

# انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی

مرتضی شهبازی‌نیا\*

استادیار حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

پذیرش: ۸۵/۹/۲۵

دریافت: ۸۴/۹/۲۲

## چکیده

به‌عنوان قاعده کلی ذینفع ضمانت‌نامه بانکی، بدون نیاز به توافق قبلی بانک یا ضمانت‌خواه، می‌تواند حقوق متصوره خود در ضمانت‌نامه را به شخص ثالثی منتقل کند. ماده ۴ قواعد یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه و ماده ۱۰ کنوانسیون آنسیترال در خصوص ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات انتظاری نیز این قاعده را پذیرفته‌اند. منظور از انتقال حقوق ناشی از ضمانت‌نامه صرفاً انتقال منافع آن است و انتقال گیرنده نمی‌تواند بدون همکاری ذینفع، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه کند، مگر آن که در ضمانت‌نامه خلاف این امر به صراحت شرط شده باشد. چنین شرطی برای ضمانت‌خواه بسیار خطرناک است، زیرا با تبدیل ضمانت‌نامه به سندی قابل انتقال خطر مطالبه متقلبانه را افزایش می‌دهد. با انتقال ضمانت‌نامه به انتقال‌گیرنده، بدون تصریح در متن آن او نمی‌تواند مستقل و بدون همکاری ذینفع وجه آن را مطالبه کند و یا بر مبنای آن درخواست صدور ضمانت‌نامه جدیدی را به نام خود داشته باشد.

هر چند حقوق ذینفع نسبت به منافع ناشی از مطالبه درست وجه ضمانت‌نامه، از قابلیت توثیق برخوردار می‌باشد، اما این موضوع تابع نظام حقوقی حاکم بر آن است. در این مقاله موضع حقوق ایران در این رابطه بررسی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** ضمانت‌نامه بانکی، انتقال حقوق، واگذاری ضمانت‌نامه، توثیق منافع، مطالبه ضمانت‌نامه

## ۱- مقدمه

با توجه به استقلال ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از قرارداد پایه ذینفع ضمانت‌نامه پس از گشایش آن، حقوق و منافع دارد که بالقوه واجد ارزش اقتصادی قابل توجهی است

E-mail: shahbazinia@modares.ac.ir

\* نویسنده مسئول مقاله:



[۱، صص ۵-۲۵]. برای مثال حق مطالبه ضمانت‌نامه‌ای قابل پرداخت به صرف درخواست<sup>۱</sup>، ارزش اقتصادی غیرقابل انکاری دارد که به جرأت می‌توان گفت حتی از حق عینی ناشی از عقد رهن نیز ارزشمندتر است. این بحث مطرح می‌شود که آیا با لحاظ جدایی این سند از قرارداد پایه، ذینفع می‌تواند آن را با ظهنویسی یا شیوه دیگر به شخص ثالثی منتقل کند و یا حداقل بدون انتقال سند، منافع متصوره خود را در آن به شخص دیگری واگذار کند؟ علاوه بر این، آیا ضمانت‌نامه به‌عنوان سندی جدا از قرارداد پایه - که متضمن حقوق مالی برای ذینفع است - قابلیت توثیق دارد؟ باید توجه داشت که این حقوق اگرچه به نحوی مرتبط با قرارداد پایه‌اند اما مستقیماً از خود ضمانت‌نامه ناشی می‌شوند، از این جهت سند مذکور تاحدودی شبیه اسناد تجاری است. در نوشته حاضر تلاش خواهد شد که باتوجه به رویه قضایی، دکترین و مقررات بین‌المللی به این پرسشها پاسخ داده شود.

## ۲- انتقال ضمانت‌نامه بانکی

درخصوص انتقال ضمانت‌نامه، چندمطلب باید بررسی شود: اول ضمانت‌نامه همانند اسناد تجاری قابل واگذاری است یا خیر؟ دوم) آیا بدون واگذاری ضمانت‌نامه می‌توان حقوق ناشی از آن را به دیگری منتقل کرد؟ و سوم) انتقال قهری و قانونی ضمانت‌نامه نیز صورت می‌پذیرد یا نه؟ و سرانجام وضعیت مطالبه وجه ضمانت‌نامه در فرض انتقال به چه شکل خواهد بود؟

### ۲-۱- واگذاری سند ضمانت‌نامه

چنان که گفته شد، ضمانت‌نامه موجد حقوقی برای ذینفع است که مستقیماً از خود سند مذکور نشأت می‌گیرد. براساس قواعد کلی، ذینفع باید حق تصرف در این حقوق و از جمله انتقال آن را داشته باشد [۲، ص ۸۲؛ ۳، ص ۸۹]. درفقه اسلام نیز در نتیجه قاعده تسلیط، دارندگان حقوق مالی حق هرگونه تصرف از جمله انتقال آن را دارند<sup>۲</sup>.

با وجود این وضعیت خاص ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی، تردیدهایی را درمورد واگذاری ضمانت‌نامه ایجاد می‌کند. هرچند از دیدگاه حقوقی ضمانت‌نامه، مستقل از قرارداد

1. simple demand guarantee

۲. برای مطالعه بیشتر در این مورد و نیز حقوق سایر کشورهای رجوع شود به [۴، ص ۹۴-۱۱۱].

پایه تلقی می‌شود، اما این استقلال به لحاظ تسهیل و تسریع در امر تجارت بین‌المللی صورت گرفته و نمی‌تواند در تمامی ابعاد سبب نادیده گرفتن رابطه پایه شود. از این رو ضمانت‌خواه هزینه‌های صدور ضمانت‌نامه از سوی بانک گشایشگر را می‌پذیرد که با ذینفع وارد رابطه قراردادی پایه شود و از مزایا و سود حاصل از آن قرارداد، بهره ببرد. چنان که پیشتر نیز گفته شد، هدف و کارکرد اصلی ضمانت‌نامه مستقل بانکی، تضمین تعهدات ضمانت‌خواه در قرارداد پایه است. بنابراین ذینفع در صورتی حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه را دارد که ضمانت‌خواه از تعهدات خود در قرارداد پایه تخلف کرده باشد. از این رو، می‌توان گفت که اولاً: جایگاه و حقوق ذینفع در قرارداد پایه نقش مهمی در صدور ضمانت‌نامه دارد و ثانیاً: علی‌رغم استقلال حقوقی ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، همواره یک رشته ارتباطی بین این دو وجود دارد. با این اوصاف، پذیرش امکان انتقال ضمانت‌نامه به شخص ثالثی که ارتباطی با قرارداد پایه ندارد، چندان ساده نیست.

رویه قضایی کشورهای اروپایی و آمریکایی، تاکنون موضع‌گیری قابل توجهی در خصوص موضوع فوق نداشته است، بنابراین نمی‌توان در میان آرای قضایی کشورهای مذکور پاسخ این مسأله را پیدا کرد. در نوشته‌های حقوقی نیز موضوع انتقال ضمانت‌نامه، جایگاه قابل توجهی نداشته و جز اشارات مختصر پاره‌ای از نوشته‌های جدید، سایر تألیفات حقوقی مطلب خاصی در این باره بیان نکرده‌اند. از این رو پاسخ این مسأله را باید با مراجعه به قواعد کلی حقوق و مقررات بین‌المللی روشن کرد.

چنانچه در متن ضمانت‌نامه به صراحت قابلیت انتقال سند پیش‌بینی شده باشد، با توجه به اهمیت اصل حاکمیت اراده در حقوق تجارت بین‌الملل و اصل کلی قابلیت انتقال حقوق، نباید در صحت چنین توافقی تردید کرد. هر چند پذیرش چنین شرطی از ناحیه ضمانت‌خواه وی را با خطرهای ناشی از مطالبه ناروای وجه ضمانت‌نامه مواجه می‌کند و امکان سوءاستفاده از این سند را افزایش می‌دهد. چنین شرطی ضمانت‌نامه را به سندی قابل واگذاری همانند اسناد تجاری تبدیل می‌کند [۵، ص ۹۷]، از این رو، به ندرت می‌توان آن را در متن ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی مشاهده کرد.

اما اگر در متن ضمانت‌نامه، شرط صریحی در مورد قابلیت انتقال سند وجود نداشته باشد، با لحاظ هدف و کارکرد ضمانت‌نامه و اهمیت شخصیت ذینفع، به نظر می‌رسد باید بین دو مورد قائل به تفکیک شد: اگر منظور از انتقال ضمانت‌نامه، واگذاری سند بدون انتقال قرارداد پایه باشد، چنین انتقالی را نمی‌توان صحیح دانست؛ زیرا ضمانت‌نامه به منظور تضمین



تعهدات ضمانت‌خواه در قرارداد پایه صادر شده و فرض آن است که ذینفع در صورت تخلف ضمانت‌خواه از تعهدات مذکور، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه می‌کند. بنابراین انتقال ضمانت‌نامه بدون واگذاری حقوق ناشی از قرارداد پایه، با قصد طرفین از گشایش سند مذکور مغایرت خواهد داشت. همچنین از نظر عملی نیز به لحاظ درج نام ذینفع در ضمانت‌نامه، بانک درخواست اشخاص دیگر از جمله منتقل‌الیه را نخواهد پذیرفت. به‌ویژه اگر برای مطالبه ضمانت‌نامه، ارائه اسنادی نظیر اعلامیه کتبی، گواهی ثالث و یا رأی دادگاه یا داور مبنی بر تخلف اصیل از قرارداد پایه لازم باشد، منتقل‌الیه به‌تنهایی قادر به وصول وجه ضمانت‌نامه نخواهد بود. زیرا حسب رویه بانکداری، بانک ضامن مطالبه وجه ضمانت‌نامه از ناحیه شخصی غیر از ذینفع اسمی را نمی‌پذیرد. درمقابل، اگر قرار باشد ذینفع ضمانت‌نامه را به همراه قرارداد پایه به شخص دیگری منتقل کند، این نحوه انتقال واجد اشکال خاصی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در واقع ذینفع جدید، جایگاه ذینفع قبلی را هم در قرارداد پایه و هم در ضمانت‌نامه به‌دست می‌آورد و در صورت موافقت بانک ضامن با تغییر نام ذینفع، مشکل خاصی نیز در مطالبه وجه ضمانت‌نامه ندارد [۶، ص ۱۱۱-۱۱۲].

در قواعد بین‌المللی مربوط به ضمانت‌نامه‌ها نیز مقرراتی در این‌باره وجود دارد که در ذیل آورده می‌شود:

ماده ۹ کنوانسیون آنسیترال به موضوع انتقال ضمانت‌نامه اختصاص یافته است. عنوان ماده مذکور «انتقال حق ذینفع برای مطالبه ضمانت‌نامه» می‌باشد.

ابتدا ذکر این مقدمه ضروری است که به اعتقاد ما به دو دلیل احکام این ماده را باید حمل بر انتقال خود ضمانت‌نامه (و نه فقط حقوق ناشی از آن) کرد:

اول آن که در ادبیات حقوقی انگلیسی (به‌خصوص در تجارت بین‌الملل) واژه Transfer که در عنوان و متن ماده استفاده شده، عمدتاً به معنی انتقال مالکیت با تمام حقوق ناشی از آن است. هنگامی که واژه مذکور در مورد اسنادی نظیر اسناد تجاری یا سند مهم به‌کار می‌رود، منظور واگذاری خود سند و مالکیت آن به شخص دیگری است [۵، ص ۲۰۸؛ ۷، ص ۳۴۵؛ ۸، ص ۴۱۹]. انتقال عایدی ناشی از قرارداد یا سندی بدون واگذاری خود آن معمولاً با اصطلاح "Assignment" توصیف می‌شود [۵، ص ۲۰۸]. دوم در بند «۱» ماده مذکور، اصلیت‌ترین حق ناشی از سند (حق مطالبه وجه آن) مورد اشاره قرار گرفته و در بند «۲» نیز به نحو صریحتری در مورد شرط قابل انتقال بودن ضمانت‌نامه‌ها (و نه حقوق ناشی از آن) سخن به

1. transfer of beneficiary's right to demand of payment

میان آمده است. همچنین موضوع انتقال منافع و عایدی ناشی از ضمانت‌نامه در ماده ۱۰ کنوانسیون نیز بیان شده است. با توجه به مقدمه فوق به ذکر مفاد ماده ۹ می‌پردازیم:

«ماده ۹: انتقال حق ذینفع برای مطالبه وجه (ضمانت‌نامه)

۱- حق ذینفع برای مطالبه وجه فقط در صورتی قابل انتقال است که طبق ضمانت‌نامه مجاز باشد. همچنین حدود و شیوه انتقال به همان نحوی است که در ضمانت‌نامه اجازه داده شده است.

۲- اگر ضمانت‌نامه به نحو «قابل انتقال» صادر شده اما مشخص نشده باشد که رضایت ضامن/ گشایشگر یا شخص مأذون دیگری برای انتقال عملی لازم است یا خیر، نه ضامن/ گشایشگر و نه هر شخص مأذون دیگری ملزم نیست که فراتر از حدود و شیوه‌ای که صراحتاً در متن ضمانت‌نامه بدان رضایت داده است، به این انتقال ترتیب اثر دهد.»

چنان که ملاحظه می‌شود، مقررات مذکور انتقال ضمانت‌نامه را در حدود مصرح در آن ممکن می‌داند. تا اینجا مقررات این ماده با اصول حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل مطابقت کامل دارد. لازم به ذکر است، وجود شرط قابلیت انتقال در متن ضمانت‌نامه حکایت از موافقت و رضایت ضمانت‌خواه، بانک گشایشگر و ذینفع نسبت به انتقال سند دارد، از این رو انتقال ضمانت‌نامه صرف نظر از موضوع واگذاری یا عدم واگذاری قرارداد پایه، خالی از اشکال به نظر می‌رسد.

اما از مفهوم ماده فوق ممکن است چنین استنباط شود که در صورت نبودن توافق صریح پیرامون «انتقال» در متن ضمانت‌نامه، به طور مطلق امکان انتقال سند وجود ندارد. در این خصوص چند نکته قابل ذکر است، اولاً، حکم مستنبط از مفهوم مخالف این ماده باید ناظر به مواردی تلقی شود که ذینفع بخواهد بدون جلب رضایت ضمانت‌خواه و بانک ضامن، اقدام به واگذاری ضمانت‌نامه کند. در غیر این صورت اگر رضایت اشخاص مذکور نسبت به انتقال سند جلب شود، همانند آن است که شرط صریحی در متن ضمانت‌نامه گنجانده شده است. ثانیاً، ماده مورد بحث، اشاره‌ای به تأثیر واگذاری یا عدم واگذاری قرارداد پایه نکرده است. حال با توجه به مطالب پیشین، بین مواردی که ضمانت‌نامه همراه با حقوق ذینفع در قرارداد پایه منتقل می‌شود با مواردی که انتقال ضمانت‌نامه به صورت مجرد و بدون واگذاری قرارداد پایه صورت می‌پذیرد، باید تفکیک قائل شد.

1. transferable



درفرض عدم واگذاری قرارداد پایه، ممنوعیت انتقال به دو دلیل است: اولاً، ضمانت‌نامه خلاف توافق اولیه طرفین تبدیل به سند قابل انتقال می‌شود، این امر وضع خطرناکی را پیش روی ضمانت‌خواه قرار خواهد داد<sup>۱</sup> [صص ۹۰-۹۱]. ثانیاً، مطالبه وجه ضمانت‌نامه و ارائه اسناد مربوط برای ذینفع جدید ممکن نخواهد شد. حال اگر ضمانت‌نامه همراه با حقوق ناشی از قرارداد پایه انتقال یابد، تمامی حقوق و تعهدات ذینفع به منتقل‌الیه منتقل می‌شود. در واقع منتقل‌الیه صرفاً دارنده ضمانت‌نامه نیست بلکه در جایگاه قراردادی ذینفع قرار می‌گیرد؛ از این‌رو مطالبه وجه ضمانت‌نامه و ارائه اسناد لازم نظیر اعلامیه کتبی تخلف و رأی دادگاه برای وی میسر خواهد بود. تنها مشکلی که ممکن است در این حالت وجود داشته باشد، ممانعت بانک از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به هر شخصی غیر از ذینفع اسمی<sup>۱</sup> آن است. برای حل این مشکل ذینفع می‌تواند از بانک تقاضا کند که نام شخص جدید را به‌عنوان ذینفع واقعی در ضمانت‌نامه قید کند؛ با توجه به این که قرارداد پایه براساس اصول تجاری و رضایت ذینفع و ضمانت‌خواه به شخص دیگری منتقل شده است، بانک چنین درخواستی را خواهد پذیرفت. ماده ۴ مقررات یکنواخت اتاق بین‌المللی بازرگانی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) هم در زمینه انتقال ضمانت‌نامه، قاعده مشابهی وضع کرده است. براساس پاراگراف اول ماده مذکور:

«حق ذینفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه قابل انتقال نیست مگر این که صراحتاً در ضمانت‌نامه یا اصلاحیه آن پیش‌بینی شده باشد...».

لازم به ذکر است که در متن ماده فوق به‌جای واژه Transfer از واژه Assignment استفاده شده که به نظر می‌رسد این امر تحت تأثیر ادبیات بانکی صورت گرفته است. ماده ۱۱۲-۵ اصلاحی قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده آمریکا<sup>۲</sup> نیز نظام حقوقی مشابهی را در مورد انتقال اعتبار اسنادی تجاری و انتظاری برقرار کرده است [ص ۳۱۹].

در پایان این بحث لازم به ذکر است که انتقال ضمانت‌نامه عمدتاً با چند هدف صورت می‌گیرد: اول) ممکن است انتقال ضمانت‌نامه به لحاظ انتقال قرارداد پایه صورت گیرد که قبلاً در مورد آن بحث شد.

دوم) گاهی انتقال ضمانت‌نامه مربوط به زنجیره‌ای از قراردادها درخصوص موضوع واحد است، بدون آن که قرارداد پایه واگذار شود. برای مثال «الف» کالایی را به «ب»

۱. منظور از ذینفع اسمی، کسی است که نام و مشخصات او در ضمانت‌نامه به‌عنوان ذینفع قید شده است.

2. Uniform Commercial Code(UCC), revised in 1995

می‌فروشد و برای اجرای تعهدات قراردادی خود ضمانت‌نامه‌ای به نفع او گشایش می‌کند، ممکن است «ب» به‌عنوان خریدار واسطه عمل کند و طی قرارداد جداگانه‌ای با همان شروط و مفاد کالا را به «ج» بفروشد و برای تضمین تعهدات خود در قرارداد بیع دوم، ضمانت‌نامه گشایش شده به وسیله «الف» را به «ج» منتقل کند. در این حالت، قرارداد پایه منتقل نشده بلکه قرارداد دیگری با همان شرایط بین خریدار قرارداد اول با شخص ثالثی منعقد شده است. از طرفی ضمانت‌نامه بانکی به منظور تضمین تعهدات «الف» در قرارداد بیع اول صادر شده و مطالبه وجه آن از سوی «ج» به‌عنوان خریدار در قرارداد بیع دوم، به سادگی میسر نیست. برای مثال چنانچه اعلامیه کتبی تخلف برای وصول وجه ضمانت‌نامه لازم باشد، این اعلامیه را باید شخص «ب» صادر و ارائه کند، زیرا وی متعهدله تعهدات «الف» در قرارداد بیع اول است. این شیوه انتقال، اگر چه با توافق طرفین و بانک میسر است، اما چندان مناسب به نظر نمی‌رسد. صرف نظر از مشکل وصول وجه ضمانت‌نامه، تالی فاسد دیگر این شیوه این است که اگر ضمانت‌خواه (شخص الف) تعهدات خود را در قرارداد بیع اول انجام داده باشد، ذینفع اولیه (شخص ب) حق وصول وجه ضمانت‌نامه را نخواهد داشت. حال اگر شخص (ب) به‌عنوان خریدار واسطه، کالا را طبق قرارداد بیع دوم به «ج» تسلیم نکند، شخص «ج» نمی‌تواند به‌تنهایی و بدون همکاری «ب» وجه ضمانت‌نامه را وصول کند، در نتیجه ضمانت‌نامه مفید فایده‌ای برای وی نخواهد بود.

سوم - گاهی خریدار، ضمانت‌نامه‌ای بانکی را با هدف تضمین پرداخت ثمن به فروشنده واسطه ارائه می‌کند و فروشنده واسطه نیز ضمانت‌نامه مذکور را به سازنده اصلی کالا انتقال می‌دهد. در این حالت نیز همانند فرض پیشین مشکلات مربوط به مطالبه و تالی فاسد مطرح شده، وجود خواهد داشت.

چهارم - انتقال ضمانت‌نامه ممکن است با هدف تحصیل اعتبار صورت گیرد. به این ترتیب ذینفع ضمانت‌نامه را به بانکی که به وی اعتبار می‌دهد، منتقل می‌کند تا در صورت عدم بازپرداخت، بانک بتواند ضمانت‌نامه را بدون همکاری ذینفع وصول کند. چنین انتقالی صرفاً با توافق صریح طرفین و بانک ضامن در متن ضمانت‌نامه میسر خواهد بود و برای بانک ضامن و خصوصاً ضمانت‌خواه بسیار خطرناک است.

به نظر می‌رسد هدف از انتقال در بسیاری از موارد فوق با استفاده از شیوه گشایش ضمانت‌نامه‌های اتکایی<sup>۱</sup> به‌جای انتقال، برآورده می‌شود. در این شیوه هر ضمانت‌نامه مبنای

1. back to back guarantees



مالی برای ضمانت‌نامه بعدی را فراهم می‌کند، برای مثال خریدار نهایی کالا، ضمانت‌نامه‌ای با هدف تضمین پرداخت ثمن به نفع فروشنده واسطه گشایش می‌کند. فروشنده واسطه به‌عنوان ذینفع می‌تواند از بانک تقاضا کند که با توجه به حقوق وی در ضمانت‌نامه مذکور، ضمانت‌نامه دومی با همان مفاد و شروط به نفع سازنده کالا صادر کند. این ساختار وضعیت ضمانت‌خواه در ضمانت‌نامه اول را متأثر نمی‌سازد، زیرا هرکدام از این ضمانت‌نامه‌ها مستقل از یکدیگر تلقی شده و مطالبه وجه یکی از آنها ملازمه با مطالبه دیگری ندارد [ص ۲۱۷].

## ۲-۲- انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه

منظور از انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی<sup>۱</sup> ضمانت‌نامه بانکی، انتقال آن بدون واگذاری خود ضمانت‌نامه است. اهمیت عملی انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه از آنجا ناشی می‌شود که در بسیاری از ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی، ذینفع به‌منظور تحصیل تسهیلات اعتباری از بانک، حق خود نسبت به منافع احتمالی یا مسلم ضمانت‌نامه را به بانک اعطا کننده تسهیلات واگذار می‌کند.

برای مثال، بسیاری از صادرکنندگان کالا و خدمات در نتیجه بازار رقابتی موجود، ناگزیرند کالا و خدمات خود را به‌صورت نسیه بفروشند. آنها در مقابل از خریدار می‌خواهند که از طریق بانکی معتبر، ضمانت‌نامه‌ای دال بر پرداخت ثمن در زمان معین، به نفع آنان گشایش کند. از طرفی فروشنده خود نیز کالای مورد معامله را از سازنده می‌خرد و ممکن است این معامله به‌صورت نقد انجام شود. از این رو فروشنده به‌عنوان ذینفع ضمانت‌نامه پرداخت ثمن، در مقابل انتقال حقوق خود نسبت به عایدی ضمانت‌نامه به بانک از وی اعتبار می‌گیرد تا قیمت کالا را به سازنده بپردازد.

تردید نیست که حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه، قابلیت انتقال دارد. این انتقال به‌وسیله قرار داد و براساس تشریقات قانونی بین ذینفع (انتقال دهنده) و شخص ثالث (منتقل الیه) منعقد می‌شود. در بیشتر نظام‌های حقوقی، این انتقال مستلزم رضایت بانک گشایشگر (ضامن) نیست، بلکه صرفاً اطلاع دادن به بانک مذکور کافی است. بانک یاد شده هم پس از اطلاع ملزم به چنین انتقالی خواهد بود و نمی‌تواند وجه ضمانت‌نامه را به ذینفع پرداخت کند [ص ۲۰۸]. انتقال حق ذینفع نسبت به منافع ضمانت‌نامه برای این که این تأثیری در

1. proceeds



وضعیت ضمانت‌خواه ندارد، مستلزم رضایت وی نیز نیست. چنین انتقالی اعم از این که در ضمانت‌نامه پیش‌بینی شده باشد یا خیر، مجاز می‌باشد [۱۰، ص ۲۰۴:۱۱، صص ۱۲۸-۱۴۴]. مجوز انتقال حقوق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه از قواعد کلی حقوق به دست می‌آید. اصل قابلیت انتقال حقوق مالی، از اصول مبتنی بر عقل و مورد قبول همه نظام‌های حقوقی است [۲، ص ۸۲؛ ۱۲، ص ۴۳-۴۴]. با این حال همانند سایر حقوق مالی، این حق نیز می‌تواند در نتیجه توافق صریح طرفین انتقال ناپذیر شود [۲، صص ۸۸، ۹۵؛ ۵، صص ۹۰، ۲۰۸]. لازم به ذکر است انتقال حقوق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه، می‌تواند به تنهایی و بدون قرارداد پایه و یا همراه با حقوق ناشی از آن صورت گیرد. آنچه در مورد انتقال حقوق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه گفته شد، مورد تأیید کنوانسیون آنسیترال و مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی (URDG) نیز قرار گرفته است.<sup>۱</sup> ماده ۱۰ کنوانسیون آنسیترال اشعار می‌دارد:

« ماده ۱۰: انتقال عایدی<sup>۲</sup>

۱- جز در مواردی که ذینفع و ضامن/ گشایشگر توافق دیگری در ضمانت‌نامه یا جای دیگر داشته باشند ذینفع می‌تواند هرگونه عایدی را که به موجب ضمانت‌نامه مستحق آن است، به شخص دیگری منتقل کند.

۲- اگر ضامن/ گشایشگر یا شخص دیگری که متعهد به پرداخت است، گواهی انتقال غیرقابل برگشت به شکل مقرر در پاراگراف ۲ ماده ۷ صادره از ناحیه ذینفع را دریافت کرده باشد، پرداخت وجه به منتقل‌الیه، متعهد (ضامن) را تاحدی که پرداخت کرده است از مسؤلیت درقبال ضمانت‌نامه بری خواهد کرد.»

پاراگراف دوم ماده ۴ مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه (URDG) نیز دیدگاه مذکور را تأیید کرده است. متن ماده مذکور به شرح ذیل است:

« ماده ۴:

حق ذینفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه، قابل انتقال نیست مگر این که صراحتاً در ضمانت‌نامه یا اصلاحیه آن پیش‌بینی شده باشد.

معذک این ماده برحق ذینفع نسبت به انتقال هرگونه عایدی که به موجب ضمانت‌نامه مستحق آن شده یا ممکن است بشود، تأثیری نخواهد داشت.»

۱. علاوه بر مقررات مذکور قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، ماده ۱۱۴-۵ نیز نظام حقوقی مشابهی در مورد انتقال منافع اعتبار اسنادی تجاری و اعتبارنامه انتظاری به وجود آورده است [ر. ک: ۹، ص ۳۱۹].

2. assignment of proceeds.



چنان‌که ملاحظه می‌شود خلاف کنوانسیون آنسیترال که مادهٔ مستقلی را به انتقال منافع اختصاص داده و نظام حقوقی آن را نیز بیان کرده است، قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی صرفاً بر عدم تأثیر پاراگراف اول مادهٔ ۴ (غیرقابل انتقال بودن حق مطالبهٔ ضمانت‌نامه جز با توافق صریح) نسبت به انتقال منافع اشاره کرده و سایر احکام مربوط به آن را بیان نکرده است، از این رو این مسائل را مسکوت گذاشته تا براساس قانون حاکم تعیین شود [۱۳، ص ۲۸].

### ۲-۳- انتقال قهری و قانونی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی

براساس قواعد کلی حقوق، دارایی شخص، شامل حقوق قراردادی وی، پس از فوت به ورثهٔ او منتقل می‌شود [۱۲، ص ۲۳۵؛ ۱۴، ص ۲۸۰]. اگر ذینفع شخص حقوقی باشد، همین حکم در مورد انحلال آن وجود خواهد داشت و دارایی آن پس از پرداخت دیون بین شرکا یا اعضای آن تقسیم خواهد شد. در مورد ضمانت‌نامه نیز علی‌الاصول این حکم کلی اعمال می‌شود و در صورت فوت ذینفع یا انحلال شخص حقوقی، ضمانت‌نامه و حقوق ناشی از آن به قائم مقام قانونی وی انتقال می‌یابد. در چنین مواردی از نظر حقوق بانکداری بین‌المللی مطالبه وجه ضمانت‌نامه از ناحیهٔ قائم مقام قانونی، مطالبهٔ شخص غیر ذینفع نیست [۶، صص ۱۱۰-۱۱۱] و بانک ملزم به پرداخت وجه در صورت تحقق مفاد ضمانت‌نامه خواهد بود. در مورد ضمانتهایی که به نفع دستگاههای دولتی صادر می‌شود، ممکن است مسأله جانشینی دولتها مطرح شود. برای مثال پیش از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، ضمانت‌های بسیاری به نفع دستگاههای دولتی ایران گشایش شده بود که پس از پیروزی انقلاب، براساس اصل جانشینی دولتها، ذینفع ضمانت‌نامه‌های مذکور دولت جدید ایران بود. اصل کلی جانشینی دولت جدید به جای دولت سابق در جریان دعاوی مربوط به ضمانت‌نامه‌های ایران پذیرفته شد [۱۵، ص ۱۴۵]. هر چند در موارد خاصی به دلایل دیگری نظیر عدم امکان اجرای قرارداد پایه در نتیجه مسائل ناشی از انقلاب، محاکم و مراجع دآوری با نادیده گرفتن استقلال ضمانت‌نامه بانکی، رأی به عدم استحقاق دولت جدید ایران برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه دادند.<sup>۱</sup>

### ۲-۴- جایگاه منتقل‌الیه و مسأله مطالبه ضمانت‌نامه

هنگامی که یک ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی از سوی ذینفع به شخص دیگری منتقل می‌شود، اعم از این که همراه با حقوق ناشی از قرارداد پایه منتقل شود یا به صورت مجرد، پرسش

۱. برای ملاحظه پذیرش عملی اصل جانشینی دولت جدید ایران به دعاوی مذکور در این منابع مراجعه شود: [۱۶، ص ۱۱۷؛ ۱۷؛ ۱۸].

مهمی از جهت شیوه مطالبه مطرح است که هم از نظر حقوقی و هم از لحاظ عملی حائز اهمیت می‌باشد. پرسش مذکور این است که آیا منتقل‌الیه می‌تواند صرفاً با درخواست و در صورت نیاز، اعلامیه کتبی تخلفی که خود وی به‌جای انتقال دهنده (ذینفع اولیه) تنظیم کرده است، وجه ضمانت‌نامه را مطالبه کند یا این که مطالبه باید با درخواست انتقال‌دهنده و عنداللزوم اعلامیه کتبی تخلف تنظیم شده به‌وسیله وی، صورت پذیرد؟

#### ۲-۴-۱- مطالبه ضمانت‌نامه در فرض انتقال حق ذینفع نسبت به عایدی

به نظر می‌رسد در مواردی که انتقال محدود به واگذاری حق ذینفع نسبت به عایدی ضمانت‌نامه است، همکاری انتقال‌دهنده ضرورت دارد. با این توضیح حق مطالبه ضمانت‌نامه به‌وجود نمی‌آید مگر این که شرایط پرداخت طبق مفاد سند مذکور، محقق شده باشد. بدون درخواست پرداخت از سوی ذینفع و اعلام کتبی تخلف از ناحیه وی (عنداللزوم)، این شروط محقق نمی‌شوند، در نتیجه بانک ضامن ملزم به پرداخت وجه نخواهد بود.

علاوه براین، باید توجه داشت هویت شخص اعمال‌کننده حقوق ناشی از ضمانت‌نامه، امری کاملاً تشریفاتی نیست. هر چند ضمانت‌خواه با ارائه ضمانت‌نامه‌ای قابل پرداخت با صرف درخواست، حاضر به پذیرفتن خطر شدیدی می‌شود، اما قبول این خطر، تعریف شده و حساب شده صورت می‌گیرد؛ زیرا وی معمولاً براساس قرائن، شواهد و آگاهی نسبت به وضعیت ذینفع، اطمینان و یا حداقل انتظار دارد که شریک تجاری‌اش (ذینفع) ضمانت‌نامه را به علل واهی یا براساس انگیزه‌های نادرست، وصول نخواهد کرد. همچنین، وقتی ذینفع می‌داند ضمانت‌خواه تعهدات خود در قرارداد پایه را به نحو درست انجام داده است، برای وصول وجه ضمانت‌نامه، به‌خصوص در مواردی که اعلامیه کتبی تخلف لازم است، با احتیاط عمل می‌کند. حتی اگر ذینفع وجه ضمانت‌نامه را نیز وصول کند، غالباً امکان حل اختلافات و رفع مشکلات بین طرفین برای ضمانت‌خواه وجود دارد. حال اگر بپذیریم که با انتقال عایدی ضمانت‌نامه، منتقل‌الیه بدون کمک ذینفع اولیه قادر به وصول وجه ضمانت‌نامه است، علاوه تغییر ماهیت ضمانت‌نامه و تبدیل آن به سند قابل انتقال، ضمانت‌خواه را نیز از تمامی عناصر و مزایای فوق محروم خواهیم کرد؛ زیرا منتقل‌الیه معمولاً محدودیتها و احتیاط و دقت ذینفع اولیه را نخواهد داشت، از این‌رو احتمال وصول ضمانت‌نامه افزایش می‌یابد. به این ترتیب به نظر می‌رسد در این قبیل موارد منتقل‌الیه حق تسلیم درخواست و وصول مبلغ ضمانت‌نامه را



دارد، اما متن درخواست و در صورت نیاز اعلامیه کتبی تخلف، باید از ناحیه ذینفع (انتقال دهنده) نوشته شود [۱۹، ص ۱۳۶؛ ۲۰؛ ۲۱].

بررسی رویه قضایی کشورهای اروپایی در مورد مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی منتقل‌الیه، نشان می‌دهد که محاکم این کشورها در مقام تصمیم‌گیری به اوضاع و احوال محیط بر قضیه، از جمله قرارداد پایه و جایگاه واقعی منتقل‌الیه توجه کرده‌اند. رأی دادگاه فدرال آلمان در تاریخ ۱۲ مارس ۱۹۸۴ نمونه بارز توجه محاکم به قرارداد پایه و نقش واقعی منتقل‌الیه است<sup>۱</sup> [۲۲، ص ۲۰۳۰]. این رأی مربوط به ضمانت‌نامه‌ای بود که در راستای اجاره طولانی مدت قطعه زمینی با کاربری صنعتی در ایران صادر شده بود. وجه ضمانت‌نامه طبق مفاد آن، از ناحیه «الف» به‌عنوان ذینفع اولیه با ارائه درخواست کتبی همراه با اعلامیه کتبی تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد اجاره، قابل مطالبه بود. متعاقباً نام شخص «ب» نیز به‌عنوان منتقل‌الیه به متن ضمانت‌نامه اضافه شده و حتی قابل مطالبه بودن ضمانت‌نامه هم از ناحیه «الف» و هم از ناحیه «ب» نیز در آن ذکر شده بود. با این حال، این که چه کسی می‌تواند گواهی کتبی تخلف ضمانت‌خواه را صادر کند، در متن ضمانت‌نامه مسکوت مانده بود. دادگاه فرانکفورت، در تاریخ ۳۰ نوامبر ۱۹۷۷، به لحاظ حفظ مصالح ضمانت‌خواه، مطالبه وجه ضمانت‌نامه را منوط به ارائه اعلامیه تخلف صادره از ناحیه ذینفع اولیه (شخص الف) کرد. اما در نهایت دادگاه فدرال آلمان با عنایت به قرارداد پایه - که، «الف» را به عنوان امضاکننده قرارداد و ذینفع اولیه ضمانت‌نامه وکیل شخص «ب» نشان می‌داد، بنابراین از ابتدا ذینفع واقعی همین شخص «ب» بوده است - اعلام کرد شخص اخیر به‌عنوان منتقل‌الیه نه تنها حق مطالبه وجه ضمانت‌نامه بدون همکاری «الف» را دارد بلکه می‌تواند اعلامیه کتبی تخلف ضمانت‌خواه را نیز خود صادر کند.

لازم به ذکر است در مواردی که بانکها منتقل‌الیه ضمانت‌نامه‌اند به لحاظ نگرانی از عدم همکاری ذینفع برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه، سعی می‌کنند با گرفتن وکالتنامه بلاعزل برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه و صدور اعلامیه تخلف، جایگاه خود را مستحکم کنند. به نظر برخی از نویسندگان حقوق تجارت بین‌الملل، اگر قرار بر مطابقت دقیق مطالبه با مفاد ضمانت‌نامه باشد، تدبیر فوق نیز چاره ساز نیست، زیرا هدف از اعلامیه کتبی تخلف، ایجاد مانع اخلاقی برسرراه مطالبه ناروای ضمانت‌نامه از سوی ذینفع اصلی است. از این‌رو صدور اعلامیه

۱. لازم به ذکر است که منبع مورد اشاره در واقع گزارش آرای محاکم آلمان است و به NJW معروف می‌باشد.

کتبی تخلف بر مبنای وکالتنامه نیز نمی‌تواند منطبق بر شروط و مفاد ضمانت‌نامه باشد [۵، ص ۲۱۳؛ ۲۳، ص ۴۳۲]. به عبارت دیگر، به نظر حقوقدانان مذکور با لحاظ هدف اعلامیه تخلف، مباشرت ذینفع اسمی در صدور آن شرط است.

رای مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸ دادگاه پاریس نیز با تأیید نظریه فوق، بر لزوم صوری نبودن اعلامیه تخلف ضمانت‌خواه از قرارداد پایه تأکید کرده است. این رای در رابطه با ضمانت‌نامه‌ای صادر شد که مدت اعتبار آن بین ۱ تا ۱۵ می ۱۹۸۸ بود. ذینفع حقوق خود نسبت به منافع ضمانت‌نامه را به بانک منتقل کرد و برای کمک به بانک منتقل‌الیه در وصول وجه ضمانت‌نامه، درخواست مطالبه را نیز تنظیم و برای بانک ارسال کرد، تاریخ ارسال آن به وسیله پست در ۱ می ۱۹۸۸ بود. دادگاه استیناف پاریس چنین رفتاری را صوری و متقلبانه دانست و رای به عدم تحقق مفاد ضمانت‌نامه داد. همچنین دادگاه مذکور اعلام کرد که مطالبه شخص منتقل‌الیه به شیوه فوق، منجر به تغییر شدید مفاد ضمانت‌نامه می‌شود، زیرا در متن ضمانت‌نامه قید شده بود که قابل ظهور نویسی و انتقال نیست، در حالی که عملکرد انتقال‌دهنده و منتقل‌الیه در واقع آن را به سندی قابل ظهور نویسی و انتقال تبدیل کرده بود [۲۴، ص ۱۵۶].

#### ۲-۴-۲- مطالبه ضمانت‌نامه در فرض انتقال قرارداد پایه

چنان که گفته شد، انتقال قرارداد پایه یعنی شخص جدید، جایگزین طرف قبلی قرارداد شود و همه حقوق او را به دست آورده و تعهداتش را نیز به عهده گیرد. برای مثال در یک قرارداد بیع، خریدار، قرارداد را به خریدار جدیدی منتقل می‌کند که حق تسلیم کالا و تعهد پرداخت ثمن را به همان ترتیب مقرر برای خریدار اول دارد و یا شرکت ساختمانی، قرارداد را به شرکت دیگری واگذار می‌کند تا ساخت طرح را به عهده گیرد و مبلغ مندرج در قرارداد را دریافت کند. در حقوق تجارت بین‌الملل، این شیوه انتقال قرارداد نیازمند توافق با طرف مقابل (درمثالهای فوق فروشنده یا کارفرما) است و معمولاً قابلیت یا عدم قابلیت انتقال قرارداد و تشریفات آن نیز طی ماده‌ای در متن قراردادها مشخص می‌شود.

اگر ضمانت‌خواه قرارداد پایه را به شخص دیگری واگذار کند، در وضع ذینفع و ضمانت‌نامه تغییری ایجاد نمی‌شود، زیرا ضمانت‌خواه به‌طور مستقیم حق یا تعهدی در ضمانت‌نامه اصلی ندارد، بلکه تعهد او در تضمین متقابلی که در قبال صدور ضمانت‌نامه اصلی به بانک می‌دهد، مشخص می‌شود. علاوه بر این هدف ضمانت‌نامه، تضمین اجرای صحیح قرارداد پایه است که بدون تغییر مفاد آن، صرفاً متعهد تغییر یافته است. البته در این



فرض معمولاً هنگام انتقال قرارداد پایه، جایگاه ضمانت‌خواه نیز به منتقل‌الیه قرارداد پایه واگذار می‌شود، زیرا درغیراین‌صورت انتقال‌دهنده همچنان به علت تضمین متقابلی که داده است، درمقابل بانک مسؤول خواهد بود [۹، ص ۳۱۹].

اما اگر ذینفع ضمانت‌نامه، قرارداد پایه را به شخص جدیدی انتقال دهد، وضع متفاوتی به‌وجود خواهد آمد. دراین فرض، انتقال‌دهنده و منتقل‌الیه معمولاً قصد دارند که با انتقال قرارداد پایه، شخص اخیرالذکر حق استفاده از حقوق ناشی از ضمانت‌نامه را نیز داشته باشد. از این‌رو جایگاه ذینفع در ضمانت‌نامه باید صراحتاً به ذینفع جدید واگذار شود که این خود مستلزم تغییر در مفاد ضمانت‌نامه خواهد بود. بدیهی است که تغییر در مفاد ضمانت‌نامه در صورتی رضایت بانک ضامن و ضمانت‌خواه میسر است. رضایت ضامن از این جهت ضروری است که متعهد ضمانت‌نامه می‌باشد و اصلاح ضمانت‌نامه باید از سوی وی صورت پذیرد، طبیعی است در صورت عدم رضایت، چنین تغییری را اعمال نخواهد کرد. از طرفی باتوجه به این که بانک به درخواست ضمانت‌خواه و به اتکای تضمین متقابل وی، ضمانت‌نامه را گشایش کرده است، برای انجام هرگونه تغییر، نظر وی را کسب خواهد کرد.

با وجود این، رضایت ضمانت‌خواه را باید ضمن رضایت وی به انتقال قرارداد پایه مفروض دانست. بانک نیز جز در شرایط استثنایی نمی‌تواند به تغییر ذینفع به لحاظ انتقال قرارداد پایه اعتراض کند، زیرا این تغییر بر خطر اعتباری بانک درمقابل ضمانت‌خواه تأثیری ندارد [۵، ص ۲۱۴].

پس از رضایت اشخاص مذکور، منتقل‌الیه قرارداد پایه، در جایگاه ذینفع جدید ضمانت‌نامه قرار خواهد گرفت. او قادر به اعمال حقوق خود بدون همکاری انتقال‌دهنده یا ذینفع اولیه خواهد بود ضمن آن که همکاری شخص اخیر به لحاظ نداشتن ارتباط با قرارداد پایه، دیگر مفهومی نخواهد داشت [۵، ص ۲۱۴].

### ۳- توثیق ضمانت‌نامه بانکی<sup>۱</sup>

در عرصه تجارت بین‌المللی، توثیق ضمانت‌نامه‌های بانکی امری رایج است. توثیق این سند، عمدتاً با هدف تحصیل اعتبار و منابع مالی لازم برای اجرای قرارداد پایه صورت می‌گیرد. معمولاً ذینفع ضمانت‌نامه - که اغلب خریدار یا کارفرمای قرارداد پایه است - به‌منظور تأمین

1. pledge of bank guarantee

منابع مالی لازم برای اجرای قرارداد مذکور، ضمانت‌نامه را به عنوان تضمین بازپرداخت تسهیلات اعتباری وثیقه بانک قرار می‌دهد. با آن که در عرف تجاری بین‌المللی امروزه توثیق ضمانت‌نامه بانکی چندان غیرمعمول نیست، اما در مورد نظام حقوقی حاکم بر آن، هنوز بحث قابل توجهی در رویه قضایی و تجاری و نیز دکترین صورت نگرفته است.

مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی و کنوانسیون آنسیترال هم این موضوع را مسکوت گذارده‌اند. شاید علت آن رایج نبودن توثیق ضمانت‌نامه بانکی هنگام تدوین این مقررات و نیز شدت اختلاف نظامهای حقوقی در خصوص موضوع بوده است.

باتوجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد نظام حقوقی توثیق ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی، به قانون حاکم بر آن بستگی دارد. نظام حقوقی برخی از کشورها نظیر آلمان، فرانسه و هلند، منافع ضمانت‌نامه را قابل توثیق از سوی ذینفع می‌دانند. در این نظامها در صورت تحقق شرایط، مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی وثیقه گیرنده همانند فرض انتقال حقوق ذینفع نسبت به منافع ضمانت‌نامه است و وثیقه گیرنده برای مطالبه وجه ضمانت‌نامه، نیاز به همکاری ذینفع اسمی دارد [۵، ص ۲۱۵].

در ادبیات حقوقی ایران، موضوع توثیق ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد بحث قرار نگرفته و رویه قضایی نیز در این مورد مشخص نیست. از این رو برای تعیین نظام حقوقی حاکم بر آن ناگزیر باید به مقررات قانون مدنی در خصوص عقد رهن و برخی مواد قانون تجارت مراجعه کرد. قانون مدنی در زمره شرایط صحت رهن، عین بودن مورد رهن و قبض آن را نیز ذکر کرده است. براساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است».

باتوجه به ماده مذکور، مسأله قابلیت توثیق اسناد تجاری و اسنادی که ارزش اعتباری دارند، موضوع بحث‌های فراوانی قرار گرفته است [۲۵، ص ۱۰۶-۱۰۸؛ ۲۶، ص ۵۵؛ ۲۷، ص ۱]. برخی از استادان حقوق، وثیقه گذاردن اسنادی نظیر سهام بی‌نام شرکتها و اسناد در وجه حامل را که «ارزش موضوع آنها چنان باعین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست» [۲۸، ص ۲۴۰] صحیح می‌دانند، اما توثیق سهام اسناد تجاری با نام را که عرفاً بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، باطل شمرده‌اند [۲۸، ص ۲۴۰-۲۴۱]. برخی دیگر از نویسندگان حقوق، به استناد ماده ۷۷۴ قانون مدنی، توثیق اسناد تجاری را در هر حال باطل می‌دانند [۵، ص ۱۰۶-۱۰۸].



بدیهی است بر مبنای دیدگاه‌های مذکور توثیق ضمانت‌نامه‌های بانکی نیز ممکن نیست، زیرا ضمانت‌نامه بانکی بسیاری از امتیازات اسناد تجاری را ندارد و اگر قرار باشد قابلیت توثیق اسناد بر معیار فوق‌سنجیده شود، هرگز نمی‌توان گفت در نظر عرف، عین سند ضمانت‌نامه، با ارزش موضوع آن وحدت دارد.

بعضی دیگر از حقوقدانان، توثیق اسناد تجاری را از شمول مقررات مربوط به رهن در قانون مدنی خارج ساخته و آن را مصداق ماده ۱۰ قانون مذکور و از جمله قراردادهای خصوصی می‌دانند [۲۹، ص ۲۳؛ ۳۰، ص ۴۴؛ هردو منبع نقل از: ۲۵، ص ۱۰۶]. اگر این دیدگاه در مورد اسناد تجاری پذیرفته شود، توثیق ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی را نیز می‌توان مصداق ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی و آن را صحیح دانست؛ به خصوص آن که اصل آزادی قراردادهای، در حقوق تجارت بین‌الملل قوت و وسعت بیشتری دارد. اما دیدگاه مذکور از طرف برخی دیگر از نویسندگان حقوق تجارت به لحاظ مغایرت این قرارداد (توثیق اسناد تجاری) با مقررات آمره ماده ۷۷۴ قانون مدنی رد شده است [۲۵، ص ۱۰۶].

به نظر می‌رسد اگر بخواهیم قرارداد توثیق اسناد تجاری و نیز اسنادی نظیر ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی را صرفاً در چارچوب قانون مدنی تحلیل کنیم، نتیجه‌ای جز بطلان توثیق عاید نخواهد شد. از طرفی ناگزیر باید به ویژگی‌های خاص ضمانت‌نامه و نیازهای اقتصادی امروز توجه کرد. امروزه اغلب خریداران و واردکنندگان عمده کالا، بدون تأمین مالی از ناحیه بانکها و مؤسسات مالی، قادر به فعالیت نیستند و برای تحصیل وام، اعتبار و تسهیلات ناگزیرند تضمین مناسب برای بازپرداخت آن، در اختیار بانک قرار دهند. همچنین قالب متداول برای دادن تضمین به بانکها و مؤسسات پرداخت‌کننده وام و تسهیلات، عقد رهن است و اگر قرار باشد براساس ماده ۷۷۴ قانون مدنی عمل شود، وام‌گیرنده در تدارک مورد وثیقه (ملک یا عین معین دیگر) با محدودیت روبه‌رو خواهد شد. چنین وضعیتی بدون داشتن کمترین فایده اخلاقی یا اقتصادی، مانع تسهیل بازرگانی بین‌المللی خواهد شد [۲۸، ص ۵۴۵]، ضمن آن که بانکداری را نیز از حوزه اصلی عملیات خود - که همان اعطای اعتبار است - دور خواهد کرد. از این‌رو ضرورت اقتصادی ایجاب می‌کند تا زمانی که ماده ۷۷۴ ق.م. در نظام حقوقی کشور وجود دارد، کوششی در راستای یافتن توجیه قانونی برای توثیق اسناد تجاری و اعتباری صورت گیرد.

۱. در نظام فعلی بانکداری ایران، پرداخت وام به مفهوم واقعی آن وجود ندارد، بلکه بانکها تحت عنوان عقود اسلامی با مشتریان خود وارد روابط قراردادی نظیر مشارکت، اجاره به شرط تملیک، بیع، جعاله و... می‌شوند و در اجرای این قراردادها مبالغی را به مشتری پرداخت می‌کنند جالب اینکه بانکها با این وصف نیز از شرکا و طرفهای قراردادی خود (در واقع مشتریان)، وثیقه ملکی اخذ می‌کنند.



به نظر می‌رسد با تأمل در میانی حقوقی ماده ۷۷۴ قانون مدنی و نیز دقت در مقررات قانون تجارت، می‌توان ماده موصوف را از عداد قواعد مربوط به نظم عمومی خارج دانست؛ هر چند در ظاهر این ماده، عباراتی نظیر «باید» و «باطل است» به کار رفته - که قانونگذار معمولاً برای بیان قواعد آمره از آنها استفاده می‌کند - اما به نظر می‌رسد می‌توان در تحلیل این ماده از چارچوب عبارات ظاهری خارج شد.

می‌دانیم خصیصه قواعد مربوط به نظم عمومی این است که نقض آنها موجب اخلال در یکی از شؤون اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی و... جامعه می‌شود، از این رو، قانونگذار توافق خلاف این قواعد را ممنوع کرده است. در مورد ماده ۷۷۴ قانون مدنی چنین وضعیتی وجود ندارد و به نظر می‌رسد همان‌گونه که یکی از استادان حقوق اظهار کرده‌اند، قانونگذار به پیروی از شهرت فقهی نظریه لزوم عین معین بودن مورد رهن، این ماده را به گونه مقررات آمره انشا کرده است [۲۸، ص ۵۴۳-۵۴۴]. مبنای نظر مشهور فقها مبنی بر بطلان رهن غیرعین معین، لزوم قبض مال مرهونه است؛ زیرا به نظر فقهای مذکور قبض منفعت یا دین ممکن نیست [۳۱، ص ۶۶؛ ۳۲، ص ۴۴۷]. لزوم قبض مال مرهونه نیز به نوبه خود از آیه شریفه «فرهان مقبوضه»<sup>۱</sup> استنباط شده است.

در مقابل نظر مشهور، بسیاری از فقهای بزرگ، رهن غیرعین معین را محتمل دانسته‌اند [۳۱، ص ۶۶؛ ۳۳، ص ۴۸]. به اعتقاد این دسته از فقها نمی‌توان از آیه شریفه مذکور استنباط کرد که قبض شرط صحت عقد رهن است.<sup>۲</sup> به هر حال باتوجه به شهرت قائلین به جواز رهن غیرعین معین، می‌توان فهمید که حکم ماده ۷۷۴ ق.م. از مسلمات فقهی نیست که نتوان خلاف آن را توافق کرد.

علاوه بر این، قانونگذار در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، توثیق سهام با نام شرکت سهامی را اجازه داده است، در حالی که مسلماً سهام با نام را نمی‌توان عین معین به حساب آورد. مواد مذکور نیز می‌تواند قرینه‌ای دال بر اعراض قانونگذار از آمره بودن ماده ۷۷۴ قانون مدنی تلقی شود، زیرا به طور منطقی، اگر قانونگذار رعایت حکمی را چنان برای نظم و منفعت جامعه مهم بداند که در زمره قواعد آمره و تخلف‌ناپذیر قلمداد کند، خود نیز بدان پایبند بوده و در جای دیگر از آن عدول نمی‌کند.

۱. قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۸۳.

۲. برخی از فقها حتی شرط دانستن قبض برای صحت عقد رهن را مغایر این آیه شریفه می‌دانند، زیرا سبب بی‌فایده و تکراری بودن قول خداوند متعال (مقبوضه) می‌شود. برای ملاحظه منابع رجوع کنید به: [۳۴، ص ۲۷].



عرف خاص بانکداری داخلی و بین‌المللی و عرف عام جامعه نیز مدتها توثیق سهام شرکتها را پذیرفته و رویه قضایی نیز متعرض مغایرت آن با قانون نشده است.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد باتوجه به مطالب فوق، می‌توان ضمن حذف ماده ۷۷۴ قانون مدنی از زمره مقررات آمره، به صحت توثیق اسناد تجاری و نیز اسناد مشابه حکم کرد. حتی اگر این نتیجه نیز پذیرفته نشود، حداقل می‌توان گفت قانونگذار در وضع مقررات قانون تجارت از ماده ۷۷۴ قانون مدنی فاصله گرفته و همانند برخی زمینه‌های دیگر نظیر ضمان، نظام دوگانه‌ای را در حقوق ما ایجاد کرده است. به این ترتیب در امور مدنی نظام عام قانون مدنی حکومت دارد و در عملیات تجاری، قانونگذار نظام جدیدی را حاکم کرده است که از روح مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ ل.ا.ق.ت مصوب ۱۳۴۷ استنباط می‌شود. از طرفی ضمانت‌نامه بانکی با توجه به بند «۷» ماده ۲ قانون تجارت و برخی دیگر از مقررات مربوط به بانکداری در زمره عملیات تجاری است [۳۵، ص ۱۶۷]. بنابراین از جهت توثیق، علی‌القاعده باید تابع نظام حقوقی قانون تجارت تلقی شود.

#### ۴- نتیجه‌گیری

هر چند ضمانت‌نامه بانکی به منظور تضمین تعهدات ضمانت‌خواه در مقابل ذینفع به موجب قرارداد پایه، گشایش می‌شود، اما استقلال آن از قرارداد مذکور باعث طرح مباحثی در رابطه با امکان یا عدم امکان واگذاری به شخص ثالث و نیز قابلیت توثیق این سند شده است. با توجه به عرف بین‌المللی و نیز تحلیلهای حقوقی موجود، به نظر می‌رسد اولاً، با توافق طرفین امکان انتقال ضمانت‌نامه به هر مفهوم وجود دارد؛ ثانیاً، در صورت عدم توافق، ذینفع فقط قادر به انتقال حقوق و منافع خود در ضمانت‌نامه خواهد بود و نه انتقال خود سند؛ ثالثاً، در هر حال موضوع مطالبه وجه ضمانت‌نامه، منوط به همکاری ذینفع اسمی خواهد بود. توثیق حقوق ناشی از ضمانت‌نامه نیز در عرف بین‌المللی پذیرفته شده و در حقوق ایران نیز علی‌رغم تصریح قانون مدنی به لزوم عین بودن مال مورد رهن، با کمک قواعد حقوق تجارت و عرف و نیز با تحلیل متفاوت مقررات قانون مدنی در این باب، قابل پذیرش است.

#### ۵- منابع

[۱] عیسیایی تفرشی، محمد و شهبازی‌نیا، مرتضی، «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در تجارت بین‌الملل»، نامه مفید، ش ۳۷، ۱۳۸۲.

۱. بسیاری از دستگاههای دولتی و عمومی در مقابل اعطاء تسهیلات، سهام شرکتها را به‌عنوان وثیقه می‌پذیرند. ازجمله رویه جاری صندوقهای تأمین اجتماعی و بازنشستگی کشوری در پرداخت تسهیلات برهمن مینا استوار است.

- [۲] کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، *اموال و مالکیت*، چ ۱، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- [۳] اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، چ ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۳.
- [۴] محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه، بخش مدنی*، چ ۲، ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
- [5] Bertrams, R.I.V.F, *Bank Guarantees in International Trade*, 2<sup>nd</sup> ed., The Netherlands, Kluwer, 1996
- [۶] نظافتیان، عبدالعلی، «ذینفع در ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی»، *مجله کانون وکلای*، ش ۴، ۱۳۶۹.
- [7] Wood, Philip R, *Comparative Law of Security and Guarantees*, 1<sup>st</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 1995
- [8] *A Concise Dictionary Of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Oxford University Press, 1990.
- [9] Wunnicke, Diane and Brooke, *Standby and Commercial Letter of Credit*, 2<sup>nd</sup> Ed, USA, Wiley Law Publications, 1996
- [10] Dalloz, 1990, Somm.
- [11] Moschner, M., *Bernerkingen Zur Gestaltung Von Bankgarantien*, Osterreich Bank-Archiv, 1983.
- [۱۲] امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج ۱، چ ۶، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶.
- [13] Goode, Roy; "Guide to The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees", ICC Publications No. 510, 1993.
- [۱۴] کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، چ ۲، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- [۱۵] دریس کول، ریچاردجی، «نقش اعتبارنامه‌های تضمینی در تجارت بین‌المللی، تأملاتی پس از انقلاب اسلامی ایران»، ترجمه محسن محبی، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی*، ش ۱، ۱۳۶۳.
- [۱۶] محبی، محسن، «ضمانت‌نامه بانکی در رویه دیوان داورى دعاوى ایران - ایالت متحده»، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی*، ش ۲۰، ۱۳۷۵.
- [17] Iran-United States Claims Tribunal Report, *Cambridge*, Grotius Publications Ltd., Vol.5, 8, 14, 17, 22, 23.
- [18] Mark, P.Zimmet, *Standby Letters of Credit in Iran Litigation, Two Hundred Problems in Search of a Solution*, Law and Policy in International Business, T.16, 1984.
- [19] Westphalen, Craf Von, *Die Bankgarantie Im Internationalen Handelsverkehr*, 2<sup>nd</sup> ed., Heidelberg, V.Recht Und Wirtschaft MBH, 1990.
- [20] Dohm, J: *Bankgarantien im internationalen Handel*, Bern, No. 180, 1985.
- [21] Zahn/Eberding/Ehrlich, "Zalung Und Zahlungssicherung im Aussenhandel",

- 6<sup>th</sup> ed., Berlin, No. 9/126, 1986.
- [22] Neue Juristische Wochenschrift, Bonn, 1984.
- [23] Pabbruwe, H.J; *Bankgarantie*, 2<sup>nd</sup> ed., The Netherland (Deventer), Kluwer, 1995.
- [24] Dalloz, 1989, Somm.
- [۲۵] اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت تطبیقی، چ ۱، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۳.
- [۲۶] ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، ج ۳، چ ۱، تهران، نشر دادگستر، ۳۷۴.
- [۲۷] اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون توثیق اسناد تجاری»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲۴، آذر ۱۳۶۸.
- [۲۸] کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، چ ۲، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- [۲۹] نصیری، مرتضی، مقدمه‌ای بر اسناد بازرگانی، جزوه پلی کیپ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۲.
- [۳۰] صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی، ۱۳۵۰.
- [۳۱] شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- [۳۲] قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۲، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- [۳۳] محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۵، چ ۱، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۱.
- [۳۴] موسوی بجنوردی، سیدمحمد، «نقش قبض در عقد رهن»، مجله کانون وکلا، ش ۱۶۰-۱۶۳، ۱۳۷۳-۱۳۷۴.
- [۳۵] اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون ضمانت نامه بانکی»، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۹، ۱۴۸، ۱۳۶۸.