

تبیین و تحلیل ضمانت در اسناد تجاری

بهمن الفی*، مظفر باشکوه**، علیرضا لطفی دودران**

چکیده

در تعاملات اقتصادی و تجاری، اسناد تجاری نقش راهبردی و تسهیل‌گر میان طرفین معاملات ایفاء می‌کند. لذا هدف این مقاله بررسی، تبیین و تحلیل ماهیت حقوقی ضمان به معنی «نقل ذمه به ذمه» و «ضم ذمه به ذمه» در فقه، کنوانسیون ژنو، حقوق سایر کشورها، حقوق مدنی و حقوق تجارت ایران است تا با نگاه اجمالی نوع مسئولیت و شرایط ضمانت و نحوه مداخله ضامن، آثار ضمانت با توجه به وضعیت آن در اسناد تجاری معلوم شود. هر چند دخالت و ضمانت ضامن در اسناد تجاری منحصر به ضمانت در برات موضوع مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت ایران نمی‌باشد. تحقیق از نوع کیفی تحلیل محتوی، تفسیرگرایی و هرمنوتیک است که با دو سوال پژوهشی هدایت می‌شود. جامعه آماری تحقیق را منابع دست اول کتابخانه‌ای شکل می‌دهد. مطابق یافته‌های تحقیق مشخص گردید دخالت قانونی ضامن در برات فقط در مواد مذکور پیش بینی شده در سفته و چک بر اساس مواد ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت که ارجاع به مقررات حاکم بر بروات است، بدلیل منتفی بودن موضوع قبول، نکول و اعتراض نکول در آنها، دخالت و ضمانت قانونی ضامن قابل اعمال نبوده در نتیجه مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت نمی‌تواند در سفته و چک اجرا شود و از این حیث مداخله و ضمانت با منشاء قانونی متفاوت از ضمانت قراردادی ضامن در اسناد تجاری می‌باشد.

کلید واژه‌ها: برات، سفته، چک، تضامن، ضمانت

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. مقدمه

یکی از مهم‌ترین امتیازات اسناد تجاری مسئولیت تضامنی ضامن در مقابل دارنده سند است که به موجب آن دارنده سند می‌تواند به هر یک از ضامن و مضمون عنه تحت شرایطی برای وصول سند بصورت تضامنی رجوع نماید. ضمانت قاعداً در مواردی استفاده می‌شود که دارنده برات، به شخص یا اشخاصی برات را در اختیار او قرار می‌دهد اطمینان کامل ندارد و با تضامن شخص ثالث این اطمینان در دارنده ایجاد می‌شود که تعهد براتی در سررسید انجام خواهد شد. مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۴۹ و ۳۱۴ و ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت به ضمانت ضامن در برات و نوع مسئولیت وی و ضمانت قرار دادی و قانونی ضامن از صادر کننده و ظهر نویس‌ها اختصاص دارد. مسئله این تحقیق شناخت و نحوه تحلیل چگونگی موارد دخالت و ضمانت ضامن با منشاء و الزام قانونی و ارادی در برات و مشخص نمودن امکان اعمال موارد دخالت قانونی ضامن در سفته و چک و تفکیک آنها از ضمانت قراردادی می‌باشد. این موارد در تعاملات بازار میان طرفین کسب‌وکارها، علاوه بر نقش اعتمادسازی و ارتقای سطح سرمایه اجتماعی، موجبات تسهیل یا سختی در دادوستدها می‌شود. بنابراین، شناخت سازوکارهای ضمانت ضامن با منشاء و الزام قانونی و ارادی در برات و نحوه تحلیل، اهمیت این تحقیق را نشان می‌دهد.

۲. مبانی نظری و پیشینه تحقیق

سند در لغت به معنی آنچه بدان اعتماد کنند آمده است [۲۰]. در اصطلاح حقوقی عبارت است از «هر نوشته‌ای که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد» ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی. سند دو نوع است: رسمی یا عادی. سند رسمی طبق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی عبارت است از «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مامورین رسمی در حدود صلاحیت آنها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشد رسمی است». «غیر از اسناد مذکور در ماده ۱۲۸۷ سایر اسناد عادی است». ماده ۱۲۸۹ قانون مدنی اسناد عادی هم شامل اسناد تجاری و اسناد غیر تجاری می‌شود. اسناد عادی غیرتجاری معمولاً بین غیرتجار مورد استفاده قرار می‌گیرد و خصوصیات اسناد تجاری را که همان وصف تجردی و قابلیت نقل و انتقال با ظهرنویسی و یا قبض و اقباض را ندارند مانند قولنامه، وصیت‌نامه دست‌نوشته اما «اسناد تجاری صرف نظر از معنی کلی که ممکن است داشته باشند و به کلیه اسنادی تعمیم داده شوند که بین تجار رد و بدل می‌شود، این اسناد معمولاً اسناد و اوراقی می‌باشند که قابل معامله بوده و معرف طلبی به سر رسیده مدت کم است». اسناد مورد استفاده تجار در معنی عام شامل قبض رسمی انبار، برات، سفته، چک، اوراق سهام، برگه‌های قرضه، اسکناس، سهام شرکت‌ها، اسناد خزانه، ضمانت‌نامه‌های بانکی، اعتبار اسنادی، حوالجات، بارنامه‌ها و در معنی خاص شامل برات، سفته و چک می‌شود [۳].

برخی، سهام با نام شرکت‌ها و اوراق مشارکت را بدلیل نداشتن یکی از شرایط اسناد تجاری به معنی اخص را اسناد شبه تجاری نامیده‌اند. در تعریف اسناد شبه تجاری گفته شده است اعم از اسناد کاغذی یا غیر کاغذی هستند که بعضی از خصوصیات اسناد تجاری به معنی اخص را دارند اما بعضی از آنها را مثل قابلیت ظهرنویسی را ندارند. اسناد تجاری به معنی اخص دو ویژگی دارد اول اینکه از نظر قانون یا عرف تجاری بدون محدودیت صرفاً با قبض و اقباض و ظهرنویسی قابل نقل و انتقال باشد و دوم اینکه ایرادات مربوط به تعهد منشأ در مقابل دارنده با حسن نیت قابلیت استناد نداشته باشد [۲۹]. مهم‌ترین مزیت ضمانت در اسناد تجاری تضامنی بودن مسئولیت ضامن و مضمون عنه در مقابل دارنده است. ضمان در لغت به معنی قبول کردن، پذیرفتن، به عهده گرفتن وام دیگری و جبران خسارت است [۲۰]. در اصطلاح «عقد ضمان» به معنی اخص، عقدی است که به موجب آن شخصی مالی را که در ذمه دیگری بر عهده بگیرد [۱۳]. «عقد ضمان» در معنی اعم عبارت از این است که شخصی دین دیگری را تعهد نماید یا اینکه شخص مدیون را طبق مقررات حاضر نماید [۲].

ضمانت به معنی عقد ضمان [۱۳] به کار رفته و در اسناد تجاری ضمانت را می‌توان پذیرش مسئولیت تضامنی عرضی و یا طولی پرداخت وجه سند توسط ضامن تعریف کرد. تضامن مصدر باب تفاعل به معنی مشارکت در مسئولیت حاصل از تعهد یا غیر آن است [۱۱] که به موجب آن ذمه‌ای به ذمه دیگر ضمیمه می‌شود. تضامن در دو مورد به کار می‌رود اول در صورت تعدد بستانکاران که هر یک از آنها حق مطالبه تمام طلب را داشته باشند (تضامن مثبت). دوم در صورت تعدد بدهکاران که بتوان تمام طلب را از هر یک از آنان مطالبه نمود (تضامن منفی).

ماهیت ضمان. ضمان به اعتبار منبع آن به قهری و قراردادی تقسیم می‌شود و برای تشخیص ماهیت آن باید به دلایل فقها و سابقه تاریخی آن توجه کرد [۱۵].

ضمان قهری عبارت از مسئولیت خارج از قرارداد و عقد که در قانون پیش‌بینی شده و برای آن جزای قانونی اعم از مدنی و کیفری تعیین گردیده است. مانند ضمان ناشی از غضب و ضمان مقبوض به عقد فاسد «ماده ۳۰۷ قانون مدنی». مسئولیت قانونی دو قسم است: مدنی و کیفری که قدر مشترک آنها نقض الزام و تعهد (تعهد عقدی و قانونی) است. اصطلاح مسئولیت قانونی در فقه مترادف با ضمان است که هم در امور کیفری و هم امور مدنی بکار رفته است ولی ضمان در قانون مدنی فقط در مسئولیت مدنی بکار رفته عبارت است از مسئولیت در مقام خسارتی که شخص (یا کسی که تحت مراقبت یا اراده شخص است) یا اشیا تحت مراقبت وی به دیگری وارد آید. همچنین مسئولیت شخص بر اثر تخلف از انجام تعهدات ناشی از قرارداد. منشا ضمان قهری واقعه حقوقی است و این واقعه می‌تواند به صورت ارادی و یا قهری واقع گردد اما آثار آن به حکم قانون بر شخص مسبب تحمیل می‌گردد، مانند مسئولیت ناشی از غضب و اتلاف.

عقد ضمان بر اساس ماده ۶۸۴ قانون مدنی عقدی است که به موجب آن شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون‌له و شخص ثالث را مضمون‌عنه یا مدیون اصلی می‌گویند. منشاء این نوع ضمان یک عمل حقوقی است و چون اصل آزادی ایقاعات برخلاف اصل آزادی قراردادها در حقوق ایران پذیرفته نشده است لذا ایقاع نمی‌تواند منشاء ضمان قرار گیرد [۱۷]. ماهیت آن در واقع تضمین بدهی شخص مدیون است که این تضمین می‌تواند به صورت شخصی و یا عینی باشد. در وثیقه شخصی متعهد به پرداخت دین دیگری بوده در ضمان عینی ضامن مالی را از خود به رهن می‌دهد «ماده ۶۹۳ قانون مدنی». عقد ضمان به معنی اخص همان ضمان عقدی است و در معنی اعم شامل عقد ضمان، حواله و کفالت می‌شود [۳۲]. در تعریف عقد ضمان به معنی اعم گفته شده است تعهد به مال یا نفس انسان که شامل حواله و کفالت مدنی هم می‌شود در حالی که در معنی اخص آن تعهد به مال است [۱۳]. اگر ضمان به معنی نقل ذمه باشد در این صورت مثل حواله خواهد بود.

ماهیت عقد ضمان در فقه. در خصوص ماهیت حقوقی ضمان در فقه اختلاف نظر وجود دارد گروهی ضمان قراردادی را ضم ذمه و گروهی آن را نقل ذمه می‌دانند.

نقل ذمه. مشهور فقهای امامیه معتقدند ضمان به معنی نقل ذمه است یعنی با وقوع عقد ضمان ذمه مدیون اصلی بری و ذمه ضامن مشغول می‌شود. در واقع ذمه مدیون اصلی به ذمه ضامن منتقل می‌شود [۳۳] و کلمه ضمان را مشتق از «ضمن» می‌دانند با این استدلال که «ن» در تمام مشتقات این کلمه مثل ضامن، مضمون، تضامن و تضمین به کار رفته است. از این نظر مقتضای اطلاق عقد ضمان نقل ذمه بوده [۱۲] و شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است زیرا عقد ضمان از موجبات انتقال دین است و جنبه تضمینی و وثیقه ندارد.

ضم ذمه. اکثر فقهای عامه معتقد به این نظریه هستند و ریشه ضمان را از «ضمن» و «تضمین» می‌دانند و می‌گویند دین مدیون اصلی در ذمه ضامن قرار می‌گیرد ولی موجب برائت ذمه مضمون‌عنه هم نمی‌شود. دسته

دیگر هم معتقدند کلمه ضمان مشتق از «ضم» و «یضم» می‌باشد و به همین جهت ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه ضمیمه می‌گردد. البته عده معدودی از فقهای اهل سنت با مشهور فقهای امامیه در خصوص اثر انتقالی عقد ضمان هم نظر هستند. فقهای عامه علاوه بر استدلال اشتقاق ضمان از کلمه ضم معتقدند که ماهیت و مقتضای هر عقدی قصد طرفین است (العقود تابه للقصود). از نظر مشهور فقهای عامه مقتضای عقد ضمان ضم ذمه به ذمه بوده و شرط خلاف آن باطل و مبطل است. این در حالی است که هم در بین فقهای اهل سنت و هم فقهای اهل شیعہ کسانی هستند که «نقل ذمه» و یا «ضم ذمه» را مقتضای «اطلاق» و از آثار فرعی عقد ضمان می‌دانند و مقتضای «ذات» این عقد را بر عهده گرفتن دین مضمون عنه توسط ضامن می‌دانند [۳۱]. با پذیرش نظر مذکور یعنی اینکه «ضم» و «نقل» اقتضای «اطلاق» عقد ضمان است نه اقتضای «ذات» عقد می‌توان با توافق طرفین در فقه عامه عقد ضمان را با اثرنقل ذمه [۱۴] به شرط براءت اصیل و در فقه امامیه با اثر ضم ذمه در روابط طرفین عقد حاکم نمود [۳۱].

ماهیت عقد ضمان در کنواسیون ژنو و سایر کشورها

به موجب ماده ۴۷ قانون متحدالشکل ژنو «تمامی برات دهندگان قبول کنندگان، ظهرنویس‌ها، یا ضامین، به واسطه ضمانت در برات در برابر دارنده مسئولیت تضامنی دارد...». در حقوق انگلیس ضمان یک عقد تبعی دانسته شده است مضمون له در صورت عدم پرداخت بدهی از ناحیه مدیون اصلی حق رجوع به ضامن را خواهد داشت [۲۴]. گفته شده است که ضمان جایی است که شخصی یک تعهد قراردادی را به نفع دیگری به عهده می‌گیرد تا در صورت عدم انجام تعهدات از سوی متعهد در برابر طلبکاران مسئول باشد [۳۶].

به موجب ماده ۴۹۲ قانون تعهدات سوئیس «ضمان عقدی است که به موجب آن شخص در برابر بستانکار، پرداخت بدهی بدهکار را تضمین می‌کند» [۳۵]. در حقوق مصر ضمان عقدی است که در آن شخصی اجرای تعهد را کفالت می‌کند و در مقابل بستانکار متعهد می‌شود اگر بدهکار دین را تادیه نکرد او به این تعهد عمل نماید [۲۶].

ماهیت عقد ضمان در قانون مدنی ایران

بر اساس ماده ۶۸۴ قانون مدنی عقد «ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند». در این ماده ضمان از اعیان علاوه بر ضمان از دیون آورده شده است زیرا کلمه مال اعم از دین و عین است [۱۳] برخی حقوقدانان این ماده را مفید نقل دانسته‌اند [۱۵]. شایان ذکر است که ماده ۶۸۴ قانون مدنی هر دو نظریه نقل و ضم را در بر می‌گیرد زیرا بر عهده گرفتن مالی که بر ذمه دیگری است هم به صورت نقل ذمه و هم به صورت ضم ذمه قابل تصور است، این در حالی است که قانون مدنی در ماده ۶۹۸ مقرر نموده بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود. نیز ماده ۷۰۷ قانون مدنی که می‌گوید اگر مضمون له ذمه مضمون عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد صراحتاً نظریه نقل را پذیرفته است ولی در ماده ۶۹۹ قانون مدنی آمده است که تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است اما التزام به تادیه ممکن است معلق باشد.

همچنین ماده ۷۲۳ قانون مدنی که می‌گوید ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه دین دیگری ملتزم شود در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست مثل اینکه کسی التزام خود را به تادیه دین مدیون معلق به عدم تادیه او نماید استنباط ضم ذمه بعید به نظر نمی‌رسد. هرچند برخی حقوقدانان، مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی را صرفاً ناظر به تعهد به پرداخت دانسته‌اند و آن را به مفهوم ضم ذمه نمی‌دانند [۲۱]. برخی نیز در تفسیر ماده ۶۹۹ قانون مدنی معتقدند که چون ماده ۶۹۹ قانون مدنی تعلیق در انشاء است بنابراین از این جهت باطل

است که ضمان محقق نشده است، در صورتی که تعلیق در انشاء نباشد بلکه تعلیق در اثر انشاء باشد ضمان تحقق می‌یابد طوری که ایجاب به عمل آید با این کیفیت که ضامن بگوید من ضامن هستم، ضمان تحقق یابد ولی پرداخت مورد ضمانت منوط به عدم پرداخت مدیون اصلی گردد و امکان مراجعه به ضامن باشد [۲۷].

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در قانون مدنی اثر انتقالی و انضمامی را در عقد ضمان با توجه به قصد طرفین تجویز نموده است اما در موضع شک در اثر انتقالی و اثر انضمامی عقد ضمان و سکوت عقد و الفاظ آن و اطلاق آن باید اقتضای اصل را بر اساس نظر اکثریت نویسندگان حقوق مدنی انتقال دانست هر چند بر اساس ماده ۲۲۵ قانون مدنی متعارف بودن امری در عرف و عادت به منزله ذکر در عقد است و عرف برضم ذمه است.

ویژگی‌های عقد ضمان

ضمان یک نوع عقد رضائی است که به صرف رضایت طرفین باعث نقل ذمه شده و احتیاجی به هیچگونه تشریفات یا مثل تنظیم سند ندارد. ضمان عقد عهدی است بین ضامن و مضمون عنه در نتیجه آن، ضامن دین مضمون عنه را در مقابل مضمون له بدون نقش مضمون عنه به عهده می‌گیرد «ماده ۶۸۵ قانون مدنی». ضمان عقد لازم «ماده ۷۰۱ قانون مدنی» و معوض است و هدف از تعهد ضامن طلب رضای بستانکار به انعقاد قرارداد با مدیون اصلی است. پوتیه حقوقدان فرانسوی در توجیه معوض بودن عقد ضمان می‌گوید «طلبکار از طریق عقد ضمان چیزی اضافه بر تعهد مدیون اصلی به دست نمی‌آورد و ضمان فقط یک تضمین برای طلب او بوده و بدون کسب این تضمین، طلبکار حاضر به انعقاد قرارداد با مدیون اصلی نیست» [۱۹]. ضمان عقد تبعی بوده و تعهد ضامن به منظور ایجاد تضمین و وثیقه برای داین است. اگر تعهد اصلی صحیح نباشد ضمان باطل خواهد بود. برابر ماده ۶۹۶ قانون مدنی می‌توان از یک تعهد قابل فسخ ضمانت نمود و اگر مدیون اصلی عقد اصلی را فسخ کند این امر قهراً باعث سقوط تعهد ضامن می‌شود. ضمان از دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل بوده و بدون وجود دین، ضمان امکان‌پذیر نبوده و موجبی برای استمرار تعهد ضامن با سقوط تعهد مدیون اصلی وجود نداشته و سقوط دین مدیون اصلی به هر صورت موجب سقوط تعهد ضامن می‌شود. تعهد ضامن نمی‌تواند سنگین‌تر از تعهد مدیون اصلی باشد و ضامن نیز از استناد به ایرادات ذاتی دین و مدیون اصلی بهره‌مند است.

ماهیت ضمان در قانون تجارت ایران

عقد ضمان یکی از عقود معین است که در قانون مدنی شرایط آن مفصل بیان شده و به پیروی از مشهور فقهای امامیه ماهیت آن مبتنی بر نقل ذمه دانسته شده است. برای اولین بار مقررات ضمان عرضی و طولی با تصویب مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱ قانون تجارت در ۱۳ اردیبهشت سال ۱۳۱۱ در باب ضمانت، مقررات ضمان وارد قانون گذاری ایران گردید و باب مسئولیت تضامنی در ضمان بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه که ضم ذمه به ذمه را که بعضاً باطل شناخته شده بود مفتوح شد. برخی معتقدند قانون تجارت قانون مدنی را در باب ضمان عقدی منسوخ نموده است [۱۵] چرا که قانون مدنی در زمینه ضمان تضامنی پاسخگوی نیاز جامعه نبوده و به همین دلیل قانون‌گذار در مواد مذکور برای اولین بار راه را برای ضم ذمه به صورت طولی و حتی عرضی را باز کرده و اشکال شرعی بطلان ضم ذمه به ذمه را مرتفع نموده است. برخی دیگر معتقدند که قانون تجارت مقررات قانون مدنی را که مصوب سال ۱۳۰۷ است در باب عقد ضمان تخصیص داده است [۱۳]. مسئولیت تضامنی وفق ماده ۴۰۳ قانون تجارت می‌تواند به موجب قانون یا قرارداد ایجاد گردد.

اقسام تضامن

الف) تضامن طولی. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت زمانی است که بین طرفین به طور صریح یا ضمنی در قرارداد درج شده باشد که اول به مدیون اصلی مراجعه شود، در صورت پرداخت نشدن بعلت انکار یا اعسار به ضامن مراجعه شود. هر چند قانون‌گذار همانند قانون مدنی در مقام سکوت و اطلاق بیان ننموده است که اصل بر نقل ذمه است یا ضم ذمه اما طبق قصد مشترک طرفین و عرف بایستی عقد ضمان را در موضع سکوت حمل

بر ضم ذمه دانست نه نقل ذمه. در حقوق تجارت اقتضای عقد ضمان را برخی حقوقدانان نقل و برخی دیگر ضم می‌دانند [۱۵] و [۸].

ب) تضامن عرضی. به این معنی است که بستانکار به هریک از ضامن و مدیون منفردا و یا مجتمعا حق رجوع داشته باشد. برابر ماده ۴۰۳ قانون تجارت در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی ضمانت تضامنی باشد طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعا رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید.

بر اساس ماده ۴۰۲ قانون تجارت، در اطلاق تضامن عقدی، اصل را باید بر تضامن عرضی دانست نه طولی چون ماده مذکور مقرر می‌دارد در صورتی ضامن حق دارد از مضمون له تقاضا نماید که بدو به مدیون اصلی رجوع کرده و در صورت عدم وصول طلب به او رجوع نماید که بین طرفین (خواه ضمن قرارداد مخصوص خواه در خود ضمانت‌نامه) این ترتیب مقرر شده باشد. بنابراین اصل بر تضامن عرضی است نه طولی مگر اینکه قانون‌گذار آن را تصریح نموده باشد مانند تضامن طولی و عرضی موضوع ماده ۳۳ آیین نامه اسناد رسمی درباب ضمانت عقدی و ماده ۲۴۹ قانون تجارت که در آن ضمانت ابتدا طولی و پس از برداخت نشدن از طرف مدیون اصلی، عرضی می‌شود.

ضمانت در اسناد تجاری

گذشت زمان و تجارب حاصله انسان را به استفاده اسناد تجاری بجای پول ترغیب نمود چون استفاده از پول مشکلات حمل و خطر سرقت و مدت‌پذیر نبودن و غیره را به همراه داشت از این رو برای تسهیل در امر تجارت استفاده از اسناد تجاری مورد توجه تجار قرار گرفت. هرچند با رشد تجارت الکترونیکی^۱ تجارت در بستر مبادلات الکترونیکی از طریق داده پیام مطمئن با حفاظت از داده پیام بطور خاص تسهیل پیدا کرده و پرداخت نقدی الکترونیکی وجوه از طریق سیستم پرداخت [۱] و انتقال ارزش پولی توسط بانک‌ها بر مبنای توافق خریداران و فروشندگان با استفاده از مجموعه ابزارها و رویه‌های بانکی استفاده از اسناد تجاری حال را تحت الشعاع قرار داده ولی همچنان استفاده از اسناد تجاری مخصوصا در پرداخت‌های غیر نقدی از اهمیت خاصی برخوردار است چنانچه در اصلاحیه اخیر قانون چک مصوب سال ۱۳۹۷ قانون‌گذار با پیش‌بینی چک الکترونیکی مقررات ویژه‌ای در جهت اعتبار بخشی به چک و حمایت از دارنده چک جهت تسهیل و ترویج استفاده از سند تجاری در تجارت به عمل آورده است. در این راستا ضمانت در اسناد تجاری مورد توجه بوده و قاعدتاً در مواردی استفاده می‌شود که دارنده برات به شخص یا اشخاصی که برات را در اختیار او قرار می‌دهد اطمینان کامل ندارد و با تضامن شخص ثالث این اطمینان در او ایجاد می‌گردد که تعهد براتی در سررسید انجام خواهد شد. در قانون تجارت هم ضمانت قانونی و هم ضمانت قرار دادی پیش‌بینی شده است مثل مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۳۰۹، ۳۱۴ و ۲۴۹ در رابطه با مسئولیت تضامنی امضا کنندگان اسناد تجاری و دخالت و ضمانت قانونی ضامن در برات و نیز مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ در رابطه با تضامن قراردادی.

پیشینه پژوهش

این پیشینه را می‌توان به این شرح بر شمرد: احمدی (۱۳۸۶) در تقریر قانون دادگستری ایران باستان درباره تاریخ حقوق ایران در زمان‌های پیش از اسلام رساله‌ها و مقاله‌های چندی را با تحقیقات شایان توجه چاپ و منتشر کرده است. اما تألیف مستقل و شامل تمام مطالب مربوط به حقوق ایران باستان باستان‌شناسی رساله اجتهادی تقی نصر که بزبان فرانسه بوده و برای اکثر فارسی‌زبانان مورد استفاده نمی‌تواند باشد تاکنون انتشار نیافته بود تا آنکه این کار مهم به همت احمدی انجام گرفت. از اینرو، اخلاقی (۱۳۸۴) به بررسی حقوق تجارت اسناد تجاری؛

^۱ قانون تجارت الکترونیک ایران در هفته دی ماه سال ۱۳۸۲ به تصویب رسیده است.

اسکینی (۱۳۷۹) به تبیین کلیات معاملات تجاری و حقوق تجارت متشمل بر برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک؛ اسعدی (۱۳۹۳) در باب ضمانت در اسناد تجاری؛ اسلامی (۱۳۸۳) در توصیف ضمانت در اسناد تجاری؛ رادان جبلی (۱۳۸۹) به تشریح ظهرونی و ضمانت در اسناد تجاری؛ ستوده تهرانی (۱۳۸۰) به تحلیل حقوق تجارت و اسناد تجاری و فخاری (۱۳۸۷) اندیشه‌های حقوقی حقوق تجارت را بررسی کرده‌اند. در ادامه این تحقیقات می‌توان به این موارد هم اشاره کرد: کاویانی (۱۳۹۱) برای تحلیل حقوق اسناد تجاری؛ گلیدشتی (۱۳۴۵) برای تشریح مسئولیت تضامنی در حقوق مدنی ایران؛ محقق داماد (۱۳۸۰) در بررسی ماهیت مبنای و آثار تضامن بدهکاران و نهایتاً نیکفرجام (۱۳۸۱) در تبیین ضمانت در اسناد تجاری. در پیشینه تحقیق غالباً ماهیت ضمان، آثار ضمانت و مسئولیت تضامنی ضامن و روابط ضامن و مضمون عنه و حقوق و تکالیف او در مقابل دارنده بررسی شده [۲۴] لیکن نحوه مداخله ضامن و منشاء قانونی و یا قراردادی آن و امکان اعمال ضمانت و دخالت قانونی ضامن در هریک از اسناد تجاری مورد بررسی قرار نگرفته در این تحقیق موارد مذکور با توجه به مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۴۹، ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت با لحاظ سابقه و مبنای ضمانت و شرایط آن مورد بررسی واقع گردیده است.

۳. روش‌شناسی پژوهش

این تحقیق درصدد پاسخ به این دو سوال است: (۱) آیا ضمانت در برات منحصر به موارد دخالت و ضمانت ضامن با منشا و الزام قانونی است؟ (۲) امکان اعمال موارد دخالت ضامن با منشا و الزام قانونی «مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت» در سفته، چک وجود دارد؟ بدین‌سان، روش پژوهش این مقاله، از نوع روش کیفی شناخت محتوا و تفسیر آن است. پژوهش کیفی مشتمل بر مجموعه‌های پیچیده و متصل به یکدیگر از اصطلاحات، مفاهیم و مفروضات ضامن و ضمان است. در این تحلیل، محتوا منوط به درک و تفسیر متن ضمانت در اسناد تجاری تمرکز دارد، این امور در بنگاه‌های اقتصادی در تعاملات کسب و کارها در سطح شرکت به شرکت^۱ و شرکت به مشتری^۲ نقش زیربنایی دارد. اما مکمل این داد و ستدها، ذهنیت و تفسیری است که طرفین از یکدیگر انجام می‌دهند. بنابراین در تحقیق، واقعیات دادوستد بر پایه ضمانت در اسناد تجاری مشروط به تجربه حقوق دان، تصویرپردازی و تفسیر وی است. حقوق دان، با تجربه‌اندوزی و یادگیری، واقعیات را در ذهن خود مطابق شرایط نمود می‌دهد تا جلوه پیدا کند، لذا محقق با تعامل با موضوع‌های مطرح در سازه‌ها و مولفه‌های موضوع تحقیق، به شناخت آن نائل خواهد آمد.

این پژوهش از نظر ماهیت داده‌ها، پژوهش هرمنوتیک است که به بررسی، تبیین و تحلیل ضمانت در اسناد تجاری می‌پردازد و با روش تفکر منطقی، که به اعتبار افزون بودن نتایج به صغری و کبری قیاس، به استنتاج منطقی ورود می‌یابد تا عوامل را مورد بررسی قرار دهد. در روش هرمنوتیک، شناخت موضوع‌های مطرح در سوالات تحقیق، بر اساس علم حقوق و نظریه‌های مطرح در قوانین، تفسیر می‌شوند، این موارد در چارچوب اسناد معتبر ذهن شکل خواهند گرفت. البته هسته اصلی آن با بهره‌گیری از بیان، الفاظ و توضیحات، تلاش می‌کند به حقیقت فهم ضمانت ضامن با منشا و الزام قانونی و ارادی در برات بپردازد. البته ساخت‌های ذهنی در سازمان دادن تفکرات، تجربیات، هدایت کنش و واکنش‌های آتی کمک رسانی می‌کند. لذا تحقیق امکان اعمال موارد دخالت قانونی ضامن در سفته، چک و مانند آن را با توجه به دسته‌بندی‌های ناشی از مرور پیشینه مورد مطالعه قرار می‌دهد. پایایی و روائی داده‌ها با توجه به اعتبار منابع مورد استفاده، اعتبار دارد و نیاز به پایایی و روائی سنجی

^۱ B2B

^۲ B2C

مجدد ندارد مگر در حدی که از روش صغری - کبری نتیجه مندرج در کتب منطق سوری استفاده شده است که با توجه به شیوع اعتبار آن نزد منطقیین و اجماعی بودن کاربرد آن در علوم انسانی، نیاز به بحث مجدد ندارد. جامعه آماری مورد بحث سی و چهار پژوهش معتبر است. روش تحلیل هرمنوتیک منطقی و انتقادی است که متناسب با متون حقوق در علوم انسانی کاربرد دارند.

۴. تحلیل داده‌ها و یافته‌ها

بر اساس بررسی مبانی نظری، پیشینه تحقیق و منابع جامعه پژوهش می‌توان اظهار داشت که برای تحقق ضمانت شرایطی به شرح لازم است.

اول. شرایط شکلی

الف) امضای ضامن. ضمانت آیا صرفاً با «امضا» تحقق می‌یابد و یا همانند صدور با «مهر» هم امکان‌پذیر است گفته شده است «مهر» ضامن برای صحت ضمانت کافی نمی‌باشد [۷] هر چند صحت ضمانت با «مهر» منطقی می‌نماید. اینکه عدم قید عبارتی در ظهر برات که حکایت ضمانت کند مثبت ضمانت امضا کننده است یا خیر؟ کمیسیون آیین دادرسی اداره حقوقی وزارت دادگستری در مورد سفته پاسخ مثبت دارد: «اگر شخص ثالثی ظهر سفته را بدون درج هرگونه طلبی امضا نماید این امر ظهور در ضمانت امضاکننده دارد و در این صورت امضا کننده ظهر سفته با متعهد سفته در مقابل دارنده سفته مسئولیت تضامنی خواهد داشت [۶]. به نظر برخی از نویسندگان حقوق تجارت «در صورتی که شخص بدون آنکه مشمول ظهرنویسی شود پشت سند را امضا کند این امضا به منزله ضمانت پرداخت وجه سفته محسوب میشود زیرا امضای مزبور شبیه امضای سفید بوده و دارنده برات چنانچه لازم بداند می‌تواند نام هر متعهدی را بالای آن بنویسد و اگر چیزی هم نوشته نشود عرف عادت تجاری آن را ضمانت محسوب می‌دارد [۳۰].»

به نظر می‌رسد محسوب کردن صرف امضای ظهر برات به عنوان ضمانت صحیح نباشد چرا که صرف نظر از اینکه سفته از حیث عدم قابلیت اجرای مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در خصوص ضمانت با برات متفاوت بوده و قیاس آنها از این جهت مع الفارق است اصولاً انتقال برات بوسیله ظهرنویس بعمل می‌آید، و برابر قسمت آخر ماده ۲۴۹ قانون تجارت ضامن با کسی که از او ضمانت کرده (برات‌دهنده، برات‌گیر و ظهرنویس) مسئولیت تضامنی دارد در نتیجه امکان شناسایی مضمون عنه وجود نخواهد داشت در حالی که این امر در تعیین مسئولیت ضامن موثر است. برای پرهیز از اشکالات مطروحه لازم است در صورت مواجه شدن با امضای صرف برات وعدم وجود دلایل و قراین حاکمی از ضمانت برات آن را ظهرنویسی تلقی کرد [۷].

ب) کتبی بودن ضمانت و انعکاس آن در خود ورقه برات. مطابق رویه و عرف انعکاس همه اقدامات مربوط به سند در خود سند مگر در موارد استثنایی برای حفظ حقوق دارندگان این اسناد در مراجعه به ضامن لازم است ضمانت در خود سند و کتبی باشد که در آن تعهد به پرداخت یا قبولی برات توسط برات‌گیر ضمانت گردد [۲۵]. اگر ضمانت برات به موجب سند جداگانه صورت پذیرد ضمانت تجاری خواهد بود یا مدنی، اختلاف نظر وجود دارد. در قانون متحدالشکل ژنو برابر ماده ۴ ضمیمه دوم، قبول ضمانت بر حسب سند جداگانه به اختیار دولت‌های امضا کننده کنوانسیون واگذار گردیده است.

کشور فرانسه کتبی بودن ضمانت را قبول کرده و ضامن به موجب سند جداگانه را نیز پذیرفته است «بند ۳ ماده ۳۰ قانون تجارت فرانسه». در برخی دیگر از کشورها مثل آلمان، ایتالیا، سوییس و ژاپن پذیرفته نشده است [۷]. قانون تجارت ایران در این زمینه ساکت است. از آنجا که در صورت سکوت قانون تجارت ما می‌توانیم به قانون مدنی به عنوان قانون عام و مادر رجوع کنیم ضمانت بر اساس آن با قید مشخصات برات، مضمون له و مضمون عنه تابع مقررات حقوق مدنی خواهد بود مگر اینکه تضامنی بودن ضمانت ضامن تصریح شده باشد.

برخی معتقدند که مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی در اینجا مصداق ندارد و نمی‌توان به صرف اراده طرفین ضمانتی را که قانون تجارت پیش بینی نکرده است مشمول قانون تجارت قرار داد [۷].

چنانچه صدور برات بعد از ضمانت کلی و سند جداگانه باشد بر اساس ماده ۶۹۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است.» قابل تامل است.

ج) قید نام مضمون عنه. برابر ماده ۳۱ قانون متحد الشکل ژنو باید نام مضمون عنه مشخص باشد و اگر ذکر نشده باشد ضمانت از براتکش خواهد بود. مطابق قسمت آخر ماده ۲۴۹ قانون تجارت ضامن با کسی که از او ضمانت کرده مسئولیت تضامنی دارد که شامل برات‌دهنده، محال علیه و یا ظهرنویس می‌شود حال اگر مضمون عنه در برات قید نشود تکلیف چیست؟ قانون تجارت ایران در این خصوص ساکت است. به نظر برخی در صورت عدم امکان تشخیص مضمون عنه باید ضمانت را به حساب براتکش گذاشت زیرا در بین مسئولان برات، مسئولیت او از همه بیشتر است [۷] و [۳۰]. با توجه به اینکه هر یک از صادرکنندگان و ظهرنویسان برات تعهد قبولی برات توسط برات‌گیر را دارند در نتیجه ضامنی که از آنها ضمانت کرده نیز تعهد قبولی برات را دارد. بنابراین ضمانت از مسئولین برات متضمن تعهد قبولی برات نیز میشود مگر اینکه بر خلاف آن تصریح شده باشد و گفته شده است ضمانت فقط برای قبولی برات از طرف برات‌گیر داده شود یا ضمانت برای قسمتی از مبلغ برات و یا در مقابل یکی از دارندگان برات باشد [۳۰].

با توجه به ماهیت ضمانت مبنی بر تضامن پرداخت وجه برات ضمانت برای قبولی خالی از اشکال نخواهد بود. در هر حال مسئولیت ضامن برای گرفتن قبولی همانند صادرکننده و ظهرنویس‌ها منصرف از موضوع مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در رابطه با دخالت قانونی ضامن در برات است زیرا در ماده ۲۳۷ قانون تجارت پس از نکول فقط از معرفی ضامن توسط صادرکننده و ظهرنویس‌ها جهت معرفی ضامن برای پرداخت وجه برات در سررسید صحبت به عمل آمده است. بدیهی است پس از معرفی ضامن دیگر بحث قبول برات مطرح نمی‌شود. در ماده ۲۳۸ قانون تجارت از برات‌گیری که برات را قبول کرده و موعد آن فرا رسیده ولی وجه آن را نپرداخته در صورت اعتراض عدم تادیه نسبت به سایر برواتی که ایشان قبول کرده ولی موعد آن هنوز فرا نرسیده از همان برات‌گیر مطالبه معرفی ضامن برای پرداخت وجه به عمل می‌آید. بنابراین برواتی که نسبت به آنها از برات‌گیر مطالبه ضمانت ضامن می‌شود برواتی هستند که قبول گردیده در نتیجه ضمانت برای قبولی آنها منتفی است. به علاوه معرفی کننده ضامن در این ماده برات‌گیر است که خود برات را قبول نموده و مطالبه ضامن از نامبرده برای قبول برات فاقد وجه خواهد بود.

د) ضمانت برات. علاوه بر اشخاص ثالث، ضمانت هر یک از مسئولین برات در صورتی امکان‌پذیر است که ضمانت یکی از آنها از مسئولین قبلی برات منجر به بهبود وضعیت دارنده برات شود. مثلاً ضمانت برات‌گیری که برات را قبول کرده از ظهرنویس پذیرفته نیست چون ضمانت او موثر و مفید نمی‌باشد ولی ضمانت از ضامن برات بلا اشکال است چون بر ارزش آن افزوده می‌شود. در این فرض نوع مسئولیت در صورتی تضامنی خواهد بود که مطابق ماده ۴۰۳ قانون تجارت بر آن تصریح شده باشد، چون مشمول ماده ۲۴۹ قانون تجارت نمی‌شود چرا که در آن فقط ضمانت صادرکننده و برات‌گیر و ظهرنویسان تضامنی دانسته شده است.

ه) تاریخ ضمانت. قید تاریخ هرچند دارای آثار مهم هست ولی شرط صحت آن نیست. تعیین تاریخ ضمانت ممکن است در برخی موارد در صحت آن نیز تاثیر داشته باشد مثلاً در ارتباط با تشخیص اهلیت و ورشکستگی ضامن در زمان امضای سند.

دوم. شرایط ماهوی

الف) از نظر ماهوی شرایط عمومی قراردادهای یعنی قصد، رضا، اهلیت و موضوع معین لازم است رعایت شود. جهت صدور برات هم مطابق بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی در صورت تصریح بایستی مشروع باشد. بر اساس ماده ۸۶ قانون امور حسبی صغیر ممیز نیز می‌تواند با اجازه ولی پیشه انتخاب و در نتیجه عمل تجارتي انجام دهد و با وجود صغیر بودن عمل او تجارتي خواهد بود نه مدنی. البته قبول تجارتي بودن عمل صغیر با توجه به اینکه متضمن خطر بیشتری نسبت به اعمال مدنی بوده و می‌تواند منجر به ورشکستگی به تقصیر و تقلب شود به نظر برخی قابل انتقاد بوده و بهتر است قانون‌گذار چاره‌ای بیاندیشد [۷].

ب) شرط تحقق رجوع به ضامن مستلزم رجوع به مضمون عنه نیست. طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت نباید تصور کرد که در تحقق مسئولیت تضامنی ضامن مراجعه به مضمون عنه نیز لازم است چرا که در تضامن اصل بر عرضی بودن است مگر اینکه تضامن طولی تصریح شود.

حقوق و تکالیف ضامن. ضامن تکلیف پرداخت وجه سند و خسارات را مطابق مقررات داشته و نمی‌تواند پرداخت را منوط به عدم پرداخت مضمون عنه نماید. مستفاد از ماده ۴۸۷ قانون تجارت و ماده ۷۸۷ قانون مدنی در باب عقد رهن عقد ضمان نسبت به ضامن لازم است. ضمان موجب نیز به فوت ضامن حال می‌شود (ماده ۷۱۵ قانون مدنی) قبل از رسیدن اجل دین اصلی ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی دین موجب او حال شده باشد. اگر حق مطالبه دین اصلی مشروط به اخطار قبلی باشد این اخطار بایستی در مورد ضامن نیز رعایت شود. دین اصلی اگر به نحوی از انحا ساقط بشود ضامن نیز بری الذمه میشود. در صورت حال شدن دین، ضامن می‌تواند مضمون له را به دریافت طلب یا انصراف از ضمان ملزم کند ولو اینکه ضمان موجب باشد.

چنانچه ضامن دین اصلی را پرداخت کند مضمون له باید تمام اسناد و مدارک را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم است به او بدهد. اگر دین اصلی دارای وثیقه منقول یا غیرمنقول باشد مضمون عنه مکلف به انجام تشریفات است که برای انتقال وثیقه به ضامن لازم است. «ماده ۴۰۵ به بعد قانون تجارت». وفق مواد ۴۰۸ الی ۴۱۰ قانون تجارت اگر دین اصلی بواسطه پرداخت وجه سند یا ابراء ذمه مضمون عنه ساقط شود یا مضمون له از دریافت طلب امتناع نماید ذمه ضامن بری میشود. ضامن در صورت پرداخت وجه سند حق دریافت اسناد و مدارک را طبق ماده ۴۱۱ قانون تجارت دارد. ضامن حق استفاده از تمام ابزارهای دفاع از مضمون عنه را مستفاد از مواد ۲۴۹ و ۲۹۰ قانون تجارت را دارد نیز پس از پرداخت وجه سند حق رجوع به مضمون عنه و سایر مسئولین سند را مستنبط از مواد ۲۷۴ و ۲۷۵ و ۲۴۹ قانون تجارت خواهد داشت.

آثار ضمانت. پس از تحقق ضمانت بدون اینکه مضمون عنه بری شود در مقابل ذینفع پرداخت وجه سند را تعهد می‌کند مطابق ماده ۲۴۹ قانون تجارت ضامنی که ضمانت برات‌دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی که از او ضمانت کرده مسئولیت تضامنی دارد در نتیجه ضامن در مقابل دارنده برات همانند مضمون عنه است. هر ایرادی مضمون عنه بتواند در مقابل دارنده داشته باشد ضامن نیز حق استناد به آن را دارد، اگر مضمون عنه بری شود ضامن نیز بری خواهد شد. اگر تعهد اصلی مضمون عنه باطل باشد به تعهد ضامن نیز سرایت می‌کند یاخیر؟ قانون تجارت ایران در این خصوص ساکت است ولی مطابق مقررات کنوانسیون ژنو تعهد ضامن بر اساس اصل استقلال امضاها و غیر قابل استناد بودن ایرادات مسئولین برات، معتبر می‌باشد و در خصوص ضمانت کردن ضامن از ضامن به استناد ماده ۲۴۹ قانون تجارت مسئولیت ضامن دوم تضامنی نمی‌باشد [۷].

در خصوص مسئولیت ضامن متعهد سفته و ضامن ظهرنویس در مقابل دارنده باید گفت مطابق ماده ۲۸۹ قانون تجارت دعوی دارنده سند علیه ظهرنویس باید در ظرف مواعد مقرر در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ اقامه شود وگرنه

در محکمه پذیرفته نخواهد شد. بنابراین دعوی دارنده علیه ضامن ظهرنویس نیز باید در مواعد یاد شده اقامه گردد، از جهت پرداخت سند به لحاظ انقضای مهلت‌های یاد شده مسئولیتی متوجه ظهرنویس و به تبع آن ضامن او هم نخواهد بود، در حالی که مسئولیت متعهد سفته و تبعاً ضامن او محدود به مواعد یک سال و دو سال مذکور در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷ نخواهد بود.

به موجب ماده ۴۱۱ قانون تجارت پس از آن که ضامن دین اصلی را پرداخت کرد، مضمون له باید تمام اسناد و مدارکی را که برای رجوع ضامن به مضمون عنه لازم است به ضامن تسلیم نماید تا ضامن بتواند بر اساس آن به مضمون عنه رجوع نماید، مضاف اینکه ضامنی که وجه سند را پرداخته است می‌تواند علاوه بر مضمون عنه به سایر امضاء کنندگان که در مقابل مضمون عنه مسئولیت دارند رجوع کند.

اگر دخالت ضامن در برات را منحصر به مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت بدانیم از یک طرف مسئولیت تضامنی ضامن در راستای ماده ۲۴۹ قانون تجارت شامل تضامن قراردادی نخواهد بود بلکه مسئولیت ضامن بر اساس توافق طرفین طبق ماده ۴۰۲ قانون تجارت حسب مورد عرضی یا طولی خواهد بود، از طرف دیگر ارجاع مقررات چک از حیث ضمانت از صادر کننده و ظهرنویس‌ها طبق ماده ۳۱۴ به مقررات برات با توجه به عدم امکان اعمال مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ در چک خالی از وجه خواهد بود.

مرور زمان. منظور از مرور زمان عبارت از انقضای مواعیدی است که پس از آن دعوی شنیده نمی‌شود [۱۲] دو نوع مرور زمان در اسناد تجاری وجود دارد یکی مرور زمان حقیقی که پس از گذشتن آن مهلت بدهکار می‌تواند از پرداخت بدهی امتناع نماید مانند مواد ۳۱۸ و ۳۱۹ قانون تجارت و دیگری مواعد انجام بعضی تشریفات است که عدم رعایت آنها موجب اسقاط حق دارنده برات بر علیه بعضی از مسیولین سند می‌شود. مثل مواد ۲۷۴ و ۲۴۹ و ۲۸۶ و ۲۸۷ و ۲۸۸ و ۲۸۹ و ۲۹۰ و ۲۹۱ و ۳۱۵ قانون تجارت [۳۰]. قابل ذکر است ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی مربوط به مرور زمان ده، بیست و سی سال مبنی بر عدم استماع دعوی در دادگاه در نظریه شماره ۷۲۷۵-۱۳۶۱ شورای نگهبان غیرشرعی شناخته شد، در نتیجه دعوی مالی به هیچ وجه مشمول مرور زمان نمی‌شود. اینکه نظریه مزبور شامل مرور زمان‌های قانون تجارت نیز می‌شود یا خیر؟ بعضی معتقد به نسخ ضمنی آن هستند [۱۸]. نظریه مشورتی شماره ۳۶۵۴-۲/۵/۸۲ اداره حقوقی، نظریه شورای نگهبان را تنها راجع به مواد ۷۳۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی می‌داند و در مورد اوراق تجاری موضوع قانون تجارت، مقررات مواد ۳۱۸ به بعد قانون تجارت را قابل استناد می‌داند.

ضمانت و دخالت قانونی ضامن. در ضمان قانونی مبنای مسئولیت قانون است و قانون‌گذار برای حمایت از طلبکار تضامن را به صورت قهری مورد حکم قرارداده است. به طور مثال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: ماده ۳۱۷ قانون مدنی در مورد مسئولیت تضامنی غاصبان متعدد؛ ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی در مورد کارگرانی که باعث ورود خسارت شده‌اند؛ ماده ۶۷۳ قانون مدنی در خصوص ضمانت قضائی متعدد؛ ماده ۹۴ قانون امور حسبی راجع به مسئولیت تضامنی قیمان متعدد؛ بند ج ماده ۱۶۵ قانون دریای در خصوص مسئولیت تضامنی کشتی‌ها در یک تصادم؛ بند ج ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در خصوص مسئولیت تضامنی متضامین نسبت به بدهی تامین اجتماعی مورد معامله؛ مواد ۱۱۶ و ۱۲۵ و ۱۲۶ قانون تجارت؛ مواد ۱۳۰ و ۱۴۲ و ۱۲۷۳ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷؛ ماده ۴۹۵ قانون تجارت در خصوص قرارداد؛ نیز مواد ۲۴۹ و ۳۰۹ و ۳۱۴ قانون تجارت در خصوص مسئولیت تضامنی امضاکنندگان اسناد تجاری از این نوع ضمان می‌باشد. اصل عدم تضامن است و تضامن استثناست و نیاز به تصریح دارد. در تضامن قانونی با استناد ماده ۴۰۳ قانون تجارت باید اصل را به تضامن عرضی دانست مگر اینکه صراحتاً تضامن طولی پیش‌بینی شود مانند ماده ۲۴۹ قانون تجارت که نوع تضامن در آن ابتدا طولی سپس عرضی بوده و شرط مراجعه به سایر امضاکنندگان سند تجاری مراجعه اولیه به برات‌گیر است. دخالت ضامن در اسناد تجاری می‌تواند کاملاً ارادی و یا با الزام و منشا قانونی باشد.

الف-برات. بنا به تعریفی «برات سندی است که براتکش به دارنده آن تسلیم می‌کند و سند مزبور به دارنده ی آن حق می‌دهد در سررسید مبلغی را که در آن ذکر شده است از برات‌گیر دریافت دارد» [۳۰]. دخالت ضامن در برات که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت پیش بینی شده است از این جهت قانونی خوانده می‌شود که، منشا دخالت ضامن قانون است. به تصریح ماده ۲۴۹ قانون تجارت نوع مسئولیت ضامن تضامنی است. طبق ماده ۲۳۷ قانون تجارت دارنده برات می‌تواند با اعتراض نکول در صورت عدم قبول برات توسط برات‌گیر به هر یک از برات دهنده و ظهرنویس که بخواهد رجوع نماید و آنها متعهد هستند که برات را به قبولی برات‌گیر برسانند، در غیر اینصورت باید برای تادیه وجه برات در سررسید «ضامن» بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض نامه و مخارج برات رجوعی اگر باشد باید فوراً باید تادیه نمایند.

ماده ۲۳۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد «اگر بر علیه کسی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تادیه شود دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول‌کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن «ضامن» دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین نماید».

در تفاوت دو ماده می‌توان گفت که اولاً مطالبه ضامن در ماده ۲۳۷ بعد از اعتراض نکول در ماده ۲۳۸ بعد از اعتراض عدم تادیه است دوماً در ماده ۲۳۷ از صادرکننده برات و ظهرنویس‌ها ضامن خواسته می‌شود ولی در ماده ۲۳۸ از برات‌گیری که برات را قبول کرده سوماً در ماده ۲۳۷ نسبت به براتی که اعتراض نکول شده است باید ضامن داده شود ولی در ماده ۲۳۸ نسبت به بروات دیگری که همان برات‌گیر قبول کرده است ولی هنوز موعد آنها نرسیده است باید ضامن داده شود، نه نسبت به براتی که اعتراض عدم تادیه شده است. نهایتاً بر اساس ماده ۲۳۷ در صورت امتناع از دادن ضامن دارنده برات می‌تواند وجه برات را فوراً مطالبه کند ولی بر اساس ماده ۲۳۸ برات‌گیر در صورت عدم معرفی ضامن باید پرداخت وجه برات را در موعد مقرر به نحو دیگری تضمین نماید. بدیهی است مواد مذکور برای ضمانت و دخالت قانونی ضامن در برات پیش‌بینی شده است.

این سوال مطرح می‌شود که آیا دخالت ضامن در برات منحصراً موارد مندرج در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت می‌باشد؟ بعضی از نویسندگان حقوق تجارت معتقدند که ضمانت در برات منحصراً آنچه در موارد مذکور آمده است نمی‌باشد و کاملاً بستگی به اراده و تمایل اشخاص ذی‌نفع دارد [۱۰]. این نظر کاملاً موجه است چون در صورت انحصار به موارد مذکور، با توجه به عدم امکان اعمال مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در سفته نباید اعمال مقررات ماده ۲۴۹ و مسیولیت تضامنی ضامن پیش‌بینی می‌شد لذا ضمانت ضامن در برات علاوه بر دخالت ضامن با منشاء قانونی موضوع مواد مذکور شامل ضمانت کاملاً ارادی طرفین بدون الزام و منشا قانونی نیز می‌شود.

ب) سفته. سفته سندی است که به موجب آن امضاءکننده تعهد می‌کند مبلغی در موعد معین یا عندالمطالبه در وجه حامل یا شخص معین و یا به حواله کرد آن شخص کارسازی نماید. طبق ماده ۳۰۹ قانون تجارت تمام مقررات راجع به بروات تجارته (از مبحث چهارم الی آخر فصل اول این باب) در سفته نیز لازم‌الرعایه است. صرف نظر از اینکه مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در مبحث سوم بیان گردیده و مشمول ماده ۳۰۹ مذکور نمی‌شود باید توجه کرد که متعهد پرداخت سفته خود صادرکننده بوده و لذا بحث قبول و نکول در آن منتفی بوده و در نتیجه دخالت ضامن با منشاء قانونی و اعمال مواد مذکور در آن موضوعیت ندارد.

ج) چک. چک طبق ماده ۳۱۰ قانون تجارت عبارت از «نوشته‌ای است که به موجب آن صادرکننده وجوهی را که در نزد محال علیه دارد کلاً یا بعضاً مسترد یا به دیگری واگذار می‌نماید». ملاحظه می‌شود قانون تجارت ایران صدور چک را فقط به عهده بانک محدود نکرده و با بکار بردن «محال علیه» صدور آن را بر عهده هر

شخصی تجویز نموده است در حالی که بر اساس ماده دو قانون صدور چک مصوب سال ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی آن فقط چک‌های صادره عهده «بانک» مشمول قانون صدور چک یعنی مقررات کیفی بوده و لازم الاجرا است. قانون‌گذار در اصلاحیه اخیرالتصویب قانون صدور چک در سال ۱۳۹۷، چک الکترونیکی «تبصره ماده ۱» و چک موردی «تبصره ۲ ماده ۶» را پیش‌بینی نمود و جهت جلوگیری از پول‌شویی و تقویت اعتبار چک و حمایت از دارنده چک مقررات جدیدی وضع نمود.

در این اصلاحیه بانک‌ها مکلف شدند سقف اعتبار مجاز برای هر متقاضی دریافت چک تعیین نمایند «ماده ۶». امکان صدور اجراییه بدون رسیدگی قضایی توسط محاکم به استناد گواهی عدم پرداخت فراهم شد «ماده ۲۳». مضاف اینکه ممنوعیت صدور و ظهرنویسی چک در وجه حامل نیز ممنوعیت اعطای دسته چک برای اشخاص ورشکسته و معسر «ماده ۲۱ مکرر»، تکلیف ثبت آنی اطلاعات گواهی عدم پرداخت چک در سامانه یکپارچه بانک مرکزی «ماده ۴» و ممنوعیت افتتاح هرگونه حساب و صدور کارت بانکی، عدم گشایش اعتبار اسناد ارزی یا ریالی، عدم پرداخت هرگونه تسهیلات بانکی به صادرکننده چک بی‌محل «ماده ۵ مکرر»، پیش‌بینی مجازات به بانک‌ها و موسسات و کارمندان دولتی و غیردولتی «ماده ۲۴» از جمله از نوآوری‌های این قانون بود.

انواع چک بر اساس ماده دو قانون صدور چک عبارت است از چک عادی، چک تایید شده، چک تضمین شده و چک مسافرتی. چک تضمین شده چکی است که توسط بانک به عهده همان بانک به درخواست مشتری صادر و پرداخت آن توسط بانک تضمین می‌شود صرف‌نظر از ایرادی که به این تعریف از حیث ضمانت وارد است چون ضامن و مضمون عنه هر دو در این نوع چک، بانک هست و اساساً صدور چک از طرف صادرکننده به روی خودش جایز نیست. از طرف دیگر گفته شده است چک تضمین شده همان چک تایید شده است [۷] چون چکی که از طرف صاحب حساب صادر می‌شود توسط بانک تضمین می‌شود، به نظر می‌رسد تلقی نمودن چک تایید شده توسط بانک به عنوان چک تضمین شده خالی از وجه است و تایید بانک را نه به عنوان ضمانت از صادرکننده بلکه به عنوان قبول پرداخت وجه چک توسط «بانک محال علیه» تلقی نمود و سیاق و منطوق بند ۲ ماده ۱ الحاقی قانون تجارت که مقرر می‌دارد «...توسط بانک محال علیه پرداخت وجه آن تایید می‌شود» با نظر نویسنده سازگاری دارد. ماده ۳۱۴ قانون تجارت بیان داشته که مقررات این قانون از «ضمانت» صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضامن و مقفود شدن راجع به «بروات» شامل «چک» نیز خواهد بود.

ماده ۲۴۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «ضامنی» که ضمانت برات‌دهنده یا محال‌علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است. ماده ۳۱۴ قانون تجارت ضمانت از صادرکننده و ظهرنویس‌ها را به مقررات برات ارجاع نموده و ضمانت از صادرکننده و ظهرنویس‌ها و برات‌گیر در برات همان طوری که گفته شد در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت بیان شده است. در مواد مزبور پیش‌بینی شده است که پس از اعتراض نکول، ظهرنویس‌ها و برات‌دهنده به تقاضای دارنده برات باید «ضامنی» برای تادیه وجه براتی که نسبت به آن اعتراض نکول به عمل آمده است بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراضنامه و مخارج برات رجوعی اگر باشد فوراً تادیه نمایند. نیز نسبت به براتی که برات‌گیر قبول کرده ولی وجه آن را نپرداخته است اعتراض عدم تادیه بعمل آید دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید «ضامن» بدهد یا به نحو دیگری تضمین نماید مطالبه کند.

حال با توجه به مراتب مذکور این سوال مطرح می‌شود که آیا مقررات ماده ۲۳۷ قانون تجارت در چک قابل اعمال است یا خیر؟ با دقت در شرایط چک و برات ملاحظه می‌شود که ماده ۲۳۷ قانون تجارت در مورد چک قابل اجرا نمی‌باشد زیرا برخلاف برات که قانون‌گذار در مواد ۲۲۸ به بعد قانون تجارت موضوع قبول و نکول و آثار و شرایط آن را پذیرفته است در مورد چک قبول و نکول مطرح نبوده تا دارنده چک بتواند در صورت عدم

قبول محال علیه نسبت به آن اعتراض نکول نموده و از صادرکننده یا ظهرنویس بخواهد که «ضامن» برای پرداخت وجه چک معرفی نمایند. چون چک با توجه به مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون تجارت نباید وعده داشته باشد و به محض ارائه باید کارسازی شود. نیز در مورد تقاضای معرفی «ضامن» از طرف برات‌گیری که برات را قبول کرده است ماده ۲۳۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد «اگر کسی که برات را قبول کرده ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تادیه شود دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول‌کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن «ضامن» بدهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند».

ملاحظه می‌شود اجرای ماده ۲۳۸ قانون تجارت و تقاضای «ضامن» در چک نیز با توجه به منتفی بودن موضوع قبول و نکول امکان پذیر نمی‌باشد.

۵. نتیجه‌گیری و پیشنهاد

مسئولیت تضامنی در ضمان بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه که ضم ذمه به ذمه را بعضاً باطل شناخته شده بود با تصویب مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت در باب ضمان به صورت طولی و عرضی، مسئولیت تضامنی به صورت قراردادی یا قانونی اجازه داده شد و در نتیجه امکان انعقاد ضمانت تضامنی بین طرفین قرارداد وفق ماده ۱۰ قانون مدنی و مواد یاد شده فراهم گردید. نوع مسئولیت ضامن در اسناد تجاری در ماده ۲۴۹ قانون تجارت به صورت تضامنی بیان گردیده و مطابق آن ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهرنویس را کرده فقط با کسی که از او ضمانت کرده مسئولیت تضامنی دارد و دارنده سند می‌تواند در صورت عدم تادیه و اعتراض به ضامن بدون اینکه مراجعه به مضمون عنه شرط باشد، همانند سایر مسئولین رجوع کند.

در پیشینه پژوهش بدون توجه و پرداختن به منشا، تحقق ضمانت بر اساس قانون یا صرف توافق طرفین ضمانت بررسی شده است. ضمن تفکیک منشا ضمانت در اسناد تجاری به این امر توجه داشته که قانون تجارت ایران فقط در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ دخالت ضامن در برات را پیش‌بینی کرده است ممکن است گفته شود که مسئولیت تضامنی ضامن وفق ماده ۲۴۹ قانون تجارت منحصر به مواد مذکور یعنی ضمانت با منشا قانونی است که در این صورت اگر بین دارنده سند و هریک از صادرکننده و ظهرنویس‌ها و برات‌گیر غیر از موضوع مواد مذکور ضمانت واقع شود ماده ۴۰۲ قانون تجارت بر آن حاکم خواهد بود و در این صورت نوع مسئولیت ضامن حسب توافق طرفین عرضی یا طولی خواهد بود. باید گفت ضمانت ضامن یا منشا، قانونی دارد همانند مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت یا بدون منشاء قانونی و صرفاً بر اساس توافق طرفین است مثلاً در موقع ظهرنویسی توافق می‌شود شخصی از ظهرنویس ضمانت کند تا برات را دارنده بپذیرد. بنابراین دخالت ضامن در برات منحصر به مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ نمی‌باشد.

همچنین در این تحقیق معلوم گردید بر خلاف منطوق ماده ۳۱۴ قانون تجارت که حاکمیت مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در چک از آن مستفاد می‌شود فقط در مورد برات قابل اجرا بوده و در مورد سفته و چک با توجه به اینکه موضوع قبول و نکول و اعتراض نکول در مورد آنها منتفی است نمی‌تواند اعمال شود و ماده ۳۱۴ قانون تجارت که ضمانت در چک را کلاً به مقررات برات ارجاع نموده از این حیث ابهام داشته و خالی از اشکال نمی‌باشد چون مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت که در خصوص ضمانت در برات است نمی‌تواند در چک اعمال گردد و اگر مراد قانون گذار عدم حاکمیت مواد مذکور در چک بود همانند سفته نباید به آن مواد ارجاع داده می‌شد و از این حیث مقاله نوآوری دارد، در نتیجه لازم هست ماده ۳۱۴ به گونه‌ای اصلاح گردد که شامل مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ نگردد هرچند امکان ضمانت تضامنی ضامن در چک و سفته به صورت کاملاً ارادی بدون منشا قانونی علی‌رغم حال بودن چک همان طوری که قانون متحدالشکل ژنو پذیرفته، وجود دارد.

منابع :

1. Abdipoorfard. E., & Footoohirad, A. (1395). Economic analysis of commercial documents as a payment system, *Economic law knowledge quarterly*, 9, 112-135. (in Persian)
2. Ahmadi, A. (1346). *Code of Justice in ancient Iran*, Tehran: Ministry of Culture and Arts (in Persian)
3. Akhlaghi, B. (1384). *Commercial law, commercial instruments*, Tehran: law and political faculty of Tehran University, 11. (in Persian)
4. Amid, H. (1390). *Dictionary of Amid, Vol 2*, Tehran: AmirKabir Publication. (in Persian)
5. Asadai, S.H. (1393). *Suretyship in commercial instrument*, Tehran: *Judgeship monthly*, 10, 41-48. (in Persian)
6. *Collection of advisory opinions of the Legal Department of the Ministry of Justice in field of civil cases*, 16, 11. (In Persian)
7. Eskini, R. (1395). *Commercial Law: Bill of exchange, Promissory note, Cheque, Warrant, Bearer Bonds*, Tehran: SAMT publication. (in Persian)
8. Eskini, R. (1399). *Commercial Law, General Commercial Transactions*, Tehran: SAMT publication. (in Persian)
9. Eslami, A. (1383). *Suretyship in commercial instrument*, *Bar Association Journal*, No. 50, 57-68. (in Persian)
10. Fakharr, A.H. (1387) . *Commercial Law, Legal thoughts 3*, Tehran: Majd Publications.(in Persian)
11. Golidashti, M.R. (1345). *Joint and Several Responsibility in Iran`s Civil Law*, Tehran: *Pardis Farabi Library*. (in Persian)
12. Hosseini Ameli, S.M.J. (1226) *Meftahol Kalama fi Sharhol Allama* , 5, Al-bait Ahehya Altaras Institute. (in Arabic)
13. Jaafari Langroodi, M.J. (1386). *Law terminology*, Tehran: GanjeDanesh Publication (in Persian).
14. Jaziri, A.R. (1986). *Alfeghol mazahebol arbae*, 3, *Darol ehya ultrasol arabi*. (in Arabic)
15. Kashani, S.M. (1388). *Civil Rights Booklet 7*, Law Faculty of Shahid Beheshti University, 203&207-208&281-284. (in Persian)
16. Katoozian, N. (1382). *Specific Contracts, Security Debt, Permission Contracts*, 4, Tehran: Bahman Publication. (in Persian)
17. Katoozian, N. (1385) . *Introductory Course of Civil Law, Legal acts of Contracts, Unilateral Act*, Tehran: Bahman Publication. (in Persian)
18. Kaviani, M. (1391) . *Commercial Documents Law*, Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
19. Mazo, J., *Civil Law lessons, part of Obligations*, 2, 9. (In Persian)
20. Moein, M. (1386). *Moein Dictionary*, 2, Tehran: Zarrin Publication. (in Persian)
21. Mohhaghege Damad, S.M. (1380). *Article on the nature of principles and effects of debtor`s joint and several responsibility*, *Humanities Journal*, Tehran: Alzahra University, 149-150. (in Arabic)
22. Mohagheg Helli. (1408). *Sharayeol Eslam*, Qhom: Esmailian Publication. (in Arabic)
23. Nikfrjam, K. (1381). *Guarantee in Commercial Instruments*, *Quarterly Journal of Legal Prespectives*, 25, 94-115. (in Persian)
24. Philiper. W. (1983). *Chitty joseph, Chitty on contracts*, 2, 25 London: Sweet and Maxwell,11.
25. Radan Jebeli., A. (1389). *Endorsement and Suretyship in commercial instrument*, *Isfahan: Bar Association Journal*, 46, 25. (in Persian)
26. Sanhoory, A.R. (1991). *Brokerage in new Civil Law, 10th part, Personal and objective collection*, Beirut, Lebanon: Darolhaya Altaras Alarabiyeh. (in Arabic)

27. Shahidi, M. (1398) . Civil Law, Formation of Contracts, Vol. 1, Tehran: Majd Publications. (in Persian)
28. Shahidi, M. (1399). Termination of Liabilities, Vol. 5, Tehran: Majd Publication. (in Persian)
29. Shushi Nasab. (1394). Quasi-Commercial Documents. Private law Quartely , number 3,pages: 453-469. (in Persian)
30. Sootoode Tehrani., H. (1398). commercial law, Tehran: Dadgostar publication. (in Persian)
31. Tabatabaee, Hakim, S.M. (1409). Mostamsak Orvatol Vosga, Vol. 13, Qhom: Esmailian Publication (in Arabic) .
32. Tabatabaee, Yazdi, S.M.K.(1392) Orvatol Vosga , Ketabe Zhaman, Translator: Sheykh Abbas Qomi, Tehran: Dina Publication,. (in Persian)
33. Toosi, A.J.M., & Ebne Ali Sheykh Toosi (1407). Ketab Alkhalaf, Maktab Almortazaviye Alehya Alasar Aljafariye, Vol. 2, Qhom:Alnashr Aleslami Institute. (in Arabic)
34. Translation Of Civil Law and Iran`s Commercial Law. (1342-1346). Tehran: BarAssociation journal. (in Persian)
35. Vahedi, J. (1387). Swiss Obligations Law, Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
36. Zimermann, R. (1996). Law of obligation, London, Oxford University Press.

