

تحلیلی بر مطالبه من غیر حق و امکان جلوگیری از آن در ضمانتنامه عندالمطالبه

همایون مافی* - مهدی فلاح**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱/۲۹)

چکیده

یکی از پرکاربردترین تعهدات مستقل بانکی در حقوق تجارت بین الملل ضمانتنامه بانکی عندالمطالبه است. این ابزار به دلیل عندالمطالبه بودن، همیشه در معرض خطر مطالبه من غیر حق ذی نفع قرار دارد. به این معنا که ذی نفع وجه ضمانتنامه را علی رغم اجرای کامل قرارداد پایه توسط اصیل، مطالبه و دریافت کند. در واقع، خصیصه اسنادی و اصل استقلال این امکان را برای ذی نفع فراهم می کند که با مطالبه بدون استحقاق خویش چهره استثنائی و ثانویه ضمانتنامه عندالمطالبه را مخدوش سازد. سوالی مطرح می شود، این است که در ضمانتنامه عندالمطالبه چگونه می توان از مطالبه من غیر حق ذی نفع جلوگیری کرد؟ با بررسی قواعد و مقررات حاکم در عرصه تجارت بین الملل و مقررات لایحه تجارت ۱۳۹۱ متوجه می شویم که از میان راه حل هایی همچون لزوم ارائه رای دادگاه، دیوان داوری، تأیید کتبی اصیل یا ذی نفع مبنی بر عدم اجرا، فرض تصدیق و تأیید عدم اجرای قرارداد پایه در صورت مطالبه ذی نفع قابل قبول ترین شیوه است.

واژگان کلیدی: ضمانتنامه عندالمطالبه، مطالبه من غیر حق، حقوق تجارت بین الملل.

* دکترای حقوق تجارت بین الملل، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران. (نویسنده مسئول)

hmynmafi@yahoo.com

** دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

mehdifallah@gmail.com

ضمانتنامه بانکی مستقل و معادل امریکایی آن اعتبار اسنادی تضمینی، پدیده‌های حقوقی تقریباً جدیدی هستند که ظاهراً، اواسط دهه ۱۹۶۰، به وجود آمدند (Verkuil, 1973, pp. 716-717; Pierce, 1993, p2)؛ محبی، ۱۳۶۴، ص ۵۷)، به دلیل اهمیت، نفوذ و گسترش استفاده از ضمانتنامه‌های مستقل بانکی در عرصه تجارت بین‌الملل و فقدان قوانین و مقررات اختصاصی راجع به آن، اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی.سی.)^۱ ابتدا در سال ۱۹۸۷، قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های قراردادی (یو.آر.سی.جی.)^۲ را منتشر نمود. اما، این قواعد، به دلیل برخی مقررات آن، به انزوا کشیده شد و به همین دلیل، اتاق بازرگانی بین‌المللی، در سال ۱۹۹۲، اقدام به انتشار قواعد متحدالشکل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه (یو.آر.دی.جی.)^۳ نمود (افتخار جهرمی، ۱۳۸۰، ص ۲)، اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۲۰۱۰ در نشریه شماره ۷۵۸، آن را به روز کرد. علاوه بر این، کمیسیون سازمان ملل متحد، راجع به حقوق تجارت بین‌الملل (آنسیترال)^۴ تلاش نموده است تا از طریق کنوانسیون راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی (کنوانسیون آنسیترال)^۵ یک چارچوب حقوقی جهانی را برای ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی تدوین نماید، اگرچه هنوز توسط اکثر کشورها به تصویب نرسیده است (Klein, 2007, p167)، در کنار این قواعد و مقررات بین‌المللی، لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ نیز، در مواد ۸۳۶ تا ۸۶۶، مقرراتی راجع به ضمانتنامه مستقل وضع نموده است که باید مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.^۶

- 1 . International Chamber of Commerce (ICC).
- 2 . Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG)(1978).
- 3 . Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758)(2010).
- 4 . United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)
- 5 . United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit(1995)

۶. لایحه تجارت طبق اصل هشتماد و پنجم(۸۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در جلسه روز سه شنبه مورخ ۶/۱۰/۱۳۹۰ کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی با اصلاحاتی تصویب و در جلسه علنی روز چهارشنبه مورخ ۲۳/۱/۱۳۹۱ مجلس با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال موافقت گردیده است. پس از ارسال لایحه به شورای نگهبان، این شورا بدون ورود در ماهیت به تصویب این لایحه در کمیسیون ایراد گرفت با این استدلال که به استناد اصل ۸۵ قانون اساسی واگذاری تصویب قوانین به کمیسیون فقط در موارد ضروری جایز است و در مورد قانون تجارت با توجه به وجود قانون دائمی ضرورتی وجود ندارد و قانون جدید باید در صحن مجلس تصویب شود، لایحه را به مجلس عودت نمود. برای مشاهده روند تصویب لایحه مذکور و ایرادات موجود ر.ک: سایت مرکز پژوهش‌های مجلس

در عمل بسیاری از ضمانتنامه‌های مستقل بانکی، به صورت عندالمطالبه صادر می‌شوند و بانک به صرف مطالبه ذی‌نفع ملزم به پرداخت مبلغ ضمانتنامه‌ای است که از آن با عنوان «ضمانتنامه‌های عندالمطالبه یا اولین درخواست»^۱ یاد می‌شود (Penn, 1986, p229)، ضمانتنامه عندالمطالبه، تعهد ابتدائی و مستقل بانک^۲ مبنی بر پرداخت مبلغی معین به صرف مطالبه ذی‌نفع آن است تا اجرای تعهدات اصیل در قرارداد پایه را تضمین نماید (لاریا، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸)،^۳

در اعتبار اسنادی تجاری، ارائه اسناد مقرر و تقاضای پرداخت مبلغ اعتبار، علی‌الظاهر، دلالت بر این دارد که ذی‌نفع با توجه به ظاهر اسناد ارائه شده، تعهدات ناشی از قرارداد پایه را اجرا نموده و در نتیجه، مستحق پرداخت است. در حالی که در اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه بانکی، مطالبه کتبی مبلغ اعتبار و یا ارائه اسناد مقرر، علی‌الظاهر، دلالت بر این دارد که متعهد در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه، کوتاهی کرده است (یانگ و بوکلی، ۱۳۸۵، ص ۳۰۴)، در واقع، طرفین ضمانتنامه بانکی و اعتبارنامه تضمینی، همیشه انتظار ندارند که ضرورتاً مورد استفاده قرار گیرند و این ابزارها را تنها یک شیوه حمایتی و جایگزین که متناسب با نامشان «آماده به استفاده»^۴ هستند، قلمداد می‌کنند (Hinkelman, 2003, p87)،^۵

استفاده از اصطلاح «علی‌الظاهر» به این دلیل که ممکن است اسناد، مطابق شروط و مقتضیات اعتبار، ارائه شوند در حالی که، در اعتبارنامه تجاری قرارداد پایه به‌طور ناقص اجرا شده یا در رابطه با ضمانتنامه عندالمطالبه و اعتبارنامه تضمینی قرارداد پایه به‌طور کامل اجرا شده باشد (Mugasha, 2003, p59)، به عبارت دیگر، تعهد بانک در رابطه با بررسی اسناد، صرفاً

شورای اسلامی: http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/720636

1. Demand Guarantee or On Demand Guarantee or First Demand Guarantee or Simple Demand Guarantee or Unconditional Guarantee

۲. هر ضمانتنامه‌ای که توسط بانک صادر می‌شود لزوماً، عندالمطالبه و مستقل و ابتدایی نیست. علاوه بر این، هر چند طبق ماده ۸۳۷ لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱، تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانتنامه‌هایی می‌باشند اما، صدور ضمانتنامه در اصل، توسط هر نهاد یا شخص حقیقی یا حقوقی امکان پذیر است (Bertrams, 1996, p8)، با توجه به ماده ۲ کنوانسیون آنستیرال، امکان ایجاد تعهد، توسط موسسه مالی غیربانکی و اشخاص دیگر وجود دارد. علاوه بر این، با توجه به ماده ۵-۱۰۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (یو.سی.سی.) صادرکننده می‌تواند بانک یا هر شخص دیگری باشد به استثنای افرادی که در جهت مقاصد شخصی و خانوادگی تعهدی می‌نمایند (Wood, 2008, p113)، برای مطالعه دلیل خارج ساختن مصرف‌کنندگان ن.ک. (کاشی‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۳۱۵)،

۳. برای مطالعه مفصل راجع به ماهیت و تعریف ضمانتنامه ر.ک: (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۵۳ به بعد؛ اشمیتوف، ۱۳۹۰، ص ۶۸۳ به بعد)،

4. Standby

۵. برخی نیز از اعتبارنامه‌های تضمینی با عنوان «اعتبارنامه‌های انتظاری» یاد می‌کنند (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۲۲۵)،

محدود به عبارات و مندرجات اسناد است نه واقعیات خارجی که عبارات مذکور دلالت بر آنها دارد (Del Busto, 1993, p121))،

سوالی که در این مقاله در پی یافتن پاسخی برای آن هستیم این است که آیا می‌توان به گونه‌ای مانع مطالبه من غیرحق ذی‌نفع شد؟ برای پاسخ بدین سوال ابتدا باید بدانیم که چه عواملی زمینه ساز مسئله مطالبه من غیرحق است؟ و در نهایت باید به این سوال پاسخ دهیم که آیا شیوه‌های جلوگیری از مطالبه من غیرحق با اصول حاکم بر اسناد سازگارند و در صورت سازگاری کارایی کافی را دارا هستند یا خیر؟

جهت حل مسئله مطالبه من غیرحق، آی.اس.پی. ۹۸ و یو.سی.پی. ۶۰۰، مقرر کرده‌اند. پیش‌بینی ننموده‌اند. تنها در بند ج قاعده ۱۰۵، آی.اس.پی. ۹۸، حل مسئله مطالبه متقلبانه و من غیرحق صریحاً به قانون ماهوی حاکم بر ضمانتنامه یعنی قانون ملی کشوری که ضمانتنامه تحت مقررات نظام حقوقی آن کشور قرار می‌گیرد واگذار شده، پس باید دید قانون ملی صالح چه راه حلی را برای جلوگیری از مطالبه من غیرحق تعیین نموده است. در مقابل، ماده ۹ یو.آر.سی.جی. در جهت حل مسئله مطالبه من غیرحق ذی‌نفع را ملزم شناخته که برای دریافت مبلغ اعتبار یا ضمانتنامه رای دادگاه یا دیوان داوری یا تأیید کتبی اصیل را مبنی بر عدم اجرا و میزان آن ارائه نماید. ماده ۲۰ یو.آر.دی.جی. ۴۵۸ نیز در جهت حل مشکل مزبور ذی‌نفع را ملزم نموده که همراه با مطالبه به صورت مکتوب گواهی نماید که قرارداد پایه به چه میزان و چگونه نقض شده است. در ویرایش جدیدی که در سال ۲۰۱۰ شماره ۷۵۸، از یو.آر.دی.جی. ارائه شده، باز هم، همین امر در ماده ۱۵ پیش‌بینی شده است و علاوه بر مطالبه و سایر اسناد لازم اظهارنامه عدم اجرا نیز ضروری شناخته شده است.

هرچند از لحاظ نظری، الزام به ارائه رای دادگاه یا دیوان داوری الزامی اسنادی است اما، در عمل به این معناست که ذی‌نفع باید عدم اجرای اصیل را از طریق اقامه دعوا یا داوری اثبات نماید. این امر برخلاف اصل استقلال و خصیصه اسنادی اعتبارنامه‌های تضمینی و ضمانتنامه‌های بانکی می‌باشد. علاوه بر این، هدف این ابزارها را که باید در جهت تضمین یک گرامت و جبران مالی سریع عمل کنند برهم می‌زند و عنصر اساسی آن‌ها را که نقش نقدینگی و آماده به استفاده بودن است مختل می‌کند. در نتیجه این مقرر، یو.آر.سی.جی. و یو.آر.دی.جی.، ضمانتنامه‌ای را پیش‌بینی می‌کنند که در عرصه تجارت بین‌الملل کمتر مورد استفاده واقع

می‌شود. به همین دلیل، این مقررات در معاملات تجاری در انزوا قرار گرفته‌اند (Nielsen, 2000, p170)،

در حال به نظر می‌رسد که خصیصه اسنادی و اصل استقلال این امکان را برای ذی‌نفع فراهم می‌کند که با مطالبه بدون استحقاق خویش چهره استثنائی و ثانویه ضمانتنامه عندالمطالبه را مخدوش سازد. به این صورت که با ارائه مطابق اسناد مقرر وجه مقرر را مطالبه نماید درحالی که متعهد، تعهدات ناشی از قرارداد پایه را به‌طور کامل اجرا نموده است. وانگهی ماهیت ذی‌نفع محور بودن چنین اسناد مستقلی اساساً خود سبب می‌شود که مطالبه من غیرحق همیشه همراه با این اسناد باشد. همین امر باعث می‌شود که هرگونه راه حل به ضرر ذی‌نفع به انزوا کشیده شود و تنها فرض تصدیق عدم اجرا در عرصه تجارت بین‌الملل قابل قبول به نظر رسد هر چند کارایی لازم را نداشته باشد.

جهت تحلیل دقیق مسئله نخست باید دانست که چه عواملی سبب پیدایش مسئله مطالبه من غیرحق می‌شود. به همین دلیل، در قسمت نخست به بررسی عوامل زمینه ساز مسئله مطالبه من غیرحق خواهیم پرداخت. در این قسمت از تقابل چهره استثنائی پرداخت با اصل استقلال و همچنین ماهیت ذی‌نفع محور بودن ضمانتنامه عندالمطالبه بحث خواهیم نمود. سپس در قسمت دوم به مطالعه شیوه‌های جلوگیری از مطالبه من غیرحق در اسناد و مقررات داخلی و بین‌المللی با تاکید بر تحلیل سازگاری این شیوه‌ها با اصول حاکم بر ضمانتنامه‌های عندالمطالبه و کارایی عملی آنها می‌پردازیم.

۱. اسباب زمینه‌ساز مطالبه من غیرحق

دستیابی به شیوه‌هایی جهت حل مسئله مطالبه من غیرحق، مستلزم شناسایی اسبابی است که زمینه ساز پیدایش چنین اشکالی در رابطه با ضمانتنامه عندالمطالبه هستند. تحلیل ضمانتنامه‌های عندالمطالبه نشان می‌دهد که تقابل موجود میان اصل استقلال و خصیصه اسنادی از یک طرف و استثنائی بودن پرداخت از طرف دیگر به همراه ماهیت ذی‌نفع محور بودن این اسناد، مهم‌ترین عللی هستند که شرایط امکان ایجاد مسئله مطالبه من غیرحق را فراهم می‌کنند. ذیلاً در دو بحث جداگانه به بررسی این اسباب خواهیم پرداخت.

۱-۱. تقابل چهره استثنائی پرداخت و اصل استقلال

اگرچه در اعتبار اسنادی تجاری، ارائه اسناد مقرر و تقاضای پرداخت مبلغ اعتبار علی‌الظاهر دلالت بر این دارد که ذی‌نفع با توجه به ظاهر اسناد ارائه شده، تعهدات ناشی از قرارداد پایه را اجرا نموده و در نتیجه، مستحق پرداخت است در اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه مستقل بانکی، مطالبه کتبی مبلغ اعتبار و یا ارائه اسناد مقرر، علی‌الظاهر دلالت بر این دارد که متعهد در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه قصور کرده است (یانگ و بوکلی، ۱۳۸۵، ص ۳۰۵)،

درواقع، هدف از صدور ضمانتنامه عندالمطالبه همانند ضمانتنامه‌های سنتی، تضمین اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه بوده و به عنوان یک ابزار حمایتی و ضمانتی، در جهت کاهش خطر عدم اجرای تعهد ناشی از قرارداد پایه عمل می‌کند (Nemes, 2012, Stern, 1985, p.222; Kelly-louw, 2008, p20)، به عبارت دیگر، هدف از ضمانتنامه عندالمطالبه دسترسی فوری ذی‌نفع به وجوهی است که برای جبران خسارت به علت نقض قرارداد پایه ضروری می‌باشد (Kelly-louw, 2008, p20)، و به عنوان تعهدی ثانویه برای زمانی در نظر گرفته می‌شود که تعهدات اولیه و مبنایی اجرا نشده یا به طور ناقص انجام شده باشد. به همین دلیل، مطالبه مبلغ مقرر در این اسناد غالباً در موارد استثنائی صورت می‌پذیرد که تعهدات ناشی از قرارداد پایه اجرا نشده باشد. از این رو، برخلاف اعتبارنامه‌های اسنادی تجاری، طرفین ضمانتنامه عندالمطالبه و اعتبارنامه تضمینی، اغلب انتظار ندارند که این اسناد ضرورتاً مورد استفاده قرار گیرد (Hinkelman, 2003, p87). چراکه غایت این اسناد، نقش ثانوی پرداخت در جهت تضمین اجرای تعهدات است.

با وجود این، در حقوق تجارت بین‌الملل ضمانتنامه‌های بانکی متنوع و مستقل از قراردادهای پایه هستند.^۱ ضمانتنامه عندالمطالبه همانند سایر تعهدات تجربیدی از یک طرف، تعهدی است

۱. البته، با توجه به خصیصه ضمانتی اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه عندالمطالبه در قصد طرفین، باید اذعان کرد که استقلال اعتبارنامه و صدور آن در شکل و قالب یک تعهد ابتدائی، آن را به کلی از قرارداد پایه جدا نمی‌سازد چراکه، در قصد طرفین، این اسناد، تعهدی ثانوی است که در جهت تضمین تعهد اولیه‌ای می‌باشد که متقاضی اعتبارنامه، به موجب قرارداد پایه، در برابر ذی‌نفع بر عهده گرفته است. در نتیجه، اگر در شخص یا مورد معامله در قرارداد پایه، اشتباهی رخ دهد و سبب بطلان آن شود، تعهد بانک به پرداخت، مطابق این اسناد نیز بی‌دلیل خواهد بود. دادگاه می‌تواند به تقاضای متعهد اصلی، معامله اعتبارنامه یا ضمانتنامه را باطل اعلام نماید چراکه قصد مشترک طرفین این اسناد، تضمین اجرای تعهدی بوده است که متعهد اصلی بر عهده دارد و هرچند تعهد بانک، مستقل از تعهد مبنایی است و رابطه مستقیمی میان این دو تعهد وجود ندارد، اما انگیزه و جهت معامله برای طرفین این اسناد وجود این تعهد بوده است و با کشف بطلان تعهد اولیه، استمرار تعهد ثانویه ناشی از اعتبارنامه تضمینی و ضمانتنامه عندالمطالبه مبنایی ندارد (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۲)، با وجود این، به دلیل استقلال این اسناد از قرارداد پایه، بانک نمی‌تواند به این بطلان در برابر ذی‌نفع استناد نماید و در صورت مطالبه ذی‌نفع،

که از قرارداد پایه و روابط طرفین آن مستقل است و از طرف دیگر، به دلیل خصیصه اسنادی معامله کالا محسوب نمی‌شود بلکه معامله اسناد است (Knezevic and Lukie, 2012, p43)،^۱ اگرچه صدور ضمانتنامه عندالمطالبه با توجه به قرارداد پایه منعقد میان اصیل و ذی‌نفع، انجام می‌شود و شرایط صدور ضمن قرارداد پایه مورد توافق قرار گرفته می‌شود، با این وجود، اسناد از قرارداد پایه مجزا و مستقل هستند و حقوق و تکالیف ناشی از آنها مستقل و منفک از حقوق و تکالیفی است که از قرارداد پایه ناشی می‌شود. بنابراین، بانکی که اقدام به صدور ضمانتنامه عندالمطالبه کند^۲ مکلف است مبلغ مقرر را صرفاً مطابق با شرایط خود این اسناد پرداخت نماید. بدون آنکه ذی‌نفع ملزم به اثبات قصور اصیل در اجرای قرارداد پایه باشد. در واقع، بانک هیچ ارتباطی با روابط اصیل و ذی‌نفع در قرارداد پایه ندارد و اینکه آیا قرارداد پایه به طور کامل اجرا شده یا خیر به تعهد بانک در برابر ذی‌نفع مربوط نیست. بنابراین، بانک به عنوان ضامن با صدور ضمانتنامه عندالمطالبه تعهد مطلق مبنی بر پرداخت مبلغ معینی به ذی‌نفع

مکلف به پرداخت مبلغ مقرر است (Mugasha, 2003, p59)، در نتیجه، این اسناد تا زمانی که به تقاضای متعهد اصلی از سوی دادگاه، باطل اعلام نشده باشند، همچنان معتبر باقی می‌مانند (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۲) به عبارت دیگر، ایرادات وارد بر تعهد اولیه ناشی از قرارداد مبنایی، به دلیل استقلال اسناد مستقل بانکی از قرارداد پایه، بر رابطه بانک و ذی‌نفع، اصولاً اثرگذار نمی‌باشد اما، خصیصه ضمانتی این اسناد، این امکان و حق را به متقاضی می‌دهد تا در دادگاه با استناد به ایرادات وارد بر قرارداد پایه و اثبات مطالبه من غیرحق ذی‌نفع، این اسناد را ابطال نماید تا مانع پرداخت وجه اعتبار توسط بانک به ذی‌نفع گردد و یا در صورت پرداخت شدن مبلغ اعتبار، وجه پرداختی به ذی‌نفع را مسترد نماید.

۱. البته باید به این نکته توجه نمود که صرفاً مطالبه ذی‌نفع در ضمانتنامه‌های عندالمطالبه و تعهد پرداخت آن توسط بانک بدون قید و شرط است (فتحی‌پور، ۱۳۶۹، ص ۱۵۸)، به عبارت دیگر، ایرادات وارد بر تعهد اولیه ناشی از قرارداد مبنایی، به دلیل استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه، بر رابطه بانک و ذی‌نفع، اصولاً اثرگذار نمی‌باشد، اما تضمینی بودن غایت صدور ضمانتنامه در قصد طرفین، این امکان و حق را به اصیل می‌دهد تا در دادگاه با استناد به ایرادات وارد بر قرارداد پایه و اثبات مطالبه من غیرحق ذی‌نفع، ضمانتنامه را ابطال نماید تا مانع پرداخت وجه آن توسط بانک به ذی‌نفع گردد و یا در صورت پرداخت شدن مبلغ ضمانتنامه، وجه پرداختی به ذی‌نفع را مسترد نماید (مافی و فلاح، ۱۳۹۲، ص ۱۶۰)، علاوه بر این، ماده ۳۰۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی که عمدتاً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده را دریافت کند، ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند».

۲. صدور ضمانتنامه توسط بانک، بر مبنای قراردادی است که میان بانک و اصیل منعقد می‌شود و بانک باید مطابق با شرایط پیش بینی شده در این قرارداد، اقدام به صدور ضمانتنامه نماید. این شرایط، خود بر مبنای توافقی است که اصیل و ذی‌نفع، ضمن قرارداد پایه به انجام رسانیده بودند. به عبارت دیگر، در حقوق ایران این ویژگی مبتنی بر توافق و قرارداد همه اشخاصی است که در جریان صدور ضمانتنامه دخیل هستند. به عبارت دیگر، در مرحله اول، در قرارداد پایه، اصیل و ذی‌نفع توافق می‌کنند که ضمانتنامه‌ای به صورت مستقل و مطلق صادر شود و در مرحله دوم در قرارداد میان بانک و مضمون‌عنه، بانک در برابر اخذ وثایق از مضمون‌عنه، تعهد می‌کند که ضمانتنامه‌ای مستقل و بدون قید و شرط، به سود ذی‌نفع صادر نماید و در مرحله سوم، در قرارداد میان بانک و ذی‌نفع، بانک تعهد می‌کند که مبلغ معینی را به محض مطالبه ذی‌نفع و بدون نیاز به هیچ دلیل یا مدرکی، به وی پرداخت نماید (محبی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۵)،

طبق شرایط خود، ضمانتنامه برعهده می‌گیرد و حق ندارد به ایراداتی که مضمون‌عنه می‌توانسته در برابر ذی‌نفع به آنها استناد کند و ناشی از قرارداد پایه است توجیهی نماید (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۹)،

علاوه بر این، اصیل و ذی‌نفع نیز نمی‌توانند با استناد به شروط قرارداد پایه بانک را ممنوع از پرداخت یا وادار به پرداخت نمایند.^۱ در نتیجه، بانک زمانی اقدام به پرداخت می‌نماید که تقاضانامه کتبی و یا سایر اسناد مقرر مطابق ضمانتنامه به بانک ارائه گردد، فارغ از اینکه آیا واقعاً و عملاً قرارداد اجرا شده است یا خیر. به همین دلیل در ضمانتنامه‌های عندالمطالبه، مشکل مطالبه من غیر حق برجسته می‌شود (Baxter, 1989, p52)،^۲

به عبارت دیگر، هر چند ضمانتنامه عندالمطالبه همانند ضمانتنامه سنتی (عقد ضمان) با هدف و انگیزه تضمین اجرای تعهدات قرارداد پایه و به عنوان ابزار ثانویه پرداخت فراهم می‌شود تا در زمانی که قرارداد پایه نقض شده است، مورد استفاده قرار گیرد (Stern, 1985, p222) ولی از لحاظ شکل و ساختار با توجه به اصل استقلال طوری صادر می‌شود که به صرف مطالبه ذی‌نفع، بدون اثبات عدم اجرای واقعی قرارداد پایه قابل مطالبه است. در واقع، خصیصه اسنادی و اصل استقلال، این امکان را برای ذی‌نفع فراهم می‌کند که با مطالبه بدون استحقاق خویش، چهره استثنائی و ثانویه ضمانتنامه عندالمطالبه را مخدوش سازد. به این صورت که با ارائه مطابق اسناد مبلغ مقرر را مطالبه نماید، در حالی که متعهد تعهدات ناشی از قرارداد پایه را به‌طور کامل اجرا نموده است. بنابراین، اصل بنیادین استقلال و تعهد مطلق و مستقل بانک مبنی بر پرداخت، اصیل را در موقعیتی خطرناک و در معرض مطالبه من غیر حق ذی‌نفع قرار می‌دهد. چراکه ذی‌نفع ممکن است با مطالبه پرداخت از اصل استقلال در جهت مخالف غایت تضمینی بودن این اسناد استفاده نماید.

۲-۱. ماهیت ذی‌نفع محور بودن ضمانتنامه عندالمطالبه

ذی‌نفع محور بودن این اسناد از دو جنبه قابل بررسی است. از یک طرف اصول حاکم بر ضمانتنامه‌های عندالمطالبه به گونه‌ای عمل می‌کنند که در عرصه تجارت بین‌الملل کفه ترازوی

۱. البته اخذ دستور موقت از دادگاه مبنی بر منع بانک از پرداخت یا حکم دادگاه مبنی بر استرداد مبلغ پرداختی ممکن است اما، این امر مربوط به استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع است نه تعهد تجریدی پرداخت (مجیبی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۴)،
۲. ببینید: ۳-۲.

این اسناد را به نفع ذی نفع سنگین تر می کند. به عبارت دیگر، برخلاف اعتبارات اسنادی تجاری که منافع تمام اطراف دخیل در معامله را تضمین و تأمین می کند ضمانتنامه بانکی اینگونه نیست. بدین صورت که اعتبار اسنادی تجاری واردکننده را از خطر پرداخت ثمن به صادرکننده ای که تعهدات ناشی از معامله پایه را ایفا ننموده مصون می دارد. صادرکننده، با استفاده از اعتبارات اسنادی تجاری، با تهیه اسناد مقرر در اعتبارنامه، می تواند با اطمینان خاطر از اینکه ثمن پرداخت خواهد شد، مبیع را ارسال نماید. بانکها نیز، بر اسناد حمل، حق وثیقه کسب می کنند و از این طریق حساب خود را با متقاضی اعتبار به آسانی تصفیه می کنند. اما در مقابل، وضعیت طرفین در ضمانتنامه بانکی، می تواند مشکلاتی را برای طرفین پدید آورد و مانع استفاده از این ابزار برای تأمین مالی تجارت گردد. در واقع، ضمانتنامه بانکی، عموماً با ارائه تقاضانامه کتبی^۱ ذی نفع و یا اسناد دیگری که تهیه آنها در اختیار خود ذی نفع است، خطر سوء استفاده ذی نفع را به همراه دارد، در حالی که در اعتبارنامه تجاری، اسناد توسط اشخاص ثالث مستقل همانند موسسات حمل و نقل و انبارداری صادر می شوند (Dolan, 1985, p2; Hinkelman, 2003, p.87)، به همین دلیل، یکی از مزایای اعتبارات اسنادی تجاری در برابر سایر روش های پرداخت اطمینان خاطر و تضمینی است که در اجرای تعهدات برای طرفین اعتبار متقاضی ذی نفع و بانک فراهم می کند. این امر برخلاف ضمانتنامه عندالمطالبه سبب ایجاد تعادل میان منافع طرفین معامله می شود.

در مقابل، ضمانتنامه عندالمطالبه، از ماهیتی ذی نفع محور برخوردار است. به این معنا که این ابزار در معاملات تجاری بیشتر در جهت حمایت از منافع ذی نفع آن عمل می کند که متعهدله یا طلبکار قرارداد مبنایی محسوب می شود. برخلاف ضمانتنامه عندالمطالبه، ضمانتنامه سنتی بیشتر ماهیتی متقاضی محور دارد. به این معنا که عقد ضمان در جهت حمایت از منافع طرفی که تقاضای ضمانتنامه می نماید عمل می کند که در معاملات تجاری متعهد یا بدهکار قرارداد مبنایی محسوب می شود (McLaughlin, 1993, p1140)،

۱. هرچند در نوشته ها به درخواست کتبی نیز اشاره شده است (شهبازی نیا و تفرشی، ۱۳۸۲، ص ۱۰ و ۱۹)، اما، کتبی و کاغذی بودن تأثیری بر اسنادی یا غیراسنادی بودن ضمانتنامه های عندالمطالبه با توجه به کنوانسیون آنسیترال نخواهد داشت و مفهوم سند در آی.اس.پی. ۹۸ و کنوانسیون آنسیترال متفاوت است. به عبارت دیگر، اصل رعایت دقیق و خصیصه اسنادی به این معناست که مطالبه پرداخت توسط ذی نفع می باید مطابق با شرایط ضمانتنامه باشد، خواه در ضمانتنامه، مطالبه به صورت کتبی مقرر شده باشد یا قیدی در این ارتباط وجود نداشته باشد.

ماهیت ذی‌نفع محور بودن ضمانتنامه عندالمطالبه به دلیل خصوصیت اسنادی و اصل استقلال ضمانتنامه عندالمطالبه از قرارداد مبنایی است. ذی‌نفع برای دریافت مبلغ ضمانتنامه باید اسنادی را به صادرکننده ارائه نماید که دقیقاً مطابق با شرایط ضمانتنامه عندالمطالبه باشد (Dolan, 1997, p11). چراکه بانک ضامن در تشخیص اینکه آیا مبلغ ضمانتنامه عندالمطالبه باید به ذی‌نفع پرداخت گردد یا خیر ملزم است، تا صرفاً انطباق ظاهری اسناد ارائه شده را بررسی نماید و نباید خود را درگیر جریان زمانبر ارزیابی حقایق خارجی و رای اسناد نماید. به این دلیل که بانک پرداخت مبلغ ضمانتنامه عندالمطالبه را تنها در برابر اسناد برعهده می‌گیرد نه در برابر درستی یا نادرستی حقایق مذکور در اسناد ارائه شده. در نتیجه، ذی‌نفع از این طریق از پرداخت ساده و سریع مبلغ ضمانتنامه عندالمطالبه مطمئن می‌گردد. به طور مشابه از آنجایی که تعهد بانک به پرداخت، مستقل از قرارداد مبنایی است ذی‌نفع علی‌رغم وجود اختلاف در رابطه با قرارداد پایه نسبت به پرداخت سریع و ساده مطمئن است (McLaughlin, 1993, p1143)، به عبارت دیگر، در ضمانتنامه‌ی عندالمطالبه ذی‌نفع می‌تواند ابتدا مبلغ ضمانتنامه را مطالبه و دریافت دارد و سپس اقدام به اقامه‌ی دعوا در رابطه با اختلاف موجود راجع به قرارداد پایه علیه متقاضی ضمانتنامه‌ی عندالمطالبه نماید. چراکه حقوق حاکم بر ضمانتنامه‌ی عندالمطالبه مانع این حق ذی‌نفع نمی‌شود که متعاقباً دعوایی علیه متقاضی در رابطه با قرارداد مبنایی اقامه نماید. در مقابل، در ضمانتنامه‌ی سنتی برخلاف ضمانتنامه عندالمطالبه، مطالبه و دریافت مبلغ ضمانتنامه پیش از اقامه‌ی دعوا و اثبات نقض قرارداد پایه امکان‌پذیر نیست. به همین دلیل، ضمانتنامه سنتی به دلیل خصوصیت غیر اسنادی‌اش ماهیتی متقاضی محور دارد. یعنی ضامن زمانی ملزم به پرداخت است که پیش از آن درستی یا نادرستی وقایع خارجی مربوط به اجرا یا عدم اجرای قرارداد پایه را ارزیابی نماید نه اینکه با بررسی صرف ظاهر اسناد اقدام به پرداخت وجه به ذی‌نفع نماید. این امر به این دلیل است که ضمانتنامه سنتی وابسته و فرع بر قرارداد مبنایی است و از ماهیتی مستقل برخوردار نیست (McLaughlin, 1993, p1143)،

با این وجود، اصل استقلال، تضمین‌کننده اطمینان در عرصه تجارت بین‌الملل است. زیرا، بانک صادرکننده‌ای که چیزی در مورد جزئیات قرارداد پایه نمی‌داند، نمی‌تواند خودش را درگیر تشخیص اجرا یا عدم اجرای مناسب قرارداد پایه سازد (Dolan, 1988, p380)، بنابراین، بانک، صرفاً مسئول تعهداتی است که ضمن خود ضمانتنامه برعهده گرفته، که این امر، به اجرا

یا عدم اجرای قرارداد پایه مرتبط نمی‌باشد (Hsu, Chung-Hsin, 2006, p6)، علاوه بر این، اصل استقلال در تجارت بین الملل، سبب می‌شود تا ذی‌نفع، پرداخت سریع و مطمئن را از صادرکننده‌ای با تمکن مالی مناسب، در کشور خودش کسب نماید. این پرداخت، بدین دلیل سریع است که ذی‌نفع می‌تواند با صرف مطالبه، به مقصودش برسد و به این دلیل مطمئن است که اعتبار صادرکننده ملئی داخلی، جانشین متعهدی خارجی می‌شود (Hsu, Chung-Hsin, 2006, p3).

با این توضیحات مشخص شد که ضمانتنامه عندالمطالبه یک ضمانتنامه کاملاً ذی‌نفع محور است. زیرا، به ذی‌نفع این حق را می‌دهد تا در هر زمانی که اراده کند وجه ضمانتنامه را مطالبه و دریافت نماید، بدون اینکه نیاز به ارائه مدرکی باشد. علاوه بر این، ذی‌نفع می‌تواند از این طریق، با اعمال فشار بر اصیل، وی را وادار به اجرای قرارداد در موعد و به‌طور مناسب نماید. به همین دلایل، ضمانتنامه عندالمطالبه، از نقطه نظر مضمون‌عنه یا اصیل، میزان ریسک و خطرپذیری بالایی دارد (Bertrams, 2006, P316)، در این مورد ضمانتنامه عندالمطالبه مشابه چک بانکی است که ذی‌نفع می‌تواند در هر زمانی در مدت اعتبار، آن را نقد نماید. به همین دلیل، ذی‌نفع ضمانتنامه عندالمطالبه از حقوق و منافع برخوردار است که ارزش اقتصادی غیرقابل انکاری دارد و حتی می‌تواند قابل توثیق و انتقال باشد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸)، در نتیجه، این نوع از ضمانتنامه ذی‌نفع را در قبال خریدار در موقعیت قوی‌تری قرار می‌دهد. همین امر خطر استفاده نامناسب و مطالبه ناروا را مهم‌ترین مسئله‌ای کرده که ضمانتنامه عندالمطالبه با آن روبرو است (Grath, 2008, p82).

۲. شیوه‌های جلوگیری از مطالبه من غیرحق در ضمانتنامه عندالمطالبه

در ضمانتنامه عندالمطالبه که به صرف درخواست ذی‌نفع باید مبلغ ضمانتنامه توسط بانک به وی پرداخت شود همواره احتمال سوءاستفاده ذی‌نفع و مطالبه من غیرحق از جانب وی وجود دارد. برای جلوگیری از این مشکل مقررات بین‌المللی راه حل‌های متنوعی را پیش‌بینی کرده‌اند. ذیلاً به بررسی و تحلیل هر یک می‌پردازیم.

۱. سلب اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه، کارکرد و غایت آن را در عرصه تجارت بین‌الملل از بین می‌برد (محبی، ۱۳۷۵، ص ۹۲).

پیش از ورود به بحث، این نکته قابل ذکر است که برای حل مسئله مطالبه من غیرحق، مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی یعنی آی.اس.پی. ۹۸ و یو.سی.پی. ۶۰۰، مقررهای پیش‌بینی ننموده‌اند. تنها در بند ج قاعده ۱,۰۵ آی.اس.پی. ۹۸، مسئله مطالبه متقلبانه و من غیرحق صریحاً، به قانون ماهوی حاکم بر دعوا واگذار شده است. با این وجود، ماده ۹ یو.آر.سی.جی. در جهت حل مسئله مطالبه من غیرحق، ذی‌نفع را ملزم شناخته که برای دریافت مبلغ ضمانتنامه، رای دادگاه یا دیوان داوری یا تأیید کتبی اصیل را مبنی بر عدم اجرا و میزان مبلغ ارائه نماید. ماده ۱۵ یو.آر.دی.جی. ۷۵۸ نیز در جهت حل مشکل مطالبه من غیرحق ذی‌نفع را ملزم نموده که همراه مطالبه به صورت مکتوب گواهی نماید که قرارداد پایه به چه میزان و چگونه نقض شده است. علاوه بر این، موضع آنسیترال و لایحه تجارت نیز باید مورد تحلیل قرار گیرد.

۲-۱. ارائه رای دادگاه یا داور

یکی از موثرترین شیوه‌های پیشگیری از مطالبه من غیرحق الزام ذی‌نفع به ارائه رای دادگاه یا دیوان داوری مبنی بر تخلف اصیل در اجرای قرارداد پایه و استحقاق ذی‌نفع است. به عبارت دیگر، ذی‌نفع برای دریافت مبلغ ضمانتنامه ابتدا باید با مراجعه به دادگاه یا داور با ارائه دلایل و مستندات خود استحقاق خویش را در دریافت مبلغ و تخلف اصیل در اجرای قرارداد پایه اثبات نماید. سپس رای صادره از دادگاه یا داور را به همراه مطالبه مبلغ به بانک ضامن ارائه نماید. بانک هم در صورتی ملزم به پرداخت است که به همراه مطالبه پرداخت رای دادگاه یا داور را دریافت کند.

بی‌تردید اگر چنین شرطی در یک ضمانتنامه قید شود، این سند جزو ضمانتنامه‌های مشروط قلمداد می‌شود. اما، آنچه که در اینجا محل بحث می‌باشد، ضمانتنامه‌های عندالمطالبه‌ای است که طرفین هیچگونه قید و شرطی را جهت پرداخت ذکر نکرده‌اند. ماده ۹ یو.آر.سی.جی. در بند ب خود یکی از اسناد لازم به همراه مطالبه پرداخت توسط ذی‌نفع را ارائه رای دادگاه یا داوری تلقی کرده است.

مطابق بند ب ماده ۹ یو.آر.سی.جی. «اگر ضمانتنامه اسنادی را به همراه مطالبه پرداخت، تعیین نماید یا صرفاً اظهارنامه ادعا را معین کند ذی‌نفع باید ارائه کند: ... بند ب: در ضمانتنامه حسن اجرا یا ضمانتنامه پرداخت خواه رای دادگاه یا دیوان داوری که ادعای پرداخت ذی‌نفع را

توجیه نماید یا تأییدیه کتبی اصیل در رابطه با ادعای مطروحه و میزان مبلغی که باید پرداخت شود».

بر اساس این ماده، حتی اگر ضمانتنامه به صورت عندالمطالبه و مطلق صادر شده باشد بانک زمانی ملزم به پرداخت است که ذی نفع علاوه بر درخواست مبلغ، رای دادگاه یا داوری را نیز ضمیمه درخواست خود نماید. بنابراین، ارائه رای دادگاه یا داوری در سندی الزامی قلمداد شده است که طرفین هیچگونه قید و شرطی را برای دریافت ذی نفع ذکر نکرده اند. بنابراین ماده ۹ مذکور عملاً ضمانتنامه عندالمطالبه را برخلاف توافق طرفین تبدیل به یک ضمانتنامه مشروط می‌سازد. آن هم شرطی که به ندرت توسط طرفین در ضمانتنامه‌ها درج می‌شود (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۲۶)، به همین دلیل، اگر طرفین یو.آر.سی.جی. را حاکم بر ضمانتنامه خود قرار دهند باید ضمن آن، شرط ماده ۹ آن را استثناء نمایند. در غیر این صورت ضمانتنامه عندالمطالبه به صرف مطالبه قابل پرداخت نخواهد بود.

ممکن است در پاسخ به این ایراد گفته شود که وقتی طرفین ضمانتنامه را تابع یو.آر.سی.جی. قرار می‌دهند به طور ضمنی خواهان ضمانتنامه مشروط هستند نه عندالمطالبه. البته در مقابل هم می‌توان استدلال نمود که وقتی طرفین ضمانتنامه را به صرف درخواست قابل پرداخت می‌دانند به این معناست که نخواهند آن را مشروط به هیچ شرطی نمایند. چرا که در مقام بیان بوده و از قید شرط، امتناع کرده‌اند.

علاوه بر این، الزام ذی نفع ضمانتنامه عندالمطالبه به ارائه رای دادگاه یا داوری از چند جهت محل ایراد است. نخست آنکه یکی از اصول حاکم بر تعهدات تجریدی پرداخت اصل استقلال آن از قرارداد پایه است. وجود شرط ارائه رای دادگاه یا داوری عملاً سند را همانند ضمانتنامه سنتی تابع قرارداد پایه می‌گرداند. چرا که دادگاه یا دیوان داوری باید با رسیدگی شکلی و ماهوی میان طرفین قرارداد پایه راجع به استحقاق ذی نفع یا تخلف اصیل در قرارداد پایه رای صادر نماید. در واقع، هر چند از لحاظ نظری، الزام به ارائه رای دادگاه یا دیوان داوری، الزامی اسنادی است اما، در عمل، به این معناست که ذی نفع باید عدم اجرای اصیل را از طریق اقامه دعوا یا داوری اثبات نماید. این امر، برخلاف اصل استقلال و خصیصه اسنادی ضمانتنامه‌های مستقل است.

وانگهی، هدف این ابزارها را که باید در جهت تضمین یک غرامت و جبران مالی سریع

عمل کنند، برهم می‌زند و عنصر اساسی آن‌ها را که نقش نقدینگی و آماده به استفاده بودن است، مختل می‌کند. به همین دلیل، چنین ضمانتنامه‌ای برای ذی‌نفع فایده معنایی نخواهد داشت. چرا که ذی‌نفع به این دلیل اقدام به دریافت ضمانتنامه نموده است که در صورت عدم اجرا، سریعاً جبران خسارات یا غرامت را نقدا دریافت کند. درحالی که الزام به ارائه رای دادگاه یا نهاد دآوری برخلاف اهداف ضمانتنامه مبنی بر دسترس بودن پول سریعاً و به سهولت است (Kelly, 2008, p141) به دلیل وجود همین ماده، یو.آر.سی.جی. ضمانتنامه‌ای را پیش‌بینی می‌کند که در عرصه تجارت بین‌الملل، کمتر مورد استفاده واقع می‌شود که نتیجه مستقیم آن در معاملات تجاری، در انزوا قرار گرفتن مقررات یوآرسی جی است (Nielsen, 2000, p170).

ماده مذکور در قسمت اخیر خود راه حل دیگری نیز در جهت جلوگیری از پرداخت غیرمنصفانه پیش‌بینی کرده است که ذیلاً در بحث جداگانه بدان خواهیم پرداخت.

۲-۲. گواهی کتبی اصیل راجع به نقض قرارداد

یکی دیگر از شیوه‌هایی که در ماده ۹ یو.آر.سی.جی. برای جلوگیری از مطالبه من غیرحق پیش‌بینی شده، این است که ذی‌نفع ملزم است در کنار درخواست پرداخت، گواهی کتبی اصیل مبنی بر نقض قرارداد را ارائه نماید. به عبارت دیگر، اگر در ضمانتنامه، سندی برای پرداخت پیش‌بینی نشده باشد و صرفاً با مطالبه ذی‌نفع قابل پرداخت باشد ماده ۹ یو.آر.سی.جی. ذی‌نفع را ملزم می‌کند که با مراجعه به اصیل تأییدیه‌ای از وی دریافت دارد که مؤید ادعای ذی‌نفع مبنی بر نقض قرارداد باشد. علاوه بر این، اصیل در این تأییدیه باید میزان مبلغی را که ضامن بایستی پرداخت نماید را تعیین نماید. تنها در این صورت است که بانک ضامن، ملزم به پرداخت مبلغ تعیین شده در ضمانتنامه و تأییدیه اصیل به ذی‌نفع می‌باشد.

این شیوه برخلاف رویه معمول در تجارت بین‌الملل عملاً خاصیت ذی‌نفع محور بودن ضمانتنامه را مختل می‌کند هر چند ضمانتنامه را به غایت صدور آن نزدیکتر می‌گرداند. به این معنا که هر چند ضمانتنامه در جهت تضمین خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد پایه صادر می‌شود اما، در عرصه پرسرعت تجارت به گونه‌ای تنظیم می‌شود که ذی‌نفع بدون نیاز به هر گونه کسب مجوز از اصیل بتواند مبلغ آن را دریافت کند. درحالی که منوط کردن پرداخت

ضمانتنامه به تأییدیه اصیل نه در جهت منافع ذی نفع بلکه در جهت منافع اصیل می‌باشد. شاید به همین دلیل باشد که ماده ۸۵۸ لایحه جدید تجارت مصوب ۱۳۹۱ مقرر می‌دارد: «قبول هیچ یک از اسناد به وسیله صادرکننده نباید به امضاء یا تأیید متقاضی صدور ضمانتنامه یا امضای شخص ثالث منوط شود».

۲-۳. ارائه گواهی قصور اصیل با ذکر جزئیات قصور توسط ذی نفع

ضمانتنامه ممکن است مطابق شرایط مندرج در آن نیازمند یک گواهی کتبی یا اظهاریه‌ای باشد که ذی نفع برای دریافت مبلغ باید به بانک تسلیم نماید و در آن مشخص سازد که کدام بخش از قرارداد توسط اصیل اجرا نشده است.^۱ در اینگونه موارد، هیچ دلیل یا مدرکی برای اثبات قصور غیر از صرف اظهار ذی نفع مبنی بر عدم اجرای کامل قرارداد توسط اصیل به همراه مطالبه پرداخت از سوی ذی نفع لازم نیست.

در مورد اینکه آیا چنین قیدی ضمانتنامه را تبدیل به ضمانتنامه مشروط می‌سازد یا خیر اختلاف وجود دارد (کاشانی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۲)، به نظر می‌رسد که اظهاریه عدم اجرای قرارداد هرچند نیاز به هیچگونه گواهی شخص ثالثی نیست و از ویژگی بی چون و چرای ضمانتنامه عندالمطالبه کاسته نمی‌شود اما، باز هم آزادی عمل ذی نفع را کاهش می‌دهد و ذی نفع با این گواهی راه را برای اثبات عدم صحت ادعای خود در برابر طرف قرارداد هموار می‌سازد که سبب کم‌رنج شدن ویژگی کاملاً ذی نفع محور بودن چنین ضمانتنامه‌ای می‌شود. در نتیجه، باید این نوع ضمانتنامه را ضمانتنامه مشروط دانست نه ضمانتنامه عندالمطالبه (غمامی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۷).^۲

۱. در رویه قضایی ایران، دادگاه‌ها، گاهی در ضمانتنامه‌های عندالمطالبه گواهی کتبی ذی نفع مبنی بر تخلف اصیل را لازم دانسته‌اند خواه در ضمانتنامه شرط شده باشد یا خیر (رای اصراری شماره ۷۱-۲۲/۹/۴۶ هیات عمومی دیوان عالی کشور، آرشو حقوقی کیهان، مجموعه رویه قضایی، سال ۴۶، ص ۲۱۵)، در هر حال، به منظور رفع هر نوع ابهام در عندالمطالبه بودن ضمانتنامه ضروری است که لزوم پرداخت آن به محض اولین درخواست و بدون توجه به هر نوع ایراد و اعتراض صریحاً در ضمانتنامه عندالمطالبه قید شود. در صورت تردید در عندالمطالبه بودن ضمانتنامه باید بر این فرض بود که ضمانتنامه مورد نظر مستقل و عندالمطالبه است (سلطانی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۵)، ظاهر ماده ۸۴۴ لایحه تجارت نیز مؤید این مطلب است که اصل در ضمانتنامه مستقل، عندالمطالبه بودن آن است. این ماده مقرر می‌دارد: «ذی نفع می‌تواند با ارائه ضمانتنامه مبلغ آن را مطالبه کند، مگر آنکه در ضمانتنامه زمان و یا شرایط خاصی برای مطالبه تعیین شود».

۲. برای دیدن نظر مخالف که مشروط بودن را به معنای منوط بودن پرداخت ضمانتنامه به احراز قصور و تخلف اصیل، دانسته است و لزوم ارائه گواهی عدم اجرا، توسط ذی نفع را شرط قلمداد نمی‌کند ر.ک. (محبی، ۱۳۷۵، ص ۸۹).

مطابق ماده ۱۵ یو.آر.دی.جی. ذی نفع برای دریافت مبلغ مقرر در ضمانتنامه عندالمطالبه باید علاوه بر ارائه مطالبه کتبی، اعلامیه‌ای مبنی بر جزئیات قصور اصیل ارائه نماید. این اعلامیه کتبی می‌تواند در ضمن خود مطالبه انجام شود و یا در قالب یک سند جداگانه باشد.^۱ برای مثال در مورد ضمانتنامه حسن اجرا اعلامیه ذی نفع اینگونه است: اصیل در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه قصور ورزیده، به این دلیل که مثلاً در کیفیت کالاهای تحویلی عیوبی وجود دارد یا اجرای قرارداد با تأخیر صورت گرفته است (Rodrigo, 2011, p237).

سوالی که در اینجا مطرح می‌باشد این است که آیا چنین قیدی تأثیری در جلوگیری از مسئله مطالبه من غیر حق دارد یا خیر؟

گواهی قصور صادره از جانب ذی نفع در بهترین حالت می‌تواند به اصیل کمک کند تا قراری مبنی بر منع پرداخت اخذ کند در صورتی که تقاضای پرداخت ذی نفع هیچ مبنایی نداشته باشد. علاوه بر این، گواهی قصور از این اهمیت برخوردار است که ذی نفع از طریق این گواهی به همه طرف‌های مرتبط با ضمانتنامه تضمین می‌دهد که وقایع مذکور در گواهی اتفاق افتاده است. در نتیجه، اگر این گواهی برخلاف واقع باشد تضمین ذی نفع می‌تواند منشأ و مبنایی برای اقامه دعوا تلقی گردد.

در واقع، همانطور که ذی نفع می‌تواند به آسانی برای دریافت من غیر حق براتی صادر نماید، تمایلی هم ندارد که حقایقی را در گواهی اظهار و تأیید نماید که می‌داند در عالم واقع اتفاق نیفتاده است. به همین دلیل، ذی نفعی که بر مبنای گواهی نادرست و متقلبانه مبلغ مقرر را دریافت می‌کند خطر طرح دعوی حقوقی علیه خود را در دادگاه متحمل می‌شود (Mugasha, 2003, p60). وانگهی، این اعلامیه محدودیت‌هایی را بر ذی نفع تحمیل می‌کند. چرا که طبق بند الف ماده ۱۷ یو.آر.دی.جی. ذی نفع مکلف شده است تا ادعای صادقانه‌ای منطبق با تأییدیه نقضش ارائه نماید. در غیر این صورت، اعلامیه نقض ذی نفع مدرک مفیدی دال بر متقلبانه بودن مطالبه ذی نفع قلمداد می‌شود.

در رابطه با تراحم شرط گواهی قصور با اصول حاکم بر ضمانتنامه باید اذعان کرد که این

1. «A demand under the guarantee shall be supported by such other documents as the guarantee specifies, and in any event by a statement, by the beneficiary, indicating in what respect the applicant is in breach of its obligations under the underlying relationship. This statement may be in the demand or in a separate signed document accompanying or identifying the demand».

شرط هیچ تعارضی با اصل استقلال و خصیصه اسنادی ندارد. زیرا بانک در بررسی مطالبه پرداخت و اعلامیه قصور صرفاً به شرایط خود ضمانتنامه توجه خواهد کرد. اگر این اسناد مطابق با شرایط ضمانتنامه ارائه شده باشند بانک ملزم به پرداخت وجه به ذی نفع است بدون اینکه ذی نفع ملزم به اثبات قصور اصیل در اجرای قرارداد پایه باشد. در واقع، بانک هیچ ارتباطی با روابط اصیل و ذی نفع در قرارداد پایه ندارد و اینکه آیا قرارداد پایه به طور کامل اجرا شده یا خیر به تعهد بانک در برابر ذی نفع مربوط نیست.

هرچند شیوه مذکور ایرادات اساسی روش‌های جلوگیری دو بحث قبل را ندارد با این وجود، این مقرر همانگونه که ذکر شد ضمانتنامه عندالمطالبه را برخلاف توافق طرفین تبدیل به یک ضمانتنامه مشروط خواهد کرد. وانگهی ویژگی ذی نفع محور بودن ضمانتنامه در عرصه تجارت بین‌الملل با هرگونه محدودیت حاکم بر ذی نفع چه اساسی باشد چه جزئی سازگاری ندارد.

۲-۴. فرض گواهی ذی نفع مبنی بر قصور اصیل در صورت مطالبه

بند ۳ ماده ۱۵ آنسیترال^۱ شیوه‌ای را برای جلوگیری از مطالبه من غیرحق پیش بینی نموده که بدون داشتن ایرادات سایر طرق مذکور از مزایای آنها در جهت کاهش مطالبه من غیرحق برخوردار است. طبق بند ۳ ماده ۱۵، هرگاه ذی نفع مبلغ ضمانتنامه را مطالبه نماید فرض می‌شود که مطالبه با حسن نیت انجام می‌شود. به عبارت دیگر، این مقرر به جای شرط نمودن ارائه اعلامیه کتبی قصور اصیل توسط ذی نفع مطالبه پرداخت ذی نفع را به معنای تأیید قصور اصیل در اجرای کامل تعهداتش فرض کرده است.^۲

فرض تأیید قصور یا اقرار ضمنی آن به تعبیر ماده ۸۵۲ لایحه جدید تجارت^۳ از یک طرف

۱. کنوانسیون آنسیترال به عنوان یکی از مهم‌ترین اسناد راجع به ضمانتنامه بانکی، با تجمیع قواعد حاکم بر ضمانتنامه‌ها و اعتبار اسنادی تضمینی، تلاش کرده است تا قواعد حاکم بر اعتبارات اسنادی را برای ضمانتنامه‌های مستقل بانکی تدوین نماید (Klein, 2007, p167).

2 (3) The beneficiary, when demanding payment, is deemed to certify that the demand is not in bad faith and that none of the elements referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19 are present.

۳. ماده ۸۵۲ لایحه تجارت مقرر می‌دارد: «تقاضای پرداخت مبلغ ضمانتنامه باید با رعایت شرایط مندرج در ضمانتنامه و این قانون انجام شود. تقاضای پرداخت مبلغ ضمانتنامه به منزله اقرار ذینفع به موارد زیر است: ۱- کلیه اسناد ارائه شده منطبق با مقررات است و هیچ یک از آنها مجعول نیست؛ ۲- هیچ پرداختی درباره اسناد ارائه شده انجام نشده است.»

سبب تغییر نوع ضمانتنامه از عندالمطالبه به مشروط نخواهد شد. زیرا که شرط ارائه هیچگونه سندی در کنار مطالبه بر عهده ذی‌نفع قرار نگرفته، از طرف دیگر، این شیوه در واقع راه حل میانه‌ای است که چهره استثنائی و ثانویه ضمانتنامه را با اصل استقلال و خصیصه اسنادی آن آشتی می‌دهد. چرا که فرض تأیید قصور توسط ذی‌نفع از یک طرف در جهت غایت صدور ضمانتنامه میان طرفین بوده و از طرف دیگر، ضمانتنامه همچنان صرفاً با ارائه مطالبه پرداخت بدون نیاز به هر سند دیگری و فارغ از وقایع خارجی اجرا یا عدم اجرا قابل پرداخت است.

نتیجه‌گیری

مهم‌ترین علت زمینه ساز مطالبه من غیرحق ماهیت ذی‌نفع محور بودن آن است. از یک طرف اصول حاکم بر ضمانتنامه‌های عندالمطالبه مثل خصوصیت اسنادی و اصل استقلال به گونه‌ای عمل می‌کنند که در عرصه تجارت بین‌الملل کفه ترازوی این اسناد را به سود ذی‌نفع سنگین‌تر می‌کند. از طرف دیگر، ماهیت ذی‌نفع - محور بودن ضمانتنامه عندالمطالبه و ریسک‌پذیری بسیار بالای اصیل در فراهم نمودن سازوکار صدور چنین ضمانتنامه‌ای برای ذی‌نفع یکی از واقعیات معمول و رایج عرصه تجارت بین‌الملل و رقابهای تجاری موجود در آن است که اشخاص اعم از پیمانکار یا صادرکنندگان را وادار به اعطای چنین امتیازاتی به طرف مقابل می‌کند.

با این ملاحظات مشخص می‌شود که راه حل ماده ۹ یو.آر.سی.جی. در ارائه رای دادگاه یا داوری برخلاف اصل استقلال و خصیصه اسنادی ضمانتنامه‌های عندالمطالبه است. وانگهی، هدف این ابزارها را که باید در جهت تضمین یک غرامت و جبران مالی سریع عمل کنند، برهم می‌زند و عنصر اساسی آنها را که نقش نقدینگی و آماده‌به‌استفاده بودن است را مختل می‌کند. به دلیل وجود همین ماده، یو.آر.سی.جی. ضمانتنامه‌ای را پیش‌بینی می‌کند که در عرصه تجارت بین‌الملل، کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد که نتیجه مستقیم آن در معاملات تجاری، در انزوا قرار گرفتن مقررات یو.آر.سی.جی. به دلیل ناسازگاری با واقعیات موجود در عرصه تجارت بین‌الملل است.

علاوه بر این، راه حل ماده ۱۵ یو.آر.دی.جی. که ذی‌نفع را برای دریافت مبلغ اعتبار در ضمانتنامه عندالمطالبه ملزم به ارائه اعلامیه‌ای مبنی بر جزئیات قصور اصیل در اجرای قرارداد پایه



می‌کند، ضمانتنامه عندالمطالبه را برخلاف توافق طرفین تبدیل به یک ضمانتنامه مشروط خواهد کرد. وانگهی ویژگی ذی‌نفع محور بودن ضمانتنامه در عرصه تجارت بین‌الملل با هرگونه محدودیت حاکم بر ذی‌نفع چه اساسی باشد چه جزئی سازگاری ندارد.

هرچند فرض تأیید قصور یا اقرار ضمنی در بند ۳ ماده ۱۵ آنسیترال بدون داشتن ایرادات سایر شیوه‌ها از مزایای آنها در جهت کاهش مطالبه من غیرحق برخوردار است و برای اخذ دستور موقت از دادگاه مبنی بر منع بانک از پرداخت یا در صورت پرداخت حکم دادگاه مبنی بر استرداد مبلغ پرداختی مفید است اما، نمی‌تواند به‌طور کامل مانعی عملی برای جلوگیری از مطالبه من غیرحق گردد.

منابع

فارسی

اخلاقی، بهروز، (۱۳۸۶)، «بحثی پیرامون ضمانتنامه های بانکی». مجله کانون و کلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹.

اشمیتوف، کلا یو ام، (۱۳۹۰)، *حقوق تجارت بین الملل*. ترجمه: بهروز اخلاقی و دیگران، ج دوم، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم.

افتخار، جهرمی، گودرز و تفرشی محمد عیسایی و شهبازی نیا مرتضی، (۱۳۸۰)، «تحول نظام حقوقی ضمانتنامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین المللی». فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۵، شماره ۴.

سلطانی، محمد، (۱۳۹۰)، *حقوق بانکی*، تهران: انتشارات میزان.
شهبازی نیا، مرتضی، (۱۳۸۶)، «انتقال و توثیق ضمانتنامه مستقل بانکی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۵۱.

_____، (۱۳۸۳)، «شیوه های پرداخت ضمانتنامه های بانکی و ماهیت اسنادی آنها»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره سوم.

_____ و تفرشی محمد عیسایی، (۱۳۸۲)، «استقلال ضمانتنامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین المللی»، نامه مفید، شماره ۳۷.

غمامی، مجید، (۱۳۷۸)، «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانتنامه بانکی»، فصل نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴.

فتحی پور، علی، (۱۳۶۹)، «ضمانت در معاملات بین المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۳.

کاشانی، محمود، (۱۳۷۴-۱۳۷۵)، «ضمانتنامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷.

کاشی زاده، هدی، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی تعهدات ذی نفع و گشاینده اعتبار اسنادی در برابر یکدیگر در عرف ها و رویه های متحدالشکل اعتبارات اسنادی و ماده ۵ قانون تجارت متحدالشکل ایالات متحده امریکا»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، سال بیست و ششم، شماره ۴۰.

لاریا ایمانوئل تیو. (۱۳۸۵)، «روش‌های پرداخت ثمن»، ترجمه: ماشاءالله بنا نیاسری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۴.

مافی، همایون و فلاح مهدی، (۱۳۹۲)، «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره دوم.

محبی، محسن، (۱۳۸۴)، «حل و فصل دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال چهارم، شماره هفتم.

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

_____، (مترجم)، (۱۳۶۴)، «تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره دوم.

یانگ گائو ایکس و بوکلی روس پی. (۱۳۸۵)، «ماهیت حقوقی ویژه و منحصر به فرد اعتبارات اسنادی»، ترجمه: ماشاءالله بنا نیاسری، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵.

لاتین

Baxter L.F.G., (1989), *International banking and Finance*, Toronto, Carswell.

Bertrams Reoland, (1996), *Bank Guarantees in International Trade*, 2nd edition, Kluwer Law International The Hague - London Boston.

Del Busto Charles (ed.), (1993), *UCP 500 & 400 Compared*, ICC Publication No. 511.

Dolan John F., (1988), "Letter-Of-Credit Disputes Between the Issuer and Its Customer", 105 *Bank Law Journal*.

_____, (1985), "Standby Letters of Credit and Fraud", 7 *Cardozo Law Review*.

_____, (1997), "The UN Convention on Independent Bank Undertakings: Do States with Mature Letter of Credit Regimes Need It?", 13 *Banking & Finance Law Review*.

Grath Amders, (2008), *The Handbook of International Trade and Finance*, Kogen page limited, London and Philadelphia.

Hinkelman Edward G., (2003), *A Short Course in International Payments*, World Trade Press.

Hsu Chung-Hsin, (2006), "The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit", *National Taiwan University Law Review*.

Kelly-louw Michelle, (2008), *Selective Legal Aspect of Bank Guarantees*, University of South Africa.

Klein Carter H., (2007), "Standby Letter of Credit Rules and Practices Misunderstood or Little Understood by Applicants and Beneficiaries", *Uniform Commercial Code Law Journal*, Volume 40, No. 2.

Knezevic Mirjana and Lukie Alexander, (2012), "Bank Guarantees and Their Representation in Bank Business Activities (Parallel Legal Presentation, Economic Insights-Trends and Challenges)", *Economic Insights- Trends and Challenges*, Vol. LXIV, No.1.

McLaughlin Gerald T., (1993), "Standby Letters of Credit and Guaranties: An Exercise in Cartography", *William and Mary Law Review*, Volume 34, Issue 4.

Mugasha Agasha, (2003), *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Federation Press.

Nemes Vasile, (2012), "Bank Guarantees", *LESIJ*, No. XIX, Vol. 2.

Nielsen Jens and Nicolai, (2000), "Standby Letters of Credit and the ISP 98: A European Perspective", *16 Banking & Finance Law Review*.

Penn G., (1986), "On-demand Bonds-Primary or Secondary Obligations?" *4 Journal of International Banking Law*.

Pierce Anthony, (1993), *Demand Guarantee in International Trade*, Sweet and Maxwell.

Rodrigo Thanuja, (2011), "Mitigating the Risk of Unfair Calling on Demand Guarantees in the Sri Lankan Market", *8 Macquarie J. Bus. L.* 222.

Stern Michael, (1985), "The Independence Rule in Standby Letters of Credit", *52 University of Chicago Law Review*.

Verkuil Paul R.,(1973),"Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit", *25 Stanford Law Review*.

Wood Jeffrey,(2008), "Drafting Letters of Credit: Basic Issues under Article 5 of the Uniform Commercial Code, UCP 600 & ISP98", *The Banking Law Journal* 103.