

Defects in demand guarantees with an emphasis on American Law

Mousa Talebi Galin Qeshlaghi¹, Heidar Hassanzadeh^{2*}, Sattar Zarkalam³, Jalil Maleki⁴

1. PhD student in private law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran: (corresponding author).

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Shahid University, Tehran, Iran.

4. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 479-495

Article history:

Received: 4 Nov 2022

Edition: 29 Dec 2022

Accepted: 11 Mar 2023

Published online: 18 Mar 2023

Keywords:

Guarantee on demand, guaranteed letter of credit, principle of independence, exceptions to the principle of independence and secondary guarantee

Corresponding Author:

Heidar Hassanzadeh

Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad University, Central Tehran Branch, Department of Private Law.

Orchid Code:

0009-0005-0883-1778

Tel:

02173681405

Email:

Heidarhasanzadeh@gmail.com

ABSTRACT

Background and Aim: The principle of independence with the special advantage that it has granted to commercial documents; He has provided the means for immediate payment regardless of the flaws in the basic contract in order to achieve some kind of certainty in business transactions. The purpose of the present research is to examine the defects of the warranty on demand in the American legal system.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Findings: In American law, banks are prohibited from issuing guarantees according to the instructions of the Federal Reserve, and issuing guarantees is left to financial and credit institutions and insurance companies.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: American banks have started creating a new institution called guaranteed letters of credit. In this method, the principle of independence of the guaranteed letter of credit from the basic contract is specified.

Keywords: Guarantee on demand, guaranteed letter of credit, principle of independence, exceptions to the principle of independence and secondary guarantee.

Cite this article as:

Talebi Galin Hassanzadeh H, Zarkalam S, Maleki J. Defects in demand guarantees with an emphasis on American Law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2022.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۱

ایرادات در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه با تأکید بر حقوق آمریکا

موسی طالبی گلین قشلاقی^۱، حیدر حسن‌زاده^۲، ستار زرکلام^۳، جلیل مالکی^۴

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

۴. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: اصل استقلال با مزیت خاصی که به اسناد تجاری به‌ویژه ضمانت‌نامه عندالمطالبه اعطا کرده است، موجبات پرداخت فوری آن را فراهم کرده است تا بدین ترتیب نوعی اطمینان را در معاملات تجاری حاصل کند. هدف از پژوهش حاضر بررسی ایرادات ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه در نظام حقوقی آمریکا است.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری است و روش تحقیق توصیفی-تحلیلی است. روش گردآوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به اسناد، کتاب‌ها و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها: در حقوق آمریکا بانک‌ها از صدور ضمانت‌نامه به‌موجب دستورالعمل فدرال رزرو منع شده‌اند و صدور ضمانت‌نامه به مؤسسات مالی و اعتباری و شرکت‌های بیمه واگذار شده است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: بانک‌های آمریکایی به ایجاد نهاد جدیدی با عنوان اعتبارات اسنادی تضمینی اقدام کرده‌اند. در این روش اصل استقلال اعتبار اسنادی تضمینی از قرارداد پایه تصریح شده است و ایرادات قرارداد پایه مانعی برای عدم پرداخت نخواهد بود.

واژگان کلیدی: ضمانت‌نامه عندالمطالبه، اعتبار اسنادی تضمینی، اصل استقلال، استثنائات اصل استقلال و ضمانت تبعی.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۴۷۹-۴۹۵

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۳

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۰/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۲۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۱۲/۲۷

واژگان کلیدی:

ضمانت‌نامه عندالمطالبه، اعتبار اسنادی تضمینی، اصل استقلال، استثنائات اصل استقلال و ضمانت تبعی.

نویسنده مسئول:

حیدر حسن‌زاده

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، گروه حقوق خصوصی.

کد ارکید:

0009-0005-0883-1778

تلفن:

۰۲۱۷۳۶۸۱۴۰۵

پست الکترونیک:

Heidarhasanzadeh@gmail.com.

۱. مقدمه

در قراردادهای بین‌المللی به‌دلیل کثرت کارایی اهمیت زیادی دارد.

درباره ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه به‌طور خاص‌تر باید گفت که این نوع ضمانت‌نامه‌ها از قراردادهای تجاری پایه و اصلی جدا و مستقل هستند و هیچ نیازی نیست که توسط بانک به اشخاص ثالث یا به صادرکننده یا به قرارداد تجاری مربوطه و یا هر سند دیگری جهت اثبات قصور و تخلف قراردادی رجوع شود و علی‌الاصول باید به‌محض ارائه پرداخت شوند. پرسشی که در پژوهش حاضر به‌دنبال پاسخ به آن هستیم این است که ایرادات در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه در نظام حقوقی ایالات متحده چگونه است؟ فرضیه‌ای که در پاسخ به پرسش فوق مورد ارزیابی قرار می‌گیرد این است که در حقوق آمریکا بانک‌ها از صدور ضمانت‌نامه به‌موجب دستورالعمل فدرال رزرو منع شده‌اند و صدور ضمانت‌نامه به مؤسسات مالی و اعتباری و شرکت‌های بیمه واگذار شده است. در این نوع از ضمانت‌نامه‌ها اصل تفکیک قرارداد پایه از ضمانت‌نامه مورد پذیرش واقع نشده است و ذی‌نفع در موارد مطالبه ناگزیر از اثبات قصور مضمون‌عنه خود است؛ فلذا تعبیر تبعی بودن ضمانت‌نامه در حقوق آمریکا از فرایند مذکور متبادر شده است.

در زمینه پیشنهاد پیشینه پژوهش حاضر می‌توان به مقاله تفرشی و شهبازی‌نیا با عنوان «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی» اشاره کرد. از نظر این نویسندگان، ضمانت‌نامه مستقل بانکی و اعتبارنامه انتظاری (در قالب معادل ضمانت-نامه در حقوق آمریکا)، پدیده‌های حقوقی نسبتاً جدیدی هستند که اغلب به‌منظور تضمین تعهدات

وصف تجریدی اسناد تجاری که این وصف در ضمانت‌نامه‌ها به‌ویژه ضمانت‌نامه عندالمطالبه و اعتبارات اسنادی نیز به‌عقیده برخی از دکترین که قائل به تجاری بودن اسناد مزبور هستند، فی‌نفسه دو اصل را در بطن خود دارد که اصول استقلال و مطابقت کامل هستند. اصل استقلال به‌طور خاص در رابطه با استقلال ضمانت‌نامه عندالمطالبه بدین معناست که اصولاً این ضمانت‌نامه‌ها از جهت پرداخت مستقل از قرارداد پایه آن‌ها باید مورد توجه قرار گیرند که اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات قرارداد پایه مؤید این مطلب است. البته همان‌گونه که هر اصلی ممکن است استثنائاتی داشته باشد در این رابطه هم صادق است و ایراداتی به ضمانت‌نامه عندالمطالبه در خصوص قرارداد پایه که مانع از پرداخت ضمانت‌نامه توسط بانک می‌شود مطرح هستند.

در معرفی اجمالی ضمانت‌نامه‌ها می‌توان گفت سندی است که توسط بانک صادر می‌شود و به‌موجب آن بانک متعهد می‌شود تا در صورتی که ضمانت-خواه (مضمون‌عنه) از ایفای تعهدات قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه و اصلی) در مقابل ذی-نفع (مضمون‌له) قصور و تخلف کند با اعلام مراتب توسط ذی‌نفع و مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط مشارالیه، مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد. ضمانت‌نامه به‌نوعی تضمین اجرای قرارداد محسوب می‌شود و در بیشتر معاملات مانند قراردادهای ساختمانی، قراردادهای نصب و راه‌اندازی ماشین‌آلات و تجهیزات و سایر قراردادهای مالی به-ویژه قراردادهای فروش کالا و خدمات کاربرد دارد و

UCC، یک طرح یک‌نواخت قانونی است که حاکم بر اسناد تجاری است و ماده ۵ آن نخستین بار در دهه ۱۹۵۰ تدوین و در سال ۱۹۹۵ اصلاح شد که ماده ۵ اصلاحی قانون مزبور از سوی برخی از ایالات پذیرفته شد. در واقع رویکرد قانون مزبور به دو دوره قبل و بعد از اصلاح آن در موضوع اصل استقلال اعتبارات اسنادی تضمینی قابل تقسیم است که با توجه به بیانات فوق، پژوهش حاضر با روش تحلیلی و اسنادی قصد دارد تا اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه از قرارداد پایه در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه اتاق بازرگانی و مقررات UCC ایالات متحده آمریکا در رابطه با اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه را با امعان نظر به اینکه در کشور ایالات متحده آمریکا اعتبارات اسنادی تضمینی به جای ضمانت‌نامه بانکی مورد پذیرش قرار می‌گیرد و وارد قوانین ملی برخی از ایالت‌های آن شده است، این نظام‌های حقوقی را بررسی می‌کند تا از این رهگذر بتواند وجوه اختلاف و اشتراک این نظام‌های حقوقی و ابعاد مختلف حقوقی و پرداختی و سازوکار حل‌وفصل اختلاف در آن‌ها در رابطه با ایرادات قابل استناد و غیر قابل استناد و مفهوم و سازوکار هر یک از ایرادات مطروحه را به‌طور خاص برای علاقه‌مندان به حوزه ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه با آشکار کردن نقاط ضعف و قوت هر یک از نظام‌های حقوقی مزبور شفاف‌سازی کند و در پی دلایل عدم شفافیت ایرادات قابل استناد برای مثال در مقررات URDG758 اتاق بازرگانی بین‌المللی برخلاف ISP98 که در این رابطه به تقلب و سایر موارد مربوط به قانون حاکم بر ضمانت‌نامه بانکی تصریح شده است، موضوع را تبیین کند.

قراردادی به‌کار می‌روند. خصیصه اصلی این قبیل ضمانت‌نامه‌ها استقلال آن‌ها از قرارداد پایه است. یعنی: نخست، تعهد بانک ضامن به پرداخت وجه ضمانت‌نامه و حق ذی‌نفع برای وصول آن صرفاً باید با مراجعه به مفاد و شروط مقرر در خود ضمانت‌نامه معین شود نه با مراجعه قرارداد پایه. دوم، رابطه بین بانک و ذی‌نفع از رابطه بین بانک و ضمانت‌خواه تأثیر نمی‌پذیرد. تنها استثنای وارد بر اصل استقلال ضمانت‌نامه، تقلب یا سوءاستفاده آشکار ذی‌نفع در مقام مطالبه وجه ضمانت‌نامه است. در قالب یکی از آثار اصل استقلال، بانک ضامن نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند و باید بدون بررسی درباره نقض یا عدم نقض قرارداد پایه توسط ضمانت‌خواه و صرفاً در صورت تحقق شروط مقرر در خود ضمانت‌نامه وجه آن را پرداخت کند. یکی دیگر از آثار اصل استقلال این است که شروط پرداخت مقرر در ضمانت‌نامه نباید ماهیت غیر اسنادی داشته باشند. بدین معنا که شروط پرداخت وجه ضمانت‌نامه باید صرفاً ارائه اسناد معین باشد و بانک را نمی‌توان مکلف کرد که برای پرداخت وجه سند استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع را بررسی کند. ذی‌نفع نیز برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه صرفاً باید اسناد مقرر در ضمانت‌نامه را به بانک ارائه کند و ملزم به اثبات تخلف بدهکار اصلی از قرارداد پایه به طریق دیگری نیست. با توجه به اصل استقلال و لزوم اسنادی بودن شروط پرداخت، وظیفه بانک در مقام رسیدگی به درخواست ذی‌نفع فقط احراز مطابقت ظاهری اسناد ارائه‌شده از طرف ذی‌نفع با مفاد ضمانت‌نامه است.

نوآوری پژوهش حاضر در تمرکز بر حقوق ایالات متحده آمریکا و رویه بانک‌های آن است. مقررات

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری و روش آن توصیفی-تحلیلی است. روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای و با مراجعه به اسناد، کتاب‌ها و مقالات صورت گرفته است.

۴. یافته‌های تحقیق

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد، در حقوق آمریکا بانک‌ها از صدور ضمانت‌نامه به موجب دستورالعمل فدرال رزرو منع شده‌اند و صدور ضمانت‌نامه به مؤسسات مالی و اعتباری و شرکت‌های بیمه واگذار شده است. در این نوع از ضمانت‌نامه‌ها اصل تفکیک قرارداد پایه از ضمانت‌نامه مورد پذیرش واقع نشده است و ذی‌نفع در موارد مطالبه، ناگزیر از اثبات قصور مضمون‌عنه خود است. فلذا تعبیر تبعی بودن ضمانت‌نامه در حقوق آمریکا از فرایند مذکور متبادر شده است.

۵. بحث

۵-۱. قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی

ضمانت‌نامه در حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا، مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مصوب ۱۹۷۱، متضمن قواعد کلی حقوق آمریکا درباره صلاحیت قضایی و قانون حاکم است که توسط اکثر ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است. بر اساس بخش ۱۸۶ مجموعه اصول و قواعد

حقوقی دوم تعارض قوانین (قانون قابل اعمال بر موضوعات قراردادی) به موجب قانون منتخب طرفین بر طبق قاعده بخش ۱۸۷ تعیین می‌شود. در غیر این صورت قانون حاکم بر اساس قانون منتخب به موجب قاعده بخش ۱۸۸ (قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب اثرگذار طرفین) تعیین خواهد شد (جونز، ۲۰۱۸، ۴۷-۴۶). این در حالی است که مجموعه اصول و قواعد حقوقی اول تعارض قوانین مصوب ۱۹۳۴ راجع به اصل حاکمیت اراده ساکت بود و به طور ضمنی هر گونه آزادی برای انتخاب قانون قابل اعمال را انکار می‌کرد (لهمان، ۲۰۰۸، ۱۴۸). اما مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم، تعارض قوانین در همان فصل با تغییر رویکرد آزادی طرفین در تعیین قانون حاکم را در قالب قاعده عمومی پذیرفت. اینک ماده ۱۸۷ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم اصل حاکمیت اراده را صراحتاً به رسمیت شناخته است. حتی ایالت‌هایی که به طور رسمی هنوز مجموعه اصول و قواعد حقوقی اول را مورد متابعت قرار می‌دهند، ماده ۱۸۷ مجموعه دوم و اصل آزادی انتخاب قانون را در قالب یک اصل اساسی و پایه تعارض قوانین پذیرفته‌اند. البته اصل حاکمیت اراده در مجموعه دوم حقوق آمریکا با محدودیت‌هایی پذیرفته شد و نیز استقبال زیادی از آن در رویه‌های قضایی ایالات متحده شد. در قانون تجارت متحده‌الشکل آمریکا مصوب سال ۲۰۰۱ میلادی نیز اصل حاکمیت اراده به رسمیت شناخته شده است (چو و اسکونام، ۲۰۲۲، ۳۰۱). بخش ۳۰۱-۱ در پاراگراف b از قانون یادشده که مقرر می‌دارد: «انتخاب قانون یک کشور توسط طرفین در یک معامله بین‌المللی برای حکومت بر حقوق و تعهدات

آن‌ها، خواه معامله متضمن ارتباط با کشور منتخب طرفین باشد یا خیر، اثرگذار خواهد بود».

۵-۲. استقلال ضمانت‌نامه عندالمطالبه از قرارداد اصلی در حقوق آمریکا

هرچند ضمانت‌نامه بانکی به درخواست مضمون‌عنه و در چارچوب روابط قراردادی طرفین صادر می‌شود، اما ویژگی بدون قید و شرط بودن ضمانت‌نامه، از نظر حقوقی آن را یک‌سره از قرارداد اصلی مستقل و منفک می‌سازد (نیانگون و دیگران، ۲۰۲۱، ۳-۴). ضمانت‌نامه غیر مشروط در واقع برای معکوس کردن این معادله صادر می‌شود و برای تأمین و تضمین همین مخاطره است و به همین دلیل تعهدات بانک ضامن مشروط به اثبات و احراز ادعا یا خسارت ذی-نفع به او حق می‌دهد برخلاف اختلاف با مضمون‌عنه و حتی انکار ادعاها توسط او، ابتدا وجه ضمانت‌نامه را وصول کند و هرگاه مضمون‌عنه مدعی باشد که وی استحقاق دریافت نداشته است، باید ادعای خود را اثبات کند که اگر اثبات کند، می‌تواند وجه ضمانت-نامه‌ای که ذی‌نفع پیش‌تر وصول کرده است، از او مسترد کند (شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۱۵، ۱۳۸۲). بنابراین، ضمانت‌نامه بدون قید و شرط از نظر اقتصادی به معنای تأمین ریسک ذی‌نفع در ادعای خسارت و اجرای آن است و از نظر حقوقی به معنای انتقال بار دلیل از عهده ذی‌نفع (مدعی خسارت) به مضمون‌عنه است. استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی و سهل‌الوصول بودن آن با اولین مطالبه محور اصلی و هدف غایی از به‌کارگیری این ابزار بانکی در قراردادهای بین‌المللی است. به طوری که سلب این ویژگی، موضوعیت و کارکرد آن را منتفی و ساقط می‌کند (بانک گائو و دیگران، ۱۳۸۶، ۹۹).

این بحث، ذیل ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی به‌ویژه تحلیل «علت تعهد» ضامن مطرح می‌شود. هرگاه علت تعهد بانک را که مستقل از قرارداد اصلی لازم‌الاجرا باشد وثیقه‌ای بدانیم که ضمانت-خواه (مضمون‌عنه) در اختیار او قرارداده و آن را «عوض» تعهد بانک بدانیم، مادام که این عوض مستمر و جاری است تعهد بانک هم لازم-الاجراست (پیرس، ۲۰۱۶، ۹۳).

در جست‌وجوی دلیل تعهد مستقل بانک به نفع مضمون‌له، لازم نیست خود را محدود به رابطه بانک ضامن با مضمون‌له سازیم؛ بلکه می‌توان آن را در روابط قراردادی طرفین اصلی هم جست‌وجو کرد. در واقع، طی قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، طرف متعهد (مثل پیمان‌کار یا فروشنده) موافقت می‌کند برای حسن انجام تعهدات خود مطابق او صاف و شرایطی که در قرارداد آمده است یا برای مصرف کردن پیش‌پرداختی که دریافت کرده است در موضوع قرارداد، ضمانت‌نامه‌ای به صورت بدون قید و شرط تهیه و تسلیم کند که در ازای اولین مطالبه متعهدله (کارفرما یا خریدار) و بدون نیاز به هیچ‌گونه اقدام یا پیش‌شرط قابل استفاده و وصول باشد. بانک ضامن هم با قبول درخواست ضمانت-خواه (مضمون‌عنه) می‌پذیرد چنین تعهدی را در برابر ذی‌نفع بکند، با این شرط که بدون هیچ‌گونه ارتباط یا پیوندی با قرارداد اصلی در قبال اولین مطالبه آن را بپردازد (ادانوان، ۲۰۱۸، ۸۷). به نظر می‌رسد، ضمانت‌نامه‌ای که بدین‌گونه صادر می‌شود ریشه در ترتیبات قراردادی اولیه بین طرفین دارد، منتها به-موجب توافقی که بین ایشان صورت گرفته است و شخص ثالث (بانک ضامن) هم آن را پذیرفته است به‌موجب توافق سه طرفه مستقل، اجرای آن را از

گویند که برحسب تعریف، صادرکننده هنگامی ملزم به پرداخت آن است که وقوع تخلف و قصور را از جانب متعهد (مضمون‌عنه) احراز کند. یعنی تعهد صادرکننده جنبهٔ ثانوی دارد. برای حل مشکل، بانک‌های آمریکایی اجازه دارند از مکانیسم اعتبار اسنادی استفاده کنند و به‌جای صدور ضمانت‌نامه، اعتبار اسنادی تضمینی یا اتکایی صادر کنند (مافی و دیگران، ۲۳، ۱۳۹۲).

استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد، اصل بنیادی ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی است و همان‌گونه که بیان شد، از نظر حقوقی نیز توجیه‌پذیر است و لازم‌الاداء است. اما مانند همه اصول و قواعد حقوقی، استثنائاتی هم دارد. منتها با توجه به اهمیت این اصل و نقش مهمی که در حفظ اعتبار و کارایی ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی دارد، استثنائات آن بسیار محدود و حتی انحصاری است. اثر واقعی اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی آن است که ذی‌نفع را از اثبات ادعا معاف می‌کند و به او حق می‌دهد به تشخیص خود و در چارچوب ضمانت‌نامه ادعایی را مطرح و وصول کند (بند ۹). بنابراین اطلاق حق ذی‌نفع مانع از امکان اثبات خلاف آن نیست.

زیرا اثر اصل استقلال ضمانت‌نامه، معافیت ذی‌نفع از استحقاق واقعی در آنچه مطالبه می‌کند نیست؛ چه در این صورت لازم می‌آید که گاه ضمانت‌نامه بدون علت و جهت یعنی تبرعی و مجانی باشد؛ درحالی‌که حتی در اسناد تجاری که بابت و ما به‌ازایی ندارد (مانند چک) به‌رحال علت و جهتی برای دین موضوع آن وجود دارد؛ هرچند در متن سند قید نمی‌شود. بخش عمده‌ای از مباحث حقوقی و سوءبرداشت‌هایی که پیرامون اصل استقلال ضمانت‌نامه به‌وجود آمده است ناشی از همین نکتهٔ ظریف

قرارداد اصلی جدا و منقطع می‌کنند (شرط بلاشرط بودن مطالبه و ادای ضمانت). با وجود این، مضمون‌عنه می‌تواند با به‌عهده گرفتن بار اثبات، عدم استحقاق ذی‌نفع را ثابت کند. به‌عبارت دیگر انعقاد ضمانت‌نامه و تعهد بانک «بلاشرط» نیست؛ بلکه مطالبه و ادای آن است که به‌موجب توافق به شرط نتیجهٔ «بلاشرط» مستقل از قرارداد اصلی است.

اصل بنیادی استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی از چنان اهمیت و اعتباری برخوردار است که در مقررات و رویه‌های عرفی که در تجارت بین‌الملل مورد عمل است، به‌صراحت مورد تأیید و شناسایی قرار گرفته است و افزون بر این در اغلب کشورها نیز مورد حمایت قانونی و قضایی است و استثنائات محدود و مختصری برای آن قائل شده‌اند. مسئلهٔ استقلال ضمانت‌نامه در تازه‌ترین سند بین‌المللی و مهمی که دربارهٔ ضمانت‌نامه‌ها در دست تدوین است، نیز پیش‌بینی و تأیید شده است. و گروه کاری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) که عهده‌دار تهیه و تدوین متن «کنوانسیون ضمانت‌نامه‌ها» است، با اقتباس و تأیید آنچه در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌ها (اتاق بازرگانی بین‌المللی) آمده است، اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی را پذیرفته است و مواد کنوانسیون را قید کرده است و ضمانت‌نامه‌هایی را که مطالبهٔ آن‌ها موقوف به هیچ سند و مدرکی نباشد، «مستقل» محسوب کرده است (ام-دابیسون، ۲۰۱۷، ۲۳).

در آمریکا، بانک‌های آمریکایی مطابق مقررات فدرال رزرو اصولاً از صدور ضمانت‌نامه ممنوع هستند و این کار را اغلب، مؤسسات خاصی که حرفهٔ آن‌ها قبول ریسک است، انجام می‌دهند. از نظر مقررات بانکی آمریکا، ضمانت‌نامهٔ سنتی را در اصطلاح وثیقه می‌-

دارد به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب کنند، مثل قانون متبوع یکی از طرفین، قانون محل انعقاد قرارداد یا قانون محل اجرای قرارداد». ماده ۱۰۵-۱ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا در تمامی ایالت‌های آمریکا پذیرفته شده است (روحل، ۲۰۰۷، ۳۸).

مهم‌ترین شباهت و تفاوت‌های قانون تجارت متحدالشکل و مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین در انتخاب قانون حاکم توسط طرفین چیست؟ بخش ۱۰۵-۱ به طرفین اجازه می‌دهد تا قانون مورد نظرشان را برگزینند. مشروط بر اینکه معامله متضمن یک ارتباط معقول با آن ایالت یا کشور منتخب باشد. محدودیت یادشده در قانون تجارت متحدالشکل مشابه محدودیت مندرج در بخش ۱۸۷(۲) مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین است. با وجود این، یک تفاوت بین این محدودیت و محدودیت مجموعه دوم وجود دارد. این محدودیت مقرر می‌کند که معامله باید متضمن یک ارتباط معقول با ایالت یا کشور خارجی باشد. برعکس، مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین مقرر می‌کند که ارتباط باید با طرفین یا معامله باشد (بیکر، ۲۰۰۸، ۴۴۵). بخش ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحدالشکل در سال ۲۰۰۱ میلادی مورد تجدید نظر قرار گرفت و بخش ۳۰۱-۱ جایگزین آن شد که آزادی کامل در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را به رسمیت شناخت. این قانون بر انتخاب قانون در قراردادهای مصرف محدودیت‌های وسیع و ویژه‌ای را وضع کرده است (برند، ۲۰۱۱، ۴۵).

در آمریکا قاعده قدیمی (بخش ۱۰۵-۱) این بود که قانون منتخب به‌وسیله طرفین باید با طرفین یا موضوع ارتباط داشته باشد این قاعده به‌وسیله این

است. درست است که ضمانت‌نامه بدون قید و شرط، به‌محض مطالبه ذی‌نفع قابل اجرا و اصول است، هدف چنین ضمانت‌نامه‌ای تأمین ریسک‌ها، ادعاها و خساراتی است که ریشه در قرارداد اصلی دارد و بنابراین، همین که معلوم شد ریسک موضوع ضمانت‌نامه منتفی شده است، دیگر قابل وصول نیست چنان‌که اگر وصول شده باشد، قابل استرداد است. زیرا وصول ضمانت‌نامه من غیر استحقاق به-معنای سوءاستفاده از حق یا دارا شدن غیر عادلانه ذی‌نفع است که هر دو ممنوع است (یونک، ۲۰۲۱، ۵۷-۵۹). چون اثبات عدم استحقاق ذی‌نفع فقط در پرتو روابط و مناسبات قراردادی است که امکان‌پذیر می‌شود، در نگاه اول به‌نظر می‌رسد، با اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی برخورد پیدا می‌کند و نقض غرض خواهد بود. اما به این طور نیست. باید دید چگونه می‌توان این دو مطلب اصل استقلال ضمانت‌نامه و شرط استحقاق در وصول را باهم جمع کرد. چنان‌که اصل مذکور از تمامیت و اعتبار خود ساقط نشود و شرط استحقاق هم مانع از مستقل بودن ضمانت‌نامه نشود.

۳-۵. معیار ارتباط معقول قانون تجارت متحدالشکل آمریکا

در آمریکا بر اساس بند ۱ ماده ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحدالشکل، قانون انتخابی طرفین باید با قرارداد ارتباط معقول داشته باشد. بنابراین چنانچه طرفین قرارداد، قانونی را که با قرارداد ارتباط معقول نداشته باشد برگزینند، دادگاه به این انتخاب ترتیب اثر نخواهد داد. بند ۱ ماده ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحدالشکل مقرر می‌دارد: «طرفین آزاد هستند هر قانون کشور خارجی را که با قرارداد رابطه معقولی

گرفت. متن فعلی بخش ۳۰۱-۱ از قانون تجارت متحده‌الشکل در متن ۲۰۰۸ نیز پذیرفته شده است. مطابق بخش ۳۰۱-۱ (تجدیدنظر شده در ۸ مارس ۲۰۰۸)، طرفین در صورتی حق انتخاب قانون ایالت یا کشور خاص برای حکومت بر حقوق و تعهداتشان را دارند که معامله متضمن ارتباط معقول با آن ایالت یا کشور باشد (وولر، ۲۰۱۸، ۳۷-۳۵). باید توجه داشت که در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشوری که معامله، متضمن یک ارتباط مناسب با آن ایالت است، اعمال خواهد شد. بخش ۳۰۱-۱ فعلی فقط دربارهٔ قراردادهای داخلی معتبر است. یعنی تنها در قراردادهای داخلی، چنانچه طرفین قانون خارجی بر قرارداد تعیین کنند قانون منتخب باید با قرارداد ارتباط معقول داشته باشد. قراردادهای بین‌المللی از این شرط پیروی نمی‌کنند و اصل حاکمیت اراده، مطلق و بی‌قید و شرط پذیرفته شده است.

۵-۴. قانون قابل اعمال در فقدان انتخاب(قانون

مهم‌ترین یا واقعی‌ترین ارتباط)

سؤال این است که در فقدان انتخاب قانون قابل اعمال توسط طرفین در حقوق آمریکا کدام قانون حاکم بر قرارداد خواهد بود؟ اصولاً قاعدهٔ کلی در کامن‌لا این است که در صورت فقدان انتخاب صریح یا ضمنی، مقرر می‌دارد که قانون مناسب قرارداد، نظام حقوقی است که قرارداد با آن نزدیک‌ترین یا واقعی‌ترین ارتباط را دارد (مارشال، ۲۰۲۱، ۲۷). بخش ۱۸۸ مجموعهٔ اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین، در این باره مقرر می‌دارد: «در نبود انتخاب قانون به‌وسیلهٔ طرفین، قانون حاکم بر ۱. حقوق و تکالیف طرفین در موضوع‌های قراردادی،

اصل که طرفین اجازه دارند به انتخاب قانون یک دولتی که مطلق هیچ ارتباطی خواه با آن‌ها (طرفین) یا با مورد ندارد جایگزین شده است (لهمان، ۲۰۰۸، ۱۵۴).

بر اساس پاراگراف b بخش ۳۰۱-۱ قانون تجارت متحده‌الشکل مصوب ۲۰۰۱ میلادی: ۱. انتخاب قانون یک کشور توسط طرفین در یک معاملهٔ داخلی برای حکومت بر حقوق و تعهدات آن‌ها، خواه معامله متضمن ارتباط با کشور منتخب طرفین باشد یا خیر، اثرگذار خواهد بود. ۲. انتخاب قانون یک کشور توسط طرفین در یک معاملهٔ بین‌المللی برای حکومت بر حقوق و تعهدات آن‌ها، خواه معامله متضمن ارتباط با کشور منتخب طرفین باشد یا خیر، اثرگذار خواهد بود.

مهم‌ترین تغییر بخش ۳۰۱-۱ مصوب ۲۰۰۱ میلادی در بخش ۱۰۵-۱ قانون تجارت متحده‌الشکل این است که در بخش ۳۰۱-۱، در انتخاب قانون ضرورت ارتباط معقول منتفی شده است. هدف از حذف ضرورت ارتباط معقول این است که بر دامنه و وسعت اصل حاکمیت اراده در انتخاب قانون، به بخش ۱۰۵-۱ افزوده شود. با وجود این، بخش ۳۰۱-۱ (E) یک محدودیت جدید را اضافه کرد که در بخش ۱۰۵-۱ وجود نداشت و آن محدودیت نظم اساسی است. به علاوه بخش ۳۰۱-۱ محدودیت دیگری را مقرر کرده است که در بخش ۱۰۵-۱ پیش‌بینی نشده بود و آن محدودیت معاملهٔ کاملاً داخلی است. منظور از یک معاملهٔ بین‌المللی، معامله‌ای است که متضمن یک ارتباط معقول با یک کشور به غیر از ایالات متحده باشد (بیکر، ۲۰۰۸، ۴۴۵).

بخش ۳۰۱-۱ قانون تجارت متحده‌الشکل مصوب ۲۰۰۱ مجدد در سال ۲۰۰۸ مورد تجدید نظر قرار

در تشخیص موضوع خاص؛ د) حمایت از انتظارات معقول؛ ه) سیاست‌های ویژه مرتبط با مورد خاصی از قانون؛ و) اطمینان، قابلیت پیش‌بینی و یک‌نواختی نتایج؛ ز) سهولت در تشخیص و اجرای قانون قابل اعمال. معیارهای «د» و «و» ماده ۶ نسبت به سایر معیارهای یادشده در مجموعه دوم در موارد قراردادی بیشتر مورد استفاده و مد نظر قرار داده می‌شوند (وینبرگ، ۱۹۷۶، ۶۳۸). بر اساس بخش ۱-۳۰۱ قسمت b قانون تجارت متحدالشکل آمریکا مصوب سال ۲۰۰۸ میلادی نیز «در فقدان انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، قانون کشوری که معامله متضمن یک ارتباط مناسب با آن ایالت است، اعمال خواهد شد». به همین دلیل، به نظر ما، در حقوق بین‌الملل خصوصی منظور از ارتباط مناسب، همان نزدیک‌ترین یا واقعی‌ترین ارتباط است.

۵-۵. دعاوی قراردادی ضمانت‌نامه‌های بانکی

مقصود از دعاوی قراردادی ضمانت‌نامه‌های بانکی در دیوان، دعاوی است که دلیل و منشأ آن قرارداد اصلی بین طرفین است و خواسته آن ابطال ضمانت‌نامه یا اگر پیش‌تر وصول شده است، استرداد وجه آن و یا تهاجر با سایر مطالبات احتمالی ذی‌نفع است. متداول‌ترین نوع این دعاوی آن است که خواهان‌های آمریکایی (مضمون‌عنه) مدعی شدند تعهدات قراردادی خود را به‌درستی انجام دهند یا اگر نتوانسته‌اند انجام دهند به دلیل وضع انقلابی در ایران و فورس ماژور یا فسخ قرارداد از جانب ایران (مضمون‌له) بوده است و بنابراین ذی‌نفع ایرانی حق مطالبه و دریافت آن را ندارد و ضمانت‌نامه باید ممنوع‌الادا و ابطال شود. خواهان‌ها در اثبات ادعای خود اغلب مباحثی از تقلب در مطالبه را مطرح و

تابع قانون کشوری است که آن موضوع مهم‌ترین ارتباط را با آن معامله و طرفین آن بر طبق اصول مندرج در ماده ۶ مجموعه دوم دارد. ۲. در نبود انتخاب قانون به‌وسیله طرفین طبق ماده ۱۸۷، عامل‌های ارتباطی که در اعمال اصول مندرج در ماده ۶ یادشده برای تعیین قانون حاکم بر موضوعی در نظر گرفته می‌شوند باید شامل: الف) محل انعقاد عقد؛ ب) محل برگزاری مذاکره‌های قرارداد؛ ج) محل اجرای قرارداد؛ د) مکان استقرار موضوع قرارداد؛ ه) اقامتگاه، سکونت، تابعیت، محل تشکیل شرکت و محل فعالیت تجاری طرفین باشد. ۳. اگر مکان مذاکره قرارداد و مکان اجرا در یک کشور باشد، قانون داخلی این دولت به‌طور معمول اعمال خواهد شد.

در بخش ۱۸۸ (۲) و بخش ۶ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین به‌جای آوردن قواعد تعارض قوانین سنتی، شرایطی مطرح شده است که با در نظر گرفتن آن‌ها می‌توان قانون دولتی را که قضیه با آن ارتباط اثرگذار دارد در قالب قانون قابل اجرا انتخاب کرد. این شرایط (بخش ۱۸۸ (۲) و بخش ۶)، به‌تنهایی نمی‌توانند منتهی به تعیین قانون شوند؛ بلکه در کنار مراعات سیاست منعکس در آن‌ها، دادگاه، در این نظام حقوقی، به‌ناچار باید یکی از عوامل ارتباط احتمالی قضیه را که مناسب‌تر است و اولویت دارد نسبت به قانون در نظر بگیرد تا قانونی را که بیشترین پیوند را با آن دارد انتخاب کند (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۶۹). مطابق ماده ۶ مجموعه اصول و قواعد حقوقی دوم تعارض قوانین، معیارهای زیر می‌تواند در ارتباط عمده مورد توجه قرار گیرد: «الف) ضرورت‌های نظام‌های بین‌ایالتی و بین‌المللی؛ ب) خط مشی مرتبط با مقر دادگاه؛ ج) سیاست‌های ایالت‌های ذی‌نفع دیگر و منافع مرتبط با آن ایالت‌ها

اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی، به معنای رواداشتن سوءاستفاده ذی‌نفع از آن یا به معنای اجازه‌دار شدن غیر عادلانه او به ضرر مضمون‌عنه خواهد بود. با این همه نمی‌توان در جواز دعوای عدم پرداخت قبل از مطالبه ضمانت‌نامه گشاده‌دستی کرد، و این امر فقط در موارد استثنایی جاری می‌شود (نوری، ۵۹: ۱۳۹۳).

در آمریکا، بانک‌های آمریکایی مطابق مقررات فدرال رزرو اصولاً از صدور ضمانت‌نامه ممنوع هستند و این کار را اغلب، مؤسسات خاصی که حرفه آن‌ها قبول ریسک است، انجام می‌دهند. برای حل مشکل، بانک‌های آمریکایی اجازه دارند از مکانیسم اعتبار اسنادی استفاده کنند و به جای صدور ضمانت‌نامه اعتبار اسنادی تضمینی، ضمانت‌نامه صادر کنند. اعتبار اسنادی تجاری ابزاری، سنتی است که در معاملات خرید و فروش بین‌المللی به کار می‌رود و در واقع مکانیسم پرداخت ثمن در این نوع معاملات است. استفاده از اعتبار اسنادی تجاری توسط ذی‌نفع (فروشنده) موکول به ارائه اسنادی است که در متن اعتبار قید می‌شود و حاکی از انجام تعهد فروشنده در تحویل کالا و حمل آن است. استفاده از این ابزار به جای ضمانت‌نامه، نحوه وصول آن را نیز تغییر می‌دهد. زیرا برعکس اعتبار اسنادی تجاری، اعتبار اسنادی تضمینی هنگامی قابل وصول است که مضمون‌عنه (دستوردهنده) از تعهدات خود تخلف و قصور کرده باشد. استفاده از اعتبار اسنادی به جای ضمانت‌نامه مانع نمی‌شود که همان احکام اعتبارات اسنادی تجاری بر آن نیز جاری شود. به همین دلیل، اعتباری اسنادی تضمینی (ضمانت‌نامه) نیز فی‌نفسه از قرارداد اصلی جداست یا بانک‌ها فقط اسناد تحت

استدلال کرده‌اند که چون ذی‌نفع ایرانی مستحق ضمانت‌نامه نبوده است، مطالبه او متقلبانه و نادرست بوده است و باید مردود اعلام شود. اما این دعوی اغلب دارای سابقه طرح در محاکم آمریکا بودند. زیرا در آستانه پیروزی انقلاب اسلامی و پس از آن به دنبال اختلافات و توقیفی که در قراردادهای آن‌ها با دستگاه‌های دولتی ایرانی رخ داده بود، نیز در پی قطع روابط دو کشور در فروردین ۱۳۵۹، شرکت‌های آمریکایی موفق شده بودند با طرح دعوی بر اساس مطالبه متقلبانه، از محاکم آمریکا قرار منع پرداخت موقت ضمانت‌نامه‌های ایران را دریافت کنند. در اثنای همین دعوی بود که بیانیه‌های الجزایر امضا شد و دیوان داوری تشکیل و دعوی مذکور به دیوان داوری آورده شد. نوع استدلال‌ها و مباحثی که خواهان‌های آمریکایی در دعوی قراردادی ضمانت‌نامه‌های بانکی در دیوان داوری مطرح کرده‌اند، اغلب همان است که در دعوی مطروح در محاکم آمریکا عنوان داوری مطرح شده بود.

۵-۶. صلاحیت دیوان داوری آمریکا درباره دعوی قراردادی ضمانت‌نامه‌های بانکی در قانون متحدالشکل آمریکا

صلاحیت دیوان اغلب در بیانیه الجزایر درباره حل و فصل دعوی تعریف و تعیین شده است. بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعوی اتباع یک دولت علیه دولت دیگر: «بدین وسیله یک دیوان داوری تأسیس می‌شود به منظور اتخاذ تصمیم درباره ادعاهای متقابل. مضمون‌عنه باید طرح دعوی کند و از دادگاه دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه را درخواست کند و سپس دعوی ماهوی برای ابطال ضمانت‌نامه را طرح کند. مسموع ندانستن چنین دعوایی به علت

ضمانت‌نامه را معامله می‌کنند نه قرارداد موضوع آن‌ها را. به‌هرحال، اینکه صدور ضمانت‌نامه به‌شکل اعتبار اسنادی تضمینی منافاتی با استقلال قرارداد اصلی ندارد در مقررات پذیرفته شده است. همان‌طور که مطابق مقررات متحدالشکل اعتبار اسنادی که اتاق بازرگانی بین‌المللی تهیه کرده است و مورد قبول و اجرای اکثریت قریب به‌اتفاق بانک‌های سراسر جهان است. قانون تجارت متحدالشکل امریکا نیز استقلال اعتبار اسنادی (اعم از اینکه تجاری باشد یا تضمینی) از قرارداد اصلی را به‌صراحت پذیرفته است (فتحی پور، ۱۳۹۶: ۲۲).

ماده ۱۱۴(۱) قانون مذکور چنین مقرر می‌دارد: «صادرکننده اعتبار مکلف است مطالبه ذی‌نفع یا برات او را که منطبق با شرایط اعتبار باشد، صرف‌نظر از مفاد قرارداد از این حیث که کالای مورد معامله یا مدارک مربوط با آن منطبق هست یا نه، پرداخت نماید».

با این همه نمی‌توان در جواز دعوای عدم پرداخت قبل از مطالبه ضمانت‌نامه گشاده‌دستی کرد و این امر فقط در موارد استثنایی جاری می‌شود. اصل استقلال ضمانت‌نامه استاندارد دلیل برای توجیه منع پرداخت آن قبل از مطالبه را بسیار بالا می‌برد و همین امر استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه را محدود و انحصاری می‌کند. چنان‌که اغلب دو استثنای مشخص برای آن ذکر می‌کنند: یکی وقوع تقلب و حيله یا تدلیس در معامله و دوم جعل در اسناد مربوط به آن یا در اسناد لازم برای مطالبه ضمانت‌نامه. چنان‌که ملاحظه می‌شود، هر دو این استثنائات در شمار اصول کلی حقوقی هستند و تأثیر آن‌ها در موقوف یا باطل کردن هر عمل یا معامله یا قراردادی که آغشته با تقلب و حيله یا

جعل و تزویر باشد ناشی از قانون است. ادله و مدارک لازم برای اثبات چنین ادعاهای سنگینی باید بسیار قاطع و محکم و خالی از هر شبهه و خدشه باشد و همین است که بیان شده است ضابطه دلیل و بینه برای پیش‌گیری از پرداخت ضمانت‌نامه قبل از وصول آن، قاطعیت و خلاف‌ناپذیر بودن آن است. «تقلب باید چنان روشن باشد که چشم را خیره سازد. ممکن است گفته شود اقتضای تعهد بدون قید و شرط ناشی از ضمانت‌نامه و استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی و نیز اقتضای ریسک‌هایی که بانک ضامن و مضمون‌عنه به تهیه و صدور چنین سندی پذیرفته‌اند، آن است که حتی در چنین حالتی (تقلب در معامله یا جعل) ذی‌نفع بتواند ضمانت‌نامه را وصول و به‌اجرا در آورد و مضمون‌عنه می‌تواند بعداً دعوای استرداد وجه ضمانت‌نامه را طرح نماید» (وولر، ۲۰۱۸، ۶۷-۷۱).

به‌نظر می‌رسد این دیدگاه با چند اشکال مواجه است: نخست، وجود فساد و تقلب در قرارداد یا جعل در اسناد مربوط، اساس استحقاق را فاسد می‌کند و دیگر محلی برای جاری کردن اصل استقلال ضمانت‌نامه یا اجرای ضمانت‌نامه غیر مشروط باقی نمی‌ماند؛ زیرا تقلب همه قواعد حقوقی را موقوف الاجرا می‌کند. دوم، ممکن است خساراتی که از وصول من غیر حق ضمانت‌نامه به مضمون‌عنه وارد می‌شود، به‌آسانی قابل جبران و استرداد نباشد (مثلاً به‌دلیل ورشکستگی ذی‌نفع یا حتی عدم ملائت او). سوم، غیر مشروط بودن تعهد پرداخت ضمانت‌نامه و به‌تبع آن، استقلال ضمانت‌نامه محصول توافق طرفین است، اما مرز نفوذ آن تا جایی است که خلاف قانون و نظم عمومی نباشد. سلامت و صحت و امنیت معاملات و قراردادهای مالی معطوف به

محاکم آمریکا عنوان شده بود. بنابراین و برای اینکه سابقه این دعاوی بهتر روشن شود، لازم است مختصری از سابقه آن‌ها در محاکم آمریکا آورده شود تا با رویه دادگاه‌های آمریکا در این زمینه بیشتر آشنا شویم (سیمیوندس، ۲۰۱۰، ۵۳۸).

پس از قضیه گروگان‌گیری در سفارت سابق آمریکا در تهران، شرکت‌های آمریکایی ادله و بهانه‌های جدیدی برای اثبات موضع خود که مطالبه ذی‌نفع‌های ایرانی ضمانت‌نامه‌ها مبتنی بر انگیزه‌های سیاسی است و ناروا و همراه با تقلب است، به دست آوردند و دعاوی منع پرداخت ضمانت‌نامه همچنان ادامه یافت و بار دیگر مسئله استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد اصلی و استثنائات آن در ابعاد جدیدی نزد محاکم آمریکا مطرح شد. در این دوره، دادگاه‌های آمریکایی این دعاوی را با انعطاف بیشتر و سمع قبول استماع می‌کردند، چنان‌که از ۱۹ پرونده‌ای که مطرح شده بود در ۱۴ پرونده قرار منع پرداخت ضمانت‌نامه صادر شد. استدلال خواهان‌های آمریکایی در این دعاوی همان‌ها بود که پیش از این مطرح می‌کردند. اما دادگاه‌ها با توجه به اوضاع و احوال جدید ناشی از گروگان‌گیری آن‌ها را اغلب مسموع دانستند و با ارجاع به ماده ۳۱۴۴ مقررات قانون تجارت متحدالشکل آمریکا یعنی مطالبه تقلب‌آمیز و به‌ویژه احراز وقوع خسارات جبران‌ناپذیر به خواهان در صورت عدم صدور دستور منع پرداخت به دلیل در دسترس نبودن محاکم ایران، نیز به لحاظ دولتی بودن بانک ایرانی و ذی‌نفع ایرانی که بانک را از عنوان دارنده با حسن نیت خارج می‌کرد، قرار منع پرداخت ضمانت‌نامه را صادر می‌کردند. انعطاف و سهل‌گیری محاکم آمریکا در قبول دعاوی منع پرداخت و عدول مسامحه‌آمیز آن‌ها از

نظم عمومی اقتصادی جامعه است و تقلب و جعل آشکارا مبین آن است. بنابراین ممنوع‌الادا شدن ضمانت‌نامه پیش از مطالبه و ادله وصول آن، به دلیل تقلب یا جعل ارتباطی برون قراردادی به مسئله استقلال ضمانت‌نامه ندارد تا گفته شود خلاف مقتضای آن است. این‌ها دو مقوله جداگانه‌اند. در حقوق آمریکا قانون تجارت متحدالشکل، وقوع تقلب و جعل را دو استثنایی دانسته است که منحصرأ به استناد آن می‌توان جلوی پرداخت اعتبار اسنادی (و ضمانت‌نامه) را گرفت، منتها احراز و اجرای آن محتاج تسجیل قضایی و دستور دادگاه است که به صورت دستور منع پرداخت موقت صادر می‌شود. اما مدعی (مضمون‌عنه) مکلف است ظرف مهلت معینی دعاوی ماهوی خود را برای منع پرداخت دائمی (ابطال) امانت‌نامه نیز طرح کند. حقوق کشورهای اروپایی نیز کمابیش اصل استقلال ضمانت‌نامه را تأیید کرده‌اند و همین دو مبنای استثنایی را در اصل مذکور پذیرفته‌اند که از موارد پیش‌گیری از پرداخت ضمانت‌نامه پیش از مطالبه آن از جانب ذی‌نفع است.

متداول‌ترین نوع این دعاوی آن است که خواهان‌های آمریکایی (مضمون‌عنه) مدعی شده‌اند تعهدات قراردادی خود را به درستی انجام دهند یا اگر نتوانسته‌اند انجام دهند به دلیل وضع انقلابی در ایران و فورس مازور یا فسخ قرارداد از جانب ایران (مضمون‌له) بوده است و بنابراین ذی‌نفع ایرانی حق مطالبه و دریافت آن را ندارد و ضمانت‌نامه باید ممنوع‌الادا و ابطال شود. نوع استدلال‌ها و مباحثی که خواهان‌های آمریکایی در دعاوی قراردادی ضمانت‌نامه‌های بانکی در دیوان داوری مطرح کرده‌اند، اغلب همان است که در دعاوی مطرح در

اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد و رویه‌ای که در دعاوی خاص ضمانت‌نامه‌های ایران (به‌ویژه دعاوی که پس از گروگان‌گیری مطرح شده بود) به‌وجود آوردند، اصل بنیادی استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد را تضعیف و ارزش و اهمیت این ابزار مؤثر بانکی در معاملات بین‌المللی را با تردید مواجه کرده است و به همین دلیل مورد انتقادات فراوانی به‌ویژه از سوی بانک‌ها و مؤسسات مالی اقتصادی واقع شده است (نیلز و فردریکس، ۲۰۰۶، ۲۶). همان‌طور که بیان شد، استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه بسیار محدود است و احراز آن‌ها جز با ادله قاطع و مسلم امکان‌پذیر نیست. با این همه، محاکم آمریکا در یک موضع کلی که از اوضاع و احوال سیاسی و جو ضد آمریکایی در ایران نیز متأثر بود، اغلب بنا را بر این گذاشتند که مطالبه ضمانت‌نامه از جانب ذی‌نفع ایرانی توأم با سوءاستفاده از حق است و به‌راحتی قرار منع پرداخت صادر می‌کردند (سلطانی، ۱۳۹۱: ۷۸). فقط در یک مورد دادگاه مضمون‌عنه آمریکایی را ملزم کرد که در آزادی دستور منع پرداخت، بانک آمریکایی مربوط را که مخاطب چنین دستوری بود، در برابر هر گونه دعوی یا خسارات احتمالی که بر اثر منع پرداخت به او وارد شود، تضمین و تأمین کند، البته مشروط بر اینکه بانک هم در صورت طرح دعوی علیه او، دقت لازم را در دفاع و اثبات ضرورت منع پرداخت معمول دارد.

۶. نتیجه‌گیری

اصل استقلال و استثنائات مترتب بر آن در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه در قالب یکی از اصول مسلم و پذیرفته‌شده در کنوانسیون‌ها، مقررات یک-

نواخت و حقوق بسیاری از کشورها است که در سایه و پرتو این اصل حقوق ذی‌نفع و دارنده سند مزبور مورد حمایت قرار می‌گیرد و مصون از تعرض می‌ماند. البته بر این اصل استثنائاتی وارد است که در صورت بروز می‌تواند مانع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع آن شود. مواردی همچون تقلب که مفهوم وسیع و گسترده‌ای دارد و سایر عنوان‌ها مانند کلاه‌برداری، ایفای نارواریال جعل و غیره را نیز در بر می‌گیرد و در صورت بروز هر یک از موارد فوق و اثبات آن‌ها، می‌توان از پرداخت وجه ضمانت‌نامه در قالب دستور توقف و یا رأی قطعی ممانعت کرد. در بررسی حقوق آمریکا مطالب مربوط به ضمانت‌نامه در دو بخش مطرح شد: نخست، آن دسته از ضمانت‌نامه‌هایی که با توجه به منع صدور ضمانت‌نامه توسط بانک‌های آمریکایی توسط مؤسسات مالی و اعتباری و شرکت‌های بیمه صادر می‌شوند و این دسته از ضمانت‌نامه‌ها در حقوق آمریکا با عبارت شناخته می‌شوند و دارنده و ذی‌نفع این‌گونه ضمانت‌نامه‌ها برای مطالبه وجه آن از ضامن، ناگزیر از اثبات قصور مضمون‌عنه خود هستند و باید استحقاق خود برای مطالبه را به اثبات برسانند. در این نوع از ضمانت‌نامه‌ها، ضمانت‌نامه تبعی است و پیوستگی عمیقی بین قرارداد پایه با خود ضمانت‌نامه برقرار است. دسته دوم ضمانت‌نامه‌ها در حقوق آمریکا، اعتبارات اسنادی تضمینی هستند که تلفیقی از روش‌های پرداخت در تجارت بین‌الملل هستند و در واقع توسط بانک‌های آمریکایی نهادسازی شده‌اند. در این نوع اعتبارات تضمینی اصل استقلال از قرارداد باید به‌صراحت مورد پذیرش قرار گیرد و ایرادات قرارداد جایگاهی برای منع از پرداخت ندارد. دسته اول در حقوق آمریکا ضمانت تبعی است و بدیهی

صادره از سوی محاکم و رویه قضایی متداول در می‌یابیم که این اصل مورد پذیرش محاکم و در خصوص استثنائات وارد بر اصل رویه قضایی در صورت جعل، صوری بودن قرارداد پایه (تقلب) نظر به عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه به‌هنگام مطالبه آن از سوی دارنده دارد. ملاحظه می‌شود که در حقوق ایران تنها درباره اصل استقلال با حقوق آمریکا و مقررات متحدالشکل شباهت و اشتراک وجود دارد؛ ولی درباره ایرادات و ادعاهایی که مانع از پرداخت می‌شود، حقوق آمریکا تعیین موضع می‌کند؛ درحالی‌که حقوق ایران و مقررات متحدالشکل سکوت کرده‌اند.

۷. تقدیر و تشکر

ابراز نشده است.

۸. سهم نویسندگان

همه نویسندگان به‌صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۹. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

است که ایرادات به‌سادگی می‌تواند مانع پرداخت شود؛ ولی در دسته دوم، اعتبارات اسنادی تضمینی به‌لحاظ همین ویژگی، اعتبارنامه‌های مستقل هستند و ایرادات قرارداد پایه جایگاهی ندارد؛ مگر مضمون‌عنه یا ضامن به‌موجب اقامه دعوی تقلب، کلاه‌برداری، جعل را به اثبات رساند و مانع پرداخت شود. در مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی، در ماده ۵ به‌صراحت اصل استقلال مورد پذیرش قرار گرفته است و استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد مبنا و پایه مورد قبول واقع شده است؛ ولی مقررات مزبور در ماده ۱۹ از بیان موارد استثنا بر اصل مواردی که مانع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه در وجه ذی‌نفع می‌شود، اشاره‌ای نکرده است و این موضوع را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود بین اعتبارات اسنادی تضمینی در حقوق آمریکا و مقررات متحدالشکل اتاق بازرگانی در پذیرش اصل استقلال اشتراک و شباهت وجود دارد و هر دو موضع مشترکی اتخاذ کرده‌اند. درباره ایراداتی که مانع از پرداخت وجه ضمانت می‌شود، حقوق آمریکا به مواردی همچون تقلب و جعل اشاره دارد؛ درحالی‌که در مقررات متحدالشکل این موضوع مسکوت مانده است و احصای موارد مانع را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده است و اما درباره دسته اول ضمانت‌نامه‌های تبعی و وابسته به قرارداد پایه هستند و بدیهی است که در این نوع از ضمانت‌نامه‌ها، ذی‌نفع باید برای بهره‌مندی از وجوه ضمانت‌نامه، قصور مضمون‌عنه خود را ثابت کند. در حقوق ایران نیز همان‌گونه بیان شد مقرر قانونی در خصوص اصل استقلال و استثنائات مترتب بر آن وجود ندارد و فقط ماده ۱۲ دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه‌ها به اصل استقلال تصریح کرده است. ولی با بررسی در آرای

فهرست منابع

- نوری، حسن، «اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری»، نشریه الهیات و حقوق، شماره ۱۳، ۱۳۹۳.

- Baker, Steven N, (2008), Foreign Law Between Domestic Commercial Parties: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law, Campbell Law Review, Vol. 30, 7 July

- Brand. Roland A, (2011), The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective, University of Pittsburgh School of Law 3900 Forbes Avenue, Pennsylvania 15260-6900, Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2011-29

- Chow, Daniel C.K., Schoenbaum (2022), Thomas J. International Business Transactions, London: Wolters Kluwer Law & Business.

- Jones, Stephen A (2018). Trade and Receivables Finance: A Practical Guide to Risk Evaluation and structuring. London: Springer.

- Lehmann, Matthias, (2008), Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 14

- M. DUBISSON (2017), Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, in FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux: Colloque de Tours, Édition du Moniteur

- Marshall, Brooke Adele, (2012), Reconsidering the Proper Law of The Contract, Melbourne Journal of International Law, Vol 13

- Neels, Jan L & Fredericks, Eesa A, (2006), Revision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Perspectives from international commercial and financial law, Journal of South Africa Law, Number

- Nyangon, Joseph, Byrne, John (2021), Sustainable Energy Investment: Technical, Market and Policy Innovations to Address Risk. Washington: BoD - Books on Demand.

O'Donovan Phillips (2018), "The Modern Contract of Guarantee, Sydney", The Law Book Company Ltd

- Pierce Anthony (2016), Demand Guarantees in International Trade, London, Sweet and Maxwell.

-ایکس یانگ، گائو و بوکلی، روسپی، «قانون تجارت متحدالشکل (یو.سی.سی.)، مطالعه تطبیقی در مورد قاعده تقلب و معیار آن در حقوق اعتبارات اسنادی»، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۶، ۱۳۸۶.

- خمایی، مجید، «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴، ۱۳۷۸.

- سلجوقی، محمود، «حقوق بین‌الملل خصوصی، عارض قوانین»، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر یزان، ۱۳۸۶.

- سلطانی، محمد، «رجوع پس از پرداخت ضامن در ضمانت‌نامه مستقل بانکی، مجله حقوق بانکی، شماره ۲، ۱۳۹۱.

- شریعت‌باقری، محمدجواد، «حاکمیت اراده بر قراردادهای بین‌المللی خصوصی»، فصلنامه علمی- پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان، ۱۳۹۱.

- شهبازی‌نیا، مرتضی و عیسی‌تفرشی، محمد، «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی»، نامه مقید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.

- فتحی‌پور، علی، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره ۱۳، ۱۳۹۶.

- مافی، همایون، فلاح، مهدی، «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، شماره ۲، ۱۳۹۲.

- Rühl, Giesela, (2007), Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, Law Research Institute Research Paper Series, CLPE Research Paper 4/2007, Vol. 03 No. 01
- Symeonides, Symeon c., (2010), Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective, Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven International Publishing. Printed in The Netherlands
- Weinberge, Alan D., (1976), Party Autonomy and Choice-of-Law: The Restatement (Second), Interest Analysis, and the Search for a Methodological Synthesis, Hofstra Law Review, Vol. 4.
- Wooler, Garth (2018), Unconscionable Conduct in Commercial Transactions: Global Perspectives and Applications. Cambridge: Cambridge scholars publishing.
- Yonk, Ryan M (2021). Assessing Renewable Energy Loan Guarantees in the United States. In: Nyangon, Joseph, Byrne, John, Sustainable Energy Investment: Technical, Market and Policy Innovations to Address Risk. Washington: BoD - Books on Demand.