

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دفتر برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری امور پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری پس از بررسی مستندات کنگره، با توجه به جایگاه علمی برگزارکنندگان و کارگروه مربوط به آن، سطح علمی و پژوهشی چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی را تایید کرد. این موضوع طی نامه‌ای به شماره ۱۳۹۵۶۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۷/۰۳ به اطلاع شورای سیاست‌گذاری کنگره رسیده است.



**مجموعه مقالات  
چهارمین کنگره بین المللی  
علوم انسانی اسلامی**

**کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی**

## اسامی هیئت داوران

### کمیسیون «فقه و حقوق اسلامی» رئیس کمیسیون: دکتر محمود حکمت نیا

#### اسامی داوران به ترتیب حروف الفبا:

- احمد احسانی فر: دکترای حقوق از پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- سجاد ایزدهی: دانشیار گروه سیاست پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- مصطفی بختیاروند: دانشیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشگاه قم
- غلامرضا پیوندی: استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد جواد جاوید: استاد گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران
- محمود حکمت نیا: استاد گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- عبدالله رجبی: استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس فارابی
- اکبر رهنما: دانشیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد
- محمد شجاعیان: استادیار گروه علوم سیاسی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- اکبر طلاهی طرقي: استادیار مرکز مطالعات عالی انقلاب اسلامی دانشگاه تهران
- سید محمد مهدی غمّامی: عضو هیئت علمی گروه حقوق عمومی دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه السلام)
- مصطفی کاظمی نجف‌آبادی: استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- سید محمد حسین کاظمینی: دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- علی محمدی: استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد مهدی مقدادی: عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه مفید
- مصطفی نصرآبادی: پژوهشگر فقه و حقوق
- فرج‌الله هدایت‌نیا: دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد یزدیان محمدی: کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی (ره)



سرشناسه	کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی (چهارمین: ۱۳۹۶: تهران)
عنوان و نام پدیدآور	International Conference on Islamic Humanities (4th : 2017 : Tehran)
مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی نویسندگان جمعی از نویسندگان مقاله در چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی: حامیان برگزاری کنگره مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا... (و دیگران):	ویراستار مرتضی طباطبایی.
مشخصات نشر	تهران: آفتاب توسعه، ۱۳۹۸-۱۰
مشخصات ظاهری	ج ۱۰:
شابک	دوره: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۶۸۹: ج ۱۰: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۰۲۱: ج ۲: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۱۹: ج ۳: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۲۳: ج ۴: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۴۰: ج ۵: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۵۷: ج ۶: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۶۴: ج ۷: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۷۱: ج ۸: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۸۸: ج ۹: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۹۵: ج ۱۰: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۸۰۵
وضعیت فهرست نویسی	فیبیا:
یادداشت	کتابنامه.
مندرجات	ج ۱: کمیسیون تخصصی تعلیم و تربیت اسلامی- ج ۲: کمیسیون تخصصی فلسفه و روش‌شناسی علوم انسانی اسلامی- ج ۳: کمیسیون تخصصی مدیریت اسلامی- ج ۴: کمیسیون تخصصی علوم سیاسی اسلامی- ج ۵: کمیسیون تخصصی اقتصاد اسلامی- ج ۶: مقالات کمیسیون تخصصی تمدن نوین اسلامی- ج ۷: مقالات کمیسیون تخصصی روان‌شناسی اسلامی- ج ۸: مقالات کمیسیون تخصصی هنر و معماری اسلامی- ج ۹: مقالات کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی- ج ۱۰: مقالات کمیسیون تخصصی ارتباطات و جامعه‌شناسی اسلامی- ج ۱۱: کمیسیون تخصصی علوم انسانی (اسلام) - کنگره‌ها
موضوع	علوم انسانی (اسلام) -- Congresses: Humanities (Islam)
موضوع	علوم انسانی -- کنگره‌ها
موضوع	Humanities -- Congresses
شناسه افزوده	مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا
رده بندی کنگره	BP۳۳۲
رده بندی دیویی	۲۹۷/۴۸۵
شماره کتابشناسی ملی	۵۹۴۰۳۹۸

## مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی

جلد نهم | کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی

ناشر: انتشارات آفتاب توسعه (ناشر آثار مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا)

نویسندگان: جمعی از نویسندگان مقاله در چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی

ویراستار: مرتضی طباطبایی

طراحی جلد: سید ایمان نوری نجفی

صفحه آرای: یوسف بهرخ

نوبت و سال انتشار: نخست، بهار ۱۳۹۸

شمارگان: ۵۰۰ دوره

شابک دوره: ۹۷۸-۹۶۴-۷۸۶۷-۶۸-۹

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۷۸۶۷-۷۸-۸

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

نشانی ناشر: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، خیابان کشوردوست، کوچه نوشیروان،

پلاک ۲۶، طبقه چهارم، مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا

کد پستی: ۱۳۱۶۷۳۴۴۵۸

تلفکس: ۰۹۰۵۶۰۶۶۴

www.sccsr.ac.ir

پایگاه اینترنتی:

info@sccsr.ac.ir

رایانامه:

## فهرست مطالب

### کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی

- |     |  |
|-----|--|
| ۹   | ممنوعیت فقهی استفاده از سلاح هسته‌ای در شرایط اضطرار جنگی<br>احمد احسانی فر  |
| ۳۵  | نقض حیثیت معنوی در قلمرو شهادت شهود و جرح شاهد<br>حسین جاور، حسین هوشمند فیروزآبادی  |
| ۵۵  | گفتار در روش‌شناسی مطالعات حقوقی در حقوق ایران<br>عبدالله رجبی   |
| ۸۱  | بررسی مقایسه‌ای مبانی حقوق بشر اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر<br>محمد طادی، دکتر رضا جلالی   |
| ۱۰۳ | طراحی نظام جامع حمایت خانواده<br>فرج‌الله هدایت‌نیا  |
| ۱۲۷ | بررسی نتایج کم‌رنگ شدن نقش مادری در قوانین داخلی و بین‌المللی با عنایت به حقوق مادران در آیات قرآن<br>محمود شفیعی  |
| ۱۴۹ | محدودیت زمینه استفاده در قراردادهای مجوز بهره‌برداری حق اختراع در حقوق اتحادیه اروپایی، امریکایی، ایران و فقه امامی<br>سیدمحمد هادی قبولی درافشان، مصطفی بختیاروند، حجت کرمی |

- ۱۶۵ الگوی احیای حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی جمهوری اسلامی ایران  
سیدمحمد مهدی غمامی
- ۱۸۵ کاربرد روش معناشناسی در علوم انسانی قرآن‌بنیان؛ مطالعه موردی: مفهوم «قسط» در قرآن کریم  
محمدحسین اخوان طبسی، روح‌الله داوری
- ۲۱۳ جایگاه حقوق طبیعی در اندیشه حقوق شیعی  
ایمان سهرابی
- ۲۳۷ الزامات و راهکارهای ایجاد نهاد ملی حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران (در پرتو قانون اساسی، حقوق بشر اسلامی، اعلامیه پاریس و رویه کشورها)  
اکبر طلاپکی طرفی، محمدصالح عطار
- ۲۶۵ تطبیق آرای جان فینیس و مرتضی مطهری در زمینه حقوق طبیعی  
ایمان سهرابی
- ۲۸۹ ماهیت سیاست‌های شرعی و اصول استنباط آنها از ادله شرعی  
ابوالحسن حسینی
- ۳۰۷ مسئولیت حقوقی دولت و رویکرد دین در پزشکی بازساختی  
محمدجواد جاوید
- ۳۲۳ اصول حقوق بشردوستانه در اسلام با نگاهی به حقوق بین‌الملل  
عبدالحکیم سلیمی
- ۳۴۷ استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق ایران و فقه امامیه (عبور از تبعیت به سوی استقلال)  
سیدمحمد هادی قبولی درافشان، مصطفی بختیاروند
- ۳۶۳ حق بافروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و امکان‌سنجی آن در فقه امامیه  
علی‌اکبر جعفری ندوشن
- ۳۸۷ ادله اثبات نسب و اثبات آن به وسیله آزمایش ژنتیک  
حوا عرب‌انصاری



## استقلال ضمانت نامه های بانکی در حقوق تجارت بین الملل، حقوق ایران و فقه امامیه (عبور از تبعیت به سوی استقلال)

سید محمد هادی قبولی درافشان (نویسنده مسئول)  
استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران، مشهد

[h.ghaboli@um.ac.ir](mailto:h.ghaboli@um.ac.ir)

مصطفی بختیاروند  
استادیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشگاه قم، ایران، قم

[m.bakhtiarvand@qom.ac.ir](mailto:m.bakhtiarvand@qom.ac.ir)

### چکیده

یکی از ویژگی های اصلی ضمانت نامه های عندالمطالبه استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی یا پایه و به عبارت دیگر، وصف تجریدی ضمانت نامه هاست. با توجه به شباهت ظاهری این ضمانت نامه ها با عقد ضمان در حقوق مدنی ایران، مقایسه این دو نهاد به ویژه از حیث اثری که بر روابط طرف های ضمانت نامه دارند، موجب تبیین بیشتر وصف تجریدی آنها می شود. در حقوق مدنی ایران، به تبعیت از نظر مشهور فقها، اثر عقد ضمان نقل ذمه به ذمه است؛ اما در حقوق تجارت، تلاش شده است مقتضیات روابط تجاری مد نظر قرار گیرد و قانون تجارت پذیرفته است که طرفین توافق کنند با انعقاد ضمان تجاری، مضمون له در صورت عدم پرداخت دین توسط مضمون عنه بتواند به ضامن مراجعه کند. این حکم در واقع بیانگر نظریه ضم ذمه به ذمه است که از حقوق فرانسه برگرفته، و در حقوق انگلیس نیز پذیرفته شده است. این در حالی است که وصف تجریدی ضمانت نامه های بانکی آنها را در موقعیت ویژه ای در تجارت بین الملل قرار داده و موجب اقبال روزافزون

طرفین قراردادهای بین‌المللی به آنها شده است. البته این اصل استثنائاتی دارد که عبارت‌اند از تقلب و تدلیس و جعل. در این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی نگارش یافته، ماهیت و وصف تجریدی ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌ویژه در اسناد بین‌المللی و رویه دیوان داورى دعاوى ایران و امریکا بررسی شده است. **کلیدواژگان:** عقد ضمان، ضمانت‌نامه بانکی، وصف تجریدی، حقوق ایران، فقه امامیه، دیوان داورى ایران و امریکا.

### مقدمه

ضمانت‌نامه‌های بانکی از اسناد پرکاربرد در عرصه تجارت بین‌الملل به شمار می‌آیند. اگرچه عنوان ضمانت در این اسناد تداعی‌کننده ضمانت حقوق مدنی یا حقوق تجارت است، اما باید توجه داشت که این اسناد به دلیل فلسفه وجودی خود در قراردادهای بین‌المللی ویژگی‌هایی دارند که آنها را از ضمانت‌های مذکور کاملاً جدا می‌کند. درحالی‌که در قانون مدنی ایران ضمانت موجب نقل ذمه به ذمه و بری شدن مضمون عنه می‌شود و در قانون تجارت، به تبعیت از حقوق فرانسه، توافق مبنی بر ضم ذمه به ذمه در موردش پذیرفته شده است، ضمانت‌نامه بانکی، قرارداد مستقلی از قرارداد پایه به شمار می‌رود که این ویژگی تحت عنوان وصف تجریدی<sup>۱</sup> این اسناد شناخته شده است.

در دعاوی مطرح‌شده درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی در دیوان داورى دعاوى ایران و امریکا، که به یکی از مهم‌ترین منابع حقوق تجارت بین‌الملل تبدیل شده، اصل استقلال این اسناد از قرارداد اصلی به‌خوبی مورد بحث قرار گرفته که در جهت تبیین نظری این اصل منبع بسیار مناسبی به شمار می‌رود.

گفتنی است که در بعضی کشورها ممکن است صادرکنندگان نتوانند از بانک کارگزار خود بخواهند که به نفع واردکننده خارجی ضمانت‌نامه صادر نماید. در چنین صورتی «اعتبارنامه ضمانتی»<sup>۲</sup> صادر خواهد شد که در مقابل ارائه سندی که در آن ذکر می‌گردد، قابل پرداخت خواهد بود. در امریکا به سبب وجود برخی موانع قانونی، بیشتر از این سند به جای ضمانت‌نامه‌های بانکی استفاده می‌شود (طارم سری، ۱۳۷۹، ص ۱۵۱).

1. Abstract character
2. Stand – by letters of credit

در این مقاله به دنبال پاسخ‌گویی به چند پرسش اصلی هستیم: ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی چیست؟ منظور از اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی چیست؟ اصل مذکور چگونه در اسناد بین‌المللی و رویه دیوان داوری ایران و امریکا منعکس شده است؟ در این راستا ابتدا به تبیین ضمانت‌نامه‌های بانکی، ماهیت و استقلال آنها از قرارداد اصلی می‌پردازیم؛ سپس تقسیم‌بندی کلی ضمانت‌نامه‌های بانکی را مطرح کرده، در نهایت اسناد و دعاوی بین‌المللی مربوط به این ضمانت‌نامه‌ها را بررسی می‌نماییم.

## ۱. تبیین ضمانت‌نامه‌های بانکی

در این قسمت ابتدا ضمانت‌نامه عندالمطالبه را تعریف و سپس اصل استقلال آن را بیان می‌کنیم.

### ۱-۱. تعریف

به منظور تبیین ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در ابتدا ارائه تعریفی از آنها و مقایسه این ضمانت‌نامه‌ها با عقد ضمان ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا در حقوق ایران، حقوق‌دانان نظرات متفاوتی درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی ارائه نموده‌اند که اغلب نظرات ابرازشده مشتمل بر مقایسه و تحلیل ضمانت‌نامه‌های بانکی در قالب عقد ضمان است (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۲). البته با عنایت به موضوع مقاله حاضر که استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد اصلی است، این مقایسه در حد ضرورت انجام می‌شود و بیان و تحلیل نظریات مختلف مجال دیگری می‌طلبد.

با مراجعه به نسخه آخر از مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۱</sup> که در سال ۲۰۱۰ تصویب شده است می‌توان ضمانت‌نامه عندالمطالبه بانکی را چنین تعریف کرد: ضمانتی کتبی توسط بانک مبنی بر پرداخت وجه در قبال ارائه تقاضای کتبی پرداخت مطابق با مفاد تعهد به ضمیمه اسناد دیگر تصریح شده در ضمانت‌نامه.

از آنجا که اصطلاح ضمانت در ضمانت‌نامه بانکی به کار رفته، ممکن است چنین تصور شود که ضمانت‌نامه بانکی همان عقد ضمان در حقوق مدنی و حقوق تجارت است. برای بررسی صحت یا عدم صحت این تصور شایسته است مفهوم ضمان را در حقوق داخلی و خارجی مطالعه کنیم.

1. ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010.

## ۲-۱. حقوق داخلی

ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف «عقد ضمان» می‌گوید: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». در این تعریف که مأخوذ از تعریف عقد ضمان توسط برخی از فقهای امامیه است (خمینی، ۱۳۶۶، ص ۲۵)<sup>۱</sup> یکی از آثار عقد ضمان یعنی به عهده گرفتن دین از سوی ضامن، به جای تعریف عقد ذکر شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۴۱).

برخی حقوق‌دانان برای ضمان دو معنای اعم و اخص ذکر کرده‌اند که معنای اخص آن عبارت است از تعهد به مالی که در ذمه دیگری قرار دارد (امامی، ۱۳۷۷، ص ۳۳۱). به عقیده بعضی دیگر، ضمان «عقدی است که به موجب آن شخصی، در برابر طلبکار و با موافقت او، دین دیگری را بر عهده می‌گیرد و انتقال آن را بر ذمه خویش می‌پذیرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۴۱).

به هر حال در قرارداد ضمانت، باید سه طرف وجود داشته باشد که عبارت‌اند از:

۱. طلبکار<sup>۲</sup> که از بدهکار اصلی<sup>۳</sup> طلب دارد و در اصطلاح مضمون له نامیده می‌شود؛
۲. بدهکار یا مضمون عنه؛

۳. ضامن<sup>۴</sup> یا ضمانت‌کننده که تعهد می‌کند که اگر بدهکار اصلی از ایفای تعهدش در مقابل طلبکار سر باز زند، در مقابل طلبکار مسئول باشد.

در حقوق ایران با مسئله ضمانت، به صورت یکسان برخورد نشده است؛ بر همین اساس اگر عقد ضمانت در قالب حقوق مدنی صورت گیرد، آثار حقوقی خاصی بر آن بار می‌گردد که با ضمانت مطرح در حقوق تجارت متفاوت است.

اگر عقد ضمانت در قالب حقوق مدنی واقع گردد، تعهد ضامن موجب می‌گردد که ذمه شخص مدیون بری شود و به جای آن ذمه ضامن مشغول گردد. به عبارت دیگر در حقوق مدنی ایران، چنانچه شخصی تعهد نماید که مالی را که بر ذمه دیگری است، تأدیه کند، این امر موجب نقل ذمه به ذمه می‌شود. این دیدگاه متأثر از فقه امامیه است (خوانساری، ۱۳۶۴، ص ۳۷۹؛<sup>۵</sup> خمینی،

۱. «وهو التعهد بمال ثابت فی ذمة شخص آخر».

2. Creditor

3. Principal Debtor

4. Guarantor

۵. «وبعد تحقق الضمان ينتقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن على مذهب الخاصة و تفرغ ذمة المضمون عنه خلافاً للعامة حيث ذهبوا إلى عدم فراغ ذمة المضمون عنه».

۱۳۶۶، ص ۲۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۱۳؛<sup>۲</sup> شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۴-۳۱۵؛<sup>۳</sup> حلی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۴۲؛<sup>۴</sup> نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۱۳).<sup>۵</sup> لذا ماده ۶۹۸ ق.م. به تبعیت از فقهای امامیه مقرر می‌دارد: «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود». قانون مدنی راجع به قرارداد خصوصی که اثر ضمان را ضم ذمه به ذمه تعیین کند ساکت است. برخی صاحب‌نظران ماده ۶۹۹ قانون مدنی را که در آن تعلیق التزام به تأدیه پذیرفته شده و به موجب آن می‌توان شرط کرد که دائن ابتدا به مدیون اصلی رجوع و در صورت عدم پرداخت، بتواند به ضامن رجوع کند، حاکی از تمایل قانون‌گذار برای پذیرش تضامن می‌دانند و در عین حال به حق معتقدند که نمی‌توان ادعا کرد این ماده تضامن را به صراحت پذیرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۲۹-۲۳۰).

اما وضعیت ضمانت در حقوق تجارت، با ضمانت در حقوق مدنی متفاوت است؛ بدین شرح که در حقوق تجارت نیز چنانچه شخصی تعهد پرداخت دین دیگری را بکند، چنین تعهدی موجب بری شدن ذمه مدیون اصلی می‌گردد، اما طرفین می‌توانند توافق کنند که اگر مدیون عاجز از پرداخت دین باشد، در این صورت طلبکار می‌تواند به ضامن رجوع کند. بر همین اساس در ماده ۴۰۲ قانون تجارت چنین مقرر شده است:

ضامن وقتی حق دارد از مضمون له 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 مخصوصی خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد.

چنان‌که ملاحظه می‌شود، در صورت وجود قرارداد خصوصی، قانون تجارت ایران نظریه ضم ذمه به ذمه را به تبعیت از حقوق فرانسه مورد پذیرش قرار داده است (افتخاری، ۱۳۸۰، ص ۱۱۸). علاوه بر این، طبق ماده ۴۰۳ همان قانون: «در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قرارداد

۱. «إذا تحقق الضمان الجامع للشرائط انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن».

۲. «وهو التعهد بالمال أي الالتزام به من البريء من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه».

۳. «إذا صح الضمان، فإنه ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، ولا يكون له أن يطالب أحدا غير الضامن».

۴. «الضمان عندنا ناقلٌ للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن».

۵. «الضمان الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منا مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان في ذمته من المال، ويجعله في ضمن ذمة أخرى».

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».

### ۳-۱. حقوق خارجی

در حقوق انگلیس قرارداد ضمانت چنین تعریف شده است:

قرارداد ضمانت عبارت از قراردادی فرعی بین طلبکار و ضامن است که موجب می‌شود یک تکلیف ثانوی و فرعی نسبت به قرارداد اصلی که بین طلبکار و مدیون اصلی منعقد شده، به عهده ضامن قرار گیرد. لذا در صورتی که قرارداد اصلی باطل باشد، ضامن در قبال طلبکار مسئولیتی پیدا نخواهد کرد (اشمیتف، ۱۹۹۰، ص ۴۴۶).<sup>۱</sup>

همچنین هرگونه تغییر در قرارداد اصلی بدون رضایت ضامن موجب می‌شود که وی از مسئولیت تضامنی رها گردد. ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی فرانسه درباره ضمانت اشعار می‌دارد:

«کسی که ضامن تعهدی می‌شود در برابر متعهد له ملتزم می‌شود که در صورت عدم ایفای تعهد توسط خود متعهد، آن را ایفا کند». البته این ماده ضمانت را از دیدگاه ضامن بیان کرده است (ابوعطا، ۱۳۹۳، ص ۳۴).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در حقوق انگلیس و فرانسه نظریه ضم ذمه به ذمه پذیرفته شده است.

دقت در تعاریف ضمانت در حقوق داخلی و خارجی نشان می‌دهد که یک‌سان دانستن این قرارداد با ضمانت‌نامه بانکی که به عنوان یک قرارداد جدید با ویژگی‌های خاص صحیح نیست. در واقع، در تجارت بین‌الملل، ضمانتی که توسط بانک یا دیگر مؤسسات به عمل می‌آید، قراردادی فرعی نیست، بلکه تعهدی اولیه و مستقل است که در صورت فراهم شدن شرایط ضامن باید مبادرت به پرداخت دین کند (اشمیتف، ۱۹۹۰، ص ۴۴۶). بر همین اساس در برخی از سیستم‌های قضایی این ضمانت، «ضمانت تجریدی»<sup>۲</sup> نامیده می‌شود.

1. "It is a secondary obligation, subsidiary to the contract between the creditor and the principal debtor. If the principal contract is invalid, the guarantor is not liable to the creditor".

2. Abstract Guarantee

## ۲. استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی

### ۱-۲. تبیین مفهوم استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی

هرچند ضمانت نامه بانکی به درخواست مضمون عنه و در چارچوب روابط قراردادی طرفین صادر می شود، اما ویژگی بدون قید و شرط بودن ضمانت نامه، آن را از نظر حقوقی یکسره از قرارداد اصلی مستقل و منفک می سازد. توضیح اینکه در ضمانت نامه، طرفین با قید «شرط بلاشرط» ضمانت را به تعهد اولیه و مستقل مبدل می کنند، به طوری که قبل از احراز تخلف و قصور مضمون عنه نیز لازم الاجرا باشد. بند ب ماده دوم آیین نامه تضمین برای معاملات دولتی ۱۳۹۴ ضمانت نامه را چنین تعریف کرده است:

سندی برای توثیق تعهدات متعهد که شخص ثالثی (ضامن) بر اساس درخواست متعهد (مضمون عنه) و با رعایت ضوابط مربوط تعهد می کند که در سررسید یا شرایط معین مبلغ معینی را بابت موضوع خاصی که مربوط به تعهد اصلی متعهد (مضمون عنه) است به ذی نفع تعهد اصلی (مضمون له) یا به حواله کرد او پردازد.

دقت در این تعریف نشان می دهد که ضمانت نامه مشمول این آیین نامه با ضمانت قانون مدنی و تجارت متفاوت است و ماهیت مستقلی دارد.

در واقع صرف وجود ضمانت نامه بدون قید و شرط در دست ذینفع به او حق می دهد که علی رغم اختلاف با مضمون عنه و حتی انکار او نسبت به ادعاهای، ابتدا وجه ضمانت نامه را وصول کند و هرگاه مضمون عنه مدعی باشد که وی استحقاق دریافت نداشته، باید ادعای خود را اثبات کند که اگر اثبات کند، می تواند وجه ضمانت نامه های را که ذینفع قبلاً وصول کرده، از او مسترد نماید. اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی، محصول یک توافق قراردادی است که به صورت شرط نتیجه و غیرقابل فسخ به نفع مضمون له و علیه مضمون عنه و بانک او، مستقر و جاری می شود (محبی، ۱۳۷۵، ص ۱۱۱).

طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود». این تعریف شرط نتیجه از شرح لمعه اقتباس شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۵۱). شهید ثانی بدون تصریح به نام شرط، از قول شهید اول نقل می کند که: شرط ضمن عقد لازم، اگر عقد برای تحقق آن کافی باشد و بعد از عقد، اجرای صیغه ضروری نباشد لازم است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص ۵۰۷). حال باید دید شرط مستقل بودن ضمانت نامه از قرارداد اصلی مشمول شروط باطل مذکور در قانون مدنی هست یا نه. مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل را برشمرده اند. شرط استقلال،

نه خلاف مقتضای توافق طرفین است و نه جهل در آن راه دارد. به علاوه انجام چنین شرطی هم مقدور است و هم منفعت عقلایی دارد؛ چون موجب تسهیل روابط تجاری می‌شود. با عنایت به تعریف شرط نتیجه از دیدگاه فقهی، شرط استقلال ضمانت‌نامه از نظر شرع مقدس اسلام نیز با مانعی مواجه نیست.

## ۲-۲. استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی

درباره اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی دو استثنای مشخص ذکر شده است که عبارت‌اند از: ۱. وقوع تقلب و حيله یا تدلیس در معامله، ۲. جعل در اسناد مربوط به آن یا در اسناد لازم برای مطالبه ضمانت‌نامه.

هردوی این استثنائات از اصول کلی حقوقی‌اند و تأثیر آنها در موقوف یا باطل کردن هر عمل یا معامله یا قراردادی که آغشته با تقلب و حيله یا جعل و تزویر باشد ناشی از قانون است. ادله و مدارک لازم برای اثبات چنین ادعاهای سنگینی باید بسیار قاطع و محکم و خالی از هر شبهه و خدشه‌ای باشد؛ به گونه‌ای که تقلب باید چنان روشن باشد که چشم را خیره سازد (محبی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۸-۱۲۹).

ماده «ب» (۲) ۱۱۴-۵ قانون تجارت متحدالشکل امریکا در این باره چنین مقرر داشته است: بانک صادرکننده که با حسن نیت عمل می‌کند، می‌تواند علی‌رغم اخطار مشتری خود [ضمانت خواه- مضمون عنه] مبنی بر وقوع تقلب یا جعل یا هر گونه نقص و ایراد در اسناد [مطالبه] البته مشروط به اینکه موارد مذکور در ظاهر اسناد مشهود نباشد، نسبت به پرداخت برات صادره یا مطالبه اعتبار اقدام کند؛ اما دادگاه صالح می‌تواند دستور منع پرداخت صادر کند.<sup>۱</sup>

بنابراین باید توجه داشت که استقلال ضمانت‌نامه محصول توافق طرفین است؛ اما مرز نفوذ آن تا جایی است که خلاف قانون و نظم عمومی نباشد. سلامت و صحت و امنیت معاملات و قراردادهای مالی معطوف به نظم عمومی اقتصادی جامعه است و تقلب و جعل، آشکارا مبین آن است. بنابراین ممنوع‌الاداء شدن ضمانت‌نامه قبل از مطالبه و وصول آن، به علت تقلب یا جعل که

1. (An issuer acting in good faith may honor the draft or demand for payment despite notification from the customer of fraud, forgery rather defect not apparent on the face of the documents, but a court of appropriate jurisdiction may enjoin such honor), Uniform Commercial Code (UCC) 1979 section 5- 114(2).



«ادله برون قراردادی» به شمار می‌آیند، ارتباطی به مسئله استقلال ضمانت‌نامه ندارد تا گفته شود خلاف مقتضای آن است.

### ۳. مطالعه تطبیقی

#### ۳-۱. اسناد (مقررات) بین‌المللی

#### ۳-۱-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

بند «الف» ماده پنجم مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ در باره اصل استقلال ضمانت‌نامه‌ها از قرارداد اصلی چنین مقرر می‌دارد:

ضمانت‌نامه فی‌نفسه از رابطه مبنا و تقاضا مستقل است و ضامن به‌هیچ‌وجه ارتباطی با چنین رابطه‌ای نداشته و مأخوذ به آن نیست. ارجاع به رابطه مبنا در متن ضمانت‌نامه به منظور معرفی آن، به‌هیچ‌وجه ماهیت مستقل ضمانت‌نامه را تغییر نمی‌دهد. تعهد ضامن به پرداخت مبلغی بر طبق ضمانت‌نامه، فقط منوط به ادعاها یا دفاعیاتی است که از رابطه میان ضامن و ذینفع ناشی می‌شود.<sup>۱</sup>

این اصل در بند «ب» ماده دوم مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۱۹۹۲ با تفاوت‌های اندک عبارتی ذکر شده بود.<sup>۲</sup>

بند «ب» ماده پنجم مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ در باره ضمانت‌نامه‌های متقابل نیز، بحث استقلال آنها از قرارداد اصلی را مطرح ساخته و مقرر داشته

1. Article 2 (b): " A guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee. The undertaking of the guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary.", U.R.D.G.2010.

۲. متن ماده پیش‌گفته بدین قرار بود: «ضمانت‌نامه‌ها فی‌نفسه معاملاتی مستقل از قرارداد اصلی یا شرایط مناقصه‌هایی است که مبنای صدور ضمانت‌نامه می‌باشند و بانک ضامن به‌هیچ‌وجه ارتباطی با چنین قراردادها و مناقصه‌هایی ندارد و مأخوذ به آنها نیست، ولو اینکه در متن ضمانت‌نامه به آنها اشاره شده باشد. وظیفه بانک ضامن عبارت است از پرداخت مبلغ یا مبالغی که در ضمانت‌نامه ذکر شده درازای مطالبه یا ارائه مدارکی که در آن قید گردیده و علی‌الظاهر با مفاد ضمانت‌نامه منطبق باشند».

است: «ضمانت‌نامه متقابل ماهیتاً مستقل از رابطه مبنا، تقاضا و ضمانت‌نامه متقابل دیگری است که با آن ارتباط دارد».<sup>۱</sup>

اصل مذکور در بند «ج» ماده دوم مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۱۹۹۲ بدین صورت بیان شده بود: «ضمانت‌نامه‌های متقابل ماهیتاً مستقل از قرارداد اصلی هستند».

### ۲-۱-۳. استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی در کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی<sup>۲</sup>

کنوانسیون آنسیترال درباره استقلال ضمانت‌نامه‌ها در بیست و ششمین جلسه آنسیترال در ماه می سال ۱۹۹۵ به تصویب رسید. این کنوانسیون در مورد هر گونه تعهدی اعمال می‌شود که یک تعهد مستقل باشد و در رویه بین‌المللی به‌عنوان یک ضمانت‌نامه مستقل<sup>۳</sup> یا اعتبارنامه ضمانتی<sup>۴</sup> شناخته شود و به وسیله یک بانک یا مؤسسه یا شخص دیگری (صادرکننده) به منظور پرداخت مبلغی معین به ذینفع اعطا گردد. ضمانت‌نامه بر اساس شروطی که در آن پیش‌بینی می‌شود ممکن است به صرف مطالبه یا با مطالبه و به ضمیمه اسناد و مدارک دیگر قابل پرداخت باشد.<sup>۵</sup>

این کنوانسیون همچنین در مواد سوم و چهارم خود مقرر می‌دارد که ضمانت‌نامه دارای یک ویژگی بین‌المللی است و آن اینکه به طور کلی مستقل از قرارداد اصلی است.<sup>۶</sup>

1. "A counter-guarantee is by its nature independent of the guarantee, the underlying relationship, the application and any other counter-guarantee to which it relates..."
2. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 1995).
3. Independent guarantee
4. Stand-by letters of credit
5. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (Article 2)
6. op.cit. (Articles 3 & 4).

## ۲-۳. دعاوی بین‌المللی

### ۱-۲-۳. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد اصلی در آرای داوری

#### الف) دعاوی شرکت امریکن بل اینترنشنال علیه ایران<sup>۱</sup>

از جمله دعاوی مربوط به مسئله ضمانت‌نامه‌ها در امریکا، دعاوی شرکت امریکن بل است که مربوط به دعاوی منع پرداخت ضمانت‌نامه است. «شرکت امریکن بل اینترنشنال» قراردادی با وزارت جنگ سابق داشت که موضوع آن توسعه سیستم‌های مخابراتی نظامی بود و از طریق بانک خود به نام «منیوفکچرز هانور تراست» ضمانت‌نامه‌هایی به نفع بانک ایرانشهر صادر کرده بود و بانک ایرانشهر هم متقابلاً ضمانت‌نامه‌هایی به نفع وزارت جنگ صادر نموده بود. پس از پیروزی انقلاب شرکت امریکن بل قبل از اینکه وزارت دفاع ضمانت‌نامه‌ها را مطالبه کند، به دادگاه نیویورک مراجعه کرد و خواستار منع پرداخت آنها شد؛ اما دادگاه این دعوا را رد کرد. شرکت مذکور از این رأی استیناف خواست، اما دادگاه استیناف تصمیم نخست را تأیید کرد. استدلال خواهان در این دعوا این بود که با توجه به اوضاع و احوال انقلابی ایران، بی‌ثباتی سیاسی آن و با توجه به اینکه خواهان به تعهدات خود به‌درستی عمل کرده، بنابراین هر گونه مطالبه احتمالی ذینفع من غیر حق و مبتنی بر انگیزه‌های سیاسی خواهد بود و متضمن خسارت جبران‌ناپذیر خواهان است. دادگاه دعاوی بل را رد کرد و استدلال نمود اینکه هر گونه مطالبه ذینفع در آینده ناروا و متقلبانه خواهد بود، ادعایی فرضی و احتمالی است نه واقعی و عینی. اساسی‌ترین بخش استدلال دادگاه آنجاست که می‌گوید ادعاهای مطروحه که مبنای درخواست خواهان را تشکیل می‌دهد، ناشی از قرارداد اصلی است؛ در حالی که ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد است و ادله خواهان برای عدول از این اصل بنیادی کافی نیست. استدلال دادگاه بدین قرار است:

صادرکننده اعتبار اسنادی تضمینی [ضمانت‌نامه] مکلف است مطالبه ذینفع ایرانی را ادا و پرداخت کند و مدافعات خواهان در مورد نقض قرارداد اصلی از ناحیه ذینفع ضمانت‌نامه محکوم به رد است. استدلالات خواهان در باب نقض قرارداد اصلی از جانب ذینفع هیچ تأثیر و موضوعیتی در ادعای خواهان ندارد، به این دلیل اساسی که قرارداد اصلی مستقل از اعتبار اسنادی (ضمانت‌نامه) است.

1. American Bell International Inc. V Manufactures Hanover Trust Co.No.3157/79N.Y.S.2d 551 (N.Y.App.Div.1979).

### ب) دعوای شرکت هارزا علیه ایران<sup>۱</sup>

در این پرونده که رأی آن در تاریخ سی‌ام دسامبر ۱۹۸۲ صادر شده است، خواهان مانده حساب‌های خود نزد بانک ملی ایران و بانک تجارت را مطالبه می‌کرد و مدعی بود که چون بانک‌های خواننده دولتی هستند و از پرداخت چک‌های صادره عهده حساب‌های مربوط امتناع کرده‌اند، پس دولت ایران حساب‌های بانکی آنها را مصادره کرده و باید غرامت بپردازد. بانک تجارت ضمن رد ادعای خواهان، دعوای متقابلی مطرح کرد که موضوع آن مطالبه ضمانت‌نامه‌هایی بود که بانک مذکور بر اساس ضمانت‌نامه‌های متقابل و به دستور هارزا (مضمون‌عنه) به نفع سازمان آب و برق خوزستان (ذینفع) صادر کرده بود و مورد مطالبه قرار گرفته بود. دعوای اصلی خواهان رد شد، ولی درباره دعوای متقابل مربوط به ضمانت‌نامه، شعبه دوم دیوان داوری چنین نظر داد:

«ضمانت‌نامه بانکی یک سند مالی است و متضمن تعهداتی است که از معامله (قرارداد) اصلی که ضمانت‌نامه از شروط آن بوده، مستقل و متمایز می‌باشند».

### ج) دعوای شرکت مهندسی ادوارد اون علیه شرکت بین‌المللی بانک بارکلاز<sup>۲</sup>

در پرونده «ادوارد علیه بانک بارکلاز» تولیدکنندگان یک ضمانت‌نامه حسن انجام کار به مبلغ ده درصد از قیمت قرارداد تهیه نمودند و در مقابل خریداران توافق کردند که یک اعتبار بازگشت‌ناپذیر تأییدشده به نفع تولیدکنندگان باز کنند. این پرونده، مهم‌ترین پرونده راجع به ضمانت‌نامه‌های حسن انجام تعهد در انگلیس است (آدریسکل، ۱۹۸۵، ص ۳۸۷).

موضوع قرارداد تدارک یک کارخانه شیشه‌سازی در لیبی بود و ضمانت‌نامه به صورت «عندالمطالبه و بدون قید و شرط»<sup>۳</sup> صادر شده بود. خریداران در گشایش اعتبار اسنادی که بر آن توافق شده بود، قصور نمودند و به همین دلیل تولیدکنندگان قرارداد را فسخ کردند. خریداران بر اساس ضمانت‌نامه حسن انجام کار مبلغ ده درصد از ارزش قرارداد را از بانک تولیدکنندگان مطالبه کردند. تولیدکنندگان به دلیل منع بانک از پرداخت تقاضای صدور قرار توقیف کردند.

لرد دیننگ در این باره چنین رأی داد:

1. Harza Engineering Co. v. the Islamic Republic of Iran, 19-9178-2, 30 December 1982.
2. Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. [1978] 1 Q.B. 159.
3. On demand without proof or condition.

ضمانت‌نامه حسن انجام کار در وضعیتی مشابه با اعتبار اسنادی قرار دارد. بانکی که یک ضمانت‌نامه حسن انجام کار می‌دهد باید به شرایط آن هم پایبند باشد. این ضمانت‌نامه هیچ ارتباطی به رابطه میان تولیدکننده و مشتری ندارد و همچنین ارتباطی به اینکه آیا تولیدکننده به تعهدات خود عمل کرده است یا نه ندارد و نیز ارتباطی به اینکه آیا تولیدکننده مرتکب تقصیر شده است یا نه ندارد و در صورتی که عندالمطالبه بودن و بدون قید و شرط بودن در ضمانت‌نامه ذکر شده باشد، بانک باید بر اساس آن اقدام به پرداخت وجه‌الضمان نماید. تنها استثنایی که در این زمینه وجود دارد تقلب آشکاری است که بانک از آن آگاه است (چواه، ۲۰۰۵، ص ۵۱۲-۵۱۳).

### د) دعوی شرکت اینترنشنال تکنیکال پروداکترز علیه ایران<sup>۱</sup>

در پرونده دیگری که شبیه پرونده هارزا بود، بانک تجارت طی دعوی متقابل علیه شرکت امریکایی خواهان، خواستار وجه ضمانت‌نامه‌ها شده بود. دیوان دعوی متقابل را به لحاظ استقلال ضمانت‌نامه از دعوی اصلی و نیز فقدان طرفیت بانک در قرارداد اصلی رد کرد. این پرونده دعوی اینترنشنال تکنیکال پروداکترز علیه ایران بود که شعبه سوم دیوان داوری با اشاره به رأی پرونده هارزا چنین رأی داده است:

اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی، تعهداتی مستقل از تعهدات ناشی از قرارداد اصلی می‌باشند و نسبت به آن تبعی اند. بنابراین تعهدات بانک‌ها در برابر یکدیگر متمایز و مستقل از تعهدات طرفین قرارداد اصلی نسبت به یکدیگر می‌باشد (به نقل از: محبی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۸).

چنان‌که ملاحظه می‌شود، اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد اصلی به‌صراحت در آرای داوری پذیرفته شده است.

### نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه‌های بانکی عندالمطالبه ابزار مهمی در تجارت بین‌الملل هستند که با توجه به ضرورت وجود تضمینات کافی در قراردادهای بین‌المللی، علاوه بر اینکه استفاده از آنها روز به روز در حال

1. International Technical Products Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran.

گسترش است، ویژگی‌هایی به دست آورده‌اند که موجب تمایز آنها از ضمان مألوف قانون مدنی و فقه امامیه و ضمان مندرج در قانون تجارت می‌شود. در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، قرارداد پایه که در حقیقت ضمانت‌نامه به عنوان تضمینی برای آن صادر می‌شود، از تعهد ناشی از ضمانت‌نامه منفک است و هر یک از این دو ماهیت مستقلی دارند. این ویژگی ضمانت‌نامه‌های بانکی که وصف تجریدی نامیده می‌شود، یکی از مهم‌ترین دلایل اقبال به آنها در قراردادهای بین‌المللی است. در نتیجه اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، بانک به صرف مطالبه وجه ضمانت‌نامه مکلف به پرداخت آن است و اختلاف طرفین قرارداد مذکور، تأثیری بر این تکلیف ندارد. پس در مقایسه با عقد ضمان قانون مدنی که با عنایت به نظر مشهور فقها، اثر آن نقل ذمه مضمون عنه به ضامن است، ضمانت‌نامه‌های بانکی ویژگی منحصر به فردی دارند. این ضمانت‌نامه‌ها را باید از قرارداد ضمان تجاری هم تفکیک کرد که با انعقاد آن و توافق طرفین، مضمون له می‌تواند در صورت عجز مضمون عنه از ادای دین به ضامن مراجعه کند. در واقع، این نوع تضمین در حقوق خارجی رایج است که از طریق تقلید از قانون مدنی فرانسه وارد نظام حقوقی ایران شده است. وصف تجریدی ضمانت‌نامه‌های بانکی در اسناد مهم بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته و در آرای صادره از دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا در موارد بسیاری به آن استناد شده است. این خصوصیت، با توجه به اینکه در عرف تجاری پذیرفته شده، مغایرتی با شرع مقدس اسلام ندارد و در واقع تضمین بیشتری را در قراردادهای مهم بین‌المللی که طرفین نیازمند تأیید اعتبار یکدیگر هستند، فراهم می‌کند. البته این اصل با دو استثنای مهم مواجه است که عبارت‌اند از وقوع تقلب و تدلیس در معامله و جعل که در صورت اثبات مانع پرداخت وجه می‌شوند.

## منابع

۱. ابوعطا، محمد (۱۳۹۳). زمان رجوع ضامن به مضمون عنه در حقوق مدنی ایران و فرانسه، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی. ص ۴۸-۳۱: ۸
  ۲. (۱۳۶۸). بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا. ص ۱۸۸-۱۵۱. ۱۴۸ و ۱۴۹:
  ۳. افتخاری، جواد (۱۳۸۰). حقوق تجارت (۳). تهران: انتشارات ققنوس.
  ۴. امامی، سیدحسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی. جلد ۲. تهران: انتشارات اسلامیة. چاپ چهاردهم.
  ۵. آئین نامه تضمین معاملات دولتی، مصوب ۱۳۹۴ هیئت وزیران.
  ۶. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت ع.
  ۷. خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۴). جامع المدارک. جلد ۳. قم: مؤسسه اسماعیلیان. چاپ دوم.
  ۸. طارم سری، مسعود (۱۳۷۹). حقوق بازرگانی بین المللی. تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی. چاپ دوم.
  ۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
  ۱۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ق). الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية. المحشی کلاتر. قم: کتابفروشی داوری.
  ۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ دوم.
  ۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه های دین). تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم.
  ۱۳. محبی، محسن (۱۳۷۵). ضمانت نامه های بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران، ایالات متحده، مجله حقوقی. ۲۰:
  ۱۴. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۶۶). تحریر الوسیله. جلد ۲. قم: دارالعلم. چاپ دوم.
  ۱۵. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. ۱۴۰۴ق. بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم.
16. Alasdair, Watson (1990). *Finance of International Trade*. London: The Chartered Institute of Bankers 4 .th ed.

17. Chuah, J. C. T. (2005). *Law of International Trade*. London: Sweet & Maxwell, Third Edition.
18. O'Driscoll, Peter S. (1985). "Performance Bonds, Bankers' Guarantees, and the Mareva Injunction", 7 Nw. J. Int'l L. & Bus. 380.
19. Pierce, Anthony (1993). *Demand Guarantees In International Trade*. London: Sweet & Maxwell.
20. Schmittoff, Clive. M. (1990). *The Law & Practice of International Trade*. London: Stevens & Sons. 19th ed.
21. Uniform Commercial Code (UCC) (1979).
22. Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG) (1978).
23. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) (1992).
24. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) (2010).