

مطالعه تطبیقی اعتبار اسنادی تضمینی با عقد ضمان در قانون مدنی ایران

همایون مافی

استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

✉ alifarhanipناه@gmail.com

کلیه حقوق مافی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

چکیده: اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان، هرچند هر دو به منظور تضمین ایفای تعهدات به کار می‌روند، از حیث مبانی نظری، ساختار حقوقی و کارکرد عملی تفاوت‌های بنیادینی دارند. اعتبار اسنادی تضمینی، مبتنی بر اصولی چون استقلال از قرارداد پایه، اصالت تعهد بانک، سندمحوری، تعلیق بر ارائه اسناد و حمایت از ذی‌نفع، ابزاری کارآمد در تجارت بین‌الملل به شمار می‌رود که شفافیت، سرعت و اطمینان در اجرای تعهدات را تقویت می‌کند. در مقابل، عقد ضمان ریشه در حقوق مدنی دارد، بر تبعیت از دین اصلی، ماهیت ثانوی و مشروط تعهد ضامن و احراز تخلف واقعی مدیون استوار است و بیشتر بر بستر روابط سنتی و نظام‌های حقوق داخلی کاربرد دارد. این پژوهش با رویکرد تحلیلی-مفهومی و تطبیقی به تبیین این دو نهاد پرداخته و کارایی نسبی آن‌ها را در پاسخ به نیازهای حقوقی و اقتصادی تحلیل می‌کند. نتایج تحلیل نشان می‌دهد که اعتبار اسنادی تضمینی در معاملات بین‌المللی و عقد ضمان در روابط داخلی از کارایی بیشتری برخوردارند و هر یک در قلمرو خاص خود، مکمل دیگری محسوب می‌شوند. بر این اساس، انتخاب سازوکار تضمینی مناسب باید با توجه به ماهیت تعهد، بستر حقوقی و مقتضیات تجاری صورت بگیرد. این پژوهش ضمن تحلیل تطبیقی اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان، از منظر نیازهای رویه قضایی ایران نیز قابل بهره‌برداری است و می‌تواند در تبیین ماهیت تعهد بانک و تمایز آن از ضمان مدنی برای دادگاه‌ها و مراجع داورى موثر واقع شود.

واژگان کلیدی: اعتبار اسنادی تضمینی، ضمان، تعلیق، تعهدات، مطالعه تطبیقی

استناد: مافی، همایون و فرحانی‌پناه، علی. (۱۴۰۵). مطالعه تطبیقی اعتبار اسنادی تضمینی با عقد ضمان

در قانون مدنی ایران. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۳۱ (۱۱۵)، ۲۱۷-۲۴۸.

<https://doi.org/10.22034/ilvi.2026.2069928.1448>

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.



مقدمه

در نظام‌های حقوقی مدرن، تضمین اجرای تعهدات به‌عنوان یکی از پایه‌های اصلی روابط تجاری و حقوقی، نقشی حیاتی در کاهش مخاطرات مالی و تقویت اعتماد میان طرف‌های معامله ایفا می‌کند. این ضرورت، به‌ویژه در جهانی که تجارت فراتر از مرزها گسترش یافته و پیچیدگی‌های اقتصادی رو به افزایش است، ابزارهای حقوقی مختلفی را می‌طلبد که هر یک با ویژگی‌ها و کارکردهای خاص خود، پاسخگوی نیازهای متفاوتی هستند. در این رهگذر، اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان به‌عنوان دو نهاد اساسی در تضمین تعهدات، از جایگاه ویژه‌ای برخوردارند. این دو ابزار، اگرچه در هدف کلی خود یعنی تأمین امنیت مالی اشتراک دارند، اما در ساختار، مبانی حقوقی، و کاربرد عملی تفاوت‌هایی اساسی نشان می‌دهند که شناخت دقیق آن‌ها نه تنها به درک بهتر کارکردشان کمک می‌کند، بلکه در گزینش شایسته‌ترین ابزار متناسب با نیازها و اقتضانات هر معامله راهگشا است. اعتبار اسنادی تضمینی، که ریشه در مقررات بین‌المللی^۱ دارد، ابزاری مستقل و اسنادمحور است که به‌طور خاص برای پاسخگویی به نیازهای تجارت جهانی طراحی شده است. این نهاد با تکیه بر استقلال تعهد بانک صادرکننده، فارغ از مناقشات قرارداد پایه، پرداخت سریع و شفاف را برای ذی‌نفع تضمین می‌کند و به این ترتیب، ریسک عدم اجرا را در پروژه‌های بین‌المللی به حداقل می‌رساند. در مقابل، عقد ضمان (تضامنی طولی)، که در نظام حقوقی داخلی شکل گرفته، نهادی تبعی و وابسته به دین اصلی است که اجرای آن به احراز تخلف مدیون اصلی (مضمون‌عنه) تنیده شده و گره خورده و از این رو، بیشتر در چارچوب روابط داخلی و سنتی کاربرد دارد. این تفاوت در مبانی حقوقی، که یکی بر استقلال و دیگری بر تبعیت استوار است، به تمایزات عمیق‌تری در ساختار و عملکرد این دو ابزار منجر می‌شود و پرسش‌هایی اساسی را در تحلیل تطبیقی آن‌ها مطرح می‌سازد. نیاز به مقایسه این دو ابزار از آن رو اهمیت می‌یابد که انتخاب نادرست میان آن‌ها می‌تواند پیامدهایی چون تأخیر در پرداخت، افزایش هزینه‌های قضایی، یا حتی ناکامی در تأمین امنیت مالی را به دنبال داشته باشد. برای نمونه، در معاملات بین‌المللی که سرعت و قطعیت اولویت دارند، وابستگی ضمان به اثبات تخلف ممکن است کارایی را کاهش دهد، در حالی که در روابط داخلی مبتنی بر اعتماد، استقلال اعتبار اسنادی تضمینی ممکن است بیش از حد سختگیرانه و فاقد انعطاف‌پذیری لازم برای پاسخگویی به سایر نیازهای متنوع به نظر برسد. مسائل مربوط به تعاریف اصطلاحات و تفاسیر متفاوت بین این دو ساختار حقوقی، در سیستم‌های قانونی گوناگون همچون

۱. کنوانسیون آنسیرال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی (۲۰۰۰): عرف‌ها و رویه‌های اعتبارنامه‌های بین‌المللی (ISP98) (۱۹۹۹)؛ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP)، ماده ۱.

نظام‌های حقوقی کامن‌لا و حقوق نوشته موجب تمایزاتی در رویه قضایی و کاربردهای عملی شده است. این امر اهمیت مطالعات مقایسه‌ای در این حوزه را بیش از گذشته برجسته می‌سازد. در کشورهای که هر دو ابزار در عمل به کار گرفته می‌شوند، چالش‌هایی را در تطبیق آن‌ها با نیازهای اقتصادی مدرن ایجاد کرده است. پژوهش حاضر با رویکردی تحلیلی، به بررسی تطبیقی این دو ابزار حقوقی می‌پردازد و با تمرکز بر تمایزات ساختاری و عملی آن‌ها را در نظام‌های حقوقی مدرن بررسی و تحلیل می‌کند. این مطالعه نه تنها به دنبال تبیین ویژگی‌های ذاتی هر یک از این نهادها، بلکه در پی تحلیل تأثیر این تفاوت‌ها بر کارایی و کاربرد آن‌ها در حوزه‌های مختلف است. از این رو، سؤال اصلی مطرح در این پژوهش این است که تفاوت‌های ساختاری و عملی میان اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان چیست و این تفاوت‌ها چگونه بر کاربرد آن‌ها اثر می‌گذارد؟ این پرسش، که محور تحلیل‌های بعدی را تشکیل می‌دهد، امکان می‌دهد تا با نگاهی دقیق‌تر به مبانی، ویژگی‌ها و پیامدهای عملی این دو ابزار، درک جامع‌تری از جایگاه آن‌ها در تضمین تعهدات به دست آورده شود. در این راستا، پژوهش در سه گفتار اصلی سازمان‌دهی شده است. گفتار نخست به استقلال تعهد بانک‌گشاینده اعتبار اسنادی تضمینی و ضابطه اتکا بر اسناد، ابزار افزاینده اعتبار بودن، تمایز در بار اثبات دعوی، اصلی بودن تعهد بانک‌گشاینده، تعلیقی بودن و ذی‌نفع محور بودن آن اشاره می‌کند و گفتار دوم به ویژگی‌های تبعی بودن عقد ضمان، تعلیقی بودن تعهد ضامن، تخلف محور بودن، مدیون محور بودن، تمایز در اسباب تعهد منشأ و مسامحه در برابر مغایره و تمایز در بار اثبات دعوی در عقد ضمان را از جنبه تحلیلی مورد مذاقه قرار می‌دهد. در گفتار سوم نیز به بررسی تطبیقی این دو نهاد پرداخته می‌شود.

۱. اعتبار اسنادی تضمینی

اعتبار اسنادی تضمینی^۱، به عنوان ستونی استوار در تجارت بین‌الملل، ریسک عدم اجرای تعهدات را کاسته و اعتماد را در روابط اقتصادی به ارمغان می‌آورد. این ابزار که برخلاف اعتبار اسنادی تجاری ماهیتی تضمینی دارد، در قراردادهایی چون پیمانکاری و پروژه‌های ساخت‌وساز ضمانتی بانکی را رقم می‌زند. به تعریف اتاق بازرگانی بین‌المللی، تعهدی است مستقل از بانک صادرکننده که پرداخت به ذی‌نفع را صرفاً بر اساس اسناد منطبق، فارغ از مناقشات متعهد، تضمین می‌کند^۲. در اعتبار اسنادی تضمینی، رابطه اشخاص دخیل به شکلی منسجم و مستقل از قرارداد پایه

1. Standby Letter of Credit

2. International Chamber of Commerce. (1998). ISP98: International Standby Practices. ICC Publication No. 590. Paris, France: International Chamber of Commerce.

طراحی شده است؛ درخواست‌کننده اعتبار (متعهد پایه) که معمولاً خریدار یا پیمانکار است، از بانک گشاینده می‌خواهد تا به نفع ذی‌نفع (متعهدله)، مانند فروشنده یا کارفرما، تعهدی الزام‌آور ایجاد کند، و در صورت قصور او در اجرای قرارداد پایه، ذی‌نفع با ارائه اسناد تخلف، وجه را مطالبه می‌کند. بانک گشاینده، به‌عنوان صادرکننده اعتبار، نقش اساسی دارد و تعهد می‌کند این پرداخت را انجام دهد، در حالی که بانک ابلاغ‌کننده (در صورت وجود) در کشور ذی‌نفع، واسطه اطلاع‌رسانی و گاهی پرداخت است. این ساختار، بر پایه اصل استقلال عمل می‌کند، به طوری که تعهد بانک به ذی‌نفع فارغ از منازعات قرارداد اصلی تضمین می‌شود، و در عین حال، درخواست‌کننده موظف است وجوه پرداختی را به بانک بازگرداند، که این تعاملات سه‌گانه، امنیت و اطمینان را در معاملات بین‌المللی تقویت می‌کند (مافی و محسن‌زاده، ۱۳۹۴: ۳۱۶ و ۳۱۷). اما آیا این استقلال مطلق، در برابر سوءاستفاده‌های احتمالی ذی‌نفع، تعادلی عادلانه میان طرفین برقرار می‌سازد یا کفه ترازو را به یک سو می‌لغزاند؟ پاسخ در تمایز آن با عقد ضمان نهفته است؛ جایی که سند محوری و ذی‌نفع‌مداری، آن را از وابستگی‌های سنتی عقد ضمان (اثبات نقض تعهد) جدا می‌کند. این ویژگی‌ها، انعطاف‌پذیری و کارایی بیشتری را در مقایسه با سایر نهادها به نمایش می‌گذارد و نشان می‌دهد که برتری این ابزار، نه مطلق، بلکه مشروط به اقتضائات معامله است. در ادامه در شش قسمت به بررسی ویژگی‌های کلیدی این نهاد پرداخته می‌شود.

۱-۱. سند محوری و استقلال تعهد بانک گشاینده اعتبار تضمینی

دورکن اساسی که اعتبار اساسی تضمینی را در عرصه تجارت به ابزاری کارآمد بدل ساخته و آن را از نهادهای سنتی تعهد، به‌ویژه عقد ضمان، متمایز می‌کند، «اصل استقلال» و «ضابطه اتکا بر اسناد» است که ارتباط وثیق با یکدیگر دارند. اصل استقلال به این معناست که تعهد بانک به پرداخت، تعهدی اصلی و مجزا از قرارداد پایه میان متقاضی و ذی‌نفع تلقی می‌شود (McLaughlin, 1993: 1142؛ مافی و دهقانی زاده، ۱۴۰۴: ۱۹۱). در واقع، اعتبار بنا به ماهیت خود معامله‌ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می‌گیرند و به موجب این اصل، بانک درگیر مناقشات مربوط به اجرای واقعی تعهدات پایه نخواهد شد و التزام آن صرفاً به تطابق اسناد ارائه‌شده با شروط اعتبار وابسته است (Stern, 1985: 246). این استقلال، در عمل از طریق «ضابطه اتکا بر اسناد»^۱ به اجرا در می‌آید؛ به عبارت دیگر، بانک‌ها موظف هستند صرفاً بر اساس صورت ظاهر اسناد مشخص کنند که آیا اسناد ارائه شده مطابق با شرایط اعتبار است یا نه (مرتضوی، امامی نمینی و آفاپور، ۱۳۹۴: ۱۲۳، ۱۴۱). یعنی بانک عامدانه از قلمرو واقعیت‌های

قرارداد پایه فاصله می‌گیرد و مخاطرات تجاری، به ویژه در محیط‌های پرخطر بین‌المللی، را کاهش می‌دهد (Naegle, 2019: 202).

این سازوکار دوگانه (استقلال و اتکا بر اسناد)، دقیقاً در نقطه مقابل عقد ضمان قرار می‌گیرد. در حالی که اعتبار تضمینی بر «تعلیق» به ارائه اسناد استوار است و کارکردی مشابه سپرده نقدی^۱ برای ذی‌نفع دارد (McLaughlin, 1993: 1141)، عقد ضمان بر «واقعیت محوری» و احراز «تخلف واقعی» مضمون‌عنه بنا شده است. در عقد ضمان به معنای سنتی تعهد ضامن چه در موردی که انجام عین تعهد را ضمانت می‌کند، و چه در موردی که جبران خسارت عدم انجام تعهد را تضمین می‌نماید، همواره معلق بر عدم انجام تعهد پایه توسط متعهد اصلی است (بنیان‌یاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۵). البته این نظام مستقل و اسنادمحور مطلق نیست و با «استثنای تقلب» (McLaughlin, 1993: 1147؛ مافی و دهقانی زاده، ۱۴۰۴: ۱۹۸) محدود می‌شود. با این حال، برای حفظ کارآمدی این ابزار، دکترین و رویه قضایی تمایل دارند این استثنا را به موارد تقلب آشکار، یعنی زمانی که مطالبه ذی‌نفع فاقد هرگونه مبنای منطقی و معقول است، محدود سازند و مداخله دادگاه‌ها را حداقلی کنند (Dukic Mijatovic & Dordevic, 2023: 5)؛ زیرا تفسیر موسع از تقلب، کارکرد اصلی این نهاد را مختل می‌سازد (McLaughlin, 1993: 1152).

افزون بر این چالش حقوقی (تقلب)، این ابزار با یک چالش عملیاتی جدی نیز مواجه است: نرخ بالای مغایرت اسنادی در عمل (Mann, 2000: 2497; Naegle, 2019: 206). این مغایرت‌ها، که گاه به دلیل پیچیدگی فرآیندها رخ می‌دهند (Mann, 2000: 2503)، تناقضی اساسی را آشکار می‌سازند: ابزاری که برای ایجاد اطمینان حقوقی طراحی شده (Dolan, 2007: 2-10)، خود در عمل با مخاطرات عملیاتی نوین مواجه است (McLaughlin, 1982: 5). بنابراین، برتری اعتبار تضمینی بر ضمان، در گرو مدیریت هوشمندانه این دو چالش (محدودیت تقلب و کاهش مغایرت‌های اسنادی) است (Naegle, 2019: 208).

بررسی رویه قضایی ایران نیز نشان می‌دهد که دادگاه‌ها در راستای همسویی با مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، به این اصل بنیادین توجه ویژه داشته‌اند. به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۴۱۰ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مقرر کرده: «... بانک ... بطرفیت بانک ... نسبت به دادنامه شماره ۷۰۲ مورخ ۹۱/۷/۸ شعبه ۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران تجدیدنظر خواهی کرده است. بر اساس دادنامه موصوف، دعوی بانک تجدیدنظر خوانده بخواسته

مطالبه مبلغ ۲۵۷/۶۲۴/۷۲۷/۷۲۹ ریال وجه اعتبار اسنادی شماره ۸۹/۳۴۴۶/۰۰۷۲ به انضمام کلیه خسارات قانونی، ضمن غیروارد دانسته شدن ایرادات وکلای تجدیدنظر خواه، اجمالاً با این استدلال که با حصول شرایط مندرج در اعتبار اسنادی، ذمه بانک تجدیدنظر خواه در قبال فروشنده کالا و در مرحله بعد با انتقال آن در قبال تنزیل کننده طلب مشغول گردیده، مورد پذیرش قرار گرفته، حکم به محکومیت بانک تجدیدنظر خواه صادر نموده است... اینک با بررسی محتویات و مستندات پرونده و مطالعه لوایح ابرازی وکلای طرفین، نظر به اینکه: ... خامساً - مطابق مفاد ماده ۴ مقررات متحد الشکل اعتبار اسنادی، اعتبار گشایش شده دارای ماهیتی جدا از قراردادهای مبنایی گشایش اعتبار می‌باشد و بانک گشایش کننده در صورت مطابقت مدارک، متعهد به پرداخت مبلغ مورد اعتبار در سررسید معین در حق ذینفع اعتبار [می‌باشد]...».

در رای مذکور دادگاه صریحاً به ماده ۴ UCP 600 مبنی بر اصل استقلال اعتبار اسنادی استناد نموده و قائل بر این شده است که در صورت مطابقت اسناد با شرایط اعتبار، بانک مکلف به پرداخت مبلغ اعتبار می‌باشد (به نقل از: گروئی، ۱۴۰۱: ۱۳۶-۱۳۷).

۲-۱. اعتبار اسنادی تضمینی به عنوان ابزار افزایش اعتبار

در عرصه حقوق تجارت بین‌الملل، اعتبار اسنادی تضمینی به عنوان یک سازوکار افزایشده اعتبار^۱ عمل می‌نماید که نه تنها اجرای تعهدات قراردادی را تضمین می‌کند، بلکه اعتبار تجاری متعهد پایه را در برابر ذی‌نفع ارتقا می‌بخشد. این ویژگی، ریشه در ماهیت بانکی این نهاد دارد که بانک صادرکننده با تعهد مستقل خود، خطر عدم ایفای تعهد متعهد اصلی را بر عهده گرفته و اطمینان لازم برای انعقاد قرارداد را فراهم می‌آورد (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۷). در واقع، اعتبار اسنادی تضمینی، با انتقال خطر اعتباری از متعهد به بانک معتبر، سازوکاری ایجاد می‌کند که ذی‌نفع به جای اتکا به وضعیت مالی متعهد، بر اعتبار نهادی بانک تکیه کند، که این امر به طور مستقیم اعتماد در معاملات را افزایش می‌دهد (Bertrams, 2004: 43). این رویکرد، در مقایسه با ابزارهای سنتی تضمین، نشان‌دهنده گذر از اعتماد شخصی به اعتماد نظام‌مند است که در دادوستدهای پیچیده بین‌المللی ضروری می‌نماید.

از منظر اقتصادی، اعتبار اسنادی تضمینی فراتر از یک تعهد ساده عمل کرده و به مثابه چتر حمایتی اعتباری ظاهر می‌شود که اجرای تعهدات را حتی در شرایط نکول یا ورشکستگی متعهد تضمین می‌کند (Sifri, 2008: 15). این ابزار، با تمرکز بر افزایش اعتبار خریدار یا متقاضی، خطر ذی‌نفع را کاهش داده و امکان عرضه اوراق تعهدآور یا قرضه با نرخ بهره پایین‌تر را فراهم می‌آورد، زیرا تضمین بانکی به عنوان پشتوانه‌ای قوی عمل می‌نماید (Bertrams, 2004: 43).

در این چارچوب، بانک نه تنها واسطه‌ای اطمینان‌بخش است، بلکه با پذیرش خطر اعتباری به حساب متعهد اصلی، اعتبار اقتصادی وی را تقویت کرده و به کاهش مخاطرات قراردادی در تجارت مدرن کمک می‌رساند (Sifri, 2008: 3). این دوگانگی کارکرد، تضمین و افزایش اعتبار، اعتبار اسنادی تضمینی را از اعتبار اسنادی تجاری متمایز می‌سازد، به طوری که اعتبار اسنادی تجاری عمدتاً بر تسهیل پرداخت کالا تمرکز دارد، در حالی که اعتبار اسنادی تضمینی بر پوشش خطر و ارتقای موقعیت اعتباری تأکید می‌ورزد.

در ادبیات حقوق بانکی، مفهوم افزایش اعتبار به هر مکانیسمی اطلاق می‌شود که اطمینان ذی‌نفع نسبت به وصول مطالبات را از طریق دخالت نهاد ثالث مانند بانک افزایش دهد (Barru, 2005: 57). در اعتبار اسنادی تضمینی، این افزایش از طریق تعهد بانک به پرداخت بر اساس اسناد مشخص حاصل می‌شود، که دو اثر کلیدی دارد: نخست، تضمین پرداخت مستقل از وضعیت مالی متعهد اصلی (Sifri, 2008: 15)؛ و دوم، انتقال خطر عدم ایفا از متعهد به بانک، که این امر بانک را به عنوان واسطه معتبر در میان طرفین قرار می‌دهد (Bertrams, 2004: 13, 83). این جایگزینی خطر، اساس افزایش اعتبار را تشکیل می‌دهد و بانک را به ابزاری قدرتمند برای تقویت اعتماد در معاملات تبدیل می‌کند، بدون آنکه متعهد نیاز به تغییر وضعیت مالی خود داشته باشد.

در نهایت، اعتبار اسنادی تضمینی با کارکرد دوگانه حقوقی و اقتصادی، نه تنها اجرای تعهدات را تضمین می‌کند، بلکه از رهگذر اعتبار بانکی، اعتماد به متعهد اصلی را افزایش می‌دهد (Bertrams, 2004: 53). این ابزار، به عنوان جایگزینی برای سپرده‌های نقدی سنتی^۱، مشکلات نقدینگی را حل کرده و شرکت‌ها را قادر می‌سازد تا در معاملات بین‌المللی به عنوان طرف‌های معتبر ظاهر شوند (Sifri, 2008: 3). چنین ویژگی‌هایی، اعتبار اسنادی تضمینی را به یکی از مؤثرترین سازوکارهای افزایش اعتبار در حقوق تجارت بین‌الملل بدل می‌سازد، که در آن اشخاص می‌توانند بدون بلوکه کردن وجوه نقدی، از پشتوانه بانکی برای اطمینان‌بخشی به تعهدات بهره‌گیرند.

۳-۱. بار اثبات دعوی در اعتبار اسنادی تضمینی

بار اثبات دعوی یکی از نقاط افتراق بنیادین میان اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان می‌باشد. اعتبار اسنادی تضمینی بر پایه دو اصل بنیادین یعنی استقلال قرارداد بانکی از قرارداد پایه و اسنادمحور بودن پرداخت استوار است. این دو اصل، ساختار دادرسی و بار اثبات دعوی را در این نهاد به کلی از نهادهای سنتی حقوق مدنی، از جمله عقد ضمان، متمایز می‌سازد. در این سازوکار، بانک بر اساس ظاهر اسناد عمل می‌کند و هرگونه ادعا درباره بطلان یا نقض قرارداد پایه در برابر او

بی‌اثر است (Hugo & Kelly-Louw, 2024: 78; McLaughlin, 1993: 1142; Barru, 2005: 63; Mijatovic & Dordevic, 2023: 4). از این رو، دعوی مرتبط با پرداخت یا عدم پرداخت اعتبار، در محور انطباق یا عدم انطباق اسناد می‌چرخد، نه در صحت معامله اصلی (Bertrams, 2004: 11, 12, 32, 47, 137; Mitra, 1998: 65).

در دعوی مربوط به اعتبار اسنادی تضمینی، بار اثبات دعوی بسته به سمت طرفین متفاوت است. اگر ذی‌نفع خواهان پرداخت باشد، باید اثبات کند که اسناد ارائه‌شده مطابق شرایط اعتبار است. به عبارت دیگر، ادله او صرفاً باید نشان دهد که اسناد از حیث شکلی و ظاهری با مفاد اعتبار مطابقت دارد. بانک مکلف است پس از احراز این انطباق، وجه را بپردازد. اگر بانک از پرداخت خودداری نماید، بار اثبات بر عهده بانک است تا نشان دهد اسناد دارای مغایرت ظاهری^۱ است. بنابراین، بانک نمی‌تواند با استناد به بطلان یا عدم اجرای قرارداد پایه از پرداخت امتناع کند. اگر متقاضی علیه بانک یا ذی‌نفع طرح دعوی کند (معمولاً برای جلوگیری از پرداخت)، باید وجود سوءاستفاده از اعتبار (مانند تقلب) را اثبات کرده تا مانع پرداخت گردد (Mitra, 1998: 66; Barru, 2005: 63).

بدیهی است صرف ادعا یا اختلاف قراردادی در این خصوص کفایت نمی‌کند و اثبات تقلب باید واضح، قطعی یا فراتر از شک معقول بوده و فوراً در دسترس باشد (Bertrams, 2004: 358-359). لذا در نظام اعتبار اسنادی تضمینی، اصل بر این است که هرگاه اسناد مطابق ظاهر باشند، پرداخت الزامی است. این اصل موسوم به (پرداخت مقدم بر مناقشه^۲) است که به موجب آن، بار اثبات بر دوش متقاضی اعتبار (متعهد اصلی) قرار دارد (McLaughlin, 1993: 1141). به همین دلیل در این نهاد، ظاهر اسناد معیار حقوقی تصمیم است، نه واقعیت معامله (Bertrams, 2004: 75).

۴-۱. اصلی بودن تعهد بانک گشاینده اعتبار تضمینی

در تحلیل ماهیت تعهدات قراردادی، تمایز میان تعهدات اصلی و تبعی به‌عنوان یکی از ارکان اساسی در تبیین جایگاه حقوقی و کارکرد عملی ابزارهای مالی نظیر اعتبارنامه تضمینی و عقد ضمان برجسته می‌شود. این تمایز، که ریشه در اصول بنیادین حقوق قراردادها دارد، در متون حقوقی به‌صورت نظام‌مند کاوش شده و چارچوبی مفهومی برای سنجش تعهد بانک گشاینده در برابر تعهد ضامن فراهم می‌آورد (Arnold, 1925: 37). نویسنده‌ای تعهدات را به دو گونه مستقل و تبعی تقسیم کرده، جایی که تعهدات مستقل بار مسئولیت را بی‌واسطه بر دوش متعهد می‌نهند، حال آنکه تعهدات تبعی به تعهدی دیگر وابسته‌اند و تنها با ناکامی آن فعال می‌گردند (Arnold, 1925: 36). در حقوق

1. Discrepancy
2. Pay First, Argue Later.

ایران نیز وثایق شخصی به وثایق تبعی، مانند عقد ضمان، و وثایق مستقل، مانند اعتبار اسنادی تضمینی دسته‌بندی می‌شوند (بنیان‌یاسری، ۱۳۹۹: ۵۳۶). این پرسش مطرح می‌شود که چگونه اصلی بودن تعهد بانک گشاینده آن را از تعهد تبعی ضامن متمایز می‌سازد و این تفاوت چه پیامدهایی در عرصه‌های حقوقی و عملی به همراه دارد.

تعهد بانک گشاینده در اعتبار اسنادی تضمینی، تعهدی مستقل و اصلی است که از لحظه صدور اعتبار، فارغ از کنش متقاضی یا ذی‌نفع، شکل می‌گیرد و با ارائه اسناد مشخص، بانک را به پرداخت ملزم می‌کند (Arnold, 1925: 38; Brandt, 1905: Sec. 5). در مقابل، تعهد ضامن در عقد ضمان، به سبب تبعیت و وابستگی به دین اصلی، وثیقه‌ای ثانویه و مشروط به نقض تعهد مدیون است که تنها با تخلف مدیون به فعلیت می‌رسد (Arnold, 1925: 41; DeColyar, 1887: 2).

برخی این تمایز را به چارچوب حقوق اولیه و ثانویه پیوند زده، تعهد بانک را حقی اولیه می‌دانند که از نقض دیگری بی‌نیاز است، در حالی که تعهد ضامن، حقی ثانویه و متکی به نقض تعهد متعهد اصلی است (Bartscherer, 2020: 14; Austin, 1911: 764). این پیوند مفهومی، استقلال تعهد بانک را در برابر وابستگی ضمان آشکار می‌سازد و از پیچیدگی‌های تحلیلی ناشی از تبعیت می‌رهاند. اصلی بودن تعهد بانک، با تضمین قطعیت و سرعت در پرداخت، مخاطره عدم اجرا را برای ذی‌نفع کاهش داده و اعتماد به این ابزار را در تجارت جهانی استوار می‌کند (Ellinger & Neo, 2010: 89). متقاضی نمی‌تواند با استناد به منازعات قرارداد پایه، از پرداخت جلوگیری کند، مگر در موارد استثنایی ثقل آشکار (Goode, 2016: 1023). این استواری، که محقق آن را خصیصه حقوق اولیه می‌شمارد، پیش‌بینی‌پذیری را تقویت می‌کند (Bartscherer, 2020: 24). در برابر، تبعی بودن ضمان، ذی‌نفع را در معرض مخاطراتی چون تأخیر یا معافیت ضامن در صورت نقض شروط قرار می‌دهد (Arnold, 1925: 50; *Courtis v. Dennis*, 1844, 7 Met. (Mass.) 510). حتی در ورشکستگی، تعهد بانک از دعاوی بستانکاران مصون می‌ماند، حال آنکه ضامن تنها پس از اثبات دین اصلی پاسخگو است (McKendrick, 2014: 987؛ مافی و کیان‌پوریان نژاد، ۱۴۰۳: ۱۸۰). از منظر تاریخی، حقوق روم نیز این تمایز را گواهی می‌دهد؛ تعهد «فیدوسیو» تبعی بود^۱، اما تعهدات مستقل از قیود آزاد

۱. منظور از ضمان در این قسمت عقد ضمان ضم ذمه در حقوق ایران و در کامن‌لا می‌باشد.

۲. «fidejussio» در این متن به معنای تعهد ضمانتی شخصی است که ضامن را به صورت تضامنی با بدهکار اصلی در قبال طلبکار متعهد می‌کند، اما این مسئولیت به تعهد اصلی وابسته (تبعی) است. به عبارت دیگر، ضامن قول می‌دهد که در صورت ناتوانی بدهکار اصلی، بدهی را بپردازد، و این تعهد بر پایه اعتماد شخصی (fides) شکل

بودند (Buckland, 1921: 441). کاربرد مکانیکی این مفاهیم ممکن است تحلیل را در برخی نظام‌ها پیچیده کند، اما در معاملات بین‌المللی، اصلی بودن تعهد بانک گشاینده اغلب برتری نسبی آن را نسبت به ضمان نشان می‌دهد (Bartscherer, 2020: 24; Smith, 2011: 1729). از این رو، تعهد بانک در تجارت جهانی، به‌ویژه در مقایسه با ضمان گرفتار در تبعیت، کارایی و اطمینان بیشتری فراهم می‌کند (Foxton, 2019: 258).

۵-۱. تعلیقی بودن تعهد بانک گشاینده اعتبار تضمینی

در تحلیل ماهیت تعهدات قراردادی، تعهد بانک گشاینده در اعتبار اسنادی تضمینی به‌عنوان تعهدی که الزام‌آوری آن به رویدادی نامعین در آینده وابسته است، از منظر تعلیقی بودن، شایسته‌کاوشی عمیق است. برخی تعهدات تعلیقی را التزاماتی تعریف می‌کند که تحقق و اجراپذیری آن‌ها در گرو وقوع شرطی معلق است و تا آن زمان الزام‌آور نمی‌گردند (Cebotari, 2008: 5). این پرسش مطرح می‌شود که تعلیقی بودن تعهد بانک گشاینده چگونه بر کارکرد حقوقی و عملی آن اثر می‌گذارد و این ویژگی چه پیامدهایی را در تجارت بین‌الملل به دنبال دارد. تعهد بانک گشاینده، اگرچه از لحظه صدور اعتبار شکل می‌گیرد، تنها با ارائه اسناد منطبق به اجرا درمی‌آید (Brandt, 1905: Sec. 5). این تعلیق، که ریشه در اسنادمحوری این ابزار دارد، بانک را موظف می‌کند صرفاً انطباق صوری اسناد را بررسی کند، نه حقیقت زیربنایی قرارداد پایه را (Ellinger & Neo, 2010: 89). تعلیقی بودن، تعهد بانک را از حالت منجز خارج می‌کند؛ تا پیش از تحقق شرط، این التزام در ساحتی احتمالی باقی می‌ماند و الزام‌آوری آن به آینده‌ای نامعلوم گره می‌خورد (Cebotari, 2008: 5). این ویژگی، بانک را در جایگاه ضمانتی قرار می‌دهد که در صورت نقض تعهد متقاضی، ماشه آن فعال می‌شود، اما تا آن لحظه، اجراپذیری‌اش معلق است (Baird, 1982: 144). به این ترتیب، تعلیق در اعتبار تضمینی، که تعلیقی اسنادی است، به ارائه اسناد مشخص (تخلف ادعایی) وابسته است، در حالی که تعلیق واقعی در ضمان تضامنی، منوط به احراز تخلف واقعی مضمون‌عنه می‌باشد (بناءنیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۳؛ مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۹).

می‌گیرد. واژه "fide" در لاتین به معنای «اعتماد» است، و "jussio" به معنای «دستور» یا «تعهد»؛ لذا "fidejussio" را می‌توان «تعهد مبتنی بر اعتماد» یا «ضمانت شخصی» تفسیر کرد. در مقایسه، Suretyship (ضمانت عادی) تعهدی اولیه‌تر است که ضامن را مستقیماً مسئول می‌سازد، هرچند مشروط به شرایطی خاص، و کمتر از فیدویو سیو ثانویه تلقی می‌شود. Guaranty (تضمین)، اما، کاملاً ثانویه است و مسئولیت ضامن صرفاً در صورت ناکامی بدهکار اصلی فعال می‌شود، بدون اشتغال ذمه مستقیم. فیدویو سیو، برخلاف گارانتی، ضامن را در موقعیت مسئولیت پرداخت دین اما به صورت تبعی قرار می‌دهد و نسبت به ضمانت عادی، ساختاری منسجم‌تر در چارچوب حقوق روم دارد، که آن را به ترکیبی متعادل میان تعهد اولیه و ثانویه بدل می‌کند (Arnold, 1925: 37).

چنین ساختاری، تعهد را به ابزاری انعطاف پذیر در تجارت بین الملل بدل می کند، به ویژه در قراردادهای پیچیده‌ای مانند پیمانکاری، که ذی نفع را قادر می سازد بدون دادرسی طولانی وجه را مطالبه کند (Foxton, 2019: 258). با این حال، تعلیقی بودن، لایه‌ای از پیچیدگی را به این تعهد می افزاید. تا پیش از ارائه اسناد، تعهد بانک صرفاً بالقوه است و این مشروطیت، آن را از التزامات بی قید متمایز می سازد. نویسندگانی این وضعیت را با تعادلی میان قائم به ذات بودن و مشروطیت تحلیل می کنند، جایی که تعهد از زمان صدور اعتبار وجود دارد، اما الزام آوری اش به رویدادی آتی وابسته است (Cebotari, 2008: 5). این دوگانگی در تفسیر حقوقی نیز بازتاب می یابد؛ برخی آن را تا تحقق شرط فاقد وصف دین می دانند، در حالی که دیگران با استناد به اصل لزوم قراردادها آن را از لحظه انعقاد معتبر می شمارند (McKendrick, 2014: 987). این تعلیق در نظام تعهدی، اگر احتمال وقوع شرط بیش از ۵۰ درصد باشد، به عنوان بدهی مشروط ثبت می گردد، اما در نظام نقدی، تنها با پرداخت قطعی شناسایی می شود (Cebotari, 2008: 50). این تمایز، پرسشی اساسی را مطرح می سازد: باید دید آیا تعهد معلق بانک در اعتبار اسنادی تضمینی، پیش از تحقق شرط معلق علیه (ارائه اسناد)، از ماهیتی الزام آور برخوردار است یا صرفاً تعهدی بالقوه تلقی می شود؟ پاسخ به این پرسش، به کارکرد عملی این ابزار در چارچوب نظام حقوقی و تجاری وابسته است. تعلیق تعهد بانک به ارائه اسناد، از یک سو، مخاطرات حقوقی و مالی بانک را تا زمان احراز انطباق اسناد محدود می سازد، زیرا الزام به پرداخت صرفاً با تحقق شرط اسنادی پدید می آید. از سوی دیگر، همین ویژگی، اثربخشی این سازوکار را در کاهش مخاطرات تجاری برای ذی نفع حفظ می کند، چرا که مطالبه وجه اعتبار، فارغ از ضرورت احراز تخلف واقعی متقاضی، به سهولت و با اتکا به اسناد محقق می گردد. به این ترتیب، تعلیق در این ساختار، تعادلی ظریف میان محافظت از بانک در برابر تعهدات زود هنگام و تضمین کارایی تجاری برای ذی نفع برقرار می نماید. این تعلیق، پیامدهایی دوگانه به همراه دارد. از یک سو، انعطاف پذیری و سرعت عمل را به ذی نفع عرضه می کند، که با هدف اعتبار اسنادی تضمینی (یعنی تضمین اطمینان در معاملات) هم راستا است (Goode, 2016: 1023). ذی نفع می تواند با ارائه اسناد، فوراً وجه را مطالبه کند، امری که در قراردادهای کلان، کارایی را به ارمغان می آورد. از سوی دیگر، این مشروطیت، درهای سوء استفاده را گشوده و مطالبه غیرموجه از سوی ذی نفع ممکن است به دعاوی قضایی یا درخواست توقف پرداخت منجر شود. برخی این چالش را با اصول حسن نیت و استثنای تقلب پیوند زده، که به عنوان سپری نظارتی، اجرای صحیح را تضمین می کند (Cebotari, 2008: 50). در مقایسه، تعهدات منجر فاقد چنین مخاطراتی هستند، اما انعطاف پذیری کمتری دارند، و این تمایز، تعلیقی بودن را به عنوان مزیت و چالش توأمان برجسته می سازد. از منظر تاریخی، حقوق روم نیز تعلیق را در تعهدات به رسمیت می شناخت؛

تعهدات مشروط، مانند آنچه در اعتبار اسنادی دیده می‌شود، الزام‌آوری‌شان به رویدادی در آینده وابسته است (Buckland, 1921: 441). این پیشینه، عمق تحلیلی تعلیقی بودن را نشان می‌دهد و بر ریشه‌دار بودن آن در نظام‌های حقوقی صحه می‌گذارد. به باور برخی محققان تعلیق، ضمن تقویت کارایی، ضرورت مقررات دقیق برای مهار سوءاستفاده از حق را آشکار می‌سازد (Cebotari, 2008: 50). در نهایت، تعلیقی بودن تعهد بانک‌گشاینده، با حفظ قائم‌به‌ذات بودن آن، این ابزار را به‌عنوان ضمانتی پویا و کارآمد در تجارت بین‌الملل متمایز می‌کند، اما هم‌زمان، نیاز به توازن میان انعطاف و نظارت را برجسته می‌سازد، و این تعادل، کلید فهم جایگاه آن در معاملات بین‌المللی است.

۱-۶. ذی‌نفع محور بودن اعتبار اسنادی تضمینی

ویژگی ذی‌نفع محوری در اعتبار اسنادی تضمینی، به‌عنوان محور اصلی کارکرد این ابزار حقوقی مالی در معاملات بین‌المللی، با تضمین امنیت و دسترسی سریع ذی‌نفع به وجوه، آن را از سایر نهادها متمایز می‌سازد. این ویژگی، که بر اصول استقلال^۱ و اسنادمحوری^۲ استوار است، ریسک عدم اجرای تعهدات متقاضی را برای ذی‌نفع کاهش می‌دهد و او را در موقعیتی ممتاز قرار می‌دهد. برخلاف ضمانت‌نامه‌های سنتی^۳ یا ضمان حسن اجرا تعهد^۴، که پرداخت را به اثبات تخلف واقعی یا رسیدگی به قرارداد پایه وابسته می‌کنند، ذی‌نفع محوری در اعتبار اسنادی تضمینی، پرداخت را صرفاً به انطباق ظاهری اسناد محدود می‌کند و از پیچیدگی‌های قضایی می‌کاهد. یکی از نویسندگان با استناد به اسنادمحوری این ابزار، بر حذف ضرورت راستی‌آزمایی واقعیت‌های قرارداد پایه تأکید می‌ورزد و استدلال می‌کند که این اصل، پرداخت را از قید بررسی‌های زمان‌بر و پیچیده آزاد می‌سازد (McLaughlin, 1993: 1143). این مزیت، به‌ویژه در قراردادهای فروش یا پروژه‌های ساخت‌وساز بین‌المللی، ذی‌نفع را از تأخیرهای پرداخت مصون می‌دارد (Dukic Mijatovic & Dordevic, 2023: 7). ذی‌نفع محوری، که سازوکاری برای ارتقای اعتبار ذی‌نفع تلقی می‌شود (بناب‌نیاسری، ۱۳۹۹: ۵۵۲)، در تقابل با ضمانت‌نامه‌های سنتی قرار می‌گیرد که به دلیل تبعی بودن^۵ و وابستگی به احراز قصور واقعی مدیون اصلی (مضمون عنه)، ذی‌نفع را در معرض ریسک تأخیر یا ناکامی می‌گذارند (McLaughlin, 1993: 1144). از منظر تحلیلی، تمایز اصلی میان این دو ابزار در اولی^۶ و مستقل

1. Independence Principle
2. Documentary Nature
3. Guaranties
4. Performance Bonds
5. Accessory Nature
6. Primary

بودن تعهد بانک گشاینده در اعتبار اسنادی تضمینی و ثانوی^۱ و تبعی بودن تعهد ضامن در ضمان سنتی نهفته است. در ضمان سنتی، تعهد ضامن معلق بر تخلف واقعی مدیون اصلی است و مستلزم رسیدگی ماهوی به قرارداد پایه برای احراز این قصور می‌باشد، حال آنکه در اعتبار اسنادی تضمینی، تعهد بانک صرفاً به ارائه اسناد منطبق با اعتبار وابسته است، نه اثبات واقعی تخلف. این ضابطه اتکا بر اسناد، که ریشه در طبیعت فعالیت بانکی دارد، بانک را از تحقیق در وقایع خارجی معاف می‌کند، در حالی که ضمان سنتی، ضامن را به بررسی واقعیت‌ها ملزم می‌سازد. چالش‌هایی نظیر استثنای تقلب، که در صورت اثبات می‌تواند پرداخت را متوقف کند، وجود دارد، اما دشواری اثبات کاربرد آن را محدود می‌کند (Andrade, 2013: 440).

ذی‌نفع محوری، فراتر از مزیتی فنی، رویکردی استراتژیک است که با تضمین امنیت ذی‌نفع، اعتماد را در تجارت جهانی تقویت می‌کند و با کاهش مخاطرات مالی و افزایش سرعت پرداخت، تعادل را به نفع ذی‌نفع تغییر می‌دهد و نقشی کلیدی در مدیریت ریسک معاملات ایفا می‌کند. از دیدگاه عملی، اعتبار اسنادی تضمینی به دلیل سهولت و سرعت در پرداخت وجه به ذی‌نفع، بدون نیاز به اثبات تخلف یا مداخله بانک در تکمیل تعهدات، ابزاری کارآمد در پروژه‌های بین‌المللی ساختمانی به شمار می‌رود (Barru, 2005: 62). این مزیت، برخلاف ضمانت‌نامه‌های سنتی که به دلیل واقعیت‌محور بودن^۲ پرداخت را به احراز قصور وابسته می‌کنند، مخاطرات مالی ذی‌نفع را به‌طور قابل‌توجهی کاهش می‌دهد و اعتماد را در معاملات جهانی استوار می‌سازد. نویسندگانی تأکید می‌کنند که حتی با پوشش ۵ تا ۲۵ درصد ارزش قرارداد، اعتبار اسنادی تضمینی انگیزه‌ای قوی برای پیمانکار ایجاد می‌کند تا از تخلف پرهیز کند، زیرا پرداخت آن ممکن است به بحران مالی یا ورشکستگی منجر شود، امری که برتری ذی‌نفع محوری این ابزار را در مقایسه با مدیون محوری ضمان آشکار می‌سازد (Barru, 2005: 102). این برتری، نه تنها در سرعت و اطمینان پرداخت، بلکه در انتقال بار اثبات و اقامه دعوا از ذی‌نفع به متقاضی نیز نمود می‌یابد؛ در ضمان سنتی، ذی‌نفع (مضمون‌له) باید تخلف را اثبات کند تا وجه را دریافت نماید، اما در اعتبار اسنادی تضمینی، ذی‌نفع با ارائه اسناد وجه را دریافت می‌کند و متقاضی برای استرداد آن باید اجرای تعهد خود را ثابت کند (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۶۰)، تحولی که ذی‌نفع محوری را به ابزاری کارآمدتر و حامی‌تر برای طلبکار بدل می‌کند.

۲. عقد ضمان به عنوان نهاد تضمین تعهدات

عقد ضمان به مثابه یکی از کهن‌ترین نهادهای تضمین تعهدات، از جایگاه ویژه برخوردار بوده و

1. Secondary
2. Fact-Based Nature

ریشه در سنت‌های فقهی و حقوق مدنی دارد. این نهاد، که در قانون مدنی ایران با ظرافت و دقت تعریف شده، تعادل را میان حقوق و تکالیف طرف‌های درگیر برقرار می‌کند و پیچیدگی‌های نظری و عملی تضمین تعهدات را بازتاب می‌دهد. ضمان در لغت به معنای دربرگرفتن و التزام به دین دیگری است. در فقه اسلامی، ماهیت ضمان محل اختلاف است. برخی با استناد به ریشه «ضم»، آن را الحاق ذمه ضامن به ذمه مدیون می‌دانند، دیدگاهی که در فقه عامه غالب است، اما فقه امامیه با تأکید بر محال بودن حضور یک دین در دو ذمه، ریشه آن را «ضمن» دانسته و ضمان را نقل دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن تعریف می‌کند (النجفی الجواهری، ۱۳۶۲: ۱۲۷). این نگاه در حقوق ایران بازتاب یافته و ماده ۶۸۴ قانون مدنی ضمان را تعهدی معرفی می‌کند که ضامن طی آن دین مضمون‌عنه را برعهده می‌گیرد، عبارتی که به نقل ذمه اشاره دارد. در مقابل، قانون تجارت ایران از نظریه ضم ذمه پیروی کرده و در مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱، ضمان تجاری را بر اساس اصل تضامن و مسئولیت مشترک ضامن و مضمون‌عنه معرفی نموده است. ضمان در نظام‌های دیگر نیز جایگاه ویژه‌ای دارد. در حقوق فرانسه، بر اساس ماده ۲۲۸۸ قانون مدنی فرانسه، ضمان تعهدی است که به موجب آن ضامن متعهد می‌شود در صورت عدم اجرای تعهد توسط مدیون اصلی، دین او را در برابر طلبکار ادا کند، و این تعهد به‌عنوان وثیقه‌ای شخصی به دین اصلی وابسته است (French Civil Code, Art. 2288). در حقوق انگلیس، ضمان^۱ به‌عنوان تعهدی فرعی تعریف می‌شود که ضامن را مسئول جبران عدم ایفای تعهد مدیون در برابر طلبکار می‌کند، و این قرارداد معمولاً میان ضامن و طلبکار منعقد می‌شود، چنان‌که در رویه قضایی انگلیس^۲، بر تبعی بودن و وابستگی آن به تعهد اصلی تأکید شده است. تبعی بودن ضمان در حقوق ایران نیز مشهود است و آن را از اعتبار اسنادی تضمینی متمایز می‌کند. این نهاد به‌عنوان وثیقه‌ای شخصی و تبعی نقشی اساسی در کاهش مخاطرات مالی ایفا کرده است. با این حال، وابستگی آن به احراز تخلف واقعی مضمون‌عنه و فرآیندهای قضایی، گاه کارایی اش را در برابر سرعت و شفافیت ابزارهای مدرن تضمین به چالش می‌کشد.

۲-۱. تبعی بودن تعهد ضامن

عقد ضمان در نظام حقوقی ایران، به‌مثابه نهادی تبعی، وابستگی ذاتی خود را به رابطه پیشین میان مدیون اصلی و بستانکار آشکار می‌سازد. این وابستگی، که در اصطلاح فقهی و حقوقی «تبعیت» خوانده می‌شود، به این معناست که ضمان، وجود و نفوذ خود را از دین اصلی و مشروع میان مضمون‌عنه و دائن وام می‌گیرد (غمامی، ۱۳۷۸: ۸۰). ضامن در این چارچوب، با پذیرش دین

1. Guarantee

۲. مانند پرونده Pitts v. Jones [2007] EWCA Civ 1301

مضمون‌عنه بر ذمه خویش، تعهدی را عهده‌دار می‌شود که از منظر حقوقی، ماهیتی طولی و تبعی دارد. این ویژگی، تمایز اساسی ضمان را با تعهدات مستقل، نظیر تعهد بانک در اعتبار اسنادی تضمینی، برجسته می‌سازد (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۹)؛ تعهدی که به لحاظ حقوقی، بی‌نیاز از قید و شرط و وابستگی به رفتار مدیون اصلی است (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۸۴). به این ترتیب، ضمان، به مثابه وثیقه‌ای شخصی تبعی، تعهدی است که وجود و بقای آن به تعهد اصلی وابسته است، برخلاف اعتبار تضمینی که وثیقه‌ای مستقل محسوب می‌شود (بنیادنیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۱). تبعیت ضمان از تعهد اصلی، اقتضا می‌کند که ضامن تنها در صورت اثبات قصور یا تخلف مدیون اصلی، ملزم به ایفای تعهد گردد (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۹). تا زمانی که این قصور احراز نگردد، هیچ تعهدی بر ذمه ضامن مستقر نمی‌شود. این قاعده، ضمان را به ابزاری وابسته به رفتار و وضعیت مدیون تبدیل می‌کند و ریسک بستانکار را در مقایسه با ابزارهای مدرن تضمین، همچون اعتبار اسنادی تضمینی، افزایش می‌دهد؛ زیرا در اعتبار تضمینی، صرف ارائه اسناد مطابق با شرایط مندرج در اعتبار، برای مطالبه وجه کافی است، حال آنکه در ضمان، اثبات واقعی قصور یا ناتوانی مدیون، پیش شرط اجرای تعهد ضامن است. در فقه اسلامی، نظریه غالب در تبیین ضمان، نظریه «ضم ذمه» است که مورد پذیرش اکثریت فقها قرار گرفته است. بر اساس این دیدگاه، ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی ملحق می‌شود، بدون آنکه ذمه مدیون از دین بری گردد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۳). این الحاق، ضمان را به ابزاری برای تضمین طلب بستانکار تبدیل می‌کند که در آن، ضامن و مدیون در کنار یکدیگر قرار می‌گیرند. با این حال، در تفسیر این نظریه، دو رویکرد متمایز پدیدار می‌شود: گروهی از فقها، بر این باورند که بستانکار نخست باید به مدیون اصلی رجوع کند و تنها در صورت ناتوانی یا فقدان وی، حق رجوع به ضامن را دارد (شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲: ۱۳۳). این رویکرد، که به نهاد رهن تشبیه شده، تبعیت تعهد ضامن را بیش از پیش تقویت می‌کند. در مقابل، گروهی دیگر، ضامن و مدیون را در عرض یکدیگر قرار داده و معتقدند که بستانکار می‌تواند مستقیماً به ضامن رجوع کند؛ دیدگاهی که انعطاف بیشتری به ضمان می‌بخشد و آن را از حالت صرفاً تبعی خارج می‌کند. در برابر نظریه ضم ذمه، نظریه «نقل ذمه» قرار دارد که ضمان را به مثابه انتقال دین از مضمون‌عنه به ضامن تفسیر می‌کند. در این دیدگاه، با پذیرش ضمان، ذمه مدیون بری شده و بستانکار تنها حق رجوع به ضامن را داراست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۴). برای روشن‌تر شدن این تمایزات، نگاهی به حقوق کامن‌لا نیز راهگشاست. در این نظام حقوقی، برخی حقوق‌دانان بر تفاوت میان

تعهد مستقیم «متعهد ضمنی»^۱ و تعهد ثانویه «ضامن»^۲ تأکید کرده‌اند.^۳ برای نمونه، در رأی دادگاه در پرونده‌ای آمده است: «تعهد ضامن، تبعی و ثانویه است و عموماً با تعهد متعهد ضمنی که مستقیم است تفاوت دارد؛ ضامن متعهد می‌شود که اگر با به‌کارگیری دقت لازم نتوان از بدهکار اصلی وجه را وصول کرد، او پرداخت کند، در حالی که متعهد ضمنی مستقیماً تعهد به پرداخت می‌دهد و اگر بدهکار اصلی تخلف کند، فوراً مسئول است» (Kearns v. Montgomery, 4 West Va. 29, 1870).

این تمایز، تبعیت تعهد ضامن را در برابر اصلی بودن تعهد مدیون اصلی آشکار می‌سازد و بر پیچیدگی‌های نظری آن پرتو می‌افکند. دیدگاه‌هایی نظیر نظر دکولیار، که مسئولیت متعهد ضمنی را ثانویه و تابع بدهکار اصلی می‌پندارد (DeColyar, 1897: 207 cited in Arnold, 1925: 45)، در برخی آراء^۴ مورد نقد جدی قرار گرفته‌اند؛ زیرا این رویکرد با استدلالی که هر دو طرف را در جایگاه بدهکاران اصلی قرار می‌دهد رد شده است. در تأیید این نقد، محقق با صراحت استدلال می‌کند که «ضمانت ضمنی خود تعهدی اصلی است» (Story, 1874: 111)، و این موضع، تمایز میان ضمان تبعی در حقوق ایران و تعهدات مستقل در نظام حقوقی کامن‌لا را برجسته‌تر می‌سازد، به‌ویژه آنکه تعهد بانک‌گشاینده در اعتبارات اسنادی، به دلیل ماهیت مستقل و اصلی خود، از سایر قالب‌های ضمان فاصله‌ای معنادار می‌گیرد. در چارچوب قانون مدنی ایران، مواد ۷۰۲، ۷۰۳ و ۷۰۴ بر این اصل تأکید دارند که تعهد ضامن در قبال بستانکار، تابع قرارداد میان طرفین است و اگرچه با دین مضمون‌عنه هم‌راستاست، لزوماً تمامی ویژگی‌ها و شرایط آن را منعکس نمی‌کند (غمامی، ۱۳۷۸: ۸۳). ماده ۶۸۴ قانون مدنی، ضمان را به‌عنوان «به‌عهده گرفتن مالی که بر ذمه دیگری است» تعریف می‌کند و این تعریف، تبعیت تعهد ضامن از دین اصلی را به‌وضوح نشان می‌دهد. افزون بر این، ماده ۶۹۴ قانون مدنی با عدم الزام ضامن به آگاهی دقیق از مقدار و اوصاف دین، این تبعیت را تقویت می‌کند، زیرا قابلیت تعیین این ویژگی‌ها از طریق دین اصلی فراهم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴۱).

این تحلیل مؤید آن است که ضمان، برخلاف تعهد مستقل، تعهدی جدید و خودبسنده نیست، بلکه بازتابی از تعهد اصلی است؛ موضوعی که این پرسش اساسی را برمی‌انگیزد: اگر ضمان را تعهدی

1. Surety

2. Guarantor

۳. برای جلوگیری از ابهام و تداخل مفاهیم، از این پس در متن، «متعهد ضمنی» به معنای Surety و «ضامن» به معنای Guarantor در نظام حقوقی کامن‌لا در نظر گرفته می‌شود. متعهد ضمنی مشابه ضمان تضامنی عرضی و ضامن مشابه ضمان تضامنی طولی می‌باشد.

4. Union Trust Co. v. McGinty, 212 Mass. 205, 98 N.E. 679 (1912).

<https://casetext.com/case/union-trust-co-v-mcginty> Retrieved March 3, 2025

مستقل فرض کنیم، آیا رفع ابهام از آن به ضرورتی اجتناب ناپذیر تبدیل نمی‌شد؟ بنابراین تبعی بودن^۱ ضمان به وابستگی ذاتی آن به دین اصلی اشاره دارد، به گونه‌ای که تعهد ضامن تنها در چارچوب تعهد مضمون‌عنه تعریف می‌شود و حدود مسئولیت او را به آنچه بر ذمه مدیون است محدود می‌کند. در مقابل، فرعی بودن^۲ به ترتیب رجوع طلبکار مربوط می‌شود؛ در ضمان تضامنی طولی، مضمون‌له نخست باید به مضمون‌عنه رجوع کند و تنها در صورت قصور یا ناتوانی او، حق مطالبه از ضامن را دارد (بناءنیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۱). بنابراین، تبعی بودن به ماهیت تعهد و فرعی بودن به ترتیب اجرا اشاره دارد، که هر دو کارایی ضمان را در مقایسه با ابزارهای مستقل محدود می‌کنند.

۲-۲. تعلیقی بودن تعهد ضامن

عقد ضمان، در ذات خود، همانند پلی میان اطمینان و تردید معلق است؛ تعهدی که گاه در لحظه انعقاد به بار می‌نشیند و گاه در انتظار تحقق شرطی خارجی، در هاله‌ای از ابهام می‌ماند. قانون مدنی ایران، در ماده ۱۸۹، عقود را به منجز و معلق تقسیم می‌کند: عقد منجز بی‌درنگ اثر می‌گذارد، اما عقد معلق، اگر معلق علیه محقق شود مؤثر می‌شود و اگر محقق نشود عقد منتفی و کان‌لم‌یکن می‌شود (باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۴). در این میان، ضمان در قانون مدنی، در کشاکش میان تنجیز و تعلیق، چهره‌ای دوگانه می‌یابد. ماده ۶۹۹ قانون مدنی صراحت دارد که تعلیق در ضمان، مانند قید «اگر مدیون نداد، من ضامنم»، باطل است، زیرا این تعلیق، ذمه ضامن را به ذمه مدیون پیوند می‌زند و با نظریه نقل ذمه، که تنجیز را شرط صحت می‌داند، ناسازگار است. اما در ذیل همین ماده، قانون‌گذار با افزودن «ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد»، دریچه‌ای به سوی ضم ذمه می‌گشاید (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۸۰). این دوگانگی، پرسشی عمیق را برمی‌انگیزد: آیا تعلیق در ضمان، ماهیتی ذاتی است یا امری استثنایی که قانون برای تطبیق با نیازهای اجتماعی جعل کرده است؟ تحلیل این ویژگی، از تمایز میان تعلیق در انشا و تعلیق در اجرا آغاز می‌شود. تعلیق در انشا، که ماده ۶۹۹ قانون مدنی آن را باطل می‌شمارد، ضمان را تا تحقق شرط خارجی در برزخی از عدم نگاه می‌دارد؛ تعهدی که نه قطعیت دارد و نه وثاقت، و از این رو با اقتضای توثیقی ضمان، که صاحب نظری آن را ذاتی این عقد می‌داند (باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۵)، در تضاد است. برخی حقوق‌دانان، لزوم تنجیز را غیرموجه خوانده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۲: ۳۰۳). برخی دیگر آن را به التزام فقه امامیه به نقل ذمه نسبت داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۵۶). اما، به نظر می‌رسد این شرط، ریشه در نیاز به اطمینان دارد؛ زیرا ضمان، عقدی تبعی و حمایت‌گر است که تردید در آن، چون سایه‌ای بر اعتماد

1. Accessory

2. Subsidiary

بستانکار، سنگینی می‌کند. در مقابل، تعلیق در اجرا، که در التزام به تأدیه پذیرفته شده، تعهد ضامن را منجز می‌سازد، اما پرداخت را به شرط عدم تأدیه مدیون معلق می‌کند (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۸۰). این شیوه، که در عرف تجارت بین‌الملل نیز رواج دارد، وثاقت را مخدوش نمی‌کند، زیرا اصل تعهد قطعی است و تنها زمان اجرا در انتظار شرط می‌ماند (باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۶). برخی این تعلیق را به تأدیه محدود می‌داند و ضامن را منجز می‌شمارد (امامی، ۱۳۸۴: ۲۵۴)، اما این تفسیر با صراحت قانون، که التزام معلق را در چارچوب شرط ضمن عقد می‌بیند، هم‌خوانی ندارد. هرچند برخی تعلیق در ضامن را به تخلف واقعی گره می‌زنند (بناء نیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۵)، این تعمیم با برخی مصادیق ضامن در حقوق ایران و نظام‌های دیگر سازگار نیست. در حقوق مدنی ایران، ضامن نقل ذمه تعهدی منجز است که با انعقاد عقد، ذمه ضامن مشغول می‌شود و نیازی به احراز تخلف ندارد. حتی در ضامن ضم ذمه، اگر بستانکار مستقیماً به ضامن رجوع کند (ضامن تضامنی عرضی)، تعلیق به تخلف واقعی الزامی نیست. همچنین، در حقوق کامن‌لا، ضمانت پرداخت^۱ می‌تواند بدون نیاز به اثبات تخلف، ضامن را ملزم کند. بنابراین، صحیح‌تر آن است که تعلیق واقعی را صرفاً یکی از حالت‌های ممکن ضامن بدانیم، نه ویژگی ذاتی و عام آن. انواع تعلیق در ضامن، لایه‌های این پیچیدگی را آشکارتر می‌کند. تعلیق به شرط خارجی، مانند عدم پرداخت مدیون باطل است، زیرا تا تحقق شرط، تعهدی قطعی شکل نمی‌گیرد و این احتمال با توثیق ناسازگار است (باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۵). اما تعلیق به شرایط صحت که ماده ۷۰۰ قانون مدنی آن را مجاز می‌داند منطقی است؛ زیرا هر عقدی به‌طور طبیعی به شروط صحتش وابسته است (امامی، ۱۳۸۴: ۲۵۵). با این حال، برخی تأکید می‌کنند که این تعلیق تنها برای شروطی مانند مدیونیت، که علم اجمالی به آن کافی است (ماده ۶۹۵ ق.م)، کارآمد است و نه شروطی چون قصد انشاء، که نیازمند احراز تفصیلی‌اند (شهیدی به نقل از باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۷). شرط ضامن معلق، سومین نوع تعلیق، در ماده ۷۲۳ به‌عنوان شرط نتیجه در عقد لازم پذیرفته شده و برخلاف عقد ضامن معلق نیازی به تنجیز ندارد (کاشانی، ۱۳۷۳: ۲۰۲ به نقل از باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۴۸). این تفاوت، ریشه در تمایز ماهوی عقد و شرط دارد؛ عقد ضامن معلق، بی‌تحقق شرط، توثیقی نمی‌آفریند، اما شرط معلق، با ضمانت اجرای خیار تخلف، بستانکار را حمایت می‌کند. تعلیق در ضم ذمه، که در قانون تجارت (مواد ۴۰۲-۴۱۱) نیز بازتاب یافته (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۸۱)، ضامن را در موضع تعهدی تبعی و موکول به اثبات تخلف قرار می‌دهد. تعهد ضامن تا احراز قصور مدیون معلق می‌ماند (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۹)، برخلاف اعتبار

اسنادی تضمینی که تعلیق صوری آن به ارائه اسناد گره خورده و قطعیت را برمی‌گزیند. به بیان دیگر، تعلیق در ضمان، که تعلیقی واقعی و منوط به تخلف مضمون‌عنه است، در مقابل تعلیق اسنادی قرار دارد که صرفاً به ارائه اسناد وابسته است (بنیادنیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۸). این تعلیق واقعی در ضمان، ضامن را از التزام بی‌قید و شرط معاف می‌کند، اما بستانکار را در برابر ابهامات حقوقی آسیب‌پذیر می‌سازد، زیرا مطالبه طلب مستلزم اثبات تخلف است و گاه به دعاوی قضایی می‌انجامد. به این ترتیب، تعلیق در ضمان، اگرچه در روابط سنتی مبتنی بر اعتماد کارآمد است، در دادوستدهای لحظه‌ای نوین، در برابر ابزارهایی چون اعتبار اسنادی تضمینی، رنگ می‌بازد، اما همچنان میراثی حقوقی، جایگاه خود را در قانون ایران حفظ کرده است.

۲-۳. تخلف محور بودن تعهد ضامن

تعهد ضامن در ضمان تضامنی طولی و ضمان حسن اجرای قرارداد تنها با احراز تخلف یا قصور مضمون‌عنه شکل می‌گیرد برخلاف ضمان نقل ذمه که تعهدی بی‌قید است. این ویژگی، که به تخلف محوری معروف است، آن را از ابزارهایی مانند اعتبار اسنادی تضمینی متمایز می‌کند. در ضمان حسن اجرا، التزام ضامن به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد است، اما این تعهد نه در لحظه انعقاد، بلکه پس از اثبات تقصیر متعهد پدید می‌آید. این امر با ضمان نقل ذمه متفاوت است، زیرا در آنجا دین به‌طور مستقیم منتقل می‌شود، اما در ضمان حسن اجرا، سبب تعهد ترکیبی از قرارداد پایه و تخلف است و در چارچوب ماده ۷۲۳ ق.م و اراده طرفین تفسیر می‌شود (غمامی، ۱۳۷۸: ۹۴-۹۰). در ضمان ضم ذمه طولی نیز مسئولیت ضامن پس از نقض تعهد اصلی محقق می‌شود، که ریشه در تبعی بودن این نوع ضمان دارد؛ ضامن تا زمانی که مدیون به تعهد عمل کند از مسئولیت میراست (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۳). از منظر حقوقی، سبب در ضمان، که برخی آن را وضعیتی تعریف می‌کند که قانون آثار حقوقی بر آن بار می‌کند، فراتر از قرارداد صرف است و به تخلف وابسته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۱۵۹). ماده ۲۲۱ قانون مدنی مسئولیت قراردادی را به نقض تعهد پیوند می‌زند، اما برخی تأکید دارند که التزام به جبران خسارت، تعهد اصلی را جایگزین نمی‌کند، بلکه ضمانی عارضی است که از تقصیر سرچشمه می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۴۰۳: ۶۰). در ضمان حسن اجرا، این التزام دینی آینده را در بر می‌گیرد که با پیمان‌شکنی تکمیل می‌شود. با این حال، ماده ۶۹۷ قانون مدنی با پذیرش ضمان عهده در بیع، قرارداد را به‌عنوان سبب ضمنی دین می‌بیند و تخلف را شرط ایجاد مسئولیت می‌داند. ماده ۲۴۱ قانون مدنی نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند که ضمان می‌تواند تعهدات ناشی از قرارداد را، حتی پیش از تخلف، تضمین کند. این ویژگی نشان می‌دهد که تخلف محوری، که فقه آن را با ضم ذمه هم‌سو می‌داند (کاشانی، ۱۳۸۸: ۲۷۳)، ضمان را در موضع

تعهدی تبعی و موکول به اثبات تخلف قرار می‌دهد که کارایی و امنیت حقوقی آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. برخلاف اعتبار اسنادی تضمینی، که پرداخت را صرفاً به ارائه اسناد مشروط می‌کند و قطعیت را تضمین می‌نماید، ضمان نیازمند اثبات قصور واقعی است، که این امر بستانکار را به پیچیدگی‌های قضایی و تأخیر در وصول طلب می‌کشاند (غمامی، ۱۳۷۸: ۹۹). به این ترتیب، واقعیت محور بودن ضمان، ضامن را ملزم به احراز تخلف واقعی می‌کند، در حالی که اعتبار تضمینی با اسنادمحوری، این الزام را حذف می‌نماید (بنایاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۳). این وابستگی، ضمان را در معاملات بین‌المللی که سرعت و اطمینان اولویت دارد کم‌اثر می‌سازد، اما در روابط داخلی مبتنی بر اعتماد همچنان کاربرد دارد. از سوی دیگر، این ویژگی ضامن^۱ را تا زمان احراز تخلف از مسئولیت معاف می‌کند، اما او را در برابر سوءرفتار مدیون آسیب‌پذیر می‌سازد، زیرا در این مدت در عدم قطعیت باقی می‌ماند. در مقابل، ضمان نقل ذمه تخلف را نادیده می‌گیرد و ذمه را بی‌قید منتقل می‌کند، و ضمان ضم ذمه عرضی نیز مسئولیت را مشترک می‌سازد. بنابراین، تخلف محوری در ضمان ضم ذمه طولی، آن را به ابزاری محافظه‌کارانه محدود می‌کند که در مقایسه با اعتبار اسنادی تضمینی، در مدیریت مخاطرات مدرن کارایی کمتری دارد، اما در نظام حقوقی داخلی ایران همچنان جایگاه و کاربرد خود را حفظ کرده است.

۲-۴. مدیون محور بودن تعهد مضمون عنه

در چهارچوب ابزارهای حقوقی و مالی تضمین تعهدات، عقد ضمان و اعتبار اسنادی تضمینی دو رویکرد متمایز را در اولویت‌بندی منافع طرف‌های درگیر ارائه می‌دهند. پرسش این است که چرا عقد ضمان به صورت ساختاری مدیون محور طراحی شده و این ویژگی در مقایسه با ذی‌نفع محوری اعتبار اسنادی تضمینی چه پیامدهایی در فلسفه، کارایی و انعطاف‌پذیری این ابزارها دارد؟ عقد ضمان ذاتاً بر محوریت مدیون یا مضمون‌عنه استوار است، به گونه‌ای که منافع او را در اولویت قرار می‌دهد. این مدیون‌محوری، ریشه در وابستگی ساختاری ضمان به تعهد اصلی مدیون دارد (McLaughlin, 1993: 1141). برخلاف نهادهای مستقل، ضامن در این چارچوب تنها زمانی مکلف به پرداخت می‌شود که قصور مدیون به‌طور کامل اثبات گردد (کاشانی، ۱۳۸۸: ۳۱۸). این وابستگی، ضمان را به ابزاری وابسته و مشروط تبدیل می‌کند که عملکرد آن به رفتار مدیون گره خورده است. در مقابل، اعتبار اسنادی تضمینی با تکیه بر اصل استقلال و ماهیت سندمحور، ذی‌نفع محور^۲ عمل

۱. منظور ضامن در در ضم ذمه و ضامن در حسن اجرا تعهد است زیرا همانطور که گذشت، در نقل ذمه، تخلف محوری موضوعیت ندارد.

می‌کند و پرداخت را به محض ارائه اسناد، بدون درگیری در واقعیت‌های زیربنایی، تضمین می‌نماید (McLaughlin, 1993: 1140). این تمایز ساختاری، دو پارادایم متضاد را در فلسفه حقوقی و اقتصادی آشکار می‌سازد. ضمان در پی تعادل و عدالت برای مدیون است، در حالی که اعتبار اسنادی تضمینی کارایی و اطمینان را برای ذی‌نفع در اولویت قرار می‌دهد. مدیون محوری ضمان دو ویژگی کلیدی را به دنبال دارد که بر کارکرد آن اثر می‌گذارد. نخست، ضامن حق بهره‌مندی از دفاعیات مدیون را در برابر طلبکار دارد (McLaughlin, 1993: 1145). این امر پرداخت را به بررسی دقیق واقعیت‌ها وابسته می‌کند و از اتکای صرف به اسناد ظاهری جلوگیری می‌نماید. این مکانیزم، فرآیند را پیچیده‌تر و زمان‌برتر می‌سازد، اما هم‌زمان مدیون و ضامن را از پرداخت‌های شتاب‌زده یا ناعادلانه مصون می‌دارد و فضایی برای طرح ادعاها یا دفاع فراهم می‌کند. دوم، این ساختار با عدالت توزیعی هم‌راستاست؛ زیرا طلبکار را به پیگیری اولیه از مدیون ملزم می‌کند و ضامن را از التزام بی‌قید و شرط معاف می‌سازد. این ویژگی در نظام حقوقی ایران، که ریشه در فقه دارد، با نظریهٔ ضم ذمه سازگار است، زیرا در این نظریه، تعهد ضامن در طول تعهد مدیون تعریف می‌شود و تنها در صورت قصور او فعال می‌گردد. در سوی دیگر، ذی‌نفع محوری اعتبار اسنادی تضمینی بر سرعت و قاطعیت استوار است. اصل استقلال، بانک صادرکننده را ملزم می‌کند که بدون ورود به اختلافات معاملهٔ اصلی، صرفاً بر اساس اسناد ارائه‌شده توسط ذی‌نفع پرداخت کند (McLaughlin, 1993: 1143). این رویکرد، مخاطرات تأخیر یا عدم پرداخت ناشی از اعتراضات مدیون را برای ذی‌نفع حذف می‌کند و اعتماد را در معاملات تجاری تقویت می‌نماید. در مقابل، ضمان، به‌عنوان تعهدی مشروط و معلق، در خدمت حمایت از مضمون‌عنه و متقاضی (ضامن) است، حال آنکه اعتبار تضمینی با استقلال خود، ذی‌نفع را در اولویت قرار می‌دهد (بنیان‌یاسری، ۱۳۹۹: ۵۵۱). اما این کارایی به بهای نادیده گرفتن احتمالی دفاعیات مدیون تمام می‌شود، که می‌تواند تعادل میان طرف‌ها را به نفع طلبکار هم‌زند. از این‌رو، تفاوت این دو ابزار در هدف‌گذاری آن‌ها است. ضمان بر صحت ادعای طلبکار و حمایت از مدیون متمرکز است، در حالی که اعتبار اسنادی تضمینی قاطعیت در پرداخت به ذی‌نفع را حتی به قیمت کاهش عدالت برای مدیون ترجیح می‌دهد (McLaughlin, 1993: 1142). این تضاد ساختاری، پیامدهای عمیقی در کارایی و انعطاف‌پذیری دارد. مدیون محوری ضمان، به‌عنوان نقطهٔ قوت، با ایجاد تراز میان بدهکار و بستانکار، خطر پرداخت‌های نادرست را کاهش می‌دهد، اما در عین حال، فرآیند وصول طلب را در صورت قصور یا غیبت مدیون پیچیده و پرهزینه می‌سازد. در مقابل، اعتبار اسنادی تضمینی با حذف وابستگی به مدیون، کارایی و سرعت را به حداکثر می‌رساند و ابزاری مدرن برای معاملات بین‌المللی فراهم می‌کند، اما این مزیت ممکن است به کاهش

انعطاف‌پذیری در برابر ادعاهای مدیون منجر شود. برخی استدلال می‌کنند که این تمایز، نه تنها انعکاسی از تفاوت در ساختار حقوقی است، بلکه نشان‌دهنده اهداف اقتصادی متفاوتی است: ضمان به دنبال تعادل در روابط سنتی بدهکار و بستانکار است، در حالی که اعتبار اسنادی تضمینی جایگاه بستانکار را در تجارت جهانی تقویت می‌کند (McLaughlin, 1993: 1144). این پویایی، انعطاف‌پذیری حقوق تجاری را تقویت می‌کند، زیرا هر ابزار برای پاسخ به نیازی خاص طراحی شده است. اما پرسشی بنیادین رخ می‌نماید: آیا مدیون‌محوری ضمان، در جهانی که کارایی و سرعت سلطه دارند، همچنان می‌تواند بدرخشد؟ ضمان با تأکید بر عدالت و حمایت از مدیون در برابر طلبکار، تعادل را پاس می‌دارد، اما پیچیدگی و تأخیر را به دنبال دارد، در حالی که اعتبار تضمینی با استقلال و سرعت، اعتماد ذی‌نفع را تضمین می‌کند. این تقابل نشان می‌دهد که انتخاب ابزار مناسب، نه مطلق، بلکه به ماهیت هر معامله و اقتضائات آن وابسته است یعنی ضمان برای روابط تجاری داخلی و اعتبار تضمینی برای تجارت بین‌الملل.

۲-۵. تمایز در سبب تعهد منشأ و مسامحه در برابر مغابنه

از دیگر تمایزات اساسی میان اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان در دو محور ساختاری و مفهومی متبلور می‌شود: خاستگاه تحقق مسئولیت و ماهیت مسامحه‌ای یا مغابنه‌ای بودن این دو نهاد. این تفاوت‌ها، که ریشه در مبانی نظری و چارچوب‌های عملی هر یک دارد، نه تنها بر قلمرو کاربردی آن‌ها تأثیر می‌گذارد، بلکه سطح پیش‌بینی‌پذیری، شفافیت و آگاهی طرف‌های درگیر را نیز به گونه‌ای متمایز شکل می‌دهد. در اعتبار اسنادی تضمینی، مسئولیت بانک صادرکننده از یک رابطه قراردادی پایه^۱ میان متقاضی و ذی‌نفع سرچشمه می‌گیرد (مافی و محسن‌زاده، ۱۳۹۴: ۳۱۷). این مسئولیت، که تنها با احراز نقض تعهدات مندرج در قرارداد، به صورت منجز قابل مطالبه می‌شود، به طور انحصاری بر پایه یک تعهد قراردادی استوار است (Goode, 1995: 39). این ویژگی اعتبار اسنادی را به ابزاری برای تضمین اجرای تعهدات مشخص و از پیش تعیین‌شده در تجارت بین‌الملل بدل می‌کند. در مقابل، عقد ضمان در فقه اسلامی و حقوق ایران، منشأیی گسترده‌تر دارد و نه تنها به قرارداد محدود نمی‌شود، بلکه می‌تواند از مسئولیت غیرقراردادی^۲ یا الزامات قانونی^۳ نشأت گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۱۶۷). این انعطاف، ضمان را به نهادی فراگیر تبدیل می‌کند که فارغ از پیش‌شرط قرارداد پایه، مسئولیت را به صورت تبعی بر دوش ضامن می‌نهد. این تفاوت نشان‌دهنده

1. Underlying Contract
2. Extracontractual Liability
3. Legal Imposition

هدف‌گذاری متمایز این دو ابزار است: اعتبار اسنادی تضمینی، با تکیه بر شفافیت قرارداد، قطعیت بیشتری می‌آفریند، حال آنکه ضمان، با منشأ متنوع، گاه به پیچیدگی‌های تفسیری می‌انجامد. این تمایز با ویژگی مسامحه‌ای یا مغایبه‌ای بودن پیوند می‌یابد، که بر میزان علم اجمالی و تفصیلی طرفین اثرگذار است. ضمان، عقدی مسامحه‌ای است که ریشه در قصد احسان دارد و ضامن بر پایه اعتماد یا رابطه شخصی، تعهد می‌پذیرد (McGuinness, 1995: 34). این ماهیت، نیاز به علم تفصیلی را کم‌رنگ می‌کند و ضامن را در معرض ریسک آگاهی ناکافی از تعهد اصلی قرار می‌دهد. در مقابل، اعتبار اسنادی تضمینی، نهادی مغایبه‌ای است که بانک در ازای کارمزد، با بررسی دقیق قرارداد و تعیین شرایط صریح پرداخت، تعهدی شفاف می‌سازد (Arban, 2005: 84). اصل «تطابق دقیق اسناد» در اینجا ریسک را کاهش داده و از ابهام می‌کاهد. ضمان، با حذف هزینه‌های بانکی، در معاملات جزئی کارا تر است، اما اعتبار تضمینی، با هزینه بیشتر، برای پروژه‌های کلان مناسب‌تر می‌نماید (بناء نیاسری، ۱۳۹۹: ۵۴۵). از منظر حقوقی، مسامحه در ضمان، انعطاف‌پذیری را به بهای مخاطرات احتمالی منازعات بعدی می‌آورد، در حالی که مغایبه در اعتبار اسنادی، با تأکید بر علم تفصیلی، اطمینان و پیش‌بینی‌پذیری را تقویت می‌کند. این تمایز نشان‌دهنده تفاوت در دامنه کاربرد و فلسفه وجودی این دو نهاد است. اعتبار اسنادی تضمینی، به‌عنوان محصولی از نیازهای تجارت بین‌الملل، بر پایه روابط قراردادی طراحی شده و هدف آن تضمین اجرای تعهدات مشخص و از پیش تعیین‌شده است. در مقابل، ضمان با ریشه در سنت‌های فقهی و حقوقی، دامنه وسیع‌تری از مسئولیت‌ها را شامل می‌شود و می‌تواند در موقعیت‌هایی که قانون یا عمل قهری منشأ دین است نیز به کار گرفته شود. این تفاوت، تأثیر مستقیمی بر پیش‌بینی‌پذیری و قطعیت تعهدات دارد؛ در اعتبار اسنادی تضمینی، وجود قرارداد پایه شفافیت و قطعیت بیشتری به مسئولیت می‌بخشد، در حالی که در ضمان، منشأ متنوع مسئولیت ممکن است به پیچیدگی‌های حقوقی و تفسیر بیشتر منجر شود.

۲-۶. بار اثبات دعوی در عقد ضمان

عقد ضمان در حقوق مدنی ایران بر پایه انتقال دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن استوار است (ماده ۶۹۸ ق.م). در این نهاد تعهد ضامن تابع دین اصلی و دارای ماهیت تبعی و شخصی است. از این رو دعوی ناشی از آن ارتباط تنگاتنگی با وجود یا عدم وجود دین مضمون‌عنه دارد. در نتیجه مسئله بار اثبات در دعوی ضمان برخلاف اعتبار اسنادی بر محور وجود دین اصلی و حدود آن شکل می‌گیرد. در عقد ضمان نقل ذمه اگر مضمون‌له (طلبکار) علیه ضامن اقامه دعوی کند، بار اثبات با مضمون‌له است تا وجود دین مضمون‌عنه و وقوع عقد ضمان را ثابت کند. وی باید نشان دهد که ضمان به درستی واقع شده و دین در عقد ضمان وجود داشته است (ماده ۶۹۱). این رویکرد، دقیقاً

در نقطه مقابل اعتبار اسنادی تضمینی قرار می‌گیرد. در واقع، بار اثبات دعوی در اعتبار اسنادی تضمینی به دلیل حاکمیت اصل استقلال از قرارداد پایه بر عهده ذی نفع یا طلبکار قرارداد است. یعنی ذی نفع برای مطالبه وجه از بانک تنها باید ثابت کند که اسناد و مدارک مورد نیاز را به صورت منطبق با شرایط مندرج در اعتبارنامه تضمینی به بانک ارائه داده است (Bertrams, 2004: 70, 136).

۳. تطبیق اعتبار اسنادی تضمینی با عقد ضمان

در نظام‌های حقوقی مختلف، اطمینان از اجرای تعهدات همواره دغدغه‌ای بنیادین برای طرفین قراردادها بوده است. از این رو، حقوق در مسیر تحول خود، نهادهایی پدید آورده که هدف مشترک آن‌ها تضمین وفای به عهد و افزایش اعتماد در مبادلات اقتصادی است. در حقوق ایران، عقد ضمان سنتی‌ترین ابزار تأمین تعهدات به شمار می‌رود که با انتقال دین از ذمه مدیون اصلی به ضامن، نوعی تضمین شخصی ایجاد می‌کند. در مقابل، در عرصه تجارت بین‌الملل و حقوق بانکی نوین، نهادی پدید آمده که با ماهیت متفاوت اما کارکردی مشابه، همین هدف را دنبال می‌کند؛ یعنی اعتبار اسنادی تضمینی. اعتبار اسنادی تضمینی تعهدی مستقل و مبتنی بر اسناد از سوی بانک در برابر ذی نفع ایجاد می‌کند (Sifri, 2008: 15; Barru, 2005: 63; Mijatovic & Dordevic, 2023: 4).

مقایسه این دو نهاد، یکی ریشه‌دار در سنت حقوق مدنی و دیگری زائیده نیازهای تجارت بین‌الملل، فرصت مناسبی برای تحلیل مرزهای میان تضمین سنتی و تضمین بانکی مدرن را فراهم می‌سازد. مطالعه تطبیقی آن‌ها نشان می‌دهد که در حالی که عقد ضمان بر پایه وابستگی تعهد ضامن به دین مضمون‌عنه استوار است، اعتبار اسنادی تضمینی بر اصل استقلال تعهد بانک از رابطه پایه و بر اتکا بر اسناد مبتنی است. این تفاوت اساسی آثار گسترده‌ای در حوزه اثبات، اجرای تعهد، حقوق ذی نفع و ماهیت حقوقی هر دو نهاد بر جای می‌گذارد (Bertrams, 2004: 68, 70; McLaughlin, 1993: 1141; Barru, 2005: 57). مطالعه تطبیقی میان عقد ضمان مدنی و اعتبار اسنادی تضمینی از این حیث اهمیت دارد که دو مفهوم تضمین شخصی سنتی و تضمین بانکی مدرن را در کنار یکدیگر قرار می‌دهد. در حالی که ضمان در حقوق مدنی مبتنی بر اعتماد شخصی و روابط تبعی است، اعتبار اسنادی تضمینی بر اعتماد نهادی به بانک و استقلال حقوقی آن تکیه دارد. اعتبار اسنادی تضمینی توسط مؤسسات معتبر مانند بانک‌ها صادر می‌شود و ذی نفعان تمایل دارند بر اعتبارنامه صادر شده توسط یک بانک یا مؤسسه مشابه اصرار ورزند (Mijatovic & Dordevic, 2023: 2).

از یک سو، عقد ضمان مدنی ریشه عمیق در فقه و قانون مدنی دارد و بر اصل تبعی بودن استوار است؛ به این معنا که تعهد ضامن، سایه‌ای از تعهد مدیون اصلی است و در بقا یا زوال، تابع وجود یا عدم دین پایه است. این ضابطه هرچند عدالت‌محور است، اما می‌تواند فرآیند وصول طلب را با ورود

به ماهیت قرارداد اصلی، کُند و دشوار نماید. در نقطه مقابل، اعتبار اسنادی تضمینی قرار دارد که زاده عرف تجارت بین الملل و قواعد اتاق بازرگانی بین المللی است و در آن تعهد بانکی به یک تعهد اولیه و غیرقابل مناقشه تبدیل می شود. این ساختار، اثبات قصور متقاضی را با ارائه اسناد منطبق جایگزین می کند تا برای ذی نفع، اطمینان و قطعیت پرداخت را ایجاد نماید (McLaughlin, 1993: 1141; Sifri, 2008: 15; Mitra, 1998: 65). مطالعه تطبیقی این دو نهاد، نه تنها تفاوت های ساختاری آن ها (تبعیت در برابر استقلال و تعهد شخصی در برابر تعهد بانکی) را آشکار می سازد، بلکه نشان می دهد هر یک در بستر حقوقی و تجاری خود چگونه به مقوله کاهش خطر و تضمین اجرا می پردازند. یکی با تکیه بر پیوند وثیق با قرارداد اصلی و دیگری با جدایی مطلق از آن، گویی دو مسیر متفاوت برای نیل به یک هدف، یعنی ایجاد اعتماد در معاملات را پیموده اند (Bertrams, 2004: 2, 5, 8, 9, 11, 68-70).

در روابط مالی و حقوقی، اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان مدنی دو جهان موازی را نمایندگی می کنند که هر چند هدف نهایی هر دو تضمین اجرا و پوشش خطر است، اما از دو فلسفه حقوقی کاملاً متمایز سرچشمه می گیرند. عقد ضمان مدنی مبتنی بر اصول ریشه دار حقوق داخلی بوده و به عنوان یک ابزار تبعی، اعتبار و حیات خود را از قرارداد اصلی می گیرد. در مقابل، اعتبار اسنادی تضمینی خاستگاه فراکشوری داشته و ذیل سیطره قواعد بین المللی (مانند ISP98) است و به مثابه یک «جعبه سیاه»^۱ عمل می کند، تنها کلید فعال سازی این صندوق، ارائه دقیق و منطبق اسناد است (Hugo & Kelly-Louw, 2024: 78; Sifri, 2008: 199; Barru, 2005: 63). این استقلال قاطع، ضمانت اجرایی استوار را برای ذی نفع فراهم می آورد و بار اثبات دعوی را از اثبات نقض قرارداد به اثبات ارائه مدارک مرتبط می سازد. این اصل، موسوم به «پرداخت مقدم بر مناقشه آ»، بیانگر آن است که بار اثبات دعوی بر عهده متقاضی اعتبار یا متعهد اصلی قرار دارد (McLaughlin, 1993: 1141). این تضاد ماهوی (تبعیت در برابر استقلال) تعیین می کند که کدام ابزار در معاملات داخلی سنتی و کدام در پروژه های پیچیده و فرامرزی که ضمان و قطعیت پرداخت حیاتی است، کارآمدتر خواهد بود.

مسئله قابل توجه دیگر، منشأ تعهد و هدف اقتصادی این دو نهاد می باشد. در عقد ضمان، تعهد ضامن جنبه شخصی دارد و از رابطه مبتنی بر اعتماد میان افراد ناشی می شود. به عبارت دیگر، ضامن معمولاً شخصی است که به اعتبار رابطه حقوقی خود با مدیون، تعهد دیگری را می پذیرد. اما در اعتبار اسنادی تضمینی، بانک به عنوان نهادی حرفه ای صرفاً به موجب دستور مشتری و در مقابل کارمزد، تعهدی مستقل و قراردادی در برابر ذی نفع ایجاد می کند. از این رو، تعهد بانکی در این

1. Black Box
2. Pay First, Argue Later.

نظام، نه صرفاً بر پایه روابط شخصی، بلکه بر مبنای نظم قراردادی و اعتماد نهادی استوار می‌باشد (Bertrams, 2004: 16, 28, 30-31, 70, 75, 84; Mijatovic & Dordevic, 2023: 2).

در حقوق ایران، ضمان یکی از عقود معین در قانون مدنی است (مواد ۶۸۴ الی ۷۲۳ قانون مدنی) و ویژگی تبعیت آن از دین اصلی در سراسر مواد مذکور مشهود است. بر اساس ماده ۶۹۸ قانون مدنی، برائت مضمون‌عنه موجب برائت ضامن می‌شود و این قاعده، ماهیت تبعی ضمان را تصریح می‌کند. در مقابل، در اعتبار اسنادی تضمینی که از نهادهای برگرفته از رویه‌های بین‌المللی است، اصل استقلال تعهد بانک از رابطه پایه مقرر می‌دارد که بانک حتی در صورت بطلان یا نقض قرارداد اصلی، تا زمانی که اسناد مطابق ارائه شود، ملزم به پرداخت وجه است. این اصل در قواعد ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ (به عنوان مثال در قواعد ۱/۰۶ و ۱/۰۷) به وضوح انعکاس یافته است (Sifri, 2008: 15).

از نظر اقتصادی نیز، ضمان در نظام حقوقی سنتی وسیله‌ای برای انتقال دین و ایجاد حمایت شخصی از دائن محسوب می‌شود. در حالی که اعتبار اسنادی تضمینی ابزار مدیریت خطر تجاری است؛ نهادی که با مداخله یک مؤسسه مالی معتبر، خطر عدم اجرای تعهد را از ذی‌نفع به متعهد منتقل می‌کند. به بیان دیگر، ضمان نهادی «شخص محور» است ولی اعتبار تضمینی «نهادمحور» یا «نظام‌محور» محسوب می‌شود^۲ (Bertrams, 2004: 11, 13-14, 508, 509; McLaughlin, 1993: 2). رویه قضایی در نظام کامن‌لا، به‌ویژه در پرونده Edward [1978] Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd، این اصل اساسی را تثبیت کرد که بانک صادرکننده ضمانت‌نامه مستقل (یا اعتبار تضمینی) باید به تعهدات خود صرف‌نظر از اختلافات و ایرادات مربوط به قرارداد پایه احترام بگذارد (Mitra, 1998: 66). این رویکرد، چالش تطبیق این نهاد مدرن را با نظام‌های حقوقی سنتی (مانند حقوق ایران) برجسته می‌سازد و این پرسش

1. ISP98

۲. در نظام حقوقی فرانسه، نهاد ضمان به دو صورت متمایز تبعی و مستقل در قانون مدنی این کشور کدگذاری شده است. ضمان تبعی، که در مواد ۲۲۸۸ تا ۲۳۲۰ قانون مدنی فرانسه تعریف شده، تعهدی وابسته به دین اصلی است که ضامن را ملزم می‌کند در صورت تخلف بدهکار اصلی، بدهی را به طلبکار پرداخت نماید، و این وابستگی آن را از ابزارهای مستقل متمایز می‌سازد. در مقابل، ضمان مستقل، که در ماده ۲۳۲۱ قانون مدنی از طریق اصلاحات سال ۲۰۰۶ کدگذاری شد، تعهدی مستقل از قرارداد پایه ایجاد می‌کند که ضامن را به پرداخت مبلغی بر اساس درخواست اولیه یا شرایط توافق‌شده، بدون امکان استناد به دفاع‌های ناشی از تعهد اصلی، ملزم می‌سازد، مگر در موارد تقلب یا سوءاستفاده آشکار. این تمایز حقوقی، که ریشه در نیازهای تجاری مدرن و رویه قضایی پیشین دارد، ضمان تبعی را برای روابط سنتی و ضمان مستقل را برای معاملات بین‌المللی کارآمد می‌سازد.

اصلی را مطرح می‌کند که آیا می‌توان اعتبار اسنادی تضمینی را ذیل مفاهیم کلاسیک حقوق مدنی، مانند عقد ضمان، تبیین کرد یا باید آن را نهادی کاملاً مستقل به شمار آورد؟ پاسخ آن است که اعتبار اسنادی تضمینی در رویه بانکداری بین‌المللی، ماهیتی مستقل^۱ و خودبسنده دارد. بنابراین، تلاش برای انطباق آن با قالب‌های کلاسیک و تبعی حقوق مدنی، مانند عقد ضمان، امکان‌پذیر نیست؛ چرا که وابستگی حقوقی و تبعی بودن ذاتی نهاد ضمان، با جوهره استقلال بانکی و ضابطه اتکا بر سند اعتبار اسنادی تضمینی، در تضاد بنیادین قرار دارد (Bertrams, 2004: 11, 12, 68, 69).

نتیجه

پژوهش حاضر با تحلیل تطبیقی اعتبار اسنادی تضمینی و عقد ضمان، به روشن‌سازی تمایزات ساختاری و کارکردی این دو ابزار حقوقی پرداخته و یافته‌های کلیدی آن، تصویری جامع از جایگاه و کارایی هر یک را در نظام‌های حقوقی و اقتصادی ارائه داده است. این بررسی نشان داد که تفاوت‌های بنیادین میان این دو نهاد، نه تنها ریشه در مبانی حقوقی آن‌ها دارد، بلکه بر انتخاب و کاربرد عملی آن‌ها در معاملات مختلف تأثیرگذار است.

نخستین یافته این پژوهش، برتری ساختاری اعتبار اسنادی تضمینی در محیط‌های بین‌المللی است. این ابزار، با تکیه بر اصل استقلال از قرارداد پایه و تعهد اصلی بانک، پرداخت را از منازعات میان طرفین جدا می‌سازد. این ویژگی، همراه با اسنادمحوری و تعلیق صوری مشروط به ارائه مدارک، فرآیندی سریع و شفاف ایجاد می‌کند که خطر عدم اجرا را برای ذی‌نفع به حداقل می‌رساند. در نتیجه، اعتبار اسنادی تضمینی به‌عنوان ابزاری پیش‌بینی‌پذیر و کارآمد، به‌ویژه در پروژه‌های کلان و جهانی مانند پیمانکاری، اعتماد و اطمینان را تقویت می‌کند. این استقلال و قطعیت، حتی در شرایط ورشکستگی متقاضی، تعهد بانک را معتبر نگه می‌دارد و از هزینه‌های قضایی و تأخیرات احتمالی می‌کاهد. در مقابل، عقد ضمان به‌عنوان نهادی تبعی و وابسته به دین اصلی، در چارچوب روابط داخلی و سنتی جایگاه خود را حفظ کرده است. تبعیت تعهد ضامن از رفتار مضمون‌عنه، همراه با تعلیق واقعی منوط به احراز تخلف، این ابزار را به گزینه‌ای محافظه‌کارانه تبدیل می‌کند. تخلف‌محوری و مدیون‌محوری ضمان، اگرچه تعادل و عدالت را میان مدیون و بستانکار پاس می‌دارد، اما فرآیند وصول طلب را به اثبات قصور وابسته می‌سازد که اغلب به پیچیدگی‌های قضایی و تأخیر منجر می‌شود. این ویژگی‌ها، ضمان را به ابزاری پایدار اما کم‌انعطاف در معاملات تجاری بدل کرده است.

یافته مهم دیگر این پژوهش تفاوت در هدف‌گذاری و اولویت‌بندی این دو ابزار است. اعتبار اسنادی تضمینی با ذی‌نفع محوری، بر تقویت موقعیت طلبکار تمرکز دارد و با حذف نیاز به بررسی واقعیت‌های قرارداد پایه، سرعت و امنیت را در اولویت قرار می‌دهد. این رویکرد، آن را به گزینه‌ای ایده‌آل برای تجارت بین‌الملل تبدیل می‌کند که در آن کارایی و کاهش مخاطرات مالی از اهمیت بالایی برخوردار است. در سوی دیگر، ضمان با مدیون محوری، حمایت از مضمون‌عنه را در قانون توجه قرار می‌دهد و با فراهم آوردن امکان دفاعیات مدیون، عدالت توزیعی را دنبال می‌کند. این تفاوت نشان می‌دهد که هر ابزار، پاسخگوی نیازی خاص است: اعتبار اسنادی تضمینی برای معاملات سریع و بین‌المللی، و ضمان برای روابط مبتنی بر اعتماد و دسترسی مستقیم به مدیون. سومین دستاورد مکمل بودن این دو ابزار در حوزه‌های کاربردی خود است. انتخاب میان اعتبار اسنادی تضمینی و ضمان، امری مطلق نیست، بلکه به اقتضانات هر معامله بستگی دارد. در پروژه‌های بین‌المللی که زمان و قطعیت پرداخت حیاتی است، اعتبار اسنادی تضمینی به دلیل ساختار مستقل و اسنادمحور برتری دارد. اما در روابط داخلی، جایی که امکان پیگیری از مدیون اصلی وجود دارد، ضمان با هزینه کمتر و انعطاف‌پذیری در برابر شرایط متنوع، همچنان کارآمد است. این مکمل بودن، ظرفیت نظام حقوقی را برای پاسخگویی به نیازهای گوناگون اقتصادی نشان می‌دهد.

در نهایت، این تحلیل بر ضرورت تکامل ابزارهای تضمینی تأکید می‌کند. اعتبار اسنادی تضمینی، با انطباق‌پذیری خود با نیازهای تجارت مدرن، الگویی برای توسعه ابزارهای حقوقی کارآمد ارائه می‌دهد. با این حال، ضمان نیز می‌تواند با بازنگری در فرآیندهای اجرایی و کاهش وابستگی به دعاوی قضایی، جایگاه خود را در نظام داخلی تقویت کند. این یافته‌ها نه تنها تمایزات مفهومی و عملی این دو نهاد را روشن می‌سازد، بلکه راه را برای بهبود و تطبیق آن‌ها با تحولات اقتصادی هموار می‌کند. در مجموع، اعتبار اسنادی تضمینی و ضمان، هر یک با نقاط قوت و محدودیت‌های خود، نقش کلیدی در تضمین تعهدات ایفا می‌کنند و انتخاب هوشمندانه آن‌ها می‌تواند به ارتقای کارایی نظام حقوقی منجر شود.

با توجه به تحلیل ارائه شده و شناسایی تمایزات بنیادین میان اعتبار اسنادی تضمینی (به‌عنوان نهادی مستقل، سندمحور، اصلی و ذی‌نفع محور) و عقد ضمان (به‌عنوان نهادی تبعی، واقعیت‌محور و مدیون محور) و با در نظر گرفتن تحول کارکرد ضمانت در روابط تجاری مدرن، پیشنهادات ذیل با هدف رفع ابهامات موجود در کاربرد ابزارهای تضمینی بانکی و همگام‌سازی حقوق داخلی با رویه‌های جهانی تدوین شده‌اند:

پیشنهاد می‌شود ماده‌ای به قانون مدنی ایران اضافه شود با مضمون ذیل: «در ضمانت‌نامه‌های صادره توسط مؤسسات مالی، اصل استقلال تعهد ضامن از تعهد اصلی حاکم است، مگر آنکه خلاف آن شرط شود.» این اصلاح قانونی، ابهامات کنونی در تفسیر ضمانت‌نامه‌های بانکی را مرتفع کرده و با ایجاد چهارچوبی روشن، مخاطرات حقوقی ناشی از کاربرد قواعد تبعی ضمان مدنی بر ابزارهای مستقل بانکی را کاهش می‌دهد.

در حال حاضر، رویه عملی دادگاه‌ها و بانک مرکزی، ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی را به دلیل ماهیت تجاری و ضرورت استقلال این ابزارها از قرارداد پایه، از شمول قواعد خشک ضمان مدنی خارج می‌داند. پیشنهاد می‌شود این رویکرد عملی، مبنای نظری و قانونی مستحکمی یابد. مراجع قضایی و نظارتی باید در تفسیر و اجرای ضمانت‌نامه‌های بانکی، به جای استناد و استفاده از قواعد عقد ضمان سنتی (مبتنی بر تبعیت و واقعیت محوری)، صراحتاً از «ضابطه استقلال» و «ضابطه سند محور بودن»، که ویژگی‌های بارز و کارآمد اعتبار اسنادی تضمینی هستند استفاده نمایند. این امر به کارایی، سرعت و قطعیت این ابزارهای حیاتی در نظام اقتصادی کمک شایانی خواهد کرد.

باتوجه به گسترش استفاده از ابزارهای بانکی در تضمین تعهدات از جمله اعتباراسنادی تضمینی و ضمان، شناخت صحیح وجود و آثار حقوقی هریک برای دادگاه‌ها و مراجع داوری اهمیتی بنیادین دارد. تحلیل حاضر می‌تواند در روشن‌سازی مفهومی و آثار حقوقی این دو نهاد برای دادگاه‌ها، مراجع داوری و کارشناسان بانکی مؤثر باشد. لذا پیشنهاد می‌شود قوه قضائیه در تدوین رویه واحد و یا صدور آرا وحدت رویه به اصولی چون استقلال قرارداد بانک از قرارداد پایه توجه نماید تا از تزلزل از اجرای تعهدات بانکی و تفسیرهای متعارض جلوگیری به عمل آید. همچنین پیشنهاد می‌شود در آموزش قضات و تدوین بخشنامه‌های بانکی تفکیک میان ضمان مدنی و اعتبار تضمینی به صراحت مورد توجه قرار گیرد زیرا تمایز آن دو نه تنها در رسیدگی‌های قضایی و داوری مؤثر است بلکه در امنیت معاملات تجاری بین‌المللی نیز نقش بسزایی ایفا می‌کند.

منابع

فارسی

- امامی، سید حسن. (۱۳۸۴). حقوق مدنی. جلد دوم، چاپ هجدهم، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۳). عقود معین ۲. چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- بناء نیاسری، ماشالله. (۱۳۹۹). حقوق اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی. جلد اول، چاپ دوم، تهران: شهر دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۲). عقد ضمان. تهران: شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۵). ضمان عقدی در حقوق مدنی. چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
- گروهی، فرشته. (۱۴۰۱)، تحلیل رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه بانکی، تهران: مجد.
- غمامی، مجید. (۱۳۷۸). ضمان حسن اجرای قرارداد. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). حقوق مدنی: عقود اذنی وثیقه‌های دین عقود معین ۴، چاپ دوم، تهران: انتشارات مدرس.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۳). اعمال حقوقی (قرارداد و ایقاع)، چاپ دوازدهم، تهران: گنج دانش.
- کاشانی، سید محمود. (۱۳۸۸). حقوق مدنی قراردادهای ویژه. چاپ اول، تهران: میزان.
- مافی، همایون و دهقانی زاده، محمدحسین. (۱۴۰۴). اصل استقلال اعتبار اسنادی و مبنای تعهد بانک گشاینده اعتبار در برابر ذی‌نفع. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۸۹-۲۱۴.
- مافی، همایون و فلاح، مهدی. (۱۳۹۲). خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲.
- مافی، همایون و کیانیپوریان نژاد، میلاد. (۱۴۰۳). تراحم بطلان پرداخت مرجح و اصل استقلال اعتبار اسنادی؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۹(۱۰۸)، ۱۷۵-۲۰۲.
- مافی، همایون و محسن‌زاده، احمد. (۱۳۹۴). مقایسه اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱.
- مرتضوی، عبدالحمید؛ امامی نمینی، محمود؛ و آقاپور، محسن. (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی تعهدات بانک گشاینده در دستور العمل اعتبار اسنادی داخلی ریالی و مقررات یو سی پی ۶۰۰. پژوهشنامه حقوق تطبیقی، سال اول، شماره ۱، صص ۱۵۴-۱۱۹.

عربی

- النجفی الجواهری، محمد حسن. (۱۳۶۲ ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، ج. ۲۶، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

انگلیسی

- Arban, Erika, (2005), The Doctrine of Strict Compliance in the Italian Legal System, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 23(1), 77-104.
- Andrade, Renzo (2013), Letters of Credit and Performance Bonds: How are these Popular Credit Enhancement Devices Applied in International Project Finance;

From their Common Law Origins to their Application in Civil Law Systems - The Peruvian case, *Florida Journal of International Law*, 25(3), 417-452.

- Austin, John, (1911), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (5th ed., Vol. II, Robert Campbell, Ed.), London: John Murray.
- Arnold, Earl (1925), Primary and Secondary Obligations, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 74(1), 36-71.
- Baird, Douglas (1982), Standby Letters of Credit in Bankruptcy, *University of Chicago Law Review*, 49(1), 130-159.
- Barru, David (2005), How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit, *George Washington International Law Review*, 37(1), 51-108.
- Bartscherer Ferdinand, (2020), *Primary and Secondary Rights in Private Law* [Doctoral Dissertation, UCL Faculty of Laws], UCL Repository.
- Bertrams, Ronald, I. V. F. (2004). *Bank Guarantees in International Trade*. Kluwer Law International.
- Brandt, George, (1905), *A Treatise on the Law of Suretyship and Guaranty* (3rd ed.), Chicago: Callaghan and Company.
- Buckland, William, (1921), *A Textbook of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Cebotari, Angela (2008), Contingent liabilities: Issues and Practice, *IMF Working Paper*, WP/08/245, 1-62.
- DeColyar, Henry, (1887), *A Treatise on the Law of Guarantees and of Principal and Surety*, London: Butterworths.
- Dolan, John, (2007), *The Law of Letters of Credit: Commercial and Standby Credits*, New York: A.S. Pratt & Sons.
- Dukic Mijatovic, Milena, & Dordevic, Dejan, (2023), Standby Letter of Credit as Means of Security in International Contractual Relations, *LAW - Theory and Practice*, 40(4), 1-16.
- Ellinger, Eliahu, & Neo, Dora (2010), *The Law and Practice of Documentary Credits*, Oxford: Hart Publishing.
- Foxtan, David, (2019), How Useful is Lord Diplock's Distinction between Primary and Secondary Obligations in Contract? *Law Quarterly Review*, 135, 249-258.
- Goode, Roy, (1995), Abstract Payment Undertakings and the Rules of the International Chamber of Commerce, *Saint Louis University Law Journal*, 39, 1-45.
- Goode, Roy, (2016), *Commercial Law* (5th ed.), London: Penguin Books.
- Hugo, C., & Kelly-Louw, M. (2024). Developments (Recent Case Law) in Letters of Credit and Independent Guarantees. In C. Hugo (Ed.), *Annual Banking Law Update 2024: Recent Legal Developments of Special Interest to Banks*. 76-96.
- Mann, Ronald, (2000), The Role of Letters of Credit in Payment Transactions, *Michigan Law Review*, 98(8), 2494-2536.
- McGuinness, Kevin Patrick, (1995), *The Law of Guarantee* (2nd ed.), Scarborough, ON: Carswell.
- McKendrick, Ewan, (2014), *Contract Law: Text, Cases, and Materials* (6th ed.), Oxford: Oxford University Press.
- McLaughlin, Gerald, (1982), Standby Letters of Credit and Penalty Clauses: An Unexpected Synergy, *Ohio State Law Journal*, 43(1), 1-27.
- McLaughlin, Gerald, (1993), Standby Letters of Credit and Guaranties: An Exercise in Cartography, *William & Mary Law Review*, 34(4), 1139-1155.

- Mitra, B. C. (1998). Law of Bank Guarantees, Counter-Guarantees, Sureties, Bills of Exchange, Promissory Notes, Contracts, Injunctions Interest Act and Allied Laws. The University Book Agency.
- Naegele, Timothy, (2019), Standby Letters of Credit and other Bank Guaranties: Revisited, *Banking Law Journal*, 136(4), 198–225.
- Sifri, J. E. (2008). Standby Letters of Credit: A Comprehensive Guide. Palgrave Macmillan.
- Smith, Henry, (2011), Primary and Secondary Obligations: A Comparative Analysis, *Yale Law Journal*, 120(7), 1720–1745.
- Stern, Michael, (1985), The Independence Rule in Standby Letters of Credit, *The University of Chicago Law Review*, 52(1), 218–246.
- Story, Joseph, (1874), *Commentaries on the Law of Contracts* (5th ed., Vol. 2), Boston: Little, Brown, and Company.