

ماهیت حقوقی تضمینات در پرداخت‌های بین‌المللی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۶/۰۲، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۹/۱۲)

محمد تقی بهارلویی^۱ - عزت‌الله بهارلویی - عبدالله بهارلویی - میلاد خلیلی - معصومه زمانیان

چکیده

در عرصه‌ی بین‌الملل تضمینات پرداخت‌ها ابزاری برای حصول اطمینان مضاعف طرفین معامله از انجام تعهدات متقابل است که این امر خود منجر به توسعه تجارت بین‌المللی می‌شود. از جمله مهمترین روش‌های تضمینات تعهدات در تجارت بین‌الملل ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد که دارای انواع ضمانت‌نامه می‌باشد: ۱. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، ۲. ضمانت‌نامه حسن انجام کار، ۳. ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت، ۴. ضمانت‌نامه استرداد کسور وجه الضمان، ۵. ضمانت‌نامه تعهد پرداخت، ۶. ضمانت‌نامه گمرکی. و کارآیی این اسناد از حیث استقلال آنها نسبت به قرارداد پایه است. این تضمینات به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه‌ها از نهادهایی همچون ضمانت‌سنتی فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده‌ی جدید مطرح شده است. در بررسی ماهیت این پدیده قواعد و معیارهای حقوق ملی حاکم بر تضمینات سنتی مورد ارزیابی قرار نمی‌گیرد و در تفسیر و تحلیل ناشی از آن صرفاً قواعد بین‌المللی شامل ویژگی‌ها و ماهیت عقدی و ایقاعی آن مدنظر می‌باشد. به طور مثال ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمانت‌عقدی است و باید آن را قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. زیرا طبق اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمانت

^۱ نویسنده مسئول

عقدی ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نماید در حالی که به موجب اصل استقلال ضمانت نامه بانکی، بانک ضامن نمیتواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. استفاده از تضمینات پرداخت بستگی به نوع روش پرداخت (پرداخت نقدی، پرداخت وعده‌دار یا حساب مفتوح، پرداخت براساس وصول اسنادی، اعتبارات اسنادی) متفاوت می باشد. تجار در روابط تجاری خود معمولاً روشی را که با اوضاع آنها تناسب بیشتری دارد انتخاب می کنند. ضمن اینکه بی اغراق مهمترین بخش هر ضمانت نامه را ترتیب مقرر برای پرداخت وجه آن تشکیل می دهد. در واقع ابتدا شیوه پرداخت ضمانتنامه جایگاه هر یک از طرفین آن و حدود مسئولیت آنها و نیز وضعیت مستقل یا تبعی بودن تعهد مندرج در خود ضمانتنامه را مشخص می سازد.



مقدمه

زنجیره تضمینات در پرداخت های بین المللی و بازرگانی خارجی دربرگیرنده امور مختلف و متفاوت و در عین حال به هم پیوسته ای است که مدیران بازرگانی خارجی و تجار و کلیه اشخاص و شرکت هایی که به نحوی با واردات و صادرات کالا سر و کار دارند، از کاربرد آن بی نیاز نمی باشند و بالطبع آگاهی از اطلاعات مورد نیاز در بازرگانی خارجی برای نامبردگان از ضروریات امر می باشد (اخلاقی، ۱۳۸۹، ۱۶). در این راستا ابتدا باید دانست تضمین چیست، به طور کلی تضمین را به دادن وثیقه خواه وجه نقد یا سند سپردن ضامن تعریف می کنند (شهبازی نیا، ۱۲، ۱۳۸۲). البته بحث تضمینات در پرداخت های بین المللی صرفا حول محور کالاها نیست و در برگیرنده ی کلیه معاملات بین المللی است. برای این منظور روش های گوناگونی برای پرداخت وجه معاملات بین المللی رایج گردیده و در این راستا تضمینات بین المللی نیز شکل گرفته و برای پرداخت ها در نظر گرفته شد (عرفانی، ۱۳۹۴، ۵۲).

بخش اول: مفهوم شناسی

بند اول: تعریف حقوق

حقوق مجموعه قواعدی است که از طریق موسسات اجتماعی یا دولتی، جهت تنظیم رفتار ایجاد و اعمال می شود. علم حقوق، دانش تحلیل و سیر تحول قواعد حقوقی است. امتیازی که شخص برای جامعه معین دارد حقوق در این معنی به حقوق فردی تعبیر می شود (خسروی، ۱۳۹۴، ۲۸).

بند دوم: تعریف تضمین

تضمین برگرفته از کلمه ی ضمان، واژه ای عربی است. و به معنای غرامت چیزی را بر عهده گرفتن است. در لغت به معنای گنجاندن و نهادن چیزی در جایی و در فرهنگ فارسی به معنای قبول کردن، پذیرفتن و برعهده گرفتن است (معین، ۱۳۸۹: ۱۲۱۹). مفهوم عرفی تضمین بدین معناست که در تعیین مصادیق تضمین بایستی قضاوت عرف اعم از جوامع بین المللی و داخلی





را پذیرفت و در این راستا نباید به دنبال مصادیقی از آن بود که در قانون یا در شرع به صورت تمثیلی بیان ننموده است. باید توجه داشت که عرف‌ها همان بحث قانون حاکم را دارد که بدون مداخله قانون‌گذار از میان پدیده‌های داخلی جوامع استخراج شده و تبدیل به قاعده حقوقی شده است (نعمتی، ۱۳۹۰: ۵). تضمین از لحاظ حقوقی به معنای اعم عبارت است از هر نوع تامین و توثیق تعهدات قراردادی اشخاص که این تامین می‌تواند از طریق عقود معین مختلف به ویژه عقد ضمان و رهن به صورت مستقل یا به صورت شرط ضمن عقد محقق گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷).

بند سوم: تعریف تضمین پرداخت

به طور کلی تضمین را به دادن وثیقه خواه وجه نقد یا سند سپردن ضامن تعریف می‌کنند. بهره‌مندی از راهکار تضمین، به منظور حصول اطمینان از اجرای به‌هنگام تعهدات قراردادی متعهد، راهکاری مناسب برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد است (شهبازی نیا، ۱۳۸۲، ۱۲).

بخش دوم: اقسام تضمین پرداخت از حیث ماهیت و قلمرو

بند اول: تضمین شخصی

هنگامی که ذمه بیگانه‌ای بر ذمه بدهکار اصلی، ضمیمه می‌شود و بدین وسیله آن را تضمین می‌کند، تضمین شخصی روی می‌دهد. طلبکار می‌تواند در کنار بدهکار اصلی یا هنگامی که از وصول طلب ناامید می‌شود، به ضامن رجوع کند و هر دو دارایی پشتوانه طلب خود را داشته باشد. مانند ضمانت با شرط تضامن و کفالت که به طور ناقص وسیله استیفای طلب را فراهم می‌آورد. در خصوص ماهیت عقد ضمان، عده‌ای معتقدند که ماهیت و ذات عقد اقتضای نقل ذمه به ذمه را دارد. برعکس عده‌ای بر این عقیده‌اند که مقتضای عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه. اما آنچه از مجموع بررسی‌ها بدست می‌آید این است که ماهیت و



ذات عقد نه اقتضای نقل ذمه به ذمه دارد و نه مقتضی ضم ذمه به ذمه است بلکه تابع قصد مشترک طرفین است (کاشانی، ۱۳: ۱۳۷۵).

بند دوم: تضمین عینی

منظور از تضمین عینی عبارت است از آنچه که به آن اعتماد شود و محکم کاری کردن را می‌گویند. و در اصطلاح مالی است که وام گیرنده تحت یکی از صور قانونی آن را نزد وام دهنده می‌گذارد و وام می‌گیرد که اگر در موعد مقرر آن را پس ندهد وام گیرنده بتواند از محل فروش وثیقه و قیمت آن طلب خود را کلا یا بعضا وصول کند. مالی است که برای تضمین حسن اجرای تعهد داده می‌شود در این صورت دین بالفعل و محقق وجود ندارد. در واقع هر گاه مورد تضمین عین و یا حق عینی باشد تضمین عینی روی می‌دهد (کرهودی، ۱۳۹۳: ۶).

بند سوم: تضمین پرداخت داخلی

در حقوق داخلی ساده ترین روش تضمین پرداخت که جانشین پرداخت نقدی است، استفاده از حواله بانکی است. در این روش فروشنده تحت تاثیر حسن شهرت خریدار حاضر می‌شود کالا را با سیاهه های تجاری برای خریدار ارسال دارد. بدیهی است که اعتماد کامل طرفین به یکدیگر در طول مدت اساس و مبنای این نوع معامله است و بانک فقط وسیله ای است که به علت بعد مسافت و عدم دسترسی فروشنده و خریدار به یکدیگر به عنوان واسطه مورد استفاده قرار می‌گیرد و شیوه ای رایج دیگر استفاده از چک و برات است که خطر عدم پرداخت را به دنبال دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۰۲).

بند چهارم: تضمین پرداخت بین المللی

در تجارت بین الملل طرق گوناگونی برای پرداخت ثمن و تضمین پرداخت ها وجود دارد و تجارت به دنبال بهترین روش برای پرداخت بین المللی می‌باشند. خریدار سعی در انتخاب روشی دارد که کاملا به نفع او باشد و از طرف دیگر فروشنده نیز سعی دارد روشی انتخاب



شود که به سود او باشد. اما معمولاً روشی که کاملاً به نفع یکی از طرفین باشد مورد توافق قرار نمی‌گیرد و لی در هر حال تجار و متعاملین سعی در انتخاب بهترین تضمین متناسب با شرایط معامله دارند (شهبازی نیا، ۱۳۸۲: ۸).

بخش سوم: روش‌های پرداخت در حقوق تجارت بین‌المللی:

روش‌های پرداخت، ابزار و ساز و کارهایی هستند که از طریق آن‌ها خریدار بهای کالاها یا خدمات موضوع معامله را به فروشنده یا عرضه‌کننده پرداخت می‌نماید. در معاملات بین‌المللی وجهی که فروشنده در مقابل دریافت آن مالکیت کالا را به خریدار انتقال می‌دهد به شیوه‌های مختلفی پرداخت می‌گردد. در این بخش انواع روش‌های پرداخت در بازرگانی بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند اول: روش پرداخت سنتی

در تجارت بین‌الملل روش‌های سنتی متنوع می‌باشند و طرفین قرارداد روشی را که با منظورشان متناسب‌تر است بر می‌گزینند. روش پرداخت نقدی یا پیش‌پرداخت، پرداخت وعده‌دار یا حساب مفتوح، پرداخت با اسناد تجاری یا وصول اسنادی، پرداخت با استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی، پرداخت با استفاده از اعتبارات اسنادی (میری اسفندآبادی، ۱۳۸۶: ۷۲).

بند دوم: روش پرداخت مدرن

پرداخت با استفاده از اعتبارات اسنادی الکترونیکی، پرداخت به وسیله پول الکترونیک، پرداخت به وسیله چک‌های الکترونیکی، پرداخت به وسیله کارت‌های هوشمند، پرداخت از طریق انتقال بین‌المللی الکترونیکی اعتبار (مافی، ۱۳۹۵: ۶۰).

بخش چهارم: ویژگی‌های تضمینات بین‌المللی

در رابطه با ویژگی‌ها و آثار تضمینات پرداخت‌ها در تجارت بین‌الملل چهار گونه ضمانت تجاری بین‌المللی وجود دارد که عبارت است از: ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده،



ضمانت نامه حسن انجام کار، ضمانت نامه پیش پرداخت، ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان، ضمانت نامه تعهد پرداخت، ضمانت نامه گمرکی که هر شش نوع تحت عنوان ضمانت نامه بانکی می باشند. در این بخش به بررسی ماهیت و سایر آثار و ویژگی های این ضمانت نامه می پردازیم.

بند اول: انواع ضمانت نامه ها

ضمانت نامه شرکت در مناقصه: یعنی کارفرمایان جهت واگذاری پروژه های اشخاص دیگر به پایین ترین قیمت اقدام به برگزاری مناقصه می نمایند و برای حصول اطمینان از ایفای تعهدات شرکت کنندگان در مناقصه، ضمانت نامه ای را تحت عنوان ضمانت نامه شرکت در مناقصه از شرکت کنندگان در یافت می نمایند و این ضمانت نامه به ذینفع (کارفرما) اختیار میدهد که در صورتی که مزایده مناقصه به تعهدات خودشان عمل نکنند با خسارتی یا خسارتی متوجه کارفرما بشود وجه ضمانت نامه را از بانک دریافت و جبران خسارت بنمایند.

ضمانت نامه شرکت در مزایده: چنانچه موسسه یا سازمانی فصد واگذاری کالا یا اموال خود به بالاترین قیمت را داشته باشد اقدام به واگذاری مزایده نموده و برای اطمینان از ایفای تعهدات شرکت کنندگان در مزایده ضمانت نامه شرکت در مزایده از شرکت کنندگان می گیرد و اگر برنده مزایده به تعهدات خودش عمل نکند ذینفع وجه ضمانت را از بانک دریافت می نماید.

ضمانت نامه حسن انجام کار: این نوع ضمانت نامه به منظور حصول اطمینان کارفرما یا خریدار از اجرای صحیح قرارداد توسط پیمانکار یا فروشنده صادر می شود. در اصل ذینفع ضمانتنامه حسن انجام کار در صورتی که کالاها یا خدمات مطابق قرارداد پایه توسط متقاضی تحویل یا انجام نگرفته باشند، نسبت به مطالبه وجه ضمانتنامه اقدام می نماید.

ضمانت نامه پیش پرداخت: در برخی از قراردادهای بنا بر توافق طرفین، کارفرما یا خریدار ملزم به پیش پرداخت بخشی از مبلغ قرارداد می شوند؛ این مبلغ، باید صرف تهیه وسایل



و مقدمات و شروع انجام تعهدات پیمانکار یا فروشنده شود. با توجه به اینکه ممکن است مبلغ مذکور در هدفی غیر از آنچه در قرارداد ذکر شده است، به کار گرفته شود، ضمانت‌نامه پیش‌پرداخت برای کارفرما یا خریدار این اطمینان را ایجاد می‌کند که در صورت تخلف طرف مقابل، وجه ضمانت‌نامه را به صرف مطالبه کتبی از بانک و بدون اینکه نیازی به مراجعه به دادگاه باشد، فوراً از بانک صادرکننده ضمانت‌نامه دریافت کند.

ضمانت نامه پرداخت حقوق گمرکی و ترخیص کالا: در صورتی که واردکننده توانایی پرداخت حقوق و عوارض گمرکی را نداشته یا در خصوص میزان آن میان مالک کالا و گمرک اختلاف نظر وجود داشته باشد، به نحوی که حل و فصل آن نیازمند طی تشریفات قانونی یا قضایی باشد، می‌توان کالا را با استفاده از ضمانت‌نامه گمرکی، پیش از طی تشریفات مذکور ترخیص کرد. بنابراین ضمانت‌نامه گمرکی، ضمانت‌نامه‌ای است که بانک برای ترخیص کالاهای وارداتی از کشورهای دیگر به نفع گمرک‌های کشور و بنا بر تقاضای واردکننده کالا صادر می‌کند. پس از پرداخت بدهی یا حل اختلاف صاحب کالا با گمرک، این ضمانت‌نامه ابطال خواهد شد.

بند دوم: ویژگی‌های ضمانت‌نامه‌ها

- ۱- ضمانت‌نامه‌ها غیر قابل انتقال می‌باشند مگر به واسطه انتقال قهری مانند فوت ذینفع که بصورت قهری به وراث منتقل می‌گردد.
- ۲- ضمانت‌نامه‌ها بدون نیاز به اجرای هیچ‌گونه تشریفات یا تعهدات حقوقی خاصی بدون هیچ‌گونه قید و شرط به ذینفع پرداخت می‌گردد.
- ۳- ضمانت‌نامه‌ها با واسطه درخواست ذینفع حداکثر به مدت یکسال در هر نوبت منوط به موافقت صادرکننده امکان پذیر می‌باشد.



بند سوم: ابطال ضمانت نامه ها

۱- انقضای مهلت ۲- پرداخت وجه ضمانت نامه ۳- اعلام ذینفع مبنی بر پرداخت مطالبه وجه آن ۴- برگرداندن سند ضمانت نامه

بند چهارم: تضمینات پرداخت مقرر از سوی بانک ها

در این بحث که پیرامون تضمین پرداخت بانک ها و تحت عنوان ضمانت نامه بانکی نام برده می شود به بررسی ماهیت و در واقع ویژگی این ضمانت نامه می پردازیم. ضمانت نامه ی بانکی بین المللی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیده عرف و رویه ی بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی است. از ویژگی های این ضمانت نامه باید گفت: مستقل بودن از قرارداد پایه: این نوع ضمانت نامه بصورت مستقل صادر می شود و ربطی به قرارداد پایه ندارد. بدون قید و شرط بودن ضمانت نامه بانکی: یعنی هیچگونه قید و شرطی در ضمانت نامه های بانکی مبنی بر عدم پرداخت وجه ضمانت نامه های بانکی قید نمی گردد. غیرقابل فسخ بودن ضمانت نامه های بانکی: این نوع ضمانت نامه غیرقابل فسخ هستند و زمانی اعتبار خود را از دست می دهند که مدت آن منقضی شده باشد. غیرقابل انتقال بودن آن: غیرقابل انتقال بودن آن مگر به واسطه انتقال قهری مانند فوت ذینفع که به صورت قهری به وراث منتقل می گردد. عندالمطالبه بودن: ویژگی آخر ضمانت نامه های بانک است. که ذینفع هر موقع هر موقع قبل از تاریخ انقضای ضمانت نامه با به بانک مراجعه نماید وجه آن باید پرداخت گردد. در نتیجه ضمانت نامه ی بانکی را نباید در چارچوب نهادها و قواعد سنتی حقوق ملی دسته بندی و تحلیل کرد (شهبازی نیا، ۱۳۸۲: ۱۱۳).

بند پنجم: بررسی ماهیت عقدی یا ایقاعی ضمانت نامه بانکی بین المللی:

در خصوص ماهیت تعهد بانک در ضمانت نامه ی مستقل بانکی و زمان و شیوه ی لازم الاجرا شدن آن، دو مکتب فکری در سطح بین المللی وجود دارد. یکی از این دیدگاه ها، تعهد بانک به موجب ضمانت نامه ی بانکی را ماهیتاً تعهد یکطرفه یا ایقاع می داند این اعلام یک



طرفه به شکل ابلاغ مفاد و شروط ضمانت نامه به ذینفع صورت می‌گیرد. رویه قضایی و دکتین آلمان معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت نامه است. در حقوق ایران برخی از فقها به ایقاعی بودن ضمانت نامه معتقدند و دیدگاه مشهور عقدی بودن ضمان است. در مورد ضمانت نامه بانکی بین المللی نیز گفته می‌شود اولاً بانک گشایشگر معمولاً در متن ضمانت نامه ای که به ذینفع ابلاغ می‌کند به غیر قابل برگشت بودن ایجاب بانک تکیه و بر مبنای آن عمل می‌کند و مقررات بین المللی اتاق بازرگانی نیز بر اساس ماده ۵ بر غیر قابل بازگشت بودن آن تاکید کرده اند (اخلاقی، ۱۶۲:۱۳۶۸).

نتیجه گیری

با توجه به مباحثی که در مورد تضمینات پرداخت بین المللی (ضمانت نامه بانکی : ضمانت نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، ضمانت نامه حسن انجام کار، ضمانت نامه پیش پرداخت، ضمانت نامه کسور وجه الضمان)، اعتبارات اسنادی و ... از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری بین المللی، پدیده ی تضمینات پرداخت که در قالب ضمانت نامه از آن یاد می‌شود را می‌توان در دسته ی عقود نامعین دانست. که طرفین آن بانک و ذینفع هستند و اصیل یا ضمانت خواه طرف قرارداد تضمینات بانکی بین المللی نیست. با وجود اینکه تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد متقابل وب به بانک گشایشگر ضمانت نامه مبنی بر بازپرداخت وجه ضمانت نامه در صورت مطالبه ی ذینفع را می‌توان علت اصلی ورود بانک به رابطه ی قراردادی با ذینفع دانست.



منابع و مآخذ

۱. اخلاقی، بهروز، ۱۳۶۸. بحثی پیرامون ضمانت نامه بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۲، ص ۱۷۶-۱۷۷.
۲. اخلاقی، بهروز، ۱۳۸۹. اصول قراردادهای تجاری بین المللی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، صفحه ۱۸۴.
۳. خسروی، حسن. ۱۳۹۴. حقوق اساسی (رشته مدیریت)، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، ص ۲۸.
۴. شهبازی نیا، مرتضی، ۱۳۹۳. مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد بر مبنای تضمین، مجله حقوق خصوصی، تهران، شماره ۹ ص ۸۳.
۵. شهبازی نیا، مرتضی، تفرشی، عیسی. ۱۳۸۲. استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین المللی، مجله نامه مفید، تهران، ش ۳۴، ص ۸-۹.
۶. عرفانی، محمود. ۱۳۹۴. حقوق تجارت بین الملل. تهران، انتشارات جنگل.
۷. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶. حقوق مدنی (عقود معین)، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
۸. کاشانی، محمود، ۱۳۷۵. ضمانت نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی، تهران، شماره ۵۴ ص ۱۸۶.
۹. کرهرودی، زهرا. ۱۳۹۳. وثیقه عینی، مجله تحقیقات حقوقی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۳، ص ۶.
۱۰. مافی، همایون. ۱۳۹۵. پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه، مجله پژوهش حقوق خصوصی، تهران، ش ۱۷، ص ۵۵.



۱۱. معین، محمد. ۱۳۸۹. فرهنگ فارسی معین، چاپ سوم، تک جلد، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۱۲. میر اسفندآبادی، حسین. ۱۳۸۶. نقش حاکمیت در جلوگیری از گسترش تعهدات غیر واقعی، مجله حقوقی، تهران، شماره ۴۲، ص ۷۱-۷۸.
۱۳. نعمتی. ۱۳۹۰. جایگاه عرف در حقوق بین الملل. مجله حقوق بین المللی، ش ۵۶، ص ۹-۱۹.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی