

پژوهشهای حقوقی

شماره ۷

هزار و سیصد و هشتاد و چهار - نیمسال اول

مقالات

- قرار جلب اروپایی و تأثیر آن بر حقوق استرداد مجرمین در اتحادیه اروپا
- بزه دیده شناسی حمایتی در پرتو «اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت»
- تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت
- مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی
- مداخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران
- حاکمیت قانون اساسی و وظیفه قضات در حقوق جمهوری اسلامی ایران

موضوع ویژه: جنبه‌های مختلف حقوق بانکی

- ابعاد حقوقی بانکداری اینترنتی
- نقد و بررسی نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در خصوص سپرده‌های سرمایه‌گذاری
- لازم‌الاجرا بودن قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی در هاله‌ای از ابهام
- حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی
- عقد اجاره به شرط تملیک و موانع گسترش آن در نظام بانکی ایران

نقد و معرفی

- کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و حقوقدانان ایرانی





حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی

دکتر محسن محبی*

چکیده: ضمانت‌نامه‌های بانکی، مهم‌ترین ابزار مالی است که برای تأمین و تضمین قراردادهای بین‌المللی بکار می‌رود. ویژگی‌های خاص ضمانت‌نامه‌ها بویژه قاعده استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، مانع از این است که بتوان آنها را در قالب‌های حقوقی سنتی از قبیل ضمان مدنی، جاداد و باید آن را قرارداد خصوصی دانست که تابع اصول و موازین حقوق تعهدات است. دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی، متأثر از همین ویژگی است و عمدتاً حول قاعده استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، رخ می‌دهد. دو مقوله مهم در دعاوی ضمانت‌نامه‌ها، قانون حاکم و مرجع صالح است که در این نوشته به آن دو پرداخته‌ایم.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه بانکی، قاعده استقلال ضمانت‌نامه، معاملات بین‌المللی، دعاوی بانکی

مقدمه

۱. معاملات و قراردادهای بین‌المللی تنوع و توسعه‌ای شگفت یافته‌اند. این توسعه و تنوع در پاسخ به نیازهای جدید رخ داده و بیش از همه محصول توسعه و تحولی است که در عرصه ارتباطات رخ داده و کار مبادله را آسان‌تر و سریع‌تر نموده است. اطلاعات و فناوری جدید (انفورماتیک) در معاملات، جایگزین روش‌های نوشتاری (اسناد و مدارک) شده و به کمک آن، تجارت و مبادله نیز با شکل‌ها و ابزارهای جدیدی انجام می‌شود. امروزه سخن از امضای دیجیتالی، اسناد و مدارک الکترونیک، دیوان داوری هوشمند (cyber-tribunal) و سخن از تجارت بدون کاغذ (paperless trade) است. با

* مدرس دانشگاه و سردبیر مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی

این همه قالب‌ها و چارچوب‌های سنتی معاملات بین‌المللی همچنان معتبر و مورد عمل است: لزوم ایجاب و قبول برای انعقاد معامله، معاوضی بودن ضمان در معاملات، اصل نسبی بودن قرارداد، تحویل مبیع در ازای پرداخت ثمن، خسارات نقض تعهدات قراردادی، شروط مربوط به تحویل کالا، تضمین‌های قراردادی و بالاخره انتخاب قانون حاکم و شیوه حل و فصل اختلافات؛ از جمله بنیادها و چارچوب‌های حقوقی هستند که هنوز معتبر و مورد عمل است.

۲. شک نیست که تحولات جدید، نیازهای حقوقی جدیدی به دنبال می‌آورد که پاسخ و راه‌حل می‌طلبد. بنیادها و موازین حقوقی داخلی، باید با تحولات جدید همسو شود تا بتواند این نیازهای حادث را برآورد. بخش مهمی از این کار بر عهده رویه قضایی و تفسیری است که دادرس هنگام اجرای قانون و موازین حقوقی، از آنها به دست می‌دهد. رویه قضایی حاصل از دعاوی بانکی بین‌المللی، به شرط آنکه متین و مستدل باشد، یکی از بسترهای مطمئن برای هماهنگی قانون داخلی با تحولات جدید است. بسط همین نکته هدف اصلی این مقاله است.

۳. از جمله قراردادهای بین‌المللی، قراردادهای بانکی است که در عرصه بانکداری بین‌المللی منعقد می‌شود. موضوع این قراردادهای عملیات بانکی بین‌المللی (تجهیز منابع، اعطای وام و تسهیلات، انواع تضمین) است که بین بانک و مشتری یا بین بانک‌ها با یکدیگر انجام می‌شود. یکی از مسائل حقوقی قراردادهای بانکی، نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از آنهاست که شیوه مناسب آن بسته به نوع قرارداد و متأثر از طبع کار بانکی است. گرچه رسیدگی قضایی دادگاه‌ها و مراجعه به داوری که دو شیوه اصلی حل اختلاف است، در قراردادهای بانکی نیز مورد استفاده است اما روش‌هایی مانند کارشناسی نیز در دعاوی بانکی متداول، و گاه مناسب‌تر است، کما اینکه برای حل و فصل اختلافات ناشی از اعتبارات اسنادی، به لحاظ تخصصی بودن مقررات خاصی تعیین شده است که DocDEX نام دارد.^۱

۴. موضوع قراردادهای بانکی نوعاً اعطای وام و تسهیلات و نیز تضمین‌هاست. طبعاً موضوع اغلب دعاوی بانکی نیز دعاوی است که بانک‌ها برای وصول مطالبات

^۱ این مقررات در سال ۱۹۹۷ منتشر شده و مورد استقبال بانک‌ها و مشتریان آنها قرار گرفته است. این مقررات برای حل و فصل اختلافات فنی و تکنیکی ناشی از عملیات اعتبار اسنادی است. نک: Documentary Credit Dispute Resolution Expertise (DocDEX Rules), ICC Publication, No. 577, 1997.

خود علیه مشتری طرح می‌کنند. بانک‌ها ترجیح می‌دهند شیوه حل اختلاف، مطمئن و سریع و کم‌هزینه‌تر باشد تا بتوانند مطالبات خود را با اطمینان بیشتر، سریع‌تر و کم‌هزینه‌تر وصول کنند. هدف آن است که بانک در انتخاب مرجع رسیدگی آزادی عمل و حق انتخاب داشته باشد، از این‌رو، گاه در قرارداد ذکر می‌شود که صلاحیت دادگاه منتخب قراردادی برای بانک غیرانحصاری (non-exclusive) است و در نتیجه بانک می‌تواند علاوه بر دادگاه منتخب قراردادی، در دادگاه‌های محل اقامت مشتری یا محل وقوع اموال او و هر دادگاه دیگری علیه مشتری طرح دعوا کند در حالی که مشتری فقط حق رجوع به دادگاه منتخب و مقرر در قرارداد را خواهد داشت.

۵. موضوع معاملات بانکی طوری است که معمولاً کمتر اختلاف حقوقی پیچیده‌ای در مورد آنها پیش می‌آید. علت این امر را می‌توان چند نکته دانست: اولاً، رابطه بانک و مشتری یا رابطه بانک‌ها با یکدیگر اغلب از نوع رابطه طلبکار و بدهکار است و از این‌رو، سبب یا علت دعوا (cause of action) در دعاوی بانکی اغلب «دین» است. ثانیاً، عملیات بانکی، بر اساس اسناد و مدارک صورت می‌گیرد و در دفاتر بانک ثبت می‌شود، بنابراین حقایق و واقعیات مربوط به دعوا نیز مکتوب و روشن است و در نتیجه بانک‌ها از حیث ادله اثباتی کمتر با ابهام و اشکال مواجه می‌شوند. ثالثاً، بانکداری از اعمال تجاری ذاتی است و مشتریان و بانک‌ها هر دو تاجر هستند، بنابراین دفاتر آنها و نیز دفاتر بانک، دفاتر تجاری است و سندیت دارد و در دعاوی که اساس ادعا یا دفاع، اسناد تجاری باشد، کار رسیدگی آسان‌تر است. رابعاً، در قراردادهای بانکی معمولاً شروط و قیودی وجود دارد که به موجب آنها مشتری می‌پذیرد که صرف تشخیص و اعلام بانک نسبت به بدهی مشتری کافی است و حق اعتراض خود را ساقط می‌کند و بدینسان راه بعضی اعتراض‌ها و ایرادات حقوقی که در سایر دعاوی متداول است، اغلب در دعاوی بانک مسدود است، و همین امر کار بانک را در اثبات و وصول طلب آسان‌تر می‌سازد، مگر در موارد استثنایی که ممکن است مشتری دفاعات یا ایرادات موجهی طرح کند یا اساساً اعتبار و قابل اجرا بودن این نوع شروط محل بحث و تأمل باشد.

۶. با توجه به آنچه گفتیم، شاید به نظر برسد که دعاوی بانکی، هرچند از لحاظ مبلغ و میزان خواسته‌گزار و قابل توجه باشند، اما از لحاظ حقوقی دعاوی ساده‌ای هستند. اما این نتیجه‌گیری شتابزده است و همیشه درست نیست، زیرا اولاً، عملیات بانکداری بین‌المللی لزوماً با قوانین کشورهای مختلف ارتباط می‌یابد و مسائل حقوقی ظریف و پیچیده‌ای را پیش می‌آورد که بسته به قانون حاکم و مرجع صالح نتیجه آن فرق

می‌کند. ثانیاً، گاه مشتری می‌تواند، در قبال دعوای بانک، دفاعات و ایرادات حقوقی یا حتی دعوای متقابل علیه بانک طرح کند که در این صورت ابعاد حقوقی جدیدی در دعوای بانک مطرح می‌شود. ثالثاً، دعوای بانکی، لزوماً دعوای قراردادی نیست، بلکه گاه مبتنی بر مسئولیت غیرقراردادی و مدنی بانک است. توضیح اینکه کار بانکداری، یک حرفه تخصصی است و خطا و مسامحه در آن روا نیست و فرض بر این است که بانک کار خود را در نهایت دقت و صحت و عاری از خطا انجام می‌دهد. به علاوه، اساس بانکداری امانت است و بانک امین مشتری است و وظایف امانی بر عهده دارد (fiduciary duties) و از این رو، بانک دارای مسئولیت‌های غیرقراردادی (مدنی) نیز است. به همین جهت، در صورتی که از عملیات بانکی خسارتی متوجه مشتری شود، قانونگذار برای بانک فرض مسئولیت کرده است و همین مسئولیت مفروض (faul) (presum) می‌تواند مبنای دعوای مشتری علیه بانک قرار گیرد. حتی در بعضی نظام‌های حقوقی مانند امریکا، بانک دارای «وظیفه بر اساس حسن نیت» است و مکلف است به مشتری که برای کسب وام یا اعتبار یا ضمانت‌نامه به او مراجعه کرده، اطلاعات لازم را بدهد والا مسؤول است.^۲

۷. ذکر نمونه‌هایی از دعوای بانکی به خوبی نشان دهنده ویژگی‌ها، پیچیدگی‌ها و ابعاد حقوقی این دعوای است که در سایر دعوای تجاری کمتر دیده می‌شود: دعوای ناشی از مسئولیت مدنی بانک‌ها، دعوایی که در جریان ضمانت‌نامه‌های بانکی پیش می‌آید و ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) در مقام جلوگیری از پرداخت ضمانت‌نامه برمی‌آید (دستور منع پرداخت injunction)، دعوای مربوط به اعتبارات اسنادی مانند دعوای مشتریان در مورد مسئولیت بانک‌ها به رعایت احتیاط و «دقت معقول» در بررسی مطالبه یا اسناد مربوط و انطباق ظاهر آنها با شرایط مندرج در ضمانت‌نامه یا اعتبارات اسنادی، دعوای ناشی از تأخیر و عدم رعایت «مهلت معقول» در مورد اعلام مغایرت اسناد حمل با شرایط اعتبار اسنادی، دعوای ابطال تصمیم بانک به تعلیق وام یا به حال کردن اقساط در قراردادهای وام یا فاینانس (تأمین مالی) به علت قصور یا تخلف مشتری از قرارداد، یا به علت تخلف مشتری در سایر قراردادها به استناد شرط قصور متقابل (cross default)، و بالاخره دعوای مشتری درباره اعتراض به تهاوت یا برداشت از حساب مشتری و ابطال عملیات بانک؛ و بالاخره مسائل حقوقی طاری یا وابسته که ممکن است ضمن این

² William W. Park, "Making Sense of Financial Arbitration", Special Supplement 2000, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 7.

دعاوی اصلی مطرح شود، مانند ورود ثالث، جلب ثالث، یا دعاوی رسیدگی به صحت و اعتبار پاره‌ای مواد و شروط قرارداد وام یا ضمانت‌نامه یا اعتبار اسنادی تحت قانون حاکم؛ همه و همه از جمله دعاوی دشوار بانکی است که متضمن مسائل حقوقی پیچیده‌ای است، و چندان که در نگاه اول به نظر می‌رسد، امر سراسر است و ساده‌ای نیست.

۸. منشأ اختلافات بانکی بین‌المللی، عملیات بانکی بین‌المللی است. عملیات بانکی با مشتریان، مبتنی بر قرارداد بین بانک و مشتری است، که مسؤولیت‌ها و تعهداتی را برای طرفین ایجاد می‌کند.^۳ اما چنانکه گفتیم بانک‌ها مسؤولیت‌های مدنی و غیرقراردادی نیز دارند که می‌تواند منشأ اختلاف و طرح دعوا گردد. با توجه به این نکته، مهم‌ترین و متداول‌ترین عملیات بانکی را می‌توان اینگونه طبقه‌بندی کرد:

- دعاوی مربوط به ضمانت‌های بانکی (bank guarantees)
- دعاوی مربوط به اعتبارات اسنادی تجاری (commercial letters of credit)
- دعاوی مربوط به اعطای تسهیلات، وام، تأمین مالی (facility, loan, finance)
- دعاوی بین بانک‌ها در مورد بازپرداخت‌ها (reimbursement) یا قراردادهای مربوط به معاملات مشتقه مانند پوشش نوسانات ارز (hedging)

۹. بحث و بررسی دعاوی مربوط به هر یک از این عملیات بانکی، محتاج بسط مقال است که در این مقاله مجال آن نیست. اما با توجه به اینکه دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی بیشتر متداول است و پاره‌ای از موضوعات آن در دعاوی اعتبارات اسنادی مشترک است، به بحث و بررسی همین دعاوی اکتفا می‌کنیم و مطالعه

^۳ عملیات بانکی بین‌المللی (international banking operations or services) منحصر به روابط بین بانک و مشتری نیست. ترتیبات بین بانک‌ها برای بازپرداخت و پایاپای کردن حساب‌ها و (reimbursement arrangements) وصولی‌ها که موضوع آن وصول اسناد حمل یا اسناد تجاری است مانند چک و برات یا اسناد حمل (collections) صدور کارت‌های اعتباری (credit cards) افتتاح حساب و انواع سپرده‌گذاری بانک‌ها نزد یکدیگر موسوم به (vostro account - nostro account) عملیات تأمین مالی (refinancing) معاملات سندیکایی بین بانک‌ها برای اعطای وام یا تأمین مالی (syndication) و بالاخره معاملات مشتقه ارزی و تأمین ریسک نوسان ارز موسوم به hedging, forfaiting از جمله عملیات بانکی است که بر اساس روابط و قرارداد بین بانک‌ها با یکدیگر و در سطح بین‌المللی انجام می‌شود.

و تحقیق در سایر دعاوی را به فرصت دیگری محول می‌کنیم. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، هدف از این بررسی آن است که سبب‌ها یا علل بروز این دعاوی (cause of action) و عناصر آنها بهتر شناخته شود و با تجزیه و تحلیل و ابعاد علت این دعاوی زمینه توسعه و ارتقای رویه قضایی ایران فراهم شود. فراوان دیده شده که بعض محاکم دادگستری آشنایی کافی با این نوع دعاوی ندارند و از رویه‌ها و مقررات بین‌المللی غفلت می‌ورزند و اصرار دارند که این دعاوی را نیز با موازین سنتی حقوق داخلی حل و فصل نمایند. التزام قاضی به رعایت اصول و موازین شکلی و ماهوی حقوق داخلی، البته ضروری و درست است، اما در دعاوی بین‌المللی بویژه دعاوی تخصصی که نزد قاضی داخلی مطرح می‌شود، دادرس باید متناسب با موضوع دعوا و به کمک قواعد حل تعارض قوانین، به مقررات و رویه‌ها و حتی عرف‌های بین‌المللی ذی‌ربط نیز مراجعه کند و با پیوند حقوق داخلی با حقوق خارجی یا حقوق بین‌الملل، زمینه رشد حقوق داخلی و گسترش رویه قضایی را فراهم نماید. امید است مباحثی که در این نوشته درباره دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی ارائه شده، برای آشنایی بیشتر با جنبه‌های مختلف دعاوی مذکور در پرتو مقررات و رویه‌های بین‌المللی، مفید افتد.

در این مقاله، ابتدا به اختصار به مفهوم ضمانت‌نامه‌های بانکی و ویژگی مهم آن می‌پردازیم (بخش اول)، سپس دو مقوله مهم‌تر در دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌ها یعنی قانون حاکم و مرجع صالح را با تفصیل بیشتر بررسی می‌کنیم (بخش دوم).

۱. ضمانت‌نامه‌های بانکی و قاعده استقلال ضمانت‌نامه

الف - ضمانت‌نامه‌های بانکی

۱۰. ضمانت‌نامه بانکی قراردادی است که بین بانک (ضامن) و ذی‌نفع (مضمون‌له) منعقد می‌شود و به موجب آن بانک متعهد می‌شود که پس از تحقق موضوع ضمانت‌نامه و تا قبل از سررسید، مبالغی را به ذی‌نفع بپردازد. ضمانت‌نامه ممکن است به صورت غیرمشروط و عندالمطالبه (unconditional / guarantee on demand) صادر شود، به این معنی که ذی‌نفع می‌تواند هر زمان تا قبل از سررسید به صرف مطالبه و بدون نیاز به ارائه هیچ مدرک یا دلیلی وجه آن را مطالبه کند و بانک ملزم به پرداخت باشد. گاه ممکن است ضمانت‌نامه به صورت مشروط صادر شود، به این معنی که ذی‌نفع هنگامی می‌تواند آن را مطالبه کند که مدارکی را که حکایت از تحقق شرط خاصی می‌کند (یعنی

وقوع قصور و تخلف ضمانت‌خواه) به بانک ارائه کند که در این صورت بانک مبالغی را به او می‌پردازد (ضمانت‌نامه مشروط (conditional guarantee) مدارکی که در ضمانت‌نامه مشروط، قید می‌شود معمولاً مدارکی است که توسط یک شخص ثالث صادر و ارائه می‌شود و وقوع تخلف یا قصور متعهد را نشان می‌دهد، مانند ارائه حکم دادگاه یا داوری، یا گواهی مهندس مشاور یا نظر کارشناس و امثال آن.

۱۱. از نظر حقوقی، ضمانت‌نامه بانکی بین بانک ضامن و ذی‌نفع ضمانت‌نامه منعقد می‌شود، اما در عالم واقع نقطه شروع و تکیه‌گاه اصلی ضمانت‌نامه بانکی، درخواست و دستور مشتری بانک است که او را ضمانت‌خواه یا مضمون‌عنه (applicant) گویند و مبنای آن معمولاً قراردادی است که قبلاً بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع ضمانت‌نامه منعقد شده است (قرارداد اصلی یا پایه (basic or underlying contract)، مانند قرارداد خرید و فروش کالا، قرارداد بیمه‌کاری، قرارداد احداث پروژه‌های صنعتی و تولیدی و مانند آنکه به موجب آن ضمانت‌خواه (فروشنده یا پیمانکار) متعهد شده برای تضمین تعهدات خود در قبال ذی‌نفع (خریدار یا کارفرما)، ضمانت‌نامه‌ای بدهد. همین وابستگی ضمانت‌نامه بانکی به قرارداد اصلی، زمینه‌ساز بحث‌های فراوانی شده و عده‌ای گفته‌اند ضمانت‌نامه قرارداد تبعی است و بانک هم متعهد ثانوی است. اما چنانکه خواهیم دید، این وابستگی ظاهری، جز در موارد استثنایی، تأثیری در استقلال ضمانت‌نامه بانکی به عنوان تعهد اولیه بانک ندارد.

۱۲. هدف از ضمانت‌نامه بانکی، تأمین بخشی از خسارات ناشی از تخلف از تعهداتی است که ضمانت‌خواه (متعهد در قرارداد اصلی) در برابر ذی‌نفع ضمانت‌نامه (متعهدله) بر عهده گرفته است. در اینجا سه نکته را باید به خاطر سپرد: اول اینکه از نظر حقوقی، ضمانت‌نامه جایگزین تعهدات ضمانت‌خواه یا متعهد نیست و به همین لحاظ با صدور ضمانت‌نامه انجام یا اجرای عین تعهدات او بر عهده بانک منتقل نمی‌شود، بلکه در صورت قصور و تخلف مضمون‌عنه، صرفاً پرداخت خسارات ناشی از تخلف از تعهد، آن هم در حدود مبلغ ضمانت‌نامه بر ذمه بانک قرار می‌گیرد. نکته فرعی که ذیل همین مطلب باید ذکر شود آن است که ضمانت‌نامه بانکی ناظر به خسارت ناشی از تخلف از تعهدات قراردادی است، بنابراین برای تخلفات غیرقراردادی قابل مطالبه نیست. دوم اینکه با صدور ضمانت‌نامه، مضمون‌عنه از تعهدات قراردادی و غیرقراردادی خود در مورد جبران خسارت معاف نمی‌شود. به همین لحاظ در صورتی که تمام خسارات ذی‌نفع با دریافت ضمانت‌نامه به طور کامل جبران نشود، ذی‌نفع

می‌تواند برای بقیه آن به متعهد پیمان‌شکن رجوع کند، مگر در قرارداد شرط شده باشد که حداکثر خسارات قابل پرداخت، همان ضمانت‌نامه است، که در این صورت، ضمانت‌نامه در حکم وجه التزام است. علاوه بر این، در صورتی که بانک ضامن ورشکست شود و نتواند تعهد خود در پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه را ایفا کند، ذی‌نفع می‌تواند به خود مضمون‌عنه رجوع کند. سوم، تعهد بانک در ضمانت‌نامه با تعهد ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) در جبران خسارت تضامنی تجاری نیست زیرا مادام که تخلف و قصور واقع نشده و خسارتی وارد نیامده و ضمانت‌خواه مدیون نشده قابل مطالبه نیست. به علاوه، بانک‌ها تعهدات ناشی از صدور ضمانت‌نامه را به صورت انتظامی ثبت می‌کنند و تعهد بالقوه می‌دانند.

ب- قاعده استقلال ضمانت‌نامه و آثار آن

۱۳. مهم‌ترین قاعده در ضمانت‌نامه‌های بانکی، قاعده استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی است. از قضا بیشتر دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه، حول قاعده استقلال ضمانت‌نامه است. بنابراین لازم است محتوا و آثار این قاعده را مختصراً تحلیل کنیم. مقصود از این قاعده آن است که تعهد بانک ناشی از صدور ضمانت‌نامه وابسته به قرارداد اصلی نیست و در نتیجه ایرادات و دفاعات مبتنی بر قرارداد مذکور به بانک منتقل نمی‌شود. بانک نمی‌تواند به استناد قرارداد اصلی از ایفای تعهد خودداری ورزد، و متقابلاً ضمانت‌خواه و ذی‌نفع هم نمی‌توانند با استناد به مواد و شروط قرارداد مذکور بانک را ممنوع از پرداخت یا وادار به پرداخت نمایند.

۱۴. گرچه ضمانت‌نامه‌های بانکی از قرارداد اصلی مستقل هستند، در عین حال هر ضمانت‌نامه بخشی از یک مجموعه سه جزئی است از:
- قرارداد اصلی یا پایه که بین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع (مضمون‌عنه و مضمون‌له) منعقد شده است.

- قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک ضامن که بانک با اخذ وثائق از ضمانت‌خواه موافقت می‌کند ضمانت‌نامه‌ای به نفع ثالث (مضمون‌له) صادر کند.

- قرارداد بین بانک و ذی‌نفع (ضمانت‌نامه) که به موجب آن بانک تعهد می‌کند مبالغی را در قبال مطالبه ذی‌نفع به او بپردازد.

مسائل حقوقی و دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌ها ناشی از همین ساختار ویژه است. بحث در این است که وقتی پذیرفتیم ضمانت‌نامه بانکی مسبوق بر دو قرارداد

مقدم است (قرارداد اصلی - قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک)، منطقاً باید بپذیریم که اگر معلوم شد قرارداد اصلی مخدوش یا باطل است یا اگر معلوم شد که مثلاً مدیران شرکت ضمانت‌خواه، سمت و اختیار کافی برای درخواست ضمانت‌نامه و تودیع وثائق نزد بانک نداشته‌اند، طبعاً در اعتبار و نفوذ ضمانت‌نامه هم اثر می‌گذارد و می‌تواند سبب ادعاهایی باشد. پس چگونه می‌توان گفت که ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی مستقل است و رابطه بین بانک ضامن و ذی‌نفع، مستقل از قراردادهای مقدم است؟ در پاسخ می‌توان گفت استقلال ضمانت‌نامه یک قاعده است و نه اصل. بنابراین هر جا با یک اصل حقوقی مواجه شود، اصل جاری می‌گردد. مثلاً، در حقوق تعهدات، هر تعهد مالی مبتنی بر اشتغال ذمه مقدم است. بنابراین مادام که ذمه مضمون‌عنه طبق قرارداد اصلی مشغول نشده، مطالبه ضمانت‌نامه جایز نیست. نیز یکی از اصول حقوقی منع سوءاستفاده از حق یا منع دارا شدن غیرعادلانه است و در نتیجه ذی‌نفع حق ندارد ضمانت‌نامه را من غیر حق مطالبه کند. و بالاخره یکی از اصول حقوقی این است که تقلب، همه چیز را فاسد می‌کند، و لذا اگر ذی‌نفع با تقلب در معامله اصلی، ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، می‌توان مانع از پرداخت ضمانت‌نامه شد. رسیدگی و احراز هریک از این موارد، محتاج رجوع به قرارداد اصلی است، منتهی احراز آنها موکول به رسیدگی قضایی است زیرا خلاف توافق طرفین بر استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی است. به عبارت دیگر، وقتی پای اصول حقوقی به میان می‌آید، قاعده استقلال ضمانت‌نامه کنار می‌رود و ضمانت‌خواه (و گاه بانک ضامن) می‌تواند با استناد به مفاد قرارداد اصلی، جلوی پرداخت را بگیرد.

۱۵. از نظر حقوقی، قاعده استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، رکن اصلی رژیم حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی است و ضامن فایده عملی آنها در تجارت بین‌المللی است. ماهیت حقوقی و جایگاه این قاعده را باید در پرتو مباحث حقوقی مربوط به ضمانت‌نامه بانکی جست‌وجو کرد. به عقیده نگارنده، همان‌طور که ضمانت‌نامه بانکی محصول اصل آزادی اراده است قاعده استقلال نیز به عنوان یکی از شروط ضمن قرارداد، اعتبار خود را از اصل حاکمیت اراده می‌گیرد. (ماده ۱۰ قانون مدنی) این قاعده مبتنی بر توافق و قرارداد خصوصی همه طرف‌های درگیر در ضمانت‌نامه است: در قرارداد بین مضمون‌عنه و مضمون‌له طرفین توافق می‌کنند که ضمانت‌نامه‌ای به صورت غیرمشروط و مستقل صادر شود، در قرارداد منعقد شده بین بانک و مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) نیز طرفین (بویژه ضمانت‌خواه) توافق می‌کنند که تعهد بانک در قبال ذی‌نفع به صورت مستقل و جدای از هرگونه رابطه قراردادی قبلی باشد، و بالاخره در

خود ضمانت‌نامه که به صورت یک قرارداد بین بانک و ذی‌نفع منعقد می‌شود، نیز بانک می‌پذیرد به محض مطالبه ذی‌نفع و بدون نیاز به اثبات ادعا یا ارائه هرگونه مدرک یا سندی، مبلغ ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع بپردازد. قاعده استقلال ضمانت‌نامه در قوانین داخلی کشورها پذیرفته شده^۴ و در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌ها که اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC)^۵ و اخیراً نیز در کنوانسیون آنسیترال در مورد ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی درج شده است.^۶

۱۶. قاعده استقلال ضمانت‌نامه دو اثر مهم دارد: اول باعث قطع رابطه بین ضمانت‌نامه و قرارداد اصلی می‌شود، اما فقط در روابط بین بانک و ذی‌نفع جاری است، و نه در روابط بین طرفین قرارداد اصلی (مضمون‌عنه و ذی‌نفع). به همین لحاظ در صورتی که ذی‌نفع، ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، ضمانت‌خواه نمی‌تواند با استناد به روابط قراردادی که با ذی‌نفع دارد، از بانک بخواهد که قاعده استقلال را کنار بگذارد و ضمانت‌نامه را نپردازد، بلکه باید به دادگاه مراجعه و با استناد به مواد و شروط مندرج در قرارداد اصلی، عدم استحقاق ذی‌نفع را ثابت کند و با اخذ «دستور موقت» از دادگاه جلوی پرداخت ضمانت‌نامه را بگیرد یا اگر پرداخت شده، با حکم دادگاه آن را مسترد

^۴ ماده (۱) ۵-۱۱۴ قانون تجارت متحدالشکل امریکا (UCC) هم قاعده استقلال ضمانت‌نامه را اینگونه بیان کرده است که صادرکننده [بانک] مکلف است مطالبه ذی‌نفع را که دارنده با حسن نیت ضمانت‌نامه محسوب می‌شد، صرف‌نظر از مفاد و شروط قرارداد اصلی، پرداخت نماید. نک:

Uniform Commercial Code (UCC) 1979, section 5-111(1).

^۵ در ماده ۲ (ب) مقررات ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه آمده است «ضمانت‌نامه، فی‌نفسه مستقل از قراردادهای اصلی یا معامله‌ای است که مبنای صدور آن می‌باشد...» نک:

Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 1992, ICC Pub. No. 485.

در ماده (۶) رویه‌های بین‌المللی اعتبارات اسنادی ضمانتی (ISP-98) که اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین کرده و در بانکداری بین‌المللی مورد عمل بانک‌هاست، می‌خوانیم: «اعتبار اسنادی تضمینی همین که صادر شد و بدون اینکه لازم باشد در متن آن قید شود، یک تعهد غیرقابل برگشت و غیرقابل فسخ، مستقل و الزام‌آور است...» نک:

International Standby Practices (ISP 98), 1998, ICC Pub. No. 590.

در ماده ۳ مقررات اعتبارات اسنادی تجاری (ucp-500) که درباره ضمانت‌نامه‌هایی که به صورت اعتبار اسنادی تضمینی صادر می‌شوند نیز قابل اجراست، مقرر شده «اعتبار اسنادی، فی‌نفسه مستقل از قرارداد خرید و فروش و سایر قراردادهایی است که مبنای صدور آن می‌باشد». نک:

Uniform Customs and Practices for Documentary Credits (UCPD), 1993, ICC Pub. No. 500.

^۶ در مورد قاعده استقلال در کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌ها، نک: اریک برگستون، «کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل»، ترجمه دکتر محسن مجبی، *نشریه اتاق بازرگانی*، ۱۳۷۶، ش ۳ و ۴.

نماید. رویه قضایی محاکم مؤید این نتیجه‌گیری است.^۷

۱۷. اثر دوم قاعده استقلال در روابط بین بانک ضامن و ذی‌نفع آن است که تعهد بانک به پرداخت ضمانت‌نامه بدون حق رجوع است (without recourse) در نتیجه بانک با پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه، حق رجوع به ذی‌نفع را ندارد و ذی‌نفع به بانک مدیون نمی‌شود، بلکه بانک باید به ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) مراجعه کند.^۸ مع‌ذلک، تعهد بانک به پرداخت ضمانت‌نامه مسلماً تبرّعی نیست، بلکه در ازای «اشتغال ذمه» ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) در برابر ذی‌نفع است و به همین لحاظ بانک‌ها هنگام صدور ضمانت‌نامه، وثائق کافی از ضمانت‌خواه دریافت می‌کنند تا اگر در مقام ایفای اشتغال ذمه ضمانت‌خواه به جبران خسارت، ناگزیر شدند مبلغ ضمانت‌نامه را بپردازند، بتوانند از محل وثائق مذکور طلب خود را تسویه و مسترد نمایند. به عبارت دیگر، از نظر حقوقی عوض تعهد بانک را باید در رابطه‌ای که با ضمانت‌خواه دارد، جست. مع‌ذلک عدم رجوع بانک به ذی‌نفع، مطلق نیست و لذا اگر بانک در پرداخت به ذی‌نفع مرتکب اشتباه شده باشد (مثلاً مبلغ بیشتری پرداخته باشد) می‌تواند به ذی‌نفع رجوع کند زیرا طبق مواد ۲۶۵ و ۳۰۲ قانون مدنی در مورد ایفای ناروا، اگر کسی خود را اشتبهاً مدیون دانسته و دین را ایفا کند، می‌تواند آن را مسترد نماید. همچنین طبق ماده ۳۰۳ قانون مدنی دریافت‌کننده من‌غیر حق نیز ضامن عین و منافع آن است، ولو به عدم استحقاق خود جاهل بوده باشد.

۱۸. ضمانت‌نامه غیرمشروط (عندالمطالبه) به صرف مطالبه ذی‌نفع و اعلام تخلف مضمون‌عنه از قرارداد اصلی، قابل پرداخت است و لازم نیست که ذی‌نفع قبل از مطالبه ضمانت‌نامه، وقوع تخلف یا ورود خسارت را ثابت کند، زیرا هدف از ضمانت‌نامه غیرمشروط تأمین و پوشاندن همین مخاطرات و ریسک اثبات خسارت است.^۹ مع‌ذلک

^۷ در دعوایی که یک ضمانت‌خواه علیه ذی‌نفع مطرح کرده بود، مدعی شده که ضمانت‌نامه‌ای برای شرکت در مناقصه تهیه و به ذی‌نفع (برگزارکننده مناقصه) تسلیم نموده است و ذی‌نفع مدتی بعد از مناقصه این ضمانت‌نامه را مطالبه و وصول کرده، اما چون ضمانت‌خواه، پس از مناقصه از انعقاد قرارداد امتناع نکرده است و مرتکب تخلفی نشده لذا ذی‌نفع مستحق وصول ضمانت‌نامه نبوده و باید آن را مسترد کند. ذی‌نفع به غیرمشروط بودن ضمانت‌نامه استناد می‌کرد ولی، دادگاه ضمانت‌نامه را ابطال نمود و خواننده (ذی‌نفع) را ملزم به استرداد مبلغ آن به ضمانت‌خواه کرد (دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۱۳۶۹/۳/۵ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی تهران).

^۸ ملاک حاصل از ماده ۷۱۱ قانون مدنی مؤید این نکته است. در ماده مذکور چنین می‌خوانیم: «اگر ضامن دین را تأدیه کند و مضمون‌عنه آن را ثانیاً بپردازد، ضامن حق رجوع به مضمون‌له نخواهد داشت و باید به مضمون‌عنه مراجعه کند و مضمون‌عنه می‌تواند از مضمون‌له آنچه را که گرفته است، مسترد دارد».

^۹ ریچارد دریس کول، «نقش اعتبارنامه‌ها و تضمین در تجارت بین‌المللی»، ترجمه دکتر محسن محبی،

چنانکه اشاره شد، غیرمشروط بودن ضمانت‌نامه به این معنی نیست که حتی اگر مضمون‌عنه در برابر ذی‌نفع در عالم واقع اشتغال ذمه نداشته باشد، باز هم ذی‌نفع مستحق دریافت باشد. از این‌رو، اگر ذی‌نفع بدون استحقاق واقعی مبادرت به مطالبه و وصول ضمانت‌نامه نماید، در واقع نوعی سوءاستفاده از حق و موجب ضمان است و باید آن را مسترد نماید. ویژگی ضمانت‌نامه غیرمشروط همین است که ابتدا پرداخت می‌شود و بعداً اگر ضمانت‌خواه ادعایی درباره آن داشته باشد، می‌تواند آن را طرح کند. این ویژگی را «اول پرداخت، سپس دعوا» گویند (first pay, then litigate). به این ترتیب، اثر غیرمشروط بودن ضمانت‌نامه، از لحاظ حقوقی انتقال بار دلیل از عهده مدعی خسارت (ذی‌نفع) است بر عهده طرف مقابل (ضمانت‌خواه)، زیرا این ضمانت‌خواه است که باید عدم استحقاق ذی‌نفع به مطالبه ضمانت‌نامه را ثابت کند و نشان دهد به تعهد خود عمل کرده و اشتغال ذمه ندارد.^{۱۰}

۲. انواع دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی

الف - طبقه‌بندی دعاوی

۱۹. گفتیم دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی، متأثر از همین ساختار حقوقی ویژه ضمانت‌نامه است و عمدتاً حول قاعده استقلال ضمانت‌نامه شکل می‌گیرد و مطرح می‌شود. با توجه به توضیحاتی که دادیم، دعاوی ضمانت‌نامه‌ها را می‌توان به اعتبار خواسته آنها به دو گروه کلی تقسیم کرد:

اول - دعاوی منع پرداخت ضمانت‌نامه

دوم - سایر دعاوی

۲۰. دعاوی گروه اول، متداول‌ترین دعاوی ضمانت‌نامه است، و خواسته آن یا صدور دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه قبل از مطالبه و پرداخت، و سپس دعاوی ماهوی برای ابطال ضمانت‌نامه است، یا حکم به استرداد مبلغ ضمانت‌نامه پس از پرداخت آن است. این دعوا، برخلاف اصل استقلال ضمانت‌نامه است زیرا اثبات آن مبتنی بر ادله و دفاعات حاصل از قرارداد اصلی است که بر عهده ضمانت‌خواه است.

← مجله حقوقی، ش ۱، ص ۱۳۹.

^{۱۰} در مورد ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه و اصل استقلال، نک: دکتر محسن محبی، «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان داری ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی، ش ۲۰، ص ۸۵ به بعد.

موضوع دعاوی ضمانت‌خواه برای دستور منع پرداخت ضمانت‌نامه معمولاً این است که چون به تعهدات خود به درستی عمل نموده و از قرارداد تخلفی نکرده، بنابراین در برابر ذی‌نفع اشتغال ذمه ندارد و ذی‌نفع حق وصول ضمانت‌نامه را ندارد.

۲۱. این دعوا قبل از مطالبه ضمانت‌نامه و به صورت دادرسی فوری مطرح می‌شود و خواسته آن «دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه» (injunction) است که همزمان یا متعاقباً باید دعاوی ماهوی برای ابطال ضمانت‌نامه طرح شود. خواننده دعاوی منع پرداخت، علی‌القاعده ذی‌نفع است که مدعی (ضمانت‌خواه) باید عدم استحقاق او را اثبات کند تا بتواند او را از مطالبه ضمانت‌نامه ممنوع سازد. مع‌ذلک ممکن است بانک هم به عنوان خواننده دوم معرفی شود زیرا نهایتاً این بانک است که باید برخلاف تعهدی که در مقابل ذی‌نفع دارد از ایفای تعهد خودداری ورزد و برای این منظور محتاج مجوز دادگاه است. به عبارت دیگر باید بین دعاوی دستور «منع مطالبه» که علیه ذی‌نفع است و «منع پرداخت» که باید علیه بانک طرح شود، تفکیک نمود. این تفکیک هم از حیث تعرفه اصحاب دعوا و هم از حیث ادله اثبات، واجد اهمیت است.

۲۲. دعاوی استرداد مبلغ ضمانت‌نامه پس از پرداخت آن، یک دعاوی ماهوی است که خواسته آن عبارت است از «ابطال ضمانت‌نامه و استرداد وجه آن از ذی‌نفع». مخاطب و خواننده اصلی این دعوا، علی‌القاعده ذی‌نفع است که ضمانت‌نامه را من‌غیر حق مطالبه و وصول کرده است. مع‌ذلک اگر بانک ضامن، بر خلاف شروط مقرر در ضمانت‌نامه، آن را پرداخته باشد یا به نحو دیگری در پرداخت من‌غیر حق نقشی داشته (مثلاً بدون اخذ مدارک لازم پرداخت کرده یا احتیاط معقول را هنگام بررسی مطالبه و پرداخت اعمال نکرده، یا با ذی‌نفع تبانی کرده باشد) ممکن است به عنوان خواننده معرفی شود تا متناسب با تخلفی که کرده و نیز متناسب با مسؤولیتی که دارد، محکوم شود.

۲۳. اما موضوع دعاوی گروه دوم، می‌تواند هر خواسته دیگری غیر از دعاوی گروه اول باشد. مثلاً دعاوی ناشی از یا مربوط به صحت صدور ضمانت‌نامه، سررسید آن، بهره، یا دعاوی مربوط به شروط شکلی مطالبه مانند شرط اخطار رسمی مبنی بر تخلف مضمون‌عنه، محل پرداخت و ارز پرداخت، دعاوی ناشی از واگذاری حقوق ناشی از ضمانت‌نامه به غیر، مسأله مرور زمان در مطالبه، انواع دعاوی ناشی از مسؤولیت مدنی و غیرقراردادی بانک‌ها در مورد ضمانت‌نامه‌ها مانند افشای اطلاعات مربوط به طرفین ضمانت‌نامه، یا قصور و مسامحه در جریان صدور یا مطالبه و پرداخت ضمانت‌نامه، و

بالاخره دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های متقابل بین بانک‌ها؛ همه و همه از جمله دعاوی گروه دوم در ضمانت‌نامه‌هاست که ممکن است در روابط بین بانک و ذی‌نفع و حتی بانک‌ها با یکدیگر پیش آید. این دعاوی، به اندازه دعاوی گروه اول متداول و شایع نیست. موضوع این دعاوی بسیار متنوع است و بر حسب اینکه موضوع دعوا چه باشد و نیز بر حسب اینکه تابع قانون کدام کشور باشد و نزد کدام مرجع و دادگاه مطرح شود، نتیجه کار می‌تواند متفاوت باشد. به این ترتیب، این دعاوی قابل احصا و طبقه‌بندی نیست و باید به صورت موردی محل بحث قرار گیرد. به همین لحاظ بحث خود را حول گروه اول دعاوی ضمانت‌نامه‌ها (دعای منع پرداخت و ابطال ضمانت‌نامه) که شایع‌تر است، متمرکز می‌کنیم و سعی می‌کنیم قواعد کلی آنها را به دست دهیم.

۲۴. قبل از تفصیل بحث، لازم است اشاره کنیم که تقسیم‌بندی که در مورد دعاوی ضمانت‌نامه‌ها کردیم، از حیث نحوه رسیدگی و حل و فصل اختلاف مهم است. مثلاً در کشورهای اروپای قاره‌ای، ضمانت‌نامه‌ها بیشتر معطوف به منافع ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) است و در کنترل اوست و به همین لحاظ دعاوی منع پرداخت توسط ضمانت‌خواه بسیار متداول است، و همین که خواهان بتواند علی‌الظاهر (prima facia) نشان دهد که مطالبه ذی‌نفع من غیر حق بوده، دستور موقت برای منع پرداخت صادر می‌شود. البته در رسیدگی ماهوی برای ابطال ضمانت‌نامه، باید یک مورد روشن از وقوع تقلب اثبات شود. اما در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی بویژه در امریکا که به جای ضمانت‌نامه از مکانیسم اعتبار اسنادی تضمینی استفاده می‌شود، ضمانت‌نامه بیشتر معطوف به ذی‌نفع و در کنترل اوست و چون اصل بر پرداخت ضمانت‌نامه است، از این‌رو، طرح دعاوی منع پرداخت خلاف اصل و استثناست و توفیق در آن نیز دشوارتر و محتاج ادله قاطع است. در امریکا، ملاک اصلی برای صدور قرار منع پرداخت موقت ضمانت‌نامه آن است که خواهان نشان دهد در صورت عدم صدور قرار، «خسارت غیرقابل جبران» (irreparable harm) وارد می‌شود. استاندارد دلیل برای اثبات چنین احتمالی، به مراتب بالاتر از سایر موارد است.

ب - عوامل مؤثر در حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌ها

۲۵. مهم‌ترین عوامل مؤثر در نحوه حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌ها، یکی این است که بدانیم ضمانت‌نامه تابع کدام قانون است (قانون حاکم) و دوم آن است که نزد کدام مرجع مطرح می‌شود (مرجع صالح). حسب قاعده کلی، قانون حاکم و مرجع صالح

برای رسیدگی به دعاوی ضمانت‌نامه قبل از هر چیز تابع اراده طرفین (بانک و ذی‌نفع) است و در صورتی که در این خصوص سکوت کرده باشند، نوبت به قواعد تعارض قوانین می‌رسد. ممکن است گفته شود چون ضمانت‌نامه به دنبال قرارداد اصلی صادر شده، از حیث قانون حاکم و مرجع صالح، تابع آن است. اما چنانکه پیش از این گفتیم (بند ۱۴) ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی مستقل است بنابراین شرط قانون حاکم و مرجع صالح که در قرارداد اصلی یا پایه آمده، به ضمانت‌نامه تسری نمی‌یابد، خصوصاً که بانک ضامن اساساً طرف قرارداد اصلی نیست. از طرفی چون موضوع ضمانت‌نامه از لحاظ تحلیل حقوقی، یک تعهد پرداخت است بنابراین تابع قاعده تعارض قوانین درباره تعهدات است که همان قانون محل تعهد و یا محل پرداخت است، یعنی قانون کشور بانک ضامن (بعدها در این مورد بیشتر توضیح می‌دهیم نک: بند ۳۰ به بعد).

۲۶. مرجع رسیدگی به دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه می‌تواند برحسب نوع و موضوع دعوا متفاوت باشد. در دعاوی منع پرداخت و ابطال ضمانت‌نامه، تعیین مرجع صالح با دشواری‌هایی مواجه است، زیرا خواننده دعاوی «منع پرداخت» و سپس «ابطال ضمانت‌نامه»، ذی‌نفع است که گاه بانک هم به عنوان خواننده دوم به آن اضافه می‌شود. البته در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقیم کمتر مشکلی از این حیث وجود دارد، زیرا ضمانت‌خواه (خواهان) و ذی‌نفع و بانک (خوانندگان) هر سه مقیم یک کشورند و هر دوایی باید در محاکم همان کشور طرح شود (مگر در کشورهای دارای نظام فدرال). اما در ضمانت‌نامه‌های متقابل که بانک متبوع ضمانت‌خواه، از یک بانک خارجی در کشور ذی‌نفع، درخواست صدور نموده است، مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی منع پرداخت یا ابطال ضمانت‌نامه - برحسب اینکه کدام ضمانت‌نامه (ضمانت‌نامه اصلی یا متقابل) موضوع دعوا باشد - متفاوت است. گاه، علی‌رغم شرط انتخاب قانون حاکم و مرجع صالح در ضمانت‌نامه که همان کشور بانک ضامن است، چون ضمانت‌خواه به محاکم آن کشور اعتمادی ندارد، ترجیح می‌دهد در کشور محل اقامت خود طرح دعوا نماید. اما با توجه به اینکه خوانندگان، یعنی ذی‌نفع و بانک ضامن، در خارج از حوزه چنان محکمه‌ای قرار دارند و دستوری که این دادگاه محلی صادر می‌کند نیز ناظر به منع پرداخت ضمانت‌نامه‌ای است که در کشور دیگری (کشور متبوع بانک ضامن) صادر شده است، طبعاً از نظر اجرا مشکلاتی را در پی خواهد داشت. به همین لحاظ، ضمانت‌خواه معمولاً دعاوی خود برای منع پرداخت ضمانت‌نامه متقابل را علیه بانک دستور دهنده که ضمانت‌نامه متقابل را صادر کرده و مقیم کشور اوست، طرح می‌کند تا

دادگاه او را از پرداخت ضمانت‌نامه متقابل و (پشتوانه) به بانک ضامن اصلی ممنوع سازد. این شیوه بیشتر در محاکم امریکا و در دعاوی ضمانت‌نامه‌های ایران متداول بوده است.^{۱۱}

۲۷. به طور کلی، صلاحیت محاکم، تابع قوانین داخلی کشور مقرر دادگاه است و مقررات مربوط به صلاحیت، متضمن نظم عمومی معطوف به دادرسی است و در مواردی که ناظر به صلاحیت اجباری دادگاه باشد، با توافق قابل عدول نیست (مانند صلاحیت ذاتی محکمه محل وقوع غیرمنقول). البته دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌ها، از جمله دعاوی قراردادی و مالی (منقول) است و کمتر در معرض صلاحیت اجباری است و طرفین می‌توانند نسبت به انتخاب مرجع صالح توافق نمایند. بنابراین باید مقررات بین‌المللی و قواعد ناظر به تعیین قانون حاکم و صلاحیت را جداگانه بررسی کنیم. در این زمینه، مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی درباره ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) یا ضمانت‌نامه‌های قراردادی (URCB)، و نیز کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه مستقل که در سال ۱۹۹۵ به تصویب رسیده و برای امضا مفتوح است، مهم‌ترین مقررات بین‌المللی است که با بحث ما مرتبط می‌باشد.

۱. قانون حاکم

- توافق طرفین در مورد قانون حاکم

۲۸. ماده ۲۷ مقررات «ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» که اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین کرده، می‌گوید:

«قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانون کشور محل کار و کسب ضامن یا دستوردهنده (حسب مورد) خواهد بود و در صورتی که بانک ضامن یا دستوردهنده بیش از یک محل کسب داشته باشند، قانون کشور شعبه آنها که ضمانت‌نامه را صادر کرده، حاکم خواهد بود، مگر اینکه در ضمانت‌نامه یا در ضمانت‌نامه متقابل طور دیگری مقرر شده باشد».^{۱۲}

^{۱۱} دکتر محسن مجبی، «ضمانت‌نامه‌های بانکی و رویه دیوان داوری ایران - ایالات متحده»، *مجله حقوقی*، ش ۲۰.

^{۱۲} *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)*, ICC publication No. 485, 1992.

جمله آخرین ماده متضمن اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر ضمانت‌نامه است. اما در صورتی که طرفین (بانک و ذی‌نفع) قانون کشور خاصی را به عنوان قانون حاکم در ضمانت‌نامه قید نکرده باشند، آنگاه قانون کشور محل کار و کسب ضامن (که معمولاً اقامتگاه او نیز هست) حاکم خواهد بود و اگر ضامن در کشورهای مختلف فعالیت دارد و دارای شعب گوناگون است (مانند بانک‌ها)، قانون کشور محل شعبه صادرکننده ضمانت‌نامه، قانون حاکم است.

۲۹. تازه‌ترین سندی که در زمینه مقررات مربوط به ضمانت‌نامه، در سطح بین‌المللی تدوین شده «کنوانسیون ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی» است (دسامبر ۱۹۹۵) که کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) تهیه نموده و از اهمیت زیادی برخوردار است.^{۱۳} در مواد ۲۱-۲۲ این کنوانسیون می‌خوانیم:^{۱۴}

«ماده ۲۱- انتخاب قانون حاکم: تعهد ناشی از ضمانت‌نامه تابع قانونی است که انتخاب آن:

الف- در ضمانت‌نامه درج شده یا شروط و مفاد ضمانت‌نامه حاکی از آن باشد، یا ب- توسط ضامن/ صادرکننده و ذی‌نفع در جای دیگری توافق شده باشد، ماده ۲۲- تعیین قانون حاکم: در صورتی که قانون حاکم طبق ماده ۲۱ انتخاب نشده باشد، ضمانت‌نامه تابع قانون کشوری است که ضامن/ صادرکننده در آنجا محل کسب و تجارت دارد و ضمانت‌نامه در آنجا صادر شده است.»

چنان که پیداست ماده ۲۱ کنوانسیون مذکور متضمن اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم است (اعم از اینکه طرفین در متن ضمانت‌نامه یا به موجب قرارداد یا سند دیگری، آن را تعیین و انتخاب کنند) و ماده ۲۲ ناظر به قاعده تعارض در مواردی است که طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده باشد که در این صورت قانون محل صدور ضمانت‌نامه یعنی محل تعهد، حاکم خواهد بود.

۳۰. آنچه گفتیم ناظر به ضمانت‌نامه‌های غیرمشروط و مستقل است. اما ممکن

^{۱۳} برای آشنایی با این کنوانسیون، نک: اریک برگستون، «کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل»، ترجمه دکتر محسن مجیبی، نشریه *اتاق بازرگانی*، ۱۳۷۶، ش ۳-۴.

^{۱۴} "Article 21-22, UNCITRAL Convention on Independent Guarantees and Standby L/C", 1995, int'l Legal Material, *ILM*, 1996.

است ضمانت‌نامه به صورت مشروط و وابسته به قرارداد اصلی صادر شود، به این معنی که مطالبه و وصول آن موکول به احراز تخلف و قصور مضمون‌عنه از شروط قرارداد اصلی باشد. ویژگی مهم این نوع ضمانت‌نامه آن است که برخلاف ضمانت‌نامه‌های غیرمشروط و مستقل، کلیه دفاعات و ایرادات تحت قرارداد اصلی، به ضمانت‌نامه نیز تسری می‌یابد و در نتیجه مضمون‌عنه می‌تواند در برابر مطالبه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، به شروط و مواد قرارداد اصلی استناد نماید و مانع از پرداخت شود. طبیعی است، چون ضمانت‌نامه از ابتدا به صورت وابسته به قرارداد صادر شده و بانک ضامن نیز آن را پذیرفته است، بنابراین بانک هم مأخوذ به مسائل قراردادی یا دفاعات و ایرادات قراردادی خواهد بود (بانک‌ها در عمل چندان علاقه‌ای به صدور این نوع ضمانت‌نامه ندارند زیرا آنها را درگیر مسائل قراردادی طرفین می‌نماید).

۳۱. اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی مقررات خاصی تهیه کرده که به «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی» (URCG) موسوم است.^{۱۵} در ماده ۳ این مقررات می‌خوانیم:

«۱. ضامن صرفاً برطبق شروط و مفاد ضمانت‌نامه و نیز این مقررات و تا مبلغی که بیش از مبلغ ضمانت‌نامه نباشد، در برابر ذی‌نفع مسئول است.
۲. ...»

۳. ضامن می‌تواند به دفاعات مبتنی بر شروط و مفاد مندرج در ضمانت‌نامه یا آنچه طبق این مقررات مجاز باشد، استناد جوید.»

چنان که پیداست، برخلاف ضمانت‌نامه‌های غیرمشروط، بند ۳ ماده ۳ مقررات ضمانت‌نامه‌های قراردادی مشروط به بانک ضامن اجازه می‌دهد در مقابل مطالبه ذی‌نفع به پاره‌ای دفاعات قراردادی توسل جوید. مواد ۸ و ۹ مقررات مذکور درباره نحوه مطالبه و پرداخت ضمانت‌نامه نیز به خوبی حاکی از پیوند و وابستگی ضمانت‌نامه با قرارداد اصلی است.^{۱۶} و اما مهم‌ترین ماده مقررات ضمانت‌نامه‌های قراردادی که با

¹⁵ *Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG)*, ICC Publication No. 325, 1982.

¹⁶ ماده ۸ مقررات ضمانت‌نامه‌های قراردادی: درباره مستنداتی که باید همراه مطالبه ضمانت‌نامه باشد می‌گوید: «اگر در ضمانت‌نامه، مستنداتی که باید همراه مطالبه ارائه شود، قید نشده باشد، ذی‌نفع باید اسناد زیر را ارائه کند: الف - در مورد ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده، اعلامیه ذی‌نفع مبنی بر

بحث ما مربوط است ماده ۱۰ و ۱۱ آن است که به ترتیب در زمینه قانون حاکم و نحوه حل و فصل دعاوی ناشی از این نوع ضمانت‌نامه‌هاست. به موجب ماده ۱۰ مقررات یاد شده:

«در صورتی که ضمانت‌نامه فاقد شرط قانون حاکم باشد، قانون حاکم بر آن قانون کشور محل کار و کسب ضامن است و در صورتی که ضامن دارای بیش از یک محل کار و کسب باشد، قانون کشور محل شعبه‌ای که ضمانت‌نامه را صادر کرده، حاکم خواهد بود».

۳۲. از آنچه گفتیم معلوم می‌شود که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه‌ها تابع اصل حاکمیت اراده است و قاعده محل ایجاد تعهد ملاک تعیین قانون حاکم است. البته گاه تعیین کشور محل ایجاد تعهد دشواری‌هایی دارد، مانند اینکه ضمانت‌نامه به صورت سندیکایی صادر شده و بانک‌های متعددی قبول تعهد کرده‌اند و بانک عامل (agent) صرفاً نقش ابلاغ ضمانت‌نامه و عملیات آن را بر عهده دارد. به علاوه، چون ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی دارای طرف‌های متعدد است، عملاً با قوانین کشورهای مختلف ارتباط پیدا می‌کند:

کشور بانک صادرکننده: که در آن جا تعهد ایجاد شده و ضمانت‌نامه صادر می‌شود.
کشور ذی‌نفع: که در آن جا تعهد ناشی از ضمانت‌نامه قابل استیفا و مطالبه می‌شود.
کشور شعبه بانک ضامن: که در آن جا تعهد پرداخت ایفا می‌شود که ممکن است شعبه بانک ضامن باشد.

کشور ضمانت‌خواه: که در آن جا ضمانت‌خواه تقاضای منع پرداخت و ابطال ضمانت‌نامه را می‌کند.

این وضعیت در ضمانت‌نامه‌های متقابل ابعاد جدیدی پیدا می‌کند و کشور متبوع بانک دستوردهنده را - که همان بانک ضمانت‌خواه است - نیز درگیر می‌نماید. اما به هر حال، قاعده اصلی برای تعیین قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قاعده محل تعهد است که در مقررات بین‌المللی هم به همین قاعده اشاره شده است.

← اینکه پیشنهاد ضمانت‌خواه پذیرفته نشده اما بعداً قرارداد اصلی را امضا نکرده، یا ضمانت‌نامه حق انجام کار را که در شرایط مناقصه یا مزایده پیش‌بینی شده، تسلیم نکرده است ... ب - در مورد ضمانت‌نامه‌های حسن انجام کار یا پیش‌پرداخت، رأی داوری مبنی بر تأیید مطالبات ذی‌نفع، یا تأییدیه کتبی ضمانت‌خواه در مورد ادعای ذی‌نفع و مبلغی که باید پرداخت شود».

۳۳. در حقوق ایران، مطابق ماده ۹۶۸ قانون مدنی تعهدات ناشی از عقود تابع محل عقد (ایران) است مگر در مواردی که طرفین اتباع خارجه باشند، مانند ضمانت‌نامه‌ای که نمایندگی بانک خارجی در ایران به نفع شرکت خارجی در ایران صادر کند، که در این صورت می‌توانند قانون خارجی را به عنوان قانون حاکم انتخاب نمایند. افزون بر این، قاعده تعارض مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی ناظر به دعاوی مطروحه در محاکم ایران است، لیکن، در صورتی که دعوی ضمانت‌نامه به داوری بین‌المللی تحت قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ ارجاع شود، طبق ماده ۲۷ قانون مذکور، طرفین در انتخاب قانون حاکم آزاد هستند و می‌توانند قانونی غیر از قانون ایران به عنوان محل صدور ضمانت‌نامه را به عنوان قانون حاکم برگزینند.^{۱۷}

سکوت طرفین درباره قانون حاکم بر ضمانت‌نامه

حقوق ایران

۳۴. از نظر تحلیل حقوقی، ضمانت‌نامه یک قرارداد است و در صورتی که طرفین در مورد قانون حاکم بر آن توافق نکرده باشند، تعیین قانون حاکم بر آن علی‌الاصول تابع قواعد تعارض قوانین در مورد قراردادها و تعهدات است. مهم‌ترین قاعده‌ای که در این زمینه وجود دارد، مراجعه به قصد و اراده ضمنی و تلویحی طرفین (tacit choice) برای تعیین قانون حاکم است. برای این منظور معمولاً به عوامل و اوضاع و احوال محیط بر ضمانت‌نامه مراجعه می‌شود مانند محل مذاکرات و محل امضا، زبان قرارداد و غیره و به کمک آنها اراده طرفین درباره قانون حاکم جست‌وجو می‌شود. نظریه دیگر مبتنی بر قاعده «مرکز ثقل قرارداد» است (gravity of the contract) که به کمک عواملی مانند محل اجرای قرارداد یا تحویل کالا یا پرداخت، قانونی که بیشترین و نزدیکترین رابطه را با قرارداد دارد، به عنوان قانون حاکم تعیین می‌شود. این قاعده، بیشترین اهمیت را به اجرای موضوع اصلی قرارداد (substantial performance) می‌دهد و قانون حاکم را تابع آن می‌داند. با توجه به اینکه موضوع اصلی ضمانت‌نامه، تعهد پرداخت توسط بانک ضامن است، این قاعده نیز ما را به قانون کشور ضامن راهنمایی می‌نماید. به این ترتیب

^{۱۷} اینکه آیا ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران قاعده تعارض مندرج در ماده ۹۶۸ قانون مدنی را اصلاح یا فسخ کرده یا حکم مذکور در ماده ۲۷ (آزادی اراده طرفین و انتخاب قانون حاکم) خاص قراردادهایی است که به داوری تحت قانون مذکور ارجاع می‌شوند، نظرات مختلفی وجود دارد. نک: دکتر حمیدرضا نیکبخت، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳۷۹، ش ۳۱-۳۲، ص ۱۲۵.

می‌توان گفت، قانون حاکم بر ایفا و استیفای بین‌المللی حقوق ناشی از ضمانت‌نامه مآلاً قانون کشور بانک ضامن است - یعنی همان قاعده‌ای که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌ها و در کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌ها درج شده است.

۳۵. قاعده بیشترین یا نزدیکترین ارتباط (closest connection) به عنوان ضابطه تعیین قانون حاکم در صورت سکوت طرفین در انتخاب قانون حاکم، در ماده (۱) ۴ و (۲) ۴ «کنوانسیون اروپایی ۱۹۸۰ درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»^{۱۸} نیز آمده است و برطبق آن قانون کشوری که اجرای اصلی و عمده قرارداد باید در آنجا انجام شود، قانون حاکم به شمار می‌رود.

۳۶. قانون حاکم بر قرارداد اصلی تابع اراده طرفین اصلی است، اما با توجه به استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد اصلی، تأثیری بر ضمانت‌نامه بانک نخواهد داشت، خصوصاً که بانک اساساً طرف قرارداد اصلی نیست تا به مفاد قرارداد اصلی (من جمله شرط انتخاب قانون حاکم) مأخوذ باشد. قرارداد بین ضمانت‌خواه و بانک نیز یک قرارداد داخلی است زیرا هر دو طرف معمولاً مقیم یک کشور هستند و در چارچوب قوانین کشور متبوع خود، معامله می‌نمایند. اما در ضمانت‌نامه‌های متقابل که بانک دستوردهنده، ضمانت‌نامه‌ای به عنوان پشتوانه و وثیقه به نفع بانک دیگری صادر می‌کند و از او می‌خواهد ضمانت‌نامه‌ای برای ذی‌نفع در کشور خود صادر نماید، روابط دو بانک و ضمانت‌نامه متقابل هر دو، اصولاً تابع قانون کشور بانک دستوردهنده است که اولین دستور را صادر کرده است و اگر بانک دستوردهنده دارای شعب گوناگون باشد، تابع قانون کشور شعبه بانک است مگر طرفین طور دیگری توافق کنند.^{۱۹} این یعنی همان قاعده‌ای است که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و هم‌چنین در کنوانسیون آنسیترال در مورد

¹⁸ *EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Rome, 1980

این کنوانسیون از اول آوریل سال ۱۹۹۱ لازم‌الاجرا شده است. ماده ۴ (بند ۱) می‌گوید: «قرارداد تابع قانونی کشوری است که نزدیکترین ارتباط را با آن دارد. معذک آن بخش از قرارداد که قابل تفکیک از سایر بخش‌ها باشد و با کشور دیگری نزدیکترین ارتباط را دارد، می‌تواند تابع قوانین کشورهای مختلف باشد.» و ماده ۴ (بند ۲) کنوانسیون مذکور نیز می‌گوید: «قرارداد با کشوری بیشترین رابطه را دارد که طرفی که باید تعهد اصلی و عمده را انجام دهد، در زمان انعقاد قرارداد مقیم آنجا بوده یا در مورد اشخاص حقوقی، مرکز امور اصلی او بوده باشد.»

¹⁹ در بعضی کشورها مانند عربستان سعودی و ایران ضمانت‌نامه‌هایی که به نفع شرکت‌های سعودی صادر می‌شود، اغلب اصرار می‌شود مشمول قانون سعودی باشد، و نه کشور بانکی که ضمانت‌نامه متقابل را صادر می‌کند.

ضمانت‌نامه‌های مستقل آمده است (نک: بند ۳۰ به بعد). بنابراین اگر طرفین بخواهند قانون حاکم بر ضمانت‌نامه متقابل، قوانین کشور بانک ضامن اصلی و نه کشور بانک دستورکننده باشد، باید این شرط را در ضمانت‌نامه متقابل بانک خارجی (دستوردهنده)، قید کنند. بانک‌های ایرانی در عمل به همین شیوه عمل می‌کنند و هنگام دریافت ضمانت‌نامه متقابل از بانک‌های خارجی قید می‌کنند که ضمانت‌نامه مذکور مشمول قوانین ایران است.

۳۷. اگرچه ضمانت‌نامه، در مرحله ایجاد و انعقاد تابع قانون کشور ضامن است اما وقتی توسط ذی‌نفع خارجی مطالبه می‌شود، ایفا و استیفای آن در عرصه بین‌المللی صورت می‌گیرد. هم‌چنین است در مواردی که بانک ضامن، ایفای تعهد خود را به بانک دیگری محول کند، و یا اگر ذی‌نفع ضمانت‌نامه آن را به شخص دیگری (ذی‌نفع ثانوی) واگذار کرده باشد (البته اگر ضمانت‌نامه به صورت قابل انتقال صادر شده باشد) و ذی‌نفع جدید یا منتقل‌الیه آن را مطالبه نماید، و یا اگر در اثر انحلال و تصفیه یا ادغام شرکت ذی‌نفع، لامحاله حقوق ناشی از ضمانت‌نامه در اختیار مدیر تصفیه یا شرکت جدید قرار گیرد و آن را مطالبه نماید. در همه این حالت‌ها، استیفای ضمانت‌نامه در کشوری خارج از کشور بانک ضامن انجام می‌شود و از همین جا ممکن است بین قانون حاکم در مرحله ایجاد تعهد (قانون کشور ضامن) و قانون کشور محل استیفا تعارضی ایجاد شود که در این صورت لامحاله باید به قواعد تعارض ذی‌ربط مراجعه شود.

۳۸. به هر حال، جست‌وجو و تعیین قانون حاکم بر ضمانت‌نامه بویژه هنگامی که قواعد حل تعارض به حکومت قانونی غیر از قانون مقر دادگاه منتهی شود، همواره باید در چارچوب مقررات و قوانین آمره دادگاه محل رسیدگی - مانند مقررات ناظر به مصونیت دولت خارجی از تعقیب، مقررات مربوط به اخذ مجوزهای لازم برای صدور ضمانت‌نامه‌ها، و مقررات ارزی - انجام شود و قواعد تعارض تا جایی مؤثر است که متضمن نقض قوانین آمره محل رسیدگی نباشد.

حقوق تطبیقی

۳۹. نکته‌ای که جا دارد در بحث مربوط به قانون حاکم به آن اشاره کنیم، مسأله قانون حاکم در ضمانت‌نامه‌های متقابل است. سؤال این است که آیا ضمانت‌نامه متقابل که بانک دستوردهنده به عنوان پشتوانه صادر می‌کند، مستقل از ضمانت‌نامه اصلی است که بانک به دستور او برای ذی‌نفع صادر می‌کند، یا هر دو ضمانت‌نامه یک معامله واحد

و یک مجموعه‌اند؟ به عبارت دیگر آیا قاعده «قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانون کشور ضامن است» ناظر به ضمانت‌نامه متقابل است که بانک دستوردهنده خارجی صادر کرده است، یا ضمانت‌نامه اصلی؟ برای پاسخ به این سؤال باید روابط بین بانک خارجی دستوردهنده و بانک ضامن را تحلیل کرد. در آلمان، این رابطه را به دو قسمت تقسیم می‌کنند: قسمت اول آن (یعنی رابطه بانک دستوردهنده با بانک ضامن اصلی) را نوعی نمایندگی (mandate) می‌دانند که بانک دستوردهنده انجام کاری را (صدور ضمانت‌نامه) در قبال پرداخت کارمزد، به بانک دیگری محول کرده است و چون بانک مذکور به دستور و به حساب بانک دستوردهنده عمل می‌کند، تعهد پرداخت نهایتاً با خود دستوردهنده است. قسمت دوم این رابطه، خود ضمانت‌نامه است که بانک ضامن بر اساس این دستور صادر می‌کند. مطابق این تحلیل، قسمت اول (ضمانت‌نامه متقابل یا پشتوانه) تابع قوانین کشور دستوردهنده است، اما قسمت دوم (ضمانت‌نامه اصلی) مشمول قوانین کشور ضامن است. در واقع، در دکتترین آلمانی هر یک از ضمانت‌نامه متقابل و ضمانت‌نامه اصلی یک قرارداد مستقل محسوب می‌شود.

۴۰. در فرانسه هرگاه یک شخص فرانسوی ذی‌نفع ضمانت‌نامه متقابل بوده است، محاکم فرانسه قانون فرانسه یعنی قانون کشور بانک ضامن را حاکم دانسته‌اند.^{۲۰} در انگلیس در دعوی که علیه «بانک اف چانیا» مطرح شده بود، دادگاه گفت روابط ناشی از ضمانت‌نامه متقابل که بانک دستوردهنده خارجی صادر می‌کند، و نیز روابط ناشی از ضمانت‌نامه اصلی، به هم پیوسته و مرتبطند، زیرا ضمانت‌نامه متقابلی که بانک دستوردهنده صادر کرده، در واقع عوض و مابازای ضمانت‌نامه اصلی است که بانک ضامن صادر می‌کند و هر دو تابع یک قانونند - یعنی قانون کشور ضمانت‌نامه اصلی.^{۲۱}

۴۱. توصیف حقوقی ضمانت‌نامه متقابل نیز، تابع قانون حاکم است و برحسب اینکه در پرتو قانون کدام کشور انجام شود، طبعاً به نتایج گوناگون می‌رسد، اما به نظر می‌رسد تحلیل محاکم انگلیس از ضمانت‌نامه متقابل و قانون حاکم بر آن، صحیح‌تر باشد و دکتترین آلمانی که طبق آن ضمانت‌نامه متقابل بانک دستوردهنده را مستقل از ضمانت‌نامه اصلی می‌داند، زمینه‌ساز تعارض قوانین است، و مستلزم تجزیه روابط بانک‌های درگیر و ذی‌نفع می‌باشد.

²⁰ R.I. Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade*, Kluwer Law International, 1996, p. 350.

²¹ *Ibid.*

۴۲. در رویه عملی، اغلب، بانک دستوردهنده خطاب به بانک صادرکننده ضمانت‌نامه دستوری با این مضمون صادر می‌کند:

«در مورد قرارداد شماره... منعقد بین شرکت الف (ضمانت‌خواه) و شرکت ب (ذی‌نفع) لطفاً ضمانت‌نامه حسن انجام کار / پیش‌پرداخت به صورت بدون قید و شرط به مبلغ... به سر رسید... و به نفع شرکت ب (ذی‌نفع) از طرف ما و به حساب ما صادر کنید و آن را به ذی‌نفع ابلاغ کنید. در صورتی که ذی‌نفع مذکور ضمانت‌نامه را از شما مطالبه کند، ما متعهد هستیم در ازای اولین درخواست شما، هر مبلغی را که تا سقف مبلغ ضمانت‌نامه بدون نیاز به هیچ مدرک یا دلیلی به شما بپردازیم.»

در این دستور، بانک صادرکننده ضمانت‌نامه اصلی را «ذی‌نفع صادرکننده» (issuing beneficiary) گویند زیرا در صدور ضمانت‌نامه در واقع به مسؤلیت و به حساب بانک دستوردهنده اما به نام خود عمل می‌نماید و کارمزد دریافت می‌کند. به این ترتیب ضمانت‌نامه اصلی بر اساس دستور و درخواست بانک دستوردهنده صادر می‌شود و پشتوانه آن، تضمینی است که بانک دستوردهنده متقابلاً به بانک ضامن داده است، اما مجموعه این روابط یک پدیده حقوقی را تشکیل می‌دهد که متشکل از دو جزء به هم پیوسته است، و هیچ‌کدام بدون دیگری قابل توجیه و اجرا و استیفا نیست. به عبارت دیگر، بانک دستوردهنده اشتغال ذمه‌ای در برابر بانک ضامن ندارد و بانک ضامن هم قرارداد یا ریسک مستقلی ندارد تا با ضمانت‌نامه متقابل بانک دستوردهنده آن را تأمین کند و به همین لحاظ مادام که ذی‌نفع، ضمانت‌نامه اصلی را مطالبه نکرده، ضمانت‌نامه متقابل بانک دستوردهنده لازم‌الاداء نیست، بلکه ایفای آن تابع پرداخت ضمانت‌نامه اصلی است. به همین دلیل بانک ضامن نمی‌تواند ضمانت‌نامه متقابل را بابت مطالبات احتمالی خود از دستوردهنده (مثلاً معاملات فی‌مابین دو بانک)، تهاتر نماید. به این ترتیب، هم تحلیل حقوقی مجموعه روابط حاصل از صدور ضمانت‌نامه متقابل و ضمانت‌نامه اصلی، و هم سهولت عملی اقتضا می‌کند که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه متقابل همان قانون حاکم بر ضمانت‌نامه اصلی یعنی قانون کشور محل اجرای تعهد ضامن باشد. این نظر این امتیاز را هم دارد که حقوق و تعهدات بانک ضامن اصلی در برابر ذی‌نفع اصلی و نیز در برابر بانک دستوردهنده، همه مشمول یک قانون خواهد بود و از بروز تعارض قوانین و پیچیده شدن موضوع اجتناب خواهد شد.

۴۳. با این همه، ماده ۲۷ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) و نیز ماده ۲۱ کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل، ضمانت‌نامه متقابل را از ضمانت‌نامه اصلی مستقل دانسته و هر کدام را تابع قانون کشور محل صدور دانسته است (هم چنین است از حیث محکمه صالح)، مگر طرفین طور دیگر توافق کنند.

۲. مرجع صالح

۴۴. تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌ها بویژه دعاوی منع پرداخت، در مرحله او تابع اراده طرفین است و در صورتی که سکوت کرده باشند، تابع قواعد تعارض صلاحیت است که معمولاً به صلاحیت کشور بانک ضامن (متعهد) منجر شود. در مقررات بین‌المللی ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) نیز همین ترتیب پیش‌بینی شده است (ماده ۲۸ مقررات مذکور). شک نیست که در دعاوی تقاضای دستور موقت برای منع پرداخت ضمانت‌نامه، خواهان (ضمانت‌خواه) باید ظرف مهلت معینی که در قانون کشور محل دادگاه مقرر شده، دعاوی ماهوی و اصلی خود را - یعنی دعاوی ابطال ضمانت‌نامه - نیز در همان دادگاه طرح نماید والا دستور موقت (قرار منع پرداخت) لغو می‌شود.^{۲۲}

۴۵. کنوانسیون آنسیترال درباره ضمانت‌نامه‌های مستقل، مقررات خاصی درباره دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه ندارد و آن را به انتخاب طرفین واگذار کرده است. طبیعی است اگر طرفین توافقی در این زمینه نکرده باشند، تعیین دادگاه صالح تابع احکام کلی ناظر به تعارض صلاحیت‌هاست.

۴۶. ماده ۱۱ «مقررات ضمانت‌نامه‌های قراردادی» (Contract Bond) که اتاق بازرگانی بین‌المللی تهیه کرده (نشریه ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی) ناظر به حل و فصل دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های قراردادی و مشروط است و احکام جالبی دارد که ناشی از فرض وابستگی ضمانت‌نامه با قرارداد اصلی است. طبق بند ۱ ماده ۱۱ مقررات مذکور رسیدگی به اختلافات ناشی از ضمانت‌نامه بین ضامن و ذی‌نفع، در مرحله نخست به داوری طبق قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی ارجاع می‌شود و جالب

^{۲۲} در ایران، طبق ماده ۳۱۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی سال ۱۳۷۹، پس از صدور دستور موقت در صورتی که از قبل اقامه دعوا نشده باشد، درخواست‌کننده باید حداکثر ظرف بیست روز از تاریخ صدور دستور به منظور اثبات دعاوی خود به دادگاه صالح مراجعه کند... در غیر این صورت دادگاه صادرکننده دستور موقت، به درخواست طرف از آن رفع اثر می‌کند.

اینکه بند ۲ همین ماده اجازه می‌دهد که ضمانت‌خواه به عنوان ثالث، در جریان داوری بین بانک و ذی‌نفع وارد شود:

«اگر اختلافات بین ضامن و ذی‌نفع که به داوری ارجاع شده با حقوق و تعهدات ضمانت‌خواه [مضمون‌عنه] یا بانک دستوردهنده [بانک خارجی در ضمانت‌نامه‌های متقابل] ارتباطی داشته باشد، ضمانت‌خواه یا بانک دستوردهنده نیز حق دارد در جریان داوری وارد شود».^{۲۳}

۴۷. بند ۳ ماده ۱۱ مذکور هم پیش‌بینی کرده که اگر طرفین ضمانت‌نامه (بانک و ذی‌نفع) به داوری توافق نکرده باشد، دادگاه کشور محل کسب و کار بانک ضامن (مرکز اصلی) صلاحیت دارد، یا اگر محل کسب و کار بانک در چند جا باشد (شعب بانک)، محاکم کشور محل شعبه‌ای که ضمانت‌نامه را صادر کرده، منحصراً صلاحیت رسیدگی خواهد داشت. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های قراردادی تعیین مرجع صالح تابع قاعده محل صدور ضمانت‌نامه است.

حقوق تطبیقی

۴۸. درباره مرجع صالح، ضمانت‌خواه برای اخذ قرار یا دستور منع پرداخت اغلب به محاکم کشور خود رجوع می‌کند و به صورت دادرسی فوری (اختصاری) طرح دعوا می‌کند زیرا به محاکم کشور ذی‌نفع یا بانک او چندان اعتمادی ندارد. اکنون باید دید که اگر ضمانت‌خواه علی‌رغم توافق قبلی و شرط صلاحیت محاکم کشور ضامن در ضمانت‌نامه، یا علی‌رغم اینکه قواعد تعارض صلاحیت، به صلاحیت محاکم کشور

^{۲۳} چنانکه می‌دانیم در داوری‌ها، برخلاف محاکم دادگستری، ورود ثالث یک امر استثنایی است و در شرایط خاص و به دشواری امکان‌پذیر است زیرا صلاحیت مرجع داوری مبتنی بر توافق و تراضی است و مادام که بین وارد ثالث و اصحاب داوری چنین توافقی وجود نداشته باشد، داوری بین آنها ممکن نیست. در حالی که در محاکم دادگستری، همین که ثالث بتواند نفع خود را در دعوی مطروحه بین طرفین اصلی نشان دهد، دادگاه صلاحیت خواهد داشت. در دعوی ضمانت‌نامه‌ها، طرفین داوری، بانک و ذی‌نفع ضمانت‌نامه است منتهی چون موضوع اختلاف آن دو ممکن است به قرارداد اصلی نیز ارتباط یابد و از طرفی ضمانت‌خواه (مضمون‌عنه) نیز یکی از طرفین آن قرارداد است، لذا ماده ۱۱ (۲) مقررات مذکور اجازه داده که حسب مورد مضمون‌عنه یا بانک خارجی که دستور ضمانت‌نامه متقابل را داده نیز به عنوان ثالث وارد داوری شوند. پیداست که این مقررات به تبعیت از ماهیت این نوع ضمانت‌نامه که مشروط و وابسته به قرارداد اصلی است، تنظیم شده است.

ضامن ارجاع و اشاره می‌کند، به دادگاه‌های کشور خود مراجعه کرد، این دادگاه‌ها چگونه صلاحیت خود را توجیه می‌کنند؟

۴۹. رویه قضایی کشورهای مختلف، بویژه در اروپا حاکی از این است که محاکم کشور ضمانت‌خواه اغلب به صلاحیت خود در دعاوی ضمانت‌خواه برای دستور منع پرداخت نظر داده‌اند و خود را مأخوذ به شرط صلاحیت محاکم کشور ضامن ندانسته‌اند. دلایلی که این محاکم برای توجیه صلاحیت خود ذکر کرده‌اند، متعدد است، اما به طور کلی مبتنی بر این اصل است که صلاحیت، تابع قانون مقر دادگاه است، مگر عهدنامه‌ای در کار باشد. ذیلاً، اهم این دلایل را بررسی می‌کنیم:

اول، مال موضوع اختلاف یعنی مبلغ ضمانت‌نامه با کشور محل دادگاه مرتبط است زیرا بانک ضامن یا بانک دستوردهنده (در ضمانت‌نامه متقابل) ضمانت‌نامه را در کشور ضمانت‌خواه صادر کرده، هرچند ممکن است ضمانت‌نامه و حقوق ناشی از آن و حتی مطالبه آن عملاً در ید ذی‌نفع، در خارج از آن کشور واقع باشد. اساس این استدلال، قاعده یا ضابطه موسوم به «ربط سرزمینی» (territorial connection) برای احراز صلاحیت دادگاه است.

دوم، چون اقامتگاه یکی از خوانندگان (اقامتگاه بانک دستوردهنده یا صادرکننده ضمانت‌نامه متقابل) در کشور مقر دادگاه است مطابق مقررات آن کشور دادگاه مذکور صلاحیت دارد به دعاوی منع پرداخت رسیدگی کند. تا جایی که به کشورهای اروپایی مربوط می‌شود ماده ۲۴ «کنوانسیون ۱۹۷۸ کشورهای اروپایی در مورد صلاحیت و اجرای احکام مدنی و تجاری»^{۲۴} (موسوم به کنوانسیون بروکسل) نیز اجازه می‌دهد دادگاه بر اساس قواعد محلی خود درباره صلاحیت تصمیم بگیرد.^{۲۵} این استدلال بر قاعده صلاحیت مبتنی بر اقامتگاه خواننده، بنا شده است.

سوم، مسؤلیت ذی‌نفع خارجی ضمانت‌نامه به علت مطالبه من‌غیر حق ضمانت‌نامه، و خسارت ناشی از چنین مطالبه‌ای نهایتاً در کشور ضمانت‌خواه مستقر و واقع می‌شود، بنابراین محاکم کشور او صلاحیت رسیدگی و صدور دستور منع پرداخت

²⁴ *EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgement in Civil and Commercial Matters*, 1978, Brussell.

²⁵ در ایران طبق ماده ۱۶ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اگر خوانندگان متعدد باشند و در حوزه‌های قضایی مختلف اقامت داشته باشند خواهان می‌تواند علیه هر یک از آنها در محکمه محل طرح دعوا کند. گرچه این قاعده ناظر به صلاحیت داخلی است اما از ملاک آن می‌توان در دعاوی بین‌المللی نیز استفاده نمود.

را دارند. این استدلال هم مبتنی بر قاعده صلاحیت دادگاه محل وقوع خسارت است. اشکال وارد بر این نظر آن است که شاید در دعوی استرداد مبلغ ضمانت‌نامه پس از پرداخت آن بتوان صلاحیت دادگاه محل خسارت را پذیرفت، اما در دعوی منع پرداخت ضمانت‌نامه محل تأمل است زیرا دعوی منع پرداخت ضمانت‌نامه هنگامی مطرح می‌شود که هنوز مطالبه‌ای نشده است، و مادام که ضمانت‌نامه مطالبه نشده، هنوز خسارتی به ضمانت‌خواه وارد نشده تا بتوان به اعتبار محل وقوع خسارت به صلاحیت محکمه کشور متبوع او رأی داد.

۵۰. صرف نظر از قواعد صلاحیتی فوق برای توجیه صلاحیت محاکم کشور متبوع ضمانت‌خواه برای طرح دعوی منع پرداخت و ابطال ضمانت‌نامه، می‌توان دلیل دیگری هم در تقویت این نظر ذکر کرد و گفت ضمانت‌نامه، قراردادی است که بین ذی‌نفع و بانک ضامن منعقد می‌شود و توافق بین آن دو در مورد انتخاب مرجع صالح یا در صورت سکوت ایشان، حکومت قاعده صلاحیت محاکم کشور ضامن، اساساً ناظر به روابط قراردادی بین ذی‌نفع و بانک و دعاوی بین آن دوست، و نه ضمانت‌خواه. در واقع ضمانت‌خواه طرف رابطه قراردادی ذی‌نفع و بانک نیست و بنابراین دعوی ضمانت‌خواه علیه بانک یا ذی‌نفع موکول به قواعد عمومی صلاحیت در کشور مقر دادگاه است.

۵۱. در ضمانت‌نامه مستقیم، صلاحیت محاکم کشور ضمانت‌خواه در دعوی دستور موقت برای منع پرداخت و دعوی ماهوی ابطال ضمانت‌نامه بر علیه بانک ضامن، با ایراد کمتری مواجه است زیرا هر دو طرف دعوا (ضمانت‌خواه، به عنوان خواهان و بانک ضامن به عنوان خواننده) مقیم یک کشورند. حتی اگر ذی‌نفع چنین ضمانت‌نامه‌ای یک شرکت خارجی باشد باز هم می‌توان آن را در کنار بانک ضامن، خواننده قرار داد و در محاکم محلی علیه آن طرح دعوا کرد. در چنین فرضی، صلاحیت محکمه محلی (کشور ضمانت‌خواه) یا مبتنی است بر قاعده محل وقوع مال (ضمانت‌نامه) در کشور دادگاه، و یا مبتنی است بر خوانندگان متعدد که یکی از آنها (بانک ضامن) مقیم کشور مقر دادگاه است و همین برای احراز صلاحیت کافی است، کما اینکه در کشورهای اروپایی، ماده (۱) ۶ «کنوانسیون ۱۹۷۸ بروکسل در مورد صلاحیت و اجرای احکام مدنی و تجاری»، متضمن همین قاعده است.^{۲۶}

²⁶ R.I. Bertrams, *op. cit.*, p. 345 et seq.

۵۲. در ضمانت‌نامه‌های غیرمستقیم نیز چون بانک دستوردهنده که ضمانت‌نامه متقابل یا پشتوانه را صادر کرده، معمولاً در کشور ضمانت‌خواه واقع است و تابع قوانین محلی است، طرح دعاوی منع پرداخت علیه او در محاکم کشور محل اقامت او، تابع همان قواعدی است که در بالا گفتیم.

۵۳. علاوه بر این، چنان که اشاره شد (بند ۵۲)، در کشورهای اروپایی گاه دادگاه‌های کشور ضمانت‌خواه صلاحیت خود را بر اساس قاعده محل وقوع خسارت که در صورت مطالبه من غیر حق ضمانت‌نامه، به ضمانت‌خواه وارد می‌شود، احراز کرده‌اند و به مواد ۵(۱) و نیز ۵(۳) همان کنوانسیون بروکسل استناد نموده‌اند. مثلاً در دعوی که ضمانت‌خواه آلمانی در دادگاه مونیخ آلمان طرح کرده بود، تقاضای استرداد وجه ضمانت‌نامه را داشت و مدعی بود که ذی‌نفع خارجی، ضمانت‌نامه را بدون حق، وصول کرده است، و خواهان، دعاوی خود را در دادگاه بدوی مونیخ یعنی محل کار و تجارت بانک ضامن، طرح کرده بود ذی‌نفع (خواننده دعوا) به صلاحیت دادگاه ایراد نمود و استدلال می‌کرد که دعوا باید در محل اقامت او که خارج از آلمان بود طرح شود، اما دادگاه مونیخ این ایراد را قبول نکرد و به صلاحیت خود رأی داد. موضوع تا دیوان کشور آلمان پیش رفت و دیوان کشور تصمیم دادگاه بدوی را تأیید کرد و گفت دادگاه مونیخ صلاحیت رسیدگی داشته زیرا اولاً با وصول من غیر حق ضمانت‌نامه، خسارت در محل بانک ضامن (مونیخ) واقع شده است و ثانیاً ذی‌نفع، یک تعهد قراردادی تبعی هم داشته است که از مطالبه ضمانت‌نامه بدون استحقاق امتناع ورزد (ترک فعل) و محل اجرای این تعهد نیز در مونیخ است. بنابراین هم به اعتبار وقوع خسارات در مونیخ (موضوع ماده ۵(۳) کنوانسیون فوق‌الذکر) و هم به اعتبار نقض تعهد قراردادی (موضوع ماده ۵(۱) همان کنوانسیون) محاکم مونیخ صالح به رسیدگی هستند.^{۲۷}

۵۴. ذکر بعضی از این دعاوی بین‌المللی و رویه محاکم کشورها مفید است. در فرانسه و بلژیک و انگلیس نیز مقررات مشابهی وجود دارد.^{۲۸}

- در دعاوی علیه یک بانک رومانی (بانک ضامن) که در محاکم انگلیس طرح شده بود، دادگاه استیناف انگلیس نظر داد اینکه گفته می‌شود قانون حاکم بر ضمانت‌نامه (قانون رومانی) فقط از حیث صلاحیت مهم و مرتبط است بسیار عجیب است.^{۲۹}

²⁷ *Ibid.*

²⁸ R. Bertrams, *op. cit.*, p. 346.

²⁹ *Ibid.*, p. 348.

در یک پرونده داوری در اتاق بازرگانی بین‌المللی مرجع داوری اظهار نظر کرده است که ذی‌نفع ضمانت‌نامه به اعمال قانون بلژیک اعتراض نکرده و اظهار نموده که درباره ضمانت‌نامه‌ها مقررات مشابهی در همه کشورها وجود دارد. ضمانت‌نامه موضوع دعوا در این پرونده، بالصراحه مشمول قوانین مکزیک بود، اما مرجع داوری به صرف اشاره به یکی از قوانین و مقررات کل در حقوق بلژیک، قوانین بلژیک را به عنوان قانون حاکم بر تعهدات قابل اعمال دانست.^{۳۰}

- در دعوی مطروحه علیه لویدز بانک به سال ۱۹۹۰ دادگاه استیناف انگلیس قانون مرجع رسیدگی (انگلیس) را اعمال کرد و گفت دلیلی وجود ندارد که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه که در طبق قرارداد ذکر شده، با قانون انگلیس فرقی داشته باشد.^{۳۱}

۵۵. اینکه دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوی ضمانت‌نامه (بویژه در اروپا) به قواعد تعارض قوانین یا قانون خارجی اهمیت زیادی نداده‌اند، حکایت از این واقعیت می‌کند که مقررات حقوقی و تکنیک‌های ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بیشتر تابع ساختار خود ضمانت‌نامه است که جدای از حقوق داخلی کشورها تحول یافته است. معنای دیگر این سخن آن است که نظام حقوقی ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بیشتر در سطح فراملی ساخته شده و گسترش یافته است.^{۳۲} به عنوان مثال دادگاه استیناف لاهه (هلند) درباره شرط «تمدید یا پرداخت» که در ضمانت‌نامه‌ها درج می‌شود گفته است مفهوم این شرط باید در پرتو رویه بین‌المللی ضمانت‌نامه‌ها تفسیر و فهمیده شود و فرض این است که قوانین کشور یمن به عنوان قانون حاکم بر چنین ضمانت‌نامه‌ای نیز چنین تفسیری را معتبر می‌داند.

۵۶. با توضیحاتی که در بالا دادیم، می‌توان پرسید که پس توافق طرفین برای انتخاب قانون حاکم و مرجع صالح و ذکر آن در ضمانت‌نامه‌ها چه فایده‌ای دارد؟ در پاسخ می‌توان گفت، عدم توجه به شرط انتخاب قانون حاکم یا مرجع صالح در ضمانت‌نامه از جانب ضمانت‌خواه و نیز محاکم کشور او خیلی شگفت‌آور نیست، زیرا چنان که قبلاً هم گفتیم، چنین انتخابی بین طرفین قرارداد ضمانت‌نامه یعنی بانک و ذی‌نفع نافذ و الزام‌آور است و نسبت به اشخاص ثالث- مانند ضمانت‌خواه- اثری ندارد. اگر قرار شود ضمانت‌خواه و بانک ضامن و ذی‌نفع هر سه مأخوذ به قانون کشور خاص یا

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 301.

صلاحیت محاکم خاصی باشند، باید در قرارداد جداگانه توافق خاصی در این زمینه بشود. اما تا جایی که به روابط بانک ضامن و ذی‌نفع مربوط می‌شود، بی‌گمان شرط قانون حاکم و مرجع صالح الزام‌آور است و دعاوی بین آن دو تابع مفاد همین شرط است. بنابراین مثلاً در دعاوی ذی‌نفع علیه بانک یا بالعکس در زمینه صحت و اعتبار ضمانت‌نامه یا سررسید ضمانت‌نامه، مرور زمان، بهره و خسارت تأخیر تأدیه، حدود تعهدات بانک، وظایف ذی‌نفع هنگام مطالبه ضمانت‌نامه از حیث شرط اعلام تخلف مضمون‌عنه هنگام مطالبه، دعاوی مربوط به محل پرداخت و ارز پرداخت ضمانت‌نامه، تهاثر مبلغ ضمانت‌نامه با مطالبات احتمالی بانک از ذی‌نفع، مسؤولیت بانک در عدم اقدام به موقع در پرداخت، دعاوی ناشی از واگذاری ضمانت‌نامه (در صورتی که قابل واگذاری و انتقال بوده باشد) و بالاخره دعاوی ناشی از ورشکستگی ذی‌نفع یا بانک ضامن همه و همه باید در چارچوب قانون منتخب طرفین در ضمانت‌نامه و در نزد محکمه مورد توافق طرح و رسیدگی شود.

مقررات مربوط به صلاحیت در ایران

۵۷. در پایان این بحث بد نیست به مقررات ایران در مورد صلاحیت نیز اشاره کنیم. طبق ماده ۱۱ قانون جدید آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۹ دعوا باید در دادگاهی که خوانده در حوزه قضایی آن اقامت دارد، طرح شود و اگر خوانده در ایران اقامتگاه نداشته باشد، دادگاه محل سکونت دائمی او صالح است و اگر در ایران محل سکونت دائمی نداشته باشد، محل اموال غیرمنقول او، و اگر خوانده مال غیرمنقول هم در ایران نداشته باشد خواهان می‌تواند در دادگاه محل اقامت خود طرح دعوا نماید. علاوه بر این، طبق ماده ۱۳ قانون مذکور در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول ناشی از عقود و قراردادها (مانند ضمانت‌نامه) خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که محل وقوع عقد (صدور ضمانت‌نامه) بوده یا به دادگاه محل اجرای تعهد (محل پرداخت ضمانت‌نامه) مراجعه و طرح دعوا کند. به عبارت دیگر ماده ۱۳ متضمن صلاحیت تخییری است و ضمانت‌خواه می‌تواند برای دعاوی منع پرداخت، به دادگاه محل انعقاد و صدور ضمانت‌نامه یا دادگاه محل پرداخت آن، مراجعه کند.

۵۸. اینکه قانون ایران، محکمه محل وقوع عقد یعنی صدور ضمانت‌نامه را صالح می‌داند از ملاک ماده ۲۳ قانون آئین دادرسی مدنی نیز برمی‌آید. به موجب ماده ۲۳ مذکور، دعاوی ناشی از تعهدات شرکت در مقابل اشخاص خارج از شرکت، باید در

محلّی که تعهد در آنجا واقع شده یا محلّ تسلیم کالا یا در محلّ پرداخت پول اقامه شود و در صورتی که شرکت دارای شعب متعدد باشد، دعاوی ناشی از تعهدات هر شعبه باید در دادگاه محلّ آن شعبه طرح شود.

۵۹. از تلفیق این دو ماده استنباط می‌شود که اصل در تعیین محکمه صلاحیتدار، محلّ اقامت خواننده است، اما در دعاوی مربوط به تعهدات شرکت در قبال اشخاص خارج از شرکت، محکمه محلّ ایجاد تعهد یا محلّ اجرای تعهد صلاحیت خواهد داشت. به این ترتیب در صورتی که ضمانت‌خواه خارجی که از یک بانک ایرانی تقاضای صدور ضمانت‌نامه نموده، بخواهد جلوی پرداخت ضمانت‌نامه را بگیرد، می‌تواند در محکمه محلّ اقامت بانک در ایران که معمولاً تهران است، طرح دعوا نماید ولو اینکه شعبه صادرکننده ضمانت‌نامه در شهرستان دیگری باشد. در همین مثال، اگر مثلاً شعبه دبی بانک ایرانی ضمانت‌نامه را صادر کرده باشد، و محلّ پرداخت آن در تهران باشد می‌تواند دعاوی منع پرداخت را در محاکم تهران طرح کند.

۶۰. در دعوی که برای ابطال ضمانت‌نامه بانک ایرانی در تهران مطرح شده بود، دادگاه بدوی به اعتبار شرط صلاحیت در قرارداد اصلی به عدم صلاحیت خود رأی داد که با اعتراض خواهان مواجه شد و موضوع تا دیوان کشور پیش رفت. شعبه ۱۷ دیوان کشور به استناد ماده ۲۲ آ.د.م. سابق که مضمون آن در ماده ۱۳ آ.د.م. فعلی تکرار شده اظهار نظر کرد که «رسیدگی به دعاوی ابطال ضمانت‌نامه و پیمان‌نامه در صلاحیت دادگاه و محلّ اقامت خواننده که محلّ انعقاد قرارداد نیز بوده است، می‌باشد».^{۳۳}

به این ترتیب، همان‌طور که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌ها آمده است، مقنن ایرانی نیز دادگاه محلّ اقامتگاه بانک را که همان محلّ کسب و تجارت (مرکز اصلی اداره امور) آن است صالح دانسته است.^{۳۴}

صلاحیت متقارن

۶۱. در صورتی که دعاوی ضمانت‌خواه در صلاحیت محاکم ایران باشد، مانند اینکه در ضمانت‌نامه صلاحیت محاکم ایران صریحاً قید باشد یا به موجب قواعد تعارض صلاحیت ذی‌ربط، محکمه ایرانی صلاحیت رسیدگی داشته باشد، اما علی‌رغم

^{۳۳} حکم شماره ۳۵ مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۸ شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور.

^{۳۴} ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی و نیز ماده ۵۹۰ قانون تجارت: «اقامتگاه شخص حقوقی محلّی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست». با این همه، حتی اگر محاکم کشور ضامن، محلّ کسب و اداره امور ذی‌نفع نباشد توافق او با صلاحیت محاکم آن کشور از نظر قوانین ایران بلامانع است (ماده ۱۰۱۰ قانون مدنی).

این وضعیت، ضمانت‌خواه در محکمه خارجی طرح دعوا کند، با صلاحیت متقارن محکمه ایرانی و خارجی مواجه هستیم. طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی چنین وضعیتی مانع از صلاحیت محکمه ایرانی نیست. مثلاً هرگاه اختلافات ناشی از قرارداد اصلی در صلاحیت محکمه ایرانی باشد و ضمانت‌خواه خارجی (مضمون‌عنه) به استناد مفاد قرارداد اصلی مدعی شود که ذی‌نفع (مضمون‌له) حقی به مطالبه و دریافت ضمانت‌نامه ندارد و برای اخذ دستور منع پرداخت ضمانت‌نامه به محاکم کشور خود (مثلاً آلمان) مراجعه و علیه ذی‌نفع ایرانی و بانک ایرانی ضامن طرح دعوا نماید، این سؤال مطرح می‌شود که در شرایطی که هم به لحاظ شرط مندرج در قرارداد اصلی و هم به لحاظ قاعده‌ای که در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌ها آمده، محکمه صالح، دادگاه کشور متبوع ضامن (بانک ایرانی) - یعنی محاکم ایران - است، چطور ممکن است محکمه آلمانی صلاحیت داشته باشد به درخواست دستور موقت رسیدگی کند - خصوصاً که در دعوی دستور موقت، خواهان موظف است ظرف مهلت معینی دعوی ماهوی (ابطال ضمانت‌نامه) را نیز در همان دادگاه مطرح کند، در حالی که در فرض ما، طبق مفاد قرارداد اصلی، برای دعاوی ماهوی قراردادی مانند بی‌حقی ذی‌نفع به ضمانت‌نامه، محاکم ایران صلاحیت دارند.

در پاسخ می‌توان گفت، چون دعوی ابطال ضمانت‌نامه یک دعوی ماهوی ناشی از قرارداد اصلی است، محکمه آلمانی صلاحیت رسیدگی نخواهد داشت و خواهان باید به محکمه ایرانی مراجعه کند. زیرا چنان که گفتیم طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی طرح دعوا در محکمه اجنبی، رافع صلاحیت محکمه ایرانی نیست و در نتیجه دستور یا حکمی که از دادگاه آلمانی صادر شود به علت مغایرت با توافق و شرط قراردادی و نیز مغایرت با قواعد ایران درباره صلاحیت، در ایران قابل اجرا نیست و قاضی ایرانی که از او تقاضا شده تصمیم محکمه آلمانی را اجرا نماید، می‌تواند آن را شناسایی و اجرا نکند.

ملاحظات پایانی

۶۲. از مجموع مباحثی که گفتیم پیداست مسائل حقوقی مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی را جز در پرتو عرف و رویه بین‌المللی که به صورت مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی بین‌المللی تدوین شده، نمی‌توان حل و فصل کرد. شایع‌ترین دعاوی ضمانت‌نامه‌ها، دعوی منع پرداخت موقت ضمانت‌نامه است که از جانب ضمانت‌خواه مطرح می‌شود و چون ادله خواهان در توجیه دعوی خود، مأخوذ و مبتنی بر قرارداد

است، ممکن است دادگاه را به اشتباه اندازد که رسیدگی به چنین دعوایی تابع شرط صلاحیت در قرارداد اصلی است، زیرا قانون حاکم و مرجع صالح در ضمانت‌نامه‌های بانکی تابع احکام خاص خود است. چنانکه دیدیم، ضمانت‌نامه قراردادی است که بین بانک و ذی‌نفع منعقد می‌شود و یکسره از قرارداد اصلی جدا و مستقل است. به علاوه، قاعده استقلال ضمانت‌نامه، ضامن اصلی کارایی این ابزار مهم بین‌المللی است و دادگاه داخلی نباید جز در مواردی که ادله قطعی بر وقوع تقلب وجود دارد، به آسانی و با اخذ چند درصد خسارت احتمالی دستور موقت بر منع پرداخت ضمانت‌نامه صادر نمایند. بحث درباره علل و اسباب دعاوی ضمانت‌نامه‌ها را به فرصت دیگری واگذار می‌کنیم.

JOURNAL OF

LEGAL RESEARCH

VOL. IV, NO. 1

2005-1

Articles

- European Arrest Warrant and its Impact on Extradition Law in the European Union
- Protective Victimology in Light of “The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”
- The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions
- Concept, Kinds and Rules Governing Public Contracts
- An outline to Iranian Legal System on the Foreign Investment
- The Constitutionality and Role of Judges in Iranian Law

Special Issue: Different Aspects of Banking Law

- Legal Aspects of Internet Banking
- Discussion of Principles Agent Theory in Banks on behalf of Depositors in Banking Deposits
- Binding Character of Contracts on Credits Granted by Banks and it's Ambiguities
- Settlement of Disputes in International Bank Guarantees
- Hire-Purchase Contract and Barriers to it's Development in the Iranian Banking System

Critique and Presentation

- UN International Law Commission and Iranian Lawyers

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study