

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۷۹، تابستان ۱۳۹۵، ۱۹۵-۱۷۷

بررسی ضوابط عام حاکم بر قراردادهای تضمینی توثیقی در تجارت بین‌الملل با نگاهی به حقوق ایران

سمیرا سلیمان‌زاده*

دکتر محمدحسن صادقی مقدم** محمدحامد سلیمان‌زاده***

پذیرش: ۹۵/۲/۱۸

دریافت: ۹۴/۹/۲

تضمین / توثیق / قراردادهای تضمینی / قراردادهای توثیقی / تجارت بین‌الملل

چکیده

امروزه با توجه به کثرت و عدم قابلیت پیش‌بینی ریسک‌های تجاری و غیرتجاری در عرصه بازرگانی بین‌المللی، ایجاد امنیت در قراردادهای تجارت بین‌المللی بسیار پراهمیت است. قراردادهای برقرارکننده تضمین در حوزه بازرگانی بین‌المللی با در نظر داشتن دو ضرورت یادشده وظیفه ایجاد تضمین و امنیت در انواع قراردادهای تجاری بین‌المللی را بر عهده داشته و هریک از آن‌ها با توجه به ویژگی خاص و به اقتضای نیاز تجار، در حوزه‌های مختلف استفاده می‌شوند. اگرچه قراردادهای یادشده از حیث انواع، طیف وسیعی را دربرمی‌گیرند، اما می‌توان گفت نوعاً از ویژگی‌ها و نظامات واحدی تبعیت می‌کنند؛ این ویژگی‌ها عبارتند از: عهدی، تبعی، موقت، قابلیت انتقال، لازم، غیرمعین، معاوضی، تشریفاتی، منجز، مشروط، موجد و مغاینه‌ای. از این‌رو، پژوهش حاضر، با معرفی تعدادی از قراردادهای برقرارکننده حق تضمین در حوزه تجارت بین‌الملل، به معرفی ویژگی‌های یادشده به‌عنوان ضوابط عام این قراردادها می‌پردازد.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

** دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

*** دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه شیراز.

■ سمیرا سلیمان‌زاده، مسئول مکاتبات.

مقدمه

تضمین در لغت به معنای در میان خود جای دادن و در پناه خود آوردن است.^۱ در اصطلاح حقوقی، تضمین به معنای دادن وثیقه است.^۲ اما آشناترین واژه‌ای که به محض شنیدن تضمین به اذهان حقوقدانان خطور می‌کند «عقد ضمان» است که در معنای خاص کلمه عقدی است که به موجب آن شخصی مالی را بر عهده می‌گیرد که بر ذمه دیگری است. البته ضمان به معنای عام کلمه شامل حواله، کفالت و رهن، در حقیقت عقود است که برای تضمین به واسطه مال یا شخص ایجاد شده‌اند.^۳ مراد از قراردادهای تضمینی در تجارت بین‌الملل نیز قراردادهایی است که علاوه بر تضمین، مفید توثیق نیز هستند. هرچند از حیث تکنیک حقوقی، تضمین به معنای اشتغال ذمه یک فرد نسبت به دین ثالث و توثیق به معنای گرو گذاشتن یک مال برای یک دین است، اما تمام این نهادهای تضمینی توثیقی از این جهت که مفید امنیت در ایفای تعهدات در تجارت بین‌الملل هستند، را می‌توان در گروه بزرگ قراردادهای تضمینی جای داد؛ زیرا همه آنها پشتوانه عدم تخلف از انجام تعهد توسط متعهد در قراردادهای تجاری بین‌المللی‌اند.

در تجارت بین‌الملل همواره بحث تضمین بسیار پراهمیت است؛ زیرا این نوع تجارت متضمن گردش حجم وسیعی از اموال و اعتبارات میان مرزهای جغرافیای و مجازی کشورها است. در بند «۴» از قسمت ۳ ماده ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که توسط مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوقی تدوین شده و الگویی پذیرفته شده برای انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی است، تضمین مناسب در قراردادهای یادشده به عنوان یک اصل درج شده است^۴، همچنین، اصل یادشده علاوه بر اصل وجود تضمین، متذکر تناسب تضمین با قرارداد مورد نظر نیز می‌شود.^۵

۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۵۰)؛ ص ۲۰۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)؛ ص ۱۵۸.

۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)؛ ص ۲۲۳.

۴. طرفی که به‌طور معقول و متعارف، اعتقاد دارد عدم اجرای اساسی تعهد از سوی طرف دیگر، محقق خواهد شد، می‌تواند خواستار تضمین مناسبی برای اجرای مقرر شده باشد و در عین حال از اجرای تعهداتش خودداری کند و در صورتی که تضمین مزبور در مدت زمانی متعارف فراهم آورده نشود، به قرارداد خاتمه دهد.

5. Adequate assurance of the performance: a party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of the performance and may meanwhile hold it's own performance. If this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

از سوی دیگر، از دیرباز حوزه یادشده، در مواجهه با انواع خطرات تجاری و غیر تجاری بوده است. عدم ثبات در قوانین، عدم ثبات و امنیت اقتصادی، مسائل سیاسی، نوسانات ارزی، منازعات داخلی، سلب مالکیت، نقض مالکیت به دلایل سیاسی و اعمال محدودیت نقل و انتقال پول^۱، استنکاف خریدار از قبول کالای صادرشده یا خدمت انجام شده، عدم پرداخت بهای کالا یا خدمات در سررسید مقرر، عدم توانایی مالی خریدار به دلیل ورشکستگی، بروز جنگ یا حالت جنگ، اعمال سیاست‌های محدودیت واردات و صادرات، سلب مالکیت خریدار بر اثر ملی شدن یا مصادره اموال، همگی خطراتی هستند که علی‌رغم غیرقابل پیش‌بینی بودن، عامل بسیار مهمی در تشویق و عدم تشویق سرمایه‌گذاران خارجی برای سرمایه‌گذاری در یک کشور سرمایه‌پذیر است.

فعالان حوزه حقوق تجارت بین‌الملل در پاسخ به این نیاز، قراردادها و نهادهایی را طراحی و اجرا کرده‌اند که تا حد زیادی می‌تواند سرمایه‌های در گردش سرمایه‌گذاران را در برابر خطرات اجتناب‌ناپذیر یادشده، در حاشیه امن قرار دهد که این امر خود، موجب افزایش گردش مالی، کاهش هزینه مبادله و تقویت رشد اقتصادی می‌شود^۲. به نظر می‌رسد بحث امنیت در تجارت بین‌الملل در کشورهای در حال توسعه نسبت به کشورهای توسعه‌یافته اهمیت بسیار بیش‌تری دارد، زیرا به‌واسطه دارا بودن مواد اولیه، سرمایه‌گذاری در این کشورها به شیوه مستقیم انجام می‌شود و این شیوه سرمایه‌گذاری، ریسک بیش‌تری با خود به‌همراه دارد. این ابزارها طیف وسیعی را دربرمی‌گیرند: برخی از آن‌ها در تمام حوزه‌های تجارت بین‌الملل کاربرد داشته و برخی دیگر ویژه اموال و کالاهای فکری‌اند؛ برای مثال، محدودیت‌های مربوط به نوع و دامنه استفاده^۳، تعهدات وابسته یا ترتیبات پیوندی^۴، شروط انتقال معکوس^۵. همچنین، تضمین در این حوزه شکل متفاوتی داشته و به نظر می‌رسد از

۱. حدادی، مهدی (پاییز ۱۳۷۹)؛ ص ۱۱۴.

۲. نیلی، فرهاد، علوی، محمود (۱۳۸۳)؛ ص ۳۶۱.

۳. این نوع شرط برای تکنولوژی‌هایی است که چندین کاربرد و استفاده دارد و انتقال‌دهنده می‌تواند یک نوع استفاده را برای خود حفظ کرده و دیگری را انتقال دهد.

۴. این شرط در قراردادهای انتقال تکنولوژی به این معنا است که انتقال‌گیرنده متعهد می‌شود پاره‌ای کالاها یا تجهیزات را منحصراً از انتقال‌دهنده یا شخص دیگری به صورت معین بخرد. (ماندگار، مصطفی (۱۳۸۸)؛ ص ۱۶۲).

۵. این شروط که در قراردادهای انتقال تکنولوژی استفاده می‌شوند، عبارتند از شروطی که انتقال‌گیرنده را ملزم به انتقال معکوس هرگونه توسعه تکنولوژیک و نوآوری به‌عمل‌آمده در تکنولوژی انتقال‌یافته به انتقال‌دهنده می‌کند. (ماندگار، همان).

قواعد عام تضمین که در قراردادهای غیر از مالکیت فکری جاری است، تبعیت می‌کند.^۱ در عرصه بین‌الملل نیز نهادهایی تأسیس شده‌اند که صرفاً به ارائه خدمات تضمین در قراردادهای تجاری بین‌المللی به روش‌های یادشده می‌پردازند، مثلاً آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری^۲ و صندوق‌های پوشش ریسک^۳ از این قبیل نهادها هستند. در ایران نیز صندوق ضمانت صادرات برای پوشش ریسک تأسیس شده و این امر نشانگر اهمیت تضمین در قراردادهای تجاری بین‌المللی است.

در پژوهش حاضر، ضمن معرفی اجمالی نهادها و قراردادهای رایج در حوزه تجارت بین‌الملل برای ایجاد حق تضمین، در پی طرح و پاسخ به این پرسش است که آیا تمام قراردادهای برقرارکننده حق تضمین، در حوزه تجارت بین‌الملل از ضابطه عام ویژه این عقود پیروی می‌کنند یا خیر. در این صورت، این ضوابط کدامند.

پاسخ به این پرسش این فایده را دربردارد که هر تأسیس حقوقی جدیدی که خواهان برقراری حق تضمین است، باید این ویژگی‌ها را داشته باشد. در غیراین صورت نمی‌تواند یک نهاد تضمینی شمرده شود. به عبارت دیگر، شناسایی و برشمردن خصوصیات عمومی قراردادهای تضمینی و توثیقی در تجارت بین‌الملل می‌تواند به شناسایی بهتر این عقود برای بررسی شروط این دسته از قراردادها، تعدیل آن قراردادها و رفع اختلاف در موارد لازم با توجه به روح حاکم بر این دسته از عقود، کمک شایانی باشد.

قبل از ورود به بحث اصلی، لازم به یادآوری است که به‌طور سنتی و در تقسیم‌بندی‌های کلاسیک عقود معین، چند عقد با کارکرد تضمینی انشا شده است: عقد رهن^۴ که در آن با وثیقه قراردادن مالی و حبس آن، این تضمین برای مرتهن ایجاد می‌شود که در صورت تخلف، مدیون می‌تواند طلب خود را از محل آن وثیقه برداشت کند. عقد کفالت^۵ که به موجب آن، شخصی عهده‌دار حاضر کردن فرد مدیون در برابر طلبکار می‌شود و در صورت

۱. برای مثال در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ایران مصوب ۱۳۶۸ در باره تضمین سکوت شده و به قواعد عام ارجاع داده شده است. (میرشمسی، محمدهادی (۱۳۸۷): ص ۳۱۶).

2. Multilateral Investment Guarantee Agency.

3. Hedge Funds.

۴. ماده ۷۷۱ قانون مدنی: رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد.

۵. ماده ۷۳۴ قانون مدنی: حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالث منتقل می‌گردد.

عدم احضار وی بدون عذر موجه، باید مبلغ دین را به طلبکار بپردازد؛ و در نهایت عقد ضمان^۱ که با وثیقه قرارداد دمه شخص ضامن و الزام وی به پرداخت دین، ترکیبی از وثایق عینی و شخصی را در خود جمع کرده است. در عصر حاضر و در برخی موارد، از این ابزارهای سنتی استفاده نمی‌شود (نظیر کفالت) و یا ابزارهای یادشده به شیوه کلاسیک خود به کار نمی‌روند (مانند ضمان که به شکل ضمانت‌نامه بانکی استفاده می‌شود و ماهیت جدایی از عقد ضمان دارد و رهن که اغلب امروزه به‌ویژه در بازارهای سرمایه به شکل وثیقه گذاشتن سهام و وجه نقد، جلوه‌گر می‌شود). بنابراین، باید با توجه به شیوع استفاده از شیوه‌های جدید تضمین، با قراردادهای برقرارکننده این حق، آشنا شویم.

از آنجا که مقاله پیش رو، در مقام بیان ضوابط مشترک و درعین حال ویژه قراردادهای تضمینی توثیقی است، دیگر مجال توضیح نهادها و ابزارهای ویژه‌ای که تنها در حیطه خاصی از تجارت بین‌الملل کارساز است، ندارد. به‌عنوان مثال اتاق پایاپای و روش‌هایی که این اتاق برای کاهش ریسک معاملات حامل‌های انرژی در بورس انرژی به کار می‌بندد^۲ در این مقاله نمی‌گنجد و محتاج بحث تخصصی در جای دیگر است.

نکته دیگر در مقام تبیین قلمرو موضوعی این پژوهش، آن است که بسیاری از این قراردادها در قالب شرط در قراردادهای اصلی درج می‌شوند، اما از آنجا که تمام شروط، یک عقد تبعی هستند، همه آن‌ها ذیل قراردادهای برقرارکننده حق تضمین آورده شده‌اند. همچنین، در این پژوهش، فقط روش‌های رایج تضمین‌های بین‌المللی‌ای بررسی شده‌اند که قابل بررسی حقوقی و تطبیق با حقوق ایران هستند. بدیهی است این امر به‌معنای عدم امنیت سایر روش‌ها نیست. بیمه تغییرات در وضعیت بازارهای خارجی، بیمه نوسانات نرخ ارز، بیمه خطرهای مالی ناشی از محدود ساختن انتقال ارز و سلب مالکیت و آسیب‌های ناشی از جنگ و موارد مشابه و بیمه سرمایه‌گذاری از جمله سایر روش‌های مورد بحث است.^۳

به این منظور و به جهت مانوس کردن ذهن خوانندگان، مقاله پیش رو در دو بخش

۱. ماده ۶۸۴ قانون مدنی: عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد.
 ۲. در بورس انرژی ضمانت اجرای خاصی برای تخلف متعهد از انجام تعهد وجود دارد، حتی ضمانت اجرای کلاسیک حقوق قراردادها مثل فسخ و انفساخ هم به شیوه خاصی اعمال می‌شوند. (سلطانی، محمد، و خشایار اسفندیاری فرد (زمستان ۹۲)؛ ص ۱۶)
 ۳. سمیعی، سیاوش (پاییز ۱۳۷۴)؛ ص ۱۵.

کلی ارائه می‌شود. بخش نخست به معرفی اهم قراردادهای رایج در حوزه تجارت بین‌الملل می‌پردازد که خصیصه تضمینی و توثیقی دارند، و در بخش دوم ضمن برشمردن ویژگی‌های این قراردادها بر معرفی قدر متیقن ویژگی‌ها به خواننده تأکید شده است.

۱. معرفی اجمالی قراردادهای برقرارکننده تضمین و توثیق در تجارت بین‌الملل

همان‌طور که گفته شد، این قسمت به معرفی اجمالی قراردادهای برقرارکننده حق تضمین یا توثیق (که یا ابداعی هستند یا برمبنای همان عقود سنتی بنا شده‌اند، اما کارکرد جدید و تحول‌یافته‌ای به خود گرفته‌اند) اختصاص دارد.

۱-۱. ذخیره مالکیت^۱

شرط ذخیره مالکیت که اغلب در قراردادهای انتقال کالا در تجارت بین‌الملل استفاده می‌شود، متضمن این نوع امنیت است که مالکیت تا زمان تحقق یک شرط که مورد توافق طرفین است، به خریدار منتقل نمی‌شود^۱. این شرط می‌تواند پرداخت ثمن به فروشنده یا تسلیم کالا به خریدار باشد. در این بین و قبل از تحقق شرط، چنانچه خریدار به هر دلیلی - از جمله ورشکستگی - از ادای دین خود ناتوان شود، از آنجا که مالکیت هنوز از آن فروشنده است، حتی اگر کالا به خریدار تسلیم شده باشد، فروشنده می‌تواند تقاضای استرداد آن را بنماید. نظیر نهاد یادشده در حقوق داخلی و فقه امامیه بی‌سابقه نیست و می‌توان نهادهای مشابه با همین کارکرد را در حقوق داخلی یافت: نخست عقد معلق^۲ با تعلیق در منشأ و دوم خیار تفلیس^۳ - که البته دومی بیش‌تر در موارد ناتوانی خاص تجار در پرداخت دین به واسطه ورشکستگی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌منظور ایجاد چنین تضمینی کافی است که تجار یا در قرارداد جداگانه یا به موجب شرط - که اغلب همین‌طور

1. Retention of Title .

۲. سعیدی، محمدعلی، و غلامرضا یزدانی (پاییز و زمستان ۱۳۸۹)؛ ص ۵۵.

۳. ماده ۱۸۹ قانون مدنی: عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.

۴. نزدیک‌ترین ماده به این بحث ماده ۵۳۰ است که مقرر می‌دارد: «مال‌التجاره‌هایی که تاجر ورشکسته به حساب دیگری خریداری کرده و عین آن موجود است اگر قیمت آن پرداخت نشده باشد از طرف فروشنده ... قابل استرداد است». همچنین ماده ۳۸۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.»

است - توافق کنند تا زمان تحقق شرط خاصی، مالکیت برای بایع محفوظ باشد. لازم به ذکر است در حقوق انگلیس این شرط می‌تواند به صورت ساده یا تعمیم یافته اعمال شود. شرط ساده همان است که بیان شد، اما شرط تعمیم یافته به این شکل است که خریدار می‌تواند علی‌رغم عدم مالکیت، کالاها را به عنوان نماینده فروشنده، به فروش رسانده و یا در صورت امکان، در محصولات تولیدی به کار گیرد که در این صورت فروشنده به نسبت مواد به کار گرفته شده، تا زمان تحقق شرط در کل محصول، شریک است^۱.

۱-۲. ضمانت نامه بانکی بین‌المللی^۲

ضمانت نامه بانکی بین‌المللی نیز یکی از ابزارهایی است که برای ایجاد امنیت در تجارت بین‌الملل استفاده می‌شود. این قرارداد با دخالت اصیل میان ذی‌نفع و بانک گشایشگر منعقد می‌شود. این قرارداد متضمن تعهد غیرقابل برگشت یک بانک به پرداخت وجه مورد ضمانت به ذی‌نفع، در صورت عدم ایفای تعهدات توسط متعهد است. بانک را ضامن، شخص متعهد را مضمون‌عنه و شخص ثالث را ذی‌نفع می‌گویند. طرفین قرارداد پایه در قرارداد خود قید می‌کنند که شخص متعهد ملزم به ایفای تعهدات قراردادی خود است و برای اطمینان از ایفای تعهدات خود، باید ضمانت نامه بانکی ارائه دهد تا ذینفع بتواند چنانچه متعهد از تعهدات خود سر باز زند، وجه ضمانت نامه را از بانک (ضامن) مطالبه کند^۳. ضمانت نامه بانکی بین‌المللی با عقد ضمان سنتی این تفاوت را دارد که از تعهد پایه مستقل است و حتی اگر تعهد پایه به هر دلیلی باطل باشد، می‌توان وجه آن را مطالبه کرد. فایده این مشخصه زمانی ظاهر می‌شود که ضمانت نامه که سندی قابل انتقال است^۴، به شخص دیگری منتقل شده باشد^۵. به عبارت دیگر، ایرادات تعهد پایه به تعهد موضوع ضمانت نامه سرایت

۱. اشمیتوف، کلایوام (۱۹۹۴)؛ ص ۱۹۴.

۲. ضمانت نامه‌های بانکی بین‌المللی انواع مختلفی دارند: از جمله ضمانت نامه خارجی و بانکی (از حیث ذی‌نفع)، ضمانت نامه قابل انتقال و غیرقابل انتقال، ضمانت نامه دیداری، ضمانت نامه متقابل، ضمانت نامه پرداخت و پیش‌پرداخت، ضمانت نامه حسن انجام کار، ضمانت نامه استرداد وجه الضمان، شرکت در مناقصه و... (کاشانی، محمود (پاییز و بهار ۱۳۷۵-۱۳۷۴)؛ «ضمانت نامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، ص ۱۴۵). همچنین ر.ک به: گلریز، حسن (اسفند ۱۳۶۶)؛ ص ۹۲.

3. Oxford University; (2003), p.245.

۴. ماده ۴ قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت نامه‌های عندالمطالبه و ماده ۱۰ کنوانسیون آنسترال در خصوص ضمانت نامه‌های مستقل و اعتبارات انتظاری.

۵. شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۶)؛ ص ۱۰۷.

نمی‌کند، امری که در عقد ضمان سنتی به‌طور کامل مشهود است. هم‌چنین عقد ضمان سنتی از حیث حدوث و بقا تابع تعهد پایه است، این در حالی است که بقای ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی به تعهد پایه وابستگی ندارد^۱. بارزترین شکل تضمین و امنیت در تجارت بین‌الملل در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۲ مشهود است که تحت مقررات URDG^۳ است. در این ضمانت‌نامه‌ها، ذی‌نفع به محض ارائه سند، حق دریافت وجه ضمانت‌نامه را دارد. لازم به ذکر است چنین ضمانت‌نامه‌هایی با توجه به قابلیت گردش^۴ و نقدشوندگی بالایی که دارند، طبق مقررات یادشده همواره قابل انتقال‌اند. البته مقررات موسوم به URCB^۵ که درباره ضمانت‌نامه‌های قراردادی است، در خصوص ضمانت‌نامه‌های عادی نیز اجرا می‌شود. هم‌چنین، این مقررات زمانی اجرا می‌شوند که طرفین در قرارداد پایه خود به اجرای مقررات یادشده اشاره کرده باشند^۶.

باید توجه داشت که انواع مختلف ضمانت‌نامه‌ها امروزه در بانک‌های داخلی کشور در حال صدور است و علاوه بر مقررات عام راجع به ضمانت‌نامه‌های بانکی، برای دسته‌های خاصی از قراردادها نیز، ضوابط خاص برای صدور ضمانت‌نامه تدوین و تصویب شده است (از جمله آئین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۸۱/۴/۱). لازم به ذکر است که امروزه صندوق‌ها و شرکت‌هایی به امور ضمانت قراردادهای تجاری بین‌المللی تخصص یافته و به این امر می‌پردازند اما تفصیل چگونگی فعالیت‌شان در این مقاله نمی‌گنجد^۷.

۳-۱. اعتبارات اسنادی^۸

اعتبار اسنادی به‌عنوان یک شرط یا قرارداد مطمئن در کنار قراردادهای تجاری بین‌المللی و

۱. به مناسبت بحث از مقایسه یک نهاد جدید که صورت تغییر شکل یافته ضمان سنتی است، خوب است به بیمه‌های اعتبار هم اشاره شود، بیمه‌های اعتبار که متضمن پذیرش تعهد مدیون به پرداخت دین در صورت ناتوانی او است، کارکردی شبیه عقد ضمان سنتی دارند. (شاکرین، مهدی (پاییز ۱۳۷۳)؛ ص ۸۷).

۲. ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه همان ضمانت‌نامه‌های غیرمشروط و یا ضمانت‌نامه‌های بانکی‌اند. زیرا بیش‌تر ضمانت‌نامه‌های بانکی از این نوع هستند که به‌محض مطالبه ذینفع قابل دریافت‌اند و از این جهت به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه شهرت یافته‌اند.

3. Uniform Rules for Demand Guarantees (2010).

4. Negotiability

5. Uniform Rules for Contract Bonds (1993).

۶. شیروی، عبدالحسین (پاییز ۹۲)؛ ص ۲۷۹.

7. West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages (1988); pp.277 & 278.

8. Letter of Credit.

تحت مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی^۱ وجود دارد.^۲ این قرارداد تضمینی هم نوعاً در معاملات استفاده می‌شود که موضوعشان تجارت کالا است. کارکرد تضمینی این شیوه به این شکل است که بانک خریدار، تعهد و التزام کتبی در مقابل فروشنده برعهده می‌گیرد که به موجب این تعهد، وقتی فروشنده اسناد حمل کالا را به بانک ارائه داد،^۳ بعد از رویت اسناد و تأیید صحت آنها، وجه را به او می‌پردازد. البته بانک می‌تواند این پرداخت را خود انجام دهد یا به بانک دیگری واگذار کند. همچنین، می‌تواند وجوه را مستقیماً به فروشنده بپردازد یا به شخص ثالثی که فروشنده تعیین کرده، حواله دهد.^۴ مشهورترین نوع اعتبار اسنادی^۵ که برای ایجاد تضمین استفاده می‌شود، اعتبار اسنادی تضمینی^۶ است که علاوه بر کارکرد ابتدایی خود (که همان پرداخت مطمئن است)، همانند ضمانت‌نامه‌ها روشی برای تضمین اجرای تعهدات متعهد است. زیرا تعهد پرداخت زمانی اجرا می‌شود که تعهد اولیه به‌درستی انجام نشده باشد، بنابراین، همانند ضمانت‌نامه‌ها در موارد استثنایی، پرداخت وجه انجام می‌شود. البته این نوع اعتبار اسنادی با اعتبار اسنادی عادی این تفاوت را دارد که هم پرداخت نقش ثانوی را ایفا می‌کند و هم این که ذی‌نفع اعتبار اسنادی همان متعهد قرارداد اصلی است. این در حالی است که ذی‌نفع اعتبار اسنادی تضمینی فردی است که متعهد در

1. UCP or Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.

۲. یکی از روش‌های تضمین در کنار اعتبارات اسنادی، روش وصولی اسنادی است. به موجب این روش، صادرکننده اسناد حمل کالا را با دستورالعمل‌هایی دقیق به بانک خود می‌دهد که آن‌ها را از طریق بانک وصول کننده، در کشور واردکننده ارائه دهد. بانک وصول کننده تنها هنگامی اسناد مزبور را به خریدار تحویل می‌دهد که او تمام شرایطی را که فروشنده تعیین کرده است، اجرا کند. این روش در برابر اعتبار اسنادی تضمین ضعیف‌تری به متعهدله می‌دهد و با وجود اعتبار اسنادی چندان مرسوم نیست، لذا از تفصیل آن خودداری کریم. (طارم‌سری، مسعود (۱۳۷۷)؛ ص ۱۲۹).

3. Carr, Indira (2005); *International Trade Law*, Third Edition, Dehli, Library of Congress Cataloguing Press, p496

4. Legal Aspects of Trade Finance, Chatterjee, C-auctor (2006); p.59.

۵. اعتبارات اسنادی انواع مختلفی دارند که برخی از آن‌ها عبارتند از: اعتبار اسنادی ترازیت و داخلی، اعتبار اسنادی گردان، اعتبار اسنادی ماده قرمز، اعتبار اسنادی وارداتی و صادراتی، اعتبار اسنادی فعال و غیرفعال، اعتبار اسنادی فاینانس و یوزانس، اعتبار اسنادی دیداری یا مدت‌دار، اعتبار اسنادی برگشت‌پذیر یا برگشت‌ناپذیر، اعتبار اسنادی تأییدشده یا تأییدنشده، اعتبار اسنادی قابل انتقال و غیرقابل انتقال (که در این مقاله مجال معرفی هر یک وجود ندارد و به ذکر نام آن‌ها بسنده می‌کنیم). البته دو نوع اصلی اعتبارات اسنادی همان دو نوعی است که در متن مقاله ذکر شد؛ یعنی تجاری و تضمینی. (گاٹو ایکس بانک، روس پی بوکلی (۱۳۸۵)؛ ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی، «منشأ اعتبارات اسنادی و منابع آن»، ترجمه ماشالله بنانیاسری، ص ۳۰۹؛ و نیز ر.ک. به Hans Van Houtte, (1995), pp 274 -279.

6. Guarantee Letter of Credit.

برابر او از اجرای تعهدش تخلف ورزیده است.^۱ از حیث شمول دامنه استفاده، اعتبارات اسنادی تجاری بیش تر در حوزه تجارت بین الملل کاربرد دارند، اما اعتبارات اسنادی تضمینی علاوه بر تجارت بین الملل در حوزه تجارت داخلی هم با استقبال بیش تری نسبت به اعتبار اسنادی تجاری مواجه شده است.^۲ البته علی رغم این تفاوت ها، به موجب کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۳، این دو دسته ابزار تحت شمول یک دسته مقررات قرار گرفته اند.

لازم به ذکر است هم اکنون در حقوق بانکی ایران، گشایش اعتبارات اسنادی تابع دستورالعمل اعتبار اسنادی ریالی است که در تاریخ ۹۱/۹/۷ توسط شورای پول و اعتبار تصویب و به بانک ها و ابلاغ شد.

۱-۴. رهن های بین المللی^۴

عقد رهن که از دیرباز نمونه بارز حبس مال و ایجاد امنیت برای ذی نفع بوده است، از جمله قراردادهای تضمینی است که ضمن حفظ کارکرد سنتی خود (که همان به وثیقه درآمدن مال به منظور استفاده از آن در صورت عجز از ادای دین، توسط متعهد به نفع متعهدله است^۵)، موضوعات جدیدی را که در گذشته امکان به رهن گذاشتن شان نبود، تحت شمول خود درآورده و از این حیث، کارکرد جدیدی یافته است. برای مثال در گذشته که هم تنوع اموال اعتباری مانند سهام به شکل کنونی نبوده و هم نیاز به رهن گذاشتن شان به اندازه عصر حاضر احساس نمی شد، شاهد به رهن گذاشتن انواع سهام^۶ و اموال فکری^۷ به عنوان پشتوانه ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در تجارت بین الملل نبودیم؛ امری که امروزه شاهد رشد روزافزون آن هستیم و به نظر می رسد در برابر شیوه سنتی عقد رهن، چنین تجدیدنظری در موازین داخلی مربوط به رهن های بین المللی، ضروری باشد.^۸ همچنین، امکان به رهن

۱. مافی، همایون، و مهدی فلاح (تابستان ۹۲)؛ ص. ۱۶۲.

2. Dolan, John, Pratt and Sons (2007); p.7 .

3. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit.

4. International Mortgages.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)؛ ص ۴.

۶. سلطانی، محمد، و حامد اخوان هزاوه (بهار ۱۳۹۱)؛ ص ۱۴۱.

۷. کریمی، عباس، و محمد معین اسلام (تابستان ۱۳۸۷)؛ ص ۳۲۳.

۸. نصیری، مرتضی، بی تا، ص ۷۸. همچنین؛ صادقی مقدم، محمدحسن، و امین قاسم پور (زمستان ۱۳۹۳)؛ ص ۱۵۱.

گذاشتن وجه نقد، از دیگر تحولاتی است که قراردادهای مدرن تجارت بین‌الملل در حوزه موضوع عقد رهن، ایجاد نموده است. علاوه بر تحولی که در زمینه موضوع عقد رهن ایجاد شده است، کارکرد این عقد هم به تبع آن تحول یافته است، عقدی که در گذشته در هنگام تخلف از اجرای تعهدات قراردادی مورد استفاده قرار می‌گرفت، امروزه در هنگام تخلف از انعقاد عقد نیز، مورد استفاده قرار می‌گیرد. وجه تضمین اولیه^۱ در قراردادهای آتی واجد هر دو مشخصه یادشده است، زیرا هم متضمن به رهن گذاشتن وجه نقد است و هم از این جهت استفاده می‌شود که طرف معامله از انعقاد قرارداد سرباز نزنند.

برخی رهن‌های ویژه بین‌المللی، مانند رهن‌های دریایی تابع مقررات خاصی قرار گرفته‌اند، این گونه رهن‌ها تحت مقررات کنوانسیون بروکسل^۲ مصوب ۱۹۹۳ هستند که ایران نیز در سال ۱۳۴۵ به آن ملحق شده است.

۲. ویژگی‌های عمومی قراردادهای تضمینی توثیقی در تجارت بین‌الملل

با معرفی اختصاری قراردادهای تضمینی و توثیقی در تجارت بین‌الملل که همگی در گروه قراردادهای تضمینی به معنای عام کلمه جای می‌گیرند، و با معرفی تفصیلی رایج‌ترین آن‌ها، می‌توان به روش استقراء، تعدادی ویژگی را که خاص این دسته عقود است، استخراج کرد. البته لازم است این نکته بسیار مهم را در نظر داشت که بدون شک تمام قراردادها – اعم از این که در دسته عقود تضمینی قرار گیرند یا خیر – باید از تمام ضوابط قواعد عمومی قراردادها تبعیت کنند. برای مثال، سیطره مقررات امری ماده ۱۹۰ قانون مدنی^۳، همواره عقود تضمینی را نیز شامل می‌شود. چنانچه در یک قرارداد تضمینی طرفین اهلیت نداشته باشند، قرارداد به‌طور قطع باطل است. اما تبعیت از یک‌سری ویژگی‌ها خاص دسته قراردادهای تضمینی است: عهدی بودن، تبعی بودن، موقت بودن، قابلیت انتقال، لازم بودن، مهم بودن شخصیت متعهد، غیرمعین بودن، معاوضی بودن، تشریفاتی بودن، منجز بودن،

۱. وجه تضمین اولیه وجهی است که از طرفین قرارداد آتی برای جلوگیری از امتناع از انجام قرارداد آتی در قالب شرط ضمن عقد دریافت می‌شود و میزان آن در قرارداد آتی تعیین می‌شود.

2. International Convention On Mortgages And Maritime Liens. (UNTC) (1993).

۳. ماده ۱۹۰ قانون مدنی: «برای صحت معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آن‌ها (۲) اهلیت طرفین (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد (۴) مشروعیت جهت معامله».

مشروط بودن، موجد بودن، مغایره‌ای بودن و اساسی بودن تعهد به ارائه اطلاعات به عنوان یک مشخصه مهم را می‌توان از اوصاف ویژه این عقود دانست.^۱

۲-۱. عهدی بودن^۲

قراردادهای تضمینی عهدی‌اند زیرا اثر اصلی‌شان ایجاد یک تعهد برای متعهد قرارداد یاد شده (و نه متعهد قرارداد اصلی که تعهداتش به موجب قرارداد پایه مشخص شده است)، به منظور فراهم آمدن نوعی امنیت است. تعهد بانک در ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی و اعتبارات اسنادی، تعهد فروشنده به حفظ مالکیت خریدار و عدم انتقال آن به ثالث تا پایان تحقق شرط، تعهد مرتهن به استفاده از مال مورد وثیقه تنها در صورت تخلف مدیون، مؤید عهدی بودن این دسته قراردادها است.^۳

۲-۲. تبعی بودن

همواره وجود وسیله‌ای برای تضمین یک تعهد مسبق به وجود یک تعهد قبلی است.^۴ می‌توان به تعبیر اصولی گفت که مقدمه واجب یک تعهد به تضمین، تعهدی قبلی است. بنابراین، می‌توان گفت تبعی بودن اوصاف ویژه این دسته عقود است. البته منظور از تبعی بودن در برخی از این دسته قراردادها، تنها تبعیت در حدوث چنین عقودی است. در حالی که در بقا چنین تبعیتی مشاهده نمی‌شود.^۵ حیات قراردادهای اعتباراسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی، اگرچه در ابتدا به تعهد قبلی وابسته‌اند، اما در بقا تبعیتی از تعهد پایه ندارند و از تعهد پایه خود منفک می‌شوند و در میان ذی‌نفعان مختلف به گردش درمی‌آیند. بنابراین، قراردادهای تضمینی تبعی‌اند اما تبعیت در دسته‌ای از این عقود (یعنی اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی) مفهوم مضیقی داشته و تنها تبعیت در حدوث را شامل می‌شود در حالی که سایر قراردادها هم در ایجاد و هم در بقا تبعی هستند.

۱. البته در برخی از این عقود می‌توان انحرافی از قواعد عمومی نیز یافت و این امر خدشه‌ای به قاعده بودن اوصاف یاد شده وارد نمی‌کند، زیرا ما به دنبال به دست دادن یک قاعده هستیم و مامن عام الا و قد خص.

۲. عقدی که اثر اصلی آن ایجاد تعهد و نه مالکیت باشد را عقد عهدی می‌گویند. (کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)؛ ص ۷۵).

۳. البته از این حیث می‌توان استدلال کرد که شرط ذخیره مالکیت مفید تملیک است و عهدی نیست و عقد رهن مفید حق عینی تبعی است، اما به عقیده نویسندگان اگر اثر عقد را طبق یک حصر ثنائی به تعهد و ملکیت تقسیم کنیم، اثر شرط ذخیره مالکیت ایجاد مالکیت نیست بلکه تعهد به حفظ مالکیت است و اثر عقد رهن قطعاً تملیک نیست.

۴. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۰۰.

۵. این مسأله به‌طور نمونه در ماده ۳ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی مورد اشاره قرار گرفته است.

۲-۳. موقت بودن

قراردادهای تضمین توثیقی عمر محدودی دارند، یعنی، اثر آنها محدود به زمان مشخصی است. عمر شرط ذخیره مالکیت، اعتبار اسنادی، ضمانت‌نامه بانکی و رهن‌ها و وثایق، محدود به مدت زمانی است که در آن قراردادها ذکر شده است. یکی از مندرجات مهمی که در تمامی قراردادهای تضمینی به صورت نمونه درآمده است، مشخص نمودن مدت زمان تعهد متعهد در این قراردادها است.^۱ مشخصه یادشده خود، مویدی بر تبعی بودن این گونه قراردادها است، چرا که تا زمانی که تعهد پایه پایرجاست، تضمین آن نیز قابلیت بقا دارد.

۲-۴. قابلیت انتقال

از آنجا که قراردادهای یادشده متضمن عواید مالی قابل توجهی برای ذی‌نفع است، ذی‌نفع این گونه قراردادها می‌تواند عواید حاصل از قرارداد را به دیگری منتقل کند. دلیل مؤید دیگر مبنی بر قابلیت انتقال قراردادهای یادشده، این است که تعهدات مالی اغلب قائم به شخص نبوده و قابلیت انتقال در ذات آن‌ها نهفته است. بنابراین، می‌توان گفت این دسته قراردادها قابلیت انتقال را دارد. نکته مهمی که در این باره باید در نظر گرفت این است که قابلیت انتقال به معنای تجویز انتقال نیست، زیرا تجویز انتقال این عقود، باید در متن آن‌ها تصریح شود. به نظر می‌رسد چون قراردادهای یادشده متضمن تعهدات مالی سنگین برای متعهد است، لذا انتقال‌شان ممکن است که وی را در معرض تقلب یا ایفای ناروا قرار دهد. بنابراین، باید جواز انتقال در متن سند قید شود و مورد خواست دو طرف قرار گیرد. لزوم تصریح به قابلیت انتقال یا عدم چنین قابلیت، در متن قراردادهای نمونه تضمینی، خود مؤیدی است بر این امر که شرط مذکور قاعده عمومی این دسته از قراردادها است. شرط تصریح به قابل انتقال بودن اعتبار اسنادی در متن سند^۲، لزوم قید شدن قابلیت انتقال قرارداد در ضمانت‌نامه‌های بانکی (به استثنای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و ضمانت‌نامه‌های مستقل^۳)،

۱. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۰)؛ ص ۲۲۱.

۲. بند «ب» ماده ۳۸ یو سی پی ۶۰۰ (مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی).

۳. ماده ۴ قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و ماده ۱۰ کنوانسیون آنسیرال درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات انتظاری انتقال بدون قید و شرط این ضمانت‌نامه‌ها را پذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد هدف از وضع این قاعده درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی اعطای وصفی فراتر از تضمین به اسناد یاد شده است و آن قابلیت نقدشوندگی و برخورد با این اسناد به شکل وجه نقد برای توسعه تجارت بین‌الملل است.

لزوم رضایت مرتهن برای انتقال مال مرهونه، خود دلیلی بر قابلیت انتقال این قراردادها از یک سو و لزوم تصریح به امکان از قوه به فعل در آوردن این قابلیت، از سوی دیگر است.

۲-۵. لازم بودن

قراردادهای تضمینی توثیقی لازم‌اند^۱، لزوم تصریح به حق فسخ در چنین قراردادهایی نشانگر لازم بودن و اصل عدم امکان فسخ به صورت خودبه‌خودی در این قراردادها است؛ زیرا این قراردادها پشتوانه قوی تعهداتی‌اند که در قراردادهای تجاری بین‌المللی وجود دارد. اگر این قراردادها لازم نباشند، و متعهد هر زمان بتواند آن‌ها را برهم بزند، امنیت قراردادهای تجارت بین‌الملل به هم می‌خورد. می‌توان گفت متعهدله می‌تواند از قرارداد تضمینی صرف نظر کند اما چنین امری با توجه به این که طرفین معامله در فضای بین‌الملل و آکنده از تردید نسبت به یکدیگر، در حال معامله‌اند، دور از انتظار به نظر می‌رسد. در صورت پذیرش چنین احتمال ضعیفی، شاید در نهایت بتوان گفت این قراردادها از نظر متعهد لازم اما از منظر متعهدله جایز هستند.

۲-۶. غیر معین بودن

با توجه به تعریف عقود معین و غیرمعین در دکترین حقوق، عقود معین آن عقودند که از ابتدای تشریح در فقه سابقه دارند^۲، و عقود غیرمعین عقود هستند که مخلوق ذهن خلاق حقوقدانان و در واکنش به نیازهای تجاری روز وضع شده‌اند. دسته‌ای از این عقود از جمله بیمه‌ها، ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی و اعتبارات اسنادی به‌طور قطع از عقود غیرمعین و دسته‌ای دیگر مانند رهن‌های بین‌المللی نیز، چون از قواعد سنتی آن زمان تا حد زیادی فاصله گرفته‌اند، نمی‌توان گفت همان عقود معین هستند. از جمله این موارد توثیق سهام است که انحراف قابل توجهی را در ماهیت از رهن سنتی پیدا کرده است.

۲-۷. معوض بودن

عقود معوض عقود هستند که در ازای تعهدی که یک نفر می‌کند، تعهد دیگری در برابر آن از سوی طرف دیگر وجود دارد^۳. قراردادهای تضمینی از یک طرف متضمن تعهد ایجاد

۱. همان‌طور که می‌دانید عقد لازم عقدی است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند. (کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۳۹).

۲. همان، ص ۹۵.

۳. همان، ص ۱۱۳.

امنیت و تضمین اجرای تعهدات قراردادی‌اند و از سوی دیگر از آنجا که فراهم آوردن خدمات تضمین به رایگان انجام نمی‌شود، بنابراین، طرف متعهد در ازای این تضمینی که برای او ایجاد شده است، مبلغی به طرف قرارداد می‌پردازد؛ برای مثال، این وجه در اعتبارات اسنادی تحت عنوان پرداخت کارمزد به بانک توسط متقاضی گشایش اعتبار مطرح می‌شود.

۸-۲. تشریفات بودن

عقد تشریفات عقدی است که به جز عنصر ایجاب و قبول، به عامل دیگری برای تحقق نیاز دارد.^۱ این در حالی است که عقد رضایی تنها با ایجاب و قبول واقع می‌شود. با بررسی مختصر عقود تضمینی ضرورت کتبی بودن قراردادهای یادشده احراز می‌شود. با توجه به مقتضیات تجارت بین‌الملل، قرارداد شفاهی بیمه تجاری، ضمانت‌نامه بانکی، اعتبار اسنادی و رهن بین‌المللی را نمی‌توان تصور کرد. برای مثال طبق کنوانسیون بروکسل ۱۹۹۳، رهن کشتی باید با سند رسمی انجام شود. همچنین در دستورالعمل ضمانت‌نامه‌های بانکی ایران به لزوم کتبی بودن صدور، اصلاح و اتمام ضمانت‌نامه اشاره شده است.^۲

۹-۲. منجز بودن

عقد منجز عقدی است که تأثیر آن موقوف به امر دیگری نباشد و در برابر عقد معلق (عقدی که تأثیر آن وابسته به امر دیگری است) قرار می‌گیرد.^۳ به نظر می‌رسد اثر اصلی قراردادهای تضمینی تعهد متعهد قرارداد تضمینی به ایجاد امنیت برای ذی‌نفع تعهد اصلی و از سوی دیگر، تعهد متعهد قرارداد اصلی به پرداخت عوض به متعهد قرارداد تضمینی در ازای این اطمینان است که به محض انعقاد قرارداد محقق می‌شود؛ برای مثال تعهد بانک به جبران خسارت متعهدله قرارداد اصلی به موجب ضمانت‌نامه بانکی است که به محض انعقاد قرارداد، ضمانت میان بانک و متعهدله قرارداد اصلی محقق می‌شود. از سوی دیگر، مضمون‌عنه از همان لحظه انعقاد عقد متعهد است کارمزد بانک را به وی بپردازد.

۱. همان، ص ۸۸.

۲. ر.ک به بند ۴ مقدمه، ماده ۱۲، ماده ۱۸، ماده ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۳۲، دستورالعمل ضمانت‌نامه‌های بانکی مصوب ۹۳/۴/۱۰ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

۳. همان، ص ۵۱.

۲-۱۰. مشروط بودن

عقد مشروط، عقدی است که برای اجرای تعهدات مندرج در عقد، شرطی درج شده است. یعنی در صورتی تعهدات مندرج در عقد اجرا می‌شود که شرط تحقق یافته باشد. با توجه به این که عقود تضمینی پشتوانه اجرای تعهدات قراردادی‌اند، بنابراین، ماهیت‌شان با مشروط بودن پیوند خورده است، زیرا در صورتی خسارت ناشی از قرارداد به واسطه ضمانت‌نامه جبران می‌شود که تخلفی از انجام تعهد صورت گرفته باشد و در صورتی بانک اقدام به گشایش اعتبار در وجه ذی‌نفع می‌کند که اسناد حمل توسط فروشنده به بانک ارائه شده و بانک صحت‌شان را احراز کرده باشد.

۲-۱۱. مؤجل بودن

عقد مؤجل عقدی است که تعهدات مندرج در آن در زمان مشخص شده در عقد، اجرا می‌شود. از آنجا که این دسته قراردادها کارکرد ثانوی دارند، و زمانی به عرصه ظهور می‌آیند که تخلفی در اجرای قرارداد از سوی متعهد رخ دهد، لذا می‌توان گفت تعهدات مندرج در این قراردادها آنی نبوده و در زمانی جدای از عقد، اجرا می‌شوند؛ برای مثال، ضمانت‌نامه بانکی هنگامی استفاده می‌شود که متعهد قرارداد اصلی از تعهدات خود سرباز زده و متعهدله یا ذی‌نفع ضمانت‌نامه، تقاضای دریافت وجوه ضمانت‌نامه کرده باشد.

۲-۱۲. مغایبه‌ای بودن

عقود مغایبه‌ای عقود هستند که سود و زیان دو طرف معامله در قرارداد مدنظر قرار گرفته است و در برابر عقود مسامحه‌ای قرار می‌گیرد که در آن به سود و زیان طرفین معامله توجه چندانی نمی‌شود^۱ و هدف از انعقاد عقد، نه سود و زیان، بلکه هدف دیگری نظیر کسب رضای خدا در وقف است. عقود تضمینی به‌طور قطع از دسته عقود مغایبه‌ای محسوب می‌شوند. در تجارت بین‌الملل بدون تردید هیچ تاجری بدون این که سودی عایدش شود حاضر به تضمین قرارداد دیگری نمی‌شود. معاوضی بودن قراردادهای این دسته خود مؤیدی بر مغایبه‌ای بودن آنها است.

جمع‌بندی و ملاحظات

در قراردادهای تجاری بین‌المللی به دلیل تنوع و کثرت ریسک‌های تجاری و غیر تجاری نظیر محدودیت‌های وارداتی و صادراتی، سلب مالکیت، نوسانات نرخ ارز، بروز حالت جنگ و...، نیاز به تضمین در قرارداد یک نیاز اساسی است؛ به گونه‌ای که در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی هم به وجود تضمین متناسب و کارآمد، اشاره شده است. بدیهی است انتخاب هریک از روش‌های تضمین، نخست بر عهده طرفین و سپس بر عهده مشاوران‌شان است.

نمونه‌های فراوانی از تضمین در حوزه تجارت بین‌الملل وجود دارد که برخی از آن‌ها در واقع همان نهادهای تضمینی سنتی‌اند که کارکرد جدید و تحول‌یافته‌ای دارند؛ مانند رهن‌های بین‌المللی و برخی دیگر کاملاً جدید بوده و حاصل تراوشات فکری حقوقدانان در واکنش به نیازهای تجاری آن زمان خلق شده‌اند (نظیر اعتبارات اسنادی). لازم به ذکر است این قراردادها از قواعد عمومی همه عقود یعنی لزوم قصد و رضا، اهلیت، موضوع معین و جهت مشروع، پیروی می‌کنند، به جز این که یک سری شرایط خاص خود را دارند که می‌توان گفت ویژه این دسته از عقود است. با استقرای ناشی از مطالعه مختصری که در این خصوص حاصل شد، متوجه می‌شویم که این عقود دارای اوصاف زیر هستند:

عهدی، تبعی، موقت، قابلیت انتقال، لازم، غیر معین، معاوضی، تشریفاتی، منجز، مشروط، موجد و مغایره‌ای.

منابع

- اشمیتوف، کلایو ام (۱۹۹۴)؛ حقوق تجارت بین‌الملل، جلد اول، ترجمه اخلاقی، بهروز، فرهاد امام، سیدمحمد اسبقی، محمودباقری، امیرحسین طیبی فرد، و اسماعیل همت‌دوست، تهران، انتشارات سمت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)؛ حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- حدادی، مهدی (پاییز ۱۳۷۹)، «تحقیقی پیرامون تضمین‌های مالی برای سرمایه‌گذاری‌های خارجی در مقابل خطرات غیرتجاری»، مجله پژوهشنامه بازرگانی، ش ۱۶، صص ۱۱۳-۱۴۹.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۵۰)؛ لغت‌نامه، جلد ۵، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- سعیدی، محمدعلی، و غلامرضا یزدانی (پاییز و زمستان ۸۹)، «بررسی تطبیقی شرط ذخیره مالکیت»، آموزه‌های حقوقی، ش ۱۴، صص ۵۵-۸۸.
- سلطانی، محمد، و حامد اخوان هزاوه (بهار ۱۳۹۱)؛ «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، سال ۵، ش ۱۷، صص ۱۴۱-۱۶۱.
- سلطانی، محمد، و خشایار اسفندیاری فرد (زمستان ۱۳۹۲)، «کارکردهای بورس انرژی با تأکید بر تضمین ایفای تعهدات ناشی از معاملات»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۲۴، سال ششم، صص ۱۳۹-۱۷۴.
- سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۰)؛ حقوق معاملات بین‌المللی، چاپ دوم، تهران، انتشارات ققنوس.
- سمیعی، سیاوش (پاییز ۱۳۷۴)؛ «نقش بیمه در تضمین سرمایه‌گذاری‌های خارجی در مناطق آزاد»، پژوهشنامه بیمه، صص ۱۵۱-۱۵۴.
- شاکرین، مهدی (پاییز ۷۳)؛ «نقش بیمه در بازار سرمایه و تضمین امنیت سرمایه‌های ملی»، پژوهشنامه بیمه، ش ۳۵، صص ۸۰-۹۱.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۶)؛ «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۲، صص ۱۰۷-۱۲۶.
- شیروی، عبدالحسین (پاییز ۱۳۹۲)؛ حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت.
- صادقی‌مقدم، محمدحسن، و امین قاسم پور، «رهن منفعت» (زمستان ۱۳۹۳)؛ مجله فقه و حقوق اسلامی، دوره ۵، ش ۹، صص ۱۲۳-۱۵۹.
- طارم‌سری، مسعود (۱۳۷۷)؛ حقوق بازرگانی بین‌المللی، چاپ اول، شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)؛ حقوق مدنی، عقود اذنی و وثیقه‌های دین، تهران، انتشارات به نشر.
- کاشانی، محمود (پاییز و بهار ۱۳۷۵-۱۳۷۴)؛ «ضمانت‌نامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷، صص ۱۳۷-۱۹۰.
- کریمی، عباس، و محمد معین اسلام (تابستان ۱۳۸۷)، «رهن اموال فکری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۲، صص ۳۱۵-۳۲۴.

- گائو ایکس یانگ، روس بی بوکلی (۱۳۸۵)؛ «ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبار اسنادی»، منشأ اعتبار اسنادی و منابع آن، ترجمه ماشالله بنانیاسری، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳۵، صص ۳۰۵-۳۴۵. گلریز، حسن (۱۳۶۶)؛ واژه‌ها و اصطلاحات مهم در تجارت بین‌المللی، تهران، چاپ آذروش.
- مافی، همایون، و مهدی فلاح (تابستان ۹۲)؛ «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱۰، صص ۱۴۳-۱۶۶.
- ماندگار، مصطفی (۱۳۸۸)؛ «انتقال قراردادی تکنولوژی در حقوق تجارت بین‌الملل»، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- میر شمسی، محمد هادی (۱۳۸۷)؛ «قراردادهای انتقال و بهره‌برداری از حقوق مالکیت صنعتی»، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- نیلی، فرهاد، و محمود علوی (۱۳۸۳)؛ «اثر تضمین قراردادها بر عملکرد اقتصادی»، مجموعه مقالات سیزدهمین کنفرانس سالانه سیاست‌های پولی و ارزی، صص ۳۵۵-۳۹۰.
- نصیری، مرتضی (بی‌تا)، حقوق تجارت بین‌المللی، تهران، چاپ پیکان.
- Carr, Indira (2005); *International Trade Law*, Third Edition, Delhi, Library of Congress Cataloguing Press.
- Chatterjee, C-auctor (2006); *Legal Aspects of Trade Finance*, London & New York, Routledge.
- Dolan, John, Pratt and Sons (2007); *The Law of Letters Of Credit*, 4th Edition, pp.7-36.
- Hans Van Houtte (1995); *The Law of International Trade*, London, Sweet and Maxwell Press..
- Oxford University (2003); *A Dictionary of Businesses*, New York, Oxford University Press.
- West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages* (1988); west pub co-st.