

فصلنامه مطالعات نوین بانکی

شماره مجوز: ۸۳۲۸۹ ((شماره دهم-بهار ۱۴۰۰)) ISSN: 2645-5420

ضمانت نامه های بانکی مستقل از قرارداد در مقررات بین المللی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۱۱/۰۲، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۲/۲۰)

مهدیه هداوند^۱

دانشجوی دکترای رشته حقوق بین الملل، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران

چکیده

ضمانت نامه مستقل بانکی که از مهم ترین ابزار مورد استفاده در تجارت بین الملل است، پدیده ای منبعث از رویه و عرف بین المللی می باشد و جهت تضمین تعهدات قراردادی بکار می رود. ضمانت نامه بانکی دارای ویژگی های می باشد که اصلی ترین آن، استقلال از قرارداد پایه است. به این معنا که تعهد ضامن به پرداخت وجه ضمانت نامه، صرفاً با مراجعه به شروط مقرر در متن ضمانت نامه تعیین می گردد و توافقات و تعهدات طرفین در قرارداد پایه، هیچ تأثیری در حق ذی نفع جهت وصول وجه ضمانت نامه ندارد. ضمن این که رابطه ی بین طرفین قرارداد اصلی که منجر به صدور ضمانت نامه شده است از رابطه ی بین ضامن و ذی نفع کاملاً مستقل باشد. مقاله حاضر می کوشد، تا به شیوه توصیفی - تحلیلی به تبیین ضمانت نامه های بانکی مستقل از قرارداد در مقررات بین المللی بپردازد، و هدف از تحقیق مذکور مشخص نمودن این که ضامن نمی تواند در مقابل ذی نفع به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد نماید و متعهد است بدون بررسی مفاد قرارداد مزبور و صرفاً در صورت تحقق شروط مقرر در متن ضمانت نامه، وجه آن را پرداخت نماید.

واژگان کلیدی: اصل استقلال، بین الملل، تعهد، ضمانت نامه بانکی، قرارداد

^۱ - hadavandmahdijeh@gmail.com





مقدمه

تعاملات گسترده کشورها در عرصه تجارت جهانی و نیاز ملل به یکدیگر، موجب شد تا بازارهای تجاری نوینی ایجاد گردد و تاجران بین المللی برای کسب سود بیشتر، تمایل به حضور در بازارهای جهانی داشته باشد و برای حضور در این بازارهای جهانی از یکدیگر پیشی بگیرند. بدیهی است که این امر با انعقاد قراردادهای متعدد محقق می گردد و زمانی می توان بر این باور بود که این موضوع از سوی بازرگانان مورد استقبال واقعی قرار می گیرد، که معاملات انجام شده با خطر کمتری رو به رو باشد. همانطور که در معاملات غیر بین المللی و ساده با پرداخت معوق، فروشنده با این نگرانی مواجه می باشد. که آیا بعد از تسلیم میبع، ثمن پرداخت خواهد شد یا خیر؟ در معاملات بین المللی و طرح مسائل مختلفی نظیر پرداخت معوق موجب تردیدهای بیشتری خواهد بود. بنابراین برای اطمینان متعاملین، از انجام تعهدات طرف معامله و علاوه بر آن در صورت تخلف امکان سریع جبران خسارت برای شخص زیان دیده، فراهم باشد و هرچه سریع تر نتیجه مطلوب حاصل گردد وجود تضمین مناسب، ضروری گردد. به عبارت دیگر به علت اهمیت خاص چنین قراردادهای اخذ تضمین مناسب حائز اهمیت گردید و البته منظور از تضمین مناسب، تضمینی خواهد بود که از قرارداد اصلی مستقل باشد تا هریک از طرفین در صورت تخلف طرف مقابل با سهولت و سرعت بیشتری بتواند خسارت وارده را جبران نماید از این رو جامعه تجاری بین المللی در جهت جلب اعتماد و تبعاً افزایش انعقاد قراردادهای بین المللی، در پی طراحی راه هایی در جهت کاهش ریسک برآمدند. از آن جا که افزایش اعتماد متعاملین موجب گسترش تعاملات بین المللی و افزایش انعقاد قراردادهای متعدد و تبعاً گردش پول و رونق اقتصادی خواهد بود، اسناد تجاری اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی وارد صحنه شدند. با ورود این شیوه نوین پرداخت (اسناد تجاری و اعتبارات اسنادی) مسأله ی میزان ارتباط سند با قرارداد پایه مطرح شد. به عنوان مثال در اسناد تجاری نظیر چک، زمانی که فردی مع الواسطه، مالک اسناد تجاری می گردید، صادر کننده ی سند با استناد به اینکه قرارداد پایه ای که باید اولیه ی صاحب سند

داشته ناتمام مانده و یا نقض شده، از پرداخت مبلغ سند امتناع می نمود. بدیهی است که در صورت وجود اصل استقلال، محلی برای امتناع از پرداخت وجود نداشت. از طرف دیگر با توجه به ضرورت اخذ تضمین در قراردادهای بین المللی و عدم پاسخگوی روش های تضمین معاملات براساس قواعد عمومی قراردادها، وجود تضمیناتی که دارای ویژگی های منحصر به فرد باشند ضروری داشته شد، تا تجار بتوانند به راحتی حقوق قراردادی خود را به اجرا درآورده و خسارات ناشی از نقض را جبران نمایند ملاحظه می گردد که ضمانت های بانکی در روابط حقوقی و قراردادی و بین المللی از ابزارهای رایج تجاری و بانکی می باشد و کاربرد موثر آن ها موجب گسترش موارد بکارگیری آن ها شده است. از آن جا که لازمه ی توسعه ی جهانی افزایش روز افزون معاملات در سطح گسترده است و تسهیل انجام این گونه معاملات جز از طریق افزایش اعتماد طرفین معاملات نسبت به پرداخت به موقع ثمن معامله و انجام به موقع خدمات موردنظر که می تواند از طریق تضمینی مناسب فراهم شود، میسر نمی باشد. بدیهی است زمان استفاده از ضمانت نامه، کاربردی موثر خواهد داشت که میزان ارتباط آن با قرارداد پایه به حداقل ممکن کاهش یابد. این قرارداد تجاری، اعتبار خود را از قواعد و رویه های تجاری بین المللی (شامل عرف و رویه های بانکی و تجاری و مقررات نهاد هایی نظیر اتاق بازرگانی بین المللی و آنسیترال) کسب نموده است. با توجه به مراتب فوق با اطمینان می توان ادعا کرد، که تضمین تعهدات قراردادی که با ضمانت نامه های بانکی مستقل از قرارداد پایه برای طرفین ایجاد می گردد موجب افزایش انعقاد معاملات و تبعاً توسعه ی تجاری جهانی می گردد.

بخش اول : مفاهیم

بند اول : تعریف ضمانت نامه در مقررات بین المللی

در مقررات بین المللی دامنه شمول قواعد ضمانت نامه های عندالمطالبه با توجه به ماده ۲ قواعد مزبور محدود به ضمانت نامه های مکتوب صادره از طرف شخص ثالث است در حالی که کنوانسیون سازمان ملل اشاره ای به ضرورت مکتوب بودن ضمانت نامه ننموده و منعی برای

اینکه ضامن، ضمانت نامه را برای تضمین تعهد خود صادر نماید وجود ندارد.^۱ بر عکس کنوانسیون سازمان ملل، بر اساس ماده ۱۵ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ که اشعار می دارد: «الف - مطالبه وجه تحت ضمانت نامه باید همراه اسنادی باشد که در ضمانت نامه مشخص شده، ولی در هر حال باید همراه بیانیه ای از طرف ذی نفع باشد که روشن می کند در خواست کننده در چه موردی از تعهداتش تحت رابطه پایه تخلف کرده است این بیانیه ممکن است در متن مطالبه وجه یا مدارک امضا شده ی دیگری که همواره به مطالبه وجه اشاره کند، باشد. ب - مطالبه ضمانت نامه متقابل باید همراه بیانیه از طرفی باشد که ضمانت نامه متقابل به نفع او صادر شده و در این بیانیه باید ذکر شود که طرف مذکور مطالبه وجه را مطابق با شرایط ضمانت نامه یا ضمانت نامه متقابلی که توسط او صادر شده دریافت نموده است. این بیانیه ممکن است در متن مطالبه ی وجه یا مدرک امضا شده ی دیگری که همراه مطالبه ی وجه بوده یا به مطالبه ی وجه اشاره کند باشد. پ - شرط همراه بودن بیانیه در بند های الف و ب باید رعایت شود مگر این که در ضمانت نامه و یا ضمانت نامه متقابل به صراحت استثناء شود...»^۲ ملاحظه می گردد که پرداخت وجه ضمانت نامه موکول به درخواست کتبی و ارائه ی سایر اسناد تعیین شده می باشد در حالی که در کنوانسیون چنین الزامی مقرر نشده است.

بند دوم: مفهوم اصل استقلال

اگر روابط قراردادی بین ضمانت خواه (متقاضی / مضمونه عنه)، ذی نفع (مضمونه له) و بانک صادر کننده (ضامن)، سه قرارداد در نظر گرفته شود در نتیجه در فرایند صدور ضمانت نامه، حداقل با سه قرارداد مواجه می گردد.

^۱ - امیرپور، رسول، مطالبه متقابلانه ی وجه ضمانت نامه بانکی در حقوق تجارت بین الملل، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۳۱.

^۲ - افاکي، ژرژ، مترجم، تذهیبی، فریده، راهنمایی تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه، انتشارات جنگل، ۱۳۹۷، ۱۳۵.

۱- رابطه ی بین خریدار و فرشنده که با انعقاد قرارداد اصلی ایجاد می گردد ۲- رابطه بین ضمانت خواه (متقاضی، مضمون عنه) و بانک ضامن که با تقاضای صدور ضمانت نامه ایجاد می گردد ۳- رابطه بین بانک ضامن و ذی نفع (مضمونه له) که با صدور ضمانت نامه ایجاد می گردد.

در مفهوم عام اصل استقلال چنین گفته می شود که رابطه عملیات ضمانت نامه (قرارداد های ۲ و ۳) از رابطه ی قراردادی شماره (۱) که بین فروشنده و خریدار در چارچوب قرارداد فروش شکل گرفته است، ممکن است روابط قراردادی دیگری نیز بین آن ها و یا بین یکی از آن ها با دیگری ولی در رابطه با همین قرارداد منعقد شده باشد. می بایست آن روابط و قراردادها نیز مستقل و خارج از روابط قراردادی ایجاد شده، جهت صدور ضمانت نامه تلقی نمود.

چنانچه ملاحظه می گردد روابط قراردادی در فرایند صدور ضمانت نامه حداقل از سه قرارداد تشکیل می گردد. از آن جا که واضعین مقررات بین المللی سعی در جهت افزایش سیستم ضمانت نامه های بانکی نموده اند، بنابراین در تفسیر مفهوم استقلال به طور خاص، چنین مطرح می باشد که حتی روابط قراردادی ایجاد شده در حیطه تقاضا و صدور ضمانت نامه بانکی نیز بایستی کاملاً از یکدیگر مستقل و جدا مورد توجه قرار گیرند تا از تداخل و پیچیدگی که احتمالاً در روابط قراردادی که مانع سهولت و سرعت در عملیات می گردد جلوگیری به عمل می آید. در نتیجه کلیه روابط طرفین در ضمانت نامه های بانکی از یکدیگر مستقل می باشند و ماده ۵ « الف » مقررات یکنواخت ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ و ماده ۴ مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی دلالت بر مفهوم عام و خاص اصل استقلال در ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات اسنادی دارد. ماده ۵ (الف) « ضمانت نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت نامه مستقل است و رابطه پایه هیچ ربطی به ضامن ندارد و ضامن ملزم به آن نیست. اشاره ای که در ضمانت نامه به رابطه ی 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 دفاعات ناشی از هیچ رابطه ای دیگری غیر از رابطه ی بین ضامن و ذی نفع نمی باشد. « ماده ۴ » اعتبار بنا به ماهیت خود معامله ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می گیرند، قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانک ها نداشته و تعهدی برای آن ها ایجاد نمی کند حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره ای به این گونه قراردادها شده باشد در نتیجه تعهد بانک نسبت به پذیرش پرداخت معامله یا هر تعهد دیگری تحت اعتبار، تابع ادعاها یا دفاعیات درخواست کننده ی اعتبار که ناشی از روابط وی با بانک گشاینده یا ذینفع است نخواهد بود.

بخش دوم: مبانی اصل استقلال ضمانتهای بانکی در قواعد بین المللی

کمیسیون حقوقی تجارت بین المللی سازمان ملل متحد « آنسیترا » و اتاق بازرگانی بین المللی که فعالیت های آن ها در این خصوص بررسی می شود بدیهی است که در دوران فقدان قوانین داخلی، ضمانت نامه ای مستقل بانکی تابع مقررات بین المللی است. مهم ترین قواعد بین المللی درباره ی ضمانت نامه های مستقل بانکی موجود در اتاق بازرگانی بین المللی عبارتند از:

بند اول: مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی

در اول جولای سال ۲۰۰۷ میلادی نسخه ی جدید، مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی توسط اتاق بازرگانی بین المللی با اعمال تغییرات نسبت به نسخه ی قبلی اعلام شد، که بیشتر تعاریف و تفاسیر بخش های جدیدی برای روشن نمودن مفاهیم مبهم به آن اضافه گردیده بود. آخرین مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی تدوین شده توسط اتاق بازرگانی بین المللی همانند نسخه ی قبلی به اصل استقلال در ماده ۴ به وضوح اشاره شده است « اعتبار بنا به ماهیت خود معامله ای است، جدا از قرارداد فروش که مبنای گشایش اعتبار قرار می گیرند. قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانک ها نداشته و تعهدی برای آن ها ایجاد نمی کند، حتی اگر در اعتبار هرگونه اشاره ای به این گونه قراردادها شده باشد. در نتیجه تعهد بانک نسبت به پذیرش پرداخت، معامله یا هر تعهد دیگری تحت اعتبار تابع ادعاها یا دفاعیات

درخواست کننده ی اعتبار که ناشی از روابط وی با بانک گشاینده یا ذی نفع است نخواهد بود.» در قواعد متحد الشکل رویه و عرف های تجاری تدوین شده توسط اتاق بازرگانی بین المللی در قسمتی دیگر نیز به نحوه غیر مستقیم به اصل استقلال این گونه اسناد اشاره شده است. در ماده ۱۴ «ح» به خاصیت غیر اسنادی این گونه اسناد در این قواعد متحدالشکل اشاره شده است. در این ماده ذکر شده است که «در صورتی که یک اعتبار اسنادی دارای شرطی بدون مشخص نمودن سندی برای مطابقت با این شرط لازم است باشد، بانک ها این شرط را کان لم یکن تلقی نموده و به آن توجهی نخواهند کرد.» با دقت در شرط حاضر مشخص می گردد که در این قواعد متحدالشکل سعی بر این است، حتی الامکان شروطی که خاصیت غیر اسنادی داشته را از اعتبار اسنادی دور نگه دارند، تا امکان استناد به شروطی که تابع قرارداد پایه می باشند، وجود نداشته باشد. در واقع علی رغم جدا بودن اصل خاصیت اسنادی شروط ضمانت نامه ها و اعتبارات اسنادی اصل مذکور مکمل اصل استقلال اعتبارات اسنادی و به تبع آن اعتبارات اسنادی ضمانتی و در نهایت ضمانت نامه های بانکی می باشد.^۱

بند دوم : قواعد یکنواخت برای ضمانت نامه های قراردادی

اتاق بازرگانی بین المللی، اولین قواعد در خصوص ضمانت نامه ها را تحت عنوان قواعد یکنواخت مربوط به ضمانت نامه های قراردادی در نشریه ۳۲۵ «URCG» منتشر نمود. هدف این قواعد این بود که بین منافع متعارض طرفین دخیل در ضمانت نامه، یک تعادل منطقی ایجاد کند. لیکن در عمل به دلیل فشارهای کشورهای اروپایی شمالی به گونه ای تدوین شد که بیشتر در بر گیرنده ی منافع ذی نفع بود و بر اساس قواعد مذکور برای پرداخت وجه ضمانت نامه اثبات تخلف ذی نفع از قرارداد پایه لازم بود به علاوه در موارد مهمی مانند مدت اعتبار، ضمانت نامه را بر قرارداد پایه مرتبط کرد و در نتیجه استقلال آن را به طور اساسی نقض کرده

^۱ - قاسمی، مصطفی، اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی و استثنائات آن، انتشارات جنگل، ۱۳۹۵، ص ۵۲.

بود، این مشکلات باعث گردید که قواعد مذکور جذابیت لازم را در عرصه ی تجارت بین المللی نداشته و به صورت فراگیر مورد قبول قرار نگیرد.^۱

بند سوم : قواعد یکنواخت برای تعهدات قراردادی

در جریان تهیه قواعد یکنواخت ضمانت نامه های عندالمطالبه برخی هیأت های نمایندگی به دلیل استقلال ضمانت نامه های بانکی مستقل از قرارداد پایه و خطر احتمالی سوء استفاده، نگرانی هایی را در مورد این گونه ضمانت ها ابراز نمودند و به این لحاظ اتاق بازرگانی بین المللی در صدد تنظیم مقرراتی که مسئولیت ضامن را تابع مسئولیت اصیل قرار دهد، برآمد. نهایتاً در آوریل ۱۹۹۳ مورد قبول قرار گرفت و در ژانویه سال ۱۹۹۴ به عنوان نشریه شماره ۵۳۴ منتشر گردید. این قواعد فقط در مورد تضمین های اعمال می شوند، که صراحتاً تحت حاکمیت آن قرار گرفته باشند، مقررات بندهای b و d ماده ۳ مقررات مزبور، به روشنی تبعی بودن مسئولیت ضمان را بیان کرده و امکان استناد ضامن به ایرادات ناشی از قرارداد پایه را پیش بینی کرده است از این رو که این مقررات از لحاظ ساختار به شدت تحت تأثیر نظام کامن لا است، فهم آن برای نظام های حقوقی دیگر بسیار مشکل بوده و مورد استقبال قرار نگرفته است، که به لحاظ ماهیت متفاوت با اصل استقلال، معامله و بررسی آن از قلمرو این تحقیق خارج است.^۲

بند چهارم : قواعد یکنواخت برای ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب

۱۹۹۲

قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین الملل برای ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۱۹۹۲ به عنوان یکی از منابع حقوقی ضمانت نامه های بانکی در عرصه ی بین المللی بوده است که

^۱ - ناصری قصرالدشتی، علیرضا، بررسی نظام حقوقی ضمانت نامه های بانکی و تبیین اصل استقلال ضمانت نامه ها در حقوق ایران، انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۱۲۱.

^۲ - شهبازی نیا، مرتضی، ضمانت نامه های بانکی و مقایسه آن ها با نهادهای سنتی، فصلنامه مفید، شماره ۴۳، ۱۳۸۳، ص ۱۰۶.

در رویه تجاری و قضایی بین المللی، اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی را پذیرفته و اهمیت بسیار زیادی به اصل مذکور اعطا نموده است، که می توان به روشنی به اصل استقلال پی برد. در مقدمه این مقررات در توصیف ضمانت نامه آمده است: « برای اعمال این مقررات، ضمانت نامه نباید برای پرداخت وجه آن هیچ شرطی جز ارائه ی درخواست کتبی و دیگر اسناد معین را در بر داشته باشد. خصوصاً مفاد ضمانت نامه نباید ضامن را به تصمیم گیری درباره ی اجرا یا عدم اجرای تعهدات درخواست کننده ی صدور سند ذی نفع در قرارداد پایه که مرتبط با ضمانت نامه نیست وادار نماید. این مطلب علاوه بر این که اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه و سایر قراردادها را مورد شناسایی قرار داده، وجود هر شرطی که نتیجه آن عدم استقلال تعهد ضامن باشد را ممنوع اعلام می نماید. علاوه بر این بندهای الف و ب ماده ۲ همین مقررات نیز بر اصل استقلال ضمانت نامه تأکید شده است علی الخصوص در بند ب مقررات مذکور آمده است « ضمانت نامه ماهیتاً... مطابقت ظاهری با مفاد ضمانت نامه داشته باشند.» در قسمت دوم بند ج مقررات حاضر نیز به اصل استقلال ضمانت نامه ی بانکی تحت عنوان استقلال ضمانت نامه اصلی از ضمانت نامه، متقابل اشاره دارد. و عنوان می کند: «... ضمانت نامه های متقابل ماهیتاً... حتی ذکر در ضمانت نامه های متقابل به آن اشاره شده باشد.» با توجه به اصول ذکر شده در مقررات مذکور و دیگر قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین المللی اصل استقلال از اصول مورد توجه و قبول اتاق بازرگانی در مورد ضمانت نامه های بانکی بین المللی می باشد. لازم به ذکر است با توجه به تدوین مقررات جدید در سال ۲۰۱۰ دیگر مقررات مصوب سال ۱۹۹۲ جاری نمی باشد و بدیهی است برای ضمانت نامه های مأخوذه در زمان اعتبار مقررات قبلی، آن مقررات حاکم و مجری می باشد.

بند پنجم: قواعد یکنواخت برای ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰

پس از دو سال نیم کار فشرده، تجدید نظر قواعد متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه در اجلاس بروکل « نوامبر ۲۰۰۹ » به تصویب رسید این مقررات که از اول جولای ۲۰۱۰ رسماً به اجرا در آمد، شامل ۳۵ ماده است در این ۳۵ ماده مسئولیت هر یک از طرفین ضمانت نامه در

مراحل کلیدی حیات یک ضمانت نامه عندالمطالبه شرح داده است. تجدید نظر که توسط گروه تهیه کننده ی متن با مشورت کارگروه ضمانت نامه ها صورت گرفت، کوششی جمعی بود. از سال ۲۰۰۷ که کمیسیون بانکی اتاق بازرگانی بین الملل تجدید نظر مقررات را تصویب نمود، چهار پیش نویس جامع تهیه شد و برای اظهار نظر کمیته های ملی ارسال گردید. ۵۲ کمیته ملی نظرات و پیشنهادات خود را ارائه دادند. نظرات آن ها خط به خط و به دقت توسط گروه تهیه کننده ی متن بررسی شد این نظرات و پیشنهادات در شکل گیری ضوابطی که مقبولیت عام بین بانکداران، تجار، بخشی عمومی و سایر اعضای جامعه ضمانت نامه ها را داشت بسیار موثر بود. تغییرات اساسی در متن جدید نوآوری ها و زبان دقیق تری است، که برای تطبیق آن چه در ضمانت نامه یا ضمانت نامه متقابل بیان می شود « چه به صورت کاغذی یا الکترونیکی » بکار می رود. بدیهی است که این اصطلاحات کمک بزرگی به روشن بودن و قطعیت ضوابط نماید. متن تجدید نظر شده با بکارگیری روش نگارش مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی که مقبولیت عام جهانی دارد، اختصاص ماده خاصی به تعاریف و تفاسیر و شرح دقیق بررسی مدارک ارائه شده برای تأیید مطابق بودن آن، بی شک روان تر و روشن تر شده است مقررات جدید ضوابط را به نحو دقیق تری شرح می دهد بعضی از موارد ذکر شده در مقررات اولیه ی ضمانت نامه های عندالمطالبه جایی برای تفسیر باقی می گذاشت. مثلاً عباراتی مانند « زمان معقول » و « دقت معقول » در مقررات جدید همه ی این اصطلاحات و لغات غیر دقیق با این هدف که قطعیت و قابلیت پیش بینی بیشتری داشته باشند، حذف شده اند. متخصصین تجارت که با مقررات اولیه ضمانت نامه های عندالمطالبه آشنا بودند به صورت محدودیت های موزه ی پوششی آن آگاهی داشتند. مقررات جدید رویه های مهمی را که قبلاً در ضوابط وجود نداشت، پیش بینی کرده است، مثلاً استاندارد بررسی مدارک ارائه شده، تأثیر درخواست های بخشی و غیر کامل، ارتباط بین اسناد و همچنین انتقال ضمانت نامه به ضوابط اضافه شده است. در مقررات جدید، این نکته نیز به روشنی اذعان کرد که مقررات اولیه ضمانت نامه های عندالمطالبه علی رغم نقص های که داشت، برخوردی منطقی و متوازن در مورد نحوه ی پرداخت ضمانت نامه را بنیان نهاد و مقررات آن بر همان اساس محکم پایه

گذاری شد. در نتیجه مقررات جدید به روشنی بیان شده است که ذی نفع در صورت ارائه ی درخواست مطابق، استحقاق دریافت مبلغ ضمانت نامه را دارد، بدون این که لازم باشد ضامن، تأیید ضمانت خواه را اخذ نماید این اصل مهمی است که ذی نفع بدون این که منتظر اثبات تقصیر با تأیید پرداخت توسط ضمانت خواه بماند می تواند مبلغ ضمانت نامه را دریافت دارد.^۱ هدف از تنظیم و تصویب قواعد یکنواخت ضمانت نامه های عندالمطالبه جدید صرفاً به روز کردن قواعد سابق نیست بلکه نتیجه روندی است که به دنبال معرفی قواعد جدیدی برای ضمانت نامه های عندالمطالبه در قرن ۲۱ است ضوابطی که روشن تر، دقیق تر و جامع تر باشد.

بند ششم: قواعد یکنواخت اعتبار اسناد ضمانتی (تضمین ها)

در گذشته اعتبارات اسنادی ضمانتی تحت قواعد یکنواخت مربوط به اعتبار اسنادی صادر می شد اما به مرور مشخص گردید که قواعد مذکور برای اعتبارات اسنادی ضمانتی مناسب نیست. زیرا این نوع تضمین ها دارای مسائلی هستند که در قواعد فوق، پیش بینی نشده بود. بنابراین کمیسیون بانکی اتاق بازرگانی بین المللی پس از تصویب قواعد یکنواخت ضمانت نامه های عندالمطالبه در سال ۱۹۹۲ تلاش های برای تدوین قواعد یکنواخت اعتبار اسنادی ضمانتی آغاز نمود، که نهایتاً در سال ۱۹۹۸ موفق به انتشار قواعدی تحت عنوان قواعد بین المللی اعتبارات اسنادی ضمانتی شد قواعد مزبور تا حدودی از قواعد اعتبارات اسنادی و نیز قواعد مربوط به ضمانت نامه های عندالمطالبه اقتباس شده است. به طوری که قواعد به واگذاری سند، تهاتر، قانون حاکم و دادگاه صالح در قواعد اعتبارات اسناد ضمانتی همانند قواعد اعتبار اسنادی منتشر شده در نشریه های ۵۰۰ و ۶۰۰ (usp) می باشد و همانند قواعد ضمانت نامه های عندالمطالبه، برای این که اجرائی شود بایستی طرفین به صورت گزینشی انتخاب نمایند.^۲ هر چند قواعد مذکور به طور خاص در رابطه با اعتبارات اسنادی ضمانتی (که در برخی کشورها همچون ایالات متحده به لحاظ منع قانونی صدور ضمانت نامه، از اعتبارات

^۱ - افاکي، ژرژ، مترجم، تذهیبی، فریده، همان منبع پیشین، ص ۱۵۲.

^۲ - عباسیان، پرویز، مقررات بین المللی تضمین نامه ها، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، ۱۳۹۸، ص ۱۱۱.

اسنادی ضمانتی استفاده می‌گردد.) است. اما با توجه به شباهت کارکرد این گونه تضمین نامه ها با ضمانت نامه های بانکی می‌توان اصول پذیرفته شده در تضمین نامه ها را به ضمانت نامه های بانکی تسری داد و پذیرش استقلال در آن ها را مبنایی برای به رسمیت شناختن این اصل در ضمانت نامه های بانکی قرار داد. مقررات اعتبار اسنادی ضمانتی که در آوریل ۱۹۹۸ با عنوان قواعد بین المللی تضمین نامه ها به تصویب رسید در ماده ۰۶ - ۱ در مقام بیان اصول کلی، این گونه عنوان نموده است « وقتی که تضمین نامه ای صادر می‌گردد تعهدی غیر قابل برگشت، مستقل، اسنادی الزام آور است، بدون آن که نیازی به ذکر آن ها در متن تضمین نامه ها باشد... » و در ادامه در همین ماده در بند ب اشعار می‌دارد: با توجه به استقلال تضمین نامه ها، قابلیت اجرای تعهدات صادر کننده به موارد ذیل بستگی ندارد: ۱ - حق یا توانایی صادر کننده به دریافت جبران پرداخت از متقاضی ۲ - حق ذی نفع نسبت به دریافت وجه از متقاضی ۳ - اشاره به قرارداد جبران یا معامله ذی ربط در تضمین نامه ۴ - اطلاع صادر کننده از انجام یا نقض قرارداد پایه یا معامله ی ذی ربط. بندهای الف و پ ماده ۰۶ - ۱ به طور کلی بیان می‌دارد که « التزام موجود براساس ضمانت نامه مبتنی بر هرگونه رابطه یا تعهد نمی‌باشد، به استثناء تعهد صادر کننده به ذی نفع سند، با توجه به بند پ این اصل در صورت وجود ارجاع به قرارداد پایه، توافق به باز پرداخت و یا هرگونه توافق نامه ی مشابه در متن ضمانت نیز اعمال می‌گردد. همچنین در تعیین حدود مسئولیت ها ماده ۱۰۰۸ بیان می‌دارد: صادر کننده نسبت به موارد ذیل مسئولیتی ندارد: الف: انجام یا نقض معامله ای که مبنای صدور تضمین نامه ها واقع شده است. ب: صحت اصالت و یا نتیجه ی سند ارائه شده به موجب تضمین نامه. پ: عمل یا قصور اشخاص دیگر حتی اگر شخص دیگر توسط صادر کننده یا شخص تعیین شده انتخاب شده باشد... » همچنین در ماده ۱۰۰۷ در خصوص استقلال رابطه صادر کننده و ذی نفع اشاره داشته است و مفهوم اصل استقلال را به صراحت بیان می‌کند « حقوق تعهدات صادر کننده نسبت به متقاضی به موجب هر قرارداد، مقررات و قانون حاکمی، هیچ گونه تأثیری بر تعهدات صادر کننده در مقابل ذی نفع نخواهد داشت. این قواعد، استقلال تضمین نامه ها از قرارداد پایه و ماهیت اسنادی بودن آن ها را مورد تأکید قرارداده و این اصول را از اجزای

جدایی ناپذیر تضمین نامه ها شناخته است، به گونه ای که برای لازم الاجرا بودن اصل استقلال و ماهیت اسنادی بودن تضمین نامه نیازی به ذکر در متن تضمین نامه نمی باشد. از طرفی به مفهوم دیگری از اصل استقلال اشاره نموده و آن استقلال تضمین نامه از روابط فی مابین صادر کننده با مضمون عنه است. بدین معنا که رابطه قراردادی بانک صادر کننده و مضمون عنه هیچ ارتباطی با اجرای تعهدات ضامن نسبت به ذی نفع نداشته و بانک ضامن نمی تواند ایراداتی که از رابطه اش با مضمون عنه ناشی می شود را برای ممانعت از پرداخت وجه ضمانت نامه به ذی نفع استفاده نماید. با بررسی قواعد حاضر مشخص شد که تمامی قواعد حاضر مشخص شد که تمامی قواعد و مقررات متحدالشکل ارائه شده در حال حاضر قائل به اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه می باشند و تنها نقطه ی افتراق این قواعد مذکور، حتی در صورت ارجاع به قرارداد پایه یا هر قرارداد مرتبط در متن ضمانت نامه به استقلال این سند خدشه ای وارد نمی آید. از این مسأله می توان نتیجه گرفت که در عرف و رویه تجاری بین المللی اصل استقلال اسناد تجاری از جمله ضمان نامه های بانکی بین المللی اصلی پذیرفته شده می باشد. همان طور که اشاره شد اعتبارات اسنادی ضمانتی نیز از لحاظ کارکرد، با ضمانت نامه فرقی ندارد و هر دوی آن ها برای تضمین قرارداد دیگری، بکار می روند و از آن جا که در نظام حقوقی برخی کشورها همچون ایالات متحده آمریکا و انگلیس، براساس قوانین بانکداری صدور ضمانت نامه ممنوع می باشد این سند تجاری بکار می رود. و این مسأله دلیل رشد صدور اعتبارات اسنادی ضمانتی در کشورهای مذکور شده است.^۱

بند هفتم: کنوانسیون سارمان ملل متحد در خصوص ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی

در اوایل دهه ی ۷۰ میلادی کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل برنامه ی تهیه ی قواعد ضمانت های بانکی را به اتاق بازرگانی بین المللی محول نمود و فسخ بسیاری از ضمانت نامه

^۱ - مرادی، محمد علی، صداقتی مختاری، مینا، ضمانت نامه ی مستقل سندی آشنا اما نوین در لایحه جدید حقوق تجارت، مجموعه مقالات همایش ملی نقد و بررسی لایحه جدید، ۱۳۹۰، ۲۵۹.

های بین‌المللی با کشورهای غربی، دعاوی متعددی در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی در محاکم مطرح شد که به دلیل جدید بودن موضوع، مسائل حقوقی متفاوتی را به دنبال داشت. در نتیجه موضوع ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان یک موضوع حقوق عمده در روابط تجاری بین‌المللی در آمد. این تحولات، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل را بر آن داشت تا مقررات یکنواختی در این رابطه تدوین نماید. در نهایت در سال ۱۹۹۵ قواعد تحت عنوان کنوانسیون از اول ژانویه سال ۲۰۰۰ در کشورهای تصویب‌کننده بین ۷ کشور به مرحله اجرا در آمده است و در حال حاضر دارای ۸ عضو است کشورهای عضو عبارتند از بلاروس، لیبیا، کویت، السالوادور، اکوادور، تونس، پاناما، هر چند ایالات متحده آمریکا این کنوانسیون را در ۱۱ دسامبر ۱۹۹۷ امضا کرده ولی هنوز به آن ملحق نشده است. عدم الحاق کشورهای عمده‌ی تجاری مثل آمریکا، اتحادیه آمریکا، اتحادیه اروپا، چین سنگاپور و استرالیا و امثال آن نشان می‌دهد، کنوانسیون تاکنون موفق نبوده است. کنوانسیون با توجه به واقعیت‌های موجود در جامعه‌ی تجاری در ۸ فصل و ۲۹ ماده تنظیم گردیده است در این کنوانسیون سعی بر این بوده تا پاسخ‌گویی نیازهای تجاری بین‌المللی باشد در این کنوانسیون به مسأله‌ی استقلال ضمانت‌نامه‌ی بانکی از قرارداد پایه توجه زیادی شده است. میزان اهمیت اعطا شده به این وصف در حدی است که استقلال ضمانت‌نامه در عنوان این کنوانسیون مورد استفاده قرار گرفته است. این مسأله نشان‌دهنده‌ی میزان اهمیت اصل مذکور در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد با توجه به اهمیت این ویژگی در کنوانسیون حاضر در مورد متعدد آن به استقلال ضمانت تأکید شده است.^۱

ماده ۲ این کنوانسیون در مقام تعریف ضمانت‌نامه بیان می‌دارد: «از نظر مقررات این کنوانسیون، تعهدنامه، تعهدی مستقل است که در رویه بین‌المللی به عنوان ضمانت‌نامه مستقل یا اعتبار اسنادی ضمانتی شناخته می‌شود از طرف یک بانک یا موسسه یا شخص دیگری (ضامن / صادرکننده) صادر می‌شود، تا به ذی‌نفع به صرف درخواست وی یا درخواست

^۱ - شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۲۸۶.

منضم به سایر اسناد که منطبق با مفاد و هرگونه شروط اسنادی تعهدنامه بوده نشان دهد که به دلیل تخلف از اجرای یک تعهد یا به دلیل اتفاق دیگری، یا برای وجهی که قرض گرفته یا پیش پرداخت شده یا هرگونه بدهی حال شده که از طرف متقاضی یا شخص دیگری تقبل شده، لازم التادیه گردیده مبلغی معین یا قابل تعیین پرداخت نماید.» در این تعریف همان طور که مشخص است بر اصل استقلال ضمانت نامه بانکی صحه گذاشته است البته این ماده تنها قسمت کنوانسیون حاضر نیست که به اصل استقلال اشاره داشته باشد، بلکه علاوه بر اشاره به این اصل در تعریف ضمانت نامه و اعتبار اسنادی ضمانتی ماده ۳ را به تعریف اصل استقلال ضمانت نامه اختصاص داده است این ماده از قرار ذیل است: ماده ۳ کنوانسیون استقلال تعهد « ضمانت نامه » از نظر این کنوانسیون ضمانت نامه ای مستقل است که تعهد ضامن در مقابل ذی نفع، الف - وابسته به وجود یا اعتبار هرگونه قرارداد پایه یا هرگونه ضمانت نامه « تعهد » دیگر نباشد. ب - مشروط به هرگونه مفاد یا شروطی که در ظاهر سند وجود دارد یا هرگونه حادثه یا فعل محتمل دیگری غیر از ارائه ی اسناد و نیز فعل یا حادثه ای که داخل در قلمرو فعالیت ضامن است نباشد.» عبارت مذکور علاوه بر بررسی جنبه های مختلف اصل استقلال به ماهیت اسنادی ضمانت نامه ها پرداخته است که با توجه به رویه بین المللی در خصوص استقلال ضمانت نامه ی بانکی، به نظر می رسد ماده حاضر بر گرفته از رویه بین المللی باشد ضمن این که عبارات کلی ماده به اصل عدم قابلیت استناد به ایراداتی ناشی از قرارداد پایه از سوی بانک ضامن اشاره دارد.

بخش سوم: آثار اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی در قواعد بین المللی

اصل بنیادین اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی همچون دیگر اصول حقوقی دارای آثار بسیاری می باشد بدین معنا که ضمانت نامه های بانکی مستقل در حالی که مبنای وجودی خود را از قرارداد دیگری اخذ نماید، از قرارداد پایه و سایر قرارداد های مرتبط مستقل می باشد. قدر متیقن استقلال این سند از قرارداد پایه و یا قرارداد درخواست کننده ی صدور سند و بانک ضامن و در عین حال به وجود آمدن این سند با هدف غایی حمایت از قراردادی دیگر، به

ارتباط مطلق این سند و قراردادهای مرتبط امکان دخیل نمودن آن‌ها در سازوکار ضمانت نامه بانکی نیز نمی باشد بررسی جوانب مختلف این مسأله و بیان آثار استقلال ضمانت نامه بانکی به شرح ذیل می باشد.

بند اول: استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه (غیر قابل استناد بودن ایرادات)

اولین و متداول ترین اثری که از این اصل به ذهن متبادر می گردد، انتزاع ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه است.^۱ تعهد بانک مبنی بر پرداخت ضمانت نامه و حق ذی نفع در دریافت آن با توجه به شرایط و مندرجات در متن ضمانت نامه ی مستقل آن است که ذی نفع بتواند فارغ از الزامات یا اختلافات ناشی از قرارداد پایه ادعای خود علیه مضمون عنه را به اجرا گذارد و مبلغ مندرج در ضمانت نامه را دریافت نماید. در واقع می توان گفت تمامی مبانی ارائه شده در راستای ایجاد استقلال ضمانت نامه بانکی منفک نمودن آن از قرارداد پایه در درجه اول می باشد. این بدین معناست که نه تنها اسمی در ضمانت نامه برده نشده بلکه در صورت اقدام ذی نفع به مطالبه و دریافت مبلغ ضمانت نامه، ضمانت خواه نمی تواند با استناد به شروط مندرج در قرارداد پایه، اقدام به نقض قرارداد پایه توسط شخص ذی نفع، مدعی بلاوجه بودن اقدام ذی نفع گردد.^۲ بزرگترین ریسک تجاری ضمانت نامه نیز دقیقاً در همین مسأله می باشد که ذی نفع سند، بدون رعایت حسن نیت و به صورت متقلبانه اقدام به اجرا گذاشتن ضمانت نماید. لازم به ذکر است عدم قابلیت استناد به ایرادات ناشی از قرارداد پایه به درخواست کننده ی صدور ضمانت نامه « ضمانت خواه » خلاصه نمی شود بلکه یکی از آثار استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه توسط بانک ضامن نیز می باشد. در نتیجه بانک نمی تواند در مقابل مطالبه ذی نفع به وضعیت اجرا یا عدم اجرای تعهدات مذکور استناد نماید همچنین ایراداتی نظیر بطلان یا

^۱ - Bertram, H.I.V , Bank Guarantees, International Trade , 2010 , p 215.

^۲ - محبی، محسن، حل و فصل دعاوی در ضمانت نامه های بانکی، نشریه پژوهش های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۹۴، ص ۶۶.

فسخ قرارداد پایه تهاتر یا انتقال طلب از ناحیه ی بانک ضامن قابل استناد نیست.^۱ ضمانت نامه ها در گذشته امکان درج شروطی مبنی بر احراز تقصیر ضمانت خواه و یا رای دادگاه و دیگر راهکارهای غیر اسنادی بود و در عین حال بانک حق ورود در ماهیت قرارداد پایه و بررسی آن برای مشخص شدن حقانیت ذی نفع درخواست مبلغ ضمانت نامه را داشت حق دخالت بانک در قرارداد پایه مشکلات بسیار زیادی را در اجرای ضمانت نامه ها ایجاد نمود. قراردادهای پایه اصولاً قراردادهای پیچیده هستند که برای بررسی آن ها نیاز به کارشناسان متخصص است و بانک ها در اکثر موارد از بررسی آن ها عاجز بودن و احراز واقعیت امر از عهده آن ها خارج بود و به همین دلیل بانک ها به دنبال راهکاری برای عدم نیاز به بررسی قرارداد پایه بودند چرا که با وجود امکان ارجاع به قرارداد پایه در صورت عدم بررسی صحیح آن قرارداد توسط بانک و پرداخت ضمانت نامه در صورتی که عدم حقانیت ذی نفع در دریافت مبلغ ضمانت نامه براساس قرارداد پایه یا هر شرط دیگر مندرج در ضمانت نامه مشخص می گردید، موجبات مسئولیت بانک در مقابل درخواست کننده ی صدور سند فراهم می آید این مسأله با ورود خاصیت عندالمطالبه و از طرف دیگر بدون شرط بودن ضمانت نامه به عرف رویه تجارت بین المللی در درجه اول و حقوق داخلی کشورها در مرحله بعد دچار دگرگونی شد. با درج عنوان بدون شرط بودن ضمانت نامه دیگر امکان درج هر شرطی برای پرداخت مبلغ سند وجود نداشت. بانک ها حق مداخله در قرارداد پایه برای بررسی حقانیت ذی نفع در درخواست اجرای ضمانت نامه نداشته و در نتیجه در صورت احراز تخلف ذی نفع و یا متقلبانه بودن درخواست وی مسئولیتی متوجه بانک ضامن (در صورت پرداخت مبلغ ضمانت نامه) نمی گردید، که این موضوع استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه می باشد.^۲ ماده الف ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ در خصوص غیرقابل استناد بودن ایرادات قرارداد پایه و سایر قراردادها اشعار می دارد: « ضمانت نامه طبیعتاً از رابطه پایه و

^۱ - Tomson , William , Thomason Dictionary of Banking Landon, 2015 , p 161.

^۲ - کاشانی، سید محمود، ضمانت نامه های بانکی، انتشارات موسسه عالی بانکداری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷، ص

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 شایع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه ی بین ضامن و ذی نفع نمی باشد. ضمناً ماده ۴ قواعد متحدالشکل اعتبارات اسنادی نیز صراحتاً اعلام می نماید که: «اعتبار بنا به ماهیت خود معامله ای است جدا از قرارداد فروش یا سایر قراردادهایی که مبنای گشایش اعتبار قرار می گیرند.» ملاحظه می گردد که جدا بودن و مستقل بودن قرارداد پایه و سایر قراردادها از اعتبار گشایش شده دلالت بر غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه و یا سایر قراردادها دارد. همچنین با توجه به مواد ۶ و ۷ و ۸ قواعد مربوط به تضمین نامه استقلال و غیرقابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه و سایر قراردادهای مرتبط بر تضمین نامه ها نیز ناظر است.

بند دوم: ویژگی اسنادی بودن ضمانت نامه

یکی از خصوصیات ضمانت نامه های بانکی، اسنادی بودن آن هاست این خصوصیت ضمانت نامه های بانکی به موازات اصل استقلال این سند از قرارداد پایه قرار گرفته است. این ویژگی پیش از آن که از اصل استقلال متأثر باشد خاصیت استقلال را به سند اعطا می نماید، با اسنادی بودن ضمانت نامه است که ادعای استقلال آن از دیگر قراردادهای مرتبط، بیشتر مورد پذیرش و قبول واقع می شود. در همه انواع ضمانت نامه های مستقل بانکی ترجیحاً می بایست غیر مشروط باشد چنانچه شرطی برای مطالبه ی وجه آن قرارداد شده شود، اول این که باید شرط در متن ضمانت نامه درج گردد و دوم نباید این شرط فراتر از ارائه سند باشد، سوم اینکه به علاوه می بایست نحوه ی احراز تحقق شرط اسنادی مزبور را نیز تعیین نموده باشند در غیر این صورت شرط مزبور نادیده تلقی خواهد شد مواد ۷ و ۱۹ و ۲۰ قواعد متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ مؤید این مطلب می باشد. همچنین در کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت نامه های مستقل و اعتبارنامه های تضمینی نیز مورد اشاره قرار گرفته

است. این سند « شرط مندرج » می تواند حسب توافق اعلامیه کتبی، تخلف باشد یا گواهی شخص ثالث رأی دادگاه یا داور و یا هر سند دیگری که طرفین ارائه ی آن را در متن ضمانت نامه شرط کرده باشند.^۱ با نادیده انگاشته شدن شرط غیر اسنادی دیگر، بانک حق استناد به قراردادی دیگر برای ممانعت از پرداخت مبلغ ضمانت نامه ندارد، که البته بانک ها نیز از این مسأله استقبال می نمایند چرا که با بررسی ماهوی قرارداد، همانطور که اشاره شد مشکلات عدیده ای برای آن ها فراهم می آورد با ایجاد مسئولیت بررسی شروط غیر اسنادی، بعضاً بانک موظف به ورود در عرصه های قراردادهای می گردد، که تخصصی در آن زمینه ندارد. به عنوان مثال در یک قرارداد پیمانکاری که در متن ضمانت نامه های صادره درج شده باشد « دریافت مبلغ ضمانت نامه منوط به تخلف پیمانکار در قرارداد پایه، بدون ذکر سندی برای احراز آن » بانک شخصاً موظف به رسیدگی به چنین مسأله ای می باشد بنابراین چون بانک امکان تشخیص دقیق این مورد را نداشته و در صورت بروز اشتباه و تشخیص نادرست موجب مسئولیت برای بانک ضامن می گردد.^۲ از طرف دیگر ضمانت خواه به عنوان ذی نفع در مسأله ی فوق امکان درج شروطی که ذی نفع را در تکلیف برای دریافت مبلغ ضمانت نامه قرار دهد ندارد. با وجود این خاصیت بانک تنها موظف به رسیدگی به اسناد مندرج در ضمانت نامه است، در مورد اعتبارات اسنادی ضمانتی نیز همین مسأله حاکم است. همانطور که اشاره شد بند ح ماده ۱۴ قواعد یکنواخت اعتبارات اسنادی ناظر به همین مسئله است و بیان می نماید : « اگر اعتبار شامل شرطی باشد، بدون این که سند قابل ارائه ای برای تطبیق به این شرط درخواست شده باشد بانک ها فرض می کنند که چنین شرطی در اعتبار درج نشده و این شرط را نادیده می گیرند. » البته میزان دقت بانک در بررسی اسناد ارائه شده نیز یکی از موضوعات مورد توجه است که قبلاً بدان اشاره شد.

^۱ - شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۱۸۲.

^۲ - طریقی، امیر، ضمانت تجارتي در حقوق ایران و قواعد تجارت بین الملل، انتشارات جنگل، ۱۳۹۸، ص ۱۵۲.

نتیجه حاصل از این خاصیت اسنادی ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات اسنادی ضمانتی که مقررات بین المللی ناظر بر ضمانت نامه های بانکی و اعتبارات اسنادی نیز از آن حمایت می نمایند و در متن آن ها بدان اشاره شده است. استقلال هر چه بیشتر ضمانت نامه از قرارداد پایه می باشد به بیان دیگر یکی از روش های امکان ورود قرارداد پایه یا هر قرارداد دیگر به ضمانت نامه که مشروط نمودن پرداخت مبلغ ضمانت نامه به احراز شرایط مرتبط با قراردادهای دیگر است با صرف اسنادی شدن شرط ضمانت نامه تا حدودی غیر قابل اجرا گردیده است. گرچه هنوز امکان درخواست رأی داور دادگاه یا کارشناس در خصوص تخلف از قراردادی علی حده برای درخواست وجه ضمانت نامه به عنوان شروط مندرج در متن سند وجود دارد، اما با اسنادی شدن این شروط حتی الامکان استقلال این سند از دیگر قراردادها مورد پذیرش قرار می گیرند.^۱

بند سوم : استقلال ضمانت نامه از رابطه ی بانک و ضمانت خواه

از دیگر آثار استقلال ضمانت نامه ها بانکی، منفک و جدا بودن قرارداد بین درخواست کننده ی صدور ضمانت نامه « دستوردهنده » و بانک ضامن است که البته این مسئله در مورد اعتبارات اسنادی نیز مصداق دارد و بانک ضامن نمی تواند به نقض این قرارداد (به عنوان مثال اهمال دستور دهنده در ارائه وثیقه ی مبالغ مورد نیاز) برای عدم پرداخت مبلغ ضمانت نامه استناد نماید.^۲ همانطور که اشاره شد در ضمانت نامه های بانکی بین درخواست کننده ی صدور سند « دستور دهنده » و بانک ضامن، قراردادی منعقد می گردد که براساس آن، بدهکار اصلی اقدام به درخواست صدور ضمانت نامه، می نماید با توجه به این اصل روابط بین درخواست کننده ی صدور سند و بانک و شرایط مندرج در قرارداد بین این در، ارتباطی با ضمانت نامه پیدا نمی کند.^۳

^۱ - مسعودی، علیرضا، ضمانت نامه های بانکی در تجارت بین الملل، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۹، ص ۲۱۷.

^۲ - Kelly - low, Michelle ,Selective Legal Aspect of bank De mand Guarantees , 2018 , 318

^۳ - Pierce Anthony, Demand Guaranteeing International trade , 2013 , p 295.

همانند مسأله ای حاکم بر استقلال ضمانت نامه از قرارداد اصلی تکلیف بانک به پرداخت ضمانت نامه و حق ذی نفع در دریافت مبلغ آن براساس شروط و مندرجات سند ضمانت نامه می باشد، نه قرارداد بین دستور دهنده و بانک ضامن. در مقررات بین المللی نیز به این مسأله توجه شده است، به طور مثال در ماده ۴ قواعد یکنواخت اعتبارات اسنادی آمده (... ذی نفع اعتبار تحت هیچ شرایطی نمی تواند از روابط قراردادی موجود بین بانک ها یا بین بانک گشاینده و درخواست کننده ی اعتبار بهره مند شود...) همچنین ماده ۰۷ - ۱ قواعد بین المللی تضمین نامه ها نیز اشعار می دارد « حقوق و تعهدات صادر کننده نسبت به متقاضی به موجب هر قرارداد مقررات و قانون حاکم هیچ گونه تأثیری بر تعهدات صادر کننده در مقابل ذی نفع نخواهد داشت. » ضمناً این مسأله اثر دیگری نیز دارد، که در صورت عدم توانایی بانک در دریافت جبران خسارت از درخواست کننده صدور سند (ضمانت خواه) امکان مراجعه به ذی نفع را ندارد، چرا که تعهد بانک به پرداخت مبلغ ضمانت نامه به ذی نفع بدون حق رجوع است.^۱ دقیقاً به همین علت است که بانک ها برای صدور ضمانت نامه اصولاً وثایق لازم و کافی را از درخواست کننده اخذ می نمایند، تا در صورت عدم توانایی در دریافت مبلغ پرداخت شده از طریق درخواست کننده، بتواند از طریق وثایق مأخوذه، خسارت وارده را جبران نماید. البته در شرایط امکان رجوع بانک به ذی نفع وجود دارد مانند اشتباه بانک و پرداخت مبلغی مازاد بر میزان ضمانت نامه. همچنین ماده ۵ الف قواعد متحدالشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ نیز در آن قسمت که بیان می دارد : « ضمانت نامه طبعاً از رابطه ی پایه و از درخواست صدور ضمانت نامه مستقل است... » بر استقلال ضمانت نامه از درخواست صدور ضمانت نامه که قراردادی است بین بانک ضامن و درخواست کننده « مضمون عنه » تصریح نموده .

بند چهارم : انتقال بار اثبات دعوی از ذی نفع به ضمانت خواه

در صورت عدم استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه و امکان درج شرط نقض قرارداد پایه به عنوان شرط امکان درخواست مبلغ ضمانت نامه، در متن ذی نفع می بایست جهت مطالبه و اخذ

^۱ - محبی، محسن، حل و فصل دعاوی در ضمانت نامه های بانکی، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴، ص ۲۹.

ضمانت نامه، اثبات نماید که قرارداد پایه ای که ضمانت نامه به عنوان تعهدی وابسته و بر مبنای آن صادر شده است نقض گردیده و یا این که ضمانت خواه مرتکب تخلف گردیده است و باید ادعای خود را در مرجع صالح به اثبات برساند و سپس برای وصول آن به ضامن سند مراجعه و ضمانت نامه را مطالبه نماید در حالی که با صدور ضمانت نامه ی مستقل این معادله معکوس شده و ذی نفع می تواند بدون اثبات تخلف یا ارائه دلیلی، وجه ضمانت نامه را مطالبه و وصول نماید که در صورت ارتکاب تخلف و یا نقض قرارداد پایه می بایست ضمانت خواه این امر را نزد مراجع صالح به اثبات رسانده و وجه ضمانت نامه ی وصول شده توسط ذی نفع را استرداد نماید. این مسأله دلالت بر انتقال بار اثبات دعوی از عهده ی ذی نفع ضمانت نامه های بانکی مستقل می باشد در واقع اکثر تلاش های انجام شده برای مستقل نمودن ضمانت نامه از قرارداد پایه در درجه اول برای انتقال بار اثبات دعوی از عهده ی ذی نفع بر ضمانت خواه (تعهد قرارداد اصلی) است چرا که با این امر سرعت اجرا و اعتبار ضمانت نامه های بانکی بسیار افزایش می یابد و این موضوع در ضمانت نامه های عندالمطالبه به نهایت خود می رسد، البته همان طور که گفته شد ممکن است یکی از شروط اسنادی درخواست وجه ضمانت نامه، درج شده باشد. اما باز ساده تر از درگیر نمودن خود با ضمانت نامه، و روند اجرای آن با قرارداد اصلی می باشد.

بند پنجم: توافق بر عدول از اجرای اصل استقلال و مشروط نمودن پرداخت وجه ضمانت نامه

با توجه به اصل آزادی اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی طرفین می توانند در قرارداد فی مابین توافق بر شروط متعددی نمایند. بر همین اساس در ضمانت نامه های بانکی نیز طرفین براساس توافق به عمل آمده می توانند جهت مطالبه وجه ضمانت نامه، شروطی را معین نمایند. اما همان طور که در طول تحقیق بدان اشاره شد با توجه به اهمیت ضمانت نامه های بانکی و نوع رویه بانک داری که در ضمانت نامه های بانکی مورد استفاده قرار می گیرد، این استناد جهت جلب اطمینان طرفین قرارداد و تبعاً افزایش معاملات و رونق اقتصادی کشور صادر می گردد و در

حال حاضر قواعد یکنواخت ضمانت نامه های عندالمطالبه و کنوانسیون سازمان ملل بر آن ناظر می باشد، بنابراین می بایست تابع قواعد خاصی باشد، از جمله اینکه در صورت مشروط بودن، می بایست شرط اسنادی بوده و براساس ماده ۷ قواعد مذکور که اشعار می دارد: « به جز درج تاریخ یا قید گذشت زمان معینی ضمانت نامه نباید حاوی شرطی باشد که نتوان برای احراز تحقق آن، مدرکی ارائه کرد. اگر ضمانت نامه حاوی شرطی باشد ولی مدرکی که اجرای شرط را نشان دهد معین نکرده باشد و از سوابق موجود نزد ضامن یا شاخصی که در ضمانت نامه مستقل شده است نیز نتوان شرط را احراز کرد ضامن، آن شرط را نادیده خواهد گرفت مگر برای حصول اطمینان از عدم تناقض بین داده های مندرج در ضمانت نامه با داده های مندرج در مدرکی که مشخص شده و تحت ضمانت نامه ارائه شده است. » و بند ح ماده ۱۴ قواعد یکنواخت اعتبارات اسنادی که ناظر به همین مسأله می باشد و بیان می دارد: « اگر اعتبار شامل شرطی باشد بدون این که سند قابل ارائه ای برای تطبیق با این شرط درخواست شده باشد بانک ها فرض می کنند که چنین شرطی در اعتبار درج نشده و این شرط را نادیده می گیرد.

نتیجه گیری

ضمانت نامه، سندی که توسط بانک به درخواست متقاضی « اعم از شخص یا بانک » صادر می شود و به موجب آن بانک ضامن متعهد می گردد به محض تقاضای ذی نفع در مدت اعتبار ضمانت نامه وجه ضمانت نامه را به ذی نفع بپردازد. اصل استقلال ضمانت نامه انتزاع آن از قرارداد پایه ای است که مبنای صدور ضمانت نامه قرار گرفته به طوری که ضامن ضمانت نامه تعهد علی حده ای از مدیون اصلی را به عهده گرفته است. بنابراین ذی نفع و ضامن تمایل وجود اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی دارند چرا که در صورت پذیرش اصل استقلال لازم نیست تا ذی نفع تخلف یا قصور طرف قرارداد را اثبات نماید و همچنین ضامن نیز بدون ریسک مسئولیت اقدام به وجه ضمانت نامه می نماید. در غیر این صورت مطالبه و دریافت وجه متحمل گردد از انعقاد قرارداد صرف نظر می نماید که این امر موجب عدم تمایل طرفین

به انعقاد قرارداد می گردد و تبعاً مشکلات متعددی را به وجود خواهد آورد. بنابراین اصل استقلال خصیصه ی اصلی ضمانت نامه های بانکی است که حدود آن براساس اراده طرفین تعیین می گردد. اصل استقلال در ضمانت نامه های بانکی بدین معنی است که تعهد بانک ضامن به پرداخت وجه ضمانت نامه در مقابل ذی نفع با مراجعه به مفاد و شروط مقرر در متن ضمانت نامه معین می شود نه با مراجعه به متن قرارداد پایه ای که مبنای صدور ضمانت نامه است. وجود ضمانت نامه های مستقل در قراردادها و علی الخصوص قراردادهای بین المللی ضروری است، به علت این که در صورت عدم شناخت طرفین از یکدیگر و یا حضور آن ها در دو کشور جداگانه، دسترسی به طرف مقابل به سختی ممکن می باشد. به طوری که طرفین تمایلی به انعقاد قرارداد ندارند و فقط در صورت حصول اطمینان از جبران خسارت احتمالی (بدون کم و کاست) حاضر به انجام به انجام چنین قراردادهایی می باشند، از طرفی از آن جا که افزایش انعقاد قراردادهای متعدد در عرصه ی بین المللی موجب رشد اقتصادی و اجتماعی در جامعه می گردد بنابراین تسهیل در انجام معاملات و افزایش اطمینان متقابل طرفین، موجب پیشبرد اهداف اقتصادی و اجتماعی می گردد و به این خاطر که توسعه و گسترش تعاملات بین افراد و یا بین کشورها موجب افزایش رشد اجتماعی شده و تبعاً افزایش معاملات موجب گردش سرمایه شد. اصل استقلال نیز همانند دیگر اصول حقوقی دارای آثاری می باشد که مهم ترین آن ها عدم امکان استناد به قرارداد پایه و سایر قراردادها می باشد به طوری که بانک ضامن نمی تواند در مقابل ذی نفع به ایرادات ناشی از قرارداد پایه و سایر قراردادها استناد نماید و متعهد است صرفاً در صورت دستور موقت از مراجع قضایی ضامن می تواند از پرداخت وجه ضمانت نامه امتناع نماید. لازم به ذکر است با توجه به اصل استقلال ضمانت نامه های بانکی در صورت ارائه ی ادله ی بسیار قوی از سوی ضمانت خواه مبنی بر متقبلانه بودن مطالبه ی ذی نفع، مراجع قضایی نسبت به صدور دستور موقت مبنی بر عدم پرداخت وجه ضمانت نامه بانکی اقدام نمایند. از دیگر آثار اصل استقلال این است که شروط مقرر در ضمانت می بایست ماهیت اسنادی داشته باشد به طوری که علاوه بر این که می بایست شرط یا شروط در متن ضمانت نامه درج شوند و شروط مندرج صرفاً ارائه ی اسنادی معین و مشخص می باشند، که توسط

طرفین، نحوه ی احراز تحقق شروط نیز تعیین شده باشد در این صورت بانک ضامن موظف می باشد، ظاهراً اسناد را در حدود تعیین شده و در حدود عرف بانکداری مطابقت داده و در صورت احراز تحقق شروط، وجه ضمانت نامه را پرداخت نماید. بنابراین نمی توان بانک را مکلف کرد تا استحقاق یا عدم استحقاق ذی نفع را بررسی و سپس در صورت استحقاق ذی نفع، وجه ضمانت نامه را پرداخت نماید. اثر دیگر اصل استقلال مسأله انتقال بار اثبات دعوی می باشد چرا که با مستقل شدن ضمانت نامه از قرارداد پایه و سایر قراردادها نیازی نمی باشد که ذی نفع تخلف اصیل (مضمون عنه / ضمانت خواه) را اثبات نماید در حالی که در صورت عدم استقلال ضمانت نامه از قراردادهای اصلی و سایر قراردادها، ذی نفع در صورتی می توانست وجه ضمانت نامه را مطالبه نماید که تخلف و قصور ضمانت خواه و در نتیجه استحقاق خود را اثبات نماید بنابراین ملاحظه می گردد که با مستقل شدن ضمانت نامه موضوع اثبات عدم استحقاق به عهده ضمانت خواه منتقل می شود.



منابع و مآخذ

- ۱ - امیرپور، رسول، مطالبه متقلبانہ ی وجہ ضمانت نامہ بانکی در حقوق تجارت بین الملل، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۹۴
- ۲ - افاکي، ژرژ، مترجم، تذهیبی، فریده، راهنمایی تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت نامہ های عندالمطالبہ، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۷.
- ۳ - شهبازی نیا، مرتضی، ضمانت نامہ های بانکی و مقایسه آن ها با نهادهای سنتی، فصلنامه مفید، شماره ۴۳، ۱۳۸۳.
- ۴ - شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین الملل، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، تهران، ۱۳۹۰.
- ۵ - طریقی، امیر، ضمانت تجارتی در حقوق ایران و قواعد تجارت بین الملل، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۸.
- ۶ - عباسیان، پرویز، مقررات بین المللی تضمین نامہ ها، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی، تهران، ۱۳۹۸.
- ۷ - قاسمی، مصطفی، اصل استقلال ضمانت نامہ های بانکی و استثنائات آن، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۵.
- ۸ - کاشانی، سید محمود، ضمانت نامہ های بانکی، انتشارات موسسه عالی بانکداری جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۹۷.
- ۹ - مرادی، محمد علی، صداقتی مختاری، مینا، ضمانت نامہ ی مستقل سندی آشنا اما نوین در لایحه جدید حقوق تجارت، مجموعه مقالات همایش ملی نقد و بررسی لایحه جدید، ۱۳۹۰.

- ۱۰ - محبی، محسن، حل و فصل دعاوی در ضمانت نامه های بانکی، نشریه پژوهش های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۹۴
- ۱۱ - محبی، محسن، حل و فصل دعاوی در ضمانت نامه های بانکی، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۴
- ۱۲ - مسعودی، علیرضا، ضمانت نامه های بانکی در تجارت بین الملل، انتشارات شهر دانش، تهران، ۱۳۹۹
- ۱۳ - ناصری قصرالدشتی، علیرضا، بررسی نظام حقوقی ضمانت نامه های بانکی و تبیین اصل استقلال ضمانت نامه ها در حقوق ایران، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۸.

منابع لاتین

- 1-Bertram, H.I.V, Bank Guarantees, International Trade, 2010.
- 2- Pierce Anthony, Demand Guaranteeing International trade, 2013.
- 3-Tomson, William, Thomson Dictionary of Banking Landon, 2015.
- 4-Kelly -low, Michelle, Selective Legal Aspect of bank Demand.