

بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه های بانکی

چکیده: استفاده از ضمانت نامه بانکی در بازرگانی داخلی و بین المللی، چندان متداول است که پرداختن یک نظریه عمومی درباره آن ضرورتی انکارناپذیر می نماید؛ ضرورتی که مدتهاست در نظامهای گوناگون ملی و در حقوق تجارت بین المللی، کانون توجه اندیشه های حقوقی و رویه قضایی قرار دارد. از مطالعه نظامهای ملی و بین المللی چنین بر می آید که به رغم جنبه توثیقی ضمانت نامه، باید آن را تعهدی ابتدایی و مستقل به شمار آورد؛ تعهدی که کمترین شباهت را با ضمان دارد.

در این مقاله سعی شده است که علاوه بر بررسی ماهیت و اوصاف مهم ضمانت نامه، پاره ای مسائل عملی درباره سوءاستفاده از آن نیز مطرح گردد.

کلیات

۱. اهمیت و کاربرد ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی (۱) یکی از ابزارهای متداول در قراردادهای داخلی و بین المللی است. ضمانت نامه در واقع نوعی وثیقه شخصی^۱ است که برای تضمین و امنیت بخشیدن به تعهدات قراردادی صادر می شود. این گونه از وثایق هنگامی به کار می آیند که

* دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تعهدات مزبور اجرا نمی‌شوند یا به‌طور کامل و مطلوب تحقق نمی‌پذیرند. ضمانت‌نامه بانکی در میان عقود مرسوم، بیشتر به عقد ضمان شباهت دارد. با وجود این، باید دانست که مقایسه این دو و استفاده از راه‌حلها و قواعد ضمان در ضمانت‌نامه بانکی بطور کامل امکان‌پذیر نیست و شباهت این دو، همان‌گونه که خواهیم دید، بیشتر از جهت غایت است تا ساختار مادی و ماهوی. ضمانت‌نامه‌های بانکی برخاسته از عرف بازرگانی و بانکی هستند و قواعد مربوط به آنها را رویه قضایی از همین عرف استنباط و اعلام کرده است و قانون در این زمینه نقش چندان مهمی ندارد.

ضمانت‌نامه بانکی کاربردهای گوناگونی دارد: بطور مثال، هنگامی که خریداری می‌خواهد از طریق مناقصه کالایی را خریداری کند و بیم دارد که برنده مناقصه پیشنهاد خود را نادیده گرفته و از قبول معامله خودداری ورزد، از او ضمانت‌نامه اجرای مناقصه^۱ طلب می‌کند تا بدین‌سان خسارت احتمالی عدم التزام به مناقصه را جبران سازد. یا فروشنده‌ای که با خریدار خارجی طرف معامله است، می‌تواند بر قراردادهای درازمدت که ثمن به اقساط پرداخت می‌شود، از خریدار ضمانت‌نامه پرداخت ثمن مطالبه کند، یا کارفرمایی که اجرای یک طرح عظیم صنعتی را به پیمانکار می‌سپارد از او ضمانت‌نامه حسن انجام کار^۲ می‌ستاند.

این استفاده گسترده از ضمانت‌نامه‌های بانکی، جمع‌آوری و مطالعه قواعد حاکم بر آن را الزام می‌نماید و اهتمام نگارنده در این مقاله آن است که با استفاده از تجارب دیگران باب تأمل در نظام حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی را بگشاید.

۲. واژه‌شناسی و اقسام ضمانت‌نامه بانکی

در علم حقوق اصطلاحات نقش مهمی در بیان و انتقال معانی دارند. بنابراین، قبل از ورود به بحث اصلی، لازم می‌آید که اصطلاحات و واژه‌هایی را که در عرف بانکی و

1. Tender guarantee-bid bond
2. performance bond

تجاری برای نامیدن روابط حقوقی و طرفهای یک ضمانت نامه به کار می رود، بیان کنیم:
الف. شخصی که ضمانت نامه به نفع او صادر می شود و حق مطالبه آن را دارد «ذینفع»
نامیده^۱ می شود.

ب. «متعهد اصلی»^۲ شخصی است که به اعتبار تعهد پایه و اصلی خود دستور صدور
ضمانت نامه را به بانک می دهد و گاه به او «دستور دهنده»^۳ نیز می گویند که در
قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار است.

ج. بانک ضامن یا صادرکننده ضمانت نامه را «ضامن» یا «بانک صادرکننده»^۴
می گویند.

د. قراردادی را که میان متعهد اصلی و ذینفع است و ضمانت نامه برای تضمین آن
صادر می شود، «قرارداد پایه»^۵ می خوانند.

ضمانت نامه ها اقسام گوناگونی دارند که در این کلیات اشاره به آنها ضروری است.

۱. از حیث قالب حقوقی یا به تعبیر فلسفی، علت مادی، ضمانت نامه بر دو قسم
است:

الف. ضمانت نامه بانکی به معنای اخص، که وسیله تضمین تعهدات قراردادی طرفین
بوده و صدور آن یکی از عملیات مرسوم بانکی در قالب ویژه خود است. در تعریف آن
گفته شده است: نوعی از تضمین قراردادی است که یک طرف قرارداد را در برابر زیان
ناشی از ناتوانی یا خودداری طرف دیگر پیمان حمایت می کند و معمولاً در طرحهای
ساختمانی دولتی به کار می رود. (۲)

تعریف کامل تر آن نیز چنین است: «ضمانت نامه مستقل، تعهد پرداخت مبلغ معینی
وجه نقد است که راجع به یک قرارداد پایه و به عنوان تضمین اجرای آن، پذیرفته شود.

1. The beneficiary (Ie bénéficiaire)
2. The principal
3. Ie donneur d'ordre
4. The guarantor or the Issuing bank
5. The underlying contract (Le contract de base)

این ضمانت‌نامه یک تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمین بوده و دارای این ویژگی است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه، نسبت به آن قابل استناد نیست. (۳)

بدین‌سان ضمانت‌نامه بانکی تعهدی است از سوی بانک مبنی بر پرداخت وجه معینی به ذینفع که متعهدله قرارداد اصلی است، به منظور اجتناب از خطری که او را تهدید می‌کند که غالباً عدم اجرای قرارداد پایه است. (۴)

ب. اعتبار اسنادی تضمینی، که خود‌گونه‌ای از اعتبارات اسنادی است که به موجب آن بانک‌گشاینده اعتبار به درخواست مشتری خود، مکلف و متعهد می‌شود تا مبلغی را مطابق شرایط اعتبار به ذینفع بپردازد. این‌گونه اعتبارات تابع مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی هستند (ماده ۱ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی U.C.P) لیکن از جهت کاربرد و شرایط پرداخت با دیگر اعتبارات تفاوت دارند. سایر اعتبارات اسنادی، وسیله پرداخت و انجام تعهد به‌شمار می‌آیند و بانک باید پس از ارائه اسناد از سوی ذینفع و بررسی آنها، مبلغ اعتبار را بپردازد. ولی اعتبار تضمینی زمانی به‌کار می‌رود که تعهد انجام نمی‌گیرد و مطالبه آن اصولاً مستلزم ارائه اسناد نیست. در واقع، این قسم اعتبار جانشین ضمانت‌نامه بانکی در روابط تجاری بین‌المللی و همچنین در کشورهایی که بانکها قانوناً از صدور ضمانت‌نامه منع شده‌اند، است. (۵)

۲. ضمانت‌نامه را به اعتبار هدف پرداخت یا علت غایی می‌توان بر سه قسم تقسیم

کرد:

الف. ضمانت‌نامه حسن انجام کار، که برای تأمین اجرای متعارف و صحیح مفاد قرارداد پایه صادر می‌شود و در واقع ابزار جبران خسارت ناشی از عدم انجام کامل تعهد است.

ب. ضمانت‌نامه استرداد پیش‌پرداخت، ضمانت‌نامه‌ای است برای تضمین استرداد مبلغ پیش‌پرداخت قرارداد پایه در صورت فسخ یا بطلان آن.

ج. ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، ضمانت‌نامه‌ای است برای پایبندی شرکت‌کننده در مناقصه یا مزایده به پیشنهاد خود که بیشتر در ضمن مثال توضیح داده شد.

۳. ضمانت‌نامه را با ملاحظه شرایط پرداخت آن می‌توان به دو گونه تقسیم کرد:
الف. ضمانت‌نامه مطلق یا عندالمطالبه^۱: طبیعت ضمانت‌نامه‌های بانکی ایجاب می‌کند که پرداخت آن به هیچ شرطی مقید نگردد و بانک به صرف تقاضای ذینفع مبلغ آنرا بپردازد، در این صورت ضمانت‌نامه را مطلق یا عندالمطالبه می‌نامند زیرا به محض اولین مطالبه، بانک مکلف به پرداخت است.

ب. ضمانت‌نامه مشروط: پرداخت مبلغ این‌گونه ضمانت‌نامه‌ها معمولاً منوط به ارائه یک سند، مانند حکم یا قرار دادگاه به نفع ذینفع یا گواهی یک شخص ثالث مبنی بر استحقاق ذینفع و یا حتی گواهی کتبی خود او دائر بر خطای متعهد اصلی یا پیمانکار است. (۶) اعتبارات اسنادی تضمینی علی‌العموم این‌گونه هستند. البته در چنین ضمانت‌نامه‌هایی، اصلی جاری است به نام اصل رعایت دقیق و مو به موی شرایط ضمانت‌نامه^۲. با این توضیح که هر گونه شرط یا مدرکی که ارائه آن در ضمانت‌نامه پیش‌بینی شده است باید جزئیات آن به روشنی در متن ضمانت‌نامه تصریح گردد و بانک نیز بایستی در مقایسه مدارک ارائه شده با شرایط، انطباقی دقیق انجام دهد.

۴. ضمانت‌نامه‌ها از حیث تعداد ضامن‌ها بر دو گونه هستند:

الف. ضمانت‌نامه منفرد یا مستقیم: ضمانت‌نامه‌ای است که با توجه به آنچه تاکنون گفته شد از سوی یک بانک صادر می‌شود و متعهد پرداخت آن، یعنی بانک، واحد است.

ب. ضمانت‌نامه متقابل یا غیر مستقیم^۳: در این فرض تعهد بانک به وسیله بانک دیگر و با صدور ضمانت‌نامه‌ای دیگر تضمین می‌شود. این‌گونه ضمانت‌نامه در قراردادهای بین‌المللی متداول است. در چنین مواردی متعهد اصلی که غالباً یک خارجی است، از بانک خود می‌خواهد که تعهد او را تضمین کند و این بانک که بانک اول نامیده می‌شود از بانک کشور ذینفع می‌خواهد که ضمانت‌نامه‌ای برای ذینفع صادر کند و در

1. First demand Guarantees

2. Strict compliance principle

3. Back Guarantee-Counter Guarantee-Indirect Guarantee

عین حال برای تضمین این پرداخت خود ضمانت‌نامه‌ای برای بانک دوم صادر می‌کند. چنانچه ذینفع، ضمانت‌نامه بانک دوم را وصول کند، این بانک می‌تواند ضمانت‌نامه بانک نخست را مطالبه نماید. در این فرض هیچگونه رابطه قراردادی مستقیمی میان متعهد اصلی و بانک دوم وجود ندارد و به همین اعتبار آنرا ضمانت‌نامه غیر مستقیم می‌نامند. قاعده حل تعارض در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی علی‌القاعده صلاحیت قانون متبوع بانک صادرکننده است و در خصوص ضمانت‌نامه‌های متقابل نیز در مورد هر بانک اجرا می‌شود، بانک اول تابع قانون خود و بانک دوم تابع قانون خود خواهند بود. (۷)

ماهیت و آثار

۳. ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی

ضمانت‌نامه‌های بانکی ماهیتی قراردادی دارند. صدور آنها به تقاضای متعهد اصلی یا مضمون‌عنه و بر مبنای قراردادی است که میان او و بانک منعقد می‌گردد. شباهت این قرارداد با ضمان عقدی باعث شده است که برخی دادگاهها آنرا تابع قواعد ضمان بدانند، لیکن باید دانست که این تشبیه چندان دقیق نیست و حتی گاه ممکن است به بطلان ضمانت‌نامه‌ای که بطور صحیح صادر شده است، بینجامد. (۸)

از دیدگاه غالب حقوقدانان ضمانت‌نامه بانکی را نباید با ضمان عقدی مقایسه کرد. زیرا در اکثر موارد ضمانت از دینی است که سبب آن به وجود نیامده است. ضمانتی این چنین تنها نامی از ضمان را با خود دارد و در واقع توافقی است که بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آنرا الزام‌آور شناخت و طرفین را به مفاد آن پایبند دانست. (۹)

گرچه عده قلیلی عقیده دارند که ضمانت حسن انجام تعهد قراردادی، که خود از اقسام ضمانت‌نامه‌های بانکی و رایج‌ترین آن است و از لحاظ ماهیت، تفاوت مهمی با بقیه ضمانت‌نامه‌ها ندارد - به اعتبار آنکه سبب پرداخت خسارت عدم انجام تعهد، قرارداد پایه است، ضمان واقعی به شمار می‌رود. (۱۰) با وجود این، باید پذیرفت که حتی اگر ضمان حسن اجرای قرارداد به لحاظ وجود سبب دین، شبیه به ضمان مرسوم باشد،

از آن جهت که قرارداد ضمانت‌نامه میان مشتری (مضمون عنه) و بانک (ضامن) منعقد می‌شود، نباید آنرا با ضمان عقدی قیاس کرد، زیرا عقد ضمان میان ضامن و مضمون‌له بسته می‌شود (مواد ۶۸۴ و ۶۸۵ قانون مدنی).

قرارداد ضمانت‌نامه بانکی از لحاظ فنی در واقع تعهد به نفع ثالث است (ماده ۱۹۶ ق.م.ا)، قراردادی که هیچ‌گونه رابطه مستقیم با قرارداد پایه و اصلی ندارد و خود پیمانی مستقل است که تحقق آن به هیچ امر پیشینی وابسته نیست (۱۱) و از لحاظ بازرگانی نیز نوعی اعتبارنامه تجاری تلقی می‌شود. (۱۲)

۴. آثار قرارداد میان طرفهای سه‌گانه

روابط میان دو طرف قرارداد ضمانت‌نامه و ذینفع آنرا به تبع قواعد عمومی تعهد به نفع ثالث، می‌توان تحت سه عنوان بررسی کرد: (۱۳)

الف. رابطه بانک و ذینفع: ذینفع به عنوان منتفع ثالث می‌تواند با رعایت شرایط ضمانت‌نامه، مبلغ آنرا از بانک مطالبه کند و الزام او را به انجام تعهد خواستار شود. با وجود این، باید دانست که حق او محدود به اجبار بانک به انجام تعهد است و توانایی فسخ قرارداد میان بانک و متعهد اصلی را ندارد.

ب. رابطه متعهد اصلی و ذینفع: متعهد اصلی به موجب ضمانت‌نامه، دین جدیدی در برابر ذینفع پیدا نمی‌کند تا در صورت استنکاف بانک از پرداخت، ذینفع بتواند مبلغ ضمانت‌نامه را با استناد به آن، از او مطالبه کند. گرچه ممکن است او حق داشته باشد که بر مبنای قرارداد پایه و به استناد تخلف از آن علیه متعهد اصلی طرح دعوی کند.

متعهد اصلی نیز نمی‌تواند پس از صدور ضمانت‌نامه، ذینفع آنرا تغییر دهد یا مفاد و شرایط آنرا عوض کند یا به بانک دستور عدم پرداخت دهد. زیرا مطابق با قاعده، امکان ایجاد حق به سود ثالث با اختیار از بین بردن آن ملازمه ندارد. به همین دلیل او حتی با توافق بانک و با اقاله قرارداد ضمانت‌نامه نمی‌تواند آنرا خنثی سازد. (۱۴) ولی در صورتی که ذینفع وجه ضمانت‌نامه را من غیر حق دریافت دارد، می‌تواند آنرا مسترد سازد (ماده ۳۰۱ ق.م.ا).

ج. رابطه بانک و متعهد اصلی: ضمانت‌نامه به تقاضای اصیل صادر می‌شود و در صورت وجود شرایط پرداخت و خودداری بانک، متعهد اصلی نیز می‌تواند به لحاظ نفعی که در اجرای آن دارد (بطور مثال جلوگیری از توقیف سایر اموال خود) الزام بانک را به پرداخت وجه ضمانت‌نامه خواستار شود. بانک نیز پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه، مطابق با قرارداد خود با اصیل می‌تواند برای وصول آنچه پرداخته به اصیل رجوع کند و اگر او از بازپرداخت این مبلغ خودداری ورزد، بانک می‌تواند آنرا از محل وثایقی که در هنگام صدور ضمانت‌نامه از متعهد اصلی اخذ کرده، استیفا نماید.

۵. اوصاف ضمانت‌نامه بانکی

۵. ضمانت‌نامه حاوی تعهدی موقت است

تمام ضمانت‌نامه‌های بانکی موقت و دارای مدت هستند. با پایان گرفتن مدت اعتبار، تعهد بانک منقضی می‌شود و ذینفع دیگر نمی‌تواند وجه آن را مطالبه کند. این ویژگی هم در کامن‌لا و هم در نظام رومی - ژرمنی اجرا می‌شود. در عرف بانکداری بین‌المللی نیز آنرا پذیرفته‌اند. لیکن قوانین برخی کشورها انقضای مدت اعتبار ضمانت‌نامه را کافی ندیده و استرداد سند از ذینفع را شرط معافیت بانک می‌دانند. به همین دلیل برخی بانکها شرط استرداد سند ضمانت‌نامه را در آن قید می‌کنند. حتی بعضی از بانکهای اروپایی برای تضمین رهایی از پرداخت ضمانت‌نامه پس از انقضای مدت، مبلغی را بر مشتریان خود تحمیل می‌نمایند. (۱۵)

۶. ضمانت‌نامه متضمن تعهدی ابتدایی است

همان‌گونه که در تعریف ضمانت‌نامه گفته شد این سند مبین تعهدی مستقل از سوی بانک دایر بر پرداخت مبلغی معین با توجه به شرایط مندرج در آن است. در غالب نظامهای حقوقی، ضمانت یک قرارداد فرعی و ثانوی است که به موجب آن ضامن متعهد می‌شود تا اگر مضمون‌عنه به تعهد خود وفا نکرد، دین او را در برابر مضمون‌له ایفا کند. (۱۶) فرعی و تبعی بودن ضمانت به این معنا است که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء

تابع دینی است که مضمون‌عنه به طلبکار داشته است. به همین اعتبار ضمان از دینی صحیح است که موجود و مشروع باشد و ضامن می‌تواند ایرادها و دفاعهایی را که وابسته به دین مورد انتقال است، مانند ایراد مرور زمان و استناد به بطلان قرارداد منیع دین، مورد استفاده قرار دهد.

در صورت بطلان قرارداد پایه، ضمان باطل می‌شود و فسخ قرارداد اصلی نیز ضامن را بری می‌کند (ماده ۷۰۸ ق.م.ا). ضامن قائم‌مقام مدیون اصلی است و بنابراین دفاع مربوط به وفای دین و تهاتر می‌تواند مورد استناد او قرار گیرد. (۱۷)

با وجود این، در تجارت بین‌المللی تمایل عمومی بر آن است که وثایق شخصی که تعهدی به سود ذینفع این وثیقه‌هاست، متنوع و مستقل از قراردادهای مبنا باشند. ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات تضمینی نیز از این تمایل متأثر شده و به صورت تعهدات ابتدایی در آمده‌اند. حتی در عرف بازرگانی بین‌المللی، ضمانت‌نامه‌ای را که بطور کامل وابسته به قرارداد پایه خود باشد، باطل می‌انگارند. دلیل چنین تمایلی وجود اعتماد فراوان میان بازرگانان و لزوم سرعت در پرداختهای تجاری است و مبنای آن در استقلال این تعهدات نهفته است.

۷. ضمانت‌نامه در بردارنده تعهدی مستقل است

ضمانت‌نامه‌های بانکی که از منظر تاریخی ابتدا در قراردادهای بین‌المللی و برای تضمین تعهداتی که بر عهده فروشنده و خریدار بوده است، به کار رفته‌اند، تعهداتی مستقل از قراردادهای پایه هستند. (۱۸) این ویژگی را عموماً از مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی استنباط و اخذ می‌کنند. به موجب ماده ۲ این مقررات، اعتبارات تضمینی که گونه‌ای از ضمانت‌نامه‌های بانکی است و تنها از حیث شکل و نه محتوا با دیگر ضمانت‌نامه‌ها تفاوت دارد، تابع مقررات سایر اعتبارات اسنادی قرار گرفته است و به حکم ماده ۳ آن، اعتبارات ماهیتاً معاملاتی جدا از قراردادهای مبنای خود هستند. (۱۹) مبنای این استقلال ماهیت حقوقی این‌گونه پیمانهاست: گفته شد که ضمانت‌نامه‌های بانکی بر پایه قرارداد به نفع ثالث صادر می‌شوند؛ متعهد اصلی و بانک

توافق می‌کنند که بانک در برابر پرداخت مبلغی معین یا توثیقی معتبر از سوی مدیون اصلی، تعهد به پرداخت مبلغی مشخص به شخص ثالث را به عهده‌گیرد و بر همین بنیاد ضمانت‌نامه‌ای به نفع او و با شرایط و تعهد بانک به پرداخت، خود تعهدی اصیل بوده و وابسته به هیچ عمل حقوقی دیگری نیست و تعهد بانک به پرداخت، خود تعهدی مستقل و ابتدایی به شمار می‌رود.

مستقل بودن تعهد بانک به این معنا است که دفاعها و ایراداتی که در قرارداد پایه میان متعهد اصلی و ذینفع وجود دارد به تعهد بانک تسری نمی‌یابد و بانک حق استفاده و استناد به آنها را ندارد و همچنین نمی‌تواند به استناد اینکه بخشی از تعهد متعهد اصلی صورت پذیرفته درخواست کند که به همان میزان از تعهد او کاسته شود، لیکن باید پذیرفت که استقلال ضمانت‌نامه بانکی آنرا به کلی از قرارداد پایه منفصل نمی‌سازد (۲۰): ضمانت‌نامه بانکی برای تضمین تعهدی است که متعهد اصلی به موجب قرارداد مبنا در برابر ذینفع دارد. بنابراین اگر در شخص یا مورد معامله در قرارداد پایه اشتباهی رخ دهد که آنرا از بن باطل سازد، تعهد بانک نیز بی‌مفهوم خواهد بود و دادگاه می‌تواند به تقاضای متعهد اصلی آنرا باطل اعلام کند، زیرا استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی و غیر قابل استناد بودن ایرادات دین پایه در آن حد نیست که حتی در صورت بطلان قرارداد مبنا، اعتبار ضمانت‌نامه و تعهد بانک به قوت خود پایدار بماند، (۲۱) چراکه قصد مشترک طرفین ضمانت‌نامه تضمین تعهدی است که متعهد اصلی بر عهده دارد و گرچه رابطه مستقیمی میان این تعهد و تعهد بانک موجود نیست ولی انگیزه و جهت معامله برای طرفین قرارداد ضمانت، وجود این تعهد بوده است و با کشف این مطلب که تعهد از ابتدا به وجود نیامده است، استمرار وجود ضمانت‌نامه دلیلی ندارد (اشتباه در خود موضوع معامله).

با وجود این، مفهوم استقلال ضمانت‌نامه آن است که بانک نمی‌تواند به این بطلان در برابر ذینفع استناد کند و ضمانت‌نامه تا هنگامی که به تقاضای متعهد اصلی از سوی دادگاه باطل اعلام نشده، همچنان معتبر باقی می‌ماند و بانک در صورت مطالبه ذینفع مکلف به پرداخت آن است. گرچه در مورد قراردادهای بین‌المللی، بویژه در موردی که

قانون حاکم بر ضمانت‌نامه و قرارداد پایه، یکسان نیست، امکان اقامه دعوی محدود است.

استدلالی که در بالا گفته شد اصولاً در مورد فسخ جاری نیست. زیرا اثر فسخ قرارداد ناظر بر آینده است و تعهدات طرفین تا زمان فسخ به قوت خود باقی است. بنابراین اگر برای جبران خسارت ناشی از عدم انجام به موقع تعهد متعهد اصلی، ضمانت‌نامه‌ای صادر شده باشد، این ضمانت‌نامه حتی پس از فسخ قرارداد پایه نیز معتبر است.

سایر ایراداتی که ممکن است ناشی از روابط طرفین قرارداد پایه باشد، مانند ادعای مؤجل بودن دین اصلی یا ایفای آن یا تهاتر و انتقال دین و غیره، در ضمانت‌نامه تأثیری ندارد. زیرا دانستیم که جداسازی رابطه ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و غیر قابل استناد دانستن ایرادات مربوط به قرارداد پایه به هنگام درخواست پرداخت از سوی ذینفع، برای تقویت اعتبار ضمانت‌نامه و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی و بازرگانی ضروری است. (۲۲)

استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی در مورد ضمانت‌نامه‌های متقابل نیز وجود دارد، به این بیان که تعهد بانک نخست در برابر بانک دوم، و تعهد بانک دوم در برابر ذینفع، از قرارداد پایه مستقل است. بر این پایه، بانک دوم در برابر ذینفع نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد مبنا استناد کند و همچنین بانک نخست در برابر بانک دوم نمی‌تواند به قرارداد پایه یا پرداخت ناموجه او استناد جوید. در حقوق آلمان و فرانسه این استقلال منوط به پرداخت با حسن نیت از سوی بانک دوم شده است که تفصیل آنرا در بخش سوءاستفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی خواهیم دید.

۸. استقلال ضمانت‌نامه بانکی - حقوق مقایسه‌ای

در حقوق آلمان به موجب ماده ۴۱۷ و مواد ۷۶۷ به بعد قانون مدنی، ضمان از اقسام تعهدات فرعی است و از این جهت تابع تعهد اصلی قرار می‌گیرد: ضامن تنها در صورتی مکلف به پرداخت است که متعهد اصلی نپرداخته باشد.

لیکن، گونه دیگری از تضمین وجود دارد که ساخته و پرداخته رویه قضایی است.

این‌گونه ضمان تعهدی مستقل از قرارداد پایه است. در این نوع ضمانت طرفین توافق می‌کنند که ضامن مبلغی معادل آنچه متعهد اصلی بر دوش دارد، به مضمون‌گه بپردازد. بانکها در استفاده از این قسم قرارداد، باید مفاد ضمانت‌نامه را به طور دقیق رعایت کنند. با وجود این، مرز این دو قسم ضمان در حال از میان رفتن است: دیوان عالی فدرال آلمان در سال ۱۹۸۱ ضمان تبعی را در اولین مطالبه قابل پرداخت دانسته و اعلام داشته که در چنین صورتی ضامن مکلف به پرداخت است ولی مضمون‌گه می‌تواند در صورت عدم استحقاق، آنرا از مضمون‌گه باز ستاند. از طرف دیگر ضمانت مستقل نیز مشروط به قیود متعدد از جمله اثبات عدم انجام تعهد اصلی، گردیده است. (۲۳)

در حقوق امریکا، ضمانت یک تعهد تبعی است که دین پایه را بر مبنای شرایط و دفاعهایی که قرارداد اصلی دارد، تضمین می‌کند، لیکن از آنجا که بانکهای امریکایی از صدور ضمانت‌نامه ممنوع شده‌اند، برای این منظور از اعتبار اسنادی تضمینی استفاده می‌نمایند و اعتبار اسنادی تضمینی بر اساس آنچه گفته شد به موجب ماده ۳ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، مستقل از قرارداد پایه است. (۲۴)

در حقوق فرانسه، از همان نخست، شناسایی و پذیرش ضمانت‌نامه‌های بانکی در دادگاهها با مشکلات و مقاومتهایی روبه‌رو شد و این امر بویژه متأثر از نظریه سنتی راجع به ضمان بود: به‌زعم برخی از نویسندگان، مقررات قانون مدنی، بخصوص مواد ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳، از مقررات امری و تخلف‌ناپذیر است که نمی‌توان از آن چشم پوشید (۲۵). لیکن، این عقیده امروزه طرفداران چندانی ندارد و برای طرفین عقد ضمان اختیارات وسیعی قائل شده‌اند (۲۶) و دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲ استقلال قرارداد ضمانت‌نامه را رسماً شناسایی و اعلام کرده است. (۲۷)

یکی از دلایل مقاومت در برابر استقلال ضمانت‌نامه در فرانسه، نظریه جهت بود: گفته می‌شد که جهت قرارداد میان بانک و متعهد اصلی، قرارداد پایه است و فقدان جهت و اشتباه در آن به هر دلیل، تعهد بانک را از میان می‌برد. (۲۸)

به هر تقدیر، دادگاههای فرانسه، اغلب از شرط «اولیه مطالبه» در ضمانت‌نامه‌ها، استقلال آنها را استنباط کرده‌اند. (۲۹) لیکن از آن جهت که در حقوق فرانسه ضمانت‌نامه

از منظر «ضمان» نگریسته شده است، در بیشتر موارد، قرارداد پایه مورد توجه دادگاهها قرار می‌گیرد. بر همین اساس اگر مطالبه وجه ضمانت‌نامه بر خلاف قرارداد پایه باشد، حق ذینفع در آن محدود نمی‌گردد و او نیازی به اقامه دلیل برای استحقاق خود در مطالبه وجه ندارد، اما هنگامی که متعهد اصلی، ضمانت‌نامه را در دادگاه مورد تعرض قرار می‌دهد، قواعد عمومی ضمانت حاکم است. (۳۰)

۹. پرداخت و شرایط آن

شرایط پرداخت در هر ضمانت‌نامه ممکن است متفاوت باشد. ضمانت‌نامه بانکی بر خلاف اسناد تجاری همواره متضمن دستور پرداخت بی‌قید و شرط نیست، بلکه حسب طبیعت این قرارداد، ممکن است پرداخت مبلغ آن موکول به شرایطی از جمله عدم انجام تعهد متعهد اصلی، ارائه سند خاصی از سوی ذینفع و... گردد.

هر چه شرایط پرداخت ضمانت‌نامه ساده‌تر باشد، موضع ذینفع قوی‌تر است و آسان‌تر می‌تواند مبلغ آن را وصول کند و اعتبار ضمانت‌نامه افزون می‌گردد. لیکن، هر چه این شرایط پیچیده‌تر باشد او سخت‌تر به مبلغ ضمانت‌نامه می‌رسد. همچنین باید دانست که استقلال ضمانت‌نامه با سهل بودن شرایط وصول آن تأمین می‌شود و همان‌گونه که گفته شد برخی از دادگاههای فرانسه این وصف را منسوب به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه نموده‌اند.

در مورد ضمانت‌نامه‌های مشروط، بانکها اصلی را رعایت می‌کنند که به اصل رعایت دقیق و مضیق شرایط مشهور است و معنای آن کنترل دقیق و مو به موی شرایط ضمانت‌نامه است، به گونه‌ای که هر نوع بی‌دقتی ذینفع در انجام شرایط ضمانت‌نامه، منتهی به عدم پرداخت آن می‌گردد. با وجود این پرداخت ضمانت‌نامه باید توأم با حسن‌نیت باشد. رویه قضایی هلند این شرط را از برخی مواد قانون مدنی جدید این کشور استنباط و اعلام نموده است: به‌عنوان مثال در بندهای مختلف ماده ۶ این قانون مقرر گردیده که تقاضای اجرای تعهد از طرف متعهدله باید معقول، متعارف و منصفانه باشد. در صورتی که دادگاه تعهدات قراردادی، عرفی یا حتی قانونی طرفین را منافی

انصاف و حسن نیت تشخیص دهد، اختیار دارد که آنها را نادیده انگارد. به عبارت روشنتر، سرانجام این دادگاه است که با توجه به اوضاع و احوال، در اجرای عدالت تصمیم می‌گیرد که طرفین برای چه قرارداد بسته‌اند. دیوان عالی هلند با اتکا بر این اختیار فوق‌العاده خود، در یک ضمانت‌نامه بانکی که ذینفع به‌رغم شرط معهود در ضمانت‌نامه که مطالبه آنرا مقید به ارسال نوعی اظهارنامه رسمی می‌نمود، اشتباهاً با ارسال یک نامه عادی خواستار دریافت وجه آن شده بود، بانک ضامن را مکلف به تذکر فوری این اشتباه به ذینفع دانسته و تخلف از این تکلیف را تقصیر انگاشته است. در بخشی از این رأی می‌خوانیم: «... عدالت و انصاف مانع از استناد بانک به اشتباه ذینفع است و حتی در صورت عدم تذکر به‌موقع این اشتباه او را در برابر ذینفع مسؤل جبران خسارت می‌سازد...» (۳۱).

دیوان کشور ما، در مورد ضمانت‌نامه بانکی حسن انجام کار که «به صرف اظهار ذینفع و بدون آنکه احتیاجی به احراز صحت و سقم آن باشد، قابل وصول بوده است» پرداخت آنرا منوط به اعلام کتبی تخلف اصیل از تعهدات خود نموده است (۳۲) و این خود حاکی از نوعی سوءظن در حق این‌گونه ضمانت‌نامه‌ها است که گرچه یک نظام اقتصادی سالم شایسته این قسم از اعتبارنامه‌های بانکی نیست ولی منشأ آنرا باید در ملاحظات مبتنی بر انصاف یا سوءاستفاده‌های فراوان از ضمانت‌نامه‌های بانکی جستجو کرد.

سوءاستفاده از ضمانت‌نامه بانکی

۱۰. طرح مسأله

در دهه‌های اخیر، تجارت بین‌الملل با مشکلی به نام «سوءاستفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی» روبه‌رو بوده است چراکه این اعتبارنامه‌های تجاری بر خلاف هدف غایی خود مورد استفاده قرار گرفته‌اند: بطور مثال پیمانکاری که برای حسن انجام تعهدات خود ضمانت‌نامه‌ای به نفع کارفرما از بانک اخذ کرده است به ناگاه متوجه می‌شود که به‌رغم اجرای مطلوب کار و پایان گرفتن آن، کارفرمای دغل مبلغ ضمانت‌نامه.

را در مهلت مقرر وصول کرده است. رویه غالب در این‌گونه موارد آن است که متعهد اصلی از دادگاه دستور منع پرداخت ضمانت‌نامه را تحصیل می‌کند. لیکن، بانکها صدور چنین دستورهایی را منافی اعتبار خود در کشورهای گوناگون می‌دانند. معیار سوءاستفاده از ضمانت‌نامه بستگی به درجه استقلال آن از قرارداد پایه دارد: در صورتی که تعهد بانک را التزامی فرعی و تبعی و وابسته به تعهد پایه بدانیم، سوءاستفاده از ضمانت‌نامه به سادگی و با ارجاع به قرارداد مبنا، قابل مقابله است. لیکن، اگر تعهد بانک، ابتدایی و مستقل و منتزع از قرارداد پایه باشد، احراز سوءاستفاده مشکل می‌شود. زیرا حق ذینفع که ناشی از ضمانت‌نامه است، حقی مستقل و جدا از قرارداد پایه قلمداد می‌شود و مسأله مورد اختلاف در این مورد آن است که آیا این حق مستقل به ملاحظه اصول انصاف و حسن نیت، بدون آنکه مفهوم حقوقی ضمانت به‌عنوان یک تعهد مستقل خدشه‌دار شود، مورد سوءاستفاده قرار گرفته است؟ (سوءاستفاده از حق) مطالعه نظام‌های حقوقی گوناگون در این زمینه مفید و راه‌گشا است.

۱۱. حقوق مقایسه‌ای

الف. حقوق آلمان: در سال ۱۹۸۴ دیوان عالی فدرال آلمان، نوع خاصی از سوءاستفاده را تحت عنوان تقلب یا تدلیس نسبت به تعهدهای مستقل و ابتدایی مندرج در ضمانت‌نامه‌های بانکی، پذیرفت. منشأ این رأی، که خود در پی آراء متعدد دادگاههای تالی صادر شد، موارد گوناگونی بود که در آنها متعهد اصلی موفق به اثبات سوءاستفاده ذینفع از ضمانت‌نامه شده بود. این رأی بر اساس «اصل حسن نیت» مذکور در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان، اعلام می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند حق و موقعیت قانونی خویش را به گونه‌ای مورد استفاده قرار دهد که با اصل حسن نیت و انصاف مغایر باشد».

شایان ذکر آنکه، تخلف از اصل حسن نیت در قانون مدنی آلمان، به زعم اندیشه‌های حقوقی و رویه قضایی این کشور، با مطالعه نوعی عمل خواننده به دست می‌آید و دادگاه

نیازی به احراز سوء نیت او ندارد. یکی از مبانی این نظر ماده ۸۲۶ قانون مدنی آلمان است که اضرار عمدی و غیر اخلاقی به دیگران را منع کرده و به موجب آن برای تحقق عمد وجود قصد اضرار ضرورت ندارد، بلکه بررسی نوعی موقعیت خواننده ملاک عمدی بودن عمل اوست و تقصیر سنگین نیز در این مقام حکم عمد را دارد.

به عنوان مثال، در ضمانت نامه حسن انجام کار، مطالبه وجه ضمانت نامه در صورتی که بخش اعظم کار انجام شده باشد، مخالف حسن نیت قلمداد شده است. همچنین در ضمانت نامه های متقابل به هنگامی که بانک دوم بدون اطلاع از سوء استفاده ذینفع و بی آنکه ملزم به اطلاع از آن باشد، مبلغ را پرداخته است، پرداخت او با حسن نیت تلقی شده و می تواند به بانک نخست رجوع کند. گرچه در جهان سوداگری این مسأله کمتر اتفاق می افتد؛ زیرا بانکها بدون آنکه مبلغ ضمانت نامه را از بانک اول دریافت کرده باشند، مبادرت به پرداخت نمی کنند یا در صورت پرداخت، بانک نخست را در جریان مطالبه وجه از سوی ذینفع، قرار می دهند.

بدین ترتیب، رویه قضایی آلمان با تلقی خاص خود از ضمانت نامه بانکی به عنوان تعهدی مستقل و ابتدایی، سوء استفاده از آن را تابع مسأله سوء استفاده از حق که از ابواب مسؤولیت مدنی است، گردانیده و در صدور دستور منع پرداخت سختگیری می کند و همواره دلایل محکم و قانع کننده ای برای اثبات این سوء استفاده مطالبه می نماید. (۳۳)

ب. حقوق آمریکا: به موجب قانون متحدالشکل تجارت این کشور (ماده (۲) ۵-۱۱۴ بخش ب): «در صورتی که سند مورد مطالبه جعلی بوده یا با تدلیس و تقلب مطالبه شده یا تقلبی در معامله باشد، بانک صادر کننده ممکن است از پرداخت منع گردد، مگر در مواردی که مطالبه کننده، بانک طرف قرارداد، دارنده ای که سند با تشریفات قانونی به او منتقل گردیده یا خریدار با حسن نیت باشند».

در مورد این حکم قانونی، مسأله چگونگی راه یافتن تدلیس و تقلب در معامله، در میان دادگاههای آمریکا مورد اختلاف است و بحث گردیده که آیا منظور قانون آن است که تدلیس یا تقلبی در معامله اصلی راه یافته باشد یا در صدور اعتبار اسنادی یا مطالبه آن خدعه ای رفته باشد. به هر تقدیر بیشتر دادگاههای آمریکایی این حکم را استثنایی بر

قاعده استقلال اعتبارات اسنادی تلقی کرده‌اند که نباید آن را گسترش داد. منشأ گشایش این باب از لحاظ نظری در حقوق امریکا، آن‌گونه که برخی از نویسندگان ادعا کرده‌اند (۳۴)، سوءاستفاده از اعتباراتی بود که بانکهای امریکایی به درخواست مشتریان خود، توسط بانکهای ایرانی و برای طرفهای ایرانی گشوده بودند. در یکی از نخستین دعاوی در این زمینه، یعنی دعوی (American Bell International INC.V.I.R. Iran, 1979) که از سوی شرکت امریکایی تقاضای دستور منع پرداخت مبلغ اعتبار به عمل آمده بود، دادگاه ضمن اعلام این نکته که تمایز میان اعتبار اسنادی و قرارداد بازرگانی زمینه آن از جهت راه یافتن تقلب در اعتبار، امکان‌پذیر نیست، چنین حکم کرد: «مطالبه وجه اعتبار اسنادی اگر با هدف جریمه کردن طرف مقابل که درخواست گشایش اعتبار کرده است، باشد متقلبانه نیست.» و با این استدلال از صدور دستور عدم پرداخت به لحاظ فقدان سوءنیت ذینفع خودداری ورزید. لیکن این رویه ثابت نماند و دادگاههای دیگر تمایل بیشتری برای صدور دستور منع پرداخت از خود نشان دادند. بطور مثال در دعوی (Rockwell Int.system.Inc .V Citibank .N.A. 1983) خواهان، یعنی راک ول که پیمانکار بود و وظیفه تحویل کار در ایران را داشت خواستار دستور منع پرداخت گردید و استدلال می‌کرد که وقوع انقلاب در ایران مانع تکمیل کار او شده و قرارداد را نیمه تمام رها کرده است و در نتیجه مطالبه اعتبار اسنادی تضمینی متقلبانه است. دادگاه نیز بر این مبنا که در صورت عدم صدور دستور منع پرداخت، خواهان متحمل خسارات غیر قابل جبرانی می‌شود و رجوع او به دادگاههای ایران نیز بی‌فایده خواهد بود، دستور عدم پرداخت صادر نمود.

بدین سان، ضابطه تشخیص تقلب در مطالبه را دادگاههای امریکا در قراردادهای پایه می‌جویند: اگر تخلفی از قرارداد نباشد و ذینفع با وجود آن، وجه اعتبار را مطالبه کند، سوءنیت او مفروض بوده و سوءاستفاده از اعتبار تحقق یافته است. اما، چنانکه گفته شد، این ضابطه استثنایی بر وصف استقلال اعتبارات به‌شمار رفته و چندان قابل استناد نیست. (۳۵)

ج. حقوق فرانسه: در حقوق فرانسه، پیش از آنکه دیوان کشور در سال ۱۹۸۲، در دو

رای مهم خود ضمانت‌نامه‌های بانکی را مستقل اعلام کند، نظریه غالب در این زمینه، بر پایه عقیده سنتی، آن بود که ضامن می‌تواند تمامی دفاعیهایی را که از عقد مبنا نشأت می‌گیرند، مورد استناد قرار دهد؛ بویژه هنگامی که قرارداد پایه فسخ گردد یا به لحاظ مغایرت با نظم عمومی باطل اعلام شود. زیرا از لحاظ منطبق حقوقی، ضامن تابع قرارداد پایه بوده و در صورت از میان رفتن یا به وجود نیامدن این قرارداد، زمینه و مبنای خود را از دست می‌دهد.

پس از اعلام دیوان کشور فرانسه، مواضع رویه قضایی این کشور را در خصوص عیوبی که بر قرارداد پایه عارض می‌شوند، می‌توان به شرح ذیل خلاصه کرد:

۱. بی‌اعتباری قرارداد پایه

رویه قضایی، راجع به این مسأله که آیا بی‌اعتباری قرارداد پایه می‌تواند ضمانت‌نامه را خنثی سازد هنوز به روشنی تصمیمی نگرفته است. برخی از دادگاهها به این استدلال که بطلان احتمالی قرارداد پایه در تعهد مستقل ضامن در برابر ذینفع بی‌اثر است، از صدور دستور موقت منع پرداخت خودداری کرده‌اند ولی در عین حال پذیرفته‌اند که اگر حکم به بطلان قرارداد صادر شده باشد، صدور دستور منع پرداخت بدون اشکال است، و این استدلال مورد پذیرش دیوان کشور نیز واقع شده است. (۳۶) اما برخی از نویسندگان فرانسوی اذعان داشته‌اند که پذیرفتن ادعای متعهد اصلی مبنی بر بطلان احتمالی قرارداد، ممکن است بر خلاف نظم عمومی باشد؛ نظمی که هیچ نظام حقوقی به سادگی از آن نمی‌گذرد. بر همین بنیاد پیشنهاد کرده‌اند که بین مواردی که قرارداد آشکارا بر خلاف نظم عمومی است و مواردی که تخلف از این نظم قطعی نیست تفاوت بگذاریم: در مورد نخست، نه بانک و نه دادگاه نباید در اجرای قراردادی که به شدت مخالف نظم عمومی است، شرکت جویند. لیکن در مورد دوم مطالبه ضمانت‌نامه توسط ذینفع اصولاً امکان‌پذیر است، هر چند ادعای طرف مقابل مبنی بر بطلان قرارداد نیز مورد توجه قرار می‌گیرد، ولی وجود ضمانت‌نامه بار اثبات بطلان را بر دوش او می‌نهد. (۳۷) با وجود این، نظریه ارائه شده معلوم نمی‌دارد که در صورت مواجهه بانک با ضمانت‌نامه‌ای که قرارداد

پایه آن معروض ایراد مخالفت آشکارا با نظم عمومی واقع شده، تکلیف چیست؟ آیا بانک مکلف است رأساً و به صرف اظهار و ادعای متعهد اصلی از پرداخت خودداری کند؟ آیا دادگاه ادعای متعهد اصلی را بدون دلیل می‌پذیرد؟ در غیر این صورت فایده عملی این تفکیک در چیست؟

۲. اجرای کامل قرارداد پایه

ممکن است به‌رغم اجرای کامل قرارداد، وجه ضمانت‌نامه مطالبه شود، به نظر می‌رسد که اجرای کامل قرارداد پایه به تعهد ضامن پایان بخشد. منتها در این‌گونه موارد اختلاف معمولاً بر سر اجرای قرارداد در می‌گیرد: در دعوایی راجع به ضمانت‌نامه متقابل، متعهد اصلی در صدد تحصیل دستور منع پرداخت برای بانک اول بر آمده بود تا از پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ای که این بانک برای بانک دوم صادر کرده بود، ممانعت به‌عمل آورد؛ زیرا بانک دوم مبلغ ضمانت‌نامه اصلی را، بدون توجه به انجام تعهد، به ذینفع پرداخته بود. دادگاه‌های تالی از صدور این دستور خودداری ورزیدند و دیوان کشور نیز مهر تأیید بر آن نهاد. خلاصه استدلال دادگاه‌ها این بود که حتی اگر ثابت شود که متعهد اصلی تعهدات خود را بطور کامل اجرا کرده است، نمی‌توان به این بهانه بانک اول را در خودداری از پرداخت به بانک دوم مجاز دانست؛ زیرا تعهد بانک اول به موجب ضمانت‌نامه‌ای است که در اجرای توافقش با بانک دوم صادر کرده است. با وجود این دادگاه برای تعدیل این نظر می‌افزاید: «این امر که ضمانت‌نامه باید بدون توجه به قرارداد پایه بررسی گردد تنها در رابطه میان بانک اول و دوم در ضمانت‌نامه‌ها یا اعتبارات اسنادی تضمینی متقابل، اعمال می‌شود.» (۳۸)

در قضیه دیگری که راجع به یک قرارداد پیمانکاری بود و شرکت ذینفع (کارفرما) به‌رغم گواهی‌های پایان کاری که از سوی واحد مهندسی نظارت او صادر و تأیید شده بود و نیز بدون آنکه مبلغ پیمان را به پیمانکار بپردازد، وجه ضمانت‌نامه حسن انجام کار را مطالبه می‌کرد، دیوان کشور دستور عدم پرداخت صادره از سوی دادگاه تالی را تأیید کرد و دلیل آنرا مانور متقلبانه ذینفع اعلام داشت. (۳۹)

از بررسی آراء دادگاههای فرانسه می‌توان نتیجه گرفت: مطالبه ذینفعی که خود اجرای قرارداد پایه را گواهی کرده است، مطالبه‌ای متقلبانه و توأم با سوءاستفاده آشکار است. همچنین مطالبه‌ای که بدون هیچ‌گونه حقی صورت پذیرد، حتی اگر به منظور فشار آوردن به متعهد اصلی برای استرداد مال یا جبران خسارتی باشد، سوءاستفاده از حق است. لیکن، باید دانست که امکان عدم پرداخت ضمانت‌نامه، ویژه موردی است که قرارداد کاملاً اجرا شده باشد. بنابراین اگر بخشی از آن به اجرا در نیامده باشد ضمانت‌نامه پابرجا خواهد بود. (۴۰)

۳. قوه قاهره و تقصیر ذینفع

دیوان کشور فرانسه، تقصیر ذینفع یا دخالت قوه قاهره در عدم انجام تعهد اصلی را مانع مطالبه و وجه ضمانت‌نامه نمی‌داند. در دعوی که ذینفع (فروشنده) کشتی حامل کالاهای خریداری شده را به کشور خریدار نفرستاده بود، دیوان کشور صدور دستور عدم پرداخت را ناموجه اعلام داشت و به استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه استناد کرد. (۴۱)

۴. تقلب یا مطالبه توأم با سوءاستفاده

در حقوق فرانسه پذیرفته شده است که تقلب و تدلیس ذینفع او را از مطالبه محروم می‌کند. در بیان مفهوم تقلب بحث شده که آیا باید صحنه‌سازی متقلبانه صورت پذیرد و یا عمل برخلاف حسن نیت کفایت می‌نماید؛ مسأله در چند فرض قابل بررسی است.

الف. تبانی و توطئه: تبانی متقلبانه میان ذینفع و ضامن نمونه‌ای از تدلیسی است که ضمانت‌نامه را خنثی می‌سازد و صفت استقلال را از آن می‌ستاند: در قضیه‌ای که ذینفع یک ضمانت‌نامه متقابل، وجه ضمانت‌نامه خود را بدون استحقاق و با تبانی با بانک دوم مطالبه و وصول کرد، دیوان کشور فرانسه صدور دستور موقت را مبنی بر منع بانک اول از پرداخت به بانک دوم تأیید نمود. (۴۲)

ب. سوءاستفاده آشکار: اگر ذینفع آشکارا از حق خود سوءاستفاده کند، بدون آنکه

به تقلب دست یازد، وضع به چه منوال است؟ بطور مثال مطالبه وجه ضمانت نامه بدون توجه به فقدان حق ناشی از قرارداد پایه صورت پذیرد.

برخی از نویسندگان عقیده دارند که سوءاستفاده از حق می تواند مبنای امتناع از پرداخت قرار گیرد؛ به زعم ایشان استقلال ضمانت نامه به وسیله نظریه سوءاستفاده از حق محدود می شود. لیکن دیگران معتقدند که نه تقلب و نه سوءاستفاده نباید بهانه ای برای عدم پرداخت باشد زیرا چنین ادعایی در اکثر موارد منتهی به بحث راجع به قرارداد پایه و اجرای آن می گردد و اگر استقلال ضمانت نامه را به عنوان اصل بپذیریم، دیگر رجوع به قرارداد پایه تحت هر عنوانی بی معنا خواهد بود (۴۳).

اما رویه قضایی فرانسه سوءاستفاده از حق را به عنوان مبنای عدم پرداخت پذیرفته و در آراء متعدد بر آن تأکید ورزیده است. (۴۴)

ج. «تمدیدکن یا بپرداز»: در عرف بازرگانی این مسأله مطرح شده است که آیا تهدید ذینفع مبنی بر اینکه اگر مدت ضمانت نامه تمدید نشود، آنرا وصول می کند، یک روش توأم با سوءاستفاده از حق مطالبه محسوب می گردد یا خیر؟

به نظر می رسد که پاسخ این مسأله بستگی تام به اوضاع و احوال داشته باشد: در صورتی که این تهدید متوجه بانک باشد، در حقوق فرانسه آنرا هماهنگ با نظام حقوقی ضمانت نامه ها دانسته اند. زیرا در حقیقت یک مطالبه همراه با اختیاری اضافی برای بانک است و به هیچ وجه نمی توان آنرا مضیقه ای بر بانک دانست. چرا که بانک در هر حال متعهد به پرداخت است. در پاره ای از ضمانت نامه های بانکی ایران نیز این عبارت، در همین راستا آمده است: «... در صورتی که ضامن نتواند یا نخواهد مدت اعتبار این ضمانت نامه را تمدید کند یا مضمون عهده، موجبات تمدید آنرا فراهم نسازد و ضامن را با این تمدید موافق نسازد، ضامن متعهد نمود که بدون احتیاج به مطالبه مجدد، مبلغ مرقوم را در وجه یا به حواله کرد مضمون له پرداخت نماید.» (۴۵)

همچنین در مواردی که تهدید علیه متعهد اصلی به کار می رود، در صورتی که قصد ذینفع گشودن باب مذاکره با توجه به قصورهای متعهد اصلی در اجرای قرارداد بوده و

ضمانت‌نامه نیز عندالمطالبه باشد، نمی‌توان آن را سواستفاده دانست. (۴۶)

د. اجرای بخشی از قرارداد: اگر ضمانت‌نامه مربوط به اجرای کارهایی باشد که باید در یک دوره معین زمانی به اجرا در آید، این مسأله مطرح می‌شود که آیا ذینفع در مطالبه ضمانت‌نامه باید مقدار کار انجام شده را به حساب آورده و از مبلغ کسر نماید؟ دیوان کشور فرانسه اعلام داشته که جز در مواردی که طرفین این‌گونه توافق کرده‌اند، این امر امکان‌پذیر نیست، زیرا تعهد بانک همان تعهد متعهد اصلی به شمار نمی‌آید. (۴۷)

بطور خلاصه می‌توان گفت که رویه قضایی فرانسه، سوءاستفاده از ضمانت‌نامه را تابع نظریه سوءاستفاده از حق گردانیده و بدین‌سان با احترام به استقلال تعهد ناشی از آن، با این پدیده مقابله نموده است.

۱۲. حقوق ایران

در حقوق ایران، موضع رویه قضایی در خصوص استقلال ضمانت‌نامه‌ها به درستی روشن نیست. شاید بتوان به‌عنوان گام نخست و همسو با گرایش‌های جهانی، با تمسک به نظریه تعهد به نفع ثالث، ضمانت‌نامه را حاوی تعهدی مستقل و مجزا از تعهد پایه دانست که ذینفع آن مانند هر ذیحقی نباید از حق خود به ضرر دیگران سوءاستفاده کند (اصل ۴۰ قانون اساسی). در صورت سوءاستفاده و داشتن دلایل آشکار و قوی، دادگاهها می‌توانند با استفاده از مقررات مذکور در مواد ۷۷۰ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی با صدور دستور موقت از پرداخت ضمانت‌نامه ممانعت نمایند، بویژه که سپردن خسارت احتمالی از سوی متعهد اصلی، تضمین مناسبی برای ذینفع و تمهید شایسته‌ای برای محدود کردن درخواستهای صدور چنین دستوری است. لیکن، دادگاهها باید مبنای تصمیم خود را تقصیر در اجرای حق قرار دهند نه جستجو از پیمان‌شکنی تا بدین‌سان اعتبار ضمانت‌نامه‌های بانکی و وجه استقلالی آنها، محفوظ بماند.

یادداشتها

۱. منظور از وثیقه شخصی آن است که ذمه شخصی غیر از متعهد اصلی - وثیقه دین می‌شود تا طلبکار بتواند از آن ذمه نیز برای گرفتن طلب خود استفاده کند (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین

۳. عقود اذنی و وثیقه‌های دین، ص ۳، و در برابر آن وثیقه عینی قرار می‌گیرد که به موجب آن عین مالی برای تضمین طلب نزد طلبکار به وثیقه گذاشته می‌شود: مانند رهن، وثیقه شخصی در کامن‌لا (Personal-security) نامیده می‌شود که در همین معنا به کار می‌رود (دیوید واکر، فرهنگ حقوقی آگسفورد کامپینون، ص ۹۵۱).

2. Black Law Dictionary - sixth ed-1991.

3. Philippe Simmler: *Juris classeur civil*, 1990. *Notarial Repertoire*, Garanties Autonomes, ch. K. No.1.

4. Norbert Horn and Eddy Wymeersch: *Bank-Guarantee, Stand by letters of Credit & Performance bonds in international trade law*, 1990 Kluwer

5. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.2.

همچنین رش: محمود کاشانی، ضمانت‌نامه بانکی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۷-۱۶، ص ۱۴۵.

6. *Schmitthoff's Export Trade, The law and practice of International Trade*, Sweet and maxwell, 1993, p.448.

7. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, pp. 10-13.

۸. برای مثال در قراردادی که پیمانکاری، به منظور حمل غله، از اداره غله‌گران به مقدار لازم گونی تحویل می‌گیرد و متعهد می‌شود که پس از تحویل گندم و جو کیسه‌ها را رد کند و در صورتی که کیسه‌ها مفقود شود بهای آن‌را بپردازد، و از این بابت شخصی ضامن پیمانکار گردد، شعبه دوم دادگاه استان مازندران، التزام ثالث را ضامن دانسته و قرارداد را به این علت که مضمون عنه در زمان تحقق ضامن مدیون نبوده است، «ضمان مالم یجب» و باطل اعلام کرده است. رش به آرشیو حقوقی کیهان، مجموع رویه قضایی سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ج ۲، ش ۱۸۴، ص ۴۳۲ به بعد رأی شماره ۳۸۹۱-۲۲/۱۲/۴۱ هیأت عمومی دیوان کشور.

۹. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۱۶۰، سید حسین صفایی، تعهد حسن انجام قرارداد، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، س ۴۹، ش ۲؛ در فقه امامیه، محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، ج ۲، باب ضمان، ص ۵۱-۵۰؛ از دیدگاه این اندیشمند، چنین تعهدی گرچه ضامن نیست، ولی از آنجا که عنوان عقد حقیقی بر آن صدق می‌کند، مشمول ادله وفای به عهد قرار می‌گیرد.

۱۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۲۳۷، ۱۷۸، ۱۷۹، این نویسنده عقیده خود را از اندیشه برخی از فقهای امامیه در باب ضمان عهده بر گرفته است، به عنوان مثال، سید محمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، باب ضمان، مسأله ۳۸، ص ۶۱۳.

۱۱. بهروز اخلاقی، جزوه درس حقوق تجارت در دوره کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ص ۹۲.

12. Schmittohoff, *Op.Cit.*, p.451.

۱۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۱۸۵.

۱۴. ناصر کاتوزیان، همان، ش ۱۸۷.

15. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.6-7.

۱۶. در حقوق فرانسه:

- Colin et Capitan: Cours elementaire de droit civil francais: T. II, No. 966-Philippe Jestaz: Encyclopedie Dalloz: Répertoire de droit civil, T.II, 1970.

در کامن لا:

-Dobson and Schmitthoff: Charlesworth's Business Law. p.520-David Walker: Oxford Companion to law, p.524.

در حقوق آلمان، ماده ۴۱۷ و ۷۶۷ قانون مدنی، نقل از:

-Horn and Wymeersch, p.14.

در مقررات متحدالشکل راجع به ضمان قراردادی که توسط I.C.C تهیه گردیده نیز همین معنا از ضمان مذکور افتاده است، نشریه شماره ۳۲۵، س ۱۹۷۸.

۱۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، ش ۱۴۴.

18. Philippe Simmler, *Op.Cit.*, No. 34-35.

19. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p. 13.

20. Philippe Simmler, *Op.Cit.*, No. 245.

21. Hardenberg "First demand guarantees: Recent development in the Netherland", *International Business Lawyer Reveiw: Vol, 24, Sept. 1996*, p.380.

۲۲. محمود کاشانی، همان، ص ۱۷۱.

23. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, pp.14-15.

24. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.17.

۲۵. به موجب این مواد، طرفین عقد ضمان نمی توانند از تمامی ایرادهای مربوط به قرارداد پایه صرف نظر کنند: ر.ش:

Gavalds - Stoufflet; La lettre de gatantie international (1980) Rev. Int.

Dr. Com. No.11. at, 9.

و برای مطالعه بیشتر رجوع شود به :

Colin et Capitan, *Op.Cit.*, No, 1390 - Planiol et Ripert: Traite pratique de droit francais. Par Savatier: Vol 11, No, 151- Mouly: Les clause d'extinction du cautionnement (1979), No.22.

26. Philippe Simmler: Le cautionnement (1982), No.27.

27. Cass, 20 Dec 1982: Rec Dalloz, 395, 1983.

28. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.18 نقل از :

29. Paris 27 Sept. 1983. Rec Dalloz 1984. IR, 201, note critique de vasseur-Trib. Com. Nantes 22 Sept. 1984. (Rec. Dalloz. 202).

30. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.19.

31. Hardenberg, *Op.Cit.*, p.380.

۳۲. رأی اصراری شماره ۷۱-۲۲/۹/۴۶ هیات عمومی دیوان کشور، آرشیو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، س ۴۶، ص ۲۱۵ به بعد.

33. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, pp.19-20.

34. *Ibid.*, p.30-31.

35. *Ibid.*

36. Cass. 13 December 1983, Rec. D. 1984, 420, not Vasseur.

37. Vasseur, note, Rec. D. 1982, 370.

38. Cass. 21 May 1985, Rec. D. 1986, 213, note Vasseur.

39. Cass. 10 June - 1986, Rec. D. 1987, 17, note Vasseur: Gas.Pal, 1986, note Piedelierre.

40. Horn and Wymeersch, *Op.Cit.*, p.35.

41. Cass. 17 October 1984, Rec. D. 1985, note Vasseur.

42. Cass. 12 December 1984, Rec. D. 1986, 219, note Vasseur.

43. Horn and Wymeersch; *Op.Cit.*, p.38.

44. Cass. 10 June 1986. Rec. D. 1987, 17.

۴۵. محمود کاشانی، همان، ص ۱۷۴.

46. Paris, 1 October 1986, Rec. D. I. R. 1171.

47. Cass. 11 December 1985, Rec. D. 1986, 213, note Vasseur.