

تحول نظام حقوقی ضمانت نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی

گودرز افتخار جهرمی^۱، محمد عیسیٰ تفرشی^۲، مرتضی شهبازی نیا^۳

۱- استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

چکیده

مقاله حاضر، به بررسی تحول نظام حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل، بر اساس قواعد منتشر شده از سوی اتاق بازرگانی بین‌المللی اختصاص دارد.

این مقاله، نشان می‌دهد که منبع اصلی شکل‌گیری قواعد حقوقی حاکم بر این ابزار تجاری، عرف بازرگانی بین‌المللی است و تلاش اتاق بازرگانی بین‌المللی برای اعمال قواعد سنتی حقوق در مورد این سند و بی‌توجهی به عرف بازار، منجر به شکست قواعد یکنواخت اتاق مذکور برای ضمانت‌نامه‌های قرارداد منتشره در سال ۱۹۷۸ گردید. این اتفاق متعاقباً طی قواعد معروف به مقررات یکنواخت برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (نشریه ۴۵۸) که در سال ۱۹۹۲ انتشار یافت، بسیاری از ویژگی‌های اصلی و مهم ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در عرف تجارت بین‌المللی، از جمله استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و آثار حقوقی مترتب بر آن و نیز ضمانت‌نامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست ذینفع را پذیرفت و برای سایر مسایل حقوقی ضمانت‌نامه نیز راهکارهایی با تکیه بر عرف تجاری ارائه کرد.

ارائه شیوه ساده حل اختلاف و تعیین قانون حاکم، رهایی بانک‌گشایش‌گر از مسایل ناشی از قرارداد پایه، پذیرش ماهیت اسنادی ضمانت‌نامه و تحدید نقش بانک به مطابقت ظاهری مطالبه ذینفع با مندرجات سند، از جمله این راهکارهاست.

از دیگر ویژگی‌های رژیم حقوقی ناشی از قواعد ۴۵۸، قابلیت انتقال حقوق ناشی از ضمانت‌نامه به اشخاص ثالث و اصالت عدم فسخ برای طرفین است.

کلید واژه‌ها: ضمانت نامه بانکی بین‌المللی، اتاق بازرگانی بین‌المللی، قواعد ۴۵۸، عرف و رویه تجاری.



۱- مقدمه

نقش و اهمیت ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی^۱ در بازرگانی بین‌المللی و تفاوت برخورد نظام حقوقی کشورهای مختلف با موضوعات مربوط به آن، از دیرباز سازمانها و مؤسسات بین‌المللی فعال در عرصه تجارت بین‌الملل را به تلاش برای تدوین مقررات بین‌المللی یکنواخت در این زمینه واداشته است. تلاشهای متعدد اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ و کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد^۳ و کمیته‌های بانکی کشورهای مختلف، به عنوان نهادهای مهم فعال در صحنه حقوق تجارت بین‌الملل، بیانگر اهمیت ضمانت‌نامه بانکی در جریان معاملات تجاری و ضرورت حرکت به سمت وحدت در برخورد با مسایل حقوق ناشی از آن است.

در این راستا، اتاق بازرگانی بین‌المللی تاکنون طی دو نشریه، مقررات یکنواختی را به جامعه بازرگانی پیشنهاد نموده است. اتاق مذکور، ابتدا در سال ۱۹۷۸ «مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌های قراردادی» را به عنوان نشریه ۳۲۵ منتشر نمود. به علت عدم استقبال جامعه بانکی جهان و نیز خریداران و واردکنندگان کالا و خدمات از مقررات مذکور، اتاق بازرگانی بین‌المللی به ناچار در سال ۱۹۹۲ طی نشریه شماره ۴۵۸ قواعد دیگری را تحت عنوان «مقررات یکنواخت مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» منتشر کرد. در مباحث آتی از مقررات فوق به ترتیب تحت عنوان «مقررات ۳۲۵» و «مقررات ۴۵۸» یاد خواهد شد.

مباحث بعدی این مقاله به بررسی تاریخی و مفاد این مقررات و توصیف رژیم حقوق ناشی از آنها اختصاص خواهد داشت. در بخش نخست، تلاش اتاق بین‌المللی بازرگانی برای تدوین رویه‌ها و مقررات خاص ضمانت‌نامه‌ها و در بخش دوم، مهمترین قواعد پیشنهادی اتاق در مورد مسایل حقوقی ضمانت‌نامه‌ها طی نشریه ۴۵۸ بررسی می‌شود.

۲



۲- اتاق بین‌المللی بازرگانی و تدوین مقررات در زمینه

ضمانت‌نامه‌های بانکی

در این بخش، به منظور فهم بهتر موضوع، ابتدا کلیاتی در باب استفاده از ضمانت‌نامه‌های بانکی در تجارت بین‌المللی و نیاز به قواعد حقوقی یکنواخت در زمینه ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بیان خواهد

1. Independent Bank Guarantee

2. International Chamber Of Commerce (I.C.C)

3. United Nation Commission for International Trade Law (UNCITRAL)

شد. سپس روند تحول مقررات پیشنهادی اتاق بین‌المللی بازرگانی در زمینه مورد نظر در سه بند، مورد بحث واقع می‌شود.

۲-۱- استفاده از ضمانت‌نامه بانکی در تجارت بین‌المللی

ضمانت‌نامه بانکی، پدیده نسبتاً جدیدی در عرصه حقوق بازرگانی بین‌المللی به شمار می‌رود. استفاده از این پدیده در معاملات تجاری، و در دهه ۶۰ میلادی آغاز شد. در آن زمان، افزایش شدید قیمت جهانی نفت، باعث افزایش درآمد کشورهای تولیدکننده، به ویژه در خاورمیانه و شمال آفریقا گردید. کشورهای مذکور با هدف توسعه اقتصادی و زیربنایی خود و درآمد سرشار حاصل از فروش نفت، اقدام به انعقاد قراردادهای عظیم تجاری و عمرانی با شرکتهای غربی نمودند. سایر کشورهای توسعه نیافته نیز از تحولات اقتصادی ناشی از افزایش قیمت نفت بی بهره نماندند؛ علاوه بر وامهایی که کشورهای صادرکننده نفت، مستقیماً به سایر کشورهای توسعه نیافته و اگذار می‌کردند، افزایش اندوخته کشورهای مذکور در صندوقهای بین‌المللی و بانکهای خارجی نیز امکان سرمایه‌گذاری در کشورهای فقیر را افزایش داد [۲، ۸]. از طرفی به موازات افزایش حجم قراردادهای بین‌المللی و مبالغ آنها، خطر عدم اجرا و یا اجرای ناقص قراردادها نیز جدی‌تر شد و در عمل برخی کشورهای واردکننده، خسارات قابل توجهی را از این ناحیه متحمل شدند. این امر کشورهای مزبور را به تلاش برای دستیابی به تضمین مناسب اجرای کامل قرارداد و اداب داشت. ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی، به ویژه «ضمانت‌نامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست» نشانگر موفقیت این تلاشهاست که با پشتوانه موقعیت ممتاز مالی کشورهای صادرکننده نفت و موضع برتر آنها در مرحله مذاکره قراردادهای بین‌المللی به دست آمده است [۳].

۲-۲- نیاز به قواعد یکنواخت بین‌المللی در زمینه ضمانت‌نامه‌های

بین‌المللی

تفاوت نظام حقوقی کشورهای دخیل در روابط ناشی از ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی چنان فاحش بود که نیاز به مقررات یکنواخت در این زمینه، بسیار سریع و تقریباً همزمان با شروع استفاده از این ابزار در معاملات بین‌المللی، احساس شد.



از سال ۱۹۶۴ به بعد، کمیسیون رویه و فنّ بانکداری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۱ به ضمانت‌نامه بانکی و مسایل مربوط به آن علاقه جدیدی را نشان داد؛ اما تا سال ۱۹۶۸ اقدام مؤثری در این زمینه صورت نپذیرفت. در فاصله ماههای مارس تا سپتامبر سال ۱۹۶۸ یک گروه کاری مشترک شامل نمایندگان این کمیسیون به همراه یکی دیگر از کمیسیونهای اتاق بازرگانی بین‌المللی (کمیسیون رویه‌های تجارتي بین‌المللی)^۲ مطالعاتی را در این زمینه به انجام رسانید. پیش از آن کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد در اولین نشست خود (ماههای فوریه و ژانویه ۱۹۶۸) تصمیم گرفت موضوع ضمانت‌نامه‌های مورد استفاده در تجارت بین‌الملل را در دستور کار خود قرار دهد. در دومین نشست که سال بعد برگزار شد، دبیر کمیسیون گزارشی را تحت عنوان «مطالعه مقدماتی ضمانت‌نامه‌ها و تضمین‌ها در پرداختهای بین‌المللی» ارائه نمود. در نشست مذکور، هیأت نمایندگی مجارستان پیشنهاد کرد که از اتاق بازرگانی بین‌المللی تقاضا شود تا تحقیقاتی در مسایل ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به عمل آورد و قواعد یکنواخت حاکم بر آنها را تدوین نماید. پیشنهاد مذکور توسط اعضای کمیسیون پذیرفته شد [۲].

از آن پس، اتاق بازرگانی بین‌المللی با حمایت آنسیترال به یک حقوقدان سوئدی به نام Lars Hjerper مأموریت داد تا قواعد یکنواختی برای نظام مند کردن این ضمانت‌نامه‌ها تهیه کند. پیش از این در برخی کشورها به ویژه ترکیه، مصر، لبنان، برمه و چکسلواکی سابق مقرراتی وضع شده بود که از ماهیت عادلانه و قابلیت پذیرش بین‌المللی برخوردار نبودند. برای مثال دستورالعمل سال ۱۹۷۳ بانک تجاری سوریه، پرداخت وجه ضمانت‌نامه را حتی اگر مطالبه وجه توسط ذینفع خارج از مهلت اعتبار سند صورت می‌گرفت، لازم می‌دانست [۴].

هدف اتاق بازرگانی بین‌المللی، ایجاد تعادل بین منافع مشروع طرفین ضمانت‌نامه یعنی ذینفع، اصیل و ضامن بود. با وجود انتظارات و منافع متفاوت و اغلب متعارض این اشخاص، رسیدن به هدف یاد شده دشوار و حتی غیرممکن می‌نمود. این تعارض منافع، به ویژه در مورد ضمانت‌نامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست ذینفع نمایان بود. طبیعتاً ضمانت‌نامه مذکور به لحاظ مکانیسم ساده و بی تشریفات پرداخت به بهترین شکل ممکن، منافع ذینفع را تأمین می‌کرد و از این رو اغلب واردکنندگان بر اخذ چنین ضمانت‌نامه‌ای پافشاری می‌کردند، در حالی که از دیدگاه اصیل (مضمون عنه) چنین ضمانت‌نامه‌ای با حداکثر خطر، به خصوص از جهت امکان سوء



1. I. C. C Commission on Banking Technique and Practice
2. I. C. C Commission on Commercial Practice

استفادهٔ ذینفع توأم بود تا جایی که از آن با عنوان «ضمانت‌نامهٔ خودکشی»^۱ یاد می‌شد. با توجه به مطلب فوق، اتاق بازرگانی بین‌المللی در تدوین مقررات حاکم بر ضمانت‌نامه‌ها، با چالش عمده‌ای از لحاظ به رسمیت شناختن «ضمانت‌نامه‌های صرف در خواست» روبرو بود. مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی از یک سو به جهت شرایط بازار، نمی‌توانست وجود این قبیل ضمانت‌نامه‌ها را نادیده انگارد و از سوی دیگر ناگزیر بود که استفاده از ضمانت‌نامه‌ها را اخلاق‌مند کند و مانع سوءاستفادهٔ ذینفع از آن شود.

به هر حال کمیسیونهای بانکی و رویهٔ تجارتي اتاق بازرگانی به مدت ۱۲ سال برای استانداردسازی مقررات حاکم بر ضمانت‌نامه‌ها تلاش کردند و بعد از مشورت‌های متعدد و بررسی پیش‌نویسهای متعدد، نهایتاً در سال ۱۹۷۸ «قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های قراردادی» را منتشر کردند [۳].

بند اول- بررسی اجمالی مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های قرارداد (قواعد ۳۲۵)

چنانکه گفته شد، هدف «ICC» از انتشار قواعد ۳۲۵، برقراری وحدت رویه در تجارت بین‌الملل بود. قرار بود این مقررات بر انواع مختلف تضمین در معاملات بین‌الملل، نظیر ضمانت‌نامه‌های مستقل، تضمین‌نامه‌ها^۲ و دیگر انواع ضمان تبعی و مستقل صرف نظر از این که توسط بانک صادر شده باشد یا شرکتها و اشخاص ثالث دیگر، اعمال شود. رابطهٔ حقوقی بین اصیل، ضامن و ذینفع را در سه نوع اصلی ضمانت‌نامه، شامل ضمانت‌نامهٔ شرکت در مناقصه^۳، ضمانت‌نامهٔ انجام کار^۴ و ضمانت‌نامهٔ بازپرداخت^۵، تنظیم نماید. ضمن آنکه بین منافع متعارض افراد دخیل، تعادل منطقی ایجاد نماید [۵].

در عمل، قواعد ۳۲۵، نتوانست اهداف فوق‌الذکر را تأمین کند. این مقررات عمدتاً تحت تأثیر کشورهای شمالی به ویژه سوئد، تدوین گردید که اتباع آنها معمولاً به عنوان فروشنده یا پیمان‌کار در جایگاه اصیل (مضمون‌عنه) قرار می‌گرفتند و از این رو طبیعتاً بیش از آنکه بتواند در منافع طرفین ضمانت‌نامه تعادل ایجاد کند، در برگیرندهٔ منافع اصیل بود. بر اساس قواعد مذکور، برای

1. Suicide Guarantee
2. Bonds
3. Tender/Bid Guarantee
4. Performance Guarantee
5. Repayment/Downpayment Guarantee



پرداخت وجه ضمانت‌نامه، اثبات تخلف اصیل از قرارداد پایه، لازم بوده و متن مقررات نیز به گونه‌ای مغایر با «اولین درخواست بودن» ضمانت‌نامه تهیه شده بود. این در حالی بود که برخی اشخاص پیشاپیش در مورد نادیده گرفتن واقعیت استفاده بین‌المللی روز افزون از این نوع ضمانت‌نامه‌ها، هشدار داده بودند. علاوه بر این، قواعد ۳۲۵ در نقاط مهمی (مانند مدت اعتبار) ضمانت‌نامه را به قرارداد پایه مرتبط کرده و در نتیجه استقلال آن را به طور اساسی نقض کرده بود. در واقع بابتی توجّهی به رویه‌های جاری بین‌المللی سعی داشت رویه‌های کاملاً جدیدی را تحمیل کند که نه تنها از جذابیت برخوردار نبودند، بلکه اصولاً قابلیت اعمال فراگیر را نیز نداشتند. قواعد مذکور در زمان انتشار، رویه‌های جاری بازار بین‌المللی را منعکس نمی‌کرد و لذا از همان آغاز روشن بود که رژیم حقوقی مناسبی برای ضمانت‌نامه‌های مستقل بانکی نیست [۶].

از دیدگاه بانک‌گشایش‌گر نیز قواعد ۳۲۵ قابل پذیرش نبود. بانکها علاقه نداشتند که خود را درگیر اختلافات قراردادی خریدار و فروشنده (ذینفع و اصیل) نمایند، در حالی که بی‌توجّهی این مقررات به استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، عملاً بانکها را با چنین معضلی روبرو می‌ساخت. به طور کلی قواعد ۳۲۵ و ظایف و تعهداتی از حیث بررسی و کنترل برای بانک پیش‌بینی کرده بود که نه در قلمرو کاری بانک می‌گنجید و نه اصلاً اجرای آن وظایف و تعهدات از ناحیه بانک امکان عملی داشت [۲].

بنا به مراتب فوق، قواعد ۳۲۵، مورد پذیرش گسترده بازار بین‌المللی قرار نگرفت. بانکها و خریداران، خواهان استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه بودند؛ منظور آنان از «استقلال ضمانت‌نامه» مشابه رابطه بین قرارداد تجاری پایه و اعتبارنامه اسنادی یا اعتبارنامه انتظاری بود که تحت شمول «قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای اعتبارنامه‌های اسنادی» موسوم به UCP قرار داشت [۷]. UCP بزرگترین موفقیّت ICC بود که نه تنها بانکها آن را پذیرفته بودند بلکه نظر دادگاه‌های کشورهای مختلف را نیز جلب کرده بود. بانکها مقرراتی شبیه UCP را برای ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست نیاز داشتند [۳].

بند دوم - تدوین و انتشار مقررات اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (قواعد ۴۵۸)

چنان که گفته شد در مدت زمانی کوتاه پس از انتشار، عدم توفیق قواعد ۳۲۵، روشن گردید. از این

رو در سال ۱۹۸۰ یعنی فقط دو سال پس از انتشار قواعد ۳۲۵، یک گروه کاری اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت که موضوع اعتبارنامه‌های تضمینی و ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه را مورد بررسی مجدد قرار دهد. نتیجه مطالعات این گروه در سند شماره ۴۲۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر گردید. متعاقب این بررسی در ابتدای سال ۱۹۸۱ کمیسیون بانکی اتاق بازرگانی بین‌المللی با حمایت کمیسیون رویه تجاری بین‌المللی، به شکست جهانی قواعد ۳۲۵ رسماً اذعان نمود [۸].

در سند شماره ۴۶۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام گردید که قواعد ۳۲۵ برای ضمانت‌تبعی در نظر گرفته شده‌اند و در عین حال نمی‌توانند مانع سوء استفاده ذینفع از ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست شوند؛ چرا که در روابط تجاری بین‌المللی بی‌توجهی به قواعد ۳۲۵ ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست مورد استفاده قرار می‌گرفتند.

در دسامبر ۱۹۸۱، اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیم گرفت که برای ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست که برای تضمین قراردادهای تجاری صادر می‌شوند، به طور جداگانه مجموعه‌ای از قواعد و رویه‌ها را تهیه کند.

به لحاظ تعارض جدی منافع و اهداف اعضای مختلف گروه کاری اتاق بازرگانی بین‌المللی در ابتدای کار، روند تهیه پیش‌نویس این مجموعه بسیار کند بود؛ لیکن سرانجام با ریاست دکتر رادلف فن گرانفردید^۱ گروه کاری منکور بر اختلافات فائق آمد و در جلسه سال ۱۹۸۳ فرانکفورت در زمینه تهیه پیش‌نویس مشترکی تحت عنوان «پیش‌نویس مجموعه رویه‌های مربوط به ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و تضمین‌نامه‌هایی که برای پشتیبانی قراردادهای تجاری گشایش می‌یابند»^۲ به اجماع رسید [۹].

اتاق بازرگانی بین‌المللی در ۴ می ۱۹۸۳ این پیش‌نویس مشترک را برای بررسی به همه کمیته‌های ملی خود ارائه کرد. پیش‌نویس مذکور با هدف کاهش موارد مطالبه ناروای وجه ضمانت‌نامه، مقررات مهمی را در برداشت. در این مقررات از جمله پیش‌بینی شده بود:

۱. مسؤولیت بانک محدود به حداکثر مبلغ مذکور در ضمانت‌نامه است و ضمانت‌نامه در روزی که در متن آن درج شده، منقضی می‌شود.

۲. اعتبار ضمانت‌نامه در صورت پرداخت وجه آن بر اساس درخواست ذینفع، منقضی می‌شود.

1. Rudolf Von Geranffenried
2. Draft Code of Practice for Demand Guarantees and Bonds which are issued to support Commercial Contracts (Publication No.470)



۲. مهلت اعتبار ضمانت‌نامه، منحصرأ به درخواست ذینفع و موافقت بانک گشایش‌گر و بانک دستور دهنده و اصیل قابل تمدید است.

۴. چنانچه مطالبه وجه ضمانت‌نامه از طریق وسایل مخابره راه دور به عمل آمده باشد، تأییدیه امضا شده، باید حداکثر ۱۴ روز بعد به دست بانک برسد؛ در غیر این صورت ذینفع حقوق خود برای مطالبه وجه را از دست می‌دهد (این شرط در پیش‌نویسهای بعدی حذف شد).

۵. بعد از وصول مطالبه وجه ضمانت‌نامه و در صورت انطباق آن با مفاد سند، بانک ضامن، باید پول را بدون هرگونه استدلال به ذینفع بپردازد. جز در صورتی که متن ضمانت‌نامه ترتیب دیگری مقرر کرده باشد، پرداخت وجه باید در روز هفتم کاری بعد از دریافت درخواست به وسیله ضامن انجام شود (در پیش‌نویسهای بعدی تغییر کرد).

۶. مطالبه کتبی ذینفع باید با اعلام کتبی تخلف اصیل از قرارداد پایه و تعیین ماهیت تخلف همراه باشد.

۷. بانک ضامن، موظف است که اسناد ضمیمه مطالبه را در صورتی که بر حسب ظاهر منطبق بر شرایط مندرج ضمانت‌نامه باشند، بپذیرد. همواره ممکن است که اسناد مجعول به ضمیمه درخواست وجه ارائه شود، اما یک جاعل با هوش می‌تواند حتی یک کارمند دقیق بانک را نیز فریب دهد، در این صورت کارمند مسؤلیتی نخواهد داشت.

با توجه به نظرات مختلفی که از کمیته‌های ملی اتاق بازرگانی بین‌المللی در مورد پیش‌نویس فوق‌الذکر دریافت گردید، پیش‌نویس دیگری در سال ۱۹۶۸ تهیه شد که مسأله اساسی آن شناسایی یا رد ضمانت‌نامه قابل پرداخت به صرف درخواست بود. بانکهای سوئد که در تهیه قواعد ۳۲۵ نقش اساسی داشتند و همین‌طور برخی بانکها و شرکتهای بازرگانی انگلیس و ژاپن، صدور این قبیل ضمانت‌نامه‌ها و دادن اختیار مطلق به خریداران را عملی غیر اخلاقی می‌دانستند و معتقد بودند که اتاق بازرگانی بین‌المللی نباید این عمل غیر اخلاقی را تصدیق نماید؛ بلکه باید آن را ممنوع و یا حداقل محدود کند. از این رو بانکهای یاد شده، ضمن مخالفت با تهیه مقررات جداگانه برای ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست، انتظار داشتند این قبیل ضمانت‌نامه نیز با اصلاحاتی در قواعد ۳۲۵ گنجانده شود [۹].

این عقیده با توجه به واقعیت‌شناسایی ضمانت‌نامه‌های اولین درخواست در تجارت بین‌الملل، مورد قبول بانکداران و حقوق‌دانان کشورهای دیگر نظیر آلمان، بلژیک و فرانسه قرار نگرفت و پیش‌نویس ۱۹۸۶، با شناسایی این قبیل ضمانت‌نامه‌ها تنظیم شد [۹].



هم‌زمان کمیته بانکهای لندن و اسکاتلند^۱ با همکاری کمیته ملّی انگلیس در اتاق بازرگانی بین‌المللی، پیش‌نویس جداگانه‌ای را تهیه و آن را به اتاق مذکور پیشنهاد نمود. در سال ۱۹۸۷ گروه کاری اتاق با تلفیق موادی از این دو پیش‌نویس، متن جدیدی را به کمیسیون رویه تجارتي بین‌المللی اتاق در پاریس ارائه کرد. همین متن، نهایتاً در سال ۱۹۸۹ از سوی کمیسیون مذکور و کمیسیون بانکی اتاق و با استفاده از نظرات کمیته‌های ملّی تکمیل شد و در بیست و دومین نشست گروه کاری (می ۱۹۸۹) مطرح و با تغییرات اندکی تأیید شد.

پس از این، گروه کاری ویژه و کوچکتری به ریاست پروفیسور ری گوود^۲ برای تهیه متن نهایی تشکیل گردید. این متن در آوریل ۱۹۹۱ تهیه و در سوم دسامبر ۱۹۹۱ به تصویب هیأت اجرایی ICC رسید. متن مذکور در آوریل ۱۹۹۲ به عنوان نشریه شماره ۴۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی و تحت نام:

«ICC Uniform Rules for Demand Guarantee» منتشر گردید [۱۰].

بند سوم - ویژگیهای خاص قواعد نشریه ۴۵۸

قواعد ۴۵۸ از ویژگیهای مثبتی برخوردار است که به آن وجهه‌ای قابل قبول می‌بخشد. مهمترین این ویژگیها را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۱. مهمترین تحوّل که مقررات نشریه ۴۵۸ در صدد ایجاد آن بوده است، شناسایی اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه می‌باشد. عرف بانکی و رویه تجاری از سالها پیش این اصل را شناسایی و اعمال کرده بود؛ لیکن چنانکه گفته شد، مقررات نشریه ۳۲۵ اتاق بازرگانی بین‌المللی تحت تأثیر کشورهای شمال اروپا این اصل را نادیده گرفت. اتاق مذکور در مقررات نشریه ۴۵۸ اصل استقلال را به طور کامل شناسایی کرد. در این خصوص، در بند بعد، توضیح بیشتری خواهد آمد.

۲. قواعد ۴۵۸ اگرچه استفاده از ضمانت‌نامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست را ترغیب نمی‌کند، لیکن بر عکس مقررات ۳۲۵ وجود آن‌ها را نادیده نگرفته است.

صادرکنندگان کالا و خدمات - که در روابط ناشی از ضمانت‌نامه معمولاً در جایگاه اصیل یا دستور دهنده قرار دارند - معتقدند که چون این مقررات مانع گسترش استفاده از ضمانت‌نامه‌های

1. Committee of London and Scottish Banks (CLSB)
2. Roy Goode



صرف درخواست نمی‌شود، منافع آنان را تضمین نمی‌کند. به اعتقاد آنان، قواعد ۴۵۸ برعکس، سبب تقویت قدرت چانه زنی خریدار (ذینفع) می‌شود و با توجه به اینکه خریداران معمولاً به دنبال اخذ ضمانت نامه قابل پرداخت به صرف درخواست هستند، در عمل مقررات مذکور تغییری از این حیث ایجاد نمی‌کند [۳].

در مقابل دیدگاه فوق، اتاق بازرگانی بین‌المللی امیدوار است که خریداران با فهم دقیق قواعد ۴۵۸ به این نتیجه برسند که استفاده از ضمانت نامه صرف درخواست در تجارت بین‌الملل غیرعادلانه است و بدون ضمانت نامه نوع مذکور نیز منافع مشروع آنان تضمین می‌شود.

۳. قواعد ۴۵۸ به طور مختصر و با عبارات روشن نوشته شده است و در عمل منشأ پیچیدگی و اختلاف نمی‌شود.

۴. قواعد نشریه ۴۵۸ در مقایسه با قواعد نشریه ۳۲۵ با گرایش عرف تجاری بین‌المللی، بیشتر هماهنگ است. مصداق بارز این هماهنگی شناسایی اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه است که قبلاً در مورد آن بحث شد.

۵. مقررات یاد شده، حداقل شرایط لازم برای مطالبه وجه ضمانت نامه را بیان کرده، اما این امکان را به طرفین سند داده است که راجع به لزوم یا عدم لزوم ارائه اسناد دیگر، رأی توافق نمایند. این قواعد در فرض سکوت اراده طرفین، ارائه رأی دادگاه یا داور و یا مدرک مستقل دیگری را برای مطالبه وجه ضمانت نامه لازم نمی‌داند (ماده ۲۰).

۶. به دقت، زمان و شرایطی را که بانک ملزم به پرداخت وجه می‌شود، مشخص کرده است (بخشهای چهارم و پنجم).

۷. پس از پرداخت وجه ضمانت نامه، تسلیم رونوشت درخواست وجه ضمانت نامه و اظهارات و اسناد پیوست به آن را به اصیل لازم دانسته و لذا امکان احقاق حق از طریق اقامه دعوی در دادگاه صالح یا رجوع به داوری را تا حدودی برای وی فراهم کرده است (ماده ۲۱).

۸. مسؤولیت بانک را در حالت تقاضای ذینفع مبنی بر تمدید یا مطالبه ضمانت نامه روشن کرده است (ماده ۲۶). بر اساس ماده مذکور، بانک ضامن در صورت برخورد با چنین درخواستی، باید بی‌درنگ آن را به اطلاع ضمانت خواه برساند و پرداخت را تا مدت زمان متعارفی به تعویق اندازد تا ضمانت خواه بتواند در صورت موافقت ترتیبات لازم برای تمدید اعتبار ضمانت نامه را انجام دهد. چنانچه ظرف مدت مذکور ضمانت نامه تمدید نشود، بانک وجه آن را به ذینفع پرداخت خواهد نمود.

۹. شیوه تعیین قانون قابل اعمال در شرایط خاص و نیز شیوه حل و فصل اختلافات را مشخص

- کرده است (ماده ۲۷ و ۲۸). بر اساس مواد مذکور، قانون حاکم بر ضمانت‌نامه، قانون محل فعالیت بانک صادر کننده است و دادگاه‌های همان محل نیز صالح به رسیدگی به اختلافات ناشی از ضمانت‌نامه هستند؛ مگر اینکه طرفین به ترتیب دیگر توافق کرده باشند.
۱۰. نقش بانک دستور دهنده و نیز ضمانت‌نامه متقابل بانک مذکور و استقلال آن از قرارداد پایه و ضمانت‌نامه اصلی را به رسمیت شناخته است.
۱۱. حاکمیت قانون ملی در مورد تقلب، سوء استفاده آشکار و مطالبه ناروای وجه ضمانت‌نامه (استثنائات اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه) را به رسمیت شناخته است. به علاوه به طور کلی پذیرفته است که اگر قواعد ۴۵۸ با اصول و قواعد ملی تعارض داشته باشد، اصول و قواعد ملی حاکم خواهد بود [۱۱].
۱۲. قواعد ۴۵۸ اگر چه انتقال منافع و حقوق ناشی از ضمانت‌نامه را پذیرفته، لیکن خود سند را غیر قابل انتقال تلقی کرده است (ماده ۴).
۱۳. این قواعد تعریف روشنی از ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه ارائه داده که بر استقلال آن از قرارداد پایه تأکید می‌کند (ماده ۲).
۱۴. طبق این مقررات همه ضمانت‌نامه‌ها غیر قابل فسخ هستند، مگر این که در متن سند ترتیب دیگری بیان شده باشد (ماده ۵).
۱۵. قواعد ۴۵۸ عمدتاً به نحو جامع تنظیم نشده و به همه ابعاد و مسایل حقوقی ضمانت‌نامه بانکی نمی‌پردازد. با توجه به تعارض منافع طرف‌های مختلف ضمانت‌نامه بانکی، قواعد ۴۵۸ از تکرار نقاط ضعف قواعد ۳۲۵ خودداری کرده و بر اموری تمرکز نموده است که صادرکنندگان (کالا و خدمات) و بانک‌ها می‌توانند زمینه‌هایی برای دستیابی به توافق پیدا نمایند [۳].
- از دیدگاه اتاق بازرگانی بین‌المللی بیشترین سطح توافق در جایی است که مقررات در حداقل سطح قابل قبول باشد. با این دیدگاه قواعد ۴۵۸ چارچوبی است که حقوق و مسؤولیتهای خود را به ویژه هنگام مطالبه وجه ضمانت‌نامه بشناسند. هم از اصیل و هم از ذینفع انتظار می‌رود که در روابط قراردادی خود منطقی عمل کنند. هیچ یک نباید از قدرت خود به عنوان فروشنده منحصریاً خریدار در یک بازار رقابتی، سوء استفاده کنند. ذینفع نباید در موضعی قرار گیرد که امکان مطالبه ناروای وجه ضمانت‌نامه را پیدا کند. اصیل هم نباید در موردی که ذینفع مطابق مفاد ضمانت‌نامه و قواعد ۴۵۸ عمل می‌کند، قادر به توقف پرداخت وجه سند باشد.



یکی از موضوعاتی که در قواعد ۴۵۸ کنار گذاشته شده، مفاد قرارداد بین بانک گشایش گر (ضامن اصلی) و بانک دستور دهنده (ضامن متقابل) است. در مورد تضمین متقابلی که اصیل به بانک خود می‌دهد نیز مطلبی پیش بینی شده است. در مورد وضعیت ضمانت‌نامه به هنگام تعلیق یا انتقای موضوع یا خاتمه قرارداد پایه نیز مطالبی بیان نشده و از این رو با توجه به بخش پنجم این مقررات، در حالات مذکور نیز ضمانت‌نامه تا هنگام خاتمه اعتبار یا اعاده اصل آن به ضامن معتبر خواهد بود. چنین حالتی در جنگ خلیج فارس (۱۹۹۰) در مورد ضمانت‌نامه‌هایی که به نفع اتباع عراق گشایش شده بودند، اتفاق افتاد. بر اساس تصمیم شورای امنیت و اتحادیه اروپا قراردادهایی که طرف آنها عراق بود، منتفی اعلام شدند و بانکها از پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ها به علت تحریم و مجازات بین‌المللی عراق ممنوع شدند. کمیسیون اروپا در این زمینه مقرراتی به نفع صادرکنندگان وضع نمود.

با توجه به ویژگی‌های یاد شده، می‌توان دریافت که قواعد ۴۵۸ در مقایسه با قواعد ۲۲۵ انطباق بیشتری با منافع خریداران دارد و تا حد زیادی شرایط و عرف واقعی بازار را منعکس می‌کند [۱۲].

۳- مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های

عندالمطالبه و برخی مسایل خاص ضمانت‌نامه‌ها

در بخش حاضر، قواعد پیشنهادی اتاق بازرگانی بین‌المللی در رابطه با مهمترین مسایل حقوقی ضمانت‌نامه‌ها بر اساس مقررات نشریه ۴۵۸، طی چند بند جداگانه بررسی خواهد شد.

بند اول - استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه

چنان که پیشتر گفته شد، مهمترین تحولی که با انتشار قواعد نشریه ۴۵۸، در نظام حقوقی مورد نظر اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های بانکی ایجاد شده است، شناسایی اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه است.

همان گونه که می‌دانیم، در ضمان عقدی یا سنتی، تعهد ضامن از هر جهت (حدود، میزان، بقاء و سقوط تعهد) تابع تعهد مضمون‌عنه یا بدهکار اصلی است و ضامن می‌تواند در مقابل مطالبه مضمون‌له، به ایرادات و دفاعیاتی که متعهد اصلی از آن برخوردار است، استناد نماید [۱۴، ۱۳]. تعهد ناشی از این نوع ضمان به جهت تبعیت مسئولیت ضامن از مسئولیت مضمون‌عنه، تعهد

تبعی نامیده می‌شود [۱]. بر اساس مقررات نشریه ۳۲۵، تعهد بانک گشایش‌گر ضمانت‌نامه (ضامن) در مقابل ذینفع، واجد چنین خصوصیتی بود و از اینرو بانک مذکور را ناگزیر می‌ساخت در مقابل مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذینفع، به موضوع اجرای قرارداد پایه و استحقاق یا عدم استحقاق ذینفع رسیدگی کند تا در صورت وجود هر گونه ایراد به آن استناد نماید [۲]. اما قواعد نشریه ۴۵۸ ضمانت‌نامه را تعهدی مستقل از تعهد ضمانت خواه می‌داند. منظور از استقلال ضمانت‌نامه، انتزاع آن از روابط پایه‌ای است که منجر به صدور ضمانت‌نامه شده است. به عبارت روشنتر، اگر چه هدف یک ضمانت‌نامه، تضمین متعهد له یا ذینفع در مقابل خسارات ناشی از تخلف متعهد یا ضمانت خواه در قرارداد پایه است، اما حق ذینفع نسبت به مطالبه وجه ضمانت‌نامه، صرفاً با مراجعه به مفاد و شرایط معین در متن ضمانت‌نامه مشخص و بر معیار آن سنجیده می‌شود و بانک نمی‌تواند به دفاعیات و ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد نماید [۳].

موضوعاتی نظیر تخلف یا عدم تخلف ضمانت خواه از تعهدات قرارداد پایه و نیز استحقاق یا عدم استحقاق ذینفع برای مطالبه خسارت و میزان آن حسب قرارداد پایه، ارتباطی به رابطه بانک و ذینفع ندارد و از این رو، در صورت تحقق شروط و مفاد ضمانت‌نامه، ذینفع مستحق مطالبه وجه آن است و غیر از آنچه در مفاد ضمانت‌نامه معین شده است، لازم نیست دلیلی برای اثبات تخلف ضمانت خواه ارائه کند [۱۵].

نکته‌ای که باید به آن توجه داشت این است که استقلال به مفهوم انتزاع مطلق ضمانت‌نامه از قرارداد پایه و روابط دیگر نیست، بلکه روابط مذکور در برخی ابعاد، مستقل از یکدیگر و در جنبه‌های دیگری به هم وابسته هستند؛ به عبارت بهتر، روابط مذکور از نوعی همبستگی کارکردی برخوردارند و به همین خاطر است که موضوع جبران خسارات و مبالغ پرداختی بانک گشایش‌گر از سوی بانک دستور دهنده، مطرح می‌شود [۱].

نکته قابل توجه در این زمینه، وجود ارجاعاتی به قرارداد پایه در متن ضمانت‌نامه است. باید دید که آیا این ارجاعات تأثیری در مسأله مستقل یا تبعی بودن ضمانت‌نامه دارند یا خیر؟ پاسخ این سؤال، منفی به نظر می‌رسد؛ به عبارت دیگر صرف اشاره به تعهد پایه یا تعهد مورد تضمین در متن ضمانت‌نامه، لزوماً به معنی تبعی بودن ضمانت نیست [۷]؛ چرا که در متن همین ضمانت‌نامه‌ها، شرایط مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه و اسناد لازم در این خصوص مشخص گردیده است و با تحقق شرایط مذکور بانک مکلف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه بدون توجه به وضعیت واقعی



قرارداد پایه است. مفهوم استقلال ضمانت‌نامه نیز چیزی جز این نیست. در اعتبار اسنادی تجاری نیز ارجاعات متعدده به قرارداد پایه، سبب ایراد خدشه به استقلال سند نمی‌شود [۱۶].

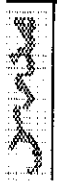
لازم به ذکر است، اهمیت و ارزش عملی اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی به شیوه پرداختی بستگی دارد که طرفین انتخاب کرده‌اند [۱]. برای مثال اگر شیوه منتخب برای مطالبه ضمانت‌نامه، از نوع «قابل پرداخت به صرف درخواست» باشد، استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه به نحو کامل وجود دارد؛ چرا که ذینفع برای وصول وجه آن، غیر از یک درخواست کتبی به هیچ دلیل و مدرک دیگری نیاز ندارد. بر اساس همین درخواست، بانک فوراً وجه ضمانت‌نامه را به ذینفع می‌پردازد و ضمانت‌خواه نیز وجه پرداخت شده از ناحیه بانک را به حساب آن کارساز می‌خواهد کرد. اما اگر شیوه منتخب ضمانت‌نامه از نوع «قابل پرداخت بر اساس رأی داور یا دادگاه» باشد، اصل استقلال اهمیت و ارزش عملی اندکی خواهد داشت؛ چرا که در عمل، ذینفع ناگزیر است قبل از مطالبه وجه ضمانت‌نامه، تخلف ضمانت‌خواه و استحقاق خود برای مطالبه خسارت را ثابت کند و در صورت موفقیت در دادرسی است که می‌تواند با ارائه رأی مرجع قضایی یا داور، وجه ضمانت‌نامه را وصول کند.

برخی از حقوقدانان اروپایی از جمله در کشورهای شمالی (به ویژه سوئد) با اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه مخالفت کرده‌اند. چنانکه گفته شد، در گذشته این مخالفت‌ها به حدی بود که اتاق بین‌المللی بازرگانی را وادار ساخت در مقررات نشریه ۲۲۵ برای ضمانت‌نامه‌ها تا حدود زیادی ویژگی استقلال ضمانت‌نامه را نادیده بگیرد که همین امر یکی از علل شکست مقررات مذکور شد [۱۷].

بند دوم - نحوه پرداخت وجه ضمانت‌نامه

طبق مقررات ۴۵۸، ضمانت‌نامه اولین درخواست بر اساس مفاد مندرج در آن، قبل از روز انقضای قابل پرداخت در محل صدور می‌باشد. بانک گشایش‌گر موظف به پرداخت بلافاصله وجه ضمانت‌نامه نیست؛ بلکه از یک مهلت مناسب برای بررسی مطالبه به عمل آمده از ناحیه ذینفع و تصمیم‌گیری در مورد آن برخوردار است. بانک باید اصیل را از مطالبه ذینفع آگاه سازد و آن را به همراه اسناد ضمیمه به وی تسلیم کند.

با این وجود، اگر بانک تصمیم به پرداخت ضمانت‌نامه بگیرد، ضرورت ندارد قبل از پرداخت، اصیل را آگاه نماید. بر اساس قواعد ۴۵۸، وجه ضمانت‌نامه بانکی با اولین درخواست ذینفع به



شرط مطابقت با مفاد ضمانت‌نامه پرداخت می‌گردد؛ لیکن نحوه مطالبه ممکن است به یکی از طرق زیر باشد:

۱. صرف درخواست

با توجه به بند ماده ۲۰ مقررات ۴۵۸، برای اینکه پرداخت وجه ضمانت‌نامه بر اساس صرف درخواست ذینفع صورت گیرد، باید در متن سند صراحتاً عدم اعمال بند الف ماده ۲۰ پیش‌بینی شده باشد.

۲. درخواست منضم به اعلام کتبی تخلف اصیل از قرارداد پایه

چنانچه ضمانت‌نامه به طور مطلق مشمول مقررات ۴۵۸، قرار داده شود، طبق بند الف ماده ۲۰، ذینفع برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه باید علاوه بر درخواست کتبی، صراحتاً تخلف اصیل از قرارداد پایه و نوع تخلف را نیز به طور کتبی اعلام نماید. این امر به «اظهار حسن نیت» معروف است و در صورت طرح «دعوی سوء استفاده از ضمانت‌نامه» می‌تواند برای اصیل مفید واقع شود [۳].

۳. درخواست منضم به اسناد معین

با توجه به بند الف ماده ۲۰ ممکن است در متن ضمانت‌نامه، ذینفع ملزم شود که برای مطالبه وجه علاوه بر درخواست کتبی اسناد دیگری را نیز تسلیم بانک ضامن کند. بر خلاف مقررات ۳۲۵، قواعد ۴۵۸، این اسناد را مشخص نکرده است و حسب مورد می‌تواند گواهی شخص ثالث (مانند مهندس ناظر)، اقرار کتبی اصیل، حکم دادگاه و یا نظریه داور باشد.

بند سوم-مقررات مربوط به انقضای اعتبار ضمانت‌نامه

- بر اساس قواعد ۴۵۸، اعتبار ضمانت‌نامه هنگامی خاتمه می‌یابد که یکی از اتفاقات زیر رخ دهد:
۱. مبلغ کامل ضمانت‌نامه پرداخت شده باشد؛
 ۲. در یک روز معین یا با ارائه یک سند معین به منظور خاتمه اعتبار ضمانت‌نامه (هر کدام که زودتر اتفاق افتد)؛
 ۳. برگشت ضمانت‌نامه به بانک ضامن؛
 ۴. ذینفع کتبا ضامن را از مسؤولیت معاف بداند.
- طبق این مقررات بعد از انقضای اعتبار ضمانت‌نامه، وجود سند یا اصلاحیه‌های آن در ذینفع

1. Bonafide Statement



حقی برای وی ایجاد نمی‌نماید.

بند چهارم- مطالبه های «تمدید یا پرداخت»^۱

در پاره ای موارد، ذینفع ضمانت نامه بانکی تا زمان انقضای اعتبار ضمانت نامه نمی‌تواند در مورد درستی یا نقض اجرای قرارداد تصمیم‌گیری کند. از یک طرف چون هنوز تخلف اصیل از قرارداد پایه برای او محرز نشده، مایل به ضبط ضمانت نامه نیست و از طرف دیگر اعتبار ضمانت نامه در شرف انقضاست و اگر وجه آن را مطالبه نکند، چه بسا بعداً آشکار شود که اصیل تعهدات خود را به درستی انجام نداده و با آزادی ضمانت نامه، تضمینی برای وصول خسارت وجود ندارد. از این رو ذینفع در چنین حالتی ممکن است از بانک گشایش‌گر بخواهد که یا وجه ضمانت نامه را بپردازد و یا اعتبار آن را تمدید کند.

در عرف بازرگانی بین‌المللی این درخواست به مطالبه «تمدید یا پرداخت» معروف است [۱]. به موجب ماده ۲۶ مقررات نشریه ۴۵۸، بانک ضامن باید بدون تأخیر، اصیل را از درخواست «تمدید یا پرداخت» آگاه نماید و تا مدتی که برای توافق اصیل و ذینفع در مورد تمدید اعتبار عرفاً مناسب باشد، پرداخت را به تأخیر اندازد. بانک ضامن از حیث بهره و خسارت به لحاظ تأخیر در پرداخت که از روند فوق ناشی شده باشد، مسئولیتی را عهده دار نیست.

چنانچه طی مدت مذکور بین طرفین توافق حاصل نشود، بانک می‌تواند بدون کسب نظر اصیل وجه ضمانت نامه را به ذینفع بپردازد.

تمدید اعتبار ضمانت نامه‌های غیر مستقیم، علاوه بر توافق ذینفع و اصیل به موافقت بانک ضامن و بانک دستور دهنده نیز نیاز دارد.

بند پنجم- روش حل و فصل اختلافات و قانون حاکم

قواعد ۲۲۵ مکانیسم داورى پیچیده‌ای را برای حل و فصل اختلافات ناشی از ضمانت نامه پیش‌بینی کرده بود. مقررات ۴۵۸، روش مذکور را کنار نهاد و دادگاه کشور محل امور تجاری بانک ضامن یا بانک دستور دهنده (حسب مورد) را صالح برای رسیدگی به اختلافات اعلام کرد؛ بنابراین در روابط مربوط به یک ضمانت نامه غیر مستقیم، اختلافات مربوط به ضمانت نامه اصلی در محاکم کشور محل امور تجاری بانک ضامن و اختلافات مربوط به ضمانت نامه متقابل در



1. Extend or Pay

محاكم کشور محل امور تجاری بانک دستور دهنده رسیدگی می‌شوند (ماده ۲۸). لازم به ذکر است که قواعد ۴۵۸، اختیار تعیین دادگاه صالح را نیز برای طرفین به رسمیت شناخته است. قانون حاکم بر ضمانت‌نامه نیز قانون محل امور تجاری بانک ضامن یا بانک دستور دهنده (حسب مورد) است؛ مگر این که خلاف آن در ضمانت‌نامه اصلی یا متقابل پیش بینی شده باشد (ماده ۲۷).

بند ششم - موضوع اثبات تخلف اصیل

قسمت ب ماده ۹ قواعد ۲۲۵، برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه، اثبات تخلف اصیل از قرارداد پایه را لازم می‌داند و از این جهت به طور کامل با اصول کلی حقوق مطابقت داشت [۳]. قواعد ۴۵۸ در این زمینه از اصول سنتی حقوق فاصله گرفته و بر اساس عرف بازرگانی بین‌المللی، برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه، اثبات تخلف اصیل از قرارداد پایه را لازم نمی‌داند.

بند هفتم - نحوه استفاده از قواعد نشریه ۴۵۸

استفاده از قواعد ۴۵۸ اختیاری است و برای اعمال آن لازم است که شمول این مقررات نسبت به ضمانت‌نامه در متن سند ذکر گردد.

بسیاری از کشورها این قبیل قواعد را از طریق بانک مرکزی برای اجرا به بانک تجاری ابلاغ می‌کنند و بانکهای مذکور را مکلف به تبعیت از این قواعد می‌نمایند. در چنین حالتی چون بانکها صرفاً حاضر به گشایش ضمانت‌نامه طبق این مقررات هستند، اجرای آن اجباری می‌شود. در پایان لازم به ذکر است که اتاق بازرگانی بین‌المللی برای تکمیل نقش خود و تحت تأثیر کشورهای نظیر ژاپن و سوئد و نیز صنعت ساختمان، قواعد دیگری به نام «قواعد یکنواخت برای تضمین‌های قراردادی»^۱ به عنوان نشریه شماره ۵۲۴ منتشر نمود [۱۸]. تضمین‌هایی که طبق قواعد اخیر منتشر می‌شوند، تابع قرارداد پایه هستند و تنها در صورتی قابل مطالبه می‌باشند که تخلف اصیل از قرارداد پایه اثبات شده باشد.



۴- نتیجه گیری

بررسی سیر تحول مقررات اتاق بین المللی بازرگانی در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی در مقاله حاضر، نشان داد که اتاق مذکور، ابتدا تلاش نمود تا تنها بر اساس اصول و مبانی حقوقی و بدون توجه به عرف و رویه بازرگانی، نظام حقوقی حاکم بر این پدیده جدید را تدوین نماید. «مقررات یکنواخت اتاق بین المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های قرارداد» منتشره در سال ۱۹۷۸ حاصل این تلاش بود. از آنجا که رویه های تجاری ناشی از نیازهای اقتصادی هستند، بی توجهی اتاق به این نیازها منجر به عدم استقبال فعالان تجارت بین الملل از مقررات یاد مذکور شد. در نتیجه، اتاق یاد شده به رغم مخالفت برخی از کشورهای توسعه یافته، اقدام به تدوین مقررات جدیدی تحت عنوان «مقررات یکنواخت اتاق بین المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه» و انتشار آن در سال ۱۹۹۲ نمود که تا حدود زیادی با عرف و رویه بازرگانی بین المللی هماهنگ است. مهم‌ترین تحولاتی که به موجب مقررات جدید در نظام حقوقی ضمانت‌نامه صورت گرفته است، عبارتند از: شناسایی ضمانت‌نامه‌های قابل پرداخت به صرف درخواست به عنوان نوع رایج ضمانت‌نامه مورد استفاده در بازرگانی بین المللی و شناسایی اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه که در نتیجه آن، بانک ضامن، امکان استناد به ایرادات ناشی از قرارداد پایه را ندارد.

۵- منابع

- [1] Bertrams, R.I. V.F. ; "Bank Guarantees in International Trade", *Kluwer Law International*, the Netherlands, 2nd ed. 1996, p.1-2.
- [2] "Standby Letters of Credit and Guarantees", United Nations Commission on International Trade Law, Report of the Secretary General, *Butterworths Journal of International banking and Financial Law*, Oct. 1988, pp. 458-461.
- [3] Pierce, Anthony; "Demand Guarantees in International Trade", Sweet and Maxwell, London, 1993, pp.220-247.
- [4] Affaki, B.G.; "Demand Guarantees in the Arab Middle East", *Journal of International Business Law*, No.7,1997.
- [5] Stumpf; Einheitliche, "Recht Linien Für Vertragsgarantien," Der Internationalen Handels Kammer, Recht der Internationalen Wirtschaft (R.I.W), P.14.
- [6] Schmitthoff, Clive M., "Bank Guarantee and Other Guarantees, Export" (*Journal of the Institute of Export*), Sep. 1985,p.35.
- [7] I. C. C. *Uniform Customs and Practice for Documentary Credit Publication*, No. 500, 1995.
- [8] "International Chamber of Commerce(I. C. C.), Document No. 460, 1981.

- [9] Horn, Norbert and Wymeersch, Eddy, "Bank Guarantees", *Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, the Law of International Trade Finance (edited by Horn), Kluwer, 1989, pp. 455-529.
- [10] "I. C. C. Uniform Rules for Demand Guarantees", I. C. C. Publication, No.458, 1992.
- [11] Chatterjee, S. K.; "The Method of Determining the Governing Law of Performance Bonds and Counter-Guarantees", A Commercial approach, *Journal of International business Law*, 1994. No.1, p.20-240
- [12] Goode, R.; "Guide to the I. C. C. uniform Rules for Demand Guarantees", I. C. C. Publication, No.510, 1993.
- [۱۳] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت انتشار، چ ۲، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۴۴.
- [14] Dobson, Paul; "Charlesworth's Business Law", 6th ed., London, Sweet & Maxwell, 1977, pp.559-572.
- [15] Moumouni, Charles, "Le Regime Juridique et Les Clauses Essentielles du Contract de Garantie Bancaire", L Premiere Demande, <http://www.Droit.Umountreal.Ca/Pub/Themis/97Vol.137No.3/Moumouni.Html>, 1998.
- [16] Sarna, Iazar, "Letters of Credit", Legal and Current Practice, 3rd ed., Toronto, Craswell, 1993.
- [17] "I. C. C. Uniform Rules for Contract Guarantees", I. C. C. Publications, No. 325, 1978.
- [18] "I. C. C. Uniform Rules for Contract Bonds", Publication No.524, 1993.