

دانشگاه پیام نور
دانشکده علوم انسانی



**برای دریافت درجه کارشناسی ارشد
در رشته حقوق فصولی
بررسی ضمان تجاری در حقوق تجارت ایران**

استاد راهنما : دکتر محمد صقری

استاد مشاور : دکتر محمود خادمان

دانشجو : محمدرضا مسگر عبدل آبادی

زمستان ۱۳۹۱

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم:

مادرم به خاطر مهربانی مادر بنما و زحماتش

پدرم به خاطر تلاش های صادقانه اش

همسرم به خاطر همراهی و مهربانیش

شکر و تقدیر:

از اساتید ارجمند جناب آقای دکتر محمد منتری که با راهنمایی مادر رسدات حال حاضر خویش این مسیر را در تئودین این اثر راهنمایی فرمودند و همچنین از سرور بزرگوارم جناب آقای دکتر محمود خاندان که با مشاورت و سوزناز خود مرا یاری فرمودند صمیمانه شکر می نمایم و توفیق روز افزون آنها را از این دوستان مسکلت می نمایم.

چکیده :

گردش اعتبارات در عملیات تجاری نقش مهمی دارد. گردش کار و سرعت جریان آن بسته به اعتبارات متکی به اسناد تجاری و غیر آن بوده که مستوجب وجود تضمین در پرداخت به موقع دیون است. تضمینات در امور تجاری ندرتاً می تواند عینی باشد؛ زیرا کثرت موارد معاملات امکان توثیق اموال منقول و غیرمنقول را نمی دهد. در این رساله انواع ضمان تجاری در حقوق تجارت ایران مورد نقد و بررسی قرار می گیرد و نقاط ضعف و قوت قوانین موضوعه در ارتباط با ضمان تجاری مشخص می گردد. از جمله اینکه ایقاعات و عقود معین مدنی به ویژه عقد ضمان ، ظروف و قالب های برانزده ای برای انواع ضمانت نامه های تجاری نیستند . البته هر عقد یا قراردادی را که نتوان در زمره عقود به شمار آورد، در صورتی که مخالف صریح قوانین نباشد، می توان در شمار عقود بی نام و یا قراردادهای خصوصی دانست، این معنی در مورد انواع ضمان تجاری می تواند مصداق داشته باشد. نویسندگان قانون مدنی کشور ما با وضع ماده ۱۰ که مبتنی بر آزادی معاملات است، دست به ابتکار جالب و در خور تحسینی در قبول اصل اعتبار تعهدات و حاکمیت اراده زده اند؛ و فقهای امامیه دست کم در بحث شرط از همین اصل پیروی کرده اند. در قوانین موضوعه، خلأ قانونی در مورد انواع ضمانت نامه ها از جمله ضمانت نامه بانکی و توثیق اسناد تجاری مطرح است نه مانع قانونی و به نظر می رسد با اصلاح موادی از قانون مدنی و یا اضافه شدن مواد جدیدی در قانون تجارت موجبات تسهیل و تسریع در امور بازرگانی و تجاری فراهم گردد. مقررات قانون متحد الشکل ژنو که در روابط بازرگانی بسیاری از کشورهای جهان، نفوذ و قابلیت اجرایی دارد، می تواند از این جهت، الگوی مناسبی برای طرح اصلاح قانون تجارت کشور ما به حساب آید.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
۱۱	فصل اول: کلیات
۱۱	مبحث اول: مفهوم ضمان و تضامن در فقه و حقوق ایران
۱۱	گفتار اول: مفهوم ضمان و تضامن در فقه
۱۱	بند اول: ضمان در فقه عامه
۱۲	بند دوم: تضامن در فقه عامه
۱۳	بند سوم: ضمان در فقه امامیه
۱۴	بند چهارم: تضامن در فقه امامیه
۱۵	گفتار دوم: مفهوم ضمان و تضامن در حقوق ایران
۱۵	بند اول: در حقوق مدنی (نقل ذمه به ذمه)
۱۶	بند دوم: در حقوق تجارت (ضم ذمه به ذمه)
۱۶	الف: تضامن عرضی
۱۹	ب: تضامن طولی
۲۰	بند سوم: مفهوم تضامن در حقوق ایران
۲۰	الف: تضامن در قانون مدنی

ب: تضامن در قانون تجارت ۲۲

گفتار سوم: اوصاف تعهدات تضامنی ۳۱

بند اول: وحدت موضوع و تعدد رابطه حقوقی ۳۱

بند دوم: استقلال نسبی هر یک از مدیونین ۳۱

بند سوم: تقسیم پذیری تعهد تضامنی ۳۲

بند چهارم: تفاوت مفهوم تضامن با تسهیم ۳۲

گفتار چهارم: مفهوم ضمان تجاری در توثیق اسناد تجاری و ضمانت نامه های

بانکی ۳۳

بند اول: مفهوم ضمان تجاری در توثیق اسناد تجاری ۳۳

بند دوم: مفهوم ضمان تجاری در ضمانت نامه های بانکی ۳۵

بند سوم: اختلاف مفهوم ضمان تجاری در توثیق اسناد تجاری و ضمانت نامه های

بانکی ۴۱

بند چهارم: مشترکات مفهوم ضمان تجاری در توثیق اسناد تجاری و ضمانت نامه

های بانکی ۴۲

مبحث دوم: اطراف عقد ضمان در فقه و حقوق ایران ۴۳

گفتار اول: اطراف عقد ضمان در فقه ۴۳

بند اول: در فقه عامه ۴۳

بند دوم: در فقه امامیه ۴۴

۴۴	گفتار دوم: اطراف عقد ضمان در حقوق ایران.....
۴۴	بند اول: اطراف عقد در حقوق مدنی.....
۴۵	بند دوم: اطراف عقد در حقوق تجارت.....
۴۶	گفتار سوم : رابطه ضمان در حقوق مدنی و حقوق تجارت.....
۵۳	مبحث سوم: ویژگی های عقد ضمان.....
۵۳	گفتار اول: لزوم عقد.....
۵۵	گفتار دوم: عهدی بودن.....
۵۶	گفتار سوم : مسامحه ای بودن.....
۵۷	گفتار چهارم : تبعی بودن.....
۵۹	فصل دوم: ضمان و توثیق اسناد تجاری.....
۵۹	مبحث اول: بررسی مفهوم و ماهیت ضمان وثیقه ای.....
۵۹	گفتار اول: مفهوم ضمان وثیقه ای (توثیق اسناد).....
۶۰	گفتار دوم: چگونگی تحلیل و تبیین ماهیت ضمان وثیقه ای.....
۶۳	مبحث دوم: چالشها و مسائل و مشکلات مربوط به توثیق اسناد.....
	گفتار اول: تزییق و تحدید دایره ظهر نویسی از ناحیه مقنن در حقوق
۶۳	تجارت.....
۶۳	بند اول: ظهر نویسی به عنوان وکالت.....

- بند دوم: ظهر نویسی برای انتقال ۶۸
- گفتار دوم: بررسی امکان یا عدم قابلیت امکان ظهرنویسی به عنوان وثیقه ۷۱
- بند اول: مقررات متحد الشكل ژنو ۷۱
- بند دوم: ظهر نویسی بعنوان وثیقه در قانون تجارت ۷۳
- بند سوم: ظهر نویسی به عنوان وثیقه در قانون مدنی ۷۵
- بند چهارم: رویه عملی تجار ۷۶

گفتار سوم: بررسی موانع قانونی فراوری توثیق اسناد تجاری و راهکارهای

- حل آن ۷۷
- بند اول: تبیین و تحلیل توثیق اسناد تجاری با توجه به مقررات عقد رهن در
قانون مدنی ۷۷
- الف: عین معین بودن مال مرهونه ۷۷
- ب: قبض عین مرهونه ۷۹
- ج: تبعی بودن عقد رهن ۸۲
- بند دوم: تحلیل و بررسی موانع قانونی پیش گفته ۸۵
- الف: بررسی مفهوم توثیق و عدم سپردن و تسلیم مال ۸۵
- ب: بررسی تاثیر قبض در عقد ۸۵
- ج: رویه عملی محاکم در چگونگی تبیین و تحلیل قبض ۸۷
- د: بررسی تحلیلی لزوم یا عدم لزوم عین مال مرهونه ۸۸

و: بررسی امکان و قابلیت توثیق اعیان کلی و دیون.....	۸۹
بند سوم: راهکارهای موجود برای رفع مشکلات ناشی از توثیق اسناد تجاری.....	۹۱
الف: وثیقه دین به طریق غیرمستقیم.....	۹۱
۱) معامله با حق استرداد.....	۹۱
۲) ضمانت در پرداخت.....	۹۳
۳) وکالت در تملک.....	۹۳
۴) انتقال صوری.....	۹۴
ب: تحلیل مساله در قالب عقد رهن.....	۹۵
ج: وثیقه قراردادی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی.....	۹۸
د: نتیجه گیری از راهکارهای ارائه شده.....	۹۹
فصل سوم: ضمان و ضمانت نامه های بانکی.....	۱۰۱
مبحث اول: تعریف و تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی.....	۱۰۱
گفتار اول: تعریف.....	۱۰۱
گفتار دوم: تحلیل ماهیت حقوقی.....	۱۰۴
بند اول: تحلیل ماهیت حقوقی ضمانت نامه بانکی بر اساس مفهوم عقد	
ضمان.....	۱۰۵
الف: ویژگی های عقد ضمان.....	۱۰۶
ب : خصایص ضمانت نامه های بانکی.....	۱۰۸

- ج : نتیجه ۱۱۳
- بند دوم: تحلیل بر اساس ایقاع بودن ماهیت آن ۱۱۴
- بند سوم: تحلیل بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و تعهد به نفع ثالث ذیل ماده
۱۹۶ قانون مدنی ۱۱۶
- مبحث دوم: تحلیل روابط حقوقی طرفین ۱۱۹
- گفتار اول: رابطه حقوقی بانک با مضمون عنه و تعهدات بانک در قبال وی ۱۱۹
- گفتار دوم: رابطه حقوقی ذی نفع با مضمون عنه و حقوق و تعهدات متقابل آنان ۱۲۱
- گفتار سوم: رابطه حقوقی بانک با مضمون له و تعهدات در قبال وی ۱۲۳
- مبحث سوم : تحلیل تعهدات اطراف ضمانت نامه های بانکی در مقابل یکدیگر ۱۲۴
- گفتار اول: بررسی تعهدات بانک در قبال مضمون عنه ۱۲۴
- گفتار دوم: بررسی حقوق و تعهدات متقابل مضمون عنه با ذی نفع ۱۲۷
- گفتار سوم: بررسی تعهدات در قبال مضمون له ۱۲۹
- مبحث چهارم: کیفیت رسیدگی به اختلافات حاصله و قانون حاکم ۱۲۹
- گفتار اول : مراجع رسیدگی و حل و فصل اختلاف و قواعد آن ۱۳۰
- بند اول: مراجع رسیدگی و حل و فصل اختلاف ۱۳۰
- بند دوم: قاعده منع پرداخت وجه ضمانت نامه توسط دادگاه ۱۳۲
- بند سوم: بررسی رویه قضایی ایران ۱۳۳
- گفتار دوم: قانون حاکم بر موضوع ۱۳۵

۱۳۶ فصل چهارم: نتیجه گیری
۱۳۶ نتیجه گیری:
۱۴۲ پیشنهادها:
۱۴۴ منابع و مأخذ

اختصارات

رجوع کنید	ر.ک
قانون مدنی	ق.م
قانون تجارت	ق.ت
رجوع کنید به	ر.به
صفحه	ص
صفحه های	صص
شماره	ش

مقدمه:

قلمرو تجارت، به منظور تأمین نیازهای خاص خود، از دیر باز دست به ساختن نهادها و پرداختن و ترکیب کردن اصول و قواعد، ابزار خاص خود زد. تا پدیده های ویژه خود را هماهنگ با مقتضیات دنیای خاص خود در آن قالب گیری کند عباراتی نظیر: اعمال تجاری، تجار، شرکتهای بازرگانی، قراردادهای تجاری، ورشکستگی و غیره مفاهیمی سوای مفهوم اعمال حقوقی عادی و عقود و قراردادهای مدنی دارند. حقوق تجارت، به ویژه در کشورهایی که رشته مستقلی از حقوق خصوصی را تشکیل می دهد ظرف ها و قالب هایی برای موضوعات خود ساخته که قابلیت گنجاندن در ظروف و قالبهای حقوق مدنی را غالباً ندارند و هر گونه تلاش به منظور تحلیل از دیدگاه حقوق مدنی و انطباق با نهادهای آن اکثراً عبث و بیهوده می نماید.

وضع در مورد ضمانت در اسناد تجاری نیز به همین منوال است. اسناد تجاری در دو معنای عام و خاص به کار می رود. اسناد تجاری به معنای عام کلمه اسنادی است که معرف طلب یا مالی بوده که بنحوی از انحاء در قلمرو تجارت مورد استفاده قرار میگیرد؛ مثل اسکناس، برات، سفته، چک اوراق قرضه، اسناد خزانه، قبض انبارهای عمومی، سهام شرکتهای تجاری، بارنامه و غیره؛ به این تعبیر، اسناد مذکور از جمله وسائل بشمار می آیند که در میان توده انبوه اموال منقول و غیر منقول که سرمایه جامعه ای را تشکیل می دهد، بگردش در آمده امکان نقل و انتقال دارائی و موجبات ضمانت و مشارکت اشخاص را در امر تجارت بطور کلی فراهم می سازد. عبارتی دیگر این اسناد سرمایه نوینی را با امکان ترکیب های گوناگون از آن تشکیل می دهد.

در میان توده انبوه اسناد تجاری به معنی عام کلمه اسناد تجاری به معنی خاص، مقام و موقعیتی ویژه دارند. و به اسنادی گفته می شود قابل نقل و انتقال و متضمن دستور پرداخت مبلغ معینی به رؤیت یا سررسید کوتاه مدت که به جای پول وسیله پرداخت قرار می گیرند و از امتیازات و مقررات ویژه ای تبعیت می کنند، که مصادیق بارز آن عبارتند از برات و سفته و چک. ضمانت تجاری نیز در قانون تجارت ایران در دو جا یکی در ماده ۲۴۹ قانون تجارت و دیگری در باب دهم، از مواد ۴۰۲ الی ۴۱۱ ق.ت. آمده است. مطابق مقررات عام حقوق مدنی ضمانت عبارتست از اینکه شخص مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. (ماده ۶۸۴ قانون مدنی) و مطابق ماده ۶۹۸ قانون مدنی که مقرر می دارد بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود. عقد ضمان مفید نقل ذمه به ذمه می باشد، یعنی؛ با تحقق عقد ضمان ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به دین مشغول می شود. ولی ضمانت مذکور در قانون تجارت (مواد ۲۴۹ و ۴۰۳) تضامنی بوده

و ضامن و مضمون له با همدیگر مسئولیت دارند و با تحقق ضمانت، مضمون عنه بری نخواهد شد.

قاعدتاً ضمانت فقط در موردی استفاده می شود که گیرنده برات به برات دهنده و یا مسئول دیگری که برات را در مقابل تعهدی در اختیار او قرار می دهد، اطمینان ندارد. ضمانت در برات از آنجاکه جنبه تضامنی دارد به مسئول برات این امکان را می دهد که به اعتبار برات بیفزاید و گردش آن را سهل تر کند، به همین دلیل، در کشورهای اروپایی امروزه ضمانت در برات بسیار معمول است و بانکها تقریباً بطور مستمر از مشتریانی که از آنها درخواست اعتبار می کنند و در مقابل براتی را به آنها منتقل می سازند، می خواهند که ضامن معرفی کنند. در ایران ضمانت در برات معمول است و اغلب در روابط تجاری شرکتها با اشخاص ثالث به کار گرفته می شود، به این صورت که مدیر شرکتی که براتی را صادر، قبول یا ظهر نویسی می کند. به عنوان ضامن شرکت، مسئولیت پرداخت وجه برات را نیز به عهده می گیرد.

در حقوق ایران، بحث از ضمانت، در قوانین مختلفی به میان آمده است که ماهیتاً با یکدیگر متفاوت اند. فصل دوم از باب دوم قانون مدنی ایران (مواد ۳۰۷ تا ۳۳۷) به بحث در "ضمان قهری" اختصاص دارد. ضمان قهری، ناشی از اموری از قبیل غصب و آنچه که در حکم غصب است، اتلاف، تسبیب و استیفاء است. این نوع ضمان، اساساً در این رساله مورد توجه و بحث نیست.

نوع دیگر از ضمان، ضمان عقدی است که در قانون مدنی تحت عنوان (عقد ضمان) آمده و بطوری که از منطوق آن بر می آید ماهیتاً عقد تلقی شده و برای آن فصل خاصی تحت همین عنوان (فصل چهاردهم از باب سوم، از ماده ۶۸۴ تا ماده ۷۲۳) منظور گردیده است. ماده ۶۸۴ قانون مدنی با این عبارت عقد ضمان را تعریف کرده است: "عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه ی دیگری است، به عهده بگیرد". از عبارت فوق بخوبی استنباط میشود که ماهیت ضمانت از نظر قانون مدنی ایران نقل ذمه یکی از طرفهای عقد ضمان به ذمه دیگری است. معهداً ماده ۶۹۸ قانون مذکور، در تبیین مفهوم فوق چنین مقرر داشته است: "بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود". به موجب مواد فوق، ضمانت، تعهدی اصلی و کاملاً مستقل از تعهدات مندرج در قرار داد اصلی اجرای کار تلقی می شود. در عقد ضمان، ضامن متعهد می شود که تعهدات مضمون عنه را در مقابل مضمون له رأساً فراهم آورد. گاهی ضامن به جای ایفای دین یا تعهد پرداخت وجه التزام تخلف از اجرای تعهد، خسارت وارده بر مضمون عنه را به عهده می

گیرد که ممکن است خسارت مذکور از نوع خسارات نقدی (مقطوع) باشد. علی رغم مفاد ماده ۶۹۸ قانون مدنی، ضمانت هائی که غالباً بعمل می آید از نوع اخیر است؛ یعنی ضمن آنها ضامن تعهد میکند که اگر متعهد از اجرای تعهد تخلف کرد مبلغ معینی را به مضمون له بپردازد، که این مبلغ باید همان خسارات نقدی (مقطوع) باشد. در حقوق اسلام، این بحث به میان آمده است که ضمان مشتق از ضم است یا از ضمن؟ کسانی که ضمان را مشتق از ضم دانسته اند به ماهیت ضم ذمه به ذمه ی ضمان قائل شده اند؛ ولی برخی دیگر از علما، به ویژه علمای شیعه، ضمان را مشتق از ضمن دانسته و آن را نقل ذمه مدیون به ذمه ضامن معنی کرده اند. استدلالی که بر عدم صحت عقیده علمای عامه شده این است که: اولاً، در تمام تعاریف ضمان مثل کلمه تضمین و مضمون له و ضمانت و غیره نون جزء کلمه است و هر تعریف که از ضمان بشود با بودن حرف نون است. ثانیاً، اگر ضامن و مضمون له هر کدام ملزم به تأدیه وجه الضمان باشند لازم می آید که ضمانت از نفس دیگری صحیح نباشد؛ زیرا ضمانت از نفس را نمی توان نسبت به دو نفر دانست و حال آنکه اجماع فقها است. که ضمانت از نفس صحیح است؛ ثالثاً، لازمه عقیده اشخاصی که ضمانت را به معنی ضم ذمه به ذمه دانسته اند آن است که برای یک مال دو عهده قائل شویم و این عمل بنا به نظر اتفاق علما صحیح نیست. بجز در قانون مدنی، در کلیه مواردی که در قوانین ایران از ضمانت سخن به میان آمده برای آن ماهیت تضامن فرض و منظور شده است. در قانون تجارت ایران، در باب دهم (مواد ۴۰۲ تا ۴۱۱) تحت عنوان "ضمانت"، احکام خاصی بیان شده است. هدف از وضع مواد مذکور وارد کردن صفت تضامن در عقد ضمانت یعنی خارج ساختن اثر نقل ذمه به ذمه ضمانت از آن است. به موجب قانون تجارت، تضامن بر طبق قراردادهای خصوصی مورد قبول واقع شده است. ماده ۴۰۲ قانون تجارت مقرر می دارد: "ضامن وقتی 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". بر اساس این ماده، قانون تجارت بی آنکه در ارکان عقد ضمانت یا شرایط بوجود آمدن و تحقق آن تغییر دهد، اثر یا صفت نقل ذمه به ذمه آن را که از مفاد مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ قانون مدنی استنباط می شود، از آن سلب کرده و قرار داد مخصوص یا ضمانتنامه را حاکم بر مورد ساخته است: همچنین ماده ۴۰۳ قانون تجارت مقرر می دارد: "در کلیه ی مواردی که ... موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار میتواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود، برای تمام یا بقیه طلب به دیگری رجوع نماید". این ماده از قانون تجارت، قراردادهای خصوصی را منشأ ایجاد ضمانت به نحو تضامن شمرده

است. در ماده ۴۰۴ قانون مذکور در تأیید مطلب فوق مقرر شده است: حکم فوق، در موردی نیز جاری است که چند نفر به موجب قرارداد متضامناً مسئول انجام تعهدی باشند.

بازرگانان جهت تحصیل اعتبار یا تضمین حسن انجام کار و تعهدات خویش، اسناد تجاری را نزد بانکها به وثیقه می‌گذارند و بانکها می‌توانند هر زمان که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را جهت پوشش مطالبات خود منظور نمایند؛ از آنجا که در قانون تجارت ایران، ظهرنویسی بعنوان وثیقه نهادن اسناد تجاری پیش بینی نشده است، حقوقدانان این مسأله را با توجه به مقررات قانون مدنی و در قالب عقد رهن بررسی کرده‌اند و چون مورد رهن باید «عین» معین و قابل «قبض» باشد، در توجیه عین بودن این اسناد و قبض مال مرهون با اشکال مواجه شده‌اند. در این پایان نامه، برخوردهای متفاوت حقوقدانان با این ضرورت بازرگانی و راهکارهای پیشنهادی ایشان در حل حقوقی این نهاد مطرح شده است. قابل ذکر آنکه بحث رهن در مباحث حقوق بانکی جایگاه ویژه‌ای به خود اختصاص داده است.

وابستگی بحث رهن دین به مباحث حقوق بانکی به حدی است که حقوقدانان ایرانی یکی از ایرادات وارده به ماده ۷۷۴ ق.م. را مشکلاتی ذکر نموده‌اند که این ماده برای بانکها ایجاد نموده است. آقای دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسند: "یکی از گرفتاریهای بانکها این است که نمی‌توانند اسناد مطالبات بازرگانان را به عنوان وثیقه بپذیرند و بر مبنای آن اعتبار بدهند. این اقدام که وسیله تسهیل بازرگانی بین المللی است، با وجود ماده ۷۷۴ قانون مدنی امکان ندارد."^۱

آقای دکتر جعفری لنگرودی نیز اهمیت این موضوع را تذکر می‌دهند و یادآور می‌گردند که "یکی از اقسام معروف رهن دین که ابتدائاً انجام می‌شود و در مورد بانکها نظر به مستفاد از استثناء ذیل ماده ۳۴ قانون ثبت تجویز شده است موردی است که در معاملات رهنی بانکها (که بانک بستانکار است)، ثالثی هم تضامناً تعهد ادای دین را می‌کند و در واقع ذمه خود را ضمیمه رهنه عینی می‌گرداند"^۲ ولی همان طور که خود مؤلف نیز متذکر شده‌اند در اینجا رهن دین تحقق پیدا نکرده بلکه ضمان تضامنی واقع شده است، یعنی ثالث از رهن، ضمانت تضامنی می‌کند.

^۱ - کاتوزیان، ناصر، (وثیقه های دین، عقود معین ۴) - انتشارات مدرس ۱۳۷۲، چاپ دوم شماره

^۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (رهن، صلح) انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، چاپ دوم

حقیقت این است که با وجود ماده ۷۷۴ قانون مدنی نمی توان رهن دیون را نزد بانکها صحیح پنداشت ، مگر اینکه قانون خاصی این امر را در مورد بانکها تجویز نماید و این در حالی است که رهن دیون یکی از عملیات رایج نزد بانکها در اکثر کشورها می باشد.

بحث رهن دین در حقوق بانکی در ذیل بحث کلی پشتوانه های اعتبار بانکی مطرح می شود؛ یعنی با استفاده از مطالبات می توان کسب اعتبار از بانک نمود به این منظور به سه طریق دیون به کار گرفته می شوند: طریق اول همان است که در فارسی قرارداد تنزیل نام گرفته است. تنزیل که در اصل در خصوص اسناد تجاری صورت می گیرد یک اقدام اعتباری کوتاه مدت است که به موجب آن اسناد به بانک منتقل می گردند و در عوض بانک مبادرت به پرداخت فوری دین موضوع آنها پس از کسر بهره و کمیسیون می نماید. در این خصوص شایان توجه است که شورای پول و اعتبار در جلسه مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۶ خود به استناد بند ۳ ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۸ تیرماه ۱۳۵۱، آئین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری (خرید دین) و مقررات اجرائی آن را مورد تصویب قرار داده و مراتب به تایید شورای نگهبان رسیده است.^۱

طریق دوم ، که به فارسی می تواند قرارداد عامل نامیده شود، در سال ۱۹۶۴ با تاسیس ، اولین شرکت فرانسوی وصول دین در فرانسه ظاهر شد در این روش ، مشتری ، که مشترک خوانده می شود، مطالبات خویش را به یک شرکت وصول دین ، که عامل نامیده می گردد، واگذار می کند و شخص اخیر متعهد می گردد در قابل اجرت معینی نسبت به استیفای آن اقدام و نتیجه مثبت آن را حتی در صورت ورشکستگی شخص مدیون تضمین و نسبت به پرداخت پیشاپیش تمام یا قسمتی از مطالبات انتقال یافته اقدام نماید.

روش سوم ، از سال ۱۹۸۱ تاسیس شد و مورد عمل قرار گرفت و هر روز دایره اجرای وسیع تری پیدا نمود و در بسیاری موارد جایگزین دو روش نخستین شد این روش که در فارسی می تواند قرارداد محاسبه نام گذاری شود، واگذاری و یا رهن مطالبات را تسهیل نمود و محاسن متعددی از دیدگاه حقوقدانان و بانکداران فرانسوی دارد. در این روش به موجب یک صورت حساب ، مطالبات متعددی واگذار می گردد و به جهت پایین بودن هزینه های اعتباری نسبت

^۱ - اخلاقی، بهروز، بحثی پیرامون ضمانت نامه های بانکی، مجله کانون وکلا، ۱۳۶۷، ص ۱۵

به دو روش قبل دارای امتیاز فوق العاده می باشد این روش در عمل اعطای اعتبارات بانکی را به شرکتها ومؤسسات تجاری به مراتب آسانتر نموده است^۱.

در مورد رهن دین به وسیله این عمل حقوقی باید اضافه نمود که میزان اعتبار بستگی به ارزش دین مورد رهن ندارد و ارزش این دین می تواند بیشتر یا کمتر از ارزش اعتبار داده شده توسط بانک باشد پس از رهن دین ، ملکیت مرتهن نسبت به دین مورد رهن برقرار می شود و این ملکیت موقت است چنانچه قبل از سررسید دین مورد رهن ، وام اعطائی توسط بانک بازپرداخت شود، دین به خود رهن باز می گردد ملکیت موقتی مرتهن این اختیار را به وی اعطا می کند تا نسبت به بازپرداخت آن و مثلاً "مهلت پرداخت اتخاذ تصمیم نماید با این حال این ملکیت ویژگی خاصی دارد و مثلاً" بهره تعلق گرفته به دین در زمان ملکیت موقت مرتهن ، در زمان اعاده ملکیت رهن به وی مسترد می شود.

همان طور که ملاحظه می شود رهن دین در نظام بانکی کشورها مورد تشویق قرار گرفته و هر روز که می گذرد بر میزان استفاده از این روش برای تحصیل اعتبار افزوده می شود و به همین منظور از قیود موجود در قوانین مدنی آزاد شده است. در سیستم بانکی ما نیز استفاده از این روش نه تنها برای ترویج تجاری تجارت ضروری است ، بلکه به جهت ارتباطات بانکی موجود بین بانکهای ایرانی بامؤسسات مشابه خارجی ، استفاده از چنین راهکارهای بانکی اجتناب ناپذیر می نماید این در حالی است که رهن دین در نظام بانکی کشورمشمول مقررات خاصی نیست و به همین جهت حکم بطلان رهن دین، بشرحی که در این رساله مورد مطالعه قرار می گیرد، شامل رهن مورد عمل در نظام بانکی نیز می گردد به همین دلیل است که در نظام حقوقی کشور ما دکترین سعی بر این داشته تا راه حل‌هایی برای رهن دین پیشنهاد دهد.

در مقابل معاملات مدنی، گردش اعتبارات در عملیات تجاری نقش مهمی دارد. گردش کالا و سرعت جریان آن بسته به اعتبارات متکی به اسناد تجاری و غیر آن بوده که مستوجب وجود تضمین در پرداخت به موقع دیون است . تضمینات در امور تجاری ندرتاً می تواند عینی باشد ؛ زیرا کثرت موارد معاملات امکان توثیق اموال محدود منقول و غیرمنقول را نمی دهد . در عوض وثیقه ذمی به جای آن به کار گرفته می شود که هم به لحاظ سرعت انجام و هم نبودن هزینه اضافی در مصرف کالا توجیه پذیراست. در واقع تعاون متقابل تجار موجب وصول امکان ایجاد و گردش اعتبارات به عنوان امکانات مالی بالقوه در انواع معاملات آنها خواهد بود.

¹ - همان منبع ص ۱۶

هدف از نگارش این رساله بررسی تطبیقی قوانین و مقررات موجود در حوزه ضمان تجاری در ایران و استخراج نقاط ضعف و قوت قوانین موضوعه در ایران و مشخص نمودن موانع و مشکلات موجود در ارتباط با صدور رأی در محاکم ایران و ارائه مباحث نظریه ای در باب ضمان تجاری می باشد.

از آنجا که در این تحقیق مقایسه تطبیقی بین ضمان مختلف تجاری انجام خواهد گرفت، کاربردهای آن می تواند از یک طرف باعث آگاهی تجار و بازرگانان گردیده تا با آگاهی و شناخت بهتری نسبت به انتخاب نوع ضمان اقدام نماید. و از طرف دیگر باعث خواهد شد تا حقوقدانان با در اختیار داشتن این مجموعه در ارتباط با ضمان تجاری و آن استناد نمایند و مقایسه تطبیقی قوانین و مقررات باعث خواهد شد که نقاط ضعف و قوت قوانین ایران در ارتباط با ضمان تجاری مشخص گردد، و قانونگذاران می توانند از آن استفاده نمایند. فرضیه های مد نظر در این رساله که به آنها بازپرداخته و پاسخ داده خواهد شد. بدین شرح است :

۱- مبانی قانونی کافی در قانون تجارت ایران جهت صدور رای درموردضمان تجاری دادگاه ها وجود ندارد.

۲- ضمانت نامه بانکی نسبت به سایر ضمان تجاری از پشتوانه قانونی بیشتری برخوردار است.

۳- عدم آگاهی تجار نسبت به قوانین و انواع ضمان تجاری درایران از عوامل طرح دعوا در محاکم ایران است.

۴- نقص قوانین یکی از مشکلات صدور رای درخصوص انواع ضمان تجاری در محاکم داخلی است.

این پایان نامه دارای چهارفصل است که فصل اول آن کلیات دارای سه مبحث است و در آن به مفهوم ضمان و اوصاف آن پرداخته می شود؛ در فصل دوم، مفهوم و ماهیت ضمان وثیقه ای و مشکلات مربوط به آن بررسی می شود؛ در فصل سوم به تعریف و تحلیل حقوقی ضمانت نامه های بانکی پرداخته می شود، و در نهایت فصل چهارم به نتیجه گیری و پیشنهادات اختصاص دارد. امید آن است که مورد استفاده جویندگان علم در این زمینه واقع گردد.

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مفهوم ضمان و تضامن در فقه و حقوق ایران

گفتار اول: مفهوم ضمان و تضامن در فقه

تضامن وصف ویژه برخی از تعهدات است که گاه در مقابل تقسیم طلب و گاه در مقابل تقسیم دین مطرح می‌گردد؛ در حالت اول تضامن بین بستانکاران وجود دارد و به همین دلیل تضامن مثبت نامیده می‌شود و در حالت دوم، بین بدهکاران است و به همین جهت تضامن منفی نامیده می‌شود. در هر دو حالت، تضامن به نفع بستانکار است زیرا موجب می‌شود که یکی از بستانکاران بتواند کل مبلغ طلب را دریافت کند یا کل مبلغ دین از یکی از بدهکاران تضامنی قابل تحصیل باشد قانون واراده (معمولاً قرارداد) دو منبع تضامن هستند.^۱

بند اول: ضمان در فقه عامه

مشهور فقهای عامه اگرچه قائل به ضم ذمه به ذمه هستند و با انعقاد عقدضمان، ذمه مضمون عنه را بری نمی‌دانند از جهت دیگر، بر دو گروه اند:

۱- گروهی ضامن را در ردیف مدیون اصلی و هم عرض او می‌دانند؛ یعنی مضمون له می‌تواند مستقیماً به هر یک از ضامن و مدیون اصلی - که مایل باشد - مراجعه نماید. مطابق این نظر، چنان چه مضمون له در ابتدا به ضامن مراجعه نماید، ضامن نمی‌تواند التزام خود را موقوف به عدم امکان استیفای دین از مدیون اصلی نماید. چنین مسؤولیتی را می‌توان مسؤولیت تضامنی عرضی دانست. این گروه به نوبه خود در این جهت با یکدیگر اختلاف دارند که آیا ضمان، ضم ذمه به ذمه در اصل دین است یا در مطالبه؟

۱- جنیدی، لعیا، تضامن و آثار و اوصاف آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

تهران، پاییز ۷۵، ص ۱

۱- ۱ - جمع کثیری از حنفیه عقیده دارند که ضم آن، ضم ذمه به ذمه در مطالبه است؛ به این معنی که مضمون له می تواند مستقیماً طلب خود را از هر یک از مدیون اصلی و ضامن مطالبه نماید (انضمام دو مطالبه).

۱- ۲ - سایر فرق اهل سنت، ضمان را انضمام در دین می دانند؛ یعنی ذمه ضامن را در اصل منضم به ذمه مدیون اصلی می دانند.

۲- گروه دوم تعهد ضامن را تعهدی تبعی و فرعی می دانند. از نظر این گروه، مضمون له برای مطالبه دین خود، حق مراجعه مستقیم به ضامن را ندارد بلکه باید در ابتدا به مدیون اصلی (مضمون عنه) مراجعه نماید و چنانچه نتواند دین خود را از مدیون اصلی استیفا نماید، آن گاه حق مراجعه به ضامن را خواهد داشت.

می توان چنین تضامنی را تضامن طولی یا تعهد تعلیقی دانست. شاید بتوان چنین تضامنی را تضامن ناقص تلقی کرد کما این که مطابق نظر گروه نخست، تضامن، کامل است.^۱

بند دوم: تضامن در فقه عامه

علمای عامه مسؤلیت تضامن را می پذیرد، بدین معنی که مضمون له برای مطالبه طلب خود، حق رجوع به ضامن و مضمون عنه را دارد، لیکن در سایر موارد، مورد اختلاف است.

گروهی از حنفیه و شافعی و مالکی معتقدند که در ضمان، ضامن هم مدیون می شود و بدین ترتیب در اثر عقد ضمان دو مدیون، دو تعهد و دو مسؤلیت وجود دارد و ذمه به هم منضم می شود.

گروهی از پیروان نظریه تضامن به دلیل اشکال عقلی تضامن در اصل دین، معتقدند به موجب ضمان، صرفاً شخص ضامن در عرض مضمون عنه، بدون آنکه مدیون شود، متعهد و ملتزم به پرداخت بدهی مضمون عنه می گردد و ضم ذمه به ذمه صرفاً در حق مطالبه بستانکار پدید می آید. به عبارت دیگر، در عالم تعهد و تفریغ ذمه، مسؤلیت تضامن ایجاد می گردد و موضوع دین را که منجر به تعدد بدهی و بدهکاران می شود، در بر نمی گیرد.

^۱ - نیک نژاد، جواد، ضمانت در اسناد تجاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، سال ۸۴-۸۳، ص ۲۷