

پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه

همایون مافی* - محمد فرزندگان**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۴/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۶)

چکیده

یکی از اصول حاکم بر قراردادهای ضمانت نامه بانکی، اصل استقلال از قرارداد پایه است. نتیجه منطقی و مهم اصل مذکور آن است که ایرادات مربوط به رابطه پایه میان متقاضی ضمانت نامه و ذی نفع، قابل استناد نبوده و بانک با توجه به تعهد مستقل خود در برابر ذی نفع، موظف به پرداخت بی قید و شرط ضمانت نامه است. این پژوهش در پی آن است که ضمن بررسی دیدگاه دکترین و رویه قضایی راجع به مفهوم استقلال و قلمرو آن، به بررسی استثنائات محتمل این اصل، مانند تقلب و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران پرداخته و به این سؤال مهم پاسخ گوید که در صورت سوء استفاده ذی نفع از اصل استقلال و مطالبه ناروای وجه آن، دادگاه قادر خواهد بود برخلاف ماهیت قراردادی اصل استقلال، دستور موقت به منع پرداخت صادر کند.

کلید واژگان: ضمانت نامه بانکی، اصل استقلال، قرارداد پایه، مطالبه ناروا، بدون قید و شرط

* دانشیار حقوق تجارت بین الملل، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)

hmynmافی@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

mohfarzanegan@gmail.com

مقدمه

ضمانت‌نامه بانکی، یکی از ابزارهای رایج بانکی در زمینه روابط قراردادی بازرگانی بین‌المللی است. در عرصه تجارت، وجود اطمینان‌خاطر برای تجار در انعقاد و اجرای قراردادهای سبب شکوفایی و رونق اقتصادی می‌شود. ضمانت‌نامه بانکی در این عرصه، با کارکردهای گوناگون، فعال‌ترین نقش‌ها را ایفا می‌کند و امنیت لازم را برای بازرگانان به ارمغان می‌آورد.

یکی از مهم‌ترین عوامل کاربرد گسترده این سند تجاری برای پوشش خطرات احتمالی معاملات بازرگانی، ویژگی استقلال این نوع از ضمانت‌نامه‌هاست. طبق اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی که از مهم‌ترین اصول حاکم بر این ضمانت‌نامه‌هاست، قرارداد ضمانت‌نامه بانکی، خود به تنهایی قراردادی مستقل است که به هیچ رابطه یا تعهد حقوقی دیگر، اتکا و وابستگی ندارد.

این ویژگی مهم، ریشه در عرف و رویه بازرگانی و بانکی دارد؛ جایی که متعهدله یک رابطه حقوقی، نفع خود را در آن دیده که با در دست داشتن سندی که به سادگی و بدون قید و شرطی نقد می‌شود بتواند خسارات ناشی از عهدشکنی متعهد را به راحتی جبران کند. از سوی دیگر، بانک‌ها نیز با روی آوردن به آن، از هرگونه تکلیف بررسی ادعاها و ایرادات طرفین قرارداد پایه، خلاصی می‌یابند. اصل استقلال، همچنین باعث شده که ضمانت‌نامه بانکی با تمام شباهتی که در هدف با عقد ضمان سنتی دارد، متفاوت از آن جلوه کند و شرایط و آثار مخصوص به خود را داشته باشد.

اصل استقلال، نتیجه‌ای مهم دارد که به موجب آن، متقاضی ضمانت‌نامه از طرح هرگونه ایراد مرتبط با قرارداد پایه ممنوع است اما نباید چنین پنداشت که این اصل، سدی خدشه‌ناپذیر میان قرارداد پایه و ضمانت‌نامه بانکی ایجاد کرده است. اصولاً حقوق‌دانان در پاسخ به ندای عدالت در برابر ذی‌نفع سوءاستفاده‌گر، این اصل را با استثنایی به نام تقلب مواجه کرده‌اند.

این پژوهش سعی دارد علاوه بر بررسی دکتین و رویه قضایی خارجی در این زمینه، با در نظر گرفتن حقوق داخلی، به ویژه دستورالعمل ناظر بر ضمانت نامه بانکی (ریالی) که اخیراً^۱ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده، به بررسی پرداخت بدون قید و شرط ضمانت نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه بپردازد.

۱. اصل استقلال ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی در کنار اعتبارات اسنادی تضمینی^۲ از جمله تعهدات مستقل بانکی جهت تضمین اجرای تعهدات ناشی از قرارداد اصلی یا پایه و ایجاد اطمینان برای طرفین آن قرارداد به حساب می آید.^۳

اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از مهم ترین اصول حاکم بر ضمانت نامه های بانکی است و همین اصل، سبب جدایی میان ضمانت نامه بانکی و عقد ضمان به معنای سنتی آن شده که عقدی تبعی و وابسته به مبنای خود است.

۱-۱. استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه

ویژگی اصلی و بارز ضمانت نامه های بانکی، مستقل بودن از قرارداد پایه است یعنی رابطه پایه میان متقاضی و ذی نفع، تأثیری در قرارداد ضمانت نامه بانکی ندارد.^۴ این ویژگی استقلال، سبب رونق و فراگیری ضمانت نامه ها در معاملات تجاری می شود چون این وصف مهم باعث تفکیک این نهاد نوظهور از نهادهای مشابه سنتی (عقد ضمان) می شود و

۱. این دستورالعمل در یک هزار و یک صد و هفتاد و ششمین جلسه شورای پول و اعتبار مورخ ۱۳۹۳/۲/۹ تصویب شد.

۲. اعتبارات اسنادی تضمینی از حیث کارکرد و هدف، بیش از آنکه به اعتبارات اسنادی تجاری نزدیک باشد، شباهت تام به ضمانت نامه های بانکی دارد و خاستگاه آن را باید در آمریکا، جایی که بانک ها از صدور ضمانت نامه بانکی ممنوع بوده اند جستجو کرد. (www.finanzinternazionale.com)

3. Hinkelman, Edward G. (2009), A Short Course in International Payments, world Trade Press, p 50

4. Chipashvili, Nino (2013), The Banks Gurantee under the Uniform International Rules, European Scientific Journal, Vol.1, p 71

در عرصه تجارت، بخصوص تجارت بین الملل، اطمینان خاطر بیشتری برای بازرگانان به ارمغان آورده است.

در عقد ضمان، تعهد ضامن نسبت به تعهد بدهکار اصلی به شکل تبعی است به نحوی که حتی شرط صریح قراردادی نیز نمی تواند این صفت را از عقد ضمان سلب کند^۱ اما ضمانت نامه بانکی از قرارداد اصلی که سبب به وجود آمدن آن شده منتزع است. به عبارت دیگر، اگرچه هدف یک ضمانت نامه، تضمین متعهدله یا ذی نفع در برابر خسارات ناشی از تخلف متعهد یا ضمانت خواه در قرارداد پایه است اما حق ذی نفع نسبت به مطالبه وجه ضمانت نامه، صرفاً با مراجعه به مفاد و شروط گنجانده شده در ضمانت نامه مشخص می گردد.^۲ از این جهت، ضمانت نامه بانکی، مطابق با اعتبارات اسنادی تضمینی در شکل و ظاهر، تعهدی ابتدایی ولی در قصد و باطن، تعهدی ثانوی و فرعی قلمداد می شود.^۳

باید دانست که استقلال ضمانت نامه بانکی به معنای استقلال مطلق و انتزاع کامل از قرارداد پایه نیست زیرا ضمانت نامه بانکی به موجب یک قرارداد اصلی و اصولاً با درخواست متعهد یا ضمانت خواه توسط بانک گشایش می شود. بنابراین در صورتی که وجه ضمانت نامه توسط ذی نفع آن از بانک مطالبه شود، بانک هم می تواند پس از پرداخت وجه ضمانت نامه با استناد به همین امر از ضمانت خواه خسارت وارده را مطالبه نماید و یا چنانچه ضمانت نامه متقابل^۴ صادر شده باشد، بانک پرداخت کننده وجه، خواهد توانست که به بانک اول رجوع کند.^۵ (بنابراین در نهایت امر، بار این خسارت بر دوش ضمانت خواه می ماند).

۱. کاشانی، محمود (۱۳۷۵) ضمانت نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶-۱۷، ص ۱۶۹.

۲. شهبازی نیا، مرتضی، تفرشی، محمد عیسی (۱۳۸۲) استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی، نامه مفید، شماره ۴۳، ص ۸.

۳. مافی، همایون، فلاح، مهدی (۱۳۹۲) خصیصه های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین الملل، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲، ص ۱۵۹.

4. Counter- guarantee

۵. شهبازی نیا و تفرشی، ص ۹



اتاق بازرگانی بین المللی برای اولین بار در قواعد نشریه شماره ۴۵۸ (یو.آر.دی.جی. ۴۵۸) اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه را شناسایی کرد. مقررات نشریه شماره ۳۲۵ (یو.آر.دی.جی. ۳۲۵)^۲ واجد چنین اصلی نبود. بنابراین بانک ناگزیر بود در هنگام مطالبه وجه ضمانت نامه از سوی ذی نفع، به موضوع اجرای قرارداد پایه و استحقاق یا عدم استحقاق ذی نفع رسیدگی کند اما قواعد نشریه شماره ۴۵۸، ضمانت نامه را مستقل از تعهد ضمانت خواه معرفی کرد. اتاق بازرگانی بین المللی در سال ۲۰۱۰ نسخه کامل تری از مقررات یکنواخت ضمانت نامه های بانکی را تحت عنوان یو.آر.دی.جی. ۷۵۸^۳ منتشر کرد که در ماده ۵ آن راجع به اصل استقلال ضمانت نامه بانکی چنین آورده شده است: «ضمانت نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت نامه مستقل است و رابطه پایه، هیچ ربطی به ضامن ندارد و ضامن ملتزم به آن نیست. اشاره ای که در ضمانت نامه به رابطه پایه و برای مشخص کردن آن می شود، طبیعت مستقل ضمانت نامه را تغییر نمی دهد. تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت نامه، تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذی نفع نیست». همچنین راجع به اصل استقلال در ضمانت نامه متقابل یادآور شده که «ضمانت نامه متقابل، طبیعتاً از ضمانت نامه، رابطه پایه، درخواست صدور ضمانت نامه و هر ضمانت نامه متقابلی که مربوط به آن باشد مستقل است و ضامن متقابل به هیچ عنوان به روابط دیگر بستگی نداشته و ملتزم به آن نیست». به این ترتیب، آخرین نسخه مقررات یکنواخت ضمانت نامه های بانکی علاوه بر پذیرش اصل استقلال در ضمانت نامه اصلی بر حکومت این اصل بر ضمانت نامه متقابل نیز تأکید کرده است.^۴

1. Uniform Rules for Demand Guarantees, No.458.

2. Uniform Rules for Contract Guarantees, No.325.

3. United Rules for Demand Guarantees, No.758.

4. Affaki, Georges,Good,Roy (2011), Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758,Paris,ICC Publication,p 239.

بند (الف) ماده ۶ کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی^۱ ضمانت‌نامه را به نحوی تعریف کرده که شامل ضمانت‌نامه بانکی نیز می‌شود و در نتیجه تمامی مقررات مربوط به ضمانت‌نامه مستقل بانکی از جمله اصل استقلال ضمانت‌نامه در مورد ضمانت‌نامه متقابل نیز اعمال می‌شود.^۲ در ای.اس.پی. ۳۹۸ که راجع به اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی بوده^۴ نیز قاعده ۱/۰۶ به نحو صریح، استقلال ضمانت‌نامه بانکی را پذیرفته است.^۵

لایحه جدید قانون تجارت، باب چهارم از کتاب سوم، اسناد تجاری را به بحث ضمانت‌نامه مستقل اختصاص داده است. جدای از اینکه به اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی در عنوان این باب اشاره شده است، در ماده ۸۳۷ نیز چنین مقرر شده که «تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب، مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده، معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب براءت صادرکننده نمی‌گردد...». همچنین ماده ۸۴۱ به صراحت، هر شرطی را که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر می‌داند.

شورای پول و اعتبار در جلسه مورخ ۱۳۹۳/۲/۹ به استناد بند ۶ ماده ۱۴ و بند (ب) ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی کشور، دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) را در ۵۷ ماده و ۱۶ تبصره به تصویب رسانده که مطابق ماده ۵۶ آن، سه ماه پس از ابلاغ، لازم‌الاجرا خواهد شد. بانک مرکزی در بخشنامه مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰ جهت ابلاغ این دستورالعمل،

1. United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit.

۲. شهبازی نیا، تفرشی، همان، ص ۱۶

3. International Standby Practices.

۳. در برخی کشورها به مانند ایالات متحده امریکا، قانون، بانک‌ها را از صدور ضمانت‌نامه بانکی منع نموده و به این جهت اعتبارات اسنادی تضمینی یا احتیاطی جایگزین آن بوده و نقش ضمانت‌نامه بانکی را ایفا می‌کند. (فتحی پور، علی، ۱۳۶۹) ضمانت در معاملات بین‌المللی، مجله حقوقی، شماره ۱۳: ص ۱۳۷.

5. Bertrams, Roeland (2004), Bank Guarantees in International Trade, Third Edition, ICC Publishing S.A., p 32, Byrne, James E. (1998), The Official Commentary on the International Standby Practices, First Edition, Institute of International Banking Law & Practices, First Edition, pp 23.26



آخرین نسخه مقررات متحدالشکل ضمانت نامه ها (یو.آر.دی.جی. ۷۵۸)^۱ را به عنوان یکی از منابع برای تهیه دستورالعمل مذکور اعلام کرده است. ماده ۶ این دستورالعمل، همگام با مقررات یکنواخت ضمانت نامه بانکی اتاق بازرگانی بین المللی در خصوص اصل استقلال ضمانت نامه بانکی مقرر می کند: «مؤسسه اعتباری، ضمانت نامه را به استناد ماده (۱۰) قانون مدنی صادر می کند. تعهدات ناشی از صدور ضمانت نامه از رابطه پایه و سایر روابط و قراردادهای مربوط، مستقل بوده و اختلافات میان ضمانت خواه و ذی نفع و ایرادات و ادعاهای مربوط به آنها، در تعهد مؤسسه اعتباری به پرداخت وجه ضمانت نامه به ذی نفع، مؤثر نخواهد بود».

البته نباید در وصف استقلال ضمانت نامه چندان مبالغه نمود که گویی دیواری نفوذناپذیر، ضمانت نامه بانکی را از قرارداد پایه خود جدا کرده است. نمی توان این واقعیت را نادیده گرفت که ضمانت نامه، تعهدی است از طرف بانک که اجرای یک قرارداد یا تعهد را به نفع متعهدله آن تضمین می کند. بنابراین بدون وجود قرارداد پایه و یا تعهد، وجود این تضمین نیز بی مفهوم خواهد بود. این رابطه، هرچند به شکل مخفی، وجود دارد. در پاره ای از موارد ممکن است دادگاه ها مجبور شوند همین رابطه پنهانی را مورد بررسی قرار دهند.^۲

باید توجه داشت که در عمل، ارزش و میزان استقلال یک ضمانت نامه به شیوه پرداخت آن بستگی دارد. برای مثال، چنانچه روش اتخاذ شده جهت پرداخت ضمانت نامه تنها با درخواست ذی نفع باشد،^۳ اصل استقلال در چنین ضمانت نامه ای به نحو کامل رعایت خواهد شد چرا که ذی نفع برای مطالبه آن، به غیر از یک درخواست کتبی به دلیل یا مدرک دیگری نیاز ندارد و این نوع از ضمانت نامه به مانند یک نقدینگی برای ذی نفع عمل می کند^۴ و بر اساس همین درخواست، بانک فوراً وجه ضمانت نامه را به ذی نفع می پردازد

1. United Rules for Demand Guarantees, No.758.

۲. کاشانی، همان، ص ۱۷۰

3. Payment on First demand

4. Bertrams, op.cit., p 14

اما اگر شیوه انتخاب شده برای مطالبه وجه ضمانت نامه از نوع «قابل پرداخت بر اساس رأی داور یا دادگاه»^۱ باشد، ارزش عملی اصل استقلال، بسیار اندک است. از آنجاکه ذی نفع ناگزیر است قبل از مطالبه وجه ضمانت نامه، تخلف ضمانت خواه و استحقاق خود جهت مطالبه خسارت را ثابت نماید و پس از طی جریان یک دعوا راجع به قرارداد پایه، توانایی پیدا خواهد کرد که به وجه ضمانت نامه دست یابد.

۲-۱. غیرقابل استناد بودن ایرادات

مهم ترین نتیجه ای که از اصل استقلال ضمانت نامه بانکی حاصل می شود، غیرقابل استناد بودن ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد پایه توسط بانک صادرکننده ضمانت نامه است. در واقع، بانک یک تعهد مطلق را در برابر ذی نفع می پذیرد و ملزم است که به تعهداتش عمل کند حتی اگر متقاضی ضمانت نامه (ضمانت خواه) اعتراض داشته و شرایطی نیز موجود باشد که قویاً ادعای او را مبنی بر غیرموجه بودن تقاضای ذی نفع، تأکید کند.^۲

جدا کردن رابطه ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه و غیرقابل استناد دانستن ایرادات مربوط به قرارداد پایه به هنگام درخواست پرداخت از سوی ذی نفع، برای استوارسازی اعتبار ضمانت نامه بانکی و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی ضروری است. چنانچه بانک قادر باشد خود را درگیر روابط قراردادی طرفین قرارداد پایه (متقاضی و ذی نفع) سازد و یا اینکه دادگاه ها بتوانند پیش از پرداخت ضمانت نامه با ورود در ماهیت قرارداد پایه، مانع پرداخت آن شوند این سند بانکی دیگر کارآیی لازم را نخواهد داشت.^۳ باید توجه داشت که ایرادات قابل طرح از ناحیه متقاضی به دو دسته ایرادات مربوط به قرارداد پایه و ایرادات مربوط به خود ضمانت نامه تقسیم می شوند. برای مثال، از جمله

1. Payment Upon Submission of an Arbitral or Court Decision

۲. اشمیتوف، کلايو ام (۱۳۹۱) حقوق تجارت بین الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج ۳، ۲، تهران، انتشارات

سمت، ص ۶۹۱

۳. کاشانی، همان، ص ۱۷۱



مواردی که ضمانت نامه بانکی، باطل فرض می شود، هنگامی است که موعد اعتبار ضمانت نامه پایان می یابد (ماده ۳۲ دستورالعمل ناظر بر ضمانت نامه بانکی). در این صورت، طرح چنین ایرادی از ناحیه متقاضی قابل قبول است، چرا که چنین ایرادی، خللی به اصل استقلال ضمانت نامه وارد نمی کند بلکه از جمله شرایط مربوط به خود قرارداد ضمانت نامه است. اما اصولاً ایرادات قابل طرح از طرف متقاضی، مرتبط با قرارداد پایه است که با توجه به اصل استقلال ضمانت نامه بانکی، طرح آن وجاهتی نخواهد داشت.

۱-۳. مطالبه ناروای ضمانت نامه بانکی

هرچند که گفته شد ضمانت نامه بانکی، مستقل از قرارداد پایه است، این حقیقت نیز غیرقابل انکار است که جهت و علت صدور سند ضمانت نامه بانکی، قراردادی بوده که سابقاً بین متقاضی و ذی نفع منعقد شده است و در راستای تضمین اجرای صحیح آن قرارداد، ضمانت نامه بانکی به تقاضای ضمانت خواه به سود ذی نفع توسط بانک صادر شده است. در مواقعی ممکن است ذی نفع یک ضمانت نامه، بدون در نظر گرفتن علت و جهت صدور آن ضمانت نامه و برخلاف هدف نهایی آن، با سوءاستفاده از اصل استقلال ضمانت نامه بانکی در صدد مطالبه وجه ضمانت نامه برآید که اصطلاحاً به آن مطالبه ناروا گفته می شود.

مطالبه در حالات متفاوتی مانند بطلان یا فسخ قرارداد پایه، اجرای کامل قرارداد پایه و همچنین بروز قوه قاهره یا عدم اجرای متناسب به عمل ذی نفع به شکل ناروا صورت می پذیرد و نظام های حقوقی نیز رویه های متفاوتی در مواجهه با مطالبه ناروا اتخاذ کرده اند.^۱

شخصی که ضمانت نامه به دستور او صادر گردیده ممکن است بر این باور باشد که مطالبه ذی نفع نارواست و با دلایلی موجه مانند بطلان قرارداد پایه، از بانک صادر کننده، درخواست عدم پرداخت وجه بکند. چنین درخواستی نمی تواند بانک را بر عدم پرداخت

1. Pierce, Anthony, (1993). Demand Guarantees in International Trade, London, Sweet & Maxwell. p 81

وجه ضمانت نامه قادر سازد زیرا اولاً، مفاد ضمانت نامه اصولاً بدون قید و شرط بوده و صرف درخواست ذی نفع، بانک را موظف به پرداخت وجه ضمانت نامه خواهد نمود و بانک، مطابق اصل لزوم قراردادهای موظف به رعایت مفاد قرارداد است. ثانیاً، اصل استقلال ضمانت نامه بانکی باعث می شود که ایرادات مربوط به قرارداد پایه، قابل استماع نباشد. دستور جلوگیری از پرداخت، ملازمه آشکار با بررسی اعتراضات مربوط به قرارداد پایه دارد.^۱

در چنین مواردی ممکن است متقاضی برای منع بانک از پرداخت مبلغ ضمانت نامه به دادگاه رجوع کند. اما به نظر می رسد در این موارد، قدرت الزام آور قرارداد (ضمانت نامه) که به نحو صحیح منعقد شده، بر دادگاه نیز تحمیل می شود و دادگاه نمی تواند مانع از اثرگذاری قراردادی شود که طرفین از ابتدا با آگاهی کامل از شرایط، آن را مستقل از قرارداد پایه دانسته اند.^۲

۲. استثنای اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه

هنگامی که ذی نفع یک ضمانت نامه، عندالمطالبه از بانک صادرکننده آن درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه را می کند، بانک صادرکننده موظف خواهد بود که آن وجه را بدون آنکه از ذی نفع توضیحی بخواهد پرداخت کند. بانک بنا بر وظایف و توانایی های خود، همواره ابزارهایی را صادر می کند که صرفاً ماهیتی اسنادی داشته باشد. به عبارت دیگر، بانک نه می تواند و نه مجاز است که برای احراز امری در یک سند تجاری، امر واقع و ماهیتی را بررسی کند. بانک تنها مجاز، مکلف و محدود به بررسی صورت ظاهر اسناد است. ابزار مالی که وظیفه ای بیش از این برای صادرکننده خود قائل شده باشد از حیطه مسئولیت های بانک فراتر خواهد بود.

۱. کاشانی، همان، ص ۱۸۱

۲. همان، ص ۱۸۲



بانک ها اصولاً خود را در گیر مسائل مربوط به قرارداد پایه و روابط میان متقاضی و ذی نفع ضمانت نامه نمی کنند چرا که ورود در مشکلات قراردادی پایه، نه تنها برای بانک مشکل، بلکه بسیار مخاطره آمیز است.^۱ چنانچه برای پرداخت وجه ضمانت نامه، ارائه اسناد خاصی از ناحیه ذی نفع ضروری باشد، تنها با ملاحظه اسناد مربوط و احراز صحت عرفی آن، مبلغ ضمانت نامه را به ذی نفع آن پرداخت می کنند. این نحوه رفتار بانک از آن روست که چنانچه در این رهگذر، بانک وجه ضمانت نامه را به ذی نفع تأدیه نکند یا با تأخیر پرداخت کند ممکن است به پرداخت خسارت در حق ذی نفع، محکوم شود.^۲

نویسندگان حقوقی اصل خدشه ناپذیر استقلال ضمانت نامه بانکی را با یک استثنای عمده به نام تقلب یا سوء استفاده آشکار^۳ مواجه ساخته اند. رویه قضایی کشورهای اروپای غربی و ایالات متحده، اصل استقلال ضمانت نامه و استثنای وارده بر آن یعنی تقلب را مورد پذیرش قرار داده اند.^۴ البته برخی بر گستره استثنائات این اصل افزوده و مواردی مانند بطلان قرارداد پایه را نیز استثنایی بر اصل استقلال ضمانت نامه بانکی دانسته اند.^۵

اصولاً بانک موظف به بررسی و احراز تقلب ادعا شده از طرف متقاضی نیست.^۶ به این دلیل که تشخیص تقلب، امری ماهیتی بوده و از عهده بانک خارج است. وظیفه بانک ها تنها بررسی ظاهر اسناد است و اساساً همین دلیل سبب شده که در بسیاری از مقررات راجع به ضمانت نامه های بانکی، بحثی از تقلب به میان نیاید.

حیطه قلمرو مطالبه ناروا و تقلب در ضمانت نامه بانکی بسیار به یکدیگر نزدیک بوده و مصادیق آن ها نیز حدوداً مشابه هستند تا حدی که بسیاری این دو را یکی دانسته و آثار و

۱. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲) حقوق تجارت بین الملل، ج ۵، تهران، انتشارات سمت، ص ۲۷۷

۲. در این رابطه ماده ۸۶۰ لایحه جدید تجارت مقرر می کند: « در صورتی که صادر کننده، اسناد ارائه شده یا تقاضای پرداخت ذی نفع را بدون توجیه قابل قبول رد کند، ملزم به جبران کلیه خسارات وارده شده به ذی نفع و متقاضی است».

3. Fraud or Manifest Abuse

۴. شهبازی نیا و تفرشی، همان، ص ۱۷

5. Garcia, Roberto Luise Frias (2009), The Autonomy Principle of Letters of Credit, Mexican Law Review, Vol.3, No.1, p 84

۶. اشمیتوف، همان، ص ۶۷۷

احکام یکسانی را بر هر دو بار نموده‌اند.^۱ اما باید دقت داشت که تقلب در مواردی صادق است که شخصی با توسل به وسایل متقلبانه و با داشتن قصد نتیجه به حقوق دیگران لطمه وارد کند.^۲ بنابراین عنصر اساسی و تعیین کننده در تقلب، قصد اضرار به دیگری است در حالی که در مفهوم مطالبه ناروا، گستره وسیعی مشاهده می‌شود چرا که هر زمان بی‌حقی درخواست کننده بر اساس قرارداد پایه اثبات گردد مطالبه ناروا نیز خود به خود محقق می‌شود و به این ترتیب می‌توان گفت رابطه این دو، عموم و خصوص مطلق است. البته باید در امر تقلب توجه داشت که به دست آوردن دلیل اثباتی قصد اضرار از سوی ذی نفع ضمانت نامه بسیار دشوار است.^۳

شایان ذکر است که می‌بایست میان دو اصطلاح «تقلب در معامله»^۴ و «مطالبه متقلبانه»^۵ تفاوت قائل شد. تقلب در معامله، بیشتر با ذهن اهل حقوق آشنایی داشته و گاهی ممکن است دارای وصف جزایی مانند کلاهبرداری و جعل نیز باشد.^۶ در چارچوب حقوق مدنی می‌توان تدلیس در قرارداد را مصداقی از تقلب در معامله به حساب آورد که با ضمانت اجرای حقوقی حق فسخ برای فریب خورده همراه است (مواد ۴۳۸ و ۴۳۹ قانون مدنی). اما مطالبه متقلبانه آن است که ذی نفع بدون وجود شرایط استحقاق دریافت وجه ضمانت نامه، با قصد اضرار به دیگری و با توسل به وسایل متقلبانه، در پی مطالبه وجه ضمانت نامه برمی‌آید.

۱. محبی، محسن (۱۳۶۴)، تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بین المللی «دستور منع پرداخت آنها در جریان انقلاب ایران، مجله حقوقی، شماره ۲، ص ۵۶ و

Darcy, Leo, Murray, Carole, Cleave, Barbara, (2000) The Law and Practice of International Trade, Tenth Edition, London, Sweet & Maxwell, p 222.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، ۳، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۱۳۹۵

۳. کاشانی، همان، ص ۱۸۹

4. Fraud in Transaction

5. Fraudulent Demand

۶. محبی، همان، ص ۵۵



ابهامات موجود در معنا و مفهوم تقلب سبب آن گردیده که معیارهای متفاوتی از قبیل معیار تقلب آشکار، حکمی، عمدی و خاص از ناحیه دانشمندان حقوق مطرح شود.^۱ این تشویش موجب شده، برخی در بحث از ضمانت نامه بانکی بدون ارائه تعریف و تعیین حدود و ثغور تقلب، تنها به معرفی و بررسی انواع و مصادیق تقلب اقدام و بسنده کنند.^۲ به نظر می رسد تقلب در حیطه قلمرو مطالبه ضمانت نامه بانکی و اعتبارات اسنادی از دو دیدگاه متفاوت قابل بررسی است و خلط این دو، سبب بروز مشکل در تحلیل و حمل آثار لازم بر آن خواهد شد. گاهی تقلب راجع به خود ضمانت نامه یا اسناد مرتبط با آن است؛ به این نحو که اسناد ارائه شده به ظاهر درست ولی در باطن، آمیخته به تقلب و جعلی یا غیرواقعی هستند.^۳ اما در مواقعی تقلب به شکلی صورت می پذیرد که مربوط به قرارداد پایه است و استناد به آن با اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه در تعارض قرار می گیرد. بنابراین باید دانست که آنچه به عنوان استثنا بر اصل استقلال از ناحیه حقوق دانان مطرح می شود فقط تقلب در حالت اخیر است و تقلب در معنایی که در حالت اول ارائه شد، خارج از بحث قرار می گیرد. شاید همین خلط مبحث سبب آن شده که برخی حقوق دانان فرانسوی، استناد به قاعده تقلب را ناسازگار با استقلال ضمانت نامه بانکی ندانسته اند.^۴

در برخی نظام های حقوقی مانند ایالات متحده امریکا، شمار زیادی از دعاوی در خصوص اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم واقع شده تا حدی که آرای صادر شده در این رابطه، زمینه ورود موضوع تقلب در قانون نوشته این کشور شده و حتی آرای پیاپی بعد از وضع این قانون، سبب ایجاد اصلاحاتی اساسی در آن گردید. در حال حاضر ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل امریکا (UCC) حاوی مقررات

۱. یانگ، گائو ایکس، بوکلی، روس پی (۱۳۸۶) مطالعه تطبیقی در مورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی ترجمه ماشاءاله بناء نیاسری، مجله حقوقی، شماره ۳۶، ص ۲۶۷.

2. Kayembe, Grace Longwa (2008), The Fraud Exemption in Bank Guarantee, in http://uctscholar.uct.ac.za/pdf/1331_KYMGR11.pdf, p 24

۳. اشمیتوف، همان، ص ۶۷۶

۴. کاشانی، همان، ص ۱۸۹

پیشرفته و روزآمدی در مورد قاعده تقلب است.^۱ در دیگر نظام‌های حقوقی نیز آرای مشابهی وجود دارد.^۲ در صورت اثبات تقلب، دادگاه با صدور قرار منع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه جلوگیری می‌کند هرچند که استناد به قاعده تقلب در تعارض آشکار با اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه است.

در نظام حقوقی ایران نه تنها نصی در زمینه استثنایی بودن تقلب وجود ندارد بلکه موضع مشخصی نیز در رویه قضایی مشاهده نمی‌شود اما به نظر می‌رسد آنچه در نظام‌های حقوقی خارجی راجع به تقلب گفته شده، تا حدی منطبق بر نهاد سوءاستفاده از حق در نظام حقوقی ایران است (اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی) با این تفاوت که قاعده سوءاستفاده از حق، جایی اعمال می‌شود که شخصی در مقام اجرای حق خویش باعث اضرار دیگری گردد.^۳ بنابراین به نظر می‌رسد دادگاه باید مبنای تصمیم خود مبنی بر دستور عدم پرداخت را تقصیر در اجرای حق قرار دهد.^۴ به این ترتیب، دیگر خدشه‌ای بر اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی وارد نمی‌شود و می‌توان به جای تخصیص و حاکم کردن تقلب بر اصل استقلال، آن‌ها را با یکدیگر جمع کرد.^۵

۳. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی در دکترین و رویه قضایی

۳-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی در دکترین

با توجه به عرف بانکی و رویه قضایی، قراردادهای ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد مبنا و پایه آن جداست. به همین دلیل در قوانین داخلی اکثر کشورها و مقررات و کنوانسیون‌های

۱. یانگ و بوکلی، همان، ص ۲۴۵

2. Brindle, Michael, Cox, Raymond (2004), Law of Bank Payments, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, p 724

۳. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله (۱۳۸۹) مسئولیت مدنی، ج ۱، تهران، سمت، ص ۱۸۷

۴. غمامی، مجید (۱۳۷۸) بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه های بانکی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران، شماره ۴۴، ص ۱۴۴

۵. الجمع مهما امکن اولی من الطرح



بین‌المللی بر وجود چنین اصلی تأکید شده است. ولی در مفهوم و حدود استقلال ضمانت‌نامه متقابل، تردیدهایی وجود دارد.

در حقوق فرانسه تا پیش از تصمیم دیوان عالی این کشور در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲ غالب حقوق‌دانان با نگاهی سنتی به ضمانت‌نامه بانکی، آن را قراردادی تبعی دانسته و ایرادات مربوط به قرارداد پایه را قابل استماع می‌دانستند اما در رأی مذکور، ضمانت‌نامه بانکی مستقل اعلام شد. در توجیه این استقلال نیز چنین آمده که بانک صادرکننده ضمانت‌نامه، حق استناد به هرگونه ایرادی که برای بدهکار اصلی وجود داشته را از خود ساقط نموده است.^۱ در حقوق آلمان، برخی دانشمندان حقوقی در پذیرش اصل استقلال تا جایی پیش رفته‌اند که این اصل را اصلی مطلق و استثنایناپذیر دانسته و تعهد بانک به پرداخت وجه ضمانت‌نامه را تعهد به نتیجه قلمداد کرده‌اند. در حقوق ایالات متحده امریکا نیز اصل استقلال از ناحیه دکتین و قانونگذار در ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل مورد شناسایی واقع شده است. با این وجود در برخی کشورهای اروپایی مانند سوئد، حقوق‌دانان با اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی به مخالفت برخاسته‌اند.^۲

در نظام حقوقی ایران، بررسی این گونه مباحث، قدمت زیادی نداشته و نویسندگان حقوقی اکثراً بدون بررسی موضوع در حقوق ایران، با ارجاع به دکتین و رویه قضایی خارجی، اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی را پذیرفته‌اند.^۳ پاره‌ای از نویسندگان حقوقی در بررسی ضمانت‌نامه بانکی در نظام حقوقی ایران، ضمانت‌نامه بانکی را تا حدی شبیه به اسناد تجاری معرفی کرده‌اند اما وصف تجریدی بودن اسناد تجاری را بر این نوع از ضمانت‌نامه حاکم ندانسته و بیان داشته‌اند که اصل استقلال در اینجا جریان نداشته و تعهد مندرج در ضمانت‌نامه، جنبه تبعی و فرعی دارد.^۴

۱. کاشانی، همان، ص ۱۶۹

۲. شهبازی نیا و تفرشی، همان، ص ۱۲ و ۱۷

۳. سلطانی، محمد (۱۳۹۰)، حقوق بانکی، ج ۱، تهران، نشر میزان، ص ۲۶۷

۴. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸-۱۴۹، ص ۱۶۱

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز می‌توان همسو با دکترین در حقوق خارجی برای ضمانت‌نامه، جایگاهی مستقل از قرارداد پایه شناسایی کرد. اصل استقلال در ضمانت‌نامه بانکی، ریشه در خواست و اراده طرفین دارد اما وصف تجریدی ناشی از حکم قانونگذار است. بانکی که می‌پذیرد ضمانت‌نامه مستقل صادر کند یعنی پذیرفته که نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند.^۱ از طرف دیگر، متقاضی نیز نمی‌تواند خلاف اصل استقلال به ایرادات قرارداد پایه استناد کند زیرا خود او صدور یک ضمانت‌نامه مستقل به سود ذی‌نفع را از بانک درخواست کرده و قاعده اقدام در خصوص او جاری می‌شود. از این رو اصل تبعی بودن ضمان از قواعد آمره نیست و توافق خلاف آن نیز با نظم عمومی در تعارض نبوده و طبق ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح است.

۲-۳. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی در رویه قضایی

اصولاً رویه قضایی کشورهای خارجی در شناسایی اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی به خود تردید راه نداده است و تنها در حدود اعمال این اصل و استثنائات وارد بر آن اختلاف نظر وجود دارد. اما در برخی دعاوی، چندان به این اصل اساسی و مهم، بهایی داده نشده است. برای مثال، دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا به طور کلی اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی را نادیده گرفته، بدون اینکه استدلال موجهی برای این عمل خود ارائه نماید.^۲ بدون احتساب استثنائات این چینی که اصولاً تحت تأثیر فضای سیاسی قرار داشته، می‌توان گفت که اصل استقلال از ناحیه دادگاه‌های خارجی به رسمیت شناخته شده است. رویه قضایی ایران، موضع مشخصی در قبال اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی اتخاذ نکرده و در این قضیه، رویه‌ای ناهماهنگ وجود دارد. آرای صادره در این زمینه نیز هیچ‌یک به صراحت به اصل استقلال اشاره نکرده‌اند، هرچند که می‌توان از مفهوم برخی

۱. سلطانی، همان، ص ۲۶۸

۲. محبی، محسن (۱۳۷۵). ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه داوری دعاوی ایران-ایالات متحده، مجله حقوقی، شماره

۲۰، ص ۱۸۸



آرا، مفاد اصل استقلال را استنباط کرد. در بعضی آرا به اصل استقلال کاملاً بی‌توجهی شده و در برخی دیگر نیز تنها پرداخت بی‌قید و شرط ضمانت‌نامه پذیرفته شده است. در یک دعوا راجع به ضمانت‌نامه بانکی، یک شرکت آلمانی از بانکی در آلمان تقاضای صدور ضمانت‌نامه بانکی می‌کند و بانک آلمانی نیز از بانکی در ایران می‌خواهد که ضمانت‌نامه‌ای در وجه ذی‌نفع ایرانی صادر کند (ضمانت‌نامه متقابل). در این رهگذر در هنگام اجرای قرارداد، میان ایران و عراق، جنگ در گرفته و اجرای قرارداد، ناممکن می‌شود. شرکت آلمانی با مراجعه به دادگاه آلمان، دستور منع پرداخت ضمانت‌نامه را می‌گیرد و به همین دلیل، بانک ضامن ایرانی نیز از پرداخت وجه به ذی‌نفع ایرانی خودداری می‌کند. شعبه ۶ دادگاه عمومی تهران در رأی خود، بدون اشاره به اصل استقلال ضمانت‌نامه و تنها با اصل استصحاب اشتغال ذمه و اصول حقوقی در معاملات بین‌المللی و برخی مواد مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، بانک ایرانی و آلمانی را به پرداخت وجه ضمانت‌نامه اصلی و متقابل محکوم می‌کند اما شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران استدلال نموده که هرچند مطالبه ضمانت‌نامه، مقید به شرط خاصی نبوده و از آنجاکه این گونه تضمین‌ها راجع به حسن اجرای قرارداد است و اجرای قرارداد نیز به جهتی خارج از اراده متعهد تحقق نیافته، بنابراین دریافت وجه‌الضمان مربوطه، مورد تأیید عرف تجاری نیست.^۱

در رأی دادگاه بدوی به نظر می‌رسد که اصل استقلال به‌طور ضمنی پذیرفته شده اما از استدلال دادگاه تجدیدنظر مشخص نیست که آیا اصل استقلال را پذیرفته و تنها در تخصیص زدن آن گشاده‌دستی کرده یا اینکه از اساس به این اصل توجهی نکرده است. در هر صورت، استدلال دادگاه تجدیدنظر از منظر اصل استقلال، مورد قبول نیست.

در دعوایی، دادگاه نخستین، علی‌الظاهر با این استدلال که ضمانت‌نامه بانکی صادره با مقررات ضمان تطابق ندارد، حکم به ابطال ضمانت‌نامه بانکی صادر می‌کند اما شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۸۸/۱۵۹۶ به تاریخ ۸۸/۱۲/۱۵ با توجه به

۱. سلطانی، همان، صص ۲۷۰-۲۷۱

اصل حاکمیت اراده، رأی صادره را نقض و چنین استدلال می‌کند: «نظر به اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد ادعای تجدیدنظر خوانده، برابر مقررات جاری بانک‌های تحت حاکمیت نظام جمهوری اسلامی تنظیم شده است و مقصود از تأسیس این نوع از اسناد بانکی، ضمانت حسن انجام کار مورد توافق طرفین قراردادی فی‌مابین اشخاص حقیقی و حقوقی بوده که علی‌القاعده به درخواست طرفین نیز قابل تمدید و در صورت بروز خسارت از سوی فردی که ضمانت را تودیع نموده، طرف مقابل، حق استفاده و جبران خسارت را از محل ضمانت‌نامه‌های بانکی خواهد داشت، بنابراین با توجه به استدلال فوق، هیچ‌گونه خدشه‌ای بر ضمانت‌نامه‌های فوق وارد نبوده» و در رأیی دیگر،^۱ دادگاه، مستدل به مفاد تراضی طرفین در متن ضمانت‌نامه بانکی و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی بر پرداخت بدون قید و شرط ضمانت‌نامه بانکی تأکید نموده است.^۲

رأی مورخ ۲۰ دی ۱۳۷۱ شعبه ۱۹ دادگاه حقوقی تهران، وجه ضمانت‌نامه بانکی را به-صرف درخواست ذی‌نفع، قابل پرداخت می‌داند. در این رأی، هرچند به مندرجات ضمانت‌نامه توجه شده اما صدور رأی، مستند به موادی از قانون مدنی در عقد ضمان شده است. در دعوای دیگری شعبه ۲۰۳ دادگاه عمومی تهران در رأی شماره ۱۰۴۵ مورخ ۷۸/۹/۲۲ با توجه بیشتری پرداخت بدون قید و شرط ضمانت‌نامه را مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی کرده است. همچنین شعبه ۱ دادگاه حقوقی تهران در رأیی کامل‌تر اما باز هم با استناد به متن ضمانت‌نامه مقرر داشته، بانک نمی‌تواند اجرای قرارداد پایه را مورد بررسی قرار دهد و صرف مطالبه وجه ضمانت‌نامه برای پرداخت کافی است و تصریح نموده ضمانت‌نامه مستقل، مخالف با قانون و نظم عمومی نیست.^۳

۱. رأی شماره ۷۸/۱۰۵۴ به تاریخ ۷۸/۹/۲۲ صادره از شعبه ۲۳۰ دادگاه عمومی تهران.

۲. مکرم، علی (۱۳۹۰)، بانک اطلاعات آرای دادگاهها و نظرات مشورتی، نسخه ۳/ ۸.

۳. سلطانی، همان، صص ۲۷۱ و ۲۷۲.

بررسی این آراء، حکایت از این دارد که رویه قضایی تا حدودی زیاد، اصل استقلال را شناسایی کرده است. به نظر می‌رسد در حال حاضر با توجه به گنجانده شدن اصل استقلال ضمانت‌نامه در مقررات قانونی،^۱ دادگاه‌ها دیگر از جهت مستند قانونی در مضيقه نیستند.

۴. دعوای منع پرداخت و عدم استحقاق

گفته شد ضمانت‌نامه بانکی، مستقل از قرارداد مبنای خود بوده و اصولاً به صرف درخواست ذی‌نفع قابل پرداخت است. اما نمی‌توان فراموش کرد که هدف نهایی از صدور هر ضمانت‌نامه بانکی، پوشش ریسک مربوط به رابطه پایه میان متقاضی و ذی‌نفع ضمانت‌نامه است. این دوگانگی و دشواری تعیین حدود مرز هریک از این دو سبب شده که گاهی مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذی‌نفع، بی‌عدالتی محض انگاشته شود. بنابراین در این مواقع، متقاضی که در معرض خطر پرداخت وجه ضمانت‌نامه قرار دارد با رجوع به محکمه، سعی بر آن دارد که مانع این پرداخت ناعادلانه شود یا در صورت پرداخت وجه از ناحیه بانک در پی ستاندن حق خود از ذی‌نفع دغل برآید.

۴-۱. دعوای منع پرداخت پیش از پرداخت وجه ضمانت‌نامه بانکی

اصولاً قبل از پرداخت وجه ضمانت‌نامه از سوی بانک به ذی‌نفع، متقاضی به دنبال آن است که با مراجعه به دادگاه، مانع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه شود. در این راستا، متقاضی به یک ابزار متداول در آیین دادرسی مدنی یعنی دستور موقت متوسل می‌شود. در رویه قضایی کشورهای خارجی بخصوص آمریکا مشاهده می‌شود که دادگاه‌ها با صدور قرار منع، مانع از پرداخت وجه به ذی‌نفع ضمانت‌نامه شده‌اند. هرچند که صدور قرار منع می‌تواند از ورود خسارات غیرقابل جبران به متقاضی جلوگیری کند اما این قرار منع در

۱. ماده ۶ دستورالعمل، ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی، صدور این نوع ضمانت‌نامه‌ها را مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته و ضمن اعلام استقلال ضمانت‌نامه از رابطه پایه میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، ایرادات مربوط به آن را در پرداخت وجه ضمانت‌نامه مؤثر نمی‌داند. در لایحه جدید قانون تجارت نیز چنین امری پیش‌بینی شده اما از آنجا که به تصویب نهایی نرسیده، در حال حاضر به‌عنوان قانون قابل استناد نیست.

زمانی که ذی‌نفع در پی مطالبه وجه است سبب می‌شود که موقعیت ضمانت‌نامه بانکی به عنوان یک ابزار پولی و بانکی کارآمد و موفق به خطر افتد.^۱ عمل انجام‌شده در راستای اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی و الزام‌آور بودن مفاد قرارداد، صحیح بوده اما نباید در این امر راه افراط پیمود. اصل استقلال و آزادی اراده طرفین قرارداد نمی‌تواند تا جایی پیش رود که هر بی‌عدالتی را توجیه کند. شاید گفته شود طرفین، خود چنین حقی را به ذی‌نفع ضمانت‌نامه داده‌اند ولی باید دانست که آزادی در اعمال حق نیز دارای حدودی است. بنابراین در نظام حقوقی ایران می‌توان با توسل به نظریه سوءاستفاده از حق، از اعمال حقی که ذی‌نفع به موجب اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی به دست آورده جلوگیری کرد. اما از طرف دیگر باید توجه داشت که نباید تا جایی زیاده‌روی کرد که هدف اصل استقلال و صدور ضمانت‌نامه بی‌معنا شود.

در حقوق ایران، برخی با اینکه اصل استقلال ضمانت‌نامه را پذیرفته‌اند اما صدور دستور موقت در صورت مطالبه آشکارا ناروا از سوی ذی‌نفع را مجاز دانسته‌اند.^۲ (مطالبه ناروا هرچند که آشکار هم باشد به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، توان مقاومت در برابر اصل استقلال و آزادی قراردادی طرفین را ندارد. تنها آنچه مانع از اجرای این حق می‌شود نظریه سوءاستفاده از حق است. عنصری اساسی که باعث جدایی سوءاستفاده از حق در برابر مطالبه ناروا می‌شود، عنصر اضرار به غیر در چارچوب محتوای ماده ۱۳۲ قانون مدنی است. به این ترتیب، حیطه قلمرو سوءاستفاده از حق، مضیق‌تر از مطالبه ناروا بوده و بر گستره اعمال اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی افزوده می‌شود.

در خصوص دستور موقت در نظام حقوقی ایران، ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌کند: «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذی‌نفع، برابر مواد زیر، دستور موقت صادر می‌نماید» و به موجب ماده ۳۱۳ همین قانون، ممکن است درخواست دستور موقت به صورت کتبی یا به شکل شفاهی باشد.

1. Williams, Mark (2008), Bank Gurantees, QLS Journal, p 16

۲. سلطانی، همان، ص ۲۷۵، مسعودی، علیرضا (۱۳۸۳). ضمانت نامه بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، ج ۱،

تهران، شهر دانش، ص ۱۲۳



درخواست دستور موقت ممکن است ضمن دادخواست راجع به اصل دعوا، پس از اقامه دعوا و یا پیش از تقدیم دادخواست نسبت به اصل دعوا درخواست شود.^۱ ممکن است استفاده از دستور موقت با این معضل مواجه شود که مطابق ماده ۳۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی اگر دستور موقت، پیش از اقامه دعوای اصلی صادر شود، درخواست‌کننده باید حداکثر ظرف بیست روز از تاریخ صدور دستور، دعوای اصلی خود را طرح کند. در غیر این صورت، دادگاه به درخواست طرف مقابل از دستور صادره رفع اثر می‌کند. با این وصف می‌توان فرض کرد که ذی‌نفع یک ضمانت‌نامه حسن اجرای قرارداد که برای یک قرارداد یک‌ساله صادر شده است، پس از دو هفته از صدور، تقاضای وجه آن را از بانک بکند و در این حالت، دادگاه دستور موقت صادر کند. مشکل در اینجا است که درخواست‌کننده دستور موقت به موجب ماده ۳۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی باید ظرف مدت بیست روز دعوای اصلی خود را طرح کند اما طرح این دعوا به علت منجر نبودن آن ممکن نیست.

۲-۴. دعوای عدم استحقاق

ممکن است ذی‌نفع ضمانت‌نامه، بدون اینکه مطابق با قرارداد پایه، حقی برای وی در مطالبه وجه ضمانت‌نامه وجود داشته باشد، اقدام به مطالبه ناروای ضمانت‌نامه کند. در این صورت، بانک با توجه به مستقل بودن ضمانت‌نامه، موظف به پرداخت وجه خواهد بود. در این مورد، چون بحث قرارداد ضمانت‌نامه منتفی است دیگر تفاوتی نمی‌کند که مطالبه وجه ناروا، متقلبانه یا با سوءاستفاده بوده یا خیر و تمامی ایرادات مربوط به قرارداد پایه قابل استماع است چرا که در اینجا دعوا در حقیقت بر سر تخلف از شروط قرارداد پایه، راجع به ضمانت‌نامه بانکی است. بنابراین دعوای مطالبه خسارت بر مبنای عدم استحقاق ذی‌نفع در دریافت وجه ضمانت‌نامه، یک دعوی تمام‌عیار حقوقی بوده که هیچ مانعی بر سر راه متقاضی (زیان‌دیده) در طرح این دعوا وجود ندارد.

۱. شمس، عبدالله (۱۳۸۶). آیین دادرسی مدنی، ج ۹، ۳، تهران، انتشارات دراک، ص ۳۹۱

نتیجه گیری

مطابق اصل استقلال، ضمانت نامه بانکی از قرارداد مبنای خود جدا بوده و متقاضی ضمانت نامه قادر نخواهد بود در برابر بانک و ذی نفع ضمانت نامه به ایرادات ناشی از آن رابطه پایه استناد کند و به همین ترتیب، بانک نیز از ورود در اختلافات متقاضی و ذی نفع خودداری کرده و هر چند بیم آن برود که مطالبه انجام شده نارواست، موظف به پرداخت بدون قید و شرط ضمانت نامه بانکی است.

اصل استقلال، مانعی مطلق و قاعده ایی تخصیص ناپذیر نبوده و مطابق اکثر قواعد حقوقی با استثنا مواجه شده است. استثنای تقلب، اصل استقلال ضمانت نامه بانکی را تخصیص می زند. در این صورت باید با تفسیری مضیق از این استثنا، آن را در موارد آشکار تقلب به کار بست. اما به نظر می رسد آنچه در چارچوب نظام حقوقی ایران، مانع اعمال اصل استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه می شود، مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی، نهاد سوء استفاده از حق است؛ هر چند که این دو استثنا در نهایت نتیجه ای یکسان و کارکردی مشابه دارند.

دکترین و رویه قضایی ایران، آن گونه که در غرب به اصل استقلال توجه شده، توجه نکرده و هنوز سایه مقررات عقد ضمان بر سر ضمانت نامه بانکی سنگینی می کند. اما دکترین تا حد زیادی این اصل را شناسایی کرده و رویه قضایی نیز هر چند تا کنون به- صراحت اصل مذکور را تأیید نکرده، مفاد آن را با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و استدلال به تراضی و حاکمیت اراده شناسایی کرده است. با عنایت به اینکه قانونگذار به تازگی اصل استقلال را به طور کامل پذیرفته، به نظر می رسد در تغییر نگرش دکترین و رویه قضایی تأثیر بسزایی خواهد داشت.

با توجه به اینکه نص خاصی در زمینه امکان صدور دستور موقت در خصوص ضمانت نامه های بانکی وجود ندارد و مقررات مشخصی درباره طرح دعوی عدم استحقاق وجود ندارد، پیشنهاد می شود که در قوانین خاص در زمینه ضمانت نامه های بانکی به طور

معین به این امور پرداخته شود که در این صورت، جدای از یکسان سازی رویه دادگاه ها در عملکرد مثبت ضمانت نامه بانکی تأثیر بسزایی خواهد داشت.

منابع

فارسی

- اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸). «بحثی پیرامون ضمانت نامه بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸-۱۴۹.
- اشمیتوف، کلایو ام. (۱۳۹۱). حقوق تجارت بین الملل. ترجمه: بهروز اخلاقی و دیگران، چاپ سوم، جلد دوم، تهران: سمت.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ تفرشی، محمد عیسی و شهبازی نیا، مرتضی. (۱۳۸۰)، «تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی»، مدرس علوم انسانی، شماره ۲۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). حقوق بانکی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شمس، عبدالله. (۱۳۸۶). آیین دادرسی مدنی، چاپ نهم، جلد سوم، تهران: انتشارات دراک.
- شهبازی نیا، مرتضی و تفرشی، محمد عیسی. (۱۳۸۲). «استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۲). حقوق تجارت بین الملل، چاپ پنجم، تهران: سمت.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله. (۱۳۸۹). مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: سمت.
- غمامی، مجید. (۱۳۷۸). «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴.
- فتحی پور، علی. (۱۳۶۹). «ضمانت در معاملات بین المللی»، مجله حقوقی، شماره ۱۳.
- کاشانی، محمود. (۱۳۷۵). «ضمانت نامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶-۱۷.



- مافی، همایون و فلاح، مهدی، (۱۳۹۲)، «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی - تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲.
- محبی، محسن. (۱۳۶۴). «تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، دستور منع پرداخت آن‌ها در جریان انقلاب ایران»، مجله حقوقی، شماره ۲.
- محبی، محسن. (۱۳۷۵). «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی، شماره ۲۰.
- مسعودی، علیرضا. (۱۳۸۳). ضمانت‌نامه بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، چاپ اول، تهران: شهر دانش.
- مکرم، علی. (۱۳۹۰). بانک اطلاعات آرای دادگاه‌ها و نظرات مشورتی. نسخه ۸/۳.
- یانگ، گائوایکس و بوکلی، روس پی. (۱۳۸۶). «مطالعه تطبیقی درمورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی»، ترجمه: ماشاءالله بناء نیاسری، مجله حقوقی، شماره ۳۶.

انگلیسی

- Affaki, Georges, Goode, Roy (2011), *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, Paris: ICC Publication.
- Bertrams, Roeland (2004), *Bank Guarantees in International Trade, Third Edition*, ICC Publishing S.A.
- Brindle, Michael, Cox, Raymond (2004), *Law of Bank Payments, Third edition*, London: Sweet & Maxell.
- Byrne, James E. (1998), *The Official Commentary on the International Standby Practices*, First Edition, Institute of International Banking Law & Practice, Inc.
- Chipashvili, Nino (2013), *The Banks Guarantee under the Uniform International Rules*, European Scientific Journal, Vol.1.
- D'arcy, Leo, Murray, Carole, Cleave, Barbara, *The Law and Practice of International Trade*, Tenth edition, London: Sweet & Maxell, 2000.
- Garcia, Roberto Luis Frias (2009), *The Autonomy Principle of Letters of Credit*, Mexican Law Review, Vol.3, No.1.



- Hinkelman, Edward G.(2009) , *A Short Course in International Payments*, World Trade Press.
- Kayembe, Grace Longwa(2008),*The Fraud Exception in Bank Guarantee*, available in: http://uctscholar.uct.ac.za/PDF/1331_KYMGRA001.pdf.
- Pierce Anthony(1993), *Demand Guarantees in International Trade*, London, Sweet and Maxwell.
- Wiliams, Mark(2008), *Bank Guarantees*, QLS Journal.
- www.finanzainternazionale.com/.../Bank-Guarantees-Credit-Suisse.pdf, Visited at 2014/6/28.