

مطالعه تطبیقی فقهی حقوقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت‌نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی

محسن تقی زاده^۱، دکتر محمد شفیق اسکی^۲

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت‌الله املی، ایران

۲. عضو هیات علمی دانشگاه فرهنگیان

چکیده

ضمان عقدی عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن. به این ضمان، ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیز نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از جانب ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست.^۱ در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار عهده‌دار پرداخت می‌شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است و آن یا به موجب عقد ضمان است^۲ و یا به موجب عقد حواله.^۳ در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه به طور معمولی بری است و به او مدیون نیست. ضمانت‌نامه بانکی عنوانی تقریباً مشابه ضمان عقدی دارد و تشابهاتی دارد، تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانت‌نامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت‌خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی که تعهد ضامن در ضمان عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می‌باشد. بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمان 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 ضمانت‌نامه بانکی، بانک ضامن نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. بنا بر این ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمان عقدی است و باید آن را قراردادی غیرمعین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. در پژوهش حاضر با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی به مطالعه تطبیقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت‌نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی می‌پردازد.

واژه‌های کلیدی: ضمانت‌نامه بانکی، ضمان عقدی، ماهیت حقوقی، قانون مدنی، اتاق بازرگانی بین‌المللی

۱- مستفاد از مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی

۲- ماده ۶۸۴ قانون مدنی

۳- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

مقدمه

ضمانتنامه بانکی و ضمان عقدی از این جهت که هر دو مضمون له (ذینفع) را در مقابل عدم اجرای قرارداد پایه از سوی مضمون عنه (ضمانت خواه) حمایت می کنند، دارای خصوصیتی مشترک هستند. تفاوت مهم این دو آن است که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانتنامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت خواه (یا متعهد اصلی) است در حالی که تعهد ضامن در ضمان عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می باشد. بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمان عقدی، ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نماید.

ضمان عقدی یک قرارداد مدنی به شمار می رود زیرا اساس عقد ضمان یک خدمت دوستانه و رایگان است. رویه قضایی مستمر در فرانسه ضمان را حتی در موردی که موضوع آن یک دین تجاری است، قرارداد مدنی می داند. دادگاه های فرانسه ضمان یک بازرگان به سود یک بازرگان دیگر را حتی برای دیونی که دارای طبیعت تجاری هستند قرارداد مدنی دانسته اند. البته ضمانت نامه های بانکی از این قاعده مستثنی هستند. این ضمانت نامه ها از قواعد ویژه خود پیروی می کنند و از اسناد مهم بانکی شمرده می شوند. از این رو ضمانت نامه بانکی بین المللی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری و اقتصادی است. درخصوص ماهیت این «پدیده جدید» هنوز اتفاق نظر چندانی در میان نویسندگان حقوق تجارت بین الملل و رویه قضایی مربوط به آن، فراهم نیامده است. از جمله، دکترین بین المللی هنوز در مورد ماهیت عقدی یا ایقاعی بودن پدیده مذکور به نقطه مشترکی نرسیده است. با این حال دیدگاه های مطرح در این زمینه در یک نقطه مشترکند و آن اینکه قواعد حاکم بر این پدیده جدید، عمدتاً جنبه فراملی دارند که در بررسی و تحلیل حاضر ماهیت ضمانت نامه، همچنین تفاوت ها و اشتراکات عقد ضمان با ضمانت نامه های اتاق بازرگانی را بررسی و مورد بحث قرار خواهیم داد.

بحث و بررسی

مفهوم و معنای ضمان عقدی و اوصاف عقد ضمان

ضمان در عرف حقوقی به معنی تعهد و مسئولیت است. اصطلاح ضمان قهری ناظر به مسئولیت هایی است که در فصل دوم جلد اول قانون مدنی پیش بینی شده و شامل غصب، اتلاف، تسبیب و استیفاء می باشد.^۱ ضمان عقدی از قراردادهای ویژه است که در فصل چهاردهم جلد اول قانون مدنی تعریف شده است. ماده ۶۸۴ در تعریف ضمان می گوید: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.»

۱- مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷ قانون مدنی

از ظاهر این ماده چنین برمی آید که نویسندگان قانون مدنی به نظریه نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده اند. تعهد به مالی که بر عهده دیگری است تعریفی است که مؤلف شرایع الاسلام از عقد ضمان کرده است. ولی در ماده ۶۹۸ قانون مدنی صریح در نقل ذمه است:

«بعد از اینکه عقد ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.» در مجموع در تعریف ضمان می توان گفت؛ عبارت است از التزام اختیاری یا قهری به پرداخت مالی به کسی و یا التزام به پرداخت مالی به کسی، اعم از اینکه به اختیار باشد یا به موجب قانون. پس التزام یا ناشی از قرارداد است و یا به حکم قانون. ضمان ناشی از قرارداد، اختیاری و ارادی است که به آن «ضمان عقدی» گویند، مثل ضمان ناشی از عقد ضمان. در صورتی که قصد متعهد در ایجاد ضمان موثر نباشد و مبنای ضمان حکم قانون باشد، ضمان، ضمان قهری است مثل ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب.^۱

ضمان عقدی عبارت است از انتقال ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن. به این ضمان، ضمان عقدی گویند که انعقاد آن نیز نیاز به ایجاب و قبول دارد؛ ایجاب از جانب ضامن و قبول از جانب مضمون له. مضمون عنه نسبت به این عقد بیگانه است و حتی رضای او شرط نیست.^۲ در ضمان عقدی تعهد به پرداخت مال اختیاری است و متعهد به اختیار عهده دار پرداخت می شود. این تعهد اثر مستقیم عقد است و آن یا به موجب عقد ضمان است^۳ و یا به موجب عقد حواله.^۴ در عقد ضمان، ذمه ضامن نسبت به مضمون عنه به طور معمولی بری است و به او مدیون نیست. ولی در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مدیون نباشد، پس از قبولی در حکم ضامن است.^۵

در این مفهوم ضمان به دو معنی عام و خاص نیز به کار رفته است. ضمان به معنی اخص عبارت است از تعهد به مال است که در ذمه دیگری قرار دارد. به این ضمان، ضمان عقدی هم می گویند. ضمان به معنی اخص همان ضمانی است که در ماده ۶۴۸ قانون مدنی از آن بدین صورت تعریف کرده است:

«عقد ضمان عبارتند از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می گیرد.»

ضمان به معنی اعم عبارت است از این که شخصی دین دیگری را تعهد کند و یا این که تعهد کند که شخص مدیون را بر طبق مقرر حاضر کند. پس ضمان به معنی اعم هم شامل حواله و هم شامل کفالت و هم شامل ضمان به معنی اخص می باشد؛ بدین صورت اگر مورد ضمان شخص باشد آن را کفالت گویند چنان که در تعریف کفالت در ماده ۷۳۴ ق.م آمده است:

«کفالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند.»

۱- کاشی آرانی، کریم، انتقال ضمان معاوضی در بیع، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۷۷، ص ۲

۲- مستفاد از مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی

۳- ماده ۶۸۴ قانون مدنی

۴- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

۵- ماده ۷۲۷ قانون مدنی

اگر مورد ضمان مال باشد از دو حال خارج نیست: یا شخص ضامن، به مقداری که از دیگری تعهد کرده به او مدیون است که در این صورت حواله است. و یا این که ضامن مدیون او نباشد که در این صورت ضامن به معنی اخص است.^۱

مفهوم ضمانت نامه‌های بانکی

بر اساس برخی مقررات قانون تجارت، ضمانت تضامنی بوده و موجب ضم ذمه ضامن به مضمون عنه می‌گردد. ماده ۲۴۹ ق. م به مسئولیت تضامنی متعهدین سند تجاری اشاره دارد. وفق مقررات قانون تجارت، پس از تحقق ضمانت، ضامن متعهد به پرداخت وجه سند به ذینفع می‌گردد بدون آنکه مضمون عنه بری شده باشد و با تحقق ضمانت به متعهدین سند تجاری افزوده می‌شود و در صورت پرداخت وجه سند تجاری توسط ضامن به دارنده سند تجاری، ضامن وفق مقررات مربوط می‌تواند به مضمون عنه وامضاء کنندگان سند تجاری رجوع کند. قسمت اخیر ماده ۲۴۹ قانون تجارت مقرر داشته: «... ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است». فرهنگ حقوقی خارجی در تعریف ضمانت‌نامه‌های بانکی چنین می‌گوید: «ضمانت‌نامه بانکی، گونه‌ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری پیمانکار از انجام تعهداتش (طرف دیگر را) پشتیبانی می‌کند. چنین ضمانت‌نامه‌هایی معمولاً در پروژه‌های ساختمانی دولتی خواسته می‌شود».^۲

مقایسه ضمانت نامه بانکی با عقد ضمان در حقوق ایران

ضمانت‌نامه مستقل بانکی، قراردادی تجاری است که باید آن را در زمره عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاری، ساخته قوانین داخلی نیست بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجاری بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاری و مقررات نهادهایی نظیر اتاق بازرگانی بین‌المللی و آنسیترا) کسب نموده است. رویه قضایی کنونی غالب کشورهای اروپایی و آمریکا (در مورد اعتبارنامه‌های انتظاری) و دکترین کشورهای مذکور نیز ضمانت‌نامه مستقل جدید را که در تجارت بین‌المللی استفاده می‌شود و بخشی از یک رابطه چند جانبه را تشکیل می‌دهد، یک قرارداد جدید و در زمره عقود غیرمعین به حساب می‌آورند.^۳ به لحاظ پاره‌ای مشابهت‌ها بین ضمانت‌نامه بانکی و برخی نهادهای حقوق داخلی کشورها، تلاش‌هایی در جهت قراردادن ضمانت‌نامه در چارچوب مفاهیم و طبقه‌بندی‌های سنتی مذکور در قوانین مدنی صورت گرفته است. این تلاش که ناشی از تمایل به طبقه‌بندی پدیده‌های جدید در چارچوب دسته‌بندی‌ها، مفاهیم

۱- پروجری عیده، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۶۴

۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۸۸

3- Bertrams, R. I. V. F., Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed., The Netherlands, Kluwer, 1996.

و اصول کلی شناخته شده و سنتی است، در زمینه ضمانتنامه بانکی بین المللی بعضاً سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقی ضمانت نامه شده است. در کشور ما، تحلیل مسائل حقوقی ضمانتنامه بانکی بر مبنای قواعد و مبانی نهادهای سنتی و نادیده انگاشتن ویژگی های این ابزار تجاری، در گذشته به طرح ابهاماتی درباره اعتبار آن در عالی ترین مرجع قضایی کشور منجر شده است^۱ و دکتترین نیز با ادامه همان سنت، گاهی از مسیر مناسب تحلیل ضمانتنامه بانکی دور افتاده است. مقدمات فوق، ضرورت مقایسه ضمانتنامه بانکی با برخی نهادهای حقوق داخلی و شناخت وجوه افتراق و اشتراک آنها و نیز شناخت و تحلیل مبانی اعتبار این پدیده در حقوق داخلی را به خوبی تبیین می کند. در حقوق ایران، دو نظام حقوقی متفاوت در مورد ضمانت وجود دارد که یکی ضمان عقدی مقرر در قانون مدنی و دیگری، ضمان مقرر در قانون تجارت است که به ضمان ضم ذمه مشهور می باشد. لازم به ذکر است، در میان مکاتب فقهی نیز در ماهیت ضمان دو گانگی، وجود دارد به گونه ای که فقهای امامیه قائل به ضمان نقل ذمه و فقهای عامه غالباً معتقد به ضمان ضم ذمه می باشند.^۲ در بندهای آتی این ابزار تجاری با ضمان عقدی و نیز ضمانت موضوع باب دهم قانون تجارت ایران، به ترتیب مقایسه خواهد شد.

ضمانتنامه بانکی و ضمان مقرر در فقه و قانون مدنی

الف: ضمان مقرر در قانون مدنی

در قانون مدنی ایران، عقد ضمان و شرایط و آثار آن طی مواد ۶۸۴-۷۲۳ بیان شده که عمدتاً برگرفته از فقه شیعه است. فقهای امامیه^۳ در تعریف عقد ضمان، عباراتی را نظیر «تعهد شخص به مالی که بر ذمه دیگری ثابت است» یا «تعهد یا التزام به مالی که مضمون عنه متعهد آن است» یا «عقدی که برای تعهد به مال یا نفس وضع شده است» به کار برده اند. در ماده ۶۸۴ قانون مدنی نیز تعریف مشابهی به عمل آمده است: «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند.» قانون مدنی علاوه بر ضمان نقل ذمه، التزام به تأدیه دین را نیز پذیرفته است که می تواند معلق بر عدم تأدیه دین از سوی مدیون اصلی باشد. علاوه بر ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی که حسب آن «التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد» ماده ۷۲۳ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می دارد:

۱- رأی شماره ۷۱-۴۶/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و عقیده دادستان وقت کل کشور، آرشیو حقوقی کیهان: ص ۲۱۵

۲- گرجی، ۱۳۷۲: ۳۳

۳- شهید ثانی، بی تا، ص ۱۱۳ و محقق حلی، بی تا، ص ۱۰۷

«ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید.» بنابراین با توجه به مواد مذکور، اگر مفاد تعهد ضامن به این ترتیب باشد که «اینجانب ضمانت مدیون را می‌نمایم چنانکه در اول موعد، بدهی خود را به داین نداد از عهده آن برآیم»^۱ چنین تعهدی التزام به تأدیه معلق است و اگرچه سبب انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن نمی‌شود، حسب مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی معتبر و لازم الاجراست.^۲ به نظر می‌رسد، چنان که برخی از استادان حقوق گفته‌اند این نوع التزام ماهیتاً تفاوتی با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون‌گذار قصد داشته است که با توجه به ضرورت‌های اجتماعی، به رغم پذیرش نظریه نقل ذمه به عنوان اصل کلی، به این وسیله راه را بر ضمان ضم ذمه نیز بازگذارد. مستفاد از ظاهر ماده ۷۲۳ قانون مدنی آن است که التزام به تأدیه معلق بر عدم تأدیه مدیون، باید به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرایی پیدا نماید.

اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی

علی‌رغم این که هدف از صدور یک ضمانت‌نامه، تأمین و تضمین ذی‌نفع در برابر خساراتی است که ناشی از قصور و تخلف مضمون‌عنه در قرارداد پایه است، اما استحقاق ذی‌نفع در خصوص مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه، تنها به‌موجب مراجعه به مفاد و شروط قیدشده در متن ضمانت‌نامه مشخص می‌گردد و بانک و مضمون‌عنه نمی‌توانند به دفاعیات و ایرادات قرارداد پایه استناد نمایند. برای ضامن بسیار مشکل و مخاطره‌آمیز است که خود را وارد مسائل و مشکلات ناشی از قرارداد پایه نماید. درواقع دلیل این که ضامن شخص مناسبی به‌منظور درگیر شدن در اختلافات ناشی از قرارداد پایه نیست این است که ضامن هیچ‌گونه نظارتی بر انعقاد قرارداد پایه نداشته و پس از منعقد شدن قرارداد نیز تخصصی در رابطه با آن ندارد. مضافاً این که ضامن به دلیل دریافت یک کارمزد. تقریباً جزئی در خصوص اقدامات خود، تمام توان و منابع خود را صرف تصدیق ادعای ذی‌نفع در مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه نمی‌نماید. پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع نیز حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه به‌منظور بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه بستگی به تبعیت ضامن از دستورات وی دارد. بر این اساس برای حمایت از ضامن، تعهد پرداخت وی باید مستقل از قرارداد پایه باشد. علاوه بر ضامن ذی‌نفع نیز از اصل استقلال منتفع می‌گردد بدین ترتیب که در صورت رعایت شرایط مقرر ضمانت‌نامه بدون اثبات قصور مضمون‌عنه می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را وصول نماید. از طرف دیگر نیز مضمون‌عنه اطمینان خاطر می‌یابد که بانک فقط در صورت احراز انطباق اسناد ارائه شده از سوی ذی‌نفع با مفاد شروط و ضمانت‌نامه وجه را به ذی‌نفع پرداخت می‌نماید. بدین ترتیب هر سه طرف

۱- رأی شماره ۹۱۴-۱۳۲۸/۵/۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور نقل از، متین: ص ۲۹۳

۲- همان

ضمانتنامه‌ی بانکی از این اصل بنیادین منتفع می‌شوند؛ بنابراین استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه و دریافت وجه آن به صرف مطالبه هدف نهایی از به کارگیری ضمانتنامه بانکی در قراردادهای بین‌المللی است به نحوی که سلب این وصف موضوعیت و کارکرد ضمانتنامه را کأن لم یکن می‌سازد.^۱ به عبارت دیگر اصل استقلال اساسی‌ترین وصف ضمانتنامه‌ی بانکی است و تغییر و سلب این ویژگی، ضمانتنامه را به یک قرارداد ضمانت سنتی مبدل می‌سازد.^۲ چنان‌که پیش از این نیز بیان گشت، اگرچه از لحاظ تاریخی تقلب تنها استثنای بین‌المللی به رسمیت شناخته شده نسبت به اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه است، لکن اصل مذکور خود یکی از اسباب زمینه‌ساز مطالبه‌ی متقلبانه وجه ضمانتنامه‌ی بانکی است؛ چراکه ذی‌نفع بدون این‌که بخواهد قصور و تخلف مضمون‌عنه در رابطه با قرارداد پایه را اثبات کند، می‌تواند وجه ضمانتنامه را مطالبه نماید.

ضمانتنامه‌های بانکی ماهیت و فواید مقررات آن

موفقیت چشمگیر ضمانتنامه‌های مستقل نیاز به تدوین مقرراتی متحدالشکل درخصوص آنها را به همراه داشت. از آنجا که از تدوین نخستین نسخه از مقررات متحدالشکل حاکم بر اعتبارات اسنادی موسوم به UCP بیش از نیم قرن می‌گذشت و مقررات مذکور در سراسر جهان مورد پذیرش قرار گرفته و تقریباً تمامی اعتبارات اسنادی تحت این مقررات صادر می‌گردیدند، اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت با در نظر داشتن این تجربه موفق تدوین مقررات حاکم بر ضمانتنامه‌های مستقل را در دستورکار قرار دهد. حفظ ماهیت تضمینی این ابزار از یک سو و لزوم هماهنگی این مقررات با ویژگی اسنادی و مستقل ضمانتنامه‌های بانکی از سوی دیگر، وظیفه‌ای خطیر را پیشروی تدوین‌کنندگان این مقررات قرار داده بود. همچنین ایجاد تعادل بین منافع طرفین ضمانتنامه، یعنی ذی‌نفع، متقاضی و ضامن دشواری دیگری بود که در مسیر تدوین این مقررات قابل مشاهده بود. برای انجام این کار یک گروه کارشناسی مجرب قریب به ۱۰ سال نظرات متعدد متخصصان امور بانکی و تجاری را از سراسر جهان جمع‌آوری کرده و پس از بررسی ۱۱ پیش‌نویس سرانجام اولین نسخه از مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه تحت عنوان URDG 458 در آوریل ۱۹۹۲ به اجرا گذاشته شد. این نسخه از مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه را بی‌تردید باید موفقیت و نقطه عطف مهمی در تاریخ ضمانتنامه‌های مستقل بانکی دانست. مواردی چون نقش اسنادی و مستقل بانک، نیاز به اعلام تخلف متقاضی به جای اثبات تخلف وی، حفظ استقلال کامل ضمانتنامه از رابطه پایه و موارد متعدد دیگری که به روشنی بر ماهیت مستقل ضمانتنامه‌ها تأکید می‌گذاشت، به صراحت در این مقررات درج شده بود.

1- Kelly-Jouw, Michelle, "Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit." University of South Africa. 2009, p. 200.

۲- لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ نیز هر شرطی که سبب سلب وصف استقلال ضمانتنامه شود را بی‌اثر اعلام کرده و در ماده ۸۴۱ خود مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانتنامه را تغییر دهد بی‌اثر است».

مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه صرفاً مجموعه مقرراتی است که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده و تنها مقررات مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل می‌باشد. این مقررات ماهیتی قراردادی دارد؛ بنابراین صرفاً در صورتی قابل اجرا خواهد بود که طرفین آن را برای ضمانت‌نامه خود انتخاب کرده و در متن ضمانت‌نامه صراحتاً تابعیت ضمانت‌نامه از این مقررات درج شده باشد.

تشریفات شکلی انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه

با توجه به تفاوت ضمانت‌نامه با ضمان مقرر در قوانین داخلی، تشریفات قانونی درمورد شکل انعقاد قرارداد ضمانت‌نامه وجود ندارد اما برخی از نویسندگان خارجی پیشنهاد کرده‌اند که با استفاده از قیاس، شرایط شکلی مقرر در قوانین ملی مربوط به ضمان تبعی، در صورتی که مغایرتی با استقلال ضمانت‌نامه نداشته باشند، برای قرارداد ضمانت‌نامه هم لازم دانسته شود.

مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه (ماده ۲ مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون آنسیترال) هم تنها شرط شکلی لازم را کتبی بودن آن دانسته‌اند که شامل ارسال متن از طریق وسایل الکترونیکی نیز می‌شود.^۱

در حقوق انگلیس و آمریکا، مطابق قاعده کلی، وجود «عوض یا علت» (Consideration) نیز برای الزام‌آور شدن ضمانت‌نامه، ضروری است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادهای، جز در موارد استثنایی، برای اینکه از قدرت الزام‌آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض» خاص باشند، ضمانت‌نامه بانکی نیز از جمله قراردادهایی است که نیاز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پایه معمولاً علت کافی برای تعهد بانک، تلقی می‌شود. از این رو در متن ضمانت‌نامه‌های صادره از بانک‌های انگلیس، عبارتی نظیر آن چه در پی می‌آید، در مقدمه ضمانت‌نامه ذکر می‌شود:

«درمقابل انعقاد قرارداد شماره ... به وسیله ... (ذینفع) ما تعهد می‌کنیم که ...»

در ضمانت‌نامه‌های متقابل صادره در رابطه بین بانک‌های گشایشگر و بانک‌های دستور دهنده نیز، صدور ضمانت‌نامه متقابل از ناحیه بانک دستوردهنده، علت تعهد بانک گشایشگر در مقابل ذینفع (طبق ضمانت‌نامه اصلی) را تشکیل می‌دهد، لذا در متن ضمانت‌نامه اصلی عبارتی به این شرح ذکر می‌شود:

«درمقابل صدور ضمانت‌نامه ... (ضمانت‌نامه متقابل) از ناحیه شما، ما تعهد می‌کنیم ...»^۲

1- Kozolchyk, B., Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law, IX, and ch.

۲- شهبازی نیا، مرتضی، تفریخی محمد عیسی، استقلال ضمانت بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین الملل، فصل نامه مفید، شماره ۳۷، سال

نتیجه گیری

قانون مدنی در ماده ۶۸۴ نظر فقهای شیعه را پذیرفته است. ماده ۶۸۴ ق. م مقرر داشته است که «عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند.»

از ظاهر این ماده چنین برمی آید نویسندگان قانون مدنی به نظریه، نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده اند. ماده ۶۹۸ ق. م نیز مقرر داشته است که «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ی ضامن به مضمون له مشغول می شود.» به استناد مواد مذکور می توان گفت قانون مدنی نظریه نقل ذمه را پذیرفته و اصل کلی در عقد ضمان در قانون مدنی این است که با وقوع عقد ضمان دین از ذمه بدهکار به ذمه ضامن منتقل می شود.

در فقه امامیه، بنابر قول مشهور فقها به محض انعقاد ضمان، دین از ذمه ی مضمون عنه به ذمه ی ضامن منتقل می شود و تراضی برخلاف آن جایز نیست و در فقه اهل سنت، بنابر نظر مشهور ایشان مقتضای ذات عقد ضمان ضم ذمه ی ضامن به ذمه ی مضمون عنه می باشد.

از طرف دیگر ضمانت نامه های بانکی از اسناد مهم بانکی هستند که نقش مهم در تضمین معاملات و به ویژه در قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آنها بنحو چشمگیری افزایش یافته است. نقش ضمانت نامه های مستقل بانکی در بازرگانی بین المللی و تفاوت برخورد نظام های حقوقی کشورهای مختلف با موضوعات مربوط به آن از دیرباز سازمان های بین المللی فعال در عرصه تجارت بین الملل را به تلاش برای تدوین مقررات بین المللی یکنواخت وا داشته است؛ یکی از این سازمان ها اتاق بازرگانی بین المللی بوده که تمام تلاش خود را در تدوین مقررات اختیاری، متمرکز نموده است؛ ما حاصل این تلاش در قالب مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه ۴۵۸ در سال ۱۹۹۲ انتشار و در سال ۲۰۱۰ به شکل قواعد ۷۵۸ تغییر یافت و این اتاق بسیاری از ویژگی های اصلی و مهم ضمانت نامه های مورد استفاده در عرف تجارت بین الملل، از جمله استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن را پذیرفت و برای سایر مسائل حقوقی ضمانت نامه نیز راهکارهایی با تکیه بر عرف تجاری ارائه کرد.

اتاق بازرگانی بین المللی اقدام به تدوین مقرراتی در زمینه مقررات حاکم بر ضمانت نامه های بانکی نموده است که نسخه ۴۵۸ آن در سال ۱۹۹۲ منتشر گردید و در سال ۲۰۱۰ به شکل قواعد ۷۵۸ مورد ویرایش قرار گرفت که بسیاری از ویژگی های اصلی و مهم ضمانت نامه های مورد استفاده در عرف تجارت بین الملل از جمله استقلال ضمانتنامه ی بانکی از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن در این قواعد به چشم می خورد. ضمانت نامه ی بانکی بین المللی، به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه ها از نهادهای مذکور به ویژه ضمان سنتی فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده جدید مطرح شده است.

این پدیده جدید را نباید با قواعد و معیارهای حقوق ملی حاکم بر ضمان سنتی مورد ارزیابی قرار داد بلکه در مقام تحلیل و تفسیر مسائل ناشی از آن، باید قواعد بین‌المللی و ویژگی‌های این سند مد نظر واقع شود. با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری بین‌المللی، پدیده ضمانت‌نامه را می‌توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت‌خواه یا اصیل طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی نیست، هر چند که تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد متقابل وی به بانک گشایشگر ضمانت‌نامه مبنی بر بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه در صورت مطالبه ذینفع را می‌توان علت اصلی ورود بانک به رابطه قراردادی با ذینفع دانست. از این رو اگر بانک ضامن، با وجود مخالفت ضمانت‌خواه، وجه ضمانت‌نامه را با رعایت شروط و مفاد ضمانت‌نامه به ذینفع پرداخت نماید، حق رجوع به ضمانت‌خواه و مطالبه وجوه پرداختی را دارد.

در حقوق ایران، با توجه به افتراق ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از ضمان عقدی و ضمان مقرر در قانون تجارت، این قرارداد جدید را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

فهرست منابع و مآخذ

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶، ج ۱ و ۲.
- ضمانتنامه های عند المطالبه، ترجمه: فریده تذهیبی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۸۱.
- شهبازی نیا، مرتضی، قاعده استاپل و کاربرد آن در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۸۸
- فتحی پور، علی، «ضمانت در معاملات بین المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، ۱۳۶۹، تهران.
- کریمی، اسدالله، «مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی»، مجله تحقیقات حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره نهم، ۱۳۹۱.
- گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، چاپ دوم: تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ج ۱.
- محبی، محسن، «حل و فصل دعاوی ضمانت های بانکی بین المللی»، مجله پژوهش های حقوقی (علمی - ترویجی) شماره ۷، سال چهارم، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- محبی، محسن، «ضمانتنامه بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا»، ۱۳۷۵، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی، «مقاله عقد ضمان»، فصلنامه حق شماره ۱۲، ۱۳۷۸.
- کاشی آران، کریم، انتقال ضمان معاوضی در بیع، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، خرداد ۱۳۷۷.

___ Kelly-louw, Michelle, "Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit." University of South Africa. 2009, p. 200.

___ Bertrams, R. I. V. F. , Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed. , The Netherlands, Kluwer, 1996

___ Kozolchyk, B. , Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law, IX, and ch.

