

مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی

محمد سلطانی*

(تاریخ دریافت: ۹۲/۱۰/۷ - تاریخ پذیرش: ۹۳/۳/۲۵)

چکیده

ضمانت نامه مستقل بانکی از چند دهه پیش در تجارت بین الملل مورد استفاده قرار گرفت و هم اکنون در روابط داخلی نیز به طور گسترده ای جریان دارد. ضمانت نامه بانکی برخلاف اعتبار اسنادی، ماهیتی تضمینی دارد و لذا در اغلب اوقات بی آنکه مطالبه ای صورت گیرد عمر سند منقضی می شود. اما از زمانی که ذی نفع تصمیم به دریافت وجه سند می گیرد، آثار ضمانت نامه به شکل قابل توجه تری بروز پیدا می کند. زمانی که یک ضمانت نامه بانکی مطالبه می شود، بانک باید در صورت صحیح بودن مطالبه، نسبت به پرداخت وجه سند اقدام کند. شناخت قواعد یک مطالبه صحیح به بانک کمک می کند تا در صورت عدم رعایت شرایط مقرر، از پرداخت وجه امتناع کند که این که به ذی نفع اجازه می دهد تا با تقاضای صحیح پرداخت وجه ضمانت نامه، از حقوق خود محافظت نماید. این نوشتار، جزئیات مطالبه قانونی را با تأکید بر نحوه و مهلت مطالبه در پرتو حقوق ایران و فرانسه با نگاهی به قواعد متحدالشکل بین المللی در این خصوص مورد مطالعه قرار می دهد.

کلیدواژگان: ضمانت نامه بانکی، اصل استقلال، مطالبه، مدت ضمانت نامه

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

m_soltani469@yahoo.fr

مقدمه

ضمانت‌نامه بانکی برخلاف ضمانت تبعی از ویژگی مهم «استقلال» و در نتیجه «عدم قابلیت استناد به ایرادات» توسط ضامن یا ضمانت‌خواه در مقابل ذی‌نفع برخوردار است. با توجه به اصل استقلال، بانک ضامن به رابطه پایه طرفین - ضمانت‌خواه و ذی‌نفع - ورود نمی‌کند و فقط همچون اعتبارات اسنادی به رعایت شرایط شکلی مطالبه و نیز مطابقت اسناد - در صورت وجود - اکتفا می‌کند. عموم اختلافات ضمانت‌نامه‌های مستقل با مطالبه وجه آن آغاز می‌شود و در واقع مطالبه ضمانت‌نامه، نقطه آغازین آثار اصلی سند است. بانک ضامن نمی‌تواند ضمانت‌نامه را پردازد مگر آنکه مطالبه وجه به‌نحو قانونی و به‌موقع صورت پذیرفته باشد. اگر مطالبه به‌درستی صورت گرفته باشد، بانک حق پرداخت ضمانت‌نامه و متعاقباً رجوع به ضمانت‌خواه را دارد و الا حق رجوع خود به شخص اخیر را از دست می‌دهد. این امر برای ذی‌نفع نیز اهمیت دارد تا با رعایت قواعد مطالبه صحیح، حق خود مبنی بر دریافت وجه سند را از دست ندهد. بدین لحاظ مطالعه نحوه مطالبه وجه ضمانت‌نامه و شرایط حاکم بر آن اهمیت اساسی دارد. در این راستا فصل اول به نحوه مطالبه ضمانت‌نامه از لحاظ قواعد حاکم بر شکل ارائه اختصاص می‌یابد و در ادامه در فصل دوم، مهلت زمانی مطالبه به‌عنوان یکی دیگر از مسائل اساسی مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱. نحوه مطالبه ضمانت‌نامه

مطالبه باید به‌نحو روشن و به‌گونه‌ای صورت گیرد که قصد منجز ذی‌نفع در تمایل به دریافت وجه را نشان دهد (قسمت ۱-۱). این مطالبه باید مطابق قرارداد و به‌وسیله مناسب به بانک ضامن ابلاغ شود تا منشأ اثر باشد (قسمت ۱-۲). همچنین لازم است مطالبه به شخص صادرکننده ضمانت‌نامه و در محل صدور سند یا محلی که بین طرفین معین شده ارسال شود (قسمت ۱-۳).

۱-۱. لزوم مطالبه منجز و مفهوم آن

الف. لزوم مطالبه

پرداخت ضمانت‌نامه نیاز به مطالبه دارد و بانک نمی‌تواند بدون این درخواست، وجه آن را پردازد.^۱ مطالبه وجه ضمانت‌نامه به‌طور ضمنی بدین معناست که شرایط مقرر در تعهد پایه رعایت نشده است^۲ و اصولاً ضرورتی به بیان علت مطالبه جز در صورت قید موضوع در سند ضمانت‌نامه

1. PRÜM, Les garanties à première demande, Litec, 1994, n° 327
2. STOUFFLET, J.-Cl. Banque, Crédit et Bourse, Fasc. 610, 2002, n° 53

وجود ندارد. ضمانت‌نامه پیش از آنکه وسیله پرداخت باشد وسیله تضمین است و بدین جهت، شرطی که پرداخت خودکار ضمانت‌نامه در سررسید را پیش‌بینی می‌نماید باید شرط خلاف مقتضای ذات عقد و باطل و مبطل تلقی شود. البته این بطلان به مفهوم فقدان هرگونه اثر حقوقی نیست. در اینجا سند مزبور، ضمانت‌نامه به مفهوم اخص نیست و ممکن است حسب مورد سند معتبر دیگری محسوب شود.^۱

ب. قطعی و منجز بودن مطالبه

مطالبه ضمانت‌نامه باید منجز و بی‌ابهام باشد و نباید هیچ تردیدی در خصوص ابراز قصد و اراده ذی‌نفع وجود داشته باشد.^۲ بنابراین صرف بیان این امر به بانک که ضمانت‌خواه تعهدات ناشی از رابطه پایه را به‌درستی انجام نداده به معنای مطالبه ضمانت‌نامه محسوب نمی‌شود.^۳ همچنین اگر مطالبه ذی‌نفع با این قید باشد که چنانچه ضمانت‌خواه قرارداد پایه را مطابق نظر وی اصلاح نماید، مطالبه مذکور مسترد خواهد شد، باید بر این عقیده بود که بانک با یک مطالبه منجز و بی‌ابهام مواجه نیست.^۴ حسب این که ضمانت‌نامه، عندالمطالبه،^۵ با اولین درخواست مواجه^۶ یا اسنادی^۷ باشد، نحوه مطالبه تفاوت پیدا می‌کند.^۸ «مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»،^۹ صرف مطالبه را کافی نمی‌داند و لازم دانسته که مطالبه همراه با بیان این مطلب

۱. در خصوص ضمانت‌نامه پرداخت، ن. ک:

BERTRAMS, Bank guarantees in international trade : Kluwer law international, 3e éd, 2004, p. 42

2. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, Litec, 4e éd, 2008, n° 950.-. JEROME, Droit civil, T. VII, Les sûretés personnelles : Economica, 2004, n° 415.-. PRŮM, op.cit., n° 329

3. CA Bruxelles, 8e ch., 17 nov. 1988 : D. 1989, somm. p. 147, obs. M. VASSEUR

4. Trib. com. Lyon, 27 juin 1989 : D. 1990, somm. p. 206, obs. M. VASSEUR ; LPA 1er déc. 1989, p. 6, note Y. TEYSSIER

۵. در این نوع ضمانت‌نامه، همان‌طور که از نام آن برمی‌آید، پرداخت باید به‌محض اولین درخواست صورت گیرد و نیاز به امر دیگری از قبیل ارائه اسناد نیست.

۶. در ضمانت‌نامه با درخواست موجه، بی‌آنکه نیازی به اثبات صحیح بودن مبنای مطالبه وجه وجود داشته باشد، کافی است انگیزه و دلیل مطالبه ذکر شود.

۷. پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌تواند مشروط به ارائه اسناد معینی شود. در این حالت ضمانت‌نامه اسنادی خواهد بود.

۸. در این زمینه، ن. ک: سلطانی. محمد. (۱۳۹۰). حقوق بانکی. تهران: میزان، صص ۲۶۰-۲۵۵.

9. Uniform Rules on Demand Guarantees (URDG)- Règles et Usances Uniformes pour les Garanties sur Demande (RUGD)

کمیسیون بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی برای اولین بار در سال ۱۹۷۸ «مقررات یکنواخت برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی» را منتشر نمود. این مقررات به جهت عدم توجه کافی به اصل استقلال، مورد اقبال قرار نگرفت. در سال ۱۹۹۲

باشد که ضمانت خواه از کدام یک از تعهداتش در رابطه پایه تخطی کرده است. بیان این مطلب می تواند در همان متن درخواست وجه ضمانت نامه یا مدرک دیگری باشد (بند الف ماده ۱۵). بر این اساس، تمامی ضمانت نامه های تابع قواعد اتاق بازرگانی، ضمانت نامه با اولین درخواست موجه محسوب می شوند. البته مقررات یکنواخت تصریح دارد که طرفین می توانند با تصریح در ضمانت نامه، خلاف این قاعده را مقرر داشته و مطلق مطالبه را کافی بدانند (بند ج ماده ۱۵).

ج. منجز بودن تقاضای «تمدید کن یا پرداز»

گاهی ذی نفع ضمانت نامه، تمایل به تمدید مدت سند دارد اما نگران است که چنین درخواستی با موافقت بانک ضامن یا ضمانت خواه مواجه نشده و مدت اعتبار سند منقضی شود. برای رفع این مشکل، ذی نفع تقاضای تمدید و در صورت عدم تمدید، پرداخت وجه را می نماید. رویه قضایی، عبارت «تمدید کن یا پرداز» را مطالبه منجز ضمانت نامه تلقی می کند.^۱ بنابراین اگر ذی نفع از بانک تقاضا نماید که نسبت به تمدید مدت ضمانت نامه اقدام نماید و در صورتی که تمدید میسر نبود وجه آن را پردازد، مطالبه ضمانت نامه به صورت معتبر صورت گرفته است. در بدو شکل گیری و رواج تقاضای «تمدید کن یا پرداز»، احتمال سوء استفاده از حق بودن چنین درخواستی مطرح شد.^۲ اما رویه قضایی چنین تقاضایی را راه حلی قانونی و استفاده ای متعارف از ضمانت نامه تلقی نمود. در واقع پیشنهاد تمدید ضمانت نامه به جای پرداخت آن، بیش از آنکه فشار و اجباری ناروا بر ضمانت خواه

نسخه ای دیگر از این مقررات به شماره ۴۵۸ با عنوان «مقررات یکنواخت برای ضمانت نامه های عندالمطالبه» به فعالان عرصه تجارت عرضه شد. با انجام بازرنگری های لازم، نسخه ۷۵۸ این مقررات در سال ۲۰۱۰ اجرایی شد.

1. CA Paris, 15e ch., B, 22 nov. 1985 : D. 1986, IR. p. 155, obs. M. VASSEUR. – CA Paris, 5e ch., A, 1er oct. 1986 : D. 1987, somm. p. 171, obs. M. VASSEUR. – CA Paris, 15e ch., A, 9 janv. 1991 : Juris-Data n° 1991-020131; D. 1991, somm. p. 196, obs. M. VASSEUR; RD bancaire et bourse 1991, p. 152, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD. – CA Paris, 1re ch., A, 28 juin 1993 : Juris-Data n° 023018; JCP E 1993, I, 302, n° 17, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET. – CA Paris, 15e ch., A, 1er déc. 1998 : Juris-Data n° 023009; RJDA 4/1999, n° 475; RD bancaire et bourse 1999, p. 103, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

برای دیدن نظر مخالف که معتقد است تقاضای «تمدید کن یا پرداز» مطالبه منجز محسوب نمی شود، ن.ک:

CA Paris, 5e ch., A, 28 mai 1985 : D. 1986, IR. p. 155, obs. M. VASSEUR. – CA Paris, 3e ch., B, 2 avr. 1987 : D. 1988, somm. p. 248, obs. M. VASSEUR ; Cass. com., 24 janv. 1989 : D. 1989, somm. p. 159, obs. M. VASSEUR ; JCP E 1989, II, 15635, et JCP G 1990, II, 21425, note J.-P. MATTOU et A. PRÛM. – CA Paris, 1re ch., B, 23 juin 1995 : JCP E 1995, II, 735, note B.-G. SABEH-AFFAKI

2. DUBISSON, Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, in FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux : Colloque de Tours, Édition du Moniteur, 1980, p. 117-118

باشد، امتیازی برای اوست کما این که ذی‌نفع می‌توانست بدون ارائه این پیشنهاد، مستقیماً وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید.^۱

در اینجا ضمانت‌نامه از غایت خود که همانا تضمین حسن انجام تعهد پایه است منحرف نشده و لذا امکان مطالبه وجه به صورت صحیح همچنان وجود دارد. دادگاه تجدیدنظر پاریس نیز در رأی اول اکتبر ۱۹۸۶ خود، علاوه بر این که تصمیم گرفته تقاضای «تمدید کن یا پرداز»، سوءاستفاده از حق نیست، چنین مقرر داشته که پیشنهاد ارائه شده به ضمانت‌خواه مبنی بر جایگزینی ضمانت‌نامه‌های فعلی با ضمانت‌نامه‌های جدید ولو با مبالغی بالاتر به مثابه تهدید به منظور به دست آوردن مزایایی بیش از آنچه در قرارداد پایه شرط شده نیست.^۲ وقتی خطری که به واسطه ضمانت‌نامه پوشش داده شده همچنان وجود دارد و بانک نیز از تمدید ضمانت‌نامه‌ای که به زودی منقضی خواهد شد خودداری می‌ورزد، ذی‌نفع می‌تواند تقاضای پرداخت وجه را بنماید. بنابراین، حق ذی‌نفع در درخواست تمدید مدت ضمانت‌نامه، مبتنی بر اصل استقلال ضمانت‌نامه و حق بی‌قید و شرط وی در مطالبه وجه سند است. در درخواست وجه ضمانت‌نامه‌های متقابل که توسط بانک‌های خارجی به بانک‌های ایرانی اعطا می‌شود این موضوع به نحو مناسبی لحاظ شده تا هرگونه تردید در خصوص منجز بودن مطالبه را از بین ببرد. در این درخواست‌ها قید می‌شود که بانک خارجی باید نسبت به تمدید ضمانت‌نامه اقدام نماید و چنانچه امکان تمدید وجود ندارد، باید بی‌آنکه نیاز به مطالبه جدید باشد وجه ضمانت‌نامه را پردازد. البته صرف عبارت «تمدید کن یا پرداز» فقط در ضمانت‌نامه با اولین درخواست، ارزش یک مطالبه منجز را دارد. در سایر انواع ضمانت‌نامه لازم است تخلف - در ضمانت‌نامه با اولین درخواست موجه - یا اسناد مربوطه - در ضمانت‌نامه اسنادی - به همراه درخواست باشد.^۳

۲-۱. وسیله مطالبه

الف. معین بودن وسیله مطالبه در ضمانت‌نامه

واضح است که مطالبه باید به طریقی به بانک ابلاغ شود، اگر نه ارزشی ندارد. وقتی در ضمانت‌نامه وسیله مطالبه ذکر شده باشد استفاده از یک ابزار مشابه فاقد اثر است. به طور مثال اگر در

1. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, op.cit., no 945.-. JACOB, Lamy Droit des sûretés, Étude 135, 2010, n° 63

2. CA Paris, 5e ch., 1er oct. 1986 : D. 1987, somm. p. 171, obs. M. VASSEUR

3. Trib. com. Paris, 15 nov. 1995, منتشر نشده تأیید شده به وسیله، CA Paris, 28 janv. 2000 : Juris-Data n° 120673

ضمانت‌نامه پیش‌بینی شده که مطالبه با ارسال نامه سفارشی صورت گیرد و ذی‌نفع در خلال مدت اعتبار ضمانت‌نامه اقدام به ارسال نامبر به بانک نماید، درحالی که نامه سفارشی حاوی دستور مطالبه پس از خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه به بانک می‌رسد، مطالبه به‌درستی صورت نگرفته است.^۱ در واقع، وقتی وسیله مطالبه در سند ضمانت‌نامه مشخص شده، این وسیله موضوعیت داشته و استفاده از شیوه‌های دیگر برخلاف قصد و اراده طرفین است و نمی‌توان به آن ترتیب اثر داد.

ب. سکوت سند در خصوص وسیله مطالبه

در فرض سکوت ضمانت‌نامه در خصوص وسیله مطالبه، درخواست پرداخت وجه به هر وسیله‌ای حتی به‌صورت شفاهی^۲ - البته با رعایت قانون حاکم بر ضمانت‌نامه - امکان‌پذیر است. با وجود این و با توجه به مشکلات اثبات مطالبه غیرکتبی، قاعدتاً ذی‌نفع ترجیح می‌دهد این کار را به‌صورت مکتوب و مثبت انجام دهد. بنابراین، قید این مطلب در ضمانت‌نامه که پرداخت با درخواست کتبی انجام می‌شود، از لحاظ عملی تفاوت معناداری با فرض سکوت سند در مورد وسیله مطالبه ایجاد نمی‌نماید.

ج. مفهوم مطالبه کتبی

ممکن است در ضمانت‌نامه چنین ذکر شده باشد که این سند با درخواست کتبی پرداخت می‌شود. اولین مفهومی که از عبارت «درخواست کتبی» به ذهن می‌رسد، تقاضای پرداخت در قالب نوشته سنتی و کاغذی است. اما با توجه به مقررات قانون تجارت الکترونیکی و به‌ویژه ماده ۶ که داده‌پیام را در حکم نوشته می‌داند و نیز با توجه به عرف تجاری و بانکی، نوشته‌های الکترونیکی از قبیل نامبر، تلکس و سوئیفت نیز با رعایت شرایط قانونی = انتساب سند به صادرکننده و تمامیت داده‌پیام - مثبت مطالبه هستند.^۳

عمده مقررات بین‌المللی نیز در زمانی تصویب شده است که مفهوم نوشته الکترونیکی همچون امروز رایج نبود. این مقررات یا مفهوم موسعی از سند کتبی را در نظر داشته‌اند یا شیوه‌های مبادله

1. Cass. com., 12 juill. 2005 : D. 2005, p. 2214, obs. X. DELPECH

۲. در تأیید این نظر، ن.ک: مسعودی. علیرضا. (۱۳۹۱). ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل. چاپ دوم، تهران: شهر دانش، ص ۱۷۵.

۳. در خصوص قابلیت استناد داده پیام، ن.ک: سلطانی. محمد. (۱۳۹۰). ادله الکترونیکی و اثبات دعوا در معاملات بر خط اوراق بهادار و دریافت تلفنی سفارشات. فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۱۳، بهار، ص ۱۷ به بعد.

الکترونیکی را در کنار نوشته سنتی ذکر نموده‌اند. در این زمینه، کنوانسیون ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ وین در خصوص بیع بین‌المللی کالا^۱ - که البته ایران به آن ملحق نشده - مقرر می‌دارد که تلکس و تلگرام، مقصود از ارسال کتبی را برآورده می‌سازند. ماده ۸ «مقررات یکنواخت برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی»^۲ با ذکر این عبارت که مطالبه به‌وسیله نوشته، تلگرام یا تلکس صورت می‌پذیرد، بین نوشته و سایر شیوه‌های مطالبه تفاوت قائل شده است، هرچند که شیوه‌های الکترونیکی را نیز مثبت مطالبه دانسته است.

ماده ۲۰ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» نیز لازم می‌داند که مطالبه به‌صورت مکتوب صورت پذیرد. قسمت (د) ماده ۲، این عبارت را به‌گونه‌ای تعریف می‌کند که انتقال الکترونیکی قابل اتکا را نیز در بر می‌گیرد. همچنین با جمع بند ۱ ماده ۱۵ و بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۳ (کنوانسیون آنسیترال) نیز مشخص می‌شود هر ابزاری که مطالبه را به‌طور کامل ثبت کند و صادرکننده پیام را با روش‌های عموماً پذیرفته‌شده یا با توافق منعقد شده میان ضامن و ذی‌نفع معلوم نماید قابل قبول است. در رویه بانکی، مطالبه وجه ضمانت‌نامه در روابط بین بانک‌های ضامن از طریق سوئیفت صورت می‌گیرد.^۴

در هر صورت در زمانه کنونی نباید تردیدی داشت که خواه سند ضمانت‌نامه، مطالبه مکتوب را لازم دانسته، خواه در این خصوص سکوت کرده باشد، انواع داده‌پیام‌های الکترونیکی، شرط مکتوب‌بودن را محقق ساخته و با رعایت شرایط قانونی مثبت مطالبه هستند.

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)

2. Uniform Rules for Contractuel Guarantees (URCG)- Règles Uniformes pour les Garanties Contractuelles (RUGC)

«مقررات یکنواخت برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی» در ۲۰ ژوئن ۱۹۷۸ توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی تصویب شد، لیکن به دلیل عدم توجه به مقتضیات تجارت بین‌الملل و خواسته‌های ذی‌نفعان موفقیتی به دست نیاورد.

3. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit- La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by

کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی در سال ۱۹۹۵ به تصویب رسیده و از ابتدای سال ۲۰۰۰ اجرایی شد. در حال حاضر و تاکنون کشورهای اکوادور، لیبیا، پاناما، گابن، بلاروس، السالوادور، کویت و تونس، مقررات این کنوانسیون را به اجرا گذارده‌اند.

4. SABEH-AFFAKI, L'unification internationale du droit des garanties indépendantes : Thèse Paris II, 1995, p. 503

۳-۱. مخاطب مطالبه

الف. ارائه تقاضا به صادرکننده ضمانت‌نامه

به‌عنوان یک قاعده عمومی، تقاضای پرداخت وجه ضمانت‌نامه از شخصی به عمل می‌آید که آن را صادر نموده است و لذا تقاضا و اسناد پیوست باید در اقامتگاه صادرکننده به وی ارائه شود. در اسناد بین‌المللی عموماً از «محل صدور ضمانت‌نامه»، به‌عنوان محلی که تقاضا باید در آنجا ارائه شود نام برده شده است. مطابق بند ۱ قسمت (الف) ماده ۱۴ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»، مطالبه باید در محل صدور ضمانت‌نامه یا هر محل دیگری که در سند معین شده به عمل آید. بند ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون آنسیترال نیز همین معنا را بیان می‌کند. لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۶ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۳/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی در این خصوص مقرره‌ای ندارد، لیکن ماده ۱۵۹ لایحه تجارت مصوب ۱۳۸۴/۴/۵ هیئت وزیران همچون اسناد پیشین، محل صدور سند را به‌عنوان محل ارائه تقاضای پرداخت، ذکر نموده بود.

ب. مخاطب مطالبه در فرض وجود شرکت‌های فرعی یا شعب

تمامی بانک‌ها دارای شعب مختلف در داخل یک کشور و شهرهای آن هستند. همچنین بسیاری از بانک‌ها شعب یا شرکت‌های فرعی در کشورهای دیگر تأسیس می‌کنند. مقصود از شرکت فرعی شرکتی است که سیاست‌های راهبری آن توسط شرکت مادر تعیین شده و تحت کنترل آن است.^۱

گفته شد که تقاضای پرداخت باید به صادرکننده ضمانت‌نامه ارائه شود. در جایی که صادرکننده ضمانت‌نامه، شرکتی فرعی^۲ با شخصیت حقوقی مجزا است، تردیدی نیست که مطالبه باید نزد همان شرکت به عمل آید و ارسال تقاضا به یکی دیگر از شرکت‌های فرعی گروه کفایت نمی‌کند. در همین راستا، دیوان عالی اتریش در رأی مورخ ۳ دسامبر ۱۹۸۶ خود چنین تصمیم گرفت که درحالی‌که صدور ضمانت‌نامه به‌وسیله شرکت فرعی مستقر در وین صورت پذیرفته، امتناع شرکت فرعی بانک فرانسوی مستقر در زوریخ از پرداخت ضمانت‌نامه کاملاً قانونی است.^۳

۱. به‌عنوان یک اصل اولیه، هنگامی که شرکت (الف) قادر است اکثریت اعضای هیئت مدیره شرکت (ب) را انتخاب نماید، شرکت اخیر تحت کنترل شرکت (الف) محسوب می‌شود.

2. Filiale, Subsidiary

3. Cour supr. Autriche, 3 déc. 1986 : D. 1989, somm. p. 149, obs. M. VASSEUR

این استدلال در حالتی که ضمانت‌نامه توسط شعبه فاقد شخصیت حقوقی^۱ صادر شده قابل خدشه به نظر می‌رسد.^۲

با وجود این، اگرچه شعبه واجد شخصیت حقوقی نیست و ارسال تقاضای پرداخت به مرکز اصلی شرکت و حتی شعبه‌ای دیگر، ارسال تقاضا به شخص دیگری محسوب نمی‌شود، رعایت اصل شکل‌گرایی^۳ ایجاب می‌کند که تقاضای پرداخت در محلی غیر از شعبه صادرکننده، منطبق با خواست مشترک طرفین دانسته نشود.^۴ اسناد بین‌المللی نیز در همین راستا بر ارسال مطالبه به «محل صدور ضمانت‌نامه» تأکید ورزیده‌اند و از این عبارت چنین برمی‌آید که در فرض صدور ضمانت‌نامه توسط شعبه، تقاضای پرداخت باید به همان محل ارائه شود. اگرچه شعبه شخصیت حقوقی ندارد، هر شعبه، از لحاظ اداری و اجرایی، تکالیف و تعهدات خاصی را مستقل از سایر شعب به عهده می‌گیرد.

در حوزه بانکی، عرف نیز بر این امر صحنه می‌گذارد و به‌طور مثال نمی‌توان از یک شعبه بانک تقاضای پرداخت تسهیلات نمود و مدارک لازم را به آنجا ارائه داد و سپس به استناد وحدت شخصیت حقوقی، پرداخت تسهیلات را از شعبه دیگر همان بانک مطالبه کرد. اصل «شکل‌گرایی» حاکم بر ضمانت‌نامه‌های مستقل که مستلزم رعایت دقیق و بی‌قید و شرط مفاد مندرج در سند است نیز این استدلال را تقویت می‌کند. در همین راستا بند (الف) ماده ۳ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»، شعب بانک ضامن در کشورهای مختلف را به عنوان واحدهای جداگانه تلقی نموده است. ضمناً بند (ج) ماده ۲۰ همین مقررات اشعار می‌دارد که پرداخت وجه در شعبه یا واحدی که ضمانت‌نامه را صادر کرده یا در هر محل دیگری که در سند ضمانت‌نامه مقرر شده صورت می‌پذیرد.

1. Succursale, Branch

2. CA Paris, 3e ch., B. 29 janv. 1981 : D. 1981, jurispr. p. 336, Ire esp. note M. VASSEUR

۳. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه ایجاب می‌نماید که در هنگام مطالبه وجه سند، شرایط مذکور در ضمانت‌نامه به‌دقت رعایت شود و در غیر این صورت، امکان پرداخت وجه وجود نخواهد داشت. این مهم باید در هر مورد که از تطبیق شرایط مطالبه با شروط مندرج در ضمانت‌نامه صحبت می‌شود مورد توجه قرار گیرد. مناسب است اشاره شود حقوق اسناد تجاری حقوقی شکل‌گرا است و شکل سند و رعایت مسائل شکلی در آن اهمیت فراوان دارد. ن.ک: کاویانی، کوروش. (۱۳۸۹). حقوق اسناد تجاری. چاپ سوم، تهران: میزان، ص ۵۲. در خصوص شکل‌گرایی در حقوق مدنی نیز، ن.ک: قاسمی، محسن. (۱۳۸۸). شکل‌گرایی در حقوق مدنی. تهران: میزان.

4. BERTRAMS, op.cit., p. 283.- SABEH-AFFAKI, op.cit., p. 506.- DOHM, Les garanties bancaires dans le commerce international : Stämpfli, 1986, n° 196.- PRÜM, op.cit., n° 335

۲. مهلت مطالبه ضمانت‌نامه و زمان تحقق آن

ضمانت‌نامه باید در چارچوب شرایط مقرر در آن مطالبه شود. لذا درخواست پرداخت وجه نمی‌تواند قبل از آغاز اعتبار^۱ یا پس از خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه صورت پذیرد. خاطرنشان می‌سازد در برخی ضمانت‌نامه‌ها، زمان آغاز اعتبار ضمانت‌نامه هم‌زمان با صدور سند نیست. تعیین زمان مطالبه ضمانت‌نامه، ارتباط مستقیمی با مدت اعتبار ضمانت‌نامه دارد و لذا ضروری است انواع روش‌های تعیین این مدت و متعاقباً مهلت مطالبه بررسی شود (قسمت ۲-۱). شناخت تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه برای تعیین دقیق مهلت مطالبه کافی نیست؛ باید لحظه تحقق مطالبه را نیز تعیین کرد (قسمت ۲-۲).

۲-۱. مهلت مطالبه ضمانت‌نامه

مدت اعتبار ضمانت‌نامه و در نتیجه مهلت مطالبه بر اساس نحوه تعیین مدت سند، متفاوت است. این مدت عموماً معین است و طبیعی است که مطالبه باید پیش از انقضای اعتبار سند صورت گیرد (الف). اما در مواردی نیز ضمانت‌نامه در این خصوص ساکت است و در اینجا تعیین مهلت مطالبه ضمانت‌نامه تأمل بیشتری طلب می‌کند (ب).

الف. مهلت مطالبه ضمانت‌نامه‌های با مدت نامعین

(۱) صحت صدور ضمانت‌نامه به مدت نامحدود در حقوق فرانسه

گاهی قرارداد دارای مدت نامحدود است و طرفین یا یک طرف در مقابل دیگری برای مدت نامحدودی متعهد شده‌اند. ضمانت تبعی عموماً فاقد مدت است زیرا تعهد ضامن، تابعی از تعهد اصلی است و معلوم بودن آن تعهد و موعد پرداخت آن کفایت می‌کند. اما در ضمانت‌نامه بانکی به جهت استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، اعمال این راه‌حل با تردید مواجه می‌شود. در حقوق فرانسه به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی، قراردادی که مدت مشخصی ندارد - از جمله ضمانت‌نامه با مدت نامعین - از سوی هر یک از طرفین قابل فسخ است. البته رویه قضایی مقرر داشته که این فسخ باید با حسن نیت صورت پذیرد، بدین صورت که ظرف مهلت معقولی قبل

1. CA Paris, Ire ch., A, 2 juin 1982 : D. 1983, jurispr. p. 437, concl. FLIPO, note M. VASSEUR. - Cass. com., 5 févr. 1985 : Bull. civ. 1985, IV, n° 45 ; D. 1985, jurispr. p. 269, 4e esp., note M. VASSEUR

از اعمال فسخ به طرف مقابل اعلام شود تا شخص اخیر نسبت به جایگزینی طرف قرارداد اقدام نماید.^۱ حق فسخ مذکور در حقوق فرانسه را باید از آثار منع انعقاد قراردادهای دائمی دانست. این حق دارای خصیصه نظم عمومی است و طرفین نمی‌توانند آن را اسقاط نمایند.^۲

بنابراین در صورتی که ضمانت‌نامه‌ای فاقد مدت و تابع قانون فرانسه باشد، بانک می‌تواند نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید. این نکته به‌ویژه در خصوص ضمانت‌نامه‌های متقابلی که توسط بانک‌های فرانسوی به نفع بانک‌های دیگر صادر می‌شود محل تأمل است. در راستای حل این مشکل پیشنهاد شده که اختیار فسخ، مشروط به اخطار پیشین به ذی‌نفع اعمال شود، به گونه‌ای که وی فرصت داشته باشد ضمانت‌نامه را خلال این مدت مطالبه کند بی‌آنکه این مطالبه ناروا دانسته شود.^۳ البته به نظر می‌رسد بانک‌های فرانسوی از این اختیار خود در صورت صدور ضمانت‌نامه بدون مدت استفاده نمی‌کنند زیرا این امر، اعتبار ضمانت‌نامه‌ها و بانک‌های فرانسوی را در تجارت بین‌الملل زیر سؤال خواهد برد.

۲) صحت صدور ضمانت‌نامه به مدت نامحدود در حقوق ایران

شرایط عمومی صحت قراردادها که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده، نامی از مدت نمی‌برد اما در صورتی که دانستن مدت برای تعیین موضوع معامله لازم باشد، عدم ذکر مدت قرارداد، سبب غرر و بطلان قرارداد خواهد شد. بنابراین عدم ذکر مدت به‌خودی‌خود تأثیری در صحت قرارداد ندارد مگر این که منجر به جهل به موضوع معامله شود. به این نکته تعارض احتمالی تعهد نامحدود با مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی را نیز باید افزود.^۴

1. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Droit civil, Les obligations : Dalloz, 9e éd, 2005, n° 479

2. GHESTIN, Traité de droit civil, Les effets du contrat : LGDJ, 3e éd, 2001, n° 264

3. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, op.cit., n° 866.- SIMLER, Garanties autonomes. – Régime : J.-Cl. Civil Code, Art. 2321, Fasc. 15, 2007, n° 32

۴. در خصوص مفهوم سلب حق به‌طور جزئی و کلی، مرحوم نائینی نقش مدت را در این مفهوم به‌صراحت وارد می‌کنند. مطابق نظر نظر ایشان، سلب حق نسبت به مصداق معین برای مدت زمانی محدود، بی‌شک صحیح است و سلب حق به‌صورت کلی و دائم، قطعاً باطل. اما سلب حق به‌صورت جزئی برای همیشه (مثل تعهد به عدم خرید کالایی خاص به‌صورت دائم) یا کلی برای مدتی محدود (مثل تعهد به عدم خرید هرگونه کالایی برای مدت پنج سال) محل تردید است. شیخ انصاری در موارد مشکوک، سلب حق را صحیح می‌داند اما مرحوم نائینی در این موارد، اصل را عدم صحت شرط می‌داند. به نقل از صفایی، حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی. (۱۳۹۱). حقوق مدنی، اشخاص و محجورین. تهران: سمت، صص ۴۱-۴۲. - برای مطالعه دیدگاه‌های مختلف در این زمینه همچنین، ن. ک: ایمانیان، شمس؛ عیسائی تفرشی، محمد. (۱۳۸۲). تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی. مجله مدرس. بهار، صص ۳۱-۱ و شهیدی، مهدی. (۱۳۷۸). مجموعه مقالات حقوقی. «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، تهران: حقوقدان، صص ۱۸۶-۱۷۹.

ماده ۸ «دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی)» مصوب ۹۳/۲/۹ شورای پول و اعتبار درج مدت در ضمانت‌نامه را لازم دانسته است. پیشتر نیز ماده ۵ «آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرونیسی از طرف بانک‌ها» مقرر داشته بود که مدت ضمانت‌نامه باید صراحتاً در سند قید شود.^۱ البته از مقررات اخیرالذکر نمی‌توان به حکم وضعی بطلان ضمانت‌نامه‌های بدون مدت رسید مگر این که چنین امری از مفاد قانون برآید. بر اساس مطالب پیش گفته چنین نظر داده شده است که عدم تعیین مدت، موضوع تعهد ضامن را مبهم می‌سازد.^۲ با وجود این، به نظر می‌رسد عدم ذکر مدت در ضمانت‌نامه سبب جهل به موضوع نمی‌شود^۳ زیرا ضمانت‌نامه بانکی اگرچه در مرحله پرداخت مستقل از قرارداد پایه است، به هر روی برای تضمین صحت ایفای تعهدات رابطه پایه صادر شده و چنانچه مشخص باشد که به دلیلی که مربوط به تعهد پایه است دیگر دلیلی برای مطالبه ضمانت‌نامه وجود ندارد، باید قائل به خاتمه اعتبار این سند بانکی بود و دادگاه می‌تواند در این راستا نسبت به صدور حکم مقتضی اقدام نماید. بر همین اساس، در تعهد نامحدود ضامن، سلب حق به‌طور کلی یا سلب آزادی نیز متصور نیست زیرا تعهد ضامن با خاتمه تعهدات مربوط به رابطه پایه منقضی می‌شود و لذا با وقوع عواملی خاص، دیگر دلیلی برای مطالبه ضمانت‌نامه وجود نخواهد داشت.^۴ عرف تجاری نیز صدور ضمانت‌نامه‌های بدون مدت را پذیرفته است. لایحه تجارت مصوب ۱۳۸۴ نیز در همین راستا امکان صدور ضمانت‌نامه بدون مدت را پذیرفته بود.

۳) مهلت مطالبه در ضمانت‌نامه‌های بدون مدت

ضمانت‌نامه بدون مدت معتبر است و هر زمان که ذی‌نفع آن را مطالبه نماید باید پرداخت شود اما ضامن برای همیشه متعهد به پرداخت نیست. در صورت عدم بازگرداندن ضمانت‌نامه به

۱. «در ضمانت‌نامه‌ها باید موضوع ضمانت‌نامه، نام مضمون‌له و مضمون‌عنه و مدت اعتبار ضمانت‌نامه و مبلغ آن به‌طور صریح قید شود».

۲. مسعودی، علیرضا، پیشین، ص ۱۱۵. البته ایشان در ادامه بحث اشاره می‌نمایند که عرف تجاری صدور ضمانت‌نامه را، بی‌آنکه مدت آن معلوم باشد صحیح تلقی می‌کند.

۳. ضمناً باید توجه داشت، همانند وضعیتی که در عقد بیمه وجود دارد، جهل و غرر اگر به میزان متعارف باشد سبب بطلان عقد نمی‌شود.

۴. سلب حق به‌طور کلی به‌منظور احترام به شخصیت انسان و آزادی وی در انجام اعمال حقوقی ممنوع شده و بدین لحاظ می‌توان در بطلان سلب حق توسط اشخاص حقوقی تردید کرد (ن.ک: صفایی؛ قاسم‌زاده، پیشین، صص ۴۳-۲۹ که مباحث مربوط به مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی را ذیل حقوق اشخاص طبیعی مطرح می‌کند). البته منع سلب حق و منع انعقاد قراردادهای دائمی علاوه بر این که مرتبط با بحث حمایت از آزادی افراد است به حمایت از جریان آزاد تجارت نیز پرداخته و منطقی اقتصادی همراه دارد. در واقع قرارداد دائمی مانع از آن است که شرکت‌های تازه‌وارد در عرصه اقتصادی بتوانند به‌آسانی وارد چرخه رقابت و بازار شوند و بدین لحاظ ممنوعیت سلب حق اشخاص حقوقی نیز قابل درک است. در این زمینه، ن.ک:

TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op.cit., n° 300

بانک ضامن از سوی ذی‌نفع و اعلام خاتمه اعتبار آن، بانک می‌تواند با رجوع به محکمه ذی‌صلاح، صدور حکم بر بی‌اعتباری ضمانت‌نامه را تقاضا نماید. در صورتی که تعهد پایه ایفا شده یا مسائل حقوقی مربوط به آن مرتفع شده باشد، دادگاه می‌تواند حکم بر خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه صادر نماید. بنابراین، مادامی که این امر رخ نداده، امکان مطالبه وجه سند وجود خواهد داشت و ضمانت‌خواه نیز باید کارمزد مربوط به ضمانت‌نامه را پرداخته و وثایق وی نیز همچنان در گرو بانک خواهد بود. روشن است که پیگیری تقاضای ابطال سند - در حالتی که دیگر دلیلی برای مطالبه ضمانت‌نامه وجود ندارد - توسط ضمانت‌خواه یا بانک، زمان و هزینه به دنبال دارد و لذا در شرایط فعلی مناسب است که بانک‌های ایرانی تعهد خود را - همچنانکه معمولاً چنین می‌کنند - به مدت معینی محدود سازند. به‌منظور تعدیل همین محدودیت‌هاست که بند (ج) ماده ۱۷۱ لایحه تجارت مصوب ۱۳۸۴ مقرر می‌داشت که «چنانچه در مورد انقضای مدت در ضمانت‌نامه سکوت اختیار شده باشد، پنج سال پس از تاریخ صدور ضمانت‌نامه اعتبار آن منقضی می‌شود». همچنین وفق بند (ج) ماده ۱۲ کنوانسیون آنسیترال، اگر ضمانت‌نامه فاقد تاریخ انقضا است، این سند، شش سال پس از تاریخ صدور منقضی می‌شود.

ب. مهلت مطالبه ضمانت‌نامه‌های با مدت معین

۱) مهلت مطالبه در صورت تعیین صریح مدت

ضمانت‌نامه‌های مستقل عموماً برای مدت معینی صادر می‌شوند. ماده ۸ «دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی)» لازم می‌داند که مدت اعتبار ضمانت‌نامه در آن ذکر شود. بند ۶ ماده ۱۴۲ لایحه تجارت مصوب ۱۳۸۴ نیز مقرر می‌داشت که تاریخ انقضای ضمانت‌نامه یا واقعه‌ای که موجب خاتمه اعتبار آن می‌شود باید در ضمانت‌نامه ذکر شود. بنابراین تاریخ انقضای ضمانت‌نامه ممکن است یک روز معین باشد یا با حدوث واقعه‌ای معین صورت پذیرد. همچنین ممکن است در ضمانت‌نامه هر دو نوع نحوه تعیین مدت با هم ذکر شود، بدین نحو که هر کدام زودتر رخ دهد ضمانت‌نامه بی‌اعتبار می‌شود.^۱ روشن است که مطالبه ضمانت‌نامه نمی‌تواند پس از خاتمه آن به عمل آید ولو این که ضمانت‌خواه پیش از انقضای این مدت در اجرای تعهدات خود تخلف نموده باشد.^۲ زمانی که ضمانت‌نامه، وقوع عامل خاصی را سبب انقضای مدت برشمرده، به‌محض حدوث

1. Trib. com. Paris, 8 juill. 1983 : D. 1984, IR, p. 92, obs. M. VASSEUR

2. VASSEUR, Rapport de synthèse : le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, in FEDUCI, Les

این امر، ضمانت‌نامه منقضى می‌شود. برخلاف ضامن تبعی که پرداخت دین معینی را بر عهده می‌گیرد و اصولاً موعد مطالبه آن اهمیتی ندارد، در ضمانت‌نامه مستقل، مطالبه باید در خلال مدت اعتبار سند به عمل آید.

۲) تمدید مهلت مطالبه

در اغلب موارد، ذی‌نفعان موفق می‌شوند ضمانت‌نامه‌های با مدت معین را با استفاده از حربه «تمدید کن یا پرداز» به مدتی که مورد نظرشان است تمدید نمایند. ضمانت‌نامه یک قرارداد است و لذا تمدید مدت آن نیاز به توافق طرفین، یعنی بانک ضامن و ذی‌نفع^۱ دارد. موافقت ضمانت‌خواه نیز با این درخواست ضروری است تا ضامن بتواند پس از پرداخت به او رجوع کند. ذی‌نفعان ضمانت‌نامه عموماً مایل به تمدید مدت هستند، درحالی‌که قاعدتاً ضامن یا ضمانت‌خواه نمی‌خواهد با این درخواست موافقت نماید.

با وجود این، وقتی ذی‌نفع تهدید می‌نماید که در صورت عدم تمدید مدت نسبت به مطالبه وجه اقدام خواهد نمود، ضمانت‌خواه نیز ترجیح می‌دهد تا تعیین تکلیف نهایی تعهد پایه با این درخواست موافقت نماید. بر این اساس، یک ضمانت‌نامه با مدت معین نیز می‌تواند به هر میزان که ذی‌نفع تشخیص دهد تمدید شود. البته این تمدید باید الزاماً پیش از خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه صورت پذیرد.

وقتی بانک با تقاضای «تمدید کن یا پرداز» مواجه می‌شود عموماً ضمانت‌خواه را از این درخواست آگاه می‌سازد. قطعاً بانک نمی‌تواند وقتی ضمانت‌خواه با این تقاضا مخالف است نسبت به تمدید مدت اقدام کند. به همین منوال، وقتی ضمانت‌خواه از بانک، تمدید مدت را تقاضا می‌کند بانک، اجباری به پذیرش این تقاضا ندارد و می‌تواند به صلاح‌دید خود و بی‌آنکه به تمدید مدت مبادرت ورزد، وجه مندرج در سند را - در صورت مطالبه - پرداخت نماید. تعهد بانک یک تعهد مستقل و مشخص است و این در حیطة صلاحیت انحصاری بانک است که با تمدید موافقت کند یا این که ضمانت‌نامه را پردازد.^۲

garanties bancaires dans les contrats internationaux : Colloque de Tours, Édition du Moniteur, 1980, p. 338

۱. در خصوص طرفین قرارداد ضمانت‌نامه، ن.ک: سلطانی، محمد. (۱۳۹۱). رجوع پس از پرداخت ضامن در ضمانت‌نامه مستقل بانکی. مجله حقوق بانکی. ش ۲، پاییز و زمستان.

2. M. VASSEUR, obs. sous CA Paris, 7e ch., B, 12 oct. 1988 : D. 1990, somm. p. 206. - PRÜM, op.cit., n° 269

۳) عدم امکان تعیین ضمنی مدت

وقتی مدت اعتبار ضمانت‌نامه صریحاً در سند معین شده، تعیین مهلت و زمان مطالبه سند از قواعد پیش گفته تبعیت می‌کند اما آیا تعیین مدت اعتبار ضمانت‌نامه به صورت ضمنی امکان‌پذیر است و محکمه می‌تواند تاریخ اعتبار را با توجه به قرائن و اوضاع و احوال تعیین نماید؟ مطابق قواعد عمومی قراردادها، زمانی که مدت تعهد توسط طرفین صریحاً معین نشده، قانون یا دادگاه می‌تواند در پرتو امارات موجود، زمان ایفای تعهد را معین نماید.^۱ در این زمینه اظهار شده است که در ضمانت‌نامه‌های مستقل نیز تفسیر اراده طرفین نشان می‌دهد که با از بین رفتن ریسکی که ضمانت‌نامه قصد پوشش آن را داشته، اعتبار سند را باید خاتمه یافته تلقی کرد.^۲ با وجود این، به نظر نگارنده، اجرای این قاعده در زمینه ضمانت‌نامه‌های مستقل امکان‌پذیر نیست زیرا به جهت اصل استقلال، امکان رجوع به قرارداد پایه جهت تعیین مدت وجود ندارد و باید در این حالت، ضمانت‌نامه را بدون مدت تلقی کرد. اصل استقلال آثاری دارد که باید رعایت شود. اگر تعیین ضمنی مدت پذیرفته شود بانک در گیر اسناد و وقایعی غیر از خود ضمانت‌نامه خواهد شد؛ امری که با اصل استقلال و خواست طرفین در تعارض است.

۴) مهلت مطالبه ضمانت‌نامه متقابل

به جهت استقلال میان ضمانت‌نامه مستقیم و متقابل، مدت اعتبار این دو سند می‌تواند متفاوت از یکدیگر باشد. معقول آن است که مدت ضمانت‌نامه متقابل، چند روزی بیش از مدت اعتبار ضمانت‌نامه مستقیم باشد تا چنانچه ضامن مستقیم در آخرین ساعات، ملزم به پرداخت وجه سند شد، فرصت کافی برای رجوع به ضامن متقابل داشته باشد. با وجود این ممکن است به هر دلیل این قاعده رعایت نشده باشد و ضمانت‌نامه متقابل، عمری طولانی‌تر از ضمانت‌نامه مستقیم داشته باشد. برخی نویسندگان معتقدند در صورت انقضای اعتبار ضمانت‌نامه مستقیم، ضمانت‌نامه متقابل نیز هم‌زمان منقضی می‌شود.^۳ از نظر نگارنده، چنین امری به جهت استقلال میان ضمانت‌نامه مستقیم و متقابل، قابل قبول نیست و مدت اعتبار ضمانت‌نامه مستقیم ممکن است متفاوت از مدت حیات ضمانت‌نامه متقابل باشد. به علاوه و بر مبنای آنچه گفته شد با توجه به اصل استقلال، اگر در ضمانت‌نامه متقابل برخلاف ضمانت‌نامه مستقیم، مدتی ذکر نشده باشد، ضمانت‌نامه متقابل بدون

1. GHESTIN, op.cit., n° 185

2. PRÜM, op.cit., n° 253

3. MATTOU, op.cit., n° 220

مدت است و نباید قیود مذکور در سند اول را به سند اخیر نسبت داد. البته در صورت طرح قضایی موضوع، دادگاه می‌تواند با ملاحظه انقضای اعتبار ضمانت‌نامه مستقیم، حکم بر بی‌اعتباری ضمانت‌نامه متقابل صادر نماید.^۱ در غیر این صورت، بانک ضامن متقابل یا ضمانت‌خواه، حق ندارند مهلت مطالبه ضمانت‌نامه متقابل را خاتمه یافته تلقی نمایند. البته در این حالت ممکن است تحت شرایط معین، مطالبه ضمانت‌نامه، ناروا تلقی شود اما ناروا بودن مطالبه اتفاقاً به معنای تأیید اعتبار مدت ضمانت‌نامه متقابل است.^۲

ممکن است اعتبار ضمانت‌نامه مستقیم و متقابل به صورت هم‌زمان خاتمه یابد. برخی چنین نگاهشده‌اند که در این حالت اگر ذی‌نفع ضمانت‌نامه مستقیم را در آخرین دقیقه مطالبه نماید، ضامن مستقیم می‌تواند ظرف مدت زمانی معقول، ضمانت‌نامه متقابل را مطالبه کند.^۳ این نظریه متقاعدکننده نیست و باید پذیرفت نتایج بی‌ملاحظگی چنین ضامنی دامن‌گیر وی می‌شود و ضامن مستقیم باید پیش‌بینی‌های لازم را می‌نمود تا در این حالت دچار زیان نشود.

(۵) اثر استرداد سند بر انقضای ضمانت‌نامه و خاتمه مهلت مطالبه

در تجارت بین‌الملل در مقررات ملی برخی کشورها تاریخ اعتبار ضمانت‌نامه را تنها به عنوان راهنما می‌پذیرند و سررسید ضمانت‌نامه را به منزله تاریخ انقضای سند تلقی نمی‌کنند. در برخی کشورهای آمریکای لاتین، ضمانت‌نامه زمانی منقضی می‌شود - می‌شد - که تعهد اصلی و مبنایی خاتمه پذیرد.^۴ در الجزایر، در دستورالعمل مصوب ۲ دسامبر ۱۹۷۸، بانک خارجی الجزایر^۵ مقرر داشته بود در ضمانت‌نامه‌های متقابلی که به نفع این بانک صادر می‌شود باید قید شود که این ضمانت‌نامه‌ها مادامی که دستور ذی‌نفع مبنی بر آزادسازی سند واصل نشده معتبر است.^۶ سوریه اثری بر خاتمه مدت اعتبار ضمانت‌نامه حسن انجام کار قائل نیست و از نظر مقررات این کشور، انقضای ضمانت‌نامه، زمانی تحقق می‌یابد که این سند به ضمانت‌خواه مسترد شود.^۷ البته به نظر

۱. CA Paris, 5e ch., B, 25 févr. 1988 ; D. 1989, somm, p. 150, obs. M. VASSEUR ; تأیید Cass. com., 3 avr. 1990 ; Bull. civ. IV, n° 104 ; D. 1991, somm. p. 195, obs. M. VASSEUR ; JCP G 1990, IV, 212 ; RD bancaire et bourse 1990, p. 169, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Banque et dr. 1990, p. 264, obs. J.-L. GUILLOT

۲. در خصوص مفهوم مطالبه ناروا، ن. ک: سلطانی. محمد. حقوق بانکی. همان. صص ۲۸۳-۲۷۳.

۳. BACACHE, La garantie à première demande dans les relations internationales : Thèse Paris II, 1993, p. 177

۴. PRUM, op.cit., n° 237

۵. La Banque Extérieure d'Algérie (BEA)

۶. SOBEIH, La lettre de garantie internationale : Thèse Paris I, 1989, p. 296

۷. البته تاریخ انقضای ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه معتبر انگاشته شده است. در این زمینه، ن. ک:

می‌رسد که در حال حاضر جز کشور سوریه، در سایر ممالک چنین رویه‌ای وجود ندارد. آقای برترامس در کتاب خود^۱ در سال ۱۹۹۶ چنین مرقوم می‌دارد که در چهار کشور اردن، لبنان، سوریه و تایلند، تاریخ انقضای ضمانت‌نامه اثری بر تعهد ضامن ندارد، ضمن این که در شش کشور، کارایی چنین تاریخی قطعی نیست. این کشورها عبارت بودند از برزیل، هندوستان، مالزی، پاکستان، سریلانکا و سودان. در ویرایش سوم کتاب که در سال ۲۰۰۴ منتشر شده چنین بیان شده که جریان عمومی حقوق کشورها به سمت رعایت آثار تاریخ انقضای ضمانت‌نامه در حرکت است و تمامی کشورهای فوق‌الذکر به استثنای سوریه با فرارسیدن سررسید ضمانت‌نامه، سند را فاقد اعتبار تلقی می‌کنند.^۲ خاطر نشان می‌سازد کشور سوریه نیز در این خصوص تحولات متعددی را پشت سر گذاشته اما جامعه بانکی غرب^۳ همچنان اعتقاد دارد که مدت ذکر شده در ضمانت‌نامه‌های این کشور، جنبه راهنما داشته و اثری بر خاتمه اعتبار سند ندارد.^۴

گفته شده است در این حالت ضمانت‌نامه تبدیل به سندی با مدت نامحدود می‌شود^۵ و در نتیجه مطابق آنچه در حقوق فرانسه گفته شد بانک حق فسخ ضمانت‌نامه را خواهد داشت. با وجود این و علی‌رغم شباهت قابل توجه، به نظر نمی‌رسد چنین سندی را بتوان ضمانت‌نامه با مدت نامحدود تلقی کرد زیرا در ضمانت‌نامه بی‌مدت، هیچ تاریخ انقضایی وجود ندارد حال آنکه در موضوع مورد بحث، تاریخ استرداد سند، موعد انقضای ضمانت‌نامه است و صحت این تاریخ است که باید مورد بررسی قرار گیرد. در این خصوص گفته شده است شرطی که مدت اعتبار ضمانت‌نامه و زمان مطالبه را به صورت نامحدود در اختیار انحصاری ذی‌نفع قرار می‌دهد خلاف نظم عمومی است.^۶ موعد اجرای تعهد ممکن است معین یا نامعین باشد. اگر موعد، معین است باید در تاریخ مقرر ایفا شود و اگر نامعین است ممکن است نیازمند مطالبه طلبکار باشد. اگر تعهد، نه موعدی برای اجرا دارد و نه نیازمند مطالبه است، حال محسوب شده و باید بی‌درنگ اجرا شود.^۷ تاریخ اجرای تعهد نمی‌تواند در

BERTRAMS, op.cit., p. 247, note 188.

1. BERTRAMS, Bank guarantees in international trade : Kluwer law international, 2e éd, 1996

2. BERTRAMS, op.cit., p. 247

3. Western banking community

4. BERTRAMS, op.cit., p. 249-250

5. VASSEUR, Rapport de synthèse : le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, op.cit., p. 339-340.-.

MATTOU, op.cit., n° 220

6. STOUFFLET, op.cit., n° 94. - PRÜM, op.cit., n° 252

۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ش ۷۶۹.

همچنین در خصوص زمان تأدیه دین، ن.ک: شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). سقوط تعهدات. تهران: مجد، ص ۴۸.

اختیار بدهکار باشد زیرا تعهدی که اجرای آن به تمایل بدهکار بستگی داشته باشد غرری است و نشانی از قصد جدی طرفین برای انعقاد عمل حقوقی در آن یافت نمی‌شود. با وجود این، اجرای تعهد می‌تواند مشروط بر این که منجر به غرری شدن قرارداد نشود، بسته به نظر طلبکار و موعدی باشد که وی تعیین می‌کند. مهریه زوجه، قرضی که در آن اجلی برای استرداد تعیین نشده و اسناد تجاری به رؤیت یا به وعده از رؤیت، همگی مصادیقی از این دست است.^۱ در حقوق فرانسه نیز شرطی که اجرای آن در اختیار و بنا به نظر طلبکار باشد صحیح شمرده شده است.^۲ بر این مبنا رویه قضایی فرانسه پذیرفته است شروطی که ضمانت‌نامه را تا هنگام استرداد اصل سند معتبر می‌دانند صحیح بوده و منشأ اثر است.^۳ البته باید توجه داشت در این حالت نیز بانک ضامن یا ذی‌نفع با اثبات اجرای نهایی تعهدات ناشی از قرارداد پایه می‌تواند استرداد و ابطال سند را خواستار شوند.

به جهت خطرناک بودن این رویه، اسناد بین‌المللی به مخالفت با آن برخاسته و چنین مقرر داشته‌اند که نگهداری سند پس از انقضای مدت اعتبار ضمانت‌نامه، حقی برای ذی‌نفع جهت مطالبه وجه سند ایجاد نمی‌نماید. ماده ۲۴ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» مقرر می‌دارد: «در مواردی که اعتبار ضمانت‌نامه به جهت پرداخت، انقضا یا آزادسازی سند یا طریق دیگری خاتمه می‌یابد نگهداری ضمانت‌نامه یا اصلاحیه‌های آن، هیچ حقی به ذی‌نفع تحت عنوان این ضمانت‌نامه اعطا نمی‌کند». ماده ۶ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های قراردادی» نیز پیش‌بینی نموده بود: «وقتی یک ضمانت‌نامه اعتبار خود را از دست می‌دهد ... نگهداری سندی که ضمانت به موجب آن صورت گرفته، به خودی خود، هیچ حقی برای ذی‌نفع ایجاد نمی‌کند و وی باید فوری سند را به ضامن تحویل دهد». بند ۲ ماده ۱۱ کنوانسیون آنسیترال نیز مقرر می‌دارد در حالتی که مبلغ ضمانت‌نامه قبلاً پرداخت شده و نیز در شرایطی که ضمانت‌نامه مطابق ماده ۱۲ منقضی شده است نگهداری سند توسط ذی‌نفع منجر به تمدید اعتبار مدت ضمانت‌نامه نخواهد شد.

۱. مهریه زوجه و قرض در زمره عقود مغایبه‌ای قرار نمی‌گیرند و در آن‌ها ضامن معاوضی علی‌الاصول جریان نمی‌یابد. در خصوص برات و سفته نیز قانونگذار بابت عدم مطالبه وجه طرف یک سال از تاریخ صدور برات و سفته به رؤیت و به‌وعده از رؤیت، ضمانت‌اجراهای معینی را تدارک دیده است.

2. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, op.cit., n° 1222

3. CA Paris, Ire ch., A. 26 avr. 1983 : D. 1983, IR. p. 485, obs. M. VASSEUR.-. Cass. com., 27 nov. 1984 : D. 1985, jurispr. p. 269, 2e esp, note M. VASSEUR.-. V. M. VASSEUR, note sous Cass. com., 27 nov. 1984 : D. 1985, jurispr. p. 273.-. CA Paris, Ire ch., A, 27 nov. 1990 : D. 1991, somm. p. 200, obs. M. VASSEUR. - CA Paris, Ire ch., A, 11 juin 1989 : D. 1991, somm. p. 193, obs. M. VASSEUR.-. Cass. com., 6 avr. 1993 : D. 1995, somm. p. 20, obs. M. VASSEUR

۲-۲. زمان تحقق مطالبه

الف. ملاک بودن زمان دریافت تقاضای پرداخت توسط بانک

هنگامی که ذی‌نفع یا بانک ضامن تقاضای پرداخت وجه را پیش از انقضای اعتبار ضمانت‌نامه به ضامن مستقیم یا متقابل ارسال می‌کند، اما این تقاضا پس از اتمام مدت اعتبار ضمانت‌نامه به اشخاص اخیر واصل می‌شود، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تقاضای پرداخت وجه را باید داخل در مهلت قلمداد نمود یا خیر. مطابق آنچه در خصوص بحث تشکیل قراردادها در حقوق ایران مطرح است، در مبادله اراده بین طرفین، اعلام یا ارسال - که خود کاشف از تحقق قطعی اعلام است - موضوعیت دارد.^۱ در حوزه حقوق خصوصی، اصل بر آن است که اعلام اراده در مهلت مقرر کفایت می‌کند و لزوم آگاهی طرف مقابل از اعلام اراده ظرف همان مهلت، تنها در صورت اراده صریح یا ضمنی طرفین بر آن قابل دفاع است. به‌طور مثال، ماده ۱۶۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت، مهلتی حداقل ۶۰ روزه برای استفاده از حق تقدم در خرید سهام جدید مقرر نموده و عرف تجاری نیز بر این امر صحه می‌گذارد که چنانچه سهام‌دار در روزهای واپسین این مهلت، اقدام به تکمیل تقاضای شرکت در افزایش سرمایه نموده و آن را برای شرکت پست نماید و تقاضای وی پس از اتمام مهلت مزبور به شرکت واصل شود، تردیدی در استفاده از حق تقدم توسط سهام‌دار وارد نمی‌شود. تعمیم اصل اولیه این راه‌حل به ضمانت‌نامه‌های بانکی بدان معنا خواهد بود که اعلام اراده ذی‌نفع برای مطالبه وجه در هنگام اعتبار سند کافی است و دریافت مطالبه در مدتی متعارف پس از خاتمه اعتبار سند، خدشه‌ای به صحت مطالبه وارد نمی‌سازد.

اما این راه‌حل نتوانسته در عرف تجاری ضمانت‌نامه‌های بانکی، راه خود را باز کند و از مفاد سند ضمانت‌نامه چنین برمی‌آید که طرفین خواسته‌اند تقاضای پرداخت در مهلت اعتبار سند واصل شود.^۲ در واقع، رعایت اصل شکل‌گرایی ایجاب می‌کند که بانک ضامن، تنها در صورتی که مطالبه در هنگام اعتبار ضمانت‌نامه واصل شود نسبت به پرداخت مبلغ سند اقدام نماید.^۳ به عبارت دیگر، مطابق ظاهر ضمانت‌نامه، بانک متعهد شده است که چنانچه در خلال دوره اعتبار سند، ذی‌نفع درخواست پرداخت وجه را به ضامن ارائه نماید، شخص اخیر نسبت به پرداخت وجه‌الضمان اقدام نماید و

۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، شماره ۱۲۷ به بعد و شماره ۱۸۴ به بعد.

۲. در ضمانت‌نامه‌ها تقریباً همیشه تصریح می‌شود که مطالبه باید قبل از تاریخ انقضای سند توسط بانک دریافت شود.

3. PRÜM, op.cit., n° 337-338.-. DOHM, op.cit., n° 193.-. SABEH-AFFAKI, op.cit., p. 531

در صورتی که درخواست یادشده پس از گذشت مدت زمان اعتبار قرارداد ارائه شده، تقاضا خارج از شرایط مقرر قراردادی بوده و محکوم به رد است.^۱ در تعیین تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه، بانک در پی آن است تا آنجا که مقدور است به سادگی حدود مسئولیت خود را تشخیص دهد و لذا تمایل دارد تا به سرعت از انقضای سند یا تقاضای پرداخت در مهلت مقرر آگاه شود. اسناد بین‌المللی که در بسیاری موارد منعکس‌کننده عرف بین‌المللی است نیز بیان‌کننده همین دیدگاه است. بند ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون آنسیترال و به گونه‌ای صریح‌تر، ماده ۱۴ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» مقرر می‌دارد که درخواست پرداخت وجه و اسناد مربوطه باید پیش از خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه به ضامن ارائه شود.

ب. ساعت تحقق مطالبه

نکته دیگری که در مورد زمان مطالبه باید پاسخ داده شود این است که مطالبه ضمانت‌نامه در آخرین روز تا چه ساعتی معتبر است؟ آیا باید ساعات کاری بانک ضامن مدنظر قرار گیرد یا دریافت تقاضای پرداخت وجه تا آخرین ساعت شبانه‌روز صحیح است؟ در صنعت بانک‌داری، ارسال و دریافت پیام‌ها در هر زمان از شبانه‌روز با استفاده از وسایلی همچون تلکس و سوئیفت رایج است. این امر، هم به جهت امکان برنامه‌ریزی دستگاه‌ها برای ارسال پیام در هر زمان حتی روزهای تعطیل صورت می‌گیرد و هم به این دلیل که ساعات نقاط مختلف دنیا بر یکدیگر منطبق نیست. با توجه به اطلاق تاریخ تعیین‌شده در سند که مقید به ساعت خاصی نیست باید پذیرفت درخواست مطالبه وجه پیش از فرارسیدن دقایق پایانی شبانه‌روز، خارج از ساعت تلقی نمی‌شود.^۲ با وجود این، «مقررات بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها»^۳ خلاف این راه‌حل را پیش‌بینی نموده است. مطابق این قواعد، در صورت دریافت تقاضای پرداخت وجه پس از پایان ساعات اداری چنین فرض می‌شود که این تقاضا در روز بعد صورت گرفته است.

1. Cass. com., 12 juill. 2005 : D. 2005, p. 2214, obs. X. DELPECH

2. BERTRAMS, op.cit., p. 301.- CA Liège, 24 sept. 1999 : RDC 2000, p. 734, به نقل از BERTRAMS, op.cit., p. 301

۳. مقررات بین‌المللی تضمین‌نامه‌ها که از آن تحت عنوان (International Standby Practices) (ISP 98) نام برده می‌شود، مجموعه مقررات تهیه‌شده توسط مؤسسه آمریکایی حقوق و رویه بانکداری بین‌المللی است که برای اعتبار اسنادی ضمانتی (standby letter of credit) در نظر گرفته شده تا طرفین در صورت تمایل، سند خود را تابع آن قرار دهند. این مقررات در نشریه شماره ۵۹۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز منتشر شده و از اول ژانویه ۱۹۹۹ قابلیت اجرا پیدا کرده است. از آنجا که این مقررات ناظر به اعتبارات اسنادی ضمانتی است در کشورهای اروپایی گستره اجرایی پیدا نکرده است.

ج. تأخیر در دریافت مطالبه به جهت فورس ماژور

گفته شد که ریسک وصول دیر هنگام درخواست پرداخت وجه به ضامن، متوجه ذی‌نفع است. اعتقاد بر این است که وصول دیر هنگام مطالبه، حتی اگر نه به علت تقصیر ذی‌نفع بلکه به علت فورس ماژور باشد نیز اثری در بی‌اعتباری این تقاضا نخواهد داشت و در هر حال باید چنین مطالبه‌ای را فاقد اثر قانونی دانست.^۱ مطابق ماده ۱۲ نسخه پیشین «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»، ضامن، هیچ‌گونه مسئولیتی در خصوص تأخیر در ارسال پیام‌ها و درخواست‌های ذی‌نفع بر عهده نمی‌گیرد. تصمیم مورخ ۲۵ ژانویه ۱۹۷۹ دادگاه اشتوتگارت نیز بر چنین مبنايي استوار است. در این پرونده تقاضای ذی‌نفع لبنانی، چهار روز پس از خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه توسط بانک دریافت شد. ذی‌نفع مدعی بود که تأخیر یادشده ناشی از جنگ داخلی و بسته‌بودن بانک‌ها از جمله بانک لبنانی که باید تقاضای پرداخت وجه را ارسال می‌کرد بوده است. دادگاه تجدیدنظر با یادآوری اهمیت رعایت کامل تاریخ انقضای ضمانت‌نامه، استدلال ذی‌نفع را رد نمود.^۲ این راه‌حل، سختگیرانه به نظر می‌رسد اما دلیل اصلی در اتخاذ چنین روشی را می‌توان حفظ منافع بانک ضامن دانست. بانک علی‌الاصول قادر نیست تا به بررسی دلیل تأخیر در وصول مطالبه بپردازد. لذا از گذاردن بار این امر بر دوش بانک خودداری شده است.

حتی اگر دیدگاه فوق پذیرفته شود، در صورتی که فورس ماژور سبب توقف فعالیت بانک ضامن - و نه ذی‌نفع - شود و به این لحاظ امکان وصول مطالبه حاصل نشود، دریافت تقاضای پرداخت پس از رفع حالت فورس ماژور باید موجد اثر باشد.^۳ در همین راستا ماده ۲۶ نسخه ۷۵۸ «مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» در این خصوص از خود انعطاف نشان داده است.

د. تأخیر در دریافت مطالبه به جهت تلاقی آخرین روز اعتبار ضمانت‌نامه با روز تعطیل

عموماً چنین بیان شده که در حالتی که آخرین روز اعتبار ضمانت‌نامه مصادف با روز تعطیل است، امکان مطالبه وجه در اولین روز پس از اتمام تعطیلات میسر است.^۴ بند (الف) ماده ۱۲ کنوانسیون آنسیترا ل نیز صراحتاً مقرر می‌دارد که چنانچه موعد انقضای ضمانت‌نامه در

1. DOHM, op.cit. n° 193.-. PRÜM, op.cit., p. 338

2. OLG Stuttgart, 25 janv. 1979 : RIW 1980, p. 729, به نقل از BERTRAMS, op.cit., p. 301-302

۳. در این حالت بانک ضامن، خود به‌خوبی از ماقع مطلع است و نیازی به ارزیابی رخدادهای موضوع فورس ماژور نیز ندارد.

4. PRÜM, op.cit., n° 338.-. DOHM, op.cit., n° 193.-. BERTRAMS, op.cit., p. 302

محلی که بانک ضامن مستقر است مصادف با روز تعطیل باشد، ضمانت‌نامه در اولین روز کاری پس از این روز منقضی می‌شود.

این راه‌حل، با استدلال پیشین در خصوص وصول دیر هنگام مطالبه، غیر همگن به نظر می‌رسد و به اعتقاد نگارنده، اگر پذیرفته شود که حتی فورس‌ماژور نیز نمی‌تواند اصل شکل‌گرایی ضمانت‌نامه را زیر سؤال ببرد، به طریق اولی بسته‌بودن بانک‌ها که اتفاقاً مطابق تقویم و از پیش معلوم بوده نمی‌تواند مؤثر در مقام باشد. قیاس این امر با ماده ۲۸۱ قانون تجارت که در اعتراض تأدیه برات، در صورت تعطیلی روز دهم، روز بعد را ملاک می‌داند یا مقررات آیین دادرسی مدنی در خصوص مهلت تجدیدنظرخواهی، ناصواب به نظر می‌رسد زیرا در این موارد، آنچه برای دارنده حق اعتراض اهمیت دارد فرصت ده‌روزه یا بیست‌روزه است. وقتی آخرین روز این موعد تعطیل باشد، رعایت حقوق ذی‌حق برای این که وی به‌واقع از مهلت ده یا بیست‌روزه پیش‌بینی شده برخوردار باشد چنین ایجاب می‌نماید که با در نظر گرفتن روز پس از تعطیل، مهلت دارنده حق، کوتاه‌تر از آنچه در قانون مقرر شده نشود. پیش‌بینی تاریخ انقضای ضمانت‌نامه، چنین هدفی را دنبال نمی‌کرده است، خاصه آنکه اصل شکل‌گرایی در ضمانت‌نامه‌های مستقل نیز تردید در این خصوص را کم‌رنگ می‌کند. نکته‌ای که در این میان باید مورد توجه قرار گیرد تعطیلات ناخواسته غیر قابل پیش‌بینی به جهت حوادث غیر مترقبه در آخرین روز اعتبار ضمانت‌نامه است که هر تصمیمی در خصوص اثر فورس‌ماژور بر حق ذی‌نفع اتخاذ شود در این خصوص نیز مرعی خواهد بود.

نتیجه

ضمانت‌نامه مستقل، سندی با آثار مالی سنگین و قابل توجه است. اگر چه ضمانت‌نامه مستقل به دنبال تضمین تعهدات ناشی از رابطه پایه است با توجه به پیشینه شکل‌گیری این سند و خواست طرفین و نیز از آنجا که بانک نمی‌خواهد خود را درگیر روابط مبنایی ضمانت‌خواه و ذی‌نفع نماید، آنچه در تعیین حقوق و تعهدات بانک و ذی‌نفع مؤثر است، صرفاً سند ضمانت‌نامه است. بر این اساس تحقق یا عدم تحقق مطالبه صرفاً بر اساس شرایط مندرج در سند و بدون توجه به مفاد رابطه پایه سنجیده می‌شود. در واقع، اگر چه مهم‌ترین ثمره اصل استقلال، پرداخت بی‌قید و شرط وجه سند است، این اصل در تمامی ابعاد از جمله شرایط، نحوه و مهلت مطالبه ضمانت‌نامه تأثیرگذار است.

مطالبه باید به صورت قطعی و منجز در محل صدور ضمانت‌نامه و در زمانی پیش از تاریخ انقضای سند، توسط ضامن دریافت شود. تأکید بر «محل صدور ضمانت‌نامه» بدان معناست که ارائه تقاضای پرداخت به شعبه یا اداره دیگر همان بانک، «مطالبه» تلقی نمی‌شود. به منظور رعایت مفاد سند، مطالبه ضمانت‌نامه صرفاً با وسیله‌ای که در سند معین شده امکان‌پذیر است و در فرض سکوت سند، با تمسک به عموماً قانونی، هر وسیله‌ای مطالبه را محقق می‌سازد. مدت اعتبار ضمانت‌نامه ممکن است محدود یا نامحدود باشد. در حال حاضر استفاده از ضمانت‌نامه‌های با مدت نامحدود یا ضمانت‌نامه‌هایی که در آن‌ها انقضای سند مشروط به استرداد اصل سند است کاهش یافته و ضمانت‌نامه‌های با مدت معین که از وضعیت حقوقی روشن‌تری برخوردار است رواج دارد. در نتیجه اصل استقلال، برای تعیین مدت اعتبار سند و در نتیجه مهلت مطالبه نباید به رابطه پایه استناد نمود. در خصوص زمان تحقق مطالبه، با توجه به شروط مندرج در سند، مطالبه وقتی صورت می‌پذیرد که تقاضای پرداخت توسط بانک واصل شود و زمان ارسال در این میان اهمیتی ندارد. همچنین به نظر می‌رسد که دریافت «مطالبه» پیش از ساعت ۲۴ آخرین روز اعتبار سند، باید داخل در مهلت تلقی شود.

منابع

- فارسی

- ایمانیان، فریبرز؛ شمس، عبدالله؛ عیسائی تفرشی؛ محمد. (۱۳۸۲). تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی. مجله مدرس. بهار.
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). ادله الکترونیکی و اثبات دعوا در معاملات برخط اوراق بهادار و دریافت تلفنی سفارشات. فصلنامه بورس اوراق بهادار. ش ۱۳، بهار.
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۰). حقوق بانکی، تهران: میزان.
- سلطانی، محمد. (۱۳۹۱). رجوع پس از پرداخت ضامن در ضمانت نامه مستقل بانکی. مجله حقوق بانکی. ش ۲، پاییز و زمستان.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۸). مجموعه مقالات حقوقی. «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، تهران: حقوقدان.
- صفایی، سیدحسین؛ قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۱). حقوق مدنی، اشخاص و محجورین. تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاویانی، کوروش. (۱۳۸۹). حقوق اسناد تجارتنی. چاپ سوم، تهران: میزان.
- مسعودی، علیرضا. (۱۳۹۱). ضمانت نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل. چاپ دوم، تهران: شهر دانش.

- لاتین

- R. BACACHE, La garantie à première demande dans les relations internationales : Thèse Paris II, 1993
- R. BERTRAMS, Bank guarantees in international trade : Kluwer law international, 3e éd, 2004

- J. DOHM, Les garanties bancaires dans le commerce international : Stämpfli, 1986
- M. DUBISSON, Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, in FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux : Colloque de Tours, Édition du Moniteur, 1980, p. 115
- J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les effets du contrat : LGDJ, 3^e éd, 2001
- F. JACOB, Lamy Droit des sûretés, Étude 135, 2010
- F. JEROME, Droit civil, T. VII, Les sûretés personnelles : Economica, 2004
- A. PRÜM, Les garanties à première demande, Litec, 1994
- B.-G. SABEH-AFFAKI, L'unification internationale du droit des garanties indépendantes : Thèse Paris II, 1995
- Ph. SIMLER, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires : Litec, 4^e éd, 2008
- Ph. SIMLER, Garanties autonomes. – Régime : J.-Cl. Civil Code, Art. 2321, Fasc. 15, 2007
- N. SOBEIH, La lettre de garantie internationale : Thèse Paris I, 1989
- J. STOUFFLET, J.-Cl. Banque, Crédit et Bourse, Fasc. 610, 2002
- F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations : Dalloz, 9^e éd, 2005
- M. VASSEUR, Les nouvelles Règles de la Chambre de Commerce Internationale pour les « garanties sur demande » : RDAI 1992, p. 239
- M. VASSEUR, note sous Cass. com., 27 nov. 1984 : D. 1985, jurispr. p. 273
- M. VASSEUR, obs. sous CA Paris, 7^e ch., B, 12 oct. 1988 : D. 1990, somm. p. 206
- M. VASSEUR, Rapport de synthèse : le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest, in FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux : Colloque de Tours, Édition du Moniteur, 1980, p. 319
- CA Paris, 3^e ch., B, 29 janv. 1981 : D. 1981, jurispr. p. 336, 1^{re} esp. note M. VASSEUR
- CA Paris, 1^{re} ch., A, 2 juin 1982 : D. 1983, jurispr. p. 437, concl. FLIPO, note M. VASSEUR
- CA Paris, 1^{re} ch., A, 26 avr. 1983 : D. 1983, IR. p. 485, obs. M. VASSEUR
- Trib. com. Paris, 8 juill. 1983 : D. 1984, IR. p. 92, obs. M. VASSEUR
- Cass. com., 27 nov. 1984 : D. 1985, jurispr. p. 269, 2^e esp, note M. VASSEUR
- Cass. com., 5 févr. 1985 : Bull. civ. 1985, IV, n° 45 ; D. 1985, jurispr. p. 269, 4^e esp., note M. VASSEUR
- CA Paris, 15^e ch., B, 22 nov. 1985 : D. 1986, IR. p. 155, obs. M. VASSEUR
- CA Paris, 5^e ch., A, 1^{er} oct. 1986 : D. 1987, somm. p. 171, obs. M. VASSEUR
- Cour supr. Autriche, 3 déc. 1986 : D. 1989, somm. p. 149, obs. M. VASSEUR
- CA Paris, 3^e ch., B, 2 avr. 1987 : D. 1988, somm. p. 248, obs. M. VASSEUR ; و در
- استیناف, Cass. com., 24 janv. 1989 : D. 1989, somm. p. 159, obs. M. VASSEUR ;
- JCP E 1989, II, 15635, et JCP G 1990, II, 21425, note J.-P. MATTOUT et A. PRÜM



- CA Paris, 5^e ch., B, 25 févr. 1988 : D. 1989, somm. p. 150, obs. M. VASSEUR ; Cass. com., 3 avr. 1990 : Bull. civ. IV, n° 104 ; D. 1991, somm. p. 195, obs. M. VASSEUR ; JCP G 1990, IV, 212 ; RD bancaire et bourse 1990, p. 169, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Banque et dr. 1990, p. 264, obs. J.-L. GUILLOT
- CA Bruxelles, 8^e ch., 17 nov. 1988 : D. 1989, somm. p. 147, obs. M. VASSEUR
- CA Paris, 1^{re} ch., A, 11 juin 1989 : D. 1991, somm. p. 193, obs. M. VASSEUR
- Trib. com. Lyon, 27 juin 1989 : D. 1990, somm. p. 206, obs. M. VASSEUR ; LPA 1^{er} déc. 1989, p. 6, note Y. TEYSSIER
- CA Paris, 1^{re} ch., A, 27 nov. 1990 : D. 1991, somm. p. 200, obs. M. VASSEUR
- CA Paris, 15^e ch., A, 9 janv. 1991 : Juris-Data n° 1991-020131 ; D. 1991, somm. p. 196, obs. M. VASSEUR ; RD bancaire et bourse 1991, p. 152, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD
- Cass. com., 6 avr. 1993 : D. 1995, somm. p. 20, obs. M. VASSEUR
- CA Paris, 1^{re} ch., A, 28 juin 1993 : Juris-Data n° 023018 ; JCP E 1993, I, 302, n° 17, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET
- CA Paris, 1^{re} ch., B, 23 juin 1995 : JCP E 1995, II, 735, note B.-G. SABEH-AFFAKI
- Trib. com. Paris, 15 nov. 1995, CA Paris, 28 janv. 2000 : Juris-Data n° 120673
- CA Paris, 15^e ch., A, 1^{er} déc. 1998 : Juris-Data n° 023009 ; RJDA 4/1999, n° 475 ; RD bancaire et bourse 1999, p. 103, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD
- Cass. com., 12 juill. 2005 : D. 2005, p. 2214, obs. X. DELPECH