

دکتر علی فتحی پور



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

در معاملات بین المللی





شروېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



کلیات



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

الف. تعریف ضمانت پرتال جامع علوم انسانی

ماده ۶۸۴ قانون مدنی ایران در تعریف ضمانت مقرر داشته است: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می‌گیرد...».

به موجب تعریف فوق به محض تحقق یافتن ضمانت، آنچه در ذمه مدیون است در ذمه شخص دیگر که ضامن است قرار می‌گیرد و مدیون از دین خود بری می‌شود؛ یعنی بستانکار نمی‌تواند برای مطالبه طلب خود به او مراجعه کند.

تعریفی که در قانون مدنی ایران از ضمانت بعمل آمده بر طبق نظر مشهور علمای عالیقدر شیعه است. بسیاری از علمای عامه ضمان را موجب ضم یعنی ضمیمه و پیوست شدن ذمه مدیون به ذمه شخص دیگر می دانند. «امام مالک بر آن است که طلبکار نمی تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون عنه در اثر غایب بودن یا افلاس و یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه می گویند طلبکار می تواند از هر یک از ضامن و مضمون له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.»^۱

قبول هر یک از دو نظر فوق ماهیت ضمانت را به گونه ای خاص معرفی می کند و آثاری که بر آنها مترتب می شود متفاوت است. در حقوق ایران هر دو نظر مورد توجه قرار گرفته است، به این معنی که در قانون مدنی ماهیت ضمانت را نقل ذمه به ذمه و در سایر قوانین ضم ذمه به ذمه دانسته اند. بحث در زمینه ماهیت ضمانت از نظر حقوق ایران در بخشهای بعدی این مقاله از نظر خواهد گذشت.

ب. طرفهای ضمانت

در ضمانت، سه شخص (سه طرف) مشارکت دارند:

اول. شخصی که تعهد یا دینی بر عهده اوست و از او در مقابل شخص دیگری ضمانت می شود. چنین شخصی «مضمون عنه» یا درخواست کننده ضمانت نامیده می شود.^۲

دوم. شخصی که آن دین یا تعهد را بر عهده می گیرد، که در اصطلاح به چنین شخصی «ضامن» می گویند.^۳

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه تهران، ج ۲، ص ۲۵۲.

۲. در مقررات متحد الشکل ضمانتنامه ها مضمون عنه، «اصیل» (principle) نامیده می شود.

۳. در مقررات متحد الشکل ضمانتنامه، شخص ضمانت کننده «guarantor» خوانده شده است.

سوم. شخصی که تعهد ضامن به نفع او انجام می‌گیرد، که چنین شخصی اصطلاحاً «مضمون‌له» نامیده می‌شود.^۴
جملات اخیر ماده ۶۸۴ قانون مدنی طرفهای ضمانت را به شرح زیر بیان نموده است:

«... متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

ج. کاربرد ضمانت در معاملات بین‌المللی

معمولاً برای اجرای پروژه‌های عمرانی از قبیل سدسازی، راه‌سازی، تأسیس کارخانه‌ها، ساختمان‌پلها، ایجاد مجتمع‌های مسکونی و کارهای بزرگ دیگر از این قبیل، از شرکتهای بزرگ و صلاحیت‌داری که قابلیت آنها در داخل کشور یا در سطح بین‌المللی شناسائی شده است، دعوت بعمل می‌آید تا بهترین شرایط را، چه از نظر کیفیت کار و چه از حیث قیمت و مدت اجرا، عرضه نمایند. این عمل اصطلاحاً «مناقصه»^۵ نامیده می‌شود.^۶

به منظور آنکه شرکت‌کننده در مناقصه به پیشنهاد خود پای بند باشد، از او درخواست می‌شود که به پیشنهاد خود ضمانتنامه‌ای را که «ضمانتنامه شرکت در مناقصه»^۷ نامیده می‌شود، ضمیمه نماید. ضمانتنامه شرکت در مناقصه، معادل جزئی از قیمت مورد پیشنهاد (فی‌المثل پنج

۴. در مقررات فوق‌الذکر شخص ذینفع «beneficiary» نامیده شده است.

۵. tender یا bid

۶. برطبق آییننامه معاملات دولتی، مقرراتی که در رابطه با مناقصه وجود دارد نسبت به مزایده نیز قابل اعمال است. از این رو در این مقاله، هر جا که از مناقصه نام برده می‌شود منظور مزایده نیز خواهد بود.

۷. Tender Guarantee یا Bid Guarantee یا Bid Bond.

درصد^۸) آن است که در شرایط مناقصه مشخص می‌گردد.

هرگاه پیشنهاد شرکت کننده در مناقصه مورد قبول اعلام کننده مناقصه (کارفرما) واقع شد ولی شرکت کننده در مناقصه حاضر به انعقاد قرارداد جهت اجرای کار نگردید، ضمانتنامه شرکت در مناقصه به زیان او و به نفع کارفرما ضبط خواهد شد.

بطوریکه ملاحظه می‌شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه، همواره قبل از انعقاد قرارداد اجرای پروژه و به منظور حصول اطمینان از تمکین پیشنهاد دهنده به امضای قراردادی اخذ می‌شود که خود برای امضای آن داوطلب شده و با پذیرش شرایط آن حاضر به شرکت در مناقصه و ارائه پیشنهاد گردیده است.

با امضای قرارداد اجرای کار، فصل جدیدی در روابط بین کارفرما و امضا کننده قرارداد - که از این پس در این مقاله به طور اعم «پیمانکار» نامیده می‌شود - بوجود می‌آید. قبل از این مرحله، نگرانی کارفرما، عدم تمکین شرکت کننده در مناقصه نسبت به امضای قرارداد بوده ولی از این پس، بیم کارفرما از آن است که پیمانکار تعهدات خود را به کیفیت مطلوب انجام ندهد یا اجرای کار را به صورت ناقص و ناتمام رها کند. به همین منظور، از امضا کننده قرارداد خواسته می‌شود ضمانتنامه‌ای را که مبلغ آن معمولاً پنج تا ده درصد^۹ مبلغ قرارداد است تسلیم کارفرما کند و تا زمانی که چنین ضمانتنامه‌ای تسلیم نشود قرارداد لازم الاجراء تلقی نمی‌گردد. این ضمانتنامه را اصطلاحاً «ضمانتنامه حسن انجام معامله»^{۱۰} یا حسن اجرای کار یا به عبارتهای دیگری که مفاهیم مشابهی دارد می‌نامند.

هدف از اخذ ضمانتنامه حسن اجرای کار این است که تأمین

۸. بند ۴ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی مقرر داشته است:

«میزان سپرده شرکت در مناقصه، با توجه به موضوع و خصوصیات معامله، نباید از پنج درصد مبلغ برآوردی معامله کمتر باشد...»

۹. بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی.

۱۰. Performance Guarantee یا Good Performance Bond

مناسبی برای کارفرما فراهم گردد تا هرگاه پیمانکار نخواهد یا نتواند تعهدات خود را بر طبق قرارداد انجام دهد، کارفرما برای یافتن فرصت در مورد اتخاذ تدابیر اولیه از آن استفاده کند یا قسمتی از خسارات وارده بر خود را از محل آن جبران نماید.

به علت حجم بزرگ پروژه‌ها و در جهت مساعدت به پیمانکاران و تشویق آنان به ارائه شرایط مناسب‌تر، معمولاً به آنان اجازه داده می‌شود که جزئی از مبلغ قرارداد را قبل از آنکه هیچ کاری انجام دهند، یا پس از تجهیز مقدماتی کارگاه، از کارفرما نقداً دریافت دارند و پس از اجرای کار و یافتن استحقاق نسبت به مبالغی از بهای قرارداد، وجوهی را که به عنوان پیش پرداخت دریافت کرده‌اند، طی اقساط معینی، به کارفرما باز پس دهند. پیش پرداخت مذکور همواره در مقابل اخذ نوعی تأمین از پیمانکار به او داده می‌شود که ممکن است ضمانتنامه معتبری از بانک یا مؤسسه اعتباری مورد قبول کارفرما باشد. به چنین ضمانتنامه‌ای «ضمانتنامه پیش پرداخت»^{۱۱} می‌گویند.

بر طبق بند ۳ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۴۹: «میزان پیش پرداخت نباید از بیست و پنج درصد مبلغ معامله تجاوز کند و منحصرأ در مقابل ضمانتنامه بانکی پرداخت خواهد شد».

فرق اصلی و عمده انواع ضمانتنامه‌های فوق، هدف از صدور آنها و در نتیجه موعد و نحوه آزاد شدن آنها است. هدف از ضمانتنامه شرکت در مناقصه حصول اطمینان از تمکین شرکت کننده به امضای قرارداد است و موعد آزاد شدن آن کم و بیش مقارن امضای قرارداد اجرای کار بوسیله برنده مناقصه است. ضمانت استرداد پیش پرداخت به منظور حصول اطمینان از باز پرداخت وجوهی است که به عنوان پیش پرداخت به پیمانکار داده شده و هنگام آزاد شدن هر جزء از آن تاریخی است که معادل آن جزء بوسیله پیمانکار به کارفرما باز پس داده شده است. غرض از ضمانت حسن اجرای

11. Advance Payment Guarantee

کار، اجرای مطلوب کار— چه از نظر کیفیت و چه از حیث کمیت— و رعایت برنامه زمانی آن است.

تسلیم انواع دیگری از ضمانتنامه نیز ممکن است از پیمانکاران خواسته شود از قبیل «ضمانتنامه در مقابل آزاد کردن کسور»^{۱۲} و «ضمانتنامه دوره نگهداری»^{۱۳} که نوعاً از قبیل ضمانتنامه‌های حسن اجرای کار یا حسن اجرای تعهدات تلقی می‌گردند.

ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام معامله و استرداد پیش پرداخت برای پروژه‌های بین‌المللی جنبه مهمی از عرف تجارت جهانی را تشکیل می‌دهند. اطاق بازرگانی بین‌المللی، ضمن همکاری با سازمانهای بازرگانی بین‌المللی و منطقه‌ای علاقه‌مند، بخصوص با همکاری کمیسیون سازمان ملل درباره قانون تجارت (آنسیترال)^{۱۴}، مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات متحدالشکل برای ضمانت قراردادها»^{۱۵}— که در این مقاله «مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها» خوانده شده— تدوین نموده است. بطوریکه گفته شده هدف از تدوین مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها، دست یافتن به توازن عادلانه‌ای میان منافع قانونی طرفهای معامله یعنی ذینفع ضمانتنامه (مضمون‌له)، اصیل یا ضمانت دهنده (مضمون‌عنه) و ضمانت کننده (ضامن) است. این مقررات به صورت نشریه شماره ۳۲۵ اطاق بازرگانی بین‌المللی انتشار یافته است.

د. نقش بانکها در صدور ضمانتنامه

نظر به اینکه هدف از ضمانت، تأمین اطمینان خاطر مضمون‌له است، ضمانت کننده باید دارای اعتبار کافی باشد به نحوی که بتواند اعتماد مضمون‌له را از هر حیث جلب کنند. از دیرباز افراد ثروتمند و

12. Guarantee for Release of Retentions

13. Guarantee for Maintenance Period

14. UNCITRAL

15. Uniform Rules for Contract Guarantees

متمکن می‌توانسته‌اند جلب اعتماد نمایند و عهده‌دار ضمانت‌ها گردند. امروزه که از طرفی معاملات عمده در دست دولتها یا شرکتهای و مؤسسات بزرگ بخش خصوصی قرار دارد و برآورده شدن نیاز ضمانت آنان بوسیله اشخاص حقیقی امکان‌پذیر نیست، و از طرف دیگر، مؤسسات مالی و اعتباری عمده‌ای که فرد اکمل آنها بانکها هستند بوجود آمده‌اند، صدور ضمانتنامه‌ها به اینگونه مؤسسات محوّل شده است.

در بعضی از کشورها، مثل ایالات متحده آمریکا و ژاپن، بانکها قانوناً از صدور ضمانتنامه منع شده‌اند. در ایالات متحده آمریکا ضمانتنامه‌هایی که بانکها صادر می‌کنند در حکم اعطای وام تلقی می‌شود و به حجم وامهای اعطائی بوسیله آنها اضافه می‌گردد. بانکهای اروپائی، اعم از اروپای شرقی یا غربی، ضمانتنامه‌هایی را به صورت ضمانتنامه شرکت در مناقصه، پیش پرداخت و حسن انجام کار صادر می‌کنند. در ایالات متحده، اینگونه ضمانتنامه‌ها را به صورت اعتبارات اسنادی صادر می‌کنند. اسناد موضوع این اعتبارات معمولاً خطاری یا اعلامیه ساده‌ای است مبنی بر اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی، تعهد قراردادی خود را ایفا نکرده است. اینگونه اعتبارات اسنادی را - که بعداً در این مقاله بیشتر درباره آنها توضیح داده خواهد شد - اعتبار اسنادی یا تضمینی نامیده‌اند.

پرتال جامع علوم انسانی



اختلاف ضمانت

با انواع دیگر تأمین در معاملات

در مواردی که اعتبار یکی از طرفین معامله برای طرف دیگر محرز نباشد، و به ویژه در معاملات دولتی یا معاملاتی که یکی از طرفین آن مانند دولت دارای اعتباری مسلم است، معمولاً از طرف معامله که اعتبار او محرز یا قابل اعتماد نیست خواسته می شود تأمینی برای حسن اجرای تعهدات خود بپردازد.

انواعی از تأمین که ارائه آنها در معاملات قابل تصور می باشد به شرح زیر است:

— سپرده نقدی^{۱۶}

— کسور نقدی وجه الضمان^{۱۷}

— سند وثیقه^{۱۸} / نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

— اوراق قرضه دولتی^{۱۹} / نگاه جامع علوم انسانی

— اسناد خزانه^{۲۰}

— ضمانتنامه بانکی^{۲۱}

بند ۶ ماده ۷ آییننامه معاملات دولتی، یکی از نکاتی را که در آگهی مناقصه باید ذکر شود، میزان سپرده شرکت در مناقصه تعیین نموده و

16. Cash Deposit
17. Cash Guarantee Retention
18. Surety Bond
19. Government Bonds
20. Treasury Bonds
21. Bank Guarantee

مقرر داشته که لازم است به طور مقطوع و به صورت نقدی، به حساب سپرده دستگاه مناقصه گذار در بانک تحویل گردد. بند ۵ ماده ۱۱ آییننامه مذکور نیز در رابطه با تضمین حسن انجام معامله مقرر داشته است که باید به صورت نقد به حساب سپرده بانکی دستگاه مناقصه گذار تحویل شود. کسور نقدی وجه الضمان، در بند ۵ ماده ۱۱ آییننامه مذکور پیش بینی شده است:

«... در مورد معاملات ساختمانی، و باربری، علاوه بر پنج درصد مذکور [تضمین حسن انجام معامله]، دستگاه مناقصه گذار باید از هر پرداخت معادل ده درصد کسر و به حساب تضمین حسن انجام معامله منظور کند.»

منظور از سند وثیقه، ترتیبی است که به جای ضمانتنامه یا در عرض آن، در بعضی از کشورها متداول و معمول است و بعداً در این مقاله نسبت به آن توضیح بیشتری داده خواهد شد. ماده ۴۱ آییننامه معاملات دولتی، دریافت اوراق قرضه دولتی، اسناد خزانه و ضمانتنامه بانکی را به عنوان سپرده شرکت در مناقصه یا مزایده و یا تضمین حسن انجام معامله، بلامانع دانسته است. برای حسن اجرای تعهداتی غیر از معاملات، ممکن است انواع دیگری از تأمین، از قبیل اخذ کفیل، تنظیم و امضای سند تعهدنامه رسمی و یا اخذ وثیقه ملکی را نیز تصور کرد؛ ولی این ترتیبات، روشهای متداول و معمول اخذ تأمین در معاملات محسوب نمی‌گردد.

در تعبیرات حقوقی بین المللی، موافقتنامه هائی که به موجب آنها شخص ثالثی دین یا تعهد دیگری را به عهده می‌گیرد، یا به صورت ضمانت^{۲۲} است و یا به صورت تضمین جبران خسارات^{۲۳} که، در عمل، مفاهیم آنها با

22. guaranty
23. indemnity

مفهوم ضمانت در حقوق کشور ما متفاوت به نظر می‌رسد. در ضمانت، ضامن با مضمون‌عنه موافقت می‌کند که جوابگوی تعهدات مضمون‌له در مقابل مضمون‌عنه باشد. در تضمین جبران خسارت، شخص ثالث که در حکم ضامن است، عهده‌دار می‌شود که هرگونه مسئولیت یا خسارت ناشی از معامله را در رابطه با قصور یا تقصیر متعهد در اجرای تعهدات خود به عهده بگیرد. در تضمین جبران خسارت، تعهد شخص ثالث، اصلی و مستقل است و به محض حدوث تقصیر متعهد، تحقق می‌یابد. تضمین جبران خسارت معمولاً یا در رابطه با زیان است و یا در ارتباط با مسئولیت. هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با زیان باشد شخص ثالث، تنها در صورت حدوث زیان یا خسارت واقعی، مسئولیت پیدا می‌کند؛ اما هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با مسئولیت باشد، به محض تحقق مسئولیت، می‌توان از شخص ثالث مطالبه خسارت کرد صرف نظر از آنکه خسارتی واقع شده باشد یا خیر. تضمین جبران خسارت را در موارد قرض، وثیقه یا رهن مورد استفاده قرار می‌دهند.^{۲۴}



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

صور مختلف ضمانت

ضمانت را می‌توان از جهت چگونگی وسعت دامنه آن بر سه گونه به شرح زیر تقسیم کرد:
— مشروط یا مطلق بودن

24. Digest of Commercial Laws of the World, George Kohlik, Jur. Dr., National Association of Credit Management Published by Oceana Publications Inc. 1971.

— محدود یا غیر محدود بودن

— عام یا خاص بودن

ضمانت مطلق، ضمانتی است که مقید به هیچ شرطی نباشد. مثال این نوع ضمانت، ضمانتی است که به موجب آن به محض سررسید تاریخ معین و امتناع مضمون له از پرداخت، مسئولیت ضامن تحقق پیدا می‌کند. هرگاه مسئولیتی که به موجب ضمانت ایجاد می‌شود محدود به مدت معینی باشد ضمانت محدود است و در غیر این صورت نامحدود.

گاه نیز ممکن است ضمانت به بیش از یک معامله مربوط باشد، که در این صورت، ضمانت عام است؛ ولی هرگاه ضمانت به یک معامله خاص ارتباط داشته باشد، ضمانت خاص است.

اسنادی که در معاملات بین المللی به جای ضمانتنامه بکار می‌روند

نظربه پاره‌ای ملاحظات و به ویژه مقررات خاص کشورهای مختلف در رابطه با ماهیت ضمانت، صدور ضمانتنامه در همه مکانها به یک صورت نیست. اسنادی که به جای ضمانتنامه در روابط تجاری و معاملات بین المللی بکار می‌روند عمدتاً عبارتند از:

— سند وثیقه^{۲۵}

— اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی^{۲۶}

— اعتبار اسنادی متقابل^{۲۷}

ذیلاً، به طور اختصار، به شرح هر یک از اسناد فوق می‌پردازد:

الف. سند وثیقه

در ایالات متحده آمریکا، برای حصول اطمینان خاطر از حسن

25. Surety Bond

26. Stand - By Letter of Credit

27. Back to Back L/C

اجرای تعهدات پیمانکاران و اعتماد یافتن به اتمام رضایتبخش کارهای ساختمانی، گاه از پیمانکاران سند وثیقه گرفته می شود. صادر کنندگان سند وثیقه مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری خاصی غیر از بانکها هستند و اتحادیه ای به نام خود دارند.^{۲۸} صادر کنندگان سند وثیقه، معمولاً علاوه بر صلاحیت مالی، به صلاحیت فنی پیمانکاری که از آنان درخواست صدور سند وثیقه نموده به صورت حرفه ای و با رعایت اینکه خود در نتیجه حاصله از کار ذینفع است و اگر خطری ایجاد شود به طور عمده متوجه خود او نیز خواهد بود، رسیدگی می نمایند و در مقابل کارفرما و به نفع او تعهد می کنند که هرگاه پیمانکار قصور کند، یا شخصاً موجبات اجرای تعهدات پیمانکار را فراهم آورند و یا مبلغ تعیین شده در سند وثیقه را به کارفرما بپردازند.

کار چنین مؤسسه ای بیمه نیست بلکه تعهد ثانوی اجرای مفاد قراردادی است که برای حسن اجرای آن سند وثیقه را صادر می کند. چنین مؤسسه ای برای تشخیص صلاحیت پیمانکار عوامل و جهات گوناگونی اعم از نوع و حجم کار، معاینه محل کار، اطلاعات و تجارب فنی و وضع مالی او را مورد نظر قرار می دهد و با رعایت جمیع این جهات، سند وثیقه را صادر می کند. از نظر صلاحیت مالی درخواست کننده، معمولاً نه تنها وضع مالی جاری او، ترازنامه عملیات مالی سالانه و حساب سود و زیان وی مورد بررسی قرار می گیرد بلکه صادر کننده سند وثیقه، ضمن جریان عملیات ساختمانی، وضع مالی پیمانکار را نیز به صورت متناوب مورد رسیدگی قرار می دهد و این روش به صادر کنندگان سند وثیقه امکان می دهد قبل از آنکه وضع مالی پیمانکار به وخامت گراید آن را از سرچشمه اصلاح نمایند. همچنین مؤسسات صادر کننده سند وثیقه، تجارب پیمانکاران را بر مبنای کارهایی که سابقاً انجام داده اند، تشکیلات و سازمان پرسنلی، تجهیزات، پیمانکاران دست دوم طرف معامله و قرارداد با آنان، قابلیت انجام تعهدات در مقابل مؤسسات دولتی و امثال این امور ارزیابی می کنند و از این بابت

به صورت بارزری بار مسئولیت و هزینه تحقیقات مقدماتی را از دوش کارفرما برمی دارند یا لااقل آن را به نحو قابل توجهی سبک می سازند.

در اسناد وثیقه، برخلاف ضمانتنامه ها، شرط این نیست که اگر پیمانکار از اجرای قرارداد تخلف ورزد، مبلغ ضمانتنامه به نفع کارفرما ضبط شود بلکه شرط این است که اگر تخلف صورت گیرد، صادر کننده سند وثیقه یا رأساً کار موضوع قرارداد را بر طبق مفاد و شرایط آن به اتمام رساند و یا اتمام باقیمانده کار را بر طبق مفاد و شرایط قرارداد به مناقصه گذارد و پس از تعیین برنده مناقصه، موجبات امضای قراردادی را بین برنده مناقصه و کارفرما فراهم آورد و ما به التفاوت هزینه اتمام کار را (اگر باشد) پرداخت کند. امتیازاتی که برای سند وثیقه نسبت به ضمانتنامه شمرده شده است به طور خلاصه عبارتند از:

۱. پیمانکاران بیشتری را که واجد صلاحیت هستند تشویق به شرکت در مناقصه خواهد کرد و در نتیجه ایجاد رقابت بیشتر، مبلغ پیشنهادی را کاهش خواهد داد. زیرا ضمانتنامه های بی قید و شرطی که معمولاً بوسیله کارفرما صدور آن درخواست می شود برای پیمانکاران بعضی از کشورهای صنعتی ناشناخته و احیاناً هراس انگیز است و بطوریکه قبلاً اشاره شد در بعضی از سیستمهای بانکی مثل ایالات متحده امریکا صدور ضمانتنامه نظیر اعطای وام است و از این رو بانکها تمایلی نسبت به صدور آن ندارند.

۲. پیمانکاران را مواجه با مشکلاتی در مقابل پیمانکاران دست دوم نمی سازد. زیرا هرگاه لازم باشد پیمانکاران دست دوم همان نوع ضمانتنامه بانکی مورد نظر کارفرما را به پیمانکار اصلی تسلیم نمایند، در حقیقت، همان مشکلی که برای پیمانکاران اصلی وجود دارد برای پیمانکاران دست دوم تکرار می شود.

۳. هزینه صدور سند وثیقه نسبت به هزینه صدور ضمانتنامه کمتر است و از این رو مخارج پیمانکار تقلیل می یابد و در نتیجه پیشنهاد او با مبلغ کمتری ارائه می شود.

۴. پیش پرداخت که معمولاً برای تجهیز مالی پیمانکاران جهت شروع به کار مورد قرارداد است غالباً برای صدور ضمانتنامه بانکی به صورت وثیقه در اختیار بانکهای صادر کننده ضمانتنامه گذارده می شود و در نتیجه هدف اصلی که از پرداخت آن مورد نظر است حاصل نمی گردد.
۵. هدف طرفین در تنظیم سند وثیقه اجرای کار موضوع قرارداد است نه تعیین خسارت مقطوع یا وجه التزام یا جریمه یا دریافت وجوهی از این قبیل که مبلغ آنها هم معمولاً نظر کارفرما را تأمین نمی کند و هرگاه خسارتی وارد شود فقط جزئی از خسارت را جبران می سازد.
۶. سند وثیقه را، عیناً نظیر ضمانتنامه، برای شرکت در مناقصه، پیش پرداخت حسن اجرای تعهدات، آزاد ساختن کسور و تضمین دوره نگهداری می توان صادر کرد.

ب. اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی^{۲۹}

اعتبار اسنادی تضمینی، نوعی اعتبار اسنادی است که به موجب آن صادر کننده در مقابل ذینفع متعهد می شود مبلغی را که درخواست کننده گشایش اعتبار از دیگری به صورت پیش پرداخت دریافت داشته است بپردازد و یا در ازای هرگونه قصور او از اجرای تعهدش یا از بابت هر نوع دین که درخواست کننده گشایش اعتبار آن را برعهده گرفته است در مقابل ذینفع جوابگو باشد.

اعتبار اسنادی تضمینی، نظیر اعتبار اسنادی معمولی، متضمن سه قرارداد متفاوت است: یکی قرارداد اصلی فیما بین درخواست کننده گشایش اعتبار (پیمانکار) و ذینفع (کارفرما)، دیگری قرارداد درخواست کننده گشایش اعتبار با بانکی که اعتبار را افتتاح می کند، و قرارداد سوم تعهد بانک صادر کننده اعتبار در مقابل ذینفع برطبق شرایطی است که در اعتبار اسنادی تعیین شده است. تفاوت اساسی بین اعتبار اسنادی معمولی

و اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی آن است که در اعتبار اسنادی معمولی به منظور پرداخت مبلغ موضوع اعتبار به ذینفع باید بوسیله ذینفع، اسنادی که مبین وجود کالای تجارتنی است و اصطلاحاً به آنها اسناد حمل^{۳۰} می‌گویند به بانک تسلیم شود. این اسناد معمولاً عبارتند از سیاهه فروش، بارنامه، صورت صندوق بندی، گواهی مبدأ و اسناد دیگری که در ضمن اعتبار اسنادی به لزوم ارائه آنها تصریح شده باشد؛ در صورتی که در اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، نوع سندی که باید تسلیم شود نشانگر قصور درخواست کننده گشایش اعتبار، از انجام تعهدات یا پرداختهایی است که باید بعمل آورد. در واقع، با آنکه اعتبار اسنادی احتیاطی نوعی اعتبار اسنادی است، در عمل، به جای نوعی ضمانتنامه از آن استفاده می‌شود. بر طبق مقررات ایالات متحده آمریکا فرض صادر کننده اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی بر این نیست که لزوماً مورد استفاده ذینفع قرار گیرد بلکه کلیه طرفهای یک اعتبار اسنادی احتیاطی، انتظار دارند که درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی، تعهدات قراردادی خود را به انجام برساند و یا بدهی خود را بپردازد، بطوریکه استفاده از اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی ضرورتی پیدا نکند.

برای استفاده از وجه اعتبارنامه تضمینی، غالباً مقرر می‌شود که ذینفع باید براتی عهده صادر کننده اعتبار اسنادی مذکور همراه با مدارکی حاکی از اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی در اجرای تعهد خود، اعم از باز پرداخت پیش پرداخت یا انجام کار موضوع قرارداد اصلی، به وضع مطلوب اقدام نکرده است صادر نماید. علاوه بر این لازم است ذینفع، اظهار کتبی (بوسیله نامه یا تلکس) حاکی از اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار از اجرای تعهد خود تخلف کرده است، به صادر کننده اعتبار اسنادی تضمینی تسلیم نماید.

ذینفع همواره می‌تواند اسنادی براساس شرایط مقرر در اعتبار

30. Shipping Documents

اسنادی احتیاطی یا تضمینی تهیه کند، زیرا تهیه اسناد در اختیار خود اوست؛ در حالی که در اعتبار اسنادی معمولی لازم است اسناد حمل را که صادر کنندگان اجزاء مختلف آنها اشخاص متفاوتی هستند برای دریافت وجه اعتبار اسنادی ابراز نمایند.

اعتبار اسنادی معمولی از جهت نقد شدن خود کفائی دارد به این معنی که جز در مواردی که تقلباتی در کار باشد و اسناد حمل جعلی تسلیم شود، در کلیه موارد، اسناد حمل کالا ما بازاء و وثیقه و جوهی است که صادر کننده اعتبار اسنادی در مقابل آنها وجهی را پرداخت کرده است. اگر درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی معمولی ورشکسته شود، صادر کننده اعتبار اسنادی می‌تواند با فروش کالائی که اسناد حمل آن را در اختیار خود دارد، وجوهی را که پرداخت کرده است وصول نماید؛ در حالی که در مورد اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی چنین وثیقه‌ای در اختیار صادر کننده اعتبار مذکور نیست.^{۳۱} لذا اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، پس از اینکه وجه آن از طرف صادر کننده به ذینفع پرداخت شد، خود بخود قابلیت نقد شدن را ندارد؛ یعنی در مقابل آن مانند اعتبار اسنادی معمولی کالا یا اسناد جعلی وجود ندارد تا بتوان از محل آنها پرداختی را استیفاء کرد و چون ذینفع موقعی از اعتبار اسنادی تضمینی استفاده می‌کند که درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور، تعهدات قراردادی خود را انجام نداده باشد، بنابراین، صادر کننده اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی، باید وجه موضوع اعتبار را به ذینفع بپردازد و پس از آن برای وصول وجوهی که پرداخت کرده است به درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور مراجعه کند؛ در حالی که در اعتبار اسنادی معمولی — بطوریکه توضیح داده شد — وضع بدین منوال نیست.

البته، بانکها اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی را برای مشتریان

۳۱. ریچارد دریس کول: «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی»، ترجمه محسن محبتی، مجله حقوقی، سال اول، ش ۱ زمستان ۶۳، صص ۱۳۲-۱۳۵.

معتبر خود صادر می‌کنند یا وثایق و پشتوانه‌هایی را برای صدور آن از مشتریان دریافت می‌دارند تا در صورت وقوع چنین حوادثی دچار مخاطره عمده نگردند.

ج. اعتبار اسنادی متقابل^{۳۲}

اعتبار اسنادی متقابل، اعتباری است که در آن ذینفع یک اعتبار اسنادی، خود صادر کننده یک ضمانتنامه یا یک اعتبار اسنادی دیگر است.

نظر به اینکه مؤسسات مالی و اعتباری خارجی که اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی را صادر می‌کنند، برای کارفرمایان ایرانی معمولاً ناشناخته‌اند، در قراردادهایی که برای اجرای پروژه‌های بزرگ با پیمانکاران خارجی منعقد می‌گردد تصریح می‌شود که ضمانتنامه باید از یک بانک ایرانی و مطابق فرمی که مورد قبول کارفرما است تحصیل گردد. علت این تصریح آن است که قبل از انقلاب اسلامی اتفاق افتاده بود که بعضی از بانکها دچار ورشکستگی شده بودند و از این رو کارفرمایان ضمانتنامه هربانکی را نمی‌پذیرفتند. بعلاوه، ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرطی را که فرم آن مطابق استانداردهای اجرائی سازمان تعیین شده بود، بانکهای خارجی صادر نمی‌کردند. بانکهای ایرانی هم با کلیه پیمانکاران خارجی آشنائی و شناسائی نداشتند تا با خیال راحت برای آنان ضمانتنامه صادر کنند. پیمانکاران خارجی برای حل این مشکل از اعتبار اسنادی متقابل استفاده کردند. به این منظور، پیمانکار خارجی متعهد می‌شود تا از طریق گشایش اعتبار اسنادی احتیاطی که توسط یک بانک خارجی به نفع بانک ایرانی تضمین کننده مفتوح می‌گردد، به بانک ایرانی تضمین کننده ضمانت دهد. معمولاً بانک خارجی به موجب اعتبار اسنادی اخیر الذکر متعهد می‌گردد به مجرد آنکه بانک ایرانی تضمین کننده گواهی

32. Back to Back Letter of Credit

حاکمی از قصور پیمانکار خارجی را که نتیجتاً بانک ایرانی تضمین کننده را ملزم به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌کند ارائه نمود، مبلغ اعتبار اسنادی احتیاطی را که معادل وجه ضمانتنامه است به بانک ایرانی تضمین کننده بپردازد. بانک ایرانی تضمین کننده پس از انجام چنین پرداختی حق خواهد داشت وجه پرداختی را با برداشت از اعتبار اسنادی احتیاطی صادره از طرف بانک خارجی تأمین نماید. بانک خارجی نهایتاً می‌بایست برای وصول وجه به پیمانکار خارجی رجوع کند. در اعتبار اسنادی متقابل، بانک ایرانی از طرفی ذینفع اعتبار اسنادی است که بوسیله بانک خارجی به نفع او باز می‌شود، و از طرف دیگر، صادر کننده ضمانتنامه مطابق فرم مورد قبول کارفرما و منطبق با استانداردهای اجرائی سازمان برنامه در مقابل کارفرمای داخلی می‌گردد.



مقایسه ضمانت در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل بین المللی

الف. ماهیت ضمانت در حقوق ایران

در حقوق ایران، بحث از ضمانت، در قوانین مختلفی به میان آمده است که ماهیتاً با یکدیگر متفاوت اند. فصل دوم از باب دوم قانون مدنی ایران (مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷) به بحث در «ضمان قهری» اختصاص دارد. ضمان قهری، ناشی از اموری از قبیل غصب و آنچه که در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء است. این نوع ضمان، اساساً در این مقاله مورد توجه و بحث نیست.

نوع دیگر از ضمان، ضمان عقدی است که در قانون مدنی تحت عنوان «عقد ضمان» آمده و بطوریکه از منطوق آن بر می آید ماهیتاً عقد تلقی شده و برای آن فصل خاصی تحت همین عنوان (فصل چهاردهم از باب سوم، از ماده ۶۸۴ تا ماده ۷۲۳) منظور گردیده است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی با این عبارت عقد ضمان را تعریف کرده است:

«عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد.»

از عبارت فوق بخوبی استنباط می شود که ماهیت ضمانت از نظر قانون مدنی ایران نقل ذمه یکی از طرفهای عقد ضمان به ذمه دیگری است. معیناً ماده ۶۹۸ قانون مذکور، در تبیین مفهوم فوق چنین مقرر داشته است:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.»

به موجب مواد فوق، ضمانت، تعهدی اصلی و کاملاً مستقل از تعهدات مندرج در قرارداد اصلی اجرای کار تلقی می شود. در عقد ضمان، ضامن متعهد می شود که تعهدات مضمون عنه را در مقابل مضمون له رأساً فراهم آورد.

گاهی ضامن به جای ایفای دین یا تعهد پرداخت وجه التزام تخلف از اجرای تعهد، خسارات وارده بر مضمون عنه را به عهده می گیرد که ممکن است خسارات مذکور از نوع خسارات نقدی (مقطوع) باشد. علی رغم مفاد ماده ۶۹۸ قانون مدنی، ضمانتهائی که غالباً بعمل می آید از نوع اخیر است؛ یعنی ضمن آنها ضامن تعهد می کند که اگر متعهد از اجرای تعهد تخلف کرد مبلغ معینی را به مضمون له بپردازد، که این مبلغ باید همان خسارات نقدی (مقطوع) باشد.

در حقوق اسلام، این بحث به میان آمده است که ضمان مشتق از

«ضمَم» است یا از «ضمن»؟ کسانی که ضمان را مشتق از «ضمَم» دانسته‌اند به ماهیت ضمَم ذمه به ذمه ضمان قائل شده‌اند؛ ولی برخی دیگر از علما، به ویژه علمای شیعه، ضمان را مشتق از «ضمن» دانسته و آن را نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن معنی کرده‌اند. استدلالی که بر عدم صحت عقیده علمای عامه شده این است که:

اولاً، در تمام تصاریف ضمان - مثل کلمه تضمین و مضمون^۱ و ضمانت و غیره - «نون» جزء کلمه است و هر تصریف که از ضمان بشود با بودن حرف «نون» است.

ثانیاً، اگر ضامن و مضمون^۲ له هر کدام ملزم به تأدیة وجه الضمان باشند لازم می‌آید که ضمانت از نفس دیگری صحیح نباشد؛ زیرا ضمانت از نفس را نمی‌توان نسبت به دو نفر دانست و حال آنکه اجماع فقها است که ضمانت از نفس صحیح است.

ثالثاً، لازمه عقیده اشخاصی که ضمانت را به معنی ضمَم ذمه به ذمه دانسته‌اند آن است که برای یک مال دو عهده قائل شویم و این عمل به اتفاق علما صحیح نیست.^{۳۳}

بجز در قانون مدنی، در کلیه مواردی که در قوانین ایران از ضمانت سخن به میان آمده برای آن ماهیت تضامن فرض و منظور شده است.

در قانون تجارت ایران، در باب دهم (مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱) تحت عنوان «ضمانت»، احکام خاصی بیان شده است. هدف از وضع مواد مذکور وارد کردن صفت تضامن در عقد ضمانت یعنی خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه ضمانت از آن است. به موجب قانون تجارت، تضامن بر طبق قراردادهای خصوصی مورد قبول واقع شده است. ماده ۴۰۲ قانون تجارت مقرر می‌دارد:

«ضامن وقتی حق دارد از مضمون^۳ له تقاضا نماید که بدو^۴ به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که

۳۳. مقاله آقای محمد اعتضاد بروجردی - مجله کانون وکلا، شماره ۴۲، ص ۸۰.

بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود ضمانتنامه)
این ترتیب مقرر شده باشد.»

براساس این ماده، قانون تجارت بی آنکه در ارکان عقد ضمان یا شرایط بوجود آمدن و تحقق آن تغییر دهد، اثر یا صفت نقل ذمه به ذمه آن را که از مفاد مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ قانون مدنی استنباط می شود، از آن سلب کرده و قرارداد مخصوص یا ضمانتنامه را حاکم بر مورد ساخته است:
همچنین ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می دارد:

«در کلیه مواردی که... موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها وعدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.»

این ماده از قانون تجارت، قراردادهای خصوصی را منشأ ایجاد ضمانت به نحو تضامن شمرده است. در ماده ۴۰۴ قانون مذکور در تأیید مطلب فوق مقرر شده است:

«حکم فوق، در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد... متضامناً مسئول انجام تعهدی باشند.»

قانون آئین دادرسی مدنی ایران، یکی از اقسام تأمین را معرفی ضامن تعیین کرده است (مواد ۲۴۳ تا ۲۵۱). در ضمانت مورد نظر قانون مذکور نیز ماهیت ضمانت به صورت تضامنی است، ولی مضمون له یا ذینفع ضمانتنامه باید قبل از مراجعه به ضامن به مدیون اصلی مراجعه نماید. ماده ۲۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی در این باره مقرر داشته است:

«پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرائی، برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به ضمانت کرده

ابلاغ می‌شود و هرگاه محکوم‌علیه در ظرف ده روز پس از ابلاغ برگ
اجرائی مفاد حکم را اجرا ننمود محکوم به از ضامن، به ترتیبی که
برای اجرای احکام مقرر است، وصول می‌شود.»

در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها پرداختن به موضوع ماهیت
ضمانت عملی دشوار دانسته شده است، زیرا در قوانین داخلی کشورهای
مختلف، برداشتهای متفاوتی نسبت به موضوع مذکور به چشم می‌خورد؛ از
این رو عملاً تعیین تکلیف در موارد اختلاف در ماهیت ضمانت به قوانین
حاکم بر ضمانتنامه واگذار شده است.

ب. وجود سبب ضمان

برطبق قانون مدنی ایران، وجود دین در تاریخی مقدم بر تاریخ
انعقاد عقد ضمان، شرط صحت عقد ضمان است. این حقیقت از مواد ۶۸۴
و ۶۹۱ و ۶۹۶ و ۶۹۷ و ۶۹۸ قانون مدنی ایران استنباط می‌شود، زیرا:
اولاً، به موجب ماده ۶۸۴ - که عبارت آن قبلاً در این مقاله نقل
شد - عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری
است (دین او را) به عهده بگیرد.

ثانیاً، برطبق ماده ۶۹۱ آن قانون، «ضمان دینی که هنوز سبب آن
ایجاد نشده است باطل است». بنابر این، برای صحت عقد ضمان، وجود
دین قبلی و یا لا اقل وجود سبب تام آن لازم است، و الا ضمان مورد نخواهد
داشت. ۳۴

ثالثاً، بر طبق ماده ۶۹۶ قانون مذکور، هر دینی را می‌توان ضمانت
نمود. بنابر این، موضوع ضمان باید دین باشد. فرد کامل از دین، دینی است
که مستقر و ثابت در حین عقد باشد. ۳۵

۳۴. عدل: حقوق مدنی، چاپ چهارم، ص ۴۳۶.

۳۵. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه، ج ۲، ص ۲۶۰.

رابعاً، ماده ۶۹۸ قانون مذکور مقرر می‌دارد بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون‌عنه بری و ذمه ضامن به مضمون‌له مشغول می‌شود و بدیهی است که هرگاه دینی و ذمه‌ای برعهده مضمون‌عنه وجود نداشته باشد، مصداق این ماده حاصل نمی‌گردد.

ممکن است دینی در عالم خارج وجود پیدا نکرده باشد ولی موجبات بوجود آمدن آن، یعنی سبب دین، تحقق یافته باشد. سبب، عبارت است از وضع خاصی که بر آن اثر یا آثاری مترتب باشد و به این جهت مناسبتی بین آن وضع خاص و آن اثر پدید آورده باشد. بر این اساس، حتی انعقاد قراردادی جهت تحصیل یا تأمین اعتبار در حساب جاری^{۳۶} سبب دین محسوب نمی‌شود بلکه استفاده از چنین اعتباری که موجب انتقال مال به حساب جاری یا به دستور صاحب اعتبار است فقط امکان دارد مصداق تحقق سبب استقرار و ثبوت دین باشد. وجود سبب تعهد مضمون‌عنه (درخواست کننده صدور ضمانتنامه) قبل از عقد ضمان، از دشوارترین مباحث در عناصر عقد ضمان است^{۳۷} و نباید به‌طور ساده و سرسری به آن توجه شود.

بطوریکه ملاحظه می‌شود، آنچه در قانون مدنی ایران مورد بحث قرار گرفته دین است که علی‌الظاهر ناظر به مال می‌شود و شامل تعهد اجرای کار نمی‌گردد. به عقیده بعضی از اساتید حقوق ایران، «عمل در ذمه» (تعهد انجام کار) مال است و می‌تواند مورد عقد ضمان قرار گیرد.^{۳۸} قدر مسلم آن است که در هر عقد ضمان باید سبب تعهد مضمون‌عنه قبل از عقد ضمان پدید آمده باشد، خواه خود تعهد هم تحقق پیدا کرده باشد خواه نه و خواه موضوع تعهد مضمون‌عنه کلیت داشته باشد خواه نه.^{۳۹}

36. overdraft

۳۷. دکتر لنگرودی: عقد ضمان، چاپ ۱۳۵۲، ص ۱۶۶.

۳۸. دکتر لنگرودی، همان، ص ۱۶۲.

۳۹. همان، ص ۱۷۳.

ج. مدت دار بودن ضمانت

بحث حقوقی که در این زمینه صورت گرفته این است که بعضی گفته اند ضمانتی که ضامن از مالی می‌کند باید مؤجل باشد؛ یعنی حتی اگر دینی که به عهده مضمون‌عنه است حال باشد، ضمانتی که از آن صورت می‌گیرد باید مؤجل باشد. همچنین در صورتی نیز که «دین مؤجل باشد، مثلاً زید عهده دار تأدیة هزار تومان به عمر و پس از یک ماه باشد، در این مورد اگر ضامن بخواهد به نحو حال یعنی فعلاً ضمانت تأدیة دین مؤجل را بنماید بعضی از فقها صحیح نمی‌دانند زیرا ضامن دین را به نحوی که هست بدون تغییر باید ضمانت نماید و اگر بخواهد فعلاً دین را تأدیة نماید به منزلة ایجاب مالم یجب است؛ یعنی هنوز دین مفروض لازم التادیة نشده تا اینکه ضامن آن را فعلاً تأدیة نماید. ولی عده‌ای از فقها ضمانت حال را از دین مؤجل صحیح دانسته اند و گفته اند که تأجیل در دین موجب تعلیق در ضمان نیست بلکه تأجیل در تأدیة دین است. با این حال، چند قسم برای ضمانت متصور است:

اول آنکه دین حال باشد و ضامن هم به نحو حال ضمانت نماید.

دوم آنکه دین مؤجل باشد و ضامن به نحو حال ضمانت نماید.

سوم آنکه دین مؤجل باشد و ضامن هم به نحو مؤجل ضمانت

نماید.^{۴۰}

امام خمینی قدس سره ضمان دین حال را به صورت حال و مؤجل

و ضمان دین مؤجل را به صورت مؤجل و حال و نیز ضمان دین مؤجل را برای

مدتی دیرتر یا زودتر از موعد سر رسید آن جایز دانسته اند.^{۴۱}

برطبق ماده ۶۹۲ قانون مدنی ایران، در دیونی که حال باشند،

ضمانت کننده می‌تواند برای تأدیة آنها سر رسیدی را معین کند، و در دیونی که

۴۰. مقاله آقای محمد اعتضاد بروجردی، مجله کانون وکلا، شماره ۴۲، صص ۸۱ و ۸۲

۴۱. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۶، مسئله ۶.

مدت دار باشند، می‌تواند تعهد پرداخت فوری آنها را بنماید. در این زمینه که آیا رضایت مضمون‌عنه موجب می‌شود که ضمانت حال از دین مؤجل صحیح دانسته شود نیز بحث به میان آمده است. «بعضی از فقها از جمله محقق [قدس سره] اشعار داشته‌اند که در موردی که دین مؤجل باشد و ضامن به اذن مضمون‌عنه ضمانت حال نماید صحیح نمی‌باشد و همچنین هرگاه تأدیه دین دو ماه مثلاً باشد و ضامن ضمانت تأدیه دین را در کمتر از دو ماه نماید، در این مورد، ضمانت را صحیح ندانسته و اشعار داشته است که ضمانت فرع بر اصل دین می‌باشد و چون اصل دین در دو ماه یا یک ماه بعد باید تأدیه گردد ضمانت تأدیه آن در کمتر از دو ماه یا به طور حال مخالف با اصل دین می‌باشد. در صورتی که ضمانت فرع بر اصل است نباید فرع بر اصل ترجیح داشته باشد. در نتیجه، یک چنین ضمانتی را که موافق با تأدیه اصل دین نیست باطل دانسته است. ولی عده‌ای از علما ضمانت را صحیح دانسته‌اند و گفته‌اند که تأدیه دین در اجل معین باعث تغییر هویت آن در اجل دیگر نیست تا آنکه ضمانت دین معجل را با دینی که تأدیه شود مخالف تصور نمود.»^{۴۲}

د. تعلیق در ضمانت پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مسئله قابل توجه در بحث ضمانت موضوع تعلیق در ضمانت است. ماده ۶۹۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«تعلیق در ضمانت، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد.»

در زمینه این ماده به دو نکته باید توجه کرد: اول آنکه هرگونه تعلیقی در عقد ضمانت مبطل عقد نیست بلکه فقط تحقق یافتن نفس ضمانت نمی‌تواند معلق به شرطی باشد اما اگر ضمانت تحقق یافت، پرداخت وجه

۴۲. محمد اعتضاد؛ همان، ص ۸۳.

موضوع ضمانت ممکن است موکول به تحقق شرط باشد. بنابراین، هرگاه جمله ای که به عنوان ضمانت بکار می رود به طور معلق و مشروط نباشد می توان بوسیله آن ضمانت از دین حال را به طور مؤجل نمود؛ اما در صورتی که جمله مذکور به صورت شرط و تعلیق باشد ضمانت صحیح نیست؛ مثلاً ضامن برای دین حال بگوید من ضامن تأدیة این دین هستم اما یک ماه بعد آن را تأدیة خواهم کرد. این تعبیر صحیح دانسته شده است، زیرا انشاء ضمانت به صورت فعلی و حال و عاری از تعلیق صورت گرفته است، در نهایت، تأدیة دین را موکول به یک ماه بعد کرده است. ولی هرگاه بگوید اگر یک ماه دیگر سرآمد من ضامن این دین می شوم این نحو ضمانت صحیح نیست. علت آن است که در ضمانت مشروط و معلق انشاء ضمانت به صورت فعلی تحقق نیافته بلکه ضمانت را به بعد موکول کرده است و بعداً هم چنین ضمانتی انشاء و بیان نمی شود.^{۴۳}

دیگر آنکه ممکن است قالب حقوقی تعهد را به صورت شرط ضمن العقد درآورد. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیة دین مدیون معلق به عدم تأدیة او نماید که، در این صورت، بر طبق ماده ۷۲۳ قانون مدنی ایران تعلیق به التزام مبطل نیست. در واقع، در چنین صورتی مصداق تعلیق در عقد ضمان وجود ندارد بلکه قرارداد طرفین بر مبنای دیگری غیر از مبنای ضمانت استوار شده است. *پایان جامع علوم انسانی*

منجذب بودن عقد ضمان به آن معنا است که از عبارت ضمانتنامه معلوم شود که ضامن بدون هیچگونه اگر و مگر و اما و چنانچه و قیودی نظیر اینها، دین تحقق یافته یا دینی را که سبب تحقق یافتن آن ایجاد شده باشد به عهده خود گرفته است. تعلیقی که ضامن را باطل می کند فقط منحصر به مثالی نیست که در ماده ۶۹۹ قانون مدنی بیان شده است بلکه هرگونه

۴۳. محمد اعتضاد: همان، ص ۸۲.

شرطی، اعم از صریح یا ضمنی، که نتیجه آن معلق شدن تعهد ضامن گردد موجب بطلان عقد است.^{۴۴}

ه. وصف بی قید و شرط بودن ضمانتنامه

ضمانتنامه‌ها از نظر التزام به پرداخت از طرف ضمانت کننده و شرایطی که برای پرداخت در متن ضمانتنامه پیش بینی می شود ممکن است به دو صورت صادر شوند: یکی بی قید و شرط^{۴۵} و دیگر مقید و مشروط.

در ضمانتنامه های بی قید و شرط معمولاً پیش بینی می شود که به محض اعلام کتبی (اعم از نامه یا تلکس) ذینفع به صادر کننده ضمانتنامه، بدون آنکه نیاز به اجرای تشریفات خاص یا ارائه مدارکی از طرف ذینفع باشد، ضمانت کننده مکلف است فوراً مبلغ مورد درخواست ذینفع را تا مبلغی که در ضمانتنامه قید شده است بدون هیچ عذری بپردازد. ولی در ضمانتنامه های مقید و مشروط، پرداخت را موقوف به ارائه مدارکی از طرف درخواست کننده می کنند.

فرم ضمانتنامه بانکی که سازمان برنامه و بودجه (وزارت برنامه و بودجه) بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و ماده ۷ آییننامه استانداردهای اجرایی طرحهای عمرانی، آن را برای موارد مختلفی که گرفتن ضمانتنامه از پیمانکار لازم باشد تعیین نموده و متضمن عبارت زیر است، از نوع

۴۴. وجود مباحث پیچیده قانون مدنی در رابطه با ضمانت، در عمل، مسائل عمده ای را پیش آورد بطوریکه بعضی از بانکهای صادر کننده ضمانتنامه در مقام دفاع از خود، به تحقق نیافتن سبب دین و یا به تعلیق در ضمان استناد جستند تا سرانجام، سازمان برنامه به کارفرمایان بخش عمومی توصیه کرد ضمانتنامه ها را به صورت تعهدنامه، که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی ایران است، درآورند. از این رو، هم اکنون با آنکه عنوان ضمانتنامه های بانکی «ضمانتنامه» است متن آنها چیزی جز تعهدنامه نیست.

۴۵. اینگونه ضمانتنامه ها در اصطلاح بین المللی ضمانتنامه های ساده (Simple Guarantees) یا ضمانتنامه های عندالمطالبه (First Demand Guarantees) نامیده شده اند.

ضمانتنامه های بی قید و شرط محسوب می شود:

«... این تعهدنامه تا آخر ساعت اداری روز... معتبر بوده و بنا به درخواست [کارفرما] برای مدتی که درخواست شود قابل تمدید خواهد بود و در صورتی که بانک نتواند یا نخواهد مدت این تعهد را تمدید کند و یا پیمانکار موجبات تمدید را فراهم نسازد و بانک را موافق با تمدید ننماید، در این صورت، بانک متعهد است بدون اینکه احتیاجی به مطالبه جدید باشد، مبلغ مرقوم فوق را در وجه یا حواله کرد [کارفرما] پرداخت کند.»

بی قید و شرط بودن ضمانتنامه به آن معنا نیست که مضمون له یا ذینفع از داشتن مبنای حقوقی برای مطالبه وجه ضمانتنامه کاملاً معاف است بلکه منظور آن است که در موقع مراجعه ذینفع، از شرط اثبات قبلی ورود خسارت به او به میزانی که مورد مطالبه قرار می دهد معاف است و برای مضمون عنه همیشه این حق باقی است که هرگاه به تعهدات خود در مقابل مضمون له عمل کرده باشد و در نتیجه مضمون له را مستحق دریافت وجه ضمانتنامه نداند، به مراجع قضائی صالح مراجعه نماید و در صورتی که تا تاریخ مراجعه، وجه مورد تقاضای ذینفع به او پرداخت نشده باشد، دستور موقت بر منع پرداخت تحصیل کند و با صدور چنین دستوری از طرف مراجع قضائی مانع پرداخت وجه به مضمون له شود و هرگاه وجه ضمانتنامه پرداخت شده باشد، استرداد وجوه بناحق دریافت شده را درخواست کند.

اگرچه ضمانت عقدی مستقل و منفک از قرارداد اصلی قلمداد می شود، اما باید توجه داشت که این عقد مبتنی بر عقد دیگری است که همان قرارداد اصلی منعقد فیما بین مضمون عنه و مضمون له است. لذا هرگاه مفاد قرارداد اصلی به نحوی اجرا شده باشد که موردی برای مطالبه وجه ضمانتنامه باقی نماند، مطالبه وجه ضمانتنامه برخلاف حق خواهد بود. در ایران، گاه بدون توجه به مراتب بالا، درخواست وجوه ضمانتنامه ها بعمل آمده است. در حال حاضر، دهها دعوی علیه بانکها و

شرکتها و مؤسسات ایران در مراجع بین المللی و محاکم کشورهای خارج در رابطه با منع پرداخت وجوه ضمانتنامه ها و ابطال آنها تحت عناوین سوء استفاده از حق یا توسل به حيله و تقلب یا ادعای ایفای کامل تعهدات مطرح شده و در جریان رسیدگی است.^{۴۶}

جالب توجه است که معمولاً خواهانهای دعاوی مذکور، تقاضای صدور قرار منع پرداخت وجه ضمانتنامه را از طرف بانک خارجی به بانک ایرانی و نیز از طرف بانک ایرانی به ذینفع ضمانتنامه می نمایند. ذینفع ایرانی می تواند با عنوان کردن ایرادات و مدافعات خود در برابر ادعای مضمون عنه، یا هرگاه محکمه خارجی را فاقد صلاحیت بداند، با درخواست صدور قرار عدم صلاحیت از صدور قرار یا حکم علیه خود ممانعت بعمل آورد یا موجبات لغو قرار منع پرداخت را فراهم سازد.

در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها پیش بینی ضمانتنامه بی قید و شرط نشده است بلکه، برعکس، طی ماده هشت آن مفهوماً مقرر شده که ادعای مطالبه [وجه ضمانتنامه] نباید محترم شمرده شود مگر اینکه مستند به اسنادی باشد که در ضمانتنامه قید گردیده و یا در این مقررات تعیین شده است.

با این همه، اعلام شده است که گرچه این مقررات استفاده از چنین ضمانتنامه هائی را تجویز نمی کند و برای استفاده در چنین مواردی نوشته نمی شود، اما هرگاه طرفین قراردادی مایل باشند، می توانند برخی از این مقررات را در چنین ضمانتنامه هائی مورد استفاده قرار دهند.

بانک مرکزی ایران، همواره بر سهل الوصول بودن یا بی قید و شرط بودن ضمانتنامه هائی که بوسیله پیمانکاران خارجی ارائه می شود تأکید داشته است و کارفرمایان ایرانی که ذینفع ضمانتنامه ها محسوب می شوند

۴۶. برای ملاحظه بحثهای حقوقی مربوط به دعاوی توقیف و ابطال ضمانتنامه علی رغم بی قید و شرط بودن آن، رک: «تقلب در معاملات»، ترجمه محسن محبتی، مجله حقوقی، ش ۲،

نیز با این تمایل بانک مرکزی موافقت دارند. شاید به همین علت باشد که تاکنون بانک مرکزی ایران نسبت به قبول بی قید و شرط مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تمکین نکرده است.



تحلیل مختصری از

مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها

ماده یک مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها دامنه کاربرد آن را بیان می‌نماید. به موجب ماده مذکور، مقررات نامبرده در مورد هرگونه ضمانتنامه، تضمین، وثیقه، گرو یا تعهدات مشابهی بکار می‌رود که ضمانتنامه نامیده شده یا توصیف گردیده است و در آن قید شده باشد که این ضمانتنامه مشمول مقررات متحدالشکل اطاق بازرگانی بین‌المللی در رابطه با ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام کار و یا استرداد پیش‌پرداخت (نشریه ۳۲۵) است و، در این صورت، کلیه طرفهای ذیربط متعهد به رعایت مفاد آن خواهند بود مگر آنکه صراحتاً ترتیب دیگری در ضمانتنامه یا اصلاحیه‌های آن مقرر شده باشد.

بر طبق این ماده، هر ضمانتنامه یا تعهدنامه یا سند مشابهی که در روابط بین‌المللی به جای ضمانتنامه مورد استفاده قرارگیرد مشمول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها نیست بلکه برای حصول این منظور باید در آن قید گردد که مشمول مقررات متحدالشکل... نشریه ۳۲۵ است. به عبارت دیگر، استفاده از این مقررات کاملاً اختیاری است و مادام که طرفهای ذیربط به کاربرد آن تراضی ننموده باشند برای آنان الزام‌آور نیست. پیش‌بینی امکان استفاده از بخشی از این مقررات، به طرفهای ذیربط اجازه

می دهد که این مقررات را در ضمانتنامه هائی که خود فرم و عبارات آنها را تنظیم و تدوین کرده اند منظور دارند یا فی المثل با حذف ماده ۹ و اصلاح ماده ۸ آن، اساساً ضمانتنامه را به صورت یک ضمانتنامه بی قید و شرط یا عندالمطالبه در آورند.

مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها خود قواعد و ضوابطی برای تحقق عقد ضمان و قرارداد ضمانت و تعیین ماهیت آن وضع و تدوین نکرده است بلکه مقررات آن (با شرط تراضی طرفین نسبت به قبول آنها) شامل آنچه ضمانتنامه تلقی یا توصیف می گردد خواهد شد. بنا بر این، ماهیت ضمانت، تابع قانون حاکم بر ضمانتنامه ها خواهد بود که معمولاً در ضمن ضمانتنامه تعیین می شود. بند ۲ ماده یک مقررات مذکور پیش بینی کرده است:

«هرجا که هریک از این مقررات، با قانونی که در مورد ضمانتنامه قابل اعمال است و طرفهای ذریبط ملزم به رعایت آن هستند مغایر باشد، قانون مذکور قابل اجرا خواهد بود.»

همچنین ماده ۱۰ مقررات مذکور پیش بینی کرده است:

«هرگاه در یک ضمانتنامه قانون حاکم بر آن مشخص نشود، قانون محل کار ضمانت کننده، قانون قابل اعمال خواهد بود. اگر ضمانت کننده بیش از یک محل کار دارد، قانون محل شعبه ای که ضمانتنامه را صادر کرده است قابل اعمال خواهد بود.»

از طرف اطاق بازرگانی بین المللی توصیه شده است که برای احتراز از مشکلات، وقتی که قرار است ضمانتهائی از طرف ضمانت کنندگان در ارتباط با یک پروژه خاص ارائه گردد، مناسب است که در آگهی مناقصه ذکر شود مقررات اطاق بازرگانی بین المللی ناظر بر کلیه ضمانتنامه ها خواهد بود.

به نظر می‌رسد که در ایران، پیش‌بینی عبارت فوق در مناقصه‌هایی که یک طرف آنها مؤسسات دولتی و یا شرکتها و سازمانهایی است که از مقررات آییننامه معاملات دولتی یا آییننامه‌های معاملاتی مشابهی استفاده می‌کنند، صحیح نباشد؛ زیرا بین مقررات مذکور و روشهای مصوب معاملات و استانداردهای وزارت برنامه و بودجه در زمینه ضمانتنامه‌ها مغایرت‌های آشکاری وجود دارد. در مناقصه‌ها و مزایده‌های دولتی معمولاً فرم ضمانتنامه‌ها که به صورت عندالمطالبه و بی‌قید و شرط هستند ضمیمه اسناد مناقصه یا مزایده می‌شود. بنابراین، بهتر آن است که هرگاه نظر به استفاده از عبارت مورد توصیه اطاق بازرگانی بین‌المللی باشد قید گردد تا آنجا که مقررات اطاق بازرگانی بین‌المللی با آییننامه معاملات و استانداردهای متعارف معاملات دولتی در ایران مغایرت نداشته باشد، مقررات اطاق بازرگانی بین‌المللی ناظر بر کلیه ضمانتنامه‌ها خواهد بود.

در قراردادهایی که مؤسسات دولتی و یا شرکتها و سازمانهای بخش عمومی منعقد می‌کنند معمولاً پیش‌بینی می‌شود ضمانتنامه‌ها باید مطابق فرمی که کارفرما تعیین می‌کند و از بانکی که مورد قبول کارفرما باشد تحصیل شوند. نمونه ضمانتنامه‌هایی که کارفرمایان مذکور ارائه می‌کنند فرم ضمانتنامه‌های عندالمطالبه یا بی‌قید و شرط است و بانکهایی که ضمانتنامه‌های آنها مورد قبول واقع می‌شود یکی از بانکهای ایرانی است. ضمانتنامه‌هایی که به صورت اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی یا با استفاده از اعتبار اسنادی متقابل صادر می‌شوند نیز باید، هم از نظر شکل و هم از حیث اعتبار صادر کنندگان آنها، مورد تأیید و قبول بانک مرکزی ایران باشند.

ماده ۲ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها انواع مختلف ضمانتنامه‌هایی را که ممکن است تحت مقررات مذکور قرار گیرند و عبارتند از ضمانتنامه شرکت در مناقصه، ضمانتنامه حسن اجرای کار و ضمانتنامه استرداد پیش‌پرداخت، تعریف کرده است و در تمام موارد، ضمانتنامه‌ها را تعهدی توصیف کرده که یک بانک، شرکت بیمه یا شخص

دیگری (ضمانت کننده) صادر کرده باشد.

هر چند در این ماده به انواع دیگر ضمانتنامه اشاره نشده است مع هذا به نظر می‌رسد که ضمانتنامه‌های دیگر از قبیل ضمانتنامه هائی که در مقابل آزاد کردن کسور صادر می‌شوند و ضمانتنامه‌های دوره نگهداری را که نوعاً از قبیل ضمانتنامه‌های حسن اجرای تعهدات تلقی می‌گردند نیز می‌توان تحت مقررات مذکور قلمداد کرد.

در ماده مذکور، اولاً طرفهای ذیربط در هر ضمانتنامه یعنی ضامن (صادر کننده ضمانتنامه)، مضمون له (ذینفع ضمانتنامه) و مضمون عنه (طرف مربوطه قرارداد اصلی یا پیمانکار که درخواست کننده صدور ضمانتنامه است) معرفی شده‌اند. ثانیاً، پیش‌بینی شده که بعضی از ضمانتنامه‌ها هرگاه توسط ضمانت کننده‌ای صادر شوند که خارج از کشور محل اقامت ذینفع است، ممکن است به لحاظ قانونی پذیرفته نباشند؛ لذا اینگونه ضمانتنامه‌ها باید توسط یک ضمانت کننده داخلی، یعنی شخصیتی که در کشور اقامتگاه ذینفع ضمانتنامه مقیم باشد و به نمایندگی از سوی یک مضمون له دیگر اقدام می‌کند، صادر شده باشند. ثالثاً، قبول این امر که در برخی ممالک، ضمانتنامه‌ها به صورت سند وثیقه صادر می‌شوند و در آن کشورها ممکن است ضمانتنامه هائی صادر شوند که به موجب آنها به جای آنکه مبلغ مشخصی به ذینفع (مضمون له) پرداخت گردد، ترتیب اجرای کامل و مطلوب قرارداد داده شود. رابعاً، تأکید بر ارتباط میان نحوه انجام تعهدات ضمانت کننده و قصور مضمون عنه، به این معنا که در صورت قصور مضمون عنه در اجرای تعهدات خود، استفاده از ضمانت مقدور باشد.

هرگاه ضمانتنامه به صورت «تعهدنامه» و قرارداد خصوصی در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی ایران تنظیم و تدوین گردد (مشروط بر اینکه این نوع قراردادها از نظر شرعی، قراردادهای الزام آور تلقی شوند) هیچیک از انواع ضمانتنامه شرکت در مناقصه، ضمانتنامه استرداد پیش پرداخت و ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات منافی با قوانین ایران نیستند. اما اگر قالب ضمانتنامه‌ها به صورت ضمان عقدی، یعنی قرارداد ضمانت، انتخاب گردد

مباحث متعددی از حیث تحقق سبب دین و تعلیق در ضمان و امثال اینها که در قانون مدنی ایران برای آنها مقرراتی وضع شده ممکن است مطرح گردد. مشهور این است که تعهد حسن اجرای کار دین نیست بلکه نوعی التزام^{۴۷} تلقی می شود؛ لذا از نظر مقررات ایران نمی توان ضمانت نسبت به آن را در قلمرو ضمان عقدی دانست. ولی هرگاه به قولی که بر طبق آن عمل در ذمه (تعهد انجام کار) را مال دانسته است قائل باشیم، می توان برای این مورد قرارداد ضمانت به معنای اخص در مفهوم قانون مدنی ایران منعقد نمود. در غیر این صورت، برای اعتبار دادن به اینگونه قراردادها (ضمانتنامه ها) باید به اصل حاکمیت اراده از جهت آنکه قراردادها خصوصی که مخالفتی با قانون نداشته باشند معتبرند (ماده ۱۰ قانون مدنی) متوسل شد.

ماده ۳ مقررات متحدالشکل، تحت عنوان «التزام ضمانت کننده در مقابل ذینفع (مضمون له)» سه مطلب را مورد نظر قراردادده است: یکی حدود مسئولیت ضمانت کننده و دیگر مقطوع بودن مبلغ ضمانت و سوم دلایل برائت ذمه ضمانت کننده. پاراگراف اول ماده مذکور مقرر داشته است:

«ضمانت کننده در مقابل ذینفع فقط مطابق شرایط و مواد تصریح شده در ضمانتنامه و این مقررات، حداکثر تا مبلغی که بیش از مبلغ ذکر شده در ضمانتنامه نیست، ملتزم است.»

مقید ساختن التزام ضمانت کننده در مقابل ذینفع منحصرأ به شرایط و مواد تصریح شده در ضمانتنامه و مقررات متحدالشکل مفید این معنی است که ضمانت کننده با قرارداد اصلی کاری ندارد. اگرچه ضمانت عقدی مستقل و منفک از قرارداد اصلی قلمداد می شود اما باید توجه داشت که این عقد در نتیجه و به منظور استحکام عقد دیگری که همان

۴۷. التزام جنبه فاعلی تعهد است و التزام جنبه انفعالی آن. کلمه «تعهد» ناظر به جنبه التزام یا جنبه انفعالی است (دکتر لنگرودی: همان، ص ۱۰۰، ش ۱۰۳).

قرارداد اصلی است منعقد شده و لذا هرگاه مفاد قرارداد اصلی مورد سؤال واقع شود ضمانتنامه مربوط نیز خود بخود مطرح خواهد شد. در بند ۲ ماده ۳ تصریح شده است:

«مبلغ التزام که در ضمانتنامه قید شده نباید به این علت که بخشی از کار قرارداد انجام شده، کاهش داده شود، مگر اینکه چنین ترتیبی در ضمانتنامه مقرر شده باشد.»

قبل از آنکه به بحث در موضوع فوق پردازیم لازم است توضیح داده شود که ظاهراً محدودیت التزام ضمانت کننده در مقابل ذینفع به مبلغ تصریح شده در ضمانتنامه امر معقولی است، زیرا هرگاه ضمانتنامه را کاشف از انعقاد عقد یا قرارداد بدانیم، قصد و رضای طرفین در جزئیات آن لازم الرعایه و قابل اتباع است. نه مضموناً له (ذینفع) حق دارد مبلغی زائد بر آنچه در ضمانتنامه قید شده است مطالبه نماید و نه ضامن (ضمانت کننده) می تواند مبلغی کمتر از آنچه مورد توافق قرار گرفته است بپردازد. البته، طرز اجرای این حکم در مورد ضمانت استرداد پیش پرداخت ممکن است در مقام مقایسه با انواع دیگری از ضمانتنامه ها (ضمانت حسن اجرای کار و ضمانتنامه شرکت در مناقصه یا مزایده) متفاوت باشد؛ به این معنی که در ضمانت استرداد پیش پرداخت، ضمانت کننده فقط مسئول استرداد آن بخش از پیش پرداخت که استرداد نشده است خواهد بود، ولی در مورد ضمانت حسن اجرای کار وضع بدین منوال نیست و بند ۲ ماده ۳ مقررات متحدالشکل شامل مورد آن است.

به موجب این مقررات، هدف این نیست که مبلغ مورد ضمانت به تدریج و همزمان با انجام یافتن قراردادی که در رابطه با آن ضمانتنامه صادر شده است، خودبخود و به گونه ای متناسب، کاهش یابد. از این رو، وقتی که طرفهای قرارداد، نظرشان بر این باشد که مبلغ ضمانتنامه متناسب با میزان کاری که انجام شده است یا برهه اساس دیگری کاهش داده شود، جمله مشخصی که چنین مفهومی را بدهد باید در ضمانتنامه گنجانیده شود.

روشن است که ذکر این مطلب در قرارداد هم مفید خواهد بود.

با وجود مراتب فوق، این ترتیب، با مقررات قانون مدنی ایران مطابقت ندارد. زیرا هرگاه تحقق ضمانت را به موجب قانون مدنی ایران به لحاظ وجود دین بدانیم، اگر جزئی از دین پرداخت شده باشد، ضمانت نسبت به باقیمانده آن معتبر خواهد بود نه نسبت به تمام آن. در حالی که در بند ۲ ماده ۳ مقررات متحدالشکل - که فوقاً بیان شد - با انجام گرفتن بخشی از کار، مبلغ ضمانتنامه کاهش داده نمی شود.

از قید مندرج در بند ۲ ماده ۳ مقررات مذکور و تأکید بر لزوم پیش بینی چنین ترتیبی در ضمانتنامه جهت معتبر بودن آن، این مطلب نیز استنباط می شود که منظور، احتراز از لزوم رجوع به مفاد قرارداد اصلی بوسیله طرفهای ذیربط ضمانتنامه ها است.

ماده ۶۴۹ قانون مدنی ایران چنین مقرر می دارد:

«علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می نماید شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخصی بشود بدون آنکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است...»

این حکم قانون مدنی، هر چند در جهت هماهنگی با ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها قابل استناد است، مع هذا از موارد امری قانون نیست؛ لذا طرفهای قرارداد می توانند برخلاف آن، شرط رفتار نمایند بخصوص که در امور تجارتي و ضمانتنامه های بانکی علم به کم و کیف قرارداد اصلی (مقدار و اوصاف و شروط دین یا تعهد) ممکن است یکی از مبنای تعیین شرایط ضمانتنامه باشد. بعلاوه، چون در ضمانتنامه ها معمولاً به قرارداد اصلی که حاوی تعهدات مضمون عنه است اشاره می شود، بنابراین، نمی توان در صدور ضمانتنامه ها مفاد قرارداد اصلی را به طور کلی نادیده انگاشت.

از عبارت بند ۲ ماده ۳ مقررات متحدالشکل می توان استنباط کرد که ضمانت به صورت وجه التزام یا جریمه تخلف از اجرای تعهد است.

تعیین مبلغی به عنوان وجه التزام، اهرم فشاری بر متعهد جهت اجرای تعهد است که امکان دارد ضمن عقد لازم، شرط پرداخت آن، در صورت تأخیر در اجرای تعهد یا امتناع از اجرای آن یا مغایرت کیفیت اجرا، بعمل آید. ماهیت وجه التزام را ممکن است با ماهیت جریمه تخلف^{۴۸} از اجرای تعهد که در بعضی از مباحث حقوقی خارجی پیش بینی آن در قراردادهای خصوصی مورد بحث واقع شده است مشابه دانست.

در قانون ایران، بین عنوان ضمانت و عنوان تعیین خسارات نقدی^{۴۹} (خسارات مقطوع) تمایز وجود دارد. هرگاه طرفین بخواهند، می‌توانند پیش از وقوع خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد یا ناشی از تأخیر در اجرای آن، مبلغی را به عنوان خسارت مقطوع تعیین کنند. این مبلغ ممکن است زیادتر از خساراتی باشد که واقعاً بوسیله متعهد له تحمّل شده است، مع هذا قاضی نمی‌تواند^{۵۰} مبلغ مذکور را تغییر دهد (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). تعیین خسارت به این طریق نوعی شرط تحدید مسؤلیت است.

ضمانت در قانون ایران صرفاً قبول دین یا تعهد مضمون‌عنه است و به هیچوجه از نوع جریمه تخلف یا خسارات مقطوع نیست.

در توضیحاتی که بوسیله اطاق بازرگانی بین‌المللی در رابطه با ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها داده شده آمده است که مرتبط ساختن تعهدات ضمانت کننده در مقابل ذینفع به متن ضمانتنامه، بیشترین کاری است که این مقررات می‌تواند در تعریف ماهیت ضمانت بکند. متن ضمانتنامه (و نیز محتوای این مقررات)، باید مشخص سازد، که هرگاه این مفاهیم بنابر قانون خاصی که در موضوع ضمانتنامه قابل اعمال است

48. fine

49. Liquidated damages

۵۰. در بعضی از نسخ قانون مدنی نوشته شده که قاضی می‌تواند مبلغ مذکور را تغییر دهد. این اشتباه به بعضی از ترجمه‌های انگلیسی قانون مدنی نیز سرایت کرده است. تحقیقاً عبارت «قاضی نمی‌تواند مبلغ مذکور را تغییر دهد» که حکایت از نفی اختیار قاضی دارد صحیح است.

تعریف گردد، ضمانت کننده متعهد اصلی خواهد بود یا متعهد فرعی. این امر موجب می شود که تنظیم متن ضمانتنامه روشن و با دقت صورت گیرد تا آنچه از نظر بازرگانی مورد نظر است به لحاظ قانونی نیز بدرستی مورد عمل قرار گرفته باشد. مسلماً این مطلبی است که ضمانتنامه باید آنچه را که ضمانت کننده و ذینفع باید بدانند، یعنی آنچه را که ضمانت کننده باید بپردازد و نیز زمان این پرداخت را به طور دقیق، نشان دهد. برای مثال، در مورد ضمانتنامه های شرکت در مناقصه یا مزایده مطلوب به نظر می رسد که:

۱. مبلغ یا درصدی از قرارداد که باید ضمانت داده شود تعیین گردد و از محافظه کاری بیش از اندازه خودداری شود. زیرا، در این صورت، ممکن است پاسخ کافی به دعوت به مناقصه یا مزایده داده نشود، یا هرگاه این مبلغ در سطح بیش از حد بالائی در نظر گرفته شود بازتاب آن در قیمت پیشنهادی چنان باشد که به زیان مناقصه یا مزایده گذارنده تمام شود.

۲. تاریخ انقضای ضمانتنامه باید حتی المقدور به تاریخی که برای قبول پیشنهاد تعیین شده است، نزدیک باشد. زیرا نه به نفع مضمون عهده و نه به نفع مضمون له است که نسبت به ضمانت شرکت در مناقصه یا مزایده ای که برای مدت طولانی غیر لازمی بلا تکلیف مانده است پافشاری کنند. میزان هزینه شرکت در مناقصه یا مزایده و رقابت، به خودی خود، مانع ارائه پیشنهادهای بی پایه و نامناسب است.

بند ۳ ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها مقرر می دارد:

«ضمانت کننده فقط می تواند متکی به مدافعاتی باشد که مبتنی بر شرایط و مواد قید شده در ضمانتنامه بوده یا به موجب این مقررات مجاز دانسته شده است.»

این واقعیت که اجرای تعهدات ضامن، موکول به تحقق قصور مضمون له است، موجب می شود شرایطی در ضمانتنامه گنجانیده شود که تحت آن، لزوم ارائه دلایل معینی بر وقوع قصور، نحوه مطالبه و نیز مدتی که

مطالبه در آن باید صورت گیرد مقرر گردد. این شرایط باید دارای چنان خصوصیتی باشد که ضمانت کننده خود بتواند بفهمد که آیا آن شرایط تحقق یافته است یا خیر. دارا بودن خصوصیت مذکور موجب می شود که توجه به این امر مهم که مربوط به تنظیم متن ضمانتنامه و لذا احتمال ایجاد مسئولیت برای ضمانت کننده است، جلب گردد.

مدافعاتی که در بند ۳ ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها به آنها اشاره شده شامل کلیه مدافعاتی است که بر طبق قانون حاکم بر ضمانتنامه ها می توان مطرح کرد. این مفهوم از عبارت اخیر بند مذکور که می گوید «... یا به موجب این مقررات مجاز دانسته شده است» استنباط می گردد. بنابر این، در مواردی که بین قوانین ایران با مفاد ضمانتنامه مغایرتی وجود داشته باشد، طرفی که چنین مغایرتی را به نفع خود می داند، می تواند بر اساس آن از خود دفاع نماید.

ماده ۴ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «آخرین تاریخ ادعا»^{۵۱}، موردی را پیش بینی کرده است که ضمانتنامه بدون قید تاریخ سررسید صادر شده باشد و با چنین فرضی، برای ضمانتنامه شرکت در مناقصه یا مزایده، آخرین تاریخ ادعا شش ماه از تاریخ ضمانتنامه، و در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا تعهد، شش ماه از تاریخ تکمیل قرارداد منظور شده است. هرگاه مدت قرارداد تمدید شده باشد، آخرین تاریخ ادعا شش ماه از زمان تمدید یا یک ماه بعد از تاریخ انقضای دوره نگهداری (دوره تضمین)^{۵۲} که برای آن قرارداد در نظر گرفته شده (بافرض اینکه دوره نگهداری صریحاً تحت پوشش ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات قرار گرفته باشد) پیش بینی شده است. در مورد ضمانتنامه استرداد پیش پرداخت،

51. Last date for claim

۵۲. دوره نگهداری یا دوره تضمین، مدتی معین (شش ماه یا یک سال یا بیشتر) پس از اتمام کار است که طی آن متعهد مسئولیت رفع نواقص و معایب کار را به عهده دارد. در این دوره هزینه های رفع معایب، کلاً به عهده متعهد قرار می گیرد. نباید از اتحاد مصدر تضمین با ضمانت تصور کرد که منظور از آن، مدت اعتبار ضمانتنامه است.

آخرین تاریخ ادّعا، شش ماه از تاریخ تحویل یا تکمیل قرارداد است، یا هرگاه تمدیدی صورت گرفته باشد، شش ماه از زمان تمدید مذکور می باشد. مسلماً تصریح آخرین تاریخ که طرح ادّعا در آن امکان دارد باید در متن ضمانتنامه به نحوی پیش بینی شود. بنابراین، مضمون عه باید یا مستقیماً و یا از طریق مضمون له، تاریخ مذکور را که معمولاً به صورت تاریخ انقضای مدت اعتبار ضمانتنامه بیان می شود تعیین نماید تا در متن ضمانتنامه گنجانیده شود. تاریخ مذکور باید به نحوی واقع بینانه در نظر گرفته شود تا با مواعد تعیین شده شرکت در مناقصه یا مزایده یا دوره اجرای تعهدات مندرج در قرارداد مناسب باشد.

بندهای «الف» و «ب» و «ج» ماده ۴ مقررات متحد الشکل ضمانتنامه، فقط برای مواردی کاربرد دارد که مضمون عه، آخرین تاریخ امکان طرح ادّعا را ذکر نکرده باشد.

در پاره ای از کشورها گنجانیدن تاریخ انقضا در ضمانتنامه، به موجب قانون منع شده است. از این رو ضمانتنامه های بعضی از بانکهای خارجی و همچنین اسناد وثیقه، تاریخ سررسید ندارند بلکه به موجب تصریحی که در متن آنها بعمل می آید، تا زمانی که تعهدات کاملاً و بدرستی انجام گیرند، معتبر باقی می مانند اگر چه مدت مذکور طولانی تر از مدت مقرر در قرارداد اصلی باشد که ضمانتنامه به منظور حسن اجرای مفاد آن صادر شده است.

نظر به اینکه مفاد ضمانتنامه نمی تواند با قوانین داخلی کشورها مغایرت داشته باشد، هرگاه در کشوری چنین قوانینی وجود داشته باشد، ضمانت کننده برای دوره ای طولانی تر از مدتی که در ماده ۴ مقرر شده و یا در قرارداد اصلی و یا حتی در ضمانتنامه تصریح گردیده است (اگر چنین تصریحی شده باشد)، متعهد باقی خواهد ماند.

اگر ضمانتنامه به صورت تعهد تنظیم نشده باشد و ماهیتاً در چارچوب عقد ضمان تلقی گردد، هرگاه در آن برای انجام دادن تعهد ضمانت کننده، تعیین مدت نشود، این نوع عقد ضمان را از حیث زمان

انجام تعهد ضمانت کننده، ضمان مطلق می‌گویند. در ماده ۷۰۴ قانون مدنی درباره ضمان مطلق چنین مقرر شده است:

«ضمان مطلق محمول به حال است مگر آنکه به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است.»

ضمان حال، ضمانتی است که ضامن باید آن را در مقابل مطالبه ذینفع ادا نماید. منظور از ماده ۷۰۴ قانون مدنی آن است که هرگاه ضمن عقد ضمان، تعیین مدت نشده باشد، ضمانت کننده باید به محض مطالبه ذینفع وجه مورد ضمانت را به او بپردازد. استاد لنگرودی ضمانت با تعیین سررسید را ضمانت موقت نامیده است و مثال آن را به این صورت می‌آورد:

«مثلاً ضامن بگوید من از این تاریخ تا سه ماه ضامنم که دین زید را بدهم. اگر مضمون له در این سه ماه به ضامن مراجعه کند و حق خود را بخواهد، می‌تواند به حق خود برسد؛ ولی اگر در این سه ماه به ضامن رجوع نکند، اساساً تعهد ضامن ساقط است و او باید به خود مضمون عنه مراجعه کند...»^{۵۳}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

سپس اضافه می‌کند:

«عده ای که اکثریت دارند موقت نبودن را عنصر عقد ضمان می‌دانند و عده دیگر آن را عنصر عقد ضمان نمی‌دانند.»^{۵۴}

ماده ۶۹۲ قانون مدنی مقرر داشته است:

۵۳. دکتر لنگرودی: عقد ضمان، ص ۱۹۵.

۵۴. همان، ص ۱۹۵.

«در دین حال، ممکن است ضامن برای تأدیة آن اجلی معین کند و همچنین می تواند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید.»

با توجه به عبارت «ممکن است» و فعل «می تواند» که در ماده ۶۹۲ قانون مدنی آمده است، به نظر می رسد که از نظر قانون مدنی ایران، می توان فرض صحت ضمانت را بدون تعیین سررسید در ضمانتنامه نمود. در این صورت، مواعد مذکور در بندهای مختلف ماده ۴ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها مورد استفاده قرار می گیرند. پاراگراف آخر ماده ۴ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه چنین مقرر می دارد:

«هرگاه تاریخ سررسید، با روز غیر کاری (تعطیل) مصادف شود، تاریخ سررسید تا اولین روز کار پس از تعطیل به تأخیر می افتد.»

این ترتیب عیناً همان ترتیبی است که در رابطه با ابلاغ اوراق دادخواست یا اخطاریه ها یا احکام در ایران اعمال می شود. ماده ۶۱۳ آئین دادرسی مدنی ایران مقرر داشته است:

«هرگاه روز آخر موعد مصادف با روز تعطیل ادارات باشد، آن روز که تعطیل است به حساب نمی آید و روز آخر موعد روزی خواهد بود که ادارات بعد از تعطیل باز می شود.»

علاوه بر مراتب فوق، بر طبق ماده ۶۱۴ آئین دادرسی مدنی ایران، موعدی که ابتدای آن تاریخ ابلاغ یا اعلام است، روز ابلاغ و اعلام و همچنین روز اقدام جزو مدت محسوب نمی شود. ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه مربوط به خاتمه یا انقضای ضمانت است. ۵۵ قسمت اول بند ۱ ماده مذکور مقرر می دارد:

«هرگاه ضمانت کننده تا پیش از تاریخ سررسید یا در همان تاریخ، ادعای طلبی را دریافت نکند... ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد.»

در صورتی که ضمانتنامه دارای سررسید باشد، حکم آن در سطور فوق بیان شد، ولی قسمت اخیر آن که مقرر می‌دارد: «... هرگونه ادعای طلبی که تحت ضمانتنامه صورت گرفته به طور کامل تصفیه شده، بطوریکه همه حقوق ذینفع را تأمین کرده باشد ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد» ممکن است ناظر به دو مصداق باشد:

مصداق اول آنکه ادعای طلب مذکور بوسیله مضمون له و مضمون عنه تصفیه و حل و فصل شده باشد. در این صورت، حکم مذکور با ماده ۷۰۷ قانون مدنی ایران مغایرت دارد. زیرا ماده ۷۰۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد.»^{۵۶}

مصداق دیگر این است که ضمانت کننده هرگونه ادعای طلبی را که تحت ضمانتنامه وجود داشته به طور کامل تصفیه کرده باشد، که در این صورت، بدیهی است موردی برای بقای اعتبار ضمانتنامه باقی نمی‌ماند.

هدف از ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «خاتمه (انقضای) ضمانتنامه» آن است که دقیقاً توضیح دهد در چه وقت ضمانتنامه بی اثر می‌گردد. در واقع، ماده ۵ مکمل مفاد ماده ۴ است. ماده ۴ آخرین تاریخ ممکن برای طرح ادعا را بیان نموده و ماده ۵ در بند ۱ تکلیف موردی را معین کرده است که در فرجه مذکور در ماده ۴ طرح

ادعائی نشود یا در مدت مذکور ادعا مطرح شده و تصفیه صورت گرفته باشد. در این دو صورت، ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. بند ۱ ماده ۵ مذکور مقرر می‌دارد:

«هرگاه از ضمانت کننده قبل از تاریخ سررسید ضمانتنامه یا در رأس آن مطالبه ای نشود، یا در صورتی که هرگونه مطالبه ای که به موجب ضمانتنامه بعمل آمده باشد به طور کامل تصفیه شده باشد به نحوی که کلیه حقوق مضمون له را تأمین کرده باشد، ضمانتنامه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد.»

در بند ۲ ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها، در خصوص ضمانتنامه های شرکت در مناقصه یا مزایده، اماراتی را ارائه داده که با تحقق آنها مفروض آن است که ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط شده است. این امارات به طور خلاصه عبارتند از:

— قبول پیشنهاد شرکت در مناقصه بوسیله کارفرما و واگذارن کار به شرکت کننده.

— تنظیم و تسلیم ضمانت حسن اجرای کار به موجب مفاد قرارداد یا مفاد شرایط مناقصه.

— امضای قرارداد بوسیله مضمون عنه در صورتی که طی قرارداد یا شرایط مناقصه تسلیم ضمانت حسن اجرای کار لازم شمرده نشده باشد.

— اعلام برنده شدن شرکت کننده دیگر.

— انصراف کارفرما از امضای قرارداد.

بند ۲ ماده ۵ مذکور مقرر داشته است:

«علی رغم مفاد ماده ۴، در مورد ضمانتنامه های شرکت در مناقصه:

الف. با قبول پیشنهاد مضمون عنه توسط ذینفع با واگذارن قرارداد به او و یا با تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار بوسیله مضمون عنه در صورتی که به این ترتیب در قرارداد پیش بینی شده یا هرگاه قرارداد

امضاء نشده باشد ولی در شرایط مناقصه به این نحو مقرر گردیده باشد، در صورتی که به موجب قرارداد چنین ضمانتنامه‌ای از مضمون عتبه خواسته نشده باشد، ضمانتنامه شرکت در مناقصه که از طرف او صادر شده است از درجه اعتبار ساقط می‌شود.

ب. همچنین هرگاه قرارداد مربوط به پیشنهاد دهنده دیگری واگذار شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد، اعم از آنکه پیشنهاد دهنده شرایط مورد اشاره در بند ۲- الف این ماده را داشته باشد یا نداشته باشد.

ج. همچنین در صورتی که ذینفع [کارفرما] صریحاً اظهار کند که در نظر ندارد قراردادی واگذار نماید، ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط است.»

ماده ۶ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها در رابطه با «اعاده ضمانتنامه هائی»^{۵۷} است که باطل یا منقضی یا به نحو دیگر از درجه اعتبار ساقط شده‌اند. در بادی امر به نظر می‌رسد که شرط اعاده اینگونه ضمانتنامه‌ها جنبه شکلی دارد. ولی با توجه به توضیحاتی که توسط اطاق بازرگانی بین‌المللی داده شده است، این مطلب در بعضی کشورها که به موجب قوانین آنها ضمانتنامه تا وقتی که به ضمانت کننده اعاده نشده و یا تا وقتی که ذینفع مشخصاً ضمانت کننده را از تعهداتش مبرا نکرده اعتبار دارد، حائز اهمیت است. اعاده ضمانتنامه همچنین از لحاظ مقاصد ترازنامه‌ای نیز مفید است. بدین ترتیب، هرگونه تردیدی برای تصحیح ارقام بدهیهای احتمالی از میان می‌رود. مقررات مذکور، ضمانت اجرائی برای امتناع از اعاده ضمانتنامه معین نکرده است ولی تصریح نموده که تملک یا نگاهداری ضمانتنامه، به خودی خود، هیچ حقی برای ذینفع بوجود نمی‌آورد.

ماده ۷ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان

«اصلاحیه‌های قراردادهای و ضمانتنامه‌ها»^{۵۸} تأثیرات اصلاحیه‌های قراردادهای و ضمانتنامه‌ها را نسبت به یکدیگر بیان می‌کند و توضیح می‌دهد که اصلاحیه‌های مربوط به شرکت در مناقصه یا مزایده مستلزم موافقت ضمانت‌کننده است؛ ولی اصلاحیه‌های مربوط به قراردادهای در مورد ضمانتنامه‌های پیش‌پرداخت و حسن اجرای کار، هرگاه خلاف این امر در ضمانتنامه‌ها قید نشده باشد، احتیاج به جلب موافقت ضمانت‌کننده ندارد. تغییراتی که ضمانت‌کننده بخواهد در شرایط و مواد ضمانتنامه بدهد فقط در صورتی احتیاج به جلب رضایت مضمون‌عنه دارد که به زیان او باشد. در غیر این صورت، چون تعهد به نفع شخص ثالث معتبر است، ضمانت‌کننده می‌تواند هر تغییری را که موجب افزایش تعهد خود او به نفع مضمون‌عنه باشد بنماید. بعلاوه، برطبق ماده ۶۸۵ قانون مدنی ایران، در ضمانت، رضای مدیون اصلی شرط نیست. بنابراین، عدم موافقت نامبرده با متعهد شدن ضمانت‌کننده در تغییراتی که به نفع اوست نباید تأثیری در صحت تغییر مذکور داشته باشد.

ماده ۸ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «تسلیم ادعایا مطالبه»^{۵۹} را باید از مهمترین مواد این مقررات دانست. زیرا هرچند که طی آن قواعد شکلی برای مطالبه وجه ضمانتنامه پیش‌بینی شده اما، در عمل، در روابط بین‌المللی بانکها کراراً موجب سقوط ضمانتنامه از درجه اعتبار گردیده است. ایرادهائی که معمولاً از طرف بانکها به تلکسها از جهت رمزار بودن آنها می‌شود گاه باعث فوت وقت می‌گردد بطوریکه تلکس مطلوب تا پایان وقت اداری روز انقضای ضمانتنامه به دست ضمانت‌کننده نمی‌رسد یا ضمانتنامه از جهت آنکه فاقد عبارت بخصوصی در رابطه با طرز مطالبه است، مورد ایراد ضمانت‌کننده قرار می‌گیرد و همین بهانه‌ها موجب سقوط ضمانتنامه از درجه اعتبار می‌شود. تصریح مندرج در بند ۳ ماده

58. Amendments to Contracts and Guarantee

59. Submission of Claim

مذکور به اینکه ادعای مطالبه نایستی محترم شمرده شود مگر اینکه دارای شرایط خاص و منضم به اسنادی باشد که در ضمانتنامه قید و یا در این مقررات تعیین شده است، همواره ضمانت کنندگان را دچار وسوسه ارائه بهانه‌هایی به منظور امتناع از پرداخت وجه ضمانتنامه می‌نماید.

ماده ۹ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «اسنادی که مطالبه باید مستند به آنها باشد»^{۶۰} مبادرت به وضع مقررات تفسیری برای ضمانتنامه‌ها کرده که جایگزین سکوت طرفهای ذیربط ضمانتنامه‌ها است. در مقدمه ماده مذکور مقرر شده است:

«اگر در ضمانتنامه‌ای استناداتی که باید همراه ادعای طلب ارائه شود، قید نشده باشد، یا اینکه فقط صرف مطالبه بوسیله ذینفع قید شده باشد، ذینفع باید اسناد زیر را ارائه دهد...»

به این ترتیب، مقررات مذکور استفاده از ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرط یا عندالمطالبه را مقید به لزوم ارائه اسنادی کرده که در آن مقررات پیش‌بینی شده است. اسناد مذکور در مورد ضمانتنامه شرکت در مناقصه عبارت است از اخطار کتبی ذینفع مبنی بر تخلف مضمون‌عنه از امضای قرارداد یا تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار و نیز اعلام کتبی ذینفع به مضمون‌عنه مبنی بر اینکه موافقت دارد اعتراض احتمالی مضمون‌عنه در مرجع حل اختلاف مقرر در قرارداد، یا هرگاه چنین مرجع حل اختلافی پیش‌بینی نشده باشد، به اختیار مضمون‌عنه برطبق مقررات دادگاه داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی یا برطبق مقررات داوری آنستیرال حل و فصل گردد.^{۶۱} در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا ضمانتنامه استرداد

60. Documentation to support claim

۶۱. در بعضی از ضمانتنامه‌های بانکهای خارجی که به صورت اعتبارات اسنادی صادر می‌شود قید می‌گردد:

«ما بدین وسیله این اعتبار اسنادی را به نفع شما صادر می‌کنیم که در مقابل برات [های] دیداری شما عهده این بانک قابل معامله است. برات باید در

پیش پرداخت، صرف قبول مضمون^۹ له به ترتیب مقرر فوق کافی دانسته نشده بلکه بر طبق بند «ب» ماده^۹ مذکور چنین مقرر گردیده است:

«در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا ضمانتنامه استرداد پیش پرداخت، یا رأی دادگاه یا رأی داوری مبنی بر قبول مطالبه، یا تأیید کتبی ضمانتخواه نسبت به ادعا و میزان مبلغی که باید پرداخت شود [باید ارائه گردد].»

بطوریکه ملاحظه می شود ماده^۹ مذکور کاملاً موضوع ضمانتنامه بی قید و شرط یا عندالمطالبه را منتفی ساخته و مخصوصاً در رابطه با ضمانتنامه حسن اجرای کار و ضمانتنامه استرداد پیش پرداخت، مدرکی را لازم دانسته که با تلاش زیاد و صرف وقت و هزینه های سنگین قابل تحصیل است. بدیهی است این ترتیب نقض غرض مفهوم ضمانتنامه است، زیرا منظور از درخواست ضمانت آن است که مضمون^۹ له در موضع بهتری از مضمون^۹ عنه باشد. هرگاه بنا باشد که نتوان وجه ضمانتنامه را مطالبه کرد مگر آنکه رأی دادگاه یا رأی داوری مبنی بر قبول مطالبه ارائه شود، مضمون^۹ له و مضمون^۹ عنه را در وضع مساوی در مقابل مراجع رسیدگی مذکور قرار می دهد و تفوقی را که مورد نظر مضمون^۹ له است از او سلب می کند. البته، همانطور که در مقدمه^۹ این بحث بیان شد، حتی در صورت قبول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها می توان ماده^۹ را که در آن شرایط فوق الذکر پیش بینی شده است، از آن حذف و مستثنی کرد.

ماده^{۱۰} مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها پیش بینی کرده است:

«تاریخ... یا قبل از آن برای معامله ارائه شود. این اعتبار اسنادی توسط برات دیداری شما عهده^{۱۰} ما سی روز از تاریخ دریافت اظهارنامه^{۱۰} امضا شده در فرم و به شرحی که در پائین داده می شود، قابل معامله است.»

در اظهارنامه ای که در متن فوق به آن اشاره شده است تصریح می شود که به دلیل قصور مضمون^۹ له، مطالبه^{۱۰} وجه ضمانتنامه یا اعتبار اسنادی صورت گرفته است. اگر در اظهارنامه صراحتاً به قصور مضمون^۹ له اشاره نشود، معمولاً بانکهای ضامن درخواست ضبط وجه موضوع ضمانتنامه را رد می کنند.

«هرگاه در یک ضمانتنامه قانون حاکم بر آن مشخص نشود، این قانون، قانون حاکم در محلّ کار ضمانت کننده خواهد بود. اگر ضمانت کننده بیش از یک محلّ کار دارد، قانون حاکم در محلّ شعبه ای که ضمانتنامه را صادر کرده، قانون حاکم خواهد بود.»

در تدوین مفاد این ماده نفع ضمانت کننده مورد نظر بوده است و با توجه به اینکه ضمانتنامه های مشمول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها در سطح بین المللی صادر می گردد نتیجه آن تحمیل مقررات قانونی کشوری که ضمانتنامه در آن صادر شده بر کشوری که کار باید در آن انجام گیرد خواهد شد؛ یعنی تحمیل مقررات قانونی کشور محلّ اقامت ضامن بر کشور محلّ اقامت مضمون له. به نظر می رسد که قانون حاکم در کلیه قراردادهائی که یک طرف آن اتباع جمهوری اسلامی ایران هستند، اعم از آنکه ضمانت کننده مقیم ایران یا خارج از ایران باشد، باید قانون ایران یا حداقل یک کشور اسلامی دیگر که قوانین آن با قوانین جمهوری اسلامی ایران مغایرت نداشته باشد تعیین گردد.

ظاهراً مفهوم قانون حاکم از نظر بین المللی محدود به قوانین ماهوی است نه قواعد تعارض قوانین. ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال در این باره مقرر داشته است:

«... تعیین قانون یا یک سیستم حقوقی کشور مشخص، باید چنین تفسیر شود که به طور مستقیم ناظر به قوانین ماهوی آن کشور است نه قواعد تعارض قوانین کشور مزبور، مگر آنکه طرفین خلاف آن را تصریح کرده باشند.»^{۶۲}

بنابر این، در اعمال ماده ۱۰ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها، نه تنها لازم است تصریح شود که قوانین دولت جمهوری اسلامی ایران حاکم

۶۲. «قانون نمونه درباره داوری تجاری بین المللی» (ترجمه فارسی همراه با متن انگلیسی)، مجله حقوقی، ش ۴، زمستان ۶۴، صص ۲۰۵ به بعد.

باشد بلکه تصریح مذکور در فوق هم لازم به نظر می‌رسد.

در ماده ۱۱ مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «حلّ و فصل اختلافات»^{۶۳} به سه موضوع اشاره شده که خلاصه آن به قرار زیر است:

اولاً، هرگونه اختلاف نظر در رابطه با ضمانتنامه‌ها، در صورت توافق ضمانت‌کننده و مضمون‌له، به داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی یا مقررات داوری آنسیترال ارجاع گردد.

ثانیاً، هرگاه چنین توافقی حاصل نشود دادگاه محلّ کار ضمانت‌کننده، و یا در صورت تعدّد محلّ کار، شعبه صادرکننده ضمانتنامه صالح است.

ثالثاً، هرگاه اختلاف فیما بین ضمانت‌کننده و مضمون‌له مربوط به حقوق و تعهدات مضمون‌عنه باشد و به داوری ارجاع شود، مضمون‌عنه حق دارد در جریان داوری مداخله نماید.

ارجاع حلّ و فصل اختلافات به داوری در مواردی که دولت ایران ذینفع ضمانتنامه یا مؤسسات بانکی ایران صادرکننده آن باشند، باید با رعایت اصل یکصدوسی و نهم قانون اساسی پیش‌بینی شود. با تجربه‌ای که در دعاوی متعدّد از بسیاری از مراجع داوری بین‌المللی حاصل شده است به نظر می‌رسد بهتر باشد حلّ و فصل اختلافات به مراجع صلاحیت‌دار (دادگاههای) ایران ارجاع گردد و از قبول داوری مراجع بین‌المللی، به هر نحو و شکلی، اجتناب شود. حساسیت قوانین ایران قبل از انقلاب اسلامی نسبت به ارجاع دعاوی دولتی به داوری و گنجانیده شدن مقرراتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه، کلاً دلالت بر آن می‌کند که از ارجاع دعاوی به داوری خاطرات مطلوبی وجود ندارد.

در خصوص حدود قابلیت اعمال مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها، ابتدا لازم است این حقیقت را متذکر گردد که قبول مقررات

بین‌المللی از این قبیل، طرف ایرانی را به‌طور ضمنی ملزم به قبول عادات و رسوم دیگر بین‌المللی که در اینگونه مقررات نوشته نشده است، می‌سازد؛ عادات و رسومی که نوع و چگونگی آنها برای طرف ایرانی مجهول و ناشناخته است و توضیح و تشریح آنها مستلزم استمداد از مشاوران کارشناسان خارجی و متضمن تحمل هزینه‌های سنگین برای طرف ایرانی است. نباید پنداشت که پیش‌بینی حکومت قوانین ایران ممکن است این اشکال را رفع کند، زیرا بر طبق ماده ۲۲۵ قانون مدنی ایران: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». بنابر این، قانون ایران، خود مؤید قابل اعمال بودن عرف و عادت است؛ در حالی که هرگاه خلاف این امر در قرارداد (ضمانتنامه) تصریح نشود نمی‌توان عرف و عادت را محدود و منحصر به عرف و عادت در داخل ایران یا قلمرو حقوقی خاص دیگری ساخت. یکی از علل محکومیت‌های طرف‌های ایرانی در مراجع بین‌المللی، پذیرش چنین شرایطی است که مستلزم تمکین به قواعد و قوانین ناشناخته و مصداق‌رها کردن تیر در تاریکی است.

● نتیجه

نتیجه کلی که از این بحث گرفته می‌شود آن است که به نظر می‌رسد لازم باشد از قبول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها به‌طور دست‌نخورده و در بست خودداری شود و از قید عبارت مندرج در بند ۱ ماده ۱ آن مقررات در ضمانتنامه‌های مورد عمل بانک‌های ایرانی اجتناب گردد. هرگاه با قبول خطری که به آن اشاره شد، بازهم نظر مسئولان مربوط موافق استفاده از مقررات مذکور به نحوی که هست باشد، لازم است با قرار دادن ضمانتنامه‌ها در چارچوب قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی ایران و خارج ساختن آنها از شرایط و مقررات «عقد ضمان» مذکور در آن قانون، بین این مقررات و قوانین ایران هماهنگی بوجود آورد.

درهرحال، قید حکومت قانون ایران و تصریح نسبت به حکومت قواعد تعارض قوانین ایران، و در صورت امکان، قید عدم قبول عرف و عاداتی غیر از آنچه با قوانین ایران مطابقت داشته باشد و نیز قید حکومت دادگاههای ایران جهت حلّ و فصل دعاوی، از اهمّ نکات مورد توجه است.



شُرُوبِ شَکَاهِ عِلْمِ انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی