

مقررات ضمانت‌نامه‌های بانکی در مصوبهٔ جدید قانون تجارت با تأکید بر اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی^۱

محمود باقری*

منیرالسادات جلالی**

چکیده

ضمانت‌نامهٔ مستقل بانکی، یکی از مهم‌ترین ابزار مورد استفاده در تجارت بین‌الملل و پدیده‌ای منبعث از عرف تجاری بین‌المللی است که ویژگی‌هایی از جمله استقلال از قرارداد پایه دارد و به عنوان اصلی‌ترین خصوصیت آن به شمار می‌آید، به طوری که تعهد ضامن به پرداخت وجه ضمانت‌نامه، با توجه به شروط مقرر در متن ضمانت‌نامه تعیین می‌شود، علاوه بر آن تعهدات طرفین در قرارداد پایه هیچ تأثیری در حق ذی‌نفع برای وصول وجه ضمانت‌نامه ندارد. یکی از آثار اصل استقلال، پرداخت فوری ضمانت‌نامه است به طوری که ضامن نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع به ایرادهای ناشی از قراردادهای فیما بین استناد نماید و متعهد است در صورت تحقق شروط مقرر در متن ضمانت‌نامه، وجه آن را فوراً پرداخت نماید. در خصوص پذیرش اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی، تفاوت‌هایی بین مقررات داخلی و بین‌المللی وجود دارد، به طوری که تاکنون در مقررات داخلی به صراحت این اصل مورد پذیرش قرار نگرفته است. مصوبهٔ جدید قانون تجارت بحثی را به ضمانت‌نامهٔ مستقل، اختصاص داده و خصوصیتی هم چون تعهدی مستقل، موقت، غیرقابل برگشت، اصلی، قابل انتقال و عندالمطالبه برای ضمانت‌نامه قائل شده است و علاوه بر آن استفاده از اصل استقلال باید با حسن نیت همراه باشد که در صورت ارائهٔ ادلهٔ بسیار قوی مبنی بر متقلبانه بودن مطالبهٔ من غیر حق ذی‌نفع تا زمان صدور رأی قطعی امکان اخذ دستور موقت از مرجع قضایی است. البته در طول تحقیق اوصاف ضمانت‌نامه‌های بانکی شرح داده می‌شود. متن مصوبه نیز در مقایسه با مقررات بین‌المللی هم افتراقات و اشتراکاتی دارد و هم نواقصی دارد که در صورت انجام اصلاحات (که به طور موردی و پیشنهادی در پایان تحقیق اشاره شده) و تصویب نهایی، می‌تواند نقطهٔ عطفی در افزایش معاملات و رشد اقتصادی باشد.

کلیدواژه‌ها:

اصل استقلال، ضمانت‌نامهٔ بانکی، مصوبهٔ جدید قانون تجارت، ضمانت‌نامهٔ مستقل.

۱. مصوبه توسط شورای نگهبان رد شده است.

* دانشیار دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

Email: mahbagheri@ut.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال.

Email: mrjiaty@gmail.com

مقدمه

تعاملات گسترده کشورهای در عرصه تجارت جهانی و نیاز ملل مختلف به یکدیگر، موجب شد تا بازرگانان جهت کسب سود بیشتر و حضور در بازارهای جهانی به رقابت پردازند. از آنجا که قراردادهای بین‌المللی همواره با خطر ورود خسارت همراه بود، حقوقدانان به دنبال طراحی ابزار خاص تجاری برآمدند. به این ترتیب اسناد تجاری، اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی به ترتیب وارد صحنه بازار شدند که با توجه به موضوع مقاله، صرفاً به اوصاف ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌پردازیم: به موجب ماده ۶۸۴ قانون مدنی «عقد ضمان» عبارت است: «از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه می‌گویند.»

ضمانت‌نامه بانکی عبارت است از «سندی که به درخواست متقاضی (اعم از شخص یا بانک)، توسط بانک، صادر می‌شود و به موجب آن بانک ضامن متعهد می‌گردد، در مدت اعتبار ضمانت‌نامه، به محض تقاضای ذی‌نفع و با ارائه مدارک مندرج در ضمانت‌نامه، وجه ضمانت‌نامه را بپردازد.»

در گذشته هدف از صدور ضمانت‌نامه، پشتیبانی از قرارداد ثالث و تضمین تعهداتی بود که مضمون عنه در قرارداد اصلی به عهده می‌گرفت و مبنای صدور ضمانت‌نامه قراردادی علی‌حده بود که در صورت فسخ یا ابطال قرارداد اصلی، ضمانت‌نامه‌های صادره نیز موضوعاً منتفی می‌شد و مشکلاتی از قبیل عدم جبران خسارت برای ذی‌نفع به وجود می‌آمد. در نتیجه ضمانت‌نامه تبعی، مورد استقبال تاجران قرار نگرفت. بنابراین جهت کاهش ارتباط ضمانت‌نامه با قرارداد اصلی و سایر قراردادهای فیما بین، با درج قید «غیرمشروط بودن ضمانت‌نامه» این مشکل تا حدودی برطرف شد. در واقع چنین ضمانت‌نامه‌هایی، مبتنی بر قرارداد پایه بودند، اما با درج شرط مزبور رابطه کاملی با آن نداشتند،^۱ اما در صورت فسخ یا ابطال ضمانت‌نامه مشکل تبعی بودن آن همچنان باقی می‌ماند. حقوقدانان در جهت رفع این معضل، کوشیدند تا اصل استقلال را بر ضمانت‌نامه‌ها حاکم نمایند. با توجه به رویه و عرف بین‌المللی و مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه^۲ و کنوانسیون سازمان ملل^۳ تا حدود زیادی موفق شدند. به طوری که اصل استقلال منافع ذی‌نفع را تا حدودی تأمین نمود. اصل استقلال را

۱. محسن محبی، «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۲۰ (۱۳۷۵)، ۹۵.

2. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG).

3. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

می‌توان چنین تعریف کرد: «اصل استقلال ضمانت‌نامه، انتزاع آن از قرارداد پایه و سایر قراردادهایی می‌باشد که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است.»

با توجه به تعریف مذکور، در صورت عدم انجام تعهدات قراردادی از طرف متقاضی صدور ضمانت‌نامه، ذی‌نفع، حق دریافت وجه ضمانت‌نامه را دارد. برخی حقوقدانان، فلسفه وجودی ضمانت‌نامه را در استقلال و جدایی آن از قرارداد پایه می‌دانند و معتقدند هدف از ارائه ضمانت‌نامه بانکی، اعطای حداکثر اطمینان به ذی‌نفع است، تا بتواند فارغ از قرارداد اصلی، وجه آن را از بانک ضامن مطالبه کند.^۱ اصل استقلال، یک نتیجه عملی دارد و آن عبارت از عدم توجه به ایرادهای قراردادهای فیما بین است. به موجب این اصل، ضامن نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع به موضوع‌هایی مانند تخلف ضمانت‌خواه از تعهدات خود و نیز عدم استحقاق ذی‌نفع استناد کند. به این ترتیب در صورت تحقق مفاد و شروط ضمانت‌نامه، ذی‌نفع مستحق مطالبه وجه آن است.^۲

نکته مهم اینکه این اصل نباید به طور مطلق مورد پذیرش قرار گیرد، چراکه در مواردی تأکید بیش از حد بر اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی، منجر به برداشت نادرست عملکرد ضمانت‌نامه می‌گردد؛ زیرا نباید فراموش شود که فلسفه وجودی ضمانت‌نامه‌های بانکی تضمین قرارداد دیگری است و نباید پذیرفتن مطلق اصل استقلال، منجر به سوءاستفاده برخی فرصت‌طلبان شود. بنابراین باید با پذیرفتن اصل استقلال نسبی و نه مطلق، منافع ضمانت‌خواه و ذی‌نفع هر دو تأمین گردد. چراکه با پذیرش مطلق اصل استقلال، ممکن است در برخی موارد منافع ضامن به خطر افتد. درواقع در کوتاه مدت، استقلال مطلق است، اما در بلندمدت و با طرح دعوی و انجام فرایند حقوقی کامل می‌توان از سوءاستفاده در ضمانت‌نامه بانکی جلوگیری کرد.

قانون تجارت به ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی اشاره‌ای ننموده است و خلأ قانونی حاکم، موجب شده تا رویه قضایی ثابتی در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود نداشته باشد و آرای متفاوتی در این زمینه صادر شود. تعدد آرای صادره، حقوقدانان را بر آن داشت تا ضوابطی در این خصوص تدوین نموده و مشکلات موجود را مرتفع نمایند. تلاش‌های صورت گرفته منجر به این شد که بخشی از مواد مصوبه جدید قانون تجارت به ضمانتی مستقل اختصاص یابد. هم‌اکنون به اصول حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی در مصوبه جدید قانون تجارت می‌پردازیم:

۱. بهروز اخلاقی، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی»، مجله کانون و کلا ۱۴۸ (۱۳۶۹)، ۱۵۶.

۲. علیرضا مسعودی، «ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل»، (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۱)، ۸۱.

۲. اصول حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی در مصوبه قانون تجارت

باب چهارم مصوبه جدید قانون تجارت از مواد ۸۳۶ - ۸۶۶ به ضمانت‌نامه‌ای مستقل اختصاص یافته و قواعد مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی را تشریح می‌نماید. ضمانت‌نامه مستقل به عنوان چهارمین سند از مجموعه اسناد تجاری در مصوبه جدید قانون تجارت احصاء شده است. در اینجا جایگاه اصل استقلال و اوصاف ضمانت‌نامه بانکی در مصوبه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. اصل استقلال از تعهد پایه

با توجه به ماده ۸۳۷ مصوبه که مقرر می‌دارد: «تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب، مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی می‌باشد که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب برائت صادرکننده نمی‌گردد و تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانت‌نامه‌هایی می‌باشند.» همچنین طبق ماده ۸۴۱: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است.» ملاحظه می‌شود که بر اساس مصوبه، ضمانت‌نامه دارای تعهدی مستقل است.

استقلال ضمانت‌نامه به این معناست که بانک نمی‌تواند به دفاعیات و ایرادهایی استناد کند که بر قرارداد پایه میان ذی‌نفع و مضمون‌عنه وجود دارد. این در حالی است که برخی حقوقدانان اصل استقلال را در ضمانت‌نامه‌های بانکی نپذیرفته‌اند و معتقدند ضمانت‌نامه مستقل کاملاً جدا از قرارداد پایه نیست، بلکه اگر اشتباهی در شخص یا مورد معامله رخ دهد و قرارداد اصلی باطل شود، صادرکننده ضمانت‌نامه نیز مسؤول پرداخت نخواهد بود. به عبارت دیگر استقلال ضمانت‌نامه در آن حد نیست که اگر قرارداد اصلی از پایه و اساس باطل باشد، ضمانت همچنان وجود داشته باشد.^۱

همچنان که گفته شد، ضمان به معنای سستی آن فرع و تابع قرارداد اصلی است، اما در قراردادهای بین‌المللی نظر به استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، ضمانت‌نامه تعهدی اصلی محسوب می‌شود.

۱. محمدعلی مرادی، مینا صدقاتی مختاری و هاشم موسوی آبگرم، «ضمانت‌نامه مستقل، سندی آشنا اما نوین در لایحه حقوق تجارت»، مجموعه مقالات همایش ملی نقد و بررسی لایحه جدید قانون تجارت (۱۳۹۱)، ۲۵۹.

۲-۲. اصل عندالمطالبه بودن

در ماده ۸۴۴ مصوبه آمده است: «ذی‌نفع می‌تواند با ارائه ضمانت‌نامه، مبلغ آن را مطالبه نماید، مگر آنکه در ضمانت‌نامه، زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود.» این عبارت به این معنی است که صدور ضمانت‌نامه توسط ضامن، به منزله قبول تعهدی عندالمطالبه در مقابل ذی‌نفع است و هر زمان که ذی‌نفع بخواهد می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، مگر اینکه نسبت به شرایط خاصی توافقی صورت گرفته و در ضمانت‌نامه درج شده باشد، به طوری که اصل بر عندالمطالبه بودن است.

۲-۳. اصل اطلاق

با توجه به ماده ۸۵۴ مصوبه قانون تجارت که اشعار دارد: «انقضای اعتبار ضمانت‌نامه مستقل ممکن است، در تاریخ مشخصی باشد یا به تحقق شرط معینی موقوف شود.» ضمانت‌نامه مستقل می‌تواند به صورت مطلق و هم به صورت مشروط باشد. در این خصوص با توجه به ماده ۸۴۱ که بیان می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد، بی‌اثر است.» ملاحظه می‌گردد که مصوبه، مشروط بودن ضمانت‌نامه را تا حدی که استقلال آن از بین نرود، پذیرفته است. که این موضوع دلالت صریح بر پذیرش اصل استقلال در مصوبه جدید قانون تجارت دارد. بدیهی است در صورت مشروط بودن، صرفاً شروطی مورد پذیرش قرار می‌گیرند که خدشه‌ای به استقلال ضمانت‌نامه وارد نیابد.

همان‌طور که در مواد ۷، ۱۹، ۲۰ قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰^۱ و همچنین کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی نیز مورد اشاره قرار گرفته است ضمانت‌نامه مستقل بانکی، ترجیحاً بایستی غیرمشروط^۲ باشد، چنانچه ضمانت‌نامه‌ای به طور مشروط صادر گردد، اول اینکه باید شرط مزبور در متن ضمانت‌نامه درج گردد و دوم، نباید این شرط، فراتر از ارائه سندی باشد، علاوه بر آن بایستی نحوه احراز تحقق شرط اسنادی مزبور را نیز تعیین نموده باشند. در غیر این صورت شرط یا شروط مذکور نادیده تلقی خواهد شد.^۳ این سند (شرط مندرج) می‌تواند

1. URDG.Articles7&19

2. Unconditional

3. UNCITRAL convention Article 3- Independence of undertaking For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to the beneficiary is not:

(a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate); or

(b) Subject to any term or condition not appearing in the undertaking, or to any future, uncertain act

حسب توافق، اعلامیه کتبی تخلف باشد یا گواهی شخص ثالث، رأی دادگاه یا داور و یا هر سند دیگری که طرفین ارائه آن را در متن ضمانت‌نامه شرط کرده باشند.^۱ با نادیده انگاشته شدن شروط غیراسنادی، دیگر بانک حق استناد به قراردادی دیگر برای ممانعت از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه ندارد که البته بانک‌ها نیز از این مسأله استقبال می‌نمایند. چراکه بررسی ماهوی قرارداد، همان‌طور که اشاره شد مشکلات عدیده‌ای برای آنها فراهم می‌آورد. با ایجاد مسؤولیت بررسی شروط غیراسنادی، بعضاً بانک موظف به ورود در عرصه‌های قراردادهایی می‌گردد که تخصصی در آن زمینه ندارد. از طرف دیگر ضمانت‌خواه نیز امکان درج شروطی برای ذی‌نفع ندارد. با وجود این خاصیت، بانک تنها موظف به رسیدگی به اسناد مندرج در ضمانت‌نامه است. البته میزان دقت بانک در بررسی اسناد ارائه شده نیز یکی از موضوعات مهم و مورد توجه است، ضمن اینکه شروط مندرج در ضمانت‌نامه نیز باید در حدی باشد که خدشه‌ای به استقلال آن وارد نشود، به طوری که ماده ۸۴۱ مصوبه به درستی آورده است: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است.» بنابراین با عنایت به مواد ۸۵۶ و ۸۵۷ مصوبه که اشعار می‌دارند: «صادرکننده باید تقاضای ذی‌نفع و اسناد ضمیمه آن را بررسی نماید و در حدود عرف، اصالت اصل سند و اسناد ضمیمه آن و مطابقت آنها با اسناد ذکر شده در ضمانت‌نامه را در روابط داخلی، حداکثر تا یک هفته و در روابط بین‌المللی حداکثر تا یک ماه ...» و «چنانچه مطالبه مبلغ به ارائه اسنادی منوط شود و صادرکننده اسناد ارائه شده را با اسناد ذکر شده در ضمانت‌نامه، مغایر تشخیص دهد ...» ملاحظه می‌گردد که مصوبه جدید قانون تجارت، موضوع شرط اسنادی را در خصوص ضمانت‌نامه مستقل پذیرفته است، ضمن اینکه حداکثر زمان مطابقت اسناد و میزان مطابقت را که باید در حدود عرف و به طور دقیق باشد، صراحتاً تعیین و اعلام نموده است. بنابراین با وجود این خاصیت، بانک تنها موظف به رسیدگی به اسناد مندرج در ضمانت‌نامه است، لذا نتیجه حاصل از این خاصیت اسنادی ضمانت‌نامه بانکی، استقلال هر چه بیشتر ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است و با توجه به ماده ۸۴۱ مصوبه؛ «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است.» مشروط نمودن پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به احراز شرایط مرتبط با قراردادهای دیگر، با صرف اسنادی شدن شرط ضمانت‌نامه تا حدودی غیرقابل اجرا گردیده است.

نتیجه حاصل از این خاصیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی ضمانتی که مقررات بین‌المللی ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز از آن حمایت می‌نمایند، استقلال

or event except presentation of documents or another such act or event within a guarantor/ issuer's sphere of operations.

۱. عیسی تفرشی، شهبازی‌نیا، پیشین، ۲۹.

هر چه بیشتر ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است. به بیان دیگر یکی از روش‌های امکان ورود قرارداد پایه یا هر قرارداد دیگر به ضمانت‌نامه، مشروط نمودن پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به تحقق شرایط مرتبط با قراردادهای دیگر است که با صرف اسنادی شدن شروط مندرج در ضمانت‌نامه تا حدودی غیرقابل اجرا شده است. اگرچه هنوز امکان درخواست رأی داور، دادگاه یا کارشناس در خصوص تخلف از قراردادی علی‌حده برای درخواست وجه ضمانت‌نامه به عنوان شروط مندرج در متن سند وجود دارد که در حقیقت استقلال را به کمترین میزان می‌رساند، اما با اسنادی شدن این شروط، حتی‌الامکان استقلال این سند از دیگر قراردادهای، از ارزش و توجه بیشتری برخوردار می‌گردد.

لازم به ذکر است براساس مصوبه قانون تجارت اصول دیگری از جمله اصل مدت‌دار بودن طبق ماده ۸۴۰، اصل غیر قابل برگشت بودن طبق ماده ۸۴۲، اصل قابل انتقال بودن طبق ماده ۸۴۷، اصل حکومت قانون محل شعبه یا اداره طبق ماده ۸۶۶ و اصل مسؤلیت بانک در احراز اصالت اسناد طبق ماده ۸۵۶ مصوبه نیز حاکم است که با توجه به عدم ارتباط مستقیم با وصف خاص استقلال، به همین مقدار بسنده می‌شود.

۳. آثار اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی

از آنجا که اصل بنیادین استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی همانند دیگر اصول حقوقی دارای آثاری است که به طور کلی مهم‌ترین آنها، پرداخت فوری وجه ضمانت‌نامه است. به طوری که به محض درخواست و با رعایت مفاد و شرایط مندرج در ضمانت‌نامه، ذی‌نفع می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه و دریافت نماید.^۱ در نتیجه آثار استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی عبارت است از:

۳-۱. استقلال ضمانت‌نامه از رابطه مضمون عنه و مضمون له

از آثار مهم این اصل، انتزاع ضمانت‌نامه‌های بانکی از روابط مضمون‌عنه و مضمون‌له است.^۲ تعهد بانک به پرداخت وجه ضمانت‌نامه و حق ذی‌نفع (مضمون‌له) در دریافت آن، با توجه به شرایط و مندرجات در متن ضمانت‌نامه مشخص می‌شود، نه براساس شرایط و تعهدات مندرج در قرارداد پایه و اصلی. به عبارت دیگر قصد غایی از صدور ضمانت‌نامه مستقل، آن است که ذی‌نفع بتواند فارغ از الزامات یا اختلافات ناشی از قرارداد پایه، ادعای

۱. محمد سلطانی، حقوق بانکی (تهران: میزان، ۱۳۹۱)، ۲۶۲.

2. R.I.V.F, Bertrams, "Bank Guarantees in International Trade", *The Netherlands Kluwer*, (1996), 161.

خود علیه مضمون‌عنه را به اجرا گذارد و مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را دریافت نماید.^۱ در واقع می‌توان گفت تمامی موارد مذکور، در راستای منفک نمودن ضمانت‌نامه بانکی از روابط طرفین است. به طوری که در صورت اقدام ذی‌نفع به مطالبه و دریافت وجه ضمانت‌نامه، ضمانت‌خواه نمی‌تواند با استناد به شروط مندرج در قرارداد پایه، مدعی بلاوجه بودن اقدام ذی‌نفع گردد. بزرگ‌ترین ریسک تجاری ضمانت‌نامه نیز دقیقاً در همین مسأله است که ذی‌نفع سند بدون رعایت حسن‌نیت و به صورت متقلبانه، اقدام به اجرا گذاشتن ضمانت‌نامه نماید. لازم به ذکر است عدم قابلیت استناد به ایرادهای ناشی از قراردادهای فیما بین به درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه (ضمانت‌خواه) خلاصه نمی‌شود، بلکه یکی از آثار استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، عدم قابلیت استناد به ایرادهای ناشی از قرارداد پایه و هر گونه قرارداد فیما بین مضمون‌عنه و مضمون‌له، توسط بانک ضامن است. در نتیجه بانک نمی‌تواند در مقابل مطالبه ذی‌نفع به وضعیت اجرا یا عدم اجرای تعهدات مذکور استناد نماید. همچنین ایرادهایی نظیر بطلان یا فسخ قرارداد پایه، تهاتر یا انتقال طلب از ناحیه بانک ضامن قابل استناد نیست.^۲

استقلال ضمانت‌نامه از قراردادها و روابط فیما بین مضمون‌عنه و مضمون‌له، برای افزایش اعتبار ضمانت‌نامه و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی ضروری است و اگر بانک بتواند خود را درگیر روابط قراردادی طرفین سازد یا دادگاه‌ها بتوانند پیش از پرداخت وجه ضمانت‌نامه، با ورود در ماهیت روابط قراردادی، مانع پرداخت آن شوند، این سند بانکی ارزش خود را در روابط قراردادی از دست می‌دهد.^۳

ماده (الف) ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰^۴ در خصوص غیرقابل استناد بودن ایرادهای قراردادی پایه و سایر قراردادهای اشعار می‌دارد: «ضمانت‌نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است و رابطه پایه هیچ ربطی به ضامن ندارد و ضامن ملتزم به آن نیست. اشاره‌ای که در ضمانت‌نامه به رابطه پایه و برای مشخص کردن آن می‌شود، طبیعتاً مستقل ضمانت‌نامه را تغییر نمی‌دهد. تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذی‌نفع، نیست.»^۵ همچنین با توجه به مواد ۱-۰۶، ۱-۰۷ و ۱-۰۸ قواعد

۱. محسن محبی، «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۲۰ (۱۳۷۵)، ۹۸.

۲. Bertrams, *op.cit.* 161.

۳. محمود کاشانی، «ضمانت‌نامه بانکی (تهران: مؤسسه عالی بانکداری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۷)، ۵۱.

۴. URDG758.

۵. راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، ترجمه فریده تذهیبی (تهران: جنگل و کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۸۷)، ۲۰.

مربوط به تضمین‌نامه‌ها، استقلال و غیرقابل استناد بودن ایرادهای ناشی از قرارداد پایه و سایر قراردادهای مرتبط بر تضمین‌نامه‌ها نیز ناظر است.^۱ با توجه به مفاد ماده ۸۳۷ مصوبه جدید قانون تجارت^۲ ملاحظه می‌گردد که استناد به هیچ نوع از ایرادها، از جمله بطلان و حتی فسخ قرارداد پایه امکان‌پذیر نیست و تعهد ضامن با صدور ضمانت‌نامه کاملاً مستقل از دیگر روابط متقابل ذی‌نفع و متقاضی است. همچنین با دلالت ماده ۸۴۴ مصوبه نیز که بیان می‌دارد: «ذی‌نفع می‌تواند با ارائه ضمانت‌نامه مبلغ آن را مطالبه کند، مگر اینکه در ضمانت‌نامه زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود.» چنین استنباط می‌شود که ضمانت‌نامه، عندالمطالبه است و هر زمان که ذی‌نفع بخواهد، می‌تواند مبلغ آن را مطالبه نماید، مگر اینکه زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین و در ضمانت‌نامه درج شده باشد. البته این میزان استقلال نباید در حدی باشد که ضمانت‌نامه مورد سوءاستفاده آشکار ذی‌نفع قرار گیرد یا ضمانت‌خواه بتواند علیه ذی‌نفع طرح دعوی کرده و خواستار دستور موقت مبنی بر عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه گردد.

واضح است که در صورت عدم پذیرش استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و امکان درج شرط نقض قرارداد پایه به عنوان شرط امکان درخواست مبلغ ضمانت‌نامه، در متن آن، ذی‌نفع برای مطالبه و اخذ ضمانت‌نامه، باید اثبات نماید که قرارداد پایه‌ای که ضمانت‌نامه به عنوان تعهدی وابسته و بر مبنای آن صادر شده است، نقض گردیده یا اینکه ضمانت‌خواه، مرتکب تخلف شده است و باید ادعای خود را در مرجع صالح به اثبات برساند و سپس برای وصول آن به ضامن مراجعه و وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید. در حالی که با صدور ضمانت‌نامه مستقل، این معادله معکوس شده و ذی‌نفع می‌تواند بدون اثبات تخلف یا ارائه

1. ISP98, Article 1.06: ... c. Because a standby is independent, the enforceability of an issuer's obligations under a standby does not depend on: 1.the issuer's right or ability to obtain reimbursement from the applicant; 2.the beneficiary's right to obtain payment from the applicant; 3.a reference in the standby to any reimbursement agreement or underlying transaction; or 4.the issuer's knowledge of performance or breach of any reimbursement agreement or underlying transaction ...

Article 1.07: Independence of the Issuer-Beneficiary Relationship

An issuer's obligations toward the beneficiary are not affected by the issuer's rights and obligations toward the applicable agreement, practice, or law.

ARTICLE 1.08: Limits to Responsibilities

An issuer is not responsible for: a.performance or breach of any underlying transaction; b.accuracy, genuineness, or effect of any document presented under the standby; c.action or omission of others even if the other person is chosen by the issuer or nominated person; or d.observance of law or practice other than that chosen in the standby or applicable at the place of issuance

۲. تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب، مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده، معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب برائت صادرکننده نمی‌شود.

دلیلی، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه و وصول نماید که در صورت ارتکاب تخلف یا نقض قرارداد پایه توسط ذی‌نفع، بایستی ضمانت‌خواه بتواند با اثبات این امر (تقلب و سوءاستفاده آشکار) نزد مراجع صالح، وجه ضمانت‌نامه وصول شده را استرداد نماید.^۱ بنابراین در صورت عدم پذیرش اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی از قرارداد پایه، ذی‌نفع باید برای مطالبه و اخذ ضمانت‌نامه، بدو استحقاق خود را اثبات نماید و سپس برای وصول مبلغ ضمانت‌نامه به ضامن مراجعه کند. در حالی که با توجه به ماده ۸۵۲ مصوبه که اشعار می‌دارد: «تقاضای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه باید با رعایت شرایط مندرج در ضمانت‌نامه و این قانون انجام شود و تقاضای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به منزله اقرار ذی‌نفع به موارد زیر است: ۱. کلیه اسناد ارائه شده منطبق با مقررات است و هیچ‌یک از آنها مجعول نیست، هیچ پرداختی درباره اسناد ارائه شده انجام نشده است.» این ماده به معنای این است که با ارائه ضمانت‌نامه و اسناد مورد نظر توسط ذی‌نفع، باید استحقاق وی فرض گردیده و وجه ضمانت‌نامه به وی پرداخت شود و در غیر این صورت، ضمانت‌خواه با اثبات خلاف آن در مراجع قضایی وجه مزبور را استرداد نماید.

با توجه به مفاد مصوبه جدید قانون تجارت، با صدور ضمانت‌نامه مستقل، ذی‌نفع می‌تواند بدون ارائه هر گونه دلیلی، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه و وصول نماید. به طوری که موضوع انتقال بار اثبات دعوی از عهده ذی‌نفع به ضمانت‌خواه، از مهم‌ترین آثار استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی مستقل است. در واقع اکثر تلاش‌های انجام شده برای مستقل نمودن ضمانت‌نامه از قرارداد پایه در درجه اول برای انتقال بار اثبات دعوی از عهده ذی‌نفع به ضمانت‌خواه (متقاضی صدور ضمانت‌نامه) است، چراکه با این امر، سرعت اجرا و تبعاً اعتبار ضمانت‌نامه‌های بانکی بسیار افزایش می‌یابد و این موضوع در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به نهایت کارایی خود می‌رسد. البته ممکن است در متن ضمانت‌نامه، یکی از شروط اسنادی درخواست وجه ضمانت‌نامه، درج شده باشد، اما باز هم ساده‌تر از درگیر نمودن روند اجرای قرارداد اصلی و اثبات استحقاق دریافت وجه ضمانت‌نامه است.

۳-۲. استقلال ضمانت‌نامه از رابطه بانک و متقاضی صدور ضمانت‌نامه

از دیگر آثار استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی، منفک بودن قرارداد درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه و بانک ضامن است، به طوری که بانک ضامن نمی‌تواند برای عدم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، به نقض قرارداد فیما بین با متقاضی صدور ضمانت‌نامه، استناد نماید.^۲

۱. محبی، «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، ۱۰۰.

2. Michelle, Kelly-Louw, *Selective Legal Aspect of Bank Demand Guarantees*, (Thesis for the Degree of

بنابراین از آنجا که در جریان صدور ضمانت‌نامه، سه قرارداد منعقد می‌شود؛ به ترتیب، قرارداد اول که به آن قرارداد پایه و اصلی می‌گویند و همراه با تقاضای ارائه ضمانت‌نامه است، بین مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) و مضمون‌له (ذی‌نفع) منعقد می‌گردد، قرارداد دوم که با تقاضای صدور ضمانت‌نامه، بین مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) و ضامن (بانک) منعقد می‌گردد و قرارداد سوم که صدور ضمانت‌نامه، بین ضامن (بانک) و مضمون‌له (ذی‌نفع) منعقد می‌گردد و این قراردادها کاملاً از یکدیگر مستقل هستند. ماده ۸۳۷ مصوبه^۱ نیز دلالت بر استقلال روابط مذکور دارد.

همانند مسأله حاکم بر استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، تکلیف بانک به پرداخت ضمانت‌نامه و حق ذی‌نفع در دریافت مبلغ آن براساس شروط و مندرجات سند ضمانت‌نامه است، نه قرارداد بین دستوردهنده و بانک ضامن. در مقررات بین‌المللی نیز به این مسأله توجه شده است، به طور مثال در ماده ۰۷-۱ قواعد بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها^۲ آمده است: «حقوق و تعهدات صادرکننده نسبت به متقاضی به موجب هر قرارداد، مقررات و قانون حاکم، هیچ‌گونه تأثیری بر تعهدات صادرکننده در مقابل ذی‌نفع نخواهد داشت.» در ضمن این موضوع اثر دیگری نیز دارد که در صورت عدم توانایی بانک در دریافت جبران خسارت از درخواست‌کننده صدور سند (ضمانت‌خواه) (به هر علتی)، برای بانک، امکان مراجعه به ذی‌نفع وجود ندارد، چراکه تعهد بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع بدون حق رجوع است.^۳

دقیقاً به همین علت است که بانک‌ها برای صدور ضمانت‌نامه اصولاً وثایق لازم و کافی را از درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه (مضمون‌عنه / ضمانت‌خواه) اخذ می‌کنند تا در صورت پرداخت وجه ضمانت‌نامه، بانک بتواند از طریق وثایق مأخوذه، خسارت وارده را جبران نماید. البته در شرایطی امکان رجوع بانک به ذی‌نفع وجود دارد، مانند اشتباه بانک و پرداخت مبلغی مازاد بر میزان ضمانت‌نامه. همچنین ماده ۵ (الف) قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ نیز در آن قسمت که بیان می‌دارد: «ضمانت‌نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است...» بر استقلال ضمانت‌نامه از درخواست

P.H.D of law at university South Africa, 2008), 48

۱. تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب، مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده، معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب براءت صادرکننده نمی‌شود.

2. International Standby Practices (ISP98).

۳. محسن مجبی، «حل و فصل دعاوی در ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی»، نشریه پژوهش‌های حقوقی ۷ (۱۳۸۴)، ۱۰ به بعد.

صدور ضمانت‌نامه که قراردادی است بین بانک ضامن و درخواست‌کننده ضمانت‌نامه (مضمون‌عنه / ضمانت‌خواه) تصریح نموده است.^۱

۴. استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی در مصوبه قانون تجارت و رویه قضایی

منظور از اصل استقلال، انتزاع ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و سایر قراردادهایی است که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است. به بیان دیگر اصل استقلال به این معناست که ضامن تعهد جدیدی را به عهده گرفته و متعهد به ایفای تعهدات مدیون اصلی نیست، اگرچه هدف ضمانت‌نامه، تضمین تعهدی برای ذی‌نفع در مقابل خسارات ناشی از تخلف متعهد اصلی در قرارداد پایه است، اما ذی‌نفع صرفاً با مراجعه به مفاد و شروط مندرج در متن ضمانت‌نامه می‌تواند وجه آن را مطالبه و دریافت نماید. با توجه به ماده ۸۳۷ مصوبه قانون تجارت^۲ ملاحظه می‌گردد که مصوبه صراحتاً اصل استقلال را مورد پذیرش قرار داده است. بدیهی است این قابلیت، در برخی موارد می‌تواند مورد سوء استفاده آشکار ذی‌نفع قرار گیرد، به طوری که استقلال مطلق ضمانت‌نامه از قرارداد پایه اصولاً به معنای عدم امکان جلوگیری از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، حتی در صورت درخواست غیرموجه و من غیرحق آن نیست، بنابراین اصل استقلال همانند دیگر اصول حقوقی، دارای استثنائاتی است. به همین علت ضمانت‌نامه‌های مستقل از استقلال مطلق برخوردار نبوده و مرزهایی دارند.

به طوری که در صورت اثبات تقلب صورت گرفته در درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه از طرف ذی‌نفع، حق وی برای دریافت وجه ضمانت‌نامه را از بین خواهد برد (مثلاً وقتی که ذی‌نفع اطلاع دارد که درخواست‌کننده صدور ضمانت‌نامه، تعهدات خویش در قرارداد پایه را به طور کامل به اتمام رسانده و با وجود علم به این مسأله و به بهانه تخلف اصیل یا هر علت دیگری، اقدام به درخواست پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه می‌نماید). در واقع تقلب در اجرای ضمانت‌نامه دفاعی قابل قبول در مقابل درخواست پرداخت ضمانت‌نامه است.

در ماده ۸۴۴ مصوبه آمده که «ذی‌نفع می‌تواند با ارائه ضمانت‌نامه، مبلغ آن را مطالبه نماید، مگر آنکه در ضمانت‌نامه، زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود.» این عبارت به این معنی نیست که در صورت رعایت زمان و شرایط مندرج در متن ضمانت‌نامه، مطالبه

۱. تذهیبی، پیشین، ۲۹.

۲. تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه مستقل، جدای از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین جدای از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده، معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب براءت صادرکننده نمی‌گردد. تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانت‌نامه‌هایی است.

وجه ضمانت‌نامه است، بلکه در صورت تحقق موارد خاصی ذی‌نفع ضمانت‌نامه نمی‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، این موارد در ماده ۸۶۳ مصوبه به شرح زیر آمده است:

۱. ذی‌نفع، صادرکننده را به طور کتبی ابراء کند؛

۲. بین ذی‌نفع و صادرکننده تهاتر صورت گرفته باشد؛

۳. مبلغ ضمانت‌نامه پرداخت شود؛

۴. اعتبار ضمانت منقضی شود.»

مشاهده می‌شود که در صورت تحقق موارد فوق، ذی‌نفع حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه را ندارد و این موضوع هیچ‌گونه خدشه‌ای به استقلال ضمانت‌نامه وارد نمی‌کند. بدیهی است در صورت تحقق موارد مندرج در ماده ۶۸۳ مصوبه و دریافت وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، مصداق تقلب داشته و دریافت‌کننده وجه برخلاف قانون عمل کرده و مسؤول جبران خسارات وارده خواهد بود.

تقلّب از نظر لغوی به معنای قلب حقیقت و واژگونه جلوه دادن آن است که در عین حال عنصر سوءنیت نیز در آن مستتر است و در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی هنگامی مطالبه متقلّبانه تلقی خواهد شد که ذی‌نفع بی‌تردید حقی برای مطالبه آن نداشته باشد.^۱ اما مسأله حیل و تقلّب در مطالبه ضمانت‌نامه بانکی از جهت نظری بحث‌انگیز است، زیرا اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه به این معناست که ضمانت‌نامه با اولین درخواست، پرداخت شود و براساس آن، تعهدات بانک یک تعهد ابتدایی بوده که تابع قصور یا تخلف بدهکار اصلی از شروط قرارداد پایه نیست. بنابراین حتی در مواردی که از ظاهر امر چنین برمی‌آید که در مطالبه ضمانت‌نامه، سوءاستفاده‌ای وجود دارد، ریشه این سوء استفاده به قرارداد پایه برمی‌گردد و حال آنکه ویژگی اصل استقلال ضمانت‌نامه و غیرقابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه، مانع از این می‌گردد که بانک بتواند به قرارداد پایه استناد نموده و از پرداخت خودداری کند. اما همان‌طور که اشاره شد اصل استقلال تا جایی کاربرد دارد که از آن به طور آشکارا و متقلّبانه استفاده نشود. مؤلفان فرانسوی در این خصوص نه تنها استناد به قاعده تقلّب را تجویز کرده‌اند، بلکه آن را با استقلال ضمانت‌نامه نیز ناسازگار ندانسته و معتقدند ایراد تقلّب در واقع ناشی از قرارداد پایه نیست.^۲

لیکن رویه قضایی کشورهای اروپای غربی و ایالات متحده آمریکا در آرای صادره در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی ضمن به رسمیت شناختن اصل استقلال، استثنای «تقلّب

1. Anthony Pierce, *Demand Guarantee in International Trade*. (London, Sweet & Maxwell, 1993), 198.

۲. کاشانی، پیشین، ۷۲.

یا سوء استفاده آشکار^۱ را در مورد آن پذیرفته‌اند.^۲ به عنوان نمونه در حقوق فرانسه این قاعده کلی پذیرفته شده است که «تقلب، همه قواعد حقوقی را با استثنا مواجه می‌سازد.»^۳ ضمناً در موردی که بانک در نظر داشته باشد، وجه ضمانت‌نامه را پرداخت نماید، تقریباً اکثر نظام‌های حقوقی با صدور دستور موقت، برای منع بانک از پرداخت وجه ضمانت‌نامه موافق‌اند. مهم این است که زمان اعمال استثنا تعیین شود، یعنی در کوتاه مدت، به صورت دستور موقت و در بلند مدت، به صورت دعوی حقوقی، استثنا اعمال می‌گردد.

دادگاه استیناف پاریس در رأی مورخ ۱۲ ژوئن ۱۹۸۵ تنها سوءاستفاده در درخواست پرداخت را کافی ندانسته است، زیرا درخواست پرداخت چیزی جز اجرای یک شرط قراردادی نیست و قابل تشبیه به حيله و تقلب هم نیست. حيله و تقلب، زمانی است که دلیل روشنی بر قصد اضرار از سوی ذی‌نفع ضمانت‌نامه به دستوردهنده فراهم شده باشد، ولی دیوان تمییز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ ژانویه ۱۹۸۷ شرایط تحقق حيله و تقلب را تعدیل کرده و مفهوم سوءاستفاده آشکار در درخواست پرداخت را همسان حيله و تقلب دانسته است. اگرچه مفهوم سوءاستفاده آشکار وسیع‌تر از مفهوم حيله و تقلب است، زیرا به محض اثبات بی‌حقی درخواست‌کننده براساس قرارداد پایه، سوءاستفاده آشکار تحقق می‌یابد، در حالی که حيله و تقلب، اصولاً مستلزم اثبات قصد اضرار است. در یک ضمانت‌نامه بانکی به دست آوردن دلیل اثباتی قصد اضرار ذی‌نفع، چندان آسان نیست. با این حال صرف سوءاستفاده سوءنیت کافی نیست، بلکه این سوءاستفاده باید آشکار باشد.^۴ یکی از مؤلفان فرانسوی می‌گوید: عنصر سوءاستفاده باید چشم را خیره کند. زیرا در غیر این صورت بسیاری از موارد که در واقع ایرادات مربوط به قرارداد پایه هستند ممکن است مستند عدم پرداخت ضمانت‌نامه قرار گیرند که چنین چیزی با استقلال ضمانت‌نامه و اعراض و انصراف قبلی ضامن از استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه ناسازگار است.^۵ هر چند به علت استقلال روابط حقوقی، بطلان قرارداد پایه و اصلی اثری روی ضمانت‌نامه نمی‌گذارد، با این وجود در برخی موارد، مثلاً مطالبه وجه ضمانت‌نامه در هنگامی که بطلان قرارداد پایه و اصلی توسط رأی دادگاه یا رأی داور یا با توافق و تراضی طرفین اعلام شده باشد، می‌تواند یک تقلب را تشکیل دهد؛ ولی در عین حال هر نوع مطالبه وجه ضمانت‌نامه بعد از بطلان قرارداد پایه و اصلی، نشانه‌ای از مطالبه متقلبانه نیست. مثلاً در ضمانت‌نامه‌ای که به استناد قرارداد تجاری اخذ

1. Fraud or manifest abuse.

۲. تفرشی، شهبازی‌نیا، پیشین، ۱۷.

۳. کاشانی، پیشین، ۷۱.

۴. مجموعه رویه قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۴۶، آرشیو حقوقی کیهان، ۱۳۴۷، ۲۱۵ به بعد.

۵. کاشانی، پیشین، ۷۲.

شده باشد، قرارداد پایه می‌تواند به علت نقض تغییرات جدید مقررات کشور صادرکننده، باطل شود و بدیهی است که واردکننده یعنی ذی‌نفع ضمانت‌نامه، باید در مقابل تغییر مقرراتی که شناختی از آنها ندارد، حمایت شده و مطالبه ضمانت‌نامه توسط وی، سوءاستفاده تلقی نمی‌شود. در مقابل، انحلال یا فسخ قرارداد پایه و اصلی می‌تواند مطالبه وجه ضمانت‌نامه را توجیه کند. همچنین بعد از رأی نهایی که از دادگاه صالح دایر به اعلام فسخ قرارداد اصلی صادر شده است، یا اینکه دادگاه، قرارداد اصلی را به واسطه اقدامات ذی‌نفع، باطل و بی‌اعتبار اعلام کند، مطالبه وجه ضمانت‌نامه به عنوان سوءاستفاده آشکار تلقی خواهد شد و در واقع زمانی مطالبه با سوءاستفاده آشکار رخ می‌دهد که ذی‌نفع، بدون هیچ تردیدی، با علم و آگاهی نسبت به بی‌حقی خود، جهت مطالبه وجه ضمانت‌نامه اقدام کرده باشد.^۱

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

با توجه به قواعد یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ میلادی^۲ و کنوانسیون سازمان ملل مصوب ۱۹۹۵ میلادی^۳ موضوع استقلال ضمانت‌نامه‌ها از قراردادهای پایه و سایر قراردادهای مربوطه مورد قبول و پذیرش در عرصه بین‌المللی قرار گرفته است. در حقوق داخلی، قانونی که ضمانت‌نامه‌های بانکی و اصل استقلال را به رسمیت بشناسد وجود ندارد، البته با تدوین مصوبه جدید قانون تجارت و اختصاص یک باب با عنوان ضمانت‌نامه مستقل و با پذیرش اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی که در صورت اصلاح و تصویب نهایی، می‌تواند افق روشنی در حقوق تجارت ایجاد نماید. مصوبه جدید قانون تجارت در باب چهارم ۳۱ ماده (مواد ۸۳۶-۸۶۶) را به ضمانت‌نامه مستقل اختصاص داده است، با بررسی و تحلیل مواد مصوبه، نتایج ذیل حاصل گردید:

۱. به علت عدم تصریح نوع خاصی از ضمانت‌نامه‌های بانکی از لحاظ اهداف پرداخت (اعم از با اولین درخواست یا با حکم دادگاه یا رأی داور)، مصوبه جدید قانون تجارت انواع ضمانت‌نامه را شامل می‌شود.

۲. ضمانت‌نامه مستقل در مصوبه جدید قانون تجارت، می‌تواند به صورت مطلق (فاقد شرط) و عندالمطالبه باشد و هم می‌تواند به صورت مشروط باشد.

۳. با توجه به قواعد یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و همچنین مصوبه جدید قانون تجارت و رویه‌های موجود، استقلال به مفهوم انتزاع مطلق ضمانت‌نامه از

۱. مسعودی، پیشین، ۱۸۶.

2. URDG758.

3. UNCITRAL.

قرارداد پایه و دیگر قراردادها و روابط نیست، بلکه در برخی موارد مستقل و برخی دیگر به یکدیگر وابسته‌اند، بنابراین اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌ها به هر حال نسبی است و بستگی به توافق و اراده طرفین آن دارد.

۴. در مصوبه قانون تجارت، خصوصیتی را برای ضمانت‌نامه‌های بانکی برشمرده است که دلالت صریح بر پذیرفتن اصل استقلال دارد. از جمله:

۴-۱. تعهدی مستقل است، یعنی فسخ یا بطلان قرارداد پایه‌ای که منجر به صدور ضمانت‌نامه گردیده و دیگر قراردادهای مربوطه فیما بین مضمون عنه (متقاضی صدور ضمانت‌نامه / ضمانت‌خواه) و مضمون له (ذی‌نفع) است، خللی به تعهد ضمانت‌نامه ندارد.

۴-۲. تعهدی اصلی است، به این مفهوم که تعهدی تبعی و فرعی نسبت به دین متعهد قرارداد اصلی نیست که این موضوع دلالت بر استقلال دارد.

۴-۳. تعهدی عندالمطالبه است، به این معنی که ذی‌نفع به محض اولین درخواست، استحقاق دریافت وجه ضمانت‌نامه را دارد.

۵. مشاهده می‌گردد که مصوبه جدید قانون تجارت با اختصاص موادی به ضمانت‌نامه مستقل و پذیرش صریح اصل استقلال، می‌تواند در جهت جلب اعتماد اشخاص و افزایش معاملات، راه‌گشا باشد و این موضوع تبعاً موجب گسترش تعاملات و رشد اجتماعی و رونق اقتصادی می‌گردد.

۶. از آنجا که در ماده ۸۵۶ مصوبه قانون تجارت آمده که صادرکننده باید تقاضای ذی‌نفع و اسناد ضمیمه آن را بررسی کند و در حدود عرف، اصالت اصل سند و اسناد ضمیمه آن را احراز نماید، اما براساس مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و کنوانسیون سازمان ملل، بانک مسؤولیت احراز اصالت اسناد را نداشته و تا حدود مطابقت ظاهری مسؤول است، البته این موضوع خدشه‌ای به استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی ایجاد نمی‌کند.

ملاحظه می‌گردد، ماده مربوطه در مصوبه قانون تجارت، برخلاف رویه جاری و عرف ناظر بر عملیات بانکی بوده و بدیهی است که با توجه به قراردادن موضوع احراز اصالت اسناد بر عهده بانک‌ها، موجب مسؤولیت هر چه بیشتر بانک‌ها خواهد بود و در این صورت پیش‌بینی می‌گردد که این موضوع، مورد اعتراض بانک‌ها قرار گیرد. به هر حال در صورت تصویب نهایی مصوبه به صورت موجود، مسؤولیت احراز اصالت اسناد بر عهده بانک‌ها قرار می‌گیرد و به احتمال بسیار زیاد می‌تواند موجب اعتراض بانکداران گردد که پیشنهاد می‌گردد در این خصوص تجدیدنظر و اصلاح شود.

۷. علاوه بر موارد فوق، استفاده از اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز همانند دیگر اصول و قواعد حقوقی، باید با حسن نیت همراه باشد. به طوری که اگر ذی‌نفع من غیرحق، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، ضمانت‌خواه می‌تواند جهت جلوگیری از پرداخت آن و یا استرداد آن با ارائه ادله بسار قوی مبنی بر متقلبانه بودن مطالبه ذی‌نفع، با اخذ دستور موقت از مراجع قضایی، تا زمان صدور رأی قطعی، از پرداخت آن جلوگیری نماید یا اینکه بعد از پرداخت، با طرح دعوی در مرجع قضایی و اثبات عدم استحقاق ذی‌نفع دریافت‌کننده، مبلغ آن مسترد نماید. به طوری که نباید پذیرش استقلال به حدی باشد که موجب سوءاستفاده برخی سودجویان قرار گیرد، بلکه بایستی قائل به اصل استقلال نسبی و نه مطلق بر ضمانت‌نامه‌ها باشیم، تا زمانی که اگر به ناحق مورد مطالبه قرار گرفت، برای ضمانت‌خواه به راحتی امکان تقاضا و صدور دستور موقت مبنی بر توقف از پرداخت وجه ضمانت‌نامه فراهم باشد. چراکه نباید فلسفه وجودی ضمانت‌نامه را که برای تضمین تعهد صادر می‌گردد؛ فراموش کرد و نباید موجب تضییع حقوق ضمانت‌خواه گردد. بنابراین پیشنهاد می‌گردد در مصوبه مزبور، به نسبی بودن اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد اشاره و توجه قرار گیرد.

مشاهده می‌شود، ماده مربوطه در مصوبه جدید قانون تجارت، برخلاف رویه جاری و عرف ناظر بر عملیات بانکی بوده و بدیهی است که با توجه به قراردادن موضوع احراز اصالت اسناد بر عهده بانک‌ها، موجب مسؤولیت هر چه بیشتر بانک‌ها خواهد بود و در این صورت پیش‌بینی می‌شود که این موضوع، مورد اعتراض بانک‌ها قرار گیرد. به هر حال در صورت تصویب نهایی مصوبه به صورت موجود، مسؤولیت احراز اصالت اسناد بر عهده بانک‌ها قرار می‌گیرد و به احتمال بسیار زیاد می‌تواند موجب اعتراض بانکداران گردد که پیشنهاد می‌شود در این خصوص تجدیدنظر و اصلاح گردد.

۸. لازم به ذکر است اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز همانند دیگر اصول حقوقی دارای استثنائاتی است که می‌توان به تقلب یا سوءاستفاده آشکار ذی‌نفع در مقام مطالبه وجه ضمانت‌نامه اشاره کرد که ذی‌نفع به رغم عدم استحقاق، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌نماید. بنابراین از آنجا که تاکنون قانونی مبتنی بر ضمانت‌نامه مستقل در کشور حاکم نبوده و تدوین‌کنندگان مصوبه قانون تجارت مقرراتی همسو با قواعد و عرف بین‌المللی را به مرحله فعلی (در حال بررسی و تصویب) رسانده‌اند، به نظر می‌رسد در صورت انجام اصلاحات پیشنهادی و تصویب نهایی می‌تواند نقطه عطفی در مقررات حاکم در جهت افزایش معاملات، توسعه تجارت و رونق اقتصادی در کشور باشد.

منابع فارسی

۱. اخلاقی، بهروز. «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه بانکی». مجله کانون و کلا ۱۴۸ (۱۳۶۹): ۱۵۱.
۲. - راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه. ترجمه فریده تذهیبی. تهران: جنگل و کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۸۷.
۳. سلطانی، محمد. حقوق بانکی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
۴. عیسی تفرشی، محمد و مرتضی شهبازی‌نیا. «استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌الملل». دو فصلنامه مفید ۳۷ (۱۳۸۲): ۱۷-۱۹.
۵. غمامی، مجید. «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی». مجله حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۴ (۱۳۷۸): ۳۳.
۶. کاشانی، محمود. «ضمانت‌نامه بانکی». تهران: مؤسسه عالی بانکداری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۷.
۷. مجموعه رویه قضایی. آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۴۶. تهران: آرشیو حقوقی کیهان، ۱۳۴۷.
۸. محبی، محسن. «حل و فصل دعاوی در ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی». نشریه پژوهشهای حقوقی ۷ (۱۳۸۴): ۹۵-۹۸.
۹. محبی، محسن. «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده». مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ۲۰ (۱۳۷۴): ۱۰۰.
۱۰. مرادی، محمدعلی، صداقتی مختاری، مینا و هاشم موسوی آبگرم. «ضمانت‌نامه مستقل، سندی آشنا اما نوین در مصوبه قانون تجارت». مجموعه مقالات همایش ملی نقد و بررسی مصوبه قانون تجارت. تهران: ۱۳۹۱.
۱۱. مسعودی، علیرضا. ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل. تهران: شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۱.

منابع خارجی

1. Bertrams, R.I.V.F, *Bank Guarantees in International Trade*, The Netherlands, Kluwer, 2ed, 1996.
2. Pierce Anthony, *Demand Guarantee in International Trade*. London, Sweet & Maxwell, 1993.
3. Kelly-Louw, Michelle, *Selective Legal Aspect of Bank Demand Guarantees*, Thesis for the Degree of P.H.D of law at university South Africa. 2008.

Independence of Bank guarantees in new commercial bill

Mahmoud Bagheri

Associate Professor Of Tehran University

Monir Jalali

Master Student Of Private Law

Abstract:

Independent bank guarantee, used to guarantee contractual obligations and one of the main tools used in international trade, is an instrument created by the international procedure and customs. Bank guarantees have some features; the most important of them is independence from original and underlying contract. It means that an obligation to pay the amount of guarantee, merely is determined by reference to the conditions set forth in the text of the guarantee and agreements and obligations of the parties under the original contract have no effect on the right of beneficiary to receive the amount of guarantee. One of the results of independence principle is that guarantor can't refer to faults in the original contract against beneficiary and is obliged to pay the amount of guarantee, without reviewing terms of the contract and merely by realization of guarantee conditions. By obtaining interim injunction from the courts, only in a few cases, in which there is strong evidence of fraud by the beneficiary, guarantor can refuse to pay amount of guarantee. Meanwhile, the principle of independence, such as other legal principles has exceptions, most notably, the apparent fraud and abuse of the rights by the beneficiary. Regarding ratification of independence principle in bank guarantees, there are differences between international and internal regulations, under domestic laws no division is dedicated to this subject. But since the new Commercial Law Bill has dedicated articles to independent guarantees, which have differences and similarities with international rules, it seems that applying proposed amendments and final ratification can be a turning point to increase bank guarantees, therefore to increase transactions, commerce development and economic prosperity of the country.

Key Words:

Principle of Independence, Bank Guarantee, New Commercial Code Bill, Independent guarantee.