

دکتر مرتضی شهبازی نیا*

بررسی مفاد مشترک ضمانت نامه های بانکی مورد استفاده در تجارت بین الملل

چکیده:

علاوه بر شکل ضمانت نامه، به معنی مستقیم یا غیرمستقیم بودن آن و نیز کیفیت شروط پرداخت (نظیر پرداخت با اولین درخواست یا در مقابل ارائه اسناد معین)، تعیین سایر مفاد ضمانت نامه نیز از جمله دغدغه های مهم طرفین قرارداد پایه است. برای توضیح این مطلب می توان به دو نکته اشاره نمود، نخست اینکه ضمانت نامه نتیجه قرارداد پایه است و دیگر آنکه بانک گشایشگر ضمانت نامه به خاطر مشتری خود و به حساب وی وارد این رابطه قراردادی می شود. بنابراین، مفاد مختلف مورد توافق طرفین قرارداد پایه، بایستی برای بانک نیز قابل قبول باشد. به طور کلی، یکی از مسائل مهم برای همه طرفین ضمانت نامه این است که متن سند مذکور از حیث ماهیت ضمان یعنی استقلال یا تبعی بودن آن، شفافیت لازم را داشته باشد. اشاره به قرارداد پایه در متن ضمانت نامه نیز اجتناب ناپذیر است. نام طرفین قرارداد، شروط مقدم، مدت اعتبار، تمدید مدت و تاریخ خاتمه آن، مقررات مربوط به مبلغ ضمانت نامه و کاهش تدریجی آن، فورس ماژور، تهاتر، انتقال، دادگاه صالح و قانون حاکم نیز از جمله مفاد مشترک ضمانت نامه های بین المللی هستند. مقاله حاضر موارد فوق را مورد بررسی قرار می دهد.

واژگان کلیدی:

ضمانت نامه بانکی مستقل، تجارت بین المللی، قرارداد پایه، مفاد مشترک، شروط پرداخت، مدت اعتبار.

مقدمه

ضمانت‌نامه بانکی در روابط بازرگانی، قراردادی است که با دخالت اصیل، بین ذینفع و بانک گشایشگر منعقد می‌شود. این قرارداد همانند سایر قراردادهای، مشمول اصل کلی آزادی قراردادهای است. (۱)

بنابراین چارچوب و مقررات این سند نیز عمدتاً تابع اراده طرفین قرارداد است و به منظور احتراز از برخی ابهامات که ممکن است منجر به کارکرد نادرست سند یا افزایش خطر مطالبه ناروای آن شود، ذکر پاره‌ای از اطلاعات و توافقات در متن ضمانت‌نامه ضروری است که از آنها به‌عنوان مفاد مشترک یا معمول ضمانت‌نامه‌های بانکی یاد می‌شود. در این مقاله ابتدا مطالبی راجع به متن ضمانت‌نامه در تجارت بین‌الملل و نحوه تهیه آن بیان می‌شود و سپس در چند بند جداگانه مفاد مشترک و متداول این قبیل ضمانت‌نامه‌ها بحث خواهد شد.

۱- تفاوت متن ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی و عوامل مؤثر در تهیه

متن آنها

۱-۱- تفاوت متن ضمانت‌نامه‌ها و علل آن

ماهیت متغیر تجارت بین‌الملل و شرایط خاص حاکم بر هر معامله، به گونه‌ای است که کمتر می‌توان دو ضمانت‌نامه را یافت که از جهت متن و مفاد با یکدیگر تفاوتی نداشته باشند. مفاد متفاوت ضمانت‌نامه‌ها، از یک طرف بیانگر اهمیت اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد (آزادی قراردادهای) و از طرف دیگر، معلول منافع متقابل صادرکنندگان و واردکنندگان کالا و خدمات و بانک‌های دخیل در امر گشایش ضمانت‌نامه و نیز امکاناتی است که هر یک از آنان برای غلبه بر دیگری هنگام تنظیم متن ضمانت‌نامه دارد. این عوامل به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرند:

۱-۱-۱- اصل آزادی قراردادهای

چنانکه گفته شد، ضمانت‌نامه بانکی مستقل به عنوان یک قرارداد، مشمول اصل آزادی قراردادهای است. اقتضای این اصل چه در قراردادهای داخلی و چه در قراردادهای بین‌المللی، آن

است که طرفین بتوانند اراده خود را در هنگام انعقاد قرارداد، آزادانه اعمال نمایند. نتیجه توافق اراده‌های دخیل در قرارداد هرچه باشد، از نظر حقوقی مورد احترام است و برای طرفین توافق نیز لازم‌الاتباع می‌باشد. (۲) اصل مذکور، در قراردادهای داخلی با استثنائاتی نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه روبرو است که معمولاً در قالب قوانین آمره ظاهر می‌شوند. برای مثال ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، همزمان هم به اصل آزادی قراردادها و هم به استثنائات آن اشاره می‌کند. علاوه بر مقررات محدود کننده اراده اشخاص در انعقاد قرارداد، وجود قوانین و مقررات تکمیلی در حقوق داخلی، انگیزه اشخاص را برای استفاده کامل از اصل آزادی قراردادها کاهش می‌دهد؛ کافی است دو طرف، نوع قرارداد خود را مثلاً بیع قرار دهند و خصوصیات ثمن و مبیع را نیز مشخص نمایند، سکوت راجع به سایر شرایط قرارداد مشکل خاصی را پدید نخواهد آورد چرا که مقررات تکمیلی قانون مدنی راجع به بیع، در صورت حدوث اختلاف خود به خود جاری خواهد شد و آثار و تبعات توافق آنها را مشخص خواهد نمود.

در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی نیز گاهی استثنائاتی بر اصل حاکمیت اراده طرفین وارد می‌شود. این استثنائات عمدتاً از موضوع تعارض قوانین و قانون حاکم بر ضمانت‌نامه نشأت می‌گیرد. برای مثال در برخی کشورها، نظیر سوریه، توافق طرفین در مورد تاریخ انقضاء ضمانت‌نامه، فاقد اثر بوده و مادام که سند به بانک گشایشگر اعاده نشده باشد، ضمانت‌نامه معتبر تلقی می‌شود. (۳) حال اگر ضمانت‌نامه‌ای طبق قواعد تعارض قوانین، تابع قانون کشور یاد شده باشد، اراده طرفین در مورد تاریخ انقضاء ضمانت‌نامه نادیده گرفته خواهد شد.

البته این قبیل استثنائات عمدتاً در مرحله تنظیم متن ضمانت‌نامه مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه زمانی ظاهر می‌شوند که قرار باشد اختلاف ناشی از ضمانت‌نامه، طبق حقوق ملی یک کشور حل و فصل گردد. گذشته از استثنائات مذکور که مربوط به حقوق ملی کشورها است، اصل آزادی قراردادها در موضوع ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی با قواعد محدودکننده به مفهوم و گستردگی حقوق داخلی، مواجه نیست. از اینرو، طرفین قرارداد ضمانت‌نامه بین‌المللی در تهیه متن و توافق راجع به مفاد مختلف آن از آزادی بیشتری برخوردارند.

از طرف دیگر، به لحاظ فقدان مقررات تکمیلی به مفهوم حقوق داخلی، طرفین قرارداد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی انگیزه بیشتری برای استفاده کامل از این اصل دارند. ممکن است گفته شود که مقررات بین‌المللی «نظیر قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»^(۴) نقش مقررات تکمیلی حقوق داخلی را ایفا می‌نمایند. تفاوت قواعد مذکور با مقررات تکمیلی حقوق داخلی این است که مقررات اخیرالذکر بدون نیاز به اراده طرفین و صرفاً در فرض سکوت قرارداد، به‌طور خودبه‌خود به حالت اجرا درمی‌آیند.^(۵) حال آنکه شمول قواعدی نظیر قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی، منوط به توافق صریح طرفین است و در واقع به عنوان شرط ضمن عقد عمل می‌کند^(۶) و لذا در اعمال این قواعد نیز اصل آزادی قراردادها، نمود کامل دارد.

با توجه به آنچه که در باب اهمیت اصل آزادی قراردادها و استفاده از آن در حقوق تجارت بین‌الملل گفته شد، طبیعی است که تفاوت شدید شرایط معاملات بین‌المللی، در متن ضمانت‌نامه‌ها نیز بروز خواهد کرد.

۱-۲-۱- منافع متقابل اشخاص دخیل در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی

متن ضمانت‌نامه بانکی، محصول مذاکرات مربوط به قرارداد پایه و نتیجه توافق ذینفع و اصیل است، اما برخی از مفاد توافق ذینفع و اصیل، باید مورد قبول بانک گشایشگر نیز قرار گیرد، چراکه بانک مذکور به عنوان ضامن، یکطرف قرارداد ضمانت‌نامه است. هریک از این سه شخص، منافع و دغدغه‌های گوناگونی در رابطه با ضمانت‌نامه دارد که هنگام مذاکره در جهت تأمین آنها تلاش می‌کند. از اینرو متن نهایی ضمانت‌نامه مورد توافق، بستگی به جایگاه هریک از طرفین قرارداد و «قدرت چانه‌زنی»^۱ آنها دارد.

«ضمانت‌خواه» به عنوان کسی که نهایتاً خطرات ناشی از ضمانت‌نامه به وی برخواهد گشت، مایل است ضمانت‌نامه با حداقل مبلغ ممکن و با خطر اندک گشایش یابد. از یک طرف،

به‌عنوان فروشنده یا پیمانکار، درصدد انعقاد قرارداد با ذینفع و بهره‌مندی از مزایای آن است و برای این هدف، ناگزیر از اجابت درخواست خریدار مبنی بر ارائه ضمانت‌نامه می‌باشد و از طرف دیگر، نمی‌خواهد ضمانت‌نامه به گونه‌ای باشد که امکان سوءاستفاده از آن وجود داشته باشد. از اینرو تلاش می‌کند که مدت اعتبار ضمانت‌نامه، کوتاه‌تر و شرایط لازم برای مطالبه وجه آن از ناحیه ذینفع، سخت‌تر و برای مثال مستلزم ارائه حکم دادگاه باشد.

در مقابل، خریدار یا کارفرما، خصوصاً اگر قرار باشد بخشی از مبلغ قرارداد را پیشاپیش به فروشنده یا پیمانکار بپردازد، با خطر عدم اجرای قرارداد و عدم بازپرداخت روبه‌روست و گشایش ضمانت‌نامه‌ای با حداکثر مبلغ ممکن و مدت اعتبار طولانی تا حدودی منافع او را تضمین می‌کند. برای ذینفع، حالت مطلوب، اجرای درست قرارداد از سوی اصیل است و در این راستا نیاز به یک اهرم فشار و نظارت بر کار وی دارد. علاوه بر این، ذینفع نمی‌خواهد در فرض تخلف اصیل از مفاد قرارداد، مشکلات و خطرات ناشی از طرح و اثبات دعوی و اجرای حکم را بپذیرد. لذا به دنبال آن است که وجه ضمانت‌نامه به صرف درخواست و بدون نیاز به ارائه هرگونه سند دیگر، به وی پرداخت گردد.

دغدغه بانک نیز این است که مفاد و شروط ضمانت‌نامه، به گونه‌ای شفاف، محتوا و حدود تعهد آن در مقابل ذینفع را روشن کند و به هیچ وجه در قرارداد پایه و روابط بین اصیل و ذینفع درگیر نشود. لذا بانک ترجیح می‌دهد که پرداخت وجه ضمانت به ذینفع با حداقل تشریفات و با ارائه صرف درخواست یا حداکثر ارائه برخی اسناد از سوی شخص اخیر، پیش‌بینی شود. (۷)

تعیین تاریخ انقضاء و حداکثر مبلغ نیز برای بانک مهم است. اگر برای صدور ضمانت‌نامه اصلی، از اصیل تضمین متقابل به نحو مناسب گرفته شود، کم و زیاد بودن مدت اعتبار یا مبلغ، اهمیت چندانی برای بانک ندارد، چراکه مسئول نهایی ضمانت‌نامه، شخص اصیل است. همچنین، بانک در رابطه با مفادی که مربوط به تهاثر وجه ضمانت‌نامه با طلب بانک، دادگاه صالح و قانون حاکم است نفع مستقیم دارد.

با توجه به آنچه که در مورد منافع متعارض اشخاص مذکور گفته شد، طبیعتاً متن ضمانت‌نامه در هر مورد با توجه به جایگاه و قدرت طرفین، تنظیم می‌شود و همین نکته علت

دیگر تفاوت شدید در متن ضمانت‌نامه‌ها است. در میان عوامل مذکور، نقش و قدرت «ضمانت‌خواه» به عنوان مسئول نهایی ضمانت‌نامه، اهمیت و تأثیر بیشتری در متن نهایی آن خواهد داشت.

۱-۲- عوامل مؤثر در تهیه متن ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی

در تهیه متن ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی پاره‌ای عوامل منشأ اثر هستند. اهم این عوامل را می‌توان به شرح زیر ذکر نمود:

۱- چنانکه گفته شد، متن ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در تجارت بین‌الملل از تنوع بسیاری برخوردار است. با وجود این، برخی از بانک‌ها، تنها حاضر به گشایش ضمانت‌نامه با متن استاندارد خود هستند و با توجه به علاقه بانک‌ها به ساده بودن شیوه پرداخت ضمانت‌نامه، اغلب متن‌های استاندارد به گونه‌ای تهیه شده که با مصالح و منافع ذینفع سازگاری بیشتری دارد. از اینرو افرادی که در روابط ناشی از قرارداد ضمانت‌نامه، در جایگاه ذینفع قرار می‌گیرند، بر استفاده از متن استاندارد یک بانک هنگام مذاکره قرارداد تجارت اصرار می‌کنند و در صورت مخالفت ضمانت‌خواه، معمولاً اصلاحاتی در متن مذکور صورت می‌گیرد.

۲- بر اساس مقررات بین‌المللی، ذکر حداقلی از اطلاعات در متن ضمانت‌نامه‌های بانکی ضروری است. از جمله موارد زیر:

نام و مشخصات کامل ذینفع و ضمانت‌خواه، نام و مشخصات کامل بانک گشایشگر و احیاناً بانک دستوردهنده (در ضمانت‌نامه‌های غیرمستقیم)، تاریخ فعال شدن ضمانت‌نامه، تعهد مورد تضمین و حداکثر مبلغ قابل پرداخت طبق ضمانت‌نامه، روش مطالبه ضمانت‌نامه و اسناد لازم برای مطالبه، مقررات مربوط به کاهش یا افزایش مبلغ ضمانت‌نامه (در صورت نیاز)، تاریخ انقضاء اعتبار ضمانت‌نامه، قانون حاکم و دادگاه صالح، مقررات مربوط به تهاتر، انتقال یا توثیق ضمانت‌نامه و در صورت نیاز تمدید اعتبار ضمانت‌نامه. (۸)

۳- علی‌رغم خصیصه مهم «استقلال» ضمانت‌نامه بانکی، این سند به هرحال به گونه‌ای مرتبط با قرارداد پایه است و برای تضمین تعهدات ناشی از آن گشایش می‌شود. از اینرو مفاد آن

معمولاً با مفاد قرارداد تجاری پایه مطابقت دارد.

۴- نکته‌ای که برای ضمانت‌خواه حائز اهمیت فراوان است، مکانیسم کاهش مبلغ ضمانت‌نامه و تاریخ انقضاء اعتبار ضمانت‌نامه است، لذا «ضمانت‌خواه» همواره سعی می‌کند متن ضمانت‌نامه به گونه‌ای تنظیم شود که در صورت مطالبه ذینفع، مجبور به پرداخت حداکثر مبلغ ضمانت‌نامه نشود و نیز از حیث مدت اعتبار، خطرناشی از مطالبه ضمانت‌نامه را با پذیرش شرط تمدید خودبه خود ضمانت‌نامه، بی‌انتها باقی نگذارد.

۵- برخی کشورهای در حال توسعه شکل و محتوای ضمانت‌نامه یا بعضی جنبه‌های آن مانند محل گشایش، مدت اعتبار، شیوه و زمان مطالبه را به وسیله قوانین و مقررات بانکی بر طرفین تحمیل می‌کنند. (۹)

همچنین، مقررات کنترل ارز گاهی محدودیت‌هایی را برای وصول وجه ضمانت‌نامه‌های متقابل در سیستم ضمانت‌نامه‌های غیرمستقیم ایجاد می‌کند. از اینرو هنگام تهیه متن ضمانت‌نامه، مقررات یاد شده و پیش‌بینی راهکارهای لازم برای جلوگیری از مشکلات ناشی از آنها نقش مهمی را ایفا می‌کند.

۲- مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی

چنانکه گفته شد، علی‌رغم تفاوت‌های موجود، متن ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی حداقل در برخی مفاد و موضوعات مشترک هستند که به شرح زیر بیان می‌شوند:

۱-۲- مفاد مربوط به مشخصات طرفین قرارداد و هدف ضمانت‌نامه

۱-۱-۲- ارجاع به قرارداد پایه

علی‌رغم خصیصه استقلال ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، اشاره به قرارداد پایه در متن آن ضروری است. (۱۰) این اشاره معمولاً در ابتدای سند یا مقدمه آن صورت می‌گیرد و به همراه عنوان سند (ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، ضمانت‌نامه انجام کار و ...) هدف ضمانت‌نامه و خطرات مورد تضمین را روشن می‌سازد. لزوم ارجاع به قرارداد پایه از آن جهت است که

مشخص شود وجه ضمانت نامه در ارتباط با چه رابطه یا تعهدی قابل مطالبه و وصول است. توصیف قرارداد پایه معمولاً کوتاه و محدود به ذکر نام و شماره و تاریخ قرارداد مذکور و اسامی طرفین آن است.

این اشاره، ضمانت نامه را از حالت ضمانت نامه مستقل به حالت ضمان تبعی تبدیل نمی کند. علاوه بر رویه قضایی کشورهای مختلف (۱۱)، مقررات بین المللی نیز این مطلب را پذیرفته است. (۱۲)

ممکن است ضمانت نامه بیش از یک قرارداد پایه را پوشش دهد که در این صورت به همه قراردادها اشاره می شود. چنین ضمانت نامه هایی را در عرف بانکداری بین المللی «ضمانت نامه چند منظوره»^۱ می نامند.

در حقوق انگلیس و آمریکا، اشاره به قرارداد پایه از جهت دیگر نیز حائز اهمیت است. بدین توضیح که در نظام حقوقی کشورهای مذکور، کلیه قراردادها، جز در موارد استثنایی، برای اینکه از قدرت الزام آور برخوردار باشند، باید دارای «علت یا عوض»^۲ خاص باشند (۱۳)، ضمانت نامه بانکی نیز از جمله قراردادهایی است که نیاز به علت تعهد دارد و اشاره به قرارداد پایه معمولاً علت کافی برای تعهد بانک، تلقی می شود. (۱۴)

از اینرو در متن ضمانت نامه های صادره از بانک های انگلیسی، عباراتی نظیر آنچه در پی می آید، در مقدمه ضمانت نامه ذکر می شود:

«در مقابل انعقاد قرارداد شماره..... به وسیله..... (ذینفع) ما تعهد می کنیم که.....»^۳
در ضمانت نامه های متقابل صادره در رابطه بین بانک های گایشر و بانک های دستور دهنده نیز، صدور ضمانت نامه متقابل از ناحیه بانک دستور دهنده، علت تعهد بانک گشایشگر در مقابل ذینفع (طبق ضمانت نامه اصلی) را تشکیل می دهد، لذا در متن ضمانت نامه اصلی عباراتی به این

1- Block Guarantee

2- Consideration

3- "In Consideration of your... (Beneficiary) entering into Contract no... we undertake to..."

شرح ذکر می‌شود:

«در مقابل صدور ضمانت‌نامه.....(ضمانت‌نامه متقابل) از ناحیه شما، ما تعهد می‌کنیم.....»^۱.

۱-۲- نام و مشخصات ذینفع و اصیل (ضمانت‌خواه)

معمولاً نام و مشخصات طرف مقابل اصیل یا دستوردهنده در قرارداد پایه، به عنوان ذینفع ضمانت‌نامه صادره از سوی بانک ذکر می‌شود. (۱۵) این شخص اغلب خریدار یا کارفرما یا واردکننده کالا است و فقط در ضمانت‌نامه‌های پرداخت و موارد استثنایی دیگر، صادرکننده یا فروشنده در جایگاه ذینفع ضمانت‌نامه قرار می‌گیرد.

در برخی قراردادها، نظیر قراردادهای اجاره طولانی مدت و یا در مورد ضمانت‌نامه‌های قضایی^۲، معمولاً نام وکیل موجر یا مدعی به عنوان ذینفع ضمانت‌نامه و کسی که حق وصول وجه را دارد، ذکر می‌شود. علاوه بر این، ممکن است در قراردادهای مربوط به اموال غیرمنقول به منظور تسهیل روابط مالی، نام دفتر اسناد رسمی یا «notary public» (۱۶) به عنوان ذینفع ذکر شود.

در مواردی که بانک، معاملات تجاری بستانکار یا متعهدله یک قرارداد را تأمین مالی می‌کند، ممکن است از شخص اخیر بخواهد که ضمانت‌نامه ارائه شده توسط متعهد را به عنوان تضمین در اختیار بانک قرار دهد. برای پرهیز از مشکلات و اختلاف نظرهای مربوط به امکان یا عدم امکان انتقال و توثیق ضمانت‌نامه، گاهی به جای متعهدله، نام بانک به عنوان ذینفع ضمانت‌نامه ذکر می‌شود. روشن است که این ترتیب برای ضمانت‌خواه خطرناک خواهد بود چرا

1- "In Consideration of your issuing... (Counter-Guarantee) we undertake..."

2- Judicial Guarantee.

- منظور ضمانت‌نامه‌ای است که منتهم یا مدعی علیه به دستور دادگاه مکلف به ارائه آن است. ضمانت‌نامه بانکی موضوع ماده ۱۸ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۰ (اصلاحی ۱۳۷۲)، مصداق این قبیل ضمانت‌نامه‌ها است.

که در این حالت بانک مذکور، ضمانت‌نامه را بیشتر به عنوان تضمین بازپرداخت تسهیلات اعطایی به متعهدله تلقی می‌کند تا تضمین اجرای تعهدات ضمانت‌خواه. (۱۷)

با آنکه اصیل به عنوان طرف قرارداد پایه، صرفاً تقاضای گشایش ضمانت‌نامه را از بانک به عمل می‌آورد و خود طرف قرارداد ضمانت‌نامه نیست، اما با توجه به ضرورت روشن بودن تعهد مورد تضمین و با لحاظ اینکه در هر حال وی در صورت مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع، ناچار به جبران خسارات بانک گشایشگر است، ذکر نام و مشخصات وی هنگام توصیف قرارداد پایه و تعهد مورد تضمین حسب عرف و مقررات بین‌المللی ضروری است. (۱۸)

۲-۲- مفاد مربوط به مبلغ ضمانت‌نامه و شروط پرداخت

۲-۲-۱- مبلغ و ارزش ضمانت‌نامه

جز در موارد استثنایی، همه ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی برای مبلغ معینی گشایش می‌شوند و ذینفع فقط تا حداکثر مبلغ مذکور در سند، حق مطالبه از بانک گشایشگر را دارد، حتی اگر بتواند ثابت کند که به علت تخلف اصیل از مفاد قرارداد پایه، خسارت بیشتری را متحمل شده است. (۱۹) اما اگر بانک، علی‌رغم انطباق درخواست ذینفع با مفاد ضمانت‌نامه از پرداخت به موقع خودداری کند، مکلف است خسارت تأخیر تأدیه و بهره را، حتی اگر افزون بر حداکثر مبلغ ضمانت‌نامه باشد، بپردازد. (۲۰)

موارد استثنایی که حداکثر مبلغ در سند قید نمی‌شود، ضمانت‌نامه‌های پرداختی^۱ است که به منظور تضمین پرداخت مالیات به نفع مراجع مالیاتی گشایش می‌شوند. همچنین اگر بانک به‌طور مستمر معاملات تجاری شخصی را تأمین مالی کند یا به هر ترتیب مستمراً به وی اعتبار بدهد، معمولاً به عنوان تضمین بازپرداخت اصل و بهره وام، ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه تضمینی از او مطالبه می‌کند که این قبیل ضمانت‌نامه‌ها نیز اغلب فاقد قید حداکثر مبلغ هستند. (۲۱)

مبلغ ضمانت‌نامه معمولاً تنها درصد اندکی از مبلغ قرارداد پایه است که در قراردادهای بیع،

بین ۵ تا ۱۵ درصد ثمن را تشکیل می‌دهد. اما در قراردادهای ساختمانی گاهی مبلغ ضمانت‌نامه انجام کار، بیشتر از درصدهای مذکور است، خصوصاً اگر از ضمانت‌نامه انجام کار برای پوشش خطرات دوره تحویل موقت پروژه نیز استفاده شود. در این قبیل ضمانت‌نامه‌ها، اصیل و ذینفع ترتیبی را برای آزاد شدن تدریجی مبلغ ضمانت‌نامه به تناسب روند پیشرفت پروژه پیش‌بینی می‌کنند، چراکه در غیر این صورت علی‌رغم اجرای قسمت عمده پروژه، همواره اصیل با خطرات ناشی از مطالبه حداکثر مبلغ ضمانت‌نامه مواجه خواهد بود. (۲۲)

شرط کاهش مبلغ ضمانت‌نامه بر اساس روند تدریجی اجرای قرارداد، در ماده ۸ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه نیز پیش‌بینی شده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«ضمانت‌نامه می‌تواند در مورد کاهش مبلغ یا مبالغ معین یا قابل تعیین در تاریخ معین یا با ارائه اسنادی به ضامن که برای این منظور در ضمانت‌نامه معین شده‌اند، مقرراتی را در بر داشته باشد.»

شرط کاهش حداکثر مبلغ در ضمانت‌نامه‌های بازپرداخت یا پیش‌پرداخت نیز متداول است و معمولاً کاهش مبلغ یا بر اساس ارائه اسنادی نظیر اسناد حمل کالا از سوی اصیل و یا گواهی شخص ثالث (مهندس ناظر) مبنی بر پیشرفت کار، صورت می‌گیرد.

ذکر این نکته ضروری است که اگر مبلغ ضمانت‌نامه در نتیجه شرط کاهش به صفر برسد، نباید به مفهوم بی‌اعتباری ضمانت‌نامه تلقی شود، چراکه مبلغ ضمانت‌نامه و موضوع اعتبار آن دو امر جداگانه هستند، با وجود این، مفاد ضمانت‌نامه می‌تواند این دو امر را به هم متصل کند، برای مثال، در ضمانت‌نامه ممکن است پیش‌بینی شود که در صورت رسیدن مبلغ آن به عدد صفر، به‌طور خودکار بی‌اعتبار تلقی می‌شود. (۲۳)

گاهی در ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی مربوط به قراردادهای ساختمانی شرط افزایش حداکثر مبلغ گنجانده می‌شود. بدین ترتیب که مبلغ ضمانت‌نامه به تناسب پرداخت‌هایی که ذینفع در اجرای قرارداد پایه در هر مرحله انجام می‌دهد، افزایش می‌یابد. (۲۴)

مبلغ ضمانت‌نامه بانکی معمولاً با ارز مورد استفاده در قرارداد پایه معین می‌شود، لیکن در

قراردادهای ساختمانی ذینفع غالباً خواستار ضمانت‌نامه با ارزش محلی است. (۲۵)

۲-۲-۲- مفاد مربوط به روش مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه

در همه ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی، عباراتی راجع به نحوه مطالبه وجه و اسناد لازم برای این کار وجود دارد. این بخش به تعبیری قسمت عمده یا قلب ضمانت‌نامه بانکی را تشکیل می‌دهد و کیفیت آن نشان‌دهنده قوت و ضعف موضع طرفین قرارداد پایه است. برای مثال، اگر ضمانت‌نامه با صرف درخواست ذینفع قابل پرداخت باشد، سبب تقویت موضع وی در قرارداد پایه می‌شود چراکه وی می‌تواند با تهدید به مطالبه وجه ضمانت‌نامه، اصیل را به اجابت خواسته‌هایش در قرارداد مذکور وادار سازد. در مقابل اگر شیوه پرداخت وجه ضمانت‌نامه مستلزم ارائه رأی دادگاه یا داور باشد، نشان‌دهنده موضع قوی‌تر اصیل در قرارداد پایه است.

۲-۳- مفاد مربوط به مدت اعتبار ضمانت‌نامه

راجع به شروع و خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه، ممکن است پیش‌بینی‌های متعدد و گاه متفاوتی در ضمانت‌نامه به عمل آید که به شرح زیر بررسی می‌شوند:

۲-۳-۱- شروط مقدم (پیش‌شرط‌ها)

بنا به دلایلی ممکن است ضمانت‌نامه قبل از انعقاد نهایی یا الزام‌آور شدن قرارداد پایه، گشایش شود. برای مثال، ممکن است قرارداد منعقد شده، اما از جهت لزوم، به تحقق شروط خاصی نظیر اخذ مجوز از مقامات ذیصلاح، گشایش اعتبار اسنادی یا حتی گشایش ضمانت‌نامه بانکی موکول شده باشد. (۲۶) علاوه بر موارد مذکور، گاهی فروشنده به منظور اثبات حسن‌نیت به امید اینکه تأثیر مثبتی بر روند مذاکرات بگذارد، پیشاپیش ضمانت‌نامه‌ای را به خریدار تسلیم می‌کند. در این قبیل موارد معمولاً برای حفظ منافع اصیل یا فروشنده، در متن تعهد بانکی تصریح می‌شود که این ضمانت‌نامه قبل از انعقاد نهایی یا لازم‌الاجرا شدن قرارداد پایه به حالت فعال (Operative) در نمی‌آید.

لازم به ذکر است که بانک‌های گشایشگر غالباً به لحاظ دشواری‌های ناشی از احراز این پیش‌شرط‌ها، از پذیرش آنها سرباز می‌زنند. برای حل این مشکل در متن ضمانت‌نامه پیش‌بینی می‌شود که احراز تحقق شروط مذکور از طریق اسناد معینی صورت می‌گیرد که ذینفع ضمانت‌نامه باید ارائه نماید. فعال شدن ضمانت‌نامه‌های بازپرداخت یا پیش‌پرداخت، می‌تواند مشروط به واریز واقعی پیش‌پرداخت به حساب ضمانت‌خواه شود.

۲-۳-۲- تاریخ شروع و خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه

در اکثر قریب به اتفاق ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی، دوره اعتبار ضمانت‌نامه در متن آن پیش‌بینی می‌شود که در واقع مدت قرارداد یا تعهد را مشخص می‌کند. این دوره برای همه اشخاص دخیل در ضمانت‌نامه از اهمیت برخوردار است. دوره مذکور برای بانک، دوره برقراری مسئولیت در مقابل ذینفع، برای اصیل، مدت زمان مواجه بودن با خطرات مالی و پرداخت کارمزد به بانک و برای ذینفع دوره امکان استفاده از مزایای ضمانت‌نامه محسوب می‌شود. تاریخ شروع اعتبار ضمانت‌نامه بانکی غالباً روزگشایش آن است مگر اینکه توافق صریحی دال بر فعال شدن ضمانت‌نامه در تاریخی متفاوت، در خود سند منعکس شده باشد. (۲۷)

تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه نیز در متن سند منعکس می‌شود. اهمیت تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه به حدی است که علاوه بر نوشته‌های حقوقی، بخش عمده‌ای از مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه‌ها را به خود اختصاص داده است. در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (URDG) علاوه بر بند F ماده ۳ که ذکر تاریخ انقضاء ضمانت‌نامه را در متن آن ضروری می‌داند، بخش E آن شامل مواد ۲۶-۲۲ به ذکر مقررات مربوط به تاریخ سپری شدن اعتبار ضمانت‌نامه اختصاص یافته است. علاوه بر آن، کنوانسیون سازمان ملل متحد برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های انتظاری (کنوانسیون آنسیترال)^۱ نیز در ماده ۱۲

1- United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, 1995 (Uncitral Convention).

مقررات مفصلی در این خصوص وضع کرده است.

تعیین تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت به یکی از سه روش زیر صورت می‌گیرد:

اول - روز تقویمی خاص یا مدت معین بعد از صدور. در این حالت، معمولاً در متن سند قید می‌گردد که این ضمانت‌نامه تا پایان وقت اداری روز معین (مثلاً ۱۲/۹/۲۰۰۰) اعتبار دارد. همچنین ممکن است در متن سند تصریح شود که ظرف مدت معینی از تاریخ صدور (مثلاً ۳ ماه) دارای اعتبار است. بدیهی است پس از سپری شدن تاریخ مذکور، ضمانت‌نامه بی اعتبار می‌شود و ذینفع حق مطالبه آن را نخواهد داشت. (۲۸)

دوم - ممکن است خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه، به وقوع حادثه یا تحقق شرطی در رابطه با قرارداد پایه موکول شود. مثلاً در متن سند ذکر شود که این ضمانت‌نامه شش ماه پس از تکمیل پروژه موضوع قرارداد پایه و یا مدت معینی پس از شروع دوره تحویل موقت یا پس از ارائه گواهی قبول پروژه از ناحیه ذینفع از اعتبار خواهد افتاد. (۲۹)

سوم - ممکن است نحوه خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه، ترکیبی از دو حالت فوق باشد. مثلاً در متن سند ذکر شود که «این ضمانت‌نامه شش ماه پس از اتمام پروژه موضوع قرارداد پایه یا در تاریخ ۱۷/۱۱/۲۰۰۰، هرکدام زودتر اتفاق افتد، از اعتبار خواهد افتاد» ماده ۲۲ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی (URDG) نیز این حالت را پذیرفته است.

علاوه بر روش‌های اصلی فوق، در موارد استثنایی، شیوه‌های دیگری نیز برای تعیین تاریخ انقضاء اعتبار ضمانت‌نامه پیش‌بینی می‌شود. مثلاً ممکن است به جای تعیین تاریخ خاتمه اعتبار، تصریح شود که درخواست مطالبه وجه ضمانت‌نامه تا روز معین باید به بانک ارائه شود و یا اینکه دو تاریخ جداگانه یکی به عنوان تاریخ انقضاء اعتبار و دیگری آخرین تاریخ ممکن برای مطالبه، در متن ضمانت‌نامه ذکر شود. در صورت اخیر در هر حال، تاریخ مقرر برای مطالبه منشأ اثر می‌باشد. (۳۰)

به هر حال، ذینفع هنگام تعیین تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه، تلاش می‌کند این تاریخ به نحوی پیش‌بینی شود که دوره تحویل موقت به طور کامل تحت پوشش قرار گیرد و حتی الامکان برای مدتی بعد از دوره موقت نیز معتبر باشد. چرا که اگر تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه،

آخرین روز دوره تحویل موقت و یا روز تحویل آخرین محموله کالا تعیین شود، ذینفع عملاً نمی‌تواند در همان روز در مورد سلامت یا نقص پروژه یا کالا تصمیم بگیرد.

ذکر این نکته نیز ضروری است که محاکم برخی کشورها نظیر سوریه و لیبی بر اساس دستورالعمل‌های دولتی، تاریخ انقضاء اعتبار ضمانت‌نامه را در فرض حدوث اختلاف به رسمیت نمی‌شناسند و تا زمان اعاده سند توسط ذینفع یا اعلام قبولی پروژه، آن را معتبر می‌دانند. اما حتی در همین کشورها نیز تاریخ انقضاء در متن ضمانت‌نامه مشخص می‌شود. بانک‌های گشایشگر ضمانت‌نامه به نفع اشخاص متبوع کشورهای یاد شده، پس از تاریخ انقضاء نیز مادام که سند اعاده نشده باشد کارمزد و هزینه صدور ضمانت‌نامه را از اصیل اخذ می‌کنند. (۳۱)

با خاتمه مدت اعتبار ضمانت‌نامه، تعهد ضامن (بانک گشایشگر) نیز خاتمه می‌یابد و لو آنکه قرارداد پایه یا تعهد مورد تضمین، هنوز به حالت اجرا درنیامده باشد. این اصل هم در کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا و هم در کشورهای تابع نظام حقوقی رومی-ژرمنی کاملاً پذیرفته شده است و رویه بانکداری بین‌المللی نیز که بر رعایت دقیق محدودیت‌های زمانی و تاریخ سررسید تعهدات مالی تأکید دارد، اصل یاد شده را تصدیق می‌کند. (۳۲)

۲-۳- مفاد مربوط به تمدید اعتبار ضمانت‌نامه بانکی^۱

در صحنه بازرگانی بین‌المللی، گاهی تعیین تاریخ دقیق برای بازگشایی پیشنهادات ارائه شده در مناقصه یا تعیین تاریخ خاتمه اجرای قرارداد، ممکن نیست. در این وضعیت معمولاً ذینفع انتظار دارد که ضمانت‌نامه از مدت اعتبار طولانی برخوردار باشد تا در هر حال دوره اجرای قرارداد را پوشش دهد. از طرفی اصیل به لحاظ گریز از هزینه‌های بانکی و نیز خطرات مربوط به دوره اعتبار ضمانت‌نامه، خواهان مدت اعتبار کوتاه‌تری است. برای توازن بین این دو خواسته، معمولاً ضمانت‌نامه‌ای با تاریخ انقضاء معین گشایش می‌گردد، لیکن در اجرای خواسته ذینفع،

شرطی در متن سند گنجانده می‌شود که در فرض عدم کفایت تاریخ مقرر، امکان تمدید تاریخ انقضاء را به وی می‌دهد. مزیت این شیوه نسبت به گشایش ضمانت‌نامه بدون تاریخ خاتمه، آن است که اولاً ذینفع مجبور است قبل از خاتمه تاریخ مقرر، موضع خود را در قبال قرارداد پایه روشن سازد و لذا اصیل کمتر با بلا تکلیفی مواجه می‌شود. ثانیاً به هر دلیل که ذینفع در مهلت مقرر تقاضای تمدید نکند، ضمانت‌نامه به طور خودکار از اعتبار ساقط می‌شود. (۳۳)

علاوه بر مطالب فوق ذکر این نکته نیز ضروری است که ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست حتی بدون وجود چنین شرطی هم معمولاً با فشار ذینفع قابل تمدید هستند؛ بدین ترتیب که به لحاظ مکانیسم ساده مطالبه وجه ضمانت‌نامه، ذینفع می‌تواند قبل از خاتمه اعتبار آن از بانک تقاضا کند که یا دوره اعتبار را تمدید نماید و یا وجه را به وی بپردازد. این گونه درخواست‌ها در عرف بانکداری بین‌المللی به روش «تمدید یا پرداخت»^۱ مشهور شده‌اند و معمولاً بانک و ضمانت‌خواه در مقابل آن ناگزیر به تمدید دوره اعتبار ضمانت‌نامه هستند. (۳۴)

محاکم برخی کشورهای اروپایی نظیر آلمان، این نحوه درخواست را سوءاستفاده از ضمانت‌نامه تلقی کرده‌اند. (۳۵) به نظر می‌رسد برخورد یکسان با همه درخواست‌های «تمدید یا پرداخت» با توجه به وضعیت متفاوت هر قرارداد در روابط بین‌المللی، قابل قبول نیست. در برخی موارد این‌گونه درخواست‌ها حتی از سوی اصیل و بانک نیز مورد استقبال قرار می‌گیرد زیرا به آنها فرصت بیشتری می‌دهد تا اختلافات خود با ذینفع را از طریق دوستانه و بدون تحمل هزینه‌ها و خطرات ناشی از طرح دعوی حل و فصل نمایند.

۲-۳-۲. اعاده ضمانت‌نامه

بیشتر ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی شرطی را دربر دارند که ذینفع را مکلف می‌سازد، پس از سپری شدن اعتبار ضمانت‌نامه، اسناد مربوطه را به بانک گشایشگر اعاده نماید. چنانکه پیشتر نیز گفته شد، محاکم برخی کشورها حتی با وجود انقضاء اعتبار ضمانت‌نامه، صرفاً در

صورتی تعهدات ناشی از آن را خاتمه یافته تلقی می‌کنند که اصل سند ضمانت‌نامه به بانک گشایشگر اعاده شده و یا ذینفع کتباً پایان آن را اعلام نماید. شرط اعاده ضمانت‌نامه و اصلاحیه‌های آن در چنین مواردی حائز اهمیت است. این شرط معمولاً با تأکید بر کان لم یکن بودن ضمانت‌نامه حتی در صورت عدم اعاده اسناد نیز همراه است. ماده ۲۴ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی در این زمینه تصریح می‌کند:

«هنگامی که اعتبار ضمانت‌نامه بر اثر پرداخت، سررسید، الغاء و یا به گونه دیگر پایان پذیرفته باشد، نگهداری ضمانت‌نامه و یا هر یک از اصلاحیه‌های آن، هیچ‌گونه حقی بر اساس ضمانت‌نامه‌ای برای ذینفع حفظ نمی‌نماید.»

بند ۲ ماده ۱۱ کنوانسیون آنسیترال نیز بر همین امر تأکید دارد.

۲-۳-۵. ضمانت‌نامه‌های فاقد تاریخ مشخص انقضاء اعتبار

درصد بسیار اندکی از ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی، فاقد تاریخ معین برای انقضاء اعتبار هستند. این موارد را می‌توان بشرح زیر برشمرد:

۱- ضمانت‌نامه‌هایی که مطالبه و پرداخت وجه آنها صرفاً براساس رأی دادگاه یا داور صورت می‌گیرد، اغلب فاقد تاریخ مشخصی برای خاتمه اعتبار هستند. علت موافقت بانک و اصیل با گشایش چنین ضمانت‌نامه‌هایی، خطر اندک سوءاستفاده از آنهاست؛ ضمن آنکه عملاً با توجه به نامشخص بودن مدت دادرسی، امکان درج تاریخ انقضاء وجود ندارد. البته گاه در متن ضمانت‌نامه قید می‌شود که مطالبه باید تا تاریخی معین به عمل آید لیکن پرداخت پس از ارائه رأی دادگاه یا داور انجام خواهد شد. روشن است که در این حالت اگر ذینفع در تاریخ مقرر وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نکرده باشد، بانک از مسئولیت بری خواهد شد. (۳۶)

۲- ضمانت‌نامه‌های پرداخت که به نفع مراجع مالیاتی یا بانک‌های اعتباردهنده گشایش می‌شوند بعضاً فاقد تاریخ انقضاء اعتبار هستند. این ضمانت‌نامه‌ها صرفاً وقتی از اعتبار ساقط می‌شوند که اسناد آن اعاده شده و یا ذینفع به‌طور کتبی، آزاد شدن ضمانت‌نامه را اعلام نماید. در رویه بازرگانی بین‌المللی، بانک‌ها و صادرکنندگان کالا و خدمات از گشایش

ضمانت‌نامه‌های بدون تاریخ انقضاء که قابل مطالبه به صرف درخواست یا قابل پرداخت براساس گواهی شخص ثالث باشند، خودداری می‌نمایند.

۲-۴- سایر مفاد ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی

ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی علاوه بر مفاد پیش گفته ممکن است شروط و مواد دیگری را نیز در برداشته باشد که اهم آنها ذیلاً ذکر می‌گردد:

۲-۴-۱- پیش‌بینی قوه قاهره

هنگام مذاکره در مورد متن ضمانت‌نامه، ممکن است «ضمانت‌خواه» تلاش کند که ماده‌ای راجع به حالات قوه قاهره در آن بگنجاند تا در فرض رخداد آن حالات در رابطه با قرارداد پایه، حقوق ذینفع را معلق یا منتفی نماید. این تلاش در بیشتر مذاکرات به دلیل مخالفت بانک و ذینفع به نتیجه نمی‌رسد. علت مخالفت ذینفع با درج چنین شرطی روشن است. اما بانک‌ها با این استدلال از قبول پیشنهاد مذکور خودداری می‌نمایند که احراز وقوع قوه قاهره و زمان آن، خارج از توانایی آنها است و در نتیجه، چنین شرطی تعهداتشان در مقابل ذینفع را با ابهام روبه‌رو می‌سازد. (۳۷) به عبارت دیگر، این قبیل شروط از نظر بانک، «ماهیت اسنادی»^۱ ندارند و سبب درگیر شدن آن در روابط پایه می‌شوند. (۳۸) علاوه بر اینکه احراز وقوع حادثه خاص در مورد قرارداد پایه مشکل است، مسأله مهم‌تر از دیدگاه بانک آن است که آیا حادثه مذکور، عدم اجرای قرارداد پایه را توجیه می‌نماید یا نه؟

برای جلب موافقت بانک، گاهی طرفین قرارداد این شرط را به یک «شرط اسنادی» تبدیل می‌کنند، به این ترتیب که در رابطه با قوه قاهره، پیش‌بینی می‌شود که حسب مورد اصیل یا ذینفع، گواهی شخص یا مرجع ثالث را دال بر وقوع یا عدم وقوع حادثه به بانک ارائه نمایند، هر چند که قید ارائه گواهی شخص ثالث نظیر مهندس ناظر یا شاهد، دال بر وقوع قوه قاهره نیز

صرفاً مشکلات بانک را در این زمینه حسب مورد به ذینفع یا اصیل منتقل می‌نماید. علاوه بر این، حتی اگر ذینفع و بانک، اصل پیشنهاد اصیل را قبول کنند، درج آن در ضمانت‌نامه با عباراتی که هم بانک و هم ذینفع را راضی کند، کار بسیار دشواری است. به هر حال در صورت پذیرش پیشنهاد اصیل، با توجه به تفاوت نظام‌های حقوقی در مفهوم و مصادیق قوه قاهره، لازم است موارد دقیق آن در متن ضمانت‌نامه تصریح شود و یا اینکه مصادیق قوه قاهره با ارجاع به ماده‌ی مربوطه در قرارداد پایه تعیین گردد.

لازم به ذکر است برخی نویسندگان خارجی درج این شرط در قرارداد پایه را مؤثر در مقام دانسته‌اند. به این ترتیب که در قرارداد مذکور گنجانده شود در فرض وقوع قوه قاهره ذینفع حق مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه را نخواهد داشت. (۳۹) بدیهی است با توجه به استقلال ضمانت‌نامه بانکی، این شرط فقط در روابط ذینفع و اصیل منشأ اثر است و تأثیری در خود ضمانت‌نامه و از جمله حقوق و تعهدات بانک نخواهد داشت. لیکن چنانچه اصیل بخواهد در فرض مطالبه‌ی ذینفع، قرار منع پرداخت بر مبنای ادعای تقلب از مراجع مربوطه (محاکم دادگستری یا داور) به دست آورد، چنین شرطی برای وی مفید خواهد بود.

۲-۴-۲- پیش‌بینی عدم تأثیر اصلاحات قرارداد پایه بر ضمانت‌نامه

معمولاً بانک‌ها در متن ضمانت‌نامه‌هایی که در جریان بازرگانی بین‌المللی صادر می‌کنند، شرطی را می‌گنجانند مبنی بر اینکه اصلاحات و تغییرات قرارداد پایه بین اصیل و ذینفع، تأثیری بر حقوق و تعهدات بانک طبق ضمانت‌نامه صادره نخواهد داشت. با توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه، درج چنین عبارتی واقعاً ضرورت ندارد و در صورت عدم ذکر آن هم طبق قواعد حقوقی حاکم بر ضمانت‌نامه‌ها، چنین اصلاحات و تغییراتی مادام که متن ضمانت‌نامه نیز در این راستا با توافق بانک تغییر نیافته، تأثیری بر روابط ناشی از ضمانت‌نامه نخواهد گذاشت.

استثناء وارده بر این اصل در حقوق اروپا، زمانی است که قرارداد پایه چنان از اساس تغییر یابد که منجر به افزایش قابل توجه در خطر اعتباری بانک گشایشگر شود. (۴۰) لازم به ذکر است

که این استثناء صرفاً در نوشته‌های حقوقی اروپا آمده و مصداقی برای آن ذکر نشده است.

۲-۴-۳- مفاد مربوط به واگذاری ضمانت‌نامه^۱

بر اساس رویه غالب در عرف تجاری بین‌المللی (۴۱) حقوق ناشی از ضمانت‌نامه قابل واگذاری است اما ذینفع نمی‌تواند خود ضمانت‌نامه را به شخص دیگری منتقل نماید مگر اینکه صراحتاً در ضمانت‌نامه چنین حقی پیش‌بینی شده باشد. لذا گاهی در ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی شرطی گنجانده می‌شود که ذینفع را قادر به واگذاری سند می‌کند. این شرط ضمانت‌نامه را به یک سند قابل انتقال یا ظهنویسی تبدیل می‌کند و خطر سوءاستفاده از ضمانت‌نامه و مطالبه متقلبانه آن بدون توجه به قرارداد پایه را از سوی منتقل‌الیه افزایش می‌دهد.

۲-۴-۴- انتخاب دادگاه صالح و قانون حاکم

غالب بانک‌هایی که در عرصه بازرگانی بین‌المللی اقدام به گشایش ضمانت‌نامه بانکی به نفع اشخاص خارجی می‌کند، به‌طور خودکار شرطی دال بر صلاحیت انحصاری محاکم کشور متبوع بانک و حاکمیت قوانین داخلی کشور مذکور را در متن سند درج می‌نمایند. در مقابل، ذینفع نیز معمولاً در جریان مذاکرات مربوط به قرارداد پایه، برگشایش ضمانت‌نامه به شکل غیرمستقیم و به وسیله یک بانک مقیم کشور متبوع وی اصرار می‌ورزد. در این ضمانت‌نامه‌های غیرمستقیم نیز که به وسیله بانک کشور متبوع ذینفع صادر می‌شوند، اغلب شرط مشابهی وجود دارد، در حالی که با توجه به اقامت هر دو طرف ضمانت‌نامه یعنی ذینفع و بانک در قلمرو یک کشور (حسب رویه غالب)، نیازی به ذکر این شرط وجود ندارد. ضمانت‌نامه‌هایی که خلاف رویه فوق، محاکم و قانون کشوری غیر از کشور متبوع بانک را به عنوان دادگاه صالح و قانون حاکم برگزیده باشند، در روابط بازرگانی بین‌المللی بسیار نادر هستند.

یادداشت‌ها و زیرنویس‌ها:

- ۱- برای مطالعه در مورد اصل آزادی قراردادهای رجوع کنید به: محمدجعفر لنگرودی: حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۱۲۱ به بعد - ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، ص ۱۴۴ به بعد.
- ۲- برای ملاحظه نقش اصل آزادی قراردادهای یا حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌المللی رجوع شود به: مرتضی نصیری، حقوق چندملیتی، چاپ اول، تهران، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰، ص ۶۳ به بعد.
- 3- ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publications no. 458, 192. (URDG).
- 4- Affaki, B.G.; "Demand Guarantees in the Arab Middle East", *Journal of International Business Law*, No. 7. 1997., p. 274.
- ۵- ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ بیست و یکم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۵، ص ۱۶۵.
- ۶- ماده ۱ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی صراحتاً به این مطلب اشاره کرده است.
- ۷- این خواسته بانک‌ها در دیباچه مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، انعکاس یافته است.
- ۸- ماده ۳ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد: «هرگونه تقاضا برای گشایش ضمانت‌نامه و اصلاحیه آن و نیز خود ضمانت‌نامه‌ها و اصلاحیه‌های آن باید روشن و دقیق باشد و از پرداخت تفصیلی به جزئیات (در آنها) اجتناب شود. در عین حال هر ضمانت‌نامه باید مشخصات زیر را معین کند: الف - اصل (ضمانت‌خواه)، ب - ذینفع، ج - ضامن، د - قرارداد پایه‌ای که مستلزم گشایش ضمانت‌نامه است، ه - حداکثر مبلغ قابل پرداخت و نوع ارزی که پرداخت باید به آن صورت گیرد، و- تاریخ انقضاء / یا حالت انقضاء ضمانت‌نامه، ح - هرگونه شرط مربوط به کاهش مبلغ ضمانت‌نامه».
- ۹- کشورهای عربستان سعودی، سوریه و لیبی و برخی دیگر از کشورهای عربی از جمله کشورهایی هستند که در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی مقررات آمره وضع کرده‌اند. رجوع کنید به:
- Affaki, B.G.; *Op.Cit.*, pp. 273-276.
- در کشور عربستان سعودی، راهکار الزامی و متفاوتی در این راستا به کار رفته است. به دستور آژانس پولی عربستان سعودی (SAMA) ضمانت‌نامه‌هایی که به نفع اتباع این کشور گشایش می‌شود، الزاماً بایستی از طریق یک بانک ابلاغ‌کننده محلی به ذینفع ارائه شود. بانک ابلاغ‌کننده موظف است از انطباق ضمانت‌نامه با مفاد و شرایط معینه توسط آژانس پولی این کشور اطمینان حاصل نماید. ر.ک. به:

- Bertrams, R.I.V.F; *Bank Guarantees in International Trade*, 2nd ed., The Netherlands. Kluwer, 1996, p. 14.
- 10 - URDG, Art. 3(d).
- 11 - Moumouni, Charles; le regime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire "Lpremiere demande", www.droit.umontreal.ca/pub/themis/97 vol 131 n3/ Moumouni.html, 1998, p. 14.
- ۱۲- بندهای B و C ماده ۲ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی با توجه به بند D ماده ۳، مؤید چنین معنایی است. در مورد اعتبارنامه‌ی انتظاری نیز ماده ۳ عرف و روبه یکنواخت اتاق بازرگانی برای اعتبارنامه‌های اسنادی (UCP 500) صراحتاً اعلام نموده است که اعتبارنامه علی‌رغم ارجاع به قرارداد پایه، مستقل از آن تلقی می‌شود.
- Dobson, Paul; *Charlesworth's Business Law*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1997, p. 455.
- ۱۳- در این زمینه به کتاب‌های حقوق قراردادها در حقوق انگلیس و آمریکا مراجعه شود. برای مثال:
- Chitty, Joseph; *Chitty on Contracts*, 26th ed., London, Sweet & Maxwell, 1990-Atiyah, Patrick S.; *Consideration in Contracts, A Fundamental Restatement*. Canberra, 1971.
- 14 - Kozolchyk, B.; *Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law*, IX, ch.5, pp. 135-143.
- 15 - URDG, Art 3(B).
- ۱۶- نهادی مشابه دفاتر اسناد رسمی که در برخی کشورهای غربی کار ثبت و ضبط معاملات و اسناد را به عهده دارد.
- 17 - Bertrams, R.I.V.F.; *Op.Cit.*, p. 80.
- 18 - URDG, Art. 3 (A).
- ۱۹- این اصل، خاص ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی نیست و در ضمان عقدی نیز جاری است. ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ص ۳۲۹.
- 20 - Horn. Norbert; "Securing International Commercial Transaction; Standby Letters of Credit, Bonds, Guarantees and Similar Sureties, *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Vol.2,

- Edited by Horn and Schmittnhof, The Netherlands, Kluwer, 1982, p. 287.
- 21 - Horn, Norbert and Wymeersch, E.; *Bank Guarantees Standby Letters of Credit and performance Bonds in International Trade*, 1st Edition, The Netherlands, Kluwer, 1990, pp. 5-6.
- 22 - *Ibid.*
- ۲۳- محاکم قضایی بلژیک این امر را پذیرفته اند ر.ک.:
- *Revue de Droit Commercial Belge*, Brussels, ed, 1993, p. 1052.
- 24 - Bertrams, R.I.V.F.; *Op.Cit.*, p. 89.
- 25 - Horn, Securing International Transactions, *Op.Cit.*, p. 287.
- ۲۶- در ایران، قراردادهای بزرگ دستگاه های دولتی معمولاً منوط به تصویب شورای اقتصاد می شوند.
- ۲۷- بند ۳ ماده ۷ کنوانسیون آنسیترال و ماده ۶ مقررات اتاق بازرگانی بین المللی (URDG) نیز همین تاریخ را اعلام کرده اند. همچنین رجوع کنید به:
- Pierce, Anthony; *Demand Guarantees in International Trade*, 1st ed., (London, Sweet & Maxwell, 1993), pp. 41-42.
- 28 - Bertrams, R.I.V.F.; *Op.Cit.*, p. 83.
- 29 - URDG, Art. 22 and UNCITRAL Convention, Art. 12.
- 30 - Bertrams, R.I.V.F., *Op.Cit.*, p. 83.
- 31 - Affaki, B.G.; *Op.Cit.*, pp. 274-275.
- 32 - Horn, Norbert and Wymeersch, E.; *Op.Cit.*, p. 6.
- 33 - Bertrams, R.I.V.F.; *Op.Cit.*, p. 84.
- 34 - Beckers, L.; "Bank Policies on Guarantee Calls", *International Financial Law Review*, Oct. 1982, p. 32.
- 35 - Horn, Securing International Commercial Transactions, *Op.Cit.*, p. 6.
- 36 - Bannier, F.W.; *Bank Guarantees and Documentary Credit*, in Hague-Zagreb Essays, vol. 6, Dordrecht, 1987, pp. 65-90.
- 37 - Mac Donald, G.P.: "Construction Guarantees in Saudi Arabia", *International Financial Law Review* (July 1982), p. 25.

۳۸- مقررات بکنواخت افاق بازرگانی بین‌المللی (URDG) و کنوانسیون آنسینترال نیز اندراج شروط غیراسنادی را ممنوع کرده‌اند.

39 - Kronfol, Z.A.; "Legal Theory and Practice of Guarantee Bonds in Arabian {Persian} Gulf", *International Construction Law Review*, (1984), p. 235.

40 - Bertrams, R.I.V.F; *Op.Cit.*, p. 90.

41- URDG, Art. 4 and UNCITRAL Convention, Art 9-10.

منابع لاتین:

- 1 - Affaki, B.G.; "Demand Guarantees in the Arab Middle East", *Journal of International Business Law*, No. 7. 1997.
- 2 - Atiyah, Patrick S.; *Consideration in Contracts, A Fundamental Restatement*. (Canbera, 1971).
- 3 - Bannier, F.W.; *Bank Guarantees and Documentary Credit*, in Hague-Zagreb Essays, vol. 6, Dordrecht, 1987.
- 4 - Beckers, L.; "Bank Policies on Guarantee Calls", *International Financial Law Review*, Oct. 1982.
- 5- Bertrams, R.I.V.F; *Bank Guarantees in International Trade*, 2nd ed., The Netherlands. Kluwer, 1996.
- 6 - Chitty, Joseph; *Chitty on Contracts*, 26th ed., London, Sweet & Maxwell, 1990.
- 7 - Dobson, Paul; *Charlesworth's Business Law*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1997.
- 8 - Horn. Norbert; *Securing International Commercial Transaction; Standby Letters of Credit, Bonds, Guarantees and Similar Sureties*, *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Vol.2, Edited by Horn and Schmittnhof, The Netherlands, Kluwer, 1982.
- 9 - Horn, Norbert, and E. Wymeersch, *Bank Guarantees Standby Letters of*

- Credit and performance Bonds in International Trade*, 1st Edition, The Netherlands, kluwer, 1990.
- 10 - *ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, ICC Publications no. 458, 192. (URDG).
- 11 - Kozolchyk, B.; *Letters of Credit, International Encyclopedia of Comparative Law*, IX, ch.5.
- 12 - Kronfol, ZA.; "Legal Theory and Practice of Guarantee Bonds in Arabian {Persian} Gulf", *International Construction Law Review*, (1984).
- 13 - Moumouni, Charles; le regime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bar.caire "Lpremiere demende", *www.droit.umontreal.ca/pub/themis/97 vol 131 n3/ Moumouni.html*, 1998.
- 14 - Pierce, Anthony; *Demand Guarantees in International Trade*, 1st ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.
- 15 - *Revue de Droit Commercial Belge*, Brussels, ed, 1993.

