

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی  
واحد علوم تحقیقات

دانشکده علوم انسانی  
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی (M.A)

عنوان:

ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و مقررات متحد الشكل ضمانت نامه های عندالمطالبه

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر غلامرضا عبدلی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حسین قربانیا

نگارش:

محمد زالی

پاییز 1392



## صلوات پژوهش و فن آوری به نام خدا نشر اخلاق پژوهش

یادری از خدایند بمان و افتخار این که عالم حضرت خدایست و بخواره نامگر اعمال انسان و به منظور پاس داشت تمام بند و دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه و نقشه راه امتدای فرهنگ و تمدن، شریک و دانشمندان و اصنام بیست علمی

اصنامی و دانشگاه آزاد اسلامی مستدی کردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی به نظر قرار داده و از آن تعقیب کنیم:

۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از مرکز پنهان سازی حقیقت.

۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.

۳- اصل مالکیت ادبی و معنوی: تمهید به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کیه به کاران پژوهش.

۴- اصل منافع ملی: تمهید به رعایت منافع ملی در نظر داشتن و پیشرو توسعه کشور در کیه مراحل پژوهش.

۵- اصل رعایت انصاف و انانیت: تمهید به اجتناب از مرکز جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.

۶- اصل رازداری: تمهید به میانیت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد سازمان ها و کشور و کیه از خود نهاد های مرتبط با تحقیق.

۷- اصل احترام: تمهید به رعایت حریم باور مست با در انجام تحقیقات و رعایت جانب تعدد خود داری از مرکز گز حرمت شکنی.

۸- اصل ترویج: تمهید به رواج دانش و امانت نتایج تحقیقات و انتقال آن به به کاران علمی و دانشمندان. غیر از مواردی که منس قانونی دارد.

۹- اصل برکت: التزام به برکت جویی از مرکز رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به نام های غیر علمی می آید.



دانشگاه آزاد اسلامی  
واحد علوم و تحقیقات

### تعمدنامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب ..... **مجید ذالی**... دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته/دکترای حرفه ای / دکتری تخصصی / در رشته **جغوق، جیبویبی**. که در تاریخ ..... از پایان نامه / رساله خود تحت عنوان " ..... " با کسب نمره ..... و درجه ..... دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

(۱) این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

(۲) این پایان نامه / رساله قبلاً" برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پائین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

(۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

(۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچ گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

..... **مجید ذالی**.....

تاریخ و امضاء:

با سپاس از سه وجود مقدس:

آنان که ناتوان شدند تا ما به توانایی برسیم  
آنان که موهایشان سپید شد تا ما سپید روی شویم  
و آنان که عاشقانه سوختند تا گرما بخش  
وجود ما

و روشنگر راهمان باشند

**پدرانمان**  
**مادرانمان**  
**استادانمان**

## فهرست مطالب

1.....		چکیده
2.....		مقدمه
<b>4.....</b>		<b>فصل اول : کلیات و تعاریف</b>
5.....		کلیات
6.....		1-1 تعریف حقوق بانکی
6.....		1-1-1 عملیات بانکی
6.....		1-1-1 تجهیز منابع
6.....		1-1-1 تخصیص منابع
6.....		1-1-1 خدمات
7.....		2 تعاریف
7.....		1-2-1 ضمان
7.....		1-2-2 ضمانت نامه بانکی
<b>10.....</b>		<b>فصل دوم : قوانین حاکم بر ضمانت نامه های بانکی و انواع ضمانت نامه های بانکی</b>
11.....		1-2 قوانین مربوط به ضمانت نامه های بانکی
11.....		1-1-2 حقوق داخلی
11.....		1-1-1-2 قوانین و مقررات داخلی
11.....		2-1-1-2 رویه قضایی
13.....		2-1-2 حقوق خارجی
13.....		1-2-1-2 قوانین و کنوانسیون های بین المللی
13.....		2-2 قانون حاکم بر روابط طرفین:
14.....		1-2-2 مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه:
14.....		1-1-2-2 انتخاب قانون حاکم توسط طرفین:
14.....		1-1-1-2-2 انتخاب صریح قانون حاکم:
14.....		2-1-1-2-2 انتخاب تلویحی قانون حاکم:
15.....		2-1-2-2 عدم انتخاب قانون توسط طرفین:
15.....		3-2 حقوق ایران:
16.....		4-2 انواع ضمانت نامه های بانکی
16.....		1-4-2 ضمانت نامه های بانکی از لحاظ هدف پرداخت:
16.....		1-1-4-2 ضمانت نامه شرکت در مناقصه و مزایده:
16.....		2-1-4-2 ضمانت نامه حسن انجام کار و تعهدات:
17.....		3-1-4-2 ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان
18.....		4-1-4-2 ضمانت نامه پیش پرداخت
18.....		5-1-4-2 ضمانت نامه پرداخت حقوق و عوارض گمرکی

18	2-4-2 انواع ضمانت نامه از لحاظ شیوه پرداخت
19	3-4-2 انواع ضمانت نامه از لحاظ نحوه صدور
19	1-3-4-2 ضمانت نامه های مستقیم
19	2-3-4-2 ضمانت نامه های غیر مستقیم
20	4-4-2 انواع ضمانت نامه از لحاظ قابلیت یا عدم قابلیت تمدید
20	5-4-2 انواع ضمانت نامه از حیث قابلیت انتقال

## فصل سوم: عناصر تشکیل دهنده ضمانت نامه های بانکی ، ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی و

21	اصول حاکم بر ضمانت نامه بانکی
22	1-3 عناصر تشکیل دهنده ضمانت نامه بانکی
22	1-1-3 متقاضی (ضمانت خواه)
22	2-1-3 ذینفع
23	3-1-3 بانک صادر کننده
23	4-1-3 مبلغ ضمانت نامه
24	2-2-3 قرارداد پایه
24	1-2-3 قرارداد پایه به معنی اخص
24	2-2-3 قرارداد پایه به معنی اعم
25	3-3 ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی
25	1-3-3 ضمانت نامه بانکی و ضمان عقدی
26	2-3-3 ضمانت نامه بانکی همواره ضمانت از دین موجود نیست
27	3-3-3 ضمانت نامه شرکت در مناقصه
28	4-3 ضمان و نقل ذمه ، ضمانت نامه بانکی و تضمین انجام تعهدات
28	5-3 ضمانت نامه بانکی و تعهد یک طرفه ( ایقاع )
31	6-3 ضمانت نامه بانکی و تعهد به نفع شخص ثالث :
33	7-3 ضمانت نامه بانکی و ضمانت مقرر در ماده 402 و 403 قانون تجارت
33	1-7-3 ضمانت نامه بانکی و ماده 402 قانون تجارت
34	2-7-3 ضمانت نامه بانکی و وجه التزام
34	3-7-3 ضمانت نامه بانکی و ماده 10 قانون مدنی
35	4-7-3 ضمانت نامه بانکی و نهاد مستقل و نوین
35	8-3 اصول حاکم بر ضمانت نامه های بانکی
35	1-8-3 اصل استقلال ضمانت نامه بانکی
38	9-3 آثار اصل استقلال ضمانت نامه بانکی
39	1-9-3 استثنا اصل استقلال ضمانت نامه بانکی
40	2-9-3 سو استفاده آشکار

## فصل چهارم : روابط حقوقی طرفین در ضمانت نامه بانکی، مطالبه ضمانت نامه بانکی و انتقال و

### توثیق ضمانت نامه بانکی

43

45

45

46

47

48

48

48

48

48

49

50

50

51

51

51

51

53

53

54

54

54

55

56

58

58

58

59

59

60

60

60

61

61

1-4 روابط حقوقی طرفین در ضمانت نامه های بانکی :

1-1-4 روابط حقوقی متقاضی و ذینفع

2-1-4 رابطه ذینفع ضمانت نامه و بانک صادر کننده

2-4 رابطه متقاضی ضمانت نامه و بانک

3-4 رابطه بانک صادر کننده ضمانت نامه متقابل و بانک صادر کننده ضمانت نامه پایه

1-3-4 فروض مختلف روابط بین بانکی

2-3-4 مطالبه ضمانت نامه بانکی

4-4 گفتار اول: مفهوم مطالبه ضمانت نامه های بانکی

5-4 گفتار دوم: شرایط مطالبه ضمانت نامه بانکی:

6-4 مبحث اول : ضمانت نامه مشروط

1-6-4 ارائه مدارک توسط ذینفع :

2-6-4 بیانیه مطالبه

3-6-4 لزوم یا عدم لزوم اطلاع متقاضی از مطالبه وجه ضمانت نامه

4-6-4 مهلت بررسی اسناد و قواعد حاکم بر بررسی

1-4-6-4 مهلت بررسی

2-4-6-4 قواعد حاکم بر بررسی

7-4 پرداخت مبلغ ضمانت نامه

8-4 مطالبه غیر منطبق با شرایط ضمانت نامه

9-4 ضمانت نامه غیر مشروط :

10-4 فورس ماژور:

1-10-4 اثر فورس ماژور بر تعهدات متقاضی

2-10-4 اثر فورس ماژور بر روابط ذینفع و بانک:

3-10-4 فورس ماژور و تحریم:

11-4 انتقال و توثیق ضمانت نامه بانکی

1-11-4 انتقال ضمانت نامه بانکی

1-1-11-4 امکان یا عدم امکان انتقال ضمانت نامه بانکی:

2-1-11-4 بررسی فروض انتقال

3-1-11-4 انتقال ضمانت نامه بانکی بدون قرارداد پایه

4-1-11-4 انتقال ضمانت نامه بانکی با حقوق و تعهدات قرارداد پایه

5-1-11-4 انتقال قهری ضمانت نامه بانکی

6-1-11-4 انتقال ضمانت نامه بانکی در لایحه جدید قانون تجارت :

2-11-4 توثیق ضمانت نامه بانکی

2\_11\_4: امکان توثیق ضمانت نامه بانکی



Error! Bookmark not defined.....  
.....64.....  
.....65.....  
.....67.....  
**Error! Bookmark not defined.....**

**فصل پنجم : نتیجه گیری**  
و پیشنهاد  
نتیجه گیری و پیشنهاد  
منابع و ماخذ  
چکیده انگلیسی

## چکیده

موضوع این پایان نامه تطبیق و بررسی مطالب مربوط به ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه است و از آنجا که مقررات مفصلی در این زمینه در حقوق ایران وجود ندارد در این پایان نامه سعی بر آن بوده است که مقررات متحدالشکل مذکور با لایحه جدید قانون تجارت و باب ضمانت نامه های مستقل به عنوان بخشی از قواعد حقوقی موجود در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد لذا در این پایان نامه در هر مبحث مقررات در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه بحث میشود و مباحثی چالشی نظیر قانون حاکم بر روابط طرفین ضمانت نامه ، انواع ضمانت نامه ها، ماهیت حقوقی ضمانت نامه ها و تطبیق آنها با انواع نهادهای حقوقی موجود نظیر: ضمان، ابقاع، تعهد به نفع شخص ثالث، وجه التزام و... مورد بررسی قرار گرفته است همچنین اصول حاکم بر اسناد تجاری و استثنائات این اصول و همچنین میزان تطبیق این اصول با ضمانت نامه بانکی ، استثنائات آن ، مطالبه ضمانت نامه ، شروط لازم برای مطالبه ضمانت نامه ، طرفهای درگیر در این رابطه و رابطه حقوقی ناشی از این رابطه مورد تبادل نظر قرار گرفته است. بحث انتقال ضمانت نامه و فروض مختلف انتقال و همچنین توثیق اسناد تجاری ، علی الخصوص ضمانت نامه بانکی در این پایان نامه مورد بررسی شده و نقاط قوت و ضعف این لایحه نسبت به مقررات مذکور ذکر شده است و در بخش پیشنهادها و نتیجه گیری پیشنهادهایی در باب اصلاح یا اضافه نمودن مطالبی به لایحه جدید قانون تجارت ارائه شده است .

واژگان کلیدی:

ضمان، ضمانت نامه بانکی، اصل استقلال، ضمانت نامه عندالمطالبه، لایحه جدید قانون تجارت

## مقدمه

امروزه با گسترش روابط تجاری و عدم اعتماد اولیه تجار به ویژه در معاملات بین المللی نیاز به اخذ تضمین های مناسب جهت اطمینان از ایفای به تعهدات بیش از پیش احساس می شود و در این میان تجار و کسبه ای موفق تر خواهند بود که بتوانند میل به مبادله تجاری را برای همپای تجاری خود افزایش دهند. طبیعی است در معاملاتی که طرفین آن یکدیگر را نمی شناسند و اطمینانی از سوی هیچ یک از طرفین برای ایفای به تعهدات دیگری وجود ندارد، باید تضمینی معتبر وجود داشته باشد، در گذشته و در زمانی که معاملات بین المللی و روابط تجاری بین الملل شکل نگرفته بود، تجار و کسبه برای اطمینان طرف دیگر و ایجاد رضایت برای وی در انعقاد معامله از تجار و کسبه معتبر همان منطقه برای ضمانت بهره می جستند و از این طریق حوائج تجاری خود را بر طرف می نمودند، با گسترش فعالیت های تجاری و ایجاد سیستم هایی نظیر تلگراف روابط در سطح وسیع تری به وجود آمد و مبادلات تجاری نیز در سطحی وسیع تر ادامه پیدا کرد و طبعاً راهکار قبلی تجار دیگر کار آمد نبود چراکه تاجری که در یک منطقه دارای اعتبار بود ممکن بود در منطقه ای دیگر هیچ گونه اعتباری نداشته باشد، لذا طرفین باید برای تضمینات خود به دنبال ضامنی بودند تا در تمامی مناطق دارای اعتبار باشد، با گذشت زمان و به وجود آمدن اسنادی نظیر چک، سفته و برات، طرفین برای ایجاد رضایت طرف مقابل بعضاً از این اسناد استفاده می نمودند و بدین ترتیب اسنادی که برای وسیله پرداخت ایجاد شده بودند با توجه به نیاز روز تجار، تبدیل به اسنادی برای تضمین شدند و این امر خود نشانگر تاثیر نیازهای اجتماعی بر ایجاد نهادهای حقوقی نوین است نهادهایی که بتوانند نیازهای روز افزون تجار را برای تسهیل روابط تجاری برآورده سازند.

با گذشت زمان و پی بردن به این که این اسناد نیز کارایی لازم را برای تضمین تعهدات ندارند و بعضاً به دلیل عدم پرداخت و نهایتاً روبه رو شدن با فردی ورشکسته، موجب تضرر دارندگان این اسناد می شوند و همچنین وجود چالشهای حقوقی در قبول این اسناد به عنوان اسنادی برای تضمین، این اسناد نیز نیاز تجار را برطرف نمی کرد. با به وجود آمدن نهادهایی نظیر صرافی ها و بانکها و قبول نمودن وجوه تجار توسط آنها این موسسات تبدیل به سازمانهای مالی بزرگی شدند که علاوه بر قبول وجوه مردم و سرمایه گذاری در بخش های مختلف می توانستند زمینه را برای پیشبرد مبادلات تجاری از طریق واسطه گری و ارائه خدمات ایفا کنند، امروزه کمتر کسی است که به تضمین یک نهاد معتبر تجاری نظیر بانک اعتماد نداشته باشد، لذا بانکها تصمیم به ارائه خدمات تضمینی برای مشتریان خود نمودند بدین ترتیب که مشتری بانک از بانک تقاضا می نمود تا برای اطمینان طرف مقابل وی بانک از او ضمانت کند و بانک نیز با عقد قرارداد با مشتری از وی ضمانت مینمود و از این طریق میل به انعقاد معامله و رضایت طرف مقابل نیز فراهم می شد و با اطمینان کامل به ایفای تعهدات قرار دادیش می پرداخت و بانک نیز از این رهگذر کارمزد دریافت می نمود. و از این طریق نیاز تجاری جامعه با به وجود آمدن این اسناد مرتفع گردید، سندی را که بانک به مشتری ارائه می نمود ضمانت نامه بانکی نامیده می شد، با شکل گرفتن روابط تجاری بین المللی و ایجاد روابط تجاری در سطح جهانی موسسات مالی برای حمایت مالی از تجار و مشتریان خود تصمیم به ارتباط با سایر بانکها گرفتند و در نهایت شبکه ای گسترده از روابط بین بانکی به وجود آمد تا تجاری که در سایر کشورها به معاملات تجاری می پردازند نیز بتوانند از تضمینات کافی برای رضایت همپای تجاریشان بهره مند شوند. ضمانت نامه های بانکی امروزه در سطح وسیعی مورد استفاده تجار داخلی و خارجی قرار می گیرد و کثرت استفاده از آن به حدی رسیده است که قوانین و کنوانسیون های بین المللی و متحدالشکل نیز برای این اسناد به تصویب رسیده است لذا با عنایت به مطالب فوق الذکر وجود تحقیقی جامع علی الخصوص در باب ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه که آخرین تغییرات مربوط به قوانین حاکم بر ضمانت نامه ها را در بر دارد امری ضروری است. تحقیقی که تا کنون به صورت اختصاصی به آن پرداخته نشده است هرچند تحقیقاتی در باب ضمانت نامه ها و قوانین بین المللی مرتبط با آن انجام گرفته است لیکن بررسی تطبیقی این سند تجاری در حقوق ایران و مقرراتی که منعکس کننده آخرین تغییرات در این زمینه است می تواند راهگشای بهتری

برای ترقی قوانین داخلی و همسو شدن با تغییرات بین المللی در این زمینه باشد. روش کار و تحقیق در این پایان نامه روش کتابخانه ای بوده و مطالب مربوطه با مطالعه کتب و پایان نامه ها و مقالات گرد آوری و مورد بحث و تبادل نظر قرار گرفته و در نهایت نیز نظر حقیر در مورد هر مبحث ارائه شده است. هدف اصلی این تحقیق ارائه پاسخ برای این پرسش است که مقررات مذکور در ایران و به ویژه لایحه جدید قانون تجارت تا چه میزان با مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه همسو است؟ و فرضیه ی ارائه شده در این مورد نیز این است که: به نظر می رسد با توجه به سنتی بودن و قدیمی بودن قوانین ایران دارای همسویی چندانی نباشد هر چند تصویب لایحه جدید قانون تجارت می تواند بخشی از مشکلات را در این زمینه حل کند. و در این راستا برای سوالات ذیل که سوالات فرعی پایان نامه بوده و برای رسیدن به پاسخ پرسش اصلی میباشد فرضیاتی نیز ارائه شده است.

سوالات این تحقیق:

- 1: مقررات مربوط به ضمانت نامه های بانکی در ایران و مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه تا چه میزان با یکدیگر همسو هستند؟
- 2: ماهیت حقوقی این سند در ایران و مقررات بین المللی چیست؟
- 3: ضمانت نامه بانکی تا چه میزان میتواند در تشکیل قرارداد و حسن انجام تعهدات مثر ثمر دافع شود؟
- 4: آیا ضمانت نامه بانکی قابلیت انتقال و یا توثیق را دارد؟ و مقررات ایران و مقررات بین المللی در این زمینه چه تفاوت هایی دارند؟
- 5: تفاوت ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات اسنادی در چیست؟

فرضیه ها:

- 1: به نظر میرسد که ضمانت نامه های بانکی در ایران با مقررات بین المللی به دلیل سنتی بودن قوانین ایران و عدم آشنایی با این نهاد بانکی همسو نباشد.
- 2: به نظر حقیر با توجه به ماهیت تضمینی این عقد. بتوان آن را در قالب عقد ضمان و یا با توجه به تعهد یک طرفه بانک در مقابل ذینفع در قالب ایقاع توجیه نمود.
- 3: میزان تاثیر ضمانت نامه های بانکی در تشکیل قرارداد یا حسن انجام آن با نوع تضمین مندرج در ضمانت نامه اعم از عندالمطالبه بودن آن و یا اسناد مورد نیاز برای مطالبه وجه آن ارتباطی مستقیم دارد.
- 4: با توجه به ارتباط این سند با قرارداد پایه امکان انتقال آن وجود ندارد. ولی به نظر میرسد مقررات بین المللی که در آن بر حاکمیت اراده بیش از قوانین داخلی تاکید میکند انتقال این نوع سند را با توافق بلا مانع میدانند.
- 5: به نظر میرسد که اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی در هدف و کارایی تفاوت هایی را داشته باشند.

روش تحقیق حقیر نیز روش کتابخانه ای بوده و اطلاعات در هر مورد از طریق کتب و مقالات گرد آوری شده و مورد تبادل نظر قرار گرفته است. در این پایان نامه ابتدا به ذکر کلیاتی در مورد ضمانت نامه بانکی پرداخته شده و سپس تعاریفی از ضمانت نامه بانکی آمده است که موضوع فصل اول این پایان نامه میباشد، در فصل دوم قوانین حاکم بر ضمانت نامه های بانکی و انواع این ضمانت نامه ها مورد بررسی واقع شده است و موضوع ماهیت حقوقی ضمانت نامه ها و عناصر تشکیل دهنده و اصول حاکم بر این ضمانت نامه ها در فصل سوم مورد بحث واقع شده است در فصل چهارم نیز به مطالبه ضمانت نامه و روابط حقوقی طرفیت ضمانت نامه و انتقال توثیق ضمانت نامه ها پرداخته شده است و در نهایت و در فصل پنجم نیز نتیجه گیری و پیشنهاد های لازم که از بررسی تمام مطالب گرد آوری شده حاصل شده، ارائه گردیده است، شکی نیست با وجود تمامی مطالعات این حقیر، این پایان

نامه خالی از عیب و نقص نیست به همین جهت از کلیه اساتید محترم راهنما و مشاور و داور از باب ایرادات این سیاه مشق پوزش طلبیده و تقاضا می نمایم با بحث و تبادل نظر در این زمینه، حقیر را در ارائه و فهم هرچه بهتر این مطالب یاری نمایند ...

## فصل اول : کلیات و تعاریف

## کلیات

از منظر قانون تجارت بانکداری جزء فعالیت های تجاری تلقی شده و قانون گذار در بند 8 ماده 2 این قانون تصدی به هر نوع عملیات بانکی را از جمله اعمال تجاری تلقی می کند، در لایحه جدید قانون تجارت نیز به این امر وفق بند (پ) ماده 2 تصریح شده است، بنابراین می توان گفت که حقوق بانکی شاخه ای از حقوق تجارت است، که نهایتاً به حقوق خصوصی متصل می شود.<sup>1</sup> لکن این نظر صحیح به نظر نمی رسد چراکه امروزه بانکها یک موسسه کوچک مالی و محلی نیستند، بلکه سازمانهایی قوی هستند که علاوه بر روابط مالی با مشتریان خود، تاثیر مهمی در تنظیم سیاست پولی در بازار و پیشبرد اقتصاد جامعه دارند و نمی توان از این امر که آنها متاثر از قواعد حقوق عمومی هستند چشم پوشی کرد. دکترین در رویه قضایی فرانسه نیز معتقدند که بانکها یک مأموریت خدمت عمومی را انجام میدهند.<sup>2</sup> علاوه بر این در قوانین ایران نیز مواردی وجود دارد که دولت موظف به کنترل بانکها و هدایت آنها و ارائه سیاست های اقتصادی است و این امر خود نشانگر دخالت حقوق عمومی در حقوق بانکی و بانکداری است که نمونه بارز آن اصل 44 قانون اساسی است، که در مقام بیان اجزا بخش دولتی بیان می دارد: "بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، (بانکداری) و..."<sup>3</sup> و ماده 11 قانون پولی و بانکی کشور که وظایف بانک مرکزی را نظارت بر بانکها و موسسات مالی و اعتباری می داند که این خود نشانگر تاثیر حقوق عمومی بر حقوق بانکی است. لکن این تاثیر را نباید چنان قوی پنداشت که باعث شود حقوق بانکی منحصر جزئی از حقوق عمومی تلقی شود. در واقع هر چند حقوق بانکی متاثر از حقوق عمومی است ولی در بررسی فعالیت بانکها و عملیات بانکی استفاده از حقوق مدنی نیز به چشم می خورد، در قانون عملیات بانکداری بدون ربا مصوب سال 1362 مواردی مشاهده میشود که بانکها برای انجام عملیات خود مکلف به استفاده از عقود اسلامی از جمله مزارعه و مساقات و جعاله شده اند در آئین نامه این قانون نیز ذیل تسهیلات اعطایی بانکها به مشتریان قالب های حقوقی ارائه این تسهیلات نیز بیان شده است که عبارتند از: مشارکت مدنی، جعاله، مضاربه، معاملات سلف، اجاره به شرط تملیک و... که این امور نشان دهنده این است که حقوق بانکی علاوه بر تاثیر خود از حقوق تجارت و حقوق عمومی از حقوق مدنی نیز متاثر است در واقع حقوق بانکی به نوعی مقررات خود را از سایر رشته های حقوقی اخذ میکند و تلفیقی از سایر رشته های حقوق است.

تلفیق مقررات حقوق تجارت و حقوق مدنی و در کنار آن تاثیر حقوق عمومی در این شاخه از حقوق، حقوق جدیدی را با نام حقوق اقتصادی<sup>3</sup> ایجاد می کند که می توان گفت حقوق بانکی شاخه ای از این رشته از حقوق است. در واقع حقوق اقتصادی هم حقوق مداخلات دولت در اقتصاد و بخشی از آن (بانکداری) است و هم حقوق خصوصی و معاملات و فعالیت های اقتصادی اشخاص است. حقوق اقتصادی مباحث مختلفی از حقوق را تشکیل می دهد که در این قالب گرد هم آمده اند و دایره آن به شاخه های دیگر حقوق نیز کشیده شده است.

در نظریات جدید حقوق بانکی را جز حقوق حرفه ای می دانند و حقوق حرفه ای را اینگونه تعریف

<sup>1</sup> - زنگباری، ناصر، حقوق بانکی، انتشارات تک رنگ، ج اول، پائیز ۱۳۸۵، ص ۲۴

<sup>2</sup> - مسعودی، علیرضا، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش های

حقوقی شهر دانش، ج دوم، ۱۳۹۱، ص ۲۰

میکنند: " اعمال کسانی که به یک طبقه اجتماعی خاص تعلق داشته و به واسطه یک حرفه خاص یا یک فعالیت تجاری گرد هم آمده اند."<sup>۱</sup>

### **1-1-1 تعریف حقوق بانکی**

در تعریف حقوق بانکی همانند سایر رشته های حقوقی باید موضوع فعالیت بانک را مدنظر قرارداد و لذا می توان گفت که: "حقوق بانکی مجموعه قواعد و مقرراتی است که به عمل و فعالیت بانک و فعالیت هایی که در باره امور بانکی انجام می شود می پردازد"

#### **1-1-1-1 عملیات بانکی**

عملیات بانکی بر سه مبنای اصلی تجهیز منابع، تخصیص منابع و خدمات" که کارمزد محور هستند" شکل می گیرد.

#### **1-1-2 تجهیز منابع**

تجهیز منابع ناظر بر فعالیت هایی است که منجر به جذب سرمایه اشخاص به بانک می شود و بانک از این طریق منابع مالی مورد نیاز خود را جهت تخصیص منابع فراهم می کند فعالیت هایی همانند گشایش انواع سپرده ها، منجر به جذب سرمایه برای بانک می شود.

#### **1-1-3 تخصیص منابع**

بانک پس از جذب سرمایه افراد، اقدام به تخصیص آنها به فعالیت های اقتصادی و گردش سرمایه بر مبنای عقود اسلامی می نماید. فعالیت هایی نظیر: ارائه تسهیلات بانکی و سرمایه گذاری در بخش های مختلف از موارد تخصیص منابع بانکی می باشند.

#### **1-1-4 خدمات**

بانکها علاوه بر فعالیت های مذکور به نوعی واسطه پرداخت و دریافت پول نیز هستند و از این رهگذر خدمات مختلفی را نظیر صدور چک بانکی، توزیع اوراق مشارکت شرکتها، وصول چکها و اسناد وصولی مشتریان، گشایش اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی ارائه می دهند. یکی از خدماتی که امروزه بانکها به عنوان یکی از شیوه های رایج تضمین تعهدات "اعم از قراردادی و خارج از قرارداد" ارائه می کنند، صدور ضمانت نامه بانکی است.

امروزه بانکها خدمات مهمی را در مبادلات تجاری ارائه می کنند به طوری که به جرات می توان گفت: امروزه هیچ مبادله تجاری خصوصا بین المللی بدون وجود و دخالت حداقل یک بانک امکان پذیر نیست. بدیهی است که معاملات تجاری بین طرفین باعث ایجاد حقوق و تعهداتی برای طرفین می شود، به عنوان مثال در عقد بیع فروشنده ملزم به تحویل مبیع و خریدار ملزم به تادیه ثمن است و لذا این امر طبیعی است که طرفین بدنبال تضمیناتی باشند تا از ایفای تعهدات توسط طرف دیگر اطمینان حاصل کنند. این عدم اطمینان نسبت به ایفای تعهدات طرفین در معاملات بین المللی بیش تر احساس می شود. فروشنده ای که تنها از طریق ایمیل یا تلکس با خریدار در ارتباط است و خریداری که تا کنون هیچ بار مبادله ای با فروشنده نداشته نمی تواند صرفا بر مبنای اعتماد با یکدیگر معامله نمایند. لذا لزوم وجود واسطه ای در این بین که مورد اعتماد طرفین باشد احساس می شود و بانکها به عنوان نهادی معتبر توانستند این نقش تضمینی را ایفا کنند. ضمانت نامه های بانکی نهادی بود که با استفاده از آن بانکها به تضمین تعهدات طرفین اقدام می کردند و از این رهگذر کارمزد دریافت می کردند و

<sup>۱</sup> - همان، ص ۲۰

فروشنده و خریدار نیز با اطمینان خاطر روابط قراردادی را تنظیم می نمودند. لیکن بانکها در این زمینه باید اصولی را رعایت می کردند تا در ضمانت از تعهدات طرفین وارد منازعات و اختلافات قراردادی طرفین نشوند و در این راستا آنها باید دو مکانیسم را برای رسیدن به این هدف رعایت می کردند:

1: ماهیت واسطه ای بودن بانکها: بدین معنی که بانکها نباید وارد تنازعات قراردادی طرفین شوند و صرفاً به عنوان واسطه پرداخت و تضمین عمل کنند چرا که تجاوز از این قاعده بانکها را مجبور به دخالت در روابط قراردادی طرفین می کند که این امر مستلزم تشکیلات وسیعی می باشد تا در مورد اختلافات طرفین قضاوت کند و وظیفه بانک از یک واسطه اقتصادی به یک مرجع قضاوتی تبدیل خواهد شد.

2: دومین مکانیزم روشن کردن دقیق حقوق و مسئولیت های افراد ذیربط در مقابل یکدیگر و همچنین حقوق و مسئولیت های بانک در مقابل افراد درگیر در ضمانت نامه است که باید به نحو روشنی تبیین و عادلانه توزیع شود. ابهام در این گونه موارد میدان را برای تنازع باز می کند و زیانهای فراوانی برای بانکها به همراه دارد. بانکها با اجرای این دو مکانیسم هم به تسهیل روابط تجاری کمک می کنند و هم خود از این رهگذر کارمزد دریافت میکنند و هم درگیر مسائل قضایی نمی شوند. ضمانت نامه های بانکی امروزه به عنوان ابزاری مناسب در اختیار بازرگانان است و نهادی کاملاً مطمئن برای آنها است که باعث می شود بدون دغدغه ضرر تعهداتشان را به خوبی انجام دهند. شناخت دقیق از این نهاد حقوقی نیز مستلزم ارائه تعریفی دقیق از ضمان و ضمانت نامه بانکی است که در بخش دوم این فصل (بخش تعاریف) بدان خواهیم پرداخت.

## 1-2 تعاریف

### 1-2-1 ضمان

ضمان در لغت به معنی در بر داشتن و بر عهده گرفتن آمده است. در اصطلاح فقهی ضمان به معنی اعم که شامل کفالت که ضمان به نفس است نیز می شود محقق حلی در شرایع الاحکام در باب تعریف ضمان میگوید (الضمان عقد شرع للتعهد بمال او نفس)<sup>1</sup> و ضمان به معنی اخص شامل تعهد به مال (چه عین باشد یا منفعت یا عمل است و ضمان عقدی نامیده میشود. در اصطلاح حقوقی ضمان از نظر منشا به دو قسم است: ضمان قهری که منشا آن یکی از امور ذیل است

1) ید غیر امانی (2) تسبیب و اتلاف (3) غرور

و ضمان عقدی که به معنی این است که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده میگیرد. متعهد را ضامن و طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می نامند. (ماده 684 ق مدنی). ضمانت نامه نیز سندی است که به موجب آن ضامن از مضمون عنه ضمانت می کند ضمانت نامه ای را که شخص صادر می کند ضمانت نامه شخصی و ضمانت نامه ای را که بانک صادر میکند ضمانت نامه بانکی مینامند. در بخش های مربوط به ماهیت ضمانت نامه های بانکی و مقایسه آن با نهادهای مشابه بیشتر به بررسی عقد ضمان خواهیم پرداخت.

### 1-2-2 ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی را اینگونه تعریف کرده اند: ضمانت نامه مستقل تعهد به پرداخت مبلغی معین وجه نقد است که در رابطه با قرارداد پایه و به عنوان تضمین اجرای آن داده می شود. این ضمانت نامه یک

<sup>1</sup> - محقق حلی، شرایع الاحکام، ج 2، ص 107، دار الأضواء، بیروت



تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمین را تشکیل می دهد و دارای این ویژگی است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه نسبت به این تعهد قابل استناد نیست<sup>۱</sup>. این تعریف جامع نیست زیرا که برخی از اقسام ضمانت نامه بانکی مثل ضمانت نامه تضمین پرداخت حقوق و عوارض گمرکی را که منشا قراردادی ندارد در بر نمی گیرد.

در تعریف دیگری از ضمانت نامه بانکی چنین آمده است که: ضمانت نامه بانکی سندی است که توسط بانک صادر می شود و به موجب آن بانک تعهد می نماید تا در صورتی که ضمانت خواه از ایفای تعهدات قراردادی خود در مقابل ذینفع قصور نماید با اعلام مراتب توسط ذینفع و مطالبه وجه ضمانت نامه توسط وی مبلغ مندرج در ضمانت نامه را به وی بپردازد<sup>۲</sup>. این تعریف علاوه بر آنکه نقص تعریف شده در تعریف قبلی را دارد تنها به تعریف ضمانت نامه عندالمطالبه پرداخته است که یکی از اقسام ضمانت نامه عندالمطالبه است و ممکن است ضمانت نامه بانکی دارای شرایطی باشد که آن را از حالت عندالمطالبه بودن خارج کند که به آن ضمانت نامه مشروط می گویند که در مطالب اتی عنوان خواهد شد.

برخی<sup>۳</sup> نیز در تعریف ضمانت نامه بانکی بیشتر به جنبه معاوضی بودن آن در مقابل بانک صادر کننده تاکید می کنند و این تعریف را ارائه می دهند: ضمانت نامه بانکی عبارتست از تعهدی که به موجب آن بانک در ازای دریافت اصل مبلغ ضمانت نامه یا درصدی از آن به عنوان پشتوانه صدور و در ازای پرداخت کارمزد مربوطه توسط متقاضی صدور ضمانت نامه و حسب درخواست وی اجرای تعهداتی را که وی به موجب قرارداد مبنای صدور ضمانت نامه در مقابل طرف دیگر بر عهده گرفته را به مدت معینی تضمین می نماید. این تعریف به معاوضی بودن فعالیت بانک در صدور ضمانت نامه اشاره میکند ولی جنبه مهمتر این نوع ضمانت نامه ها که همان استقلال ضمانت نامه بانکی است اشاره نمی کند. بدیهی است که عملیات بانکی تجاری است و محال است که بانک با نیت خیر خواهانه و بدون چشم داشت مالی ضمانت شخصی را تقبل کند. لکن خصوصیت استقلال ضمانت نامه بانکی باید در تعریف ضمانت نامه بانکی گنجانده شود تا تمایز اصلی آن با ضمان عقدی آشکار گردد. این تعریف را می توان در مورد ضمان عقدی نیز جاری دانست چراکه خصوصیت معاوضی هر چند در ضمانت نامه بانکی یکی از خصوصیات این نهاد است لکن خصوصیت اصلی آن نیست و عدم ذکر آن در تعریف ضمانت نامه تاثیری در ماهیت ضمانت نامه ندارد.

ضمانت نامه بانکی را دکتر اخلاقی اینگونه تعریف می نمایند: ضمانت نامه قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادر کننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذینفع (مضمون له) تعهد میکند بدون هیچ قید و شرط، عندالمطالبه یا در سر رسید معین مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوعی خاص که مربوط به مضمون عنه است به ذینفع یا به حواله کرد او بپردازد<sup>۴</sup>. در مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه نشریه شماره 458 در تعریف ضمانت نامه چنین آمده است: ضمانت نامه عندالمطالبه به معنی هر نوع ضمانت، تعهد یا سایر انواع تعهد پرداخت می باشد که توسط بانک یا شرکت بیمه یا اشخاص به صورت کتبی و به منظور پرداخت پول در مقابل درخواست کتبی پرداخت یا اسناد دیگری که منطبق با شرایط ضمانت نامه باشد و ممکن است در

۱- کاشانی، محمود، ضمانت نامه بانکی، انتشارات موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۷، ص ۲۰ و ۲۱

۲- مسعودی، علیرضا، همان، ص ۴۵

۳- نظافتیان، عبدالعلی، ضمانت نامه های بین المللی بانکی، رساله دکتری دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهمن

۱۳۶۸، ص ۱۷

۴- اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۱۸ و ۱۱۹، ص ۱۵۶

ضمانت نامه قید شده باشد به در خواست متقاضی به طرف دیگر (ذینفع) داده میشود (ماده 2)<sup>1</sup> در نشریه شماره 758 این مقررات نیز همین معنی در مورد ضمانت نامه بکار برده شده است. ضمانت نامه از نظر این قانون می تواند توسط نهادهایی از قبیل بیمه و یا حتی اشخاص نیز صادر شود ولی در حقوق ایران صدور ضمانت نامه مستقل در عمل در صلاحیت بانکها و موسسات مالی دارای مجوز از سوی بانک مرکزی است. آئین نامه تضمین برای معاملات دولتی که وفق ماده 3 انواع ضمانت نامه معتبر در قراردادها را عنوان می کند در بند الف ضمانت نامه های بانکی و در بند ب ضمانت نامه های صادره از موسسات مالی دارای مجوز از بانک مرکزی را به عنوان ضمانت نامه های معتبر می شناسد. هر چند در قوانین منعی برای صدور ضمانت نامه مستقل توسط اشخاص دیده نمی شود لکن در عمل این نوع ضمانت نامه را بانکها به دلیل پشتوانه مالی قوی صادر میکنند. در لایحه جدید قانون تجارت نیز تنها بانکها مجاز به صدور ضمانت نامه مستقل هستند (ماده 837 لایحه جدید قانون تجارت).

در لایحه جدید قانون تجارت نیز ضمانت نامه مستقل تعریف شده است. ماده 836 لایحه بیان میدارد: ضمانت نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادر کننده (ضامن) به درخواست متقاضی (مضمون عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذینفع (مضمون له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت نامه بر عهده می گیرد.

با توجه به مطالب گفته شده در بالا می توان ضمانت نامه های بانکی را بدین گونه تعریف نمود: ضمانت نامه بانکی سندی است که موجب آن بانک از تعهدات یکی از طرفین (متقاضی ضمانت نامه) که در مقابل قرارداد پایه یا رابطه ای غیر قراردادی متعهد شده است در مقابل طرف دیگر (ذینفع ضمانت نامه) ضمانت میکند و متعهد میگردد که در صورت مطالبه ذینفع با رعایت شرایط مقرر در ضمانت نامه مبلغ معینی را به وی بپردازد. این ضمانت نامه از رابطه ای که علت صدور آن بوده مستقل است.

این تعریف هم ضمانت نامه هایی که مبنای صدور قراردادی ندارند را در بر میگیرد و هم شامل انواع ضمانت نامه از لحاظ شرایط مطالبه می شود و هم خصوصیت استقلال ضمانت نامه را از رابطه پایه عنوان میکند.

---

<sup>1</sup> - آفاکی، ژرژ، راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه، ترجمه فریده تذهیبی، انتشارات کمیته

ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، چ اول، 1387، ص 213

## **فصل دوم : قوانین حاکم بر ضمانت نامه های بانکی و انواع ضمانت نامه های بانکی**

این فصل در دو بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد که بخش اول عبارتست از قوانین و مقررات مربوط به ضمانت نامه های بانکی که خود به دو مبحث حقوق داخلی و خارجی تقسیم می‌شود حقوق داخلی در دو گفتار مورد بررسی قرار می‌گیرد که گفتار اول در مورد قوانین و مقررات موجود در کشور و گفتار دوم رویه قضایی کشور در مورد ضمانت نامه های بانکی مورد بررسی قرار می‌گیرد. مبحث حقوق خارجی نیز در یک گفتار قوانین و مقررات بین المللی مورد بررسی قرار خواهد گرفت در بخش دوم نیز انواع ضمانت نامه های بانکی از جنبه های مختلف مورد بررسی قرار خواهد گرفت

## **2-1 قوانین مربوط به ضمانت نامه های بانکی**

### **2-1-1-1 حقوق داخلی**

#### **2-1-1-1-2 قوانین و مقررات داخلی**

در قوانین ایران قانونی که به بررسی اصول حاکم بر ضمانت نامه های بانکی بپردازد و مکانیسم اجرایی آن را شرح دهد وجود ندارد لکن از بررسی در قوانین ایران میتوان به این نتیجه رسید که قانون گذار ایران اصل تاسیس نهاد ضمانت نامه بانکی را به رسمیت شناخته است. برای نمونه ماده 14 قانون پولی و بانکی کشور بند 6 که وظیفه بانک مرکزی را تعیین حداکثر نسبی تعهدات ناشی از افتتاح اعتبارات اسنادی-ظهر نویسی یا ضمانت نامه های صادر از طرف بانکها میداند و بند 15 ماده 1 قانون عملیات بانکی بدون ربا و ظایف نظام بانکی را صدور و تأیید و قبول ضمانت نامه ارزی و ریالی جهت مشتریان میداند همچنین ماده 3 بند الف و ب آئین نامه تضمین برای معاملات دولتی 1382/8/4 نیز یکی از انواع تضمین های معتبر برای معاملات دولتی را ضمانت نامه های صادره از بانک و موسسات دولتی میداند. همچنین آئین نامه صدور ضمانت نامه و ظهر نویسی از طرف بانکها مصوب 1390/10/28 که شامل 7 ماده در مورد مقررات ناظر بر صدور و ظهر نویسی است که برای بانکها لازم الرعایه میباشد. مجموعه این مقررات نشان از مشروعیت صدور ضمانت نامه در حقوق ایران است. علاوه بر این لایحه جدید قانون تجارت نیز مقرراتی در زمینه ضمانت نامه مستقل پیش بینی نموده است که هر چند هنوز مورد تصویب قرار نگرفته لکن تنها متنی است که در حقوق ایران به قواعد مربوط به ضمانت نامه بانکی میپردازد.

### **2-1-1-2 رویه قضایی**

رویه قضایی مجموعه آرا دیوان عالی کشور و آرا صادره از محاکم قضایی است که بررسی آنها میتواند به عنوان منبعی کارآمد در بررسی قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی باشد. برای نمونه رای شماره 71 مورخ 1346/9/22 که نظریات متفاوتی در باب ماهیت حقوقی این سند در این رای ارائه شده است<sup>1</sup>. نظر دادستان وقت در این پرونده از این قرار است: ضمانت نامه صادره از لحاظ قواعد مربوط به تعهد و از لحاظ قواعد مربوط به ضمان باطل میباشد و چون در موقع تنظیم ضمانت نامه بانکی هنوز دینی تحقق نیافته و ضمانت نامه بدون داشتن سبب منعقد شده است و باطل است از حیث قوانین مربوط به تعهد نیز با درج کلمه ذیل در ضمانت نامه (در صورت تخلف شرکت پخش کننده فیلم هر مبلغی تا میزان 600 هزار ریال به صرف اظهار آقای ..... بدون اینکه احتیاجی به

<sup>1</sup> - مجموعه رویه قضایی سال 1346، آرشیو حقوقی کیهان 1347، ص 215