

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 آیت الله آملی، ایران
۲. عضو هیات علمی دانشگاه فرهنگیان

چکیده

ضمانتنامه 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 مديون 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 ضمان‌نامه 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 مروری که موضوع آن یک دین تجاری است، قرارداد مدنی می داند. دادگاههای فرانسه ضمان یک بازرگان به سود یک بازرگان دیگر را حتی برای دیووني که دارای طبیعت تجاری هستند قرارداد مدنی دانسته‌اند. البته ضمان‌نامه‌های بانکی از این قاعده مستثنی هستند. این ضمان‌نامه‌ها از قواعد ویژه خود پیروی می کنند و از استناد مهم بانکی شمرده می شوند. از این رو ضمان نامه بانکی بین‌المللی را بایستی یک پدیده جدید به حساب آورد که زائیده عرف و رویه بانکی و نیازهای تجاری واقع‌سازی است. درخصوص ماهیت این «پدیده جدید» هنوز اتفاق نظر چندانی در میان نویسنده‌گان حقوق تجارت بین‌الملل و رویه قضایی مربوط به آن، فراهم نیامده است. از جمله، دکرین بین‌المللی هنوز درمورد ماهیت عقدی یا ایقاعی بودن پدیده مذکور به نقطه مشترکی نرسیده است. با این حال دیدگاههای مطرح در این زمینه در یک نقطه مشترکند و آن اینکه قواعد حاکم براین پدیده جدید، عمدتاً جنبه فرامی دارند که در بررسی و تحلیل حاضر ماهیت ضمان‌نامه، همچنین تفاوت‌ها و اشتراکات عقد ضمان با ضمان‌نامه‌های اتاق بازرگانی را بررسی و مورد بحث قرار خواهیم داد.

بحث و بررسی**مفهوم و معنای ضمان عقدی و اوصاف عقد ضمان**

ضمانتنامه بمعنی تعهد و مسئولیت است. اصطلاح ضمان قهری ناظر به مسئولیت‌هایی است که در فصل دوم جلد اول قانون مدنی پیش‌بینی شده و شامل غصب، اتلاف، تسیب و استیفاء می‌باشد.^۱ ضمان عقدی از قراردادهای ویژه است که در فصل چهاردهم جلد اول قانون مدنی تعریف شده است. ماده ۶۸۴ در تعریف ضمان می‌گوید: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد.»

از ظاهر این ماده چنین برمی آید که نویسنده گان قانون مدنی به نظریه نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده‌اند. 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 می‌شود.» در مجموع در تعریف ضمان می‌توان 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 متنهد در ایجاد ضمان موثر نباشد و مبنای ضمان حکم قانون باشد، ضمان، ضمان قهری است مثل ضمان ناشی از اتلاف و تسیب.^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 ایجاد و قبول دارد؛ ایجاد 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 متنهد به اختیار عهده‌دار پرداخت می‌شود. 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 مديون نیست. ولی در عقد حواله ذمه محال علیه نسبت به محیل مشغول است. اگر محال علیه به محیل مديون 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 ذمه‌ی دیگری قرار دارد. به این ضمان، ضمان عقدی هم می‌گویند. 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 می‌گیرد.»

ضمان به معنی اعم عبارت است از این که شخصی دین دیگری را تعهد کند و یا این که تعهد کند که شخص مديون 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 می‌باشد؛ 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 می‌کند.»

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

۲- مستفاد از ماده 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 تهدد کرده به او مدييون است که در اين صورت حواله است. و یا اين که ضامن مدييون او نباشد که در اين صورت ضمان به معنی اخص است.^۱

مفهوم ضمانت‌نامه‌های 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 برات دهنده یا محل 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 ضمانت‌نامه بانکی با عقد ضمان در حقوق ایران

ضمانت‌نامه مستقل بانکی، قراردادی تجاری است که باید آن را در زمرة عقود غیرمعین دانست. این قرارداد تجاری، ساخته قوانین داخلی نیست بلکه اعتبار خود را از قواعد و رویه‌های تجارتی بین‌المللی (شامل عرف و رویه‌های بانکی و تجاری و مقررات نهادهایی نظری اتاق بازرگانی بین‌المللی و آسیتال) 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 زمرة 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 پذیده‌های جدید در چارچوب دسته‌بندی‌ها، مفاهیم

۱- بروجردی عبد، 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 وستی است، در زمینه ضمانت نامه بانکی بین المللی بعضًا سبب خلط مباحث و اشتباه در مفهوم حقوقی ضمانت نامه شده است. در کشور ما، تحلیل مسائل حقوقی ضمانت نامه بانکی بر مبنای قواعد و مبانی نهادهای سنتی و نادیده انگاشتن ویژگی‌های این ابزار تجاری، در گذشته به طرح ابهاماتی درباره اعتبار آن در عالی ترین مرتع قضایی کشور منجر شده است^۱ و دکترین نیز با ادامه همان سنت، گاهی از مسیر مناسب تحلیل ضمانت نامه بانکی دور افتاده است.

مقدمات فوق، ضرورت مقایسه ضمانت نامه بانکی با برخی نهادهای حقوق داخلی و شناخت وجوه افراق و اشتراک آنها و نیز شناخت و تحلیل مبانی اعتبار این پدیده در حقوق داخلی را به خوبی تبیین می‌کند.

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 ضمذمه مشهور می‌باشد. لازم به ذکر است، در میان مکاتب فقهی نیز در ماهیت ضمان دوگانگی، وجود دارد به گونه‌ای که فقهای امامیه قائل به ضمان نقل ذمه و فقهای عامه غالباً معتقد به ضمان ضمذمه می‌باشند.^۲

در بندوهای آتی این ابزار تجاری با ضمان عقدی و نیز ضمانت موضوع باب دهم قانون تجارت ایران، به ترتیب مقایسه خواهد شد.

ضمانت نامه 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 عمدها برگرفته از فقه شیعه است.

فقهای امامیه^۳ در تعریف عقد ضمان، عبارتی 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 برده‌اند. 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 مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

قانون مدنی علاوه بر ضمان نقل ذمه، التزام به تأدیه دین را نیز پذیرفته است که می‌تواند 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 می‌دارد:

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

۲- گرجی، ۱۳۷۲، ۳۳

۳- شهید ثانی، بی‌تا، ص ۱۱۳ و محقق حلی، بی‌تا، ص ۱۰۷

«ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأثیر دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست، مثل این که کسی التزام خود را به تأثیر دین مدیون، معلق به عدم تأثیر او نماید.» بنابراین با توجه به مواد مذکور، اگر مفاد تعهد ضامن به این ترتیب باشد که «اینجانب ضامن مدیون را می‌نمایم چنانکه در اول موعد، بدھی خود را به داین نداد از عهده آن برآیم»^۱ چنین تمهیدی التزام به تأثیر معلق است و اگرچه سبب انتقال دین از ذمة مضمون عنه به ذمة 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 برضامن ضم ذمه نیز بازگذارد. مستفاد از ظاهر ماده ۷۲۳ قانون مدنی آن است که التزام به تأثیر معلق بر عدم تأثیر مدیون، باید به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرایی پیدا نماید.

اصل استقلال ضامن‌نامه با نکی

على رغم این که هدف از صدور یک ضامن‌نامه، تأمین و تضمین ذی‌نفع در برابر خساراتی است که ناشی از قصور و تخلف مضمون‌عنہ در قرارداد پایه است، اما استحقاق ذی‌نفع در خصوص مطالبه وجه ضامن‌نامه، تنها به موجب مراجعت به مفاد و شروط قیدشده در متن ضامن‌نامه مشخص می‌گردد و بانک و مضمون‌عنہ 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 به منظور 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 جزوی در خصوص اقدامات خود، تمام توان و منابع خود را صرف تصدیق ادعای ذی‌نفع در مطالبه وجه ضامن‌نامه نمی‌نماید. پس از پرداخت وجه ضامن‌نامه به ذی‌نفع نیز حق رجوع ضامن به منظور بازپرداخت وجه ضامن‌نامه 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 متفع می‌گردد بدین ترتیب که در صورت رعایت شرایط مقرر ضامن‌نامه بدون اثبات قصور مضمون‌عنہ می‌تواند وجه ضامن‌نامه را وصول نماید. از طرف دیگر نیز مضمون‌عنہ اطمینان خاطر می‌باید که بانک فقط در صورت احراز انتباخ استاد ارائه شده از سوی ذی‌نفع با مفاد شروط و ضامن‌نامه وجه را به ذی‌نفع پرداخت می‌نماید. بدین ترتیب هر سه طرف

۱- رأى شماره ۹۱۴ - ۱۳۲۸/۵/۳ - شعبة سوم دیوان عالی کشور نقل از. متبین: 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. آنچنان که 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 متقابلانه وجه ضمانتنامه‌ی بانکی است؛ چراکه ذی نفع بدون این که بخواهد قصور و تخلف مضمون‌ونه در رابطه با قرارداد پایه را اثبات کند، می‌تواند وجه ضمانتنامه را مطالبه نماید.

ضمانتنامه‌های بانکی ماهیت و فواید مقررات آن

موقفیت چشمگیر ضمانتنامه‌های مستقل نیاز به تدوین مقرراتی متعدد‌الشكل درخصوص آنها را به همراه داشت. از آنجا که از تدوین نخستین نسخه از مقررات متعدد‌الشكل حاکم بر اعتبارات استنادی موسوم به UCP بیش از نیم قرن می‌گذشت و مقررات مذکور در سراسر جهان مورد پذیرش قرار گرفته و تقریباً تمامی اعتبارات استنادی 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 دستور کار قرار دهد. حفظ ماهیت تضمینی این ابزار از یک سو و لزوم هماهنگی این مقررات با ویژگی استنادی و مستقل ضمانتنامه‌های بانکی از سوی دیگر، وظیفه‌ای خطیر را پیش روی تدوین کنندگان این مقررات قرار داده بود. همچنین ایجاد تعادل بین منافع طرفین ضمانتنامه، یعنی ذی نفع، متقاضی و ضامن دشواری دیگری بود که در مسیر تدوین این مقررات قابل مشاهده بود. برای انجام این کار یک گروه کارشناسی مجبوب قریب به ۱۰ سال نظرات متعدد متخخصان امور بانکی و تجاری را از سراسر جهان جمع آوری کرده و پس از بررسی ۱۱ پیش‌نویس سرانجام اولین نسخه از مقررات متعدد‌الشكل ضمانتنامه‌های عndالمطالبه تحت عنوان 458 URDG در آوریل ۱۹۹۲ به اجرا گذاشته شد. این نسخه از مقررات متعدد‌الشكل ضمانتنامه‌های عndالمطالبه را بی‌تردید باید موقفیت و نقطه عطف مهمی در تاریخ ضمانتنامه‌های مستقل بانکی دانست. مواردی چون نقش استنادی 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 تاکید می‌گذاشت، به صراحة در این مقررات درج شده بود.

1- Kelly-louw, 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 اتفاق 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.

تشrifات شکلی انعقاد قرارداد ضمانتنامه

با توجه به تفاوت ضمانتنامه با ضمان مقرر در قوانین داخلی، تشرفات قانونی درمورد شکل انعقاد قرارداد ضمانتنامه وجود ندارد اما برخی از نویسنده‌گان 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 (مادة ۲ مقررات یکنواخت اتفاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانتنامه‌های عندالمطالبه و بند ۲ مادة ۷ کنوانسیون آنسیترال) هم تنها شرط شکلی لازم را کتبی بودن آن دانسته‌اند که شامل ارسال متن از طریق وسائل الکترونیکی نیز می‌شود.^۱

در حقوق انگلیس و آمریکا، مطابق قاعدة کلی، وجود «عوض یا علت» (Consideration) نیز برای الزام‌آور شدن ضمانتنامه، ضروری است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادها، جز در موارد استثنایی، برای اینکه از قدرت الزام آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض» خاص باشند، ضمانتنامه‌بانکی 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 این‌رو در متن ضمانتنامه‌های صادره از بانک‌های انگلیس، عبارتی نظیر آن‌چه در بی می‌آید، در مقدمه ضمانتنامه ذکر می‌شود:

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

در ضمانتنامه‌های متقابل صادره در رابطه بین بانک‌های گشايشگر و بانک‌های دستور دهنده نیز، صدور ضمانتنامه متقابل از ناحیه بانک دستوردهنده، علت تعهد بانک گشايشگر در مقابل ذینفع (طبق ضمانتنامه اصلی) را تشکیل می‌دهد، لذا در متن ضمانتنامه اصلی عبارتی به این شرح ذکر می‌شود: «در مقابل 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- شهابیزی، مرتضی؛ تفریشی محمد عیسی، استقلال ضمانت بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌الملل، فصل نامه مفید، شماره ۳۷، سال ۱۳۸۲

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 ذمه‌ی دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

از ظاهر این ماده چنین برمی‌آید نویسنده‌گان قانون مدنی به نظریه، نقل ذمه که در فقه امامیه پذیرفته شده است توجه داشته و از آن پیروی کرده‌اند. ماده ۶۹۸ ق. م نیز مقرر داشته است که «بعد از این که ضامن به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه‌ی ضامن به مضمون له مشغول می‌شود.» به استناد مواد مذکور می‌توان 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 بدھکار به ذمه ضامن منتقل می‌شود.

در فقه امامیه، بنابر قول مشهور فقهاء به محض انعقاد ضمان، دین از ذمه‌ی مضمون عنه به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و تراضی برخلاف آن جایز نیست و در فقه اهل سنت، بنابر نظر مشهور ایشان مقتضای ذات عقد ضمان ضم ذمه‌ی ضامن به ذمه‌ی مضمون عنه می‌باشد.

از طرف دیگر ضمانتنامه‌های بانکی از استناد مهم بانکی هستند که نقش مهم در تصمین معاملات و به ویژه در قراردادهای پیمانکاری و دولتی ایفا می‌کنند و با گسترش تجارت، استفاده از آنها بنحو چشمگیری افزایش یافته است. نقش ضمانتنامه‌های مستقل بانکی در بازرگانی بینالمللی و تفاوت برخورد نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف با موضوعات مربوط به آن از دیرباز سازمان‌های بینالمللی فعال در عرصه تجارت بینالملل را به تلاش برای تدوین مقررات بینالمللی یکنواخت و داشته است؛ یکی از این سازمان‌ها اتاق بازرگانی بینالمللی بوده که تمام تلاش خود را در تدوین مقررات اختیاری، متمرکز نموده است؛ ما حصل این تلاش در قالب مقررات متحده‌شکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه ۴۵۸ در سال ۱۹۹۲ انتشار و در سال ۲۰۱۰ به شکل قواعد ۷۵۸ تغییر یافت و این اتاق بسیاری از ویژگی‌های اصلی و مهم ضمانتنامه‌های مورد استفاده در عرف تجارت بینالملل، 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 بینالمللی اقدام به تدوین مقررات حاکم بر ضمانتنامه‌های 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 ویژگی‌های اصلی و مهم ضمانتنامه‌های مورد استفاده در عرف تجارت بینالملل از جمله استقلال ضمانتنامه بانکی از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن در این قواعد به چشم می‌خورد. ضمانتنامه بانکی بینالمللی، به رغم تشابه با سایر ابزار تصمین از حيث هدف، در سایر ابعاد و جنبه‌ها 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 اصلی طرف قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی نیست، هر چند که تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد مقابل 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 این‌رو 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 وجوده پرداختی را دارد.

در حقوق ایران، با توجه به اختلاف 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 مأخذ

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ ششم: تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۶، ج ۱ و ۲.
- ضمانتهای اند المطالبه، ترجمه: فریده تذهیبی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۸۱.
- شهبازی نیا، مرتضی، قاعدة استاپل و کاربرد آن در دیوان داوری دعاوی ایران _ ایالات متحده، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- بروجردی عبداله، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، جلد دوم، ۱۳۸۸.
- فتحی‌پور، علی، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، ۱۳۶۹، تهران.
- کریمی، اسدالله، «مروری بر اعتبارات اسنادی و آخرین مقررات متحداً‌شکل اعتبارات اسنادی»، مجله تحقیقات حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل 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 ضمانت‌های بانکی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی) شماره ۷، سال چهارم، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- محبی، محسن، «ضمانتهای بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا»، ۱۳۷۵، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱.
- محقق داماد، سیدمصطفی، «مقاله عقد ضمان»، فصلنامه حق شماره ۱۲، ۱۳۷۸.
- کاشی آرایی، 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.

