

# مطالبه‌ی متقالبانه وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی با تأکید بر کنوانسیون آنستیرال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی

مجید سربازیان\* سید رضا هاشمی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۱۳.

## چکیده؛

ضمانت‌نامه‌های بانکی از مؤثرترین اسناد بین‌المللی است که بدون آن‌ها اجرای تعهدات طرفین امکان‌پذیر نیست یا طرفین قرارداد را با مخاطراتی مواجه می‌نماید. مهم‌ترین وصف این اسناد استقلالشان از قرارداد پایه است که ذی‌نفع را قادر می‌سازد پرداختی قطعی و فوری از یک ضامن متمکن در کشور خود داشته باشد. استثنای بین‌المللی نسبت به اصل مذکور، تقلب است که می‌تواند مانع از مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع آن گردد. سؤالی که این پژوهش درصدد پاسخ به آن می‌باشد این است که رویکرد مقررات بین‌المللی در خصوص موضوع تقلب چیست و کنوانسیون ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی در این خصوص چه تدابیری اتخاذ کرده است؟ قواعد و مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص موضوع تقلب رویکرد سکوت یا نزدیک به سکوت را اتخاذ کرده‌اند، اما کنوانسیون فوق‌الذکر تنها سندی است که در رابطه با موضوع تقلب مقرراتی وضع کرده است که رهنمودهای مفیدی را به دادگاه‌ها در این رابطه ارائه می‌نماید.

واژگان کلیدی: مطالبه‌ی وجه، اصل استقلال، استثنای تعهد پرداخت، قرار منع پرداخت.

\* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول): .....

\*\* فارغ‌التحصیل کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز: .....

## مقدمه؛

استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی اگرچه از دهه‌ی شصت میلادی آغاز گشته، اما به دلیل خصیصه‌ی استقلال آن‌ها از قرارداد پایه به شدت مورد استقبال واقع شده است.<sup>۱</sup> در عین حال استثنای این خصیصه مطالبه‌ی متقابله‌ی وجه ضمانت‌نامه است که می‌تواند مانع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه گردد. در واقع استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه وصف اساسی ضمانت‌نامه بانکی است، اما همانند سایر قواعد و اصول حقوقی استثنائاتی هم دارد که با توجه به ماهیت و کارکرد ضمانت‌نامه این استثناء محدود و انحصاری است و سبب منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شود.<sup>۲</sup> در نظام‌های حقوقی مختلف آراء متناقضی در خصوص منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه وجود داشته است، لذا یکی از نخستین نگرانی‌ها در رابطه با ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی عدم وجود مقررات یکنواخت در سطح بین‌المللی است.<sup>۳</sup> اختلافات موجود در آراء در زمینه‌ی مطالبه و منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه منجر به این شد که برخی از سازمان‌ها به منظور ایجاد رویه‌ی یکسان مبادرت به وضع مقرراتی کنند. اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۴</sup> (آی سی سی) اولین این سازمان‌ها است که از انتشار اولین مقررات آن در رابطه با ضمانت‌نامه‌ها تحت عنوان «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی»<sup>۵</sup> (یو آر سی جی) طی نشریه‌ی شماره ۳۲۵ دهه‌ها می‌گذرد. هدف از وضع مقررات مذکور حمایت از طرفین قراردادی از مواردی مانند تقلب، با ایجاد توازن عادلانه

۱. افتخار جهرمی، گودرز؛ تفرشی، محمد عیسی؛ شهبازی نیا، مرتضی، «تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات

بازرگانی بین‌المللی»، مدرس علوم انسانی، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۸۰، ص ۳.

۲. محبی، محسن، «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده»، مجله حقوقی دفتر خدمات

حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵، ص ۱۰۵.

۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۲، ص ۲۸۵.

4.....

5.....

میان منافع متعارض طرفین بود.<sup>۱</sup> از آنجایی که مطابق این مقررات برای مطالبه‌ی وجه، ذی‌نفع می‌بایست حکم دادگاه مبنی بر تخلف مضمون عنه را ارائه می‌نمود و به دلیل این که رویه‌های مرسوم در تجارت بین‌الملل را نادیده می‌گرفت مورد استقبال قرار نگرفت و متروک شد.<sup>۲</sup> عدم استقبال جامعه‌ی تجاری بین‌المللی از مقررات «یو آر سی جی» اتاق بازرگانی بین‌المللی را بر آن داشت که مقرراتی مخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی تدوین نماید. در سال ۱۹۹۲ نشریه‌ی شماره ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی تحت عنوان «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»<sup>۳</sup> (یو آر دی جی ۴۵۸) منتشر شد که در عمل هم بسیار موفق بود و از سال ۱۹۹۲ تا سال ۲۰۱۰ به‌خوبی از عهده‌ی هدف از پیش تعیین‌شده برآمد تا این که مورد بازبینی و اصلاح قرار گرفت و در سال ۲۰۱۰ نشریه‌ی شماره ۷۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی راجع به «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»<sup>۴</sup> (یو آر دی جی ۷۵۸) منتشر گشت.<sup>۵</sup> در اثنای انتشار «یو آر دی جی ۷۵۸» مقرراتی راجع به اعتبارات اسنادی تضمینی تحت عنوان «رویه‌های بین‌المللی اعتبار اسنادی تضمینی»<sup>۶</sup> (آی اس پی ۹۸) انتشار یافت. ضمانت‌نامه‌ی مستقل بانکی معادل اعتبار اسنادی تضمینی است.<sup>۷</sup> از لحاظ لغوی در حقوق آمریکا واژه‌ی «اعتبار اسنادی تضمینی» برای

1. .... "The Bank Guarantees under the Uniform International Rules."
2. .... "Bank Guarantees and other Guarantees, Export." Journal of  
 .... "The UN Convention on Independent  
 Guarantees and Standby Letters of Credit." The International Lawy..
3. ....
4. ....
5. ....
6. ....
7. .... "Standby Letter of Credit Rules and Practices Misunderstood or Little  
 ....

ضمانت مستقل و واژه «گارانتی» برای ضمانت تبعی به کار می‌رود.<sup>۱</sup> مقررات منع صدور ضمانت‌نامه بانکی از جانب برخی کشورها از جمله آمریکا سبب روی آوردن آن‌ها به مکانیسم اعتبار اسنادی برای تضمین تعهدات طرفین شده است.<sup>۲</sup> چنان‌که گفته شد، ضمانت‌نامه‌ی بانکی و اعتبار اسنادی تضمینی از نظر ماهیت و کارکرد یکسان هستند، لذا هر دو در ماهیت مستقل و اسنادی بوده و می‌توانند به جای یکدیگر به کار روند.

تنها کنوانسیون‌ی که امروزه در سطح بین‌المللی در زمینه‌ی ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی به چشم می‌خورد، «کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی» (از این به بعد کنوانسیون) است که توسط کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)<sup>۳</sup> تدوین شده است.<sup>۴</sup> کنوانسیون مذکور حاصل دهه‌ها تجربه است که آنسیترال در این راه کسب نموده بود. موضوع تدوین کنوانسیون در زمینه‌ی ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی از اواخر دهه‌ی ۱۹۶۰ در دستور کار آنسیترال قرار گرفت و به همین منظور آنسیترال مطالعات خود را از همان دوران آغاز کرد. در فاصله‌ی زمانی بین سال‌های ۱۹۶۸ تا ۱۹۷۷ آنسیترال پیشرفت‌ها و تحولات مربوط در زمینه‌ی ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی را دائماً مورد بررسی قرارداد،<sup>۵</sup> آنسیترال در بیست‌ودومین نشست خود کارگروهی را برای تدوین پیش‌نویس کنوانسیون معین نمود. پیش‌نویس تدوین شده کارگروه در یازدهم دسامبر ۱۹۹۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل

۱. شهبازی نیا، مرتضی؛ تفرشی، محمد عیسی، «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۷ و ۶.

۲. جی، ریچارد؛ کول، دریس، «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، تأملاتی پس از انقلاب اسلامی ایران». ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱، ۱۳۶۳، ص ۱۳۵.

3. ....  
 4. .... "Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit". International Commercial Law, Vol.1, Issue.1, ...  
 5. .... "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand. by Letters of Credit: The Uncitral Draft Convention on Guaranty Letters." The

رسید. با توجه به ماده ۲۸ کنوانسیون، به منظور لازم‌الاجرا شدن آن باید مورد تصویب حداقل پنج کشور قرار می‌گرفت که نهایتاً در سال ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا گشت و هم‌اکنون دارای ۸ عضو است.<sup>۱</sup> کنوانسیون مذکور چنان که در بالا نیز ذکر گشت با توجه به همسانی اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانت‌نامه‌ی بانکی و مقررات منع صدور ضمانت‌نامه‌ی بانکی در برخی کشورها به گونه‌ای تدوین گشته که هر دو سند مذکور را در برگیرد تا مورد اقبال عمومی بین‌المللی واقع شود، علی‌رغم چنین پیش‌بینی با توجه به شمار محدود کشورهای عضو کنوانسیون، باید اذعان داشت که کنوانسیون مذکور در تجارت بین‌الملل حتی با در نظر گرفتن قواعد و مسائل بدیع از جمله موضوع تقلب و امکان استناد به تهاتر از جانب ضامن مورد اعتنا و اقبال واقع نشده است. کنوانسیون تلاش نموده تا عدم یک‌نواختی در مقررات، اصطلاحات و رژیم حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی را با تدوین یک سری از قواعد الزام‌آور سازمان‌دهی کند،<sup>۲</sup> و برای نخستین بار، متضمن بیان مصادیقی از تقلب<sup>۳</sup> است.

از آنجایی که اوصاف ضمانت‌نامه‌ی بانکی آن را از ضمان سنتی و تبعی متمایز می‌سازد و مسئله تقلب نیز به عنوان استثنایی بر یکی از این اوصاف است، در این پژوهش در ابتدا به صورت اجمالی اوصاف مهم ضمانت‌نامه‌ی بانکی را تبیین می‌گردد و سپس موضع اتاق بازرگانی بین‌المللی و کنوانسیون را راجع به موضوع تقلب مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد، در پایان نیز به اهم مصادیق احتمالی تقلب از نظر کنوانسیون و رویه‌های مرسوم بین‌المللی پرداخته می‌شود.

۱. عبدالحسین شیروی، پیشین، ص ۲۸۶.

۲. "Inte.....  
....."  
.....  
3.....

## ۱. اوصاف ضمانت‌نامه‌ی بانکی؛

مهم‌ترین اوصاف ضمانت‌نامه‌های بانکی عبارت‌اند از: اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، ماهیت اسنادی مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه و اصل انطباق دقیق ارائه‌ی مدارک با مفاد و شروط ضمانت‌نامه که به ترتیب بیان می‌گردد.

### ۱-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی؛<sup>۱</sup>

علی‌رغم این که هدف از صدور یک ضمانت‌نامه، تأمین و تضمین ذی‌نفع در برابر خساراتی است که ناشی از قصور و تخلف مضمون‌عنه در قرارداد پایه<sup>۲</sup> است، اما استحقاق ذی‌نفع در خصوص مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه، تنها به‌موجب مراجعه به مفاد و شروط قیدشده در متن ضمانت‌نامه مشخص می‌گردد و بانک و مضمون‌عنه نمی‌توانند به دفاعیات و ایرادات قرارداد پایه استناد نمایند.<sup>۳</sup> برای ضامن بسیار مشکل و مخاطره‌آمیز است که خود را وارد مسائل و مشکلات ناشی از قرارداد پایه نماید.<sup>۴</sup> درواقع دلیل این که ضامن شخص مناسبی به‌منظور درگیر شدن در اختلافات ناشی از قرارداد پایه نیست این است که ضامن هیچ‌گونه نظارتی بر انعقاد قرارداد پایه نداشته و پس از منعقد شدن قرارداد نیز تخصصی در رابطه با آن ندارد. مضافاً این که ضامن به دلیل دریافت یک کارمزد<sup>۵</sup> تقریباً جزئی در خصوص اقدامات خود، تمام توان و منابع خود را صرف تصدیق ادعای ذی‌نفع در مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه نمی‌نماید. پس از پرداخت وجه

1.....

2.....

قرارداد پایه عبارت است از قراردادی که میان ذینفع و متعهد اصلی منعقدشده و ضمانت‌نامه بانکی برای تضمین تعهدات ناشی از آن قرارداد صادر و در اختیار ذینفع قرار داده می‌شود. غمامی، مجید، «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۴، ۱۳۷۸، ص ۱۲۵.

3... ..Demand Guarantee in International Trade... ..

.. ..

۴. شیروی، عبدالحسین، پیشین، ص ۲۷۷.

5... ..

ضمانت‌نامه به ذی‌نفع نیز حق رجوع ضامن به مضمون‌عنه به منظور بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه بستگی به تبعیت ضامن از دستورات وی دارد. بر این اساس برای حمایت از ضامن، تعهد پرداخت وی باید مستقل از قرارداد پایه باشد.<sup>۱</sup> علاوه بر ضامن ذی‌نفع نیز از اصل استقلال منتفع می‌گردد بدین ترتیب که در صورت رعایت شرایط مقرر ضمانت‌نامه بدون اثبات قصور مضمون‌عنه می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را وصول نماید. از طرف دیگر نیز مضمون‌عنه اطمینان خاطر می‌یابد که بانک فقط در صورت احراز انطباق اسناد ارائه‌شده از سوی ذی‌نفع با مفاد شروط و ضمانت‌نامه وجه را به ذی‌نفع پرداخت می‌نماید. بدین ترتیب هر سه طرف ضمانت‌نامه‌ی بانکی از این اصل بنیادین منتفع می‌شوند؛ بنابراین استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و دریافت وجه آن به‌صرف مطالبه هدف نهایی از به‌کارگیری ضمانت‌نامه بانکی در قراردادهای بین‌المللی است به‌نحوی که سلب این وصف موضوعیت و کارکرد ضمانت‌نامه را کأن لم یکن می‌سازد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر اصل استقلال اساسی‌ترین وصف ضمانت‌نامه‌ی بانکی است و تغییر و سلب این ویژگی، ضمانت‌نامه را به یک قرارداد ضمانت سنتی مبدل می‌سازد.<sup>۳</sup> چنان‌که پیش‌ازین نیز بیان گشت، اگرچه از لحاظ تاریخی تقلب تنها استثنای بین‌المللی به رسمیت شناخته‌شده نسبت به اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است،<sup>۴</sup> لکن اصل مذکور خود یکی از اسباب زمینه‌ساز مطالبه‌ی متقابلانه<sup>۵</sup> وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی است؛ چراکه ذی‌نفع بدون این که بخواهد قصور و تخلف مضمون‌عنه در رابطه با قرارداد پایه را اثبات کند، می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید.<sup>۶</sup>

1..... Hsin."the Independence of Demand Guarantees, Performance B. .... Standby Letters of Credit." National Taiwan University Law Review,.....

۲. محبی، محسن، پیشین، ص ۹۹.

۳. لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ نیز هر شرطی که سبب سلب وصف استقلال ضمانت‌نامه شود را بی‌اثر اعلام کرده و در ماده ۸۴۱ خود مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌اثر است».

4..... "Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit." University of South Africa. 2009...

5.....  
۶. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی، «تحلیلی بر مطالبه من غیرحق و امکان جلوگیری از آن در ضمانت‌نامه عندالمطالبه.» فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۹۳، صص ۱۵۳-۱۵۶.

## ۲-۱. ماهیت اسنادی مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه؛

ضمانت‌نامه‌های بانکی دارای ماهیتی اسنادی<sup>۱</sup> هستند بدین معنا که مبلغ و مدت تعهد پرداخت، شرایط پرداخت و خاتمه‌ی تعهد به کلی به خود ضمانت‌نامه و شروط آن بستگی دارد و در ارائه‌ی مدارک به منظور مطالبه‌ی وجه، مدارک موجود باید در خود ضمانت‌نامه تعیین شده باشد و شرایط مقرر در آن نباید چیزی فراتر از ارائه‌ی اسناد باشد.<sup>۲</sup> در حقیقت نتیجه‌ی فرعی و ثانویه‌ی اصل استقلال این است که تعهد ضامن به پرداخت، ماهیت اسنادی داشته باشد. بدین بیان که تعهد ضامن به پرداخت وجه ضمانت‌نامه هنگامی که برای مطالبه‌ی شروطی مقرر گشته باشد، با توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه صرفاً بررسی اسناد است و با اسناد سروکار دارد. لذا در حوزه‌ی اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی از شروطی که ماهیتی غیر اسنادی دارند و تابع هر اقدام یا رویداد غیر معلوم و نامسلم به غیر از ارائه واقعی اسناد و مدارک باشد صرف نظر می‌شود. این رویکرد مبتنی بر رویه‌ای است که نقش ضامن را به جای یک مأمور تحقیق به مثابه‌ی یک مأمور پرداخت می‌داند.<sup>۳</sup> این اسناد با توجه به شروط قیدشده در ضمانت‌نامه ممکن است، اعلامیه‌ی کتبی تخلف مضمون‌عنه یا گواهی شخص ثالث یا رأی داور یا دادگاه یا هر سند دیگر قیدشده در ضمانت‌نامه باشد که اغلب این شروط در رابطه با نحوه‌ی پرداخت وجه ضمانت‌نامه است.<sup>۴</sup>

## ۳-۱. اصل انطباق دقیق؛<sup>۵</sup>

به منظور هماهنگی اوصاف فوق‌الذکر که مبتنی بر ماهیت و کارکرد ضمانت‌نامه بانکی است، اسناد ارائه‌شده از جانب ذی‌نفع باید از هر لحاظ عیناً با اسنادی که در ضمانت‌نامه قیدشده انطباق

1.....

2.....

3.. Alan, "Fraud and the UN Convention on Indep.. Standby Letters of Credit," p.....

۴. به منظور مطالعه‌ی تفصیلی راجع به شیوه‌های پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی رجوع کنید به: شهبازی‌نیا، مرتضی، «شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آن‌ها». فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، شماره ۳، ۱۳۸۳.

5.....



داشته باشد. لذا بانک ضامن حق و همچنین تکلیف دارد از پذیرش اسنادی که با مفاد و شروط ضمانت‌نامه انطباق ندارد خودداری کند و در فرض پذیرش چنین اسنادی و پرداخت وجه ضمانت‌نامه استحقاق رجوع به مضمون‌عنه به منظور بازپرداخت وجه ضمانت‌نامه رانخواهد داشت.<sup>۱</sup> در حقیقت ذی‌نفع باید اسناد مطابق را ارائه نماید و اگر اسناد ارائه شده حسب ظاهرشان منطبق با مفاد و شروط ضمانت‌نامه باشد، ضامن باید ارائه را قبول و وجه ضمانت‌نامه را پرداخت نماید و در غیر این صورت ذی‌نفع امکان وصول وجه ضمانت‌نامه را ندارد ولو اینکه مضمون‌عنه قرارداد پایه را کاملاً نقض کرده باشد.<sup>۲</sup> میان اصل استقلال و اصل انطباق دقیق تعامل وجود دارد، بدین بیان که هرچند اصل استقلال چنان که بیان گشت، مضمون‌عنه را در معرض مطالبه‌ی متقالبانه‌ی قرار می‌دهد، در مقابل تنها نقطه‌ی اطمینان‌بخش برای وی به جز راه‌حل‌های مبتنی بر استثنای تقلب که نهایتاً در صورت وجود شرایط مقرر منجر به تحصیل قرار منع موقت پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌گردد، اصل انطباق دقیق ارائه‌ی اسناد با مفاد و شروط ضمانت‌نامه است که ذی‌نفع در صورت عدم ارائه‌ی مدارک مطابق، از وصول وجه ضمانت‌نامه محروم می‌گردد و بدین طریق حتی‌المقدور با اصل انطباق دقیق از مطالبه‌ی متقالبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه جلوگیری می‌شود؛<sup>۳</sup> بنابراین اصل انطباق دقیق و اصل استقلال میان منافع متعارض طرفین قرارداد پایه‌ی توازنی برقرار می‌نماید تا هدف و کارکرد ضمانت‌نامه بانکی که همان پرداخت فوری وجه ضمانت‌نامه در صورت مطابقت ظاهری ارائه با مفاد و شروط ضمانت‌نامه است تحقق یابد.

۱. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی، «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۵۳.

2..... Gao, "The Fraud Rule under the UN Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Prespective".

3.....

## ۲. موضع اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص مسئله‌ی تقلب؛

اگرچه از قرن‌ها پیش تقلب به‌عنوان مبنایی برای منع پرداخت وجه اعتبارات اسنادی بوده است، اما مبدأ کنونی و امروزی آن از دعوای سزتجن علیه هنری<sup>۱</sup> آغاز گردید. در این پرونده دادگاه ایالتی نیویورک بدین دلیل که ذی‌نفع، اسناد جعلی در مطالبه‌ی وجه ارائه کرده بود، پرداخت وجه را از جانب گشایشگر منع کرد.<sup>۲</sup> در حقیقت نطفه‌ی اصلی قاعده‌ی تقلب در حقوق اعتبار اسنادی پرونده‌ی مذکور بود. علی‌رغم اینکه رأی صادره در این پرونده از جانب یک دادگاه آمریکایی صادر گشت، اما این رأی و پرونده در شکل‌گیری قاعده‌ی تقلب بر تمام حوزه‌های قضایی جهان تأثیر گذاشته است.<sup>۳</sup> در طول نزدیک به هفتادسال از رأی قضیه سزتجن، دادگاه‌ها، مراجع قانون‌گذاری، پژوهشگران، سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی با نظریه‌هایی که تقلب را به‌عنوان مبنایی برای منع پرداخت پشتیبانی و تأیید کند، سروکار داشته‌اند.<sup>۴</sup> هرچند رأی مذکور در خصوص اعتبار اسنادی تجاری صادر گشته بود، لکن با توجه به اینکه اعتبارات اسنادی تجاری و ضمانت‌نامه‌های بانکی از اصولی کاملاً یکسان از جمله اصل استقلال، اصل انطباق دقیق و ماهیت اسنادی برخوردارند، تأثیر رأی مذکور را در خصوص مسئله‌ی تقلب و تصمیم به وضع مقرراتی در این زمینه در ضمانت‌نامه‌های بانکی غیرقابل‌انکار می‌نماید.<sup>۵</sup> مسئله‌ی مطالبه‌ی متقلبانه زمانی

- 1.....
- 2.....Mark S. "Fairness at the Expense of Commercial Certainty:  
.....ank Guarantees."Northern Illinios University Law  
.....
- 3....."A Comparative Analaysis of the Standard of Fraud  
....."Duke Journal of Comparative &  
.....
- 4.....

۵. تفاوت اساسی میان اعتبار اسنادی تجاری و ضمانت‌نامه بانکی در این است که در اعتبار اسنادی تجاری، تعهد مالی ناشی از اسنادی است که نشان‌دهنده انجام معامله و تعهدات توسط ذینفع است، در صورتی که در ضمانت‌نامه‌های بانکی تعهد مالی ناشی از اسنادی است که نشان‌دهنده قصور مضمون‌عنه از انجام تعهدات یا پرداختی در موعد یا مواعد مقرر می‌باشد.

جدی‌تر می‌شود که مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی ممکن است (در اغلب موارد) با ارائه‌ی حداقل اسناد مقرر صورت بگیرد و پرداخت وجه آن فوری و بدون قید و شرط باشد.<sup>۱</sup> در بیان مفهوم مطالبه‌ی متقالبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه می‌توان گفت، مطالبه‌ی متقالبانه آن است که ذی‌نفع بدون تحقق شرایط وصول وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی (تخلف مضمون‌عنه از قرارداد پایه)، وجه آن را مطالبه نماید.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر ذی‌نفع تنها در صورتی می‌تواند به‌طور صحیح و شایسته‌ای وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید که مضمون‌عنه از انجام تعهدات پایه حقیقتاً قصور کرده باشد و هر مطالبه‌ی دیگری غیر از آن متقالبانه خواهد بود.<sup>۳</sup> با وجود تشتت آرای عملی و درگیری شدید رویه قضایی با موضوع تقلب قواعد و مقررات مربوطه موضع سکوت یا نزدیک به سکوت را در پیش گرفته‌اند و تنها سند بین‌المللی که به صورت نه‌چندان جامع به این موضوع پرداخته کنوانسیون سازمان ملل است.

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی صراحتاً به موضوع تقلب اشاره‌ای ندارند، بلکه به‌طور ضمنی محدودیت‌هایی را پیش‌روی ذی‌نفع در رابطه با مطالبه‌ی وجه قرار داده‌اند. «یو آر سی جی» تلاش نموده تا به مسئله‌ی تقلب هر چند به‌طور ضمنی توجه نماید. بند (ب) ماده ۹ «یو آر سی جی» مقرر می‌دارد که اگر در ضمانت‌نامه، اسنادی برای مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه مشخص نشده باشد، ذی‌نفع باید رأی دادگاه یا مرجع داوری که مثبت طلب باشد، یا تأییدیه کتبی مضمون‌عنه دایر بر مطالبه و میزان وجهی که باید پرداخت گردد را به ضامن ارائه نماید.<sup>۴</sup> این مقرر با موضوع

1..... "Abuse, Unconscionability and Demand Guarantees: New Exception to Independence." Intern.....

۲. «تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی.» ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی و دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، شماره ۲، ۱۳۶۴، ص ۵۵.

3.....

4..... «.....».....  
.....  
must submit:.... (.....)  
.....  
».

تقلب مورد بحث یکسان نمی‌باشد. تقلب مورد بحث فروض و اوضاع و احوالی است که بر اساس آن پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی متوقف می‌گردد و مانع از پرداخت وجه به ذی‌نفع می‌گردد، در حالی که ماده ۹ «یو آر سی جی» شرایطی را تبیین می‌نماید که در آن پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع صورت می‌گیرد. باین‌حال، هدف از ماده‌ی مذکور و تقلب مورد بحث یکسان است و آن چیزی جز جلوگیری از تقلب نمی‌باشد.<sup>۱</sup> «یو آر دی جی ۷۵۸» نیز صرفاً محدودیت‌هایی را پیش‌روی ذی‌نفع نسبت به مطالبه‌ی وجه در ماده ۱۵ قرار داده است. بند (الف) ماده ۱۵ ذی‌نفع را ملزم می‌نماید که اولاً اظهار دارد نقضی صورت گرفته یا نه و ثانیاً چه مواردی از قرارداد پایه نقض شده است.<sup>۲</sup> با توجه به مقررهای مذکور، اظهار نقض ذی‌نفع مدرک مفیدی در خصوص اثبات مطالبه‌ی متقالبانه‌ی ذی‌نفع در فرضی که واقعاً مطالبه‌ی وی متقالبانه است تلقی می‌گردد و بدین ترتیب نوعی از حمایت را به مضمون‌عنه و ضامن ارائه می‌نماید.<sup>۳</sup> هرچند «یو. آر. دی. جی.» همانند مقررات «یو آر سی جی» نوعی از حمایت را برای جلوگیری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ای که شرایط وصول وجه آن محقق نشده ارائه می‌نماید، اما متفاوت از بحث پیش‌رو است که مصادیق تقلب و راه‌کارهای مقابله با آن را مقرر می‌دارد. «آی اس پی ۹۸» در بند (ج) قاعده ۱-۰۵ صراحتاً دفاع‌های ماهوی که مبتنی بر تقلب، سوءاستفاده یا موارد مشابه باشد را به قانون‌حاکم واگذار نموده است.<sup>۴</sup> به موجب قواعد ۴-۱۶ و ۴-۱۷ مقررات اخیرالذکر، ذی‌نفع ملزم به اثبات تخلف و قصور یا رویداد دیگری در معامله‌ی پایه نمی‌باشد مگر

1. ... "The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit ... ar and the Road Ahead." International Economic Law,.....

2. "...".

3. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی، «تحلیلی بر مطالبه من غیرحق و امکان جلوگیری از آن در ضمانت‌نامه عندالمطالبه»، ص ۱۶۴.

4. "...".

این که خلاف آن در مفاد و شروط اعتبار اسنادی تضمینی درج شده باشد؛<sup>۱</sup> بنابراین، مقرره‌ی مذکور از موضع «یو آر دی جی» قدری کوتاه آمده است؛ چرا که مقررات اخیرالذکر بیان می‌دارد ذی‌نفع در مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه باید نقض قرارداد پایه و این که چه نوع تخلفی صورت گرفته است را اظهار نماید.<sup>۲</sup> به نظر برخی رویکرد سکوت یا نزدیک به سکوت قواعد و مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی در خصوص مسئله‌ی تقلب اجتناب‌ناپذیر است؛ زیرا موضوع تقلب و منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه مربوط به حقوق ملی طرفین است.<sup>۳</sup> در حقیقت تقلب موضوعی مربوط به نظم عمومی است و این امر باعث می‌شود که اتاق بازرگانی بین‌المللی که مرجعی صنفی و غیردولتی است نتواند به وضع قانون در این خصوص بپردازد.<sup>۴</sup> لذا باید اذعان داشت که مقررات اخیرالذکر عامدانه این رویکرد را اتخاذ کرده‌اند و عملاً چنین موضوعی در حیطه‌ی قانون حاکم بر ضمانت‌نامه خواهد بود.

### ۳. تقلب در چارچوب کنوانسیون؛

کنوانسیون اهمیت قابل‌اعتنایی به موضوع بحث برانگیز تقلب به‌عنوان استثنایی نسبت به تعهد پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌دهد. در حقیقت برخلاف مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی که سازمانی غیردولتی است و قواعد آن کاملاً اختیاری است، کنوانسیون مذکور از سوی آنستیرال پیش‌نویس و تدوین شده است و به‌منزله‌ی قانون و مقررات رسمی برای کشورهای می‌باشد که به عضویت آن درآمده‌اند. لذا کنوانسیون علاوه بر این که تقریباً با قواعد پیش‌بینی شده اتاق

1.. "A demand for payment need not be separate from the beneficiary's statement or other .."

2... ..Gao, "the Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law, the Journey So far and Road Ahead,"p.706..

۳. «تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، ص ۵۳.

۴. استوفله، ژان، «تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه‌ی تضمینی و ضمانت‌نامه مستقل بانکی». ترجمه ماشاءالله بنا نیاسری،

مجله حقوق بین‌المللی، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، ۱۳۷۸، ص ۲۹۳.

... ..Alan,"Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby .. ..edit," .. ..

بازرگانی بین‌المللی یکسان و هماهنگ است، به مسائل و موضوعاتی که فراتر از محدوده‌ی اتاق بازرگانی بین‌المللی است از جمله مطالبه‌ی متقربانه نیز پرداخته و به‌عنوان تنها سند بین‌المللی برای نخستین بار مصادیقی از آنچه ممکن است تقلب محسوب گردد و راه کارهای مقابله با آن را ارائه می‌نماید.

یکی از اولین نگرانی‌های کارگروه در روند پیش‌نویس کنوانسیون این بود که با توجه به قوانین شکلی متفاوت در حوزه‌های قضایی مختلف، اختلافات عملی و قابل ملاحظه‌ای در مصادیق و شرایط اقدامات دادگاه در پرونده‌های منتسب به تقلب یا ایرادات و دفاعیات دیگر نسبت به پرداخت، وجود داشته یا ممکن است به وجود آید. لذا یکی از اهداف اصلی کنوانسیون از ابتدا، ایجاد یک‌نواختی بیشتر در سطح بین‌المللی در روش و شیوه‌هایی است که ضامن و دادگاه‌ها در رابطه با ادعاهای ناشی از تقلب با آن مواجه می‌شوند.<sup>۱</sup> بالتبع مذاکرات مقدماتی در خصوص مسئله‌ی مطالبه‌ی متقربانه در راستای تدوین پیش‌نویس کنوانسیون نیز چالش‌برانگیز بود و دلیل آن هم معیارهای پیشنهادی مشتت برخاسته از تجربه‌های قضایی ملی مذاکره‌کنندگان بود.<sup>۲</sup> متأسفانه حوزه‌های قضایی مختلف، در رابطه با موضوع تقلب رویکردهای متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند و از یک طیف وسیعی از عبارات مبهم به‌منظور توصیف تقلب از جمله «اثبات شده»<sup>۳</sup>، «فاحش»<sup>۴</sup>، «عمده»<sup>۵</sup>، «آشکار»<sup>۶</sup> و «روشن»<sup>۷</sup> استفاده نموده‌اند.<sup>۸</sup> بدین منظور در راستای جلوگیری از ابهام احتمالی در نتیجه‌ی تفاسیر متفاوت و متناقضی که پیش از این در حوزه‌های قضایی مختلف

1... ..  
 2... ..  
 3... ..  
 4... ..  
 5... ..  
 6... ..  
 7... ..  
 8... .. "Unconscionability in Letters of Credit and Demand ... .. Transactions". International Journal of Tec. ....

از مفاهیم «تقلب» و «سوءاستفاده از حق»<sup>۱</sup> وجود داشته، این اصطلاحات در کنوانسیون به کار نرفته و به جای آن عبارت «استثناء نسبت به تعهد پرداخت»<sup>۲</sup> استفاده شده است.<sup>۳</sup> مضافاً اینکه دلیل دیگر اتخاذ چنین رویکردی از جانب کنوانسیون این است که برداشت‌های جزایی اغلب بر مفهوم تقلب اثر می‌گذارد،<sup>۴</sup> حال آنکه کنوانسیون صرفاً در پی آن است که صرفاً از پرداختی ناروا به ذی نفع غیر محق و فریب کار ممانعت به عمل آورد بدون اینکه ضمانت اجرای جزایی را در این زمینه مقرر بدارد.

در کنوانسیون در رابطه با موضوع تقلب ۳ ماده به چشم می‌خورد. نخست ماده ۱۵ کنوانسیون، مقررهی کلی در رابطه با مطالبه وجه ضمانت‌نامه بیان داشته است، در بند ۳ ماده مذکور مفروض است که زمانی که ذینفع وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌نماید گواهی می‌کند که هیچ‌یک از مصادیق مذکور در ماده ۱۹ وجود ندارد و وی با حسنیت وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌نماید. به عبارت دیگر مطابق بند مذکور، هنگامی که ذینفع وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌نماید با حسنیت اقدام می‌کند،<sup>۵</sup> مضافاً اینکه مطالبه ذینفع به‌طور ضمنی دلالت بر این موضوع دارد که اگر عناصر مذکور در ماده ۱۹ وجود داشته باشد، پرداخت وجه به وی متوقف گردد.<sup>۶</sup>

1... ..

2... ..

3... ..

4..... "International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand  
Letters of credit." International Commercial Law, Vol.1, Issue.1, ..

.....

۵. در حوزه اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی یک تعریف گسترده از حسن نیت نامطلوب است. در واقع تعریف حسن نیت باید در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی محدود گردد، زیرا چنین محدودیتی به‌منظور محفوظ نگاهداشتن اصل استقلال اعطا می‌شود. .

James G.Barnes. (1994)."Defining Good Faith Letter of Credit Practices."Loyola of Los

.....

۶. لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ نیز رویکردی همانند بند (۳) ماده ۱۵ کنوانسیون اتخاذ کرده و در این خصوص ماده ۸۵۲

لایحه مذکور مقرر می‌دارد: «تقاضای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه باید با رعایت شرایط مندرج در ضمانت‌نامه و این قانون انجام شود. تقاضای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به‌منزله اقرار ذی‌نفع به موارد زیر است:

دومین ماده‌ی مرتبط با موضوع تقلب در کنوانسیون ماده ۱۹ است که تحت عنوان «استثناء نسبت به تعهد پرداخت» متضمن بیان مواردی است که ضامن می‌تواند با استناد به آن‌ها از پرداخت وجه ضمانت‌نامه یا اعتبار اسنادی تضمینی به ذی‌نفع امتناع کند. مطابق بند (۱) ماده مذکور چنان‌که آشکار باشد اسناد ارائه‌شده اصل و صحیح نبوده یا مجعول باشد،<sup>۱</sup> وجه بر مبنایی که در مطالبه‌ی نامه و اسناد آن ادعا شده قابل مطالبه نبوده و درجایی که مطالبه هیچ مبنای قابل تصویری ندارد،<sup>۲</sup> ضامن یا گشایش‌گری<sup>۳</sup> که با حسن نیت اقدام می‌کند محق است که از پرداخت وجه به ذی‌نفع امتناع نماید.<sup>۴</sup> بند (۲) ماده‌ی مذکور مواردی که مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه مبنای قابل تصویری را ندارد بیان داشته که این موارد عبارت‌اند از عدم وقوع خطری که ضمانت‌نامه به منظور آن صادر شده است، باطل اعلام شدن تعهد پایه به وسیله‌ی دادگاه یا مرجع داوری، اجرای قرارداد پایه مطابق نظر ذی‌نفع، خطای عمدی ذی‌نفع سبب عدم اجرای قرارداد شده باشد و ذی

۱- کلیه اسناد ارائه‌شده منطبق با مقررات است و هیچ‌یک از آن‌ها مجعول نیست؛

۲- هیچ پرداختی درباره اسناد ارائه‌شده انجام نشده است.»

۱. لایحه تجارت مذکور نیز ارائه اسناد مجعول یا اسنادی که وقوع جرمی در مورد آن محرز باشد را سبب توقف پرداخت وجه ضمانت‌نامه دانسته و در ماده ۸۵۹ مقرر می‌دارد: «در مواردی که اسناد ارائه‌شده مجعول یا وقوع جرمی در مورد آن‌ها محرز باشد، پرداخت وجه متوقف و مراتب به مراجع ذی‌صلاح قضائی اعلام می‌شود».

2... ..

۳. نظر به اینکه تعهد صادرشده ضمانت‌نامه مستقل باشد یا اعتبار اسنادی تضمینی، کنوانسیون از دو واژه ضامن و گشایشگر همواره در کنار هم استفاده نموده است، بدین ترتیب که اگر تعهد صادره ضمانت‌نامه مستقل باشد عبارت «ضامن» و اگر اعتبار اسنادی تضمینی باشد عبارت «گشایشگر» مدنظر است.

4... ..

.....

.....

.. .

.....

.....

.....».







پرداخت‌شده به ذی‌نفع را صادر نماید، اگرچه مفهوم دقیق از دو عبارت «احتمال بالا» و «قرائن متقن موجود فوری» در متن کنوانسیون ذکر نگردیده است، اما باید به‌وسیله‌ی دادگاه‌ها در حوزه‌های قضایی مختلف مفهوم عبارات فوق‌الذکر تعیین گردد.<sup>۱</sup>

هم‌چنان‌که قابل ملاحظه است، ماده ۱۹ کنوانسیون به‌روشنی عناصر و مصادیق اصلی تقلب را تحت عنوان «استثناء نسبت به تعهد پرداخت» پوشش داده است. ماده‌ی مذکور در ابتدا معیار اثبات تقلب را به‌وسیله‌ی این مقرر که تقلب تنها زمانی اعمال می‌گردد که «آشکار و روشن»<sup>۲</sup> باشد بیان داشته است. علاوه بر این، کنوانسیون به‌جای ارائه‌ی معیار کلی از تقلب، سه موقعیت خاص را در نظر گرفته که می‌توان به آن استناد نمود و مانع از پرداخت وجه به ذی‌نفع گردید. اگرچه فهرست مذکور در ماده ۱۹ ممکن است جامع نباشد، اما در هر حال یک ابتکاری تازه و هدفمند است که مقرر می‌دارد در چه نوع تخلفی امکان استناد به ایراد تقلب فراهم است. گفته شده کنوانسیون مفصل‌ترین مقرره‌ای است که تاکنون به‌روشنی تخلفی که ممکن است باعث اعمال ایراد تقلب گردد را وضع کرده است. این مقررات در محدوده‌ی خود مضیق و روشن هستند و یک معیار عالی بین‌المللی را ارائه می‌کنند. و بدون تردید رهنمودهای مفیدی برای دادگاه‌ها است تا معیار و کاربرد تقلب را ترقی دهند.<sup>۳</sup> اگرچه کنوانسیون در خصوص استناد به ایراد تقلب، شواهد و مدارک آشکار را مقرر داشته، اما هیچ اشاره‌ای به قصد متخلف که باید اثبات شود، نمی‌کند. به نظر می‌رسد کنوانسیون، همانند ماده ۱۰۹-۵ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا (یو.سی.سی) <sup>۴</sup> به‌جای حالات ذهنی ذی‌نفع صرفاً به ماهیت رفتار وی تمرکز و توجه دارد.<sup>۵</sup>

1..... Michelle, "International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit," pp.111 & 112..

2.....

3..... Ross P., "A comparative Analysis of the Standard of Fraud under the Fraud in the Letter of Credit Law," p.333..

4.....

۵. یو سی سی قانون نمونه‌ای است که بدون تصویب توسط ایالات آمریکا لازم‌الاجرا نیست، اما در حال حاضر همه‌ی پنجاه ایالت این کشور این قانون را به تصویب رسانده‌اند. ساختار این قانون به این صورت است که به ده قسمت مجزا تقسیم شده و

## ۳-۱. اشخاص مصون از قاعده‌ی تقلب؛

یکی از ایراداتی که بر کنوانسیون وارد است این است که از ذکر اشخاصی که می‌توانند از قاعده‌ی تقلب مصون باشند، قصور ورزیده است؛ موضوع مهمی که باید در هنگامی که قاعده‌ی تقلب اعمال گردد مورد لحاظ قرار گیرد تا اشخاص ثالث با حسن نیت مورد حمایت قرار گیرند.<sup>۱</sup> در حقیقت در هر موردی که مضمون‌عنه ادعای مطالبه‌ی متقلبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه را مطرح می‌نماید، ممکن است شخص یا اشخاص درگیر در ضمانت‌نامه که با حسن نیت اقدام می‌کنند اگر مورد حمایت قانون‌گذار قرار نگرفته باشند متحمل ضررهای جبران‌ناپذیری گردند. بخش ۵-۱۰۹ از ماده ۵ «یو سی سی» اشخاص مصون از قاعده‌ی تقلب را مشخص کرده است که عبارت‌اند از:

(یک) شخص معرفی‌شده‌ای که با حسن نیت و بدون اطلاع از جعل یا تقلب عمده، مالی را پرداخته است؛

(دو) تأییدکننده‌ای که تعهدات ناشی از تأیید خود را با حسن نیت پرداخته است؛ (سه) دارنده‌ی با حسن نیت برات صادره به‌موجب اعتبار اسنادی که توسط گشایشگر یا شخص معرفی‌شده برات مذکور را بعد از قبول اخذ کرده است؛

(چهار) انتقال‌گیرنده‌ی تعهد پرداخت وعده‌دار بر عهده‌ی گشایشگر یا شخص معرفی‌شده که آن طلب را پس از آن که تعهد وعده‌دار مذکور توسط گشایشگر یا شخص معرفی‌شده‌ای به عهده گرفته شده است در ازای دادن مالی بدون اطلاع از جعل یا تقلب عمده به انتقال گرفته است...<sup>۲</sup> اگرچه ماده ۱۹ کنوانسیون امری است و نمی‌تواند به‌صورت عمده تغییر پیدا کند، اما طرفین قرارداد می‌توانند خود را با بخش ۵-۱۰۹ «یو سی سی» تطبیق دهند یا این که فهرستی از افراد

هر قسمت تحت یک عنوان ( ..... )، آورده شده است، برای مثال عنوان فروش، اجاره، اسناد قابل انتقال، اعتبار اسنادی، قراردادهای رهنی و ... عنوان پنجم به جعل و تقلب اختصاص داده شده است.

1... ..Gao, "The Development of the Fraud Rule in Letter of Credit Law: The Journey So far and the Road Ahead," p.710..

2.....

مصون از قاعده تقلب را ارائه دهند و یک تأییدکننده را که با حسن نیت وجه را پرداخت کرده است، حمایت نمایند. در واقع علی‌رغم این که ماده ۱۹ کنوانسیون نمی‌تواند استثناء یا به‌طور عمده تغییر داده شود، اما طرفین می‌توانند به صورت جزئی مانند مورد فوق آن را تغییر دهند.<sup>۱</sup> مضافاً این که به نظر می‌رسد در صورتی که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه مقررهای در خصوص اشخاص مصون از قاعده تقلب داشته باشد، آن مقررهای نیز اعمال گردد.<sup>۲</sup>

### ۲-۳. مصادیق احتمالی تقلب؛

این بند بررسی مختصری از اهم شرایط و اوضاع و احوالی است که می‌تواند منجر به تقلب از جانب ذی‌نفع گردد. نقطه‌ی آغازین این بحث پاراگراف (ج) از بند (۱) ماده ۱۹ کنوانسیون است که مطابق پاراگراف مذکور مطالبه‌ی ذی‌نفع فاقد مبنای قابل‌تصور است. بدیهی است که بار اثبات تقلب با توجه به اصل استقلال و کارکرد ضمانت‌نامه‌ی بانکی بر عهده‌ی کسی است که به تقلب استناد می‌نماید که حسب مورد این شخص می‌تواند مضمون‌عنه یا ضامن باشد.

### ۱-۲-۳. اجرای کامل قرارداد پایه؛

هنگامی که قرارداد پایه توسط مضمون‌عنه اجرا و تکمیل می‌گردد و ذی‌نفع علی‌رغم اجرای قرارداد، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند، چنین مطالبه‌ای ممکن است با توجه به اوضاع و احوال قرارداد پایه، به عنوان مطالبه‌ای متقربانه تلقی گردد. به منظور فائق آمدن بر چنین مصادیقی از تقلب، مضمون‌عنه می‌تواند گواهی مهندسانی که در دوره‌ی ساخت پروژه صادر شده اخذ نماید.<sup>۳</sup> در دعوایی که یکی

1. .... "Contracting out of United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit." International Commercial Law, Vol.1, Issue.1, .....

۲. اغلب قواعد و مقررات بین‌المللی در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی، از جمله کنوانسیون قانون حاکم بر ضمانت‌نامه را در وهله اول تابع اراده طرفین آن دانسته‌اند و در صورت عدم وجود توافقی در این خصوص قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانون کشور محل کسب و کار ضامن صادرکننده ضمانت‌نامه خواهد بود.

3. .... "The Fraud Exception in Bank Guarantee." University of .....

از مهندسان شرکت ذی‌نفع، گواهی کارکرد صحیح تجهیزاتی را که از جانب مضمون‌عنه فروخته شده بود، امضاء کرده بود ولی ذی‌نفع باین وجود وجه ضمانت‌نامه را مطالبه کرد، دادگاه فرانسوی استناد به تقلب را پذیرفت.<sup>۱</sup> در حقیقت درجایی که قرارداد پایه صحیح و کامل اجرا شده دیگر دلیلی برای مطالبه‌ی وجه ضمانت‌نامه وجود ندارد؛ زیرا خطری که ضمانت‌نامه به منظور تأمین و تضمین آن صادر گشته رخ نداده است و در این زمینه گواهی شرکت ذی‌نفع در خصوص اجرای تعهدات مضمون‌عنه، به‌عنوان مدرکی متقن چنان که کنوانسیون تصریح داشته بار اثبات تقلب برای مضمون‌عنه را تسهیل می‌نماید و مشارالیه با ارائه‌ی گواهی مذکور می‌تواند قرار منع موقت پرداخت وجه ضمانت‌نامه را از دادگاه تحصیل نماید و متعاقب آن دعوای خود را مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه مطرح نماید تا با رأی دادگاه مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه به حیات آن خاتمه دهد.

### ۳-۲-۲. بطلان و عدم مشروعیت قرارداد پایه؛

به نظر می‌رسد قاعده‌ی عدم مشروعیت<sup>۲</sup> در انگلستان تدوین یافته است.<sup>۳</sup> اگر یک قرارداد مغایر با قانون، اخلاق یا نظم عمومی باشد، با توجه به اصول حقوقی حقوق قراردادهای انگلیس غیرمشروع و باطل است.<sup>۴</sup> عدم مشروعیت در دو موقعیت مفروض است، موقعیت اول درجایی است که خود ضمانت‌نامه غیرقانونی و غیرمشروع است و موقعیت دوم فرضی است که قرارداد پایه غیرقانونی و غیرمشروع است. در موقعیت اول هیچ شکلی وجود ندارد که پرداخت نباید صورت بگیرد.<sup>۵</sup> در خصوص عدم مشروعیت و بطلان قرارداد پایه پاراگراف (ب) از بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون بیان می‌دارد در صورتی که قرارداد پایه از جانب دادگاه یا داور غیرمشروع و باطل اعلام شده باشد، مطالبه‌ی وجه از جانب ذی‌نفع متقلبانه است. مطابق پاراگراف مذکور بطلان قرارداد پایه و عدم مشروعیت زمانی به‌عنوان مصداقی از تقلب پذیرفته می‌شود که تعهد پایه مضمون‌عنه به وسیله‌ی دادگاه یا دیوان

۱. استوفله، ژان، پیشین، صص ۲۹۴ و ۲۹۵.

۲. ....

۳. ....

۴. .... " .....

.. " .....

۵. ....

داوری باطل اعلام شده باشد. تنها مشکلی که به نظر می‌رسد، این است که قبل از این که دادگاه در این خصوص قرار منع موقت صادر کند، قرارداد پایه باید الزاماً به وسیله‌ی دادگاه یا دیوان داوری باطل اعلام شده باشد که انجام این اقدامات معمولاً طولانی می‌باشد که با ضرورت منع فوری پرداخت در تعارض است و ممکن است بانک در اثبات این مدت وجه ضمانت‌نامه را بپردازد؛ زیرا قرار منع موقت پرداختی به منظور منع بانک وجود ندارد و بانک در صورت ارائه‌ی منطبق با مفاد و شروط مقرر در ضمانت‌نامه مکلف به پرداخت وجه آن می‌باشد. علاوه بر این، اگر بانک در این اثنا وجه ضمانت‌نامه را پرداخته باشد، استحقاق بازپرداخت وجه از جانب مضمون‌عنه را خواهد داشت. اگر چنین اتفاقی رخ دهد، بدیهی است که مضمون‌عنه دیگر نیازی به قرار منع موقت پرداخت نخواهد داشت و بهترین راه برای وی این خواهد بود که دعوی استرداد وجه علیه ذی‌نفع را اقامه نماید.<sup>۱</sup> تردیدی وجود ندارد تا زمانی که بطلان قرارداد پایه محرز نگشته هیچ آثاری بر ادعای احتمالی بطلان آن مترتب نیست، لذا کنوانسیون به درستی اثبات بطلان قرارداد پایه را از جانب دادگاه یا دیوان داوری مقرر داشته است تا به صرف ادعای احتمالی مبنی بر بطلان قرارداد پایه نتوان مانع پرداخت وجه ضمانت‌نامه شد و هدف غایی آن را که همان پرداخت بی‌قید و شرط است را منتفی نمود.

### ۳-۳-۳. نقض تعهد پایه یا خطای عمدی از جانب ذی‌نفع؛

در رویه‌ی قراردادهای بین‌المللی، گشایش یک اعتبار اسنادی به نفع مضمون‌عنه، به‌عنوان یک پیش‌شرط قرارداد است. در نتیجه‌ی نقض این پیش‌شرط، مضمون‌عنه حق دارد بدون هیچ‌گونه مسؤولیتی قرارداد را لغو یا تعهداتش را به حالت تعلیق درآورد. در این فرض اگر ذی‌نفع وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، چنین مطالبه‌ی وجه‌الضمانی متقالبانه خواهد بود، همان‌طور که فاقد پایه و اساس قابل‌تصوری است. پاراگراف (ج) از بند (۲) ماده ۱۹ خطای عمدی ذی‌نفع در قرارداد پایه را از مصادیق مبنای غیرقابل‌تصور دانسته است. علاوه بر این، اگر اجرای قرارداد به وسیله‌ی مضمون‌عنه به علت عدم اجرای تعهدات قراردادی ذی‌نفع غیرممکن شده باشد. به‌عنوان مثال، عدم ارائه

1.....

مجوزهای لازم برای تکمیل کار، قصور در فراهم کردن کارگر اگر در قرارداد مقرر شده باشد، عدم ارائه‌ی پیش‌پرداخت در صورتی که طرفین در خصوص آن به توافق رسیده باشند، مطالبه‌ی ذی‌نفع را متقلبانه می‌سازد.<sup>۱</sup> در این موارد وظیفه‌ی مضمون‌عنه اثبات این امور خواهد بود که معمولاً با روند طولانی دادرسی مواجه می‌گردد و ممکن است در این اثنا وجه ضمانت‌نامه پرداخت شود.

### برآمد؛

مهم‌ترین وصف ضمانت‌نامه‌ی بانکی که آن را از ضمان تبعی جدا می‌سازد، استقلال آن از قرارداد پایه است و تنها استثنای بین‌المللی به رسمیت شناخته شده نسبت به این وصف، مطالبه‌ی متقلبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه‌ی بانکی است. به عبارت دیگر با وضع ماده ۱۹ کنوانسیون، ممکن است با مراجعه به قرارداد پایه و حقایق حاکم بر آن مطالبه‌ی متقلبانه اثبات شود که بدین ترتیب با مراجعه به قرارداد پایه به اصل استقلال ضمانت‌نامه‌ی بانکی استثنایی وارد نموده است. مفهوم مطالبه‌ی متقلبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه آن است که ذی‌نفع صرفاً در صورتی می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید که حقیقتاً مضمون‌عنه از تعهدات به موجب قرارداد پایه تخلف نموده باشد و این تخلف نیز به سبب خطای عمدی و جدی ذی‌نفع نباشد، هر مطالبه‌ای غیر از این متقلبانه خواهد بود. از میان قواعد و مقررات بین‌المللی، مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی صرفاً محدودیت‌هایی را در مطالبه‌ی وجه از جانب ذی‌نفع قرار داده‌اند و تنها «آی اس پی ۹۸» صراحتاً تقلب و سایر ایرادات نسبت به پرداخت را به قانون حاکم بر ضمانت‌نامه واگذار نموده است. در واقع اتاق بازرگانی بین‌المللی عامدانه از وضع مقرراتی در خصوص تقلب اجتناب نموده؛ زیرا تقلب موضوعی مربوط به نظم عمومی و حقوق ملی طرفین ضمانت‌نامه است. کنوانسیون آنسیترال به عنوان تنها سند بین‌المللی برای نخستین بار در ماده ۱۹ خود شامل تدوینی روشن از موقعیت‌هایی است که در آن امکان استناد به تقلب فراهم است و دارای یک تعریف صریح و ظریف از تقلب است در حالی که هم‌زمان از به کارگیری این عبارت اجتناب نموده و به جای آن از عبارت «استثناء نسبت به تعهد پرداخت» استفاده کرده است. کنوانسیون به جای

1.....



سوءنیتِ ذی‌نفع در مطالبه‌ی متقالبانه‌ی وجه ضمانت‌نامه توجه بیشتری به ماهیت تخلف وی می‌نماید، به عبارت دیگر کنوانسیون اثبات سوءنیتِ ذی‌نفع در رابطه با تقلب را الزامی ندانسته است. یکی از ایراداتی که بر کنوانسیون وارد است عدم ذکر اشخاص مصون از قاعده‌ی تقلب می‌باشد. در این خصوص طرفین ضمانت‌نامه می‌توانند در متن ضمانت‌نامه اشخاص مصون از قاعده‌ی تقلب را تعیین نمایند و در فرض عدم تعیین از جانب طرفین ضمانت‌نامه، اگر قانون حاکم بر ضمانت‌نامه مقرراتی در این زمینه داشته باشد، آن مقررات اعمال می‌گردد. همچنین کنوانسیون تنها موقعیت‌هایی را که سبب استناد به تقلب و منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شود را پیش‌بینی نموده و روابط پس از پرداخت و دعوای استرداد وجوه پرداخت‌شده علیه ذی‌نفع را در بر نمی‌گیرد. کنوانسیون اگرچه مصادیقی شامل جزئیات دقیق را ارائه نمی‌دهد، اما بدون تردید رهنمودهای مؤثر و قابل توجهی برای دادگاه‌ها در زمینه‌ی تسهیل به کارگیری آن‌ها از موضوع تقلب فراهم می‌نماید که با توجه به این که کنوانسیون مذکور نتیجه‌ی رویه‌های مرسوم بین‌المللی بوده است می‌تواند مورد توجه قانون‌گذار داخلی نیز قرار بگیرد تا از تشتت احتمالی آراء دادگاه‌ها در این خصوص جلوگیری به عمل آید.

## منابع

### الف) به زبان فارسی

- استوفله، ژان. (۱۳۸۷). «تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت نامه مستقل بانکی»، ترجمه ماشاءالله بنا نیاسری، مجله حقوق بین‌المللی، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹.
- افتخار جهرمی، گودرز، تفرشی، محمد عیسی، شهبازی نیا، مرتضی. (۱۳۸۰). «تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات بازرگانی بین‌المللی»، مدرس علوم انسانی، دوره ۵، شماره ۴.
- «تقلب در معاملات موضوع اعتبار اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی (۱۳۶۴)»، ترجمه محسن مجبی، مجله حقوقی و دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، شماره ۲.
- جی، ریچارد- کول، دریس. (۱۳۶۳). «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، تأملاتی پس از انقلاب اسلامی ایران»، ترجمه محسن مجبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲). حقوق تجارت بین‌المللی. چاپ پنجم، تهران: انتشارات سمت.
- شهبازی نیا، مرتضی - عیسی تفرشی، محمد. (۱۳۸۲). «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی»، نامه مقید، شماره ۳۷.
- شهبازی نیا، مرتضی. (۱۳۸۳). «شیوه‌های پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آن‌ها»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۸، شماره ۳.
- غمامی، مجید. (۱۳۷۸). «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۴.
- مافی، همایون، فلاح، مهدی. (۱۳۹۳). «تحلیلی بر مطالبه من غیرحق و امکان جلوگیری از آن در ضمانت‌نامه عندالمطالبه»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره ۹.
- مافی، همایون، فلاح، مهدی. (۱۳۹۲). «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲.

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

(ب) به زبان لاتین

- ..... , "Defining Good Faith Letter of Credit Practices." Loyola of .....
- ..... , "A New Regime for International Independent Guaranty Letters." The Inter.....
- ..... , "The Development of the Fraud Rule in ..... ad." International .....
- ..... , "The International Rules." .....
- ..... , "Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit". International Commercial Law, .....
- ..... , "Unconscionability in Letters of Credit and Demand ..... Transactions." International Journal of Technology .....
- ..... , "The UN Convention on Independent Guarantees and ..... dit." The International Lawyer. ....
- ..... , "Abuse, Unconscionability and Demand Guarantees: New Exception to Independence." International Trade a...
- ..... , "the Independence of Demand ..... Performance Bonds and Standby Letters of Credit." Nation.....
- ..... , "A Comparative Analysis of the Standard ..... "Duke Journal of .....