

مقاله تحلیلی توصیفی (روش اسنادی و میدانی)

# اعتبارسنجی ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي

پذیرش: ۹۹/۱۰/۷

دریافت: ۹۹/۵/۲۹

محسن صادقی<sup>۱</sup>غزاله صحرانورد<sup>۲</sup>، نویسنده مسئول

## چکیده

فرضیه این نوشتار عبارت است از اینکه ضمانت در اسناد تجارتي به وسیله گفتار شفاهی نیز قابل انجام است، البته تحت شرایطی که قابل اثبات و در حوزه حقوق تجارت قابل دفاع باشد.

این تحقیق بر اساس روش کتابخانه‌ای و میدانی تهیه شده است و علاوه بر تحلیل مواد قانونی مربوط به ضمانت در گستره حقوق مدنی و حقوق تجارت، به بررسی رویه قضایی موجود در این زمینه و تشتت آرا می‌پردازد.

این مقاله در دو بخش اصلی ارائه خواهد شد: بخش نخست در ارتباط با "مفاهیم اولیه" می‌باشد و بخش دوم به "بررسی ماهیت ضمانت در اسناد تجارتي" می‌پردازد.

ضمانت یکی از نهادهای اساسی مطرح شده در حوزه حقوق مدنی و حقوق تجارت و بالاخص مبحث اسناد تجاری می‌باشد. در این میان در رویه قضایی ایران به واسطه سکوت قانون تجارت در زمینه شیوه ضمانت در اسناد تجاری تشتت آرا ایجاد شده است. البته این نکته حائز اهمیت است که در قدر متیقن ضمانت در اسناد تجارتي، یعنی ضمانت به واسطه امضای ضامن تردیدی وجود ندارد. بنابراین در این تحقیق در صدد پاسخ به این سؤال هستیم که اولاً: ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي تا چه حد و با چه شرایطی از مقبولیت برخوردار است؟ و ثانیاً: اگر ضمانت شفاهی توسط رویه قضایی پذیرفته می‌شود، این مقبولیت در حوزه حقوق تجارت قابل دفاع است یا حقوق مدنی؟

طبقه‌بندی G18: JEL

امضای ضامن / ضمانت شفاهی / اسناد تجارتي / گستره حقوق تجارت و حقوق مدنی / تشتت آرا

## ۱. مقدمه: طرح مسأله

تصور کنید شخص الف صادرکننده سند تجارتي به نفع ب است و شخص ج برای اطمینان خاطر بیشتر دارنده سند و حمایت از صادرکننده، به صورت شفاهی پرداخت وجه سند تجارتي را ضمانت می‌کند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا چنین عملی در عالم حقوق معتبر و دارای اثر حقوقی می‌باشد؟ توسعه روزافزون تجارت و مبادلات تجاری در سطح داخلی و بین‌المللی، سرعت و سهولت در امر بازرگانی و تسهیل گردش سرمایه، دولت‌ها را بر آن داشته است که از اسناد تجاری برای دستیابی به این هدف بهره بگیرند و امروزه این دلایل باعث شده اسناد تجاری به عنوان "مهم‌ترین ابزار تجارت" تلقی شوند [۱]. آنچه در این حوزه از اهمیت وافری برخوردار است، نهاد ضمانت اسناد تجاری است. زیرا قاعدتا در حجم گسترده تجارت با اسناد تجاری بحث عدم اطمینان کسی که سند در وجه او صادر شده به مضمون عنه مطرح می‌شود [۲] و در اینجا است که می‌توان نقش پررنگ ضمانت در اسناد تجاری را مشاهده کرد. بنابراین امروزه تضمین پرداخت اسناد تجاری بیشتر از طریق "نهاد ضمانت" به عمل می‌آید. اختلاف رویه‌ای که در حقوق ایران وجود دارد، حاکی از آن است که شیوه‌های مختلفی برای ضمانت در اسناد تجاری وجود دارد که البته ضمانت به وسیله امضای ضامن کمتر مورد مناقشه است و حتی می‌توان گفت تردیدی در ضمانت به موجب امضای ضامن در اسناد تجاری وجود ندارد.

اما سؤال اصلی اینجاست که آیا امضای ضامن تنها شیوه برای ضمانت در اسناد تجاری است یا امکان ضمانت شفاهی ضامن نیز وجود دارد؟ به عبارت دیگر میزان اعتبار ضمانت شفاهی در اسناد تجاری تا چه اندازه است و تحت چه شرایطی اعمال می‌شود؟ همچنین اگر بتوان برای ضمانت شفاهی جایگاهی در مبحث اسناد تجاری قائل شد، این نهاد تحت شمول قانون تجارت قرار می‌گیرد یا قانون مدنی؟

در این مقاله کوشیده‌ایم تا فرضیه‌های زیر را به اثبات برسانیم:  
اولاً) ضمانت در اسناد تجاری می‌تواند به هر دو شکل کتبی (امضای ضامن) و شفاهی انجام شود، البته با ذکر این نکته که ضمانت شفاهی باید به طریقی (مثلاً شهادت) اثبات شود.

ثانیاً) حقوق تجارت این ظرفیت را دارد که ضمانت شفاهی را با توجه به مقررات خود پوشش دهد، زیرا می‌دانیم رجوع به قانون مدنی در حوزه موضوعات مربوط به حقوق تجارت، تنها در صورت وجود خلا در قانون تجارت جایز است، در صورتی که مقررات قانون تجارت در این زمینه قابلیت پوشش این مسأله را دارد و بنابراین خلأیی در این زمینه متصور نیست.

این نوشتار بر اساس روش کتابخانه‌ای و میدانی تهیه شده و در روش میدانی از مصاحبه با متخصصان این حوزه از جمله حقوق دانان بهره گرفته است.

به منظور اثبات فرضیه‌های مذکور، کوشیده‌ایم پس از بررسی مفاهیم اولیه در بخش نخست که شامل مفهوم و فلسفه عقد ضمان و مقایسه اوصاف ضمان مدنی و ضمان تجاری است، به بررسی ماهیت ضمانت در اسناد تجاری در بخش دوم بپردازیم که این بخش ماهیت امضا و مهر ضامن در اسناد تجاری و ماهیت و آثار ضمان شفاهی در این اسناد را مورد بررسی قرار می‌دهد.

شایان ذکر است هر چند در زمینه "ضمانت در اسناد تجاری" کتب [۳] و مقالات متعددی [۴] تهیه شده است، لکن هیچ‌یک صراحتاً و به طور جامع به بررسی اعتبار ضمانت شفاهی در حوزه اسناد تجاری، شرایط و آثار آن، و بالاخص بررسی اختلاف رویه موجود در محاکم در این زمینه نپرداخته است.

## ۲. مبانی نظری و پیشینه تحقیق

در این بخش، به بررسی مفاهیم اولیه در قالب دو گفتار با مضمون مفهوم و فلسفه ضمان و مقایسه ضمان مدنی و ضمان تجاری پرداخته می‌شود. علت پرداختن به این مباحث آن است که مبانی نظری موضوع با در نظر گرفتن مفهوم، ماهیت و اوصاف ضمان (مدنی و تجاری) و سند تجاری تبیین شود تا بتوان بهتر به سؤال مطرح شده در ابتدای مقاله پرداخت و بهتر رویه قضایی را نقد و بررسی کرد.

### الف. مفهوم و فلسفه ضمان

در این گفتار به بررسی دو مبحث مفهوم و فلسفه ضمان پرداخته می‌شود:

#### مفهوم

"ضمانت یک عمل حقوقی است که به موجب آن ضامن متعهد به پرداخت مبلغ یعنی مورد ضمان به مضمون له می‌شود" [۵]. کسی که چنین تعهدی می‌کند "ضامن" نام دارد و به شخصی که ضامن از او ضمانت کرده "مضمون‌عنه" و به شخصی که ضمانت به نفع او شده "مضمون‌له" گفته می‌شود.

#### فلسفه

بر خلاف آنچه در قانون مدنی در ماده ۶۹۷ در مورد عقد ضمان آورده شده، در حقوق تجارت و بالاخص در حوزه حقوق اسناد تجاری، تعهد مضمون‌عنه با ضمانت منتفی نمی‌شود، زیرا در حقوق تجارت مسئولیت، تضامنی است و به عبارت دیگر در حوزه اسناد تجاری ضم ذمه‌ی ضامن به ذمه‌ی مضمون‌عنه مدنظر است. به موجب ماده ۲۴۹ قانون تجارت مسئولیت ضامن با مضمون‌عنه و سایر مسئولین تضامنی است، بنابراین برای مثال اگر در برات، برانگیر یا ظهرنویس‌ها را چندین ضامن ضمانت کرده باشند، همه

آنها نسبت به تمام مبلغ مندرج در سند تجاری مسئول شناخته می‌شوند، نه نسبت به سهم خود [۶]. در نتیجه می‌توان چنین نتیجه گرفت که وسعت تعهد ضامن به اندازه تعهد مضمون‌عنه است. این معنی به روشنی از قسمت اخیر ماده ۲۴۹ قانون تجارت قابل استنباط است: "ضامنی که ضمانت برات دهنده یا محال علیه یا ظهرنویسی را کرده فقط با کسی مسئولیت تضامنی دارد که از او ضمانت نموده است." که در این عبارت، منظور از عبارت "با کسی مسئولیت تضامنی دارد" این است که مسئولیت ضامن، مشابه مسئولیت مضمون‌عنه است [۶]. در واقع قانون‌گذار با تصریح به اصل مسئولیت تضامنی، در نظر داشته اصلی برای "حفظ حقوق دارندگان اسناد تجاری" تأسیس کند [۷]. به موجب ماده ۴۰۳ قانون تجارت: "در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبه‌کار 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 کند." بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که در حوزه حقوق تجارت، چنانچه دارنده سند تجاری ضامن را بری کند، دین بر ذمه‌ی مضمون‌عنه باقی می‌ماند، برخلاف رویه قانون مدنی [۸] که در صورت برائت ضامن از دین، مضمون‌عنه نیز همراه با او بری می‌شود [۹]. بنا بر آنچه گفته شد، ماهیت ضمانت در حوزه حقوق تجارت و حقوق مدنی باهم متفاوت است و باید چرایی این مطلب را در دیدگاه‌های متفاوت حقوقی جست و جو کرد. قانون مدنی ایران با دیدگاه حمایت از مضمون‌عنه، صراحتاً نقل ذمه و برائت مدیون اصلی را پذیرفته است، نظری که مطابق نظر مشهور علمای امامیه می‌باشد. اما همان‌طور که بیان شد قانون تجارت در جهت حمایت از طلبه‌کار، قاعده ضم ذمه ضامن به مضمون‌عنه و در واقع مسئولیت تضامنی را پذیرفته که قابل مشاهده در آرای فقهای عامه نیز می‌باشد. در این میان امام مالک معتقد است که طلبه‌کار تنها زمانی می‌تواند طلب خود را از

ضامن بخواهد که مطالبه از مضمون عنه به خاطر غیبت یا افلاس یا انکار متعذر باشد. لکن شافعی‌ها و سایر علمای عامه می‌گویند: طلبه‌کار می‌تواند طلب خود را از هریک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد مطالبه کند [۱۰].

#### ب. مقایسه ضمان مدنی و تجاری

با توجه به آنچه در مورد فلسفه عقد ضمان بیان شد، در این گفتار سعی می‌شود به بررسی اجمالی ضمان در هر یک از دو حوزه حقوق مدنی و حقوق تجارت پرداخته شود.

#### مقایسه از لحاظ تعریف

ماده ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف عقد ضمان چنین بیان می‌کند: "...عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه‌ی دیگری است بر عهده بگیرد..." البته باید خاطر نشان کرد که قانون مدنی در این ماده به جای تعریف عقد ضمان به یکی از آثار عقد ضمان یعنی به عهده گرفتن دین از سوی ضامن اشاره کرده است، در حالی که عقد ضمان صرفاً به ایجاب ضامن محدود نمی‌شود و قبولی مضمون عنه نیز در آن شرط است، به علاوه اینکه اثر اصلی عقد ضمان نیز به عهده گرفتن دین توسط ضامن نیست، بلکه در نتیجه تراضی، دین مضمون عنه به ضامن منتقل می‌شود و مدیون بری‌الذمه می‌شود [۱۱] (ماده ۶۹۸) و این دو اثر همان است که در حقوق ما "نقل ذمه به ذمه" نام دارد. بنابراین، با توجه به تعریف ناقص قانون مدنی از عقد ضمان، نویسندگان متعدد به ارائه تعریف جامع و کامل عقد ضمان پرداخته‌اند، از جمله:

"ضمان عقدی است که به موجب آن شخصی، در برابر طلبه‌کار و با موافقت او، دین دیگری را به عهده می‌گیرد و انتقال آن را بر ذمه خویش می‌پذیرد" [۱۱].

با وجود این، تعریف ضمان در قانون تجارت با قانون مدنی از حیث ماهیت و اثر متفاوت است. با این توضیح که قانون تجارت ایران نیز (همانند قانون مدنی) ضمانت در

بحث اسناد تجاری را تعریف نکرده، منظور از ضمانت در این حوزه عبارت است از این که شخص ثالثی تعهد می‌کند که یک یا چند نفر از مسئولان سند تجاری (برای مثال در بحث برات، براتکش، براتگیر و ظهرنویسان) در سررسید وجه سند تجاری را پرداخت خواهند کرد [۲]. به عبارت دیگر تعهد ضامن عبارت است از پذیرش مسئولیت پرداخت مبلغ سند تجاری [۱۲]. البته ممکن است علاوه بر ضمانت به عنوان تعهد به پرداخت، ضامن قبولی سند تجاری توسط مضمون عنه را ضمانت کند که در این صورت پس از قبولی سند توسط مضمون عنه، تعهد ضامن زایل می‌گردد [۱۳]. در حوزه قانون تجارت قاعده "ضم ذمه به ذمه" رایج است، لکن باید توجه داشت ضمان تضامنی در امور تجاری خلاف قاعده است و فقط در صورت تصریح در عقد پذیرفتنی است. می‌توان از جهت ماهیت برای ضمان تجاری و مدنی قابل به تفاوت شد که مفصلاً در بخش دوم بررسی خواهد شد.

#### مقایسه از حیث اوصاف

با توجه به تعریف یاد شده، می‌توان برای عقد ضمان (اعم از ضمان کتبی و شفاهی) اوصافی را برشمارد [۱۳]: از جمله مهم‌ترین اوصاف عقد ضمان، رضایی بودن آن است که صرف ایجاب و قبول ضامن و مضمون عنه برای وقوع عقد کفایت می‌کند، بدون اینکه نیاز به تشریفات دیگری داشته باشد. بنابراین از این خصوصیت چنین برداشت می‌شود که ضامن می‌تواند حتی به طور شفاهی و با گفتن "ضامنم" یا "هر وسیله عرفی دیگری" دین را به عهده بگیرد و ضمانت نیاز به قالب و شکل خاصی ندارد که البته این وصف با توجه به ماهیت ایقاعی ضمانت در قانون تجارت ممکن است در مورد اسناد تجاری مورد شک واقع شود که در بخش دوم مقاله مفصلاً بحث خواهد شد. از دیگر اوصاف عقد ضمان می‌توان به لازم بودن آن اشاره کرد، قانون مدنی نیز در ماده ۷۰۱ به همین مسأله با این بیان اشاره می‌کند که: "ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند

آن را فسخ کنند... بنابراین اگر ضمانت به صورت شفاهی به عنوان عقد ضمان در نظر گرفته شود، با توجه به این وصف، مفاد عقد در رابطه طرفین لازم الاتباع است که در بخش دوم بررسی خواهد شد [۱۴].

#### مقایسه از حیث ماهیت

از ماده ۶۸۴ قانون مدنی [۱۵] به وضوح چنین برمی آید که ماهیت ضمانت در قانون مدنی عقد، یعنی عمل حقوقی دو طرفه‌ای که نیازمند ایجاب و قبول ضامن و مضمون له است، می‌باشد؛ بنابراین در این مسأله بحثی نیست، اما در مورد ماهیت ضمانت در قانون تجارت و به خصوص ضمانت ذیل ماده ۲۴۹ در اسناد تجاری مسأله متفاوت است. دلایل و شواهدی موجود می‌باشد که ضمانت در اسناد تجاری ماهیت ایقاعی دارند، یعنی عمل حقوقی یک طرفه‌ای که با اراده صرف ضامن و در قالب امضای سند تجاری انجام می‌شود، بی‌آنکه قبولی مضمون له در آن شرط باشد. از جمله این شواهد می‌توان به مسأله‌ای بحث برانگیز در میان حقوق دانان و قضات اشاره کرد:

زمانی که فرد امضاکننده ظهر سند تجاری به «در جهت ظهرنویسی یا ضمانت بودن امضاء خود» تصریح نکرده باشد، اصل بر ضمانت است یا ظهرنویسی؟ در این رابطه با توجه به رویکردهای گوناگون و تشتت آراء موجود، دیدگاه‌های متفاوتی در کتب حقوقی مطرح شده است و در این راستا عده‌ای قائل به دلالت این امضا بر ضمانت و عده‌ای دیگر قائل به دلالت آن بر ظهرنویسی می‌باشند که البته از حوصله این بحث خارج است و نتیجه نیز تأثیری در این نوشتار ندارد. لکن این مجادله در بحث ما از آن نظر شایان توجه است که نفس امضا ممکن است ظهرنویسی یا ضمانت باشد، یعنی همان طور که ظهرنویسی با صرف امضای ظهرنویس به عمل می‌آید، ضمانت نیز با صرف امضای ضامن محقق می‌شود و نیازی به قبولی طرف مقابل ندارد [۱۶]. این مسأله در زمانی که شخص ضامن تصریح

به عمل ضمانت می‌کند ولی ذکر نمی‌کند که از جانب چه کسی ضمانت را انجام داده است نیز صادق است، که در این صورت با فرض اینکه سند ممکن است چندین دست به گردش درآمده باشد، عرف تجاری این امضا را حمل بر ضمانت از صادرکننده سند می‌کند. بنابراین در فرض گردش سند، شخصی از صادرکننده سند، بدون نیاز به قبولی مضمون له ضمانت می‌کند که موید دیدگاه ایقاع بودن ضمانت در اسناد تجاری می‌باشد. مضافاً اینکه می‌دانیم قانون تجارت ما و همه مقررات مربوط به اسناد تجاری از قانون قدیم بلژیک و فرانسه اخذ شده که در این قوانین تصریح به ایقاع بودن ضمانت در اسناد تجاری شده است [۱۶]. بنابراین طبق قوانین فوق، اگرچه ضمانت در اسناد تجاری آثار عقد ضمان را دنبال می‌کنند، لکن با ترتیبات متفاوتی همراه هستند و صرف امضای ظهر سند برای ضمانت کافی است. لکن طرح این مباحث در ارتباط با ضمانت شفاهی دشوار جلوه می‌نماید که در بخش دوم مفصلاً بررسی خواهد شد.

#### مقایسه از حیث فایده

قاعدتا بحث ضمانت (به طور کلی در قانون مدنی و قانون تجارت) و بالخصوص ضمانت از اسناد تجاری در فرض عدم اطمینان کسی که سند در وجه او صادر شده به مضمون عنه کاربرد دارد [۱۷]. ضمانت در مواقعی مفید است که اعتبار براتکش یا قبولی و اعتبار براتگیر مورد تردید باشد و اگر ضمانت توسط شخص معتبری از جمله بانک انجام شود معامله با سند تجاری فوق العاده تسهیل می‌شود [۱۸]. در واقع ضمانت «بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید و مضمون له را از خطرهای ناشی از ورشکستگی و اعسار و فرار مدیون و ضامن مصون می‌دارد» [۱۹]. به عبارت دیگر ضمانت در اسناد تجاری به گردش آنها کمک شایانی می‌کند و با نظر به جنبه تضامنی ضمانت در این اسناد، اعتبار آن‌ها را افزایش می‌دهد [۱۳]. شاید به همین دلیل باشد که امروزه در اکثر کشورهای

دنیا، ضمانت در اسناد تجارتي بسیار رایج است و نهادهای اجتماعی و من جمله بانک‌ها به‌طور مستمر از مشتریان خود، که درخواست اعتبار می‌کنند و در مقابل سند تجاری از جمله برات به آنها منتقل می‌کنند، می‌خواهند ضامن معرفی کنند [۲۰]. بنابراین فواید فوق در ارتباط با ضمانت شفاهی در حوزه اسناد تجارتي نیز قابل تصور است.

#### مقایسه از حیث آثار

در قانون تجارت، پس از تحقق ضمانت، ضامن باید به تعهد خود عمل کند و وجه سند تجاری را به مضمون له پرداخت کند، البته این مسأله منجر به بریء الذمه شدن مضمون عنه نمی‌شود و مطابق ماده ۲۴۹ قانون تجارت، ضامن با مضمون عنه مسئولیت تضامنی دارد؛ بنابراین در صورتی که بپذیریم ضمانت شفاهی تحت شمول قانون تجارت قرار می‌گیرد، این نوع ضمانت نیز موجب بریء الذمه شدن مضمون عنه نمی‌شود و ضامن به‌صورت شفاهی و مضمون عنه مسئولیت تضامنی دارند، اما با توجه به عموماً مطرح شده در خصوص قاعده نقل ذمه در قانون مدنی، در صورتی که قائل به این باشیم که ضمانت شفاهی تحت شمول قانون مدنی قرار می‌گیرد، با ضمانت ضامن، ذمه مضمون عنه بریء می‌شود و ضامن شفاهی مسئول سند تجاری قلمداد می‌شود.

مع ذلک ضامنی که وجه سند را پرداخت کرده نیز حق مراجعه به مضمون عنه و سایر مسئولان را دارد [۶]. یعنی طبق اصول کلی، ضامن بعد از پرداخت دارای کلیه حقوقی خواهد شد که مضمون عنه دارا می‌باشد [۲۱]، زیرا ضامن، مسئول اصلی پرداخت نیست.

#### ج. اوصاف اسناد تجارتي

در این مبحث به بررسی برخی اوصاف اسناد تجارتي که مرتبط با موضوع این نوشتار می‌باشند خواهیم پرداخت.

وصف تجریدی بودن اسناد تجارتي (مشمول بر اصل استقلال امضاها و عدم استماع ایرادات)

اصولاً صدور اسناد اعم از تجاری و مدنی مبتنی بر یک رابطه حقوقی منشا یا همان معامله پایه میان دو طرف قرارداد است. لذا از این لحاظ اسناد مدنی و تجاری مشابهت دارند. اما آنچه این دو نوع سند را از یکریگر متمایز می‌کند، این است که در مورد اسناد تجاری، بر اثر صدور سند رابطه جدیدی ایجاد می‌شود که متکی به خود سند است و حیات آن وابسته به رابطه حقوقی منشا نمی‌باشد. به عبارت دیگر تعهدات متکی بر اسناد مدنی حیاتی متزلزل دارند و کاملاً وابسته به رابطه حقوقی منشا سند هستند، در حالی که تعهدات ناشی از اسناد تجارتي مستقل و مجرد از منشا خود می‌باشند [۲۲]. در نتیجه همان‌طور که دارندگان اسناد تجاری نباید نگران وضعیت قرارداد پایه باشند و بطلان یا فسخ قرداد پایه تأثیری بر تعهدات ناشی از سند تجارتي ندارد، ضمانت در اسناد تجارتي (اعم از کتبی و شفاهی) نیز به‌تبع از چنین خدشه‌ای مصون است و مشمول وصف تجریدی و عدم استماع ایرادات در اسناد تجارتي می‌باشد، در صورتی که در نقطه مقابل با توجه به تبعی بودن عقد ضمان در قانون مدنی، بدیهی است که هرگاه عقدی که منشا دین بوده به هر علتی منحل شود، عقد ضمان نیز به‌واسطه وصف تبعی بودن خود منحل می‌گردد [۲۳].

#### سند تجارتي، وسیله پرداخت

اسناد تجارتي از وسایل مهم و عمده پرداخت هستند، به طوری که در روابط داخلی و علی‌الخصوص بین‌المللی استفاده از آنها بسیار معمول است. زیرا از انتقال پول نقد از کشوری به کشور دیگر جلوگیری می‌کنند و اشخاص می‌توانند بدون استفاده از پول به تعهدات خود عمل کنند. [۲۴]. قانون‌گذار در جهت حمایت از معاملات تجارتي و تسهیل روابط میان تجار، اسناد تجارتي را وسیله پرداخت

سریع و آسان قرار داده است و از آنجایی که مطابق قاعده، اذن در شی اذن در لوازم آن است، اذن قانونگذار مبنی بر صدور اسناد تجارتي حاکی از اذن در لوازم آن از جمله نهاد ضمانت در این نوع اسناد می باشد که اطلاق لفظ ضمانت قرینه ای بر جواز تحقق ضمانت، اعم از کتبی و شفاهی است.

### ۳. روش تحقیق

در این قسمت به بررسی روش های تحقیق به کار گرفته شده در این نوشتار می پردازیم.

### نوع روش

این نوشتار بر پایه روش تحلیلی-توصیفی و بر اساس مطالعه کتابخانه ای و تحقیق میدانی جمع آوری و ارائه شده است. در بخش کتابخانه ای منابع فیزیکی و الکترونیکی به زبان فارسی بررسی شده است. در روش میدانی با استفاده از روش مصاحبه با متخصصان این حوزه از جمله حقوق دانان، سعی در کاربردی تر کردن مباحث شده است.

### سؤالات مطرح شده در مصاحبه

با توجه به اینکه قانون تجارت در مبحث مربوط به ضمانت، قید خاصی (برخلاف ظهنویسی) مبنی بر کتبی بودن ضمانت ندارد، لزوم امضای ضامن در اسناد تجارتي چگونه فهم می شود؟

فرض تشریفاتی بودن نظام تجارتي با اصل رضایی بودن عقود چگونه توجیه می شود؟ جایگاه اصل سرعت و سهولت در نظام حقوق تجارت در میان این تشریفات کجاست؟

آیا ماهیت ضمانت ذیل ماده ۲۴۹ قانون تجارت مشابه ماهیت عقد ضمان در قانون مدنی است؟

جایگاه اراده باطنی و اراده ظاهری در ضمانت شفاهی چگونه قابل توجیه است؟

### ۴. داده ها و یافته ها؛ وضعیت اعتبار ضمانت شفاهی از

#### اسناد تجارتي در حقوق موضوعه ایران

این بخش در دو گفتار تحت عناوین «نظرات حقوق دانان در ارتباط با وضعیت ضمانت شفاهی» و «بررسی وضعیت ضمانت شفاهی در رویه قضایی» ارائه می شود.

#### الف. نظرات حقوق دانان در ارتباط با وضعیت ضمانت

##### شفاهی

ابهام موجود در قانون تجارت در مبحث ضمانت در اسناد تجارتي (ماده ۲۴۹ قانون تجارت) زمینه را برای طرح دیدگاه های گوناگون در زمینه نحوه ضمانت در این اسناد فراهم کرده است. در این گفتار به بررسی دلایل مخالفین و موافقین شکل گیری ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي خواهیم پرداخت.

#### دلایل مخالفین شکل گیری ضمانت شفاهی

در ارتباط با شکل گیری ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي، بعضی قائل به این هستند که اساسا ضمانتی در این راستا منعقد نمی شود، به این معنی که ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي نه تنها تحت شمول ضمانت مطرح شده ذیل ماده ۲۴۹ قانون تجارت، بلکه حتی تحت شمول عقد ضمان مطرحه در قانون مدنی نیز قرار نمی گیرد. این رویکرد با تکیه بر اراده باطنی طرفین، این سؤال را مطرح می کند که آیا اراده باطنی طرفین معطوف به شکل گیری ضمانت تجارتي بوده است یا ضمانت مدنی؟ امارات موجود حاکی از آن است که قصد طرفین بر شکل گیری ضمانت تجارتي استوار بوده است و نتیجتا «العقود تابعه للقصود». بنابراین اگر ضمانت شفاهی را بر طبق مقررات عقد ضمان در قانون مدنی به طرفین تحمیل کنیم، اساسا اراده باطنی طرفین زائل می شود. همچنین از آنجایی که در این دیدگاه ضمانت صرفا با امضای ضامن به عمل می آید و در ضمانت شفاهی شرط کتبی بودن امضا رعایت نمی شود، شمول قانون تجارت و

مقررات ماده ۲۴۹ نیز بر این نوع ضمانت منتفی است. این رویکرد با اتکا به مقررات ظهنویسی در قانون تجارت اذعان می‌دارد که احکام ظهنویسی در مورد ضمانت نیز مجری است. بنابراین با وجود سکوت قانون تجارت در مورد شکل ضمانت در اسناد تجاری، طرفداران این رویکرد با این توجیه که قانون‌گذار خواسته از تکرار احکام خودداری کند، قائل به تسری احکام ظهنویسی به ضمانت هستند. به عبارت دیگر قانون‌گذار در موارد مورد نیاز حکم خاص را بیان کرده و در سایر احکام، ضمانت را تابع ظهنویسی قرار داده و از آنجایی که در ماده ۲۴۶ قانون تجارت به لزوم امضای ظهنویس برای ظهنویسی تصریح شده است، پس ضمانت جز به امضای ضامن محقق نمی‌شود. ماده ۳۱ قانون متحدالشکل ژنو نیز مؤید همین مسأله است. در این ماده چنین بیان شده: "... ضمانت از امضای تنهای ضامن که بر روی برات گذاشته می‌شود تحقق پیدا می‌کند..." [۱۸]. همچنین دکترین حقوقی، تعهدات منعکس در سند جداگانه از سند تجاری کتبی و ظاهری است را واجد امتیازات و مشمول احکام اسناد تجاری نمی‌داند، پس به طریق اولی در مورد ضمانت شفاهی (که مبتنی بر تئوری ظاهر نیست) نیز این نتیجه جاری می‌شود [۲۵]. طرفداران این دیدگاه تا آنجا پیش می‌روند که معتقدند از آنجایی که قانون تجارت در زمینه ضمانت اسناد تجاری قیدی ندارد، ضمانت در این دسته از اسناد در صورتی معتبر است که با امضای ضامن همراه شده باشد و مهر ضامن برای صحت ضمانت کفایت نمی‌کند [۲۶]. بنابراین این گروه برای حمایت از اراده باطنی طرفین از طرفی و عدم رعایت شرط کتبی بودن ضمانت از طرف دیگر، قائل به شکل‌گیری ضمانت شفاهی نمی‌باشند.

#### دلایل موافقین شکل‌گیری ضمانت شفاهی

در میان موافقان شکل‌گیری ضمانت شفاهی با توجه به نظرات و استنباط‌های متفاوت صاحب‌نظران، دو رویکرد عمده قابل مشاهده است:

گروه اول، بر این باور هستند که ضمانت شفاهی در اسناد تجاری شکل می‌گیرد، اما تحت شمول ضمانت ذیل ماده ۲۴۹ قانون تجارت و اوصاف مطرح شده در مورد اسناد تجاری قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر با اینکه ضمانت شفاهی در اسناد تجاری مورد قبول است، لکن دیگر نمی‌توان گفت تعهد، تعهد براتی ذیل ماده ۲۴۹ است و بنابراین بر خورداری ضامن شفاهی از اوصاف خاص اسناد تجاری از جمله وصف تجردی و وصف عدم توجه به ایرادات امکان‌پذیر نیست [۲۷]. بنابر این استنباط، حقوق اسناد تجاری مبتنی بر تئوری ظاهر بوده و این نظام، یک نظام حقوقی شکل‌گرا [۲۸] است. یکی از اوصافی که قانون‌گذار تجارت بر آن تأکید بسیار دارد وصف شکلی اسناد تجاری است. مقررات ناظر بر اسناد تجاری در قانون تجارت، که همگی بر بیان اراده به شکل امضا یا اثر انگشت یا مهر دلالت می‌نمایند نیز مؤید این استنباط بوده و تئوری ظاهر نیز همین برداشت را ترجیح می‌دهد. وصف شکلی تا آنجا اهمیت دارد که قانون‌گذار در مواد متعددی، ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات را از بین رفتن امتیازات موجود تعیین کرده است [۲۹]. برابر کردن مقررات و اعطای امتیازات ویژه براتی به حواله مدنی توجیهی ندارد [۲۷]. مضافاً بحث ضمانت در اسناد تجاری اخص از قانون مدنی است و دارای مقررات خاص به لحاظ میزان مسئولیت، اظهار اراده و... می‌باشد.

بنابراین این گروه معتقدند که ضمانت شفاهی از سند تجاری اگرچه فاقد اثر حقوقی نیست، اما تحت شمول مقررات عام قانون مدنی در بحث عقد ضمان در مواد ۶۸۴ - ۷۲۳ و قاعده نقل ذمه (و نه مقررات مربوط به ضمان تضامنی در قانون تجارت) قرار می‌گیرد [۲۷].

البته انتقاداتی به این رویکرد وارد است، از جمله اینکه مطابق این نظریه، اصل رضایی بودن قراردادها، که از جمله اوصاف مهم عقود می‌باشد، نادیده انگاشته می‌شود. البته این گروه با تأکید بر صدق نام "سند" بر اسناد تجاری،

متفق القول هستند که وصف شکلی بر اصل رضایی بودن عقود در حوزه حقوق تجارت غلبه دارد، که البته پذیرش این مسأله دشوار است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی به صراحت به اصل رضایی بودن عقود و اینکه «عقد محقق می‌شود به قصد انشا» دلالت می‌کند. در حالی که وصف شکلی از روح حاکم از قانون تجارت استخراج می‌شود و امکان غلبه این وصف بر اصل مندرج در قانون مدنی دشوار به نظر می‌رسد. همچنین یکی از اصول حیاتی و بنیادین در حقوق تجارت (که از عوامل مهم در انشعاب حقوق تجارت از حقوق مادر یعنی حقوق مدنی بود) اصل سرعت و سهولت در سیطره حقوق تجارت است که این تشریفات غیرضروری مانعی جدی بر سر راه این اصل می‌باشند. طرفداران این رویکرد در پاسخ به این انتقاد چنین استدلال می‌کنند که نمی‌توان از همه فلسفه‌های عمومی برای بر هم زدن یک نهاد مشخص استفاده کرد. شکل‌گیری و ابداع نفس سند تجاری در حوزه حقوق تجارت و گسترش معاملات تجاری به تبع آن، خود معرف سرعت و سهولت مدنظر قانون‌گذار می‌باشد. برای مثال با یک امضای پشت ظهر سند ممکن است میلیاردها دلار سریع، آسان و امن نقل و انتقال یابد. البته این استدلال نیز قابل انتقاد است؛ زیرا مطابق این استدلال نفس سند در مرحله صدور برای تحقق هدف سرعت و سهولت کفایت می‌کرد. این مسأله که نهادهایی تحت عنوان «ظهنویسی» و «ضمانت» با فلسفه تضمین وصول این اسناد و افزایش سرعت و سهولت برقرار شده‌اند، بیانگر این واقعیت است که صرف صدور سند به سرعت و سهولت مورد نظر قانون‌گذار منتهی نمی‌شود؛ اگر صرف صدور سند به تنهایی به سرعت و سهولت مورد نظر قانون‌گذار منجر می‌شد، چرا قانون‌گذار در مبحث ظهنویسی تأکید به امری زائد (امضا) کرده است اما در ضمانت چنین را قیدی را بیان نکرده است؟

همچنین عده‌ای از حقوق دانان طرفدار گروه اول عقیده دارند که اگرچه ضمانت شفاهی فاقد اثر نیست، اما تحت

شمول مقررات عقد ضمان قانون مدنی نیز قرار نمی‌گیرد، بلکه یک عقد در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی [۳۰] تشکیل می‌شود که قانون‌گذار در ماده ۷۲۳ قانون مدنی [۳۱] نیز به آن اشاره نموده است. بنابراین قالب عمل حقوقی در فرضی که شخصی به نحو شفاهی از مدیون سند تجاری (اصطلاحاً) ضمانت می‌کند، التزام به تادیه دین دیگری است که قالبی غیر از نقل ذمه و ضم ذمه دارد [۳۲].

در مقابل، گروه دوم بر این باور هستند که ضمانت ضامن به هر نحو، برای تحقق مسئولیت تضامنی او کفایت می‌کند و قیود «کتبی بودن و درج در سند» صرفاً طریق اثبات می‌باشند [۳۲]. آنچه از اهمیت برخوردار است، اراده شخص است و نحوه اظهار اراده امری فرعی می‌باشد، به عبارت دیگر، بیان اراده طریقت داشته و ممکن است شفاهی، کتبی یا عملی باشد؛ همان‌طور که ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر داشته: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» لذا هر شخصی با بیان اراده در عالم خارج (اراده ظاهری یا اعلامی) طبق اصل لزوم، باید به تعهد خود پایبند باشد، خواه مبرز این تعهد امضا، گفتار یا فعل باشد. در همین راستا کسی که به صورت شفاهی دین براتی را تعهد می‌نماید، مطابق اصل لزوم باید به تعهد خویش پایبند باشد و اظهار اراده به شکل امضا در ظهر سند تجاری تنها جنبه اثباتی دارد. بنابراین با توجه به سکوت قانون تجارت در مورد شکل ضمانت در اسناد تجاری و با تکیه بر اصل رضایی بودن و غیر تشریفاتی بودن عقود و اصل لزوم سرعت و سهولت در حوزه حقوق تجارت می‌توان نتیجه گرفت که ضمانت شفاهی نیز تحت شمول ماده ۲۴۹ قانون تجارت قرار می‌گیرد و از کلیه امتیازات مختص اسناد تجاری منتفع می‌شود. کما اینکه اگر قانون تجارت صرفاً ضمانت کتبی با امضای ضامن را مد نظر داشت، همانند ظهنویسی بر آن تأکید می‌نمود و این سکوت ما را به سمت اصل رضایی بودن عقود رهنمون می‌سازد. نتیجتاً ضامن شفاهی با مضمون عنه مسئولیت

تضامنی دارد و از کلیه امتیازات مختص به سند تجارتي برخوردار می‌باشد.

البته در این میان، گروهی قائل به نظریه بینابین [۱۶] می‌باشند، به این معنی که: با توجه به اینکه امضای مضمون عه در سند تجارتي موجود می‌باشد، نمی‌توان قائل به قاعده نقل ذمه و بریء الذمه شدن مضمون عه با ضمانت شفاهی ضامن شد. به عبارت دیگر در مورد ضمانت شفاهی اسناد تجارتي، قاعده ضم ذمه مندرج در ماده ۲۴۹ قابل اجرا می‌باشد، لکن این ضمانت از نظر امتیازات ویژه اسناد تجارتي با محدودیت مواجه است و به عنوان مثال وصف عدم توجه به ایرادات در مورد ضامن شفاهی قابل استناد نیست. به طور کلی این رویکرد از این منظر که مسئولیت تضامنی را برای ضامن شفاهی به رسمیت می‌شناسد، در خور توجه است. لکن فواید عملی مندرج در نظریه ضمانت شفاهی به همراه امتیازات ویژه اسناد (که در مبحث بعدی به آنها پرداخته خواهد شد)، در این رویکرد مجری نخواهد بود.

#### انتخاب دیدگاه برتر

بعد از بررسی کلیات دیدگاه‌های فوق، دیدگاه حقوق دانانی که قائل به پذیرش ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي تحت شمول قواعد و امتیازات حقوق تجارتي می‌باشند، اقوی به نظر می‌سد، پس ضروری می‌نماید ابتدا به ماهیت ضمانت شفاهی و سپس فواید عملی حاصل از این دیدگاه، به عنوان دیدگاه برتر، پرداخته شود:

#### ماهیت ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي [۱۶]

مطابق آنچه در مورد ماهیت متفاوت ضمانت در قانون مدنی و قانون تجارتي در بخش نخست بیان شد، ماهیت حقوقی ضمانت مطروحه در قانون مدنی عقد، یعنی عمل حقوقی دوجانبه‌ای می‌باشد که قبولی مضمون له شرط تحقق آن است، لکن با استناد به قرائن و اماراتی که گذشت، امضای ضامن در اسناد تجارتي عمل حقوقی یک‌جانبه می‌باشد و

نیازی به قبولی مضمون له ندارد، با این وجود پذیرش این رویکرد در مورد ضمانت شفاهی دشوار جلوه می‌کند [۳۳]، زیرا همان‌طور که می‌دانیم بر خلاف اصل "آزادی قراردادهای اصلی تحت عنوان "آزادی ایقاعات" وجود ندارد. بنابراین هر چند در مورد ضمانت کتبی ضامن در اسناد تجارتي با تمسک به امارات و شواهد موجود، قائل به ماهیت ایقاعی آن شدیم، لکن در مورد ضمانت شفاهی این مسأله با تردید جدی مواجه است و در این رابطه می‌بایست به عموماً قانون مدنی رجوع و قائل به ماهیت عقدی ضمانت شفاهی شویم، پس اصول رضایی بودن و لازم بودن عقود به درستی در مورد ضمانت شفاهی به کار رفته است. با این وجود، پذیرش قاعده نقل ذمه مضمون عه به ضامن امکان‌پذیر نمی‌باشد، زیرا همان‌طور که می‌دانیم مضمون عه با امضای خود بر سند تجارتي به عنوان متعهد سند شناخته می‌شود و پذیرفتنی نیست متعهدی که سند تجارتي را امضا کرده با ضمانت شفاهی ضامن بریء الذمه شود و از این منظر ضمانت شفاهی تابع عموماً عقد ضمان در قانون مدنی نیست و قاعده ضم ذمه و مسئولیت تضامنی مندرج در ماده ۲۴۹ قانون تجارتي در مورد ضمانت شفاهی نیز مجری خواهد بود.

فواید عملی پذیرش ضمانت شفاهی تحت شمول قانون تجارتي گذشته از بحث نظری در مورد ماهیت ضمانت شفاهی در اسناد تجارتي، در این بند در صدد هستیم فواید عملی پذیرش ضمانت شفاهی در رویکرد دوم (یعنی پذیرش ضمانت شفاهی همراه با مسئولیت تضامنی و امتیازات مختص اسناد تجارتي) را بررسی کنیم:

اولاً، فایده اقتصادی: اصولاً مفاهیم در عرصه حقوق می‌بایست به گونه‌ای تفسیر شوند که به لحاظ اقتصادی مثمر‌تر واقع شوند، در همین راستا، بحثی تحت عنوان "منع سوء استفاده از حق" در عالم حقوق مطرح می‌شود. اگر مزایای خاص سند تجارتي برای ضامن شفاهی

لحاظ نشود، در واقع راهی برای سوءاستفاده از حقوق گشوده شده است، به این معنی که هر یک از طرفین ممکن است با توسل به شفاهی بودن سند تجاری از زیر بار مسئولیت‌های خود شانه خالی کنند، اما در صورتی که ضامن شفاهی نیز از امتیازات و تکالیف ضامن کتبی برخوردار باشد، نفع اقتصادی برای گروه‌های زیر متصور است:

- دارنده سند (افزایش اطمینان از اعتبار سند تجاری و نحوه پرداخت آن)
- خود سند تجاری (افزایش اعتبار)
- صادرکننده سند و ضامن (زیرا عمل حقوقی مطابق با اراده و قصد و رضا آنها منعقد شده است).

دوماً) فایده حقوقی: این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که فلسفه این تشریفات در حوزه اسناد چیست؟ هدف اصلی قانون‌گذار از درج تشریفات در اسناد تجاری حمایت از طرفین درگیر در آن است؛ حمایت از صادر کننده، دارنده سند و امنیت اسناد در جامعه.

اگر فقط قائل به امتیازات ویژه اسناد در قالب ضمانت کتبی باشیم، ظاهراً فقط از صادرکننده حمایت کرده‌ایم، زیرا در این صورت طرف مقابل امکان استناد به ضمانت را از دست می‌دهد و در واقع فلسفه ایجاد تشریفات که حمایت از دارنده سند است، کمرنگ می‌شود. البته بر خلاف ظاهر امر، پذیرفتن ضمانت شفاهی در اسناد تجاری به صلاح خود صادرکننده سند نیز می‌باشد، زیرا با افزایش اعتبار و امنیت، سند با سهولت بیشتری به گردش در می‌آید و مراد او حاصل می‌شود. همچنین در صورتی که امتیازات مختص اسناد در ضمانت شفاهی جاری نباشد، امکان تضرر جامعه نیز وجود دارد، زیرا اولاً نمی‌توان ضمانت شفاهی را ممنوع کرد و ثانياً عموم افراد جامعه به این مطلب آگاهی ندارند که حمایت از اسناد تجاری مستلزم وقوع ضمانت کتبی می‌باشد.

بنابراین، علاوه بر فواید نظری، فواید عملی متعددی برای پذیرش ضمانت شفاهی همراه با تمامی امتیازات خاص اسناد تجاری قابل تصور است.

ب. بررسی وضعیت ضمانت شفاهی در رویه قضایی ایران

اختلاف دیدگاه‌های موجود در میان حقوق دانان، در عرصه رویه قضایی نیز منعکس شده و موجبات تشتت آرا در این زمینه را فراهم آورده است. با بررسی سه رای ذیل با سه رویکرد متفاوت نسبت به ضمانت شفاهی در اسناد تجاری، به بررسی و نقد آراء قضایی می‌پردازیم:

۱- به موجب دادنامه صادره از شعبه ۳۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران در مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۰، شخصی به صورت شفاهی ضامن پرداخت چکی شده بود و دارنده چک با توجه به صدور گواهی عدم پرداخت، قصد مطالبه وجه چک را از ضامن داشت و ضامن را دارای مسئولیت تضامنی می‌دانست. دادگاه این‌گونه استدلال کرد که چون امضای ضامن بر روی برگه چک درج نشده، شامل امتیازات قانون تجارت نیست، ضمن اینکه مضمون عنه و مضمون له آن نیز مشخص نشده است، بنابراین حتی از حیث احکام مقرر عقد ضمان در قانون مدنی نیز عقد دچار اشکال است؛ بنابراین حکم بر بی‌حقی دارنده چک صادر می‌شود.

از رای صادره فوق در دادگاه بدوی و استدلال مرجع قضایی مبنی بر اینکه «چون امضای ضامن بر روی برگه چک درج نشده است، شامل امتیازات قانون تجارت نیست.» می‌توان چنین نتیجه گرفت که صرفاً این بخش از رای، موید دیدگاه پذیرش ضمانت شفاهی در قالب ضمان مدنی، بدون برخورداری از امتیازات خاص اسناد تجاری است. لکن ادامه رای با این بیان که «چون مضمون عنه و مضمون له آن نیز مشخص نشده است، حتی از حیث احکام مقرر عقد ضمان در قانون مدنی نیز عقد دچار اشکال است...» قابل انتقاد است، زیرا مطابق آنچه در

بخش مربوط به «آثار عملی پذیرش ضمانت شفاهی» بیان شد، منع سوء استفاده از حق ایجاب می‌کند تا حد امکان برای حفظ حقوق طرفین، از تفسیری که باعث محکومیت طرفین به بی‌حقی می‌شود، خودداری شود. همچنین در نقد این رای می‌توان چنین استدلال کرد که بر اساس آن، «اصل رضایی بودن عقود» نادیده انگاشته شده و با برقراری تشریفات غیر ضروری، مانعی بر سر راه «اصل لزوم رعایت سرعت و سهولت» در حوزه حقوق تجارت ایجاد کرده است. ۲- این رای در شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نقض شد و دادگاه مقرر داشت که عقد ضمان قانون مدنی محقق شده، بنابراین ضامن مسئول پرداخت وجه چک می‌باشد.

رای صادره در دادگاه تجدیدنظر، از این منظر که ضمانت شفاهی را مورد پذیرش قرار داده و ضامن را مسئول پرداخت وجه چک دانسته شایان توجه است، لکن شمول احکام عقد ضمان مدنی بر ضمانت شفاهی از اسناد تجارتي و اذعان این مسأله که «عقد ضمان قانون مدنی محقق شده» قابل انتقاد است، زیرا مطابق آنچه گذشت، بری‌الذمه شدن مضمون عنه (که سند تجارتي را امضا کرده است) با تحقق ضمان شفاهی از اسناد تجارتي، همسوی با اصول حقوقی (از جمله اصل رضایی بودن عقود در حقوق مدنی و اصل لزوم رعایت سرعت و سهولت در حقوق تجارت) و اصول اقتصادی (مانند اصل منع سوءاستفاده از حق و اصل هزینه اتکا) نیست.

۳- به موجب رای صادره در تاریخ ۱۳۸۸/۰۸/۳۰ از کلاسه ۸۸۰۹۹۸۰۲۱۷۱۰۰۰۰۹ در شعبه ۲ دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان آباد، به طرفیت خواهان دعوای اصلی، آقای ص.ر. و خواننده دعوای اصلی، آقای ح.ه. و خواسته الزام به پرداخت وجه چک و خسارات دیرکرد، خواهان، دادخواستی به خواسته فوق به طرفیت خواننده تقدیم داشته و خواننده نیز دعوای متقابل به طرفیت خواهان

مطرح کرده است. با توجه به محتویات پرونده دادگاه به شرح زیر مبادرت به صدور رای می‌نماید: خواهان با ارائه یک فقره چک صادره از سوی آقای ح.ر.خ بر عهده بانک ملی شهرستان آباده ادعای طلب از او را دارد و از آنجا که خواننده دعوای حاضر، شفاها ضمانت پرداخت وجه چک را کرده است و در حال حاضر حساب صادرکننده چک موجودی نداشته است- که گواهی عدم پرداخت چک توسط بانک نیز صادر و ضمیمه دادخواست شده است- لذا دارنده چک علیه ضامن اقامه دعوی کرده و مطالبه وجه چک و خسارات تأخیر تأدیه از سررسید چک تا روز پرداخت را نموده است. خواننده در مقام دفاع، بیان داشت که هرچند شفاها ضمانت پرداخت چک را نموده ولی هیچ امضایی ظهر یا روی چک نکرده است و این امر حکایت از انصراف وی از ضمانت داشته است، ضمن اینکه مطابق قانون تجارت، مقررات اسناد تجارتي، تشریفات هستند و ضامن باید ظهر چک را امضا کند وگرنه مسئولیت ندارد. دادگاه بعد از بررسی دلایل موجود در پرونده و استماع توضیحات اصحاب دعوی، حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت وجه چک و خسارات دیرکرد نمود چرا که اولاً) قانونگذار در قانون تجارت، الزام به امضای سند تجارتي را فقط در مورد صادرکننده و ظهرنویس مقرر داشته و اگر در مورد ضامن هم الزامی بود باید بدان تصریح می‌کرد؛ ثانیاً) در صورت تردید در تشریفات یا رضایی بودن، باید اصل بر رضایی بودن عقود در حقوق ایران گذاشته شود؛ ثالثاً) خواننده صراحتاً به قبول ضمانت، هرچند به طور شفاهی، اقرار کرده و مطابق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی و نیز ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی، اقرار جزو ادله اثبات دعوا محسوب می‌شود و این دفاعیه که عدم امضا به منزله انصراف از ضمانت است تنها یک ادعا است که دلیلی بر آن اقامه نشده است.

## ۵. نتیجه‌گیری و توصیه‌های سیاستی

با عنایت به این مسأله که قانون تجارت بر خلاف تصریح خود در مورد ظهرونی و صادرکننده، در ماده ۲۴۹ تصریحی به کتبی بودن ضمانت در اسناد تجاری ندارد و با توجه به اینکه اصل بر رضایی بودن عقود است و همچنین به منظور حفظ حقوق طرفین سند تجاری و جلوگیری از سوء استفاده از حق در عالم حقوق، به نظر می‌رسد از میان دیدگاه‌ها و رویکردهای یادشده در این نوشتار که سه رای مذکور تجلی یافته‌اند، رای سوم (همسو با دیدگاه حقوق‌دانانی که قائل به پذیرش ضمانت شفاهی در اسناد تجاری تحت شمول قواعد و امتیازات مطرح شده ذیل ماده ۲۴۹ قانون تجارت که حاوی صفت تضامنی و برخوردار از امتیازات خاص اسناد تجاری است) با مبانی نظام حقوقی ایران سازگارتر است و ذهن حقوقی آن را صواب تر می‌یابد؛ لذا از آنجایی که برگزیدن این دیدگاه در راستای روح حاکم بر قانون تجارت و اصول مربوطه، علی‌الخصوص اصل سرعت و سهولت، و همچنین مطابق قواعد شرعی و نیز مقررات قانون مدنی از جمله اصل صحت و رضایی بودن عقود می‌باشد، می‌تواند منبع مناسبی در جهت پایان بخشیدن به تشتت آراء موجود در رویه قضایی و ایجاد رویه‌ای واحد در احکام صادره از محاکم باشد.

لذا چنین پیشنهاد می‌شود:

۱- مفاد رای سوم (دادگاه تجدیدنظر) - از آنجا که با توجه به مبانی حقوقی و اقتصادی ایران اقوی به نظر می‌رسد - و استدلال‌های اخیر در ارتباط با آن، در محاکم حقوقی مدنظر قضات قرار بگیرد.

۲- گذشته از رهنمون ساختن محاکم به استفاده از این دیدگاه جهت پایان بخشیدن به تشتت آراء موجود در این زمینه، ضروری جلوه می‌نماید که مقنن در اصلاحات بعدی قانون تجارت، به اختلاف نظر موجود در این مبحث عنایت کرده و با ایجاد صراحت در مواد قانونی به وسیله عباراتی مانند «ضامن با کسی که از او

ضمانت می‌کند مسئولیت تضامنی دارد و ضمانت اعم است از ضمانت کتبی یا شفاهی» یا «... ضمانت صرفاً با امضای ضامن محقق می‌شود.» به اختلاف موجود پایان دهد.

### پی‌نوشت

- ۱- علی‌رضا اسلامی، ۱۳۸۳، صص ۲۰۱.
  - ۲- ربیعا اسکینی، ۱۳۷۳، ص ۱۲۲.
  - ۳- کتب مرجع موجود در حوزه حقوق تجارت، نوشته افراد سرشناسی از قبیل دکتر ربیعا اسکینی، دکتر حسن ستوده تهرانی و ...
  - ۴- مقاله ضمانت در اسناد تجاری نوشته علی‌رضا اسلامی، مقاله تضامن در اسناد تجاری نوشته سید علی سید احمدی سجادی و ...
  - ۵- کمال نیک فرجام، ۱۳۸۱، ص ۳.
  - ۶- ربیعا اسکینی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۹.
  - ۷- حسینقلی کاتبی، ۱۳۷۰، ص ۲۰۴.
  - ۸- «هرگاه مضمون له ضامن را از دین ابراء کند، ضامن و مضمون عنه هر دو بریء می‌شوند.» (ماده ۷۱۸ قانون مدنی)
  - ۹- ربیعا اسکینی، پیشین، ۱۳۱.
  - ۱۰- علی‌رضا اسلامی، پیشین، ۴ و ۵.
  - ۱۱- امیر ناصر کاتوزیان، (۱۳۷۸)، ص ۱۰۷.
  - ۱۲- ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۱۲۸.
  - ۱۳- ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۱۲۲.
  - ۱۴- برای مطالعه بیشتر «نگاه کنید به:» امیر ناصر کاتوزیان، پیشین، صص ۱۰۸-۱۱۰.
  - ۱۵- عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد ...
  - ۱۶- مصاحبه با دکتر محسن ایزانلو، عضو هیأت علمی و دانشیار دانشگاه تهران، ۱۳۹۶/۲/۱۱.
  - ۱۷- امیر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۰۸.
  - ۱۸- حسن ستوده تهرانی، (۱۳۷۵)، صص ۴۲ و ۴۳.
  - ۱۹- امیر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۴۴.
  - 20- Ripert, G. et R. Roblot; Traite de droit commercial; t.2, n.2018.
- به نقل از: همان.
- ۲۱- حسن ستوده تهرانی، پیشین، ص ۴۵.

- ۲۲- بابک مسعودی، ۱۳۷۹، صص ۱۰۵ و ۱۰۶.
- ۲۳- امیر ناصر کاتوزیان، ۱۳۳۳، ص ۹.
- ۲۴- ربیعا اسکینی، پیشین، صص ۲۱ و ۲۰۹.
- ۲۵- برای مطالعه بیشتر در مورد ضمانت به وسیله سند جداگانه «نگاه کنید به:» ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۱۲۵.
- ۲۶- ربیعا اسکینی، پیشین، ص ۱۲۳.
- ۲۷- مصاحبه با دکتر لعیا جنیدی، عضو هیأت علمی و دانشیار دانشگاه تهران، ۱۳۹۶/۱/۲۸.
- 28- Formalist .
- ۲۹- برای مثال مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ قانون تجارت.
- ۳۰- "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است".
- ۳۱- "ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تادیه‌ی دین دیگری ملتزم شود..."
- ۳۲- مصاحبه با یآوری و یوسفی، کارشناسان دایره‌ی قراردادهای بانک انصار، ۱۳۹۵/۱۱/۲۳.
- ۳۳- مصاحبه با رضا صحرانورد، ریاست اداره کل حقوقی بانک انصار، ۱۳۹۵/۱۱/۲۳.
- منابع**
- احمدی، فاطمه (۱۳۹۶)، «فرمالیسم اسناد تجاری و آثار آن در حقوق تجارت ایران»، مطالعات حقوقی، ۸: ۱۲۳-۱۷۲
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۵)، «حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)»، چاپ بیست و سوم. تهران: انتشارات سمت.
- اسلامی، علیرضا (۱۳۸۳)، «ضمانت در اسناد تجاری»، ماهنامه کانون، ۵۹: ۵۰-۶۸.
- امامی، حسن (۱۳۹۰)، «حقوق مدنی»، جلد دوم، چاپ بیست و سه، تهران: انتشارات اسلامیه.
- ایزائلو، محسن (۱۳۹۶)، عضو هیأت علمی و دانشیار دانشگاه تهران.
- جنیدی، لعیا (۱۳۹۶)، عضو هیأت علمی و دانشیار دانشگاه تهران.
- ستوده‌تهرانی، حسن (۱۳۷۵)، «حقوق تجارت (جلد سوم)»، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
- سید احمدی سجادی، سید علی (۱۳۸۱)، «تضامن در اسناد تجاری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۴: ۹۰-۱۱۲
- صحرانورد، رضا (۱۳۹۵)، ریاست اداره کل حقوقی بانک انصار.
- عرفانی، محمود (۱۳۸۲)، حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۷۰)، «حقوق تجارت»، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاتوزیان، امیر ناصر، «اثر عقد ضمان ۳»، مجله کانون وکلا، ۳۸، ۱۳۳۳: ۱۰-۶
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۸)، «حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)»، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: نشر گنج دانش.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۵)، «عقود معین»، جلد چهارم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مسعودی، بابک (۱۳۷۹)، «اصول حاکم بر اسناد تجاری»، مجله کانون وکلا، ۱۷۱: ۱۰۱-۱۳۱.
- نیک فرجام، کمال (۱۳۸۱)، «ضمانت در اسناد تجاری»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ۲۵: ۹۴-۱۱۴.
- یآوری و یوسفی (۱۳۹۵)، کارشناسان دایره قراردادهای بانک انصار.