



ایرادات در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بانکی با تاکید بر مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی بین‌المللی

موسی طالبی گلین قشلاقی^۱

حیدر حسن زاده^۲

ستار زرکلام^۳

جلیل مالکی^۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۲

چکیده

اصل استقلال با مزیت خاصی که به اسناد تجاری به ویژه ضمانت‌نامه عندالمطالبه اعطا کرده است؛ موجبات پرداخت فوری آن را علی‌الاصول بدون توجه به ایرادات قرارداد پایه فراهم کرده تا بدین ترتیب نوعی اطمینان را در معاملات تجاری حاصل کند. استثنائات اصل استقلال به نحوی مربوط به عدم استحقاق ذی نفع با توجه به قرارداد پایه و در پی آن حکم قانون است که مثال مشهور آن مطالبه متقلبانه می باشد. برخی از قوانین بانکی کشور و به ویژه لایحه جدید قانون تجارت استفاده از ضمانت‌نامه را به رسمیت شناخته اند اما رویه قضائی در روشن شدن ابعاد بیشتر ایرادات قابل استناد در این باره نیاز به تکامل بیشتری دارد. ایرادات قابل استناد در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه 758 مسأله اصلی است که به نظر می رسد با توجه به سایر قوانین موجود در این حوزه یعنی همان سوء استفاده آشکار یا تقلب، قابلیت استناد در عدم پرداخت ضمانت نامه را داشته باشد و ماده 19 آن به نحو ضمنی ایرادات شکلی و ماهوی را بیان می کند که بعضاً با تحلیل برخی از مواد میتوان حتی به این نتیجه رسید که در مواردی این ایرادات به نحوی رفع شده اند و البته این امر باعث شده تا کارکرد اصل استقلال در صحنه بین‌المللی با اختلالاتی مواجه گردد که در نتیجه آن مقررات مزبور در تجارت بین الملل با اقبال چندانی مواجه نگردند. علی‌احمال با تحلیل مواد مزبور و مطابقت دادن آن با حقوق داخلی کشور میتوان نقایص مربوط به اصل استقلال و استثنائات آن را با حفظ منافع طرفین ضمانت نامه عندالمطالبه مرتفع نمود.

واژه‌های کلیدی: ضمانت‌نامه عندالمطالبه، اصل استقلال، ایرادات، مقررات متحدالشکل، قرارداد پایه.

طبقه بندی JEL: K19

۱- گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. talebi.mousa@gmail.com

۲- گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسول) hei.hasanzadeh@iauctb.ac.ir

۳- گروه حقوق خصوصی دانشگاه شاهد، تهران، ایران. sattarzarkalam@gmail.com

۴- گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. j-maleki@iauctb.ac.ir



۱- مقدمه

ضمانت‌نامه‌ها از یک منظر در مفهوم عام اسناد تجاری قرار می‌گیرند. هرچند به عقیده برخی اساساً ماهیت تجاری ندارند. علی‌الاحوال ضمانت‌نامه از مزایای خاص اسناد تجاری از جمله قابلیت نقل و انتقال، اصل استقلال یا عدم قابلیت استناد به ایرادات در پرداخت وجه آن توسط ضامن و غیره نیز به طبع برخوردار است. اصلی‌ترین هدف از درخواست صدور یک ضمانت‌نامه قرارداد مضمون‌له در وضعیتی است که از عدم انجام تعهد متضرر نشده باشد یا با اخذ خسارت به نحوی این ضرر را برایش جبران گردد. در قراردادهایی که اشخاص انجام تعهداتی را بر عهده می‌گیرند؛ کارفرمایان به عنوان مضمون‌له برای حصول اطمینان از انجام تعهد طبق شرایط، معمولاً درخواست ضمانت‌نامه می‌نمایند که عموماً هم متعهد قرارداد با مراجعه به بانک و درخواست صدور ضمانت‌نامه بانکی برای تضمین حسن انجام کار خود، اقدام به ارائه آن به کارفرما می‌کند. (کاشانی، ۱۳۷۷، ص ۱۹) در واقع در ضمانت‌نامه‌های مستقیم سه طرف در یک ضمانت‌نامه شرکت دارند، طرف اولمدیون اصلی که باید بدهی خود را به دائن (طرف دوم) بپردازد و در نهایت شخص ثالث به عنوان ضامن یکی دیگر از طرف‌های این سند تجاری است. اگر شخص ضامن باشد آن ضمانت‌نامه شخصی است و اگر بانک ضمانت‌نامه را تعهد کند به آن ضمانت‌نامه بانکی می‌گویند. (نجفی کریمی، ۱۳۹۶، ص ۱۱) در مواردی که مضمون‌له ضمانت‌نامه خواستار صدور ضمانت‌نامه از طریق بانک خاصی باشد؛ در این حالت بانک ضامن، ضمانت‌نامه متقابلی را به نفع بانک موردنظر مضمون‌له صادر می‌کند و به آن بانک دستور صدور ضمانت‌نامه اصلی را می‌دهد که این ضمانت‌نامه‌ها به دلیل اضافه شدن یک طرف دیگر به عنوان طرف چهارم به نوعی ضمانت‌نامه غیرمستقیم (متقابل) محسوب می‌شوند. (قربانیان، ۱۳۹۴، ص ۳۰۷-۳۰۶) مسأله اصلی پژوهش حاضر بررسی ایرادات قابل استناد در خصوص عدم پرداخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه براساس مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه است که به نظر می‌رسد تنها مطالبه متقابله موجب عدم پرداخت وجه الضمان توسط ضامن می‌گردد. شرایط اعمال اصل استقلال را می‌توان با توجه به رویکردی که در نظام حقوق تجارت بین‌الملل و کنوانسیون‌هایی که بعضاً به اعمال این اصل اشاراتی دارند و نیز رویکرد ضمانت در قانون مدنی ایران مورد تجزیه و تحلیل قرارداد و البته رفتار با ضمانت‌نامه بانکی و به ویژه اصل استقلال آن در قالب ظروفی مانند ضمان مدنی و ضمان تجاری به عقیده برخی مورد انتقاد است و باید تحت ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد. (قلی پور، ص ۱۰) لازم به ذکر است که اصل استقلال در رابطه با اسناد تجاری همان وصف تجریدی آن‌ها است و مبین این مطلب است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه‌اسناد تجاری اصولاً در برابر دارندگان آن قابلیت استناد ندارد با نوعی وحدت ملاک می‌توان اصل مزبور را برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مجری دانست. در واقع ایراداتی که جنبه شخصی دارند مانند تخلف از شروط ضمن عقد، فسخ یا بطلان معامله و غیره برخلاف ایرادات عینی مانند جعلی بودن سند تجاری قابلیت استناد نسبت به دارندگان این قبیل اسناد را پیدا نمی‌کنند. (توکلی، ۱۳۹۵، ص ۳۱۶)

قابل ذکر است که پژوهش‌هایی در این حوزه به صورت پراکنده در کتب، مقالات و پایان‌نامه‌ها صورت گرفته که در تدوین پژوهش حاضر از آن‌ها یاری گرفته شده است. اما به طور متمرکز بر ایرادات قابل استناد در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه ۷۵۸ و تحلیل آن با قوانین داخلی ایران نپرداخته است مضافاً اینکه

اغلب پژوهش‌های سابق بیشتر بر یک ایراد آن هم سوء استفاده آشکار به عنوان ایرات قابل استناد تأکید داشته اند که به نظر می‌رسد با بررسی شرایط شکلی و ماهوی دیگر بتوان ایرادات دیگری یافت که از پرداخت ضمانت‌نامه عندالمطالبه با حفظ کارکرد اصل استقلال جلوگیری نمود. در نهایت هدف پژوهش حاضر چیزی جز ارائه نگرشی صحیح برای تدوین قوانین آینده به ویژه در حوزه حقوق داخلی در خصوص کارکرد بهتر اصل استقلال و تأمین منافع طرفین ضمانت‌نامه نخواهد بود.

۲- ضمانت‌نامه عندالمطالبه

بیشتر ضمانت‌نامه‌های صادره در زمره ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه هستند. عندالمطالبه به این مفهوم که به محض ارائه به ضامن آن باید پرداخت گردد و از این جهت به طور کامل تحت اختیار مضمون‌له که ذی‌نفع سند است، قرار می‌گیرد. حتی دستور موقت هم نمی‌تواند سبب عدم پرداخت چنین ضمانت‌نامه‌هایی گردد. در واقع امکان صدور آن در رابطه با عدم پرداخت ضمانت‌نامه عندالمطالبه وجود ندارد. با هرگونه تردید در مورد عندالمطالبه بودن یا نبودن ضمانت‌نامه‌ای باید مبنا را بر عندالمطالبه بودن آن قرارداد. همچنین در صورت تردید راجع به مستقل یا غیرمستقل بودن ضمانت‌نامه اصل بر مستقل بودن آن است. (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۵) مفهوم ضمانت‌نامه عندالمطالبه در مقابل ضمانت‌نامه اسنادی بیشتر روشن می‌شود چرا که پرداخت ضمانت‌نامه از نوع اخیرالذکر منوط به ارائه اسنادی می‌شود البته صرف ارائه این اسناد برای پرداخت ضمانت‌نامه کافی است و نیازی به بررسی اصالت یا عدم آن نمی‌باشد؛ اما به هر حال اصل استقلال این قبیل اسناد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و باعث می‌شود که کارکرد خاص این اصل محقق نشود و بنابراین ضمانت‌نامه‌های اسنادی به عقیده برخی جنبه تبعی و غیرمستقل پیدامی‌کنند به ویژه اگر در ضمانت‌نامه‌های اسنادی، اسنادی مانند آرای دادگاه یا احکام داور باشد که قرارداد پایه را مورد بررسی قرار داده‌اند و مسئولیت مضمون‌عنه را تأیید کرده باشند البته بانک صرفاً مطابقت این اسناد را بررسی می‌کند و پس از آن اقدام به پرداخت وجه می‌نماید و اساساً اصل استقلال در رابطه بین مضمون‌عنه و مضمون‌له وجود ندارد. (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۷-۲۵۶) ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به محض درخواست قابلیت پرداخت می‌یابند و حتی اگر دلیلی مبنی بر تقصیر مضمون‌عنه وجود داشته باشد، ضامن ضمانت‌نامه عندالمطالبه طبق شرایط ضمانت‌نامه مکلف به پرداخت آن به مضمون‌له بصورت تمام و کمال است. (قربانیان، ۱۳۹۴، ص ۳۴۵) در واقع اصل استقلال این قبیل ضمانت‌نامه‌ها ممکن است مضمون‌عنه را در برابر مضمون‌لهی قرارداد که اصلاً حق مطالبه ضمانت‌نامه را نداشته باشد. (قربانیان، ۱۳۹۴، ص ۳۴۸) در قوانین داخلی ایران طبق بند ۱۵ ماده یک قانون عملیات بانکی بدون ربا وظیفه نظام بانکی؛ صدور، تأیید و قبول ضمانت‌نامه ارزی و ریالی است و بند (الف) و (ب) ماده ۳ آئین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۸۲ یکی از انواع تضامین معتبر را برای معاملات دولتی ضمانت‌نامه‌های صادره از بانک‌ها و موسسات دولتی تعیین کرده است. ماده ۸۳۷ لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۱۳۹۰ تنها بانک‌ها را مجاز به صدور ضمانت‌نامه مستقل معرفی می‌کند و در ماده ۸۳۶ به تعریف ضمانت‌نامه^۱

^۱ ماده ۶۶۶ لایحه جدید قانون تجارت: «ضمانت‌نامه مستقیماً سندی است که به موجب آن صادرکننده (ضامن) بیدرخواست متقاضی (مضمون‌عنه) پرداخت مبیعی معینی بیدنی نفع مضمون‌له‌ها را بر عایت‌شرا بیدرخواست در ضمانت‌نامه برعهده می‌گیرد».

مزبور می‌پردازد که شامل ضمانت‌نامه‌های با مبنای صدور قراردادی می‌شود و به طور ضمنی هم اشاره به استقلال ضمانت‌نامه مزبور از قرارداد پایه آن نیز می‌نماید. لایحه جدید قانون تجارت به ضمانت‌نامه متقابل صراحتاً نمی‌پردازد اما تعریفی که به طور کلی از ضمانت‌نامه ارائه داده است از باب اطلاق می‌تواند شامل ضمانت‌نامه متقابل نیز گردد. (زالی، ۱۳۹۲، ص ۱۱)

۳- اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌ها بدین معناست که ضمانت‌نامه مزبور مستقل از قرارداد پایه است. به معنای دقیق‌تر اصولاً ایرادات قرارداد پایه نمی‌تواند در عدم پرداخت ضمانت‌نامه نقشی ایفا کند. برای مثال ایراداتی از قبیل فسخ، بطلان، ایفای تعهدات یا عدم ایفای آن‌ها به دلیل قوه قاهره یا فعل مضمون عنه و یا تبدیل تعهد نمی‌تواند موجبات عدم پرداخت ضمانت‌نامه توسط ضامن را فراهم نماید. (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۶۱-۲۶۰) اصل مزبور بیشتر ناشی از اراده طرفین است تا این که از قوانین یا رویه قضائی ناشی شود. (مسعودی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۸) به همین دلیل است که بیشتر جنبه شخصی دارند با وجود تمامی تأکیدها در استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه باید گفت که بهر حال رابطه پایه آن چنان هم بی‌اهمیت نیست و در برخی موارد دادگاه‌ها به بررسی آن جهت پرداخت یا عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌پردازند. (کاشانی، ۱۳۷۷، ص ۵۰) باید دانست که پس از پرداخت ضمانت‌نامه دیگر اصل استقلال کارایی ندارد و ضامن می‌تواند هر زمان بعد از پرداخت وجه ضمانت‌نامه با اثبات این که مضمون له طبق قرارداد پایه مستحق دریافت وجه نبوده، نسبت به استرداد وجه آن تحت عنوان داراشدن بلاجهت طرح دعوی نماید. (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۶۳) اصل استقلال در جدایی ضمانت‌نامه اصلی از ضمانت‌نامه متقابل نیز خود را نشان می‌دهد و هرگونه اقدام و واقعه‌ای در یکی تأثیری در دیگری نمی‌گذارد. (مسعودی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۹)

۳-۱- شرایط اعمال اصل استقلال

برای اعمال اصل استقلال در وهله اول وجود شرایطی لازم است که برخی از این شرایط ناظر بر شکل ضمانت‌نامه و برخی دیگر ناظر بر رابطه ذی نفع ضمانت‌نامه با مضمون عنه است:

۳-۱-۱- شکل ضمانت‌نامه

بخشی از شرایط شکلی ضمانت‌نامه بانکی به عنوان مثال در ماده ۷ آئین نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرونیسی از طرف بانک‌ها بیان شده است. طبق ماده مذکور در ضمانت‌نامه‌ها باید موضوع ضمانت‌نامه، نام مضمون له و نام مضمون عنه و مدت اعتبار ضمانت‌نامه و مبلغ آن تصریح شود و شرایط دیگری که عرف بانکداری ایجاب می‌کند مانند پرفراژ بودن ضمانت‌نامه و تمدیدهای بعدی آن، دو امضایی بودن، الصاق و ابطال تمبر و غیره می‌بایست رعایت گردد در غیر این صورت فقدان برخی از شروط مزبور سبب زائل گردیدن وصف تجاری و به طبعان وصف تجردی می‌گردد و بانک ضامن می‌تواند در دادگاه به ایرادات مزبور که جنبه شکلی دارند، استناد نماید. (آهنی خمایی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷-۱۲۶)

۳-۱-۲- وجود ذی نفع مستقیم یا با واسطه:

در اسناد تجاری از قبیل، چک، سفته و برات، یکی دیگر از شرایط اعمال اصل استقلال منوط به غیر مستقیم یا با واسطه بودن ذی نفع سند است اما همان طور که پیش تر گفته شد، ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه اغلب چون توسط بانک‌ها صادر می‌شوند و بنابراین به مهر غیرقابل انتقال ممهور می‌گردند، اغلب به شخص ثالثی انتقال داده نمی‌شوند اما در صورتی که بانک ضامن نسبت به چنین انتقالی موافقت خود را اعلام نماید، فقط در این صورت است که قابلیت استناد به ایرادات قرارداد پایه از جمله سوء نیت دارنده جدید ضمانت‌نامه امکان پذیر می‌گردد. (آهنی خمایی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۴)

۴- استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه

اصل استقلال در هر شرایطی قابل اعمال نیستند شرایطی که مضمون عنه به تعهداتش عمل کرده اما مضمون له با توسل به شیوه‌های متقلبانه سعی دارد تا مبلغ ضمانت‌نامه را از ضامن اخذ کند. جعل و کلاهبرداری عمده‌ترین اشکال استثنائات این اصل هستند. موارد دیگری هم نظیر «غیرقانونی بودن یا نقض تعهدات بین‌المللی» وجود دارد که ممکن است موجبات عدم پرداخت ضمانت‌نامه را فراهم نماید. هرگونه دستور منع پرداخت صادره از دادگاه‌ها نیز باید محدود به مواردی شود که تقلب یا سوء استفاده آشکار یا مانند آن باشد. (قربانیان، ۱۳۹۴، ص ۳۷۰) به طور کلی می‌توان ایرادات قابل استناد را به سه دسته ماهوی، ایراد سوءنیت و شخصی تقسیم نمود:

۴-۱- ایرادات ماهوی

۴-۱-۱- فقدان اهلیت استیفاء

مطابق قواعد عمومی قراردادها که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی اغلب اساسی ترین شرایط آن برای تشکیل قرارداد احصاء گردیده است؛ صدور اسناد تجاری از جمله برات، سفته، چک و البته ضمانت‌نامه عندالمطالبه نیز به وجود شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیازمند است. بنابراین هرکدام از مسئولیم سند تجاری و همچنین قرارداد پایه باید شرایط اساسی صحت معاملات مقرر در ماده مزبور را داشته باشند. در غیر این صورت فاقد اهلیت استیفاء هستند و تصرفات آن‌ها باطل و فاقد هرگونه اثر حقوقی است. البته باید توجه داشت که در قرارداد پایه هر یک از طرفین می‌توانند بر عدم اهلیت خود استناد کنند اما مسئولین دیگری که پس از انتقال سند تجاری مثلا ظهرنویس یا برات‌گیر در برات حق استناد به ایراد مزبور را نخواهند داشت. در رابطه با ضمانت‌نامه عندالمطالبه در قرارداد پایه می‌توان عدم اهلیت هر یک از طرفین را به واسطه حجر یا ورشکستگی متصور دانست که البته این امر فقط در رابطه بین مضمون عنه و مضمون له تأثیرگذار است. در رابطه با این موضوع که آیا ضامن ضمانت‌نامه عندالمطالبه که اغلب بانک است می‌تواند به عدم اهلیت ضمانت خواه در برابر ذینفع استناد نماید باید گفت که در خصوص اسناد تجاری به عقیده یکی از حقوقدانان ضامن چنین حقی ندارد (کاویانی، ۱۳۸۳، ص ۱۶۰-۱۵۹) اما دیدگاه دیگری به ضامن حق استناد به این ایراد را می‌دهد و دلیل آن هم ضمانت از دین مضمون عنه است و

هنگامی که تعهدی بدون وجود اهلیت باشد، باطل بوده و تعهد ضامن را نیز باطل می‌کند.^۱ طبق بند ۲ ماده ۳۲ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو^۲ مسئولیت ضامن ولو با بطلان به استناد هر دلیلی غیر از دلیل شکلی را همواره معتبر می‌داند و به نظر می‌رسد این دیدگاه با توجه به ماده ۶۸۷ قانون مدنی به حقوق ایران نزدیک تر باشد. (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۴)

۲-۱-۴- فقدان اهلیت تصرف

طبق ماده ۳۴۵ قانون مدنی وجود اهلیت تصرف شرط صحت معامله است بنابراین عدم اهلیت تصرف به واسطه ورشکستگی به موجب ماده ۴۱۸ قانون تجارت سبب ممنوعیت از تصرف در حقوق مالی شخص می‌گردد. دارنده سند چه با آگاهی و چه بدون آن از عدم اهلیت صادرکننده سند مصون نیست. چنانچه عدم اهلیت بعد از صدور سند تجاری رخ دهد برای مثال در مورد ورشکستگی دارنده داخل در ردیف غرما شخص ورشکسته می‌شود و باید با توجه به مقررات ورشکستگی نسبت به تصفیه و ادای دین وی عمل شود. (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۵)

۳-۱-۴- فقدان قصد (جعل امضا)

ایراد جعل امضا از آنجایی که حاکی از فقدان قصد اصیل است بنابراین می‌تواند مبنای استناد واقع گردد و از پرداخت سند تجاری و به طور خاص ضمانت‌نامه حتی در مقابل دارنده با حسن نیت ممانعت بعمل آورد. حتی می‌تواند جعل و تزویر عناوین مجرمانه پیدا کنند و دارنده آگاه به جعل نیز مجرم شناخته شود. (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۸-۱۴۷)

۴-۱-۴- فقدان رضا

هنگامی که اراده طرفین یک قرارداد به وسیله اکراه یا تهدید مخدوش شده باشد عنصر رضا در انعقاد قرارداد وجود ندارد. در رابطه با اینکه آیا چنین ایرادی برای شخص مکروه برای استناد به منظور عدم پرداخت ضمانت‌نامه قابل پذیرش است یا نه؛ برخی از دکترین قائل به این نظر هستند که این رضایت چون حقیقی نیست پس می‌تواند مبنای استناد واقع شود. اما برخی دیگر قائل به این نظر هستند که ایراد مزبور در برابر دارنده با حسن نیت قابلیت طرح ندارد. به نظر می‌رسد که دکترین گروه نخست نظر نزدیک تری را با توجه به ماده ۱۹۰ قانون مدنی و غیرنافذ بودن عقود در صورت فقدان عنصر رضا دارند و اگر اکراه یا تهدید به حدی باشد که به طور کلی فرد را مسلوب الاراده نماید حتی باعث بطلان عقد نیز می‌گردد و حتی می‌تواند مصداق جرمی واقع شود. (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۸)

^۱ بند ۲ ماده ۳۳ کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو: «...مسئولیت ضامن همواره معتبر است و تضمین نمند است ببردید بی غیر از آوردن مر بید بی شکل سند ب III باشد، معتبر است...»

^۲ Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930) The League of Nations, available at :

<https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html#104>

۵-۱-۴- عدم مشروعیت

وضعیت قرارداد پایه و همچنین ضمانت‌نامه عندالمطالبه از منظر قانونی یا غیرقانونی بودن می‌تواند بعضاً اصل استقلال را به نحوی تحت تاثیر قرار دهد. راجع به غیرقانونی بودن قرارداد پایه و ضمانت‌نامه عندالمطالبه چندین حالت قابل تصور است که در هر کدام وضعیت امکان یا عدم امکان استناد به ایراد غیرقانونی بودن متفاوت است:

• غیرقانونی بودن ضمانت‌نامه عندالمطالبه

هنگامی که صدور ضمانت‌نامه توسط یک قانون داخلی منع شده باشد یا برای مثال در برخی کشورها پرداخت ضمانت‌نامه به این دلیل که ذی نفع آن شهروند یک کشور دیگری که با کشور بانک ضامن روابط خصمانه دارد و با این وجود ضمانت‌نامه‌ای صادر گردد، ضمانت‌نامه مزبور غیرقانونی صادر شده است. حتی ممکن است ضمانت‌نامه عندالمطالبه به دلیل «ممنوعیت‌های موردی»^۱ غیرقانونی تلقی شوند. این وضعیت زمانی رخ می‌دهد که ضمانت‌نامه قانونی صادر شده است اما در زمان پرداخت بانک به دلیل دستور قضائی یا دولتی پرداخت آن ممنوع شده است یا اینکه دستور قضائی از طرف کشور خارجی مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه صادر شده باشد که البته زمانی که یک کشور خارجی دستور منع پرداخت بدهد، ممکن است دادگاه کشور صادرکننده ضمانت‌نامه تکلیفی به اجرای احکام دادگاه‌های خارجی نداشته باشد و به همین دلیل در صورتی که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه و قانون محل پرداخت آن منعی نداشته باشد، اقدام به پرداخت آن نمایند. وقتی که تنها ضمانت‌نامه غیرقانونی باشد (قرارداد پایه قانونی است)، اصل استقلال نمی‌تواند نقشی ایفا کند. (Michelle Kelly-Louw, 2009, P.352-353)

• غیرقانونی بودن قرارداد پایه

چنانچه قرارداد پایه غیرقانونی باشد و ضمانت‌نامه عندالمطالبه قانونی صادر شده باشد، تکلیف این حالت چندان روشن نیست برای مثال قرارداد پایه مربوط به فروش مهمات است. گاهی عاملی که قرارداد پایه را غیرقانونی می‌نماید به طور مستقیم ضمانت‌نامه را تحت تاثیر قرار نمی‌دهد. زمانی که غیرقانونی بودن قرارداد پایه به ضمانت‌نامه هم تسری پیدا کند باعث نقض اصل استقلال می‌گردد. (Michelle Kelly-Louw, 2009, P.352) برای اینکه ضمانت‌نامه-ای در نتیجه غیرقانونی بودن قرارداد پایه، غیرقانونی تلقی شود باید به اندازه‌ای با قرارداد پایه مرتبط باشد^۲ که فساد به آن تسری یابد. (Michelle Kelly-Louw, 2009, P.354) در هر صورت ابعاد این قضیه کاملاً باید برای بانک ضامن مشخص باشد و اگر اثبات گردد که ضمانت‌نامه وسیله‌ای در راستای تحقق اهداف غیرقانونی قرارداد پایه است، نباید پرداخت شود. (Michelle Kelly-Louw, 2009, P355)

• غیرقانونی بودن ضمانت‌نامه عندالمطالبه و قرارداد پایه

هر دو سند باید به اندازه کافی به یکدیگر مرتبط باشند تا مجرای بر استثنای اصل استقلال واقع شود. البته برای روشن تر شدن ابعاد تاثیر متقابل غیرقانونی بودن ضمانت‌نامه عندالمطالبه و قرارداد پایه و به ویژه نقض اصل استقلال باید منتظر رویه قضائی کشورها و همچنین تصویب قوانین جدیدتر ماند اما به طور کلی با وجود چهار شرط ذیل می‌توان در صورت غیرقانونی بودن ضمانت‌نامه یا قرارداد پایه بر حسب مورد، از پرداخت ضمانت‌نامه جلوگیری بعمل

¹Supervening Prohibition

²Degree of Connectivity

آورد: الف) هرگونه ادعا مبنی بر غیرقانونی بودن اثبات گردد. ب) غیرقانونی بودن به اندازه کافی جدی باشد. ج) ذی نفع در غیرقانونی بودن دخیل باشد. د) ضمانت‌نامه به اندازه کافی با قرارداد پایه مرتبط باشد.

۲-۳- ایراد سوء نیت

۱-۲-۳- مطالبه ناروا از جانب ذی نفع بلاواسطه

تقلب در رابطه با ضمانت‌نامه بانکی یا مربوط به خود ضمانت‌نامه اسناد مرتبط با آن و یا مربوط به قرارداد پایه است که اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی ناظر به مورد اخیر است. در حقوق ایران نص قانونی در خصوص تقلب که از استثنائات وارد بر اصل استقلال می‌شود وجود ندارد و برخی از دکترین حقوقی تحت عنوان سوء استفاده از حق ذیل اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی آن را با اصل استقلال قابل تجمیع^۱ و نه تخصیص می‌دانند. (فرزانگان، ۱۳۹۵، ص ۱۴۶-۱۴۵) در رابطه با ضمانت‌نامه به دلیل عدم قابلیت نقل و انتقال که به صورت عارضی بر آن به دستور بانک ضامن حادث می‌شود، نمی‌توان دارنده‌ای جز ذینفع اصلی که همان دارنده بلافصل آن است برای آن متصور شد و چنانچه مضمون له ضمانت‌نامه را به صورت «آشکارا ناروا»^۲ از ضامن مطالبه نماید می‌تواند موجبات قابلیت استناد به ایرادات را برای مضمون عنه در عدم پرداخت وجه مندرج در ضمانت‌نامه به نحوی فراهم نماید با توجه به مزایای اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی که پیش تر اشاره گردید و به ویژه مزیت ذی نفع محوری آن امکان مطالبه من غیر حق از طریق ذی نفع آن را تقویت می‌نماید. البته هرگونه سوء استفاده از حق و مطالبه ناروایی در اینجا مدنظر نیست بلکه آن مطالبه‌ای که کاملاً و به وضوح نشانگر عدم استحقاق ذی نفع از مطالبه وجه می‌باشد، مورد نظر است. برای اینکه در لحظه از پرداخت آن توسط ضامن جلوگیری شود باید دلایل سوء استفاده آشکار از قبل آماده شده باشد و گرنه به محض ارائه ضمانت‌نامه پرداخت می‌شود و باید بعداً نسبت به اثبات محق نبودن ذی نفع آن طرح دعوی کرد. چنانچه مضمون عنه دارای ادله‌ی قاطع و محکمی باشد که نشان دهد تقلب یا جعلی صورت گرفته از آنجایی که ادله مزبور غیرقراردادی هستند و به حکم قانون باعث عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌شوند بنابراین منافاتی با اصل استقلال پیدا نمی‌کنند و مضمون عنه می‌تواند قبل از مطالبه با مراجعه به دادگاه و ارائه دلایل مذکور با اخذ دستور موقت از پرداخت آن در زمان مطالبه جلوگیری کند و سپس اقدام به طرح دعوی مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه نماید. (محبی، ص ۱۳۰-۱۲۷) مصادیق مطالبه آشکارا ناروا را می‌توان مواردی مانند بطلان، فسخ، یا انفساخ قرارداد پایه و در کل مواردی که سبب سقوط تعهد قرارداد پایه به نحوی گردیده است در صورتی که همراه با مستندات باشد که نشانگر استحقاق نداشتن ذی نفع به صورت آشکار باشد دانست. اجرای ناقص قرارداد پایه به وسیله ذینفع فی نفسه نمی‌تواند ایراد قابل استنادی باشد، عدم امکان اجرای قرارداد به واسطه فعل وی و مطالبه ضمانت‌نامه علی‌رغم اجرای کامل مفاد قرارداد پایه توسط ضمانت‌خواه مصادیق دیگری از سوء استفاده از حق به صورت آشکار از جانب مضمون له می‌تواند باشد. برای مثال، هنگامی که ذی نفع تعهد اصلی خود مبنی بر تحویل ضمانت‌نامه به ضمانت‌خواه پس از اجرای تعهدات قرارداد پایه را ایفا نمی‌کند که

^۱ الجمعه مهما امکن الی من ارح

^۲ Appel manifestement abusif

قسمت (د) بند ۲ ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی^۱ نیز موید همین مطلب استو یا با وجود اجرای کامل قرارداد پایه توسط ضمانت خواه، یا موارد دیگر که به نحوی سبب سقوط تعهد شده است، باز هم اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه از ضامن می نماید. (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۸۱) در حقوق ایران در رابطه با تقلب به عنوان استثنائی بر اصل استقلال مطلب خاصی عنوان نشده است فقط ماده ۱۴ قانون صدور چک تقلب و کلاهبرداری را از استثنائات اصل استقلال معرفی کرده است لایحه جدید قانون تجارت با مطرح کردن ادله قراردادی مانند فسخ، تهاتر، بطلان به عنوان استثنائات اصل استقلال به نحو فزاینده ای در جهت تقویت اصل مزبور کوشیده است که طبیعتاً توجیه منطقی ندارد. (فرازمند، ۱۳۹۶، ص ۷۸-۷۷)

۲-۳-۳- مطالبه ناروا از جانب دارنده با واسطه

چنانچه مضمون عنه و مضمون له ضمانت‌نامه را با توافق یکدیگر به شخص ثالثی انتقال دهند، در صورتی این انتقال توسط بانک ضامن پذیرفته می شود که بانک مزبور موافقت خود را اعلام کرده باشد و در این صورت چنانچه ذی نفع جدید به نوعی با سوء استفاده از حق خود وجه ضمانت‌نامه را مطالبه کند می تواند موجبات جلوگیری از پرداخت را توسط ضمانت خواه فراهم نماید.

۳-۳-۳- ایرادات مربوط به روابط شخصی

همان طور که پیش تر اشاره شد به صرف بطلان، فسخ، انفساخ، تخلف از شروط ضمن عقد و وضعیت هایی بدین صورت که ممکن است در رابطه قرارداد پایه وجود داشته باشد، علی الاصول نمی تواند منجر به عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه شود و موارد مزبور باید همراه با دلایلی باشند که به روشنی عدم استحقاق ذی نفع را برسانند. اما در خصوص استناد به تهاتر چندین وضعیت قابل تصور است:

۱-۳-۳- وضعیت استناد به تهاتر از جانب ضمانت خواه

پس از صدور ضمانت‌نامه ممکن است به دلایل مختلفی ضمانت خواه از ذی نفع ضمانت‌نامه مبلغی طلبکار شود که این طلب چه از قرارداد پایه ناشی شود و چه از هر عمل حقوقی دیگری نمی تواند مبنای استناد به ایرادات قابل استناد واقع شود چراکه این عمل کارکرد ضمانت‌نامه عندالمطالبه را به طور کلی زیر سؤال می برد. این درحالی است که راجع به برات استناد به تهاتر امکان پذیر است اما در ضمانت‌نامه عندالمطالبه به دلیل وجود اصل استقلال ممنوعیت وجود دارد. لایحه قانون تجارت و دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) نیز قائل بر عدم جواز امکان استناد مانت خواه به تهاتر هستند. (سربازیان و هاشمی، ۱۳۹۶، ص ۲۵۷-۲۵۶)

۲-۳-۳- وضعیت استناد به تهاتر از جانب ضامن

استناد به تهاتر از جانب ضامن ارتباطی با اصل استقلال قرارداد پایه از ضمانت‌نامه عندالمطالبه پیدا نمی کند و به همین دلیل امکان دفاع و طرح ایرادات وجود دارد. قواعد تهاتر از آنجایی که جنبه تکمیلی دارد؛ حتی می تواند

¹. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand_by Letters of Credit (adopted 11 December 1995, entry into force 1 January 2002) UNTS vol.2169, p.163

در خود ضمانت‌نامه عندالمطالبه به جواز یا عدم جواز آن تصریح گردد. (سربازیان و هاشمی، ۱۳۹۶، ص ۲۶۲-۲۵۸)

۳-۳-۳- وضعیت استناد به تهاتر از طرف ضامن متقابل

در ضمانت‌نامه متقابل نیز این امکان برای بانک دستوردهنده وجود دارد تا با استناد به طلب قبلی خود از ذی نفع ضمانت‌نامه متقابل که همان ضامن اصلی است؛ وجه ضمانت‌نامه عندالمطالبه متقابل را نپردازد. (سربازیان و هاشمی، ۱۳۹۶، ص ۲۶۲)

۴- اصل استقلال در ضمانت‌نامه عندالمطالبه مقررات متحدالشکل ۷۵۸

یکی از نگرانی‌های مهم در عرصه تجارت بین‌الملل عدم وجود مقررات متحدالشکلی بوده که به نوعی رویه‌ی واحدی را ایجاد کند و نهایتاً برخی از سازمان‌ها درصدد ایجاد یک رویه متحدالشکل برآمدند و اقدام به وضع مقررات در این زمینه کردند که «اتاق بازرگانی بین‌المللی»^۱ از سازمان‌های پیشگام در این حوزه است که اولین مقررات را تحت عنوان «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی» (یو. آر. سی. جی ۳۲۵) در سال ۱۹۷۸ منتشر نمود. اما این مجموعه مقررات متحدالشکل در سطح تجارت بین‌الملل اقبالی نیافت و باعث شد تا اتاق بازرگانی بین‌المللی بار دیگر در سال ۱۹۹۲ مقرراتی تحت عنوان «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»^۲ (یو. آر. دی جی ۴۵۸) منتشر نماید که مقررات مزبور از سال‌های ۱۹۹۲ تا ۲۰۱۰ بسیار مورد استقبال قرار گرفت. در سال ۲۰۱۰ نشریه اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرراتی را تحت عنوان «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»^۳ (یو. آر. دی. جی ۷۵۸) منتشر کرد. (هاشمی، ۱۳۹۶، ص ۷۶-۷۷) حال باید بررسی شود که اصل استقلال ضمانت‌نامه عندالمطالبه از قراردادی‌پایه به چه نحو در این مجموعه مقررات نمود پیدا کرده است.

۵- تعریف ضمانت‌نامه عندالمطالبه در یو. آر. دی. جی ۷۵۸

طبق ماده ۲ مقررات یو. آر. دی. جی ۷۵۸، «ضمانت‌نامه عندالمطالبه یا ضمانت‌نامه به معنای هر تعهد امضا شده‌ای است -به هر نام خوانده یا توصیف شود- که متضمن تعهد پرداخت در صورت ارائه مدرکی مطابق با شرایط ضمانت‌نامه باشد.» (تذهیبی، ۱۳۹۶، ماده ۲) راهنمای تفسیر مقررات یو. آر. دی. جی ۷۵۸ در مورد تعریف فوق‌الذکر ضمانت‌نامه عندالمطالبه را تعهد برگشت ناپذیری می‌داند که توسط ضامن طبق دستور ضمانت‌خواه برای پرداخت مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه ذکر شده است که در مقابل عدم انجام موضوع قراردادی‌پایه توسط ذی نفع مطالبه می‌شود. (نجفی کریمی، ۱۳۹۶، ص ۸۱)

^۱. International Chamber of Commerce (ICC)

^۲. Uniform Rules for Contract Guarantees, URCG 1978, No. 325

^۳. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 1992, No. 458

^۴. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 2010, No. 758

۶- ایرادات غیر قابل استناد در یو آر دی جی ۷۵۸

اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به صراحت در ماده ۵ مقررات یو.آر.دی. جی ۷۵۸ بیان شده است: « الف- ضمانت‌نامه طبیعتاً از رابطه پایه و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است و رابطه پایه هیچ ربطی به ضامن ندارد و ضامن ملتزم به آن نیست. ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است و رابطه پایه هیچ ارتباطی با ضامن ندارد و ضامن ملتزم به آن نیست. اشاره‌ای که در ضمانت‌نامه به رابطه پایه و برای مشخص کردن آن می‌شود، طبیعتاً مستقل ضمانت‌نامه را تغییر نمی‌دهد. تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذینفع نیست. ب- ضمانت‌نامه متقابل طبیعتاً از ضمانت‌نامه، رابطه پایه، درخواست صدور ضمانت‌نامه و هر ضمانت‌نامه متقابلی که مربوط به آن باشد مستقل است و ضامن متقابل به هیچ عنوان به این روابط دیگر بستگی نداشته و ملتزم به آن نیست. «راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه استقلال دو طرفه را ویژگی اصلی آن‌ها دانسته است به این معنا که ضمانت‌نامه هم از قرارداد پایه و هم از رابطه بین مضمون عنه و ضامن مبنی بر تقاضای صدور ضمانت‌نامه مجزا است که همین امر آثاری را به دنبال خواهد داشت: (۱) ضمانت‌نامه عندالمطالبه برای پرداخت توسط ضامن صرفاً تابع شرایطی است که در آن تصریح شده یا به نحوی در متن آن به آن‌ها اشاره گردیده است. (۲) ضامن علی‌القاعده امکان استناد به هیچ ادعا و دفاعی نظیر خاتمه قرارداد، فورس ماژور، تهاتر و غیره را برای عدم پرداخت ضمانت‌نامه نخواهد داشت و همچنین نمی‌تواند به روابط بین خود و مضمون عنه در خصوص صدور ضمانت‌نامه برای ذی نفع از قبیل ورشکستگی مضمون عنه و عدم پرداخت کارمزد و غیره استناد نماید و از نظر شکلی هم صرفاً باید شکل درخواست ذی نفع را با شرایط متنی ضمانت‌نامه تطبیق دهد. البته لازم به ذکر است که تبانی در قرارداد پایه ممکن است بتواند موجبات استناد به ایرادات قابل استناد در عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ها برای ضامن فراهم نماید. (مسعودی، ۱۳۹۷، ص ۹۴-۹۳)

۷- استثنائات اصل استقلال در یو آر دی جی ۷۵۸

همان‌طور که راجع به استثنائات اصل استقلال به طور کلی مطالبی بیان شد در رابطه با ایرادات قابل استناد در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه ۷۵۸ علیرغم عدم صراحت در مواد مربوطه و با وحدت ملاک از موارد کلی‌یاب شده می‌توان استثنائات اصل استقلال را به صورت ذیل تشریح نمود:

۷-۱- ایرادات شکلی

۷-۱-۱- لزوم انطباق ظاهری اسناد و مدارک

بند (الف) ماده ۱۹ مقررات یو آر دی جی بیان می‌دارد که: « ضامن صرفاً بر مبنای مدارک ارائه شده تصمیم می‌گیرد که آیا صورت ظاهر آن منطبق با شرایط ضمانت‌نامه هست یا نه ». باتوجه به بند (ب) ماده فوق‌الذکر در رابطه با حدود و ثغور و نحوه احراز این انطباق همین نکته کفایت می‌کند مفاد اسناد ارائه شده با یکدیگر تعارضی

نداشته باشند. براساس بند (ج) ماده ۱۹ مقررات مزبور نیز بانک ضامن صرفاً از نظر ظاهری به بررسی مطابقت یا عدم مطابقت امضاها در همان حد عرف بانکداری و در جایی که حتی شرایط خاصی برای مدارک نظیر الزام به ارائه گواهی مدارک و غیره تعیین شده است، می‌پردازد. طبیعتاً در همین بررسی سطحی و ظاهری چنانچه بانک ضامن عدم تطابق را احراز نماید می‌تواند از پرداخت ضمانت‌نامه طبق بند (الف) ماده ۲۴ مقررات یو آر دی جی ۷۵۸ خودداری کند و یا تنها طبق صلاحدید خود به مضمون عهده مراجعه یا چنانچه ضمانت‌نامه متقابل باشد به ضامن متقابل آن برای قبول مغایرت مراجعه نماید و ضامن متقابل هم به تبع آن در صورت احراز مغایرت طبق بند (ب) می‌تواند تقاضای پرداخت را رد کند یا فقط مغایرت مربوطه را به مضمون عهده خود اطلاع دهد. علی‌ایحال در صورتی که ظرف پنج روز کاری طبق بند (ث) پس از دریافت درخواست پرداخت، اقدام به اعلام مغایرت طبق موارد پیش گفته ننماید دیگر نمی‌تواند براساس بند (ج) ادعایی مبنی بر عدم مطابقت ظاهری اسناد با مفاد ضمانت‌نامه داشته باشد. ضمناً ضامن به طور کلی مسئولیتی هم در برابر اصالت اسناد به موجب بند های (الف) تا (ت) ماده ۲۷ در خصوص شکل، اصالت و هرگونه اظهارات، شرایط کالا یا خدمات، حسن نیت، فعل یا ترک فعل شخص صادر کننده و غیره نخواهد داشت و به محض انطباق ظاهری اقدام به پرداخت ضمانت‌نامه خواهد کرد.

۲-۷- ایرادات ماهوی

۱-۲-۷- وقوع فورس ماژور

فورس ماژور طبق بند الف ماده ۲۶ « مشیت الهی، شورش، ناآرامی های مدنی، اغتشاشات، جنگ، عملیات تروریستی یا هر اتفاقی که خارج از کنترل ضامن یا ضامن متقابل بوده به نحوی که باعث توقف فعالیت هایی که مربوط به اقدامات تحت به معنی بروز شرایطی است که امکان اجرای قرارداد را نه تنها توسط متعهد بلکه از جانب هر شخص دیگری ناممکن و نه دشوار می‌سازد. ۳ شرط برای استناد به فورس ماژور در قرارداد باید احراز شود اولاً: در خصوص امکان یا عدم امکان قابلیت استناد به ایرادات برای ضمانت خواه و ضامن باید شرایط فورس ماژور در قرارداد پایه و همچنین سایر وقایعی که ممکن است مانند « تحریم» از مصادیق فورس ماژور محسوب شود، بررسی گردند. (زالی، ۱۳۹۲، ص ۵۴-۵۵)

۲-۲-۷- اثر فورس ماژور بر قرارداد پایه

فورس ماژور هنگامی بروز می‌کند که متعهد قادر به ایفای تعهدات خود به دلیل شرایطی که از حوزه اراده و اقتدار وی خارج بوده و حتی امکان پیش بینی بروز چنین مشکلی را نداشته است. با توجه به اصل استقلال و لزوم تفسیر مضیق از موارد استفاده از استثنائات این اصل باید گفت که تا زمانی که فورس ماژور حاکی از سوء استفاده آشکار و مطالبه من غیر حق نباشد امکان استناد به آن را برای متعهد در عدم پرداخت ضمانت‌نامه فراهم نمی‌کند. ضامن هم نمی‌تواند به چنین ایرادی در عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه استناد نماید مگر اینکه مطالبه ضمانت‌نامه قبل از قوه قهریه بعمل آمده باشد. شق سوم بند (ب) و (پ) ماده ۲۶ مقررات یو آر دی جی در این خصوص مقرر می‌دارد که: بند (ب): «اگر تاریخ ضمانت‌نامه در تاریخ ارائه مدارک به ضامن یا پرداخت به دلیل وقوع قوه قهریه

متوقف گردد: طبق شق سوم: «پس از پایان قوه قهریه حتی اگر ضمانت‌نامه خاتمه یافته باشد پرداخت خواهد شد و در این شرایط ضامن می‌تواند در عرض ۳۰ روزه تقویمی بعد از پایان قوه قهریه مطالبه وجه را برای ضامن متقابل حتی اگر ضمانت‌نامه مزبور نیز خاتمه یافته باشد، ارسال نماید.»

۳-۲-۷- تحریم و فورس ماژور

آیا شرایط تحریم می‌تواند به عنوان فورس ماژور ایرادی قابل استناد در عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه برای مضمون عنه یا ضامن محسوب شود؟ باید بررسی شود که شرایط تحریم که مانع ایفای تعهدات متعهد اصلی قرارداد پایه می‌شود ۳ شرط اصلی فورس ماژور را محقق نموده است یا خیر. ۳ شرط اصلی فورس ماژور عبارت از غیرقابل پیش بینی بودن، غیرقابل اجتناب بودن و خارجی بودن حادثه می‌باشد. می‌توان گفت که تحریم فاقد شرط عدم قابلیت پیش بینی است و معضلی قابل پیش بینی است. برای مثال شرایط تحریم در ایران نمی‌تواند مبنای استناد برای عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه واقع شود چراکه حتی تحریم‌های جدید هم برای آن از نظر سیاسی و اقتصادی قابل پیش بینی است. ضامن که اغلب همان بانک است هم می‌تواند به طریقی دشوارتر با واسطه وجه آن را پرداخت نماید و نمی‌تواند به معضل تحریم به عنوان فورس ماژور برای عدم پرداخت استناد نماید. (زالی، ۱۳۹۲، ص ۵۷-۵۶)

۴-۲-۷- ایراد مطالبه من غیر حق یا سوء استفاده آشکار

در مقررات یو آر دی جی ۷۵۸ صراحتاً مقرر شده است که برای پیشگیری از مطالبه متقلبانه توسط ذی نفع وجود ندارد تنها ماده‌ای که مقداری بتواند از چنین مطالبه‌ای پیشگیری کند ماده ۱۵ است که مقرر می‌دارد هر گونه مطالبه وجه طبق ضمانت‌نامه عندالمطالبه باید همراه بیانیه‌ای از جانب ذی نفع آن باشد که نشان دهد ضمانتخواه در کدام بند قرارداد پایه یا همان تعهداتش تخلف نموده است. وجود چنین بیانیه‌ای در بند (ب) همین ماده نیز برای ضمانت‌نامه متقابل پیش‌بینی شده است. البته ممکن است، متن ضمانت‌نامه‌ای وجود چنین بیانیه‌ای را مستثنی قرار دهد. البته در صورت مستثنی نکردن این بیانیه از شرایط مطالبه وجه ضمانت‌نامه یا مسکوت گذاشتن آن به نوعی می‌تواند مطالبه بدون وجود بیانیه را در معرض عنوان مطالبه من غیر حق قرار دهد. بیانیه‌ای که ذی نفع ارائه می‌دهد در واقع مبتنی بر یک رأی دادگاه یا داوری است؛ از جهتی وجود چنین بیانیه‌ای باعث کاهش هر گونه مطالبه‌ای به نا حق می‌گردد اما اساساً وجود چنین بیانیه‌ای نیز باعث می‌شود تا کارکرد اصل استقلال خدشه دار شود و بیشتر به همین دلیل یا دلایل دیگری نظیر آن است که باعث متروک شدن استفاده از مقررات یو آر دی جی. در صحنه بین‌المللی شده است^۱. (زالی، ۱۳۹۲، ص ۳۸) در این راستا تدوین‌کنندگان مقررات یو آر دی جی ۷۵۸ با مبرا کردن ضامن در قبال هر نوع مسئولیت شکلی، صحت، اصالت، تزویر یا اثر حقوقی هر گونه امضا یا سند و غیره به

^۱ در این‌باره ببینید: می‌توانید ببینید که تعهد بی‌ضمانت نامم‌شهر در لایحه جدید قانون تجارت با تعهد بی‌آن در مقررات یو آر دی جی. ۸۸۸ متفاوت است چرا که در مقررات متحدالشکل بیان شریکی که سبب مخدود شدن طلب است فقط در مورد اشخاص ثالث و نمایندگان معنی ندارد اما این در حالی است که آردین هر شریکی در ضمانت نامم بی‌طرح‌کنی باعث کاستن شدن از ارزش است فقط در آن می‌گردد. (زالی، ۲۰۲۲، ص ۲۷)

امکان مطالبه متقالبانه شانس بیشتری داده اند که امری قابل انتقاد است. (فرازمند، ۱۳۹۶، ص ۷۲) در رابطه با ضمانت‌نامه متقابل چه با آگاهی و چه بدون آگاهی از پرداخت متقالبانه ضامن اول، در صورتی که مدارک مطالبه ضمانت‌نامه از نظر ظاهری منطبق با مقررات یوآردی جی ۷۵۸ و یا هر قانون دیگری باشد، ضامن دوم مکلف به پرداخت است و برای جبران مبلغ پرداختی در نهایت می تواند به ضمانت خواه رجوع کند. (فرازمند، ۱۳۹۶، ص ۷۴)

۵-۲-۷- ایرادات مربوط به روابط شخصی

وضعیت قرارداد پایه هم به نوعی می تواند در استناد به ایرادات قابل استناد برای ضمانت خواه و ضامن موجباتی را فراهم نماید. در مقررات یوآردی جی ۷۵۸ هیچ اشاره‌ای به وضعیت‌های مختلفی که ممکن است در قرارداد پایه بروز کند نشده است؛ مثلاً در فرض بطلان یا فسخ قرارداد آیا همچنان اصل استقلال کارایی خود را حفظ می‌کند یا خیر. در اینجا باید گفت که کارکرد اصل استقلال خدشه دار نمی‌شود و هرگونه ادعایی بعداً با ارائه دلایل و مستندات در دادگاه در صورت اثبات می‌تواند موجبات جبران خسارت را برای ضمانت خواه یا ضامن فراهم کند. در موارد عدم اصالت امضا یا مهر در قرارداد پایه، عدم نیابت امضا کننده سند از اصیل، حجر، ورشکستگی، اشتباه یا اکراه باتوجه به کلیاتی که راجع به اهلیت استیفاء توجه به اصل استقلال ممکن است مضمون عنه بری شود اما بانک به واسطه تعهد براتی خود در ضمانت‌نامه متعهد باقی می‌ماند و حتی ممکن است امکان رجوع به ضمانت خواه را پیدا نکند.

نتیجه گیری

اصل استقلال به جهت مزایای خاصی که برای ذینفعان ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به همراه داشته سبب شده تا اطمینان بیشتری را در عرصه تجارت بین‌الملل برای استفاده کنندگان شکل دهد و باید حتی الامکان موارد استثناء اصل مزبور به حداقل برسد تا تمایل به استفاده از آن در صحنه تجارت بین‌الملل گسترش یابد. علی‌الاصول ایرادات مربوط به قرارداد پایه نمی‌توانند از پرداخت فوری ضمانت‌نامه عندالمطالبه جلوگیری نمایند. با وحدت ملاک و البته با لحاظ برخی از تفاوت‌های مهم با اسناد تجاری ایرادات مربوط به شکل، ماهیت و ایرادات قانونی با توجه به تفسیر مضیق آن‌ها می‌تواند مبنای استناد ضمانت خواه یا بعضاً ضامن‌های ضمانت‌نامه عندالمطالبه در فرضی که ضامن متقابل نیز وجود دارد برای رهایی از مطالبه متقالبانه ذی‌نفع و مطالبه‌ای که به نحوی شرایط شکلی آن از جانب وی رعایت نشده یا ایراداتی مثل فسخ، بطلان، تهاتر (ایرادات مربوط به روابط شخصی یا دلایل قراردادی) در صورتی که ایرادات اخیرالذکر همراه با دلایلی باشند که عدم استحقاق ذی‌نفع را نمایان سازد؛ سبب عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه عندالمطالبه گردد. در حقوق ایران به موجب مقررات نظام بانکی کشور و نیز لایحه جدید قانون تجارت صدور ضمانت‌نامه عندالمطالبه به رسمیت شناخته شده است. از یک سو در رابطه با مسئله مطالبه متقالبانه یا سوء استفاده آشکار سابقه طرح بحثی به آن صورت وجود ندارد و از طرف دیگر لایحه جدید قانون تجارت با مورد شمول قراردادن ادله قراردادی مثل فسخ، بطلان، تهاتر و غیره به عنوان استثنائات اصل استقلال برای عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه در ایجاد تعادل در کارکرد اصل استقلال توفیقی نداشته است با این حال روشن تر شدن

ابعاد اصل استقلال و استثنائات آن نیازمند بررسی‌های قضائی بیشتر و قوانین کارآمدتری است. مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه ۷۵۸ صراحتی در خصوص استثنائات اصل استقلال این قبیل ضمانت‌نامه‌ها ندارد و حتی بعضاً با پیش بینی مدارکی اضافی به هنگام مطالبه به نوعی کارکرد اصل مزبور را تنزل داده است؛ هرچند که به عقیده برخی باعث شده تا حد کمی از مطالبه متقابلانه ذی نفع ممانعت بعمل آورد. پیش‌بینی ماده ۲۷ در مقررات مزبور باعث شده حتی ضامن کوچک‌ترین مسئولیتی را در قبال شکل، ظاهر، اصالت، حسن نیت ضمانتخواه یا ذی نفع و غیره نداشته باشد که این خود باعث می‌شود تا صرفاً با یک بررسی و داشتن انطباق ظاهری اقدام به پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ای که امکان مطالبه متقابلانه آن بالاست در سریع‌ترین زمان ممکن بنماید که این امر خود باعث شده در صحنه تجارت بین الملل، استفاده از مقررات مزبور با اقبال چندانی مواجه نگردد.

فهرست منابع

- (۱) آهنی خمایی، مهرداد، «وصف تجریدی ضمانت‌نامه بانکی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز، ۱۳۹۰
- (۲) توکلی، محمد مهدی، مختصر حقوق تجارت، تهران: مکتوب آخر، ۱۳۹۷
- (۳) تذهیبی، فریده، مقررات ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG758) تجدیدنظر سال ۲۰۱۰ میلادی، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۶)
- (۴) زالی، محمد «ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات ۱۳۹۲
- (۵) سربازیان، مجید و هاشمی سید رضا «نقش تهاتر بر سقوط حق مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دوره ۴۷ شماره ۲ ۱۳۹۶ صص ۲۶۷-۲۵۱
- (۶) سلطانی، محمد، حقوق بانکی (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰)
- (۷) سکوتی نسیمی، رضا، مباحثی تحلیلی از حقوق اسناد تجاری، (تهران؛ مجد، ۱۳۹۵)
- (۸) فرزادگان، محمد «پرداخت بی قید و شرط ضمانت‌نامه بانکی از منظر اصل استقلال از قرارداد پایه»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم شماره ۱۷، ۱۳۹۵، صص ۱۵۸-۱۳۴
- (۹) فرازمنند، فرشاده، (۱۳۹۶) ضمانت‌نامه‌های بانکی عندالمطالبه براساس مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی بین‌المللی یو آر دی جی ۷۵۸ و بررسی آن در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز
- (۱۰) قلی‌پور، حسینعلی، ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی، مقاله کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در تعلیم، تربیت، روانشناسی، حقوق و مطالعات فرهنگی - اجتماعی قابل دسترسی در www.SID.ir
- (۱۱) قربانیان، حسین، حقوق اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی، (شاهروند: انتشارات قانون و قلم، ۱۳۹۴)
- (۱۲) کاویانی، کورش، حقوق اسناد تجاری، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳)

- ۱۳) کاشانی، محمود ضمانت‌نامه بانکی، (تهران، موسسه عالی بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۷)
- ۱۴) مسعودی، علیرضا، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، (تهران: شهردانش، ۱۳۹۷)
- ۱۵) مافی همایون و 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 ۱۷۰-۱۴۹
- ۱۶) محبی، محسن «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی شماره ۲۰،
- ۱۷) نجفی کریمی، کریم «اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی در مقررات بین المللی و لایحه جدید قانون تجارت»، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد شاهرود، ۱۳۹۶
- ۱۸) هاشمی، سید رضا «مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی با تأکید بر کنوانسیون آنسیترال راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی» فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم شماره ۱۸، ۱۳۹۶
- ۱۹) تورج آذر و همکاران "ارائه مدل جامع جهت اندازه‌گیری ریسک نقدینگی بانکهای پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران (مطالعه موردی: بانک ملت) فصلنامه اقتصاد مالی دانشکده اقتصاد و حسابداری تهران مرکزی، دوره ۱۶ شماره ۵۸
- ۲۰) فرهادی هاشم و همکاران "نقش عدالت ترمیمی و شورای حل اختلاف در کاهش هزینه‌های مالی دادرسی" فصلنامه اقتصاد مالی دانشکده اقتصاد و حسابداری تهران مرکزی، دوره ۱۶ شماره ۵۸
- ۲۱) نیکخو و همکاران "نااطمینانی اقتصاد کلان و تصمیمات سرمایه‌گذاری بانکها" فصلنامه اقتصاد مالی دانشکده اقتصاد و حسابداری تهران مرکزی، دوره ۱۶ شماره ۵۹
- 22) Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930) The League of Nations, available at : <https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html#104>
- 23) Kelly-Louw, Michelle. "Illegality as an exception to the autonomy principle of bankdemand guarantees." The Comparative and International Law Journal of Southern Africa (2009):339-386.
- 24) Uniform Rules for Contract Guarantees, URCG 1978, No. 325
- 25) Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 1992, No. 458
- 26) Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 2010, No. 758
- 27) United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit (adopted 11 December 1995, entry into force 1 January 2002) UNTS vol. 2169,

Flaws in bank demand guarantees with emphasis on the
uniform regulations of the International Chamber of
Commerce

Musa Talebi Galin Gheslaghi¹
Haider Hassanzadeh²
Sattar Zarklam³
Jalil Maliki⁴

Received: 14 / October / 2022 Accepted: 16 / December / 2022

Abstract

The autonomous principle with a special advantage granted to commercial documents, especially on-demand guarantees; It provides the means for immediate payment, in principle, regardless of the imperfections of the underlying contract, to obtain some kind of assurance in transactions. Exceptions to the autonomous principle include cases that relate in some way to the ineligibility of the beneficiary concerning the underlying contract, followed by the rule of law, a well-known example of which is a fraudulent demand. Some of the country's laws, and in particular the new draft of the Commercial Code, have recognized the use of guarantees, but the judicial procedure needs to be further developed to clarify the dimensions of the objections that can be cited in this regard. Defects that can be cited in The Uniform Rules of On-Demand Guarantees 758 is the main issue that seems to be able to be cited in the non-payment of the guarantee, according to other laws in this field, namely blatant abuse or fraud and article 19 implicitly refers to formal and substantive defects and these problems have been solved in a way, which has caused the functioning of the principle of independence in the international arena to face disorders, as a result of which the use of These rules has been followed for international trade. However, by analyzing these materials and complying with the domestic law of the country, the defects related to the autonomous principle and its exceptions can be eliminated by protecting the interests of the parties.

Keywords: Autonomous principle, Basic contract Demand guarantee, Defects, Uniform Rules

Classification: K19

¹ Department of Private Law, Center Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
Talibi.mousa@gmail.com

² Department of Private Law, Center Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Responsible - Author): hei.hasanzadeh@iauctb.ac.ir

³ Department of Private Law, Shahed University, Tehran, Iran. sattarzarkalam@gmail.com

⁴ Department of Private Law, Center Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. j-maleki@iauctb.ac.ir



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی