

دکتر همایون مافی^۱

دانشیار، گروه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران، تهران، ایران.

محمدحسین تقی‌پور درزی نقی‌بی

دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

آثار حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی

چکیده

ضمانت‌نامه بانکی، تعهد بانک در برابر ذی‌نفع است، مبنی بر اینکه اگر مضمون‌عنه از انجام تعهدات قراردادی برعهده گرفته شده به موجب قرارداد پایه قصور نماید، به صرف اینکه قصور وی را طرف ذی‌نفع قرارداد اعلام کند، بانک وجه تعیین شده در ضمانت‌نامه را به وی بپردازد. صدور ضمانت‌نامه مانند هر عمل حقوقی دیگری دارای آثاری است، زیرا هدف از ایجاد و انعقاد هر نهاد حقوقی، دستیابی به آثار آن نهاد حقوقی است. برای تعیین آثار هر نهادی باید در ابتدا ماهیت حقوقی آن را تشخیص داد و سپس با مشخص شدن ماهیت، بر اساس آن، به آثاری که آن نهاد حقوقی ایجاد کرده است پی برد. در این تحقیق، به تعیین آثار ناشی از صدور ضمانت‌نامه پرداختیم و پس از تفکیک روابط مضمون‌عنه و ضامن و ذی‌نفع در مقابل یکدیگر، حقوق و تعهدات هر یک از آنها را در برابر دیگری تعیین نمودیم. در نهایت نتیجه می‌گیریم که مهم‌ترین تعهد در ضمانت‌نامه بانکی، تعهد بانک در برابر ذی‌نفع مبنی بر پرداخت وجه ضمانت‌نامه به وی می‌باشد. به محض مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، بانک مکلف است وجه را به وی پرداخت کند و به غیر از استثنای قلب، بانک حق ندارد با استناد به قرارداد پایه از پرداخت وجه ضمانت‌نامه امتناع کند؛ زیرا مطابق اصل استقلال، تعهد بانک در برابر ذی‌نفع یک تعهد کاملاً مستقل و منفک از قرارداد پایه می‌باشد.

واژگان کلیدی: آثار، بانک، تعهدات، ذی‌نفع، ضمانت‌نامه بانک.

مقدمه

ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌نامه‌ای است که بانک، متعهد آن باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۷: ۴۲۴) و تعهد بالقوهای است که برای بالفعل شدن نیاز به قصور مضمون‌عنه در انجام تعهد قرارداد پایه دارد (محبی، ۱۳۷۵: ۱۴۹). امروزه نمی‌توان نقش ضمانت‌نامه‌های بانکی را در حقوق تجارت بین‌الملل انکار نمود. ضمانت‌نامه‌های بانکی، نقش مهمی را در تجارت خارجی بازی می‌کند. در عین حال، معاملات ضمانتی، بخش مهمی از تجارت بانک‌های اروپایی هستند. اگر کسی این سؤال را مطرح نماید که چه نهادی در معاملات بانکی در اروپا برای پرداخت و امنیت پرداخت (payment security) در تجارت خارجی بیشتر استفاده می‌شود، باید پاسخ داد که اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی نسبت به سایر موارد، به عنوان جلو دار و پیش‌تاز هستند (۳۴۹: ۱۹۷۵-۱۹۷۸، Caemmerer). علی‌رغم کارکرد عمومی ضمانت‌نامه بانکی، اعتبار نامه‌های تضمینی نسبت به ضمانت‌نامه بانکی از طیف وسیع‌تری از کاربرد و رواج در استفاده برخوردارند (۹: ۱۹۹۰-۱۹۸۹، Kozolchik); اما این به معنای حذف و نابودی این نهاد نیست، بلکه همچنان به طرز قابل توجهی ضمانت‌نامه بانکی کارکرد خود را حفظ نموده است.

ضمانت‌نامه بانکی در اصل یک شیوه معمول برای پرداخت قیمت کالا بوده است، اما سپس به طور روز افزون در زمینه تضمین انجام قرارداد مورد استفاده قرار گرفت (کاشانی، ۱۳۷۴-۱۳۷۵: ۱۴۳). این نهاد در واقع واکنش صنعت بانک اروپا به تقاضای رسمی یا غیر رسمی کشورهای واردکننده جهت تضمین جبران خسارت (پرداخت غرامت)، در صورت قصور تولیدکننده اروپایی در انجام تعهدات قراردادی بوده است (Kozolchik, ۱۳۸۹-۲۰۱۹: p۸).

نظر بسیاری از حقوقدانان این است که ضمانت‌نامه بانکی در میان عقود بیشتر به عقد ضمان شباهت دارد. با این وجود، مقایسه این دو و استفاده از راه‌حل‌ها و قواعد ضمان در ضمانت‌نامه بانکی به طور کامل ممکن نیست و شباهت این دو بیش از اینکه از جهت ساختار مادی و ماهوی باشد، از جهت غایت است (غمامی، ۱۳۷۸: ۱۲۴). ضمانت‌نامه بانکی از مستقل‌ترین تعهداتی است که در زمینه تضمین تعهدات مطرح می‌باشند. در واقع ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان وسیله‌های جهت تضمین اجرای

قرارداد، معمولاً ترتیبی مکمل موافقتنامه فروش، اما از لحاظ حقوقی مستقل از آن می‌باشند (طارم‌سری، ۱۳۷۷: ۱۴۸) ت‌عهد ضامن به حدی مستقل از قرارداد پایه است که حتی با دستور مضمون‌عنه به عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه، بانک علی‌الاصول مکلف به پرداخت وجه به صرف مطالبه ذی‌نفع خواهد بود، مگر در مورد مطالبه متقلبانه از سوی ذی‌نفع که در این فرض بانک مکلف به عدم پرداخت است به‌گون‌های که اگر با وجود تقلب اقدام به پرداخت وجه نمود، حق رجوع به مضمون‌عنه جهت استرداد مبالغ پرداختی را نخواهد داشت. در صورتی که مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه متقلبانه نباشد، بانک پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع حق رجوع به مضمون‌عنه جهت بازپرداخت مبلغ پرداختی را خواهد داشت و اصولاً مبنای رجوع بانک به مضمون‌عنه قراردادی خواهد بود.

ضمانت‌نامه‌های بانکی ممکن است توسط خریدار یا فروشنده تحصیل گردند. هدف ضمانت‌نامه‌های تحصیل شده به وسیله خریدار، تضمین پرداخت قیمت خرید به فروشنده به وسیله جانشین نمودن یک پرداخت‌کننده معتبر به جای خریدار است و هدف ضمانت‌نامه‌های تحصیل شده به وسیله فروشنده، اطمینان دادن به خریدار است در صورت ایراد خسارت ناشی از عدم تحویل کالاها یا تحویل ناقص یا دیگر موارد عدم اجرای قرارداد که خریدار بخواهد از فروشنده مطالبه خسارت نماید (اشمیتوف، ۱۳۹۰: ۶۸۸). در این مقاله پس از تبیین روابط ضامن (بانک) و مضمون‌عنه و ذی‌نفع در مقابل یکدیگر به بررسی آثار حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی پرداخته و حقوق و تعهدات هر یک از طرفین این روابط را تعیین می‌نماییم. مهم‌ترین حقوق ذی‌نفع حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه است که به تبیین زوایای این حق خواهیم پرداخت.

۱- روش شناسی

در این مقاله به شیوه مطالعه کتابخان‌های به جمع‌آوری اطلاعات پرداخته و سپس به تجزیه و تحلیل آنها می‌پردازیم، از این رو، روش تحقیق توصیفی-تحلیلی است.

۲- یافته‌ها/ بحث و بررسی / تحلیل نتایج

در این مقاله به بحث و بررسی یافته‌ها پرداخته و به تحلیل نظرات و دیدگاه‌های مختلف می‌پردازیم. در این راستا به بررسی آثار حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی پرداخته و روابط بین ضامن (بانک)، مضمون‌عنه و ذی‌نفع را تبیین می‌نماییم. درنهایت با تعیین

حقوق ذی‌نفع در برابر ضامن و مضمون‌عنه، مشخص می‌نماییم که ذی‌نفع با چه شرایطی حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه را داراست.

۱-۲ رابطه ذی‌نفع و بانک (ضامن)

در ضمانت‌نامه‌های بانکی رابطه قراردادی بین ضامن و مضمون‌له ایجاد نمی‌شود، زیرا ضمانت‌نامه بانکی به تقاضای مضمون‌عنه، توسط بانک صادر می‌گردد و در صدور ضمانت‌نامه بانکی ذی‌نفع هیچ نوع دخالتی نداشته و بالطبع رابطه قراردادی با ذی‌نفع نخواهد داشت. با این حال اگرچه رابطه حقوقی بین بانک و ذی‌نفع ایجاد نمی‌شود، ولی یک رابطه ضعیف‌تر از رابطه قراردادی بین آنها ایجاد می‌شود. این رابطه حقوقی، به طور کلی از قرار داد پایه منفک بوده و بانک در برابر ذی‌نفع به طور مستقل متعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه می‌باشد. اگرچه در برخی ضمانت‌نامه‌ها جایی برای قبول ذی‌نفع وجود دارد، این قبول که توسط ذی‌نفع صورت می‌گیرد، با قبول به معنی اخص که برای وقوع عقد لازم است، متفاوت بوده و حکایت از تأیید ذی‌نفع مبنی بر انطباق شرایط ضمانت‌نامه با قرارداد پایه می‌باشد. در هر حال این اقدام را می‌توان تحت نظریه تعهد بنفع ثالث توجیه کرد و در نتیجه برای ذی‌نفع این حق را قائل شد که از تمامی وسایلی که طلبکاران برای اجبار مدیون به کار می‌برند، برای اجبار ضامن (بانک)، به کار ببرد (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۸۰).

۱-۳-۱ مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط مضمون‌له (ذی‌نفع)

ضمانت‌نامه بانکی غیر از ضمان مذکور در قانون مدنی است (مجبی، ۱۳۷۵: ۸۶) در ضمان مذکور در قانون مدنی به محض ایجاد و انعقاد ضمان، اصولاً نقل ذمه به ذمه صورت می‌گیرد و دین مضمون‌عنه با تمام شرایط و اوصاف به ذمه ضامن انتقال می‌یابد و در صورتی که ضمان به صورت حال منعقد شده باشد، مضمون‌له به محض وقوع ضمان، حق رجوع به ضامن را برای مطالبه دین انتقال یافته به ذمه وی می‌یابد در نتیجه ذمه ضامن وثیقه طلب نیست و جنبه فرعی ندارد، بلکه جابجایی دین جوهر ضمان را تشکیل می‌دهد، به همین دلیل است که ابراء ذمه مضمون‌عنه توسط مضمون‌له، کاری بی‌هوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۴؛ اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۶۷) در واقع مهم‌ترین اثر ضمان عقدی، سقوط طلب مضمون‌عنه و انتقال تعهد مضمون‌عنه بر ذمه ضامن

ضمانت‌نامه به ویژه ضمانت‌نامه عندالمطالبه یکی از مستقل‌ترین شکل تعهد به پرداخت است، زیرا مبلغ تعیین شده بمحض اولین تقاضای کتبی بدون نیاز به ارائه هیچ سند اضافی یا انجام هر شرط خاصی قابل پرداخت است، به طوری که نه تنها نیاز به ارائه حکمی از دادگاه راجع به قصور مضمون‌عنه در انجام تعهدات خود نیست، بلکه حتی نیاز به صرف اعلام کتبی ذی‌نفع مبنی بر قصور مضمون‌عنه در انجام تعهدات نیست (Horowitz, ۲۰۱۰: p۸۴). لذا با توجه به اینکه رویه فعلی صدور ضمانت‌نامه غیر مشروط این است که به صورت عندالمطالبه قابل وصول است، این مسئله می‌تواند به طور بالقوه منجر به ایجاد سوء استفاده ذی‌نفع گردد (Myers, ۱۹۹۲: p۲۴۴).

اگر تقلب آشکار است، اصل این است که بانک نباید وجه ضمانت‌نامه را بپردازد، به این معنی که طبق یک قضیه ثابت شده بانک در صورتی در مقابل مضمون‌عنه مسئول است که تقلب ذی‌نفع، قبل از پرداخت وجه به وی، برای بانک مشهود و آشکار باشد. البته این مسئله دلالت بر این ندارد که بانک مکلف و متعهد به پیگیری و بررسی دقیق و ویژه در ارتباط با وجود یا عدم وجود تقلب است (Bertrams, ۲۰۰۴: p۳۹۷).

در بررسی تقلب به تقلب موجود در قرارداد پایه توجه نمی‌شود و تقلب موجود در قرارداد پایه نمی‌تواند از موارد صدور منع پرداخت به ذی‌نفع باشد، زیرا مطابق اصل استقلال ضمانت‌نامه به طور کامل مستقل از قرارداد پایه است، اما برخی معتقدند تقلب در معامله پایه هم در برابر ذی‌نفع قابل استناد است؛ و اظهار می‌دارند که این مخالف هدف قاعده تقلب و مخالف نظم عمومی است و اینکه کسیکه در معامله پایه تقلب کرده در مطالبه ضمانت‌نامه نیز با سوءنیت است، زیرا حق مطالبه ندارد (Gao, ۲۰۰۲: p۱۱۲).

تشخیص مطالبه متقلبانه کار بسیار پیچیده‌ای است. به ویژه تشخیص مطالبه متقلبانه در ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بسیار دشوارتر است، زیرا این نوع ضمانت‌نامه‌ها فی‌نفسه حق مطالبه ذی‌نفع را بدون نیاز به اثبات هیچ‌گونه قصوری (کوتاهی) توجیه می‌نمایند. در زمانی که مضمون‌عنه، تعهدات قراردادی را به طور کامل و بدون ایراد بر طبق ضوابط و شرایط قرارداد، اجرا نموده است، مطالبه وجه از جانب ذی‌نفع بدون توجه به این مسئله، یک مطالبه متقلبانه بوده و بانک نباید وجه ضمانت‌نامه را به وی بپردازد (Laura, ۲۰۰۹: p۳۴). در صورتی که بانک با آگاهی از این موضوع، اقدام به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع نماید در مقابل مضمون‌عنه مسئول بوده و حق دریافت بازپرداخت

می‌باشد؛ اما در ضمانت‌نامه‌های بانکی، هیچگونه دینی به طور مستقیم به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد، بلکه ضامن تعهد می‌نماید که در صورت قصور و تخلف متعهد (مضمون‌عنه) از انجام تعهدات قراردادی پایه، ضامن در مقابل مضمون‌له مسئول پرداخت وجه مقطوع مذکور در ضمانت‌نامه خواهد بود (سماواتی، ۱۳۸۲: ۱۶۵).

اصولاً ضمانت‌نامه بانکی، به عنوان یک تعهد احتمالی برای بانک تلقی می‌شود (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: p۱) زیرا ممکن است هیچگاه مبلغ ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع مطالبه نگردد، خواه به دلیل عدم قصور مضمون‌عنه در انجام تعهدات قراردادی پایه و خواه به دلیل عدم تمایل ذی‌نفع به مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه ولو با وقوع قصور در انجام تعهد قراردادی پایه توسط مضمون‌عنه باشد.

ضمانت‌نامه‌های بانکی تا مبلغ معینی قابل مطالبه هستند، زیرا اصولاً ضمانت‌نامه‌های بانکی برای مبلغ معینی گشایش می‌شوند و ذی‌نفع حتی اگر ایجاد خسارت بیشتر را به علت تخلف مضمون‌عنه از قرارداد پایه را اثبات نماید صرفاً تا حداکثر مبلغ مذکور تا سند را از بانک می‌تواند مطالبه نماید (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۲۲). ماده ۳ مقررات متحد الشکل در مورد حدود مسئولیت ضامن مقرر می‌دارد: «ضامن در مقابل ذی‌نفع صرفاً براساس شرایط و مفاد مصرح در ضمانت‌نامه و این مقررات و حداکثر تا مبلغ تصریح شده در ضمانت‌نامه مسئول می‌باشد».

نحوه مطالبه ضمانت‌نامه می‌تواند به طرق زیر باشد: به صرف درخواست یا به درخواست منضم به اعلام کتبی تخلف مضمون‌عنه از قرارداد پایه که این امر به «اظهار حسن نیت» معروف است و یا درخواست منضم به اسناد معین که حسب مورد تشکیل دهنده ضمانت‌نامه عندالمطالبه و ضمانت‌نامه مشروط می‌باشند (افتخارچهرمی، ۱۳۸۰: ۱۵).

الف) ضمانت‌نامه عندالمطالبه

اصولاً ضمانت‌نامه‌های بانکی به صورت عندالمطالبه صادر می‌شوند، به این معنی تعهد بانک در مقابل ذی‌نفع یک تعهد منجز غیر مشروط و حال می‌باشد که پس از انعقاد ضمانت‌نامه بین مضمون‌عنه و بانک، بمحض مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذی‌نفع بانک مکلف به پرداخت وجه به ذی‌نفع خواهد بود و هیچ اعتراض و ایرادی از جانب مضمون‌عنه در این مورد پذیرفته نیست (Beyer, ۲۰۱۲: ۱).

ضمانت‌نامه بانکی ضمانت در مفهوم سنتی نیست. ضمانت‌نامه بانکی تا اندازه‌ای، همچون یک چک در وجه حامل است که برای وصول صادر می‌شود که تقریباً در شکل و به صورت یک ضمانت‌نامه بانکی ظاهر می‌شود، زیرا ضمانت‌نامه‌های بانکی، صادرکننده (بانک) را به پرداخت پول به شخص ارائه‌کننده ضمانت‌نامه (ذی‌نفع) که وجه را مطالبه می‌کند، ملزم می‌کنند، از این رو ضمانت‌نامه‌های بانکی به چک در وجه حامل شبیه است (William, ۲۰۰۸: ۱۶) تا حدی که ضمانت‌نامه‌های بدون قید و شرط، در حکم «چک سفید» و بدون بابت بوده که استفاده از آن تماماً در اختیار ذی‌نفع قرار داشته و به ضمانت‌نامه‌های «خودکشی»، شهرت داشتند (محبی، ۱۳۷۵: ۹۰). در واقع ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه از نقطه نظر مضمون‌عنه بسیار خطرناک هستند؛ زیرا ذی‌نفع می‌تواند در هر زمانی که احساس کند مضمون‌عنه در انجام تعهداتش قصور ورزیده است، اقدام به مطالبه ضمانت‌نامه نماید. همچنین یک حرب‌های بنفع ذی‌نفع برای اعمال فشار بر مضمون‌عنه در جهت انجام تعهدات قراردادی در موعد تعیین شده و بنحو شایسته است (Laura, ۲۰۰۹: ۱۹). زیرا در مورد ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه بانک نه تنها مأذون به پرداخت ضمانت‌نامه به عنوان طرف مقابل مشتری است، بلکه به عنوان طرف مقابل ذی‌نفع مکلف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به محض درخواست ذی‌نفع است. (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: ۳۵۴).

با توجه به موقعیت و اعتباری که ضمانت‌نامه بانکی دارد و نیز باید کارآیی لازم را در تجارت داشته باشد، لذا بانک نمی‌تواند پرداخت ضمانت‌نامه را به تأخیر بیندازد و یا بدون دلیل و بی‌اساس در مورد وظیفه‌اش به پرداخت ضمانت‌نامه مجادله نماید؛ بنابراین بانکها به عنوان یک قاعده موظف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به محض درخواست خواهند بود، یعنی در جائیکه یک اعلام ساده مبنی بر قصور مضمون‌عنه توسط ذی‌نفع صورت می‌گیرد (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: ۳۵۳). البته ضمانت‌نامه بی‌قید و شرط، به این معنا نخواهد بود که ذی‌نفع به طور کلی از ارائه مبنای حقوقی برای مطالبه بی‌نیاز باشد، بلکه به این معناست که از شرط اثبات ورود خسارت به میزانی که درخواست می‌نماید، معاف می‌باشد (فتحی‌پور، ۱۳۶۹: ۱۵۷).

گفتیم که در صورت مطالبه ذی‌نفع، بانک موظف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به وی می‌باشد. در این مورد که آیا برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه، ذی‌نفع موظف به اثبات

قصور در انجام تعهد توسط مضمون‌عنه است یا خیر، دو نظر وجود دارد. یک نظر این است که صرف مطالبه ذی‌نفع برای دریافت وجه ضمانت‌نامه کفایت‌ناقص است؛ زیرا در تجارت بین‌الملل، ضمانتی که توسط بانک به عمل می‌آید، یک قرارداد فرعی نیست، بلکه یک تعهد اولیه و مستقل است که ضامن باید در صورت مطالبه اقدام به پرداخت دین نماید (سماواتی، ۱۳۸۲: ۱۵۸). در مقابل این نظر ممکن است گفته شود که ذی‌نفع برای دریافت وجه ضمانت‌نامه باید قصور متعهد در انجام تعهد را اثبات نماید، زیرا مسئولیت ضامن مسئولیتی ثانوی است که صرفاً در صورت عدم انجام تعهد از سوی مدیون اصلی وی باید جوابگوی ذی‌نفع باشد. به عنوان مثال، بند ب ماده ۹ قواعد ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، اثبات تخلف مضمون‌عنه از قرارداد پایه را لازم می‌داندست. (افتخار جهرمی، ۱۷: ۱۳۸۰)

در پاسخ نیز باید گفت، نظر اول منطقی‌تر و به مصلحت نزدیکتر است؛ زیرا طرفین به طور ضمنی توافق نموده‌اند که در صورتی که متعهد به تعهد خود وفا ننموده، به صرف مطالبه ذی‌نفع وجه ضمانت‌نامه قابل پرداخت گردد. مگر اینکه متعهد به صراحت برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه شرایطی را پیش‌بینی نموده باشند که در این صورت، بانک در صورتی می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را به ذی‌نفع بپردازد که آن شرایط رعایت شده باشد. همچنین اگر قرارداد ساکت باشد و شرایطی برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه پیش‌بینی نشده باشد، اصل بر عدم تکلیف ذی‌نفع به اثبات نقض قرارداد است. مضافاً اینکه مکلف نمودن ذی‌نفع به اثبات قصور موجب کمرنگ‌تر شدن اثر و فایده ضمانت‌نامه بانکی می‌شود، زیرا ذی‌نفع می‌توانست با اقامه دعوا و اثبات قصور متعهد در دادگاه اقدام به مطالبه خسارت یا دریافت ثمن در مورد استرداد پیش‌پرداخت ثمن نماید؛ بنابراین برای ضمانت‌نامه چه فایده‌های مترتب می‌بود. برخی از حقوقدانان نیز حتی شرط نمودن اعلام تخلف نمودن مضمون‌عنه از جانب ذی‌نفع برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه را به معنای مشروط نمودن ضمانت‌نامه ندانسته تا تعهد پرداخت بانک را موقوف به احراز قصور و تخلف مضمون‌عنه کند (۲۸، ص ۸۹). همچنین با توجه به اینکه منشأ تعهد بانک توافق مستقل و جداگان‌های است، بانک نمی‌تواند در مقام ایفای تعهد خود در پرداخت، به روابط قراردادی طرفین اصلی، استناد نماید، زیرا این مخالف اصل استقلال به عنوان

یکی از اصول مسلم در ضمانت‌نامه‌های بانکی، خواهد بود. البته مضمون‌عنه می‌تواند با به عهده گرفتن بار اثبات، عدم استحقاق ذی‌نفع را ثابت نماید (محبی، ۱۳۷۵: ۹۴).

اگر بانک پس از درخواست ذی‌نفع مبنی بر مطالبه وجه ضمانت‌نامه از پرداخت آن امتناع نماید، ذی‌نفع می‌تواند مستقیماً علیه بانک طرح دعوا نموده و مبلغ ضمانت‌نامه و خسارات وارده را که به دلیل خودداری از پرداخت توسط بانک می‌باشد را مطالبه نماید (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۹۵) زیرا تعهد بانک بر خلاف ضمان عقدی مذکور در قانون مدنی که یک عقد تبعی است، در مقابل ذی‌نفع یک تعهد مستقل است، بانک حق ندارد به رابطه بین مضمون‌عنه و خودش استناد کرده و از پرداخت وجه ضمانت‌نامه امتناع نماید. بموجب اصل استقلال، با ایجاد و صدور ضمانت‌نامه، یک تعهد جدیدی برای ذی‌نفع بر عهده بانک ایجاد می‌شود که ارتباطی با قرارداد پایه ندارد و بانک به طور مستقل و بدون توجه به مفاد و تعلیقات قرارداد پایه در مقابل ذی‌نفع مسئول پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌گردد (۱: ۲۰۱۲، Beyer). در واقع استقلال به معنای تعهد مستقل غیر قابل‌فسخ به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه بر طبق شرایط و ضوابط تصریح شده می‌باشد (Kozolchik, ۲۷: ۱۹۹۰-۱۹۸۹). در نتیجه ایراداتی که متعهد اصلی در مقابل ذی‌نفع می‌توانست به آن استناد نماید، بانک در پرداخت وجه ضمانت‌نامه حق استناد به آن را ندارد که همان اصل عدم توجه ایرادات است. طبق این اصل، ضامن نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع نه به بطلان قرارداد اصلی و نه به انحلال یا فسخ آن استناد نماید (مسعودی، ۱۳۹۱: ۲۷). همچنین اصل استقلال، مانعی در مقابل استناد بانک به رابطه خودش با مضمون‌عنه در برابر ذی‌نفع در جهت انکار تعهدش به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۳۶).

ضمانت‌نامه مستقل‌ترین نوع از انواع تعهدات است به طوری که از اعتبارات اسنادی از استقلال بیشتری برخوردار است، زیرا در اعتبارات اسنادی برای مطالبه وجه مدارک و اسنادی باید ارائه گردد (۸۵: ۲۰۱۰، Horowitz). یکی از مهم‌ترین نتایج اصل استقلال این است که تعهد ضامن، منحصرأ تعهد خود وی است، به طوری که حتی اگر مضمون‌عنه همان مبلغ را به ذی‌نفع بپردازد، ذمه بانک بری نمی‌شود (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۳۱) اما ایراد این نظر این است که ایفای دین از جانب غیر مدیون نیز جایز است بنابراین اگر

مضمون‌عنه دین ضامن را به ذی‌نفع بپردازد و ذی‌نفع بر همین اساس آن را دریافت کند حق رجوع به ضامن را ندارد.

برخی از حقوقدانان ضمانت‌نامه را نیز مانند عقد ضمان می‌دانند و تعهد ضامن را تعهد تبعی و فرعی دانسته و قائل به استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه نیستند و معتقدند ضمانت‌نامه بانکی برگردان روابط حقوقی فی‌مابین دو شخص است که از قرارداد پایه نشأت گرفته است و هر اختلافی در رابطه با ضمانت‌نامه متفرع از قرارداد اصلی و پایه می‌باشد (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۸۲) به گونه‌ای که بانک ضامن قائم مقام مدیون اصلی و یا مضمون‌عنه می‌باشد؛ بنابراین هرگاه بطلان قرارداد اصلی و پایه و یا فسخ آن و یا انجام آن مطابق قرارداد اثبات گردد، ضمانت بانک نیز موضوعاً منتفی است و بانک ضامن حق دارد هرگونه ایراد و دفاعی را که مربوط به موضوع مورد ضمانت است مثل ایراد انجام تعهدات مطرح نماید (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۸۳) برخی از حقوقدانان اروپایی از جمله در کشورهای شمالی (سوئد) نیز، با اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی، مخالفند (افتخار جهرمی، ۱۳۸۰: ۱۴).

اما ایراد این نظر این است که بانک به این امر توجه ندارد که آیا تعهداتی را که ذی‌نفع به موجب قرارداد اصلی بر عهده گرفته بود، به طور کامل ایفا نموده است یا خیر و یا اینکه آیا موضوع و مورد معامله اصلی را به متعهدله تسلیم نموده است یا خیر؟ در واقع تعهد او همچون تعهد بانک ابلاغ‌کننده و یا حتی بانک تأییدکننده در اعتبارات اسنادی است که به صورت تعهد غیر قابل فسخ تأیید شده بوده که به صرف مطالبه وجه از بانک، بانک را مکلف به پرداخت وجه به ذی‌نفع می‌نماید (Kozolchik: ۱۹۸۹-۱۹۹۰: p۵۱) (اشمیتوف، ۱۳۹۰: ۶۸۹). همچنین ضمانت‌نامه در صورتی می‌تواند به هدف اصلی خود که جلب اعتماد و اطمینان ذی‌نفع است، دست یابد که تعهد بانک به طور کامل مستقل از قرارداد پایه باشد (Kozolchik: ۱۹۸۹-۱۹۹۰, p۲۵) و به دلیل نادیده گرفتن ویژگی استقلال ضمانت‌نامه بانکی در مقررات نشریه ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی، بود که در نهایت، این مقررات، شکست خورد (افتخار جهرمی، ۱۳۸۰: ۱۴). حداقل در مورد انفساخ یا فسخ قرارداد، می‌دانیم که انفساخ یا فسخ ناظر به آینده هستند و حقوقی که در قبل از انفساخ، به طور غیر مشروط بدست آمده است، اصولاً در بعد از انفساخ یا فسخ قرارداد پایه از بین نرفته و باقی می‌ماند. در ضمانت‌نامه نیز چون به محض صدور

ضمانت‌نامه برای ذی‌نفع حق مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه ایجاد می‌شود، فسخ و یا انفساخ قرارداد پایه به حقی که در قبل ایجاد شده است آسیبی نمی‌رساند، زیرا طبق اصل استصحاب، حق باقیست مگر دلیلی بر از بین رفتن آن حق وجود داشته باشد (Hunt, 2001: p412).

وابسته کردن ضمانت‌نامه به قرارداد پایه به این معنی خواهد بود که بانک قبل از پرداخت خود را درگیر این مسئله نماید که آیا متعهد اصلی در انجام تعهدات قراردادی پایه قصوری را مرتکب شده است یا خیر که این امر مستلزم قضاوت و دادرسی از سوی بانک می‌باشد و این در حالیست که بانکها از این کار ابا داشته و نمی‌خواهند در پرداخت ضمانت‌نامه خود را درگیر مفاد و تعلیقات قرارداد پایه نمایند (مسعودی، ۱۳۹۱: ۷۳). همچنین دیدگاه عدم استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه، با عرف و رویه بین‌المللی و نیز مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی و کنوانسیون آنسیترال مغایرت دارد (نفرشی، ۱۳۸۲: ۱۸-۵). بند الف ماده ۵ مقررات یکنواخت ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مصوب ۲۰۱۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد: «ضمانت‌نامه‌ها از قرارداد پایه و اصلی و از درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل است و قرارداد اصلی و پایه ارتباطی به ضامن نداشته و ضامن ملتزم به آن نخواهد بود. ذکر قرارداد پایه در ضمانت‌نامه خدش‌های به استقلال ضمانت‌نامه وارد نمی‌نماید».

برخی نیز میان فسخ و بطلان قائل به تفکیک شدند. در باب بطلان معتقدند استقلال در ضمانت‌نامه بانکی مانع از این نیست که ضمانت‌نامه به علت بطلان قرارداد پایه یا یک سبب قانونی، باطل باشد. به عنوان مثال اگرچه ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه یا مزایده ذاتاً از قرارداد پایه مستقل است، اما اگر مضمون‌عنه در پیشنهاد مزایده موفق نشود (به نتیجه نرسد)، مسلماً به تبع بطلان مزایده، ضمانت‌نامه‌های که تصور می‌شد، صحیح است، باطل می‌گردد (Kozolchyk, 1989-1990: p26). استقلال ضمانت‌نامه بانکی آن را به کلی از قرارداد پایه منفک نمی‌نماید. ضمانت‌نامه برای تضمین تعهد ناشی از قرارداد پایه است، در نتیجه اگر در شخص یا مورد معامله در قرارداد پایه اشتباهی رخ دهد که آن را باطل نماید، تعهد بانک نیز بی‌مفهوم خواهد بود (غمامی، ۱۳۷۸: ۱۳۲). در واقع وجود ضمانت‌نامه منوط به وجود قرارداد پایه است، در صورتی که قرارداد پایه از اساس باطل باشد، یعنی وجود ندارد، در نتیجه ضمانت‌نامه نیز وجود ندارد، زیرا قصور

طرف قرارداد پایه (مضمون‌عنه) در انجام تعهدات قرارداد پایه به ذی‌نفع حق مطالبه ضمانت‌نامه را می‌دهد و در فرضی که قرارداد پایه باطل است به تبع آن تعهدی وجود ندارد که در اثر قصور در انجام آن تعهد، ذی‌نفع حق مطالبه ضمانت‌نامه را بیابد (Kozolchik: ۱۹۸۹-۱۹۹۰, p۴۹). در رد این نظر باید گفت، قبول این نظر مستلزم این است که بانک خودش را درگیر روابط قرارداد پایه نموده، امری که بانکها به شدت با آن مخالفند؛ بنابراین بانک موظف به پرداخت وجه می‌باشد و نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع به بطلان استناد کند و مضمون‌عنه می‌تواند به ذی‌نفع برای استرداد به دلیل استفاده بلاجهت رجوع نماید.

ب) ضمانت‌نامه مشروط

گاهی تعهد بانک در مقابل ذی‌نفع مطلق نبوده، بلکه مشروط است. در این فرض، بانک در صورتی موظف به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد که تمامی قیود و شروط ضمانت‌نامه رعایت شده باشد. با توجه به اینکه حال و منجز گردیدن تعهد ضامن، منوط و موکول به تحقق قصور متعهد از انجام تعهد می‌باشد، این مسئله موجب می‌گردد که گاهی در ضمانت‌نامه شرایطی بر لزوم ارائه دلایل معینی مبنی بر وقوع قصور، نحوه مطالبه و نیز مدتی که مطالبه باید در آن مدت انجام گیرد، گنجانیده شود. (فتحی‌پور، ۱۳۶۹: ۱۶۹) این شرایط باید به طور واضح و بدون ابهام در قرارداد گنجانیده شود تا ضامن در احراز تحقق یا عدم تحقق شروط دچار مشکل نگردد.

صدور ضمانت‌نامه مشروط اصولاً در جهت نفع مضمون‌عنه خواهد بود؛ زیرا ضمانت‌نامه مشروط وصول مبلغ ضمانت‌نامه را با دشواری روبرو می‌نماید؛ به عبارت دیگر، برخلاف ضمانت‌نامه عندالمطالبه که بمحض مطالبه ذی‌نفع، بانک اقدام به پرداخت وجه ضمانت‌نامه می‌نماید، در ضمانت‌نامه مشروط، ذی‌نفع باید اسناد، رأی داور یا دادگاه و یا سایر مدارک مشروط را ارائه نماید و یا اینکه اسناد و مدارکی مبنی بر وقوع و حدوث امر شرط شده را برای دریافت مبلغ ضمانت‌نامه به بانک تحویل دهد (Laur: ۲۰۰۹, p۱۸). این مدارک ممکن است از طرف خود شخص ذی‌نفع صادر شوند، مانند فاکتورها و صورتحساب‌های پرداخت نشده به گون‌های که این اسناد اثبات‌کننده طلبکار بودن ذی‌نفع ضمانت‌نامه گردد. همچنین این مدارک ممکن است از سوی اشخاص ثالث صادر گردند مانند گزارش یک حسابرس مستقل، ارائه حکم دادگاه که

موید و بیانگر کوتاهی متقاضی از انجام تعهدات قراردادی باشد (کاشانی، ۱۳۷۴-۱۳۷۵: ۱۵۱). همچنین برخی ضمانت‌نامه‌های را که در آن شرط شده «در صورتی مبلغ ضمانت‌نامه قابل پرداخت خواهد بود که ضامن تأیید کند، مضمون‌عنه تعهدات قراردادی‌اش را نقض کرده است و در نتیجه آن ذی‌نفع متحمل خساراتی شده است» را مشروط می‌دانند (Laur: ۲۰۰۹, p18).

در واقع در ضمانت‌نامه مشروط ذی‌نفع باید نقض تعهد مضمون‌عنه و قصور در انجام تعهد توسط وی را با صراحت و وضوح و دقت بیشتری نسبت به ضمانت‌نامه عندالمطالبه مطرح نماید، به طوری که همانطور که گفتیم گاهی نیازمند ارائه رأی داور یا تصمیم دادگاه راجع به قصور مضمون‌عنه در انجام تعهد قراردادی خواهد بود (Laur: ۲۰۰۹, p18). در ضمانت‌نامه مشروط گاهی مطالبه وجه ضمانت‌نامه مشروط به تحقق شرطی می‌شود که مورد بحث ما در این بند همین فرض است. گاهی نیز ضمانت‌نامه از جهت لزوم به تحقق شرط خاصی نظیر اخذ مجوز از مقامات ذی صلاح منوط می‌گردد. همچنین گاهی، وقوع ضمانت‌نامه موکول به تحقق شرطی گردد که در این حالت در متن تعهد بانکی تصریح می‌شود که این ضمانت‌نامه قبل از انعقاد ن‌هایی یا لازم الاجرا شدن قرارداد پایه به حالت فعال در نمی‌آید (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۲۴)

ج) شرایط مطالبه

برای اینکه ذی‌نفع بتواند مبلغ ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، وجود هر یک از شرایط زیر به عنوان شرایط اصلی مطالبه وجه ضمانت‌نامه الزامی است:

– مطالبه قبل از انقضای مهلت مندرج در ضمانت‌نامه

ضمانت‌نامه‌های بانکی معمولاً برای یک دوره یا مدت زمان مشخص، گشایش می‌شوند که نشان دهنده مدت زمان تعهد بانک به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه در مقابل ذی‌نفع می‌باشد. به این معنی که با انقضاء مدت مشخص شده در ضمانت‌نامه و عدم مطالبه وجه ضمانت‌نامه در مدت مذکور، تعهد بانک در مقابل ذی‌نفع به طور خودکار ساقط می‌گردد (پیروزفر، ۱۳۸۰: ۳۹). بند ۱ ماده ۵ مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه مقرر می‌دارد: «در صورتی که تا قبل از انقضای مدت ضمانت‌نامه یا در زمان سررسید آن، از ضامن مطالبه صورت نگیرد، اعتبار ضمانت‌نامه از بین می‌رود». تعیین مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه به دو صورت تعیین می‌گردد: یا یک تاریخ معینی برای زمان انقضای

ضمانت‌نامه تعیین می‌گردد و یا انقضای ضمانت‌نامه منوط به وقوع یک حادثه معین می‌گردد. ضمانت‌نامه بدون تعیین تاریخ انقضا می‌تواند به طور نامحدود قابل مطالبه باشد (Kozolchyk: ۱۹۸۹-۱۹۹۰, p۶۶)؛ اما بنظر می‌رسد در این فرض، زمان خاتمه ضمانت‌نامه از طریق قرارداد پایه تعیین می‌شود. به این معنا که اشاره به قرارداد پایه و عدم تعیین تاریخ معین در مورد تاریخ انقضای ضمانت‌نامه دلالت بر این دارد که زمان اعتبار ضمانت‌نامه باید از ضوابط و شرایط توافق قراردادی پایه پیروی نماید؛ بنابراین باید گفت که شرایط مربوط به زمان که در قرارداد پایه بیان شده است، تعیین‌کننده زمان اعتبار ضمانت‌نامه است (Mayer-Reumann, ۲۰۰۲: p۲۹). در واقع، در این فرض، طرفین به طور ضمنی توافق نموده‌اند که با رجوع به قرارداد پایه بتوان تاریخ انقضای ضمانت‌نامه را تعیین کرد.

مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه تأثیر اساسی بر ارزش آن دارد، در نتیجه تاریخ مربوط به اعتبار آن باید به طور دقیق معین گردد (Mayer-Reumann, ۲۰۰۲: p۲۹). به طور معمول، طول مدت در ضمانت‌نامه بانکی از اعتبارات اسنادی بیشتر است. در فرم اعتبارات اسنادی قیدی در مورد انقضای اعتبار اسنادی شرط نمی‌گردد و اغلب به صورت جای خالی که بعداً پر خواهد شد می‌باشد اما در ضمانت‌نامه بانکی اصولاً شرط ویژه‌های راجع به زمان خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه ذکر می‌گردد (Kozolchyk: ۱۹۸۹-۱۹۹۰, p۲۸).

تاریخ شروع اعتبار ضمانت‌نامه غالباً روز گشایش آن است (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۲۵). تاریخ خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه در ضمانت‌نامه‌های مدت دار می‌تواند به طرق مختلف تعیین گردد. به عنوان مثال؛ تعیین یک روز معین و خاص - خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه به وقوع یا تحقق شرطی خارجی - یا ترکیبی از دو حالت مذکور (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۲: ۲۲۶). علی‌رغم اینکه برخی اظهار می‌دارند، در ضمانت‌نامه حسن انجام کار باید سررسید معینی ذکر گردد و از درج عبارات مبهم از قبیل «تا زمان انجام عملیات بنحو رضایتبخش» اجتناب گردد (طارم سری، ۱۳۷۷: ۱۵۰) برخی دیگر معتقدند، در ضمانت‌نامه حسن انجام کار می‌تواند شرط گردد که ضمانت‌نامه تا زمان اجرا و اتمام کامل پروژه معتبر باقی بماند تا ضمانت‌نامه به طور کامل به هدف خود که تضمین تعهد مضمون‌عنه است برسد، به همین دلیل عموماً در ضمانت‌نامه حسن انجام کار زمان انقضای

ضمانت‌نامه، زمان اجرای تعهداتی است که بر عهده گرفته شده است (Mayer-Reumann ۲۰۰۲: p۲۹) نظر دوم صحیح‌تر است، زیرا در این فرض زمان انقضای ضمانت‌نامه مبهم نیست، بلکه قابل تعیین است. همچنین این نظر به هدف ضمانت‌نامه که تضمین انجام تعهدات توسط مضمون‌عنه است، نزدیک‌تر می‌باشد.

اصولاً مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه غیر قابل تغییر و اصلاح است و نگهداری اسناد ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع بعد از تاریخ انقضا (خاتمه)، اثر قانونی ندارد. به طور استثنایی گاهی ممکن است مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه افزایش یابد و آن در فرضی است که مضمون‌عنه موظف بود که در یک مدت زمان تعیین شده تعهدات خود را انجام دهد، اما در آن مدت موفق به انجام آن تعهد نشده است و ذی‌نفع نیز در این فرض تمایل به حفظ و ادامه مسئولیت ضامن دارد. در این حالت، ذی‌نفع از ضامن درخواست «مدت ضمانت‌نامه را تمدید کن یا وجه را بپرداز» می‌نماید (Kozolchyk: ۱۹۸۹-۱۹۹۰: p۳۱). بانک ضامن باید بدون تأخیر، مضمون‌عنه را از درخواست «تمدید یا پرداخت»، آگاه نماید و تا زمانیکه برای توافق مضمون‌عنه و ذی‌نفع در مورد تمدید اعتبار عرفاً مناسب و کافی باشد پرداخت را به تأخیر اندازد (افتخار جهرمی، ۱۳۸۲: ۱۶).

ذی‌نفع معمولاً به دو دلیل اقدام به درخواست «تمدید کن یا بپرداز» می‌نماید، گاهی به این دلیل است که ذی‌نفع هنوز تصمیم به مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه نگرفته و در حال بررسی این مسئله است که آیا مضمون‌عنه در انجام تعهد قصور کرده تا اقدام به مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه نماید یا خیر؟ دومین دلیل این می‌تواند باشد که ذی‌نفع می‌خواهد مضمون‌عنه را از این طریق در فشار قرار دهد تا تعهدات مربوط به توافقات قراردادی را انجام دهد. دلیل دوم بیشتر در مورد ضمانت‌نامه‌های شرکت در مناقصه یا مزایده یا ضمانت‌نامه حسن انجام کار صدق می‌نماید (Laura, ۲۰۰۹: pp۲۸-۲).

– عدم تقلب در مطالبه وجه ضمانت‌نامه

اگرچه مطابق اصل استقلال بانک بمحض مطالبه ضمانت‌نامه بدون توجه به هیچ ایرادی موظف به پرداخت است، اما تقلب، استثنای اصل استقلال می‌باشد که بانک را موظف به عدم پرداخت می‌نماید. تقلب فعل یا ترک فعل توأم با قصد نتیجه‌های است که از آن فعل یا ترک فعل، لطمه به حقوق دیگران برسد و یا نقض قانون، صورت گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۳۹۵).

مبلغ پرداختی را از مضمون‌عنه ندارد. همچنین در موردی که ذی‌نفع به دلایل صرفاً سیاسی اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه می‌نماید، مطالبه وی متقلبانه است (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۸۵).

یکی دیگر از مصادیق تقلب، سوء استفاده از حق به عنوان تجاوز نسبت به رعایت قاعده نظم عمومی و اخلاق حسنه است؛ زیرا در تمامی روابط قراردادی، طرفین به طور ضمنی رعایت برخی قواعد را مدنظر قرار داده‌اند مانند رعایت نظم عمومی، قاعده انصاف و عدالت که نمی‌تواند توسط هیچیک از طرفین، نادیده گرفته شود. سوء استفاده از حق به وسیله هر یک از طرفین، نقض اساسی قاعده نظم عمومی یا قاعده انصاف و عدالت محسوب می‌شود (Mugasha, ۲۰۰۳: pp ۳۷-۳۸) تقلب توسط شخص ثالث نیز می‌تواند صورت گیرد (Gao, ۲۰۰۲, pp ۱۲۱-۱۳۵) مشروط بر اینکه متقلب با ذی‌نفع تبانی نماید. در فرض تقلب، مضمون‌عنه می‌تواند از طریق دادگاه، بانک را از پرداخت وجه ضمانت‌نامه و ذی‌نفع را از درخواست پرداخت منع نماید. تفاوت بین منع بانک از پرداخت ضمانت‌نامه و منع ذی‌نفع از مطالبه وجه بر اساس ضمانت‌نامه این است که در اولی مضمون‌عنه در صدد جلوگیری بانک در اجرای قراردادش (ضمانت‌نامه) است و در دومی مضمون‌عنه در صدد جلوگیری ذی‌نفع، از نقض شرایط قرارداد پایه است. (Hunt, ۲۰۰۱: p ۳۹۸)

– انطباق اسناد ارائه شده با مفاد و تعلیقات ضمانت‌نامه

پس از مطالبه وجه ضمانت‌نامه و ارائه اسناد، رعایت اصل انطباق دقیق اسناد با مفاد و تعلیقات ضمانت‌نامه ضروری است (Stoufflet, ۱۹۸۷ p ۵۰). مفهوم این اصل این است که بانک موظف است مبلغ ضمانت‌نامه را صرفاً در برابر ارائه اسنادی که به صورت دقیقی منطبق با شرایط ضمانت‌نامه هستند، پرداخت نماید، اگرچه اسناد ارائه شده منطبق با مفاد و شرایط قرارداد پایه نباشند، زیرا بانک صرفاً بر اساس شرایط مذکور در ضمانت‌نامه اقدام به پرداخت می‌نماید و مکلف به انطباق اسناد ارائه شده با شرایط قرارداد پایه نیست؛ بنابراین در صورتی که بین اسناد ارائه شده و شرایط ضمانت‌نامه تضاد و تناقض باشد، بانک موظف به رد مطالبه است. اگرچه ذی‌نفع شایستگی خود نسبت به مبلغ ضمانت‌نامه را با استناد به قرارداد پایه و از طریق دلایل خارج از اسناد اثبات نماید (Kayembe, ۲۰۰۸: p ۵۲). ارائه اسناد باطل و نیز ارائه اسناد متقلبانه و جعلی

به عنوان عدم انطباق تلقی می‌گردد (Horowitz, ۲۰۱۰: p۵۹). بانک باید در یک مدت زمان متعارف پس از ارائه اسناد توسط ذی‌نفع، تصمیم بگیرد راجع به اینکه اسناد منطبق است تا مبلغ را پردازد یا منطبق نیست (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۲۴). همچنین در فرضی که بانک اسناد را به دلیل عدم انطباق رد می‌کند، در صورتی که زمان ضمانت‌نامه خاتمه نیافته باشد، ذی‌نفع می‌تواند، اقدام به رفع نقیصه نموده و وجه ضمانت‌نامه را از بانک مطالبه نماید (محبی، ۱۳۷۵: ۱۸۰).

در مواردی که دستورات مضمون‌عنه به بانک در ضمانت‌نامه مبهم و غیر واضح باشد، بانک می‌تواند با اعمال یک تفسیر منطقی (متعارف) وجه را پردازد، اما اگر ابهام یا عدم وضوح بسیار زیاد است، در چنین موردی بانک موظف است، با رجوع به مضمون‌عنه، از وی رفع ابهام یا توضیحات بیشتر را بخواهد (Mugasha, ۲۰۰۳, p۱۱۳).

بررسی ظاهری (بصری) اسناد به وسیله بانک، جهت تشخیص انطباق یا عدم انطباق، کفایت می‌نماید؛ بنابراین بانک وظیفه‌های به بررسی و تطبیق در ورای ظاهر اسناد نیست و صرفاً بر اساس صورت و شکل ظاهری اسناد تصمیم می‌گیرد (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۲۶; ۳۷, p۵۳). ماده ۱۹ مقررات URDG۲۰۱۰ در همین زمینه مقرر داشته است: «ضامن فقط بر اساس مدرک تقدیم شده تصمیم می‌گیرد که آیا صورت ظاهر اسناد با شرایط ضمانت‌نامه مطابقت دارد یا خیر؟» مفهوم «صورت ظاهر» اسناد این است که تعهد بانک در بررسی اسناد، به بررسی عبارات و مندرجات برگه محدود است؛ نه واقعیاتی که عبارات مزبور بیانگر آن است؛ بنابراین اگر بانک، بر طبق صورت ظاهر اسناد در مورد مطابقت یا عدم مطابقت اسناد با شروط و تعلیقات ضمانت‌نامه، تصمیم‌گیری نماید، به تکلیف خود عمل نموده است (شهبازی‌نیا، ۱۳۹۰: ۱۵۲).

بانک نباید به این موضوع توجه کند که آیا این اختلاف و عدم انطباق در شرایط ضمانت‌نامه و اسناد ارائه شده مهم است یا اهمیتی ندارد و در صورت عدم انطباق، موظف به رد است (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۳۲). همچنین بانک وظیفه‌های به بررسی کفایت، شایستگی و سندیت (اعتبار) اسناد ارائه شده را ندارد، بلکه صرفاً موظف به بررسی متعارف بر اساس صورت ظاهر اسناد می‌باشد (Kayembe, ۲۰۰۸: PP۵۳-۵۴)؛ زیرا بانک متخصص شناسایی صحت (اعتبار) اسناد و یا جعلی بودن آنها نیست؛ بنابراین در صورتی که اسناد ارائه شده در ظاهرشان منطبق باشند، بانک حق پرداخت دارد، مشروط

بر اینکه بانک از عدم انطباق واقعی آگاه نباشد به عنوان مثال اسناد جعلی باشد و بانک آگاه از جعل نباشد (Horowitz, 2010: p20).

به هر حال اصل انطباق دقیق، امروزه قدری منعطف‌تر شده است و بانک پافشاری در تطبیق سخت و خیلی دقیق جملات و عبارات ندارد. تطبیق لغت به لغت (کلمه به کلمه) صرفاً در صورتی لازم است که در ضمانت‌نامه تصریح شده باشد. همین طور، یک اشتباه عددی که به طور واضح، یک خطای چاپی و یا دفتری است، به بانک حق امتناع از پذیرش درخواست ذی‌نفع را نمی‌دهد (Kayembe, 2008: p54) همچنین در صورتی که اسناد به ظاهر با شرایط ضمانت‌نامه منطبق نباشند، اما در معنی همان معنی اسناد و ضوابط و شرایط شرط شده را بدهند، بانک در صورتی که از این انطباق آگاه باشد، مکلف به پذیرش است (Mugasha, 2003: p133) همچنین اگر سند دیگری غیر از اسناد تعیین شده در ضمانت‌نامه ارائه شود که واجد همان اوصاف و ویژگیها بوده و بتواند به همان کیفیت، منافع مضمون‌عنه را حفظ نماید، کفایت می‌کند (مسعودی، ۱۳۹۱: ۹۸).

۳-۱-۲ تعهدات متقابل بانک و مضمون‌عنه (مشتری) بر عدم تغییر مضمون‌له (ذی‌نفع)

اگر ماهیت ضمانت‌نامه بانکی را تعهد بنفع ثالث بدانیم، هر یک از طرفین قرارداد تعهد به سود ثالث، ملزم به اجرای قرارداد و تعهد ناشی از قرارداد در برابر طرف دیگر است و در صورت خودداری هر یک از دو طرف از انجام تعهد قراردادی خویش، ممتنع ملزم به اجرای تعهد بر عهده گرفته شده می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۹: ۳۱۳) زیرا قراردادی که در آن به نفع شخص ثالث تعهد شده است، به طور مستقیم متعهد را در برابر ثالث مدیون می‌کند و او می‌تواند از تمام وسایلی که سایر طلبکاران، برای اجبار مدیون به کار می‌برند، استفاده کرده و الزام بدهکار را بر وفای به عهد بخواهد (طاهری، ۱۴۱۸: ۸۴) در نتیجه پس از صدور ضمانت‌نامه، متعهد اصلی حق تغییر ذی‌نفع را نخواهد داشت، زیرا این اقدام در تقابل اجرای تعهد قراردادی ضامن است و همچنین در تعهد به نفع ثالث در زمانیکه تعهد به نفع ثالث ایجاد می‌شود نه مشروط له به تنهایی و نه با توافق با متعهد نمی‌توانند، ثالث را تغییر دهند، زیرا اگرچه طرفین می‌توانند برای ثالث حق ایجاد کنند، اما نمی‌توانند پس از ایجاد حق بنفع ثالث بدون اراده وی حق را از بین ببرند (غمامی، ۱۳۷۸: ۱۲۹)

همین مطالب در فرضی که ماهیت ضمانت‌نامه بانکی را ایقاع بدانیم (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۱۲) صادق است، زیرا اگرچه شخص (بانک) می‌تواند با اراده خود برای دیگران حقی را به وجود آورد، اما نمی‌تواند با اراده خود حقی را که برای دیگران ایجاد شده از بین ببرد.

۳-۱-۳ حقوق و تعهدات ذی‌نفع

در فرضی که در قراردادی راجع به قابلیت یا عدم قابلیت انتقال بین طرفین توافقی صورت گرفته باشد، این توافق برای طرفین لازم‌الاتباع است، اما در فرضی که قرارداد ساکت باشد، انتقال هر قراردادی که قائم به شخص نباشد مجاز است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۶۴) البته در مواردی هم که انتقال قرارداد مجاز است، بدون اذن طرف مقابل انتقال قرارداد ممکن نیست. به دلیل اینکه اصل بر عدم حق انتقال قرارداد بدون اذن طرف مقابل است، زیرا برای هر یک از طرفین به موجب قرارداد حقوق و تعهداتی ایجاد می‌شود، در نتیجه در صورتی که انتقال بدون رضایت طرف مقابل صورت گیرد، ممکن است طرف معامله را با شخصی روبرو کند که تعهدات قراردادی منتقل شده به خود را انجام ندهد، مضافاً اینکه طبق ماده ۲۳۱ قانون مدنی: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها مؤثر است، ...» در نتیجه یکی از طرفین عقد نمی‌تواند با انتقال قرارداد شخصی را وارد قرارداد کند که طرف مقابل با او قرارداد نبسته است و طرف قرارداد را با شخص ناشناخت‌های روبرو کند، زیرا این مسئله مخالف اصل آزادی قراردادهاست، به دلیل اینکه طبق این اصل هریک از طرفین می‌توانند آزادانه طرف مقابل خود را در عقود تعیین کرده و با وی قرارداد منعقد کنند، در صورتی که یکی از طرفین بتواند از انجام تعهدات خود شانه خالی کرده و با انتقال قرارداد طرف مقابل را با فرد ناشناخت‌های روبرو کند که او وی را به عنوان طرف قرارداد خود انتخاب ننموده بود، این اقدام در تقابل صریح با اصل آزادی قراردادهای می‌باشد؛ بنابراین این انتقال صحیح نیست.

در انتقال ضمانت‌نامه انتقال گاهی به صورت انتقال ضمانت‌نامه می‌باشد و گاهی به صورت انتقال ضمانت‌نامه به همراه قرارداد پایه صورت می‌گیرد، گاهی نیز صرفاً انتقال عواید ناشی از ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع به ثالث منتقل می‌گردد. در مورد انتقال ضمانت‌نامه با توجه به اینکه ضمانت‌نامه به منظور تضمین تعهدات مضمون‌عنه در

قرارداد پایه صادر شده و فرض این است که ذی‌نفع در صورت تخلف مضمون‌عنه از تعهدات مذکور وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند، انتقال مذکور صحیح نمی‌باشد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۱۰). انتقال ضمانت‌نامه فرع و موکول به انتقال قرارداد پایه و اصلی است و اگر شخصی دارای حقی نسبت به قرارداد پایه نباشد، باطیع نسبت به ضمانت‌نامه نیز که برای تضمین و توثیق تعهدات مندرج در آن قرارداد صادر و تسلیم شده است نیز نمی‌تواند حقی داشته باشد (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۲۵) اگر مضمون‌عنه و مضمون‌له با یکدیگر توافق نموده و اقدام به انتقال قرارداد به ثالث نمایند، این انتقال در مقابل بانک اثری ندارد و موجب انتقال ضمانت‌نامه نمی‌گردد مگر اینکه بانک موافقت خود را با انتقال اعلام نماید (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۲۵). در واقع اسناد مذکور (ضمانت‌نامه‌های بانکی) قائم به اشخاص‌اند و قابلیت انتقال از طریق ظهنویسی را ندارند (شیروی، ۱۳۸۹: ۲۷۷؛ اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۶۱) زیرا ضمانت‌نامه‌های بانکی، بر خلاف اسناد تجاری به معنی خاص که به علت رواج عمومی آنها در میان تجار و غیر تجار و استقبال عامه از آنها نقش پول را ایفا می‌نمایند، به عنوان ابزار تجارت داخلی و بین‌المللی کاربرد محدودی دارند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۶۱) در نتیجه بر خلاف اسناد تجاری به معنی خاص قابل‌ظهنویسی نمی‌باشند.

اما اگر انتقال ضمانت‌نامه به همراه انتقال قرارداد پایه باشد، این انتقال بی‌تردید فاقد ایراد می‌باشد، زیرا ذی‌نفع جدید جانشین و قائم مقام ذی‌نفع سابق شده و تمامی حقوق و تعهدات قرارداد پایه و نیز ضمانت‌نامه به وی منتقل شده و ذی‌نفع اولیه به طور کامل از این روابط خارج می‌گردد و هیچ‌گونه مسئولیت و حقی در رابطه با طرفین نخواهد داشت (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۱۰). در این فرض نیز انتقال ضمانت‌نامه و قرارداد پایه به ثالث نیازمند رضایت مضمون‌عنه و بانک می‌باشد، زیرا بانک و مضمون‌عنه را نمی‌توان با فردی که نخواسته‌اند، طرف قرارداد نمود، زیرا تمامی تعهدات قرارداد پایه و ضمانت‌نامه پس از انتقال در فرض مذکور به ذی‌نفع منتقل می‌گردد و این انتقال ممکن است بانک و مضمون‌عنه را با مشکل عدم انجام تعهدات توسط منتقل‌الیه ناشناس مواجه سازد. در نتیجه باید به آنها حق رد یا تنفیذ این انتقال را داد؛ زیرا در انتقال قرارداد تنها هدف این نیست که دین یا طلب ناشی از عقد به دیگری منتقل شود، بلکه مقصود این است که انتقال‌گیرنده جانشین طرف قرارداد شود و از تمام ویژگی‌های موقعیت قراردادی، بهره‌مند باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۵).

فرض بعدی انتقال عواید ضمانت‌نامه است. انتقال عواید ضمانت‌نامه صرفاً با توافق ذی‌نفع و شخص ثالث صورت می‌گیرد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۱۴)، زیرا در موردی که ذی‌نفع عواید ضمانت‌نامه را منتقل می‌کند با توجه به اینکه صرفاً منافع را منتقل نموده و خودش همچنان مسئول انجام تعهدات ضمانت‌نامه و نیز قرارداد پایه می‌باشد، این قرارداد نافذ بوده و مضمون‌عنه و نیز بانک حق رد این انتقال را نخواهند داشت، زیرا موقعیت قراردادی انتقال نمی‌یابد و طرفین قرارداد پایه همچنان انتقال‌دهنده (ذی‌نفع) است و ذی‌نفع اول مسئول تعهدات در مقابل بانک می‌باشد. منتها در این فرض، ذی‌نفع اول باید به بانک این انتقال را اطلاع دهد تا بانک در صورت مطالبه ثالث (منتقل‌الیه)، عواید را به وی پرداخت نماید.

۳-۱-۴ عدم امکان فسخ یا اقاله ضمانت‌نامه توسط بانک و مضمون‌عنه (مشتری)

با توجه به اینکه ضمانت‌نامه یک نوع تعهد به نفع ثالث است و در واقع قرارداد بین ضامن و مضمون‌عنه واقع می‌شود و بانک ضامن بر حسب درخواست مضمون‌عنه اقدام به صدور ضمانت‌نامه می‌نماید که بموجب آن حقی برای مضمون‌له ایجاد می‌شود و آنها نمی‌توانند ضمانت‌نامه را اقاله یا فسخ کنند، زیرا طرفین می‌توانند به نفع شخص ثالث، حق ایجاد کنند، اما نمی‌توانند آن را از بین ببرند (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۷۹) آن‌ها به طور ضمنی حق فسخ یا حق هرگونه اقاله‌های را اسقاط نمودند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۲۰-۱۱۹) در نتیجه، اگر به عنوان مثال مضمون‌عنه اقدام به بازپرداخت مبالغ پرداختی به بانک ننماید، بانک حق فسخ ضمانت‌نامه را ندارد، زیرا فسخ ضمانت‌نامه ضرر ذی‌نفع است و ضامن نمی‌تواند به دلیل نقض تعهد توسط مضمون‌عنه در انجام تعهدش در برابر ذی‌نفع خللی وارد نماید. مضافاً اینکه اصل بر لزوم قراردادهاست و قراردادی که بین طرفین منعقد شده است، بین آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه برای طرفین در زمان عقد، شرط خیار شده باشد (شهیدی، ۱۳۸۸: ۲۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹) البته شرط ضمنی اسقاط حق فسخ در صورتی است که شرط صریحی بر خلاف آن وجود نداشته باشد، بنابراین در صورتی که در ضمانت‌نامه هر یک از مضمون‌عنه یا ضامن برای خود خیار فسخی را تا مدت معین قرار دهند، این شرط صحیح بوده و مشروط له حق اعمال خیار را خواهد داشت، زیرا در این فرض ضمانت‌نامه بنفع ذی‌نفع به صورت مقید به وجود شرط خیار برای یکی از طرفین یا هر دو انشا شده است (شهیدی، ۱۳۸۹: ۳۱۵)

برخی در این مورد نظر مخالف داشته و معتقدند تعهد به نفع شخص ثالث با تراضی طرفین قابل اسقاط است مگر اینکه طرفین این حق را از خود سلب نمایند که در این صورت، حق شخص ثالث لازم و غیر قابل اسقاط می‌باشد (محقق داماد، صادقی، ۱۳۷۹: ۹۱) با توجه به مطالب مطرح شده در فوق ایراد این نظر روشن می‌گردد.

۲-۳ رابطه مضمون‌عنه و مضمون‌له (ذی نفع)

مضمون‌عنه و ذی‌نفع، پایه گذاران ضمانت‌نامه بانکی هستند، زیرا طرفین قرارداد پایه برای تضمین تعهدات طرف مقابل صدور ضمانت‌نامه بانکی را شرط می‌نمایند؛ بنابراین علاوه بر اینکه طرفین قرارداد پایه موظف به انجام تعهدات قراردادی خود می‌باشند، طرفی که موظف به صدور ضمانت‌نامه بانکی می‌باشد، می‌بایست از بانک درخواست صدور ضمانت‌نامه بانکی نماید. یکی از مهم‌ترین تعهدات که ذی‌نفع در برابر مضمون‌عنه، تعهد به عدم دریافت ناروای وجه ضمانت‌نامه است.

۱-۲-۳ انجام تعهدات بموجب قرارداد پایه

علت و اساس صدور ضمانت‌نامه قراردادی‌های می‌باشد که طرفین قرارداد، تعهداتی را در برابر هم به عهده می‌گیرند. در این قرارداد، طرفین رابطه مضمون‌عنه و مضمون‌له ندارند، بلکه حسب مورد کارفرما و پیمانکار یا متعهد و متعهد له می‌باشند. در این قرارداد است که مقرر می‌شود مضمون‌عنه چه نوع ضمانت‌نامه‌های و به چه مبلغ و برای چه موضوعاتی به مضمون‌له ارائه نماید (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۸۰).

چون ضمانت‌نامه مبتنی بر تقصیر متعهد است و تضمین انجام تعهد متعهد است، به طور کلی مضمون‌عنه موظف است، تعهدات قراردادی را انجام دهد و بنوعی ضمانت‌نامه همانند وجه التزام برای عدم انجام تعهد یا وجه التزام تأخیر در انجام تعهد است و دریافت وجه ضمانت‌نامه منوط به تقصیر و تخلف متعهد به انجام تعهدات قراردادی است (سماواتی، ۱۳۸۲: ۱۶۵)، در نتیجه در درجه اول مضمون‌عنه باید تعهدات به عهده گرفته به موجب قرارداد پایه را ایفا نموده و ضمانت‌نامه موجب نمی‌شود که مضمون‌عنه بتواند در سایه آن از انجام تعهدات قراردادی بموجب قرارداد پایه شانه خالی نماید و در صورت عدم انجام تعهد می‌توان الزام او به انجام تعهد را از دادگاه خواست، مگر اینکه از قصد طرفین بموجب قرارداد پایه به طور صریح یا ضمنی این نکته برداشت

شود که قصد طرفین از صدور ضمانت‌نامه این بوده که در صورت عدم انجام تعهد از جانب مضمون‌عنه، ذی‌نفع صرفاً حق دریافت ضمانت‌نامه را داشته و حق الزام مضمون‌عنه به انجام تعهد را ندارد که این توافق با توجه به اصل حاکمیت اراده صحیح و لازم‌الاتباع برای طرفین است.

۲-۲-۳ حق رجوع مضمون‌عنه به مضمون‌له (ذی‌نفع) در صورت دریافت ناروای وجه در صورتی که ذی‌نفع به طور ناوا اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه نماید، مضمون‌عنه حق رجوع به وی را جهت استرداد مبالغ پرداخت شده بر مبنای دارا شدن بلاجهت (unjust enrichment) دارد. منظور از دارا شدن بلاجهت این است که یک شخص به طور ناحق، برخی امتیازات تجاری یا مالی یا دیگر امتیازات را به هزینه طرف دیگر بدست آورده باشد (Mayer-Reumann, ۲۰۰۲: p۳۷) و مطالبه ناروا مطالب‌های است که اسناد ارائه شده واقعی نیستند یا تحریف شده هستند (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۴۱).

هدف ضمانت‌نامه‌های بانکی، تأمین ریسکها، ادعاها و خساراتی است که ریشه در قرارداد اصلی دارد و در نتیجه همینکه معلوم شد، ریسک موضوع ضمانت‌نامه منتفی شده، دیگر قابل‌وصول نیست و اگر وصول شده باشد، قابل‌استرداد خواهد بود؛ زیرا وصول ضمانت‌نامه من غیر استحقاق به معنای سوء استفاده از حق یا دارا شدن غیر عادلانه ذی‌نفع است که هر دو ممنوع است (مجبی، ۱۳۷۵: ۹۷). ماهیت بیش از حد مستقل ضمانت‌نامه‌های بانکی آنها را مستعد برای تقلب می‌سازد. ذی‌نفع می‌تواند تصمیم به مطالبه بگیرد، با وجود اینکه مضمون‌عنه تعهدات قراردادی پایه را نقض نکرده است. در چنین اوضاع و احوالی این اقدام ذی‌نفع اغلب به عنوان مطالبه توأم با سوء استفاده توصیف می‌شود (Horowitz, ۲۰۱۰: p۸۶). در واقع با توجه به اینکه ضمانت‌نامه یک تعهد مستقل و جداگان‌های نسبت به قرارداد پایه می‌باشد، این امکان وجود دارد که ذی‌نفع به ناروا وجه ضمانت‌نامه را از بانک دریافت نماید. به این معنی که با وجود اینکه مضمون‌عنه تعهدات خود را در مقابل ذی‌نفع به طور کامل و بی‌نقص اجرا نموده، با این حال ذی‌نفع اقدام به دریافت وجه ضمانت‌نامه نیز نموده است. در این فرض در صورتی که بانک وجه ضمانت‌نامه را مطابق مفاد و شرایط ضمانت‌نامه به ذی‌نفع بپردازد در مقابل مضمون‌عنه مسولیتی نخواهد داشت و مضمون‌عنه می‌تواند با طرح دعوا نسبت به استفاده بدون جهت ذی‌نفع از وجه ضمانت‌نامه بر علیه ذی‌نفع اقامه دعوا نماید و

نسبت به استرداد مبلغ پرداختی اقدام نماید. در این فرض بار اثبات دلیل بر عهده مضمون عنه می باشد (کاشانی، ۱۳۷۴-۱۳۷۵: ۱۷۶؛ شیروی، ۱۳۸۹: ۲۷۸)؛ زیرا فرض این است که دستور دهنده به تعهد خود وفا ننموده و اصل عدم انجام تعهد نیز بر علیه او جریان دارد.

اصولاً بانک وظیفه ندارد با ملاحظه و مدنظر قراردادن قرارداد پایه و توجه به اختلاف‌های طرفین به بررسی پرداخته و در مورد شایستگی یا عدم شایستگی ذی‌نفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه تحقیق نماید بلکه این وظیفه مضمون عنه است که با ارائه دلیل قانع کننده بانک را نسبت به تقلب ذی‌نفع متقاعد نماید (Bertrams, ۲۰۰۴: pp۳۹۷-۳۹۸) همین نکته توجیه کننده راه حل دیگری است که در ادامه توضیح می‌دهیم.

راه دیگر این است که در صورتی که مضمون عنه از تقلب ذی‌نفع آگاه شود تا قبل از اینکه بانک اقدام به پرداخت نماید، با رجوع به دادگاه محلی یک دستور منع پرداخت را به عنوان یک ابزار محافظت موقتی، بدست بیاورد تا از پرداخت وجه به ذی‌نفع جلوگیری شود. در این صورت، بانک مبلغ مطالبه شده را نمی‌پردازد. البته اقدام فوق باید به صورت فوری انجام شود، زیرا بمحض مطالبه، بانک موظف به پرداخت خواهد بود، در نتیجه مضمون عنه فرصت زیادی برای استفاده از این راهکار را ندارد (Laura, ۲۰۰۹: p۳۴) ایراد دیگر این راهکار این است که دادگاهها در اوضاع و احوال بسیار محدودی و به طور استثنایی، برای منع بانک از پرداخت بموجب ضمانت‌نامه مداخله می‌نمایند. به عنوان مثال در حقوق کامن لا صرفاً زمانی دستور منع پرداخت به بانک داده می‌شود که ثابت شود، بانک می‌داند مطالبه‌های که صورت خواهد گرفت به طور آشکاری متقلبانه خواهد بود. (Hunt, ۲۰۰۱: p۳۹۷) برخی با تاکید بر ماهیت مستقل ضمانت‌نامه‌های بانکی، معتقدند که حداقل در ضمانت‌نامه غیر مشروط، در زمانی که ذی‌نفع با حسن نیت اقدام به مطالبه ضمانت‌نامه می‌نماید، نباید بانک را منع از پرداخت ضمانت‌نامه نمود، اگرچه به واقع مطالبه ذی‌نفع ناروا و بدون داشتن حق بوده باشد (Hunt, ۲۰۰۱: p۴۲۱).

در هر حال باید گفت اگر بتوان پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع آن با استناد و توسل به دفاعیات قراردادی آن را از وی مسترد نمود، پس می‌توان قبل از پرداخت نیز با استناد به همان ادله چنین کرد و مانع دریافت وجه توسط ذی‌نفع شد.

منتها چون احراز چنین ادله‌های محتاج به تشخیص قضایی است، مضمون‌عنه باید با اقدام به طرح دعوا در ابتدا از دادگاه دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه را درخواست کند و سپس دعوای ماهوی مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه را مطرح نماید (محبی، ۱۳۷۵: ۱۰۲-۱۰۱؛ پیروزفر، ۱۳۸۰: ۳۹). یک دستور منع در صدد جلوگیری (منع) بانک صادرکننده از پرداخت وجه به ذی‌نفع است. مضمون‌عنه باید ثابت کند که اگر دادگاه دستور منع ندهد، متحمل خسارات جبران‌ناپذیری را خواهد گشت. البته اثبات این موضوع، کار بسیار دشواری است (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۵۱). مبنای منع، از قرارداد پایه ناشی می‌شود، زیرا در قرارداد چه به طور صریح و چه به طور ضمنی مقرر می‌شود که در صورتی که بر اساس اوضاع و احوال خاصی (یعنی وجود تقلب) وجه ضمانت‌نامه بانکی مطالبه شود، بانک نباید وجه را بپردازد، بنابراین دستور منع پرداخت از نقض قرارداد پایه توسط ذی‌نفع که اقدام به مطالبه متقلبانه نموده است، ناشی می‌شود (Williams, ۲۰۰۸; pp۱۶-۱۷).

ذی‌نفع موظف است برگه ضمانت‌نامه را پس از انقضای مدت ضمانت‌نامه مسترد نماید در غیر این صورت، با توجه به اینکه در هر زمانیکه برگه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع به بانک ارائه شود بانک موظف به پرداخت است، این امکان وجود دارد که ذی‌نفع پس از انقضای ضمانت‌نامه، به جای استرداد برگه ضمانت‌نامه، اقدام به وصول وجه ضمانت‌نامه نماید که در این فرض نیز با توجه به اینکه به ناروا اقدام به مطالبه نموده است، مکلف به استرداد وجوه دریافتی می‌باشد. در هر حال در صورتی که ذی‌نفع برگه ضمانت‌نامه را مسترد ننماید، مضمون‌عنه می‌تواند با اقامه دعوا بر علیه وی تا قبل از پرداخت ضمانت‌نامه اقدام به استرداد برگه ضمانت‌نامه نیز بنماید (Mayer-Reumann, ۲۰۰۲: p۳۸).

بحث دیگر این است که آیا مضمون‌عنه در صورت عدم استحقاق ذی‌نفع می‌تواند علاوه بر استرداد مبالغ پرداختی، از وی خسارت دریافت نماید؟ در پاسخ ممکن است بگوئیم این امر در صورت اثبات تقصیر ذی‌نفع و اثبات ورود ضرر مانعی در مطالبه خسارت، وجود ندارد (شیروی، ۱۳۸۹: ۲۷۸)، اما برخی معتقدند، مضمون‌عنه حق دریافت خسارت را ندارد، زیرا مضمون‌عنه و حتی بانک، با قبول صدور چنین ضمانت‌نامه‌های ریسک مطالبه نابجا یا اشتباه را پذیرفته‌اند. بعلاوه ذی‌نفع با حسن نیت عمل کرده است

و در مقام استیفای حق خود ناشی از ضمانت‌نامه آن را مطالبه نموده است مگر اینکه معلوم گردد، با قصد اضرار یا با سوء نیت اقدام به وصول وجه ضمانت‌نامه نموده است (محبی، ۱۳۷۵: ۱۰۰)

۳-۳ رابطه بانک و مضمون‌عنه (مشتری)

با صدور ضمانت‌نامه بین مضمون‌عنه و بانک به طور مستقیم رابطه قراردادی برقرار می‌شود که در نتیجه این رابطه هر یک از طرفین از حقوق و تعهداتی در برابر یکدیگر برخوردار می‌گردند. این رابطه حقوقی، به طور کلی از قرار داد پایه منفک بوده و بانک در برابر مضمون‌عنه به طور مستقل متعهد به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد و در مقابل مضمون‌عنه نیز برای دستیابی به حقوق خود مکلف به رعایت برخی تعهدات خواهد بود. از جمله تعهدات مضمون‌عنه، تعهد به باز پرداخت مبالغ پرداختی توسط بانک است و از جمله تعهدات بانک در برابر مضمون‌عنه، تعهد به عدم پرداخت در صورت مطالبه متقلبانه ذی‌نفع و نیز تعهد به آگاه‌سازی است.

۳-۳-۱ تعهد مضمون‌عنه (مشتری) به بازپرداخت مبالغ پرداختی توسط بانک

در ضمان سنتی در قانون مدنی در صورتی که ضامن بدون اذن مضمون‌عنه، اقدام به انعقاد عقد ضمان نماید، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد، زیرا در ضمان به طور سنتی، نیازی به اذن مضمون‌عنه برای انعقاد ضمان وجود ندارد و اثر اذن صرفاً در امکان رجوع ضامن به مضمون‌عنه ظاهر می‌شود، یعنی اگر مضمون‌عنه در انعقاد عقد ضمان، به ضامن اعلام رضایت بکند، ضامن حق رجوع به وی را خواهد داشت، در غیر این صورت حق رجوع ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۵۲-۳۴۷)؛ اما در ضمانت‌نامه بانکی وقوع چنین حالتی ممکن نیست، زیرا بانکها همواره به تقاضای مضمون‌عنه و بر اساس تضمین متقابلی که مضمون‌عنه ارائه می‌نماید، حاضر به صدور ضمانت‌نامه بانکی می‌شوند و به همین جهت اصولاً حق رجوع به مضمون‌عنه را خواهند داشت (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۸-۱۲۷). البته بانک صرفاً به همان میزان مبلغی که به ذی‌نفع پرداخت نموده است یعنی حداکثر تا مبلغ مذکور در ضمانت‌نامه حق رجوع به مشتری را برای استرداد مبلغ پرداختی دارد (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: p۳۵۲).

بانک پرداخت‌کننده می‌تواند حق استرداد مبالغ پرداختی را بر مبنای رابطه قراردادی‌اش با مشتری (مضمون‌عنه) مبتنی نماید. بر اساس این رابطه وی حق مطالبه

جبران خسارات برای هزینه‌هایی که در نتیجه ایجاد ضمانت‌نامه به وجود آمده است را خواهد داشت. اگرچه حق مطالبه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع مشکوک یا مورد تردید بوده باشد (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: p۳۵۲) در این مورد نظریه نیابت (نمایندگی) نیز به ضامنی (بانک) که پس از مطالبه ضمانت‌نامه اقدام به پرداخت مبلغ به ذی‌نفع نموده است کمک می‌کند، زیرا بر اساس این نظریه، حق مطالبه طلبکار بر علیه مضمون‌عنه یا همان تعهد مضمون‌عنه به پرداخت، از مضمون‌عنه به ضامن (بانک) واگذار می‌شود. در نتیجه ضامن می‌تواند بر اساس نظریه نمایندگی برای بازپرداخت مبالغ پرداختی به مضمون‌عنه رجوع نماید (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: p۳۵۲). برخی معتقدند بانک می‌تواند به جای استناد به رابطه قراردادی بر مبنای قاعده دارا شدن بلاجهت نیز، بر علیه مضمون‌عنه (مشتری) اقامه دعوا نموده و استرداد مبلغ پرداختی را درخواست نماید (Mugasha, ۲۰۰۳: p۳۵)

در صورتی که در واقعیت ذی‌نفع حق مطالبه ضمانت‌نامه را نداشته باشد، این امر مانع حق مطالبه بانک به استرداد مبالغ پرداخت شده نمی‌باشد؛ زیرا موفقیت در مطالبه ضمانت‌نامه لزوماً به این معنی نیست که ذی‌نفع واقعاً یک ادعای معتبری دارد (Mugasha, ۲۰۰۳: p۳۷) و صدور ضمانت‌نامه عندالمطالبه نیز حکایت از این دارد که صرف مطالبه ذی‌نفع برای پرداخت کافی باشد و بانک نه می‌تواند به مسئله ذی‌حق بودن ذی‌نفع برای مطالبه توجه نماید و نه تکلیف دارد.

۳-۲-۳ تعهد مضمون‌عنه (مشتری) به تودیع وثیقه در بانک

اصولاً بانک بر اساس روابط قبلی خود با ضمانتخواه و با توجه به ضوابط و مقررات خود پس از اخذ وثیقه مبادرت به صدور ضمانت‌نامه می‌نماید (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۰۲) با توجه به اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی بر خلاف اعتبارات اسنادی تجاری، ماهیت خود به خود تصفیه‌شونده ندارند و این مسئله ممکن است بانک را در خطر ورشکستگی قرارداد دهد (کول، جی، ۱۳۶۳: ۱۳۴). به همین دلیل بانکها در اغلب موارد زمانی اقدام به صدور ضمانت‌نامه بانکی به درخواست متقاضی می‌نمایند که وی وثایق و تضمینات کافی را به بانک تقدیم دارد تا پس از پرداخت وجوه ضمانت شده به ذی‌نفع، در صورتی که متقاضی از بازپرداخت مبالغ پرداختی امتناع نمود و یا اینکه معسر یا ورشکست شده باشد، بانک از محل وثایق اخذ شده بتواند طلب خود را وصول نماید (شیروی، ۱۳۸۹: ۲۸۰؛

مسعودی، ۱۳۹۱: ص ۲۰۰؛ کاشانی، ۱۳۷۴-۱۳۷۵: ۱۷۴). در واقع، پشتوانه صدور ضمانت‌نامه وثائقی است که مضمون‌عنه به ضامن می‌دهد و طبق قرارداد، ضامن حق مراجعه به مضمون‌عنه را دارد. به این معنی که ضامن پس از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع به دلیل عدم انجام تعهدات قراردادی پایه، حق خواهد داشت، برای استرداد وجه پرداختی از محل وثایق موجود برای تأمین طلب خود استفاده نماید (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۷۹). حال اگر وثیقه مضمون‌عنه کمتر از تمام ارزش مبلغ ضمانت‌نامه باشد، بانک موظف به پرداخت تمام مبلغ ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد و برای دریافت ما به التفاوت به مضمون‌عنه رجوع می‌نماید (عیوضلو، ۱۳۷۹: ۷۹).

وثیقه ضمانت‌نامه معمولاً وجه نقد، اسناد تجاری بمعنی خاص مثل برات و سفته و چک و یا اسناد تجاری بمعنی عام مثل اوراق بهادار است و در پاره‌ای از موارد نیز اموال غیر منقول و یا اعتبار مشتری متقاضی صدور ضمانت‌نامه است و بانک تنها در این صورت حاضر به صدور ضمانت‌نامه خواهد شد (اخلاقی، ۱۳۶۸: ۱۶۰).

۳-۳-۳ تعهد بانک به آگاه نمودن مضمون‌عنه (مشتری) از مطالبه وجه ضمانت‌نامه

در صورت مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، یکی از تعهدات مهم بانک در برابر مضمون‌عنه، تعهد به آگاه‌سازی است، به این معنی که بانک موظف است در یک مهلت معقول و متعارفی، مضمون‌عنه را از مطالبه نمودن وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع آگاه نماید. عدم انجام به موقع این تعهد توسط بانک، تقصیر محسوب می‌شود (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۷۶) با این وجود، اگر بانک تصمیم به پرداخت بگیرد، ضرورت ندارد، قبل از پرداخت، مضمون‌عنه را آگاه نماید؛ زیرا بانک موظف است بمحض اولین درخواست، وجه ضمانت‌نامه را به شرط مطابقت با مفاد ضمانت‌نامه به ذی‌نفع پرداخت نماید (افتخارجهرمی، تفرشی، شهبازی‌نیا، ۱۳۸۰: ۱۵-۱۴).

هدف اصلی آگاه‌سازی، اعلان بانک به مشتری مبنی بر اینکه ذی‌نفع مطالبه وجه ضمانت‌نامه را خواستار شده و به تبع آن طلب بانک راجع به استرداد مبلغ پرداختی به ذی‌نفع به یک بدهی حال تبدیل شده است؛ زیرا مشتری باید زمانی برای هماهنگ نمودن بدهی قریب الوقوع (حتمی) به حسابش و نیز زمانی برای دادن توصیه‌های لازم به بانک را داشته باشد (Kayembe, 2008: P56). هدف دیگر آگاه‌سازی این است که از مطالبه متقلبانه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع جلوگیری شود؛ زیرا با تعلیق پرداخت

وجه ضمانت‌نامه در مدت کوتاهی پس از مطالبه ضمانت‌نامه، یک فرصتی به مضمون‌عنه داده شود تا در صورتی که مطالبه وجه را متقلبانه و ناروا می‌داند، با تحصیل قرار منع موقت بانک را از پرداخت وجه ضمانت‌نامه تا صدور حکم نهایی بابت این موضوع در دادگاه، باز دارد (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۹۰).

در مورد تعهد به آگاه‌سازی بحث‌های فراوانی در محیط‌های حقوقی شده است، اما هنوز یک عقیده اجماعی و واحد، در این زمینه وجود ندارد. در بریتانیا وظیفه آگاه‌سازی رد شده است. اگرچه بانکها در عمل بر طبق یک رویه قدیمی برای حفظ و تأمین رابطه‌شان با مشتری، اقدام به آگاه نمودن مشتریان خود می‌نمایند. البته در فرضی که بر طبق شرایط قرارداد بین بانک و مشتری، بانک ملزم به آگاه نمودن مشتری شده باشد، در این حالت تردیدی در مسئولیت بانک در فرض عدم آگاه‌سازی وجود ندارد. بر خلاف حقوق بریتانیا، در حقوق آمریکا دستور آگاه‌سازی که به آن اصطلاحاً دستور آگاهی («notice injunction») می‌گویند، بانک را ملزم به آگاه نمودن مشتری از مطالبه برای پرداخت می‌کند و یک مدت ده روزهای را برای مشتری قبل از پرداخت مبلغ درخواستی ذی‌نفع، قرار می‌دهد (Kayembe, 2008: P57).

در این زمینه ماده ۱۶ مقررات متحد الشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه مقرر می‌دارد: «ضامن می‌بایست فوراً دستور دهنده و در صورت لزوم ضامن متقابل را از دریافت وجه ضمانت‌نامه یا آلترناتیو تمدید یا پرداخت آگاه نماید». ماده ۲۲ همین مقررات مقرر می‌دارد: «ضامن باید فوراً تصویر مطالبه وجه منطبق با شرایط ضمانت‌نامه و هر مدرک مربوط به آن را برای دستور دهنده یا در صورت لزوم به ضامن متقابل، برای انتقال به دستور دهنده بفرستد».

۳-۳-۴ تعهد بانک به عدم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه در صورت تقلب ذی‌نفع

گفته شد که بانک اصولاً به صرف مطالبه ضمانت‌نامه از سوی ذی‌نفع، موظف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد به این معنی که در صورتی که اسناد ارائه شده منطبق با شروط و تعلیقات ضمانت‌نامه باشد بانک موظف به پرداخت آن خواهد بود. در برخی موارد ذی‌نفع برخلاف حسن نیت و با سوء نیت اقدام به مطالبه ضمانت‌نامه می‌نماید، در این فرض بانک مکلف به عدم پرداخت ضمانت‌نامه است. در واقع تقلب استثنای پرداخت به صرف مطالبه ذی‌نفع می‌باشد (مجبی، ۱۳۷۵: ۱۰۲). در

صورت پرداخت به دلیل قاعده اقدام حق رجوع به مضمون‌عنه برای استرداد مبالغ پرداختی به ذی‌نفع را نخواهد داشت، بلکه تنها حق رجوع به ذی‌نفع برای استرداد مبالغی را که به ناروا دریافت نموده است دارد.

به موجب قاعده تقلب، پرداخت بموجب ضمانت‌نامه در صورت تقلب نباید به وسیله بانک انجام شود، همچنین دادگاه حق دادن حکم به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع را ندارد، اگرچه اسناد ارائه شده در ظاهرشان منطبق با ضوابط و شرایط ضمانت‌نامه باشند (Gao, 2002, p 137). مطالبه ضمانت‌نامه در فرضی که به طور مشهودی یک سوء استفاده از حق را نسبت به ضمانت‌نامه تشکیل می‌دهد، تجاوز نسبت به قاعده نظم عمومی محسوب شده و یکی از مصادیق تقلب می‌باشد، در نتیجه تقاضای منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع را توجیه می‌نماید (Mayer-Reumann, 2002: p 38).

تقلب باید آشکار و بدون ابهام باشد، به طوری که یک بانک محتاط و متعارف می‌بایست آن را کشف کند؛ زیرا با توجه به اینکه احراز تقلب از سوی بانک کار دشواری است، در صورتی که تقلب آشکار نباشد و متعاقباً فاش گردد، در صورت جهل بانک به تقلب ذی‌نفع در ارائه اسناد، موجب مسئولیت بانک در مقابل مضمون‌عنه نبوده و حق استرداد مبلغ پرداخت شده را از وی خواهد داشت؛ زیرا اصولاً بانک قادر به احراز تقلب نمی‌باشد و به دلیل همین ناتوانی در کشف تقلب است که دادگاهها در فرض تقلب، در دادن حکم بر علیه بانک، بسیار مردد هستند. همچنین است در فرضی که مضمون‌عنه بدون اثبات تقلب و صرفاً با ادعای تقلب به بانک هشدار داده و به وی دستور عدم پرداخت داده باشد و با وجود این، بانک به هشدار مضمون‌عنه توجه نکرده و اقدام به پرداخت نماید و متعاقباً تقلب ذی‌نفع احراز گردد؛ زیرا مضمون‌عنه صرفاً ادعای اثبات نشده‌های را مطرح نموده و این ادعا به تعهد بانک در مقابل ذی‌نفع خللی وارد نمی‌نماید و در واقع بانک، صرفاً در اوضاع و احوالی که تقلب احراز شود، مکلف به امتناع از پرداخت است. در سایر اوضاع و احوالات بانک یک اختیار احتیاطی دارد، مشروط بر اینکه با حسن نیت اقدام نماید؛ بنابراین در صورتی که بانک با حسن نیت اقدام نماید، پس از پرداخت حق استرداد مبلغ پرداختی را از مضمون‌عنه خواهد داشت (Kayembe, 2008: pp 59-60).

برخی معتقدند در صورتی که ذی‌نفع متقلب بوده و بانک به این مسئله واقف بوده یعنی از تقلب ذی‌نفع آگاه بوده و با این وصف اقدام به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه نموده در مقابل مضمون‌عنه مسئول است (Bertrams, ۲۰۰۴: p ۳۹۷) همچنین دلیل تقلب باید آشکار باشد، هم راجع به حقیقت تقلب و هم راجع به آگاهی (علم) بانک و صرف اعلام یا ادعای مضمون‌عنه راجع به تقلب کافی نیست (Mugasha, ۲۰۰۳: p ۱۴۹). برخی نیز در صورتی بانک را متعهد به عدم پرداخت در صورت تقلب می‌دانند که نه تنها برای بانک یقین حاصل شده باشد که تقاضا متقلبانه است، بلکه ذی‌نفع نیز عالم به این تقلب بوده باشد که در این فرض بانک باید از پرداخت خودداری کند یا اینکه اقدام به دعوای طاری نموده و تقاضای پرداخت پول به صندوق دادگستری را مطرح نماید و این امر را به طرفین واگذار نماید که با اقامه دعوا مشخص سازند که کدامیک استحقاق دریافت وجه را دارند (اشمیتوف، ۱۳۹۰: ۶۹: p ۲۱) (Horowitz, ۲۰۱۰: p ۲۱) اما بنظر می‌رسد هر دو نظر نه تنها با هم متناقض نیستند، بلکه هر دو نظر واحد و همسو هستند، زیرا اگرچه در نظر اول اشاره‌ای به علم ذی‌نفع به تقلب ننموده است با وجود این، باید گفت صرف تقلب نیازمند سوءنیت است و سوءنیت هم مستلزم آگاهی شخص متقلب است، به همین جهت اگرچه در نظر اول اشاره‌ای به آگاهی ذی‌نفع از تقلب نشده، ولی تقلب فی‌نفسه، آگاهی متقلب از اقدام خود را در پی دارد.

نتیجه‌گیری

اصولاً به محض مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، بانک مکلف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه است و حق هیچ‌گونه ایرادی مبنی بر عدم شایستگی ذی‌نفع به وصول وجه ضمانت‌نامه ندارد؛ زیرا طبق اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه تعهد بانک در برابر ذی‌نفع یک تعهد ابتدایی و مستقل بوده و بانک به محض مطالبه موظف به پرداخت بوده و حق استناد به قرارداد پایه را در مقابل ذی‌نفع ندارد (سماواتی، ۱۳۸۲: ۱۵۸). البته اصل استقلال از قرارداد اصلی و پایه فقط در رابطه بین بانک و ذی‌نفع حاکم است، اما در رابطه مضمون‌عنه و ذی‌نفع اصل استقلال حاکم نبوده و مضمون‌عنه می‌تواند به تمام ایراداتی که از قرارداد مبنای صدور ضمانت‌نامه ناشی می‌شود، استناد نموده و بر اساس آن منکر حق ذی‌نفع دایر بر مطالبه وجه ضمانت‌نامه گردد (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۱۰). مطالبه متقلبانه از مهم‌ترین استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه می‌باشد؛ به عبارت دیگر، در

صورتی که ذی‌نفع به صورت متقلبانه وجه ضمانت‌نامه را مطالبه نماید، نه تنها بانک حق دارد که مبلغ ضمانت‌نامه را نپردازد، بلکه مکلف به عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع است. البته بانک در صورتی مکلف به عدم پرداخت است که نه تنها برای بانک یقین حاصل شده باشد که مطالبه متقلبانه است بلکه ذی‌نفع نیز عالم به تقلب باشد (Horowitz, ۲۰۱۰: p۲۱) در صورتی که تقلب آشکار نباشد، مضمون‌عنه باید با اثبات تقلب، بانک را از پرداخت منع نماید، در غیر این صورت اگر بانک با حسن نیت اقدام به پرداخت نماید، مسئول نخواهد بود (Kayembe, ۲۰۰۸: pp۵۹-۶۰). در صورتی که ذی‌نفع بدون داشتن حق و به ناروا اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه نماید، مضمون‌عنه می‌تواند با اقامه دعوای دارا شدن بلا جهت اقدام به استرداد مبلغ پرداخت شده به ذی‌نفع نماید و در صورتی که بانک مبلغ را به ذی‌نفع نپرداخته باشد، با اقامه دعوا در ابتدا درخواست دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه را نماید و سپس اقدام به طرح دعوای ماهوی مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه را نماید (محبی، ۱۳۷۵: ۱۰۲-۱۰۱). گاهی ممکن است استثنائاً مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه افزایش یابد و آن در فرضی است که ذی‌نفع ضمانت‌نامه تمایل به حفظ و ادامه مسئولیت ضامن برای اعمال فشار به مضمون‌عنه را دارد (طارم سری، ۱۳۷۷: ۱۵۰). در این حالت می‌تواند از بانک درخواست ضمانت‌نامه را «تمدید کن یا بپرداز» نماید که در صورت رضایت بانک به تمدید مدت زمان اعتبار ضمانت‌نامه افزایش خواهد یافت.

بانک در صورتی موظف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع می‌باشد که اسناد ارائه شده توسط ذی‌نفع به طور دقیق منطبق با شرایط و تعلیقات ضمانت‌نامه باشد (Stoufflet, ۱۹۸۷: p۵۰) در غیر این صورت بانک مکلف به رد درخواست ذی‌نفع مبنی بر مطالبه ضمانت‌نامه می‌باشد. در صورتی که اسناد به ظاهر با شرایط ضمانت‌نامه منطبق نباشند، اما در معنی همان معنی اسناد و ضوابط و شرایط شرط شده را بدهند، بانک در صورت آگاهی بانک از انطباق، مکلف به پذیرش درخواست ذی‌نفع خواهد بود (Mugasha, ۲۰۰۳: p۱۳۳). ذی‌نفع حق انتقال ضمانت‌نامه را به ثالث ندارد؛ زیرا ضمانت‌نامه فرع و موکول به انتقال قرارداد پایه است و اگر شخصی دارای حقی نسبت به قرارداد پایه نباشد، باطبع حقی نسبت به ضمانت‌نامه ندارد، زیرا ضمانت‌نامه برای تضمین تعهدات قرارداد پایه صادر می‌گردد و زمانیکه قرارداد پایه نیز به همراه

ضمانت‌نامه، منتقل نشود، انتقال ضمانت‌نامه بی‌فایده خواهد بود. در انتقال ضمانت‌نامه به همراه قرارداد پایه ذی‌نفع بعدی قائم مقام و جانشین ذی‌نفع سابق شده و از حقوق و تعهدات ذی‌نفع نسبت به قرارداد پایه و ضمانت‌نامه برخوردار می‌گردد (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۱۰). در این فرض طبیعی است که ذی‌نفع برای انتقال، نیازمند رضایت مضمون‌عنه و بانک خواهد بود، در غیر اینصورت انتقال صحیح نیست.

یکی از مهم‌ترین تعهدات مضمون‌عنه در برابر بانک، تعهد به بازپرداخت مبالغ پرداختی توسط بانک است. حتی اگر مطالبه وجه توسط ذی‌نفع، مشکوک یا مورد تردید باشد، بانک بر مبنای رابطه قراردادی که با مضمون‌عنه دارد، حق استرداد مبلغ پرداختی را خواهد داشت (Caemmerer, ۱۹۷۵-۱۹۷۸: p۳۵۲). در صورتی که مضمون‌عنه از بازپرداخت مبلغ پرداخت شده توسط بانک امتناع نماید، بانک را در خطر ورشکستگی قرار می‌دهد. به همین جهت بانک‌ها معمولاً در صورت سپردن وثیقه از جانب مضمون‌عنه اقدام به صادر نمودن ضمانت‌نامه بانکی می‌نمایند. یکی دیگر از مهم‌ترین تعهدات بانک در برابر مضمون‌عنه، تعهد به آگاه نمودن مضمون‌عنه از مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع است؛ زیرا ممکن است ذی‌نفع به طور متقلبانه اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه نموده باشد، آگاه نمودن مضمون‌عنه توسط بانک مبنی بر مطالبه وجه ضمانت‌نامه، موجب اطلاع مضمون‌عنه از مطالبه متقلبانه احتمالی ذی‌نفع شده و به مضمون‌عنه جهت انجام اقدامات احتیاطی قبل از پرداخت وجه ضمانت‌نامه هشدار می‌دهد (مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۹۰).

📖 کتاب‌نامه:

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۶۸)، «**بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی**»، مجله کانون وکلا، تهران: شماره ۱۴۹ و ۱۴۸، پائیز و زمستان، صص ۱۵۱-۱۸۸.
۲. اشمیتوف، کلاً یو ام (۱۳۹۰)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، مترجم: بهروز اخلاقی، چاپ دوم، جلد دوم، تهران: سمت.
۳. افتخار جهرمی، گودرز؛ تفرشی، محمد عیسی؛ شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۰)، «**تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی**»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، تهران: دوره ۵، شماره ۲۱، زمستان، صص ۲۰-۱.
۴. پیروزفر، اکبر (۱۳۸۰)، «**ضمانت‌نامه‌های بانکی**»، مجله بانک و اقتصاد، تهران: شماره ۱۶، اردیبهشت، صص ۳۸-۴۲.
۵. تفرشی، محمد عیسی؛ شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۲)، «**استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی**»، مجله نامه مفید، شماره ۳۷، مرداد و شهریور، صص ۲۴-۴.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، **دوره مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، چاپ چهارم، جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ نوزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۲)، **حقوق معاملات بین‌المللی نظری و کاربردی**، چاپ سوم، تهران: ققنوس.
۹. شهبازی نیا، مرتضی؛ الهلویی، فاطمه (۱۳۹۰)، «**مفهوم انطباق دقیق اسناد در اعتبار اسنادی با تاکید بر سند سیاهه تجاری**»، مجله حقوقی دادگستری، تهران: شماره ۷۳، بهار، صص ۱۷۱-۱۴۷.
۱۰. شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۶)، «**انتقال و توثیق ضمانت‌نامه بانکی**»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، تهران: دوره ۱۱، شماره ۲، تابستان، صص ۱۲۶-۱۰۷.
۱۱. شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۳)، «**ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی**»، مجله نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور، صص ۱۴۰-۱۱۱.
۱۲. شهبازی نیا، مرتضی (۱۳۸۲)، «**بررسی مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران: شماره ۶۲، زمستان، صص ۲۳۷-۲۱۳.
۱۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی**، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ چهارم، جلد سوم، تهران: مجد.
۱۴. _____؛ _____ (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی**، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ پنجم، جلد دوم، تهران: مجد.
۱۵. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چاپ اول، تهران: سمت.

۱۶. طارم سری، مسعود (۱۳۷۷)، **حقوق بازرگانی بین‌المللی**، چاپ اول، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
۱۷. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ ق)، **حقوق مدنی**، چاپ دوم، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۱۸. عیوضلو، حسن (۱۳۷۹)، «نگرشی به بحث ضمان و ضمانت‌نامه‌های بانکی در بانک‌های اسلامی»، ماهنامه تازه‌های اقتصاد، تهران: شماره ۹۱، مرداد، صص ۷۷-۸۲.
۱۹. غمامی، مجید (۱۳۷۸)، «**بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران: شماره ۴۴، تابستان، صص ۱۴۸-۱۲۳.
۲۰. فتحی‌پور، علی (۱۳۶۹)، «**ضمانت در معاملات بین‌المللی**»، مجله حقوقی بین‌المللی، تهران: شماره سیزدهم، پائیز و زمستان، صص ۱۸۲-۱۲۹.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **دوره حقوق مدنی**، قواعد عمومی قراردادها، چاپ هشتم، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۲. _____، _____ (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی**، درس‌هایی از عقود معین (دوره مقدماتی)، چاپ یازدهم، جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۲۳. _____، _____ (۱۳۸۷)، **دوره حقوق مدنی**، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. _____، _____ (۱۳۸۷)، **دوره حقوق مدنی**، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۵. _____، _____ (۱۳۸۵)، **حقوق مدنی**، دوره عقود معین، چاپ پنجم، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. کاشانی، محمود؛ (۱۳۷۴، ۱۳۷۵). «**ضمانت‌نامه بانکی**»، مجله تحقیقات حقوقی، تهران، شماره ۱۶ و ۱۷، پائیز و بهار، صص ۱۹۰-۱۳۷.
۲۷. کول، دریس؛ جی، ریچارد (۱۳۶۳)، «**نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی**، **تاملاتی پس از انقلاب ایران**»، مترجم: محسن محبی، بنقل از مجله حقوق بین‌الملل ویرجینیا، شماره ۲-۲۰ سال ۱۹۸۰، مجله حقوقی بین‌المللی، تهران: شماره اول، زمستان، صص ۱۸۰-۱۱۷.
۲۸. محبی، محسن (۱۳۷۵)، «**ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده**»، مجله حقوقی بین‌المللی، تهران: شماره بیستم، صص ۱۹۰-۷۹.
۲۹. محقق داماد، مصطفی؛ صادقی، محمود (۱۳۷۹)، «**مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه**»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، تهران: شماره ۱۷، زمستان، صص ۹۴-۷۵.
۳۰. مسعودی، علیرضا (۱۳۹۱)، **ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل**، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

۳۱. Bertrams, Roeland I V F (۲۰۰۴). *Bank Guarantees In International Trade: The Law And Practice Of Independent (First Demand) Guarantees And Standby Letters Of Credit In Civil Law And Common Law Jurisdictions*, Publisher: Kluwer Law International, ۵۶۲ Pages.

۳۲. Beyer, Hans-Martin And Meyer M.A, Tobias And Daxhammer, Rolf j (۲۰۱۲). "The Impact Of Basel III On The Fair Pricing Of Bank Guarantee Facilities". *Reutlingen Working*

- Papers On Finance And Accounting, Hochschule Reutlingen, Reutlingen University, Esb Business School, November, pp ۱-۳۷.*
۳۳. Caemmerer, E. Von (۱۹۷۵-۱۹۷۸). "Bank Suretyships And Bank Guarantees In Foreign Trade". *Victoria U. Wellington Law Review*, pp ۳۴۹-۳۵۷.
۳۴. Gao, Xiang(L.L.M) (۲۰۰۶). *The Fraud Rule In The Law Of Letters Of Credit: A Comparative Study. Volume ۲ Of Globa Trade And Finance Series, Publisher: Kluwer Law International, ۲۰۲ Pages.*
۳۵. Horowitz, Deborah (۲۰۱۰). *Letter Of Credit And Demand Guarantees: Defences To Payment, Publisher: Oxford University Press, ۲۵۱ Pages.*
۳۶. Hunt, Robert (۲۰۰۱). *Enforcing Security Bonds, Guarantees And Injunctions, Building And Construction Law- Volume ۱۷, December, pp ۳۹۵-۴۳۳.*
۳۷. Kayembe, Grace Longwa, Kymgra۰۰۱ (۲۰۰۸). Supervisor: Prof. Rh Christle, "The Fraud Exception In Bank Guarantee". *Master Thesis, Faculty Of Law, University Of Cape Town, February, pp ۱-۸۰.*
۳۸. (۳۸). Kozolchyk, Boris (۱۹۸۹-۱۹۹۰). "Bank Guarantees And letters Of Credit: Time For A Return To The Fold". *۱۱ U. Pa. J. International Business Lawyer*, pp ۱-۷۹.
۳۹. Laura, Ahvenainen (۲۰۰۹). "On Demand Guarantees In Iran, Business Management Programme, Finance And Risk Management". *Thesis, Laurea University Of Applied Sciences, February, pp ۱-۴۶.*
۴۰. Mayer-Reumann, Rolf (۲۰۰۶). "Rights And Obligations In The Event Of Bank Guarantees Being Called In Governmental Projects". *۱۷ Arab Law Quarterly, Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, pp ۲۸-۳۸.*
۴۱. Mugasha, Agasha (۲۰۰۳). *The Law Of Letters Of Credit And Bank Guarantees, Publisher: Federation Press, ۳۱۲ Pages.*
۴۲. Myers, James J And Marston, Donald L And Rubino-sammartano (۱۹۹۲). "Illustrative Forms Of Performance Guarantee And Counter Guarantee Security For International Construction Projects". *۲۰ International Business Lawyer*, pp ۲۴۳-۲۵۴.
۴۳. Stoufflet, Jean (۱۹۸۷). "Recent Developments In The Law Of International Bank Guarantees In France And Belgium", *Arizona Journal Of International And Comparative Law*, pp ۴۸-۵۲.
۴۴. Williams, Mark (۲۰۰۸). "Restraining Calls On Bank Guarantees: A Forgotten Application?". *QLS Journal, July, pp ۱۶-۱۸.*