

فصلنامه مطالعات نوین بانکی

ISSN : 2645-5420

شماره مجوز: ۸۳۲۸۹ ((شماره هفدهم-زمستان ۱۴۰۱))

بررسی مقایسه‌ای وجوه ضمانت‌نامه‌های بانکی با سایر اعتبارات اسنادی و اعتبارنامه‌های تضمینی

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۷/۰۲، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۱۲/۲۵)

پوریا پورمحمدی

کارشناسی ارشد حقوق مالی- اقتصادی

چکیده

امروزه طی معاملاتی که انسان‌ها با یکدیگر انجام می‌دهند، برای اطمینان بخشیدن به این معاملات و جلب اعتماد طرف معامله، به وجود برخی تضامین نیاز است. به همین خاطر، ابزارهای قانونی وجود دارد که افراد می‌توانند به منظور تضمین قرارداد ارائه دهند. و یکی از این موارد ضمانت‌نامه بانکی است. ضمانت‌نامه بانکی، قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادر کننده حسب درخواست متقاضی تعهد می‌کند که عندالمطالبه یا در سررسید معینی، مبلغ معینی را از بابت موضوع خاصی که مربوط به متقاضی است به ذینفع یا به حواله کرد او پرداخت کند. در مقابل و در حالی که اعتبار اسنادی تجاری به عنوان یک ساز و کار مطمئن برای پرداخت ثمن به ذینفع عمل می‌کند؛ کاربرد اعتبار اسنادی تضمینی، حمایت از ذینفع در صورت عدم اجرای تعهد ناشی از معامله پایه یا اجرای ناقص آن است. از این رو و به لحاظ آثار، اعتبار اسنادی تضمینی مشابهت فراوانی با ضمانت‌نامه بانکی دارد. با توجه به اهمیت موضوع در این مقاله به بررسی مقایسه‌ای وجوه ضمانت‌نامه‌های بانکی با سایر اعتبارات اسنادی و اعتبارنامه‌های تضمینی پرداخته شده است. روش تحقیق در پژوهش کنونی از نوع تحلیلی-توصیفی بوده و ابزار گردآوری داده‌ها فیش برداری و بهره از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد.

واژگان کلیدی: ضمانت نامه بانکی، اعتبارات اسنادی، اعتبارات تضمینی، اجرای تعهد

مالی

بخش اول: بررسی و شناسایی اعتبار اسنادی ضمانتی

بند اول: شناخت مفهومی اعتبار اسنادی ضمانتی

به موجب قوانین بانکداری در ایالات متحده آمریکا، بانک‌های آمریکایی حق صدور برخی از ضمانت نامه های بانکی از جمله ضمانت نامه حسن انجام کار را ندارند. به منظور پر کردن خلاء ناشی از این اشکال قانونی، بانک‌ها در آمریکا یک نوع اعتبار اسنادی صادر می نمایند که جایگزین این نوع ضمانت نامه می باشد که به آن اعتبار اسنادی ضمانتی می گویند.^۱

در صورتی که مضمون عه (درخواست کننده ضمانت نامه - متعهد) توان ایفای تمام یا بخشی از تعهدات خود را در قبال مضمون له (ذینفع ضمانت نامه - بستانکار) نداشته باشد، آن گاه اعتبار اسنادی ضمانتی می تواند به عنوان یک منبع پرداخت و ضمانت پرداخت به کار گرفته شود.

اعتبار اسنادی ضمانتی به عنوان جایگزینی برای ضمانت نامه و اعتبار اسنادی تجاری با اقبال روبرو شده و امروزه به میزان بسیاری زیادی در سراسر جهان مورد استفاده قرار می گیرد و به همین دلیل می توان آن را در زمره یکی از مهم ترین ابزارهای مالی به شمار آورد، به همین جهت به بررسی و مقایسه آن خواهیم پرداخت. با این توضیح که این ابزار برای اولین بار در کشور آمریکا به کار گرفته شد و در مدتی کوتاه نیز به یکی از شیوه های پرداخت بین المللی معتبر تبدیل گردید.^۲

در راستای افزایش تقاضا برای اعتبارات اسنادی ضمانتی، تدوین مجموعه مقررات متحد الشکل جهت پیشگیری از هر گونه ابهام و سوء استفاده طرفین و نیز کمک به قضات و حقوقدانان به منظور رفع اختلافات احتمالی بین طرفین ضرورت یافت. بدین منظور پیش نویس مقررات بین المللی اعتبارات اسنادی ضمانتی یا ISP^{۹۸} توسط یک کارگروه ویژه

^۱ افشار، مسعود. شناخت ابزار اعتبار اسنادی ضمانتی و بررسی امکان به کارگیری مقررات بین المللی تضمین نامه ها به همراه مقررات متحد الشکل ضمانت نامه های عندالمطالبه، ۱۳۸۶، دانشگاه تهران، ص ۱۳۴.

^۲ ریچارد دریس کول، نقش اعتبار نامه های تضمینی در تجارت بین الملل، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۶۳، ص ۱۳۳.

تعیین شده از سوی "موسسه قوانین و مقررات بانکی بین المللی" تهیه شد و با نظر خواهی از کمیته‌های ملی اتاق بازرگانی بین‌المللی به مرور تکمیل گردید. در نهایت این مقررات در اجلاس مورخ ۷ و ۶ آوریل ۱۹۹۸ کمیسیون بانکداری^۱ ICC با قابلیت اجرا از تاریخ ۱۹۹۹/۰۱/۰۱ به تصویب رسید.

تعاریف متعددی برای SLC بیان شده است، اما با کمی تأمل در می‌یابیم که تفاوت اساسی بین آنها وجود نداشته و همه به یک مفهوم واحد اشاره دارند. چنانچه فرهنگ لغات حقوقی بلک تعریف زیر را در خصوص اعتبار اسنادی ضمانتی ارائه داده است: «اعتبار اسنادی ضمانتی، اعتباری است که برای تضمین تعهدات مالی یا غیر مالی (مانند حسن انجام یک کار ساختمانی) استفاده می‌شود و بانک گشایش کننده (صادر کننده) موافقت می‌نماید در صورتی که مشتری او از ایفای تعهداتش قصور نماید، وجه مورد مطالبه ذینفع را پرداخت کند».

به تعبیری دیگر SLC تعهد کتبی است که بانک به ذینفع می‌دهد تا مبلغ مشخصی را به صورت کلی یا جزئی، در صورت اعلام ذینفع مبنی بر قصور طرف مقابل در ایفای تعهدات خود پردازد و به محض پرداخت وجه به ذینفع از طرف بانک، متقاضی صدور SLC می‌بایست وجه مورد نظر را به بانک پرداخت نماید.

همچنین از دیگر کاربردهای اعتبارات اسنادی ضمانتی می‌توان به حسن انجام کار، پیش پرداخت شرکت در مزایده و مناقصه، پرداخت مستقیم، تضمین نامه متقابل، تضمین نامه مالی، تجاری و... اشاره داشت.

بند دوم: بررسی و تطبیق اعتبار اسنادی ضمانتی با ضمانت نامه مستقل

در این قسمت ابتدا مختصری در رابطه با تاریخچه صدور ضمانت نامه سخن خواهیم گفت، سپس به مقایسه بین اعتبار اسنادی ضمانتی و ضمانت نامه پرداخته می‌شود.

صدور انواع ضمانت نامه‌های ارزی در ایران سابقه‌ای طولانی دارد، به طوری که از سالهای قبل

^۱ مهم ترین نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی.

از انقلاب در پی افزایش درآمدهای نفتی و در نتیجه افزایش مراودات تجاری بین‌المللی، صدور آن افزایش چشم‌گیری داشته است.

SLC از نظر ماهوی یک ضمانت‌نامه بانکی، اما از نظر شکلی یک اعتبار اسنادی است. این دو ابزار مالی در نگاه مجرد قانونی مشابه هستند، در حالی که در عمل از اندک تفاوتی برخوردارند. از جمله اینکه ضمانت‌نامه می‌تواند تحت تاثیر قوانین محلی ضمانت‌نامه قرار گیرد، اما در برخی کشورها نحوه برخورد با اعتبار اسنادی ضمانتی مانند اعتبار اسنادی تجاری است و تحت پوشش قانون محلی قرار نمی‌گیرد.

هدف و عملکرد SLC همانند ضمانت‌نامه مستقل می‌باشد، بالاخص در مواقعی که از تعهداتی به جز تعهد پرداخت، تحت قرارداد فروش حمایت می‌کند. به بیان دیگر می‌توان اعتبارات اسنادی ضمانتی را جزء ضمانت‌نامه‌های مستقل به‌شمار آورد و برخی نیز بر این باورند که اعتبار اسنادی ضمانتی آمریکایی با ضمانت‌نامه مستقل اروپایی متفاوت می‌باشد، که به نظر این یک باور غلط است زیرا این دو در مواردی چون مکانیسم، نحوه عملکرد، عدم وابستگی به قرارداد و ماهیت اسناد مورد نیاز جهت پرداخت مشابه یکدیگر می‌باشند. و ضمانت‌نامه مستقل اروپایی برای اولین بار در ارتباط با معاملات بین‌المللی مورد استفاده قرار گرفت، در حالی که شروع به کار اعتبار اسنادی ضمانتی از بازار داخلی بوده است.

همچنین ضمانت‌نامه‌ها در ابتدا به منظور حمایت از تعهدات غیر مالی مورد استفاده قرار گرفته‌اند، در حالی که اعتبار اسنادی ضمانتی برای اولین بار در تامین تعهدات مالی به کار گرفته شد. کاربرد اولیه اعتبار اسنادی ضمانتی که در بالا ذکر شد و نیز شرایط پرداخت آن، سبب شده است تا این نوع از اعتبار بیشتر مشابه اعتبار اسنادی تجاری تلقی گردد تا یک ضمانت‌نامه مستقل بانکی.

مضافاً اینکه تفاوت‌هایی نیز بین اعتبار اسنادی ضمانتی و ضمانت‌نامه وجود دارد. از جمله اینکه مقررات مربوط به تایید اعتبار اسنادی ضمانتی توسط بانکی دیگر و تنوع بسیار در روش‌های پرداخت آن در ضمانت‌نامه وجود ندارد. اما در مجموع می‌توان چنین بیان داشت که اعتبار اسنادی ضمانتی تمام ویژگی‌های ضمانت‌نامه مستقل را دارا می‌باشد، مانند لزوم

وجود تاریخ انقضاء که بنا به تقاضای ذینفع قابل تمدید به دوره‌های مشخصی خواهد بود. مجموعه مقررات ISP۹۸^۱ منعکس کننده مقررات، روش و کاربردهای عموماً پذیرفته شده در قالب اعتبارات اسنادی ضمانتی بوده و از اول ژانویه ۱۹۹۹ اجرایی شده است. و به نظر می‌رسد تاکنون اقدامی در جهت بازنگری این مقررات آغاز نشده است. برخی کارشناسان بنا به دلایل زیر معتقدند نیازی به بازنگری این مقررات نیست، زیرا اولاً چون بسیاری از کشورها دارای سوابق صدور بیش از صدها میلیارد دلار اعتبارات اسنادی ضمانتی هستند، لذا تغییر قوانین ممکن است آثار نامطلوبی برای آنها در پی داشته باشد. ثانیاً رویه‌های بانکی مرتبط با این مقررات تغییر چندانی نکرده است. ثالثاً بانک‌ها در طی سالیان متمادی سیستم‌های عملیاتی پیچیده‌ای را برای ممانعت از پولشویی یا جعل طراحی کرده‌اند که برخی از این سیستم‌ها ISP۹۸ را ملاک عمل قراردادده است. بدین ترتیب هرگونه تغییر در این مقررات نه تنها توانایی کنترل داخلی را تضعیف می‌نماید، بلکه فرصت مناسبی را برای سود جویی جاعلان نیز فراهم می‌کند.

ISP۹۸ سعی دارد مقررات جداگانه‌ای مشابه آنچه که UCP برای اعتبارات اسنادی تجاری و URDG^۲ برای ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی فراهم کرده است، برای اعتبارات اسنادی ضمانتی فراهم کند که هدف اصلی آن ارائه مقررات مشخص، واضح و پذیرفته شده به صورت فراگیر است و از این روی تعاریف دقیقی از اصطلاحات رایج در اعتبار اسنادی ضمانتی ارائه داده است.

بخش دوم: وجه تمایز ضمانت‌نامه مستقل با سایر اعتبارات اسنادی و اعتبار نامه‌های تضمینی

همانطور که بیان شد اوراق بسیاری در تجارت بین الملل کاربرد دارند و دسته بزرگی از این اوراق اعتبارات اسنادی هستند که در ادامه به بررسی و تفسیر وجوه تمایز آن با ضمانت نامه‌ها خواهیم پرداخت.

^۱. International stand by practices.

^۲. Uniform rules for demand guarantees.

بند اول: انواع اعتبارات اسنادی و مزایای آن

اعتبارات اسنادی، سندی هستند که بانک از طرف مشتری خود صادر نموده تا به شخص یا تجارخانه‌ای این اختیار را دهد که برات‌هایی به عهده آن بانک و یا کارگزارانش به حساب آن بانک، تحت شرایط مصرحه در اعتبار اسنادی بکشد. در تعریفی دیگر از اعتبارات اسنادی آمده است؛ اعتبارات اسنادی عبارت است از التزام صادر کننده اعتبار که معمولاً یک بانک است و به صورت اعتبار به تقاضای مشتری بانک گشایش می‌یابد و بانک را ملزم به رعایت شرایط مقرر در اعتبارات اسنادی می‌سازد تا از جانب ذینفع، وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذینفع یا به حواله کرد وی پرداخت کند.^۱

رشته‌ای از تعدد تعاریف در باب اعتبارات اسنادی وجود دارد، جوهره‌ی اصلی در تعریف این اسناد در تقاضای مشتری از بانک خود برای تعهد پرداخت مبلغ معینی در مقابل فروشندگان کالا در ازاء اسناد مشخصی است که حاکی از مالکیت کالا باشد. اعتبار اسنادی ضمانتی عبارت است از تعهد بانک به انجام پرداختی به شخص ثالث (ذینفع) و یا قبول بروات صادره توسط این شخص، مشروط بر آنکه وی به صورت کامل شرایط اعتبار را رعایت کرده باشد.

تمایز دو نوع اعتبار در آن است که در اعتبار اسنادی عادی، پرداخت وجه اسناد در قبال ارائه اسناد حمل امکان‌پذیر است، در حالی که اعتبار اسنادی ضمانتی با هدف حمایت از ذینفع در موارد قصور احتمالی طرف مقابل ممکن است به صرف یک اعلان ساده دایر بر اینکه طرف قرارداد قصور کرده است فعال و قابل پرداخت باشد. از این جهت این سند با ضمانت‌نامه‌های بانکی غیر مشروط مشابهت فراوان دارد. در واقع در اعتبارات اسنادی تضمینی، نوعاً اسنادی که برای مطالبه باید ارائه شوند (که باید بر اساس شرایط مقرر در اعتبار نامه‌ی مذکور باشد) توسط خود ذینفع قابل تهیه است. لیکن در مورد اعتبارات اسنادی معمولی، اسناد معهود برای جواز مطالبه موجه اعتبار (من جمله سند حمل) نوعاً توسط ثالث صادر و تنظیم می‌شود. که

^۱ ژان استوفله، مترجم، بنا نیا سری، ماشا الله، تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبار نامه‌های تضمینی و ضمانت‌نامه مستقل، مجله حقوق بین الملل، پاییز و زمستان ۸۷، شماره ۳۹، ص ۲۹۳.

ذیلاً برخی مزایای اعتبارات اسنادی آمده است:

۱. اطمینان فروشنده از اینکه پس از ارائه اسناد حمل، وجه اعتبار را مطابق شرایط اعتبار از بانک کارگزار یا تایید کننده دریافت می کند.^۱
۲. امکان کنترل تاریخ حمل و نقل و تحویل نهایی کالا.
۳. تحویل اسناد حمل مطابق با مفاد موافقت اولیه تحت شرایط قرارداد میان طرفین.
۴. حصول اطمینان از پرداخت وجه اعتبار به فروشنده در قبال انتقال و فک مالکیت کالا از وی.
۵. امکان کسب تسهیلات بیشتر برای فروشنده در مقابل اعتبار گشایش یافته برای تهیه کالای سفارش شده.

۶. تعهد بانک برای پرداخت بهاء در معاملات به جای فرد فروشنده.

۷. نهایتاً تعهد پرداخت " فقط در قبال دریافت اسناد بدون عیب و مغایرت " متقابل می-گردد.^۲

در خصوص دلایل و لزوم رعایت حقوق اعتبارات اسنادی باید گفت؛ اجرا و انجام تعهدات قراردادی، بدون شک از مهم ترین اهداف هر قرارداد است که طرفین و متعاقدين در این راستا و به موجب قرارداد با یکدیگر مرتبط شده اند. در روابط قراردادی ملی و داخلی یک کشور، به لحاظ وجود محاکم قضایی و وجود نیروهای مورد نیاز برای انجام این تصمیمات، انجام تعهدات قراردادی مسئله ای نسبتاً ساده تر و اضطراب متعاقدين آن کمتر است، ولی در روابط بین المللی به دلیل وجود موانع عدیده از جانب طرفین، متعاقدين پیش از انعقاد قرارداد در جستجوی تامین کافی هستند تا به دور از هر گونه اضطراب، در یک بستر امن تجاری فعالیت نمایند.^۳ در رابطه با اعتبارات اسنادی در ایران ذکر این نکته ضروری است که به دلیل محدودیت های وضع شده توسط بانک مرکزی، انواعی از این اعتبارات در ایران غیر قابل

^۱ . زمانی فرهنگی، مجتبی، اعتبارات اسنادی بازرگانی چاپ اول، انتشارات ترمه، ۱۳۸۸، ص ۶۴.

^۲ علی پور، رضا. اعتبار اسنادی (lc) چیست؟ http://bank.ir/danestaniha/۲۱۴_general/۲۴۶۸/lc

^۳ . صیاد، . لیندا، پیشین، ص ۱۰۵

استفاده می باشند و یا احتیاج به مجوز بانک مرکزی دارند. اما در یک تقسیم بندی کلی به جهات مختلف، انواع اعتبارات اسنادی را می توان به شرح زیر منقسم نمود:

۱. اعتبار اسنادی داخلی ریالی^۱

نوعی شیوه پرداخت و یکی از خدماتی است که بانک به درخواست خریدار (متقاضی)، به منظور خرید یا سفارش کالا یا خدمات از یک فروشنده (ذینفع داخلی) و به نفع وی برقرار می نماید. اعتبار اسنادی داخلی - ریالی بر مبنای عقد جعاله گشایش می شود. در صورت درخواست متقاضی و با بررسی و موافقت بانک هنگام ظهر نویسی اسناد و تسویه حساب، امکان اعطای تسهیلات در قالب عقد فروش اقساطی و مشارکت مدنی میسر می باشد. و به اعتباری که خریدار برای واردات به کشور خود گشایش می کند اعتبار وارداتی گویند و این اعتبار از لحاظ فروشنده کالا که در کشور دیگر قرار دارد اعتبار صادراتی می باشد.

۲. اعتبار اسنادی وارداتی^۲

نحوه تامین ارز:

۱. (توافقی) خرید ارز از بانک با ارائه معادل ریالی توسط متقاضی.

۲. ارز متقاضی مستقیماً از حساب ارزی متقاضی برداشت می شود.

۳. تسهیلات ارزی از منابع بانک (در صورت داشتن مصوبه اعطای تسهیلات).

۴. حساب ذخیره ارزی.

۵. تسهیلات اعطایی از سوی بانک ها و موسسات مالی خارجی.

۳. اعتبار اسنادی صادراتی^۳

اعتبار اسنادی صادراتی توسط بانک خریدار گشایش می یابد و بانک ابلاغ کننده آن به صادر کننده ایرانی می باشد.

همچنین با توجه به سیاست های جمهوری اسلامی ایران در خصوص گشایش صادرات غیر

^۱. Rail validity of international document.

^۲. Import letter of credit.

^۳. Export letter of credit.

نفتی، با رعایت مفاد فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک با اعطای تسهیلات در قالب یکی از عقود ذیل خدمات گشایش اعتبار اسنادی صادرات را انجام می‌دهد:

۱. مشارکت مدنی صادراتی.

۲. سلف ارز.

۳. خرید دین اعتبارات اسنادی صادراتی مدت دار.

۴. فروش اقساطی مواد اولیه جهت صدور کالا^۱.

۴. اعتبارات اسنادی قابل برگشت^۲

در این نوع اعتبار، خریدار و یا بانک گشایش کننده اعتبار می‌تواند بدون اطلاع ذینفع، هر گونه تغییر یا اصلاحی در شرایط اعتبار به وجود آورد (پر واضح است که از این نوع اعتبار استفاده چندانی نمی‌شود) زیرا فروشنده اطمینان لازم را نسبت به پایدار ماندن اعتبار و انجام تعهدات خریدار ندارد.

نکته L/C: این گونه اعتبارات هیچ نوع تعهد و مسئولیتی را برای بانک‌های گشاینده به همراه نداشته و تا زمان دریافت اسناد و پذیرش آنها توسط بانک گشاینده اعتبار، قابلیت برگشت پذیری به قوت خود باقی خواهد ماند. به عبارت دیگری چنانچه خریدار ایرانی بخواهد اعتبار قابل برگشت گشایش نماید، شبکه بانکی از وی مجوز خاص بانک مرکزی را مطالبه می‌نماید؛ در حالی که اعتبار غیر قابل برگشت احتیاجی به مجوز ندارد.

۵. اعتبار اسنادی غیر قابل برگشت^۳

در اعتبار اسنادی غیر قابل برگشت، هر گونه تغییر شرایط از جانب خریدار یا بانک گشایش کننده اعتبار موکول به موافقت و رضایت فروشنده می‌باشد. و در خصوص این نوع اعتبار، به طور معمول فروشندگان استقبال بیشتری می‌نمایند. اعتبار اسنادی تایید شده در بعضی مواقع برای:

^۱. غریبی، ناصر. تجارت بین المللی به زبان ساده، نشر زرین مهر، سال ۸۶، چاپ اول، ص ۷۱.

^۲. Bake letter of credit.

^۳. Irrevocable letter of credit.

- کاهش ریسک عدم دریافت.
- عدم اعتماد به بانک گشایش کننده اعتبار.
- عدم آشنایی با بانک گشایش کننده اعتبار.

همچنین لازم به توضیح است که فروشنده برای اعتبار، درخواست تایید می کند که به موجب آن یک بانک معتبر بین المللی ضمن تایید بانک گشاینده اعتبار، در واقع متعهد به پرداخت آن نیز می گردد. به عبارتی می توان چنین بیان داشت که این نوع اعتبار اسنادی حاکی از عدم اطمینان به حیثیت اعتباری بانک صادر کننده و یا وضعیت متزلزل سیاسی یا اقتصادی کشور خریدار است.

۶. اعتبار اسنادی تایید نشده^۱

این نوع اعتبار در شرایط متعارف و بدون نیاز به تایید بانک دیگری گشایش می یابد. L/C به اعتباری گفته می شود که طبق آن، ذینفع اصلی حق دارد همه یا بخشی از اعتبار گشایش شده را به شخص یا اشخاص ثالثی انتقال دهد (ذینفع دوم).

بند دوم: مقایسه اعتبارات اسنادی با ضمانت نامه مستقل

در بند قبلی مشابهت اعتبارات اسنادی با ضمانت نامه ها در آثار و نتایج دیده شد. لیکن وجوه تمایزی که بین آنها موجود می باشد باعث تفکیک این دو سند از هم می شود. شاید ابتدائی ترین وجه تمایز آنها؛ در زمینه و محل صدور این اسناد باشد. زیرا در جایی که اعتبارات اسنادی برای پرداخت ثمن و تسلیم مبیع برای افرادی که مقیم یک کشور نیستند، و در نتیجه دسترسی به یکدیگر ندارند به کار می رود، ضمانت نامه ها نوعاً حاوی وجه التزامی برای قصور از تخلف می باشد. منتها تفاوتی که میان وجه التزام با ضمانت نامه وجود دارد در کیفیت اخذ و مطالبه وجه این دو نهاد است. زیرا در گرفتن وجه مندرج در ضمانت نامه، اعلان قصور بر اساس اسناد و شرایط مقرر در ضمانت نامه کافی می باشد، در حالی که برای مطالبه وجه التزام، احراز تخلف الزامی است و احراز تخلف جز با مراجعه به محاکم

^۱. Unconfirmed letter of credit.

دادگستری ممکن نیست.

بخش سوم: شناخت عوامل تاثیرگذار در حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی

در ابتدای بخش سوم پژوهش حاضر باید گفت برخی بر این عقیده‌اند که ضمانت‌نامه تابع قرارداد اصلی است، هم از حیث قانون حاکم و هم از حیث مرجع صالح، اما همانطور که گذشت، قاعده استقلال ضمانت‌نامه‌های مستقل یک امر پذیرفته شده است که مطابق آن این دو مسئله کاملاً از یکدیگر جدا هستند. لذا هنگامی که امری در اصل از یکدیگر تبعیت نمی‌کند، به طریق اولی در فرعیات نیز تبعیتی از یکدیگر ندارند. لیکن به نظر نگارنده ضمانت‌نامه نمی‌تواند در خصوص قانون حاکم و مرجع صالح از یکدیگر تبعیت کند و از دیگر سوی چون موضوع ضمانت‌نامه یک تعهد پرداخت است، بنابراین تابع قاعده تعارض قوانین درباره تعهدات است که همان قانون محل تعهد یا محل پرداخت است، یعنی قانون کشور بانک ضامن. البته شایان ذکر است مرجع رسیدگی در دعاوی ضمانت‌نامه با توجه به موضوع آن می‌تواند متفاوت باشد. در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقیم این مشکل کمتر به چشم می‌خورد اما در دعاوی که جهت منع پرداخت و یا ابطال ضمانت‌نامه طرح می‌شوند، وضع به گونه‌ای دیگر است، و با توجه به اینکه خواننده دعوی منع پرداخت ضمانت‌نامه و ابطال آن ذینفع است که در شرایطی بانک هم به عنوان خواننده به دعوی وارد می‌شود، لذا به همین علت این موضوع پیچیدگی خاصی به خود می‌گیرد. اما در ضمانت‌نامه‌های مستقیم همانطور که گفته شد این مشکل وجود ندارد، چون طرفین ضمانت‌نامه مستقیم یعنی بانک، ضمانت‌خواه و ذی‌نفع هر سه مقیم یک کشور می‌باشند، و دعوی در همان کشور مطرح می‌شود. تنها مسئله قابل طرح در این نوع از ضمانت‌نامه‌ها، دعاوی مطرح شده آنها در کشورهای فدرالی است که مطابق بررسی چند مدل، بعضاً وجود مشکلاتی مشاهده است. شرایط در ضمانت‌نامه‌های متقابل به طریق دیگری است، یعنی زمانی که بانک متبوع ضمانت‌خواه از یک بانک دیگر در کشوری که ذینفع مقیم آن است درخواست صدور ضمانت‌نامه می‌کند، در تعیین مرجع صالح به رسیدگی برای دعاوی این نوع ضمانت‌نامه‌ها تردید وجود دارد. و

بر حسب این که کدام یک از این دو ضمانت نامه موضوع دعوی باشد مرجع صالح متفاوت خواهد بود. برخی اوقات نیز علیرغم شرط انتخاب قانون حاکم و مرجع صالح در ضمانت نامه که همان کشور بانک ضامن است، به دلیل عدم اعتماد ضمانت خواه به محاکم آن کشور، محاکم دادگستری کشور متبوع خود را در حاکمیت مرجع می داند، فلذا دعوی را در کشور خود اقامه می نماید. لیکن در رویه عملی یکسان نبودن دادگاه محل طرح دعوی و اجرای حکم میان بانک و ذینفع می تواند مشکل ساز باشد و اجرای آن را به تعویق اندازد. و به همین علت است که دعاوی منع پرداخت اکثراً به طرفیت بانک دستور دهنده ضمانت نامه متقابل مطرح می گردد تا بانک مذکور به وسیله حکم دادگاه، از پرداخت وجه به بانک ضامن اصلی یا اولی منع شود.^۱ آنچه به صورت یک اصل کلی پذیرفته شده است آن است که صلاحیت محاکم از قوانین داخلی کشور مقر دادگاه تبعیت می کند و مقررات مربوط به صلاحیت، متضمن نظم عمومی معطوف به دادرسی است و در شرایطی که ناظر به صلاحیت اجباری دادگاه باشد به دلیل آمره بودن تشریفات آیین دادرسی قابلیت توافق ندارد، ولی از آنجا که دعاوی مطرح شده در خصوص ضمانت نامه ها از جمله دعاوی قراردادی و مالی محسوب می شوند و کمتر حالتی پیش می آید که در معرض صلاحیت اجباری قرار گیرند به همین علت است که طرفین ضمانت نامه می توانند نسبت به انتخاب مرجع صالح توافق نمایند. لذا در این زمینه ضرورت بررسی قوانین ملی و به ویژه فراملی احساس می شود.

بند اول: منابع حقوقی

حقوق اعتبارات اسنادی تا حد زیادی به واسطه عرف توسعه و تکامل یافته است. بسیاری از قواعد موثر و مفید اعتبارات اسنادی، صرف نظر از حوزه جغرافیایی یا یک نظام حقوقی خاص، در اثر عرف و عادات بانکداری که با وارد کنندگان و صادر کنندگان و با شرکت های کشتیرانی و بیمه سروکار داشته اند، پدید آمده است.^۲ آن عرف و عادات، امروزه عمدتاً

^۱. محبی، محسن، ضمانت نامه های بانکی و رویه دیوان دآوری ایران، ایالات متحده، مجله حقوقی، شماره ۲۰- بهار

۱۳۷۵، ص ۱۱۳.

^۲. پروفیسور آندره مکی، آیین حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، ترجمه محبی، محسن.

در قالب مجموعه عرف و رویه‌های متحد الشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی) که حاصل سعی و کوشش‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی است، گردآوری شده است. علاوه بر یو.سی.پی، اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و یا اعتبارات اسنادی تضمینی، قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، و عرف‌ها و رویه‌های اعتبارنامه‌های تضمینی بین‌المللی را نیز تدوین و ارائه نموده است. و گذشته از قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، همان‌طور که پیش از این نیز بیان شد، کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال) تلاش نموده است تا از طریق کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی مقرراتی را تدوین نماید.

به علت خصیصه بین‌المللی بودن اعتبارات اسنادی، کشورهای اندکی در جهان، قوانین خاصی را در خصوص اعتبارات اسنادی وضع نموده‌اند. و در کشورهایی دیگر چنین قانونی تصویب شده است، به استثناء ماده ۵ کد متحد الشکل تجارت در ایالات متحده آمریکا، قانون صرفاً مشتمل بر مقررات اندکی است که غالباً به کلیات پرداخته است.^۱ در بعضی از کشورها، آرای محاکم به عنوان رویه قضایی، بخش مهمی از حقوق اعتبارات اسنادی را تشکیل داده است. همچنین نوشته‌ها و نظریه‌های دکترین حقوقی نیز به عنوان منبع مکمل حقوق اعتبارات اسنادی به شمار می‌رود.^۲ مباحثی که در ادامه خواهد آمد، به اجمال قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی و ماده ۵ کد متحد الشکل تجارت آمریکا را معرفی می‌نماید.

۱. عرف‌ها و رویه‌های متحد الشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی)^۳

مجموعه عرف‌ها و رویه‌های متحد الشکل اعتبارات اسنادی تقریباً هفتاد سال قدمت دارد. با توجه به خصلت بین‌المللی بودن اعتبارات اسنادی، چندان جای شگفتی نیست اگر امروزه

^۱. صدیقی، صالح. آشنایی مختصری با مقررات متحد الشکل اعتبارات اسنادی - کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل.

^۲. محبی، محسن، پیشین، ص ۱۱۷.

^۳. Uniform customs and practices of credit.

شاهد آن هستیم که تلاش برای یکنواخت کردن قواعد حاکم بر آن به سرعت آغاز شده است. تلاش‌های آغازین در این راه در سطح ملی به عمل آمده است. نخستین گام مهم برای حصول یکنواختی در این زمینه، سعی و کوششی بود که از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی به سال ۱۹۳۳ در وین صورت گرفت که در اثر آن ویرایش ۱۹۳۳ یو.سی.پی تدوین و انتشار یافت.^۱ این ویرایش را بانک‌های برخی کشورهای اروپایی و تعداد انگشت‌شماری از بانک‌ها در ایالات متحده پذیرفته‌اند. با این وجود بانک‌های بریتانیا و اکثر بانک‌های کشورهای مشترک‌المنافع از پذیرش آن امتناع کرده‌اند. و حدود بیست سال هیچ‌گونه تحول و تکاملی در این زمینه رخ نداد، تا اینکه در سال ۱۹۵۱ یو.سی.پی مورد تجدید نظر قرار گرفت و ویرایش جدیدی در سیزدهمین کنگره اتاق بازرگانی بین‌المللی که در لیسبون برگزار شد، به تصویب رسید. این ویرایش از سوی بسیاری از بانک‌ها در اروپا، آسیا، آفریقا و آمریکا مورد پذیرش واقع شد، اما بانکداران بریتانیایی به مانند گذشته این ویرایش را نیز نپذیرفتند، هر چند بسیاری از انجمن‌های بانکداری در کشورهای مشترک‌المنافع همسو با دیگر بانک‌ها به این ویرایش تمکین کردند.^۲ مجموعه عرف‌ها و رویه‌های متحد‌الشکل اعتبارات اسنادی به طور مجدد در سال ۱۹۶۲ مورد تجدید نظر قرار گرفت. یکی از اهداف اصلی تدوین مجموعه عرف‌ها و رویه‌های متحد‌الشکل اعتبارات اسنادی، فراهم آوردن سامانه‌ای بود که دارای کاربرد جهانی باشد. بدین منظور ضرورت داشت تا یو.سی.پی با نیازهای بریتانیا و کشورهای مشترک‌المنافع انطباق و سازگاری یابد. که النهایه ویرایش ۱۹۶۲ به این مهم نائل آمد.^۳ پیشرفت فناوری، به‌ویژه ظهور و انقلاب در صنعت کانتینر و نیز ورود بانک‌های جدید به بازار باعث شد تا یو.سی.پی. بار دیگر در سال ۱۹۷۴ مورد تجدید نظر قرار گیرد. در این

^۱. تذهیبی، فریده، نکاتی در مورد مقررات جدید ضمانت نامه‌های عندالمطالبه Urdg۶۰۰، ص ۳۴.

^۲. ذوقی، محمد صالح - اعتبار اسنادی ضمانتی و کاربرد آن در معاملات بین‌الملل - کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ص ۵۴.

^۳. اریک ای یرگستن، محبی، محسن، رژیم جدید ضمانت‌نامه‌های بانکی مستقل، کمیته ایران اتاق بازرگانی بین‌المللی نامه اتاق بازرگانی، تیر ۷۶، ص ۸۹.

نوبت آنسیترال به یاری اتاق بازرگانی بین المللی شتافت. انجمن های بانکداری در کشورهای سوسیالیستی که عضو اتاق بازرگانی بین المللی نبودند، با تشکیل یک کارگروه موقت در تهیه این ویرایش مشارکت جستند. ویرایش ۱۹۷۴ بازتاب و مقبولیت جهانی یافت که تدوین و ویرایش ۱۹۷۴ پیشرفت قابل توجهی نسبت به ویرایش های پیشین داشت.^۱

یو.سی.پی. مجدداً در سال ۱۹۸۳ اصلاح گردید تا با تغییرات حقوقی در این حوزه همگام شود. ویرایش ۱۹۸۳ یو.سی.پی. قلمرو اجرایی و شمول یو.سی.پی. را توسعه داد و تغییراتی که به فراخور پیشرفت های فناورانه اقتضاء می نمود در این ویرایش به عمل آمد.^۲ این ویرایش بر آن بود تا به مسائل زیر پردازد:

۱. معامله اسناد در اعتبار اسنادی؛ زیرا ویرایش ۱۹۷۴ تصریح نموده بود که آیا بانکی که صراحتاً در اعتبار نام آن برده نشده است حق دارد اسناد را معامله کند یا خیر. ۲. کاربرد یو.سی.پی. در انواع جدید اعتبارات اسنادی، به ویژه اعتبارات اسنادی تضمینی و اعتبارات اسنادی که پرداخت مبلغ آن وعده دارد. ۳. ارسال و مخابره اعتبارات اسنادی و اسنادی که به موجب آن از طریق فناوری های نوین صادر می شوند؛ با این توضیح که این مکان فراهم شده بود تا به جای استفاده از وسایل سنتی تلکس و تلگراف، اعتبارات اسنادی از طریق شبکه های مخصوصی ارسال و مخابره گردد.^۳ از این ویرایش به بعد نیز تصریح گردید که یو.سی.پی. هم در اعتبارات اسنادی تجاری و هم بر اعتبارات اسنادی تضمینی اعمال می گردد.

یو.سی.پی. مجدداً در سال ۱۹۹۳ اصلاح گردید تا پیشرفت های جدید در صنعت حمل و نقل را برتابد و مقتضیات فناوری را برآورده سازد. این ویرایش همچنین در نظر داشت تا کار کرد یو.سی.پی. را بهبود بخشد. برخی مطالعات نشان می دهد حدود پنجاه درصد اسنادی که

^۱ این ویرایش از ۱۱ اکتبر ۱۹۸۴ لازم الاجرا شد.

^۲ جامعه جهانی ارتباطات مالی بین بانکی (سوئیفت) یک شبکه ارتباطی مستقل است که از سوی بانک ها اداره می شود.

^۳ کارگروهی که کمیسیون تکنیک و رویه بانکداری اتاق بازرگانی بین المللی برای تجدید نظر در سال ۱۹۹۳ تشکیل داد شامل ده عضو بود. از میان این ده تن، دو عضو از اساتید حقوق بودند.

به موجب اعتبارات اسنادی ارائه می‌گردید، پذیرفته نمی‌شد.^۱ نکته حائز اهمیت آن است که این نخستین ویرایشی می‌باشد که در آن علاوه بر حضور بانکداران که همواره در تدوین یو.سی.پی. تسلط و تفوق داشته‌اند، از مشارکت اساتید حقوق و وکلای بهره‌جسته است. ویرایش ۱۹۹۳ به عنوان نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر شد و از ۱ ژانویه ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید.^۲ یو.سی.پی. ۶۰۰ آخرین ویرایش است.

به بیان ساده‌تر یو.سی.پی. مجموعه‌ای از عرف و عادات بانکی پذیرفته شده بین‌المللی راجع به اعتبارات اسنادی است. که می‌توان از یو.سی.پی. به عنوان موفق‌ترین تلاش جهت هماهنگ نمودن قواعد حقوقی در تاریخ تجارت بین‌المللی نام برد که انبوهی از مشکلات تخصصی را که می‌توانست گردش آسان و روان اعتبارات اسنادی را مختل نماید، برطرف نموده است. امروزه تقریباً در هر اعتبار اسنادی رعایت یو.سی.پی. شرط می‌گردد.

همچنین با وجود آن که یو.سی.پی. در سطح وسیعی مقبولیت یافته و مورد استفاده است، اما به علت جایگاه حقوقی اتاق بازرگانی بین‌المللی^۳، یو.سی.پی. از حیث اصولی قانون نمی‌باشد. با این اوصاف شواهد موجود بیانگر آن است که قواعد یو.سی.پی. تشکیل دهنده یک کد فراملی شناخته شده و معتبر است که غالباً همان الزام قانون را دارا می‌باشد. یو.سی.پی. حاوی تعاریف، تعیین تعهد و مسئولیت هر یک از طرفین است و بایدها و نبایدهایی را ایجاد می‌نماید که وضع آنها از قانونگذار انتظار می‌رود. بنابراین یو.سی.پی. «قانون عملی غیر رسمی» و «سنگ زیر بنای حقوق اعتبارات اسنادی» است. همچنین بسیاری از محاکم داخلی کشورها و قانون‌گذاران ملی یو.سی.پی. را به رسمیت شناخته‌اند؛ زیرا یو.سی.پی. نمایانگر

^۱ یو.سی.پی. اساساً مجموعه‌ای از شروط استاندارد برای بانک‌ها می‌باشد که از سوی بانکداران تدوین شده است. کارگروهی که آخرین تجدید نظر را تهیه نمود، نخستین کارگروهی است که شامل اعضای غیر بانکدار نیز بوده است. در مورد این تجدید نظر تعدادی از وکلای بانکی و اساتید حقوق نیز شرکت داشته‌اند.

^۲ این ویرایش با عنوان یو.سی.پی. ۵۰۰ نامیده می‌شود.

^۳ اتاق بازرگانی بین‌المللی یک سازمان جهانی بازرگانی است. و تنها مجموعه انتخابی می‌باشد که با اقتدار به نمایندگی از بنگاه‌ها و شرکت‌های تمام بخش‌ها واقع شده در هر گوشه از جهان سخن می‌گوید.

عرف و عادت تجارت کنونی است.

۲. یو.سی.پی. الکترونیک (ای.یو.سی.پی.)^۱

ای. یو. سی. پی. سر واژه الحاقیه‌ای است که جهت ارائه الکترونیکی اسناد به مجموعه عرف-ها و رویه‌های متحد الشکل اعتبارات اسنادی (یو.سی.پی.) ضمیمه گردیده است. یو.سی.پی. الکترونیک بدین منظور طراحی و تدوین شد که نیازهای تجارت الکترونیک را در حوزه اعتبارات اسنادی برآورده سازد. کمیته تحقیق مربوط به برنامه‌های آینده کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی در نشست خود به تاریخ ۲۴ می ۲۰۰۰ در پاریس، بر تجارت الکترونیک به عنوان یکی از اهداف این کمیسیون تاکید زیادی نموده است. بحث و بررسی-های بیشتر نیاز به برقراری پلی بین یو.سی.پی. کنونی و پردازش معادل الکترونیکی اعتبارات اسنادی کاغذی را آشکار ساخت.^۲ و متعاقب آن کارگروهی تشکیل گردید تا الحاقیه‌ای برای یو.سی.پی. تهیه کند. کارگروه مذکور بدین نتیجه رسید که الحاقیه بایستی به مسائل ارائه الکترونیکی اسناد پردازد.^۳ از این روی، این الحاقیه که اکنون ای. یو.سی.پی. نامیده می-شود به تمام موضوعات راجع به گشایش و ابلاغ الکترونیکی اعتبارات اسنادی به نحو الکترونیکی می پردازد. یو.سی.پی. الکترونیک توسط کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین-المللی در نشستی که به تاریخ ۷ نوامبر ۲۰۰۱ در فرانکفورت برگزار شد، مورد رای گیری و تصویب قرار گرفت و از ۱ آوریل ۲۰۰۲ لازم الاجرا شد. یو.سی.پی. الکترونیک به صورت ویرایش دارای شماره منتشر می شود تا عند اللزوم تجدید نظر در آن ممکن شود. ویرایش کنونی یو.سی.پی. الکترونیک به عنوان ویرایش ۱ شماره گذاری شده است.

یو.سی.پی. الکترونیک مشتمل بر دسته‌ای از موضوعات مشتمل بر رابطه بین یو.سی.پی. الکترونیک با یو.سی.پی. شکل و قالب، ارائه و تسلیم اسناد، اصول و رونوشت اسناد و بررسی

^۱. Electronic practice for uniform customs.

^۲. تذهیبی، فریده، راهنمایی تفسیری مقررات متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه URDG، انتشارات جنگل - کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۰، چاپ اول، ص ۱۰۱.

انطباق ثبت‌های الکترونیکی می‌باشد. و طرفینی که مایل به استفاده از یو.سی.پی. الکترونیک هستند باید صراحتاً نام آن را در اعتبار شرط نمایند. کلیه مواد یو.سی.پی. الکترونیک با یو.سی.پی. هماهنگ و منطبق است به جز آن دسته از موادی که به طور خاص به ارائه الکترونیکی اسناد ارتباط می‌یابد. به موجب یو.سی.پی. الکترونیک اعتبار اسنادی که تابع یو.سی.پی. الکترونیک است، تابع [خود] یو.سی.پی. نیز خواهد بود، بی آنکه لازم باشد یو.سی.پی. صراحتاً در اعتبار شرط گردد. در موردی که یو.سی.پی. الکترونیک اعمال می‌گردد، مقررات آن تا حدی که نتیجه متفاوتی با اعمال [خود] یو.سی.پی. به همراه دارد بر مقررات یو.سی.پی. مقدم و حاکم خواهد بود. و به یاری یو.سی.پی.^۱ الکترونیک و تدوین به موقع آن، نیاز به اصلاح یو.سی.پی. کنونی کمتر فوریت می‌یابد.

۳. قواعد متحد الشکل ضمانت نامه های قراردادی

قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر شد.^۲ هدف قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی این است که نیاز به مجموعه قواعد استاندارد که بتواند پاسخ‌گوی ابهامات و ناهماهنگی‌های حوزه ضمانت‌نامه‌ها باشد و به رفع ابهام بپردازد. به عنوان نمونه ضمانت‌نامه‌هایی که بانک‌ها، شرکت‌های بیمه و سایر ضامنین به شکل ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه، ضمانت‌نامه‌های حسن اجرای قرارداد و ضمانت‌نامه‌های استرداد پیش پرداخت صادر می‌کنند و راجع به پروژه‌هایی است که در دیگر کشورها انجام می‌گیرد و حاوی تسلیم کالا یا ارائه خدمت یا انجام کاری است.

مع ذلک، قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قرار دادی به ندرت مورد پذیرش یا استفاده قرار گرفته است. یکی از علل آن، این شکل مفهومی است که مشخص نمی‌باشد این مجموعه قواعد، خاص ضمانت‌نامه‌های مستقل است و یا بر ضمانت‌نامه‌های فرعی نیز قابل اعمال است یا خیر. لیکن مانع عمده بر سر راه پذیرش عمومی قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی، شرطی است که در ماده ۹ این مجموعه قواعد آمده است. به‌نحوی که

^۱. دیوید هارشو، همان.

^۲. Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG).

ماده ۹ ذینفع را ملزم نموده که به هنگام مطالبه وجه ضمانت‌نامه، رای دادگاه یا رای داوری یا تاییدیه کتبی متعهد اصلی (مضمون عنه) را ارائه نماید. مقصود از این شرط آن بود که مشکل مطالبه ناحق وجه ضمانت‌نامه را مرتفع نماید؛ لیکن ثابت شد که این ماده از عرف و رویه تجاری بسیار فاصله گرفته است^۱ زیرا این شرط ضمانت‌نامه‌های مستقل را عملاً به ضمانت‌نامه‌های فرعی تبدیل نموده است.

بند دوم: بررسی اجمالی قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

به کمک تجربه‌ای که از قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی حاصل شد، اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت مجموعه قواعد جدیدی را که حاوی رویکرد نوینی به موضوع ضمانت‌نامه‌های مستقل باشد، جایگزین قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی نماید. این مجموعه قواعد جدید که مبتنی بر الگویی است که مورد استفاده انجمن بانکداران بریتانیا می‌باشد، در سال ۱۹۹۲ با عنوان قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۲ منتشر گردید. متن قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به شدت از یو.سی.پی. تاثیر پذیرفته است، در حالی که پذیرش این قواعد در سطح جهان امیدوار کننده نبوده است. با وجود آن که قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تدوین شد تا جایگزین قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی شود، اما قواعد متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی به طور کامل متروک نگردید. علی‌ایحال به نظر می‌رسد بهتر آن باشد که آن مجموعه قواعد فی‌الحال باقی بماند تا بعداً بر اساس تجربه‌ای که در اثر قواعد جدید حاصل می‌شوند، آن را ارزیابی نماییم.

بند سوم: عرف‌ها و رویه‌های اعتبار نامه‌های تضمینی بین‌المللی (آی. اس. پی. ۹۸)

آی. اس. پی. ۹۸ مجموعه قواعدی است که خاص اعتبارات اسنادی تضمینی تدوین شده

^۱ Roy M. Goode. The New I.C.C. Uniform rules of Demand Guarantees, Lloyd's Mar, Com. ۱۹۰(۱۹۹۲).

^۲ Uniform Rules for Demand Guarantees (URCG).

است. این مجموعه قواعد توسط موسسه امریکایی حقوق و رویه بانکداری بین‌المللی و با پشتیبانی شورای بانکداری بین‌المللی ایالات متحده که در حال حاضر انجمن خدمات مالی بین‌المللی نام دارد تهیه شده است. و در سال ۱۹۹۸ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی مورد اصلاح و پذیرش قرار گرفت. آی. اس. پی. ۹۸ در ژانویه ۱۹۹۹ لازم‌الاجرا گردید و پذیرش آن روی هم رفته بسیار مثبت بوده است.^۱ اعتبارات اسنادی تضمینی ده‌ها سال است که به نحو وسیعی مورد استفاده بوده و رواج آن همچنان رو به افزایش است، با این حال هیچ‌گونه قواعد خاصی برای اعتبارات اسنادی تضمینی وجود نداشت. و از دیرباز غالب اعتبارنامه‌های تضمینی، همواره بر اساس ویرایش‌های مختلف یو. سی. پی. صادر شده است. از آنجا که یو. سی. پی. از همان ابتدا صرفاً برای کاربرد در اعتبارات اسنادی تجاری نوشته شده است، لذا چون بسیاری از مقررات یو. سی. پی. در حوزه اعتبار نامه‌های تضمینی غیر قابل اجرا و یا نامناسب بود،^۲ طرفین می‌توانستند در اعتبار نامه‌های تضمینی، قواعد متحدالشکل ضمانت-نامه‌های عندالمطالبه را شرط نمایند، زیرا اعتبار نامه‌های تضمینی از حیث حقوقی معادل با ضمانت‌نامه‌های مستقل می‌باشند، لیکن واقع امر آن است که اولاً قواعد متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه به‌ندرت مورد استفاده بوده، و ثانیاً از دیدگاه اتاق بازرگانی بین‌المللی، اعتبار نامه‌های تضمینی همواره در شمول یو. سی. پی. بوده‌اند و در زمره قواعد متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه قرار نمی‌گیرند.

بند چهارم: کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۳

تدوین کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های تضمینی از سال ۱۹۸۹ تا سال ۱۹۹۵ به طول انجامید و به موجب قطعنامه شماره ۴۸/۵۰ مجمع عمومی سازمان

^۱. آخوندی، روح‌الله، همان، ص ۲۰۰.

^۲. افشار، مسعود، شناخت ابزار اعتبار اسنادی ضمانتی و بررسی امکان به‌کارگیری مقررات بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها به همراه مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه، ۱۳۸۶، دانشگاه تهران، ص ۹۱.

^۳. Ansytral convention on independent guarantees and letter of credit guarantees.

ملل متحد پذیرفته و جهت امضا مفتوح شده و از ۱ ژانویه ۲۰۰۰ لازم الاجرا گردید.^۱ این کنوانسیون بر ضمانت‌نامه بین‌المللی از قبیل یک ضمانت‌نامه مستقل یا یک اعتبار نامه تضمینی حاکم است که محل تجارت ضامن/صادر کننده که در آنجا ضمانت‌نامه صادر می‌شود، واقع در یک دولت متعهد باشد. یا قواعد حقوق بین‌المللی خصوصی منجر به حکومت قانون یک دولت متعهد گردد مگر اینکه ضمانت‌نامه توسط طرفین از شمول کنوانسیون خارج شده باشد. همچنین این کنوانسیون بر اعتبارات اسنادی تجاری نیز قابل اعمال است، مشروط بر اینکه طرفین به طور صریح مقرر نمایند که اعتبار مشمول آن است.^۱

کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های تضمینی از روی یو.سی.پی. و قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه الگو برداری شده، اما از این حیث با آن دو متفاوت است که هم یو.سی.پی. و هم قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی که یک سازمان خصوصی است به عنوان قواعد اختیاری یا گونه‌ای خود تقنینی، تدوین شده‌اند؛ حال آنکه کنوانسیون راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبار نامه‌های تضمینی توسط کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال)^۲ به عنوان یک قانون یکنواخت یا قانون رسمی برای کشورهایی که آن را می‌پذیرند تدوین شده است. کنوانسیون آنسیترال افزون بر آن که اساساً با راه حل‌های موجود در عرف و عادات تجاری هماهنگ و همسو می‌باشد، بلکه با پرداختن به مسائلی که خارج از قلمرو و عرف و عادات تجاری است، به تکمیل اعمال عرف و عادات تجاری نیز پرداخته است. این امر را به ویژه می‌توان در خصوص مسئله مطالبه متقلبانه یا ناحق وجه ضمانت‌نامه یا اعتبار نامه و ضمانت‌های اجرایی قضائی که در چنین مواردی موجود است مشاهده نمود. یا به عبارت دیگر، از آنجا که جایگاه حقوقی کنوانسیون آنسیترال متفاوت با قواعد اتاق

^۱. سعید صمدی مله، تحلیل تحولات مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۰۶.

^۲. آنسیترال یک مجموعه بین‌الدولی وابسته به مجمع عمومی سازمان ملل است که اسناد حقوق تجارت بین‌المللی را به منظور یاری رساندن به جامعه بین‌المللی در امر روز آمد و هماهنگ نمودن قوانین مربوط به تجارت بین‌المللی تهیه و تدوین می‌نماید.

بازرگانی بین المللی است، لذا این کنوانسیون مشتمل بر مقرراتی در خصوص ایراد تقلب نیز می‌باشد.

بند پنجم: ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت آمریکا

کد متحدالشکل تجارت (یو.سی.پی) مجموعه‌ای از قوانین نمونه است که توسط کنفرانس ملی نمایندگان قوانین یکنواخت ایالتی و موسسه حقوقی آمریکا جهت وضع توسط مجالس قانونگذاری ایالات متحده آمریکا، تدوین و توصیه گردیده است. کد متحدالشکل تجارت مشتمل بر یازده ماده گوناگون است که هر ماده از آن، به بیان یکی از ابعاد مختلف حقوق تجارت می‌پردازد، و ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت یک طرح یکنواخت قانون است که حاکم بر اعتبارات اسنادی می‌باشد. هنگامی که ماده ۵ کد متحدالشکل تجارت در دهه ۱۹۵۰ تدوین می‌شد، این ماده بر خلاف برخی دیگر از مواد این قانون، یک کد کامل نبود، بلکه هدف از وضع این ماده آن بود که یک چارچوب مستقل نظری برای توسعه و تکامل بیشتر اعتبارات اسنادی در آینده فراهم آید. نویسندگان این ماده بر آن بوده‌اند که هیچ قانونی نمی‌تواند حقوق اعتبارات اسنادی را به نحو موثر و معقول تدوین کند، بی‌آنکه مانع توسعه و تکامل این ابزار گردد. مطابق شماره ۲ شرح رسمی ماده ۵ سابق (بند ۵-۱۰۲) کد متحدالشکل تجارت، ماده ۵ می‌بایست بر طبق قاعده تفسیر موسع و آزاد که در بند (۱-۱۰۲) (۱) آمده، اجرا شود تا بدین سان مقاصد و مصالحی که مبانی ماده ۵ را تشکیل می‌دهد، حاصل آید.

نتیجه‌گیری

در جمع‌بندی کلی و نهایی مقاله حاضر باید گفت ضمانت‌نامه‌های مستقل کاربرد فراوانی به منظور تامین مالی در تجارت بین الملل دارد، و ضمانت‌نامه‌های دارای ماهیت قراردادی و قالبی مستقل از سایر عقود هستند و در زمره عقود غیر معین و ماده ۱۰ قانون مدنی به شمار می‌آیند، این نوع از ضمان از قواعد فراملی پیروی می‌کند و آثار و شرایط خاص خود را دارد و نباید سعی کرد که در تفسیر آن از قواعد و اصول ملی استفاده کرد یا آن را در قالب عقود چون ضمان مدنی یا ضمان تجاری قرار داد؛ زیرا آنچه باعث پیدایش ضمانت‌نامه

مستقل شده، نیازهای جدید دنیای تجارت بوده است. لذا استفاده بسیار از این سند در تجارت بین‌الملل، باعث پیدایش قواعد و مقررات ویژه‌ای جهت نظم بخشیدن و سامان‌دهی به این ضمانت‌نامه‌ها شده است که از جمله می‌توان از URDG۴۵۸ و URDG۷۵۸ و UCP نام برد. النهایه در رابطه با تفاوت اعتبارات اسنادی با ضمانت نامه مستقل می‌توان چنین اذعان داشت که شاید ابتدائی‌ترین وجه تمایز آنها؛ در زمینه و محل صدور این اسناد باشد. و در جایی که اعتبارات اسنادی برای پرداخت ثمن و تسلیم مبیع برای افرادی که در یک کشور نیستند، و در نتیجه دسترسی به هم ندارد، به کار می‌رود، ضمانت‌نامه‌ها نوعاً حاوی وجه التزامی برای قصور از تخلف می‌باشند. با این توضیح که تفاوت میان وجه التزام با ضمانت-نامه در کیفیت اخذ و مطالبه وجه میان این دو نهاد است. چون در گرفتن وجه مندرج در ضمانت‌نامه، صرف اعلان قصور بر اساس اسناد و شرایط مقرر در ضمانت نامه کافی می‌باشد در حالی که برای مطالبه وجه التزام، احراز تخلف الزامی است و احراز تخلف جز با مراجعه به محاکم صالح دادگستری امکان‌پذیر نیست.

در پایان در رابطه با مقایسه ضمانت‌نامه مستقل با ضمان مدنی باید اذعان داشت در قوانین کشورمان دو نظام متفاوت در خصوص ضمانت جاری است که یکی از این دو نظام، ضمان مقرر شده در قانون مدنی و دیگری ضمان در قانون تجارت است و این دوگانگی نشأت گرفته از فقه و مکاتب آن است. به این صورت که گروهی از فقها (امامیه) ضمان را به صورت نقل ذمه پذیرفته و گروه دیگر (عامة) معتقد بر ضمان ضم ذمه می‌باشند. ضمان مقرر در قانون مدنی عمدتاً برگرفته شده از فقه شیعه می‌باشد که در ماده ۶۸۴ قانون مدنی ضمان به این صورت تعریف شده است: «عقد ضمان عبارت است از این که شخص مالی را که به ذمه دیگری است به عهده بگیرد، متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند». و در فقه امامیه در تعریف عقد ضمان تعاریف گوناگونی به کار برده شده است، به عنوان مثال: «تعهد یا التزام به مالی که مضمون‌عنه متعهد آن است» یا «تعهد شخص ثالث به مالی که بر ذمه دیگری است» که مواد موجود در قانون، خصوصیات و ویژگی‌های این عقد را بیان می‌کند که از جمله این خصوصیات می‌توان به

قابلیت التزام به تأدیه دین اشاره کرد، چنانچه در متن قانون اخیرالذکر آمده است که «التزام به تأدیه دین ممکن است معلق باشد» و در ماده دیگری چنین آورده اند که التزام مبطل نیست، به مثابه این که شخصی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود، در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست، مانند کسی که التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه نماید. برخی بر این عقیده هستند که با توجه به مفاد این دو ماده به نظر می‌رسد، این نوع التزام ماهیتاً تفاوتی با ضمان ضم ذمه ندارد و قانون‌گذار قصد داشته است که با توجه به ضرورت‌های اجتماعی به رغم پذیرش نظریه نقل ذمه به عنوان اصل کلی، به این وسیله راه را به ضمان ضم ذمه نیز باز گذارد. مستفاد از ظاهر ماده ۷۲۳ قانون مدنی التزام به تأدیه، معلق است بر عدم تأدیه مدیون که باید به صورت شرط ضمن عقد لازم درج گردد تا قدرت اجرائی پیدا کند.

منابع و مأخذ

الف) منابع فارسی

۱. انسی، الهام، (۱۳۹۰). حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی. چاپ اول. انتشارات چکاو چاپ.
۲. پاکدامن، رضا، (۱۳۸۲). اصول تنظیم قراردادهای بین‌المللی. ناشر: مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران قطع وزیری.
۳. عنایت، سید حسین، (۱۳۶۵). تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلام و حقوق بین‌الملل. معاصر. شماره انتشار.
۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ اول تهران: نشر حقوقدان.
۵. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل. انتشارات سازمان چاپ انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، زمستان ۸۹.
۶. عنایت، حسین، (۱۳۶۵). تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلام و حقوق بین‌المللی معاصر. نشر انتشار.
۷. غریبی، منصور، (۱۳۸۶). تجارت بین‌الملل به زبان ساده. چاپ اول. ناشر: زرین مهر.
۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶). حقوق مدنی عقود ذاتی و وثیقه‌های دین. چاپ پنجم. ناشر: شرکت سهامی انتشار.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶). حقوق مدنی عقود معین. چاپ دوم. تهران، شرکت انتشار جلد ۴.
۱۰. کاشانی، محمود، (۱۳۷۷). ضمانت نامه بانکی چاپ اول. تهران: انتشارات موسسه عالی بانکداری ایران.
۱۱. کاشانی، محمود، (۸۸). قراردادهای ویژه حقوق مدنی. چاپ اول. نشر میزان.
۱۲. محبی، محسن (۸۰). نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی. چاپ اول. انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی.

۱۳. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

۱۴. مزینی، مسعود، (۱۳۷۰). عملیات بانکی بین‌المللی. چاپ اول. انتشارات موسسه بانکداری ایران.

ب) مقالات

۱. شهبازی‌نیا، مرتضی، تفرشی، محمد عیسی، استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین‌المللی، نامه مفید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.

۲. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، مسائل و مشکلات تهیه و تنظیم قرارداد بیع بین‌المللی، علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، بهار و پاییز ۷۹، شماره ۳۰ و ۳۱، صفحه ۹ تا ۳۲.

۳. پیروز فر، اکبر، ضمانت نامه‌های بانکی، مجله اقتصاد، اردیبهشت ۱۳۸۰، شماره ۱۶، صفحه ۳۹ الی ۶۱.

۴. ریچارد دریس کول، نقش اعتبار نامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، محسن محبی، مجله حقوقی، سال اول ش ۱، زمستان ۶۳، صفحه ۱۳۲ تا ۱۳۵.

۵. سلطانی، محمود، روابط داوری و ضمانت نامه بانکی بین‌المللی در حقوق ایران و فرانسه، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پاییز ۸۶، شماره ۳۷، صفحه ۱۵۵ تا ۱۷۸.

۶. شهبازی‌نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، نامه مفید، مرداد و شهریور ۸۳، شماره ۱۰، صفحه ۱۱۱ الی ۱۴۰.

۷. شهبازی‌نیا، مرتضی، انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی، مدرس علوم انسانی، تابستان ۸۶، شماره ۱۱، صفحه ۱۰۷ الی ۱۲۶.

۸. صدیقی، صالح، آشنایی مختصر با مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی acp۶۰۰، کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل.

۹. غمای، مجتبی، بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه‌های بانکی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۴.
۱۰. کاشانی محمود، ضمانت بانکی، تحقیقات حقوقی، پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵، شماره ۱۷ و ۱۶.
۱۱. محبی، محسن، (۱۳۷۶). رژیم جدید ضمانت نامه‌های بانکی مستقل، کمیته ایران اتاق بازرگانی بین المللی، نامه اتاق بازرگانی تیر، اریک ای یر گستن.
۱۲. محبی، محسن، ضمانت نامه بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران ایالات متحده، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۷۵، شماره ۲۰.

ج) پایان نامه

۱. آخوندی، روح الله، (۱۳۸۴). اصول حقوقی حاکم بر ضمانت نامه‌های بانکی با توجه به مقررات بین المللی، دانشگاه تهران.
۲. افشار، مسعود، (۱۳۸۶). شناخت ابزار اعتبارات اسنادی ضمانتی و بررسی امکان به-کارگیری مقررات بین المللی تضمین نامه‌ها به همراه مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های عندالمطالبه، دانشگاه تهران.
۳. سامی‌وند، طناز (۱۳۹۱)، ضمانت مستقل در قراردادهای بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز.
۴. شهبازی نیا، مرتضی، (۱۳۷۴). قاعده استاپل و کاربرد آن در دیوان دآوری دعاوی ایران ایالات متحده. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

د) منابع لاتین

۱. Henry Harfield, who Does What to whom: The Letter-of-Credit Mechanism, 17 U.C.C.L.J. ۲۹۱ (۱۹۸۵).
۲. Boris Kozolchyk, Commercial Lettres of Credit in the America-A Comparative Study ۴ (۱۹۶۶).
۳. Charles Debattista. Performance Bonds and Letters of Credit: A

Cracked Mirror Image, ۱۹۹۷.

۴. Charles J. Gmur ed. *Documentary Collection and Letters of Credit, in Trade Financing*.

۵. Guy W.Lewin Smith, *Irrevocable Letters of Credit and Third Party Fraud. The American Accord*

۶. Guenter Treitel, *C.I.F. Contracts, in Benjamin's Sale of Goods*.