

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: ۷۸۸۶۴ Article Cod: ۲۰۲۱S۰D۱۸SH۱۰۸۶۷۰ ISSN-P: ۲۵۳۸-۳۷۰۱

بررسی و تحلیل ارکان ضمانت نامه های مستقل و مرجع صالح در رسیدگی به دعاوی ضمانت نامه

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۴/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۶/۱۸)

شیوا رستمی گنج آباد

چکیده

ضمانت نامه بانکی، به شکل امروزی خود، سندی است که ابتدا در داد و ستد های بین المللی مطرح شده، نضج گرفته و به مرور در نظامهای حقوقی داخلی جا افتاده است؛ ضمانت نامه های بانکی در محیط تجاری بین الملل، مدافع متعهد له تعهد پایه، یعنی ذی نفع ضمانت نامه، در مقابل ریسک های موجود در محیط تجاری بین الملل من جمله ریسک عدم اجرای تعهد یا اجرای ناقص آن از طرف متعهد، یعنی مضمون عنه ضمانت نامه (اصیل)، است. همانطور که می دانیم در قلمرو فعالیت و عملیات تجاری اسناد و اوراق زیادی جریان دارد، ضمانت نامه های مستقل یکی از این ابزار مهم تجارت بین الملل است که از انواع اعتبار نامه های تجاری به شمار می آید. اعتبار نامه به طور کلی عبارت است از «تعهد یک بانک یا هر شخص دیگر بنا به تقاضای دستور دهنده، مبنی بر اینکه به عنوان صادر کننده، بروات یا سایر مطالبه های ذینفع را به شرط تطبیق آنها با شرایط مقرر در اعتبار پرداخت نماید اعتبار نامه ها بنابه طبیعت نوع و کاربریشان انواعی دارند، از یک دید کلی می توان آنها را به «اعتبار نامه های تجاری» و «اعتبار نامه های تضمینی» و «ضمانت نامه های بانکی» تقسیم نمود.

واژگان کلیدی: ضمانت نامه، دعاوی ضمانت نامه، دادگاه صالح، ضامن، اعتبارنامه تجاری

بخش اول: ماهیت ضمانت نامه های مستقل

بند اول: ماهیت حقوقی ضمانت نامه مستقل

در خصوص ماهیت حقوقی ضمانت نامه های مستقل بانکی در میان نویسندگان علم حقوق، نظرات متعددی مشاهده می شود که به جای خود از آن سخن گفته خواهد شد، دکترین بین الملل در مورد عقد یا ایقاع بودن این پدیده به نقطه نظر مشترکی نرسیده اند، اما اکثریت نویسندگان بر این معتقدند که قواعد حاکم بر ضمانت نامه مستقل اغلب جنبه فراملی دارند که در بررسی و تحلیل ماهیت آنها نباید به آن بی توجه بود، و ضمانت نامه مستقل را در چهارچوب نهادها و قواعد سنتی حقوق ملی تحلیل کرد. به طور کلی دو مکتب فکری در خصوص ماهیت تعهد بانک در ضمانت نامه مستقل بانکی در جهان وجود دارد^۱ در حقوق کشور ما نیز این دو دیدگاه در برخی نوشته ها دیده می شود که در این قسمت به شرح آن خواهیم پرداخت.

بند دوم: نظریه ایقاع بودن ضمانت نامه های مستقل

طرفداران این نظریه، تعهد بانک به موجب ضمانت نامه های بانکی را، ماهیتاً ایقاع می دانند و بر این اعتقادند که الزام آور بودن تعهد مذکور نشأت گرفته از اعلام یک طرفه بانک مبنی بر متعهد کردن خود در مقابل ذی نفع است، که این اعلام یک طرفه به شکل ابلاغ مفاد و شروط ضمانت نامه به ذی نفع صورت می گیرد، مطابق این نظریه در صدور ضمانت نامه قبول و رضایت ذی نفع شرط نیست و تعهد یک جانبه بانک الزام آور است و با توجه به عدم ضرورت لحوق قبولی ذی نفع به اعلام یک طرفه بانک، زمان لازم الاجرا شدن تعهد و شیوه آن، همان است که در ضمانت نامه معین می شود و از تاریخ صدور سند ضمانت آغاز می

^۱. افتخار جهرمی، گودرز، شهبازی نیا، مرتضی، تحول نظام حقوقی ضمانت نامه های بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی، مدرس علوم انسانی، زمستان ۱۳۸۰، ص ۱۶

شود. نظریه ایقاع بودن ضمانت نامه مستقل در کشور بلژیک دیدگاه غالب را تشکیل می دهد و رویه قضایی این کشور نیز به همین سمت و سو گرایش دارد.^۱

بند دوم: تعهد ناشی از قرارداد اجتماعی

گروهی از دکترین بین المللی تعهد بانک به موجب ضمانت نامه را، تعهد ناشی از قرارداد اجتماعی می دانند که با ایجاب و قبول محقق می شود. مطابق این نظریه صدور ضمانت نامه صرفاً به منزله ایجاب از ناحیه بانک است که برای الزام آور شدن، بایستی قبول ذی نفع بدان ملحق شود.^۲ از طرف دیگر قبولی ایجاب برابر قواعد کلی قراردادها می تواند به صورت ضمنی واقع شود. در ضمانت نامه ها رویه غالب این است که با توجه به پیش بینی ضمانت نامه در قرارداد پایه بین ذی نفع و ضمانت خواه، ذی نفع انتظار صدور ایجاب از سوی بانک کارگزار ضمانت خواه را دارد و صرف همین که به آن اعتراض نمی کند به منزله قبول ضمنی ایجاب است. حتی اگر این استدلال پذیرفته نشود، مطالبه وجه ضمانت از سوی ذی نفع مطمئناً ثابت می کند که ایجاب بانک مورد قبول ذی نفع قرار گرفته است. رویه قضایی و دکترین آلمان معتقد به دیدگاه قراردادی بودن ضمانت نامه است که طبق آن قرارداد ضمانت نامه با ایجاب بانک و قبول ضمنی ذی نفع تشکیل می شود.^۳

بند سوم: نظریه پذیرفته شده در حقوق ایران

در حقوق ایران موضوع عقد یا ایقاع بودن ضمانت نامه های بانکی مطرح شده است، برخی، ایقاع بودن ضمانت نامه را پذیرفته اند و رضای مضمون له را لازم نمی دانند و ضمان را نیازمند رضایت داین می دانند. این در حالی است که در قانون مدنی دیدگاه عقدی بودن ضمان را در

^۲. شهبازی نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت نامه های بانکی بین الملل و مقایسه آن با نهاد سنتی، نامه مفید، مرداد و شهریور ۸۳- شماره ۴۳ صفحه ۱۳۰

^۱. شهبازی نیا، مرتضی، ضمانت نامه بانکی بین المللی، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰، ص ۹۵

^۲. کاشانی، محمود، ضمانت نامه بانکی، انتشارات موسسه عالی بانکداری ایران چاپ اول، ص ۴۳

خصوص ضمان مدنی می توان مشاهده کرد که نظریه پذیرفته شده است. طرفداران ایقاع بودن ضمانت نامه های بانکی قائل به وجود چند نقص در اعمال قواعد ایجاب و قبول نسبت به ضمانت نامه های مستقل بانکی هستند، به این ترتیب که اگر قدرت الزام آور تعهد بانک وابسته به قبولی ذی نفع است، باید این امکان برای بانک فراهم باشد که در هر زمان قبل از لحوق قبول بتواند ایجاب خود را پس بگیرد و یا به نحوی که می خواهد آن را تغییر دهد، این در صورتی است که بانک بعد از صدور ضمانت نامه به هیچ عنوان حق تغییر یا انصراف از آن را ندارند و تفاوتی در آن نیست که ذی نفع قبول خود را اعلام کرده باشد یا خیر. براساس این نظریه علت غیر قابل برگشت بودن ضمانت نامه و مفاد آن، ماهیت یک طرفه تعهد بانک است که با اعلام یک جانبه الزام آور خواهد بود. اما بررسی استدلال نویسندگانی که، این نظریه را رد کرده اند خالی از لطف به نظر نمی رسد. ایراد بر استدلال پیروان نظریه ایقاع بودن ضمانت نامه های مستقل به این شرح است که: استدلال این گروه واقع شده است بر مقدمه‌ی غیر قطعی و مردودی که این مقدمه همان عدم قابلیت عدول از ایجاب است، نویسندگانی که با این نظریه مخالفند به این صورت ایراد خود را بیان می کنند که به طور قطعی نمی توان گفت که هر ایجابی غیر قابل عدول است، به طور مسلم غیر قابل عدول بودن در برخی موارد پذیرفته شده است که از مصادیق آن ضمانت نامه بانکی بین المللی را میتوان نام برد، معمولاً مرجع صادر کننده در متن ضمانت نامه ای که به ذی نفع می دهد غیر قابل عدول بودن را ذکر می کند و مهمتر آنکه عرف بین المللی ایجاب ضمانت نامه را به طور کلی غیر قابل برگشت می داند و مقررات بین المللی مربوط به ضمانت نامه ها مؤید این مطلب هستند. بعد دیگر این که، در کشورهای تابع نظام کامن لا عموماً غیر قابل برگشت بودن پذیرفته نشده، در کامن لا بر این مسئله معتقدند که تا زمانی که عوض^۱ داده نشده است هیچ ایجابی الزام آور نیست و موجب هر زمانی خواست می تواند از ایجاب خود عدول کند در این نظام بر آنند که غیر قابل برگشت بودن را نه می توان به کمک عرف، نه شرط ضمن عقد و نه هیچ چیز دیگر توجیه

^۱ . consideration

کرد. اما نویسندگان این استدلال را هم رد کرده اند و معتقدند^۱، نمی تواند ایقاع بودن تعهد بانک را ثابت کند، چون در کشورهای پیرو نظام کامن لا بر مبنای اصول و قواعدی دیگر به مانند استدلال مبتنی بر انصاف می توان این مسئله را پذیرفت و ایجاب بدون عوض را در مواردی معتبر تلقی کرد دوم اینکه استثنائات متعددی برای اصل قابل رجوع بودن ذکر شده که می توانیم ضمانت نامه را در زمره آن بدانیم و اهم اینکه قواعد حاکم بر ضمانت نامه، قواعد فراملی هستند که باید در هر استدلالی این مهم لحاظ شود. استدلالی دیگر که در راستای اثبات نظریه ایقاع بودن شده. به این شرح است^۲ که، بانک ها در زمان ابلاغ ضمانت نامه قصد الزام به مفاد آن را دارند در حالی که اگر یک ایجاب باشد، نباید قبل از لحوق قبول قصدی وجود داشته باشد. به نظر چنین می رسد: درست است که احساس ملزوم بودن به محض صدور در واقع وجود دارد اما، ناشی از غیر قابل برگشت بودن ایجاب در نتیجه توافق و یا عرف است، به این صورت که چون بانک نمی تواند بعد از صدور از ایجاب خود عدول کند و یا تغییری در آن دهد و عملاً ضمانت نامه متضمن منافع ذی نفع است و اغلب مورد قبول وی قرار می گیرد، در نتیجه بانک به محض گشایش ضمانت نامه، خود را در برابر ذی نفع ملزم می داند. با تمامی استدلال های معتقدین، این نظریه توسط اکثریت بزرگان علم حقوق رد شده و از طرفی معایب این استدلال آشکار گشته: نظریه ایقاع بودن، خود ممکن است سبب مشکلاتی در تفسیر ضمانت نامه شود یعنی، در چهارچوب این تئوری نمی توان پذیرفت که محتوای دقیق ضمانت نامه باید با مراجعه به قصد متقابل بانک و ذی نفع تعیین شود یا امکان مراجعه به قرارداد پایه در مقام تفسیر مفاد مبهم ضمانت نامه را نمی توان توجیه کرد و اینکه اگر ذی نفع بعد از صدور ضمانت نامه پیشنهاد اعمال اصلاحات یا تغییراتی را دهد و بانک با آن موافقت کند، پذیرش این موضوع مستلزم این است که تعهد بانک طبق ایجاب اصلی از اثر افتاده باشد و متن تعبیر یافته ملاک خواهد بود و اینکه اگر ضمانت را تعهد یک طرفه بدانیم قبل از قبول اعلام

^۱ اخلاقی، بهروز، پیشین، ص ۱۶۴

^۲ . کاشانی، محمود. جزوه حقوق مدنی- وثیقه های دین دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی سال تحصیلی ۷۰-۶۹،

اصلاحیه، بانک باید ملزم به مفاد ضمانت نامه باشد، اما در واقع به این صورت نیست، بلکه اگر اصلاحات ذی نفع ماهوی باشد به معنی عدم قبول ایجاب بانک به ترتیب مقرر در متن ضمانت نامه می باشد و بعد از قبول اعلام اصلاحیه ضمانت نامه الزام آور خواهد شد. اما نظریه دیگری که در این وادی وجود دارد نظریه تعهد به نفع ثالث است، که پیروان آن همان پیروان نظریه تبعی بودن تعهد ناشی از قرار داد اجتماعی هستند و در مقام توجیه ضمانت بانکی از دینی که هنوز موجود نیست، به نظریه تعهد به نفع ثالث استناد کرده اند. د

بخش دوم: عناصر حقوقی ضمانت نامه های مستقل

ضمانت نامه از ارکان و عناصر متفاوتی تشکیل شده است که برای شناخت هر چه بهتر ضمانت نامه ها نیاز به بررسی و تحلیل اجزای آن و همچنین قرارداد مبانی صدور و رابطه ضمانت نامه با این قرارداد ضروری به نظر می رسد.^۱

بند اول: قرار داد مبنای صدور

همانطور که بیان شد ضمانت نامه مستقل منعقد می شود بین بانک ضامن و ذی نفع ضمانت نامه، اما حقیقت این است که نقطه شروع و پایه اصلی ضمانت نامه های مستقل در خواست و دستور مشتری بانک است که ضمانت خواه یا مضمون عنه نامیده می شود و مبنای اصلی این قرارداد، قرارداد دیگری است که قبلاً بین ضمانت خواه و ذی نفع ضمانت خواه منعقد شده است که از جمله می توان به قراردادهایی مثل قراردادهای پیمانکاری یا تولیدی و خدماتی و صنعتی اشاره کرد که طی این قرار دادها ضمانت خواه متعهد گردیده جهت تضمین تعهدات خود در قبال ذی نفع ضمانت نامه ای بدهد، این مسئله بنیان بحث و گفت و گوهایی در

^۱. شهبازی نیا، مرتضی، ضمانت نامه بانکی بین المللی، دانشگاه تربیت مدرس سال ۱۳۸۰، ص ۹۸

خصوص تبعی بودن ضمانت نامه ها گردیده است.^۱ مقصود از تنظیم ضمانت نامه ها، جبران ضرر و زیان و خسارت حاصل از تخلف از قرارداد مبنای صدور ضمانت نامه یا همان قرارداد اولیه است، ضمانت نامه جایگزین تعهدات ضمانت خواه نیست، به همین دلیل با صدور ضمانت نامه انجام یا اجرای عین تعهدات او بر بانک بری الذمه نمی شود، بلکه در صورت تخلف مضمون عنه صرفاً پرداخت خسارت ناشی از تخلف تعهد، آن هم در حدود مبلغ ضمانت نامه بر ذمه بانک قرار می گیرد. این مسئله بیانگر این است که استفاده از ضمانت نامه ها جهت تعهدات قراردادی کاربرد دارد نه تعهدات غیر قراردادی. صدور ضمانت نامه به این معنا نیست که با این عمل (صدور ضمانت نامه) از تعهدات قراردادی که ممکن است در خصوص جبران خسارت حاصل شود، می تواند معاف گردد، به این صورت که اگر خسارت ذی نفع با دریافت ضمانت نامه به طور کلی و کاملاً جبران نگردد، ذی نفع ضمانت نامه می تواند جهت دریافت مابقی آن به متعهد قراردادی رجوع کند، مگر آنکه در قرارداد شرط شده باشد که حداکثر خسارت قابل پرداخت همان مبلغ ذکر شده در ضمانت نامه است. که در این صورت مبلغ ضمانت نامه همان وجه التزام است. در خصوص تعهد بانک در ضمانت نامه با تعهد ضمانت خواه باید گفت، که این تعهد یک تعهد تضامنی نیست، به این علت که تا زمانی که تخلف واقع نشده و خسارتی وارد نگردیده و ضمانت خواه مدیون نشده قابل مطالبه نیست و زمانی که تخلف واقع شد جوع به بانک ممکن است نه هر دو.

بند دوم: قاعده استقلال

قاعده ای در ضمانت نامه ها جریان دارد به نام قاعده استقلال که اساسی ترین قاعده در ضمانت نامه های مستقل است^۲، همان طور که از نام این ضمانت نامه ها مشخص است ویژگی

^۱. محمد عیسی تفرشی، شهبازی نیا مرتضی، استقلال ضمانت نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین الملل - نامه

مفید - مرداد و شهریور ۸۲، ص ۷

^۲. آخوندی، روح ا...، اصول حقوقی حاکم بر ضمانت نامه های بانکی بین الملل با توجه به مقررات بین المللی ۱۳۸۴،

دانشگاه تهران. ص ۹۷

آن‌ها مستقل بودن آن‌ها است. به این صورت که، تعهدی که برای بانک ناشی از صدور ضمانت ایجاد می‌گردد، وابسته به قرارداد پایه نیست و ایرادات وارده بر قرارداد مذکور به بانک منتقل نمی‌شود و بانک به جهت ایرادات وارد به قرارداد اصلی نمی‌تواند از ایفای تعهدات خود خودداری ورزد و طرفین نیز نمی‌توانند بانک را مجبور به ایفا یا عدم ایفای تعهد خود کنند. این قاعده در مجرای خود جاری است، مگر در این مجرا با اصلی برخورد کند که در این صورت اصل جاری خواهد شد، به عنوان مثال در حقوق تعهدات، تعهد مالی مبتنی بر اشتغال ذمه است، پس ضمانت نامه نشان دهنده اشتغال ذمه است پس تا هنگامی که مطابق قرارداد ذمه مشغول شده باشد، امکان مطالبه ضمانت نامه وجود ندارد. یکی از اصول حقوقی، دارا شدن غیر عادلانه را و همچنین سوء استفاده از حق را منع کرده و اصل دیگر این که چنانچه ذی نفع با تقلب ضمانت نامه را مطالبه کند، می‌توان مانع از پرداخت ضمانت نامه شود. سپس زمانی که اصول حقوقی به میان بیاید قاعده استقلال جاری نمی‌شود و ضمانت خواه می‌تواند با استناد به این اصول مانع پرداخت شود. استقلال را می‌توان محصول آزادی اراده دانست، این قاعده از شروط ضمن قرارداد است پس اعتبار خود را از اصل حاکمیت اراده می‌گیرد. این قاعده در حقوق داخلی کشورها پذیرفته شده و همچنین در مقررات متحدالشکل ضمانت نامه‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ و در کنوانسیون آنسیتال به وضوح دیده می‌شود. قاعده استقلال باعث جدائی ضمانت نامه از قرارداد اصلی است اما فقط این مسئله در رابطه بین بانک و ذی نفع ضمانت نامه جاری است، و این قضیه در رابطه طرفین قرارداد اصلی، عکس است، به این صورت که مثلاً اگر ذی نفع ضمانت نامه وجه آن را مطالبه کند بانک نمی‌تواند به استناد روابط قراردادی و ایرادات و... موجود در آن از پرداخت خودداری کند و قاعده استقلال را نادیده بگیرد، ولی طرف قرارداد که همان ضمانت خواه است می‌تواند با طرح دعوی در دادگاه و مورد استناد قراردادن مواد آن از حق خود دفاع کند.^۲ اما آن چه در

۱. ICC

۲. مزینی، مسعود، مهاجرانی تهرانی، محمد حسین، عملیاتی بانکی بین‌المللی، چاپ اول، دی ۱۳۷۰، انتشارات موسسه بانکداری ایران، ص ۸۷

این مبحث روشن و واضح است، استقلال و جدائی ضمانت نامه از قرارداد اصلی است به حدی که برخی فلسفه وجودی ضمانت نامه مستقل را در همین استقلال و جدائی می دانند و بر این عقیده هستند که هدف از ارائه ضمانت نامه مستقل اعطای حداکثر تأمین و اطمینان به ذی نفع آن است تا بتواند فارغ از قرارداد اصلی و پایه به صرف تقاضا و بنا به تشخیص خود، دین آینده و یا خسارت وارده به خود را از بانک مطالبه کند و چنانچه غیر از این می بود و مضمون عنه می بایست با طرح دعوی ضامن یا مضمون عنه، تقصیر طرف قرارداد را در محکمه صالحه به اثبات برساند، ضمانت نامه فلسفه وجودی خود را از دست می داد و امکان ایفای نقش خود را به عنوان ابزار اطمینان بخش اجرای قراردادها نمی داشت.^۱ مسئله جدائی و استقلال ضمانت نامه از قراردادی که بر آن مبتنی شده اند در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی هم همانطور که گفته شد، دیده می شود به این صورت که: ضمانت نامه ها ماهیتاً قراردادهایی جدا از معاملات یا شروط مناقصات هستند که بر آنها مبتنی شده اند و ضامن به هیچ وجه مرتبط و ملزم به چنین قراردادهای یا شروط مناقصه ای نیستند، هر چند که در ضمانت نامه به آنها اشاره شده باشد وظیفه ضامن در یک ضمانت نامه پرداخت مبلغ یا مبالغ معین در آن در مقابل ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد مشخص شده در ضمانت نامه است که مطابقت ظاهری با مفاد ضمانت نامه داشته باشد. یا به عنوان مثال در ماده ۱ رویه های بین المللی اعتبارات اسنادی ضمانتی که اتاق بازرگانی بین المللی تدوین کرده و در بانکداری بین المللی که مورد عمل بانک ها است، آمده؛ اعتبار نامه های تضمینی همین که صادر می شود بدون اینکه لازم باشد در متن آن قید گردد، یک تعهد غیر قابل برگشت و غیر قابل فسخ و الزام آور است. و در قانون تجارت متحدالشکل آمریکا^۲ هم قاعده استقلال ضمانت نامه را اینگونه بیان کرده؛ که صادر کننده (بانک) مکلف است، مطالبه ذی نفع را که دارنده با حسن نیت ضمانت نامه محسوب می شود، صرف نظر از مفاد و شروط قرارداد اصلی پرداخت نماید. در لایحه قانون تجارت اصل استقلال را می توان در ماده ۳۹ مشاهده کرد.

^۱. اخلاقی، بهروز، همان.

^۲ Ucc Uniform commercial code

بخش سوم: طرفین ضمانت نامه

هر ضمانت نامه متشکل از چند شخص است که روابط هر یک از آنها با یکدیگر آثار حقوقی خاص خود را دارد که در این بخش به شناخت طرفین ضمانت نامه و بررسی روابط آنها با یکدیگر می پردازیم.

بند اول: ضمانت خواه یا مضمون عنه

همانطور که گفته شد ضمانت نامه های مستقل دارای ماهیت قراردادی هستند و تقاضای صدور آنها از جانب متعهد اصلی قرارداد پایه صورت می گیرد و برای صدور، قراردادی میان بانک و ضمانت خواه منعقد می شود و به موجب آن بانک متعهد می شود در قبال درخواست کتبی ذی نفع مبلغی را به وی بپردازد. پس باید گفت ضمانت خواه شخصی است که تعهد یا دینی بر عهده اوست و بانک از او در مقابل شخص دیگر ضمانت می کند و ضمانت نامه بانکی برای تضمین تعهدی است که متعهد اصلی به موجب قرارداد مبنا در برابر ذی نفع دارد.^۱ ضمانت خواه یا مشتری بانک بوده و پرونده اعتباری نزد بانک داشته است یا به این صورت که حتی حسابی نزد بانک نداشته و به صورت فوری متقاضی صدور ضمانت نامه است در حالت اول که ضمانت خواه پرونده اعتباری نزد بانک دارد واریز ۱۰٪ از مبلغ در حساب شخص کفایت می کند و باید جهت تنظیم ضمانت نامه معادل ۲۰٪ ضمانت نامه را به عنوان کارمزد به بانک بپردازد و اما اگر حسابی نزد بانک نداشته باشد با تودیع ۱۰۰٪ مبلغ ضمانت نامه، ضمانت خواه این اجازه را به بانک داده که مبلغ مذکور در ضمانت نامه را به ذی نفع بپردازد.^۲

بند دوم: ذی نفع و شرایط مستحق شدن ذی نفع

^۲. غمایی، مجید، بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی شماره ۴۴ تابستان

۷۸، ص ۱۲۵

^۱. پیروز فر، اکبر، ضمانت نامه های بانکی، مجله اقتصاد، اردیبهشت ۱۳۸۰، شماره ۱۶، ص ۴۱

ذی نفع ضمانت نامه شخصی است که حق مطالبه وجه ضمانت نامه را دارد، برای شناخت و تشخیص هر چه بهتر ذی نفع و مسائل مربوط به آن به تفسیر خواهیم پرداخت. عرف بانکداری بین المللی ذی نفع را شخصی می داند که نام و مشخصات او در متن ضمانت نامه قید شده و ضمانت نامه او را به عنوان ذی نفع شناخته است. «نقش ذی نفع در قرارداد مبنای صدور ضمانت نامه به اعتبار انواع ضمانت نامه های بین المللی متفاوت است با وجود این تنوع شخصیت و نقش ذی نفع در قرارداد مبنای صدور ضمانت نامه موجب ایجاد تنوع و پیچیدگی نقش او در ضمانت نامه نیست.^۱ اصولاً بانک ها خود را در قبال شخص ذی نفع مسئول می دانند صرف نظر از نقش او در قرارداد مبنای صدور، صرف این که نامش در سند ضمانتنامه نوشته شده باشد و بتواند در صورت لزوم ضمانتنامه را در مهلت مقرر و با رعایت شرایط مربوط مطالبه نماید، مطالبه ضمانت نامه توسط نماینده ذی نفع امکان پذیر است. بانک با صدور ضمانت نامه در مقابل ذی نفع متعهد می شود تا در صورتی که ذی نفع در مهلت اعتبار ضمانتنامه تخلف ضمانت خواه از تعهداتش را به بانک اعلام و ضمانت نامه را به رعایت شرایط مربوط مطالبه نماید، مبلغ ضمانت نامه را به وی بپردازد، این مسئله باعث طرح این سوال شده است که آیا حتماً باید تخلف از اجرای قرارداد صورت گرفته باشد تا ذی نفع مستحق دریافت مبلغ ضمانت نامه شود یا صرف مطالبه ضمانت نامه در مهلت مقرر شده در آن بانک صادر کننده را مکلف به پرداخت می سازد. در این خصوص دو نظریه به این شرح مطرح شده است:

نظریه اول: این گروه معتقد هستند اساس و پایه تعهد بانک در صدور ضمانت نامه، ایجاد تضمین برای ذی نفع است که در صورت ورود ضرر و زیان ناشی از تخلف متعهد از قرارداد پایه بتواند به راحتی جبران ضرر نماید در صورتی که تخلفی به وقوع نپیوسته باشد ذی نفع نمی تواند وجه ضمان را مطالبه کند، زیرا این با اساس و پایه ایجاد ضمانت نامه سازگاری ندارد. به عبارتی، این گروه پرداخت ضمانت نامه را مشروط به ورود ضرر و زیان یا تخلف از تعهدات

۳. نظافتیان، عبدالعلی، ذی نفع در ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۳، زمستان ۶۹، ص ۱۰۴

قراردادی می دانند و معتقدند در صورتی که تخلفی صورت نگرفته است ذی نفع، مستحق نخواهد شد و زمان استحقاق زمان ورود ضرر است و این مسئله را با اصل منع دارا شدن بلاجهت توجیه می نمایند یعنی ذی نفع چیزی را به تصرف در می آورد که در واقع استحقاق مالکیت آن را ندارد.

نظریه دوم: نظر این گروه کاملاً متمایز از گروه اول است، این گروه معتقدند که ضمانت نامه مستقل در تجارت بین الملل سندی است معتبر برای تضمین تعهدات قراردادی افراد و سرعت و سهولت مقتضای این مسئله است که ذی نفع سند تضمینی در دست داشته باشد تا هنگام ورود ضرر و زیان و تخلف از تعهدات قراردادی بتواند به راحتی از آن استفاده کند و ضرر وارد شده را به راحتی جبران کند و نیاز به صرف وقت و هزینه های سنگین و مراجعه به مراجع قضایی نداشته باشد، اگر پرداخت ضمانت نامه به احراز تخلف ضمانت خواه یا مسائل دیگر، مشروط شود با فلسفه وجودی ضمانت نامه ها و اوراق تجاری مغایرت خواهد داشت و عملاً با وجود چنین شرطی این اسناد به اسنادی بی ارزش تبدیل می شود که دلیلی برای استفاده آنها وجود نخواهد داشت.^۱ اما این اعلام تخلف به بانک از دو حالت خارج نخواهد بود یا براساس واقعیت است یا یک ادعای واهی است، در هر حال این مسئله فی نفسه ارتباطی با بانک صادر کننده ضمانت نامه ندارد. با توجه به نظر گروه دوم ذی نفع ضمانت نامه به صرف اعلام تخلف و تخطی ضمانت خواه از مفاد قرارداد در مهلت مقرر در ضمانت نامه و مطالبه با رعایت شرایط مقرر، در مهلت مذکور، استحقاق دریافت مبلغ را خواهد داشت زیرا بانک به موجب متن سند ضمانت نامه در مقابل ذی نفع متعهد شده است که اگر ذی نفع ضمانت نامه را مطالبه کرد بانک مبلغ ضمانت نامه را به او بپردازد، پس اگر ذی نفع این شرایط را همگی رعایت کند تعهد بانک به یک تعهد قطعی و منجز تبدیل خواهد شد.

۱. نظافتیان، عبدالعلی، پیشین، ص ۱۰۶.

عقیده گروه دوم با مکانیزم ضمانت نامه های مستقل سازگاری بیشتری دارد و بیشتر متکی بر واقعیت های حقوقی است. اگر نظر گروه اول را بپذیریم و طبق اعتقاد آنها در پرداخت مبلغ ضمانت نامه اثبات تخطی ضمانت خواه را شرط بدانیم پس چه دلیل و علتی برای استفاده از اسناد تجاری و ضمانت نامه های مستقل باقی خواهد ماند! اگر این راه همانند همان راه حل دعاوی قضایی باشد چه سود و مزیتی خواهد داشت؟! علاوه بر آن باید گفت بانک با پرداخت وجه ضمانت نامه متحمل خسارت و ضرری نمی شود، قراردادی با ضمانت خواه داشته است که براساس آن متعهد گردیده که طبق شرایطی مبلغی را در وجه ذی نفع بپردازد و این مبلغ و کارمزد آن را از ضمانت خواه خواهد گرفت. پس در خصوص مطالبه متقبلانه بانک ضرری نخواهد کرد و این ضمانت خواه است که در معرض خطر قرار دارد. با بررسی جمیع این مسائل آن چه مختصراً می توان نتیجه گرفت این که استحقاق دریافت وجه الضمان منوط است به رعایت دقیق شرایط مطالبه، نه لزوماً تخلف واقعی ضمانت خواه از قرارداد مبنای صدور، به عبارت دیگر تعهد بانک در مقابل ضمانت خواه ارتباطی با اختلاف فی مابین ضمانت خواه و ذی نفع ندارد.^۱

بند سوم: انتقال ضمانت نامه

صدور ضمانت نامه برای ذی نفع ایجاد حق می کند، این حق مانند سایر حقوق قابلیت انتقال به غیر را خواهد داشت، از حقوق ذی نفع می توان به حق مطالبه وجه ضمانت نامه و حق مالکیت مبلغ اشاره کرد، که مانند سایر حقوق امکان دخل و تصرف در آن وجود دارد اما برخی از نویسندگان قائل بر عدم امکان نقل و انتقال هستند و معتقدند که ضمانت خواه به موجب قرارداد مبنای صدور تعهداتی را بر عهده گرفته که مسلماً سود و بهره ای از آن خواهد داشت، برای رسیدن به این بهره حاضر به تنظیم ضمانت نامه به عنوان وثیقه ای برای تضمین تعهدات قراردادی خود میگردد و همانطور که گفته شده ذی نفع زمانی می تواند از این وثیقه استفاده

۱. پیروز فر، اکبر، همان، ص ۴۴

کند که ضمانت خواه از تعهدات خود تخطی کند پس این نتیجه حاصل می شود که شخصیت ذی نفع در صدور ضمانت نامه حائز اهمیت است و با این اوصاف نمی توان پذیرفت که ذی نفع حقوق خود را به شخصی منتقل کند که هیچ نقشی در قرارداد مبنا نداشته است.^۱ این عقیده که حقوق قهراً توانائی انتقال به قائم مقام قانونی را دارد در تمامی نظام های حقوقی پذیرفته شده است و در این خصوص تردیدی وجود ندارد. مگر، ضمانت خواه بتواند این مسئله را از طریق مراجع قضایی به اثبات برساند که با زوال شخصیت ذی نفع و جانشینی قائم مقام قانونی او با توجه به شرایط قرارداد مبنا، امکان وجود ندارد و این امر متعذر گشته است با این روش ضمانت خواه می تواند از مرجع قضایی تقاضای ابطال کند.^۲ اما نوع دیگر انتقال، انتقال ارادی حقوق ذی نفع است که نویسندگان فروضی را برای آن متصور شده اند. اگر ذی نفع ضمانت نامه حقوق حاصله خود را از ضمانت نامه به ثالث واگذار کند و ضمانت خواه با این امر موافقت نماید، در صورتی که توسط بانک صادره کننده ضمانت نامه تأیید شود، صحیح خواهد بود و ایرادی بر آن وارد نیست اما اگر این انتقال توسط بانک تأیید نگردد شخص انتقال گیرنده قادر به مطالبه وجه ضمانت نامه نیست. فرض دیگر حالتی را به تصویر می کشد که ذی نفع با انعقاد قرارداد، حقوق قراردادی خود در قرارداد پایه را به ثالث واگذار می کند در این حالت ضمانت خواه در مقابل طرف قرارداد جدید متعهد خواهد شد و شخص ثالث، ذی نفع ضمانت نامه خواهد شد و بانک صادر کننده در صورت درخواست ذی نفع جدید و ارائه مدارک و تأیید ضمانت خواه نام ذی نفع را تغییر می دهد. فرض انتقال حقوق متصور است، بدون انتقال دادن حقوق خود قرارداد مبنا، این نوع از انتقال در رابطه بانک و ذی نفع فاقد هر گونه اثر است و بانک از پرداخت وجه به او امتناع خواهد کرد، زیرا عرف بانکداری بین المللی فقط در مقابل ذی نفع اسمی مسئولیت دارد.^۳ در لایحه پیشنهادی هم در خصوص

۱. دن تیلور - احمد حاج محمدی - راهنمایی اتاق بازرگانی بین الملل برای پوشش های بین بانکی در عملیات اعتبار

اسنادی - ناشر شهاب الدین - چاپ ۱ - سال ۸۳، ص ۱۸

۲. فتحی پور، علی، ضمانت در معاملات بین المللی، مجله حقوق بین المللی، پاییز و زمستان ۶۹، شماره ۱۳، ص ۱۳۲

۳. نظامیان، عبدالعلی، ذی نفع در ضمانت نامه های بانکی - مجله کانون وکلا - شماره ۱۵۳ - زمستان ۶۹، ص ۱۰۷

قابلیت انتقال ضمانت نامه، اصل بر عدم انتقال است مگر طرفین توافق دیگری کنند. ماده ۱۵۰ لایحه پیشنهادی انتقال ارادی را در صورتی مجاز می داند که خود ذی نفع حق مطالبه داشته باشد، در غیر اینصورت نمی تواند. در انتقال قانونی بر خلاف انتقال قراردادی چندان اراده طرفین نقش ندارد یعنی غالباً بصورت قهری است که بیشتر در دو مورد فوت و ورشکستگی مصداق دارد. البته با حکم دادگاه برای محجورین نیز پیش می آید که بعنوان جانشین تلقی می شود (ماده ۱۵۵ لایحه پیشنهادی) انتقال بخشی از ضمانت نامه باطل است البته می توان خلاف آن توافق کرد، یعنی تجزیه و پرداخت بخشی از آن و یا پرداخت به اقساط را پیش بینی کرد ماده ۱۵۰ و ۱۵۶ و ۱۶۰ لایحه پیشنهادی قانون تجارت به این امر پرداخته است.

بند چهارم: بانک صادر کننده ضمانت نامه

با جهانی و بین المللی شدن تجارت صدور ضمانت نامه بر عهده بانک ها می باشد، این در حالی ست که در گذشته اشخاص معتمد عهده دار ضمانت می شدند، اما وقتی تجارت جنبه بین المللی پیدا کرد، دیگر ضمانت این افراد هم اعتباری نداشت و نیاز به مرجع محکم تر و مطمئن تری جهت جلب اعتماد طرفین به وجود آمد و باعث شد نهادهای معتبری عهده دار این مهم شوند، این شد که به تدریج بانک ها متولی این امر شدند.^۱ در برخی کشورها بانک ها اجازه صدور ضمانت نامه را ندارند، مانند ایالات متحده آمریکا و ژاپن، در آمریکا ضمانت نامه های صادره در بانک در حکم وام تلقی می شود، اما این وضعیت در اروپا به گونه ای دیگر است، به این مفهوم که ضمانت نامه ها را به سه صورت ضمانتنامه شرکت در مناقصه، پیش پرداخت و حسن انجام کار صادر می کنند.^۲ نه این که آن را وام به حساب آورند و این امکان وجود دارد که ضمانت نامه توسط نهادهای دیگر مثل شرکت های بیمه صادر گردد. اما در ایران این ضمانت نامه ها صرفاً بانک صادر می شود و هیچ مرجع دیگری حق صدور آن را ندارد. قبل از هر اقدامی، متقاضی صدور ضمانت نامه باید نسبت به ارائه وثایق و تضمینات لازم

۱. روزنامه حمایت - بررسی حقوقی ضمانت نامه های بانکی - یکشنبه ۶ شهریور ۱۳۹۰ www.aria-law.com

۲. تقی پور، علی، همان ص ۳۸

و تودیع وجه سپرده و پرداخت کارمزد اقدام کند، کارمزدی که توسط بانک از هر متقاضی اخذ می شود، براساس نوع، مبلغ و مدت هر ضمانت نامه محاسبه و در هنگام صدور ضمانت نامه از مشتری اخذ می شود که البته تعرفه این کارمزد توسط بانک مرکزی مشخص می شود. در مرحله بعد این شخص موظف است مدارک اثبات کننده قابلیت تجربه و تخصص در زمینه موضوع ضمانت نامه را به بانک ارائه کند تا بانک قابلیت این شخص را احراز کند و از او ضمانت نماید. حداقل مبلغی که باید از سوی ضمانت خواه به بانک ارائه شود ۱۰٪ مبلغ ضمانت نامه است که باید به صورت وجه نقد نزد بانک تودیع یا به صورت طلا، یا اسناد خزانه، اوراق مشارکت یا سپرده سرمایه گذاری مدت دار یا گواهی سپرده سرمایه گذاری و یا حساب ارزی نزد بانک سپرده شود، البته لازم به ذکر است که ضمانت نامه شرکت در مناقصه و مزایده در صورت موافقت شعبه از پرداخت این مبلغ معاف می شوند. بدیهی است که تمدید و تقلیل ضمانت نامه توسط مرجع صدور آنها صورت می پذیرد که در مقررات ما لازمه تعدیل ضمانت نامه درخواست ذی نفع است و با فراهم کردن شرایط لازم از سوی مضمون عنه صورت خواهد گرفت، اما تقلیل ضمانت نامه تنها با درخواست کتبی مضمون له که همان ذی نفع است انجام می شود. استثناء این مسئله ضمانت نامه های صادره به نفع سازمان های دولتی ست که با وجود شرایط تمدید، با درخواست ذی نفع صادر می شود. در آخر اینکه زمان مطالبه وجه ضمانت نامه از سوی ذی نفع، بانک بدون نیاز به ارائه دلیل مطالبه و بدون قید و شرط موظف به پرداخت خواهد بود.

بخش چهارم: روابط حقوقی افراد ضمانت نامه

روند استفاده از ضمانت نامه های بانکی به گونه ای است که روابط افراد یک اعتبار در آن، قالب حقوقی خاص خود را دارد، که قابل بررسی است، بدین معنا که اقداماتی باید معمول گردد تا یک اعتبار گشایش یابد و شرایطی باید موجود باشد تا امکان استفاده از آن اعتبار

برای ذی نفع فراهم گردد^۱، در ضمانت نامه و به طور کلی اعتبارات اسنادی غالباً سه قرارداد مستقل و متمایز از هم وجود دارد که سرنوشت آنها به یکدیگر مربوط می باشد و این سه قرارداد با هم مجموعه ای را تشکیل می دهند^۲ که به شرح ذیل می باشد؛

بند اول: رابطه بین ضمانت خواه و ذی نفع

رابطه بین ضمانت خواه و ذی نفع در قرارداد اولیه و پایه که آن را همان قرارداد مبنای صدور می نامند، شکل می گیرد. طرفین این قرارداد با یکدیگر توافق می کنند که در صورت محقق شدن شرایطی خاص ذی نفع بتواند وجه ضمانت نامه را مطالبه کند، همین مسئله را در اعتبارات اسنادی می توانیم مشاهده کنیم؛^۳ در توافقی که خریدار و فروشنده در مورد کالا و قیمت آن به عمل می آورند مقرر می دارند که پرداخت ثمن کالا با استفاده از اعتباری اسنادی انجام پذیرد، این توافق در صورت حجم و یا زیاد بودن مقدار معامله به صورت مکتوب صورت می پذیرد و بعد از تنظیم سند پیش فاکتور ذی نفع که همان خریدار اصلی است با ارا ئه آن می تواند وجه مندرج در آن را دریافت نماید^۴. همین مسئله در ضمانت نامه های بانکی به گونه ای دیگر است، ذی نفع با رعایت شرایطی که توضیح داده شده می تواند ضمانت نامه را به بانک داده و وجه الضمان را مطالبه کند، اگر این مطالبه به حق نباشد و یا متقلبانه صورت گیرد، ضمانت خواه با مراجعه به مراجع قضایی می تواند احقاق حق کند. تنظیم ضمانت نامه موجب ایجاد دینی جدیدی بر عهده متعهد اصلی نمی شود، به این معنا که مثلاً اگر بانک صادر کننده ضمانت از پرداخت وجه الضمان خودداری کرد این امکان برای ذی نفع ضمانت نامه وجود ندارد که این مبلغ را از متعهد قرارداد اصلی یا همان ضمانت خواه مطالبه کند و فقط امکان

۱. برای مطالعه بیشتر - مسعود مزینی و محمد حسین مهاجری تهرانی عملیات بانکی بین المللی - چاپ اول - دی ۱۳۷۰ -

انتشارات موسسه بانکداری ایران - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

۲. اخلاقی، بهروز، پیشین ۱۴

۳. محبی، محسن، جنبه های حقوقی اعتبارات اسنادی بانکی از نظر مقررات متحد الشکل اعتبارات اسنادی و حقوق ایران،

دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲۹

۴. محبی، محسن، پیشین، ص ۳۲

طرح دعوا برای وی وجود دارد.^۱ از سوی دیگر حقوقی در عرف و قانون برای ذی نفع در نظر گرفته شده و تکالیفی نیز بر عهده ضمانت خواه است به عنوان مثال ضمانت خواه بعد از صدور ضمانت نامه حق تغییر ذی نفع آن را ندارد و یا امکان این قضیه وجود ندارد که ضمانت خواه بتواند شرایط مندرج در ضمانت نامه را تغییر دهد و یا از بانک بخواهد که مبلغ را پرداخت نکند، این مسئله مطابق اعتقاد کسانی شکل گرفته است که معتقد هستند، ایجاد حق به سود ثالث با اختیار از بین بردن آن ملازمه ندارد. بنابراین اعتقاد اقله ضمانت نامه ها و توافق مبنی بر ابطال ضمانت نامه کان لم یکن خواهد بود و تنها در صورتی که مضمون له وجه ضمانت نامه را من غیر حق دریافت کرده باشد، ضمانت خواه با استفاده از حق قانونی خود حق استرداد آن را خواهد داشت.

بند دوم: رابطه بانک صادر کننده و ضمانت خواه

نتیجه مذاکرات و انعقاد قرارداد پایه، در قرارداد مستقل دیگری که بین ضمانت خواه و بانک منعقد می شود، متبلور گردیده و ضمانت نامه ای مستقل از قرارداد پایه را تشکیل داده است که طی آن بانک متعهد پرداخت مبلغی در وجه ذی نفع می گردد. به موجب این قرارداد طرفین در مقابل یکدیگر تعهداتی را بر عهده می گیرند، به طوری که ضمانت خواه، براساس توافق حاصله با بانک، متعهد به پرداخت وجه اعتبار و کارمزد و سایر هزینه های که بانک اعلام می نماید می گردد و بانک هم در مقابل با افتتاح اعتبار متعهد به پرداخت وجه به ذی نفع براساس رعایت شرایط خاص مندرج در ضمانت نامه می شود. همانطور که گفته شد ضمانت نامه به تقاضای ضمانت خواه صادر می شود، یعنی ضمانت خواه که متعهد قرارداد پایه است، در صورتی که بانک از پرداخت ضمانت نامه بعد از مطالبه خودداری کند، آن هم مطالبه ای که شرایط پرداخت و شرایط مقرر را داشته باشد، ضمانت خواه می تواند الزام بانک به پرداخت وجه ضامن را خواستار شود، زیرا بانک متعهد به پرداخت شده و هزینه های لازمه آن را گرفته

^۱ . غمایی، مجید، همان ۲۰

است و این عدم پرداخت به منزله نادیده گرفتن تعهد فی مابین بانک و ضمانت خواه است. از سوی دیگر بانک بعد از پرداخت مبلغ ضمانت نامه طبق قرارداد خود با ضمانت خواه می تواند جهت استرداد مبلغ پرداخت شده به ذی نفع به ضمانت خواه رجوع کند و در صورت استنکاف از پرداخت می تواند مبلغ مذکور را از وثایقی که هنگام صدور ضمانت نامه از ضمانت خواه گرفته است استیفا نماید.^۱

بند سوم: رابطه بانک صادر کننده و ذی نفع

ذی نفع ضمانت نامه همان شخصی است که نام او در ضمانت نامه قید شده است و طی ضمانت نامه بانک متعهد شده است که مبلغ مذکور در سند را به او بپردازد، ذی نفع با رعایت شرایط مندرج در ضمانت نامه به عنوان یک منتفع ثالث می تواند وجه ضمانت نامه را مطالبه کند و الزام بانک را بخواهد.

بخش پنجم: مرجع صالح و قوانین حاکم بر صلاحیت در حقوق ایران

بند اول: مرجع صالح در این راستا

این مرحله نیز مانند انتخاب و تعیین قانون حاکم به صلاح دید طرفین و تابع اراده آنها است در صورت اختیار کردن سکوت، تابع قواعد مربوطه به تعارض صلاحیت خواهد شد که طبق این قواعد صلاحیت با کشور بانک ضامن است. این قاعده در ماده ۲۸ مقررات بین المللی ضمانت نامه های عندالمطالبه دیده می شود، اما در کنوانسیون آنسیترال بحثی در این خصوص به چشم نمی خورد و این موضوع را در اختیار طرفین قرار داده است طبیعتاً در صورت عدم تعیین مرجع صالح مطابق اصول و قواعد کلی مرجع صلاحیتدار را مشخص می کنند.^۲ در فرض وابستگی ضمانت نامه با قرارداد اصلی می توان اشاره کرد به مقررات «ضمانت نامه های

^۱. غمایی، مجتبی. همان، ص ۲۴

^۲. مطالعه بیشتر، پروفیسور آندرومگی، آیین حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی، دکتر محسن محبی

قراردادی» تهیه شده توسط اتاق بازرگانی بین المللی، در بند ماده ۱۱ این قانون رسیدگی به اختلاف فی مابین ضامن و ذی نفع ابتدائاً به داوری ارجاع داده نمی شود و رسیدگی طبق قواعد دادرسی بازرگانی بین المللی ارجاع می شود و مطابق بند ۲ به ضمانت خواه اجازه داده می شود به عنوان ثالث وارد دعوا شود این حق مشروط به آن است که اختلاف میان ضامن و ذی نفع با حقوق و تعهدات مضمون عنه یا بانک دستور دهنده خارجی در ضمانت نامه های متقابل ارتباطی داشته باشد. اما در صورت عدم توافق بر مرجع صالح همانند عدم توافق بر قانون حاکم رفتار می شود، به این صورت که با حصول توافق میان طرفین، مطابق توافق آنها عمل می شود در صورت عدم توافق دادگاه کشور محل کسب و کار بانک ضامن، صالح است و چنانچه محل کسب و کار در چند جا باشد محاکم کشور محل شعبه صادر کننده صالح خواهند بود، در قانون مقررات متحدالشکل ضمانت نامه های قراردادی تعیین مرجع صالح تابع قاعده محل صدور ضمانت نامه است.^۱ جهت صدور قرار منع پرداخت ضمانت خواه اصولاً به دلیل عدم اعتماد به قانون و مراجع کشور دیگر به دادگاه های کشور خود مراجعه می کنند و اقدام به طرح دادرسی فوری می نمایند. بحث مطرح شده در خصوص نادیده گرفتن شرط صالح دانستن قانون حاکم و مرجع صالح یا در صورتی که قواعد تعارض کشوری را صالح بدانند و از آن عدول شود که شرح آن به قرار ذیل می باشد: کشورها تابع اصلی هستند که طبق آن صلاحیت را تابع قانون مقر دادگاه می دانند، استثنایی در این زمینه وجود دارد که آن هم وجود عهدنامه است، از مسائل حائز اهمیت می توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف: قبل از هر مسئله قاعده (ربط سرزمینی) حائز اهمیت است که مال موضوع اختلاف که همان مبلغ ضمانت نامه می باشد، مرتبط است با کشور محل دادگاه زیرا این ضمانت نامه

^۱، آخوندی روح الله، اصول حقوقی حاکم بر ضمانت نامه های بانکی با توجه به مقررات بین المللی، دانشگاه تهران، سال

توسط بانک آن کشور و در آن کشور صادر شده است هر چند که امکان مطالبه آن در خارج از کشور صادر کننده وجود دارد.

ب: با توجه به اینکه محل اقامتگاه، کشور بانک صادر کننده ضمانت نامه می باشد، قطعاً با توجه به مقررات، دادگاه مذکور صلاحیت رسیدگی به دعوی منع پرداخت را خواهد داشت. در اروپا استدلالی مطرح است که مبتنی است بر قاعده صلاحیت بر مبنای اقامت خوانده این مسئله را می توان در ماده ۲۴ کنوانسیون ۱۹۷۸ کشورهای اروپایی در مورد صلاحیت و اجرای احکام مدنی و تجاری که مشهور است به کنوانسیون بروکسل که این کنوانسیون اجازه تصمیم گیری به دادگاه براساس قواعد محلی خود را داده است.

ج: به طور قطع در صورت مطالبه من غیر حق ذی نفع، مسئولیتی ایجاد خواهد شد و خسارتی از آن به بار خواهد آمد که به هر حال این خسارت در کشور مستقر دادگاه ایجاد و واقع شده و محاکم کشور مذکور هستند که صالح به رسیدگی به صدور دستور منع پرداخت مبنی بر قاعده صلاحیت دادگاه محل وقوع خسارت هستند. ایرادی بر این نظریه گرفته شده است بر این شرح که، در دعوی که جهت استرداد مبلغ ضمانت نامه مطرح می شود، شاید بتوان قائل به صلاحیت دادگاه محل خسارت شد اما در دعوی منع پرداخت ضمانت نامه هنوز مطالبه ای شده است و خسارتی به بار نیامده که بتوان به اعتبار آن به صلاحیت محکمه کشور متبوع او رای داد. قواعد گوناگونی در راستای توجیه صلاحیت محاکم کشور متبوع ضمانت خواه بیان شده که شرح مختصری از آن آورده می شود، که دلیل معتمدان آن به این قرار است:

ضمانت نامه قرارداد منعقد فی ما بین ذی نفع و بانک ضامن است و به تبع توافق میان آن ها در خصوص مرجع صالح یا حتی سکوت در این زمینه، ناظر به روابط قراردادی بانک و ذی نفع و دعاوی آنهاست نه ضمانت خواه، و حقیقت این است که ضمانت خواه جزء طرفین این رابطه محسوب نمی شود پس دعوی که این شخص بخواهد طرح کند چه علیه بانک یا چه علیه ذی نفع، مسلماً مشمول قواعد عمومی صلاحیت در کشور مقر دادگاه می شود. این مشکل در

ضمانت نامه های مستقل دیده نمی شود به این علت که ضمانت خواه و خواهان هر دو مقیم یک کشور هستند و دیگری مشکلی جهت صلاحیت محاکم در دعوی دستور موقت برای منع پرداخت و دعوی ماهوی ابطال ضمانت نامه به علیه بانک ضامن، وجود ندارد حتی در صورتی که ذی نفع تبعه همان کشور نباشد می توان او را با بانک ضامن در ردیف خوانندگان قرار داد این صلاحیت را می توان مبتنی بر قاعده محل وقوع مال که همان ضمانت نامه می باشد در کشور دادگاه دانست یا مبتنی بر اینکه خوانندگان متعددی هستند که یکی از آن ها مقیم کشور مقر دادگاه است مسئله ای که می توان در کنوانسیون بروکسل ۱۹۷۸ به وضوح مشاهده کرد. اما در خصوص ضمانت نامه های غیر مستقیم با توجه به اینکه بانک دستور دهنده که صادر کننده ضمانت نامه متقابل است، اصولاً در کشور ضمانت خواه و تابع قوانین محلی واقع است طرح دعوی منع پرداخت تابع همان قواعد مطرح شده است.

بند دوم: قوانین حاکم بر صلاحیت در حقوق ایران

در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹، ماده ۱۱ به تعیین تکلیف در خصوص دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارد پرداخته است، به این شرح که دعوا باید در دادگاهی که خواننده در حوزه قضایی آن اقامت دارد طرح شود و اگر خواننده در ایران اقامتگاه نداشته باشد دادگاه محل سکونت دائمی او صالح است و اگر در ایران محل سکونت دائمی نداشته باشد خواهان می توان در دادگاه محل اقامت خود طرح دعوا نماید و در خصوص دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول ناشی از عقود و قراردادهای که شامل ضمانت نامه ها می شود در ماده ۱۳ اشاره می کند و اینگونه تعیین تکلیف می نماید که خواهان می تواند به دادگاه محل وقوع عقد که همان محل صدور ضمانت نامه است یا به دادگاه محل اجرای تعهد که همان محل پرداخت ضمانت نامه می شود مراجعه کند و در آن دادگاه طرح دعوا کند. در این ماده خواهان مخیر به انتخاب بین دادگاه محل انعقاد و صدور ضمانت نامه یا دادگاه محل پرداخت است. از طرف دیگر در ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص شرکت ها و دعاوی ناشی از آنها شخص را مخیر به طرح دعوا در یکی از

دادگاه های محل وقوع عقد، محل تسلیم کالا یا محل پرداخت پول مخیر کرده است و در صورت تعهد شعب شرکت، دعوای ناشی از هر شعبه در دادگاه محل آن شعبه طرح می شود. آن چه از این قانون و مواد ذکر شده از آن استنباط می شود این است که اصل در تعیین دادگاه صالح همانطور که در ماده ۱۱ دیده شده محل اقامت خواننده است اما در دعوای مربوط به شرکت، دادگاه محل ایجاد تعهد یا محل اجرا هر دو صالح به رسیدگی هستند.^۱ مسئله حائز اهمیت دیگر، زمانی است که علی رغم داشتن صلاحیت محکمه کشور ما، ضمانت خواه در محکمه خارجی طرح دعوا کند، در این شرایط ماده ۹۵۷ قانون مدنی ما تعیین تکلیف کرده است و چنین وضعیتی را مانع از صلاحیت محکمه ایرانی ندانسته و اگر دستور یا حکمی از دادگاه مرجوع علیه صادر شود برای محاکم قابلیت اجرایی ندارد. در کل بهتر است مسائل و مشکلات از جمله دعوای مربوط به ضمانت نامه ها را در پرتو عرف و رویه بین المللی که به صورت مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی بین المللی تدوین شده است حل و فصل کرد هر چند که امکان اشتباه دادگاه در تخییر قوانین دیگر وجود دارد اما در هر صورت ضمانت نامه ها تابع احکام خاص خود هستند و حتی ارتباطی با قرارداد پایه ندارند و قاعده استقلال از این مهم حمایت می کند.

نتیجه گیری

ضمانت نامه بانکی بین المللی، به رغم تشابه با سایر ابزار تضمین از حیث هدف، در سایر ابعاد و جنبه ها از نهادهای مذکور به ویژه ضمان سنتی فاصله گرفته و به عنوان یک پدیده جدید مطرح شده است. این پدیده جدید را نباید با قواعد و معیارهای حقوق ملی حاکم بر ضمان سنتی مورد ارزیابی قرار داد بلکه در مقام تحلیل و تفسیر مسائل ناشی از آن، باید قواعد بین المللی و ویژگی های این سند مد نظر واقع شود. با توجه به مباحثی که در مورد ماهیت ضمانت نامه بانکی بین المللی از حیث عقد یا ایقاع بودن آن مطرح شده است، امروزه بر اساس مبانی

^۱ آخوندی، روح اله، همان ص ۱۹۰

حقوقی، رویه قضایی و عرف تجاری بین المللی، پدیده ضمانت نامه را می توان قراردادی غیرمعین دانست که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت خواه یا اصیل طرف قرارداد ضمانت نامه بانکی بین المللی نیست، هر چند که تعهدات وی در قرارداد پایه و نیز تعهد متقابل وی به بانک گشایشگر ضمانت نامه مبنی بر بازپرداخت وجه ضمانت نامه در صورت مطالبه ذینفع را می توان علت اصلی ورود بانک به رابطه قراردادی با ذینفع دانست. از این رو اگر بانک ضامن، با وجود مخالفت ضمانت خواه، وجه ضمانت نامه را با رعایت شروط و مفاد ضمانت نامه به ذینفع پرداخت نماید، حق رجوع به ضمانت خواه و مطالبه وجوه پرداختی را دارد. ضمانت نامه های مستقل به منظور تامین مال در تجارت بین الملل کاربرد فراوان دارد، ضمانت نامه های دارای ماهیت قراردادی و قالبی مستقل از سایر عقود هستند و در زمره عقود غیر معین و ماده ۱۰ قانون مدنی به شمار می آیند، این نوع از ضمان از قواعد فراملی پیروی می کند 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 قراردادزیرا آنچه باعث پیدایش ضمانت نامه مستقل شده نیاز های جدید دنیای تجارت است. استفاده بسیار از این سند در تجارت بین الملل باعث پیدایش قواعد و مقررات ویژه ای جهت نظم بخشیدن و سامان دهی به این ضمانت نامه ها شده است که از جمله می توان از URDG۴۵۸ و URDG۷۵۸ و UCP نام برد.

منابع و مآخذ

الف) کتب

۱. انسی، الهام، (۱۳۹۰). حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین المللی. چاپ اول. انتشارات چکاو چاپ.
۲. ابراهیم بابایی، محمد، (۱۳۸۵). مقدمه ای بر مبانی نظری و عملی ضمانت نامه های بانکی. چاپ دوم. نشر: همگان.
۳. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران: سمت، چاپ هشتم، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، تهران، گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۷۰.
۴. امامی، سید حسن، (۱۳۶۶). حقوق مدنی. چاپ ششم، تهران: کتابفروشی اسلامیه ج ۲ و ۳.
۵. پاکدامن، رضا، (۱۳۸۲). اصول تنظیم قراردادهای بین المللی. ناشر: مرکز آموزش و تحقیقات صنعتی ایران قطع وزیری.
۶. عنایت، سید حسین، (۱۳۶۵). تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلام و حقوق بین الملل. معاصر. شماره انتشار.
۷. دن تیلور، (۱۳۸۵). راهنمایی اتاق بازرگانی بین المللی برای پوشش های بین بانکی در عملیات اعتبار اسنادی. چاپ اول. ناشر: شهاب الدین.
۸. دیودها رشور، (۱۳۸۴). کلیدهای طلایی تجارت بین المللی. چاپ اول. مهین خالص.

۹. زمانی فراهانی، مجتبی، (۱۳۸۸). *اعتبارات اسنادی بازرگانی*. چاپ اول. انتشارات ترمه ریها نرد لنگریچ، اعتبارات اسنادی در حقوق تجارت بین الملل، ترجمه سعیدی حسنی نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۸۷.

۱۰. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. چاپ اول تهران: نشر حقوقدان.

۱۱. کاشانی، محمود، (۱۳۷۷). *ضمانت نامه بانکی* چاپ اول. تهران: انتشارات موسسه عالی بانکداری ایران.

۱۲. کاشانی، محمود، (۸۸). *قراردادهای ویژه حقوق مدنی*. چاپ اول. نشر میزان.

۱۳. محبی، محسن (۸۰). *نظام داورى اتاق بازرگانی بین المللی*. چاپ اول. انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی.

۱۴. کاشانی، محمود، جزوه حقوق مدنی ۷، وثیقه های دین، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی، ۶۹-۷۰.

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

ب) مقالات

۱) اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت نامه بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹- ۱۴۸-۱۳۶۸.

۲) تفرشی، محمد عیسی. شهبازی نیا، مرتضی. ۱۳۸۲، استقلال ضمانت نامه ی بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی. نامه ی مفید. شماره ۳۷. مرداد و شهریور.

- (۳) پیروز فر، اکبر، ضمانت نامه های بانکی، مجله اقتصاد، اردیبهشت ۱۳۸۰، شماره ۱۶، ص ۳۹_۶۱.
- (۴) سلطانی، محمود، روابط داورى و ضمانت نامه بانكى بين المللى در حقوق ايران و فرانسه، فصلنامه حقوق، مجله دانشكده حقوق و علوم سياسى، پاييز ۸۶، شماره ۳۷، صفحه ۱۵۵ تا ۱۷۸.
- (۵) شهبازی نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، نامه مفید، مرداد و شهریور ۸۳، شماره ۱۰.
- (۶) شهبازی نیا، مرتضی، انتقال و توفیق ضمانت نامه مستقل بانکی، مدرّس علوم انسانی، تابستان ۸۶، شماره ۱۱، صفحه ۱۰۷-۱۲۶.
- (۷) شهبازی نیا، مرتضی، شیوه های پرداخت ضمانت نامه های بانکی و ماهیت اسنادی آن ها، مدرّس علوم انسانی، پاييز ۸۳، شماره ۸.
- (۸) عنایت، سید حسین، تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلام و حقوق بین الملل معاصر، نشر انتشار، شماره ۶.
- (۹) مسعودی، علیرضا، ۱۳۸۳، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول،