

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۷، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۵

صفحات ۶۶۹ تا ۶۹۲

ماهیت تضمین‌های پیمانکاری و نحوه ضبط و شرایط مطالبه ضمانت نامه‌ها در حقوق ایران و قراردادهای نمونه فیدیک

عباس کاظمی نجف‌آبادی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

(Email: Abaskazemi@gmail.com)

زهرایات*

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۴/۲۸)

چکیده

در قراردادهای برای اطمینان از انجام تعهدات قراردادی، تضمین‌هایی از متعهد گرفته می‌شود. با وجود اشاره به برخی شرایط کلی حاکم بر تضامین، بر ماهیت و ضبط این تضمین‌ها در حقوق داخلی و قراردادهای نمونه فیدیک تصریح نشده است. در حقوق داخلی در تحلیل ماهوی تضامین، دیدگاه‌های مختلفی ارائه شده است که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به ضمان نقل، وجه التزام، ماده ۱۰ قانون مدنی و ضمان وثیقه‌ای اشاره کرد. مناسب‌ترین قالب عقد معین که تحلیل جامعی از تضامین ارائه می‌دهد، ضمان وثیقه‌ای است که بر دو قسم عینی و شخصی است. اغلب تضمین‌های استفاده شده در فرم فیدیک نیز از نوع تضمین شخصی است که بیشترین شباهت را با ضمان وثیقه‌ای شخصی در حقوق داخلی دارد. از موارد مبتلابه در خصوص تضامین، ضبط تضمین است که به دلیل ابهام در ماهیت تضامین، اختلاف فراوانی به‌ویژه در روابط کارفرما و پیمانکار ایجاد می‌کند. زمانی که تضمین مشروط (مشروط به تخلف یا نقض یا سهل‌انگاری پیمانکار) باشد، کارفرما با اثبات نقض تعهدات پیمانکار، به ضبط مبلغ تضمین محق خواهد بود و زمانی که از نوع عندالمطالبه باشد، مطالبه مبلغ تضمین نیازمند اثبات تخلف نیست و کارفرما به محض مطالبه می‌تواند وجه تضمین را ضبط کند. در خصوص تضمین بی‌قید و شرط، اگر پیمانکار مطالبه کارفرما را به دلیل انجام تعهدات یا ناممکن بودن انجام تعهدات به علت بروز قوه قاهره ناروا تلقی نمود، می‌تواند با اقامه دعوی و اثبات ادعای خود مبلغ ضبط شده را مسترد دارد.

واژگان کلیدی

تضمین، ضبط، فیدیک، ماهیت، وثیقه.

مقدمه

زمانی که قراردادی منعقد می‌شود، طرفین برای دستیابی به مقصود خویش باید به ایفای تعهدات خود اقدام نمایند؛ به عبارتی، قرارداد باید برای طرفین تعهدات لازم‌الاجرائی در پی داشته باشد. چنین امری به صرف تعهد اخلاقی طرف مقابل تحقق نمی‌یابد، بلکه نیازمند ضمانت اجراهای قانونی یا قراردادی است. یکی از رایج‌ترین ضمانت‌اجراها برای اطمینان از ایفای تعهدات قراردادی، اخذ تضمین از متعهد است. هدف از ارائه تضمین این است که متعهدله در صورتی که با انجام نشدن تعهدات از سوی متعهد روبرو شود، بتواند از محل تضمین، مطالبات یا خسارات وارده بر خود را دریافت یا جبران کند.^۱ تضمین‌ها با توجه به مسائل و پیچیدگی‌هایی که در روابط قراردادی ایجاد می‌کند، از اهمیت قابل توجهی برخوردار است. نوع و ماهیت مقرر برای تضمین در قراردادهای پیمانکاری^۲، احکامی در روابط قراردادی به وجود می‌آورد که با بررسی برخی از آن‌ها روشن می‌شود این تضمین‌ها با توجه به توافق طرفین چه حقوق و تعهداتی را برای پیمانکار یا کارفرما ایجاد می‌کند.

بر اساس قواعد قانون مدنی، متعهدله زمانی به مطالبه وجه تضمین محق است که متعهد مرتکب تخلف از تعهدات قراردادی شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۲۹-۲۲۸؛ کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۹)، ولی در خصوص پاره‌ای از تضمین در قراردادهای پیمانکاری، کارفرما اغلب بدون

۱. چنان‌که در فرهنگ حقوقی بلاک نیز در تعریف تضمین گفته شده است: «تضمین به معنای تعهد تبعی است. توافقی است که به موجب آن ثالثی می‌پذیرد در صورت عدم پرداخت بدهی یا تخلف متعهد مسئول باشد یا می‌پذیرد یک قرارداد یا فعل حقوقی به نحو مقتضی انجام خواهد شد». برای آگاهی بیشتر، ر.ک.

Garner, Bryan A. (2004), Black's Law Dictionary, 8th Edition, United States: Thomson Business Publishing, p.723.

۲. تضمین در قراردادهای پیمانکاری در شرایط عمومی پیمان پیش‌بینی شده است. شرایط عمومی پیمان به همراه موافقت‌نامه و شرایط خصوصی از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور منتشر و در تاریخ ۳ خرداد ۷۸ به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران ابلاغ گردیده است. شرایط عمومی پیمان، برخی احکام کلی مربوط به تضمین را مطرح نموده، ولی در برخی موارد از جمله میزان تضمین، انواع آن‌ها و ... که نیازمند مقررات جزئی‌تر است، تصویب‌نامه‌های هیئت وزیران به آن‌ها پرداخته که بارزترین آن‌ها عبارت است از: آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب ۲۲ آذر ۹۴ و تصویب‌نامه شماره ۶۵۰۱۹/ت، مورخ ۹ دی ۷۷ که به ترتیب طی تصویب‌نامه شماره ۳۶۷۸۹ مورخ ۲۳ اسفند ۷۸ و تصویب‌نامه شماره ۱۵۲۸۷ مورخ ۲۰ تیر ۷۹ اصلاح گردیده است. از جمله مهم‌ترین تضمین در قراردادهای پیمانکاری عبارتند از: تضمین انجام تعهدات، تضمین حسن انجام کار و تضمین پیش‌پرداخت. برای مطالعه بیشتر، ر.ک.

مواد ۳۴، ۳۵ و ۳۶ شرایط عمومی پیمان و ماده ۲ به بعد آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی.

همچنین برای آگاهی بیشتر از تضمین‌های مقرر در فرم فیدیک، ر.ک.

FIDIC (1999), Condition of Contract for EPC/Turnkey Projects, first edition, Geneva, Switzerland: FIDIC publishing, Sub-clause 4.2 and 14.2.

اثبات تخلف پیمانکار، اقدام به مطالبه و ضبط مبلغ مندرج در تضمین می‌کند. این مطالبه حتی زمانی می‌تواند صورت گیرد که پیمانکار تعهدات خود را انجام داده باشد. چنین امری به‌نوبه خود مسائل و مشکلاتی را برای طرفین قراردادی به‌ویژه پیمانکار ایجاد می‌کند. لذا برای جلوگیری از زیان پیمانکار از اقدام کارفرما باید تدابیری اندیشیده شود تا او نیز با اطمینان به انعقاد قرارداد و انجام تعهدات خود اقدام نماید.

فیدیک یا مؤسسه بین‌المللی مهندسیین مشاور (FIDIC: Federation International Des ^۱Ingénieurs Conselis_ International Federation of Consulting Engineers^۲) از جمله نهادهای بین‌المللی در تهیه فرم‌های استاندارد برای قراردادهای پیمانکاری است که شرایطی در خصوص تضامین نیز مقرر می‌کند. شایان ذکر است که قراردادهای پیمانکاری داخلی با نمونه قراردادهای فیدیک مشمول روش EPC^۳/Design & Build بررسی تطبیقی شده است. در این نوع پروژه‌ها پیمانکار موظف است که کلیه کارهای طراحی، تدارکات و ساخت را به نحوی اجرا نماید که تأسیسات موردنظر کارفرما کاملاً آماده بهره‌برداری باشد. در این نمونه، پیمانکار مسئولیت کل کار را به‌عهده می‌گیرد^۴. همچنین در این مقاله تلاش شده است ضمن مقایسه و تطبیق نوع و ماهیت تضامین در قراردادهای پیمانکاری با قالب‌های عقود معین و غیرمعین مقرر در حقوق مدنی و بررسی ماهیت تضامین در قراردادهای فیدیک با توجه به میزان تأثیرپذیری آن‌ها از هریک از نظام‌های کامن‌لا و سیویل‌لا و حقوق و تکالیف طرفین در هنگام مطالبه و ضبط تضامین، از نتایج حاصله در پر کردن خلأهای موجود در هریک از این فرم‌ها و حقوق داخلی و ارائه راه‌حل‌هایی برای مسائل و معضلات موجود استفاده شود. این مقاله در

۱. معادل فرانسوی.

۲. معادل انگلیسی.

3. Condition of Contract for EPC/Turnkey Projects.

۴. در واقع، ماهیتاً تفاوت اساسی میان دو نوع قرارداد EPC و Design & Build از لحاظ نوع قرارداد و مسئولیت‌های پیمانکار وجود ندارد و تفاوت در نام ناشی از تفاوت در سیستم‌های نام‌گذاری است؛ به‌طوری که در امریکای شمالی و کانادا و استرالیا به این نوع قراردادها Design & Build و در کشورهای اروپایی به آن‌ها قراردادهای EPC گفته می‌شود، چنان‌که FIDIC که یک مؤسسه اروپایی است، اقدام به انتشار نمونه قراردادهای EPC نموده است (فرشادفر، ۱۳۹۰، ص ۲۲). لذا باتوجه به عنوان این مقاله، قراردادهای EPC فیدیک، مبنای تطبیق در بحث تضمین‌ها قرار گرفته است. گفتنی است که سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور بر اساس نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی، تهیه ضوابط طرح و ساخت را جزء برنامه‌های خود قرار داده است. برای دیدن آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های تدوین‌شده، روش طرح و ساخت در کارهای صنعتی، ر.ک. ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی (۱۳۸۱)، نشریه شماره ۵۴۹۰، معاونت امور فنی-دفتر امور فنی و تدوین معیارها، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور.

چهار قسمت کلی تنظیم شده است. در ادامه به ترتیب به بررسی ماهیت تضامین در حقوق ایران و قراردادهای نمونه فیدیک می پردازیم و سپس ضبط و شرایط مطالبه آن را به عنوان یکی از احکام تضامین بررسی می کنیم.

ماهیت تضامین ها در حقوق داخلی

در خصوص ماهیت تضامین ها دیدگاه های مختلفی قابل بررسی می باشد که ضمن طرح مهم ترین آن ها، مناسب ترین قالب که بتوان در هنگام بروز اختلاف بین طرف های قرارداد پیمانکاری از آن استفاده نمود، تحلیل می شود. مهم ترین قالب هایی که تضامین در چارچوب آن ها بررسی می شود، عبارت اند از: ضمان نقل، وجه التزام، ماده ۱۰ قانون مدنی و ضمان وثیقه ای.

۱. ضمان نقل

برابر ماده ۶۸۴ قانون مدنی که مقرر می دارد: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد»، مورد ضمان باید مال بوده، بر ذمه ثابت باشد یا سبب آن هنگام انعقاد عقد ضمان موجود باشد^۱. همچنین نخستین ضامن باید شخصی غیر از متعاقدين باشد؛ چنان که بخش اخیر ماده پیش گفته در این باره صراحت دارد. در تطبیق تضامین در قراردادهای پیمانکاری با ضمان نقل، نکته مهم تحلیل، تمییز سبب الزام متعهد به جبران خسارت خواهد بود؛ زیرا تشخیص این سبب، مقدمه احراز وجود تعهد مضمون عنه در هنگام انعقاد ضمان قرار می گیرد.

در این خصوص عده ای معتقدند که خود عقد را نمی توان سبب الزام متعهد به جبران خسارت دانست، بلکه تقصیر او نیز جزئی از سبب الزام است. در واقع، تعهد به جبران خسارت مستقل از تعهد اصلی است و تقصیر طرف قرارداد لازمه ایجاد چنین مسئولیتی است؛ بنابراین، سبب الزام متعهد متشکل از عقد و تقصیر طرف قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۰۷). با وجود این، قانون مدنی در مواردی از جمله ماده ۶۹۷، خود عقد را به عنوان سبب ایجاد تعهد جبران خسارت ناشی از عهدشکنی دانسته است. اگر سبب را به معنای مقتضی بدانیم که در صورت وجود شرایط لازم و نبود موانع، اثربخشی لازم را خواهد داشت (امامی، ۱۳۸۸، ص ۳۳۹)، در این صورت، عقد سبب تضامین شمرده شده، ایراد ناشی از ضمان مالم یجب به

۱. ماده ۶۹۱ قانون مدنی.

دلیل فقدان تقصیر متعهد مطرح نمی‌شود. نتیجه این تحلیل آن است که در صورت نقض تعهد قراردادی نیازی نیست که متعهدله افزون بر نقض تعهد، تقصیر متعهد را نیز ثابت کند. ایراد این عقیده آن است که عقد ضمان بین مضمون له و ضامن منعقد می‌گردد؛ در حالی که در قراردادهای پیمانکاری، تضامینی نیز از جانب پیمانکار ارائه می‌شود و لذا چنین دیدگاهی نمی‌تواند به ارائه تحلیلی جامع از تضامین بینجامد.

۲. وجه التزام

در بسیاری از قراردادهای طرفین خسارت ناشی از انجام نشدن تعهد را به‌طور مقطوع معین می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۱). در قراردادهای پیمانکاری نیز آنچه که پیمانکار با تسلیم تضمین یا ضمانت‌نامه به پرداخت آن متعهد می‌شود، می‌توان خسارت ناشی از تخلف از قرارداد یا عدم انجام تعهدات قراردادی دانست که طرفین میزان آن را معین کرده‌اند. در واقع، چنین توافقی مشمول ماده ۲۳۰ قانون مدنی است.

در قراردادهای پیمانکاری به‌نظر می‌رسد باید خسارت یادشده در قسمت مربوط به عدم انجام اصل تعهد را نوعی وجه التزام به معنای خاص دانست؛ به این ترتیب که کارفرما در صورت مطالبه وجه التزام، نمی‌تواند انجام تعهد را از متعهد بخواهد. ارائه چنین برداشتی از خسارت یادشده با رویه عملی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری نیز سازگار است. در واقع، کارفرما فسخ قرارداد و وصول وجه التزام را به بقای قرارداد ترجیح می‌دهد (قوامی، ۱۳۸۱، ص ۱۱۶). ایراد عمده این نظریه این است که در حقوق ایران اصل اجرای عین تعهدات یا اجرای اجباری عین تعهد پذیرفته شده است (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ص ۴۳ و ۵۰). این اصل از احکام راجع به شرط فعل استنتاج شده است؛ لذا تا زمانی که اجرای اصل تعهد امکان‌پذیر باشد، جز در مواردی که موعد، قید اجرای تعهد قرار گیرد، امکان مطالبه وجه التزام وجود ندارد. همچنین اگر تضمین‌ها را در قسمت مربوط به عدم انجام اصل تعهد، وجه التزام بدانیم، در صورت اجرای معیوب یا بخش تجزیه‌پذیر قرارداد، قائل شدن به حق مطالبه تمام وجه التزام از سوی کارفرما، بیانگر نادیده گرفتن انجام بخشی از تعهدات از سوی پیمانکار و پذیرش استیفای ناروا از جانب کارفرما خواهد بود.

۳. ماده ۱۰ قانون مدنی

عده‌ای بر این عقیده‌اند که تضامین در قراردادهای پیمانکاری توافقی است که در قالب اصل آزادی قراردادی، الزام‌آور است. تضمین‌ها را در قراردادهای پیمانکاری نباید با عقد ضمان قانون

مدنی مقایسه کرد. بر این اساس، تضمین‌های یادشده توافقی‌اند که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن‌ها را الزام‌آور شناخت (صفایی، ۱۳۴۹، ص ۶۱-۶۰).

برخی از حقوق‌دانان این نظر را راجع به ضمانت‌نامه‌های بانکی تأیید کرده‌اند (کاشانی، ۱۳۷۵-۱۳۷۴، ص ۱۶۰-۱۵۹). به عقیده این گروه، در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی نباید ملتزم را ضامن طرف قرارداد دانست و رابطه او و طلبکار را بر مبنای قواعد ضمان مطالعه کرد، زیرا دینی که او برعهده گرفته در زمان عقد وجود نداشته است و قرارداد را نباید سبب دین تلقی نمود. این سبب مجموعی از عقد و تقصیر طرف قرارداد است. این‌گونه تعهدات را باید در چارچوب ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی کرد. چنین قراردادی هیچ‌گونه رابطه مستقیمی با قرارداد پایه و اصلی ندارد، بلکه خود پیمانی است مستقل که تحقق آن به هیچ امر پیشینی نظیر دین ثابت در ذمه وابسته نیست (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۸۹-۸۸).

به نظر می‌رسد، پذیرش چنین عقیده‌ای نیز نمی‌تواند در حل اختلاف کارفرما و پیمانکار در ضبط تضمین مؤثر باشد، زیرا ماده ۱۰ از نظر پیش‌بینی مسائل و احکام ناشی از روابط قراردادی، خالی از حکم بوده، ضمن اینکه حتی واگذاری پیش‌بینی تمام آثار به اختیار طرفین نیز این خلأ را پر نمی‌کند؛ چون طرفین در زمان انعقاد قرارداد نمی‌توانند در خصوص تمام ابعاد قراردادشان به توافق برسند.

به نظر می‌رسد مناسب‌ترین قالب برای تحلیل ماهوی تضامین، ضمان وثیقه‌ای است که این ضمان نیز بر دو نوع عینی و شخصی تقسیم می‌شود.

۴. ضمان وثیقه‌ای

گفتنی است، تضمین‌ها در قراردادهای پیمانکاری به صورت مشروط یا بی‌قیدوشرط مقرر می‌شوند. در تضمین مشروط، کارفرما در صورتی می‌تواند وجه تضمین را مطالبه کند که بتواند تخلف پیمانکار را اثبات نماید. برخی از تضمین‌ها نیز به صورت بی‌قیدوشرط مقرر می‌شوند که به موجب آن‌ها شخص ثالث متعهد می‌گردد به محض مطالبه کارفرما از عهده پرداخت برآید و اثبات تخلف پیمانکار، شرط مطالبه تضمین نیست.

از طرفی، تضامین پیمانکاری دارای انواع مختلفی است و چنین امری به ارائه تحلیل‌های متفاوتی از ماهیت تضامین خواهد انجامید. برابر ماده ۴ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی مصوب ۲۲ آذر ۱۳۹۴، مهم‌ترین تضمین‌ها عبارت‌اند از: ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌نامه صادره از سوی مؤسسات بیمه‌گر، سفته با امضای صاحبان امضای مجاز، اوراق مشارکت بی‌نام و ... برخی تضمین‌ها نیز به صورت سپرده (کسور) حسن اجرای کار می‌باشد که طی آن مبلغ نقدی بابت تضمین حسن اجرای کار از هر پرداخت کارفرما به پیمانکار، کسر و در حساب سپرده کارفرما

نگهداری می‌شود.^۱ با توجه به نوع تضمین‌ها ملاحظه می‌شود که در برخی از آن‌ها از قبیل ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌نامه صادره از سوی مؤسسات بیمه‌گر و شخص ثالثی از جمله بانک یا بیمه به‌عنوان ضامن در مقابل کارفرما متعهد می‌شوند، ولی در برخی دیگر از تضامین از قبیل کسور وجه‌الضمان و سفته اساساً شخص ثالثی وجود ندارد و متعهد تضمین، پیمانکار است و اوست که در صورت نقض تعهدات، در قبال کارفرما متعهد و ضامن می‌باشد. بر این اساس، همه تضمین‌های پیمانکاری نوعی ضمان وثیقه‌ای بوده که در برخی شخص ثالث به‌عنوان ضامن و در برخی دیگر پیمانکار در قبال کارفرما در صورت نقض تعهدات مسئول است. به این ترتیب، ضمان وثیقه‌ای در قسم نخست، وثیقه شخصی و در قسم دوم، وثیقه عینی است که در ادامه به تحلیل ماهیت تضمین‌های پیمانکاری در قالب هر دو قسم وثیقه می‌پردازیم.^۲

۴.۱. ضمان وثیقه‌ای شخصی

مقررات قانون مدنی در باب ضمان نقل، جزء قواعد آمره نبوده، بلکه در شمار قواعد تکمیلی است و در صورتی نوبت به قواعد تکمیلی می‌رسد که قراردادی بین طرفین نبوده یا عرفی در این خصوص حاکم نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۳۰۷). کیفیت توافق طرفین قرارداد تضمین و پیمانکاری و حقوق و تعهدات ناشی از آن‌ها به‌گونه‌ای است که نمی‌توان از قواعد سنتی ضمان نقل در تحلیل تضامین بهره گرفت. از طرف دیگر با توجه به مواد مختلفی از قانون مدنی (ماده ۷۲۳ و ذیل ماده ۶۹۹) و قانون تجارت (۴۰۲ و ۴۰۳)، امکان توافق طرفین بر تضامن عرضی یا طولی^۳ پیش‌بینی شده است. در ضمان وثیقه‌ای شخصی، ذمه شخص ثالثی به ذمه مدیون اصلی

۱. بند ذ ماده ۲ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی.

۲. شایان ذکر است که در مواد ۱۱، ۱۲ و ۱۳ شرایط عمومی پیمان‌های EPC، مقرر شده است که پیمانکار ضمانت‌نامه‌ای از بانک‌ها یا مؤسسات بیمه تأییدشده از سوی کارفرما تهیه و تسلیم خواهد نمود، و به انواع دیگر تضمین‌ها از قبیل اوراق بهادار، سفته و ... اشاره نشده است. درحالی که آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی در بند الف ماده ۱، قراردادهای مشمول آیین‌نامه را برشمرده که یکی از آن موارد، قراردادهای طرح و ساخت (صنعتی یا غیرصنعتی) است. بنابراین، آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی در باب تضامین و انواع آن، دربردارنده مقررات کامل‌تری نسبت به شرایط عمومی پیمان‌های EPC بوده، به‌عنوان مصوبه اخیر هیئت وزیران، مورد توجه دستگاه‌های دولتی در انعقاد قراردادهای پیمانکاری قرار خواهد گرفت. به این ترتیب، دستگاه‌های دولتی می‌توانند با توجه به ماده ۴ آیین‌نامه، تهیه و تسلیم هریک از انواع تضامین مقرر را از پیمانکار درخواست نمایند.

۳. تضامن طولی آن است که شخص با توجه به تعهدی که می‌پذیرد ضمانت شخص پیش از خود را به‌عهده می‌گیرد و پس از پرداخت به متعهدله می‌تواند برای وصول تمام آنچه پرداخته به مدیون اصلی و سایر مسئولان رجوع کند، زیرا ضمانت او برای تضمین حق متعهدله ایجاد شده و وثیقه‌ای برای طلب اوست.

ضمیمه، و پرداخت دین تضمین می‌گردد و طلبکار می‌تواند در صورت وصول نکردن طلب خود از مدیون اصلی، به ضامن مراجعه کند (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۹).

برابر ماده ۶۹۹ قانون مدنی: «علیرغم وقوع عقد ضمان، مضمون‌عنه همچنان مدیون است و در خصوص تعهد و پرداخت ضمان، تضامنی است، لکن با شرط ضمنی قیدشده و در آخر ماده حق رجوع به ضامن منحصرأ با عدم پرداخت مدیون اصلی به‌وجود می‌آید. ...» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ص ۵۶).

عقیده دیگر در تحلیل تضامین در قراردادهای پیمانکاری، التزام معلق به تأدیة دین دیگری است (ماده ۷۲۳ قانون مدنی). بر اساس این عقیده با اینکه به حکم قانون مدنی ضمان از دین آینده و پیش از ایجاد اسباب آن باطل است (ماده ۶۹۱ قانون مدنی)، به نظر می‌رسد که التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به‌گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۱-۲۷۰).

در استدلال به مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت، شایان ذکر است که این مواد به تضامن عرضی اشاره دارد و مضمون‌له در صورتی می‌تواند به مدیون اصلی و سپس به ضامن رجوع کند که به چنین امری تصریح شده باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ص ۵۸). به‌موجب این نوع ضمان، اگر مدیون اصلی در صورت مطالبه مضمون‌له از پرداخت دین خودداری کند، ضامن باید از عهده پرداخت برآید (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۳).

پس از شناخت جایگاه ضمان وثیقه شخصی با استنتاج از قوانین و پذیرش عرفی آن در قراردادهای مختلف مدنی و تجاری، امروزه برخی از تضامین نیز در این قالب جای می‌گیرند و اراده طرفین بر آن است تا در صورت عدم امکان مطالبه از مدیون اصلی و تخلف او از اجرای تعهدات، ثالث به‌عنوان ضامن در قبال مضمون‌له متعهد باشد. چنان‌که در ماده ۴ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی به تضامینی از قبیل ضمانت‌نامه بانکی و ضمانت‌نامه صادره از سوی مؤسسات بیمه‌گر اشاره شده است که مطابق آن‌ها شخص ثالث متعهد می‌شود در صورت ارتکاب تخلف از سوی مضمون‌عنه (پیمانکار) از عهده اجرای تعهدات برآمده، یا خسارات وارده به مضمون‌له (کارفرما) را جبران کند.^۱

تضامن عرضی آن است که همه مسئولان در عرض هم قرار دارند و هریک از آنان پرداخت تمام دین را به‌عهده گرفته‌اند. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۲۵-۲۲۳.

۱. در واقع در این نوع ضمانت‌نامه‌ها، تعهدات متعهد از طرف شخص ثالث (ضامن) بر اساس درخواست متعهد تضمین می‌شود و شخص ثالث به‌موجب ضوابط و مصوبات مقرر متعهد می‌گردد در سررسید یا شرایط معین مبلغ معینی را بابت موضوع خاصی که مربوط به تعهد اصلی متعهد (مضمون‌عنه) است، به ذی‌نفع تعهد اصلی (مضمون‌له) بپردازد (بند ب ماده ۲ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی).

در عین حال، تضمین وثیقه‌ای شخصی تحلیل جامعی از تمام تضامین در قراردادهای پیمانکاری ارائه نمی‌دهد؛ زیرا در همه تضامین، ذمه شخص ثالث وثیقه پرداخت دین قرار نمی‌گیرد، بلکه پیمانکار می‌تواند برای تضمین اجرای تعهدات، مالی را در وثیقه کارفرما قرار دهد تا در صورت تخلف از ایفای تعهدات از محل آن‌ها امکان اجرای تعهدات یا مطالبه خسارات فراهم شود. لذا ضروری است که با اصطلاح ضمان وثیقه‌ای عینی هم آشنا شویم.

۲.۴. ضمان وثیقه‌ای عینی

در ضمان وثیقه‌ای عینی، مالی از اموال مدیون وثیقه پرداخت طلب قرار می‌گیرد تا چنانچه مدیون از پرداخت دین خودداری نمود یا از عهده اجرای تعهد برنیامد، طلبکار بتواند از محل وثیقه، طلبش را وصول کند (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۴). طلبکار نسبت به آن مال حق عینی می‌یابد؛ چراکه به موجب آن، میزان تصرفات مدیون کاهش پیدا می‌کند و طلبکار بر آن مال حق تقدم می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۵؛ امامی، ۱۳۸۸، ص ۴۱۳). منظور از مال نیز مفهوم اعم مال است که هم شامل مالی می‌شود که ذاتاً مالیت دارد و از آن به عنوان مال اصلی تعبیر می‌شود، از قبیل ملک و اتومبیل، و هم شامل مالی می‌شود که ذاتاً مالیت ندارد، بلکه نماینده مال و معرف آن می‌باشد و از آن به عنوان مال آلی یاد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۱-۱۰). عده‌ای در این خصوص که می‌توان اسکناس یا اسناد در وجه حامل یا سهام بی‌نام شرکت را به وثیقه گذاشت یا خیر، بر این باورند که چون از نظر عرف «ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۵۴۰)، لذا مانعی در وثیقه گذاشتن این اسناد وجود ندارد. در واقع، این اسناد مطالبات خاصی هستند که سند معرف آن‌ها ارزش مبادله‌ای مستقل داشته، به گونه‌ای که از وثیقه‌گذاری این اسناد، اعتباری برای وثیقه‌گذار ایجاد می‌شود (کریمی، ۱۳۷۶، ص ۲۲-۲۱).

در واقع مصالح عمومی و ایجاد تسهیل در برقراری روابط معاملاتی نشان‌دهنده پذیرش امکان وثیقه‌گذاری اسناد در وجه حامل در نظام حقوقی ایران است. چنین رویکردی در روابط قراردادی بین پیمانکار و کارفرما در اعطای تضمین از سوی پیمانکار مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. برای نمونه در آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی، پیمانکار تضامینی از نوع اوراق بهادار، سفته و ... در اختیار کارفرما قرار می‌دهد. دسته دیگر از تضامین نیز به صورت کسر مبالغی از صورت وضعیت‌های پیمانکار است که کسور وجه‌الضمان نام دارد. در این تضمین‌ها شخص ثالثی به عنوان ضامن دخالت ندارد، بلکه آنچه وثیقه حسن اجرای تعهدات پیمانکار قرار می‌گیرد، اموالی از قبیل اوراق بهادار یا کسور وجه‌الضمان است و در صورتی که پیمانکار از اجرای

تعهدات خودداری ورزد، کارفرما می‌تواند از محل آن‌ها مطالبات یا خسارات وارده بر خود را دریافت یا جبران کند.

گفتنی است که اساساً تحلیل ماهیت برخی از تضامین پیمانکاری، از جمله کسور وجه‌الضمان و سفته، در قالب ضمان وثیقه‌ای عینی بر تحقق عقد رهن در خصوص آن تضامین دلالت پیدا نمی‌کند، چون شرایط تحقق عقد رهن، از جمله قبض مال مرهونه (ماده ۷۷۲ قانون مدنی) در مورد تضامین پیمانکاری وجود ندارد. درواقع، ضمان وثیقه‌ای عینی دارای مفهومی اعم از رهن بوده، نباید تمام تضمین‌هایی را که در قالب وثیقه عینی ارائه می‌شوند، مشمول عقد رهن قانون مدنی دانست. از طرف دیگر با توجه به اقتضای تضمین‌ها در قراردادهای پیمانکاری و رویه حاکم بر آن‌ها، نمی‌توان تضامین را به قبض کارفرما درآورد، زیرا اساساً تضامین به صورت عین نیستند تا قابلیت تحقق قبض را داشته باشند. برای مثال، ارائه اوراق بهادار یا سفته به کارفرما به‌عنوان تضمین را نمی‌توان با توجه به دلایل پیش‌گفته در قالب عقد رهن تحلیل نمود؛ همچنین است در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی یا اعتبارات اسنادی. زیرا به‌موجب این تضامین، بانک متعهد می‌شود در صورت نقض تعهدات پیمانکار، به محض مطالبه کارفرما از عهده پرداخت برآید. درواقع، ضمانت‌نامه بانکی یا اعتبار اسنادی به صورت عین مال نیستند که قابلیت قبض داشته باشند، بلکه صرفاً حکایت از آن دارند که ذمه شخص ثالث وثیقه پرداخت دین قرار گرفته است.

ماهیت تضمین‌ها در قراردادهای نمونه فیدیک

در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، ارائه تضمین صادره از سوی یک بانک، شرکت بیمه یا شخص ثالث دیگر از سوی پیمانکار به کارفرما، امری رایج است. هدف از ارائه تضمین، جلوگیری از ورود خسارت به کارفرما در صورت نقض تعهدات قراردادی پیمانکار است (Koksál, 2011, p.151). فیدیک قواعد کلی حاکم بر تضامین از قبیل نوع و میزان تضامین و شرایط مطالبه آن‌ها را بررسی کرده است، بدون اینکه به ماهیت این تضمین‌ها بپردازد. بنابراین برای تشریح این مسئله باید به قواعدی که در این زمینه از سوی فیدیک پذیرفته شده است یا برای اشخاص امکان توافق در خصوص آن‌ها وجود دارد، بپردازیم. همچنین به علت تأثیرپذیری قراردادهای فیدیک از نظام‌های سیویل لا و کامن لا، نخست به بررسی اجمالی هر یک از نظام‌های یادشده در خصوص تضمین‌ها می‌پردازیم.

۱. تضمین‌ها در نظام سیویل لا

در نظام سیویل لا و به‌ویژه بر اساس حقوق کشورهای فرانسه و آلمان، تعهد ضامن به پرداخت بدهی مدیون تنها در قالب قراردادی که در قانون تعریف شده است، صورت می‌گیرد. ویژگی مهم و مشترک در حقوق این کشورها راجع به ضمان این است که ضمان یک امر فرعی و تبعی است؛ به این معنا که ایجاد و ازبین رفتن آن وابسته به بدهی اصلی است. در حقوق آلمان، نتایج اصل تابع و فرعی بودن ضمان این است که هرگونه تغییری که برای مثال به‌وسیله تأخیر یا نقض قرارداد در بدهی اصلی ایجاد شود، تأثیر مستقیمی بر ضمان دارد؛ ضمن اینکه سقوط بدهی اصلی موجب ساقط شدن ضمان می‌شود. در حقوق فرانسه، اصل امر فرعی و تابع درباره انتقال بدهی اصلی از طلبکار به شخص چهارم هم اعمال می‌شود. با انتقال بدهی اصلی، ضمان مانند دیگر تضمینات فرعی، خودبه‌خود به طلبکار جدید منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، نتیجه آن است که ضامن می‌تواند خودش دفاعی را که از قرارداد اصلی ناشی می‌شود، حتی اگر بدهکار اصلی از این دفاعیات صرف نظر کرده باشد، در قبال طلبکار به کار برد؛ مثل حق حبس (Retention rights) و عدم اجرا از سوی مدیون اصلی (Jaeger, Sebastain Hok, 2010, p.352).

در حقوق کشور سوئیس نیز ضمان و احکام آن در قانون تعهدات و در قالب عقدی به نام ضمان بررسی شده است. در بند ۱ ماده ۴۹۲ قانون تعهدات سوئیس، منظور از ضمان عقدی است که به‌موجب آن، شخصی در قبال طلبکار ملتزم می‌شود که پرداخت دین مورد تعهد بدهکار را تضمین کند. بنابراین در این قانون، شخص ثالثی به‌عنوان ضامن پرداخت را تعهد می‌نماید. در این ماده قانونی صراحتی در خصوص اینکه تعهدات ضامن تابع تعهدات بدهکار باشد وجود ندارد، ولی با توجه به بند ۱ ماده ۴۹۵، قاعده اولیه چنین است که طلبکار حق وصول طلبش را از ضامن ندارد و در ادامه ماده، موارد استثنایی رجوع ابتدایی طلبکار به ضامن مقرر شده است. طبق بند ۱ ماده ۴۹۵، طلبکار نمی‌تواند از ضامن مطالبه پرداخت کند، مگر اینکه پس از قبول ضمان، بدهکار ورشکسته اعلام شده یا موفق به تحصیل تعلیق ارفاقی شود یا از طرف طلبکاری که اقدامات احتیاطی لازم را به کار برده است، تحت تعقیب قرار گیرد و این تعقیب به صدور گواهی فقدان دارایی (اعسار) قطعی منتهی شود یا (بدهکار) محل اقامت خود را به خارج از کشور منتقل کند؛ به‌نحوی که در سوئیس امکان دسترسی به او نباشد (واحدی، ۱۳۷۸). از استثنایی بودن این موارد چنین برداشت می‌شود که ضامن جز در موارد یادشده نمی‌تواند از ضامن، پرداخت بدهی را مطالبه کند؛ مگر اینکه بدهکار از پرداخت آن خودداری ورزد.

در مقابل تضمین‌های پیش‌گفته، تضمین مستقل (Guarantee) رایج‌ترین تضمین در نظام

کامن لا) قرار دارد که کاملاً مستقل از بدهی اصلی است. تضمین مستقل یک قرارداد تبعی نیست؛ گرچه هر دو برای تضمین حسن انجام تعهد اصلی به کار می‌روند. در هر سه کشور فرانسه، آلمان و سوئیس، تضمین مستقل به‌طور سنتی به‌عنوان یک نوع خاص تضمین شناسایی نشده است (Jaeger, Sebastain Hok, 2010, p.352).

۲. تضمین‌ها در نظام کامن‌لا

در نظام کامن‌لا، در یک تضمین، شخص ثالث مستقل از قرارداد اصلی بین متعهد اصلی و ذی‌نفع، به پرداخت مبلغی به ذی‌نفع متعهد می‌شود. این پرداخت مطابق با شرایط و ضوابط مندرج در قرارداد تضمین صورت می‌گیرد. چنین پرداختی با توجه به شرایط تضمین که می‌تواند عندالمطالبه یا مشروط باشد، صورت می‌پذیرد. انواع مختلف تضمین عبارت‌اند از:

- **ضمانت‌نامه یا تضمین عندالمطالبه (On Demand Guarantee or Bond)**. تضمین عندالمطالبه در معنای خاص آن، سندی مستقل از قرارداد اصلی است که ذی‌نفعان خارجی اغلب بر آن تأکید دارند و با ارائه تقاضای کتبی از سوی ذی‌نفع، قابل مطالبه است (Seminar: Bonds, Guarantees and Other Undertakings in English Law, November 2005, p.9).

- **ضمانت‌نامه یا تضمین مشروط (Conditional Guarantee or Bond)**. تضمین مشروط زمانی مطالبه می‌شود که خسارت‌ها یا مطالبات در نتیجه تخلف از قرارداد ایجاد شده باشد. اثبات تخلف شرط مطالبه تضمین نیست و صرفاً رعایت تشریفات و شرایط مندرج در قرارداد تضمین برای مطالبه کافی است.

- **تضمین مشروط متضمن نقض (Condition On-default Guarantee or Bond)**. این نوع تضمین که معمولاً به‌عنوان تضمین حسن انجام کار استفاده می‌شود، مسئولیت فرعی (ثانوی) ایجاد می‌کند که وابسته به مسئولیت پیمانکار است. کارفرما زمانی محق به مطالبه وجه تضمین خواهد بود که پیمانکار مرتکب نقض قرارداد شده باشد (Seminar: Bonds, Guarantees and Other Undertakings in English Law, November 2005, p.8-9).

در نظام کامن‌لا تضمین به دو صورت عینی (Real Security) و شخصی (Personal Security) است. در تضمین عینی، طلبکار نسبت به همه یا برخی از اموال بدهکار حق مالکیت عینی پیدا می‌کند. از جمله این تضمین‌ها، رهن و وثیقه‌گذاری است.^۱ تضمین عینی، طلبکار را

۱. رهن، نوعی تضمین عینی است که به موجب آن مالکیت مالی به طلبکار (مرتهن) در قالب تضمین منتقل می‌شود؛ با این شرط که مال مرهونه پس از پرداخت بدهی، دوباره به بدهکار (راهن) برگردد. راهن حق اعاده

در قبال اعسار بدهکار حمایت نموده، طلبکار در صورت اعسار بدهکار نسبت به اموال وی حق تقدم خواهد داشت. بنابراین، تأثیر تضمین عینی وابسته به ارزش اموال استفاده‌شده به‌عنوان تضمین است (Bradgate, White, 2009, P.323). از آنجا که در قراردادهای فیدیک اغلب تضمین‌ها به صورت شخصی است و تضامین عینی مورد استفاده طرفین قرارداد قرار نمی‌گیرد، بر این اساس به تفصیل به بررسی تضمین‌های شخصی می‌پردازیم.

۱.۲. تضمین شخصی

تضمینی است که به‌موجب آن، شخص ثالثی متعهد می‌شود که اگر بدهکار مرتکب نقض قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد گردید، مسئول باشد (Bradgate, White, 2009, p.323). اغلب تضمین‌های مقرر در قراردادهای پیمانکاری مشمول قواعد نمونه فیدیک، از نوع تضمین شخصی است و بارزترین نمونه آن تضمینی است که از سوی یک بانک صادر شده باشد و بانک متعهد شود در صورت تخلف پیمانکار از ایفای تعهدات، خسارات وارده به کارفرما را جبران نماید. از جمله تضمین‌های شخصی که در قراردادهای فیدیک مورد استفاده قرار می‌گیرد، ضمانت‌نامه بانکی (در قالب تضمین مشروط و تضمین عندالمطالبه) و اسناد اعتباری تضمینی است.

الف) تضمین مشروط (Conditional Guarantee) و تضمین عندالمطالبه (On-demand Guarantee)

demand Guarantee تضمین مشروط و عندالمطالبه از جمله تضمین‌های شخصی هستند که در نتیجه آن‌ها، بانک به‌عنوان شخص ثالث با صدور ضمانت‌نامه بانکی، مسئولیت پرداخت بدهی در صورت تخلف پیمانکار را به‌عهده می‌گیرد. تضمین مشروط تضمینی است که در آن ذی‌نفع باید تخلف پیمانکار از قرارداد را اثبات کند، پیش از آنکه پرداخت یا اجرای تعهد انجام‌نشده از سوی پیمانکار را از ضامن مطالبه نماید. اجرای تعهد از طرف ضامن تنها در صورتی امکان‌پذیر است که در تضمین چنین تصریحی وجود داشته باشد. اگر تخلف پیمانکار اثبات شود، ضامن به میزانی که در وجه التزام مقرر شده است، مسئول جبران خسارات وارده به ذی‌نفع خواهد بود (Bunni, 2005, p.270; Murdoch, Hughes, 2000, p.232).

مالکیت مال مرهونه را با پرداخت بدهی تضمین‌شده به‌وسیله رهن دارد (Bradgate, White, 2009, p.323). وثیقه سپردن نیز نوعی تضمین عینی است که به‌موجب آن، بدهکار (وثیقه‌گذار)، اموال را به طلبکار (وثیقه‌گیر) تحویل می‌دهد و طلبکار حق تصرف در اموال را دارد؛ درحالی که حق مالکیت اموال متعلق به وثیقه‌گذار است. به‌موجب این تضمین، وثیقه‌گذار اموال را به وثیقه‌گیر به‌عنوان تضمین پرداخت بدهی تحویل می‌دهد؛ با این شرط که با پرداخت بدهی، اموال به وثیقه‌گذار برگردانده شود (Judge, 2006, p.224).

تضمین عندالمطالبه مستقل از قرارداد پایه است؛ تا حدی که تعهدات و مسئولیت ضامن مطابق با شرایط یادشده در قرارداد تضمین به وقوع می پیوندد، بدون اینکه ضرورتی به اثبات نقض قرارداد اصلی باشد یا بدون آنکه ضامن بتواند به دفاعیات پیمانکار استناد کند (Bunni, 2005, p.271; The FIDIC Contracts Guide, 2000, p.99; Murdoch, Hughes, 2000, p.p.232-233)؛ لذا دریافت این نوع تضمین نوعاً از سوی کارفرما ترجیح داده می شود (The FIDIC Contracts Guide, 2000, p.99).

در خصوص هریک از دو تضمین پیش گفته، اتاق بازرگانی بین المللی مقررات همسانی را تدوین نموده است که با توجه به طبیعت قراردادی این مقررات، فقط در صورتی که طرفین، تضمین خود را تابع این مقررات بدانند، قابل اجرا خواهد بود. از جمله این مقررات در خصوص ضمانت نامه های مشروط، مقررات متحدالشکل تعهدنامه های قراردادی (Uniform Rules for Contract Bonds (URCB)) است که در سال ۱۹۹۳م اتاق بازرگانی بین المللی آن را منتشر کرده است. از دیگر مقررات اتاق بازرگانی بین المللی، مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه ((Uniform Rules for Demand Guarantee (URDG)) است که در سال ۱۹۹۲م منتشر شده است (Bunni, 2005, p.280-281). فیدیک تیپ ضمانت نامه های تهیه شده بر اساس مقررات همسان تعهدنامه های قراردادی و ضمانت نامه های عندالمطالبه را در اسناد خود گنجانده و به این ترتیب، امکان توافق بر مقررات یادشده را پذیرفته است (آفاکی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰).

ب) اسناد اعتباری تضمینی (Standby Letter of Credit). از نهادهای حقوقی دیگری که در تحلیل ماهیت تضامین به آن می پردازیم، اسناد اعتباری تضمینی است که مانند ضمانت نامه های عادی از ضرر ناشی از خطر معاملات تجاری جلوگیری می کند. اسناد اعتباری تضمینی نیز همانند سایر تضمین ها، نوعی تضمین شخصی است که بانکها از آن برای حسن انجام کار، پیش پرداخت یا بازپرداخت وامها و ... استفاده می کنند (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۸). اسناد اعتباری تضمینی یکی از انواع اعتبارات اسنادی است^۱. در تعریف این اسناد چنین گفته شده است: «اسناد اعتباری تضمینی، یک تعهد

۱. در تعریف اسناد اعتباری گفته شده که تعهدی مکتوب است که به موجب آن بانک گشاینده بنا به درخواست متقاضی می پذیرد که مبلغ معینی وجه نقد را ظرف مدت معین در مقابل ارائه اسناد مطابق با شرایط اعتبار به ذی نفع پرداخت نماید. در واقع، اعتبار اسنادی به عنوان وسیله ای برای تضمین پرداخت از سوی یک بانک از طرف متقاضی (خریدار) در قبال ذی نفع (فروشنده) به کار می رود؛ منوط به اینکه مشارالیه کالاهای فروخته شده را حمل نموده یا خدمات مورد نظر را مطابق با شرایط اعتبار اسنادی انجام داده باشد. برای آگاهی بیشتر، ر.ک.

Sifri, Jacob, Standby Letter of Credit (2008), a Comprehensive Guide, First Edition, New York: Publishing Palgrave Macmillan, p.1-2- Jaeger, Alex-Volkmar, Gotz-Sebastain Hok, Op. Cit, p.353.

حقوقی است که به وسیله یک بانک (صادرکننده) بنا به درخواست مشتریانش (متقاضی) انجام می‌شود که به موجب درخواست، مبلغ ثابتی را به صورت کلی یا جزئی به ذی‌نفع بپردازد؛ هنگامی که متقاضی از انجام تکلیف معینی که در قبال ذی‌نفع دارد قصور ورزد» (Sifri, 2008, p.6).

اسناد اعتباری تضمینی به‌عنوان تضامینی مناسب در قراردادهای پیمانکاری برای حراست از منافع کارفرما در مقابل اجرای با تأخیر، سوء اجرا یا اجرا نشدن تعهد از سوی پیمانکار استفاده می‌شود (مافی و محسن زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۱۷).

اسناد اعتباری تضمینی در بخش تأمین یا خرید کالا به‌عنوان ابزار پرداخت استفاده می‌شوند، باین‌همه، این اسناد ابزارهای رایج در پروژه‌های ایالات متحده آمریکا هستند. به علت محدودیت بانک‌های امریکایی در صدور ضمانت‌نامه بانکی، این بانک‌ها به‌منظور امکان تضمین پروژه‌های پیمانکاری، تنها می‌توانند با صدور اسناد اعتباری تضمینی، در صورتی که متعهد اصلی از اجرای تعهدات قراردادی خودداری ورزد، پرداخت وجه سند اعتباری را به ذی‌نفع به‌عهده بگیرند (لنگریچ، ۱۳۸۷، ص ۳۰۹-۳۰۸؛ مافی و محسن زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۱۵).

همچنین عده‌ای از حقوق‌دانان خارجی بر این باورند که برای جلوگیری از نقض تعهدات پیمانکار، حسن اجرای تعهدات او در پروژه‌های پیمانکاری یا به‌وسیله اسناد اعتباری تضمینی و یا ضمانت‌نامه بانکی تضمین می‌شود که در هر دو، ضامن فوراً و به‌محض مطالبه کارفرما با پرداخت مبلغ ثابت به اجرای تعهداتش مکلف می‌باشد؛ مشروط بر اینکه تقاضانامه کاملاً مطابق با شرایط سند تضمین (سند اعتباری تضمینی یا ضمانت‌نامه) باشد (Sifri, 2008, p.132). درواقع، اسناد اعتباری تضمینی از نظر کارکرد یعنی تضمین انجام کار یا تعهد، به ضمانت‌نامه بانکی نزدیک است و مشابه ضمانت‌نامه حسن اجرای قرارداد عمل می‌کند؛ زیرا پرداخت صورت گرفته بر اساس اعتبار به معنای انجام تعهد نیست، بلکه دستوردهنده زمانی ملزم به پرداخت به ذی‌نفع می‌شود که قرارداد را نقض یا در اجرای تعهداتش قصور نماید (مافی و محسن‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۳۱۶).

بنابراین طرف‌های قراردادی و ازجمله قراردادهای پیمانکاری از این اختیار برخوردارند که به‌منظور اطمینان از ایفای تعهدات طرف مقابل، از هر نهاد حقوقی برای حسن اجرای تعهدات

۱. نکته قابل توجه آن است که اعتبار اسنادی در بند م ماده ۲ آیین‌نامه تضمین معاملات دولتی به‌عنوان یکی از نهادهای تضمینی در قراردادهای پیمانکاری مورد توجه قرار گرفته است. تضامین پیمانکاری با هدف حسن اجرای تعهدات پیمانکار مقرر می‌شوند، ولی به‌موجب بند م ماده ۲، اعتبار اسنادی «سندی الزام‌آور است که

پیمانکار استفاده کنند^۱؛ از جمله این نهادها، اسناد اعتباری تضمینی است که جزء تضامین شخصی شمرده می‌شود.

ضبط تضمین‌ها در حقوق داخلی

علی‌القاعده کارفرما در صورتی اقدام به ضبط تضمین‌ها می‌کند که پیمانکار از ایفای تعهدات قراردادی مطابق آنچه در قرارداد آمده است، خودداری کند. زمانی که تضمین مشروط است، کارفرما در صورتی می‌تواند تضمین را ضبط کند که تخلف پیمانکار از انجام تعهدات را اثبات نماید، ولی در تضمین بی‌قیدوشرط، کارفرما برای ضبط تضمین‌ها نیازمند اثبات تخلف پیمانکار نیست و تضمین به محض دستور کارفرما و حتی با وجود عدم ارتکاب تخلف از جانب پیمانکار قابل وصول خواهد بود. اما کارفرما در صورتی می‌تواند از تضامین برای جبران خسارات خود استفاده کند که وجه آن را ناروا مطالبه نکرده باشد؛ در غیر این صورت باید خسارات وارده به پیمانکار حاصل از این مطالبه ناروا را جبران نماید.

درواقع، هدف از اعطای تضمین، جبران خسارات متعهدله در صورت تخلف از انجام تعهدات قراردادی است.^۱ چنین مبنا و هدفی در تحلیل ماهوی تضامین در قراردادهای پیمانکاری در دو قالب تضمین وثیقه‌ای شخصی و عینی تجلی یافته، به نحوی که در هر دو قسم تضمین وثیقه‌ای، امتناع متعهد از ایفای تعهدات، شرط مراجعه به ضامن یا عین مورد وثیقه است و کیفیت توافق طرفین در اینکه تضمین به صورت مشروط یا بی‌قیدوشرط باشد، تأثیری در حکم مسئله ندارد و در هر دو نوع، تضمین در صورتی قابل مطالبه است که متعهد مرتکب نقض تعهد شده باشد؛ اعم از اینکه احراز تخلف متعهد شرط مطالبه تضمین باشد یا نباشد و چنین امری باعث دگرگونی ماهیت تضمین و نادیده گرفتن ماهیت وثیقه‌ای آن نمی‌شود. قائل شدن به چنین امری با توجه به لزوم تخلف پیمانکار هنگام مطالبه تضمین، با ماهیت ضمان وثیقه‌ای مطابقت بیشتری دارد و نوعی بازگشت به قواعد و مقررات ضمان وثیقه‌ای در تحلیل ماهوی تضامین است.

تضامین حسب مورد که ممکن است مشروط یا بی‌قیدوشرط باشد، آثار متفاوتی هنگام بروز اختلاف میان کارفرما و پیمانکار در ضبط تضمین ایجاد می‌کند. مهم‌ترین اثر، تشخیص جایگاه مدعی و کسی است که بار اثبات ادعا را بر دوش می‌کشد. در این خصوص، نوع توافق طرفین

با تنظیم و مبادله آن، کارفرما (خریدار) از بانک درخواست می‌کند تا انجام مراحل پرداخت به فروشنده بابت کالای ارسالی یا خدمت انجام شده را طبق قرارداد و پس از تأیید وی تعهد کند. بنابراین در قراردادهای پیمانکاری که نمونه‌ای از قراردادهای راجع به ارائه و انجام خدمات از سوی پیمانکار است، تعهد کارفرما مبنی بر پرداخت در برابر خدمت انجام شده با ارائه سند اعتباری تضمین می‌شود.

۱. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۴۹۶-۴۹۵ و کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۲۶۹.

عامل تعیین‌کننده است؛ به نحوی که در تضمین مشروط که اثبات تخلف پیمانکار شرط مطالبه تضمین است، کارفرما پس از اثبات تخلف، به ضبط مبلغ تضمین محق خواهد بود. بنابراین، بار اثبات از همان آغاز برعهده کارفرما است؛ درحالی که در فرضی که موضوع تعهد انجام دادن کاری و ماهیت تعهد از نوع تعهد به نتیجه است، بار اثبات ادعا به‌عهده متعهد است.

زمانی که تضمین بی‌قیدوشرط باشد، کارفرما به محض مطالبه می‌تواند مبلغ تضمین را دریافت کند و به این منظور نیازی به اثبات تخلف پیمانکار نیست. چنین امری نیز ناشی از توافق طرفین است. به عبارتی، این نوع تضمین‌ها مستقل از قرارداد اصلی است و ادعای هرگونه ایراد از جمله انجام تعهدات از جانب پیمانکار، موجب رفع مسئولیت ضامن از پرداخت نخواهد بود (محمود کاشانی، ۱۳۷۵-۱۳۷۴، ص ۱۷۰ و ۱۷۴).

در خصوص تضمین بی‌قیدوشرط، روابط قراردادی با مطالبه و ضبط تضمین خاتمه نمی‌یابد، بلکه امکان مطالبه بی‌قیدوشرط، آغازگر مسائلی است که برای حل و فصل آن‌ها نیازمند ارائه قاعده‌ای هستیم. برخلاف تضمین مشروط که کارفرما از همان آغاز با اثبات نقض تعهد به ضبط مبلغ تضمین محق است، در خصوص تضمین بی‌قیدوشرط، چنین استحقاقی در هنگام مطالبه مسلم نبوده، زیرا پیمانکار می‌تواند با اقامه دعوی و اثبات ایفای تعهد یا اثبات ناممکن بودن اجرا به دلیل بروز قوه قاهره، مبلغ ضبط‌شده را مسترد دارد.^۱

درواقع هنگامی که دو یا چند شخص برای انجام کاری یا انتقال مالی به تشکیل و ایجاد قرارداد اقدام می‌کنند، اراده آنان بر این است که قرارداد، تعهدات لازم‌الاجرای در پی داشته باشد (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۲۷۳). طرفین در هنگام انعقاد قرارداد به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد توجه بیشتری دارند تا به این وسیله بتوانند به تعهد طرف مقابل که انگیزه اصلی انعقاد قرارداد است، دست یابند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۰). بنابراین، اصل کلی حاکم بر حقوق قراردادهای تعهدات می‌باشد. چنین اصلی ناشی از اشتغال ذمه یا اصل احتیاط است. به موجب این اصل، نسبت به اصل تکلیف علم و یقین محقق است و نسبت به متعلق تکلیف (مکلف به) تردید وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۹۸؛ محمدی، ۱۳۷۶، ص ۱۷۷). این اصل

۱. شایان ذکر است که برخی ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز به صورت مشروط هستند. سند ضمانت‌نامه بانکی اصولاً تحت قاعده استقلال اسناد تجاری، مستقل از قرارداد مبنایی آن است (برخلاف تضمین تبعی که فرع و تابع قرارداد پایه است) و لذا صرف ابراز تخلف و ارسال برخی اسناد قراردادی در تأیید آن نزد بانک کافی و وافی به اتیان شرط مندرج در ضمانت‌نامه است و کارفرما نیازی به اثبات تخلف در مراجع قضایی ندارد و پیمانکار می‌تواند در صورت اثبات دارا شدن غیرعادلانه و بلاوجه کارفرما در محکمه، مبالغ مربوطه را طی حکم دادگاه مسترد نماید. درواقع، مقید نمودن مطالبه تضمین به چنین قید و شرطی، بار اثبات ادعا را در محکمه از عهده پیمانکار ساقط نمی‌کند.

در قراردادهای (منظور قراردادهای نافذ و معتبر که به عنوان مبنای نخست مسئولیت قراردادی مطرح می‌شود) (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۵۶) نیز جاری است؛ به نحوی که به موجب قرارداد، تعهدی برای متعهد ایجاد شده، نسبت به اصل تکلیف، یقین حاصل می‌شود. در این صورت اگر تردید به میان آید که تعهد ساقط شده است یا نه، اصل اشتغال جاری می‌شود. در این خصوص می‌توان از نتایج اصل استصحاب نیز بهره گرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۵۳). همین که تعهدی برعهده متعهد ثابت شد و در بقا یا عدم بقای تعهد یقینی سابق (تعهد ایجاد شده در اثر قرارداد) تردید به میان آمد، اصل استصحاب دلالت بر بقای تعهد دارد^۱.

همچنین عده‌ای از حقوق‌دانان بر این باورند که در فرضی که تعهد به نتیجه و موضوع تعهد، انتقال مال یا انجام دادن کاری باشد، طلبکار برای احراز عدم دستیابی به نتیجه موردنظر، نیازی به اقامه دلیل ندارد و اصل عدم و استصحاب او را در جایگاه منکر قرار می‌دهد و لذا متعهد برای براهت ذمه خود باید خلاف اصول یادشده را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۹۶-۹۵). در خصوص آن دسته از قراردادهای پیمانکاری که موضوع آن‌ها انجام کاری و تعهد مندرج در آن، از نوع تعهد به نتیجه است و پیمانکار ملزم است محصول نهایی موردنظر کارفرما را تهیه و فراهم کند^۲ (هداوند، ۹۱-۹۲، ص ۲۰)، پس از آنکه کارفرما مبلغ تضمین را مطالبه و سپس پیمانکار، چنین مطالبه‌ای را به دلیل ایفای تعهدات ناروا تلقی نمود، برای استرداد مبلغ تضمین باید اثبات کند تعهدات خود را به طور کامل اجرا کرده یا به علت بروز حادثه قهری امکان اجرای تعهدات وجود نداشته است. در واقع، پیمانکار در جایگاه مدعی قرار می‌گیرد و بنا به قاعده «البینه علی من ادعی و الیمین علی من انکر» بار اثبات ادعایش را بر دوش می‌کشد^۳ (مدنی، ۱۳۷۷، ص ۱۶۷-۱۶۶؛ شمس، ۱۳۹۰، ص ۱۰۱).

۱. چنان که ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که حق یا دینی برعهده کسی ثابت شد، اصل بر بقای آن است...».

۲. در برخی قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار متعهد می‌شود که پروژه‌ای را انجام دهد، ولی تعهد او به گونه‌ای نیست که محصول نهایی موردنظر کارفرما را تهیه کند، بلکه متعهد می‌شود با تمهید وسایل متعارف و به کار بردن صلاحیت‌هایش، وسیله رسیدن به نتیجه مطلوب را فراهم آورد. در این خصوص، احراز اینکه قرارداد اجرا نشده است برای اثبات عدم اجرای عقد کافی نیست؛ زیرا متعهد رسیدن به نتیجه معینی را برعهده نگرفته است، لذا طلبکار باید تقصیر متعهد را اثبات کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۵۲-۱۵۱).

۳. چنان که برابر ماده ۵۷-۲ شرایط عمومی پیمان‌های EPC، در صورتی که به تشخیص کارفرما، پیمانکار تمام تعهدات قراردادی خود را طبق اسناد پیمان انجام داده باشد و مدارک پیوست صورت‌وضعیت کامل باشد، مراتب پذیرش و قبولی صورت‌وضعیت برای بررسی و پرداخت به پیمانکار اعلام شده، مبلغ صورت‌وضعیت قطعی پس از کسر کسور مربوط، به پیمانکار پرداخت و نسبت به آزادسازی تضامین حسن انجام کار و انجام تعهدات اقدام خواهد شد. در صورت عدم پذیرش صورت‌وضعیت، به علت نواقص موجود در کارها و در صورت

ضبط تضمین‌ها در قراردادهای نمونه فیدیک

در قراردادهای نمونه فیدیک، تضمین‌های مقرر به صورت ضمانت‌نامه بانکی اعم از ضمانت‌نامه عندالمطالبه یا مشروط است. به موجب تضمین عندالمطالبه، ضامن متعهد به پرداخت وجه تضمین به محض مطالبه کارفرما بوده، سپس به جبران آنچه در نتیجه تخلف پیمانکار متحمل شده است، محق می‌باشد. ضامن نمی‌تواند به دلیل اینکه واقعاً هیچ قصوری از اجرای قرارداد پیمانکاری وجود ندارد، از پرداخت مبلغ تضمین خودداری کند (Bunni, 2005, p.276).

به موجب این تضمین، از جمله حقوق کارفرما این است که می‌تواند بدون اثبات قصور پیمانکار یا میزان خسارات وارده بر خود، مبلغ مندرج در تضمین را درخواست کند؛ بنابراین، کارفرما می‌تواند بدون اثبات تخلف پیمانکار، وجه تضمین را مطالبه نماید. اما در صورتی که قصوری از جانب پیمانکار اتفاق نیفتاده، و ضامن به محض مطالبه کارفرما از عهده پرداخت برآمده باشد، کارفرما در قبال خسارات وارده بر پیمانکار در نتیجه مطالبه ناروا مسئول خواهد بود (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) United Nations, 1988, p.187).

در حالی که در تضمین مشروط، تعهد ضامن به پرداخت مبلغ تضمین به اثبات تخلف پیمانکار به دلیل قصور از اجرای قرارداد پیمانکاری وابسته است. اثبات مسئولیت پیمانکار

خودداری پیمانکار از رفع نواقص، پس از آنکه کارفرما تضمین‌ها را به دلیل انجام نشدن تمام تعهدات ضبط نمود، پیمانکار می‌تواند اقامه دعوی کند و با اثبات اینکه تعهدات خود را تماماً اجرا کرده یا به علت بروز قوه قاهره اجرای تعهدات ممکن نبوده است، استرداد مبلغ ضبط‌شده تضمین را درخواست نماید.

۱. چنین امری در قضیه *Edward Owen Ltd v. Barclays* بررسی شده است. شرکت انگلیسی مهندسی ادوارد، قراردادی تحت حاکمیت حقوق لیبی منعقد کرده بود. پرداخت مبلغ قرارداد از طرف کارفرمای لیبیایی و به موجب سند اعتباری صادره از سوی بانک لیبیایی انجام می‌شد. شرکت مهندسی نیز تضمین حسن انجام کار صادره از طرف بانک لیبیایی را ارائه کرده بود. تضمین متقابلی هم به نفع بانک لیبیایی از سوی بانک بارکلیز ارائه شده بود. این تضمین‌ها به محض مطالبه قابل پرداخت بودند. کارفرمای لیبیایی اقدام به مطالبه تضمین نمود. بانک لیبیایی از بانک بارکلیز مبلغ تضمین را مطالبه کرد، ولی قرار توقف اخذشده از جانب شرکت مهندسی، مانع پرداخت وجه از طرف بانک بارکلیز شد. پس از رسیدگی طولانی، سرانجام تصمیم قاضی چنین بود: «موقعیت بانکی که یک تضمین عندالمطالبه صادر کرده مشابه بانکی است که سند اعتباری برگشت‌ناپذیر صادر کرده است. چنین تعهداتی، امری رایج در تجارت بین‌الملل است و تنها استثنای پرداخت، تقلب ذی‌نفع است». برای آگاهی بیشتر، ر.ک.

Bunni, Neal (2005), the FIDIC forms of contract, third edition, Oxford: Blackwell publishing, p.277-278.

ممکن است با ارائه حکم داوری باشد که رأی به مسئولیت پیمانکار داده است (Bunni, 2005, p.273; United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (United Nations, 1988, p.187).

کارفرما در صورتی به مطالبه وجه تضمین محق است که افزون بر قصور پیمانکار از اجرای قرارداد، میزان خسارات وارده بر خود را نیز اثبات کند (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) United Nations, 1988, p.188). حقوق قراردادهای این است که خواهان باید متحمل خسارت شده باشد؛ به نحوی که اگر کارهای انجام شده مطابق با آن چیزی نباشد که در قرارداد قید شده است، خواهان به جبران خسارت محق خواهد بود (Nicholas, 1989, p.220). چنین قاعده‌ای در قراردادهای پیمانکاری نیز جریان دارد و کارفرما برای مطالبه وجه باید هم تخلف پیمانکار و هم خسارات وارده بر خود را اثبات کند؛ مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند (Murdoch, Hughes, 2000, p.232). در قراردادهای نمونه فیدیک مشمول شرایط عمومی برای پروژه‌های EPC، کارفرما در صورت تخلف پیمانکار، برابر ماده ۱۵.۲ می‌تواند پیمان را فسخ کند و سپس مطابق بند الف ماده ۱۵.۴ به ضبط تضمین اقدام نماید. کارفرما برابر ماده ۲.۵، در صورتی که خود را به دریافت مبلغی محق بداند، خود یا مهندس مشاور، اعلامیه‌ای همراه با جزئیات برای پیمانکار ارسال می‌کند (FIDIC, 1999, p.9, 44-45). بنابراین در صورتی که کارفرما به دلیل تخلف پیمانکار پیمان را فسخ کند، برای جبران خسارات خود وجه تضامین را به تناسب اینکه نیازمند اثبات شدن یا نشدن قصور باشد، مطالبه می‌نماید.

هر چند در این قراردادها، فسخ پیمان به دلیل تخلف پیمانکار پیش‌بینی شده است، فسخ پیمان ممکن است خسارت کارفرما را به صورت مقتضی و کافی جبران نکند. به نظر می‌رسد کارفرما در این موارد می‌تواند پیمان را لازم‌الاجرا تلقی کرده (Beale, 1980, p.67)، سپس از محل تضامین و مطالبات پیمانکار، خسارات وارده بر خود را جبران نماید.^۱

نتیجه

تضمین‌ها در قراردادهای پیمانکاری در حقوق داخلی از ماهیت ضمان وثیقه‌ای برخوردارند و به شخصی و عینی تقسیم می‌شوند. هنگامی که ذمه شخص ثالثی وثیقه پرداخت دین قرار می‌گیرد، با ماهیت ضمان وثیقه‌ای شخصی، و زمانی که مالی وثیقه پرداخت دین باشد، با

۱. چنان‌که بند پ ماده ۱۵.۴ بیان می‌دارد: کارفرما می‌تواند هرگونه زیان و خسارت تحمل‌شده و هر هزینه اضافی بابت تکمیل کارها را پس از کسر هرگونه طلب پیمانکار، از پیمانکار اخذ نماید. پس از جبران این گونه زیان‌ها، خسارت‌ها و هزینه‌های اضافی، کارفرما باید مانده طلب پیمانکار را به وی پرداخت کند.

ماهیت ضمان وثیقه‌ای عینی مطابقت بیشتری دارد. لذا در قراردادهای پیمانکاری، زمانی که تضمین از نوع ضمانت‌نامه بانکی یا سایر ضمانت‌نامه‌های صادره از سوی اشخاص ثالث باشد، نوعی تضمین وثیقه‌ای شخصی، و زمانی که از نوع اوراق بهادار، کسور وجه‌الضمان و ... باشد، نوعی ضمان وثیقه‌ای عینی خواهد بود. هریک از تضامین شخصی و عینی می‌توانند به صورت مشروط یا بی‌قیدوشرط مقرر شوند. شایان ذکر است که در حقوق ایران، تضامین مشروط و بی‌قیدوشرط و احکام راجع به آن‌ها به‌طور صریح و روشن بررسی نشده است که پیشنهاد می‌شود در موارد ابهام یا اجمال از تحلیل‌های حقوقی موجود در سایر نظام‌ها از قبیل نظام کامن‌لا یا قواعد نمونه‌ای از جمله فیدیک استفاده گردد.

نوع تضامین مقرر در قراردادهای فیدیک به‌گونه‌ای است که شخص ثالثی متعهد می‌شود در صورت خودداری مدیون از ایفای تعهدات، خسارات وارده به کارفرما را جبران کند. درواقع، اغلب تضامین مقرر در فیدیک از نوع شخصی هستند. قائل شدن به نظریه تضمین شخصی در قراردادهای بین‌المللی، شبیه نظریه ضمان وثیقه‌ای شخصی در حقوق داخلی است؛ چراکه در هر دو، شخص ثالث با پذیرش تضمین، ذمه خود را وثیقه پرداخت دین قرار می‌دهد. با این تفاوت که در حقوق داخلی تضمین اعم از مشروط و بی‌قیدوشرط، ماهیتاً نوعی ضمان وثیقه‌ای است؛ درحالی که در قراردادهای فیدیک، تضمین در هر دو صورت، اعم از مشروط و عندالمطالبه، در قالب اصل آزادی قراردادهای قابل تحلیل است. تفاوت دیگر در خصوص تضمین عینی بوده که در حقوق داخلی پیش‌بینی شده است و پیشنهاد می‌شود که در فرم فیدیک نیز گنجانده شود تا طرفین امکان بیشتری برای تعیین نوع تضمین داشته باشند.

در حقوق داخلی و قراردادهای فیدیک، با توجه به نوع تضمین توافق‌شده هنگام ضبط تضمین، حقوق و تعهدات متفاوتی برای طرفین به‌وجود می‌آید. زمانی که تضمین مشروط باشد، کارفرما با اثبات نقض تعهدات پیمانکار به ضبط مبلغ تضمین محق خواهد بود و زمانی که از نوع عندالمطالبه باشد، مطالبه مبلغ تضمین، نیازمند اثبات تخلف نیست و صرف دستور کارفرما کافی است تا وجه تضمین به حساب او واریز شود. در این صورت اگر پیمانکار مطالبه کارفرما را به دلیل انجام تعهدات یا ناممکن بودن انجام تعهدات به علت بروز قوه قاهره ناروا تلقی کند، می‌تواند با اقامه دعوی و اثبات ادعاهای خود مبلغ ضبط‌شده را مسترد دارد. چنین امری ناشی از جریان اصل اشتغال ذمه در قراردادهاست که بار اثبات ادعا را بر دوش پیمانکار می‌نهد.

پیشنهاد می‌شود در قراردادهای پیمانکاری نیز درعین حال که امکان توافق بر تضمین بی‌قیدوشرط فراهم است، امکان حفظ حقوق پیمانکار از طریق رجوع او به محاکم قضایی و درخواست توقیف تضامین در صورت مطالبه ناروا از سوی کارفرما پیش‌بینی شود. چنین امری به دلیل آنکه مطالبه تضمین نیازمند انجام تشریفات قضایی نیست، هم حقوق کارفرما را لحاظ

می کند و هم برای پیمانکار امکان درخواست توقف پرداخت در صورتی که مطالبه تضمین را برخلاف احکام حقوقی بداند، فراهم می سازد. چنین امری به نوبه خود موجب ایجاد اطمینان متقابل در پیمانکاران داخلی یا خارجی شده، عاملی مؤثر در تشویق آنان در انعقاد قراردادهای پیمانکاری و رونق امور تجاری و سرمایه گذاری خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. آفاکی، جرج (۱۳۸۷)، راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه (URDG)، ترجمه فریده تذهیبی، تهران: انتشارات جنگل (انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی).
۲. امامی، سید حسن (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ ۲۱، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، حقوق مدنی رهن - صلح، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. شمس، عبدالله (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد سوم، چاپ بیستم، تهران: انتشارات دراک.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، آثار قراردادها و تعهدات، چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.
۶. (۱۳۸۱)، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۷. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
۸. صفایی، سید حسین (۱۳۴۹)، «تعهد حسن انجام قرارداد (ضمانت)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲، ص ۵۱ تا ۶۱.
۹. صفائی، سید حسین و الفت، نعمت اله (۱۳۸۹)، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، مجله نامه مفید، شماره ۷۹، ص ۴۳ تا ۶۲.
۱۰. غمامی، مجید (۱۳۷۸)، «ضمان حسن اجرای قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۳، ص ۷۷ تا ۱۰۱.
۱۱. فرشادفر، محمدعلی (۱۳۹۰)، راهنمای عقد قرارداد به روش طرح و ساخت (EPC) در طرح های عمرانی، چاپ دوم، تهران: انتشارات نوآور.
۱۲. قانون تعهدات سوئیس (۱۳۷۸)، ترجمه جواد واحدی، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۳. قوامی، بهزاد (۱۳۸۱)، اختیارات و تعهدات کارفرما و پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری دولتی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.

۱۵. (۱۳۸۸)، اموال و مالکیت، چاپ بیست و هشتم، تهران: نشر میزان.
۱۶. (۱۳۸۹)، عقود معین، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۷. (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۸. (۱۳۷۴)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: مؤسسه نشر یلدا.
۱۹. کاشانی، محمود (۱۳۷۴-۱۳۷۵)، «ضمانت‌نامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، ص ۱۳۷ تا ۱۹۰.
۲۰. کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸)، قراردادهای ویژه، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۱. کریمی، عباس (۱۳۷۶)، «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ص ۱۹ تا ۴۲.
۲۲. لنگریچ، رینهارد (۱۳۸۷)، اعتبارات اسنادی در حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه سعید حسنی، تهران: نشر میزان.
۲۳. مافی، همایون و محسن‌زاده، احمدعلی (۱۳۹۴)، «مقایسه اعتبارات اسنادی تجاری و تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، ص ۳۰۱-۳۲۳.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، اصول عملیه و تعارض ادله، چاپ دوم، تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. محمدی، علی (۱۳۷۶)، شرح اصول فقه، جلد چهارم، چاپ چهارم، قم: انتشارات دارالفکر.
۲۶. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۷)، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات پایدار.
۲۷. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵)، عقد ضمان، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
۲۸. هداوند، مهدی (۱۳۹۱-۱۳۹۲)، تقریرات درسی حقوق قراردادهای اداری، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی.

ب) خارجی

29. Beale, Hugh (1980), Remedies for Breach of Contract, London: Sweet and Maxwell publishing.
30. Bradgate, Robert, White, Fidelma (2009), Commercial Law, Legal Practice Course Guides, 2th edition, New York: Oxford University Press.
31. Bunni, Neal G. (2005), the FIDIC forms of contract, third edition, Oxford: Blackwell publishing.

32. FIDIC (1999), Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, first edition, Geneva, Switzerland: FIDIC publishing.
33. The FIDIC Contracts Guide (2000), Condition of Contract for Construction, Plant and Design-Build, EPC/Turnkey Projects, first edition, Geneva, Switzerland: FIDIC publishing.
34. Garner, Bryan A. (2004), Black's Law Dictionary, 8th Edition, United States: Thomson Business Publishing.
35. Jaeger, Alex-Volkmar, Hok, Gotz-Sebastain (2010), FIDIC a Guide for practitioners, Heidelberg Dordrecht London New York: Springer publishing.
36. Judge, Stephen (2006), Law for Business Students, First edition, Palgrave Macmillan publishing, New York.
37. Koksai, Jur. Tunay , (July 2011), "FIDIC Conditions of Contract as A Model for an International Construction Contract", International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 1, No. 8, pages from 140-157.
38. Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works (1988), Prepared by: the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) United Nations, New York.
39. Murdoch, John, Hughes, Will (2000), Construction Contracts - Law and Management, third edition, London: Spon press.
40. Nicholas, Barry (1980), French Law of Contract, London: Butterworths Publishing.
41. Sifri, Jacob (2008), Standby Letter of Credit, a Comprehensive Guide, First Edition, New York: Publishing Palgrave Macmillan.
42. Seminar: Bonds, Guarantees and Other Undertakings in English Law, November 2005- available at: www.keatingchambers.Co.uk/resources/publications/2005/ct-ip-bonds-guarantees.aspx.>Last visited: 2015/10/20.