

مقاله علمی پژوهشی

استثنائات وارد بر اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی در کامن‌لو

محمدعلی انصاری پور^۱، حسن صدیقی فاضل^{۲*}

۱. دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

(دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۰۴ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۶/۰۶)

The Exceptions to the Principle of Independence of Bank Guarantees and Documentary Credits in Common Law Countries

Mohammadali Ansaripour¹, Hassan Seddighi Fazel^{*2}

1. Associate Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran

2. Master of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran

(Received: 24/Apr/2015

Accepted: 27/Aug/2016)

Abstract

The principle of independence of bank guarantees and documentary credits is one of the well-established principles in international trade law. According to this principle, when paying the bank guarantees and documentary credits, the bank must establish that the documents presented to the bank for paying are in accord with the documents stated in the bank guarantees and documentary credits. The bank cannot refrain from paying by resorting to the objections raised with respect to the main contract. But this principle is not absolute. There are a number of exceptions to this principle including fraud, illegality of the main contract, nullity of bank guarantees and documentary credits, negligence of the beneficiary, unreasonableness and the exception stipulated in the main contract. The principle of independence of bank guarantees and documentary credits have been discussed, to a certain extent, in our legal materials but the exceptions to this principle have been referred to briefly. This article deals with the exceptions to the independence principle in common law countries succinctly and concludes that, except for the fraud exception, the common law countries differ with respect to the other exceptions. In fact, each of the above exceptions has been accepted by one or more common law countries.

Key Words: Bank Guarantees, Documentary Credits, Independence Principle, Fraud, Illegality, Unconscionability.

چکیده

اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی و اعتبارات اسنادی یکی از اصول پذیرفته شده در تجارت بین‌الملل است. اصل استقلال به این معناست که بانک هنگام پرداخت ضمانت‌نامه و اعتبارات اسنادی، تنها می‌تواند اسنادی را که برای پرداخت ارائه شده با اسنادی که در قرارداد ضمانت‌نامه و اعتبارات اسنادی مقرر شده، مطابقت دهد و سپس آن را پرداخت نماید و نمی‌تواند به استناد ایراداتی که مربوط به قرارداد پایه می‌شود، از پرداخت خودداری کند، اما این اصل مطلق نبوده و دارای استثنائاتی است که از جمله آنها می‌توان به استثنای تقلب، غیر قانونی بودن قرارداد پایه، بطلان ضمانت‌نامه یا اعتبار اسنادی، سهل‌انگاری ذینفع، متعارف نبودن و استثنای برآمده از قرارداد پایه اشاره کرد. اصل استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی به صورت محدود در ادبیات حقوقی ما مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، اما استثنائات اصل استقلال فقط در حد اشاره مطرح شده است. این مقاله استثنائات مربوط به اصل استقلال در کشورهای تابع کامن‌لو را به طور موجز مورد بررسی قرار داده و نتیجه می‌گیرد که به جز استثنای تقلب، سایر استثنائات مورد اتفاق همه کشورهای تابع کامن‌لو نبوده و هر یک از این استثنائات مورد پذیرش یک یا چند کشور است.

کلیدواژه‌ها: ضمانت‌نامه بانکی، اعتبارات اسنادی، اصل استقلال، تقلب، خلاف قانون بودن، غیرمتعارف و ناعادلانه بودن.

مقدمه

در گذشته در معاملات بین‌المللی و داخلی این امر رایج بوده است که مبلغی وجه نقد به عنوان نوعی وثیقه برای اطمینان از انجام تعهد توسط طرف مقابل، سپرده می‌شد. بعد که تجارت بین‌المللی توسعه یافت، این عمل، یعنی سپردن وثیقه نقدی، برای سپرده‌گذار بسیار پرهزینه بود. این امر برای فروشندگان، صادرکنندگان، تهیه‌کنندگان و پیمانکاران سخت بود که برای تهیه سپرده‌ی نقدی، بر منابع مالی خود تکیه کنند و گردش پول نقد خود را تحت تأثیر قرار دهند. لذا کمک مؤسسات مالی برای حل این مشکل ضروری گردید. بعد این عمل با یک روش امن تر و راحت تر یعنی تهیه یک تعهد کتبی از طرف بانک به نفع خریدار یا کارفرما، که با تقاضای ذینفع قابل پرداخت بود، جایگزین شد. امروزه این تعهد پرداخت‌خا یا تضمینات با نام‌های مختلفی مانند: «تعهد مستقل»^۱، «ضمانت نامه حسن انجام کار»^۲، «ضمانت‌نامه شرکت در مناقصه»^۳، «ضمانت‌نامه عندالمطالبه»^۴ و ... شناخته می‌شوند (Kelly-Lou, p. 1). از مهمترین قواعد حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی، می‌توان به اصل استقلال آن از قرارداد پایه اشاره کرد. این اصل به این معنی است که تعهد پرداختی که در ضمانت‌نامه بانکی وجود دارد، از اجرای قرارداد پایه، که مابین دستوردهنده ضمانت‌نامه (تقاضاکننده صدور ضمانت‌نامه) و ذینفع وجود دارد، و همچنین از رابطه میان دستوردهنده و بانک ضمانت‌کننده، مستقل است (Amaefule, p. 11). اگرچه صدور ضمانت‌نامه، برآمده از قرارداد پایه است که میان اصیل و ذینفع وجود دارد، ولی ضمانت‌نامه از جهت قابلیت پرداخت از قرارداد پایه جدا می‌باشد. بیشتر ضمانت‌نامه‌ها در عمل به صورت قابل پرداخت با اولین درخواست می‌باشند، که به وضوح، دلالت دارد بر اینکه چنین ضمانت‌نامه‌هایی، یک تعهد الزام آور به پرداخت ایجاد می‌کنند، که در برابر درخواست از طرف ذینفع و بدون هیچ دلیلی دال بر قصور اصیل از قرارداد پایه، قابل پرداخت می‌باشد (Hsu, p. 3). بنابراین بانکی که اقدام به ارائه ضمانت‌نامه می‌کند، باید مطابق شرایط مندرج در ضمانت‌نامه عمل کند. بانک نباید در کوچکترین مسئله در روابط اصیل و ذینفع دخالت کند. اینکه اصیل به تعهداتش در قرارداد پایه عمل کرده است یا خیر و یا اصیل کوتاهی و قصور

داشته است یا خیر به بانک ارتباطی ندارد.^۵

اصل استقلال دارای استثنائاتی است که عبارتند از استثناء تقلب، غیر قانونی بودن،^۶ بطلان،^۷ سهل‌انگاری ذینفع،^۸ غیر منصفانه بودن^۹ و استثناء برآمده از قرارداد پایه.^{۱۱} تحقق و اعمال هر یک از این استثنائات نیازمند تحقق شرایط خاصی است. استثناء تقلب مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی قرار گرفته است، اما سایر استثنائات (به جز استثناء برآمده از قرارداد پایه که فعلاً در حد یک پیشنهاد مطرح است) هر کدام مورد قبول و پذیرش یک یا چند کشور می‌باشند (Lijia, p. 35). این مقاله هر یک از این استثنائات و شرایط تحقق آنها را مورد بررسی قرار می‌دهد.

تقلب

تقلب معمول‌ترین زمینه برای بانک است که بتواند از پرداخت ضمانت‌نامه بانکی خودداری کند. تقلب در ارتباط با اعتبارات اسنادی و ضمانت‌نامه‌های بانکی در دو سطح می‌تواند وجود داشته باشد: تقلب در مفهوم محدود و تقلب در مفهوم گسترده (Xiang, note 63). اگر تقلب در رابطه با خود اعتبار نامه اسنادی یا ضمانت‌نامه باشد، مانند اینکه جعل و تقلب در اسنادی که طرفین با آن معامله می‌کنند، صورت گیرد، تقلب در مفهوم محدود است. اما اگر تقلب در ارتباط با قرارداد پایه باشد که بر اساس آن اعتبارنامه اسنادی و ضمانت‌نامه صادر شده است، تقلب در مفهوم گسترده است (Kelly-Lou, p. 334). برای اعمال قاعده تقلب، چنانچه مفهوم گسترده برگزیده شود، اهمیت اصل استقلال نادیده گرفته می‌شود و متقاضی به هر بهانه‌ای می‌تواند ادعای تقلب را مطرح و موجب عدم پرداخت وجه اعتبارنامه اسنادی و ضمانت‌نامه شود. این مسئله باعث بی‌اعتمادی به این اسناد تجاری و در نتیجه باعث وارد شدن ضرر به معاملات تجاری بین‌المللی می‌شود. چنانچه مفهوم محدود ملاک قرار گیرد، موجب گسترش تقلب و سوءاستفاده از این اسناد تجاری می‌شود. بنابراین باید مفهومی

۵. برای آشنایی بیشتر با اصل استقلال، مراجعه کنید به مقاله: شهبازی نیا، مرتضی، استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی، نامه مفید، شماره ۳۷، مرداد و شهریور ۱۳۸۲.

6. Fraud
7. Illegality
8. Nullity
9. Recklessness of the Beneficiary
10. Unconscionability
11. Contractual Restrictions on Beneficiary's Right to draw on a credit

1. Independent undertakings
2. Performance bonds/guarantees
3. Tender bonds/guarantees
4. Demand guarantees

۱۱۴-۵ آمده بود که قاعده تقلب می‌بایست اعمال شود: «زمانی که ... یک سند مورد نیاز ... جعلی یا تقلبی است» یا «تقلب در قرارداد وجود دارد». واژه قرارداد که در عبارت «تقلب در قرارداد»، آمده معلوم نبود که به رابطه‌ی میان صادر کننده و ذینفع مربوط می‌شود، یا به قرارداد پایه میان اصیل و ذینفع، یا هر دو قرارداد؟ بنابراین در اینکه تقلب، مربوط به تقلب توسط ذینفع در اسناد است (تقلب در مفهوم محدود) یا اینکه مربوط به تقلب نسبت به قرارداد پایه است، تردید وجود داشت.

بیشترین تردیدی که در ارتباط با مفهوم و معیار تقلب ممکن بود در قسمت (۲) ۱۱۴-۵ قانون تجاری متحد شکل وجود داشته باشد با قانون تجاری متحدالشکل اصلاحی سال ۱۹۹۵ و لازم الاجرا شدن قسمت ۱۰۹-۵ این قانون رفع شد (Kelly-Louw, p.339).

این قسمت هم اکنون جامع‌ترین قانون مربوط به معیار تقلب در قانون اعتبارات اسنادی در کشورهای کامن لا است. در قسمت ۱۰۹-۵ آمده که برای استناد به استثناء تقلب، تقلب می‌بایست مهم باشد. تا جایی که به مفهوم تقلب بستگی دارد، قسمت ۱۰۹-۵ نشان می‌دهد که تقلب می‌تواند هم مربوط به جعل و تقلب اسناد و هم جعل و تقلب در قرارداد پایه باشد. بنابراین واضح است که قانون امریکا معیار تقلب گسترده را پذیرفته است. با این بیان روشن می‌شود که استثنای تقلب برای اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی و اعتبارات اسنادی، به وضوح در قانون انگلستان و امریکا پذیرفته شده و این دو کشور هر دو معیار تقلب را پذیرفته‌اند. به تبع این دو کشور سایر کشورها نیز این استثناء را به رسمیت شناخته‌اند.

۳. تقلب در آنسیترال

ماده ۱۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به ضمانتنامه‌های مستقل و اعتبارنامه‌های تضمینی^۳ مقرر میدارد: «صادرکننده ضمانتنامه یا اعتبارنامه تضمینی حق دارد از پرداخت وجه به ذی نفع ضمانتنامه یا اعتبارنامه تضمینی امتناع کند، مشروط بر اینکه روشن باشد که: ۱- یک یا چند سند از اسناد مربوط به معامله، اصلی و صحیح نبوده یا مجعول باشد؛ ۲- وجه بر مبنایی که در مطالبه نامه و اسناد پیوست آن ادعا شده، قابل مطالبه نباشد؛

ملاک قرار گیرد که تعادلی میان این مسائل ایجاد کند. رویکردی متعادل که در واقع حد وسطی بین این دو رویکرد باشد، می‌تواند بهترین راهکار باشد. لازم به ذکر است که استثناء تقلب در جایی مطرح است که در آن ذینفع آگاهانه اسناد تقلبی را، که حاوی اطلاعات نادرست است، ارائه می‌کند. بدون شک ذینفع باید در زمان ارائه اسناد، از وجود تقلب آگاه باشد (Kelly-Louw, p. 335).

۱. تقلب در حقوق انگلستان

در انگلستان، تنها تقلب در مفهوم محدود است که می‌تواند به عنوان استثناء بر اصل استقلال، پذیرفته شود (یعنی تقلب در اسناد مانند جعل)، که به بانک حق می‌دهد تا در جایی که هنوز پرداختی صورت نگرفته، از پرداخت جلوگیری کند و در مواردی که پرداخت صورت گرفته، از دستیابی ذینفع به مبلغ پرداخت شده، ممانعت به عمل آورد (Kelly-Louw, p. 335). این مفهوم و معیار در یکی از آرای مجلس اعیان مطرح گردیده است.^۱

اما آرای اخیر دادگاه‌های انگلستان، نشان می‌دهد که استثنای تقلب در مفهوم قبلی آن، نباید به صورت لفظی و ظاهری تفسیر شود. در این آراء از تقلب در مفهوم محدود کمی عدول شده و پرونده‌هایی که به طور خاص مربوط به ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد، تقلب در مفهوم گسترده را پذیرفته‌اند. به هر حال استثنای تقلب در حقوق انگلستان، معیار ثابتی ندارد و به طور دقیق مشخص نیست که کدام معیار برای استثناء تقلب، پذیرفته شده است.

۲. تقلب در حقوق امریکا

در امریکا، ماده ۵ قانون تجاری متحدالشکل^۲ قسمت (۲) ۱۱۴-۵، به استثنای تقلب اختصاص داده شده بود. اما در بیان موجبات تقلب ناموفق بود و لذا معیارهای متفاوت تقلب در پرونده‌های امریکایی اعمال می‌شدند. این امر موجب شد که عقاید مختلف زیادی در ارتباط با معیار مورد نیاز تقلب پدیدار شود. آرای که قسمت (۲) ۱۱۴-۵ را اعمال می‌کردند، پاسخ روشنی برای مفهوم یا معیار تقلب فراهم نمی‌کرد. در قسمت

1. United city merchants (Investment) Ltd and Class Fibres and Equipment v. Royal Bank of Canada (incorporated in Canada) vitrorefuezos SA and Banco continental SA

2. Uniform Commercial Code

3. United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit

جدایی و استقلال ضمانت نامه بانکی از قرارداد پایه می باشد، اما آرای اخیر دادگاهها در انگلستان مخالف قانون بودن قرارداد پایه راه به عنوان یکی از استثنای اصل استقلال ضمانت نامه بانکی و اعتبار اسنادی، پذیرفته اند. (Chuah, p. 519).

در پرونده‌ای^۲ که مربوط به اعتبار اسنادی بود، قرارداد پایه آن به صورت قرارداد بیمه مجدد^۳ منعقد شده بود، و خواهانها ادعا می‌کردند که قرارداد پایه غیر قانونی است. این پرونده دارای خواهان‌ها و خواندگان متعددی بود. خواهان‌های این پرونده شرکت‌هایی بودند که توسط خواندگان (شرکت‌های بیمه) بیمه شده بودند. یکی از خواهان‌های این پرونده با یکی از شرکت‌های بیمه (یعنی یکی از خواندگان) توافق کرده بود که به موجب آن مبلغی که در بیمه نامه قید شده بود به خواهان پرداخت گردد و در عوض آن، او نیز به نفع شرکت بیمه، اعتبار نامه‌ای گشایش نماید. اعتبار نامه مذکور در صورتی قابل پرداخت بود که دینفع آن (شرکت بیمه) اظهار نامه ای که مبین بدهی دستور دهنده (خواهان) باشد ارائه کند. خواهان قبول کرد که اظهار نامه مذکور را صادر کند، که صدور اظهارنامه لزوماً شامل یک قصد ضمنی مبنی بر انعقاد قرارداد بیمه مجدد بود که بر اساس حقوق انگلستان غیرقانونی به حساب می‌آمد؛ چرا که خواهان قانوناً اختیار و اجازه انعقاد یک قرارداد بیمه، با عنوان بیمه گر را نداشت.

خواهان ابتدا برای توقف پرداخت درخواست دستور کرد و مدعی شد که قرارداد بیمه مجدد با بیمه‌گران (دینفع اعتبار نامه اسنادی) غیرقانونی و باطل است. او ابتدا موفق به دریافت دستور موقت شد اما دادگاه تجدیدنظر اظهار داشت که پرداخت بر اساس قرارداد بیمه مجدد غیرقانونی نیست.

در حکم دادگاه تجدیدنظر به صورت ضمنی بیان شده است که غیرقانونی بودن قرارداد پایه ممکن است دفاعی باشد در برابر بانک صادر کننده، زیرا دادگاه بیان کرده است که قرارداد پایه غیر قانونی نیست تا بتواند مانع پرداخت اعتبار نامه بشود. این جمله به این معنی است که اگر غیرقانونی بود می‌توانست مانع پرداخت شود.

همچنین در رای دیگری^۴ غیرقانونی بودن قرارداد پایه یک استثنای دیگر برای اصل استقلال ضمانت نامه بانکی بیان شده است (Kelly-Louw, p. 342).

۳- با توجه به نوع و هدف معامله، هیچ مبنای ممکن و قابل تصویری برای مطالبه وجه ضمانتنامه وجود نداشته باشد.»

بند (۲) ماده ۱۹ کنوانسیون مواردی چند را ذکر می‌کند که مطالبه وجه در آنها مبنای ممکن و قابل تصویری ندارد. این موارد عبارتند از:

۱: «حادثه یا خطری که ضمانتنامه یا اعتبارنامه، جهت حمایت ذی نفع در برابر آن حادثه یا خطر صادر شده، واقع نشده است.

۲: تعهدات ناشی از معامله پایه به موجب رای دادگاه یا مرجع داوری باطل اعلام شده است؛

۳: تعهدات ناشی از معامله پایه بدون تردید مطابق میل و رضایت ذی نفع اجرا شده باشد؛

۴: اجرای تعهدات ناشی از معامله پایه آشکارا در اثر خطای عمدی ذی نفع ممتنع شده باشد؛

۵: ذی نفع ضمانتنامه متقابل (یعنی صادرکننده ضمانتنامه اصلی) وجه ضمانتنامه اصلی را با سوء نیت پرداخته باشد.»^۱

خلاف قانون بودن

یکی دیگر از استثنائاتی که برای اصل استقلال بیان شده است، مخالف قانون بودن قرارداد پایه است. به این معنا که اگر قرارداد پایه مخالف قانون (قانون کشوری که بر ضمانتنامه یا اعتبار اسنادی اعمال می‌شود یا کشوری که قرار است در آنجا اجرا شوند)، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، غیر قانونی تلقی می‌شود و در نتیجه باطل خواهد بود (Frias and Luis, p. 90). لذا می‌توان با استناد به غیرقانونی بودن قرارداد پایه- ای که مبنای صدور ضمانتنامه است، مانع پرداخت ضمانت- نامه شد.

۱. حقوق انگلیس

مخالف قانون بودن به عنوان یک استثنا برای اولین بار در دهه ۹۰ میلادی مورد بحث قرار گرفت، تا اینکه در سال ۲۰۰۴ به عنوان یک استثنا مورد پذیرش حقوق انگلیس قرار گرفت (Kelly-Louw, p. 341). حقوق انگلیس استثنائات کمی را برای اصل استقلال به رسمیت شناخته است و معتقد به

2. Group Josi Re v. Walbrook Insurance Co Ltd and Others
3. Reinsurance contract.
4. Mahonia Ltd v. JP Morgan Chase Bank and Another

۱. برای توضیح بیشتر رجوع کنید به: استوفله، ژان، «تقلب در اعتبار اسنادی، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت‌نامه بانکی»، ترجمه ماشاءالله بناء نیاسری، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۹، ۱۳۸۷، ص ۲۹۳.

توان غیرقانونی بودن قرارداد پایه را به عنوان استثنائی بر اصل استقلال پذیرفت.

۲. خلاف قانون بودن در آنسیترال

ماده (b) (۲) ۱۹ کنوانسیون^۱، استثناء مخالف قانون بودن قرارداد پایه بر اصل استقلال ضمانتنامه بانکی و اعتبارنامه اسنادی تضمینی، را بیان می کند (Kelly-Louw, p. 345). این ماده مقرر می‌دارد که استثنای خلاف قانون بودن، تنها در جایی پذیرفته می شود که قرارداد پایه توسط دادگاه یا دیوان داوری نامعتبر شناخته شده باشد. ماده (۳) ۲۰ مقرر می دارد که، در جایی که تعهد پایه اصیل یا دستوردهنده (متقاضی ضمانت نامه) توسط دادگاه یا دیوان داوری، نامعتبر شناخته شده باشد، یا در جایی که تعهد برای یک هدف مجرمانه مورد استفاده قرار گرفته است،^۲ دادگاه ممکن است دستور توقف پرداخت صادر کند.^۳ این مقررات مشکل ساز است، چرا که آنها مقرر می دارند که قبل از اینکه دادگاه یک دستور توقف صادر کند یا از پرداخت خودداری گردد، قرارداد پایه می‌بایست توسط دادگاه یا دیوان داوری، نامعتبر شناخته شود. اثبات عدم اعتبار قرارداد پایه طبق این مقررات ممکن است زمان زیادی را به خود اختصاص دهد و در اثنای آن، بانک ممکن است به این دلیل که هنوز دستور توقیفی برای جلوگیری از پرداخت وجود ندارد، پرداخت را انجام دهد و ذینفع نیز پس از دریافت، پول بدست آورده را خرج کند. به علاوه، اگر بانک در آن اثناء، پرداخت را انجام دهد، حق دارد که بازپرداخت مبلغ پرداختی را از مشتری‌اش مطالبه کند. اگر این امر اتفاق بیفتد دیگر نیازی به تقاضای دستور توقف پرداخت از دادگاه نخواهد بود و اصیل یا دستوردهنده با حسن نیت حق خواهند داشت تقاضای خسارت کنند (Kelly-Louw, p. 346). به هر حال به نظر می‌رسد که اگر ضمانتنامه بانکی یا اعتبارنامه اسنادی تضمینی برای یک هدف مجرمانه مورد استفاده قرار گرفته

برای پذیرش استثنای غیرقانونی بودن قرارداد پایه، می‌بایست شروطی که توسط دادگاه‌های انگلستان، به عنوان اساس و پایه‌ی این استثناء معرفی شده‌اند، تحقق یابد. این شروط عبارتند از:

۱. غیرقانونی بودن مطرح شده می‌بایست به طور آشکار اثبات شود.

۲. غیرقانونی بودن می‌بایست مهم و جدی باشد.

۳. ذینفع می‌بایست در امر غیر قانونی بودن دخالت داشته باشد.

۴. ضمانت‌نامه یا اعتبارنامه اسنادی می‌بایست با غیر قانونی بودن قرارداد پایه مرتبط باشد (Kelly-Louw, p. 342).

اگر دلیلی بر غیرقانونی بودن قرارداد پایه وجود داشته باشد، باید واضح و روشن باشد. به این معنی که به سادگی از سوی بانک قابل شناسایی و تشخیص باشد. البته این امر ساده نخواهد بود، خصوصاً زمانی که مخالف قانون بودن آن در قانون خارجی کمی مبهم باشد.

با توجه به یکی از شرایط مورد نیاز استثنای مخالف قانون بودن، که می‌بایست «مهم و جدی باشد» پیشنهاد شده است که استثنای مخالف قانون بودن، محدود به مواردی باشد که، مخالف قانون بودن قرارداد پایه حاوی یک عنصر کیفری باشد، یعنی یک جرم آشکار ارتکاب یافته باشد. بنابراین اگر مخالف قانون بودن با یک عنصر مجرمانه مرتبط نباشد، فرض خواهد شد که مخالف قانون بودن به اندازه کافی مهم نیست. موضوع دیگری که باید به آن اشاره کرد این است که ذینفع ضمانت نامه باید در امر غیرقانونی دخالت داشته باشد (Kelly-Louw, p. 346). این به تنهایی کافی نیست که بانک ادعا کند که یک امر خلاف قانون رخ داده است. همچنان که در استثنای تقلب مطرح است که تقلب باید از سوی ذینفع رخ دهد، در استثناء خلاف قانون بودن نیز همین موضوع مطرح است و لذا در جایی می توان مانع پرداخت ضمانت نامه شد که ارتکاب امر غیرقانونی از سوی ذینفع ارتکاب یافته و ناشی از فعل او باشد.

همچنین، اینکه ضمانت نامه بانکی یا اعتبار نامه اسنادی باید با مخالف قانون بودن قرارداد پایه مرتبط باشد (Enonchong, note 50) به این معنی است که پرداخت ضمانت نامه منجر به رسیدن ذینفع به اهداف غیرقانونی اش بشود و ضمانت نامه به منظور تضمین آن بخش از قرارداد پایه صادر شده باشد که غیر قانونی است. با جمع این شروط می

1. United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit, 1995.

2. (b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking.

3. The court may not issue a provisional order of the kind referred to in paragraph (1) of this article based on any objection to payment other than those referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of article 19, or use of the undertaking for a criminal purpose.

بی تقصیر است (Todd, p. 237). اما این امر موجب رواج اسناد جعلی در تجارت بین الملل می‌شود. لذا در این شرایط است که استفاده از استثنای بطلان مورد توجه قرار می‌گیرد زیرا نیازی به وجود علم ذینفع به وقوع تقلب در آن نیست. استثناء بطلان بر خلاف استثناء تقلب، بر خصوصیت سند متکی است و لذا کاربرد استثناء بطلان با فعل ذینفع مختل نخواهد شد. اگر استثناء بطلان پذیرفته شود، از دستیابی ذینفعی که اسناد جعلی ارائه کرده است، به پرداخت جلوگیری می‌شود. بانک می‌تواند تنها با استناد بر بطلان اسناد ارائه شده، حتی اگر تقلبی هم صورت نگرفته باشد، از پرداخت امتناع کند. به این ترتیب مشکلاتی که به دلیل محدودیت های استثناء تقلب بوجود می‌آید، از این طریق برطرف می‌شوند.

۲. استثنای بطلان در حقوق سنگاپور

برخلاف استثناء تقلب و خلاف قانون بودن، استثناء بطلان مورد پذیرش حقوق انگلستان قرار نگرفته است.^۶ اما دادگاه تجدید نظر سنگاپور استثناء بطلان را به رسمیت شناخته است.^۷ یک شرکت^۸ یک قرارداد فروش قطعات الکترونیکی با خریدار اندونزیایی^۹ منعقد می‌کند. خریدار، یک اعتبارنامه اسنادی از بانک صادر کننده^{۱۰}، به نفع فروشنده دریافت می‌نماید. سپس اعتبارنامه توسط بانک دیگری^{۱۱} تأیید می‌شود. مطابق اعتبارنامه، برای پرداخت اعتبارنامه یک مجموعه بارنامه هوایی مورد نیاز بود که باید توسط متصدی حمل و نقل فروشنده^{۱۲} صادر می‌شد. در زمان تحویل اسناد، بانک اسناد را رد و از پرداخت امتناع می‌کند. زیرا فهمیده بود که در حقیقت متصدی حمل و نقلی با نام مذکور وجود خارجی ندارد. بانک تأیید کننده معتقد بود که بارنامه هوایی جعل گردیده است. بر این اساس، دادگاه تجدید نظر سنگاپور، رأی داد که بانک حق دارد اسناد جعلی را رد و از پرداخت امتناع کند. به این ترتیب استثناء بطلان در سنگاپور مورد پذیرش قرار گرفت.

باشد، دادگاه ممکن است که بلافاصله یک دستور توقف پرداخت صادر کند. استثناء خلاف قانون بودن به طور جامع در کنوانسیون آنسیترال مورد بررسی قرار نگرفته و مواردی که استثناء مخالف قانون بودن قابل اعمال است به روشنی تبیین نگردیده است (Jack, Malek & Quest, p. 256).

بطلان

یکی دیگر از استثنائاتی که بر اصل استقلال پیشنهاد شده استثنای بطلان اسناد اعتباری است. وقتی اصطلاح باطل در یک قانون یا سند قانونی استفاده می‌شود، نشان می‌دهد که نتیجه قانونی مورد انتظار از عمل یا چیزی که این اصطلاح در مورد آن به کار برده شده است، به دست نمی‌آید (Amaefule, p. 92).

۱. بطلان در اعتبار اسنادی

اسناد اعتباری باطل معمولاً اسنادی هستند که جعلی، بی‌ارزش یا بی اعتبار محسوب شوند. اگر یک سند نتواند حقی قانونی برای دارنده آن فراهم کند، آن سند باطل محسوب می‌شود. تعیین حدود بی اعتباری یک سند برای طبقه بندی کردن آن به عنوان باطل، روشن نیست. برای مثال، قاضی دولین^۱ در یک پرونده^۲ یک بارنامه بدون تاریخ را بی‌ارزش ولی نه کاملاً باطل، توصیف کرده است (همان ص ۹۳). به عکس قاضی لگات^۳ در پرونده ای^۴ نظر داده است که یک بارنامه بدون تاریخ که علاوه بر آن شامل یک اظهار اشتباه در مورد نام شناور است «یک تکه کاغذ صوری» و فاقد ارزش حقوقی است (همان).

به نظر می‌رسد که تردید در باطل بودن یک سند، در واقع به رسمیت نشناختن استثنای بطلان بر می‌گردد. چنانکه گذشت، مجلس اعیان انگلیس در رأی^۵ آگاهی ذینفع از تقلب را، یک شرط اساسی در اعمال استثنای تقلب دانست. بنابراین تا زمانی که ذینفع از تقلب اطلاعی ندارد، ممکن است پرداخت به ذینفع حتی با اسناد جعلی نیز صورت پذیرد. به عبارت دیگر بانک متعهد است در برابر اسنادی که حتی می‌داند در آن تقلبی صورت گرفته است، پرداخت را انجام دهد، چرا که ذینفع

6. Montrod Ltd. v. Grundkdtter Fleischvertriebs GmbH
7. Beam Technologies v. Standard Chartered. See also Todd, p. 239
8. Beam Technology Pte Ltd
9. PT Mulia Persada Permai
10. PT Bank Universal HO Jakarta
11. Standard Chartered Bank
12. Link Express(S) PteLtd

1. Devlin, J.
2. Kwei Tekchao Britishtrades and shippers
3. Leggatt
4. Egyptian International foreign trade co v. soplex whole sale supplies
5. United City Merchants

اسناد مورد نیاز را اعمال کند. پس قضاوت از دیدگاه فوق (یعنی سختی اثبات وظیفه مراقبت از طرف ذینفع در مقابل دستور دهنده (متقاضی ضمانت نامه) یا بانک پرداخت کننده نسبت به اسنادی که ارائه می دهد) سخت خواهد بود که ببینیم چگونه سهل انگاری ذینفع رخ خواهد داد. زیرا در جایی که چنین وظیفه‌ای بر عهده‌ی ذینفع برای مراقبت وجود نداشته باشد، پیدا کردن مبنای حقوقی برای حکم به سهل انگاری ذینفع، مشکل خواهد بود (Amaefule, p.155)

۱. استدلال برای سهل انگاری به عنوان استثناء بر اصل استقلال

مهمترین استدلالی که برای احتساب سهل انگاری ذینفع به عنوان استثناء باعث می شود که ذینفع نسبت به اسنادی که برای پرداخت ارائه می کند، دقت بیشتری اعمال کند (Amaefule, p. 158). این دقت ذینفع باعث می شود که او مدارکی را که در اسناد اعتباری تصریح شده واریسی کند تا خود را از هر گونه اتهام سهل انگاری که به عنوان دلیل عدم پرداخت هنگام ارائه اسناد مطرح می گردد، معاف کند. هر چند دقت ذینفع نسبت به مدارک، این مسئله را نیز بوجود خواهد آورد که تا چه اندازه ذینفع باید نسبت به مدارک دقیق باشد تا سهل انگار تلقی نشود. این سؤال مطرح است چون مدارکی که ذینفع برای پرداخت بر آن تکیه می کند ممکن است از طرف اشخاص ثالث که فعالیت تجاری آنها هیچ ارتباط مستقیمی با ذینفع ندارد، آمده باشد. در نتیجه، سؤال دیگری ممکن است بوجود بیاید در این که معیارهای داوری برای این که چه زمانی و کدام رفتار ذینفع سهل انگارانه است، کدامند.

آگاهی ذینفع می‌بایست مورد قضاوت قرار گیرد. در مورد اینکه آیا تقلب شخص ثالث از نظر ذینفع قابل پیش بینی بوده است یا خیر، گفته شده است که در این قضاوت معیار آگاهی و رفتار متعارف یک فرد معمولی است، در شرایط مشابه، یعنی اگر یک فرد معمولی در آن شرایط متوجه وجود تقلب صورت گرفته از سوی شخص ثالث بشود و ذینفع از آن غفلت کرده باشد و متوجه آن نشده باشد (غفلت فاحش)، این سهل انگاری می‌تواند به عنوان استثناء بر اصل استقلال شناخته شود (همان ص ۱۵۷).

۳. استدلال مخالف استثناء بطلان

مخالفان استثناء بطلان می گویند که اعتبار و صحت اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی نباید به خطر بیفتد. پذیرش استثنای بطلان موجب عدم قطعیت و عدم اطمینان بسیار زیادی نسبت به اعتبارات اسنادی خواهد شد. هر قدر که اصل استقلال اعتبارات اسنادی بوسیله استثنائات مختلف کنار زده شود، اطمینانی که به خاطر وجود چنین اصلی بوجود آمده از بین خواهد رفت و به تبع آن، استفاده از اعتبارات اسنادی کاهش می یابد. در مقابل، موافقین استثناء بطلان بیان کرده اند که شهرت اعتبار اسنادی، بر پایه اعتماد استفاده کنندگانش بنا شده است. اگر امکان سوء استفاده از اعتبار اسنادی محدود نباشد و ارائه اسناد باطل افزایش یابد، اعتماد به استفاده تجاری از اعتبار اسنادی از بین خواهد رفت (Amaefule, p. 106).

سهل انگاری ذینفع

یکی دیگر از استثنائاتی که برای اصل استقلال مطرح شده، استثنای سهل انگاری ذینفع در بررسی صحت اسنادی است که ارائه می کند. لرد پاتر^۱ در پرونده ای^۲ اظهار می دارد که با وجود اینکه ذینفع به طور موثر در تقلب شخص ثالث دخالتی نداشته ولی ممکن است در ارائه اسناد تقلبی موثر باشد. زیرا او با بی‌ملاحظگی رفتار کرده است و با وجود اینکه تقلبی آشکار در سند مشاهده می شود، آن را جهت پرداخت ارائه می کند. در حقوق انگلستان بحث سهل انگاری گاهی اوقات به صورت ضمنی است. در حقوق انگلستان رفتار زمانی سهل انگاری تلقی می شود که اولاً، فرد مرتکب عملی شود که متضمن یک ریسک آشکار باشد، ثانیاً زمان انجام آن عمل، در مورد امکان وجود چنان ریسکی چیزی بیان نکرده باشد، یا بداند که مقداری ریسک وجود دارد اما باز با این حال آن عمل را انجام دهد. در یک پرونده^۳ دادگاه رأی داده است که این موضوع قابل پذیرش نیست که ذینفع، نسبت به دستوردهنده در ارتباط با اسنادی که ارائه می کند، وظیفه‌ای داشته باشد، و وظیفه مراقبت تنها در صورتی وجود دارد که ذینفع با یک مسئولیت مصرح نسبت به بانک صادر کننده، بانک تایید کننده یا خریدار متعهد شده باشد که دقت کافی در تشخیص صحت

1. Potter, L.J.

2. *Montrod Ltd. v. Grundkdtter Fleischvertriebs GmbH*. See also Amaefule, p. 147.

3. *Montrod v. Grundkottter*. See also Amaefule, p. 154.

مهمترین ایرادی که بر این استثناء وارد شده است این است که این استثناء بر خلاف اصل استقلال است.^۱ اعتبار اسنادی معادل پول نقد است و طبیعت مطلق و بی‌قید و شرط این ابزار پرداخت، به وسیله‌ی یک محدودیت قراردادی برای حق ذینفع، قابل قید زدن و محدود شدنی نیست. اما در جواب و در تایید این استثناء گفته شده است که، برای جلوگیری از این استثناء، می‌بایست به ذینفع یک آزادی نامحدود اعطا شود، که با هر شرطی که در قرارداد پایه یا هر قرارداد الزام آور دیگری که وجود دارد، موافقت کند (Amaefule, p. 282). لذا موافقین این استثناء معتقدند که بر اساس اصل استقلال در اعتبارات اسنادی نمی‌توان شروطی را که مبنای صدور اعتبار نامه است، رد و انکار کرد.

بحث و نتیجه‌گیری

اصل استقلال، اساسی‌ترین اصل حاکم بر اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه‌های بانکی بین‌المللی است. این اصل به این معناست که، تعهد پرداختی که در ضمانت نامه بانکی وجود دارد، از اجرای قرارداد پایه که میان اصیل و ذینفع وجود دارد، مستقل است. به این معنی که بانک نباید در کوچکترین مسأله در ارتباط با رابطه اصیل و ذینفع دخالت کند؛ او تنها باید مطابقت اسناد ارائه شده برای پرداخت را با اسنادی که در ضمانت نامه مقرر شده است، احراز کند. برای این اصل، استثنائاتی وجود دارد که مهم‌ترین آن استثنای تقلب است که مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی دنیا قرار گرفته است. از آنجا که تقلب یک عنوان کلی است، ممکن است منجر به تفاسیر گوناگون و رویه‌های متفاوتی شود. لذا برای جلوگیری از تفسیرهای گوناگون، با توجه به کنوانسیون آنسیترال که لیستی از رفتارهای متقلبانه را ارائه داده است، به نظر می‌رسد که تلفیق مفاد مقررات قانون تجاری متحدالشکل امریکا و ماده ۱۹ آنسیترال، معیار مناسبی برای اعمال قاعده تقلب باشد.

سایر استثنائات تنها مورد پذیرش یک یا چند کشور می‌باشند. به طور مثال استثناء خلاف قانون بودن از سوی جمعی از کشورها مانند سنگاپور، استرالیا، چین، افریقای جنوبی و مکزیک پذیرفته شده است. استثناء بطلان و سهل‌انگاری ذینفع توسط سنگاپور مورد پذیرش قرار گرفته است. هم‌چنین استثناء غیر منصفانه بودن نیز توسط سنگاپور و استرالیا به

لذا مجبور به پس گرفتن درخواست پرداخت، نسبت به مقدار مورد اختلاف شد، و از هر گونه درخواست پرداخت در آینده نیز منع گردید.

۲. استدلال مخالفان استثناء غیر منصفانه بودن

قوی‌ترین استدلالی که برای رد این نظریه آورده شده، این است که استثنای غیرمنصفانه بودن، به عنوان موجب درجه‌ای از بی‌اعتمادی نسبت به اصل استقلال اعتبارات اسنادی خواهد شد. در ایالات متحده، بند دوم از ماده ۳۰۲ قانون تجاری متحدالشکل، بیان می‌کند: «اگر دادگاه به عنوان یک قضیه قانونی، قرارداد یا بندی از یک قرارداد را، در زمان انعقادش، غیرمنصفانه تشخیص دهد، ممکن است از اجرای آن جلوگیری کند یا اجرای سایر بند های قرارداد را که غیر منصفانه نیستند اجازه دهد تا از هرگونه نتیجه غیرمنصفانه جلوگیری کند». این ماده بر اهمیت نقش «غیرمنصفانه» بودن از منظر قانون تجارت امریکا تاکید دارد (Amaefule, p. 183). بنا براین «غیر منصفانه» بودن، به عنوان یک ابزار قضایی کمک می‌کند که شکافی را که بواسطه سختی پذیرش استثناء تقلب بوجود آمده است به این طریق جبران کند به این بیان که رفتاری که کاملاً متقلبانه نیست اما به طور آشکار نتیجه‌ای غیرمنصفانه دارد را بی اثر کند.

استثناء برآمده از قرارداد پایه

استثناء دیگری که برای اصل استقلال پیشنهاد شده استثناء برآمده از قرار داد پایه است. استثناء برآمده از قرار داد پایه، استثنائی است که طرفین قرارداد پایه در آن بر اسقاط حق خود در استناد به اصل استقلال ضمانت نامه بانکی توافق می‌کنند. این استثناء در استرالیا و سنگاپور مورد بحث قرار گرفته است (Amaefule, p. 291 and Dixon, p. 21). منظور از این استثناء این است که به ذینفع با پذیرش یک محدودیت صریح قراردادی، می‌بایست اجازه داده شود که حقیق مبنی بر پرداخت راه، به صورت مشروط ایجاد کند (Amaefule, p. 261).

یعنی طرفین قرارداد می‌توانند حق خود نسبت به استناد به اصل استقلال اعتبارات اسنادی را از خود سلب کنند. چنانچه این موضوع در قرارداد شرط شود ذینفع نمی‌تواند به اصل استقلال استناد کند.

1. Sirius Insurance International v. FAI General Insurance

کنار بزنند، دیگر اطمینان مطلوب حاصل نخواهد شد و استفاده از اعتبارات اسنادی کاهش می‌یابد.

منابع

- شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۲). «استقلال ضمانت‌نامه بانکی و آثار آن در حقوق تجارت بین‌المللی». *نامه مفید*، شماره ۳۷، مرداد و شهریور.
- کاظمی نجف‌آبادی، عباس (۱۳۸۷). «عدم مشروعیت در حقوق قراردادهای انگلستان». *مجله کانون وکلای*، شماره ۸۴، شهریور.
- ایوبی، زهرا (۱۳۹۰). *تقلب در معاملات اسنادی*. کارشناسی ارشد، تربیت مدرس.
- استوفله، ژان (۱۳۸۷). «تقلب در اعتبار اسنادی، اعتبارنامه تضمینی و ضمانت‌نامه بانکی». ترجمه ماشاءالله بناء نیاسری، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۴۹.

رسمیت شناخته شده است. استثناء برآمده از قرارداد پایه علی القاعده نباید مشکلی داشته باشد و در رویه قضایی بعضی از کشورها این استثناء مشاهده می‌شود.

مطلبی که از بیان مخالفین پذیرش استثنائات اصل استقلال برداشت می‌شود، این است که آنها نمی‌خواهند با پذیرش این استثنائات موجب بروز بی‌اعتمادی نسبت به اعتبارات اسنادی و در نتیجه کاهش استفاده از این ابزار مطمئن تجاری بشوند. آنها معتقدند، علتی که موجب اطمینان به این ابزار تجاری و استفاده فراوان از آن شده و آن را شبیه به پول نقد کرده است وجود اصل استقلال است، که باعث می‌شود قبل از اینکه اصیل بتواند از طریق اقامه دعوا مانع رسیدن ذینفع به سرمایه و پولش بشود و در مدت رسیدگی از دستیابی به پولش محروم شود، ابتدا پرداخت به ذینفع صورت می‌گیرد و سپس رسیدگی شروع می‌شود که ذینفع محق بوده است یا خیر. بنابراین، اگر بوسیله استثنائات متعدد دایره‌ی کاربرد اصل استقلال محدود شود و به بهانه‌های مختلف اصل استقلال را

- Amaefule, Chumah (August 2011). *The Exceptions to the Principle of Autonomy of Documentary Credits*, PhD Thesis, School of Law, University of Birmingham.
- Bergsten, E. E. (1993). "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters". (27), *The International Lawyer*, pp. 859-879.
- Beckers, L. (1982). "Bank policies on guarantee calls", (33) *International Financial Law Review*, pp. 32-34.
- Chuah Jason (2005). *Law of International Trade*. 3rd edn. Sweet & Maxwell, London.
- Dixon, William M. (2004). "As good as cash? The Diminution of the Autonomy Principle". *Australian Business Law Review*, (32) (6).
- Enonchong, Nelson (2006). "The Autonomy Principle of Letters of Credit: An Illegality Exception?". *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, (404).
- Frias Garsia; Roberto Luis (2009). "The Autonomy Principle of Letters of Credit". *Mexican Law Review*, vol. 3.
- Furmston, M. P. (2007). *Law of Contract*. 15th edition. Oxford: Oxford University Press.
- Hsu, Chung-Hsin (2006). "The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit". *National Taiwan University Law Review*, (1: 2).
- Jack, R.; Malek, A. & Quest (2001). *Documentary Credits: The Law and Practice of Documentary Credits Including Standby Credits and Demand guarantees*. 3rd edn. Butterworths: London.
- Kelly-Louw, Michelle (2008). *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*. PhD Thesis, University of South Africa. October.
- LIJIA, Y. I. (Spring 2012). *Documentary Fraud under Letters of Credit A Comparative Study of English and Chinese Law*. L.L.M Dissertation, FACULTY OF LAW, Lund University.

- Todd, Paul (2011). *The Exceptions in Documentary Credits in English Law*. PhD Thesis. School of Law. University of Plymouth. January.
- Treitel, G.H. (1999). *The Law of Contract*. 10th edition. London: Sweet and Maxwell.
- Warne, David and Elliott, Nicholas (2005). *Banking Litigation*. 2nd edn. Sweet & Maxwell. London.
- Xiang, Gao (2003). *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit: A Comparative Study*. 1st edn. The Hague, Kluwer Law International. January.
- “Fraud in the Transaction” (1980). Enjoining Letters of Credit During the Iranian Revolution (93). *Harvard Law Review*, pp. 992-1015.
- کنوانسیون و مقررات بین المللی
United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit, 1995.
- Uniform Commercial Code of the United States.
- United Nations Commission on International Trade Law.
- تصمیمات دادگاه
Boral Formwork v. Action Makers, (2003). ATPR 41-953[14].
- BDS Bank Ltd v. Carrier Singapore* (2008). 3 SLR 261.
- Montrod Ltd v. Grundkotter Fleischvertriebs GmbH* (2002). 1 WLR 1975.
- Standard Chartered Bank Ltd v. Tj*, 2 SLR 155, [12]; *aff'd* (2003). 1 SLR 597.
- Group Josi Re v. Walbrook Insurance Co Ltd and Others* (1996). 1 Lloyd's Rep 345 (CA); [1996] 1 WLR 1152 (CA); and [1996] 1 All ER 791 (CA).
- Mahonia Ltd v. West LB AG* (2004). EWHC 1938 (Comm).
- United City Merchants (Investments) Ltd and Glass Fibres and Equipments Ltd v. Royal Bank of Canada, Vitrorefuerzos SA and Banco Continental SA*, ('The American Accord') (1979). 1 Lloyd's Rep 267 (QB (Com Ct)) ; on appeal sub nom *United City Merchants (Investments) Ltd and Glass Fibres and Equipments Ltd v. Royal Bank of Canada Vitrorefuerzos SA and Banco Continental SA*, (1982). QB 208 (CA).
- Sirius Insurance International v. FAI General Insurance*.