

ضمانتهای مستقل در حقوق فرانسه*

ترجمه دکتر ایرج بابایی**

مقدمه

عقد ضمان در بیست سال اخیر شاهد تشنج‌ها و تحولات بسیار بوده است. در تاریخ حقوق فرانسه و از زمان تصویب قانون مدنی، این زمینه حقوقی از نمونه‌های بارزی است که علی‌رغم فقدان اصلاحات عمده قانونگذاری، شاهد تحولات وسیعی بوده است. این تحولات را می‌توان نمونه اثرگذاری و واکنش متقابل و مداوم رویه قضایی و دنیای عمل معرفی نمود. رویه قضایی در مقابل بعضی تحولات در دنیای عمل واکنش نشان داده است و برای محدود کردن یا اصلاح آن وفات نموده است و از طرف دیگر دنیای عمل در مقابل این عملکرد رویه قضایی واکنش نشان داده و راههای جدیدی برای نیل به مقصود خود پیدا می‌کند و باز رویه قضایی در مقابل این راهها مجدداً وارد عمل

* متن سخنرانی آقای فیلیپ سیملر استاد دانشگاه استراسبورگ فرانسه و رئیس دایرةالمعارف حقوق ژوریس کلاسور در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی - زمستان ۷۷

عنوان فرانسوی سخنرانی:
La réception par la pratique et par les tribunaux en droit
Interne Français de la technique des Garanties Autonomes

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

شده و....

این پدیده نادر برای حقوقدان و از دید یک محقق و تماشاگر جالب و مهیج است و برای او همان حالتی را دارد که یک زمین شناس ناظر آتش فشانی فعال باشد. اما برای افرادی که ذی نفع این دعاویند، همچون مردمی که قربانی فوران آتش فشاندند، این موقعیت بسیار نامطلوب است. ارائه تفاسیر گوناگون، تصمیمات مبهم و اتفاقی برای توصیف این اعمال حقوقی و همچنین تغییر جهت های مکرر در رویه قضایی به منزله پاشیدن بذر ناامنی در این زمینه است. باید پذیرفت که این پدیده بیانگر وجود خلاء و نقصی در زمینه عقود ضمنی در نظام حقوقی فرانسه است.

برای کسانی که تصور می کنند حقوق، تابع نوعی قانون مکانیکی انعطاف ناپذیر است - بدین صورت که در یک فعالیت زنجیروار و به دنبال هم، قانونگذار قانون تصویب می کند و سپس دادگاهها با حداقل قدرت تغییر و تطبیق آنرا اجرا می کنند و نهایتاً در عمل نیز، چاره ای جز اطاعت از آن نیست - پدیده حقوقی مذکور بوضوح اشتباه این تصور از منطق و واقعیت حقوق در اجتماع را نشان می دهد. حقوق همچون زندگی، نتیجه تأثیرگذاری متقابل عوامل مختلف و مؤثر در زمینه خاص خود است؛ عواملی که گاه همسو و گاه متضاد عمل می کنند: قانونگذار، کارگزاران و عوامل اقتصادی، قضات، حقوقدانان و احتمالاً آموزه دانشگاهی. ترکیب این عوامل و تأثیر گذارها معمولاً سبب تحول آرام حقوق می شود، به طوری که از دید عادی پنهان می ماند. شاید به همین دلیل است که حقوقدانان را در زمره محافظه کاران به حساب می آورند. ولی پیش می آید که این ترکیب مانند بعضی ترکیبات شیمیایی به جوش می آید و بی راه نیست گفته شود آنچه در حقوق فرانسه در زمینه مورد بحث پیش آمده از مصادیق همین امر است.

این تحول شدید و بحرانی خواه ناخواه در بر دارنده نکات و آثار ناخوشایند و در عین حال منبع نوسازی و پیشرفت بوده است. ظهور انواع جدیدی از عقود ضمنی، و از آن جمله، بخصوص، ضمانت های مستقل، نمونه بارز ثمره مثبت این گونه تحولات بوده است.

برای توضیح کامل و قابل فهم این تحول، ناچار به بررسی زمینه ایجاد آن می پردازیم.

در ابتدا، فقط شکل معین و سنتی عقد ضمان^۱ وجود داشت. در قانون مدنی فرانسه تنها از این نوع عقد به عنوان ضمان دینی^۲ نام برده شده است. در قانون مدنی این عقد در شمار عقود آمده که اصطلاحاً "قراردادهای کوچک"^۳ نام گرفته‌اند. در واقع در آثار حقوقی دهه ۱۹۵۰ - ۱۹۶۰ و حتی ۱۹۷۰ که به بحث از ضمانت پرداخته‌اند، به عقد ضمان اعتنای اندک و ساده‌ای شده است. هر چند که بعضی نویسندگان قرن نوزدهم به این موضوع اهمیت بیشتری داده‌اند. ولی در این آثار نیز عقد ضمان سنتی به عنوان تنها نوع ضمانت دینی معرفی شده است. این عقد، نقش بارز و عمده‌ای را در روابط اقتصادی بازی نمی‌کرد و اصولاً در روابط دوستانه و خانوادگی مطرح می‌شد. تحول عقد ضمان و نقش جدید آن در روابط اقتصادی در حجم وسیع آرای صادره از دیوانعالی کشور مشهود است. اغراق‌آمیز نیست که گفته شود دیوانعالی کشور در حال حاضر هر ساله به همان میزان در این زمینه رأی صادر می‌نماید که طی یک قرن و نیم - بین سالهای ۱۸۰۴ و ۱۹۵۰ رأی صادر کرده است.

به نظر می‌رسد دلیل این تحول غیر عادی تا به حال به صورت سازمان یافته مطالعه نشده است. در توضیح این تحول در حقوق فرانسه مرتباً به عدم تناسب حقوق ضمانت‌های عینی (رهن)^۴ در مورد دعوی ورشکستگی^۵ استناد می‌شود؛^۶ بدین تعبیر که در مورد ورشکستگی، نظام حقوقی می‌خواهد ادامه حیات شرکت و حفظ کارگاه را حتی به ضرر حقوق طلبکاران و حتی حقوق صاحبان حق عینی رهن ترجیح دهد.^۷ ولی این اوضاع و احوال و موضع‌گیری حقوقی نمی‌تواند به تنهایی توضیح دهنده این تحول باشد. مشخصاً عوامل دیگری نیز در این امر دخیل بوده‌اند، عواملی همچون توسعه دارایی منقول و شکوفایی اقتصادی در بخش خصوصی، ضعف اعتباری تعداد زیادی از شرکتهای کوچک تجاری که با تضمین شخصی مدیران این شرکتها تا حدودی

1- Cautionnement

2- Sûreté Personnelle

3- Petits Contrats

4- Suréelle

5- Procédure Collective

۶- قانون ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۷ و ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵

۷- قانون ۱۰ ژوئن ۱۹۹۴ بنحو جزئی سبب احیا حقوق مرتهین (صاحبان حق رهن) در مورد دعوی و روال ورشکستگی گردیده است.

جبران می‌شود، همچنین سادگی و غیر تشریفاتی بودن توسل به این نوع ضمان و... استقبال و استفاده از فن حقوقی ضمان آنچنان بود که منجر به بروز مشکلات و در نتیجه واکنشهایی شد. بار سنگین مسئولیت ناشی از ضمان منجر ورشکستگی عده‌ای گردید و هر چند که آمار این ورشکستگی‌ها نسبتاً پائین ماند (۲ تا ۳٪ موارد) ولی مسئله سوء استفاده از ضمانت مطرح گردید. قانونگذار برای محافظت از بعضی انواع ضمانت به صورت مقطعی و ناقص اقداماتی کرد. بخصوص رویه قضایی برای حمایت از ضمانت وارد عمل شد و با تفاسیر خشک و غیر منطقی از متن قانون مدنی به نوعی خدعه‌آمیز باعث تقویت ظاهرگرایی در این زمینه شد.^۱

سختگیری شکلی برای احراز ضمانت به صورتی بود که دیوان عالی در طی چند سال چندین بار تصمیمات و رویه خود را در این باره تغییر داد: تعهداتی که در یک زمان معتبر شناخته می‌شد روز دیگر بی اعتبار اعلام می‌گردید و یا عقودی که روزی بی اعتبار قلمداد می‌گردید معتبر شناخته شد.

در این میان، دکتربین از انتقاد از این اوضاع و نشان دادن خطرات آن کوتاهی نکرد^۲ و نهایتاً رویه قضایی به این نظریات و انتقادات توجه کرد و از سال ۹۰-۱۹۸۹، دیوان عالی کشور نیز توجه بیشتری به مباحث کلاسیک و اساسی در این باره مبذول نمود.

در طی این تحولات و تشنجات، دنیای عمل با تکیه و حمایت دکتربین به راههای جدیدی برای نیل به ضمان مطلوب تمسک جست. در واقع، از طرفی به طور روزافزون نیاز به اعتبار و در نتیجه تضمین احساس می‌شد، ولی از طرف دیگر، عقد رهن (یعنی ضمان عینی) با توجه به احکام قانونی در زمینه ورشکستگی نمی‌توانست پاسخگوی این نیازها باشد. هر چند رهن قبلاً راه حل برتر و مناسبتر می‌نمود، اما با توجه به قوانین جدید، به محض شروع فرآیند ورشکستگی، تضمین ناشی از رهن مانند برف در زیر

۱- به خصوص مطابق ماده ۱۳۲۶ قانون مدنی، قید دستی مبلغ قابل پرداخت با حروف و عدد الزامی است و مطابق ماده ۲۰۱۵ ضمانت باید به نحو واضح و مشخص باشد، دیوان عالی کشور در سالهای ۸۴-۱۹۸۳ معتقد شد که ترکیب این دو ماده شرط صحت ضمان است. ولی در سال ۱۹۹۱ دیوان به تفسیر متعادل‌تری بازگشت.

2- J. TERRAY: Le Cautionnement, une institution en danger? JCP 1987, ed. G. I, 3295; R. TENDLER, Le Cautionnement, reine éphémère des Sûreté, D. 1981, chron. 129; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les Sûreté, no. 124

آفتاب محو و نابود می‌شود. پس راه حل را می‌بایست در جای دیگری جستجو کرد. بدینصورت در کنار، و یا ماوراء عقد ضمان سنتی، به کمک فنون کلاسیک حقوق و تعهدات، راههای دیگری از نوع ضمان دینی که پاسخگوی نیازهای عملی بود کشف شد. در واقع اصل ابتدایی آزادی قراردادی، منابع و راه‌حلهای جدید حقوقی را که تا به حال از آن استفاده نشده بود مهیا می‌ساخت و در میان این فن "ضمانت مستقل" مفیدترین راه حل به نظر می‌رسید.

"ضمانت مستقل (یا غیر وابسته)"^۱ تعهد پرداخت مبلغ مشخصی است که تضمین کننده اجرای قرارداد جداگانه‌ای به شمار می‌آید؛ ولی این تعهد، مستقل از قرارداد اصلی است و مشخصه این استقلال عدم امکان استناد ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد اصلی علیه (مضمون‌له ذی نفع ضمانت) می‌باشد. این ضمانت می‌تواند صور متنوعی داشته باشد. استقلال ضمانت که به صورت کاملاً بارز در همه این انواع ضمان رخ می‌نماید، در مورد ضمانت موسوم به «تضمین قابل پرداخت به محض اولین تقاضا»^۲ کاملاً مشهود است.

این نوع از ضمانت، در عین تاکید بر تأثیرپذیری از عقد ضمان سنتی، فرق اساسی با آن دارد. در واقع هر دو عقد از انواع ضمان دینی هستند. ولی تفاوت‌های اساسی بین ضمانت مستقل و عقد ضمان (کلاسیک) وجود دارد. تعهد ضامن در عقد ضمان اساساً فرع بر وجود تعهد و ضمان مضمون‌عنه است و ضامن پرداخت آنچه را بر عهده مضمون‌عنه است تعهد می‌نماید. بر این اساس استناد به کلیه ایرادات و دفاعیاتی که برای مضمون‌عنه علیه مضمون‌له وجود دارد برای ضامن نیز مجاز است. در مقابل، ضمانت مستقل به وجود آورنده تعهدی مستقل از قرارداد اصلی و مورد ضمانت است و در نتیجه ضامن نمی‌تواند به هیچ یک از ایرادات ناشی از عقد اصلی در مقابل مضمون‌له توسل جوید. اگر ضامن پرداخت بدهی مدیون اصلی را بر عهده دارد، بدون هیچ گونه تصریح دیگری، این تعهد ناظر به عقد ضمان کلاسیک است؛ ولی اگر ضامن متعهد گردیده که به محض اولین تقاضا مبلغ مشخصی را به عنوان تضمین به مضمون‌له بپردازد

1- Garantie autonome (ou indépendante)

2- Garantie à première demande

این امر دال بر ضمانت مستقل است.

در ذیل نکات عمده راجع به ضمان مستقل را به صورت مختصر بررسی خواهیم کرد:

- ۱- عوامل پذیرش و تکوین این فن در حقوق داخلی فرانسه.
- ۲- موضوع مشروعیت ضمانت مستقل.
- ۳- و نهایتاً مشکل تمیز ضمانت کلاسیک و مستقل در عمل.

۱- تکوین ضمانت مستقل در حقوق داخلی فرانسه

از اوایل دهه ۱۹۷۰ مفهوم ضمانت مستقل تحت عناوین متفاوتی در حقوق فرانسه (در رویه قضایی و سپس نزد دکترین) ظاهر شد و حدوداً ثغور این مفهوم طی دهه ۱۹۸۰ به تدریج شکل گرفت. در دورای دیوانعالی کشور به سال ۱۹۸۲ به صفت بارز استقلال این عقد از قرارداد اصلی مورد ضمانت تصریح گردید.^۱

مفهوم ضمانت مستقل به واسطه قراردادهای بین‌المللی در حقوق فرانسه نفوذ نمود و مشخصه‌های بارز آن نسبت به عقد ضمان سنتی، و نیز برخورد رویه قضایی و قانونگذار با این نوع از ضمانت، از میانه دهه ۱۹۸۰ سبب استقبال روز افزون از این فن و پذیرش آن در روابط حقوق خصوصی داخلی گردید.^۲

پیدایش و توسعه فن ضمانت مستقل را می‌توان با توجه به اوضاع و احوال، از دو طریق توضیح داد.

ضمانت مستقل را می‌توان به عنوان انشعابی از عقد ضمان به حساب آورد که نکاتی را از آن به عاریت گرفته و در عین حال تغییراتی را در مورد خصیصه فرعی بودن و ارتباط ضمان با قرارداد اصلی در آن ایجاد نموده است. ضامن بر اساس عقد ضمان از حمایت‌های قانونی بهره‌مند می‌شود، حمایت‌هایی که بعضاً با توافق طرفین می‌تواند منتفی شود - مانند درج شرط مبنی بر عدم مسؤولیت تضامنی - ولی در مورد بعضی از این

1- Cass. Com. 20 déc. 1982; Bull. civ. IV, no 417; JCP 1983, éd. G. IV, 79 et éd., C.I., II, 14001, no 116, obs. GAVALDA et STOFFLET; D. 1983, P. 365 note VASSEUR; Clunet 1983, P. 811, obs. JACQUEMONT; RTD Com. 1983, P. 446, obs. CABRILLAC et TEYSIÉ.

2- Ph. SIMLER, Les solutions de substitution au cautionnement, JCP 1990, éd. E, II, 15659

حمایتهای قانونی امکان توافق خلاف وجود ندارد، بدین علت که شرط خلاف مقتضای ذات عقد ضمان است (مانند طبیعت وابستگی ضمان به عقد اصلی و قابلیت استناد ایرادات ناشی از عقد اصلی در مورد عقد ضمان) و یا آنکه شروط، مخالف قوانین آمره مربوط باشد.

صرف نظر نمودن ضامن از طبیعت وابستگی تعهدش به عقد اصلی - یعنی مشخصاً از امکان استناد به ایرادات ناشی از عقد اصلی - غیر قابل تصور نبوده و نهایتاً اصل آزادی قراردادی در این باره حاکم گردید. امکان صرف نظر نمودن از مشخصه وابستگی دو عقد در بعضی از نظامهای حقوقی، مشخصاً در ایتالیا و اسپانیا، مورد قبول واقع شده است. حقوق آلمان در کنار عقد ضمان کلاسیک و ضمانت مستقل کامل، نوعی ضمانت قابل پرداخت به محض اولین تقاضا را به رسمیت می شناسد.^۱ در این باره، رویه قضایی و دکتترین فرانسه فن حقوقی برگرفته از حقوق روم را که مطابق آن، شخص تعهد مستقلی مبنی بر پرداخت بدهی دیگری می نمود، به خدمت گرفت. در واقع در نظام حقوقی مورد قبول فعلی، عقد ضمان به عنوان عقدی ذاتاً وابسته به عقد اصلی در نظر گرفته شده و هرگونه توافق یا شرط خلاف این امر خلاف مقتضای عقد در نظر گرفته می شود، مگر آنکه این توافق را بر عقد و روابط قراردادی دیگری تفسیر نماییم. نظر به فقدان منع قانونی، هیچ مانعی برای مشروعیت توافق بر تعهد به پرداخت مبلغی مشخص، به عنوان تضمین، تحت شرایط خاص، و یا حتی بدون قید و شرط، و به هر حال جدای از سرنوشت عقد اصلی به نظر نمی رسد. این امر همان مشخصه ضمانت مستقل در مقایسه با عقد ضمان کلاسیک است.

بنابراین هیچ مانعی وجود ندارد که طلبکارانی که عقد ضمان نیازهای آنها را برآورده نمی سازد تقاضای چنین ضمانت مستقلی را بنمایند. عدم رواج و عدم توجه به فن ضمانت مستقل تا این زمان را می توان بدین صورت توضیح داد که طلبکاران نوعاً عقد رهن را بر دیگر تضمینات ترجیح می دادند و یا موازنه قانع کننده ای را بین منافع طلبکاران و ضامن (در عقد ضمان موجد تعهد تضامنی) می یافتند. می توان دلایل

1- A. ROMBERT, Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride, RD bancaire et bourse 1994, P. 122

مشروعی برای طلبکاران یافت که این موازنه را بر هم خورده دانسته و بدین جهت تقاضای تضمین قابل اطمینان‌تری، مانند ضمانت مستقل را بنمایند. بدینصورت تنها طی ده ساله اخیر فن ضمانت مستقل حتی بین افراد غیر تاجر رواج یافته است.

به رغم تمامی توجیهاات و عوامل باید خاطر نشان کرد که این گونه تضمینات جدید مشخصاً از تضمینات ناشی از عقد ضمان سنتی به مراتب خطرناکتر است. این تحول در عقد ضمان نتیجه و یا محصول ناخواسته افراط در حمایت و شفقت قانونگذار یا رویه قضایی نسبت به ضامن بوده است. آنچنانکه نویسنده‌ای متذکر شده است "تاریخ حقوق و حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که هر گاه عقد ضمان به واسطه افراط در حمایت قانونی ضعیف شده است، نوع دیگری از تضمین دینی جای آنرا گرفته که به مراتب موجب تعهد و ضمان شدیدتری بوده است".^۱

بسیاری از کشورهای همسایه فرانسه از دیر زمان ضمانت مستقل را در کنار عقد ضمان کلاسیک در نظام حقوقی خود به رسمیت شناخته‌اند: آلمان، سوئیس، ایتالیا، هلند و حقوق کامن‌لا.

مثال سوئیس در این باره گویاست. در فضای حمایت روز افزون از عقد ضمان قانونگذار سوئیس در ۱۹۴۱ اساساً مقررات راجع به عقد ضمان را در مجموعه قانون تعهدات - بخش راجع به ضمان - اصلاح نمود. قانون، ثبت سند عقد ضمان را افزون بر مبلغ مشخص اجباری اعلام کرد و حداقل آنرا بسیار پایین تعیین نمود، در نتیجه عقد ضمان بشدت کارآیی خود را در مقابل فنون دیگری مثل تعهد به فعل ثالث و یا ضمانت مستقل از دست داد. به نظر مطلوب نمی‌رسد که این امر، خواسته یا ناخواسته، در حقوق فرانسه تکرار شود.

ولی عامل اصلی پیدایش فن ضمانت مستقل در تجربه فرانسه، حداقل در مرحله اول پیدایش، انشعاب یک نوع از ضمانت دینی به سوی نوع دیگری نبوده است. این نوع ضمانت در قراردادهای بین‌المللی، که همواره زمینه غالب در استفاده از ضمانت مستقل است، ریشه‌ای جداگانه دارد.

1- Ch. MOULY, Pour la liberté des garanties personnelles, Banque, 1987, P. 1166; Ph. SIMLER, Cautionnement et garantie autonome, Litec, 20 éd. 1991, no 4

در قراردادهای بین‌المللی، در مواردی که روابط اقتصادی قدیمی میان کشورها وجود دارد؛ در مواردی که نظام قضایی و عملکرد دادگاه‌های این کشورها به هم نزدیک است؛ و نیز اعتماد مابین متعاهدین، مشابه اعتماد متعاهدین در قراردادهای داخلی باشد، طرفین می‌توانند به ضمانت‌های سنتی، اعم از رهن یا عقد ضمان، متوسل شوند، و این ضمانت‌ها می‌توانند رسالت خود را بخوبی انجام دهند. در این موارد عامل بین‌المللی بودن قرارداد لزوماً مشکلی در جهت اعمال حق طرفین عقد ضمان یا استفاده از رهن ایجاد نمی‌نماید. در مورد این قراردادها بین‌المللی ضمانت بانکی از قدیم‌الایام به عنوان معمولترین وسیله تضمین به کار می‌رفته است.

ولی چنانچه شرایط مذکور جمع نباشد، یعنی روابط تجاری بین متعاهدین جدید باشد و طرف قابلیت اعتماد طرف دیگر را هنوز احراز نکرده باشند، و یا ساختار اقتصادی کشور دیگر متفاوت باشد و نظامهای حقوقی مربوط ناهمگون باشد،... تضمینهای سنتی به سختی قابل اعمال‌اند. در این شرایط طلبکاران تقاضای تضمین ساده‌تر و قابل اطمینان‌تری را می‌نمایند.

به لحاظ آنکه تضمینهای سنتی نمی‌توانند به نیازهای موجود در قراردادهای بین‌المللی پاسخ مناسب دهند، طلبکاران گاهی تقاضای سپردن پول و یا مالی به عنوان تضمین نمودند. این نوع تضمین شکل ابتدایی گرو (رهن) همراه با رفع تصرف مالک است.

هر چند این راه حل - به واسطه سهل الوصول بودن تضمین - برای طلبکاران مناسب بود، ولی برای بدهکاران نامناسب بود، چون آنان یا می‌بایست قسمتی از سرمایه خود را برای این تضمین مسدود می‌کردند و یا مطابق معمول با اخذ وام بانکی برای این امر متحمل هزینه‌های سنگین می‌شدند. بدینوسیله فکر جدیدی به سرعت شکل گرفت که به جای مسدود کردن پر هزینه سرمایه، از اعتبار بانکی استفاده شود که در آن، بانک به وسیله امضای سندی متعهد می‌گردد در صورت لزوم مبلغ مشخصی را به عنوان تضمین به طلبکار بپردازد.

این راه برای بدهکار بسیار ارزانتر است (نرخ این خدمات بانکی بین دو تا پنج درصد

مبلغ تضمین است) و در عین حال برای طلبکاران متضمن همان اطمینان و فایده سپردن رهن و مسدود کردن سرمایه است، مشروط بر اینکه تقاضای پرداخت این تضمین با هیچ مانعی بر خورد ننماید و هیچ ایرادی - مشخصاً ناشی از عقد موضوع تضمین - نتواند در مقابله با آن وارد شود؛ و مختصراً مشروط بر آنکه ضمانت به صرف تقاضای مضمون له قابل پرداخت باشد. بررسی راه حلها و اهداف مورد نظر، رجحان تضمین مستقل - که در آن قابلیت پرداخت به محض اولین تقاضا شرط شده باشد - و نیز عدم پاسخگویی عقد ضمان معمولی به نیازهای مطرح در این مورد را آشکار می‌کند.

در این زمینه فعالیت، با توجه به علل وجودی و اوضاع احوال موضوع، ضمانت مستقل نوعی انشعاب از عقد رهن، و نه جایگزین عقد ضمان، به نظر می‌رسد. در بعضی از قراردادهایی که در دعاوی مطرح نزد دادگاه‌ها به آنها استناد شده چنین ریشه‌های تحولی آشکار است. در این قراردادها، ضامن متعهد شده بود که مبلغ معین شده را به عنوان پرداخت تضمین به ذی نفع بپردازد.^۱

بعنوان نتیجه از این بحث می‌توان گفت که اگر در قراردادهای بین‌المللی، ضمانت مستقل جایگزین تودیع مضمون به و عقد رهن بوده، ولی در حقوق داخلی آثار نامطلوب عقد ضمان، طلبکاران را به استفاده از این فن رهنمون کرده است. این تغییر و جهت‌گیری موجب طرح بحث ارزش و اعتبار ضمانت مستقل در حقوق داخلی شده است.

۲- مشروعیت ضمانت مستقل در حقوق داخلی

آیا در حقوق داخلی، تعهدی به سنگینی تضمین قابل پرداخت به محض اولین تقاضا معتبر است؟

در مشروعیت این تعهد می‌توان تردید نمود و بعضی از دادگاه‌ها نیز، به بهانه‌ای

1- CA Paris 29 Janv. 1981 et TGI Paris 11 Juill 1980: D. 1981, P. 336 note VASSEUR; T. Com. Nantes 22 Sépt. 1983: D. 1984, inf. rap. P. 202 obs. VASSEUR; CA Paris 12 Juin 1985: D. 1986 inf. rap. P. 161 obs. VASSEUR; V. aussi T. Com. Paris 8 Janr. 1973: Rev. Jur. Com. 1973, P. 116 Rapp. Ca Paris 7 mars 1995, Juris - Data no-020320

رای اخیر اعلام می‌کند که مشخصه تضمین به اولین تقاضا آنست که «ذینفع بهمان راحتی می‌تواند آنرا اعمال و وصول کند که اگر بولی در صندوق خود داشت».

مختلف، اعتبار آنرا رد نموده‌اند. در این باره می‌توان به عنوان نمونه به حقوق آلمان اشاره کرد که از مدتها پیش این نوع ضمانت را تحت عنوان تضمین بانکی نامیده است. دادگاه فدرال آلمان در بعضی از آرای خود اعلام داشته که تضمین قابل پرداخت به محض اولین تقاضا، تنها در مورد بانکها معتبر است و هر تعهدی که دارای ماهیت مشابه بوده ولی به وسیله افراد خصوصی دیگری سپرده شده باشد، باید تنها به عنوان عقد ضمان مد نظر قرار گیرد.^۱

بر خلاف این نظر، دکترین و رویه قضایی فرانسه (بجز چند تصمیم مخالف) در این باره خود را در محدوده آزادی قراردادی قرار می‌دهند.

تعهد پرداخت مبلغ معینی به محض تقاضا به عنوان تضمین، با هیچ قاعده نظم عمومی در تعارض نیست. لذا این تعهد باطل نبوده و هیچ دلیلی وجود ندارد که آنرا به تعهد دیگری که مورد نظر متعاهدین نبوده تفسیر نماییم. بدینصورت دیوانعالی کشور هنگامی که در زمینه ضمانت مستقل اتخاذ تصمیم می‌نماید، معمولاً به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی که بیانگر آزادی قراردادی است استناد می‌کند. مطابق این ماده "قراردادهایی که به نحو صحیح و مشروع منعقد شده‌اند در روابط بین طرفین حکم قانون را دارند" تنها قانونگذار است که می‌تواند، در صورتیکه لازم تشخیص دهد، تعهد و رابطه قراردادی را ممنوع نماید.

اما در رویه قضایی، اقلیتی وجود دارد که با توسعه این نوع از تضمین در حقوق داخلی مخالف است. این اقلیت در چند رأی نادر به صورت وسیعی عناد خود را با عادی سازی ضمانت مستقل اعلام نموده است. در رأیی اعلام شده که هر ضمانت شخصی که به وسیله افراد حقیقی غیر تاجر سپرده شده نمی‌تواند جز به عقد ضمان تفسیر شود، هر چند که نام و عنوان دیگری در قراردادی که توسط مضمون له تهیه شده و به امضای ضامن رسیده به این ضمانت داده شده باشد.^۲ در رأی دیگری دادگاه عنوان

1- Bundesgerichtshof 5 Juill 1990 et 12 mars 1992.

رأی شادی از دادگاه استیناف پاریس بتاريخ ۲۶ ژانویه ۱۹۹۳ در همین راستا صادر گردیده است (D. 1993. inf. rap. 93). رأی دیگری از همین دادگاه در ۵ فوریه ۱۹۹۲ (D. 1993. Somm 107, obs. VASSEUR) وصف عقد ضمان را به این استناد که عمومیت بخشیدن به ضمانتهای مستقل در حقوق داخلی امری غیرعادلانه است پذیرفته است.

2- CA Paris 26 Janv. 1993. D. 1993, inf. rap. P. 93

ضمانت قابل پرداخت به محض تقاضا را به این بهانه که عمومی کردن این ضمانت خلاف انصاف است رد کرده است.^۱ در رأی دیگر چنین تصمیم گرفته شده که نظر به طبیعت و احکام غیر عادی ضمانت مستقل برای اشخاص عادی، مضمون له تعهد خاصی به مطلع نمودن ضامن از این آثار خاص دارد و عدم رعایت شایسته این تعهد اطلاع رسانی تقلب در عقد محسوب شده و سبب بطلان آن خواهد شد.^۲ در بعضی آراء دیگر، با تفسیری قابل انتقاد، این نوع ضمانت را که به وسیله افراد حقیقی تعهد شده بود، به لحاظ آنکه ضامن اطلاع لازم در مورد این نوع ضمانت غیر معمول را نداشته، نوعی اشتباه یا تدلیس اعلام نموده‌اند.^۳ به نظر شارحین، در این آراء دیوان تفسیر سست و بی اساسی از عیوب اراده ارائه نموده است.

این روند مقاومت در مقابل ضمانت مستقل به نظر در حال انقراض است. دیوانعالی کشور هیچ گاه به این آراء نپیوست و از آرای دیوان به روشنی بر می آید که این ضمانت باید مشروع در نظر گرفته شود. سؤالی که به صورت خاص، روبه قضایی با آن مواجه شد، راجع به مشروعیت ضمانت مستقل نیست، بلکه مسئله ارزیابی و تفسیر ضمانتهایی است که در عمل مطرح هستند.

۳- معیار تفکیک عقد ضمان و ضمانت مستقل

هر چند تعریف این دو مفهوم ساده است و در نتیجه تعیین نقاط افتراق نظری آنها ساده می نمایاند، اما نکات مبهم زیادی در مورد تعیین نقاط افتراق آنها در دنیای عمل وجود دارد. بعضی از کسانی که به این فن توسل جسته‌اند، افرادی که قربانی آثار منفی

1- CA Paris s fev 1992; JCP 1993, éd. G.I, 3623 Chron. Dr. droit des sûreté, no 14; D. Somm. P. 107, obs. VASSEUR; V. aussit. Com Versailles 11 déc. 1991, RT Com. 1992, P.1993, 434 CABRILLAC et TEYSSIÉ obs.

2- CA Paris 16 avr. 1996; D. 1996, inf. rap. P. 165; JCP 1997, I, 3991 Chron. Dr. des Sûreté, no 10, obs. SIMLER

3- CA Paris 27 Juin 1990, JCP 1990, éd G.IV, 359, et 1991, éd. E. II, 119, note HASSLER; Defrénois 1990, art. 34917, P. 1349 obs. AYNES; D. 1991 Somm. P. 193, obs. VASSEUR et 1992, P. 30, note BLANC; RD bancaire et bourse 1991, P. 27, obs. CONTAMINE-RAYNAUD-CA Montpellier 30 Janv. 1992, Juris- Data no 034027 - CA Poitiers 15 Juin 1994, Juris - Data no 051874

عقد ضمان بوده‌اند، فکر کردند که تنها با اصلاح نمودن عناوین و اصطلاحات، یعنی با افزودن شرط تقریباً جادویی "قابلیت پرداختن به محض تقاضا"، می‌توان از مشکلات عقد ضمان رهایی یافت. بدینوسیله، اینان پدیده حقوقی دوگانه‌ای را ایجاد نمودند که با هیچ مفهوم حقوقی مشخص متطبق نیست، زیرا عاری از هر گونه انسجام داخلی است، اگر نگوییم که در مواردی شرایط ضمن این عقود با هم در تضادند.

رویه قضایی در مرحله اول قادر به حل این مشکل و تبیین این ابهام نبود، ولی عکس‌العمل‌های مفید و مؤثر ابتدا توسط دادگاه‌ها و از ۱۲ دسامبر ۱۹۹۴ از جانب دیوانعالی کشور ارائه گردید. راه‌ارائه شده نه تنها در جهت جلوگیری از ایجاد انحراف در مفاهیم حقوقی مربوط بوده بلکه در جهت محدود کردن زمینه بالقوه تمسک به فن حقوقی ضمانت مستقل در حقوق داخلی بود چون عمومی شدن آن امر مطلوبی نیست. در واقع جایگزینی عقد ضمان به وسیله ضمانت مستقل حقیقی باموانع بسیار مواجه می‌گردد.

برای تعیین نقاط افتراق، چاره‌ای جز تکیه بر معانی دو مفهوم نیست. در مواردی که ضامن متعهد می‌گردد که عین بدهی مضمون عنه را در صورت عدم اجرای قرارداد خود پردازد، طبیعت تبعی ضمانت اقتضا می‌نماید که ضامن حق داشته باشد به همه ایراداتی که بدهکار (مضمون عنه) می‌توانست علیه طلبکار (مضمون له) مطرح کند، استناد نماید. بدین صورت سرنوشت تعهد ضامن در همه زمینه‌ها وابسته به تعهد اصلی ضمانت می‌شود، چه ایرادات راجع به صحت و اعتبار تعهد باشد، یا مال بودن و قابلیت تقاضای آن، میزان و نحوه عمل به آن یا متفی شدن آن یا...

برعکس در مورد ضمانت مستقل، ضامن تعهد جدید و جدای از بدهی تضمین شده تقبل می‌نماید. این تعهد مستقل هر چند برای تضمین اجرای صحیح قرارداد اصلی به وجود آمده است، ولی تعهدی است که به محض رسیدن به منصفه ظهور منفک و جدای از قرارداد اصلی و اولیه خواهد بود. بدین صورت سرنوشت تعهد مستقل به سرنوشت بدهی که آنرا تضمین کرده، وابسته نیست؛ تعهد اخیر می‌تواند باطل، ساقط یا اجرا شده باشد.... بدون آنکه این اوضاع و احوال اثری بر وجود یا مؤثر بودن تضمین داشته باشد. در نتیجه ضامن نمی‌تواند به ایرادات حاصل از قرارداد اصلی علیه مضمون له استناد

نماید.

اولین وجه اساسی ممیز ضمانت مستقل آن است که تعهد همواره، پرداخت مبلغ مشخصی پول است. در واقع تضمین نمی‌تواند حقیقتاً و کاملاً مستقل باشد، مگر آنکه موضوع آن مستقل و غیر وابسته به تعهد بدهکار اصلی باشد. این استقلال در مواردی که تعهد مضمون عنه تعهد به فعل است، اما تعهد ضامن به پرداخت مبلغی پول است، کاملاً آشکار می‌شود. این مورد در قراردادهای پیمانکاری و خدماتی معمول است. البته این امر بدان معنی نیست که ضمانت مستقل نمی‌تواند برای تضمین قراردادهایی که موضوع آن پرداخت مبلغی پول است به کار رود (موردی که در حقوق داخلی موضوع عملکرد معمول ضمانت مستقل است). ولی در مورد اخیر باید در نحوه تنظیم قرارداد دقت بسیار نمود. در موردی که موضوع تضمین عیناً تعهد و بدهی مضمون عنه است ضمانت نمی‌تواند کاملاً مستقل باشد.

در واقع این نکته اخیر است که معمولاً در ضمانتهایی که ادعای استقلال آن می‌شود رعایت نگردیده است. به طور مشخص می‌توان گفت که تعهد پرداخت به محض تقاضای مبلغ ۱۰۰۰ فرانک تعهد مستقل است. هر چند تصریح دیگری در آن نشده باشد و هر چند که تعهد اصلی مضمون عنه نیز دقیقاً ۱۰۰۰ فرانک باشد. لکن تعهد بازپرداخت قرض ۱۰۰۰ فرانکی که برای مضمون عنه قبول شده را نمی‌تواند تعهد مستقل باشد، زیرا در این مورد عین تعهد مضمون عنه مورد تعهد ضامن است. تفاوت هر چند ظریف و ضعیف می‌نماید ولی امری حقیقی است.

تعهد پرداخت به محض تقاضای آنچه بر عهده مضمون عنه بوده یا خواهد بود (فرمول و جملاتی که در بسیاری از قراردادهای از این نوع یافت می‌شود) نه تنها ساختار همخوانی ندارد، بلکه متضمن تضادی درونی است. ضامن نمی‌تواند متعهد به پرداخت آنچه بر عهده مضمون عنه ثابت است باشد، مگر آنکه واقعاً چیزی بر عهده مضمون عنه وجود داشته باشد. بنابراین وی تعهدی ندارد، مگر آنکه تعهد مضمون عنه صحیح، حال و قابل پرداخت باشد و آنکه قبلاً اجرا و پرداخت نشده باشد، و یا آنکه قبلاً ساقط نشده باشد... بررسی این عوامل و عناصر، که در مورد ارجاع تضمین به بدهی و تعهد مضمون

عنه غیر قابل اجتناب است، مفهومی جز بررسی و امکان ابراز ایراداتی که می‌توانست یا می‌تواند از جانب مضمون عنه علیه مضمون له بدانها استناد شود، ندارد. این امور بشدت با صفت قابلیت پرداخت به محض تقاضا غیر قابل جمع است. ضامنی که پرداخت به محض تقاضای آنچه بر عهده مضمون عنه است را تعهد نموده باید طبیعتاً و منطقاً بتواند به ایراداتی که ناشی از وجود بدهی و تعهد مضمون عنه است استناد نماید، آنچه طبیعت عقد ضمان سنتی و در نتیجه نفی‌کننده صفت استقلال ضمانت ضامن است.

به طور مشخص و عملی اجتماع دو شرط می‌تواند تعیین‌کننده تعهد واقعاً مستقل باشد و لذا در هر مورد عملی باید تجمع این دو شرط بررسی شود تا مشخص گردد آیا تعهد شایسته صفت استقلال هست یا خیر. عدم امکان استناد ایرادات و استقلال موضوع ضمانت. هیچ یک از این دو نمی‌تواند بدون وجود دیگر موجود باشد: در صورتی که ایرادات ناشی از تعهد اصلی قابل استناد باشد، تعهد مستقل نیست؛ برعکس در موردی که موضوع ضمان همان تعهد و بدهی مضمون است، عدم امکان استناد ایرادات نمی‌تواند موجود باشد.

در آرای متعددی از دادگاه‌ها، قراردادهایی که در آنها ضمانتهایی با قابلیت پرداخت به محض تقاضا یا ضمانتهای غیر مشروط قید شده بود ولی موضوع ضمانت عین تعهد و بدهی مضمون عنه بود به عنوان عقود ضمان سنتی تفسیر و ارزیابی شدند.^۱ در پی آن، دیوانعالی کشور طی رای ۱۲ دسامبر ۱۹۹۴ با وضوح کامل این رویه را تأیید نمود.^۲ بنابر متن این رأی، قراردادی که عنوان "تعهد مستقل و ضمانت قابل اجرا به محض تقاضا"

1- CA Paris 21 fév. 1992: JCP 1992, éd. E. Pan. 435, et 93, éd. N. II, 172; D. 1993, Somm. P. 108, obs. VASSEUR; Defrénois 1992, art. 35303, P. 818 obs. AYNES- CA Paris 12 fév. 1993: D. 1993, inf. rap. P. 121, RTD Cim. 1993 P. 555, obs. CABRILLAC et TEYSSIÉ - CA Arix-en-Provence 19 mai 1993: Juris - Data no 043444; JCP 93, éd. G. IV, 25719 et éd. E. Pan. 1387

2- Cass. Com. 13 déc 1994: Bull. Civ. IV, no 375; D. 1995, Rapport Le Dauphin, note AYNÉS; JCP 1995, éd. G.I, 3851 Chron. Dr. des Sûreté, no 11, obs. SIMLER.

Dans le même sens, Cass. Com. 13 mars 1996, JCP 1997, éd. G.I, 3991, Chron. Dr. des Sûreté no 11, obs. SIMLER - Cass. Com 11 mars 1997: Bull. Civ. IV, no 67; JCP 1997, éd. G.IV, 987 et éd. E. Pan. 472; RD bancaire et bourse 1997 P. 123, obs. CONTAMINE-RAYNAUD; RTD Com. 1997, P. 302, obs. CABRILLAC

داشته و در آن شرط "بازپرداخت همه میالغی که فوقاً بر عهده مضمون عنه قرار گرفته" قید شده است، به سبب آنکه موضوع آن عین بدهی و تعهد مضمون عنه است نمی تواند تعهدی مستقل باشد. بدین صورت لزوم استقلال موضوع به صراحت تاکید شده است. تعداد قابل ملاحظه‌ای از دادگاه‌ها به این رأی دال بر قبول لزوم این عنصر پیوسته‌اند، ولی دادگاه‌های دیگری نیز هستند که رویه سابق را دنبال می‌کنند و هر چند موضوع ضمانت با ارجاع به بدهی و تعهد ضمانت شده تعیین گردیده است، آنرا ضمانت مستقل ارزیابی می‌نمایند.

همچنین، از شرط فوق که به وسیله دیوانعالی کشور ابراز و تصریح شده نتیجه می‌شود، به صرف اینکه ضمانت پرداخت مبلغ مشخص شده است لزوماً این ضمانت ضمانت مستقل واقعی نیست. عقد ضمان می‌تواند به صورتهای مختلفی اعمال شود، عقد ضمان می‌تواند در مورد بدهیها و یا مجموعه‌ای از بدهیهایی که مبلغ آن دقیقاً مشخص نیست نیز اعمال شود. در این مورد ضامن تعهدی مازاد بر تعهد اصلی مضمون عنه ندارد. چارچوب ضمانت مستقل مشخصاً محدودتر و شکننده‌تر از عقد ضمان سنتی است. لزوم تعیین رقم برای تعهد، که پایه تعیین میزان تعهد مستقل خواهد بود در بسیاری موارد بسیار مشکل است (خصوصاً در مورد قراردادهایی که اجرای آن در طول زمان نامشخص ادامه دارد) و ممکن است مبلغ تعیین شده بسیار زیادتر و یا بسیار کمتر از واقع باشد و این امر دامنه امکان استفاده از ضمانت مستقل را عملاً محدود می‌نماید. در حالی که زمینه استفاده از عقد ضمان سنتی در این مورد کاملاً معقول و مناسب به نظر می‌رسد.

نتیجه:

به عنوان نتیجه می‌توان گفت که ضمانت مستقل (که در موقعیت فعلی حقوق داخلی هیچ دلیلی اجازه اعلام عدم مشروعیت یا عدم صحت آنرا حتی بین افراد عادی نمی‌دهد) می‌تواند در اوضاع و احوال مشخص جانشین خوبی برای عقد ضمان سنتی باشد. این نوع تضمین همچنین می‌تواند جانشین مناسبی برای عقود رهنی خاصی، مانند سپردن پول نقد - که چیزی جز رهن و گروگذاری نیست - باشد. ولی این عقد نمی‌تواند بی‌هیچ قید و شرط به جای عقد ضمان - که عملکرد بسیار وسیع و متنوعی دارد - قرار گیرد. ضمانت مستقل، منطقی و دلیل وجودی خاص خود را دارد و این عقد باید حالت استثناء بر اصل بودن خود را حفظ کند.

بحرانی که بدین صورت در مورد عقود ضمان در حقوق فرانسه حاصل شده، و هنوز کاملاً بر طرف نشده، حداقل این فایده را داشت که غنای فنون نهفته در عقود ضمان دینی را آشکار نمود. می‌توان در حال حاضر امیدوار بود که هر یک از این فنون جایگاه خود را بیابند. همچنین با توجه به تحولات اخیر می‌توان امیدوار بود که عقد ضمان تعادل مطلوب خود را باز یابد و به عنوان اصل در مورد ضمانتهای دینی مد نظر قرار گیرد.