

رجوع ضمانت خواه به ذی نفع و ضامن پس از پرداخت ضمانت نامه بانکی با تأکید بر حقوق فرانسه

محمد سلطانی*

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۱۱/۳۰)

چکیده

حضور توأمان اصل استقلال و ماهیت ضمانتی ضمانت نامه بانکی، پدیدآور پرسش های متعدد در مورد قواعد حقوقی حاکم بر ضمانت نامه های بانکی است. یکی از مسائل مطروحه در این خصوص، ناظر بر رجوع پس از پرداخت است. رجوع ضمانت خواه به دو شخص قابل تصور است: ذی نفع و ضامن. چنانچه ذی نفع، مطابق آنچه در قرارداد پایه گذشته است، محق به وصول وجه سند نبوده است، باید وجه دریافتی را مسترد کند. همچنین ضمانت خواه می تواند برای استرداد وجه به ضامن مراجعه کند. از آنجا که معمولاً ضامن پس از پرداخت ضمانت نامه، مطالبات خود را از حساب یا وثایق ضمانت خواه برداشت می کند، بحث رجوع ضمانت خواه به ضامن و شرایط تحقق آن دارای اهمیت و نتایج کاربردی است. رجوع ضمانت خواه به ضامن، در صورت عمل کردن برخلاف دستورهای ضمانت خواه یا پرداخت ناروای وجه ضمانت نامه به ذی نفع میسر است. این مقاله، مبانی، شرایط و نحوه رجوع در موارد پیش گفته را با تأکید بر حقوق فرانسه توصیف و تحلیل می کند.

واژگان کلیدی

اصل استقلال، ذی نفع، ضامن، ضمانت خواه، ضمانت نامه بانکی.

۱. مقدمه

«ضمانت‌نامه مستقل» یا «ضمانت‌نامه بانکی» سندی است که به موجب آن بانک ضامن بنا به تقاضای ضمانت‌خواه و به‌منظور تضمین حسن اجرای رابطه پایه، متعهد به پرداخت بی‌قید و شرط مبلغی معین به تشخیص ذی‌نفع یا مطابق شرایط مقرر در آن سند می‌شود. ضمانت‌نامه مستقل با دو اصل «استقلال» و «غیر قابل استناد بودن ایرادات ناشی از تعهد پایه» که خود از نتایج اصل استقلال است، از ضمان تبعی تفکیک می‌شود. استقلال ضمانت‌نامه بانکی بدین معناست که ایرادات و استثنائات مربوط به رابطه پایه در برابر ضامن یا ذی‌نفع قابل استناد نیستند. در واقع اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات از نتایج اصل استقلال است. اصل استقلال ناشی از اراده طرفین قرارداد ضمانت‌نامه یعنی بانک ضامن و ذی‌نفع است^۱ و با ایجاد تفاوت در ماهیت آن نسبت به ضمان تبعی، آثار اختصاصی مهمی برای ضمانت‌نامه بانکی پدید می‌آورد. استقلال ضمانت‌نامه بانکی توسط عموم حقوقدانان ایرانی که به این مسئله پرداخته‌اند، پذیرفته شده است^۲ (سربازیان و هاشمی، ۱۳۹۶: ۲۵۵؛ مافی و فلاح، ۱۳۹۳: ۱۵۵-۱۵۴؛ سلطانی، ۱۳۹۲: ۱۲۴؛ سلطانی، ۱۳۹۵: ۲۸۳؛ غمامی، ۱۳۷۸: ۱۳۳-۱۳۱؛ شهبازی‌نیا، ۱۳۸۰: ۱۳۲؛ شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۴؛ محبی، ۱۳۸۴: ۲۳۷؛ کاشانی، ۱۳۷۷: ۴۹) و رویه قضایی نیز در چند سال اخیر گرایش خود نسبت به اجرای آثار این اصل را نشان داده است^۳.

۱. در حقوق ایران برخی نویسندگان، قرارداد ضمانت‌نامه را رابطه حقوقی میان ضامن و ضمانت‌خواه قلمداد کرده‌اند. در این خصوص ر.ک: نظافتیان، ۱۳۶۹: ۱۰۴؛ اداره آموزش و مدیریت بانکی ملی ایران، ۱۳۸۵: ۱۱۰ و ۱۱۲

۲. با وجود این، نباید پذیرش این اصل در دکتترین حقوقی کشورمان را مفروض انگاشت. ر.ک: میزگرد بررسی تقلب در ضمانت‌نامه‌های بانکی با تأکید بر جنبه کیفری آن، ۱۳۹۵: ۵۰؛ آقای دکتر علی آزمایش که اظهار می‌دارند «زائد بر جنبه کیفری، من در استقلال این اسناد {ضمانت‌نامه‌های بانکی} از قرارداد پایه در مسائل حقوقی هم تردید دارم». همچنین ر.ک: مسعودی، ۱۳۹۱: ۷۷

۳. اصل استقلال در رویه قضایی ایران کمتر مورد تصریح واقع شده است؛ با وجود این از سال ۱۳۴۶ که رأی اصراری هیأت عمومی دیوان عالی کشور در پذیرش اعتبار ضمانت‌نامه بانکی صادر شد (رأی شماره ۷۱، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۲۲ آذر ۱۳۴۶)، آرای می‌توان یافت که بر مبنای بی‌قید و شرط بودن ضمانت‌نامه حکم به پرداخت داده‌اند؛ بی‌آنکه از این اصل نامی بیاورند. برای ملاحظه این آرا ر.ک: دادنامه شماره ۱۰۵۴، دادگاه عمومی تهران، شعبه ۲۰۳، ۲۲ آذر ۱۳۸۷، پایگاه اینترنتی قوانین؛ دادنامه شماره ۱۸۸، دادگاه حقوقی یک تهران، شعبه ۲، اول تیر ۱۳۷۲، منتشر نشده؛ دادنامه شماره ۳۸۱، دادگاه حقوقی یک تهران، شعبه ۱۹، ۲۰ دی ۱۳۷۱، پایگاه اینترنتی قوانین؛ دادنامه شماره ۷۶۱، دادگاه عمومی تهران، شعبه ۲۰۱، ۲۸ مهر ۱۳۷۸، پایگاه اینترنتی قوانین. رأی شعبه ۳۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران تأیید شده به موجب دادنامه شماره ۱۶۱۸/۲۲۱۳۰/۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۳۰ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضائیه. البته در سال‌های اخیر این رویه با تأکید بر اصل استقلال و شناسایی آن گسترش یافته است. برای نمونه ر.ک: دادنامه شماره ۹۴۰۵۲۲، شعبه ۴۴ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید صدر، ۲۶ مهر ۱۳۹۴ که تقاضای دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه را رد نموده با این استدلال که «بنابر توافق طرفین به لحاظ ویژگی بدون قید و شرط بودن ضمانت‌نامه، {این سند} از قرارداد اصلی مستقل و منفک می‌باشد».

با وجود اصل استقلال، ضمانت‌نامه مستقل وصف تضمینی دارد و ریسک قرارداد پایه را پوشش می‌دهد. ماهیت ضمانتی ضمانت‌نامه مستقل ایجاب می‌کند که همچون ضمان تبعی، در صورت مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع، ضامن بتواند برای استرداد آنچه پرداخته به ضمانت‌خواه رجوع کند (Piédelièvre, 2017: 168). در عین حال، ماهیت ضمانتی ایجاب می‌کند که ضمانت‌خواه بتواند، در صورتی که دریافت وجه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع را ناروا می‌داند، برای استرداد آنچه توسط ضامن پرداخت شده است، به ذی‌نفع مراجعه کند. به میزانی که رجوع پس از پرداخت، از جمله رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع، به صورت ساده‌تر و مطمئن‌تر صورت گیرد، از یک سو احتمال مطالبه غیرموجه ضمانت‌نامه کاهش می‌یابد، زیرا ذی‌نفع می‌داند که آنچه را به ناحق دریافت کرده، باید همراه با پرداخت خسارات قانونی مسترد کند و از سوی دیگر، ضمانت‌خواه یا بانک ضامن ناچار نخواهند بود از پرداخت وجه ضمانت‌نامه ممانعت به عمل آورند، زیرا می‌دانند آنچه پرداخت شده، در صورت ناروا بودن، به‌همراه خسارات قابل استرداد است. بنابراین، مؤثر بودن رجوع پس از پرداخت، از یک سو مطالبه ناروا را کاهش می‌دهد و از سوی دیگر، پرداخت بی‌قید و شرط ضمانت‌نامه را تقویت می‌کند. با وجود این خواهیم دید که رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع در مورد ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی اغلب کارآمد نیست و به همین دلیل موارد اخذ دستور موقت به‌منظور جلوگیری از پرداخت ضمانت‌نامه در عرصه بین‌المللی بسیار بیش از عرصه داخلی است (Simler, 2008: 990).

پرداخت ضمانت‌نامه توسط بانک به ذی‌نفع، می‌تواند آغازگر دعای رجوع باشد. در یک حالت، بانک ضامن پس از پرداخت به ضمانت‌خواه مراجعه می‌کند. در اینجا با رجوع ضامن مواجهیم. اما آنچه در اینجا مدنظر ماست مواردی است که ضمانت‌خواه، برای استرداد آنچه توسط بانک ضامن پرداخت شده است، به دیگر اشخاص درگیر در فرایند ضمانت‌نامه رجوع می‌کند. ممکن است ذی‌نفع ضمانت‌نامه را به‌صورت ناروا مطالبه کرده باشد. در این صورت ضمانت‌خواه می‌تواند به مرجع قضایی صالح مراجعه کند و تقاضای استرداد وجه پرداختی توسط بانک ضامن به ذی‌نفع را داشته باشد (شماره ۲). همچنین ممکن است بانک ضامن، وجه ضمانت‌نامه را به ناروا و من غیر حق یا برخلاف دستورهای ضمانت‌خواه پرداخت کرده باشد، به‌گونه‌ای که مطابق قواعد حاکم می‌بایست از پرداخت خودداری می‌کرد (شماره ۳). خاطرنشان می‌سازد به دلیل عدم طرح مطلب در خصوص این موضوع در نوشته‌های حقوقدانان ایرانی، دسترسی محدود به رویه قضایی در کشورمان، شباهت نظام حقوقی ایران و فرانسه و امکان بهره‌گیری از نظریات حقوقدانان و رویه قضایی این کشور، این مطالعه با نگاه به حقوق فرانسه صورت گرفته است.

۲. رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع

رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع اصولاً تابع قواعد عمومی قراردادهاست، اما قواعد اختصاصی ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی به‌ویژه اصل استقلال، پرسش‌های مهمی را در خصوص رجوع مزبور پدید می‌آورد. با وجود اصل استقلال، رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع مبتنی بر رابطه قراردادی میان این دو و کارکرد ضمانت‌نامه است (۱-۲). با پذیرش اصل رجوع، تعیین قلمرو و موضوع رجوع اهمیت می‌یابد (۲-۲).

۲.۱. مبنای رجوع

مطابق اصل استقلال ضمانت‌نامه، ایرادات مربوط به رابطه پایه میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع تأثیری بر قرارداد ضمانت و پرداخت آن توسط بانک ندارند. با وجود این، اصل استقلال مانع از آن نیست که توجه کنیم این رابطه پایه، سبب صدور ضمانت‌نامه بوده است. در واقع، ضمانت‌نامه برای پوشش ریسک رابطه پایه صادر می‌شود. ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، دو سوی رابطه پایه‌ای هستند که سبب صدور ضمانت‌نامه را تشکیل می‌دهد. اگرچه ضمانت‌نامه از نظر حقوقی مستقل است، کارکرد و هدف آن، این است که به ذی‌نفع در مورد اجرای صحیح تعهدات رابطه پایه توسط ضمانت‌خواه اطمینان دهد (Logoz, 1991: 76; Barthez, 2017: 77). در این چارچوب، آنچه اصل استقلال ضمانت‌نامه را تعدیل می‌کند، این است که ضمانت‌خواه که اصولاً بار نهایی مطالبه و پرداخت ضمانت‌نامه را به دوش می‌کشد، امکان رجوع به ذی‌نفعی را داشته باشد که وجه ضمانت‌نامه را بدون استحقاق دریافت کرده است. در واقع، در شرایطی که به استناد اصل استقلال، بانک ضامن موظف به پرداخت وجه ضمانت‌نامه است، این حق رجوع است که مانع می‌شود ذی‌نفع، ضمانت‌نامه را بدون استحقاق مطالبه کند. برای استرداد آنچه پرداخت شده است، ضمانت‌خواه باید اثبات کند تعهدات خود را مطابق قرارداد پایه به‌طور کامل انجام داده است یا اینکه، در صورت عدم ایفای تعهدات قراردادی، مطابق قرارداد مزبور مسئولیتی متوجه وی نبوده است. در این شرایط هیچ ضرورتی ندارد که ضمانت‌خواه تقلب یا سوءاستفاده آشکارای ناروای ذی‌نفع در مطالبه وجه ضمانت‌نامه را اثبات کند. بدین ترتیب بار اثبات عدم استحقاق ذی‌نفع برای حفظ مبلغ ضمانت‌نامه بر دوش ضمانت‌خواه است. به طریق اولی، اگر مطالبه ذی‌نفع متقلبانه بوده باشد نیز ضمانت‌خواه حق استرداد مبلغ پرداختی را دارد، چه اینکه در این حالت، اصولاً پرداخت به ذی‌نفع روا نبوده است.

برخی نویسندگان فرانسوی ماهیت این رجوع را ایفای ناروا دانسته‌اند (Stoufflet, 2002: 89). در این زمینه استدلال شده است که پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه توسط بانک ضامن، به حساب ضمانت‌خواه صورت می‌پذیرد و بنابراین در صورتی که چنین پرداختی

ناروا باشد، ضمانت‌خواه می‌تواند مطابق قاعده ایفای ناروا برای استرداد مبلغ پرداختی به ذی‌نفع رجوع کند. با وجود این، این رجوع را نمی‌توان براساس نظریه ایفا ناروا دانست، زیرا رجوع توسط پرداخت‌کننده وجه صورت نمی‌گیرد. در واقع، به سبب اصل استقلال، بانک ضامن، دین خود - و نه ضمانت‌خواه - را پرداخته است (Piette, 2007: 990; Simler, 2007: 75).

برخی نویسندگان فرانسوی نظریه دارا شدن بلاجهت را به‌عنوان مبنای این رجوع برگزیده‌اند (Théry, 1989: 126-128; Piédelièvre, 2004: 216; François, 2004: 430). مطابق این نظریه، ذی‌نفع به زیان ضمانت‌خواه دارا شده، زیرا مبلغی را که بانک ضامن به ذی‌نفع پرداخته است، متعاقباً از حساب ضمانت‌خواه یا از محل تضامین و وثایق وی برداشت کرده است. بدین ترتیب از دارایی ضمانت‌خواه کاسته شده و به دارایی ذی‌نفع افزوده شده است، درحالی‌که جهت مشروعی برای باقی ماندن این دارایی در ید ذی‌نفع وجود ندارد. ممکن است ایراد شود که در اینجا نیز، همچون آنچه در زمینه ایفای ناروا مطرح شد، ضمانت‌نامه جهت پرداخت است و بنابراین، دارا شدن بدون جهت محقق نشده است. پاسخ به این ایراد به دو نکته بازمی‌گردد: اول تحلیل نقش اصل استقلال و دوم جایگاه قاعده ایفای ناروا و دارا شدن بلاجهت نسبت به یکدیگر.

در خصوص نکته اول، هدف اصل استقلال، تضمین پرداختی فوری و به دور از ایرادهای ضمانت‌خواه یا بانک ضامن در برابر ذی‌نفع است. هنگامی که پرداخت صورت گرفت، هدف و کارکرد اصل استقلال محقق شده است. در واقع، با پرداخت وجه ضمانت‌نامه، جنبه ضمانتی ضمانت‌نامه بر بُعد استقلالی آن غالب می‌شود (سلطانی، ۱۳۹۵: ۲۷۸). بدین ترتیب درحالی‌که در رابطه میان بانک ضامن و ذی‌نفع، اصل استقلال حاکم است و بانک، در فرض عدم وجود تقلب، مکلف به پرداخت است، در رابطه میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع، اصل استقلال پس از پرداخت جریان نمی‌یابد. در این شرایط، ذی‌نفع می‌تواند به این امر استناد کند که در رابطه فیما بین، متعاقباً و با بررسی رابطه پایه کشف شده است که ضمانت‌نامه جهت مشروعی برای پرداخت نبوده است. بدین ترتیب در مرحله پس از پرداخت، استناد به اصل استقلال جایگاهی ندارد. بر این اساس، مبنای رجوع می‌تواند نظریه دارا شدن بلاجهت باشد.

در خصوص نکته دوم باید توجه داشت که قاعده منع دارا شدن بلاجهت نسبت به ایفای ناروا قاعده‌ای فرعی محسوب می‌شود؛ بدین معنا که اگر شرایط اعمال قاعده ایفای ناروا وجود داشته باشد، نوبت به قاعده منع دارا شدن بلاجهت نمی‌رسد (Terré, Simler et Lequette, 2005: 1073-1; Malinvaud, 2007: 758). به عبارت دیگر، اگرچه استفاده بلاجهت در معنای عام شامل ایفای ناروا نیز می‌شود، این قاعده در معنای خاص ناظر بر موردی است که بدون سبب

قانونی از دارایی شخصی کاسته و بر دارایی دیگری افزوده شود، درحالی که زیان دیده سبب دعوای دیگری برای مطالبه خسارت در اختیار ندارد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۵۵). با وجود این از آنجا که در موضوع مورد بحث پرداختی از سوی ضمانت‌خواه به ذی‌نفع صورت نگرفته، جایی برای اعمال قاعده ایفای ناروا وجود ندارد و استناد به قاعده دارا شدن بلاجهت از لحاظ تحلیل حقوقی دقیق‌تر است. با این همه باید پذیرفت در توجیه رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع نیازی به تحلیل‌های بالا که پیچیدگی‌هایی نیز به‌همراه دارد نیست و کافی است توجه کنیم که این رجوع ریشه در قصد طرفین در رابطه پایه دارد (Jobard-bachelier et autres, 2015: 916; Simler, 2008: 990; Simler, 2007: 97; Albiges et Dumont-Lefrand, 2013: 284; Aynès et Crocq, 2016, 31 mai 2016, Cass. Com. 2008: 346). در روابط میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع مشخص است که ضمانت‌نامه به‌عنوان تضمینی برای پوشش ریسک قرارداد پایه صادر شده و اگر چنین ریسکی محقق نشده است، قصد طرفین بر استرداد مبلغ ضمانت‌نامه به ضمانت‌خواه دلالت می‌کند. بر این اساس مبنای رجوع، قرارداد پایه منعقد میان ذی‌نفع و ضمانت‌خواه است و ضرورتی به استناد به الزامات غیر قراردادی وجود ندارد. به‌نظر می‌رسد که راه‌حل مزبور در حقوق ایران نیز کاملاً قابل پذیرش است.

باید توجه داشته باشیم که این رجوع در ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی اندک رخ می‌دهد و بیشتر در ضمانت‌نامه‌های داخلی جریان دارد. دو دلیل برای این امر وجود دارد: دلیل اول و مهم‌تر این است که ضمانت‌خواه تمایلی به طرح دعوای استرداد وجه ضمانت‌نامه نزد محاکم کشور ذی‌نفع ندارد، زیرا اغلب چنین دعوایی برای ضمانت‌خواه نتیجه‌بخش نیست^۱ (Simler, 2007: 98; Simler, 2008: 990). در عین حال بر فرض پیروزی در دعوا، امکان اجرای حکم از جمله دسترسی به اموال ذی‌نفع و انتقال پول به خارج از کشور ذی‌نفع با ابهام مواجه است (Droz, 1996: 98)؛ دوم اینکه گاهی اشخاص ضمانت‌خواه، ریسک مطالبه ضمانت‌نامه را بیمه می‌کنند، بنابراین ضمانت‌خواه می‌تواند به بیمه‌گر خود مراجعه کند. در فرانسه، بیمه‌نامه‌های صادره توسط «شرکت فرانسوی بیمه تجارت خارجی»^۲، ریسک سوءاستفاده از ضمانت‌نامه

۱. با وجود این برای ملاحظه دعوایی در این خصوص رک:

CA Paris, 3^e ch., A, 18 mars 1986: D. 1987, somm. p. 173, obs. M. VASSEUR; RTD com. 1987, p. 557, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE

۲. لازم است توجه کنیم در غیاب شروط قراردادی خاص یا دسترسی به اموال ذی‌نفع در کشور ضمانت‌خواه، شخص اخیر اصولاً ناچار به طرح دعوا در دادگاه محل اقامت ذی‌نفع است. از سوی دیگر، ضمانت‌نامه اصولاً در روابط میان کشورهای شمال-جنوب صادر می‌شود. ذی‌نفعان ضمانت‌نامه معمولاً کشورهای در حال توسعه و اغلب بخش دولتی آن‌اند، درحالی که اشخاص ضمانت‌خواه در کشورهای صنعتی تولیدکننده مقیم‌اند. ضمانت‌خواه به سازوکار قضایی کشور ذی‌نفع اعتمادی ندارد و قانون آن کشور را نیز نمی‌شناسد. این فرایند، طولانی، پرهزینه و بدون نتیجه مشخص است.

3. COFACE (Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur)

توسط ذی‌نفع را تحت پوشش خود قرار می‌دهد^۱ (Barral, 1987: 106-; Mattout, 2004: 260). (107).

در ایران صندوق ضمانت صادرات ایران وظایف مشابهی را بر عهده دارد. مسئولیت اصلی این صندوق، تسهیل صادرات توسط شرکت‌های ایرانی است. صندوق براساس تقاضای صادرکنندگان ایرانی، به‌منظور تسهیل صادرات، ضمانت‌نامه صادر می‌کند. البته صندوق یادشده از فعالیت مهمی در عرصه بین‌المللی برخوردار نیست و مستقیماً به صدور ضمانت‌نامه به سود ذی‌نفعان خارجی اقدام نمی‌کند؛ بلکه صدور ضمانت‌نامه به تقاضای صندوق توسط بانک‌های ایرانی انجام می‌گیرد (کتاب راهنمای خدمات صندوق ضمانت صادرات ایران، ۱۳۹۶: ۴).

۲.۲. موضوع رجوع

پس از مشخص شدن اصل رجوع و مبنای آن، نوبت به تعیین موضوع و قلمرو رجوع می‌رسد. اولین پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود، این است که آیا مبلغ ضمانت‌نامه وجه التزام محسوب می‌شود یا خیر. در صورتی که مبلغ ضمانت‌نامه وجه التزام محسوب شود، با نقض قرارداد پایه و صرف‌نظر از میزان واقعی خسارات وارده، ذی‌نفع مستحق مبلغ ضمانت‌نامه خواهد بود و جایی برای رجوع به بخشی از مبلغ باقی نمی‌ماند. در این خصوص بند ۱ ماده ۱۲۲۹ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران به بحث وجه التزام پرداخته‌اند. برخی نویسندگان مبلغ ضمانت‌نامه را وجه التزام تلقی کرده‌اند (Tridi, 1991: 219-236; Contamine-). اما چنین تحلیلی صحیح به نظر نمی‌رسد. احتمالاً این تحلیل بدون توجه به تمایز میان مرحله پرداخت و رجوع صورت گرفته است. اگرچه ضمانت‌نامه در مرحله پرداخت به میزان خسارات واقعی وارده نمی‌پردازد و مبلغی مقطوع و معین توسط ذی‌نفع دریافت می‌شود، در مرحله رجوع، رابطه پایه میان طرفین بررسی می‌شود تا میزان واقعی خسارات وارده مشخص شود. وجه التزام در جایی است که طرفین اراده کرده باشند مبلغی مقطوع را جایگزین خسارت واقعی وارده سازند، این در حالی است که در عموم ضمانت‌نامه‌های صادره چنین شرطی مفقود است. ضمانت‌نامه تضمینی است که ذی‌نفع را قادر می‌سازد در فرایندی سریع و مطمئن مطالبات ادعایی خود را وصول کند و در غیاب شرط مخالف، مبلغ آن ارتباطی با میزان خسارت واقعی ندارد. به‌عبارت دیگر، پیش‌فرضی مبنی بر

۱. بیمه ممکن است به نفع ضمانت‌خواه یا مستقیماً به نفع بانک ضامن فرانسوی باشد (Barral, 1987: 107; Prüm, 1994: 63). با وجود این، کارامدی چنین بیمه‌نامه‌ای نیز نسبی است، زیرا معمولاً هنگامی کارایی دارد که ضمانت‌خواه صادرکننده کالا یا خدمت - قادر نیست وجوهی را که به‌وسیله ذی‌نفع به ناروا مطالبه شده است مسترد کند (Houin-Bressand, 2006: 169).

وجه التزام بودن مبلغ ضمانت‌نامه وجود ندارد و این امر که قصد مشترک طرفین مبنی بر وجه التزام بودن مبلغ ضمانت‌نامه است، باید اثبات شود. بر این اساس، ذی‌نفع تنها به میزان خسارات واقعی وارده بر خود می‌تواند مبلغ دریافتی بابت ضمانت‌نامه را نزد خود نگاه دارد و باید مابقی را به ضمانت‌خواه مسترد نماید.^۱

بر این اساس حسب اینکه ضمانت‌خواه چگونه تعهدات خود را انجام داده است، موضوع رجوع، استرداد تمام یا بخشی از وجه ضمانت‌نامه خواهد بود. در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۲۳۱-۶ قانون مدنی مصوب سال ۲۰۱۶ (ماده ۱۱۵۳ پیشین)، در صورتی که ضمانت‌خواه در دعوی استرداد موفق باشد، این مبلغ به همراه خسارت تأخیر تأدیه از روز اعلام اختاریه مطالبه وجه به ذی‌نفع قابل مطالبه است. همچنین در صورتی که ذی‌نفع با سوءنیت اقدام به مطالبه ضمانت‌نامه کرده باشد، ضمانت‌خواه می‌تواند خسارات دیگری را که ناشی از صرف تأخیر در بازپرداخت پول نیست و در نتیجه این امر به وی وارد شده است، اثبات و مطالبه کند (Simler, 2008: 990; Simler: 2007: 97). در حقوق ایران، اگرچه در خصوص مرز میان ربا و خسارت تأخیر تأدیه پول همواره مباحثی مطرح بوده، با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، اصولاً خسارت تأخیر تأدیه از زمان مطالبه با محاسبه نرخ تورم قابل دریافت است. به علاوه، چنانچه از تقصیر خواننده، خسارات بیشتری ایجاد شده باشد که از صرف تأخیر در پرداخت وجه ناشی نمی‌شود، خسارات مزبور را نیز باید قابل مطالبه دانست (ابهری، فرزادگان و ظهوری، ۱۳۹۶: ۳۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۴۹-۲۴۷). برای نمونه، اگر ذی‌نفع با ارتکاب تقصیر از آزاد ساختن ضمانت‌نامه در موعدی که تعهدات انجام گرفته است خودداری ورزد، باید مبالغی را که از آن زمان ضمانت‌خواه به عنوان کارمزد صدور ضمانت‌نامه به بانک پرداخته است، در حق وی بپردازد (Trib. com. Paris, 1988, 249; Logoz, 1991: 78; Bertrams, 2004: 332; Sentence arbitrale, 1980: 977). چنین خساراتی حتی در فرض عدم پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه قابل مطالبه‌اند (Simler, 2008: 990; Simler, 2007: 97). تقصیر زمانی محقق می‌شود که ذی‌نفع از عدم استحقاق خود در مطالبه وجه ضمانت‌نامه آگاه باشد. باید توجه کرد که قراردادها پیچیده‌اند و ممکن است ذی‌نفع به جهاتی متعارف خود را محق تلقی کرده باشد، ولی تشخیص بعدی دادگاه برخلاف آن بوده باشد. در این حالت، به نظر می‌رسد تقصیری رخ نداده و ذی‌نفع تنها حق خود را اعمال کرده است.

۱. با این همه به نظر می‌رسد در فرض ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه، قصد طرفین بر وجه التزام بودن مبلغ ضمانت‌نامه است. در چنین مواردی معمولاً صریحاً قید می‌شود که چنانچه برنده مناقصه از انعقاد قرارداد خودداری ورزد، مبلغ ضمانت‌نامه به سود ذی‌نفع وصول خواهد شد.

۳. رجوع ضمانت‌خواه به ضامن

گفتیم که رجوع ضمانت‌خواه به ضامن که - در ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی - اصولاً باید در خارج از کشور محل اقامت ضمانت‌خواه صورت گیرد، به دلایل مختلف دشوار است. در این شرایط برای ضمانت‌خواه مناسب‌تر آن است که، در صورت وجود شرایط رجوع، به بانک ضامن مراجعه کند. مبنای این رجوع در تحلیل رابطه حقوقی میان ضامن و ضمانت‌خواه نهفته است. باید توجه داشت مسئله اولیه در بحث رجوع پس از پرداخت، رجوع ضامن به ضمانت‌خواه است، اما از آنجا که معمولاً بانک‌ها از طریق وثایقی که در اختیار دارند مطالبات خود را برداشت می‌کنند، مسئله رجوع ضمانت‌خواه به ضامن برای استرداد وجوه برداشت‌شده رواج دارد. در واقع، اغلب در قرارداد میان ضامن و ضمانت‌خواه شرط می‌شود که در صورت مطالبه ضمانت‌نامه توسط ذی‌نفع و پرداخت آن، به میزان وجوه پرداختی از حساب ضمانت‌خواه کسر خواهد شد. در این حالت حساب ضمانت‌خواه به همان میزان بدهکار شده و تشریفاتی جهت وصول وجه وجود نخواهد داشت.

به‌طور کلی دو دلیل اصلی برای مسئول شناخته شدن ضامن و در نتیجه امکان رجوع ضمانت‌خواه به وی - در فرضی که ضامن از حساب یا وثایق ضمانت‌خواه برداشت کرده است - وجود دارد: عدم رعایت دستورات ضمانت‌خواه (۱-۳) و پرداخت ضمانت‌نامه علی‌رغم مطالبه غیر منطبق یا آشکارا ناروا (۲-۳).

۳. ۱. عدم رعایت دستورهای ضمانت‌خواه

ضمانت بانکی یک تعهد مستقل است که بر عهده ضامن قرار دارد. چنین رابطه‌ای وکالت نیست، زیرا با اصل استقلال منافع دارد (Simler, 2007: 90; Simler, 2008: 983). ضامن به نام و به حساب ضمانت‌خواه متعهد نمی‌شود، بلکه مستقلاً به نام و حساب خود تعهد می‌نماید (Vasseur, 1986: 166). این قرارداد در کشور ما تابع ماده ۱۰ قانون مدنی است و براساس آن ضامن متعهد می‌شود خدمتی را که دربرگیرنده اعطای اعتبار به مشتری نیز است، به وی ارائه دهد و با تحقق شرایط مندرج در متن ضمانت‌نامه وجه آن را به ذی‌نفع بپردازد (Simler, 2008: 983; Simler, 2007: 90; Prüm, 1994: 49; Mattout, 2004: 228; Rives-Lange et Contamine-Piedelièvre, 1989: 125; Piedelièvre, 2008: 136; Piedelièvre, 1995: 786). بنابراین، ضمانت‌نامه تعهد مستقل و شخصی بانک ضامن است و بر این اساس ضامن برای پرداخت وجه ضمانت‌نامه نیازی به اطلاع موضوع به ضمانت‌خواه ندارد و می‌تواند مطالبات خود را نیز از

حساب وی کسر کند (Vasseur, 1986: 166; Sabeh-Affaki, 1995: 442).^۱ این بدان دلیل است که صدور ضمانت‌نامه به نفع ذی‌نفع براساس درخواست ضمانت‌خواه است و بانک در ازای دریافت کارمزد از ضمانت‌خواه و نیز استرداد وجوهی که ممکن است طبق سند ضمانت‌نامه به ذی‌نفع بپردازد، ضمانت‌نامه را صادر می‌کند (کاشانی، ۱۳۷۷: ۲۶؛ شهبازی‌نیا، ۱۳۸۰: ۲۳۱؛ مسعودی، ۱۳۹۱: ۱۰۲-۱۰۱). رجوع ضامن به ضمانت‌خواه تنها در صورتی امکان‌پذیر است که وجه سند مطابق شرایط اعلامی توسط ضمانت‌خواه پرداخت شده باشد. بر این اساس، اگرچه ماهیت رابطه میان ضمانت‌خواه و ضامن وکالت نیست، از این نظر به وکالت شباهت پیدا می‌کند که ضامن فقط در صورت رعایت دقیق شرایط اعلامی توسط ضمانت‌خواه حق رجوع به وی دارد (Simler, 2007: 90; 983).

بر مبنای آنچه اشاره شد، بانک باید به‌مثابه وکیل ضمانت‌خواه، دستورهای او را رعایت و اجرا کند. اجرای دستورهای ضمانت‌خواه مقدمه‌ای مبنی بر این دارد که بانک به‌عنوان نهادی حرفه‌ای باید اطلاعات و توصیه‌های لازم را به مشتری خود ارائه کند (Stoufflet, 2002: 36; 433; Sabeh-Affaki, 1995: 433; Prüm, 1994: 43). حدود تکلیف به ارائه توصیه، با توجه به شخصیت ضمانت‌خواه و میزان تجربه وی تفاوت می‌کند (Stoufflet, 2002: 36). بر این اساس بانک مکلف نیست به شرکتی که در عرصه تجارت بین‌المللی فعال است، تفاوت میان ضمانت‌نامه مستقل و ضمان تبعی، اصل استقلال ضمانت‌نامه و اهمیت آن در پرداخت ضمانت‌نامه را یادآور شود (Dohm, 1986: 434; Sabeh-Affaki, 1995: 434; Prüm, 1994: 43; Stoufflet, 2002: 36). در همین زمینه محاکم فرانسوی تصدیق کرده‌اند هنگامی که ضمانت‌خواه شخصی حرفه‌ای است، بانک مسئولیتی در زمینه عدم ارائه توصیه و اطلاعات لازم در خصوص اهمیت اصل استقلال ندارد^۲ (CA Nîmes, 27 sept. 1989, 1990: 200). با وجود این، در صورتی که مشتری بانک، شخصی غیرحرفه‌ای و ناآگاه از تفاوت ابزارهای مختلف بانکی باشد، بانک در صورت عدم ارائه اطلاعات و توصیه‌های لازم به ضمانت‌خواه مسئول خواهد بود و در نتیجه

۱. خاطر نشان می‌سازد برخی نویسندگان فرانسوی معتقدند بانک باید در راستای حمایت از منافع مشتری خود، وی را از مطالبه وجه ضمانت‌نامه آگاه سازد (Dohm, 1986: 139; Develioglu, 2006: 680; Logoz, 1991: 86; 126; Prüm, 1987: 126; Legeais, 2008: 341; Rives-Lange et Contamine-Raynaud, 1995: 799; Prüm, 1987: 126; 486; Simont, 1980: 486; Mattout, 2004: 230).

۲. در این پرونده که به تأیید دیوان عالی کشور فرانسه رسیده است، دادگاه مقرر می‌دارد دعوی خواهان مبنی بر عدم آگاهی بخشی بانک به وی در خصوص تفاوت میان ضمان تبعی و ضمانت‌نامه بانکی وارد نیست، زیرا خواهان به‌روشنی از بانک درخواست کرده ضمانت‌نامه صادره با اولین درخواست و بدون توجه به اختلافات میان خریدار و فروشنده قابل پرداخت باشد و بانک تنها از دستورهای ضمانت‌نامه تبعیت کرده است که آشنا به رویه‌های تجارت بین‌الملل است و از اهمیت چنین تعهدی و آثار آن آگاه بوده است.

این تقصیر، حق رجوع به ضمانت‌خواه را براساس قواعد ضمانت‌نامه‌های مستقل از دست خواهد داد (Sabehe-Affaki, 1995: 437; CA Paris, 1996: 697).

پس از اینکه بانک تکلیف خود به ارائه توصیه‌های لازم را انجام داد، باید یا مطابق دستورهای ضمانت‌خواه ضمانت‌نامه را صادر کند یا از صدور آن امتناع ورزد. بانک باید تصمیم خود مبنی بر امتناع از صدور ضمانت‌نامه را در مهلتی معقول به مشتری خود اعلام کند، در غیر این صورت می‌تواند در خصوص اطلاع دیر هنگام مسئول شناخته شود (Dohm, 1986: 130; Logoz, 1991: 82). بانک باید تمامی دستورهای مشتری خود را از جمله در خصوص مبلغ، مدت و تمدید ضمانت‌نامه رعایت کند (Stoufflet, 2002: 36; Trib. com. Paris, 9 nov. 1998).

در صورتی که بانک دستورهای ضمانت‌خواه را رعایت نکند، حق رجوع به او را از دست می‌دهد و ممکن است علاوه بر این به پرداخت خساراتی که در نتیجه عدم رعایت این دستورها پدید آمده است، محکوم شود (Sabehe-Affaki, 1995: 410; Trib. com. Versailles 17 sept. 1981, 1982: 496). به همین نحو بانک ضامن مستقیم نیز اصولاً نمی‌تواند دستورهای منتقل شده به وی توسط بانک ضامن متقابل (در خصوص این مفهوم رک: سلطانی، ۱۳۹۵: ۲۶۴-۲۶۳) را تغییر دهد، ولو اینکه قانون قابل اعمال بر ضامن مستقیم اجازه اجرای آن دستورها را ندهد. با وجود این به نظر می‌رسد چنانچه رویه‌های بانک ضامن مستقیم کاملاً شناخته شده باشند، ضمانت‌خواه یا ضامن متقابل نمی‌توانند به تغییر متناسب در این دستورها اعتراض کنند. در واقع در عرف تجارت بین‌الملل، ضامن مستقیم اغلب ضمانت‌نامه را مطابق معیارهای مورد نظر خود صادر می‌کند و اگر ضمانت‌خواه یا ضامن متقابل درخواست تغییر در این معیارها را کند، ضامن مستقیم از صدور ضمانت‌نامه خودداری می‌کند. به همین دلیل است که در عمل بانک ضامن متقابل به هنگام تقاضای صدور ضمانت‌نامه به سود ذی‌نفع، محتوای ضمانت‌نامه را مورد اشاره قرار نمی‌دهد و به انتقال اطلاعات مهم و اساسی اکتفا می‌کند (Dohm, 1986: 263). به‌علاوه در صورتی که ضمانت‌خواه به بانک اجازه صدور ضمانت‌نامه با هر قید و شرطی از

۱. در این پرونده، بنابه درخواست ضامن مستقیم (بانک ایرانی)، ضمانت‌نامه متقابل دربردارنده شروطی بوده که به اطلاع ضمانت‌خواه نرسیده و موافقت وی جلب نشده بود. محکمه فرانسوی، مطالبه ضمانت‌نامه متقابل توسط بانک ایرانی را صحیح دانست، اما در عین حال حقی برای بانک ضامن متقابل فرانسوی جهت رجوع به ضمانت‌خواه قائل نشد.

۲. در این پرونده دادگاه تجارت ورسای ضمانت‌خواه را بابت پرداخت وجه ضمانت‌نامه مسئول ندانست، زیرا بانک ضامن متقابل دستورهای ضمانت‌خواه را به‌اشتباه به ضامن مستقیم انتقال داده بود و ضمانت‌نامه براساس شرایطی پرداخت شد که موضوع دستورات ضمانت‌خواه در هنگام گشایش ضمانت‌نامه نبود (Trib. com. Versailles 17 sept. 1981, 1982: 496).

۳. برای نمونه، رویه رایج و شناخته‌شده در سوریه اثری بر خاتمه مدت ضمانت‌نامه قائل نبوده و شرط می‌کرده مادامی که سند ضمانت‌نامه مسترد نشده، همچنان دارای اعتبار است (Sobeih, 1989: 290; Hakim, 1980: 387).

جمله در خصوص مدت را داده باشد، نمی‌تواند متعاقباً نسبت به محتوای ضمانت‌نامه معترض باشد (CA Paris, 11 juill. 1989, 1991: 193).

۳.۲. رجوع در فرض پرداخت ناروای وجه ضمانت‌نامه

در صورتی که بانک ضامن، ضمانت‌نامه را به ناروا پرداخته باشد، حق ندارد آنچه را پرداخته است از ضمانت‌خواه دریافت کند و اگر مبالغی را از حساب وی یا از محل وثایق برداشت کرده است، ملزم به استرداد آن خواهد بود (ر.ک: Elsan, 2012: 94). پرداخت ناروای وجه ضمانت‌نامه دو فرض را شامل می‌شود: اول، پرداخت مطابق شروط مقرر در ضمانت‌نامه صورت نگرفته است؛ دوم، شروط مقرر در ضمانت‌نامه رعایت شده، اما مطالبه همراه با سوءاستفاده آشکار از حق (ر.ک: سلطانی، ۱۳۹۵: ۳۱۳-۳۰۲) بوده است. بنابراین چنانچه بانک ضامن مطالبات خود را از حساب ضمانت‌خواه کسر کرده باشد اما ضمانت‌نامه را مطابق شرایط مقرر در سند پرداخته باشد یا اینکه مطالبه ضمانت‌نامه آشکارا ناروا بوده باشد، ضمانت‌خواه می‌تواند برای استرداد آنچه از حساب وی کسر شده است، به بانک ضامن مراجعه کند. به‌واقع، آنچه مانع رجوع ضامن به ضمانت‌خواه و به‌عبارت دیگر، توجیه‌کننده رجوع ضمانت‌خواه به ضامن - در فرض برداشت وجه از حساب یا وثایق ضمانت‌خواه - است، تقصیر ضامن در پرداخت وجه سند است.

ضمانت‌نامه تعهد مستقل و اصلی - و نه تبعی - بانک ضامن است. بنابراین او خود باید رأساً تصمیم گیرد که مبلغ ضمانت‌نامه را بپردازد یا اینکه از پرداخت آن امتناع ورزد. در این شرایط بانک در موقعیت دشواری قرار می‌گیرد. اگر بانک بدون دلیل موجه از پرداخت ضمانت‌نامه خودداری کند، در برابر ذی‌نفع مسئول خواهد بود و اگر با وجود سوءاستفاده آشکار از حق اقدام به پرداخت وجه کند، در برابر ضمانت‌خواه مسئول خواهد بود. بدیهی است در صورتی که سوءاستفاده از حق آشکار است، ضامن باید از پرداخت وجه امتناع کند. در عین حال هنگامی که سوءاستفاده از حق آشکار نیست، وی مسئولیتی در زمینه عدم پرداخت نخواهد داشت و رجوع به وی موفقیت‌آمیز نخواهد بود. بانک مسئولیتی برای جست‌وجو و یافتن عناصر سوءاستفاده از حق توسط ذی‌نفع ندارد، بلکه چنین سوءاستفاده‌ای باید واضح و آشکار باشد. سوءاستفاده آشکار، همان‌طور که از نامش پیداست، نیاز به جست‌وجو و کشف یا اثبات شدن ندارد، بلکه، خود، آشکار و هویداست (CA Paris, 18 mars 1986, 1987: 173).

۱. در صورتی که مطالبه براساس شرایط مقرر در سند ضمانت‌نامه صورت نگرفته باشد، بانک نمی‌تواند وجه سند را به ذی‌نفع بپردازد. برای ملاحظه شرایط مطالبه صحیح و قانونی ر.ک: سلطانی، ۱۳۹۲: ۱۴۵-۱۲۴.

وجود این، نباید تصور کرد که احراز آشکار بودن سوءاستفاده از حق ساده است و بانک حسب شرایط ممکن است در تشخیص آشکار بودن یا نبودن سوءاستفاده به‌دشواری افتد. خاطرنشان می‌سازد معمولاً شخصی که با پرداخت وجه ضمانت‌نامه مخالفت می‌کند، ضمانت‌خواه است. در این حالت، ضمانت‌خواه جهت دریافت دستور موقت به دادگاه مراجعه می‌کند. طبیعی است صرف مراجعه به دادگاه جهت اخذ دستور موقت، محدودیتی برای پرداخت ضمانت‌نامه توسط بانک ایجاد نمی‌کند. به عبارت دیگر، اگر ضمانت‌خواه جهت اخذ دستور موقت مبنی بر منع پرداخت وجه ضمانت‌نامه به دادگاه مراجعه کرده باشد و بانک بدون اینکه در انتظار نتیجه تصمیم دادگاه باقی بماند مبلغ سند را بپردازد، به صرف این امر مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود (Cass. com., 7 juin 1994, 1994: 15; CA Paris, 26 janv. 1995, 1995: 020684; Houssa, 1997: 204). در پرونده‌ای، بانک ضامن متقابل وجه ضمانت‌نامه متقابل را در ۱۴ سپتامبر پرداخت می‌کند، درحالی‌که ضمانت‌خواه در ۱۳ سپتامبر جهت اخذ دستور موقت به مرجع صالح مراجعه کرده بود. دادگاه تجدیدنظر بانک را به سبب عدم رعایت احتیاطات لازم، به مسترد کردن مبلغ ضمانت‌نامه که از حساب ضمانت‌خواه کسر کرده بود محکوم می‌کند. دیوان عالی کشور فرانسه ضمن نقض رأی صادره اظهار می‌کند که ضامن متقابل با پرداخت مبلغ سند، تعهد قراردادی خویش را ایفا کرده است و برای صدور چنین حکمی، قضاات دادگاه تجدیدنظر می‌بایست سوءاستفاده از حق آشکار ذی‌نفع را احراز می‌کردند (CA Paris, 3 déc. 1984, 1985: 240). از طرف دیگر، چنانچه دادگاه دستور موقت مبنی بر منع پرداخت ضمانت‌نامه صادر کند، بانک می‌تواند دستور موقت صادره را اجرا کند و مسئولیتی در قبال عدم پرداخت وجه به ذی‌نفع نخواهد داشت، حتی اگر متعاقباً دستور موقت صادره به هر دلیل رفع شود (CA Paris, 26 juill. 1985, 1986: 157). البته بانک می‌تواند به منظور حفظ شهرت تجارتهای خود یا به دلایل دیگر مبلغ ضمانت‌نامه را بپردازد. در این حالت نیز، اگر تصمیم قضایی مزبور متعاقباً لغو شده باشد، بانک مسئولیتی در زمینه پرداخت وجه نخواهد داشت و در صورت کسر مبلغ مزبور از حساب ضمانت‌خواه، شخص اخیر حق رجوع به ضامن را نخواهد داشت (Simler, 2008: 956; Simler, 2007: 56). در همین زمینه شعبه تجارتهای دیوان عالی کشور فرانسه در مبحث اعتبارات اسنادی تصمیم گرفته است که صرف صدور دستور موقت، برای ممنوع کردن بانک از اجرای تعهدات خود کافی نیست (Cass. com., 7 oct. 1987, 1988: 265). همین راه‌حل در خصوص ضمانت‌نامه بانکی نیز حاکم است (Vasseur, 1995: 19; Simler, 2008: 967; Simler, 2007: 72; Trib. com. Bruxelles, 1989: 148; Trib. com. Paris, 15 févr. 1984, 1984: 205). بر این اساس اگر متعاقباً معلوم شود که بانک ضامن در پرداخت ضمانت‌نامه به‌درستی عمل کرده، می‌تواند مبلغی را که از حساب ضمانت‌خواه یا وثایق وی برداشت کرده است، نزد خود نگاه دارد و در غیر این صورت ضمانت‌خواه می‌تواند

به وی رجوع کند و ضمن استرداد مبلغی که از حساب یا وثایق وی برداشت شده است، خسارات وارد به خود را نیز دریافت کند (Trib. com. Lyon, 3 juill. 1991, 1993: 100; Cass.). همچنین در صورتی که در سند ضمانت‌نامه شرط شده باشد که بانک مبلغ ضمانت‌نامه را در هر صورت، ولو وجود دستور قضایی پرداخت خواهد کرد، این شرط در برابر ضمانت‌خواه غیر قابل استناد است (Rives-Lange et Contamine-Raynaud, 1995: 808). باید افزود حتی اگر چنین شرطی در روابط میان بانک و ضمانت‌خواه نیز قید شده باشد، در فرض سوءاستفاده از حق آشکار، سبب معافیت از مسئولیت بانک نخواهد شد، زیرا شرط پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه در حالتی که مطالبه آشکارا نارواست، برخلاف قواعد آمره و شرطی باطل است.

گاهی ممکن است بانک به استناد سوءاستفاده از حق آشکار از پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه امتناع ورزد، اما متعاقباً بنا به دلیلی ناچار به پرداخت وجه ضمانت‌نامه شود. برای مثال بانک ضامن متقابل از پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل خودداری می‌کند، اما ضامن مستقیم، مبلغ ضمانت‌نامه را از حساب ضامن متقابل برداشت می‌کند. به‌عنوان نمونه‌ای از این وضعیت، در پرونده موضوع رأی مورخ ۶ فوریه ۱۹۹۰ دیوان عالی کشور فرانسه، بانک ایرانی ضامن مستقیم از پرداخت بدهی خود به بانک ضامن متقابل فرانسوی امتناع و ادعا کرد مبلغ ضمانت‌نامه متقابلی که چهار سال پیش می‌بایست توسط بانک فرانسوی پرداخت می‌شد، به ادعای آشکارا ناروا بودن پرداخت نشده است و بر این اساس بین طلب ضامن مستقیم ناشی از سند ضمانت‌نامه و بدهی فعلی تهاثر صورت می‌گیرد (Cass. com., 6 févr. 1990, 1990: 213). دادگاه تجارت فرانسوی، رجوع بانک ضامن متقابل به ضمانت‌خواه برای مطالبه مبلغ موضوع تهاثر را صحیح دانسته بود. دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرد، زیرا ریسک توقیف وجوه یا حساب‌ها بخشی از ریسک معمول فعالیت تجارتي بانک است و ضمانت‌خواه مسئول چنین خساراتی نیست (Dohm, 1986: 158). با وجود این تعدادی از نویسندگان فرانسوی دیدگاه دیگری دارند. برخی (Martin, 1990: 468; Sabeh-Affaki, 1995: 432) معتقدند ضامن نباید با بیش از دو ریسک مواجه باشد: ریسک تقصیر در اجرای تعهدات قراردادی و ریسک ورشکستگی و بنابراین قرار دادن بار پرداخت وجه ضمانت‌نامه در چنین وضعیتی بر دوش بانک صحیح نیست. در همین زمینه در ماده ۱۶۶ لایحه تجارت مصوب ۱۳۸۴ هیأت وزیران و ماده ۸۶۱ لایحه تجارت، مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۶ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی «هزینه‌ها و خساراتی که صادرکننده در اثر انجام تعهدات ناشی از ضمانت‌نامه متحمل شده است»، بر عهده ضمانت‌خواه گذاشته شده است. با این همه به‌نظر نمی‌رسد بار مسئولیت در فرض مسئله حاضر بر دوش ضمانت‌خواه قرار گیرد. در این فرض، مطالبه ضمانت‌نامه

همراه با سوءاستفاده از حق آشکار بوده و چنین مطالبه‌ای رد شده و در نتیجه وجه ضمانت‌نامه پرداخت نشده است. در عین حال، متعاقباً مدت ضمانت‌نامه منقضی شده است، بدون اینکه مطالبه صحیح بعدی صورت پذیرد. بنابراین براساس سند ضمانت‌نامه پرداخت معتبری توسط ضامن انجام نگرفته است تا امکان رجوع بعدی به ضمانت‌خواه وجود داشته باشد. آنچه رخ داده است مربوط به ریسک فعالیت‌های تجارتي بین‌بانکی است و نمی‌توان آن را به ضمانت‌خواه مربوط کرد (Simler, 2007: 37 ; Simler, 2008: 945).

۴. نتیجه

آنچه انواع رجوع پس از پرداخت ضمانت‌نامه را توجیه می‌کند، ماهیت ضمانتی آن است. در عموم موارد، ضامن پس از پرداخت ضمانت‌نامه به ضمانت‌خواه مراجعه می‌کند و معمولاً مطالبات خود را از حساب یا وثایق شخص اخیر برداشت می‌کند؛ اما آنچه در اینجا موضوع بحث بوده، ناظر بر رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع و بانک ضامن است. موفق بودن رجوع پس از پرداخت توسط ضمانت‌خواه، از یک سو احتمال مطالبه غیرموجه ضمانت‌نامه را کاهش می‌دهد و از سوی دیگر ضمانت‌خواه کمتر لازم می‌بیند از پرداخت وجه ضمانت‌نامه، از جمله با تمسک به تقاضای صدور دستور موقت، ممانعت به عمل آورد.

در مبانی رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع ابهاماتی مطرح شده است. مسئله این است که به‌هنگام پرداخت ضمانت‌نامه، بانک ضامن تعهد اصلی و مستقل خود را انجام می‌دهد و این پرداخت به نیابت از سوی ضمانت‌خواه انجام نمی‌گیرد. با وجود این، در امکان رجوع ضمانت‌خواه به ذی‌نفع تردیدی روا نیست. مبنای این رجوع در قرارداد پایه منعقد میان ضمانت‌خواه و ذی‌نفع نهفته است که طی آن طرفین بر صدور ضمانت‌نامه مستقل به‌عنوان تضمین توافق کرده‌اند. بدین‌ترتیب، ضمانت‌نامه برای پوشش ریسک قرارداد پایه صادر می‌شود. به‌عبارت دیگر، ضمانت‌نامه مستقل اگرچه از نظر حقوقی از قرارداد پایه منفک می‌شود، از نظر اقتصادی به آن وابسته است. به همین دلیل با وجود وصف استقلال، این سند را «ضمانت‌نامه» می‌نامیم. نکته دیگر این است که کارکرد اصل استقلال، پرداخت فوری و بی‌قید و شرط ضمانت‌نامه توسط بانک است و هنگامی که پرداخت انجام گرفت، کارکرد اصل استقلال محقق شده است و پس از آن وصف تضمینی ضمانت‌نامه غالب می‌شود. بر این اساس هر گاه ضمانت‌خواه معتقد باشد که، مطابق قرارداد پایه، ذی‌نفع استحقاق دریافت وجه ضمانت‌نامه را نداشته است، می‌تواند دعوی استرداد وجه را به طرفیت او طرح کند. با وجود این، چنین دعاوی در عرصه بین‌المللی چندان مطرح نیستند و ضمانت‌خواه کمتر ریسک و هزینه‌های طرح دعوا در کشور محل اقامت ذی‌نفع را که اغلب جزو کشورهای در حال توسعه

است، بر خود هموار می‌کند. اینجاست که ضمانت‌خواه شرایط طرح دعوی رجوع علیه بانک ضامن را بررسی می‌کند که در همان محل اقامت ضمانت‌خواه اقامت دارد. طرح این دعوا در دو صورت کلی موفقیت‌آمیز خواهد بود: اول، زمانی که ضامن، دستورهای ضمانت‌خواه در صدور ضمانت‌نامه را به‌درستی رعایت نکرده است و دوم، در موردی که ضامن، ضمانت‌نامه را برخلاف شرایط مقرر در سند یا در حالی پرداخت کرده که ذی‌نفع در مطالبه ضمانت‌نامه مرتکب سوءاستفاده از حق آشکار شده است. به‌دلیل آنکه قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی و نتایج حاصل از اصل استقلال در کشورهای مختلف - از جمله ایران و فرانسه - از اصول یکسانی پیروی می‌کنند و با توجه به شباهت قابل توجه نظام حقوقی ایران و فرانسه، نتایج این مطالعه اصولاً در حقوق ایران نیز قابل اعمال هستند و در عموم موارد دلیلی برای عدم امکان اجرای راه‌حل‌های حقوق فرانسه در حقوق ایران ملاحظه نمی‌شود.

منابع

الف) فارسی

۱. ابهری، حمید، فرزنگان، محمد؛ ظهوری، سمیه (۱۳۹۶). «قواعد و شرایط حاکم بر مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، سال هشتم، ش ۱.
۲. اداره آموزش و مدیریت بانکی ملی ایران (۱۳۸۵)، *حقوق بانکی*.
۳. سربازیان، مجید؛ هاشمی، سید رضا (۱۳۹۶). «نقش تهاجر بر سقوط حق مطالبه و وصول وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)*، دوره ۴۷، ش ۲.
۴. سلطانی، محمد (۱۳۹۵). *حقوق بانکی*، ج سوم، تهران: میزان.
۵. ----- (۱۳۹۲). «مطالبه وجه ضمانت‌نامه‌های بانکی»، *پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۲، ش ۵.
۶. شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۰). *ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی*، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
۷. ----- (۱۳۸۳). «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سستی»، *نامه مفید*، ش ۴۳.
۸. صفایی، سید حسین؛ رحیمی حبیب‌الله (۱۳۹۳). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، ج هفتم، تهران: سمت.
۹. صندوق ضمانت صادرات ایران (۱۳۹۶). *کتابچه راهنمای خدمات صندوق ضمانت صادرات ایران*.
۱۰. غمامی، مجید (۱۳۷۸). «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۴۴، ش ۸۱۶.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاشانی، سید محمود (۱۳۷۷). *ضمانت‌نامه بانکی*، مؤسسه بانکداری ایران.
۱۳. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی (۱۳۹۳). «تحلیلی بر مطالبه من غیر حق و امکان جلوگیری از آن در ضمانت‌نامه عندالمطالبه»، *پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۳، ش ۹.
۱۴. محبی، محسن (۱۳۸۴). «حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ش ۷.
۱۵. مسعودی، علیرضا (۱۳۹۱). *ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌المللی*، شهر دانش.
۱۶. نظامیان، عبدالعلی (۱۳۶۹). «ذی‌نفع در ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بانکی»، *مجله کانون وکلا*، پاییز و زمستان.

(ب) خارجی

17. ALBIGES Ch. Et DUMONT-LEFRAND M.-P. (2013). *Droit des sûretés*, Dalloz, 4^e éd
18. AYNÈS L et CROCQ P. (2008). *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 3^e éd
19. BARRAL G (1987). *L'assurance des crédits à l'exportation*, Nathan
20. BARTHEZ, A.-S. (2017). *Garantie Autonome- Recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire*, Revue des contrats, n° 1
21. CONTAMINE-RAYNAUD M. (1984). *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français*, Mélanges Roblot : LGDJ
22. DEVELIOGLU H.- M. (2006). *Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement*, Stämpfli,
23. DOHM J. (1986) *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Stämpfli
24. DROZ G.A.L. (1996). *Les droits de la demande dans les relations privées internationales*, Trav. Comité fr. DIP, année 1993-1994, Pédonc
25. Elsan, M. (2012). "Legal Aspects of Unauthorized Bank Payments", *Money and Economy*, Vol. 6, No. 4, Summer.
26. HAKIM J. EL. (1980). *Les pays du Proche-Orient*, in *FEDUCI, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours, Édition du Moniteur
27. HOUIN-BRESSAND Ch. (2006). *Les contre-garanties*, Dalloz
28. HOUSSA C. (1997). *L'intervention des juges et des arbitres dans l'exécution des garanties*, in *L'actualité des garanties à première demande*, Cah. AEDBF, p. 204
29. FRANÇOIS, J. (2004). *Les sûretés personnelles*, *Economica*
30. JOBARD-BACHELLIER M.-N. et BOURASSIN M. et BREMOND V. (2015). *Droit des sûretés*, Sirey, 5^e éd
31. LEGEAIS D. (2008). *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 6^e éd
32. LEVENEUR L. (1994). *Note sous Cass. Com.*, 7 juin 1994, JCP E, II, p. 637
33. LOGOZ F. (1991). *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire*, Librairie Droz, Genève
34. Malinvaud Ph. (2007). *Droit des obligations*, Litec, 10^e éd
35. MARTIN D.-R. (1990). *Note sous Cass. Com.*, 6 févr. 1990, D., jurispr. P. 468
36. MATTOUT J.-P. (2004). *Droit bancaire international*, Revue Banque éd, 3^e éd
37. PIEDELIÈVRE S. (2017). *Garantie à première demande*, Rép. Com. Dalloz
38. PIEDELIÈVRE S. (1989). *Les garanties personnelles dans les opérations bancaires internationales en droit français*, Thèse Paris XII
39. PIEDELIÈVRE S. (2004). *Les sûretés*, Armand colin, 4^e éd
40. PIETTE G. (2007). *Droit des sûretés*, Gualino, 2^e éd
41. PRÜM A. (1987). *Application de l'adage « fraus omnia corrumpit » à propos des garanties à première demande*, DPCI
42. PRÜM A. (1994). *Les garanties à première demande*, Litec
43. RIVES-LANGE J.-L. et CONTAMINE-RAYNAUD M. (1995). *Droit bancaire*, Dalloz.
44. SABEH-AFFAKI B.-G. (1995). *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, Thèse Paris II
45. SIMLER Ph. (2008). *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd
46. SIMLER Ph. (2007). *Garanties autonomes*, J.-Cl. Civil Code, Art. 2321, Fasc. 15
47. SOBEIH N. (1989). *La lettre de garantie internationale*, Thèse Paris I
48. STOUFFLET J. (2002). *J.-Cl. Banque, Crédit et Bourse*, Fasc. 610
49. STOUFFLET J. (1987). *La garantie bancaire à première demande*, JDI, p. 265
50. TERRAY J. (1987). *Le cautionnement : une institution en danger*, JCP G, I, 3295
51. Terré F, Simler Ph. et Lequette Y. (2005). *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^e éd
52. THÉRY Ph. (1998). *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 2^e éd
53. TRIDI A. (1991). *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Thèse Paris X-Nanterre
54. VASSEUR M. (1986). *Obs. sous Cour. Just. Genève*, 12 sept. 1985, D. somm. P. 165
55. VASSEUR M. (1995). *obs. sous Cass. com.*, 7 juin 1994, D. somm. p. 19.