

اقدامات تامینی در ضمانت نامه های بانکی^۱

مژگان شهرام^۲

چکیده:

اقدامات تامینی در ضمانت نامه های بانکی، موضوعی مهم و در خور توجه می باشد، چرا که به دلیل تعارض با اصل استقلال دارای ابهام هست چرا که با توجه به اصل استقلال، ضمانت نامه های بانکی باید بدون توجه به قرارداد پایه، بنا به درخواست ذینفع پرداخت گردد. اما باید توجه داشت به دلیل عمل به اصولی دیگر از جمله؛ اصل لاضرر و لاضرار و یا اصل حسن نیت، در مواردی از قبیل سوء استفاده از حق، امکان استفاده از دستور موقت برای پیشگیری از پرداخت ضمانت نامه میسر می باشد. صدور دستور موقت فقط در صورتی امکان پذیر است که عدول از اصل استقلال با توجه به واقعیات پرونده موجه باشد و از آنجا که پرداخت وجه ضمانت نامه توسط بانک معمولاً پیش از تحصیل حکم دادگاه صورت می پذیرد لذا دستور موقت باید پیش از رسیدگی عادی دادگاه صادر گردد. درحالیکه در رویه قضایی ایران بدون توجه به اصل استقلال، اکثراً با درخواست های تامین ضمانت نامه موافقت می شود اما این با مقررات و اصول مربوط به ضمانت نامه ها مغایرت دارد و بهتر است در این مورد نه بر اساس مقررات عام آیین دادرسی مدنی بلکه بر اساس مقررات خاص ضمانت نامه ها عمل شود.

واژگان کلیدی: ضمانت نامه های بانکی، اصل استقلال، اصل منع سوء استفاده از حق،

اقدامات تامینی

^۱ - دریافت: ۱۳۹۹/۲/۱۳ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۲۰

^۲ - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد خوراسگان - Mshahram21@gmail.com

۱- مقدمه

اقدامات تامینی در ضمانت نامه های بانکی، موضوعی مهم و درخور توجه می باشد، با توجه به نقش مهم این سند در تجارت بین الملل از یک طرف و عدم شناخت دقیق این نوع سند در نظام قضایی کشور و نیز اهمیت اقدامات تامینی در نحوه برخورد با ضمانت نامه های بانکی از طرف دیگر، بررسی این موضوع اهمیت می یابد.

با توجه به اصل استقلال در ضمانت نامه های بانکی، قابل اجرا بودن اقدامات تامینی در تجارت بین الملل و حقوق ایران امری قابل تامل می باشد؛ و ما در این نوشتار در پی بررسی امکان یا عدم امکان این اقدامات هستیم، که در صورت قائل بودن به ممکن بودن این اقدامات در مورد ضمانت نامه های بانکی، نوبت به بررسی چگونگی این اقدامات در مورد ضمانت نامه ها می باشد، در مرحله بعدی، شرایطی که باعث صدور اقدامات تامینی در رابطه با ضمانت نامه های بانکی می شود در خورد توجه هست.

ضمانت نامه بانکی بر پایه توافق های طرفین، بی قید و شرط بوده و ضمانت خواه نمی تواند به طور یکجانبه از تعهد قراردادی خود که طبق اصول کلی حاکم بر قراردادها به ویژه ماده ۲۱۹ قانون مدنی نسبت به طرفین الزام آور است پرهیز نماید، او خود چنین تقاضایی را از بانک نموده است، که بدون قید و شرط مبلغ ضمانت نامه را با اولین دستور ذینفع به وی پرداخت نماید. لذا دستور عدم پرداخت ضمانت خواه که یکی از طرق احتمالی جلوگیری از پرداخت وجه ضمانت نامه هست، منتفی می باشد. اما جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه روش های دیگری نیز تحت عنوان اقدامات تامینی وجود دارد؛ در نظام حقوقی ایران دو گونه اقدام موقتی در ارتباط با معاملات اسنادی قابل استفاده است، یکی تامین خواسته و دیگر دستور موقت. این دو اقدام را شمشیر بران آیین دادرسی خوانده اند که موجب انقلاب دعوا شده و خواهان را در جایگاهی برتر نسبت به خوانده قرار می دهد. لذا در این نوشتار پس از بررسی کلیاتس راجع به ضمانت نامه های بانکی در مبحث های جداگانه تامین خواسته و دستور موقت بررسی خواهد شد تا نهایتا بدانین با توجه به ماهیت ضمانت نامه های بانکی و اقدامات تامینی کدام یک از این اقدامات قابل اعمال بر روی ضمانت نامه ها می باشد؟

حال سوالی که پیش می آید این است که آیا ضمانت خواه می تواند دستور عدم پرداخت ضمانت نامه را از دادگاه تقاضا نماید؟ به عبارت دیگر آیا ضمانت نامه قابل توقیف است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ صدور اقدامات تامینی در مورد ضمانت نامه های بانکی چگونه می باشد؟

۲- پیشینه و مفهوم ضمانت نامه بانکی

۱-۲- مفهوم

بررسی علمی هر موضوع، مستلزم داشتن شناخت کافی از ابعاد مختلف آن است. این حکم کلی در مورد بررسی های حقوقی نیز صادق است. بدون شناخت زوایای گوناگون روابط افراد در زمینه های مختلف اعم از اقتصادی، حقوقی، سیاسی و ... نمی توان نظام و آثار حقوقی مترتب بر آنها را به نحو دقیق تبیین نمود. بدون شک اگر موضوع بررسی، پدیده ای نسبتاً تازه و در عین حال حائز اهمیت فراوان باشد، ضرورت شناسایی آن دو چندان می شود، هم از این جهت که ماهیت و زوایای پدیده های تازه همانند نهادها و تاسیس های کهن، روشن و شفاف نیست و هم از این حیث که دامنه اختلافات و تفاوت ها در آثار و احکام مترتب بر آن در کشورها و نظام های حقوقی گسترده تر است.

حقوقدانان تعاریف مختلفی از این سند نوپای حقوقی ارائه کرده اند. از جمله گفته شده است: «نوشته ای عادی یا رسمی حاوی ضمان عقدی یا تعهد به هر صورت است. مانند ضمانت نامه ای که کسی ضمان به قول شرف می دهد تا آزاد شود. اگر شخص ضامن باشد، ضمانت نامه را شخصی گویند و اگر بانک تعهد کند، ضمانت نامه بانکی است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۲۴۲۱).

در این تعریف، مفهوم ضمانت از تعهد مالی بسیار فراتر رفته و به نهادهایی هم چون کفالت و رهن نزدیک شده است. با بررسی دقیق عناصر ضمانت نامه بانکی و روابط طرفین این سند تجاری می توان گفت تعریف مذکور بسیار کلی است و ارتباط چندانی با این سند ندارد.

در تعریف دیگری آمده است: «ضمانت نامه قرارداد یا سندی است که به موجب آن صادر کننده (ضامن) حسب درخواست متقاضی (مضمون عنه) در مقابل ذینفع (مضمون له) تعهد می کند

بدون هیچ گونه قید و شرط و عندالمطالبه یا در سررسید معین مبلغ معینی وجه نقد از بابت موضوع خاصی که مربوط به مضمون عنه است به ذینفع یا به حواله کرد او پرداخت نماید.» (اخلاقی، ۱۳۶۸، ص ۱۵۶)

در این تعریف نه تنها خصوصیات اصلی ضمانت نامه بانکی بین المللی، نظیر ماهیت اسنادی مطالبه و استقلال از رابطه پایه، لحاظ نشده است بلکه برخی از عبارات تعریف، نارسا و ابهام آفرین می باشد، از جمله عبارت «بدون هیچگونه قید و شرط» مفهوم خاص و دقیقی ندارد و اگر مراد از آن، نفی شروط مطالبه وجه ضمانت نامه نظیر ارائه گواهی ثالث یا رای دادگاه باشد، در اینصورت تعریف مذکور منصرف به یکی از انواع ضمانت نامه یعنی ضمانت نامه قابل پرداخت به صرف در خواست خواهد بود.

برای ارائه تعریفی جامع و مانع از ضمانت نامه بانکی و در فقدان نص قانونی باید مقدماتی را تمهید کرده و مسائلی را مشخص نمود که عبارتند از:

۱- نسبت بین ضمانت نامه بانکی با عقد ضمان مندرج در قانون مدنی

۲- نسبت بین ضمانت نامه بانکی با قرارداد پایه

۳- کارکرد ضمانت نامه بانکی

بدلیل جلوگیری از اطاله بحث از پرداختن به این موارد خودداری می نمائیم و سخن از مفهوم را با ارائه تعریفی از ضمانت نامه های بانکی به اتمام می رسانیم؛

«ضمانت نامه بانکی عبارت است از سندی که توسط بانک صادر می شود و به موجب آن بانک تعهد می نماید تا در صورتی که ضمانت خواه (مضمون عنه) از ایفای تعهدات قراردادی خود (ناشی از قرارداد پایه و اصلی) در مقابل ذینفع (مضمون له) قصور و تخلف نماید، با اعلام مراتب توسط ذینفع و مطالبه وجه ضمانت نامه توسط وی، مبلغ مندرج در ضمانت نامه را به وی بپردازد.» (مسعودی، ۱۳۹۱، ص ۴۵)

۲-۲- ماهیت

در بررسی هر نهاد حقوقی تازه، برای بیان ماهیت آن نهاد ابتدا تلاش در راستای تطبیق آن نهاد با یکی از نهادهای قدیمی حقوقی صورت می گیرد، چرا که اگر در قالب یکی از عقود معین جای بگیرد، انعقاد، روابط طرفین و آثار و مقررات حاکم بر آن بر طبق آن عقد معین تبیین خواهد شد، در همین راستا دکتر شهبازی نیا ضمانت نامه بانکی و ضمان عقدی را از این جهت که هر دو مضمون له (ذینفع) را در مقابل عدم اجرای قرارداد پایه از سوی مضمون عنع (ضمانت خواه) حمایت می کنند و دارای خصوصیتی مشترک می دانند اما تفاوت مهم این دو را در این می داند که تعهد پرداخت بانک ضامن (در ضمانت نامه بانکی) مستقل از تعهد ضمانت خواه (یا متعهد اصلی) است در حالیکه تعهد ضامن در ضمانت عقدی تابع تعهد متعهد اصلی می باشد. (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۱) بر اساس اصل تبعی بودن تعهد ناشی از ضمانت عقدی، ضامن حق دارد به ایراداتی که مضمون عنه در مقابل مضمون له از آن برخوردار است، استناد نماید. در حالی-که به موجب اصل استقلال ضمانت نامه بانکی، بانک ضامن نمی تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند. بنا بر این ضمانت نامه بانکی متفاوت از ضمانت عقدی است و باید آن را قراردادی غیر معین به حساب آورد که طرفین آن بانک و ذینفع هستند. ضمانت خواه، طرف قرارداد ضمانت نامه نیست هر چند که ضمانت نامه محصول توافق وی و ذینفع در قرارداد پایه می باشد. در حقوق ایران این قرارداد را می-توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد.(همان)

عده ای دیگر ضمانت نامه را التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، می دانند.(زنگباری، ۱۳۹۶، ص ۶۷)

ضمانت نامه بانکی را نیز مانند دیگر پدیده های حقوقی جدید، نمی توان با توسل به قواعد کهن و سنتی و در قالب عقود معین تبیین نمود بلکه باید آن را پدیده ای نو بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی دانست.

۳-۲- پیشینه

ضمانت نامه های بانکی و سند همتراز آن یعنی اعتبارنامه های تضمینی در زمره پدیده های حقوقی نو ظهور به شمار می آیند. این اسناد در میانه دهه ۱۹۶۰ میلادی در بازار های آمریکا بوجود آمدند و در مبادله های با ارزش بالا در معامله های بین المللی در اوایل دهه ۱۹۷۰ مورد استفاده قرار گرفتند. ثروت فزاینده در تولید نفت در کشور های صاحب این کالا خصوصا کشورهای خاورمیانه آنها را قادر ساخت تا قراردادهای با حجم بالا را در زمینه های مختلف از جمله قراردادهای عمرانی(جاده سازی، فرودگاه، تاسیسات خلیج و اسکله ها) و خدمات عمومی(بیمارستان ها، شبکه های ارتباطی، نیروگاه های انرژی)، پروژه های صنعتی و کشاورزی و صنایع دفاعی با کشورهای غربی منعقد کند. در فرایند این پیشرفت هاست که منشاء ها و درخواست برای ضمانت نامه مستقل و به خصوص آنهایی که با اولین درخواست قابل پرداخت باشند، بطور احتمال می تواند یافت شود.

خطر عدم پرداخت در تجارت بین الملل نیز با ابزارهایی مانند اعتبار اسنادی که توسط بانک تضمین می شود، پوشش داده می شود. این روش ها مدت زیادی است که در تجارت بین الملل مورد استفاده است. با وجود اینکه موضوعات عدم اجرای تعهد و عدم پرداخت متفاوت هستند. وثایق سنتی و تضمین های سنتی مانند ضمانت نامه های تبعی مطلوبیت ندارند، چرا که ایرادات ناشی از معامله پایه در مقابل ذینفع ضمانت نامه قابل استناد است. بانک ها نیز قادر نیستند تا طرف ضمانت نامه های تبعی قرار بگیرند، چرا که احراز صحت یا عدم صحت ایرادات استنادی از جانب متقاضی ضمانت تبعی، مستلزم ورود در معاملات پایه است که بانک ها وقت و تخصص کافی برای ورود به این امر را ندارند. بنابراین برای اجتناب از ایراد فوق، ضمانت نامه های مستقل ابداع گردیدند. اعتبار نامه های تضمینی نیز منشاء خود را از اعتبارات اسنادی گرفتند و در حقوق آمریکا این اسناد با تغییر کارکرد، بجای ضمانت نامه مستقل بانکی مورد استفاده واقع می شوند. (رادفر، ۱۳۹۵، ص ۱۱)

۳- اصل استقلال

۱-۳- مفهوم

استقلال اعتبار اسنادی بدین معنا است که اعتبار اسنادی از قرارداد فروش، بیمه و حمل و نقل و سایر روابط قراردادی شکل گرفته پیرامون اعتبار مستقل است و بانکی که می خواهد وجه مذکور در اعتبار اسنادی را پردازد فقط این مساله را بررسی می کند که آیا اسناد ارائه شده با اسنادی که توسط خریدار در سند اعتبار اسنادی تعیین شده اند مطابقت دارد یا خیر. (سلطانی، ۱۳۹۵، ص ۲۵۲)

هرچند ضمانت نامه بانکی به درخواست مضمون عنه و در چهارچوب روابط قراردادی طرفین صادر می شود، اما ویژگی بدون قید و شرط بودن ضمانت نامه، از نظر حقوقی آن را یکسره از قرارداد اصلی مستقل و منفک می سازد. به علاوه، درست است که هدف ضمانت نامه تضمین و تامین تعهداتی است که مضمون عنه در قرارداد اصلی به عهده گرفته است و همین واقعیت منطقی آن را به قرارداد پیوند می زند و به همین جهت اگر معلوم شود مضمون عنه تعهدات قراردادی خود را به درستی انجام داده، ضمانت نامه هم به حکم قضیه سالبه به انتفاء موضوع، منتفی الموضوع خواهد شد؛ اما خصلت بدون قید و شرط بودن ضمانت نامه این پیوند را قطع می کند. به عبارت دیگر، تعهد ناشی از ضمانت در وضع اولیة خود و علی الاصول یک تعهد ثانوی و وابسته است، بدین معنی که اگر مضمون عنه تعهد اولیة مندرج در قرارداد را انجام ندهد، تعهد ضامن لازم الاداء می شود و می توان به او رجوع کرد. (مجبی، ۱۳۷۵، ص ۹۰)

به عبارت دیگر منظور از استقلال ضمانت نامه، انتزاع آن از روابط پایه ای است که منجر به صدور ضمانت نامه شده است. به عبارت روشن تر اگر چه هدف یک ضمانت نامه تضمین متعهد له یا ذینفع در مقابل خسارات ناشی از تخلف متعهد یا ضمانت خواه در قرارداد پایه است، اما حق ذینفع نسبت به مطالبه وجه ضمانت نامه، صرفا با مراجعه به مفاد و شرایط معین در متن ضمانت نامه مشخص و بر معیار آن سنجیده می شود و بانک نمی تواند به دفاعیات و ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد نماید. (شهبازی نیا، ۱۳۸۳، ص ۱۳۲)

۲-۳- آثار

مستقیم ترین نتیجه حاصل از اصل استقلال، به تعهد مطلق بانک ضامن به پرداخت وجه ضمانت نامه بر می گردد. نتایج حاصل از اصل استقلال به شرح زیر می باشد:

۱- حق ذینفع به مطالبه ضمانت نامه منحصر با ارجاع به شروط و تعهداتی که در متن ضمانت نامه مشخص شده است، مشخص می شود و لذا قصور یا عدم قصور واقعی ضمانت خواه تاثیری در حق ذینفع دایر به مطالبه وجه ندارد. و در صورتی که ذینفع شرایط مندرج در این سند را رعایت کرده (که عمدتاً شرایط خاصی نیز وجود ندارد) و اسناد و مدارک لازم را نیز تهیه کرده و ارائه دهد (که می تواند فقط شامل اعلام تخلف و مطالبه وجه باشد)، مستحق مطالبه و دریافت وجه ضمانت نامه خواهد بود.

۲- تعهد بانک به پرداخت وجه تحت تاثیر تعهدات و شروط مندرج در قرارداد بین ضمانت خواه و بانک قرار نگرفته و از آن متاثر نمی شود بنابراین بانک نمی تواند در مقابل ذینفع به دفاعیاتی استناد کند که می تواند علیه اصیل (ضمانت خواه) به آنها استناد جوید. گو اینکه ذینفع نیز نمی تواند از این روابط قراردادی بهره مند شده یا منافع و مزایایی را برای خود مطالبه نماید.

۳- عدم قابلیت استناد به ایرادات ناشی از قرارداد پایه (مسعودی، ۱۳۹۱، ص ۸۱)

۳-۳- رابطه با اقدامات تامینی

پس از بیان مفهوم اصل استقلال و توجیه آن به این اصل خواهیم پرداخت که اصل استقلال چه ارتباطی با اقدامات تامینی در معاملات اسنادی پیدا می کند. اصل استقلال در معاملات اسنادی تضمین کننده کارکرد اعتبار نامه و ضمانت نامه بانکی است. اما گاهی ممکن است راه سوء استفاده از اعتبار نامه- ضمانت نامه بانکی را تسهیل نماید. بدین گونه که ذینفع با تسلیم اسناد جعلی در پی مطالبه متقلبانه وجه اعتبار بر آید یا با اینکه قرارداد منشاء به درستی انجام پذیرفته، ذینفع ضمانت نامه بر خلاف حق خویش اقدام به مطالبه وجه ضمانت نامه نماید. در این حالات بانک ضامن (گشاینده) بدون توجه به قرارداد منشاء و صرفاً با استناد به شروط مندرج در اعتبار نامه- ضمانت نامه تعهد خویش مبنی بر پرداخت وجه معاملات اسنادی را به انجام می رساند و این از

نتایج اصل استقلال در معاملات اسنادی است. حال اگر اصل استقلال را در مقابل دادگاه به طور مطلق جاری بدانیم راه را برای تقلب ذینفع هموار ساخته ایم. در این حالت متقاضی(ضمانت خواه) نخست باید وجه را به ذینفع متقلب پرداخته، آنگاه با طرح دعوا علیه وی و اثبات بی حقی او، وجه پرداختی را بازپس گیرد. اما اگر اصل استقلال را برای جلوگیری از تقلب در مقابل دادگاه به طور کامل نادیده بگیریم، این امر موجب از میان رفتن کارکرد بین المللی این اسناد می گردد. چرا که متقاضی(ضمانت خواه) می تواند با طرح بهانه های واهی، هر دم با استناد به اقدامات تامینی بانک را از پرداخت منع نماید. مشکل اساسی در این است که تا چه میزان می توان راه را برای استفاده از اقدامات تامینی باز گذاشت و اصل استقلال را نادیده گرفت. چه دیدیم که اجرای مطلق یا نادیده گرفتن کلی آن هر دو به نتایج نامطلوبی می انجامد، لذا باید شرایط و ضوابطی را که بر مبنای آن اقدامات تامینی از سوی دادگاه قابل اصدار است، به طور کامل و دقیق مشخص ساخت تا به استقلال این گونه اسناد در حد لازم خدشه ای وارد نگردد. از این رو است که اقدامات تامینی را فقط باید زمانی قابل اصدار دانست

که سوء استفاده آشکار ذینفع بر دادگاه معلوم باشد. در غیر این صورت استقلال این اسناد نادیده گرفته شده و کارکرد بین المللی آنها از میان می رود. از این رو است که در این بخش مفهوم و توجیه اصل استقلال و آثار آن را مورد بررسی قرار داده ایم تا جایگاه و زوایای این اصل به درستی روشن شده و نحوه اصدار اقدامات تامینی با توجه به آن، روشن گردد.

۴- اعمال اقدامات تامینی

۴-۱- دستور موقت

صدور دستور موقت مستلزم استناد به قرارداد پایه است. بدیهی است این روش باعث متزلزل شدن اعتبار ضمانت می شود ضمانت نامه بانکی مکانیزی است که بانک باید بدون قید و شرط وجه آن را بپردازد. از طرفی حیثیت و اعتبار بانک ایجاب می کند از پرداخت مبلغ ضمانت نامه جلوگیری نکند. بنابراین و اساساً، دستور موقت نباید حتی با ارائه دلایل موقت صادر گردد. چرا که قدرت الزام آور قراردادی که به درستی منعقد گردیده است، نه تنها به طرفین بلکه به قاضی نیز تحمیل می گردد. ویژگی استقلال ضمانت نامه ها نیز، هرگونه استناد به قرارداد پایه را نفی می کند.

اما متأسفانه محاکم ایران به اصل استقلال در معاملات اسنادی توجهی ندارند. و برای صدور دستور موقت در معاملات اسنادی قواعد عمومی مذکور در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی را مبنا قرار می دهند. مقررات مربوط به دستور موقت در مبحث ششم فصل یازدهم باب سوم قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مواد ۳۱۰-۳۲۵ بیان گردیده است.

حسب ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی، در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، دادگاه به درخواست ذینفع برابر مواد زیر دستور موقت صادر می نماید. قانونگذار معیار و ملاک تعیین فوریت را مشخص ننموده و آن را به نظر دادرس واگذار نموده است(ماده ۳۱۵). با لحاظ اینکه دستور موقت تأثیری در اصل دعوا ندارد(ماده ۳۱۷)، دادگاه با اخذ تأمین مناسبی از خواهان مبادرت به صدور دستور موقت می نماید(ماده ۳۱۹)، و چنین دستوری می تواند قبل از ابلاغ نیز اجرا شود(ماده ۳۲۰) و متقاضی دستور موقت در صورتی که قبلاً در ماهیت، طرح دعوا ننموده باشد، باید ظرف ۲۰ روز از تاریخ صدور دستور موقت، نسبت به تقدیم دادخواست خود به دادگاه صالح اقدام نماید، در غیر این صورت به درخواست طرف، از دستور موقت رفع اثر می شود(ماده ۳۲۵).

در این باره چنین اظهار نظر شده است که فوریت وقتی وجود دارد که اگر درخواست دستور موقت پذیرفته نشود، قبل از اینکه حکم در اصل دعوا صادر شود، به متقاضی دستور، خسارتی خطیر و غیر قابل جبران که فوری یا قریب الوقوع است وارد خواهد شد (شمس، ۱۳۸۷، ص ۳۹۳). اثبات فوریت امر نیز بر عهده متقاضی صدور دستور موقت است. از این رو دستور موقت مبنی بر منع پرداخت در صورتی صادر می شود که متقاضی اعتبار یا اصیل در ضمانت نامه بانکی بدون فوت وقت، دلیلی بین و قانع کننده دال بر وقوع تقلب ارائه نماید. علت این فوریت و تسریع، در دو دلیل نهفته است؛ یکی خصوصیت دادرسی فوری است که اجازه استماع طولانی و تطویل رسیدگی را نمی دهد و دیگری هدف ضمانت نامه مستقل و اعتبار اسنادی است؛ ضمانت نامه مستقل و اعتبار اسنادی به سبب کارکرد نقدگونه بودن آن به ذینفع حق می دهد تا به محض مطالبه وجه، وجه ضمانت نامه و اعتبار اسنادی را در اختیار بگیرد. مگر اینکه وقوع تقلب فی الفور احراز و اثبات گردد و همچنین به سبب دو دلیلی که ذکر گردید، دادگاه ها نمی توانند به تطویل و تفصیل رابطه پایه را بررسی نمایند. (همان)

در معاملات اسنادی، احراز فوریت، امر دشواری نیست، چرا که در صورت تعلل دادگاه، ذینفع ضمانت نامه یا اعتبارنامه که در مقام سوء استفاده از این اسناد است، در پی وصول وجه آن برآمده و آسیبی سخت و جدی را به متقاضی صدور قرار(اصیل در ضمانت نامه بانکی یا متقاضی اعتبار اسنادی) وارد خواهد آورد.

برای صدور دستور موقت می توان به دو شیوه اقدام کرد. نخست اینکه از دادگاه بخواهیم به صدور دستور موقت بانک را از پرداخت وجه معاملات اسنادی به ذینفع منع نماید و دوم اینکه از دادگاه بخواهیم با صدور این قرار، ذینفع را از مطالبه وجه ضمانت نامه بازدارد. این دو شیوه به یک نتیجه منتج می گردد، آنهم عدم پرداخت وجه معاملات اسنادی است. اما در نحوه طرح دعوا، یک تفاوت بارز وجود دارد. در شیوه نخست، از آنجایی که بانک به طور مستقیم از پرداخت وجه معاملات اسنادی منع می گردد، باید مستقیماً طرف دعوا قرار گیرد اما در شیوه دوم که تنها ذینفع از مطالبه منع می شود، دیگر نیازی به طرح دعوا علیه بانک نیست. از لحاظ سودمندی، شیوه نخست کارآمدتر به نظر می رسد. چرا که بانک مستقیماً از پرداخت وجه معاملات اسنادی منع می گردد ولی در شیوه دوم، تنها ذینفع از مطالبه بازداشته می شود. حال اگر ذینفع به بانک مراجعه نموده، وجه سند را مطالبه نماید. چنانچه بانک از صدور دستور موقت آگاه نباشد می تواند وجه سند را بپردازد. چرا که این تکلیف متقاضی بوده که او را از صدور قرار علیه ذینفع آگاه ساخته، تا بدین گونه مانع مطالبه متقلبانه وجه توسط ذینفع گردد.

بدیهی است چنانچه بانک از وجود دستور آگاه باشد، و با وجود این نسبت به پرداخت وجه اقدام نماید، به ضرر خویش اقدام نموده و حق ندارد جهت خسارات وارده به متقاضی اعتبار یا اصیل در ضمانت نامه مراجعه نماید.

بحث دیگری که در این بخش قابل طرح است فرضی است که رسیدگی به اختلاف در باب معاملات اسنادی میان طرفین در صلاحیت انحصاری طرفین باشد. در این فرض اگر متقاضی اعتبار یا اصیل در ضمانت نامه خواستار صدور دستور موقت باشد باید دید که آیا داور صلاحیت صدور دستور موقت را دارد یا خیر؟

ماده ۹ قانون داوری تجاری بین المللی ایران در این زمینه بیان می دارد: هریک از طرفین قبل یا حین رسیدگی داوری می توانند از رئیس دادگاه موضوع ماده ۶(دادگاه عمومی مرکز استان مقر داوری یا دادگاه عمومی تهران) صدور قرار تامین و یا دستور موقت را درخواست کند. همچنین ماده ۱۷ قانون مزبور اعلام می دارد:

داور می تواند در امور مربوط به موضوع اختلاف که محتاج به تعیین تکلیف فوری است، به درخواست هریک از طرفین، دستور موقت صادر نماید مگر آنکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند. داور می تواند مقرر نماید که متقاضی تامین مناسب بسپارد. در هر دو صورت چنانچه طرف مقابل تامینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، داور از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد.

ملاحظه می گردد که قانون مورد اشاره، صدور دستور موقت را هم در صلاحیت دادگاه صالح و هم در صلاحیت داور دانسته و در واقع متقاضی می تواند به نحو تخییری به هر کدام از آنها مراجعه نماید. اما قانون آیین دادرسی مدنی در این زمینه ساکت است. در این باره در صلاحیت دادگاه تردیدی وجود ندارد. اما در باب صلاحیت داور باید گفت با توجه به اینکه اصل بر صلاحیت دادگاه و محاکم قضائی بوده و قانونگذار استثنائاً به داور جهت رسیدگی به برخی دعاوی اعطای صلاحیت نموده است، لذا باید به قدر متیقن اکتفا نمود و نتیجتاً در داوری های موضوع آیین دادرسی مدنی، داور حق صدور دستور موقت را ندارد و این امر در صلاحیت دادگاه است. مضاف آنکه حسب تبصره ماده ۳۴۵ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اجرای دستور موقت مستلزم تایید رئیس حوزه قضائی است و انجام این عمل در داوری مشکل به نظر می رسد. (مسعودی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۶)

۲-۴- تامین خواسته

تامین در لغت به معنای ایمن کردن و حفظ کردن است. مفهوم حقوقی آن نیز بر معنای لغوی انطباق دارد. پس تامین خواسته به معنای حفظ کردن و در امنیت قرار دادن خواسته است، بدین معنا که خواهان می تواند از همان ابتدا با بازداشت خواسته دعوا، آن را در امنیت قرار دهد. (شمس، ۱۳۸۷، ص ۴۱۳)

وقتی بحث از تامین خواسته به میان می آید، وجود طلبی پرداخت نشده به بستانکار به ذهن متبادر می شود آیا ضمانت نامه مال است و قابل توقیف؟ آیا با قرار تامین خواسته وجه ضمانت نامه قابل توقیف می باشد؟ اگر ضمانت نامه طلب ذینفع از بانک محسوب شود، مانند هر طلب دیگری قابل توقیف می باشد؟ اگر ضمانت نامه طلب ذینفع از بانک محسوب شود، مانند هر طلب دیگری قابل توقیف است. در صورتی که می دانیم، مادامی که ضمانت خواه و یا متعهد از شرایط قرارداد تخلف نکرده است، ذینفع اقدام به مطالبه وجه ضمانت نامه نخواهد کرد؛ و چه بسیارند ضمانت نامه هایی که هیچ وقت از حالت بالقوه به فعل در نمی آیند. در واقع ضمانت نامه یک دین احتمالی و تضمینی است. اگر از سوی ذینفع مطالبه شود به دین تبدیل می شود و تا زمانی که مطالبه نشده صرفاً یک تضمین تلقی شده و تضمین را نمی توان توقیف نمود. (زنگباری، ۱۳۹۶، ص ۷۲)

در واقع تامین خواسته نهادی است برای محافظت از اموال و دارائی ها در زمان دادرسی و یا در زمان اجرای حکم و برای جلوگیری از تخریب و از بین بردن اموال توسط خواننده. همان گونه که بیان گردید متقاضی اعتبار می تواند طلب ذی نفع را که در واقع همان وجه اعتبار نامه است تامین نماید. نکته ای که در ابتدا به ذهن می رسد این است که آیا صدور قرار تامین خواسته با اصل استقلال در تعارض است یا خیر. بسیاری از نویسندگان صدور قرار تامین خواسته مبنی بر توقیف وجه اعتبار را مخالف اصل استقلال می دانند. چرا که این امر همچون دستور موقت مانع می گردد تا ذی نفع به وجه اعتبار دست یافته و آن را در دست گشاینده توقیف می نماید. هدف از اعتبار اسنادی این است که اگر اختلافی میان ذی نفع و متقاضی رخ داد، ذی نفع بتواند وجه سند را مطالبه نموده و پس از مطالبه وجه به دادرسی جلب شود. این همان قاعده «اول پرداز آنگاه مجادله کن» است که در واقع مبین اصل استقلال در اعتبارات اسنادی است. در واقع خواست طرفین از گشایش اعتبار اسنادی نیز همین امر بوده است. این مخالفت در موردی است که تامین خواسته در دعوی خواهان مبنی بر نقض معامله پایه به علتی غیر از تقلب باشد. اما چنانچه علت طرح دعوا تقلب ذی نفع باشد صدور قرار تامین خواسته با اصل استقلال تعارضی ندارد، چرا که فرد می تواند به جای تامین خواسته درخواست دستور موقت نموده و پس از تحصیل دستور موقت، دعوی ماهوی مبنی بر تقلب ذی نفع را در دادگاه صالح مطرح نماید. از این رو است که در این مورد قرار تامین خواسته

با اصل استقلال تعارضی ندارد. اما باید متذکر شد که دادگاه های خارجی با صدور قرار تامین خواسته مخالفند.

اما در فرضی که دعوای متقاضی اعتبار علیه ذی نفع بر ادعایی غیر از تقلب مبتنی است، آیا می توان صدور قرار تامین خواسته به نفع خواهان را موجه دانست؟ در پاسخ باید گفت که اصل استقلال اعتبارات اسنادی مانع می گردد تا در مواردی غیر از تقلب خواهان بتواند با بهره گیری از تامین خواسته وجه اعتبار را توقیف نماید. و همانگونه که گفته شد ابتدا باید وجه اعتبار به وی پرداخت شده و آنگاه به ادعای خواهان علیه وی رسیدگی نماید. (بناء نیاسری، ۱۳۸۹، ص ۶۱۹)

تامین خواسته در حقوق ایران بر طبق مقررات آیین دادرسی مدنی انجام می پذیرد. مقررات تامین خواسته در مبحث یکم از فصل ششم از باب سوم قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ بیان گردیده است. در نظام حقوقی کشور ما، اصل استقلال در معاملات اسنادی در رویه قضایی مورد شناسایی قرار نگرفته است، لذا در صدور قرار تامین خواسته از مقررات عام حاکم بر این قرار پیروی می گردد. از این رو، می توان گفت؛ قرار تامین خواسته چه در فرض تقلب ذی نفع و چه غیر از آن، صادر می گردد.

در واقع صدور قرار تامین خواسته بدون در نظر گرفتن اصل استقلال با این هدف اعتبار اسنادی (تضمین پرداخت) مغایرت دارد. پرسش دیگری که قابل طرح است این است که چنانچه متقاضی اعتبار دعوایی بی ارتباط با قرارداد پایه و اعتبار اسنادی علیه ذی نفع طرح نماید، آیا توانایی توقیف وجه اعتبار اسنادی را در راستای تامین خواسته دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که صدور قرار تامین خواسته در این فرض مغایر با حقوق حاکم بر معاملات اسنادی نیست. چرا که با مبانی اصل استقلال تعارضی ندارد. چرا که اصل استقلال صرفا اعتبار اسنادی را از قرارداد پایه و ادعاهای ناشی از آن جدا و مستقل می داند و در جایی که ادعای مطرح شده علیه ذی نفع ارتباطی با معامله پایه ندارد، طلب ناشی از اعتبار اسنادی در ردیف سایر طلب هاست و از این رو صدور قرار تامین خواسته برای توقیف آن بدون اشکال می نماید.

همانطور که بیان گردید قضات در حقوق ایران به اصل استقلال در اعتبارات اسنادی توجهی نداشته و صرفاً با توجه به مقررات عمومی حاکم بر تامین خواسته در آیین دادرسی ایران اقدام به صدور این قرار می گردد.

با تدقیق در بند های چهارگانه ماده ۱۰۸ آیین دادرسی مدنی معلوم می گردد که موارد صدور قرار تامین خواسته به دو دسته تقسیم می گردد. نخست مواردی که تامین خواسته بدون اخذ خسارت احتمالی صادر می گردد و دوم مواردی که صدور تامین تنها پس از تودیع خسارت احتمالی امکان پذیر است. (شمس، ۱۳۸۷، ص ۳۵۸) در باب اینکه درخواست صدور قرار تامین خواسته مبنی بر توقیف وجه اعتبار اسنادی تحت شمول کدام یک از موارد ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی است، باید گفت که نخست در بند الف صدور قرار تامین خواسته منوط به این امر شده که خواسته مستند به سند رسمی باشد. سند رسمی در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی تعریف شده است. این ماده مقرر می دارد اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در صلاحیت آنها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، رسمی است. این مقرر نشان می دهد که اعتبار اسنادی، سند رسمی نبوده و در زمره اسناد عادی است. چراکه فاقد شرایط مقرر در ماده مزبور می باشد. از این رو، صدور قرار تامین خواسته در مورد اعتبارات اسنادی را نمی توان تحت شمول این بند دانست. دوم مطابق بند ج ماده ۱۰۸ قرار تامین در باب اوراق تجاری و اخواست شده نیز، بدون اخذ خسارت احتمالی صادر می گردد.

منظور از اوراق تجاری، اسناد تجاری در معنای خاص آن، یعنی اسناد براتی است. منظور برات، سفته و چک است که صرفاً پس از و اخواست آنها می توان بدون اخذ خسارت اقدام به صدور قرار تامین خواسته نمود. اما اعتبارات اسنادی اگرچه دارای خصیصه تجاری هستند و توسط تجار مورد استفاده قرار می گیرند اما در زمره اسناد تجاری به معنای خاص نبوده و لذا تحت شمول این بند قرار نمی گیرند. سوم؛ مطابق بند ب، هرگاه خواسته در معرض تضییع یا تفریط باشد قرار تامین خواسته بدون اخذ خسارت احتمالی صادر می گردد. پس در این بند هرگاه خواهان دعوی ثابت نماید خواسته دعوا در معرض تضییع یا تفریط است می تواند اصدار این قرار را از دادگاه بخواهد. تضییع به معنای از بین بردن بوده که هم شامل تعدی یعنی تجاوز از حدود متعارف و هم شامل تفریط یعنی ترک عمل متعارف می باشد. با وجود این، به واسطه وجود واژه تفریط در این بند، تضییع را

باید در معنای مثبت آن یعنی تعدی تفسیر نمود(همان، ص ۴۱۷). آنچه که در قرار تامین خواسته در باب اعتبارات اسنادی توقیف می گردد در واقع طلب ذی نفع از بانک است. یعنی وجهی که ذی نفع با ارائه اسناد مطابق با اعتبارنامه می تواند آن را از بانک مطالبه نماید. پس در واقع امری کلی است و اثبات در معرض تضییع یا تفریط بودن آن بسیار دشوار است. از این رو امکان صدور قرار تامین خواسته با تمسک به این بند امر دشواری بوده و لذا توصیه می گردد که خواهان دعوی از استناد به این بند برای تامین خواسته اجتناب نماید. چنانچه هر یک از این سه بند مبنای صدور قرار خواسته باشد، قرار تامین بدون اخذ خسارت احتمالی صادر می گردد. و دیدیم که تنها اصدار قرار تامین در باب اعتبارات اسنادی بدون اخذ خسارات احتمالی بر طبق بند ب و بسیار به دشواری امکان پذیر است. (رادفر، ۱۳۹۵، ص ۵۶)

چهارم: مطابق بند د ماده ۱۰۸، هرگاه خواهان خساراتی که ممکن است به طرف مقابل وارد آید، نقداً به صندوق دادگستری بپردازد، قرار تامین خواسته باید توسط دادگاه صادر گردد. بی تردید، قرار تامین خواسته در باب اعتبارات اسنادی مطابق این بند قابل اصدار است. چه اینکه قانونگذار اختیاری برای دادگاه قائل نشده، بلکه صدور قرار تامین را الزامی دانسته است. پس هرگاه خواهان خسارات احتمالی را به صندوق دادگستری سپرد، دادگاه وجه اعتبارنامه را توقیف خواهد کرد. همانطور که در این بند آمده است خسارت احتمالی باید به صورت وجه نقد باشد. و تعیین میزان آن با دادگاه صادر کننده قرار است. دادگاه معمولاً میزان خسارت را، با توجه به ملاک ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و در نظر گرفتن تغییر شاخص سالانه قیمت ها که توسط بانک مرکزی اعلام می گردد، بین ۱۵ تا ۲۰ درصد تعیین می نماید.

پرسش دیگری که به ذهن می رسد این است که آیا شخص ثالثی غیر از متقاضی که دعوایی را علیه ذی نفع اعتبار طرح کرده است، می تواند با درخواست صدور قرار تامین، خواستار توقیف مبلغ اعتبار گردد؟ در پاسخ باید گفت که نسبت به شخص ثالثی که از ذی نفع اعتبار به سببی طلبکار است، مبلغ اعتبار نیز به عنوان مالی همچون سایر اموال ذینفع اعتبار تلقی می گردد و لذا مطابق قاعده، چنین طلبی نیز باید به نفع طلبکار مزبور قابل توقیف به عنوان تامین خواسته یا تامین محکوم به باشد. (بنا نیاسری، ۱۳۸۹، ص ۶۳۵-۶۳۴)

۵- منع سوء استفاده آشکار بعنوان مبنای اعمال اقدامات تامینی

۱-۵- مفهوم

ضمانت نامه های بانکی مستقل برای تضمین تعهدات موجود در قرارداد های تجاری به کار گرفته می شوند. با این وصف، این اسناد از قرارداد پایه که مبنای صدور آنها است مستقل اند. در نتیجه، در هنگام مطالبه وجه توسط ذی نفع این سند، بانک صرفاً با بررسی اسنادی که در ضمانت نامه لازم دانسته شده است، (صرف نظر از معامله پایه) در صورت تحقق شرایط این اسناد، وجه را به ذی نفع می پردازند. این وضعیت سبب شده که سوء استفاده از ضمانت نامه های بانکی گسترش یابد. برای نمونه، در ضمانت نامه بانکی، ذی نفع، با وجود این که ضمانت خواه، تعهدات خویش را به انجام رسانده، با اعلام کتبی تخلف به بانک، خواستار دریافت وجه می گردد. باید گفت که در ضمانت نامه های بانکی، عموماً بر طبق قرارداد ضمانت نامه، اعلام کتبی تخلف از سوی ذی نفع، برای مطالبه وجه کافی است. حال اگر اصل استقلال را به طور مطلق بر این سند حاکم بدانیم، دست متقلب را برای سوء استفاده باز گذاشته ایم و اگر به هر بهانه مطالبه را منع کنیم، کارایی این اسناد را از میان خواهیم برد. (رادفر، ۱۳۹۵، ص ۳۳)

سوء استفاده از حق زمانی اتفاق می افتد که حق از هدف و غایتی که برای آن مقرر شده، منحرف شود. هر قراردادی و هر حقی هدفی را دنبال می کند و نیروی الزام آور قرارداد نیز باید در خدمت این هدف باشد. غایت ضمانت نامه این است که ذینفع را در همان وضعیتی قرار دهد که او در صورت در اختیار داشتن وجه نقد می داشت (سلطانی، ۱۳۹۵ ص ۳۰۴) لذا زمانی که با هر امری از این غایت دور شویم باید از قاعده اولیه که همانا استقلال ضمانت نامه عدول نمائیم نتیجه این عدول امکان اعمال اقدامات تامینی نیز می باشد.

۲-۵- مصادیق

سوء استفاده در ضمانت نامه های بانکی ممکن است به گونه های مختلف اتفاق افتد. در وهله نخست سوء استفاده یا در قرارداد پایه اتفاق می افتد یا در اسنادی که باید بر طبق ضمانت نامه ارائه گردد، به وقوع می پیوندد. سوء استفاده در معامله پایه به شیوه های مختلفی جلوه می کند، گاه

قرارداد پایه باطل بوده و یا منفسخ شده ولی با این وجود ذینفع ضمانت نامه های بانکی با ارائه اسناد در پی مطالبه وجه ضمانت نامه های بانکی بر می آید. گاه نیز با آنکه ضمانت خواه تعهدات خویش را بر طبق قرارداد پایه به طور کامل انجام داده است، ذینفع ضمانت نامه در پی مطالبه وجه ضمانت نامه بر می آید، حال آنکه به خوبی روشن است وی محق به مطالبه نیست. (رادفر، ۱۳۹۵، ص ۴۳)

از جمله مصادیق سوء استفاده در معامله پایه می توان به موارد عدم انجام تعهد یا تعهدات توسط ذینفع و یا اجرای کامل مفاد قرار داد پایه توسط ضمانت خواه را عنوان کرد.

اسناد در ضمانت نامه های بانکی از اهمیت بسیاری برخوردارند، چرا که اصل این معاملات بر مبادله اسناد مبتنی است. از این رو چنانچه در اسناد ارائه شده جعل یا تزویری رخ دهد، مبادلات با مشکل جدی مواجه می گردند. در ضمانت نامه ها و اعتبار نامه های تضمینی عندالمطالبه صرف درخواست ذینفع یا اعلام تخلف از جانب وی و درخواست وصول وجه به مطالبه می انجامد. اما در اعتبار اسنادی تنها پس از ارائه اسناد مشخصی که در اعتبار نامه به آنها تصریح شده است وجه اعتبار به ذینفع پرداخت می گردد. امکان دارد چنین برداشت و تصور شود که تنها سوء استفاده ذینفع است که قابل استناد بوده و مطالبه وجه در ضمانت نامه های بانکی را غیرممکن می سازد. با وجود این گاه ممکن است شخص ثالث مرتکب سوء استفاده در ضمانت نامه های بانکی شده یا حتی خود متقاضی این عمل را انجام دهد.

با توجه به مطالب در پیش گفته شده به نظر می رسد نتوان مانع پرداخت ضمانت نامه های بانکی شد اما با اتکاء به نظریه منع سوء استفاده تحت شرایطی می توان از اقدامات تامینی برای جلوگیری از پرداخت ضمانت نامه ها بهره برد که در قسمت بعدی به آن می پردازیم در این قسمت در پی تشریح مبنای این امر که همان قاعده منع سوء استفاده از حق بود بر آمده بودیم؛ علاوه بر این قاعده، قاعده لاضرر و لاضرار، منع دارا شدن بلاجهت، نیز مبنایی محکم برای اعمال اقدامات تامینی می تواند محسوب شود.

نتیجه گیری

صدور دستور موقت مستلزم استناد به قرارداد پایه است. بدیهی است این روش باعث متزلزل شدن اعتبار ضمانت می شود ضمانت نامه بانکی مکانیزی است که بانک باید بدون قید و شرط وجه آن را بپردازد. از طرفی حیثیت و اعتبار بانک ایجاب می کند از پرداخت مبلغ ضمانت نامه جلوگیری نکند. بنابراین و اساساً دستور موقت نباید حتی با ارائه دلایل موقت صادر گردد. چرا که قدرت الزام آور قراردادی که به درستی منعقد گردیده است، نه تنها به طرفین بلکه به قاضی نیز تحمیل می گردد. ویژگی استقلال ضمانت نامه ها نیز، هرگونه استناد به قرارداد پایه را نفی می کند.

اما متأسفانه محاکم ایران به اصل استقلال در معاملات اسنادی توجهی ندارند. و برابر قواعد عام آیین دادرسی مدنی دستور موقت در مورد ضمانت نامه های بانکی صادر می کنند هرچند این روش بر خلاف ماهیت ضمانت نامه و هدف طرفین از انعقاد این قرارداد می باشد اما نمی توان به طور کامل صدور دستور موقت را در مورد ضمانت نامه های بانکی کنار گذاشت و بهتر است با توجه به لزوم حسن نیت در مواردی از قبیل سوء استفاده از حق، امکان استفاده از مکانیزم دستور موقت برای پیشگیری از پرداخت ضمانت نامه میسر باشد. به عبارت دیگر صدور دستور موقت در صورتی امکان پذیر باشد که عدول از اصل استقلال با توجه به واقعیات پرونده موجه است و از آنجا که پرداخت وجه ضمانت نامه توسط بانک معمولاً پیش از تحصیل حکم دادگاه صورت می پذیرد لذا دستور موقت باید پیش از رسیدگی عادی دادگاه صادر گردد.

و اما در مورد تامین خواسته اگر ضمانت نامه طلب ذینفع از بانک محسوب شود، مانند هر طلب دیگری قابل توقیف است. در صورتی که می دانیم، مادامی که ضمانت خواه و یا متعهد از شرایط قرارداد تخلف نکرده است، ذینفع اقدام به مطالبه وجه ضمانت نامه نخواهد کرد؛ و چه بسیارند ضمانت نامه هایی که هیچ وقت از حالت بالقوه به فعل در نمی آیند. در واقع ضمانت نامه یک دین احتمالی و تضمینی است. اگر از سوی ذینفع مطالبه شود به دین تبدیل می شود و تا زمانی که مطالبه نشده صرفاً یک تضمین تلقی شده و تضمین را نمی توان توقیف نمود.

منابع

- اخلاقی، بهروز(۱۳۶۸)، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۹- ۱۴۸، ۱۳۶۸.
- بناء نیاسری، ماشاءالله(۱۳۸۹)، جنبه های حقوقی اعتبارات اسنادی بین المللی، رساله دکتري، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر(۱۳۷۸)، مبسوط ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
- رادفر، فرزاد(۱۳۹۵)، اعمال اقدامات تامینی در جلوگیری از سوء استفاده از ضمانت نامه های بانکی در تجارت بین الملل و حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵.
- زنگباری، ناصر(۱۳۹۶)، حقوق بانکی(تسهیلات اعطایی، ضمانت نامه ها و پیگیری و وصول مطالبات)، چاپ پنجم.
- سلطانی، محمد(۱۳۹۵)، حقوق بانکی، چاپ سوم، تهران: میزان.
- شمس، عبدالله(۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، تهران، دراک، چاپ دوازدهم.
- شهبازی نیا، مرتضی(۱۳۸۳)، ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، فصلنامه مفید، شماره ۴۳، ۱۳۸۳.
- محبی، محسن(۱۳۷۵)، ضمانت نامه های بانکی در رویه دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده، مجله حقوق بین المللی، شماره ۲۰، ۱۳۷۵.
- مسعودی، علیرضا(۱۳۹۱)، ضمانت نامه های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین الملل، تهران: شهردانش، چاپ دوم.