارد انکار و تردید مسموع نیست و طرف می تواند ادعای جعلیت نسبت به اسناد مزبور کند یا ثابت نماید که اسناد مزبور به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است.» در ادامه تعریف به آزادی تن شخص یا اشخاص گوشه ای زده شده که دلالت بر نزدیکی ضمان و به عبارتی کفالت ضمان موضوع عبث با عقد کفالت دارد و بر دو وجه مشتمل گردیده که نقطه مقابل آن را ضمان دین دانسته که از مباحث عقد ضمان در قانون مدنی است.

در تحلیل دیگر ضمانت نامه را قرارداد یا سندی دانسته اند که به موجب آن صادرکننده (بانک یا مؤسسات اعتباری و مالی) و به عبارتی ضامن حسب اهداف متقاضی یا ضمانت خواه (مضمون عنه) در مقابل ذی نفع (مضمون له) تعهد می کند بدون هیچ گونه قید و شرطی و عندالمطالبه یا در سررسید معین به مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون عنه است را به ذی نفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۵۶) در ظاهر امر این تعریف پویاتر از تعریف مندرج در فراز قبل می باشد ولیکن تلاش حقوقدانان و دکترین حقوقی ایران چه در ظاهر و چه در باطن همیشه در تلاش تطبیق وقایع و اعمال حقوقی با مبانی فقه شیعه و امامیه بوده به نحوی که مفهوم تعریف فوق با قالبی انتخابی از باب ضمانت و عقد ضمان به خوبی مسیری را طی می کند که الهام و تبعیت از عقد ضمان را در خود به همراه دارد و پویایی ضمانت نامه در حقوق نوین تجارت نظر علاقه مندان را به خوبی جلب نخواهد کرد. (همان)

عده ای دیگر را عقیده بر این است که: «ضمانت نامه بانکی عبارت است از سندی که توسط بانک صادر می شود و به موجب آن بانک تعهد می نماید تا در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) از ایفای تعهدات قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه و اصلی) در مقابل ذی

نفع (مضمون‌له) قصور و تخلف نماید، با اعلام مراتب توسط ذی نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط وی، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد.»

این تعریف با مقصود از صدور ضمانت‌نامه بسیار نزدیک و مطابق است و در مقابل دیگر تعاریف از قوت و استحکام حقوقی بیشتری برخوردار است، که در این مقال درصدد ترغیب یا تشویق به هیچ یک از تعاریف یا نظریه‌های ارائه شده نبوده و نیست، لیکن واقعیت آن است که در حقوق ایران تعریف جامع‌الاطرافی از ضمانت‌نامه به عمل نیامده و مبتنی بر ماهیت نزدیک به ضمانت‌نامه و در قالب عقود برگرفته از فقه امامیه و نظر معرف یا پژوهنده، تعبیر و تحلیل‌های مختلفی به عمل آمده، البته قانون‌گذار در لایحه تجارت ۱۳۹۱ به موجب ماده ۸۳۶ چنین اعلام می‌دارد که: «ضمانت‌نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) به درخواست متقاضی (مضمون‌عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذی نفع (مضمون‌له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت‌نامه بر عهده می‌گیرد.» هر چند این لایحه به تصویب نهایی نرسیده و ارزش قانونی و اجرایی به خود نگرفته ولیکن به این مهم اشاره کرده که قانونگذار در این فصل از لایحه تجارت توجه و تمرکز خاصی بر ضمانت‌نامه‌های بانکی داشته و دارد.

۲. مفهوم ضمانت‌نامه بانکی در حقوق ایران

آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب هیأت وزیران در جلسه ۱۳۸۲/۰۸/۰۴ بنابر پیشنهاد شماره ۱۰۱/۵۳۲۱۲ مورخ ۱۳۸۲/۰۳/۲۸ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و به استناد ماده ۶ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت - مصوب ۱۳۸۰- در مورد پیش‌پرداخت و مبلغ و نوع تضمین‌ها شامل قراردادهای خدمات مشاوره، مدیریت طرح، امور تحقیقاتی، امور پیمانکاری، ساخت و تجهیزات و نصب، خرید ماشین‌آلات، تجهیزات، کالا، مواد و مصالح و قراردادهای حمل و نقل به تنهایی یا به صورت مجموعه‌ای از دو یا چند تضمین قراردادی پای به میان آورده که: ۱- تضمین شرکت در مناقصه (وجه التزام)، ۲- تضمین انجام تعهد، ۳- تضمین پیش-پرداخت و ۴- تضمین حسن انجام کار، از انواع تضمین قراردادهای تقسیم‌گردیده و در ادامه به موجب ماده ۳ این آیین‌نامه، انواع ضمانت‌نامه‌های معتبر در معاملات دولتی را به شرح زیر معرفی نموده:

الف- ضمانت‌نامه بانکی؛

ب- ضمانت‌نامه‌های صادر شده از سوی مؤسسات اعتباری غیربانکی که دارای مجوز لازم از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران هستند؛

ج- وجه نقد؛

د- سفته به امضای صاحبان امضای مجاز با مهر شرکت.

و در بند (د) ضمانت‌نامه‌های صادره توسط صندوق‌های حمایتی دولتی که به موجب قانون تأسیس شده و یا می‌شوند و طبق اساسنامه فعالیت می‌نمایند و سایر ضمانت‌نامه‌های وثیقه‌ای ملکی و اوراق مشارکت و سهام شرکت‌های سهامی عام پذیرفته شده در بورس اوراق بهاردار تهران و مطالبات تأیید شده قراردادهای از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذی‌حسابان مربوط که در ادامه این آیین‌نامه به شرایط و جزئیات و میزان نقدی و معادله بین مبالغ و سقف تعهدات اشاره گردیده ولیکن تعریفی از ضمانت‌نامه در این آیین‌نامه ارائه نشده ولیکن از جمله تعاریف به عمل آمده از ضمانت‌نامه عبارت است از: «نوشته عادی یا رسمی حاوی ضمانت‌عقدی یا تعهد به هر صورت،

مانند ضمانت‌نامه که کسی ضمان به قول شرف می‌دهد تا آزاد شود، اگر شخص ضامن باشد ضمانت‌نامه را ضمانت‌نامه شخصی گویند، اگر بانک تعهد کند ضمانت‌نامه بانکی است اگر ملک را در نوشته وثیقه کند ضمانت‌نامه ملکی است.» که البته این تعریف را دیگر نظریه‌پردازان در این زمینه جامع و مانع ندانسته‌اند که در ادامه تعریف ارائه شده دیگری به این شرح قابل توجه است: «ضمانت‌نامه بانکی عبارت است از سندی که توسط بانک صادر می‌شود و به موجب آن بانک تعهد می‌نماید تا در صورتی که ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) از ایفای تعهدات قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه و اصلی) در مقابل ذی نفع (مضمون‌له) قصور و تخلف نماید، با اعلام مراتب توسط ذی نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط وی، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد.» (مسعودی، ۱۳۹۱، ۴۵)

در تعریف دیگری آمده است که: «ضمانت‌نامه قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون‌عنه) در مقابل ذی نفع (مضمون‌له) تعهد می‌کند بدون هیچ گونه قید و شرط و عندالمطالبه یا در سررسید معین، مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون‌عنه است، به ذی نفع یا به حواله‌کرد او پرداخت نماید.» (اخلاقی، پیشین)، اما آنچه در باب دهم قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱ در بیان مقررات ضمان اختصاص داده شده ضم ذمه پیش‌بینی شده که یکی ضمان ضم ذمه طولی و دیگری ضمان تضامنی است که ماده ۴۰۲ قانون تجارت چنین مقرر داشته: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین، خواه ضمن قرارداد خصوصی خواه در خود ضمانت‌نامه، این ترتیب مقرر شده باشد.»

پس آنچه از منطوق ماده به دست می‌آید ضمان مقرر در این ماده، سبب انتقال دین از مدیون اصلی به ضامن نمی‌شود بلکه صرفاً ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه، ضمیمه می‌گردد. و این نکته دلالت به مسئولیت ضامن علاوه بر مسئولیت مدیون اصلی در تأدیه دین دارد ولیکن شرط تحقق این ضمانت مراجعه ابتدایی مضمون‌له به مدیون اصلی است که در صورت امتناع وی از تأدیه دین و مواجه با امتناع آن طلبکار (مضمون‌له) می‌تواند به ضامن مراجعه کند، بنابراین ضمان موصوف در این ماده تعهد تبعی است و حدود و شرایط آن همان حدود و شرایط تعهد اصلی است و همانند ضمان در قانون مدنی، در اینجا نیز ضامن می‌تواند به ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد پایه بین مضمون‌عنه و مضمون‌له 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 می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده و پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.» اختلاف دین در ضمان در مراجعه طلبکار به مدیون اصلی و ضامن است که در ضمان ساده ابتدا مضمون‌له باید به مدیون اصلی مراجعه کرده و در صورت استنکاف وی به ضامن مراجعه نماید و در ضمان تضامنی از ابتدا می‌تواند به مدیون اصلی، مضمون‌عنه مراجعه و طلب خویش را مطالبه نماید. هر چند اختلاف نظر در ضمان مقرر در قانون مدنی و قانون تجارت وجود دارد ولیکن نتیجه بحث در اثر ضمان در قانون مدنی که نقل ذمه به ذمه است و در قانون تجارت ضم ذمه به ذمه خلاصه این دو مبحث می‌باشد و پاسخگویی ماهیت و مفهوم حقوقی ضمانت‌نامه در حقوق ایران نمی‌باشد.

با وجود مناقشات و تعاریف مختلف ارائه شده که دارای وجوه اشتراک و افتراق متعددی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به عمل آمده از ظاهر امر اراده قانون‌گذار در لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۱ که تاکنون توفیقی در تصویب آن حاصل نشده در باب چهارم از ضمانت‌نامه بانکی مستقل چنین تعریف به عمل آمده که: «ضمانت‌نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) به درخواست

متقاضی (مضمون‌عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذی نفع (مضمون‌له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت‌نامه به عهده می‌گیرد» و در ادامه به موجب ماده ۸۳۷ لایحه یاد شده، مستقل بودن این ضمانت‌نامه از تعهدات متقابل ذی نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده است را متذکر گردیده و نتیجه سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی که موجب برائت صادرکننده باشد به رسمیت نشناخته و به موجب ذیل ماده یاد شده تنها مرجع صدور ضمانت‌نامه بانکی مستقل را بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به اصدار آن دانسته و به موجب ماده ۸۳۸ نیز شرایط شکلی ضمانت‌نامه مستقل را برشمرده که علاوه بر مهر و امضای صادرکننده می‌بایست موارد ذیل نیز در ضمانت‌نامه درج و قید گردد که عبارتند از:

۱- درج عبارت «ضمانت‌نامه مستقل» بر روی سند؛

۲- هویت و نشانی کامل متقاضی (مضمون‌عنه)؛

۳- هویت و نشانی کامل صادرکننده (ضامن)؛

۴- هویت و نشانی کامل ذی نفع (مضمون‌له)؛

۵- تاریخ صدور به روز و ماه و سال؛

۶- مبلغ ضمانت‌نامه؛

۷- تاریخ اعتبار ضمانت‌نامه؛

۸- تاریخ و شرایط مطالبه مبلغ؛

۹- شرایط اصلاح ضمانت‌نامه.

که عدم درج هر یک از موارد (۱) تا (۶) ماده ۸۳۸ این قانون نیز موجب بطلان ضمانت‌نامه مستقل است و بدیهی می‌باشد که این شروط جزء شرایط صحت ضمانت‌نامه بانکی تلقی خواهد شد که این موارد ضمانت‌نامه بانکی مستقل را دارای تشریفات خاص خود معرفی خواهد کرد.

۳. انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی

بر اساس موضوع ضمانت و نوع تضمین و به عبارت روشن‌تر نوع تعهد، موضوع ضمانت‌نامه نیز متفاوت است که عمدتاً می‌توان آنها را به سه دسته تقسیم کرد: ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه و مزایده و ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت و ضمانت‌نامه حسن انجام کار. ولیکن این تقسیم‌بندی بر اساس شرایط عمومی حاکم بر پیمان و قراردادهای پیمانکاری وضع گردیده که در این رابطه می‌توان ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان و ضمانت‌نامه پرداخت را نیز اضافه و بررسی نمود.

۳-۱. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه و مزایده

دولت و مؤسسات دولتی و عمومی با عنایت به آیین‌نامه و نظام‌نامه‌های حاکم به منظور ممانعت از تضییع حقوق عمومی هر آنچه که قصد خرید دارند را از طریق مناقصه به ارزان‌ترین قیمت تهیه و آنچه را که قصد فروش دارند از طریق مزایده به بیشترین قیمت و

پیشنهاد بفروشند به عبارتی دولت نمی‌تواند رأساً و بدون در نظر گرفتن اصول حاکم مصوب در خرید یا فروش بر اساس آزادی اراده مطلق اقدام به انجام معاملات مستقیم با اشخاص حقیقی یا حقوقی نماید و این امر مستلزم رعایت مصوبات، اساسنامه‌ها و آیین‌نامه‌های حاکم بر موضوع خرید یا فروش دولتی می‌باشد که از طریق مناقصه یا مزایده تحقق می‌یابد. به استناد ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی: «معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید و فروش و اجاره و استجاره و پیمانکاری و اجرت کار و غیره (به جز موارد استثنایی در همان ماده) باید حسب مورد از طریق مناقصه یا با مزایده انجام شود.» از ماده فوق چنین بر می‌آید که این مقرر از موازین و قواعد آمره است و جنبه تکلیفی آن برای دولت واجد وجه آمره است که تخطی از آن دارای ضمانت اجرای قاطع بطلان اعمال حقوقی بدون رعایت قاعده فوق می‌باشد که البته بر اساس قاعده کلی «مامن عامه علی وقد خص» این قاعده عام نیز تخصیص و استثنای خود را خواهد داشت که در قالب آن مناقصه با رعایت تشریفات واقع می‌گردد. «شایان ذکر است این وصف از مقررات حاکم بر پیمان، خصیصه تشریفاتی بدان قرارداد را به آن می‌بخشد که از جمله عقود یا قراردادهای تشریفاتی نیز می‌توان به آنها نسبت داد.»

در ادامه بحث ضمانت شرکت در مناقصه و مزایده، شرکت‌کننده در مناقصه و مزایده مکلف به ارائه ضمانت‌نامه‌ای معادل ۰.۵٪ مبلغ پیشنهادی به همراه پیشنهاد قیمت خود می‌باشد که اخذ این ضمانت به منظور جلوگیری از شرکت‌کننده در مناقصه یا مزایده از تعهد است تا چنانچه از انعقاد قرارداد سرباز زند وجه ضمانت به نفع برگزارکننده مناقصه یا مزایده مطالبه و دریافت خواهد شد. به عبارت دیگر این گونه ضمانت‌نامه‌ها که دلالت بر حضور و شرکت پیشنهاددهنده در مناقصه یا مزایده دارد از حیث تضمین جلوگیری از عبث بودن مراسم مناقصه یا مزایده می‌باشد تا در صورت توفیق پیشنهاددهنده با فرض انعقاد و پیش‌قرارداد التزام به انعقاد قرارداد اصلی یا پیمان اصلی مناقصه یا مزایده را نادیده نگرفته و در صورت عدم موافقت و یا توقف در انعقاد قرارداد از حیث تضمین جبران خسارات ناشی از عدم تعهد شرکت‌کننده توسط مجری یا مؤسسه و به عبارتی کارفرما مطالبه و وصول گردد.

ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه یا مزایده دارای زمانی محدود و خاص می‌باشند که نوع آن را از سایر ضمانت‌نامه‌ها ساده‌تر جلوه می‌دهد و قصد اخذ این نوع ضمانت بیشتر جنبه حمایتی از برگزارکننده مزایده یا مناقصه در قبال قصور یا عدم ایفای تعهد شرکت‌کننده دارد و از حیث شکلی و تشریفاتی نیز دارای خصوصیات ساده و روشن می‌باشد که بدیهی است در صورت عدم موفقیت پیشنهاددهنده موضوع ضمانت‌نامه کان لم یکن تلقی گردیده و بلااثر خواهد شد و در صورت امتناع متعهد از تعهد اصلی که همانا انعقاد پیمان یا قرارداد اصلی است وجه ضمانت‌نامه از ناحیه ذی نفع مورد وصول خواهد بود و از جمله خصوصیات دیگر آن بدون قید و شرط بودن ضمانت‌نامه است و شرکت‌کننده را ملزم به تعهدات خود می‌سازد.

۲-۳. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان

قراردادهای پیمانکاری به نحو مطلق منعقد نمی‌گردد و هر مرحله یا قسمتی از آن دارای شرایط و احکام خاص خود بوده و شرایط عمومی پیمان بر آن حاکمیت دارد که نسبت به ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان وضعیت حاکم بر آن به نوعی است که کارفرما جهت اطمینان از جبران خسارات در صورت نقص و عیب در تعهدات پیمانکار میزانی معادل ۰.۵٪ یا ۱۰٪ از مبالغ پرداختی بر اساس صورت وضعیت تأیید شده توسط ناظر را نزد خود باقی نگاه داشته که پس از اتمام و تحویل پروژه و اتمام دوره تضمین در صورت عدم وجود نقص، مبالغ آنها را به پیمانکار مسترد نماید. در ماهیت این گونه ضمانت‌نامه‌ها، گفته شده از جمله ضمانت‌نامه‌های حسن

انجام کار است (مسعودی، ۱۳۸۹، ۱۴۷). هر چند هدف آن مشابه ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت است به این جهت که پرداخت های کارفرما به پیمانکار را تضمین می‌کند و به جهت آنکه در مقام جبران غرامات و خسارات کارفرما در صورت عیب و نقص و تقصیر پیمانکار در تعهدات صادر می‌گردد در عمل ماهیتی شبیه ضمانت‌نامه‌های حسن انجام کار به خود می‌گیرد و ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان مصداقی از ضمانت‌نامه‌ها به عنوان تضمین ابزار تأمین مالی تلقی می‌شوند.

به سخن دیگر بر اساس معمول قراردادهای پیمانکاری کارفرما قسمتی از مبالغ مربوط به هر پرداخت را به عنوان تضمین حسن انجام کار نزد خود باقی می‌گذارد که این کسر مبلغ به منظور حفظ حقوق کارفرما در رفع نواقص و دوران تضمین می‌باشد حال اینکه پیمانکار نیز در صورت تمایل به دسترسی و دریافت مبالغ مکسوره و به منظور وصول کل یا قسمتی از مبلغ محل کسورات می‌تواند با تودیع ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان تقاضای پرداخت مبالغ بر اساس صورت وضعیت را از کارفرمای خویش مطالبه نماید که ماده ۳۵ شرایط عمومی پیمان نیز چنین اظهار می‌دارد که: «از مبلغ هر پرداخت به پیمانکار، معادل ۱۰٪ به عنوان تضمین حسن انجام کار کسر و در حساب سپرده نزد کارفرما نگهداری می‌شود. نصف این مبلغ پس از تصویب صورت وضعیت قطعی طبق ماده ۴۰ و نصف دیگر پس از تحویل قطعی، با رعایت مواد ۴۲ و ۵۲ مسترد می‌گردد.» و تبصره ذیل آن نیز مقرر داشته: «پیمانکار می‌تواند، وجوه سپرده تضمین حسن انجام کار را طبق دستورالعمل نافذ در زمان ارجاع کار که شماره و تاریخ آن در اسناد و مدارک پیمان درج شده است، دریافت کند.»

با استناد به ماده یاده شده و مجوز از اخذ ضمانت‌نامه از پیمانکار در دوران تضمین و باقی ماندن مبلغی معادل ۱۰٪ از مبالغ اعلامی بر اساس صورت وضعیت‌های ارائه شده از ناحیه پیمانکار که خود دارای دو حالت می‌باشد ابتدا صورت وضعیت موقت و صورت وضعیت قطعی تأدیه وجوه ناشی از کسورات که بین ۵ تا ۱۰ درصد می‌باشد پرداخت وجوه کسورات پس از ارائه صورت وضعیت قطعی و طی دوران تضمین یا گارانتی به پیمانکار پرداخت خواهد شد و در مقابل پیمانکار نیز می‌تواند با تودیع ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان در صورت احتمال نقص و عیب که به تأیید سیستم نظارتی رسیده در استرداد مبالغ خسارت به کارفرما اطمینان طرف مقابل را در بازپرداخت آن جلب و تأمین نماید که مواد ۴۶ و ۴۷ شرایط عمومی پیمان در باب موارد فسخ و اقدامات فسخ پیمان شرایط حاکم بر نقص پیمان و عدم تعهدات پیمانکار را از اختیارات فسخ پیمان از ناحیه کارفرما دانسته که جبران غرامات و خسارات و بازپرداخت وجوه تأدیه شده از ناحیه کارفرما را پیش‌بینی کرده و تابع این احکام دانسته که یکی از طرق وصول کسورات اخذ ضمانت‌نامه به شرح این مبحث می‌باشد.

۳-۳. ضمانت‌نامه متقابل

در قراردادهای بین‌المللی فروشنده یا کارفرما از خریدار یا پیمانکار تقاضای ارائه ضمانت‌نامه حسن انجام کار را می‌نماید. پیمانکار نیز به عنوان مضمون‌عنه جهت اخذ و تودیع ضمانت‌نامه به بانک مراجعه کرده که بانک در روابط مالی خویش و به لحاظ وضعیت حاکم بر این گونه قراردادها که اتباع یا اشخاص حقوقی دارای تابعیت‌های مختلف می‌باشند به صورت مستقیم اقدام به صدور ضمانت‌نامه در حق کارفرما یا فروشنده نمی‌کند بلکه با تبادل اطلاعات از طریق بانک یا بانک‌های مستقر در حوزه سرزمینی کارفرما طی شرایط مندرج در ضمانت‌نامه یا توافق اصلی دستور به صدور ضمانت‌نامه مطابق شرایط ضمانت‌نامه اولیه و اصلی می‌دهد که بانک اول را دستوردهنده

و بانک حمل اقامت کارفرما را صادرکننده می‌نامند و این ضمانت‌نامه با شرایط اولیه مورد توافق بانک دستوردهنده ذی نفع یا متقاضی صادر می‌گردد، فی‌الواقع این گونه ضمانت‌نامه‌ها بر اساس پیام‌ها و مکاتبات (سوئیفتی) و رد و بدل شده بین بانکی از روابط طرفین استنباط می‌گردد و اسناد مرتبط با این ضمانت‌نامه از خلال روابط بانکی به دست می‌آید.

در روابط بانک‌ها به شرح گذشته و به منظور اجرای مفاد ضمانت‌نامه‌ها و جلوگیری از مشکلات اجرایی به لحاظ روابط بین‌الملل و از حیث روابط بانکی و عدم تداخل مقررات سرزمینی و بین‌المللی شیوه صدور ضمانت‌نامه متقابل با در نظر گرفتن جمیع روابط از طریق بانک ثالث در حوزه استقرار کارفرما ضمانت‌نامه متقابل بین بانک‌ها صادر و در اختیار ذی نفع قرار می‌گیرد.

آنچه یادآور شد ناظر بر روابط بانک‌ها و رویه بین بانک‌های مختلف در کشورهای مختلف و حتی متعدد می‌باشد که به صورت رشته‌ای و پی‌درپی با صدور ضمانت‌نامه اولیه و سلسله مراتب بین بانکی از طریق بانک دستوردهنده و اولیه و رشته‌ای تا بانک صادرکننده ضمانت‌نامه ادامه می‌یابد و بنابر مقررات مختلف حاکم که امکان اختلاف بین مقررات و تعارض قوانین نیز غیرقابل انکار است جهت حفظ حقوق و تعهدات طرفین ضرورت امر بررسی هر کدام از حقوق طرفین را ایجاب می‌کند.

در صدور ضمانت‌نامه متقابل و ضمانت‌نامه عادی تفاوت‌های مهمی وجود دارد از جمله اینکه برای صدور ضمانت‌نامه بانکی عادی، بانک‌ها مبادرت به اخذ وثائق و اسناد معتبر به منظور تضمین جبران ناشی از پرداخت ضمانت‌نامه می‌نمایند که مضمون‌عنه در سپردن و تودیع وثائق جهت جلب نظر بانک مبادرت به معرفی وثائق معتبر می‌نماید و بانک نیز ضمن ارزیابی و طی مراحل کارشناسی در راستای جبران احتمالی در تأدیه وجه ضمانت‌نامه مبادرت به صدور ضمانت‌نامه بانکی عادی می‌نماید ولیکن در ضمانت‌نامه‌های متقابل این اعمال صرفاً از ناحیه بانک اولیه و یا به عبارتی دستوردهنده واقع می‌گردد و بانک‌های ثانویه و ثالث با دستور بانک اولیه از این اطمینان برخوردار هستند که در روابط بانکی بین خود، بانک اولیه ضامن پرداخت می‌باشد و هر چند بانک از وثائق معتبر و ارزشمند برخوردار می‌شود ولیکن مسائل و مشکلاتی نیز برای بانک‌ها ایجاد می‌گردد. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به استناد تبصره ۲ ماده ۲ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهنویسی از طرف بانک‌ها کمیسیون اعتباری بانک مرکزی مقرر نموده: «ضمانت‌نامه‌های اعتباری (ارزی-ریالی) صادره توسط صندوق ضمانت صادرات ایران به عنوان وثیقه ضمانت‌نامه بانکی مورد قبول می‌باشد.» این بخشنامه طی شماره ۹۰/۲۸۸۸۰۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۱ جهت اجرا به کلیه بانک‌های دولتی و غیردولتی و مؤسسات اعتباری ارسال و ابلاغ گردیده که طی بندهای مواد مختلف صدور ضمانت‌نامه و ظهنویسی از طرف بانک‌ها موکول بر اخذ وثیقه از مضمون‌عنه طبق شرایط مندرج در این آیین‌نامه را پیش‌بینی کرده که از جمله وجه نقد یا طلا و اسناد خزانه یا اوراق قرضه و... به موجب بند الف از ماده ۲ می‌باشد و طی بندهای آتی تضمین بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی معتبر داخلی و خارجی و ضمانت‌نامه‌های اعتباری (ارزی-ریالی) سفته را مشمول شود و در ماده ۳ آیین‌نامه اموال غیرمنقول یا برگ وثیقه انبارهای عمومی یا سهام شرکت‌هایی که در بورس پذیرفته شده یا کشتی یا هواپیما حداقل معادل ۱۵۰ درصد بقیه مبلغ ضمانت‌نامه یا ظهنویسی نیز از جمله موارد وثایق ذکر شده که در ادامه به جزئیات وثایق نسبت به اموال توثیقی نیز پرداخته که به منظور پیشگیری از اطاله کلام و اطلاع از نحوه و چگونگی و مقررات حاکم بین بانک‌ها به مطالعه این آیین‌نامه توصیه می‌گردد.

در مقایسه ضمانت‌نامه اولیه یا پایه با ضمانت‌نامه ثانویه باید این مهم را در نظر گرفت که هر دو ضمانت‌نامه تعهد مستقل تلقی می‌گردند و آنچه باعث جدایی این نوع ضمانت‌نامه‌ها می‌گردد و آثار منفک بدان‌ها از یکدیگر می‌توان به این اشاره کرد که ضمانت‌نامه متقابل و

ضمانت‌نامه پایه دو نهاد مستقل حقوقی از یکدیگر هستند و رابطه علت و معلولی چندانی با هم ندارند. اگر ذی نفع ضمانت‌نامه پایه، آن را با سوء نیت مطالبه کند و مطالبه او از راه غیر صادقانه و متقلبانه باشد تأثیری در حقوق بانک صادرکننده ضمانت‌نامه پایه نخواهد داشت. استقلال حقوق ضمانت‌نامه متقابل از ضمانت‌نامه پایه در تمامی اجزاء و عناصر آن و از جمله مکانیزم مطالبه آنها ساری و جاری است. (مسعودی، ۱۳۹۱، صص ۴۵-۴۶)

۳-۴. ضمانت در پیش‌پرداخت

با ترتیبی که از ضمانت‌نامه‌های مرسوم ارائه می‌گردد پس از ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه و مزایده، ضمانت در پیش‌پرداخت در مرتبه دوم قرار می‌گیرد که این ضمانت‌نامه پس از انعقاد پیمان یا قرارداد با انگیزه ارفاقی کارفرما که معمولاً ۲۵٪ از سقف پیمان است به پیمانکار پرداخت می‌گردد. البته پرداخت این مبلغ از پیمان به پیمانکار دارای ضوابط خاص خود از جمله تجهیز کارگاه می‌باشد و پیش از شروع پیمان اصلی و تعهد پیمانکار به منظور تهیه، تأمین و تجهیز کارگاه به پیمانکار پرداخت می‌گردد که با توجه به ضرورت ارائه صورت وضعیت در هر مرحله از پروژه و یا موضوع تعهد وجه آن در حق پیمانکار کارسازی و پرداخت خواهد شد ولیکن در مرحله تجهیز کارگاه و شروع کار به دلیل نداشتن صورت وضعیت موضوع تعهد با نظارت ناظر مربوطه در امر پیمان مراحل تجهیز کارگاه، تأسیس و تأمین مقدمات تعهد اصلی ایجاد و فراهم خواهد شد. بدیهی است در صورت عدم ایفای تعهد پیمانکار در موضوع تجهیز کارگاه کارفرما می‌تواند خسارات و مبلغ پیش‌پرداخت را از محل ضمانت در پیش‌پرداخت توسط پیمانکار مطالبه و وصول نماید ناگفته نماند این نوع ضمانت صرفاً در پیمان‌های عمرانی اخذ نمی‌گردد و در قراردادهای خرید کالا نیز کاربرد و موضوعیت داشته و مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین هدف از اخذ ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت تضمین بازپرداخت مبالغ پرداختی کارفرما است که در شرایط زیر از ناحیه کارفرما قابل مطالبه خواهد بود:

- ۱- هنگامی که قرارداد یا پیمان از ناحیه طرفین اقاله (منفسخ) گردد؛
- ۲- امتناع پیمانکار متعهد از اجرای قرارداد؛
- ۳- غیرقابل اجرا بودن قرارداد و موضوع تعهد به علت فورس ماژور؛
- ۴- چنانچه قراردادی باطل و غیر معتبر و غیر قابل اجرا شناخته شود.

در زمینه پیش‌پرداخت مقررات خاصی پیش‌بینی شده و در شرایط عمومی پیمان مصوب ۱۳۷۸ سازمان برنامه و بودجه به موجب ماده ۳۶ مقرر داشته: «کارفرما موافقت دارد که به منظور تقویت بنیه مالی پیمانکار، مبلغی به عنوان پیش‌پرداخت به پیمانکار پرداخت نماید. میزان، روش پرداخت و چگونگی واریز پیش‌پرداخت و دیگر ضوابط آن، بر اساس دستورالعمل مربوط است که از زمان ارجاع کار نافذ بوده و شماره و تاریخ آن در اسناد و مدارک پیمان درج شده است. پیمانکار در مواعدهای مقرر در دستورالعمل پیش‌گفته، برای دریافت هر یک از اقساط پیش‌پرداخت، درخواست خود را به مهندس مشاور می‌نویسد. کارفرما پس از تأیید مهندس مشاور، هر قسط پیش‌پرداخت را در مقابل تضمین تعیین شده در دستورالعمل، بدون اینکه وجوهی از آن کسر شود، پرداخت می‌نماید. مهلت پرداخت هر قسط پیش‌پرداخت بیست روز از تاریخ درخواست پیمانکار که به تأیید مهندس مشاور رسیده است، یا ده روز از تاریخ ارائه تضمین از

سوی پیمانکار، هر کدام که بیشتر است، می‌باشد.» بنابراین آنچه ملاحظه می‌گردد حاکمیت مقررات و شرایط عمومی پیمان در نحوه تأدیه پیش‌پرداخت و تضمین آن از ناحیه طرفین می‌باشد که ظاهراً ماده فوق به نحو مجمل موضوع پیش‌پرداخت و نحوه پرداخت آن نوع تضمین بیان کرده و در ماده ۳۶ شرایط عمومی پیمان میزان پیش‌پرداخت معادل ۲۵٪ کل مبلغ قرارداد تعیین شده و نحوه پرداخت آن نیز مشخص شده به صورتی که میزان ۱۰٪ پس از امضاء و مبادله پیمان و ۵٪ پس از تهیه ۶۰٪ ماشین‌آلات مورد نیاز تجهیز کارگاه و ۵٪ آخر نیز پس از انجام ۴۰٪ کار پرداخت می‌گردید. نحوه واریز مبالغ نیز مشخص شده بود بدین نحو که ۱۰٪ بابت اولین صورت وضعیت به بعد میزان ۱۲٪ ناخالص بابت سایر پیش‌پرداخت‌ها طبق تشخیص کارفرما که درصدهای پرداختی در نهایت با آخرین صورت وضعیت موقت می‌بایست مستهلک می‌گردید و شرط دیگر تصریح به ارائه ضمانت‌نامه‌های از سوی بانک مورد قبول کارفرما بود که ضمانت‌نامه تا پایان مدت پیمان معتبر بوده و به دستور کارفرما قابل تمدید.

در سال ۱۳۷۸ توسط هیأت وزیران بنا بر پیشنهاد سازمان برنامه و بودجه دو اصلاحیه در خصوص مقررات مربوط به اخذ تضمین انجام تعهدات سازمان برنامه و بودجه صادر می‌گردد، ابتدا اصلاح تصویب‌نامه مورخ ۱۳۷۸/۰۴/۰۹ و سپس ۱۳۷۸/۱۲/۱۸ که اصلاح تصویب‌نامه اخذ تضمین انجام تعهدات با تعیین ضرائب و کسورات آن وضع می‌گردد و با تعیین میزان مبلغی پیمان‌ها نوع تضامانات را معرفی می‌نماید که شامل موارد زیر می‌باشد:

الف - سپرده نقدی که باید به حساب بانکی کارفرما واریز شود؛

ب - ضمانت‌نامه بانکی؛

پ - ضمانت‌نامه‌های صادر شده از طرف مؤسسات اعتباری غیربانکی که دارای مجوز لازم از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران هستند؛

ت - واریزنامه‌های ارزی صادراتی به قیمت روز؛

ث - مطالبات قانونی قطعی شده قراردادها به میزان مورد تأیید دستگاه اجرایی و ذی‌حساب مربوط؛

ج - وثیقه ملکی معادل نود درصد (۹۰٪) ارزش کارشناسی رسمی آن؛

چ - اوراق قرضه دولتی؛

ح - اسناد خزانه؛

خ - اوراق مشارکتی (بی‌نام) منتشر شده از سوی دولت (وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی)، شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی؛

د - سهام شرکت‌های سهامی عام پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران به مأخذ هفتاد درصد (۷۰٪) ارزش روز آن؛

از آن روی به شرح تضمینات فوق پرداختیم که موضوع پژوهش بررسی تضمینات قراردادهای تجاری است که هر یک به نوبه خود در خور تأمل و موشکافی و تحلیل حقوقی از حیث شناسایی ماهیت حقوقی هر کدام از موارد معروفه می‌باشد ولیکن به دلیل تمرکز و تأکید بر ضمانت‌نامه‌های بانکی مسیر بحث را بر ضمانت‌نامه استوار ساخته و به دنبال هدف مقال پیش خواهیم رفت.

ضمانت‌نامه پرداخت تشابه زیادی با اعتبار اسنادی سنتی دارد از این حیث که این گونه ضمانت‌نامه به عنوان تضمین در پرداخت و تعهدات خریدار در قراردادهای بیع (فروش)، اجاره و حتی قراردادهای ساخت و سایر تعهدات مالی می‌تواند تحقق یابد ولیکن اعتبارات اسنادی در این گونه معاملات وسیله پرداخت تلقی می‌گردند و در مقابل ضمانت‌نامه پرداخت، تضمین برای پرداخت خواهد بود که با این وصف ذی نفع در مرحله اول به مدیون اصلی مراجعه کرده و در صورت قصور وی وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌نماید. در ضمانت‌نامه پرداخت (Payment Guarantee) ذی نفع با امنیت مالی که برای کالاها یا خدمات به متقاضی ارائه می‌دهد از وصول دین خود اطمینان حاصل می‌کند که در تقابل اعتماد و اطمینان طرفین برای خریدار ضمانت‌نامه پرداخت ریسک یا خطر تجاری بیشتری را ایجاد می‌کند از طرفی فروشنده با اخذ ضمانت‌نامه پرداخت بدون لزوم ارائه اسناد خاصی می‌تواند وجه آن را مطالبه کند که می‌تواند از مصادیق مطالبه ناروا تلقی گردد. ناگفته نماند که اقدام به مطالبه ضمانت‌نامه‌های پرداخت از شیوه خاص خود تبعیت می‌کند به این نحو که از انواع ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه متفاوت بوده و مطالبه ضمانت‌نامه پرداخت مستلزم ارائه گواهی یا ارسال اخطاریه از ناحیه ذی نفع می‌باشد که مشابه این امر در ضمانت‌نامه‌های مربوط به شرکت‌های ساختمانی و قراردادهای پیمانکاری ساخت صادر می‌شود به نحوی که عدم ایفای تعهد از ناحیه مدیون اصلی به تأیید و گواهی شخص ثالثی رسیده و بعد از آن ذی نفع می‌تواند وجه آن را مورد مطالبه خویش قرار دهد و استحقاق ذی نفع هنگامی مصداق خواهد یافت که تعهدات خویش را انجام داده باشد و این شرط می‌تواند از مصادیق حمایت از حقوق کارفرما در این فرض باشد.

بانک‌ها به عنوان صادرکننده ضمانت‌نامه و متعهد در پرداخت وجه موضوع ضمانت‌نامه یا وجود عنصر احتمال در پرداخت به دنبال کاهش ریسک می‌باشند که مسیر توافقات بانک و ضمانت‌خواه با در نظر گرفتن ریسک احتمال پرداخت وضعیت آن را متفاوت خواهد ساخت. بنابراین هر چه درجه احتمال پرداخت کمتر باشد ریسک بانک افزایش یافته و انگیزه بانک در صدور و تأیید وجه نیز تغییر خواهد کرد و بانک به عنوان صادرکننده ضمانت‌نامه و تعهد در پرداخت به دنبال اخذ وثائق معتبر و اخذ وجه‌الضمان سریع‌الوصول گام خواهد برداشت و بدیهی است در توافق صورت گرفته با ضمانت‌خواه و احتمال ریسک در پرداخت درصدد راهکاری مناسب جهت حفظ حقوق خویش خواهد بود هر چند دیدگاه این مبحث ناظر بر صدور ضمانت‌نامه و یا عملکرد بانک به عنوان تضمین در پرداخت استقرار بر اصل ضمانت‌نامه در پرداخت دارد ولیکن توجه به تعهدات و جبران متعهد (بانک) نیز حائز اهمیت خواهد بود.

نقطه مقابل ریسک احتمال در پرداخت بانک ضمانت‌نامه‌های بدون قید و شرط می‌باشد که معمولاً در قراردادهای وامی و اعتباری صادر می‌گردد. بانک این ضمانت‌نامه را به منزله تعهد قطعی تلقی کرده و بدون توجه به هرگونه قید و شرط و یا اعلام نظر شخص ثالث در مقام ناظر در قراردادهای پیمانکاری و احراز تخلف مضمون‌عنه با در نظر گرفتن زمان و موعد تأدیه وجه ضمانت‌نامه آمادگی خویش را جهت پرداخت ضمانت‌نامه می‌بایست مهیا سازد و با در نظر گرفتن سررسید ضمانت‌نامه که معلق و موکول به هیچ امر دیگری نشده به عنوان تعهدات قطعی بانکی با وصف مؤجل یا موعده‌دار با اخذ تضامین معتبر اقدام به صدور ضمانت‌نامه خواهد کرد. با وصف ریسک و احتمال در پرداخت و تعهدات قطعی بانک در ضمانت‌نامه‌های پرداخت دسته دوم از این نوع ضمانت‌نامه که بدون قید و شرط می‌باشد تابع دیون قطعی و تعهدات قطعی بانک محسوب خواهد شد که از جنبه مقررات بانکی حاکم بر عملیات بانکی آثار و الزامات ناشی از این دسته‌بندی و اعمال و اجرای آن از جمله دیون قطعی با سررسید وعده‌دار محسوب گردیده که بدیهی است مقررات بانک مرکزی در

مورد این تعهدات متفاوت از ضمانت‌نامه‌هایی است که احتمال پرداخت وجه آن به همان اندازه وجود دارد که احتمال نپرداختن وجه آن. (همان، ۱۵۴)

۳-۶. ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا ضمانت‌نامه حسن انجام تعهدات

در تجارت مدرن ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا تعهدات از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و در مقام تضمین و ضمانت اجرای مؤثر در مقابل عدم ایفاء یا اجرا و یا اجرای ناقص و معیوب و ناکافی و یا تأخیر در زمانبندی مشخص قراردادی نقش غیر قابل انکاری را ایفاء می‌کند به نحوی که از مهم‌ترین ضمانت‌نامه‌های قراردادی شناخته می‌شود و بیشتر ضمانت‌نامه‌ها تحت عناوین مختلف در تحلیل نهایی و ماهیتاً به نوعی ضمانت‌نامه حسن انجام کار شناخته می‌شوند به عنوان مثال ضمانت در پیش‌پرداخت که هر چند در ابتدای امر و شروع تعهد و یا پروژه عملیاتی از ناحیه پیمانکار و متعهد تحقق نیافته ولیکن با پرداخت میزان مشخص از پیش‌پرداخت که به نوعی وام از ناحیه کارفرما تلقی می‌گردد در مقابل انجام تعهد به تجهیز کارگاه ملاک عمل طرفین خواهد بود و ماهیتی مشابه ضمانت حسن انجام کار یا تعهدات به خود خواهد گرفت، مبلغ ضمانت‌نامه حسن انجام کار وسیله‌ای برای تعیین قطعی خسارات و غرامات وارده نیست و به عبارتی چنانچه زیان و خسارات بیش از مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه باشد می‌توان برای مطالبه مازاد به متعهد رجوع کرده و چنانچه میزان خسارات و زیان کمتر از مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه باشد مازاد را نمی‌توان مطالبه کرد.

با تشریحی که از ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا حسن انجام تعهدات پیش‌گفته شد این گونه ضمانت‌نامه تضمین و وثیقه‌ای است که متعهد (اعم از فروشنده کالا، پیمانکار، خدمات، ...) به متعهدله می‌سپارد که در صورت عدم تحقق یا تخلف متعهد از هر یک از تعهدات کارفرما می‌تواند جبران خسارات و غرامات خود را از محل ضمانت‌نامه حسن انجام کار وصول نماید که وجود ضمانت‌نامه از دو حیث حائز اهمیت می‌باشد متعهد با سپردن آن از باب ضمانت اجرای حاکم ناشی از قرارداد تمامی اهتمام خود را بر اجرای صحیح تعهدات متمرکز ساخته و متعهدله نیز با پرداخت وجوه اطمینان خاطر مفیدی حاصل خواهد کرد ولیکن بر اساس مفاد قرارداد منعقد شده شرایط نحوه مطالبه وجه ضمانت‌نامه و زمان وصول و اسناد و مدارکی که باید توسط مضمون‌عنه جهت مطالبه به ضامن (بانک صادرکننده ضمانت‌نامه) ارائه شود معین می‌گردد به عبارتی طرفین بر اساس قرارداد منعقد شده شرایط حاکم بر نحوه وصول و اجرا و ارائه ضمانت‌نامه را وضع خواهند کرد که این قاعده حاکم بین طرفین به صورت قید یا شرطی در ضمانت‌نامه و یا قرارداد قید گردد که آن را واجد وصف مقید و مشروط خواهد ساخت. ممکن است به صرف اعلام تخلف و ارائه ضمانت‌نامه از ناحیه متعهدله وجه آن مورد مطالبه قرار گیرد که این اعلام به تنهایی کفایت پرداخت ضمانت‌نامه را نخواهد کرد و وصول آن منوط به ارائه اسناد و مدارک و دلایل مندرج در ضمانت‌نامه و از قرارداد اصلی بر آن راه یافته باشد که این اسناد و مدارک نیز ممکن است رأی داور یا حکمیت و یا رأی از مراجع قضایی دائر بر اعلام تخلف مضمون‌عنه و یا ارائه نظریه کارشناسی شخص ثالث و یا گواهی از مراجع دیگر باشد. (مسعودی، پیشین، ص ۱۵۰) نقطه مقابل فرض فوق این است که اصولاً ضمانت‌نامه عندالمطالبه و بدون هرگونه قید و شرطی باشد و مطالبه و وصول آن منوط به هیچ امر دیگری دائر بر اعلام تخلف یا ارائه اسناد و مدارک و احراز تخلف نباشد که در این حالت مضمون‌له با ارائه ضمانت‌نامه به بانک صادرکننده استحقاق مطالبه آنرا بدون هرگونه قید و شرطی خواهد داشت. این گونه ضمانت‌نامه بیشتر مدنظر مضمون‌له خواهد بود چرا که اصولاً با ارائه ضمانت‌نامه و فارغ از ارائه هرگونه دلیل بانک متعهد مکلف به پرداخت وجه آن خواهد بود و نیازی به ارائه

اسناد و مدارک مبتنی بر تخلف به بانک صادرکننده نمی‌باشد و با سهولت در وصول وجه اطمینان خاطر غیر قابل انکاری در تضمین پرداخت های خود خواهد داشت و از طرف دیگر نیز بانک ها که اقدام به صدور این گونه ضمانت‌نامه می‌کنند علاقه‌ای به درگیر نمودن خود با اختلافات طرفین نداشته و تمایل بیشتری به صدور این گونه ضمانت‌نامه ها از خویش دارند.

در بحثی پیرامون اینکه مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه مبلغ تعیین شده، خسارات و غرامات به صورت مقطوع یا غیرمقطوع است اشاره‌ای شد بدین نحو که چنانچه خسارات و غرامات بیش از مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه بود آیا از ناحیه متعهدله قابل مطالبه است یا چنانچه کمتر از مبلغ ضمانت‌نامه بود آیا مازاد غیرقابل مطالبه خواهد بود که عده‌ای نظر بر این امر دارند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۵۰) و در مقابل عقیده بر این است که به استناد ماده ۳۴ شرایط عمومی پیمان مصوب ۱۳۷۸ که مقرر می‌دارد: «موقع امضای پیمان و برای تضمین انجام تعهدات ناشی از آن، پیمانکار باید ضمانت‌نامه‌ای معادل ۵٪ میزان اولیه پیمان صادر شده از طرف بانک مورد قبول کارفرما را تسلیم کارفرما کند.» به ظاهر دلالت بر توافق طرفین به میزان قطعی و نهایی خسارت و وجه التزام ناشی از عدم انجام تعهدات و یا تأخیر در انجام آن دانسته‌اند و قرینه این امر را نیز ماده ۲۳۰ قانون مدنی قرار داده‌اند: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأخیر، تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند.» و نتیجه حاصل از این بحث را آن می‌دانند که نظر به توافق طرفین به مبلغ معین به عنوان وجه التزام و یا وجه تخلف و تعیین قطعی آن می‌بایست مبلغ ضمانت‌نامه پرداخت گردد.

اختلاف نظر در این دو موضوع خالی از بهره‌مندی نیست از طرفی اعتقاد بر این تحلیل داشته باشیم که با تعیین مبلغ و میزان ضمانت‌نامه که آنرا وجه التزام بدانید با توجه به تکلیف مقرر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی که حاکم را از زیاده یا کم کردن مبلغ منع کرده است را معیار قرار داده و یا از طرفی میزان دقیق آن را مبتنی بر تعیین خسارات، پس از رسیدگی مراجع قضایی بدانیم که در هر صورت چنانچه وجه التزام مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی را به نحوی غیرقابل باور و ناعقلانی تعیین گردد انتفاع ناروا طلبکار محسوب و چنین شرطی را نیز غیر نافذ بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۴، ۲۴۴ و ۲۴۵).

در تأیید نظر ارائه شده به نظریه شماره ۱۳۹۲/۰۹/۰۹-۷/۹۲/۱۷۴۷ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز می‌توان استناد کرد که تحت عنوان وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است و شرط زیاده در تعهدات پولی، ربای قرضی است که هر چند این نظریه لازم‌الاتباع نمی‌باشد ولیکن مشروح آن به شرح آتی می‌باشد: «توافق بر جریمه به عنوان وجه التزام خسارت تأخیر تأدیه دین فقط در چهارچوب مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ با اصلاحات بعدی برای وجوه و تسهیلات اعطایی بانک‌ها پیش-بینی شده است، ولی در تمام دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج است مطالبه و پرداخت خسارت تأخیر تأدیه بر اساس ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود و شرط زیاده در تعهدات پولی ربای قرضی محسوب می‌شود. وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات غیر پولی است و قسمت اخیر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به امکان مصالحه طرفین به نحو دیگر ناظر به مصالحه به کمتر از شاخص تورم است؛ زیرا مقررات یاد شده تا سقف شاخص تورم امری بوده و توافق بر بیشتر آن بی-اعتبار است.»

البته در پژوهش حاضر در مقام نقد و بررسی یا تحلیل نظریه‌های مرتبط با صحت یا عدم صحت کثرت یا قلت میزان وجه التزام نیستیم ولیکن با دقت در نظر منتقدین این نکته جلب توجه می‌کند که در ضمانت‌نامه‌های حسن انجام کار چنانچه تفاوت فاحش و قابل

توجهی بین خسارات و غرامات به میزان مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه باشد علاوه بر استیفای ناروا این شرط را نیز نافذ دانسته و حتماً به غیر قابل مطالبه (اللَّهُ أَعْلَمُ).

۴. اصول حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی

بنابر عدم توافق منتقدین و حقوقدانان در تحلیل و تعریف ضمانت‌نامه‌های بانکی در اصول حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی اتفاق نظر وجود ندارد ولیکن در این مقاله سعی بر اختصار و تحلیل سه اصل کلی حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌شود که عبارتند از:

۱- اصل استقلال

۲- مطابقت اسناد با مفاد ضمانت‌نامه‌های بانکی

۳- وصف اسنادی ضمانت‌نامه‌های بانکی

۴-۱. اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی

در طول ارائه مطالب نسبت به ضمانت‌نامه‌های بانکی به صورت ضمنی و صریح به اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی اشاره شد. مطابق این اصل ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی یا پایه، مستقل است که نتیجه آن عدم توجه ایرادات ناشی از قرارداد پایه در پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌باشد و به تعبیر دیگر استقلال ضمانت‌نامه بانکی به حدی است که این سند تجاری مستقل تحت‌الشعاع قرارداد اصلی از حیث ایرادات و یا استناد یکی از طرفین در عدم ایفای تعهدات اصولاً توقف و یا خدشه‌ای در پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ضامن (بانک یا مؤسسات اعتباری مالی مجاز) حاصل نمی‌کند.

ذی نفع با ارائه اصل ضمانت‌نامه به انضمام نامه کتبی مبنی بر پرداخت وجه آن به صادرکننده استحقاق مطالبه وجه آن را خواهد داشت. ناگفته نماند که برابر با قاعده «امان عامه علی وقد خص» این اصل نیز تخصیص خورده که استثنای آن تقلب در مطالبه وجه است که در فرازهای آتی به تشریح آن خواهیم پرداخت ولیکن به نحو اختصار تقلب در ضمانت‌نامه‌های بانکی به مفهوم عدم استحقاق واضح و صریح ذی نفع در مطالبه وجه آن می‌باشد که این عدم استحقاق ارتباطی با اختلافات و منازعات حقوقی طرفین ندارد.

۴-۲. مطابقت اسناد با مفاد ضمانت‌نامه

در این بند از اصول حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی و اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی از جمله اصول حاکم بر آن، مطابقت اسناد با مفاد ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد بررسی قرار خواهد گرفت که این مطابقت اسنادی از حیث روابط بانک با ذی نفع و ضمانت‌خواه می‌باشد. ذی نفع هنگامی می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را از بانک مطالبه کند که شرایط مندرج در ضمانت‌نامه به طور کامل رعایت شده باشد و بانک هنگامی جواز پرداخت وجه ضمانت‌نامه را خواهد داشت که شرایط و مفاد ضمانت‌نامه کاملاً رعایت شده باشد و در صورت عدم رعایت شرایط و مفاد ضمانت‌نامه بانک می‌تواند از پرداخت وجه امتناع ورزد و از طرف دیگر ضمانت‌خواه در رابطه خود بانک ضامن بانک می‌تواند در مقابل خواسته‌های غیرقابل انطباق با مفاد ضمانت‌نامه امتناع ورزد.

البته ذکر مفاد یا مندرجات ضمانت نامه از حیث رعایت محتویات شکلی و یا ورود در ماهیت ضمانت نامه آسیبی به برداشت حقوقی از ضمانت نامه در فراز استقلال ضمانت نامه وارد نخواهد ساخت و این مطلب منافاتی با تعابیر ارائه شده دیگر نخواهد داشت، چرا که قبلاً نیز متذکر گردید که استثنای وارد بر اصل استقلال ضمانت نامه ها و یا مشروط ساختن ضمانت نامه غیر ممکن نخواهد بود که در ادامه معیار و ضابطه شکلی حاکم بر ضمانت نامه ها، مؤید این مطلب می باشد که بانک صرفاً به تطبیق شکلی مطالبه از ناحیه ذی نفع با شرایط ضمانت نامه خواهد پرداخت و اگر در تطبیق اسناد از نظر شکلی و ظاهری، مورد تطبیق قرار گیرد وجه آن پرداخت خواهد شد و در معیار و ضابطه دیگر که به معیار مطابقت دقیق تعبیر شده است، مشابه اعتبارات اسنادی عمل خواهد شد که عبارت است از مطابقت دقیق مطالبه وجه ضمانت نامه با شرایط ضمانت نامه، که در این معیار ارائه شده، بانک در برابر ضمانت خواه تکلیف دارد با بررسی دقیق، اسناد، مطالبه وجه را مورد تشخیص صحت یا عدم صحت خویش قرار دهد و در صورت تخطی و قصور بانک در این زمینه، بانک را در مقابل ضمانت خواه مسئول خواهد شناخت.

شایان ذکر است که وجه تمایز این معیار در اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی این است که در اعتبارات اسنادی تطبیق دقیق اسناد معیار کامل و با قید جزئیات آن خواهد بود ولیکن در ضمانت نامه های بانک ممکن است ذکر جزئیات به صورت بسیار دقیق مد نظر قرار نگیرد و با تاریخ انقضای ضمانت نامه و یا صرف اعلام تخلف قبل از مطالبه وجه و در احراز هویت ذی نفع ضمانت نامه مورد مطالبه قرار گیرد.

معیار مطابقت اساسی که یکی دیگر از ضوابط در پرداخت وجه ضمانت نامه ها تلقی می گردد، از جهت آن است که در معیار مطابقت دقیق که بیشتر جنبه حمایتی از ضمانت خواه را دارد و ممکن است به بی عدالتی در اصل موضوع ختم گردد، تعبیر شده است و از این جهت که ضوابط حاکم بر ضمانت نامه که بیشتر بر پایه عرف و رویه حاکم بر آن استقرار دارد با انطباق اساسی موضوعات در ضمانت نامه و شروط مندرج در آن از اصول و پایه های مورد توافق طرفین، معیار پرداخت قرار گیرد و بدون ورود در مطابقت دقیق با توجه به مستقل شناختن ضمانت نامه ها مجوزی در پرداخت وجه در حق مضمون له و ذی نفع تلقی گردد.

۳-۴. وصف اسنادی ضمانت نامه های بانکی

به منظور جلوگیری از ورود شرایط کلی و مبهم در ضمانت نامه ها، وصف اسنادی یا ماهیت اسنادی در راستای اعتباربخشی به این اسناد مقرر می دارد که هر شرطی در سند برای پرداخت وجه تعیین گردد باید با بیان تعیین اسناد باشد که آن را احراز و اعلام نماید و این اوصاف حتی در ضمانت نامه های بانکی مستقل و عندالمطالبه نیز حاکم است و وجود شرط در پرداخت را منتفی و ممنوع نمی داند، چنانچه قانون گذار در لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۱ به موجب ماده ۸۳۸ علاوه بر مهر و امضای صادرکننده فقدان و یا عدم رعایت موارد ۱ تا ۶ از ماده یاد شده را از موجبات بطلان ضمانت نامه های مستقل دانسته که این امر نیز مؤید توجه قانون گذار به وصف اسنادی ضمانت نامه ها می باشد.

۵. ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی

حقوقدانان و اندیشمندان در زمینه نوپا و نوین بودن ضمانت‌نامه‌ها اتفاق نظر دارند و جملگی در بیان مقدمه بحث ماهیت ضمانت‌نامه به این نکته اشاره کرده که ضمانت‌نامه‌های بانکی دارای پیشینه چندان در حقوق ایران نیستند و مسیری که برای تحلیل آن برگزیده‌اند با تأثیرپذیری از قالب‌های سنتی به منظور سهولت در فهم و ادراک ماهیت ضمانت‌نامه بر اساس تشابه یا موافقت‌های هم‌سو از باب تسهیل در برداشت و آثار آن می‌باشد به نحوی که با دستیابی به عقودستی و دیرپا و آثار اجرایی و حل اختلافات ناشی از هر یک شروط و حوادث و وقایع مرتبط با ایجاد بستری در انطباق تعریف بر ارائه تحلیلی جامع دست یافته‌اند. این اشتیاق صاحب‌نظران به ارائه تحقیق، موجب گوناگونی و تفاوت در ارائه تعاریف و برداشت از ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌ها گردیده که جمع‌آوری یا استناد به هر یک از این آراء و نظرات، موجب جذابیت خاصی برای محققین و پژوهشگران دانشگاهی گردیده است. لذا برای بررسی دیدگاه‌های مختلفی که از سوی حقوقدانان ارائه شده ناگزیر از نقد و بررسی هر یک از نظریات خواهد بود که به شناسایی بهتر ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی خواهد انجامید.

در این راستا چهار نظریه ارائه شده که عده‌ای عقیده بر این دارند که: (۱) ضمانت‌نامه با تأثیر از عنوانی که بر آن نهاده شده از اقسام عقد ضمان مندرج در قانون مدنی است، (۲) عده‌ای دیگر اعتقاد دارند صدور ضمانت‌نامه ایقاع است نه عقد یا قرارداد، (۳) برخی دیگر ضمانت‌نامه را بر اساس نوین بودن در حقوق تجارت به لحاظ عدم جای گرفتن در یکی از نهادهای حقوقی، آن را نهاد حقوقی مستقلی شناخته‌اند، (۴) عده‌ای نیز آن را نوعی تعهد به نفع ثالث دانسته که به ترتیب به تشریح هر یک از آراء و نظریات فوق خواهیم پرداخت:

۱-۵. تشریح ماهیت ضمانت‌نامه بانکی بر اساس مفهوم ضمانت‌عقدی (در عقد ضمان)

آن دسته از صاحب‌نظرانی که عقیده بر عقد ضمان بودن ضمانت‌نامه بانکی دارند مدعی آن هستند که همان ضمانت‌عقدی است ولیکن شکلی نو با احکام جدیدی که بر آن وضع شده به خود گرفته و عده‌ای دیگر بر این اعتقادند که ضمانت‌نامه بانکی از ضمانت‌مدنی است و دسته‌ای دیگر معتقدند ضمانت‌نامه بانکی از جمله عقود ضمان تجاری است.

۱-۱-۵. عقد ضمان در قانون مدنی

قانون‌گذار در تعریف عقد ضمان به موجب ماده ۶۸۴ چنین اظهار می‌دارد که: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.» که این تعریف به دلالت صریح قانون مدنی عقد ضمان را یکی از عقود معین دانسته و در ادامه به حکایت ماده ۶۹۸ قانون مدنی که اعلام می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود.» با تأثیر از فقه امامیه، ضمان مدنی را نقل ذمه به ذمه دانسته‌اند و به سخن دیگر با وقوع عقد ضمان ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن اشتغال می‌یابد ولیکن این تحلیل یا تشریح دارای چند اشکال است که:

اولاً در عقد ضمان مدنی اثر عقد، نقل ذمه به ذمه است ولیکن ضمانت‌نامه‌های بانکی تعهد اصلی و مستقل است که از تاریخ انعقاد برای بانک به وجود می‌آید و نه اینکه ضمان ناشی از تعهد متعهد اصلی به بانک نقل ذمه گردد.

ثانیاً عقد ضمان مدنی را یکی از عقود معین تبعی دانسته‌اند که منشاء آن تعهد ناشی از امر حقوقی دیگر که بر عهده متعهد است تلقی گردیده و بستگی این دو عقد یا تعهد نسبت به یکدیگر بستگی مطلق می‌باشد و تعهد ضامن تابع دین و تعهد اصلی در مقابل طلبکار می‌باشد ولیکن ضمانت‌نامه بانکی بر اساس اصل استقلال یک تعهد مستقل از تعهد اصلی است و تعهد بانک ضامن در مقابل مضمون‌عنه تبعیتی از قرارداد پایه یا اصلی ندارد که منظور از استقلال ضمانت‌نامه، مطلب یاد شده می‌باشد و به سخن دیگر تعهد پایه یا اصلی هر چند منشاء مراجعه به بانک جهت صدور ضمانت‌نامه می‌باشد اما با صدور ضمانت‌نامه توسط بانک که امر تبعی شناخته نمی‌شود رابطه ضامن و مضمون‌عنه تبعیت و پیروی از قرارداد پایه نمی‌کند و یک تعهد مستقل در مقابل مضمون‌عنه یا ذی نفع تلقی خواهد شد. در این تحلیل نکته ظریفی نهفته به این نحو که هر چند ضمانت‌نامه بانکی به منظور و مقصود تضمین تعهدات ضمانت‌خواه یا متعهد صادر می‌شود ولیکن ذی نفع با مراجعه به مفاد ضمانت‌نامه حق مطالبه آن را دارد و نه به استناد و مراجعه به قرارداد پایه.

ثالثاً از دیگر سوی در ضمان عقدی موضوع مواد پیش‌گفته، ضامن می‌تواند در مقابل مضمون‌له به کلیه موارد تزلزل عقد ضمان که برای ضامن ایجاد شده یا می‌شود استناد نماید و از ایفای تعهد و تأدیه دین استتکاف یا دوری ورزد که از این جمله است فسخ یا بطلان قرارداد اصلی در عقد ضمان که اثر مستقیمی بر روی عقد ضمان تبعی خواهد گذاشت و این امر با اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات در ضمانت‌نامه‌های بانکی قابل پذیرش نخواهد بود.

۵-۱-۲. ضمان تجاری (ضم ذمه به ذمه)

با توجه به ماده ۴۰۲ قانون تجارت حسب توافق طرفین ضمان، تضامنی است و اصل بر ضمان تضامنی عرضی خواهد بود، مگر اینکه به ضمان تضامنی طولی تصریح شده باشد و این ماده چنین اظهار می‌دارد که: «ضامن وقتی حق دارد از مضمون‌له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید، که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد خصوصی خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد» و در ادامه به موجب ماده ۴۰۳ قانون تجارت اعلام می‌گردد: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند 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.»

این حکم قانونی در منافات کامل با ضمان عقدی موضوع ماده ۴۰۳ قانون مدنی است که ظاهراً قانون‌گذار در قانون مدنی ضمان نقل ذمه به ذمه را به عنوان قاعده و اصل پذیرفته است و نیز از ماده ۴۰۳ قانون تجارت چنین استنباط می‌گردد که تضامنی بودن ضمان نیاز به قرارداد خصوصی یا تصریح قانون دارد و به عبارتی «تضامن خلاف اصل بوده و نیاز به دلیل خاص دارد.» از طرفی چنانچه گذشت ضمان را عقدی عهدی و رضایی و غیر تشریفاتی و تبعی و عقدی تسامحی و نه معامله‌ای (مغایبه‌ای) و لازم دانسته‌اند.

شایان ذکر است در خصوص مسامحه‌ای بودن عقد ضمان اختلاف نظر وجود دارد با این پیش‌فرض که ضمان را از جمله عقود دانسته‌اند که به منظور سودجوئی و معامله تشریح نشده است بلکه غایت و هدف اصلی آن را ارفاق در حق مدیون و گره‌گشایی از کار او شناخته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۴۵) و یا به سخن دیگر یکی از طرفین عقد ضمان به جهت یا انگیزه ای و از روی اغماز ضامن دیگری شده که به عقود ارفاقی یا احسانی نیز معروف است، ولیکن ضمانت‌نامه‌های بانکی علی‌القاعده از عقود مسامحه‌ای به حساب نیامده و از جمله معاملات بانکی است و در نتیجه معاملات تجاری که به قصد تحصیل سود و منافع انجام می‌پذیرد. (اخلاقی، ۱۳۶۸،

۱۷۲) که به شرح یاد شده در حقوق ایران ضمان به سه نوع کلی تقسیم‌بندی می‌گردد: ۱) ضمان نقل ذمه به ذمه، ۲) ضمان تضامنی یا ضم ذمه به ذمه، ۳) ضمان وثیقه‌ای.

قانون تجارت از جمله قوانین تکمیلی شناخته می‌شود که در خصوص ضمان به موجب مواد (۴۰۲ تا ۴۱۱) احکام خاصی را برای ضمانت بیان داشته. برخی هدف از وارد کردن صفت تضامن در عقد ضمان را خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه ضمانت دانسته‌اند. در این فصل از قانون تجارت که به احکام ضمان تضامنی پرداخته و در مقابل ضمان مدنی قرار گرفته دو وضعیت روشن نقل ذمه و ضم ذمه که اولی را اصل و دومین حالت را استثنای به اصل و به عبارتی عام و خاص تلقی نمودن هر یک به نسبت دیگر یا خلاف قاعده تلقی کردن به این مهم اشاره شده که منشاء ضمان تضامنی در قانون تجارت را قرارداد یا توافق مخصوصی بین طرفین دانسته و این حکایت از آزادی اراده و حاکمیت اراده طرفین در انعقاد ضمان تضامنی دارد و با ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه این تضامن و ضمان نیز تعهد تبعی تلقی شده و به مثابه ضمان عقدی در قانون مدنی است و این حق برای ضامن تجاری باقی است که به ایرادات نسبت به قرارداد اصلی و پایه توسل جوید ولیکن در ضمانت‌نامه‌ی بانکی چنین مصداقی را اصولاً نمی‌توان تسری داد و ضمانت‌نامه بانکی را یک قرارداد و تعهد مستقل از قرارداد اولیه، پایه یا اصلی می‌شناسیم. مضافاً که بر اساس اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی، ایرادات قرارداد پایه قابل استماع نبوده و این ایرادات به بانک ضامن انتقال نیافته و این در صورتی است که در ضمان تجاری به مانند عقد ضمان مدنی اصل را بر پذیرش استناد به ایرادات قرارداد اصلی یا پایه دانسته‌اند.

۲-۵. تشریح ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای مفهوم ایقاع

معتقدان نظریه ایقاع بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی بر این اعتقادند که در صدور ضمانت‌نامه، قبولی رضای مضمون‌له شرط نیست و اصدار ضمانت‌نامه توسط بانک کاملاً امری یک جانبه و یک طرفه بدون رضایت مضمون‌له می‌باشد که ضامن متعهد می‌گردد در مقابل مضمون‌له مبلغ معینی وجه نقد بابت موضوعی خاص به عهده بگیرد. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۸۴) همچنین محصل نظریه ایقاع بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی این است که در صدور ضمانت‌نامه بانک ضامن به صورت یک جانبه و یک طرفه در مقابل مضمون‌له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را از بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۶۲) و در صدور ضمانت‌نامه دخالت یا رضایت و قبولی مضمون‌عنه در عقد شرط تحقق آن می‌باشد ندانسته و از این حیث آن را ایقاع دانسته که موافقان این نظریه در تشریح و ارائه دلایل به نظر فقها تمسک نموده و قائل به ایقاع بودن ضمان هستند.

طرفداران این نظر در انعقاد ضمان رضای مضمون‌له را شرط تحقق ضمان نمی‌دانند و اعتقاد بر این باور دارند که تعهد ضامن به تنهایی او را ملتزم به ایفای تعهد و ضمان می‌سازد که از میان فقهای امامیه، شیخ طوسی از طرفداران این نظر است. (مسعودی، همان) همچنین طرفداران نظریه ایقاع اعتقاد بر این دارند که در ضمان، ملک جدیدی برای مضمون‌له ایجاد نمی‌شود و نیازی به قبول مضمون‌له نیست و در حقیقت ضمان را در حکم وثیقه شمرده که به نفع طلبکار ایجاد می‌شود در تأیید قبول مضمون‌له نیز معتقدند رضای طلبکار شرط تحقق ضمان نبوده و به منزله قبول، تلقی نمی‌گردد و از طرفی به قاعده الجمع ما امها امکن اولی من اطرح در جمع مخالف این دو مطلب تأثیر رضا یا عدم تأثیر رضا برآمده‌اند و مقصود واقعی از ضمان را دست‌یابی مضمون‌له به وثیقه جدیدی دانسته‌اند. در تقویت این نظریه نویسندگان به این موضوع استناد می‌کنند که تئوری یک طرفه بودن تعهد بانک بر این مبنا که با مراجعه و تقاضای ضمانت‌خواه

اقدام به صدور آن بر اساس مفاد قرارداد اولیه می‌کند و بدون رضایت مضمون‌له و ذی نفع می‌باشد و از حیث استقلال در تعهدات بانک تقویت کننده نظریه ایقاع خواهد بود.

در این نظریه احتمال تلقی طرفداران آن بر یک طرفه بودن و ایقاع ضمانت‌نامه‌های بانکی شاید ناشی از «صدور ضمانت‌نامه بانکی» که در عرف بانکی مرسوم گردیده نشأت گرفته باشد؛ به سخن دیگر عملیات صدور ضمانت‌نامه توسط بانک از حیث شکلی و تنظیم سند توسط بانک به منزله ایجاب تلقی شده که بدون حضور مضمون‌له این مراحل طی شده و قبولی مضمون‌له نیز دلیل بر صحت یا تنفیذ ضمانت‌نامه مستقل تلقی نمی‌گردد و این موضوع مؤید ایقاع و تئوری یک طرفه بودن طرفداران آن گردیده ولیکن باید این مهم را در نظر داشت که به صرف صدور ضمانت‌نامه قراردادهای طرفین به طور کلی نادیده گرفته نمی‌شود و ارزش وجودی ضمانت‌نامه نیز قراردادهای طرفین می‌باشد که صدور ضمانت‌نامه و ارائه آن گواهی ضمان است و در این خصوص دو قرارداد قابل استناد است:

الف - قرارداد بین اصیل (ضمانت‌خواه) = قرارداد اصلی و پایه؛

ب- قرارداد بین بانک ضامن و ضمانت‌خواه = قرارداد صدور ضمانت‌نامه. (مسعودی، همان، ص ۸۶)

با شرحی که در فوق آمد در نظریه ایقاعی بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی چندین عامل را باید در نظر داشت که از جمله آنها تبلور و تجلی ضمانت‌نامه بر اساس روابط قراردادی طرفین که در قراردادهای دیگر مبنای صدور ضمانت‌نامه است تحقق یافته و در قراردادهای یاد شده حقوق و تکالیف و تعهدات طرفین معین و مشخص گردیده است و از طرفی اصل آزادی ایقاع در حقوق ایران پذیرفته نیست و صرفاً در موارد مصرح توسط قانون گذار ایقاع نافذ و معتبر شناخته می‌شود و در غیر موارد مصرح قانونی فاقد توانایی حقوقی جهت ایجاد اثر قانونی است و از حیث تحلیل حقوقی نیز این استدلال که با صدور ضمانت‌نامه تعهد بانک و ضمان آن جاری گردیده و قبول توسط مضمون‌له به آن الحاق نگردیده مورد پذیرش قرار نگرفته است.

تحلیل دیگر این است که با صدور ضمانت‌نامه، ایجاب از ناحیه بانک ضامن واقع شده که جهت الزام‌آور بودن التزام بانک به ضمان در زمانی پس از ایجاب و صدور ضمانت‌نامه باید به آن الحاق گردد و قبولی ایجاب نیز به صورت ضمنی صورت گرفته و مطالبه وجه ضمانت‌نامه را دلیل قطعی بر ایجاب و قبول دانسته و حتی سکوت را نیز بر قبول دلالت داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱، ۳۳۳)

در رابطه قراردادی اشخاص دخیل در ضمانت‌نامه بر این فرض نیز تأکید نموده‌اند که با انعقاد قرارداد اولیه و پایه و مراجعه ضمانت‌خواه به بانک ضامن به لحاظ توافق مضمون‌له در اخذ ضمانت‌نامه و تعیین زمان متعارف قبول ضمنی وی اعلام گردیده و منافع مضمون‌له نیز با صدور ضمانت‌نامه تأمین خواهد شد که با دریافت ضمانت‌نامه شاهد اعتراضی از ناحیه مضمون‌له نیستیم و استدلال دیگری که در این راستا می‌توان کرد بر اساس توافق طرفین در قرارداد اصلی و پایه با ارائه ضمانت‌نامه و با شرایط مورد توافق توسط اصیل، تراضی نموده و ذی نفع یا مضمون‌له از بدو امر توافق خود بر این امر را اعلام داشته که با صدور ضمانت‌نامه این قبول ضمنی یا فرضی عقد را تشکیل می‌دهد که ناگفته نماند این استدلال با توالی عرفی ایجاب و قبول کاملاً در تناقض است و تقدم قبول بر ایجاب نمی‌تواند مصداق داشته باشد.

اما مسئله قابل طرح دیگر بر فرض قبول ضمنی و پذیرش عقد بودن ضمانت‌نامه‌ها این است که بر اساس نظریه عقد بودن ضمانت‌نامه، ایجاب که از ناحیه بانک واقع می‌شود قابل رجوع است و این اصل کلی حاکم بر ایجاب، ایراد شدید بر این ادعا وارد می‌سازد که استدلال مقابل آن چنین آمده که ایجاب را می‌توان با التزام ایجاب کننده به قوت خود نگه‌داشت و ایجاب الزام‌آور و غیر قابل رجوع

باقی خواهد ماند که این موضوع بی‌شبهت به شرط یا تعهد ابتدایی نیز نمی‌باشد از این جهت که وقوع و صدور ضمانت از سوی ضامن بانک را به صورت معلق تا اعلام قبولی مضمون‌له که در وضعیت یا قرائن و امارات به دست می‌آید قبول تلقی کرده که این امر در توالی ایجاب و قبول بعید به نظر می‌رسد. از سوی دیگر اراده قانون‌گذار در قانون مدنی شناسایی ضمان در شمار عقود معین است و مواد ۶۸۵ و بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی از این نظر و اعتقاد تبعیت نموده و عقد ضمان را در نتیجه تراضی میان ضامن و مضمون‌له به رسمیت شناخته است.

۳-۵. تشریح ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و تعهد به نفع ثالث

دوگانگی در تعبیر و تحلیل نویسندگان حقوقی و تمایل به شناسایی ضمانت‌نامه بانکی در قالب عقود نامعین و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی شناختن آن با این توجیه که در ضمانت‌نامه‌های بانکی انتقال دین صورت نمی‌گیرد و تعهد ضامن ناظر به تأدیه آن و تأمین است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود ولی ضامن نیست این عقیده را متزلزل می‌سازد که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی آنرا نافذ و نهاد مستقل و جدیدی می‌شناسند، عده‌ای دیگر نیز ظرفیت‌های مرسوم حقوق مدنی اعم از عقود معین و تعاریف قانونی را در تعبیر و تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی ناکافی می‌دانند و با توجه به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را قابل بررسی و تحلیل دانسته، چنانچه در ماده ۱۰ قانون مدنی آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

نتیجه اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی را ضمان عقدی نباید دانست و ضمان قراردادی مضمون‌له است. ماده ۱۰ قانون مدنی می‌شناسند که مخالف نظر عمومی و اخلاق حسنه نباشد. عقیده‌ی دیگری نیز در بین است که ضمانت‌نامه‌های بانکی را تعهد به نفع ثالث می‌دانند در این نظر فرض را بر این امر استوار ساخته‌اند که قراردادی که ضمانت‌نامه بر مبنای آن صادر می‌شود را به جای آنکه قراردادی فی‌مابین ضامن و مضمون‌له باشد قراردادی است میان مضمون‌عنه و ضامن که ذی نفع آن ثالث یعنی مضمون‌له است. (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۷۷) در چنین قراردادی هیچ رابطه‌ای بین قرارداد اصلی یا پایه با قرارداد ضمانت‌نامه بانکی شاهد نیستیم و اصولاً یک قرارداد مستقل است که بین ضامن و مضمون‌عنه منعقد می‌شود. بر همین مبنا قرارداد در واقع بین ضامن و مضمون‌عنه منعقد می‌گردد و بانک ضامن حسب تقاضای مضمون‌عنه اقدام به صدور ضمانت‌نامه می‌کند و به موجب آن حتی برای ثالث (مضمون‌له) به وجود می‌آید و طرفین این قرارداد نمی‌توانند با فسخ قرارداد تزلزلی در حق ثالث نسبت به ضمانت‌نامه صادره وارد نمایند.

تحلیل پیش گفته هر چند تمامی تلاش خود را بر استقرار ضمانت‌نامه در نهادهای سنتی حقوقی و حتی فقهی استوار ساخته ولیکن نباید فراموش گردد که در ضمانت‌نامه‌های بانکی تأکید بر استقلال و جدایی قرارداد بین ضامن و مضمون‌عنه یا ضمانت‌خواه است که دشواری این تحلیل بر مبنای تئوری‌های یاد شده آنجاست که استقلال و جدایی قرارداد اصلی و پایه و تعهد بانک دائر بر پرداخت وجه ضمانت‌نامه نتیجه این قرارداد است و نه قرارداد اصلی و پایه.

مطلب دیگر اینکه در تعهد به نفع ثالث موضوع ماده ۱۹۶ قانون مدنی که اعلام می‌دارد: «کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود، معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید.» در تعهد به نفع ثالث کسی که تعهدی در حق وی واقع می‌-

گردد، حقیقتاً و واقعاً نسبت به روابط طرفین قرارداد بی‌اطلاع و بیگانه است و در بسیاری از موارد قرارداد اصلی چیز دیگری است و در ضمن آن تعهد به نفع ثالث می‌گردد که شایان ذکر است موضوع تعهد به نفع ثالث است و نه تملیک در حق ثالث زیرا تملیک عین در حق دیگری مستلزم قبولی از ناحیه طرف می‌باشد و از طرف دیگر تعهد به نفع شخص ثالث نمایانگر اصل نسبی بودن قراردادها است. لیکن در ضمانت‌نامه‌های بانکی این چنین نیست و موضوع مورد معامله در قرارداد ضمانت‌نامه، ضمانت بانک از دین مضمون‌عنه می‌باشد. و بنابر قولی مضمون‌له را نمی‌توان ثالث تلقی نمود زیرا که صدور ضمانت‌نامه اصولاً بر مبنای خواسته و مطالبه مضمون‌له صادر و تسلیم گردیده و با پذیرش و قبول ضمانت‌نامه حقوق و تعهداتی نیز برای او ایجاد می‌گردد که آگاه و عالم بدان بوده و به نوعی مضمون‌له خود جزء طرف‌های ضمانت‌نامه محسوب می‌گردد. به سخن دیگر بر اساس این تحلیل و نظریه صدور ضمانت‌نامه ماحصل اساسی قرارداد اصلی و پایه بوده و ضمانت‌خواه هیچ حق مستقیمی از قرارداد را به دست نیاورده و شرط ضمن عقد به ترتیب مقرر در ماده ۱۹۶ قانون مدنی واقع نشده و انطباقی با آن ندارد ولیکن این تفسیر و تحلیل در نظریه تعهد به نفع ثالث در نفس و قالب تعهد به نفع ثالث نمی‌گنجد چرا که در تعهد به نفع ثالث، ثالث صرفاً در مقام متفیع واقع می‌گردد و این تحلیل با اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی مغایر است و بر اساس اصل استقلال، ضمانت‌نامه‌های بانکی از قرارداد اصلی و از قرارداد بین بانک ضامن و مضمون‌عنه و مستقل است که با تحلیل ماهیت ضمانت‌نامه‌ها در قالب تعهد به نفع ثالث در واقع این نهاد در یک رابطه سه جانبه بین ضامن، مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) و مضمون‌له (ذی نفع) متجلی می‌گردد که همه عوارض و ایرادات و دفاعیات ناشی از فعل و انفعالات حقوقی در این رابطه میان هر کدام از سه نفر، قابل استناد بوده است. (مسعودی، ۱۳۹۱، ۹۰)

با عنایت بر نظریات گفته شده دائر بر اینکه نویسندگان و صاحب‌نظران ضمانت‌نامه‌های بانکی را عقد ضمان بدانند یا خیر چندان پسندیده به نظر نمی‌رسد. در ضمان عقدی ضمانت از دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است و از ارکان اصلی ضمان عقدی وجود دین و سبب آن در زمان وقوع عقد است ولیکن ضمانت‌نامه‌های بانکی چنین نبوده و ضمانت از دین احتمالی و آینده است و همچنین ضمانت‌نامه‌های بانکی را نوعی تضامن طولی و یا ضمان وثیقه‌ای دانسته‌اند به علاوه اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی نوعی سند بانکی و به قصد انتفاع و تجاری محسوب می‌گردد و نه تبرعی یا تسامحی موضوع عقد ضمان مدنی و اینکه رکن اساسی ضمانت‌نامه استقلال از قرارداد پایه می‌باشد در صورتی که ضمان عقدی تابع قرارداد اصلی و تحت تأثیرپذیری کامل از آن می‌باشد. بنابراین هر چند شباهت‌های ناگزیری بین این دو وجود دارد (ضمان عقدی و ضمانت‌نامه‌های بانکی) ولیکن دارای وجوه افتراق اساسی با یکدیگر می‌باشند که با حقوق تجارت نوین و اصول حاکم بر آن تطابق نخواهد یافت. ایقاع دانستن ضمانت‌نامه بانکی نیز با تحلیل ماهیتی ضمانت‌نامه‌های بانکی سازگار نبوده و با ممنوعیت انعقاد ایقاع نامعین و خارج از ضوابط قانونی تعریف شده و مشخص قانونی در منافات کامل خواهد بود و با اصول حقوقی از باب تحلیل و انطباق همخوانی نخواهد داشت و قابلیت تعریف ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را در این قالب (ایقاع) نمی‌توان یافت.

تعهد به نفع ثالث هر چند دارای جذابیت‌ها و نکات جالب توجه می‌باشد ولیکن توانایی تحمل تحلیل حقوقی به شرح پیش‌گفته ضمانت‌نامه‌های بانکی را در خود ندارد و تعهد به نفع ثالث با توجه به فقدان ارکان محققه ضمانت‌نامه‌های بانکی مثل تعهد دین آینده و استقلال، تاب ارائه ظرفیت متقاعد کننده ضمانت‌نامه‌های بانکی را نخواهد داشت.

اما در تحلیل نهایی، نظر علاقمندان به تحلیل ماهیتی حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی بیشتر از نظریه‌های دیگر خودنمایی می‌کند که البته پیش از تحلیل این مطلب به نحو خلاصه متذکر می‌گردم گنجاندن توافقات و قراردادهای در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بدون رعایت مقررات آمره تحت هیچ شرایطی پذیرفته نیست و هر چند اصل آزادی اراده و توافق طرفین قابل احترام شناخته شده ولیکن به استناد ماده قانون مدنی شرط این اعتبار عدم مخالفت با اخلاق حسنه و نظر اجتماعی می‌باشد و در ادامه اینکه اصولاً در حقوق ایران سعی بر آن است که نسبت به هر نهاد نوپایی گنجاندن آن در یکی از قالب‌های عقود معین است و ناگفته نیز نماند که ماده ۱۰ قانون مدنی در اعتبار قراردادهای خصوصی تبعیت از قواعد آمره و حاکم است که در حال حاضر به دلیل فقدان نص صریح در تعریف ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی تمایل بیشتری به شناسایی آن در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی است.

البته قوانین یا آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های مرتبط با بانک‌ها و رویه‌های بازرگانی و بانکی از وضع ضوابط نسبت به ضمانت‌نامه‌های بانکی دور نمانده و به صورت پراکنده که در متن این مقاله نیز به آن اشاره گردید توجه خود را از ضمانت‌نامه‌های بانکی دور ندانسته که این موضوع را در بخشنامه شماره ۹۰/۲۸۸۸۰۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۱ بانک مرکزی و آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهورنویسی از طرف بانک‌ها و قواعد عمومی پیمان‌ها و... شاهد هستیم. قانون‌گذار در لایحه قانون تجارت سال ۱۳۹۱ مواد خاصی را به ضمانت‌نامه مستقل بانکی تخصیص داده که از ماده ۸۳۶ تا ۸۶۶ لایحه موصوف از تعریف در ماهیت ضمانت‌نامه بانکی و شرایط صحت و حاکم بر آن و ضمانت اجرای عدم قید شروط اساسی و اصلاحیه ضمانت‌نامه و انتقال قراردادی ضمانت‌نامه مستقل و تقاضای پرداخت و انقضای اعتبار ضمانت‌نامه مستقل و اسناد ضمیمه و آثار مفقودی آن و اسقاط تعهدات مندرج در ضمانت‌نامه را در قالب قانون‌گذاری به آن پرداخته که در جای خود مورد بحث و تحلیل حقوقی خواهد بود.

۵-۴. تشریح ضمانت‌نامه‌های بانکی در لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰

قانون تجارت که از قوانین مادر شناخته می‌شود در کشور ما برای اولین بار در سال ۱۳۰۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده، سپس به دلیل خلاءهای قانونی و عدم پاسخگویی به نیازهای زمان با دستور اصلاح قانون یاد شده نهایتاً در سال ۱۳۱۱، قانون تجارت نوینی مشتمل بر ۶۰۰ ماده تدوین و مبنای اجرایی و عمل قرار گرفت. این قانون (قانون تجارت مصوب سال ۱۳۱۱) عمدتاً برگرفته از قانون تجارت مصوب ۱۸۰۷ فرانسه بوده که در زمان خود از قوانین حقوقی حوزه کسب و کار قلمداد می‌شده و قریب یک قرن به عنوان مرجع در فضای کسب و کار ایران حاکمیت داشته است.

ناگفته نماند این قانون طی سال‌های ۱۳۴۳-۱۳۴۷ و ۱۳۷۶ به منظور رفع نارسایی‌های مختلف مورد اصلاح نیز قرار گرفته ولیکن طی روند قانون‌گذاری‌ها و تصویب لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ اختلاف نظر بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان و دولت یازدهم، تاکنون سرنوشت روشنی برای قانون یاد شده ایجاد نکرده، از طرفی مجلس با تصویب لایحه قانون تجارت و ارجاع آن به شورای نگهبان امید به اجرایی نمودن لایحه داشته ولیکن شورای نگهبان مخالفت خود را با اجرای آن اعلام داشته و از طرفی مخالفان و موافقین طی نظرات و عقاید به اجرا و یا عدم اجرا تاکنون وضعیت آن را به روشنی تبیین نساخته‌اند. از جمله اینکه عده‌ای عقیده بر این دارند که روند قانون‌گذاری کلی در عرصه تجارت منتهی به از بین رفتن آثار اجرائی قانون تجارت و لایحه آن که قریب هشتاد سال قدمت دارد، خواهد شد و جامعه تجاری و کسب و کار کشور نیاز به تغییرات اساسی قانون تجارت را بر نمی‌تابد و از طرفی عده‌ای

دیگر عقیده به اصلاح پاره‌ای از مواد قانون تجارت داشته و عده‌ای نیز با توجه به آزمایشی بودن لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ این موضوع را آسیب به بدنه قانونی کشور دانسته، چرا که فسخ نمودن قانون و وضع قانونی آزمایشی نه تنها نیازهای جامعه را بر طرف نخواهد کرد بلکه به منزله فروپاشی استحکام و قوام قانونی با پیشینه قابل توجه خواهیم بود.

با بیان خلاصه‌ای از روند قانون گذاری در لایحه قانون تجارت و با توجه به اینکه طی مواد ۸۳۶ تا ۸۶۶ لایحه مزبور در باب چهارم، قانون گذار به مبحث ضمانت‌نامه مستقل بانکی پرداخته، خالی از لطف نیست اشاره‌ای ولو مختصر به این تعریف داشت که با عنایت به موضوع تحلیلی و تشریحی این مقال و با در نظر گرفتن اختلاف نظر و عقاید مختلف در تبیین ضمانت‌نامه‌های بانکی لازم است ذکر گردد که در ماده ۸۳۶ لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ قانون گذار ضمانت‌نامه را با وصف مستقل چنین تعریف نموده که: «ضمانت-نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) به درخواست متقاضی (مضمون‌عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذی نفع (مضمون‌له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت‌نامه بر عهده می‌گیرد.» با توجه به این تعریف اصولاً قانون گذار اراده‌ی بر تعریف مستقل و به عبارتی شناسایی ضمانت‌نامه در قالب عقدی معین در سیاست قانون گذاری خویش را پیش روی قرار داده که نکته قابل توجه آن سند شناختن ضمانت‌نامه مستقل است. با تعریفی که ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی از سند ارائه داده است: «سند عبارت است از هر نوع نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد.» ارزش این سند در مقام اثبات ادعا و اجرا و تعهدات طرفین به خوبی نمایان می‌گردد که با توجه به تعریف انواع سند رسمی و عادی که ماده ۱۲۸۷ به تعریف آن پرداخته: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است.» که مفهوم مخالف این ماده و ماده ۱۲۸۹ تعریفی از اسناد عادی است به این شرح که: «غیر از اسناد مذکوره در ماده ۱۲۸۷ سایر اسناد عادی است.» که جدای از بحث پیرامون اعتبار اسناد اعم از عادی یا رسمی در مقام تفسیر ماده ۸۳۶ لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ اشاره به سند شناختن آن استحکام و قوام، قابل توجه به این قرارداد بخشیده که در وصف استقلال و خصوصاً ماده ۸۳۷ که تأکید بر مستقل بودن ضمانت‌نامه بانکی دارد این اصل را اصلی جدایی ناپذیر از ضمانت‌نامه بانکی دانسته و با بیانی روشن این ضمانت‌نامه مستقل را دارای منشاء قراردادی ناشی از قرارداد اصلی و مستقل از تعهد یا تعهدات متقاضی و ضمانت‌خواه در برابر ضامن (صادرکننده) دانسته و اعتبار آن حتی در صورت فسخ یا بطلان تعهد اصلی را موجب برائت سند صادرکننده ندانسته و در ادامه صرفاً بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز را به عنوان مرجع صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی دانسته و دخالت هر مؤسسه یا مجموعه مالی دیگر را فاقد وصف و اعتبار قانونی در صدور ضمانت‌نامه‌های مستقل شناخته است.

در ادامه با بیان اوصاف و شروطی به موجب ۹ بند در ماده ۸۳۸ که عدم درج ۶ بند از آنها به صراحت از موجبات بطلان ضمانت‌نامه مستقل است را وضع نموده که دلالت بر اوصاف و شرایط اصلی و به عبارتی شرط صحت ضمانت‌نامه تلقی شده و سایر شروط را مقید به اوصاف فرعی دیگر دانسته که به موجب ماده ۸۴۱ این لایحه قانونی به اوصاف خاصه ضمانت‌نامه‌های مستقل از جمله اینکه: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است.» پرداخته و همچنین غیرقابل برگشت بدون ضمانت‌نامه نیز از اصول عامه آن تلقی شده مگر اینکه خلاف آن در ضمانت‌نامه تصریح گردد. (ماده ۸۴۲ لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰)

حال با توجه به سیر قانون گذاری و مراحل تصویب یا عدم تصویب و اجرایی شدن یا فقدان وصف اجرایی لایحه مذکور آنچه حائز اهمیت جلوه می‌کند توجه قانون گذار به فقدان تعریفی جامع از ضمانت‌نامه‌های بانکی و به عبارتی توجه قانون گذار به خلاء قانونی در

این خصوص است که با فرض اجرایی شدن لایحه موصوف ولو آزمایشی یا اصلاح موادی چند از قانون تجارت و حتی در قالب قانونی با عنوان مستقل ولی مرتبط با قانون تجارت توجه قانون گذار به شناسایی و اعتبار خاص ضمانت‌نامه مستقل بانکی خاتمه‌ای است بر شبهات ناشی از تحلیل و تفسیر ضمانت‌نامه‌های بانکی.

نتیجه گیری

مهم‌ترین وصف ضمانت‌نامه بانکی که آن را از ضمان تبعی جدا می‌سازد، استقلال آن از قرارداد پایه است و تنها استثنای بین‌المللی به‌رسمیت شناخته شده نسبت به این وصف، مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه بانکی است. به عبارت دیگر با وضع ماده ۱۹ کنوانسیون، ممکن است با مراجعه به قرارداد پایه و حقایق حاکم بر آن مطالبه متقلبانه اثبات شود که بدین ترتیب با مراجعه به قرارداد پایه به اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی استثنایی وارد نموده است. مفهوم مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه آن است که ذی‌نفع صرفاً در صورتی می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید که حقیقتاً مضمون‌عنه از تعهدات به‌موجب قرارداد پایه تخلف نموده باشد و این تخلف نیز به سبب خطای عمدی و جدی ذی‌نفع نباشد، هر مطالبه‌ای غیر از این متقلبانه خواهد بود. از میان قواعد و مقررات بین‌المللی، مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی صرفاً محدودیت‌هایی را در مطالبه وجه از جانب ذی‌نفع قرار داده‌اند و تنها «آی اس پی ۹۸» صراحتاً تقلب و سایر ایرادات نسبت به پرداخت را به قانون حاکم بر ضمانت‌نامه واگذار نموده است. در واقع اتاق بازرگانی بین‌المللی عامدانه از وضع مقرراتی در خصوص تقلب اجتناب نموده؛ زیرا تقلب موضوعی مربوط به نظم عمومی و حقوق ملی طرفین ضمانت‌نامه است. کنوانسیون انسیترال به‌عنوان تنها سند بین‌المللی برای نخستین بار در ماده ۱۹ خود شامل تدوینی روشن از موقعیت‌هایی است که در آن امکان استناد به تقلب فراهم است و دارای یک تعریف صریح و ظریف از تقلب است درحالی‌که همزمان از به‌کارگیری این عبارت اجتناب نموده و به‌جای آن از عبارت «استثناء نسبت به تعهد پرداخت» استفاده کرده است. کنوانسیون به‌جای سوءنیت ذی‌نفع در مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه توجه بیشتری به ماهیت تخلف وی می‌نماید، به عبارت دیگر کنوانسیون اثبات سوءنیت ذی‌نفع در رابطه با تقلب را الزامی ندانسته است. یکی از ایراداتی که بر کنوانسیون وارد است عدم ذکر اشخاص مصون از قاعده تقلب می‌باشد. در این خصوص طرفین ضمانت‌نامه می‌توانند در متن ضمانت‌نامه اشخاص مصون از قاعده تقلب را تعیین نمایند و در فرض عدم تعیین از جانب طرفین ضمانت‌نامه، اگر قانون حاکم بر ضمانت‌نامه مقرراتی در این زمینه داشته باشد، آن مقررات اعمال می‌گردد. همچنین کنوانسیون تنها موقعیت‌هایی را که سبب استناد به تقلب و منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شود را پیش‌بینی نموده و روابط پس از پرداخت و دعوای استرداد وجوه پرداخت‌شده علیه ذی‌نفع را در بر نمی‌گیرد. کنوانسیون اگرچه مصادیقی شامل جزئیات دقیق را ارائه نمی‌دهد، اما بدون تردید رهنمودهای مؤثر و قابل‌توجهی برای دادگاه‌ها در زمینه تسهیل به‌کارگیری آن‌ها از موضوع تقلب فراهم می‌نماید که با توجه به این‌که کنوانسیون مذکور نتیجه رویه‌های مرسوم بین‌المللی بوده است می‌تواند مورد توجه قانون‌گذار داخلی نیز قرار بگیرد تا از تشتت احتمالی آرای دادگاه‌ها در این خصوص جلوگیری به عمل آید.

پیشنهادها

در جریان تحقیق آنچه مسلم شد نسبت به تعریف واحد از ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه های بانکی مستقل به اجماع واحدی دست نیافته ایم. قانون گذار نیز با علم به فقدان تعریف جامع و کامل در لایحه جدید قانون تجارت به لحاظ عدم تصویب و سیر قانون گذاری

توفیقی در ارائه احکام ضمانت نامه های بانکی حاصل نموده است. تأثیر حقوق تطبیقی و توجه ویژه به مقررات متحدالشکل در حقوق تجارت اجتناب ناگزیر است.

دستیابی به وضع قانون از حیث تعبیر و تفاسیر مختلف و با توجه به ریشه فقهی حقوق ایران و ضرورت تطبیق با احکام شرعی نیز امری الزام آور است، بنابراین پسندیده است در سیره قانون گذاری با نگاه ویژه به مقررات متحدالشکل، مقررات نوین تجارت و دیدگاه ناظر بر مقررات بانکی که یکی از ارکان انعقاد عقود و صدور ضمانت نامه های بانکی است در وضع قانون اهتمام کامل داشت. از این دست تأثیرات تلاش حقوقدانان در سیر انعکاس موضوع به قانون گذار و وضع مقررات مرتبط غیر قابل انکار است. به گونه ای که نقش پر رنگ این مجموعه بسیط در عالم حقوق، قبل از وضع قوانین مورد استقبال قانون گذار قرار گیرد.

تأثیر فقه در حقوق ایران امری انکار ناپذیر است و در طرح و تصویب مقررات از مصادیق لازم و ملزوم یکدیگر شناخته می شود. آنچه مسلم است جمع نظر علمای حقوق و فقه در ارائه طرح یا لایحه ای جامع و ناظر بر مقررات حاکم بر روابط تجاری از اختلاف نظرها و تفاسیر مختلف به شدت خواهد کاست و لیکن یکی از محاسن علم حقوق در محیط دانشگاهی بررسی اختلاف نظر صاحب نظران این مجموعه است.

این اختلاف نظرها در عالم حقوق امری بدیهی و جزء طبیعت و به عبارتی جوهره حقوق تلقی می شود. اما آینه انعکاس مباحث حقوقی دادگاههای صالحه به رسیدگی اختلافات طرفین در موضوعات مختلف است که با اشراف محاکم به نصوص صریح قانون گذار و یا منابع فقهی تردیدی باقی نخواهد گذاشت.

نگاه جامع به مقررات و موازین متحدالشکل در مباحث جدید، دیدگاه روشنی از شرایط زمان و مکان بر وضع قانون جدید التصویب باز خواهد کرد. از جمله ویژگی های مقررات نوین تجارت مطالعه دقیق تجربیات دیگر کشورها در زمینه ضمانت نامه های بانکی مستقل خواهد بود و وضع مقررات متحدالشکل دلالت بر اشراف این مجموعه به اتحاد حقوقی و قضایی دارد.

پس با ضرورت بررسی تجربیات، انعکاس مقررات متحدالشکل، توجه خاص به فقه و احکام شرعی در حقوق موضوعه و تلاش در تنقیح قوانین جامع، نه تنها به طور چشمگیری اختلافات ناشی از تعبیر و تفاسیر کاسته خواهد شد بلکه دست یابی به رویه واحد حل بسیاری از مسائل را میسر، می نماید.

منابع و مأخذ

کتاب ها:

- ۱- اخلاقی، ب، ۱۳۶۸، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، ص ۱۵۶-۱۶۲-۱۷۲.
- ۲- -----، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، صفحه ۱۵۰
- ۳- اسکینی، ر، ۱۳۸۷، حقوق تجارت؛ برات؛ سفته و...، چاپ دوازدهم، انتشارات سمت، ص ۸.
- ۴- امامی، ح، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۵۸.
- ۵- بهشتی، م، ۱۳۷۲، فرهنگ فارسی صبا، انتشارات صبا.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ج ۴، ص ۲۵۵۶.
- ۷- -----، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ج ۳، ص ۴۲۲۱.

- ۸- -----، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ج ۳، ش ۰۹۰۴۷.
- ۹- -----، ۱۳۸۷، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ نوزدهم، ش ۱/۱۰، ص ۲۵۵۶.
- ۱۰- استوده تهرانی، ح، ۱۳۸۸، حقوق تجارت، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ بیست و چهارم، جلد اول، ص ۳۳، ۳۴.
- ۱۱- شیروی، ع، ۱۳۹۲، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت، ص ۲۸۵.
- ۱۲- شهری، غ، ۱۳۸۴، مجموعه قوانین تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، روزنامه رسمی، چاپ اول، جلد دوم، ص ۱۴۰۸.
- ۱۳- شهبازی نیا، م- تفرشی، م ع، ۱۳۸۲، استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی، نامه مفید، شماره ۳۷، ص ۷ و ۶.
- ۱۴- -----، ۱۳۸۳، شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آن‌ها، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، شماره ۳.
- ۱۵- عمید، ح، ۱۳۸۴، فرهنگ فارسی، تهران، موسسه انتشاراتی امیرکبیر، چاپ سی و سوم، ص ۴۰۳ و ۴۱۴.
- ۱۶- غمامی، م، ۱۳۷۸، بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴.
- ۱۷- کاتوزیان، ن، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات گنج دانش، ج ۴، ص ۲۴۴-۲۴۵-۳۳۳.
- ۱۸- -----، ۱۳۶۴، عقود معین، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، فصل ۲، ص ۱۴۵.
- ۱۹- مافی، ه-فلاح، م، ۱۳۹۳، تحلیلی بر مطالبه من غیرحق و امکان جلوگیری از آن در ضمانت‌نامه عندالمطالبه، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره ۹، صص ۱۵۳-۱۵۶.
- ۲۰- -----، م، ۱۳۹۲، خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲، ص ۱۵۳.
- ۲۱- محبی، م، ۱۳۷۵، ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران- ایالات متحده، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی، شماره ۲۰، ص ۱۰۵.
- ۲۲- مسعودی، ع، ۱۳۹۱، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، انتشارات شهر دانش، چاپ دوم، ص ۴۵ و ۴۶.
- ۲۳- -----، ۱۳۸۹، درسنامه فهم حدیث، سازمان چاپ و نشر دارالحديث، چاپ اول، ص ۱۸۹.

مقالات:

- ۱- استوفله، ژ. ۱۳۸۷، تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت‌نامه مستقل بانکی، ترجمه ماشاءالله بنا نیاسری، مجله حقوق بین‌المللی، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹.
- ۲- اسکینی، ر، ۱۳۷۰، خصایص قراردادهای تجاری، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، سال اول، شماره دوم.
- ۳- افتخار جهرمی، گ- تفرشی، م ع- شهبازی نیا، م، ۱۳۸۰، تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات بازرگانی بین‌المللی، مدرس علوم انسانی، دوره ۵، شماره ۴، ص ۳.
- ۴- جی، ر- کول، د، ۱۳۶۳، نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، تأملاتی پس از انقلاب اسلامی ایران. ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱، ص ۱۳۵.

۵- رهنما، م، ابعاد حقوقی پیمان، اداره کل تدوین قوانین و امور شورا، شهرداری تهران.

۶- محبی، م، ۱۳۶۴، تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، مجله حقوقی و دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، شماره ۲، ص ۵۵.

۷- شهبازی نیا، م، ۱۳۸۳، شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آنها، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، شماره ۳.

منابع لاتین:

1- (jamse e byrne, **negotiation in letter of credit practice and law, the evolution of the doctrine**, available at: tilj.org/journal/entry42_561_byrne.p853.

2- jamse e byrne- **anule survey of letter of credit law & practice**, institute of intbanking law & practice, inc, Montgomery, usa, 2007, p56.

3-Chipashvili, Nino, "The Bank Guarantees under the Uniform International Rules." European Scientific Journal, Vol.1, 2013, p.7.

4- Davidson, Alan. "Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit". International Commercial Law, Vol.1 ,Issue.1, 2010, p.25.

5- Pierce, Anthony ,Demand Guarantee in International Trade\ ed, London: Sweet & Maxwell. 1993, pp18 & ۱۹.

6- Hsu, Chung-Hsin."the Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit." National Taiwan University Law Review, 2006, pp.4.۵&

7- Davidson, Alan",Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit," p. 28.

8- Kelly-Louw, Michelle, "International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of credit." International Commercial Law, Vol.1, Issue.1, 2010, p.104.

9- James G.Barnes. (1994)."Defining Good Faith Letter of Credit Practices."Loyola of Los Angeles Law Review, vol.28, p.109.

- 10- Kayembe, Grace Longwa, "The Fraud Exception in Bank Guarantee." University of Cape Town, 2008, p.46.
- 11- Michelle Kelly-Louw, "Illegality as an Exception to the Autonomy Principle of Bank Demand Guarantees," pp. 381-382