فصلنامه مطالعات حقوق
Journal of Legal Studies
شماره سی و سه. تابستان ۱۳۹۸، صص۲۳-۱۳ Vol 3. No 33. 2019, p 13-23
شماره شاپا (۲۵۳۸-۶۳۹۵) ISSN: (2538-6395)

مطالعه تطبیقی فقهی حقوقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت‌نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی

محسن تقی زاده[۱]. دکتر محمد شفیق اسکی[۲]
۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت الله آملی. ایران
۲. عضو هیات علمی دانشگاه فرهنگیان

چکیده

ضمان عقدی عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن. به این ضمان، ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیز نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از جانب ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست.[۱]در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است و آن یا به موجب عقد ضمان است[۲]و یا به موجب عقد حواله.[۳]در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه به طور معمولی بری است و به او مدیون نیست. ضمانت‌نامه بانکی عنوانی تقریباً مشابه ضمان عقدی دارد و تشابهاتی دارد، تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانتنامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت‌خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی‌که 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 حالی‌که به موجب اصل استقلال ضمانتنامه بانکی، بانک ضامن نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. بنا بر این ضمانتنامهٔ بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قراردادی غیرمعین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. در پژوهش حاضر با استفاده از روش تحلیلی – توصیفی به مطالعه تطبیقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانتنامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی می پردازد.

واژه‌های کلیدی: ضمانتنامهٔ بانکی، ضمان عقدی، ماهیت حقوقی، قانون مدنی، اتاق بازرگانی بین‌المللی

۱- مستفاد از مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی
۲- ماده ۶۸۴ قانون مدنی
۳- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

مقدمه

ضمانتنامهٔ 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 حالی‌که 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.

ضمان عقدی یک قرارداد مدنی به شمار می‌رود زیرا اساس عقد ضمان یک خدمت دوستانه و رایگان است. رویه قضایی مستمر در فرانسه ضمان را حتی در موردی که موضوع آن یک دین تجاری است، قرارداد مدنی می‌داند. دادگاه‌های فرانسه ضمان یک بازرگان به سود یک بازرگان دیگر را حتی برای دیونی که دارای طبیعت تجاری هستند قرارداد مدنی دانسته‌اند. البته ضمانت‌نامه‌های بانکی از این قاعده مستثنی هستند. این ضمانتنامه‌ها از قواعد ویژه خود پیروی می‌کنند و از اسناد مهم بانکی شمرده می‌شوند. از این رو ضمانت نامهٔ بانکی بین‌المللی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیدهٔ عرف و رویهٔ بانکی ونیازهای تجاری واقتصادی است. درخصوص ماهیت این «پدیدهٔ جدید» هنوز اتفاق نظر چندانی درمیان نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل ورویهٔ قضایی مربوط به آن، فراهم نیامده است. از جمله، دکترین بین‌المللی هنوز درمورد ماهیت عقدی یا ایقاعی بودن پدیده مذکور به نقطه مشترکی نرسیده است. با این حال دیدگاه‌های مطرح دراین زمینه در یک نقطه مشترکند وآن اینکه قواعد حاکم براین پدیدهٔ جدید، عمدتاً جنبهٔ فراملی دارند که در بررسی وتحلیل حاضر ماهیت ضمانت‌نامه، همچنین تفاوت ها و اشتراکات عقد ضمان با ضمانت نامه‌های اتاق بازرگانی را بررسی و مورد بحث قرار خواهیم داد.

بحث و بررسی

مفهوم و معنای ضمان عقدی و اوصاف عقد ضمان

ضمان در عرف حقوقی به معنی تعهد و مسئولیت است. اصطلاح ضمان قهری ناظر به مسئولیت‌هایی است که در فصل دوم جلد اول قانون مدنی پیش‌بینی شده و شامل غصب، اتلاف، تسبیب و استیفاء می‌باشد.[1] ضمان عقدی از قراردادهای ویژه است که در فصل چهاردهم جلد اول قانون مدنی تعریف شده است. ماده ۶۸۴ در تعریف ضمان می‌گوید: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.»

۱- مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷ قانون مدنی

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

از ظاهر این ماده چنین برمی‌آید که نویسندگان قانون مدنی به نظریه نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده‌اند. تعهد به مالی که بر عهده دیگری است تعریفی است که مؤلف شرایع الاسلام از عقد ضمان کرده است. ولی در ماده ۶۹۸ قانون مدنی صریح در نقل ذمه است:

«بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود.» در مجموع در تعریف ضمان می‌توان گفت؛ عبارت است از التزام اختیاری یا قهری به پرداخت مالی به کسی و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از اینکه به اختیار باشد یا به موجب قانون. پس التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون. ضمان ناشی از قرارداد، اختیاری و ارادی است که به آن «ضمان عقدی» گویند، مثل ضمان ناشی از عقد ضمان. در صورتی که قصد متعهد در ایجاد ضمان موثر نباشد و مبنای ضمان حکم قانون باشد، ضمان، ضمان قهری است مثل ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب. [۱]

ضمان عقدی عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن. به این ضمان، ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیز نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از جانب ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست.[۲]در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است و آن یا به موجب عقد ضمان است[۳]و یا به موجب عقد حواله.[۴]در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه به طور معمولی بری است و به او مدیون نیست. ولی در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی در حکم ضامن است.[۵]

در این مفهوم ضمان به دو معنی عام و خاص نیز به کار رفته است. ضمان به معنی اخص عبارت است از تعهد به مال است که در ذمه‌ی دیگری قرار دارد. به این ضمان، ضمان عقدی هم می‌گویند. ضمان به معنی اخص همان ضمانی است که در ماده ۶۴۸ قانون مدنی از آن بدین صورت تعریف کرده است:

«عقد ضمان عبارتند از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می‌گیرد».

ضمان به معنی اعم عبارت است از این که شخصی دین دیگری را تعهد کند و یا این که تعهد کند که شخص مدیون را بر طبق مقرر حاضر کند. پس ضمان به معنی اعم هم شامل حواله و هم شامل کفالت و هم شامل ضمان به معنی اخص می‌باشد؛ بدین صورت اگر مورد ضمان شخص باشد آن را کفالت گویند چنان که در تعریف کفالت در ماده ۷۳۴ ق. م آمده است:

«کفالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند».

۱- کاشی آرانی، کریم، انتقال ضمان معاوضی در بیع، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۷۷، ص ۲

۲- مستفاد از مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی

۳- ماده ۶۸۴ قانون مدنی

۴- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

۵- ماده ۷۲۷ قانون مدنی

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

اگر مورد ضمان مال باشد از دو حال خارج نیست: یا شخص ضامن، به مقداری که از دیگری تعهد کرده به او مدیون است که در این صورت حواله است. و یا این که ضامن مدیون او نباشد که در این صورت ضمان به معنی اخص است.[۱]

مفهوم ضمانت‌نامه‌های بانکی

بر اساس برخی مقررات قانون تجارت، ضمانت تضامنی بوده و موجب ضم ذمه ضامن به مضمون عنه می‌گردد. ماده ۲۴۹ ق. م به مسئولیت تضامنی متعهدین سند تجاری اشاره دارد. وفق مقررات قانون تجارت، پس از تحقق ضمانت، ضامن متعهد به پرداخت وجه سند به ذینفع می‌گردد بدون آنکه مضمون عنه بری شده باشد و با تحقق ضمانت به متعهدین سند تجاری افزوده می‌شود و در صورت پرداخت وجه سند تجاری توسط ضامن به دارنده سند تجاری، ضامن وفق مقررات مربوط می‌تواند به مضمون عنه وامضاء کنندگان سند تجاری رجوع کند. قسمت اخیر ماده ۲۴۹ قانون تجارت مقرر داشته: «. . . ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است». فرهنگ حقوقی خارجی در تعریف ضمانت‌نامه‌های بانکی چنین می‌گوید: «ضمانت‌نامه بانکی، گونه‌ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری پیمانکار از انجام تعهداتش (طرف دیگر را) پشتیبانی می‌کند. چنین ضمانت‌نامه‌هایی معمولاً در پروژه‌های ساختمانی دولتی خواسته می‌شود».[۲]

مقایسه ضمانت‌نامهٔ بانکی با عقد ضمان در حقوق ایران

ضمانت‌نامهٔ مستقل بانکی، قراردادی تجاری است که باید آن را در زمرهٔ عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاری، ساختهٔ قوانین داخلی نیست بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجاری بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاری ومقررات نهادهایی نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی و آنسیترال) کسب نموده است. رویهٔ قضایی کنونی غالب کشورهای اروپایی و آمریکا (در مورد اعتبارنامه‌های انتظاری) و دکترین کشورهای مذکور نیز ضمانت‌نامهٔ مستقل جدید را که در تجارت بین‌المللی استفاده می‌شود و بخشی از یک رابطهٔ چند جانبه را تشکیل می‌دهد، یک قرارداد جدید و در زمرهٔ عقود غیرمعین به حساب می‌آورند.[۳] به لحاظ پاره‌ای مشابهت‌ها بین ضمانت‌نامه بانکی و برخی نهادهای حقوق داخلی کشورها، تلاش‌هایی در جهت قراردادن ضمانت‌نامه در چارچوب مفاهیم و طبقه‌بندی‌های سنتی مذکور در قوانین مدنی صورت گرفته است. این تلاش که ناشی از تمایل به طبقه‌بندی پدیده‌های جدید در چارچوب دسته‌بندی‌ها، مفاهیم

۱- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص۳۶۴

۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۸۸

3- Bertrams, R. I. V. F. , Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed. , The Netherlands, Kluwer, 1996.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

و اصول کلی شناخته شده وسنتی است، در زمینهٔ ضمانت‌نامهٔ بانکی بین‌المللی بعضاً سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقی ضمانت نامه شده است. در کشور ما، تحلیل مسائل حقوقی ضمانت‌نامهٔ بانکی برمبنای 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[1] و دکترین نیز با ادامهٔ همان سنت، گاهی از مسیر مناسب تحلیل ضمانت‌نامهٔ بانکی دور افتاده است.

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

درحقوق ایران، دو نظام حقوقی متفاوت درمورد ضمانت وجود دارد که یکی ضمان عقدی مقرر درقانون مدنی ودیگری، ضمان مقرر در قانون تجارت است که به ضمان ضم‌ذمه مشهور می‌باشد. لازم به ذکر است، در میان مکاتب فقهی نیز در ماهیت ضمان دوگانگی، وجود دارد به گونه‌ای که فقهای امامیه قائل به ضمان نقل‌ذمه و فقهای عامه غالباً معتقد به ضمان ضم‌ذمه می‌باشند.[2]

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

ضمانت‌نامه بانکی و ضمان مقرر در فقه و قانون مدنی

الف: ضمان مقرر در قانون مدنی

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

فقهای امامیه[3] در تعریف عقد ضمان، عباراتی را نظیر «تعهد شخص به مالی که برذمهٔ دیگری ثابت است» یا «تعهد یا التزام به مالی که مضمون‌عنه متعهد آن است» یا «عقدی که برای تعهد به مال یا نفس وضع شده است» به کار برده‌اند. در مادهٔ ۶۸۴ قانون مدنی نیز تعریف مشابهی به عمل آمده است:

«عقد ضمان عبارت است از این‌که شخصی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه 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 مادهٔ ۶۹۹ قانون مدنی که حسب آن «التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد» مادهٔ ۷۲۳ قانون مدنی نیز دراین زمینه مقرر می‌دارد:

۱- رأی شمارهٔ ۷۱-۴۶/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و عقیده دادستان وقت کل کشور، آرشیو حقوقی کیهان: ص۲۱۵

۲- گرجی، ۱۳۷۲: ۳۳

۳- شهید ثانی، بی‌تا، ص۱۱۳ و محقق حلی، بی‌تا، ص۱۰۷

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

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

بنابراین با توجه به مواد مذکور، اگر مفاد تعهد ضامن به این ترتیب باشد که «اینجانب ضمانت مدیون را می‌نمایم چنانکه در اول موعد، بدهی خود را به داین نداد از عهدهٔ آن برآیم»[1]

چنین تعهدی التزام به تأدیه معلق است و اگرچه سبب انتقال دین از ذمهٔ مضمون عنه به ذمهٔ ضامن نمی‌شود، حسب مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی معتبر و لازم الاجراست.[2]

به نظر می‌رسد، چنان‌که برخی از استادان حقوق گفته‌اند این نوع التزام ماهیتاً تفاوتی با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون‌گذار قصد داشته است که با توجه به ضرورت‌های اجتماعی، به رغم پذیرش نظریهٔ نقل ذمه به عنوان اصل کلی، به این وسیله راه را برضمان ضم ذمه نیز بازگذارد.

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

اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی

علی‌رغم این‌که هدف از صدور یک ضمانت‌نامه، تأمین و تضمین ذی‌نفع در برابر خساراتی است که ناشی از قصور و تخلف مضمون‌عنه در قرارداد پایه است، اما استحقاق ذی‌نفع در خصوص مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه، تنها به‌موجب مراجعه به مفاد و شروط قیدشده در متن ضمانت‌نامه مشخص می‌گردد و بانک و مضمون‌عنه نمی‌توانند به دفاعیات و ایرادات قرارداد پایه استناد نمایند. برای ضامن بسیار مشکل و مخاطره‌آمیز است که خود را وارد مسائل و مشکلات ناشی از قرارداد پایه نماید. درواقع دلیل این‌که ضامن شخص مناسبی به‌منظور درگیر شدن در اختلافات ناشی از قرارداد پایه نیست این است که ضامن هیچ‌گونه نظارتی بر انعقاد قرارداد پایه نداشته و پس از منعقد شدن قرارداد نیز تخصصی در رابطه با آن ندارد. مضافاً این‌که ضامن به دلیل دریافت یک کارمزد. تقریباً جزئی در خصوص اقدامات خود، تمام توان و منابع خود را صرف تصدیق ادعای ذی‌نفع در مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه نمی‌نماید. پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع نیز حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه به‌منظور بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه بستگی به تبعیت ضامن از دستورات وی دارد. بر این اساس برای حمایت از ضامن، تعهد پرداخت وی باید مستقل از قرارداد پایه باشد. علاوه بر ضامن ذی‌نفع نیز از اصل استقلال منتفع می‌گردد بدین ترتیب که در صورت رعایت شرایط مقرر ضمانت‌نامه بدون اثبات قصور مضمون‌عنه می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را وصول نماید. از طرف دیگر نیز مضمون‌عنه اطمینان خاطر می‌یابد که بانک فقط در صورت احراز انطباق اسناد ارائه شده از سوی ذی‌نفع با مفاد شروط و ضمانت‌نامه وجه را به ذی‌نفع پرداخت می‌نماید. بدین ترتیب هر سه طرف

۱- رأی شماره ۹۱۴ – ۱۳۲۸/۵/۳ شعبهٔ سوم دیوان عالی کشور نقل از. متین: ص۲۹۳

۲- همان

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

ضمانت‌نامه‌ی بانکی از این اصل بنیادین منتفع می‌شوند؛ بنابراین استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و دریافت وجه آن به‌صرف مطالبه هدف نهایی از به‌کارگیری ضمانت‌نامه بانکی در قراردادهای بین‌المللی است به‌نحوی‌که سلب این وصف موضوعیت و کارکرد ضمانت‌نامه را کأن لم یکن می‌سازد.[1] به‌عبارت‌دیگر اصل استقلال اساسی‌ترین وصف ضمانت‌نامه‌ی بانکی است و تغییر و سلب این ویژگی، ضمانت‌نامه را به یک قرارداد ضمانت سنتی مبدل می‌سازد.[2] چنان‌که پیش‌از این نیز بیان گشت، اگرچه ازلحاظ تاریخی تقلب تنها استثنای بین‌المللی به رسمیت شناخته‌شده نسبت به اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است، لکن اصل مذکور خود یکی از اسباب زمینه‌ساز مطالبه‌ی متقلبانه وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی است؛ چراکه ذی‌نفع بدون این‌که بخواهد قصور و تخلف مضمون‌عنه در رابطه با قرارداد پایه را اثبات کند، می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید.

ضمانتنامه‌های بانکی ماهیت و فواید مقررات آن

موفقیت چشمگیر ضمانت‌نامه‌های مستقل نیاز به تدوین مقرراتی متحدالشکل درخصوص آنها را به همراه داشت. از آنجا که از تدوین نخستین نسخه از مقررات متحدالشکل حاکم بر اعتبارات اسنادی موسوم به UCP بیش از نیم قرن می‌گذشت و مقررات مذکور در سراسر جهان مورد پذیرش قرار گرفته و تقریبا تمامی اعتبارات اسنادی تحت این مقررات صادر می‌گردیدند، اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت با در نظر داشتن این تجربه موفق تدوین مقررات حاکم بر ضمانت‌نامه‌های مستقل را در دستورکار قرار دهد. حفظ ماهیت تضمینی این ابزار از یک‌سو و لزوم هماهنگی این مقررات با ویژگی اسنادی و مستقل ضمانت‌نامه‌های بانکی از سوی دیگر، وظیفه‌ای خطیر را پیشروی تدوین‌کنندگان این مقررات قرار داده بود. همچنین ایجاد تعادل بین منافع طرفین ضمانت‌نامه، یعنی ذی‌نفع، متقاضی و ضامن دشواری دیگری بود که در مسیر تدوین این مقررات قابل‌مشاهده بود. برای انجام این کار یک گروه کارشناسی مجرب قریب به ۱۰ سال نظرات متعدد متخصصان امور بانکی و تجاری را از سراسر جهان جمع‌آوری کرده و پس از بررسی ۱۱ پیش‌نویس سرانجام اولین نسخه از مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تحت عنوان URDG 458 در آوریل ۱۹۹۲ به اجرا گذاشته شد. این نسخه از مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه را بی‌تردید باید موفقیت و نقطه عطف مهمی در تاریخ ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی دانست. مواردی چون نقش اسنادی و مستقل بانک، نیاز به اعلام تخلف متقاضی به جای اثبات تخلف وی، حفظ استقلال کامل ضمانت‌نامه از رابطه پایه و موارد متعدد دیگری که به روشنی بر ماهیت مستقل ضمانت‌نامه‌ها تاکید می‌گذاشت، به صراحت در این مقررات درج شده بود.

1- Kelly-louw, Michelle, "Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit. " University of South Africa. 2009, p. 200.

۲- لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ نیز هر شرطی که سبب سلب وصف استقلال ضمانت‌نامه شود را بی‌اثر اعلام کرده و در ماده ۸۴۱ خود مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است».

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه صرفا مجموعه مقرراتی است که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده و تنها مقررات مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل می‌باشد. این مقررات ماهیتی قراردادی دارد؛ بنابراین صرفا در صورتی قابل‌اجرا خواهد بود که طرفین آن را برای ضمانت‌نامه خود انتخاب کرده و در متن ضمانت‌نامه صراحتا تابعیت ضمانت‌نامه از این مقررات درج شده باشد.

تشریفات شکلی انعقاد قرارداد ضمانتنامه

با توجه به تفاوت ضمانت‌نامه با ضمان مقرر در قوانین داخلی، تشریفات قانونی درمورد شکل انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه وجود ندارد 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.

مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه (مادهٔ ۲ مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و بند ۲ مادهٔ ۷ کنوانسیون آنسیترال) هم تنها شرط شکلی لازم را کتبی بودن آن دانسته‌اند که شامل ارسال متن از طریق وسایل الکترونیکی نیز می‌شود.[۱]

در حقوق انگلیس وآمریکا، مطابق قاعدهٔ کلی، وجود «عوض یا علت» (Consideration) نیز برای الزام‌آور شدن ضمانت‌نامه، ضروری است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادها، جز در موارد استثنایی، برای اینکه ازقدرت الزام‌آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض» خاص باشند، ضمانت‌نامهٔ بانکی نیز ازجمله قراردادهایی است که نیاز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پایه معمولاً علت کافی برای تعهد بانک، تلقی می‌شود. از این‌رو در متن ضمانت‌نامه‌های صادره از بانک‌های انگلیس، عبارتی نظیر آن‌چه در پی می‌آید، در مقدمهٔ ضمانت‌نامه ذکر می‌شود:

«درمقابل انعقاد قرارداد شماره... به وسیلهٔ... (ذینفع) ما تعهد می‌کنیم که ...»

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

«درمقابل صدور ضمانت‌نامه ... (ضمانت‌نامهٔ متقابل) از ناحیهٔ شما، ما تعهد می‌کنیم ...»[۲]

1- Kozolchyk, B. , Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law, IX, and ch.

۲- شهبازی نیا، مرتضی، تفریشی محمد عیسی، استقلال ضمانت بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین الملل، فصل نامه مفید، شماره ۳۷، سال ۱۳۸۲،

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

نتیجه‌گیری

قانون مدنی در ماده ۶۸۴ نظر فقهای شیعه را پذیرفته است. ماده ۶۸۴ ق. م مقرر داشته است که «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمونٌ له و شخص ثالث را مضمونٌ عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

از ظاهر این ماده چنین برمی‌آید نویسندگان قانون مدنی به نظریه، نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده‌اند. ماده ۶۹۸ ق. م نیز مقرر داشته است که «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون له مشغول می‌شود.» به استناد مواد مذکور می‌توان گفت قانون مدنی نظریه نقل ذمه را پذیرفته و اصل کلی در عقد ضمان در قانون مدنی این است که با وقوع عقد ضمان دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می‌شود.»

در فقه امامیه، بنابر قول مشهور فقها به محض انعقاد ضمان، دین از ذمه‌ی مضمون‌عنه به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و تراضی برخلاف آن جایز نیست و در فقه اهل سنت، بنابر نظر مشهور ایشان مقتضای ذات عقد ضمان ضم ذمه‌ی ضامن به ذمه‌ی مضمون عنه می‌باشد.

از طرف دیگر ضمانت‌نامه‌های بانکی از اسناد مهم بانکی هستند که نقش مهم در تضمین معاملات و به ویژه در قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می‌کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آنها بنحو چشمگیری افزایش یافته است. نقش ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی در بازرگانی بین‌المللی و تفاوت برخورد نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف با موضوعات مربوط به آن از دیرباز سازمان‌های بین‌المللی فعال در عرصه تجارت بین‌الملل را به تلاش برای تدوین مقررات بین‌المللی یکنواخت وا داشته است؛ یکی از این سازمان‌ها اتاق بازرگانی بین‌المللی بوده که تمام تلاش خود را در تدوین مقررات اختیاری، متمرکز نموده است؛ ما حصل این تلاش در قالب مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه ۴۵۸ در سال ۱۹۹۲ انتشار و در سال ۲۰۱۰ به شکل قواعد ۷۵۸ تغییر یافت و این اتاق بسیاری از ویژگی‌های اصلی و مهم ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در عرف تجارت بین‌الملل، از جمله استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن را پذیرفت و برای سایر مسائل حقوقی ضمات نامه نیز راهکارهایی با تکیه برعرف تجاری ارائه کرد.

اتاق بازرگانی بین‌المللی اقدام به تدوین مقرراتی در زمینه مقررات حاکم بر ضمانتنامه‌های بانکی نموده است که نسخه ۴۵۸ آن در سال ۱۹۹۲ منتشر گردید و در سال ۲۰۱۰ به شکل قواعد ۷۵۸ مورد ویرایش قرار گرفت که بسیاری از ویژگی‌های اصلی و مهم ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در عرف تجارت بین‌الملل از جمله استقلال ضمانتنامه‌ی بانکی از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن در این قواعد به چشم می‌خورد. ضمانت‌نامهٔ 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.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

این پدیدهٔ 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 ضمانت‌نامهٔ بانکی بین‌المللی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویهٔ قضایی و عرف تجاری بین‌المللی، پدیدهٔ 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 مطالبهٔ ذینفع را می‌توان علت اصلی ورود بانک به رابطهٔ 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 مطالبهٔ وجوه پرداختی را دارد.

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

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

فهرست منابع و مآخذ

ـ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶، ج۱و۲.

ـ ضمانتنامه‌های عند المطالبه، ترجمه: فریده تذهیبی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۸۱.

ـ شهبازی نیا، مرتضی، قاعدهٔ استاپل و کاربردآن در دیوان داوری دعاوی ایران _ ایالات متحده، پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.

ـ بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.

ـ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۸۸

ـ فتحی‌پور، علی، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، ۱۳۶۹، تهران.

ـ کریمی، اسدالله، «مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی»، مجله تحقیقات حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، شماره نهم، ۱۳۹۱.

ـ گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ج۱.

ـ محبی، محسن، «حل و فصل دعاوی ضمانت‌های بانکی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی) شماره ۷، سال چهارم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، .۱۳۸۹

ـ محبی، محسن، «ضمانتنامه بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا»، ۱۳۷۵، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱.

ـ محقق داماد، سیدمصطفی، «مقاله عقد ضمان»، فصلنامه حق شماره ۱۲، ۱۳۷۸.

ـ کاشی آرانی، کریم، انتقال ضمان معاوضی در بیع، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، خرداد .۱۳۷۷

__ Kelly-louw, Michelle, ”Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit. ” University of South Africa. 2009, p. 200.

__ Bertrams, R. I. V. F. , Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed. , The Netherlands, Kluwer, 1996

__ Kozolchyk, B. , Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law, IX, and ch.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-10-30]