

فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۸۷، تابستان ۱۳۹۷، ۱۸۵-۱۶۳

آثار تحریم بر پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی

محمد سلطانی*

سعیده رمضانی‌نژاد**

پذیرش: ۹۶/۱۰/۲۵

دریافت: ۹۶/۳/۲۲

تحریم بین‌المللی / تحریم یک‌جانبه / ضمانت‌نامه بانکی / فورس‌ماژور / نظم عمومی

چکیده

ضمانت‌نامه بانکی یکی از مهم‌ترین ابزارهای تضمین در روابط تجاری بین‌المللی است که برای جلب اطمینان خریدار (ذی‌نفع)، نسبت به تضمین ایفای تعهدات فروشنده (ضمانت‌خواه) صادر می‌شود و خریدار در صورت تخلف فروشنده، می‌تواند مبلغ مندرج در ضمانت‌نامه را مطالبه کند. اصولاً ضمانت‌نامه بانکی را به گونه‌ای صادر می‌کنند که با اولین مطالبه ذی‌نفع، قابل پرداخت باشد. اما گاهی به دلیل تحریم‌های چند جانبه یا یک‌جانبه، ذینفع با عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه روبرو می‌شود؛ موضوعی که بازرگانان و بانک‌های ایرانی به کرات با آن مواجه شده‌اند. این تحریم‌ها براساس منشأ وضع آن که ممکن است سازمان بین‌المللی یا یک کشور باشد، موجب آثار متفاوتی بر ضمانت‌نامه هستند. همچنین تحریم گاهی به‌طور مستقیم بر ضمانت‌نامه تأثیر می‌گذارد و گاهی صرفاً ناظر بر قرارداد پایه است و این پرسش را پیش می‌آورد که آیا قانونی که تحریم را بر قرارداد پایه وضع کرده است، می‌تواند به ضمانت‌نامه نیز تسری یابد یا خیر؟ این مطالعه با روش توصیفی تحلیلی نشان می‌دهد تحریم‌های چند جانبه و یک‌جانبه قلمرو اجرایی متفاوتی دارند و حسب شرایط، هر دو می‌توانند مانع

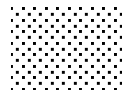
(m_soltani@sbu.ac.ir)

*. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** . کارشناس ارشد حقوق اقتصادی دانشگاه شهید بهشتی

■ محمد سلطانی، نویسنده مسئول.

پرداخت ضمانت‌نامه شوند. همچنین براساس محتوای مقررات تحریم، پرداخت و نیز تمدید ضمانت‌نامه با محدودیت روبرو می‌شود، حتی اگر تحریم فقط ناظر به قرارداد پایه باشد.



مقدمه

گاهی به دنبال شرایط سیاسی بین‌المللی، تحریم‌هایی علیه یک کشور وضع می‌شود که ممکن است بر روابط مالی آن کشور تأثیرگذار باشد. از جمله این روابط مالی، ممنوعیت نقل و انتقال وجه بین یک کشور با کشور موضوع تحریم است. یکی از آثار این ممنوعیت، ناکام ماندن دارنده تضمین، از جمله ذی‌نفع ضمانت‌نامه بانکی، در وصول وجه آن است. با توجه به اینکه در بسیاری از ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، ذی‌نفع از اتباع ایران است، تحریم و بلوکه شدن وجوه متعلق به بانک‌ها و ذینفعان ایرانی نزد بانک‌های خارجی، امری درخور توجه و مطالعه است. در واقع کشور ما پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال‌های متمادی از سوی سازمان‌های بین‌المللی و نیز کشورهای مختلف تحریم شده است. این تحریم‌ها بسته به شرایط سیاسی از شدت کم و زیاد برخوردار بوده‌اند و همیشه تأثیرات مهمی بویژه بر مراودات مالی ایران و دیگر کشورها داشته‌اند. نمونه اخیر این تحریم‌ها به بهانه فعالیت‌های هسته‌ای از مرداد ۱۳۸۵ (قطعنامه شماره ۱۶۹۶) آغاز و با قطعنامه‌های ۱۷۳۷ (دی ۱۳۸۵)، ۱۷۴۷ (فروردین ۱۳۸۶)، ۱۸۰۳ (اسفند ۱۳۸۶)، ۱۸۳۵ (مهر ۱۳۸۷) و ۱۹۲۹ (خرداد ۱۳۸۹) تداوم یافت. این موضوع خود تشدید تحریم‌های یک‌جانبه و چندجانبه از جمله از سوی ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا را در پی داشت. اگرچه با صدور قطعنامه شماره ۲۲۳۱ شورای امنیت سازمان ملل متحد در تیر ۱۳۹۴، قطعنامه‌های پیشین لغو گردیدند و بدنبال آن تحریم‌های یک‌جانبه و چندجانبه هسته‌ای نیز کمرنگ شدند اما هنوز تحریم‌های غیر مرتبط به مسائل هسته‌ای به قوت خود باقی است و همواره امکان وضع تحریم‌های جدید علیه ایران و نیز بازگشت تحریم‌های پیشین وجود دارد. بر این اساس با توجه به استفاده فراوان ضمانت‌نامه بانکی توسط تجار و شرکت‌های ایرانی به عنوان ذینفع و نیز اهمیت مباحث

۱. ذینفع ضمانت‌نامه‌های بانکی اصولاً اشخاص یا دولت‌های کشورهای نفت‌خیز و در حال توسعه هستند که هم از منابع مالی کافی برخوردارند و هم نیازمند اجرای طرح‌های توسعه‌ای توسط کشورهای صاحب فناوری هستند. طبیعتاً ضمانت‌خواه نیز عموماً شرکت‌هایی از کشورهای توسعه‌یافته هستند. در همین زمینه مطالعه رویه قضایی فرانسه نشان می‌دهد عموم دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه بانکی در کشور فرانسه، میان شرکت‌های فرانسوی و دولت یا شرکت‌هایی از کشورهای تولیدکننده نفت می‌باشد (GUILLOCHEN, 2001, p. 79). برای مطالعه درخصوص روند پیدایش ضمانت‌نامه بانکی و طرفین آن به منابع زیر مراجعه نمایید:

(ROSSI, 1990, n° 55. – GAVALDA et STOUFFLET, 1980, p. 1. – SIMONT, 1984, p. 296).

2. United Nations Security Council Resolution 2231, Adopted by The Security Council at its 7488th meeting, on 20 July 2015.

حقوقی ناظر به تحریم برای فعالان کشورمان در عرصه تجارت، مطالعه تاثیر تحریم‌ها بر پرداخت ضمانت‌نامه‌ها اهمیت دارد.

این مقاله با تاکید بر ادبیات حقوقی کشور فرانسه به مطالعه موضوع پرداخته است، زیرا تحریم‌های وضع شده علیه ایران اصولاً در کشورهای غربی شناسایی شده و اجرا می‌شوند و کشور ما تحریم‌های وضع شده علیه خود را به رسمیت نمی‌شناسد. کشور فرانسه بدلیل شباهت نظام حقوقی آن با کشورمان و نیز اجرای تحریم‌های مختلف وضع شده علیه ایران نمونه مناسبی برای سنجیدن آثار تحریم‌ها است. به علاوه فرانسویان اصولاً ضمانت‌خواه ضمانت‌نامه‌ها هستند و در طرف مقابل ذینفعان ایرانی قرار می‌گیرند و دارای منافع همسو با طرف‌های ایرانی نیستند و بدین لحاظ مطالعه عملکرد آنان می‌تواند دیدگاه کشورهای صادرکننده ضمانت‌نامه - که عموماً کشورهای غربی هستند- را در شرایط تحریمی آشکار سازد. همچنین مطالعه نظام حقوقی فرانسه، نحوه اجرایی شدن تحریم‌های یکجانبه بویژه تحریم‌های وضع شده از سوی ایالات متحده آمریکا در خاک دیگر کشورها و تاثیر آن بر ضمانت‌نامه‌های صادره به نفع کشورمان را نشان می‌دهد.

در این مطالعه دو موضوع اساسی برای تشخیص آثار وضع تحریم بر ضمانت‌نامه مورد توجه است: اول سازمان یا کشور وضع‌کننده تحریم و دوم قلمرو تحریم بر این اساس که فقط قرارداد پایه را در بر می‌گیرد یا شامل ضمانت‌نامه نیز می‌شود. توضیح آنکه تحریم‌های وضع شده علیه یک کشور موجب آثار حقوقی یکسانی بر وضعیت آن کشور نیستند؛ بلکه این اثرگذاری و قلمروی آن بیش از هرچیز به منشأ تحریم بستگی دارد. گاه تحریم را یک یا چند کشور - بصورت هماهنگ - وضع می‌کنند و گاه یک سازمان بین‌المللی، مانند سازمان ملل متحد وضع‌کننده تحریم است. از سوی دیگر تحریم حسب آنکه قرارداد پایه را در بر می‌گیرد و یا صرفاً ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی است، منشأ آثار متفاوتی می‌شود. بر این اساس، فصل نخست به آثار تحریم بر اساس منشأ وضع آن اختصاص یافته و در ادامه، به قلمرو تحریم از حیث ناظر بودن بر قرارداد پایه یا ضمانت‌نامه پرداخته شده است.

۱. آثار تحریم بر اساس منشأ آن

تحریم‌ها در عرصه سیاست بین‌المللی گاه توسط یک سازمان منطقه‌ای یا نهاد بین‌المللی

وضع می‌شوند که به دلیل ملزم بودن چند کشور به آنها، اغلب از کارآمدی بالایی برخوردار هستند و گاه تحریم را یک کشور علیه کشور دیگر به صورت یکجانبه وضع می‌کند که در این حالت، کارایی آن به عوامل متعددی بستگی دارد.^۱

۱-۱. تحریم‌های چند جانبه (بین‌المللی)

منشأ تحریم‌های چند جانبه ممکن است یک نهاد بین‌المللی مانند شورای امنیت سازمان ملل متحد یا یک نهاد منطقه‌ای مانند اتحادیه اروپا باشد. مطابق ماده ۲۵ منشور ملل متحد، تصمیمات شورا که در چارچوب مقررات فصل هفتم منشور اتخاذ شده است، برای تمامی اعضای سازمان لازم‌الاجراست.^۲ بر این اساس، تحریم‌های سازمان ملل یا اساساً تحریم‌های منشأ بین‌المللی، از قلمرو اجرایی بسیار گسترده‌ای برخوردار است.^۳ بطور مثال تحریم‌های سازمان ملل علیه عراق در تابستان ۱۹۹۰ طی قطعنامه شماره ۶۶۱^۴ که بدنبال تهاجم این کشور به کویت صورت گرفت وسعت قلمرو اجرایی این دست تحریم‌ها را نشان می‌دهد، بگونه‌ای که تا پیش از آن شورای امنیت سازمان ملل متحد قطعنامه‌ای با این گستردگی تصویب نکرده بود.^۵ با این حال، تصمیمات و قطعنامه‌های سازمان ملل برای لازم‌الاجرا شدن در داخل کشورها نیاز به تصویب در نظام حقوق داخلی هر کشور دارد.^۶ به عبارت دیگر، قاضی داخلی یک کشور به صورت مستقیم و بدون تصویب قانون در کشور متبوع خود، برای قطعنامه مزبور اثری قائل نمی‌شود.^۷ بر این اساس است که تحریم‌های شورای امنیت با وجود فراگیری آن در کشورهای مختلف توان اجرایی متفاوتی دارند. با وجود این، موضوعی که می‌تواند به قطعنامه‌های سازمان ملل در قیاس با دیگر تحریم‌های چند

۱. تحریم در حقوق بین‌الملل، به منزله مجازات کشورهایی است که عضو جامعه بین‌المللی هستند و صلاحیت این کار بر طبق منشور ملل متحد در اختیار شورای امنیت سازمان ملل است. لذا تحریم به منزله مجازات، فقط همان قطعنامه‌های شورای امنیت را شامل می‌شود و دیگر تحریم‌ها از نظر حقوقی، تحریم به معنای اخص آن نیستند و بحث غیرقانونی یا ناروا بودن در خصوص دسته اخیر مطرح می‌شود. در اینخصوص ر.ک.: CHEMAIN, 2017, n° 164-181

2. VAN HOUTTE, 1996, p. 191.

3. PÉRILLEUX, 1996, p. 186.

۴. در این خصوص ر. ک: طباطبائی، سید احمد، ۱۳۷۹، ص ۷۱ تا ۹۶.

5. BURDEAU, 1991, p. 440.

6. LANDY-OSMAN, 1991, p. 602.

7. MATRINGE, 2004, p. 647.

جانبه قدرت تأثیرگذاری بیشتری ببخشد، ارتباط قطعنامه‌های سازمان ملل با نظم عمومی بین‌المللی است. اساس تصویب تحریم‌های شورای امنیت طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، حراست از صلح جهانی است و این امر با نظم عمومی بین‌المللی درآمیخته است؛ لذا هر کشور صرف‌نظر از سازوکارهای حقوق داخلی خود، ملزم به محترم شمردن مقررات این قطعنامه‌هاست.^۱ بر این اساس، قاضی داخلی یک کشور در فرض برخورد با یک قرارداد، از جمله ضمانت‌نامه بانکی، چنانچه موضوع آن را از مصادیق تحریم وضع شده سازمان ملل تشخیص دهد، مکلف است از اجرای مفاد آن امتناع ورزد و در غیر این صورت نظم عمومی بین‌المللی را مخدوش کرده است، مگر اینکه آن تحریم با نظم عمومی داخلی کشور قاضی صادرکننده رای تعارض داشته باشد.^۱

در کنار تحریم‌های سازمان ملل، یک مصداق بارز دیگر از تحریم با صبغه بین‌المللی، تحریم‌های وضع شده اتحادیه اروپاست که برای تمامی اعضای اتحادیه لازم‌الاجرا و حتی در تعارض با مقررات داخلی هر عضو، بر آن مقدم و مرجح است. یک تفاوت بارز میان تحریم‌های اتحادیه اروپا و تحریم‌های سازمان ملل به ماده ۲۸۸ معاهده رم^۲ بازمی‌گردد. طبق این ماده، مقررات مزبور برای تمامی اعضای اتحادیه به‌طور مستقیم و بدون نیاز به تصویب داخلی لازم‌الاجراست. نمونه این تأثیرگذاری مستقیم، پرونده‌ای است که در آن ضامن متقابل تبعه یک کشور اروپایی بود و ذینفع و ضامن مستقیم تابعیت عراقی داشتند (در خصوص مفاهیم ضمانت متقابل و مستقیم ر. ک: سلطانی، ۱۳۹۵، ۳۵۰). ضامن متقابل در پی طرح دعوا توسط ضمانت خواه به منظور صدور دستور موقت مبنی بر منع پرداخت وجه ضمانتنامه متقابل و نیز به دلیل تحریم‌های وضع شده بر اتباع عراقی از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ضامن مستقیم خودداری نمود اما در خصوص توقیف اموال خود توسط ضامن مستقیم که در سایر کشورهای اروپایی وجود داشت نگران بود. دادگاه ضمن صدور رأی به عدم پرداخت ضمانتنامه، در پاسخ به ابراز نگرانی شخص اخیر مبنی بر احتمال توقیف دارایی‌های آن نزد کشورهای ثالث از سوی بانک عراقی اظهار می‌دارد، چنین احتمالی

1. SYNDET, 1996, n° 18,19.

2. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), traité de Rome

معاهده رم در سال ۱۹۵۷ تصویب شده و آخرین اصلاحات آن مربوط به سال ۲۰۰۷ است. جهت مطالعه بیشتر ر. ک. به: (RIDEAU, 2011, p. 12)

صرفاً جنبه نظری و فرضی دارد، چراکه رأی دادگاه بر مبنای مقررات اتحادیه اروپا صادر شده است و دیگر اعضای اتحادیه نیز باید آن را به رسمیت بشناسند. درحالی که اگر این تحریم صرفاً جنبه داخلی داشت، دیگر کشورها به آن ترتیب اثر نمی‌دادند.^۱

۱-۲. تحریم‌های یک‌جانبه

تحریم یک‌جانبه یک کشور علیه کشور دیگر را از یک نظر می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: گاه این تحریم در عرصه بین‌المللی سابقه دارد و پیش از این کشور، نهاد یا سازمانی بین‌المللی قائل به چنین تحریمی بوده و به دنبال آن، این کشور چنین تحریمی را وضع کرده است^۲ و گاه کشوری ابتدا به ساکن مبادرت به وضع تحریم علیه کشور دیگر می‌کند.^۳ درخصوص دسته اخیر باید گفت غالباً درباره اعتبار این تحریم‌ها به‌طور جدی تردید وجود دارد.^۴ باین‌حال، براساس اینکه قانون کشور وضع‌کننده تحریم، قانون حاکم بر ضمانت‌نامه یا قانون مقر دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده است (۱،۲،۱) یا خیر (۲،۲،۱)، مواردی وجود دارد که به تحریم‌های وضع‌شده از سوی یک کشور در کشور ثالث ترتیب اثر داده شود.

۱-۲-۱. قانون کشور وضع‌کننده تحریم یک‌جانبه به عنوان قانون مقر یا قانون حاکم بر ضمانت‌نامه

بدون تردید، هر قاضی مکلف است به تحریم‌های وضع‌شده در قوانین کشور خود ترتیب اثر دهد. بنابراین حتی اگر تحریم وضع‌شده در یک کشور علیه کشور دیگر در عرصه بین‌المللی بدون سابقه و کاملاً یک‌جانبه باشد، ولی قاضی داخلی کشور وضع‌کننده تحریم، صلاحیت رسیدگی به دعوای ضمانت‌نامه را داشته باشد، باید مقررات ناظر بر تحریم را

1. Trib. civ. Padoue, 1er oct. 1993 : D. 1995, somm. p. 23, obs. M. VASSEUR.

۲. این گونه تحریم‌ها غالباً برای اجرای بهتر قطعنامه‌های ذیل فصل هفتم شورای امنیت و با عنوان «اقدامات اضافی» اعمال می‌شوند: ضیایی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۴.

۳. باید توجه داشت که گاهی ممکن است موضوع تحریم بدون آنکه ناظر به شخص یا کشور معینی باشد در قانون پیش‌بینی شده باشد. برای مثال ماده ال ۱-۵۶۲ قانون پولی و مالی فرانسه، امکان مسدود نمودن وجوه و منابع مالی اشخاصی که مرتکب عملیات تروریستی می‌شوند یا قصد انجام آن را دارند با تصمیم مشترک وزیر اقتصاد و وزیر کشور به مدت شش ماهه قابل تمدید امکان‌پذیر دانسته است. برای توضیحات بیشتر در اینخصوص مراجعه کنید به:

Burriez, 2017, p. 139

4. GRELON et GUDIN, 1991, p. 638.

در آن پرونده اعمال کند، هرچند که قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانونی خارجی باشد که صحبتی از تحریم نکرده است.^۱ دلیل این امر آن است که تحریم‌ها از مصادیق نظم عمومی هر کشور هستند و در راستای منافع آن کشور وضع شده‌اند و قاضی در این فرض در صورت اجرای قانون حاکم بر ضمانت‌نامه بر خلاف نظم عمومی کشور خود تصمیم‌گیری کرده است.

به این ترتیب، علت اعمال قانون مقر دادگاه مبنی بر تحریم در چندین پرونده که قانون عراق قانون حاکم در آن‌ها بود، مشخص می‌شود. زیرا قانون عراق، تحریم‌های شورای امنیت علیه خود را به رسمیت نمی‌شناخت و بر این اساس قاضی رسیدگی‌کننده با نادیده گرفتن قانون حاکم، طبق قانون مقر دادگاه تحریم‌ها را - که جزئی از قواعد مربوط به نظم عمومی آن کشور محسوب می‌شد - علیه عراق اعمال می‌کرد.^۲

در خصوص تأثیرگذاری تحریم یک‌جانبه یک کشور در کشور ثالث، باید توجه داشت که گاهی ممکن است قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانون کشور وضع‌کننده تحریم باشد. در این حالت، قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده (قاضی مقر) با در نظر گرفتن تمام قوانین کشوری که قانون آن بر ضمانت‌نامه حاکم است، به عنوان یک مجموعه، مبادرت به اعمال و اثربخشی تحریم می‌کند و در این شرایط تحریم یک‌جانبه نیز می‌تواند در کشور ثالث منشا اثر باشد.

با وجود این، اگر اعمال تحریم به نظم عمومی بین‌المللی کشور مقر دادگاه لطمه زند، قاضی به قانون وضع‌کننده تحریم ترتیب اثر نمی‌دهد^۳، زیرا طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی اجرای قانون خارجی نباید با نظم عمومی کشور مقر دادگاه مغایرت داشته باشد. در این راستا می‌توان به رأی از دادگاه تجدیدنظر پاریس اشاره کرد که در تاریخ اول دسامبر ۱۹۹۵ میلادی صادر شده است. در این پرونده قانون کرواسی قانون حاکم بر ضمانت‌نامه بود و این کشور در سال‌های ۱۹۹۱ و ۱۹۹۲ میلادی تحریم‌هایی علیه یوگسلاوی تصویب کرده بود. دادگاه مقر با این استدلال که قانون کرواسی در خصوص تحریم مخالفتی با نظم عمومی فرانسه ندارد، به قانون مزبور ترتیب اثر داد.^۴

1. CORTESE, 2004, p. 726.

2. CORTESE, 2004, p. 726.

3. PÉRILLEUX, 1996, p. 181.

4. CA Paris, 5e ch., C, 1er déc. 1995 : Juris-Data n° 025192.

شایان ذکر است اگر کشوری که قانونش، قانون حاکم بر ضمانت‌نامه است، تحریمی یک‌جانبه وضع کند که براساس و برگرفته از یک تحریم بین‌المللی باشد، این احتمال که قاضی کشور مقر دادگاه به این قانون تحریم ترتیب اثر دهد، افزایش می‌یابد. در مقابل، اگر یک سازمان بین‌المللی که کشور متبوع قاضی مقر دادگاه عضو آن است، تحریم یک‌جانبه را محکوم کرده باشد، احتمال اعمال تحریم از سوی قاضی ضعیف خواهد بود.^۱

۱-۲-۲. تحریم یک‌جانبه به عنوان قانون کشور ثالث

چنانچه تحریم یک‌جانبه وضع شده، قانون حاکم بر قرارداد ضمانت‌نامه یا قانون کشور مقر دادگاه نباشد، اصولاً قضات بدون توجه به آن تحریم تصمیم خواهند گرفت، چراکه تحریم نه تنها قانون حاکم بر قرارداد نیست، بلکه قانون مقر دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده نیز شمرده نمی‌شود.

با این حال، در اتحادیه اروپا، کنوانسیون رم^۲ - که البته اکنون مقرر رم جایگزین آن شده است - حکمی متفاوت مقرر داشته بود. طبق ماده ۷ این کنوانسیون، چنانچه در حین اجرای قانون کشور معین، قاضی متوجه شود قاعده آمره کشور ثالث، رابطه‌ای نزدیک با قرارداد دارد، می‌تواند به آن قاعده آمره استناد کند. بنابراین بر طبق این مقرر، قاضی اروپایی می‌توانست به قانون آمره ثالثی که نه قانون حاکم بر ضمانت‌نامه و نه قانون مقر دادگاه است، استناد کند. البته قاضی ملزم به اعمال قانون کشور ثالث نیست. در واقع قاضی محتوای قانون آمره خارجی، آثار اعمال آن قانون و رابطه آن با نظم عمومی کشور مقر را در نظر می‌گیرد و سپس نسبت به ترتیب اثر دادن به قانون مزبور تصمیم‌گیری می‌کند.^۳ بنابراین ترتیب اثر دادن به تحریم یک‌جانبه کشور خارجی در کشور دیگر قطعی و قابل پیش‌بینی نیست و بدیهی است قاضی اروپایی در مقام تصمیم‌گیری نسبت به اعمال قانون خارجی عناصر سیاسی و تبعات تصمیم خود را در نظر می‌گیرد.^۴ برای نمونه دادگاه لاهه در رسیدگی به پرونده‌ای^۵ با شعبه هلندی یک شرکت آمریکایی از یک سو و اتحاد جماهیر

1. CORTESE, 2004, p. 727.

۲. کنوانسیون رم درباره قانون حاکم بر تعهدات قراردادی مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰.

Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980.

3. LOUSSOUARN, BOUREL et VERSAILLS-SOMMIÈRES, 2007, n° 133.

4. NIBOYET, 1998, n° 40.

5. Trib. arrondissement de la Haye, ord. réf., 17 sept. 1982 : Rev. crit. DIP 1983, p. 473

شوروی سابق از سوی دیگر و نیز قانونی آمریکایی دال بر تحریم اتحاد جماهیر شوروی سابق روبرو بود. دادگاه با این استدلال که این پرونده ارتباط کافی با آمریکا ندارد، از اعمال تحریم آمریکا در خصوص محدود کردن تجارت با اتحاد جماهیر شوروی سابق خودداری کرد. این امتناع از اعمال تحریم تحت تأثیر ماهیت سیاسی تحریم و تبعات و ریسک‌های اجرای آن در اروپا، از جمله بیکاری، بوده است.^۱

شایان ذکر است، بند ۳ ماده ۹ مقررۀ رم یک^۲ قلمروی ماده ۷ کنوانسیون رم را تغییر داده است؛ به این معنا که معیار اعمال قانون آمرۀ خارجی از «دارا بودن ارتباط نزدیک» به «اجرا شدن قرارداد در آن کشور» تغییر یافته و در واقع محدودتر شده است.^۳ بنابراین قاضی یک کشور فقط زمانی می‌تواند به قانون تحریم یک‌جانبۀ یک کشور ثالث که نه قانون حاکم بر قرارداد و نه قانون مقر دادگاه است، ترتیب اثر دهد که تعهدات ناشی از قرارداد در کشور وضع‌کننده تحریم یک‌جانبه اجرا شده یا در آینده اجراشدنی باشد. با این وصف، اگر بخواهیم نحوه تصمیم‌گیری قضات اروپایی در خصوص ضامن متقابل یا ذی‌نفع ایرانی را پیش‌بینی کنیم، باید گفت بنابر مقررۀ رم یک، بسیار بعید است که قاضی اروپایی به استناد تحریم آمریکا مانع پرداخت بانک ضامن متقابل اروپایی به ضامن مستقیم ایرانی شود؛ زیرا این ضمانت‌نامه نیازی به اجرا در آمریکا ندارد که به پیروی از اجرا، تحت حاکمیت قانون آمریکا قرار گیرد. با وجود این، به دلیل غالب شدن جنبه‌های سیاسی تحریم بر جنبه‌های حقوقی آن، در عمل، ملاحظه می‌شود که گاهی قانون کشور ثالث مبنی بر تحریم اجرا می‌شود در حالیکه نه طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی قانون حاکم است، نه قانون مقر دادگاه شمرده می‌شود، نه ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد و نه محل اجرای قرارداد در کشور وضع‌کننده تحریم است.^۴

بنابراین ارزیابی امکان اعمال تحریم‌های اقتصادی بیش از آن که مسئله‌ای حقوقی باشد، مسئله‌ای سیاسی است^۵ و دادگاه‌ها در خصوص اجرا یا عدم اجرای قانون تحریم یک‌جانبه

1. NIBOYET, 1998, n° 41.

۲. مقررۀ رم یک مصوب ۲۰۰۸، جایگزین کنوانسیون رم ۱۹۸۰ بوده و بر قراردادهای منعقدۀ از تاریخ ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ حاکم است.

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations

3. CORNELOUP, 2008, n° 15

4. KINSCH, 1994, n° 25 et n° 343 LESGUILLONS, 1997, p. 95 -.

5. ESGUILLONS, 1997, p. 95.

خارجی، براساس آثار ناشی از تصمیم‌شان عمل می‌کنند.^۱ گرایش رویه قضایی هر کشور به اعمال تحریم یک‌جانبه خارجی، بسته به سطح ارتباطات سیاسی با کشور وضع‌کننده تحریم و کشوری که مشمول تحریم است، تعیین می‌شود و وجاهت چنین تحریمی با توجه به اهداف سیاسی و توان اقتصادی کشور متبوع قاضی سنجیده می‌شود. در چنین وضعیتی ممکن است سران کشورها از بنگاه‌ها و فعالان تجاری خود تقاضای خودداری از برقراری ارتباط با کشوری خاص را داشته باشند تا مشمول قانون تحریم یک‌جانبه کشور ثالث نشوند و یا در مقابل با نادیده گرفتن قانون تحریم خارجی به فعالان تجاری خود آزادی ارتباط با کشور مشمول آن تحریم را بدهند.^۲ تأثیرگذاری تحریم و اعمال آن، به صورت اساسی، وابسته به جایگاه کشور مشمول تحریم و قدرت کشور واضع تحریم است. به هر میزانی که کشور مشمول تحریم سهم بیشتری در تجارت بین‌الملل و صدور کالاهای اساسی داشته باشد، احتمال تأثیر تحریم از سوی کشور ثالث کاهش می‌یابد.^۳

به هر روی، از آنجا که قضات در تصمیمات خود باید مبانی حقوقی آن تصمیم را نیز معین کنند، در خصوص اعمال تحریم کشور ثالثی که هیچ‌گونه ارتباطی با پرونده ندارد، از جمله در حقوق فرانسه به فورس ماژور^۴ استناد می‌شود و قانون تحریم یک‌جانبه خارجی که طبق قواعد مطرح شده هیچ ارتباطی به قرارداد ندارد، به عنوان مصداقی از فورس ماژور اعمال شده است.^۵

در این خصوص باید گفت، یک کشور با توجه به توان بالای اقتصادی و سیاسی در عرصه بین‌المللی می‌تواند ضمن تحریم یک‌جانبه یک کشور، اعلام کند که در صورت بی‌توجهی کشور ثالث به تحریم مزبور و برقراری ارتباط با کشور مشمول تحریم، کشور قدرتمند تحریم‌گر ضمانت‌اجراها و مجازات‌هایی از جمله جریمه یا ممنوعیت رابطه صادراتی

1. CA Paris, 14e ch., 22 mai 1965 : JCP G 1965, II, 14274 bis.

2. VAN HOUTTE, 1996, n° 19

3. BASTID-BURDEAU, 2003, p. 771.

۴. اگرچه در قوانین ما، اصطلاح فورس ماژور (force majeure) به صراحت به کار نرفته، عباراتی دال بر این معنا در برخی مواد، از جمله ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی آمده است. این اصطلاح در حقوق ما بدین معناست که نیرویی مقاومت‌ناپذیر و خارجی و به طور معمول غیر قابل پیش‌بینی مانع از انجام تعهد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب)، ص ۲۲۲-۲۰۲).

5. NIBOYET, 1998, n° 40.

و وارداتی یا تعطیلی شعبه‌های شرکت‌های ثالث را در خاک خود بر ثالث تحمیل می‌کند.^۱ روشن است در چنین شرایطی، بسیاری از کشورها از بیم تسری مجازات‌های کشور تحریم‌گر به آنها، از تحریم وضع شده پیروی می‌کنند. اما آیا چنین توجهی به قانون تحریم خارجی که قانون حاکم بر قرارداد هم نیست، می‌تواند عنوان فورس‌ماژور داشته باشد؟

در نگاه نخست می‌توان با این استدلال فورس‌ماژور بودن چنین تحریم و تهدیدی را رد کرد که تمام عناصر فورس‌ماژور^۲، به خصوص اجتناب‌ناپذیر بودن و نیز بعضاً غیرقابل پیش‌بینی بودن، در کشورهایی که آن را شرط می‌دانند، محقق نیست. در واقع تهدید به اعمال ضمانت‌اجرا از سوی کشور تحریم‌گر به معنای اجتناب‌ناپذیر و غیرممکن بودن اجرای قرارداد، از جمله ضمانت‌نامه، نیست؛ بلکه فقط هزینه اجرای آن را سنگین می‌کند^۳؛ بدین معنا که با پرداخت وجه ضمانت‌نامه از ضامن به شخص یا شرکت تحریم‌شده، ضامن مشمول جریمه یا دیگر ضمانت‌اجراها می‌شود. از این منظر «نظریه حوادث پیش‌بینی نشده»^۴ نیز قابل طرح است که اجرای تعهد را محال نمی‌سازد اما بسیار دشوار می‌کند^۵. با وجود این، نظریه مزبور در خصوص موضوع تحریم مورد استناد قرار نگرفته است. در هر صورت بنظر می‌رسد ضمانت‌اجراهای بسیار سنگین که حیات و فعالیت ضامن یا ضمانت‌خواه را در مخاطره جدی قرار می‌دهد از مصادیق فورس‌ماژور است، خاصه آنکه از معیار غیرقابل اجتناب بودن این نتیجه استنباط نمی‌شود که متعهد، جان یا ادامه فعالیت خود را بر سر پیمان گذارد^۶.

با وجود این در بسیاری از شرایط، تحریم مربوط به موضوع قرارداد پایه است و ضامن می‌تواند با این استدلال که ضمانت‌نامه مستقل از قرارداد پایه است، مبادرت به پرداخت وجه آن کند. گاهی نیز ممکن است ضامن دارای چنان سطحی از استقلال اقتصادی باشد که از اقدامات

۱. نمونه این اقدامات تلافی‌جویانه تحریم وزارت خزانهداری آمریکا در تاریخ ۲۹ فوریه علیه یک بانک در دوی به دلیل انتقال وجه به ایران است (ابراهیمی سالاری، تقی؛ شهابی کاسب، مهسا؛ احمدی، فاطمه، ۱۳۹۲، ص ۵).

۲. در حقوق فرانسه و بیشتر کشورهایی که نظام حقوقی نوشته دارند، برای تحقق فورس‌ماژور سه شرط خارجی بودن، اجتناب‌ناپذیر بودن و غیرقابل پیش‌بینی بودن وجود دارد، اما در انگلستان و دیگر کشورهای دارای نظام حقوقی کامن‌لا غیرقابل پیش‌بینی بودن را شرط نمی‌دانند (ابراهیمی، سید نصرالله؛ اویار حسین، شادی، ص ۳۰). در قانون مدنی ایران ۱۳۹۱، که تحت تأثیر حقوق فرانسه است، بنا بر مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ شروط خارجی بودن و اجتناب‌ناپذیر بودن آشکارا به دست می‌آید. همچنین از بند ۴ ماده ۱۳۱۲ شرط غیرقابل پیش‌بینی بودن را می‌توان برداشت (کاتوزیان، (ب)، ۱۳۸۰، ص ۲۰۵).

3. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, 2005, p. 571

4. Théorie de l'imprévision

۵. کاتوزیان، ۱۳۸۰، (الف)، ص ۸۱-۱۱۹

۶. کاتوزیان، ۱۳۸۰، (ب)، ص ۲۱۷.

تلافی جویانه بعدی کشور وضع‌کننده تحریم، بیمی نداشته باشد. در چنین حالتی، کشور محل اقامت بانک ضامن ممنوعیتی برای نقل و انتقالات پولی با کشور مشمول تحریم ندارد^۱. در مجموع، واقع‌گرایی ایجاب می‌کند تا بپذیریم در برخی موارد، به‌ویژه در خصوص تحریم‌هایی که ایالات متحده آمریکا وضع کرده است، ضمانت‌اجراهایی که معمولاً کشور تحریم‌گر در نظر می‌گیرد، به میزانی سنگین است که بانک ضامن متقابل و کشور متبوع آن ریسک برقراری ارتباط مالی با شخص یا شرکت تحریم‌شده را نمی‌پذیرد^۲. بر همین اساس و در عمل و به‌خصوص تا پیش از رفع بخشی از تحریم‌های سازمان ملل و تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا، بانک‌های ژاپنی، چینی، کره‌ای و اروپایی^۳ در موارد متعددی فقط به دلیل تحریم‌های آمریکا علیه ایران و بدون آنکه تحریمی از سوی کشور خودشان علیه ایران وضع شده باشد، از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به بانک‌های ایرانی خودداری کردند^۴. بدین

۱. اگر این فرض را در خصوص تحریم ایران در نظر بگیریم، به دلیل تحریمی که سوئیفت نیز در شرایط تحریم نسبت به بانک‌های ایرانی اعمال می‌کند و نیز ممنوعیتی که آمریکا برای ارتباط با ایران از طریق دلار قائل می‌شود، مشکل برقراری ارتباط مالی ایران با یک کشور دیگر، به‌ویژه از حیث تفاوت ارزش پولی دو کشور، پدیدار می‌شود. این مشکل می‌تواند از طریق پیمان‌های دوجانبه پولی بین ایران و کشوری مانند چین در خصوص در نظر گرفتن چگونگی یکسان‌سازی نرخ ریال و یوان (واحد پولی چین) حل شود. در خصوص تحریم ایران از سوی سوئیفت نیز از طریق برقراری ارتباط به کمک طراحی و راه‌اندازی سیستم جایگزین با کشورهای مزبور و پیوستن آن‌ها به این سیستم، می‌توان خلأ ارتباطی ناشی از تحریم غیرقانونی سوئیفت را پر و ضامن متقابل را قادر به پرداخت وجه ضمانت‌نامه کرد (در خصوص سوئیفت ر. ک. Brindle and Cox, 2004, p. 99).

2. KINSCH, 1994, n° 146-150.

۳. صرفاً به عنوان یک نمونه پیام بانک استاندارد چارترز (standard chartered bank) در خصوص تقاضای تمدید ضمانت‌نامه توسط ذینفع ایرانی مورد اشاره قرار می‌گیرد. بانک از تمدید ضمانت‌نامه با اشاره کلی به تحریم‌های آمریکا امتناع می‌کند:

« Due to the current USA embargo against Iran, we are unable to allow us to extend this guarantee further. Please relay this message to the beneficiary to withdraw this claim ».

۴. براساس قوانین آمریکا، دولت تحریم‌های یک‌جانبه اقتصادی را به طور عمده با استناد به قوانین «معامله با کشورهای دشمن»، «قانون صادرات دولتی» و «قانون شرایط اضطراری اقتصاد بین‌الملل» به کار می‌گیرد. استناد به این قوانین بر حسب جنگ، اضطراری و عادی بودن شرایط، متفاوت است. برای مثال با اوج‌گیری کشمکش‌های سیاسی بر سر مسئله تصرف سفارت و اعلام وزیر اقتصاد دولت موقت ایران مبنی بر خروج دارایی‌های ایران از بانک‌های آمریکایی، رئیس جمهور آمریکا با استناد به قانون شرایط اضطراری اقتصاد بین‌الملل، دارایی‌های ایران را، به ارزش دوازده میلیارد دلار، بلوکه کرد که بزرگ‌ترین اقدام تحریمی آمریکا در طول تاریخ آن کشور بوده است (خوشرو، سعید، ۱۳۸۰، ص ۲۱ و ۲۰). اساس تحریم‌های اقتصادی آمریکا علیه ایران در part ۵۶۰ با عنوان Iranian transac-tions regulation از مقرراتی به نام us code of federal regulations را می‌توان ملاحظه کرد. براساس این مقررات، فهرستی از اشخاص و شرکت‌های ایرانی در لیستی با عنوان Specially Designated Nationals List (SDN) مشمول تحریم قرار گرفته‌اند. بخشی از این تحریم‌ها مربوط به دفتر کنترل دارایی‌های خارجی خزانه‌داری آمریکا با عنوان Office of Foreign Assets Control (OFAC) هستند.

ترتیب، قاضی هر پرونده با توجه به شرایط سیاسی حاکم بر پرونده و عناصر فورس ماژور در خصوص پرداخت وجه ضمانت نامه تصمیم گیری می کند!

۲. قلمرو تحریم از حیث فراگیری ضمانت نامه یا قرارداد پایه

گاهی تحریم ناظر به محدود کردن تجارت و واردات یا صادرات کالا نسبت به کشور خاصی است که تحریم تجاری نامیده می شود. گاهی نیز تحریم ناظر بر ممنوعیت اعطای وام یا جابه جایی ارز یا سرمایه گذاری است و غالباً به ابزارهای مالی مانند ضمانت نامه معطوف است^۲ بنابراین گاهی موضوع تحریم صرفاً قرارداد پایه و گاهی خود ضمانت نامه (۱-۲) را دربرمی گیرد.

۱-۲. تحریم ناظر بر ضمانت نامه

به منظور بررسی تحریم ناظر بر سند ضمانت نامه، لازم است براساس مطالب قسمت نخست، تحریم را در دو فرض در نظر بگیریم: فرض اول در خصوص تحریمی است که کشور مقرر دادگاه رسیدگی کننده به دعوی ضمانت نامه آن را وضع کرده یا اینکه قانون آن کشور قانون حاکم بر قراردادی است که نتیجه اعمال قانون تحریم قطعی می باشد. فرض دوم ناظر بر تحریمی است که کشور ثالث، بدون آنکه مقرراتش حاکم بر قرارداد یا قانون مقرر دادگاه باشد، وضع کرده است. ماهیت تأثیر تحریم در فرض نخست روشن است و از منظر حقوق بین الملل خصوصی اصولاً وجاهت حقوقی دارد. اما در خصوص ماهیت تأثیر تحریم در فرض اخیر، بحث فورس ماژور بر منع پرداخت ضمانت نامه طرح شده است. براساس آنچه توضیح داده شد، حتی اگر به دلیل نبود برخی عناصر فورس ماژور، از جمله غیر قابل پیش بینی بودن یا اجتناب ناپذیر بودن، تحریم را فورس ماژور به شمار نیاوریم،

1. BASTID-BURDEAU, 2003, p. 771

۲. اصولاً تحریم مالی تأثیر شدیدتری نسبت به تحریم تجاری دارد. در تحریم مالی، کشور مشمول تحریم فقط امکان مبادله کالا به کالا را دارد و چون نمی تواند در ازای صادرات، ارز وارد کشور کند، نرخ های بالاتری را برای اخذ وام پرداخت می کند و یا کشوری نفت خیز مانند ایران، به ناچار نرخ های بازدهی تضمینی بالاتری را برای سرمایه گذاری قراردادهای نفتی پیشنهاد می کند. اما تحریم تجاری تا زمانی که با تحریم مالی همراه نشود، این امکان را به کشور موضوع تحریم می دهد که با دور زدن تحریم ها به واردات و صادرات ادامه دهد (پاوری، کاظم؛ محسنی، رضا، ۱۳۸۸، ص ۴۱).

دادگاه‌ها به دلیل ملاحظات سیاسی، از اقدام بانک برای پرداخت نکردن وجه ضمانت‌نامه حمایت می‌کنند!

اینکه کشور یا سازمان تحریم گر چه اهداف و آثاری را در مسیر تحریم دنبال می‌کند، در سند مربوط به تحریم درج می‌شود. اما اساساً تحریم ضمانت‌نامه سبب خاتمه حیات و انقضای اعتبار ضمانت‌نامه نمی‌شود و در اصل، تحریم فقط مانع انتقال وجه ضمانت‌نامه مطالبه شده می‌شود. وقتی ضمانت‌نامه مشمول تحریم است، تا هنگامی که تحریم پابرجاست، امکان پرداخت وجه آن وجود ندارد. زمانی که تحریم‌ها لغو یا رفع شوند، ضمانت‌نامه را می‌توان مطالبه کرد، البته به شرط آنکه از نظر زمانی همچنان معتبر باشد. به عبارت دیگر، همان‌گونه که در فورس‌ماژور، اجرای قرارداد در مدت فورس‌ماژور معلق، و پس از رفع آن قرارداد دوباره مؤثر می‌شود، در مدت تحریم نیز به عنوان یکی از مصادیق فورس‌ماژور- دست کم به گمان برخی - ضمانت‌نامه معلق می‌شود که با رفع تحریم می‌توان آن را مطالبه کرد. بنابراین برای مطالبه ضمانت‌نامه پس از رفع تحریم، نیاز به بقای اعتبار آن وجود دارد و اگر در مدت تحریم اعتبار ضمانت‌نامه منقضی شود، پس از رفع آن نمی‌توان ضمانت‌نامه را مطالبه کرد. در همین راستا رأی ۲۲ فوریه ۱۹۹۸ دیوان کشور فرانسه، رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر مبنی بر عدم امکان مطالبه ضمانت‌نامه‌ای را که در مدت تحریم منقضی شده، تأیید کرده است!

در پی طرح مسئله خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه در مدت تحریم، بحث تمدید ضمانت‌نامه در دوران تحریم، به عنوان جایگزینی برای مطالبه به ذهن می‌رسد؛ یعنی اگر تحریم امکان مطالبه

1. KINSCH, 1994, n° 146-150. - CORTESE, 2004, p. 729. - VAN HOUTTE, 1996, n° 18. - BASTID-BUR-DEAU, 2003, p. 771

2. Cass. Ire civ., 24 févr. 1998 : Bull. civ. I, n° 69 ; Juris-Data n° 000823 ; JCP G 1998, I, 149, n° 10, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; JDI 1998, p. 963, obs. A. JACQUEMONT

۳. در عرصه تجارت، گاه تعیین تاریخ دقیق ایفای تعهد از جانب ضمانت‌خواه و خاتمه قرارداد، ممکن نیست. در این وضعیت معمولاً ذی‌نفع انتظار دارد که مدت اعتبار ضمانت‌نامه طولانی باشد تا بتواند خطر مربوط به اجرا نکردن کامل قرارداد را پوشش دهد و از سوی دیگر ضمانت‌خواه به دلیل کاهش ریسک مربوط به اعتبار ضمانت‌نامه، خواهان صدور ضمانت‌نامه‌ای با مدت اعتبار محدود است. معمولاً ضمانت‌نامه‌ها به دلیل ایجاد هم‌سویی بین هر دو نیاز، در عین داشتن تاریخ انقضای مشخص، امکان تمدید نیز دارند که در فرض خاتمه نیافتن اجرای تعهد از ناحیه ضمانت‌خواه، به شرط موافقت ضمانت‌خواه و بانک ضامن، امکان تمدید را برای ذی‌نفع حفظ کنند. اما گاهی ذی‌نفع تمایل به تمدید ضمانت‌نامه دارد، درحالی که از موافقت نکردن دو ضلع دیگر، بانک و ضمانت‌خواه، واهمه دارد. به همین دلیل گزینه‌ای به نام «تمدید کن یا بپرداز» شکل گرفته است که در صورت مخالفت بانک یا ضمانت‌خواه با تمدید، درخواست ذی‌نفع دایر بر مطالبه منجر تلقی می‌شود (ر.ک: سلطانی، محمد، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶).

ضمانت‌نامه را سلب کرد، بتوان با تمدید مدت به حیات ضمانت‌نامه تداوم بخشید تا دوران تحریم خاتمه یابد. با این حال، تمدید اصولاً نیاز به موافقت ضمانت‌خواه دارد^۱ و روشن است در چنین شرایطی که قانون آمره‌ای با عنوان تحریم، پرداخت را منع کرده است، ضمانت‌خواه با تمدید موافقت، و با این کار به ضرر خود عمل نمی‌کند. البته موارد محدودی وجود دارد که در متن ضمانت‌نامه قید می‌شود که تمدید نیازی به موافقت ضمانت‌خواه ندارد^۲ یا اینکه ضمانت‌خواه پیش از سررسید، موافقت خود را با تمدید اعلام می‌کند^۳.

با اینکه فرض بیان‌شده نادر است، این پرسش مطرح می‌شود که چنانچه بانک ضامن طبق متن ضمانت‌نامه، از موافقت ضمانت‌خواه بی‌نیاز باشد یا ضمانت‌خواه قبلاً موافقت خود را اعلام کرده باشد، اساساً تمدید ضمانت‌نامه با وجود مقررات تحریم‌کننده ضمانت‌نامه ممکن است؟

بنا بر یک نظر، چنانچه مقررات فقط پرداخت ضمانت‌نامه را محدود کرده باشد، تمدید آن بدون اشکال است. در تأیید این نظر می‌توان گفت هدف از وضع تحریمی که پرداخت ضمانت‌نامه را محدود کرده، این است که شخص یا شرکت مشمول تحریم پول را دریافت نکنند و این امر منافاتی با امکان تمدید ضمانت‌نامه تا پس از رفع تحریم ندارد، زیرا هدف تحریم در این حالت نیز محقق شده و پول به دست اشخاص مشمول تحریم نرسیده است. به عنوان نمونه تحریم‌های وضع شده علیه کشور عراق، تا پیش از صدور قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت سازمان ملل و وضع مقرر ۹۲/۳۵۴۱ اتحادیه اروپا، فقط ناظر بر پرداخت ضمانت‌نامه بود و تمدید ضمانت‌نامه منعی نداشت^۴.

با این حال، براساس نظری دیگر، با وجود تحریم ناظر بر پرداخت ضمانت‌نامه، تمدید آن امکان‌پذیر نیست. در تأیید این نظر می‌توان گفت، پرداخت و تمدید ضمانت‌نامه دو روی یک سکه هستند و اگر ذی‌نفع به دلیل تحریم، امکان مطالبه وجه را نداشته باشد، با تمدید اعتبار آن به آرامش می‌رسد و این مغایر با هدف تحریم است، زیرا شخص ذی‌نفع اطمینان خواهد داشت که با پایان تحریم‌ها می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را دریافت کند و

۱. زیرا اگر بانک ضامن بدون رضایت ضمانت‌خواه، ضمانت‌نامه را تمدید نماید، از دستورات ضمانت‌خواه پیروی نکرده است و حق رجوع به وی را از دست می‌دهد (PRÜM, 1994, n° 269). (VASSEUR, 1990, p. 206).

2. MARTIN, 1980, p. 499.

3. CA Paris, Ire ch., A, 11 juill. 1989 : D. 1991, somm. p. 193, obs. M. VASSEUR.

4. SABEH-AFFAKI, 1995, p. 716-717.

این در حالی است که هدف از تحریم، مجازات شخص موضوع تحریم با پرداخت نکردن ضمانت‌نامه است. براین اساس، از آنجا که تمدید ضمانت‌نامه، جایگزین پرداخت است، ممنوعیت اصل، یعنی پرداخت، ممنوعیت فرع، یعنی تمدید، را هم در پی دارد.^۱ لذا تمدید ضمانت‌نامه مانند پرداخت آن مشمول تحریم است و هر ضمانت‌نامه‌ای که مدت اعتبارش از مدت تحریم کوتاه‌تر باشد، امکان پرداخت را نخواهد داشت.^۲

۲-۲. تحریم ناظر بر قرارداد پایه

گاهی تحریم فقط ناظر بر قرارداد پایه است و شامل ضمانت‌نامه نمی‌شود. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا ضمانت‌نامه مربوط به قرارداد پایه که به دلیل تحریم امکان اجرا نداشته، مطالبه‌شدنی است؟

بنا بر یک دیدگاه براساس اصل استقلال ضمانت‌نامه^۳ از قرارداد پایه، تحریم ناظر بر قرارداد پایه بر پرداخت ضمانت‌نامه تأثیر ندارد و ضامن باید وجه ضمانت‌نامه را پرداخت کند. براساس دیدگاه دیگر، با وجود پذیرش استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، هدف تحریم این است که کسب منفعت برای کشور یا شخص تحریم‌شده ممنوع شود، لذا پرداخت وجه ضمانت‌نامه نیز دربرگیرنده این ممنوعیت است. دیدگاه اخیر از لحاظ حقوقی صحیح‌تر به نظر می‌رسد. درواقع برای اینکه هدف تحریم‌ها در خصوص منع اجرای یک قرارداد به درستی محقق شود، زنجیره قراردادهای مربوط به آن قرارداد، از جمله تضمین‌ها و ضمانت‌نامه‌های مرتبط که در اختیار شخص ذی‌نفع موضوع تحریم است، نیز نباید اجرایی شود. درغیراین صورت، شخص مشمول تحریم با استفاده از ضمانت‌نامه، زیان‌های ناشی از اعمال تحریم را جبران خواهد کرد. بنابراین ضمانت‌نامه‌ای که ریسک آن قرارداد پایه را پوشش دهد و از نظر اقتصادی به آن وابسته باشد، نیز باوجود استقلال حقوقی مشمول تحریم می‌شود.

1. GRELON et GUDIN, 1991, p. 653-654.

2. GRELON et DAL FARRA, 1994, p. 99; Vasseur, 1995, p. 43.

۳. اصل استقلال بدین معناست که در ضمانت‌نامه مستقل برخلاف ضمان تبعی، ایرادات و استثنائات مربوط به رابطه پایه در برابر بانک یا ذینفع قابل استناد نمی‌باشند. برای مطالعه در خصوص اصل استقلال و آثار آن ر. ک: کاشانی، ۱۳۷۷، ص ۴۹ به بعد. شهبازی‌نیا، ۱۳۸۰، ص ۱۳۲ به بعد. شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴ به بعد. محبی، ۱۳۸۴، ص ۲۳۷. مسعودی، ۱۳۸۳، ص ۵۷-۵۱. مسعودی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۱-۱۷۶.

همچنین در خصوص تحریم‌هایی که سازمان‌های بین‌المللی، مانند شورای امنیت سازمان ملل متحد، وضع کرده‌اند، باید توجه داشت که این تحریم‌ها از مصادیق مقررات نظم عمومی بین‌المللی به شمار می‌آیند^۱، زیرا تحریم‌های اقتصادی شورای امنیت پایه و ستون نظم عمومی بین‌المللی را تشکیل می‌دهند و بر تمامی اعضای سازمان تحمیل می‌شوند^۲. بر این اساس، همان‌طور که بطلان قرارداد پایه به علت مخالفت با نظم عمومی بین‌المللی امکان پرداخت ضمانت‌نامه را از بین می‌برد^۳، ناممکن بودن اجرای قرارداد پایه به علت مخالفت با نظم عمومی نیز سبب می‌شود که مبلغ ضمانت‌نامه را نتوان پرداخت کرد^۴.

همچنین در توجیه این نظر می‌توان افزود، زمانی که ضمانت‌خواه بدون قصور و تخلف و فقط به دلیل تحریم بین‌المللی در اجرای یک قرارداد ناکام مانده، روشن است از این حیث دینی به ذی‌نفع ندارد و برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه حقی را برای ذی‌نفع نمی‌توان تصور کرد. در واقع ذینفع نمی‌تواند بدلیل عدم اجرای قرارداد بدلیل تحریم مطالبه خسارت نماید، زیرا پرداخت ضمانت‌نامه در این حالت به معنای به رسمیت شناختن آثار قرارداد در روابط طرفین است، در حالیکه نظم عمومی بین‌المللی اجرای چنین قراردادی را منع کرده است^۵.

جمع‌بندی و ملاحظات

به منظور بررسی آثار تحریم بر پرداخت ضمانت‌نامه‌های بانکی، آثار تحریم با توجه به منشأ متفاوت است. در این راستا، اثرگذاری تحریم‌های چند جانبه بطور قابل ملاحظه‌ای بیش از تحریم‌های یک‌جانبه است. در واقع رعایت تحریم‌های وضع شده از سوی شورای امنیت سازمان ملل متحد به دلیل مقررات منشور ملل متحد و ارتباط موضوع با مسئله نظم عمومی بین‌المللی برای قاضی داخلی هر کشور عضو سازمان ملل ضروری است. البته لازم‌الاجرا شدن قطعنامه‌های شورای امنیت در قلمرو داخلی کشورها مستلزم تصویب در نظام حقوق داخلی هر کشور به صورت جداگانه است و قاضی داخلی یک کشور به صورت مستقیم

1. CARREAU, 1996, p. 252.

2. KAHN, 1989, p. 316.

3. ERGEC, 1996, p. 138.

4. PÉRILLEUX, 1996, p. 179.

5. Y. POULLET, 1979, p. 424. - Ph. THÉRY, 1998, n° 108. - M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, 2007, n° 905.

بر قطعنامه‌های مزبور تأثیری نخواهد گذاشت. با وجود این طبیعی است که قاضی کشور موضوع تحریم، تحریم سازمان ملل متحد را علیه کشور خود اجرا نمی‌کند، به‌ویژه اینکه چنین تحریمی توسط مقامات داخلی کشور موضوع تحریم، تصویب نیز نخواهد شد. همچنین در صورت وضع تحریم از سوی اتحادیه اروپا به دلیل مقررات حاکم بر اتحادیه، تمامی اعضا مکلف به اعمال قانون تحریم هستند.

اما اگر تحریم از سوی یک کشور و یک‌جانبه باشد، در خصوص اعمال آن می‌توان چهار فرض کلی در نظر گرفت:

فرض اول آنکه قانون تحریم دربارهٔ کشوری است که قانون آن کشور، قانون حاکم بر قرارداد است. در این حالت قاضی داخلی به شرط مغایرت نداشتن تحریم با منافع و مصالح داخلی و نظم عمومی کشور خود، قانون تحریم را اجرا می‌کند.

فرض دوم آنکه کشور مقرر دادگاه قانون تحریم را وضع کرده است که در این صورت، قاضی رسیدگی‌کننده به اختلاف به تحریم وضع شده به عنوان یک مقررۀ آمره و مرتبط با نظم عمومی ترتیب‌اثر خواهد داد، اگرچه قانون کشور مقرر قاضی، قانون حاکم بر قرارداد نباشد.

فرض سوم ناظر بر وضعیتی است که تحریم یک‌جانبه، قانون حاکم بر قرارداد یا قانون مقرر دادگاه نیست، اما کشور وضع‌کنندهٔ تحریم چنان قدرتی در عرصهٔ سیاست و اقتصاد جهانی دارد که دیگر کشورها از بیم مجازات از سوی این کشور، تحریم را محترم می‌شمارند. در این حالت، تحریم می‌تواند از مصادیق فورس‌ماژور شمرده شود.

در فرض چهارم قانون تحریم، قانون حاکم بر قرارداد نیست و بیم مجازات از طرف کشور واضع تحریم نیز وجود ندارد. در چنین فرضی اصولاً قاضی داخلی قانون تحریم را نادیده می‌گیرد. البته مقررۀ رم یک استثنایی در این زمینه دارد و به قاضی اختیار اجرای قانون تحریم را در فرض اجرای قرارداد در کشور تحریم‌کننده می‌دهد.

به‌طور کلی باید گفت که رعایت قانون تحریم خارجی در کشور ثالث بیش از هر قاعدهٔ حقوقی به منافع و مصالح سیاسی کشور مقرر قاضی وابسته و بر این اساس امری غیرقطعی است. از سوی دیگر، تحریمی که ناظر بر ضمانت‌نامه است، امکان تمدید آن را نیز منتفی می‌سازد. همچنین با وجود اصل استقلال، تحریم ناظر بر قرارداد پایه، امکان دریافت وجه ضمانت‌نامه را نیز برای ذی‌نفع را از بین می‌برد.

این تحقیق نشان می‌دهد بانک‌ها و ذینفعان ایرانی در مواجهه با تحریم کاملاً آسیب‌پذیر هستند و بسیار بعید است که ضمانت‌خواه یا بانک ضامن متقابل خارجی ریسک تحریم را بپذیرد. از این روی مناسب است طرف‌های ایرانی تلاش نمایند ضمانت‌نامه بانک‌های کشورهایی را بپذیرند که رابطه سیاسی مناسب‌تری با کشورمان دارند. این امر سبب می‌شود تحریم‌های یک‌جانبه ایالات متحده آمریکا اثرگذاری کمتری بر روی ضمانت‌نامه‌های صادره داشته باشد.

فهرست منابع

- ابراهیمی سالاری، تقی و مهسا شهابی کاسب و فاطمه احمدی (۱۳۹۲)؛ تأثیر تحریم‌ها بر بخش بانکداری، تجارت و انرژی در ایران، شرکت پژوهشی طرود شمال.
- ابراهیمی، سید نصرالله و شادی اویار حسین (۱۳۹۱)؛ آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس‌ماژور، دانش حقوق مدنی، ش ۲.
- خوشرو، سعید، چند و چون تحریم‌های اقتصادی امریکا علیه ایران (۱۳۸۰)، اقتصاد انرژی، ش ۲۶.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۵)؛ حقوق بانکی، چاپ سوم، نشر میزان.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۲)؛ مطالعه وجه ضمانت‌نامه بانکی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، ش ۵.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۰)؛ ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۳)؛ ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، نامه مفید، شماره ۴۳.
- ضیایی، سید یاسر و علی‌رضا محمدی مطلق (۱۳۹۳)؛ تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی، مجله حقوقی دادگستری، ش ۸۸.
- طباطبائی، سید احمد (۱۳۷۹)؛ تحریم‌های اقتصادی شورای امنیت سازمان ملل متحد علیه عراق و حقوق بشردوستانه، مجتمع آموزش عالی، ش ۶.
- کاتوزیان، ناصر (الف) (۱۳۸۰)؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (الف)، جلد سوم، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (ب) (۱۳۸۰)؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (ب)، جلد چهارم، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۷۷)؛ ضمانت‌نامه بانکی، موسسه بانکداری ایران.
- محبی، محسن (۱۳۸۴)؛ حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۷.
- مسعودی، علیرضا (۱۳۸۳)؛ ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، شهر دانش.
- مسعودی، علیرضا (۱۳۸۲)؛ ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۴.
- یاوری، کاظم و رضا محسنی (۱۳۸۸)؛ آثار تحریم‌های تجاری و مالی بر اقتصاد ایران: تجزیه و تحلیل تاریخی، مجلس و پژوهش، سال شانزدهم، بهار و تابستان، ش ۶۱.
- G. BASTID-BURDEAU (2003), Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial internationale : *Rev. arb.*, p. 753.
- M. BRINDLE and R. COX (2004), *law of bank payments*, Third Edition, Sweet & Maxwell.
- G. BURDEAU (1991), Les conséquences de la crise du Golfe {Persique} sur les relations économiques privées, In *Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du Golfe {Persique}* : Colloque de CEDIN, Montchrestien, p. 415.
- D. BURRIEZ (2017), Le dispositif national de gel des avoirs: discrète mais contestable mesure de police administrative en matière de lutte contre le terrorisme, *RFDA*, p. 139.

- D. CARREAU (1996), *Conclusions générales*, in *L'embargo : AEDBF*, Belgium, p. 247.
- R. CHEMAIN (2017), *Répertoire de droit international, Sanctions économiques: contre-mesures, boycott, embargo, blocus*.
- B. CORTESE (2004), International economic sanctions as a component of public policy for conflict-of-laws purposes, in *Les sanctions économiques en droit international (Economic Sanctions in international law) : Académie de droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 717
- R. ERGEC (1996), *L'embargo et les droits nationaux*, in *L'embargo : AEDBF*, Belgium, p. 125.
- Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET (1980), *La lettre de garantie internationale : RTD com.* p. 1
- B. GRELON et Ch.-E. GUDIN (1991), *Contrats et crise du Golfe {Persique} : JDI*, p. 633
- B. GRELON et Th. DAL FARRA (1994), *Le sort des garanties financières en cas d'embargo : L'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak : RD bancaire et bourse*, p. 98
- B. GUILLOCHEN (1994), *Économie internationale*, 3e éd, DUNOD.
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND (2007), *Droit des sûretés : Sirey*.
- P. KAHN (1989), *Les principes généraux du Droit Devant les Arbitres du Commerce International : JDI*, p. 305.
- P. KINSCH (1994), *Le fait du prince étranger : LGDJ*.
- L. LANDY-OSMAN (1991), *L'embargo des Nations Unies contre l'Irak et l'exécution des contrats internationaux : DPCI*, p. 602.
- H. LESGUILLONS (1997), *Les lois Helms-burton et d'Amato : réaction de l'Union européenne : RDAI*, p. 95.
- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (2007), *Droit international privé*, 9e édition, Dalloz.
- M. MARTIN (1980), *Discussions*, in *FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux : Colloque de Tours, Édition du Moniteur*, p. 499.
- J. MATRINGE (2004) *Problèmes et Techniques De Mises en Oeuvre Des Sanctions Économiques de l'Organisation des Nations Unies en Droit Interne*, in *Les Sanctions économiques en droit international (Economic Sanctions in international law) : Académie de droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 637.
- J. PÉRILLEUX (1996), *L'embargo et le droit des obligations*, in *L'embargo : AEDBF*, Belgium, p. 167.
- Y. POULLET (1979), *Les garanties contractuelles dans le commerce international : DPCI*, p. 387
- A. PRÜM (1994), *Les garanties à première demande : Litec*.

- J. RIDEAU (2011), *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Répertoire de droit européen / Accords internationaux.*
- T. ROSSI (1990), *La garantie bancaire à première demande, Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé : Méta éditions.*
- B.-G. SABEH-AFFAKI (1995), *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes : Thèse Paris II.*
- L. SIMONT (1984), *Essai de classification des sûretés issues de la pratique, in FEDUCI, Les sûretés : Colloque de Bruxelles.*
- H. SYNDET (1996), *L'embargo : aspects de droit bancaire, in L'embargo : AEDBF, Belgium, p. 211.*
- F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE (2005), *Droit civil, Les obligations, 9e éd, Dalloz.*
- Ph. THÉRY (1998), *Sûretés et publicité foncière, 2e éd, Puf.*
- H. VAN HOUTTE (1996), *Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux, in L'embargo : AEDBF, Belgium, p. 189.*
- M. Vasseur (1995), *Les conséquences du règlement communautaire du 7 décembre 1992 sur les garanties indépendantes consenties à l'Irak avant la crise du Golfe {Persique}, Dalloz, p. 43*
- M. VASSEUR (1990), obs. sous CA Paris, 7e ch., B, 12 oct. 1988 : Dalloz, somm. p. 206. CA Paris, 14e ch., 22 mai 1965 : JCP G 1965, II, 14274 bis.
- Cass. 1re civ., 24 févr. 1998 : Bull. civ. I, n° 69 ; Juris-Data n° 000823 ; JCP G 1998, I, 149, n° 10, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; JDI 1998, p. 963, obs. A. JACQUEMONT.