

## ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی

### چکیده

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

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

## مقدمه

ضمانت نامه بانكي بين المللي را بايستي يك پديده جديد به حساب آورد كه زائیده عرف و روية بانكي و نیازهاي تجاري واقتصادي است. در خصوص ماهيت اين «پديده جديد» هنوز اتفاق نظر چنداني درميان نويسندگان حقوق تجارت بين الملل و روية قضايي مربوط به آن، فراهم نيامده است. از جمله، دكترين بين المللي هنوز در مورد ماهيت عقدي يا ايقاعي بودن پديده مذکور به نقطه مشتركی نرسیده است. با اين حال دیدگاههاي مطرح در اين زمینه در يك نقطه مشتركند و آن اينكه قواعد حاكم بر اين پديده جديد، عمدتاً جنبه فراملي دارند كه دربررسي و تحليل ماهيت ضمانت نامه، نبايد از نظر دور بمانند. در نتيجه ضمانت نامه مستقل بانكي را نبايد در چارچوب نهادها و قواعد سنتي حقوق ملي، دستهبندي و تحليل كرد. در مباحث آتي، اين موضوع و نيز مباني قانوني اعتبار ضمانت نامه مستقل بانكي بررسي خواهد شد.

### ۱\_ ماهيت عقدي يا ايقاعي ضمانت نامه مستقل بانكي

در خصوص ماهيت تعهد بانك در ضمانت نامه مستقل بانكي و زمان و شيوة لازم الاجرا شدن آن، دو مكتب فكري در سطح بين المللي وجود دارد (Moumouni: P. ۶). در حقوق ايران نيز همين دیدگاهها دربرخي از نوشته هاي نويسندگان حقوق تجارت مطرح شده است (اخلاقي، ۱۳۶۸: ص ۱۶۲).

#### ۱\_۱\_ طرح دیدگاههاي موجود

يكي از اين دیدگاهها، تعهد بانك به موجب ضمانت نامه بانكي را ماهيتاً تعهد يكطرفه (براي شناخت تعهد يكطرفه ر.ك: P. ۳۰, ۱۹۹۰, Murray) يا ايقاع مي دانند و معتقد است كه الزام آور بودن تعهد مذکور صرفاً از اعلام يكطرفه بانك مبني بر متعهد كردن خود در مقابل ذينفع، نشئت مي گيرد. اين اعلام يكطرفه به شكل ابلاغ مفاد و شروط ضمانت نامه به ذينفع صورت مي گيرد. مطابق اين دیدگاه، در صدور ضمانت نامه قبول و رضاييت ذينفع شرط نيست و تعهد يكجانبه بانك، الزام آور است و با توجه به ضروري نبودن لحوق قبولي ذينفع به اعلام يكطرفه بانك، زمان لازم الاجرا شدن تعهد و شيوة آن، همان است كه در ضمانت نامه معين شده و از تاريخ صدور سند ضمانت آغاز مي شود. تئوري يكطرفه بودن تعهد بانك، در ميان نوشته هاي حقوقي كشور بلژيك، دیدگاه غالب است و روية قضايي اين كشور نيز آن را تأييد کرده است (Herbots: P. ۱۱۸۵ & P. ۵۸۸, simont, ۱۹۸۳: P. ۲۱۸-۲۲۸; Velu, ۱۹۹۰: PP. علاوه بر اين برخي نويسندگان حقوقي در هلند نيز از آن حمايت کرده اند (Boon: PP. ۴۱-۴۳).

بخشي ديگر از دكترين بين المللي، تعهد بانك به موجب ضمانت نامه را تعهد ناشي از قرارداد اجماعي

(consensual contract) می‌داند که با ایجاب و قبول محقق می‌شود. مطابق این دیدگاه، صدور ضمانت‌نامه صرفاً به منزله ایجاب از ناحیه بانک است که برای الزام‌آور شدن، بایستی قبولی ذینفع نیز بدان ملحق شود. از طرفی قبولی ایجاب، برابر قواعد کلی قراردادها، می‌تواند به صورت ضمنی صورت گیرد (Murray, ۱۹۸۵: P. ۱۷۹; Treitel, ۱۹۸۷: P. ۱۵; شهیدی, ۱۳۷۷: ص ۲۱۵) و در ضمانت‌نامه‌ها رویه غالب این است که باتوجه به پیش‌بینی ضمانت‌نامه در قرارداد پایه بین ذینفع و ضمانت‌خواه، ذینفع انتظار صدور ایجاب از سوی بانک کارگزار ضمانت‌خواه را دارد و همین که به آن اعتراض نمی‌کند به منزله قبول ضمنی ایجاب است. حتی اگر این استدلال هم پذیرفته نشود، مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذینفع مطمئناً ثابت می‌کند که ایجاب بانک، مورد قبول ذینفع قرار گرفته است. رویه قضایی و دکترین آلمان، معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت‌نامه است که طبق آن قرارداد ضمانت‌نامه با ایجاب بانک و قبولی ضمنی ذینفع، تشکیل می‌گردد (Canaris: no. ۱۱۲۱ & Westphalen: ۱۹۹۰: P. ۱۱۰) رویه قضایی فرانسه نیز دیدگاه قراردادی را پذیرفته است (Prum, ۱۹۹۴: P. ۱۱۲ & Vasseur, ۱۹۹۲: P. ۳۲۲) اما در حقوق انگلیس بیشتر به برگشت پذیری یا غیر قابل برگشت بودن تعهد بانک پرداخته شده است و مجموع مباحث طرح شده نشان می‌دهد که در حقوق انگلیس نیز تعهد بانک، یک تعهد قراردادی ناشی از ایجاب و قبول به حساب می‌آید.

(Schmitthof, ۱۹۹۰: PP. ۴۲۳-۴۲۴ & Harfield, ۱۹۷۴: P. ۵۲-۵۵)

در حقوق ایران نیز موضوع عقدي یا ایقاعی بودن ضمانت‌نامه بانکی مطرح گردیده است (اخلاقی, ۱۳۶۸: ص ۱۶۴). مبنای نظریه طرفداران ایقاعی بودن ضمانت‌نامه، دیدگاه برخی از فقهاست که خلاف قول مشهور، در انعقاد عقد ضمان رضای مضمون‌له را لازم نمی‌دانند و ضمان را همانند «پرداخت بدهی دیگری» به حساب می‌آورند که نیاز به رضایت داین ندارد و از این‌رو، ضمان را ایقاع دانسته‌اند (طباطبایی, بی‌تا: ج ۲, ص ۳۴۹)<sup>(۲۱)</sup>. به هر حال، صرف نظر از این‌که دیدگاه مذکور در فقه نیز قول

مشهور نیست، باتوجه به تفاوت ماهیت

ضمان مقرر در حقوق مدنی و فقه با ضمانت‌نامه بانکی، تسری مباحث مذکور به ضمانت‌نامه، خالی از ایراد نیست (کاشانی, ۱۳۷۷: صص ۴۰-۳۸) ضمن آن‌که در هر حال حقوق موضوعه ایران (ماده ۶۸۴

قانون مدني) به تبعیت از نظر مشهور، دیدگاه عقدي بودن ضمان را برگزیده است (و برای ملاحظه شرایط شکل‌گیری ضمان عقدي ر.ك: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۲۵۴ به بعد).

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

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

نظریه مذکور در واقع تحلیل ضمانت‌نامه را از قرارداد بین بانك و ذینفع، به قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانك برمی‌گرداند و آن را شرط فعلی می‌داند که ضمن عقد دیگری درج شده است. این دیدگاه در میان نویسندگان حقوق تجارت بین الملل طرفداری ندارد.

## ۱\_۲\_ نظریه برگزیده از حیث عقد یا ایقاع بودن ضمانت‌نامه

طرفداران تئوری تعهد یکطرفه، علت پذیرش این دیدگاه را وجود چند نقص در اعمال قواعد ایجاب و قبول نسبت به ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی می‌دانند. به نظر ایشان اگر قدرت الزام‌آور تعهد بانك، وابسته به قبولی ذینفع است، بانك بایستی این امکان را داشته باشد که در هر زمانی قبل از حقوق قبول، ایجاب خود را پس بگیرد و یا آن را تغییر دهد. در حالی که در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، بانك از چنین اختیاری برخوردار نیست و پس از صدور ضمانت‌نامه، حق هیچ گونه تغییر در متن ضمانت‌نامه یا برگشت از آن را ندارد، اعم از آن که ذینفع قبولی خود را اعلام کرده باشد یا خیر. بر اساس این دیدگاه، علت غیر قابل برگشت بودن ضمانت‌نامه و مفاد آن، ماهیت یکطرفه تعهد بانك است که با اعلام يك جانبه، الزام‌آور خواهد بود (Velu, ۱۹۹۰: PP. ۲۱۸-۲۲۸).

ایراد عمده استدلال فوق این است که بريك مقدمه غیر قطعی و مردد بنا شده است. این مقدمه همان عدم قابلیت برگشت (یا عدول) از ایجاب بانك می‌باشد. غیر منطقی بودن مقدمه مذکور از این جهت است که به

طورکلی نمی‌توان حکم کرد که هر ایجابی قابل برگشت و بازپس‌گیری است. اگرچه رویه قضایی و نوشته‌های حقوقی اروپایی قاره‌ای از جهت شرایطی که می‌تواند ایجاب را قابل برگشت یا غیر قابل برگشت نماید، دچار اختلاف و تشتت است، اما به طور مسلم غیرقابل برگشت بودن ایجاب در موارد زیر پذیرفته شده است (Bertrams, ۱۹۹۶: P. ۱۶۷؛ شهیدی، ۱۳۷۷: صص ۲۰۹ و ۲۱۰):<sup>۳۲</sup>

زمانی که در متن ایجاب به غیرقابل برگشت بودن آن تصریح شده باشد.  
اگر برای طرف ایجاب متعارف و معقول باشد که به ایجاب به عنوان این‌که غیرقابل برگشت است اعتماد کرده و بر اساس این اعتماد عمل کرده باشد.  
اگر ایجاب طبق عرف غیرقابل برگشت باشد.<sup>۳۳</sup>

اگر هیچ‌کدام از موارد فوق وجود نداشته باشد رویه قضایی پذیرفته است که غیر قابل برگشت بودن ایجاب، ممکن است از عرف بین‌المللی استنباط شود (Bertrams, ۱۹۹۶: P. ۱۶۸).

مطالب فوق در مورد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی نیز صدق می‌کند، چراکه اولاً بانک‌گشایشگر معمولاً در متن ضمانت‌نامه‌ای که به ذینفع ابلاغ می‌کند به غیرقابل برگشت بودن آن تصریح می‌کند. ثانیاً عرف بین‌المللی نیز ایجاب ضمانت‌نامه را غیرقابل رجوع می‌داند و ذینفع نیز با لحاظ عرف به غیرقابل برگشت بودن ایجاب بانک، تکیه و بر مبنای آن عمل می‌کند. از این گذشته مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه (ماده ۵ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و ماده ۷ کنوانسیون سازمان ملل برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های انتظاری) نیز بر غیر قابل برگشت بودن آن تأکید کرده‌اند (شهبازی نیا، ۱۳۸۰: صص ۲۰۰).

استدلال دوم به نفع نظریه یکطرفه این است که در کشورهای تابع نظام کامن لا (Common Law)، عموماً غیرقابل برگشت بودن ایجاب پذیرفته نشده است. در کامن لا، وعده ایجاب دهنده مبنی بر عدول نکردن از ایجاب، چون «علت یا عوض» (Consideration) ندارد، الزام‌آور نیست و موجب، هر زمانی خواهد توانست از ایجاب خود رجوع نماید (Murray, ۱۹۹۰: p۴۳). بر این اساس، طرفداران نظریه

مذکور معتقدند در نظام کامن لا، غیر قابل برگشت بودن ایجاب با استفاده از شرط ضمن ایجاب و یا به کمک عرف و رویه قابل توجیه نیست و لذا باید آن را در زمره تعهدات یکطرفه به حساب آورد.

به نظر می‌رسد استدلال مذکور نیز نمی‌تواند ماهیت یکطرفه تعهد بانک را اثبات نماید، زیرا اولاً در کشورهای تابع نظام کامن لا هم با کمک اصول و قواعد دیگر نظیر استاپل مبتنی بر انصاف (Equitable Estoppel)، و عده بدون عوض یا علت در مواردی معتبر و الزام‌آور تلقی شده است (شهبازی نیا، ۱۳۷۴: ص ۱۱۵) ثانیاً استثنائات متعددی برای اصل قابل رجوع بودن ایجاب ذکر گردیده (Murray, ۱۹۹۰: (P. ۱۱۲ & Treited, ۱۹۸۷: PP. ۳۴ – ۳۵) که ضمانت نامه را نیز می‌توان از آن زمره دانست. علاوه بر این، چنان‌که قبلاً هم گفتیم، نمی‌توان قواعد حاکم بر نهادهای سنتی حقوق ملی را به طور خودکار و بدون انعطاف در مورد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی اعمال کرد بلکه قواعد حاکم بر این سند، قواعدی فراملی می‌باشند که ممکن است به نوبه خود از قواعد ملی با اصلاحات لازم اقتباس شده باشند.

آخرین استدلالی که به نفع یکطرفه بودن تعهد بانک صورت گرفته این است که بانک‌ها از زمان ابلاغ ضمانت‌نامه احساس می‌کنند که ملزم به مفاد آن هستند درحالی‌که اگر ابلاغ ضمانت نامه صرفاً ایجاب تلقی شود، نباید قبل از حقوق قبولی ذینفع چنین احساسی وجود داشته باشد (Bertrams, ۱۹۹۶: P. ۱۶۸).

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

علاوه بر این، اگر ذینفع پس از صدور ضمانت‌نامه اعمال اصلاحات یا تغییراتی را در متن آن پیشنهاد کند و بانک با این پیشنهاد موافقت نماید، در این صورت بدیهی است که تعهد بانک طبق ایجاب اصلی از اثر خواهد افتاد و متن تغییر یافته ملاک خواهد بود. حال اگر ضمانت‌نامه، تعهد یک طرفه به حساب آید، چگونه

می‌توان عملیات فوق را توجیه نمود؟ از همه مهم‌تر این‌که اگر ضمانت‌نامه تعهد یک طرفه تلقی شود، در حالت فوق قبل از قبول اعمال اصلاحیه نیز باید بانک ملزم به مفاد ضمانت‌نامه باشد، در حالی که چنین نیست بلکه در این فرض، اگر پیشنهاد متقابل ذینفع شامل اصلاحات ماهوی باشد به معنی عدم قبول ایجاب بانک به ترتیب مقرر در متن ضمانت‌نامه می‌باشد<sup>۱۵۴</sup> و پس از قبول اعمال اصلاحیه توسط بانک، ضمانت‌نامه الزام‌آور خواهد شد )

۲۳۹-۲۹۴: P. (Vasseur, ۱۹۹۲). لازم به ذکر است که پس از رد ایجاب توسط ذینفع، بانک وظیفه‌ای ندارد که ایجاب جدید ارائه نماید یا اصلاحات مورد نظر را انجام دهد، هرچند که عدم ارائه ایجاب جدید یا عدم اعمال اصلاحات مورد نظر ممکن است به نقض قرارداد پایه از سوی ضمانت‌خواه منجر شود (Bertrams, ۱۹۹۶: P. ۱۶۸).

نظریه مبتنی بر تعهد به نفع ثالث نیز اگرچه ظاهراً هماهنگی قابل توجهی با شیوه صدور ضمانت‌نامه دارد، اما با ایراداتی همراه است که پذیرش آن را دشوار می‌سازد:

اولاً: در مورد ماهیت حقوقی خود نهاد تعهد به نفع ثالث نیز تردید وجود دارد و بسیاری از حقوقدانان ایرانی و غربی برای رفع این تردید به بحث در مورد عقد یا ایقاع بودن آن پرداخته‌اند و در مورد لزوم یا عدم لزوم قبولی شخص ثالث نیز اختلاف نظر دارند (محقق داماد، ۱۳۷۴: صص ۱۵، ۱۶ و ۲۳) از این-رو، تمسک به نظریه تعهد به نفع ثالث نمی‌تواند به تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی کمک کند. ثانیاً: شرط فعل به نفع ثالث، شرطی تبعی و فرع بر قرارداد اصلی است که برای طرفین قرارداد حق و تعهد ایجاد می‌کند. در ماده ۱۹۶ قانون هم آمده است که شخص می‌تواند ضمن معامله برای خود، به نفع شخص ثالث هم تعهد به عمل آورد. بنابراین، در قرارداد اصلی، حقوق و تعهداتی برای هر یک از طرفین وجود دارد که ارکان اصلی عقد و هدف آن را تشکیل می‌دهند و شرط ضمن عقد فرع بر آنها است. اما حتی اگر بپذیریم که ضمانت‌نامه بانکی صرفاً نتیجه قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک است، صدور ضمانت‌نامه، نتیجه اصلی و اساسی آن قرارداد خواهد بود و ضمانت‌خواه خود حق مستقیمی از قرارداد مذکور به دست نمی‌آورد. از این‌رو، با شرط ضمن عقد مذکور در ماده ۱۹۶ قانون مدنی، همخوانی نخواهد داشت. ثالثاً: نظریه تعهد به نفع ثالث، نقش ذینفع در قرارداد پایه را که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است،

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

با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد ضمانت‌نامه مستقل بانکی از ماهیت قراردادی برخوردار است و با اصول کلی حقوق تعهدات کشورهای مختلف راجع به عقود، انطباق دارد به این معنا که قرارداد ضمانت‌نامه در نتیجه ایجاب غالباً غیر قابل برگشت بانك و قبولی معمولاً ضمنی ذینفع تشکیل می‌گردد. در خصوص چگونگی احراز قبول ضمنی ذینفع می‌توان چنین استدلال کرد که از يك طرف چون گشایش ضمانت‌نامه در قرارداد پایه بین ذینفع و ضمانت خواه پیش‌بینی شده است، ذینفع منتظر آن است و از طرف دیگر، ضمانت‌نامه صرفاً شامل مزایای و منافع برای ذینفع است و هیچ‌گونه تعهدی را برای وی در بر ندارد، از این‌رو، اگر ذینفع ظرف مهلت متعارفی بعد از دریافت ضمانت‌نامه، به مفاد و شروط آن اعتراض نکند، بایستی قبول ایجاب از سوی وی مفروض تلقی شود. پس از مهلت متعارف مذکور نه فقط بانك، بلکه ذینفع هم به طور قراردادی ملزم به مفاد ضمانت‌نامه می‌باشد و نمی‌تواند تغییر یا اصلاح آن را درخواست نماید (Bertrams, ۱۹۹۶: P. ۱۶۷).

### ۱\_۳\_ تشریفات شکلی انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه

با توجه به تفاوت ضمانت‌نامه با ضمان مقرر در قوانین داخلی، تشریفات قانونی در مورد شکل انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه وجود ندارد (Canaris, ۱۹۸۸: No. ۱۱۲۲ & Dohm, ۱۹۸۵: No. ۱۶۶) اما برخی از نویسندگان خارجی پیشنهاد کرده‌اند که با استفاده از قیاس، شرایط شکلی مقرر در قوانین ملی مربوط به ضمان تبعی، در صورتی که مغایرتی با استقلال ضمانت‌نامه نداشته باشند، برای قرارداد ضمانت‌نامه هم لازم دانسته شود.

(Westphalen, ۱۹۹۰: P. ۹۱)

مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه (ماده ۲ مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون آنسیترال) هم تنها شرط شکلی لازم را کتبی بودن آن دانسته‌اند که شامل ارسال متن از طریق وسایل الکترونیکی نیز می‌شود.



در حقوق انگلیس و آمریکا، مطابق قاعده کلی، وجود «عوض یا علت» (Consideration) نیز برای الزام آور شدن ضمانت‌نامه، ضروری است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادهای، جز در موارد استثنایی، برای اینکه از قدرت الزام آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض» خاص باشند (ر.ک: ۱۹۷۱, Atiyah & Chitty, ۱۹۹۰)، ضمانت‌نامه بانکی نیز از جمله قراردادهایی است که نیاز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پایه معمولاً علت کافی برای تعهد بانک، تلقی می‌شود (Kozolchyk: PP. ۱۲۳-۱۳۵). از این رو در متن ضمانت‌نامه‌های صادره از بانک‌های انگلیس، عبارتی نظیر آنچه در پی می‌آید، در مقدمه ضمانت‌نامه ذکر می‌شود:

«در مقابل انعقاد قرارداد شماره..... به وسیله..... (ذینفع) ما تعهد می‌کنیم که.....»<sup>۱۶۴</sup>

در ضمانت‌نامه‌های متقابل صادره در رابطه بین بانک‌های گشایشگر و بانک‌های دستور دهنده نیز، صدور ضمانت‌نامه متقابل از ناحیه بانک دستور دهنده، علت تعهد بانک گشایشگر در مقابل ذینفع (طبق ضمانت‌نامه اصلی) را تشکیل می‌دهد، لذا در متن ضمانت‌نامه اصلی عبارتی به این شرح ذکر می‌شود:

«در مقابل صدور ضمانت‌نامه..... (ضمانت‌نامه متقابل) از ناحیه شما، ما تعهد می‌کنیم...»<sup>۱۶۵</sup>

## ۲ \_ مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با نهادهای مشابه در حقوق ایران

به لحاظ پاره‌ای مشابهت‌ها بین ضمانت‌نامه بانکی و برخی نهادهای حقوق داخلی کشورها، تلاش‌هایی در جهت قرارداد ضمانت‌نامه در چارچوب مفاهیم و طبقه‌بندی‌های سنتی مذکور در قوانین مدنی صورت گرفته است. این تلاش که ناشی از تمایل به طبقه‌بندی پدیده‌های جدید در چارچوب دسته‌بندی‌ها، مفاهیم و اصول کلی شناخته شده و سنتی است، در زمینه ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی بعضاً سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقی ضمانت‌نامه شده است. در کشور ما، تحلیل مسائل حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بر مبنای قواعد و مبانی نهادهای سنتی و نادیده انگاشتن ویژگی‌های این ابزار تجاری، در گذشته به طرح ابهاماتی درباره اعتبار آن در عالی‌ترین مرجع قضایی کشور منجر شده است (رأی شماره ۷۱-۲۲/۹/۴۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و عقیده دادستان وقت کل کشور، آرشیو حقوقی کیهان: ص ۲۱۵) و

دکترین نیز با ادامه همان سنت، گاهی از مسیر مناسب تحلیل ضمانتنامه بانکی دور افتاده است برای مثال یکی از استادان حقوق در مقام نقد رأی یاد شده در پاورقی قبلی، ضمانتنامه را حسب مورد التزام به تأدیه دین آتی و یا ضمان مصطلح دانسته است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: صص ۳۱۰-۳۰۷)

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

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

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

## ۲\_۱ \_ ضمانتنامه بانکی و ضمان مقرر در فقه و قانون مدنی

### الف \_ ضمان مقرر در قانون مدنی

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

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

«عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را

ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

قانون مدنی علاوه بر ضمان نقل ذمه، التزام به تأدیه دین را نیز پذیرفته است که می‌تواند معلق بر عدم تأدیه دین از سوی مدیون اصلی باشد. علاوه بر ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی که حسب آن «التزام به تأدیه

ممکن است معلق باشد» ماده ۷۲۳ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می‌دارد:

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

بنابراین با توجه به مواد مذکور، اگر مفاد تعهد ضامن به این ترتیب باشد که

«اینجانب ضمانت مدیون را می‌نمایم چنانکه در اول موعد، بدهی خود را به داین نداد از عهدة آن برآیم» (رأی شماره ۹۱۴ - ۱۳۲۸/۵/۳ - شعبه سوم دیوان عالی کشور نقل از: متین: ص ۲۹۳).

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

به نظر می‌رسد، چنان‌که برخی از استادان حقوق گفته‌اند (کاشانی، ۷۰-۱۳۶۹: ص ۲۱۱؛ گرجی، ۱۳۷۲: ص ۳۵-۳۴)، این نوع التزام ماهیتاً تفاوتی با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون‌گذار قصد داشته است که با توجه به ضرورت‌های اجتماعی، به رغم پذیرش نظریة نقل ذمه به عنوان اصل کلی، به این وسیله راه را بر ضمان ضم ذمه نیز بازگذارد.

مستفاد از ظاهر ماده ۷۲۳ قانون مدنی آن است که التزام به تأدیة معلق بر عدم تأدیة مدیون، باید به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرایی پیدا نماید.

### ب\_ مقایسه ضمان مقرر در قانون مدنی با ضمانت نامه بانکی

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

#### یک\_ از جهت اثر

اثر عقد ضمان مطابق قانون مدنی، انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن است که در نتیجه آن مدیون اصلی بری‌الذمه می‌شود و مضمون‌له، دیگر حق مراجعه به وی را نخواهد داشت (ماده ۶۹۸ قانون مدنی). ضمانت‌نامه مستقل بانکی چنین اثری ندارد، بلکه تعهد بانک به موجب ضمانت‌نامه، یک تعهد اصلی و مستقل است که ابتدائاً برای خود بانک ایجاد می‌شود نه این‌که از ضمانت‌خواه به وی منتقل شود. همچنین تعهد بانک را نمی‌توان از نوع التزام به تأدیة معلق که مسؤالیّت ضامن در طول مسؤالیّت مضمون عنه قرار می‌گیرد، به حساب آورد. درست است که ضمانت‌نامه به درخواست ضمانت‌خواه و با هدف تضمین تعهدات وی در قرارداد پایه گشایش می‌شود، لیکن تعهد بانک در ضمانت‌نامه تعهدی مستقل و

صلي است که غالباً از حيث جنس و نوع تعهد و حدود و شرایط آن با تعهد ضمانت‌خواه کاملاً تفاوت دارد. برای مثال، درحالی‌که تعهد ضمانت‌خواه در قرارداد پایه ممکن است تحویل کالا یا احداث کارخانه باشد، تعهد بانک صرفاً پرداخت مبلغی و جهت نقد براساس درخواست ذینفع است. بنابراین، نه ضمانت‌خواه شخصاً به عنوان اصیل، مسؤولیتی از جنس مسؤولیت بانک گشایشگر (پرداخت وجه نقد) دارد و نه بانک گشایشگر در قبال تعهدات ضمانت‌خواه در قرارداد پایه (تحویل کالا یا احداث کارخانه) متعهد می‌شود. لازم به ذکر است، بعضی از نویسندگان حقوق مدنی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۲۱۰، مستنبط از پرسش اول) ظاهراً ضمانت‌نامه را از حيث اثر، التزام معلق به تأدیه دین دیگری می‌دانند که با توجه به مطالب پیش‌گفته، چنین دیدگاهی نیز با ماهیت ضمانت‌نامه بانکی انطباق ندارد.

## دو\_ از جهت وابستگی یا استقلال تعهد ضامن

تعهد ضامن در نظام قانون مدنی ( اعم از ضمان عقدي و التزام معلق به تأدیه دین دیگری)، تعهدی تبعی است و از حيث حدود و شرایط، تابع دین مضمون‌عنه به مضمون‌له است. اصل یگانگی تعهد ضامن و مضمون‌عنه در مقررات مربوط به ضمان عقدي همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است (O'Donovan, ۱۹۹۶: P.۵۷ Moumuni: P.۶; Bertrams, ۱۹۸۵: P.۴۰۳). از این‌رو لازم نیست در قرارداد ضمانت جزئیات تعهد ضامن روشن باشد (ماده ۶۹۴ قانون مدنی). همچنین تعهد ضامن از حيث حدوث و بقاء، وابسته به تعهد مدیون اصلی می‌باشد. در ضمانت‌نامه بانکی چنین وضعی وجود ندارد. امروزه اصل استقلال تعهد ضامن از قرارداد پایه، در رویه و مقررات بین‌المللی کاملاً پذیرفته شده است، از این‌رو خلاف ضمان عقدي، در ضمانت‌نامه بانکی بایستی جزئیات تعهد بانک ضامن، ذکر گردد. با توجه به اهمیت استقلال در بحث ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی شاید بتوان این تفاوت را اصلی‌ترین وجه افتراق ضمانت‌نامه بانکی از ضمان عقدي دانست.

## سه\_ از جهت امکان یا عدم امکان استناد به ایرادات قرارداد پایه

از آن‌جا که تعهد ضامن در ضمان عقدي، تابع تعهد مضمون‌عنه در قرارداد پایه است، ضامن می‌تواند در مقابل مضمون‌له به کلیه ایراداتی که مدیون اصلی از آن برخوردار است، استناد نماید. اما در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی به عنوان یکی از نتایج استقلال از قرارداد پایه، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد مذکور جاری است. بانک نمی‌تواند در مقابل مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذینفع که انطباق ظاهری با مفاد ضمانت‌نامه دارد، به ایرادات و دفاعیاتی نظیر اجرای تعهدات ضمانت‌خواه یا عدم استحقاق ذینفع برای مطالبه خسارت، استناد نماید. (محبی، ۱۳۷۵: ص ۹۸).

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

#### **چهار\_ از جهت لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد مورد تضمین**

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

در مقابل، ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی حسب عرف تجاری و رویه بانکداری بین‌المللی همواره برای تضمین دین موجود به کار نمی‌رود، بلکه بعضی از انواع ضمانت‌نامه همیشه برای تضمین تعهد احتمالی آینده استفاده می‌شوند. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، مصداق بارز این قبیل ضمانت‌نامه‌ها است که به منظور تضمین انعقاد قرارداد پایه، در صورت برنده شدن ضمانت‌خواه در مناقصه استفاده می‌شود. البته برخی دیگر از انواع ضمانت‌نامه بانکی نظیر ضمانت‌نامه بازپرداخت معمولاً با هدف تضمین دین یا تعهد موجود، گشایش می‌شوند و برخی دیگر نظیر ضمانت‌نامه انجام قرارداد، حسب مورد ممکن است برای تضمین تعهد موجود و یا تعهد احتمالی آینده استفاده شوند. آنچه که به عنوان وجه افتراق با ضمان عقدی دارای اهمیت است این است که چنانچه ضمانت‌نامه برای تضمین یک تعهد آینده که سبب آن نیز ایجاد نشده، مورد استفاده قرار گیرد، این امر منجر به بطلان آن نمی‌شود، در حالی که در ضمان عقدی چنین حالتی سبب بطلان عقد خواهد شد.

لازم به ذکر است موضوع ضمانت از دین آینده در ضمانت‌نامه بانکی قبلاً در هیأت عمومی حقوقی دیوان

عالي کشور (برای صدور رأی اصراری) مطرح شده است. در جریان رسیدگی به این موضوع دادستان کل کشور با سنجیدن ضمانت نامه بانکی با معیارهای ضمانت عقدي، به استناد ماده ۶۹۱ قانون مدني و به لحاظ موجود نبودن دين هنگام صدور ضمانت نامه، نظر به بطلان آن داشته است. این نظر ظاهراً در هیأت عمومي ديوان عالي کشور پذیرفته نشده، اگر چه این موضوع به صراحت در رأی ديوان عالي کشور قيد نگردیده است (آرشیو کیهان، ۱۳۴۶: ص ۲۱۹-۲۱۶).

### پنج \_ از حیث نقش مديون اصلي در قرارداد ضمانت

در ضمانت عقدي مقرر در قانون مدني، رضایت مديون اصلي شرط نیست و از جهت نظري ممکن است ضامن بدون رضایت مضمون عنه تأديه دين او را به عهده گیرد. این مسأله ممکن است در بحث رجوع ضامن به مضمون عنه برای مطالبه آنچه به مضمون له پرداخته است، منشأ اثر باشد، چرا که بر اساس نوشته های حقوقی حقوق مدني، اگر ضامن بدون رضایت و اذن مضمون عنه، دين او را ضمانت کند و تأديه دين نیز بدون اذن صورت گرفته باشد، ضامن حق رجوع به مضمون عنه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۳۵۰). در مورد ضمانت نامه بانکی وقوع چنین حالتی غیر ممکن است، چرا که بانک ها همواره به درخواست ضمانت خواه و بر اساس تضمین متقابلی که وي ارائه می کند، حاضر به گشایش ضمانت نامه بانکی می شوند<sup>۸۷</sup> و از این رو

همواره حق رجوع به ضمانت خواه را دارند.

### شش \_ از حیث لزوم یا عدم لزوم ذکر جزئیات تعهد ضامن و شرایط ضمان

عقد ضمان در قانون مدني از عقود مبتني بر مسامحه است و از این رو، مطابق ماده ۶۹۴ قانون مدني: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دين شخص بشود بدون این که بداند آن دين چه مقدار است، ضمان صحيح است...». در ماده ۶۹۵ نیز آمده است: «معرفت تفصیلي ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه لازم نیست». در مقابل، ضمانت نامه بانکی جزء عقود مبتني بر مسامحه نیست بلکه از عقود معاملي و مبتني بر سودجویي به شمار می رود (اخلاقی، ۱۳۶۸: صص ۱۷۱ - ۱۷۲). بر اساس رویه بانکداری و مقررات بین المللی، درج جزئیات تعهد بانک ضامن در متن ضمانت نامه از جمله مبلغ ضمانت نامه و ارز مقرر،

تاریخ اعتبار ضمانت نامه، نام شخص ذینفع و ضمانت خواه و از همه مهمتر شروط پرداخت وجه ضمانت نامه، ضرورت دارد ( Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication ) Article ۳, ۴۸۵ (no).

با توجه به آنچه گفته شد، ضمانت نامه مستقل بانکی اعم از داخلی و بین المللی از جهات متعددی متفاوت از ضمانت عقدی مقرر در قانون مدنی می باشد، به گونه ای که اعمال قواعد حاکم بر ضمانت عقدی در مورد ضمانت نامه های بانکی، در بسیاری از موارد منجر به بطلان آنها خواهد شد.

## ۲\_۲ \_ ضمانت نامه مستقل بانکی و ضمانت مقرر در قانون تجارت

### الف \_ ضمانت مقرر در قانون تجارت و انواع آن

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

ماده ۴۰۲ قانون تجارت در تبیین ضمانت ضمیمه طولی مقرر می دارد:

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

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

نوع دیگر ضمانت ضمیمه، ضمانت تضامنی موضوع ماده ۴۰۳ قانون تجارت است:

«در کلیه مواردی که به موجب قانون یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول

طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

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

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

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

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

#### **ب\_ مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با ضمان مقرر در قانون تجارت**

۱\_ چنان‌که گفته شد، ضمان مقرر در قانون تجارت نیز تعهد تبعی محسوب می‌شود و حدود و شرایط تعهد ضامن با مراجعه به تعهد مورد تضمین تعیین می‌گردد، در حالی‌که در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، تعهد بانک (ضامن)، مستقل از قرارداد پایه است و حدود و شرایط آن با مراجعه به متن و مفاد خود ضمانت‌نامه تعیین می‌شود.

۲\_ ضمان ضمیمه سبب می‌شود که دو شخص در قبال دین واحدی متعهد شوند، حال آن‌که ضمانت‌نامه



بانکی چنین اثری ندارد. درست است که ضمانت نامه به منظور تضمین اجرای تعهد ضمانت خواه در قرارداد پایه استفاده می شود اما تعهد مندرج در آن، تعهدی متفاوت از تعهد ضمانت خواه در قرارداد پایه است و گشایش ضمانت نامه سبب نمی شود که بانک در قبال تعهد ضمانت خواه متعهد گردد، چنان که ضمانت خواه نیز مستقیماً مسؤول تعهد بانک در ضمانت نامه نیست بلکه گشایش ضمانت نامه، تعهد مستقلی را برای بانک ایجاد می کند مبنی بر این که در صورت مطالبه ذینفع و عنداللزوم ارائه اسناد مشخص، مبلغ معینی را به وی بپردازد. این تعهد منحصرأً تعهد خود بانک است بنابراین اگر ضمانت خواه همان مبلغ را به ذینفع پرداخت کند، ذمه بانک بریء نخواهد شد (شهبازی نیا، ۱۳۸۰: ص ۱۲۸ به بعد). حال آن که در ضامن قانون مدنی و قانون تجارت ایفای تعهد از سوی مضمون عنه، ضامن را بریء الذمه می کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۴، ص ۳۵۴).

۳\_ همانند ضامن نقل ذمه، در ضامن ضم ذمه نیز اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه جاری نیست، حال آن که در ضمانت نامه بانکی به عنوان نتیجه اصل استقلال، اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه جریان دارد.

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

چنان که ملاحظه شد، خلاف آنچه برخی از استادان حقوق تجارت در مورد «حکومت اصل مسؤولیت تضامنی» بر ضمانت نامه های بانکی گفته اند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ص ۱۷۰)، ضمانت نامه بانکی با ضامن مقرر در قانون تجارت نیز ماهیتاً تفاوت دارد. درست است که این سند با توجه به ماده ۲ قانون تجارت و مقررات مربوط به بانکداری، در زمره فعالیت های تجاری است، اما این امر سبب نمی شود که مقررات باب دهم قانون تجارت را در مورد آن جاری بدانیم، چرا که این سند ساخته عرف تجاری و رویه بانکداری است و دارای شرایط و قواعد معینی است که در قالب هیچ یک از نهادهای سنتی حقوق ما نمی گنجد (همان: ص ۱۸۴). از این رو نباید با هدف گنجاندن ضمانت نامه در یکی از طبقات سنتی حقوق، از خصوصیات و قواعد مهم آن که زاینده نیاز اقتصادی و تجاری امروز هستند، چشم پوشی کرد بلکه باید تلاش نمود تا با لحاظ واقعیات این ابزار تجاری و ابعاد آن به عنوان یک پدیده جدید (کاشانی، ۱۳۷۷: ص ۱۱)، جایگاه مناسبی را به آن اختصاص داد و قواعد و احکام مربوط به آن را تبیین نمود.

## ۲\_۳\_ مبناي قانوني و شرعي اعتبار قرارداد ضمانتنامه بانكي

با توجه به مباحث بند قبل، روشن شد که ضمانتنامه ماهیت قراردادي دارد. در زمره عقود معین و خصوصاً ضمان تبعی به حساب آورد. همچنین گفتیم که در کشورهای دیگر نیز تلاش‌هایی برای طبقه‌بندی ضمانتنامه در چارچوب نهادها و مفاهیم سنتی نظیر ضمان حقوق مدنی و نمایندگی (Delegation) صورت گرفته که قرین موفقیت نبوده است.<sup>۱۹۸</sup> تعهد به نفع ثالث نیز یکی دیگر از چارچوب‌هایی است که برای توجیه تعهد

بانک در ضمانتنامه مستقل به کار گرفته شده است که ایرادهای آن قبلاً بیان گردید. با لحاظ مجموع این مقدمات به این نتیجه رسیدیم که ضمانتنامه بانکی بین‌المللی يك قرارداد جدید است که آثار و ویژگی‌های خود را دارد. اینک باید دید مبناي حقوقی اعتبار این قرارداد جدید چیست و جایگاه آن کجاست؟ به اعتقاد ما، ضمانتنامه مستقل بانکی، قراردادي تجاري است که باید آن را در زمره عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاري، ساخته قوانین داخلی نیست بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجاري بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاري و مقررات نهاد‌هایی نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی و آنسیترال) کسب نموده است. رویه قضایی کنونی غالب کشورهای اروپایی و آمریکا (در مورد اعتبارنامه‌های انتظاري) و دکترین کشورهای مذکور نیز ضمانتنامه مستقل جدید را که در تجارت بین‌المللی استفاده می‌شود و بخشی از يك رابطه چند جانبه را تشکیل می‌دهد، يك قرارداد جدید و در زمره عقود غیرمعین به حساب می‌آورند (برای ملاحظه آرای محاکم کشورهای مذکور و نیز نظر حقوق‌دانان ر.ک: ۵۸-۵۴، ۱۹۹۶: Bertrams).

قبول واقعیت فوق از این جهت حائز اهمیت است که ما را از تلاش برای توجیه ضمانتنامه بانکی بین‌المللی بر اساس قوانین داخلی و پاسخ‌گویی به مسائل خاص ضمانتنامه بر اساس مفاهیم و نهاد‌های دیگر که گاهی به بطلان آن منجر می‌شود، باز می‌دارد. مسائل حقوقی ضمانتنامه بانکی را باید بر اساس ماهیت، مکانیسم و اهداف خاص آن و نیز قواعد فراملي حاکم بر آن تحلیل نمود و پاسخ داد. مفاهیمی همچون تفسیر قرارداد، تهاتر، انتقال قرارداد، و اصل حسن نیت را نباید به همان ترتیبی که در مورد قراردادهای دیگر استفاده می‌شوند، به طور خودکار نسبت به ضمانت نامه بانکی بین‌المللی هم اعمال نمود.

پذیرش این واقعیت که ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی به ویژه ضمانت‌نامه قابل پرداخت به صرف درخواست، ابزار جدیدی است که از تجارت بین‌الملل نشأت گرفته و در آن زمینه به کار می‌رود، می‌تواند آمادگی ما را برای درک تحولات حقوقی کشورهای دیگر نیز بالا ببرد. با توجه به مطالب فوق، بعضی از نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل به این نتیجه رسیده‌اند که ضمانت‌نامه مستقل بانکی بخشی از Lex Mercatoria را تشکیل می‌دهد (Van Delden, ۱۹۹۳: P ۵۹۱) صرف- نظر از این‌که مفهوم مذکور چه التزاماتی را در پی دارد، نباید انتظار داشت که با اطلاق این عنوان بر ضمانت‌نامه بانکی، مجموعه‌ای از قواعد خاص و مدون در دسترس قرار گیرد تا بتوان موضوعات مربوط به ضمانت‌نامه را بر اساس آن‌ها حل کرد.

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

با وجود این، اگر تحلیل ضمانت‌نامه بر مبنای حقوق داخلی کشورمان ضروری باشد، مبنای این تحلیل می‌تواند ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد (اخلاقی، ۱۳۶۸: صص ۱۸۶-۱۸۵). براساس این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

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

ابهامی که ممکن است نسبت به این دیدگاه مطرح شود، موضوع مغایرت احتمالی آن با مقررات ضمان

عقدي قانون مدني است. به اعتقاد ما امکان چنين مغايرتي نيز وجود ندارد، زيرا همان طور که ملاحظه کرديم، ضمانت نامه مستقل بانكي، نهادي کلاً متفاوت از ضمان مقرر در قانون مدني است و از اين رو نبايد اين نهاد متفاوت را بر مبناي قواعد سنتي قانون مدني در مورد ضمانت سنجيد. بر اين اساس، امکان هرگونه مغايرت نيز منتفي خواهد بود. علاوه بر اين، رويه قضايي و دکترین حقوق ايران، امکان توافق خلاف مقررات ضمان عقد و ايجاد ترتيبات متفاوت را پذيرفته است. از جمله، رأی شماره ۱۴۴۴ مورخ ۱۳۲۷/۹/۱۴ شعبه چهارم ديوان عالي کشور اعلام مي کند:

«مطابق ماده ۶۸۴ قانون مدني ضمانت عبارت از اين است که کسي مالي را که بر ذمه ديگري است به عهده بگيرد، بنابر اين اگر کسي تعهد کند ( در صورتي که در نتيجه عدم تحويل اشياي فروخته شده خسارتي متوجه خريدار گردد آن را جبران کند) عمل او صرفاً تنظيم قرار دادي بوده که بين مشارالیه و متبايعين در حدود ماده ۱۰ قانون مدني بسته شده است و با ماده ۶۸۴ قانون مزبور انطباقي نخواهد داشت» (متين: ص ۲۹۵).

همچنين در رأی شماره ۲۴۲ مورخ ۱۳۲۷/۲/۱۵ همان شعبه چنين آمده است:

«هرگاه طرفين در موقع تنظيم اجاره نامه نظر به ضمانت مذکور در ماده ۶۹۸ قانون مدني نداشته باشند تا ذمه مضمون عنه (مستأجر) در مقابل مضمون له (موجر) بريء و ذمه ضامن مشغول گردد بلکه با استفاده از ماده ۱۰ قانون مدني مستأجر و متعهد در مقابل موجر، تعهد انجام مقررات مذکور در اجاره نامه و پرداخت مال الاجاره را کرده باشد، چنين تعهدي مانع قانون نخواهد داشت» (همان).

اين آرا و برخي ديگر از آراي صادره از محاکم قضايي ايران (براي ملاحظه برخي از اين آرا ر.ک: قانون مدني در آراي ديوان عالي کشور، مبحث ضمان عقدي) نشان مي دهد که هرگاه مقصود طرفين، ضمان مصطلح قانون مدني نبوده بلکه ترتيب ديگري از ضمانت را اراده کرده باشند، محاکم ايران چنين ترتيبی را مغاير مقررات قانون مدني ندانسته بلکه به استناد ماده ۱۰ قانون مدني آن را معتبر دانسته اند. نوشته هاي حقوقي استادان حقوق مدني و تجارت نيز، توافق در مورد نوع متفاوتي از ضمانت را به استناد ماده مرقوم صحيح شمرده اند (براي نمونه ر.ک: امامي، ۱۳۶۶: ج ۱ و ۲، ص ۲۵۳؛ محبي، ۱۳۷۵: ص ۸۶؛ اخلاقي، ۱۳۶۸: ص ۱۸۵ و کاشاني، ۷۰ \_ ۱۳۶۹: ص ۲۱۸)، چنان که يکي از اين نويسندگان گفته است: « نبايد از نظر دور داشت که مي توان از مديون ضمانت تضامني نمود که در نتيجه آن هريک از ضامن و مضمون عنه در مقابل طلبکار، مديون باشند و آن در صورتي است که اين امر در عقد قيد شود، خواه عقد مزبور به لفظ ضمان و مشتقات آن منعقد شود يا به الفاظ ديگري که معني مقصود را

برساند، زیرا در صورتی که این امر در عقد تصریح گردد معلوم می‌شود که قصد طرفین انتقال دین نمی‌باشد. همچنین طرفین می‌توانند در عقد مزبور نحوه مطالبه را نیز قید کنند که طلبکار بتواند از هر یک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطالبه کند و یا آن که در صورت نپرداختن مضمون عنه بتواند از ضامن آن را مطالبه نماید. دلیل بر این امر عموم مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی و ذیل ماده ۶۹۹ قانون مزبور است» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۲، ص ۲۵۳).

با توجه به آرا و نظریه‌های مذکور می‌توان چنین نتیجه گرفت که رویه قضایی و نظریه علمای حقوق ایران، توافق خلاف مقررات باب ضمان در قانون مدنی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح شمرده است که ضمانت‌نامه مستقل بانکی نیز می‌تواند در زمره چنین توافق‌هایی باشد. ابهام دیگر در مورد اعتبار قرارداد ضمانت‌نامه مستقل بانکی، احتمال مغایرت آن با موازین فقهی راجع به عقد ضمان است. برای رفع این ابهام بازگشت به مباحث مربوط به مقایسه ضمانت‌نامه بانکی با ضمانت عقدی ضرورت دارد. در آن مباحث، وجوه افتراق ضمانت‌نامه مستقل بانکی از ضمانت نقل ذمه (در قانون مدنی) بیان شد و این نتیجه به دست آمد که نهاد مورد بحث ماهیتاً متفاوت از ضمانت نقل ذمه است و از قواعد و احکام متفاوتی پیروی می‌کند. همچنین گفته شد که قانون مدنی در احکام عقد ضمان از نظر مشهور فقها تبعیت کرده و ضمانت نقل ذمه را پذیرفته است. از این رو آنچه درباره تفاوت ماهیت قرارداد ضمانت‌نامه بانکی با ضمانت عقدی قانون مدنی گفته شد، در رابطه این نهاد با عقد ضمان در فقه امامیه نیز صادق است.

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

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

## نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه‌ها از نهادهای مذکور به ویژه ضمان سنتی فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده جدید مطرح شده است. این پدیده جدید را نباید با قواعد و معیارهای حقوق ملی حاکم بر ضمان سنتی مورد ارزیابی قرار داد بلکه در مقام تحلیل و تفسیر مسائل ناشی از آن، باید قواعد بین‌المللی و ویژگی‌های این سند مد نظر واقع شود. با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری بین‌المللی، پدیده ضمانت‌نامه را می‌توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت‌خواه یا اصیل طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی نیست، هر چند که تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد متقابل وی به بانک گشایشگر ضمانت‌نامه مبنی بر بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه در صورت مطالبه ذینفع را می‌توان علت اصلی ورود بانک به رابطه قراردادی با ذینفع دانست. از این‌رو اگر بانک ضامن، با وجود مخالفت ضمانت‌خواه، وجه ضمانت‌نامه را با رعایت شروط و مفاد ضمانت‌نامه به ذینفع پرداخت نماید، حق رجوع به ضمانت‌خواه و مطالبه وجوه پرداختی را دارد. در حقوق ایران، با توجه به افتراق ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از ضمانت عقدي و ضمانت مقرر در قانون تجارت، این قرارداد جدید را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

## منابع:

- ۱\_ آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، ۱۳۴۶.
- ۲\_ اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸-۱۴۹، ۱۳۶۸.
- ۳\_ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶، ج ۱ و ۲.
- ۴\_ ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، ترجمه: فریده تذهیبی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۸۱.
- ۵\_ شهبازی نیا، مرتضی، قاعده استناب و کاربرد آن در دیوان داورای دعوی ایران \_ ایالات متحده، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.

- ۶ \_\_\_\_\_، **ضمانت نامه بانكي بين المللي**، رساله دكتري، دانشگاه تربيت مدرس، ۱۳۸۰.
- ۷\_ شهبازي نيا، مرتضي و عيسئي تفرشي، محمد، «**استقلال ضمانت نامه بانكي و آثار آن در تجارت بين المللي**»، نامه مفيد، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
- ۸\_ شهيد ثاني، **شرح لمعه**، بيروت، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، بي تا.
- ۹\_ شهيدي، مهدي، **تشكيل قراردادها و تعهدات**، چاپ اول: تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- ۱۰\_ کاتوزيان، ناصر، **حقوق مدني**، عقود معين، چاپ دوم: تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ج ۴.
- ۱۱\_ کاشاني، محمود، **جزوة حقوق مدني ۷ (وثيقه هاي دين)**، دانشکده حقوق دانشگاه شهيد بهشتي، سال تحصيلي ۷۰-۱۳۶۹.
- ۱۲\_ \_\_\_\_\_، **ضمانت نامه بانكي**، چاپ اول: تهران، انتشارات مؤسسه عالي بانکداري ايران، ۱۳۷۷.
- ۱۳\_ گرجي، ابوالقاسم، **مقالات حقوقي**، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ج ۱.
- ۱۴\_ **قانون مدني در آراي ديوان عالي کشور**، گردآوری شده توسط مهدي نيك فر، چاپ اول: تهران، انتشارات کيهان، ۱۳۷۱.
- ۱۵\_ طباطبائي، سيدمحمد کاظم، **عروة الوثقي**، جلد دوم، بيروت، مؤسسه الاعلمي للمطبوعات، بي تا.
- ۱۶\_ متين، احمد، **مجموعه رويه قضايي**، قسمت حقوقي، ۱۳۱۱ \_ ۱۳۳۵.
- ۱۷\_ محبي، محسن، «**ضمانت نامه بانكي در رويه ديوان داوري دعاوي ايران \_ ايالات متحده**»، مجله حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين المللي، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- ۱۸\_ محقق حلي، **شرايع الاسلام**، تهران، منشورات اعلمي، بي تا، ج ۱ و ۲.
- ۱۹\_ محقق داماد، سيد مصطفي، «**تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شيخ انصاري و دكترين هاي حقوقي معاصر**»، مجله تحقيقات حقوقي، دانشگاه شهيد بهشتي، شماره ۱۷-۱۶، ۱۳۷۴.
- ۲۰\_ **مجله حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين المللي**، شماره ۹، ۱۳۶۷.