

ضمانت مشروط در حقوق تجارت بین الملل و مقایسه آن با نهادهای حقوق داخلی؛ با تاکید بر مقررات اتاق بازرگانی بین المللی

مجتبی جاویدی^۱، عبدالکریم حقیقی^۲

چکیده

شیاع ضمانت‌ها در مبادلات اقتصادی، مؤسسات اقتصادی را بر آن داشته که جهت کسب سود به این عرصه ورود کنند. چنین ضمانت‌هایی به لحاظ داشتن وصف استقلال از عقد مبنا، از عقد ضمان سنتی فاصله می‌گیرد؛ با این حال در عرصه تجارت ممکن است ضمانت‌های غیر مستقل و تبعی نیز صادر شود؛ به گونه‌ای که اتاق بازرگانی بین‌المللی اقدام به وضع مقررات متحدالشکل کرده است. وصف فرعی این ضمانت‌نامه‌ها، آن‌ها را به عقد ضمان در حقوق داخلی نزدیک می‌نماید و با ضمان سنتی و فقهی مشابهت بیشتری دارد؛ بدین ترتیب که هر دو فاقد وصف استقلال بوده و مبتنی بر وجود پیشینی یک دین است. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی با موضوع ضمان در تجارت بین‌الملل و حقوق ایران صورت گرفته و در تفاوت میان ضمانت مشروط و سنتی، نتیجه می‌گیرد که اولی عقدی سه‌طرفه است و دومی میان ضامن و مضمون‌له منعقد می‌شود؛ در ضمانت مشروط شرط تعلیق پذیرفته شده، اما ضمانت از معدود عقود است که مقنن تعلیق در آن را باطل شمرده است. سرانجام آن‌که، عقد ضمان از نمونه‌های برجسته عقود مسامحه‌ای است؛ در حالی که ضمانت مشروط کاملاً مبتنی بر مغایره است.

واژگان کلیدی: اتاق بازرگانی بین‌المللی، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق ایران،

ضمانت مشروط، ضمان عقدی

۱. دانشیار بخش فقه و حقوق اسلامی دانشکده الاهیات و معارف اسلامی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
Mojtabajavidi@gmail.com

۲. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران
K90776653@gmail.com

درآمد

ضمان عقدی تبعی است؛ بدین معنا که همواره یک قرارداد و تعهد اصلی و پایه در کار است و تعهد و دینی وجود دارد و ضامن در واقع همین دین موجود را بر عهده می‌گیرد. لذا وابسته و تابع آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۴۴)، اما گاه ممکن است بنا بر مصالحی ضمانت از قرارداد پایه منفک شده و استقلال یابد؛ بدین معنا که تعهد ضامن در برابر مضمون‌له مجرد از قرارداد اصلی شود و ایرادها و دفاعیات مربوط به قرارداد اخیر در ضمانت مؤثر نباشد؛ بنابراین ضمانت از حیث استقلال یا تبعیت آن از قرارداد اصلی، به ضمانت مشروط (تبعی) و مستقل (غیرمشروط) تقسیم می‌شود. در ضمانت مشروط تعهدات ناشی از آن همواره نسبت به تعهدات قرارداد اصلی جنبه فرعی و تبعی دارد و لذا ضامن که متعهد قرارداد ضمان است، می‌تواند برای رهایی از تعهد خود به تمام ایرادها و دفاعیاتی که مضمون‌عنه در قرارداد پایه امکان توسل به آن‌ها را دارد استناد کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۴۶). در مقابل، ضمانت مستقل از حیاتی کاملاً مجرد از قرارداد پایه برخوردار است و به هیچ وجه از آن متأثر نمی‌شود؛ بنابراین ایرادات و دفاعیاتی که مضمون‌عنه در قرارداد اصلی امکان توسل به آن‌ها را برای رهایی از تعهد خویش دارد از ضامن مسموع نیست. او به نحوی مستقل و با شرایط مذکور در عقد ضمان و ضمانت‌نامه در برابر ذی‌نفع مسؤول است. این ضمانت‌ها را با توجه به این‌که عمدتاً توسط شبکه بانکی صادر می‌شود ضمانت‌نامه بانکی نیز می‌نامند (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۰). در این ضمانت‌نامه همگامی و همراهی میان ضامن و مضمون‌عنه که در ضمانت مشروط برقرار بود وجود ندارد.

در حقوق تجارت بین‌الملل هر یک از این دو ضمانت مشمول مقررات متفاوتی هستند. از جمله نهادهایی که در این خصوص اقدام به وضع مقررات اختیاری نموده اتاق بازرگانی بین‌المللی است. این نهاد در سال ۱۹۹۱ اقدام به وضع مقررات متحدالشکلی در خصوص ضمانت‌های مستقل تحت عنوان مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۱ نمود که در سال ۲۰۱۰ مورد بازبینی قرار گرفت. در خصوص ضمانت‌نامه‌های مشروط (عادی) نیز در سال ۱۹۹۳ اقدام به وضع مقررات

1. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)

متحدالشکلی تحت عنوان مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های قراردادی^۱ نمود. این دو دسته مقررات برای دو بخش متفاوت از بازار و صنعت تهیه شده اند. تمرکز مقررات اخیر، یعنی ضمانت مشروط بر حوزه ساخت و ساز و تامین بوده است (Af-faki et al, 2011: p.xvii). پژوهش پیش رو می کوشد با روش توصیفی تحلیلی این نوع از ضمانت های تجاری موضوع حقوق تجارت بین الملل را با انواع مختلف ضمان در حقوق داخلی مقایسه و نزدیک ترین نهاد حقوقی داخلی به آن را تعیین کند. هدف نهایی این است که بتوان درک دقیق تری از انواع ضمانت نامه های موجود در عرف و حقوق تجارت بین الملل و اتاق بازرگانی بین المللی به دست آورد. بدیهی است که در معاملات تجاری بین المللی که به لحاظ حجم و اندازه بسیار بزرگ تر از معاملات داخلی است، اصولاً به مقررات بین المللی و به ویژه مقررات اتاق بازرگانی بین المللی استناد می شود و غالباً آن ها را به عنوان شروط ضمن عقد می گنجانند یا این که فقط از آن ها نام می برند؛ بدین ترتیب اگر درک درستی از هریک از این نهادها وجود نداشته باشد، صرف نظر از عدم امکان تحلیل آن ها، موجب اشتباه در مشاوره و انعقاد عقد و تبعاً زیان هنگفت اقتصادی می گردد.

این مقاله با این هدف کلی، ابتدا ضمانت مشروط در حقوق تجارت بین الملل را با سایر انواع ضمانت و ضمانت نامه در این حوزه بررسی و جایگاه ضمانت مشروط در حقوق تجارت بین الملل در کنار سایر انواع ضمانت را تبیین می نماید. سپس به مقایسه آن با سایر نهادهای مشابه بین المللی از جمله ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی پرداخته می شود. متعاقباً به مهم ترین تفاوت ضمانت مشروط در حقوق تجارت بین الملل و مقررات اتاق بازرگانی بین المللی با سایر انواع ضمانت در این حوزه پرداخته می شود. در قسمت های بعد با مرور مختصر ضمانت و انواع ضمانت نامه در حقوق داخلی، شبیه ترین نهاد حقوقی به ضمانت مشروط استنباط می گردد که همان ضمان سستی ناقل ذمه است و در بخش آخر نیز به مقایسه و بررسی شباهت ها و تفاوت های ضمانت مشروط و ضمان عقدی ناقل ذمه پرداخته می شود.

1. Uniform Rules for Contract Bonds (URCB)

۱. ضمانت مشروط و نهادهای مشابه آن در حقوق تجارت بین الملل

در این قسمت در تبیین مفهوم ضمانت نامه مشروط، پس از توضیح در خصوص این نوع ضمانت و بررسی مقررات متحدالشکل ضمانت های قراردادی، به بررسی و مقایسه آن با ضمانت نامه بانکی و اعتبار اسنادی تضمینی پرداخته و مفهوم و آثار مستقل و تبعی بودن ضمانت نامه را تشریح خواهیم کرد.

۱-۱. مفهوم ضمانت مشروط

ضمانت نامه مشروط، ضمانت نامه عادی یا قرارداد تضمین^۱ به قراردادهایی اطلاق می شود که به موجب آن شخصی (ضامن) متعهد می شود چنانچه متعهد اصلی (مضمون عنه) از انجام تعهدات خود امتناع کند یا به متعهدله اصلی (ذی نفع ضمانت نامه) خساراتی وارد نماید، ضامن همراه با مضمون عنه در مقابل مضمون له جوابگوی این تعهدات و خسارات باشد (شیروی، ۱۳۹۲: ۲۶۷). اصطلاح تضمین^۲ در ماده ۲ مقررات متحدالشکل ضمانت های قراردادی چنین تعریف شده است: «هر نوع ضمانت، وثیقه و سایر روش هایی که طی آن ها ضامن در برابر ذی نفع متعهد می شود که در صورت نقض پیمان توسط اصیل تا میزان مبلغ ضمانت نامه خسارات ادعایی ذی نفع را پوشش دهد یا قرارداد را اجرا نماید». این ضمانت نامه غالباً توسط بانک ها صادر نمی شود چون بانک ها تمایلی ندارند در اختلافات ناشی از قرارداد مبنا درگیر شوند، اما مؤسسات مالی دیگر مثل شرکت های بیمه و شرکت های ضامن آماده صدور ضمانت های مشروط هستند (اشمیتوف، ۱۳۹۲: ۶۸۶). تضمین نامه هایی که در حقوق اروپایی تحت این عنوان شناخته می شوند، فاقد خصیصه استقلال هستند. در این کشورها برای ضمان تبعی از اصطلاحی دیگر^۳ نیز استفاده می شود. در حقوق امریکا اصطلاح ضمانت^۴ چنین معنایی را افاده می کند (شهبازی و نفرشی، ۱۳۸۲: ۷). قرارداد ضمانت، قراردادی است که در آن شخصی (ضامن) تعهد می کند که در صورت نقض تعهدات فعلی یا آتی، اصیل (مضمون عنه) علاوه بر وی (مضمون عنه) مسؤول باشد یعنی در صورتی که اصیل در اجرای تعهداتش ناموفق

1. Contact Bond, Accessory Bond, Conditional Guarantee

2. Bond

3. Suretyship

4. Guarantee

بماند (Andrews et al, 2011: 1). در حقوق انگلیس و امریکا، اصطلاح ضمانت^۱ در معنای سنتی ضمانت به کار می رود که در آن ضمانت ضامن، یک ضمانت مشروط و ثانویه است؛ در حالی که اصطلاح تضمین^۲ معنای جدید ضمانت است و در آن ضمانت معنایی اولیه و مستقل دارد (Bertrams, 2013: 1.2-1.3).

رایج ترین نوع ضمانت نامه مشروط در حقوق امریکا ضمانت حسن انجام کار^۳ است. در این نظام حقوقی قرارداد ضمانت را ضمانت^۴ می نامند و طرفین آن عبارتند از پیمانکار^۵ که همان اصیل یا مضمون عنه است و متعهد^۶ که ذی نفع می باشد و ضامن (Moelmann, 2009: 4). این نوع ضمانت نامه با اوصاف فرعی، ضمان ثانوی و تبعی شناخته می شود و تعهد پرداخت وجه آن ها با تخلف واقعی متعهد اصلی از قرارداد پایه اجرا می شود و میزان مبلغی که به موجب این ضمانت نامه قابل پرداخت است به میزان واقعی خسارت بستگی دارد (ایکس یانگ، ۱۳۸۵: ۳۱۷). بدین ترتیب این ضمانت نامه به عقد ضمان در مفهوم سنتی خود بسیار شبیه است. مشخصه اصلی و بارز قرارداد مذکور این است که تعهدات ناشی از ضمانت نامه همواره نسبت به تعهد اصلی جنبه تبعی دارد. این ویژگی بسیاری از آثار این نوع ضمانت نامه را متأثر کرده و وجه ممیزه اصلی آن از سایر انواع ضمانت نامه ها است.

۲-۱. مقررات متحدالشکل ضمانت های قراردادی

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها به طرفین عقد اجازه می دهد قرارداد خود را به هر نحو که مایلند منعقد نمایند اما با توجه به اینکه پیش بینی تمام حالات متصوره در جریان اجرای یک قرارداد امری ناممکن است؛ لذا منطقی است که طرفین، قرارداد خود را تحت حاکمیت یک قانون درآورند تا در موارد تکمیلی بر عقد حکومت نماید. هنگامی که طرفین قرارداد تابع دو کشور متفاوت هستند قاعدتاً از مقررات داخلی یکدیگر نامطلع بوده و به صورت طبیعی، تمایلی ندارند که به حاکمیت قانون طرف دیگر قرارداد تن دهند. راه حل میانه این است که قواعد

1. Suretyship

2. Guarantee

3. Performance Bond

4. Suretyship

5. Contractor

6. Obligee

و مقرراتی که توسط سازمان‌های تجاری بین‌المللی در این خصوص تنظیم شده را به عنوان شروط عمومی به قرارداد خود الحاق نمایند. در این صورت مقررات مذکور نیز به صراحت به اراده طرفین عقد پیوند خورده و جزیی از قرارداد تلقی می‌شود.

در خصوص تدوین مقررات متحدالشکل راجع به ضمانت‌نامه‌ها، اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۸۷ اقدام به وضع مقرراتی تحت عنوان مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی^۱ نمود اما این مقررات به دلیل فقدان شفافیت لازم و عدم شناسایی ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استقبال واقع نشد (شیروی، ۱۳۹۲: ۳۷۳). مانع عمده بر سر راه پذیرش عمومی این قواعد، شرط ماده ۹ مقررات مذکور بود که ذی‌نفع را ملزم می‌نمود به هنگام مطالبه وجه ضمانت‌نامه رأی دادگاه یا رای داوری یا تأییدیه کتبی متعهد اصلی (مضمون‌عنه) را ارائه نماید تا بدین طریق مشکل مطالبه نابه‌جای ضمانت‌نامه را مرتفع سازند، اما در عمل این حساسیت باعث فاصله گرفتن مقررات مذکور از عرف و رویه تجاری شد (ایکس‌یانگ، ۱۳۸۵: ۳۳۲). در پی آن اتاق بازرگانی بین‌المللی بر آن شد که مقررات ضمانت‌نامه‌های مستقل را از مقررات ضمانت‌نامه‌های مشروط تفکیک و برای هر یک به صورت جداگانه مقررات وضع کند. این مهم با وضع مقررات راجع به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۲ در سال ۱۹۹۱ که در سال ۲۰۱۰ مورد بازبینی قرار گرفت و تدوین مقررات متحدالشکل راجع به ضمانت‌نامه‌های قراردادی^۳ در سال ۱۹۹۳ تحقق یافت. مقررات اخیر طی هشت ماده به تنظیم قواعد مربوط به ضمانت‌نامه‌های مشروط پرداخته است. به این مقررات نیز انتقادهایی وارد شده است از جمله این‌که به لحاظ ساختار و شیوه بیان تابع سنت‌های کامن‌لا است (Bertrams, 2004: 7).

طبق این مقررات در این نوع ضمانت‌نامه سه شخص دخیل هستند: اصیل یا مضمون‌عنه^۴، ضامن^۵ و ذی‌نفع^۶ یا مضمون‌له. ذی‌نفع کسی است که قرارداد

1. Uniform Rules for Contract Guarantees

2. URDG

3. URCB

4. Principal

5. Guarantor

6. Beneficiary

ضمانت به نفع و برای او منعقد می‌شود. ضامن شخصی است که قرارداد ضمانت را از طرف اصیل منعقد کرده و متعهد قرارداد ضمانت می‌باشد. به عبارت دیگر ضامن کسی است که تعهدات اصیل را ضمانت می‌کند. اصیل شخصی است که پیشنهاد انعقاد یک معامله را به ذی‌نفع داده یا با او قراردادی را منعقد کرده است و مقدمات مسئولیت اجرای تمام تعهدات قرارداد پایه با اوست و مسئولیت این شخص در قرارداد پایه است که توسط ضامن تضمین می‌شود و در واقع طبق ماده ۱ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، موضوع قرارداد ضمانت عبارت است از: تضمین تعهدات اصیل از سوی ضامن که از قرارداد اصلی ناشی شده است. مطابق این مقررات، نقض^۱ عبارت است از هرگونه تخلف، نقض یا عدم اجرای قرارداد اصلی که منشا ادعای اجرای قرارداد یا جبران ضرر و زیان از سوی ذی‌نفع می‌باشد. چنین نقضی مطابق مقررات متحدالشکل باید محرز شود و احراز آن به یکی از این سه صورت است: ۱- طبق قرارداد چنین نقضی از سوی شخص یا مرجع ثالثی گواهی شود، ۲- اگر قرارداد ضمان، چنین مرجع یا شخصی معین نکرده باشد مطابق گواهی نقض صادره توسط ضامن باشد، ۳- یا از طریق داوری تحت نظر یک محکمه یا دیوان در حوزه قضایی صالح صورت گیرد. باید توجه داشت گواهی نقض صادره مطابق بند ۱ و ۲ حقوق طرفین را در رجوع به داوری یا دادگاه صالح در خصوص هرگونه اختلاف یا جهت اعتراض و تجدیدنظر به گواهی‌های مذکور، محدود نمی‌نماید (Wood, 2008: 388).

در ماده ۴ مقررات متحدالشکل به مواردی اشاره شده که در آن‌ها ضامن بری شده و ضمانت پایان می‌یابد. در این ماده آمده است که به شرط نبودن توافق یا قانون قابل اجرای مخالف، یک ضمانت در تاریخ انقضای مندرج در ضمانت‌نامه پایان می‌پذیرد و ضامن از تمام تعهداتش بری می‌شود اعم از این که ضمانت‌نامه به وی عودت شده باشد یا نه. در این ماده هم‌چنین مقرراتی تکمیلی برای مشخص شدن زمان انقضای ضمانت‌نامه تعیین گردیده است؛ بدین نحو که در صورت نبودن مقررات و توافق مغایر، یک ضمانت‌نامه ظرف شش ماه از آخرین تاریخ تعیین شده برای اجرای قرارداد یا تعهدات قراردادی پایان می‌پذیرد. هم‌چنین برای هر یک از

انواع ضمانت‌های اشاره شده در این مقررات ملاک‌های ویژه‌ای برای تشخیص زمان انقضا بیان شده است. در هر حال به محض بری شدن ضامن، ضمانت‌نامه باید به وی عودت شود و ضبط و نگهداری ضمانت‌نامه به خودی خود هیچ حقی برای ذی‌نفع ایجاد نخواهد کرد. هم‌چنین در خصوص نحوه ارائه درخواست وجه ضمانت‌نامه و شیوه حل و فصل اختلافات مقررات ویژه‌ای در مقررات متحدالشکل تعیین شده است.

۳-۱. مقایسه ضمانت‌نامه مشروط با ضمانت‌نامه بانکی

همان‌طور که گذشت ضمانت ذاتا عقدی تبعی است. تعهدات ناشی از قرارداد پایه موضوع عقد ضمان است، اما گاه بنا بر مصالحی مضمون‌له ترجیح می‌دهد قرارداد ضمان از وابستگی به عقد پایه رهایی یابد. این امر به‌ویژه ناشی از ضرورت سرعت در امور تجاری است. چنان‌چه ضمانت‌نامه به قرارداد مبنا وابسته باشد ضامن از حق استناد به هر ایراد و دفاعی که مضمون‌عنه دارد برخوردار است و این باعث می‌شود که اختلافات طرفین عقد پایه به ضمان هم سرایت کند و نتیجتاً هدف مضمون‌له از انعقاد ضمان، که تحصیل وثیقه و اطمینان است، برآورده نشود. در چنین ضمانت‌نامه‌هایی پنداری ضامن و مضمون‌عنه در یک سو و مضمون‌له در سوی دیگر قرار می‌گیرد. یعنی یک تقابل و رویارویی قراردادی میان آن‌ها وجود دارد. این موضوع باعث می‌شود چنان‌چه ضامن به ایرادات ناشی از عقد پایه استناد کند مضمون‌له ناچار شود همان راه طولانی اقامه دعوا و اثبات تعهد را طی کند که بدون عقد ضمان هم باید علیه مضمون‌عنه می‌پیمود. تنها خاصیت ضمانت‌نامه در این حالت اطمینان مضمون‌له از مواجه نشدن با اعسار است. این فایده اندک ضرورت ضمانت‌نامه در حقوق تجارت را توجیه نمی‌کند. مضمون‌له می‌خواهد از ورود به این دعوای نفس‌گیر و پرهزینه و زمان‌بر خودداری کرده و آن را بر دوش مضمون‌عنه بیندازد. به همین خاطر ترجیح می‌دهد ضمانت را از عقد پایه منفک و مجرد ساخته تا بتواند به صرف مطالبه، یا راه‌هایی به همین سهولت، وجه ضمانت‌نامه را وصول کند. این جوهره تفاوت میان ضمانت‌نامه مشروط و مستقل است. البته در متن ضمانت‌نامه مستقل به قرارداد پایه اشاره می‌شود. این اشاره معمولاً در ابتدای سند یا در مقدمه آن صورت می‌گیرد. لزوم این ارجاع به‌ویژه از این جهت است که مشخص شود وجه ضمانت‌نامه در ارتباط

با چه تعهدی قابل مطالبه است. اما این اشاره ضمانت نامه مستقل را به ضمانت تبعی تبدیل نمی کند. این موضوع در حقوق انگلیس و امریکا بنابر نظریه علت یا عوض نیز حائز اهمیت است (شهبازی نیا، ۱۳۸۲: ۲۲۰).

ضمانت نامه مستقل (بانکی) از این حیث که تعهد ضامن صرفاً با ارائه اسناد مطابق یا با یک مطالبه ساده قابل اجرا بوده و ضامن توجهی نمی کند که آیا مضمون عنه واقعاً از اجرای تعهد قصور ورزیده یا خیر، دارای ماهیت اسنادی است و دو اصل حاکم بر اعتبارات اسنادی، یعنی اصل استقلال و اصل لزوم انطباق دقیق اسناد، به آن حکومت می کند (ایکس یانگ، ۱۳۸۵: ۳۱۷). ضمانت نامه بانکی ممکن است از سوی خریدار یا فروشنده تحصیل شود. ضمانت نامه ای که توسط خریدار تهیه می شود هدفش تضمین پرداخت قیمت خرید به وسیله جانشین کردن یک پرداخت کننده معتبر به جای خریدار است و ضمانت نامه ای که توسط فروشنده تحصیل شود هدفش جبران خسارات ناشی از عدم تحویل کالا یا تحویل ناقص یا دیگر موارد عدم اجرای قرارداد است (اشمیتوف، ۱۳۹۲: ۶۸۸).

ضمانت مستقل و مشروط هر دو به یک هدف و منظور منعقد می شوند: تضمین تعهد پایه به نفع مضمون له توسط ضامن. طبع و ماهیت آن ها نیز کاملاً یکسان است به طوری که می توان از هر دو یک تعریف واحد ارائه داد. تفاوت تنها در ویژگی تجربیدی و تبعی آن ها است. ضمانت نامه مستقل به محض انعقاد، حیاتی مستقل و جدا از قرارداد مبنای خود پیدا می کند و ضمانت نامه مشروط تا انتها وابستگی خود را به قرارداد پایه حفظ می نماید. تمام تفاوت های دیگر میان این دو از همین خصوصیت برمی خیزد. در ضمانت مشروط مسئولیت ضامن به مسئولیت اصیل اضافه می شود ولی جانشین آن نمی گردد. مسئولیت اصیل را مسئولیت اصلی^۱ و مسئولیت ضامن را مسئولیت ثانوی^۲ می نامند (Andrews et al, 2011: 2-5). همان طور که گذشت اتفاق بازرگانی بین المللی مقررات متحدالشکلی تحت عنوان دیگری^۳ تدوین نموده است که ناظر به ضمانت نامه های بانکی (مستقل) است و طرفین با ضمیمه کردن آن به قرارداد می توانند روابطشان را تحت حاکمیت این قواعد درآورند. ماده ۵ مقررات

1. Primary
2. Secondary
3. URDG

اخیر مصوب سال ۲۰۱۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی اشعار می‌دارد که قرارداد ضمانت منعقدشده، از قرارداد نخستین، یعنی روابط اولیه میان اصیل (مضمون‌عنه بعدی) و مضمون‌له، مستقل می‌باشد و از آن متأثر نمی‌گردد. این مساله، تاثیر یا عدم‌تاثیر قرارداد ضمانت از روابط پایه و نخستین، مهم‌ترین تفاوت میان ضمانت‌نامه مستقل و مشروط است. هنگامی که قرارداد ضمانت از روابط اولیه میان مضمون‌عنه و مضمون‌له، منفک نشود، هم‌چنان تحت‌تاثیر آن باقی می‌ماند و در هر ایرادی که به روابط پایه وارد شود قرارداد ضمانت را نیز تحت‌تاثیر قرار می‌دهد؛ در حالی که این مساله در ضمانت‌نامه مستقل وجود ندارد. در ضمانت‌نامه مستقل، گویی دو قرارداد مستقل، اگرچه مرتبط با هم، وجود دارند که حتی بطلان یکی، دیگری را متأثر نمی‌نماید.

۴-۱. مقایسه ضمانت‌نامه مشروط با اعتبارات اسنادی تضمینی

(انتظاری)

یکی از انواع اعتبارات اسنادی، اعتبارات اسنادی تضمینی (انتظاری) است که با دیگر انواع اعتبارات اسنادی تفاوت ماهوی دارد. اسناد اعتباری طبیعتاً یک شیوه پرداخت هستند و چنان‌چه ذی‌نفع اعتبار تعهدات خود را انجام دهد وجه اعتبار به عنوان تعهد طرف مقابل به وی پرداخت می‌شود. اما در اعتبارات تضمینی بانک گشاینده متعهد می‌شود چنان‌چه متقاضی اعتبار (مضمون‌عنه) تعهدات خود را در مقابل ذی‌نفع انجام نداد، وجه اعتبار به وی پرداخت گردد. در واقع این یک شیوه پرداخت نیست و ماهیتاً به ضمانت می‌ماند. به لحاظ تاریخی تکوین این نوع اعتبارات به علت موانعی بود که در ایالات متحده برای صدور برخی ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود داشت (شیروی، ۱۳۹۲: ۲۵۸). بدین ترتیب این نوع اعتبارات اسنادی را ماهیتاً باید ضمانت‌نامه‌هایی محسوب کرد که دارای دو خصیصه اسنادی و تضمینی هستند. از یک جهت برای تضمین تعهدات ناشی از قرارداد پایه به‌کار گرفته می‌شوند و از سوی دیگر مطالبه وجه اعتبار صرفاً در ازای ارائه مطابق اسنادی است که حاکی از قصور متعهد قرارداد پایه در اجرای تعهداتش می‌باشد (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۳)؛ بنابراین همان تفاوت مذکور میان ضمانت‌نامه‌های مستقل و مشروط در اینجا نیز وجود دارد. در ضمانت‌نامه مشروط بانک باید قصور واقعی و عملی مدیون را احراز نماید در حالی که در اعتبارات اسنادی تضمینی به علت وصف تجریدی و ماهیت

اسنادی بانک حق و تکلیفی ندارد تا ورای اسناد ارائه شده بررسی و تحقیقی به عمل آورد (همان). به عبارت دیگر می‌توان چنین گفت که در ضمانت مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی بانک (ضامن) ابتدائاً و بدون توجه به قرارداد پایه در برابر ذی‌نفع متعهد می‌شود که به صرف مطالبه یا اجابت شرایط مندرج در سند، وجه را به ذی‌نفع بپردازد و به هیچ عنوان خود را وارد قرارداد پایه نمی‌نماید.

۵-۱. مفهوم مستقل و تبعی بودن

هرگاه شرایط انعقاد و نفوذ قراردادی تابع عقد دیگر باشد قرارداد نخست را تبعی و عقد دوم را اصلی می‌نامند و در مواردی که شرایط صحت و انحلال قراردادی، جداگانه و بدون توجه به عقد یا تعهد دیگر بررسی شود به آن عقد مستقل می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۰۰).

ضمانت‌نامه آن‌گاه مستقل تلقی می‌شود که ایرادات و دفاعیات مرتبط با قرارداد مبنا، در خصوص آن مسموع نباشد و حیاتی کاملاً مستقل و مجرد از آن در پیش گیرد؛ بنابراین چنان‌چه قرارداد پایه باطل یا فسخ یا منفسخ شده باشد این ایرادات به اعتبار ضمانت‌نامه آسیبی نمی‌رساند و ضمانت‌نامه به‌عنوان تعهد لازم و غیرقابل رجوع بانک هم‌چنان به سود ذی‌نفع آن باقی است و متقاضی هم نمی‌تواند دستوری در خصوص عدم پرداخت آن به بانک بدهد؛ زیرا اصلاً در ضمانت‌نامه سمتی ندارد و طرف آن محسوب نمی‌شود. اصلاحات قرارداد پایه نیز ضمانت‌نامه را متاثر نمی‌کند. معمولاً بانک‌ها در متن ضمانت‌نامه بانکی این شرط را می‌گنجانند که اصلاحات و تغییرات قرارداد پایه میان اصیل و ذی‌نفع تاثیری بر حقوق و تعهدات بانک طبق ضمانت‌نامه صادره نخواهد داشت (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۳۱). بدیهی است که پس از پرداخت وجه، متقاضی می‌تواند با اثبات ناروایی پرداخت، وجه آن را از ذی‌نفع مسترد نماید. اما ضمانت مشروط از ابتدا حیاتی فرعی و وابسته به قرارداد پایه را آغاز می‌کند و تا پایان نیز از متبوع خویش استقلال نمی‌یابد. تمام ایرادات و دفاعیاتی که متقاضی (مضمون‌عنه) در قرارداد پایه می‌تواند علیه مضمون‌له اقامه نماید از سوی ضامن نیز قابل طرح است و ضامن به استناد همان ایرادات از پرداخت وجه سربازخواهد زد. برای مثال چنان‌چه قرارداد مبنا باطل باشد تبعاً ضمانت‌نامه هم باطل است. اگر قرارداد پایه فسخ شود ضمانت‌نامه نیز بلاموضوع شده و منفسخ می‌گردد و یا چنان‌چه

مضمون‌عنه مدعی باشد که تعهدش را ایفا نموده و موردی برای پرداخت وجه ضمانت وجود ندارد ضامن نیز از پرداخت امتناع نموده و ذی‌نفع ناچار از اقامه دعوی علیه هریک از آن دو یا هردوی آن‌ها خواهد بود. به همین دلیل است که این نوع ضمانت‌نامه در تجارت کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ زیرا ضامن را در موقعیت مناسبی قرار نمی‌دهد (شهبازی‌نیا و تفرشی، ۱۳۸۲: ۶). مصادیق ضمانت‌نامه‌هایی که در مقررات متحدالشکل آمده‌اند، مانند ضمانت حسن انجام تعهد یا ضمانت پیش پرداخت یا ضمانت انجام مزایده و مناقصه، اکنون به صورت ضمانت‌نامه‌های مستقل توسط شبکه بانکی صادر می‌شوند و صدور آن‌ها به نحو مشروط و فرعی کمتر مورد استفاده است.

برای درک بهتر موضوع فرض کنیم در یک ضمانت‌نامه مشروط و یک ضمانت‌نامه مستقل، بانک ضامن است. در ضمانت مستقل چنانچه متقاضی (مضمون‌عنه) به بانک رجوع نماید و اعلام کند که قرارداد پایه فسخ شده یا باطل بوده است این موضوع تعهد بانک را متاثر نمی‌نماید و چنانچه متعاقبا ضامن با ارائه مطابق اسناد، وجه را درخواست کند بانک موظف به پرداخت است؛ چون تعهد بانک مستقل از تعهد اصلی است که بنابر ادعا فسخ شده یا باطل بوده است. بانک با پرداخت وجه مرتکب هیچ‌گونه تقصیری نشده است و تمام تعهدات و حقوق میان وی و متقاضی طبق قرارداد گشایش ضمانت‌نامه قابل اجرا خواهد بود. اما اگر همین ادعا از سوی مضمون‌عنه ضمانت‌نامه مشروط ارائه شود تعهد بانک را تحت‌تاثیر قرار می‌دهد؛ زیرا تعهد وی فرعی و تبعی است. در این فرض بانک می‌تواند، و بلکه موظف است، از پرداخت وجه به ذی‌نفع خودداری نماید. بانک از تمام حقوق دفاعی مضمون‌عنه برخوردار است و در واقع همراه با وی در یک سوی قرارداد ضمانت قرار دارد؛ پس باید از تمام حقوق دفاعی مذکور استفاده کند. چنانچه ضامن در این حالت وجه را بپردازد مرتکب تقصیر شده و از مفاد قرارداد گشایش ضمانت‌نامه تخطی نموده و حسب مورد به جبران خسارت محکوم خواهد شد و حق دریافت وجه مذکور از مضمون‌عنه را ندارد. همانند فرضی که در ضمانت‌نامه مستقل یا اعتبارات اسنادی تضمینی، بانک وجه ضمانت را طی یک ارائه نامطابق اسناد پرداخت نماید.

شایان ذکر است که وصف تجریدی ضمانت نامه مستقل بدین معنا نیست که به هیچ عنوان نمی توان مانع پرداخت وجه آن شد. کما اینکه نظریه حيله و تقلب یا سوءاستفاده آشکار در این خصوص مطرح شده است که البته خارج از موضوع این پژوهش می باشد (کاشانی، ۱۳۷۴: ۱۸۵ و شهبازی نیا و تفرشی، ۱۳۸۲: ۱۷). نکته مهم دیگری که از نباید از نظر دور داشت بحث بار اثبات است. با توجه به اینکه ضمانت نامه مستقل، از تعهد پایه منفک است، به صرف درخواست مضمون له و بدون نیاز به اثبات تخلف تعهد پایه، وجه ضمانت به وی پرداخت می شود؛ اما در ضمانت مشروط، مضمون له نیازمند اثبات تخلف است. یعنی صرف نظر از عدم انفکاک ضمانت از قرارداد پایه، بار اثبات نیز بر دوش مضمون له قرار می گیرد که امری دشوار است. همین مساله است که ضمانت مشروط را به مفهوم تضمین^۱ نزدیک می کند (Kozolchik, 2014: 389).

۲. تقسیم بندی های ضمانت در نظام حقوقی داخلی

در این بخش از پژوهش، مختصراً به بررسی انواع مختلف عقد ضمان در نظام حقوقی ایران می پردازیم تا در بخش بعدی، به مقایسه آن ها با ضمانت مشروط بپردازیم و شباهت آن با نهاد ضمانت در حقوق ایران را تحلیل کنیم. هم چنین ویژگی های مهم ضمان در حقوق داخلی جهت مقایسه بعدی آن با ضمانت مشروط، شرح و بررسی می شود.

ضمان به اعتبار منبعش به ضمان قهری و ضمان ناشی از عقد تقسیم می شود. گروه اول از موضوع بحث خارج است و گروه دوم به اعتبار چگونگی ارتباطی که با عقد دارد به سه دسته تقسیم می شود:

۱- ضمانی که در نتیجه محقق نشدن خواست طرفین و بر مبنای قصد معاوضی آن ها ایجاد می شود مانند ضمان معاوضی ناشی از تلف پیش از تسلیم یا ضمان درک ناشی از تعلق موضوع معامله به دیگری. معنی ضمان در اینجا تعهدی است که یکی از طرفین در بازگرداندن عوض دارد.

۲- ضمانی که در نتیجه انجام ندادن تعهد ناشی از عقد برای متعهد ایجاد می شود و به موجب آن باید خسارت عهدشکنی را پرداخت نماید.

۳- ضمان عقدی که به موجب قراردادی شخص ملتزم می‌شود دین دیگری را پیروزد. این نوع عقد در معنای عام خود حواله و کفالت را هم دربرمی‌گیرد اما به طور مطلق منظور از آن عقد ضمان است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲۱).

ضمان عقدی به مفهوم مطلق و خاص خود در قانون مدنی عقدی است که در نتیجه آن ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و لذا شخص اول در برابر مضمون‌له بری می‌شود. در قانون مدنی تعلیق در ضمان موجب بطلان این عقد است. چون اثر عقد ضمان متعهد شدن ضامن به پرداخت دین است و این اثر را نمی‌توان از عقد گرفت یا معلق نمود اما وفق قانون التزام به تادیه را می‌توان معلق گذاشت. توضیح اینکه با انعقاد ضمان دین به ذمه ضامن منتقل شده و مضمون‌عنه بری می‌گردد اما ضامن می‌تواند شرط کند که مضمون‌له ابتدا به مضمون‌عنه مراجعه کند و در صورت عدم پرداخت از سوی وی به ضامن مراجعه کند.

هم‌چنین قانون‌گذار در ماده ۷۲۳ به التزامی اشاره می‌کند که طی آن شخص می‌تواند ضمن عقد لازمی ملتزم به تادیه دین دیگری شود و در این حالت تعلیق در اصل این التزام را مبطل ندانسته است. در این فرض چون دین هم‌چنان بر ذمه مدیون اصلی باقی می‌ماند قانون‌گذار آن را ضمان نمی‌داند. در این مورد برخلاف عقد ضمان شخص ملتزم تنها مسؤول پرداخت دین است و مدیون به شمار نمی‌رود چون دین به ذمه‌اش منتقل نشده است. ضمان از دین معلق مفهومی جدای از هر دوی این‌ها دارد. در این مورد تعلیق در التزامی است که موضوع عقد ضمان است. در انتقال این دین به ذمه ضامن مانعی متصور نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۲۹).

اما آیا انتقال ذمه مقتضای ذات عقد ضمان است؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است. قانون تجارت در این خصوص در مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ به صراحت آزادی قراردادی را در قالب آثار عقد ضمان می‌پذیرد و طرفین را آزاد می‌گذارد تا ضمان را بر اساس نقل ذمه یا ضم ذمه بنا نهند و در صورت اخیر نیز به آنان اختیار داده که تضامن را به نحو طولی یا عرضی برقرار سازند. اما از لحن قانون تجارت این‌گونه برمی‌آید که در صورت عدم تصریح قانونی و قراردادی اصل در ضمانت نقل ذمه است و چنان‌چه ضم ذمه هم ثابت شود اصل در آن تضامن عرضی است و صور دیگر نیازمند دلیل است و دلیل همان‌گونه که گذشت می‌تواند حکم قانون یا قصد

طرفین باشد.

بنابر آنچه گذشت در خصوص اینکه ضمانت به سقوط دین مدیون و انتقال آن به ذمه ضامن می‌انجامد یا موجب می‌شود هر دو به ترتیب یا در عرض هم مسؤول پرداخت دین شوند ذات عقد ضمان اقتضای خاصی ندارد و تابع قصد طرفین است. عرف کنونی نیز ضمان را وثیقه اعتباری می‌داند و تعهد ضامن را تبعی و فرعی. سکوت در برابر عرف مسلم نیز به منزله شرط و درج در عقد است (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۲: ۲۳۳). ضمانت‌هایی که بانک‌ها در قبال پرداخت وام به مشتریان خود نیز دریافت می‌کنند چنین معنایی را می‌رساند. البته رویه بانک‌ها چنین است که قرارداد را طوری تنظیم نمایند که منجر به تضامن عرضی میان مضمون‌عنه و ضامن شده و بانک مجتمعا و منفردا حق رجوع به هریک را داشته باشد. با این حال در مقام عمل نیز بانک‌ها ابتدا به سراغ مدیون اصلی رفته و در صورت عدم پرداخت دین توسط وی علیه ضامن اقدام می‌نمایند.

قانون مدنی برای دینی که می‌تواند موضوع عقد ضمان قرار گیرد شرط کرده باید سبب آن ایجاد شده باشد. سبب به معنای وضعیت خاصی است که قانون‌گذار آن را منشا آثاری قرار می‌دهد. آن وضع را سبب آن آثار می‌دانند مانند بیع که سبب انتقال مبیع است و نکاح سبب توارث بین زن و شوهر. رابطه بین سبب و مسبب در حقوق ملازمه عقلی، مانند آنچه در امور تکوینی جاری است، نمی‌باشد. بلکه نوعی ملازمه عرفی است به نحوی که بر حسب معمول و جریان متعارف امور از سبب خاص انتظار مسبب خاص می‌رود هرچند ممکن است به علت جمع نشدن شرایط یا ایجاد مانع سبب موثر نیفتد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۷۹).

از دیگر مسائل مهم در خصوص عقد ضمان موضوع آن است. همه اوصافی که برای موضوع ضمان لازم دانسته شده را می‌توان در یک وصف جمع کرد که دین باید قابل تادیه به وسیله دیگری باشد. دینی که به علت ارتباط با شخصیت مدیون یا طبیعت موضوع آن قابل ایفا توسط دیگری نباشد نه به ذمه او انتقال می‌یابد و نه ذمه ضامن می‌تواند وثیقه آن قرار گیرد. ثالث می‌تواند اخذ حق را تضمین کند اما این به معنای منتقل شدن تعهد به ذمه او نیست بلکه تعهدی مستقل به شمار می‌رود. موضوع ضمان باید مال باشد، این مال می‌تواند عین کلی باشد یا منفعت. هم‌چنین انجام کار

نیز می‌تواند موضوع ضمان قرار گیرد؛ زیرا انجام کاری که وابسته به شخصیت مدیون نیست همیشه با صرف پول امکان دارد و در حکم ضمان از دین پول است. البته برخی فقها در این خصوص به جدایی ذمه و عهده فتوی داده‌اند. بدین توضیح که دین ظرف اعتباری دیون و اموال کلی است و عهده ظرف تکالیف و الزامات شخص (عبدی پورفرد، ۱۳۹۲: ۷۱). اگر این تفکیک پذیرفته شود با توجه به تعریف ضمان عقدی به نقل یا ضم ذمه، انجام کار را نمی‌توان ضمانت نمود. قسم دیگری از ضمان ضمان عهده است که در ماده ۶۹۷ قانون مدنی جایز شمرده است. ضمان عهده چون ناظر به بازگرداندن عین مبیع و ثمن (در فرض عین معین بودن) است در واقع بر عهده گرفتن کاری است که تنها از متصرف آن‌ها ساخته است و بنابراین قابل انتقال به ذمه ضامن نیست. اما چنین تعهدی باطل نیست و ذیل عنوان تعهد به فعل ثالث (بند ۳ ماده ۲۳۴) نافذ محسوب شده است. ضامن در برابر مالک تعهد می‌کند که متصرف را راضی به رد عین نماید و در غیر این صورت از عهده خسارات وارده برآید. بدیهی است که چنانچه ثمن یا مبیع عین کلی باشد ضمان عهده از آن‌ها نیز در قالب ضمان عقدی مواجه با ایرادی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۵۹ و ۳۱۵).

ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز در حقوق ایران به نحو گسترده‌ای مورد شناسایی قرار گرفته است. از جمله در قانون پولی و بانکی کشور و مصوبات شورای پول و اعتبار از جمله این مستندات قانونی است. بند ۱۵ ماده ۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز صدور ضمانت‌نامه بانکی را صریحا شناسایی نموده است. قواعد و مقررات بسیار پراکنده‌ای در این خصوص وجود دارد که نشان می‌دهد این نوع ضمانت در حقوق ایران معتبر بوده و مشکلی از جهت توجیه اعتبار قانونی آن‌ها وجود ندارد (کاشانی، ۱۳۷۴: ۱۴۶). این ضمانت‌نامه‌ها از لحاظ موضوع نیز دارای تنوع گسترده‌ای هستند از جمله ضمانت حسن انجام تعهد، ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه‌الضمان، ضمانت شرکت در مزایده و مناقصه و ضمانت پیش پرداخت. اما باید دانست که ماهیت این نوع ضمانت با عقد ضمان سنتی متفاوت است و کم و بیش دارای ویژگی‌های مخصوص به خود بوده و تشخیص یافته است. ضمن اینکه در رویه قضایی و در میان علمای حقوق نیز مقبولیت یافته و به نحو بارزی از ضمان سنتی ممتاز گشته است و مقالات مفصل و متعددی در خصوص تحلیل ماهیت و مقایسه آن

با نهادهای سنتی حقوقی داخلی تقریر یافته که پرداختن به آن‌ها از موضوع پژوهش حاضر خارج است.

۳. مقایسه ضمانت مشروط با نهادهای حقوقی داخلی

تلاش برای تطبیق یک نهاد حقوقی خارجی با نهادهای حقوقی داخلی به این هدف صورت می‌گیرد که نهاد خارجی مذکور تحت ضابطه قرار گیرد و احکام و آثار و قواعد آن مشخص شود. مطلوب این است که بتوان این تأسیس تازه‌وارد را به نحوی به نظام حقوقی داخلی پیوند زد تا انسجام و یکپارچگی نظام حقوقی محفوظ و قواعد و اصول و مبانی آن پایدار بماند و در معرض دگرگونی قرار نگیرد. این مهم علم حقوق را از ایجاد نهادهای اضافه و بی‌مورد مصون داشته و طرفین این اعمال حقوقی را نیز از دقت زیاد در مشقت پیش‌بینی و تدوین ویژگی‌ها و آثار و پیامدهای اعمال حقوقی جدید می‌رهاند (احمدی قوه‌گی، ۱۳۸۷: ۱۲). اما در راه این هدف نمی‌توان چنان افراط کرد که این نهاد خارجی را از ماهیت خودش تهی و صورت آن را دگرگون نمود. بی‌شک هنگامی که ورود یک تأسیس به قلمروی نظام حقوقی ضروری است و پیوند آن با نهادهای سنتی نیز ناممکن است باید منعطف بود و به مصالح تن داد و از تعصب بی‌مورد و غیرلازم چشم پوشید. حقوق نمی‌تواند نسبت به عرف و عادت شکل گرفته و نیازهای ایجادشده بی‌اعتنا بماند و هم‌چنان بر حفظ اصول کهن خود پای فشارد. این امری است که یکی از اهداف غایی حقوق یعنی تنظیم روابط اجتماعی اشخاص را نقض می‌کند. در این راستا جهت تطبیق ضمانت مشروط باید دید کدام نهاد حقوقی داخلی بیشترین شباهت را با آن دارد. ضمانت عقدی تنها نهادی است که از هر حیث به این تأسیس حقوقی نزدیک است. باید دید که آیا می‌توان این دو را به طور کامل بر هم منطبق نمود یا خیر. چنان‌چه نتوان ماهیت ضمانت مشروط را با عقد ضمانت تطبیق داد آن‌گاه باید دید که آیا می‌توان به استناد اصل آزادی قراردادهای (ماده ۱۰ قانون مدنی) جواز دخول آن به نظام حقوقی داخلی را صادر کرد یا خیر. پاسخ منفی از این جهت محتمل است که نمی‌توان با تمسک به این اصل مقررات آمره عقود معین را نادیده گرفت (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۰۹). البته در این خصوص برخی استادان میان شرایط عمومی عقود و احکام اختصاصی عقد یا دسته‌ای از عقود قائل به تفصیل شده‌اند که تفصیل آن از موضوع پژوهش

حاضر خارج است (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۱۵۸). در ادامه طی شش بند از جهات متعدد، ضمانت مشروط را با عقد ضمان مقایسه خواهیم نمود.

۱-۳. از جهت اثر

اثر یک عقد را می‌توان ذات و جوهره آن به حساب آورد. در واقع همین اثر است که طرفین عقد را به انعقاد آن برمی‌انگیزد. همان‌طور که گذشت اثر عقد ضمان انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است اما وفق قواعد کلی و تجویز مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت می‌توان عقد ضمان را به نحوی منعقد نمود که اثر آن تنها اشتغال ذمه ضامن باشد و موجب برائت مضمون‌عنه نگردد. در حال حاضر با توجه به عرف و رویه‌ای که در میان مردم و بانک‌ها شیاع دارد می‌توان گفت که عقد ضمان به مفهوم نقل ذمه از نظام حقوقی کشور رخت بر بسته است و عرف مسلم اثر عقد ضمان را ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون‌عنه می‌داند. ماده ۲۲۵ قانون مدنی متعارف بودن امری در عرف و عادت را به منزله ذکر در عقد محسوب کرده است. در ضمانت مشروط نیز همان‌گونه که گذشت مضمون‌عنه (اصیل) با انعقاد ضمان بری نمی‌شود و هم‌چنان متعهد اصلی باقی می‌ماند. ذی‌نفع می‌تواند از ضامن مطالبه خسارات کند یا از اصیل و نیز می‌تواند هم‌زمان هر دو را طرف دعوی قرار دهد (Lybeck, 1998: 3) این امر از مواد متعددی از مقررات متحدالشکل برداشت می‌شود از جمله در ماده ۲ که اعلام می‌نماید تعهد ضامن آن است که در صورت نقض عهد توسط اصیل (مضمون‌عنه) خسارات ذی‌نفع (مضمون‌له) را جبران کند؛ زیرا اگر مضمون‌عنه بری باشد نقض عهد از سوی او بی‌معنا و بلاموضوع است. پس به لحاظ اثر عقد می‌توان ضمانت مشروط را کاملاً منطبق با عقد ضمان دانست.

۲-۳. از جهت استقلال یا وابستگی تعهد ضامن به قرارداد پایه

ضمان ماهیتاً عقدی فرعی است که جهت تضمین تعهدی دیگر منعقد می‌شود. لذا تابع قرارداد مذکور بوده و از آن متأثر می‌شود. گاه بنابر مصالحی قانون یا قرارداد برای ضمان وصف تجریدی مقرر می‌کند. در فقدان چنین توافقی یا مقرره‌ای ضمان بنابر طبیعتش وصف تابعیت خود را حفظ می‌کند. در عقد ضمان در حقوق ایران نیز چون مقرره خاصی برای تجرید و استقلال آن‌ها در نظر گرفته نشده است؛ فلذا ضمان تابع قرارداد پایه است؛ بنابراین چنان‌چه مشخص شود تعهد پایه‌ای وجود

نداشته ضمان هم باطل است. در این خصوص تفاوتی میان نقل ذمه و ضم ذمه وجود ندارد. به همین دلیل است که قانون‌گذار تنها ضمان از دینی را ممکن شمرده که سبب آن ایجاد شده باشد. تبعی بودن ضمان سبب می شود دین به همان نحوی که موجود است به ذمه ضامن وارد شود و چون از حیث بقاء و نفوذ هم چنان از دین اصلی تبعیت می کند در واقع ضامن در همان سوی مضمون عنه قرار می گیرد و می تواند از تمام ایرادات و دفاعیاتی که وی می تواند به آن ها توسل جوید استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۴۶). ضمانت مشروط نیز از وصف استقلالی برخوردار نیست و تعهد ضامن وابسته به تعهد پایه است. در واقع برگزیدن نام ضمانت مشروط در برابر ضمانت غیرمشروط (مستقل) برای آن است که وصف تبعی آن از وصف استقلالی ضمانت مستقل ممتاز شود. در مقررات متحدالشکل نیز در موارد متعدد به این وصف تبعی اشاره شده است از جمله در ماده ۲ در تعریف این نوع ضمان این تبعیت مورد تصریح قرار گرفته است. هم چنین بند ب ماده ۳ این مقررات بیان می دارد: «مسئولیت ضامن نسبت به ذی نفع تحت مقررات ضمانت فرع است بر مسئولیت اصیل نسبت به ذی نفع مطابق قرارداد اصلی و از نقض تعهد اخیر نشأت می گیرد و چنین فرض می شود که قرارداد اصلی به ضمانت نامه ضمیمه شده و بخشی از آن است». بند د همین ماده اشعار می دارد: «هرگونه دفاع، راه حل، دعوای طاری و متقابل و سایر حقوقی که اصیل طبق قرارداد اصلی علیه ذی نفع دارد یا ممکن است برای او ایجاد شود بدون هیچ محدودیتی برای ضامن نیز وجود خواهد داشت».

بدین ترتیب در این خصوص نیز تفاوتی میان میان عقد ضمان و ضمانت نامه مشروط به چشم نمی خورد و می توان این دو را بر هم منطبق دانست. بدیهی است که مسموع بودن ایرادات تعهد پایه ناشی از همین وصف تبعی بودن است و به همین خاطر است که وقتی برای تعهد یا سندی وصف تجریدی در نظر می گیرند منظور این است که ایرادات ناشی از تعهد پایه به آن سرایت نمی کند و در خصوص آن مسموع نیست.

۳-۳. از جهت لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد پایه (سبب دین)

وفق ماده ۶۹۱ قانون مدنی ضمان از دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است. عقد ضمانی که دین موضوع آن موجود نباشد فاقد یکی از شرایط صحت می باشد.

قانون مدنی دینی که سبب آن هم ایجاد شده باشد را موجود فرض کرده است. در خصوص ارائه معیار تشخیص وجود سبب دین و مصادیق آن بحث و اختلاف نظر فراوان است اما موضوع پژوهش حاضر تنها بررسی این شرط در ضمانت مشروط است.

وفق ماده ۲ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه قراردادی ضامن متعهد می شود که چنانچه مضمون عنه نقض تعهد نمود: «۱- تعهدات قرارداد پایه را اجرا کند؛ یا ۲- خسارتی که در اثر این تخلف به بار آمده را جبران نماید». اکنون باید دید هریک از این دو تعهد به لحاظ سببی موجود هستند یا خیر؟

در مورد اول سبب دین، و بلکه خود دین، موجود است. در این فرض آنچه ضامن بر عهده می گیرد تعهداتی است که به موجب قرارداد پایه به وجود آمده اند. پس در این فرض مقررات ضمانت مشروط با عقد ضمان منطبق است.

در مورد دوم موجود بودن سبب دین محل تردید است. در این فرض آنچه موضوع ضمانت است خسارات وارده به ذی نفع در اثر نقض تعهد اصیل می باشد. این خسارات در هنگام انعقاد ضمانت وجود ندارد. سبب ایجاد این خسارت نقض تعهد می باشد که هنوز روی نداده است. البته بنابر نظر حقوقدان هایی که تعهد به جبران خسارت را دنباله و بدل تعهد اصلی می دانند سبب این خسارات هم عقد است. پس باید قائل به موجود بودن سبب دین در این فرض بود. اما نظر صائب تر این است که تعهد به جبران خسارت ناشی از عهدشکنی تعهد جدیدی است که عقد جزء سبب آن است نه تمام آن. در واقع آنچه سبب ایجاد مسئولیت قراردادی است نقض تعهد (تقصیر) متعهد است که در هنگام انعقاد عقد وجود ندارد. بنابراین در فرض اخیر ضمانت مشروط با عقد ضمان هم خوانی ندارد. اما این عدم انطباق را نباید به معنای بطلان آن دانست. قراردادهای این چنینی در جامعه وجود دارند و در موارد متعددی مورد شناسایی قانون گذار قرار گرفته اند مثل ضمانت نامه های حسن انجام تعهد یا ضمانت شرکت در مناقصه که نمونه بارز دینی است که سبب آن ایجاد نشده است (شهبازی نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۷). برخی استادان در این موارد به امکان استفاده از نهاد التزام به تادیه دین دیگری (ماده ۷۲۳ قانون مدنی) فتوی داده اند. مطابق این نظر چنانچه تعلیق در التزام پذیرفته شود تفاوتی نمی کند که معلق علیه عدم تادیه مدیون باشد یا

تحقق دین اصلی، به ویژه که در فرض اخیر تعلیق به یکی از شرایط صحت التزام است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۷۱). در هر صورت این فرض تحت شمول ضمان عقدی نیست و از احکام و قواعد آن پیروی نمی کند.

۴-۳. از جهت منجز بودن

ماده ۶۹۹ قانون مدنی تعلیق در اصل ضمان را باطل اعلام کرده است. لذا عقد ضمان منجزا منعقد شود. قسمت اخیر این ماده التزام به تادیه را که اثر عقد ضمان است قابل تعلیق اعلام کرده است. خلاصه اینکه عقد ضمان در حقوق ما به لحاظ انشایی قابل تعلیق نیست ولی اثر آن را می توان معلق نمود. استفاده از قالب حقوقی ضمان با تعلیق در ایفا مشکل حقوقی ضمانت نامه هایی که در آنها ضمانت به اموری مانند نقض قرارداد معلق شده را رفع می نماید (احمدی قوه کی، ۱۳۸۷: ۱۲).

مطابق مقررات متحدالشکل، ضامن متعهد است که در صورت نقض قرارداد پایه توسط اصیل، خسارات وارده به ذی نفع را جبران نماید. این مقرر به نحوی است که بر اثر نقض تعهد پایه، تعهد ضامن قابل مطالبه می شود و به تعلیق در اثر می ماند. بدین ترتیب به نظر می رسد از این حیث انطباق ضمانت مشروط با مقررات ضمان مواجه با ایرادی نباشد. باید دقت داشت که ضمانت نامه ها طبیعتاً به لحاظ اثر معلق هستند. یعنی در آنها تعهد ضامن در صورتی قابل اجرا است که مضمون عنه از تعهدات قرارداد پایه تخلف کرده باشد. در واقع ضمانت نامه ها به این هدف صادر می شوند که خسارات ناشی از عهدشکنی را جبران نمایند و ضامن ابتدا چیزی را به عهده نمی گیرد. برخلاف اعتبارات اسنادی که تعهدی ابتدایی بوده و معلق به چیزی نیست.

۴-۳-۵. از جهت طرفین عقد

عقد ضمان در نظام حقوقی ایران میان ضامن و متعهدله قرارداد پایه (مضمون له) منعقد می شود و مضمون عنه (متعهد قرارداد پایه) در انعقاد آن دخیل نیست. نقش وی تنها در رابطه اش با ضامن اثر دارد که چنانچه اذن در انعقاد ضمان داده باشد ضامن حق رجوع به وی برای استرداد وجه پرداختی را پیدا می کند. ضمانت نامه مشروط در حقوق بین الملل ممکن است دو یا سه جانبه باشد

(شیروی، ۱۳۹۲: ۲۷۱). در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه قراردادی اشاره صریحی به طرفین عقد نشده است اما در بند ج ماده ۶ اعلام داشته است که هرگونه اصلاحیه‌ای به ضمانت‌نامه تنها با توافق اصیل، ذی‌نفع و ضامن معتبر است. بدین ترتیب این نوع ضمانت‌نامه سه طرفه محسوب می‌شود و از این حیث با عقد ضمان مطابقت ندارد.

۳-۶. از جهت مسامحه‌ای یا مغایره‌ای بودن

عقد ضمان به قصد سودجویی و معامله تشریع نشده و هدف اصلی آن ارفاق به مدیون و گره‌گشایی از کار اوست؛ هرچند این احسان به همراه ضامن ساختن طرف مقابل نسبت به بدل مال باشد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۱۹). این وصف از نظر حقوقی در احکام ضمان اثر دارد. برای مثال ماده ۶۹۴ اشعار داشته که علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت می‌نماید شرط نیست و در ماده ۶۹۵ علم به شخصیت مضمون‌عنه نیز از شرایط ضمان محسوب نشده است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۴۸). تسامحی بودن عقد باعث از بین رفتن خیارهایی می‌شود که با مبنای چنین عقدی ناسازگار است از جمله خیار غبن و عیب (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۳۰). اما آیا می‌توان این وصف را برای ضمانت‌نامه‌ها نیز به کار برد؟ پاسخ بی‌گمان منفی است. ضامن در این موارد یا بانک است یا شرکت‌های تجاری یعنی موسساتی که هدفشان کسب سود است. این موسسات با دریافت وثیقه و کارمزد، انجام فعلی را از سوی متعهد تضمین می‌نماید. این ضمانت جنبه مالی دارد (السان، ۱۳۸۹: ۱۸۶). ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه قراردادی در شرایط شکلی ضمان موارد بسیار متعددی را ذکر کرده که باید در ضمانت‌نامه تصریح شوند از جمله مشخصات کامل هر سه طرف عقد، تاریخ انقضا و مبلغ ضمانت‌نامه (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۸). بدین ترتیب به نظر می‌رسد که یکی از مهم‌ترین خصیصه‌های عقد ضمان در حقوق داخلی قابل انطباق بر ضمانت‌نامه‌های مشروط نمی‌باشد.

برآمد

۱- ضمانت مشروط موضوع مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های قراردادی به لحاظ اثر و از حیث تبعی و فرعی بودن منطبق با مقررات ضمان عقدی در حقوق داخلی است. هر دوی آن ها ضامن را همراه با مدیون اصلی در برابر ذی نفع متعهد می نمایند و تابع قرارداد پایه هستند و از آن مستقل و مجرد نمی باشند. بدین ترتیب تمام حقوق دفاعی مضمون عنه جهت رهایی از تعهدات ناشی از قرارداد پایه، از سوی ضامن نیز برای برائت از تعهدات ناشی از قرارداد ضمانت مسموع است، اما از نظر لزوم یا عدم لزوم موجود بودن تعهد اصلی (سبب تعهد) لازم است دو فرض را از یکدیگر تفکیک کنیم. ماده ۲ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه قراردادی ضمانت را به تعهدی تعریف کرده است که طی آن ضامن متعهد می شود در صورت نقض قرارداد از سوی اصیل یا خسارات وارده به ذی نفع را جبران نماید یا تعهدات وی را به موقع اجرا گذارد. در صورت اول به علت این که سبب چنین تعهدی هنگام انعقاد ضمان هنوز وجود ندارد تطبیق آن با ضمان عقدی در نظام حقوقی داخلی مواجه با اشکال است؛ اعم از این که به صورت نقل ذمه منعقد شود یا ضم ذمه. چنین قراردادی را می توان در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی و با عنایت به نهاد التزام به تادیه معلق در ماده ۷۲۳ توجیه کرد. بدین ترتیب ایراد ناشی از نقض مقررات آمره عقود معین در قالب ماده ۱۰ نیز قابل طرح نیست، اما در صورتی که ضامن متعهد باشد که در صورت نقض قرارداد پایه توسط اصیل، تعهدات وی را در برابر ذی نفع به اجرا گذارد، می توان چنین قراردادی را با ضمان عقدی به نحو ضم ذمه در نظام حقوق داخلی توجیه نمود؛ بدین توضیح که این جا سبب دینی که ضامن بر عهده گرفته است همان قرارداد پایه می باشد که حین انعقاد ضمانت موجود است.

۲- از جهت تنجیز یا تعلیق در قرارداد، در مقررات متحدالشکل ضمانت نامه قراردادی به طور کلی تعهد ضامن منوط به نقض قرارداد از سوی اصیل شده است. این تعلیق را اگر مربوط به اصل قرارداد ضمان بدانیم باز هم انطباق آن با ضمان عقدی در حقوق ایران موجه نیست، اما چنان چه این تعلیق را تنها در التزام ضامن (تعلیق در اثر) بدانیم که از ظاهر عبارات مقررات مذکور نیز چنین برمی آید، با ضمان عقدی قابل انطباق است. در خصوص طرفین عقد نیز عقد ضمان، چه در

ضم ذمه و چه در نقل ذمه، میان ضامن و مضمون له منعقد می‌شود و مضمون عنه در آن نقشی ندارد، اما در مقررات مقررات متحدالشکل ضمانت نامه قراردادی ضمانت مشروط عقدی سه طرفه است. هم چنین ضمان در نظام حقوقی ایران عقدی مسامحه‌ای است، اما ضمانت‌های مشروط عقود هستند که به منظور کسب سود منعقد می‌شوند و مسامحه در آن‌ها راه ندارد. این تفاوت مهم، بسیاری از احکام این دو را متأثر می‌نماید.

۳- با این که مشابهت‌های زیادی میان این دو وجود دارد؛ با این حال نمی‌توان از تفاوت‌های بنیادین میان آن‌ها چشم پوشید. تفاوت‌هایی که سبب می‌شوند هر یک از این عقود برای مصادیق جداگانه‌ای منعقد شوند؛ با این حال با توجه به این که مصادیق این نوع ضمان به صورت مستقل (ضمانت نامه بانکی) که کمتر از ضمانت مشروط با قواعد حقوقی داخلی هماهنگ است، در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و نیز با عنایت به نهاد التزام به تادیه دین دیگری و حکم کلی ماده ۱۰ قانون مدنی (اصل آزادی قراردادهای)، می‌توان حکم به جواز دخول آن‌ها به نظام حقوقی داخلی صادر کرد و اعتقاد به بطلان آن‌ها وجهی ندارد.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * احمدی قوهکی، عبدالکریم (۱۳۸۷)، «تحلیلی از ضمان عقدی به عنوان ماهیت حقوقی برخی از ضمانت‌های شخص ثالث از حسن اجرای قرارداد»، فصل‌نامه حقوقی گواه، شماره ۱۳.
- * السان، مصطفی (۱۳۸۹)، حقوق بانکی، چاپ نخست، تهران: سمت.
- * اشمیتوف، کلايو ام (۱۳۹۲)، حقوق تجارت بین‌الملل، برگردان: بهروز اخلاقی و فرهاد امام و سید محمد اسبقی و محمود باقری و امیرحسین طیبی فرد و اسماعیل همت‌دوست، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- * ایکس‌یانگ، گائو و روس‌پی، بوکلی (۱۳۸۵)، «ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی: منشا اعتبارات اسنادی و منابع آن»، برگردان: ماشاءالله بناءنیاسری، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۵.
- * جواهرکلام، محمدهادی و علیجانی، محسن و شریفی، فخرالدین (۱۴۰۳)، «اثر انحلال قرارداد بر شرط وجه التزام؛ مطالعه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۶.
- * زمانی، مجتبی و عسکری، جعفر (۱۴۰۰)، «مبانی جبران‌پذیری خسارات تبعی ناشی از نقض پیش از موعد قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۲۱.
- * شهبازی‌نیا، مرتضی و تفرشی، محمدعیسی (۱۳۸۲)، «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷.
- * شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۳)، «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی»، نامه مفید، شماره ۴۳.
- * شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۲)، «بررسی مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲.
- * شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، تهران:

مجد.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چاپ ششم، تهران: سمت.

* عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۲)، **مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت**، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد نخست، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **عقود معین**، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* کاشانی، محمود (۱۳۷۴)، «**ضمانت‌نامه بانکی**»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶-۱۷.

* مافی، همایون و فلاح، مهدی (۱۳۹۲)، «**خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱۰.

* محقق داماد، سید مصطفی و قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۲)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد نخست، چاپ پنجم، تهران: سمت.

ب. انگلیسی

* Affaki, Georges & Goode, Roy (2011), **Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees**, ICC Publication, No. 702.

* Andrews, Geraldine Mary & Millett, Richard (2011), **Law of Guarantees**, 6th Edition, Sweet & Maxwell, London.

* Bertrams, R.I.V.F. (2004), **Bank Guarantees in International Trade**, Kluwer Law International Publishing.

* Bertrams, R.I.V.F. (2013), **Bank Guarantees in International Trade**, Kluwer Law International.

* Dalhuisen, Jan. H (2022), **Dalhuisen on Transnational and Com-**

parative Commercial, Financial and Trade Law, Volume 3, Hart Publishing.

* Gallagher, Edward Graham (2000), **The Law of Suretyship**, 2nd Edition, ABA Book Publishing.

* ICC (2010), **Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)**.

* ICC (2000), **Uniform Rules for Contract Bonds (URCB)**.

* Kozolchyk, Boris (2014), **Comparative Commercial Contracts: Law, Practice and Culture**, Oxford University Press.

* Lybeck, Kevin L & Bruce Shreves, H. Bruce (1998), **The Law of Payment Bonds**, ABA Book Publishing.

* Moelmann, Lawrence R; Horowitz, Matthew M; Lybeck, Kevin L (2009), **The Law of Performance Bonds**, 2nd Edition, ABA Book Publishing.

* Wood, Philip R (2007), **International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions**, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London.