

رابطه داورى و ضمانت‌نامه بانكى بين المللى در حقوق ايران و فرانسه

محمد سلطانى*

دانشجوی دوره دکترای حقوق خصوصی دانشگاه استراسبورگ فرانسه

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱/۱۷ تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۶/۱۷)

چکیده:

آنچه که بررسی نتیجه تلافی و برخورد داورى و ضمانت‌نامه بانكى را بحث‌انگیز می‌سازد، اصل استقلال ضمانت‌نامه و نیز احتمال فراوان کاربرد همزمان این دو ابزار - حداقل از لحاظ تئوریک - است، هر چند همان‌طور که در عمل خواهیم دید برخورد این دو ابزار حقوقی فراوان نیست و رویه قضایی در دسترس محققان بسیار کمتر است. در بررسی اشکال مختلف برخورد داورى و ضمانت‌نامه بانكى، رابطه قرارداد داورى و ضمانت‌نامه را در بخش اول و اثر حکم داورى بر ضمانت‌نامه را در بخش دوم بررسی نموده‌ایم. قرارداد داورى ممکن است در قرارداد پایه شرط شده باشد که در این صورت علی‌الاصول تأثیری بر ضمانت‌نامه ندارد، اما چنانچه در ضمن سند ضمانت‌نامه شرط شده باشد، داور در چارچوب مقررات، در خصوص اجرا یا عدم اجرای ضمانت‌نامه حق تصمیم‌گیری خواهد داشت. از سوی دیگر حکم داورى در ضمانت‌نامه اسنادی و ضمانت‌نامه عندالمطالبه دو نقش متفاوت بازی می‌کند. اما در دید نهایی هر دو می‌توانند پرداخت یا عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه را توجیه نموده و بر آن تأثیرگذار باشند.

واژگان کلیدی:

ضمانت‌نامه بانكى بين المللى - اصل استقلال - ضمانت‌نامه متقابل - ضمانت‌نامه اسنادی - قرارداد داورى - حکم داورى

*Email: Mohammad.Soltani@eturs.u-strasbg.fr

مقدمه:

ضمانت‌نامه بانکی و داوری دو نهاد اساسی و با اهمیت حقوق تجارت بین‌الملل به شمار می‌روند. بسیاری از قراردادهای تجاری بین‌المللی بدون حضور ضمانت‌نامه بانکی قابل انجام نیستند. در عین حال بخشی از همین قراردادها ارجاع به داوری در صورت بروز اختلاف را پیش‌بینی نموده‌اند. در حالی که وجه متمایز ضمانت‌نامه بانکی، استقلال آن از قرارداد پایه است^۱، خصوصیت متمایزکننده داوری از سایر شیوه‌های ترافیعی حل اختلاف، قراردادی بودن آن است. این ویژگی داور را فاقد هرگونه صلاحیت یا اختیار نسبت به اشخاص ثالث می‌سازد. از آنجا که کاربرد این دو ابزار حقوقی در برخی موارد با یکدیگر تلاقی پیدا می‌کند مطالعه تأثیر و تأثر دو جانبه آنها ضروری است. البته آنچه که بیشتر مدنظر است تأثیر داوری بر ضمانت‌نامه بانکی و در

۱. در خصوص ضمانت‌نامه بانکی در کشور ما تلاش‌های در خور تقدیری صورت گرفته که البته کافی به نظر نمی‌رسد. این آثار در خصوص حقوق ایران به مراتب بسیار کمتر است. با این حال جهت مطالعه در مورد این موضوع و به ویژه آثار استقلال ضمانت‌نامه می‌توانید از جمله رک به: محبی، محسن، «حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۷، ص ۲۴۲ به بعد؛ محبی، محسن، «ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه دیوان داوری ایران - ایالات متحده»، مجله حقوقی، ۱۳۷۵، ش ۲۰، ص ۹۰ به بعد؛ کاشانی، سید محمود، ضمانت‌نامه بانکی، موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۷، ص ۴۹ به بعد؛ مسعودی، علیرضا، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۳، ص ۵۱ به بعد؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، «ضمانت‌نامه بانکی بین‌المللی»، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹ به بعد؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، «بررسی مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲، زمستان ۱۳۸۳؛ محمدنژاد، محمد، «تحلیلی بر ضمانت‌نامه‌های بانکی با تأکید بر آراء دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۷۸، ص ۷۰ به بعد؛ مواساتیان، ماندنی، «تضمین در حقوق تجارت (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، آمریکا و انگلیس)»، رساله دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۶، ص ۱۸۴ به بعد؛ اخلاقی، بهروز، «بحثی پیرامون ضمانت‌نامه‌های بانکی»، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۹-۱۴۸، ۱۳۶۸؛ بالاسان آوانسیان، آئیدا، «ضمانت‌نامه‌های بانکی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۵۴؛ شاهسوندی، مسعود، «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴ به بعد؛ فتحی پور، علی، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی، پاییز- زمستان ش ۱۳، ۱۳۶۹؛ نظافتیان، عبدالعلی، «ذینفع در ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بانکی»، مجله کانون وکلا، ش ۱۵۳-۱۵۲، ۱۳۶۹.

واقع اصل استقلال است. با این حال نظر به اینکه، از طرفی اصل استقلال نیز ممکن است بر شرط یا حتی حکم داوری تأثیرگذار باشد از اصطلاح "رابطه" داوری و ضمانت‌نامه بانکی استفاده کردیم تا همه جوانب موضوع را در نظر گرفته باشیم. در واقع هنگامی که شرط داوری و ضمانت‌نامه بانکی در یک مجموعه قرارداد مرتبط یافت می‌شود، مسائل خاصی را مطرح می‌سازد که مستلزم بررسی دقیق موضوع می‌باشد. از آنجا که در حقوق ایران آرای قابل دسترس در خصوص موضوع وجود ندارد و از طرف دیگر در نوشته‌های اساتید حقوقی نیز مطالب منسجمی در این مورد به چشم نمی‌خورد به ناچار کوشیده‌ایم با تمسک به رویه قضایی و آثار فراوان دانشمندان حقوقی فرانسوی موضوع را بپروورانیم. قرابت قابل توجه سیستم و فن استدلال حقوقی اندیشمندان ایرانی با سیستم حقوقی فرانسوی‌ها اهمیت تدقیق ویژه در تلاش‌های نویسندگان فرانسوی را آشکار می‌سازد. از سوی دیگر آنچه در حقوق فرانسه گذشته است می‌تواند زمینه توسعه و پیشرفت آثار حقوقی و رویه قضایی ایران را فراهم آورد. به علاوه، با توجه به اینکه مقررات حقوقی ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بیشتر تابع ساختار و کارکرد اقتصادی خود ضمانت‌نامه است و در سطح فراملی ایجاد شده و توسعه پیدا کرده (مجیبی، ۱۳۸۴، ۲۶۶) ضروری است که دادرسی ایرانی مقررات و رویه‌های بین‌المللی را نیز در کنار اصول و قواعد حقوقی داخلی مدنظر داشته باشد. با این حال باید توجه نمود که حتی در فرانسه نیز ویژگی محرمانه بودن داوری و تعداد بسیار محدود احکام منتشره (Leurent, 1990, 401) مرتبط با این مطلب، به ما اجازه نمی‌دهد تا جز بخش کوچکی از رویه داوری را بررسی نماییم. با توجه به اینکه در بررسی رابطه داوری و ضمانت‌نامه بانکی نحوه استدلال در خصوص تأثیر قرارداد و حکم داوری متفاوت است، لذا در بخش نخست به تأثیر قرارداد داوری و در بخش دوم به بررسی اثر حکم داوری بر ضمانت‌نامه می‌پردازیم.

بخش اول: آثار قرارداد داورى بر ضمانت‌نامه

قرارداد داورى ممکن است در قرارداد پایه فی‌مابین ضمانت‌خواه و ذینفع ضمانت‌نامه (الف) یا در خود قرارداد اصلی ضمانت که بین (بانک^۱) ضامن و ذینفع^۲ منعقد می‌گردد شرط شده باشد. با این حال نظر به اینکه در قراردادهای بین‌المللی ضمانت متقابل بسیار رایج است، قرارداد داورى ممکن است بین دو بانک ضامن خارجی - ضامن اصلی و ضامن متقابل - منعقد شده باشد (ب). البته انعقاد قرارداد داورى میان ضمانت‌خواه و ضامن نیز ممکن است که جهت جلوگیری از تطویل مطلب در این مقال از آن سخنی نخواهد رفت.

الف - شرط داورى مذکور در قرارداد پایه

ممکن است در قرارداد پایه نسبت به اختلافات ناشی از تقاضای پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع، شرط داورى شده باشد. ضمانت‌خواه علی‌الاصول نسبت به درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع معترض است و ممکن است شرط داورى راه‌حل مناسبی برای حل این اختلاف دانسته شود. در اینکه آیا چنین شرط داورى می‌تواند بانک ضامن را از پرداخت وجه ضمانت‌نامه تا صدور رأی داورى معاف سازد یا پاسخ منفی مواجه می‌شویم^۳، زیرا ضمانت‌نامه مورد بحث موضوع قراردادی مستقل از قرارداد پایه - که در آن شرط داورى شده - می‌باشد. علاوه بر این،

1. هر چند در کشور ما ضمانت‌نامه‌های مستقل لزوماً توسط بانک‌ها صادر می‌شوند، اما در فرانسه علاوه بر

بانک‌ها، امکان صدور ضمانت‌نامه توسط برخی موسسات مالی دیگر نیز وجود دارد.

2. خاطر نشان می‌شود به اعتقاد برخی قرارداد ضمانت بین ضامن و ضمانت‌خواه منعقد می‌شود (نظافتیان، ۱۳۷۸، ۱۰۴ پاورقی شماره ۲۸؛ مسعودی، ۱۳۸۳، ۶۴). لیکن به عقیده ما رابطه قراردادی میان ضامن و ضمانت‌خواه زمینه‌ساز صدور ضمانت‌نامه بوده و قرارداد ضمانت، میان ضامن و ذینفع منعقد می‌گردد. در تایید این نظر رک به: Ph. Simler, 2004, App.art. 2001 à 2043, Fasc. 11, cautionnement, Fasc. 80, n°5;

مجبی، ۱۳۸۴، ۲۴۲؛ شهبازی نیا، ۱۳۸۲، ۲۱۴

3. Cour de Paris, 14 décembre 1987, Rev. arb, 1989, 240, note Vasseur; Vasseur, 1990, 378.

ویژگی اصلی ضمانت‌نامه بانکی استقلال آن از قرارداد پایه می‌باشد. در واقع ضامن نسبت به قرارداد پایه و نیز شرط داوری مذکور در آن ثالث محسوب شده و نه می‌تواند به آثار شرط داوری مذکور اسناد کند و نه آثار آن در مقابل وی قابل استناد است (Leurent, 1990, 407). ویژگی اصلی ضمانت‌نامه مستقل بانکی آن است که با اولین درخواست ذینفع باید پرداخت شود و هیچ عذر و بهانه‌ای که مبتنی بر قرارداد پایه باشد نمی‌تواند ضامن را از پرداخت وجه ضمانت‌نامه معاف سازد.^۱ این استدلال در اولین رأی که به تاریخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲ توسط دیوان کشور فرانسه در خصوص به رسمیت شناختن ضمانت‌نامه مستقل بانکی صادر شده به وضوح دیده می‌شود (Cass.com, 20 décembre 1982, 2e espèce: Rev, arb, 1984, P.477, note Moreau). با این همه باید گفت هر چند برخی از اساتید بزرگ فرانسوی نیز عدم تأثیر شرط داوری مذکور در قرارداد پایه بر ضمانت‌نامه را از نتایج اصل استقلال دانسته‌اند (Vasseur, 1990, 368)، به نظر می‌رسد عدم قابلیت استناد به شرط داوری مذکور در قرارداد پایه در مقابل ضامن بیش از آنکه منبعث از اصل استقلال ضمانت‌نامه باشد از اصل نسبی بودن قراردادها و در ما نحن فیه نسبی بودن شرط داوری نسبت به طرفین قرارداد مذکور نشأت می‌گیرد. به همین دلیل است که در ضمانت‌نامه‌های غیر مستقل و تبعی نیز طرفین قرارداد پایه نمی‌توانند در مقابل ضامن به شرط داوری فی‌مابین خویش استناد نمایند. (Cass.com, 22 novembre 1977: Rev, arb, 1978, P.461, note Ph.Fouchard) بر این اساس، به نظر ما عدم امکان استناد به شرط داوری بیش از آنکه به استقلال ضمانت‌نامه مربوط باشد از ماهیت شرط داوری و اصل نسبی بودن قراردادها ناشی می‌گردد. در همین خصوص ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی ضمن تبیین اصل کلی نسبی بودن اثر قراردادها اشعار می‌دارد "معاملات و عقود فقط درباره‌ی طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است...". بنابراین از آنجا که ضامن طرف قرارداد داوری نیست،

۱. لازم به ذکر است که به جز ضمانت‌نامه عندالمطالبه که با اولین درخواست و بدون ارائه هیچ‌گونه دلیل یا اسنادی قابل پرداخت است، ممکن است پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه منوط به تحقق شروط مذکور در ضمانت‌نامه باشد. (کاشانی، ۱۳۷۷، ۲۸)

نه ضامن می‌تواند با استناد به شرط داوری از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری نماید (Contamine – Raynaud, 1984, 419) و نه ضمانت خواه می‌تواند از شرط داوری برای ممانعت از پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ذینفع بهره‌برداری نماید (Goutal, 1988, 442).

آغاز رسیدگی داوری قبل از درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع نیز تغییری در استدلال پیش‌گرفته به وجود نمی‌آورد (Mattout, 1987, 280). در واقع بنا بر خصیصه قراردادی داوری، اختیار داور محدود به موضوع داوری و طرفین قرارداد داوری است.

با این حال هر چند شرط داوری مذکور در قرارداد پایه در امکان دریافت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع فاقد اثر می‌باشد اما بی‌فایده نیست. بانک ضامن که شهرت تجاری و میزان تعهد به قراردادهایش در کارکرد آن نقش دارد مایل نیست تعهدات مربوط به پرداخت وجه ضمانت‌نامه را که متعهد به پرداخت آن، با اولین درخواست ذینفع شده است به حال تعلیق درآورد. از سوی دیگر، از آنجا که بانک ضامن باید زیان ناشی از اجرای تعهد خود را جبران کند، پس از پرداخت فوراً مبلغ مذکور را از حساب ضمانت‌خواه کسر خواهد نمود. در عمل ضمانت خواه با مشکلات متعددی برای استرداد وجه پرداخت شده به ذینفع مواجه می‌شود. ذینفعی که نسبت به درخواست وجه ضمانت‌نامه اقدام کرده در جایگاه خواننده قرار دارد و بنابراین این ضمانت خواه (خواهان) است که ملزم به ارائه دلیل است. در همین جا متذکر می‌گردد این یکی از کارکردهای ضمانت‌نامه بانکی است که جایگاه خواهان و خواننده را دگرگون می‌سازد (Level, 1988, 206 ; محبی، ۱۳۸۴، ۲۴۳). از آنجا که ذینفع ضمانت‌نامه در اغلب اوقات خارجی است ضمانت خواه باید به دادگاه‌های صلاحیت‌دار کشور محل اقامت ذینفع - خواننده - مراجعه کند. مفاد شرط داوری علی‌الاصول به گونه‌ای است که فراخوانی ذینفع خارجی را تسهیل و تسریع می‌سازد و می‌تواند به عنوان ابزاری جهت متعادل ساختن یا به اعتقاد ما - که در اکثر موارد ذینفع ضمانت‌نامه‌ها هستیم - تقلیل اثر ضمانت‌نامه بانکی به کار رود.

ب- اثر شرط داوری مذکور در ضمانت‌نامه متقابل

از آنجا که در معاملات بین‌المللی، ضمانت‌نامه اصلی میان ذینفع و بانک ضامن داخلی منعقد می‌شود، و برخلاف ضمانت‌نامه متقابل بحث تعارض قوانین در مورد آن پیش نمی‌آید، لزوم چندانی به ذکر شرط داوری در آن احساس نمی‌شود. به علاوه، بررسی شرط داوری در ضمانت‌نامه متقابل که مسائل پیچیده‌تری را مطرح می‌سازد جوانب مذکور در ضمانت‌نامه اصلی را نیز دربر می‌گیرد. بنابراین آنچه که در اینجا بررسی می‌شود بیشتر معطوف به ضمانت‌نامه متقابل است.

همان‌گونه که ضمانت‌نامه نسبت به قرارداد پایه مستقل است، هر ضمانت‌نامه‌ای نیز نسبت به ضمانت‌نامه پیش از خود استقلال دارد^۱، این ضمانت‌نامه‌ها که توسط بانک‌های کشورهای مختلف صادر می‌شوند، موضوع صلاحیت قوانین و محاکم قضایی متعدد را مطرح می‌سازند. برای جلوگیری از مشکلات مربوط به تعارض قوانین و صلاحیت‌های قضایی متفاوت، برخی مواقع بانک‌ها برای حل اختلافات ناشی از صدور و امضای ضمانت‌نامه بانکی، میان خود قرارداد داوری منعقد می‌کنند (Dohm, 1986, n°323). با این وجود، چنین شرط‌هایی به وفور یافت نمی‌شود و مطابق عرف، بانک‌ها ترجیح می‌دهند بیش از آنکه شرط داوری کنند به انتخاب محکمه صالح مبادرت ورزند (Bourque, 1989, 364).

۱. بحث استقلال ضمانت‌نامه اصلی نسبت به ضمانت‌نامه متقابل از پیچیدگی خاصی برخوردار است. برخی از اساتید آنجا که از قانون حاکم بر ضمانت‌نامه بحث کرده‌اند، ضمن اشاره به یک پرونده مطروحه در دادگاه انگلیس و تایید آن با عنایت به ملاحظات عملی و تسهیل تشخیص قانون حاکم بر ضمانت‌نامه متقابل خاطر نشان ساخته‌اند، ضمانت‌نامه متقابل عوض ضمانت‌نامه اصلی بوده و روابط ناشی از این دو ضمانت‌نامه به هم مرتبط است و در نتیجه هر دو تابع قانون کشور ضمانت‌نامه اصلی هستند. (محبی، ۱۳۸۴، ۲۵۹). برخی دیگر نیز ضمن اشاره به حقوق انگلیس و فرانسه که ضمانت‌نامه متقابل را یک تعهد کاملاً مستقل می‌داند از پذیرش اصل استقلال بین این دو ضمانت‌نامه حمایت کرده‌اند. (مسعودی، ۱۳۸۳، ۸۸). صرف‌نظر از آنچه در حقوق انگلیس می‌گذرد به اعتقاد ما همان دلایلی که استقلال ضمانت‌نامه اصلی نسبت به قرارداد پایه را ایجاب می‌کند، استقلال ضمانت‌نامه متقابل نسبت به ضمانت‌نامه اصلی را نیز موجه می‌سازد. همچنین رک به:

به هر صورت سوال مطروحه بررسی تأثیر شرط داوری در استقلال ضمانت‌نامه است. هدف غایی ذکر شرط داوری برای طرفین امضاکننده قرارداد داوری حل و فصل دعاوی احتمالی مربوط به اجرای ضمانت‌نامه متقابل است، بدین صورت که در ضمانت‌نامه متقابل شرط می‌شود چنانچه ضامن متقابل در اجرای تعهدات خود کوتاهی کند موضوع به داوری ارجاع شود. چنین شرطی بی‌شک معتبر بوده و می‌تواند در مواقع لزوم مفید و موثر باشد. اما این دیدگاه - حداقل در حقوق فرانسه - بیشتر به صورت نظری باقی می‌ماند. (Chambreuil, 1991, 48) زیرا ضامن متقابل - همچون ضامن اصلی - علی‌الاصول نسبت به اجرای تعهد خود اقدام می‌کند و جای چندانی برای استناد به شرط داوری باقی نمی‌ماند. در واقع، عمده دلایل کاربردی نبودن چنین شرطی را باید در دو مطلب جستجو نمود:

اولاً استثنائاتی که عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل را موجه می‌سازد نسبت به ضمانت‌نامه اصلی و ابتدایی محدودتر می‌باشد. برای توضیح مطلب لازم است ابتدا از استثنائات عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه اصلی و سپس از استثنائات مربوط به پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل هر چند به طور مختصر صحبت شود تا موضوع روشن گردد.

در حقوق فرانسه تنها دستاویزی که برای مسدود کردن پرداخت وجه ضمانت‌نامه مورد قبول دیوان این کشور قرار می‌گیرد، استناد به سوءاستفاده آشکار ذینفع از حق خویش در مطالبه مبلغ ضمانت‌نامه^۱ می‌باشد و بانک ضامن تنها در صورت احراز چنین موردی از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری خواهد نمود (Simler, 2004, n°73). شناسایی مفهوم و مصادیق قاعده سوءاستفاده از حق در درخواست پرداخت ضمانت‌نامه بحث بسیار مفصلی است که باید در جای دیگری جستجو شود (Ibid, n° 74 et suiv)، اما در همین جا ضروری است به دو نکته اشاره شود. اول اینکه تصمیم‌گیری در خصوص من غیر حق بودن مطالبه ضمانت‌نامه بیش از هر چیز به طرز تلقی نسبت به اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه بستگی دارد. دوم آنکه

^۱. Appel manifestement abusif

برخلاف نظر برخی که بی‌حقی ذینفع را سوءاستفاده از حق دانسته‌اند (Lang, Louis et al, 1997, 997)، بحث سوءاستفاده از حق تنها در جایی مطرح می‌شود که حقی موجود باشد. به طور مثال در جایی که ذینفع در حالی که اسناد مذکور در ضمانت‌نامه را که برای مطالبه وجه آن ضروری است فراهم نساخته، یا مدت اعتبار ضمانت‌نامه پایان یافته است اقدام به مطالبه وجه ضمانت‌نامه می‌نماید، سوءاستفاده از حق نمی‌کند زیرا حق مطالبه برای او ایجاد نشده است که بخواهد از آن سوءاستفاده نماید (Simler, 2000, n°983). به هر صورت به نظر می‌رسد، چنانچه بر این اعتقاد باشیم که در حقوق ما نیز همچون حقوق فرانسه، صدور دستور منع پرداخت باید تنها در صورت سوءاستفاده آشکار از حق مجاز باشد، مفهوم و مبانی آن را باید در معیارهای مذکور در قاعده لاضرر جستجو نمود (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ۶۵).

از منظر رویه قضایی، در کشور ما دادگاه‌ها بدون توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه از قرارداد پایه با احراز شرایط مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به صدور دستور موقت اقدام می‌ورزند (مسعودی، ۱۳۸۳، ۱۲۳-۱۲۲)، که البته این رویه به درستی مورد انتقاد صاحب‌نظران حقوق بانکی قرار گرفته است (محبی، ۱۳۸۴، ۲۷۰).

مطلب دیگری که تذکر آن ضروری است این است که در حقوق فرانسه - با توجه به اصل استقلال ضمانت‌نامه اصلی نسبت به ضمانت‌نامه متقابل - صرف اثبات سوءاستفاده آشکار از حق ذینفع برای مسدود کردن پرداخت وجه ضمانت‌نامه کافی نمی‌باشد. بلکه در این‌گونه موارد لازم است بین ذینفع و ضامن اول تبانی فریب‌کارانه^۱ وجود داشته باشد^۲ و این همان مسأله‌ای است که عدم پرداخت وجه ضمانت‌نامه متقابل را مشکل‌تر از امکان عدم پرداخت ضمانت‌نامه اصلی می‌سازد. البته رویه‌ی قضایی در تبیین این الزام روشن ساخته یا به عبارت صحیح‌تر تغییر رویه داده که اطلاع ضامن اول

^۱. Collusion frauduleuse

^۲. Cass.com, 10 janvier 1989, Dalloz. 1989, somm. P.153; Cass.com., 4 juillet 1995, JCP, éd, E, 1996, I, 525, obs. Gavalda et Stoufflet; Cass.com, 26 novembre 2003, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, IV-V, n° 175, p.192

از آشکارا ناروا بودن درخواست پرداخت توسط ذینفع نیز کافی است.^۱ سرآغاز این دیدگاه در حقوق فرانسه را می‌توان در رأی ۱۰ ژوئن ۱۹۸۶ دیوان‌عالی فرانسه دید (Prüm, 1987, 121-127).

رویه قضایی ایران در این مورد روشن نیست ولی به نظر می‌رسد عملکرد دادگاه‌های ایران با آنچه که در حقوق فرانسه می‌گذرد تفاوت داشته و استقلال و جدایی ضمانت‌نامه متقابل از ضمانت‌نامه پایه پذیرفته نشده است (مسعودی، ۱۳۸۳، ۹۱-۸۹؛ بازگیر، ۱۳۸۱، ۸۷-۷۵)، که البته این امر کارایی شرط داوری مذکور را افزایش داده و در صورت عدم پرداخت ضمانت‌نامه توسط ضامن متقابل، ضامن اصلی می‌تواند به استناد شرط داوری فی‌مابین، حل اختلاف را از مرجع داوری درخواست کند.

ثانیاً از آنجا که قرارداد داوری میان دو بانک منعقد گردیده، که شهرت و اعتبار تجاری و عمل به تعهدات بر عهده گرفته شده برایشان اهمیت بالایی دارد، ضامن متقابل منفعتی در عدم پرداخت ضمانت‌نامه و درگیر شدن در فرآیند داوری ندارد. هر دو دلیل مذکور در ضمانت‌نامه اصلی با شدت کمتری یافت می‌شود و بنابراین از آنجا که احتمال عدم پرداخت - به ویژه در حقوق ایران - بالاتر می‌رود، امکان استفاده از شرط داوری مذکور در قرارداد ضمانت و رجوع به داوری نیز بالاتر خواهد بود. در هر صورت، بر فرض شروع جریان داوری، به‌رغم آنکه ضمانت‌خواه نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند، می‌تواند وارد روند داوری شود. ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که مقرر می‌دارد "هر گاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قائل باشد یا خود را در محق شدن یکی از طرفین دعوا ذینفع بداند، می‌تواند مادام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقت‌نامه و آیین داوری و داور را بپذیرد و ورود وی مورد ایراد هیچ کدام از طرفین واقع نشود." صراحتاً امکان ورود ثالث به داوری را پذیرفته است. تأکید می‌گردد شرط

^۱. Cass.com., 19 mai 1992: D. 1993, somm. P. 103, obs. Vasseur; Cass.com., 4 juin 2002 : RJDA 11/2002, 1196; 17 mars 2004: Juris-Data n° 2004-022942; CA Paris, 17 juin 1992: D. 1995, somm. P. 19, obs. Vasseur; CA Paris, 8 janvier 2002, : Juris-Data n° 2002-170791

اولیه ورود چنین ثالثی آن است که ابتدا فرآیند داوری آغاز شده باشد؛ امری که وقوع آن - خاصه در ضمانت‌نامه متقابل - نادر است.

بخش دوم: اثر حکم داوری بر ضمانت‌نامه

آیا حکم داوری از پیش صادر شده در مورد قرارداد پایه می‌تواند روی ضمانت‌نامه اثر داشته باشد؟ برخی مواقع ممکن است پرداخت وجه ضمانت‌نامه به ارائه اسنادی از سوی ذینفع از جمله حکم داوری منوط شده باشد. با این وجود بیشتر ضمانت‌نامه‌ها مدرکی را مطالبه نمی‌نمایند و باید با اولین درخواست پرداخت شوند بی‌اینکه نیازی به اثبات صحت درخواست پرداخت باشد. بر این اساس، اثر حکم داوری بر ضمانت‌نامه در دو فرض مزبور بررسی می‌شود.

الف - نقش حکم داوری در ضمانت‌نامه‌های اسنادی

به عقیده ضمانت‌خواه، استقلال ضمانت‌نامه بانکی احتمال سوءاستفاده از حق توسط ذینفع و درخواست ناروای پرداخت وجه ضمانت‌نامه را افزایش می‌دهد، به گونه‌ای که می‌توان گفت شرط داوری مربوط به پس از پرداخت نیز نمی‌تواند تعادل کافی میان دو طرف ایجاد کند. به همین انگیزه بوده است که مقررات یکنواخت اتاق بازرگانی بین‌المللی برای ضمانت‌های قراردادی، مصوب سال ۱۹۷۸ پرداخت وجه ضمانت‌نامه را به اثبات تخلف ضمانت‌خواه در قرارداد پایه مشروط نموده بود^۱، که بر اساس آن پرداخت وجه ضمانت‌نامه حسن انجام کار یا ضمانت‌نامه استرداد پیش‌پرداخت به رأی دادگاه یا داوری مبنی بر قبول مطالبه یا تأیید کتبی ضمانت‌خواه نسبت به ادعای ذینفع منوط شده بود (بند (ب) ماده ۹). بنابراین دلیل تخلف علی‌الاصول در قالب ارائه اسناد صورت می‌پذیرد تا جایی که به ضمانت‌نامه‌های مورد

۱. به منظور مطالعه بیشتر رک به: افتخار جهرمی، گودرز و دیگران، تحول نظام حقوق ضمانت‌نامه بانکی در مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، فصل‌نامه مدرس، دوره ۵، شماره ۴، ۱۳۸۰.

نظر مقررات مذکور عنوان "ضمانت‌نامه اسنادی"^۱ داده شده است (Poullet, 1979, 394). به عقیده برخی از اساتید فرانسوی، این اقدام نقش قابل توجهی در دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی و ایجاد تعادل میان دو طرف دعوا داشت و رویه داوری معینی در زمینه ضمانت‌نامه‌های بانکی ایجاد کرد (Stoufflet, 1987, 275 et suiv). اما به نظر می‌رسد این ترتیب نقض غرض مفهوم ضمانت‌نامه است زیرا ماده فوق‌الذکر موضوع ضمانت‌نامه عندالمطالبه را منتفی ساخته و مدارکی را مطالبه نموده که جز با تلاش زیاد و صرف وقت و هزینه‌های سنگین قابل تحصیل نیست (فتحی‌پور، ۱۳۶۹، ۱۷۸)، در حالی که خلق این سند تجاری به منظور حل همین مشکلات بوده است. به هر صورت، ممکن است در سند ضمانت‌نامه پیش‌بینی شده باشد که ذینفع باید به هنگام درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه یک حکم داوری مبنی بر ذیحقی وی در مطالبه وجه ضمانت‌نامه ارائه کند. علی‌الاصول حکم داوری مورد بحث چیزی جز حکم داوری مربوط به قرارداد پایه نخواهد بود. چنین حکم داوری خصیصه اصلی ضمانت‌نامه‌های تبعی - همچون ضمان مقرر در قانون مدنی یا قانون تجارت - را به ذهن می‌آورد که مغایر استقلال ضمانت‌نامه بانکی است. برای بررسی دقیق‌تر این وضعیت لازم است ویژگی و آثار ضمانت‌نامه در این حالت خاص بررسی شود.

۱- ویژگی حکم داوری در ضمانت‌نامه اسنادی

به طور طبیعی منطق حکم داوری آن است که ضامن را نسبت به صحت درخواست ذینفع جهت پرداخت وجه ضمانت‌نامه مجاب می‌سازد. این حکم داوری فی‌الواقع فیما بین ضمانت‌خواه و ذینفع و قاعداً براساس مفروضات و حقایق موجود در قرارداد پایه صادر می‌گردد و از این جهت ممکن است با کارکرد ضمانت‌نامه در تعاض قرار گیرد. اما از سوی دیگر، چنین نیست که حکم داوری بانک ضامن را که نسبت به قرارداد داوری ثالث بوده و در آن دخالتی نمی‌نماید به اجرای تعهداتی که طی سند ضمانت‌نامه به عهده گرفته بوده ملزم نماید (Eisemann, 1972, 279 et suiv; Tandeau)

^۱.Garantie documentaire

de Marsac, 1981, n°8, 396). بر این مبنا حکم داوری در طرح کلی ضمانت‌نامه هیچ نوع نقش حل اختلاف برعهده ندارد، هر چند که حکم داوری مورد نظر ذینفع اماره بر آن است که ضمانت‌خواه تعهدات مذکور در قرارداد پایه را به درستی محقق نساخته است. این حکم به ضمانت‌نامه تسری پیدا نمی‌کند، بلکه این سند ضمانت‌نامه است که به حکم داوری ارجاع می‌دهد. داور تصمیم نمی‌گیرد که آیا ضمانت‌نامه باید اجرا شود یا خیر بلکه این نقش بر عهده‌ی بانک ضامن است که با بررسی تطابق اسناد ارائه شده با آنچه که در سند ضمانت‌نامه شرط شده، نسبت به اجرا یا عدم اجرای ضمانت‌نامه تصمیم می‌گیرد و مسئولیت آن در هر صورت به عهده اوست (Routier, 2005, n°532-). از طرف دیگر به جهت نزدیک بودن رژیم حقوقی ضمانت‌نامه‌های اسنادی و اعتبارات اسنادی به یکدیگر (Simler, 2004, n°63) قواعد مربوط به اعتبارات اسنادی نیز در این خصوص قابل استناد است. بر این اساس بانک ضامن همان‌گونه که در مورد اعتبارات اسنادی نیز چنین است جز یک بررسی ساده مبنی بر تطابق اسناد درخواستی - از جمله حکم داوری صادره - اقدام دیگری را انجام نمی‌دهد، بدون اینکه در خصوص محتوا و ارزش حکم داوری صادره اظهارنظری بنماید. اکنون با توجه به ویژگی حکم داوری در ضمانت‌نامه اسنادی، اثر آن بر روی ماهیت ضمانت‌نامه را در بند دوم بررسی می‌نماییم.

۲- اثر حکم داوری بر روی ماهیت ضمانت‌نامه:

در حقوق فرانسه از ماهیت ضمانت‌نامه‌های اسنادی فراوان بحث شده است. در واقع مطالبه اسنادی که صحت درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه را ثابت می‌کند، تبعیتی ایجاد می‌نماید که با اصل استقلال معارض به نظر می‌رسد. با این وجود - همان‌طور که در بند پیشین گفتیم - چنانچه در زمینه‌ی ضمانت‌نامه اسنادی همچون اعتبارات اسنادی تایید شده و غیرقابل برگشت استدلال شود می‌توان گفت استقلال تعهدات تحت تأثیر قرار نمی‌گیرد. در این حالت ضمانت‌نامه نسبت به قرارداد پایه مستقل است و کماکان نمی‌توان به ایرادات مبتنی بر قرارداد پایه استناد جست، لیکن

پرداخت وجه ضمانت‌نامه مشروط به ارائه حکم داورى منظور نظر سند ضمانت‌نامه است. از سوى ديگر مى‌توان چنين ضمانت‌نامه‌اى را با ضمانت‌نامه^۱ با نخستين درخواست موجه^۱ قابل مقايسه دانست که طى آن ذينفع بايد درخواست خود را ولو با يک اعلام تخلف ساده ضمانت خواه موجه نمايد.

اما آيا در جايى که حکم داورى مقرر مى‌دارد که ضمانت خواه تعهدات مذکور در قرارداد پايه را به درستي انجام نداده است باز هم وضعيت به همين شکل است؟ برخى نويسندگان خاطر نشان کرده‌اند که مطالبه چنين حکم داورى ضمانت‌نامه را در چرخه ضمانت تبعى قرارداد و استقلال آن را زائل مى‌کند. در واقع ارائه حکم داورى يا قضايى قطعى که صحت درخواست ضمانت‌نامه را اثبات مى‌کند، ضمانت‌نامه عندالمطالبه را به ضمانت تبعى تبديل مى‌کند (Gavalda et Stoufflet, 1980, 13, Pouillet, 1979, 114-115; Mattout, 1987, 247)

با اين وجود مى‌توان استدلال کرد حکم داورى کاربرد حل اختلاف ميان ضامن و ذينفع را ندارد (Eisemann, 1972, 393 et 399). از نظر بانک ضامن تفاوتى ميان حکم داورى و نظريه کارشناس نيست. از زمانى که طرفين روى ماهيت سند مورد نظر که مى‌تواند حکم داورى باشد توافق مى‌نمايند، ضمانت‌نامه مى‌تواند "با نخستين درخواست" مشروط به ارائه مدارک مورد نظر پرداخت شود. از سوى ديگر مطالبه‌اى اين حکم، صلاحيت داور قرارداد را نسبت به مساله ضمانت‌نامه گسترش نمى‌دهد و در نتيجه به جهت نقش غيرمستقيم او به استقلال ضمانت‌نامه خدشه‌اى وارد نمى‌شود (Chamreuil, 1991, 60). با اين همه، نمى‌توان پنهان نمود که چنانچه حکم داورى بر پايه بررسى حقايق موجود در قرارداد پايه صادر شود، به دشوارى مى‌توان استقلال ضمانت‌نامه بانكى را پذيرفت (Ibid).

جهت تحليل موضوع به اختصار اشاره مى‌نماييم به طور کلى ضابطه استقلال ضمانت‌نامه را بايد در دو شرط جستجو نمود: شرط اول موضوع مستقل تعهد يا بنا به عبارت ماده ۲۱۴ قانون مدنى ايران، مورد معامله (کاتوزيان، ۱۳۷۹، ش ۳۸۰ به بعد) است و

^۱. Garantie à première demande justifiée

ضابطه دوم که خصوصیت بارز ضمانت‌نامه‌های بانکی و در ما نحن فیه محل نزاع است، عدم امکان توسل به ایرادات می باشد (Simler et Delebecque, 2004, n° 288). به اعتقاد ما در ضمانت‌نامه اسنادی، نسبت به ضامن هر دو شرط موجود است یعنی ضامن نمی‌تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند و فقط مطابقت اسناد ارائه شده را مورد لحاظ قرار می‌دهد اما چنانچه حکم داوری مورد نظر چنان باشد که جز با تحقیق و تدقیق در قرارداد پایه و تشخیص اجرا یا عدم اجرا تعهدات پایه امکان اصدار آن نباشد، فی‌الواقع ضمانت خواه امکان استناد به ایرادات را پیدا نموده است. به نظر می‌رسد در این حالت دیگر نمی‌توان همچنان از یک ضمانت‌نامه اسنادی مطلقاً مستقل نام برد زیرا در جریان اصدار حکم داوری، ضمانت خواه فرصت لازم برای ارائه دفاعیات در چارچوب قرارداد پایه را پیدا می‌کند.

از منظر رویه قضایی، در یک پرونده‌ی مطروحه در دیوان کشور فرانسه، اجرای تعهد ضامن منوط به ارائه حکم داوری شده بود که اعلام دارد عدم اجرای قرارداد توسط فروشنده (ضمانت خواه) نتیجه‌ی سیاست دولت فرانسه بوده است. از آنجا که ذینفع نتوانسته بوده چنین رأیی را به دست آورد دادگاه استان درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه‌ها را رد می‌کند. دیوان کشور نیز در تأیید این رأی ضمن پذیرش استقلال ضمانت‌نامه مزبور نسبت به قرارداد پایه اظهار می‌دارد که این یک ضمانت‌نامه اسنادی است نه عندالمطالبه^۱. در تفسیر این رأی گفته شده است ضمانت‌نامه اسنادی مستقل است، تنها درخواست پرداخت وجه آن منوط به ارائه اسناد پیش‌بینی شده توسط طرفین است (Contamine – Raynaud, 1996, 32).

در پایان خاطر نشان می‌سازد در حقوق ما به طور صریح در این مورد اظهار نظر نشده است، با این حال برخی اندیشمندان حقوقی کشورمان از ضمانت‌نامه‌های مشروط در کنار ضمانت‌نامه عندالمطالبه و تحت عنوان ضمانت‌نامه‌های بانکی - که در لسان حقوقی فعلی با عبارت ضمانت‌نامه مستقل بانکی برابر است - یاد کرده‌اند و متعرض ماهیت آن در حقوق ایران نشده‌اند که می‌تواند به طور ضمنی دلیل بر پذیرش استقلال

^۱. Com. 16 mai 95: JCP, éd. E, II, 734, leveneur

چنین ضمانت‌نامه‌هایی باشد (مجبی، ۱۳۸۴، ۲۴۳-۲۴۲). برخی دیگر نیز با تأسی از بخشی از دکترین رایج در حقوق فرانسه، به طور اعم حکم به استقلال ضمانت‌نامه اسنادی داده‌اند (کاشانی، ۱۳۷۷، ۲۸). همچنان که بعضی نیز به صراحت گفته‌اند، مکانیزم مطالبه ضمانت‌نامه‌های مشروط به گونه‌ای طراحی شده که ذینفع عملاً زمانی قادر به مطالبه وجه ضمانت‌نامه خواهد بود که ضمانت‌خواه واقعاً از تعهداتش تخلف کرده باشد. بنابراین تعهد بانک در ضمانت‌نامه‌های مشروط تعهدی وابسته به قرارداد مبنای صدور است و ذینفع زمانی استحقاق دریافت مبلغ ضمانت‌نامه را خواهد داشت که ضمانت‌خواه تعهداتی را که بر عهده گرفته است ایفا نکند (نظافتیان، ۱۳۷۸، ۱۰۹-۱۰۸) از طرف دیگر، حقوق‌دانانی که اصل استقلال را فقط در رابطه میان ضامن و ذینفع پذیرفته‌اند، (مسعودی، ۱۳۸۳، ۶۸) بی‌شک نظری جز پذیرش استقلال ضمانت‌نامه اسنادی نخواهند داشت.

ب- اثر حکم داوری بر ضمانت‌نامه‌های غیر اسنادی

گاهی اوقات قبل از درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه حکمی ماهوی مبنی بر مسئولیت ذینفع صادر شده است. همچنین ممکن است براساس قواعد دادرسی فوری، صدور دستور منع پرداخت، از داور درخواست شده باشد. اثر این دو فرض بر روی ضمانت‌نامه را در دو بند جداگانه بررسی می‌نماییم.

۱- اثر حکم داوری صادر شده در ماهیت دعوا:

در نگاه اول ممکن است تصور شود ماهیت حکم صادره در مورد قرارداد اصلی، می‌تواند به آن اثری بالاتر از صرف شرط داوری اعطا کند. با اینحال ضامن نسبت به قرارداد داوری و قرارداد پایه ثالث است. رأی داوری نمی‌تواند تکالیف و الزاماتی برای طرف ثالث (ضامن) که نه در قرارداد داوری و نه در فرایند داوری حضور داشته ایجاد کند. بنابراین ضامن نمی‌تواند از حقوق مربوط به رأی صادر شده بهره‌برداری نماید زیرا رأی به او تعلق نداشته و مستقیماً ارتباط پیدا نمی‌کند. به موازات، ضمانت‌خواه نیز نمی‌تواند با استناد به رأی صادر شده از ضامن عدم پرداخت را بخواهد.

با این وجود اگرچه نه قرارداد داوری و نه حکم داوری ضامن را ملزم نمی‌سازد (Goutal, 1988, 453)، ضمانت خواه می‌تواند به آن به عنوان دلیل آشکارا ناروا بودن درخواست پرداخت ضمانت‌نامه استناد کند. به جهت اصل عدم استناد به ایرادات برگرفته از قرارداد پایه، ضامن نمی‌تواند به حکم داوری صادره در مقابل ذینفع استناد کند اما می‌تواند در صورت صلاحدید تحت عنوان سوءاستفاده آشکار از حق از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری نماید.

علی‌الاصول حکم داوری که به سود ضمانت‌خواه صادر شده است اماره بر درخواست ناروای ذینفع و سوءاستفاده وی از حق خویش است. در این مورد می‌توان به حکم دادگاه تجارت بروکسل اشاره کرد که رأی داوری از پیش صادر شده را دلیل بر درخواست آشکارا ناروای پرداخت وجه ضمانت‌نامه دانسته است. (Tribunal de Commerce de Bruxelles, 26 mai 1988, Dalloz.1989, somm, P.153) جدیدترین حکم صادره در این خصوص نیز این دیدگاه را تأیید می‌کند. براساس این رأی مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ضامن متقابل آشکارا ناروا است زیرا وی از حکم داوری که درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع را در نتیجه تجاوز آشکار از قرارداد دانسته بود، مطلع بوده است (Juris-Data n° 2004-022942: 17 mars 2004) ممکن است تصور شود در موردی که ضامن به رغم حکم داوری و اعتبار امر مختومه که ذینفع را محکوم نموده، وجه ضمانت‌نامه را می‌پردازد، نمی‌تواند به ضمانت‌خواه رجوع کند (Chambreuil, 1991, 62). خلاف این استدلال را می‌توان در رأی دادگاه پاریس دید که به درستی اعتبار امر مختوم را تنها نسبت به طرفین دعوا و نه نسبت به ضامن مؤثر می‌داند. (espèce, obs Trib.Gr.Inst.Paris, 26 janvier 1983, Dalloz.1983, somm, P.297, 2° Vasseur

البته خاطر نشان می‌سازد رأی مذکور در حالتی صادر شده است که پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط بانک قبل از صدور رأی داوری انجام شده است.

هر چند مطالبه وجه ضمانت‌نامه در حالتی که به طور مثال بطلان قرارداد اصلی توسط داور اعلام شده، می‌تواند سوءاستفاده از حق محسوب شود اما این نتیجه‌گیری

همیشه درست نیست. به عنوان نمونه، ممکن است قرارداد پایه بدلیل مقررات جدید کشور متبوع ضمانت خواه باطل شده باشد و روشن است که ذینفع نمی‌تواند زیان ناشی از تغییر مقررات کشور متبوع طرف معامله را به عهده بگیرد (Lang, Louis et al, 1990, 994 - Contamine - Raynaud) و ضمانت‌نامه برای پوشش چنین ریسک‌هایی دریافت شده است. به نظر ما تصمیم ضامن در برابر رأی داوری ارتباطی به اعتبار امر مختومه ندارد و در حقوق فرانسه باید آن را بر مبنای قاعده‌ی سوءاستفاده از حق سنجید. بر این مبنا تصمیم‌گیرنده نهایی بانک ضامن است. چنانچه شرایط سوءاستفاده آشکار از حق از نظر ضامن موجود باشد، بانک نباید وجه ضمانت‌نامه را پرداخت نماید. در غیر این صورت، بانک نمی‌تواند مبالغ پرداخت شده را از ضمانت خواه وصول کند و باید به ذینفعی که به ناروا وجه ضمانت‌نامه را دریافت کرده است رجوع نماید. اما اگر به‌رغم حکم داوری، شرایط سوءاستفاده از حق مهیا نباشد، بانک ضامن در صورت پرداخت، می‌تواند مبلغ پرداختی را از حساب ضمانت خواه کسر نماید. حتی می‌توان از این نیز پیش‌تر رفت و معتقد بود چنانچه ضامن با علم به عدم سوءاستفاده از حق ذینفع - یا ضامن متقابل، حسب مورد- از پرداخت وجه ضمانت‌نامه خودداری کند در مقابل متقاضی پرداخت مسئول خواهد بود. فهم این مسأله در حقوق فرانسه با شناخت دقیق کارکرد ضمانت‌نامه بانکی و مسئولیت حرفه‌ای بانک آسان‌تر به نظر می‌رسد. در واقع، از آنجا که بانک‌داری یک حرفه تخصصی است خطا و مسامحه در آن روا نیست و فرض بر این است که بانک کار خود را در نهایت دقت و صحت و عاری از خطا انجام می‌دهد (مجبی، ۱۳۸۴، ۲۴۰). با اینحال حتی اگر بپذیریم که در حقوق ایران نیز صدور دستور منع پرداخت تنها در صورت سوءاستفاده آشکار از حق مجاز است باز هم پذیرش نظر مزبور در حقوق ایران دشوار خواهد بود زیرا پذیرش این نظر تابعی از مسئولیت حرفه‌ای بانک است، در حالی که در کشور ما بیشتر بانک‌ها دولتی بوده و مسئولیت بانک‌ها به طور جدی مورد مذاقه قرار نگرفته است.

نباید از نظر دور داشت که کارآمدی چنین حکمی بویژه در ضمانت‌نامه‌های متقابل با مشکل مواجه می‌شود. زیرا اولاً حکم داوری معمولاً به طور محرمانه صادر می‌شود و

ثانیا ضامن متقابل با ضمانت خواه در ارتباط نیست و احتمال اینکه به وسیله وی از محتوای رأی داوری مطلع شود کم است. (Chambreuil, 1991, 64-63) بنابراین ضمانت خواهی که حکم داوری به نفع او صادر شده، مشکلات زیادی در مسدود کردن ضمانت نامه متقابل خواهد داشت. به علاوه ضمانت خواه زمان کافی برای اثبات فوری سوءاستفاده ذینفع نخواهد داشت چه برسد به تبانی فریبکارانه. براین اساس ضمانت خواه باید بیش از هر چیز به فکر رجوع پس از پرداخت باشد.

۲- دادرسی فوری داوری:

در حقوق ایران امکان صدور دستور موقت توسط داور، حداقل در داوری‌های موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی شناخته شده است، توضیح آنکه مطابق ماده ۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶ می‌توان از دادگاه قبل یا حین رسیدگی داوری درخواست تأمین یا دستور موقت نمود. از سوی دیگر مطابق ماده ۱۷ قانون مذکور، اختیار صدور دستور موقت و قرار تأمین برای داور نیز شناخته شده است، با این قید که چنانچه طرف دیگر تأمینی بدهد که متناسب با موضوع دستور موقت باشد، داور از دستور موقت رفع اثر خواهد کرد. از منظر قانون آیین دادرسی مدنی، برخی معتقدند اگر چه متن صریحی که امکان صدور دستور موقت برای داور را شناخته باشد وجود ندارد، اما دلیل قوی نیز بر منع آن وجود ندارد (جنیدی، ۱۳۷۸، ۵۰). برخی دیگر بر این اعتقادند با توجه به این که اصل بر صلاحیت دادگاه و محاکم قضایی بوده و صلاحیت داور استثنایی است، در صورت حدوث شک و تردید باید به قدر متیقن اکتفا نمود و در نتیجه در داوری‌های موضوع آیین دادرسی مدنی، داور حق صدور دستور موقت ندارد. به علاوه، بنا به تبصره ماده ۳۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی، اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی است که در داوری مشکل به نظر می‌رسد (مسعودی، ۱۳۸۳، ۱۲۶).

دلیل تمایل ضمانت خواه به اخذ دستور موقت روشن است. اگر در قرارداد پایه برای تسهیل رجوع بعدی ضمانت خواه به ذینفعی که به ناروا وجه ضمانت نامه را

دریافت کرده است شرط داوری شده باشد، ضمانت‌خواه با مشکلات سنتی مربوط به اجرای آرای داوری نزد مراجع قضایی ملی ذینفع، مواجه خواهد شد. بنابراین از دیدگاه ضمانت‌خواه بهترین حالت آن است که به یک مکانیسم پیشگیرانه به صورت دادرسی فوری در چارچوب داوری توسل جوید. به همین دلیل برخی از نویسندگان، دادرسی فوری داوری در مورد ضمانت‌نامه‌ها را امکان‌پذیر دانسته‌اند (Dubisson, 1977, 446 - 449) که براساس آن داور پس از بررسی مختصر اوضاع و احوال تصمیم می‌گیرد که آیا ضمانت‌نامه باید اجرا شود یا خیر بدون این که در مورد اجرا یا عدم اجرای تعهدات پایه اظهارنظر کند (Poulet, 1981, 44-45). نقش داور در واقع این است که بیند آیا دلایل ادعا شده به وسیله ذینفع برای درخواست پرداخت مبلغ مذکور در ضمانت‌نامه یا ایرادات وارد شده توسط ضمانت‌خواه یا ضامن به منظور عدم پرداخت وجه موصوف، بر حسب ظاهر درست است یا خیر (Dohm, 1986, n°399). بر این مبنای صدور دستور موقت دلیل صحت درخواست و محقق بودن ذینفع نیست. ممکن است احتمالات قوی وجود داشته باشد که این دستور دلیل وجود حق است با این حال ممکن است به گونه‌ی دیگری باشد و ضمانت‌نامه مستقل باقی می‌ماند.

اما سؤال این است که چگونه داور می‌تواند بدون وارد شدن به جزئیات مربوط به اجرای قرارداد پایه در خصوص ناروا بودن درخواست پرداخت تصمیم‌گیری کند؟ البته خاطرنشان می‌سازیم در حقوق ما مطابق مواد ۳۱۷ و ۳۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دستور موقت تأثیری در اصل دعوا نداشته و اصولاً صدور آن در محدوده‌ی خواسته‌ی اصل دعوا، منوط به فوریت امر و سپردن تأمین می‌باشد و نه احراز محقق بودن خواهان بر حسب ظاهر امر. بر این مبنای، صرف غیرممکن نبودن پیروزی ذینفع دستور موقت در اصل دعوا برای صدور چنین دستوری کفایت می‌کند (شمس، ۱۳۸۴، شماره ۶۲۶ به بعد).

به هر روی، چنین دادرسی فوری به سختی با ویژگی‌ی عندالمطالبه بودن ضمانت‌نامه‌ها هماهنگ به نظر می‌رسد. به رسمیت شناختن چنین اختیاری برای داور، ماهیت استثنایی امکان انسداد پرداخت ضمانت‌نامه را که در رویه قضایی فرانسه فقط مبتنی بر ویژگی آشکارا ناروا بودن درخواست است خدشه‌دار می‌سازد. (Chambreuil,)

65, 1991) در واقع، همان استدلالاتی که امکان صدور دستور موقت توسط دادگاه را زیر سؤال می‌برد در اینجا نیز جاری است. همان‌گونه که به صورت مختصر توضیح داده شد^۱ - در حقوق فرانسه و بر خلاف رویه قضایی ایران - تنها سوءاستفاده آشکار از حق است که توجیه‌کننده عدم پرداخت ضمانت‌نامه است و داور و قاضی نیز می‌توانند خارج از این چارچوب به صدور دستور موقت مبادرت ورزند. به علاوه امکان صدور چنین دستوری قاعدتاً خریداران (ذینفع) را از امضای شروط داوری در قراردادهای تجاری منصرف خواهد ساخت.

نتیجه‌گیری:

شرط داوری مذکور در قرارداد پایه به جهت استقلال ضمانت‌نامه نسبت به قرارداد پایه و نیز اصل نسبی بودن قراردادها هیچ‌گونه تأثیری بر کارکرد ضمانت‌نامه ندارد. اما چنانچه قرارداد داوری در ضمانت‌نامه اصلی یا متقابل شرط شده باشد، مطابق حقوق فرانسه تنها در صورتی می‌توان برای حل اختلاف و اخذ دستور عدم پرداخت ضمانت‌نامه به داوری رجوع نمود که حسب مورد، ذینفع یا ضامن با سوءاستفاده آشکار از حق نسبت به درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه اقدام نموده باشد. از آنجا که در رویه قضایی ایران، اصل استقلال همانند آنچه که در حقوق فرانسه می‌گذرد رعایت نمی‌شود، شرط داوری مزبور کارآتر خواهد بود.

حکم داوری در دو نقش متفاوت دو اثر مختلف بر ضمانت‌نامه بر جا می‌گذارد. حکم داوری در ضمانت‌نامه اسنادی، مکمل و تضمین‌گر عملکرد صحیح ضمانت‌نامه بانکی است که می‌تواند خطرات ناشی از مطالبه ناروا را کاهش دهد. چنین حکمی علی‌الاصول ماهیت ضمانت‌نامه مستقل بانکی را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد، اما با این وجود، در جایی که حکم داوری مورد نظر در ضمانت‌نامه اسنادی جز با توجه به جزئیات مربوط به قرارداد پایه قابل اصدار نیست دفاع از چنین نظری مشکل می‌نماید. در خصوص سایر ضمانت‌نامه‌ها، چنانچه حکم داوری در ماهیت دعوا از پیش به ضرر

۱. رجوع کنید به ص ۱۶۳

ذینفع صادر شده باشد، مطالبه وجه توسط نامبرده می‌تواند در چارچوب سوءاستفاده از حق بررسی شود و بر این مبنا ممکن است ضامن به درستی از پرداخت وجه ضمانت نامه خودداری نماید. در حقوق ایران با قطعیت بیشتری می‌توان از مسئولیت ضامن در صورت پرداخت وجه ضمانت نامه به‌رغم اطلاع از حکم داوری سخن گفت. بر همین مبنا نیز دادرسی فوری توسط داور که در حقوق فرانسه غیرقابل پذیرش است با عنایت به دیدگاه‌های موجود در حقوق ایران قابل تصور است.

منابع و مأخذ:

الف- فارسی:

- ۱- بازگیر، یدالله، (۱۳۸۱)، منتخب آراء دیوان عالی کشور در قراردادهای/انتشارات فردوسی.
- ۲- بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۷۷) سوءاستفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، انتشارات اطلاعات.
- ۳- جنیدی، لعیا، (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- ۴- شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، ج سوم، انتشارات دراک.
- ۵- شهبازی‌نیا، مرتضی، (۱۳۸۲)، «بررسی مفاد مشترک ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۲.
- ۶- فتحی‌پور، علی، (۱۳۶۹)، «ضمانت در معاملات بین‌المللی»، مجله حقوقی، ش ۱۳.
- ۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ پنجم.
- ۸- کاشانی، سید محمود، (۱۳۷۹)، ضمانت‌نامه بانکی، موسسه عالی بانک‌داری ایران.
- ۹- محبی، محسن، (۱۳۸۴)، «حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۷.
- ۱۰- مسعودی، علیرضا، (۱۳۸۳)، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- ۱۱- نظافتیان، عبدالعلی، (۱۳۷۸)، «ذینفع در ضمانت‌نامه‌های بین‌المللی بانکی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۳ و ۱۵۲.

ب- منابع فرانسه:

۱- کتب و مقالات:

- 1- A.Prüm, (1987), Application de l'adage " fraus omnia corrumpit" à propos des garanties à première demande, Réflexions sur l'arrêt de la Cour de Cassation française du 10 juin 1986, D.P.C.I, Tome 13, n° 1.

- 2- B. Chamreuil, (1991), arbitrage international et garanties bancaires, Rev.arb, n°33, .
- 3- B. Leurent, (1990), Garanties bancaires et arbitrage, RDAI /IBLJ, n°3.
- 4- Ch.Gavalda et J. Stoufflet, La letter de garantie internationale, RTD com, 1980
- 5- F. Eisemann, (1972), Arbitrage et garanties contractuelles, Rev.arb, 1972
- 6- F.Jérôme, (2004), Droit civil, les sûretés personnelles, Economica
- 7- Goutal, (1988), L'arbitrage et les tiers, Rev.arb, n°3
- 8- J. Stoufflet, (1987), la garantie bancaire à première demande, JDI, pp. 275 et suiv.
- 9- J.Dohm, (1986), Les garanties bancaires dans le commerce international, Staempfli
- 10- J.F.Bourque, (1989) Le règlement des litiges multipartites dans l'arbitrage commercial international, thèse dactylographiée, Poitiers,
- 11- J.P.Mattout, (1987), Droit bancaire international, éd, Rev. Banque
- 12- M. Contamine-Raynaud, (1984), les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français, Mélanges Roblot, LGDJ
- 13- M.Contamine-Raynaud, (1996), Garantie documentaire, Revue de droit bancaire et de la bourse, n°53, janvier-février 1996
- 14- M.Vasseur, (1990), Dix ans de Jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, Présentation des projets de la C.C.I et de la C.N.U.D.C.I, RDAI
- 15- P.Level, (1988), Observations introductives au règlement des litiges commerciaux internationaux, DPCI, n°2
- 16- Ph. Simler, (2004), Juris classeur, Civil Code, App.art. 2001 à 2043, Fasc. 11, cautionnement, Fasc .80
- 17- Ph. Simler, Ph. Delebecque, (2004), Droit civil,les sûretés la publicité foncière. 4e édition, Dalloz
- 18- Ph.Simler, (2000), Cautionnement et garantie autonome, litec
- 19- R. Lang, J. Louis et M. Contamine-Raynaud, (1990), Droit bancaire, Dalloz, cinquième édition
- 20- R.Routier, (2005), Obligations et responsabilités du banquier, Dalloz
- 21- X.Tandau de Marsac, (1981) le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, in la vente internationale de marchandises, Economica
- 22- Y. Pouillet, (1979), les garanties contractuelles dans le commerce international, DPCI
- 23- Y. Pouillet, (1981), Présentation et definition des garanties pratiques en Europe, les garanties bancaires dans les contrats internationaux, FEDUCI

۲- آراء :

- 1- CA Paris, 17 juin 1992: D. 1995, somm. P. 19, obs. Vasseur
- 2 -CA Paris, 8 janvier 2002, Juris-Data n° 2002-170791
- 3- Cass.com, 10 janvier 1989, Dalloz. 1989, somm. P.153
- 4- Cass.com, 20 décembre 1982, 2e espèce:Rev, arb, 1984, p.477, note Moreau
- 5- Cass.com, 22 novembre 1977: Rev, arb, 1978, p. 461, note ph. Fouchard
- 6- Cass.com., 4 juillet 1995, JCP, éd, E, 1996, I, 525, obs.Gavalda et Stoufflet

-
- 7- Cass.com, 26 novembre 2003, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, IV - V, n° 175, p.192
 - 8- Cass. com., 19 mai 1992: D. 1993, somm. P. 103, obs. Vasseur
 - 9- Cass.com., 4 juin 2002 : RJDA 11/2002, 1196
 - 10-Com. 16 mai 95: JCP, éd. E, II, 734, leveneur
 - 11-Cour de Paris, 14 décembre 1987, Rev.arb, 1989,240, note Vasseur
 - 12- Trib.com, Paris, 15 octobre 1982, D.1983.somm.p.304,obs.Vasseur
 - 13- Tribunal de commerce de Bruxelles, 26 mai 1988, Dalloz.1989, somm, p.153
 - 14- Trib. Gr. Inst. Paris, 26 janvier 1983, Dalloz.1983, somm, p. 297, 2^e espèce, obs. Vasseur
 - 15- 17 mars 2004: Juris-Data n° 2004-022942