

نقش تهاتر بر سقوط حق مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی

مجید سربازیان*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

سید رضا هاشمی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱۲/۲۴)

چکیده

مانت‌نامه بانکی یکی از کارآمدترین ابزارهای مالی است. دلیل اهمیت نقش آن در روند انعقاد قراردادها و انجام معاملات، مستقل بودن آن از قرارداد پایه فی‌مابین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، و قرارداد صدور ضمانت‌نامه میان ضامن و ضمانت‌خواه است. با توجه به همین ویژگی استقلال ضمانت‌نامه در صورتی که مضمون‌عنه از تعهدات خود به موجب قرارداد پایه قصور کند، ذی‌نفع بدون نیاز به اثبات آن قصور می‌تواند وجه ضمانت‌نامه را مطالبه کند. در جریان مطالبه وجه از جانب ذی‌نفع، ممکن است به‌منظور توجیه منع و عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ترتیب ضمانت‌خواه و ضامن به تهاتر استناد کنند. نظر به روابط مذکور فی‌مابین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، ضامن و ضمانت‌خواه، ضامن و ذی‌نفع و نهاد تهاتر که از اطالۀ روند پرداخت‌های متقابل جلوگیری می‌کند، باید دید که در کدام رابطه می‌توان در مقابل ذی‌نفع به تهاتر استناد کرد؟ با توجه به مفهوم استقلال ضمانت‌نامه، در صورتی که شرط خلاف آن نشده باشد، تنها ضامن می‌تواند در خصوص مطالبات متقابل خود از ذی‌نفع و بدهی که بابت پرداخت وجه ضمانت‌نامه به وی دارد به تهاتر استناد کند و از تعهد پرداخت به موجب ضمانت‌نامه بری گردد. همین رویکرد در مقررات بین‌المللی و داخلی نیز اتخاذ شده است.

واژگان کلیدی

استناد به تهاتر، اصل استقلال، ضمانت‌نامه بانکی، مطالبه وجه، منع پرداخت.

۱. مقدمه

در عرصه تجارت امروزه، بُعد مسافت میان تجار و عدم امکان ارزیابی واقعی طرفین معامله یا قرارداد از اعتبار طرف دیگر، به کارگیری ضمانت‌نامه‌های بانکی^۱ را به عنوان ابزاری برای تضمین پرداخت و انجام تعهدات در روند انعقاد و اجرای قراردادها ضروری می‌نماید. به عبارت دیگر، حتی اگر قراردادی بدون هیچ‌گونه عیب و نقص حقوقی منعقد شود، باز هم ضمانت‌نامه بانکی بهترین روش تضمین اجرای تعهدات آن قرارداد خواهد بود. در روند صدور یک ضمانت‌نامه بانکی حداقل سه طرف (ضمانتخواه، ضامن و ذی‌نفع) در آن مشارکت دارند و نیز به طریق اولی حاوی سه رابطه جداگانه (رابطه پایه میان ضمانتخواه و ذی‌نفع، رابطه میان ضامن و ضمانتخواه در خصوص صدور ضمانت‌نامه و رابطه میان ضامن و ذی‌نفع ناشی از خود ضمانت‌نامه) است (Xiang, 2010: 54 & 55). آنچه ضمانت‌نامه بانکی را از ضمانت سنتی متمایز می‌سازد، مستقل بودن آن از رابطه پایه میان ضمانتخواه و ذی‌نفع است که با توجه به همین وصف، بانک ضامن به رابطه پایه میان ضمانتخواه و ذی‌نفع رجوع نمی‌کند و صرفاً در صورت احراز مطابقت ظاهری اسناد ارائه شده با مفاد و شروط ضمانت‌نامه وجه آن را می‌پردازد (سلطانی، ۱۳۹۲: ۱۲۴). در برخی مواقع حتی در فرضی که مطالبه وجه ضمانت‌نامه از سوی ذی‌نفع تمامی شروط یک مطالبه صحیح را داشته باشد، از جمله اینکه منطبق با مفاد و شروط ضمانت‌نامه بوده و پیش از انقضای دوره اعتبار ضمانت‌نامه نیز صورت گرفته باشد، یکی از دفاعیاتی که به منظور منع و عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه در برابر چنین مطالبه‌ای ممکن است مطرح شود، استناد ضمانتخواه یا ضامن به تهاتر^۲ است. در واقع گاهی این احتمال وجود دارد که پس از صدور ضمانت‌نامه بانکی، ضمانتخواه یا ضامن طلب متقابل از ذی‌نفع بیابد و درصدد باشد تا طلب حادث را با دین سابقه که ناشی از ضمانت‌نامه بانکی به وی داشته است، تهاتر نماید.

تهاتر به منزله یکی از اسباب سقوط تعهدات، از تشریفات غیرضروری و وقت‌گیر پرداخت بدهی‌های متقابل طرفین به یکدیگر جلوگیری می‌کند و نهادی برای اجرای تعهدات متقابل طرفین در برابر یکدیگر قلمداد می‌شود (سربازیان و زبرجد، ۱۳۹۳: ۴۴)، از این رو باید جایگاه این نهاد حقوقی در ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان سببی از سقوط تعهدات به روشنی تبیین شود تا از تشتت احتمالی آرا در رویه قضایی در این زمینه جلوگیری به عمل آید.

در پژوهش حاضر از آنجا که اصل استقلال^۳ ضمانت‌نامه بانکی مهم‌ترین ویژگی ضمانت‌نامه بانکی است و با توجه به اصل مذکور جواز یا عدم جواز استناد به تهاتر از جانب

1. Bank guarantees
2. Set off
3. Independence principle

ضمانتخواه و ضامن مشخص می‌شود، در ابتدا اصل مذکور تبیین می‌شود و سپس به ترتیب استناد به تهاتر از جانب ضمانتخواه و ضامن با توجه به مقررات بین‌المللی و داخلی ناظر بر ضمانت‌نامه‌های بانکی نقد و بررسی شده و در پایان نیز نتیجه پژوهش ارائه خواهد شد.

۲. اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی

نظر به اهمیت اصل مذکور و ارتباط آن با نهاد تهاتر، در این قسمت استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه^۱ میان ضمانتخواه و ذی‌نفع، و استقلال ضمانت‌نامه از روابط میان ضامن و ضمانتخواه به ترتیب بررسی می‌شود.

۲.۱. استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه

منظور از اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه، منفک بودن آن از قراردادی است که به صدور ضمانت‌نامه منتهی شده است. به عبارت دیگر، با اینکه هدف از صدور یک ضمانت‌نامه بانکی تأمین و تضمین ذی‌نفع در برابر خسارات ناشی از قصور و تخلف مضمون‌عنه در قرارداد پایه (قرارداد موضوع تضمین) است، استحقاق یا عدم استحقاق ذی‌نفع در خصوص مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه صرفاً با مراجعه به مفاد و شروط قیدشده در ضمانت‌نامه مشخص می‌شود و بانک و ضمانتخواه نمی‌توانند به دفاعیات و ایرادات قرارداد پایه استناد کنند (Pierce, 1993: 18 & 19). برای بانک‌ها بسیار هزینه‌بر و مشکل است که خود را درگیر مسائل و مشکلات ناشی از قرارداد پایه کنند. در واقع دلیل اینکه ضامن شخص مناسبی به منظور درگیر شدن در اختلاف‌های ناشی از قرارداد پایه نیست، این است که ضامن در زمان انعقاد قرارداد پایه هیچ‌گونه نظارتی بر آن نداشته و پس از منعقد شدن قرارداد مذکور نیز تخصصی در خصوص آن ندارد. علاوه بر اینکه ضامن به دلیل دریافت کارمزدی تقریباً جزئی به سبب صدور ضمانت‌نامه، تمام توان و منابع خود را صرف تصدیق ادعای ذی‌نفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه نمی‌کند (Hsin Hsu, 2006: 4 & 5). چنانکه پیش از این نیز ذکر شد، وجه تمایز ضمانت‌نامه بانکی و ضمانت سنتی، مستقل بودن ضمانت‌نامه بانکی است که همین ویژگی هدف اصلی و غایی به کارگیری ضمانت‌نامه بانکی است، به نحوی که سلب این ویژگی کارکرد ضمانت‌نامه را کأن لم یکن می‌نماید (مجبی، ۱۳۷۵: ۹۹). به عبارت دیگر سلب این ویژگی ضمانت‌نامه را به یک قرارداد ضمانت سنتی مبدل می‌سازد (Saleeby, 2010: 154). در کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی^۲ (کنوانسیون) مستقل بودن

1. Underlying contract

2. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit, 1995.

ضمانت‌نامه جایگاه ویژه‌ای دارد، به‌نحوی که در عنوان کنوانسیون نیز از عبارت مستقل به‌منظور توصیف ضمانت‌نامه استفاده شده و از آن به‌عنوان قلب حقیقی کنوانسیون یاد شده است (Davidson, 2010: 32). ماده ۳ کنوانسیون در خصوص مفهوم استقلال ضمانت‌نامه، تعهد ضامن یا گشایشگر در مقابل ذی‌نفع را از هر گونه قرارداد پایه یا ضمانت‌نامه دیگر مستقل دانسته است.^۱ نشریه شماره ۷۵۸ اتاق بازرگانی بین‌المللی^۲ در زمینه «مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه»^۳ (یو آر دی جی ۷۵۸) در بند «الف» ماده ۵ خود به‌طور جامعی استقلال ضمانت‌نامه را بیان می‌کند و ذیل همان ماده مقرر می‌دارد که تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ‌گونه رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذی‌نفع نیست.^۴ در حقوق داخلی نیز ماده ۸۳۷ لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ استقلال ضمانت‌نامه را بیان کرده و به بحث‌های مطرح‌شده در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی پیرامون ضمان سنتی خاتمه داده است^۵، با وجود این، اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی در رویه قضایی ایران صریحاً مورد پذیرش قرار نگرفته و آرای قضایی صادرشده در این خصوص متشت است.^۶

نتیجه اصلی اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی، غیرقابل استناد بودن ایرادات و دفاعیات ناشی از قرارداد پایه از جانب ضمانت‌خواه و ضامن است (کاشانی، ۱۳۷۵ و ۱۳۷۴: ۵۱). نتیجه فرعی و ثانویه اصل مذکور نیز لزوم اسنادی بودن شروط مربوط به مطالبه و پرداخت وجه

پیش‌نویس کنوانسیون مذکور در یازدهم دسامبر ۱۹۹۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان رسید و در سال ۲۰۰۰ لازم‌الاجرا شد. هدف کنوانسیون تسهیل به‌کارگیری ضمانت‌نامه‌های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی و فراهم کردن اطمینان حقوقی و قانونی بیشتر در به‌کارگیری این اسناد، به‌وسیله قواعد عرفاً به رسمیت شناخته شده است (Taylor, 2010: 122&123).

1. 3 For the purposes of this Convention, an undertaking is independent where the guarantor/issuer's obligation to the beneficiary is not:

(a) Dependent upon the existence or validity of any underlying transaction, or upon any other undertaking (including stand-by letters of credit or independent guarantees to which confirmations or counter-guarantees relate).

2. International Chamber of Commerce (ICC)

3. Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), 2010, No. 758.

4. 5(A) «guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee. The undertaking of a guarantor to pay under the guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the guarantor and the beneficiary.»

۵. ماده ۸۳۷ لایحه تجارت: «تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه موضوع این باب، مستقل از تعهدات متقابل ذی‌نفع و متقاضی که ناشی از قرارداد اصلی است و همچنین مستقل از تعهد متقاضی در برابر صادرکننده، معتبر است و سقوط، فسخ یا بطلان تعهد اصلی موجب برائت صادرکننده نمی‌گردد. تنها بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مجاز به صدور چنین ضمانت‌نامه‌هایی می‌باشند.»

۶. برای دیدن نمونه‌ای از این آرا رک: سلطانی، ۱۳۹۰: ۲۷۲-۲۶۹.

ضمانت‌نامه است (Davidson, 2010: 28)، بدین معنا که مبلغ و مدت تعهد پرداخت، شرایط پرداخت و خاتمه تعهد به کلی به خود ضمانت‌نامه و شروط آن بستگی دارد و در ارائه مدارک به منظور مطالبه وجه، مدارک موجود باید در خود ضمانت‌نامه تعیین شده باشد و شرایط مقرر در ضمانت‌نامه نباید چیزی فراتر از ارائه اسناد باشد (Kelly-louw, 2009: 199).

۲.۲. استقلال ضمانت‌نامه از روابط بین ضمانت‌خواه و ضامن

چنانکه در ماده ۵ (یو آر دی جی ۷۵۸) و ماده ۸۳۷ لایحه تجارت نیز ملاحظه شد، با توجه به ماهیت و کارکرد ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌نامه نه تنها باید مستقل از قرارداد پایه میان ذی‌نفع و ضمانت‌خواه باشد، بلکه باید مستقل از روابط بین ضامن و ضمانت‌خواه نیز باشد. از این رو نه اعراض ضمانت‌خواه از نمایندگی که به ضامن اعطا کرده و نه قصور وی در خصوص قرار دادن وجوه نزد ضامن، هیچ‌کدام نمی‌تواند عذر موجهی برای ضامن در خصوص خودداری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع باشد. با همین استدلال، اعتبار هر گونه اصلاحیه نسبت به ضمانت‌نامه اگرچه نیازمند رضایت ذی‌نفع است، به موافقت و رضایت ضمانت‌خواه نیاز ندارد و این واقعیت که ضامن ممکن است در نتیجه اصلاح متن ضمانت‌نامه حق خود را نسبت به بازپرداخت وجه از جانب ضمانت‌خواه از دست بدهد، مانع از وصول وجه از سوی ذی‌نفع به موجب ضمانت‌نامه اصلاح‌شده نمی‌شود. مهم‌تر از موارد مذکور اینکه ورشکستگی ضمانت‌خواه به دلیل ماهیت مستقل ضمانت‌نامه تأثیری در پرداخت وجه ضمانت‌نامه ندارد، زیرا خطر ورشکستگی مذکور با به‌کارگیری ضمانت‌نامه به ضامن منتقل شده است (Hsin Hsu, 2006: 14 & 15).

تهاتر نیز که یکی از اسباب سقوط تعهدات به‌شمار می‌آید در برخی شرایط و با توجه به متن ضمانت‌نامه ممکن است به حق ذی‌نفع نسبت به مطالبه وجه ضمانت‌نامه خاتمه دهد یا اینکه با استناد به آن موقتاً مانع از پرداخت وجه آن شود و متعاقباً با طرح دعوا مبنی بر ابطال ضمانت‌نامه و صدور رأی نهایی در این خصوص به‌طور قطعی به حق ذی‌نفع نسبت به مطالبه وجه ضمانت‌نامه پایان بخشد و نقش خود را که همان سقوط تعهد است، ایفا کند. در قسمت بعد به تفصیل به این مسئله در روابط میان طرفین ضمانت‌نامه پرداخته خواهد شد.

۳. استناد به تهاتر

در این قسمت به ترتیب جواز یا عدم جواز استناد به تهاتر از جانب ضمانت‌خواه و ضامن نقد و بررسی می‌شود.

۳.۱. استناد به تهاتر از جانب ضمانتخواه

چنانچه پس از صدور ضمانتنامه ضمانتخواه بنا به هر دلیلی از ذی‌نفع ضمانتنامه طلبکار شود، خواه طلب مذکور ناشی از قرارداد پایه یا هر رویداد حقوقی دیگر باشد، با توجه به اینکه تهاتر به حکم قانون رخ می‌دهد و در اثر تهاتر میان طلب حادث و دین سابق، تعهد ضمانتخواه به پرداخت وجه ساقط می‌شود، باید دید آیا ضمانتخواه می‌تواند ذی‌نفع را از مطالبه و وصول وجه ضمانتنامه بانکی منع کند؟

یکی از پرونده‌های مطرح در این زمینه پرونده اشتاین مایر علیه وارنر^۱ بود. در پرونده مذکور اشتاین مایر چندین سفته^۲ به منظور پرداخت هزینه‌ها برای خرید سهام سرمایه^۳ به خواندگان تحویل داد و یک اعتبار اسنادی تضمینی^۴ نیز برای تضمین پرداخت سفته‌ها تهیه و تسلیم کرد. یکی از سفته‌ها به اشتاین مایر اجازه می‌داد تا هر میزان ضرر و زیان، مسئولیت و خسارتی را که از قرارداد پایه یا در ارتباط با آن به وجود آمده باشد، تهاتر کند. اشتاین مایر با این ادعا که وارنر نسبت به افشای حقایق مؤثر بر ارزش سهام قصور کرده، حق خود را در خصوص تهاتر اعمال و یک قرار موقت^۵ در زمینه منع وارنر از مطالبه به موجب اعتبار اسنادی تضمینی تقاضا کرد. دادگاه استیناف کالیفرنیا در تأیید قرار منع موقت بیان کرد که قرار موقت به جای اینکه گشایشگر را در خصوص پرداخت منع کند، صرفاً ذی‌نفع را از ارائه اظهاریه مورد نیاز منع می‌کند، زیرا بین اشتاین مایر و وارنر اعتبار اسنادی تضمینی نمی‌تواند جدای از قرارداد پایه و سفته‌ها تفسیر شود، همچنان که این دو جزئی از قرارداد فروش را تشکیل داده بودند. اینکه با مطالبه و وصول وجه اعتبار اسنادی تضمینی به وارنر اجازه داده می‌شود، حق اشتاین مایر را در خصوص اعمال تهاتر با حيله پايمل کند، غير عادلانه و شگفت‌آور خواهد بود.

رای مذکور اصل استقلال را که مهم‌ترین ویژگی اعتبارات اسنادی تضمینی و ضمانتنامه‌های بانکی است، نادیده می‌انگاشت و به شدت مورد انتقاد حقوقدانان و مفسران آمریکایی قرار گرفت. در واقع ضمانتنامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی همانند اعتبارات اسنادی تجاری^۶، در تجارت بااهمیتانند. بسیار حیاتی و مهم است که ضامن تعهد خود را براساس ضمانتنامه پرداخت کند، با توجه به اهمیت این موضوع و نیز جریان اصل

1. Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp.(1974). Available at: http://ca.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19741016_0040192.CA.htm/qx

2. Promissory note

3. Capital stock

4. Stand-By letter of credit

از لحاظ حقوقی ضمانت نامه بانکی و اعتبار اسنادی تضمینی مترادف هستند، فلذا هر دوی آنها در ماهیت مستقل و اسنادی بوده و می‌تواند به جای یکدیگر بکار گرفته شوند (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱۴۹؛ Xiang, 2010: 55).

5. Interim injunction

6. Commercial letters of credit

استقلال در روابط فی‌مابین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، حتی اگر طلب مذکور نیز از قرارداد پایه ناشی شده باشد، ضمانت‌خواه نمی‌تواند ضامن را از تعهد پرداخت با این حقیقت که ادعا و طلب متقابلی علیه ذی‌نفع دارد، منع کند (Hsin Hsu, 2006: 10 & 11). در حقیقت با توجه به مستقل بودن ضمانت‌نامه بانکی، ضمانت‌خواه نمی‌تواند با طرح ادعای تهاتر از دادگاه قرار منع موقت مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ترتیب علیه ذی‌نفع و بانک اخذ کند یا اینکه رأساً از بانک تقاضا کند که از پرداخت وجه ضمانت‌نامه اجتناب ورزد (شیروی، ۱۳۹۲: ۲۷۸).

اگرچه «یو آر دی جی ۷۵۸» در ماده ۵ مقرر داشته که تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه تابع هیچ دفاع و ادعایی به‌غیر از دفاعیات مطرح میان ضامن و ذی‌نفع نیست، دفاعیات مطرح از جانب ضمانت‌خواه را فاقد اثر دانسته، اما کنوانسیون در خصوص جواز یا عدم جواز استناد به تهاتر از جانب ضمانت‌خواه مسکوت است. در روند پیش‌نویس کنوانسیون نیز با اینکه کارگروه کنوانسیون نگرانی‌های خود را در مورد آثار جواز استناد به تهاتر بر کارکرد نقدی^۱ ضمانت‌نامه‌های بانکی ابراز کرد، یک قاضی انگلیسی عضو کارگروه مذکور استدلال کرد که مستثنا کردن چنین تهاتری در خصوص اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی عجیب و غیرعادلانه است، چراکه در خصوص برات^۲ که بسیار شبیه این اسناد است، می‌توان به تهاتر استناد کرد (Taylor, 2010: 130). در برات در روابط شخصی فی‌مابین بدهکار برات و دارنده آن، اصل عدم توجه به ایرادات جاری نمی‌شود، از این رو متعهد سند می‌تواند در مقابل دارنده بلافصل به‌منظور عدم پرداخت وجه برات به تهاتر استناد کند (اسکینی، ۱۳۸۹: ۱۱۲). با اینکه در برات و دیگر اسناد تجاری متعهد سند می‌تواند صرف‌نظر از اصل عدم توجه به ایرادات، در مقابل دارنده بلافصل به تهاتر توسل جوید و از تعهد پرداخت بری‌الذمه شود، نمی‌توان چنین فرضی را در مورد ضمانت‌نامه‌های بانکی تصور کرد، زیرا برخلاف برات و دیگر اسناد تجاری که مستقیماً میان خریدار و فروشنده است، ضمانت‌نامه توسط شخص ثالثی (ضامن) با این هدف به ذی‌نفع اعطا شده که از استناد به هر گونه ایراد و ادعایی که از قرارداد پایه نشأت می‌گیرد، از جمله تهاتر اجتناب شود. علاوه بر اینکه ضمانت‌خواه با فراهم کردن چنین ضمانت‌نامه‌ای به نفع ذی‌نفع، به‌طور ضمنی موافقت خود را در خصوص اینکه وی تهاتر یا ادعای متقابلی به‌منظور منع ذی‌نفع از مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه مطرح نخواهد کرد، اعلام داشته است (Hsin Hsu, 2006: 11). بنابراین جواز استناد به تهاتر از سوی ضمانت‌خواه حتی اگر طلب وی از قرارداد پایه ناشی شده باشد، برخلاف اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی تضمینی است. به‌عبارت دیگر، چنین جوازی کارکرد

1. Liquidity function
2. Bill of exchange

ضمانت‌نامه بانکی را به کلی منتفی می‌سازد و سبب عدم به‌کارگیری این اسناد در فعالیت‌های تجاری می‌شود.

این گفته نیز صحیح است که تهاتر به حکم قانون روی می‌دهد، اما در فرض مورد بحث تعهد ضامن مستقل از رابطه ضمانت‌خواه و ذی‌نفع است و پس از پرداخت وجه از سوی ضامن به ذی‌نفع، ضمانت‌خواه باید دعوای خود را در خصوص طلب ادعایی و استرداد وجوه پرداخت شده علیه ذی‌نفع مطرح کند. در حقوق ایران نیز با توجه به پذیرش اصل استقلال در لایحه تجارت و دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی) باید قائل به عدم جواز ضمانت‌خواه از استناد به تهاتر شد.

۲.۳. استناد به تهاتر از جانب ضامن

همان‌طور که گفتیم، یکی از مواردی که امکان دارد برای خودداری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه از سوی ضامن ادعا شود، استناد به تهاتر است.

تهاتر با طلب بانک از ذی‌نفع به توجه خاصی نیاز دارد، زیرا دیدگاه‌های مطرح شده در نوشته‌های حقوقی و رویه قضایی به شدت متشتت‌اند (Bertrams, 2004: 318).

بحث اصلی در این خصوص آن است که در صورتی که مطالبه وجه از جانب ذی‌نفع منطبق با قیود و شروط مذکور در ضمانت‌نامه صورت گرفته باشد و استناد به تهاتر نیز در ضمانت‌نامه یا توافق جداگانه‌ای منع نشده باشد، آیا بانک برای عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع، می‌تواند طلب ناشی از ضمانت‌نامه را با طلب خود از وی تهاتر کند؟

در این خصوص در بدو امر باید خاطر نشان ساخت، اگر تهاتر به‌عنوان دفاع در مقابل پرداخت مجاز باشد، باید مربوط به ادعاهای متقابل بانک در برابر ذی‌نفع باشد و از سوی ذی‌نفع نیز طلب انکار نشده و قطعی باشد، در غیر این صورت، این دفاع (مجاز بودن بانک به استناد به تهاتر با طلبی که مسلم نباشد) به اطلاع دادرسی منجر خواهد شد و این امر یکی از اهداف ضمانت‌نامه‌ها را که همان پرداخت فوری به محض تحقق یافتن مفاد و شروط ضمانت است، کأن لم یکن می‌سازد (Ibid). در واقع در قواعد عمومی تهاتر میان طلب مسلم و قطعی و دینی که مورد انکار طرف مقابل است و به‌منظور اثبات آن رسیدگی قضایی ضرورت دارد، نمی‌توان به دفاع تهاتر توسل جست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۵۰)، حال آنکه در ضمانت‌نامه‌های بانکی علاوه بر قواعد عمومی تهاتر، جواز استناد به تهاتر با طلب غیرقطعی و مورد انکار هدف پرداخت فوری و بی‌قید و شرط ضمانت‌نامه‌ها را به کلی نادیده می‌انگارد.

در مواردی که خود ضمانت‌نامه مجاز بودن استناد به تهاتر را به‌صراحت اعلام داشته است، مسئله خاصی مطرح نمی‌شود، زیرا اراده صریح طرفین نیاز به هر تفسیری را که هدف

آن مشخص کردن جواز یا عدم جواز استناد بانک به تهاتر است، از بین می‌برد، اما مشکلی که در این خصوص وجود دارد این است که ضمانت‌نامه‌ها به‌ندرت حاوی عبارات صریح و روشنی در خصوص جواز استناد به تهاترند. عبارات کلی مانند «پرداخت در اولین مطالبه و بدون هیچ‌گونه اعتراضی انجام خواهد شد»^۱ صرفاً بر ماهیت مستقل ضمانت‌نامه‌های عندالمطالبه تأکید می‌ورزد و اغلب چنین عباراتی مفهوم عدم جواز استناد به تهاتر را القا نمی‌کند. از سوی دیگر، عبارتی که بیان می‌کند «در صورت مطالبه برای پرداخت وجه، وجه ضمانت‌نامه در اختیار شما قرار داده خواهد شد»^۲ نیز احتمالاً می‌تواند این‌گونه تفسیر شود که مانع تهاتر شود، اما همان‌گونه که بیان شد، این قبیل عبارات فقط بر ماهیت مستقل ضمانت‌نامه‌های بانکی تأکید می‌کند. این امر که ضمانت‌نامه به‌صورت عندالمطالبه و بی‌قیدوشرط قابل پرداخت است، تکلیف قابل استناد بودن یا نبودن تهاتر از طرف ضامن را روشن نمی‌کند (Bertrams, 2004: 318)، زیرا ماهیت مستقل ضمانت‌نامه و بی‌قیدوشرط بودن آن صرفاً بدین معناست که ذی‌نفع ادعای خود را در وصول وجه ضمانت‌نامه بدون نیاز به اثبات تخلف ضمانت‌خواه و صرف‌نظر از هر گونه اختلاف بین ضمانت‌خواه و وی مطالبه دارد (فتحی‌پور، ۱۳۶۹: ۱۵۸).

موضوع تهاتر از سوی بانک به موجب طلب متقابل خود بانک (نه طلب واگذارنده از ضمانت‌خواه به بانک) به‌طور جامعی در پرونده‌ای که تمام مراحل دادرسی را تا دیوان عالی آلمان طی کرد، تحلیل شده است. در پرونده مذکور، در ابتدا دادگاه بدوی قائل به عدم جواز استناد به تهاتر از جانب بانک شد و رأی خود را بر توازن منافع متعارض همه طرفین درگیر مبتنی کرد و اظهار داشت که ضمانت‌نامه صرفاً قرارداد میان بانک و ذی‌نفع نیست، بلکه بانک عهده‌دار اجرای تکلیفی است که از جانب ضمانت‌خواه به وی واگذار شده است، از این‌رو زمانی که بانک تکلیف مذکور را اجرا می‌کند، نباید منافع خویش را مدنظر قرار دهد. علاوه بر این، منافع ذی‌نفع که در تضمین وجود دارد و کارکرد نقدی ضمانت‌نامه بانکی نیز ایجاب می‌کند که وجه ضمانت‌نامه عیناً دریافت گردد، نه اینکه ذی‌نفع از طریق تهاتر بانک با بدهی سابق که به بانک داشته به حق خود برسد. براساس نظر دادگاه بدوی اگر بانک مجاز به استناد به تهاتر باشد، کارکرد نقدی ضمانت‌نامه بی‌اثر می‌شود. شایان ذکر است در پرونده مذکور ذی‌نفع و ضمانت‌خواه هر دو ورشکسته اعلام شده بودند و حقوق ناشی از ضمانت‌نامه به بانک ذی‌نفع منتقل شده بود و این بانک منتقل‌الیه بود که به‌دلیل ادعای تهاتر از سوی ضامن و عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه از جانب وی طرح دعوا کرد. دادگاه بدوی ورشکستگی ذی‌نفع و

1. Payment will be made on first demand without objections

2. In the event of demand for payment the amount will be put at your disposal

ضمانتخواه را غیرمرتبط دانست، اما دادگاه تجدید نظر اگرچه به عنوان یک اصل مهم می پذیرفت که بانک نمی تواند به دلیل کارکرد نقدی ضمانت نامه به تهاتر استناد کند، رأی دادگاه بدوی را بنا به نظرهای خاصی که مطرح شده بود، نقض کرد. دادگاه تجدید نظر اظهار داشت ضامن قادر به وصول طلب متقابل خود از ذی نفع نخواهد بود، مگر اینکه به تهاتر استناد کند و نیز بر این عقیده بود که اصل «اول پرداز، سپس مجادله کن»^۱ به دلیل ورشکستگی ذی نفع و ضمانتخواه نمی توانسته تحقق یابد. در نهایت دادگاه تجدید نظر با این استدلال که اختلاف در حقیقت میان دو بانک بوده، نه میان ضمانتخواه و ذی نفع، جواز استناد به تهاتر را در رأی خود مقرر داشت. این رأی در پرونده دیگری، اما به موجب دلایل دیگر تأیید شده بود. در نهایت دیوان عالی آلمان در حکم خود مقرر داشت که حسب قاعده، بانک در خصوص طلب خود که مسلم و نقد باشد، ممنوع از استناد به تهاتر نیست. دیوان عالی برخلاف دادگاه تجدید نظر، رأی خود را بر اوضاع و احوال خاص پرونده مبتنی ن ساخت و مقدماً بر نقش تضمین بودن ضمانت نامه اتکا کرد و اظهار داشت که ضمانت نامه حقوقی بیشتر از آنچه ذی نفع در صورت اجرای عادی مطالبه به منظور وصول وجه، از مبلغ ضمانت نامه تحصیل می کند، ایجاد نمی کند. در این زمینه دیوان متذکر شد که ذی نفع هیچ حقی نسبت به وصول نقدی مبلغ ضمانت نامه ندارد، مضافاً اینکه کارکرد نقدی از طریق تهاتر نیز به دست می آید (Bertrams, 2004: 319 & 320).

در پرونده مذکور برخی تا بدان جا با استدلال دادگاه بدوی موافقاند که بانک صرف نظر از ورشکستگی ذی نفع یا ضمانتخواه در خصوص مطالبات متقابل خود در مقابل ذی نفع نمی تواند به تهاتر استناد کند. از سوی دیگر استدلال دادگاه تجدید نظر را برای تجویز تهاتر بدین دلیل معتبر دانسته اند که تهاتر بر روابط میان ضامن و ذی نفع اثری مترتب نمی کند، بلکه بر روابط میان بانک ضامن و بانک دیگری که ضمانت نامه بدان منقل شده مؤثر است (Ibid: 320).

در حقیقت مطابق نظر مذکور، اگر به جواز استناد به تهاتر قائل شویم، باید این جواز را در روابط میان دو بانک نافذ و معتبر دانست، از این رو در روابط میان ضامن و ذی نفع نباید آن را نافذ شناخت.

در مجموع به نظر می رسد باید قائل به جواز استناد به تهاتر از جانب ضامن بود و نباید آن را صرفاً در روابط میان دو بانک نافذ شناخت. چنانکه در بیان وصف اصل استقلال ضمانت نامه گفته شد، تعهد پرداخت ضامن در رابطه با ضمانت نامه، مستقل از قرارداد پایه بین ضمانتخواه و ذی نفع و قرارداد صدور ضمانت نامه بین ضامن و ضمانتخواه است، در غیر این صورت هر

1. Pay first, argue latter

دفاعی که در رابطه فی مابین خود ضامن و ذی نفع وجود داشته باشد، قابل استناد است. همچنان که مطابق ذیل بند «الف» ماده ۵ «یو آر دی جی ۷۵۸» نیز تعهد ضامن به پرداخت مبلغ ضمانت نامه تابع ادعاها و دفاعیات ناشی از هیچ رابطه دیگری غیر از رابطه بین ضامن و ذی نفع، نیست، از این رو در روابط فی مابین ضامن و ذی نفع یکی از دفاعیاتی که ممکن است از سوی ضامن مطرح شود، استناد به تهاتر است. اگرچه «یو آر دی جی ۷۵۸» به طور ضمنی جواز استناد به تهاتر از جانب ضامن را مقرر داشته، کنوانسیون در فرض مورد بحث به صراحت قائل به جواز استناد به تهاتر از جانب ضامن شده است. ماده ۱۸ کنوانسیون مقرر داشته در صورتی که در ضمانت نامه خلاف آن مقرر نشده باشد یا در خارج از ضمانت نامه توسط ضامن/ گشایشگر و ذی نفع در خصوص عدم جواز استناد به تهاتر توافق نشده باشد، ضامن/ گشایشگر می تواند با استناد به تهاتر از تعهد پرداخت بری گردد.^۱ در حقوق ایران نیز بند ۳ ماده ۸۶۳ لایحه تجارت تهاتر بین صادرکننده و ذی نفع را یکی از مواردی برشمرده است که ذی نفع حق مطالبه وجه ضمانت نامه را نخواهد داشت.

۳.۲.۱. اسقاط حق تهاتر

چنانکه از ماده ۱۸ کنوانسیون نیز آشکار است، نباید پنداشت که قواعد تهاتر از قواعد امری بوده و با نظم عمومی در ارتباط است و از این رو نمی توان با توافق خصوصی مانع تهاتر شد، بلکه برعکس قواعد تهاتر از قواعد تکمیلی است و با توافق خصوصی می توان مانع اجرای تهاتر شد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۱۹؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۱۸۱). در حقیقت حق استناد به تهاتر از اصل آزادی قراردادها^۲ نشأت می گیرد، از این رو طرفین می توانند با توافق حق اعمال و استناد به تهاتر را از یکدیگر سلب کنند (Berger, 2005: 111). کانون وکلای آمریکا^۳ (ای بی ای) نیز در فهرستی که از مواد تغییرناپذیر کنوانسیون در خصوص ضمانت نامه های مستقل و اعتبارات اسنادی تضمینی ارائه کرده است، ماده ۱۸ کنوانسیون مذکور را که در مورد تهاتر است، از مواد امری و تغییرناپذیر کنوانسیون تلقی نکرده است و از این رو می توان خلاف آن را توافق کرد (Saleeby, 2010: 147).

۳.۲.۲. استثنای عدم استثنای جواز تهاتر از جانب ضامن نسبت به اصل استقلال

در فرض مورد بحث، چنانچه حق اعمال و استناد به تهاتر از سوی ضامن ساقط نشده باشد،

1.18 «Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer may discharge the payment obligation under the undertaking by availing itself of a right of set-off....».

2. General principle of freedom of contracts

3. American Bar Association (ABA)

وی می‌تواند با توسل به تهاتر از تعهد پرداخت به موجب ضمانت‌نامه بری‌الذمه گردد، سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا جواز تهاتر از جانب ضامن را باید استثنایی نسبت به اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی دانست؟

گاهی به‌طور مطلق بیان شده که تهاتر از جانب ضامن استثنایی نسبت به اصل استقلال است، اما چنانکه پیشتر نیز بیان شد، به این دلیل که معنای اصل استقلال این است که تعهد ضامن مستقل از قرارداد پایه میان ضمانتخواه و ذی‌نفع و قرارداد صدور ضمانت میان ضامن و ضمانتخواه است، از این رو به رسمیت شناختن تهاتر توسط ضامن به‌عنوان یک استثنا نسبت به اصل استقلال از لحاظ مفهومی نامناسب است (Hsin Hsu, 2006: 18). به‌عبارت دیگر، اگرچه رابطه حقوقی فی‌مابین ضامن و ذی‌نفع که از خود ضمانت‌نامه نشأت می‌گیرد از روابط مذکور که از قرارداد پایه و قرارداد صدور ضمانت‌نامه ناشی می‌شود، مستقل است، اما در رابطه فی‌مابین ضامن و ذی‌نفع مانند هر رابطه حقوقی دیگر میان دو شخص، طرفین می‌توانند به ایرادات و دفاعیاتی که در دسترس دارند، توسل جویند. در حقیقت با اینکه در سال‌های اخیر استثنائات جدیدی نسبت به اصل استقلال در رویه قضایی برخی از کشورها مبتنی بر سیستم کامن‌لا تحت عنوان «خلاف وجدان بودن»^۱ مطرح شده است^۲، تنها استثنای به رسمیت شناخته‌شده نسبت به اصل استقلال که در اغلب کشورها پذیرفته شده است، «تقلب»^۳ است (Kelly-Louw, 2009: 200)، که با توجه به حقایق قرارداد یا معامله پایه و نیز در فرضی که ذی‌نفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه اسناد مجعول را ارائه کرده باشد، می‌توان مانع از مطالبه و پرداخت وجه ضمانت‌نامه شد، از این رو نمی‌توان تهاتر از جانب ضامن را به‌عنوان استثنایی نسبت به اصل استقلال تلقی کرد.

۳.۲.۳. تهاتر از جانب ضامن متقابل

در قراردادهای بین‌المللی فروشنده یا کارفرما از خریدار یا پیمانکار تقاضا می‌کند که یک ضمانت‌نامه بانکی ارائه کند. خریدار یا پیمانکار درخواست صدور ضمانت‌نامه‌ای از بانکی در کشور خود می‌کند، بانک مذکور ضمانت‌نامه‌ای را به نفع بانکی واقع در کشور محل فروشنده یا کارفرما صادر می‌کند. سپس بانک اخیرالذکر نخست ضمانت‌نامه‌ای را با توجه به ضمانت‌نامه بانکی نخست صادر و به فروشنده یا کارفرما تسلیم می‌کند. ضمانت‌نامه‌ای را که

1. Unconscionability

۲. به‌منظور مطالعه تفصیلی در این خصوص ر.ک: -Davidson, 2012: pp. 192-193; Wong, 2000: pp. 132-193

Johns and Blodget, 2011: pp. 310-328).

3. Fraud

بانک نخست صادر می‌کند، ضمانت‌نامه متقابل^۱ و ضمانت‌نامه‌ای را که بانک دوم صادر می‌کند ضمانت‌نامه اولیه^۲ یا اصلی می‌نامند (Schmittoff, 1990: 448). به ضامن نخست ضامن متقابل^۳ و به ضامن دوم ضامن اصلی یا اولیه^۴ گفته می‌شود. سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا ضامن متقابل نیز می‌تواند در مقابل ضامن اصلی یا اولیه به منظور عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل به تهاتر استناد کند؟

در صورت فقدان مقرره خاصی در ضمانت‌نامه متقابل یا رویه بانکداری بین‌المللی، بانک دستوردهنده (بانک اول یا ضامن متقابل) باید مجاز به استناد به تهاتر با هر گونه طلب متقابل خود در برابر بانک صادرکننده باشد (Bertrams, 2004: 323). بند «ب» ماده ۵ «یو آر دی جی ۷۵۸» نیز ایرادات میان ضامن متقابل و ضامن اصلی را قابل استناد دانسته است.^۵ بند «الف» ماده ۶ کنوانسیون نیز ضمانت‌نامه را به گونه‌ای تعریف کرده که ضمانت‌نامه متقابل نیز مشمول آن می‌شود و لذا تمامی مباحثی که در خصوص ضمانت‌نامه اصلی از جمله استناد به تهاتر مطرح شده، در مورد ضمانت‌نامه متقابل نیز جاری است.

در واقع چنانکه گفته شد، اعمال تهاتر بانک در مقابل ذی‌نفع با توجه به ماده ۱۸ کنوانسیون امکان‌پذیر است. در ضمانت‌نامه متقابل بانک دستوردهنده (ضامن متقابل) نیز می‌تواند با استناد به طلب پیشین خود از ذی‌نفع ضمانت‌نامه متقابل (ضامن اصلی) از پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل خودداری ورزد. در این خصوص به مانند فرض پیشین، امکان استناد به تهاتر از جانب ضامن متقابل در برابر ذی‌نفع ضمانت‌نامه متقابل با اصل استقلال تعارضی پیدا نمی‌کند و اصول کلی تهاتر اعمال می‌شود.

۳.۲.۴. تهاتر ضامن با استناد به طلب واگذارنده از جانب ضمانت‌خواه به وی

درست است که ضمانت‌خواه حق ندارد به استناد وقوع تهاتر میان طلب خود که از ذی‌نفع دارد و دین سابقی که به وی داشته است ذی‌نفع یا ضامن را به ترتیب از مطالبه و پرداخت وجه به موجب ضمانت‌نامه منع کند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا ضمانت‌خواه می‌تواند با واگذاری

1. Counter guarantee
 2. Primary guarantee
 3. Counter guarantor
 4. Primary guarantor
 5. 5) B. «A counter-guarantee is by its nature independent of the guarantee, the underlying relationship, the application and any other counter-guarantee to which it relates, and the counter-guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the counter-guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the counter-guarantee. The undertaking of a counter-guarantor to pay under the counter-guarantee is not subject to claims or defences arising from any relationship other than a relationship between the counter-guarantor and the guarantor or other counter-guarantor to whom the counter-guarantee is issued».

طلب و ادعای متقابل خود به ضامن بر این مانع حقوقی (عدم امکان استناد به تهاتر از جانب ضمانت‌خواه) غلبه کند؟

در این خصوص باید گفت که منتقل‌الیه در جایگاه انتقال‌دهنده قرار می‌گیرد و موضوع انتقال با تمام کم و کاستی‌ها به منتقل‌الیه، انتقال می‌یابد و از این رو حق منتقل‌الیه نباید بیشتر از حق انتقال‌دهنده باشد، علاوه بر این، این نظر مطابق با قاعده کلی است که بیان می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند آنچه را که مالکش نیست به دیگری بدهد»^۱، ضمانت‌خواه با توجه به اصل استقلال نمی‌تواند دفاع تهاتر را در برابر مطالبه ذی‌نفع پیش از واگذاری طلب خود به ضامن مطرح کند، از این رو پس از واگذاری نیز این ممنوعیت باید اعمال شود و ضامن نیز باید تحت همان محدودیت باشد (Hsin Hsu, 2006: 11). در واقع نوشته‌های حقوقی و رویه قضایی امکان تهاتر ضامن با توجه به طلب واگذار شده از جانب ضمانت‌خواه را رد کرده و دلیل خود را بر این امر مبتنی کرده‌اند که چنین امکانی موجب کاهش اعتبار و کارایی ضمانت‌نامه بانکی می‌شود (Bertrams, 2004: 322). ذیل ماده ۱۸ کنوانسیون نیز مؤید این امر است که بانک نمی‌تواند با توجه به طلبی که ضمانت‌خواه از ذی‌نفع داشته و این طلب را به بانک واگذار کرده است، در مقابل ذی‌نفع به تهاتر استناد کند.^۲ ماده مذکور اصل قابلیت استناد به تهاتر و استثنای آن را بیان داشته و فرض مورد بحث را مشمول استثنای اصل قابلیت استناد به تهاتر از جانب ضامن / گشایشگر قرار داده است. در حقوق ایران نیز اگرچه این فرض پیش‌بینی نشده است، با توجه به اصل استقلال و قواعد حاکم بر قائم‌مقامی^۳ همانند کنوانسیون باید قائل به عدم جواز چنین اقدامی بود.

۴. نتیجه‌گیری

ضمانت‌نامه‌های بانکی بخش مهم و لاینفکی از روابط تجاری را در برمی‌گیرد، به نحوی که بدون آنها عملاً روابط تجاری مختل می‌شود و طرفین قرارداد نیز در معرض مخاطرات بالقوه‌ای قرار می‌گیرند. آنچه سبب شده ضمانت‌نامه چنین نقش انکارناپذیری را ایفا کند، اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی است که مهم‌ترین ویژگی ضمانت‌نامه است و آن را از ضمان تبعی متمایز می‌سازد. مفهوم جامع و کامل اصل مذکور این است که ضمانت‌نامه بانکی از روابط پایه فی‌مابین ضمانت‌خواه و ذی‌نفع و نیز از روابط فی‌مابین ضمانت‌خواه و ضامن در خصوص

1. He who has not can not give

2. Unless otherwise stipulated in the undertaking or elsewhere agreed by the guarantor/issuer and the beneficiary, the guarantor/issuer may discharge the payment obligation under the undertaking by availing itself of a right of set-off, except with any claim assigned to it by the principal/applicant or the instructing party.

۳. در خصوص مفهوم قائم‌مقام و انواع آن ر.ک: صفایی، ۱۳۸۹: ۱۶۷.

صدور ضمانت‌نامه، مستقل است. مهم‌ترین نتیجه اصل مذکور عدم امکان استناد به ایرادات ناشی از روابط مذکور در خصوص پرداخت وجه ضمانت‌نامه است، اما در روابط فی‌مابین ضامن و ذی‌نفع که از خود ضمانت‌نامه ناشی می‌شود، طرفین می‌توانند به ایرادات و دفاعیاتی که در اختیار دارند استناد جویند. در صورتی که ذی‌نفع تمامی شرایط یک مطالبه صحیح و معتبر را رعایت کرده باشد، یکی از ایراداتی که از جانب ضمانت‌خواه و ضامن به‌منظور منع و عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه ممکن است مطرح شود، تهاتر است. با توجه به مفهوم اصل استقلال، ضمانت‌خواه حتی اگر طلب وی از ذی‌نفع از قرارداد پایه نیز نشأت گرفته باشد، نمی‌تواند به‌منظور منع و عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه به تهاتر استناد کند، مضافاً اینکه ضمانت‌خواه خود نیز با درخواست صدور ضمانت‌نامه مستقل بانکی تلویحاً موافقت خود را در خصوص عدم استناد به ایرادات از جمله تهاتر اعلام داشته است. گاهی ضمانت‌خواه درصدد آن است که اگرچه خود نمی‌تواند به تهاتر استناد کند، با انتقال طلب خود به ضامن بر این مانع حقوقی فائق آید و مانع از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذی‌نفع شود و از این طریق نیز طلب خود را وصول کند، در این خصوص باید گفت که حقوق منتقل‌الیه بیشتر از حقوق انتقال‌دهنده نیست و از این رو ضامن نیز با توجه به طلب واگذارشده از جانب ضمانت‌خواه به وی نمی‌تواند در مقابل ذی‌نفع به تهاتر استناد کند، کنوانسیون نیز این فرض را پیش‌بینی کرده است.

چنانکه در مفهوم استقلال ضمانت‌نامه نیز بیان شد، ایرادات و دفاعیات فی‌مابین ضامن و ذی‌نفع مانند هر رابطه حقوقی دیگر قابل استناد است و دفاع تهاتر نیز از این قاعده مستثنا نیست. در بین قواعد و مقررات بین‌المللی و داخلی نیز جواز استناد به تهاتر مقرر شده است، در این خصوص «یو آر دی جی ۷۵۸» به‌طور ضمنی و کنوانسیون و لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۱ به‌صراحت جواز استناد به تهاتر از جانب ضامن را مقرر داشته‌اند.

از آنجا که قواعد تهاتر از قواعد تکمیلی است، طرفین می‌توانند در خود ضمانت‌نامه حق استناد به تهاتر از جانب ضامن را سلب کنند. جواز استناد به تهاتر از جانب ضامن را نمی‌توان به‌منزله استثنایی نسبت به اصل استقلال تلقی کرد، بلکه اتفاقاً چنین جوازی با اصل استقلال مطابقت دارد و از نتیجه اصلی مذکور که همان عدم امکان استناد به ایرادات ناشی از قرارداد پایه و قرارداد صدور ضمانت‌نامه از جانب ضامن و ضمانت‌خواه است، نشأت می‌گیرد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۹). حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک). چ چهاردهم، تهران: سمت.

۲. سربازیان، مجید؛ زبرجد، سیده فاطمه (۱۳۹۳). «تأثر در فقه امامیه، حقوق ایران و تجارت بین‌الملل». فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ش ۱.
۳. سلطانی، محمد (۱۳۹۰). حقوق بانکی، ج اول، تهران: میزان.
۴. ----- (۱۳۹۲). «مطالبه وجه ضمانت‌نامه بانکی». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۲، ش ۵.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۹۲). سقوط تعهدات. ج هفتم، تهران: مجد.
۶. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲). حقوق تجارت بین‌الملل. ج پنجم، تهران: سمت.
۷. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها. ج هشتم، تهران: میزان.
۸. فتحی‌پور، علی (۱۳۶۹). «ضمانت در معاملات بین‌المللی». مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۱۳.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات. ج دوم، تهران: میزان.
۱۰. ----- (۱۳۹۰). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. ج بیست‌ونهم، تهران: میزان.
۱۱. کاشانی، محمود (۱۳۷۴ و ۱۳۷۵). «ضمانت‌نامه بانکی». مجله تحقیقات حقوقی، ش ۱۶ و ۱۷.
۱۲. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی (۱۳۹۲). «خصیصه‌های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۷، ش ۲.
۱۳. محبی، محسن (۱۳۷۵). «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان دآوری دعاوی ایران- ایالات متحده». مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۲۰.

(ب) خارجی

14. Berger, Klaus Peter. (2005), **set-off-in: ICC Bull. (special supplement)**, at 17 et seq.
15. Bertrams, Roeland. (2004), **bank Guarantees in International Trade**. Hague: Kluwer Law international.
16. Davidson, Alan. (2010), "Fraud and the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit", *International Commercial Law*, Vol.1, Issue.1.
17. Davidson, Alan. (2012), "Unconscionability in Letters of Credit and Demand Guarantee Transactions." *International Journal of Technology Policy and Law*, Vol.1.
18. Hsin Hsu, Chung. (2006), "the Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit". *National Taiwan University Law Review*.
19. Johns, Roger j- Blodget, Mark S. (2011), "Fairness at the Expense of Commercial Certainty: The International Emergence of Unconscionability and Illegality as Exceptions to the Independence of Letters of credit and Bank Guarantees." *Northern Illinois University Law Review*, Vol.31.
20. Kelly-louw, Michelle. (2009), **Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit**. University of South Africa.
21. Pierce, Anthony. (1993), **Demand Guarantee in International Trade**. 1ed, London: Sweet & Maxwell.
22. Saleeby, Ramsey. (2010), "Contracting out of United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit." *International Commercial Law*, Vol.1, Issue.1.
23. Shmittoff, Clive M.. (1990), **The Law & Practice of International Trade**. 19th ed, London: Stevens & Sons.
24. SP Wong, Adrian. (2000), "Restraining a Call on a Performance Bond: should 'Fraud or Unconscionability' Be the New Orthodoxy?." *Singapore Academy of Law Journal*, Vol.12.

-
25. Taylor, Hilary. (2010), "Nothing Is Over Until We Decide It Is". *International Commercial Law*, Vol.1, Issue.1.
26. Xiang, Gao. (2010), "The Fraud Rule under the UN Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: A Significant Contribution from an International Perspective". *International Commercial Law*, Vol.1, Issue.1.
27. http://ca.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19741016_0040192.CA.htm/qx. [25 Dec 2015].