



Referral of Claims Arising from Bank Guarantees to Arbitration

Mahdi Orfi¹, Abbas Karimi^{*2}, Saeed Mansouri³

1. PhD Student in Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.
3. Associate Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:131-144

Article history:

Received: 05 Feb 2024

Edition: 14 Mar 2024

Accepted: 15 Apr 2024

Published online: 22 Jun 2024

Keywords:

Bank Guarantee, Principle of Independence, Contract, Arbitration, Arbitration Award.

Corresponding Author:

Abbas Karimi

Address:

Iran, Tehran, University of Tehran,
Faculty of Law and Political Science
Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0002-4561-9865

Tel:

09121710941

Email:

Abkarimi@ut.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aim: Nowadays, bank guarantees are used as one of the important tools in international and domestic trade. The present research examines the issue of referring claims arising from bank guarantees to arbitration.

Methods: This research is of a theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of collecting information is library-based and was done by referring to documents, books and articles.

Ethical Considerations: In this research, the principles of trustworthiness, honesty, neutrality and originality of the work have been respected.

Results: Referring claims arising from bank guarantees to arbitration can be used as an effective solution to resolve these disputes.

Conclusion: Faster speed, privacy, flexibility, expertise and contract enforcement are among the advantages that make arbitration an alternative method to resolve disputes arising from bank guarantees.

Cite this article as:

Orfi M, Karimi A, Mansouri S. *Referral of Claims Arising from Bank Guarantees to Arbitration*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ششم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۳

ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری

مهدی عرفی^۱، عباس کریمی^۲، سعید منصوری^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳. دانشیار، گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: در عصر حاضر، ضمانت نامه‌های بانکی به عنوان یکی از ابزارهای مهم در تجارت بین المللی و داخلی مورد استفاده قرار می‌گیرند. تحقیق حاضر موضوع ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری را مورد بررسی قرار می‌دهد.

مواد و روش: این تحقیق از نوع نظری بوده و روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی است و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در تحقیق حاضر، اصل امانتداری، صداقت، بی‌طرفی و اصالت اثر رعایت شده است.

یافته‌ها: ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری می‌تواند به عنوان یک راهکار مؤثر برای حل این اختلافات مورد استفاده قرار گیرد.

نتیجه: سرعت بیشتر، حفظ حریم خصوصی، انعطاف‌پذیری، تخصص و اجرای قرارداد، از جمله مزایایی هستند که باعث می‌شوند داوری به عنوان یک روش جایگزین برای حل اختلافات ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی مورد توجه قرار گیرد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۳۱-۱۴۴

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۶

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۱۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۷

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۴/۰۲

واژگان کلیدی:

ضمانت نامه بانکی، اصل استقلال، قرار داد، داوری، حکم داوری.

نویسنده مسئول:

عباس کریمی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

09121710941

کد ارکید:

0000-0002-4561-9865

پست الکترونیک:

Abkarimi@ut.ac.ir

۱. مقدمه

ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری، به معنای ارجاع اختلافات مربوط به ضمانت نامه‌های بانکی به داوری است. این روش جایگزین قضاوت در دادگاه است و به طرفین امکان می‌دهد تا اختلافات خود را به صورت خارج از دادگاه حل کنند. ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری معمولاً بر اساس شرایطی که در قرارداد ضمانت نامه بین طرفین تعیین شده است، انجام می‌شود. این شرایط ممکن است شامل تعیین داوران، روش انتخاب داوران، قوانین و مقررات مربوط به داوری و سایر جزئیات مربوط به فرآیند داوری باشد. با ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری، طرفین می‌توانند از مزایای داوری مانند سرعت، کارایی و حفظ حریم خصوصی بهره‌برداری کنند. همچنین، داوری معمولاً به طرفین امکان می‌دهد تا به صورت مستقیم با یکدیگر در تعیین نتیجه اختلافات خود شرکت کنند و نتیجه را قبول کنند. بنابراین، ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری یک روش جایگزین و موثر برای حل اختلافات است که به طرفین امکان می‌دهد تا به صورت خارج از دادگاه به صورت سریع و کارآمد اختلافات خود را حل کنند. در این مقاله قصد پاسخگویی به سوالات زیر را داریم:

- ۱- آیا ذینفع غالباً در قراردادی که بر اساس آن ضمانت نامه بانکی صادر می‌شود حضور ندارد؟
- ۲- آیا ضمانت نامه‌ای که ذینفع در آن حضور داشته و قرارداد را امضا کرده داور همان داور قرارداد پایه است یا خیر؟
- ۳- آیا داور با اعتقاد به استقلال ضمانت نامه رسیدگی کرده یا خیر؟

۴- استقلال ضمانت نامه جزء قوانین موجد حق

هست یا خیر؟

۵- آیا داوری در ضمانت نامه‌ای که ذینفع در آن حضور نداشته آمده است؟ و آیا حکمی که صادر می‌شود موثر در حقوق ذینفع است یا خیر؟

۶- آیا رای داوری قابل اجرا است یا خیر یا فقط حق اعتراض ثالث وجود دارد؟

تحقیق حاضر با این فرضیه که ویژگی‌هایی چون سرعت بیشتر و حفظ حریم خصوصی، داوری را به عنوان یک روش جایگزین برای حل اختلافات ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی قرار داده است، ضمن تبیین و پاسخ‌دهی به سؤالات مذکور، از نوآوری لازم برخوردار است.

۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده و روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی است و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر، جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری می‌تواند به عنوان یک راهکار مؤثر برای حل این اختلافات مورد استفاده قرار گیرد.

۵. بحث

به منظور تشریح موضوع ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری، مطالب ذیل تشریح می‌گردد.

۵-۱. امکان ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت

نامه صادره توسط بانک های دولتی به داوری

در خصوص داوری پذیری دعاوی مربوط به دولتها و سازمانهای دولتی سه شیوه در سطح بین الملل قابل ملاحظه است، اولین رویه آن است که دولتها و سازمان های دولتی حق رجوع به داوری ندارند. گرچه برخی کشورها در دوره‌ای از زمان بر این عقیده بودند، اما به تدریج، مصلحت آنها را به سمت و سوی تعدیل این موضع هدایت کرد رویه دیگر آن است که دولت‌ها و سازمان‌های دولتی همانند اشخاص خصوصی حق رجوع به داوری دارند. در انگلستان این رویه جاری و ساری است سومین رویه در این خصوص همان است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به آن اشاره شده است (کاکاوند، ۱۳۹۰، ۳۸).

دسترسی به داوران، کمتر بودن هزینه های زمانی و مالی، تخصصی بودن امور، همگی از مزایای داوری به شمار می رود و لذا نمی‌توان از آن چشم پوشی نموده و با ایجاد موانع آن را محدود نمود گسترش این نهاد به حدی است که در دنیا سازمانها و نهادهای داوری همچون ICC جایگاه ویژه ای یافته و به دنبال آن هستند که داوری را جانشین نهاد قضایی نمایند.

دعاوی بانک‌های دولتی نیز در دسته دعاوی عمومی قرار می‌گیرد؛ چرا که یکی از طرفین مخاصمه دولت یک نهادهای وابسته به آن می باشند. این حیطة دعاوی از حیث شمولیت در کشورهایی که حاکمیت دولت گسترده‌تر بوده و لذا به جای بخش خصوصی بیشترین حجم معاملات را

انجام می‌دهند به طور حتم گسترده تر بوده و از سوی دیگر در دولتهای حذاقلی این شمولیت کمتر خواهد بود. یکی از مواردی که معمولاً ریشه دعاوی بانک‌های دولتی می‌باشد. بهره‌مندی دولت از اقتدار در دعاوی اخیر می‌باشد.

ویژگی اموال عمومی و دولتی و ضرورتی که در راستای حفظ بیت المال وجود دارد، مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده است. اصل ۱۳۹ با اعمال محدودیتهایی به این امر منجر شده است که دعاوی دولتی در خصوص اموال عمومی و دولتی از ویژگی خاصی برخوردار شده و ارجاع به داوری در عمل با مشکل روبه رو گردد. تفاسیر شورای نگهبان در مقام عمل این حیطة را گسترده تر کرده است؛ لذا این اصل علی رغم دل نگرانیهایی که در راستای حفظ حقوق عامه فراهم آورده است منجر به ایجاد یک مانع اساسی در مفهوم داوری به معنای تسهیل در شرایط داوری شده است.

مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی دعاوی راجع به اموال دولتی قابلیت ارجاع به داوری را ندارد. از طرفی می‌توان قراردادهای داوری در این گونه اختلافات از اساس باطل است و یا اینکه آرای صادره را از طرف دادگاه قابل ابطال است. بی آنکه در پی تکرار نظرات مولفین حقوقی باشیم (خزاعی، ۱۳۸۸، ۱۱۳؛ جنیدی، ۱۳۷۶، ۹۲) تلاش داریم تا حد امکان از موارد بطلان قرارداد داوری یا ابطال رای داور بکاهیم. گفته شد که مطابق اصل ۱۳۹ دعاوی راجع به اختلافات مربوط به اموال دولتی قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد. ولی تمام بحث در تشخیص مصادیق است. آیا همه اموال در اختیار دولت، جز اموال عمومی و دولتی به حساب می‌آید؟ آیا اموال موضوع قراردادی که هنوز به اجرا در نیامده و در میزان درآمد حاصل از آن اختلاف است جز اموال

عمومی و دولتی به حساب می آید؟ فرض کنیم وزارت آموزش و پرورش، یک قطعه ملک را از یک شخص خصوصی خریداری می نماید و در خصوص مشخصات مبیع و پرداخت ثمن اختلافی حادث می شود. آیا می توان گفت ارجاع به داوری در خصوص چنین اختلافی مغایر با اصل ۱۳۹ می باشد؟ آیا ثمنی که می بایست پرداخت گردد یا حتی ملک موضوع بیع، جز اموال دولتی و عمومی به حساب می آید؟ آیا باید بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی دولت تمایز قایل شد؟ مرکز داوری اتاق بازرگانی با استدلالی جالب توجه به این موضوع پرداخته است که خلاصه جریان امر ذکر می گردد. موضوع از این قرار بود که یک شرکت دولتی قراردادی با یک شرکت خصوصی جهت معامله چند دستگاه واگن و معرفی خریدار به بانک جهت استفاده از تسهیلات بانکی منعقد می نماید. پس از شروع اجرای قرارداد اختلافاتی در خصوص عدم مطابقت کالا با قرارداد، خسارات، عدم انجام تعهدات و ... بروز می نماید. طرف خصوصی اختلافات مزبور را در مرکز داوری اتاق بازرگانی مطرح می نماید و طرف دولتی با این استدلال که یک شرکت دولتی بوده و اموال آن جز اموال عمومی و دولتی به حساب می آید به صلاحیت مرکز داوری ایراد وارد نمود. دیوان داوری در رای خود و در مقام پاسخ به این ایراد، استدلال مبسوطی داشته است که با اندکی تغییر نقل می گردد: « با وجود صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م، مانعی وجود ندارد که طرف دولتی، در غیر مورد اموال دولتی، طرف داوری قرار بگیرد». رویه عمومی شرکت های دولتی در انعقاد قرارداد و نیز بخشنامه ۳۴۸۶۰ مورخ ۸۲/۸/۲۷ موید این نظر است. به علاوه باید توجه داشت که چنانچه موضوع اختلاف تشخیص دولتی یا غیر

دولتی بودن اموال باشد خارج از صلاحیت داوری نخواهد بود. به عبارتی اگر در دولتی بودن مالی اختلافی باشد به صرف این تردید قابلیت ارجاع به داوری زایل نمی گردد. داور می تواند به اختلاف رسیدگی نماید و اگر مال را دولتی تشخیص دهد خارج از صلاحیت وی و در غیر این صورت، قابل رسیدگی از طرف داور خواهد بود. آنچه که در داوری ها مطرح می گردد اموالی است که در داد و ستدها یا بعبارت کلی تر در امور و فعالیت های تجاری بکار می رود و در مواردی با عنوان درآمد دولتی یا عمومی شناخته می شوند. باید دانست مال در صورتی داخل در مالکیت دولت و بعنوان درآمد دولتی محسوب می گردد که به مالکیت دولت در آمده باشد. حال باید دانست مال، در صورتی به مالکیت دولت در می آید که به خزانه داری کل واریز گردد و پس از این پروسه است که می تواند مشمول اصل ۱۳۹ یا ماده ۴۵۷ شود. در مورد درآمد عمومی ماده ۱۰ قانون محاسبات عمومی چنین می گوید: « درآمد عمومی عبارت است از درآمدهای وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی و مالیات و سود سهام شرکت های دولتی و و درآمد حاصل از انحصارات و مالکیت و سایر درآمدهایی که در قانون بودجه کل کشور تحت عنوان درآمد عمومی منظور می شود». بر اساس ماده ۱۵ نیز، « درآمد شرکت های دولتی عبارت است از درآمدهایی که در قبالت ارائه خدمت و یا فروش کالا و سایر فعالیت هایی که شرکت های مذکور به موجب قوانین و مقررات مجاز به انجام آنها هستند عاید آن شرکتها می گردد». با عنایت به این مواد این نتیجه حاصل می گردد که درآمد آنست که حاصل یا عاید وزارتخانه ها، موسسات یا شرکت های دولتی می شود یا به عبارت دیگر در آمد حاصل از فعالیت های بازرگانی یعنی سود یا آنچه پس از کسر هزینه ها به صورت

اختلافات مشخص نشده است می‌تواند اعمال گردد.

قرارداد داوری ممکن است در قرارداد پایه فی مابین ضمانت خواه و ذینفع ضمانت نامه (الف) یا در خود قرارداد اصلی ضمانت که بین (بانک) ضامن و ذینفع منعقد می‌گردد شرط شده باشد. با این حال نظر به اینکه در قراردادهای بین المللی ضمانت متقابل بسیار رایج است، قرارداد داوری ممکن است بین دو بانک ضامن خارجی-ضامن اصلی و ضامن متقابل- منعقد شده باشد (ب). البته انعقاد قرارداد داوری میان ضمانت خواه و ضامن نیز ممکن است که جهت جلوگیری از تطویل مطلب در این مقال از آن سختی نخواهد رفت.

۵-۲. امکان ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه صادره توسط بانک‌های غیر دولتی به داوری

ارائه تعریف واحد از بانک غیر دولتی که در همه کشورها مصداق داشته باشد امکان پذیر نیست. برخی در تعریف بانک خصوصی گفته‌اند: «بانک خصوصی به بانکی گفته می‌شود که بخش مالک یا سهامدار آن باشد». در تعریفی جامع تر می‌توان گفت بانک غیر دولتی بانکی است که به موجب قانون اجازه تأسیس بانکهای غیر دولتی و با عنایت به ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور و ماده ۸۶ قانون سیاستهای کلی اصل ۴۴ با مالکیت و مدیریت اشخاص غیر دولتی و با مجوز شورای پول و اعتبار تأسیس می‌گردد و می‌تواند در چارچوب قوانین و مقررات مربوطه به کلیه عملیات مجاز بانکی مبادرت نماید. بانکهای غیر دولتی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی هستند که در قالب شرکتهای تجاری فعالیت می‌کنند. این دسته از بانکها مطابق ماده ۵۸۸ ق.ت. که مقرر می‌دارد شخص حقوقی می‌تواند کلیه حقوق و تکالیفی که

خالص و بلا منازع برای وزارتخانه‌ها موسسات و شرکتها باقی می‌ماند. این سود یا درآمد زمانی محقق است یعنی زمانی جز اموال عمومی به حساب می‌آید که ترازنامه این شرکتها یعنی محاسبه سود و زیان آنها تصویب شده باشد. تا قبل از این تصویب، اطلاق اموال عمومی و دولتی ممتنع بوده و شرکت یا موسسه دولتی می‌تواند در محدوده کاری خود هر دخل و تصرفی در این اموال به عمل آورده و برای نمونه از این اموال در خرید و فروش و سایر اعمال تجاری استفاده نمایند. در این مرحله هر دعوا یا ادعایی که به این اموال مربوط گردد دعوایی مربوط به اموال دولتی نیست. به عبارت ساده می‌توان چنین گفت، درآمد شرکت، باقیمانده مبالغ معاملات و کسر هزینه‌ها و زیانها و حقوق اشخاص مختلف است. پس باید با شرکتها و موسسات دولتی که به فعالیتها و مبادلات بازرگانی اشتغال دارند همانند اشخاص خصوصی نگرسته شود و لذا اموال یا وجوهی که آنها در این ارتباط بکار می‌گیرند باید مانند اموال اشخاص خصوصی، خصوصی و مصون از ویژگی های اموال دولتی در نظر گرفته شوند (کریمی، ۱۳۹۱، ۱۳).

با عنایت به مشکلاتی که در ارجاع به داوری و یا صلح دعاوی در این خصوص ایجاد شده است. حذف اصل ۱۳۹ قانون اساسی مشکل چندانی را در حملیت از بیت المال ایجاد نمی‌کند، مگر آنکه مقنن دغدغه دیگری غیر از دغدغه‌های حقوقی داشته باشد.

اساساً تفسیر موسع از اصل ۱۳۹ به هیچ عنوان با توجه به نحوه نگارش و تصویب آن درست نیست و به نظر می‌رسد که بهره‌گیری از نهاد داوری در مواردی که خارج از اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده و همچنین نهادهای اختصاصی برای رسیدگی به

به طور معمول منع بانک در اساسنامه از رجوع به داوری بسیار نادر بوده و بانک‌ها می‌توانند با درج شرط داوری در قرارداد یا انعقاد موافقت‌نامه داوری اختلاف خود را در حداقل زمان و با کمترین هزینه و به صورت تخصصی و محرمانه از طریق داوری حل و فصل نمایند.

ممکن است در قرارداد پایه نسبت به اختلافات ناشی از تقاضای پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع، شرط داوری شده باشد. ضمانت‌خواه علی‌الاصول نسبت به درخواست پرداخت وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع معترض است و ممکن است شرط داوری راه حل مناسبی برای حل این اختلاف دانسته شود. در اینکه آیا چنین شرط داوری می‌تواند بانک‌های غیر دولتی ضامن را از پرداخت وجه ضمانت‌نامه تا صدور رأی داوری معاف سازد یا پاسخ منفی مواجه می‌شویم، زیرا ضمانت‌نامه مورد بحث موضوع قراردادی مستقل از قرارداد پایه - که در آن شرط داوری شده - می‌باشد. علاوه بر این، 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 استناد کند و نه آثار آن در مقابل وی قابل استناد است (Leurent, 1990, 147). 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.

در ضمانت‌نامه‌های بانکی، داور معمولاً به عنوان داور قرارداد پایه در نظر گرفته نمی‌شود. داور قرارداد پایه، داوری است که طرفین در قرارداد اصلی خود توافق کرده‌اند که در صورت وقوع

قانون برای افراد قائل است دارا شود مگر اینکه حقوق و وظایف مزبور ویژه انسان باشد از اهلیت رجوع به داوری برخوردارند؛ زیرا حق ارجاع اختلاف به داوری را نمی‌توان از حقوق ویژه انسان دانست با این حال، صلاحیت بانک‌ها محدود به موضوع پیش‌بینی شده در اساسنامه آن است که باید حین تشکیل شرکت معلوم شود و چنانچه در اساسنامه حق مراجعه به داوری از بانک سلب شده باشد اختلافات آن داوری ناپذیر خواهند بود. در عین حال چنانچه بانکهای غیر دولتی ورشکسته شوند حق انجام اموری را که در اساسنامه داشته از دست میدهد و صرفاً می‌تواند معاملاتی انجام دهد که برای امر تصفیه ضروری است.

سوال قابل طرح آن است که آیا محدود کردن حق مراجعه به داوری در اساسنامه بانک در مقابل طرف قرارداد قابل استناد است یا خیر. به عنوان مثال چنانچه بانک در قراردادی شرط داوری را بپذیرد، آیا می‌تواند به بی‌اعتباری شرط مزبور به علت محدودیت اساسنامه‌ای اشاره نماید؟ با توجه به اینکه بانکهای غیر دولتی به عنوان شرکت سهامی تشکیل و فعالیت می‌نمایند مطابق ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت. اصل بر آن است که مدیران بانک دارای کلیه اختیارات لازم برای اداره امور بانکی می‌باشند. در نتیجه اگر در قرارداد منعقد شده بین بانک و طرف مقابل شرط داوری وجود داشته باشد، اما به موجب اساسنامه شرکت ارجاع اختلاف به داوری ممنوع باشد این ممنوعیت در مقابل طرف قرارداد قابل استناد نیست و شرط داوری به قوت خود باقی خواهد ماند در این صورت مدیران بانک که بدون توجه به اساسنامه شرکت مبادرت به انعقاد قرارداد حاوی شرط داوری نموده‌اند، مطابق ماده ۱۴۲ ل.ا.ق.ت. نسبت به ضرر وارده به شرکت مسئول خواهند بود.

ابراز کند. به عبارت دیگر، در صورتی که یکی از طرفین در داوری ضمانت نامه های بانکی اعتراض کند، بانک (به عنوان طرف ثالث) می‌تواند در داوری شرکت کند و نظر خود را درباره اعتراض ابراز کند. این حق به بانک اجازه می‌دهد تا در فرآیند داوری حضور داشته باشد و از حقوق و منافع خود دفاع کند.

حق اعتراض ثالث در داوری ضمانت نامه‌های بانکی می‌تواند به طرفین اطمینان بدهد که تصمیمات داوران با در نظر گرفتن نظرات و دفاع بانک صورت گرفته است و به عدالت و انصاف رسیدگی شده است. این حق به بانک امکان می‌دهد تا در فرآیند داوری دخالت کند و از حقوق و منافع خود به صورت مستقل دفاع کند.

حق اعتراض ثالث در داوری ضمانت نامه های بانکی تأثیر گذار است و می‌تواند بر بسیاری از جنبه‌ها تأثیر مثبت داشته باشد (کریمی و پرتو، ۱۴۰۲، ۶۷).

به نظر می‌رسد که ضمانت نامه بانکی که ذینفع در آن حضور دارد و قرارداد را امضا می‌کند، یک تعهد مالی است که بانک به نفع طرف درخواست کننده صدور ضمانت نامه می‌دهد. این نوع ضمانت نامه ها به طرف درخواست کننده امکان می‌دهد تا از بانک مبلغ مشخصی را به عنوان تضمین دریافت کند. ذینفع در اینجا نقش گیرنده ضمانت نامه را دارد و می‌تواند از آن برای تضمین انجام تعهدات قراردادی استفاده کند.

در برخی موارد، ذینفع ممکن است نیاز به تضمین عملکرد یک پروژه یا تعهدی داشته باشد. در این صورت، بانک می‌تواند ضمانت نامه‌ای صادر کند که تضمین کننده این باشد که طرف مقابل تعهدات خود را به طور کامل انجام خواهد داد. در صورتی که طرف مقابل تعهدات خود را نقض کند، ذینفع

اختلافات، این اختلافات را به صورت داوری حل کنند. اما در ضمانت نامه‌های بانکی، داوری معمولاً به عنوان روشی برای حل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، اما داور معمولاً به عنوان داور قرارداد پایه در نظر گرفته نمی‌شود. در بسیاری از ضمانت نامه های بانکی، شرایط داوری مشخص می‌شود و طرفین موافقت می‌کنند که در صورت وقوع اختلافات، این اختلافات را به صورت داوری حل کنند. بنابراین، در ضمانت نامه های بانکی، داور معمولاً به عنوان داوری برای حل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، اما این داور معمولاً مستقل از داور قرارداد پایه است که در قرارداد اصلی توافق شده است.

همچنین رای داوری در ضمانت نامه ای که ذینفع در آن حضور ندارد، قابل اجرا است و اگر طرفین در ضمانت نامه به شرایط داوری موافقت کرده باشند و داوری به عنوان روش حل اختلافات در ضمانت نامه تعیین شده باشد، رای داوری باید اجرا شود. داوری به عنوان یک روش جایگزین برای حل اختلافات، قدرت قضایی دارد. به هر حال، برای اجرای رای داوری در ضمانت نامه، باید مقررات مربوط به داوری در جریان اجرای رای داوری رعایت شود. بنابراین، اگر طرفین در ضمانت نامه به شرایط داوری موافقت کرده باشند و رای داوری صادر شده باشد، این رای قابل اجرا است و طرفین ملزم به اجرای آن هستند چه ذینفع در آن حضور داشته باشد یا نداشته باشد.

و همچنین حق اعتراض ثالث در داوری ضمانت نامه های بانکی به معنای حق طرف ثالث (عموماً بانک) است که در صورتی که یکی از طرفین (مثلاً ضامن یا متقاضی) به تصمیم داوران اعتراض کند، این طرف ثالث (بانک) حق داشته باشد که در داوری شرکت کند و نظر خود را درباره اعتراض

فقط درباره‌ی طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است. 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 ضمانت نامه توسط ذینفع فاقد اثر می باشد اما بی فایده نیست. بانک ضامن که شهرت تجاری و میزان تعهد به قراردادهایش در کارکرد آن نقش دارد مایل نیست تعهدات مربوط به پرداخت وجه ضمانت نامه 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 زبان ناشی از اجرای تعهد خود را جبران کند، پس از پرداخت فوراً مبلغ مذکور را از حساب ضمانت خواه کسر خواهد نمود. در عمل ضمانت خواه با مشکلات متعددی برای استرداد وجه پرداخت شده به ذینفع مواجه می شود. ذینفعی که نسبت به درخواست وجه ضمانت نامه اقدام کرده در جایگاه خواننده قرار دارد و بنابراین این ضمانت خواه (خواهان) است که ملزم به ارائه دلیل است. در همین جا متذکر می گردد این یکی از کارکردهای ضمانت نامه بانکی است که جایگاه خواهان و خواننده را دگرگون می سازد (محبی، ۱۳۸۴، ۲۴۳)؛ از آنجا که ذینفع ضمانت نامه در اغلب اوقات خارجی است ضمانت خواه باید به دادگاه های صلاحیت دار کشور محل اقامت ذینفع - خواننده - مراجعه کند. مفاد شرط داوری علی الاصول به گونه ای است که فراخوانی ذینفع خارجی را تسهیل و تسریع می سازد و می تواند به عنوان ابزاری جهت متعادل ساختن یا به اعتقاد ما - که در اکثر موارد ذینفع ضمانت نامه ها هستیم - تقلیل اثر ضمانت نامه بانکی به کار رود. (کریمی و پرتو، ۱۴۰۲، ۹۸).

می تواند از ضمانت نامه استفاده کند و مبلغ مشخص شده در ضمانت نامه را از بانک دریافت کند.

گفتنی است که ضمانت نامه های بانکی که ذینفع در آن حضور ندارد یا ضمانت نامه های بدون حضور معمولاً در مواردی استفاده می شوند که ذینفع قادر به ارائه تضمین مالی یا ارزش قابل قبول برای بانک نباشد. به عنوان مثال، در صورتی که ذینفع یک شرکت جدید یا یک شرکت با سابقه مالی ضعیف باشد، بانک ممکن است از ضمانت نامه بدون حضور استفاده کند تا اطمینان حاصل کند که در صورت عدم انجام تعهدات ذینفع، مبلغ مشخص شده توسط بانک تأمین خواهد شد.

داوری در ضمانت نامه های بانکی که ذینفع در آن حضور ندارد، می تواند موثر در حقوق ذینفع باشد اما برای اینکه داوری موثر باشد، باید شرایط داوری در ضمانت نامه مشخص شده و طرفین (بانک و ذینفع) باید به آن موافقت کنند. داوری به عنوان یک روش جایگزین برای حل اختلافات، می تواند به طرفین کمک کند تا به صورت مستقل و خارج از دادگاه های قضایی، اختلافات خود را حل کنند. در صورتی که ضمانت نامه شامل شرایط داوری باشد و طرفین به آن موافقت کرده باشند، اختلافاتی که بین طرفین در مورد ضمانت نامه بوجود آید، باید به صورت داوری حل و فصل شود.

۳-۵. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه

های بانکی به داوری

به نظر ما عدم امکان استناد به امکان ارجاع به داوری بیش از آنکه به استقلال ضمانت نامه مربوط باشد از ماهیت شرط داوری و اصل نسبی بودن قراردادهای ناشی می گردد. در همین خصوص ماده ی ۲۳۱ قانون مدنی ضمن تبیین اصل کلی نسبی بودن اثر قراردادهای اشعار می دارد "معاملات و عقود

۵-۳-۱. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داوری توسط دو طرف داوری

از آنجا که در معاملات بین المللی، ضمانت نامه اصلی میان ذینفع و بانک ضامن داخلی منعقد می شود، و برخلاف ضمانت نامه متقابل بحث تعارض قوانین در مورد آن پیش نمی آید، لزوم چندانی به ذکر شرط داوری در آن احساس نمی شود. به علاوه، بررسی شرط داوری در ضمانت نامه متقابل که مسائل پیچیده تری را مطرح می سازد جوانب مذکور در ضمانت نامه اصلی را نیز در بر می گیرد. بنابراین آنچه که در اینجا بررسی می شود بیشتر معطوف به ضمانت نامه متقابل است.

به هر صورت سوال مطروحه بررسی تأثیر امکان ارجاع به داوری و شرط داوری در استقلال ضمانت نامه است. هدف غایی ذکر شرط داوری برای طرفین امضا کننده قرارداد داوری حل و فصل دعاوی احتمالی مربوط به اجرای ضمانت نامه متقابل است، بدین صورت که در ضمانت نامه متقابل شرط می شود چنانچه ضامن متقابل در اجرای تعهدات خود کوتاهی کند موضوع به داوری ارجاع شود. چنین شرطی بی شک معتبر بوده و می تواند در مواقع لزوم مفید و موثر باشد. در واقع، عمده دلایل کاربردی نبودن چنین شرطی را باید در دو مطلب جستجو نمود:

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

از منظر رویه قضایی، در کشور ما دادگاه ها بدون توجه به اصل استقلال ضمانت نامه از قرارداد پایه با احراز شرایط مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به صدور دستور موقت اقدام می ورزند (مسعودی ۱۳۸۳، ۱۲۳-۱۳۲)، که البته این رویه به درستی مورد انتقاد صاحب نظران 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 ضمانت نامه اصلی نسبت به ضمانت نامه متقابل - صرف اثبات سوء استفاده آشکار از حق ذینفع برای مسدود کردن پرداخت وجه ضمانت نامه کافی نمی باشد. بلکه در این گونه موارد لازم است بین ذینفع و ضامن اول تبانی فریب کارانه وجود داشته باشد و این همان مسأله‌ای است که عدم پرداخت وجه ضمانت نامه متقابل را مشکل تر از امکان عدم پرداخت ضمانت نامه اصلی می سازد. البته رویه‌ی قضایی در تبیین این الزام روشن ساخته یا به عبارت صحیح تر تغییر رویه داده که اطلاع ضامن اول از آشکارا ناروا بودن درخواست پرداخت توسط ذینفع نیز کافی است.

رویه قضایی ایران در این مورد روشن نیست ولی به نظر می رسد عملکرد دادگاه های ایران با آنچه که در حقوق فرانسه می گذرد تفاوت داشته و استقلال و جدایی ضمانت نامه متقابل از ضمانت نامه پایه پذیرفته نشده است (مسعودی، ۱۳۸۳، ۸۹-۹۱؛ بازگیر، ۱۳۸۱، ۸۷-۷۵)، که البته این امر کارایی شرط داوری مذکور را افزایش داده و در صورت عدم پرداخت ضمانت نامه توسط ضامن متقابل، ضامن اصلی می تواند به استناد شرط داوری فی مابین، 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

حکم داوری بر ضمانت نامه در دو فرض مزبور بررسی می شود.

۵-۳-۲. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت

نامه‌های بانکی به داوری نسبت به بانک

هرچند ضمانتنامه بانکی به درخواست مضمون عنه و در چارچوب 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 ضمانتنامه تضمین و تأمین 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 ضمانتنامه این پیوند را قطع می کند. به عبارت دیگر، تعهد ناشی از ضمانت در وضع اولیه خود و علی الاصول یک تعهد ثانوی و وابسته است، بدین معنی که اگر مضمون عنه تعهد اولیه مندرج در قرارداد را انجام ندهد، تعهد ضامن الزم الاداء می شود و می توان به او رجوع کرد. اما هیچ اشکالی ندارد که طرفین با قید « شرط بالشرط» ضمانت را به تعهد اولیه و مستقل مبدل کنند، بنحوی که قبل از احراز تخلف و قصور مضمون عنه نیز الزم الاجرا باشد. در حقوق ایران چنین شرطی نافذ و معتبر است، زیرا با اینکه خلاف اصل است اما خلاف مقتضای ذات ضمان نیست، همچنان که مسؤولیت تضامنی بانک ضامن با متعهد اصلی (مضمون عنه) نیز معتبر و نافذ است. قصد غایی از ضمانتنامه غیر مشروط آن است که ذی نفع بتواند فارغ از الزامات یا اختلافات ناشی از قرارداد، ادعای خود علیه مضمون عنه را براحتی به

تعهدات بر عهده گرفته شده برایشان اهمیت بالایی دارد، ضامن متقابل منفعتی در عدم پرداخت ضمانت نامه و درگیر شدن در فرآیند داوری ندارد. هر دو دلیل مذکور در ضمانت نامه اصلی با شدت کمتری یافت می شود و بنابراین از آنجا که احتمال عدم پرداخت - به ویژه در حقوق ایران - بالاتر می رود، 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، به رغم آنکه ضمانت خواه نمی تواند به ایرادات ناشی از قرارداد پایه استناد کند، می تواند وارد روند داوری شود. ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران که مقرر می دارد "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، می تواند مادام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقت نامه 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 می گردد شرط اولیه ورود چنین ثالثی آن است که ابتدا فرآیند داوری آغاز شده باشد؛ امری که وقوع آن خاصه در ضمانت نامه متقابل - نادر است. (کریمی و پرتو، ۱۴۰۲، ۱۴۰۲، ۸۷).

آیا حکم داوری از پیش صادر شده در مورد قرارداد پایه می تواند روی ضمانت نامه اثر داشته باشد. برخی مواقع ممکن است پرداخت وجه ضمانت نامه به ارائه اسنادی از سوی ذینفع از جمله حکم داوری منوط شده باشد. با این وجود بیشتر ضمانت نامه ها مدرکی را مطالبه نمی نمایند و باید با اولین درخواست پرداخت نمودن بی اینکه نیازی به اثبات صحت درخواست پرداخت باشد. بر این اساس، اثر

مشکلات بوده است. به هر صورت، ممکن است در سند ضمانت‌نامه پیش بینی شده باشد که ذینفع باید به هنگام درخواست پرداخت وجه ضمانت نامه یک حکم داور مبنی بر ذیحقی وی در مطالبه وجه ضمانت نامه ارائه کند. علی‌الاصول حکم داور مورد بحث چیزی جز حکم داور مربوط به قرارداد پایه نخواهد بود. چنین حکم داور خصیصه اصلی ضمانت نامه‌های تبعی - همچون ضمان مقرر در قانون مدنی با قانون تجارت - را به ذهن می‌آورد که مغایر استقلال ضمانت نامه بانکی است. برای بررسی دقیق‌تر این وضعیت لازم است ویژگی و آثار ضمانت نامه در این حالت خاص بررسی شود.

۳-۴-۵. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به داور توسط سه طرف داور

یک ضمانت‌نامه‌ی بانکی قائم بر سه طرف است. نخست، مضمون عهده یا متقاضی ضمانت نامه؛ دوم، ضامن یا بانک ضمانت‌کننده؛ و سوم مضمون له یا ذی نفع ضمانت. در این قسمت حقوق و تعهدات طرفین ضمانت نامه‌ی بانکی را بررسی می‌کنیم.

۳-۵-۵. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به داور توسط بانک ضامن و مضمون عهده

مضمون عهده یا ضمانت خواه با مراجعه‌ی به بانک، تقاضای صدور ضمانت نامه به نفع ذی نفع می‌نماید. بانک با توجه به روابط قبلی با ضمانت خواه و نیز براساس ضوابط و مقررات، پس از اخذ وثایق معتبر و قابل قبول، ضمانت نامه صادر می‌کند. بنابراین ضمانت نامه به تقاضای ضمانت خواه صادر می‌شود و در صورت وجود شرایط پرداخت و خودداری بانک، متعهد اصلی نیز می‌تواند به لحاظ

اجرا گذارد و دریافت نماید. بنابراین، اصل استقلال ضمانت نامه به نفع مضمون له جاری می‌شود و ریسک آن به عهده بانک ضامن و از آنجا با مضمون عهده است. بطور کلی مضمون له برای وصول ادعاها یا خسارت خود در رابطه با قراردادی که با مضمون عهده دارد، با دو مخاطره یا ریسک مواجه است؛ ابتدا باید ادعاهای خود را که ریشه قراردادی دارد نزد مرجع صالح اثبات نماید و سپس برای وصول آن به مضمون عهده مراجعه نماید و آن را به اجرا گذارد (کریمی و پرتو، ۱۴۰۲، ۱۱۷).

۳-۳-۵. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت نامه‌های بانکی به داور نسبت به مضمون عهده و مضمون له

به عقیده ضمانت خواه، استقلال ضمانت نامه بانکی احتمال سوء استفاده از حق توسط ذینفع و درخواست ناروای پرداخت وجه ضمانت نامه را افزایش می‌دهد. به گونه‌ای که می‌توان گفت شرط داور 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 ضمانت نامه را به اثبات تخلف ضمانت خواه در قرارداد پایه مشروط نموده بود، که بر اساس آن پرداخت وجه ضمانت نامه حسن انجام کار با ضمانت نامه استرداد پیش پرداخت به رأی دادگاه با داور مبنی بر قبول مطالبه یا تأیید کتبی ضمانت خواه 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 ضمانت نامه‌های مورد نظر مقررات مذکور عنوان "ضمانت نامه اسنادی" داده شده است (Poulet, 1979, 394)، در حالی که خلق این سند تجاری به منظور حل همین

۵-۳-۷. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به داوری توسط مضمون‌له و مضمون‌عنه

مضمون‌عنه به موجب ضمانت نامه، دین جدیدی در برابر مضمون‌له پیدا نمی‌کند تا در صورت استنکاف بانک از پرداخت، ذی نفع بتواند مبلغ ضمانت نامه را او مطالبه کند؛ گرچه گاه این حق برای او متصور است که بر مبنای قرارداد پایه و به استناد تخلف از آن، علیه متعهد اصلی طرح دعوی کند. متعهد اصلی نیز نمی‌تواند پس از صدور ضمانت نامه، ذی نفع آن را تغییر دهد یا مفاد و شرایط آن را عوض کند یا به بانک دستور عدم پرداخت دهد، ولی در صورتی که ذی نفع وجه ضمانت نامه را بدون حق دریافت کند یا در دریافت وجه ضمانت نامه مرتکب تقلب عمده و اساسی شود، می‌تواند آن را مسترد سازد. در حقوق ایران براساس ماده‌ی ۳۰۱ قانون مدنی و از باب قاعده‌ی منع دارا شدن ناعدالانه ۳ قابل توجیه است. مطابق این ماده: کسی که عمداً یا اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند (قلی پور، ۱۳۹۶، ۸).

نتیجه‌گیری

داور قرارداد پایه، جایی مطرح می‌شود که طرفین در قرارداد اصلی خود توافق کرده‌اند که در صورت وقوع اختلافات، این اختلافات را به صورت داوری حل کنند. به نظر می‌رسد که در ضمانت‌نامه‌های بانکی، داور معمولاً به عنوان داوری برای حل اختلافات در نظر گرفته می‌شود، اما این داور معمولاً مستقل از داور قرارداد پایه است که در قرارداد اصلی توافق شده است. همچنین رای داوری در ضمانت نامه ای که ذینفع در آن حضور ندارد، قابل اجرا است و اگر طرفین در ضمانت نامه به شرایط داوری موافقت کرده باشند و داوری به عنوان روش حل اختلافات در ضمانت نامه تعیین شده باشد، رای داوری باید اجرا شود. داوری به عنوان یک روش جایگزین برای حل اختلافات، از قدرت قضایی برخوردار است. بنابراین، اگر داور یا تیم داوران در فرآیند داوری به

نفعی که در اجرای آن دارد، مانند جلوگیری از توقیف سایر اموال خود، الزام بانک را به پرداخت وجه ضمانت نامه خواستار شود. بانک نیز پس از پرداخت وجه ضمانت نامه، مطابق با قرارداد خود با متعهد اصلی، می‌تواند برای وصول آنچه پرداخته، به اصیل رجوع کند و اگر او از بازپرداخت این مبلغ خودداری ورزد، بانک می‌تواند آن را از محل وثایقی که در هنگام صدور ضمانت نامه از متعهد اصلی اخذ کرده، استیفاء نماید (غمامی، ۱۳۷۸، ۱۳۰). در عرف تجارت بین الملل، رابطه‌ی حقوقی بانک ضامن و ضمانت خواه را طبق قواعد حاکم بر عقد وکالت تبیین می‌کنند. برای نمونه در نظام حقوقی کشورهای هلند، آلمان، انگلیس و فرانسه این رابطه، وکالت است.

۵-۳-۶. آثار ارجاع دعاوی ناشی از ضمانت‌نامه‌های بانکی به داوری توسط ضامن و مضمون‌له

در ضمانت‌نامه‌های بانکی، بین بانک ضامن و مضمون‌له قراردادی منعقد نمی‌شود، اما مضمون‌له می‌تواند با رعایت شرایط ضمانت نامه، مبلغ آن را از بانک مطالبه کند و الزام او به انجام تعهد را خواستار شود. با این وجود، حق او محدود به اجبار بانک به انجام تعهد است و توان فسخ قرارداد میان بانک و متعهد اصلی را ندارد. بر رابطه‌ی ضامن و مضمون‌له اصل استقلال ضمانت نامه‌ی بانکی از قرارداد پایه حاکم است و لذا بانک نمی‌تواند بنا به دلایلی که نشأت گرفته از قرارداد پایه است، از پرداخت وجه ضمانت نامه استنکاف ورزد. در صورت حصول شرایط مقرر در ضمانت نامه و رعایت مفاد مندرج در آن، به محض مطالبه از سوی مضمون‌له، وجه باید به نفع او کارسازی شود (مسعودی، ۱۳۹۱، ۱۵۵).

تصمیمی رسیده و رای داوری صادر شده باشد، طرفین ملزم به اجرای آن رای هستند. به هر حال، برای اجرای رأی داوری در ضمانت نامه، باید شرایط داوری در ضمانت نامه مشخص شده و طرفین باید با آن موافقت کنند. همچنین، بایستی قوانین و مقررات مربوط به داوری در جریان اجرای رای داوری رعایت شود. بنابراین، اگر طرفین در ضمانت نامه به شرایط داوری موافقت کرده باشند و رای داوری صادر شده باشد، این رای قابل اجرا است و طرفین به اجرای آن ملزم هستند، چه ذینفع حضور داشته باشد یا خیر. حق اعتراض ثالث در داوری ضمانت نامه‌های بانکی تأثیر گذار است و می‌تواند بر بسیاری از جنبه‌ها تأثیر مثبت داشته باشد و دیگر اینکه استقلال ضمانت نامه‌های بانکی جزو قوانین موجود حق نیست. استقلال در ضمانت نامه‌های بانکی بیشتر به عنوان یک اصل و مفهوم عمومی در داوری و قوانین داوری مورد تأیید قرار می‌گیرد. این اصل به طرفین اجازه می‌دهد تا به صورت مستقل و بدون تأثیر خارجی از طرف سوم، اختلافات خود را در داوری حل کنند. همچنین استقلال ضمانت نامه‌های بانکی جزو قوانین موجود حق نیست. استقلال در ضمانت نامه‌های بانکی بیشتر به عنوان یک اصل و مفهوم عمومی در داوری و قوانین داوری مورد تأیید قرار می‌گیرد. این اصل به طرفین اجازه می‌دهد تا به صورت مستقل و بدون تأثیر خارجی از طرف سوم، اختلافات خود را در داوری حل کنند. به عبارت دیگر، استقلال در ضمانت نامه‌های بانکی بیشتر به عنوان یک اصل عدالت و انصاف در داوری مورد تأیید قرار می‌گیرد. این اصل به طرفین اطمینان می‌دهد که تصمیمات داوران بر اساس دانش و تجربه صحیح و قابل قبول است و به عدالت و انصاف رسیدگی می‌کنند. بنابراین، استقلال ضمانت نامه‌های بانکی بیشتر به عنوان یک اصل و مفهوم در داوری مورد تأیید قرار می‌گیرد و نه به عنوان یک قانون موجد حق. اما در بسیاری از قوانین داوری و قوانین مربوط به ضمانت نامه‌های بانکی، این اصل به صورت صریح یا ضمنی تأیید شده است.

۷. مشارکت نویسندگان

در انجام تحقیق حاضر، تمامی نویسندگان به طور یکسان مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

نویسندگان هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده‌اند.

منابع

فارسی

- بازگیر، یدالله، منتخب آراء دیوان عالی کشور در قراردادهای، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱.
- جنیدی، لعیا. نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- سلطانی، محمد، رابطه داوری و ضمانت نامه بانکی بین المللی در حقوق ایران و فرانسه حقوق، نشریه مطالعات حقوق خصوصی، سال سی و هفتم - شماره ۳، صفحات ۱۵۵-۱۷۸، ۱۳۸۶.
- شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی، ج سوم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۴.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، بررسی مفاد مشترک ضمانت نامه‌های بانکی مورد استفاده در تجارت بین‌الملل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۹۲، ۱۳۸۲.
- فتحی‌پور، علی، ضمانت در معاملات بین المللی، مجله حقوقی، ش ۱۳، ۱۳۶۹.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهس برنا، ۱۳۷۹.
- کاکاوند، محمد، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، چاپ سوم، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش تهران، ۱۳۹۰.
- کریمی، عباس، داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۳۶، ۱۳۹۱.
- کریمی، عباس؛ پرتو، علیرضا، حقوق داوری داخلی، چاپ نهم، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۴۰۲.
- محبی، محسن، حل و فصل دعاوی ضمانت نامه‌های بانکی بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوقی، ش ۷، ۱۳۸۴.
- مسعودی، علیرضا، ضمانت نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، موسسه مطالعات و از ریش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۳.

لاتین

- B. Leurent, Garanties bancaires et arbitrage. RDAI/IBLJ, n°3, 1990.
- Y. Poulet, les garanties contractuelles dans le commerce international, DPCI, 1979.

