

تحلیل ویژگی‌ها و ماهیت تضمینات شخصی بورسی

* جلیل قنواتی
* ابراهیم عبدی پور
* مرضیه صفدری

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۱۱/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۵/۱۴

چکیده

تضمینات شخصی در مقابل تضمینات مالی به منظور کاهش ریسک ناشی از نکول فعالان بازار سرمایه و فراهم نمودن اجرای تعهدات، در هر دو بازار اولیه و ثانویه مورد استفاده است و به فراخور موضوع و متعهد انجام تعهد، انواع متفاوت و الزامات ویژه خود را دارد. ضامن دارای شخصیت حقوقی و از موسسات معتبر و ویژه‌ای انتخاب می‌شود و در مواردی انتخاب او به نظر مضمون‌عنه بستگی دارد. ویژگی‌های تضمینات شخص بورسی از جمله عدم اشتغال ذمه ضامن و متعلق تعهد و التزام او، استقلال تعهد ضامن و ضمانت از دین احتمالی، آن را از نه تنها از ضمان عقلمی قانون مدنی بلکه از سایر تضمینات شخصی نیز متمایز می‌سازد و ماهیتی ویژه به آن می‌بخشد. در تضمین شخصی در معاملات بورسی هیچ اشتغال‌ذمه‌ای چه به صورت نقل ذمه و چه ضم ذمه، برای ضامن ایجاد نمی‌شود و صرفاً ضامن ملتزم به اجرای تعهد است. همچنین تعهد ضامن از تعهد مضمون‌عنه مستقل و نیازی به وجود دین و یا سبب دین ندارد و چه بسا در بازار اولیه بدون دین و یا سبب آن، التزام ضامن با انعقاد قرارداد ضمانت ایجاد می‌شود؛ در نتیجه تعهد به دینی است که در آینده بر ذمه متعهد مستقر می‌شود. علاوه بر آن علم تفصیلی به شرایط و مسائل ضمانت برای ضامن ضروری است. در این پژوهش به روش تحلیلی-توصیفی ماهیت حقوقی تضامین بورسی با توجه به ویژگی‌های آن بررسی می‌شود.

واژگان کلیدی: تضمین شخصی، ضامن، انتشار اوراق بهادار، اشتغال ذمه، استقلال.

۹۱

حقوق اسلامی / سال شانزدهم / شماره ۶۰ / بهار ۱۳۹۸

* دانشیار گروه حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

** دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم (esmaeili1344@ut.ac.ir).

*** دانشجوی دکتری (esmaeili1344@ut.ac.ir).

مقدمه

در اصطلاح فقها و حقوق‌دانان، ضمان به مفهوم اخص تعهد و التزام به مالی از جانب شخص غیر مدیون، تعریف شده است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۱۳۱/امامی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۳۱). مطابق ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است برعهده بگیرد.»

تضمین در معاملات بورسی گاه توسط یکی از متعهدین در مقابل طرف دیگر واقع می‌شود. تضمین متعهد قراردادی معادل وارانته (warranty) و یا گارانتی در حقوق خارجی و مبنی بر صحت و یا رخداد شرایط و یا عوامل خاصی است (Martin Hogg, 2011, p.49) به این مفهوم که شخص مدیون خود انجام عملی را تعهد نموده و تضمین می‌کند تعهد مورد نظر مطابق قرارداد اجرا شود و در صورت عدم تحقق، ملزم به جبران خسارت خواهد بود (Hornby, 2000, p.386) که در معاملات بورسی به صورت تعهد به وقوع امری در آینده و یا بیمه‌داری صورت می‌گیرد. نوع دیگر تضمین شخصی در معاملات بورسی، متضمن تعهد شخص ثالث به روش‌های گوناگون است که در این پژوهش ابعاد و مسائل حقوقی آن مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. این نوع تضمین در معاملات بورسی به منظور کاهش ریسک سرمایه‌گذاری، خواه در بازار اولیه در انتشار اوراق با هدف تضمین اصل و سود سرمایه و همچنین برخی هزینه‌های مربوط به انتشار اوراق بهادار و خواه در بازار ثانویه به منظور انجام تعهدات طرفین و جلوگیری از تخلف قراردادی در برخی معاملات و یا به منظور تضمین نقدشوندگی در صندوق‌های سرمایه‌گذاری کاربرد دارد.

آنچه در این مقاله به آن پرداخته می‌شود بررسی ویژگی‌ها و ماهیت حقوقی این نوع تضمینات برحسب انواع آن است. تضمینات بورسی در قالب ضمان شخصی، با ضمان متعارف در قانون مدنی به لحاظ ویژگی، آثار و ماهیت متفاوت است. در این مقاله تلاش می‌شود با تجزیه و تحلیل انواع تضمین شخصی در بورس، ماهیت آن با توجه به ویژگی‌ها و آثار اصلی آن تبیین شود.

ویژگی‌های تضمینات شخصی بورسی

دخالت شخص معینی در تضمین معاملات و یا فعالیت خاصی، عنصر اصلی تضمین شخصی است و این ویژگی آن را تضمینات مالی متمایز می‌سازد. در معاملات بورسی، شخصیت حقوقی ضامن و اختیاری بودن ضمانت، همچنین استقلال تعهد ضامن نسبت به تعهد پایه، لزوم علم تفصیلی به مورد ضمان از مهم‌ترین ویژگی‌های این نوع تضمین محسوب می‌شود که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۱. شخصیت حقوقی مستقل ضامن

ضامن به عنوان یکی از ارکان و یا متعهدین بازار سرمایه باید از شخصیت حقوقی برخوردار باشد و ضمانت شخص حقیقی در معاملات بورسی کاربرد ندارد. در برخی از موارد نوع شخصیت حقوقی نیز مشخص و ضامن صرفاً از میان موسسات مصرح در مقررات از جمله بانکها و موسسات اعتباری قابل انتخاب است (مواد ۵ دستورالعمل اجرایی انتشار اوراق اجاره^۱ و دستورالعمل اجرایی انتشار اوراق مرابحه^۲ و ماده ۴ دستورالعمل اجرایی اوراق سفارش ساخت^۳). یکی از مهم‌ترین دلایل این امر اعتبار و توان مالی کافی ضامن جهت اجرای تعهدات خود و تسهیل انجام معاملات است. علاوه بر آن در انتشار اوراق، تعیین ضامن به پیشنهاد ناشر و یا بانی به عنوان متعهدان اصلی انتشار (مضمون‌عنه) صورت می‌گیرد، در نتیجه شخصیت حقوقی وی باید کاملاً مستقل از مضمون‌عنه باشد (تبصره ۱ ماده ۵ د.ا.ا. و د.ا.ا.م و تبصره ۱ ماده ۴ د.ا.ا.س.س).

۲. اختیاری بودن ضمانت

در بازار اولیه در صورت وجود شرایطی از جمله رتبه اعتباری مضمون‌عنه و تودیع وثیقه مالی که اطمینان بخشی اجرای تعهدات را ممکن سازد، تعرفه ضامن به منظور تضمین تعهدات، اختیاری می‌شود (تبصره ۳ م ۵ د.ا.ا. و د.ا.ا.م و تبصره ۲ م ۵ د.ا.ا.س.س). در بازار ثانویه، معامله‌گر در ارائه تضمین شخصی مختار است و در صندوق‌های

^۱ از این پس با علامت اختصاری (د.ا.ا.ا.) نشان داده می‌شود.

^۲ از این پس با علامت اختصاری (د.ا.ا.م) نشان داده می‌شود.

^۳ از این پس با علامت اختصاری (د.ا.ا.س.س) نشان داده می‌شود.

سرمایه‌گذاری نیز وجود ضامن نقدشوندگی اختیاری است (متن تغییرات نمونه اساسنامه و امیدنامه صندوقهای سرمایه‌گذاری به منظور اختیاری نمودن استفاده از رکن ضامن نقدشوندگی مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۳). محدود نکردن تضمینات به تضمینات شخصی و اختیاری نمودن آن در بسیاری از موارد در جهت توسعه سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد.

۳. استقلال تعهد ضامن

در ضمان تبعی که به آن ضمان عادی نیز گفته می‌شود تعهد ضامن یک تعهد فرعی است که حدوث، بقا و اعتبار آن تابع تعهد اصلی است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۲۲۶). در این نوع ضمان مسئولیت ضامن می‌تواند در طول مسئولیت مدیون و یا در عرض تعهد وی و به صورت تضامنی باشد. درج شرط تضامنی باعث منتفی شدن ماهیت تبعی عقد نیست (صادقی مقدم و شکوهی زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۰).

تبعی بودن ضمان، وجود دین یا تعهد اصلی و یا حداقل سبب آن را ضروری می‌سازد، به این معنا که دین بر ذمه مدیون به وجود آمده و قابل مطالبه است. به همین دلیل، در صورتی که دین اصلی به دلیلی باطل یا ساقط شود، ضمان نیز باطل یا ساقط می‌شود. از سوی دیگر التزام و یادین ضامن از حیث اوصاف یعنی مقدار و جنس و شرایط تادیه، در صورتی که ضمان بدون هیچ قید و شرط واقع شود، همانند دین مضمون‌عنه است. علاوه بر آن ضامن می‌تواند به تمام ایرادات و دفاعیاتی استناد کند که مضمون‌عنه می‌تواند در مورد دین یا تعهد پایه استفاده نماید (تذهیبی، ۱۳۹۶، ص ۳۴).

ضمانت‌های مستقل که به ضمانت‌های عندالمطالبه، و یا بانکی نیز مشهورند؛ تعهد برگشت‌ناپذیر و غیرقابل رجوعی هستند که ضامن متعهد می‌شود مبلغی تا حداکثر میزانی که در ضمانت‌نامه ذکر شده است در صورت درخواست ذینفع و حسب شرایط مندرج در آن، پرداخت نماید (Affaki, 2010, p.13). این ضمانت، اولاً مستقل از رابطه بین ذینفع و متقاضی است. ثانیاً از رابطه حقوقی که قبل از صدور ضمانت‌نامه بین متقاضی و ضامن شکل گرفته، مستقل است (Chipashvil, Vol.1, p.71). این استقلال دوگانه موجب می‌شود ضمانت مستقل تنها مشروط به شرایط مندرج در متن ضمانت-نامه باشد و هیچگونه دفاعیه‌ای ناشی از رابطه پایه (خاتمه، تهاتر، فورس‌ماژور، دعوای تجاری بین متقاضی و ذینفع و غیره) یا ارتباط میان ضامن و متقاضی (ورشکستگی

متقاضی، عدم ایفای تعهدات متقاضی در خصوص پرداخت هزینه‌های ضامن و غیره) نمی‌تواند از سوی ضامن به عنوان مستمسکی برای خودداری از پرداخت وجه ضمانت-نامه مطرح شود (DCFR, art IV.G.-2:102, p.2565). علاوه بر آن، وجود دین و یا سبب دین یا تعهد پایه ضروری نبوده و ممکن است دینی وجود نداشته باشد و هیچ‌گاه به منصفی ظهور نیز نرسد.

با این همه، استقلال به معنای استقلال مطلق از قرارداد پایه نیست (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۱۸) و در صورتی عنوان تضمین بر ضمانت‌های مستقل صدق می‌کند که با هدف اطمینان بخشی از اجرای تعهدی هرچند احتمالی باشد. بنابراین بدون وجود قرارداد پایه، وجود این تضمین بی‌معنا خواهد بود و این رابطه، هرچند به شکل مخفی، باید وجود داشته باشد (مافی و فرزندگان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۹).

در انتشار اوراق بهادار در بازار اولیه، قرارداد ضمانت به منظور تضمین تعهدات مضمون‌عنه (ناشر یا بانی) و معمولاً با همان اوصاف صورت می‌گیرد و با اجرای تعهد اصلی از سوی مضمون‌عنه، ضامن نیز مبری می‌شود. با این توضیح که با اجرای قرارداد اصلی توسط مضمون‌عنه و پرداخت مبالغ لازم، دیگر ضامن نسبت به تعهد اجرا شده و بخش پرداخت شده مسئولیتی ندارد (ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی انتشار اوراق مشارکت شرکتهای پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران^۱ و بند ۵ ماده ۵ د.ا.ا. و د.ا.ا.م و د.ا.ا.س.س) و از این حیث، تضمینات بورسی به تضمینات تبعی نزدیک می‌شود. تاثیر بطلان قرارداد پایه بر قرارداد ضمانت معمولاً در تضمینات بورسی مطرح نمی‌شود تا بررسی بودن ضمانت از این نظر امکان‌پذیر باشد، زیرا انتشار اوراق با رعایت مقررات قانونی صورت می‌گیرد و بر فرض عدم رعایت مقررات، بطلان عملیات انتشار در عمل صدق نمی‌کند^۲ و ممکن است ضمانت‌اجراهای دیگری بر آن بار شود.^۳

^۱ از این پس با علامت اختصاری آ.ا.ا.م. نشام داده می‌شود.

^۲ عدم تأیید معاملات توسط سازمان بورس اگرچه ممکن است همچون ضمانت اجرای بطلان در حقوق قراردادهای تلقی و هیچ‌گونه اثری بر عمل انجام گرفته بار نکند؛ اما مطابق مواد ۳۰ و ۳۱ و همچنین ۱۱۲ و ۱۱۳ دستورالعمل نحوه انجام معاملات، هیچ یک از موارد عدم تأیید در خصوص انتشار اوراق بهادار صدق نمی‌کند.

^۳ - در این خصوص ر.ک به دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران.

با این وجود ویژگی‌های دیگر ضمانت‌نامه‌های بورسی باتوجه به مقررات، نشان از استقلال و یانیمه مستقل بودن آن دارد. در ضمانت‌های مستقل، غیرقابل استناد بودن ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد پایه مطرح و ضامن یک تعهد مطلق را در برابر ذینفع می‌پذیرد و ملزم است که به تعهداتش عمل کند (اشمیتوف، ۱۳۹۱، ص ۶۹۱). در ماده ۶ قراردادهای نمونه ضمانت اوراق بهادار که توسط سازمان بورس منتشر شده به این ویژگی تصریح شده است: «تعهدات ضامن در این قرارداد در برابر ناشر از هر حیث بدون قید و شرط بوده و ایرادات راجع به تعهدات بانی در مقابل ضامن اثری بر اجرای تعهدات این قرارداد توسط ضامن ندارد و ضامن نمی‌تواند به عذر عدم تأمین وجوه کافی یا عدم پرداخت مبلغ کارمزد (ابطال یا بطلان یا فسخ یا انفساخ قرارداد اجاره به شرط تملیک^۱) یا هر دلیل دیگری انجام تعهدات خود در این قرارداد را به تعویق انداخته یا معلق نماید»

«در صورت هرگونه تأخیر احتمالی در پرداخت مبالغ اقساط توسط ضامن، وی مکلف به پرداخت وجه التزام درازای هر روز تأخیر، جهت تخصیص به دارندگان اوراق خواهد بود» (ماده ۶ قراردادهای نمونه ضمانت اوراق اجاره، مرابحه و استصناع و فرم (ب) ۶ بیانیه ثبت اوراق مشارکت و ماده ۲۲ ق.ب.ا.). در قراردادهای نمونه ضمانت بیان شده است که «عدم اجرای تعهدات بانی در قبال ضامن در هیچ حالتی مجوز عدم انجام تعهدات ضامن در قبال ناشر نخواهد بود و ناشر می‌تواند در مواعد تعیین شده مبالغ مربوط را از ضامن مطالبه نماید (تبصره ماده ۷ قراردادهای ضمانت اوراق بهادار).

از سوی دیگر همانندی تعهد مدیون و ضامن الزاماً ایراد جدی در مستقل بودن تضمین بورسی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه در ضمانت مستقل نیز موضوع قرارداد ضمانت مخصوصاً در مواردی که پرداخت وجهی به عنوان موضوع تعهد می‌باشد، ممکن است با موضوع قرارداد پایه یکی باشد و این امر به تبعی شدن قرارداد ضمانت در صورت مستقل بودن شرایط پرداخت آن نمی‌انجامد.

علاوه بر تمامی موارد فوق، در بازار اولیه معمولاً صرف قرارداد خرید اوراق بهادار

۱. این قید تنها در قرارداد ضمانت اوراق استصناع آمده است.

تعهدی را برای بانی و یا ناشر ایجاد نمی‌کند و قرارداد ضمانت به منظور تضمین تعهدات احتمالی آینده است.^۱ از سویی در اوراق مشارکت، صرف ممزوج شدن سرمایه شرکا و انجام فعالیت اقتصادی منجر به ایجاد دین برای شرکا نمی‌شود بلکه در اثر آن سودی حاصل می‌شود که باید بین شرکا تقسیم شود و در صورت عدم تقسیم سود و مصرف شدن آن از سوی یکی از شرکا، سود تقسیم نشده بر ذمه او خواهد بود و در خود قرارداد مشارکت دینی وجود ندارد (معصومی‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳). در اوراق اجاره نیز زمانی بانی متعهد به پرداخت سود می‌باشد که مال مورد اجاره خریداری شده و به بانی تحویل داده شود. بنابراین صرف انتشار اوراق، دینی برای بانی ایجاد نمی‌کند. عبارت «عدم ایفای تعهدات او در سررسید» در اوراق مشارکت و «در صورت عدم پرداخت مبالغ اقساط توسط بانی به ناشر در مواعد مقرر» در قراردادهای نمونه، خود گویای عدم وجود دین در زمان انعقاد قرارداد است و به طور ضمنی حکایت از این امر دارد که تا زمان تعیین شده دینی هم وجود ندارد. صحت ضمانت ضامن از مضمون‌عنه غیرمدیون در ضمانت‌های مستقل براین امر دلالت دارد که عدم وجود دین و یا سبب آن خللی در ضمانت بورسی ایجاد نمی‌کند و نظریه مستقل بودن تضمینات بورسی را تقویت می‌کند.

در بازار ثانویه بیشتر تضمینات شخصی به صورت ضمانت‌نامه بانکی است که در خصوص مستقل بودن آن پیشتر توضیح داده شد؛ از جمله این موارد می‌توان به تضمین در «معامله عمده شرایطی» اشاره نمود. در معاملات عمده شرایطی، بخشی از ثمن خارج از پایاپای و به صورت مدت‌دار و نسبه پرداخت می‌شود و از آنجا که ممکن است شخص سفارش دهنده در موعد مقرر نسبت به تعهد خود مبنی بر پرداخت مبالغ اوراق بهادار عمل نکند، تقاضای سفارش در این معامله مستلزم سپردن تضمین معینی

^۱. در فقه امامیه ضمان از دینی که موجود نیست «ضمان ما لم یجب» نامیده می‌شود که به لحاظ مغایرت با نظریه نقل ذمه محکوم به بطلان است. اما وجود دین و یا سبب در ضمان عقودی وابسته به اثر تبعی بودن عقد است در حالی که ما معتقدیم تضمینات شخصی بورسی تضمینات مستقلی هستند که ضرورتی به وجود دین و یا سبب در آن نیست و به همین دلیل ایراد بطلان آن به جهت «ضمان مالم یجب» بودن در آن مطرح نمی‌گردد.

است تا در صورت امتناع خریدار از انجام تعهدات خود، امکان پوشش خسارات وارده فراهم شود. مطابق ماده ۵۴ د.ا.ن.ا.م این تضمین می‌تواند به صورت ضمانت‌نامه بانکی ارائه شود. علاوه بر آن در عملیات ثبت و سپرده‌گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و همچنین تسویه و پایاپای معاملات در بورس انرژی و کالا، به منظور جلوگیری از نکول تعهدات، هر عضو یا اشخاص طرف معامله در مقابل اتاق پایاپای ملزم به سپردن تضمینات لازم از جمله ضمانت‌نامه بانکی است (ماده ۱۰ دستورالعمل ثبت و سپرده‌گذاری کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا و ماده ۱ د.م.ب.ک و آیین‌نامه اتاق پایاپای).

علاوه بر معاملات بورسی، در صندوق‌های سرمایه‌گذاری نیز رکن ضامن در نظر گرفته شده است که نقدشوندگی صندوق را تضمین می‌کند. تعهد ضامن تضمین وجود خریدار همیشگی و تضمین‌کننده نقدشوندگی واحدهای سرمایه‌گذاری جهت ابطال و بازخرید صندوق‌ها در هر زمان است. البته این ضمانت به معنای تضمین بازده معین یا تضمین اصل سرمایه نیست و صرفاً به تأمین نقدینگی مورد نیاز برای بازخرید واحدهای سرمایه‌گذاری به قیمت ابطال محدود می‌شود (ماده ۲۰ اساسنامه نمونه سازمان برای صندوق‌های سرمایه‌گذاری) این نوع تضمین از نظر شرایط پرداخت و اعتبار تابع تعهدی است که صندوق برعهده گرفته است و استقلال در آن به نحو ضمانت در اوراق بهادار و سایر ضمان‌های مستقل مطرح نیست، زیرا بقای تعهد ضامن در گرو بقای تعهد صندوق بوده و با اجرای تعهد از سوی صندوق، تعهد وی نیز ساقط می‌شود. جبران نقدشوندگی در صورت عدم کفایت دارایی صندوق خود براین امر دلالت دارد.

۴. لزوم وجود علم تفصیلی

عقد ضمان در قانون مدنی از عقود مبتنی بر مسامحه است و از این رو، مطابق ماده ۶۹۴ قانون مدنی: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است...» در ماده ۶۹۵ نیز آمده است: «معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون‌له یا مضمون‌عنه لازم نیست».

اما ضمانت‌های تجاری از جمله ضمانت‌نامه‌های بانکی اخذ شده در بورس، جزء عقود مبتنی بر مسامحه نیست بلکه از عقود مغایبی و مبتنی بر سودجویی به شمار می‌آید.

رود (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۷۱). براساس رویه بانکداری و مقررات بین المللی، درج جزئیات تعهد بانک ضامن در متن ضمانت نامه از جمله مبلغ ضمانت نامه و ارزش مقرر، تاریخ اعتبار ضمانت نامه، نام شخص ذینفع و ضمانت خواه و از همه مهم تر شروط پرداخت وجه ضرورت دارد (Uniform Rules for Demand Guarantees, no485, Article3).

در ضمانت های بورسی در بازار اولیه نیز، مطابق قراردادهای منتشر شده از سوی سازمان بورس، نه تنها نام بانی و ضامن باید به صورت کامل درج شود، بلکه نام نهاد واسط نیز به عنوان وکیل یکی از طرفین قرارداد آورده می شود. در موضوع قرارداد نیز علاوه بر درج تعهدات ضامن با جزئیات تمام و نوع تعهدات وی، ذکر شرایط اجرای قرارداد ضمانت و الزامی شدن تعهد ضامن نیز ضروری است. بدین ترتیب نه تنها علم به جزئیات، میزان و نوع تعهد تضمین شده بلکه علم به طرفین قرارداد و یا وکیل ایشان به عنوان مضمون له نیز که تعهدات در مقابل وی اجرا می شود، ضروری است.

۵. متعلق تعهد ضامن بورسی

در اصطلاح اصولی منظور از متعلق تعهد، عنوانی است که به صورت وصف یا قید، دایره موضوع تعهد را محدود و معین می کند (اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۴). ضامن به منظور اطمینان متعهدله، گاه انجام تعهد مورد توثیق و همان دین مورد تضمین را برعهده می گیرد و گاه در مواردی که اجرای همان تعهد و همان دین ممکن نیست و انجام آن مختص متعهد اصلی است، عواقب حاصل از تخلف متعهد اصلی و به عبارتی جبران خسارت ناشی از امتناع متعهد از انجام تعهد اصلی را برعهده می گیرد؛ اما در مواردی حتی با وجود امکان انجام تعهد اصلی، مقصود از ضمانت جبران خسارت ناشی از عهد شکنی و تخلف متعهد است و نه اجرای عین تعهد پایه.

۵-۱. انجام مورد تعهد

در اکثر موارد، تعهد ضامن در بازار اولیه و ثانویه انجام عین تعهد مضمون عنه است. در بازار اولیه تعهد ضامن به پرداخت اصل و سود اوراق مشارکت و مبالغ مربوطه در سایر اوراق، برعهده گرفتن همان تعهد بانی و یا ناشر است، به این مفهوم که ضامن ملزم

است همان میزان وجهی را که مضمون‌عنه تعهد به پرداخت آن به عنوان سود و اصل اوراق داشته را بپردازد؛ زیرا اولاً پرداخت وجه به عنوان مال کلی است و از سوی دیگر برای سرمایه‌گذاران به عنوان مضمون‌له آنچه حائز اهمیت است اجرای تعهد است.

گاه تعهد ضامن، تضمین از محل مشخصی است. به عنوان مثال در اوراق مشارکت تعهد ضامن به پرداخت اصل و سود اوراق از طریق وثایقی صورت می‌گیرد که مضمون‌عنه در اختیار وی قرار داده است (ماده ۲۲ و ۳۱ آ.ا.ا.م). اگر چه در این موارد تعهد ضامن در ظاهر محدود و ممکن است کمتر از میزان تعهدات اصلی برعهده مضمون‌عنه باشد و بدین ترتیب اجرای عین تعهد از نظر کمیت از طریق وثایق ممکن نباشد؛ اما باز هم متعلق تعهد ضامن همان تعهد موجود برعهده متعهد اصلی - هر چند به صورت جزئی - است و این امر، موضوع ضمانت را به تعهد جبران خسارت مبدل نمی‌سازد زیرا علاوه برآنکه قصد طرفین اجرای جزئی همان تعهد است، با اجرای ضامن، مضمون‌عنه نسبت به همان جزء از مسئولیت مبرا می‌شود. همچنین در این موارد می‌توان با تعیین ضامن دیگر و یا وثیقه دیگر، مازاد تعهد را نیز تضمین نمود و مشکل عدم امکان اجرای تمام تعهد را رفع نمود.

در بازار ثانویه نیز در تسویه و پایاپای معاملات کالا و یا اوراق بهادار مبتنی بر کالا، ضامن اجرای همان تعهد اصلی را برعهده می‌گیرد. در این معاملات در صورت عدم ایفای تعهدات عضو اتاق پایاپای، اتاق پایاپای می‌تواند از محل سپرده‌ها و تضمینات عضو تعهدات وی را تأمین نماید (ماده ۶ د.ث.س.ک.ا.ت). تأمین تعهدات از محل ضمانت‌نامه‌های بانکی که یکی از تضمینات در این عملیات است هم در مورد کارگزار خریدار که ملزم به تأدیه میزان مشخصی ثمن است و هم در مورد کارگزار فروشنده، چه در تسویه فیزیکی و چه نقدی، امکان‌پذیر است. زیرا در مواردی نیز که تسویه فیزیکی صورت می‌گیرد، تعهد به تسلیم مال کلی صورت گرفته است. در صورت عدم تکافوی تضمینات می‌توان از تضمینات و یا وثایق دیگر تعهدات را اجرا نمود (ماده ۱۳ آیین‌نامه اتاق پایاپای) تعهد ضامن در صندوق سرمایه‌گذاری نیز انجام یا تکمیل همان تعهد در صورتی است که مضمون‌عنه امکان اجرای تعهد را به صورت کامل را ندارد.

۲-۵. تعهد ضامن به پذیرش و جبران عواقب ناشی از تخلف متعهد

در مواردی ممکن است قصد طرفین از انعقاد قرارداد ضمانت، جبران خسارت ناشی از تخلف از انجام تعهد اصلی باشد و نه اجرای همان تعهد. این موضوع به ویژه در مواردی که تعهد ضامن سقف مشخصی دارد صدق می‌کند.

در بازار اولیه برخی از تعهدات ضامن تنها می‌تواند جبران خسارت باشد و به ماهیت خسارت بودن آن نیز تصریح شده است؛ از جمله این تعهدات مطابق قراردادهای ضمانت تنظیم شده توسط سازمان بورس عبارتند از:

- رد ثمن و غرامات حاصله ناشی از مستحق‌الغیر درآمدن موضوع معامله در تمامی اوراق

- مبلغ خسارت وارد شده به دارایی/ دارایی‌ها به دلیل عدم بیمه کامل توسط بانکی

- پرداخت هزینه کامل بیمه دارایی در صورت عدم بیمه توسط بانکی در اوراق مبتنی بر دارایی

- جبران زیان احتمالی دارندگان اوراق، ناشی از تصفیه پیش از موعد تسهیلات و نیز پرداخت پیش از موعد اقساط، در صورت عدم جبران کامل توسط بانکی در اوراق رهنی (بند ۱ و ۱.۱.۱.۱. و بند ۴ ماده ۱ د.ا.ا.م و د.ا.ا.س.س).

در بازار ثانویه نیز این نوع تضمینات شخصی مشهود است. در معاملات عمده، به منظور انجام تعهدات خریدار به واریز مابقی ثمن در مواعد مشخص، تضمیناتی از جمله ضمانت‌نامه بانکی اخذ می‌شود و در صورتی که خریدار به تعهد خود عمل ننماید، جبران خسارت از محل تضمینات صورت می‌گیرد (بند ۴ ماده ۱۱ مکرر آیین‌نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار تهران).

همچنین است اگر فروشنده به تعهدات خود نسبت به امضای سند تسویه خارج از پایاپای و ارائه آن به کارگزار خود در مقابل خریدار برنده رقابت، اقدام ننماید (بند ۶ ماده ۱۱ مکرر آ.م.ش.ب.ا). در واقع بانک ضامن در ضمانت‌نامه بانکی جبران خسارت ناشی از تخلف متعهد را برعهده می‌گیرد.

اثر اصلی تضمینات شخصی بورسی و تحلیل ماهیت آن

تضمین شخصی در بورس باتوجه به صراحت مقررات بورسی (ماده ۳۵ آ.ا.ا.م و ماده ۵ و ماده ۲۱ د.ا.ا.) قراردادی است عهدی که در بازار اولیه بین ناشر و ضامن در اوراق- مشارکت و یا فی مابین ضامن، بانی (مضمون‌عنه) و ناشر در سایر اوراق منعقد می‌شود. در اوراق مشارکت، ناشر به عنوان نهاد نیازمند تامین مالی در واقع همان نقش بانی در سایر اوراق را ایفا می‌کند و علاوه بر آن به وکالت از دارندگان اوراق و به عنوان وکیل مضمون‌له نیز در قرارداد ضمانت وارد می‌شود (ماده ۶ آ.ا.ا.م). در واقع ناشر اصالتاً به عنوان مضمون‌عنه و به وکالت از دارندگان اوراق در این قرارداد شرکت می‌کند. اما در قرارداد ضمانت سایر اوراق، ناشر تنها به عنوان وکیل خریداران اوراق عمل می‌کند. در بازار ثانویه نیز ضمانت‌نامه بانکی از سوی بانک و به نفع شخص ذینفع صادر می‌شود.

در این مبحث، به بررسی ماهیت این نوع ضمانت و تجزیه و تحلیل آن در قالب تضمینات شخصی دیگر همچون التزام به تادیه دین دیگری به نحو معلق، التزام به تادیه شدن دین دیگری و یا تعهد به انجام فعل ثالث، خواهیم پرداخت.

اثر عقد ضمان در مفهوم سستی آن می‌تواند نقل و یا ضم ذمه به ذمه باشد. نظر مشهور فقهای امامیه در این زمینه مبتنی بر نقل ذمه است و قانون مدنی نیز در ماده ۶۸۴ از این نظر مشهور پیروی نموده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳ / محقق‌حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۸۹ / موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶). لیکن عقیده مشهور فقهای اهل سنت بر ضم ذمه است هر دو گروه جهت توجیه نظریات خویش به دلایل لغوی، عقلی و نقلی استناد نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۶۶، صص ۱۱۱ به بعد).

در ضمانات متعارف در زمان کنونی، عقد ضمان گاه موجب نقل و یا ضم ذمه که اشتغال ذمه ضامن را در پی دارد و گاه موجب اشتغال ذمه ضامن نیست و اثر آن صرف التزام ضامن به تادیه یا عمل دیگر یا تضمین وقوع امری است (صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۳).

در تفاوت التزام یا تعهد و اشتغال ذمه و مدیونیت می‌توان گفت که دین در حقوق اسلامی، به معنای مال کلی ثابت بر ذمه است و مدیونیت ناشی از اشتغال ذمه ماهیتاً حکم وضعی است و نه حکم تکلیفی. در حالی که برخی الزامات و تعهدات صرفاً حکم تکلیفی بوده و فاقد اثر وضعی هستند. اثر این تفاوت آن است که دین در ذمه

مدیون، مهم‌ترین وصف اموال یعنی قابلیت نقل و انتقال را با خود دارد و طلبکار یادائن می‌تواند به راحتی مال خود را به وسیله عقد بیع و یاسایر عقود به دیگران انتقال دهد و همچنین قابل توارث است اما تعهد یا التزام بر حسب مورد ممکن است حکم تکلیفی محض یا دربردارنده حقی شخصی به نفع متعهدله باشد (عبدی پور فرد و جعفری خسرو آبادی، ۱۳۹۲، ص ۴۰).

تضمین شخصی در بورس با هیچ یک از ضمانت‌های موجب اشتغال‌دزمه مطابقت ندارد. از یک سو مطابق مقررات بورسی، نقل ذمه‌به‌ذمه در تضمینات بورسی مصداقی ندارد و با تعیین ضامن، مدیون اصلی (ناشر یا بانی) همچنان متعهد اصلی باقی می‌ماند. حتی با بررسی تعهدات بورسی می‌توان گفت انتقال تعهد اصلی از مدیون به ضامن در این معاملات از نظر قانونی نیز امکان‌پذیر نیست. به عنوان مثال، سرمایه‌گذاران در بازار اولیه نمی‌توانند با انعقاد قرارداد ضمانت، شخصی را جایگزین بانی و یاناشر نمایند زیرا شخصیت مدیون به جهت داشتن ویژگی‌های مورد تأیید بورس در انجام معاملات و تعهدات مورد نظر، برای سازمان بورس از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و سرمایه‌گذاران و به عبارتی طلبکاران نیز به همین اعتبار وارد معاملات می‌شوند. دلیل این امر آن است که بیشتر مقررات بورسی چهره امری و نظم عمومی دارد و امکان به کار بردن توافق خصوصی در آن محدود بوده و امکان تطبیق مقررات مدنی با مقررات بورسی، با دشواری مواجه است.

علاوه بر آن، در تضمینات بورسی ضم ذمه‌به‌ذمه نیز صورت نمی‌گیرد. هدف اکثر تضمینات تجاری و بورسی ایجاد وثیقه و تضمینی به نفع سرمایه‌گذار جهت مصون ماندن وی از ریسک عدم انجام تعهدات مدیون اصلی است. مفاد عرفی ضمان و تمایل قانون‌گذار نیز برخلاف دیدگاه ضم ذمه ضامن به ذمه مدیون و ایجاد دین برای هر دو، که نظریه گروهی از فقهای عامه است (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۶۷)، بر آن است که رابطه حقوقی اصلی از میان نرود و در این رابطه قصد ضامن نیز ایجاد وثیقه برای دین مدیون است و نه اشتغال‌دزمه خود.

آنچه در تبیین ماهیت و نوع تعهد ضامن با قصد ضامن و مفاد قرارداد ضمانت مطابقت دارد؛ عدم اشتغال‌دزمه ضامن و صرف التزام او نسبت به ایفای تعهد متعهد

بورسی است هر چند این التزام به صورت عرضی باشد. در پایان این بحث می‌توان گفت اثر تضمین شخصی در بورس با اثر ضمانت در قانون مدنی فرانسه انطباق بیشتری دارد. در ماده ۲۰۱۱ در بیان اثر اصلی قرارداد ضمانت بیان می‌دارد: «کسی که ضامن تعهد می‌شود، در برابر طلبکار ملتزم می‌شود آن تعهد را انجام دهد اگر خود مدیون آن را به انجام نرساند.» از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌شود که اثر ضمان مطلق در حقوق مدنی فرانسه، نقل ذمه به ذمه و یا ضم ذمه به ذمه نیست بلکه تعهد و التزامی است که ضامن در برابر متعهدله پیدا می‌کند.

۱. تعهد به فعل ثالث

تعهد به فعل ثالث عبارت است از تعهد شخصی در مقابل شخص دیگر به اینکه شخص ثالث فعل یا عملی خاص اعم از مثبت یا منفی را انجام می‌دهد و متعهد می‌شود ثالث را به انجام عمل مزبور متقاعد و راضی نماید که در صورت عدم انجام تعهد توسط ثالث ملزم است خسارات طرف مقابل را بپردازد (ترکمان و ایزانلو، ۱۳۹۱، ص ۸۴) قانون مدنی بدون اینکه از تعهد به فعل ثالث نامی ببرد، در ماده ۲۳۴ تحت عنوان شرط بر شخص خارجی بدان اشاره نموده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۳۹۷).

می‌توان گفت، تضمین شخصی در معاملات بورسی تعهد ضامن در مقابل سرمایه‌گذاران در بازار اولیه و یا طرف قرارداد در بازار ثانویه (متعهدله) تعهد به فعل ثالث است مبنی بر اینکه ناشر یا بانی (ثالث) تعهد خود را به پرداخت سود یا اصل اوراق و یا سایر هزینه‌ها انجام می‌دهد. در تعهد به فعل ثالث، تعهد ثالث می‌تواند تعهد پولی باشد یا تعهد به انجام کاری. تعهد بانی یا ناشر از نوع اخیر یعنی تعهد به پرداخت اصل و سود اوراق و سایر هزینه‌ها یک تعهد پولی و تعهد متعهد قراردادی به اجرای قرارداد تعهد به انجام کار است. از سوی دیگر، در تعهد به فعل ثالث دین به ذمه متعهد منتقل نمی‌شود. در تضمینات شخصی بورسی نیز ضامن دینی را برعهده نمی‌گیرد و همچون متعهد در تعهد به فعل ثالث صرفاً ملتزم می‌شود و در صورت عدم اجرای تعهد توسط بانی یا ناشر و یا متعهد قراردادی، باید خساراتی را پرداخت نماید. با این همه، «تعهد به فعل ثالث» و «ضمانت بورسی» تفاوت آشکاری دارند:

۱. با دقت در مفاد «تعهد به فعل ثالث» که استفاده از تمام توان خود برای وادار

ساختن متعهد به انجام تعهد خویش است، تعهدات ضامن در بازار اولیه و یا ثانویه نمی‌تواند تعهد به فعل ثالث باشد. در واقع اگر مقصود طرفین از انعقاد قرارداد ضمانت بورسی این است که دین آینده متعهد اصلی را که در اثر نقض تعهد برعهده او مستقر می‌شود، بپردازد آنچه واقع شده است تعهد به فعل ثالث نمی‌باشد (ایزانلو، ۱۳۸۶، ص ۱۴).

در معاملات بورسی ضامن تعهدی به وادار کردن مضمون‌عنه به پرداخت اصل و سود سرمایه ندارد تا تعهد وی در مقابل مضمون‌له تعهد به فعل ثالث باشد. به عبارت دیگر تضمین سود و اصل سرمایه در اوراق بهادار در بازار اولیه و یا تضمین اجرای معامله در بازار ثانویه "تضمین فعل" بانی یا ناشر به بازپرداخت اصل و سود و "فعل طرف قرارداد" به اجرای قرارداد نیست بلکه مقصود طرفین "اجرای تعهدی از سوی ضامن" در صورت امتناع از انجام تعهد توسط متعهد اصلی است و خود تعهدی مستقل است.

۲. در تعهد به فعل ثالث، اگر ثالث به تعهد خود عمل نکند، آنچه متعهد به فعل ثالث به عنوان خسارت می‌پردازد، خسارت عدم انجام تعهد شخصی خود است (Fortis, 1994, no1) اما با توجه به مقررات بورسی، ضامن ملزم است در صورت عدم انجام تعهدات مضمون‌عنه، به هر علتی، اقدام به ایفای تعهدات وی نماید و خسارت ناشی از عدم انجام تعهد ایشان را جبران نماید، نه جبران خسارت عدم اجرای تعهد خود. در واقع مقصود از تضمین شخصی در بورس، التزام به اخذ رضایت شخص دیگر برای اجرای تعهدی و جبران خسارت به دلیل ناتوانی در وادار نمودن ثالث نیست، بلکه ایجاد موجبات اجرای تعهد اصلی و یا جبران خسارتی است که در آینده برعهده مضمون‌عنه مستقر می‌شود. به عبارت دیگر، در ضمانت بورسی شخص متعهد، ضامن تقصیر و فعل زیانبار دیگری است اما در تعهد به فعل ثالث، متعهد، ضامن مستقیم وعده و پیمان خویش است.

تنها در انتشار اوراق رهنی و خرید دین که بر خلاف اوراق دیگر مضمون‌عنه نه شخص بانی؛ بلکه دریافت‌کننده وام است، بانی وظیفه دریافت اقساط از ایشان و پرداخت به ناشر را برعهده دارد. در این اوراق بانک به عنوان ضامن وصول تعهدات را

تضمین می‌کند (تبصره ماده ۴ دستورالعمل انتشار اوراق رهنی و خرید دین). به این بیان که ضمن قرارداد فروش دین متعهد می‌شود چنانچه به هر دلیلی بدهکاری بدهی خود را نپردازد، بانک بدهی وی را خواهد پرداخت (تقی‌زاده و فضل‌ی، ۱۳۹۶، ص ۳۱۵). تعهد ضامن دارای تمام ویژگی‌های تعهد به فعل ثالث است.

۲. التزام به تادیه دین دیگری به نحو معلق

با توجه به ویژگی‌های تضمین شخصی و عدم تطبیق آن با ضمان عقدی قانون مدنی، ممکن است تضمین شخصی با ماده ۷۲۳ قانون مدنی قابل انطباق باشد. التزام به تادیه دین دیگری در قانون مدنی در قالب عقد مستقلی مورد تصریح قرار گرفته است. مطابق این ماده: ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تادیه دین مدیون معلق به عدم تادیه او نماید».

التزام مقرر در این ماده به موجب عقد لازم، عنوان ضمان عقدی در قانون مدنی را ندارد اگر چنین بود به آن تصریح می‌شد و این موضوع خود گویای این مطلب است که عقد لازم مزبور نه در قالب عقد ضمان که موجب نقل ذمه است، بلکه در قالب عقد لازم دیگر که این عقد می‌تواند ضمان به صورت وثیقه و یابه مفهوم التزام ضامن باشد منعقد شود و قانون‌گذار با بیان این ماده و ماده ۶۹۹ به دنبال امکان انعقاد قرارداد در قالب ضمان وثیقه بوده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۲۱۳/ کاشانی، ۱۳۸۶-۸۷، ص ۲۱۱). مطابق ماده ۷۲۳ التزام به تادیه برای ضامن بدون ایجاد هیچ نوع مدیونیتی برای وی ایجاد می‌شود و معلق به تخلف متعهد در زمان سررسید است. در واقع مدنظر قانون‌گذار در این ماده، شرطی است که به موجب آن، شخص، بدون آن‌که دین به ذمه‌اش منتقل شده باشد، ملتزم به پرداخت دین دیگری می‌شود (مصطفوی و افشار نیا، ۱۳۸۸، صص ۳۳-۵۵). این نهاد با نهاد تضمین شخصی در معاملات بورسی شبیه و نزدیک است. اما با توجه به تفاوت‌های زیر نمی‌توان تضمینات شخصی بورسی را با این نهاد حقوقی منطبق دانست:

۱. التزام متعهد در ماده ۷۲۳ ق.م. التزامی است تبعی که به تبع دین و یا تعهد شخص دیگری محقق می‌شود و بقا، اعتبار و زوال آن در گرو دین و یا تعهد مزبور

است. در حالی که تعهد ضامن در تضمینات بورسی، تعهدی است مستقل و غیرمشروط.

۲. با ملاحظه تفاوت نخست، تفاوت دوم نیز روشن می‌شود. با تصریح التزام به "تأدیه دین دیگری" در قسمت اول ماده ۷۲۳، التزام ضامن نسبت به دینی است که قبلاً بر ذمه متعهد اصلی به عنوان مدیون مستقر شده است و "وجود دین" در زمان انعقاد عقد لازمی که طی آن شخص ملتزم به آن می‌شود امری مسلم است و تنها تأدیه وی معلق به عدم تأدیه مدیون اصلی می‌شود. در حالی که التزام ضامن در بازار اولیه تعهدی است که در زمان تحقق آن (یعنی زمان انعقاد قرارداد ضمانت) نه تنها دینی بر ذمه متعهد اصلی مستقر نشده است، بلکه گاه سبب دین نیز محقق نشده است. زیرا در برخی اوراق به صرف انعقاد عقد میان بانی و نماینده سرمایه‌گذاران، دینی برای مضمون‌عنه ایجاد نمی‌شود تا صرف انعقاد عقد را سبب پیدایش دین مدیون تلقی نماییم. بلکه مجموع عقد و تقصیر طرف متخلف و یا عقد و فرا رسیدن موعد است و قرارداد تنها جزء سبب است.

البته برخی در تفسیر ماده ۷۳۳ ق.م.ا، اینگونه اظهار نظر نموده‌اند که تعلیق به تأدیه تنها به عنوان مثال مطرح شده است و التزام ضامن ممکن است معلق به "تحقق دین دیگری" باشد که در این صورت ضمان از دین آینده از نظر حقوقی صحیح خواهد بود. زیرا اگر پذیرفته شود که تعلیق در این التزام مانعی ندارد، چه تفاوت می‌کند که شرط تعلیق عدم تأدیه مدیون باشد و یا تحقق دین (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۲۴۹).

به نظر می‌رسد التزام مصرح در این ماده نمی‌تواند معلق به تحقق دین باشد، زیرا اگرچه مطابق نظر فقیهان و حقوق‌دانان، تعهد ذیل این ماده، عقد ضمان تلقی نمی‌شود و صرف وجود التزام را موجب انعقاد این عقد نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۳ / محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۸۹ / موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۶) اما مقصود قانون‌گذار از طرح این ماده در مبحث ضمان عقدی دلالت بر این امر دارد که این عقد نمی‌تواند عقدی کاملاً متباین نسبت به آن باشد. در واقع هدف قانون‌گذار از طرح عقد لازم تنها قانونی دانستن توافق طرفین در مواردی است که طرفین قصد دارند ضامن همراه با متعهد اصلی ملتزم باشد و نمی‌توان سایر ویژگی‌های عقد ضمان را همچون وجود دین

یاسبب دین را در آن نفی نمود. علاوه بر آن مثال ذکر شده در این ماده و التزام معلق به تأدیه دین دیگری خود نیز بیانگر این است که منظور ماده التزام ضامن به امری غیر از تحقق دین معلق باشد؛ زیرا التزام معلق به دین دیگری در این ماده نه به عنوان مثال، بلکه موضوع ماده را دربرمی گیرد.

۳. التزام ضامن بورسی به تأدیه شدن دین یا تعهد اصلی

مطابق یک تحلیل، التزام یا تعهد ضامن بورسی، التزام به تأدیه یا تعهد به انجام تعهد پایه در صورت عدم اجرای آن توسط متعهد اصلی نیست بلکه التزام به تأدیه شدن آن یا تضمین وقوع آن است. زیرا تضمین شخصی در بورس ماهیتاً همانند تضمین تأدیه شدن ورقه تجاری است. بنابر نظر ایشان، امضای ورقه تجاری از سوی غیر مدیون را نباید بر مبنای عقد ضمانت در معنای رایج فقهی آن تفسیر نمود، زیرا امضاکننده انتقال دین به ذمه خود را قصد نمی کند. علاوه بر آن در این موارد امضاکننده خود را نسبت به نفس مبلغی که مدیون در تأدیه آن مسئولیت دارد، مسئول نمی سازد و این قضیه به نحو ضم مسئولیت به مسئولیت هم صورت نمی گیرد. مفاد تعهد امضاکننده این است که دین طلبکار در سررسید تأدیه خواهد شد. ضمان در اینجا، ضمان نفس مبلغ دین خواه به نحو جانشینی مدیون اصلی و خواه به نحو انضمام نیست، بلکه ضمانت ادا شدن آن با وجود بقای دین در ذمه مدیون اصلی و تحمل مسئولیت از سوی مدیون اصلی است (صدر، ۱۴۰۱، ص ۲۳۳/ عبدی پور فرد، ۱۳۹۱، ص ۷۴).

در تفاوت این نوع ضمان با ضم ذمه به ذمه نیز گفته شده است که در ضمان به معنای ضم، هر یک از مدیون و ضامن در برابر دائن مسئول پرداخت همان مبلغ دین اند و مسئولیت هر دو بر شی واحدی یعنی مبلغ مشخص دین قرار می گیرد لذا دائن در سررسید حق رجوع به هر یک را که بخواهد دارد. اما در این مفهوم از ضمان تنها مدیون نسبت به دین مسئول و مشغول الذمه است و ضامن تنها مسئول پرداخت شدن آن مبلغ از سوی مدیون است. به سخن دیگر ضامن تنها مسئول خروج مدیون از عهده مسئولیت و افرایش ذمه اش است و از این رو ابتدا دائن مطالبه وجه را از ضامن ندارد زیرا ضامن به این معنا مباشرتاً مسئول مبلغ دین نیست، بلکه تعهد نموده مدیون دین خود را در سررسید پرداخت می کند. البته در صورتی که مدیون از پرداخت دین خود امتناع

ورزد، نتیجتاً برعهده کسی است که آن را تضمین نموده است (همان).

بدین ترتیب، ضمان در مفهوم سوم «تعهد به ادا شدن» دین است و تعهد به مبلغ دین در عرض مسئولیت مدیون نیست. این تعهد منتج به ضمان قیمت مورد تعهد در صورت فوت آن به واسطه امتناع مدیون می‌شود، ولی نظر به اینکه ادا یا تادیه شدن جز با لحاظ مالیت مبلغ دین دارای ارزش مالی نیست دریافت قیمت الادا از ضامن از سوی دائن، استیفای قیمت دین است و موجب سقوط دین می‌شود. صحت این نوع ضمان براساس حکم ارتکاز عقلایی و عموم قاعده «اوفو بالعقود» است (همان).

با وجود تطبیق تمام مسائل فوق با ضمان بورسی، اشکالی که به نظر می‌رسد، این است که اگرچه در ضمانت مفید التزام ضامن، ضمانت طولی ملموس تر است اما رجوع هم زمان طلبکار به مضمون‌عنه و ضامن (مسئولیت هم‌عرض) نمی‌تواند منافاتی با مسئولیت التزامی ضامن و عدم اشتغال‌ذمه او داشته باشد. شاید بهتر است موضوع این گونه بیان شود که مسئولیت ضامن و مضمون‌عنه هم‌تراز یکدیگر و یکسان نیستند. زیرا علاوه بر تفاوت ماهیتی ضمان مفید اشتغال‌ذمه و ضمان مفید التزام؛ اگرچه مسئولیت عرضی ضامن و مضمون‌عنه در ضمان مفید اشتغال‌ذمه و ضمان مفید التزام وی در زمان حیات ضامن دارای اثر یکسانی است و امکان رجوع به هر یک وجود دارد، اثرات این موضوع در صورت فوت ضامن نمود دارد.

در فرض اشتغال‌ذمه ضامن خواه در تضامن طولی و خواه در تضامن عرضی، فوت ضامن تاثیری در حق طلبکار نداشته و حق او از اموال وی قابل پرداخت است اما در صورتی که مسئولیت ضامن به صورت التزام و صرف حکم تکلیفی باشد، با فوت ضامن، التزام او نیز پایان می‌یابد و تنها حق رجوع به مضمون‌عنه برای طلبکار باقی می‌ماند (خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۶۶/ خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۰۰). چه بسا در مواردی در تضمینات بورسی ضامن هم‌عرض مضمون‌عنه متعهد به انجام کاری است؛ از جمله می‌توان به بند ۳ ماده ۴ قرارداد فروش دارایی اوراق بهادار اشاره نمود که مطابق آن «در صورت مستحق‌الغیر درآمدن دارایی موضوع معامله، آن‌ها "متضامناً" مکلف‌اند ضمن استرداد ثمن، کلیه غرامات حاصله به مأخذ اجاره بهای روزانه/سود روزانه اوراق منتشره، تا زمانی که ثمن به طور کامل به ناشر مسترد نشده را به عنوان وجه التزام به ناشر

بپردازند...» مسئولیت تضامنی در این ماده دقیقاً به مفهوم هم‌عرض بودن تعهد مضمون‌عنه و ضامن است در حالی که نمی‌توان گفت که هم‌عرض بودن تعهد ضامن الزاماً منجر به اشتغال‌دومه او نیز می‌شود.

۴. وثیقه شخصی به مثابه وثیقه مالی

در تضمین شخصی اصولاً حق وثیقه‌گیر یا مضمون‌له بر مال معینی اختصاص نمی‌یابد و شخص چه حقیقی و چه حقوقی با تمام دارایی خود مسئول ضمانت تعهد شخص دیگری است (DCFR, art G, art IV.G.1:101, p.2469)؛ با وجود این ممکن است طرفین ترتیبی اتخاذ نمایند که ضامن در محدوده مال معینی مبادرت به ضمان نماید که چنین ضمانتی را ضامن در مال معین می‌نامند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۲۴) این مال می‌تواند از اموال ضامن یا از محل اموال دیگران از جمله مدیون اصلی باشد؛ اگرچه قدرمتیقن از ضمان مال معین با توجه به انتقال دین به او و اشتغال‌دومه ضامن از اموال ضامن است. چنین شرط و قراردادی با توجه به عمومات وفای به عقد و شرط صحیح است و فقیهان در خصوص صحت آن اتفاق نظر دارند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۲۵۳). در حقوق خارجی نیز این شکل از تضمین شخصی پذیرفته شده است (Olekhov, 2002, p.13).

در برخی تضمینات بورسی نیز، با وجود دخالت شخصی به عنوان ضامن، تضمین صورت گرفته از محل مال معینی است که ماهیت تضمین شخصی را به تضمین مالی نزدیک می‌سازد؛ با این تفاوت که این نوع ضمان نه از محل مال معینی از اموال ضامن که فقها به آن پرداخته‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۴۳) بلکه از محل مال یا اموالی است که مضمون‌عنه به ضامن سپرده است.

مطابق ماده ۲۲ آیین‌نامه انتشار اوراق مشارکت «ناشر موظف است... وثایق لازم را برای تضمین بازپرداخت اصل و سودهای متعلق به اوراق، در صورت وجود "ضامن" در اختیار وی... دهد» و ضامن نیز مکلف است از محل وثایق تودیع شده نزد او، ایفای تعهد نماید. مطابق ماده ۳۱ همین آیین‌نامه «در صورت عدم ایفای تعهدات در سررسیدهای مقرر توسط "ناشر" یا "عامل"، "ضامن" مکلف است با نظارت "امین" از محل وثایق و تضمین‌های نزد خود و براساس ترتیبات مقرر در قراردادهای فی‌مابین

اقدام به ایفای تعهدات نماید.»

باتوجه به اینکه در معاملات بورسی ذمه ضامن اشتغال پیدا نمی‌کند دو فرض در رابطه این نوع ضمان مطرح می‌شود:

۱. التزام ضامن شرط پرداخت از محل مال توثیق شده است؛

۲. التزام ضامن مقید به پرداخت از محل مال معین است؛

در صورت شرط پرداخت از محل مال معین، حقی شبیه به حقوق عینی تبعی به نفع مضمون‌له در مال معین شده به وجود می‌آید که به موجب آن مضمون‌له می‌تواند مستقل از دیگر طلبکاران حق خویش را از محل آن استیفا نماید به گونه‌ای که آن را به حق‌الرهانه نزدیک می‌سازد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۳۸۲/ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۴۳). در این موارد مطابق نظر اکثر فقها دین به ذمه ضامن منتقل می‌شود و مضمون‌له در عین حال که می‌تواند طلب خود را از محل مال معین شده وصول کند، می‌تواند به اقتضای مدیون بودن ضامن به وی رجوع و بر مبنای رابطه دینی موجود حقوق خود را مطالبه کند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۱۷۷/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۱۸) در این صورت تلف غیر عمدی وثیقه موجب زوال حق طلبکار نمی‌شود، بلکه حق وی بر ذمه ضامن مستقر است و می‌تواند مطالبات خویش را از دیگر اموال مدیون وصول نماید (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ص ۱۵۹/ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۳۲/ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۰، ص ۴۴۹/ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۳۱۰).

در صورتی که پرداخت از مال معین قید التزام ضامن باشد به این مفهوم که نفس التزام و تعهد ضامن معلق به پرداخت از محل مال معین باشد، در این صورت از منظر اعتباری، قوام ضمان مبتنی بر استیفاء دین از محل مال است؛ بنابراین تلف مال به منزله انتفای مقومات اعتباری اراده طرفین است، در نتیجه ضمان باطل خواهد بود (قنواتی و محلی، ۱۳۹۶، ص ۹۸). از این رو از آنجا که اشتغال ذمه‌ای در تضمینات بورسی به وجود نمی‌آید و تعلیق ضمان به مفهوم التزام ضامن نیز مطابق ماده ۷۲۳ صحیح است، در صحت این نوع ضمان تردیدی نیست. فقها نیز در صحت این نوع براساس اصل صحت و اطلاق ادله شروط ضمان تردید نکرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۶، صص ۲۵۹-۲۶۰). در این فرض از آنجا که وجود مال قید التزام ضامن است، میزان ارزش آن تاثیری

در التزام وی ندارد. به عبارت دیگر تعهد باید از محل آن اجرا شود، اما اگر میزان دین بیش از ارزش مال باشد، ضامنی که التزام پیدا کرده نسبت به میزان مازاد مسئول نخواهد بود.

باتوجه به دلالت مقررات بورسی، مشروط بودن التزام ضامن در مال معین با آن سازگارتر می‌نماید، به نحوی که ضامن ملتزم به پرداخت دین می‌شود و با تلف غیر عمدی مال نیز، عقد ضمان باطل نبوده و همچنان برای مضمون‌له حق مطالبه وجود دارد. با قبول این نظر، در صورتی که مال توثیق شده نزد ضامن کفایت تعهد مضمون‌عنه را ننماید، التزام ضامن با قرارداد ضمانت محقق و ضامن نسبت به مازاد ارزش تعهد صورت‌گرفته مسئولیت خواهد داشت. در غیر این صورت و با توجه به اینکه مسئولیت ضامن نه از محل مال معین متعلق به او، بلکه از اموال توثیقی مضمون‌عنه است، تعیین شخصی به عنوان ضامن فاقد وجه عقلایی و اثر حقوقی است.

نتیجه

براساس قوانین و مقررات بورسی، ویژگی‌های متفاوت تضمینات بورسی موجب می‌شود این نوع تضمین ماهیت ویژه‌ای یابد. با این توضیح که در تضمین شخصی در معاملات بورسی هیچ اشتغال‌دومه‌ای چه به صورت نقل‌دومه و چه ضم‌دومه، برای ضامن ایجاد نمی‌شود و صرفاً ضامن ملتزم به اجرای تعهد است. همچنین تعهد ضامن از تعهد مضمون‌عنه مستقل و نیازی به وجود دین و یا سبب دین ندارد و چه بسا در بازار اولیه بدون دین و یا سبب آن، التزام ضامن با انعقاد قرارداد ضمانت ایجاد می‌شود؛ در نتیجه تعهد به دینی است که در آینده بر دومه متعهد مستقر می‌شود. علاوه بر آن علم تفصیلی به شرایط و مسائل ضمانت برای ضامن ضروری است.

اگرچه این ویژگی‌ها در تمامی تضمینات بورسی وجود دارد، برای تمامی آن‌ها نمی‌توان ماهیتی یکسان قائل بود. در تحلیل این نوع تضمین و تعهد به فعل ثالث در بازار اولیه تعهد ضامن در انتشار اوراق رهنی تعهد به فعل ثالث است؛ اما در سایر انواع دیگر آن متعلق تعهد ضامن اجرای تعهد و یا جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد مدیون است و تعهدی به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد خود ناشی از عدم

و ادار نمودن متعهد به اجرای تعهد را ندارد تا تعهد وی تعهد به فعل ثالث تلقی شود و از سوی دیگر شخصی که ضامن متعهد او می‌شود خود در قرارداد دخالت دارد و ثالث محسوب نمی‌شود.

همچنین التزام متعلق به تادیه دین دیگری مصرح در ماده ۷۲۳ نیز به دلیل ویژگی تبعی و اناطه به وجود دین و یا سبب آن و همچنین تعلق به "تادیه دین" (و نه "تحقق دین"، آنچنان که در تضمینات بورسی شایع است) با تضمین شخصی در بورس منطبق نیست.

در مواردی نیز تضمین در بورس با وجود ظاهری شخصی، به وثیقه مالی نزدیکتر می‌نماید. التزام ضامن در این موارد از محل مال معینی بوده که مضمون‌عنه نزد ضامن وثیقه گذارده و مضمون‌عنه یک حق عینی تبعی در مال مورد معین پیدا می‌کند و در واقع التزام ضامن مشروط به پرداخت از محل مال معینی است.

در نهایت اینکه ماهیت التزام به تادیه شدن دین دیگری همچون تعهد امضاکنندگان اسناد تجاری بسیار نزدیک به تضمین شخصی بورسی است، با این تفاوت که در این نظریه الزاماً تعهد ضامن در طول تعهد مدیون اصلی است در حالی که در تضمینات بورسی با وجود عدم ایجاد اشتغال‌دزمه برای ضامن و صرف التزام او، این التزام ممکن است در عرض تعهد مدیون باشد به گونه‌ای که بتوان به هر یک همزمان رجوع نمود. بدین ترتیب ماهیت تضمین شخصی، التزامی است مستقل که در آن وجود دین و یا سبب آن تاثیری در به وجود آمدن این التزام ندارد.

منابع و مأخذ

۱. اخلاقی، بهروز؛ «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی»؛ مجله کانون وکلا، ش ۱۴۸-۱۴۹، ۱۳۶۸.
۲. اسکینی، ربیعا؛ حقوق تجارت (برات سفته قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)؛ تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۳. اشرفی، حسن؛ نه‌ایه الایصال (شرح فارسی اصول الفقه)؛ ج ۲، قم: قدس، ۱۳۸۵.
۴. اشمیتوف، کلائیوم؛ حقوق تجارت بین‌الملل؛ ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران؛ چ ۳،

- ج ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۵. امامی، حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱ و ۲، چ ۶، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۸.
 ۶. ایزانلو، محسن؛ «تعهد به فعل ثالث»؛ فصلنامه حقوق خصوصی، ش ۱، بهار، ۱۳۸۶.
 ۷. تذهیبی، مریم؛ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه (URDG 758)؛ چ ۵، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
 ۸. ترکمان، حسن و محسن ایزانلو؛ «ضمانت اجرای قرارداد تعهد به فعل ثالث»؛ فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، ش ۳۴، زمستان، ۱۳۹۵.
 ۹. تقی زاده، ابراهیم و عزیز الله فضلی؛ «فرایند حقوقی انتشار اوراق رهن در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهش های فقهی، ش ۲، تابستان، ۱۳۹۶.
 ۱۰. جزیری، عبدالرحمن و سیدمحمد غروی و یاسر مازح؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام؛ ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالثقلین، ۱۴۱۹ ه.ق.
 ۱۱. حکیم، سیدمحسن طباطبایی؛ مستمسک العروه الوثقی؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶.
 ۱۲. حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ تذکره الفقهاء؛ ج ۱۴، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴.
 ۱۳. خویی، سید محمد تقی موسوی؛ الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود؛ ج ۱، چ ۱، لبنان: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴.
 ۱۴. خویی، سیدابوالقاسم موسوی؛ مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ ج ۷، بی تا.
 ۱۵. سبزواری، سیدعبدالأعلی؛ مهذب الأحکام؛ ج ۶، چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳.
 ۱۶. شهبازی نیا، مرتضی؛ «ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی»؛ نامه ی مفید، ش ۴۳، تابستان، ۱۳۸۳.
 ۱۷. صادقی مقدم، محمدحسن و رضا شکوهی زاده؛ «نظریه تبعیت در اعمال حقوقی»؛ دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۱۷، بهار، ۱۳۹۱.
 ۱۸. صدر، سیدمحمد باقر؛ البنك اللاربوی؛ لبنان: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰.
 ۱۹. عاملی، حرّ، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعه؛ جلد ۱۸، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چ ۱، قم، ۱۴۰۹ ه.ق.

۲۰. عاملی، شهیدثانی، زین‌الدین بن علی؛ *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*؛ ج ۱۰، چ ۱، قم: کتابفروشی داوری ۱۴۰۱.
۲۱. عاملی کرکی، علی بن حسین؛ *جامع المقاصد فی شرح القواعد*؛ ج ۵، ۱۴۱۴.
۲۲. عبدی پورفرد، ابراهیم و نصرالله جعفری خسروآبادی؛ «نفقه زوجه و اقارب، تقابل دو مفهوم دین و تعهد»؛ *حقوق اسلامی*، ش ۳۹، زمستان، ۱۳۹۲.
۲۳. عبدی پورفرد، ابراهیم؛ *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*؛ ج ۳، چ ۲، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۲۴. عبدی پورفرد، ابراهیم؛ *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*؛ ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
۲۵. قنواتی، جلیل و ذبیح الله مسعویان؛ «تحلیل وثیقه‌های شخصی بر مبنای توثیق و تضمین»؛ *حقوق اسلامی*، ش ۵۲، بهار، ۱۳۹۶.
۲۶. کاشانی، محمود؛ *جزوه حقوق مدنی ۷ (وثیقه‌های دین)*؛ تهران: دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۸۶-۸۷.
۲۷. کاتوزیان، ناصر؛ *وثیقه‌های دین*؛ ج ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
۲۸. مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی؛ «آثار حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی»؛ *فقه و تاریخ تمدن*، ش ۴۸، تابستان، ۱۳۸۵.
۲۹. محقق حلّی، نجم‌الدین؛ *جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*؛ ج ۲، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی؛ «ضمان عقدی ضم‌ذمه‌به‌ذمه و یا نقل‌ذمه‌به‌ذمه»؛ *مطالعات حقوقی و قضائی*، ش ۱۲۰۱، پاییز و زمستان، ۱۳۶۶.
۳۱. مصطفوی، سیدمصطفی و طیب افشارنیا؛ «بررسی ماهیت و مبانی تعدد مسئولیت در پرداخت یک دین»؛ *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۳۰، زمستان، ۱۳۸۸.
۳۲. معصومی‌نیا، غلامعلی؛ «مشکل محاسبه سود و زیان چالش عقد مشارکتی»؛ *فصلنامه تازه‌های اقتصاد*، ش ۱۳۶، تابستان، ۱۳۹۱.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ *تحریر الوسیله*؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۰۹.
۳۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ «عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی»؛ *پژوهشنامه*

- متین، ش ۷، تابستان، ۱۳۷۹.
۳۵. نجفی، محمد حسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ ج ۲۶، چ ۷، لبنان: دارإحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.
۳۶. یزدی، سیدمحمدکاظم طباطبائی؛ **العروه الوثقی**؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹.
37. Affaki, G; **ICC uniform Rules for Demand Guarantee**; URDG, ICC publishing, 2010.
38. Chipashvili, Nino; **The Banks Gurantee under the Uniform International Rules**; vol1, European Scientific Journal, 2013.
39. Fortis, Elizabeth; **Porte-Fort in Encycl. Dalloz**; Rép. dr. civ, 1994.
40. Hogg, Martin; **Promises and Contract Law: Comparative Perspectives**; Cambridge University Press. 2011.
41. Hornby, Albert Sydney; Jonathan Crowther (Editor); Kathryn Kavanagh (Assistant Editor) and Michael Ashby (Phonetics Editor); **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**; Tehran: Estiri, 2000.
42. Olekhov, Ihor; **Security Interests in Personal Property: the Perspectives of Harmonisation**; edinberg, 2002.
43. **Oxford Dictionary of Law**; Edited by ELIZABETH A. MARTIN; fifth edition. oxford university press, 2002.
44. **Uniform Rules for Demand Guarantees**; ICC Publication no. 485, Article 3.
۴۵. von Bar, Christian and Eric Clive; **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)**; Full Edition, VOL. 6, sellier, 2009.