

بررسی اصل استقلال و ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل مقایسه لایحه جدید قانون تجارت با URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال

زهره خامه،^۱ غلام‌نبی فیضی چکاپ^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲۴

چکیده

اصل استقلال و ماهیت اسنادی دو ویژگی مهم ضمانت‌نامه‌های مستقل‌اند که در مقررات بین‌المللی مربوط به این ضمانت‌نامه‌ها به‌منزله اصول اساسی مورد توجه قرار گرفته‌اند. قسمتی از لایحه جدید قانون تجارت مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل است. پیش از این، دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی مقرراتی راجع به ضمانت وضع کرده بود که البته وافی به مقصود نبود. در این مقاله، مقررات لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۹۰/۱۰/۶ و مقررات بین‌المللی درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل که به این دو ویژگی اشاره دارند بررسی می‌شود. با اشاره به دستورالعمل ذکر شده و مقایسه آن با مقررات URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال در این خصوص، نتیجه گرفته می‌شود که، ضمن اینکه لایحه جدید قانون تجارت نواقصی دارد، مقررات لایحه درخصوص اشاره به اصل استقلال و ماهیت اسنادی نیز در مقایسه با مقررات بین‌المللی کامل نیست و نیاز به بازنگری بیشتری دارد. به همین علت، به‌کارگیری راهکارهایی ازجمله توجه بیشتر به اصل بنیادین حاکمیت اراده، توجه به جنبه‌های بین‌المللی ضمانت‌نامه‌های مستقل و ایجاد هماهنگی با مقررات بین‌المللی در لایحه جدید ضروری است.

واژگان کلیدی: اصل استقلال، ماهیت اسنادی، ضمانت‌نامه مستقل، مقررات بین‌المللی، لایحه جدید قانون تجارت

۱. کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ zohreh_khamei@yahoo.com

۲. دکتری حقوق خصوصی، استادیار دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران؛ Legalfayz@gamil.com

مقدمه

ضمانت‌نامه مستقل^۱ در مقابل ضمانت‌نامه تبعی^۲ نهادی نسبتاً جدید است که به منزله ابزاری مناسب برای تضمین تعهدات قراردادی به کار می‌رود. پیدایش این ضمانت‌نامه ریشه در مقتضیات مبادلات تجاری بین‌المللی دارد و استفاده از آن در جهان امروز گسترش فراوانی یافته است. این نوع ضمانت‌نامه نه تنها در تجارت بین‌الملل که در عرصه حقوق داخلی نیز به وفور به کار می‌رود.

برخلاف ضمانت‌نامه‌های تبعی که به علت حساسیت هر کشور در تعیین قوانین مربوط به آن به قانون محلی هر کشور وابسته است، در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل، به علت استفاده بین‌المللی از آن‌ها و وابسته نبودن آن‌ها به قوانین ملی و محلی، همواره تمایل به یکسان‌سازی قواعد به منظور تسهیل استفاده از آن‌ها بوده است. یکی از مشکلات ضمانت‌نامه‌های مستقل فقدان قوانین و رویه‌های منسجم است. در نظام‌های حقوقی ملی نیز قوانین و مقررات گوناگون و بعضاً متعارض درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی وجود دارد. لذا سال‌هاست که سازمان‌ها و مؤسسات بین‌المللی فعال در تجارت بین‌الملل می‌کوشند تا مقررات متحدالشکلی در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل تدوین کنند. فعالیت‌های دو سازمان در این زمینه شایان توجه است: کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)^۳ و اتاق بازرگانی بین‌المللی.^۴ این تلاش‌ها به تصویب کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۵ و مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی انجامید. درحقیقت، نخستین گام اتاق بازرگانی بین‌المللی برای تنظیم روش کاربردی ضمانت‌نامه‌های مستقل URDG 458 و آخرین نسخه آن نیز URDG 758 است.

1. Independent Guarantee

۲. ضمانت‌نامه تبعی: ضمانت‌نامه‌ای که در آن ضامن ملزم به پرداخت بدهی مضمون عنه در قبال مضمون له است. در ضمانت‌نامه تبعی بین قرارداد ضمانت‌نامه و قرارداد پایه ارتباط وجود دارد، به این معنا که باید ابتدا قصور قراردادی ثابت شود تا تعهد به پرداخت ضامن ایجاد شود.

۳. United Nation Commission for International Trade Law

(UNCITRAL): <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf> (Last visited: 2020-06-16)

۴. International Chamber of Commerce (ICC)

۵. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 1995

تا پیش از تدوین لایحه جدید قانون تجارت، تنها مقررۀ موجود در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی دستورالعمل^۱ ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی (ریالی) مصوب شورای پول و اعتبار است،^۲ که اگرچه به اصل استقلال و ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های بانکی اشاره نموده است، نمی‌توان آن را جایگزین قانون دانست. تدوین لایحه اصلاح قانون تجارت فرصتی را فراهم ساخته است تا این نقص در حقوق ایران جبران شود. مقررات لایحه مذکور حاصل تلاش وزارت بازرگانی با همکاری شماری از استادان و کارشناسان حقوقی و اقتصادی است. در این پژوهش مصوبۀ کمیسیون حقوقی قضایی مجلس، مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۶، مبنای تحلیل و بررسی قرار خواهد گرفت.

ضمانت‌نامه مستقل با دو اصل «استقلال» و «ماهیت اسنادی»،^۳ که خود از نتایج اصل استقلال است، از ضمانت تبعی تفکیک می‌شود. در این مقاله هدف این است که این دو ویژگی در مقررات بین‌المللی و لایحه جدید قانون تجارت بررسی و مقایسه شوند. تردیدی نیست که مقررات بین‌المللی درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل عاری از نقص و ایراد نیستند. با این حال، با ذکر نقاط قوت مقررات بین‌المللی در این زمینه و مقایسه آن‌ها با مقررات لایحه جدید تجارت، تلاش می‌شود به این سؤال پاسخ داده شود که مقررات لایحه جدید قانون تجارت در باب ضمانت‌نامه‌های مستقل با مقررات بین‌المللی در این زمینه چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارند. از طرفی، با توجه به اقتضات و نیاز به تغییر و به‌روزشدن مسائل مربوط به تجارت بین‌الملل و مبادلات بین‌المللی و در پی آن مقررات مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل، که بهتر است قابلیت به‌روزشدن داشته باشد، و از طرف دیگر با توجه به این مطلب که مقررات لایحه خالی از نواقص نیست، به پاسخ این

۱. دستورالعمل **Guideline**: تعیین ضوابط اجرایی برای واحدهای شرکت به‌منظور ارائه اطلاعات فنی و عملی است. دستورالعمل عبارت است از ترتیب انجام کار به ترتیب اجرای آن که برای اجرا به مقامات صالحه و در حدود وظایف و مسئولیت به کارکنان شرکت ابلاغ می‌شود. دستورالعمل‌ها به دو نوع اداری و فنی تقسیم می‌شوند. دستورالعمل‌های اداری به‌منظور اجرای ضوابط اجرایی اداری، مالی و منابع انسانی و همچنین راهنماهای کاری در این حوزه به واحدهای شرکت ابلاغ می‌شود و دستورالعمل‌های فنی دربردارندۀ ضوابط اجرایی تخصصی واحدها و همچنین راهنمای فنی است.

۲. به‌منظور یکسان‌کردن رویه‌های صدور، اصلاح، تمدید، مطالبه، پرداخت و...، ابتدا «آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها» به‌طور کامل در بانک مرکزی بازنگری شد. این دستورالعمل در تاریخ ۱۳۹۲/۲/۹ به تصویب رسید که با توجه به ابهامات پیرامون مفاد آن و وقوع سوءاستفاده‌هایی از ابزار ضمانت‌نامه، در تاریخ ۱۳۹۶/۷/۲۵ بازنگری شد.

۳. Documentary nature

پرسش خواهیم رسید که آیا از مقررات بین‌المللی می‌توان برای تدوین قوانین مناسب‌تر کمک گرفت یا ضرورتی به تدوین این مقررات وجود داشته است.

۱. اصل استقلال

اصل استقلال در ضمانت‌نامه مستقل به معنای استقلال و جدایی تعهد مندرج در ضمانت‌نامه از تعهدات و توافقاتی است که سبب تعهد در ضمانت‌نامه می‌شود. این استقلال سبب می‌شود که حق ذی‌نفع برای مطالبه پرداخت به استناد ضمانت‌نامه فقط با مراجعه به قیود و شروط مندرج در ضمانت‌نامه تعیین شود و بانک نتواند به دفاعیاتی استناد کند که از قرارداد اصلی ناشی می‌شود. اصولاً برای حاکم‌شدن اصل استقلال بر ضمانت‌نامه ذکر آن در متن ضمانت‌نامه ضروری نیست؛ زیرا اصل استقلال از نوع ضمانت‌نامه، قواعد یا قانون حاکم بر آن و نیز شروط پرداخت آن احراز می‌شود. از طرف دیگر، صرف اشاره به تعهدات پایه یا قرارداد در متن ضمانت‌نامه تأثیری در استقلال ضمانت‌نامه‌ها از روابط پایه نمی‌گذارد. اما این استقلال موجب نمی‌شود که ضمانت‌نامه مستقل مانند سند قابل نقل و انتقال شود که هرکس این سند را، بدون توجه به قرارداد پایه، در دست داشته باشد بتواند مبلغ آن را دریافت کند (افتخار جهرمی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۱۳-۱۴؛ Kelly-Louw, 2008, pp. 43-49).

اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های بانکی مبنای ارادی دارد و حاصل توافق طرفین است. با توافق بر استقلال ضمانت‌نامه بانکی، معیار استحقاق ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه بانکی فقط مفاد و شروط ضمانت‌نامه و مطابقت درخواست ذی‌نفع با این شروط، بدون نیاز به بررسی نقض یا عدم نقض تعهد تضمین‌شده از سوی ضمانت‌خواه، است. بانک نیز می‌پذیرد که در مقابل ذی‌نفع به ایرادات ناشی از رابطه خود بانک، از جمله اعتبار وثیقه دریافتی برای صدور ضمانت‌نامه بانکی، استناد نکند (محبی، ۱۳۷۵، ص ۱۰۱).

اثر مهم اصل استقلال غیرقابل استناد بودن ایرادات ناشی از قرارداد پایه است. لذا بانک باید ضمانت‌نامه را با اولین درخواست پرداخت کند و نمی‌تواند به عللی که از قرارداد پایه سرچشمه می‌گیرد، از جمله بطلان قرارداد پایه یا حتی اجرای آن، تهاوتر و امثال آن، از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خوداری کند و این دلایل و ایرادات برای توجیه

نپرداختن وجه ضمانت‌نامه قابل استناد نیست. این در حقیقت برای اجرای یک اصل کلی است که در عرصه جهانی در ضمانت‌نامه‌های مستقل با عنوان «اول پرداز، بعد مجادله کن» (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۵۱) شناخته می‌شود.

۱-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه در مقررات URDG 758

تلاش‌های اتاق بازرگانی برای یکنواخت کردن مقررات مربوط به این ضمانت‌نامه‌ها به مقررات اتاق بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی (نشریه ۳۲۵)^۱ و مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (نشریه ۴۵۸)^۲ انجامید. با انتشار مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه نشریه ۴۵۸، قواعد مندرج در نشریه ۳۲۵ اعتبار خود را در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی از دست داده است (آفاکی، ۱۳۹۵، صص ۴۶-۴۹) گرچه کاربرد چندانی نداشته و ندارد. بعد از نمایان شدن ایرادات در مقررات فوق، کمیسیون بانکی و کمیسیون شیوه و قوانین بازرگانی ICC در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تجدیدنظر کرد و اتاق بازرگانی بین‌المللی نسخه جدید این مقررات را با عنوان مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (۷۵۸) در آوریل ۲۰۱۰ منتشر کرد. در اینجا به بررسی آخرین مصوبه این اتاق یعنی نشریه 758^۳ می‌پردازیم.

در بند ۱-۱ این مقررات ضمانت‌نامه این‌گونه تعریف شده است: «یک ضمانت‌نامه عندالمطالبه (ضمانت‌نامه مستقل، خودمختار یا اولین درخواست) تعهد غیرقابل برگشتی است که توسط ضامن و بنا به تقاضای متقاضی به نفع ذی‌نفع صادر می‌گردد و ذی‌نفع می‌تواند هر مبلغی تا حداکثر مبلغ درج‌شده در ضمانت‌نامه را به محض ارائه مطالبه منطبق با شرایط ضمانت‌نامه دریافت نماید.» از طرفی، در تعریفی که این مقررات از ضمانت‌نامه‌های مستقل ارائه داده است، هیچ اشاره‌ای به قرارداد پایه نشده است و ذی‌نفع با صرف درخواست و ارائه مطابق اسناد می‌تواند وجه موجود در ضمانت‌نامه را دریافت کند. در حقیقت، از دید این مقررات، ضامن ضمانت نمی‌کند که متقاضی تعهدات ناشی از قرارداد پایه را اجرا کند. زیرا ضامن با اسناد سروکار دارد نه با کالاها، خدمات یا اجرای

۱. URCG

۲. URDG

۳. URDG 758

تعهدی که اسناد به آن‌ها مربوط است. به همین علت است که به این ضمانت‌نامه‌ها عندالمطالبه یا اولین درخواست گفته می‌شود.

از طرفی دیگر، بنابر مقررات مذکور، ضمانت‌نامه عندالمطالبه از روابط پایه بین متقاضی و ذی‌نفع جداست. در بند ۱-۷ مقرر می‌دارد: «ویژگی ذاتی یک ضمانت‌نامه عندالمطالبه استقلال دوگانه آن است. اولاً ضمانت‌نامه عندالمطالبه از رابطه پایه میان متقاضی و ذی‌نفع که علت صدور ضمانت‌نامه می‌باشد مستقل بوده و قراردادی جداگانه محسوب می‌شود. ضمانت‌نامه از هر نوع رابطه بین ذی‌نفع و متقاضی مستقل است. ثانیاً ضمانت‌نامه عندالمطالبه از رابطه تقاضای صدور که قبل از صدور ضمانت‌نامه بین متقاضی و ضامن شکل گرفته و بر اساس آن متقاضی درخواست صدور ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع را به ضامن ارائه می‌دهد مستقل است.»

در این ماده، دو نوع رابطه قراردادی از قرارداد ضمانت‌نامه مستقل دانسته شده است. اول از رابطه پایه‌ای که میان متقاضی و ذی‌نفع وجود دارد که در حقیقت می‌توان گفت نکته اصلی در مستقل شدن ضمانت‌نامه همین است. اگر این رابطه به ضمانت‌نامه مربوط باشد، ضمانت‌نامه تبعی شناخته می‌شود و بانک درگیر روابط قراردادی طرفین می‌شود. دومین رابطه‌ای که از قرارداد ضمانت‌نامه جدا دانسته شده است رابطه درخواست متقاضی از ضامن مبنی بر صدور ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع است. علت تأمین وصف استقلال ضمانت‌نامه مستقل است، زیرا ممکن است این تقاضا و پذیرش پرداخت وجه در آینده از سوی به علت تنش در روابط بانک و متقاضی از جمله ورشکستگی درخواست‌کننده و قصور در پرداخت کارمزد تحت تأثیر قرار گیرد.

بنابراین قرارداد ضمانت‌نامه قراردادی متکی به خود است و تنها تابع شروط مندرج در خود است و به‌جز آن از هیچ قرارداد دیگری تأثیر نمی‌پذیرد و شروط قرارداد پایه به ضمانت‌نامه تسری نمی‌یابد (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۳۸-۴۴) این موضوع در ماده ۱۲ پیش‌بینی شده است: «ضامن در مقابل ذی‌نفع طبق شرایط ضمانت‌نامه و مطابق مقررات حاضر تا جایی که با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه مطابق باشد و تا میزان مبلغ ضمانت‌نامه متعهد است.» پس ضامن نگران شرایط قرارداد پایه نیست و لزومی ندارد که کل توافق‌نامه مندرج در قرارداد پایه در ضمانت‌نامه مشمول این مقررات ذکر شود.

در ماده ۱-۱۷ مقررات یادشده، اصل استقلال به ضمانت‌نامه متقابل^۱ نیز تسری داده شده است. ضمانت‌نامه متقابل در مقابل ضمانت‌نامه مستقیم است که مضمون عنه به بانک خود دستور می‌دهد ضمانت‌نامه را به نفع ذی‌نفع صادر کند. در ضمانت‌نامه متقابل، ذی‌نفع که اعتماد یا شناختی نسبت به مضمون عنه ندارد، ترجیح می‌دهد بانک مورد قبول او ضمانت‌نامه را صادر کند. به این صورت که بانک مضمون عنه به بانک خود دستور می‌دهد ضمانت‌نامه‌ای با مشخصات مورد نظر به نفع بانک مورد قبول مضمون له صادر کند و آن بانک نیز متقابلاً ضمانت‌نامه دومی به نفع مضمون عنه صادر نماید.

در این مقرر، علاوه بر دو رابطه‌ای که قبلاً بیان شد که از قرارداد ضمانت‌نامه مستقل‌اند، یک مورد دیگر نیز هست که از ضمانت‌نامه متقابل مستقل است و آن ضمانت‌نامه اصلی است. لذا حتی شروط، قانون حاکم، خاتمه قرارداد اصلی، کاهش یا افزایش مبلغ ضمانت‌نامه و دیگر تعهدات ضمانت‌نامه اصلی به ضمانت‌نامه متقابل تسری نمی‌یابد. (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۹۵، ص ۳۸-۴۴)

منظور کردن مقررات URDG در ضمانت‌نامه همراه با استفاده از مدل‌هایی که در آن درج شده است نشان از قصد قطعی طرفین برای داشتن تعهدی مستقل دارد. در حقیقت ماده ۵ مقررات مذکور صریحاً به این موضوع اشاره دارد: «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. 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 نمی‌باشد...» در حقیقت این ماده و ماده ۱۲ اطمینان می‌دهد که تعهد مستقل و فقط تابع شرایط مندرج در آن است.

نکته دیگر در خصوص این ماده این است که استقلال ضمانت‌نامه با اشاره به قرارداد پایه که صرفاً برای شناسایی انجام می‌شود در خطر قرار نمی‌گیرد و ضمانت‌نامه تبعی نمی‌شود. اشاره به رابطه پایه در ضمانت‌نامه‌های مستقل هیچ تأثیری بر طبیعت آن ندارد و لازمه کسب‌وکار است و ذی‌نفعان وقتی به قراردادی اشاره می‌کنند که ادعای تخلف

۱. Counter guarantee

در آن را دارند کمتر دچار اشتباه می‌شوند (خامه، ۱۳۹۲، ص ۵۷-۵۸).

۲-۱. اصل استقلال ضمانت‌نامه در کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت‌نامه‌های

مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی

یکی دیگر از منابع بین‌المللی درباره ضمانت‌نامه‌های بانکی کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی است. این کنوانسیون شامل ضوابط قانونی است که در ابتدا با هدف قبول دولت‌ها تنظیم شده است. اگر کشوری آن را پذیرفت، جزو قواعد آمره آن و الزام‌آور خواهد شد و نیازی نیست این مقررات از سوی طرفین برای ضمانت‌نامه‌های مستقل انتخاب شود. لذا، همان‌طور که پیش‌تر گفته شد که قوانین داخلی آمره قابل جمع با مقررات URDG هستند، پس مقررات URDG نیز می‌توانند با این مقررات ضمن یک قرارداد جمع شوند و آن را تکمیل کنند. در این کنوانسیون نیز موضوع استقلال ضمانت‌نامه بانکی از روابط پایه جایگاه ویژه‌ای دارد و در عنوان این کنوانسیون نیز از وصف استقلال برای ضمانت‌نامه استفاده شده است و برای نام‌گذاری ابزار مذکور و تمایز آن از نهادهای مشابه استفاده شده است. علاوه بر آن، در موارد مختلف مواد کنوانسیون نیز بر استقلال ضمانت‌نامه تأکید شده است.

ماده ۲ این کنوانسیون در مقام تعریف تعهد به خصوصیت استقلال ضمانت‌نامه اشاره کرده است. اما کنوانسیون سازمان ملل به این اکتفا نکرده و در ماده ۳ به توصیف و تعریف استقلال ضمانت‌نامه پرداخته است.^۱

ماده مذکور به‌گونه‌ای جامع تنظیم شده و علاوه بر استقلال ضمانت‌نامه، ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه را نیز بیان کرده است که در مباحث بعدی به آن پرداخته می‌شود. به نظر می‌رسد این ماده رویه بین‌المللی موجود در خصوص استقلال ضمانت‌نامه‌ها را کاملاً منعکس می‌کند، ضمن آنکه عبارت کلی صدر ماده و بندهای آن مبنای لازم و کافی برای اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات ناشی از روابط پایه از سوی بانک ضامن را ارائه

۱. کنوانسیون سازمان ملل راجع به ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی مقرر می‌دارد: «از نظر این مقررات یک تعهدنامه در صورتی مستقل است که تعهد ضامن / صادرکننده نسبت به ذی‌نفع الف) منوط به وجود یا اعتبار معامله پایه یا هر تعهدی دیگر (از جمله اعتبار اسنادی ضمانتی یا ضمانت‌نامه مستقلی که تأییدیه‌ها یا ضمانت‌نامه‌های متقابل به آن‌ها مربوط بوده) نباشد یا ب) تابع هرگونه حکم یا شرطی که در تعهدنامه قید نشده یا هرگونه فعل یا واقعه نامعین آتی نباشد به جز ارائه اسناد یا هرگونه فعل یا واقعه‌ای از این قبیل که داخل در حوزه عمل ضامن / صادرکننده باشد.»

می‌دهد. از منظر کنوانسیون سازمان ملل، اصل استقلال باید از شروط خود ضمانت‌نامه احراز شود و در صورتی که مطابق مفاد و شروط ضمانت‌نامه اصل استقلال بر ضمانت‌نامه بانکی حاکم باشد، تأثیرات اصل استقلال خودبه‌خود بر روابط طرفین اعمال خواهد شد. نکته دیگر در خصوص ماده ۳ کنوانسیون این است که برخلاف سایر قوانین و مقرراتی که در واقع صرف حکومت این قوانین و مقررات را موجب جاری شدن اصل استقلال می‌دانند، بر اساس ماده ۳ صرف حکومت کنوانسیون بر ضمانت‌نامه‌ای سبب حکومت اصل استقلال نمی‌شود، بلکه این اصل باید از شروط ضمانت‌نامه استنباط شود.

۳-۱. اصل استقلال در لایحه جدید تجارت

ماده ۸۳۹ مصوبه کمیسیون حقوقی قضایی مجلس در سال ۱۳۹۰، در تعریف ضمانت‌نامه مستقل چنین مقرر می‌دارد: «ضمانت‌نامه مستقل سندی است که به موجب آن صادرکننده و ضامن به درخواست متقاضی (مضمون عنه) پرداخت مبلغ معینی به ذی‌نفع (مضمون له) را با رعایت شرایط مقرر در ضمانت‌نامه به عهده می‌گیرد.»

در این ماده، با اینکه در صدد تعریف ضمانت‌نامه مستقل است، تعریف ارائه شده با تعریفی که می‌توان از ضمانت‌نامه تبعی ارائه داد تفاوت چندانی ندارد، زیرا اولاً برعکس مقررات URDG، که در تعریف خود مقرر کرده است ضامن به محض ارائه ضمانت‌نامه باید مبلغ موجود در آن را پرداخت کند، فقط گفته شده است که ضامن به پرداخت مبلغ معین تعهد دارد. ثانیاً این ماده، که در مقام بیان تعریف از ضمانت‌نامه مستقل است، باید در همین ماده به ویژگی مستقل بودن ضمانت‌نامه از قرارداد پایه نیز اشاره می‌کرد، اما آن را به ماده بعد محول کرده است. لذا هم تأکید بر ویژگی استقلال و هم پرداخت بدون قید و شرط به محض ارائه در این ماده نادیده گرفته شده است.

در ماده ۸۳۷ چنین مقرر شده است: «تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی و از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب برائت صادرکننده نمی‌گردد. تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانت‌نامه‌هایی می‌باشند.»

ماده ۸۴۱ مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد بی‌تأثیر

است.»

اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌ای مشمول لایحه به‌منزله یک قاعده آمره و غیرقابل تغییر است که نمی‌توان برخلاف آن توافق کرد. لذا اگر شرطی، صریح یا ضمنی، اصل استقلال ضمانت‌نامه را تحت تأثیر قرار دهد، ضمانت‌نامه دارای اعتبار باقی می‌ماند اما آن شرط بی‌اثر خواهد بود.

بند یک ماده ۸۳۸: «...۱- درج عبارت "ضمانت‌نامه مستقل" بر روی سند...»

ماده ۸۳۹: «عدم درج هر یک از موارد ۱ تا ۶ ماده ۸۳۶ این قانون موجب بطلان

ضمانت‌نامه مستقل است.»

برخلاف اصل کلی قواعد بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه‌های مستقل، که نیاز به درج عبارت ضمانت‌نامه مستقل بر روی سند وجود ندارد و با وجود شرایط مشمول آن‌ها قرار می‌گیرد، در لایحه درج این عبارت آن‌چنان اهمیت دارد که درج نکردن آن موجب بطلان ضمانت‌نامه مستقل می‌شود. در حقیقت، برای حاکم شدن اصل استقلال بر ضمانت‌نامه ضرورتی به ذکر آن در متن ضمانت‌نامه وجود ندارد؛ زیرا اصل استقلال از نوع ضمانت‌نامه، قواعد یا قانون حاکم بر آن و نیز شروط پرداخت آن احراز می‌شود. به نظر می‌رسد چنین حساسیتی با هدف لایحه که تسهیل کار با ضمانت‌نامه‌هاست تناقض دارد.

ماده ۸۴۴: «ذی‌نفع می‌تواند با ارائه ضمانت‌نامه مبلغ آن را مطالبه کند، مگر آنکه در

ضمانت‌نامه زمان یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود.»

در لایحه جدید تجارت، اصل استقلال ویژگی خاص و متمایزکننده ضمانت‌نامه مستقل است. تعریفی جامع از واژه استقلال در مقررات لایحه ارائه نشده است (خامه، ۱۳۹۲، ص ۷۳). در علم حقوق، در اختیار نداشتن تعاریف منشأ اختلاف آرای دادگاه‌ها و سوءاستفاده و استفاده سلیقه‌ای طرفین است و جزمیت و شفافیت در قوانین را که از اصول قانون‌نویسی صحیح است از میان می‌برد. تعریفی جامع از ضمانت‌نامه مستقل باید ذیل یک ماده و کاملاً گویا و دارای سه مطلب اساسی باشد: اشاره به ویژگی استقلال، اشاره به ویژگی برگشت‌ناپذیری، اشاره به ویژگی ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه.

۴-۱. استثنای اصل استقلال در ضمانت‌نامه‌های مستقل

اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی نه حق مطلق و انکارناپذیری را برای ذی‌نفع ایجاد می‌کند و نه مانعی دائمی برای اثبات ناحقی ذی‌نفع به‌منظور مطالبه وجه ضمانت‌نامه به‌وجود می‌آورد، بلکه به ذی‌نفع اجازه می‌دهد تا در صورت رعایت مفاد و شروط ضمانت‌نامه فوراً وجه ضمانت‌نامه را وصول کند و تا زمانی که خلاف فرض استحقاق وی به استناد به رابطه پایه اثبات نشده است مبلغ مزبور را در تصرف خود نگه دارد.

ضرورت برقراری استثنای تقلب در ضمانت‌نامه‌های بانکی بر چند مبنا استوار است: نخست اینکه اعتبار این سند و دوام آن به این بستگی دارد که از سوءاستفاده از چنین سندی پیشگیری شود. دوم اینکه اگر برقراری اصل استقلال را ارادی و نتیجه توافق طرفین بدانیم، تقلب در ضمانت‌نامه بانکی قطعاً در این توافق قرار نمی‌گیرد و برعکس، تبانی طرفین بر این است که پرداخت وجه ضمانت‌نامه در مقابل مطالبه غیرمقابلانه صورت پذیرد. هرچند ضمانت‌نامه‌های بانکی بر اصل استقلال استوار است، در نظام‌های قضایی که اصل استقلال را پذیرفته‌اند، در کنار آن، برای اطمینان استثنای تقلب را نیز پذیرفته‌اند و آن را به‌گونه‌ای به کار برده‌اند که صدمه‌ای بر اصل استقلال وارد نشود. برای مثال، در نظام‌های آمریکایی و اروپایی، تقلب استثنائی برای استقلال ضمانت‌نامه مطرح شده است، اما استفاده از آن برای ممانعت از پرداخت از سوی مدعی را به گرفتن دستور موقت^۱ و سپس گرفتن حکم قطعی از دادگاه، در ظرف مهلت معین، موکول کرده‌اند (محبی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۳؛ Alawamleh, 2013, pp. 3-5)

لذا در مواردی ذی‌نفع ظاهراً همه شرایط مطالبه وجه را رعایت کرده است، ولی از حق مطالبه خود سوءاستفاده^۲ کرده و درخواست پرداخت می‌کند. در این شرایط، تقلب یا همان مطالبه متقابلانه رخ داده است که قانوناً سبب بطلان هر عمل حقوقی یا قراردادی می‌شود.

الف) مفهوم تقلب و مطالبه متقابلانه در ضمانت‌نامه مستقل

تقلب^۳ در لغت به معنی قلب حقیقت است و در معنای حقوقی «عملی است حقوقی که در مقصود فاعل آن عمل، لطمه‌زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون

۱. Injunction

۲. Abuse

۳. fraud

است». قلب قاعده‌ای است که بر اساس آن، در صورتی که اسناد ارائه شده از طرف ذی‌نفع یا شخص مجاز از طرف ذی‌نفع، برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه مستقل، حسب ظاهرشان با مفاد و شروط ضمانت‌نامه انطباق داشته باشد ولی پیش از پرداخت از طرف بانک ضامن با دلایل متقنی معلوم شود که تقلبی در رابطه پایه واقع شده یا اسناد ارائه شده جعلی یا متقلبانه است، بانک می‌تواند از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کند و مضمون عنه نیز می‌تواند با مراجعه به دادگاه صالح، حسب مورد، قرار منع ذی‌نفع از مطالبه وجه ضمانت‌نامه بانکی یا منع پرداخت وجه از طرف بانک را تقاضا کند و در صورتی که دلیل ارائه نماید و ذی‌نفع نیز جزو افرادی نباشد که قانون در این صورت نیز از آن حمایت می‌کند، مانند دارنده با حسن نیت، این قرار را تحصیل کند.

مطالبه متقلبانه مطالبه‌ای است که ذی‌نفع از ریسک‌های مذکور و موقعیت‌های دشوار پیش‌آمده سوءاستفاده کند و با استفاده ناروا از شرایط و با وجود اینکه اصیل تخلفی نکرده است، ضمانت‌نامه را مطالبه کند. زمانی که ذی‌نفع اعلامیه مبنی بر تخلف اصیل را به بانک ضامن ارائه می‌دهد، باید مطمئن باشد که اصیل از تعهدات قراردادی تخلف کرده است، هرچند بعداً خلاف آن ثابت شود. چنانچه این اطمینان وجود نداشته باشد، ممکن است دلیلی بر مطالبه متقلبانه باشد (Malek & Quest, 2009, p. 75).

تقلب مفهومی چالش‌برانگیز است، زیرا ذاتاً انعطاف‌پذیر است و برخی بر این نظرند که قاعده تقلب باید به نحو مضیق اجرا شود و صرفاً در موارد تقلب فاحش قابل استناد باشد (بانگ و بوکلی، ۱۳۸۶، ص ۲۴۳).

از شرایط مهم مطالبه متقلبانه آن است که تقلب باید آشکار باشد. بنابراین فقط تقلب آشکار ذی‌نفع این امکان را برای بانک ضامن فراهم می‌کند تا از اجرای تعهد خود مبنی بر پرداخت وجه ضمانت‌نامه عندالمطالبه به ذی‌نفع خودداری نماید (Van Houtte, 1999, p. 314).

باید توجه داشت که عادلانه بودن مطالبه و مفهوم تقلب مسئله‌ای نسبی است و باید میان مطالبه متقلبانه و غیرعادلانه از نظر ضمانت‌نامه بانکی و قرارداد پایه تفاوت قائل شد. بدین معنی که یک مطالبه ممکن است از نظر ضمانت‌نامه کاملاً منصفانه باشد، در حالی که از منظر قرارداد پایه کاملاً متقلبانه و غیرعادلانه است. برعکس این مورد نیز صادق است.

برای مثال، چنانچه اصیل به علت فورس ماژور نتواند تعهدات قراردادی خود را اجرا کند، از دید یک انسان متعارف و از منظر قرارداد پایه، مطالبه وجه ضمانت‌نامه غیرمنصفانه است؛ از سوی دیگر، با توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه، بانک تعهدی فسخ‌ناپذیر برای پرداخت وجه آن در مقابل ذی‌نفع دارد. لذا اصیل نمی‌تواند ادعاها و شبهاتی را درخصوص وقوع تقلب مطرح کند و از بانک انتظار داشته باشد که بررسی و تحقیق لازم را انجام دهد، بلکه بانک فقط در صورت ارائه دلیل مسلم از طرف اصیل اقدام می‌کند. در حقیقت، بانک به جای اینکه جانب مشتری را بگیرد یا همچون مدعی به جمع‌آوری ادله وقوع تقلب بپردازد، همچون قاضی بی‌طرف و درعین حال در جایگاه بانکی که تخصص قاضی را ندارد فقط به تدبیر در دلایلی که از طرف اصیل ارائه شده می‌پردازد و اگر دلائل ارائه شده محکم و متقن باشد، از پرداخت وجه خودداری می‌کند. از آنجاکه بانک‌ها نگران‌اند که خودداری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه بانکی به اعتبارشان لطمه بزند یا بانک را وارد دعوایی کند که از طرف ذی‌نفع بر علیه آن‌ها طرح می‌شود، در قراردادی که با مشتری خود به منظور صدور ضمانت‌نامه بانکی تنظیم می‌کنند از وی تعهد می‌گیرند که به هیچ عنوان از بانک نخواهد که از پرداخت وجه‌الضمان به اصیل خودداری کند. بنابراین، هرچند که سوءاستفاده ذی‌نفع آگاه به وقوع فورس ماژور ممکن است تقلب به‌شمار آید، اما چنانچه این مورد از نظر بانک آشکار نباشد یا ذی‌نفع از شرایط پیش‌آمده آگاه نباشد، بانک باید با توجه به شرایط ضمانت‌نامه وجه آن را پرداخت کند. بنابراین از نظر ضمانت‌نامه این پرداخت کاملاً عادلانه است و چنانچه اصیل ادعایی داشته باشد، می‌تواند بعداً برای استرداد آن به دادگاه مراجعه کند. دادگاه نیز فقط به ضمانت‌نامه توجه می‌کند تا ببیند آیا مطالبه طبق شرایط سند مستقل صورت پذیرفته یا خیر. هرچند امکان دارد که شرایط حمایت‌کننده و رفع‌کننده مسئولیتی در قرارداد درج شده باشد، تا زمانی که این شروط در ضمانت‌نامه درج نشده در مورد ضمانت‌نامه موثر و اجرایی نیست (Pierce, 1993, p 170).

از این رو، هرچند ضمانت‌نامه‌های بانکی بر اصل استقلال استوار است، نظام‌های قضایی که اصل استقلال را پذیرفته‌اند استثنای تقلب را نیز در کنار آن پذیرفته‌اند، ولی آن را با ظرافتی به کار برده‌اند که اصل استقلال صدمه‌ای نبیند.

ب) تقلب در مقررات URDG 758 و کنوانسیون آنسیترال

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی تأثیری در قاعده‌مند کردن استثنای تقلب نداشته است (امیرپور، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲-۱۲۳) و در قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، از جمله قواعد مربوط به ضمانت‌نامه‌ها، هیچ اشاره‌ای به موضوع تقلب نشده است؛ زیرا از طرفی تقلب از گذشته موضوعی مربوط به نظم عمومی به شمار آمده و این امر مانع از آن است که مرجعی صنفی مانند ICC، که نهادی خصوصی و متشکل از تجار در سطح بین‌المللی است، به قانونگذاری در این باره بپردازد (استوفله، ۱۳۸۷، ص ۲۹۴). از طرف دیگر، بنا به ماهیت قراردادی مقررات مذکور، تاب مقاومت در برابر مقررات الزام‌آور داخلی را ندارند و چون در قالب عهدنامه نیستند برتری دادن آن‌ها نیز ممکن نیست.

اما کنوانسیون سازمان ملل، برای ضمانت‌نامه مستقل و اعتبارات اسنادی ضمانتی، خلأ موجود در مقررات اتاق بازرگانی در این زمینه را با وضع مقرراتی الزام‌آور پر کرده است. در واقع، فقدان شباهت‌های اساسی بین نظام‌های حقوقی داخلی راجع به ضمانت‌نامه‌ها باعث رشد اعتبار اسنادی ضمانتی به جای ضمانت‌نامه‌های مستقل شده است. برخلاف مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه که اعمال آن‌ها فقط به توافق طرفین بستگی دارد، کنوانسیون زمانی که از طرف قانونگذاران داخلی به تصویب برسد جنبه الزام‌آور و قانونی به خود می‌گیرد. مقررات کنوانسیون در صورت تصویب و طی مراحل قانونی به مثابه قانون داخلی و حتی در برخی کشورها جایگاهی فراتر از قانون خواهد یافت. لذا طبیعی است که مقررات مذکور ماده‌ای را به امر تقلب اختصاص دهد. این کنوانسیون در ماده ۱۹ خود با عنوان «استثنا بر تعهد پرداخت» به موضوع تقلب پرداخته است.^۱

۱. در ماده ۱۹ این کنوانسیون با عنوان استثنا بر تعهد پرداخت چنین مقرر شده است:

«(۱) در صورتی که بین و واضح باشد که:

الف) سند تقدیمی واقعی نبوده یا مخدوش است؛

ب) بر اساس مبانی مقرر در مطالبه یا سند ملحق به آن، استحقاق پرداخت وجود ندارد؛ یا

ج) به حکم نوع و منظور ضمان، مطالبه مبنای قابل تصویری ندارد، در آن صورت ضامن/ صادرکننده‌ای که با حسن نیت عمل می‌کند، در مقابل ذی‌نفع حق خودداری از پرداخت را دارد.

۲) به منظور بند جز ریز بند ۱ این ماده، موارد زیر انواع حالاتی هستند که در آن‌ها مطالبه مبنای قابل تصویری ندارد:

الف) شکمی وجود ندارد که حادثه یا خطری که مقصود ضمان برای تضمین ذی‌نفع در مقابل آن بوده است، واقع نشده است.

کنوانسیون سازمان ملل، هرچند از به‌کاربردن عناوین سوءنیت و سوءاستفاده و تقلب اجتناب می‌کند زیرا در بعضی سیستم‌ها معانی گیج‌کننده و غیرثابت دارند و ممکن است این اصطلاحات تحت‌تأثیر مفاهیم قوانین جزایی آن‌ها قرار گیرند که متناسب با ضمانت‌نامه‌ها نیست، ولی مفهوم و شرایطی را که برای استناد به قاعده تقلب در حقوق تجارت بین‌الملل مطرح است بیان نموده است.

کنوانسیون مواردی را که ممکن است از مصادیق تقلب باشد بیان کرده است. اما برخی از این موارد قابل‌تأمل به نظر می‌رسد: نخست درخصوص مورد اول ماده ۱۹ که مقرر می‌دارد: «شکی وجود ندارد که حادثه یا خطری که مقصود تعهدنامه برای تضمین ذی‌نفع در مقابل آن بوده، واقع نشده است»، کنوانسیون مقرر نمی‌کند که چه معیاری را باید برای تعیین اینکه خطر یا ریسک مزبور اتفاق افتاده است یا نه به کار گرفت و در برخی مواقع تعیین مصداق ریسک یا خطر محل مناقشه است؛ برای مثال، در ضمانت‌نامه‌های پیش‌پرداخت می‌توان ریسک را احتمال عدم استرداد وجه دریافتی از طرف اصیل در صورت عدم انجام تعهد موردانتظار تعریف کرد. با وجود این، در صورتی که ذی‌نفع به محض اطلاع از قریب‌الوقوع بودن ورشکستگی اصیل مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه کند، تعیین اینکه آیا ریسک تحقق یافته یا خیر دشوار است.

ج) جایگاه تقلب در لایحه جدید قانون تجارت

در حقوق تجارت بین‌الملل، تقلب در مفهوم عام آن مصادیق سوءاستفاده از حق را نیز در بر می‌گیرد و تمایزی که گاهی بین این دو مفهوم دیده می‌شود، بیشتر از آنکه تقلب را از مفهوم سوءاستفاده منفک کند، این اصطلاح را به مفاهیم کیفی همچون کلاهبرداری نزدیک می‌سازد. می‌توان گفت در لایحه جدید نیز این دو مفید یک معنی‌اند.

ماده ۸۵۹ مصوبه کمیسیون مقرر می‌دارد: «در مواردی که اسناد ارائه‌شده مجعول یا

ب) تعهد پایه اصیل / متقاضی به وسیله دادگاه یا دیوان دآوری باطل اعلام شده است، مگر اینکه ضمان مقرر نماید که اتفاق احتمالی مزبور نیز داخل در خطری که توسط ضمان پوشش داده شده، قرار می‌گیرد.

ج) شکی وجود ندارد که تعهد پایه به نحوی که ذی‌نفع راضی باشد، اجرا گردیده است.

د) واضح است که سوءرفتار ارادی ذی‌نفع ضمانت‌نامه متقابل، به‌عنوان ضامن / صادرکننده ضمانتی که ضمانت‌نامه متقابل به وی مربوط می‌شود، با سوءنیت اقدام به مطالبه نموده است.

۳) در شرایط مقرر در ریز بند الف، ب، پ بند ۱ این ماده، اصیل / متقاضی مطابق ماده زیر مستحق اقدامات قضائی موقت می‌باشد.»

وقوع جرمی در آن‌ها محرز باشد، پرداخت وجه متوقف و مراتب به مراجع ذیصلاح قضایی اعلام می‌شود.» از طرفی، این ماده تنها مقررۀ کمیسیون درخصوص سوءاستفاده از ضمانت‌نامه مستقل است که فقط به جرم‌انگاری آن پرداخته است و هیچ ماده دیگری از آن به تقلب یا سوءاستفاده از ضمانت‌نامه اشاره نکرده است. اگرچه گفته شد که اشاره نکردن به این عناوین در ضمانت‌نامه این اثر مثبت را دارد که تفاسیر گنج‌کننده و متفاوت از این واژه‌ها صورت نمی‌گیرد، حداقل می‌توان شرایطی را بیان کرد که در صورت وجود آن‌ها ضامن می‌تواند از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع خودداری کند. از این جهت، مصوبه نیز همان خلئی را دارد که مقررات URDG درخصوص اشاره به مسئله تقلب و سوءاستفاده از حق در پیش گرفته بود.

از طرف دیگر، همین ماده نیز بسیار مبهم است و فقط به جرم‌انگاری پرداخته است، درحالی‌که سزاوار نیست ضمانت‌نامه را با این قسم مواد تحت تأثیر قوانین جزایی قرار داد؛ زیرا با روح ضمانت‌نامه و هدف آن که ترغیب تجار به استفاده از آن است مغایرت دارد. تا زمانی که تکلیف کیفری موضوع مشخص نشده است، ضمانت‌نامه معلق خواهد ماند. این اندازه اختیار دادن به قانونگذار در جرم‌انگاری و بازگذاشتن دست قضات با وجود واژه «هر جرمی» در این مقررۀ و سپردن اختیار ضمانت‌نامه به نظام حقوق جزای داخلی یک کشور تجار را در استفاده از آن دچار تردید می‌کند. به جای آن، می‌توانست با تعریف عناوین و ارائه مصادیقی از سوءاستفاده از ضمانت‌نامه و تقلب، همانند ماده ۱۹ کنوانسیون آنسیترال، این اختیار را به ضامن بدهد که درخصوص برخورد با این موارد از پرداخت وجه خودداری کند (UNCITRAL, the Explanatory Note, Article 19). کنوانسیون از ارائه عناوین مذکور خودداری کرده و تعریف از استثنائات اصل استقلال را به عهده قوانین داخلی گذاشته است که متأسفانه لایحه این موضوع را مسکوت گذاشته و بدون ارائه تعریفی از سوءاستفاده، فقط به جرم‌انگاری آن پرداخته است.^۱ در نتیجه، برای جرم‌انگاری هر عمل، اولین اصل تعریف دقیق عمل مجرمانه است که در اینجا مورد توجه قرار نگرفته است. علاوه بر این، جرم‌انگاری در زمینه ضمانت‌نامه‌های مستقل بی‌سابقه

۱. ماده ۱۶۸ مصوبۀ کمیسیون مقرر می‌دارد: «هرکس از ضمانت‌نامه سوءاستفاده کند، متناسب با عمل ارتكابی، به جزای نقدی حداکثر تا مبلغ ضمانت‌نامه و جبران خسارت زیان‌دیده که از دو برابر مبلغ ضمانت‌نامه بیشتر نخواهد بود، محکوم می‌شود.»

بوده و با هدف و کارکرد اصلی آن‌ها مغایرت جدی دارد (تفرشی و شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۴۱۷).

ماده ۸۶۳ مصوبه مقرر می‌دارد: «ذی‌نفع در موارد زیر حق دریافت مبلغ ضمانت‌نامه را ندارد:

۱. صادرکننده را به طور کتبی ابراء کند

۲. بین ذی‌نفع و صادرکننده تهاتر صورت گیرد

۳. مبلغ ضمانت‌نامه پرداخت شود

۴. اعتبار ضمانت‌نامه منقضی شود.»

در این ماده به ارائه مصادیقی می‌پردازد که با وجود آن‌ها می‌توان از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کرد. به نظر می‌رسد قانونگذار به‌طور غیرصریح مواردی را ذکر کرده که در آن اگر ذی‌نفع مبلغ را مطالبه، از ضمانت‌نامه سوءاستفاده کرده است. بند اول این ماده درخصوص ابراء است که در ماده ۸۴۶ اصولاً وجود ضمانت‌نامه نزد صادرکننده را به‌منزله ابراء می‌داند.^۱ به این معنی که اگر ذی‌نفع صادرکننده را ابراء کرده باشد، مطالبه وجه از سوی او دیگر توجیهی ندارد و حتی نوعی سوءاستفاده از حق به‌شمار می‌آید.

این بند و بند دوم و سوم بر این دلالت دارند که اگر مبلغ ضمانت‌نامه به هر نحوی قبلاً پرداخت شده باشد، چه با پرداخت مستقیم و چه ابراء یا تهاتر که به‌منزله پرداخت هستند، ضامن می‌تواند از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه خودداری کند. اگرچه این در نگاه اول با اصل استقلال ضمانت‌نامه مغایرت دارد، در حقیقت از سوءاستفاده از این سند جلوگیری می‌کند.

به نظر می‌رسد مصوبه هم‌مانند پیش‌نویس لایحه درزمینه استثنائات اصل استقلال به‌خوبی عمل نکرده است و نیاز به بازنگری دارد. ضمانت‌نامه مستقل سندی بین‌المللی است و اگر هدف این مقررات تسهیل امر تجار باشد باید به نیازهای آن‌ها در حیطه بین‌المللی نیز پاسخ گوید. تاجری که قصد انجام معامله بین‌المللی با تاجری از کشور

۱. ماده ۸۶۴ وجود ضمانت‌نامه نزد صادرکننده به‌منزله براءت وی است، مگر اینکه ثابت شود اسناد به‌منظور مطالبه و وصول وجه آن در اختیار صادرکننده قرار گرفته است.

دیگر دارد و می‌خواهد از ضمانت‌نامه مستقل استفاده کند، باید به مقررات کامل و قابل اعتماد که پشتوانه اوست تکیه کند و گرنه ترجیح خواهد داد در ضمانت‌نامه همچنان به مقررات کنوانسیون و URDG ارجاع دهد تا حقوق او تأمین شود.

۲. وصف اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل

یکی از ویژگی‌های اصلی ضمانت‌نامه‌های مستقل بین‌المللی اسنادی بودن آن‌هاست که این ویژگی خود از لوازم و آثار اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است.

در همه انواع ضمانت‌نامه مستقل بانکی، صرف‌نظر از شیوه پرداخت منتخب، چنانچه شرط مطالبه وجه اعلام کتبی تخلف یا گواهی شخص ثالث یا رأی دادگاه و داور یا هر سند دیگری باشد که طرفین ارائه آن را در متن ضمانت‌نامه شرط کرده‌اند، در مقام رسیدگی به مطالبه وجه از سوی ذی‌نفع، وظیفه بانک ضامن محدود به این بررسی است که آیا اسناد ارائه شده با اسناد توصیف شده در متن ضمانت‌نامه مطابقت دارد یا نه.

اگر بانک مجبور به تحقیق درباره قرارداد پایه و احراز واقعیت شود، نمی‌تواند وظیفه خود را در چارچوب ضمانت‌نامه بانکی انجام دهد، زیرا بانک معمولاً با سند سروکار دارد و ابزار و تخصص لازم برای بررسی وضعیت قرارداد پایه و اظهارنظر درباره استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع را در اختیار ندارد. از این رو، در عرصه بین‌المللی، بانک‌ها حاضر نیستند شروطی را که ماهیت اسنادی ندارد در متن ضمانت‌نامه خود درج کنند. فرضاً اگر ضمانت‌خواه و ذی‌نفع توافق کنند که پرداخت وجه ضمانت‌نامه منوط به احراز تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه باشد و تشخیص این امر به عهده بانک صادرکننده گذاشته شود، هیچ بانکی حاضر به قبول چنین شرطی و پذیرش چنین تعهدی در ضمانت‌نامه خود نیست. اما اگر تشخیص نقض تعهدات ناشی از قرارداد پایه بر عهده شخص ثالثی نظیر مهندس ناظر گذاشته شود و ذی‌نفع، در مقام مطالبه وجه ضمانت‌نامه، ناگزیر به ارائه گواهی مهندس ناظر دال بر نقض تعهدات ضمانت‌خواه باشد، بانک حاضر است این شرط را در متن ضمانت‌نامه درج کند.

اسنادی بودن شروط پرداخت ضمانت‌نامه در حال حاضر، علاوه بر رویه بانکی بین‌المللی، مورد تأیید دکتترین و رویه قضایی کشورهای مختلف نیز قرار گرفته است. در مورد اعتبارنامه‌های تضمینی، به لحاظ شباهت با اعتبار اسنادی تجاری، لزوم اسنادی بودن

شروط پرداخت با صراحت و قاطعیت بیشتری اشاره شده است.

۲-۱. وصف اسنادی در URDG 758

برای حاکم شدن مقررات URDG بر ضمانت‌نامه شروطی لازم است، از جمله اینکه تعهد باید طبیعت اسنادی داشته باشد؛ به این معنا که پرداخت وجه فقط منوط به ارائه درخواست و اسناد مرقوم در ضمانت‌نامه باشد، بدون اینکه به اثبات تخلف متعهد قرارداد پایه نیاز باشد.

نکته دیگر این است که مقررات URDG به خودی خود قانون نیست، اما حاوی مقررات و قواعدی است که با درج در ضمانت‌نامه‌ها یا سایر تعهدات اجرایی می‌شود. بنابراین از حیث قلمرو اجرا الزاماً محدود به ضوابطی است که طرفین آزادانه آن را در قراردادی و تحت قانون حاکم بپذیرند. بنابراین، اثر این ضوابط تابع مقررات داخلی است؛ یعنی مقرراتی که اجباری‌اند و طرفین نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن را کنار بگذارند. به علاوه، تابع مقررات قانونی آمره مرجع رسیدگی‌اند؛ یعنی صرف نظر از قانون حاکم به هر حال اجرا می‌شوند (مقررات دادگاه محلی).

با این حال، جمع شدن قانون حاکم و مقررات URDG در یک قرارداد امکان‌پذیر است و این به علت قراردادی بودن مقررات مذکور است که اجازه همزیستی مسالمت‌آمیز با مقررات داخلی را فراهم می‌کند.^۱

در مقدمه مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و در مقام تبیین خواسته ضامن چنین آمده است:

از نظر این مقررات، ضمانت‌نامه نباید برای پرداخت شرطی غیر از ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد معین شده پیش‌بینی کند. به‌ویژه مفاد ضمانت‌نامه نباید ضامن را وادار نماید که در مورد اجرا یا عدم اجرای تعهدات ذی‌نفع و اصیل که ناشی از قرارداد پایه و بی‌ارتباط به ضامن هستند تصمیم‌گیری کند؛ عبارات ضمانت‌نامه باید روشن و بی‌ابهام باشد.

علاوه بر این، ماهیت اسنادی شروط پرداخت در بند ب ماده ۲۰ نیز مورد تأکید قرار

۱. مقرراتی وجود دارند که آمره‌اند و نمی‌توان خلاف آن توافق کرد. لذا طرفین ناچارند آن‌ها را رعایت کنند و در کنار آن‌ها هم برای موضوعات دیگر از مقررات قراردادی URDG استفاده می‌کنند. اگر در قرارداد ماده‌ای از URDG که با مقررات آمره متناقض است آورده شود، فقط آن مقرر حذف خواهد شد نه کل مقررات.

گرفته و در چند ماده دیگر نیز به آن اشاره شده است. بند ب ماده ۲۰ ضمن تأکید بر جدایی ضمانت‌نامه از قرارداد پایه اشعار می‌دارد:

«...وظیفه ضامن در ضمانت‌نامه، پرداخت مبلغ یا مبلغ مشخص شده در آن بر اساس ارائه درخواست کتبی پرداخت و اسناد دیگری است که در ضمانت‌نامه مشخص شده‌اند و حسب ظاهر با مفاد ضمانت‌نامه مطابقت دارند.»

مواد ۹ و ۱۰ مقررات مذکور درخصوص رسیدگی بانک به مطالبه وجه ضمانت‌نامه از ناحیه ذی‌نفع و ماده ۲۲ درباره پایان اعتبار ضمانت‌نامه نیز به نحوی بر وصف اسنادی ضمانت‌نامه مستقل بانک تأکید دارند.

مواد ۶ و ۷ به ضامن اطمینان می‌دهد که فقط با اسناد سروکار دارد و با واقعیات یا شرایط غیراسنادی که مستلزم تحقیق درباره وقایع است سروکاری ندارد.^۱ این دو ماده اطمینان می‌دهند که ضامن وظیفه‌ای در کشف حقیقت که باعث لطمه به استقلال او نیز می‌شود ندارد و تمرکز او صرفاً باید بر روی مسائل قراردادی ضمانت‌نامه باشد. نکته دیگر اینکه ماده ۷ مشخص نکرده است که اگر از یک طرف ضمانت‌نامه حاوی شروط غیراسنادی باشد و از طرف دیگر با شرط مندرج در آن تابع این مقررات قرار گرفته باشد، چه وضعیتی ایجاد خواهد شد. درباره اعتبار اسنادی تجاری، ماده ۱۳ مقررات یکنواخت مربوط به اعتبارات اسنادی صراحتاً به بانک اجازه می‌دهد شروط غیراسنادی را نادیده بگیرد. اما تکلیف این موضوع در ماده ۷ از URDG 758 مشخص شده و مقرر داشته است که درخصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل، در این حالت، اگر شروط غیراسنادی با روح مقررات متحدالشکل مذکور مغایرت نداشته باشد، بانک نمی‌تواند آن‌ها را نادیده بگیرد.^۲

۱. ماده ۶: ضامن با اسناد و نه با کالاها، خدمات یا انجام کارهایی که ممکن است با آن‌ها ارتباط داشته باشد سروکار دارد.
ماده ۷: شرایط غیراسنادی که انجام آن‌ها را نتوان از سوابق ضامن یا شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده احراز کرد که ذکر شده تلقی و نادیده گرفته می‌شود.

۲. در ماده ۷ از URDG 758 مقرر شده است: به‌جز درج تاریخ یا قید گذشت زمان معینی ضمانت‌نامه نباید حاوی شرطی باشد که نتوان برای احراز آن مدرکی ارائه کرد. اگر ضمانت‌نامه حاوی شرطی باشد ولی مدرکی که اجرای شرط را نشان دهد معین نکرده باشد و از سوابق موجود نزد ضامن یا شخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است نیز نتوان تحقق شرط را احراز کرد، شامن آن شرط را نادیده خواهد گرفت، مگر برای حصول اطمینان از عدم تناقض بین داده‌های مندرج در ضمانت‌نامه با داده‌های مندرج در مدرکی که مشخص شده و تحت ضمانت‌نامه ارائه شده است.

برخلاف UCP500 که طرف ابلاغ‌کننده ملزم بود با دقت اصالت ظاهری اسناد را بررسی و تأیید کند، URDG همانند UCP 600 این امر را بر عهدهٔ دستوردهنده قرار می‌دهد.^۱ البته همان‌طور که مادهٔ ۱۹ این مقررات مقرر می‌نماید، ضامن فقط بر اساس ارائهٔ مدارک تعیین می‌کند که آیا صورت ظاهر آن‌ها با شرایط منطبق است یا نه و لازم نیست که به ماورای ظاهر اسناد ارائه‌شده برای تعیین وقایع یا قانونی که مربوط به اطلاعات داده‌شده در سند است توجه نماید. وظیفهٔ آن‌ها محدود به بررسی دقیق با دید تخصصی مدارک ارائه‌شده و تطبیق آن‌ها با اطلاعات سایر مدارک لازم در ضمانت‌نامه و شرایط ضمانت‌نامه (یا ضمانت‌نامهٔ متقابل) است.

از ابداعات مقررات URDG 758 اشاره به موضوع شرایط غیراسنادی است. در مادهٔ ۷ مقرر می‌دارد که ضمانت‌نامه نباید حاوی شرطی غیر از تاریخ یا گذشت زمان باشد، به‌گونه‌ای که برآورد آن شرط را نتوان از سوابق ضامن یا از شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است، بدون اینکه سندی را برای تطبیق آن با آن شرط معین کنند، تعیین نمود.

طبق این ماده شرطی غیراسنادی است که غیر از تاریخ یا گذشت زمان، انجام آن را نتوان از موارد زیر تعیین کرد:

۱. ارائهٔ مدرکی به ضامن که در ضمانت‌نامه مشخص شده باشد. اگر شرطی مقرر کند که به طرفی غیر از ضامن ارائه شود، دلالت دارد که ضامن باید به حقایق خارج از ضمانت‌نامه بپردازد، نه به بررسی اسناد. همچنین ضامن نمی‌تواند سندی را که در ضمانت‌نامه مشخص نشده بررسی کند، زیرا ذی‌نفع به او اجازه می‌دهد که دربارهٔ آن تصمیم بگیرد. بنابراین چنین شرطی غیراسنادی است.

۲. سوابق ضامن که منظور کلیهٔ سوابق ضامن نیست، بلکه سوابقی است که دلالت بر واریز وجه به حساب ضامن دارد و به ضمانت‌نامه مربوط می‌شود.

۳. شاخصی که در ضمانت‌نامه مشخص شده است. از طرف دستوردهنده انتظار می‌رود که شاخص اشاره‌شده در ضمانت‌نامه را در دستورات خود منعکس کند ضامن با

۱. این مفهوم با استاندارد ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بانک‌ها و آنچه انتظار می‌رود آن‌ها برای تأیید اصالت ظاهری ضمانت‌نامه‌ای که ابلاغ می‌کنند انجام دهند هماهنگی بیشتری دارد.

منظور نمودن آن در صدور ضمانت‌نامه با دستورات او موافقت کند و ذی‌نفع با رد نکردن درج آن در ضمانت‌نامه یا ارائه مدرک به‌موجب شاخص مشخص شده آن را پذیرفته باشد.

۲-۲. وصف اسنادی در کنوانسیون سازمان ملل در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و

اعتبارنامه‌های تضمینی

در کنوانسیون سازمان ملل متحد، در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی نیز در موارد متعددی بر ماهیت اسنادی شروط پرداخت تأکید شده است. از جمله در بند ۱ ماده ۲ درباره تعریف ضمانت‌نامه، بند C ماده ۶ درباره تعریف ضمانت‌نامه متقابل، ماده ۱۲ درباره انقضای اعتبار ضمانت‌نامه، ماده ۱۵ درباره مطالبه وجه ضمانت‌نامه و ماده ۱۶ درباره رسیدگی بانک به درخواست ذی‌نفع و اسناد پیوستی به اسنادی بودن شروط پرداخت اشاره شده است.

ماده ۳ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «برای اهداف این کنوانسیون، یک تعهد مستقل است تا جایی که وظیفه ضامن / صادرکننده در قبال ذی‌نفع ... (ب) به شرایطی که در این تعهد وجود ندارد متکی نمی‌باشد و یا به هر اقدام غیرمنتظره یا رویداد، غیر از ارائه اسناد و یا اقدامی که در حیطه وظایف ضامن است.» این بند ماده ۳ کنوانسیون به‌صراحت بر ماهیت اسنادی شروط ضمانت‌نامه و ممنوعیت درج شروط غیراسنادی دلالت دارد. در مقررات کنوانسیون نیز وظیفه ضامن فقط رسیدگی ظاهری به اسناد ارائه شده و توجه نکردن به شروط و مسائل خارج از ضمانت‌نامه، یعنی قرارداد پایه، است (Affaki & Goode, 2011, p. 227)

۲-۳. ماهیت اسنادی در لایحه جدید قانون تجارت

همان‌طور که در مباحث پیش گفته شد، اصطلاح ماهیت اسنادی به این معنی است که بانک برای پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه با اسناد سروکار دارد و وجه‌الضمان را موقعی می‌پردازد که اسناد مقرر شده در اعتبار اسنادی یا ضمانت‌نامه ارائه شده باشد. به عبارت کلی‌تر، تعهد متعهد (ضامن) از طریق گردش اسناد صورت می‌پذیرد.

در انتهای ماده ۸۳۶ مصوبه کمیسیون، اشاره‌ای گذرا و ضمنی به ویژگی اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل شده است. با این توضیح که اولاً ضامن باید به شروط مقرر در ضمانت‌نامه در موقع پرداخت وجه مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع توجه کند. ثانیاً پرداخت

مبلغ ضمانت‌نامه را باید فقط معلق به تحقق شروطی کند که در سند ضمانت‌نامه درج شده باشد.^۱ البته این مقرر به‌تنهایی اسنادی بودن را ثابت نمی‌کند، چراکه ممکن است شرطی ذکر شده ولی اسنادی برای آن ارائه شده یا اساساً نتوان اسنادی برای احراز آن ارائه کرد. با این حال، با توجه به اهمیت بحث ماهیت اسنادی، باید باقی مقررات لایحه را نیز در این خصوص بررسی کرد.

ماده ۸۴۱ مصوبه کمیسیون مقرر می‌دارد: «هر شرطی که استقلال ضمانت‌نامه را تغییر دهد، بی‌اثر است.» این ماده جزو قواعد آمره است و به نظر می‌رسد مقصود از پیش‌بینی این ماده منع درج شروط غیراسنادی بوده است. اما عبارات به‌کاررفته در ماده مذکور نمی‌تواند به اندازه کافی چنین معنایی را افاده کند. لذا بهتر بود عبارت این ماده به این شکل بیان می‌شد: «هر شرطی در ضمانت‌نامه برای پرداخت به جز شروط مندرج در ضمانت‌نامه ممنوع است.» یا «درج شروط غیراسنادی در ضمانت‌نامه ممنوع است.»

ماده ۸۵۶ مصوبه کمیسیون، صریح‌ترین ماده آن در خصوص ویژگی اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل است. طبق این ماده، وظیفه ضامن در مقابل ارائه اسنادی خاص در قرارداد و تطبیق این اسناد با آنچه در قرارداد ضامن آمده است و در صورت مطابقت نداشتن، ضامن تعهدی به ایفای تعهد ندارد. منتها این تکلیف در حد مطابقت ظاهری اسناد با واقع و ویژگی‌ها و مشخصات مندرج در قرارداد است و ضامن برای بررسی آن‌ها نباید خود را به تکلف اندازد. زیرا معطل کردن ذی‌نفع با هدف غایی ضمانت‌نامه که جلب اعتماد است منافات دارد و مانع از گسترش این‌گونه اسناد در دنیای تجارت می‌شود.

در مصوبه کمیسیون چند ماده دیگر در راستای ویژگی ماهیت اسنادی و در ارتباط با اسنادی که ذی‌نفع ارائه می‌دهد مقرر شده است که در لایحه دولت در سال ۸۴ وجود نداشته‌اند.^۲

۱. شروط اسنادی

۲. ماده ۸۵۷: «چنانچه مطالبه مبلغ به ارائه اسنادی توسط صادرکننده منوط شود و صادرکننده اسناد ارائه‌شده را با اسناد ذکرشده در ضمانت‌نامه مغایر تشخیص دهد، باید ظرف دو روز مراتب را به اطلاع ذی‌نفع برساند. صادرکننده باید به تقاضای ذی‌نفع اصل اسناد را مسترد کند و دلیل رد را ظرف ده روز به صورت کتبی به وی اطلاع دهد.»
ماده ۸۵۸: «قبول هیچ‌یک از اسناد نباید به امضا یا تأیید متقاضی صدور ضمانت‌نامه یا امضای شخص ثالث منوط شود.»

با عنایت به این مواد پی برده می‌شود که لایحه آن‌گونه که باید به سه جنبه وصف اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل که همان ممنوعیت درج شروط غیراسنادی، ممنوعیت دخالت در قرارداد پایه و لزوم به‌کاربردن عبارات صریح و روشن و بی‌ابهام است به‌طور صریح اشاره نکرده است. درحالی‌که اشاره به این موارد از تبعات اصلی و ضروری اصل استقلال ضمانت‌نامه است. دست‌کم لایحه باید با مقرر نمودن شروط غیراسنادی و توضیح آن‌ها، همانند مقررات URDG، طرفین ضمانت‌نامه را از درج آن‌ها در ضمانت‌نامه ممنوع می‌کرد (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۸).

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با بررسی دو ویژگی مهم ضمانت‌نامه‌های مستقل در لایحه جدید تجارت و مقررات بین‌المللی دریافتیم که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه، به‌صراحت اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه بیان شده و به رسمیت شناخته شده است. در مقررات کنوانسیون آنسیترا و سایر مقررات بین‌المللی^۱ نیز اصل استقلال جایگاه ویژه‌ای دارد و مقررات خاصی به آن اختصاص یافته است (اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۸، ص. ۳-۶). در لایحه جدید تجارت نیز اصل استقلال ویژگی خاص و متمایزکننده ضمانت‌نامه مستقل است و از مجموع مواد مصوبه کمیسیون می‌توان به مفهوم و اهمیت اصل استقلال پی برد، با این تفاوت که در آن تعریف جامعی از اصل استقلال ارائه نشده است.

درخصوص ویژگی ماهیت اسنادی که خود معلول اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های مستقل است نیز در قواعد متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به این ویژگی توجه شده است و حتی در مقدمه مقررات ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه سه جنبه ماهیت اسنادی که ممنوعیت اندراج شرطی غیراسنادی، ممنوعیت دخالت ضامن در قرارداد پایه و لزوم به‌کاربردن عبارات روشن و بی‌ابهام است تصریح شده است.

ماده ۸۵۹: «در مواردی که اسناد ارائه‌شده مجعول یا وقوع جرمی در مورد آن‌ها محرز باشد، پرداخت وجه متوقف و مراتب به مراجع ذیصلاح قضایی اعلام می‌شود.»

ماده ۸۶۰: «در صورتی که صادرکننده اسناد ارائه‌شده یا تقاضای پرداخت ذی‌نفع را بدون توجیه قابل‌قبول رد کند، ملزم به جبران کلیه خسارات واردشده به ذی‌نفع و متقاضی است.»

۱. ISP 98, UCP 600 (article 4)

دیگر مواد قواعد یادشده نیز که در جای خود بررسی شدند هرکدام به نحوی بر ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه‌های مستقل تأکید دارند. علاوه بر این، کنوانسیون آنسیترال در برخی از مواد خود، به ویژه در بند ط ماده ۳، به صراحت بر ماهیت اسنادی شروط ضمانت‌نامه و ممنوعیت شروط غیراسنادی دلالت دارد.

همان‌طور که گفته شد، ماده ۸۵۶ مصوبه کمیسیون در سال ۱۳۹۱ صریح‌ترین ماده مصوبه در خصوص ماهیت اسنادی است، اما این ماده و مواد دیگر آن هیچ‌کدام مفهوم این ویژگی و خصوصیات بارز آن را بیان نمی‌کنند. این ماده فقط به وظیفه بانک در خصوص مدت‌زمان رسیدگی به اصالت اسناد و مطابقت آن‌ها با اسناد ذکر شده در ضمانت‌نامه اشاره کرده است که فقط اشاره‌ای ضمنی به ممنوعیت بانک از دخالت در قرارداد پایه و محدودیت وظیفه او به رسیدگی به مطابقت ظاهری اسناد است و در خصوص ممنوعیت اندراج شروط غیراسنادی، ماده صریح و روشنی در مصوبه کمیسیون وجود ندارد.

مصوبه کمیسیون نیز همانند هر متن نوپای دیگر خالی از نواقص نیست. با این حال می‌توان با به‌کارگیری راهکارهایی در جهت تطابق مقررات آن با ضوابط بین‌المللی تلاش کرد. چند راهکار کلی که از جمع‌آوری مطالب بررسی شده به دست آمده در ذیل ارائه می‌شود که با در نظر گرفتن این پیشنهادها و مطالب جزئی که ذیل هر مبحث جداگانه توضیح داده شد، امید است که مقررات کامل‌تر و بهتری در این زمینه تدوین شود:

۱. این قبیل قواعد به علت شکل‌گیری در اثر اقتضائات تجاری و اقتصادی همواره در حال تغییر و نو شدن است. لذا قانون‌گذار نمی‌تواند همپای با این تحولات دست به اصلاح قانون بزند. سعی در وضع قواعد آمره، نه تنها به تسهیل روابط تجاری منتهی نمی‌شود، بلکه ممکن است در عمل مانعی بر سر راه فعالیت‌های تجاری باشد. بر این اساس، بهتر است قانون‌گذار همچنان اصل بنیادین حاکمیت اراده را در روابط تجاری و اقتصادی اساس قرار دهد و جز در مواردی که مداخله نکردن منشأ آسیب به نظام مذکور می‌شود، از وضع قواعد به‌ویژه قواعد آمره خودداری کند. زیرا نه تنها لزومی به این کار نیست، بلکه این کار می‌تواند به تجارت بین‌المللی، که عرصه روابط اقتصادی و تجاری آزاد است، صدمه و آسیب بزند.

۲. همان‌طور که گفته شد، منابع قانونی بین‌المللی ضمانت‌نامه‌های مستقل قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و کنوانسیون آنسیترال برای ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی است. در واقع حجم مهمی از ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در هر کشور از جمله ایران را ضمانت‌نامه‌های صادره در قراردادهای بین‌المللی تشکیل می‌دهد. بسیاری از این ضمانت‌نامه‌ها از سوی بانک‌های خارجی صادر می‌شوند. از این رو توجه به جنبه‌های بین‌المللی ضمانت‌نامه مستقل ضرورت توجه به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی را به روشنی نشان می‌دهد. با این حال، لایحه جدید تجارت در بسیاری از بخش‌ها به مقررات مذکور توجهی ننموده و با آن‌ها مطابقتی ندارد. در حالی که رفع این خلأ نه تنها در منطبق و هماهنگ کردن این مقررات با مقررات بین‌المللی تأثیر جدی دارد، به استحکام و درستی لایحه جدید نیز کمک شایانی می‌کند.

۳. ارائه نکردن تعاریف یا اکتفا به اشاره کوتاه و حتی بعضاً تخصیص نیافتن ماده‌ای از مقررات لایحه به این موارد نه تنها ایجاد خلأ می‌کند، آن را معارض با هدف اصلی خود که همسویی و همگامی با مقررات بین‌المللی در راستای تسهیل تجارت بین‌الملل است نیز قرار می‌دهد. برای مثال، مباحثی مهم و کلیدی مانند بحث تهاتر و توثیق ضمانت‌نامه‌های مستقل، که در معاملات و بانکداری بین‌المللی نقش عمده‌ای ایفا می‌کند و نیاز به تدوین مقرراتی در این زمینه وجود دارد، در پیش‌نویس جدید قانون تجارت مسکوت مانده است. البته مقررات بین‌المللی نیز در زمینه این دو مبحث خلا دارند، ولی این امر علاوه بر اینکه توجهی بر فقدان قانون‌گذاری در این موضوع نیست، نشان‌دهنده نیاز و ضرورت بیشتر تدوین و اختصاص مواد از لایحه جدید تجارت به این مباحث است تا خلأ مقررات بین‌المللی را پر کند و در عمل نیز کارگشای طرفین ضمانت‌نامه مستقل باشد.

نهایتاً در حقوق ایران نیز رویه قضایی مرز دقیقی بین ضمانت‌نامه مستقل و تبعی ترسیم نکرده است و برخی از دادگاه‌ها به پرداخت فوری ضمانت‌نامه حکم می‌دهند، ولی برخی دیگر برای تصمیم‌گیری در این خصوص قرارداد پایه را نیز بررسی می‌کنند. همین مسئله پیش‌بینی چارچوب قانونی مدون برای ضمانت‌نامه‌های مستقل را ضروری می‌سازد تا احترام به قصد طرفین از سوی محاکم را تضمین کند.

منابع

- آفاکی، ژرژ (۱۳۹۵). *راهنمای تفسیری مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG)*. ترجمه فریده تذهیبی. تهران: انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی، چاپ دوم.
- اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۹۵). *ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG)*. ترجمه فریده تذهیبی. تهران: انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی.
- اتاق بازرگانی بین‌المللی (۱۳۷۸). *مقررات بین‌المللی تضمین‌ها (ISP 98)*. ترجمه پرویز عباسیان، انتشارات کمیته اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۸.
- استوفله، ژان (۱۳۸۷). «تقلب در اعتبار اسنادی تجاری، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت‌نامه مستقل بانکی». ترجمه ماشاءالله بناء نیاسری. *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۹، ص ۲۹۱-۲۹۸.
- افتخار جهرمی، گودرز، تفرشی، محمدعیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۰). «تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در اتاق بازرگانی بین‌المللی»، *فصلنامه علمی پژوهشی علوم انسانی (حقوق)*، دانشگاه تربیت مدرس، دوره پنجم، شماره چهارم (شماره پیاپی ۲).
- امیرپور، رسول (۱۳۹۰). *مطالبه متقابلانه وجه ضمانت‌نامه بانکی در حقوق تجارت بین‌الملل*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی.
- تفرشی، محمدعیسی، شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۲). «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین‌الملل». *نامه مفید*، دوره ۹، شماره ۳۷، ص ۲۴-۵.
- خامه، زهره (۱۳۹۲). *بررسی ضمانت‌نامه‌های مستقل در مقررات بین‌المللی و لایحه جدید تجارت*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.
- محبی، محسن (۱۳۷۵). «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده». *مجله حقوق بین‌المللی*، شماره ۲۰.
- یانگ، گائو ایکس و بوکلی، راس پی (۱۳۸۶). «مطالعه تطبیقی در مورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی». ترجمه ماشاءالله بناء نیاسری. *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۹، ص ۳۲۲-۲۴۳.

Affaki, G., & Goode, R. M. (2011). *Guide to ICC Uniform Rules for Demand*

- Guarantees URDG 758*. International Chamber of Commerce.
- Alawamleh, K. J. A. (2013). *Documentary Credits and Independent Guarantees: A Critique of the 'Fraud Exception' Position in English and Jordanian Law* (Doctoral dissertation, University of Central Lancashire).
- Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Secretariat on the Convention (the "Explanatory Note"). United Nations. Available at www.UNCITRAL.org
- Kelly-Louw, M. (2008). *Selective legal aspects of bank demand guarantee* (Doctoral dissertation, University of South Africa).
- Malek, A., & Quest, D (2009). *Jack: Documentary Credits: the law and practice of documentary credits including standby credits and demand guarantees*. Tottel Pub..
- Pierce, A. (1993). *Demand Guarantees in International Trade*. Sweet & Maxwell.
- United Nations Convention on independent guarantees and stand. by letters of Credit Available at <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf> (Last visited:2020-06-16)
- Van Houtte, H. (Ed.) (1999). *The Law of Cross-border Securities Transactions*. Sweet & Maxwell.

Independent Principle and Documentary Nature of Independent Guarantees (Comparison of the New Bill of Trade law, the URDG 758 and UNCITRAL Convention)

Zohre Khamei¹, Gholam Nabi Feyzi Chekab²

Abstract

The principle of independence and the documentary nature are two essential features of the independent guarantee, considered as fundamental principles in the international regulations relating to these guarantees. Part of the provisions of the new bill of trade law in Iranian law relates to independent guarantees. Previously, the Bank Bid Guideline had issued about warranty law that, of course, could not replace the law. In this paper, the provisions of the new trade Law of 6/10/90 and URDG 758 and UNCITRAL convention, referring to these two characteristics and the guidelines and its comparison with the provisions of them, concluded that, while the new bill on trade is inadequate, the provisions of the bill regarding the reference to the principle of independence and the documentary nature are not in full compliance with international regulations and need to be reviewed further. For this reason, it is necessary to use policies such as observing the fundamental principle of the governorship of voluntariness, considering the international aspects of the independent guarantees, and aligning with the international regulations.

Keywords: the principle of independence, the documentary nature of guarantees, independent guarantees, international rules, the new bill of Commercial law.

1. MA in International Trade Law, (Corresponding author); Zohreh_khamei@yahoo.com

2. Assistant Professor in Private Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran; Legalfayz@gmail.com