

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۴

هزار و سیصد و هشتاد و هفت - نیمسال دوم

مقالات

- دیوان کیفری بین‌المللی و صدور قرار جلب «عمر البشیر»
 - قتل و صدمه بدنی در منازعه
 - تحقیق و توسعه فناوری نانو از نگاه حق بر سلامتی
 - چالش‌های مفهوم رزمنده در حقوق بشردوستانه بین‌المللی
 - ادغام شرکت‌های تجاری از منظر قوانین ایران
 - تحریم هوایی ایران با رویکردی به کنوانسیون شیکاگو
- موضوع ویژه: چالش‌های معاملات املاک در نظام حقوقی ایران
- نقش سند رسمی در بیع املاک
 - جایگاه دفاتر اسناد رسمی در تنظیم معاملات املاک و خلأهای حقوقی آن
 - چالش‌ها و نارسایی‌های موجود ناشی از درج قیمت منطقه‌ای به جای قیمت واقعی
 - ماهیت حقوقی پیش‌فروش آپارتمان و راهکارهای ثبت رسمی آن
 - تحلیل حقوقی دعوای اثبات مالکیت
- نقد: لایحه قانون تجارت
- نقد شیوه قانون‌نویسی در لایحه قانون تجارت
 - تأملاتی در خصوص لایحه قانون تجارت مصوب تیرماه ۱۳۸۴ هیأت وزیران
 - بررسی انتقادی ابواب یکم تا ششم لایحه قانون تجارت
 - نقد مقررات ابواب پنجم و هفتم لایحه قانون تجارت
 - نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل
 - نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت





http://jlr.sdil.ac.ir/article_43762.html

مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۱۴، نیمسال دوم ۱۳۸۷
صفحات ۴۰۹ الی ۴۱۸، تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۹/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۸۷/۱۲/۲۲

نگاهی به مقررات لایحه قانون تجارت در باب ضمانت مستقل (مواد ۱۳۶ تا ۱۷۱)

دکتر مرتضی شهبازی نیا*

مقدمه

لایحه قانون تجارت که دولت برای تصویب به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کرده است، شامل مقرراتی در باب «ضمانت مستقل»^۱ است. این مقررات مواد ۱۳۶ تا ۱۷۱ لایحه را شامل می‌شود. نوشته حاضر، نگاهی اجمالی به مقررات مندرج در مواد مذکور است که در مدت زمان کوتاهی تحریر شده و لذا نگارنده مدعی نقد و بررسی کامل این مقررات نیست. نظرات ارائه شده مبتنی بر تجارب عملی و تحقیقات قبلی نگارنده است و به لحاظ محدودیت زمانی که برای نگارش این نوشته وجود داشت، از بحث تفصیلی در هر مورد اجتناب شده و برای مطالعه بیشتر، ارجاعات لازم به منابع موجود داده شده است. امید است، نتیجه این بررسی اجمالی مورد استفاده قانون‌گذار و دست‌اندرکاران تهیه و تصویب لایحه واقع شود. مطالب این نوشته شامل ملاحظات کلی است و از ذکر موارد جزئی و نقد تک‌تک مواد که در جای خود اهمیت فراوان دارد، خودداری شده است. بدیهی است مواد تهیه شده همانند هر کار دیگر از نقاط مثبت نیز برخوردار است، اما چون هدف این نوشته، تحلیل و بررسی کامل مواد نیست، بلکه هدف صرفاً بیان اشکالات موجود در آن با هدف اصلاح در مرحله تصویب در مجلس شورای اسلامی است، از بیان نقاط قوت خودداری شده است.

* استادیار دانشگاه تربیت مدرس

۱. به لحاظ اینکه ضمانت مستقل غالباً از ناحیه بانک‌ها به عمل می‌آید، این نوع ضمانت عموماً با نام ضمانت‌نامه بانکی مستقل شناخته می‌شود که معادل انگلیسی آن bank guarantee است.

الف) ضرورت یا عدم ضرورت قانون‌گذاری در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقل

ضمانت مستقل نهادی است که عمدتاً در روابط تجاری بین‌المللی شکل گرفته و از آنجا وارد نظام‌های حقوقی ملی شده است. در واقع این نهاد ساخته اقتضات فعالیت تجاری به‌ویژه در سطح بین‌المللی است و نظام حقوقی پیرامون آن نیز متشکل از قواعدی است که ابتداءً توسط فعالان تجاری و اقتصادی به کار گرفته شده و سپس مورد توجه و بحث حقوقدانان و قانون‌گذاران واقع شده است. به همین خاطر است که برخی قواعد مربوط به این نهاد (نظیر بسیاری دیگر از نهادها و ابزار تجاری بین‌المللی) در چارچوب تحلیل‌های حقوقی سنتی نمی‌گنجد و علی‌رغم تلاش فراوان حقوقدانان، گاه نمی‌توان مبنا و توجیه حقوقی مناسبی برای آنها یافت. از این‌رو، برخی قواعد حاکم بر این قبیل نهادها، «قواعد مادی» خوانده می‌شوند که به اقتضاء فعالیت تجاری و اقتصادی شکل گرفته‌اند و لذا نباید برای توجیه آنها استدلال حقوقی تراشید.^۲

این قبیل قواعد از آنجا که به اقتضاء تجارت و اقتصاد شکل گرفته‌اند، همیشه در حال تغییر و به روز شدن هستند و از قانون‌گذار نمی‌توان انتظار داشت، همپای فعالیت فعالان و تحول روش‌ها و ابزارها حرکت کند و مدام دست به اصلاح قانون بزند. از این‌رو قانون‌گذاری در چنین عرصه‌هایی به‌ویژه اگر همراه با وضع قواعد آمره باشد، گاه نه تنها به تسهیل و تنسيق امور منتهی نمی‌شود بلکه در صحنه عمل می‌تواند مانعی بی‌عبور سر راه فعالیت‌های تجاری بگذارد.

علاوه بر این، اعتقاد به اینکه باید در همه عرصه‌ها قانون‌گذاری صورت گیرد، به زعم نگارنده، تصویری نادرست است. هنوز هم سنگ بنای نظام تجاری و اقتصادی اصل بنیادین حاکمیت اراده است و مداخله قانون‌گذار زمانی توجیه مناسب می‌یابد که عدم مداخله منشأ آسیب به نظام مذکور شود. به عبارتی دیگر قانون‌گذار اصلی در حوزه تجارت و به طور خاص‌تر در حوزه تجارت بین‌الملل، فعالان این حوزه هستند که با پیش‌بینی مقررات لازم در قرارداد و شکل‌دهی عرف‌ها و رویه‌ها، نظام حقوقی مناسب را شکل می‌دهند.^۳

۲. برای مثال عده‌ای «استقلال ضمانت‌نامه» از قرارداد پایه را واجد چنین خصوصیتی می‌دانند.

3. Symeon C. Symeonides, *Party Autonomy and Private Law- Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't*, Liber Amicorum Konstantinos D. Kerameus, Kluwer Press, Athens, 2006, pp. 1-25.

هدف از ذکر مقدمات فوق، نفی مطلق ضرورت قانون‌گذاری در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقل نیست. بلکه آنچه مورد انتقاد است، نخست، وضع مقرراتی است که ظاهر آمره و غیرقابل عدول دارد بی‌آنکه ضرورتی وضع قاعده آمره را توجیه نماید و دوم، وضع مقررات تفصیلی که حداکثر رویه‌های جاری در زمان پیش‌نویس لایحه را منعکس می‌کند. رویه‌هایی که بعضاً حتی قبل از تصویب لایحه در مجلس شورای اسلامی نیز امکان تحول در آنها وجود دارد. درج غیرضروری این رویه‌ها در قانون، با توجه به محدودیت‌ها و تشریفات اصلاح قوانین، چه بسا سبب شود که بانک‌ها، بازرگانان و شرکت‌های ایرانی حداقل در روابط تجاری بین‌المللی خود دچار اشکال شوند و نظام حقوقی ما که هم اکنون در این حوزه هماهنگ با عرف‌ها و رویه‌های بین‌المللی است، نتواند همپای تحولات تجاری و اقتصادی حرکت کند.^۴

به نظر می‌رسد، حتی اگر ضرورتی برای وضع قانون راجع به ضمانت‌های مستقل وجود داشته باشد، وضع قانون باید به صورت محدود و با توجه به جهات زیر انجام شود:

اول - وضع قانون باید منحصر به مواردی شود که خلأ قانون، برای نظام بانکی، رویه قضائی یا فعالان تجاری مشکلی ایجاد کرده باشد و حل این مشکل مقتضی مداخله قانون‌گذار باشد.

دوم - قانون‌گذاری به صورت محدود و تا حد امکان غیرآمره انجام شود و صرفاً ارکان و عناصر و قواعد اساسی آن را مشخص کند.

سوم - با توجه به گستردگی روابط مالی و تجاری بین‌المللی و نقش و اهمیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در این زمینه، به ملاحظات و رویه‌های بانکی بین‌المللی توجه لازم معطوف شود.

چهارم - با توجه به جایگاه و نقش قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۵ (URDG) و کنوانسیون آنسیترال برای ضمانت‌نامه‌های

۴. گاه دیده شده است که حتی مقررات تدوین شده توسط برخی نهادهای بین‌المللی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز به لحاظ تحول رویه‌ها به سرعت کارایی خود را از دست داده اند. برای مطالعه بیشتر، نک: گودرز افتخار جهرمی، محمدعیسی تفرشی و مرتضی شهبازی‌نیا، «تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله مدرس علوم انسانی، ش ۴، ۱۳۸۰.

5. *Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publication no. 458, 1992.

مستقل و اعتبارنامه‌های انتظاری^۶ در صحنه عمل، توجه به مقررات اسناد مذکور ضرورت دارد.

ب) عدم تبویب مناسب

لایحه پیشنهادی، در این بخش، از تبویب مناسب بهره نبرده و به صورت مسلسل، مجموعه‌ای از احکام را بدون دقت کافی در تقدم و تأخر ذکر کرده است. به علاوه برخی مواد پیش‌بینی شده نظیر ماده ۱۳۶ شامل مطالب و احکامی است که بهتر بود در قالب دو یا چند ماده تبویب می‌شد در حالی که برخی دیگر از مواد پیش‌بینی شده نظیر ماده ۱۳۷ می‌توانست به عنوان بخشی از یک ماده ذکر شود. مقررات مربوط به ضمانت مستقل می‌تواند به دو بخش (۱) مقررات کلی و (۲) حقوق و تعهدات طرفین تقسیم شود و در بخش اول احکام مربوط به موضوعاتی نظیر مفهوم، هدف، متقاضی، شیوه‌های براثت ضامن، مفهوم استقلال تعهد، شکل، غیرقابل برگشت بودن، انتقال حق ذی‌نفع، واگذاری حق وصول وجه، زوال حق مطالبه وجه، انقضاء ضمانت‌نامه و اصلاح آن، طی مواد مستقل پیش‌بینی شود. بخش دوم نیز می‌تواند مشتمل بر موادی با عناوین تعیین حقوق و تعهدات، مطالبه، بررسی درخواست پرداخت و اسناد منضم به آن، پرداخت، ایرادات و دفاع‌های قابل طرح و اقدامات احتیاطی محاکم باشد.

ج) وضع مقررات آمره غیر ضروری و عدم توجه کافی به اراده طرفین

روشن است که در روابط قراردادی، قانون‌گذار حتی‌الامکان از وضع قواعد آمره خودداری می‌کند و برای اراده طرفین و قرارداد آنان، حداکثر اعتبار را قائل می‌شود مگر آنکه در مواردی ترتیب اثر دادن به اراده مخالف طرفین و قرارداد منعقد بین آنان با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت داشته باشد^۷ یا نظم اقتصادی و معاملاتی را دچار خدشه کند و یا توافق طرفین با ذات یا اقتضاء ذاتی که قانون‌گذار برای نهاد حقوقی

6. *United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit*, 1995.

۷. برای مطالعه بیشتر در این باره نک: محمدجعفر جعفری لنگرودی: حقوق تعهدات، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۹، ص ۱۲۱ به بعد؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص ۱۴۴ به بعد.

خاص تمهید کرده است، مغایرت داشته باشد. بر این اساس، وضع مقررات آمره غیرضروری در مورد ابزارها و نهادهای قراردادی پسندیده نیست. در حالی که مقررات پیش‌بینی‌شده راجع به ضمانت مستقل حاوی قواعد آمره‌ای است که فلسفه آمره‌بودن آنها روشن نیست. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۱۳۶، ۱۴۳، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۶۳ و ۱۶۸ اشاره نمود.

(د) عدم توجه به ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه

یکی از قواعد بنیادین ضمانت‌نامه‌های بانکی و نهادهای مشابه آن نظیر اعتبار اسنادی، ماهیت اسنادی شروط پرداخت آنهاست. به این معنا که در متن ضمانت‌نامه نباید شروطی گنجانده شود که با ارائه سند قابل تأمین و احراز نیستند. در واقع نمی‌توان از بانک یا مؤسسه ضامن انتظار داشت که به بررسی انجام یا عدم انجام تعهدات مضمون‌عنه در مقابل ذی‌نفع بپردازد و لذا شروط پرداخت نباید چیزی فراتر از ارائه سند را اقتضاء کند. ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه لازمه خصیصه استقلال ضمانت است، چه اگر بتوان شروط غیراسنادی برای پرداخت مقرر نمود، ضامن لاجرم باید به بررسی روابط ناشی از قرارداد پایه بپردازد.^۸ به نظر می‌رسد پیش‌نویس لایحه قانون تجارت، توجه کافی به این ویژگی مهم ضمانت‌نامه‌های مستقل نداشته و عملاً حکمی که مانع درج شروط غیراسنادی شود، در آن ملاحظه نمی‌شود. هر چند که احتمال می‌رود مقصود پیش‌نویس از پیش‌بینی ماده ۱۴۳،^۹ منع درج چنین شروطی بوده باشد، اما عبارات به کار رفته در ماده مذکور نمی‌تواند چنین معنی را افاده کند.

(ه) عدم ارائه تعریف درست از وصف استقلال^{۱۰} ضمانت

روشن است که نویسندگان لایحه به درستی وصف استقلال ضمانت را مهمترین ویژگی ضمانت مستقل قلمداد کرده و همین ویژگی را ممیز این نوع از سایر انواع ضمانت قرار

۸. مرتضی شهبازی‌نیا، «شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آنها»، مجله مدرس علوم انسانی، دوره ۸، ش ۳، ۱۳۸۳. ماهیت اسنادی شروط پرداخت در مواد ۲۰ و ۲۲ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) و نیز ماده ۳ کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های انتظاری نیز پیش‌بینی شده است.

۹. ماده ۱۴۳: «هر شرطی که ماهیت ضمانت مستقل را تغییر دهد، بی‌اثر است».

داده‌اند. علی‌رغم درک درست نویسندگان از اهمیت وصف مذکور، تعریفی از مفهوم «استقلال ضمانت» ارائه نشده و به جای آن در ماده ۱۳۸ بدون ارائه یک معیار ماهوی، معیار شکلی حکومت قانون بر مصادیق تعیین شده است. مطابق این ماده، ضمانتی مشمول عنوان ضمانت مستقل و مقررات لایحه در این باب قرار می‌گیرد که طرفین با توافق آن را ضمانت مستقل خوانده باشند و آن را تابع مقررات این فصل از لایحه قراردادها باشند اعم از اینکه قصد طرفین صریح (بندهای الف و ب ماده ۱۳۸) باشد و یا ضمنی (بند پ ماده مذکور).

اگر چه بخشی از مفهوم استقلال ضمانت در مواد بعدی از جمله ماده ۱۳۹ بیان شده است اما از آنجا که برای اعمال ماده ۱۳۹ ابتداء باید احراز شود که ضمانت از نوع «مستقل» است، حکم ماده مذکور نیز وافی به مقصود نیست.

در واقع همان‌گونه که در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی^{۱۱} و نیز برخی قوانین ملی^{۱۲}، آمده است ضمانتی مستقل تلقی می‌شود که تعهد ضامن در مقابل ذی‌نفع اولاً وابسته به وجود یا اعتبار هرگونه قرارداد پایه یا هر نوع تعهد (ضمانت) دیگر (شامل اعتبار اسنادی یا ضمانت‌نامه‌های مستقلی که ضمانت‌نامه‌های تأییدشده یا متقابل به آنها مرتبط است) نباشد و ثانیاً مشروط به هرگونه مفاد یا شروطی که در ظاهر سند وجود ندارد یا هرگونه حادثه یا فعل محتمل دیگری غیر از ارائه اسناد و نیز فعل یا حادثه‌ای که داخل در قلمرو فعالیت ضامن است، نباشد.^{۱۳}

(و) مسأله تقلب و دستور منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط محاکم

یکی از مسائل عمده و اصلی ضمانت‌نامه‌های مستقل، موضوع مطالبه متقابلانه وجه ضمانت‌نامه و اختیار محاکم برای صدور دستور موقت منع پرداخت وجه است. در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی مستقل و اسناد مشابه آن، تقلب استثناء خصیصه استقلال

۱۱. ماده ۳ کنوانسیون سازمان ملل برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های انتظاری و ماده ۲ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

۱۲. ماده ۹۴۷ قانون تجارت ماکائو

۱۳. برای مطالعه بیشتر در مورد استقلال ضمانت، نک: محمد عیسی تفرشی و مرتضی شهبازی‌نیا، «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌الملل»، نامه مفید، ش ۳۷، ۱۳۸۲، صص ۵-۲۴.

تلقی می‌شود^{۱۴} و چنانچه درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه با تقلب یا سوء استفاده آشکار همراه باشد، رویه قضائی بسیاری از کشورها به متقاضی ضمانت (مضمون‌عنه) اجازه می‌دهد که با استفاده از دادرسی فوری، قرار منع پرداخت علیه بانک ضامن و ذی‌نفع را به دست آورد. بدیهی است مفهوم تقلب و سوء استفاده آشکار مفهومی کلی و قابل تفسیر است و چون در این مفهوم استثناء خصیصه استقلال تلقی می‌شود و برداشت موسع از آن می‌تواند خصیصه مذکور را کم‌رنگ یا بی‌اثر کند، ضرورت دارد قانون‌گذار آن را تعریف و مصادیق آن را مشخص نماید و اختیار محاکم برای صدور دستور منع پرداخت را از این طریق محدود کند. این مسأله یکی از مهمترین موضوعات مربوط به ضمانت‌نامه‌هاست که نیاز به وضع قانون دارد.

اگرچه نویسندگان پیش‌نویس، برخی از مصادیق تقلب را در قالبی متفاوت در ماده ۱۷۰ لایحه پیش‌بینی کرده‌اند، اما ارتباط مناسبی بین این موارد و اختیار محاکم برای صدور دستور منع پرداخت برقرار نساخته‌اند و لذا به نظر می‌رسد کماکان این مشکل بغرنج ضمانت‌نامه‌های بانکی که محاکم ایران نیز با آن مواجه‌اند، لاینحل باقی مانده است.^{۱۵}

ز) عدم توجه کافی به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط

بخش قابل توجهی از معاملات تجاری را معاملات بین‌المللی شکل می‌دهد. در این بخش از معاملات تجاری به دلایل روشن، ارائه ضمانت‌نامه‌های مستقل از سوی متعهد برای تضمین تعهدات خود، اهمیتی مضاعف دارد. در واقع حجم مهمی از ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در هر کشور از جمله ایران را ضمانت‌نامه‌های صادره در قراردادهای بین‌المللی تشکیل می‌دهد. بسیاری از این ضمانت‌نامه‌ها از سوی بانک‌های خارجی گشایش می‌شوند. از این‌رو توجه به جنبه‌های بین‌المللی ضمانت مستقل، از

۱۴. مرتضی شهبازی‌نیا، «ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی»، رساله دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰، صص ۱۴۴-۱۴۲.

۱۵. برای مطالعه بیشتر در این مورد، نک: «تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، دستور منع پرداخت آنها در جریان انقلاب اسلامی ایران»، مجله حقوقی، ترجمه محسن مجیبی، ش ۲، ۱۳۶۴.

ضرورت جدی برخوردار است. به اقتضاء همین وصف و با توجه به اینکه فعالیت بانک‌ها در این زمینه تا حد زیادی مطابق موازین بین‌المللی است، توجه به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط نیز ضرورت دارد. پیش‌نویس تهیه‌شده از این جهت نیز دچار خلأ جدی است. ضمن آنکه توجه به این اسناد با توجه به تجربه و تحقیقاتی که پشت سر آنها وجود دارد، می‌تواند به استحکام و درستی لایحه کمک کند.

ح) عدم دقت کافی در گزینش کلمات و عبارات

دقت در متن مواد تهیه‌شده در این بخش این احتمال را به ذهن متبادر می‌کند که متن مواد با عجله نوشته‌شده و فرصت کافی برای طرح و بررسی آن در جلسات کارشناسی و نیز ویراستاری متن وجود نداشته‌است. برای مثال در اولین ماده این بخش (ماده ۱۳۶) واژه‌های «لازم و غیرقابل برگشت» در کنار هم به کار رفته که با توجه به ماده ۱۴۴ مترادف به نظر می‌رسند. در همین ماده «مستندبودن» به مفهوم «کتبی‌بودن» تلقی شده‌است در حالی که عرفاً مفهوم این واژه فراتر است. همچنین «کتبی‌بودن» اعم از کاغذی یا الکترونیکی بودن تلقی شده در حالی که معنای عرفی و لغوی کتابت شامل الکترونیکی نمی‌شود اما قانون‌گذار می‌تواند سند الکترونیکی را از اعتبار همسنگ سند کتبی برخوردار سازد.^{۱۶} همچنین تعریف ارائه‌شده از ضمانت متقابل در بند ۲ ماده ۱۳۶ از رسایی و دقت لازم برخوردار نیست. در ماده ۱۳۷ استفاده از واژه «بر اساس» منحل معنای مورد نظر نویسندگان است و به نظر می‌رسد اصطلاحی نظیر «به صورت» بهتر می‌توانست منظور آنان را منتقل کند. در همین ماده استفاده از واژه «نیز» بعد از ویرگول از نظر ویرایشی نادرست است.

عدم دقت کافی در تحریر متن، گاه منجر به ابهام و اجمال و تعارض می‌شود. به عنوان نمونه در حالی که ماده ۱۳۶، «لازم و غیرقابل برگشت بودن» از عناصر اصلی تعریف ضمانت مستقل و قید تعهد ضامن قلمداد شده، در ماده ۱۴۴ امکان توافق خلاف برای طرفین پیش‌بینی شده‌است. با توجه به مواد مذکور معلوم نیست که توافق خلاف یعنی تصریح به «قابل برگشت بودن» تعهد ضامن، ضمانت را از شمول این

۱۶. در نظام حقوقی ما، به موجب قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ حکم کلی در باب کفایت سند الکترونیکی و برابری اعتبار آن با سند کتبی وجود دارد.

مقررات خارج می‌کند یا اینکه «غیرقابل برگشت بودن» اصولاً از عناصر و قیود اصلی تعهد ضامن نبوده و نویسندگان ماده ۱۳۶ با بی‌دقتی آن را از عناصر اصلی تعهد ضامن ذکر کرده‌اند. همچنین مشخص نیست که آیا خلاف «لازم» بودن نیز می‌توان توافق نمود یا خیر و در هر حال چه فرقی بین «لازم» بودن و «غیرقابل برگشت» بودن است؟ نمونه دیگری از بی‌دقتی را می‌توان در ماده ۱۵۲ دید که استفاده از عبارت «در غیر این صورت» باعث تعارض صدر و ذیل یک جمله شده است. از این دست اشکالات ویرایشی و عدم دقت در انتخاب کلمات در سراسر متن مواد این بخش دیده می‌شود، در حالی که متن قانون باید از دقت، زیبایی، شیوایی، استحکام و انسجام حداکثری برخوردار باشد.

ط) جرم‌انگاری غیر ضروری

ماده ۱۶۸ لایحه در مورد ضمانت‌نامه، جرم‌انگاری کرده و سوء استفاده از آن را مستوجب جزای نقدی تا مبلغ ضمانت‌نامه و پرداخت خسارت تا دو برابر مبلغ دانسته است. حکم این ماده از جهات مختلف قابل انتقاد است که به اجمال اشاره می‌شود:

- جرم‌انگاری در این زمینه، ضرورتی نداشته و تا آنجا که اطلاعات نگارنده اجازه می‌دهد در هیچ جای دنیا مسبوق به سابقه نیست.

- در حالی که مطابق قانون اساسی و نیز اصول بدیهی حقوق کیفری، تعریف دقیق عمل مجرمانه ضرورت دارد، نویسندگان لایحه هیچ‌گونه تعریفی از رکن مادی جرم موضوع ماده ۱۶۸ ارائه نکرده‌اند و با توجه به منعطف بودن و قابلیت تفسیر و توسعه واژه «سوء استفاده» عملاً این ماده به مانعی جدی برای استفاده از ابزار مفید ضمانت‌نامه تبدیل خواهد شد.

- تعیین مجازات در ماده مذکور نیز با اصول بدیهی حقوق کیفری مغایرت دارد چرا که این مجازات می‌تواند از صفر تا تمام مبلغ ضمانت‌نامه (که گاه مشتمل بر ارقام میلیاردی است) را شامل می‌شود.

- علاوه بر جزای نقدی، جبران خسارت تا دو برابر مبلغ ضمانت‌نامه نیز پیش‌بینی شده که با هدف و کارکرد اصلی ضمانت‌نامه‌ها مغایرت آشکار دارد.

نتیجه

علی‌رغم تلاشی که نویسندگان محترم لایحه قانون تجارت به عمل آورده‌اند، مواد تهیه شده در باب ضمانت مستقل از پختگی و کیفیت مطلوب برای تبدیل شدن به قانون برخوردار نیست و تصویب آن به صورت فعلی می‌تواند مشکلات جدی بر سر راه استفاده نظام تجاری و بانکی از ابزار مهم ضمانت‌نامه به وجود آورد.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VII, No. 2

Articles

- The ICC and Issue of Arrest Warrant for *Al Bashir*
- Homicide or Injury in Battle
- Research & Development in Nanotechnology and Right to Health
- Challenges of the Concept of “Combatant” in International Humanitarian Law
- Merging Commercial Companies in the Iranian Laws
- Sanction against Iranian Aviation: An Approach to the Chicago Convention

Special Issue: Challenges of Real Estate Transactions in the Iranian Legal System

- The Role of Official Documents in Real Estate Transactions
- Role of Notaries Public in Regulating Real Estate Transactions and its Legal Vacuums
- Deficiencies Caused by the Insertion of Regional rather than Actual Prices
- Advance Selling of Flats: Legal Nature and Working Procedures for Official Registrations
- Proving the Claim of Ownership: A Legal Analysis

Critique: The Draft of Iranian Commercial Code

- The Method of the Drafting the Commercial Code
- The 2005 Cabinet Draft to Modify the Commercial Code
- The 1-6 Chapters of the Commercial Draft
- The 5 & 7 Chapters of the Commercial Draft
- Independent Guarantees in the Provisions of the Commercial Draft
- Merging Companies in the Commercial Draft

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study