

ضمانت در معاملات بین‌المللی

دکتر علی فتح‌پور

1

کلیات

الف - تعریف ضمانت

ماده 684 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 به عمل 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

می‌دانند. «ا‌مام مالک برآن است که طلبکار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون‌عنه در اثر غایب بودن یا افلاس و یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه می‌گویند طلبکار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون‌له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند.»¹

قبول هر یک از دو نظر فوق ماهیت ضمانت را به گونه‌ای خاص معرفی می‌کند و آثاری که بر آنها مترتب می‌شود 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 دانسته‌اند. 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:

1. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه تهران، ج 2، ص 252.

اول. شخصی که تعهد یا دینی برعهده اوست و از او در مقابل شخص دیگری ضمانت می‌شود. چنین شخصی «مضمونٌ عنه» یا درخواست‌کننده ضمانت نامیده می‌شود.²

دوم. شخصی که آن دین یا تعهد را برعهده می‌گیرد، که در اصطلاح به چنین شخصی «ضامن» می‌گویند.³

سوم. شخصی که تعهد ضامن به نفع او انجام می‌گیرد، که چنین شخصی اصطلاحاً «مضمونٌ له» نامیده می‌شود.⁴

جملات اخیر ماده 684 قانون مدنی طرفهای ضمانت را به شرح زیر بیان نموده است:

«متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمونٌ له و شخص ثالث را مضمونٌ عنه یا مدیون اصلی می‌گویند».

ج. کاربرد ضمانت در معاملات بین‌المللی

معمولاً برای اجرای پروژه‌های عمرانی از قبیل سدسازی، راه‌سازی، تأسیس

2. در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها مضمونٌ عنه، «اصیل» (Principle) نامیده می‌شود.

3. در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، شخص ضمانت‌کننده «guarantor» خوانده شده است.

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

کارخانه‌ها، ساختمان پلها، 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 شناسایی شده است، دعوت به عمل می‌آید تا بهترین شرایط را، چه از نظر کیفیت کار و چه از حیث قیمت و مدت اجرا، عرضه نمایند. این عمل اصطلاحاً «مناقصه»⁵ نامیده می‌شود.⁶

به منظور آنکه شرکت‌کننده در مناقصه به پیشنهاد خود پایبند باشد، از او درخواست می‌شود که به پیشنهاد خود ضمانتنامه‌ای را که «ضمانتنامه شرکت در مناقصه»⁷ نامیده می‌شود، ضمیمه نماید. ضمانتنامه شرکت در مناقصه، معادل جزیی از قیمت مورد پیشنهاد (فی‌المثل پنج درصد)⁸ آن است که در شرایط مناقصه مشخص می‌گردد.

5. tender یا bid.

6. برطبق آئیننامه 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.

7. Bid Bond یا Bid Guarantee یا Tender Guarantee.

8. بند 4 ماده 11 آئیننامه معاملات دولتی مقرر داشته است:

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

به طوری که ملاحظه می‌شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه، همواره قبل از انعقاد قرارداد اجرای پروژه و به منظور حصول اطمینان از تمکین پیشنهاددهنده 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 امضاکننده قرارداد - که از این پس در این مقاله به‌طور اعم «پیمانکار» نامیده می‌شود - بوجود می‌آید. قبل از این مرحله، نگرانی کارفرما، عدم تمکین شرکت‌کننده در مناقصه نسبت به امضای

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

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 می شود ضمانتنامه ای را که مبلغ آن معمولاً پنج تا ده درصد⁹ مبلغ قرارداد است تسلیم کارفرما کند و تا زمانی که چنین ضمانتنامه ای تسلیم نشود قرارداد لازم الاجراء تلقی نمی گردد. این ضمانتنامه را اصطلاحاً «ضمانتنامه حسن انجام معامله»¹⁰ یا حسن اجرای کار یا به عبارتهای دیگری که مفاهیم مشابهی دارد می نامند.

هدف از اخذ ضمانتنامه حسن اجرای کار این است که تأمین مناسبی برای کارفرما فراهم گردد تا هرگاه پیمانکار نخواهد یا نتواند تعهدات خود را برطبق 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.

9. بند 5 ماده 11 آئیننامه معاملات دولتی.

10. Performance Guarantee یا Good Performance Bond.

به علت حجم بزرگ پروژه ها و در جهت مساعدت به پیمانکاران و تشویق آنان به ارائه شرایط مناسبتر، معمولاً به آنان اجازه داده می شود 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 کرده اند، طی اقساط معینی، به کارفرما باز پس دهند. پیش پرداخت مذکور همواره در مقابل اخذ نوعی تأمین از پیمانکار به او داده می شود که ممکن است ضمانتنامه معتبری از بانک یا مؤسسه اعتباری مورد قبول کارفرما باشد. به چنین ضمانتنامه ای «ضمانتنامه پیش پرداخت»¹¹ می گویند.

برطبق بند 3 ماده 11 آئیننامه معاملات دولتی مصوب 1349: «میزان پیش پرداخت نباید از بیست و پنج درصد مبلغ معامله تجاوز کند و منحصراً در مقابل ضمانتنامه بانکی پرداخت خواهد شد».

11. Advance Payment Guarantee.

فرق اصلی و عمده انواع ضمانتنامه 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 شرکت‌کننده 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 بازپرداخت وجوهی است که به‌عنوان پیش پرداخت به پیمانکار داده شده و هنگام آزاد شدن هر جزء از آن تاریخی است که معادل آن جزء به‌وسیله پیمانکار به کارفرما باز پس داده شده است. غرض از ضمانت حسن اجرای 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»¹² و «ضمانتنامه دوره نگهداری»¹³ که نوعاً از قبیل ضمانتنامه‌های حسن

12. Guarantee for Release of Retentions.

13. Guarantee for Maintenance Period.

اجرای کار یا حسن اجرای تعهدات تلقی می‌گردند.

ضمانتنامه‌های شرکت در مناقصه، حسن انجام معامله و استرداد پیش‌پرداخت 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)¹⁴ مجموعه‌ای تحت عنوان «مقررات متحدالشکل برای ضمانت قراردادها»¹⁵ - 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 ضمانت‌دهنده (مضمون‌عنه) و ضمانت‌کننده (ضامن) است. این مقررات به

14. UNCITRAL.

15. Uniform Rules for Contract Guarantees.

صورت نشریه شماره 325 اطاق بازرگانی
بین‌المللی انتشار یافته است.

د. نقش بانکها در صدور ضمانتنامه

نظر به اینکه هدف از ضمانت، تأمین
اطمینان خاطر مضمون‌له است، ضمانت‌کننده
باید دارای اعتبار کافی باشد به نحوی
که بتواند اعتماد مضمون‌له را از هر
حیث جلب کنند. از دیرباز افراد ثروتمند
و متمکن می‌توانسته‌اند جلب اعتماد
نمایند و عهده دار 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 به وسیله اشخاص حقیقی
امکان‌پذیر نیست، و از طرف دیگر، مؤسسات
مالی و اعتباری عمده‌ای که فرد اکمل
آنها بانکها هستند به وجود آمده‌اند،
صدور ضمانتنامه‌ها به این‌گونه مؤسسات
محول شده است.

در بعضی از کشورها، مثل ایالات
متحده امریکا و ژاپن، بانکها قانوناً از

صدور ضمانتنامه منع شده‌اند. در ایالات متحده، ضمانتنامه‌هایی که بانکها صادر می‌کنند در حکم اعطای وام تلقی می‌شود و به حجم وام‌های اعطایی بوسیله آنها اضافه می‌گردد. بانکهای اروپایی، اعم از اروپای شرقی یا غربی، ضمانتنامه‌هایی را به صورت ضمانتنامه شرکت در مناقصه، پیش‌پرداخت و حسن انجام کار صادر می‌کنند. در ایالات متحده، اینگونه ضمانتنامه‌ها را به صورت اعتبارات اسنادی صادر می‌کنند. اسناد موضوع این اعتبارات معمولاً اخطار یا اعلامیه ساده‌ای است مبنی بر اینکه درخواست‌کننده 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 احتیاطی یا تضمینی نامیده‌اند.

2

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 می‌شود تأمینی برای حسن اجرای تعهدات خود بسپارد.

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

- سپرده نقدی¹⁶
- کسور نقدی وجه الضمان¹⁷
- سند وثیقه¹⁸
- اوراق قرضه دولتی¹⁹
- اسناد خزانه²⁰
- ضمانتنامه بانکی²¹

16. Cash Deposit.

17. Cash Guarantee Retention.

18. Surety Bond.

19. Government Bonds.

20. Treasury Bonds.

21. Bank Guarantee.

بند 6 ماده 7 آیین‌نامه معاملات دولتی، یکی از نکاتی را که در آگهی مناقصه باید ذکر شود، میزان سپرده شرکت در مناقصه تعیین نموده و مقرر داشته که لازم است به‌طور مقطوع و به صورت نقدی، به حساب سپرده دستگاه مناقصه‌گذار در بانک تحویل گردد. بند 5 ماده 11 آیین‌نامه مذکور نیز در رابطه با تضمین حسن انجام معامله مقرر داشته است که باید به صورت نقد به حساب سپرده بانکی دستگاه مناقصه‌گذار تحویل شود.

کسور نقدی وجه الضمان، در بند 5 ماده 11 آیین‌نامه مذکور پیش‌بینی شده است:

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

منظور از سند وثیقه، ترتیبی است که به‌جای 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 41 آیین‌نامه معاملات دولتی، دریافت اوراق قرضه دولتی، اسناد خزانه و ضمانتنامه بانکی را به‌عنوان 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 بین‌المللی، موافقتنامه‌هایی که به موجب آنها شخص ثالثی دین یا تعهد دیگری را به‌عهده می‌گیرد، یا به صورت ضمانت²² است و یا به صورت تضمین جبران خسارات²³ که، در عمل، مفاهیم آنها با مفهوم ضمانت در حقوق کشور ما متفاوت به‌نظر می‌رسد. در ضمانت، ضامن با مضمون²⁴ عنه موافقت می‌کند

22. Guaranty.

23. Indemnity.

که جوابگوی تعهدات مضموناً له در مقابل مضموناً عنه باشد. در تضمین جبران خسارت، شخص ثالث که در حکم ضامن است، عهده دار می‌شود که هرگونه مسؤلیت 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 مسؤلیت. هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با زیان باشد شخص ثالث، تنها در صورت حدوث زیان یا خسارت واقعی، مسؤلیت پیدا می‌کند؛ اما هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با مسؤلیت باشد، به محض تحقق مسؤلیت، می‌توان از شخص ثالث مطالبه خسارت کرد صرف نظر از آنکه خسارتی واقع شده باشد یا خیر. تضمین جبران خسارت را در مورد قرض، وثیقه یا رهن مورد استفاده قرار می‌دهند.²⁴

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

3

صور مختلف ضمانت

ضمانت را می توان از جهت چگونگی وسعت دامنه آن بر سه گونه به شرح زیر تقسیم کرد:

- مشروط یا مطلق بودن
- محدود یا غیرمحدود 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 می کند. هرگاه مسئولیتی که به موجب ضمانت ایجاد می شود 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 بین‌المللی به جای ضمانتنامه به کار می‌روند نظر به پاره‌ای ملاحظات و به‌ویژه 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 معاملاتی بین‌المللی به کار می‌روند عمدتاً عبارتند از:

- سند وثیقه²⁵
 - اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی²⁶
 - اعتبار اسنادی متقابل²⁷
- ذیلاً، به‌طور اختصار، به شرح هر یک از اسناد فوق می‌پردازد:

الف - سند وثیقه

25. Surety Bond.

26. Stand - By Letter of Credit.

27. Back to Back L/C.

در ایالات متحده امریکا، برای حصول اطمینان خاطر از حسن اجرای تعهدات پیمانکاران و اعتماد یافتن به اتمام رضایتبخش کارهای ساختمانی، گاه از پیمانکاران سند وثیقه گرفته می شود. صادرکنندگان سند وثیقه مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری خاصی غیر از بانکها هستند و اتحادیه ای به نام خود دارند.²⁸ صادرکنندگان 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

28. The Surety Association of America.

می‌کند. چنین مؤسسه‌ای 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 می‌دهد و با رعایت جمیع این جهات، سند وثیقه را صادر می‌کند. از نظر صلاحیت مالی در خواست‌کننده، معمولاً نه تنها وضع مالی جاری او، ترازنامه عملیات مالی سالانه و حساب سود و زیان وی مورد بررسی قرار می‌گیرد بلکه صادرکننده سند وثیقه، ضمن جریان عملیات ساختمانی، وضع مالی پیمانکار را نیز به صورت متناوب مورد رسیدگی قرار می‌دهد و این روش به صادرکنندگان سند وثیقه امکان می‌دهد قبل از آنکه وضع مالی پیمانکار به وخامت گراید آن را از سر چشمه اصلاح نمایند. همچنین مؤسسات صادرکننده سند وثیقه، تجارب پیمانکاران را بر مبنای کارهایی که سابقاً انجام داده‌اند، 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 می‌کنند و از این بابت به صورت بارزی بار

مسئولیت و هزینه تحقیقات مقدماتی را از دوش کارفرما برمی‌دارند یا لااقل آن را به‌نحو قابل توجهی سبک می‌سازند.

در اسناد وثیقه، برخلاف ضمانتنامه‌ها، 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، صادرکننده سند وثیقه یا رأساً کار موضوع قرارداد را برطبق مفاد و شرایط آن به انجام رساند و یا اتمام باقی‌مانده کار را برطبق مفاد و شرایط قرارداد به منقصد 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 به‌طور خلاصه عبارتند از:

1. 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 ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرطی

که معمولاً به وسیله کارفرما صدور آن درخواست می‌شود برای پیمانکاران بعضی از کشورهای صنعتی ناشناخته و احیاناً هراس‌انگیز است و بطوریکه قبلاً اشاره شد در بعضی از سیستم‌های بانکی مثل ایالات متحده امریکا صدور ضمانتنامه نظیر اعطای وام است و از اینرو بانکها تمایلی نسبت به صدور آن ندارند.

2. پیمانکاران را مواجه با مشکلاتی در مقابل پیمانکاران دست دوم نمی‌سازد. 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 می‌شود.

3. هزینه صدور سند وثیقه نسبت به هزینه صدور ضمانتنامه کمتر است و از این رو مخارج پیمانکار تقلیل می‌یابد و در نتیجه پیشنهاد او با مبلغ کمتری ارائه می‌شود.

4. 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 صادرکننده ضمانتنامه گذارده می‌شود و در نتیجه هدف اصلی که از پرداخت آن مورد نظر است حاصل نمی‌گردد.

5. هدف طرفین در تنظیم سند وثیقه اجرای کار موضوع قرارداد است نه تعیین خسارات مقطوع یا وجه التزام یا جریمه یا دریافت وجوهی از این قبیل که مبلغ آنها هم معمولاً نظر کارفرما را تأمین نمی‌کند و هرگاه خساراتی وارد شود فقط جزئی از خسارات را جبران می‌سازد.

6. سند وثیقه را، عیناً نظیر ضمانتنامه، برای شرکت در مناقصه، پیش پرداخت حسن اجرای تعهدات، آزاد ساختن کسور و تضمین دوره نگهداری می‌توان صادر کرد.

ب - اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی²⁹

اعتبار اسنادی تضمینی، نوعی اعتبار اسنادی است که به موجب آن صادر کننده در مقابل ذینفع متعهد می‌شود مبلغی را که درخواست‌کننده گشایش اعتبار از دیگری به صورت پیش پرداخت دریافت داشته است

29. Stand – By Letter of Credit.

بپردازد و یا در ازای هرگونه قصور او از اجرای تعهدش یا از بابت هر نوع دین که درخواست‌کننده 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 درخواست‌کننده گشایش اعتبار (پیمانکار) و ذینفع (کارفرما)، دیگری قرارداد درخواست‌کننده گشایش اعتبار با بانکی که اعتبار را افتتاح می‌کند، و قرارداد سوم تعهد بانک صادرکننده اعتبار در مقابل ذینفع برطبق شرایطی 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 به‌منظور پرداخت مبلغ موضوع اعتبار به ذینفع باید به وسیله ذینفع، اسنادی که مبین وجود کالای تجارتي است و اصطلاحاً به آنها اسناد حمل³⁰ می‌گویند به بانک تسلیم شود. این اسناد معمولاً عبارتند از سیاهه فروش،

30. Shipping Documents.

با برنامه، صورت صندوق‌بندی، گواهی مبدأ و اسناد دیگری که در ضمن اعتبار اسنادی در لزوم ارائه آنها تصریح شده باشد؛ در صورتی که در اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، نوع سندی که باید تسلیم شود نشانگر قصور درخواست‌کننده گشایش اعتبار، از انجام تعهدات یا پرداخت‌هایی است که باید به‌عمل آورد. در واقع، با آنکه اعتبار اسنادی احتیاطی نوعی اعتبار اسنادی است، در عمل، به جای نوعی ضمانتنامه از آن استفاده می‌شود. برطبق مقررات ایالات متحده امریکا فرض صادرکننده اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی براین نیست که لزوماً مورد استفاده ذینفع قرار گیرد بلکه کلیه طرف‌های یک اعتبار اسنادی احتیاطی، انتظار دارند که درخواست‌کننده 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 به عهده صادرکننده اعتبار اسنادی مذکور همراه با مدارکی حاکی از اینکه درخواستکننده گشایش اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی در اجرای تعهد خود، اعم از بازپرداخت پیشپرداخت یا انجام کار موضوع قرارداد اصلی، به وضع مطلوب اقدام نکرده است صادر نماید. علاوه براین لازم است ذینفع، اظهار کتبی (بوسیله نامه یا تلکس) حاکی از اینکه درخواستکننده گشایش اعتبار از اجرای تعهد خود تخلف کرده است، به صادرکننده اعتبار اسنادی تضمینی تسلیم نماید.

ذینفع همواره می‌تواند اسنادی براساس شرایط مقرر در اعتبار 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 صادرکنندگان اجزاء مختلف آنها اشخاص متفاوتی هستند برای دریافت وجه اعتبار اسنادی ابراز نمایند.

اعتبار اسنادی معمولی از جهت نقد شدن خودکفایی 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 با بازاء و وثیقه و جوهی است که صادرکننده گشایش اعتبار اسنادی در مقابل آنها وجهی را پرداخت کرده است. اگر درخواستکننده گشایش اعتبار اسنادی معمولی ورشکسته شود، صادرکننده اعتبار اسنادی می‌تواند با فروش کالایی که اسناد حمل آن را در اختیار خود دارد، و جوهی را که پرداخت کرده است وصول نماید؛ در حالی که در مورد اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی چنین وثیقه ای در اختیار صادرکننده اعتبار مذکور نیست.³¹ لذا اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی، پس از اینکه وجه آن از طرف صادرکننده به ذینفع پرداخت شد، خودبه‌خود 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 درخواستکننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور، تعهدات قراردادی خود را انجام

31. ریچارد دریس کول: «نقش اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، سال اول، ش 1 زمستان 63، صص 132-135.

نداده باشد، بنابراین، صادرکننده اعتبار اسنادی تضمینی یا احتیاطی، باید وجه موضوع اعتبار را به ذینفع بپردازد و پس از آنکه برای وصول وجوهی که پرداخت کرده است به درخواستکننده گشایش اعتبار اسنادی مذکور مراجعه کند؛ درحالی که در اعتبار اسنادی معمولی - به طوری که توضیح داده شد - وضع بدین منوال نیست.

البته، بانکها اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی را برای مشتریان 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 متقابل³²

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

32. Back to Back Letter of Credit.

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 اینرو کارفرمایان ضمانتنامه هر بانکی را نمی‌پذیرفتند. به علاوه، ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرطی را که فرم آن مطابق استانداردهای اجرائی سازمان برنامه 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 تضمین‌کننده ضمانت دهد. معمولاً بانک خارجی به موجب اعتبار اسنادی اخیرالذکر متعهد می‌گردد به مجرد آنکه بانک ایرانی تضمین‌کننده گواهی حاکی از قصور پیمانکار خارجی را که نتیجتاً بانک ایرانی تضمین‌کننده را ملزم به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌کند ارائه نمود، مبلغ اعتبار اسنادی احتیاطی را که معادل وجه ضمانتنامه است به بانک ایرانی تضمین‌کننده بپردازد. بانک ایرانی تضمین‌کننده 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 به وسیله بانک خارجی به نفع او باز می‌شود، و از طرف دیگر، صادرکننده ضمانتنامه مطابق فرم مورد قبول کارفرما و منطبق با

استانداردهای اجرائی سازمان برنامه در مقابل کارفرمای داخلی می‌گردد.

4

مقایسه ضمانت در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل بین‌المللی

الف. ماهیت ضمانت در حقوق ایران

در حقوق ایران، بحث از ضمانت، در قوانین مختلفی به میان آمده است که ماهیتاً با یکدیگر متفاوت‌اند. فصل دوم از باب دوم قانون مدنی ایران (مواد 307 تا 337) 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 دیگری از ضمان، ضمان عقدی است که در قانون مدنی تحت عنوان «عقد ضمان» آمده و به طوری که از منطوق آن برمی‌آید ماهیتاً عقد تلقی شده و برای آن فصل خاصی تحت همین عنوان (فصل چهاردهم از باب سوم، از ماده 684 تا ماده 723)

منظور گردیده است. ماده 684 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 به خوبی استنباط می‌شود که ماهیت ضمانت از نظر قانون مدنی ایران نقل ذمه یکی از طرفهای عقد ضمان به ذمه دیگری است. مع هذا ماده 698 قانون مذکور، در تبیین مفهوم فوق چنین مقرر داشته است:

«بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون^۱ عنه بری و ذمه ضامن به مضمون^۲ له مشغول می‌شود.»

به موجب مواد فوق، ضمانت، تعهدی اصلی و کاملاً مستقل از تعهدات مندرج در قرارداد اصلی اجرای کار تلقی می‌شود. در عقد ضمان، ضامن متعهد می‌شود که تعهدات مضمون^۱ عنه را در مقابل مضمون^۲ 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 می‌گیرد که ممکن است خسارات مذکور از نوع خسارات نقدی (مقطوع) باشد. علی‌رغم مفاد ماده 698 قانون مدنی، ضمانتهائی که غالباً به عمل می‌آید از نوع اخیر است؛ یعنی ضمن آنها ضامن تعهد می‌کند 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 «ضم» است یا از «ضمن»؟ کسانی که ضمان را مشتق از «ضم» دانسته‌اند به ماهیت ضم ذمه به ذمه ضمان قائل شده‌اند؛ ولی برخی دیگر از علماء، 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 له و ضمانت و غیره

- «نون» جزء کلمه است و هر تصریف که از ضمان بشود با بودن حرف «نون» است. ثانیاً، اگر ضامن و مضمون‌له هر کدام ملزم به تأدیه وجه‌الضمان 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 ضم ذمه به ذمه دانسته‌اند آن است که برای یک مال دو عهده قائل شویم و این عمل به اتفاق علما صحیح نیست.³³ بجز در قانون مدنی، در کلیه مواردی که در قوانین ایران از ضمانت سخن به‌میان آمده برای آن ماهیت تضامن فرض و منظور شده است.

در قانون تجارت ایران، در باب دهم (مواد 402 تا 411) 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

33. مقاله آقای محمد اعتضاد بروجردی — مجله کانون وکلا، شماره 42، ص 80.

تجارت، تضامن برطبق قرارداد های خصوصی
مورد قبول واقع شده است. ماده 402
قانون تجارت مقرر می‌دارد:

«ضامن وقتی حق دارد از مضمون له
تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی
رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به
او رجوع نماید که بین طرفین (خواه
ضمن قرارداد مخصوص، خواه در خود
ضمانتنامه) این ترتیب مقرر شده
باشد».

براساس این ماده، قانون تجارت
بی‌آنکه 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 684 و 698 قانون مدنی استنباط
می‌شود، از آن سلب کرده و قرارداد مخصوص
یا ضمانتنامه را حاکم بر مورد ساخته
است:

همچنین ماده 403 قانون تجارت
مقرر می‌دارد:

« در کلیه مواردی که... موافق
قرادادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد،
طلبکار می‌تواند 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 404 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 آیین داری مدنی ایران، یکی از اقسام تأمین را معرفی ضامن تعیین کرده است (مواد 243 تا 251). 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 251 قانون آیین داری مدنی در این باره مقرر داشته است:

ضمانت در معاملات بین المللی ❖ 159

«پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرایی، برگ نامبرده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به ضمانت کرده ابلاغ می‌شود و هر گاه محکوم علیه 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 متحداً شکل 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 684 و 691 و 696 و 697 و 698 قانون مدنی ایران استنباط می‌شود، زیرا:

اولاً، به موجب ماده 684 - 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 691 آن قانون، «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». بنابراین، برای صحت عقد ضمان، وجود دین قبلی و یا لااقل وجود سبب تام آن لازم است، والا ضمان مورد نخواهد داشت.³⁴

ثانیاً، برطبق ماده 696 قانون مذکور، هر دینی را می‌توان ضمانت نمود. بنابراین، موضوع ضمان باید دین باشد. فرد کامل از دین، دینی است که مستقر و ثابت در حین عقد باشد.³⁵

رابعاً، ماده 698 قانون مذکور مقرر می‌دارد بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود و بدیهی است که هرگاه دینی و ذمه ای برعهده مضمون عنه

34. عدل: حقوق مدنی، چاپ چهارم، ص 436.

35. دکتر امامی: حقوق مدنی، چاپ دانشگاه، ج 2، ص 260.

وجود نداشته باشد، مصداق این ماده حاصل نمی‌گردد.

ممکن است دینی در عالم خارج وجود پیدا نکرده باشد ولی موجبات به وجود 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. براین اساس، حتی انعقاد قراردادی جهت تحصیل یا تأمین اعتبار در حساب جاری³⁶ 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 مصدق تحقق سبب استقرار وثبوت دین باشد. وجود سبب تعهد مضمون‌عنه (در خواست‌کننده صدور ضمانتنامه) قبل از عقد ضمان، از شوارترین مباحث در عناصر عقد ضمان است³⁷ و نباید به طور ساده و سرسری به آن توجه شود.

به طوری که ملاحظه می‌شود، آنچه در قانون مدنی ایران مورد بحث قرار گرفته

36. Overdraft.

37. دکتر لنگرودی: عقد ضمان، چاپ 1352، ص 166.

دین است که علی‌الظاهر ناظر به مال می شود و شامل تعهد اجرای کار نمی‌گردد. به عقیده بعضی از اساتید حقوق ایران، «عمل در ذمه» (تعهد انجام کار) مال است و می تواند مورد عقد ضمان قرارگیرد.³⁸ 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.³⁹

ج. مدت دار بودن ضمانت

بحث حقوقی که در این زمینه صورت گرفته این است که بعضی گفته‌اند 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 عهده‌دار تأدیه هزار تومان به عمر و پس از یک ماه باشد، در این مورد اگر ضامن

38. دکتر لنگرودی، همان، ص 162.

39. همان، ص 173.

بخواهد به نحو حال یعنی فعلاً ضمانت تأدیه 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 تأدیه نماید به منزله ایجاب مالم یجب است؛ یعنی هنوز دین مفروض لازم التأدیه نشده تا اینکه ضامن آن را فعلاً تأدیه نماید. ولی عده‌ای از فقها ضمانت حال را از دین مؤجل صحیح دانسته‌اند و گفته‌اند که تأجیل در دین موجب تعلیق در ضمان نیست بلکه تأجیل در تأدیه 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.⁴⁰

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

40. مقاله آقای محمد اعتضاد بروجردی، مجله کانون وکلا، شماره 42، صص 81 و 82.

مؤجل را برای مدتی دیرتر یا زودتر از موعد سررسید آن جایزدانسته‌اند.⁴¹ برطبق ماده 692 قانون مدنی ایران، در دیونی که حال با شدند، ضمانت‌کننده می‌تواند برای تأدیه آنها سررسیدی را معین کند، و در دیونی که مدت‌دار 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 به‌میان آمده است. «بعضی از فقها از جمله محقق [قدس سره] اشعار دانسته‌اند که در موردی که دین مؤجل باشد و ضامن به اذن مضمون‌عنه ضمانت حال نماید صحیح نمی‌باشد و همچنین هرگاه تأدیه دین دوماه 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

41. تحریرالوسیله، ج 2، ص 176، مسئله 6.

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 عده ای 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 موجد را با دینی که تأدیه شود مخالف تصور نمود⁴².

د. تعلیق در ضمان

مسئله قابل توجهی در بحث ضمانت موضوع تعلیق در ضمان است. ماده 699 قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«تعلیق در ضمان، 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 ضمان مبطل عقد نیست بلکه فقط تحقق

42. محمد اعتضا: همان، ص 83.

یافتن نفس ضمان نمی‌تواند معلق به شرطی باشد اما اگر ضمان تحقق یافت، پرداخت وجه موضوع ضمانت ممکن است موکول به تحقق شرط باشد. بنابراین، هرگاه جمله‌ای که به‌عنوان ضمانت بکار می‌رود به‌طور معلق و مشروط نباشد می‌توان به‌وسیله 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 تأدیه این دین هستم اما یک ماه بعد آن را تأدیه خواهم کرد. این تفسیر صحیح دانسته شده است، زیرا انشاء ضمانت به صورت فعلی و حال و عاری از تعلیق صورت گرفته است، در نهایت، تأدیه دین را موکول به یک ماه بعد کرده است. ولی هرگاه بگوید اگر یک ماه دیگر سرآمد من ضامن این دین می‌شوم 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 نمی‌شود.⁴³

43. محمد اعتضاد: همان، ص 82.

دیگر آنکه ممکن است قالب حقوقی تعهد را به صورت شرط ضمن‌العقد درآورد. مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید که، در این صورت، بر طبق ماده 723 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.

منجز 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 ضمان را باطل می‌کند فقط منحصر به مثالی نیست که در ماده 699 قانون مدنی بیان شده است بلکه هرگونه شرطی، اعم از صریح یا ضمنی، که نتیجه آن معلق شدن تعهد ضامن گردد موجب بطلان عقد است.⁴⁴

44. وجود مباحث پیچیده قانون مدنی در رابطه با ضمانت، در عمل، مسائل عمده‌ای را پیش آورد بطوریکه بعضی از بانکهای صادرکننده ضمانتنامه در مقام دفاع از خود،

ه - وصف بی‌قید و شرط بودن ضمانتنامه

ضمانتنامه‌ها از نظر التزام به پرداخت از طرف ضمانت‌کننده و شرایطی که برای پرداخت در متن ضمانتنامه پیش‌بینی می‌شود ممکن است به دو صورت صادر شوند: یکی بی‌قید و شرط⁴⁵ و دیگری مقید و مشروط.

در ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرط معمولاً پیش‌بینی می‌شود که به محض اعلام کتبی (اعم از نامه یا تلکس) ذینفع به صادرکننده ضمانتنامه، بدون آنکه نیاز به اجرای تشریفات خاص یا ارائه مدارکی از طرف ذینفع باشد، ضمانت‌کننده مکلف است فوراً مبلغ مورد درخواست ذینفع را تا مبلغی که در ضمانتنامه قید شده است بدون هیچ عذری بپردازد. ولی در

به تحقق نیافتن سبب دین و یا به تعلیق در ضمانت استناد جستند تا سرانجام، سازمان برنامه به کارفرمایان بخش عمومی توصیه کرد ضمانتنامه‌ها را به صورت تعهدنامه، که مشمول ماده 10 قانون مدنی ایران است، درآورند. از این رو، هم اکنون با آنکه عنوان ضمانتنامه‌های بانکی «ضمانتنامه» است متن آنها چیزی جز تعهدنامه نیست.

45. اینگونه ضمانتنامه‌ها در اصطلاح بین‌المللی ضمانتنامه‌های ساده (Simple Guarantees) یا ضمانتنامه‌های عندالمطالبه (First Demand Guarantees) نامیده شده‌اند.

ضمانتنامه‌های مقید و مشروط، پرداخت را موکول به ارائه مدارکی از طرف درخواست‌کننده می‌کنند.

فرم ضمانتنامه بانکی که سازمان برنامه و بودجه (وزارت برنامه و بودجه) براساس ماده 23 قانون برنامه و بودجه و ماده 7 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 ضمانتنامه‌های بی‌قید و شرط محسوب می‌شود:

«... 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 بتواند 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».

بی‌قید 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 می‌دهد 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 می‌شود، اما باید توجه داشت که این عقد دیگری است که

همان قرارداد اصلی منعقدۀ فیما بین مضمون‌عنه و مضمون‌له است. لذا هر گاه 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 ضمانتنامه‌ها به عمل آمده است. در حال حاضر، دهها دعوی علیه بانکها و شرکتهای و مؤسسات ایران در مراجع بین‌المللی و محاکم کشورهای خارج در رابطه با منع پرداخت وجوه ضمانتنامه‌ها و ابطال آنها تحت عناوین سوء استفاده از حق یا توسل به حیل و تقلب یا ادعای ایفای کامل تعهدات مطرح شده و در جریان رسیدگی است.⁴⁶

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 می‌نمایند.

46. برای ملاحظه بحثهای حقوقی مربوط به دعاوی توقیف و ابطال ضمانتنامه علی‌رغم بی‌قید و شرط بودن آن، رک: «تقلب در معاملات»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، ش 2، صص 53-92.

ذینفع ایرانی می‌تواند با عنوان کردن ایرادات و مدافعات خود در برابر ادعای مضمون‌عنه، یا هرگاه محکمه خارجی را فاقد صلاحیت بداند، با درخواست صدور قرار عدم صلاحیت از صدور قرار یا حکم علیه خود ممانعت به عمل آورد یا موجبات لغو قرار منع پرداخت را فراهم سازد.

در مقررات متحداً شکل ضمانتنامه‌ها پیش‌بینی ضمانتنامه بی‌قید 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 ضمانتنامه‌هایی را تجویز نمی‌کند و برای استفاده در چنین مواردی نوشته نمی‌شود، اما هرگاه طرفین قراردادی مایل باشند، می‌توانند برخی از این مقررات را در چنین ضمانتنامه‌هایی مورد استفاده قرار دهند.

بانک مرکزی ایران، همواره برسهل الوصول بودن یا بی قید و شرط بودن ضمانتنامه‌هایی که بوسیله پیمانکاران خارجی ارائه می‌شود تأکید داشته است و کارفرمایان ایرانی که ذینفع ضمانتنامه‌ها محسوب می‌شوند نیز با این بانک مرکزی موافقت دارند. شاید به همین علت باشد که تا کنون بانک مرکزی ایران نسبت به قبول بی‌قید و شرط مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تمکین نکرده است.

5

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 به کار 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 325) 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.

برطبق این ماده، هر ضمانتنامه یا تعهدنامه یا سند مشابهی که در روابط بین‌المللی به جای ضمانتنامه مورد استفاده قرار گیرد مشمول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها نیست بلکه برای حصول این منظور باید در آن قید گردد که مشمول مقررات متحدالشکل... نشریه 325 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 اجاره می‌دهد که این مقررات را در ضمانتنامه‌هایی که خود فرم و عبارات آنها را تنظیم و تدوین کرده‌اند منظور دارند یا فی‌المثل با حذف ماده 9 و اصلاح ماده 8 آن، اساساً ضمانتنامه را به صورت یک ضمانتنامه بی‌قید و شرط یا عندالمطالبه در آورند.

مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها 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 می‌گردد خواهد شد. بنابراین، ماهیت ضمانت، تابع قانون حاکم بر ضمانتنامه‌ها خواهد بود که معمولاً در ضمن ضمانتنامه تعیین می‌شود. بند 2 ماده یک مقررات مذکور پیش‌بینی کرده است:

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

همچنین ماده 10 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 بین‌المللی
توصیه شده است که برای احتراز از
مشکلات، وقتی که قرار است ضمانتهایی از
طرف ضمانت‌کنندگان در ارتباط با یک
پروژه خاص ارائه گردد، مناسب است که در
آگهی مناقصه ذکر شود مقررات اطاق
بازرگانی بین‌المللی ناظر بر کلیه
ضمانتنامه‌ها 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 بانکه‌های 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 صادرکنندگان آنها، مورد تأیید و قبول بانک مرکزی ایران باشند.

ماده 2 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها انواع مختلف ضمانتنامه‌هایی را که ممکن است تحت مقررات مذکور قرارگیرند 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 (ضمانت‌کننده) صادر کرده باشد.

هر چند در این ماده به انواع دیگر ضمانتنامه اشاره نشده است مع‌هذا به نظر می‌رسد که ضمانتنامه‌های دیگر از قبیل ضمانتنامه‌هایی 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 (صادرکننده ضمانتنامه)، مضمونٌ له (ذینفع ضمانتنامه) و مضمونٌ عنه (طرف مربوطه قرارداد اصلی یا پیمانکار که درخواست کننده صدور ضمانتنامه است) معرفی شده‌اند. ثانیاً، پیش‌بینی شده بعضی از ضمانتنامه‌ها هرگاه توسط ضمانت‌کننده‌ای صادر شوند که خارج از کشور محل اقامت ذینفع است، ممکن است به لحاظ قانونی پذیرفته نباشند؛ لذا اینگونه ضمانتنامه‌ها باید توسط یک ضمانت‌کننده داخلی، یعنی شخصیتی که در کشور اقامتگاه ذینفع ضمانتنامه مقیم باشد و به نمایندگی از سوی یک مضمونٌ 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 ضمانتنامه‌هایی 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 ضمانت‌کننده 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 10 قانون مدنی ایران تنظیم و تدوین گردد (مشروط براینکه 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 التزام⁴⁷ تلقی می‌شود؛ لذا از نظر مقررات ایران نمی‌توان ضمانت نسبت به آن را در قلمرو ضمان عقدی دانست. ولی هرگاه به قولی که برطبق آن عمل در ذمه (تعهد انجام کار) را مال دانسته است قائل باشیم، می‌توان 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 (ضمانتنامه‌ها) باید به اصل حاکمیت اراده از جهت آنکه قراردادهای خصوصی که مخالفی با قانون نداشته باشند معتبرند (ماده 10 قانون مدنی) متوسل شد.

ماده 3 مقررات متحدالشکل، تحت عنوان «التزام ضمانت‌کننده در مقابل ذینفع (مضمون له)» سه مطلب را مورد نظر قرار داده است: یکی حدود مسئولیت ضمانت‌کننده و دیگر مقطوع بودن مبلغ ضمانت و سوم دلایل برائت ذمه ضمانت‌کننده. پارگراف اول ماده مذکور مقرر داشته است:

47. التزام جنبه فاعلی تعهد است و التزام جنبه انفعالی آن. کلمه «تعهد» ناظر به جنبه التزام یا جنبه انفعالی است (دکتر لنگرودی: همان، ص 100، ش 103).

«ضمانت‌کننده 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 ضمان کننده در مقابل ذینفع منحصراً به شرایط و مواد تصریح شده در ضمانتنامه و مقررات متحدالشکل مفید این معنی است که ضمانت‌کننده با قرارداد اصلی کاری ندارد. اگر چه ضمانت عقدی مستقل و منفک از قرارداد اصلی قلمداد می‌شود اما باید توجه داشت که این عقد در نتیجه و به منظور استحکام عقد دیگری که همان قرارداد اصلی است منعقد شده و لذا هرگاه مفاد قرارداد اصلی مورد سؤال واقع شود ضمانتنامه مربوط نیز خودبخود مطرح خواهد شد. در بند 2 ماده 3 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
بپردازیم لازم است توضیح داده شود که
ظاهراً محدودیت التزام ضمانت‌کننده 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
(ضمانت‌کننده) می‌تواند 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
ضمانتنامه‌ها (ضمانت حسن اجرای کار و
ضمانتنامه شرکت در مناقصه یا مزایده)
متفاوت باشد؛ به این معنی که در ضمانت
استرداد پیش پرداخت، ضمانت‌کننده فقط
مسئول استرداد آن بخش از پیش‌پرداخت که

استرداد نشده است خواهد بود، ولی در مورد ضمانت حسن اجرای کار وضع بدین منوال نیست و بند 2 ماده 3 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 گونه‌ای متناسب، کاهش یابد. از این رو، وقتی که طرفهای قرارداد، نظرشان براین باشد که مبلغ ضمانتنامه متناسب با میزان کاری که انجام شده است یا بر هر 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 جزیی از دین پرداخت شده باشد، ضمانت نسبت به باقی‌مانده آن معتبر خواهد بود نه نسبت به تمام آن.

در حالی که در بند 2 ماده 3 مقررات متحدالشکل - که فوقاً بیان شد - با انجام گرفتن بخشی از کار، مبلغ ضمانتنامه کاهش داده نمی‌شود.

از قید مندرج در بند 2 ماده 3 مقررات مذکور و تأکید بر لزوم پیش‌بینی چنین ترتیبی در ضمانتنامه جهت معتبر بودن آن، این مطلب نیز استنباط می‌شود که منظور، احتراز از لزوم رجوع به مفاد قرارداد اصلی به وسیله طرف‌های ذی‌ربط ضمانتنامه‌ها است.

ماده 649 قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد:

«علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید 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 3 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها قابل استناد است، مع‌هذا از موارد امری قانون نیست؛ لذا طرف‌های قرارداد می‌توانند

برخلاف آن، شرط و رفتار نمایند
بخصوص که در امور تجارتي و
ضمانتنامه های بانكي علم به كم و
كيف قرارداد اصلي (مقدار و اوصاف و
شروط دين يا تعهد) ممكن است يكي از
مباني تعيين شرايط ضمانتنامه باشد.
بعلاوه، چون در ضمانتنامه ها معمولاً
به قرارداد اصلي كه حاوي تعهدات
مضموناً عنه است اشاره ميشود،
بنابراين، نمي توان در صدور
ضمانتنامه ها مفاد قرارداد اصلي را
به طور كلي نادیده انگاشت.

از عبارت بند 2 ماده 3 مقررات
متحدالشكل مي توان استنباط كرد كه ضمانت
به صورت وجه التزام يا جریمه تخلف از
اجرای تعهد است.

تعيين مبلغی به عنوان وجه التزام،
اهرم فشاری برمتعهد جهت اجرای تعهد است
كه امکان دارد ضمن عقد لازم، شرط پرداخت
آن، در صورت تأخير در اجرای تعهد يا
امتناع از اجرای آن يا مغايرت كيفيت
اجرا، به عمل آيد. ماهيت وجه التزام را
ممكن است با ماهيت جریمه تخلف⁴⁸ از

48. Fine.

اجرای تعهد که در بعضی از مباحث حقوقی خارجی پیش‌بینی آن در قرارداد های خصوصی مورد بحث واقع شده است مشابه دانست.

در قانون ایران، بین عنوان ضمانت و عنوان تعیین خسارات نقدی⁴⁹ (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 به‌عنوان خسارت مقطوع تعیین کنند. این مبلغ ممکن است زیاده‌تر از خساراتی باشد که واقعاً بوسیله متعهد له تحمل شده است، مع هذا قاضی نمی‌تواند⁵⁰ مبلغ مذکور را تغییر دهد (ماده 230 قانون مدنی). تعیین خسارت به این طریق نوعی شرط تحدید مسئولیت است.

ضمانت در قانون ایران صرفاً قبول دین یا تعهد مضمون⁵¹ عنه است و به هیچ‌وجه از نوع جریمه تخلف یا خسارات مقطوع نیست.

49. Liquidated damages.

50. 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.

در توضیحاتی که بوسیله اطلاق بازرگانی بین‌المللی در رابطه با ماده 3 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها داده شده آمده است که مرتبط ساختن تعهدات ضمانت‌کننده 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 تعریف گردد، ضمانت‌کننده متعهد اصلی خواهد بود یا متعهد فرعی.

این امر موجب می‌شود که تنظیم متن ضمانتنامه روشن و با دقت صورت گیرد تا آنچه از نظر بازرگانی موردنظر است به لحاظ قانونی نیز به درستی مورد عمل قرار گرفته باشد. مسلماً این مطلبی است که ضمانتنامه باید آنچه را که ضمانت‌کننده و ذینفع باید بدانند، یعنی آنچه را که ضمانت‌کننده باید بپردازد و نیز زمان این پرداخت را به طور دقیق، نشان دهد. برای مثال، در مورد ضمانتنامه‌های شرکت

در مناقصه یا مزایده مطلوب به نظر می‌رسد که:

1. مبلغ یاد 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 نباشد که به زیان مناقصه یا مزایده گذارنده تمام شود.

2. تاریخ انقضای ضمانتنامه باید حتی‌المقدور به تاریخی که برای قبول پیشنهاد تعیین شده است، نزدیک باشد. زیرا نه به نفع مضمون^۱ عنه و نه به نفع مضمون^۲ له است که نسبت به ضمانت شرکت در مناقصه یا مزایده‌ای که برای مدت طولانی غیرلازمی بلامتکلیف مانده است پافشاری کنند. میزان هزینه‌های شرکت در مناقصه یا مزایده و رقابت، به خودی خود، مانع ارائه پیشنهادها بی‌پایه و نامناسب است.

بند 3 ماده 3 مقررات متحدالشکل
ضمانتنامه ها مقرر می دارد:
« ضمانتکننده 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 ضمانتکننده 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 ضمانتکننده است،
جلب گردد.

مدافعاتی که در بند 3 ماده 3 مقررات
متحدالشکل ضمانتنامه ها به آنها اشاره

شده شامل کلیه مدافعاتی است که برطبق قانون حاکم بر ضمانتنامه‌ها می‌توان مطرح کرد. این مفهوم از عبارت اخیر بند مذکور که می‌گوید «... یا به موجب این مقررات مجاز دانسته شده است» استنباط می‌گردد. بنابراین، در مواردی که بین قوانین ایران با مفاد ضمانتنامه مغایرتی وجود داشته باشد، طرفی که چنین مغایرتی را به نفع خود می‌داند، می‌تواند براساس آن از خود دفاع نماید.

ماده 4 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «آخرین تاریخ ادعا»⁵¹ موردی را پیش‌بینی 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

51. Last date for claim.

(دوره تضمین)⁵² که برای آن قرارداد در نظر گرفته شده (با فرض اینکه دوره نگهداری صریحاً تحت پوشش ضمانتنامه حسن اجرای تعهدات قرار گرفته باشد) پیش‌بینی شده است. در مورد ضمانتنامه استرداد پیش‌پرداخت، آخرین تاریخ ادعا، شش ماه از تاریخ تحویل یا تکمیل قرارداد است، یا هرگاه تمدیدی صورت گرفته باشد، شش ماه از زمان تمدید مذکور می‌باشد.

مسلماً تصریح آخرین تاریخ که طرح ادعا در آن امکان دارد باید در متن ضمانتنامه به نحوی پیش‌بینی شود. بنابراین، مضمون^۵ عنه باید با مستقیماً و یا از طریق مضمون^۵ له، تاریخ مذکور را که معمولاً به صورت تاریخ انقضای مدت اعتبار ضمانتنامه بیان می‌شود تعیین نماید تا در متن ضمانتنامه گنجانیده شود. تاریخ مذکور باید به نحوی واقع‌بینانه در نظر گرفته شود تا با

52. 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 هزینه‌های رفع معایب، کلاً به عهده متعهد قرار می‌گیرد. نباید از اتحاد مصدر تضمین با ضمانت تصور کرد که منظور از آن، مدت اعتبار ضمانتنامه است.

مواعد تعیین شده شرکت در مناقصه یا مزایده یا دروه اجرای تعهدات مندرج در قرارداد مناسب باشد.

بندهای «الف» و «ب» و «ج» ماده 4 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، فقط برای مواردی کاربرد دارد که مضموناً عنه، آخرین تاریخ امکان طرح ادعا را ذکر نکرده باشد.

در پاره‌ای از کشورهای گنجانیدن تاریخ انقضا در ضمانتنامه، به موجب قانون منع شده است. از این رو ضمانتنامه‌های بعضی از بانکهای خارجی و همچنین اسناد وثیقه، تاریخ سررسید ندارند بلکه به موجب تصریحی که در متن آنها به عمل می‌آید، تا زمانی که تعهدات کاملاً و به درستی انجام گیرند، معتبر باقی می‌مانند 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 نمی‌تواند با قوانین داخلی کشورها مغایرت داشته باشد، هر گاه در کشوری چنین قوانینی وجود داشته باشد،

ضمانت‌کننده برای دوره‌ای طولانی‌تر از مدتی که در ماده 4 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 ضمانت‌کننده، تعیین مدت نشود، این نوع عقد ضمان را از حیث زمان انجام تعهد ضمانت‌کننده، ضمان مطلق می‌گویند. در ماده 704 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 704 قانون مدنی آن است که هرگاه ضمن عقد ضمان، تعیین مدت نشده باشد، ضمانت‌کننده 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 می آورد:

«مثلاً ضامن بگوید من از این تاریخ تا سه ماه ضامنم که دین زید را بدهم، اگر مضموناً له در این سه ماه به ضامن مراجعه کند و حق را بخواهد، می تواند به حق خود برسد؛ ولی اگر در این سه ماه به ضامن رجوع نکند، اساساً تعهد ضامن ساقط است و او باید به خود مضموناً عنه مراجعه کند...».⁵³

سپس اضافه می کند:

«عده ای که اکثریت دارند موقت نبودن را عنصر عقد ضمان می دانند و عده دیگر آن را عنصر عقد ضمان نمی دانند».⁵⁴

ماده 692 قانون مدنی مقرر داشته

است:

«در دین حال، ممکن است ضامن برای تأدیه آن اجلی معین کند و همچنین

53. دکتر لنگرودی: عقد ضمان، ص 195.

54. همان، ص 195.

می‌توانند در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنمایند».

با توجه به عبارت «ممکن است» و فعل «می‌تواند» که در ماده 692 قانون مدنی آمده است، به نظر می‌رسد که از نظر قانون مدنی ایران، می‌توان فرض صحت ضمانت را بدون تعیین سررسید در ضمانتنامه نمود. در این صورت، مواعید مذکور در بندهای مختلف ماده 4 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرند. پاراگراف آخر ماده 4 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه تاریخ سررسید، با روز غیرکاری (تعطیل) مصادف شود، تاریخ سررسید تا اولین روز کار پس از تعطیل به تأخیر می‌افتد».

این ترتیب عیناً همان ترتیبی است که در رابطه با ابلاغ اوراق دادخواست یا اخطاریه‌ها یا احکام در ایران اعمال می‌شود. ماده 613 آئین دادرسی مدنی ایران مقرر داشته است:

ضمانت در معاملات بین‌المللی ❖ 197

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

علاوه بر مراتب فوق، برطبق ماده 614 آئین دادرسی مدنی ایران، موعدی که ابتدای آن تاریخ ابلاغ یا اعلام است، روز ابلاغ و اعلام و همچنین روز اقدام جزو مدت محسوب نمی‌شود.

ماده 5 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه مربوط به خاتمه یا انقضای ضمانت است.⁵⁵ قسمت اول بند 1 ماده مذکور مقرر می‌دارد:

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

در صورتی که ضمانتنامه‌ها دارای سررسید باشد، حکم آن در سطور فوق بیان شد، ولی قسمت اخیر آن که مقرر می‌دارد: «... هرگونه ادعای طلبی که تحت

55. Expiry of Guarantee.

ضمانتنامه صورت گرفته به طور کامل تصفیه شده، به طوری که 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 707 قانون مدنی ایران مغایرت دارد. زیرا ماده 707 قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند، ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد».⁵⁶

مصداق دیگر این است که ضمانت‌کننده 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 5 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، تحت عنوان «خاتمه (انقضای)

56. Expiry of Guarantee.

ضمانتنامه» آن است که دقیقاً توضیح دهد در چه وقت ضمانتنامه بی‌اثر می‌گردد. در واقع، ماده 5 مکمل مفاد ماده 4 است. ماده 4 آخرین تاریخ ممکن برای طرح ادعا را بیان نموده و ماده 5 در بند 1 تکلیف موردی را معین کرده است که در فرجه مذکور در ماده 4 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 1 ماده 5 مذکور مقرر می‌دارد:

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

در بند 2 ماده 5 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها، در خصوص ضمانتنامه‌های 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 به وسیله کارفرما و واگذار کردن کار به شرکت کننده.

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

- امضای قرارداد بوسیله مضمون‌عنه 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 2 ماده 5 مذکور مقرر داشته است: «علی رغم مفاد ماده 4، در مورد ضمانتنامه های شرکت در مناقصه:

الف، با قبول پیشنهاد مضمون‌عنه توسط ذینفع با واگذار کردن قرارداد به او و یا با تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار به وسیله مضمون‌عنه در صورتی که به این

ترتیب در قرارداد پیش‌بینی 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 مضمون⁵⁷ عنه 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 پیشنهاددهنده دیگری واگذار شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه از درجه اعتبار ساقط می‌گردد، اعم از آنکه پیشنهاد دهنده شرایط مورد اشاره در بند 2 - 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 6 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها در رابطه با «اعاده ضمانتنامه‌هایی»⁵⁷ است که باطل یا منقضی

57. Returning Guarantee.

یا به نحو دیگر از درجه اعتبار ساقط شده‌اند. در بادی امر به نظر می‌رسد که شرط اعاده اینگونه ضمانتنامه‌ها جذبه 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 ضمانت‌کننده اعاده نشده و یا تا وقتی که ذینفع مشخصاً ضمانت‌کننده 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 به وجود نمی‌آورد. ماده 7 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه تحت عنوان «اصلاحیه های قراردادهای قراردادها و ضمانتنامه‌ها»⁵⁸ تأثیرات اصلاحیه‌های قراردادهای را نسبت به یکدیگر بیان

58. Amendments to Contracts and Guarantee.

می‌کند و توضیح می‌دهد که اصلاحیه‌های مربوط به شرکت در مناقصه یا مزایده مستلزم موافقت ضمانت‌کننده است؛ ولی اصلاحیه‌های مربوط به قراردادها 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. به‌علاوه بر طبق ماده 685 قانون مدنی ایران، در ضمان، 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 8 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «تسلیم ادعا یا

مطالبه»⁵⁹ را باید از مهمترین مواد این مقررات دانست. زیرا هر چند 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. ایرادهایی که معمولاً از طرف بانکها به تلکسها از جهت رمزدار بودن آنها می‌شود گاه باعث فوت وقت می‌گردد به طوری که 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 3 ماده مذکور به اینکه ادعای مطالبه نبایستی 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 ضمانت‌کنندگان را دچار وسوسه ارائه

59. Submission of Claim.

بهبانیهایی به منظور امتناع از پرداخت وجه ضمانتنامه می‌نماید.

ماده 9 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «اسنادی که مطالبه باید مستند به آنها باشد»⁶⁰ مبادرت به وضع مقررات تفسیری برای ضمانتنامه‌ها کرده که جایگزین سکوت طرفهای ذیربط ضمانتنامه‌ها است. در مقدمه ماده مذکور مقرر 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

60. Documentation to support claim.

امضای قرارداد یا تسلیم ضمانتنامه حسن اجرای کار و نیز اعلام کتبی ذینفع به مضمون⁶¹ عنه مبنی بر اینکه موافقت دارد اعتراض احتمالی مضمون⁶¹ عنه در مرجع حل اختلاف مقرر در قرارداد، یا هرگاه چنین مرجع حل اختلافی پیش‌بینی نشده باشد، به اختیار مضمون⁶¹ عنه برطبق مقررات دادگاه دآوری اطاق بازرگانی بین‌المللی یا برطبق مقررات دآوری آنستیرال حل و فصل گردد.⁶¹ در مورد ضمانتنامه حسن اجرای کار یا ضمانتنامه استرداد پیش‌پرداخت، صرف قبول مضمون⁶¹ له به ترتیب مقرر فوق

61. در بعضی از ضمانتنامه های بانکهای خارجی که به صورت اعتبارات اسنادی صادر می شود قید می‌گردد: «ما بدین وسیله این اعتبار اسنادی را به نفع شما صادر می کنیم که در مقابل برات [های] دیداری شما عهده این بانک قابل معامله است. برات باید در «تاریخ ... یا قبل از آن برای معامله ارائه شود. این اعتبار اسنادی توسط برات دیداری شما عهده ما سی روز از تاریخ دریافت اظهارنامه 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 مضمون⁶¹ له، مطالبه وجه ضمانتنامه یا اعتبار اسنادی صورت گرفته است. اگر در اظهارنامه صراحتاً به قصور مضمون⁶¹ له اشاره نشود، معمولاً بانکهای ضامن درخواست ضبط وجه موضوع ضمانتنامه را رد می‌کنند.

کافی دانسته نشده بلکه برطبق بند
«ب» ماده 9 مذکور چنین مقرر گردیده
است:

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

به طوری که ملاحظه می شود ماده 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 له در موضع بهتری از
مضمون عنه باشد. هرگاه بنا باشد که
نتوان وجه ضمانتنامه را مطالبه کرد مگر
آنکه رأی دادگاه یا رأی دآوری مبنی بر
قبول مطالبه ارائه شود، مضمون له و

مضموناً عنه را در وضع مساوی در مقابل مراجع رسیدگی مذکور قرار می‌دهد و تفوقی را که مورد نظر مضموناً له است از او سلب می‌کند. البته، همانطور که در مقدمه این بحث بیان شد، حتی در صورت قبول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها می‌توان ماده 9 را که در آن شرایط فوق‌الذکر پیش‌بینی شده است، از آن حذف و مستثنی کرد.

ماده 10 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها پیش‌بینی کرده است:

«هرگاه در یک ضمانتنامه قانون حاکم بر آن مشخص نشود، این قانون، قانون حاکم در محل کار ضمانت‌کننده خواهد بود. اگر ضمانت‌کننده بیش از یک محل کار دارد، قانون حاکم در محل شعبه‌ای که ضمانتنامه را صادر کرده، قانون حاکم خواهد بود.»

در تدوین مفاد این ماده نفع ضمانت‌کننده مورد نظر بوده است و با توجه به اینکه ضمانتنامه‌های مشمول مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها در سطح بین‌المللی صادر می‌گردد نتیجه آن تحمیل

مقررات قانونی کشوری که ضمانتنامه در آن صادر شده برکشوری که کار باید در آن انجام گیرد خواهد شد؛ یعنی تحمیل مقررات قانونی کشور محل اقامت ضامن برکشور محل اقامت مضمون له. به نظر می‌رسد که قانون حاکم در کلیه قراردادهایی که یک طرف آن اتباع جمهوری اسلامی ایران هستند، اعم از آنکه ضمانت‌کننده 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 بین‌المللی محدود به قوانین ماهوی است نه قواعد تعارض قوانین. ماده 28 قانون نمونه داوری آنسیترال در این باره مقرر داشته است:

«... تعیین قانون با 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».⁶²

بنابراین، در اعمال ماده 10 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها، نه تنها لازم است تصریح شود که قوانین دولت جمهوری اسلامی ایران حاکم باشد بلکه تصریح مذکور در فوق هم لازم به نظر می‌رسد.

در ماده 11 مقررات متحدالشکل ضمانتنامه‌ها تحت عنوان «حل و فصل اختلافات»⁶³ 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 محل کار ضمانت‌کننده، و یا در صورت تعدد محل کار، شعبه صادرکننده ضمانتنامه صالح است.

62. «قانون نمونه درباره داوری تجاری بین‌المللی» (ترجمه فارسی همراه با متن انگلیسی)، مجله حقوقی، ش 4، زمستان 64، صص 205 به بعد.

63. Settlement of Disputes.

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

ارجاع حل و فصل اختلافات به داوری در مواردی که دولت ایران ذینفع ضمانتنامه یا مؤسسات بانکی ایران صادرکننده آن باشند، باید با رعایت اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی پیش‌بینی شود. با تجربه ای که در دعاوی متعدد از بسیاری از مراجع داوری بین‌المللی حاصل شده است به نظر می‌رسد بهتر باشد حل 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 به طور ضمنی ملزم به قبول عادات و رسوم دیگر بین‌المللی که در این‌گونه مقررات نوشته نشده است، می‌سازد؛ عادات و رسوم که نوع و چگونگی آنها برای طرف ایرانی مجهول و ناشناخته است و توضیح و تشریح آنها مستلزم استمداد از مشاوران و 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 برطبق ماده 225 قانون مدنی ایران: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، بطوریکه عقد بدون تصریح هم مذصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». بنابراین، 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 به طور دست‌نخورده و در بست خودداری شود و از قید عبارت مندرج در بند 1 ماده 1 آن مقررات در ضمانتنامه‌های مورد عمل بانک‌های ایرانی اجتناب گردد.

هرگاه با قبول خطری که به آن اشاره شد، باز هم 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 10 قانون مدنی ایران و خارج ساختن آنها از شرایط و مقررات «عقد ضمان» مذکور در آن قانون، بین این

مقررات و قوانین ایران هماهنگی
به وجود آورد.

در هر حال، قید حکومت قانون
ایران و تصریح نسبت به حکومت قواعد
تعارض قوانین ایران، و در صورت
امکان، قید عدم قبول عرف و عادت
غیر از آنچه با قوانین ایران
مطابقت داشته باشد و نیز قید حکومت
دادگاههای ایران جهت حل و فصل
دعاوی، از اهم نکات مورد توجه است.