

به نام خدا

عنوان :

ضمانت در معاملات بین المللی

نام دانشجو:

نام استاد:

تاریخ ارائه:

۱۴۰۰/۰۰/۰۰

کلیات

الف. تعریف ضمانت

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

به موجب تعرف فوق به محض تحقق یافتن ضمانت، آنچه در ذمه مدیون است در ذمه شخص دیگر که ضامن است قرار می گیرد و مدیون از دین خود بری می شود؛ یعنی بستانکار نمی تواند برای مطالبه طلب خود به او مراجعه کند. تعریفی که در قانون مدنی ایران از ضمانت بعمل آمده بر طبق نظر مشهور علمای عالیقدر شیعه است. بسیاری از علمای عامه ضمان را موجب ضم یعنی ضمیمه و پیوست شدن ذمه مدیون به ذمه شخص دیگر می دانند. < امام مالک بر آن است که طلبکار نمی تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون^۱ عنه در اثر غایب بودن یا افلاس و یا انکارش متعذر شود. امام شافعی و بقیه فقهای عامه می گویند طلبکار می تواند از هر یک از ضامن و مضمون^۲ له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند. >

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

ب. طرفهای ضمانت

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

اول. شخصی که تعهد یا دینی بر عهده اوست و از او در مقابل شخص دیگری ضمانت می شود. چنین شخصی <مضمون^۳ عنه> یا درخواست کننده ضمانت نامیده می شود.

دوم. شخصی که آن دین یا تعهد را بر عهده می گیرد، که در اصطلاح به چنین شخصی <ضامن > می گویند.

سوم. شخصی که تعهد ضامن به نفع او انجام می گیرد، که چنین شخصی اصطلاحاً <مضمون^۱ له > نامیده می شود.

جملات اخیر ماده ۶۸۴ قانون مدنی طرفهای ضمانت را به شرح زیر بیان نموده است:
< ... متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون^۲ له و شخص ثالث را مضمون^۳ عنه یا مدیون اصلی می گویند. >

ج. کاربرد ضمانت در معاملات بین المللی

معمولاً برای اجرای پروژه های عمرانی از قبیل سدسازی، راه سازی، تأسیس کارخانه ها، 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 بین المللی شناسائی شده است، دعوت بعمل می آید تا بهترین شرایط را، چه از نظر کیفیت کار و چه از حیث قیمت و مدت اجرا، عرضه نمایند. این عمل اصطلاحاً <مناقصه > نامیده می شود. به منظور آنکه شرکت کننده در مناقصه به پیشنهاد خود پای بند باشد، از او درخواست می شود که به پیشنهاد خود ضمانتنامه ای را که < ضمانتنامه شرکت در مناقصه > نامیده می شود، ضمیمه نماید. ضمانتنامه شرکت در مناقصه، معادل جزئی از قیمت مورد پیشنهاد (فی المثل پنج درصد) آن است که در شرایط مناقصه مشخص میگردد. هرگاه پیشنهاد شرکت کننده در مناقصه مورد قبول اعلام کننده مناقصه (کارفرما) واقع شد ولی شرکت کننده در مناقصه حاضر به انعقاد قرارداد جهت اجرای کار نگردد، ضمانتنامه شرکت در مناقصه به زیان او و به نفع کارفرما ضبط خواهد شد.

بطوریکه ملاحظه می شود، ضمانتنامه شرکت در مناقصه، همواره قبل از انعقاد قرارداد اجرای پروژه و به منظور حصول اطمینان از تمکین پیشنهاد دهنده به امضای قراردادی اخذ

می شود 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 به طور اعم < پیمانکار > نامیده می شود - بوجود می آید. قبل از این مرحله، نگرانی کارفرما، عدم تمکین شرکت کننده در مناقصه نسبت به امضای قرارداد بوده ولی از این پس، بیم کارفرما از آن است که پیمانکار تعهدات خود را به کیفیت مطلوب انجام ندهد یا اجرای کار را به صورت ناقص و ناتمام رها کند. به همین منظور، از امضاء کننده قرارداد خواسته می شود ضمانتنامه ای را که مبلغ آن معمولاً پنج تا ده درصد 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 > 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 هر گاه پیمانکار نخواهد یا نتواند تعهدات خود را بر طبق قرارداد انجام دهد، کارفرما برای یافتن فرصت در مورد اتخاذ تدابیر اولیه از آن استفاده کند یا قسمتی از خسارات وارده بر خود را از محل آن جبران نماید.

به علت حجم بزرگ 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 بازپس 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 > می گویند.

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

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

ضمانتنامه های شرکت در مناقصه، حسن انجام معامله و استرداد پیش پرداخت برای پروژه های بین المللی جنبه مهمی از عرف تجارت جهانی را تشکیل می دهند. اطاق بازرگانی بین المللی، ضمن همکاری با سازمانهای بازرگانی بین المللی و منطقه ای علاقه مند، بخصوص با همکاری کمیسیون سازمان ملل در باره قانون تجارت (آنسیترا ل)، مجموعه ای تحت عنوان < مقررات متحدالشکل برای ضمانت قراردادها > - که در این مقاله < مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها > خوانده شده، - تدوین نموده است. بطوریکه گفته شده هدف از تدوین مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها، دست یافتن به توازن عادلانه ای میان منافع قانونی طرفهای معامله یعنی ذینفع ضمانتنامه (مضمون له)، اسیل یا ضمانت

دهنده (مضمون^۲ عنه) و ضمانت کننده (ضامن) است. این مقررات به صورت نشریه شماره ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین المللی انتشار یافته است.

د. نقش بانکها در صدور ضمانتنامه

نظر به اینکه هدف از ضمانت، تأمین اطمینان خاطر مضمون^۳ له است، ضمانت کننده باید دارای اعتبار کافی باشد به نحوی که بتواند اعتماد مضمون^۴ له را از هر حیث جلب کند. از دیر باز افراد ثروتمند و متمکن می توانسته اند 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 بوسیله اشخاص حقیقی امکان پذیر نیست، و از طرف دیگر، مؤسسات مالی و اعتباری عمده ای که فرد اکمل آنها بانکها هستند بوجود آمده اند، صدور ضمانتنامه ها به اینگونه مؤسسات محول شده است.

در بعضی از کشورها، مثل ایالات متحده آمریکا و ژاپن، بانکها قانوناً از صدور ضمانتنامه منع شده اند. در ایالات متحده آمریکا ضمانتنامه هائی که بانکها صادر می کنند در حکم اعطای وام تلقی می شود و به حجم وامهای اعطائی بوسیله آنها اضافه می گردد. بانکهای اروپائی، اعم از اروپای شرقی یا غربی، ضمانتنامه هائی را به صورت ضمانتنامه شرکت در مناقصه، پیش پرداخت و حسن انجام کار صادر می کنند. در ایالات متحده، اینگونه ضمانتنامه ها را به صورت اعتبارات اسنادی صادر می کنند. اسناد موضوع این اعتبارات معمولاً اخطار یا اعلامیه ساده ای است مبنی بر اینکه درخواست کننده گشایش اعتبار اسنادی، تعهد قراردادی خود را ایفا نکرده است. اینگونه اعتبارات اسنادی را - که بعداً در این مقاله بیشتر در باره آنها توضیح داده خواهد شد - اعتبارات اسنادی احتیاطی یا تضمینی نامیده اند.

۲

اختلاف ضمانت با انواع

دیگر تأمین در معاملات

در مواردی که اعتبار یکی از طرفین معامله برای طرف دیگر محرز نباشد، و به ویژه در معاملات دولتی یا معاملاتی که یکی از طرفین آن مانند دولت دارای اعتباری مسلم است، معمولاً از طرف معامله که اعتبار او محرز یا قابل اعتماد نیست خواسته می شود تأییدی برای حسن اجرای تعهدات خود بسپارد. انواعی از تأمین که ارائه آنها در معاملات قابل تصور می باشد به شرح زیر است:

- سپرده نقدی

- کسور نقدی وجه الضمان

- سند وثیقه

- اوراق قرضه دولتی

- اسناد خزانه

- ضمانتنامه بانکی

بند ۶ ماده ۷ آئیننامه 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 به طور مقطوع و به صورت نقدی، به حساب سپرده دستگاه مناقصه گذار در بانک تحویل گردد. بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه مذکور نیز در رابطه با تضمین حسن انجام معامله مقرر داشته است که باید به صورت نقد به حساب سپرده بانکی دستگاه مناقصه گذار تحویل شود. کسور نقدی وجه الضمان، در بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه مذکور پیش بینی شده است:

< ... در مورد معاملات ساختمانی، و باربری، علاوه بر پنج درصد مذکور (تضمین حسن)، دستگاه مناقصه گذار باید از هر پرداخت معادل ده درصد کسر و به حساب تضمین حسن انجام معامله منظور کند. >

منظور از سند وثیقه، ترتیبی است که به جای ضمانتنامه یا در عرض آن، در بعضی از کشورها متداول و معمول است و بعداً در این مقاله نسبت به آن توضیح بیشتری داده خواهد شد.

ماده ۴۱ آئیننامه معاملات دولتی، دریافت اوراق قرضه دولتی، اسناد خزانه و ضمانتنامه بانکی را به عنوان سپرده شرکت در مناقصه یا مزایده و یا تضمین حسن انجام معامله، بلامانع دانسته است. برای حسن اجرای تعهداتی غیر از معاملات، ممکن است انواع دیگری از تأمین، از قبیل اخذکفیل، 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 نمی گردد. در تعبیرات حقوقی بین المللی، موافقتنامه هائی که به موجب آنها شخص ثالثی دین یا تعهد دیگری را به عهده میگیرد، یا به صورت ضمانت است و یا به صورت تضمین جبران خسارت که، در عمل، مفاهیم آنها با مفهوم ضمانت در حقوق کشور ما متفاوت به نظر می رسد. در ضمانت، ضامن با مضمون عهده موافقت می کند که جوابگوی تعهدات مضمون له در مقابل مضمون عهده باشد.

در تضمین جبران خسارت، شخص ثالث که در حکم ضامن است، عهده دار می شود که هرگونه مسئولیت یا خسارت ناشی از معامله را در رابطه با قصور یا تقصیر متعهد در اجرای تعهدات خود به عهده بگیرد. در تضمین جبران خسارت، تعهد شخص ثالث، اصلی و مستقل است و به محض حدوث تقصیر متعهد، تحقق می یابد. تضمین جبران خسارت معمولاً یا در رابطه با زیان است و یا در ارتباط با مسئولیت. هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با زیان باشد شخص ثالث، تنها در صورت حدوث زیان یا خسارت واقعی، مسئولیت پیدا می کند؛ اما هرگاه تضمین جبران خسارت در رابطه با مسئولیت باشد، به محض تحقق مسئولیت، می توان از شخص ثالث مطالبه خسارت کرد صرف نظر از آنکه خسارتی واقع شده باشد یا خیر. تضمین جبران خسارت را در موارد قرض، وثیقه یا رهن مورد استفاده قرار می دهند.

۳

صور مختلف ضمانت

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

-مشروط یا مطلق بودن

- محدود یا غیر محدود بودن

- عام یا خاص بودن

ضمانت مطلق، ضمانتی است که مقید به هیچ شرطی نباشد. مثال این نوع ضمانت، ضمانتی است که به موجب آن به محض سررسید تاریخ معین و امتناع مضمون^۱ له از پرداخت، مسئولیت ضامن تحقق پیدا می کند. هر گاه 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 بین المللی به جای ضمانتنامه بکار می روند نظر به پاره ای ملاحظات و به ویژه مقررات خاص کشورهای مختلف در رابطه با ماهیت ضمانت، صدور ضمانتنامه در همه مکانها به یک صورت نیست. اسنادی که به جای ضمانتنامه در روابط تجاری و معاملاتی بین المللی بکار می روند عمدتاً عبارتند از :

- سند وثیقه

- اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی

- اعتبار اسنادی متقابل

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

الف. سند وثیقه

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. صادر کنندگان سند وثیقه مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری خاصی غیر از بانکها هستند و اتحادیه ای به نام خود دارند. صادر کنندگان سند وثیقه، معمولاً علاوه بر صلاحیت مالی، به صلاحیت فنی پیمانکاری که از آنان درخواست صدور سند وثیقه نموده به صورت حرفه ای و با رعایت اینکه خود در نتیجه حاصله از کار ذینفع است و اگر خطری ایجاد شود به طور عمده متوجه خود او نیز خواهد بود، رسیدگی می نمایند و در مقابل کار فرما 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 مؤسساتی بیمه نیست بلکه تعهد ثانوی اجرای مفاد قراردادی است که برای حسن اجرای آن سند وثیقه را صادر می کند. چنین مؤسساتی برای تشخیص صلاحیت پیمانکار عوامل و جهات گوناگونی اعم از نوع و حجم کار، معاینه محل کار، اطلاعات و تجارب فنی و وضع مالی او را مورد نظر قرار می دهد و با رعایت جمیع این جهات، سند وثیقه را صادر می کند. از نظر صلاحیت مالی درخواست کننده، معمولاً نه تنها وضع مالی جاری او، ترازنامه عملیات مالی سالانه و حساب سود و زیان وی مورد بررسی قرار می گیرد بلکه صادر کننده سند وثیقه، ضمن جریان عملیات ساختمانی، وضع مالی پیمانکار را نیز به صورت متناوب مورد رسیدگی قرار می دهد و این روش به صادر کنندگان سند وثیقه امکان می دهد قبل از آنکه وضع مالی پیمانکار به وخامت گراید آن را از سرچشمه اصلاح نمایند. همچنین مؤسسات صادر کننده سند وثیقه، تجارب پیمانکاران را بر مبنای کارهایی که سابقاً انجام داده اند، تشکیلات و سازمان پرسنلی، تجهیزات؛ پیمانکاران دست دوم طرف معامله و قرارداد با آنان، قابلیت انجام تعهدات در مقابل مؤسسات دولتی و امثال این امور ارزیابی می کنند و از این بابت به صورت بارزی بار مسئولیت و هزینه تحقیقات مقدماتی را از دوش کارفرما برمی دارند یا لاقلاً آن را به نحو قابل توجهی سبک می سازند. در اسناد وثیقه، برخلاف ضمانتنامه ها، شرط این نیست که اگر پیمانکار از اجرای

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

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

...

این قسمت از فایل حذف شده است...

**آنچه ملاحظه می کنید، تنها بخشی از فایل اصلی می باشد
جهت دسترسی به متن کامل با پسوند ورد، فایل را خریداری نمایید.**

...

ضامن به مدیون اصلی مراجعه نماید. ماده ۲۵۱ قانون آئین دادرسی مدنی در این باره مقرر داشته است:

< پس از قطعیت حکم و صدور برگ اجرائی، برگ نام برده به محکوم علیه و کسی که برای تأمین خواسته یا محکوم به ضمانت کرده ابلاغ می شود 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 می شود. >

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

ب. وجود سبب ضمان

بر طبق قانون مدنی ایران، وجود دین در تاریخی مقدم بر تاریخ انعقاد عقد ضمان، شرط صحت عقد ضمان است. این حقیقت از مواد ۶۸۴ و ۶۹۱ و ۶۹۶ و ۶۹۷ و ۶۹۸ قانون مدنی ایران استنباط می شود، زیرا:

اولاً، به موجب ماده ۶۸۴ - که عبارت آن قبلاً در این مقاله نقل شد - عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است (دین او را) به عهده بگیرد.

ثانیاً، بر طبق ماده ۶۹۱ آن قانون، < ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است. > بنابراین، برای صحت عقد ضمان، وجود دین قبلی و یا لاقلاً وجود سبب تام آن لازم است، والا ضمان مورد نخواهد داشت

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

رابعاً، ماده ۶۹۸ قانون مذکور مقرر می دارد بعد از این که ضمان بطور صحیح واقع شد، ذمه ی مضمون عنه بری و ذمه ی ضامن به مضمون له مشغول می شود و بدیهی است که هر گاه دینی و ذمه ای بر عهده مضمون عنه وجود نداشته باشد، مصداق این ماده حاصل نمی گردد.

ممکن است دینی در عالم خارج وجود پیدا نکرده باشد ولی موجبات بوجود آمدن آن، یعنی سبب دین، تحقق یافته باشد. سبب، عبارت است از وضع خاصی که بر آن اثر یا آثاری مترتب باشد و به این جهت مناسبتی بین آن وضع خاص و آن اثر پدید آورده باشد. بر این اساس، حتی انعقاد قراردادی جهت تحصیل یا تأمین اعتبار در حساب جاری سبب دین محسوب نمی شود بلکه استفاده از چنین اعتباری که موجب انتقال مال به حساب جاری یا به دستور صاحب اعتبار است فقط امکان دارد مصادق تحقق سبب استقرار و ثبوت دین باشد. وجود سبب تعهد مضمون^۸ عنه (درخواست کننده صدور ضمانتنامه) قبل از عقد ضمان، از دشوارترین مباحث در عناصر عقد ضمان است و نباید بطور ساده و سرسری به آن توجه شود.

بطوریکه ملاحظه می شود، آنچه در قانون مدنی ایران مورد بحث قرار گرفته دین است که علی الظاهر ناظر به مال می شود و شامل تعهد اجرای کار نمی گردد. به عقیده بعضی از اساتید حقوق ایران، < عمل در ذمه >

(تعهد انجام کار) مال است و می تواند مورد عقد ضمان قرار گیرد. قدر مسلم آن است که در هر عقد ضمان باید سبب تعهد مضمون^۸ عنه قبل از عقد ضمان پدید آمده باشد، خواه خود تعهد هم تحقق پیدا کرده باشد خواه نه و خواه موضوع تعهد مضمون^۸ عنه کلیت داشته باشد خواه نه.

ج. مدت دار بودن ضمانت

بحث حقوقی که در این زمینه صورت گرفته این است که بعضی گفته اند ضمانتی که ضامن از مالی

میکند باید مؤجل باشد؛ یعنی حتی اگر دینی که به عهده مضمون^۸ عنه است حال باشد، ضمانتی که از آن صورت می گیرد باید مؤجل باشد. همچنین در صورتی نیز که دین مؤجل باشد، مثلاً زید عهده دار تأدیه ی هزار تومان به عمر و پس از یک ماه باشد، در این مورد اگر ضامن بخواهد به نحو حال یعنی فعلاً ضمانت تأدیه ی دین مؤجل را بنماید

بعضی از فقها صحیح نمی دانند زیرا ضامن دین را به نحوی که هست بدون تغییر باید ضمانت نماید و اگر بخواهد فعلاً دین را تأدیه نماید به منزله ی ایجاب مال می یابد؛ یعنی هنوز دین مفروض لازم التأدیه نشده تا اینکه ضامن آن را فعلاً تأدیه نماید. ولی عده ای از فقها ضمانت حال را از دین مؤجل صحیح دانسته اند و گفته اند که تأجیل در دین موجب تعلیق در ضمان نیست بلکه تأجیل در تأدیه ی 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.

امام خمینی قدس سره ضمان دین حال را به صورت حال و مؤجل و ضمان دین مؤجل به صورت مؤجل و حال و نیز ضمان دین مؤجل را برای مدتی دیرتر یا زودتر از موعد سررسید آن جایز دانسته اند.

بر طبق ماده ۶۹۲ قانون مدنی ایران، در دیونی که حال باشد، ضمانت کننده میتواند برای تأدیه آنها سررسیدی را معین کند، و در دیونی که مدت دار باشند، می تواند تعهد پرداخت فوری آنها را به نماید

در این زمینه که آیا رضایت مضمون عنه موجب می شود که ضمانت حال از دین مؤجل صحیح دانسته شود نیز بحث به میان آمده است. < بعضی از فقها از جمله محقق (قدس سره) اشعار داشته اند که در موردی که دین مؤجل باشد و ضامن به اذن مضمون عنه ضمانت حال نماید صحیح نمی باشد و همچنین هرگاه تأدیه دین دو ماه مثلاً باشد. و ضامن ضمانت تأدیه دین را در کمتر از دو ماه نماید، در این مورد، ضمانت را صحیح ندانسته و اشعار داشته است که ضمانت فرع بر اصل دین می باشد و چون اصل دین در دو ماه یا یک ماه بعد باید تأدیه گردد ضمان تأدیه آن در کمتر از دو ماه یا بطور حال مخالف با اصل دین می باشد. 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 دانسته اند و گفته اند که تأدیه دین در اجل معین باعث تغییر هویت آن در اجل دیگر نیست تا آنکه ضمانت دین معجل را با دینی که تأدیه شود مخالف تصور نمود. >

د. تعلیق در ضمان

مسئله قابل توجه در بحث ضمانت موضوع تعلیق در ضمان است. ماده ۶۹۹ 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 هر گونه تعلیقی در عقد ضمان مبطل عقد نیست بلکه فقط تحقق یافتن نفس ضمان نمی تواند معلق به شرطی باشد اما اگر ضمان تحقق یافت، پرداخت وجه موضوع ضمانت ممکن است موکول به تحقق شرط باشد. بنابراین، هرگاه جمله ای که به عنوان ضمانت بکار

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

دیگر آنکه ممکن است قالب حقوقی تعهد را به صورت شرط ضمن العقد در آورد. مثل این که کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون معلق به عدم تأدیه او نماید که، در این صورت

، بر طبق ماده ۷۲۳ قانون مدنی ایران تعلیق به التزام مبطل نیست. در واقع، در چنین صورتی مصداق تعلیق در عقد ضمان وجود ندارد بلکه قرارداد طرفین بر مبنای دیگری غیر از مبنای ضمانت استوار شده است.

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 می کند فقط منحصر به مثالی نیست که در ماده ۶۹۹ 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.

ه. وصف بی قید و شرط بودن ضمانتنامه

...



...

منابع:

پاورقی :

۱. دکتر امامی : حقوق مدنی ، چاپ دانشگاه تهران ، ج ۲ ص ۲۵۲
۲. در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه مضمون عنه ، " اصیل " نامیده می شود .
۳. در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه شخص ضمانت کننده خوانده شده است .
۴. در مقررات فوق الذکر شخص ذینفع beneficiary نامیده شده است .

۵. bid یا tender

۶. بر طبق آئیننامه معاملات دوتبی، 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 می شود منظور مزایده نیز خواهد بود.

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

۹. بند ۵ ماده ۱۱ آئیننامه معاملات دولتی.

ریچارد دریس کول "نقش اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین المللی" ترجمه محسن

محبی مجله حقوقی سال اول شانزدهم زمستان ۱۳۵۳ صص ۱۳۲-۱۳۵

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

عدل: حقوق مدنی، چاپ چهارم، ص ۴۳۶.

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

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

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

دکتر لنگرودی، همان، ص ۱۶۲.

همان، ص ۱۷۳.

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

تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۷۶، مسئله ۶.

محمد اعتضاد، همان، ص ۸۳.

محمد اعتضاد، همان، ص ۸۲.

وجود مباحث پیچیده قانون مدنی در رابطه با ضمانت، در عمل مسائل عمده ای را پیش آورد بطوریکه بعضی از بانکهای صادرکننده ضمانتنامه در مقام دفاع از خود، به تحقق نیافتن سبب دین و یا به تعلیق در ضمان استناد جستند تا سرانجام، سازمان برنامه به کارفرمایان بخش عمومی توصیه کرد ضمانتنامه ها را به صورت تعهدنامه که مشمول ماده

۱۰ قانون مدنی ایران است در آورند . از این رو هم اکنون با آنکه عنوان ضمانتنامه‌های بانکی " ضمانتنامه " است متن آنها چیزی جز تعهدنامه نیست .

اینگونه ضمانتنامه‌ها در اصطلاح بین‌المللی ضمانتنامه‌های ساده Simple یا ضمانتنامه‌های عندالمطالبه نامیده شده‌اند .

برای ملاحظه بحثهای حقوقی مربوط به دعاوی توقیف و ابطال ضمانتنامه علی رغم بی‌قید و شرط بودن آن ، رک: " تقلب در معاملات " ترجمه محسن محبی ، مجله حقوقی ، ش ۲ ، صص ۵۳-۹۲.

الزام جنبه انفعالی و التزام انفعالی آن . کلمه " تعهد " ناظر به جنبه التزام یا جنبه انفعالی است (دکتر لنگرودی : همان ، ص ۱۰۰ ش ۱۰۳).

در بعضی از فسخ 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 .

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 .

دکتر لنگرودی ، عقد ضمان ، ص ۱۹۵.

همان ، ص ۱۹۵.

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

" ما بین وسیله این اعتبار اسنادی را به نفع شما صادر می‌کنیم که در مقابل برات (های) دیداری شما عهده این بانک قابل معامله است . برات باید در " تاریخ ... یا قبل از آن

برای معامله ارائه شود . این اعتبار اسنادی توسط برات دیداری شما عهده‌ما سی روز از تاریخ اظهارنامه امضاء شده در فرم و به شرحی که در پائین داده می‌شود، قابل معامله است ."

در اظهارنامه‌ای که در متن فوق به آن اشاره شده است تصریح می‌شود که به دلیل قصور مضمون‌له مطالبه وجه ضمانتنامه یا اعتبار اسنادی صورت گرفته است . اگر در اظهارنامه صاحباً به قصور مضمون‌له اشاره نشود ، معمولاً بانکهای ضامن درخواست ضبط وجه موضوع ضمانتنامه را رد می‌کنند .

قانون نمونه درباره‌ی داوری تجاری بین‌المللی (ترجمه فارسی همراه با متن انگلیسی)

مجله حقوقی، ش ۴ ، زمستان ۶۴، صص ۲۰۵ به بعد .