



## The Nature of Bank Guarantees in Iranian Judicial Practice and Imami Jurisprudence

Abbas Ghovati<sup>1</sup>, Arezoo Malekshah<sup>2\*</sup>, Ahmad Ommi<sup>3</sup>

1. PhD Student, Department of Private Law, Kish International Branch, Islamic Azad University, Kish, Iran.
2. Department of Law, ST.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran.
3. Department of Law, ST.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:93-110

Article history:

Received: 05 May 2025

Edition: 27 Jun 2025

Accepted: 14 Sep 2025

Published online: 27 Sep 2025

Keywords:

Bank Guarantee; Commercial Documents; Imami Jurisprudence; Guarantee Contract .

Corresponding Author:

Arezoo Malekshah

Address:

Iran, Tehran, University of Tehran, Islamic Azad University, ST.C, Department of Law.

Orchid Code:

0000-0001-5115-1587

Tel:

09125901344

Email:

a.malekshah@iau.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Bank guarantees are one of the most widely used commercial documents in domestic and international transactions and exchanges. The purpose of this study is to explain the nature of these documents within the framework of Iranian judicial practice and Imami jurisprudence.

**Materials and Methods:** This research is theoretical and its method is descriptive-analytic. Information was collected through library research and by examining Iranian jurisprudential theories and judicial opinions.

**Ethical Considerations:** In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

**Findings:** Despite the fact that bank guarantees are considered new documents in the field of commercial law, considering the obligations arising from them, the nature of these documents can be likened to traditional institutions of Imami jurisprudence such as guarantee contracts, power of attorney contracts, etc. In fact, in Imami jurisprudence, the dominant tendency is to consider these documents as collateral, but judicial practice in most cases is based on Article 10 of the Civil Code.

**Conclusion:** Judicial practice in citing the principle of independence of guarantees has deviated from traditional jurisprudential frameworks and the dominant approach is to consider bank guarantees as a special legal entity. The reason for this is the special effects of bank guarantees, such as the obligation to make immediate payment without the need for prior reference to the obligor, and the unwillingness of judges to consider these effects as exceptions.

Cite this article as:

Ghovati,A; Malekshah, A; Ommi, A. *The Nature of Bank Guarantees in Iranian Judicial Practice and Imami Jurisprudence*. Economic Jurisprudence Studies. 2025.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره هفتم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۴

### ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه قضایی ایران و فقه امامیه

عباس قوتی<sup>۱</sup>، آرزو ملک‌شاه<sup>۲\*</sup>، احمد امی<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد بین‌المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران.

۲. گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

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

#### چکیده

**زمینه و هدف:** ضمانت‌نامه‌های بانکی یکی از اسناد تجاری پرکاربرد در معاملات و مبادلات داخلی و بین‌المللی محسوب می‌شوند. هدف از پژوهش حاضر تبیین ماهیت اسناد مزبور در چارچوب رویه قضایی ایران و فقه امامیه می‌باشد.

**مواد و روش‌ها:** این تحقیق از نوع نظری و روش آن به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد. جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای و با بررسی نظریات فقهی و آرای قضایی ایران صورت گرفته است.

**ملاحظات اخلاقی:** در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** ضمانت‌نامه‌های بانکی علی‌رغم این‌که اسنادی جدید در حوزه حقوق تجارت محسوب می‌شوند، اما با در نظر گرفتن تعهدات ناشی از آن‌ها، می‌توان ماهیت این اسناد را به نهادهای سنتی فقه امامیه مانند عقد ضمان، عقد وکالت و ... تشبیه نمود. در واقع، در فقه امامیه گرایش غالب، ضمان قلمداد نمودن این اسناد است، اما رویه قضایی در اغلب موارد ماده ۱۰ قانون مدنی را مبنا قرار می‌دهد.

**نتیجه:** رویه قضایی در استناد به اصل استقلال ضمانت‌نامه‌ها از قالب‌های سنتی فقهی فاصله گرفته و رویکرد غالب، تلقی ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان نهاد حقوقی خاص می‌باشد. دلیل این امر آثار خاص ضمانت‌نامه‌های بانکی مانند الزام به تأدیه فوری بدون نیاز به مراجعه قبلی به متعهد و عدم تمایل قضاوت به استثناء قلمداد نمودن آثار مزبور می‌باشد.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۹۳-۱۱۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۴/۰۴/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۷/۰۵

#### واژگان کلیدی:

ضمانت‌نامه بانکی؛ اسناد تجاری؛ فقه امامیه؛ عقد ضمان.

#### نویسنده مسئول:

آرزو ملک‌شاه

آدرس پستی:

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

تلفن:

09125901344

کد ارکید:

0000-0001-5115-1587

پست الکترونیک:

a.malekshah@iau.ac.ir

## ۱. مقدمه

حقوق، مجموعه‌ای از هنجارها می‌باشد که هدف آن‌ها تنظیم روابط میان تابعان است. برای تنظیم روابط میان تابعان باید هنجارهای حقوقی دارای دقت و شفافیت بالایی باشند. مع‌الوصف در فرآیند طراحی و تصویب هنجارهای حقوقی، امکان پیش‌بینی همه موضوعات وجود ندارد؛ در نتیجه، در اغلب موارد در فضای عملی خلاءهای قانونی و مقرراتی مشاهده می‌گردد. دادرسان و حقوقدانان برای رفع خلاءهای مزبور لازم است که اقدام به تفسیر قوانین و مقررات نمایند. در چارچوب مکاتب تفسیری، یکی از موضوعات مهم، توجه به ماهیت مفاهیم و عناوین حقوقی می‌باشد. به تعبیری، تعیین ماهیت مفاهیم حقوقی یکی از مهم‌ترین مسائل در تفسیر قوانین و مقررات محسوب می‌گردد. با گذشت زمان و ورود متغیرهای مختلف به فضای روابط میان تابعان حقوق، ابزارهای جدیدی نیز برای تنظیم روابط مزبور طراحی و ارائه می‌شوند. حقوق تجارت و ابزارهای بانکی یکی از حوزه‌های خاصی می‌باشند که با گسترش تجارت و ابزارهای تجاری با در نظر گرفتن نیازها و ریسک‌های تجاری به ارائه ابزارهای جدید می‌پردازند. ضمانت‌نامه‌های بانکی یکی از ابزارهای تضمینی است که ابتدا در فضای حقوق تجارت بین‌الملل شکل گرفت و سپس کاربردهای متنوعی در حقوق معاملات پیدا کرد. پرسشی که پژوهش حاضر به دنبال پاسخ به آن می‌باشد این است که، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در رویه قضایی و فقه امامیه چیست؟

فرضیه‌ای که در پاسخ به این پرسش مورد ارزیابی قرار می‌گیرد این است که، رویه قضایی در مواجهه با ضمانت‌نامه‌های بانکی از قالب‌های سنتی فقهی فاصله گرفته و تمایل به سمت تلقی ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان نهاد حقوقی خاص پیدا کرده است. دلیل این امر آثار خاص ضمانت‌نامه‌های بانکی مانند الزام به تأدیه فوری بدون نیاز به مراجعه قبلی به متعهد و عدم تمایل قضات به استثناء قلمداد نمودن آثار مزبور می‌باشد.

اغلب مقررات راجع به ضمانت‌نامه‌های بانکی مربوط به مقررات و رویه‌های بانکی و نیز مقررات حقوق تجارت بین‌الملل می‌باشد. در نتیجه در ارتباط با ماهیت این اسناد در چارچوب مقررات داخلی، دادرسان و حقوقدانان با سکوت مقررات مواجه هستند. در ارتباط با ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی به صورت کلی و با تمرکز بر نظرات نویسندگان حقوقی، پژوهش‌های محدودی صورت گرفته است که در همین راستا می‌توان به مقاله شهبازی‌نیا تحت عنوان «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی» اشاره داشت. از نظر نویسنده، «ضمانت‌نامه بانکی و ضمان عقدی از این جهت که هر دو مضمون‌له (ذینفع) را در مقابل عدم اجرای قرارداد پایه از سوی مضمون‌عنه (ضمانت‌خواه) حمایت می‌کنند، دارای خصوصیتی مشترک هستند. ضمانت‌نامه بانکی متفاوت از ضمانت عقدی است و باید آن را قراردادی غیرمعین به حساب آورد که طرفین آن بانک و

بدان اشاره شده بهتر از سایر دیدگاه‌ها احکام این نهاد را توجیه میکند. «التزام به تأدیه»، ضمان به معنی مصطلح نیست. در عقد ضمان، ذمه ضامن به پرداخت دین مشغول و به تبع اشتغال ذمه، به پرداخت دین ملزم می‌گردد. اما در التزام به پرداخت، متعهد بدون آنکه دین را به ذمه خود منتقل سازد، در برابر طلبکار، ملتزم به پرداخت آن می‌شود. به نظر می‌رسد آنچه در ضمانتنامه روی می‌دهد با این نهاد بیشترین سازگاری را دارد. چراکه در ضمانتنامه بانکی نیز بانک ضامن، بدون پذیرش دین به ذمه، ملتزم به پرداخت می‌شود. ذینفع ضمانتنامه هر چند حق مراجعه به ضامن را دارد اما نه از آن جهت که دین بر ذمه او قرار گرفته بلکه از آن جهت که شرط فعلیت التزام او محقق گشته است.» همان‌طور که مشاهده می‌شود، تمرکز اغلب پژوهش‌های موجود بر شناسایی حقوقی و فقهی ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد، اما تمرکز پژوهش حاضر بر شناسایی ماهیت ضمانت‌نامه بانکی از منظر فقه امامیه و رویه قضایی می‌باشد و همین امر جنبه نوآوری و جدید بودن پژوهش محسوب می‌گردد.

## ۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری و روش آن به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد. جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای و با بررسی نظریات فقهی و آرای قضایی ایران صورت گرفته است.

ذینفع هستند. در حقوق ایران این قرارداد را می‌توان از نوع قراردادهای خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی به حساب آورد.»

همچنین مقاله مسعودی تحت عنوان «ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه‌های بانکی در ایران» حائز اهمیت می‌باشد. از نظر نویسنده، «ضمانت‌نامه بانکی سندی است که توسط بانک صادر می‌گردد و بانک به موجب آن در مقابل ذی نفع تعهداتی را بر عهده می‌گیرد. در حقوق ایران مسأله‌ای که همواره مورد بحث بوده و می‌باشد، رژیم حقوقی حاکم بر ضمانت‌نامه‌های بانکی و اینکه چه قوانین و مقرراتی بر آن‌ها حکمفرما می‌باشد. آیا تابع مقررات عقد ضمان است یا اینکه مقررات خاص دیگری در مورد آن‌ها اجرا می‌شود. این مقاله به بررسی این موضوع و تجزیه و تحلیل نظریات گوناگون و نهایتاً نتیجه‌گیری در این خصوص می‌پردازد.»

مقاله الشریف و همکاران تحت عنوان «بررسی تطبیقی ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در پرتو اصل استقلال» نیز قابل اشاره می‌باشد. از نظر نویسندگان، «از ابزارهای مهم مالی در دنیای امروز تجارت، ضمانتنامه بانکی است. در ضمانت‌نامه، بانک به موجب یک تعهد برگشت ناپذیر متعهد به پرداخت هر مبلغی تا حداکثر میزانی که در ضمانتنامه ذکر شده در مقابل «ارائه مطالبه مطابق» با شرایط ضمانتنامه می‌گردد. در خصوص ماهیت ضمانتنامه بانکی نظریات گوناگونی مطرح شده است. به نظر می‌رسد نهاد فقهی «التزام به تأدیه» که در قانون مدنی نیز

### ۳. ملاحظات اخلاقی

در مراحل مختلف نگارش این مقاله، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

### ۴. یافته‌ها

یافته‌ها حاکی از آن است که ضمانت‌نامه‌های بانکی علی‌رغم این‌که اسنادی جدید در حوزه حقوق تجارت محسوب می‌شوند، اما با در نظر گرفتن تعهدات ناشی از آن‌ها، می‌توان ماهیت این اسناد را به نهادهای سنتی فقه امامیه مانند عقد ضمان و عقد وکالت تشبیه نمود. در میان فقها نیز چند رویکرد در ارتباط با ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی مطرح می‌باشد که عبارتند از: نظریه ضمان، نظریه عقد کفالت، نظریه تعهد به نفع ثالث یا تعهد تبعی، نظریه عقد وکالت، نظریه عقد مستقل. اما در مقابل، رویه قضایی در اغلب موارد ماده ۱۰ قانون مدنی را مبنا قرار می‌دهد.

### ۵. بحث

در این قسمت ابتدا به تبیین مفهوم ضمانت‌نامه بانکی پرداخته می‌شود.

#### ۵-۱. مفهوم ضمانت‌نامه بانکی

استفاده از ضمانت‌نامه بانکی به عنوان ابزار پرداخت در قراردادهای بیع بین‌المللی قبل از اعتبارات اسنادی کاملاً رایج بوده هرچند امروزه با توسل خریداران به گشایش اعتبارات اسنادی، استفاده از ابزار ضمانت‌نامه بانکی کم‌رنگ‌تر شده است. صادرکنندگان ضمانت‌نامه، فقط بانک‌ها نیستند، بلکه مؤسسات و شرکت‌های بیمه نیز ممکن است خدمات ضمانت‌نامه را ارائه نمایند

(Sanati, 2024, 248). در دیکشنری بلا لاو، از ضمانت بانکی به تعهد شخص سوم (بانک یا شرکت بیمه) مبنی بر تضمین قراردادهای پیمانکاری در قبال تقصیر و کوتاهی پیمانکار از انجام تعهد خود یا تضمین بر انجام به موقع قرارداد، یاد شده است (Aubin and others, 2016, 41). در تعریف دیگری که در میان نویسندگان حقوقی فرانسوی مشهور است نیز ضمانت‌نامه بانکی چنین تعریف شده است: ضمانت‌نامه مستقل، تعهد پرداخت مبلغ معینی وجه نقد است که در رابطه با یک قراردادی پایه و به عنوان تضمین اجرای آن داده می‌شود. این ضمانت‌نامه، یک تعهد مستقل از قرارداد موضوع تضمین را تشکیل می‌دهد و دارای این ویژگی است که ایرادات مربوط به قرارداد پایه، نسبت به این تعهد قابل استناد نیست (Jones, 2021, 112). در مقررات متحدالشکل ضمانت‌نامه‌های بانکی عندالمطالبه (موسوم به URDG 758) اتاق بازرگانی بین‌المللی که در سال ۲۰۱۱ تجدیدنظر شده است، ضمانت‌نامه بانکی یا ضمانت‌نامه عندالمطالبه یکی تلقی شده و در تعریف آن چنین مقرر شده است: هر تعهد امضاء شده‌ای است - به هر نام خوانده یا توصیف شود - که متضمن تعهد به پرداخت در صورت ارائه مدارک با شرایط ضمانت‌نامه باشد و منظور از (مدرک) به معنی هر گونه سابقه امضاء شده یا امضاء نشده از اطلاعات است که به صورت کاغذی یا الکترونیک باشد، به نحوی که دریافت کننده بتواند آن را به صورت عینی و ملموس باز

دانسته‌اند، باور دارند که ضمان مشتق از ضم و به معنی ضم ذمه به ذمه است. فقهای امامیه و اهل سنت در عقد و ایقاع بودن ضمان و در نتیجه ماهیت عقدی یا ایقاعی ضمانت‌نامه‌های بانکی اختلاف نظر قابل توجهی دارند که در ادامه به اختصار مورد اشاره قرار خواهند گرفت.

### ۵-۲-۱-۱. عقد بودن ضمان

در واقع در این نظر، دارایی مضمون‌له با ضمان از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و این به منزله تصرف در دارایی مضمون‌له است و نیاز به قبول وی دارد و این امر به یقین نشانه‌ی عقد بودن ضمان است (بهزادی، ۱۴۰۰، ۲۹). از میان طرفداران نظریه عقد بودن ضمانت‌نامه‌های بانکی برخی معنای عام ضمان (مسعودی، ۱۳۹۷، ۵۲-۵۳) و برخی دیگر به معنای خاص آن نظر دارند (کاشانی، ۱۳۷۷، ۳۲). بنابراین در تحقق خود نیازی به قبول مضمون‌له ندارد اما، اثر حقوقی آن متوقف بر رضای مضمون‌له است؛ زیرا ضمان وفای به دین است که با ایجاب ضامن اتفاق می‌افتد و نیازی به قبول مضمون‌له نیست، منتهی چون افراد از جهت خوش حساب بودن متفاوت‌اند رضای مضمون‌له به ایجاب ضامن نفوذ حقوقی می‌دهد (قربانیان، ۱۴۰۲، ۱۱).

### ۵-۲-۱-۲. ایقاع بودن ضمان

در چارچوب این رویکرد، ضمان ایقاع است بدون اینکه رضای مضمون‌له شرط باشد؛ زیرا در اثر ضمان، ملک جدیدی برای مضمون‌له پدید نمی‌آید که نیاز به قبول وی باشد، بلکه ضمان در حکم دادن وثیقه است که به سود طلبکار پدید

تولید نماید و در این مقررات مدرک شامل (مطالبه وجه) و (اعلام تخلف) نیز می‌باشد.

بدین ترتیب ملاحظه می‌گردد در ضمانت‌نامه سه طرف به ایفای نقش می‌پردازند، بدهکار یا متعهد اصلی که از بانک تقاضای صدور ضمانت‌نامه مطلق و یا مشروط نموده است، بانک ضامن، که حسب تقاضای مدیون مبادرت به صدور ضمانت‌نامه نموده است و طلبکار که ذینفع ضمانت‌نامه می‌باشد که با حصول و جمع شرایط مندرج در ضمانت‌نامه و یا صرف درخواست از بانک حسب مورد - با توجه به متن ضمانت‌نامه - استحقاق دریافت و مطالبه وجه آن را از بانک دارد (Bertrams, 2013, 36). لازم به ذکر است که، معمولاً صدور ضمانت‌نامه، مسبوق به وجود قرارداد منعقد فی ما بین متعهد و متعهد له بدهکار و طلبکار می‌باشد که از آن به قرارداد پایه و یا اصلی یاد می‌شود و ضمانت‌نامه در راستای تضمین اجرای تعهدات ناشی از آن قرارداد صادر می‌گردد.

### ۵-۲. رویکرد فقهی به ضمانت‌نامه‌های بانکی

در خصوص ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان نهاد نوپا و مستحدث، دیدگاه‌های متفاوتی از سوی فقها مطرح شده است که در ادامه به تبیین آن‌ها پرداخته خواهد شد.

### ۵-۲-۱. نظریه ضمان

عده‌ای از فقیهان امامیه و اهل سنت ضمانت‌نامه‌های بانکی را از نوع ضمان می‌دانند. فقیهان اهل سنت بر خلاف فقهای شیعه که ضمان را مشتق از ضمن و نقل ذمه به ذمه

ایشان است. حسین حلی هم ضمانت‌نامه را کفالت اصطلاحی فقه یعنی تعهد به احضار کردن شخص می‌داند، در حالی که بانک مکلف به پرداخت مبلغ ضمانت‌نامه آن هم در صورت تحقق شرایط ضمانت‌نامه است (کاشانی، ۱۳۷۷، ۲۱). مع‌الوصف، به نظر می‌رسد که محدودیت‌های عقد کفالت متناسب با ضرورت‌های بخش تجارت یعنی سرعت مبادلات نمی‌باشد.

### ۵-۲-۳. نظریه تعهد به نفع ثالث یا

#### تعهد تبعی

از مجموع نظرات ابرازی در ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی تحت عنوان نظریه تعهد به نفع ثالث یا تعهد تبعی درمی‌یابیم که این دسته از فقها ضمانت‌نامه بانکی را نوعی تعهد به ادای دین و یا شرط می‌دانند و ضمان در اسناد ضمانتی به معنای ضمان مالی است و نه ضمان و کفالت اصطلاحی که تعهد به حاضر کردن مکفول یا انتقال دین از ذمه شخصی به شخص دیگر یا انضمام دین از ذمه فردی به ذمه دیگری است؛ بلکه تعهد به ادای دین است و یا شرطی است که اگر بدهکار اصلی دین خود را نپرداخت و یا تعهد خود را انجام نداد، ضامن و کفیل متعهد به ادای آن می‌شود (درافشان و بختیاروند، ۱۳۹۸، ۳۵۰-۳۵۱). بنابراین مانعی برای بانک وجود ندارد که متعهد شود با این شرط که بانک ذمه خود را به اندازه ارزش وجه الضمان مشغول بداند که در صورت وفا نکردن به تعهدها از سوی پیمانکار و درخواست صادره وجه الضمان به وسیله کارفرما (ذینفع)، آن را در اختیار وی قرار دهد.

می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ۱۱۶). حاصل نظر ایقاع بودن ضمانت‌نامه بانکی این است که در صدور ضمانت‌نامه، بانک ضامن به صورت یکجانبه در برابر مضمون‌له پرداخت مبلغ معینی وجه نقد را از بابت موضوع خاصی به عهده می‌گیرد (پورمتین، ۱۴۰۱، ۲۱). در صدور ضمانت‌نامه قبول و رضای مضمون‌له شرط نیست و تعهد ضامن به تنهایی وی را ملتزم می‌کند (اخلاقی، ۱۳۶۸، ۱۶۳؛ شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۵، ۱۵۳).

### ۵-۲-۲. نظریه عقد کفالت

عده‌ای از فقیهان برخی از انواع ضمانت‌نامه‌های بانکی را از باب کفالت توجیه کرده‌اند. از جمله این فقیهان امام خمینی (ره) است که می‌نویسد: از کارهای بانک‌ها و موسسه‌های مانند آن، کفالت است، به این صورت که شخصی برای دیگری تعهد می‌کند کاری انجام دهد مانند ساختن پل و بانک و... برای شخص متعهد له به کفالت طرف، یعنی متعهد و ضامن وی تعهد می‌کند به اینکه اگر متعهد به آنچه تعهد کرده عمل نکند، مبلغی را از طرف وی بپردازد و کفیل از کسی که آن را کفالت کرده، در برابر کفالت کارمزد می‌خواهد (خمینی، ۱۴۰۷، ۳۴). ظاهر این کفالت که به تعهد ادای آن در وقتی که متعهد به تعهدش عمل نکند، بر می‌گردد، صحیح است و گرفتن کارمزد در برابر کفالت و کارهایی که انجام می‌دهد مانند ثبت کفالت جایز است (اباذری فومشی، ۱۳۸۶، ۱۳۲). آیت‌الله سید محمد صادق روحانی نیز ضمانت‌نامه‌های بانکی را نوعی کفالت به معنای اعم می‌دانند که در واقع ضمان مالی مورد نظر

**۵-۲-۴. نظریه عقد وکالت**

برخی ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را از طریق وکالت تبیین کرده‌اند. ضمانت‌نامه‌ها مانند اقرار به حق است از سوی مضمون‌عنه نسبت به حق مضمون‌له که یا ثابت شده یا ثابت خواهد شد. پس ضمانت‌نامه در حقیقت توکیل مضمون‌عنه در ادای حق مضمون‌له است (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۳، ۱۱۴-۱۱۵). فقیهان اهل سنت توکیل در اقرار را جایز می‌دانند (علی‌اکبری بابوکانی، ۱۳۹۷، ۹۳۳-۹۳۴). اما فقیهان امامیه کفالت و توکیل در اقرار را نمی‌پذیرند (میرزایی، ۱۴۰۲، ۸-۹)؛ پس در این نوع از اسناد نیز توکیل مضمون‌عنه در ادای حش پذیرفته نیست.

**۵-۲-۵. نظریه عقد مستقل**

عمده نویسندگان حقوقی تمایل دارند که ضمانت‌نامه‌های بانکی را در قالب عقدهای نامعین مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل و بررسی کنند. برخی نیز بر این باورند که اوضاع، احوال و مسائلی که ضمانت‌نامه‌های بانکی را احاطه کرده به گونه‌ای است که قابلیت گنجایش کامل آن را در ظروف و قالب‌های مرسوم نمی‌دهد؛ اما با توجه به وضع و وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی قابل بررسی بوده و بر این مبنا قابل تحلیل است (تقی‌زاده و شفیق اسکی، ۱۳۹۸، ۱۷-۱۸)؛ بنابراین ضمانت‌نامه‌های بانکی را نباید ضمان عقدی و اصطلاحی دانست؛ بلکه ضمان قراردادی است و مشمول ماده ۱۰ بوده که مخالفتی با نظم عمومی،

اخلاق حسنه، عقل و شرع ندارد، مضاف آنکه ضمانت‌نامه‌های بانکی به عنوان قرارداد تجاری و سند تعهد آور بانکی ویژگی‌ها، طبیعت و ماهیت خاص خود را دارد (الشریف و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۲۲). این نظریه، فراهم کردن مجال قانونگذاری برای استفاده و کاربرد این اسناد است؛ زیرا این اسناد را که محصول نظام نوین مالی هستند، از چارچوب‌های فقهی خارج می‌داند. در نتیجه دست را برای لحاظ تمام شرایط و قیدهای مربوط به دوره معاصر باز می‌گذارد. مزیت دیگر نظریه فوق اینست که با اصل استقلال ضمانت‌نامه بانکی از قرارداد پایه منطبق است. باید عنایت داشت که، در چارچوب نظرات فقها، در ارتباط با اصل آزادی قراردادها اختلاف نظر وجود دارد. به تعبیری، برخی از فقها تعداد عناوین عقود معین را بسیار بیشتر تعداد عناوین عقود معین در قانون مدنی برشمرده‌اند. در نتیجه، به واسطه وجود تعداد بسیار زیاد عناوین عقود و امکان طراحی شروط ضمن عقد، اصل حاکمیت اراده و وجود نهاد عقود غیرمعین را مورد پذیرش قرار نمی‌دهند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰، ج ۳، ۱۱۲-۱۱۳).

**۵-۳. رویکرد رویه قضایی به ضمانت‌نامه‌های****بانکی**

آراء به دست آمده از محاکم حاکی از تفاوت دیدگاه‌ها و نظرات قضات نسبت به ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی می‌باشد. در ادامه به تفکیک رویکردهای مراجع قضایی نسبت به ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد لحن قرار خواهد گرفت.

**۵-۳-۱. بطلان ضمانتنامه بانکی به استناد****ماده ۶۸۴ قانون مدنی و ضمان مالم یجب**

در رأی شماره ۲۱ مورخ ۱۳۴۱/۱/۲۲ آمده است، نظر دادستان وقت در این پرونده از این قرار است: ضمانتنامه صادره از لحاظ قواعد مربوط به تعهد و از لحاظ قواعد مربوط به ضمان باطل می‌باشد و چون در موقع تنظیم ضمانتنامه بانکی هنوز دینی تحقق نیافته و ضمانتنامه بدون داشتن سبب منعقد شده است و باطل است از حیث قوانین مربوط به تعهد نیز با درج کلمه ذیل در ضمانتنامه (در صورت تخلف شرکت پخش کننده فیلم هر مبلغ تا میزان ۱۱۱ هزار ریال به صرف اظهار آقای... بدون اینکه احتیاجی به بررسی صحت و سقم آن باشد در وجه ایشان پرداخت گردد)، باطل است، لکن دیوان عالی کشور در این مورد نظر دادستان را قبول ننموده و این چنین رأی داده است: نظر به اینکه دلالت دادنامه مستند دعوی تعهد بانک تهران به پرداخت مبلغ ۱۱۱ هزار ریال به فرجام خواه مطلق نبوده و مقید به اعلام تخلف شرکت پخش کننده فیلم از ناحیه فرجام خواه به بانک تهران در اجرای مواد قراردادی بین شرکت مزبور و نامبرده منعقد گردیده است و نظر به اینکه هیچ یک از نامه های فرجام خواه بایگانی شده در پرونده، خطاب به بانک ایران و خاورمیانه و بانک تهران، اشعاری بر تخلف شرکت پخش فیلم ندارد و اعتراض وکیل فرجام خواه که نفس مراجعه موکل به بانک دلالت بر التزام دال بر تخلف است وارد موجه نمی‌باشد.

علیهذا دادنامه فرجام خواسته با اکثریت آرا ابرام می‌گردد (شبرنگ مریدانی، ۱۴۰۲، ۱۲۲).

این رأی نشان می‌دهد که دیوان عالی کشور ضمانتنامه بانکی را مشروع می‌داند و حتی مفاد آن را با توجه به شروط مقرر در خود ضمانتنامه تفسیر می‌کند؛ چراکه با صحیح دانستن ضمانتنامه آن را از نظر مفاد قراردادی بررسی می‌کند و به تحلیل بر مبنای توافقات طرفین و اراده آنها می‌پردازد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور نهایتاً (اعلام تخلف طرف قرارداد) را به مثابه شرط استحقاق ذینفع تلقی نموده و درخواست پرداخت را بی آنکه به تخلف قرارداد تصریح شود، کافی ندانسته است، لکن دادستان وقت با مقایسه این نهاد با عقد ضمان و یکسان دانستن ضمانتنامه با عقد ضمان قانون مدنی، با این استدلال که در موقع تنظیم ضمانتنامه بانکی هنوز دینی تحقق نیافته، ضمانتنامه بدون داشتن سبب منعقد شده را باطل دانسته است آن را باطل اعلام می‌کند؛ حال اینکه ضمانتنامه مزبور، با عقد ضمان دارای تفاوت های غیر قابل انکاری است.

**۵-۳-۲. صحت ضمانتنامه بانکی با****استناد به ماده ۷۲۳ قانون مدنی مصداق****تعلیق در التزام**

رأی مورخ ۲۱ دی ۱۳۲۱ شعبه ۱۱ دادگاه حقوقی تهران، وجه ضمانتنامه بانکی را به صرف درخواست ذینفع، قابل پرداخت می‌داند. در این رأی، هرچند به مندرجات ضمانتنامه توجه شده، اما صدور رأی، مستند به موادی از قانون مدنی در

### ۵-۳-۳. ماهیت ضمانتنامه بانکی

#### براساس ماده ۱۰ قانون مدنی

اغلب محاکم بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی ضمانتنامه بانکی را صحیح دانسته و با توجه به مفاد و مندرجات ضمانتنامه، بدون قید و شرط قابل پرداخت دانسته‌اند. هرچند در برخی از این آرا به قواعد حاکم بر ضمانتنامه بانکی مثل عدم قابلیت استناد به ایرادات مربوط به قرارداد پایه که از آثار اصل استقلال ضمانتنامه می‌باشد، توجهی ننموده‌اند اما خود ضمانتنامه را بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. پذیرفته‌اند. در ادامه در مورد از آراء مفصلی که به ماهیت ضمانتنامه تحت ماده ۱۰ ق.م اشاره داشته و آثار حقوقی ضمانتنامه را نیز بر آن بار نموده‌اند به عنوان نمونه اشاره می‌شود (متن آراء و سوابق آن‌ها از سامانه ملی آراء اخذ شده است).

الف. دادنامه شماره ۱۲۱۱۱۲۲۳۳۱۱۲۲۱ پرونده کلاسه ۱۱۱۱۱۱۲۲۱۲۱۱۱۳۳ شعبه ۳۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: در خصوص تجدیدنظرخواهی... از شرکت... امارات متحده عربی به طرفیت تجدید نظر خوانده سازمان... نسبت به دادنامه شماره ۴۲۱ مورخه ۱۳۱۱/۴/۲۲ شعبه سی و پنجم دادگاه عمومی حقوقی تهران. رابعا در ضمانتنامه بانکی که بانک به درخواست متقاضی ضمانتنامه با تنظیم و صدور آن قبول تعهد و ضمانت پرداخته وجه معین و برای مدن معین با درخواست ذینفع می‌نماید متعهد و متعهدله آن بانک صادر کننده و ذینفع آن که همان مزایده گریا مناقصه‌گذار می‌باشد و نه متقاضی آن و اصل نسبی بودن قراردادها و

عقد ضمان شده است. در پرونده کلاسه ۱۳۲۱/۱/۲۱ و ۲۲/۱۱ و ۳۳/۱۱ و ۲۴/۱۱ مورخ ۱۳۲۱/۱/۲۱ دادگاه حقوقی یک تهران (ناصرزاده، ۱۳۷۶، ۶۹) نیز ضمانتنامه بانکی با عقد ضمان مورد قیاس قرار گرفته و به مواد مربوط به آن استناد شده است. اگرچه ضمانتنامه را باطل ندانستند، اما آثار عقد ضمان را بر آن بار کرده و در مستندات حکم خود به مواد مربوط به عقد ضمان اشاره کرده است. به نظر می‌رسد بر مبنای ماده ۱۱۱ قانون مدنی، ضمانتنامه را مصداق تعلیق در التزام دانسته است. دادنامه شماره ۱۱۱۱۱۲۲۱۱۱۳۳۲ صادره از شعبه ۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز به استناد به مواد ۲۱۱ و ۱۱۴ و ۲۱۱ قانون مدنی و مواد ۴۱۳ و ۴۱۴ قانون تجارت، حکم محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت مبلغ ۱۱۴۱۱۱۱۱۱ ریال را صادر نموده است. در واقع شباهت ضمانتنامه بانکی با ضمان مدنی مندرج در قانون مدنی و استفاده از اصطلاحات مشابه باعث شده تا برخی محاکم آن را مصداق ماده ۶۸۴ و ضمان مالیم یجب تلقی و به دلیل فقدان سبب دین در ضمانتنامه، آن را باطل بدانند و برخی دیگر علی‌رغم صحیح دانستن آن باز هم به مقررات باب ضمان در قانون مدنی استناد نموده و آثار آن را بر ضمانتنامه بار نمایند. جاری کردن احکام عقد ضمان بر ضمانتنامه‌های بانکی نتایجی به بار می‌آورد که تحلیل و قبول آن نتایج با اصول شناخته شده حاکم بر ضمانتنامه‌های بانکی دشوار می‌گردد.

همچنین استقلال ضمانتنامه بانکی از قرارداد پایه که ضمانتنامه در زمینه تعهدات آن اخذ شده ایجاب می‌نماید که ایرادات مربوط به روابط بانک و ذینفع ضمانتنامه مذکور تأثیری در حقوق ناشی از قرارداد پایه نداشته باشد و انطباق ماهیت حقوقی ضمانتنامه بانکی با عقد ضمان موضوع ماده ۶۸۴ قانون مدنی و نتیجه‌گیری برائت ذمه تجدیدنظرخواه با استناد به مقررات ماده ۶۹۹ همان قانون توسط وکلاء تجدیدنظرخواه قطع نظر از اینکه این نظر با انکار و نفی سابق آنان در هر گونه ایجاد مسئولیت و اشتغال ذمه سازگاری نداشته و قابل جمع نمی‌باشد، اساساً انطباق ماهیت حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی متفاوت با مقررات ضمان عقدی در مقررات قانون مدنی توسط وکلاء تجدیدنظرخواه و اینکه مقررات مذکور ناظر بر ضمان نقل به ذمه است و مقررات اخیر الذکر نمی‌تواند توجیه‌کننده قواعد حاکم بر ضمانتنامه‌های بانکی باشد (سامانه ملی آراء قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران).

ب. دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۲۱۲۲۲۴۱۱۱۲۳ شعبه ۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران: در خصوص دعوی بانک شرکت... به طرفیت بانک... و شرکت... به خواسته صدور حکم محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت وجه ضمانتنامه حسن انجام تعهدات شماره..... با عنایت به جامع محتویات پرونده، جری تشریفات قانونی، دعوت طرفین، استماع اظهارات وکیل محترم خواهان و مذاقه در لایحه تقدیمی ایشان نظر به اینکه اولاً: قراردادی که بین بانک و شرکت خواهان منعقد شده است

از نوع ضمانتنامه مستقل و عندالمطالبه می‌باشد و در صورت مطالبه ذینفع به محض اولین درخواست بدون اینکه نیاز به صدور اظهار نامه یا اقدام قانونی یا قضایی دیگری باشد، بانک ضامن ملزم به پرداخت وجه ضمانتنامه می‌باشد و درخواست هم در دوره اعتبار ضمانتنامه صورت گرفته است. ثانیاً: بانک ضامن دلیلی بر وجود تقلب یا جعل یا سوء استفاده آشکار از حق یا مطالبه ناروا به دادگاه ارائه نموده است و اصل استقلال ضمانتنامه هم اقتضای پرداخت وجه آن را دارد. بر این اساس دادگاه دعوی خواهان را قابل پذیر دانسته و به استناد مواد ۱۰ و ۲۱۱ و ۲۲۱ قانون مدنی و مواد ۲۱۲ و ۲۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر محکومیت پست بانک ایران به مبلغ... بابت اصل خواسته و خسارت تاخیر تادیه تا روز اجرای کامل حکم بر مبنای نرخ تورم اعلامی بانک مرکزی در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد.

ج. در رأی مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۲، هیأت عمومی دیوان عالی کشور به صراحت اعلام داشته است که ضمانتنامه مورد نزاع با عقد ضمان تطبیق ننموده و مشمول مقررات آن نیست و ظاهراً دیوان عالی کشور آن را قراردادی مجزا و مستقل و مشمول مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته است.

د. رأی شماره ۱۴۴۴ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۴ صادره از شعبه چهارم دیوان عالی کشور نیز امکان توافق خلاف مقررات ضمان و ایجاد ترتیبات متفاوت را در محدوده ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفته است.

ه. در دعوای دیگر، دادگاه بدوی علی‌الظاهر با این استدلال که ضمانت‌نامه بانکی صادره با مقررات ضمان تطابق ندارد، حکم به ابطال ضمانت‌نامه بانکی صادر می‌کند اما شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۱/۱۲۱۱ به تاریخ ۱۳۹۷/۱۲/۱۲ با توجه به اصل حاکمیت اراده، رأی صادره را نقض و چنین استدلال می‌کند: «نظر به اینکه ضمانت‌نامه‌های بانکی مورد ادعای تجدیدنظرخوانده، برابر مقررات جاری بانک‌های تحت حاکمیت نظام جمهوری اسلامی تنظیم شده است و مقصود از تأسیس این نوع اسناد بانکی، ضمانت حسن انجام کار مورد توافق طرفین قراردادی فی مابین اشخاص حقیقی و حقوقی بوده که علی‌القاعده به درخواست طرفین نیز قابل تمدید و در صورت بروز خسارت از سوی فردی که ضمانت را تودیع نموده، طرف مقابل حق استفاده و جبران خسارت را از محل ضمانت‌نامه‌های بانکی خواهد داشت، بنابراین با توجه به استدلال فوق هیچ‌گونه خدشه‌ای بر ضمانت‌نامه‌های فوق وارد نبوده است».

و. رای شماره ۲۱/۱۱۲۴ به تاریخ ۱۳۹۱/۱/۲۲ صادره از شعبه ۲۳۱ دادگاه عمومی تهران دادگاه، مستدل به مفاد تراضی طرفین در ضمانت‌نامه بانکی و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی بر پرداخت بدون قید و شرط ضمانت‌نامه بانکی تاکید نموده است.

### ۵-۳-۱. وضعیت ضمانت‌نامه مشروط

ضمانت‌نامه مشروط، ضمانت‌نامه‌ای است که مطالبه وجه آن توسط ذینفع حسب مفاد

ضمانت‌نامه، موکول و منوط به رعایت شرایط خاصی، از جمله ارائه اسناد و مدارکی خاص در زمینه تخلف مضمون‌عنه از ایفای تعهدات قراردادی خود گردیده باشد. ضمانت‌نامه بدون قید و شرط ضمانت‌نامه‌ای است که حسب مندرجات آن مطالبه وجه ضمانت‌نامه موکول و منوط به رعایت هیچ شرطی توسط ذینفع نبوده و بانک باید به محض مطالبه وجه ضمانت‌نامه توسط ذینفع، نسبت به پرداخت وجه آن اقدام نماید. در هر صورت هر قید و شرطی که توسط طرفین در متن ضمانت‌نامه درج گردد، باید جزئیات آن در متن ضمانت‌نامه دقیقاً مشخص و هر مدرک یا گواهی اضافی که مورد نظر طرفین می‌باشد جزئیات آن مشخص گردد. رویه موجود در بانک‌ها نیز بدین ترتیب است که هرگونه بی-دقتی یا عدم مطابقت را موجب خودداری از پرداخت به حساب می‌آورند. پرداخت وجه ضمانت‌نامه بر پایه مدارکی که مطابق با شروط ضمانت‌نامه نباشد، موجب مسئولیت بانک می‌گردد (مافی و تقی‌پور درزی نقیعی، ۱۳۹۵، ۳۶-۳۷). در همین راستا دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳۰۱۶۱۸ مورخ ۹۱/۱۱/۳۱ صادره از شعبه ۳۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران و رأی صادره از شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

رأی دادگاه شعبه ۳۲ دادگاه عمومی حقوقی: در خصوص دعوی شرکت سهامی عام پالایش نفت ج.با وکالت آقای م.ف.به طرفیت بانک با وکالت بعدی آقای ب.ق.به خواسته الزام به انجام تعهد

مبنی بر پرداخت مبلغ دویست و چهل میلیارد ریال وجه ضمانتنامه حسن انجام تعهدات به شماره ۱۱۱۱۲ / ۴ / ۱۱۲ / ۱۳۲۱ / مورخ ۹۱/۳/۱ به انضمام خسارات دادرسی و تأخیر تأدیه به شرح متن دادخواست تقدیمی و با این توضیح که وکیل خواهان اظهار نموده خوانده به موجب ضمانتنامه بانکی مذکور متعهد شده در صورتی که شرکت پالایش نفت ج.کتباً و قبل از انقضای سررسید این ضمانتنامه به بانک اطلاع دهد که آقای م.ق. از اجرای هر یک از تعهدات ناشی از قرارداد تخلف ورزیده خوانده تا مبلغ دویست و چهل میلیارد ریال به محض دریافت اولین تقاضای کتبی، بی درنگ در وجه یا به حواله کرد شرکت خواهان پرداخت نماید، لیکن علی رغم تقاضای کتبی از طرف موکل، خوانده به دلایل واهی از انجام تعهد استنکاف می ورزد. لذا تقاضای صدور حکم به شرح خواسته را دارد، نظر به محتویات پرونده و با توجه به اینکه مفاد ضمانتنامه استنادی خواهان دلالت بر صحت ادعای ایشان مبنی بر ضمانت خوانده از آقای م.ق. در مقابل شرکت خواهان به مبلغ دویست و چهل میلیارد ریال و تعهد به پرداخت مبلغ مذکور در صورت تقاضای خواهان در حق ایشان را دارد و با عنایت به اینکه مدافعات وکیل خوانده مبنی بر ذینفع نبودن خواهان به لحاظ تنظیم وکالت نامه رسمی راجع به حقوق خود در خصوص ضمانتنامه متنازع فیله با شخص سوم و عدم ارائه دلیلی بر انعقاد قرارداد با مضمون عنه و یا تخلف مضمون عنه از مفاد قرارداد نیز موجه نمی باشد؛ چه اینکه صرف تنظیم

قرارداد وکالت و شرط سلب و اسقاط اقدام از سوی موکل، دلیل بر انتقال حقوق خواهان به وکیل محسوب نمی شود و از طرف دیگر خوانده به موجب مفاد ضمانتنامه متعهد گردیده که بدون هیچ گونه قید و شرطی و به صرف تقاضای خواهان مبلغ ضمانتنامه را به خواهان پرداخت نماید و در ضمانتنامه مذکور توافقی بر اینکه مضمون له می بایستی بدواً به مدیون اصلی مراجعه نماید موجود نمی باشد. فلذا ایراد وکیل خوانده مبنی بر عدم ارائه قرارداد میان خواهان و مدیون اصلی و عدم وجود دلیلی مبنی بر تخلف مدیون اصلی از مفاد قرارداد با فرض صحت موجه نبوده و استناد وکیل خوانده به مفاد ماده ۴۰۲ قانون تجارت نیز به لحاظ بلاقید و شرط بودن ضمانتنامه مؤثر نمی باشد. بنابراین با توجه به مراتب مذکور و اینکه دلیلی مبنی بر پرداخت وجه خواسته ارائه نگردیده، دادگاه ضمن رد مدافعات وکیل خوانده دعوی خواهان را وارد تشخیص و به استناد مواد ۱۰ و ۲۱۹ و ۲۲۳ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ و ۵۲۲ از قانون آیین دادرسی مدنی خوانده را به پرداخت مبلغ دویست و چهل میلیارد ریال بابت اصل خواسته مبلغ ۰۰۰/۰۸۵/۸۰۰/۴ ریال بابت هزینه دادرسی، حق الوکاله وکیل مطابق تعرفه قانونی و خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای شاخص اعلامی بانک مرکزی از تاریخ تقدیم دادخواست ۱۱/۱/۲۱ لغایت وصول دین که پس از قطعیت دادنامه توسط دایره اجرا محاسبه خواهد شد در حق خواهان محکوم می نماید. بدیهی است اجرای

با مقررات و اصول دادرسی می‌داند. مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظر خواسته را عیناً تأیید می‌نماید. رأی صادره قطعی است.

دادنامه در قسمت محکومیت خوانده به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه منوط به تودیع مابه‌التفاوت هزینه دادرسی می‌باشد. رأی صادره حضوری محسوب و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظر خواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.

رویکرد شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان تهران: تجدیدنظر خواهی ب.با وکالت آقای ب.ق.به طرفیت شرکت سهامی عام پالایش نفت ج.نسبت به دادنامه شماره ۲۱۱/۱۱ صادره از شعبه دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم به محکومیت تجدیدنظر خواه به پرداخت مبلغ ۲۴۱۱۱۱۱۱۱۱۱ ریال بابت اصل خواسته به علاوه پرداخت هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل مطابق تعرفه قانونی و خسارت تأخیر تأدیه بر اساس شاخص بانک مرکزی؛ به شرح دادنامه تجدیدنظر خواسته صادر گردیده است وارد نمی‌باشد. زیرا دادنامه تجدیدنظر خواسته بر اساس محتویات پرونده و دلایل و مدارک ابرازی صحیحاً و مطابق مقررات قانونی و خالی از هر گونه اشکال صادر شده و تجدید نظر خواه در این مرحله از رسیدگی دلیل یا مدرک قانع کننده و محکمه پسندی که نقض و بی اعتباری دادنامه معترض عنه را ایجاب نماید ابراز ننموده و لایحه اعتراضیه متضمن جهت موجه نیست و تجدیدنظر خواهی با هیچ یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد. لذا دادگاه ادعای تجدیدنظر خواه را وارد و محمول بر صحت تشخیص نداده و دادنامه مورد اعتراض را منطبق

## ۶. نتیجه

در چارچوب نظرات فقهای امامیه، اغلب فقهای که دارای رویکرد سنتی می‌باشند، ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را همان عقد ضمان قلمداد می‌کنند. اما فقهایی که مانند امام خمینی(ره) دارای رویکرد جدیدتر می‌باشند و در فقه سیاسی قائل به ثنوری ضرورت حکومت اسلامی می‌باشند و به تبع آن مفاهیم نظم عمومی و نظام‌های حقوقی داخلی را به رسمیت می‌شناسند، قائل به کفالت بودن ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی دارند. تمایل به نظریه «تعهد به نفع ثالث بودن» و «وکالت» نیز به صورت پراکنده در میان نظرات فقها مشهود است. اما در ارتباط با نظریه عقد نامعین قلمداد نمودن ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی در میان فقها، رویکرد ملموسی مشاهده نمی‌گردد. دلیل این امر به جایگاه اصل آزادی قراردادها و عدم شناسایی این اصل به علت تعداد انبوه عقود معین در نظریه مشهور فقهای امامیه می‌باشد. مع الوصف، در چارچوب آراء فقها پنج رویکرد در ارتباط با ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی مطرح شده است که عبارتند از: نظریه ضمان، نظریه عقد کفالت، نظریه تعهد به نفع ثالث یا تعهد تبعی، نظریه عقد وکالت، نظریه عقد مستقل.

در چارچوب رویه قضایی اعلام بطلان ضمانت‌نامه بانکی به دلیل قائل شدن ماهیت عقد ضمان برای آن مورد پذیرش قرار نگرفته است. در موارد معدودی هم که محاکم در استدلال خود یا در پاسخ به استدلال طرفین متوسل به عقد ضمان

شده‌اند، با تأکید بر ماده ۷۲۳ و مسئله تعلیق در التزام، وضعیت ضمانت‌نامه‌های بانکی را صحیح قلمداد نموده‌اند. مع الوصف، رویه قضایی در تبیین ماهیت ضمانت‌نامه‌های بانکی تمایل بیشتری به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده‌ها دارد. در بررسی ماهیت حقوقی ضمانت‌نامه بانکی به عنوان یک نهاد نوپای حقوقی که عمر چندانی از آن نمی‌گذرد، نظریات معدودی از سوی قضات ارائه و ابراز گردیده است. به طور اجمالی می‌توان از مباحث پیش گفته چنین نتیجه‌گیری نمود که اغلب محاکم، تحلیل ماهیت و آثار ضمانت‌نامه‌های بانکی را بر مبنای مفهوم عقد ضمان قانون مدنی مورد پذیرش قرار نداده‌اند. و برای این نظر خود دلایل و مستندات قوی نیز ارائه می‌دهند. بی‌تردید یکی از ویژگی‌های عقد ضمان، وجود دین و یا سبب آن در هنگام انعقاد عقد است، ولی ضمانت‌نامه بانکی عموماً ضمانت از دین احتمالی و آینده است و برخی موارد نیز ضمانت از حسن انجام کار است. آرا و نظریه‌های مذکور بیانگر این است که رویه قضایی، توافق خلاف مقررات باب ضمان در قانون مدنی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح شمرده است که ضمانت‌نامه مستقل بانکی نیز در زمره چنین توافق‌هایی باشد. در ماده ۱۲ دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی نیز تأکید شده است که ضمانت‌نامه بانکی قراردادی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و مستقل از تعهدات پایه است. نکته مهمی باید در این‌جا مورد اشاره قرار داد، وضعیت ضمانت‌نامه‌های بانکی مشروط می‌باشد. در ارتباط با ضمانت‌نامه‌های مزبور، به

واسطه وجود شرط و تمرکز بر اعلام اراده احد طرفین در فرآیند پرداخت، ماهیت ضمانت‌نامه بانکی با هیچ‌یک از عناوین و قالب‌های سنتی عقود معین مشابه نمی‌باشد؛ در نتیجه محاکم در مواجهه با این ضمانت‌نامه تمرکز بسیار زیادی بر مفاد ضمانت‌نامه دارند. نکته‌ای که در پایان لازم است به آن اشاره شود این است که، در چارچوب حقوق معاملات و قراردادهای، به تبع حاکم شدن فضای پست‌مدرنیسم بر روابط تابعان حقوق و گسترده شدن ابزارها و اسناد پرداخت و تضمین مبادلات، تحولات بسیار زیادی در حال رخ دادن می‌باشد. فقه امامیه که به موجب اصل چهارم قانون اساسی زیربنای اصلی در نظام حقوقی ایران محسوب می‌گردد، لازم است با شناسایی اصل حاکمیت اراده‌ها در قالب عقود نامعین، به سوی هم‌گامی با تحولات جدید حرکت کند.

#### ۷. سهم نویسندگان

نگارش متن توسط نویسندگان و نظارت علمی و اصلاحات نهایی توسط نویسنده مسئول صورت گرفت.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

## منابع

### منابع فارسی:

- اباذری فومشی، منصور، نحوه عملی تنظیم و نگارش انواع عقد ضمان، مؤسسه نشاط، سپهر ادب، ۱۳۸۶.
- اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانتنامه های بانکی، کانون وکلا، شماره یکصد و چهل و هشت و یکصد چهل و نهم، ۱۳۶۸.
- بهزادی، آمنه، وصف تنجیزی در ضمانت- نامه های بانکی با تاکید بر رویه قضایی، تهران، مهراندیش، ۱۴۰۰.
- پورمتین، اصغر، ضمانت نامه های بانکی چالش ها و راهکارها، تهران، گپ، ۱۴۰۱.
- تقی زاده، محسن، شفیق اسکی، محمد، مطالعه تطبیقی فقهی حقوقی عقد ضمان در قانون مدنی با ضمانت نامه های اتاق بازرگانی، فصلنامه مطالعات حقوق، شماره سی و سوم، ۱۳۹۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، گنج دانش، ۱۴۰۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۸.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۷.
- درافشان، محمدهادی، بختیاروند، مصطفی، استقلال ضمانت نامه های بانکی در حقوق تجارت بین الملل، حقوق ایران و فقه امامیه (مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین المللی علوم انسانی اسلامی، تهران، انتشارات آفتاب توسعه، ۱۳۹۸.
- شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷.
- شبرنگ مریدانی، محمد، مجموعه رویه قضایی آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۴۲، تهران، گشتاسب، ۱۴۰۲.
- الشریف، محمد مهدی، جلالی، محمود، مظاهری، رسول، رضائیان، علیرضا، بررسی تطبیقی ماهیت ضمانت نامه های بانکی در پرتو اصل استقلال، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره نود و چهارم، ۱۳۹۹.
- شهبازی نیا، مرتضی، ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بین المللی و مقایسه آن با نهادهای سنتی، دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی، شماره ششم، ۱۳۸۳.
- علی اکبری بابوکانی، احسانی، بررسی تطبیقی وکالت و تفویض طلاق در فقه امامیه و اهل سنت، پژوهش های فقهی، دوره چهاردهم، شماره چهارم، ۱۳۹۷.
- قربانیان، حسین، حقوق اعتبارات اسنادی و ضمانت نامه های بانکی، تهران، شهر دانش، ۱۴۰۲.
- کاشانی، محمود، ضمانت نامه های بانکی، تهران، موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۷۷.
- مافی، همایون، تقی پور درزی نقیبی، محمدحسین، آثار حاکم بر ضمانت نامه-

## منابع لاتین:

- Aubin, Yann, Louis de Longeaux, Jean-Claude Vecchiatto, International Bank and Other Guarantees Handbook: Europe, London, Wolters Kluwer, 2016.
  - Bertrams, Roeland F. Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions, London, Wolters Kluwer, 2013.
  - Jones, Stephen A, The Trade and Receivables Finance Companion: A Collection of Case Studies and Solutions, London, Springer, 2021.
  - Sanati, Gargi, International Trade Finance and Forex Operations: Theory and Application, Hague, Taylor & Francis, 2024.
- های بانکی، سال دوازدهم، شماره چهل و هشتم، ۱۳۹۵.
  - مسعودی، علیرضا، ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق ایران و تجارت بین‌الملل، تهران، شهردانش، ۱۳۹۷.
  - میرزایی، ابراهیم، وکالت‌پذیری اقرار در فقه امامیه و حقوق ایران، گفتمان حقوقی، شماره بیست و چهارم، ۱۴۰۲.
  - ناصرزاده، هوشنگ، مجموعه آراء وحدت رویه قضائی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مدنی - جزائی، تهران، خورشید، ۱۳۷۶.

