

## شیوه‌های پرداخت ضمانتنامه‌های بانکی و ماهیت اسنادی آنها

مرتضی شهبازی‌نیا

استادیار وزارت علوم تحقیقات و فناوری

پذیرش: ۸۳/۷/۲۹

دریافت: ۸۲/۱۱/۲۰

### چکیده

بی‌اغراق مهمترین بخش هر ضمانتنامه بانکی را ترتیب مقرر برای پرداخت وجه آن تشکیل می‌دهد. در واقع شیوه پرداخت ضمانتنامه جایگاه هر یک از طرفین آن (ضمانت‌خواه، ذی‌نفع و بانک) و حدود مسئولیت آنها و نیز وضعیت مستقل یا تبعی بودن تعهد مندرج در خود ضمانتنامه را مشخص می‌سازد. برای مثال، وجه ضمانتنامه ممکن است به صرف درخواست ذی‌نفع، قابل پرداخت می‌باشد که در این صورت، ذی‌نفع ضمانتنامه از موضع قویتری در رابطه تجاری مرتبط برخوردار می‌شود و تعهد مندرج در ضمانتنامه نیز کاملاً مستقل از تعهد مورد تضمین تلقی می‌گردد. اما اگر وجه ضمانتنامه در مقابل ارائه رأی دادگاه یا داور قابل پرداخت باشد، ضمانتنامه فایده‌ای فراتر از انواع سنتی و تبعی ضمانت برای ذی‌نفع در پی نخواهد داشت.

صرف‌نظر از شیوه پرداخت مقرر در ضمانتنامه، ویژگی مشترک همه شیوه‌ها، با توجه به نظام حقوقی و رویه تجاری فعلی حاکم در باب این سند «اسنادی بودن» آنها است؛ به این مفهوم که در همه شیوه‌های مذکور، پرداخت صرفاً در مقابل ارائه اسناد معین در متن ضمانتنامه صورت می‌گیرد که ممکن است درخواست ذی‌نفع به تنهایی یا همراه با گواهی شخص ثالث، حکم دادگاه یا نظریه داور باشد. بانک ضامن در مقام رسیدگی به درخواست مطالبه وجه ضمانتنامه، جز بررسی و احراز مطابقت ظاهری اسناد ارائه شده با شروط مندرج در متن ضمانتنامه و وظیفه دیگری ندارد.

کلید واژه‌ها: ضمانتنامه بانکی، شروط پرداخت، ماهیت اسنادی، اولین درخواست، بانک ضامن، قرارداد پایه.

## ۱- مقدمه

یکی از خصوصیات اصلی ضمانتنامه‌های مستقل بانکی، اسنادی بودن مطالبه آنها است که این ویژگی خود به نوعی معلول اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد پایه [۱، ص ۱۳۰ و بعد] است. هرچند که شیوه‌های مطالبه و پرداخت وجه ضمانتنامه، از تنوع برخوردار است. اما ویژگی مشترک همه این شیوه‌ها و نیز خصوصیت مشترک انواع ضمانتنامه بانکی و اعتبارنامه انتظاری، همین ماهیت اسنادی مطالبه است. مقاله حاضر به بررسی شیوه‌های مختلف پرداخت وجه ضمانتنامه و خصوصیت مشترک آنها (ماهیت اسنادی) اختصاص دارد.

## ۲- شیوه‌های متداول پرداخت

در ضمان عقدی، حسب قاعده، حقوق و تعهدات طرفین و شرایط پرداخت مبتنی بر قرارداد پایه است و در واقع، شرایط رابطه پایه به عقد ضمان بین ضامن و مضمون‌له نیز منتقل می‌شود. به عبارت دیگر محتوا و حدود مسئولیت ضامن، هم از نظر ماهوی و هم از نظر اثباتی، با توجه به مسئولیت بدهکار اصلی در مقابل مضمون‌له طبق قرارداد پایه تعیین می‌شود [۲، ص ۲۲۲ و بعد]. این نوع مسئولیت معمولاً در قوانین پیش‌بینی شده و نیازی به ذکر آن در قرارداد نیست. برعکس اگر طرفین بخواهند مسئولیت به ترتیب دیگری باشد، باید بدان تصریح کنند [۳، ص ۵۶].

اما در ضمانتنامه بانکی با توجه به اصل استقلال از قرارداد پایه، تعهدات بانک و حقوق ذی‌نفع، مشخص نیست و نیاز به توافق دارد. حقوق و تعهدات طرفین عمدتاً به وسیله شروطی معین می‌شود که «شروط پرداخت» نام دارند. این شروط نوع ادله‌ای را که برای اثبات تخلف اصیل لازم است معین می‌کنند، هرچند که در بسیاری از موارد اصلاً اثبات چنین تخلفی در مرحله مطالبه وجه ضمانتنامه لازم نیست. همچنین این شروط حدود و زمان تعهد بانک به پرداخت وجه ضمانتنامه و حقوق ذی‌نفع برای مطالبه را تعیین می‌کنند. بنابراین شروط پرداخت باید در هر مورد مشخص گردد و در متن سند صراحتاً گنجانده شود. بدون اغراق می‌توان شروط پرداخت را مهمترین بخش ضمانتنامه بانکی بین‌المللی به حساب آورد [۳، ص ۵۶].

در حال حاضر بر اساس دسته‌بندی متداول، شیوه‌های پرداخت ضمانتنامه‌ها عبارتند از پرداخت بر اساس اولین درخواست، پرداخت بر اساس ارائه گواهی شخص ثالث و پرداخت بر اساس رأی دادگاه یا داور [۳، ص ۳۹، ۴، ص ۲۱، ۵، ص ۲۱].

این تقسیم‌بندی اگر چه جامع تمام انواع ضمانتنامه است، اما از دقت کافی برخوردار نیست، چرا که برای مثال پرداخت با اولین درخواست را یکی از اقسام این مقسم و در کنار شیوه‌های دیگر قرارداده است، حال آنکه «اولین درخواست بودن» ویژگی مشترک همه این شیوه‌ها است و اصولاً خود از ویژگیهای کلی ضمانتنامه‌های بانکی بین‌المللی تلقی می‌شود.

به هر حال با توجه به مطلب فوق، این تحقیق دسته‌بندی جدیدی را از شیوه‌های پرداخت ضمانتنامه‌ها ارائه می‌دهد که مبتنی بر اصل اولین درخواست بودن همه انواع ضمانتنامه بانکی بین‌المللی است. در این دسته‌بندی، انواع ضمانتنامه‌ها از حیث شیوه پرداخت، در یکی از چهار دسته زیر قرار می‌گیرند:

اول) ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست<sup>۱</sup>

دوم) ضمانتنامه‌های قابل پرداخت با درخواست منضم به اعلام کتبی تخلف<sup>۲</sup> اصیل از قرارداد پایه.

سوم) ضمانتنامه‌های قابل پرداخت با درخواست منضم به گواهی شخص ثالث<sup>۳</sup>.

چهارم) ضمانتنامه‌های قابل پرداخت با درخواست منضم به رأی دادگاه یا داور<sup>۴</sup>.

## ۲-۱- پرداخت به صرف درخواست

ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست یا مطالبه، امروزه نوع غالب ضمانتنامه‌های بانکی در صحنه روابط تجاری بین‌المللی است [۶، ص ۲، ۷، ص ۳]. در شیوه پرداخت به صرف درخواست، ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانتنامه به چیزی جز تسلیم درخواست کتبی نیاز ندارد و حق ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانتنامه مقید به ورود یا عدم ورود خسارت یا میزان آن نیست و به علاوه بانک ضامن، حق مطالبه هیچ سند دیگری را از ذی‌نفع ندارد، ضمن آنکه حتی حق تحقیق و بررسی در مورد اجرا یا عدم اجرای قرارداد پایه را نیز نخواهد داشت.

1. guarantees payable on simple demand  
2. payment upon submission of statement of default  
3. payment upon submission of third-party documents  
4. payment upon submission of arbitral or court decision



بنابراین تردید بانک ضامن در مورد وضعیت اجرای تعهدات ناشی از قرارداد پایه نمی‌تواند مانع پرداخت ضمانتنامه شود [۳، ص ۴۲، ۴، ص ۲]. خلاصه آنکه استحقاق ثبوتی ذی‌نفع برای مطالبه خسارت طبق قرارداد پایه، ارتباطی با قرارداد ضمانت ندارد، بلکه این موضوع بعد از پرداخت، از ناحیه اصیل (ضمانت‌خواه) قابل پیگیری است.

بنابراین تنها اقدام بانک ضامن پس از ایصال درخواست ذی‌نفع این است که به بررسی و کنترل مطابقت ظاهری مطالبه به عمل آمده با مفاد ضمانتنامه بپردازد که در این مورد، مطالبه، چیزی جز یک درخواست کتبی نیست.

این نوع ضمانتنامه، بیش از هر چیز تأمین‌کننده منافع ذی‌نفع است، چرا که وی را در موضع قویتری نسبت به ضمانت‌خواه قرار می‌دهد و در مقام تخصیص خطر، تمامی خطرهای را متوجه شخص اخیر می‌کند. علاوه بر این، ضمانتنامه قابل پرداخت به صرف درخواست، به عنوان اهرم فشار ذی‌نفع بر اصیل نیز تلقی می‌شود. شیوه ساده مطالبه و عدم نیاز به ارائه هر گونه دلیل مثبت، سبب می‌شود که ذی‌نفع در هر زمان قادر به وصول وجه ضمانتنامه باشد. باز پس گرفتن وجه پرداخت شده به ذی‌نفع در فرض عدم تخلف اصیل از قرارداد پایه و نتیجتاً عدم استحقاق ذی‌نفع در مطالبه خسارت، نیازمند طرح دعوا در کشور محل اقامت ذی‌نفع یا بانک ضامن است که معمولاً کشوری غیر از محل فعالیت اصیل خواهد بود. طرح چنین دعوایی، صرف‌نظر از احتمال عدم موفقیت، اصیل را با مشکلاتی نظیر هزینه دادرسی، تأخیر در فعالیتها و دشواریهای ناشی از اجرای حکم صادر در کشور خارجی مواجه می‌کند. از این رو اصیل ناگزیر است برای جلب‌نظر ذی‌نفع و عدم ضمانتنامه از سوی وی، همواره دیدگاههای ذی‌نفع را در مقام اجرای قرارداد پایه رعایت کند.

ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست به لحاظ شیوه ساده مطالبه، امکان تقلب و سوءاستفاده را نیز برای ذی‌نفع فراهم می‌سازد. در عمل نیز دعوای فراوانی با موضوع متقلبانه بودن مطالبه وجه ضمانتنامه، در سراسر دنیا مطرح شده است که حکایت از میزان قابل توجه سوءاستفاده از این ابزار دارد. آرای صادر شده در زمینه تقلب و سوء استفاده از ضمانتنامه‌های بانکی را در بسیاری از نوشته‌های حقوقی می‌توان ملاحظه کرد [۸، ص ۲۸، ۹، صص ۷۲۲-۷۲۵، ۱۰، صص ۲۷۴-۱۸۹، ۱۱، ص ۵۵ و بعد].

لازم به ذکر است که با توجه به مطالب فوق، این نوع ضمانتنامه با عنوان «ضمانتنامه خودکشی»<sup>۱</sup> معروف شده است، بدین معنا که ضمانت‌خواه با ارائه ضمانتنامه قابل پرداخت به صرف درخواست، خود را در معرض یک خطر مالی شدید قرار می‌دهد. با این حال، ضمانتنامه مورد بحث، رایج‌ترین نوع ضمانتنامه بین‌المللی است.

برای اینکه ضمانتنامه، «قابل پرداخت به صرف درخواست» تلقی شود، همیشه لازم نیست که عباراتی نظیر «صرف درخواست»<sup>۲</sup> در متن آن تصریح شود، بلکه رویه بانکی کشورهای مختلف عبارات متفاوتی را برای این مفهوم به کار می‌برند، عباراتی نظیر:

- «پرداخت بر اساس درخواست شما بدون هرگونه اعتراض انجام خواهد گرفت».

- «پرداخت با درخواست شما بدون هرگونه اخطار یا هرگونه شرط یا محدودیت صورت خواهد گرفت».

- «پرداخت بدون نیاز به اثبات یا توجیه صورت خواهد گرفت».

- «هیچگونه اعتراض یا ایراد یا توسل به مراجع داورى یا قضایی مورد توجه قرار نخواهد گرفت».

- «ما پرداخت به شما را با درخواست شما تضمین می‌کنیم، اعم از اینکه طبق قرارداد (پایه) مستحق مبلغی باشید یا نه».

- «پرداخت بر اساس تخلف اصیل به ترتیبی که توسط شما و با تشخیص انحصاری و مطلق شما تعیین می‌شود، صورت خواهد گرفت».

عبارات فوق همگی دلالت بر این دارد که ضمانتنامه به صرف درخواست ذی‌نفع قابل پرداخت است.

از نظر تاریخچه، ضمانتنامه قابل پرداخت به صرف درخواست ابتدا از خاورمیانه ریشه گرفته و در حال حاضر نیز بیش از همه مورد توجه و درخواست واردکنندگان و کارفرمایان کشورهای خاورمیانه و شمال آفریقا است [۴، ص ۱۲۲]. بسیاری از ضمانتنامه‌های صادرشده به نفع اتباع ایرانی نیز در حال حاضر از نوع صرف درخواست است، هرچند که عملاً بانکهای ایرانی بعضاً بدون توجه به مفاد ضمانتنامه از پرداخت وجه براساس صرف

1. suicide guarantee

2. simple demand



درخواست ذی‌نفع خودداری می‌کنند. برای مثال بانکهای ایرانی در موارد متعدد به صرف اینکه ضمانت‌خواه خارجی، قرار منع پرداخت وجه ضمانتنامه را از محاکم خارجی و علیه بانک دستوردهنده خارجی گرفته است، به درخواست ذی‌نفع ایرانی ترتیب اثر نداده‌اند. محاکم ایران نیز به لحاظ عدم آشنایی کافی با مسائل حقوقی ضمانتنامه‌ها، در مواردی از الزام بانک به اجابت درخواست ذی‌نفع ایرانی خودداری کرده‌اند.

در پایان ذکر این نکته ضروری است که برخی از ضمانتنامه‌ها، خصوصاً ضمانتنامه‌های صادر از بانکهای آلمانی، علاوه بر شرط قابلیت پرداخت به صرف درخواست، عبارات دیگری نظیر «پرداخت در صورت تخلف اصیل انجام خواهد شد» را دربردارند که در حقوق آلمان Effektivklauseln نامیده می‌شوند. رویه قضایی، این ضمانتنامه‌ها را قابل پرداخت به صرف درخواست می‌داند و قید مذکور را صرفاً به منظور تصریح به هدف ضمانتنامه تلقی کرده است [۱۲، ۹۸، ۱۳، ص ۲۱].

## ۲-۲- پرداخت با اولین درخواست منضم به اعلام کتبی تخلف اصیل از قرارداد پایه

این شیوه پرداخت از هر حیث مشابه ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست است. اولاً همانند ضمانتنامه‌های مذکور، بانک باید با اولین درخواست ذی‌نفع، وجه ضمانتنامه را به وی بپردازد. ثانیاً ذی‌نفع مجبور نیست مدارکی که مثبت تخلف اصیل از قرارداد پایه باشد، ارائه کند و ثالثاً بانک نیز نمی‌تواند به بررسی وضعیت قرارداد پایه و استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع برای مطالبه خسارت بپردازد.

تنها تفاوت این شیوه با ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست، این است که در متن ضمانتنامه‌های نوع مورد بحث، شرطی وجود دارد مبنی بر اینکه ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانتنامه باید علاوه بر درخواست، تخلف اصیل از قرارداد پایه و مورد تخلف را کتباً به بانک اعلام کند [۴، ص ۲۱]. بدیهی است از دیدگاه ذی‌نفع با توجه به اینکه در این مورد نیز صرف اعلام تخلف از سوی وی برای پرداخت وجه ضمانتنامه کفایت می‌کند و نیازی به ارائه مدارک مثبت تخلف ادعایی نیست، کارکرد این ضمانتنامه‌ها نیز همانند ضمانتنامه‌های صرف درخواست است.

اما از دیدگاه ضمانت‌خواه این نوع ضمانتنامه از دو جهت بر ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست ترجیح دارد. اول اینکه از نظر روانی، محدودیت بیشتری برای ذی‌نفع ایجاد می‌کند، چرا که بسیاری از اشخاصی که در جایگاه ذی‌نفع قرار می‌گیرند، در صورت اجرای دقیق قرارداد از سوی اصیل، حاضر به اظهار کتبی تخلف وی نیستند و اشخاصی نیز که مقید به اصول اخلاقی نباشند، ناگزیرند با شناسایی جایگاه خود حداقل در مقام اعلام کتبی تخلف اصیل به نحوی سنجیده عمل نمایند. ثانیاً تعیین موارد تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه، وی را یاری خواهد کرد تا به نحو دقیقتر به ارزیابی مطالبه ذی‌نفع بپردازد و در صورت تشخیص عدم استحقاق یا متقلبانه بودن مطالبه، اقدام به طرح دعوا علیه ذی‌نفع کند [۷].

ص ۹۳]. ثانیاً چنانچه ضمانت‌خواه بخواهد بعد از ضبط ضمانتنامه از سوی ذی‌نفع، علیه وی طرح دعوا کند، اعلامیه مذکور در مقام اثبات خلاف ادعای ذی‌نفع، وی را یاری خواهد کرد، چرا که ذی‌نفع ناگزیر است در این اعلامیه، مورد و موضوع نقض قرارداد پایه را مشخص سازد و ضمانت‌خواه نیز در مقام اثبات دعوا خود صرفاً بر همان موارد تمرکز خواهد کرد.

«مقرات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانتنامه‌های عندالمطالبه» نیز شیوه مورد بحث را به عنوان شیوه اصلی و پیشنهادی برای ضمانتنامه‌های بانکی بین‌المللی انتخاب کرده است. ماده ۲۰ مقررات یادشده اشعار می‌دارد:

الف) درخواست پرداخت وجه ضمانتنامه باید کتبی باشد و (علاوه بر اسناد دیگری که ممکن است در ضمانتنامه مشخص شده باشد) با یک اظهار کتبی - چه در متن درخواست و چه در سند یا اسناد جداگانه‌ای که در متن درخواست به آنها اشاره شده - همراه باشد، مبنی بر اینکه:

۱. ضمانت‌خواه تعهد یا تعهدات خود را طبق قرارداد یا قراردادهای پایه، نقض کرده یا در فرض ضمانتنامه شرکت در مناقصه، شروط مناقصه را نقض کرده است.

۲. موارد نقض تعهدات توسط ضمانت‌خواه را مشخص کند.

ب) مطالبه وجه ضمانتنامه متقابل باید همراه با یک اعلام کتبی باشد مبنی بر اینکه ضامن (بانک گشاپشگر) درخواست پرداخت وجه ضمانتنامه (اصلی) را که با مفاد آن و مفاد این ماده مطابقت دارد، دریافت کرده است ...».



چنانکه ملاحظه می‌شود، مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، علاوه بر اینکه در مورد ضمانتنامه‌های اصلی، اعلامیه کتبی تخلف اصیل را لازم دانسته است، در مورد ضمانتنامه‌های متقابل نیز اعلام کتبی بانک گشایشگر مبنی بر مطالبه وجه ضمانتنامه اصلی از سوی ذی‌نفع را ضروری می‌داند. همچنین بند «الف» مذکور، تعیین موارد تخلف را نیز لازم دانسته است. البته ذکر این نکته نیز ضروری است که ماده مذکور در بندهای بعد به طرفین ضمانتنامه اجازه می‌دهد که با توافق صریح خود، مقررات این ماده را کنار گذارده، شیوه دیگری انتخاب کنند [۷، ص ۹۴]. بند «ج» ماده ۲۰ به شرح زیر است:

«ج» بند «الف» این ماده اعمال خواهد شد، مگر اینکه به وسیله شروط ضمانتنامه صراحتاً کنار گذاشته شده باشد. بند «ب» این ماده اعمال می‌شود، مگر اینکه شروط مندرج در ضمانتنامه متقابل صراحتاً آن را کنار گذاشته باشد».

گاهی در متن ضمانتنامه مقرر شده است که پرداخت وجه آن با «اولین درخواست موجه»<sup>۱</sup> صورت خواهد گرفت. در خصوص ضمانتنامه‌های مذکور این پرسش مطرح می‌شود که منظور از قید «موجه» چیست و چه اثری بر آن مترتب است؟ این پرسش هنوز در رویه قضایی کشورهای مختلف پاسخ واحدی نیافته است و اختلاف نظر در مورد آن ادامه دارد [۳، ص ۴۲]. رویه قضایی فرانسه این نوع ضمانتنامه‌ها را ضمانتنامه مستقلی می‌شناسد که مطالبه آن مستلزم اعلامیه کتبی تخلف طبق ماده ۲۰ مقررات ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی است، مگر آنکه در متن ضمانتنامه خلاف این امر پیش‌بینی شده باشد [۱۴، ص ۱۳].

### ۳-۲- پرداخت با درخواست منضم به گواهی شخص ثالث

گاهی بر اساس توافق طرفین، شرطی در ضمانتنامه گنجانده می‌شود، مشعر بر اینکه مطالبه وجه آن با ارائه گواهی شخص ثالثی دال بر استحقاق ذی‌نفع یا تخلف اصیل از قرارداد پایه امکانپذیر است. این سند ممکن است گواهی مهندس ناظر یک پروژه، مبنی بر تخلف اصیل از

1. first justified demand



قرارداد پایه و یا در فرض ضمانتنامه‌های پیش‌پرداخت، گواهی بانک گشایشگر اعتبار اسنادی تجاری، مبنی بر عدم ارسال کالا از سوی فروشنده (اصیل) باشد [۱۲، ص ۱۰۳].

این قبیل ضمانتنامه‌ها نیز از خصیصه استقلال برخوردارند و می‌توانند طبق بند «الف» ماده ۲۰ مشمول مقررات نشریه ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی قرار گیرند [۳، ص ۴۵]. وظیفه بانک گشایشگر در مقابل درخواست ذی‌نفع، کنترل مطابقت ظاهری درخواست و اسناد منضم به آن با مفاد و شروط ضمانتنامه است و در صورت احراز مطابقت ظاهری، بانک مکلف است وجه ضمانتنامه را پرداخت کند. و نمی‌تواند به بررسی صحت یا کذب مطالب مندرج در اسناد و استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع پردازد [۴، ص ۲۲].

شرط ارائه گواهی شخص ثالث، خود به دو گونه در متن ضمانتنامه‌ها پیش‌بینی می‌شود. در نوع رایج و غالب این قبیل ضمانتنامه‌ها، چنانچه گفته شد، ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانتنامه ملزم به ارائه سند یا گواهی می‌شود. در برخی دیگر از ضمانتنامه‌ها، خصوصاً در کشورهای اروپایی، شرط پرداخت وجه براساس اولین مطالبه کتبی ذی‌نفع انتخاب می‌گردد، اما مهلتی برای ضمانت‌خواه در نظر گرفته می‌شود که در صورت ناروا دانستن مطالبه ذی‌نفع، اسناد معینی دال بر اجرای تعهدات قراردادی خود ارائه کند. در صورت ارائه چنین اسنادی و احراز مطابقت ظاهری آنها با مفاد ضمانتنامه، بانک، مطالبه ذی‌نفع را رد خواهد کرد [۳، صص ۴۶ و ۴۵]. این قبیل ضمانتنامه‌ها با اسامی دیگری نظیر «ضمانتنامه اسنادی»<sup>۱</sup> یا «ضمانتنامه مشروط»<sup>۲</sup> نیز خوانده می‌شوند [۱۲، ص ۱۰۳].

درحالی‌که به نظر می‌رسد استفاده از این عناوین برای ضمانتنامه‌های قابل پرداخت براساس درخواست منضم به گواهی ثالث، چندان خالی از اشکال نیست؛ چرا که اولاً همه ضمانتنامه، با توجه به مطالب مندرج در بند دوم همین مقاله، از ماهیت «اسنادی بودن مطالبه» برخوردارند و بنابراین نمی‌توان «وصف اسنادی» را وجه تمایز یک نوع خاص از سایر انواع ضمانتنامه قرارداد و ثانیاً اوصاف «مشروط» و «غیرمشروط» نیز در مورد ضمانتنامه فاقد معنای روشن و مشخصی هستند و به همین خاطر نمی‌توانند وجه تمایز قرار داده شوند. برای مثال، ضمانتنامه‌ها قابل پرداخت به صرف درخواست نیز ممکن است به لحاظ شرط کتبی بودن مطالبه، مشروط تلقی شوند و همین‌طور ضمانتنامه‌هایی که شرط ارائه اعلامیه کتبی تخلف را لازم می‌دانند. بنابراین استفاده از

1. documentary guarantee  
2. conditional guarantee

عناوین مذکور برای این قبیل ضمانتنامه‌ها آن‌گونه که در ادبیات حقوقی و بانکی آنگوامریکن رایج است [۱۵، ص ۱۴۴] صحیح به نظر نمی‌رسد.

شرط پرداخت در مقابل ارائه گواهی شخص ثالث، بهتر از دو نوع سابق‌الذکر، منافع ضمانت‌خواه را تأمین می‌کند و تا حد قابل توجهی مانع سوء استفاده ذی‌نفع از ضمانتنامه می‌شوند. اما از دیدگاه ذی‌نفع، این قبیل شروط پرداخت از مطلوبیت چندانی برخوردار نیستند و وی را با مشکلات مربوط به جلب نظر ثالث برای صدور گواهی لازم مواجه می‌نمایند. بانکها نیز علاقه زیادی به گشایش این قبیل ضمانتنامه‌ها ندارند، چراکه کنترل اسناد مذکور از نظر بانک امر غیر بانکی و دشواری است و چه بسا بانک را در برخی مسائل ناشی از قرارداد پایه درگیر کند.

## ۲-۴- پرداخت با درخواست منضم به رأی دادگاه یا داور

در موارد نادر، در ضمانتنامه‌های بانکی بین‌المللی شرط می‌شود که بانک در صورتی وجه ضمانتنامه را به ذی‌نفع خواهد پرداخت که رأی دادگاه یا داور مبنی بر استحقاق وی یا تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه ضمیمه درخواست باشد. منظور از این رأی معمولاً تصمیمی است که در دادرسی ماهوی بین دو طرفین (ذی‌نفع و ضمانت‌خواه) صادر گردیده و در آن دادرسی، هم به مسائل شکلی رسیدگی شده باشد. در دادرسی مذکور، لازم نیست بانک حتماً طرف دعوا بوده باشد [۱۶، صص ۴۱۶-۳۹۴] و در عمل نیز معمولاً بانک طرف دادرسی نیست، بلکه صرف ارائه حکمی که متضمن الزام بانک به پرداخت وجه ضمانتنامه باشد، کافی است [۳، ص ۲۳۱].

این قبیل ضمانتنامه‌ها نیز از ویژگی استقلال برخوردارند و حسب ماده ۲۰ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانتنامه‌های عندالمطالبه می‌تواند مشمول مقررات مذکور قرارداد شده شوند [۳، ص ۲۳۱]. با توجه به ضرورت اثبات مسئولیت ضمانت‌خواه در روابط بین وی و ذی‌نفع، این نوع ضمانتنامه ماهیتاً شبیه ضمان سنتی است. اگرچه در این نوع ضمانتنامه، چنانکه گفته شد، ویژگی استقلال از روابط پایه وجود دارد، اما اثر آن به روابط بین بانک و ذی‌نفع محدود می‌شود. در روابط بین ذی‌نفع و ضمانت‌خواه با توجه به دادرسی قبلی بین

اشخاص یادشده، اثر قابل ذکری بر ویژگی استقلال ضمانتنامه مترتب نیست [۱۲، ص ۱۰۴، ۱۴، ص ۱۳، ۱۷، ص ۳۵۷، ۱۸، ص ۳۷].

از نظر عملی، حتی در روابط بین بانک و ذی‌نفع نیز با توجه به اینکه هرگونه دفاع و ایراد ناشی از قرارداد پایه قبلاً از ناحیه ضمانت‌خواه در دادگاه مطرح شده، از اهمیت اصل استقلال کاسته می‌شود. اما از جهت نظری، ویژگی یادشده در این نوع ضمانتنامه نیز یکی از وجوه تمایز با ضمان عقدی است. در هر حال نقش بانک در این موارد هم محدود به کنترل مطابقت اسناد (رأی دادگاه یا داور) با مفاد ضمانتنامه است و در اختلافات ناشی از قرارداد پایه درگیر نمی‌شود. محدودیت فوق از اصل استقلال ضمانتنامه ناشی می‌شود و از دید بانک گشایشگر، مزیت قابل توجهی به شمار می‌رود. از این رو بانکها ضمانتنامه‌های قابل پرداخت با درخواست منضم به رأی داور یا دادگاه را نیز برضمان عقدی ترجیح می‌دهند. علاوه بر این، ضمانتنامه‌های مورد بحث، تحت قوانین ملی مربوط به ضمان عقدی که از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، قرار ندارند و در واقع جانشین پیشرفته‌ای برای ضمان عقدی تلقی می‌شوند [۴، ص ۲۸]. در تهیه متن این نوع ضمانتنامه‌ها لازم است شیوه داوری و نیز خصوصیات و عناصری که رأی دادگاه یا داور باید آنها را دارا باشد، به نحو صریح مشخص گردد [۱۲، ص ۱۰۵]. برای مثال مفاد ضمانتنامه، ممکن است ارائه رأی دادگاه یا داور مشخصی را لازم بداند و یا محتوای حکم را هم مشخص کند. همچنین موضوعاتی نظیر تأثیر پژوهشخواهی و زمان نهایی‌شدن حکم نیز ممکن است در متن ضمانت نامه گنجانده شود. هر چه این خصوصیات و عناصر مفصل‌تر و دقیق‌تر ذکر شوند، وضعیت ذی‌نفع از حیث مطالبه سخت‌تر می‌شود، اما در مقابل، اجرای وظیفه بانک از جهت مشخص بودن معیارها راحت‌تر است [۱۲، ص ۱۰۵].

لازم به ذکر است که این قبیل ضمانتنامه‌ها معمولاً تاریخ خاتمه اعتبار ندارند، چرا که همواره امکان طولانی‌شدن روند دادرسی وجود دارد و در صورت قید تاریخ اعتبار مشخص، ممکن است ذی‌نفع نتواند در تاریخ مذکور رأی لازم را به دست آورد [۱۹، ص ۳۲]. از آنجا که عدم ذکر تاریخ انقضای اعتبار نیز مشکلاتی برای ضمانت‌خواه و بانک در پی دارد، در برخی از این ضمانتنامه‌ها قید می‌شود که ذی‌نفع باید ظرف مدت خاصی از تاریخ



صدور ضمانتنامه، دعوی احتمالی خود را مطرح کند و یا ظرف مدت زمان معینی از تاریخ صدور حکم، درخواست پرداخت وجه ضمانتنامه را به بانک تسلیم کند. همچنین ممکن است شرط شود که ذی‌نفع در صورت تصمیم به مطالبه وجه ضمانتنامه باید در زمان خاصی (مثلاً چند ماه پس از تحویل کالا یا طرح) در خواست خود را به بانک ارائه کند، اما پرداخت وجه پس از صدور حکم صورت گیرد [۱۹، ص ۳۲].

در صورت وجود تاریخ انقضای اعتبار در این ضمانتنامه‌ها، معمولاً تاریخ مذکور به صرف درخواست ذی‌نفع قابل تمدید است. علت پذیرش شرط تمدید فوق از ناحیه ضمانت‌خواه، پایین بودن خطر در این نوع ضمانتنامه است. در پایان، ذکر این نکته ضروری است که به منظور پرهیز از تبعات و هزینه‌های دادرسی معمولاً در این قبیل ضمانتنامه‌ها، سند جانشین رأی دادگاه یا داور نیز مشخص می‌شود. این سند جانشین، غالباً نامه کتبی ضمانت‌خواه، مبنی بر استحقاق ذی‌نفع برای وصول وجه ضمانتنامه است [۳، ص ۴۹]. شیوه پرداخت منتخب قواعد نشریه ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی در مورد ضمانت‌های قراردادی حسب ماده ۹ قواعد مذکور، از نوع مورد بحث بود و ارائه رأی دادگاه یا داور را لازم می‌دانست.

### ۳- ماهیت اسنادی شیوه‌های پرداخت ضمانتنامه‌های بانکی

اکنون که شیوه‌های متداول پرداخت ضمانتنامه را شناختیم، لازم است یکی از ویژگی‌های مهم این ابزار تجارت بین‌الملل را که خصیصه مشترک همه شیوه‌های چهارگانه فوق است، مورد بررسی قرار دهیم. این ویژگی مشترک عبارت است از «ماهیت اسنادی»<sup>۱</sup> مطالبه ضمانتنامه بانکی بین‌المللی.

در همه انواع ضمانتنامه مستقل بانکی، صرف‌نظر از شیوه پرداخت منتخب، چنانچه شرطی برای مطالبه وجه آن قرار داده شود، این شرط نباید چیزی فراتر از ارائه سند باشد [۴، ص ۲۱، ۵، ص ۳۴۱، ۵، ص ۹، ۲۰، ۲۱]. این سند ممکن است حسب توافق، اعلامیه کتبی تخلف باشد یا گواهی شخص ثالث و یا رأی دادگاه و داور و یا هر سند دیگری که طرفین ارائه آن را در متن ضمانتنامه شرط کنند.

1. documentary nature

در مقام رسیدگی به مطالبه ذی‌نفع، وظیفه بانک ضامن محدود به این است که آیا اسناد ارائه شده با اسناد توصیف شده در متن ضمانتنامه مطابقت دارند یا نه [۳، ص ۴۵، ۸۳، ۲۲، ص ۸۲]. اگر بانک مجبور به تحقیق در مورد قرارداد پایه و احراز واقعیت شود، نمی‌تواند وظیفه خود را در چارچوب ضمانتنامه بانکی انجام دهد، چرا که بانک معمولاً با سند سروکار دارد و ابزار و تخصص لازم برای بررسی وضعیت قرار داد پایه و اظهارنظر در مورد استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع را در اختیار ندارد. از این رو در صحنه بین‌المللی، بانکها حاضر نیستند شروطی را که ماهیت اسنادی ندارند، در متن ضمانتنامه‌های خود درج کنند. فرضاً اگر ضمانت‌خواه و ذی‌نفع توافق کنند که پرداخت وجه ضمانتنامه منوط به احراز تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه باشد و تشخیص این امر نیز به عهده بانک گشایشگر واگذار شود، هیچ بانکی حاضر به قبول چنین شرطی و در واقع پذیرش چنین تعهدی در ضمانتنامه‌های خود نیست. اما اگر تشخیص نقض تعهدات ناشی از قرارداد پایه به عهده شخص ثالثی نظیر مهندس ناظر گذاشته شود و ذی‌نفع در مقام مطالبه وجه ضمانتنامه، ناگزیر به ارائه گواهی مهندسی ناظر دال بر نقض تعهدات ضمانت‌خواه باشد، بانک حاضر است این شرط را در متن ضمانتنامه درج کند. «اسنادی بودن» شروط پرداخت ضمانتنامه، در حال حاضر علاوه بر رویه بانکی بین‌المللی [۳، ص ۲۴]، مورد تأیید حقوقدانان و رویه قضایی کشورهای مختلف نیز قرار گرفته است [۳، ص ۲۴، ۲۳، ص ۲۵]. در مورد اعتبارنامه‌های انتظاری به لحاظ شباهت به اعتبار اسنادی تجاری، لزوم اسنادی بودن شروط پرداخت با صراحت و قاطعیت بیشتری بیان شده است [۱۰، صص ۲۰۳-۱۹۴، ۲۳، ص ۱۲۷، ۲۴، ص ۱۶، ۲۵، ص ۸]. لازم به ذکر است که در اعتبارنامه‌های انتظاری غالباً سند پیش‌بینی شده برای مطالبه وجه اعتبارنامه، درخواست کتبی همراه با اعلامیه کتبی تخلف است که هر دو از ناحیه شخص ذی‌نفع صادر و ارائه می‌شود. در نمونه‌های مورد عمل بانکهای آمریکا و ژاپن، به‌عنوان مهمترین صادرکنندگان اعتبارنامه انتظاری، به ندرت می‌توان اعتبارنامه‌ای را یافت که شرط ارائه اسناد دیگری غیر از درخواست کتبی و اعلامیه تخلف در آن ذکر شده باشد [۲۴، ص ۸]. مقررات بین‌المللی مربوط به ضمانتنامه‌های بانکی مستقل نیز بر ویژگی «اسنادی» مطالبه تأکید کرده‌اند. در مقدمه مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانتنامه‌های عندالمطالبه و در مقام تبیین خواسته ضامن چنین آمده است:

«از نظر کاربرد این مقررات، ضمانتنامه نباید برای پرداخت، شرطی غیر از ارائه درخواست کتبی و دیگر اسناد معین پیش‌بینی کند. به ویژه مفاد ضمانتنامه نباید ضامن را وادار کند که در مورد اجرا یا عدم اجرای تعهدات ذی‌نفع و اصیل که ناشی از قرارداد پایه و بی‌ارتباط به ضامن هستند، تصمیم‌گیری کند. عبارت ضمانتنامه باید روشن و بی‌ابهام باشد». علاوه بر این، ماهیت اسنادی شروط پرداخت در بند «ب» ماده ۲۰ نیز مورد تأکید قرار گرفته و در چند ماده دیگر هم به آن اشاره شده است. بند «ب» ماده ۲۰ ضمن تأکید بر جدایی ضمانتنامه از قرارداد پایه، اشعار می‌دارد:

«۰۰۰۰ وظیفه ضامن در ضمانتنامه، پرداخت مبلغ یا مبالغ مشخص در آن براساس ارائه درخواست کتبی پرداخت و اسناد دیگری است که در ضمانتنامه مشخص شده‌اند و حسب ظاهر با مفاد ضمانتنامه مطابقت دارند».

مواد ۹ و ۱۰ مقررات مذکور در خصوص رسیدگی بانک به مطالبه وجه ضمانتنامه از ناحیه ذی‌نفع و ماده ۲۲ در مورد خاتمه اعتبار ضمانتنامه نیز به نحوی بر ماهیت اسنادی ضمانتنامه مستقل بانکی تأکید دارند که تفصیل آن را در برخی نوشته‌های حقوقی می‌توان مطالعه کرد [۷، ص ۱۰، ۲۶، ص ۲۲۹].

با این حال، چنانکه پیشتر نیز گفته شد، مقررات نشریه ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی مشخص نکرده است که اگر از یکطرف ضمانتنامه حاوی شروط غیر اسنادی باشد و از طرف دیگر با شرط مندرج در آن، تابع این مقررات قرار گرفته باشد، چه وضعیتی ایجاد خواهد شد؟

در مورد اعتبار اسنادی تجاری، ماده ۱۳ مقررات یکنواخت مربوط به اعتبارنامه‌های اسنادی صراحتاً به بانک اجازه می‌دهد، شروط غیر اسنادی را نادیده بگیرد [۲۷، صص ۱۵۹-۱۴۹]. در خصوص ضمانتنامه‌های بانکی نیز ممکن است با لحاظ محدود بودن وظیفه بانک ضامن به احراز مطابقت ظاهری اسناد با مفاد ضمانتنامه و نیز تأکیدی که در مقدمه مقررات نشریه ۴۵۸ بر ممنوعیت شرط غیر اسنادی شده است، بتوان به نتیجه مشابهی رسید، لکن با توجه به اهمیت اصل حاکمیت اراده در حقوق تجارت بین‌الملل و فقدان مجوز صریح برای نادیده گرفتن شروط غیر اسنادی، نتیجه مذکور چندان قابل دفاع نخواهد بود. از این رو برخی از

نویسندگان اروپایی در مقام جمع بین مطالب فوق، به این نتیجه رسیده‌اند که اگر شروط غیر اسنادی با روح مقررات نشریه ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی مغایرت نداشته باشد، بانک نمی‌تواند آنها را نادیده بگیرد [۳، ص ۱۲۱].

علاوه بر مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های انتظاری هم در موارد متعددی بر ماهیت اسنادی شروط پرداخت تأکید کرده است. از جمله در بند ۱ ماده ۲ راجع به تعریف ضمانتنامه، بند «c» ماده ۶ راجع به تعریف ضمانتنامه متقابل، ماده ۱۲ راجع به انقضای اعتبار ضمانتنامه، ماده ۱۵ راجع به مطالبه وجه ضمانتنامه و ماده ۱۶ در مورد رسیدگی بانک به درخواست ذی‌نفع و اسناد منضم به آن، اسنادی بودن شروط پرداخت مورد اشاره قرار گرفته است. علاوه بر موارد مذکور، بند «b» ماده ۳ کنوانسیون به صراحت بر ماهیت اسنادی شروط ضمانتنامه و ممنوعیت شروط غیر اسنادی دلالت دارد:

« ماده ۳: استقلال تعهد ( ضمانتنامه )

از نظر این کنوانسیون، ضمانتنامه‌ای مستقل است که تعهد ضامن / گشایشگر در مقابل ذی‌نفع: الف) وابسته به وجود یا اعتبار هر گونه قرار داد پایه یا هر گونه تعهد دیگر ۰۰۰۰ نباشد. ب) مشروط به هرگونه مواد یا شروطی که در ظاهر سند وجود ندارند و یا هرگونه حادثه یا فعل محتمل دیگری غیر از ارائه اسناد و نیز فعل یا حادثه‌ای که داخل در قلمرو فعالیت ضامن / گشایشگر است، نباشد» [۲۸، صص ۴۶۸-۴۶۱ و ۲۹، ص ۸۵۹].

#### ۴- نتیجه گیری

با توجه به اصل استقلال ضمانتنامه‌های بانکی از قرارداد پایه و در نتیجه عدم امکان بررسی وضعیت اجرا یا عدم اجرای تعهدات مضمون‌عنه در قرارداد مذکور، شروط مقرر برای پرداخت وجه ضمانتنامه تنها معیار سنجش استحقاق ذی‌نفع برای مطالبه و وظیفه بانک ضامن به پرداخت است. این تحقیق نشان داد که خلاف آنچه که در نوشته‌های حقوقی دیگر آمده است، همه ضمانتنامه‌های مستقل بانکی واجد خصیصه «پرداخت با اولین درخواست» هستند. توجه به این مطلب، سبب ارائه دسته‌بندی جدیدی از انواع ضمانتنامه می‌شود که در



توصیف و شناخت دقیق این سند و تعهدات مندرج آن مؤثر است و مهمترین قسم ضمانتنامه قابل پرداخت با صرف درخواست را از سایر انواع متمایز می‌کند. بررسی شیوه‌های متعدد پرداخت ضمانتنامه‌های مستقل بانکی، همچنین نشان داد که شروط مقرر برای پرداخت لزوماً مبنی بر ارائه سند هستند. به عبارت دیگر، این شروط نباید ذی‌نفع را مکلف کنند که برای مطالبه وجه ضمانتنامه، عملی غیر از ارائه سند انجام دهد. سند مورد نظر حسب نوع ضمانتنامه ممکن است درخواست کتبی ذی‌نفع به تنهایی یا همراه با اسناد دیگری نظیر گواهی مهندس ناظر، رأی دادگاه یا نظریه داور باشد. بانک ضامن می‌تواند شروطی که ذی‌نفع را مکلف به علمی جز ارائه سند می‌کنند، نادیده بگیرد.

## ۵- منابع

- [۱] شهبازی‌نیا، مرتضی، ضمانتنامه بانکی بین‌المللی، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.
- [۲] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، چ ۲، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- [3] Bertrams, R.I.V.F, Bank Guarantees in International Trade, 2nd ed., The Netherlands, Kluwer, 1996.
- [4] Pierce, Anthony, Demand Guarantees in International Trade, London, Sweet & Maxwell, 1993.
- [5] Wood, Philip R., Comparative Law of Security and Guarantees, London, Sweet & Maxwell, 1995.
- [6] Moumouni, Charles, Le Regime Juridique et Les Clauses Essentielles du Contract de Garantie Bancaire «Le Premiere Demande» www.Droit, Umountreal. Ca/Pub/Themis/97 Vol 137n3/Moumouni. Html, 1998.
- [7] Goode, Roy, Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publications, No. 510, 1992.
- [8] Giger, A., Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law, Arizona Journal of Comparative Law, No. 2, 1987.
- [9] Blau, W. and Jedzig, J., Bank Guarantees to Pay Upon First Written Demand in German Courts, International Lawyer, 1989.
- [10] Getz, H.A., Enjoining the International Standby Letter of Credit, The Iranian Letter of Credit cases, Harvard International Law Journal, Vol. 21, 1980.



- [۱۱] تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های بین‌المللی، دستور منع پرداخت آنها در جریان انقلاب ایران، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۲، ۱۳۶۴.
- [12] Westphalen, Craf Von, Die Bankgarantie Im Internationalen Handelsverkehr, 2nd ed., Heidelberg, V.Recht Und Wirtschaft MBH, 1990.
- [13] Canaris, G.W, Bankvertragsrecht, 3rd ed., Berlin, Erster Teil, 1988.
- [14] Gavalda, C.and Stoufflet, J.,La Letter de Garantie Internationale, Revue Trimestielle Droit Commercial, 1980.
- [15] Hoyle, Mark S.W, The Law of International Trade, London, The Loureate Press, 1983.
- [16] Poulet, Y, Les Garanties Contractuelles dans Le Commerce International, Droit et Partique du Commerce International, No.18, 1979.
- [17] Vasseur, M., Rapport de Syntheses, in Colloque de Tours, 1990.
- [18] Marschal, Carf Von, Bankgarantien, Bonds, and Standby Letters of Credit als Sicherhiten Aussenhandel, in Kolloquium aus Anlass des 75 Geburtstages von Ernst von, 1983.
- [19] Robinson, J.M., Choice of Security in Construction Contracts, International Financial Law Review, September 1982.
- [20] Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication, No.458, 1992. Art. 20.
- [21] United Nations Convention for Independent Guarantees and Standby Letters of credit, 1995.art.3.
- [22] Nielsen, J, Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, In ed, Koln, 1986.
- [23] Mugasha, Agasha, the Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, Fedpress, Australia, 2003.
- [24] Wunnicke, Diane and Brooke, Standby and Commercial Letter of Credit, 2nd Ed, USA, Wiley Law Publications, 1996.
- [25] Horn, N. and Wymeersch, E, Bank Guarantees Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade, The Netherland, Kluwer, 1990.
- [26] Vasseur, M., Les Nouvelles Regles de La Chambre de Commerce International Pour Les Garantie Sur Demande, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1992.
- [27] Dolan, J.F, Weakening the Letter of Credit Product, New UCP, International Business Law Journal, 1994.
- [28] Standby Lettres of Credit and Guarantees, Uncitral Report of the Secretary General, Butterworthes Journal of International Banking and Financial Law, October 1988.



- [29] Bergsten, E.E., A New Regime For International Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, The Uncitral Draft Convention on Guaranty Letters, International Lawyer, Vol.27, No.4, 1993.