

فصلنامه راهبرد سیاسی

سال سوم، شماره ۸، بهار ۱۳۹۸

صفحات: ۲۳۱-۲۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۰۲؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۰۳/۱۸

نوع مقاله: پژوهشی

انواع تضمینات در تجارت بین الملل و تحلیل حقوقی آنها

علی زارع* / مختار زردویی**

چکیده

در قراردادهای تجاری بین المللی به دلیل تنوع و کثرت ریسک‌های تجاری و غیر تجاری نظیر محدودیت‌های وارداتی و صادراتی، سلب مالکیت، نوسانات نرخ ارز، بروز حالت جنگ و ... نیاز به تضمین در قرارداد یک نیاز اساسی است؛ به گونه‌ای که در اصول قراردادهای تجاری بین المللی هم به وجود تضمین متناسب و کارآمد، اشاره شده است. بدیهی است انتخاب هر یک از روش‌های تضمین، نخست بر عهده طرفین و سپس بر عهده مشاوران شان است. نمونه‌های فراوانی از تضمین در حوزه تجارت بین الملل وجود دارد که برخی از آنها در واقع همان نهادهای تضمینی سنتی اند که کار کرد جدید و تحول یافته‌ای دارند؛ مانند رهن‌های بین المللی و برخی دیگر کاملاً جدید بوده و حاصل تراوشات فکری حقوقدانان در واکنش به نیازهای تجاری آن زمان خلق شده‌اند (نظیر اعتبارات اسنادی).

کلید واژه‌ها

قرارداد، بین الملل، تضمین، اعتبارات اسنادی.

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
mokhtarzardouei1357@gmail.com

مقدمه

امروزه با گسترش روابط بین‌المللی کشورها، با حجم وسیعی از قراردادهای بین‌المللی مواجه هستیم. قراردادهای تجاری دیگر مانند گذشته محدود به مرزهای داخلی یک کشور نمی‌باشد و تجار علاقه مند به برقراری ارتباط و انعقاد معامله با تجار دیگر کشورها هستند. قراردادهای تجاری بین‌المللی در مقایسه با قراردادهای داخلی ریسک بالاتری را به همراه دارند.

عواملی مانند دوری از یکدیگر و عدم شناخت اعتبار تجاری از طرف مقابل و تفاوت مقررات کشور های مختلف در رابطه با قراردادهای تجاری بین‌المللی و عواملی از این دست، خطراتی هستند که تجار در انعقاد یک قرارداد بین‌المللی با آن مواجه می‌باشند. به همین دلیل تدارک یک تضمین مناسب در قرارداد، همواره مورد توجه هر یک از طرفین قرارداد بوده است. در این راستا دو دسته تضمینات شخصی و تضمینات مالی در نظر گرفته شده است. تضمینات شخصی شامل ضمانت‌های بین‌المللی و اعتبار نامه‌های تضمینی و تضمین شخص ثالث بوده و تضمینات مالی نیز شامل وثائقی از قبیل انواع رهن، شرط حفظ مالکیت و حق حبس می‌باشد.

ضمانت نامه‌های مستقل بین‌المللی، یکی از جدیدترین شیوه‌های تضمین قراردادی است که در سال های اخیر به نحو چشمگیری در قراردادها مورد استفاده قرار گرفته اند. در سال های اخیر استفاده از ضمانتنامه های بانکی به علت نقش مؤثر آنها در انعقاد قراردادهای تجاری و اقتصادی و نیز روانسازی تعهدهای ناشی از اجرای این قراردادها رو به افزایش است؛ البته به کارگیری این اسناد در عرصه تولید، به ویژه در اعطای وام به تولیدکنندگان و بخش تجارت اهمیت بالایی دارد. بنابراین شاید بتوانیم با بررسی انواع گوناگون ضمانتنامه‌های بانکی که در بخش‌های گوناگون صنعت و تجارت صادر میشوند، به راحتی به کارکردها یا کاربردهای این اسناد دست یابیم

این سند نوظهور ویژگی های ممتازی دارد که باعث اقبال هر چه بیشتر تجار به آن گردیده است. پوشش ریسک معامله را می‌توان مهمترین ویژگی این نوع تضمین دانست. ضمانتنامه مستقل این اطمینان را به ذینفع می‌دهد که در صورت عدم ایفای تعهد از جانب متعهد اصلی، وی می‌تواند وجه ضمانتنامه را مطابق متن آن از ضامن مطالبه و دریافت نماید.

همچنین ضمانتنامه سندی با قابلیت انعطاف بالاست که طرفین می‌توانند متن و شرایط آن را به دلخواه خود تغییر یا اصلاح نمایند. استقلال از رابطه پایه، پرداخت فوری وجه در

صورت دریافت اسناد با مطالبه منطبق، غیر قابل برگشت بودن تعهد صادر کننده ضمانت نامه و قابلیت انتقال عواید از دیگر مشخصه های این سند نو ظهور می باشند.

مساله اصلی پژوهش

در کشور عزیزمان ایران، قسمتی از سرمایه ها و منابع مالی که می تواند در خدمت تولید و رفاه عمومی جامعه قرار گیرد به علت عدم پذیرش ریسک مرتبط با سرمایه گذاری ها از طرف مالکان آنها، از چرخه اقتصادی خارج گردیده و این امر در کنار دیگر عوامل دخیل از جمله تحریم های ظالمانه بین المللی، سهم ناچیز بازار سرمایه در تامین مالی اقتصاد مانع از رسیدن به رشد اقتصادی مطلوب و اهداف ترسیم شده است. لذا شناخت و روش بکار گیری صحیح از ابزارهای تضمینی در جهت تامین منابع مالی اقتصاد کشور، گامی بسیار مهم و ضروری در جذب منابع مادی و معنوی داخل و خارج از کشور محسوب شده و در نهایت رونق اقتصادی و رفاه عمومی برای جامعه را به ارمغان خواهد آورد.

تعریف ضمانت

ماده ۶۸۴ قانون مدنی ایران در تعریف ضمانت مقرر داشته است: «عقد ضمان، عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده می گیرد...».

به موجب تعریف فوق به محض تحقق یافتن ضمانت، آنچه در ذمه مدیون است در ذمه شخص دیگر که ضامن است قرار می گیرد و مدیون از دین خود بری می شود؛ یعنی بستانکار نمی تواند برای مطالبه طلب خود به او مراجعه کند. (امامی، ۱۳۷۵: ۲۵۲)

ب. طرفهای ضمانت

در ضمانت، سه شخص (سه طرف) مشارکت دارند:

اول. شخصی که تعهد یا دلیلی بر عهده اوست و از او در مقابل شخص دیگری ضمانت می شود. چنین شخصی «مضمون منه» با درخواست کننده ضمانت نامیده می شود.^۱

دوم. شخصی که آن دین با تعهد را بر عهده می گیرد، که در اصطلاح به چنین شخصی «ضامن» می گویند.^۲

^۱ در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه ها مضمون^۱ عنه اصیل Principle نامیده می شود.

^۲ در مقررات متحدالشکل ضمانتنامه، شخص ضمانت کننده guarantor خوانده شده است.

سوم. شخصی که تعهد ضامن به نفع او انجام می گیرد، که چنین شخصی اصطلاحاً مضمون له نامیده می شود.^۱

جملات اخیر ماده ۶۸۴ قانون مدنی طرفهای ضمانت را به شرح زیر بیان نموده است: متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند»

صور مختلف ضمانت

ضمانت را می توان از جهت چگونگی وسعت دامنه آن بر سه گونه به شرح زیر تقسیم کرد:

- مشروط یا مطلق بودن

- محدود یا غیر محدود بودن

- عام یا خاص بودن

ضمانت مطلق، ضمانتی است که مقید به هیچ شرطی نباشد. مثال این نوع ضمانت، ضمانتی است که به موجب آن به محض سر رسید تاریخ معین و امتناع مضمون له از پرداخت، مسئولیت ضامن تحقق پیدا می کند. هر گاه مسئولیتی که به موجب ضمانت ایجاد می شود محدود به مدت معینی باشد ضمانت محدود است و در غیر این صورت نامحدود.

گاه نیز ممکن است ضمانت به بیش از یک معامله مربوط باشد، که در این صورت، ضمانت عام است؛ ولی هرگاه ضمانت به یک معامله خاص ارتباط داشته باشد، ضمانت خاص است.

اسنادی که در معاملات بین المللی به جای ضمانتنامه به کار می روند نظر به پاره‌ای ملاحظات و به ویژه مقررات خاص کشورهای مختلف در رابطه با ماهیت ضمانت، صدور ضمانت نامه در همه مکان ها به یک صورت نیست. اسنادی که به جای ضمانتنامه در روابط تجاری و معاملات بین المللی به کار می روند عمدتاً عبارتند از:

- سند وثیقه

- اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی

- اعتبار اسنادی متقابل

^۱ در مقررات فوق الذکر شخص ذینفدع beneficiary نامیده شده است.

تضمین در تجارت بین الملل

در تجارت بین الملل همواره بحث تضمین بسیار پر اهمیت است؛ زیرا این نوع تجارت متضمن گردش حجم وسیعی از اموال و اعتبارات میان مرزهای جغرافیایی و مجازی کشورها است. در بند ۴ از قسمت ۳ ماده ۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی که توسط مؤسسه یکنواخت سازی حقوقی تدوین شده و الگویی پذیرفته شده برای انعقاد قراردادهای تجاری بین المللی است، تضمین مناسب در قراردادهای یادشده به عنوان یک اصل درج شده است^۱، همچنین، اصل یادشده علاوه بر اصل وجود تضمین، متذکر تناسب تضمین با قرارداد مورد نظر نیز می شود^۲

از سوی دیگر، از دیرباز حوزه یادشده، در مواجهه با انواع خطرات تجاری و غیر تجاری بوده است. عدم ثبات در قوانین، عدم ثبات و امنیت اقتصادی، مسائل سیاسی، نوسانات ارزی منازعات داخلی، سلب مالکیت، تقض مالکیت به دلایل سیاسی و اعمال محدودیت نقل و انتقال پول، استنکاف خریدار از قبول کالای صادر شده با خدمت انجام شده، عدم پرداخت بهای کالا یا خدمات در سررسید مقرر، عدم توانایی مالی خریدار به دلیل ورشکستگی، بروز جنگ یا حالت جنگ، اعمال سیاست های محدودیت واردات و صادرات، سلب مالکیت خریدار بر اثر ملی شدن یا مصادره اموال، همگی خطراتی هستند که علی رغم غیرقابل پیش بینی بودن، عامل بسیار مهمی در تشویق و عدم تشویق سرمایه گذاران خارجی برای سرمایه گذاری در یک کشور سرمایه پذیر است.

فعالان حوزه حقوق تجارت بین الملل در پاسخ به این نیاز، قراردادهای و نهادهایی را طراحی و اجرا کرده اند که تا حد زیادی می تواند سرمایه های در گردش سرمایه گذاران را در برابر خطرات اجتناب ناپذیر یادشده، در حاشیه امن قرار دهد که این امر خود، موجب افزایش گردش مالی، کاهش هزینه مبادله و تقویت رشد اقتصادی می شود. به نظر می رسد بحث امنیت در تجارت بین الملل در کشورهای در حال توسعه نسبت به کشورهای توسعه یافته اهمیت بسیار

^۱ طرفی که به طور معمول و معارف، اعتقاد دارد عدم اجرای اساسی تعهد از سوی طرف دیگر، محقق خواهد شد، می تواند خواستار تضمین مناسبی برای اجرای مقرر شده باشد و در عین حال از اجرای تعهد اثنی خودداری کند و در صورتی که تضمین مزبونه در مدت زمانی متعارف فراهم آورده نشود، به قرارداد خاتمه دهد.

^۲ Adequate assurance of the performance: a party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of the performance and may meanwhile hold it's own performance If this assurance is not provided whit a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

بیشتری دارد، زیرا به واسطه دارا بودن مواد اولیه، سرمایه گذاری در این کشورها به شیوه مستقیم انجام می شود و این شیوه سرمایه گذاری، ریسک بیش تری با خود به همراه دارد. این ابزارها طیف وسیعی را دربر می گیرند: برخی از آنها در تمام حوزه های تجارت بین الملل کاربرد داشته و برخی دیگر ویژه اموال و کالاهای فکری اند؛ برای مثال، محدودیت های مربوط به نوع و دامنه استفاده، تعهدات وابسته یا ترتیبات پیوندی، شروط انتقال معکوس. همچنین، تضمین در این حوزه شکل متفاوتی داشته و به نظر می رسد از قواعد عام تضمین که در قراردادهای غیر از مالکیت فکری جاری است، تبعیت می کند. در عرصه بین الملل نیز نهادهایی تأسیس شده اند که صرفاً به ارائه خدمات تضمین در قراردادهای تجاری بین المللی به روش های یادشده می پردازند، مثلاً آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری^۱ و صندوق های پوشش ریسک^۲ از این قبیل نهادها هستند. در ایران نیز صندوق ضمانت صادرات برای پوشش ریسک تأسیس شده و این امر نشانگر اهمیت تضمین در قراردادهای تجاری بین المللی است.

ماهیت ضمانت در حقوق ایران

در حقوق ایران، بحث از ضمانت، در قوانین مختلفی به میان آمده است که ماهیتاً با یکدیگر متفاوت اند. فصل دوم از باب دوم قانون مدنی ایران (مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷) به بحث در «ضمان قهری» اختصاص دارد. ضمان قهری، ناشی از اموری از قبیل غصب و آنچه که در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء است.

نوع دیگری از ضمان، ضمان عقدی است که در قانون مدنی تحت عنوان «عقد ضمان» آمده و به طوری که از منطوق آن بر می آید ماهیتاً عقد تلقی شده است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی با این عبارت عقد ضمان را تعریف کرده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دی نگاهی است، به عهده بگیرد.»

از عبارت فوق به خوبی استنباط می شود که ماهیت ضمانت از نظر قانون مدنی ایران نقل ذمه یکی از طرفهای عقد ضمان به ذمه دیگری است. معهداً ماده ۶۹۸ قانون مذکور، در تبیین مفهوم فوق چنین مقرر داشته است:

¹ Multilateral Investment Guarantee Agency.

² Hedge Funds

«بعد از اینکه ضامن به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود».

در قانون تجارت و بین تجار و بازرگانان و شرکت‌ها که مسئله خرید و فروش و حمل و نقل و سفارش کالا اهمیت روزافزونی دارد مسئله ضمانت از اهمیت بیشتری برخوردار است چرا که سرمایه‌گذاری کلان بدون پشتوانه باعث تشویش خاطر صاحبان سهام می‌شود به همین جهت مسئله تضمین و ضمانت چهره واقعی خود را نمایان می‌سازد. بنابراین در بین بازرگانان و اشخاص حقوقی دو نوع ضمانت وجود دارد: ضمانت فردی، ضمانت دسته‌جمعی.

ضمانت فردی

در ضمانت فردی ضامن یک نفر بوده و مسوولیت پرداخت و ایفاء تعهدی را که بر عهده گرفته است خواهد داشت به این معنی که طلبکار می‌تواند از هر یک از بدهکار و ضامن برای مطالبه و اخذ طلب خود مراجعه نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۳)

ضمانت دسته‌جمعی

ضمانت دسته‌جمعی یا گروهی که به آن مسوولیت تضامنی گفته می‌شود. در شرکت‌هایی است که سرمایه آنها زیاد و قابل توجه است و برای پشتوانه و تضمین آن افراد مسوولیت تضامنی دارند و همچنین در مورد قراردادهایی که بر اساس تضامن منعقد می‌گردد طلبکار یا طلبکاران می‌توانند برای وصول طلب خود به بدهکار اصلی مراجعه و دین خود را مطالبه نمایند چنانچه پرداخت ننمود به ضامن و اگر ضامن هم به جهت و موجباتی از پرداخت طلب خودداری نمود و یا قادر به تأدیه آن نگردد به شریک و یا شرکاء دیگر مراجعه کنند.

همچنان که ماده ۴۰۴ قانون تجارت در این مورد می‌گوید: حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد یا قانون متضامناً مسوول انجام تعهدی شده باشند. بنابراین کسی که پرداخت و تأدیه وجهی را ضمانت می‌نماید و یا کسانی که با هم و به‌طور تضامنی متعهد به پرداخت وجوهی می‌گردند مسوولیت پرداخت آن را به‌عهده دارند ولی اگر یک نفر از آنها دین را بپردازد ذمه سایرین بری می‌گردد و اگر ضامن هم دین را تأدیه نمود دیگر مسوولیتی نداشته و تعهد خود را انجام داده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۳).

معانی تضمین در قوانین تجاری

در قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۳ می‌توان برای کلمه تضمین معانی زیر را یافت:

الف: به معنی وثیقه چنانکه مواد ذیل این مطلب را مدلل می‌دارد:

۱- بند ۱۷ ماده ۸ صدر ماده ۸ قانون مذکور اعلام داشته است «طرح اساسنامه باید با قید تاریخ به امضاء موسسین رسیده و مشتمل بر مطالب زیر باشد...» و در ادامه بندهای مربوط در بند ۱۷ آمده است تعداد سهام تضمینی که مدیران باید به صندوق شرکت بسپارند.^۱

۲- ماده ۱۱۴ همان قانون «مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است دارا باشند. این تعداد سهام نباید از تعداد سهامی که بموجب اساسنامه جهت دادن رای در مجامع عمومی لازم است کمتر باشد.

این سهام برای تضمین خساراتی است که ممکن است از تقصیرات مدیران منفردا یا مشترکا بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با اسم بوده و قابل انتقال نیست و مادام که مدیری مفاصا حساب دوره تصدی خود در شرکت را دریافت نداشته است سهام مذکور در صندوق شرکت بعنوان وثیقه باقی خواهد بود.^۲

در ادامه این بحث در مواد ۱۱۵ و ۱۱۶ و ۱۱۷ همان قانون نیز درباره این سهام مطالبی بیان گردیده است و در ماده ۱۱۷ مخصوصا از این سهام به عنوان «سهام وثیقه» نام برده شده است.

ب: به معنی ضمان عقدی: این معنی تضمین، همان ضمانت کردن است که آن را در موارد ذیل

^۱ نظیر این بند در قانون تجارت مصوب اردیبهشت ۱۳۹۱ بند ۷ ماده ۳۷ بود که در ماده ۳۷ مقرر میداشت شرکت باید دارای اساسنامه ای باشد که نکات ذیل مخصوصا در آن تصریح شود» و در بند ۷ آمده بود «عده سهامی که مدیران شرکت باید بصندوق شرکت بسپارند.» ولی چنانکه ملاحظه میشود کلمه تامین در آن نیامده بود.

^۲ ماده ۱۱۴ جایگزین ماده ۵۲ سابق است که مقرر مد است «هدرها باید یک عدد سهامی را که بموجب اساسنامه مقرر است دارا باشند. این سهام برای همین خساراتی است که ممکن است از اعمال اداری مدیرها مشترکا با منفردا بر شرکت وارد شود. سهام مذکور با اسم بوده و قابل نقل و انتقال نیست و بوسیله مهری که روی آنها زده میشود غیر قابل انتقال بودن آنها معلوم و در صندوق شرکت ودیعه خواهد بود. چنانکه ملاحظه میشود در این ماده نیز کلمه تضمین آمده است و این تنها جایی است که در مواد نسخ سده قانون تجارت سابق از این واژه استفاده شده بود. اما در ماده سابق به جای این عبارت ماده ۱۱۴ «... در صندوق شرکت به عنوان وثیقه خواهد بود» عبارت «... در صندوق شرکت ودیعه خواهد بود به کار رفته است و بدین وسیله آن را به عنوان امانت نه رهن معرفی کرده بود.

می توان دید:

۱- بند ۸ ماده ۵۸ - ماده ۵۸ مقرر می دارد «اطلاعیه انتشار اوراق قرضه باید مشتمل بر نکات زیر بوده و توسط دارندگان امضاء مجاز شرکت امضاء شده باشد. و آنگاه در بند ۸ ماده مذکور آمده است: «در صورتی که شرکت سابقا اوراق قرضه موسسه دیگر را تضمین کرده باشد مبلغ و مدت و سایر شرایط تضمین مذکور.»

۲- ماده ۱۳۲ قانون مذکور: «مدیر عامل شرکت و اعضاء هیئت مدیره باستثناء اشخاص حقوقی حق ندارند هیچگونه وام یا اعتبار از شرکت تحصیل نمایند شرکت نمی تواند دیون آنها را تضمین یا تعهد کند.»

۳- بند ۱۲ ماده ۱۷۴ همان قانون ماده ۱۷۴: «طرح اطلاعیه پذیره نویسی مذکور در ماده ۱۷۳ باید بامضای دارندگان امضاء مجاز شرکت رسیده، مشتمل بر نکات زیر باشد.» و در بند ۱۲ آمده است «مبلغ دیون شرکت و همچنین مبلغ دیون اشخاص که توسط شرکت تضمین شده است»
۴- در ماده ۲۳۵ پیش بینی شده است که «تعهداتی که شرکت، آن را تضمین کرده است باید با قید مبلغ در ذیل تراز نامه آورده شود.»

ج- تضمینات مربوط به اوراق قرضه و باز پرداخت آن:

- در بند ۷ ماده ۵۸:

ماده ۵۸ مقرر می دارد «اطلاعیه انتشار اوراق قرضه باید مشتمل بر نکات زیر بوده و توسط دارندگان امضاء مجاز شرکت ، امضاء شده باشد» و در بند ۷ ماده مذکور اشعار می دارد. در صورتی که شرکت سابقا" اوراق صادر کرده است مبلغ و تعداد و تاریخ صدور آن و تضمیناتی که احتمالا برای بازپرداخت آن در نظر گرفته شده است و همچنین مبالغ باز پرداخت شده آن و در صورتی که اوراق قرضه سابق قابل تبدیل به سهام شرکت بوده باشد مقداری از آن گونه اوراق قرضه که هنوز تبدیل به سهم نشده است.»

۲- بند ۱۰ ماده ۵۸ مقرر می دارد «تضمیناتی که احتمالا برای اوراق قرضه در نظر گرفته شده است»

۳- بند ۸ ماده ۶۰ همان قانون : ماده ۶۰ اعلام داشته است «ورقه قرضه باید شامل نکات زیر بوده و به همان ترتیبی که برای امضای اوراق سهام مقرر شده است امضاء شود» و در بند ۸ آن ماده یکی از آن نکات را چنین بیان داشته است «تضمیناتی که احتمالا برای قرضه در نظر گرفته شده است.»

۴- بند ۱۱ ماده ۱۷۴:

در صدر ماده مزبور آمده است «طرح اطلاعاتی پذیره نویسی مذکور در ماده ۱۷۳ باید بامضای مجاز شرکت رسیده و مشتمل بر نکات زیر باشد...» و در بند ۱۱ ماده فوق یکی از آن نکات را چنین ذکر کرده است: «مبلغ باز پرداخت نشده انواع دیگر اوراق قرضه ای که شرکت منتشر کرده است و تضمینات مربوط به آنها»

ضمانت اجرای بین‌المللی

۱. ضمانت اجرای کیفری در حقوق بین‌الملل - این ضمانت اجراء در مقابل نقض قواعد خاص و مشخص که عنوان جرم بین‌المللی را دارند تعیین می‌گردد.

ضمانت اجرای کیفری یعنی مجازات‌هایی که به نام جامعه توسط یک قاضی جزایی حکم داده شده باشد، بسیار نادر است. چرا که محیط اجتماعی (بین‌الملل) به قدر کافی برای تأسیس ضمانت اجرای کیفری تحول نیافته است.

البته که با تصویب اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۷ ژوئیه ۱۹۹۸، تحولی اساسی در زمینه ضمانت اجرای کیفری بین‌المللی پدید آمده است.

۲. ضمانت اجرای مدنی - در مقابل نقصان ضمانت اجرای کیفری در حقوق بین‌الملل، ضمانت اجرای مدنی از درجه تکامل نسبتاً بالایی برخوردار است، زیرا امروزه در حقوق بین‌الملل، اصل بر ضمانت اجرای مدنی است (اقدامات ترمیمی) تا کیفری (اقدامات تریبی و تزدیلی). به طور کلی ضمانت اجرای مدنی می‌تواند بدون آن که نیاز به قید آن در قواعد حقوقی باشد در رابطه با نقض هر قاعده حقوق بین‌الملل حادث گردد. البته ضمانت اجرای کیفری ممکن است ضمانت اجرای مدنی را نیز به دنبال داشته باشد. (جبران ضرر و زیان ناشی از جرم)

اعمال این نوع ضمانت اجراء یا به صورت تکلیف کشور متخلف به اعاده وضع به حالت اولیه یا پرداخت غرامت به کشور قربانی نقض مقررات حقوق بین‌الملل تجلی می‌یابد.

۳. ضمانت اجرای اخلاقی - این نوع ضمانت اجراء همان ارضای خاطره کشور قربانی نقض مقررات حقوق بین‌الملل است؛ به طور مثال به وسیله اظهار تأسف یا معذرت خواهی کشور متخلف در قبال کشور قربانی.

۴. ضمانت اجرای اقتصادی - شامل محاصره اقتصادی یا تحریم ورود برخی از کالاهای کشور متخلف به سایر کشورها و یا تحریم صدور برخی از کالاهای سایر کشورها به آن کشور،

۵. ضمانت اجرای دیپلماتیک - قطع یا کاهش روابط دیپلماتیک و کنسولی، احضار مأموران دیپلماتیک و کنسولی و بالاخره لغو روانامه کنسولی کشور متخلف از سوی کشور یا کشورهای پذیرنده، نیز از نوع این ضمانت اجراها می باشد

۶. ضمانت اجرای سیاسی - ضمانت اجرای سیاسی که فاقد هر گونه خصیصه حقوقی می باشد، می تواند شامل منتشر نمودن اسناد و مدارک حاکی از نقض حقوق بین الملل، به ویژه از ناحیه کشور قربانی نقض و همچنین اعتراض رسمی کشورها، به ویژه کشور قربانی نقض در مورد تخلف از مقررات حقوق بین الملل باشد.

۷. افکار عمومی جهانی - جلب توجه افکار عمومی جهانی در برابر نقض مقررات حقوق بین الملل و تأثیر آن در عملکرد کشورها یکی از عواملی است که می تواند به عنوان یکی از ضمانت اجرای مهمه حقوق بین الملل به شمار آید. چرا که، امروزه افکار عمومی در سطح جهان از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. از سوی دیگر دولتها نمی خواهند در سطح جهان خود را بی اعتنا به حقوق بین الملل جلوه دهند و این خود نشان دهنده ی اهمیت افکار عمومی است. از طرفی «بیداری و آگاهی فزاینده ملت ها به تاریخ»، مایه ظهور وجدان همگانی بشریت و تشکیل عامل نو پدیده «افکار عمومی جهانی» در روابط بین المللی شده است. ظلم، نابرابری، تجاوز، عهدشکنی و زورگویی و لشکر کشی توسط افکار عمومی محکوم می گردد و جامعه بشری اکنون از برکت این وجدان، تجاوز و زورگویی را به آسانی از یاد نمی برد و روا نمی دارد که عاملان آن ها بی کیفر باقی بمانند. بنابراین هر حکومتی سعی دارد تا حد امکان از حمایت افکار عمومی در سطح جهان برخوردار باشد. از سوی دیگر این رکن که به عنوان یکی از مهم ترین عنصر ضمانت اجراء در حقوق بین الملل است؛ در دیوان کیفری بین المللی هم به عنوان ضمانت اجرای مهم و موثر آن شناخته می گردد، چه از لحاظ تعهد دولتها برای همکاری با این نهاد کیفری و چه از لحاظ عدم ارتکاب جرایم بین المللی در واقع کمتر دولتی حاضر است با عدم رعایت یا تجاوز به اصول و قواعد حقوق بین الملل خود را در معرض انتقاد افکار عمومی در سطح جهان قرار دهد. حتی در چنین مواردی نیز دولت ها سعی کرده اند اعمال خود را منطبق با اصول و قواعد حقوق بین الملل جلوه دهند. و این به دلیل اهمیتی است که در عصر حاضر به جلب و اقتنای افکار عمومی داده می شود.

۸. اقدامات متقابل - یکی از مهم ترین عواملی که زمینه ساز اجرای حقوق بین الملل می باشد، اقدامات متقابل است. مهم ترین این اقدامات عبارتند از: دفاع مشروع، اقدامات مقابله به مثل یا تلافی جویانه و بالاخره معامله متقابل.

و اما با تصویب منشور ملل متحد در سال ۱۹۴۵، که به عنوان یک نمود عینی از توافقات مشترک دولتها در عرصه ی حقوق بین الملل است. بشریت بلندترین گام را برای حفظ صلح و امنیت بشر و نظم عمومی جهانی برداشت. برای رسیدن به این هدف، اعضای ملل متحد مسئولیت اولیه حفظ صلح و امنیت بین المللی؛ و در واقع ضمانت اجرای حقوق بین الملل را به طور عملی به شورای امنیت واگذار نمودند. به منظور انجام این وظیفه شورای امنیت، طبق فصل هفتم منشور در صورت احراز تهدید علیه صلح، نقض صلح یا عمل تجاوز براساس مواد ۴۱ و ۴۲ منشور به اقدامات غیر نظامی و نظامی برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین المللی دست می یازد.

و اما تاسیس و لازم الاجراء شدن دیوان کیفری بین المللی در اول جولای ۲۰۰۲ که خود یک نمود عینی از توافقات مشترک دولتها در عرصه ی حقوق بین الملل است از ضمانت اجراهای به مفهوم حقوق بین المللی برخوردار می باشد.

قبل از تاسیس دیوان کیفری بین المللی، با سه نسل از دادگاه های کیفری بین المللی مواجه هستیم

۱. نسل اول دادگاههای بعد از پایان جنگ جهانی دوم (دادگاههای نورنبرگ و نوکیو)
 ۲. نسل دوم دادگاههای بعد از پایان جنگ سرد (دادگاههای یوگسلاوی سابق و رواندا)
 ۳. نسل سوم دادگاههای با خصلت ملی و بین المللی (سیرالئون. کامبوج. تیمور شرقی و لبنان)
- و در نهایت با دیوان کیفری بین المللی مواجه می گردیم
- اما در ارتباط با این دادگاه ها، تا قبل از تاسیس دیوان کیفری بین المللی انتقاداتی به شرح ذیل قابل بررسی می باشد.

۱. تشکیل بنای این دادگاه ها براساس صلاحدید دول پیروز در جنگ بود
۲. عدم رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها در آنها
۳. یک مرحله ای بودن دادگاهها
۴. موقتی بودن آنها از حیث زمان

دیوان کیفری بین المللی

نسل چهارم از دادگاهها دیوان کیفری بین المللی می باشد که از ویژگیهای بارز آن این است که اولاً: موقت نمی باشد. ثانیاً: اصل قانونی بودن جرم و مجازات ها در آن رعایت می گردد. ثالثاً: اصول دادرسی که در آن تعریف، و عادلانه تعیین شده است به عنوان ضمانت اجرای حقوق بین الملل به شمار می رود. رابعاً: صلاحیت این دیوان تکمیلی است یعنی در صورتی که دول عضو نخواهند یا نتوانند به جرایم رسیدگی کنند دیوان کیفری بین المللی رسیدگی خواهد نمود. خامساً: حصر صلاحیت ذاتی دیوان در رسیدگی به جرایم شناخته شده در حقوق بین الملل عام است که از ویژگی خاص این دیوان می باشد. سادساً: برخلاف دادگاههای پس از پایان جنگ جهانی دوم و جنگ سرد که مربوط به گذشته و جنایات بوقوع پیوسته در گذشته می شدند. صلاحیت دیوان کیفری بین المللی مربوط به آینده (prospective) است و تمامی جرایم بعد از لازم الاجراء شدن اساسنامه را در بر می گیرد

اما در خصوص ضمانت اجرای این نهاد کیفری بین المللی باید عنوان نمائیم که ضمانت اجرای این نهاد کیفری به مانند حقوق بین الملل می باشد. چرا که همانطوری که عنوان نمودم دیوان کیفری بین المللی خود یک نمود عینی از توافقات مشترک دولتها در عرصه ی حقوق بین الملل است. بنابراین از ضمانت اجراهای به مفهوم حقوق بین المللی هم برخوردار می باشد.

انواع تضمین و تامین در معاملات بین المللی و تحلیل آنها

در تجارت بین الملل و ارتباط حاکم در بین تجار با توجه به گسترش عرصه های تجاری، آزادسازی و جهانی سازی فعالیت های مالی و تجاری، هر گاه اعتبار یکی از طرفین معامله برای طرف دیگر محرز نباشد و به ویژه در معاملات دولتی یا معاملاتی که یکی از طرفین آن مانند دو لنتها دارای اعتباری مسلم باشند، معمولاً از طرف معامله که اعتبار او محرز یا قابل اعتماد نیست خواسته می شود، تامین برای حسن اجرای تعهدات خود بسپارد. (رضائی و اشعه شعار، ۱۳۹۱)

پوشش انواع ریسکها در تجارت بین المللی یکی از نیازهای اصلی طرف های قراردادهای بین المللی می باشد. این ریسکها با افزایش حجم تجارت جهانی هر روز افزایش می یابد بطوری که با گذشت زمان نه تنها از میزان این خطرها کاسته نمی شود بلکه با انواع روشهای نوین در

تجارت بین‌المللی و افزایش روز افزون روشهای مبادلات و قراردادهای بین‌المللی این ریسکها افزایش می‌یابند.

به منظور پوشش ریسک در معاملات بین‌المللی و تأمین برای حسن اجرای تعهدات، از انواع تأمین به شرح ذیل در تجارت بین‌الملل استفاده می‌گردد.

- ۱- سپرده نقدی^۱
- ۲- کسور نقدی وجه الضمان^۲
- ۳- سند وثیقه^۳
- ۴- اوراق قرضه دولتی^۴
- ۵- اسناد خزانه^۵
- ۶- ضمانت نامه های بانکی^۶
- ۷- اعتبار اسنادی احتیاطی یا تضمینی^۷
- ۸- اعتبار اسنادی متقابل^۸

فروش اعتباری محصولات و خدمات، تمایل کنشگران اقتصادی در دسترسی به بازارهای بین‌المللی و نیاز کشورها به سرمایه‌گذاری خارجی، تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی از طریق مشارکت در ریسک، در کنار دیگر عوامل، گروه‌های مختلف نقش آفرین در حوزه اقتصاد و تجارت بین‌الملل از جمله اساتید دانشگاه‌ها، تجار، بازرگانان، صرافان و بانکداران را بر آن داشته تا با مطالعه و شناخت ابزارهای تأمین موجود و خلق ابزارهای جدید، موجبات شکوفایی اقتصادی و رونق تجارت بین‌الملل را از طریق پوشش انواع ریسکهای اطراف معاملات داخلی و بین‌المللی فراهم نمایند. پیدایش و شکل‌گیری انواع موسسات بازرگانی و غیر بازرگانی با هدف بکارگیری بهینه از ابزارهای تضمینی شناخته شده در سطح بین‌الملل از جمله ضمانت نامه های بانکی، اعتبار اسنادی تضمینی، سند وثیقه، اسناد خزانه، اوراق قرضه و ... همگی نشان

¹Cash Deposif

² Cash Gucrantee Retention

³ Surety Bonds

⁴Government Bonds

⁵ Treasury Bonds

⁶Bank Guarantee

⁷Stand- by letter of credit

⁸ Back to back L/C

دهنده ضرورت و جایگاه این ابزارها و روش صحیح استفاده از آنها، در جهت ارتقا و توسعه کشورها می باشد.

بند اول - سپرده نقدی:

صاحبان سپرده های مختلف از جمله سرمایه گذاری های بلند مدت و کوتاه مدت و جاری می توانند قسمتی و یا تمام سپرده خود را طی قراردادی بابت تضمین تعهدات خود به وثیقه طلبکار در آورند. (اعتبارات بانک ملی، ۱۳۹۴)

در عمل در بانکداری متعارف، بانکها وجوه نقدی مردم و موسسه ها را در قالب سه نوع سپرده جاری، پس انداز و مدت دار جذب می کنند و طبق قوانین خاصی بازپرداخت همه سپرده ها را تضمین می کنند و برای سپرده های پس انداز و مدت دار علاوه بر اصل سپرده ها، پرداخت درصدی به عنوان بهره را نیز متعهد می شوند و در خصوص ماهیت مقتضی سپرده های بانکی، احتمال های مختلفی را از اندیشمندان اسلامی مطرح کرده اند احتمال قرض، ودیعه، ودیعه ناقص، عاریه، اجاره و غیره می رود. در کشورهای مختلف، ماهیت سپرده های بانکی به اشکال گوناگون بررسی می گردد. (موسویان، ۱۳۸۹)

بند دوم - کسور نقدی وجه الضمان

در پیمان های منعقد شده در سطح داخل و بین المل معمولاً کارفرمایان برای اطمینان از صحت انجام کار پیمانکار و یا جلوگیری از نقص های که در آینده ممکن است به واسطه خدمت ارائه شده روی دهد پس از تحویل قطعی و تا مدتی تعیین شده مبالغی به عنوان تضمین اجرای کار معادل ۵ تا ۱۰ درصد از مبلغ ناخالص صورت وضعیت های پیمانکار را کسر نموده و در جای نزد خود نگهداری می نماید و بنابر تقاضای پیمانکار و در مقابل ضمانت نامه بانکی ضمانت نامه استرداد کسور وجه الضمان مبلغ تضمین حسن اجرای کار را می تواند به پیمانکار مسترد نماید.

بند سوم - سند وثیقه

صادر کنندگان سند وثیقه مؤسسات بیمه و مؤسسات اعتباری خاصی غیر از بانکها هستند و اتحادیه ای به نام خود دارند. صادر کنندگان سند وثیقه، معمولاً علاوه بر صلاحیت مالی، به

صلاحیت فنی پیمانکاری که از آنان درخواست صدور سند وثیقه نموده به صورت حرفه ای و با رعایت اینکه خود در نتیجه حاصله از کار ذینفع است و اگر خطری ایجاد شود به طور عمده متوجه خود او نیز خواهد بود، رسیدگی می نمایند و در مقابل کار فرما و به نفع او تعهد می کنند که هرگاه پیمانکار قصور کند، یا شخص موجبات اجرای تعهدات پیمانکار را فراهم آورند و یا مبلغ تعیین شده در سند وثیقه را به کارفرما بپردازند.

بند چهارم - اوراق قرضه (اوراق مشارکت)

بطور کلی در شیوه های متعارف تامین مالی داخلی و خارجی جهت طرح های سرمایه گذاری به دو روش قرضی (فاینانس، ریفاینانس، یوزانس و اوراق قرضه.....) و غیر قرض (مشارکت مدنی و سرمایه گذاری مستقیم) صورت می گیرد. یکی از ابزارهای مهم در تامین مالی به شیوه استقراضی، اوراق قرضه (اوراق مشارکت) می باشد.

تامین مالی به روش قرض کلیه وامها و خطوط اعتباری کوتاه مدت، میان مدت و بلند مدت در قالب فاینانس و ریفاینانس که توسط بانکها و سازمانهای بین المللی غیر بانکی، بانک جهانی^۱ بانکهای توسعه ای و منطقه ای مانند بانک توسعه اسلامی^۲، سایر موسسات مالی و حتی دولتها ایجاد می شود را شامل می شود.

بند پنجم - اسناد خزانه^۳:

اسناد خزانه داری اوراق بهاداری هستند که بوسیله خزانه داری برای تامین مالی دولت ایالات متحده منتشر می گردد و به آن بهره ثابت و معنی تعلق می گیرد. (میشکن، ۱۳۸۸) بازدهی اسناد خزانه داری نسبت به نرخ های بهره دیگر انواع اوراق قرضه کمتر است. دلیل این موضوع آن است که اسناد خزانه داری هیچ ریسک مالی و یا خطر سوخت اعتبار اعطایی^۴ را در بر ندارند. این خطر احتمالی در مورد بازپرداخت وام وجود دارد. دولت ایالات متحده با قدرت مالیاتی عظیم خود در بازپرداخت وام ایمن و بی خطر محسوب می شود و به همین دلیل بازدهی اسناد خزانه داری به عنوان مبنایی برای همه انواع دیگر نرخ بهره در نظر گرفته می شود.

¹ world bank

² Islamic development bank

³ treasury securities

⁴ Credit risk

بند ششم - ضمانت نامه های بانکی و اعتبار اسناد ضمانتی

ضمانت نامه بانکی^۱ و یا معادل آمریکایی^۲ آن یعنی اعتبار اسنادی ضمانتی را می توان از ابزارهای جدید قانونی به شمار آورد. به نظر می رسد از این ابزار برای اولین بار در بازارهای داخلی کشور آمریکا حدود اواسط دهه ۱۹۶۰ استفاده شده است. این در حالی است که طبق نظر بانکداران استفاده از آنها در مبادلات تجاری بلور وسیع به اوایل دهه ۱۹۷۰ می رسد. افزایش ثروت کشورهای تولید کننده نفت در خاور میانه در این برهه ای از زمان منجر به تنظیم قراردادهای اصلی این کشورها در رابطه با پروژه های عقلم خود با کشورهای غربی گردید. این پروژه ها شامل زیر ساخت های بنیادی و زیر بنایی کشورهای یادشده مانند ساخت جاده های فرودگاه ها، تسهیلات بنادر) امور عام المنفعه (ساخت مسکن، بیمارستان ها، شبکه های مخابراتی و نیروگاه های برق) صنایع، پروژه های کشاورزی و دفاع ملی می باشد.

بند هفتم - اعتبار اسنادی متقابل^۳

اعتبار اسنادی متقابل، اعتباری است که در آن ذینفع یک اعتبار اسنادی، خود صادر کننده یک ضمانتنامه یا یک اعتبار اسنادی دیگر است. نظر به این که مؤسسات مالی و اعتباری خارجی که اعتبار اسنادی تضمینی با احتیاطی را صادر می کنند، برای کارفرمایان ایرانی معمولاً ناشناخته اند، در قراردادهایی که برای اجرای پروژه های بزرگ با پیمانکاران خارجی منعقد می گردد تصریح می شود که ضمانتنامه باید از یک بانک ایرانی و مطابق فرمی که مورد قبول کارفرما است تحصیل گردد.

بند هشتم - سهام خزانه^۴

هنگامی که شرکتی اقدام به خرید سهام خود نماید، سهامی حاصل کرده است که به آن سهام خزانه گویند. (مشایخ و تبصری، ۱۳۹۳)

مفهوم «بازخرید سهام به موقعیتی اطلاق می گردد که در آن سهام شرکت توسط سهامداران همان شرکت و به منظور نگهداری برای فروش مجدد یا ابطال، خریداری می شود. چنانچه سهام

¹ Bank guarantee

² Standy letter of credit

³ Back to Back Letter of Credit

⁴ Treasury Stock

باز خرید شده برای مدت محدود با نامحدود و برای فروش در آینده ذخیره می شود آن را سهام خزانه گویند. (نظام دوست، ۱۳۹۲)

نتیجه گیری

مسئله تضمین ایفاء تعهدات در حقوق تجارت داخلی و بین المللی اهمیت به سزایی دارد. مخصوصا در بازرگانی بین الملل که حجم کلان تولید، خرید و فروش کالا و اجرای طرحهای منظم و پیچیده، مستلزم همکاری شرکتها و موسسات مختلف تولیدی و خدماتی است که در کشورهای دور و نزدیک وجود یافته اند و در قراردادهای چند جانبه خود چنانکه باید و شاید یکدیگر را نمی شناسند. لذا تامین اعتماد و جلب نظر طرف معامله نیاز به تضمین کافی داشته و دارد. همواره تضمین در معاملات بین المللی بیشتر پوشش دهنده ریسکهایی است که مانع از انعقاد قرارداد بین طرفین می گردد. شناخت این ریسکها و عوامل اصلی در موجودیت آنها تاثیر بسزایی در روابط بین طرفین معامله دارد. ریسکهای ناشی از عدم شناخت خریدار و فروشنده و به تبع آن عدم پرداخت وجه توسط خریدار و یا عدم تحویل کالا توسط فروشنده و یا کالای معیوب، ریسکهای سیاسی و فنی و اقتصادی که هر کدام می تواند منجر به تخریب روابط بین تجار گردد و به تجارت بین الملل صدمه وارد نماید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۷۵). **حقوق مدنی**، جلد اول، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ شانزدهم.
- ربیعا، اسکیتی (۱۳۷۱). **مباحثی از حقوق تجارت بین الملل**، تهران: انتشارات ندا.
- ربیعی، حسین و محمدپور، علی (۱۳۹۶). «تحلیل روند و ویژگی‌های جنگ تحمیلی عراق علیه ایران با تأکید بر بنیان‌های جغرافیای نظامی»، **فصلنامه مطالعات دفاع مقدس**، دوره ۳، شماره ۴، صص ۴۷-۷۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). **درس‌هایی از عقود معین ۲**، چاپ دوازدهم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). **حقوق مدنی، عقود معین ۴**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، ج ۱، مقدمه علم حقوق سپرده نقدی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- قریشی، سیدرسول (۱۳۹۷). «بازخوانی مسئولیت بین‌المللی رژیم بعث عراق در جنگ تحمیلی علیه ایران: تحلیل قطعنامه‌های شورای امنیت و سازوکار تعیین متجاوز»، **فصلنامه مطالعات دفاع مقدس**، دوره ۴، شماره ۳، صص ۵۳-۸۲.
- فشلاقی نیگجه، افشین و توحیدی، احمدرضا (۱۳۹۷). «واکاوی جنگ رژیم بعث عراق علیه ایران از منظر حقوق بشردوستانه»، **فصلنامه مطالعات دفاع مقدس**، دوره ۴، شماره ۳، صص ۱۰۵-۱۲۰.
- مشایخ، شهناز و تبصری، سپیده سادات (۱۳۹۳). «سهم خزانه و مزایای استفاده از آن در بورس‌ها»، **مجله پژوهش حسابداری**، شماره ۱۲، بهار.
- موسویان، سید عباس (۱۳۹۳). «اسناد خزانه اسلامی از الف تا ی»، **کد مقاله ۱۱۰۷۷۱** ارائه شده در وب سایت <https://mbri.ac.ir/Default.aspx?PageName=News&ID=110778>
- نظام دوست، حسین (۱۳۹۲). «مبانی حقوقی پیام خزانه»، **مجله بورس**، شماره ۱۰۷، دی ماه.