

دکتر محمود کاشانی

ضمانت نامه بانکی

100

ضمانت نامه بانکی^۱ یکی از ابزارهای رایج بانکی در روابط حقوقی و قراردادی در حقوق داخلی و بازرگانی بین المللی است. کاربرد مؤثر این ضمانتها و نقش مؤثری که بانک در پرداخت آنها انجام می دهد، موجب گسترش موارد به کارگیری آنها گردیده است. ضمانت نامه بانکی یک پدیده حقوقی نو می باشد. هر چند نزدیک ترین ارتباط را در قراردادهای ویژه، با ضمان عقدی دارد، با این حال قواعد آن را نمی توان از قواعد سنتی عقد ضمان بدست آورد. پیدایش ضمانت نامه بانکی به طور طبیعی وابسته به پیدایش بانک و نقش روزافزونی است که بانکها در زمینه های اقتصادی و حقوقی به عهده گرفته اند. بنابراین می توان گفت ضمانت نامه های بانکی پیش از هر چیز زاییده عرف بازرگانی داخلی و بین المللی است بسیاری از کشورهایی که قوانین مدون و پیشرفته ای در زمینه های مختلف اجتماعی دارند، در این زمینه قانونگذاری مهمی ندارند

۱. ضمانت، در لغت به معنی مرض ملازم و در حال پیشرفت است. ضمانت، نیز به همین معنی است و اصطلاح «مرض مزمن» از ریشه آن است (المنجد، ص ۴۷۰). ولی در عرف بانکی و حقوقی زبان پارسی، واژه ضمانت و ضمانت نامه به معنی ضمان به کار رفته و رایج گردیده است. بهتر است قانون بانکها با یک بخشنامه، واژه ضمان بانکی یا یک واژه پارسی نورا جایگزین آن سازد.

و قواعد حقوقی ضمانت نامه های بانکی را بر پایه عملکردهای بانکی و رویه قضایی استوار ساخته اند. در حقوق ایران نیز این پدیده از چند دهه اخیر تاکنون وارد عملکردهای بانکی و بویژه قراردادهای خارجی گردیده است. در قراردادهای متعددی که در سالهای قبل از انقلاب در ایران با پیمانکاران و شرکتهای خارجی بسته شده است در اکثر موارد از انواع مختلف ضمانت نامه بانکی استفاده شده و همین قراردادهای زمینه اصلی بحثهای حقوقی مربوط به ضمانت نامه های بانکی می باشند.

ضمانت نامه های بانکی که به منظور تضمین تعهدات قراردادی و قانونی از طرف بانکها صادر می شوند، موضوع اصلی این بحث می باشد ولی به جهت ارتباط تنگاتنگی که این ضمانتها از نظر بانکی با «اعتبارات اسنادی» دارند توضیح مختصری در زمینه «اعتبارات اسنادی» ضرورت دارد تا همسانی ها و جدایی های این دو سند بانکی از یکدیگر بهتر شناسایی شوند. کاربرد مؤثر ضمانت نامه های تضمینی، در قراردادهای ساختمانی بیش از سایر رشته های قراردادی است. یک بررسی آماری که از طرف فدرال رزرو، کارگزار مالی دولت ایالات متحده امریکا، صورت گرفته است نشان می دهد که در ۳۰ سپتامبر ۱۹۷۸، یازده بانک اصلی امریکایی، به طور تقریبی مبلغ پنج میلیارد و ششصد میلیون دلار ضمانت نامه بانکی معتبر، به نفع مؤسسات ذی نفع خارجی داشته اند که مربوط به تضمین حسن انجام تعهدات ناشی از قراردادهای ساختمانی بوده است.^۲ در ایران نیز رقم کلی ضمانت نامه های تضمینی که در قراردادهای پیمانکاری و سایر قراردادهای با شرکتهای و مؤسسات خارجی در سالهای قبل از انقلاب وجود داشته به رقمی در حدود ۵۰۰ میلیون دلار تخمین زده شده است.^۳

این ارقام نشان دهنده اهمیت این پدیده حقوقی و بانکی است که در

2. CARL I: CABLE JR. Law and policy in international business, vol 12, stand by Letters of Credit in: Nomancature has confounded analyses, p. 913.

۳. شرکت جی تی ای بین المللی در لایحه مورخ ۲۹ اوت ۱۹۸۳ که در پرونده الف ۱۶ به هیأت عمومی دیوان داوری ایران و امریکا تسلیم کرد، رقم کلی تعداد ۲۳۰ ضمانت نامه بانکی ایران را که از سوی

مورد آن قانونگذاری مهمی در حقوق ایران وجود ندارد و به طور عمده متکی بر قواعد یکنواخت اعتبارات اسنادی است که از سوی اتاق بازرگانی بین المللی تدوین گردیده است. با وقوع انقلاب در ایران، بحران بزرگی در روابط سیاسی و مالی ایران با کشورهای اروپایی و آمریکا در زمینه انبوهی از قراردادهای پیمانکاری و پروژه های گوناگون و قراردادهای خرید و فروش کالا و خدمات به وجود آمد و بحثهای حقوقی فراوانی در زمینه ضمانت نامه های مربوط به این قراردادها در دادگاههای اروپایی و آمریکایی و سپس در دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا مطرح شد. بررسی رویه های قضایی مراجع مزبور شناخت بیشتری در به کارگیری این ابزار بین المللی برای حقوقدانان کشور ما فراهم می سازد. همچنین می تواند به برطرف ساختن بخشی از کمبودهای قانونی و ابهامهای فراوانی که در روابط مردم و بانکها و نیز در دادگاهها وجود دارد کمک کند. بنابراین در بخش اول این نوشته، قواعد عمومی ضمانت نامه های بانکی و در بخش دوم مسائل حقوقی ضمانت نامه های ایران را مورد بررسی قرار می دهیم.

اصطلاحاتی که در عرف حقوقی و بانکی در مورد اشخاص طرف این ضمانت نامه ها به کار می روند چنین است:

- ذی نفع، شخصی است که ضمانت نامه به سود او صادر می شود و در انگلیسی The Beneficiary و در فرانسه Le beneficiaire گفته می شود.
- دستور دهنده، شخصی است که بانک به دستور او ضمانت نامه صادر می کند و در انگلیسی به او گاه طرف حساب Account party و گاه اصیل The principal و در فرانسه Le Donneur d'ordre گفته می شود.

- بانک ضامن، یا صادر کننده ضمانت نامه که به او The Guarantor یا The Issuing bank گفته می شود.

- قرارداد پایه، که ضمانت نامه در ارتباط با آن صادر می شود و در

بانکهای آمریکایی صادر شده اند به حدود یک میلیارد دلار برآورده کرده است. (صفحه ۱۰ متن

انگلیسی).

انگلیسی underlying contract یا underlying transation و در فرانسه Contrat de base گفته می شود.

درخواست پرداخت یا مطالبه ضمانت نامه، در انگلیسی Call یا

claim و در فرانسه Appel de la garantie گفته می شود.

منابعی که در این نوشته از آنها بهره گرفته شده چنین است:

1. philippe Simler

Juris classeur civil, Notarial Répertoire, Garanties Autonomes,

بخش ۸، پیوست ضمان عقدی، مواد ۲۰۱۱ و ۲۰۴۳ قانون مدنی

فرانسه نوشته آقای فیلیپ سیملر، استاد دانشکده حقوق استراسبورگ،

سال ۱۹۹۰، انتشارات Editions Techniques.

در این بخش به تفصیل از نظرات حقوقدانان، مقالات حقوقی و رویه

قضایی فرانسه بحث شده و چکیده ای از آن در این نوشته آمده است.

2. mark P. Zimmet

Standby letters of credit. in Iran Litigation Two hundred problems
in Search of a Solution, Law and policy in international business.

جلد ۱۶ - ۱۹۸۴.

3. George Kimball and Barry A. sanders preventing wrongful
payment of Guaranty letters of credit- lessons from IRAN, The
Business Lawyer

فوریه ۱۹۸۴.

4. Iran- U.S. claims Tribunal Reports

جلدهای یکم تا ۲۵.

5. Carl I. Gable. JR. Standby letters of credit, Nomenclature has
confounded Analysis

Law and policy in international Business

جلد ۱۲ سال ۱۹۸۰ - شماره ۳.

6. Herbert A. GETZ

enjoining The international standby letters of credit, The Iranian
letters of credit, Harvard International Law Journal, 1980 Vol 21.

7. S.J. Whittaker

Chitty on Contracts, specific contracts.

۸. لوایح شرکت جی تی ای بین المللی، تسلیم شده به دیوان داوری

ایران و آمریکا، در تاریخ‌های ۱۵ آوریل ۱۹۸۳ و ۲۹ اوت ۱۹۸۳ متن انگلیسی.

9. Uniform rules for contract guarantees,

نشریه شماره ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی.
۱۰. قوانین، آرای دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری.

بخش یکم

قواعد عمومی ضمانت‌نامه‌های بانکی

۱- تعریف ضمانت‌نامه

در قراردادهای پیمانکاری و به طور کلی در مواردی که شخصی انجام کاری را به موجب قرارداد به عهده می‌گیرد، کارفرما برای اطمینان از انجام درست تعهد و یا انجام کار در موعد مقرر و یا استرداد پیش پرداخت از پیمانکار یا متعهد، درخواست یک ضمانت‌نامه بانکی می‌کند. پیمانکار نیز به منظور به دست آوردن موافقت کارفرما در امضای قرارداد ضمانت‌نامه‌ای به مبلغ و شروط مورد توافق که از سوی یک بانک معتبر صادر می‌شود به کارفرما تسلیم می‌کند.^۱ سادگی صدور ضمانت‌نامه از سوی بانکها و تعهد فسخ ناپذیر بانک صادرکننده در پرداخت وجه آن، ضمانت‌نامه را به صورت یک ابزار پرداخت اطمینان بخش در سراسر جهان درآورده است. ضمانت‌نامه بانکی در اصل یک شیوه معمول برای پرداخت بهای کالا بوده است ولی سپس به گونه‌ای روزافزون در زمینه تضمین انجام قرارداد به کار گرفته شد.^۲

فرهنگ حقوقی «بلاک»، در تعریف اینگونه ضمانت‌نامه‌های

بانکی چنین می‌گوید:

۴. در حقوق انگلیس و آمریکا اصطلاح، performance guarantee و performance bond، و standby letters of credit در حقوق فرانسه اصطلاح garanties autonomes درباره ضمانت‌نامه بانکی

تضمینی به کار رفته است.

۵. Mark P. Zimmet، ضمانت‌نامه‌های بانکی در دعاوی ایران، مجله حقوق و سیاست در بازرگانی

بین‌المللی، جلد ۱۶، سال ۱۹۸۴.

«ضمانت نامه بانکی، گونه ای تضمین قراردادی است که در برابر زیان ناشی از ناتوانی و یا خودداری پیمانکار از انجام تعهداتش (طرف دیگر را) پشتیبانی می کند. چنین ضمانت نامه هایی معمولاً در پروژه های ساختمانی دولتی خواسته می شود».^۵

تعریف کامل تری در این زمینه در حقوق فرانسه ارائه شده است. یکی از مؤلفین در تعریف ضمانت نامه بانکی تضمینی می گوید:

«ضمانت نامه مستقل، تعهد پرداخت مبلغ معینی وجه نقد است که در رابطه با یک قرارداد پایه و به عنوان تضمین اجرای آن داده می شود. این ضمانت نامه، یک تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمین را تشکیل می دهد و دارای این ویژگی است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه، نسبت به این تعهد، قابل استناد نیست».^۶

با توجه به این تعاریف می توان گفت، ضمانت نامه بانکی یک تعهد قراردادی است که بانک تعهد پرداخت آن را می کند و هدف از آن پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به پیمانکار است، در صورتی که بدهکار (متعهد، پیمانکار و مانند آنها) از انجام تعهدی که بر پایه قرارداد با پیمانکار پذیرفته است کوتاهی کند. ویژگی این ضمانت نامه های بانکی این است که بانک به محض درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه از طرف ذی نفع، مکلف به پرداخت است حتی اگر قرائن و اوضاع و احوال نشان دهند که بدهکار اصلی طرف قرارداد، از انجام تعهد خود کوتاهی نکرده و یا آنکه خود ذی نفع طبق قرارداد قصور و کوتاهی کرده است. به همین مناسبت گاهی اینگونه ضمانت نامه را، «ضمانت نامه اولین درخواست»، نامیده اند.^۷

6. "performance bond: Type of contract bond which protects against loss due to the inability or refusal of a contractor to perform his contract. such are normally required on public construction projects".

۷. Juris classeur civil, ش ۱

"une garantie autonome est un engagement de payer une certaine somme, pris en consideration d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garantie et caracterisé par l'irrévocabilité des exceptions tirées de ce contrat".

۸. Chitty on contracts, قراردادهای ویژه، ش ۴۴۰۷. اصطلاح first demand guarantees در حقوق

انگلیس در مورد ضمانت نامه بانکی به لحاظ همین ویژگی به کار رفته است.

۲- تعریف اعتبار اسنادی

اعتبار اسنادی نیز نوعی ضمانت نامه بانکی است. در تعریف آن گفته شده است:

«اعتبار اسنادی عبارت از التزام صادرکننده اعتبار، که معمولاً یک بانک است و به صورت اعتبار به تقاضای مشتری بانک گشایش می شود و بانک را مکلف می سازد به شرط رعایت شرایط مقرر در اعتبار اسنادی از جانب ذی نفع، وجه مذکور در اعتبار اسنادی را به ذی نفع یا به حواله کرد وی پرداخت کند».

اعتبار اسنادی روش جاری پرداخت در قراردادهای بین المللی فروش کالا و خدمات است. هنگامی که خریدار و فروشنده در دو کشور مختلف اقامت دارند، از جهت تسلیم مبیع و پرداخت ثمن به یکدیگر دسترسی ندارند، برای حل این مشکل از بانکهای دو کشور به منظور پرداخت ثمن و تسلیم مبیع یا اسناد و مدارک مالکیت مبیع بهره گرفته می شود، امروزه با افزایش مبادلات بین المللی، از اعتبارات اسنادی به عنوان یک وسیله مؤثر برای پرداخت ثمن و تسلیم مبیع استفاده می شود. فروشنده ای که در کشور دیگری غیر از محل اقامت خریدار است اگر کالا را به امید پرداخت ثمن از طرف مشتری حمل و ارسال کند با خطر از دست دادن کالا و عدم دریافت ثمن مواجه می شود و هرگاه خریدار از پرداخت ثمن خودداری کند فروشنده باید در دادگاه محل اقامت خریدار که برای او بیگانه است اقامه دعوی کند. خریدار نیز اگر به پرداخت ثمن مبادرت کند، ممکن است با خطر عدم تسلیم مبیع از طرف فروشنده مواجه گردد و صرف اقامه دعوی در دادگاههای محل اقامت فروشنده که برای او بیگانه است، چاره کافی برای او نخواهد بود. ولی با به کار گرفتن شیوه اعتبار اسنادی این خطرات برطرف می شوند، در واقع بانکها با پذیرش نوعی نمایندگی از طرف

اتاق بازرگانی بین المللی (I.C.C) قواعد مربوط به ضمانت نامه های تضمینی را در نشریه شماره

۳۲۵ مدون کرده است. عنوان این قواعد چنین است:
Uniforme rule for contract guarantees, ICC publication, no 325.

خریدار و فروشنده عمل پرداخت ثمن و تسلیم مبیع را به عهده می گیرند.^۹

۳- مستند قانونی

در حقوق ایران، ضمانت نامه بانکی تضمینی، نخست در معاملات دولتی رایج گردید و در مواد ۱۱ و ۴۱ آیین نامه معاملات دولتی مصوب ۱۳۲۹/۱۲/۲۷ و سپس در ماده ۳۲ شرایط عمومی پیمان پیش بینی شد. مستند قانونی این ضمانت نامه ها قانون پولی و بانکی کشور مصوب تیرماه ۱۳۵۱ و تصمیمات شورای پول و اعتبار می باشد.^{۱۰} همچنین بند ۱۵ ماده یک قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۲۸ شهریور ۱۳۶۲ به طور صریح صدور این ضمانتها را از طرف بانکها تجویز کرده است. امروزه دامنه اینگونه ضمانت نامه ها گسترش یافته و در روابط غیرقراردادی مانند تضمین حقوق و عوارض گمرگی نیز از این ابزار بانکی بهره برداری می شود.^{۱۱} بدین ترتیب از نظر قانونی، چنین ضمانت نامه هایی صحیح و

۹. اصطلاح «اعتبار اسنادی» ترجمه تحت اللفظی اصطلاح انگلیسی Letters of credit می باشد. مقررات مربوط به اعتبارات اسنادی توسط اتاق بازرگانی بین المللی "ICC" تحت عنوان «مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی "Uniform customs and practice for documentary credits" تدوین گردیده است. آخرین مجموعه از این دست، نشریه شماره ۵۰۰ اتاق بازرگانی بین المللی است که از سال ۱۹۹۳ لازم الاجرا گردیده است. اکثر بانکهای کشورهای گوناگون به آن پیوسته اند و در واقع نمودار عرف بانکی بین المللی در این زمینه است. مجموعه ۴۰۰ در ۹ مهرماه ۱۳۶۳ (اول اکتبر ۱۹۸۴) در ایران مورد تأیید شورای عالی بانکها قرار گرفته و به کلیه بانکهای کشور ابلاغ شده است. متن انگلیسی و ترجمه فارسی این مقررات در «مجله حقوقی دفترخدمات حقوقی بین المللی» شماره هفتم، ص ۲۵۹ به بعد منتشر گردیده است.

۱۰. به موجب بند ب ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب تیرماه سال ۱۳۵۱:

«تشخیص عملیات بانکی با شورای پول و اعتبار است».

شورای پول و اعتبار نیز در جلسه مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها را در جلسه ۴۸۲ به تصویب رسانیده است.

۱۱. از جمله بند ۱ ماده ۱۳۵ آیین نامه اجرایی قانون امور گمرگی مقرر می دارد:

«در مورد کالای مجاز که موقتاً وارد می گردد، مبلغی معادل حقوق گمرگی و سود بازرگانی و عوارض

معتبر هستند و مشکلی از جهت توجیه اعتبار قانونی آنها وجود ندارد. با این حال شناخت ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی دارای اهمیت است تا در صورت پیدایش اختلاف بتوان در مورد آن تصمیم گیری کرد که در بحثهای آینده به آن می پردازیم.

۴- اقسام ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه های بانکی امروزه در موارد گوناگون کاربرد دارند. موارد رایج و اصلی آن در قراردادهای چنین است:^{۱۲}

الف- ضمانت نامه حسن انجام کار: performance guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به کارفرما یا ذی نفع به طور کلی، در صورت کوتاهی پیمانکار یا متعهد از انجام درست تعهدات قراردادی.^{۱۳}

→ که به واردات قطعی آن کالا تعلق می گیرد به علاوه حداکثر جریمه احتمالی نقدی و یا با تضمین بانکی». ماده ۴۱ آیین نامه معاملات شرکت ملی انبارهای عمومی و خدمات گمرگی ایران مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۰ نیز دریافت ضمانت نامه بانکی را به عنوان سپرده شرکت در مناقصه یا مزایده و یا تضمین حسن انجام معامله، بلامانع دانسته است.

همچنین ماده ۱۸ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک، مورخ ۱۳۷۲/۹/۱ مقرر می دارد: «در صورتی که وجه چک در بانک تأمین نشده باشد مرجع رسیدگی مکلف است وجه الضمان نقدی یا ضمانت نامه بانکی (که تا تعیین تکلیف نهایی معتبر باشد) معادل وجه چک یا قسمتی از آن که مورد شکایت واقع شده از متهم اخذ نماید».

۱۲. قانون بانکهای ایران در سال ۱۳۵۵ اقسام ضمانت نامه های بانکی و فرم آنها را به فارسی و انگلیسی تهیه کرده و در مجموعه قوانین و آیین نامه های بانکی، صفحات ۶۳ تا ۷۹ منتشر کرده است. همچنین مقررات یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی، نشریه ۳۲۵، اتاق بازرگانی بین المللی، تعریف جامع تری از هر یک ضمانت نامه حسن انجام کار، استرداد پیش پرداخت و شرکت در مناقصه در ماده ۲ ارائه کرده است.

۱۳. اصطلاح حقوقی فرانسه آن *Garantie de bon fin* می باشد.

ب - ضمانت نامه استرداد پیش پرداخت: Repayment guarantee یا Advance payment guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به کارفرما یا ذی نفع، در صورت کوتاهی پیمانکار یا متعهد از بازپرداخت هر مبلغی که از پیش از سوی کارفرما به وی پرداخت شده است.^{۱۲}

ج - ضمانت نامه شرکت در مناقصه Tender guarantee

تعهدی است از سوی بانک به پرداخت مبلغ معینی وجه نقد در برابر طرفی که اشخاصی را برای شرکت در یک مناقصه یا مزایده دعوت کرده است در صورت کوتاهی برنده مناقصه یا مزایده از انجام تعهداتی که در پیشنهاد تسلیم شده خود به عهده گرفته است.

برای تسهیل صدور این قبیل ضمانت نامه ها، فرمهایی به زبان فارسی و انگلیسی توسط کانون بانکها تدوین گردیده که در هر مورد به عنوان الگو مورد استفاده بانکهای مختلف کشور قرار می گیرد. برای مثال فرم مربوط به ضمانت نامه حسن انجام کار یا حسن انجام قرارداد که به نفع مؤسسات دولتی مورد استفاده قرار می گیرد به شرح زیر است.

ضمانت نامه

«نسبت به اجرای تعهداتی..... که به موجب قرارداد.... شماره مورخ..... به عهده گرفته است بدین وسیله بانک ملی ایران شعبه..... متعهد می گردد در صورتی که.... به صرف مطالبه و اعلام کتبی آن مبنی بر قصور در انجام تعهدات مربوط بدون اینکه نیازی به اقامه دلیل باشد در وجه آن پردازد. این تعهد نامه تا آخرین ساعت اداری روز.... معتبر بوده و پس از آن به خودی خود از درجه اعتبار ساقط خواهد بود.

به تاریخ.... ماه یکهزار و سیصد و.... شمسی

بانک ملی ایران شعبه....

۱۲. اصطلاح حقوقی فرانسه آن Garantie de restitution d'acompte می باشد.

این نوع ضمانت نامه که به درخواست پیمانکار از طرف بانک صادر می شود، به هنگام امضا و مبادله اسناد قرارداد تحویل کارفرما می شود. به موجب این ضمانت نامه، بانک تعهد پرداخت مبلغی وجه نقد را به عنوان تضمین حسن انجام تعهدات پیمانکار در مقابل کارفرما می کند. در صورتی که پیمانکار از انجام تعهدات قراردادی خود قصور کند، بانک وجه ضمانت نامه را با اعلام قصور پیمانکار از طرف کارفرما به وی پرداخت می کند.

۵- رابطه بانک و دستوردهنده

بانکها معمولاً با گرفتن وثیقه هایی از شخص دستوردهنده که می تواند سپرده نقدی باشد و بستگی به میزان اعتبار وی نزد بانک دارد، این نوع ضمانت نامه ها را صادر می کنند. بنابراین هرگاه بانک ناگزیر از پرداخت مبلغ مذکور در ضمانت نامه به ذی نفع گردد، به نوبه خود می تواند خسارات خود را از متعهد دریافت کند. همچنین در صورتی که بانک بنا به اعتبار شخص دستوردهنده یا پیمانکار برای او ضمانت نامه صادر می کند درصدی به عنوان بهره یا کارمزد برحسب مدت ضمانت نامه از وی دریافت می کند. در موردی که سپرده نقدی کمتر از میزان ضمانت نامه است بانکها برای صدور ضمانت نامه کارمزد یا بهره ای معادل ۲ درصد در سال نسبت به مازاد سپرده نقدی از متقاضی صدور ضمانت نامه دریافت می کنند. این کارمزد در سالهای پس از انقلاب به ۳ درصد افزایش داده شد که مورد اعتراض سندیکای شرکتهای ساختمانی قرار گرفت. این سندیکا دادخواستی به دیوان عدالت اداری تسلیم کرد که به اعتبار صلاحیت رسیدگی به موضوع به هیأت عمومی دیوان ارجاع گردید. سندیکای شرکتهای ساختمانی در دادخواست خود می گوید: در مواد ۳۴ و ۳۵ و ۳۶ شرایط عمومی پیمان، مقرر گردیده که شرکتهای ساختمانی در زمان انعقاد قرارداد مربوط به اجرای پروژه های عمرانی، ضمانت نامه هایی برای تضمین انجام تعهدات و حسن اجرای کار و استرداد پیش پرداخت از بانکهای کشور اخذ و به کارفرما تسلیم نمایند. کارمزد

صدور ضمانت نامه های مزبور تا اوایل پیروزی انقلاب اسلامی براساس تعرفه عمومی بانکها، مبلغی حداکثر تا ۲ درصد مبلغ ضمانت نامه در سال بود که توسط بانک صادرکننده ضمانت نامه محاسبه و از متقاضی دریافت می شد... ولی بانکهای کشور، عدم توجه بانک مرکزی به وظایف قانونی خود را مغتنم شمرده و پا را فراتر نهادند و نرخ کارمزد صدور ضمانت نامه را که قبل از تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا به موجب مصوبه شورای عالی بانکها ۲ درصد تثبیت شده بود به ۳ درصد افزایش دادند.

اداره حقوقی بانک مرکزی، طی نامه مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۳۰ اعلام داشته است: بانک مرکزی با استفاده از اختیار مصرح در بند ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور می تواند با تصویب شورای پول و اعتبار، حداقل و حداکثر کارمزد دریافتی و پرداختی بانکها را تعیین نماید. نظربه اینکه در طی سالهای اخیر، بانک مرکزی از این اختیار خود استفاده ننموده است، بانکها نرخ کارمزد ضمانت نامه ها را تغییر داده اند و شورای پول و اعتبار، این اقدام بانکها را در جلسه مورخ ۱۳۶۹/۵/۲۰ مورد تأیید و تنفیذ قرار داده است.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۱۵ پس از رسیدگی به دعوی و توجه به اظهارات طرفین، با اکثریت آراء، تنفیذ انجام شده در مورد افزایش ۲٪ مبلغ ضمانت نامه در سال را به ۳٪ کارمزد قبل از مهرماه ۶۹ و همچنین سرایت میزان ۳٪ کارمزد به تاریخ بعد از مهرماه ۱۳۶۹ را خلاف قانون تشخیص داده و حکم بر ابطال این دو مورد را صادر و اعلام نموده و نسبت به قسمت سوم یعنی تنفیذ شورای پول و اعتبار را در مدت دو ماه، قانونی تشخیص و از اختیارات بانک مرکزی تشخیص نمود.^{۱۵}

۶- ضمانت نامه مطلق و ضمانت نامه مشروط

چون اصل کلی، آزادی قراردادهاست، بنابراین تعیین شکل و شروط

۱۵. برای آگاهی از اظهارات طرفین می توان به مجموعه قوانین، روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۰، صفحات ۵۵۶ تا ۵۶۰ رجوع کرد.

ضمانت نامه در اختیار طرفین آن است. چارچوبی که در همه ضمانت نامه وجود دارد مبلغ و مدت اعتبار آن است. طبیعت ضمانت نامه بانکی این است که بی قید و شرط باشد به همین جهت بیشتر ضمانت نامه ها اینگونه هستند. با این حال برای آنکه ذی نفع ضمانت نامه نتواند درخواست پرداخت آن را به گونه نادرست انجام دهد، شرطهای گوناگونی را می توان پرداخت آن را به گونه نادرست انجام دهد، اگر ذی نفع، آمادگی پذیرش مدارک و گواهی اشخاص مستقل دیگر را به عنوان شرط پرداخت ضمانت نامه نداشته باشد، کمترین شرط می تواند این باشد که برای نمونه در قرارداد پیمانکاری یکی از کارمندان شرکت کارفرما که نام و هویت او در ضمانت نامه نوشته می شود کوتاهی طرف قرارداد را از انجام تعهدات او بر طبق بندهای قرارداد گواهی کند.^{۱۶} همچنین برای اطمینان از صحت درخواست پرداخت ممکن است شرط شود این درخواست از طریق یک نامه سفارشی انجام گیرد و یا آنکه صحت امضا به گواهی یک بانک برسد.^{۱۷}

همچنین ممکن است یک ضمانت نامه بانکی بی آنکه استقلال خود را از دست بدهد مشروط به ارائه پاره ای از مدارک یا گواهی ها گردد. این مدارک موجب می گردد خطر به کار انداختن ضمانت نامه بی قید و شرط کمتر شود. این مدارک ممکن است از سوی خود شخص ذی نفع، صادر شوند. مانند فاکتورها و صورت حسابهای پرداخت نشده به گونه ای که این اسناد بستانکاری ذی نفع ضمانت نامه را اثبات کند و یا لااقل آن را مقرون به حقیقت سازد. این مدارک ممکن است از سوی اشخاص دیگر صادر شوند. مانند گزارش یک حسابرس مستقل، گزارش یک بازرس مستقل، ارائه حکم دادگاه یا تصمیم یک دیوان دآوری که در آن کوتاهی طرف قرارداد از انجام تعهد تصریح شده باشد.^{۱۸}

به هر حال هرگونه شرط یا مدرکی که ارائه آن در ضمانت نامه پیش بینی شده است باید جزییات آن در متن ضمانت نامه به روشنی ذکر

۱۶. George Kimball and Barry A. Sanders، همان منبع، ص ۲۳۷.

۱۷. Jur is classeur civil، همان بخش، ش ۱۰۵.

۱۸. George Kimball، همان منبع، ص ۲۳۶.

شود. هر مدرک یا گواهی اضافی که در متن ضمانت نامه خواسته می شود مسأله مطابقت یا عدم مطابقت را مطرح می سازد که بانک باید آن را به گونه مضیق کنترل کند. روش بانکها این است که هرگونه بی دقتی و یا عدم مطابقت را موجب خودداری از پرداخت به حساب می آورند. پرداخت ضمانت نامه هم بر پایه مدارکی که مطابق شروط ضمانت نامه نیست موجب مسؤولیت بانک می گردد.^{۲۰}

۷- ضمانت نامه با درخواست موجه^{۲۱}

در بیشتر ضمانت نامه های بی قید و شرط، اعلام کوتاهی پیمانکار از انجام تعهد یا اعلام تسلیم نشدن کالا و مانند آن به عنوان مقدمه یا شرط درخواست پرداخت ضمانت نامه شناخته می شود. در این مورد ارائه هیچ دلیل و مدرکی از سوی ذی نفع برای احراز کوتاهی طرف قرارداد لازم نیست. همین بس که ذی نفع در درخواست پرداخت خود بگوید که پیمانکار یا طرف قرارداد، تعهدات خود را انجام نداده یا کالاها را در زمان سودمند تسلیم نکرده یا کالاهای تسلیم شده دارای کیفیت بدی هستند. بانک صادر کننده ضمانت نامه هم حق خواستن هیچگونه مدرکی را برای اثبات این ادعاها یا انجام بررسی هایی را ندارد.^{۲۲} جدایی اینگونه ضمانت نامه از ضمانت نامه هایی که مشروط به ارائه مدارک هستند آشکار است ولی جدایی آن از ضمانت نامه های مطلق چندان آشکار نیست. در واقع در این مورد ویژگی بی چون و چرای ضمانت نامه کاهش نمی یابد تنها گفته می شود ذی نفع برای اعلام تخلف طرف قرارداد تا حدودی درنگ خواهد کرد چون با اعلام خلاف واقع، مسؤولیت او برانگیخته می شود و راه را برای اثبات عدم صحت ادعای ذی نفع، در برابر طرف قرارداد هموار می سازد.

در رویه قضایی فرانسه در زمینه طبیعت اینگونه ضمانت نامه

۱۹. George Kimball، همان منبع، ص ۲۳۷.

۲۰. در اصطلاح حقوق انگلیس و امریکا به این نوع ضمانت نامه "Justified request" می گویند.

۲۱. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۶۲.

اختلاف نظر وجود دارد. پاره ای از مؤلفین و دادگاهها وجود این عبارت در ضمانت نامه را نوعی شرط تلقی کرده اند ولی تفسیر دیگری که در رویه قضایی پذیرفته شده این است که این عبارت به مفهوم مشروط ساختن ضمانت نامه محسوب نمی شود.^{۲۲}

در سالهای نخستین وارد شدن ضمانت نامه های بانکی در روابط حقوقی قراردادی در کشور ما، بحثهایی بر سر ویژگی های گوناگون ضمانت نامه های بانکی در دادگاهها مطرح گردید. از جمله در زمینه اینکه آیا اعلام تخلف طرف قرارداد، شرط استحقاق ذی نفع در درخواست پرداخت ضمانت نامه است و یا آنکه درخواست پرداخت چنین ضمانت نامه ای به تنهایی به مفهوم این است که طرف قرارداد از انجام تعهد تخلف کرده است و نیز در این زمینه که آیا شخص ذی نفع باید اعلام تخلف و درخواست پرداخت کند یا آنکه می تواند انجام درخواست پرداخت و اعلام تخلف را به یک بانک دیگر به عنوان وکیل واگذار کند نظرات گوناگونی ابراز شد.

شعبه ۴ دادگاه شهرستان تهران در تاریخ ۱۳۴۱/۲/۱۶ در دادنامه شماره ۱۵۶ چنین حکم داده است:

«نظر به اینکه ضمانت نامه مذکور مورد تکذیب قرار نگرفته بلکه ضمناً به اصالت و صدور آن اعتراف شده است با اعلام اصالت آن، تقاضای خروج از عداد دلایل همان طور که فوقاً اظهار شد مردود اعلام می شود و دفاع به اینکه مطالبه وجه ضمانت نامه از طرف شخص غیر صالح به عمل آمده نیز مؤثر در مقام نبوده و مردود است زیرا به موجب مستندات تقدیمی از طرف خواهان به تقاضای خواهان، بانک ایران و خاورمیانه در موعد، وجه ضمانت نامه را مطالبه نموده و در ضمانت نامه استنادی، خواهان این حق را از خود سلب ننموده که نتواند به دیگری وکالت یا نمایندگی در وصول وجه ضمانت نامه بدهد. بنا به مراتب و موجب نبودن مدافعات وکیل خوانده، چون به صراحت متن قسمت آخر ضمانت نامه مستند دعوی بدین شرح: (هر مبلغی را تا میزان هشتصد هزار ریال تمام به

صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحّت یا سقم آن باشد در وجه آقای داود... بپردازد) که خواهان در موعد در مقام مطالبه بر آمده و خوانده دلیلی بر پرداخت وجه ضمانت نامه اقامه ننموده و صرف اظهار خواهان برای مطالبه وجه کافی می باشد. لذا خوانده محکوم به پرداخت مبلغ هشتصد هزار ریال بابت اصل و مبلغ ۴۰۶۶ ریال بابت هزینه دادرسی و مبلغ ۳۵۵۰۰ ریال بابت حق الوکاله می شود).^۳

از این حکم پژوهش خواهی می شود و شعبه ۱۰ دادگاه استان در رسیدگی پژوهشی حکم به گسیخته شدن دادنامه مورد پژوهش می دهد. در رسیدگی فرجامی، شعبه ۶ دیوان عالی کشور حکم دادگاه استان را نقض می کند و چنین اظهار نظر می کند:

«فرجام خوانده به شرح مستندات دعوی، متعهد بوده که وجه الضمان مرقوم در مستند را به مجرد تقاضای فرجام خواه بپردازد. نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه هم حسب مستندات دعوی در مطالبه و دریافت وجه الضمان از ناحیه فرجام خواه، مستند به اوراق مضبوط در پرونده و مورد قبول فرجام خوانده بوده به این ترتیب آنچه را که دادگاه استان در حکم فرجام خواسته به عنوان دلیل علیه فرجام خواه ذکر نموده علاوه از آنکه مستند قانونی ندارد، مباین مستندات دعوی است و با فرض لزوم می توانسته راجع به نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه از فرجام خواه تحقیقات بیشتری نماید. لذا با توجه به ماده ۵۵ آیین دادرسی مدنی، حکم فرجام خواسته مخدوش بوده و حسب ماده ۵۵۸ آیین دادرسی مدنی شکسته می شود و رسیدگی مجدد با شعبه دیگر دادگاه استان مرکز خواهد بود».^۳

با نقض حکم شعبه ۱۰ دادگاه استان، رسیدگی دوباره به دادنامه ۱۵۶ شعبه ۴ دادگاه شهرستان به شعبه ۸ دادگاه استان واگذار می شود، شعبه ۸ نیز مانند شعبه ۱۰ دوباره اظهار نظر برگسیخته شدن دادنامه مزبور می کند که متن رأی چنین است:

«اعتراض عمده وکیل پژوهش خواه خلاصتاً این است که مطالبه وجه

۲۳. مجموعه رویه قضایی کیهان، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۴۶، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.

۲۴. مجموعه رویه قضایی کیهان، آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سال ۱۳۴۶، ص ۲۱۶ و ۲۱۷.

ضمانت نامه شماره ۸/۱۲۴ مشروط به تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم از انجام تعهد بوده و پژوهش خوانده تخلف مزبور را اعلام نکرده و ضمانت مزبور که تعهدنامه می باشد بدون رضایت بانک تهران قابل واگذاری نبوده و مطالبه وجه تعهدنامه موصوف به وسیله بانک ایران و خاورمیانه مجوزی نداشته و حکم پژوهش خواسته صحیحاً صادر نشده این اعتراض موجه و مؤثر به نظر می رسد زیرا: ۱. ضمانت نامه شماره ۸/۱۲۴ به منظور حسن اجرای تعهدات شرکت پخش کنندگان فیلم تنظیم گردیده ضمانت به معنی و مفهوم ماده ۶۸۴ قانون مدنی محسوب نیست و ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد به موجب ماده ۶۹۱ قانون مدنی باطل است و در حقیقت بانک تهران در مقابل پژوه خوانده متعهد و ملتزم شده که اگر شرکت پخش کنندگان فیلم با مسؤولیت محدود از اجرای تعهدات خود تخلف نمایند بانک تهران تا مبلغ هشتصد هزار ریال بپردازد و التزام به تأدیه به صراحت ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی ممکن است معلق باشد. ۲. صرف تنظیم تعهدنامه مزبور دلیل مدیون بودن بانک تهران در مقابل پژوهش خوانده نمی باشد و حتی فرض اینکه مدت تعهدنامه مزبور پایان یابد و وجه التزام قابل مطالبه نباشد متصور است به عبارت دیگر مطالبه وجه التزام مزبور از بانک تهران مشروط به تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم بوده به انقضای مدت تعهدنامه موصوف. ۳. با فرض اینکه بانک ایران و خاورمیانه به عنوان نمایندگی و وکالت از آقای داود... نامه شماره ۶۲۱۰-۳۹/۱۰/۱۷ را نوشته باشد مندرجات این نامه حکایت از اعلام تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم ندارد و بانک تهران هم مادام که تخلف متعهد اصلی اعلام نگردیده مجوزی به پرداخت وجه التزام نداشته است. ۴. بانک ایران و خاورمیانه به شرح نامه شماره ۶۲۱۰-۳۹/۱۰/۱۷ از جهت اینکه مدت تعهدنامه در تاریخ ۴۰/۱۰/۲۰ منقضی می شده وجه التزام را مطالبه کرده و حتی تقاضا نموده که وجه مزبور به حساب شماره ۶۰۲۷ بانک موصوف ریخته شود در صورتی که مطالبه وجه التزام از طرف متعهد له مشروط به اعلام تخلف بوده و در این صورت بانک تهران بدون رسیدگی به صحت و سقم اظهار پژوهش خوانده دائر به تخلف بایستی وجه

التزام را تا مبلغ هشتصد هزار ریال پرداخت می نمود. بنابه مراتب و اینکه آقای داود... شخصاً وجه التزام را مطالبه نکرده و تخلف شرکت پخش کنندگان فیلم به بانک تهران اعلام نشده و قبل از حصول و تحقق شرط و اعلام تخلف مطالبه وجه التزام مجوزی نداشته دعوی آقای داود... در مطالبه هشتصد هزار ریال بی مورد است و حکم پژوهش خواسته شماره ۱۵۶ بدین وسیله گسیخته می شود...^{۲۵}

سپس وکیل ذی نفع ضمانت نامه بانکی در لایحه فرجامی خود این ضمانت نامه را مشمول ماده ۶۸۴ قانون مدنی و از مصادیق عقد ضمان دانسته و افزوده است بانک تهران نیز آن را به عنوان ضمانت قبول نموده است و هر دو شعبه ۱۰ و ۸ دادگاه استان با تصریح در ضمانت نامه که صرف اظهار آقای داود... ضامن را مکلف به پرداخت وجه ضمان کرده و رسیدگی به صحت و سقم را جائز ندانسته و رسیدگی به تخلف پخش کنندگان فیلم را معلوم نیست به چه دلیل ضروری دانسته اند، دوباره از رأی شعبه ۸ دادگاه استان فرجام خواهی کرده است. پرونده مجدداً به شعبه ۶ دیوان عالی کشور ارجاع و شعبه مزبور در تاریخ ۱۳۴۳/۷/۲۷ چنین رأی داده است:

چنانکه در حکم شماره ۱۴۵۲-۴۲/۶/۲۳ دیوان عالی کشور مرقوم گردیده مراجعه مضمون له به ضامن برای دریافت وجه الضمان مقید به قید و شرطی نبوده و صرف مراجعه برای دریافت مبلغ مورد ضمان کافی بوده اعم از اینکه مستقیماً مراجعه نماید یا وسیله نماینده یا وکیل و آنچه در این زمینه به شرح حکم مورد تقاضای فرجام استدلال شده ملاک قانونی ندارد. نمایندگی بانک خاورمیانه از طرف آقای داود... در مطالبه وجه الضمان مستند به ادله است که در پرونده مورد استناد است و مع الوصف مانع نداشته که تحقیقات بیشتری (عنداللزوم) چنانکه در حکم شعبه ۶ دیوان عالی کشور اشعار گردیده انجام گیرد. دادگاه مرجوع الیه (پس از نقض) نظر دیوان کشور را برخلاف ماده ۵۷۱ آیین دادرسی مدنی ملحوظ قرار نداده و مراجعه بانک خاورمیانه را مؤثر تلقی نکرده و چنین

۲۵. همان منبع، ص ۲۱۷ و ۲۱۸.

استدلال نموده است که اعلام تخلف نشده است در صورتی که نفس مراجعه کافی است و دال به تخلف است و بانک ضامن حق رسیدگی به موضوع تخلف را نداشته است بنابه مراتب حکم فرجام خواسته هم از حیث استدلال و هم از لحاظ موازین قانونی مخدوش است و به اتفاق آراء وفق ماده ۵۵۸ آیین دادرسی مدنی شکسته می شود و رسیدگی با شعبه دیگر دادگاه استان مرکز خواهد بود.^{۲۶}

با نقض حکم شعبه ۸ دادگاه استان، رسیدگی مجدد به شعبه سوم دادگاه استان ارجاع شده ولی شعبه سوم نیز بر حکم شعبه های ۱۰ و ۸ استان، اصرار ورزیده و چنین رأی داده است:

طبق این ضمانت نامه اظهار و اعلام آقای داود بر تخلف شرکت پخش فیلم شرط الزام بانک تهران به تأدیه وجه الضمان کلاً و جزئاً می باشد و عدم احتیاج به اثبات صحت و سقم این اظهار دلیل عدم لزوم اعلام تخلف شرکت فیلم به بانک تهران نخواهد بود و دلیلی اقامه نشده که مراتب تخلف شرکت پخش فیلم به بانک تهران در مدت مقرر در ضمانت نامه اعلام شده باشد و فرضاً که نمایندگی بانک ایران و خاورمیانه را هم از آقای داود کهن صحیح بدانیم باید تخلف شرکت فیلم به بانک تهران اعلام می گردید و اگر به علت انقضای مدت ضمانت نامه مزبور وجه الضمان از بانک تهران مطالبه شده چنین مطالبه ای بر مبنای ضمانت مرقوم نبوده و برای بانک ضامن تعهدی ایجاد نمی نماید و با این کیفیت چون اعتراضات وکیل پژوهش خواه بر حکم پژوهش خواسته وارد به نظر می رسد حکم پژوهش خواسته فسخ و حکم به بی حقی آقای داود... در دعوی مطروحه صادر و اعلام می گردد و نامبرده محکوم است مبلغ ۵۶۸۰۰ ریال بابت خسارت حق الوکاله مرحله بدوی و پژوهشی و ۸۰۰۳ ریال بابت خسارت هزینه دادرسی مرحله پژوهشی در حق بانک پژوهش خواه بپردازد.^{۲۷}

از حکم اصراری شعبه سوم دادگاه استان، در تاریخ ۱۳۴۴/۸/۱۹ فرجام خواهی شد. چون شعبه ۶ دیوان عالی کشور بر رأی خود باقی بود

۲۶. مجموعه رویه قضایی کیهان، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۲۷. همان منبع، ص ۲۲۰.

رسیدگی به اختلاف نظر دادگاههای استان و شعبه ششم دیوان کشور به موجب ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عالی کشور تشخیص گردید. هیأت عمومی نیز پس از گرفتن نظر دادستان کل دیوان کشور مبنی بر موافقت با نظر دادگاههای استان چنین رأی داد:

نظر به اینکه به دلالت صریح ضمانت نامه مستند دعوی تعهد بانک تهران به پرداخت مبلغی (تا حدود هشتصد هزار ریال) به فرجام خواه مطلق نبوده و مقید به اعلام تخلف شرکت پخش فیلم از ناحیه فرجام خواه به بانک تهران در اجرای مواد قراردادی که بین شرکت مزبور و نامبرده منعقد گردیده بوده است و نظر به اینکه هیچ یک از نامه های فرجام خواه بایگانی در پرونده خطاب به بانک ایران و خاورمیانه و بانک تهران اشعاری بر اعلام تخلف شرکت پخش فیلم ندارد و اعتراض وکیل فرجام خواه به اینکه نفس مراجعه موکل به بانک به دلالت الزام دال بر تخلف شرکت است وارد و موجه نمی باشد علی هذا دادنامه فرجام خواسته به اکثریت آرا ابرام می شود.^{۲۸}

چنانچه دیده می شود، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، سرانجام «اعلام تخلف طرف قرارداد» را به سان شرط استحقاق ذی نفع دانسته و همسو با دادنامه های دادگاه استان، درخواست پرداخت را بی آنکه به تخلف قرارداد تصریح شود کافی ندانسته است. رأی هیأت عمومی چون اصراری است بر طبق ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی تنها در همین پرونده اعتبار دارد و پیروی از آن برای دیگر دادگاهها و شعبه های دیوان عالی کشور الزامی نیست. به نظر می رسد رأی شعبه ششم دیوان عالی کشور که اعلام «تخلف طرف قرارداد» را به سان شرط استحقاق ذی نفع محسوب نکرده است بر رأی هیأت عمومی برتری دارد. زیرا درخواست پرداخت ضمانت نامه ای که در آن تصریح شده است «به صرف اظهار ذی نفع و بدون اینکه احتیاجی به صحت و سقم آن باشد بانک باید وجه ضمانت نامه را پرداخت کند»، به روشنی متضمن این است که طرف

قرارداد از انجام تعهدات خود تخلف کرده است. افزون بر آن همان گونه که به حق در این آرا پذیرفته شده است اگر بانک صادر کننده ضمانت نامه در زمینه وکالت بانک ایران و خاورمیانه از سوی ذی نفع ضمانت نامه تردیدی داشته می توانسته است از ذی نفع پرسش کند در زمینه لزوم اعلام تخلف نیز می توانسته است بخواهد درخواست پرداخت خود را کامل کند. طبیعت این ضمانت نامه چنانکه از عبارات آن برمی آید بی قید و شرط بوده است و ذکر نشدن تخلف طرف قرارداد بی گمان از روی فراموشی و بی دقتی بوده است. ضمانت نامه بانکی به عنوان یک ابزار کارا، ایجاب می کند بانک صادر کننده به هر بهانه ای نتواند از پرداخت آن خودداری کند و در این مورد بی عملی و نپرداختن بانک را می توان خودداری از انجام تعهد دانست.

همان گونه که حقوقدانان فرانسوی تصریح کرده اند حتی در ضمانت نامه ای که درخواست پرداخت آن باید به استناد مدارک باشد، هرگاه شرط خلافی وجود نداشته باشد یک مطالبه ساده ضمانت نامه بانکی پیش از سررسید موعد آن، بانک را ملزم به انجام تعهدی که پذیرفته است می کند. به این شرط که درخواست پرداخت، سپس با پیوست کردن مدارک مورد نیاز در ضمانت نامه تکمیل گردد.^۳

۸- نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی یک پدیده نو در روابط قراردادی است. در مجموعه های قوانین، قانونگذاری ویژه ای مانند دیگر قراردادها درباره آنها وجود ندارد. هدف از بهره گیری از ضمانت نامه، تضمین تعهدات قراردادی و یا قانونی جداگانه ای است که بین طرفین قرارداد به وجود آمده است بنابراین می توان همانند قرارداد ضمان، آن را گونه ای از تضمینات شخصی دانست. ولی آیا می توان به دلیل این همسانی، ضمانت نامه بانکی را مشمول قواعد حقوقی ضمان عقدی دانست؟ پیش از هر چیز یادآوری این نکته ضرورت دارد که مقررات قانون مدنی که ناظر

به ضمان نقل ذمه است امروزه پاسخگوی روابط قراردادی مربوط به ضمان نیست و به طوری که در فصل مربوط به ضمان عقدی بیان کرده ایم امروزه مقررات باب دهم قانون تجارت که ضمان ضم ذمه ساده و ضمان تضامنی را پیش بینی کرده است، اصولاً بر روابط قراردادی مردم حاکم است و در عمل، دیگر جایی برای ضمان نقل ذمه باقی نمانده است. با این حال قواعد سنتی قرارداد ضمان ضم ذمه را هم خواه به صورت ساده یا تضامنی که تعهد ضامن را یک تضمین شخصی برای تعهد بدهکار اصلی می سازد نمی توان درباره ضمانت نامه بانکی قابل اجرا دانست. ضمانت نامه بانکی یک پدیده حقوقی جدید است که مانند بسیاری از پدیده های حقوقی دیگر در پی پیشرفت روابط بازرگانی بین المللی وارد حقوق کشور ما گردیده است. همانند دیگر پدیده های حقوقی جدید، نمی توان با توسل به قواعد حقوقی کهن و صرفاً از طریق اجتهاد شخصی، به قواعد حاکم بر ضمانت نامه ها دست یافت. به هنگام وارد شدن ضمانت نامه بانکی در روابط قراردادی و عرف بانکی در ایران، چنین برخوردی از سوی پاره ای از دادگاهها صورت گرفت و همین روش موجب برخورد نادرست و تضییع حقوق دارندگان آن گردید. پیش از این دیدیم که شعبه هشتم دادگاه استان، ضمانت نامه بانکی را از مصادیق التزام به تأدیه ذیل ماده ۶۹۹ قانون مدنی دانست. وکیل ذی نفع ضمانت نامه نیز که محکوم به بی حقی گردیده بود در لایحه دفاعی خود کوشش کرد ضمانت نامه را از مصادیق ضمان عقدی ماده ۶۸۴ قانون مدنی تلقی کند. در این میان هنگامی که بر اثر پیدایش اختلاف نظر میان دادگاههای استان و شعبه ششم دیوان کشور، موضوع در هیأت عمومی دیوان مطرح گردید، دادستان کل کشور با تحلیل مفصلی از ضمانت نامه بانکی، کوشش در اعلام بطلان آن بر پایه قواعد سنتی قانون مدنی می نماید.^{۳۰}

۳۰. متن این اظهار نظر چنین است:

«ضمانت نامه منعقد شده بین داود و بانک تهران هم از لحاظ موازین ضمان پیش بینی شده در قانون مدنی و هم از حیث قواعد مربوط به تعهد باطل می باشد. از لحاظ موازین ضمان طبق ماده ۶۹۱

نه تنها مقررات قانونی مدنی، بلکه مقررات باب دهم قانون تجارت

ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است و چون در موقع تنظیم ضمانت نامه بانکی هنوز تخلفی به منته ظهور نرسیده ضمانت بدون داشتن سبب منعقد شده و بنابراین باطل است. از حیث قواعد مربوط به تمهد نیز با درج جمله ذیل در ضمانت نامه بانکی (تمهد می شود در صورت تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم هر مبلغی تا میزان هشتصد هزار ریال به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت یا سقم آن باشد در وجه آقای داود... پرداخت شود) تمهد مزبور باطل است و جهات بطلان آن به شرح زیر است:

در قانون مدنی در موارد مربوط به شرط سه قسم شرط ذکر شده است اول شرط باطل بدون اینکه مفسد عقد باشد دوم شرط باطل که مبطل عقد نیز می باشد سوم شرط صحیح. یکی از شرایطی که باطل بوده و موجب بطلان عقد می شود شرط خلاف مقتضای عقد است مقتضای ذات عقد هدف اصلی متعاقبین بوده و از جهت تأمین آن عقد را منعقد می سازند. در قضیه مورد بحث به واسطه درج شرط خلاف مقتضای ذات عقد هم شرط و هم تمهد پرداخت وجه باطل می باشد. برای اثبات این مطلب باید مقتضای ذات عقد ضمانت نامه بانکی تجزیه و تحلیل شود. مقتضای انعقاد تمهد نامه مزبور از جهت متعهدله این بوده که در صورت تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم از انجام تمهد خود بتواند بدون اقامه دلیل مبنی بر اثبات دعوی خسارات وارده بر خود را به توسط بانک تهران تأمین نماید.

مقتضای ضمانت نامه بانکی از لحاظ بانک تهران این بوده که در صورت تخلف شرکت از انجام تمهد خسارات وارده به داود را تا میزان هشتصد هزار ریال جبران کند. با تجزیه و تحلیل فوق مسلم است که جمله ذیل مندرج در ضمانت نامه (به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاجی به اثبات صحت آن باشد) از لحاظ داود... فاقد اشکال قضایی بوده و موجب می شود که در موقع طرح دعوی در دادگاه متعهدله از اقامه دلیل مبنی بر عدم انجام تمهد بی نیاز باشد.

برعکس جمله ذیل (به صرف اظهار داود بدون اینکه احتیاج به اثبات صحت و سقم آن باشد) موجب می شود بانک تهران نتواند سقم و کذب اظهارات داود را مبنی بر تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم ثابت نماید و این برخلاف مقتضای نظر او در انعقاد عقد می باشد زیرا محور تمهد او قائم بر تخلف شرکت مزبور بوده نه اینکه در صورتی هم که دلائل مسلم محکمه پذیر وجود داشته باشد که اظهار داود... مبنی بر وجود تخلف سقیم بوده نتواند آن را اقامه کند و بالتجیه مجبور شود مبلغ هشتصد هزار ریال به داود... بپردازد با این توضیح چون بین مفاد شرط یعنی عدم امکان اثبات عدم تخلف شرکت بخش کنندگان فیلم در صورت متخلف نبودن آن و مفاد ضمانت نامه یعنی تأدیه خسارت در صورت متخلف

در زمینه ضمان ضم ذمه که انعطاف بیشتری دارد و تعلیق در ضمان و ضمان از دینی را که هنوز سبب آن ایجاد نشده و به گونه کلی دین آینده را هم می پذیرد، نمی توانند توجیه کننده قواعد حاکم بر ضمانت نامه بانکی باشد. شناخت درست این سند بانکی، نیازمند آشنایی با سوابق حقوقی آن در کشورهای دیگر و اظهار نظرهای حقوقدانان و رویه های قضایی در این کشورهاست.

ضمانت نامه بانکی تضمینی، نخست در حقوق امریکا و انگلیس

بودن آن تضاد وجود دارد آثار هر یک از آن دو همدیگر را خنثی کرده و بالتجیه تمهد بانک تهران باطل می شود به علاوه طبق اصول قضایی مراضات طرفین در معاف بودن متهمده در اثبات دعوی این نیست که هر چه او اظهار کند مسلم فرض شود بلکه مقصود این است که بار اقامه دلیل متوجه متعهد یعنی بانک تهران شود تا چنانچه ادعای متهمده را مقیم می داند بتواند در مقام اثبات برآید، به عبارت اخری سمت طرفین در موقع طرح دعوی از لحاظ استدلال وازگون می شود و مدعی علیه به جای تکذیب تنها مجبور می شود بار اثبات عدم وجاهت اظهار متهمده را عهده دار شود و متهمده صرفاً ادعای خسارت نماید. با توضیح بالا مسلم می گردد که شرط اسقاط حق بانک تهران در اثبات صقم اظهارات داود... برخلاف مقتضای تمهد او بوده و موجب می شود که در صورت عدم وجاهت اظهار او مبنی بر وجود تخلف بانک مجبور شود من غیر حق مبلغ هشتصد هزارریال در وجه اوپردازد. علاوه بر علیل بودن ضمانت نامه بانکی، ماده ۳۰۱ قانون مدنی طبق قاعده تحریم ملائت بدون سبب بالصراحه مقرر داشته: (کسی که عمدآ یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند) آیا وجود این ماده و بطلان ضمانت نامه به شرح فوق اگر در طرح دعوی مطروح داود اعلام تخلف می کرد و بانک تهران هم با اقامه دلائل محکمه پذیر عدم وجاهت اظهار او را بر تخلف شرکت ثابت می کرد آیا دادگاه که حکم او باید استوار بر موازین عدل و نصفت باشد می تواند به استناد جمله ذیل (به صرف اظهار آقای داود... بدون اینکه احتیاج به اثبات صحت و صقم آن باشد) دلائل متعهد را نادیده انگاشته حکم بر حقانیت داود صادر کند؟

بنا به مراتب بالا دادسرای دیوان عالی کشور نتیجتاً حکم دادگاه نالی را تأیید می نماید. دادستان کل - دکتر عبدالحسین علی آبادی».

یادآوری این نکته لازم است که ایشان دارای تألیفات گوناگون و آرای با ارزشی در دوران کار قضایی خود هستند. ولی ضمانت نامه بانکی حتی در حقوق فرانسه نیز تازگی داشته است با این حال دیوان کشور و حقوقدانان فرانسه به ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی توجه کرده و کوشش نکرده اند صرفاً با تکیه بر قواعد سنتی به اظهار نظر درباره این بدیده حقوقی نوین بپردازند.

مورد پذیرش قرار گرفت و سپس به صورت یک ابزار بازرگانی بین المللی درآمد. در حقوق فرانسه نیز ضمانت نامه بانکی، یک پدیده حقوقی نوین است. قواعد آن در رویه قضایی و دکترین در حدود سال ۱۹۷۰ و چارچوب دقیق آن در سالهای بعد آشکار گردید. آراییی که در دائرة المعارف حقوق مدنی فرانسه ذکر شده مربوط به سالهای پس از ۱۹۶۷ است.^{۳۲} ولی ویژگی های اساسی این نوع ضمانت نامه با صدور دو رأی از دیوان تمیز در سال ۱۹۸۲ مشخص گردید.^{۳۳} این آراء هرگونه استناد به قواعد مربوط به ضمان عقدی را در تفسیر مسائل حقوقی ضمانت نامه های بانکی منع کرده اند. بنابراین می توان گفت ضمانت نامه بانکی یک شیوه قراردادی و تابع قواعد مربوط به خود و شرایط عمومی صحت قراردادهاست.

۹- مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی

این مقررات که در مورد اعتبارات اسنادی وضع شده اند به طور اصولی نسبت به ضمانت نامه های تضمینی هم قابل اجرا هستند و در جهت استقلال ضمانت نامه های تضمینی گام برداشته و ضمانت نامه تضمینی یا اعتبار اسنادی را از قرارداد اصلی که در ارتباط با آن صادر شده، جدا ساخته اند. ماده ۳ این مقررات می گوید:

«اعتبارات، ماهیتاً معاملاتی جدا از قراردادهای فروش یا سایر قراردادهایی هستند که این اعتبارات مبتنی بر آنها هستند. و قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانکها نداشته و تمهیدی برای آنها ایجاد نمی کند. حتی اگر در اعتبار اسنادی هرگونه اشاره ای به این قراردادها شده باشد».^{۳۴}

ضمانت نامه بانکی تضمینی با اعتبار اسنادی از این جهت همسانی دارند که در هر دو مورد مسئولیت بانک جنبه ذاتی و مطلق دارد و تحت تأثیر ادعاهای مربوط به تخلف ذی نفع ضمانت نامه از قرارداد اصلی قرار

۳۱. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۲۲.

32. *Cass. Com* 20 Dec 1982: *Bull. civil* IV.

۳۳. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۷، مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ص

۲۶۰، ص ۲ متن انگلیسی.

نمی‌گیرد.^{۳۴} ولی از جهت دیگر ضمانت نامه‌های تضمینی را باید از اعتبارات اسنادی تفکیک کرد. در ضمانت نامه تضمینی، بانک ملتزم می‌شود به لحاظ تخلف دستور دهنده از انجام تعهداتش، نسبت به پرداخت وجه ضمانت نامه اقدام کند. ولی در اعتبار اسنادی بانک ملتزم می‌شود در ازای انجام تعهدات مذکور در اعتبار اسنادی توسط فروشنده کالا، نسبت به پرداخت وجه اقدام کند. صرف نظر از این تفاوت، اصولاً ضمانت نامه‌های تضمینی و اعتبارات اسنادی از روش و ترتیبات واحدی پیروی می‌کنند و به همین جهت مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی هر دو دسته مزبور را تحت عنوان "documentary credits" مورد بحث قرار داده است.^{۳۵}

۱۰ - ضمانت نامه بانکی و وجه التزام

ضمانت نامه بانکی با وجه التزام که یک تعهد قراردادی است شباهت دارد. وجه التزام، تعهد به پرداخت وجه نقد به مقدار معین است به عنوان خسارت حاصل از تخلف از انجام تعهد که یک طرف قرارداد در مقابل طرف دیگر به عهده می‌گیرد. (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). بدین ترتیب، وجه التزام همان خسارت ناشی از عدم انجام تعهد یا قصور در انجام آن است ولی از دو جهت از ضمانت نامه مستقل متمایز است. در ضمانت نامه بانکی، بانک طرف قرارداد نیست. بانک شخص ثالث است و حال آنکه وجه التزام تعهدی است که یکی از طرفین قرارداد در مقابل دیگری به عهده می‌گیرد. افزون بر آن در ضمانت نامه‌های بانکی صرف اعلام قصور پیمانکار برای مطالبه وجه آن از بانک کافی است و کارفرما نیاز به اثبات تخلف یا قصور پیمانکار ندارد و حال آنکه کارفرما در صورتی استحقاق دریافت وجه التزام را دارد که مراتب تخلف یا قصور پیمانکار را در دادگاه اثبات کند. همین مشکلات باعث شده است که حتی در قراردادهای داخلی، شیوه وجه التزام تا حدودی کنار گذاشته شده و

۳۴. چیتی، قراردادهای ضمان، ش ۴۴۰۷.

۳۵. مواد ۱ و ۲ مقررات یکنواخت اعتبارات اسنادی.

در بیشتر قراردادهای پیمانکاری که توسط مؤسسات دولتی با پیمانکاران بسته می شود از ضمانت نامه بانکی مستقل استفاده می شود.

۱۱- نظریه علت تعهد در ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی، یک شیوه قراردادی است بنابراین باید دارای شروط اساسی صحت، از جهت اهلیت، رضای طرفین، معین بودن موضوع و یک علت مشروع باشد. سه شرط اول مسأله مهمی را در ضمانت نامه مطرح نمی سازند ولی مسأله علت تعهد، در ضمانت نامه مورد بحث قرار گرفته و نظرات گوناگونی درباره آن ابراز شده است:

الف- نظریه «سند مجرد»^{۳۶}

پاره ای از آراء در دادگاههای فرانسه، ضمانت نامه را از اسنادی می دانند که از علت خود جدا هستند و موجودیت و صحت آن، تابع علت نیست.^{۳۷} این اسناد را در اصطلاح حقوقی، «سند مجرد» یا اسنادی که علت آنها بیان نمی شود می نامند.^{۳۸} مانند اسناد تجاری که در متن آنها علت بدهکار بودن صادرکننده ذکر نمی شود. بر همین پایه، لرد دنینگ Lord Denning یکی از حقوقدانان مشهور انگلیس، ضمانت نامه بانکی را به یک سفته عندالمطالبه تشبیه کرده است که با اولین مطالبه از سوی دارنده سفته باید پرداخت گردد.^{۳۹} در سفته ای که هیچ قید و شرطی در آن موجود نیست، بدهکار نمی تواند علت بستانکاری را از دارنده آن مورد پرسش قرار دهد. در مورد چک نیز گفته شده است صدور چک دلیل بر

36. acte abstrait.

۳۷. Juris classeur Civil، همان بخش ش ۶۸.

38. billet non causé.

۳۹. chitty on contracts، قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷- همچنین در این زمینه می توان به مجموعه قواعد تدوین شده حقوق امریکا، Restatement of the law second، قراردادهای، بخش ۸۲، صفحه ۲۰۸ به

بعد رجوع کرد.

بدهکار بودن صادر کننده آن است.^{۴۰} بنابراین ضمانت نامه بانکی هم به محض صدور دارای یک علت قانونی و مشروع است و نمی توان در زمینه علت تعهد بانک بحث کرد.

نظریه «سند مجرد» را نمی توان با عمل حقوقی یک جانبه یا ایقاع یکسان دانست. در ایقاع، اراده شخص واحد ایجاد کننده اثر حقوقی است ولی «سند مجرد» دارای یک علت واقعی است که بیان نمی گردد. هنگامی که بدهکار در مقام پرداخت بدهی خود یک سفته عندالمطالبه یا چک را امضاء می کند و به بستانکار می دهد، این سفته یا چک دارای یک علت قانونی است که همان بدهی امضاء کننده سفته یا چک به دارنده آن است. ولی در متن این اسناد هیچ اشاره ای به این بدهی نمی شود وجود سفته یا چک در دست دارنده، دلیل کافی بر بستانکار بودن وی می باشد.^{۴۱}

ب- سپرده یا وثیقه دستور دهنده

بر پایه این واقعیت که بانک صادر کننده ضمانت نامه، هیچ رابطه بدهکاری در برابر ذی نفع ضمانت نامه نداشته است، هرگاه نظریه «سند مجرد» را کنار گذارده و به جستجوی علت تعهد بانک در یک ضمانت نامه بپردازیم این پرسش مطرح می شود که علت تعهد بانک در برابر ذی نفع ضمانت نامه چیست؟ در اینکه تعهد بانک دارای یک علت است هیچ تردیدی نیست ولی چون تعهد بانک یک جانبه است و ذی نفع،

۴۰. مجموعه آرای دیوان کشور، گردآوری محمد بروجردی عبده، بخش دوم، ص ۲۶، حکم شماره ۲۲۰ مورخ ۱۳۱۸/۲/۱۲ «صدور چک دلیل اشتغال ذمه صادر کننده است».

۴۱. بند ۱ ماده ۳۰ قانون برات انگلیس bill of exchange Act، مصوب ۱۸۸۲ می گوید:

"Every party whose signature appears on a bill is prima facie deemed to have become a party thereto for value"

«هر طرفی که امضای او بر روی برات باشد در بدو امر فرض بر این است که در ازای عوض و علت مالی، طرف برات شده است».

چنانچه ضمانت نامه بانکی، همان گونه که آرد دینینگ ابراز عقیده کرده است همان اسناد تجاری دانسته شود در این صورت وجود یک علت قانونی را در زمینه ضمانت نامه بانکی نیز می توان مفروض دانست.

هیچ تعهدی در برابر بانک ندارد، بنابراین علت تعهد بانک را ضرورتاً باید در خارج از ضمانت نامه جستجو کرد. بر پایه این نظر می توان گفت، تعهد بانک صادرکننده ضمانت نامه در برابر عوض و جبرانی است که دستوردهنده (پیمانکار یا متعهد) به صورت سپرده یا وثیقه و یا اعتبار در اختیار بانک می گذارد. به عبارت دیگر، علت تعهد بانک در پرداخت ضمانت نامه این است که می تواند از محل وثیقه سپرده شده از سوی بدهکار اصلی، آنچه را به ذی نفع ضمانت نامه پرداخت می کند به دست آورد. ایرادی که به این تحلیل حقوقی گرفته شده این است که چنین مفهومی از علت، در واقع یک انگیزه خصوصی برای بانک است و در چارچوب رابطه بانک و ذی نفع، داخل نیست. به عبارت دیگر یک انگیزه مشترک برای بانک و ذی نفع نیست تا بتوان آن را علت تعهد بانک دانست.^۳

پ- قرارداد پایه

تحلیل حقوقی دیگری که برای توجیه علت ضمانت نامه بانکی ارائه شده این است که چون در ضمانت نامه به قرارداد پایه اشاره می شود بنابراین علت تعهد بانک در برابر ذی نفع را می توان در تعهداتی جستجو کرد که ذی نفع در برابر طرف قرارداد (دستوردهنده-طرف حساب) می کند. برای مثال در قرارداد پیمانکاری، کارفرما با گرفتن ضمانت نامه، راضی به امضای قرارداد و قبول تعهد در برابر پیمانکار می شود. و یا در برابر گرفتن ضمانت نامه، پیش پرداختی به پیمانکار می دهد یا او را برای شرکت در یک مناقصه می پذیرد. بنابراین علت واقعی تعهد بانک صادرکننده ضمانت نامه، امضای قرارداد پایه با طرف قراردادی است که چنین ضمانت نامه ای را تسلیم می کند.^۳

چنین توجیهی از علت تعهد در ضمانت نامه بانکی و ارتباط دادن

۲۲. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۷۶.

۲۳. Juris classeur civil، همان منبع، ش ۷۹.

آن به قرارداد پایه با اصل استقلال ضمانت نامه برخورد می کند. زیرا اگر قرارداد پایه ابطال یا فسخ شود، مفهوم آن این است که تعهد بانک نیز علت وجودی خود را از دست می دهد. حال آنکه پیش از این دانستیم که چون بانک تعهد پرداخت را به گونه مستقل پذیرفته است، هیچ عذری برای خودداری از پرداخت آن به دلیل از میان رفتن علت صدور آن ندارد. همچنین در صورتی که قرارداد پایه، دارای یک علت یا موضوع نامشروع یا برخلاف اخلاق باشد، استقلال ضمانت نامه و غیرقابل استناد بودن ایرادات، مانع از آن است که ضامن بتواند به نامشروع بودن علت قرارداد استناد کند. با این حال پاره ای حقوقدانان در این مورد چنین استدلال کرده اند که اگر قرارداد اصلی نامشروع یا برخلاف اخلاق حسنه باشد در این صورت خود ضمانت نامه هم نامشروع است و برای اعلام بطلان آن نیازی به استناد به قرارداد پایه نیست تا با مانع غیرقابل استناد بودن ایرادات برخورد کند.^۳

در پایان این بحث می توان گفت اگر ضمانت نامه را یک «سند مجرد» تلقی نکنیم در این صورت جستجوی علت می تواند در پاره ای از موارد راه گشای حل مسائل قضایی مربوط به ضمانت نامه باشد.

۱۲- استقلال ضمانت بانکی

از نظر تاریخی، ضمانت نامه های بانکی، نخست در قراردادهای فروش بین المللی و برای تضمین تعهداتی که انجام آن به عهده فروشنده است و نیز تعهد پرداخت ثمن از طرف خریدار به کار رفته اند. در مراحل بعدی این ضمانت نامه ها به لحاظ همین ویژگی استقلال نسبت به قرارداد پایه، در قراردادهای داخلی و برای تضمین انواع تعهدات قراردادی و یا قانونی به کار گرفته شدند. در حقوق فرانسه صحت ضمانت نامه بانکی در انواع گوناگون آن و به ویژه ضمانت نامه اولین درخواست که تعهد قاطعی برای ضامن است پذیرفته شده و این گونه ضامن از ضمان عقدی

۳۲. Juris classeur civil، همان منبع، ش ۸۳.

سنتی تفکیک گردیده است.^{۳۵} تعهد ضامن نسبت به تعهد بدهکار اصلی در قرارداد ضمان دارای ویژگی تبعی است. حتی شرط صریح قراردادی نیز نمی تواند این صفت را از عقد ضمان سلب کند. مواد ۲۰۱۲ و ۲۰۱۳ قانون مدنی فرانسه که این ویژگی را در مورد تعهد ضامن مقرر ساخته اند، از قواعد آمره محسوب شده اند.^{۳۶} ولی ضمانت نامه بانکی دارای استقلال است و تعهد بانک ارتباطی به قرارداد پایه که ضمانت نامه در زمینه تضمین تعهدات ناشی از آن صادر شده است ندارد. دیوان تمیز فرانسه برای اولین بار در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲ این دوگانگی را میان ضمان عقدی و ضمانت نامه بانکی مورد تصریح قرار داد. دیوان تمیز در این رأی، نظر دادگاه پژوهش را مورد تأیید قرار داده است. به نظر دادگاه پژوهشی، تعهد بانک از مصادیق ضمان نیست بلکه یک ضمان مستقل است و در نتیجه بانک نمی تواند به ایراداتی که بدهکار اصلی می توانسته است در برابر بستانکار به آنها استناد کند و ناشی از قرارداد پایه است استناد کند.^{۳۷}

در توجیه استقلال ضمانت نامه بانکی تضمینی، در حقوق فرانسه گفته شده است فرض بر این است که بانک صادر کننده ضمانت نامه اولین درخواست، از استناد به هرگونه ایرادی که برای بدهکار اصلی وجود دارد از پیش صرف نظر کرده است.^{۳۸}

یکی از ویژگی های استقلال ضمانت نامه در این است که در غیر از مورد ضمانت نامه پیش پرداخت، که تعهد بانک و پیمانکار از یک جنس است، در سایر موارد تعهد ناشی از قرارداد اصلی در بسیاری از موارد جنبه غیرنقدی دارد و در واقع اجرای یک تعهد است که ارزش مالی آن برابر میزان ضمانت نامه است. از جهت مبلغ نیز ضمانت نامه بانکی تابع سقف

۳۵. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۲ و ۳۵.

۳۶. همان منبع.

۳۷. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۲.

۳۸. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۳۶.

دین اصلی نیست و از این جهت با مقررات ضمان عقدی یکسان نیست. همچنین بانک صادرکننده ضمانت نامه نمی تواند به استناد اینکه میزان تعهد پیمانکار کمتر است و یا چون بخشی از آن انجام شده است درخواست کاهش یافتن میزان و مبلغ ضمانت نامه را بکند و اصولاً ضمانت نامه بانکی به دلیل استقلال آن از قرارداد پایه، بانک را موظف به تعهدی بالاتر از حدود و ماهیت تعهد مورد تضمین می کند.

با این حال استقلال ضمانت نامه را نمی توان چنان تفسیر کرد که رابطه آن را با قرارداد پایه منقطع دانست. ضمانت نامه، تعهدی است از طرف بانک که اجرای یک قرارداد یا تعهد را به نفع بستانکار تضمین کند. بنابراین بدون وجود قرارداد پایه، یا تعهد، این تضمین بی مفهوم است. این رابطه به صورت مخفی است ولی در پاره ای از موارد ممکن است دادگاهها مجبور شوند آن را مورد بررسی قرار دهند.

الف- غیرقابل استناد بودن ایرادات

با توجه به این واقعیت که بانک باید ضمانت نامه را با اولین درخواست پرداخت کند در این صورت نمی تواند به دلائلی که از قرارداد پایه سرچشمه می گیرند از پرداخت ضمانت نامه خودداری کند. بنابراین ایراداتی مانند بطلان قرارداد پایه، فسخ قرارداد پایه و یا اجرای آن به گونه کامل از سوی پیمانکار و نیز ادعای تهاتر و یا انتقال طلب، از سوی بانک صادرکننده ضمانت نامه قابل استناد نخواهد بود.^{۲۹} همچنین ممکن نبودن رجوع بانک به پیمانکار به گونه مؤثر به دلیل ورشکستگی پیمانکار و یا دلائل دیگر نمی تواند مجوز نپرداختن از سوی بانک باشد. به همین دلیل این گونه ضمانت نامه ها را غالباً با اوصافی چون «بی قید و شرط»، «غیرقابل فسخ»، «مستقل» همراه می سازند و هدف از آن این است که ارتباط حقوقی آن را از قرارداد پایه هر چه بیشتر جدا سازند.

۲۹. Juris classeur civil، همان منبع، ش ۲۲.

جداسازی رابطه ضمانت نامه از قرارداد پایه و غیرقابل استناد دانستن ایرادات مربوط به قرارداد پایه به هنگام درخواست پرداخت از سوی ذی نفع، برای استوار ساختن اعتبار ضمانت نامه و حفظ ارزش آن به عنوان یک ابزار کارآمد بانکی ضروری است. اگر بانک بتواند خود را درگیر روابط قراردادی طرفین سازد و یا دادگاهها بتوانند پیش از پرداخت ضمانت نامه با ورود در ماهیت روابط قراردادی مانع پرداخت آن بشوند، این سند بانکی کارایی و ارزش خود را در روابط قراردادی از دست می دهد.^{۵۰}

البته بدهکار اصلی که ضمانت نامه به دستور و برای تضمین بدهی او صادر شده است می تواند اگر ضمانت نامه از سوی ذی نفع به گونه ناموجه دریافت شده باشد، علیه او طرح دعوی کند. ولی در

۵۰. بانکها و دادگاههای کشور ترکیه در سالهای اخیر چنین روشی را درباره ضمانت نامه های بانکی که ذی نفع آن سازمانها و شرکتهای ایرانی بود در پیش گرفتند که این امر منجر به صدور بخشنامه ای از دفتر خدمات حقوقی بین المللی به شرح زیر گردید:

«دفتر خدمات حقوقی بین المللی ایران ضمانت نامه های تجاری بانکهای ترکیه را فاقد اعتبار اعلام کرد.

تهران. خبرگزاری جمهوری اسلامی:

معاون دفتر خدمات حقوقی بین المللی ایران به تمامی مؤسسات و اشخاص ایرانی که با ترکیه تجارت دارند به منظور جلوگیری از تضییع حقوق خود توصیه کرد که در معاملات تجاری با شرکتهای و مؤسسات ترکیه از پذیرفتن ضمانت نامه های بانکهای ترکیه خودداری کرده و ضمانت نامه هایی را که توسط بانکهای معتبر اروپا صادر می شود بپذیرند.

معاون دفتر خدمات حقوقی بین المللی که در گفتگو با خبرگزاری جمهوری اسلامی در این زمینه توضیح داد: اخیراً مشاهده می شود که برخی از شرکتهای ترکیه که در معاملات تجاری طرف قرارداد شرکتهای و مؤسسات ایرانی می باشند، با وجود تخلف از شرایط قرارداد، مانند کسر تحویل یا عدم انطباق کیفی کالا با شرایط قراردادی و یا عدم تحویل

ضمانت نامه های بین المللی و در قراردادهایی که طرفین در قلمرو دو کشور اقامت دارند و قرارداد اصلی، تابع قوانین یک کشور خارجی است امکان اقامه دعوی نیز محدود می گردد.^{۵۱}

ب- سوء استفاده آشکار

با آنکه وصف استقلال ضمانت نامه و اصل غیرقابل استناد بودن ایرادات به گونه قاعده کلی پذیرفته شده است با این حال به دلیل اینکه در پاره ای از موارد استثنایی، درخواست پرداخت ضمانت نامه با سوء نیت و حيله همراه است، در نظامهای حقوقی در این زمینه به چاره جویی پرداخته اند. چه در حقوق فرانسه و چه در حقوق انگلیس در موردی که درخواست پرداخت ضمانت نامه به گونه آشکار همراه با سوء استفاده باشد اجازه داده شده است که بدهکار اصلی بتواند از شیوه دادرسی فوری و گرفتن دستور موقت از دادگاه، بانک را از پرداخت ضمانت نامه منع کند.^{۵۲} البته در چنین موردی، خواهان باید نشان دهد که ضمانت نامه صرف نظر از قرارداد پایه، قابل اعتراض است و یا آنکه دلائل قوی بر

کالا در مقصد مقرر، با تقدیم دادخواست به دادگاههای ترکیه مبادرت به اخذ احکام منع پرداخت ضمانت نامه هایی که به منظور تضمین حسن اجرای قرارداد به نفع اشخاص ایرانی صادر شده است، می کنند.

وی گفت: در پاره ای موارد برخی از شرکتهای ترکیه قبل از اینکه طرف ایرانی پرداخت ضمانت نامه را مطالبه کند و قبل از بروز هرگونه اختلاف، مبادرت به تقدیم دادخواست به دادگاههای ترکیه می کنند و دادگاههای مزبور قبل از ابلاغ دادخواستها به طرفهای ایرانی در ایران و فراهم شدن امکان دفاع برای شرکتهای و مؤسسات ایرانی، دستور منع پرداخت ضمانت نامه را صادر می کنند.

وی در پایان افزود: بانکهای ترکیه که صادرکننده ضمانت نامه های مذکور می باشند نیز خود را با استناد به احکام مزبور از پرداخت وجه ضمانت نامه ها معذور می دانند.

روزنامه اطلاعات، چهارشنبه ۱۳ شهریور ۱۳۷۰.

۵۱. chitty on contracts، قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷.

۵۲. Juris classeur civil همان بخش، ش ۲۲.

توجیه ضرورت دستور موقت ارائه کند.^{۵۳} در این زمینه در بخشهای آینده گفتگو خواهیم کرد.

۱۳- تمدید ضمانت نامه بانکی

ضمانت نامه بانکی عموماً برای یک مدت معین از سوی بانک صادر می شود. مانند چند ماه یا چند سال یا تا پایان وقت اداری روز معین در آینده که با سپری شدن آن اعتبار ضمانت و تعهد بانک نیز از میان می رود. گاه ممکن است ضمانت نامه در یک فاصله زمانی مشخص در آینده قابل مطالبه باشد که پیش از فرا رسیدن این موعد و پس از سپری شدن آن، درخواست پرداخت آن از بانک امکان پذیر نیست. با سقوط اعتبار ضمانت نامه، دیگر درخواست پرداخت بی نتیجه است و با ناکامی مواجه می شود. بنابراین هرگاه زمان اعتبار ضمانت نامه سپری شده باشد و بانک پس از آن وجه ضمانت نامه را به اشتباه پرداخت کند، حق رجوع به دستوردهنده را نخواهد داشت.

در هنگامی که در روزهای پایانی مدت اعتبار ضمانت نامه، عملیات مبنای ضمانت نامه هنوز حل و فصل نشده و ذی نفع تمایل به دادن مهلت بیشتری به طرف قرارداد یا متعهد داشته باشد در این صورت مسأله تمدید مهلت ضمانت نامه مطرح می شود. از آنجا که ضمانت نامه، یک رابطه حقوقی مستقل میان بانک صادرکننده و ذی نفع است، بنابراین ذی نفع ممکن است از بانک درخواست تمدید کند و یا آنکه طرف قرارداد به منظور جلوگیری از درخواست پرداخت، موافقت بانک را با تمدید مهلت به دست آورد. در پاره ای از موارد نیز ذی نفع از یک فرمول که متضمن اختیار برای بانک است بهره می گیرد و به بانک اعلام می کند مدت اعتبار ضمانت نامه را تمدید کند و یا وجه آن را بپردازد.^{۵۴} اگرچه در صحت چنین درخواستی شک و تردید به هم رسیده است و ممکن است

۵۳. chitty on contracts، همان منبع، ش ۵۰۱۷.

۵۴. Juris classeur civil، ش ۱۸، اصطلاح فرانسه در این مورد "prorogez ou payez" می باشد.

گمان شود که این امر نوعی اعمال فشار محسوب می شود ولی در حقوق فرانسه اظهار نظر شده است که چنین روشی کاملاً هماهنگ با ضمانت نامه بانکی است. در اینجا در حقیقت یک درخواست پرداخت به همراه یک اختیار اضافی به بانک عرضه شده است که آن تمدید مدت اعتبار ضمانت نامه است و این امتیازی است که به بانک داده شده است و نه یک فشار. در این صورت هرگاه بانک با تمدید مهلت اعتبار ضمانت نامه موافقت نکند، چاره ای جز پرداخت نخواهد داشت.

در روشهای بانکی ایران نیز درخواست تمدید مهلت ضمانت نامه قابل پذیرش دانسته شده است. عبارتی که در پاره ای از ضمانت نامه ها به کار رفته چنین است:

«در صورتی که ضامن نتواند یا نخواهد مدت اعتبار این ضمانت نامه را تمدید کند و یا مضمون عنه، موجبات تمدید آن را فراهم نسازد و ضامن را با این تمدید موافق نسازد، ضامن تعهد نمود که بدون احتیاج به مطالبه مجدد، مبلغ مرقوم را در وجه یا به حواله کرد مضمون له پرداخت نماید».

۱۲ - حق رجوع بانک به دستوردهنده

در عقد ضمان ساده، ضامن پس از پرداخت بدهی به بستانکار، حق رجوع به بدهکار اصلی را دارد.^{۵۵} در ضمانت نامه بانکی هم تعهد بانک اگرچه مستقل از تعهد بدهکار اصلی در قرارداد پایه است ولی بانک به درخواست بدهکار اصلی اقدام به صدور ضمانت نامه می کند. بنابراین هنگامی که ذی نفع درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه را می کند و بانک نیز با رعایت شروط، آن را پرداخت می کند می تواند به بدهکار اصلی که ضمانت نامه به دستور او صادر شده است رجوع کرده و درخواست جبران کند. اگر دستوردهنده از بازپرداخت مبلغی که بانک پرداخته است خودداری کند، بانک می تواند از محل وثایقی که در هنگام

۵۵. ماده ۷۰۹ قانون مدنی و ماده ۲۱۱ قانون تجارت.

صدور ضمانت نامه از دستور دهنده گرفته است طلب خود را دریافت کند.^{۵۴}

۱۵- حق رجوع دستور دهنده به ذی نفع ضمانت نامه

هرگاه قراردادی که برای اجرای تعهدات ناشی از آن ضمانت نامه بانکی داده می شود و به طور کلی هنگامی که تعهد مبنای صدور ضمانت نامه اجرا شده باشد، درخواست پرداخت ضمانت نامه از سوی ذی نفع، موجه نیست. حال اگر ذی نفع به هر دلیل درخواست پرداخت ضمانت نامه را بکند اگر بانک با رعایت شرایط شکلی ضمانت نامه را پرداخت کند مسؤولیتی برای بانک به وجود نمی آید.^{۵۵} ولی دستور دهنده حق دارد علیه ذی نفع که ضمانت را بدون داشتن حق دریافت کرده است در دادگاه، طرح دعوی کند. بدیهی است که در بیشتر موارد، پیدایش اختلاف بین ذی نفع و دستور دهنده در زمینه شیوه اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه است، ذی نفع از امتیازی که ضمانت نامه به او می دهد بهره می جوید و درخواست پرداخت آن را می کند. به طوری که در بحثهای گذشته دیدیم ضمانت نامه بانکی اصولاً بی قید و شرط است و بنابراین ضمانت نامه به ذی نفع اجازه می دهد در دوره رسیدگی به دعوی در دادگاه و یا یک هیأت داور، وجه ضمانت نامه را در اختیار داشته باشد و اصولاً توافق طرفین بر این است که وجه ضمانت نامه به عنوان یک تضمین در جریان حل اختلاف در اختیار ذی نفع باشد.^{۵۶} امتیاز دیگری که شیوه

۵۴. ماده یک آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها که در چهارصد و هشتاد و دومین جلسه شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ تصویب گردیده است، صدور ضمانت نامه از طرف بانکها را موکول به گرفتن وثیقه از مضمون عنه طبق شرایط مندرج در این آیین نامه دانسته است. ماده ۲ آیین نامه مزبور انواع وثایق برای صدور ضمانت نامه را تعریف کرده است و ماده ۳ مقرر می دارد که حداقل معادل ده درصد مبلغ ضمانت نامه به صورت نقد و بقیه آن از یک و یا ترکیبی از انواع وثایق خواهد بود.

۵۵. Jures classeur civil، همان بخش، ش.

۵۶. George Kimball and Barry A. Sanders، جلوگیری از پرداخت نادرست ضمانت نامه، درسهایی از

ایران، مجله: The business Lawyer، ۱۹۸۴، شیکاگو، صفحه ۲۱۹.

بکارگیری ضمانت نامه بانکی به ذی نفع می دهد این است که بار دلیل را به دوش دستور دهنده (پیمانکار) قرار می دهد. زیرا اوست که باید دلائل کافی بر حسن انجام تعهدات خود بر طبق قرارداد پایه در دادگاه بیاورد و بری بودن خود و بی حقی ذی نفع در درخواست پرداخت ضمانت نامه را اثبات کند.

۱۶- تضمین ضمانت نامه بانکی (ضمانت نامه متقابل)^{۵۹}

همان گونه که هر تعهدی می تواند از طریق یک تضمین عینی و یا شخصی تضمین گردد، هیچ چیز مانع از آن نیست که تعهد بانک صادر کننده ضمانت نامه به نوبه خود از یک تضمین دیگر برخوردار گردد. تضمین ضمانت نامه که گاه از آن به «ضمانت نامه متقابل» تعبیر می شود در قراردادهای بین المللی به کار گرفته شده است. در قراردادهایی که بین سازمانهای دولتی ایرانی و پیمانکاران خارجی در سالهای قبل از ۱۳۵۷ منعقد گردیده ضمانت نامه های متقابل حسن انجام کار و یا استرداد پیش پرداخت رایج بوده است. این ضمانت نامه ها در مرحله اول به صورت ریالی و از سوی بانکهای ایرانی صادر شده است. بانک ایرانی به دلائل گوناگون نمی خواهد یک پیمانکار خارجی را که طرف قرارداد با سازمانهای ایرانی است به طور مستقیم تضمین کند زیرا هرگاه بانک ایرانی در معرض پرداخت ضمانت نامه به ذی نفع ایرانی قرار گیرد، دسترسی به اموال پیمانکار خارجی و مسائل دیگری از جمله اقامه دعوی در دادگاههای کشور متبوع پیمانکار خارجی برای بانک ایرانی مشکلاتی را به وجود می آورد که بانک ایرانی ترجیح می دهد درگیر چنین مسائلی نشود. بنابراین بانک ایرانی در صورتی برای یک پیمانکار خارجی ضمانت نامه صادر می کند که یک بانک خارجی معتبر و شناخته شده که با بانک ایرانی در ارتباط است، ضمانت نامه ای با ارز خارجی به نفع بانک ایرانی

۵۹. در حقوق فرانسه اصطلاح *contre garanties* و اصطلاح انگلیسی، *back to back letters of credit*

می باشد.

صادر کند. رسم بر این است که پیمانکار خارجی، ابتدا به یک بانک خارجی که معمولاً در کشور متبوع خود قرار دارد دستور می دهد یک ضمانت نامه ارزی به مبلغ و سررسید معین در وجه بانک ایرانی صادر کند. بانک ایرانی نیز با دریافت این ضمانت نامه، اقدام به صدور ضمانت نامه از سوی پیمانکار خارجی به نفع کارفرمای ایرانی می کند.^{۶۰} در اصطلاح حقوقی، بانک ایرانی، ضامن درجه اول و بانک خارجی، ضامن درجه دوم خوانده می شود. این نوع ضمانت نامه ها از سوی بانکهای ایرانی به محض تأیید و گواهی اینکه سازمانهای دولتی ایرانی ضمانت نامه درجه اول را مطالبه کرده است قابل وصول بود.

در پاره ای از ضمانت نامه های بانکی متقابل، به دلیل اهمیت و بالا بودن مبلغ، برای تضمین یک ضمانت نامه بانکی، چندین بانک با یکدیگر پیوند می خورند و همه آنها پرداخت وجه ضمانت نامه متقابل را تضمین می کنند. در پاره ای از موارد نیز یکی از این بانکها به عنوان وکیل دیگران و رئیس گروه، عمل می کند تا مطالبه ضمانت نامه متقابل آسان تر گردد. ضمانت نامه متقابل تابع مقررات ضمانت نامه های بانکی است با این حال پاره ای از ویژگی های آن چنین است:

الف - استقلال دوگانه

چنانچه ضمانت نامه متقابل به صورت اولین درخواست صادر شود

۶۰. بر طبق ماده ۶ آیین نامه صدور ضمانت نامه از طرف بانکها مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۸ شورای پول و

اعتبار:

«صدور ضمانت نامه ریالی در برابر تضمین بانکهای خارجی و همچنین صدور

ضمانت نامه ارزی منوط به موافقت قبلی بانک مرکزی ایران می باشد».

۶۱. *Juris classéur civil*، همان منبع، بخش ۳، ش ۲۳.

۶۲. دادگاه تجارت پاریس در رأی مورخ ۵ اکتبر ۱۹۸۲ در زمینه مسؤولیت بانکهای متعدّد که به گونه

گروهی یک ضمانت نامه را تضمین می کنند چنین اظهار نظر کرده است که هرگاه یک نوشته صریح مبنی بر مسؤولیت این بانکها وجود نداشته باشد تنها بانک رئیس گروه دارای رابطه حقوقی با دستور دهنده و

یا ذی نفع ضمانت نامه است. منبع مذکور شماره ۲۳.

از دو سو دارای استقلال است.

تعهد بانک صادر کننده ضمانت درجه دوم (ضمانت نامه متقابل) از جهت رابطه این تضمین با ضمانت نامه درجه اول یک تعهد مستقل است. بنابراین ضمانت نامه ای که از سوی یک بانک خارجی به یک بانک ایرانی که ضمانت نامه درجه اول را صادر کرده است تسلیم شده، باید با اولین درخواست کتبی بانک ایرانی پرداخت شود. این تضمین مجدّد نه یک ضمان ساده است و نه یک حواله. بانک دوم نمی تواند به مفهوم تبعی بودن تعهد که در یک ضمان ساده وجود دارد توسل جوید و یا آنکه از بانک صادر کننده ضمانت نامه درجه اول بخواهد که دلیلی بر درخواست پرداخت از سوی ذی نفع ضمانت نامه و یا پرداخت وجه ضمانت به ذی نفع ارائه دهد. مگر اینکه در ضمانت نامه متقابل چنین چیزی شرط شده باشد. همچنین به طریق اولی ضمانت نامه متقابل نسبت به تعهدات ناشی از قرارداد پایه، دارای استقلال است و بانک صادر کننده چنین ضمانت نامه ای نمی تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه که احتمالاً پیمانکار می تواند به آنها متوسل شود استناد جوید. شعبه بازرگانی دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۶ خود استقلال دوگانه ضمانت نامه متقابل را چنین بیان کرده است:

«در سلسله زنجیر ضمانت نامه های متقابل، هر تعهد مستقل از تعهد دیگر و از قرارداد پایه می باشد».^۳

ب- قانون حاکم بر ضمانت نامه

در ضمانت نامه های داخلی، موضوع قانون حاکم مطرح نمی شود زیرا دستور دهنده و ذی نفع و بانک صادر کننده در قلمرو یک کشور اقامت دارند و مانند همه شهروندان تابع قوانین داخلی همان کشور هستند. ولی در ضمانت نامه های بین المللی این که چه قانونی بر ضمانت نامه متقابل حاکم است مورد بحث قرار می گیرد. قانون حاکم بر ضمانت نامه درجه اول

۶۳. Juris classeur civil, همان بخش، ش ۲۲.

و ضمانت نامه متقابل می تواند قوانین گوناگون باشد. استقلال ضمانت نامه متقابل از ضمانت نامه درجه اول و قرارداد پایه به این نتیجه می رسد که انتخاب قانون حاکم برای رسیدگی به اختلافات احتمالی، به اراده طرفین بستگی دارد. در صورتی که قرارداد ضمانت نامه متقابل چنین قانونی را پیش بینی نکرده باشد قانون محل اقامتگاه یا مرکز امور بانک صادر کننده ضمانت نامه متقابل بر این ضمانت نامه حاکم می باشد. قانون یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی که از سوی اتاق بازرگانی بین المللی منتشر شده به همین قاعده استناد کرده است.^{۶۴}

پ- مرجع حل اختلاف

هرگاه در خود ضمانت نامه، مرجع قضایی یا داوری ویژه ای برای رسیدگی به اختلافات احتمالی ذی نفع و بانک صادر کننده ضمانت نامه پیش بینی نشده باشد، گفته شده است بر طبق قواعد کلی آیین دادرسی مدنی، دادگاههای محل اقامت ضامن دارای صلاحیت رسیدگی به اختلافات هستند. در موردی که در قرارداد پایه، شرط ارجاع اختلافات احتمالی به داوری درج شده است و یا پس از وقوع اختلاف در قرارداد پایه، طرفین توافق بر ارجاع آن به داوری می کنند، چنین شرطی به دلیل استقلال ضمانت نامه بانکی درجه اول و ضمانت نامه متقابل، شامل اختلافات احتمالی میان بانک و ذی نفع ضمانت نامه نمی باشد.^{۶۵} به موجب ماده ۱۱ مقررات یکنواخت ضمانت نامه های تضمینی، طرفین ضمانت نامه می توانند اختلافات خود را به داوری ببرند. به موجب بند ۲ همین ماده هرگاه اختلاف میان بانک و ذی نفع بر حقوق و تعهدات، طرف قرارداد پایه و یا دستور دهنده تأثیر گذارد، در این صورت این شخص حق

۶۴. ماده ۱۰ مقررات مزبور چنین است:

Article 10.

Applicable law

if a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. if the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

۶۵. Juris classeur civil, همان بخش، ش ۵۰.

دارد در رسیدگی داوری مداخله کند. و برطبق بند ۳ چنانچه ذی نفع و بانک در ارجاع اختلاف به داوری توافق نکنند، هرگونه اختلافی میان آنان منحصرأ در دادگاه صالح کشوری که، محل کسب و پیشه بانک صادرکننده ضمانت نامه در آن قرار دارد حل و فصل می شود.

۱۷- جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه

هنگامی که ذی نفع، درخواست پرداخت یک ضمانت نامه بی قید و شرط را می کند، بانک اصولاً باید فوراً وجه ضمانت نامه را پرداخت کند و نمی تواند درخواست توضیح و یا توجیه بیشتر از ذی نفع بکند. همچنین بانک نمی تواند به بررسی در زمینه شیوه اجرای قرارداد پایه و ایرادات مربوط به آن بپردازد. دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲، هرگونه تأخیر غیرموجه بانک در اجرای ضمانت نامه را موجب محکومیت او به پرداخت ضرر و زیان دانسته است. "اصولاً هنگامی که درخواست پرداخت یک ضمانت نامه می شود، بانک نفع مهمی در عدم پرداخت آن ندارد و غالباً آمادگی پرداخت آن را نیز دارد. با این حال بند ۲ مقررات یکنواخت ضمانت نامه های قراردادی، برای حفظ حقوق احتمالی دستور دهنده چنین می گوید:

«به محض دریافت درخواست پرداخت ضمانت نامه، بانک باید طرف قرارداد یا دستوردهنده را بدون تأخیر از این درخواست پرداخت و مدارکی که دریافت کرده است آگاه سازد».

در این صورت دستوردهنده ممکن است به شیوه های گوناگون در مقام جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه برآید:

الف- دستور منع پرداخت ساده

کسی که ضمانت نامه به دستور و برای تضمین تعهد او صادر شده است ممکن است درست یا نادرست بر این باور باشد که درخواست

پرداخت به طور ناروا صورت گرفته است. دستور دهنده ممکن است دلائل خوبی هم برای اعتراض به پرداخت ضمانت نامه داشته باشد. مانند بطلان قرارداد پایه یا فسخ آن به گونه غیرموجه از سوی ذی نفع و یا عدم امکان اجرای قرارداد به دلائلی که مستقل از اراده طرفین است مانند دلائل سیاسی، شورش، جنگ و مانند آنها. همچنین دستور دهنده ممکن است بر این باور باشد که تعهدات خود را به طور کامل انجام داده و یا لااقل بخشهای اساسی آن را انجام داده و خود را از ذی نفع ضمانت نامه در مورد تعهداتی که داشته و یا به دلیل ضرر و زیان، بستانکار هم بداند. آیا این موارد می تواند مبنای حقوقی کافی برای جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه به صرف درخواست دستور دهنده از بانک باشد؟

می توان گفت هیچ یک از این موارد، اصولاً نمی تواند مانع بانک از پرداخت ضمانت نامه باشد. زیرا طبیعت ضمانت نامه بانکی بر پایه توافقهای طرفین، بی قید و شرط بوده و اکنون دستور دهنده نمی تواند به طور یک جانبه از تعهد قراردادی خود که طبق اصول کلی حاکم بر قراردادها به ویژه ماده ۲۳۹ قانون مدنی نسبت به طرفین الزام آور است پرهیز نماید. او خود به بانک دستور داده است ضمانت نامه ای صادر کند که مستقل بوده و با اولین درخواست قابل پرداخت باشد. از سوی دیگر، دستور جلوگیری از پرداخت ملازمه آشکار با بررسی اعتراضات مربوط به قرارداد پایه دارد و حال آنکه ویژگی ضمانت نامه مستقل، کنارگذاشتن هرگونه امکان بررسی و ارزیابی نسبت به قرارداد پایه می باشد.^{۶۷}

ب- دستور منع پرداخت از مرجع قضایی

در پاره ای از موارد دستور دهنده (پیمانکار یا متعهد) به این بسنده نمی کند که از بانک درخواست عدم پرداخت ضمانت نامه را بکند بلکه با مراجعه به دادگاه و طرح دعوی درخواست صدور حکم بر منع

۶۷. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۱۱.

پرداخت ضمانت نامه را از سوی بانک می کند. آیا دادگاه می تواند چنین دعوایی را بپذیرد؟ در فرانسه در سالهای ۱۹۸۱ تا ۱۹۸۳ تعدادی از این دعاوی که به طور عمده مربوط به ضمانت نامه هایی بود که ذی نفع آنها مؤسسات ایرانی بودند مطرح گردید و دادگاهها با دلایل گوناگونی این دعاوی را قابل پذیرش دانستند. توجیهاتی که برای پذیرش این دعاوی و صدور دستور موقت بر منع پرداخت و در مواردی در ماهیت دعوی و به صورت حکم قطعی ارائه گردیده در هیچ مورد قوی و مبتنی بر دلایل کافی نیست. برای نمونه در یک پرونده چنین توجیه شده است که دستور دهنده دارای طلبهای بزرگی از ذی نفع ضمانت نامه است (دادگاه تجارت بروکسل ۶ آوریل ۱۹۸۲ و دادگاه تجارت پاریس ۱۲ فوریه ۱۹۸۲). این آراء بر این نکته مبتنی بوده اند که درخواست پرداخت از سوی ذی نفع مبتنی بر تقلب و سوء استفاده و ناشی از انگیزه های سیاسی بوده است.^{۶۸}

این آراء قابل انتقاد شمرده شده اند. قدرت الزامی قراردادی که به طور درست منعقد شده است نه تنها به طرفین بلکه به قاضی نیز تحمیل می شود. دادگاه نمی تواند به دلیل انصاف و یا اوضاع و احوال و یا حتی پرهیز از ورود یک خسارت غیر قابل جبران به دستور دهنده، از اجرای قراردادی (ضمانت نامه)، که دستور دهنده از طرفین آن نیست و طرفین آن از ابتدا وصف استقلال به آن داده اند جلوگیری به عمل آورد. بر همین پایه، دادگاههای فرانسه در آرای دیگری درخواستهای جلوگیری از پرداخت وجه ضمانت نامه را بر اساس طبیعت تعهد بانک رد کرده اند.^{۶۹}

در یکی از این دعاوی، دستور دهنده توانسته بود در یک دادرسی فوری، دستور موقت بر منع پرداخت وجه ضمانت نامه را به دست آورد. ۶۸. *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۱۲.

۶۹. رأی مورخ ۱۴ مه ۱۹۸۰ هرگونه بحث و استدلال در مورد سوء نیت ذی نفع ضمانت نامه در چارچوب اجرای قرارداد پایه و با این استدلال که دستور دهنده نمی تواند در صورت پرداخت ضمانت نامه، حکمی از دادگاه بر استرداد وجه ضمانت نامه که از طرف ذی نفع، من غیر حق دریافت شده به دست آورد را رد کرده است.

این دستور موقت در مرحله پژوهشی ابطال شد. در فرجام خواهی به رأی دادگاه پژوهشی اعتراض شد. اعتراض فرجامی چنین بود که: دستور دهنده اجرای کامل تعهدات خود را در چارچوب قرارداد پایه نشان داده است و در این شرایط درخواست پرداخت ضمانت نامه همراه با سوء استفاده بوده است. دیوان کشور نیز به نوبه خود، این موضع گیری قاطع دادگاه پژوهشی را براساس طبیعت تعهد بانک در رأی مورخ ۲۱ مه ۱۹۸۵ تأیید کرد. رد اعتراض فرجامی با این استدلال بود که ویژگی استقلال ضمانت نامه، هرگونه استناد به شرایط اجرای قرارداد پایه را نفی می کند. بنابراین تصمیم دادگاه پژوهشی به درستی گرفته شده و نفس این واقعیت که دستور دهنده کلیه تعهدات قراردادی خود را انجام داده است و ظاهراً هم اثبات شده دارای چنان نتیجه ای نیست که بانک را از اجرای تعهدش بر پرداخت ضمانت نامه با اولین درخواست رها سازد.

ب- تأمین خواسته

ممکن است، دستور دهنده که در صدد جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه بانکی است، بخواهد به ادعای داشتن طلب از ذی نفع ضمانت نامه، از دادگاه درخواست صدور قرار تأمین خواسته نسبت به ضمانت نامه را بکند. (ماده ۲۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی). اگر ضمانت نامه در واقع طلب ذی نفع از بانک محسوب شود در این صورت مانند هر طلب دیگری قابل توقیف می باشد (ماده ۲۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی). درخواست صدور قرار تأمین از نظر حقوقی با درخواست صدور دستور موقت بر منع پرداخت ضمانت نامه یکسان نیست. هنگامی که دستور دهنده درخواست قرار تأمین نسبت به ضمانت نامه را می کند، مفهوم آن این است که نه حقوق ذی نفع را نسبت به ضمانت نامه انکار می کند و نه استقلال ضمانت نامه را. شاید هر بستانکار دیگری که طلبی از ذی نفع ضمانت نامه دارد نیز بتواند ضمانت نامه را در دست بانک توقیف کند. در این صورت دستور دهنده

اگر بستانکار باشد و دلائلی بر آن در دست داشته باشد چرا نتواند از این شیوه بهره مند گردد؟

در فرانسه پاره‌ای از تصمیمات قضایی از این استدلال پیروی کرده و قرار تأمین روی ضمانت نامه بانکی را بنا به درخواست دستوردهنده صادر کرده‌اند.^{۷۰} با این حال این راه هم به روی دستوردهنده بسته شده است. زیرا دستوردهنده می‌خواهد با تکیه بر وصف بستانکار بودن خود درخواست توقیف و منع پرداخت ضمانت نامه را بکند. ولی این عنوان نیز نمی‌تواند به او امکان جلوگیری از پرداخت وجه یک ضمانت نامه مستقل را بدهد. طبیعت ویژه ضمانت نامه مستقل باید مانع اجرای هرگونه قرار تأمین خواسته نسبت به آن گردد. رویه قضایی که به مراتب گسترده‌تر از آرای سابق است در حقوق فرانسه بر همین شیوه مبتنی می‌باشد. دیوان تمیز فرانسه هم این راه حل را تأیید کرده است. دیوان تمیز در یکی از آرای اخیر خود چنین اظهار نظر کرد که: قرار تأمین خواسته که از دادگاه صادر شود نمی‌تواند مانع از اجرای تعهد مستقیم و غیرقابل فسخی که بانک در برابر ذی نفع بر عهده گرفته است باشد و بانک از هرگونه مسؤولیتی در پرداخت وجه ضمانت نامه حتی با وجود قرار تأمین خواسته مبری می‌باشد.^{۷۱}

استدلالی که از نظر حقوقی می‌توان در تأیید این نظر ارائه کرد همان است که پیش از این در مورد عدم پذیرش دستور موقت مبنی بر منع پرداخت قضایی مطرح گردید. درخواست صدور قرار تأمین خواسته از سوی دستوردهنده، معارض با تعهدی است که وی در تسلیم یک ضمانت نامه بی‌قید و شرط و مستقل که با اولین درخواست قابل پرداخت باشد بر عهده گرفته است. پذیرش صحت قرار تأمین خواسته به معنی این است که به یکی از طرفین قرارداد اجازه داده شود ولو به طور موقتی اجرای تعهد روشن و درستی را که با آگاهی کامل پذیرفته است فلج نماید. بنابراین می‌توان

۷۰. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۲۲.

۷۱. Juris classeur civil، ش ۱۲۵، رأی مورخ ۲۷ نوامبر ۱۹۸۴.

چنین فرض کرد که دستور دهنده با پذیرش صدور یک ضمانت نامه مستقل، از هر گونه درخواست صدور قرار تأمین صرف نظر کرده است. افزون بر آن، قرار تأمین خواسته به استناد طلب دستور دهنده از ذی نفع یک شیوه انحرافی در استناد به تهاوت است و حال آنکه ضمانت نامه مستقل، دارای این ویژگی است که از هر گونه استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه آزاد می باشد.^{۷۲}

بحث دیگری که پیش می آید این است که هرگاه دستور دهنده بخواهد بر پایه طلب دیگری که ارتباطی به قرارداد پایه ندارد، درخواست صدور قرار تأمین خواسته نسبت به ضمانت نامه را بنماید و یا حتی اشخاص ثالث بخواهند چنین کنند آیا دادگاه می تواند با صدور قرار تأمین یک ضمانت نامه بانکی را توقیف نماید؟ در این مورد اعتراض مربوط به غیرقابل استناد بودن ایرادات در برابر چنین درخواستی قابل طرح نیست، زیرا طلبی که برای آن درخواست صدور قرار تأمین می شود ارتباطی به قرارداد پایه ندارد.

با آنکه آرای از دادگاههای فرانسه به نفع این فکر صادر گردید ولی دیوان تمیز این کشور به طور صریح آن را محکوم کرد. در این مورد، مسأله استقلال ضمانت نامه مطرح نیست و تخلفی هم از قاعده غیرقابل استناد بودن ایرادات صورت نگرفته است. ولی هدف دیوان تمیز این بوده است که یک تضمین مطلق برای ذی نفع ضمانت نامه به وجود آورد. چیزی که قصد مشترک طرفین در تسلیم ضمانت نامه نیز بوده است. استدلالهای دیگری هم در این زمینه قابل ذکر است. می توان گفت دستور دهنده به طور ضمنی، ولی قطعی خود را از ایجاد هرگونه محدودیتی در پرداخت ضمانت نامه ممنوع ساخته است. همچنین در رابطه دستور دهنده و ذی نفع ضمانت نامه می توان گفت، ضمانت نامه در حقیقت جایگزین یک سپرده نقدی است و باید در حد یک سپرده نقدی برای ذی نفع ایجاد تضمین کند در نتیجه هرگونه حرکتی در جهت توقیف آن با طبیعت آن ناسازگار

است.^{۷۳} می‌توان افزود که ضمانت نامه با یک مکانیسم پیچیده به قرارداد پایه ارتباط دارد و درخواست پرداخت آن از سوی ذی نفع، عموماً وابسته به اعلام قصور پیمانکار یا متعهد از شروط قرارداد پایه می‌باشد. ممکن است در یک قرارداد پیمانکاری، که برای حسن انجام آن ضمانت نامه داده شده است، پیمانکار تعهدات خود را طبق قرارداد و به طور کامل انجام دهد. در این مورد هیچ ضرورتی در به کار انداختن تضمین مندرج در ضمانت نامه وجود نخواهد داشت. بنابراین با انجام موضوع قرارداد، ضمانت نامه نیز منتفی می‌گردد. به عبارت دیگر، ضمانت نامه بانکی در اصل، فراهم کننده یک تضمین است نه یک طلب و بنابراین نمی‌توان آن را موضوع قرار تأمین خواسته یا توقیف طلب محسوب کرد و بر همین اساس هرگونه اقدامی از سوی اشخاص ثالث در توقیف ضمانت نامه را نیز باید ممنوع دانست.^{۷۴}

ت- نقش بانک صادر کننده ضمانت نامه

بانکی که ضمانت نامه صادر می‌کند در برابر ذی نفع مسؤولیت دارد و باید بر طبق ضمانت نامه اگر بی قید و شرط است با اولین درخواست پرداخت کند اگر بانک از پرداخت خودداری کند ممکن است به پرداخت خسارت محکوم شود. ولی در موردی که بانک پیرو صدور دستور موقت یا قرار تأمین خواسته از پرداخت ضمانت نامه خودداری می‌کند، نمی‌توان مسؤولیتی برای وی در نظر گرفت. با این حال بانکها

۷۳. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۲۶.

۷۴. در یکی از لوایحی که در زمینه ضمانت نامه های بانکی از سوی شرکت جی تی ای، بین المللی به دیوان داوری ایران و امریکا تسلیم شد، در توصیف حق ذی نفع نسبت به ضمانت نامه به مفهوم حقوقی «حق احتمالی و بالقوه»، استناد شده است. بر این پایه، تا هنگامی که یک درخواست پرداخت صحیح و مطابق شروط ضمانت نامه از سوی ذی نفع در یک ضمانت نامه بانکی انجام نشده است، بانک دارای هیچ تعهدی نیست و بنابراین «سرمایه ای» وجود ندارد تا قابل توقیف باشد. لایحه مورخ ۱۵ آوریل ۱۹۸۳، شعبه دوم دیوان، صفحه ۲۳ متن انگلیسی.

ترجیح می‌دهند خود را درگیر اختلافات دستوردهنده و ذی نفع ضمانت نامه نکنند و برای حفظ اعتبار بین المللی خود، جانب ذی نفع ضمانت نامه را می‌گیرند مگر آنکه احساس کنند پس از پرداخت، رجوع بانک به دستوردهنده با موانعی برخورد می‌کند و دسترسی بانک به وثایق در معرض خطر قرار می‌گیرد که در این صورت کوشش می‌کند دستوری از دادگاه بر منع پرداخت دریافت کنند.^{۷۶}

۱۸ - سوء استفاده آشکار در درخواست پرداخت^{۷۷}

در پاره‌ای از موارد درخواست پرداخت از سوی ذی نفع با شروط ظاهری ضمانت نامه منطبق نیست. مانند اینکه در ضمانت نامه سررسید معینی برای مطالبه شرط شده باشد و ذی نفع پیش از فرا رسیدن این موعد، ضمانت نامه را مطالبه کند و یا در موردی که ضمانت نامه تا موعد معینی اعتبار دارد و ذی نفع پس از انقضای این مهلت و از بین رفتن اعتبار ضمانت نامه آن را مطالبه کند. در این مورد دستوردهنده حق دارد به بانک دستور منع پرداخت دهد و بانک هم تکلیف دارد از پرداخت ضمانت نامه خودداری نماید. در این موارد مشکلی از نظر حقوقی پیش نمی‌آید. و ایراد بطلان مربوط به خود ضمانت نامه است نه مربوط به قرارداد پایه. اگر بانک با تخلف از شروط ضمانت نامه، آن را پرداخت کند تخلف کرده است و حق رجوع به دستوردهنده را از دست می‌دهد. ولی مسأله حقوقی تقلب و حيله در مطالبه ضمانت نامه هنگامی مطرح می‌شود که ذی نفع با رعایت شروط ظاهری ضمانت نامه، با سوء استفاده آشکار درخواست پرداخت نماید. فرض کنیم قراردادی برای احداث یک راه بین شهری میان کارفرما و پیمانکار امضا شده است. ضمانت نامه حسن انجام کار هم از سوی پیمانکار تسلیم گردیده است. هدف از تسلیم چنین ضمانت نامه‌ای این است که تضمین کافی در انجام تعهدات قراردادی پیمانکار به نفع کارفرما فراهم آید. طبیعی است که این امر مستلزم دادن

۷۵. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۲۸.

76. Appel manifestement abusif de la garantie fraudulent demand.

فرصت کافی به پیمانکار و گذشتن زمان لازم برای انجام کار است. حال اگر کارفرما به جهت اینکه در تنگنای مالی است و نیاز فوری به پول دارد در صدد برآید پس از امضای قرارداد یا گذشتن مدت کوتاهی درخواست پرداخت ضمانت نامه را کند چنین درخواستی همراه با حيله و سوء استفاده آشکار از مفهوم و هدف ضمانت نامه بانکی است. آیا پیمانکار می تواند در چنین اوضاع و احوالی از دادگاه درخواست جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه را کند؟

طرح مسأله حيله و تقلب در مطالبه ضمانت نامه بانکی از جهت نظری بحث انگیز است. طبیعت ضمانت نامه بانکی این است که با اولین درخواست پرداخت شود. مسؤولیت بانک یک مسؤولیت اولی و ذاتی است و تابع قصور و یا تخلف بدهکار اصلی از شروط قرارداد پایه نیست. همچنین مسؤولیت بانک صادر کننده تحت تأثیر ادعاهایی از این دست که ذی نفع ضمانت نامه قرارداد اصلی را که میان او و بدهکار اصلی منعقد شده نقض کرده است قرار نمی گیرد.^{۷۷} بنابراین حتی در موردی که از اوضاع و احوال به خوبی سوء استفاده در درخواست پرداخت محقق گردد، ریشه این سوء استفاده به قرارداد پایه باز می گردد و حال آنکه ویژگی استقلال ضمانت نامه و قاعده غیرقابل استناد بودن ایرادات مانع از این است که بانک یا دستور دهنده بتوانند به قرارداد پایه استناد کنند. در نتیجه می توان گفت که طرح مسأله سوء استفاده آشکار یا حيله و تقلب در درخواست پرداخت ضمانت نامه با مفهوم استقلال ضمانت نامه در تضاد است.

با این حال چه در حقوق انگلیس و چه در حقوق فرانسه این مسأله مطرح گردیده و آرای از دادگاههای این کشورها بر منع پرداخت ضمانت نامه به دلیل تقلب در مطالبه یا سوء استفاده آشکار صادر گردیده است.^{۷۸}

۷۷. چیتی، قراردادهای ویژه، ضمان، ش ۵۰۱۷.

۷۸. رأی ۱۱ دسامبر ۱۹۸۵ دیوان کشور فرانسه، *Juris classeur civil*، همان بخش، ش ۱۲۵.

در حقوق فرانسه این قاعده کلی پذیرفته شده است که «تقلب، همه قواعد حقوقی را با استثناء مواجه می‌سازد».^{۷۹} احترام به اصل استقلال ضمانت نامه تا جایی است که از آن به طور آشکار و حيله آمیز سوء استفاده نشود. حال اگر دلایل روشنی در دست باشد که درخواست پرداخت با انگیزه محض حيله و تقلب است چرا این قاعده کلی به مورد اجرا گذارده نشود؟ مؤلفین فرانسوی در این مورد نه تنها استناد به قاعده حقوقی مزبور را تجویز کرده اند بلکه آن را با استقلال ضمانت نامه نیز ناسازگار ندانسته اند. زیرا ایراد تقلب در واقع ناشی از قرارداد پایه نیست و استقلال ضمانت نامه نیز نادیده گرفته نمی‌شود.^{۸۰} دادگاه استیناف پاریس در رأی مورخ ۱۲ ژوئن ۱۹۸۵ خود تنها سوء استفاده در درخواست پرداخت را کافی ندانست. زیرا درخواست پرداخت چیزی جز اجرای یک شرط قراردادی نیست و قابل تشبیه به حيله و تقلب نمی‌باشد. حيله و تقلب در موردی است که دلیل روشن و اثباتی بر قصد اضرار از سوی ذی نفع ضمانت نامه به دستور دهنده فراهم شده باشد.^{۸۱} ولی دیوان تمیز فرانسه در رأی مورخ ۲۰ ژانویه ۱۹۸۷ شرایط تحقق حيله و تقلب را تعدیل کرده است. دیوان تمیز، مفهوم سوء استفاده آشکار در درخواست پرداخت را همسان حيله و تقلب دانسته است. اگرچه مفهوم «سوء استفاده آشکار» وسیع تر از مفهوم «حيله و تقلب» است. زیرا سوء استفاده آشکار به محض اینکه بی حقی درخواست کننده براساس قرارداد پایه به نحو غیرقابل ردی اثبات گردد تحقق می‌یابد و حال آنکه حيله و تقلب اصولاً مستلزم این است که قصد اضرار اثبات گردد. در یک ضمانت نامه بانکی به دست آوردن دلیل اثباتی قصد اضرار از سوی ذی نفع ضمانت نامه چندان آسان نیست. ذی نفع در جستجوی تأمین یک امتیاز بدون داشتن حق است و انگیزه

۷۹. در مورد شروط اجرای قاعده رجوع کنید، به کتاب نظریه تقلب نسبت به قانون، از همین قلم،

انتشارات دانشگاه ملی ایران، صفحه ۲۳۷ تا ۲۴۱.

۸۰. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۳۵.

۸۱. Juris classeur civil، همان بخش، ش ۱۳۶.

اصلی اوزیان رساندن به ضامن نیست.^{۸۲}

با این حال صرف سوء استفاده و یا سوء نیت کافی نیست بلکه این سوء استفاده باید آشکار باشد و چنانکه یکی از مؤلفین فرانسوی می گوید، عنصر سوء استفاده باید چشم را خیره کند. زیرا در غیر این صورت بسیاری از موارد که در واقع ایرادات مربوط به قرارداد پایه هستند ممکن است مستند عدم پرداخت ضمانت نامه قرار گیرند که چنین چیزی با استقلال ضمانت نامه و اعتراض و انصراف قبلی ضامن از استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه ناسازگار است.^{۸۳}

۸۲. همان منبع.

۸۳. *Juris classeur civil* همان بخش، ش ۱۴۰.